

K E N D E L S E

angående begæring om opsættende virkning

afsagt af Konkurrenceankenævnets formand den 31. august 2010 i sag J. nr. 2010-0022398

Hellers Yachtværft ApS
(advokat Ejner Bækgaard)

mod

Konkurrencerådet
(fuldmægtig Michael Christian Riis)

Resume af afgørelsen

Ved klageskrift af 11. august 2010 har Hellers Yachtværft ApS indbragt Konkurrencerådets afgørelse af 23. juni 2010 i en sag, der drejer sig om, hvorvidt lejefastsættelsen ved Hellers Yachtværfts leje af Kastrup Strandpark 9 var udtryk for ulovlig offentlig støtte, for Konkurrenceankenævnet.

Klagen støttes blandt andet på, at markedslejen er ansat af Konkurrencerådet efter udtalelse fra kun én ejendomsmægler, og at Hellers Yachtværft i den forbindelse ikke har haft mulighed for at kommentere de spørgsmål, der blev stillet ejendomsmægleren. Klagen støttes videre på, at der ikke er nogen beskrivelse af det berørte marked, konkurrenter eller mærkbarhed i afgørelsen.

Der er ved afgørelsen meddelt Hellers Yachtværft påbud om at betale 80.000 kr. til Tårnby Kommune, og Tårnby Kommune er meddelt påbud om at opkræve markedslejen inden 6 måneder fra afgørelsens dato.

Denne afgørelse vedrører alene spørgsmålet om, hvorvidt klagen fra Hellers Yachtværft skal tillægges opsættende virkning. Konkurrenceankenævnets formand har truffet afgørelse om, at

klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Parteres påstande

Hellers Yachtværft har anmodet om, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Konkurrencerådet har udtalt sig imod en imødekommelse af denne anmodning.

Den påklagede afgørelse

Følgende fremgår af Konkurrencerådets afgørelse af 23. juni 2010:

Afgørelsen vedrører spørgsmålet om, hvorvidt Tårnby Kommune har udlejet en ejendom til Hellers Yachtværft til en leje lavere end markedslejen og derved har ydet offentlig støtte i strid med konkurrencelovens § 11 a. Sagen udspringer af en klage fra en af Hellers Yachtværfts konkurrenter.

Hellers Yachtværft, som er en erhvervsvirksomhed, hvis hovedaktivitet består af reparation og vedligeholdelse af både samt salg af bådudstyr m.m., flyttede ind i lejemålet i marts 2004. Lejemålet er beliggende ved Kastrup Lystbådehavn på adressen Kastrup Strandpark 9,

I 2004 betalte Hellers Yachtværft 175.000 kr. i leje, svarende til 7 måneders leje a 25.000 kr. Den årlige leje i 2004 udgjorde således 300.000 kr. Lejen steg herefter i en indkøringsperiode med 50.000 kr. pr. år frem til og med 2008. Lejen udgjorde derfor 350.000 kr. for 2005, 400.000 kr. for 2006, 450.000 kr. for 2007 og 500.000 kr. for 2008. Fra 1. januar 2009 blev lejen årligt reguleret med 3 pct., således at lejen samlet udgør 530.000 kr. i 2010.

Inden Konkurrencestyrelsen traf afgørelse, rettede styrelsen henvendelse til Tårnby Kommune med anmodning om bemærkninger til klagen. Tårnby Kommune redegjorde for forløbet forud for indgåelse af lejeaftalen og oplyste, at det er kommunens opfattelse, at der for lejemålet betales en rimelig leje, som ikke kan anses for at være medvirkende til konkurrenceforvridning i branchen, samt at kommunen ikke har nogen som helst interesse i at støtte den pågældende lejer ved at opkræve en for lav leje.

Konkurrencestyrelsen indhentede en uafhængig vurdering af, om lejemålet blev udlejet til en leje, der var mindre end markedslejen. Vurderingsmanden, der var udpeget på baggrund af en indstilling fra Dansk Ejendomsmæglerforening, vurderede, at markedslejen i 2004 for lejemålet var 700.000 kr. p.a. Vurderingsmanden vurderede dog samtidig, at den estimerede markedsleje var behæftet med en skønsmargin på +/- 15 pct., og at en startleje i 2004 på mellem 600.000 kr. og 800.000 kr. p.a. derfor ville være et udtryk for markedslejen. Den aftalte indkøringsperiode samt den efterfølgende årlige procentvise regulering af lejen var ifølge vurderingsmanden udtryk for markedsbestemte vilkår, således at startlejen for lejemålet skulle have ligget mellem 400.000 og 600.000 kr.

Tårnby Kommune og Hellers Yachtværft anførte overfor Konkurrencerådet, at vurderingsrapportens konklusioner om markedslejen for lejemålet ikke var anvendelige og ikke viste, at Hellers Yachtværft modtog støtte i konkurrencelovens § 11 a's forstand.

Konkurrencerådet vurderede, at Tårnby Kommune havde ydet støtte til Hellers Yachtværft ApS ved at udleje Lejemålet til under markedslejen.

Konkurrencerådet anførte i den forbindelse, at fastsættelsen af en markedsleje for et lejemål er behæftet med en vis usikkerhed, men støttede sin vurdering på vurderingsrapporten og dennes forudsætninger, det indregnede skøn i vurderingsrapporten på +/- 15 pct., nogle fremdragne lejeaftaler vedrørende Helsingør Nordhavn og Dragør Havn samt sagens oplysninger i øvrigt.

Konkurrencerådet vurderede videre, at der ikke var grundlag for at antage, at vurderingsrapporten var behæftet med sådanne fejl eller mangler, at vurderingsmandens sagkyndige skøn over, hvad der må betragtes som markedslejen, skulle tilsidesættes, hvorfor den nærmere opgørelse af støttens størrelse kunne foretages med udgangspunkt i vurderingsrapporten.

På denne baggrund påbød Konkurrencerådet Tårnby Kommune snarest og senest 6 måneder fra afgørelsen at opkræve en leje for lejemålet Kastrup Strandpark 9, 2770 Kastrup,

der svarer til markedslejen.

Konkurrencerådet opgjorde den ulovlige støtte i perioden 1. marts 2004 til 30. juni 2010 til 714.333 kr. og beregnede det samlede støttebeløb, der efter forældelse af visse dele af støtten kunne påbydes tilbagebetalt til Tårnby Kommune til 803.225 kr. inklusive renter.

På baggrund af de usikkerhedsmomenter, der foreligger ved opgørelsen af en markedsleje, proportionalitetshensyn og det forhold, at Hellers Yachtværft er en mindre næringsdrivende, der vurderedes at have været i god tro, påbød Konkurrencerådet herefter Hellers Yachtværft at tilbagebetale 80.000 kr., svarende til ca. 1/10 af den samlede støtte inklusive renter.

Parternes argumentation

Hellers Yachtværft har til støtte for anmodningen om opsættende virkning anført, at tilbagebetalingskravet og kravet om en reelt her og nu lejestigning truer klagers eksistensgrundlag i et trængt marked.

Herudover har Hellers Yachtværft været i god tro, idet man som erhvervslejer må gå ud fra, at en kommune kan fastsætte lejen korrekt, og Konkurrencerådet har ikke godtgjort, at lejen er for lav. Det bemærkes i denne forbindelse, at en ensidigt indhentet mæglerrapport i sig selv ikke kan anses som tilstrækkeligt bevis.

Endeligt er sagen principiel, idet der ikke foreligger tidligere sager om, hvordan man i en konkurrenceretlig sag får verificeret en misforholdsleje i et erhvervslejeforhold, herunder om man kan sætte erhvervslejelovens regler, samt bevisreglerne heri, ud af kraft, når misforholdslejen skal dokumenteres.

Konkurrencerådet har til støtte for, at der ikke meddeles opsættende virkning, anført, at der ikke er grundlag for at antage, at en efterlevelse af den påklagede afgørelse i tiden indtil Konkurrenceankenævnets stillingtagen foreligger, vil medføre irreversible eller alvorlige skadevirkninger for Hellers Yachtværft ApS.

Hellers Yachtværft og Tårnby Kommune har allerede fået frist til henholdsvis 1. januar 2011 og 23. december 2010 til at tilbagebetale den ulovlige støtte og til at opkræve den korrekte markedsleje, hvorfor Konkurrenceankenævnet må antages at have truffet beslutning inden fristernes udløb.

Såfremt Konkurrenceankenævnet ikke har truffet afgørelse inden fristernes udløb, ændrer dette ikke ved, at en efterlevelse af påbuddene ikke truer Hellers Yachtværfts eksistensgrundlag, når der henses til, at virksomheden i 2009 havde en omsætning på 3,1 mio. kr. og et årsresultat på 193.493 kr.

Endeligt vil en efterlevelse af påbuddene ikke medføre irreversible virkninger for Hellers Yachtværft, idet beløb, der indbetales i henhold til påbuddet, kan tilbagebetales, såfremt Konkurrenceankenævnet måtte ophæve eller hjemvise Konkurrencerådets afgørelse til fornyet behandling.

Afgørelsens begrundelse og resultat

Det fremgår af konkurrencelovens § 19, stk. 4, at udgangspunktet er, at en klage ikke har opsættende virkning, medmindre klagen tillægges opsættende virkning af Konkurrenceankenævnet eller ankenævnets formand.

Henset til, at Konkurrencerådets afgørelse alene medfører, at Hellers Yachtværft skal tilbagebetale et beløb på 80.000 kr. og betale markedslejen for lejemålet beliggende Kastrup Strandpark 9 fra den 23. december 2010 og frem, finder ankenævnet ikke, at der er grundlag for at antage, at en efterlevelse af den påklagede afgørelse i tiden indtil ankenævnets stillingtagen foreligger, kan medføre sådanne skadevirkninger, som kan begrunde, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Det bemærkes herved, at Hellers Yachtværft kan søge beløbet tilbagebetalt, såfremt Konkurrencerådets afgørelse ændres eller ophæves, samt at det må forventes, at Konkurrenceankenævnets afgørelse vil blive afsagt senest kort tid efter påbuddets opfyldelse.

På denne baggrund tillægges Hellers Yachtværft ApS' klage af 11. august 2010 ikke opsættende virkning.

Afgørelsen er truffet af ankenævnets formand, jf. § 7 i bekendtgørelse nr. 481 af 15. juni 2005 om Konkurrenceankenævnet.

Jon Stokholm

Formand