

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 13. januar 2012 i sag nr. 2011-0025026

Hellers Yachtværft ApS
(advokat Ejner Bækgaard)

mod

Konkurrencerådet
(Specialkonsulent Majken Bang Ditlevsen)

Biintervenient til støtte for Konkurrencerådet
Lynettens Bådservice v/Klaus Schlichter

Resume af afgørelsen

Den 23. juni 2010 traf Konkurrencerådet afgørelse i en sag, der drejede sig om, hvorvidt Tårnby Kommunes lejefastsættelse ved Hellers Yachtværfts leje af Kastrup Strandpark 9 var udtryk for ulovlig offentlig støtte. Der blev ved afgørelsen meddelt Hellers Yachtværft påbud om at indbetale 80.000 kr. til Tårnby Kommune, og Tårnby Kommune blev meddelt påbud om at opkræve markedslejen inden 6 måneder fra afgørelsens dato. Ved afgørelse af 10. februar 2011, blev sagen af Konkurrenceankenævnet hjemvist til fornyet behandling med henblik på fornyet fastsættelse af det tilbagebetalingspligtige beløb.

Konkurrencerådet pålagde herefter, ved afgørelse af 22. juni 2011, Hellers Yachtværft at tilbagebetale 782.233,24 kr. til Tårnby Kommune.

Ved klageskrift af 20. juli 2011 indbragte Hellers Yachtværft denne afgørelse for Konkurrenceankenævnet, idet Hellers Yachtværft ikke er enige i, at der er tale om ulovlig offentlig støtte, og idet beløbet efter deres opfattelse er fastsat for højt.

Hellers Yachtværfts klage støttes navnlig 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, ligesom ejendomsmægleren generelt ikke har været grundig nok ved udfærdigelsen af sin erklæring. Erklæringen om markedslejen opfylder således ikke de krav, man ville stille i en erhvervslejesag om husleje fastsættelse.

Konkurrenceankenævnet har i lighed med Konkurrencerådet fundet, at Tårnby Kommune, ved fastsættelsen af huslejens størrelse, har udøvet ulovlig offentlig støtte.

Konkurrenceankenævnet har ikke fundet grundlag for at tilsidesætte det af Konkurrencerådet anlagte skøn over det beløb, som skal tilbagebetales.

Konkurrenceankenævnet har på den baggrund stadfæstet Konkurrencerådets afgørelse.

Parternes påstande

Hellers Yachtværft har nedlagt påstand om, at Konkurrencerådets afgørelse af 22. juni 2011 ophæves, subsidiært hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

Konkurrencerådet har påstået stadfæstelse.

Den påklagede afgørelse

Konkurrencerådet har den 22. juni 2011 truffet følgende afgørelse:

”5. Afgørelse

- 98 Det meddeles Tårnby Kommune og Hellers Yachtværft ApS, at Tårnby kommune har tildelt Hellers Yachtværft ApS offentlig støtte i strid med konkurrencelovens § 11 a ved fra 1. marts 2004 til 31. december 2010 at udleje lejemålet Kastrup Strandpark 9, 2770 Kastrup til Hellers Yachtværft ApS til en leje, der ligger under markedslejen.
- 99 Tårnby Kommune påbydes efter konkurrencelovens § 11 a, stk. 1, at opkræve en leje for lejemålet Kastrup Strandpark 9, 2770 Kastrup, der svarer til markedslejen. Tårnby Kommune har den 25. februar 2011 indsendt dokumentation for, at dette påbud er opfyldt pr. 1. januar 2011.
- 100 Hellers Yachtværft ApS påbydes efter konkurrencelovens § 11 a, stk. 1, at betale 556.848,43 kr. til Tårnby Kommune med tillæg af renter fra udbetalingen af den konkurrenceforvridende støtte og til betaling sker. Renterne kan pr. 22. juni 2011 opgøres

til 225.484,81 kr., jf. konkurrencelovens § 11 a, stk. 5. Betaling skal ske senest den 30. september 2011. Hellers Yachtværft ApS skal indsende dokumentation for opfyldelse af påbuddet til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen senest syv dage fra udløbet af denne frist.”

Sagens faktiske omstændigheder

Følgende oplysninger om sagens omstændigheder fremgår af Konkurrencerådets afgørelser af 23. juni 2010 og 22. juni 2011:

Afgørelserne vedrører spørgsmålet om, hvorvidt Tårnby Kommune har udlejet en ejendom til Hellers Yachtværft til en lavere leje 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, Lynettens Bådservice.

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, som er beliggende på adressen Kastrup Strandpark 9 ved Kastrup Lystbådehavn, i marts 2004.

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 og med 1. januar 2009 blev lejen årligt reguleret med 3 pct., således at lejen samlet udgjorde 530.000 kr. i 2010.

Inden Konkurrencerådet traf afgørelse, rettede Konkurrencestyrelsen 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.

Efter Konkurrencerådets første afgørelse og inden Konkurrencerådets anden afgørelse, indhentede Tårnby Kommune endnu en sagkyndig erklæring. Den viste, at markedslejen i 2010 var 590.000 kr., Hellers Yachtværft betalte en husleje på 530.000 kr. Tårnby Kommune har herefter reguleret huslejen, så den fra 1. januar 2011 er i overensstemmelse med markedslejen.

Ved Konkurrencerådets afgørelse af 22. juni 2011 vurderede rådet – i overensstemmelse med rådets tidligere afgørelse - at Tårnby Kommune havde ydet støtte til Hellers Yachtværft ApS ved at udleje lejemålet til en leje under markedslejen.

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.

Afgørelsen blev sendt til Hellers Yachtværft og Lynettens Bådservice med klagevejledning.

Parternes argumentation

Hellers Yachtværft har til støtte for påstanden navnlig gjort gældende, at det ikke er godtgjort, at huslejen er så lav, at der er tale om ulovlig støtte.

Det grundlag som Konkurrencerådet har bedømt markedslejen på er ikke korrekt, idet den af Konkurrencerådet indhentede skønrapport ikke kan stå alene, ligesom Tårnby Kommunes skønrapport heller ikke kan stå alene. Begge skønrapporter ville i øvrigt blive tilsidesat ved en sag om huslejefastsættelse efter erhvervslejeloven, ligesom de ikke i tilstrækkeligt omfang tager hensyn til finanskrisen. Der er endvidere indbyrdes uenighed

om sammenligningsgrundlaget i de to rapporter, hvilket svækker begge rapporters konklusioner.

Konkurrencerådet har derudover helt set bort fra reglerne om lejefastsættelse i erhvervslejeloven, da Rådet fastsatte markedslejen, hvilket gør, at man ikke kan støtte ret på den fastsatte markedsleje. Det bemærkes i den forbindelse, at *lex specialis* – som i dette tilfælde er erhvervslejeloven – må have forrang overfor *lex generalis* – som i dette tilfælde er konkurrenceloven. Ved at se bort fra reglerne i erhvervslejeloven, kommer Konkurrencerådet til at blande sig i det interne forhold mellem en lejer og en udlejer, hvilket ikke er Konkurrencerådets opgave.

For så vidt angår størrelsen af et eventuelt tilbagebetalingskrav, så skal proportionalitetsfaktorer og den indiskutable gode tro hos Hellers Yachtværft tillægges særlig vægt. Det er endvidere ikke nødvendigt at fastsætte et stort tilbagebetalingskrav af pønale årsager, da det er Tårnby Kommune og ikke Hellers Yachtværft, som har overtrådt reglerne for offentlig støtte.

Et tilbagebetalingskrav som det, der er besluttet af Konkurrencerådet, er en trussel mod Hellers Yachtsværfts eksistens, og det vil på ingen måde sikre den fri konkurrence i markedet.

Konkurrencerådet har til støtte for stadfæstelsespåstanden gjort gældende, at der er foretaget en korrekt vurdering af, om kommunen har ydet ulovlig offentlig støtte, og at Hellers Yachtværft har haft mulighed for at varetage sine interesser undervejs.

For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om statsstøtte, henviser Konkurrencerådet til rådets egne afgørelser af 23. juni 2010 og 22. juni 2011, samt til Konkurrenceankenævnets afgørelse af 10. februar 2010, hvor Konkurrenceankenævnet anfører, at der er tale om ulovlig støtte i denne sag.

For så vidt angår størrelsen af det tilbagebetalingspligtige beløb, så skal hensynene til Hellers Yachtværft vejes op mod hensynet til den fri konkurrence.

Konkurrencerådet har allerede ved at lægge den lavest mulige anslåede værdi til grund, nedsat det tilbagebetalingspligtige beløb, hvorfor der ikke er grundlag for at nedsætte yderligere. Det bemærkes i den forbindelse, at der i Konkurrencesager, der udspringer af EU-retten, allerede er tradition for, at tilbagebetalingsbeløbene kommer til at være i overensstemmelse med den modtagne støtte.

På denne baggrund finder Konkurrencerådet, at afgørelsen må stadfæstes, således at Hellers Yachtværft skal tilbagebetale hele den støtte, som de har modtaget.

Lynettens Bådservice har som biintervenient henvist til, at huslejefastsættelsen, både ud fra den af Konkurrencerådet indhentede erklæring, og ud fra den af Tårnby Kommune indhentede erklæring, ligger langt fra den markedsleje, som skulle være opkrævet.

Hvis man tager udgangspunkt i den leje, som Tårnby Kommune fik ind ved at udleje den tomme grund, vil man ligeledes se, at huslejen er langt fra markedslejen.

Denne alt for lave husleje, har givet Hellers Yachtværft en urimelig fordel på et meget skrøbeligt marked, hvilket sandsynligvis har været medvirkende til, at Lynettens Bådservice over de sidste to år har haft et tab på over 280.000 kr.

Det forhold, at et eventuelt tilbagebetalingskrav kan tvinge Hellers Yachtværft til at lukke, kan ikke føre til, at der kræves et mindre beløb tilbagebetalt, idet Hellers Yachtværft har modtaget den ulovlige støtte og derfor vil fortsætte med at have den store kapital til rådighed, indtil den kræves tilbagebetalt.

Afgørelsens begrundelse og resultat

I overensstemmelse med det som er anført i Konkurrenceankenævnets afgørelse af 10. februar 2011, finder Konkurrenceankenævnet det godtgjort, at Hellers Yachtværft ApS har modtaget ulovlig støtte fra Tårnby Kommune i form af en for lavt sat husleje på lejemålet Kastrup Strandpark 9, 2770 Kastrup.

Nævnet skal herefter alene tage stilling til størrelsen af det beløb, som skal tilbagebetales.

Konkurrenceankenævnet finder, at der ikke er tilvejebragt fornødent grundlag for at kunne tilsidesætte det skøn, som Konkurrencerådet har gjort vedrørende størrelsen af den ulovlige støtte. Konkurrenceankenævnet bemærker, at skønnet har støtte i de af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og af Tårnby Kommune indhentede skønsrapporter, og at Konkurrencerådet således har korrigeret vurderingen af markedslejen som følge af, at Tårnby Kommune har indhentet en ny vurdering af markedslejen efter finanskrisen, ligesom Konkurrencerådet konsekvent har valgt den lavest anslåede markedsleje, ved vurderingen af det tilbagebetalingspligtige beløb.

Konkurrenceankenævnet finder herefter, at Konkurrencerådet ved på den ene side at fastsætte fuld tilbagebetalingspligt og på den anden side at tage udgangspunkt i den lavest anslåede markedsleje, på tilstrækkelig vis har balanceret hensynene til, at det tilbagebetalingspligtige beløb skal være egnet til at sikre lige konkurrencevilkår og effektiv håndhævelse af de konkurrenceretlige regler overfor Hellers Yachtværft ApS' gode tro og det forhold, at Hellers Yachtværft ApS har indrettet sin forretning i forventning om, at lejen var korrekt fastsat.

På denne baggrund stadfæstes Konkurrencerådets afgørelse.

Herefter bestemmes

Konkurrencerådets afgørelse af 22. juni 2011 stadfæstes.

Jens Fejø

Ole Jess Olsen

Suzanne Helsteen

Christian Hjorth-Andersen

Jon Stokholm

Udskriftens rigtighed bekræftes.
Konkurrenceankenævnet den 13. januar 2011.



Susanne Winther-Nielsen
Ekspeditionssek.