



DET KONGELIGE FORNYINGS-,
ADMINISTRASJONS- OG KIRKEDEPARTEMENT

Advokatfirmaet Thommessen AS
v/Siri Teigum
Postboks 1484 Vika
0116 OSLO

Deres ref.
6293110/1

Vår ref.
13/1037-EWS

Dato
18. april 2013

Klage fra Telenor over Konkurransetilsynets delvise avslag på begjæring om partsinnsyn i sak 2011/0077

1. Innledning

Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet viser til klage i e-post av 9. januar d.å. fra Telenor ASA (Telenor) v/ Advokatfirmaet Thommessen AS over Konkurransetilsynets delvise avslag på begjæring om partsinnsyn av 19. desember 2012 i sak 2011/0077. Departementet viser også til etterfølgende e-post av 25. januar d.å., hvor Telenor gir en nærmere begrunnelse for klagen og en presisering av hvilke opplysninger den gjelder.

Konkurransetilsynet har vurdert klagen og kommet til at den ikke fører frem. Klagen ble i brev av 19. mars d.å. oversendt til departementet som rett klageinstans, jf. lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) §§ 21 annet ledd, 33 fjerde ledd og 28 første ledd. Klagen er rettidig fremsatt, jf. forvaltningsloven § 29 første ledd.

2. Sakens bakgrunn

Klagen gjelder Konkurransetilsynets delvise avslag på begjæring om partsinnsyn i enkelte opplysninger gitt av TDC AS (TDC) v/Advokatfirmaet Selmer DA i forbindelse med klage av 28. januar 2011 til Konkurransetilsynet over Telenors påstått utilbørlige utnyttelse av dominerende stilling i grossistmarkedet for tilgang til mobilnett¹ i strid med lov av 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) § 11. TDC anførte i hovedsak at Telenors prissetting av mobiltjenester i grossist- og sluttbrukermarkedene påførte konkurrerende mobiltilbydere i sluttbrukermarkedet, herunder TDC, prisklemmer som

¹ Grossistmarkedet for tilgang og originerings i mobilnett – tidligere marked 15

ville kunne føre til utestenging av konkurrentene fra markedet (marginskvis). På denne bakgrunn anmodet TDC Konkurransetilsynet om å vurdere Telenors tilgangsvilkår i lys av konkurranseloven § 11, og at tilsynet med hjemmel i konkurranseloven § 12 første ledd traff vedtak om opphør av den påståtte overtredelsen gjennom å pålegge Telenor å senke tilgangsprisene. Klagen (med i alt 26 bilag) ble registrert som journalpost 1 på tilsynets sak 2011/0077.

Etter en konkret helhetsvurdering ble anmodningen fra TDC om å gripe inn mot Telenor avslått med hjemmel i konkurranseloven § 12 tredje ledd ved Konkurransetilsynets avgjørelse A2011-48 av 22. november 2011. Avslaget ble ikke påklaget.

Telenor begjærte partsinnsyn i sakens dokumenter i e-post av 12. desember 2012. Journalpost 1 i saken ble oversendt Telenor i e-post av 19. desember 2012. Med hjemmel i forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b unntok Konkurransetilsynet enkelte opplysninger fra partsoffentlighet som forretningshemmeligheter. Dette omfattet opplysninger i bilag 19 "Oversikt over anbudskonkurranser og resultater i perioden", bilag 21 "Sammendrag av informasjon fra Posten vedrørende prisforskjeller mv. for deltakere i anbudskonkurransen utarbeidet av TDC" og bilag 26 "Prissammenlikning mellom Norge, Sverige, Danmark og Finland". Bilag 21 ble unntatt fra partsoffentlighet i sin helhet, mens kun enkelte opplysninger i bilagene 19 og 26 ble unntatt fra partsoffentlighet ved at dokumentene ble sladdet.

Telenor har i e-post av 9. januar d.å. påklaget det delvise avslaget på partsinnsyn. Etter en ny vurdering har Konkurransetilsynet i e-post av 19. mars d.å. gitt Telenor fullt innsyn i bilag 21. Dette bilaget er derfor ikke lenger omfattet av klagen. Konkurransetilsynet har derimot ikke funnet grunnlag for å oppheve eller omgjøre det delvise avslaget på begjæringen om partsinnsyn for så vidt gjelder de aktuelle opplysningene i bilagene 19 og 26.

3. Klagers anførsler

Til støtte for klagen har Telenor anført at informasjonen som er unntatt fra partsoffentlighet i bilag 19 "Oversikt over anbudskonkurranser og resultater i perioden", synes å gjelde den endelige kontraktsverdien av ulike kontrakter som har vært gjenstand for anbudskonkurranse i en viss periode. Selskapet viser i den forbindelse til at slik informasjon ikke er å anse som forretningshemmeligheter etter at valg av leverandør er gjort, sml. lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova) § 23 tredje ledd.

Telenor har videre anført at opplysningene som er unntatt fra partsoffentlighet i bilag 26 "Prissammenlikning mellom Norge, Sverige, Danmark og Finland", synes å dreie seg om aggregerte og historiske tall. Telenor antar at disse opplysningene omfatter gjennomsnittsprisen i de nordiske landene, og at de derfor ikke kan anses som forretningshemmeligheter i forvaltningslovens forstand.

På denne bakgrunn mener Telenor at det ikke er grunnlag for det delvise avslaget på begjæringen om partsinnsyn, og krever derfor innsyn også i de opplysningene som Konkurransetilsynet har unntatt fra partsoffentlighet.

3. Konkurransetilsynets vurdering av klagen

3.1 Bilag 19 – ”Oversikt over anbudskonkurranser og resultat i perioden”

Konkurransetilsynet har sladdet opplysninger fra TDC om antatt verdi av kontrakter som Telenor har vunnet gjennom anbudskonkurranser over en periode på seks måneder. Konkurransetilsynet viser til at verdien av disse kontraktene er estimater fastsatt på bakgrunn av TDCs egne analyser, og gir følgelig ikke uttrykk for den endelige og totale kontraktsverdien. Bestemmelsen i offentleglova § 23 tredje ledd har derfor ikke betydning for vurderingen av om bilagene inneholder forretningshemmeligheter.

Konkurransetilsynet viser videre til at de sladdede opplysningene er informasjon som normalt ikke deles med andre foretak. Opplysningene er etter sin art sensitive og av konkurransemessig betydning å hemmeligholde. De aktuelle opplysningene vil kunne gi innsikt i TDC forretningsmessige vurderinger og strategiplanlegging. Tilgang til opplysningene vil kunne benyttes av andre foretak, herunder konkurrenter, i deres strategiske planlegging og markedstilpasning, noe som vil kunne påføre TDC et økonomisk tap.

På denne bakgrunn fastholder Konkurransetilsynet at de unntatte opplysningene i bilag 19 er å anse som forretningshemmeligheter etter forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b.

3.2 Bilag 26 – ”Prissammenlikning mellom Norge, Sverige, Danmark og Finland”

Konkurransetilsynet har sladdet opplysninger gitt av TDC om selskapets fremforhandlede tilgangspriser i MVNO-avtaler (Mobile Virtual Network Operator) med tilbydere i de nordiske landene (Norge, Sverige, Danmark og Finland). Konkurransetilsynet viser til at prisen på TDCs fremforhandlede tilgangsavtaler ikke er allment kjent og inneholder konkret informasjon om en sentral kostnadsfaktor. Opplysningene er etter sin art sensitive og er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde for den opplysningene gjelder. Dersom andre foretak, herunder TDCs konkurrenter, får kjennskap til hvilken pris TDCs har oppnådd i sine tilgangsavtaler i de nordiske landene, vil opplysningene kunne brukes i deres strategiplanlegging og markedstilpasning. Tilgang til opplysningene vil derfor kunne påføre TDC et økonomisk tap.

På denne bakgrunn fastholder Konkurransetilsynet at de unntatte opplysningene i bilag 26 er å anse som forretningshemmeligheter etter forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b.

3.3 Meroffentlighet

Konkurransetilsynet har foretatt en interesseavveining etter forvaltningsloven § 18 annet ledd og funnet at Telenors behov for kontradiksjon ikke veier tyngre enn TDCs behov for å holde de unntatte opplysningene hemmelig. I den forbindelse har Konkurransetilsynet særlig lagt vekt på at anmodningen fra TDC om å gripe inn mot Telenor ble avslått med hjemmel i konkurranseloven § 12 tredje ledd, og at avslaget ikke ble påklaget. På denne bakgrunn har Konkurransetilsynet kommet til at det ikke er grunnlag for å gi utvidet innsyn (merinnsyn).

4. Rettslig utgangspunkt

Forvaltningsloven § 18 slår fast at en part har rett til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter, uavhengig av om opplysningene er underlagt taushetsplikt etter samme lovs § 13, jf. § 13b første ledd nr. 1. Det oppstilles imidlertid unntak fra dette utgangspunktet i forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b. Det fremgår av denne bestemmelsen at en part ikke har krav på å gjøre seg kjent med opplysninger i et 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 sin egen næringsvirksomhet[...]" (heretter omtalt som "forretningshemmeligheter").

Departementet bemerker at en opplysning ikke regnes som en forretningshemmelighet dersom den er alminnelig kjent, eller alminnelig tilgjengelig andre steder, jf. også forvaltningsloven § 13a nr. 3.

Hvilke opplysninger som unntas kan 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 begrepsmessig sammenfall mellom hvilke opplysninger som omfattes av forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b, og dermed kan unntas partsoffentlighet, og hva som omfattes av taushetsbelagte opplysninger etter lovens § 13 første ledd nr. 2, vil realitetsforskjellen i praksis være liten. De to regelsettene ivaretar flere av de samme hensynene.² Ved vurderingen av hvilke opplysninger som kan unntas etter § 19 første ledd bokstav b, vil derfor praksis fra § 13 første ledd nr. 2 være relevant. Formålet bak § 13 første ledd nr. 2 er i hovedsak å hindre at den opplysningene angår lider et økonomisk tap som følge av at opplysningene gjøres kjent.³ Dette hensynet vil derfor også stå sentralt for vurderingen av hva som kan unntas etter § 19 første ledd bokstav b.

Konkurransetilsynet har ikke taushetsplikt overfor en part for opplysninger som faller inn under forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b. En part har heller ikke rett til å gjøre seg kjent med slike opplysninger. Det vil bero på et skjønn om partene skal ha adgang til opplysningene. Skadevirkningene i form av økonomisk tap for den som

² Jf. Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett 8. utgave*, Oslo 2006, side 261.

³ Jf. Arvid Frihagen, *Forvaltningsrett Bind II*, Bergen 1992, side 186.

opplysningene gjelder, må veies mot partens behov for kontradiksjon.⁴ Det følger av forarbeidene til forvaltningsloven at hensynet til hemmelighold bare bør vike dersom *"[...] det er av vesentlig betydning for parten å bli kjent med opplysningene for på en forsvarlig måte å kunne ivareta sitt tarv i saken."*⁵ Retten til kontradiksjon er, i tillegg til partenes selvstendige behov for å ivareta sine interesser, også viktig for sakens opplysning for å oppnå en riktig avgjørelse i samsvar med de interessene reglene skal ivareta.

Skadevirkningene av innsyn i forretningshemmeligheter er økonomisk tap for den opplysningen(e) gjelder. Skadevirkningene kan også være mer langsiktige ved at partsinnsyn i forretningshemmeligheter kan forringe tilliten til en fortrolig forvaltningsbehandling av slike opplysninger. Svekket tillit vil kunne redusere aktørenes vilje til å gi forvaltningen opplysninger i fremtidige saker. Tilliten er viktig for å sikre at forvaltningens avgjørelser treffes på et godt opplyst faktagrunnlag. Dette er et relevant vurderingstema både for om opplysninger kan unntas som forretningshemmeligheter i første omgang,⁶ og for vurderingen om disse skal kunne gis partsinnsyn.

Departementet vil imidlertid påpeke at på konkurranseområdet vil ofte alle som gir opplysninger i forbindelse med en sak kunne ha en interesse i utfallet av saken. Disse interessene samsvarer ikke nødvendigvis med konkurransemyndighetenes mål om å opplyse saken for å fatte riktige vedtak. Adgangen for partene og berørte tredjeparter til å uttale seg om opplysninger gitt av andre er derfor viktig. Selv om det er svært viktig at aktører kan gi opplysninger i tillit 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.

Departementet bemerker også at dersom det gis innsyn i konkurransesensitive opplysninger kan det virke konkurransebegrensende, og dermed påføre tredjeparter utover de som opplysningene angår, et tap i form av redusert konkurranse. Hensynet til å unngå begrensninger i konkurransen tilsier at dette også er relevant i den skjønnsmessige vurderingen av partsinnsyn i forvaltningssaker etter konkurranseloven.

5. Departementets vurdering av de enkelte opplysningene som er unntatt fra partsoffentlighet

Departementet vil i det følgende vurdere om opplysningene Konkurransetilsynet har unntatt fra partsoffentlighet i bilagene 19 og 26 kan anses som forretningshemmeligheter etter forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b.

⁴ Jf. Jan Fridthjof Bernt, Norsk Lovkommentar, Gyldendal Rettsdata.

⁵ Ot. prp. nr. 38 (1964-1965) om forvaltningsloven s. 66 nederst i annen spalte.

⁶ Jf. Arvid Frihagen, Forvaltningsrett bind I, Oslo 1986, s. 273.

5.1 Bilag 19 - "Oversikt over anbudskonkurranser og resultat i perioden"

Telenor anfører at de unntatte opplysningene i bilag 19 synes å gjelde informasjon om endelige og totale verdier av kontrakter som har vært gjenstand for anbudskonkurranse i en viss periode. I følge selskapet kan ikke slike opplysninger anses som forretningshemmeligheter etter at anbudskonkurransen er avsluttet, sml. offentleglova § 23 tredje ledd.

Departementet viser til at opplysninger om faktiske tilbud og protokoller etter regelverk gitt i medhold av lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige innkjøp kan unntas fra offentlighet etter offentleglova § 23 tredje ledd. Unntak fra innsyn etter denne bestemmelsen er som Telenor beskriver avgrenset i tid og gjelder bare inntil valg av leverandør er gjort, såkalt utsatt innsyn.

Det fremgår imidlertid av det opplyste at de unntatte opplysningene i bilag 19 omhandler estimater fra TDC om antatt verdi av kontrakter som Telenor har vunnet gjennom anbudskonkurranser over en periode på seks måneder. Verdianslagene er fastsatt på bakgrunn av TDCs egne analyser og kostnadsberegninger basert på kjennskap til kundene og erfaring i lignende anbudskonkurranser. Anslagene gir følgelig ikke uttrykk for den faktiske kontraktsverdien. De endelige og totale verdiene av Telenors kontrakter kan derfor være både høyere og lavere enn TDCs anslag. Departementet er derfor enig med Konkurransetilsynet i at bestemmelsen i offentleglova § 23 tredje ledd ikke er relevant for vurderingen av om opplysningene kan anses som forretningshemmeligheter i forvaltningslovens forstand.

Departementet er videre enig med tilsynet i at de unntatte opplysningene er sensitive etter sin art og av konkurransemessig betydning å hemmeligholde for TDC. Departementet viser i den forbindelse til at opplysningene kan gi indikasjon på hvordan TDC internt beregner pris- og kostnadselementer når selskapet inngir tilbud i anbudskonkurranser i bedriftsmarkedet. Dette er opplysninger som konkurrerende tilbydere normalt ikke har tilgang til. De unntatte opplysningene kan følgelig benyttes av konkurrerende tilbydere i strategiplanlegging og markedstilpasning, og innsyn i opplysningene kan derfor medføre et økonomisk tap for TDC. På denne bakgrunn finner departementet i likhet med tilsynet at de aktuelle opplysningene er forretningshemmeligheter som kan unntas partsoffentlighet i medhold av forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b. Departementet kan ikke se at Telenor har behov for innsyn i de unntatte opplysningene for å kunne ivareta sine interesser på en forsvarlig måte.

5.2 Bilag 26 - "Prissammenlikning mellom Norge, Sverige, Danmark og Finland"

Telenor anfører at de unntatte opplysningene i bilag 26 synes å gjelde aggregerte og historiske tall for gjennomsnittsprisen på MVNO-avtaler i Norden. Det fremgår imidlertid av det opplyste at disse opplysningene gjelder hvilke tilgangspriser TDC har oppnådd i sine MVNO-avtaler med netteiere i Sverige og Finland, og til hvilken pris

selskapet tilbyr avtale om MVNO-tilgang i Danmark. Opplysningene gjelder følgelig ikke det generelle prisnivået for MVNO-tilgang i de nordiske landene, men gir alene uttrykk for prisene på TDCs MVNO-avtaler i disse geografiske markedene.

Departementet viser til at opplysninger om hvilken pris en MVNO-tilbyder har fremforhandlet i sine tilgangsavtaler med netteier og til hvilken pris netteier tilbyr avtale om MVNO-tilgang, ikke er allment kjent og normalt ikke er tilgjengelig informasjon for konkurrerende tilbydere. Tilgang til slik prisinformasjon vil kunne gi konkurrerende tilbydere innsikt i TDCs forretningsmessige prioriteringer og disposisjoner i tilgangsmarkedene, og er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde for TDC. Departementet er derfor enig med tilsynet i at opplysningene kan utnyttes av konkurrerende tilbydere ved strategiplanlegging og markedstilpasning. Innsyn i slike opplysninger vil kunne medføre et økonomisk tap for TDC. Departementet deler på denne bakgrunn tilsynets vurdering av at opplysningene er å regne som forretningshemmeligheter som kan unntas fra partsoffentlighet, jf. forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b. Departementet kan ikke se at Telenor har behov for innsyn i de unntatte opplysningene for å kunne ivareta sine interesser i saken på en forsvarlig måte.

6. Departementets vurdering av meroffentlighet

Departementet vil i det følgende vurdere om det er grunnlag for å gi merinnsyn (utvidet innsyn) etter forvaltningsloven § 18 annet ledd.

Etter forvaltningsloven § 18 annet ledd skal forvaltningsorganet likevel vurdere om det skal gis helt eller delvis innsyn når det er adgang til å gjøre unntak fra innsyn. Innsyn bør gis dersom hensynet til parten veier tyngre enn behovet for unntak. Vurderingstemaet er om Telenors behov for kontradiksjon veier tyngre enn TDCs behov for å holde de unntatte opplysningene hemmelig.

I den konkrete interesseavveiningen ovenfor i punktene 5.1 og 5.2 har departementet kommet til at Telenors behov for partsinnsyn ikke veier opp for skadevirkningene som partsinnsyn kan gi TDC. Departementet viser til at Konkurransetilsynet i denne interesseavveiningen har lagt særlig vekt på at de unntatte opplysningene er gitt i en sak som er avsluttet, og uten at beslutningen om dette ble påklaget. På generelt grunnlag deler departementet tilsynets vurdering om at innsyn i opplysninger unntatt fra partsoffentlighet gir begrenset kontradiktorisk merverdi etter at en sak er avsluttet.

Selv om Konkurransetilsynet avsto TDCs anmodning om å gripe inn mot Telenor, vil departementet likevel bemerke at Post- og teletilsynet i vedtak av 23. mars 2012 påla Telenor å redusere tilgangsprisene. Bakgrunnen for Post- og teletilsynets vedtak var klage fra TDC om at tilgangsvilkårene selskapet oppnådde hos Telenor innebar diskriminering i strid med Telenors plikter etter det gjeldende marked 15-vedtaket. Med hjemmel i ekomloven § 10-6 påla Post- og teletilsynet Telenor blant annet å tilby TDC avtale om regulert tilgang i overensstemmelse med gjeldende krav til ikke-

diskriminering mellom eksterne virksomheter, og som innebar at TDCs tilgangskostnad måtte reduseres med 20 prosent. Samferdselsdepartementet stadfestet Post- og teletilsynets vedtak med enkelte justeringer i klagevedtak 20. mars 2012. Den delen av TDCs klage som gjaldt påstand om brudd på tilgangsplikt, samt *diskriminering mellom TDC og Telenors interne virksomheter*, er foreløpig ikke behandlet av Post- og teletilsynet. Samferdselsdepartementet har imidlertid pålagt Post- og teletilsynet å ta stilling til dette.

Som nevnt ovenfor vil hensynet til kontradiksjon normalt veie mindre i vurderingen av meroffentlighet etter at en sak er avsluttet. Men ettersom tilsvarende problemstilling knyttet til marginskvis fortsatt er til vurdering hos Post- og teletilsynet, finner ikke departementet å tillegge avgjørende vekt at den konkrete saken for Konkurransetilsynet er avsluttet. Departementet viser i den forbindelse til at Telenor fortsatt har et berettiget behov for innsyn. Departementet har likevel kommet til at hensynet til Telenors behov for kontradiksjon veier mindre enn hensynet til TDCs behov for hemmelighold av opplysningene. Det vises også til at hensynet til kontradiksjon for partene anses for tilstrekkelig ivaretatt gjennom Konkurransetilsynets saksbehandling.

På denne bakgrunn deler departementet Konkurransetilsynets vurdering om ikke å åpne for meroffentlighet i de unntatte opplysningene i bilagene 19 og 26.

7. Konklusjon og vedtak

Departementet har etter en samlet vurdering ikke funnet grunnlag for verken å oppheve eller omgjøre Konkurransetilsynets delvise avslag på begjæring om partsinnsyn i bilagene 19 og 26. Klagen har med dette ikke ført frem.

Med hjemmel i forvaltningsloven § 28 treffer departementet slikt vedtak:

Telenor sin klage av 9. januar 2013 over Konkurransetilsynets delvise avslag på begjæring om partsinnsyn av 19. desember 2012 tas ikke til følge.

Vedtaket er endelig og kan ikke påklages, jf. forvaltningsloven § 28 tredje ledd.

Med hilsen

Nils-Ola Widme (e.f.)
avdelingsdirektør

Eirik Wold Sandaa
seniorrådgiver

Kopi: Konkurransetilsynet
