

BAHR - Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen advokatfirma
Postboks 1524 Vika
0117 OSLO

Deres referanse
1049835/1

Vår referanse
200602358-/KKI

Dato
23. august 2006

Klage over avslag på begjæring om innsyn i Konkurransetilsynets SSNIP-test i sak 2006/100 om Gilde Norsk Kjøtt BA - Prior Norge BA etter konkurranseloven § 16

Fornyings- og administrasjonsdepartementet (FAD) viser til Deres klage av 6. juli i år på Konkurransetilsynets avslag etter offentlighetsloven § 5 første ledd på begjæring om innsyn i "en økonometrisk studie (SSNIP-test)" som tilsynet har utført i forbindelse med behandlingen av ovennevnte sak. Videre vises til Konkurransetilsynets brev datert 21. juli 2006 til FAD hvor tilsynet opprettholder sin vurdering vedrørende spørsmålet om innsyn.

Sakens bakgrunn

Sak 2006/100 vedrører Konkurransetilsynets inngrep etter krrl. § 16 mot foretakssammenslutningen mellom Gilde Norsk Kjøtt BA og Prior Norge BA. I denne sammenheng har tilsynet vurdert mulige overlappende markeder for de involverte foretakene. En gjennomgang av praksis fra EU, sammenholdt med egne skjønnsmessige vurderinger og en foreløpig SSNIP-test, ga, ifølge tilsynets vedtaksbrev av 9. juni 2006 i saken om foretakssammenslutningen, ikke tilstrekkelig entydige resultater til at det kan konkluderes med at produkter fra ulike kjøttslag inngår i de samme produktmarkedene. Tilsynet har under henvisning til offentlighetsloven (offl.) § 5 første ledd om interne dokumenter avslått BAHRs begjæring om innsyn i "...den økonometriske studien (SSNIP-test)som tilsynet angir er gjennomført på side 8 i vedtaket (offentlig versjon)." Meroffentlighet er vurdert, men avvist under henvisning til at dette dreier seg om internt, uferdig materiale som ikke er ment for eller eigner seg for offentliggjøring.

Konkurransetilsynets vurdering

Konkurransetilsynet viser til at den aktuelle testen er gjort av ansatte i tilsynet under saksforberedelsen. Den er ikke sendt ut og ikke beregnet på utsendelse. De aktuelle dokumentene er derfor organinterne og kan unntas etter § 5 første ledd. Selv om tilsynet i sitt vedtaksbrev i sak 2006/100 har nevnt at det er utført en SSNIP-test, hevder tilsynet at dette kun er en saksopplysning som ikke kan medføre at testen blir en integrert del av vedtaket og dermed mister sin interne karakter. Tilsynet har forbudt foretakssammenslutningen på grunnlag av en antagelse om at Gilde da vil forsvinne som en potensiell konkurrent på markedet for fjærkre. SSNIP-testen er derfor ikke avgjørende for resultatet i saken om foretakssammenslutning, da den kun er et moment i antagelsen om at partene i sammenslutningen sannsynligvis ikke er aktuelle konkurrenter, og således ikke er en del av den formelle begrunnelsen i inngrepsvedtaket.

Konkurransetilsynet har ved vurderingen av meroffentlighet, jf. offl. § 2 tredje ledd, heller ikke funnet avgjørende argumenter for å gi innsyn. Tilsynet er enig i at hensynet til forutberegnelighet er viktig ved denne vurderingen. Men SSNIP-testen er ifølge tilsynet basert på kjente økonomiske metoder, og de foreløpige beregningene som er gjort i den aktuelle saken, vil ikke få betydning for senere saker. Den vil ikke gi markedsaktørene opplysninger som gir mulighet til å innrette sin virksomhet etter Konkurransetilsynets markedsovervåkning.

Tilsynet har behov for å holde dokumentene tilbake for å kunne ha en fri intern meningsutveksling og eventuelt avslutte spor som ikke fører fram, uten å måtte bruke tid på bearbeiding slik at materialet egner seg for offentliggjøring. Tilsynet mener at det vil være uheldig og av liten verdi om undersøkelser som ikke er avsluttede, offentliggjøres. Det kan få konsekvenser for hvordan man senere dokumenterer sine diskusjoner. Dette gjelder selv om saken er ferdig behandlet. Det vises til at hovedhensynene bak unntaksbestemmelsen for interne dokumenter i offl. § 5 slår til i forhold til studien.

For øvrig opplyser tilsynet at det vurderes å arrangere et eksternt seminar om bruk av kvantitative metoder ved markedsavgrensningen i konkurransesaker.

Klagen

Klager bestrider at "en studie som utgjør en integrert del av begrunnelsen for Konkurransetilsynets vedtak i en sak, kan anses som et internt dokument." Det er anført at så lenge konklusjonene fra studien har vært et moment når tilsynet har trukket sine konklusjoner, så må den utgjøre en del av Konkurransetilsynets beslutningsgrunnlag. En økonometrisk studie kan etter klagers oppfatning ikke regnes som en intern ytring eller vurdering av den art som § 5 gir grunnlag for at skal kunne unntas offentlighet.

Subsidiært fremheves at Konkurransetilsynet ikke i tilstrekkelig grad har begrunnet avslaget på meroffentlighet. Det vises til at det skal mye til for ikke å gi meroffentlighet for interne dokumenter som kan unntas iht. § 5, særlig når saken er avsluttet. Det vises i denne forbindelse til uttalelser fra Sivilombudsmannen og forarbeider til ny vedtatt, men ikke ikrafttrådt offentlighetslov.

Det anføres at man vanskelig kan se at innholdet i en økonometrisk studie normalt kan anses som en del av en fortrolig meningsutveksling, som er hensynet som ligger til grunn for å unnta dokumentet fra offentlighet. Sentrale elementer i en økonometrisk studie er normalt det

teoretiske utgangspunktet, metoden, beskrivelse av data , resultatet og drøfting av resultatene. Det kan heller ikke begrunne avslag på meroffentlighet at en studie ikke har en form som er egnet for presentasjon utad som en følge av at den inneholder foreløpige vurderinger eller lignende. Det legges til grunn at studien er slutført og kvalitetssikret på lik linje med andre argumenter som tilsynet fatter sin avgjørelse på grunnlag av. Klager kan heller ikke se at det er andre grunner til å nekte innsyn.

På den annen sides hevdes det å være sterke grunner for innsyn. SSNIP-tester vil være et relevant instrument ved markedsavgrensning i alle konkurransesaker, og det er første gang at tilsynet har brukt en økonometrisk studie i sin saksbehandling.

Departementet

I likhet med Konkurransetilsynet mener departementet at dokumentene under tilsynets saksbehandling kan unntas offentlighet med hjemmel i offl. § 5 første ledd. Dokumentene er utarbeidet av tilsynets egne ansatte og beregnet på internt bruk i forbindelse med diskusjonen om eventuelle overlappende markeder hos partene i foretakssammenslutningen.

Det fremgår av klagers argumentasjon at det kan være tvil om SSNIP-testen etter at tilsynet har avsluttet sin saksbehandling fremdeles er intern og derfor kan unntas offentlighet etter offentlighetsloven § 5. Departementet mener at ny offentlighetslov § 14 og omtalen av bestemmelsen i Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) innebærer en avklaring i forhold til en del tvetydige uttalelser i teorien som klager siterer, og gir holdepunkter for å klassifisere testen som intern også etter at saksbehandlingen er avsluttet i tilsynet. Imidlertid er dette etter departementets oppfatning ikke avgjørende for innsynsspørsmålet, og det er derfor ikke nødvendig å ta endelig stilling til om det fremdeles er hjemmel for unntak etter offl. § 5 første ledd.

Utgangspunktet i offentlighetsloven er at det skal gis innsyn i det offentliges dokumenter, og at det ved en innsynsbegjæring og for så vidt ved en klage over avslag på innsyn, skal spørres om det er saklig grunn til å nekte slikt innsyn. Det er først dersom det finnes slik saklig grunn at hjemmelsspørsmålet for unntak fra offentlighet kommer opp. Departementet mener at bruken av SSNIP-testen er såpass sentral i argumentasjonen i tilsynets vedtaksbrev, at det gjør det vanskelig å begrunne at det er et saklig behov for unntak. Om en eventuell beslutning om å gi innsyn knyttes til manglende hjemmel for å nekte offentlighet eller til en meroffentlighetsvurdering er fra denne synsvinkelen uviktig.

Henvisningen til testen, slik det fremgår av klagers sitat fra side 8 i vedtaksbrevet, kommer som en avslutning på en drøftelse om partene i foretakssammenslutningen kan være aktuelle konkurrenter. SSNIP-testen har hatt en slik betydning at tilsynet har omtalt den i sitt vedtak. Det er vanskelig å forstå omtalen annerledes enn at testen mht. de aktuelle produktene er slutført, i den forstand at tilsynet også bygger på denne når det velger å begrunne vedtaket med at Gilde er en potensiell, og ikke aktuell konkurrent til Prior, i markedet for foredlede fjørfeprodukter. Det innebærer at markedsavgrensningen har spilt en viktig rolle i vedtaket.

Det er ikke framført argumenter i tilsynets vurdering og begrunnelse i innsynssaken som svekker dette inntrykket. Selv om vurderinger og konklusjoner i forhold til utvalget av produkter og de beregninger som er gjort stort sett har vært muntlige, utelukker dette etter departementets oppfatning ikke at noe av det skriftlige materialet som finnes kan ha en

allmenn interesse, slik klager viser til. Opplysninger som på grunn av sin karakter er underlagt taushetsplikt, skal selvfølgelig skjermes og i tilfelle sladdes i de dokumenter som gis ut.

På denne bakgrunn har departementet truffet følgende vedtak:

Klage av 6. juli 2006 over Konkurransetilsynets avslag med hjemmel i offl. § 5 første ledd på begjæring av 20. juni 2006 om innsyn i den aktuelle økonometriske studien som er nevnt i tilsynets brev av 9. juni 2006 i sak 2006/100, tas til følge.

Med hilsen

Steinar Undrum (e.f.)
avdelingsdirektør

Karin Kilset
seniorrådgiver

Kopi: Konkurransetilsynet