



HØJESTERETS KENDELSE

afsagt tirsdag den 15. december 2020

Sag BS-20874/2020-HJR

Nets A/S
(advokat Christian Alsøe)

mod

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
(advokat Jacob Pinborg)

I tidligere instans er afsagt dom af Sø- og Handelsretten den 11. maj 2020 (BS-22549/2019-SHR)

I påkendelsen har deltaget tre dommere: Lars Hjortnæs, Oliver Talevski og Jan Schans Christensen.

Påstande

Appellanten, Nets A/S, har nedlagt påstand om, at Højesteret antager sagen til realitetsbehandling.

Indstævnte, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, har nedlagt påstand om, at Højesteret afviser at realitetsbehandle sagen.

Sagsfremstilling

Ankesagen angår en prøvelse af Konkurrenceankenævnets kendelse af 21. marts 2019 om, hvilke oplysninger i Konkurrencerådets afgørelse af 29. august 2018, der skal offentliggøres i medfør af konkurrencelovens § 13, stk. 2, nr. 2, og stk. 4.

Konkurrencerådet fandt ved afgørelse af 29. august 2018 (konkurrenceafgørelsen), at Nets A/S i strid med konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102 misbragte sin dominerende stilling på markedet for indløsning af betalingskort

samt mobilbetalingsløsninger i den fysiske handel ved at anvende eksklusivitetsrabatter og/eller bestemmelser om eksklusivitet over for 14 af sine 30 største kunder i perioden 2012-2016.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bestemte ved afgørelse af 10. september 2018 (fortrolighedsafgørelsen), hvilke oplysninger i konkurrenceafgørelsen der skulle offentliggøres, jf. konkurrencelovens § 13, stk. 2, nr. 2, og stk. 4. Styrelsen vurderede, at det er berettiget at offentliggøre konkurrenceafgørelsen i en form, hvor offentligheden kan få kendskab til bl.a., hvilke 14 kunder som Nets i 2012-2016 anvendte ulovlige eksklusivitetsaftaler overfor, indholdet af de ulovlige eksklusivitetsvilkår og oplysninger om, hvordan Nets afskærmede væsentlige kunder fra konkurrenterne i samme periode. Styrelsen vurderede samtidig, at en række oplysninger skulle holdes fuldt eller delvist fortrolige, herunder ved at angive intervaller i stedet for præcise talværdier.

Konkurrenceankenævnet stadfæstede ved kendelse af 21. marts 2019 fortrolighedsafgørelsen med den ændring, at et procenttal i en fodnote i konkurrenceafgørelsen ikke skulle offentliggøres.

Nets indbragte den 16. maj 2019 Konkurrenceankenævnets afgørelse for Sø- og Handelsretten, idet Nets nedlagde principal påstand om, at afgørelsen skulle ophæves, og subsidiær påstand om, at sagen skulle hjemvises til fornyet behandling. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen påstod frifindelse.

Ved dom af 11. maj 2020 frifandt Sø- og Handelsretten styrelsen med følgende begrundelse:

”... I nærværende sag har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen efter høring af Nets A/S truffet en afgørelse om offentliggørelse henholdsvis fortrolighedsafgørelse efter ovennævnte bestemmelse. Afgørelsen er i alt væsentligt blevet stadfæstet af Konkurrenceankenævnet. Det påhviler Nets A/S at godtgøre, at der er tilstrækkeligt grundlag for at ændre Konkurrenceankenævnets afgørelse, herunder at de i bilag 4 eller bilag 5 markerede oplysninger udgør drifts- og forretningshemmeligheder, hvis offentliggørelse vil medføre en nærliggende risiko for væsentlig skade for Nets A/S.

De omtvistede oplysninger angår navnlig identiteten på de 14 kunder, som Nets A/S ifølge afgørelsen har anvendt ulovlige eksklusivitetsvilkår i forhold til, og det forhold, at disse er top 30 kunder. Dertil kommer indholdet af de ulovlige eksklusivitetsvilkår samt oplysninger i øvrigt om, hvordan Nets A/S i den omhandlede periode afskærmede væsentlige kunder fra konkurrenterne.

Retten finder, at de anførte, omtvistede oplysninger i princippet kunne udgøre drifts- og forretningshemmeligheder. Når oplysningerne i det væsentlige angår eller indgår i bedømmelsen af ulovlige forhold, gør hensynet til udbredelsen af kendskabet til praksis efter loven samt hensynet til muligheden for at rejse erstatningskrav imidlertid, at oplysningerne skal offentliggøres i medfør af konkurrencelovens § 13, stk. 2, nr. 2, medmindre der efter en konkret og dokumenteret begrundelse findes at være tale om forretningshemmeligheder, hvis offentliggørelse vil medføre nærliggende risiko for væsentlig skade for Nets A/S. Det bemærkes herved, at hvis oplysninger i det væsentlige angår eller indgår i bedømmelsen af ulovlige forhold, vil det være mindre sandsynligt, at disse udgør beskyttelsesværdige forretningshemmeligheder, og at offentliggørelse kan medføre væsentlig, beskyttelsesværdig skade.

Retten finder, at Nets A/S ikke har konkretiseret deres synspunkter om oplysningernes karakter af forretningshemmeligheder og væsentlig skadevirkning på en sådan måde, at der kan anses for at være tilvejebragt grundlag for at tilsidesætte Konkurrenceankenævnets afgørelse om offentliggørelse. Bevisførelsen giver således ikke grundlag for på nogen væsentlig måde at konstatere andet om oplysningerne end det, der er anført ovenfor om oplysningernes generelle karakter, hvortil bemærkes, at nogle oplysninger er angivet med intervaller, og nogle er historiske. Den manglende konkretisering findes at angå såvel oplysningernes karakter som den krævede, væsentlige skadevirkning. Heller ikke en samlet vurdering af de foreliggende, omtvistede oplysninger kan give grundlag for en anden bedømmelse.

På den anførte baggrund og idet det, som Nets A/S i øvrigt har anført, herunder om manglende høring af de berørte kunder, ikke kan føre til noget andet resultat, bliver sagens resultat, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen frifindes.”

Nets ankede dommen ved stævning modtaget i Sø- og Handelsretten den 25. maj 2020.

Anbringender

Nets A/S har anført navnlig, at sagen har generel betydning for retsudviklingen og rejser principielle lovforklningsspørgsmål om, i hvilket omfang, der kan og skal ske offentliggørelse efter konkurrencelovens § 13 af en virksomheds drifts- og forretningshemmeligheder.

Anvendelsen og rækkevidden af bestemmelsen i § 13, stk. 4, og dermed styrelsens og Konkurrenceankenævnets praksis herom – der tilmed er ændret over den senere tid – har ikke tidligere været prøvet ved domstolene. Anvendelsen

af bestemmelsen har vidtrækkende betydning for Nets og alle de virksomheder, der bliver genstand for konkurrencemyndighedernes afgørelser.

Der er behov for, at Højesteret forholder sig til, hvilke hensyn der sagligt kan inddrages ved konkurrencemyndighedernes anvendelse af § 13, stk. 4, samt vægtningen af disse hensyn, så retsstillingen om offentliggørelse og fortrolighedsafholdelse af virksomheders forretningshemmeligheder i konkurrenceafgørelser kan afklares.

Sø- og Handelsretten har anlagt en formodning om, at oplysninger, som "angår" eller "indgår" i bedømmelsen af ulovlige forhold skal offentliggøres, men uddyber ikke, hvad der nærmere skal forstås ved "angår" eller "indgår", og om det har nogen betydning, om der er tale om det ene eller det andet. Da samtlige oplysninger i afgørelsen til en vis grad angår bedømmelsen, bliver beskyttelsen efter § 13, stk. 4, illusorisk.

Herudover foretager Sø- og Handelsretten, ligesom Konkurrenceankenævnet, en hensynsafvejning, der ikke genfindes i lovtekst eller lovforarbejder til § 13, stk. 4, nemlig at de angivne hensyn til offentliggørelse skal veje tungere end hensynet til Nets. Konsekvensen heraf er, at oplysninger ikke kan undtages efter § 13, stk. 4, når blot konkurrencemyndighederne måtte finde, at hensynet til offentligheden taler for offentliggørelse.

Det er endvidere væsentligt for både konkurrencemyndighederne, Nets og øvrige virksomheder, at Højesteret prøver den nærmere forståelse af, hvilke oplysninger, der kan udgøre "forretningshemmeligheder" og bevisbyrdekravet for den "væsentlige økonomiske skadevirkning" ved en offentliggørelse efter § 13, stk. 4. Sø- og Handelsrettens bevisbyrdekrav er uklart angivet og følger ikke af ordlyden eller forarbejderne til konkurrenceloven. Sø- og Handelsretten fandt, at oplysningerne i sagen "i princippet" kunne udgøre forretningshemmeligheder, men at Nets ikke havde konkretiseret og dokumenteret "på en sådan måde", at de omtvistede oplysninger udgjorde forretningshemmeligheder, og at offentliggørelse ville medføre nærliggende risiko for skade. Herved pålægges virksomheder en skærpet bevisbyrde, hvorefter de skal konkretisere og dokumentere en fremtidig hypotetisk skadevirkning af offentliggørelsen af en virksomheds forretningshemmeligheder. Sø- og Handelsretten har ikke angivet, hvorledes og i hvilket omfang Nets burde have konkretiseret og dokumenteret skadevirkningen af en offentliggørelse.

Samlet er der derfor tale om, at ankesagen vedrører hidtil uafklarede lovfortolknings spørgsmål, der vil kunne tjene som præjudikat ved senere tilfælde.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har anført navnlig, at det forhold, at der ikke foreligger praksis fra Højesteret om fortolkningen af konkurrencelovens §

13, stk. 2 og 4, ikke i sig selv gør, at de spørgsmål, som Nets A/S har rejst under sagen, har principiel karakter.

Sagen handler først og fremmest om den konkrete bevismæssige vurdering af karakteren af en lang række oplysninger. Ordlyden af og forarbejderne til § 13, stk. 2 og 4, er ganske klare i forhold til de hensyn, som kan inddrages efter bestemmelserne og dermed den fortolkning, som konkurrencemyndighederne og Sø- og Handelsretten har lagt til grund. Sø- og Handelsrettens dom er udtryk for en almindelig lovfortolkning af § 13, stk. 2 og 4, i lyset af bestemmelsens klare ordlyd og forarbejder samt en efterfølgende ligefrem anvendelse på de konkrete oplysninger, der ønskes undtaget fra offentliggørelse.

Konkurrencemyndighederne har ikke, som ellers anført af Nets, fundet, at der skal ske offentliggørelse af fortrolige forretningsforhold om Nets ud fra en uhjemlet hensynsafvejning, hvor hensynet til offentliggørelse vejer tungere end hensynet til Nets. Der er foretaget en sædvanlig vurdering af, om betingelserne i § 13, stk. 4, for at undtage oplysningerne er opfyldt. Heller ikke Sø- og Handelsretten ses at have foretaget en afvejning som anført af Nets, idet Sø- og Handelsretten udtrykkeligt henviser til, at Nets ikke har dokumenteret, at der konkret er tale om forretningshemmeligheder, hvis offentliggørelse vil medføre nærliggende risiko for væsentlig skade for Nets.

Det er i øvrigt ikke rigtigt, som anført af Nets, at konkurrencemyndighederne har ændret praksis over den senere tid i relation til, hvordan § 13, stk. 4, skal fortolkes. Konkurrencemyndighederne har i tidligere misbrugssager offentliggjort samme typer af oplysninger, og det er således ikke usædvanligt, at f.eks. identiteten på kunder, som har været omfattet af en ulovlig adfærd, offentliggøres.

Nets anfører dernæst, at Sø- og Handelsrettens dom rejser en række fortolknings spørgsmål af vidtgående betydning. Bortset fra, at det er Konkurrenceankenævnets kendelse, som sætter rammerne for sagen, så er det ikke rigtigt, at Sø- og Handelsrettens dom rejser sådanne fortolkningstvivel, at betingelserne i retsplejelovens § 368, stk. 4, kan anses for opfyldt.

Sø- og Handelsrettens bemærkninger om oplysninger vedrørende ulovlige forhold er på linje med helt sædvanlig praksis både efter offentlighedslovens § 30, nr. 2, og konkurrencelovens § 13, stk. 2 og 4. Det er uden betydning, at Sø- og Handelsretten ikke i dommen har angivet en udtømmende beskrivelse af, hvornår en oplysning "angår" eller "indgår" i bedømmelsen af ulovlige forhold, idet de pågældende udtryk er tilstrækkeligt fastlagt i relation til de oplysninger, som konkret skal vurderes.

Endeligt bestrides det, at Sø- og Handelsrettens bemærkninger om bevisbyrden rejser principielle spørgsmål. Sø- og Handelsretten har foretaget en helt sædvanlig og konkret bevisvurdering og fundet, at Nets ikke har fremført tilstrækkeligt konkrete forhold til støtte for sine synspunkter om, at de omtvistede oplysninger udgør forretningshemmeligheder, hvis offentliggørelse vil medføre nærliggende risiko for væsentlig skade for Nets.

Højesterets begrundelse og resultat

Af retsplejelovens § 368, stk. 4, 2. pkt., som affattet ved lov nr. 84 af 28. januar 2014 om ændring af retsplejeloven mv. (Sagstilgangen til Højesteret), fremgår, at domme, der er afsagt af Sø- og Handelsretten, kan ankes til Højesteret,

”hvis sagen er af principiel karakter og har generel betydning for rets- anvendelsen og retsudviklingen eller væsentlig samfundsmæssig rækkevidde i øvrigt, eller hvis andre særlige grunde i øvrigt taler for, at sagen behandles af Højesteret som 2. instans.”

Den indankede dom angår en prøvelse af Konkurrenceankenævnets kendelse af 21. marts 2019 om, hvilke oplysninger i Konkurrencerådets afgørelse af 29. august 2018, der skal offentliggøres i medfør af konkurrencelovens § 13, stk. 2, nr. 2, og stk. 4.

Det følger af konkurrencelovens § 13, stk. 4, bl.a., at drifts- og forretningshemmeligheder ikke offentliggøres, for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller den virksomhed, oplysningen angår.

Da den foreliggende sag i første række angår en konkret vurdering af, om disse betingelser er opfyldt for så vidt angår de omtvistede oplysninger i Konkurrencerådets afgørelse, og da der ikke i øvrigt er særlige grunde, som taler for, at sagen skal behandles af Højesteret som 2. instans, finder Højesteret, at betingelserne for anke til Højesteret ikke er opfyldt, jf. retsplejelovens § 368, stk. 4, 2. pkt.

Højesteret afviser derfor anken, jf. retsplejelovens § 368, stk. 6, 2. pkt., jf. stk. 4, 2. pkt.

THI BESTEMMES:

Denne ankesag afvises fra Højesteret.