



DET KONGELIGE FORNYINGS-,
ADMINISTRASJONS- OG KIRKEDEPARTEMENT

Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS
v/Advokat Ståle Skutle Arneson
Postboks 1503 Vika
0117 OSLO

Deres ref

Vår ref
13/2174

Dato
23.08.13

Klage over delvis avslag på begjæring om innsyn i sak 2009/1033

1. Innledning

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet (FAD) viser til klage av 15.04.13, samt nærmere begrunnelse og merknader til klagen av 24.04.13 fra Cargolink AS ("klager") ved advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS. Klagen gjelder Konkurransetilsynets delvise avslag på begjæring om innsyn av 25.03.13 i sak 2009/1033, vedlegg to til dokument 32 og vedlegg tre til dokument 50.

Klagen er rettidig, jfr. forvaltningsloven¹ § 29 første ledd. Konkurransetilsynet har vurdert klagen, men ikke funnet grunnlag for å omgjøre det delvise avslaget, og har oversendt klagen til FAD som klageinstans, jfr. forvaltningsloven §§ 21 annet ledd, 33 fjerde ledd og 28 første ledd.

2. Sakens bakgrunn

Cargolink AS begjærte i brev av 15.02.13 innsyn i flere dokumenter med vedlegg i Konkurransetilsynets sak 2009/1033. Konkurransetilsynet ga 25.03.13 innsyn i alle de etterspurte dokumentene, med unntak av vedlegg to til dokument 32 og vedlegg tre til dokument 50.

De aktuelle dokumentene ble innhentet i forbindelse med Konkurransetilsynets sak 2009/1033. Saken ble initiert av Cargolink AS som klaget inn CargoNet AS til Statens Jernbanetilsyn med Konkurransetilsynet som kopimottager. Cargolink AS anførte at CargoNet AS hadde overtrådt konkurranseloven² § 11. Saken ble avsluttet etter en prioriteringsvurdering, se Konkurransetilsynets avgjørelse A2011-20.

¹ Lov 10. februar 1967 om behandlingssåten i forvaltningssaker.

² Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).

Postadresse	Besøksadresse	Telefon	Konkurransopolitisk	Saksbehandler
Postboks 8004 Dep	Akersg. 59	22 24 90 90	avdeling	Tone Cecilie Høgestøl
N-0030 OSLO		Org no.	Telefaks	22244857
postmottak@fad.dep.no		972 417 785	22 24 27 23	Tone- Cecilie.Hogestol@fad.dep.no

Cargolink AS og CargoNet AS har hatt et betalingskrav og et motkrav til behandling i rettsapparatet, som blant annet begrunnes med en påstått overtredelse av konkurranseloven § 11. Lagmannsretten avsa dom i saken 29.04.13.

3. Klagers anførsler

Klager anfører at Konkurransetilsynet ikke har vurdert retten til utvidet partsinnsyn etter forvaltningsloven §§ 18 og 19, eller utvidet innsyn etter konkurranseloven § 26 annet ledd.

Videre vises det til at Konkurransetilsynets vedtak ikke inneholder noen konkret vurdering av skadevirkningene av å gi innsyn i de aktuelle opplysningene for foretaket som har avgitt opplysningene. Klager anfører at opplysningene omhandler monopolaktivitetene til CargoNet AS, som medfører at det ikke gjelder taushetsplikt for forretningshemmelighetene, jfr. Justisdepartementets veileder til offentleglova.³

I følge klager er de aktuelle opplysningene historiske i et strategisk perspektiv, og opplysningene ligger så langt tilbake i tid at det ikke er en risiko for tap for CargoNet AS at opplysningene gjøres kjent. Innsyn vil etter klagers vurdering ikke gi klager noen kommersiell gevinst, men er ment til bruk i en rettstvist om historiske forhold. Klager viser til FADs vedtak av 17.12.10 som støtte for at jo eldre opplysningene er, jo mer skal det til for at opplysningene er av en slik art at de kan anses som forretningshemmeligheter.

4. Konkurransetilsynets vurdering

4.1 Saksbehandling og begrunnelse for avslaget

Konkurransetilsynet peker på at Cargolink AS fikk skriftlig avslag på innsynsbegjæringen, med hjemmelsangivelse i tråd med offentleglova § 31. Klager ba ikke om en nærmere begrunnelse for avslaget, og utrednings- og begrunnelsesplikten er således overholdt.

4.2 Taushetsplikt etter offentleglova⁴ § 13, jfr. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2

Etter Konkurransetilsynets vurdering inneholder vedlegg to til dokument 32 og vedlegg tre til dokument 50 opplysninger som er underlagt taushetsplikt etter offentleglova § 13 første ledd, jfr. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

Vedlegg to til dokument 32 er et regneark (en prismatrise) som er et uferdig og internt arbeidsdokument. Oversikten viser kostnader på de ulike terminalene delt inn i flere underposter, og er inngitt til Konkurransetilsynet gjennom en presentasjon holdt for tilsynet 16.06.12. Et selskaps kostnader legges til grunn ved beregning av pris, og deling av prisinformasjon mellom konkurrenter kan være skadelig for konkurransen i

³ Justis- og beredskapsdepartementets "*Rettleiar til offentleglova*" side 85.

⁴ Lov 19. mai 2006 nr.16 om rett til innsyn i dokument i offentleg verksemd (offentleglova).

et marked. De unntatte opplysningene er opplysninger som konkurrenter vanligvis ikke deler med hverandre, og som etter sin art er konkurransesensitive.

Videre viser konkurransetilsynet til at jernbaneterminaldriften over lengre tid har vært dominert av CargoNet AS som har hatt en avtale med Jernbaneverket om ansvar for drift av Jernbaneverkets terminaler. I dag er kun én av Jernbaneverkets terminaler konkurransesatt, men det foreligger konkrete planer om konkurransesetting av driften på ytterligere jernbaneterminaler.⁵ Innsyn i interne tall knyttet til CargoNet AS' kostnadsbase ved terminaldrift vil etter Konkurransetilsynets vurdering kunne være konkurranseskadelig for CargoNet AS.

Konkurransetilsynet viser videre til at departementets vedtak 10/2976 ikke kan tas til inntekt for at det oppstilles en regel om at opplysningenes alder medfører at de ikke lenger er å anse som forretningshemmeligheter. Av vedtaket følger det at i denne vurderingen må det ses hen til hvilken nærhet opplysningene har til andre aktørers konkurransemessige beslutninger i tillegg til opplysningenes alder. Opplysningene i vedlegg to til dokument 32 er i underkant av tre år gamle, og Konkurransetilsynet ser ikke at det er skjedd noen endringer i markedet som gjør at opplysningene ikke lenger er av aktuell karakter. Konkurransetilsynet peker på at opplysningene har en særlig nærhet til andre aktørers konkurransemessige beslutninger. CargoNet AS har blant annet anført at opplysningene kan brukes av konkurrenter i anbudskonkurranser ved at konkurrentene kan tilpasse sine priser. Dette vil kunne føre til et økonomisk tap for CargoNet AS.

Vedlegg tre til dokument 50 er et internt regnskap for CargoNet AS' terminaler per november 2011. De unntatte opplysningene gir en detaljert oversikt over inntekter, kostnader, avskrivninger og annet for den angitte perioden. Dette er konkurransesensitiv informasjon som vanligvis ikke deles mellom konkurrenter. Konkurransetilsynet vurderer at heller ikke for dette vedlegget medfører tiden som har gått at opplysningene ikke lenger kan regnes som forretningshemmeligheter. Her viser Konkurransetilsynet til drøftelsen om vedlegg to til dokument 32. Etter Konkurransetilsynets vurdering vil innsyn i opplysningene kunne føre til et økonomisk tap for CargoNet AS ettersom konkurrenter kan tilpasse sine priser.

På denne bakgrunn konkluderer Konkurransetilsynet med at de unntatte opplysningene er undergitt en lovbestemt taushetsplikt etter offentleglova § 13 første ledd, jfr. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

⁵ Dette er beskrevet nærmere i Konkurransetilsynets avgjørelse A2011-20, og Jernbaneverkets "Utredning av overføring av driftsansvaret for jernbanegodsterminaler"
<http://www.jernbaneverket.no/PageFiles/18838/JBV%20utredning%20om%20overf%C3%B8ring%20av%20ansvaret%20for%20godsterminaler.pdf>

4.3 Partsinnsyn etter forvaltningsloven §§ 18 og 19

Da opplysningene det er bedt om innsyn i skal benyttes i en sivil tvist mot CargoNet AS, og ikke for å ivareta Cargolinks interesser i den avsluttede forvaltningssaken, mener Konkurransetilsynet at innsyn skal vurderes etter konkurranseloven § 26 annet ledd, og ikke forvaltningsloven §§ 18 og 19.

4.4 Innsyn etter konkurranseloven § 26 annet ledd

Konkurransetilsynet har vurdert at det ikke bør gis innsyn etter konkurranseloven § 26 annet ledd fordi dette vil ”*virke urimelig overfor den opplysningene gjelder.*” Tilsynet viser til lovens forarbeider, som sier at det må foretas en interesseavveining mellom hensynet til innsyn for tredjemenn og hensynet til taushetsplikten. Forarbeidene sier videre at dersom den som har krav på taushet risikerer søksmål, medfører ikke dette at innsyn vil være urimelig.⁶ Ved avveiningen skal det etter forarbeidene ses hen til hvor relevante opplysningene er for søksmålet, og om de har den nødvendige nærheten til søksmålet. Dokumentinnsyn etter konkurranseloven § 26 annet ledd vil særlig være aktuelt de tilfeller hvor tredjemann mener å ha lidt tap som følge av en overtredelse av konkurranselovgivningen, og opplysningene skal benyttes ved et privat søksmål eller ved vurderingen om et slikt søksmål skal anlegges.⁷

Konkurransetilsynet viser til at søksmålet opplysningene skal benyttes i gjelder et betalingskrav som ikke har utspring i privat håndhevelse av konkurransereglene. Det vises også til at det er usikkert om opplysningene vil bidra til å realisere de formål de er innhentet for, som forarbeidene også vektlegger.⁸

Etter Konkurransetilsynets oppfatning er det sentralt at konkurranseloven § 26 annet ledd ikke tolkes utvidende, samt at hensynet til selskapet opplysningene gjelder må veie tungt i saker som ikke befinner seg i kjernen av bestemmelsens anvendelsesområde. I denne saken er det bedt om innsyn i sentrale forretninghemmeligheter, hvor innsyn vil kunne føre til en konkurranseulempe for CargoNet AS. Hensynet til innsyn vil veie tyngre i tilfeller hvor tilsynet har fattet vedtak om brudd på konkurranseloven.

Avslutningsvis peker Konkurransetilsynet på at det ikke er godtgjort at opplysningene er sentrale for å avgjøre rettstvisten. Det vises til at tvisten er behandlet i to instanser uten at opplysningene er lagt frem for retten. Overfor lagmannsretten begjærte Cargolink AS opplysningene fremlagt etter tvistelovens regler uten at retten tok dette til følge. Konkurransetilsynet fastholder sitt avslag på innsyn 25.03.13 i saken, jfr. konkurranseloven § 26 annet ledd, jfr. offentleglova § 13 første ledd, jfr. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

⁶ Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) side 176.

⁷ Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) side 239-240.

⁸ NOU 2003 side 217.

5. Departementets vurdering

5.1 Taushetsplikt etter offentleglova § 13, jfr. fvl § 13 første ledd nr. 2

Departementet har vurdert om de unntatte opplysningene i vedlegg to til dokument 32 og vedlegg tre til dokument 50 utgjør forretningshemmeligheter som er underlagt taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. Dersom opplysningene er underlagt taushetsplikt kan de unntas fra innsyn etter offentleglova § 13.

Det vises til Konkurransetilsynets beskrivelse av opplysningene som gjengitt over i punkt 4.2.

Klager viser til Justisdepartementets veileder på side 85 hvor det fremgår at det som hovedregel ikke vil være taushetsplikt for opplysninger som gjelder virksomheter som har en monopolstilling, fordi det normalt ikke vil ha noen virkning for konkurransen å offentliggjøre opplysningene. Videre i samme avsnitt står det også at "*[d]ette kan derimot stille seg annleis for opplysninger om tekniske innretninger, forretningsføringsstrategiar og liknande som kan nyttast utenfor den aktuelle bransjen.*"

Departementet mener at det ikke kan oppstilles en hovedregel om at det kan gis innsyn i det som normalt regnes som en taushetsbelagt forretningshemmelighet dersom det dreier seg om en monopolbedrift. Selv et lovbestemt monopol kan ha en legitim og beskyttelsesverdig interesse i å holde tekniske inntreninger også videre for seg selv. Dersom beskyttelsen av taushetsplikten ikke skal gjelde for rettssubjekter med monopolstilling bør dette fremkomme av lov, og ikke av en veileder. Veilederen trekker slutning på grunnlag av formuleringen "*konkurransemessig betydning*" i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, uten å drøfte hva som kan ha konkurransemessig betydning for ulike typer monopolforetak.

Departementet er enig i Konkurransetilsynets vurdering av at de aktuelle opplysningene er underlagt taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, og det er derfor adgang til å unnta opplysningene fra dokumentinnsyn etter offentleglova § 13 første ledd. De unntatte opplysningene er opplysninger som konkurrenter vanligvis ikke deler med hverandre, og som etter sin art er konkurransesensitive. Opplysningene inneholder blant annet kostnadene CargoNet AS har ved utføring av ulike tjenester, som er en viktig innsatsfaktor ved prissetting av disse tjenestene. Innsyn i slike opplysninger vil kunne påføre avgiver av opplysningene et kommersielt tap.

Klager anfører at de aktuelle opplysningene på grunn av alder ikke kan regnes som forretningshemmeligheter, og at innsyn derfor heller ikke vil gi risiko for tap for CargoNet. Her viser klager til FADs vedtak av 17.12.10 som støtte for at jo eldre opplysningene er, jo mer skal det til for at opplysningene er av en slik art at de kan anses som forretningshemmeligheter. Departementet enig i Konkurransetilsynets vurdering av at opplysningenes alder ikke gjør at de ikke kan regnes som forretningshemmeligheter. I vedtaket klager bruker som støtte for sin argumentasjon

fremgår det at *"det normalt ikke kan oppstilles en regel som angir at opplysninger av en viss alder eller art, alltid eller aldri er forretningshemmeligheter."* Imidlertid pekes det på at opplysningenes alder og nærhet til andre aktørers konkurransemessige beslutninger vil være av betydning for vurderingen av om de aktuelle opplysningene kan regnes som forretningshemmeligheter. Samme avsnitt sier også at jo eldre opplysningene er, og jo fjernere de ligger fra konkurrenters beslutninger av konkurransemessig betydning, jo mindre sannsynlighet vil det være for at offentliggjøring kan føre til et økonomisk tap for avgiver av informasjonen. I slike tilfeller skal det mer til for at opplysninger om kostnader skal kunne regnes som forretningshemmeligheter.

Opplysningene i denne saken er henholdsvis i underkant av tre år gamle (vedlegg to til dokument 32), og under to år gamle (vedlegg tre til dokument 50). Det aktuelle tallmaterialet som opplysningene består av er altså ikke svært gammelt. I følge CargoNet AS vil innsyn i opplysningene kunne påføre CargoNet AS et økonomisk tap i dag, men også i fremtiden dersom driften av jernbaneterminalene konkurranseutsettes. Departementet er enig i Konkurransetilsynets vurdering av at tiden som har gått ikke medfører at de aktuelle opplysningene ikke lenger kan regnes som forretningshemmeligheter. I likhet med Konkurransetilsynet peker departementet på at det ikke er skjedd noen endringer i markedet som tilsier at opplysningene ikke lenger er av aktuell karakter. Tvert i mot fremstår det som sannsynlig for departementet at offentlighet om CargoNet AS' kostnader vil kunne gi andre aktører mulighet til å påføre CargoNet AS kommersielle tap.

Det pekes også på at innsyn i de aktuelle opplysningene kan skade tillitsforholdet til forvaltningen, slik at det kan bli vanskeligere for Konkurransetilsynet å innhente opplysninger fra foretak i andre saker i fremtiden. Dette kan vanskeliggjøre en effektiv håndhevelse av konkurranseloven, og er et relevant hensyn i vurderingen av om innsyn skal gis.⁹

Når det gjelder Konkurransetilsynets vektlegging av at det er planlagt å konkurranseutsette driften av jernbaneterminalene i dag, viser departementet til at det ikke er endelig bestemt om driften skal konkurranseutsettes, se Nasjonal Transportplan (NTP) 2014-2023.¹⁰ Driften på én av jernbaneterminalene er i dag konkurranseutsatt, og det er usikkert om driften vil konkurranseutsettes, eller om Jernbaneverket vil overta driften. Dette har uansett ikke avgjørende betydning. Det bemerkes også at det ikke er slik at opplysninger som foretak i samme bransje normalt ikke deler, skal kunne gis ut til andre aktører dersom konkurransemyndighetene innhenter opplysninger, etterforsker eller undersøker forhold i bransjen.

⁹ Se *"Rettleiar til offentleglova"* side 86.

¹⁰ Se NTP punkt 10.5.1.4. NTP er tilgjengelig her:

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/sd/dok/regpubl/stmeld/2012-2013/meld-st-26-20122013.html?id=722102>

5.2 Partsinnsyn etter forvaltningsloven §§ 18 og 19

Departementet er enig i Konkurransetilsynets vurdering av at innsyn i denne saken skal vurderes etter konkurranseloven § 26 annet ledd, og ikke forvaltningsloven §§ 18 og 19. Om klager kan regnes som part i saken har uansett ikke betydning for innsynsvurderingen, da en part ikke har krav på innsyn i forretningshemmeligheter som kan utnyttes av andre i egen næringsvirksomhet etter forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b. Her pekes det også på at formålet med å få utlevert de aktuelle opplysningene ikke er for å ivareta Cargolink AS' interesser i selve forvaltningssaken, ved for eksempel å sikre kontradiksjon, men for å få opplysninger til et søksmål som omhandler et betalingskrav.

5.3 Innsyn etter konkurranseloven § 26 annet ledd

Konkurranseloven § 26 annet ledd første punktum sier at enhver med *”rettslig interesse i en avsluttet sak om overtredelse av §§ 10, 11 eller pålegg etter § 12, skal også gis innsyn i opplysninger som er undergitt lovbestemt taushetsplikt, med mindre innsyn vil virke urimelig overfor den opplysningene gjelder.”*

Regelen tar sikte på å gi et foretak som mener å ha et privatrettslig krav mot et foretak som har overtrådt forbudsbestemmelsene tilgang til de opplysningene konkurransemyndighetene har om overtredelsen.¹¹ Det er imidlertid et vilkår at innsyn ikke vil *”virke urimelig overfor den opplysningene gjelder.”* I denne vurderingen må det gjøres en avveining mellom tredjemanns interesse i innsyn og hensynet til den som taushetsplikten skal beskytte.

Klager mener det må vurderes å gi utvidet innsyn etter denne bestemmelsen. Konkurransetilsynet har vurdert at det vil *”virke urimelig overfor den opplysningene gjelder”* å gi innsyn i de aktuelle opplysningene, og har unntatt opplysningene fra innsyn, se over i punkt 4.4.

Departementet er enig i Konkurransetilsynets vurdering av at det ikke bør gis innsyn med hjemmel i konkurranseloven § 26 annet ledd. Det pekes på at innsyn vil kunne føre til en konkurranseulempe for avgiver av opplysningene, som kan påføre avgiver et økonomisk tap. Klager har, som tilsynet også peker på, ikke godtgjort at opplysningene er sentrale for å avgjøre rettstvisten. Klager har begjært opplysningene fremlagt etter tvistelovens regler overfor lagmannsretten, uten at retten tok dette til følge. At opplysningene ikke ble fremlagt av CargoNet til tross for gjentatte provokasjoner fikk betydning for beregning av motkravet i lagmannsretten, se LB-2011-164879 s.7-8, men det ble ikke ansett som nødvendig for å få avgjort saken. Den aktuelle tvisten dreier seg om et betalingskrav, og ikke om et krav om erstatning for tap som følge av brudd på konkurransereglene, eller vurdering av om et slikt søksmål skal fremmes. I følge forarbeidene er dette tilfeller hvor innsyn etter § 26 vil være særlig aktuelt.¹² På denne bakgrunn er departementet kommet til at innsyn vil *”virke urimelig overfor den*

¹¹ Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) side 176.

¹² Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) side 239-240.

opplysningene gjelder". Det gis derfor ikke innsyn med hjemmel i konkurranse-loven § 26 annet ledd.

5.3 Meroffentlighet

Etter offentleglova § 11 skal det alltid vurderes om det bør gis helt eller delvis innsyn når det er grunnlag for å gjøre unntak fra innsyn. Som nevnt over er dette opplysninger som er underlagt taushetsplikt, og som kan føre til et økonomisk tap for avsender av opplysningene. Behovet for unntak fra innsyn veier således tyngre enn hensynet til offentlig innsyn. Det bør derfor ikke gis merinnsyn i de aktuelle opplysningene.

6. Konklusjon og vedtak

På denne bakgrunn, og med hjemmel i offentleglova § 32 første ledd, jfr. forvaltningsloven § 34 fjerde ledd har departementet truffet følgende vedtak:

Klagen fra Cargolink AS over Konkurransetilsynets delvise avslag på begjæring om innsyn 25.03.13 i sak 2009/1033, vedlegg to til dokument 32 og vedlegg tre til dokument 50 tas ikke til følge.

Med hilsen

Nils-Ola Widme (e.f.)
avdelingsdirektør

Tone Cecilie Høgestøl
rådgiver

Konkurransetilsynet

Postboks 439 Sentrum

5805

BERGEN