

2006-11-01: Konkurrencestyrelsens afvisning af at genforhandle Elsams fusionsvilkår kan ikke indbringes for Konkurrenceankenævnet

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 1. november 2006 i sag j.nr. 2006-0006976 (KS journal nr. 4/1020-8700-0019)

Elsam A/S
(advokat Anne Kirkegaard)

mod

Konkurrencestyrelsen
(fuldmægtig Frederik André Bork)

1.0 Den påklagede afgørelse.

Ved klageskrift af 27. juni 2006 har Elsam A/S (i det følgende blot Elsam) påklaget Konkurrencestyrelsens afgørelse af 31. maj 2006, hvor Elsam blev meddelt afslag på en anmodning om genoptagelse af Konkurrencerådets afgørelse af 24. marts 2004 vedrørende nogle af de vilkår, hvorpå Konkurrencerådet godkendte Elsams køb af aktiemajoriteten i Nesa A/S.

Denne sag for ankenævnet drejer sig om, hvorvidt Konkurrencestyrelsens afslag af 31. maj 2006 kan påklages til Konkurrenceankenævnet efter konkurrencelovens § 19, stk. 1.

Det hedder i Konkurrencestyrelsens afgørelse af 31. maj 2006 bl.a.:

”Konkurrencestyrelsen finder fortsat ikke, at det er godtgjort, at ændringerne i markedsstrukturen er så væsentlige, at der på nuværende tidspunkt er grundlag for at genoptage Konkurrencerådets afgørelse af 24. marts 2004 og indlede realitetsforhandlinger med Elsam A/S.

Konkurrencestyrelsen lægger herved bl.a. vægt på, at Elsam A/S på tidspunktet for godkendelsen af fusionen med Nesa A/S ville få styrket eller etableret en dominerende stilling på de relevante produktmarkeder, og at denne dominerende stilling – efter DONG A/S’ overtagelse af Elsam A/S, Energi E2 A/S m.fl. – fortsat vil være til stede nu i form af DONG A/S’ position på markedet.

Konkurrencestyrelsen lægger endvidere vægt på, at Kommissionen – efter Konkurrencestyrelsens opfattelse – i sin godkendelse af fusionen mellem DONG A/S og Elsam A/S har forudsat, at Elsam A/S' vilkår vil fortsætte uændret under den nye markedsstruktur.

Konkurrencestyrelsen har orienteret Konkurrencerådet forud for styrelsens afgørelse.

Konkurrencestyrelsens afgørelse kan ikke påklages til Konkurrenceankenævnet, jf. konkurrencelovens § 19, stk. 1, modsætningsvis”.

2.0 Sagens baggrund.

2.1 Ved afgørelse af 24. marts 2004 godkendte Konkurrencerådet fusionen mellem Elsam og Nesa A/S. Det hedder i Konkurrencerådets afgørelsesskrivelse af 24. marts 2004 bl.a.:

”Konkurrencerådet har på sit møde i dag behandlet fusionen mellem Elsam A/S og NESA A/S, som blev anmeldt til Konkurrencestyrelsen den 13. oktober 2003.

Fusionen – i den form den blev anmeldt – indebar så væsentlige problemer på el-engrosmarkedene, at konkurrencen ville blive hæmmet betydeligt, jf. konkurrencelovens § 12 c, stk. 2.

Forhandlingerne mellem styrelsen og Elsam har imidlertid ledt til, at Elsam den 19. marts 2004 gav tilsagn om at gennemføre en række konkurrencefremmende tiltag.

Efter Konkurrencerådets opfattelse løser tilsagnene samlet set de problemer, som fusionen ellers ville skabe for konkurrencen.

Under henvisning til ovenstående godkendes fusionen mellem Elsam A/S og NESA A/S på vilkår af, at Elsam A/S efterlever samtlige afgivne tilsagn, jf. konkurrencelovens § 12 e, stk. 1, jf. § 12 c, stk. 2.”

Elsam har efterfølgende – den 31. oktober 2005 og 7. januar 2006 – anmodet Konkurrencestyrelsen om at revurdere nogle af fusionens vilkår.

Den 24. januar 2006 afviste Konkurrencestyrelsen at revurdere vilkårene for fusionen. Konkurrencestyrelsens henviste til, at Elsam ikke havde dokumenteret, at markedsforholdene havde ændret sig væsentligt i forhold til de forudsætninger, der lå til grund for Konkurrencerådets afgørelse af 24. marts 2004.

2.2 Elsam anmodede den 25. april 2006 på ny Konkurrencestyrelsen om at revurdere flere af vilkårene for fusionens godkendelse. Elsam henviste i den forbindelse til, at markedsforholdene havde ændret sig væsentligt siden Konkurrencerådets godkendelse af fusionen, bl.a. fordi Vattenfall AB havde opkøbt produktionskapacitet i Danmark, og Elsam havde fusioneret med DONG A/S.

Konkurrencestyrelsen afviste ved den påklagede afgørelse af 31. maj 2006 at genoptage Konkurrencerådets afgørelse af 24. marts 2004 og indlede realitetsforhandlinger med Elsam.

2.3 Konkurrenceankenævnet har den 12. juli 2006 udskilt spørgsmålet om sagens formalitet – det vil sige spørgsmålet om, hvorvidt Konkurrenceankenævnet har kompetence til at prøve den påklagede afgørelse – til særskilt behandling.

3.0 Parternes påstande.

3.1 Elsam har påstået klagen af 27. juni 2006 antaget til realitetsbehandling.

3.2 Konkurrencestyrelsen har påstået sagen afvist.

4.0 Elsams argumentation.

Konkurrenceloven blev i 2004 ændret således, at tilsagn, der afgives med henblik på at imødekomme betænkeligheder i henhold til konkurrencelovens § 6, stk. 1, og § 11, stk. 1, kunne gøres bindende. Samtidig blev virksomhedernes adgang til at indbringe sådanne tilsagn for Konkurrenceankenævnet afskåret, jf. konkurrencelovens § 19, stk. 1, modsætningsvis.

I Konkurrencestyrelsen afgørelse af 31. maj 2006 anføres, at afgørelsen om ikke at indlede realitetsforhandlinger med Elsam om en revurdering af vilkårene ikke kan indbringes for Konkurrenceankenævnet. Konkurrencestyrelsen henviser i den forbindelse til konkurrencelovens § 19 stk. 1, modsætningsvis.

Elsam er uenig heri, da de vilkår som Elsam ønsker revurderet, ikke er fastsat i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, jf. stk. 1, eller § 11, stk. 4, jf. stk. 1, men derimod i medfør af konkurrencelovens § 12 e, stk. 1. Det fremgår specifikt af konkurrencelovens § 19, stk. 1, at afgørelser efter § 12 e, stk. 1, kan påklages til Konkurrenceankenævnet.

Det er på baggrund af formuleringen i § 19, stk. 1, Elsams opfattelse, at lovgiver ikke har ønsket at afskære adgangen til at indbringe tilsagn afgivet i forbindelse med fusionssager for Konkurrenceankenævnet.

Til det af Konkurrencestyrelsen anførte om, at afgørelsen af 31. maj 2006 er truffet i henhold til konkurrencelovens § 14, stk. 2, og derfor ikke kan indbringes for Konkurrenceankenævnet, bemærkes, at det af konkurrencelovens § 14, stk. 2 fremgår, at Konkurrencestyrelsen på Konkurrencerådets vegne forestår den daglige administration af konkurrenceloven. Det er derfor relevant at vurdere, hvorvidt Konkurrencestyrelsens afgørelse er omfattet af begrebet ”daglig administration af konkurrenceloven”.

Det er Elsams opfattelse, at begrebet ”daglig administration” må forstås i sammenhæng med Konkurrencestyrelsens funktion som sekretariat for Konkurrencerådet. De opgaver, der er omfattet af begrebet ”daglig administration”, er således sekretariatsopgaver, eksempelvis besvarelse af generelle henvendelser fra offentligheden, markedsovervågning og beslutninger af formel karakter.

Det følger heraf, at Konkurrencestyrelsens materielle afgørelser om konkurrenceretlige spørgsmål, herunder stillingtagen til konkurrencesituationen på konkrete markeder og fortolkning af retsakter fra Kommissionen, ikke kan træffes med hjemmel i konkurrencelovens § 14, stk. 2.

I afgørelsen af 31. maj 2006 tager Konkurrencestyrelsen materielt stilling til betydningen af de ændringer, der er indtruffet på elmarkedet siden Elsam/Nesa-fusionen blev godkendt af Konkurrencerådet den 24. marts 2004, ligesom Konkurrencestyrelsen har fortolket Kommissionens afgørelse af 14. marts 2006 i COMP/M.3868 DONG/Elsam/Energi E2-sagen. Det er på denne baggrund Elsams opfattelse, at Konkurrencestyrelsens afgørelse af 31. maj 2006 ikke – som anført af Konkurrencestyrelsen – kan træffes som led i den daglige administration af konkurrenceloven, og derfor ikke lovligt kan træffes med hjemmel i konkurrencelovens § 14, stk. 2.

Konkurrencestyrelsen har da heller ikke i afgørelsen anført, med hvilken hjemmel denne er truffet, idet henvisningen til konkurrencelovens § 14, stk. 2, først er anført under sagens forberedelse for Konkurrenceankenævnet.

Da Konkurrencestyrelsens afgørelse vedrører en stillingtagen til nogle af de af Elsam i medfør af konkurrencelovens § 12 e afgivne tilsagn, er det Elsams opfattelse, at Konkurrencestyrelsens afgørelse er truffet i medfør af konkurrencelovens § 12 e, stk. 1, eller en analogi af § 12 e, stk. 3. Afgørelser i henhold til disse bestemmelser kan indbringes for Konkurrenceankenævnet, jf. henvisningerne i konkurrencelovens § 19.

Såfremt Konkurrenceankenævnet måtte vurdere, at Konkurrencestyrelsens afgørelse kan træffes med hjemmel i konkurrencelovens § 14, stk. 2, sættes Elsam i den situation, at virksomheden for at få tilsagnsaftalen prøvet af Konkurrenceankenævnet, må følge sin egen opfattelse af tilsagnsaftalen og Kommissionens afgørelse i DONG/Elsam/Energi E2-sagen og dermed undlade at efterleve tilsagnsaftalen.

Konkurrencestyrelsen vil i så fald være henvist til at udstede et påbud til sikring af en efter Konkurrencestyrelsen opfattelse rettidig og korrekt opfyldelse af tilsagnene, jf. konkurrencelovens § 12 e, stk. 3. Et sådant påbud kan indbringes for Konkurrenceankenævnet, jf. den direkte henvisning i konkurrencelovens § 19.

En sådan manglende efterlevelse af de afgivne tilsagn ville imidlertid, udover risikoen for tvangsbøder og bøder for manglende efterlevelse af tilsagnsaftalen, være særdeles uhensigtsmæssig for de implicerede virksomheder.

Følges Konkurrencestyrelsens synspunkt således, vil et ønske om indbringelse af indgåede tilsagnsaftaler for Konkurrenceankenævnet altid være forbundet med en virksomheds forudgående misligholdelse af en tilsagnsaftale med efterfølgende påbud fra Konkurrencestyrelsens side. En sådan retsstilling vil have store omkostninger for virksomheder, der ønsker at værne om sin anseelse i offentligheden, og som derfor ikke ønsker at bryde en tilsagnsaftale med Konkurrencerådet, mens virksomheder, der er genstand for en mere begrænset offentlig interesse, eller som er mindre afhængige af ”den offentlige mening”, med væsentligt færre omkostninger vil kunne få prøvet afgivne tilsagn. Hertil kommer, at markedsaktørernes tillid til håndtering og gennemførelse af tilsagnsaftaler sættes på spil. Denne retsstilling er efter Elsams opfattelse uhensigtsmæssig.

Det er på baggrund af ovennævnte Elsams opfattelse, at adgangen til at indbringe Konkurrencestyrelsens afgørelse af 31. maj 2006 for Konkurrenceankenævnet følger direkte af konkurrenceloven, ligesom dette også tilsiges af hensigtsmæssighedshensyn.

5.0 Konkurrencestyrelsens argumentation.

Konkurrencestyrelsen har til støtte for afvisningspåstanden anført, at Konkurrencestyrelsens afgørelse af 31. maj 2006 ikke er truffet med hjemmel i én af de bestemmelser, som udtømmende er refereret i konkurrencelovens § 19, stk. 1, og at Konkurrenceankenævnet derfor ikke er kompetent til at behandle Elsams klage, jf. konkurrencelovens § 19, stk. 1, modsætningsvis.

Den omstændighed, at Konkurrencerådets afgørelse af 24. marts 2004 – inkl. de fortsat gældende vilkår – er fastsat i medfør af konkurrencelovens § 12 e, stk. 1, jf. § 12 c, stk. 2, medfører ikke, at Konkurrencestyrelsens afgørelse af 31. maj 2006 kan påklages til Konkurrenceankenævnet.

For at Konkurrencestyrelsens afgørelse af 31. maj 2006 kan påklages til Konkurrenceankenævnet, skal denne afgørelse særskilt – og ikke Konkurrencerådets oprindelige godkendelse af fusionen, for hvilken klagefristen er sprunget, jf. konkurrencelovens § 20, stk. 2 – kunne påklages til Konkurrenceankenævnet.

I den forbindelse bemærkes, at Konkurrencestyrelsens afgørelse af 31. maj 2006 ikke er truffet efter konkurrencelovens § 12 e, stk. 1. Ved afgørelsen af 31. maj 2006 har Konkurrencestyrelsen ikke knyttet vilkår eller udstedt påbud til godkendelsen af en fusion, hvilket er det relevante retsfaktum i konkurrencelovens § 12 e, stk. 1.

Konkurrencestyrelsens afgørelse af 31. maj 2006 er derimod truffet som led i styrelsens daglige administration af konkurrenceloven, jf. konkurrencelovens § 14, stk. 2. Som en del af den daglige administration af konkurrenceloven skal styrelsen bl.a. administrere de vilkår, som Konkurrencerådet har stillet som betingelse for en fusions godkendelse. Konkurrencestyrelsen skal i den forbindelse vurdere, om der er grundlag for at genoptage en sag og indlede realitetsbehandling efter anmodning fra en af parterne i sagen.

Såfremt en part måtte være uenig med Konkurrencestyrelsens vurdering af en genoptagelsesansøgning – hvilket er tilfældet i denne sag – må parten henvises til at indbringe spørgsmålet for domstolene, jf. grundlovens § 63 samt konkurrencelovens § 19, stk. 1, modsætningsvis.

6.0 Konkurrenceankenævnet skal udtale:

Der er ikke i konkurrenceloven regler om remonstration eller genoptagelse af afgørelser truffet af Konkurrencemyndigheden (Konkurrencerådet eller Konkurrencestyrelsen), hvorfor det beror på dansk rets almindelige forvaltningsretlige regler herom, om der er retskrav på genoptagelse af en afgørelse truffet af Konkurrencemyndigheden.

Konkurrencestyrelsens afslag på Elsams anmodning om genoptagelse af Konkurrencerådets godkendelse af Elsam-Nesa-fusionen må anses for truffet på det nævnte ulovbestemte retsgrundlag og således ikke i henhold til en af de bestemmelser i konkurrenceloven, som er nævnt i dennes § 19, stk. 1. Da det endvidere er tilsigtet med opregningen i § 19, stk. 1, udtømmende at fastlægge Konkurrenceankenævnets kompetence, jf. forarbejderne til bestemmelsen, Folketingstidende 1988-89, (1. saml.), tillæg A, sp. 4486, tiltræder ankenævnet, at afgørelsen ikke kan påklages til ankenævnet.

Ankenævnet tager herefter Konkurrencestyrelsens påstand om afvisning af klagen til følge.

Herefter bestemmes

Klagen indgivet af Elsam A/S over Konkurrencestyrelsens afgørelse af 31. maj 2006 afvises.

Klagegebyret tilbagebetales til klager.

Ditlev Tamm

Christian Hjorth-

Andersen

Jens Fejø

Ole Jess Olsen

Børge Dahl