

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 14. december 2023 i sag nr. KL-1-2023

Scandferries ApS
(advokat Martin André Dittmer)

mod

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
(retssikkerhedschef Gunvor Harbo Valerius)

Resumé af afgørelsen

Scandferries ApS har påklaget Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 21. december 2022 i sag 22/03974 om at offentliggøre Konkurrenceankenævnets kendelse af 30. november 2022 i sag KL-1-2022 i henhold til konkurrencelovens § 13, stk. 2, nr. 5.

Scandferries klagede den 21. februar 2023 over Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 21. december 2022 til Konkurrenceankenævnet.

I pådømmelsen har deltaget fire nævnsmedlemmer, jf. bekendtgørelse om Konkurrenceankenævnet (bekendtgørelse nr. 496 af 17. marts 2021) § 2, stk. 4.

Konkurrenceankenævnet har stadfæstet Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse.

Påstande

Scandferries ApS har nedlagt påstand om, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 21. december 2022 ændres, således at Konkurrenceankenævnets kendelse af 30. november 2022 ikke offentliggøres, før Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og/eller Konkurrencerådet har taget endelig stilling til den verserende materielle sag, subsidiært at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 21. december 2022 ændres, således at alle de oplysninger, som Scandferries i klagens

bilag 3 har angivet som fortrolige, ikke offentliggøres, og mere subsidiært at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 21. december 2022 hjemvises helt eller delvist til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til fornyet behandling.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har nedlagt påstand om stadfæstelse af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 21. december 2022 vedrørende offentliggørelse af Konkurrenceankenævnets kendelse af 30. november 2022.

Sagens faktiske omstændigheder

Den 12. juni 2020 sendte Konkurrence og Forbrugerstyrelsen Scandlines ApS en meddelelse om betænkeligheder. Af meddelelsen fremgik bl.a., at det var styrelsens foreløbige hypotese, at Scandlines havde haft – og fortsat havde – en dominerende stilling på et muligt marked for transport af passagerer, køretøjer og gods med færge mellem Nordtyskland og Østdanmark, og at Scandlines havde misbrugt – og fortsat misbrugte – denne stilling i form af anvendelse af urimeligt høje priser for færgebilletter for persontransport med personbil i strid med konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102.

Til brug for sin afgrænsning af det relevante marked gennemførte Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen en markedsundersøgelse, der havde til formål at afklare, om der fandtes mulige alternativer til Scandlines' færgerute Rødby-Puttgarden, der kunne anses som substituerbare alternativer, som indgik i det relevante marked.

Scandferries, der er ejer af Scandlines, anmodede Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om fuld aktindsigt i rådata vedrørende kundernes besvarelser af spørgsmål 9 og 13 i markedsundersøgelsen. Ved afgørelse af 12. november 2021 meddelte Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen afslag på anmodningen.

Scandferries indbragte den 27. april 2022 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afslag på aktindsigt for Konkurrenceankenævnet. Konkurrenceankenævnet stadfæstede den 30. november 2022 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen traf den 21. december 2022 afgørelse om at offentliggøre Konkurrenceankenævnets kendelse af 30. november 2022. Af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse fremgår bl.a.:

” 3. *Afgørelse:*

Det er styrelsens vurdering, at der skal ske offentliggørelse af Konkurrenceankenævnets kendelse nu, og at der ikke er grundlag for at foretage offentliggørelse i en anonymiseret form.

Styrelsen har ved vurderingen heraf henset til følgende:

3.1. Vedr. offentliggørelse uden anonymisering

For det første følger det af de almindelige forvaltningsretlige regler, at en myndighed kan offentliggøre oplysninger, som kan være belastende for en virksomhed, hvis det enten følger af lov eller der i øvrigt er en saglig grund. Det fremgår således af betænkning nr. 1516 om offentlige myndigheders offentliggørelse af kontrolresultater, afgørelser m.v., side 63, at:

”Der er i den forbindelse grund til at fremhæve, at Folketingets Ombudsmand i en udtalelse gengivet i beretningen for 2005, side 309 ff., har udtalt, at det følger af det almindelige forvaltningsretlige saglighedsprincip, at en myndighed – uanset at reglerne om tavshedspligt ikke i sig selv var til hinder for offentliggørelsen – ikke uden hjemmel i lovgivningen eller (anden) saglig grund må offentliggøre oplysninger om en virksomhed, som må anses for belastende for virksomheden. [..]”

Det indebærer, at styrelsen kan oplyse om, at der er indledt en konkurrencesag mod et selskab, hvis det er lovpligtigt eller i øvrigt er sagligt.

For det andet følger det af konkurrencelovens § 13, stk. 2, nr. 5, at styrelsen skal foretage offentliggørelse af Konkurrenceankenævnets kendelser. Styrelsen foretager derfor offentliggørelse af Konkurrenceankenævnets kendelser hurtigst muligt efter, at der er taget stilling til, om en kendelse indeholder evt. fortrolige oplysninger.

Derfor har styrelsen også tidligere offentliggjort kendelser, som vedrører spørgsmålet om, hvorvidt en navngiven virksomhed har krav på yderligere partsaktindsigt i en verserende konkurrencesag, jf. afsnit 2.1. ovenfor. Disse kendelser er offentliggjort, uanset om de vedrører aktindsigt i sager efter konkurrenceloven, der har karakter af undersøgelsessager, jf. fx kendelse af 27. oktober 2022, Danmarks Jægerforbund mod Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, eller om de har karakter af afgørelsessager, som fx er på et tidligt stadie, hvor der endnu ikke er udsendt en klagepunktsmeddelelse i partshøring, jf. fx kendelse af 4. marts 2016, BIOS Ambulance Services Danmark mod Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

For det tredje udgør det ikke en fortrolig oplysning, at styrelsen har indledt en konkurrencesag mod Scandlines. Der er således ikke tale om en forretningshemmelighed omfattet af konkurrencelovens § 13, stk. 4.

Der er heller ikke tale om en oplysning, som i øvrigt er undergivet tavshedspligt. Det forhold, at det følger af konkurrencelovens § 13, stk. 1, at der ikke er adgang til aktindsigt efter offentlighedsloven i sager efter konkurrenceloven, indebærer ikke, at styrelsen er undergivet en særlig tavshedspligt. Det følger da også udtrykkeligt af konkurrencelovens § 13, stk. 2, at der skal ske offentliggørelse.

Det er ikke fortroligt, at styrelsen har indledt en konkurrencesag, som drejer sig om en undersøgelse af, om Scandlines evt. har misbrugt en dominerende stilling ved at anvende for høje priser. Det fremgår således af betænkning nr. 1516 om offentlige myndigheders offentliggørelse af kontrol-resultater, afgørelser m.v., side 62, at: ”Derimod må det antages, at en oplysning om, at en virksomhed, der drives i selskabsform, eventuelt har begået en strafbar overtrædelse af særlovgivningen, normalt ikke anses for fortrolig, og at der derfor f.eks. som udgangspunkt intet til hinder for, at en myndighed videregiver oplysninger af den nævnte karakter om virksomheder, der drives i selskabsform, når man vil gøre selskabsansvaret gældende.”

Det er i øvrigt heller ikke fortroligt, at en virksomhed har anmodet om aktindsigt, jf. Forvaltningsloven med kommentarer af Niels Fenger, 2. udgave, side 749, jf. afsnit 2.2 ovenfor.

For det fjerde er det ikke i øvrigt retssikkerhedsmæssigt betænkeligt at offentliggøre kendelsen.

Scandlines har anført, at styrelsen ”kun har fremsendt en meddelelse om betænkeligheder og dermed på ingen måde endnu endeligt har taget stilling til den verserende materielle sag”, og at ”styrelsen endnu ikke har et oplyst grundlag for reelt at kunne vurdere sagen”, hvorfor det vil ”påføre Scandlines betydelig skade, hvis det offentliggøres, at Styrelsen har en i gang-værende sag mod Scandlines”.

Styrelsen bemærker indledningsvist, at styrelsen som bekendt har gennemført to markedsundersøgelser, som Scandlines har kommenteret på, og at styrelsen forventer at sende en klagepunktsmeddelelse i partshøring i løbet af 1. kvartal 2023. Det forhold, at Konkurrencerådet ikke har truffet en afgørelse endnu, har ikke en betydning for pligten til at offentliggørelse eller spørgsmålet om fortrolighed. Konkurrenceloven forudsætter, at der skal ske offentliggørelse, og det gælder uanset en sags status, herunder om den fx er anket.

Scandlines har videre anført, at: ”Såfremt Kendelsen offentliggøres, vil dele af Styrelsens meddelelse om betænkeligheder blive offentliggjort, herunder specifikt at Styrelsen undersøger, om ”[...] Scandlines har haft – og fortsat har – en dominerende stilling på et muligt marked for transport af passagerer, køretøjer og gods med færge mellem Nordtyskland og Østdanmark, og at Scandlines har misbrugt – og fortsat misbruger – denne stilling i form af

anvendelse af urimeligt høje priser for færgebilletter for persontransport med personbil i strid med konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102”, jf. Kendelsen s. 2-3.”

Scandlines har videre anført, at: ”en offentliggørelse af dele af Styrelsens meddelelse af betænkeligheder - før der er truffet endelig afgørelse i sagen - vil påføre Scandlines betydelig skade, ligesom det vil overflødiggøre konkurrencelovens § 13, stk. 1, der undtager offentlighedslovens regler om aktindsigt.”

Den omstændighed, at konkurrencesagen vedrørende Scandlines p.t. ikke er offentlig kendt er ikke en retsbeskyttet omstændighed. Når styrelsen behandler en konkurrencesag mod en virksomhed, kan og vil konkurrencesagens eksistens ofte være offentlig kendt, fx fordi en klager offentliggør sin klage, fordi styrelsen er nødt til at oplyse om sagens eksistens i forbindelse med sagsoplysningen, eller fordi styrelsen er forpligtet til at offentliggøre en kendelse om aktindsigt. Det forhold, at sagen med Scandlines tilfældigvis ikke er offentlig kendt, indebærer ikke, at der er et sådant særligt hensyn at tage til Scandlines, at der – imod konkurrencelovens klare ordlyd – ikke skal ske offentliggørelse.

Det er af ovenævnte grunde efter styrelsens opfattelse ikke et retssikkerhedsmæssigt problem, at styrelsen offentliggør Konkurrenceankenævnets kendelser. Det ville tværtimod være et retssikkerhedsmæssigt problem, hvis styrelsen i strid med konkurrencelovens ordlyd ikke offentliggjorde Konkurrenceankenævnets kendelser.

Østre Landsret har i U2022.2758Ø stadfæstet, at det følger af konkurrencelovens § 13, at styrelsen har pligt til at offentliggøre en rådsafgørelse, og det uafhængigt af om rådsafgørelsen er anket. Tilsvarende følger det af konkurrencelovens § 13, at styrelsen har pligt til at offentliggøre en kendelse, og det uafhængigt af om kendelsen vedrører en verserende sag.

3.2. Vedr. offentliggørelse af intervaller

Det er styrelsens vurdering, at der skal ske offentliggørelse af de oplysninger om kundernes skifteadfærd, som Scandlines har fået partsaktindsigt i efter forvaltningsloven.

Det skyldes, at der ikke er tale om oplysninger om Scandlines forretningshemmeligheder. Der er derimod tale om oplysninger om konkurrenceforholdene, som styrelsen har indhentet via en markedsundersøgelse, og hvor styrelsen har fortroliggjort fortrolige oplysninger om konkurrenceforholdene ved anvendelse af intervaller. Konkurrenceankenævnet har tiltrådt dette i kendelsen.

Det bemærkes endvidere, at de intervaller vedrørende kundernes skifteadfærd, som Scandlines har fået partsaktindsigt i medfør af forvaltningsloven, vil være enslydende med de intervaller, som vil fremgå af en evt. offentlig afgørelse i den materielle sag mod Scandlines. Det er styrelsens praksis, at intervaller for diversion ratios som udgangspunkt angives i et spænd på mellem 5 til 10 pct., og at det alene er i særlige tilfælde, at disse spænd udvides eller indskrænkes i den konkrete sag.

Det er styrelsens vurdering, at der ikke er grundlag for at fortroliggøre de pågældende intervaller i forbindelse med offentliggørelse af konkurrenceankenævnets kendelse.”

Retsgrundlag

Konkurrencelovens § 13, stk. 1, 2 og 4, lyder bl.a.:

”§ 13. Lov om offentlighed i forvaltningen gælder ikke for sager og undersøgelser efter denne lov ... Virksomheder har dog ret til egenaccess i sager, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse efter denne lov, jf. § 8 i lov om offentlighed i forvaltningen, med undtagelse af oplysninger om en anden virksomheds tekniske indretninger, tekniske fremgangsmåder og drifts- og forretningsforhold eller andre fortrolige oplysninger ...

Stk. 2. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen offentliggør

...

3) Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelser eller et resumé heraf truffet i medfør af loven, medmindre afgørelsen hverken skønnes at have betydning for forståelsen af konkurrenceloven eller at være af interesse for offentligheden i øvrigt.

...

5) Konkurrenceankenævnets kendelser.

...

Stk. 4. Ved offentliggørelse efter stk. 2 og 3 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. Endvidere kan oplysninger om enkelte kunders forhold i virksomheder, der er under tilsyn af Finanstilsynet, ikke offentliggøres”

§ 13, stk. 4, blev indført ved lov nr. 384 af 10. juni 1997. Af forarbejderne til bestemmelsen fremgår bl.a. (Folketingstidende 1996-97, tillæg A, lovforslag nr. L 172, s. 3672):

”Som en undtagelse fra stk. 2 og 3 foreslås det i stk. 4, 1. pkt., at oplysninger om tekniske forhold og drifts- og forretningshemmeligheder, for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller den virksomhed, som oplysningen angår, undtages fra Konkurrencerådets mulighed for offentliggørelse.

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 væsent-

lig betydning for forståelsen og anvendelsen af en afgørelse, at det er muligt i et vist omfang at referere faktuelle oplysninger vedrørende drifts- og forretningsforhold.”

Bestemmelsen om offentliggørelse af Konkurrenceankenævnets kendelser i § 13, stk. 2, nr. 5, blev indført ved lov nr. 495 af 12. maj 2010.

Af forarbejdernes almindelige bemærkninger fremgår bl.a. (Folketingstidende 2009-10, tillæg A, lovforslag nr. L 109, pkt. 2.4):

”2.4. Offentlighed om afsagte domme m.v. om konkurrenceret

Efter den gældende lov er den altovervejende hovedregel, at de afgørelser, som konkurrencemyndighederne træffer efter konkurrenceloven, skal offentliggøres. Der er imidlertid ikke efter de gældende regler en generel hjemmel til offentliggørelse af domme på konkurrenceområdet samt kendelser fra Konkurrenceankenævnet.

Domstolene anvender i stigende omfang reglerne i konkurrenceloven og konkurrencereglerne i EUF-Traktatens artikel 101 og 102. Da det må anses for at være af generel interesse for virksomheder og offentligheden i øvrigt at få kendskab til disse domme, foreslås der indført hjemmel til, at Konkurrencestyrelsen offentliggør dem. Det gælder såvel domme, hvor Konkurrencestyrelsen, Konkurrencerådet eller Konkurrenceankenævnet er part, som domme, hvor konkurrencemyndigheden ikke er involveret, men hvor dommen ikke desto mindre kan være af interesse, da den vedrører denne lov eller EUF-Traktatens artikel 101 og 102. Endvidere foreslås der indført hjemmel til Konkurrencestyrelsens offentliggørelse af Konkurrenceankenævnets kendelser. Der henvises til lovforslagets § 1, nr. 11.”

Af bemærkningerne til § 13, stk. 2, fremgår bl.a. (Folketingstidende 2009-10, tillæg A, lovforslag nr. L 109, s. 21-22):

”Efter den gældende § 13, stk. 2, skal Konkurrencerådets og Konkurrencestyrelsens afgørelser offentliggøres, i hvilken forbindelse oplysningerne fra virksomhederne indgår i kumuleret form eller anonymiseres, såfremt der er tale om drifts- og forretningshemmeligheder m.v., jf. den gældende § 13, stk. 4. Endvidere skal der efter § 13, stk. 2, ske offentliggørelse af straffedomme og bøvedtagelser. Hensynet bag offentliggørelsen af disse afgørelser m.v. er, at der herved sikres mulighed for, at forbrugere og virksomheder får en reel mulighed for at rejse et eventuelt erstatningskrav over for virksomheder, der har deltaget i ulovlige aktiviteter.

Med den foreslåede bestemmelse indføres der hjemmel til, at Konkurrenceankenævnets kendelsersamt domme i civile sager, og som vedrører anvendelsen af konkurrenceloven eller EUF-Traktatens konkurrenceregler, også kan offentliggøres, dog med respekt af tekniske forhold samt drifts- og forretningshemmeligheder m.v., jf. § 13, stk. 4, som ikke foreslås ændret. Også i relation til offentliggørelsen af disse kendelser og domme er hensynet, at der herved

sikres muligheder for forbrugere og virksomheder til at rejse erstatningskrav mod en virksomhed, der har deltaget i ulovlige aktiviteter.

Den gældende bestemmelse angiver ikke, hvilken myndighed der står for offentliggørelsen. I praksis har det været Konkurrencestyrelsen, der har offentliggjort afgørelserne m.v. på styrelsens hjemmeside. Med den nye affattelse præciseres det, at det er Konkurrencestyrelsen, som står for offentliggørelsen.

...

Det foreslås i § 13, stk. 2, nr. 5, at der indføres hjemmel til, at Konkurrencestyrelsen kan offentliggøre Konkurrenceankenævnets kendelser. Der er tale om en kodifikation af hidtidig praksis, hvorefter Konkurrencestyrelsen har offentliggjort Konkurrenceankenævnets kendelser på sin hjemmeside, selvom Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er sekretariat for Konkurrenceankenævnet.”

Af betænkning nr. 1516/2010 om offentlige myndigheders offentliggørelse af kontrolresultater, afgørelser mv., s. 62-63, fremgår bl.a.:

”Den nævnte bestemmelse i forvaltningslovens § 27, stk. 1, nr. 7, vedrører hensynet til den økonomiske interesse i at beskytte oplysninger om tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller om drifts- eller forretningsforhold. Oplysninger om juridiske personer er som udgangspunkt omfattet af bestemmelsen, hvis der efter et konkret skøn er en nærliggende risiko for, at der påføres den pågældende juridiske person et økonomisk tab. For eksempel vil oplysninger om almindeligt gængse forretningsmetoder eller en almindeligt kendt produktionsform i almindelighed ikke være omfattet af bestemmelsen. Ligeledes kan det ikke anses for en oplysning om en forretningshemmelighed beskyttet efter forvaltningslovens § 27, stk. 1, nr. 7, at en privat virksomhed udøver sin virksomhed i strid med lovgivningen, for eksempel at en virksomheds fødevareproduktion foregår under sundhedsmæssigt uforsvarlige forhold.

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 - som tilfældet er med sådanne oplysninger om fysiske personer - heller 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.

I forbindelse med overvejelserne om forvaltningsmyndigheders offentliggørelse af kontrolresultater, afgørelser mv., der indeholder oplysninger om identificerbare juridiske personer, som ikke kan udleveres i forbindelse med anmodninger om aktindsigt, skal særligt nævnes offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2. Praksis vedrørende denne bestemmelse vil således have betydning for, hvilke oplysninger om juridiske personer der enten kan eller ikke uden særlig hjemmel kan offentliggøres. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

»§ 12: Retten til aktindsigt omfatter ikke oplysninger om

1) ...

2) tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller om drifts- eller forretningsforhold eller lignende, for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller virksomhed, oplysningen angår, at begæringen ikke imødekommes. Stk. 2 ...«

Oplysninger om juridiske personer er som udgangspunkt omfattet af offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, hvis der efter et konkret skøn er en nærliggende risiko for, at der påføres den pågældende virksomhed skade, navnlig et økonomisk tab, af betydning. I tvivlstilfælde antages det, at der bør indhentes en udtalelse fra den, som oplysningen vedrører. Det er imidlertid den forvaltningsmyndighed, som træffer afgørelse om, hvorvidt oplysningen er af fortrolig karakter.

Der er i den forbindelse grund til at fremhæve, at Folketingets Ombudsmand i en udtalelse gengivet i beretningen for 2005, side 309 ff., har udtalt, at det følger af det almindelige forvaltningsretlige saglighedsprincip, at en myndighed - uanset at reglerne om tavshedspligt ikke i sig selv var til hinder for offentliggørelsen - ikke uden hjemmel i lovgivningen eller (anden) saglig grund må offentliggøre oplysninger om en virksomhed, som må anses for belastende for virksomheden. Ombudsmanden henviste i den forbindelse til principperne i persondatalovens § 5 (jf. dette kapitels pkt. 4.2.1) og til, at det må antages, at en myndighed i disse situationer også er undergivet visse begrænsninger som følge af princippet om god forvaltningsskik (jf. dette kapitels pkt. 2.2). Ombudsmanden fandt dog i den konkrete sag, at der ikke var grundlag for kritik af Forbrugerombudsmanden for på sin hjemmeside at have offentliggjort en sag, hvori Forbrugerombudsmanden havde meldt et luftfartsselskab - med en angivelse af selskabets navn - til politiet, idet Forbrugerombudsmanden har hjemmel til i et vist omfang at offentliggøre sager, og idet offentliggørelsen var sket efter en konkret vurdering med inddragelse af relevante hensyn.”

Af Østre Landsrets dom af 5. maj 2022 (UfR 2022.2758 Ø) fremgår bl.a.:

”Som anført i den indankede dom har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen efter konkurrence-lovens § 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.”

Parternes argumenter

Scandferries har anført navnlig, at forvaltningsmyndigheder i deres virke skal overholde god forvaltningsskik og agere inden for de rammer, der kan udledes af de almindelige forvaltningsretlige grundsætninger om proportionalitet og saglighed i forvaltningen. Dette gælder også ved forvaltningsmyndigheders offentliggørelse af oplysninger.

Det må således også kræves, at offentliggørelse af oplysninger er sagligt begrundet, og at offentliggørelsen er proportional med formålet med offentliggørelsen, og ikke er unødvendig eller uforholdsmæssigt indgribende i forhold til de hensyn, der søges varetaget ved offentliggørelsen.

Det fremgår af forarbejderne til konkurrenceloven, at der ikke er pligt til offentliggørelse, hvis oplysningerne hverken er af betydning for forståelsen af konkurrenceloven eller er i offentlighedens interesse. Det fremgår videre af forarbejderne, at offentliggørelse skal ske med respekt af oplysninger, som kan undtages efter § 13, stk. 4, samt, at hensynet hertil er muligheden for at rejse erstatningskrav. Det overordnede formål med offentliggørelsen af Konkurrenceankenævnets kendelse er at udbrede kendskabet til praksis, således at skadelidte virksomheder og forbrugere får kendskab hertil, og som følge heraf kan rejse erstatningskrav over for de virksomheder, som har overtrådt loven.

Kendelsen i nærværende sag vedrører Scandferries' anmodning om aktindsigt i data fra en kundeundersøgelse om Scandferries' egne kunder, som styrelsen har gennemført som led i en undersøgelse af en mulig overtrædelse af konkurrenceloven. Styrelsen har endnu ikke endeligt taget stilling til den verserende materielle sag. Skadelidte virksomheder og forbrugere kan ikke på baggrund af kendelsen vurdere, om de potentielt måtte blive berørt og som følge heraf vil rejse et erstatningskrav. En offentliggørelse af kendelsen inden styrelsen har taget endelig stilling til den materielle sag, vil således ikke være nødvendig for, at forbrugere og virksomheder har mulighed for at rejse et erstatningskrav.

Når styrelsen træffer afgørelse om offentliggørelse, må det ske med udgangspunkt i de konkrete omstændigheder i den enkelte sag, herunder hvilke kriterier og hensyn der lovligt kan inddrages. Det må således også kræves, at offentliggørelse af oplysninger er sagligt begrundet, og at offentliggørelsen er proportional med formålet med offentliggørelsen, og ikke er unødvendig eller uforholdsmæssigt indgribende i forhold til de hensyn, der søges varetaget med offentliggørelsen. Eftersom det er styrelsens opgave at realisere lovgivningsmagtens intentioner, må begrundelsen for en afgørelse også tage afsæt i retsgrundlagets formål. En offentliggørelse, inden der er taget endelig stilling til den materielle sag, er ikke nødvendig for at varetage formålet med konkurrencelovens § 13, stk. 2.

Det følger af konkurrencelovens § 13, stk. 2, nr. 5, at styrelsen offentliggør Konkurrenceankenævnets kendelser. Det er imidlertid ikke reguleret i konkurrenceloven, hvornår denne offentliggørelse senest skal finde sted. At styrelsen har etableret en praksis om offentliggørelse, når afgørelser, kendelser og domme er afsagt og fortrolighed er afklaret, betyder ikke i sig selv, at styrelsen er forpligtet hertil. Tidligere praksis om offentliggørelse af kendelser vedrørende aktindsigt er ikke sammenlignelig med denne sag, da den relevante materielle sag blev startet op på styrelsens eget initiativ, og anmodningen om aktindsigt og klagen, som følge af afslag på anmodningen om aktindsigt, blev indgivet af Scandferries. Det er – Scandferries bekendt – ikke kendt i markedet, at der verserer en konkurrencesag mod Scandferries.

Konkurrenceankenævnets kendelse bør ikke offentliggøres, før der er taget endelig stilling til det materielle indhold i den verserende sag, idet der, efter Scandferries' opfattelse, vil være en nærliggende risiko for, at en offentliggørelse vil kunne påføre Scandferries væsentlig skade.

Såfremt Konkurrenceankenævnet fastholder offentliggørelse af kendelsen, skal de oplysninger, som er markeret i bilag 3, fortroligholdes, jf. konkurrencelovens § 13, stk. 4.

Offentliggørelse vil kunne påføre Scandferries betydelig skade, da styrelsens verserende materielle sag mod Scandferries ikke er offentligt kendt. I forbindelse med styrelsens gennemførte kundeundersøgelse har styrelsen skrevet i invitationsemailen, at styrelsen er ved at udarbejde en markedsundersøgelse om færgemarkedet. Det fremgår ikke heraf, at styrelsen undersøger Scandferries' pris-sætning, eller at styrelsens foreløbige hypotese er, at Scandferries har en dominerende stilling på det relevante marked, som misbruges i strid med konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102.

Såfremt kendelsen offentliggøres, vil dele af styrelsens meddelelse om betænkeligheder blive offentliggjort, herunder specifikt, at styrelsen undersøger, om "... Scandlines har haft – og fortsat har – en dominerende stilling på et muligt marked for transport af passagerer, køretøjer og gods med færge mellem Nordtyskland og Østdanmark, og at Scandlines har misbrugt – og fortsat misbruger – denne stilling i form af anvendelse af urimeligt høje priser for fægebilletter for persontransport med personbil i strid med konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102".

Styrelsens meddelelse om betænkeligheder er ikke offentliggjort, og der kan ikke søges aktindsigt heri efter offentlighedsloven. Det følger af konkurrencelovens § 13, stk. 1, at offentlighedslovens regler om aktindsigt (bortset fra egenaccess) ikke finder anvendelse i sager og undersøgelser efter konkurrencelovens § 11, idet formålet med konkurrenceloven og hensynet til effektiv håndhævelse tilsiger, at det er vigtigt, at der i videst muligt omfang er fortrolighed omkring disse oplysninger. En offentliggørelse af dele af styrelsens meddelelse af betænkeligheder - før der er truffet endelig afgørelse i sagen - vil kunne påføre Scandferries betydelig skade, ligesom det vil overflødiggøre konkurrencelovens § 13, stk. 1, der undtager offentlighedslovens regler om aktindsigt.

Hertil kommer, at styrelsen gennem hele processen har været tilbageholdende med at inddrage Scandferries i sine overvejelser i forhold til de indledende undersøgelser, herunder både i forhold til afgrænsningen af markedet, vurderingen af dominans og i forhold til behandlingen af selve misbruget, og at styrelsen derfor, efter Scandferries' opfattelse har et uoplyst grundlag for reelt at kunne vurdere sagen. Såfremt den verserende materielle sag viser sig ikke at have noget på sig, vil alene en offentliggørelse af styrelsens betænkeligheder, som fremgår af afgørelsen, kunne påføre Scandferries betydelig skade.

Offentliggørelse vil være retssikkerhedsmæssigt betænkeligt, da en offentliggørelse af kendelsen vil indebære, at virksomheder ikke kan få prøvet styrelsens administrative afgørelser, mens den materielle sag verserer, uden at det dermed offentliggøres, at der kører en verserende sag mod den pågældende virksomhed. Dette er stærkt retssikkerhedsmæssigt betænkeligt og udgør reelt et indgreb i retten til en retfærdig rettergang.

Når offentlighedsloven ikke finder anvendelse i sager og undersøgelser efter konkurrenceloven, herunder analyser og sektorundersøgelser, jf. konkurrencelovens § 15, stk. 2, og § 15 d, skyldes det netop, at styrelsen ved administrationen og håndhævelsen af konkurrenceloven kommer i besiddelse af en lang række oplysninger, herunder fortrolige oplysninger, som det kan være afgørende for virksomhederne, at der ikke er offentlig adgang til. Hensynet bag undtagelsen er at sikre, at undersøgelser foretaget af styrelsen, kan foretages upåvirket, og at besvarelser hertil forbliver anonyme.

Styrelsen har henvist til, at styrelsen – i tilfælde af en aktindsigtsanmodning – kan oplyse om, at der er indledt en konkurrencesag mod en virksomhed, hvis det er lovpligtigt eller i øvrigt er sagligt.

Uanset om det måtte gøre sig gældende i denne sag, finder Scandferries, at der er en væsentlig forskel på, om det offentliggøres på styrelsens hjemmeside, at der verserer en sag mod virksomheden, herunder hvilke betænkeligheder styrelsen har, eller – det mindre sandsynlige scenarie – om en enkeltperson eller en enkelt virksomhed skulle søge om aktindsigt i, hvorvidt der verserer sager mod Scandferries, og hvor det er lovpligtigt eller i øvrigt sagligt at skulle give aktindsigt heri.

Såfremt kendelsen offentliggøres, vil dele af styrelsens markedsundersøgelse fra 2021 blive offentliggjort, jf. kendelsens s. 1-10, herunder de intervaller, som Scandferries har fået partsaktindsigt i efter forvaltningsloven, og hvilke der ikke kan meddeles aktindsigt i efter offentlighedsloven. Det er i den forbindelse påfaldende, at de intervaller, som Scandferries har fået partsaktindigt i efter forvaltningsloven, og som Scandferries skal bruge for at kunne forsvare sig i den materielle sag, er de samme intervaller, som meddeles offentligheden.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har anført navnlig, at konkurrencelovens § 13, stk. 2, nr. 5, indebærer en pligt til at offentliggøre Konkurrenceankenævnets kendelser, og at udgangspunktet er, at virksomheder alene har krav på undtagelse af oplysninger, som er omfattet af konkurrencelovens § 13, stk. 4. Det er endvidere styrelsens vurdering, at det ikke i loven er forudsat, at der efter § 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.

Det fremgår af konkurrencelovens ordlyd, at der skelnes mellem afgørelsestyper, hvor der altid skal ske offentliggørelse, jf. bl.a. § 13, stk. 2, nr. 2, 4 og 5, og afgørelsestyper, hvor der som udgangspunkt skal ske offentliggørelse, jf. § 13, stk. 2, nr. 3. Det følger således direkte af loven, at der er pligt til altid at foretage offentliggørelse af Konkurrenceankenævnets kendelser. Det følger også af loven, at der ikke skelnes mellem, om Konkurrenceankenævnets kendelser vedrører prøvelse af afgørelser, som er truffet af Konkurrencerådet, eller afgørelser truffet af styrelsen.

Der er to uafhængige formål med pligten til at foretage offentliggørelse, hvor det ene er at udbrede kendskab til praksis, og det andet er at sikre muligheden for at skadelidte kan søge om erstatning. Kendskab til praksis er vægtigt hensyn i forhold til, at også kendelser om aktindsigt offentliggøres, når de er truffet. Det gælder ikke mindst i forhold til den konkrete kendelse, som er den første om

aktindsigt i rådata vedrørende diversion ratios, og som derfor er relevant for forståelsen af retstilstanden – både i forhold til verserende og kommende misbrugs- og fusionssager.

Offentliggørelse af afgørelsen er i overensstemmelse med styrelsens praksis. Udgangspunktet er således, at Konkurrenceankenævnets kendelser offentliggøres hurtigst muligt efter, at de er afsagt, og fortrolighed er afklaret. Det gælder også verserende sager, og det sker i en ikke anonymiseret form, når det drejer sig om virksomheder. Der henvises til tidligere sager vedrørende offentliggørelse af Konkurrenceankenævnets kendelser om aktindsigt.

Det er ikke en fortrolig oplysning efter konkurrencelovens § 13, stk. 4, at der verserer en konkurrencesag mod Scandlines, og det er heller ikke en oplysning, der i øvrigt er undergivet tavshedspligt. Selvom nogle typer af sager efter konkurrenceloven konkret kan have en sådan karakter, at deres eksistens er fortrolig – f.eks. sager vedr. fortrolige fusioner, sager om straflempelsesansøgninger eller sager, hvor der i øvrigt er et efterforskningshensyn – er det imidlertid ikke fortroligt, at styrelsen behandler en sag efter konkurrenceloven, hvor der er udsendt en meddelelse om betænkeligheder, og der dermed ikke længere er et efterforskningshensyn.

Styrelsen er berettiget til at oplyse om eksistensen af en verserende konkurrencesag, hvis der er en pligt hertil – eller i øvrigt er en saglig grund hertil. Det gælder også selvom, der er tale om oplysninger, som kan være belastende for en virksomhed. Det forhold, at der efter konkurrencelovens § 13, stk. 1, ikke er adgang til aktindsigt efter offentlighedslovens regler i konkurrencesagen, kan ikke føre til en anden vurdering.

Det er ikke generelt retssikkerhedsmæssigt betænkeligt, at styrelsen – i overensstemmelse med konkurrencelovens § 13, stk. 2, jf. stk. 4 – offentliggør kendelser om aktindsigt, når de er afsagt, selvom de vedrører aktindsigt i konkurrencesager, som ikke er offentligt kendt forud for offentliggørelsen af kendelsen. Det følger af konkurrenceloven, at der skal ske offentliggørelse af Konkurrenceankenævnets kendelser, og at der som udgangspunkt alene skal ske undtagelse af forretningshemmeligheder. Der er ikke et særligt retssikkerhedsmæssigt hensyn at tage til en virksomhed, hvor eksistensen af en konkurrencesag ikke er kendt. Det beror i praksis på tilfældigheder, hvornår en verserende konkurrencesags eksistens bliver offentligt kendt; dvs. om det bliver offentligt kendt, inden der træffes en rådsafgørelse, eller om det først sker, når rådsafgørelsen bliver offentliggjort.

En konkurrencesags eksistens kan f.eks. blive offentligt kendt, hvis en klager har rettet henvendelse til pressen. En konkurrencesags eksistens kan også blive offentligt kendt, hvis det har været nødvendigt for styrelsen at oplyse herom. Når styrelsen behandler en konkurrencesag, vil styrelsen således være berettiget til at oplyse om sagens eksistens, hvis der enten er pligt hertil, eller det i øvrigt er sagligt. Styrelsen vil f.eks. være berettiget og forpligtet hertil, hvis det er nødvendigt for at foretage sagsoplysning (hvilket både gælder i forbindelse med f.eks. markedsundersøgelser og i forbindelse med efterfølgende afklaring af fortrolighed). Styrelsen vil f.eks. også være berettiget og forpligtet hertil, hvis det er nødvendigt ved besvarelse af en anmodning om egenacces eller ved offentliggørelse i medfør af konkurrencelovens § 13, stk. 2.

Når en virksomhed, der er part i en konkurrencesag, klager til Konkurrenceankenævnet over afslag på aktindsigt, vil en sådan klage i øvrigt ofte vedrøre adgangen til indsigt i oplysninger, som kommer fra en anden virksomhed. Hvis parten får medhold i sin klage, vil styrelsen ligeledes være berettiget og forpligtet til at oplyse om sagens eksistens, da den anden virksomhed vil skulle orienteres og have mulighed for at indbringe ankenævnets kendelse for domstolene, jf. princippet i UfR 1994.823 H.

Det ville være et problem, hvis styrelsen – i strid med konkurrencelovens ordlyd og styrelsens praksis – ikke offentliggjorde Konkurrenceankenævnets kendelse, når der ikke er et konkret grundlag for en sådan forskelsbehandling.

Der er ikke sådanne særlige omstændigheder i forhold til konkurrencesagen vedrørende Scandlines, der kan begrunde en fravigelse fra udgangspunktet om, at der skal ske offentliggørelse nu i en ikke-anonymiseret form. Det udgør ikke særlige forhold, at eksistensen af den konkrete konkurrencesag ikke er offentligt kendt, at der er tale om en verserende sag, hvor der endnu ikke er udsendt en klagepunktsmeddelelse i partshøring, eller at kendelsen indeholder en gengivelse af styrelsens betænkkeligheder.

Styrelsen er ikke enig i beskrivelsen af, at styrelsen skulle have været tilbageholdende med at involvere Scandlines i konkurrencesagens behandling. Styrelsen har således løbende involveret Scandlines i konkurrencesagens behandling i overensstemmelse med konkurrencelovens krav og de forvaltningsretlige regler i øvrigt. Styrelsen er heller ikke enig i, at der skulle være sådanne særlige

forhold i forbindelse med styrelsens sagsoplysning og inddragelse af Scandlines i sagsbehandlingen, at der skulle være grundlag for at fravige udgangspunktet om, at Konkurrenceankenævnets kendelser offentliggøres, når de er afsagt og fortrolighed er afklaret.

Scandlines har ikke begrundet yderligere, hvorfor offentliggørelse af kendelsen kan påføre Scandlines betydelig skade. Det vil sige, hvorfor offentlighedens kendskab til den verserende konkurrencesag mod Scandlines, kan påføre Scandlines en så betydelig skade, at det skulle kunne føre til en fravigelse fra lovens udgangspunkt.

Beskrivelsen i kendelsen af styrelsens markedsundersøgelse, herunder intervaller, kan også offentliggøres. Det forhold, at konkurrencesager er undtaget fra aktindsigt efter offentlighedsloven, indebærer ikke, at der ikke kan ske offentliggørelse af ikke-fortrolige oplysninger. Det er forudsat i konkurrencelovens § 13, stk. 1, stk. 2, og stk. 4. Konkurrenceankenævnet har afsagt kendelse om, hvad der kan undtages i medfør af forvaltningslovens § 15 b. Det forhold, at der ikke konkret er forskel på vurderingen af, hvad der skal undtages fra partsaktindsigt, og hvad der skal undtages fra offentliggørelse, er ikke ensbetydende med, at der foreligger en fejl. Offentligheden kan få indsigt i de samme oplysninger om konkurrenceforholdene i intervaller. Det gælder såvel ved offentliggørelse af kendelsen som af en eventuel senere rådsafgørelse.

Konkurrenceankenævnets begrundelse og resultat

Det fremgår af konkurrencelovens § 13, stk. 2, nr. 5, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen offentliggør Konkurrenceankenævnets kendelser. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har efter bestemmelsens ordlyd pligt til at offentliggøre de pågældende kendelser, jf. herved Østre Landsrets dom af 5. maj 2022 (UfR 2022.2758 Ø).

I henhold til § 13, stk. 4, kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen undtage oplysninger om tekniske forhold, herunder forskning, produktionsmåder, produkter samt drifts- og forretningshemmeligheder fra offentliggørelse, for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller den virksomhed, oplysningen angår.

Scandferries ApS har med henvisning til konkurrencelovens § 13, stk. 4, nedlagt subsidiær påstand om, at en række oplysninger i Konkurrenceankenævnets kendelse af 30. november 2022 ikke skal

offentliggøres. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i afgørelse af 21. december 2022 vurderet, at der ikke i kendelsen foreligger oplysninger, som kan undtages efter § 13, stk. 4, herunder at det ikke udgør en forretningshemmelighed, at styrelsen har indledt en konkurrencesag mod Scandlines, og at oplysningerne tilvejebragt ved markedsundersøgelsen heller ikke udgør forretningshemmeligheder. Konkurrenceankenævnet er enig i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering heraf.

Som anført ovenfor har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen pligt til at offentliggøre Konkurrenceankenævnets kendelser. Det forhold, at konkurrencesagen mod Scandferries bliver offentligt kendt som følge af, at Scandferries har benyttet sig af sin ret til at få prøvet Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse om aktindsigt, kan ikke føre til, at man kan fravige kravet om offentliggørelse.

Med henvisning til ordlyden af konkurrencelovens § 13, stk. 2, nr. 5, jf. stk. 4, og forarbejderne hertil er der efter Konkurrenceankenævnets opfattelse ikke holdepunkter for, at det forhold, at der ikke foreligger en endelig afgørelse i den underliggende konkurrencesag, skal udsætte offentliggørelsen af Konkurrenceankenævnets kendelse vedrørende aktindsigt.

Konkurrenceankenævnet finder herefter, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i overensstemmelse med sin praksis kunne offentliggøre Konkurrenceankenævnets kendelse af 30. november 2022 umiddelbart efter, at kendelsen var afsagt, og spørgsmål om fortrolighed var afklaret.

Herefter bestemmes

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelse af 21. december 2022 stadfæstes.

Karsten Engsig Sørensen

Birgitte Sloth

Claus Berg

Jan Schans Christensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Konkurrenceankenævnet den 14. december 2023

Anja Sunesen

Sekretariatsmedarbejder