

Arntzen de Besche Advokatfirma AS
v/advokatfullmektig Thea S. Skaug
PB 2734 Solli
0204 Oslo

Deres referanse

Vår referanse
200503082

Dato
20. mars 2006

Klage på delvis avslag på begjæring om innsyn - Konkurransetilsynets sak 2003/255

Det vises til Konkurransetilsynets brev til departementet av 12. september 2005, med oversendelse av klage datert 25. august d.å. fra Arntzen de Besche Advokatfirma AS ("Arntzen de Besche") over Konkurransetilsynets delvis avslag på innsyn i brev fra Advokatfirmaet Haavind Vislie AS (Haavind Vislie) datert 15. august d.å. på vegne av Norges Fotballforbund (NFF).

Videre vises det til Fornyings- og administrasjonsdepartementets brev av 2. januar 2006 til Arntzen de Besche, hvor det ble opplyst at Konkurransetilsynet avsluttet ovennevnte sak overfor NFF i slutten av desember 2005. På denne bakgrunn informerte departementet om at innsynsbejæringen fra Arntzen de Besche vil bli behandlet etter reglene i offentlighetsloven¹, jf. konkurranseloven § 26².

1. Bakgrunn

Arntzen de Besche begjærte 16. august 2005 innsyn i brev til Konkurransetilsynet fra Haavind Vislie på vegne av NFF av 15. august d.å. Brevet som det ble begjært innsyn i, inneholder svar på Konkurransetilsynets forespørsel av 28. juni 2005 om informasjon i forbindelse med NFF sitt salg av medierettighetene til norsk fotball til TV2 og Canal Digital. Konkurransetilsynet har opplyst at bakgrunnen for henvendelsen til NFF var å vurdere om forbundets avtale om salg av medierettigheter til norsk fotball til TV2 og Canal Digital var i strid med konkurranseloven § 10.

Konkurransetilsynet avsluttet behandlingen av innsynsbejæringen 18. august 2005. En god del opplysninger i dokumentet (brevet fra NFF av 15. august 2005) og vedleggene til dette ble vurdert som forretningshemmeligheter, unntatt offentlighet etter offentlighetsloven § 5a jf.

¹ Lov 19. juni 1970 nr. 69 om offentlighet i forvaltningen.

² Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger. Av forarbeidene til konkurranseloven § 26, jf. Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 239 første spalte, følger at en sak regnes som avsluttet blant annet hvis konkurransemyndighetene bestemmer seg for å ikke gå videre med saken.

forvaltningsloven³ § 13 første ledd nr. 2. Ettersom de unntatte opplysningene utgjorde det vesentlige av teksten, ble delen som inneholdt forretningshemmeligheter sladdet ut i sin helhet i den offentlige versjonen som ble oversendt Arntzen de Besche, jf. offentlighetsloven § 5a annet ledd. Det samme gjaldt vedleggene som ble vurdert unntatt offentlighet i sin helhet.

I brev av 25. august 2005 ble Konkurransetilsynets delvis avslag på innsynsbegjæringen påklaget av Arntzen de Besche med hjemmel i offentlighetsloven § 9 tredje ledd.

Konkurransetilsynet ga i e-post av 25. august 2005 NFF ved Haavind Vislie mulighet til å uttale seg om klagen fra Arntzen de Besche, og avga merknader i brev av 2. september d.å. til tilsynet.

Tilsynet opprettholdt sin avgjørelse om delvis avslag på innsyn og oversendte saken til daværende Moderniseringsdepartementet for klagebehandling i brev av 12. september 2005.

I brev av 16. september 2005 gir Arntzen de Besche sine merknader til Konkurransetilsynets brev til departementet av 12. september d.å. og brevet fra Haavind Vislie til tilsynet datert 2. september d.å.

2. Klagen fra Arntzen de Besche

Klager mener at alle de opplysninger som er unntatt av tilsynet i brevet med vedlegg neppe kan anses for å være drifts- eller forretningsforhold som det kan være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde.

Det vises til at taushetsplikten for næringsopplysninger i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 tar sikte på å hindre spredning av opplysninger som kan føre til økonomisk tap for vedkommende bedrift enten direkte eller ved at konkurrenter utnytter opplysningene. Klager viser til at hemmeligholdelse innebærer at opplysningene ikke må være alminnelig kjent eller alminnelig tilgjengelig andre steder. Videre må opplysningene være av en viss betydning, og de må være av en slik art at det er naturlig å regne med at en i vedkommende virksomhet anser de som forretningshemmeligheter, jf. Ot. prp. nr. 3 (1976-77) s. 22. Således stilles strenge krav for at offentlighetslovens hovedregel om offentlighet kan fravikes, og tilsynet må vurdere både opplysningens art og den eventuelle virkningen av at opplysningen gis ut. Klager mener at tidsaspektet er av avgjørende betydning for hvilke opplysninger som kan karakteriseres som hemmeligheter eller lignende som konkurrenter kan utnytte for sin egen drift. Det anføres at når salgsprosessen er avsluttet og endelig avtale inngått, skal det mye til for at opplysningene knyttet til den forutgående salgsprosessen er av en slik art at de kan utnyttes av andre og påføre NFF et økonomisk tap. Klager viser til at om tilbydere i denne salgsprosessen vil kunne lide et økonomisk tap som følge av offentliggjøring, er et annet spørsmål, men at det ikke kjenner til at tilsynet har kontaktet disse aktørene for å avklare eventuelle innsigelser mot offentliggjøring.

Klager anfører også at sladdingen som ble foretatt er for omfattende, og at nektelsen av innsyn i vedlegg i sin helhet indikerer at tilsynet ikke har foretatt en vurdering av hvorvidt hver enkelt opplysning i disse er å anse som en forretningshemmelighet.

³ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

For øvrig anfører klager i brev av 16. september 2005 at det ikke kan ha avgjørende betydning at NFF har opplyst at mindre omfattende medierettigheter foreløpig ikke er solgt så lenge offentliggjøring av opplysningene knyttet til forutgående prosesser ikke røper forretningshemmeligheter og strategier knyttet til rettighetene som ikke er solgt.

Videre har klager vanskelig for å se at opplysninger om hvem som mottok konkurransegrunnlaget, hvem NFF har hatt møter med under prosessen, hvor, når og på hvilken måte eventuelle senere forhandlinger har funnet sted, kan anses som forretningshemmeligheter, etter at forhandlingene er avsluttet og endelig avtale inngått. Klager viser også til at en rekke av disse opplysningene er blitt kjent gjennom media. I denne forbindelse vises til Justisdepartementets publikasjon "Veileder i offentlighetsloven" s. 63 hvor det fremkommer at opplysninger som er alminnelig kjent eller tilgjengelig andre steder ikke er å anse som forretningshemmeligheter.

Endelig tilbakeviser klager påstanden fra Haavind Vislie om at det ikke er et vilkår etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 at partene kan påføres et økonomisk tap som følge av offentliggjøringen. Det vises i denne forbindelse til uttalelse i "Veileder i offentlighetsloven" s. 63.

3. Konkurransetilsynets vurdering av klagen

Konkurransetilsynet kan ikke se at det fremkommer opplysninger i klagen fra Arntzen de Besche, som fører til at tilsynets tidligere avgjørelse helt eller delvis bør omgjøres.

Konkurransetilsynet har som nevnt innhentet Haavind Vislies vurdering av klagen i brev av 2. september 2005. Det fremkommer at brevet av 15. august 2005 med vedlegg som det er begjært innsyn i, inneholder detaljert informasjon om NFFs forhandlinger som det også etter at disse er avsluttet vil være av vesentlig betydning for NFF at ikke blir offentlig kjent. Opplysningene vil kunne røpe sensitive forhold rundt partens forhandlingsstrategi i tilsvarende konkurranser, og om tilbydernes betalingsevne/vilje. En offentliggjøring av opplysningene vil derfor være svært skadelig for tilbydernes posisjon i konkurransen om andre rettigheter. For NFF vil en synliggjøring av forhandlingsstrategien være svært skadelig, blant annet i forbindelse med salg av andre rettigheter. Det er også et generelt behov for konfidensialitet i forhandlinger. NFF har derfor i konkurransegrunnlaget forpliktet seg til å bevare taushet om budene som kom inn. På samme måte er tilbyderne pålagt taushet om forholdene rundt anbudsprosessen.

Konkurransetilsynet viser til at de i sin saksbehandling i saker som dette tar utgangspunkt i hovedregelen i offentlighetsloven § 2 om at forvaltningens dokumenter er offentlige så langt det ikke er gjort unntak i lov eller i medhold av lov. Tilsynet foretar således en selvstendig vurdering av om opplysninger som en part hevder er forretningshemmeligheter, faktisk er å betrakte som dette i forvaltningslovens forstand.

Tilsynet viser til at de sladdede delene av brevet inneholder detaljerte redegjørelser om forhold som er underlagt taushetsplikt. Fjernes opplysningene vil det som gjenstår stort sett være uleselig og for øvrig svært misvisende i forhold til hva som er det faktiske innholdet. Vedleggene er dokumenter fra en lukket anbudsprosess, hvor samtlige opplysninger som gir dokumentene innhold må anses som forretningshemmeligheter. Tilsynet viser i denne forbindelse til at både NFF og særlig tilbyderne deltar hyppig i slike prosesser. Opplysningene om enkeltaktørers deltagelse og handlinger i prosessen vil derfor kunne avsløre strategier og

økonomisk styrke hos den enkelte part, opplysninger som vil kunne bli misbrukt av konkurrenter og andre selgere i fremtiden.

Konkurransetilsynet mener således at vedleggene og de sladdede delene av brevet klagen gjelder inneholder informasjon som det er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til dem opplysningene angår. Slike opplysninger utgjør det vesentligste av innholdet i de sladdede avsnittene og i vedleggene.

4. Departementets vurdering

Departementet har vurdert klagen fra Arntzen de Besche og innsigelsene som fremkommer i brevet av 16. september 2005. Videre har departementet sett på Konkurransetilsynets begrunnelse for delvis avslag på innsyn i brevet fra NFF av 15. august d.å.. Departementet har også vurdert de argumenter som er anført av NFF i brev av 2. september, når det gjelder virkningene av å offentliggjøre de unntatte opplysningene.

Under dette punkt vil departementet først se på anvendelsen av konkurranseloven § 26 i denne saken, for deretter å vurdere klagen fra Arntzen de Besche over Konkurransetilsynets delvise avslag på innsyn i brevet med vedlegg fra NFF.

Forholdet til konkurranseloven § 26

Departementet vil knytte noen kommentarer til anvendelsen av konkurranseloven § 26 i forbindelse med Konkurransetilsynets behandling av innsynsbegjæringen fra Arntzen de Besche i tiden før tilsynet avsluttet⁴ saken overfor NFF.

Konkurranseloven § 26 regulerer forholdet til offentlighetsloven i saker om overtredelse av konkurranselovens forbudsbestemmelser⁵ eller vedtak i medhold av loven i en ikke avsluttet sak.

Formålet med Konkurransetilsynets henvendelse til NFF var å vurdere om forbundets avtale om salg av medierettigheter til norsk fotball til TV2 og Canal Digital var i strid med konkurranseloven § 10. Etter departementets oppfatning gjaldt således Konkurransetilsynets informasjonssinnhenting overfor NFF i brev av 28. juni 2005 en mulig sak om overtredelse av konkurranselovens forbudsbestemmelser. Det innebærer at § 26 kommer til anvendelse og at offentlighetsloven ikke gjelder så lenge saken ikke er avsluttet. Klager hadde således ikke krav på innsyn på klagetidspunktet. Imidlertid hadde Konkurransetilsynet en skjønsmessig adgang til å offentliggjøre opplysninger som ikke er underlagt taushetsplikt. Tilsynet av slo å gi ut opplysninger i saken fordi tilsynet mente at de er underlagt taushetsplikt. Klager hadde heller ikke klagerett på klagetidspunktet, men siden saken nå er avsluttet har departementet likevel besluttet å ta klagen opp til behandling.

Den materielle vurderingen av klagen

Departementet har en noe annen vurdering enn Konkurransetilsynet av hvilke opplysninger som skal unntas som forretningshemmeligheter i henhold til offentlighetsloven § 5a jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 i den offentlige versjonen av brevet fra NFF med vedlegg. I likhet med klager mener departementet at når forhandlingene er avsluttet og endelig avtaler er inngått, vil opplysninger om hvem som mottok konkurransegrunnlaget, samt om når og hvem NFF har hatt møter med under denne prosessen ikke generelt anses som forretningshemmeligheter som det vil være av konkurransemessig betydning å

⁴ Jf. s. 1 i dette brev.

⁵ Jf. konkurranseloven §§ 10, 11, 18 første ledd og 19 første ledd.

hemmeligholde. Også opplysninger som er blitt gjort alminnelig kjent på andre måter (gjennom pressekonferanse) vil være opplysninger som er offentlige og følgelig ikke underlagt taushetsplikt etter bestemmelsen om forretningshemmeligheter. I tråd med departementets vurderinger følger vedlagt en ny sladdet versjon av brevet fra NFF med vedlegg.

For øvrig opplyses at i forbindelse med vurderingen av spørsmålet om offentliggjøring har departementet ved telefaks av 26. januar 2006 forelagt den nye sladdede versjonen av brevet fra NFF med vedlegg for Haavind Vislie. I telefaks av 1. februar 2006 fra Haavind Vislie fremkommer at NFF har foretatt en ny vurdering av hvilke opplysninger som er offentlige, som i all hovedsak er i overensstemmelse med departementets syn.

For øvrig når det gjelder de andre opplysningene som er unntatt i brevet fra NFF med vedlegg mener departementet i likhet med Konkurransetilsynet at disse skal unntas offentlighet, fordi de er å anse som forretningshemmeligheter som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde. I denne forbindelse er departementet også enig i Konkurransetilsynets vurdering av at de unntatte opplysningene utgjør en vesentlig del av teksten, og at den delen som inneholder forretningshemmeligheter derfor er sladdet ut i sin helhet i den offentlige versjonen, jf. offentlighetsloven § 5a annet ledd. Tilsvarende er departementet enig i tilsynets vurdering av dette i forbindelse med å unnta de aktuelle vedleggene i sin helhet.

Departementet har på denne bakgrunn funnet grunn til å oppheve deler av Konkurransetilsynets delvise avslag på begjæring om innsyn fra Arntzen de Besche i brev fra Haavind Vislie på vegne av NFF av 15. august 2005 til Konkurransetilsynet.

Fornyings- og administrasjonsdepartementet har på denne bakgrunn fattet følgende vedtak:

Klagen fra Arntzen de Besche Advokatfirma AS på Konkurransetilsynets delvis avslag på anmodning om innsyn i brev av 15. august 2005 fra Advokatfirmaet Haavind Vislie AS på vegne Norges Fotballforbund tas delvis til følge.

Departementet gjør oppmerksom på retten til å fremsette krav om dekning av sakskostnader i henhold til forvaltningsloven § 36 jf. offentlighetsloven § 9 femte ledd.

Med hilsen

Steinar Undrum (e.f.)
avdelingsdirektør

Therese Motzfeldt
rådgiver

Vedlegg:

Ny sladdet versjon av brev datert 15. august 2005 med vedlegg fra NFF til Konkurransetilsynet.

Kopi:
Konkurransetilsynet
Advokatfirmaet Haavind Vislie AS, PB 359 Sentrum, 0101 Oslo.