

2007-08-15: Møns Bank, lokalbanken i Nordsjælland, Skælskør Bank, Lollands Bank, Vordingborg Bank, Totalbanken og DiBa Dank mod Konkurrencestyrelsen (Stadfæstet)

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 15. august 2007 i sag 2007-0011907:

Møns Bank
Lokalbanken i Nordsjælland
Skælskør Bank
Lollands Bank
Vordingborg Bank
Totalbanken
og DiBa Bank
(advokat Gitte Holtsø)

mod

Konkurrencerådet (fuldmægtig Ulrik Lindow Sørensen)

1.0 Den underliggende sag og den påklagede afgørelse.

Konkurrencerådet har den 28. marts 2007 truffet afgørelse om, at 7 danske lokalbanker (Møns Bank, Lokalbanken i Nordsjælland, Skælskør Bank, Lollands Bank, Vordingborg Bank, Totalbanken og DiBa Bank – i det følgende blot lokalbankerne) i perioden 2004 til 2006 har brudt konkurrenceloven ved at indgå i et kartelsamarbejde. Kartelsamarbejdet har ifølge afgørelsen omfattet ulovlige aftaler om markedsdeling og samordning af pris- og gebyrpolitik. Lokalbankerne har ligeledes ifølge afgørelsen begrænset konkurrencen ved bl.a. at aftale ikke at åbne filialer og konkurrere med hinanden i de byer, hvor hver af de 7 banker har deres hovedsæde. Konkurrencerådet har ved afgørelsen påbudt bankerne at ophæve samarbejdsaftalen.

Konkurrencestyrelsen fremsendte ved brev af 16. marts 2007 et endeligt udkast til afgørelse i sagen til lokalbankerne. I brevet anmodede Konkurrencestyrelsen lokalbankerne om at meddele, hvilke oplysninger i udkastet til afgørelse lokalbankerne mener ikke bør offentliggøres, jf. konkurrencelovens § 13, stk. 4.

Ved brev af 21. marts 2007 anmodede lokalbankerne om, at der ikke skete offentliggørelse af ”oplysninger om markedsandele, indtægter (udlån, indlån, provision og gebyrer) og den samlede opgjorte omsætning”, og at der heller ikke skete offentliggørelse af dokumenter konfiskeret ved

Konkurrencestyrelsens kontrolundersøgelse vedrørende forhold, som har fundet sted i en periode omfattet af konkurrencelovens § 7, og som dermed er lovlige.

Konkurrencestyrelsen meddelte den 23. marts 2007 afslag på lokalbankernes anmodning. Det hedder i den påklagede afgørelse – Konkurrencestyrelsens brev af 23. marts 2007 til lokalbankerne ved advokat Gitte Holtsø – bl.a.:

”Lokalbanksamarbejdet - offentliggørelse af oplysninger

Ved brev af 21. marts 2007 har De på vegne af bankerne i Lokalbanksamarbejdet angivet, hvilke oplysninger i udkast til afgørelse af 16. marts 2007, der efter Deres mening bør ekstraheres fra Konkurrencestyrelsens Internet-version. De har samtidig vedlagt en kopi af udkast til afgørelse af 16. marts 2007, hvori Deres ekstraheringer fremgår.

De har til støtte for Deres ekstraheringer anført, at alle oplysninger om markedsandele, indtægter (udlån, indlån, provision og gebyrer) og den samlede opgjorte omsætning udgør fortrolige oplysninger.

De har endvidere til støtte for Deres ekstraheringer anført, at citater fra dokumenter, som Konkurrencestyrelsen har konfiskeret ved kontrolundersøgelserne, og som vedrører forhold, der efter konkurrencelovens § 7 er undtaget fra forbudet i konkurrencelovens § 6, ikke har relevans for sagen og derfor skal ekstraheres.

Vurdering Konkurrencerådets er som udgangspunkt forpligtet til at offentliggøre afgørelser truffet i medfør af konkurrenceloven, jf. konkurrencelovens § 13, stk. 2.

Ved offentliggørelse af Konkurrencerådets afgørelser kan oplysninger om tekniske forhold, herunder forskning, produktionsmåder, produkter samt drifts- og forretningshemmeligheder dog ikke offentliggøres, for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller den virksomhed, oplysningen angår, jf. konkurrencelovens § 13, stk. 4.

For så vidt angår oplysninger om markedsandele, indtægter (udlån, indlån, provision og gebyrer) og den samlede opgjorte omsætning, er det Konkurrencestyrelsens opfattelse, at disse oplysninger ikke vedrører tekniske forhold eller udgør drifts- eller forretningshemmeligheder, så længe oplysningerne er aggregerede og ikke kan henføres til de enkelte banker i Lokalbanksamarbejdet. Efter Konkurrencestyrelsens opfattelse er der endvidere ikke tale om, at offentliggørelse af de nævnte aggregerede oplysninger vil have væsentlig økonomisk betydning for bankerne.

De aggregerede oplysninger om markedsandele, indtægter (udlån, indlån, provision og gebyrer) og den samlede opgjorte omsætning er derfor ikke ekstraheret fra Konkurrencestyrelsens Internet-version ...

For så vidt angår regnskabstal og omsætning for de enkelte banker i Lokalbanksamarbejdet, er det Konkurrencestyrelsens vurdering, at sådanne tal udgør drifts- og forretningshemmeligheder, der bør ekstraheres fra Konkurrencestyrelsens Internet-version. Konkurrencestyrelsen har derfor ekstraheret de specifikke tal for de enkelte banker, som ikke allerede er offentligt tilgængelige.

Konkurrencestyrelsen har derfor bl.a. ekstraheret oplysningerne i tabel 7 vedrørende Diba Banks kunder samt oplysninger i tabel 14 og 15 vedrørende de enkelte bankers regnskabstal. For så vidt

angår tabel 16, er der derimod ikke foretaget ekstraheringer, idet tallene er tilgængelige på Finanstilsynets hjemmeside.

For så vidt angår oplysninger i og citater fra dokumenter, som Konkurrencestyrelsen har konfiskeret ved kontrolundersøgelserne, og som vedrører forhold, der efter konkurrencelovens § 7 er undtaget fra forbudet i konkurrencelovens § 6, er det Konkurrencestyrelsens vurdering, at disse oplysninger ikke vedrører tekniske forhold eller drifts- eller forretningshemmeligheder, der kan berettige en undtagelse fra offentlighedsprincippet i konkurrencelovens § 13, stk. 2. Det er endvidere Konkurrencestyrelsens vurdering, at hemmeligholdelse af oplysningerne ikke har væsentlig økonomisk betydning for de 7 banker i Lokalbanksamarbejdet.

Konkurrencestyrelsen henviser til, at oplysningerne er historiske og som udgangspunkt vedrører andre og mere generelle oplysninger end drifts og forretningshemmeligheder. Konkurrencestyrelsen finder dog at specifikke beløbs- og procentangivelser fortsat kan udgøre drifts- eller forretningshemmeligheder, og Konkurrencestyrelsen har derfor efter en konkret vurdering ekstraheret disse specifikke oplysninger fra styrelsens Internet-version.”

Denne afgørelse er påklaget til Konkurrenceankenævnet, jf. konkurrencelovens § 19, stk. 1, jf. §

13, stk. 4. Afgørelsen er ikke påklaget for så vidt angår de ikke-ekstraherede oplysninger om markedsandele og omsætningstal, men kun for så vidt angår gengivelse af dokumenter og oplysninger vedrørende forhold, der er foregået i 2002 og 2003.

2.0 Parternes påstande.

2.1 Lokalbankskerne har nedlagt følgende påstande:

Konkurrencestyrelsens afgørelse af 23. marts 2007, hvorved styrelsen har afvist at udelade gengivelse af dokumenter, oplysninger og citater fra dokumenter, som er konfiskeret af styrelsen hos Lokalbankskerne, og som vedrører forhold, som er omfattet af Konkurrencelovens § 7, ophæves.

Ved offentliggørelsen af rådets afgørelse skal der ikke ske offentliggørelse af dokumenter og oplysninger, som omhandler forhold, der har fundet sted i en periode, hvor Lokalbankskerne samarbejde er omfattet af Konkurrencelovens § 7 og dermed ikke kan udgøre en overtrædelse af Konkurrencelovens § 6.

2.2 Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse af Konkurrencestyrelsens afgørelse af 23. marts 2007.

3.0 Sagens behandling i Konkurrenceankenævnet.

Sagen er behandlet på skriftligt grundlag.

4.0 Lokalbankskerne argumentation.

Lokalbankskerne har anført, det er korrekt, at det følger af konkurrenceloven, at Konkurrencerådets afgørelser skal offentliggøres, jf. § 13, stk. 2. Oplysninger om tekniske forhold, herunder forskning, produktionsmåder, produkter samt drifts- og forretningshemmeligheder kan imidlertid ikke

offentliggøres, for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller den virksomhed, oplysningen angår. Endvidere kan oplysninger om enkelte kunders forhold i virksomheder, der er under tilsyn af Finanstilsynet, ikke offentliggøres, jf. § 13, stk. 4.

Konkurrenceankenævnet har tidligere – i relation til offentlighed vedrørende en ikke-indgrebserklæring – fastslået, at "lovens afgørelsesbegreb i øvrigt ikke kun omfatter afgørelser om overtrædelse af loven", jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 22. oktober 2003 i sag 03-89.378 om Realkredit Danmark A/S. Konkurrenceankenævnet anførte imidlertid tillige, at det forhold, "at konkurrencemæssig gennemsigtighed ikke indgår som et formål med konkurrenceloven, kan ikke føre til et andet resultat, men indebærer på den anden side, at hensynet hertil ikke kan tillægges selvstændig betydning ved stillingtagen til spørgsmål om afgørelsesudformning i lyset af offentliggørelsespligten."

Dette betyder, at hensynet til gennemsigtighed ikke i sig selv kan begrunde offentliggørelse. Det bør således alene være oplysninger, som er relevante for sagen, som offentliggøres. For meget gennemsigtighed kan også være skadende for konkurrencen i markedet, og derfor bør der ikke i denne henseende praktiseres et princip om "meroffentlighed", som offentliggørelse af oplysninger, som ikke er relevante for sagen, vil indebære. I det foreliggende tilfælde er der intet, som tilsiger, at disse oplysninger offentliggøres.

I kendelsen bemærkede ankenævnet videre, at "offentlig indsigt i en virksomheds interne forretningsforhold efter almindelige offentlighedsprincipper snarere må tales af en virksomhed, hvis de interne forretningsforhold er ulovlige, end hvis de er lovlige, og at der på centrale konkurrenceretsområder navnlig er behov for forståelse og anvendelse af afgørelser om ulovlige forhold."

Deraf følger, at sådanne oplysninger om interne forretningsforhold, som styrelsen ønsker at offentliggøre i denne sag, ikke (nødvendigvis) skal tales, når der er tale om lovlige forhold. Der er således ikke samme behov for forståelse og anvendelse af afgørelser om lovlige forhold.

Styrelsen betegner oplysningerne som historiske. Henset til, at der er tale om oplysninger for 2002-2005 er dette næppe korrekt, men det understreger i det mindste, at styrelsen ikke kan berettige offentliggørelsen af oplysningerne med behovet for forståelse og anvendelse af den konkrete afgørelse.

Det er ubestridt, at alle forhold, som har fundet sted i 2002 og 2003 er omfattet af § 7. konkurrencelovens § 7 indebærer, at forbudet i konkurrencelovens § 6 ikke finder anvendelse, dvs. at konkurrenceloven ikke er overtrådt. Der er således tale om forhold, som er fuldt lovlige.

Det gøres gældende, at disse dokumenter overordnet indeholder oplysninger om lokalbankernes interne forhold og er af forretningsmæssig fortrolig karakter, og at deres offentliggørelse er af væsentlig økonomisk betydning for lokalbankerne. Det gøres gældende, at oplysningerne vedrører drifts- og forretningshemmeligheder. Alle referater fra møder mellem deltagerne i erfa-samarbejdet eller intern korrespondance er selvsagt som udgangspunkt fortrolige oplysninger om forretningsforhold.

Konkurrenceloven og bemærkningerne hertil definerer ikke begrebet drifts- og forretningshemmeligheder i konkurrencelovens § 13, stk. 4. Det fremgår imidlertid af ministerens

svar på spørgsmål 64 i forbindelse med behandlingen af lovforslag L 172 om konkurrenceloven som fremsat den 20. februar 1997, at "drifts- og forretningshemmeligheder" stort set skønnes at dække over det samme reale indhold, som "fortrolige og hemmelige oplysninger" efter monopolloven. I overensstemmelse hermed omtaler betænkning 1075/1986 "Fra monopollov til konkurrencelov" til tider begrebet "fortrolige og hemmelige oplysninger" i den daværende monopollov som "forretningshemmeligheder", jf. betænkningen side 203-209, særligt side 206, sammenholdt med side 230. I denne betænkning er den praksis, der relaterer sig til begrebet "fortrolige og hemmelige oplysninger" i den daværende monopollov, fastlagt til at omfatte såvel interne som eksterne forhold for virksomheden. Som eksempler på virksomhedens eksterne forhold nævnes virksomhedernes pris- og forretningsbetingelser og især virksomhedernes salg, jf. betænkningen side 203-209, herunder særligt side 208. Videre angives i denne betænkning som eksempler på forretningshemmeligheder "forretningsforbindelser og samtlige forbindelser mellem disse" (hvis de ikke er offentligt tilgængelige), jf. betænkningen side 233. De omtvistede oplysninger i den foreliggende sag må antages at være omfattet af denne brede definition af arten af oplysninger, der kan være forretningshemmeligheder for en virksomhed.

Det er således ikke afgørende, om der er tale om interne eller eksterne forhold. Det er arten af oplysninger, som er afgørende. Ankenævnets bemærkning i Realkredit Danmark-sagen om, hvorvidt virksomheder i højere grad skal tåle offentliggørelse af ulovlige forhold end lovlige forhold, antages i øvrigt at være relateret til spørgsmålet om forbrugermæssig gennemsigtighed kontra konkurrencemæssig gennemsigtighed. Når der er et hensyn til forbrugergennemsigtighed, som var tilfældet i Realkredit Danmark-sagen, måtte virksomheden tåle offentliggørelse af lovlige forhold, som ikke var interne. Det indebærer dog ikke, at der ved eksterne forhold, hvor der intet hensyn er til forbrugermæssig gennemsigtighed, ikke skal skelnes mellem lovlige og ulovlige forhold. Offentliggørelse af bilag 3-12 og 27-33 kan på ingen måde bidrage til konkurrencefremmende forbrugermæssig gennemsigtighed.

En sådan bred fortolkning af begrebet "forretningshemmeligheder" er i øvrigt i overensstemmelse med EU-konkurrenceretten. Således definerer Kommissionen "forretningshemmeligheder" som "... oplysninger om en virksomheds forretningsaktiviteter [der ved videregivelse] kan påføre den pågældende virksomhed alvorlig skade", jf. Kommissionens meddelelse om regler for aktindsigt i Kommissionens sagsakter i forbindelse med sager efter EF-traktatens artikel 81 og 82, EØS-aftalens artikel 53, 54 og 57 og Rådets forordning (EF) nr. 139/2004, offentliggjort i EUR C 325, side 7, punkt 18, og jf. Retten i Første Instans' dom af 18. september 1996 i sag T-353/94 (Postbank), offentliggjort i Saml. 1996 II, side 921, præmis 87. Denne definition er meget bred, idet alle typer af oplysninger om en virksomheds forretningsaktiviteter i princippet kan betragtes som forretningshemmeligheder, når skaden ved videregivelse er tilstrækkelig stor.

Udstrækningen af "offentlig tilgængelighed", dvs. grænsen for, hvornår en oplysning ikke længere kan antages at være en forretningshemmelighed, er ikke defineret i konkurrenceloven eller dens forarbejder. Spørgsmålet er blevet behandlet af Konkurrenceankenævnet i den tidligere nævnte kendelse af 22. oktober 2003 i sagen om Realkredit Danmark A/S. I denne sag fandt ankenævnet som anført, at formidlingshonorarer aftalt mellem realkreditinstitut og ejendomsmæglere ikke var forretningshemmeligheder, da disse honorarer i medfør af lovgivningen på anmodning skulle oplyses overfor sælger og køber i hver enkelt sag om ejendomssalg. Kredsen af personer, der havde adgang til disse oplysninger, var derfor meget bred og udefinerbar, idet den omfattede alle købere og sælgere af fast ejendom. I overensstemmelse hermed havde rådet under sagen udtalt, at "... det ikke alene er oplysninger, der er almindelig kendt, der ikke er forretningshemmeligheder. Også

oplysninger, der på anden måde er tilgængelige for offentligheden, kan ikke karakteriseres som forretningshemmeligheder".

I modsætning hertil er de omtvistede oplysninger i den foreliggende sag kun tilgængelige for en klart defineret og snæver kreds omfattende nogle få lokale banker. Der er derfor hverken forhold i lovforarbejder eller praksis, der taler for, at de omtvistede oplysninger i den foreliggende sag er for tilgængelige for offentligheden til, at de kan betragtes som forretningshemmeligheder.

I øvrigt må det antages, at der er en nær sammenhæng mellem vurderingen af, om en offentliggørelse af oplysninger er af væsentlig økonomisk betydning for den virksomhed, som oplysningen angår, og vurderingen af, om en oplysning er offentlig tilgængelig. Hvis det konkluderes, at offentliggørelsen af oplysningerne er af væsentlig økonomisk betydning for lokalbankerne, må det formodes, at betingelsen om, at oplysningen ikke i forvejen må være offentlig tilgængelig, er opfyldt.

Kravet om "væsentlig økonomisk betydning" i konkurrencelovens § 13, stk. 4, skal fortolkes i overensstemmelse med den tilsvarende bestemmelse i offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, jf. bemærkningerne til § 13 i lovforslag L 172 om konkurrenceloven som fremsat den 20. februar 1997. Det følger af lovforarbejderne til offentlighedsloven, at denne betingelse bl.a. opfyldes, hvis der er nærliggende risiko for, at der påføres en virksomhed skade, navnlig et økonomisk tab af nogen betydning, jf. Folketingstidende 1984/85, tillæg B, spalte 3088 f. Et eksempel på en sag hvor dette kriterium er tillagt vægt findes i Justitsministeriets sag L.A. 1988-543-7, hvor foreløbige analyseresultater, der ikke entydigt viste, at et parti ost muligvis var sundhedsfarlig, fandtes at kunne undtages aktindsigt, indtil den endelige analyse forelå, da det ville kunne medføre betydelig skade for mejeriet der producerede osten, selvom det senere viste sig, at partiet ikke var sundhedsskadeligt.

De omtvistede oplysninger er alene medtaget i afgørelsen for at øge alvoren af denne. Konkurrencestyrelsens sag svinder selvsagt væsentligt ind, når alle forhold til og med 2005 er lovlige som følge af § 7, men også selvom det kun er 2002 og 2003, hvor hovedparten af styrelsens dokumentation stammer fra, som udelades, vil sagens omfang og betydning være minimal. Oplysninger i dokumenterne bilag 3-12 og bilag 27-33 vil helt uberettiget forværre og forlænge de påståede overtrædelsers karakter og varighed og tilmed give anledning til misforståelser, der vil være særdeles skadelig for bankerne, da der er en nærliggende risiko for kundetab. Medierne og offentligheden vil ikke differentiere mellem forhold i 2002 og 2003, som er uden for konkurrencelovens § 6 som følge af konkurrencelovens § 7, og mellem forhold, som (forudsat mærkbarhed) vil kunne være omfattet af konkurrencelovens § 6.

Henset hertil gøres det gældende, at der i det mindste er en sådan begrundet tvivl om betydningen af disse dokumenter i forhold til de påståede overtrædelser, at offentliggørelsen af disse oplysninger som minimum bør afvente, at Konkurrenceankenævnet har haft mulighed for at tage stilling til, om der reelt er tale om påbegyndelse af sådanne overtrædelser, som påstået af rådet.

Offentliggørelse af dokumentationen hidrørende for 2002 og 2003, som selv styrelsen erkender vedrører lovlige forhold, vil skade lokalbankerne, idet sagens alvor dermed i offentligheden/medierne forværres. Offentligheden er antageligt ikke i stand til at skelne imellem endsige forstå, at forhold, som har fundet sted i 2002 og 2003, og som refereres indgående to gange

i styrelsens udkast til afgørelse, er fuldt lovlige, når afgørelsen overordnet konkluderer, at der er foregået "alvorlige overtrædelse af konkurrenceloven".

Det kan ikke forventes, at det fæstnes i offentlighedens bevidsthed, at det meget kort afslutningsvist i afsnit 435 konkluderes, at det kun er adfærd i 2004-2006, der er omfattet af konkurrencelovens § 6, og at store dele af sagsfremstillingen og vurderingen således omhandlede fuldt ud lovlige forhold. Ingen vil selvsagt vende tilbage til sagsfremstillingen og vurderingen for at undersøge datoerne på de dokumenter, som er gengivet, for at undersøge, overtrædelsens tidsmæssige udstrækning.

Lokalbankerne bestrider selvsagt at have overtrådt reglerne i hele perioden, men erkender at måtte tåle offentliggørelse af interne dokumenter for den periode, som rådet mener, er omfattet af konkurrencelovens § 6. Offentliggørelsen af lokalbankernes interne korrespondance om forretningsmæssige forhold, som alene vedrører lokalbankerne, og som ubestridt ikke omhandler adfærd, der udgør en overtrædelse af § 6, er ikke saglig, men tilsigter alene at "puste sagen op" til skade for bankerne, som derved i offentligheden med stor sandsynlighed vil fremstå som i en længere periode at have overtrådt konkurrencelovgivningen, hvilket ikke er tilfældet.

I det omfang Konkurrenceankenævnet kommer frem til, at de omtvistede oplysninger ikke udgør drifts- og forretningshemmeligheder i konkurrencelovens § 13, stk. 4's forstand, vil det være af betydning for vurderingen af, om de omtvistede oplysninger om forretningsforhold skal offentliggøres, om de udover at være af væsentlig økonomisk betydning, er af væsentlig betydning for forståelsen og anvendelsen af afgørelsen, jf. bemærkningerne til § 13 i lovforslag L 172 om konkurrenceloven som fremsat den 20. februar 1997.

Offentlighedslovens § 12 undtager drifts- eller forretningsforhold eller lignende fra aktindsigt. Det er angivet i forarbejderne til Konkurrenceloven (FT 1996/1997, tillæg A, side 3672), at "det er i stk. 4, 1. pkt., tilsigtet at skabe overensstemmelse med undtagelserne i offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, idet dog »drifts- og forretningshemmeligheder« er en mere snæver formulering. Det skyldes, at det vil gøre formålet med offentliggørelse af afgørelser illusorisk, hvis forretningsforhold som sådan kan undtages fra offentlighed. Det er af væsentlig betydning for forståelsen og anvendelsen af en afgørelse, at det er muligt i et vist omfang at referere faktuelle oplysninger vedrørende drifts- og forretningsforhold."

Der gælder ikke et krav om offentliggørelse for enhver pris. Det må i lyset af ovenstående i relation til offentliggørelse af forhold, som angår forretningsforhold, således indgå i vurderingen, om det er af væsentlig betydning for forståelse og anvendelsen af en afgørelse, at referere til forretningsforhold, eftersom undtagelse fra offentliggørelse er begrænset til forretningshemmeligheder i stedet for forretningsforhold begrundet i dette behov. Dertil kommer, at det kun er berettiget "i et vist omfang" at referere til forretningsforhold.

Når en adfærd, der vedrører drifts- og forretningsforhold, i sig selv er lovlig som følge af undtagelsesbestemmelsen i konkurrencelovens § 7, og når oplysninger om denne adfærd ikke er af væsentlig betydning for vurderingen af om konkurrencelovens § 6 er overtrådt, bør disse oplysninger derfor ikke offentliggøres.

Oplysningerne i disse dokumenter er ikke væsentlige for forståelsen af de overtrædelser, som rådet mener at have konstateret i årene efter 2003.

Det er ikke af væsentlig betydning for forståelsen og anvendelsen af afgørelsen, at denne korrespondance fra 2002 og 2003 vedrørende forhold, som ikke er omfattet af forbudet i konkurrencelovens § 6, offentliggøres. Gengivelse af disse lovlige forhold, tjener alene til i offentligheden at forværre efterfølgende påståede overtrædelsers omfang og varighed.

5.0 Konkurrencerådets argumentation.

Konkurrencerådet har anført, at der er pligt til at offentliggøre Konkurrencerådets afgørelser, jf. konkurrenceloven § 13, stk. 2, 1. pkt., uanset om afgørelserne vedrører lovlige eller ulovlige forhold.

Konkurrencerådet træffer afgørelse om både lovlige og ulovlige forhold. Der er pligt til at offentliggøre afgørelserne, uanset om de falder i den ene eller den anden kategori, jf. konkurrenceloven § 13, stk. 2, 1. pkt. Pligten kan kun fraviges, hvis to kumulative betingelser er opfyldt, jf. konkurrenceloven § 13, stk. 4, 1. pkt. For det første skal der være tale om oplysninger om tekniske forhold, herunder forskning, produktionsmåder, produkter samt drifts- og forretningshemmeligheder. For det andet skal hemmeligholdelse være af væsentlig økonomisk betydning for den person eller den virksomhed, oplysningerne angår. I denne sag er betingelserne ikke opfyldt.

Undtagelse af oplysninger fra offentliggørelsespligten forudsætter en nærliggende risiko for skade for den, som oplysningerne angår. Det er ikke i sig selv afgørende, om oplysningerne indgår i en lovlig eller ulovlig sammenhæng. Det afgørende er oplysningernes art og den økonomiske betydning, jf. konkurrenceloven § 13, stk. 4, 1. pkt. Og undtagelsesbestemmelsen kan ikke uden videre anvendes til at undtage hele dokumenter.

Konkurrencestyrelsen ekstraherer altid fortrolige oplysninger, inden afgørelser offentliggøres. Derfor har Konkurrencestyrelsen også i denne sag ekstraheret de oplysninger vedrørende forhold i 2002 og 2003, der fortsat må anses for følsomme. Herudover er der intet i forholdene fra 2002 og 2003, der kan begrunde nægtelse af offentlig indsigt. Det kan endvidere ikke i sig selv karakteriseres som driftstekniske eller kommercielle hemmeligheder, at lokalbankerne har indgået aftaler, kommunikeret indbyrdes m.v.

Oplysningerne om lokalbanksamarbejdets forhold i 2002 og 2003 er derimod relevante og væsentlige for at kunne forstå Konkurrencerådets afgørelse, der skal læses i en sammenhæng. Blandt andet udspringer både den geografiske og den kundemæssige markedsdeling af drøftelser m.v. før og under lokalbanksamarbejdets årsmøde i marts 2003, jf. rådets afgørelse punkt 131-133. Ligeledes var det i 2003, at Håndværkerbanken (nu Max Bank) blev ekskluderet fra samarbejdet, fordi banken havde krænket aftalen om geografisk markedsdeling, jf. rådets afgørelse punkt 134-141.

Det er af lokalbankerne anført, at dokumenterne vedrørende forhold i 2002 og 2003 ”overordnet indeholder oplysninger om ... interne forhold og er af forretningsmæssig fortrolig karakter”.

Konkurrencestyrelsen afviser lokalbankernes synspunkt om fortrolighed. Betingelserne for at undtage fra pligten til offentliggørelse er som nævnt ikke opfyldt, og lokalbankernes synspunkt om fortrolighed er heller ikke nærmere konkretiseret. Det fremgår endvidere ikke, hvorfor dokumenter vedrørende forhold i 2002 og 2003 overordnet skulle indeholde fortrolige oplysninger, når det

samme ikke gør sig gældende for 2004, 2005 og 2006. Lokalbankskerne har ikke gjort et tilsvarende argument om overordnet fortrolighed gældende, for så vidt angår de tre år, hvor lokalbankskerne har overtrådt forbudet i konkurrenceloven § 6.

Det er af lokalbankskerne anført, at offentlig indsigt ikke nødvendigvis skal tåles, når der er tale om lovlige forhold. Lokalbankskerne henviser til Konkurrenceankenævnets kendelse af 22. oktober 2003 om Realkredit Danmark A/S. Konkurrencestyrelsen ser dog anderledes på ankenævnets kendelse, hvor genstanden for tvisten var offentliggørelse af Realkredit Danmark A/S' formidlingshonorarer. Sagen om Realkredit Danmark A/S adskiller sig fra denne sag på flere afgørende punkter:

For det første kan formidlingshonorarer efter omstændighederne være forretningshemmeligheder m.v., og Konkurrenceankenævnet skelner i kendelsens bemærkninger mellem offentliggørelse af ulovlige henholdsvis lovlige "interne forretningsforhold". Allerede fordi de omtvistede oplysninger i denne sag ikke er interne forretningsforhold, er kendelsen om Realkredit Danmark A/S irrelevant.

For det andet var der under sagen om Realkredit Danmark A/S enighed om, at Realkredit Danmark A/S' aftaler ikke medførte konkurrenceretlige problemer, jf. konkurrenceloven § 9. I modsætning hertil har lokalbankskernes adfærd også været konkurrencebegrænsende i 2002 og 2003, og adfærden er dermed som udgangspunkt omfattet af konkurrenceloven § 6. Der er årsagsforbindelse mellem forholdene i 2002 og 2003 på den ene side og forholdene i perioden 2004 til 2006 på den anden side, og Konkurrencerådet har behandlet alle årene som en helhed. Kun som følge af den særlige undtagelsesregel i konkurrenceloven § 7, stk. 1, er adfærden i 2002 og 2003 - konkret for lokalbankskernes vedkommende - ikke forbudt.

Det er en misvisende indsigelse, når lokalbankskerne anfører, at det ikke kan "forventes, at det fæstnes i offentlighedens bevidsthed, at det meget kort afslutningsvist i afgørelsens afsnit 435 konkluderes, at det kun er adfærd i 2004-2006, der er omfattet af Konkurrencelovens § 6...". I Konkurrencerådets afgørelse anføres det allerede klart og tydeligt i resuméet, jf. punkt 8, at

"[d]e 7 bankers kartelsamarbejde udgør samlet set en alvorlig overtrædelse af konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 3. Overtrædelsen vedrører årene 2004, 2005 og 2006. Overtrædelsen vedrører ikke årene forud for 2004, da bankernes relevante omsætning i disse år er under tærskelværdien på 1 mia. kr. i konkurrencelovens § 7, stk. 1".

Det bemærkes, at Konkurrencerådet har truffet afgørelse vedrørende hele perioden 2002 til og med 2006. Allerede derfor skal samtlige oplysninger vedrørende denne periode som hovedregel offentliggøres, jf. konkurrencelovens § 13, stk. 2, 1. pkt.

Herudover har forholdene i 2002 og 2003 selvstændig bevismæssig betydning for rådets vurdering af, at konkurrencelovens § 6 er overtrådt i 2004, 2005 og 2006. Oplysningerne, der skal offentliggøres i medfør af Konkurrencestyrelsens afgørelse af 23. marts 2007, er derfor væsentlige og relevante for forståelsen af Konkurrencerådets afgørelse.

I tillæg til den løbende informationsudveksling indfører lokalbankskerne på årsmødet i 2003 således en tilstand i form af geografisk og kundemæssig markedsdeling. På daværende tidpunkt er adfærden som følge af undtagelsesbestemmelsen i konkurrencelovens § 7, stk. 1, nr. 1, undtaget fra forbudet i konkurrencelovens § 6.

Imidlertid øges lokalbankernes omsætning, og allerede fra 2004 finder konkurrencelovens § 7, stk. 1, ikke længere anvendelse. Efter Konkurrencestyrelsens opfattelse er det enkelt og objektivt konstaterbart for virksomheder, når de overskrider omsætningsgrænserne i konkurrencelovens § 7, stk. 1. Alligevel opretholder lokalbankerne i 2004 og herefter både aftalerne om markedsdeling og den samordnede praksis i form af informationsudveksling. Lokalbankerne anmoder heller ikke om fritagelse efter konkurrencelovens § 8.

Efter Konkurrencestyrelsens opfattelse er der derfor kausalitet mellem perioden 2002-2003 på den ene side og perioden 2004-2006 på den anden side. Konkurrencerådets påbud vedrørende perioden 2004-2006 kan ikke isoleres fra forholdene i 2002 og 2003, når rådets afgørelse skal offentliggøres.

Det er af lokalbankerne – med henvisning til blandt andet Betænkning 1075/1986 – gjort gældende, at "[a]lle referater fra møder mellem deltagerne i erfa-samarbejdet eller intern korrespondance er selvsagt som udgangspunkt fortrolige oplysninger om forretningsforhold"

Konkurrencestyrelsen finder, at lokalbankernes opfattelse af drifts- eller forretningshemmeligheder er alt for bred og generel. Hovedreglen i konkurrenceloven er offentliggørelsespligt, jf. konkurrencelovens § 13, stk. 2, 1. pkt. Hvorvidt undtagelsen i konkurrencelovens § 13, stk. 4, 1. pkt., finder anvendelse må afgøres konkret fra sag til sag. Endvidere undlader lokalbankerne at nævne, at der i Betænkning 1075/1986 skelnes mellem offentliggørelse af undersøgelser, jf. det dagældende gennemsigtighedsprincip, og offentliggørelse af afgørelser. Om offentliggørelse af afgørelser anføres på side 209 i Betænkningen:

"Når det drejer sig om offentliggørelse af afgørelser er en effektiv anonymisering af den virksomhed, sagen drejer sig om, oftest i praksis umulig. Til gengæld tyder den spredte praksis [note udeladt] på, at man er meget tilbageholdende med at offentliggøre konkrete tal og procentsatser. De udelades simpelthen af den i øvrigt offentliggjorte tekst"

I overensstemmelse med fast praksis er det nøjagtig den fremgangsmåde, der er citeret ovenfor, som Konkurrencestyrelsen har fulgt i denne sag. Styrelsen har ekstraheret specifikke beløbs- og procentangivelser vedrørende forhold i 2002 og 2003, der fortsat må anses for følsomme. Herudover finder styrelsen, at de i afgørelsen medtagne øvrige oplysninger vedrørende 2002 og 2003 ikke opfylder betingelserne i konkurrencelovens § 13, stk. 4, 1. pkt., for at blive fritaget fra offentlig indsig.

Det er af lokalbankerne anført, at offentliggørelse af forhold fra 2002 og 2003 kan være "særlig skadelig for bankerne, da der er en nærliggende risiko for kundetab". Lokalbankerne henviser i den forbindelse blandt andet til, at oplysningerne kan give anledning til misforståelser.

Kriteriet "væsentlig økonomisk betydning", jf. konkurrencelovens § 13, stk. 4, 1. pkt., må efter Konkurrencestyrelsens opfattelse i almindelighed forstås i sammenhæng med virksomheders konkurrenceevne. Det vil sige, at oplysninger kan undtages fra offentliggørelse, hvis det efter en konkret vurdering må antages, at offentliggørelsen kan give konkurrenter, samarbejdspartnere m.v. en indsig i forhold, de ellers ikke ville få, og som de kan udnytte i den fremtidige konkurrence eller i fremtidige kontraktforhandlinger og lignende.

Lokalbankerne har ikke gjort gældende, at offentliggørelse kan give konkurrenter, samarbejdspartnere m.v. en fordel, de ellers ikke ville få. Ud over det rummeligt formulerede "en

nærliggende risiko for kundetab” har lokalbankerne ikke nærmere anført, hvorfor offentliggørelse af eksempelvis mødereferat, dagsorden, diskussionsoplæg m.v., der ikke indeholder detaljerede tekniske, kommercielle eller økonomiske oplysninger, har væsentlig økonomisk betydning for dem.

Det er Konkurrencestyrelsens vurdering, at lokalbankernes formål med at begære forholdene fra 2002 og 2003 undtaget fra offentliggørelse er at begrænse indsigten i den faktiske adfærd, der har betydning for forståelsen af, hvilken overtrædelse af konkurrencelovens § 6 i perioden 2004-2006, der reelt er tale om. Dette formål kan ikke begrunde nægtelse af offentlig indsigt.

Konkurrencestyrelsen afviser herudover, at offentliggørelse af oplysninger vedrørende forhold i 2002 og 2003 kan give anledning til misforståelser. Oplysningerne fra 2002 og 2003 medtaget i Konkurrencerådets afgørelse er i vidt omfang citater fra lokalbankernes egen, indbyrdes korrespondance. Konkurrencerådet giver således en objektiv og neutral sagsfremstilling, og sagens faktum fremstår efter Konkurrencestyrelsens opfattelse klart.

Det er uden relevans, når lokalbankerne henviser til offentlighedslovens § 12 og en sag om aktindsigt i foreløbige analyseresultater vedrørende mulig sundhedsfare ved et parti ost. I sagen om aktindsigt lagde Justitsministeriet vægt på, at der var tale om aktindsigt i foreløbige analyseresultater, jf. referat af sagen på side 229 i John Vogters Kommenteret offentlighedslov (3. udgave). I nærværende sag foreligger der derimod en endelig afgørelse fra Konkurrencerådet, der er truffet på fuldt oplyst grundlag og efter omfattende markedsundersøgelser.

6.0 Konkurrenceankenævnets bemærkninger.

Efter konkurrencelovens § 13, stk. 2, 1. pkt., skal Konkurrencerådets afgørelser truffet i medfør af konkurrenceloven offentliggøres. Ved offentliggørelse ”kan oplysninger om tekniske forhold, herunder forskning, produktionsmåder, produkter samt drifts- og forretningshemmeligheder ikke offentliggøres, for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller den virksomhed, oplysningen angår”, jf. § 13, stk. 4.

Lokalbankernes brev af 21. marts 2007 var vedlagt udkastet til Konkurrencerådets afgørelse med en overstregning af de forhold vedrørende perioden til og med 2003, som efter lokalbankernes opfattelse bør udelades i den offentligt tilgængelige version af afgørelsen.

Ankenævnet har sammenholdt denne udgave af Konkurrencerådets afgørelse med den version, som Konkurrencerådet har truffet bestemmelse om offentliggørelse af. Det fremgår heraf, at lokalbankerne ønsker følgende punkter i afgørelsen udeladt i den offentligt tilgængelige version: 131-141 (med referat af sagens bilag 3-12), 143, 158-164 (med referat af sagens bilag 27-33), 303-307, 309-310, 311 delvist (fra linje 5 ”hvor det ...”), 314, 316-323, 339-341, 367 delvist (de to sidste sætninger) og 376.

Efter indholdet i disse punkter tiltræder ankenævnet, at der ikke er noget grundlag for at anse de omtvistede oplysninger vedrørende forholdene i 2002 og 2003 for drifts- og forretningshemmeligheder, hvis ikke-offentliggørelse er af væsentlig økonomisk betydning for lokalbankerne.

Ankenævnet stadfæster herefter Konkurrencestyrelsens afgørelse af 23. marts 2007 om offentliggørelse af Konkurrencerådets afgørelse af 28. marts 2007.

Herefter bestemmes:

Konkurrencestyrelsens afgørelse af 23. marts 2007 om offentliggørelse af Konkurrencerådets afgørelse af 28. marts 2007 stadfæstes.

Jens Fejø

Suzanne Helsteen

Børge Dahl

Ole Jess Olsen

Christian Hjorth-Andersen