

2003-05-28: Fanø Mejeri mod Konkurrencerådet (Delkendelse)

K E N D E L S E

Afsagt af Konkurrenceankenævnet den 28. maj 2003 i sag j.nr. 03-83.999

Fanø Mejeri
(advokat Henrik Peytz)

mod

Konkurrencerådet
(fuldmægtig Vibeke Ulf Dumrath)

Biintervenient:
Mejeriforeningen
(advokat Jan Bech)

1. Den 18. december 2002 har Konkurrencerådet truffet afgørelse i anledning af en klage fra Fanø Mejeri over Mejeriforeningens administration af Lurpak-reglerne. Ved afgørelsen meddeltes det Mejeriforeningen og Fanø Mejeri,

"at Smøreksporudvalgets vedtagelse om, at der skal betales afgift på 3 kr./kg Lurpak ikke er omfattet af forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1.

at Mejeriforeningen har misbrugt sin dominerende stilling ved at påtvinge Fanø Mejeri urimelige betingelser og ulige vilkår, jf. § 11, stk. 1 ved ikke, efter at FM har indberettet produktionstal og betalt afgift til markedsføring af Lurpak, at have givet Fanø Mejeri rimelig adgang til oplysninger om alle de aktiviteter mv., som midlerne anvendes til, på samme måde som for alle andre, der har betalt afgift.

at der ikke i øvrigt er anledning til at foretage yderligere undersøgelse af misbrug, jf. § 14, stk. 1, 3. pkt. på nuværende tidspunkt.

at Mejeriforeningen påbydes at give Fanø Mejeri løbende adgang uden unødigt forsinkelse til oplysninger om alle de aktiviteter mv., som midlerne anvendes til og planlægges anvendt til, på samme måde som alle andre, der har betalt afgift, således at Fanø Mejeri i rimelig grad kan få udbytte af de midler, de har indbetalt. Der henvises til konkurrencelovens § 11 stk. 4, jf. § 16, stk. 1. Påbudet træder i kraft straks."

I det til grund for afgørelsen liggende notat hedder det bl.a.:

"47 Fanø Mejeri gør gældende, at Mejeriforeningen har overtrådt konkurrencelovens § 6 og 11. Overtrædelsen af konkurrencelovens § 6 er begrundet med, at Smøreksporudvalgets vedtægter og

aftalen om Lurpak tvinger Fanø Mejeri til at deltage i en fælles markedsføring, som de ikke ønsker, og som ikke var forudsat ved Folketingets overdragelse af lurmærkerne til Mejeriforeningen.

...

52. Mejeriforeningen og Fanø Mejeri har fremsendt bemærkninger (vedlagt som bilag 17 og 18) til klagen.

53. Konkrete anbringender fra høringssvaret er indarbejdet i det efterfølgende.

...

Konkurrencelovens kapitel 2 (§§ 6-10)

...

Klagers bemærkninger

87. Fanø Mejeri gør gældende, at vedtagelsen i Mejeriforeningen/Smørekseportudvalget tvinger dem til at betale for markedsføring, som de ikke ønsker og som de ikke har indflydelse på, jf. at FM hverken er medlem af MF eller af Smørekseportudvalget og heller ikke ønsker at blive det.

88. FM anfører, at betalingen er en sådan belastning for mejeriet, at det ikke vil kunne overleve fremover, hvis det skal betale 3 kr. pr. kg, jf. FM's høringssvar

...

Konkurrencestyrelsens bemærkninger

93. Styrelsen finder, at Smørekseportudvalgets vedtagelse af, at alle producenter af Lurpak skal betale afgift pr. kg for at benytte mærket ikke er i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1. Der er ikke tale om en hard core prisaftale mellem virksomheder, der er omfattet af kl. § 6, stk. 2, nr. 1, men om betaling for retten til udnyttelse af mærket og deltagelse i de aktiviteter, som udvalget har vedtaget.

94. Afgiftens niveau og anvendelse er ikke et spørgsmål som styrelsens finder kan rejses under lovens § 6. Anvendelsen af de opkrævede midler, herunder om de anvendes på en måde, der evt. udelukker nogle producenter/eksportører fra at markedsføre sig selvstændigt er et forhold, som må vurderes efter konkurrencelovens § 11. Det samme gælder, om FM reelt er afskåret fra rimelig indflydelse på anvendelsen af midlerne.

95. Det bemærkes, at afgiften ikke berører klagers mulighed for at producere Fanø Smør eller andre mærker af smør eller blandingsprodukter, herunder produkter, som sigter på afsætning i Danmark.

96. Klagers påstand om, at konkurrencelovens § 6, stk. 1, er overtrådt, må således afvises."

Til afgørelsen er knyttet følgende klagevejledning:

"Afgørelsen efter konkurrencelovens § 11 og 16 kan i henhold til konkurrencelovens § 19, stk. 1, påklages til Konkurrenceankenævnet, Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, Kampmannsgade 1, 1780 København V. Klage til Konkurrenceankenævnet skal indgives senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt, jf. lovens § 20, stk. 2. Afgørelser efter konkurrencelovens § 14 kan ikke indbringes for Konkurrenceankenævnet, jf. konkurrencelovens § 19."

2. Fanø Mejeri har ved skrivelse af 10. februar 2003 for Konkurrenceankenævnet indbragt Konkurrencerådets afgørelse om, at "*Smøreksporudvalgets vedtagelse om, at der skal betales afgift på 3 kr./kg Lurpak ikke er omfattet af forbudet i konkurrencelovens § 6, stk. 1*", med påstand om principalt, at afgørelsen ændres, således at det fastslås, at vedtagelsen er omfattet af konkurrencelovens § 6, subsidiært hjemvisning til fornyet behandling.

Til støtte for en realitetsbehandling af klagen trods overskridelse af klagefristen har Fanø Mejeri, der siden Rådets afgørelse har fået ny advokat, henvist til,

"at Fanø mejeri ikke har været klar over at denne del af Konkurrencerådets afgørelse kunne ankes,

at der – formentlig ved en fejl – ikke blev oplyst noget i klagevejledningen om denne klagemulighed, idet det alene blev oplyst, at Konkurrencerådets afgørelse efter §§ 11 og 16 (hvor Fanø Mejeri fik medhold) kunne påklages til Konkurrenceankenævnet, og at rådets afgørelser efter § 14 ikke kan indbringes for Konkurrenceankenævnet ...,

at den mangelfulde klagevejledning efter almindelige forvaltningsretlige regler medfører, at klagefristen først løber fra det tidspunkt, hvor der er givet korrekt klagevejledning,

at konkurrencelovens § 20 herudover rummer mulighed for, at ankenævnet under særlige omstændigheder kan tillade en påklage, selvom den ovennævnte 4 ugers frist er overskredet,

at det under de beskrevne omstændigheder beror på en undskyldelig vildfarelse om klagemuligheden, at Fanø Mejeri ikke har påklaget afgørelsen inden fire ugers fristen,

at der ikke er afgørende hensyn til Mejeriforeningen, der taler imod en admittering af klagen, og

at klagen derfor også uanset fristoverskridelsen bør admitteres efter konkurrencelovens § 20."

Konkurrencerådet har vedrørende spørgsmålet om admittering af klagen trods overskridelse af klagefristen i skrivelse af 18. februar 2003 anført,

at "Formelt er klagefristen på 4 uger overskredet, men klager har henvist til, at der i klagevejledning i Rådets afgørelse alene er henvist til den del af afgørelsen, som vedrører konkurrencelovens § 11 og § 16 samt § 14, og at det således ikke fremgik, at Rådets afgørelse efter § 6 ligeledes kunne indbringes for Konkurrenceankenævnet.

Konkurrencerådet skal i den anledning bekræfte, at det brev, hvorved klagers daværende advokat ... blev meddelt Rådets afgørelse, blandt andet indeholdt en henvisning til klagereglerne i konkurrencelovens §§ 19-20, men at brevet ikke indeholdt en specifik henvisning til, at afgørelsen vedrørende konkurrencelovens § 6 kunne ankes. Brevet var vedlagt kopi af bekendtgørelse nr. 1032 af 17. december 1997 om Konkurrenceankenævnet.

Det skal dog tilføjes, at Konkurrencerådet flere gange har drøftet mulighederne for anke med advokat Frederik Madsen. Disse drøftelser har dog primært vedrørt de klagepunkter, som Rådet har sluttet efter konkurrencelovens § 14, stk. 1, 3. pkt. Man vil derfor lade det være op til Konkurrenceankenævnet at vurdere, om det forhold at klage stedse har været repræsenteret af advokat, som har været i løbende kontakt med Konkurrencestyrelsen, indebærer, at den manglende klagevejledning i det konkrete tilfælde ikke skal tillægges suspensiv virkning."

Konkurrencerådet har i et indlæg af 11. marts 2003 yderligere anført:

"Forud for Konkurrencerådets behandling af Fanø Mejeris klage, sendte Konkurrencestyrelsen således i overensstemmelse med de faste procedurer herfor et notat i høring hos Fanø Mejeri indeholdende styrelsens indstillinger til sagens afgørelse. Ved brev af 28. november 2002 meddelte advokat Frederik Madsen på vegne af Fanø Mejeri, at man var enig i Konkurrencestyrelsens indstilling, hvorefter Smørekspportudvalgets vedtagelse om, at der skal betales afgift på 3 kr./kg Lurpak ikke er omfattet af forbudet i konkurrencelovens § 6"; et synspunkt advokat Frederik Madsen gentog over for Konkurrencerådet ved sit personlige fremmøde på rådsmødet den 18. december 2002. . . . Det tilføjes, at ordlyden af Konkurrencestyrelsens indstilling er identisk med ordlyden af Konkurrencerådets afgørelse vedrørende § 6.

Det er derfor med en vis undren, at Konkurrencerådet efterfølgende kan konstatere, at Fanø Mejeri nu finder, at Rådets afgørelse vedrørende konkurrencelovens § 6 bør ankes, og at anken – trods udløbet af klagefristen - bør tillades under påberåbelse af en formel fejl fra Konkurrencestyrelsens side."

Heroverfor har Fanø Mejeri anført, at det ikke kan tillægges afgørende betydning, hvorledes Fanø Mejeri under forberedelsen af Rådets afgørelse stillede sig til spørgsmålet vedrørende konkurrencelovens § 6, og det bestrides, at mejeriets stillingtagen kan sidestilles med et ankeafkald i civilprocessens forstand.

3. Mejeriforeningen har protesteret mod en realitetsbehandling af klagen. Foreningen har i den forbindelse anført, at Fanø Mejeri under hele forløbet har været repræsenteret af advokat, og at der ikke foreligger undskyldelig vildfarelse om klagemuligheden. Det forhold, at Fanø Mejeri i forbindelse med Rådets afgørelse erklærede sig enig i, at forholdet ikke var omfattet af konkurrencelovens § 6, må endvidere tages som udtryk for, at klagepunkter vedrørende denne problemstilling er frafaldet i forhold til konkurrencemyndighederne med samme virkning som et ankeafkald. Der er i klagevejledningen henvist til konkurrencelovens §§ 19 og 20. Det fremgår heraf, og det har klageren og dennes advokat naturligvis "været (gjort) bekendt med, at selve "hovedafgørelsen" vedrørende § 6, hvorefter klageren ikke fik medhold, har kunnet påklages inden 4 uger". Det er en ren formel mangel i forbindelse med formuleringen af klagevejledningen, der benyttes som påskud for klager efter udløb af klagefristen, idet fejlen ikke har været af betydning for klagens rettidige indgivelse.

Mejeriforeningen har bestridt, at der ikke er hensyn til foreningen, der taler imod en tilladelse til realitetsbehandling af klagen. Foreningen har således indrettet sig i tillid til afgørelsen, bl.a. derved, at der i overensstemmelse med afgørelsen er meddelt klager en række oplysninger af fortrolig karakter, og derved, at foreningen risikerer at skulle tilbagebetale allerede oppebarne afgifter, som er indgået i det løbende markedsføringsbudget.

4. Mejeriforeningen har endvidere anført, at hvis der gives Fanø Mejeri adgang til klage trods overskridelse af klagefristen, må der også gives foreningen adgang til at indbringe den resterende del af Rådets afgørelse, dvs. afgørelsen vedrørende konkurrencelovens §§ 11 og 16. Det ville således være urimeligt, hvis Mejeriforeningen skulle efterleve en afgørelse om udlevering af fortrolige oplysninger vedrørende markedsføringen til en producent, som samtidig gives mulighed for at få ændret afgørelsen i relation til spørgsmålet om betaling af afgift for disse oplysninger.

Heroverfor har Fanø Mejeri gjort gældende, at der ikke er nogen direkte sammenhæng mellem spørgsmålet om, hvorvidt Smøreksporudvalgets vedtagelse er omfattet af konkurrencelovens § 6, og spørgsmålet om, hvorvidt det har udgjort misbrug af dominerende stilling, at Mejeriforeningen har opkrævet afgifter uden at stille oplysninger til rådighed for Fanø Mejeri om afgifternes anvendelse. Mejeriforeningen bør derfor ikke gives adgang til at påklage de øvrige dele af Rådets afgørelse. Ud fra en samlet afvejning af de rejste forhold fastholder Fanø Mejeri derfor, at anken bør realitetsbehandles, principalt uden at Mejeriforeningen gives adgang til at anke spørgsmålet om det meddelte påbud, subsidiært med en sådan adgang for Mejeriforeningen, uanset at klager fastholder, at der ikke ses at være en tilstrækkelig sammenhæng mellem de to klagepunkter til, at det er påkrævet at efterprøve påbuddet under Fanø Mejeris klagesag.

5. Konkurrenceankenævnets bemærkninger

Konkurrencerådets afgørelse om, at Smøreksporudvalgets vedtagelse om en afgiftsbetaling på 3 kr. pr. kg Lurpak ikke er omfattet af konkurrencelovens § 6, stk. 1, er truffet i anledning af en klage indgivet af Fanø Mejeri og efter høring af Mejeriforeningen og Fanø Mejeri, og afgørelsen er meddelt Mejeriforeningen og Fanø Mejeri. Der er ikke i det oplyste om, hvorledes Fanø Mejeri under Konkurrencerådets sagsbehandling har forholdt sig til dette spørgsmål, grundlag for at anse Fanø Mejeris adgang til at indgive klage over afgørelsen for begrænset eller afskåret.

Afgørelsen er truffet efter lovens § 6, stk. 1, og kan derfor påklages til Konkurrenceankenævnet, jf. § 19, stk. 1. Klage skal i almindelighed indgives senest fire uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende, jf. § 20, stk. 2.

Det følger herefter af forvaltningslovens § 25, stk. 1, at den påklagede afgørelse skulle have været ledsaget af en klagevejledning indeholdende oplysning om denne klageadgang. Der bemærkes, at det forhold, at Fanø Mejeri var repræsenteret af en advokat, jf. herved forvaltningslovens § 8, er uden betydning for pligten til at give klagevejledning som nævnt.

Da der ikke er meddelt klagevejledning som foreskrevet, må der som udgangspunkt ses bort fra klagefristen på fire uger. Klagefristen er overskredet med godt 3 uger/knap 4 uger, og klage er indgivet efter advokatskifte. Der ses herefter ikke at foreligge en sådan ugrundet eller langvarig passivitet, at der er grundlag for at fravige det nævnte udgangspunkt.

Efter sammenhængen mellem det spørgsmål, som Fanø Mejeri herved får adgang til at påklage, og det spørgsmål som Mejeriforeningen i så fald ønsker at indbringe for Ankenævnet, finder Ankenævnet, at der bør gives Mejeriforeningen tilladelse til påklage.

Såfremt Mejeriforeningen ønsker at udnytte klageadgangen, skal der indgives klageskrift til Ankenævnet inden 14 dage efter modtagelsen af nærværende afgørelse. Der gives Fanø Mejeri en tilsvarende frist til indgivelse af supplerende klageskrift vedrørende realiteten.

Herefter bestemmes;

Den af Fanø Mejeri indgivne klage tages under realitetsbehandling, og Mejeriforeningens anmodning om tilladelse til klage imødekommes – alt som ovenfor anført.

Jens Fejø

Ole Jess Olsen

Børge Dahl