



**DET KONGELIGE FORNYINGS-
OG ADMINISTRASJONSDEPARTEMENT**

Advokatfirma Arntzen de Besche
v/ advokat Steinar Eskild Trovåg
P.O. Box 2734 Solli
0204 Oslo

Deres referanse
SET/set 417957

Vår referanse
200900643-/KKI

Dato
17. juni 2009

- 6

**Vedtak i sak om klage over Konkurransetilsynets avslag på innsyn i
lempningssøknader**

Fornyings- og administrasjonsdepartementet viser til klage 20. februar 2009 fra Arntzen de Besche Advokatfirma AS (klager). Klagen gjaldt Konkurransetilsynets avslag 30. januar i år på begjæring 28. januar om innsyn i samtlige dokumenter relatert til tre søknader om lempning. Departementet mottok saken ved Konkurransetilsynets oversendelsesbrev med kommentarer 27. februar i år. Klager anmodet om anledning til tilleggskommentarer til Konkurransetilsynets oversendelsesbrev, og departementet mottok disse ved brev av 27. mars 2009. Dokumentene som tilsynet vurderte i forbindelse med innsynsbejæringen, fulgte ikke saken, men ble oversendt til departementet i løpet av mai måned i år.

Sakens bakgrunn

Innsynsbejæringen gjaldt samtlige dokumenter i tre saker om lempning som FAD refererte til i høringsnotat 12. desember 2008 med forslag til endringer i konkurranse-loven. I notatet ble det bl.a. vist til at ordningen med sanksjonsbortfall eller reduksjon (lemping) som ble innført ved konkurranse-loven § 31, ikke syntes å virke effektivt fordi Konkurransetilsynet siden lovens ikrafttreden 1. mai 2004 bare hadde mottatt to søknader om lempning pluss en søknad om lempning i EU som også ble tatt opp i Norge. Det ble antatt at en lovendring som ga personer i foretak som ønsket å informere om et ulovlig samarbeid samme sikkerhet som foretaket for sanksjons-lempning sammen med en utvidet taushetsplikt, kunne effektivisere ordningen.

Anmodningen om innsyn ble ikke etterkommet. Konkurransetilsynet nektet 30. januar 2009 innsyn under henvisning til at søknader om lempning og tilhørende dokumenter i

utgangspunktet er å betrakte som dokument om lovbrudd fra private som kan unntas fra offentlighet etter offentleglova (offl.) § 24, 2. ledd, 1. pkt. Det ble likeledes vist til offl. § 24 første ledd om at det kan gjøres unntak fra innsyn for opplysninger når innsyn vil motvirke offentlige kontroll- eller reguleringstiltak. Selv om sistnevnte bestemmelse gjelder opplysninger og ikke dokument, legger tilsynet vesentlig vekt på at det foreligger et strengt behov for konfidensialitet for å fremme lempningsinstituttet som kontrolltiltak. I denne sammenheng er det vist til at høringssaken som foranlediget innsynsbegjæringen bl.a. gjaldt forslag om å innskjerpe taushetsplikt i forhold til lempningssøkers identitet. Det er vist til at de hensyn som taler for å unnta opplysningen i dokumentene knyttet til lempningssøknadene, gjør seg gjeldende for hele dokumentet opplysningene er inntatt i. Det fremgår at merinnsyn er vurdert, men at Konkurransetilsynet har kommet til at behovet for unntak veier tyngre enn behovet for innsyn.

Klagen

Konkurranseloven

Klager mener at tilsynets avgjørelse fremstår som de lege ferenda betraktninger og at de foreslåtte endringer i ny konkurranselov § 26 annet ledd siste punktum samt § 27a første og annet ledd langt på vei ville ha vært unødvendige, dersom Konkurransetilsynets avslag på innsyn var i samsvar med gjeldende rett.

Siden Konkurransetilsynet ikke har vist til krrl. § 26 går klager ut fra at alle sakene er avsluttet, at det ikke er nærliggende med verken gebyr eller anmeldelse og at spørsmålet om innsyn derfor skal avgjøres etter offentleglova, med mindre departementet mener at opplysningene er underlagt lovbestemt taushetsplikt.

I så tilfelle oppstår spørsmålet om utvidet innsyn etter konkurranselov § 26 annet ledd første punktum. Det anføres at hovedregelen i henhold til forarbeidene etter denne bestemmelsen er at det skal gis innsyn i opplysninger underlagt lovbestemt taushetsplikt, og at det ikke er tvilsomt at regelen er ment å gi utvidet innsyn i slik informasjon. Innsyn skal bare nektes dersom det ville virke urimelig overfor den som har krav på beskyttelse. Det er vist til at formålet bak regelen er å legge til rette for privat håndheving, og at dette har betydning for om innsynsbegjæringen får gjennomslag. Siden klager ikke har tilgang til opplysningen i dokumentene, kan det ikke avgjøres om vilkåret for rett til utvidet innsyn er til stede eller ei.

Offentleglova

Klager mener at det skal gis innsyn i samsvar med hovedregelen i offentleglova § 3 og at bestemmelsen i offentleglova § 24 ikke gir hjemmel for å gjøre unntak i dette tilfellet. Uansett om det skulle være hjemmel til unntak, mener klager at det burde vært praktisert meroffentlighet. Det er vist til uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling av 30. november 2005, som gjelder spørsmål om taushetsplikt vedrørende navn eller andre opplysninger som kan identifisere ansatte som har vært involvert i handlinger som har medført gransking/og eller ileggelse av gebyr for overtredelse. Klager mener

at uttalelsen illustrerer at unntaksadgangen etter det aktuelle alternativet måtte forstås snevert etter offentlighetsloven § 6 nr. 5 og at uttalelsen har betydelig overføringsverdi, selv om den formelt gjaldt en annen bestemmelse. Det er også vist til departementets høringsnotat på side seks, der det fremgår at FAD mener at offentleglova § 24 annet ledd første punktum ikke gir tilstrekkelig vern.

Det er videre sitert fra NOU 2003: 30 s. 230 der det fremgår at i de saker der unntaket er aktuelt, er det et vesentlig formål å avdekke om det har funnet sted en lovover-tredelse. Det er anført at begrunnelsen for regelen ikke lengre slår til når det er konkludert i saken, og at det derfor bør praktiseres meroffentlighet.

Under henvisning til forarbeidene til offentleglova anføres det også at unntaksadgangen ikke omfatter hele dokumentet, men bare opplysninger.

Videre anføres det at bestemmelsen i offentleglova § 24 første ledd ikke får anvendelse for lempning. Det er uttalt at bestemmelsen vil omfatte planlagte tiltak som gjelder opplysningsplikt og gransking etter krrl. § 24 og bevissikring etter krrl. § 25, men ikke lempningssøknader. Etter klagers oppfatning vil lempning etter sin art ikke falle innenfor begrepet "offentlige kontroll- eller reguleringstiltak eller andre pålegg eller forbod". Det er vist til at lempning er en ordning som gir hel eller delvis nedsettelse av overtredelsesgebyr. At formålet med lempningsinstituttet er å legge til rette for effektiv håndheving av konkurransereglene, endrer etter klagers oppfatning ikke den prinsipielt markante forskjellen mellom lempning og offentlige kontroll og reguleringstiltak. Det er vist til at det offentliges kontroll ved lempning erstattes av private bidrag til kontroll.

Dersom bestemmelsen i offentleglova skulle kunne anvendes, mener klager at forarbeidene til bestemmelsen indikerer at unntak er betinget av at kontroll- eller reguleringstiltaket ikke er avsluttet.

Det er videre uttalt at tilsynets utsagn om at søknader om lempning og tilhørende dokumenter i utgangspunktet er å betrakte som dokument om lovbrudd fra private, reiser tvil om Konkurransetilsynet har vurdert meroffentlighet etter offl. § 11 for alle aktuelle hjemler.

I tilleggssuttalelse 27. mars ble det gitt ytterligere kommentarer til offentleglova § 24 annet ledd første punktum. Klager mener at ordlyden i bestemmelsen ikke omfatter søknad om hel eller delvis nedsettelse av sanksjon for egen overtredelse, bare håndheving og melding om andres overtredelse. Det er etter klagers oppfatning en prinsipiell forskjell på dette som gjør at lempningssøknader faller utenfor. Det er vist til at bestemmelsen er begrunnet i hensynet til det offentliges kontrollvirksomhet, og at lempningsordningen ikke er en del av denne. I motsetning til på de fleste andre retts-områder er ikke kontrollmyndighetens håndheving enerådende på konkurranse-området. Det anføres at tilsynets tolking er et hinder for privat håndheving, i strid med

den sidestilte rolle privat håndheving er ment å ha på konkurranserettens område. Private aktører kan tenkes å vurdere bevisene annerledes enn tilsynet.

Meroffentlighetsvurderingen blir på bakgrunn av det ovenstående unyansert. Hensynet til å fremme privat håndheving er ikke nevnt, og begrunnelsen bak unntaket i offl. § 24 annet ledd første punktum treffer ikke.

Konkurransetilsynets vurdering av klagers anførsler

Vurderingen etter offentleglova

I oversendelsesbrevet til departementet av 27. februar uttaler Konkurransetilsynet at tilsynet har avslått innsynsbegjæringen med hjemmel i offentleglova § 24 annet ledd første punktum. Det er vist til at bestemmelsen gir adgang til unntak fra innsyn for "*melding, tips eller liknande dokument om lovbrøt frå private*" og at søknader om lempning med tilhørende dokumenter klart er omfattet av ordlyden i offentleglova § 24 annet ledd første punktum. Siden bestemmelsen i offentleglova § 24 annet ledd første punktum gir hjemmel for unntak i dette tilfellet, mener Konkurransetilsynet at det er unødvendig å drøfte om offentleglova § 24 første ledd eller annet ledd annet punktum gir unntakshjemmel.

De samme hensyn som begrunnet § 6 første ledd nr. 5 i tidligere offentlighetslov ligger etter tilsynets oppfatning også til grunn for gjeldende bestemmelse i offl. § 24 annet ledd første punktum. Uten en adgang til å unnta tips om lovovertridelser fra private antas omfanget av anmeldelser og tips å ville reduseres betraktelig, noe som ville være uheldig for myndighetenes kontrollvirksomhet.

Uttalelsen fra Justisdepartementets lovavdeling av 30. november 2005 gjelder opplysninger underlagt taushetsplikt med begrunnelse i personvern hensyn etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1 og tilsier etter Konkurransetilsynets oppfatning ikke at hensynet til myndighetens kontrollvirksomhet må tillegges mindre vekt i denne saken.

Tilsynet er enig med klager i at unntaksbestemmelsen etter gjeldende offentlighetslov i større grad enn den tidligere loven er knyttet til opplysninger enn til dokument. Det er i denne sammenheng vist til at utvalget i NOU 2003:30 tok stilling til unntaksenheten og at offentleglova § 24 annet ledd eksplisitt hjemler unntak for dokument.

Konkurransetilsynet har i samsvar med offentleglova § 11 vurdert om det skal gis merinnsyn, helt eller delvis, i de aktuelle dokumentene. Etter tilsynets syn gjør behovet for unntak seg gjeldende med stor tyngde i denne saken. De hensyn som begrunner offentleglova § 24 annet ledd første punktum, ligger bak unntaket. Hensynet til offentlig innsyn kan ikke veie tyngre i denne saken. Konkurransetilsynet har dermed kommet til at det ikke skal gis merinnsyn.

Vurderingen etter konkurranseloven

Konkurransetilsynet viser til at de foreslåtte endringene i krrl. §§ 26 og 27 gjelder taushetsplikt. Som gjennomgått over gir offentleglova hjemmel for unntak, men om det skal gis unntak må avgjøres konkret etter en vurdering av merinnsyn. Dette medfører at Konkurransetilsynet ikke kan garantere anonymitet på forhånd, da offentleglova § 11 forutsetter en konkret vurdering av merinnsyn. Foreslåtte lovendringer i konkurranse-loven §§ 26 og 27 styrker anonymiteten ved at det pålegges taushetsplikt.

Konkurransetilsynet er enig med klager i at bestemmelsen i konkurranse-loven § 26 annet ledd gir en utvidet adgang til innsyn i opplysninger som i utgangspunktet er underlagt taushetsplikt. Den som har krav på taushet, skal i så tilfelle varsles om innsynsbegjæringen, og gis anledning til å uttale seg innen en fastsatt frist. Konkurransetilsynet skal alltid foreta en skjønnsmessig vurdering, der behovet for bevaring av taushet blir vektet mot det konkrete behovet for innsyn. En uttalelse fra den som har krav på taushet, vil kunne gi Konkurransetilsynet informasjon om behovet for å nekte innsyn. I vurderingen av om det skal gis innsyn i taushetsbelagte opplysninger, vil tilsynet også kunne legge vekt på om innsyn vil bidra til realisering av konkurranse-lovens formål. Dette medfører en noe videre adgang til å gi innsyn i taushetsbelagte opplysninger, dersom innsynsbegjæringen har sammenheng med privat søksmål som kan bidra til å fremme konkurransen. Regelen innebærer likevel ikke en hovedregel om at det *alltid* skal gis innsyn i slike taushetsbelagte opplysninger. Videre kan innsyn etter bestemmelsen bare tilkjennes dersom den som ber om innsyn har en kvalifisert tilknytning til saken, ved at det blir krevd *rettslig interesse*.

På bakgrunn av ovenstående vurderinger fant Konkurransetilsynet ikke grunnlag for å omgjøre avslaget på begjæring om innsyn. Klagen ble derfor oversendt departementet til behandling.

Departementets vurdering og konklusjon

Departementet har lagt Konkurransetilsynets tolking av innsynsbegjæringen og klage fra Arntzen de Besche til grunn for identifikasjon av de dokumenter klagen gjelder, slik at departementets vurdering gjelder de samme dokumenter og opplysninger som tilsynets avslag på begjæring om innsyn. Dette tilsvarer så vidt departementet kan forstå det samme som er omhandlet i Kommisjonens meddelelse om bøtefritagelse eller bøtenedsettelse i kartellsaker (2006/C 298/11) artikkel 9.

Offentleglova § 24 annet ledd første punktum

I likhet med Konkurransetilsynet mener departementet at søknadene om lempning kan unntas offentlighet med hjemmel i offentleglova § 24 annet ledd første punktum, der det heter at "Det kan gjerast unntak for innsyn for melding tips eller liknande dokument om lovbrøt frå private." Som det framgår av lovteksten er unntaksenheten i dette alternativet i § 24 "dokument" og ikke opplysninger.

De tre lempningssøknadene består alle av erklæringer som innrømmer og omtaler angivelige overtredelser og viser til flere vedlegg som skal indikere overtredelse.

Departementet er i likhet med tilsynet, kommet til at også skriftlige bevis som fulgte de relevante virkesomhetserklæringene, dvs. det som i forslag til ny § 27a i konkurranse-loven er kalt "dokumenter om et foretak eller person sin viten om en overtredelse av konkurranse-loven § 10 og foretaket eller personen sin delaktighet i overtredelsen", er "dokument om lovbrøt" i offl. § 24 annet ledd første punktum som det er adgang til å unnta fra innsyn.

Ved meroffentlighetsvurdering etter offl. § 11 skal det avgjøres om det likevel bør gis innsyn i dokumentene. Det forutsetter en interesseavveining mellom behovet for hemmelighold og behovet for innsyn.

I NOU 2003: 30 på side 205 fremkommer de hensyn som begrunner muligheten for å nekte innsyn etter den aktuelle bestemmelsen: "Regelen er for så vidt godt begrunnet når det gjelder anmeldelser, tips eller lignende om lovovertrædelser fra private. Som antydning i forarbeidene til bestemmelsen (tidligere offl. § 6 nr. 5) må det antas at omfanget av slike anmeldelser og tips ville reduseres betraktelig dersom det ikke var adgang til å unnta dem fra offentlighet. Dette ville i så fall være uheldig for myndig-hetenes kontrollvirksomhet. Det vil videre være en fordel for den som anmeldelsen eller tipset gjelder, at henvendelser som viser seg ikke å ha noe for seg, kan unntas fra offentlighet."

Bakgrunnen for at det er innført tilbud om lempning i konkurranse-loven er at hoved-utfordringen i Konkurransetilsynets bekjempelse av alvorlig konkurranse-regulerende samarbeid består i å avdekke forbudt samarbeid etter krrl. § 10 og at innrømmelser om deltagelse i ulovlig samarbeid vil effektivisere tilsynets kontrollvirksomhet. Fordi overtredelse av § 10 forutsetter et konkurransebegrensende samarbeid, vil en søknad om lempning også implisere andres overtredelse i tillegg til eget lovbrudd.

På denne bakgrunn mener departementet at det ikke er tvilsomt at innsyn i de aktuelle søknadene vil påvirke tilsynets kontrollvirksomhet negativt. Departementet deler ikke klagers oppfatning om at en søknad om hel eller delvis nedsettelse av sanksjon for egen overtredelse neppe går inn under ordlyden i offl. § 24 annet ledd første punktum og faller utenom nedslagsfeltet til bestemmelsen.

Tvert imot mener departementet at hensynet til beskyttelse av melder og dermed opprettholdelse av tips til tilsynet som kontrollmyndighet, tilsvarer de hensyn som begrunner unntaksadgangen i offl. § 24 annet ledd første punktum.

På den annen side fremgår det ikke av saken at klager skulle ha noe særskilt behov for å få innsyn i de aktuelle dokumentene ut over en generell interesse. At hensynene bak hjemmelen for unntak slår til i de aktuelle tilfellene må etter departementets syn veie tyngre enn det generelle behovet for offentlighet. Departementet støtter derfor tilsynets vurdering og konklusjon om at dokumentene bør unntas offentlighet fordi det ellers

ville kunne undergrave intensjonen med lempningsordningen om å avdekke flere overtredelser av krrl. § 10. Behovet for unntak gjør seg derfor gjeldende med stor tyngde.

Klager har også reist spørsmål om ikke Lovavdelingens uttalelse JDLOV-2005-7675 viser at det ikke er rettslig grunnlag for å gjøre unntak fra innsyn med hjemmel i offentleglova § 24 annet ledd første punktum. Det er i saken som omtales, spørsmål om det er taushetsplikt for navn eller opplysninger som kan identifisere deltakere i et foretaks overtredelse av konkurranseloven § 11. Etter departementets oppfatning er uttalelsen ikke av betydning for denne innsynssaken, men illustrerer at det kan være behov for den lovendring som departementet har foreslått for å sikre anonymitet i forbindelse med lempningssøknader.

Konkurranseloven

Konkurranseloven § 26 annet ledd ble ved en feil opphevet ved årsskiftet i forbindelse med ikrafttredelse av offentleglova, pga. av en rettelse av § 26 sin henvisning til offentleglova før bestemmelsen fikk et nytt annet ledd. Det er visstnok ikke uvanlig at måten man gjennomfører denne typen rettelser på, kan få slike konsekvenser. Imidlertid var dette en ren teknisk feil som nå er i ferd med å bli rettet opp.

At konkurranseloven § 26 annet ledd en periode har vært borte har, slik departementet ser det, uansett ikke betydning for denne saken, da konkurranselovens §§ 26 og 27 ikke får anvendelse.

Departementet kan heller ikke se at ovennevnte feil ved ikrafttredelsen av offentleglova har påvirket Konkurransetilsynets behandling av innsynsbegjæringen eller klagen over nektelse av innsyn.

Departementet er enig i Konkurransetilsynets fremstilling av rettstilstanden vedrørende spørsmålet om innsyn etter konkurranseloven. Det er riktig at bestemmelsen i konkurranseloven § 26 annet ledd gir en utvidet adgang til innsyn etter at en sak er avsluttet fordi det er gitt en skjønsmessig adgang til innsyn i opplysninger som i utgangspunktet er underlagt taushetsplikt. Konkurransetilsynet skal vekte behovet for bevaring av taushet mot det konkrete behovet for innsyn.

Det er også riktig som klager sier, at sakene det er krevet innsyn i er avsluttet og at bestemmelsen i krrl. § 26 annet ledd kan komme til anvendelse dersom departementet mener at opplysningene er underlagt lovbestemt taushetsplikt. Som det fremgår av Konkurransetilsynets fremstilling er det imidlertid en viktig forutsetning for dette at den som begjærer innsyn har rettslig interesse. Departementet kan ikke se at det er gitt opplysninger fra klager i saken som skulle tilsi noen slik nær tilknytning til noen av sakene om lempning som det er begjært innsyn i. Kretsen som anses å ha slik interesse vil typisk være de som "mener å ha lidt tap" ved et lovbrudd og skal bruke opplysningene i et privat søksmål. Det kan f. eks. være kontraktsparter i en avtale med ulovlige klausuler eller konkurrenter som rammes av en overtredelse. I merknadene til

bestemmelsen, som tidligere var plassert i § 27, kan en se at kjerneområdet for bestemmelsen var tilfeller der tilsynet konstaterte en overtredelse og det ble fattet vedtak om overtredelsesgebyr.

Konklusjon

Departementet mener i utgangspunktet at alle de aktuelle dokumentene om lempning er dokumenter om lovbrøt i avsluttede saker om overtredelse av konkurranseloven § 10. Selv om sakene er avsluttet, får ikke konkurranseloven § 26 annet ledd anvendelse, da det ikke foreligger opplysninger i saken som tilsier at klager har rettslig interesse. Spørsmålet om innsyn reguleres derfor bare av offentleglova. Det er videre departementets oppfatning at offentleglova § 24 annet ledd første punktum gir hjemmel for å nekte innsyn i de aktuelle dokumentene og at lempningssøkerne og Konkurransetilsynets behov for hemmelighet, ut fra de hensyn som begrunner den aktuelle unntaksmuligheten i offentleglova § 24, må veie tyngre enn klagers behov for innsyn. Konklusjonen ved vurdering av meroffentlighet etter offl. § 11 er derfor at det bør nektes innsyn.

Departementet har etter dette med hjemmel i offentleglova § 32 fattet følgende vedtak:

Klage fra Advokatfirma Arntzen de Besche på Konkurransetilsynet avslag på innsyn i dokumenter relatert til tre lempningssøknader (dokument 1 i sak 2004/473, dokument 1 i sak 2077/77 og dokumentene 1, 2 og 3 i sak 2007/1314) tas ikke til følge.

Med hilsen

Steinar Undrum (e.f.)
avdelingsdirektør

Karin Kilset

Kopi: Konkurransetilsynet