



DET KONGELIGE FORNYINGS-
OG ADMINISTRASJONSDEPARTEMENT

Advokatfirmaet Hjort DA
v/Amund Fougner
Postboks 471 Sentrum
0105 OSLO

Deres referanse

Vår referanse
200802102-/POS

Dato
14.08.2008

Rentpack AS - klage over delvis avslag på partsinnsyn etter forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b - klagen tas ikke til følge

1. Bakgrunn

Departementet viser til Rentpack AS (Rentpack) klage av 24. juli 2008 fra Advokatfirmaet Hjort DA sendt departementet i brev av 31. juli 2008 fra Konkurransetilsynet.

Klagen gjelder Konkurransetilsynets avslag på partsinnsyn etter forvaltningsloven (fvl.) § 19 første ledd bokstav b for opplysninger i Konkurransetilsynets varsel om vedtak av 2. juli 2008 mot Rentpacks prispraksis.

Klagen er framsatt til departementet som rett klageinstans, jf. fvl. §§ 21 og 28 samt konkurranseloven § 8. Departementet legger til grunn at klagen er framsatt rettidig, jf. fvl. § 29.

2. Rentpacks anførsler

Rentpack mener at opplysningene som er unntatt, underbygger Konkurransetilsynets konklusjon om at Rentpacks gebyrøkninger har hatt merkbar konkurransebegrensende effekt i de relevante markedene. Dette er avgjørende for vurderingen av lovligheten etter konkurranseloven § 10. Dermed mener Rentpack at det er vanskelig tilstrekkelig grad å ivareta sin rett til kontradiksjon.

Rentpack viser til at Konkurransetilsynets varslede vedtak vil få merkbare økonomiske konsekvenser for Rentpack. Rentpack kan ikke se at behovet for hemmelighold hos den opplysningen angår er tilstrekkelig å nekte Rentpack partsinnsyn. Rentpack har i denne

forbindelse også påpekt at selskapet er eid av Bryggeriforeningens Servicekontor, som er et heleid datterselskap av Bryggeri- og drikkevareforeningen der en rekke av de aktuelle aktørene er medlemmer.

3. Konkurransetilsynets merknader til Rentpacks anførsler

Konkurransetilsynet angir for det første at opplysningene er å anse som forretningshemmeligheter. Opplysningene det er snakk om er informasjon om Lerums interne kommersielle vurderinger og foretakets forretningsstrategier. Disse er etter sin art sensitive og anses normalt som hemmelige av dem som gir dem til Konkurransetilsynet. Konkurransetilsynet angir at opplysningene kan utnyttes av andre aktører, blant annet Rentpack, på en måte som innebærer risiko for økonomisk tap hos Lerum. Dette vil særlig være aktuelt dersom Lerum ønsker å gjenoppta produksjon av brus og vann med kullsyre. Det har dermed konkurransemessig betydning for Lerum at opplysningene hemmeligholdes.

Tilsynet har vurdert om hensynet til kontradiksjon tilsier at Rentpack skal få innsyn i de aktuelle opplysningene. Tilsynet angir at opplysningene ikke har vært avgjørende for tilsynets konklusjon i varselet, men kun inngår som momenter i tilsynets samlede vurdering. Kontradiksjon om disse opplysningene er derfor etter Konkurransetilsynets syn ikke nødvendig for partenes mulighet til å ivareta sine rettigheter i saken. Rentpack kan selv legge fram sitt syn på konsekvensene Rentpacks tiltak har hatt for de ulike aktørene i markedet. Tilsynet mener derfor hensynet til kontradiksjon ikke overstiger hensynet til behov for hemmelighold for den opplysningene angår.

Konkurransetilsynet kan ikke se at aktørenes eventuelle medlemskap i Bryggeri- og drikkevareforeningen har betydning for spørsmålet om partsinnsyn i opplysningene. Aktørene i foreningene vil normalt ikke dele slik informasjon med hverandre, og Lerum er ikke medlem av foreningen. Tilsynet bemerker også at en slik informasjonsutveksling kan være i strid med konkurranseloven § 10 første ledd.

4. Departementets vurdering

4.1 Det rettslige grunnlaget

Forvaltningsloven § 18 fastslår som et utgangspunkt at en part har rett til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter. Dette gjelder uhindret av om opplysningene er underlagt taushetsplikt etter fvl. § 13, jf. fvl. § 13 b første ledd nr. 1.

Unntak fra dette utgangspunktet i § 18 følger av fvl. §§ 18 og 19. Fvl. § 19 første ledd bokstav b angir at en part "ikke har krav på" partsoffentlighet for "opplysninger i dokument" 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 egen næringsvirksomhet". Hvilke opplysninger som kan unntas, kan naturlig nok ikke gå lenger enn de opplysningene som er underlagt taushetsplikt for andre enn parter etter fvl. § 13 første ledd nr. 2. Selv om det ikke er direkte sammenfall mellom ordlyden om hvilke opplysninger som omfattes av fvl. § 19

første ledd bokstav b og dermed kan unntas partsoffentlighet, og hva som omfattes av taushetsbelagte opplysninger etter fvl. § 13 første ledd nr. 2, vil imidlertid forskjellen i praksis være liten. De to regelsettene ivaretar flere av de samme hensynene.¹ Ved vurdering av hvilke opplysninger som kan unntas etter fvl. § 19 første ledd bokstav b, vil derfor praksis fra fvl. § 13 første ledd bokstav b være relevant. Formålet bak fvl. § 13 første ledd bokstav b er i hovedsak å hindre at den opplysningene angår lider et økonomisk tap som følge at opplysningene gjøres kjent.² Dette hensynet vil derfor også være sentralt for vurderinger av hva som kan unntas etter fvl. § 19 første ledd bokstav b.

Konkurransetilsynet har altså ikke taushetsplikt overfor en part for opplysninger som faller inn under fvl. § 19 første ledd bokstav b. En part har heller ikke rett til slike opplysninger. Det vil avhenge av et skjønn om parten skal ha adgang til opplysningene. Skadevirkningene i form av økonomisk tap for den opplysningene angår, må veies mot partenes behov for kontradiksjon.³ Bare dersom ”det er av vesentlig betydning for parten å bli kjent med opplysningene for på forsvarlig måte å kunne ivareta sitt tarv i saken”, bør hensynet til hemmelighold vike.⁴ Retten til kontradiksjon er i tillegg til partenes selvstendig behov til å ivareta sitt tarv også viktig for sakens opplysning for å oppnå en riktig avgjørelse i samsvar med de interessene regelverket skal ivareta.

Skadevirkningene av innsyn i foretningshemmeligheter er økonomisk tap for den opplysningen gjelder. Skadevirkningene kan også være mer langsiktige ved at det å gi partsinnsyn i forretningshemmeligheter, kan forringe tilliten til en fortrolig forvaltningsmessig behandling av forretningshemmeligheter. Svekket tillit vil redusere aktørenes samarbeidsvilje til å gi forvaltningen opplysninger. Tilliten er viktig for at sikre at forvaltningens avgjørelser treffes på et godt opplyst faktagrunnlag. Dette er et relevant vurderingsmoment både for om opplysninger kan unntas som forretningshemmeligheter i første omgang⁵, og for vurderingen om disse skal kunne gis i partsinnsyn. Departementet vil imidlertid også påpeke at på konkurranserettsområdet vil som regel alle som gir opplysninger i forbindelse med en sak, i større eller mindre grad ha en interesse i utfallet av saken. Disse interessene samsvarer ikke nødvendigvis med det formålet konkurranseloven beskytter. Adgangen for partene og berørte tredjeparter til å uttale seg om opplysninger gitt av andre er en nødvendig korreksjon. Selv om det er svært viktig at aktører kan gi opplysninger til tilsynet i tillitt til at forretningshemmeligheter ikke blir gjort kjent, må ikke denne tilliten gå så langt at en aktør føler seg sikker på at misvisende eller feilaktige opplysninger blir stående uimotsagt.

Det bemerkes at dersom det gis innsyn i konkurransesensitive opplysninger, kan dette virke konkurransebegrensende og dermed påføre tredjeparter, utover de som opplysningene angår, et tap i form av redusert konkurranse. Reelle hensyn tilsier at dette også

¹ Jf. Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, Oslo 2003, side 246

² Jf. Arvid Frihagen, Forvaltningsrett Bind II, Bergen 1992 side 186.

³ Jf. Jan Fridthjof Bernt, Norsk Lovkommentar, Gyldendal Rettsdata

⁴ Ot. prp. Nr. 38 s. 66 nederst i annen spalte.

⁵ Jf. Arvid Frihagen, Forvaltningsrett bind I, Oslo 1986, s. 273

er relevant i den skjønnsmessige vurderingen av partsinnsyns i forvaltningssaker etter konkurranseloven.

Departementet vil påpeke at et varsel skal ivareta partenes rett til kontradiksjon. Det framstår derfor unaturlig at et varsel i omfattende grad inneholder opplysninger som er unntatt partsinnsyn.

4.2 Om opplysningene er forretningshemmeligheter etter fvl. § 19 første ledd bokstav b

Opplysningene som er unntatt, inneholder strategiske vurderinger knyttet til bruk av Lerums bruk emballasje, dvs. flasker. Det følger av tilsynets varsel at emballasje synes å være en viktig konkurranseparameter i markedene det er snakk om.

Departementet er enig med tilsynet i at de unntatte opplysningene er konkurranse-sensitive opplysninger. Andre aktører, herunder konkurrenter og kontraktsparter til Lerum, kan utnytte disse på en slik måte at det kan innebære et økonomisk tap for Lerum. Departementets vurdering er derfor at opplysningene kan unntas partsoffentlighet, jf. fvl. § 19 første ledd bokstav b.

4.3 Om opplysningene bør unntas etter fvl. § 19 første ledd bokstav b

Opplysningene som er unntatt, gjelder en aktørs vurdering av virkningene for sin egen virksomhet av tiltaket tilsynet har varslet inngrep mot. Det dreier seg om virkningene for denne aktøren. Dette inngår som en del av grunnlagsmateriale for Konkurransetilsynets konklusjon om at tiltaket virker konkurransebegrensende i markedet.

Etter departementets syn har Konkurransetilsynet begrunnet sin vurdering av virkningene i markedet på en slik måte at Rentpacks behov for kontradiksjon er tilstrekkelig ivaretatt. Rentpacks mulighet til kontradiksjon vil i liten grad endres ved at opplysningene gjøres kjent sett i forhold de mulige økonomiske skadevirkningene for Lerum. Departementet kan derfor ikke se at hensynet til kontradiksjon veier tyngre enn hensynet til hemmelighold av opplysningene.

Departementet vil også påpeke at informasjonen det er snakk om i denne saken, ikke bare kan skade Lerum om den blir kjent, men det vil også kunne bidra til at konkurransen begrenses til skade for sluttkundene. Dette er et argument mot at opplysningene gjøres kjent.

Departementet deler tilsynets vurdering av at det ikke er et hensyn som taler for kontradiksjon at Rentpack er eiet av Bryggeri- og drikkevareforeningen. Konkurransesensitiv informasjon utveksles normalt ikke i næringsorganisasjoner, og om slik informasjon utveksles må det være innenfor rammen av tillatt informasjonsutveksling etter konkurranseloven § 10.

4.4 Om andre tiltak enn å unnta opplysningene kan være egnet til å gjøre en bedre avveining av kontradiksjonshensynet mot hensynet til hemmelighold

Departementet har også på eget initiativ vurdert om en kan oppnå en bedre avveining av hensynet til kontradiksjon mot hensynet til hemmelighold ved at opplysningene gjøres tilgjengelig for partene under taushetsplikt, eventuelt gjøres tilgjengelig for partenes advokat under taushetsplikt.

Departementet har vanskelig for å se at dette ville være hensiktsmessig i denne saken. Delvis vil det være Rentpacks eventuelle egen bruk av opplysningene som ville påføre økonomisk tap for den opplysningene gjelder. I denne saken ville også offentliggjøring overfor partenes advokat under taushetsplikt også virke lite hensiktsmessig. Advokatens mulighet til å benytte opplysningene i kontradiksjonsøyemed uten å gjøre dem tilgjengelig for parten er svært begrenset, og medføre liten gevinst i forhold til den opplevde risikoen for at opplysningene kommer på avveie. Dette ville svekke den tilliten Konkurransetilsynet er avhengig av for å få opplysninger.

5. Vedtak

På bakgrunn av vurderingene under punkt 4 har departementet med hjemmel i fvl. § 21, jf. fvl. § 28 og konkurranseloven § 8 fattet følgende vedtak:

Rentpack AS klage av 24. juli 2008 på delvis avslag på partsinnsyn i Konkurransetilsynets varsel av 2. juli 2008 tas ikke til følge.

Med hilsen

Steinar Undrum (e.f.)
avdelingsdirektør

Peder Østbye
seniorrådgiver

Kopi:
Konkurransetilsynet