



ØSTRE LANDSRET DOM

afsagt den 5. maj 2022

Sag BS-50953/2020-OLR
(10. afdeling)

Nets A/S
(advokat Erik Kjær-Hansen)

mod

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
(advokat Jacob Pinborg)

Sø- og Handelsretten har den 11. maj 2020 afsagt dom i 1. instans (sag BS-22549/2019-SHR).

Landsdommerne Malou Kragh Halling, Katja Høegh og Mikael Friis Rasmussen har deltaget i ankesagens afgørelse.

Påstande

Appellanten, Nets A/S, har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Konkurrenceankenævnets kendelse af 21. marts 2019 i sag KL-5-2018, hvorved Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 10. september 2018 i sag 18/15688 blev stadfæstet, ophæves, subsidiært hjemvises til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til fornyet behandling.

Påstand 2

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal anerkende, at de oplysninger, som Nets A/S har angivet som fortrolige i principalt sagens bilag 4.2, subsidiært sagens bilag 5 ikke må offentliggøres.

Indstævnte, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, har påstået dommen stadfæstet.

Nets A/S' ("Nets") principale påstand 2 svarer til den for Sø- og Handelsretten endeligt nedlagte principale påstand 2, idet der i bilag 4.2, som nævnes i påstanden og som erstatter bilag 4 i den tidligere nedlagte principale påstand 2, ikke er markering som fortrolige af oplysningerne af 2. sidste sætning i afgørelsens punkt 898 om Nets A/S' LRAIC-omkostninger, 4. sætning (fra ordet "pristrappe") og 5. sætning i afgørelsens punkt 125 om Nets A/S' pristrappe og de første tre ord i note 91 til afgørelsens punkt 177.

Anken er ved landsrettens kendelse af 22. februar 2021 tillagt opsættende virkning for beslutningen om offentliggørelse af Konkurrencerådets afgørelse af 29. august 2018.

Supplerende sagsfremstilling

Nets har ved Sø- og Handelsretten anlagt sag mod Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om tilsidesættelse af Konkurrencerådets afgørelse af 29. august 2018 om, at Nets havde overtrådt forbuddet mod misbrug af dominerende stilling i konkurrencelovens § 11, stk. 1, jf. stk. 3, nr. 1, og TEUF artikel 102, litra a, ved i perioden 2012 til 2016 at have anvendt eksklusivitetsrabatter og/eller bestemmelser om eksklusivitet, der var egnet til at afskærme markedet for indløsning af betalingskort samt mobilbetalingsløsninger i den fysiske handel i Danmark, som er stadfæstet af Konkurrenceankenævnet den 18. september 2019. Sagen er ikke er afgjort.

Af Konkurrencerådsafgørelsens fremgår blandt andet:

"291. Af kundebrevet..., som er dateret 16. december 2015, fremgår følgende:

"Indløsning af internationale betalingskort
Kære [...]

Teller satte i 2008 ekstra fokus på, at butikker og kæder i Danmark skulle være i stand til at modtage internationale betalingskort. I kundeaftalerne blev der derfor lagt vægt på, at butikkerne i Danmark bakkede op om dette initiativ. Initiativet virkede. Markedet har udviklet sig hastigt, og i dag modtager næsten alle butikker i Danmark internationale betalingskort.

I forbindelse med en gennemgang af vore aftaler finder vi grund til at understrege, at butikkens/kædens aftale med Teller er en ikke-eksklusiv aftale. Butikken/kæden kan frit an-

vende yderligere indløbere af internationale betalingskort. Vi skal også understrege, at en butiks/kædes beslutning om at anvende flere leverandører til indløsning af internationale betalingskort ikke har betydning for butikens/kædens aftale med Teller. Selv om transaktionsvolumen måtte være mindre end forventet, har Teller fortsat ikke i sinde at ændre i den allerede aftalte prissætning for indløsning af internationale betalingskort. Teller vil alene ændre priserne i overensstemmelse med de bestemmelser, der er aftalt herfor med den enkelte butik/kæde eller i medfør af de generelle betingelser, som gælder, hvis der ikke er aftalt andet eller efter forhandling med den enkelte kunde. Teller vil endvidere kunne ændre priserne for at opnå omkostningsdækning.

Venlig hilsen [...]

292. Teller præciserede på et møde med styrelsen den 25. januar 2016, om den fremsendte meddelelse om betæneligheder, at ovenstående meddelelse blev sendt til de top 30-kunder, som styrelsen havde fået kontrakter for. Meddelelsen, som blev sendt elektronisk, er ifølge Teller at betragte som et tillæg til disse kunders kontrakter. Teller har yderligere oplyst, at Tellers kontrakter genforhandles løbende og vil løbende blive tilpasset.¹²¹

¹²¹ Jf. Referat af møde med Teller den 25. januar 2016 om den fremsendte meddelelse om betæneligheder, side 7 (bilag 11)."

Parterne har erklæret sig enige om, at aftalerne med de 14 kunder, som Konkurrencerådets afgørelse af 29. august 2018 angår, er genforhandlet og ændret forud for den i denne sag omtvistede afgørelse af 29. august 2018 om fortrolighed, hvilket Nets har oplyst om i et brev af 24. november 2017 til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, som er bilag 13 til rådets afgørelse.

Af en udskrift den 26. oktober 2018 fra epays hjemmeside fremgår blandt andet:

"Nets og Teller (det tidligere PBS).
I Danmark er det Nets, der står for indløsning af de fleste betalingskort. Nets har bl.a. monopol på indløsning af Dankort.

Nets (det tidligere PBS)
Nets er blandt de største virksomheder i Nordeuropa på markedet for betalingskort. I 2010 fusionerede PBS i Danmark med de norske selskaber BBS og Teller, og det nye selskab blev døbt Nets.

I dag har Nets ansvaret for Dankort, mens Teller (det tidligere PBS International) står for de internationale betalingskort.

Gennem Nets og Teller kan din virksomhed modtage Dankort, Visa, Visa Electron, MasterCard, Maestro, JCB Cards og China Union Pay (CUP).

Din virksomhed skal være registreret i Danmark med et CVR-nummer for at få en Dankort-aftale.

Priser for indløsningsaftale

Du kan ansøge om to forskellige indløsningsaftaler gennem Nets og Tellers fælles elektroniske ansøgningsformular.

Dankort-aftale (aftale med Nets)



Priserne fremgår på Nets hjemmeside.

Og en til internationale betalingskort (aftale med Teller)



Priserne fremgår på Tellers hjemmeside.

Hvis du indgår en særskilt indløsningsaftale med Diners Club, vil aftalen automatisk blive koblet på din internationale indløsningsaftale hos Teller.



Ved hjælp af "wayback"-søgning ses den 14. januar 2017 på Nets hjemmeside blandt andet følgende:

"Bestil en indløsningsaftale online om at modtage MasterCard, Visa, JCB, UnionPay og Dankort.

...

Tag imod disse betalingskort i en og samme online bestilling

Med Teller som indløser kan du modtage MasterCard, Visa, JCB og UnionPay og i samme betalingsflow kan du bestille en Dankort aftale. Nets er den eneste indløser af Dankort. Du får to forskellige kontrakter, men bestiller alle kortene i et flow og skriver kun under én gang."

Af en udskrift fra Nets hjemmeside den 30. oktober 2018 fremgår blandt andet, at "Nets er den førende betalingsleverandør i Norden", og at "[d]u kan modtage alle de mest populære korttyper: Visa, MasterCard, American Express, Uni-

onPay, JCB og Dankort". Det fremgår endvidere, at man kan få en integreret terminal, stationær terminal til disken og mobil bluetooth terminal, hvilket illustreres med fotos som følger:

"



"

Af en yderligere udskrift fra Nets hjemmeside den 31. oktober 2018 fremgår blandt andet:

"

Et udvalg af de mere end 300.000 kunder, som har valgt os.



Copenhagen
Admiral Hotel
— an attraction in itself

"

Det fremgår af en udskrift fra Nets hjemmeside den 31. oktober 2018 om priser:

”

Maksimale serviceafgifter i fysisk handel

Maksimale serviceafgifter i fysisk handel. Ingen kunder betaler denne pris på alle korttyper.

Maksimum pris for Visa og Mastercard udstedt i Danmark

- Visa debet consumer kort - 2,29 %
- Visa debet corporate kort - 3,78 %
- Visa kredit consumer kort - 2,78 %
- Visa kredit corporate kort - 4,27 %
- Mastercard debet consumer kort - 2,29 %
- Mastercard debet corporate kort - 3,78 %
- Mastercard kredit consumer kort - 2,78 %
- Mastercard kredit corporate kort - 4,27 %

Maksimumpris for Visa og Mastercard udstedt udenfor Danmark

- 6,26 %
- Nogle Visa og Mastercard transaktioner koster oveni procentsatsen et transaktionsgebyr på 0,19 kr.

Maksimumpris for øvrige internationale betalingskort

- JCB & UnionPay - 3,75 %
- American Express - 3,75 %

For kampagner, hvor der anvendes samme pris for forskellige typer korttransaktioner, kan denne pris efter omstændighederne overstige ovenstående priser ved enkelte typer af transaktioner. Aktuelle kampagner fremgår af websitet.

”

I en udskrift fra Mobile Transactions hjemmeside den 10. december 2018 står der:

"

» Kortindløsning » Hvem er de bedste kortløsere i Danmark?

Hvem er de bedste kortindløsere i Danmark?

af Emily Sørensen | 27.11.2018 | Tags: Bambora, Nets

Vil du tage imod betalinger med Visa, Mastercard og andre internationale kort? Så har du brug for en aftale med en kortindløser, hvis du ikke allerede har valgt en pakkeløsning der både har betalingsterminal og indløseraftale inkluderet.

En kortindløser er et selskab der er bindeledet mellem licenserede kortudstedere som Visa, Mastercard og American Express, og virksomheder der tager imod kortbetalinger.

Ganske enkelt godkender kortindløsere betalinger fra dine kunder, tager imod pengene, og betaler dem til din firmakonto.

I Danmark kan du vælge mellem syv indløsere for internationale kort i fysisk handel: Bambora, Elavon, Handelsbanken, Nets og Swedbank Card Services. Ikke alle er transparente med deres priser. Faktisk ser indløsere helst at du kontakter dem for en skræddersyet pris, men de offentligt tilgængelige priser har vi inkluderet her.

Gebysatserne kan variere mellem kunder. Virksomheder med høj kortomsætning kan f.eks. forhandle sig til langt lavere gebyrer end mindre virksomheder.

Der er normalt en etableringsafgift, som også skal fås direkte fra indløseren.

Vi fokuserer her på indløsning af betalinger du tager imod med en fysisk betalingsterminal. Indløsning af betalinger over internettet kan også aftales med de nedenstående indløsere, samt andre der specialiserer sig specifikt i internethandel, men disse har andre vilkår og som regel separate aftaler. Det er også muligt at have flere aftaler så du f.eks. kun tager imod Diners Club gennem Elavon og Visa/Mastercard gennem Bambora.

...

Nets: Indløseren som også tager imod Dankort



Tidligere var Teller indløser af størstedelen af internationale kort i Danmark, men i december 2017 blev de fusioneret med Nets – og nu hedder hele gruppen Nets.

Hos Nets kan du få indløsningsaftale til Visa, Mastercard, JCB, UnionPay, American Express og Dankort gennem samme ansøgning.

Så hvis du vil acceptere Dankort udover de internationale kort og ikke vil håndtere mere end én indløser, er Nets den eneste løsning.

nets•••

Deres aftalepriser deles ikke på deres hjemmeside, udover maksimalsatserne som de siger ingen virksomheder vil betale for alle korttyper. Disse rangerer mellem 2,29% og 4,27% for transaktioner med danskudstedte kort. Udenlandske korttransaktioner koster maksimalt 6,26% (plus 0,19 kr. i nogle tilfælde).

Først når du har kontakt med Nets direkte vil du få oprettelses- og andre gebyrer oplyst.

Læs mere: [Hvad koster det at tage imod internationale betalingskort?](#)

"

SØIK udsendte den 21. maj 2021 en pressemeddelelse om tiltale mod Nets for den konkurrencelovsovertrædelse som afgørelsen i denne sag angår. SØIK's pressemeddelelsen er efterfølgende ændret af anklagemyndigheden, således at oplysninger om antal kunder og konkrete kundenavne ikke fremgår.

Det, som fremgik af den oprindelige pressemeddelelse, blev omtalt i artikler i Børsen og Berlingske den 21. maj 2021. I artiklen i Berlingske anføres det blandt andet:

”Ifølge Søik har Nets Denmark A/S (tidligere Teller A/S) i en årrække fra 2012 til 2016 reelt låst en række store kunders valg af indløsning af betalingskort og mobilbetalingsløsninger.

Det er blandt andet sket ved at give klækkelige rabatter, og dermed har selskabet brudt lovgivningen, mener Søik. Derfor er der rejst en tiltale for brud på konkurrenceloven.

Sagen handler om en række rabatter og betingelser i kontrakter til store kunder, som reelt har været medvirkende til at afskærme markedet, fordi Nets skal have anvendt såkaldte eksklusivitetsrabatter over for 14 større kunder.

Blandt kunderne nævner Bagmandspolitiet stormagasinet Magasin og tøjkedden H & M.”

I artiklen i Børsen står der blandt andet, at ”Bagmandspolitiet ... skriver i meddelelsen fredag, at der er tale om ”en række rabatter og betingelser i kontrakter til store kunder, som reelt har været medvirkende til at afskærme markedet,” nærmere betegnet ”eksklusivitetsrabatter over for 14 større kunder – herunder kunder som Magasin og H&M.”

Nets har for landsretten fremlagt følgende af Nets udarbejdede oversigt over ”Konkrete skadevirkninger for grupper af oplysninger”:

”

...

”

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er fremkommet med bemærkninger hertil i et støttebilag.

Nets har endvidere udarbejdet en revideret version af det støttebilag med specifikke bemærkninger i forhold til hvert enkelt af de i bilag 4 og 5 markerede fortrolige oplysninger, som Nets fremlagde for Sø- og Handelsretten.

Anbringender

Parterne har gentaget deres anbringender for Sø- og Handelsretten.

Nets har yderligere gjort følgende anbringender, som fremgår af selskabets sammenfattende processkrift af 30. marts 2022, gældende (henvisninger til ekstrakt og materialesamling samt afsnitsnummerering udeladt):

” 2.1 Konkurrencelovens § 13, stk. 4

...

Styrelsens vejledning "*Opfordrer din myndighed til ulovlig adfærd?*" nævner tillige, at offentlighedslovens § 30, nr. 2, er væsentlig, når myndigheder giver aktindsigt, da udlevering af konkurrencefølsomme oplysninger vil kunne skade konkurrencen.

...

Den kommenterede konkurrencelov blev opdateret i 2022 af Jacob Pinborg og Kristian Helge Andersen. Det anføres i denne udgave, at "*Angivelsen i bemærkningerne om, at drifts- og forretningshemmeligheder skulle være et mere snævert begreb end drifts- og forretningsforhold, vil derfor typisk ikke være afgørende, men i tvivlstilfælde kan sondringen få betydning*". Endvidere anføres det, at "*En vis indikation for, om en oplysning kan betragtes som en fortrolig oplysning, kan i øvrigt være, at hvis oplysningen ikke lovligt efter § 6 kunne udveksles mellem konkurrenter, må oplysningen som udgangspunkt betragtes som fortrolig*".

...

2.2 Oplysningerne udgør drifts- og forretningshemmeligheder

Som anført ovenfor har Nets udarbejdet en oversigt, hvor oplysningernes fortrolige karakter og mu-

lige skadevirkning af offentliggørelse gennemgås oplysning for oplysning. Nets henviser til denne oversigt for en gennemgang af de enkelte oplysningers fortrolige karakter. Oversigten er et led i den samlede argumentation og er ikke et afkald på, at oplysningerne skal vurderes samlet ... Oplysningernes fortrolige karakter omtales nedenfor med udgangspunkt i de overordnede kategorier.

Indledningsvist skal det anføres, at flere af de omtvistede oplysninger udgør konkurrencefølsomme oplysninger, der ville være ulovlige at udveksle efter konkurrencelovens § 6. Som anført ovenfor er en vejledende tommelfingerregel, at hvis oplysningen ikke lovligt kan udveksles mellem konkurrenter efter konkurrencelovens § 6, må oplysningen som udgangspunkt betragtes som fortrolig. Denne sammenhæng er i overensstemmelse med, at (hele) konkurrenceloven efter § 1 har til formål at "at fremme en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse gennem virksom konkurrence til gavn for virksomheder og forbrugere".

...

2.2.6 Styrelsen anser selv de omstridte oplysninger som fortrolige

Fortrolighedsafgørelsen viser, at Styrelsen har anset flere af de omtvistede oplysninger som drifts- og forretningshemmeligheder. Styrelsen har således i Fortrolighedsafgørelsen foretaget en vurdering af, om offentliggørelse kan finde sted. I denne vurdering har Styrelsen lagt vægt på, hvorvidt oplysningernes fortrolige karakter måtte vige i forhold til hensynet til offentliggørelse og/eller om offentliggørelse ville være til væsentlig skade for Nets. Denne vurdering ville ikke have været rele-

vant, hvis Styrelsen i første omgang ikke betragtede oplysningerne som drifts- og forretningshemmeligheder.

I det følgende er fremhævet en række udvalgte uddrag fra Fortrolighedsafgørelsen, der bekræfter, at Styrelsen anså oplysningerne for drifts- og forretningshemmeligheder (fremhævet med fed og vores understregning):

"2.1 Identiteten og antallet af virksomheder, som Tellers adfærd angik

*[..] Styrelsen vurderer på den baggrund, at selvom der er tale om **Tellers forretningsforhold** må hensynet til dette forhold konkret vige i forhold til hensynet til offentliggørelse."*

"2.3 Oplysninger om Tellers priser og rabatter

*[..] Disse oplysninger er efter styrelsens vurdering faktuelle oplysninger om **drifts- og forretningsforhold af typisk intern karakter**, men styrelsen vurderer, at det ikke vil være væsentligt til skade for Nets A/S at offentliggøre [..]"*

"2.4 Uddrag og oplysninger fra Tellers kontrakter med kunderne

*[..] Disse oplysninger er efter styrelsens vurdering faktuelle oplysninger vedrørende **drifts- og forretningsforhold af typisk intern karakter**, men omvendt ikke oplysninger hvis offentliggørelse vil være væsentlig til skade for Nets".*

[...]

*"Det er på den baggrund styrelsens vurdering, at et eventuelt **hensyn til Nets A/S til at fortroligholde** oplysningerne konkret må vige i forhold til de beskrevne hensyn i forhold til at offentliggøre oplysningerne."*

"2.5. Tellers markedsposition

*[...] Denne oplysning er efter styrelsens vurdering af **virksomhedsintern karakter**, men omvendt vil offentliggørelse ikke være væsentligt til skade for Nets".*

Det bemærkes i relation til citaterne ovenfor, at Styrelsen må formodes at have anvendt udtrykkene "drifts- og forretningsforhold" og "drifts- og forretningshemmeligheder" som synonymmer. Er dette ikke tilfældet, har Styrelsen slet ikke forholdt sig til, om der er tale om "drifts- og forretningshemmeligheder", hvilket er en betingelse efter konkurrence-lovens § 13, stk. 4.

2.3 Offentliggørelse har væsentlig økonomisk betydning for Nets

Nets henviser til den udarbejdede oversigt over oplysningernes fortrolige karakter og de mulige skadevirkninger af offentliggørelse

I Sø- og Handelsrettens dom blev der efterspurgt yderligere konkretisering af de væsentlige skadevirkninger, hvorfor Nets har udarbejdet en oversigt, der viser de konkrete skadevirkninger. ...

2.3.1 *Konkrete skadevirkninger for grupper af oplysninger*

Oversigten viser, hvor mange forskellige oplysninger, der reelt kan udledes om hver kunde, såfremt Konkurrenceafgørelsen offentliggøres i Styrelsens version. Hvis Konkurrenceafgørelsen offentliggøres i Styrelsens version, vil forretningsfølsomme oplysninger

såsom kortmix, bonus, uopsigelighed mv. om de forskellige kunde-forhold fremgå af afgørelsen. Som eksempel kan følgende forretningsfølsomme oplysninger om kundeforholdet med Magasin læses:

- Magasin er top 30-kunde.
- Kontrakten med Magasin er underskrevet den 3. januar 2012.
- Kontrakten er uopsigelig i to år og otte måneder.
- Aftalen løber videre efter den indledende periode og kan opsiges med 3 måneders varsel af begge parter.
- Kontrakten omfatter indløsning af MasterCard, Eurocard, Maestro, Visa, Visa Electron, V PAY, JCB, UnionPay og American Express.
- MasterCard, Eurocard, Maestro, Visa, Visa Electron, V PAY, JCB, UnionPay og American Express udgjorde langt størstedelen af Magasins modtagelse af internationale betalingskort, de modtog dertil Diners.
- Aftalen vedrører indløsning af betalingskort i både fysisk handel og internethandel.
- Kategorierne for Magasins priser for fysisk handel.
- Magasins priser ligger under listepriiser.
- Magasins priser på Visa og MasterCard udgør en rabat i forhold til listepriiser.
- Priser betinget af eksklusivitet vedrørende MasterCard, Maestro, Visa, Visa Electron, V PAY, JCB, UnionPay – ikke Eurocard og American Express.
- Udformningen af den konkrete eksklusivitetsbestemmelse som forudsætning for priserne.

- Såfremt væsentlige forudsætninger ikke opfyldes, kan den opsiges med øjeblikkelig varsel.

Ud over kundeforholdet med Magasin, fremgår tilsvarende oplysninger om Nets' kundeforhold med Illum, Scandlines, DFDS, Q8, Uno-X, Novasol, Scandic, Stark, Bauhaus, Expert, TDC, Hennes & Mauritz og Lauritz.com .

Kombinationen af alle disse oplysninger vil give et indblik i væsentlige konkrete vilkår, Nets har aftalt med specifikke kunder, og hvilke produkter (f.eks. kortmix), der sælges til den enkelte kunde.

Dette vil for det *første* medføre risiko for skade på Nets' kunderelationer herunder tab af kunder. Nets lever af sine kunder, hvorfor en tillidsfuld kunderelation er afgørende. En kunde vælger i høj grad Nets baseret på den tillid, relation og support, Nets kan give kunden. Kunder forventer, at Nets behandler kundernes oplysninger fortroligt. Flere af kundekontrakterne, herunder kontrakten med

Magasin, indeholder således fortrolighedsklausuler. ... Hvis kundernes følsomme oplysninger offentliggøres, ofte i strid med fortrolighedsklausuler, vil dette kunne skade kundeforholdet og medføre risiko for tab af nuværende og potentielle nye kunder.

For det *andet* vil nuværende og fremtidige kunder kunne bruge kundeoplysningerne i en forhandlingssituation til økonomisk skade for Nets. Nets' forhandlingsposition vil således svækkes, når kunder har indsigt i andre kunders vilkår.

Offentliggørelsen vil for det *tredje* give konkurrenter et indblik i Nets' markedsstrategi. Det vil gøre en konkurrent i stand til at tilbyde den pågældende kunde en bedre pris eller på anden måde vilkår, der overgår dem, kunden har eller havde med Nets. Nets vil ikke have en tilsvarende indsigt i konkurrenternes vilkår og markedsstrategi, hvorfor Nets' konkurrenter kan opnå en betydelig markeds-mæssig fordel i kundehvervning på Nets' bekostning med risiko for et betydeligt økonomisk tab til følge. Oplysninger om markedsstrategi er en væsentlig del af en forretnings kerne og kilde til omsætning og har derfor betydelig økonomisk værdi for Nets. Tilgængeligheden af disse oplysninger vil muliggøre konkurrenters målrettede tiltag mod enkeltkunder eller grupper af kunder, som konkurrenter måtte anse for særlig lukrative mv. på en måde, som Nets ikke vil have mulighed for, og som en erhvervsdrivende, i et konkurrencepræget marked, normalt aldrig har mulighed for.

Derudover viser oversigten de øvrige fortrolige oplysninger, der ikke er kundespecifikke. Disse for-

trolige oplysninger er i skemaet delt ud på følgende kategorier i) kundeforhold/vilkår generelt, ii) priser og rabatter, iii) markedsposition, iv) produktudbud samt v) omkostninger. Under hver af disse kategorier afsløres i Konkurrenceafgørelsen en lang række oplysninger, som, om

ikke andet til sammen, vil have en alvorlig skadevirkning for Nets, hvis de offentliggøres. Der henvises til oversigten for en nærmere gennemgang heraf.

...

2.5 Styrelsen har inddraget irrelevante og usaglige hensyn i sin afgørelse

...

For at imødekomme styrelsens bekymring om kunders mulighed for at søge erstatning, har Nets ... tidligere foreslået, at Styrelsen eller Nets individuelt kan informere de pågældende kunder om Konkurrenceafgørelsen, herunder at deres kontrakt udgør en af de aftaler, der er vurderet som stridende mod konkurrenceloven. ”

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har yderligere gjort følgende anbringender, som fremgår af styrelsens sammenfattende processkrift af 30. marts 2022, gældende (henvisninger til bilag, bortset fra de i Nets påstande nævnte, udeladt):

”1. OVERORDNEDE BEMÆRKNINGER

...

En del af de oplysninger, som Nets ønsker undtaget fra offentliggørelse, er desuden offentliggjort i en pressemeddelelse fra Anklagemyndigheden, hvoraf det fremgår, at Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet (SØIK) har rejst tiltale mod Nets for overtrædelse af forbuddet mod misbrug af dominerende stilling. I pressemeddelelsen blev det offentliggjort, at sagen vedrører 14 kunder, herunder Magasin og H&M. Oplysningerne, som senere er blevet slettet fra pressemeddelelsen, er blevet delt og omtalt i nyhederne, herunder i artikler fra Berlingske og Børsen, som stadig er tilgængelige.

...

2.2.1 ”Drifts- og forretningshemmeligheder”

2.2.1.1 Generelle bemærkninger

...

Nets har anført, at oplysninger om eksempelvis kundenavne, omsætningsvolumen/andel samt oplysninger om rabatsatser og priser i henhold til generel fast administrativ praksis vedrørende offentlighedslovens § 30, nr. 2, overvejende undtages, såfremt pågældende virksomhed ønsker dette, idet myndighederne ikke har den fornødne faglige indsigt til at vurdere fortroligheden af oplysningerne (”formodningsreglen”).

Udover det forhold at det heller ikke efter offentlighedslovens § 30, nr. 2, uden nærmere begrundelse fra en virksomhed kan lægges til grund, at oplysninger udgør forretningshemmeligheder, kan der som nævnt ikke sluttes direkte fra anvendelsesområdet for offentlighedslovens § 30, nr. 2, til anvendelsesområdet for konkurrencelovens § 13, stk. 4. Det følger klart af hovedreglen i konkurrencelovens § 13, stk. 2, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har en forpligtelse til at offentliggøre Konkurrencerådets afgørelser, og at fortrolighedsafholdelse af visse oplysninger efter § 13, stk. 4, alene sker undtagelsesvist og efter en konkret vurdering.

Der gælder desuden ikke, som anført af Nets, en fast administrativ praksis for overvejende at undtage oplysninger om eksempelvis kundenavne, omsætningsvolumen/andel samt oplysninger om rabatsatser og priser efter konkurrencelovens § 13, stk. 4. Der skal altid foretages en konkret vurdering. I en række tidligere sager om misbrug af dominerende stilling er tilsvarende oplysninger om rabatsatser blevet offentliggjort. I sagen om Post Danmark/Bring Citymail¹, som vedrørte Post Danmarks brug af loyalitetsskabende og markedsafskærmende rabatter, blev de relevante listepreiser og rabattrin offentliggjort. I sagen om Post Danmarks individuelle rabatter til magasinpostkunder i perioden 2007-2009² blev de individuelle målrabatter til navngivne storkunder offentliggjort. Fra EU-praksis kan bl.a. nævnes Intelsagen, hvor navne på kunder (Dell, Lenovo, HP og NEC) ikke blev hemmeligholdt, samt Hoffmann-La Roche- og AKZO-sagen, hvori Kommissionen beskrev prisvilkår i kontrakter med navngivne kunder.³

Hvad angår det af Nets anførte om, at myndighederne ikke har fag- og branchekendskab, der giver dem faglig indsigt og kompetence til at bedømme, hvad der udgør fortrolige forretningshemmeligheder, hvis offentliggørelse kan medføre væsentlig økonomisk skade, skal det fremhæves, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen som konkurrencemyndighed netop – i modsætning til mange andre myndigheder, der træffer afgørelse efter offentlighedslovens § 30, nr. 2 – har et omfattende fag- og branchekendskab samt en omfattende erfaring med at foretage sådanne vurderinger.

2.2.1.2 *Om offentligt tilgængelige oplysninger*

Offentligt tilgængelige oplysninger vedrørende juridiske personer, herunder faktuelle oplysninger om markedsforhold, eller oplysninger der er eller tidligere har været offentligt tilgængelige, samt oplysninger som er almindeligt kendte i den relevante branche, er ikke omfattet af undtagelsen i § 13, stk. 4. Sådanne oplysninger er ikke forretningshemmeligheder, jf. herved Betænkning om offentlighedsloven, bind 1, side 145,

¹ Sag 4/0120-0204-0153, Konkurrencerådsmøde den 22. december 2010.

² Sag 16/03595, Konkurrencerådsmøde den 31. maj 2017.

³ Sag T-286/09 Intel af 12. juni 2014, sag IV/29.020 Hoffmann-La Roche af 9. juni 1976 og sag IV/30.698 AKZO af 14. december 1985.

og det vil i øvrigt heller ikke have væsentlig økonomisk betydning at hemmeligholde sådanne oplysninger.

Der kan endvidere henvises til side 62 i betænkning 1516 om offentlige myndigheders offentliggørelse af kontrolresultater, afgørelser mv., hvori det hedder:

"Oplysninger af rent objektiv karakter eller allerede offentligt tilgængelige oplysninger samt oplysninger, der er af en sådan karakter, at de ville skulle udleveres efter reglerne om aktindsigt i offentlighedsloven, vil (...) ikke være fortrolige, når de vedrører juridiske personer, og offentliggørelse af sådanne oplysninger vil derfor som altovervejende hovedregel ikke være i strid med tavshedspligten i forvaltningslovens § 27." (min understregning)

...

2.2.2 Om begrebet væsentlig økonomisk skade

...

Hverken Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen eller Sø- og Handelsretten har, som ellers anført af Nets, krævet, at der fremlægges et egentligt dokumentbevis for, at en skadevirkning faktisk er indtrådt. Det, som også Sø- og Handelsretten efterlyser, er en konkret og dokumenteret begrundelse for, at der er tale om forretningshemmeligheder, hvis offentliggørelse sandsynligvis vil medføre en nærliggende risiko for væsentlig økonomisk skade. En sådan begrundelse har Nets ikke givet – heller ikke for landsretten, jf. afsnit 3 nedenfor.

...

2.6 Om høringsprocessen vedrørende fortroligholdelse af oplysninger

Nets har anført, at det af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udkast til klagepunktsmeddelelsen fremgik, "at Styrelsen alene fandt og var indstillet på, at meget få oplysninger kunne holdes fortrolige i afgørelsen", og at styrelsen ikke var villig til at indgå i en dialog herom.

Det skal hertil for det første fremhæves, at det er uden betydning, om styrelsen har fortroligholdt mange eller få oplysninger. Det er alene afgørende, om konkrete oplysninger er eller ikke er omfattet af konkurrencelovens § 13, stk. 2, jf. stk. 4.

Det anførte er for det andet ikke en korrekt beskrivelse af forløbet i sagen. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har efter en konkret vurdering holdt en lang række oplysninger fortrolige enten fuldstændigt eller delvist, herunder ved i overensstemmelse med helt sædvanlig fremgangsmåde at angive intervaller i stedet for præcise talværdier, hvor det er skønnet nødvendigt, hvad også den trufne afgørelse viser. Eksempelvis er oplysninger om de eksakte priser, rabatter og omkostninger fortroligholdt eller angivet i intervaller i det omfang, de ikke allerede var offentligt tilgængelige, ligesom markedsandele er angivet i spænd mv.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen foretog en omfattende høring af Nets, inden der blev truffet afgørelse i sagen. På baggrund af de foreliggende oplysninger og Nets' høringssvar vurderede styrelsen, at ingen af de omtvistede oplysninger om bl.a. kundeidentitet, kundestørelse og individuelle vilkår udgør drifts- og forretningshemmeligheder omfattet af konkurrencelovens § 13, stk. 4, hvis offentliggørelse vil påføre Nets væsentlig økonomisk skade.

Om den konkrete høringsproces bemærkes videre, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen den 12. marts 2018 sendte en klagepunktsmeddelelse om Tellers kontraktbetingelser i høring hos Nets. I overensstemmelse med sædvanlig praksis anmodede styrelsen i et høringsbrev til klagepunktsmeddelelsen Nets om at angive, hvorvidt den pågældende klagepunktsmeddelelse efter Nets' vurdering indeholdt oplysninger, der ikke burde offentliggøres som følge af fortrolighed, jf. konkurrencelovens § 13, stk. 4, og bad Nets om at indsende en begrundet anmodning herom til styrelsen senest den 24. maj 2018.

Den 30. maj 2018 afgav Nets høringssvar til klagepunktsmeddelelsen uden at indsende den begrundede anmodning og dermed uden at forholde sig til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens spørgsmål om fortrolighed. Da Nets ikke havde besvaret styrelsens henvendelse, rettede styrelsen den 13. august 2018 på ny henvendelse til Nets vedrørende spørgsmålet om offentliggørelse og fortrolighed af oplysningerne. Denne henvendelse besvarede Nets den 17. august 2018. Det var således først efter, at styrelsen på eget initiativ havde rykket Nets for svar, at Nets forholdt sig til spørgsmålet om fortrolighed. Nets havde i den forbindelse i klagepunktsmeddelelsen med gul overstregning markeret oplysninger, som virksomheden angav som fortrolige. Imidlertid begrundede Nets ikke, hvorfor oplysningerne, der var markeret med gult, var fortrolige.

Den 23. august 2018 sendte Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen en udgave af klagepunktsmeddelelsen til Nets, hvoraf alle Nets' markeringer fremgik samt de (færre) oplysninger, som efter styrelsens umiddelbare vurdering ikke skulle offentliggøres. Styrelsen oplyste Nets i den forbindelse om, at styrelsen umiddelbart ville træffe afgørelse om offentliggørelse i overensstemmelse hermed, men foreslog samtidig at have en drøftelse med Nets af dette udkast. Den 27. august 2018 afholdt styrelsen og Nets et telefonmøde vedrørende spørgsmålet om offentliggørelse.

Nets har anført, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen på telefonmødet ikke ville love, at visse oplysninger kunne fortroligholdes, herunder oplysninger om kundenavnene, og at Nets ved at udvise villighed til at offentliggøre visse oplysninger prøvede at finde et kompromis, hvor Nets' forretningshemmeligheder blev fortroligholdt, samtidig med at formålet med offentliggørelse kunne opnås.

Hertil bemærkes, at de oplysninger som Nets har markeret som fortrolige i bilag 4.2 og 5, efter konkurrencemyndighedernes vurdering ikke udgør forretningshemmeligheder, hvis offentliggørelse vil påføre Nets

risiko for væsentlig økonomisk skade, jf. afsnit 3 nedenfor, og at styrelsen godt kan gå i dialog og høre parter, men styrelsen kan ikke "forhandle" eller indgå kompromiser, som er i strid med konkurrencelovens § 13, stk. 2 og 4. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er derimod forpligtet efter § 13, stk. 2, til at offentliggøre Konkurrencerådets afgørelser.

Det forhold, at Nets har været "villig" til at lade visse oplysninger offentliggøre mod, at navnene på de 14 kunder, som Nets har anvendt ulovlige vilkår over for, ikke blev offentliggjort, er dermed uden betydning for vurderingen af, om der kan ske offentliggørelse. Det fremhæves herved, at navnene på de 14 kunder ikke kan anses for en forretningshemmelighed, og at offentliggørelse af navnene på de 14 kunder er en åbenbar forudsætning for, at de berørte konkurrenter og kunder kan få kendskab til den ulovlige adfærd, så de har mulighed for at rejse et evt. erstatningskrav mod Nets.

...

2.7 Hensynet til offentliggørelse

Som anført ... følger det udtrykkeligt af ordlyden og forarbejderne til konkurrencelovens § 13, stk. 2, at der som hovedregel er pligt til at offentliggøre Konkurrencerådets afgørelser, og at et af formålene med den indførte pligt til at offentliggøre Konkurrencerådets afgørelser er, at det skal gøres muligt at rejse et eventuelt erstatningskrav over for den virksomhed, som har overtrådt konkurrencereglerne.

Det er således ikke, som anført af Nets, udtryk for en uhjemlet sammenblanding af hensyn, når Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har lagt vægt på, at offentliggørelsen skal understøtte muligheden for at rejse erstatningskrav. Det er derimod udgangspunktet efter § 13, stk. 2, at der ikke skal foretages en afvejning af, hvorvidt der skal ske offentliggørelse. Dette udgangspunkt modificeres så af undtagelsen i § 13, stk. 4.

Nets anfører dernæst, at hensynet til offentliggørelse, som f.eks. konkurrenter og kunders mulighed for at søge erstatning, ikke kan begrunde en offentliggørelse af kundernes identitet. Nets henviser i den forbindelse til, at det er uproportionalt at offentliggøre identiteten på de enkelte kunder, idet Nets har informeret kunderne om, at aftalerne ikke var eksklusive eller indebar eksklusivitetsrabatter, og at kunderne kan se i kontrakterne, om den har indeholdt de ulovlige vilkår.

Det anførte ændrer ikke på pligten til offentliggørelse efter konkurrencelovens § 13, stk. 2, og kan heller ikke føre til, at de pågældende oplysninger kan anses for drifts- og forretningshemmeligheder omfattet af konkurrencelovens § 13, stk. 4.

I konkurrenceafgørelsen fandt Konkurrencerådet, at Nets har anvendt ulovlige vilkår over for 14 kunder, og at vilkårene afskærmede Nets kunder fra konkurrenterne. Offentliggørelse af kundernes identitet er således en åbenbar forudsætning for, at de berørte konkurrenter, kun-

der og forbrugere kan få kendskab til den ulovlige adfærd, så de har mulighed for at rejse et eventuelt erstatningskrav over for Nets. Det er endvidere ikke en forretningshemmelighed om Nets, at Nets har anvendt ulovlige vilkår over for de 14 kunder i 2012-2016, herunder identiteten på de 14 kunder. Det gælder i øvrigt særligt ikke, når der er tale om oplysninger om kontrakter for 2012-2016, der i dag er genforhandlede.

Hverken konkurrenterne, kunderne eller forbrugerne ved desuden, hvilke kunder der er omfattet af misbruget og hvilke konkrete vilkår, som udgør misbruget, hvis de relevante kundenavne og -vilkår ikke offentliggøres.

Nets har anført, at hensynet til offentliggørelse over for kunderne (men altså ikke konkurrenter og forbrugere) er varetaget ved, at Nets har sendt et brev til deres kunder med meddelelse om, at kundernes kontrakter var ikke-eksklusive. Det af Nets omtalte kundebrev – som konkurrenterne og forbrugerne ikke har modtaget, og som Nets i øvrigt ønsker fortroligholdt, jf. afsnit 3.7 nedenfor – indeholder ikke oplysninger om, at kundernes kontrakter indgår i en konkurrencesag, eller at der nu er truffet afgørelse om, at de konkrete vilkår i kontrakterne udgør et misbrug. Det er derfor ikke korrekt, når Nets henviser til, at kunderne blot kan se i kontrakterne, om den har indeholdt de ulovlige vilkår.

Formålet med offentliggørelse efter konkurrencelovens § 13, stk. 2, kan heller ikke opnås ved, at kunderne henvises til at søge egenaces efter offentlighedslovens § 8, jf. konkurrencelovens § 13, stk. 1, 2. pkt. Kunderne skal være bekendt med behovet herfor.

Nets' kundebrev og kundernes mulighed for at søge egenaces er desuden ikke et alternativ til og ændrer ikke på, at der skal ske offentliggørelse efter konkurrencelovens § 13, stk. 2, når der ikke er tale om drifts- og forretningshemmeligheder i konkurrencelovens § 13, stk. 4's forstand.

Nets angiver, at Nets som alternativ til offentliggørelse kan tage individuel kontakt til kunderne med henblik på at oplyse alle de 14 kunder om konkurrenceafgørelsen, herunder hvilken af de omtalte kontrakter der hører til den enkelte pågældende kunde.

Heller ikke dette ændrer på, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen efter konkurrencelovens § 13, stk. 2, er forpligtet til at offentliggøre Konkurrencerådets afgørelse. Et af de bagvedliggende hensyn er, at alle skadelidte skal kunne gøre evt. erstatningskrav gældende, men pligten til offentliggørelse afhænger hverken efter ordlyden eller forarbejderne af en konkret vurdering af kundernes behov i denne relation.

Det står naturligvis Nets frit for at tage individuel kontakt til kunderne med henblik på at orientere dem om konkurrenceafgørelsen og indholdet af de ulovlige vilkår i de kontrakter, som kunderne har indgået med Nets samt deres mulighed for at rejse erstatningskrav, men en sådan henvendelse kan ikke ændre på, at de omhandlede oplysninger skal offentliggøres af styrelsen.

Formålet med offentliggørelse er desuden ikke alene, at de berørte kunder har mulighed for at rejse erstatningskrav, men ligeledes at Nets' konkurrenter eller andre, herunder forbrugerne, kan rejse krav. Offentliggørelse af kundernes identitet og de ulovlige vilkår er en åbenbar forudsætning for, at de berørte konkurrenter mv. kan få kendskab til den ulovlige adfærd, så de har mulighed for at rejse et eventuelt erstatningskrav over for Nets. Konkurrenterne og evt. skadelidte forbrugere har således ikke adgang til de pågældende oplysninger og kan desuden ikke få indsigt i oplysningerne efter reglerne om egenacces, jf. konkurrencelovens § 13, stk. 1, 2. pkt., som er den eneste mulighed for aktindsigt på konkurrencelovens område for ikke-parter i afgørelsessager.

Endelig afslører oplysningerne ikke, som ellers anført af Nets, forhold, som er fortrolige af hensyn til kunderne. Det er ikke fortroligt og konkurrencefølsomt for kunderne, at de har anvendt Nets som indløser i 2012-2016, og der er i øvrigt i vidt omfang tale om historiske oplysninger fra kontrakterne, som er genforhandlet. Det er ikke fortrolige oplysninger, men derimod oplysninger, som kunder og konkurrenter har et retskrav på at kende. Nets har i øvrigt ikke en retlig interesse i at få prøvet, om oplysningerne skal fortroligholdes af hensyn til kunderne...

...

3. BEMÆRKNINGER TIL DE ENKELTE KATEGORIER AF OP- LYSNINGER

...

Helt overordnet er der tale om historiske oplysninger fra 2012-2016 om kontrakter, der er genforhandlet, og som hverken isoleret set eller i sammenhæng med andre oplysninger i sagen udgør drifts- og forretningshemmeligheder, hvis offentliggørelse kan påføre Nets væsentlig skade. Det er endvidere værd at bemærke, at der ikke er tale om offentliggørelse af hele indholdet af kontrakterne, men alene af oplysninger vedrørende de vilkår, som har været relevante for Konkurrencerådets vurdering af de ulovlige vilkår. Konkret er der for hver af de 14 kontrakter citeret ordlyden fra aftalevilkår om eksklusivitet. Herudover er der refereret til vilkår om løbetid og opsigelse, samt kortmix og listepri- ser. Der offentliggøres således ikke eksakte priser, rabatter eller om- kostninger, der ikke allerede er offentligt tilgængelige. Endelig angår de omtvistede oplysninger fra kontrakterne mv. i vidt omfang de ulovlige forhold."

Landsrettens begrundelse og resultat

Sagen angår også for landsretten prøvelse af Konkurrenceankenævnets kendelse af 21. marts 2019 om i det væsentlige at stadfæste Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 10. september 2018 om, at en række oplysninger i Konkurrencerådets afgørelse af 29. august 2018 om Nets (Tellers) misbrug af dominerende stilling i årene 2012-2016 ikke skulle undtages fra offentliggørelse

efter konkurrencelovens § 13, stk. 4, og at andre oplysninger skulle holdes fortrolige.

Landsrettens prøvelse må tage udgangspunkt i forholdene på afgørelsestidspunktet, idet der, såfremt landsretten måtte finde, at der burde være truffet bestemmelse om undladelse af offentliggørelse i videre omfang end sket, må ske ophævelse af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse og hjemvisning med henblik på, at styrelsen på det nu foreliggende grundlag vurderer, i hvilket omfang de pågældende oplysninger skal undtages fra offentliggørelse.

Som anført i den indankede dom har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen efter konkurrencelovens § 13, stk. 2, nr. 2, pligt til at offentliggøre Konkurrencerådets afgørelser truffet i medfør af konkurrenceloven. Af forarbejderne til § 13, stk. 2, nr. 2, fremgår, at formålet med bestemmelsen er at udbrede kendskabet til praksis efter loven og at give virksomheder og forbrugere mulighed for at rejse et eventuelt erstatningskrav over for den virksomhed, som har overtrådt loven.

Det følger af lovens § 13, stk. 4, at oplysninger om tekniske forhold, herunder blandt andet drifts- og forretningshemmeligheder, ikke kan offentliggøres, for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller den virksomhed, oplysningen angår. Af forarbejderne fremgår, som også anført i dommen, at begrebet "drifts- og forretningshemmeligheder" er snævrere end "drifts- og forretningsforhold el.lign." i nu offentlighedslovens § 30, nr. 2, og at "(d)et 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."

Den i § 13, stk. 4, skete afgrænsning af, hvilke oplysninger der kan undtages fra offentliggørelse, tilgodeser herved det hensyn til at udbrede kendskabet til praksis efter loven og at give virksomheder og forbrugere mulighed for at rejse et eventuelt erstatningskrav over for den virksomhed, som har overtrådt loven, der som anført er formålet med lovens § 13, stk. 2, nr. 2. Der kan ikke af konkurrencelovens § 13 og forarbejderne hertil herudover udledes, at der ved afgørelsen af, om offentliggørelse skal undlades i medfør af konkurrencelovens § 13, stk. 4, skal ske en afvejning af oplysningernes betydning for den berørte virksomhed over for et hensyn til at udbrede kendskab til konkurrencemyndighedernes praksis.

Begrebet "drifts- og forretningshemmelighed" i konkurrencelovens § 13, stk. 4, er efter sin ordlyd og efter forarbejderne ikke det samme som begrebet "drifts- og forretningsforhold el.lign." i offentlighedslovens § 30, nr. 2. At en oplysning

vil være omfattet af offentlighedslovens § 30, nr. 2, er således ikke ensbetydende med, at den vil være omfattet af konkurrencelovens § 13, stk. 4.

I afgørelser truffet af Konkurrencerådet vil oplysninger, der må anses for at udgøre "drifts- og forretningshemmeligheder", i en række tilfælde angå de forhold, der i den konkurrenceretlige afgørelse anses for at udgøre en overtrædelse af konkurrenceloven. Af FOB 2019-26 og de i afgørelsen indeholdte henvisninger til forarbejderne til offentlighedslovens § 30, nr. 2, og juridisk litteratur herom følger, at oplysninger, der viser, at virksomheden har anvendt ulovlige forretningsmetoder eller overtrådt offentligretlig lovgivning, ikke vil kunne undtages fra aktindsigt. På samme måde må det, jf. også det anførte i forarbejderne til konkurrencelovens § 13, stk. 4, antages, at de oplysninger i Konkurrencerådets og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelser, der angår forhold, som myndighederne har anset for at udgøre en overtrædelse af konkurrenceloven, almindeligvis ikke vil kunne undtages fra offentliggørelse i medfør af konkurrencelovens § 13, stk. 4. I den forbindelse vil faktuelle oplysninger vedrørende drifts- og forretningsforhold, som er nødvendige for at forstå og anvende afgørelsen i et vist omfang kunne – og skulle – refereres, jf. de ovenfor citerede forarbejder. Efter ordlyden af konkurrencelovens § 13, stk. 1, jf. stk. 4, og forarbejderne hertil er der ikke holdepunkter for, at klage til Konkurrenceankenævnet og indbringelse for domstolene af den materielle konkurrenceretlige afgørelse skal have opsættende virkning for offentliggørelsen, herunder for vurderingen af om en oplysning angår et ulovligt forhold.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Konkurrenceankenævnet er myndigheder med sagkundskab på det konkurrencemæssige område og kendskab til de berørte brancher, og må herved anses for at have særlige forudsætninger for at vurdere, om oplysninger må anses for at udgøre "drifts- og forretningshemmeligheder" som nævnt i konkurrencelovens § 13, stk. 4. Det samme gælder vurderingen af, om den anden betingelse for at undtage oplysninger fra offentliggørelse om "væsentlig økonomisk betydning for den person eller den virksomhed, oplysningen angår" er opfyldt.

Herefter og efter forarbejderne til konkurrencelovens § 13, kan der ved vurderingen efter konkurrencelovens § 13, stk. 4, af spørgsmålet om "væsentlig økonomisk betydning for den person eller den virksomhed, oplysningen angår" ikke antages at bestå samme klare formodning, som den, der efter forarbejderne til offentlighedslovens § 30, nr. 2, jf. herved de specielle bemærkninger til bestemmelsen i lovforslag nr. 144 af 7. februar 2013 om forslag til lov om offentlighed i forvaltningen, består for, at udlevering af oplysninger, som af myndigheden er vurderet at angå drifts- og forretningshold e.lign., vil indebære en nærliggende risiko for, at virksomheden eller den person, oplysningerne angår, vil lide skade af betydning, jf. offentlighedslovens § 30, nr. 2. Konkurrencemyndighederne må imidlertid forudsættes at udvise tilbageholdenhed med at

antage, at offentliggørelse af oplysninger, der af myndighederne er vurderet at være drifts- og forretningshemmeligheder som nævnt i konkurrencelovens § 13, stk. 4, ikke vil have væsentlig økonomisk betydning som nævnt i bestemmelsen.

Efter det i sagen oplyste lægger landsretten til grund, at Nets ved det i Konkurrencerådets afgørelse af 29. august 2018 om misbrug af dominerende stilling, punkt 291 og 292, nævnte brev af 16. december 2015 har ophævet eksklusivitetsvilkår, som var aftalt med de 14 top 30-kunder, som afgørelsen angår. Parterne er endvidere enige om, at aftalerne med de 14 kunder er genforhandlet og ændret senest den 24. november 2017, jf. Nets brev af denne dato til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, og dermed forud for Konkurrencerådets afgørelse om misbrug af dominerende stilling og styrelsens afgørelse om offentliggørelse.

Nets har i det for landsretten fremlagte yderligere støttebilag angivet, hvilken skadevirkning det vil kunne have, hvis de oplysninger, som Nets mener skal undtages fra offentliggørelse, kommer til offentlighedens kundskab. Efter landsrettens vurdering er der i vidt omfang tale om en gentagelse af den argumentation af generel karakter, som selskabet tidligere har anført.

I den version af Konkurrencerådets afgørelse, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ønskede at offentliggøre, er de priser, rabatter og bonus, som de omhandlede 14 kunder modtog, angivet ved intervaller set i forhold til Nets offentligt tilgængelige listepreiser og/eller som en – ikke præcist angivet – andel af selskabets offentligt tilgængelige listepreiser. På samme måde er oplysninger om Nets markedspostion og samlede købs- og transaktionsbeløb for de 14 kunder mv. angivet ved intervaller. Landsretten finder, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Konkurrenceankenævnets afgørelse om, at der kan ske offentliggørelse af disse oplysninger på den anførte måde.

De oplysninger, som Nets i øvrigt har gjort gældende, skal undtages fra offentliggørelse, angik for en dels vedkommende den ved Konkurrencerådets afgørelse statuerede overtrædelse af konkurrenceloven. Disse oplysninger, og de oplysninger som i øvrigt ønskes undtaget af Nets, var på tidspunktet for styrelsens afgørelse i vidt omfang historiske og/eller fremgik af offentligt tilgængelige oplysninger, herunder blandt andet af Nets tilsagn efter konkurrencelovens § 16 a af 10. marts 2014, jf. afgørelsen om Nets adfærd i forbindelse med indløsning af internationale betalingskort, der trådte i kraft den 28. maj 2014, efter bekendtgørelse om offentliggørelse af betalingsmodtagere i fysisk handel og efter bekendtgørelse om beregning af det årlige abonnement i henhold til § 80, stk. 3, i lov om betalingstjenester, og/eller var oplysninger om sagsbehandlingen i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og/eller den i den konkurrenceretlige afgørelse foretagne kategorisering af de aftaler, som var fundet at være konkurrencebegrænsende.

Det kan ikke antages, at en høring af de 14 Nets-kunder, hvis identitet Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ønskede at offentliggøre, over den påtænkte afgørelse om fortrolighed, ville have ført til en anden afgørelse.

På den ovennævnte baggrund og efter en vurdering af betydningen af en offentliggørelse af de omtvistede oplysninger i sammenhæng finder landsretten, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Konkurrenceankenævnets afgørelse. Det af Nets anførte om begrundelsesmangler i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse kan ikke føre til et andet resultat.

Sø- og Handelsrettens dom stadfæstes som følge heraf.

Efter sagens udfald skal Nets i sagsomkostninger for landsretten betale 125.000 kr. til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til dækning af styrelsens udgifter til advokatbistand inkl. moms. Der er ved fastsættelsen af beløbet taget hensyn til sagens karakter, omfang og forløb.

THI KENDES FOR RET:

Sø- og Handelsrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for landsretten skal Nets A/S inden 14 dage betale 125.000 kr. til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.