

2000-05-16: Viborg Asfaltfabrik I/S m.fl. ctr. Konkurrencerådet

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 16. maj 2000 i sag

99-193.956, Viborg Asfaltfabrik I/S
(advokat Karen Dyekjær-Hansen)

99-193.964 Østjyllands Asfaltfabrik I/S
(advokat Karen Dyekjær-Hansen)

99-193.969 A/S Phønix Contractors
(advokat Erik Mohr Mersing)

99-195.116 Vasa Asfalt I/S
(advokat Terkel Lund-Nielsen)

og

99-195.125 Colas Danmark A/S og
Colas Novejfa A/S
(advokat Ulrik Lett)

mod

Konkurrencerådet
(kammeradvokaten v/advokat Kim Lundgaard Hansen)

1.

Den 27. oktober 1999 traf Konkurrencerådet afgørelse i en række sager om samarbejdsaftaler inden for asfaltbranchen. Under sagens behandling afgav kammeradvokaten til Konkurrencerådet to udtalelser af henholdsvis den 27. september og 22. oktober 1999. Klagerne anmodede efterfølgende Konkurrencerådet om aktindsigt i disse udtalelser. Ved skrivelser af henholdsvis 8. november, 23. november, 10. december og 16. december 1999 har Konkurrencestyrelsen meddelt afslag herpå. Disse afslag er af klagerne indbragt for Ankenævnet ved skrivelser af henholdsvis 7., 13., 16. og 21. december 2000. Konkurrenceankenævnet har besluttet at behandle klagerne samlet.

2.

Konkurrencestyrelsens afslag indeholder følgende enslydende begrundelse:

"Udtalelserne fra Kammeradvokaten har været indhentet med henblik på afklaring af juridisk tvivlsspørgsmål i forbindelse med den konkurrenceretlige vurdering af de anmeldte samarbejdsaftaler i asfaltbranchen.

...

Konkurrencestyrelsen anerkender, at Deres klient som part i sagen i henhold til forvaltningslovens § 9 som udgangspunkt er berettiget til at blive gjort bekendt med sagernes dokumenter.

Ifølge forvaltningslovens § 14, stk. 1, nr. 3, omfatter retten til aktindsigt imidlertid ikke myndigheders brevveksling med sagkyndige til brug for retssager eller ved overvejelser af, om retssag bør føres. Som eksempel herpå nævnes i forvaltningsloven med kommentarer af John Vogter, side 190-191, myndigheders indhentelse af responsa fra fx Kammeradvokaten. Det nævnes endvidere, at begrebet "til brug ved retssager eller ved overvejelse af, om retssag bør føres" skal forstås i vid forstand. I den forbindelse skal det erindres, at en afgørelse efter konkurrenceloven – som den foreliggende – efter anke kan gøres til genstand for en retssag.

Konkurrencestyrelsen finder på den baggrund ikke, at notaterne fra Kammeradvokaten i de pågældende sager er omfattet af Deres klients ret til aktindsigt, jf. forvaltningslovens § 14, stk. 1, nr. 3."

3. Sagens baggrund

Konkurrencerådet har over for Ankenævnet oplyst:

"Det bemærkes indledningsvist, at kammeradvokatens har afgivet 2 udtalelser i sagen vedrørende joint-venture-aftaler i asfalt-branchen.

Det første af de to notater – notatet af 27. september 1999 – indeholder kammeradvokatens umiddelbare, foreløbige kommentarer til det af Konkurrencestyrelsen på daværende tidspunkt udarbejdede udkast til afgørelse i hovedsagen. Ved en foreløbig behandling af hovedsagen på rådsmødet den 29. september 1999, blev det - uden at notatet af 27. september 1999 blev forelagt rådsmedlemmerne – nævnt, at kammeradvokaten havde kommentarer, og rådet ønskede herefter kammeradvokatens vurdering af en række juridiske spørgsmål, som rådet på forhånd anså for at kunne give anledning til tvivl. Kammeradvokatens andet notat af 22. oktober 1999 blev afgivet som besvarelse af de af rådet rejste spørgsmål og indgik som bilag til notatet, som dannede grundlag for rådets afgørelse på rådsmødet den 27. oktober 1999.

De to notater indeholder ingen faktuelle oplysninger, der ikke allerede indgår i sagen, men vedrører tværtimod udelukkende juridiske spørgsmål."

4. Klagernes argumentation

Udtalelserne fra kammeradvokaten er indhentet med henblik på afklaring af juridiske tvivlsspørgsmål i forbindelse med den konkurrenceretlige vurdering af en række anmeldte aftaler inden for asfaltbranchen forud for og til brug under Konkurrencerådets afgørelse – ikke til brug for en retssag eller overvejelse af, om en retssag bør føres. Der verserede ingen retssager mellem Konkurrencerådet og nogen af klagerne. Konkurrencerådet overvejede ikke sagsanlæg mod nogen af klagerne. Der forelå heller ikke en afgørelse, der kunne danne grundlag for en retssag, og på det tidspunkt, hvor udtalelserne fremkom, kunne det end ikke forudses, at der ville blive truffet en afgørelse, som ville gå klagerne imod og derfor muligvis give anledning til en retskonflikt.

Udtalelserne drejer sig ikke om retsstillingen, hvis en sag anlægges af eller mod Konkurrencerådet, men indeholder rådgivning til brug for udstedelse af en forvaltningsakt. En vurdering af, om der overhovedet er juridisk grundlag for at træffe den afgørelse, der senere træffes, ligger langt fra vurdering af retsstillingen i situationer, hvor en retssag kunne være en relevant mulighed. Der er ikke i forvaltningslovens § 14, stk. 1, nr. 3, hjemmel til at nægte aktindsigt i korrespondance med sagkyndige til brug for en sags ordinære behandling, og udtalelserne er indhentet som en integreret del af sagsbehandlingen for at give Konkurrencerådet det fornødne grundlag til udstedelse af en forvaltningsakt og ikke hverken aktuelt eller potentielt som led i en overvejelse af en eventuel efterfølgende retssag. Der er ingen forskel på et juridisk

responsum og andre sagkyndiges erklæringer indhentet til brug for en sags ordinære behandling. Det fremgår klart af John Vogters kommentar til forvaltningsloven, at undtagelsen fra aktindsigt ikke omfatter juridisk bistand ved udarbejdelse af en forvaltningsafgørelse. I en udtalelse i Folketingets Ombudsmand 1995-beretning s. 309 ff hedder det om undtagelsesbestemmelsen s. 312:

" Efter forarbejderne til bestemmelsen må det fastholdes, at det forhold, som den juridiske rådgivning af en myndighed angår, som en nærliggende mulighed må kunne resultere i en retssag, for at dokumentet ikke er omfattet af aktindsigt."

Det er en forudsætning for undtagelsen fra aktindsigt, at et sagsanlæg må underforstås som en nærliggende mulighed, jf. Betænkning nr. 857/1978 om offentlighedslovs revision s. 238 ff, og dette er på ingen måde tilfældet i den foreliggende situation. Undtagelsesbestemmelsen kan ikke fortolkes således, at den blotte mulighed for, at temaet for en sagkyndig erklæring også kan være et tema for en efterfølgende retssag, fordi bestemmelsen så ganske ville tabe sit indhold.

Det er uden betydning, at den trufne afgørelse efter en afgørelse i Konkurrenceankenævnet kan indbringes for domstolene og derved blive genstand for en retssag. Dette følger jo af den normale rekurs- og ankeadgang, og muligheden for dennes udnyttelse kan ikke opfylde kriteriet i undtagelsesbestemmelsen.

En sags part har krav på adgang til det afgørelsesgrundlag, som forelå for rådsmedlemmerne, da Konkurrencerådet behandlede og afgjorde sagen den 27. oktober 1999. Uden fuldt kendskab hertil har klagerne ikke det fornødne grundlag for at kunne vurdere Konkurrencerådets afgørelse.

Klagerne har i øvrigt anført, at der som følge af den manglende aktindsigt ikke er givet klagerne lejlighed til at berigtige og supplere eventuelle faktiske oplysninger, der måtte være indeholdt i de pågældende udtalelser, og klagerne har opfordret Ankenævnet til at begære sig udtalelserne forelagt til eget brug forud for en afgørelse af spørgsmålet om aktindsigt.

5. Konkurrencerådet

Konkurrencerådet har anført, at det klart følger af forarbejderne til forvaltningslovens § 14, stk. 1, nr. 3, jf. navnlig Folketingstidende 1969-70, tillæg B, sp. 2152-2155, og betænkning nr. 857/1978 om offentlighedslovs revision s. 240, af retspraksis og ombudsmandspraksis, at myndigheders brevveksling med sagkyndige om juridiske spørgsmål kan undtages fra aktindsigt i medfør af bestemmelsen, også hvor brevvekslingen ikke har direkte sammenhæng med et aktuelt eller eventuelt sagsanlæg, men hvor dette må underforstås som en relevant (nærliggende) mulighed i forbindelse med den pågældende sag.

Om retspraksis har Konkurrencerådet i et indlæg anført:"

"Højesteret har allerede ved kendelsen gengivet i UfR 1969, side 301, vurderet spørgsmålet om, i hvilket omfang responsa fra kammeradvokaten må anses for undtaget fra retten til aktindsigt efter den dagældende bestemmelse i partsoffentlighedslovens § 6, nr. 4. Under en verserende retssag havde en kommune fremsat begæring om, at det i medfør af retsplejelovens editionsregler blev pålagt Ministeriet for Offentlige Arbejder at fremlægge en række dokumenter, herunder et responsum, som kammeradvokaten havde afgivet i 1938. Det pågældende responsum vedrørte fortolkningen af stærkstrømslovens regler. Højesteret afviste denne begæring og henviste bl.a. til, at dokumenterne måtte anses for omfattet af partsoffentlighedslovens § 6, nr. 1 og 4. Henvisningen til § 6, nr. 4, kan kun have vedrørt det omhandlede responsum, som Højesteret altså anså omfattet af undtagelsen om "myndigheders brevveksling med sagkyndige til brug i retssager eller

en overvejelse af, om retssag bør føres."

Da der ikke ses at have foreligget oplysninger om, at det omhandlede responsum var indhentet til brug for en konkret aktuel eller forestående retssag, må Højesteret have lagt til grund, at undtagelsesbestemmelsen også finder anvendelse på responsa vedrørende juridiske tvivlsspørgsmål, når en retssag herom må fremstå som en relevant (nærliggende) mulighed. Denne fortolkning af dommen er da også – som det fremgår af det tidligere anførte – lagt til grund i forbindelse med de senere lovrevisioner.

Fra retspraksis skal desuden henvises til Højesterets kendelse [beslutning] af 5. maj 1999 i sag nr. 114/98, hvori Højesteret fastslog, at Skatteministeriet ikke kunne tilpligtes at fremlægge en udtalelse fra kammeradvokaten. Den udtalelse, som der var tale om, blev afgivet i 1993 og vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt en række konkrete projekter (i de såkaldte 10-mandssager) kunne tilsidesættes i skattemæssig henseende.

Appellanten havde for Højesteret bl.a. gjort gældende, at Skatteministeriet skulle fremlægge den pågældende udtalelse, idet udtalelsen ikke var omfattet af offentlighedslovens § 10, nr. 4.

Til støtte herfor havde appellanten bl.a. gjort gældende, at der på tidspunktet for kammeradvokatens udtalelse ikke var gennemført nogen skatteansættelse i forhold til de berørte skatteydere, og at kammeradvokatens udtalelse således indgik i myndighedernes vurdering af, om det var berettiget at tilsidesætte de pågældende projekter i skattemæssig henseende.

Den pågældende sag var således fuldstændig parallel til den foreliggende sag, idet der var tale om en udtalelse afgivet til brug for den pågældende myndigheds afgørelse, forinden der blev truffet afgørelse i sagen. De pågældende afgørelser kunne naturligvis påklages administrativt i det skattemæssige rekursystem. Selv om Højesteret ikke udtrykkeligt udtaler sig herom, må kendelsen forstås således, at Højesteret tiltrådte Skatteministeriets synspunkt om, at den pågældende udtalelse var omfattet af undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 10, nr. 4."

Om ombudsmandens praksis har Konkurrencerådet – udover at henvise til udtalelsen i FOB 1995 s. 309 ff – anført:

"Om Ombudsmandens praksis i relation til forvaltningslovens § 14, stk. 1, nr. 3, kan der desuden henvises til Ombudsmandens udtalelse i FOB 1995, side 81 ff. I den pågældende sag havde en kommune brevvekslet med et advokatfirma om, hvorvidt en afgørelse fra taksationskommissionen skulle indbringes for overtaksationskommissionen. I Ombudsmandens udtalelse hedder det herom (side 86):

"Uanset at der ikke var nogen verserende retssag, eller man på dette tidlige tidspunkt af sagen ikke vidste om der ville komme retssag, mener jeg at denne juridiske rådgivning var omfattet af bestemmelsen i forvaltningslovens § 14, stk. 1, nr. 3, og dermed kunne undtages for retten til aktindsigt. Der var utvivlsomt tale om brevveksling med en sagkyndig om juridiske tvivlsspørgsmål. Selv om der ikke var en nær sammenhæng med en retssag, må brevvekslingen anses for omfattet af undtagelsesbestemmelsen."

Endelig kan henvises til en endnu ikke offentliggjort udtalelse af 10. maj 1999, hvor

Ombudsmanden har lagt til grund, at to responsa indhentet hos kammeradvokaten i 1937 og 1989 vedrørende lovligheden af nogle påtænkte foranstaltninger, hvor et sagsanlæg eller anden retstvist måtte påregnes som en nærliggende mulighed. Under disse omstændigheder var det Ombudsmandens vurdering, at Forskningsministeriet havde været berettiget til at undtage dokumenterne fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 10, nr. 4."

Det er på denne baggrund med rette, at der er nægtet aktindsigt. Rådets afgørelse i asfaltsagerne måtte formodes at have en sådan betydning for klagerne, at en senere retssag måtte anses som en relevant (nærliggende) mulighed ved en afgørelse, som måtte gå klagerne imod. Notaterne angår alene juridiske spørgsmål af betydning for spørgsmålet om lovligheden af den afgørelse, som Rådet påtænkte at træffe, og de blev indhentet med henblik på at vurdere retsstillingen i tilfælde af en eventuel senere sag ved domstolene, dvs. med henblik på at vurdere, om den påtænkte afgørelse kunne forventes opretholdt ved en eventuel senere retssag. At de er indgået i afgørelsesgrundlaget er uden betydning.

Det understreges, at det er helt normalt, og i fuld overensstemmelse med forvaltningslovens høringsregler – at adressaterne for rådets afgørelser ikke har aktindsigt i eventuelle notater vedrørende juridiske spørgsmål, som rådet baserer sine afgørelser på; sådanne notater vil nemlig i almindelighed have karakter af interne arbejds papirer. Den omstændighed, at der ved den påklagede afgørelse er nægtet klagerne aktindsigt i to udtalelser om juridiske spørgsmål, som kammeradvokaten har udarbejdet, indebærer derfor heller ikke, at klagerne får vanskeligere end sædvanligt ved at vurdere det retlige grundlag for Rådets afgørelse, idet denne vurdering naturligvis både kan og bør ske på grundlag af den retlige argumentation, som er indeholdt i begrundelsen for rådets afgørelse.

6. Ankenævnets bemærkninger

Efter ordlyden af forvaltningslovens § 14, stk. 1, nr. 3, omfatter retten til aktindsigt ikke myndigheders brevveksling med sagkyndige til brug i retssager eller ved overvejelse af, om retssag skal føres. Det er i forarbejderne til bestemmelsen – som led i en begrundelse for ikke at søge en yderligere undtagelsesbestemmelse gennemført – anført, jf. Folketingstidende 1969-70, tillæg B, sp. 2153, at bestemmelsen "efter omstændighederne må kunne finde anvendelse også når et ministerium indhenter en udtalelse fra kammeradvokaten om en påtænkt forvaltningsafgørelses lovlighed, selv om der på dette tidspunkt ikke er aktuel udsigt til, at sagen vil blive indbragt for domstolene", og at "det forhold, at sagen forelægges for kammeradvokaten, vil i almindelighed indicere, at et senere sagsanlæg betragtes som en mulighed", men at "denne udvidende fortolkning af bestemmelsen kan imidlertid næppe finde anvendelse på brevveksling med andre end juridisk sagkyndige, da den må ses i sammenhæng med, at det ikke under et civilt søgsmål kan pålægges en part at fremlægge et juridisk resposum efter reglerne i retsplejelovens § 298". Bestemmelsen er i retspraksis blevet forstået i overensstemmelse hermed, således at der i almindelighed ikke er ret til aktindsigt i udtalelser fra kammeradvokaten om en påtænkt forvaltningsafgørelses lovlighed indhentet af vedkommende myndighed.

Da det efter det oplyste må lægges til grund, at de foreliggende udtalelser fra kammeradvokaten alene indeholder en juridisk redegørelse for den påtænkte afgørelses lovlighed og på ingen måde bidrager til sagens oplysning, og da der ikke ses at foreligge sådanne særlige omstændigheder, som kan føre til en fravigelse af den almindelige regel, hvorefter der ikke er ret til aktindsigt i sådanne udtalelser fra kammeradvokaten, stadfæster Ankenævnet de truffne afgørelser, hvorefter der er nægtet klagerne aktindsigt.

Herefter bestemmes:

Konkurrencerådets afgørelser af 8. november, 23. november, 10. december og 16. december 1999 om afslag på klagernes anmodning om aktindsigt stadfæstes.

Ole Jess Olsen

Jens Fejø

Børge Dahl«