



**DET KONGELIGE FORNYINGS-
OG ADMINISTRASJONSDEPARTEMENT**

Arntzen de Besche Advokatfirma
v/Thea Susanne Skaug
Postboks 2734 Solli
0204 OSLO

Deres referanse

Vår referanse
200801185-/POS

Dato
23.05.08

Klage på Konkurransetilsynets avslag på partsinnsyn i varsel om inngrep mot foretakssammenslutning - Eurofins Danmark A/S - Lantmännen Analycen Nordic AB

1. Innledning og bakgrunn

Departementet viser til Eurofins Danmark AS (Eurofins) klage i brev av 9. april 2008 fra Arntzen de Besche Advokatfirma, oversendt departementet i oversendelsesbrev av 18. april 2008 fra Konkurransetilsynet.

Klagen gjelder Konkurransetilsynets avslag på partsinnsyn etter forvaltningsloven¹ (fvl.) § 19 første ledd bokstav b for opplysninger i Konkurransetilsynets varsel om inngrep mot foretakssammenslutningen mellom Eurofins og Lantmännen Analycen Nordic AB (Analycen) av 7. april 2008, samt de to dokumentene 69 og 73 i samme sak² i henhold til Konkurransetilsynets dokumentnummerering.

Klagen er framsatt til departementet som rett klageinstans, jf. fvl. §§ 21 og 28 samt konkurranseloven³ § 8. Departementet legger til grunn at klagen er framsatt rettidig, jf. fvl. § 29.

2. Eurofins anførsler

2.1 Anførsler om rettsgrunnlaget

Eurofins påpeker at Konkurransetilsynet ikke har vist til relevant lovhjemmel for å unnta opplysningene, og kan ikke se at tilsynet har foretatt noen konkret vurdering av

¹ Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker 10. februar 1967

² Konkurransetilsynets sak 2007/1165

³ Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger 5. mars 2004

om opplysningene kan unntas partsoffentlighet. Eurofins knytter anførslene til at opplysningene er unntatt partsinnsyn etter fvl. § 19 første ledd bokstav b. Klager påpeker at det er et krav om at opplysningene som unntas er av en slik art at ”andre kan utnytte opplysningene i sin virksomhet”. Eurofins påpeker at når opplysninger i gitt av tredjepart unntas, må det dreie seg tredjepartens egne forretningsmessige analyser for at de skal kunne unntas. Videre anfører Eurofins at opplysningene må være av en slik art at partene kan utnytte opplysningene i sin egen virksomhet på bekostning av den opplysningen gjelder. Eurofins viser til departementets vedtak av 9. november 2005, der det slås fast at en objektiv vurdering av om opplysningene er sensitive og kan unntas, veier tyngre en den subjektive vurderingen til den opplysningen gjelder.

Eurofins viser til at fvl. § 19 første ledd bokstav b er en skjønnsmessig adgang til å unnta forretningshemmeligheter fra partsinnsyn. Tilsynet må også vurdere meroffentlighet, jf. offentlighetsloven⁴ § 2 tredje ledd. Eurofins viser til at departementet i vedtak av 16. februar 2006 har angitt at det i en skjønnsvurdering, må gjøres en avveining av behovet for å få saken opplyst mot mulige skadevirkninger av at det gis innsyn. Eurofins viser også til at en reell uttalellesrett til et varsel, som blant annet skal sikre at det treffes et vedtak basert på riktig faktum, forutsetter at Eurofins gis tilstrekkelig informasjon til å uttale seg om begrunnelsen for varselet. Det vises i denne forbindelse til departementets vedtak av 13. november 2006 om at et forbudsvedtak er et forholdsvis strekt inngrep i partenes rettstilling, og at hensynet til kontradiksjon derfor må tillegges vesentlig vekt. Eurofins viser også til Konkurransetilsynets mulighet til å anonymisere opplysninger.

På generelt basis viser Eurofins til slutt til at forvaltningens taushetsplikt etter fvl. § 13 ikke gjelder ovenfor partene, og at partene kan pålegges en straffesanksjonert taushetsplikt. Det vises i denne forbindelse til departementets vedtak av 16. februar 2005. Eurofins kan ikke se at det er gjort en slik vurdering, og peker på muligheten for at advokatene gis innsyn med taushetsplikt som en mellømløsning.

2.2 Anførsler knyttet til de enkelte unntatte punktene i varselet

Side 6: Tekst i nest siste avsnitt og fotnote 13

Eurofins mener uttalelser fra SGS Cotax om tidsperspektivet for å etablere seg i markedet for miljøanalyser synes å være sentralt for tilsynets vurdering av tilbuds-substitusjon og dermed markedsavgrensning. Eurofins peker på at den endelige markedsavgrensning er kritisk for saken og dermed Eurofins behov for kontradiksjon. Eurofins viser til departementets vedtak 13. november 2006, der det er uttalt at tredjeparts anslag om etableringskostnader er mer sensitive for aktører som ikke er etablert i markedet enn for allerede etablerte aktører.

Eurofins angir at opplysningene i fotnote 13 dreier seg om SGS Cotax omsetning innen offshoreanalyser og miljøanalyser. Eurofins anfører at disse tallene danner grunnlag for

⁴ Lov om offentlighet i forvaltningen 19. juni 1970

markedsandeler som er viktige for analysen, slik at behovet for kontradiksjon er sterkt. Etter Eurofins syn vil offentliggjøring ikke medføre økonomisk tap, og at opplysningene er offentlig tilgjengelig gjennom årsregnskaper eller lignende. Subsidiært mener Eurofins at beløpet kan oppgis med intervaller.

Side 8: Tekst i femte avsnitt, sjette og syvende avsnitt

Eurofins har problemer med å se hva slags opplysninger det dreier seg om, men hevder at opplysningene synes sentrale for Konkurransetilsynets konklusjon om det relevante geografiske marked. Eurofin anfører subsidiært at det gis en anonymisert og generalisert redegjørelse for innholdet i teksten.

Side 10: Markedstall i tabeller, tekst i fotnote 36

Eurofins viser til at Konkurransetilsynet har oppgitt markedsandeler i grove intervaller, og antar at dette erstatter konkrete markedsandelstall. Eurofins anfører at markedsandeler som gjelder Eurofins og Analycen, antas å ha avgjørende betydning i saken, blant annet ved beregning av konsentrasjonsindekser. Eurofins kan heller ikke se at markedsandeler kan anses som forretningshemmeligheter. Eurofins viser til departementets vedtak av 13. november 2006 der det legges til grunn at Konkurransetilsynets egne vurderinger ikke vil være unntatt offentlighet. For opplysningene i fotnote 36, viser Eurofins til kommentarene vedrørende fotnote 13.

Side 11/12: Tekst i siste avsnitt side 11 / øverst på side 12, hele fotnote 42

Eurofins viser til at store deler av teksten er sladdet og at det ikke er mulig å slutte hva opplysningene gjelder. Eurofins anfører at opplysningene synes viktig for Konkurransetilsynets vurdering av at det kun er Analycen som kan respondere på en prisøkning fra Eurofins i deler av markedet for næringsmiddelprøver. Denne sladdingen vil etter Eurofins oppfatning i vesentlig grad begrense Eurofins muligheter til kontradiksjon. Dette må veie tungt i meroffentlighetsvurderingen dersom tilsynets skulle fastholde at opplysningene er å anse som forretningshemmeligheter. Eurofins angir at det ikke er mulig å lese ut fra varslet hva fotnote 42 gjelder.

Side 13: Hele fotnote 45

Eurofins antar at opplysningene gjelder muligheten for nyetablering. Eurofins anfører at dette ikke kan anses som forretningshemmelighet, og at det uansett må vurderes meroffentlighet etter som opplysningene bygger opp om en konklusjon i strid med partenes opplysninger i den fullstendige meldingen.

Side 14: Hele fotnote 48

Eurofins angir at opplysningene synes å gjelde faktum knyttet mulighetene for etablering av utenlandske foretak, og viser til anførselen vedrørende fornote 45.

Side 15: Tall i syvende avsnitt

Eurofins angir at opplysningene gjelder Eurofins markedsandeler før og etter foretaks-sammenslutningen, samt den største konkurrentens markedsandel. Eurofins anfører at

det ikke er anledning til å unnta disse opplysningene, og at de uansett skulle vært erstattet med intervaller i tråd med tidligere praksis. Eurofins viser for øvrig til merknadene knyttet til side 10.

Side 16: Tall i første og femte avsnitt

Eurofins angir at tallene som er slettet, gjelder markedsandeler, og viser til merknadene til sladdingen på side 10 og på side 15.

2.3 Anførsler knyttet til innsyn i dokumentene 69 og 73

Eurofins påpeker at det kun er rettslig grunnlag i fvl. § 19 første ledd bokstav b for å unnta opplysningene i dokumentene. Eurofins anfører at det kun er grunnlag for å unnta opplysninger som kan påføre den opplysningen gjelder økonomisk tap. Eurofins kan ikke se at meroffentlighet er vurdert. Eurofins påpeker også at fvl. § 19 første ledd bokstav b kun gir adgang til å unnta opplysninger, og ikke et dokument som sådan.

3. Konkurransetilsynets vurdering av klagen

3.1 Rettsgrunnlaget

Konkurransetilsynet opplyser om at hjemmelsgrunnlaget for å unnta de opplysningene som er unntatt er fvl. § 19 første ledd bokstav b. Dette rettsgrunnlaget er angitt i varselets fotnote 1, der det vises til lovhjemmelen og at alle opplysninger i dokumentet som er merket med hakeparentes er unntatt etter denne bestemmelsen.

Ved tolkningen av bestemmelsen har tilsynet sett hen til hensynene bak bestemmelsen. Tilsynet angir at formålet bak fvl. § 19 første ledd bokstav b er å hindre at den forretningshemmeligheten angår lider et økonomisk tap som følge av at opplysninger gjøres kjent for andre.

Tilsynet anfører at taushetsplikten etter fvl. § 13 nr. 2 blant annet er begrunnet med nødvendigheten av et tillitsforhold mellom den opplysningen gjelder og det offentlige. Dette gjelder både for sikre samarbeid, og for å sikre at det blir gitt riktige og fullstendige opplysninger til forvaltningen. Konkurransetilsynet mener at det samme hensynet gjør seg gjeldende ved tolkningen av fvl. § 19 første ledd bokstav b. Tilsynet er avhengig av denne tilliten for å gjennomføre forsvarlig saksbehandling. Dette må veies opp mot partenes behov for kontradiksjon i den enkelte saken.

Tilsynet anfører at det også er et relevant moment i vurderingen av om det foreligger forretningshemmeligheter om det er naturlig å regne med at den virksomhet som eventuelt er beskyttet, anser opplysningene som hemmelige.

3. 2 Tilsynets vurderinger knyttet til de enkelte unntatte opplysningene i varselet

Side 6: Tekst i nest siste avsnitt og fotnote 13

Tilsynet fastholder at opplysningene utgjør forretningshemmeligheter for SGS Cotax vedkommende. Opplysningene er av strategisk art og gir uttrykk for SGS Cotax egen

vurdering av responstiden for nyetablering i markedet. Slike detaljerte opplysninger kan gi Eurofins bedre muligheter til å utnytte sin markedsrett. Tilsynet kan ikke se at Eurofins har behov for nøyaktige opplysninger om responstid for at retten til kontradiksjon skal være ivaretatt i forhold til spørsmålet om tilbudssubstitusjon. Tilsynet fastholder dermed partsoffentlighetsvurderingen.

Når det gjelder fotnote 13, anfører tilsynet at omsetningstallene i dette henseende er omsetningstall som kun framkommer i interne regnskap, og er forretningshemmeligheter etter fvl. § 19 første ledd bokstav b. Slike økonomiske opplysninger er av en slik karakter at konkurrenter kan utnytte dem og dermed påføre den opplysningen gjelder et økonomisk tap. Tilsynet fastholder dermed partsoffentlighetsvurderingen.

Side 8: Tekst i femte avsnitt, sjette og syvende avsnitt

Etter tilsynets oppfatning er dette opplysninger om driftsforhold som er av en slik art at de er forretningshemmeligheter etter fvl. § 19 første ledd bokstav b. Tilsynet har vurdert hensynet til kontradiksjon, og er av den oppfatning at hensynet til kontradiksjon er ivaretatt slik teksten framstår med de unntatte opplysningene. Tilsynet bemerker at de unntatte opplysningene ikke alene har vært avgjørende for tilsynets konklusjon, men inngått som momenter i tilsynets samlede vurdering. Tilsynet fastholder dermed partsoffentlighetsvurderingen.

Side 10: Markedstall i tabeller, tekst i fotnote 36

Når det gjelder partenes egne markedsandeler, har tilsynet foretatt en ny vurdering og kommet til at partenes egne markedsandeler ikke kan unntas etter forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b i dette tilfellet. Ved andre aktørers markedsandeler, fastholder tilsynet intervallangivelsen av disse i samsvar med tilsynets tidligere praksis. Tilsynet mener at markedsandeler er å anse som svært konkurransesensitive opplysninger fordi det angir styrkeforholdet mellom aktørene i markedet. Beregning av markedsandeler er derfor av en slik art at konkurrenter kan utnytte dem og påføre andre konkurrenter et økonomisk tap.

Når det gjelder fotnote 36 gjelder vurderingen knyttet til fotnote 10.

Side 11/12: Tekst i siste avsnitt side 11 / øverst på side 12, hele fotnote 42

Konkurransetilsynet oppgir at opplysningene er informasjon mottatt fra Mattilsynet som omhandler en anbuds konkurranse der kontraktsforhandlingene ennå ikke er avsluttet. Dette er sensitive opplysninger, og inntil forhandlingene er avsluttet, vil offentliggjøring av opplysningene kunne medføre økonomisk tap for Mattilsynet. Tilsynet fastholder dermed partsoffentlighetsvurderingen.

Side 13: JHele fotnote 45 og side 14: hele fotnote 48

Opplysningene er gjort partsoffentlige.

Side 15: Tall i syvende avsnitt og side 16: tall i første og femte avsnitt

Tilsynet angir at opplysningene er oppgitt helt eller delvis tabell 1 på side 10 slik at hensynet til kontradiksjon er ivaretatt.

Meroffentlighet

Tilsynet anfører at meroffentlighet er vurdert for alle de sladdete opplysningene. Med den nåværende partsoffentlige versjonen finner ikke tilsynet at behovet for kontradiksjon oppveier de skadevirkningene innsyn kan gi. Hensynet til kontradiksjon er godt ivaretatt i den foreliggende versjonen.

3.3 Tilsynets vurdering av avslaget på innsyn i dokument 69 og 73

Tilsynet anfører at dokumentene inneholder detaljerte omsetningstall som ikke framkommer av offentlige tilgjengelige regnskap i tillegg til opplysninger om andre forhold som er å anse som forretningshemmeligheter. Tilsynet er enig i at forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b har som utgangspunkt at det bare er opplysninger som kan unntas fra innsyn, mens resten av dokumentet er partsoffentlig. Dokumentene er unntatt partsinnsyn i sin helhet fordi de uten de unntatte opplysningene gir liten mening. Konkurransetilsynet har derfor vurdert det som lite hensiktsmessig og at det medfører unødvendig tidsbruk å utarbeide partsoffentlig versjon av disse opplysningene. Tilsynet har vurdert meroffentlighet, men har funnet at hensynet til kontradiksjon ikke oppveier skadevirkningene. Partsoffentlighetsvurderingen opprettholdes dermed.

4. Departementets vurdering

4.1 Rettsgrunnlaget

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

Unntak fra dette utgangspunktet i § 18 følger delvis 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 ordlyden i 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.⁵ 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

⁵ Jf. Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, Oslo 2003, side 246

angår lider et økonomisk tap som følge at opplysningene gjøres kjent.⁶ 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.⁷ 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.⁸ 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 tillitten 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 omgang⁹, 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 utale 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 opplysningene angår, et tap i form av redusert konkurranse. Reelle hensyn tilsier at dette også er et relevant moment i den skjønnsmessige partsinnsynsvurderingen i forvaltningssaker etter konkurranseloven.

Departementet vil også 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.

⁶ Jf. Arvid Frihagen, Forvaltningsrett Bind II, Bergen 1992 side 186.

⁷ Jf. Jan Fridthjof Bernt, Norsk Lovkommentar, Gyldendal Rettsdata

⁸ Ot. prp. Nr. 38 s. 66 nederst i annen spalte.

⁹ Jf. Arvid Frihagen, Forvaltningsrett bind I, Oslo 1986, s. 273

4.2 Departementets vurdering knyttet til de enkelte opplysningene i varslet

Side 6: Tekst i nest siste avsnitt og fotnote 13

Opplysningen på side 6 dreier seg om en aktørs vurdering av tidsperspektivet for å tre inn i et marked. Dette er en opplysning som må betraktes som svært konkurransesensitiv, og som Eurofins kan benytte til sin fordel på bekostning av SGS Cotax. Departementets vurdering er derfor at dette er en opplysning som kan unntas etter forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b.

Markedsavgrensningen har ofte en sentral betydning for konkurranseanalysen og dermed utfallet av en sak etter konkurranseloven. Det vil derfor være et stort behov for kontradiksjon i opplysninger som er sentrale for konkurranseanalysen. Departementet mener likevel at behovet for kontradiksjon ikke kan veie tyngre enn hensynet til å beskytte forretningshemmeligheter for denne opplysningen. Departementet mener det også er relevant at Eurofins kan benytte denne opplysningen, ikke bare til skade for SGS Cotax, men også til skade for konkurransen ved at Eurofins får mere konkrete opplysninger om spillerrommet for å utnytte eventuell markedsmakt. Hensynet til kontradiksjon er ivaretatt ved at Eurofins får innsyn i at opplysningene om tids-horisonen er av en slik art at de gir grunnlag for tilsynets vurdering av markedsavgrensningen, samt de vurderingene som ligger til grunn. Departementet er derfor enig i tilsynets vurdering av partsinnsyn.

Når det gjelder det konkrete omsetningstallet i fotnote 13, mener departementet at dette er en opplysning som, dersom den ble kjent blant aktørene, kunne benyttes slik at SGS Cotax påføres et økonomisk tap. Konkrete omsetningstall som bare framkommer av interne regnskaper, er derfor etter departementets vurdering i denne situasjonen en forretningshemmelighet som kan unntas. Etter departementets vurdering vil omsetningstallene i seg selv som hovedregel ikke være like avgjørende for analysen som de markedsandelstallene de er en del av grunnlaget for. Hensynet til kontradiksjon er dermed ikke mer tungtveiende enn hensynet hemmelighold for disse opplysningene. Departementet er derfor enig i tilsynets partsoffentlighetsvurdering. Når de gjelder markedsandelene drøftes disse nedenfor.

Side 8: Tekst i femte avsnitt, sjette og syvende avsnitt

Opplysningene dreier seg om konkurransesensitive driftsforhold hos AlControl og ALS, som i dreier seg om deres mulighet til å konkurrere de aktuelle markedene. Departementet vurderer opplysningene som konkurransesensitive på en slik måte at aktørene mest sannsynlig vil lide et tap om de blir kjent. Opplysningene kan derfor unntas som forretningshemmeligheter.

Opplysningene er ikke alene så avgjørende for utfallet av analysen at hensynet til kontradiksjon må veie tyngre enn hensynet til hemmelighold. De opplysningene som er viktig for kontradiksjon vil i stor grad ivaretas gjennom partsoffentlige opplysninger i andre deler av varselet. Departementet vil også påpeke at en offentliggjøring av disse

opplysningene ikke bare vil medføre et økonomisk tap for den de gjelder, men også en fare for en redusert konkurranse. Departementet er derfor enig i tilsynets partsoffentlighetsvurdering.

Side 10: Markedstall i tabeller, tekst i fotnote 36

Konkurransetilsynet har gjort partenes egne markedsandeler offentlig, men angitt konkurrenters markedsandeler i intervaller. Departementet er enig med Konkurransetilsynet i at markedsandeler kan være konkurransesensitive.

Om konkrete markedsandeler er forretningshemmeligheter og om det i så fall skal gis partsinnsyn, må vurderes fra sak til sak. Normalt vil imidlertid ikke tilsynets egne vurderinger av markedsandeler basert på ulike kildegrunnlag være forretningshemmeligheter som kan unntas. I denne saken er imidlertid markedsandelene beregnet på et slikt grunnlag at man enkelt kan regne seg tilbake til omsetningstall som utgjør forretningshemmeligheter, jf. ovenfor, slik at de i denne saken er forretningshemmeligheter som kan unntas etter fvl. § 19 første ledd bokstav b.

Markedsandelene kan være viktig for konkurranseanalysen. Dette vil særlig gjelde for horisontale foretakssammenslutninger som benytter såkalte HHI konsentrasjonsindekser i beslutningsgrunnlaget. Det relative forholdet mellom markedsandelene kan gjøre store utslag i denne indeksen. Hensynet til kontradiksjon vil derfor normalt veie tungt når det gjelder vurderingen av partsinnsyn i markedsandeler i slike saker. Hensynet til hemmelighold kan løses ved at aktørene som er knyttet til de enkelte markedsandelene anonymiseres eller ved at markedsandelene angis i intervaller. Dersom de konkrete størrelsene er viktige for analysen vil førstnevnte anonymiseringsmetode normalt gi et bedre grunnlag for kontradiksjon. I denne saken vil imidlertid de konkrete størrelsene på markedsandelene ha liten innvirkning på HHI indeksen og endringen i denne. Det må derfor være tilstrekkelig for kontradiksjonen å oppgi markedsandelene innenfor de intervallene som er angitt av tilsynet. Departementet er derfor enig i tilsynets partsoffentlighetsvurdering.

Når det gjelder det konkrete omsetningstallene i fotnote 36, viser departementet til kommentarene til fotnote 13. Departementet er dermed enig i tilsynets vurdering av partsoffentlighet.

Side 11/12: Tekst i siste avsnitt side 11 / øverst på side 12, hele fotnote 42

Opplysningene dreier seg om hvem som har gitt tilbud i en pågående anbudsrunde i Mattilsynet, og noen direkte slutninger tilsynet trekker på grunnlag av disse opplysningene. Postjournal og anskaffelsesprotokoll, jf. anskaffelsesforskriften¹⁰ § 3-2, i forbindelse med offentlige anskaffelser, der det framgår hvem som har gitt tilbud, er i utgangspunktet offentlig. Departementet har vært i kontakt med Mattilsynet som oppgir at de aktuelle opplysningene i de forannevnte dokumentene er unntatt

¹⁰ Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006

offentlighet eller anonymisert, nettopp av hensyn til konkurransen. Anskaffelsen er nå i sluttfasen. Inntil videre er imidlertid opplysningene av en slik art at det fortsatt vil medføre et økonomisk tap for Mattilsynet om opplysningene blir kjent for partene.¹¹ Ettersom Konkurransetilsynets slutninger kan føres direkte tilbake til opplysningene, må disse også være å anse som forretningshemmeligheter.

Departementet kan heller ikke se at opplysningene er av en slik art at hensynet til kontradiksjon veier tyngre enn hemmelighold. Opplysningene er svært konkurranse-sensitive, mens de offentlige opplysningene i varselet i stor grad vil ivareta hensynet til kontradiksjon. Departementet er derfor enig i Konkurransetilsynets partsoffentlighetsvurdering.

Side 15: tall i syvende avsnitt og side 16: tall i første og femte avsnitt
Departementet viser til vurderingene knyttet til tabell 1 side 10.

4. 3 Avslaget på innsyn i dokument 69 og 73

I materialet departementet har fått oversendt, framgår det ikke klart hva som er dokument 69 og 73, men vi antar det må være svar på forespørsel om informasjon fra hhv. Intertek West Lab AS i e-post 3. mars 2008 og Molab i e-post av 11. mars 2008, idet det ikke er noen grunn til å unnta selve spørsmålene fra partsinnsyn.

Departementet deler Konkurransetilsynets vurdering om at opplysningene i dokumentene er av en slik art at de ikke gir mening dersom forretningshemmelighetene tas ut. Det framgår av spørsmålene hva slags opplysninger svarene inneholder, så det vil ikke gi noen ekstraverdi å produsere partsoffentlige sammendrag.

Forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b, gir etter ordlyden kun anledning til å unnta enkeltopplysninger, og ikke hele dokumenter. Etter offentlighetsloven § 5 a andre ledd innebærer at når dokumenter inneholder taushetsbelagte opplysninger som det er begjært innsyn i etter offentlighetsloven så er dokumentet "for øvrig [er] offentlig, når ikke disse delene alene gir et åpenbart misvisende bilde av innholdet eller de unntatte opplysninger utgjør den vesentligste del av dokumentets innhold". Etter departementets vurdering gjør de hensyn som begrunner offentlighetsloven § 5 a seg også gjeldende ved partsinnsyn etter forvaltningsloven og kan anvendes analogisk. På denne bakgrunn er departementet enig i tilsynets beslutning om å unnta dokumentene fra partsoffentlighet i sin helhet.

4.4 Om å gjøre opplysningene partsoffentlige under pålegg om taushetsplikt

Eurofins har subsidiært anført at tilsynet ved enkelte anledninger skulle vurdert å gjøre opplysninger tilgjengelig for partene under taushetsplikt, eventuelt gjøres tilgjengelig for partenes advokat. Departementet har vanskelig for å se at dette ville være hensikts-

¹¹ Mattilsynet har imidlertid opplyst at avslutningen av forhandlingene er nært foranstående og muligens kunne offentliggjøres innen tilsynet fatter endelig vedtak i saken eller innen klagefristen på endelig vedtak er utløpt.

messig i denne saken. I det alt vesentlig vil det være partenes eventuelle bruk av opplysningene som ville påføre økonomisk tap for den opplysningene gjelder. I denne saken ville også offentliggjøring overfor partenes advokat 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 kom på avveie. Dette ville svekke den tilliten Konkurransetilsynet er avhengig av for å få opplysninger.

5. Oppsummering og vedtak

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

Eurofins Danmark A/S klage på avslag på partsinnsyn i Konkurransetilsynets varsel av 7. april 2008 samt dokumentene 69 og 73 i samme sak tas ikke til følge.

Med hilsen

Steinar Undrum (e.f.)
avdelingsdirektør

Peder Østbye
seniorrådgiver

Kopi:
Konkurransetilsynet, Postboks 439 Sentrum, 5805 Bergen