

Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA
v/Aksel Joachim Hageler
Postboks 1829 Vika
0123 OSLO

Deres referanse

Vår referanse
201002976-/POS

Dato
17.12.10

Klage på avslag på begjæring om innsyn i Konkurransetilsynets sak 2005/675

1. Bakgrunn

Departementet viser til Fjord Lines¹ klage i brev 20. juli 2010 over Konkurransetilsynets avslag på innsyn i sak 2005/675 dokument nr. 156, vedleggene 4 til og med 7. Klagers begjæring om innsyn ble avslått av tilsynet med hjemmel i offentleglova² § 13 første ledd, jf. forvaltningsloven³ § 13 første ledd nr. 2 og offentleglova § 12 bokstav c. Klagen ble sendt departementet ved oversendelsesbrev av 18. august d.å.

Avslaget er rettidig påklaget til departementet som rett klageinstans, jf. offentleglova § 32, jf. forvaltningsloven § 29 og konkurranseloven § 8.

Klager kommenterte Konkurransetilsynets oversendelsesbrev i brev av 31. august d.å. I dette brevet ble det anført nye argumenter, og det ble gitt ny informasjon. Departementet fant det derfor nødvendig å forelegge dette for Konkurransetilsynet. Tilsynet ga sine merknader i brev av 17. september d.å. Klager kommenterte tilsynets merknader i brev av 29. september d.å.

¹ Representert ved Advokat Aksel Joachim Hageler, advokatfirmaet Steenstrup Stordrange.

² Lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova).

³ Lov 10. februar 1967 om behandlingssåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

2. Konkurransetilsynets vedtak

2.1 Konkurransetilsynets saksbehandling

Klager begjærte 22. juni 2010 innsyn i Konkurransetilsynets sak 2005/675, dokument 156, vedlegg 3 t.o.m. 6. Det ble presisert at vedleggene det ble begjært innsyn i gjaldt økonomiske rapporter. Konkurransetilsynet forstod begjæringen slik at det ble begjært innsyn i rapporten ”En analyse av Fjord Lines økonomiske situasjon i 2004 og 2005 med og uten Color Lines nye Danmarksrute fra Bergen”, skrevet av Bjørnenak, Jakobsen og Steen samt rapporten ”En økonometrisk sjokkanalyse av markedsintegrasjon og potensiell kannibalisering mellom Bergen-Hanstholm ruten og de andre fergerutene til Danmark”, skrevet av Steen og Jacobsen. Disse rapportene er todelt og har henholdsvis vedlegg nr. 4 og 5 samt 6 og 7. Rapportene ble utarbeidet på vegne av Color Line.

Vedlegg 3 inneholder en agenda til et møte mellom Konkurransetilsynet og Color Line, avholdt 7. mars 2006. Konkurransetilsynet la derfor til grunn at det var en henvisningsfeil i innsynsbegjæringen, og at klager ønsket innsyn i vedlegg 4 t.o.m. 7.

Color Line⁴ ble 24. juni 2010 per telefon og e-post bedt om å gi sine merknader til om de to rapportene, etter deres oppfatning, inneholder forretningshemmeligheter. Slike merknader ble gitt i e-post av 24. juni d.å.

Konkurransetilsynet avsto begjæringen om innsyn i e-post 30. juni 2010.

2.2 Konkurransetilsynets begrunnelse

Konkurransetilsynet avsto begjæringen om innsyn med henvisning til offentleglova § 13 første ledd, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 og offentleglova § 12 bokstav c.

Offentleglova § 13 angir at opplysninger som er underlagt taushetsplikt i lov eller i medhold av lov, er unntatt fra innsyn. Forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 oppstiller en taushetsplikt for forretningshemmeligheter. Offentleglova § 12 bokstav c angir at når et organ gjør unntak i innsyn fra deler av et dokument, kan det også gjøre unntak for resten av dokumentet dersom de unntatte opplysningene utgjør den vesentligste delen av dokumentet.

3. Klagen på Konkurransetilsynets vedtak

Når det gjelder spørsmålet om hvilke dokumenter det er begjært innsyn i, gjentar klager at det dreier seg om alle rapporter som Color Lines advokat innhentet i forbindelse med klagesaken knyttet til underprising på Color Lines rute fra Vestlandet til Danmark. Partene anfører at dette konkret er rapporten skrevet av Steen og Jakobsen omtalt over, en presentasjon utarbeidet av Økonom Harald Selte i BÅHR, og eventuelle andre ekspertrapporter i samme sak.

⁴ Representert ved advokatfirmaet BA-HR.

Klager mener at det er vanskelig å forstå hva slags opplysninger i disse rapportene som kan være forretningshemmeligheter i dag, og enda vanskeligere å forstå hvordan de påståtte forretningshemmelighetene skal kunne utgjøre de vesentligste delene av rapportene.

Klager mener det er tvilsomt om Konkurransetilsynet i det hele tatt har foretatt noen reell vurdering av hvilke opplysninger i rapportene som kan anses som forretningshemmeligheter i dag. Klager peker på at tilsynet i 2006 unntok rapportene fra offentlighet, mens den aktuelle saken pågikk. Vurderingen av om opplysninger gitt i 2006 kan anses som forretningshemmeligheter i dag, står i en annen stilling enn spørsmålet om å gi innsyn mens saken pågikk. Klager mener derfor at tilsynet må foreta en reell og konkret vurdering av hvilke opplysninger det er grunnlag for å hemmeligholde i dag.

Klager viser til Justis- og politidepartementets rettleddning til offentleglova, der det framgår at kravet om at taushetsbelagte opplysninger må være av konkurransemessig betydning, må forstås slik at taushetsplikten er reservert for de tilfeller hvor offentliggjøring av informasjon vil føre til økonomisk tap eller redusert gevinst for foretaket opplysningen angår. Klager viser til at opplysningene det begjæres innsyn i, ble benyttet som en del av Color Lines argumentasjon knyttet til markedsavgrensningen i den nevnte saken fra 2006. Klager har vanskelig for å se at det i dag kan være av noe som helst konkurransemessig betydning å hemmeligholde markedsdata, eller andre opplysninger, som stammer fra 2006 eller tidligere.

Klager viser til lovavdelingens uttalelse i sak 2003/07631 EO (Kværner ASA). Det vises også til at departementet her fremhever at den tid som har passert, er særlig relevant ved vurderingen av om det foreligger omstendigheter av konkurransemessig betydning som berettiger taushetsplikt. Lovavdelingens anbefaling om å offentliggjøre opplysninger var delvis grunnet i at de aktuelle opplysningene gjaldt forhold som lå over to år tilbake i tid. Klager mener tilsvarende må gjelde opplysninger i rapportene om forhold av betydning for markedssituasjonen i 2006.

Klager viser til Kommisjonens "Retningslinjer for anvendelsen af EF-traktaten artikkel 81 på søtransport"⁵ avsnitt 54, der det framgår at "Kommisjonen har i tidligere saker anset opplysninger, der var mer end et år gamle, for historiske, mens opplysninger, der var mindre enn et år gamle, er blevet ansett for at være aktuelle". Klager mener at når slike opplysninger kan utveksles mellom konkurrenter, er det vanskelig å forstå hvordan de kan ha konkurransemessig betydning.

Videre viser klager til at det er opplyst i Konkurransetilsynets møtereferat per 24. mars 2006, (inntatt som dokument 164 i saken) at hovedkonklusjonene til Steen og Jacobsen

⁵ 2008/C 245/02.

er at det ikke kan påvises signifikant kannibalisering på fergeruten Kristiansand-Hirtshals ved det tidspunktet Fjord-Line etablerte ny rute på denne strekningen i 1993, og videre ved kapasitetsutvidelsen i 2003. Klager kan derfor ikke se at denne rapporten kan inneholde opplysninger som vil kunne medføre skadevirkninger for Color Line.

Klager viser til at Color Line har lagt ned ruten fra Vestlandet for flere år siden. Color Line har dermed ikke noen virksomhet som kan bli skadet av innsyn i markedsforholdene der.

Videre viser klager til at markedsforholdene på ruten fra Kristiansand til Danmark er vesentlig endret siden 2006. Color Line har investert i en stor hurtiggående ferge. Fjord Line hadde heller ingen rute fra Kristiansand før sommeren 2006.

Klager viser til at alle passasjertall fra alle ruter for hver enkelt operatør er tilgjengelig fra ShipPax. Opplysninger om passasjertall er derfor ikke hemmelig informasjon. Det anføres at det er uklart om Konkurransetilsynet er tilstrekkelig klar over hva slags informasjon som fritt kan kjøpes gjennom kommersielt tilgjengelige databaser.

4. Konkurransetilsynets merknader til klagen

4.1 Rettslig utgangspunkt

Konkurransetilsynet viser til at formålet bak offentleglova § 13 første ledd, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 i hovedsak er å hindre at den forretningshemmelighetene angår lider økonomisk tap som følge av at fortrolige opplysninger gjøres kjent for andre.⁶ Videre er taushetsplikten etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 også begrunnet med at det ofte er nødvendig å sikre tillitsforholdet mellom den opplysningen gjelder og det offentlige. Tilsynet peker på at det er avhengig av å motta informasjon fra blant annet konkurrenter, kunder og andre for å kunne gjennomføre en forsvarlig behandling av saker om brudd på konkurranseloven, og understreker betydningen av tillitsforholdet. Tilsynet viser også til at det er et sentralt moment i vurderingen av om det foreligger forretningshemmeligheter, om det er naturlig å regne med at den virksomhet som eventuelt er beskyttet, anser opplysningene som hemmelige.⁷

4.2 Konkurransetilsynets saksbehandling

Konkurransetilsynet angir at det i forbindelse med innsynsbegjæringen foretok en vurdering av om opplysningene inneholdt drifts- eller forretningsforhold som det er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde. I tillegg har tilsynet innhentet merknader fra Color Line.

⁶ Tilsynet viser til Frihagen, A., *Forvaltningsrett Bind II*, Bergen 1992, side 186.

⁷ Tilsynet viser Justis- og politidepartementets *Rettleiar til offentleglova*, side 86.

4.3 Opplysningenes art

Tilsynet viser til at rapportene (som omtalt innledningsvis) inneholder sammenstillinger av opplysninger, samt vurderinger og strategisk analyser av konkurranseforholdene i markedet. Rapportene inneholder detaljert informasjon om reisevanene og preferansene til Color Lines kunder. I tillegg inneholder rapportene redegjørelser om utviklingen i fergemarkedet generelt, dvs. redegjørelser som ikke er knyttet til enkeltruter.

Tilsynet viser til at deler av opplysningene i rapportene er tilgjengelige andre steder, blant annet gjennom selskapet ShipPax. I rapportene anvendes, sammenstilles og analyseres imidlertid opplysningene på en slik måte, at dette ikke kan være avgjørende for vurderingen av om rapportenes innhold er å anse som forretningshemmeligheter.

4.4 Rettsanvendelsen

Tilsynet viser til Justis- og politidepartementets veileder til offentlighetsloven side 84 som angir at *"[o]pplysninger om drifts- eller forretningsstilhøve vil omfatte opplysninger som direkte gjeld utøving av næringsverksemd, slik som informasjon om produksjonsmetodar, produkt, kontraktsvilkår, marknadsføringsstrategiar, analyser, prognosar eller strategiar knytte til verksemda"*. Videre vises side 85, som angir at *"Marknadsanalyser, økonomiske utrekningar og prognosar og meir konkrete forretningsstrategiar og liknande kan òg vere av ein slik karakter at konkurrentar kan utnytte dei."*

Tilsynet mener at Color Line vil kunne påføres et økonomisk tap, dersom det gis innsyn i rapportene. Rapportene inneholder betraktninger om markedet og konkurransesituasjonen, samt vurderinger og strategiske analyser som er overførbare til andre ruter. Dette er etter tilsynets oppfatning opplysninger som konkurrenter kan utnytte i egen virksomhet. Tilsynet viser også til e-post av 24. juni 2010 fra Color Line, der det anføres at både analysen av konkurranseflatene mellom rutene fra hhv. Bergen og Kristiansand og informasjonen om preferansene mv. til Color Lines kunder, fortsatt er relevant, og følgelig vil kunne gi en konkurrent informasjon som kan skade Color Line.

Tilsynet er uenig med klager i at markedet har endret seg på en måte som gjør at informasjonen ikke lenger er å anse som konkurransesensitiv. Det har ikke vært større endringer i markedsforholdene siden rapportene ble utarbeidet, og markedsaktørene og kundegrunlaget synes i stor grad å være det samme. Videre er informasjonen i rapportene sammenstilt på en slik måte, at selv om de aktuelle rutene ikke lenger er operative, vil analysene og vurderingen av disse fortsatt være konkurransesensitive.

Konkurransetilsynet kan heller ikke se at medgått tid, tilsier at rapportens innhold ikke lenger er å anse som konkurransesensitivt. Innholdet er fortsatt av aktuell og sensitiv karakter. Tilsynet bemerker særlig at strategiske analyser av markedet kan være konkurransesensitive i lang tid, blant annet fordi et foretaks strategi ofte vil være forholdsvis lik over en lengre tidsperiode. Tidligere strategier vil også kunne si noe om hvordan et foretak vil reagere i fremtiden. Tilsynet viser til Rt. 2009 s. 1103, der

Høyesterett fant at opplysninger som var 3-7 år, fortsatt var å anse som forretningshemmeligheter etter tvisteloven § 22-10.

Når det gjelder klagers henvisning til uttalelsen om at *"den tid som har passert er særlig relevant"* i sak 2003/07631 EO (Kværner ASA), der opplysninger som lå over to år bak i tid burde offentliggjøres, viser tilsynet til at Lovavdelingen foretok en konkret vurdering av forholdene i den konkrete saken, og at uttalelsen ikke kan tas til inntekt for en generell regel som setter to år som et skjæringspunkt. Det må foretas en konkret vurdering skadepotensialet. Tilsynet viser i denne forbindelse til Rt. 2000 s. 1391 og Rt. 2009 s. 1103. Konkurransetilsynet viser også til at opplysningene i overnevnte sak var av en helt annen karakter enn i denne saken.

Når det gjelder klagers henvisning til Kommisjonens Retningslinjer for anvendelsen av EF-traktaten artikkel 81 på sjøtransport, bemerker tilsynet at disse retningslinjene dreier seg om hva som er ulovlig informasjonsutveksling etter TFEU artikkel 101. Dette har svært begrenset overføringsverdi for hvilke opplysninger som kan anses for å være forretningshemmeligheter etter norske offentlighetsregler.

Konkurransetilsynet fastholder at den type opplysninger, sammenstillinger og analyser som rapportene inneholder er å anse som forretningshemmeligheter. Tilsynets oppfatning er at størstedelen av rapportene er å anse som forretningshemmeligheter. Det er derfor ikke tvilsomt at de vesentligste delene av rapportene inneholder forretningshemmeligheter, og at dokumentene derfor må unntas i sin helhet, jf. offentleglova § 12 bokstav c. Konkurransetilsynet fastholder at rapportene skal unntas innsyn etter offentleglova § 13 første ledd, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, jf. offentleglova § 12 bokstav c.

5. Nye opplysninger i departementets saksbehandling

5.1 Klagers merknader av 31. august 2010

Klager har i brev av 31. august 2010 kommentert Konkurransetilsynets oversendelsesbrev av 18. august d.å.

5.1.1 Nye rettslige grunnlag for innsyn

Klager stiller spørsmål om tilsynet har vurdert opphevelse av taushetsplikten i medhold av forvaltningsloven § 13 b nr. 1. Det fremgikk av innsynsbegjæringen at denne var fra Fjord Line. Etter forvaltningsloven § 13 b nr. 1 følger at loven § 13 ikke er til hinder for at opplysninger gjøres kjent for partene eller deres representanter. Klager viser til at de var part i sak 2005/675, som er saken som det er begjært dokumentinnsyn i. Klager presiserer at Konkurransetilsynet har adgang til å oppheve taushetsplikten både før og etter at saken er avsluttet.

Klager har også stilt spørsmål om tilsynet har vurdert om det skal gis innsyn etter konkurranseloven § 26 annet ledd, som utvider retten til innsyn i en avsluttet sak for

personer med rettslig interesse. Klager viser til Ot. prp. nr. 6 (2003-2004), der det framgår at konkurranseloven § 26 annet ledd er særlig aktuell der tredjemenn mener å ha lidt tap som følge av en overtredelse av konkurranseloven, og opplysningene skal benyttes ved et privat søksmål eller ved vurderingen av om et slikt søksmål skal anlegges. Klager fremhever at dokumentene det er begjært innsyn i, skal benyttes i et privat søksmål, hvor en av anførslene er erstatning som følge av brudd på konkurranse-reglene. I forbindelse med det private søksmålet er samtlige opplysninger som knytter seg til markedsavgrensningen, og markedsaktørenes historiske markedsandeler, av sentral betydning å få belyst.

5.1.2 *Kommentarer vedrørende opplysningenes art*

Klager har vanskelig for å forstå at størstedelen av rapportene det er begjært innsyn i, utgjør forretningshemmeligheter.

Når det gjelder rapporten ”En analyse av Fjord Lines økonomiske situasjon i 2004 og 2005 med og uten Color Lines nye Danmarksrute fra Bergen”, mener klager at tittelen indikerer at rapporten for en stor del inneholder opplysninger om Fjord Lines økonomiske situasjon i 2004 og 2005. Klager mener at opplysningene om Fjord Lines økonomiske situasjon, ikke kan utgjøre forretningshemmeligheter for Color Line. Det er usannsynlig at opplysninger som angår Fjord Line er av konkurransemessig betydning for Color Line å hemmeligholde. Offentliggjøring av disse opplysningene gir verken økonomisk tap eller redusert gevinst for Color Line. Klager viser videre til at dette er analyser av en konkurrents økonomiske situasjon fem og seks år tilbake i tid. Når det gjelder Color Lines Danmarksrute, er denne lagt ned for flere år siden. Klager mener at Konkurransetilsynet ikke har vektlagt denne nedleggelsen.

Når det gjelder rapporten ”En økonomisk sjokkanalyse av markedsintegrasjon og potensiell kannibalisering mellom Bergen-Hanstholm ruten og de andre fergerutene til Danmark”, viser klager til at rapporten er utarbeidet i 2006, og at en av fergerutene er lagt ned.

Klager mener det har formodningen mot seg at opplysninger om og analyser av Fjord Lines økonomi for fem og seks år siden, samt analyser av en fergerute som ikke lenger er i drift, utgjør forretningshemmeligheter for Color Line i forvaltningslovens forstand.

Klager viser til at det i klagen ble påpekt at en rekke data om fergemarkedet kan kjøpes gjennom kommersielt tilgjengelige databaser. Det fremkommer imidlertid ikke av tilsynets oversendelsesbrev hvor stor andel av rapportene som stammer fra offentlig tilgjengelig materiale. Klager har undersøkt dette nærmere, og funnet at dette blant annet omfatter opplysninger om antall passasjerer, biler, busser og trailere for hver operatør på hver enkelt linje. Slike opplysninger er derfor ikke hemmelig informasjon, verken i 2006 eller i dag.

5.1.3 *Kommentarer vedrørende tilsynets saksbehandling og vurdering*

Klager mener at det i oversendelsesbrevet til departementet synes som om rapportene er vurdert samlet, og at det ikke er mulig å identifisere hva slags type opplysninger som inngår i hver av rapportene. Klager mener Konkurransetilsynets angivelse av rapportenes innhold i oversendelsesbrevet, sammenholdt med begrunnelsen for å nekte innsyn, kan indikere at tilsynet verken har foretatt en reell vurdering av hvilke opplysninger som i dag skal anses for forretningshemmeligheter, eller om offentliggjøring av disse opplysningene i dag vil kunne påføre Color Line et økonomisk tap. Klager mener at tilsynets begrunnelse er vanskelig og uoversiktlig. Redegjørelsen er preget av henvisninger til generelle utgangspunkter og felles behandling av de to rapportene. Klager mener også at begrunnelsen ville ha vært mer tilgjengelig om tilsynet hadde foretatt konkrete vurderinger av opplysninger eller kategorier av opplysninger, med begrunnelse for hvorfor akkurat disse skal unntas offentlighet.

Klager hevder at sammenstillinger av opplysninger i seg selv ikke er en beskyttelsesverdig forretningshemmelighet, og at dette særlig må gjelde opplysninger som relaterer seg til forhold i perioden 2004-2006.

Klager mener at det er usannsynlig at fem-seks år gamle redegjørelser om utviklingen og trender i fergemarkedet generelt, og betraktninger om markedet og konkurransesituasjonen, kan utgjøre forretningshemmeligheter i dag. Det er vanskelig å se hvordan offentliggjøring av historiske, generelle redegjørelser og utviklingstrekk, kan føre til økonomisk tap for Color Line. Klager mener at tilsynet ikke har begrunnet dette på en overbevisende måte.

Klager er også uenig med tilsynet i at vurderinger og strategiske analyser av aktuelle konkurranseforhold i markedet er av aktuell og sensitiv karakter. Klager er heller ikke enig med tilsynet i at det ikke har skjedd større endringer i markedsforholdene, eller i at analysene og vurderingene er overførbare til andre fergeruter. I klagen av 20. juli d.å. ble det vist flere betydelige endringer på de aktuelle fergerutene. Det stilles derfor spørsmål om rapportenes aktualitet i dag og skadepotensialet for Color Line, dersom opplysningene i rapportene offentliggjøres.

Når det gjelder tilsynets påstand om at informasjon om reisevanene og preferansene til Color Lines kunder mest sannsynlig var å anse som forretningshemmeligheter i 2006, mener klager at spørsmålet heller er om offentliggjøring av slike kundedata kan føre til et økonomisk tap for Color Line. Klager mener det er særlig relevant at kundedataene stammer fra fergerutene Bergen-Danmark og Kristiansand-Danmark. Det er påpekt i klagen av 20. juli at det har skjedd store endringer på tilbudssiden de siste fem-seks årene. Dette er ikke reflektert i tilsynets begrunnelse.

Når det gjelder Konkurransetilsynets rettskildebruk, mener klager at det ikke finnes dekning i veilederen fra Justis- og politidepartementet for å tillegge Color Lines

oppfatning av om opplysningene er forretningshemmeligheter så stor vekt som tilsynet tilsynelatende har gjort i denne saken.

Videre når det gjelder Konkurransetilsynets henvisning til Rt. 2009 s. 1103, viser klager til Høyesteretts konkrete vurdering i saken om at *"sterkest grunn er det etter utvalet sitt syn for å gi innsyn i materialet som gjeld ruterekneskapene i perioden fram til og med oktober 2005, som er den perioden skadebotkravet gjeld for."* Klager viser til at innsyns-
begjæringen i foreliggende sak har bakgrunn i et privat søksmål fra Fjord Line, som følge av brudd på konkurranselovgivningen. Konkurransetilsynet må derfor legge betydelig vekt på Fjord Lines interesse i å få innsyn i opplysninger av betydning for det private søksmålet. Klager viser i denne forbindelse også til uttalelsene i Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), side 239-240 om innsyn i medhold av konkurranseloven § 26.

5.2 Konkurransetilsynets merknader av 17. september 2010

Konkurransetilsynet har i brev av 17. september 2010, knyttet noen merknader til klagers brev av 31. august d.å.

5.2.1 Partsrettigheter etter forvaltningsloven

Ved behandlingen av innsynsbegjæringen vurderte tilsynet om den skulle behandles etter offentleglova eller forvaltningsloven. Tilsynet viser til at innsyn etter forvaltningsloven § 13 b nr. 1, forutsetter at den som begjærer innsyn er part i saken. Etter Konkurransetilsynets oppfatning er Fjord Line ikke part.

Tilsynet viser i denne forbindelse til partsbegrepet i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e. Part er en person som en avgjørelse *"...retter seg mot..."* *"...eller...ellers direkte gjelder."* I den aktuelle saken hadde Fjord Line klaget inn Color Line til Konkurransetilsynet for brudd på konkurranseloven § 11 for misbruk av dominerende stilling. Spørsmålet var om Color Line, ved å opprette en ny fergeforbindelse på strekningen Bergen/Stavanger-Hirtshals foretok en kapasitetsøkning, som ville medføre at Fjord Line ble presset ut av markedet. Konkurransetilsynet avsluttet saken med et avslag etter konkurranseloven § 12 tredje ledd 19. juli 2006. Saken ble klaget til departementet, som opprettholdt tilsynets avgjørelse.

Når det gjelder spørsmålet om partsstilling i en sak, viser tilsynet til at dette vil bero på en konkret vurdering av hvor direkte og umiddelbare effekter et vedtak har for klager. I denne forbindelse anfører tilsynet at et eventuelt vedtak ikke ville ha rettet seg mot Fjord Line. Saken er heller ikke av en slik karakter at den *"ellers direkte gjelder"* Fjord Line. Videre er det konkurranselovens forbudsbestemmelser, og ikke et eventuelt vedtak om å gripe inn, som ville ha vært bestemmende for rettsstillingen. Tilsvarende vil en unnlattelse av å gripe inn heller ikke være bestemmende for rettstillingen til Fjord Line. Konkurransetilsynet viser i denne forbindelse til Sivilombudsmannens uttalelse fra 4. juli 1997, hvor det ble lagt til grunn at Konkurransetilsynets unnlattelse av å gripe inn mot en forretningsnektelse, ikke var bestemmende for klagers rettigheter og plikter, og dermed ikke var å anse som et enkeltvedtak. Begrunnelsen var at unnlatt

inn gripen, bare ville være av indirekte betydning for den som utsettes for forretningsnektelsen. Konkurransetilsynet mener også at et eventuelt vedtak ikke ville fått faktiske eller økonomiske virkninger som ville gitt grunnlag for partsstatus. Tilsynet viser også til uttalelser i juridisk teori om at den som anmelder et lovstridig forhold, som hovedregel ikke regnes som part i saken.⁸

Konkurransetilsynet bemerker at dersom departementet skulle komme til at Fjord Line er å anse som part i saken, er hovedhensikten med forvaltningsloven § 13 b nr. 1 å legge til rette for kontradiksjon. Tilsynet mener imidlertid at behovet for unntak veier tyngre enn behovet for innsyn i denne saken.

5.2.2 Konkurranseloven § 26

Konkurransetilsynet viser til at det verken gjennom begjæringen om innsyn, klagen eller øvrig korrespondanse i saken har fått opplysninger eller dokumentasjon som tilsier at vilkårene for innsyn etter konkurranseloven § 26 annet ledd er oppfylt. Tilsynet foretok derfor ikke en slik vurdering. Innsynsbejæringen av 22. juni 2010 var av generell karakter, og ga verken direkte eller indirekte noen oppfordring til å vurdere innsyn etter konkurranseloven § 26 annet ledd. Klager tok kontakt med tilsynet etter avslaget på innsynsbejæringen med spørsmål om konkurranseloven § 26 annet ledd, men tilsynet mottok ikke noen nærmere opplysninger eller dokumentasjon knyttet til dette spørsmålet. Tilsynet viser til at heller ikke klagen av 20. juli d.å. inneholder opplysninger eller dokumentasjon som tilsier at vilkårene i § 26 andre ledd er oppfylt.

Ettersom tilsynet ikke har hatt tilstrekkelig informasjon til å vurdere om vilkårene i konkurranseloven § 26 annet ledd er tilstede, har tilsynet ingen ytterligere merknader til anvendelsen av denne bestemmelsen.

5.2.3 Konkurransetilsynets saksbehandling og vurdering

Tilsynet har foretatt en selvstendig og konkret vurdering av om opplysningene er å anse som forretningshemmeligheter. Konkurransetilsynets vurdering er at rapportene inneholder konkurransesensitiv informasjon, og at Color Line kan påføres et økonomisk tap dersom det gis innsyn i rapportene. Tilsynet viser til oversendelsesbrevet av 18. august d.å. Grunnen til at tilsynet ikke skilte mellom innholdet i de to rapportene i oversendelsesbrevet, var at vurderingene som ble gjort var sammenfallende og kunne oppsummeres slik som det ble gjort i dette brevet.

Konkurransetilsynet viser til at det i tråd med god forvaltningsskikk, og offentlighetslova § 13 tredje ledd, har fremlagt innsynsbejæringen for Color Line for eventuelle merknader. Tilsynet bemerker at bransjens synspunkter er relevant i vurderingen av om opplysninger er å anse som forretningshemmeligheter. Det vises til Justis- og politidepartementets veileder til offentlighetsloven side 86, der det angis at det kan legges vekt på om det er vanlig praksis i bransjen å hemmeligholde den type

⁸ Woxholth G., *Forvaltningsloven med kommentarer*, 2006 side 100.

opplysninger det er snakk om, og i hvilken grad utlevering kan skade tillitten til forvaltningen. Tilsynet mener derfor at bransjeaktørenes, herunder Color Lines, vurdering av hva som er forretningshemmeligheter er et moment i vurderingen av hva som regnes som slike opplysninger.

Når det gjelder klagers anførsel om at opplysningene angår Fjord Line, og dermed ikke kan utgjøre forretningshemmeligheter for Color Line, viser tilsynet til at i rapportene anvendes, sammenstilles og analyseres opplysninger fra begge på en slik måte at dette ikke kan være avgjørende for om rapportenes innhold er å anse som forretningshemmeligheter eller ikke.

Når det gjelder klagers anførsel om opplysningenes alder og endringer i markedsforholdene, viser tilsynet til oversendelsesbrevet av 18. august d.å., hvor det framgår at tilsynet mener at markedsforholdene ikke har endret seg på en måte som gjør at opplysningene ikke lenger er å anse for forretningshemmeligheter. Både markedsaktørene og kundegrunnlaget synes i stor grad å være det samme. Informasjonen i rapportene er også sammenstilt på en slik måte, at selv om de aktuelle rutene ikke lenger er operative, så vil analysene og vurderingene av disse fortsatt være av konkurransesensitiv art. Vurderingene vil eksempelvis være overførbare til andre ruter.

Tilsynet kan derfor ikke se at opplysningene i partenes brev av 31. august d.å. endrer offentlighetsvurderingen.

5.3 Klagers merknader av 29. september 2010

5.3.1 Partsrettigheter etter forvaltningsloven

Klager bestrider tilsynets vurdering av at Fjord Line ikke er part. Det henvises til litteraturen, der det oppgis at partsbegrepet er materielt og at det er den reelle tilknytningen til saken som er avgjørende.⁹ Klager viser til at den saken "*ellers direkte gjelder*", omfatter en videre krets enn de som avgjørelsen retter seg mot.

Klager viser til at hvem "*saken ellers direkte gjelder*" må vurderes ut fra praksis og vedtakets karakter, rettsvirkninger og formål, og hvilke hensyn som er relevante ved sakens avgjørelse. Det vises til at den som direkte engasjerer seg i form av henvendelser, protester og liknende blir ansett som part, så lenge det ikke er tale om et mer allment, samfunnsmessig motivert initiativ. I juridisk litteratur uttales at i en avgjørelse som kan få en viss praktisk-økonomisk betydning for en person, vil man kunne ansees som part.¹⁰

⁹ Det vises til Torstein Eckhoff og Eivind Smith *Forvaltningsrett, 9. utgave* s. 283.

¹⁰ Klager viser til Eckhoff/Smith, op.cit. som belyser dette med en tredjeperson som blir påvirket av forurensning.

Klager viser også til Fjord Lines økonomiske interesser i sak 2005/875. Rederiet var tungt involvert i saken, siden det var mye som stod på spill. Fjord Line var eneste som opererte fergerute i denne delen av landet. Color Lines nye rute, og prispolitikken som rederiet valgte, utgjorde en trussel mot Fjord Lines virksomhet og rederiet risikerte å gå konkurs. Klager viser i denne forbindelse til departementets vedtak i klagesaken av 27. juli 2007. Det vises til at det ikke var andre fergerederier som var berørt av saken, og saken sto i realiteten mellom Fjord Line og Color Line. Fjord Line var involvert i saken på alle ledd av behandlingen.

Klager viser videre til at det var Fjord Line som klaget over Color Lines prispolitikk til Konkurransetilsynet, og bidro løpende med etterforskningen. Underveis i saken påla også Konkurransetilsynet Fjord Line en meldeplikt (V2006-15). Fjord Line klaget også Konkurransetilsynets avslag på anmodning om opphør inn for departementet.

Klager viser til at uansett så er Fjord Line part i klagesaken, der Fjord Line klaget på Konkurransetilsynets avslag på anmodning om pålegg om opphør inn for departementet, jf. departementets vedtak av 27. juli 2007. Dette vedtaket er adressert til Fjord Line ved rederiets advokat, og Fjord Line må således anses som en *"person som en avgjørelse retter seg mot"*, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e. Klager viser videre til forvaltningsloven § 28 som utvider rammen av personer med partsrettigheter, til også å gjelde andre med *"rettslig klageinteresse"*. Det samme må gjelde etter konkurranseloven § 12. Klager viser i denne forbindelse til Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) om at forvaltningslovens regler om klage skal gjelde så langt de passer.

Videre viser klager til at departementet ved tidligere anledninger har lagt til grunn at en klager i samme stilling som Fjord Line, gis rett til innsyn i henhold forvaltningslovens regler om partsinnsyn. Det vises i denne forbindelse til departementets vedtak av 3. mars 2010 i sak 20100372. Klager anfører at som part i klagesaken, har klager rett til å gjøre seg kjent med det faktiske grunnlaget for avgjørelsen, som vil omfatte de aktuelle dokumentene med unntak av opplysninger som selv ikke en part kan få innsyn i.

5.3.2 *Innsyn etter konkurranseloven § 26*

Til Konkurransetilsynets anførsel om at det ikke har fått opplysninger eller dokumentasjon som tilsier anvendelse av konkurranseloven § 26 annet ledd, anfører klager at de har rettslig interesse og dermed krav på innsyn etter bestemmelsen. Klager viser til forvaltningsloven § 34 om at forvaltningen skal vurdere de synspunktene som klager kommer med. Det vises også til forvaltningsloven § 33 annet ledd, som angir at underinstansen skal foreta de undersøkelser som klagen gir grunn til. Dersom Konkurransetilsynet ikke hadde tilstrekkelig informasjon til å vurdere forholdet til konkurranseloven § 26, måtte dette gjøres kjent for Fjord Line, som kunne ha bidratt til ytterligere avklaringer.

5.3.3 Ytterligere merknader knyttet til Konkurransetilsynets vurdering

Når det gjelder Konkurransetilsynets henvisning til juridisk teori, om at den som anmelder et lovstridig forhold som regel ikke regnes som part i saken, antar klager at Konkurransetilsynet viser til Lovavdelingens avgjørelse 3073/72E. Klager mener at denne uttalelsen neppe kan ha betydning for om man i konkurransesaker kan få partsrettigheter, der man klager inn et foretak for brudd på konkurranseretten. Saken knyttet Lovavdelingens uttalelse, gjaldt straffbare forhold som vil følge straffeprosessuelle regler. Her vil det være andre hensyn som tilsier at innsyn ikke innvilges. Klager bemerker videre at ”*som regel*” antyder at det i noen situasjoner kan gis partsstatus og innsyn ved anmeldelse av straffbare forhold. En henvisning til denne saken, uten å vurdere relevans for denne konkrete saken, er etter klagers mening mangelfullt.

Når det gjelder Konkurransetilsynets henvisning til Sivilombudsmannens uttalelse av 4. juli 1997, har klager problemer med å se hvordan denne kan underbygge tilsynets avgjørelse om partsbegrepet. Klager viser videre til at hvorvidt Konkurransetilsynets avslag på anmodning om å pålegge opphør utgjør et enkeltvedtak, ikke er bestemmende for om Fjord Line har innsynsrett som part.

Klager er uenig i Konkurransetilsynets anvendelse av forvaltningsloven § 13 b første ledd nr. 1. Klager mener at forvaltningsloven § 13 b første ledd nr. 1 gir partene adgang til opplysninger, også der dette ikke er nødvendig av hensyn til saksforberedelsen, også etter at saken er avsluttet. Klager viser til Ot. prp. nr. 3 (1976-77) side 29 og side 68. Videre viser klager til forvaltningsloven § 18, som direkte uttaler at retten til innsyn også gjelder etter at det er truffet vedtak i saken. Innsyn er dermed begrunnet i mer enn kontradiksjon, og i denne saken er informasjonen relevant for en pågående retts sak der konkurransespørsmål er en sentral del.

Klager viser videre til at vilkåret i forvaltningsloven § 13 b andre ledd, om behovet for å ”*vareta partenes tarv i saken*”, bare refererer seg til å bruke opplysningene. Det gis ingen begrensninger i partenes rett til å få opplysningene. Dette framgår ikke bare av bestemmelsens ordlyd, men også dersom den leses i sin helhet, fordi resterende del av bestemmelsen regulerer muligheten til å begrense bruken av opplysningene.

6. Departementets vurdering

6.1 Departementets saksbehandling

Departementet mottok klagen fra Fjord Line ved tilsynets brev av 18. august 2010. Klager kommenterte oversendelsesbrevet fra tilsynet i brev av 31. august d.å. til departementet. Klager anførte ytterligere grunnlag for innsyn, som departementet forela for tilsynet. Departementet mottok tilsynets kommentarer 17. september d.å., som klager kommenterte brev av 29. september d.å. I e-post av 19. november d.å. ble klager anmodet om å forelegge eventuelle nye opplysninger for departementet av

betydning for klagesaksbehandlingen. Klager opplyste at en hurtig avgjørelse av saken var viktigere enn å gi ytterligere opplysninger.

Departementet viser til punkt 2 ovenfor, om at det ikke har vært helt klart hvilke dokumenter det ble begjært innsyn i. I første omgang ble innsynsbegjæringen tolket av Konkurransetilsynet til å gjelde de to rapportene ”En analyse av Fjord Lines økonomiske situasjon i 2004 og 2005 med og uten Color Lines nye Danmarksrute fra Bergen”, skrevet av Bjørnenak, Jakobsen og Steen, samt rapporten ”En økonometrisk sjokkanalyse av markedsintegrasjon og potensiell kannibalisering mellom Bergen-Hanstholm ruten og de andre fergerutene til Danmark”, skrevet av Steen og Jacobsen. Basert på dokumentene i saken er departementet enig i at dette var en naturlig forståelse av hvilke dokumenter det ble begjært innsyn i. I klagen til departementet av 20. juli 2010 ble det imidlertid formidlet at det ble begjært innsyn i alle rapporter utarbeidet av økonomer, i tillegg til Harald Seltes presentasjon vedrørende slike rapporter. Således er dette en utvidelse av den opprinnelige innsynsbegjæringen fra klager. Begjæringen om innsyn i de to nevnte rapportene blir behandlet i denne saken. Innsynsbegjæringen i de øvrige dokumentene er behandlet som en egen sak i Konkurransetilsynet, som er påklaget i brev av 31. august d.å. Klagen er oversendt til departementet i brev av 29. november d.å., og er til behandling.

Først vil departementet vurdere klageanførsle knyttet til Konkurransetilsynets saksbehandling. Deretter vil departementet gjennomgå tilsynets rettsanvendelse ved vurderingen av innsyn etter offentlighetsloven. Videre vil FAD vurdere om partsrettigheter eller konkurranseloven § 26 annet ledd gir en rett til innsyn i ytterligere opplysninger enn det som følger av innsynsretten etter offentlighetsloven.

6.2 Konkurransetilsynets saksbehandling

Det er klaget på Konkurransetilsynets saksbehandling og begrunnelse. Klager mener at det foreligger en manglende vurdering av det rettslige grunnlaget for innsyn og begrunnelse for at innsyn ikke er gitt i denne saken.

6.2.1 Om tilsynet burde ha vurdert ulike rettslige grunnlag på eget initiativ (utredningsplikten) i forbindelse med innsynsbegjæringen fra Fjord Line

Klager mener at Konkurransetilsynet ikke har vurdert og utredet ulike rettslige grunnlag for innsyn. Departementet forstår klager slik at de mener at tilsynet på eget initiativ skulle ha vurdert og utredet nærmere om klager hadde utvidet rett til innsyn som part, og om det forelå en utvidet rett til innsyn etter konkurranseloven § 26 annet ledd, i forbindelse med behandlingen av innsynsbegjæringen fra klager av 22. juli 2010.

Som redegjort for ovenfor i punkt 2.2, avslo tilsynet innsynsbegjæringen fra klager med en henvisning til offentleglova § 13 første ledd, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 og offentleglova § 12 bokstav c.

Departementet merker seg at klagers innsynbegjæring var knapp. Det ble begjært innsyn uten henvisning til rettslig grunnlag og det ble kun opplyst om at ”*Vi bistod Fjord Line AS i saken*”. På den annen side er det ikke noe krav om at det skal oppgis et rettslig grunnlag for innsyn. Basert på en tolkning av teksten i innsynsbejæringen, var det imidlertid naturlig for Konkurransetilsynet å slutte at det dreide seg om en innsynsbejæring etter offentlighetsloven. Det var ikke opplagt at uttalelsen, om at advokatfirmaet som bejærte innsyn i saken bistod Fjord Line i en tidligere sak, innebar at det samtidig ble bejært innsyn på vegne av parten. Tilsynet har likevel, som ledd i klagebehandlingen i brev av 17. september d.å. til departementet, opplyst om at det ved behandlingen av innsynsbejæringen fra Fjord Line vurderte om denne skulle behandles etter offentlighetsloven eller som partsinnsyn etter forvaltningsloven. Spørsmålet blir derfor om tilsynet skulle ha utredet dette spørsmålet nærmere, i forbindelse med innsynsbejæringen fra Fjord Line.

Departementet viser til at forvaltningsloven § 17 oppstiller en plikt for forvaltningen til å sørge for at en sak er så godt opplyst som mulig. Den regulerer omfanget av utredningen som må gjøres, før det fattes vedtak. Det følger av praksis, understøttet av juridisk teori, at det kan tas visse effektivitetshensyn ved anvendelsen av forvaltningsloven § 17.¹¹ Å snu bevisbyrden til den som kan bevise et forhold til lavest kostnader, og som har insentiv til å bevise forholdet, kan bidra til at saken blir bedre opplyst.¹² Departementet mener i denne forbindelse at partene hadde all oppfordring, og besatt den nødvendige profesjonalitet til å opplyse om at det ble bejært innsyn på et annet grunnlag enn det som er det normale utgangspunktet etter offentlighetsloven. Departementet vil i denne sammenheng også bemerke at partene heller ikke tok opp dette spørsmålet i forbindelse med klagen datert 20. juli 2010. Det kom først opp i forbindelse med klagers kommentarer av 31. august d.å. til tilsynets oversendelse av 18. august d.å. til departementet. FAD kan derfor ikke se at det ble gjort noen feil fra Konkurransetilsynets side, ved at det ikke utredet nærmere spørsmålet om klager hadde partsrettigheter i forbindelse med behandlingen av innsynsbejæringen.

Når det gjelder forholdet til konkurranseloven § 26 annet ledd, inneholdt innsynsbejæringen fra klager heller ingen informasjon om at det kunne være aktuelt å benytte opplysningene i en erstatningssak. Videre, ble dette spørsmålet heller ikke tatt opp i forbindelse med klagen av 20. juli d.å. Også dette kom opp i forbindelse med klagers kommentarer av 31. august d.å. til tilsynets oversendelsesbrev av 18. august d.å. til departementet. Tilsynet opplyser at det ikke har hatt tilstrekkelig informasjon til å vurdere om vilkårene i konkurranseloven § 26 annet ledd er tilstede. Partene mener imidlertid i brevet av 29. september d.å., at tilsynet burde tatt kontakt med klager for å få mer informasjon. Etter samme prinsipper som omtalt ovenfor, mener departementet at klager hadde all oppfordring og tilstrekkelig profesjonalitet til i forbindelse med

¹¹ Woxholth, G. (2006), *Forvaltningsloven med kommentarer*, Gyldendal, side 327.

¹² Woxholth (2006) side 333 drøfter partenes medansvar. Relevante momenter er om opplysningene det er snakk om taler til partenes egen fordel, om partene sitter på argumenter som lett kan bringes fram, og om partene har hatt en særlig oppfordring til å komme med opplysningene.

innsynsbegjæringen å komme med en dokumentert begrunnelse for at vilkårene i konkurranseloven § 26 andre ledd var til stede. Departementet kan derfor ikke se at det foreligger noen mangelfull utredning fra tilsynets side, ved at det ikke ble iverksatt nærmere undersøkelser knyttet til konkurranseloven § 26 andre ledd.

6.2.2 *Konkurransetilsynets begrunnelse for avslaget på innsynsbegjæringen*

Det er klaget på tilsynets begrunnelse og bevisvurdering i forbindelse med vurderingen av om opplysningene er forretningshemmeligheter.

Klager har blant annet anført at det ikke framgår om tilsynet har gjort en konkret vurdering av om opplysningene skal unntas offentlighet. Departementet bemerker i denne sammenheng at begrunnelsesplikten for et avslag på en begjæring om innsyn etter offentleglova, reguleres i § 31. Etter bestemmelsens første ledd skal avslaget være skriftlig, det skal opplyses om hjemmel for avslaget, og om klageretten. Departementet kan ikke se at tilsynets avslag på begjæringen om innsyn i e-posten av 30. juni d.å. ikke oppfyller dette. FAD bemerker at offentleglova § 31 annet ledd gir klager en rett til å kreve en nærmere begrunnelse for avslaget. Departementet kan ikke se at det ble fremmet et slikt krav i denne saken overfor tilsynet. Avslaget ble imidlertid påklaget, jf. offentleglova § 32. Departementet kan dermed ikke se at det foreligger noen feil ved tilsynets begrunnelse.

I brevet av 31. august d.å. anfører klager om tilsynets begrunnelse at *"Vi kan heller ikke se at Konkurransetilsynet har begrunnet dette på en overbevisende måte"*. Departementet antar at det her siktes til at tilsynet, i tillegg til den manglende begrunnelsen jf. ovenfor, ikke har oppfylt et beviskrav for at opplysningene utgjør forretningshemmeligheter. Vi kan ikke se at det foreligger noe annet enn et generelt krav til sannsynlighetsovervekt for at en opplysning skal anses for å være en forretningshemmelighet i henhold til det materielle vilkåret i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. Departementet mener derfor at tilsynet ikke har gjort en feil når det ikke har gitt en begrunnelse som har "overbevist" klager om at en opplysning utgjør en forretningshemmelighet.

6.3 Vurderingen av om opplysningene er offentlige

Et spørsmål i saken er om opplysningene Konkurransetilsynet har unntatt er forretningshemmeligheter, jf. offentleglova § 13 første ledd og forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. Videre om omfanget av forretningshemmelighetene er så stort, at dokumentene kan unntas i sin helhet, jf. offentleglova § 12 bokstav c. I denne saken har klager reist innvendinger mot både vurderingskriteriene som tilsynet har anvendt og den konkrete anvendelsen av disse.

Departementet vil først gjennomgå hvilke vurderingskriterer som er relevante for om en opplysning utgjør en forretningshemmelighet. Deretter vil vi se nærmere på den konkrete rettsanvendelsen fra tilsynet i denne saken.

6.3.1 *Vurderingstemaet for om opplysninger er å anse som forretningshemmeligheter*

Spørsmålet ved vurderingen av om opplysninger er forretningshemmeligheter etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, er om det dreier seg om *”tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår.”* Det sentrale spørsmålet i denne sammenheng er om innsyn i opplysningene vil medføre et økonomisk tap eller redusert gevinst for den opplysningene gjelder.¹³ Dette må vurderes konkret i den enkelte sak. Rettspraksis og forvaltningspraksis gir veiledning, og angir relevante hensyn for vurderingen.

Klager har vist til rettspraksis og forvaltningspraksis vedrørende vurderingen av om opplysninger utgjør forretningshemmeligheter og tilsynet har kommentert klagers tolkning av denne praksis. Klager har framhevet betydningen av opplysningenes alder og art i praksisen det vises til. Departementets mener at det normalt ikke kan oppstilles en regel som angir at opplysninger av en viss alder eller art, alltid eller aldri er forretningshemmeligheter. Som et utgangspunkt vil imidlertid opplysningenes alder og nærhet til andre aktørers konkurransemessige beslutninger, være av betydning. Dette innebærer at jo eldre opplysningene er, og jo fjernere opplysningene ligger fra beslutninger av konkurransemessig betydning hos andre aktører, jo mer skal det til for at det dreier seg om forretningshemmeligheter. I slike tilfeller vil det normalt være mindre mulighet for at offentliggjøring av opplysningene kan brukes slik at den opplysningen angår lider et økonomisk tap.

I denne saken har det også vært reist spørsmål om relevansen av vurderingene fra den opplysningene angår, i forbindelse med avgjørelsen av om det foreligger en forretningshemmelighet. Departementet vil i denne forbindelse vise til at vurderingen av om en opplysning er en forretningshemmelighet, vil bero på de faktiske virkningene av om opplysningene gjøres kjent. Den som besitter opplysningene, vil normalt kunne belyse disse virkningene. En aktørs begrunnelse for hvorfor en opplysning utgjør en forretningshemmelighet, vil derfor være relevant for om en opplysning faktisk utgjør en forretningshemmelighet.

Departementet vil også påpeke at det er et relevant moment ved vurderingen av om en opplysning er en forretningshemmelighet, om den kan skade tillitsforholdet til forvaltningen.¹⁴ Dette må veies mot offentleglova sitt formål om innsyn i forvaltningens virksomhet, for blant annet å skape tillit. Det er naturlig at uttalelser fra den aktøren som opplysningen angår, vil kunne bidra til å belyse denne avveiningen.

¹³ Se Justis- og Politidepartementet, *”Rettleiar til offentleglova”* side 84. Se også Bernt J.F. og Rasmussen, Ø.(2010), *Frihagens Forvaltningsrett Bind I, 2. utgave* side 237 og Woxholth G. (2006) op. cit. side 253.

¹⁴ Se Justis- og Politidepartementet *”Rettleiar til offentleglova”* side 86.

6.3.2 *Om Konkurransetilsynets rettsanvendelse i den konkrete saken*

Som begrunnelse for at opplysningene er unntatt offentlighet viser tilsynet til at rapportene inneholder betraktninger om markedet og konkurransesituasjonen, samt slike betraktninger som er overførbare til andre ruter. Tilsynet mener at innholdet fortsatt er av aktuell og sensitiv karakter. Det vises til at et foretaks strategi ofte vil være forholdsvis lik over lang tid. Klager har på sin side gjort gjeldende at opplysningene er av en slik art at de ikke er konkurransesensitive, og at de eventuelt på grunn av den tid som er gått ikke er å anse som konkurransesensitive. Klager mener også at en rekke av opplysningene uansett er offentlig tilgjengelige.

Departementet mener at Konkurransetilsynet ikke har foretatt en tilstrekkelig konkret gjennomgang av opplysningene i hvert av dokumentene det er begjært innsyn i, og har derfor foretatt en slik gjennomgang nedenfor.

Rapporten "En analyse av Fjord Lines økonomiske situasjon i 2004 og 2005 med og uten Color Lines nye Danmarksrute fra Bergen", skrevet av Bjørnenak, Jakobsen og Steen inneholder en oppsummering og introduksjon med gjennomgang av mandat, en analyse av Fjord Lines økonomiske situasjon i 2002-2005, en analyse av trafikkutviklingen i fergemarkedet og en analyse Fjord Lines økonomiske situasjon i 2005 uten Color Lines inntreden.

Når det gjelder analysen av Fjord Lines økonomiske situasjon 2002-2005, består denne delen hovedsakelig av en sammenstilling av offentlig tilgjengelige regnskapsdata for Fjord Line. Departementets vurdering er at disse opplysningene ikke utgjør forretningshemmeligheter. Det er imidlertid enkelte vurderinger som utgjør forretningshemmeligheter. Departementet mener at det mest sannsynlig vil påføre Color Line et økonomisk tap, dersom Fjord Line får kjennskap til hvilke metoder Color Line bruker til å vurdere konkurrentens økonomiske situasjon og dermed handlefrihet.

Når det gjelder analysen av trafikkutviklingen, utvikles det en økonometrisk regresjonsmodell for dette formålet. En regresjonsmodell innebærer å utforme en modell som kan forklare og predikere en responsvariabel basert på en forklaringsvariable. Dette er modeller som har induktiv verdi. Det finnes ikke nødvendigvis en riktig modell, men flere mer eller mindre gode modeller. Det er derfor ikke opplagt for Fjord Line hvilken modell og forklaringsvariable Color Line har brukt. Hvis Fjord Line får innsyn i denne modellen, vil de få informasjon om Color Lines beslutningsgrunnlag og kan tilpasse seg strategisk til dette. Departementet mener at det mest sannsynlig vil medføre et økonomisk tap for Color Line, dersom Fjord Line får kjennskap til dette. Derfor er mesteparten av denne delen av rapporten unntatt som forretningshemmeligheter.

Når det gjelder analysen av Fjord Lines økonomiske situasjon i 2005 uten Color Lines inntreden, er dette en anvendelse av modellen som omtalt over, som vil gi betydelig informasjon om selve modellen. Denne analysen vurderes dermed også som en forretningshemmelighet.

Når det gjelder oppsummeringen og introduksjonen innledningsvis i rapporten er de av opplysningene der, som inneholder vurderinger og oppsummering av opplysninger senere i rapporten, vurdert som forretningshemmeligheter.

Rapporten ”En økonometrisk sjokkanalyse av markedsintegrasjon og potensiell kannibalisering mellom Bergen-Hanstholm ruten og de andre fergerutene til Danmark”, skrevet av Steen og Jacobsen inneholder en oppsummering og introduksjon, en omtale av bruk av metoder for markedsavgrensning, en deskriptiv analyse av trafikkutviklingen i fergemarkedet og noen økonometriske analyser relatert til passasjerdata og prisutvikling.

Oppsummeringen og introduksjonen inneholder dels offentlig tilgjengelige opplysninger og dels referanser til vurderinger som gjøres senere i rapporten. Departementet har ikke funnet at de offentlig tilgjengelige opplysningene utgjør forretningshemmeligheter, mens vurderingene utgjør forretningshemmeligheter.

Når det gjelder beskrivelsen av metoden for markedsavgrensning, består denne av en offentlig kjent metodebeskrivelse som ikke utgjør forretningshemmeligheter. Deler av kapittelet som beskriver metoden inneholder imidlertid vurderinger relatert til fergemarkedet, som etter departementets vurdering er forretningshemmeligheter.

Resten av rapporten inneholder utledning og analyse av en økonometrisk regresjonsmodell, som etter departementets vurdering utgjør forretningshemmeligheter, jf. omtalen av regresjonsmodeller ovenfor i forbindelse med den andre rapporten.

På denne bakgrunn har departementet funnet at rapportene delvis inneholder opplysninger som ikke er forretningshemmeligheter etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, og således er offentlige. Departementet mener i likhet med Konkurransetilsynet at de unntatte opplysningene utgjør en vesentlig del av dokumentene det er begjært innsyn i. FAD har likevel ikke funnet grunn til å anvende offentleglova § 12 bokstav c til å unnta hele dokumentet. En sladdet versjon av dokumentene er derfor vedlagt.

6.4 Vurdering av partsforhold og partsoffentlighet

Et spørsmål i saken er om klager har en utvidet rett til innsyn fordi klager har partsrettigheter, jf. også forvaltningsloven § 13 b nr. 1.

Et sentralt spørsmål i denne forbindelse er om klager var part i Konkurransetilsynets sak 2005/675.¹⁵ Denne saken ledet til et avslag fra Konkurransetilsynet etter konkurranseloven § 12 tredje ledd på klagen fra Fjord Line over Color Lines påståtte brudd på

¹⁵ Konkurransetilsynets avgjørelse A2006-46 Color Group og Color Line - Fjord Line - avslag på anmodning om å gripe inn.

konkurranseloven § 11. Fjord Line påklaget avgjørelsen til departementet, som opprettholdt tilsynets avgjørelse i vedtak av 27. juli 2007.

Departementets vedtak rettet seg mot klager (Fjord Line), og FAD legger derfor til grunn at klager var part i saken som gjaldt departementets klagevedtak. At Fjord Line var part i klagesaken i departementet, innebærer ikke nødvendigvis at klager også var part i Konkurransetilsynets opprinnelige sak etter konkurranseloven § 12 (sak 2005/675). Departementet har imidlertid ikke tatt endelig stilling til dette spørsmålet, ettersom det ikke får betydning for vurderingen, jf. nedenfor.

Etter forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b har en part ikke krav på å få gjøre seg kjent med de opplysninger i et dokument som *”som angår tekniske innretninger, produksjonsmetoder, forretningsmessige analyser og beregninger og forretningshemmeligheter ellers, når de er av en slik art at andre kan utnytte dem i sin egen næringsvirksomhet,”*...

Hvilke opplysninger som kan unntas etter forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b, kan naturlig nok ikke gå lenger enn de opplysningene som er underlagt taushetsplikt for andre enn parter etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. Selv om det ikke er direkte sammenfall i ordlyden om hvilke opplysninger som omfattes av forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b og dermed kan unntas partsoffentlighet, og hva som er taushetsbelagte opplysninger etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, vil imidlertid forskjellen i praksis være liten. De to regelsettene ivaretar flere av de samme hensyn.¹⁶ Ved vurdering av hvilke opplysninger som kan unntas etter forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b, vil derfor praksis fra forvaltningsloven § 13 første ledd bokstav b være relevant. Forvaltningsloven § 13 første ledd bokstav b skal som omtalt over i hovedsak hindre at den opplysningene angår lider et økonomisk tap som følge at opplysningene gjøres kjent. Dette hensynet vil derfor også være sentralt for vurderinger av hva som kan unntas etter forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b.

Konkurransetilsynet har ikke taushetsplikt overfor en part for opplysninger som faller inn under forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b. På den annen side, har en part heller ikke rett til slike opplysninger, jf. også ordlyden i bestemmelsen. Det vil avhenge av et skjønn om parten skal ha adgang til opplysningene eller ikke.¹⁷ I denne vurderingen er det relevant å veie skadevirkningene i form av økonomisk tap for den opplysningene angår mot partenes behov for kontradiksjon. Bare dersom *”det er av vesentlig betydning for parten å bli kjent med opplysningene for på forsvarlig måte å kunne vareta sitt tarv i saken”*, bør hensynet til hemmelighold vike.¹⁸ Retten til kontradiksjon er i tillegg til partenes selvstendige behov for å vareta sitt tarv, også viktig for sakens opplysning for å oppnå en riktig avgjørelse i samsvar med interessene bak regelen.

¹⁶ Jf. Torstein Eckhoff og Eivind Smith (2010), Forvaltningsrett, Universitetsforlaget, side 297.

¹⁷ Jf. Bernt, J.F., Norsk Lovkommentar, Gyldendal Rettsdata.

¹⁸ Jf. Ot. prp. nr. 38 (1964-1965) side 66 nederst i annen spalte.

Spørsmålet er således om det er av vesentlig betydning for parten å bli kjent med opplysningene, som det nå er begjært innsyn i, for på forsvarlig måte å kunne vareta sitt tarv i saken. Sakene i denne sammenheng er Konkurransetilsynets sak 2005/675 og departementets sak som ledet til vedtaket av 27. juli 2007.

Når det gjelder klagers interesser i Konkurransetilsynets sak 2005/675, så legger departementet til grunn at disse ble varetatt gjennom saken om avslaget på anmodningen om opphør som ledet til departementets vedtak av 27. juli 2007. Dette innebærer at uansett om klager skulle ha vært part i tilsynets sak 2005/675 eller ikke, så kan det ikke være av vesentlig betydning for klager å få innsyn i denne saken for å vareta sitt tarv. Spørsmålet blir dermed om tilgang til opplysningene, som det nå er begjært innsyn i, er nødvendig for at klager skal kunne vareta sitt tarv i departementet sak over klagen på avslaget på anmodningen om opphør som ledet til vedtaket av 27. juli 2007. Av klager begrunnelse for innsyn, jf. brev av 31. august 2010 til departementet og senere muntlig kontakt med klager, framgår det imidlertid at formålet med innsyn ikke er å ivareta kontradiksjon i departementets sak, men å benytte opplysningene i forbindelse med vurderingen av et sivilt søksmål i en annen sak. Departementet kan dermed ikke se at klager har en utvidet rett til innsyn i disse opplysningene. Spørsmålet om Fjord Line skal få tilgang til opplysningene til bruk i et sivilt søksmål, vil bli behandlet nedenfor i punkt 6.5 om vurderingene etter konkurranseloven § 26 annet ledd.

6.5 Vurdering etter konkurranseloven § 26

Konkurranseloven § 26 annet ledd angir i første punktum 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."*

Av Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) framgår at formålet med bestemmelsen er å gi *"...den som mener å ha et privatrettslig krav mot et foretak som følge av en overtredelse av forbudsbestemmelsene tilgang til de opplysninger konkurransemyndighetene har om overtredelsen."*¹⁹

Departementet bemerker at i saken hvor det nå er begjært innsyn (tilsynet sak 2005/675), ble det ikke funnet en overtredelse. Anmodningen fra Fjord Line om å pålegge opphør overfor Color Line ble som kjent avslått av Konkurransetilsynet, og senere opprettholdt av departementet i forbindelse med klagen fra Fjord Line. Departementet mener derfor at innsynskravet fra Fjord Line i denne saken er utenfor hovedformålet bak og kjerneområdet til konkurranseloven § 26 andre ledd om såkalte "follow on" private søksmål i *"...avsluttet sak om overtredelse..."*, der Konkurransetilsynet har funnet en overtredelse som private aktører kan forfølge videre i et eventuelt privat søksmål. Et annet anvendelsesområde er der Konkurransetilsynet har lagt vekk

¹⁹ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) side 176.

en sak om overtredelse av prioriteringshensyn, men der private ønsker å forfølge samme overtredelse privat.

I denne saken har departementet fått opplyst muntlig av klager at det private søksmålet det er aktuelt å benytte opplysningene til, ikke dreier seg om den påståtte overtredelsen i saken det er begjært innsyn i (sak 2005/675), men en annen påstått sak om overtredelse av konkurransereglene. I denne saken legger departementet dermed til grunn opplysningene skal brukes i en annen sak enn den opprinnelige saken om påstått overtredelse. Departementet mener at reelle hensyn taler for å vise tilbakeholdenhet med å gi ut opplysninger i saker, der det ikke er funnet overtredelse, til bruk for sivile søksmål i andre saker slik som i foreliggende tilfellet. Dette vil ligge utenfor kjerneområdet til konkurranseloven § 26 annet ledd, jf. også omtalen ovenfor. I slike tilfeller kan aktører også ha insentiv til å påstå en overtredelse av konkurransereglene hos en aktør, med det formål å oppnå opplysninger om en konkurrent, og på den måten omgå sentrale regler om innsyn. Det private søksmålet som innsynskravet springer ut av, bør derfor ha en nær tilknytning til den opprinnelige saken om overtredelse. Videre må behovet for innsyn i de taushetsbelagte opplysningene i slike tilfeller begrunnes særskilt. I denne saken har departementet mottatt få opplysninger fra klager om det private søksmålet. Departementet mener i denne sammenheng at klager har et hovedansvar for å opplyse om sitt behov for innsyn etter konkurranseloven § 26 annet ledd og har hatt en særlig oppfordring til å gjøre dette.

Departementet mener derfor at konkurranseloven § 26 andre ledd ikke gir klager en rett til innsyn i opplysninger som er underlagt lovbestemt taushetsplikt i denne saken.

6.6 Konklusjon

På bakgrunn av ovennevnte, og med hjemmel i offentleglova § 32 første ledd, jf. konkurranseloven § 8 første ledd har departementet fattet følgende vedtak:

Fjord Lines klage av 20. juli 2010 over Konkurransetilsynets avslag på innsyn tas delvis til følge.

Offentlige versjoner av de aktuelle dokumentene er vedlagt. Sladdete opplysninger er unntatt fra innsyn med hjemmel i offentleglova § 13 første ledd, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

Med hilsen

Therese Motzfeldt (e.f.)
fung. avdelingsdirektør

Peder Østbye
seniorrådgiver

Kopi: Konkurransetilsynet, Postboks 439 Sentrum, 5805 Bergen.