

UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG

K E N D E L S E

Afsagt den 6. februar 2015 af Østre Landsrets 14. afdeling
(landsdommerne Rosenløv, Michael Kistrup og Julie Slott (kst.)).

14. afd. nr. B-3693-13:

Nets Holding A/S

(advokat Christian Alsøe)

mod

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

(Kammeradvokaten v/advokat Jacob Pinborg)

biint. Foreningen for Dansk Internethandel

(advokat Erik Nyborg)

og

14. afd. nr. B-0970-14

Nets Holding A/S

(advokat Christian Alsøe)

mod

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

(Kammeradvokaten v/advokat Jacob Pinborg)

biint. Foreningen for Dansk Internethandel

(advokat Erik Nyborg)

Sagsøgeren, Nets Holding A/S (Nets), har nedlagt påstand om, at der i sagen træffes bestemmelse om syn og skøn inden for en nærmere anført ramme, og at nogle spørgsmål i et udkast til spørgetema godkendes.

Sagsøgte, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (styrelsen), har ikke haft indvendinger mod rammen for skønnet, men protesteret mod en række af spørgsmålene. Der er enighed mellem parterne om, at der skal udmeldes 2 skøns mænd.

Nets har foreslået følgende overordnede ramme for skønnet:

”Skøns mændene bedes til brug for en sag om prøvelse af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens prispålæg over for Nets Holding A/S af 22. maj 2013 redegøre for herskende økonomisk teori og metode af betydning for markedsbeskrivelse og analyse af priser og indtjening (økonomisk profit) ved sammenligninger af nøgletal mv., herunder for udbydere af betalingstjenester.

Nærmere bestemt ønskes der indhentet svar på spørgsmål om følgende under-temaer (A-C):

- A. Beskrivelse efter herskende økonomisk teori og metode af modeller (hypotetisk prægede analyser) til analyse af markedsforhold og priser og indtjening (økonomisk profit).**
- B. Principper, metoder og data der efter herskende økonomisk teori og metode bør indgå i opgørelser af nøgletal mv. for en given virksomhed og/eller et givent produkt/ydelse, der er genstand for en analyse af priser og indtjening (økonomisk profit) ved sammenligning af nøgletal, herunder på området for betalingstjenester.**
- C. Udvalgelse og opgørelse efter herskende økonomisk teori og metode af sammenligningsgrundlag, herunder nøgletal for virksomheder og/eller produkter/ydelser, til brug for analyser af højst opnåelige og/eller optimale priser og/eller indtjening (økonomisk profit), herunder på området for betalingstjenester”**

Landsretten er enig med parterne i, at der skal afholdes syn og skøn, og at det skal ske inden for den foreslåede ramme. Endvidere er landsretten enig i, at der skal udmeldes 2 skøns mænd.

Nets har foreslået, at skøns mændene inden for den overordnede ramme stilles følgende spørgsmål:

A:

- 1) Skøns mændene bedes redegøre for, om betegnelsen ”fungerende konkurrence” og/eller ”workable competition” er en gængs betegnelse eller et begreb inden for herskende økonomisk teori og metode, herunder industriøkonomi, og i så fald, hvad begrebet dækker over?
- 2) Skøns mændene bedes redegøre for, om der (uanset spørgsmål 1) efter herskende økonomisk teori eksisterer et begreb, en betegnelse eller en beskrivelse af en markedsform, som hverken udgør et marked med fuld-

kommen konkurrence eller et monopol, men hvor der hersker konkurrenceprægede forhold?

- 3) Skønsmændene bedes redegøre for, om det forhold, at en virksomheds marginalomkostninger er lavere end marginalomkostningerne for sammenlignelige internationale udbydere efter herskende økonomisk teori og metode i sig selv er ensbetydende med, at der ikke foreligger noget konkurrencemæssigt pres på den pågældende virksomhed?
- 4) Skønsmændene bedes redegøre for, om der efter herskende økonomisk teori og metode kan opstilles en eller flere modeller (herunder hypotetisk prægede modeller) til beskrivelse eller analyse af den højst opnåelige og/eller optimale pris og/eller indtjening (økonomisk profit) for en virksomhed på et givet marked, herunder markeder med markeds karakteristika som omhandlet i spørgsmål 1 og/eller 2).
- 5) Skønsmændene bedes i tillæg til svar på spørgsmål 4) oplyse, hvorvidt modeller til beskrivelse og/eller analyse af højst opnåelige og/eller optimale pris og/eller indtjening (økonomisk profit) for en virksomhed efter herskende økonomisk teori og metode forudsætter eller sædvanligvis indbefatter en analyse af markedets karakteristika, herunder navnlig de strukturelle og/eller adfærdsmæssige forhold på markedet?
- 6) Skønsmændene bedes desuden efter herskende økonomisk teori og metode oplyse, om der ved simuleringen eller ved den empiriske prøvelse af sådanne modeller som omhandlet i spørgsmål 4) og 5) sædvanligvis vil indgå (i) opgørelse af forskellige nøgletal mv. for en virksomhed og/eller produkt/ydelse, der er genstand for analysen og (ii) sammenligningstal for et eller flere relevante sammenligningsgrundlag?

B:

- 7) Skønsmændene bedes redegøre for, hvilke af en virksomheds nøgletal mv. der sædvanligvis indgår i analyse af priser og indtjening (økonomisk profit) ved sammenligning af nøgletal, som omhandlet i afsnit A ovenfor.
- 8) I forbindelse med besvarelsen af spørgsmål 7) bedes skønsmændene specifikt oplyse, hvorvidt der efter herskende økonomisk teori og metode kan indgå andre nøgletal mv. end overskudsgrad og forrentning og i så fald hvilke.
- 9) I forbindelse med besvarelsen af spørgsmål 7) bedes Skønsmændene tillige redegøre for, om det for en given virksomhed og/eller et givent produkt/ydelse efter herskende økonomisk teori og metode vil være sædvanligt at inddrage følgende forhold ved opgørelsen af nøgletallene overskudsgrad og forrentning.
 - a. Når analysen af prisen eller indtjeningen (økonomisk profit) vedrører et enkelt blandt flere af en virksomheds forretningsområder, skal nøgletallene overskudsgrad og forrentning da sædvanligvis opgøres for det konkrete forretningsområde, der er genstand for analysen, eller for en bredere gruppe af den pågældende virksomheds forretningsområder.
 - b. Når analysen af prisen eller indtjeningen (økonomisk profit) vedrører specifikke økonomiske data, vil det da være sædvanligt at opgøre nøgletallene og/eller andre økonomiske data, herunder priser, ud fra de pågældende økonomiske data eller ud fra historiske økonomiske data?

- c. Skønsmændene bedes redegøre for, om det ved rentabilitetsvurderingen af en given investering efter herskende økonomisk teori og metode er sædvanligt at inddrage udbetalingen ved den pågældende investering i nettobetalingsrækken/pengestrømsopgørelse/cash-flow, eller om det er sædvanligt efter herskende økonomisk teori og metode at inddrage de regnskabstekniske afskrivninger i nettobetalingsrækken. Skønsmændene bedes i den forbindelse redegøre for, hvilken betydning inddragelse af de regnskabstekniske afskrivninger i stedet for udbetalingen ved selve investeringen kan forventes have på rentabilitetsvurderingen?
- d. Skønsmændene bedes redegøre for, om det ved opgørelsen af et nøgletal, der beskriver forholdet mellem omsætningen og omkostningerne efter herskende økonomisk teori og metode er sædvanligt at inddrage hele den for undersøgelsen relevante periode, eller om det efter herskende økonomisk teori og metode er sædvanligt at inddrage en kortere periode og i givet fald, efter hvilke kriterier en sådan kortere periode udvælges.

C:

- 10) Skønsmændene bedes redegøre for, om det ved fastlæggelse af sammenligningsgrundlag for nøgletal på et givet marked, en given virksomhed og/eller for et givent produkt/ydelse efter herskende økonomisk teori og metode er sædvanligt at foretage sammenligninger med virksomheder, brancher, sektorer mv., der er sammenlignelige i henseende til særlige markedskarakteristika, herunder strukturelle markedsforhold og/eller risikoprofil med det givne område, den givne virksomhed og/eller det givne produkt/ydelse, der er genstand for en analyse af priser og indtjening (økonomisk profit) ved sammenligning af nøgletal?
- 11) Skønsmændene bedes angive, hvorvidt de nøgletal, eksempelvis overskudsgrad og forrentning mv., der i givet fald inddrages til sammenligning sædvanligvis vil være nøgletal af tilsvarende art, for en tilsvarende periode og opgjort på tilsvarende måde, som de nøgletal, der udvælges for den givne virksomhed og/eller det givne produkt/ydelse, der er genstand for en analyse af priser og indtjening (økonomisk profit) ved sammenligning af nøgletal?
- 12) Det bedes oplyst, om det til brug for en analyse af et enkelt forretningsområde/et enkelt produkt/ydelse fra en virksomhed, efter herskende økonomisk teori og metode er sædvanligt, at der a) inddrages sammenligningstal for en eller flere andre virksomheders tilsvarende forretningsområde/produkt/ydelse, b) inddrages sammenligningstal for andre tilsvarende virksomhed(ers) samlede forretning eller c) foretages anden sammenligning og i givet fald, hvad den går ud på.
- 13) Skønsmændene bedes specifikt angive, om udvalgte nøgletal mv. til sammenligning efter herskende økonomisk teori og metode sædvanligvis alene a) inddrages som gennemsnitlige værdier af nøgletallene fra en eller flere andre virksomheder eller ydelser, eller b) om udvalgte nøgletal fra andre virksomheder eller ydelser inddrages og/eller sædvanligvis vil blive inddraget med andet eller mere end gennemsnitstal, herunder absolutte størrelser eller med variation, spredning, konfidensinterval eller top og bund mv.
- 14) Skønsmændene bedes tillige redegøre for, om det efter herskende økonomisk teori og metode, ved sammenlignende analyser af højest opnåelige

eller optimale priser og/eller indtjening (økonomisk profit), hvori der indgår flere nøgletal, som eksempelvis overskudsgrad og forrentning, vil være a) mest sædvanligt, at de forskellige nøgletal alle baseres på det samme datagrundlag, eksempelvis samme branche eller de samme virksomheder og perioder, eller om det er b) mere sædvanligt, at hvert enkelt nøgletal eksempelvis overskudsgrad og forrentning baseres på hver sit datagrundlag, eksempelvis to forskellige brancher og/eller tidsperioder.

- 15) Skønsmændene bedes redegøre for, om det i øvrigt må anses sædvanligt efter herskende økonomisk teori og metode at inddrage spredningen i de underliggende observationer, som et gennemsnit er beregnet over, når man sammenligner nøgletal mv. for en virksomhed og/eller et produkt/ ydelse med et gennemsnitstal baseret på en større population, og hvilken betydning dette i så fald kan forventes at have for sammenligningens resultater.
- 16) Skønsmændene bedes redegøre for, hvorledes man i overensstemmelse med herskende økonomisk statistisk teori og metode vil teste, om en given værdi er signifikant forskellig fra et gennemsnit, der er baseret på en række observationer.
- 17) Skønsmændene bedes efter herskende økonomisk teori og metode redegøre for, i hvilket omfang nøgletal for de 94 branchegrupper, der indgår i private byerhverv¹, hver for sig eller som gennemsnitstal beregnet over samtlige brancher, kan forventes at udgøre sædvanlige og/eller repræsentative sammenlignelige nøgletal for (a) en hvilken som helst enkelt virksomheds nøgletal for et enkelt forretningsområde eller for (b) området for betalingstjenester.
¹ fordelt i hovedbrancherne industri, genbrug, bygge og anlæg, bilhandel, bilværksteder mv., engroshandel undtagen med biler, detailhandel undtagen med biler, transport, hoteller og restauranter, information og kommunikation, ejendomshandel og udlejning, vidensservice, rejsebureauer, rengøring og anden operationel service eksklusiv råstofindvinding.
- 18) Skønsmændene bedes angive, om overskudsgraden for private byerhverv beregnet som et vægtet gennemsnit af overskudsgraden for ovennævnte 94 branchegrupper efter herskende økonomisk teori og metode kan betegnes som et sædvanligt og/eller egnet sammenligningsgrundlag for overskudsgraden for a) en enkelt virksomheds samlede forretningsområder eller b) et specifikt forretningsområde for en enkelt virksomhed på (i) et hvilket som helst markedsområde med konkurrenceforhold som omtalt i spørgsmål 1 og 2 eller (ii) et marked karakteriseret ved høj teknologisk udvikling, store anlægs og udviklingsomkostninger og høje krav til produktsikkerhed.
- 19) Skønsmændene bedes redegøre for, om det efter herskende økonomisk teori og metode i en analyse af højst opnåelige og/eller optimale priser og/eller indtjening (økonomisk profit) ved anvendelse af nøgletal og sammenligningsgrundlag på et givet marked, eksempelvis markedet for betalingstjenester, er sædvanligt at sammenligne overskudsgraden for private byerhverv i 2005-2010 med overskudsgraden for 2010-2011 for en given virksomhed på det pågældende marked, eksempelvis markedet for betalingstjenester. Skønsmændene bedes i den forbindelse redegøre for, hvilken betydning det må antages at få for validiteten af sammenligningens resultat, at der anvendes nøgletal for forskellige perioder, således at der anvendes nøgletal for den enkelte virksomhed fra en periode og nøgletal for sammenligningsgrundlaget (gennemsnitlige byerhverv) fra en anden periode.

- 20) Skønsmændene bedes angive, om den gennemsnitlige forrentning i det danske C20-indeks kan betegnes som et sædvanligt og/eller egnet sammenligningsgrundlag for forrentningen for a) en enkelt virksomheds samlede forretningsområder eller b) et specifikt forretningsområde for en enkelt virksomhed. Svaret bedes givet i forhold til (i) et hvilket som helst markedsområde med konkurrenceforhold som omtalt i spørgsmål 1 og 2 og (ii) et marked karakteriseret ved høj teknologisk udvikling, store anlægs- og udviklingsomkostninger og høje krav til produktsikkerhed.
- 21) Skønsmændene bedes redegøre for, hvorvidt C20-indeksets gennemsnitlige afkast efter herskende økonomisk teori og metode kan betegnes som et sædvanligt og/eller egnet sammenligningsgrundlag for den økonomiske forretning for udbydere af betalingstjenester?
- 22) Skønsmændene bedes redegøre for, om det efter herskende økonomisk teori og metode med sikkerhed kan udelukkes, at den til enhver tid største forrentning og/eller overskudsgrad realiseret af et børsnoteret selskab fra C20-indekset ikke vil være opnåelig i et konkurrencepræget marked, herunder markeder som omtalt i spørgsmål 1 og/eller 2?
- 23) Skønsmændene bedes redegøre for, hvilke elementer der efter herskende økonomisk teori metode kan indgå og sædvanligvis indgår i afkastet fra en investering i en aktie, herunder om det er sædvanligt at tage højde for virksomhedens eventuelle udbyttebetaling ved opgørelsen og/eller vurderingen af aktieafkastet.
- 24) Skønsmændene bedes med henvisning til herskende økonomisk teori og metode redegøre for, om en investor, der har investeret i en portefølje bestående af en bred vifte af aktier på tværs af industrier, i almindelighed statistisk set har en højere eller lavere risiko sammenlignet med en investor, som har placeret sine midler i en portefølje bestående af én aktie.”

Styrelsen har, bortset fra spørgsmål 1-2, 16 og 23, protesteret imod, at spørgsmålene stilles. Styrelsen har endvidere ikke bestridt indholdet af spørgsmål 22 og 24. Styrelsen har ønsket, at udtrykket ”herskende økonomisk teori og metode” erstattes med ”anerkendt økonomisk teori og metode”, og at udtrykket ”økonomisk profit” erstattes af ”økonomisk avance”.

Styrelsen har for det tilfælde, at landsretten gav tilladelse til at stille spørgsmål 9c, 9d og spørgsmål 13 foreslået, at følgende spørgsmål stilles skønsmændene, og at følgende spørgsmål blev stillet i tilslutning til spørgsmål 23:

”I tilknytning til spørgsmål 23:

- A. Skønsmændene bedes oplyse, om CAGR er en almindelig anerkendt økonomisk metode til beregning af det årlige afkast på en investering. I bekræftende fald bedes skønsmændene angive fordele og ulemper ved at anvende CAGR til en beregning af det årlige afkast på en investering i forhold til at anvende et simpelt gennemsnit.

Skønsmændene bedes beregne 1) CAGR for C20-indekset for perioden 1999-2011 samt 2) CAGR for C20-indekset for perioden 1999-2011 korrigeret for udbyttebetaling.

Såfremt spørgsmål 9c tillades:

- B. Er det til brug for vurderingen af en virksomheds relative forrentning i overensstemmelse med almindeligt anerkendt økonomisk teori og metode at sammenligne virksomhedens forrentning baseret på en cash flow-model (dvs. med udgangspunkt i udbetalingstidspunktet for investeringerne) med andre virksomheders forrentning baseret på en analyse af regnskabstal (dvs. med udgangspunkt i afskrivningstidspunktet)?

Såfremt spørgsmål 9d tillades:

- C. Er det til brug for vurderingen af en virksomheds relative indtjening i overensstemmelse med almindeligt anerkendt økonomisk teori og metode at sammenligne en virksomheds overskudsgrad baseret på forholdet mellem virksomhedens akkumulerede overskud og akkumulerede omsætning for en 13-årig periode med andre virksomheders overskudsgrad baseret på forholdet mellem overskud og omsætning for et enkelt regnskabsår?

Såfremt spørgsmål 13 tillades:

- D. Er det i strid med økonomisk teori ikke at anvende et konfidensinterval ved beregningen af et gennemsnit for en population, hvis alle observationer i populationen indgår i beregningen af gennemsnittet?

Nets har ikke haft bemærkninger hertil.

Retsgrundlaget

I forarbejderne til de gældende regler om syn og skøn (lovforslag nr. 178 af 9. april 2014) er anført følgende i pkt. 3.2.2.3:

”3.2.2.3. Spørgsmålene til skønsmanden

...

Det er Retsplejerådets opfattelse, at der bør være en friere adgang for parterne til at stille spørgsmål til skønsmanden, således at det i stedet overlades til retten efterfølgende at vurdere både spørgsmål og svar, herunder relevansen af spørgsmålene, som led i den almindelige bevisvurdering af den foreliggende tvist. Det må antages at føre til en kortere sagsbehandlingstid, da der ikke skal bruges så lang tid på at formulere spørgsmålene, når parterne ikke skal være enige om disse. Samtidig skal retten ikke træffe afgørelse om formuleringen af spørgsmål, hvilket vil være ressourcebesparende for især byretten. Endelig vil det betyde færre kæresager ved landsretterne.

Retsplejerådet foreslår i overensstemmelse hermed, at parterne som udgangspunkt hver især kan stille de spørgsmål, de ønsker, inden for den ramme, som

retten har lagt til grund for det konkrete syn og skøn. Der må således ikke stilles spørgsmål, som ligger uden for den konkrete ramme for syn og skøn eller skønsmandens faglige kompetence. Der må heller ikke stilles spørgsmål, som forudsætter, at skønsmanden skal udtale sig om spørgsmål, som det er retten, der skal tage stilling til, f.eks. om et forhold udgør en mangel i juridisk forstand. Der må endvidere ikke stilles spørgsmål, som på utilbørlig måde forsøger at lede skønsmandens svar i en bestemt retning. Herudover vil retsplejelovens § 341 om overflødig bevisførelse fortsat finde anvendelse, hvilket i praksis betyder, at der ikke må stilles åbenbart overflødige spørgsmål.

Retsplejerådet foreslår endvidere, at spørgsmål kan stilles til skønsmanden, selv om parterne ikke er enige om spørgsmålene. Parterne skal derfor som udgangspunkt heller ikke kunne gøre indsigelse over for hinandens spørgsmål. Finder en part, at et spørgsmål er af en karakter, der betyder, at spørgsmålet ikke må stilles, kan vedkommende part dog gøre indsigelse mod spørgsmålet og opfordre retten til at afvise spørgsmålet.

...

Landsretten skal udtale

Efter den liberalisering, der fandt sted i 2014 af reglerne om syn og skøn, skal retten ikke vurdere relevansen af de rejste spørgsmål. Retten skal heller ikke som udgangspunkt vurdere, om spørgsmålene kan stilles, men kan dog prøve, om der er tale om overflødig bevisførelse.

Under henvisning hertil tillades de fremlagte spørgsmål stillet med de nedennævnte undtagelser og præciseringer, idet det ikke på forhånd kan udelukkes, at besvarelsen af spørgsmålene kan have betydning for sagen.

Overalt i spørgetemaet erstattes udtrykket ”herskende økonomisk teori og metode” med ”anerkendt økonomisk teori og metode”, og udtrykket ”økonomisk profit” erstattes af ”økonomisk avance”.

Spørgsmål 6 og spørgsmål 9d kan ikke stilles i den foreliggende form, idet udtrykket ”relevante sammenligningsgrundlag” og ”den relevante periode” ikke sætter en klar ramme for besvarelsen af spørgsmålene. Som følge heraf kan styrelses spørgsmål C ikke stilles for tiden.

De øvrige supplerende spørgsmål, som foreslået af styrelsen, kan stilles allerede fordi Nets har været enig heri.

T h i b e s t e m m e s :

De fremlagte spørgsmål tillades stillet med de nedennævnte undtagelser og præciseringer.

Overalt i spørgetemaet erstattes udtrykket ”herskende økonomisk teori og metode” med ”anerkendt økonomisk teori og metode”, og udtrykket ”økonomisk profit” erstattes af ”økonomisk avance”.

Spørgsmål 6 og spørgsmål 9d kan ikke stilles i den foreliggende form.

De supplerende spørgsmål, der er foreslået af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen undtagen for tiden spørgsmål C, kan stilles.

(Sign.)

— — —

Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsret, den 06-02-2015

Dorthe Goldbæk
kontorfuldmægtig