



Stockholms kommun
105 35 Stockholm

STOCKHOLMS STAD
Kommunstyrelsen
Registraturet

Ink. 2018 -01- 25

Dnr: 206261

Til: Exploateringsnämnden

Botrygg Älvsjö AB ./ Stockholm kommun
angående **laglighetsprövning enligt kommunallagen**

Yttrande i målet

Ni ska yttra er över innehållet i de handlingar som bifogas. Yttrandet ska vara skriftligt och ges in till domstolen.

Yttrandet ska ha kommit in **senast den 9 februari 2018**. När tiden har gått ut kan domstolen komma att avgöra målet, även om något yttrande inte kommit in.

Att skicka handlingar till domstolen

Kom ihåg att alltid ange målnumret 24739-17 och vem som är avsändare.

Domstolen tar gärna emot inlagor via e-post. Handlingar som skickas via e-post behöver inte samtidigt skickas på annat sätt.

Mer information

Allmän information finns på domstolens webbplats. Kontakta gärna domstolen per telefon eller e-post om ni har frågor.

Malin Almqvist, Domstolshandläggare
Telefon 08-561 68000

Bifogade aktbilagor: 15

WISTRAND

FÖRVALTNINGSRÄTTEN I STOCKHOLM	
2018 -01- 17	
Målnr:	24739-17
Aktbil:	15 Avd: 33

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 Stockholm

Översändes endast per e-post till
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Göteborg den 17 januari 2018

MÅL NR 24739-17

BOTRYGG ÄLVSJÖ AB ./.. STOCKHOLMS STAD

Med anledning av Stockholms stads yttrande daterat den 23 november 2017 får vi härmed inkomma med yttrande för Botrygg Älvsjö AB. Samma definitioner används i det här yttrandet som i ansökan om laglighetsprövning.

1 TALERÄTT

- 1.1 Stockholms stad har i sitt yttrande anfört att fastställandet av tomträttsavgälden är en ren verkställighet av kommunfullmäktiges beslut om schablonmässiga avgälder och att beslutet därför inte kan prövas som en laglighetsprövning.
- 1.2 Klaganden instämmer i att beslut av rent verkställande art inte kan bli föremål för laglighetsprövning men anser inte att det i det här fallet rör sig om ett sådant beslut. Statsstöd avser enskilda transaktioner. Det som ska prövas är därför om Exploateringsnämndens beslut att anvisa mark inom fastigheten Södermalm 1:9 till avgälden 204 kronor per kvm BTA (2017 års priser) är att betrakta som stöd enligt EU-rättens respektive kommunallagens regelverk. Så är fallet om den beslutade avgälden avviker från gällande marknadspris för den aktuella marken vid tidpunkten för beslutet.
- 1.3 Stockholms stad synes mena att det istället endast är kommunfullmäktiges beslut om schablonmässiga avgälder som hade kunnat bli föremål för laglighetsprövning. Det kan dock ifrågasättas om det hade varit möjligt. Marknadsvärdet på fastigheter (och därmed även marknadsmässig avgäld) varierar betydligt över tid och mellan

olika fastigheter inom samma geografiska område.¹ Det är därför inte möjligt att veta vad marknadsvärdet kommer att vara för en viss fastighet när det blir aktuellt att fatta beslut om markanvisning. Vid tidpunkten för kommunfullmäktiges beslut hade det möjligen kunnat bedömas om schablonavgälden byggde på en rimlig uppskattning av det *genomsnittliga marknadsvärdet* för alla kommunens fastigheter vid den tidpunkten. En sådan övning hade emellertid varit meningslös ur ett statsstödsperspektiv. Regelverket avseende statligt stöd innebär att *varje enskild transaktion* mellan det allmänna och privata företag ska ske på marknadsmässiga villkor och det är inte möjligt att använda sig av någon form av genomsnittsvärde för en stor mängd inbördes disparata transaktioner. Detta innebär således att det är först när staden bestämt en specifik avgäld för en specifik fastighet som det går att bedöma om beslutet är förenligt med regelverket.

- 1.4 Det förhållandet att Stockholms stad valt att ta fram schablonavgälder och tillämpa dessa vid samtliga tomträttsupplåtelse, oaktat marknadsmässig avgäld för den enskilda fastigheten, kan inte verka till stadens fördel i detta sammanhang. Det är inte möjligt att undgå en rättslig prövning av enskilda transaktioner genom att hänvisa till kommunens egna generella principbeslut. Som utvecklats i ansökan om laglighetsprövning finns det inget stöd för att underlåta att göra en bedömning av marknadspris i samband med upplåtelse av tomträtt för fastigheter, på det sätt staden synes utgå från i sin markanvisningspolicy.²

2 BESLUTETS INNEBÖRD

- 2.1 Stockholms stad anför att en markanvisning är en option om att under viss tid och på vissa villkor ensam förhandla med staden om exploatering inom ett visst markområde. Staden gör gällande att beslutet om markanvisning därför inte innebär någon upplåtelse med tomträtt eftersom det inte är säkert att någon överenskommelse träffas inom den tvåårsperiod som markanvisningen gäller.
- 2.2 Det är korrekt att markanvisningen inte har den civilrättsliga konsekvensen att marken överläts eller upplåts till den aktör som tilldelas markanvisningen. Det är dock redan genom markanvisningsbeslutet som det utsedda fastighetsbolaget erhåller en ekonomisk fördel som kvalificeras som statsstöd eftersom markanvisningsbeslutet innebär att ett visst företag tilldelas en exklusiv rätt att förhandla om att bebygga den aktuella marken och det redan i samband med markanvisningsbeslutet fattas beslut om till vilket pris och till vilka villkor i övrigt marken ska upplåtas till fastighetsbolaget. Den efterföljande upplåtelsen, i betydelsen ingående av tomträttsavtal, är en ren verkställighetsåtgärd som typiskt

¹ Det förhållandet att markens värde kan förändras över tid påpekas för övrigt även i den av Stockholms stad åberopade domen i mål nr T244/08.

² Se ansökan om laglighetsprövning avsnitt 5.2.3 och 5.2.4.

sett hanteras på tjänstemannanivå utan ytterligare prövning i nämnd. Upplåtelsen och det statsstöd som upplåtelsen innebär är därmed redan beslutade konsekvenser av Exploateringsnämndens markanvisningsbeslut. Detta innebär att det aktuella beslutet om markanvisning, i vart fall vid en prövning enligt EU:s statsstödsregler, inte kan ses på annat sätt än att det innefattar ett beslut om upplåtelse av tomträtt till vissa villkor, oaktat att själva upplåtelsen sker i senare led efter överläggningar och förhandlingar.

3 OTILLÅTET STATSSTÖD

3.1 Inledningsvis bör noteras att Stockholms stad, såvitt kan bedömas, inte har invänt att den beslutade avgälden avseende aktuell mark är marknadsmässig. Detta är anmärkningsvärt eftersom det kan, och rimligen bör, uppfattas som att kommunen inte gör gällande att så är fallet. Botrygg utgår från att parterna är överens om den elementära rättsliga regleringen i detta avseende, nämligen att transaktioner mellan det allmänna och privata företag, inklusive upplåtelse av mark, måste ske till marknadsmässiga villkor samt att detta i enlighet med EU-domstolens rättspraxis och Kommissionens tillkännagivanden innebär att transaktionen ska bedömas utifrån principen om en privat investerare i en marknadsekonomi. För det fall det finns någon oenighet i denna grundläggande fråga bör staden ange detta och motivera sin ståndpunkt.

3.2 Med detta sagt bemöts nedan de omständigheter staden anför.

3.3 Likabehandling m.m.

3.3.1 Stockholms stad anför att tomträtsavgäldens storlek beräknas enligt kommunfullmäktiges beslut om schabloniserad tomträtsavgäld oavsett vem som är tomträttshavare och att det därmed inte sker någon särbehandling. Stockholms stad anför vidare att likställighetsprincipen inte är tillämplig på det för målet aktuella beslutet.

3.3.2 För undvikande av missförstånd bör noteras att Botrygg *inte* gör gällande att likställighetsprincipen är tillämplig i förevarande fall. Frågan är inte heller i övrigt om särbehandling har skett i prissättningen utan om prissättningen på tomträtsavgälden är lägre än marknadsvärdet och om den därmed innefattar ett stöd till en enskild näringsidkare. Vid bedömning av denna fråga talar det inte till stadens fördel att samma avgäld tillämpas också vid upplåtelse av andra tomträtter, snarare sätter det fingret på det grundläggande problemet med Stockholms stads metod för tilldelning av mark för hyresbostäder. Som påpekats ovan varierar marknadsmässig avgäld betydligt över tid och mellan olika fastigheter. Det är osannolikt, för att inte säga uteslutet, att den schablonmässigt bestämda avgälden

kommer att motsvara marknadsvärdet i samtliga de markanvisningar den sedan tillämpas för. Vad som kan förväntas ske, och enligt Botryggs mening även sker, är istället att avgälden i de enskilda markanvisningarna förhållandevis sällan motsvarar marknadspriset. I de fall avgälden avviker från marknadspriset består avvikelserna definitionsmässigt i att avgälden är lägre (för den händelse att schablonmässig avgäld skulle överstiga marknadspriset skulle någon tilldelning inte kunna ske, i vart fall inte till en sådan rationell marknadsekonomisk aktör som statsstödsregelverket utgår från).

3.3.3 I sammanhanget bör noteras att det förhållandet att avgälden är lika för alla på intet sätt innebär en likabehandling av de företag som är verksamma på marknaden för exploatering av bostäder i Stockholm, snarare tvärtom. Genom att avgälden är lika för alla, oavsett den aktuella fastighetens marknadsvärde, innebär det med nödvändighet att vissa företag kommer att gynnas genom att få tillgång till högattraktiv mark till gynnsamma villkor medan andra missgynnas genom att tilldelas mindre attraktiv mark alternativt inte tilldelas någon mark alls. Detta sker genom en icke-transparent process i vilken det inte på något sätt framgår varför vissa företag tilldelas mark medan andra inte. Riktig likabehandling skulle innebära att alla företag får betala *marknadspris*, snarare än samma belopp i kronor och ören, efter en öppen och tillgänglig process.

3.3.4 För det fall Stockholms stad av något skäl önskar upprätthålla ett system med enhetliga avgälder hindrar det inte att marknadsmässig ersättning tas ut i samband med upplåtelsen. Så kan t.ex. ske genom att anbud tas in för en engångsersättning som intresserade aktörer är villiga att betala för att få teckna avtal enligt den av kommunfullmäktige beslutade avgäldsnivån.

3.4 **Avsikten med stödet**

Stockholms stad anför vidare att man inte har haft för avsikt att gynna en enskild näringsidkare. Avsikten saknar dock betydelse för bedömningen av huruvida beslutet innebär ett otillåtet statsstöd. Det relevanta för en bedömning av eventuellt statsstöd är endast om en åtgärd objektivt sett innebär att visst företag gynnas relativt andra jämförbara företag.³

3.5 **Anbud avseende marknadsmässig avgäld m.m.**

3.5.1 Stockholms stad gör gällande att Botrygg inte har anfört några omständigheter eller presenterat någon utredning som stöder påståendet om att beslutet innebär statligt stöd. Detta påstående framstår som märkligt eftersom Botrygg gett in tre från

³ Kommissionens tillkännagivande om begreppet statligt stöd som avses i artikel 107.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (2016/C 262/01) p. 67.

varandra oberoende anbud i vilka företag i branschen förklarat sig villiga att betala en betydligt högre avgäld än den staden tillämpat i förhållande till Olov Lindgren AB. Anbudena är högst relevanta i synnerhet som Stockholms stad inte tillämpar konkurrensutsättning i samband med markanvisning med tomträtt och det därmed inte finns några marknadsmässiga transaktioner att jämföra med. Staden har inte heller genomfört någon bedömning av marknadsmässig avgäld med utgångspunkt i t.ex. en avkastningskalkyl eller andra vedertagna metoder. Anbudena visar att marknaden är villig att betala ett betydligt högre pris för tillgången till marken än vad Stockholms stad tillämpat gentemot Olov Lindgren AB. Det finns därmed en stark indikation på att marknadsvärdet är högre än det av Stockholms stad satta priset.

- 3.5.2 Staden hävdar vidare att de anbud som har inkommit inte är relevanta eftersom tomträttsavgälden beräknas i enlighet med kommunfullmäktiges beslut samt att anbudena inte kan bedömas som trovärdiga och seriösa. Vad gäller påståendet att anbudena inte är relevanta på grund av kommunfullmäktiges beslut noteras att det inte framgår hur eller vid vilken tidpunkt schablonen fastställts utan endast när kommunfullmäktige har fattat beslut. Det förklaras inte heller på vilket sätt markvärdet för alla de fastigheter som omfattas av beslutet uppskattats, bedömts eller fastställts. Det framgår därmed inte att Stockholms stad har låtit utföra en oberoende expertvärdering på föreskrivet sätt eller på annat sätt gjort en sådan bedömning av marknadsvärdet som krävs för att det ska anses vara en marknadsmässig tomträttsavgäld.
- 3.5.3 Vad gäller påståendet att anbudena inte kan bedömas som trovärdiga och seriösa är det oklart vad som avses eftersom det inte anförs några som helst skäl. Staden ombeds därför att utveckla på vilka grunder staden anser att de tre anbudena inte är seriösa.
- 3.5.4 Naturligtvis kan inte varje anbud från tredje man läggas till grund för en bedömning av marknadsvärdet men i det här fallet är det tre från varandra skilda aktörer som har erbjudit ett väsentligt högre pris än det Stockholms stad har begärt. Påståendet om att anbudena inte kan bedömas som trovärdiga och seriösa saknar grund. Det finns inte utrymme för att tolka de tre av varandra oberoende anbudena på annat sätt än att de är en indikation på marknadsvärdet. Anbudena indikerar ett högre marknadspris än den av Stockholms stad fastställda avgälden, vilket också talar för att ett otillåtet statsstöd har utgetts, jfr vad regeringsrätten uttalade om anbuds betydelse i RÅ 2010 ref. 119 I.
- 3.5.5 Sammanfattningsvis noteras följande. För att en markanvisning till ett privat företag inte ska anses utgöra ett statsstöd krävs att den aktör som anvisar marken gör det till ett marknadsmässigt pris. I förevarande fall saknas lämpliga jämförelsetransaktioner för fastställande av om markanvisningen har skett till ett


marknadsmässigt pris, vilket är en följd av Stockholms stads policy att inte konkurrensutsätta markanvisningar i form av tomträtt. Staden har inte heller genomfört någon värdering av marknadsmässig avgäld. De anbud som har inkommit talar för att priset inte är marknadsmässigt eftersom anbuden visar att det finns flera aktörer som är villiga att betala ett väsentligt högre pris än det av Stockholms stad satta schablonbeloppet. De tre anbuden kan inte anses tala för annat än att den av Stockholms stad fastställda avgälden inte är marknadsmässig.

3.6 Bevisbörda

3.6.1 Såsom anförts i ansökan om laglighetsprövning ankommer det på den offentliga parten, i detta fall Stockholms stad, att visa att transaktionen är marknadsmässig i de fall det råder tvivel. Denna bevisbörderregel har fastställts i EU-domstolens praxis och gäller vid tillämpning av unionens statsstödsregler, oberoende av vilka principer för bevisbördan som skulle ha gällt vid tillämpning av nationella materiella rättsregler.⁴ I detta sammanhang erinras även om den EU-rättsliga effektivitetsprincipen som innebär att nationella regler avseende förfarandet inte får innebära att det blir orimligt svårt att utöva de rättigheter som EU-rätten ger enskilda.⁵ Faktum är att det, i en situation där staden under lång tid underlåtit att konkurrensutsätta tilldelningar av tomträtter, torde vara svårt för en klagande att presentera starkare stöd för att betvivla avgäldens marknadsmässighet än vad som gjorts i detta mål.

3.6.2 För det fall Stockholms stad önskar anförda att beslutet är förenligt med principen om en privat investerare i en marknadsekonomi måste staden lägga fram bevis för att beslutet fattades på grundval av ekonomiska bedömningar som är jämförbara med de som en rationell marknadsekonomisk aktör med liknande egenskaper och under liknande förhållanden skulle ha utfört för att fastställa transaktionens lönsamhet eller ekonomiska fördelar.⁶ Stockholms stad har inte presenterat några sådana bevis.

Dag som ovan


Tobias Bergtsson


Karin Göranson

⁴ Se EU-domstolens domar i mål C-124/10, punkterna 82–85, samt mål C-214/12, punkt 61.

⁵ Jfr, avseende effektivitetsprincipens relevans för nationella förfaranden avseende statligt stöd, Kommissionens tillkännagivande om nationella domstolars tillämpning av reglerna om statligt stöd (2009/C 85/01) avsnitt 2.4.

⁶ Jfr Kommissionens tillkännagivande om begreppet statligt stöd som avses i artikel 107.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (2016/C 262/01) p. 79.