



DET KONGELIGE FORNYINGS-,
ADMINISTRASJONS- OG KIRKEDEPARTEMENT

Advokatfirmaet Thommessen
Magnus Schei
Postboks 1484 Vika
0016 OSLO

Deres ref.
100033555/1

Vår ref.
11/834-

Dato
31.05.2011

Klage på avslag på innsyn i Konkurransetilsynets sak 2008/1101 - Posten Norge AS

Det vises til klage fra Posten Norge AS av 17. februar 2011 på Konkurransetilsynets avslag av 2. februar d.å. på begjæring om innsyn i to dokumenter i tilsynets sak 2008/1101. Klagen er oversendt departementet ved tilsynets brev av 2. mars 2011. Klagen er rettidig, jf. offentleglova § 32 tredje ledd og forvaltningsloven § 29 første ledd.

Klagen gjelder to dokumenter vedrørende tilsynets behandling av EFTAs overvåkningsorgans (ESA) sak nr. 34250 Posten Norge AS/Privpak. ESA fattet 14. juli 2010 vedtak om at Posten har utilbørlig utnyttet sin dominerende stilling på markedet for distribusjon av pakker fra bedrift til forbruker ("B-til-F-pakker") fra september 2000 til mars 2006, i forbindelse med gjennomføringen av Postens "Post-i-butikk" konsept. ESAs vedtak er klaget inn til EFTA-domstolen. De aktuelle dokumentene er notater av 28. og 30. juni 2010 utarbeidet av Konkurransetilsynet i forkant av møter i ESAs rådgivende komité for konkurransesaker hhv. 30. juni og 10. juli 2010.

Klager viser til at dokumentene inneholder Konkurransetilsynets vurderinger av Postens avtaler med dagligvarekjedene mv., relatert blant annet til pakkemarkedet i tilknytning til den aktuelle saken. Klager påpeker at dette er første sak for EFTA-domstolen hvor det er spørsmål om å bøtelegge et foretak for misbruk av dominerende stilling, og at saken blant annet reiser spørsmål om forholdet til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) og de beviskrav som kreves oppfylt i straffesaker. Klager anfører at det derfor er av største viktighet at Posten sikres en rettferdig og kontradiktorisk prosess forut for domsavsigelse, herunder at det gis innsyn i de vurderinger de norske konkurransemyndighetene har gjort i anledning saken.

Konkurransetilsynet har unntatt dokumentene fra innsyn med hjemmel i offentleglova § 14 første ledd. Tilsynet viser i oversendelsen av klagen til departementet til at de aktuelle dokumentene er interne notater i tilsynet, utarbeidet for tilsynets egen interne saksforberedelse. Tilsynet mener at hensynene bak offentleglova § 14 første ledd gjør seg

Postadresse
Postboks 8004 Dep
N-0030 OSLO
postmottak@fad.dep.no

Kontoradresse
Akersg. 59

Telefon
22 24 90 90
Org. nr.
972 417 785

Konkurransopolitisk avdeling
Telefaks
22 24 27 23

Saksbehandler
Nina Gørrissen
22 24 46 06
nina.gorriksen@fad.dep.no

sterkt gjeldende i den foreliggende saken. Det vises til at notatene bærer preg av å være arbeidsnotater som ledd i forberedelsen til deltakelse i møter i rådgivende komité, og fremstår i tillegg som til dels uferdige. Vurderingene som fremgår av notatene er utarbeidet på svært kort tid, og er basert på et begrenset omfang av saksdokumenter. Notatene er aldri blitt oversendt til ESA. Tilsynet mener at det forhold at dette er første gang EFTA-domstolen behandler en sak om misbruk av dominerende stilling, og at saken etter Postens oppfatning reiser spørsmål om forholdet til EMK, ikke medfører at klager har et større behov for innsyn i tilsynets interne arbeidsdokumenter. ESAs vedtak om å ilegge Posten bot er ikke basert på de vurderinger som fremgår av Konkurransetilsynets interne notat som det er begjært innsyn i.

Konkurransetilsynet har vurdert meroffentlighet i saken, men er kommet til at i dette tilfellet veier behovet for å gjøre unntak fra innsynsretten tyngre enn behovet for innsyn. Klagers anførsler i brev av 17. februar d.å. endrer ikke denne vurderingen.

Departementets vurdering

De aktuelle notatene behandler spørsmål ESA har stilt medlemmene i rådgivende komité for behandling i møtene 30. juni og 10. juli 2010. Notatene redegjør for ESAs utkast til vedtak i saken og gir en vurdering av de problemstillinger saken reiser, som grunnlag for en intern diskusjon i tilsynet forut for møtene i rådgivende komité.

Notatene er utarbeidet for Konkurransetilsynets egen saksforberedelse. Departementet understreker behovet for at Konkurransetilsynet kan utarbeide denne type interne diskusjonsdokumenter som et hensiktsmessig arbeidsredskap i sin interne saksforberedelse, uten at det gir parter eller tredjemenn rett til innsyn i argumenter og avveininger i tilsynet underveis i saksbehandlingen. Departementet mener at denne type dokumenter inngår i kjernen i unntakshjemmelen i § 14 første ledd. Det vises også til pkt. 7.2.4 i Justis- og politidepartementets "Rettleiar til offentleglova".¹

Departementet ser ved en nærmere gjennomgang av saken at de aktuelle notatene, eller tidligere versjoner av disse notatene, er oversendt departementet i en elektronisk portal for sikker overføring av konfidensiell informasjon i slike saker. Dokumentene er ved en inkurie ikke blitt lagret i departementets elektroniske saksarkiv. Dokumentene er oversendt til departementet iht. en stående instruks i departementets retningslinjer for samarbeid mellom departementet og Konkurransetilsynet i EØS-saker. Denne pålegger tilsynet å oversende sine saksnotater i de enkeltsaker i overvåkningsorganene som departementet deltar i behandlingen av. Dokumentene er således også utarbeidet for og innhentet av departementet med sikte på departementet interne saksforberedelse forut for deltagelse i møtene i rådgivende komité. Offentleglova § 15 første ledd gir hjemmel til å unnta dokumenter som et overordnet organ har innhentet fra et underordnet organ til bruk i sin interne saksforberedelse, når det er nødvendig for å sikre forsvarlige interne beslutningsprosesser. Unntaksadgangen gjelder også hos avsender av dokumentet. Departementet viser til begrunnelsen ovenfor for behovet for å kunne unnta denne type interne saksdokumenter i behandlingen av enkeltsaker på konkurranseområdet. Departementet finner at dokumentene kan og bør unntas offentlighet med hjemmel i offentleglova § 15 første ledd.

Departementet viser videre til at offentleglova § 20 første ledd bokstav b gir hjemmel til å unnta opplysninger når det er påkrevd av hensyn til Norges utenrikspolitiske interesser,

¹ http://www.regjeringen.no/upload/JD/Vedlegg/Veiledninger/Rettleiar_offentleglova.pdf.

dersom opplysningene er mottatt under forutsetning av eller det følger av fast praksis at de ikke skal offentliggjøres.

Departementet viser til at opplysningene i ESAs utkast til vedtak oversendes EØS/EFTA-landenes konkurransemyndigheter som ledd i overvåkningsorganets behandling av enkeltsaker iht. EØS-avtalens artikkel 53 og 54, jf. ODA-avtalen protokoll 4 kapittel II artikkel 14.² Nasjonale konkurransemyndigheters rolle er å bistå overvåkningsorganene i deres håndheving av EØS-avtalens konkurranseregler, bl.a. ved å bidra til å kvalitetssikre overvåkningsorganenes utkast til vedtak i saken innenfor rammen av rådgivende komité. Det er en forutsetning for det nære samarbeidet mellom overvåkningsorganet og nasjonale konkurransemyndigheter i slike saker at oversendelse av opplysninger og utveksling av synspunkter mht. utkast til vedtak kan skje fritt og fortrolig mellom myndighetene.

Partene i en overtredelsessak gis ikke innsyn i ESAs utkast til vedtak, jf. protokoll 4 kapittel II artikkel 27 nr. 2 og kapittel III artikkel 15 nr. 2.³ Utkast til vedtak oversendes nasjonale konkurransemyndigheter under forutsetning av og etter fast praksis for at opplysningene i vedtaket ikke offentliggjøres. Nasjonale konkurransemyndigheter har videre plikt til ikke å viderebringe opplysninger de utveksler i henhold til protokoll 4 kapittel II og som er av en slik art at de er underlagt taushetsplikt, jf. kapittel II artikkel 28 nr. 2. Når det gjelder drøftelsene i rådgivende komité, er det for å sikre en fri utveksling av synspunkter og fortrolige opplysninger mellom overvåkningsorganet og nasjonale konkurransemyndigheter som nevnt ovenfor, en klar forutsetning og praksis for at den meningsutvekslingen som finner sted og de posisjoner de enkelte EFTA-land inntar i rådgivende komité, er konfidensiell. Konklusjonene fra møter i rådgivende komité, som nedfelt i rådgivende komités skriftlige uttalelser til ESA, oversendes imidlertid partene samtidig med ESAs vedtak i saken, og publiseres i EØS-tillegget til EU-tidende samtidig med publiseringen av ESAs vedtak i saken.

Både tilsynets omtale i de aktuelle notatene av ESAs utkast til vedtak og vurdering av ESAs anførsler i saken videreformidler opplysninger i utkastet til vedtak. Når det gjelder vurderingene i notatet, vil departementet igjen understreke notatets forberedende karakter. Notatet utgjør imidlertid en del av grunnlaget for norske synspunkter og posisjon til rådgivende komité, som formidles i fortrolighet i komiteen.

Departementet vil understreke at det nære samarbeidet mellom ESA og norske konkurransemyndigheter i saker etter EØS-avtalens konkurranseregler, er en sentral del av EØS-avtalen og forutsetter en høy grad av tillit mellom aktørene. Dette gjelder ikke minst tilliten til at opplysninger i ESAs utkast til vedtak i enkeltsaker kan sendes nasjonale konkurransemyndigheter uten fare for at informasjonen offentliggjøres, og at meningsutvekslingen mellom ESA og nasjonale konkurransemyndigheter i rådgivende komité er konfidensiell. Offentliggjøring av den informasjon som disse dokumentene omhandler, kan derfor i vesentlig grad skade forholdet mellom ESA og Norge på konkurranseområdet. Departementet finner på dette grunnlag at vilkårene for unntak fra offentlighet i offentliglova § 20 første ledd bokstav b er oppfylt. Departementet finner videre at dokumentene bør unntas

² Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol: <http://secretariat.efta.int/legal-texts/the-surveillance-and-court-agreement/agreement-annexes-and-protocols.aspx>.

³ Se også kunngjøring fra ESA om reglene for innsyn i overvåkningsorganets saksdokumenter i saker iht. EØS-avtalen artikkel 53, 54 og 57: <http://www.eftasurv.int/competition/notices-and-guidelines/>.

offentlighet i sin helhet, jf. offentleglova § 12 bokstav c, da de unntatte opplysningene utgjør den vesentligste delene av disse.

Departementet har vurdert meroffentlighet jf. offentleglova § 11, herunder at klager har anket ESAs vedtak inn for EFTA-domstolen og klagers anførsler om at saken reiser spørsmål knyttet til EMK. Departementet mener imidlertid at hensynet til behovet for å unnta dokumentene fra offentlighet veier tyngre enn hensynet til innsyn i denne saken. Departementet kan heller ikke se at dokumentene vil være av vesentlig betydning for klagers argumentasjon for EFTA-domstolen. Det gis derfor ikke merinnsyn.

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet har på denne bakgrunn fattet følgende vedtak:

Begjæring fra Posten Norge AS om innsyn i Konkurransetilsynets notater av 28. og 30. juni 2010 i sak 2008/1101 tas ikke til følge.

Med hilsen

Therese Motzfeldt (e.f.)
fung. avdelingsdirektør

Nina Gørrissen
seniorrådgiver

Kopi: Konkurransetilsynet.