

HØJESTERETS DOM

afsagt tirsdag den 4. april 2023

Sag 26/2021

(2. afdeling)

Nets Denmark A/S (tidligere Nets Holding A/S)

(advokat Erik Kjær-Hansen)

mod

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

(advokat Jacob Pinborg)

Biintervenient til støtte for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen:

Foreningen FDIH Dankortsag

(advokat Erik Nyborg)

I tidligere instans er afsagt dom af Østre Landsrets 14. afdeling den 17. februar 2021 (B-3693-13 og B-970-14).

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Poul Dahl Jensen, Hanne Schmidt, Kristian Korfits Nielsen, Jørgen Steen Sørensen og Søren Højgaard Mørup.

Påstande

Appellanten, Nets Denmark A/S, har gentaget sine påstande.

Indstævnte, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, har påstået stadfæstelse.

Supplerende sagsfremstilling

Til brug for sagens behandling ved Højesteret er der stillet supplerende spørgsmål til skøns-mændene, der har afgivet en skønsrapport den 5. december 2022. Der er endvidere fremlagt

yderligere oplysninger, herunder en redegørelse fra Konkurrencestyrelsen om konkurrenceforholdene på betalingskortmarkedet fra 2000.

Forklaringer

Martin Skov har supplerende forklaret bl.a., at han er finance director i Nets. Det kan ikke oversættes til økonomidirektør, som det er sket i gengivelsen af hans forklaring i landsretten. En økonomidirektør er en CFO, som er højere oppe i organisationen. Han har en ledende stilling i Nets' finansafdeling, som er tilknyttet den division, hvori Dankortet ligger. Hans rolle er at indgå i finansteamet i divisionen Merchant Services, som er en af de hoveddivisioner, som Nets har i dag. Divisionen har at gøre med alt, hvad der vedrører forretninger, der vil tage imod betalinger på internettet, i butikker eller i automater. De leverer både terminaler og betalingsgateways, dvs. der, hvor man indtaster sit kortnummer, hvis man handler på internettet, samt det, der hedder indløsningen, dvs. det at kunne sørge for, at forretninger kan modtage kort under forskellige brands og kan få afregnet betalingerne på det og de tilhørende gebyrer, Nets tager for det. Han sidder med forretningsøkonomien i finansdivisionen.

Det, der er gengivet i landsrettens dom om, at 60 % af MobilePay-betalingerne foretages med VisaDankort, vedrører ikke nu, men de første driftsår for Mobilepay for ca. 3-4 år siden. På det tidspunkt var det stort set udelukkende kortbetalinger, der lå bag, medmindre man var kunde i Danske Bank, så var det konto til konto. MobilePay har siden lavet et skifte i den bagvedliggende infrastruktur, der gør, at langt hovedparten af transaktionerne nu sker fra konto til konto og altså uden om betalingskortet. Transaktionerne i Mobilepay baseret på kortet er faldet betydeligt siden. Det, der er gengivet i landsrettens dom, skulle således have stået i dattetid. Mobilepay har lagt om ad flere omgange. Det første skifte skete omkring 2018. Det var før 2018, at 60 % af MobilePay-betalingerne blev foretaget med kort.

De 2-4 år, der er gengivet i landsrettens dom, angår lukketiden for to internetbaserede betalingskort fra henholdsvis Finland og Holland. Med lukketiden menes perioden fra det tidspunkt, hvor det blev besluttet at lukke dem, til de rent faktisk var lukket ned. Beslutningen om at lukke dem blev truffet omkring 2010. Typisk lader man sådanne kort løbe ud uden at forny dem og udskifte dem med nye kort. Sådanne kort har typisk en levetid på 2-4 år.

Hans forklaring for landsretten om prisstrategien skal forstås således, at strategien var – og stadig er – at Nets som udgangspunkt på internettet skal være billigst for alle transaktioner uanset købsbeløbets størrelse. På det tidspunkt kunne der have været visse købsbeløb, f.eks. for transaktioner på under 50 kr., hvor de ikke nødvendigvis i forhold til prislisterne var de billigste, men på langt hovedparten burde de være billigst. Det har været en helt bevidst prisstrategi at være billigst. Der var ikke en strategi i relation til de 50 kr. Det var en konstatering af, at kiggede man på de listepriser, der var tilgængelige for konkurrerende ydelser, var der nogle enkelte købsbeløb, hvor Nets ikke ville være billigst. Det kunne være, at deres transaktionsgebyr på en transaktion på 45 kr. var lidt højere end det, man ville kunne få hos en konkurrent på den specifikke købsstørrelse.

Op igennem 00'erne og de tidlige 10'ere havde Nets en meget tæt dialog med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ved møder, på telefon og pr. mail om hele betalingskortmarkedet, men også specifikt om Dankort. Allerede tidligt i 00'erne indberettede Nets, hvad de initiale investeringsomkostninger og de skønnede driftsomkostninger var for både Dankortet på internettet og senere eDankortet. Til brug for styrelsens rapport, som blev offentliggjort i 2006, indberettede Nets en hel del om deres yderligere investeringer og omkostninger. Der har været flere undersøgelser i 00'erne om bl.a. interbankgebyrer, hvor de har hjulpet med at indberette.

For Nets var indberetningen til styrelsen for årene 2008, 2009 og 2010 blot endnu en indberetning, fordi styrelsen havde tilsynet på området. Det var en del af den løbende rapportering til styrelsen. Nets havde på det tidspunkt 2-3 forskellige henvendelser kørende parallelt, for de havde også Dankort i fysisk handel, som var stort på det tidspunkt med en abonnementsmodel samt løbende omlægning af de regler, der var på området. De havde også andre sager på andre produkter. Nets brugte meget tid og mange ressourcer på rapportering til styrelsen. De rapporterede til styrelsen minimum hvert andet år, nogle gange flere gange om året.

Brevet fra styrelsen af 12. januar 2012 til Nets Denmark A/S, att. Martin Skov og Michael Christian Olsen, hvor styrelsen anmodede om informationer vedrørende årene 2008, 2009 og 2010, var efter hans opfattelse en ordinær henvendelse i forbindelse med styrelsens tilsyn på området. Det, at man ikke spurgte om andre år, opfattede han på den måde, at Nets gennem årene havde indberettet mange data, og der var derfor ikke grund til at indberette yderligere. Styrelsen var bekendt med historikken gennem de mange tidligere indberetninger. At man

spurgte efter informationer om 2008, 2009 og 2010, var for at få et opdateret billede af, hvordan det nu så ud. Som han husker det, var det som led i et almindeligt tjek af, hvordan det så ud, og ikke, at der skulle ligge en klage bag. Han hørte først ved en officiel henvendelse fra styrelsen i marts 2012, at der var kommet en klage.

Nets oplyste styrelsen om initialinvesteringen over to omgange. Som nævnt i begyndelsen af 00'erne og i 2006 opdaterede de billedet på grund af yderligere investeringer. Figur 7.2. i landsrettens dom viser de tal, Nets har indberettet til styrelsen. Tallene foreligger også i et regneark i sagen. Det er de initiale investeringer fra før år 2000 og tre opfølgende opgraderinger af infrastrukturen, som leder frem til det totale beløb. Det er i Nets' optik kendt for styrelsen og er ikke noget, der har været stillet spørgsmålstejn ved fra styrelsens side. De er også gengivet i styrelsens rapport fra 2006.

Op mod 2010 og 2012 var Nets stadig i en vækstfase i forhold til e-handel. Når de lavede en investeringskalkule, var de først lige kommet til det punkt, hvor det begyndte at give break even for Nets for Dankort på internettet. Samtidig var der konkurrence. Der var andre måder at betale på nettet på. Der var internationale kort. Man kunne lave konto til konto-overførsler og efterkrav med postvæsnet. Det gode var, at betalingskort blev meget populært at bruge på internettet. Men det var ikke nogen garanti. I andre lande – såsom i Finland og Polen – har det været netbanksbaserede løsninger med konto til konto-overførsler, der blev kutymen. I Danmark blev det betalingskort, der blev det fremherskende. I 2012 var det stadig internationale kort, der var i spil. PayPal var også kommet til Danmark, og E-wire var kommet til. Derudover var der stadig de andre betalingsformer, nemlig konto til konto og efterkrav. Det bredere perspektiv var, om der overhovedet ville være et Dankort i fremtiden. Essensen på det her tidspunkt og op igennem 00'erne var, om økosystemet under Dankortet var godt nok til, at bankerne fortsat ville udstede dem. De havde lige set ind i, at bankerne i bl.a. Finland og Holland havde besluttet at lukke deres kort. De sad i en situation, hvor man ikke kunne adskille Dankortet rent brugermæssigt fra det, der skete i den fysiske handel, for det var det samme kort, og den fysiske handel havde på det tidspunkt en voldsom regulering, der gjorde, at der var stor tvivl, om de ville få omkostningsdækning. Det var derfor en reel trussel overordnet set, om Dankortet overhovedet overlevede. Der var flere aspekter på flere niveauer. Dels hvilken betaling forbrugeren valgte, og hvad forretningerne valgte at tilbyde, samt om der overhovedet var et Dankort i nær fremtid. Det var billedet før og omkring 2012.

Sidenhen er der helt lavpraktisk kommet mange flere måder at betale på i dag på internettet, bl.a. MobilePay og apps, f.eks. Apple Pay og Samsung Pay, hvor man lægger sit kort på app'en, og hvor app'en initierer transaktionen. Udfordringen for Dankortet er, hvis man ikke har mulighed for at lægge Dankortet i app'en, fordi nogle store internationale aktører beslutter, at der er mulighed for at lægge Visakort og MasterCard ind, men ikke vil tilpasse app'en, så man kan lægge et lille lokalt kort ind i app'en. Ved siden af det er der kommet flere løsninger, der baserer sig på konto til konto-overførsel. Andre aktører er det svenske Klarna, hvor man kan udskyde betalingen og som forbruger få kredit. Der er altså rigtig mange alternative betalingsformer. De internationale kortselskaber er meget aggressive over for lokale kort, såsom Dankortet. Der er altså stadig det underliggende spørgsmål, om et lokalt kort som Dankortet kan overleve i en globaliseret verden med globale betalinger, hvor man har to så store aktører som Visa og MasterCard, som gerne vil have de transaktioner, Dankortet står for i dag.

Da Nets sendte oplysningerne i juni måned 2012, var han blevet gjort bekendt med, at der var en klage. Der var en del mennesker inde hos Nets, der var inde over besvarelsen af brevet, men på tal-siden var det ham, der var inde over. Tallene i brevet fra Nets ved Tina Füssel til styrelsen af 6. juli 2012 stammer fra regnearket, og dem har han været inde over at levere til besvarelsen.

eDankortet var en del af ekstraopgraderingerne efter initialinvesteringen. Nets lavede opgraderingen omkring 2003. De 13,6 mio. kr. vedrørte den almindelige opgradering af hele dankortsystemet i 2004, herunder også eDankortet, der kørte på samme bagvedliggende platform. Efterfølgende er der indført krav om, at man skal bruge kontrolcifrene bag på Dankortet, når man handler på nettet. Det krav vedrørte ikke eDankortet, men kun Dankort når det blev benyttet på internettet.

Dankort-app'en blev indført i 2017 eller 2018. Den er der endnu. Den bliver stadig anvendt, men i begrænset omfang. Apple Pay blev introduceret i Danmark omkring 2018/2019. Danske Bank har tilkendegivet, at de gerne vil udstede et Dankort til Apple Pay. Det er endnu ikke implementeret, men skulle komme i løbet af i år. Han ved ikke, hvornår Klarna trådte ind på markedet; måske i løbet af 10'erne.

Det fremgår at landsrettens dom, at Nets nedsatte gebyret til 1,20 kr. helt frem til 2018. Siden hans forklaring for landsretten har Nets ændret den generelle prismodel igen. Listepriisen er nu 0,32 % af købsbeløbet. Før var det en kombination, hvor man havde en minimumsbetaling. Det blev introduceret for nyligt. Han mener, det skete sidste år.

Supplerende anbringender

Nets har supplerende anført navnlig, at der ved direktiv 2007/64/EF om betalingstjenester i det indre marked (PSD1) blev fastsat totalharmoniserede regler for betalinger i hele EU/EØS. En særregel som betalingstjenestelovens § 79, som søger at prisregulere nationalt – men på et grænseoverskridende marked – er uforenelig med direktivets formål om at undgå fragmenterede betalingsmarkeder i EU. Betalingstjenestelovens § 79 kan derfor ikke anvendes på et gebyr for indløsning af Dankortet på internettet som sket i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens afgørelser. Subsidiært gøres det gældende, at PSD1 har væsentlig betydning for fortolkningen af § 79. Det er kun, hvis reglen fortolkes og anvendes som en ”specialkonkurrenceregulering”, at den kan eksistere ved siden af reglerne i PSD1.

Styrelsens pålæg om et gebyrloft var ikke proportionalt, idet mindre indgribende foranstaltninger kunne have været taget i brug. Heller ikke niveauet for gebyrloftet overholder det almindelige proportionalitetsprincip. Det bemærkes i den forbindelse, at styrelsen ikke har begrundet, hvorfor gebyrloftet blev fastsat til 1,20 kr. i stedet for 1,25 kr., når begge satser ville opfylde styrelsens benchmarks.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har supplerende anført navnlig, at det dagældende direktiv 2007/64/EF (PSD1) ikke er til hinder for en regel som betalingstjenestelovens § 79, idet reglerne i PSD1 ikke berører medlemsstaternes mulighed for fortsat at regulere betalingstjenesteudbydernes opkrævning af gebyrer fra forretningerne for indløsning af betalingskort. Det bemærkes, at direktiv 2015/2366/EU (PSD2), der erstatter PSD1, er implementeret i dansk ret ved betalingsloven. Lovgiver har i den forbindelse fundet, at heller ikke det gældende direktiv er til hinder for en regel som betalingstjenestelovens § 79, idet denne bestemmelse er videreført i betalingslovens § 122, stk. 1.

Ved påbuddet af 22. maj 2013 har styrelsen efter en samlet vurdering fundet, at en gennemsnitlig pris på 1,20 kr. pr. transaktion står i et rimeligt forhold til de forbundne omkostninger og ikke skaber en stor overnormal indtjening hos Nets. Der er ikke grundlag for at tilsidesætte dette samlede skøn, og Højesteret bør ikke sætte sit eget skøn i stedet for konkurrencemyndighedernes.

Højesterets begrundelse og resultat

Sagens baggrund og problemstilling

Nets Denmark A/S ejer dankortsystemet og er eneste indløser af Dankortet. Det betyder, at forretninger skal indgå en aftale med Nets for at kunne modtage betaling via Dankort. Når der er tale om internethandel, skal forretningerne bl.a. betale et gebyr pr. dankorttransaktion.

I 2012 og 2013 meddelte Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen Nets påbud om at ændre de gebyrer, som Nets på daværende tidspunkt pålagde betalingsmodtagere (forretninger), der lod kunder betale med Dankort ved internethandel.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fandt ved sin afgørelse af 29. november 2012 (FDIH I-afgørelsen), at Nets havde overtrådt betalingstjenestelovens § 79 ved at fastsætte de nævnte gebyrer højere, end hvad der ville være tilfældet under virksom konkurrence. Styrelsen påbød i medfør af lovens § 98, stk. 1, Nets senest den 31. januar 2013 at nedsætte selskabets gebyrer, således at der ikke længere blev anvendt urimelige priser og avancer i strid med § 79. Konkurrenceankenævnet stadfæstede afgørelsen den 25. juni 2013.

Nets ændrede den 31. januar 2013 sine gebyrer navnlig således, at grænsen for, hvornår der skulle betales et gebyr, der udgjorde 0,1 % af købsbeløbet, blev hævet fra 100 kr. til 500 kr. Der skulle uændret betales faste gebyrer på 0,70 kr. for købsbeløb under 50 kr., 1,10 kr. for købsbeløb fra 50 kr. til 100 kr., og 1,45 kr. for købsbeløb over 100 kr.

Ved en afgørelse af 22. maj 2013 (FDIH II-afgørelsen) meddelte styrelsen Nets påbud om senest den 1. juli 2013 at nedsætte gebyrerne, således at det gennemsnitlige servicegebyr pr. transaktion i perioden fra 1. juli 2013 til 31. december 2014 ikke oversteg 1,20 kr., idet styrel-

sen fandt, at Nets trods ændringerne i januar 2013 stadig ikke overholdt betalingstjenestelovens § 79. Konkurrenceankenævnet stadfæstede afgørelsen den 11. december 2013.

Sagen angår, om der er grundlag for at tilsidesætte konkurrencemyndighedernes afgørelser.

Betalingstjenestelovens § 79

Efter den dagældende betalingstjenestelovs § 79 må der ved fastsættelse af gebyr mv. i forbindelse med gennemførelse af betalingstransaktioner med et betalingsinstrument, hvilket bl.a. omfatter Dankort, ikke anvendes urimelige priser og avancer. Ved urimelige priser og avancer forstås priser og avancer, der er højere, end hvad der ville være tilfældet under virksom konkurrence.

En regel med samme indhold blev i 1999 indført som § 20 a i betalingskortloven. Det fremgår af forarbejderne til denne bestemmelse (Folketingstidende 1998-99, tillæg A, lovforslag nr. L 129, s. 3071 f. og s. 3078 f.), at der ved overgangen fra et særligt reguleret marked, hvor der ikke kunne opkræves gebyrer, til et frit og konkurrencepræget marked kan være behov for særlige regler, der supplerer den generelle konkurrencelov. Behovet for en sådan særregulering skal ifølge forarbejderne ses på baggrund af, at prisindgreb over for enkeltvirksomheder med hjemmel i konkurrenceloven for det første forudsætter, at virksomheden har en dominerende stilling, og dernæst er betinget af, at indtjeningen skal være udtryk for et misbrug af den dominerende stilling og betydeligt over normalt niveau i lang tid. Den nye bestemmelse gav derfor en udvidet mulighed for at gribe ind over for aktører, der måtte opkræve urimelige vederlag, gebyrer mv. i forbindelse med kortbetalinger.

Det fremgår, at indgrebsmuligheden omfatter alle aktører, uanset deres aktuelle styrke på markedet, og at et indgreb ikke forudsætter et lige så højt pris- eller avanceniveau som et indgreb efter den generelle konkurrencelov. Endelig forudsætter et indgreb efter forarbejderne ikke, at et for højt pris- eller avanceniveau skal have været konstateret i en længere periode, idet indgreb kan foretages umiddelbart, når det konstateres, at en aktør anvender urimelige priser og avancer.

Afgørelsen af, om der anvendes urimelige priser og avancer, dvs. priser og avancer, der er højere, end det ville være tilfældet under virksom konkurrence, må ifølge forarbejderne ske

gennem en hypotetisk præget bedømmelse af forholdene, som de ville være i et konkurrencepræget marked. Der kan derfor ikke kræves et egentligt bevis for, hvad prisen eller avancen ville være, men der kræves en væsentlig sandsynliggørelse.

Det er anført i forarbejderne, at bestemmelsen ”gør det muligt ... at foretage indgreb over for aktører, der fastsætter priser, som ligger over prisen i andre lande med en effektiv betalingsformidling, eller priser, der ikke står i et rimeligt forhold til omkostningerne, eller priser, der medfører en overnormal indtjening, det vil sige en forrentning af investeringerne i det pågældende forretningsområde, der overstiger forrentningen for virksomheder i virksom konkurrence.”

Bestemmelsen blev anset for nødvendig, i hvert fald indtil der var skabt fuld og reel konkurrence på betalingskortmarkedet. Bestemmelsen blev med samme begrundelse videreført som betalingstjenestelovens § 79 ved en lovændring i 2009 (jf. Folketingstidende 2008-09, tillæg A, lovforslag nr. L 119) og i den nugældende betalingslovs § 122, stk. 1, ved en lovændring i 2017 (jf. Folketingstidende 2016-17, tillæg A, lovforslag nr. L 157).

Forholdet til EU-retten

Højesteret finder, at der ikke er grundlag for at fastslå, at reglerne i det dagældende direktiv 2007/64/EF om betalingstjenester i det indre marked (PSD1) berører medlemsstaternes mulighed for at regulere betalingstjenesteudbyderes opkrævning af gebyrer fra forretninger for indløsning af betalingskort. Direktivet har således ikke betydning for fortolkningen og anvendelsen af betalingstjenestelovens § 79.

Domstolsprøvelsen

Som anført af landsretten omfatter prøvelsen af konkurrencemyndighedernes afgørelser i sager som den foreliggende fuldt ud det faktuelle grundlag og retsanvendelsen, mens tilsidesættelse af vurderinger, der i det væsentlige bygger på et konkurrencemæssigt skøn, forudsætter et sikkert grundlag, jf. herved Højesterets domme af 3. juni 2014 (UfR 2014.2663) og 27. november 2019 (UfR 2020.524).

Det, som Nets har gjort gældende om, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ifølge betalingstjenestelovens § 79 skulle have foretaget en markedsanalyse med henblik på at undersø-

ge, om der var virksom konkurrence på markedet, er et spørgsmål om retsanvendelse, der således kan prøves fuldt ud.

Sagen angår desuden en prøvelse af myndighedernes skøn over, om Nets' priser og avancer var højere, end de ville have været under virksom konkurrence. Som nævnt beror dette efter forarbejderne på en hypotetisk præget bedømmelse af forholdene, som de ville være i et konkurrencepræget marked. Det indebærer, at konkurrencemyndighederne må træffe afgørelse, uden at der foreligger et egentligt bevis for, hvad prisen eller avancen ville være, men myndighederne må som led i undersøgelsen af sagen tilvejebringe oplysninger, således at det er væsentligt sandsynliggjort, at prisen eller avancen er højere, end det ville være tilfældet under virksom konkurrence.

Domstolene kan prøve bl.a., om konkurrencemyndighedernes skøn hviler på et urigtigt eller mangelfuldt grundlag. Det påhviler som udgangspunkt den, der anfægter myndighedernes skøn, at godtgøre, at der foreligger mangler ved grundlaget for skønsudøvelsen, og at manglerne har haft betydning for afgørelsens indhold.

Krav om markedsanalyse

Efter betalingstjenestelovens § 79 må der som nævnt ikke anvendes priser og avancer, der er højere, end hvad der ville være tilfældet under virksom konkurrence.

Ved indførelsen i 1999 af betalingskortlovens § 20 a lagde lovgivningsmagten som nævnt efter forarbejderne til grund, at der ikke var fuld og reel konkurrence på betalingskortmarkedet. Dette blev også lagt til grund ved lovændringerne i 2009 og 2017, hvor bestemmelsen blev videreført i betalingstjenestelovens § 79 og senere i betalingslovens § 122, stk. 1. Bestemmelsen er netop begrundet i dette forhold og må forstås i overensstemmelse hermed.

Højesteret tiltræder herefter, at der ikke er grundlag for at fastslå, at konkurrencemyndighederne efter betalingstjenestelovens § 79 skulle have foretaget en markedsanalyse med henblik på at vurdere, om der var virksom konkurrence.

Konkurrencemyndighedernes skøn

Nets har gjort gældende, at konkurrencemyndighederne har begået en række fejl ved skønnet over, om Nets' priser og avancer var urimelige.

Nets har herunder gjort gældende, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har begået fejl ved ikke kun at lægge vægt på indtægter i form af gebyr pr. transaktion, men også medregne andre indtægter vedrørende indløsning af Dankort på internettet i form af bl.a. gebyrer for oprettelse og abonnement og betaling for konsulentytelser i sin vurdering.

Højesteret finder ligesom landsretten, at det er i overensstemmelse med betalingstjenestelovens § 79, at styrelsen har taget i betragtning, hvilke indtægter og udgifter der samlet set er forbundet med driften af Dankort på internettet. Styrelsen har derfor ikke begået en fejl ved at inddrage de nævnte øvrige indtægter, der alle relaterer sig til den internetbaserede handel.

Nets har desuden gjort gældende, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har begået en fejl ved at tage udgangspunkt i Nets' afskrivninger i stedet for Nets' investeringer. Styrelsen har anerkendt, at det er mere retvisende at tage udgangspunkt i de foretagne investeringer, men har anført bl.a., at det ikke er en væsentlig fejl, da det alene er et spørgsmål om periodisering af investeringsudgifterne og ikke ændrer på, at Nets havde en urimelig høj forrentning. Styrelsen har endvidere anført, at styrelsens vurdering samlet set er meget konservativ til fordel for Nets, bl.a. derved at der ikke er indregnet en terminalværdi i form af værdien af de forventede betydelige fremtidige indtægter efter 2011.

Højesteret finder, at der ikke er grundlag for at fastslå, at det er en væsentlig fejl, at styrelsen tog udgangspunkt i Nets' afskrivninger i stedet for Nets' investeringer. Højesteret har herved lagt vægt på, at Nets' forrentning – også selv om der tages udgangspunkt i de foretagne investeringer – ifølge Nets oversteg X % for perioden 1999-2011, at forrentningen var endnu højere, hvis styrelsen havde medtaget Nets' indtægter i 2012 i beregningerne, og at styrelsen ikke havde indregnet terminalværdien af investeringerne.

Nets har endvidere gjort gældende, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ved en sammenligning af Nets' forrentning med afkastet af aktier i C20-indekset burde have taget højde for forskelle i investeringsrisici og for risikoen for indgreb i medfør af betalingstjenestelovens §

79. Styrelsen burde derfor ifølge Nets have tillagt det gennemsnitlige årlige afkast af aktier i C20-indekset 3 % i form af et såkaldt survivorship-tillæg og 2 % i form af et såkaldt ekspropriationstillæg.

For så vidt angår survivorship-tillæg bemærker Højesteret, at det beror på et konkurrence-mæssigt skøn, hvilke risici der var forbundet med investeringen i Dankort som betalingsmiddel på internettet sammenlignet med andre investeringer, herunder i aktier i C20-indekset. Højesteret finder, at der ikke ved skønsmændenes erklæringer og sagens øvrige oplysninger er tilvejebragt det fornødne sikre grundlag for at fastslå, at der ved en sammenligning med C20-indekset skal tillægges 3 % som følge af større risiko ved investeringen i Dankort som betalingsmiddel på internettet. Det er således ikke en fejl, at styrelsen ikke har indregnet et survivorship-tillæg.

For så vidt angår det såkaldte ekspropriationstillæg bemærker Højesteret, at formålet med betalingstjenestelovens § 79 som nævnt er, at der ikke skal kunne fastsættes priser og avancer, der er højere, end der ville kunne opnås under virksom konkurrence. Det ville være i strid med dette formål, hvis risikoen for et indgreb over for urimelige priser og avancer skulle kompenseres med et tillæg. Det er derfor ikke en fejl, at styrelsen ikke har indregnet et sådant tillæg.

Nets har derudover gjort gældende, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har begået fejl ved at inddrage oplysninger om afkastet af aktier i C20-indekset uden at tage højde for udbytte. Styrelsen har heroverfor anført, at dette mere end opvejes af, at styrelsen har beregnet det gennemsnitlige årlige afkast af aktier i C20-indekset ved anvendelse af et simpelt gennemsnit og således ikke har taget højde for renters renteeffekten (hvilket ville føre til en lavere årlig forrentning).

Højesteret finder, at Nets ikke har påvist, at styrelsen har begået fejl, der har ført til, at det årlige afkast af aktier i C20-indekset som sammenligningsgrundlag samlet set er blevet fastsat for lavt.

Endelig har Nets gjort gældende, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har begået fejl ved at inddrage oplysninger om renten for en tiårig dansk statsobligation, at beregne Nets' over-

skudsgrad alene for 2008-2011, at sammenligne med overskudsgraden for ”private byerhverv” i perioden 2005-2010, at sammenligne overskudsgraden for indløsning af Dankort på internettet med den samlede overskudsgrad for Nets-koncernen og at inddrage en beregning af det såkaldte Lerner-indeks for Nets.

Højesteret bemærker, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ved sin vurdering af Nets’ forrentning og overskudsgrad for den del af Nets’ virksomhed, som sagen angår, har måttet foretage en sammenligning med virksomheder på andre områder. De oplysninger og sammenligningsgrundlag, som styrelsen i den forbindelse har anvendt, må anses for relevante for den vurdering, der efter betalingstjenestelovens § 79 og forarbejderne hertil skal foretages ved afgørelsen af, om der er anvendt urimelige priser og avancer. Styrelsen har inddraget de nævnte oplysninger og sammenligninger i en samlet vurdering, og Højesteret finder, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte styrelsens skøn med hensyn til den vægt, som de enkelte oplysninger og forskellige sammenligningsgrundlag er tillagt. Det bemærkes, at det fremgår af afgørelsen, at styrelsen har været opmærksom på, at Nets i en årrække før 2008 havde haft underskud, og at overskudsgraden for ”private byerhverv” har været nogenlunde stabil i den periode, der sammenlignes med.

Samlet set tiltræder Højesteret på den anførte baggrund, at det ikke er godtgjort, at styrelsen har begået væsentlige fejl i forbindelse med udøvelsen af skønnet over, om Nets anvendte urimelige priser og avancer.

Særligt om påbuddet om en maksimal gennemsnitspris

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens påbud af 22. maj 2013 til Nets om senest den 1. juli 2013 at nedsætte selskabets gebyrer, således at det gennemsnitlige servicegebyr pr. transaktion i perioden fra 1. juli 2013 til 31. december 2014 ikke oversteg 1,20 kr., blev udstedt med hjemmel i betalingstjenestelovens § 98, stk. 1. Efter denne bestemmelse kunne styrelsen udstede de fornødne påbud med henblik på håndhævelse af bl.a. lovens § 79.

Højesteret tiltræder, at påbuddet ikke var i strid med proportionalitetsprincippet, herunder mindstemiddelsprincippet. Højesteret har herved lagt vægt på, at den maksimale gennemsnitspris er fastsat efter relevante kriterier, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, hvorefter Nets’ ændring af sine gebyrtakster var

utilstrækkelig til at efterkomme styrelsens første påbud, og at det ikke er godtgjort, at påbudet om en maksimal gennemsnitspris på 1,20 kr. pr. dankorttransaktion indebar, at Nets' gebyrer ville blive lavere, end hvad der ville være tilfældet under virksom konkurrence.

Konklusion og sagsomkostninger

Sammenfattende finder Højesteret ikke grundlag for at tilsidesætte konkurrencemyndighedernes afgørelser og stadfæster derfor landsrettens dom.

Sagsomkostninger for Højesteret er fastsat til dækning af advokatudgift med 1.250.000 kr. og udgifter til syn og skøn med 236.250 kr., i alt 1.486.250 kr.

Thi kendes for ret:

Landsrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for Højesteret skal Nets Denmark A/S betale 1.486.250 kr. til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

De idømte sagsomkostningsbeløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afgørelse og forrentes efter rentelovens § 8 a.