

WISTRAND

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM

2019-12-09

Målnr.....

Aktbil.....

Kammarrätten i Stockholm
Box 2302
103 17 Stockholm

Skickas till Förvaltningsrätten i Stockholm
E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se

ÖVERKLAGANDE

BOTRYGG ÄLVSJÖ AB

(klagande)

./.

STOCKHOLMS STAD

(motpart)

9 december 2019

Kammarrätten
i Stockholm

Ink. 2019-12-10

Målnr 8869/19 R 064

Sakkod 2601 Aktbil /

KLAGANDE

Botrygg Älvsjö AB, 556730-2905, Junkersgatan, 1582 35 Linköping

Ombud: Advokat Tobias Bengtsson och jur. kand. Karin Göranson
Wistrand Advokatbyrå, Box 11920, 404 39 Göteborg

Telefon 031-771 21 00

tobias.bengtsson@wistrand.se | karin.goranson@wistrand.se

MOTPART

Stockholms stad, 105 35 Stockholm

DOM SOM ÖVERKLAGAS

Förvaltningsrätten i Stockholms dom 2019-11-08 i mål nr 21828-19

SAKEN

Laglighetsprövning enligt kommunallagen

INNEHÅLL

| | | |
|----|---|----|
| A. | INLEDNING..... | 4 |
| B. | YRKANDE | 6 |
| C. | GRUNDER I SAMMANDRAG | 6 |
| D. | EXPLOATERINGSNÄMNDENS BESLUT | 7 |
| E. | ALLMÄN BAKGRUND AVSEENDE MARKANVISNINGAR M.M. | 8 |
| | E.1 Tilldelning av mark genom markanvisningar..... | 8 |
| | E.2 Markanvisningar i Stockholms stad | 10 |
| | E.3 Botrygg | 11 |
| F. | EU:S STATSSTÖDSREGLER ÄR TILLÄMPLIGA PÅ STADENS UPPLÅTELSE AV MARK .12 | |
| | F.1 Begreppet stöd..... | 13 |
| | F.2 Statliga medel..... | 14 |
| | F.3 Selektivitet | 14 |
| | F.4 Påverkan på handeln..... | 15 |
| G. | AVGÄLDEN ÄR INTE FÖRENLIG MED KRITERIET OM EN MARKNADSEKONOMISK AKTÖR | 16 |
| | G.1 Konkurrerande företag har erbjudit en betydligt högre avgäld | 17 |
| | G.2 Staden medger själv att avgälderna för tomträtt inte är marknadsmässiga .. | 18 |
| | G.3 Värdering enligt vedertagna metoder visar att marknadsmässig avgäld är betydligt högre..... | 21 |
| | G.3.1 Bedömning utifrån jämförande analys | 21 |
| | G.3.2 Andra bedömningsgrunder..... | 23 |
| | G.4 Sammanfattning avseende beslutets förenlighet med kriteriet om en marknadsekonomisk aktör..... | 25 |
| H. | KOMMENTARER AVSEENDE FÖRVALTNINGSRÄTTENS DOMSKÄL..... | 26 |
| | H.1 Kommissionens meddelanden och tillkännagivanden och förvaltningsrättens tillämpning av dessa | 26 |
| | H.2 Tomträttens marknadsvärde | 28 |
| | H.3 Bevisbörda och bevisvärdering | 30 |
| I. | SKÄL FÖR PRÖVNINGSTILLSTÅND | 31 |
| | I.1 Ändringsdispens | 31 |
| | I.2 Prejudikatsdispens..... | 32 |

A. INLEDNING

1. Som ombud för Botrygg Älvsjö AB ("Botrygg") får vi härmed inkomma med överklagande av Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 8 november 2019 i mål nr 21828-19.
2. Inledningsvis bör noteras att den överklagade domen är förvaltningsrättens andra dom i samma sak. Den 25 januari 2019 meddelade förvaltningsrätten sin första dom i saken. Denna dom överklagades till kammarrätten som i slutligt beslut den 26 september 2019 undanröjde förvaltningsrättens dom och återförvisade målet till förvaltningsrätten för ny prövning (kammarrättens mål nr 1648-19). Grunden för undanröjandet var bristande domförhet i förvaltningsrätten.
3. Förvaltningsrätten har därefter den 8 november meddelat dom på nytt. Denna förvaltningsrättens andra dom i saken är identisk med den föregående. De båda domarna är alltså identiska inte endast i domslut och övergripande resonemang utan ord för ord, sånär som på målnummer och datum.
4. Det framstår som att den nya nämnden inte har gjort en reell och självständig prövning av målet, utan i praktiken endast klippt in texten från den föregående domen. Om den nya nämnden hade gjort en verklig bedömning av målet är det inte sannolikt att de misstag och tämligen anmärkningsvärda resonemang som förekommer i den första domen skulle ha återupprepats i dom nummer två. Dessa frågor utvecklas mer i detalj avslutningsvis i detta överklagande (avsnitt H) men förklaras i korthet även i det följande.
5. Europeiska Kommissionen ("Kommissionen") är det organ som i fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt ("EUF-fördraget") fått till uppgift att övervaka efterlevnaden av, samt verkställa, unionens regler avseende statligt stöd. I denna egenskap utfärdar Kommissionen bindande förordningar samt tillkännagivanden, riktlinjer och andra typer av vägledande dokument för den korrekta tillämpningen av regelverket. Dessa dokument är av fundamental betydelse vid tillämpning av regelverket, särskilt mot bakgrund av att praxis från unionens domstolar endast täcker en bråkdel av de frågor som uppkommer i praktiken.

6. I den mest grundläggande frågan om innebörden av statligt stöd har Kommissionen antagit tillkännagivandet om begreppet statligt stöd.¹ I tillkännagivandet ges en generell beskrivning av begreppet statligt stöd samt vilka bedömningsmetoder som bör tillämpas för att fastställa detta. Dokumentet är central betydelse för målet och har av förklarliga skäl åberopats vid flera tillfällen av Botrygg i förvaltningsrätten.
7. Det förefaller emellertid som att förvaltningsrätten inte har tagit del av Kommissionens tillkännagivande, varken i anslutning den första eller andra domen. Istället har förvaltningsrätten i båda fallen hänvisat till ett äldre, numera upphävt, meddelande från Kommissionen. Det meddelande förvaltningsrätten hänvisar till har i själva verket ersatts av tillkännagivandet om begreppet statligt stöd.
8. Förvaltningsrätten har således, av allt att döma, avgjort målet utan att ha tagit del av en grundläggande och den för målet sannolikt mest betydelsefulla rättskällan. Om förvaltningsrätten hade tagit del av tillkännagivandet är det osannolikt att rätten hade kommit till samma slutsatser.
9. Dessutom har förvaltningsrätten tillämpat det äldre meddelandet (som alltså är upphävt sedan tre år) på ett sätt som tyder på betydande brister i förståelsen av regelverkets struktur. Förvaltningsrätten har behandlat det äldre meddelandet som någon form av särslagstiftning eller undantagsreglering för försäljning av fastigheter trots att det endast utgör Kommissionens bedömning av hur de *generella* statsstödsreglerna ska tillämpas vid fastighetsförsäljningar. Detta har fått förvaltningsrätten att felaktigt utgå från att samma grundläggande principer inte behöver tillämpas vid upplåtelse av fastigheter genom tomträtt.
10. I själva verket finns det ingen anledning att tillämpa regelverket annorlunda för upplåtelse av tomträtter än för försäljning av fastigheter. Detta beror både på att statsstödsreglerna generellt inte gör någon skillnad mellan olika typer av transaktioner (vilket understryks av att det meddelandet avseende fastighetsförsäljningar upphävts och ersatts av ett generellt tillkännagivande) och att upplåtelse av tomträtt i praktiskt och ekonomiskt hänseende är mycket lik en fastighetsförsäljning.

¹ Kommissionen tillkännagivande om begreppet statligt stöd som avses i artikel 107.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (2016/C 262/01).

11. Vidare har förvaltningsrätten gjort vissa bedömningar som antyder att rätten inte tagit del av den bevisning som föreligger i målet. Detta gäller i synnerhet förvaltningsrättens resonemang rörande att marknadspriset i en markanvisning skulle vara (väsentligt) lägre än marknadspriset för en upplåtelse som sådan. Oaktat om det skulle ligga någon som helst sanning i detta (vilket får betraktas som tveksamt) är det inte en iakttagelse som adresserar fakta i målet på ett adekvat sätt. Fakta i målet är att avgälden i den *markanvisning* som målet gäller väsentligt understiger avgälderna i jämförbara *markanvisningar*. Mot denna bakgrund framstår förvaltningsrättens resonemang som märkligt.
12. Slutligen synes förvaltningsrätten inte ha beaktat de bevisbörderegler som gäller i mål om laglighetsprövning och därför inte ansett att det åligger Stockholms stad någon form av börda att bemöta de omständigheter som ger anledning till tvivel om beslutets riktighet.
13. De ovan nämnda omständigheterna utvecklas närmare i avsnitt H nedan.

B. YRKANDE

14. Botrygg yrkar att kammarrätten upphäver Exploateringsnämndens beslut 2017-09-21, § 37 Markanvisning för bostäder inom fastigheten Södermalm 9:1 på Södermalm till Olov Lindgren AB, Dnr E2017-02767.

C. GRUNDER I SAMMANDRAG

15. Stockholms stads beslut strider mot genomförandeförbudet i artikel 108.3 EUF-fördraget samt 12 § lag (2013:388) om tillämpning av Europeiska Unionens statsstödsregler eftersom beslutet innebär statligt stöd till Olov Lindgren AB som inte anmälts på föreskrivet sätt.
16. EU:s regelverk avseende statligt stöd är tillämpligt på markanvisningsbeslutet eftersom beslutet avser upplåtelse av offentligt ägd mark till en privat aktör. Beslutet är selektivt eftersom Stockholms stad har betydande mått av diskretion när det gäller vilka företag som ska tilldelas markanvisning och på vilka grunder. Vidare är kriteriet avseende påverkan på handeln uppfyllt.
17. Beslutet strider mot statsstödsreglerna och kommunallagen eftersom Olov Lindgren AB, som är en konkurrent till Botrygg på marknaden för fastighetsexploatering och förvaltning, erhåller en ekonomisk fördel genom det överklagade beslutet. Fördelen består i att Olov Lindgren AB ges tillgång till av Stockholms stad ägd mark på villkor som inte är

marknadsmässiga. Detta är en följd av att den tomträttsavgäld som Olov Lindgren AB, och som indirekt fastställs genom markanvisningsbeslutet, väsentligt understiger marknadspriset för tillgång till mark i det aktuella området.

18. Stockholms stad har inte heller motiverat beslutet med andra, icke penningmässiga, faktorer. Staden har inte anfört några sådana omständigheter som skulle kunna motivera att den aktuella marken upplåts till underpris.
19. Beslutet strider därmed mot lag eller annan författning och ska upphävas enligt 10 kap 8 § ÄKL.

D. EXPLOATERINGSNÄMNDENS BESLUT

20. Det beslut som laglighetsprövning begärs för utgörs av Exploateringsnämndens beslut om markanvisning för bostäder på fastigheten Södermalm 9:1, **bilaga 1**. Beslutet baserar sig på Exploateringskontorets tjänsteutlåtande 2017-08-21 Dnr E2017-02767, **bilaga 2**.
21. Beslutet innebär att fastighetsbolaget Olov Lindgren AB tilldelas en exklusiv rätt att förhandla med kommunen rörande exploatering av berört markområde. Exploateringskontoret ges i uppdrag att ingå avtal med Olov Lindgren AB rörande de närmare villkoren för markanvisningen.
22. Av tjänsteutlåtandet framgår vidare att marken avses upplåtas till exploatören med tomträtt. Detta innebär att marken kommer att upplåtas till de schabloniserade tomträttsavgälderna som tillämpas av Stockholms stad. Den schabloniserade tomträttsavgälden för Södermalm uppgick 2017 till 204 kronor per kvm BTA (bruttoarea), vilken ska uppräknas till 237 kronor till 2020.
23. Anvisningen är en så kallad direktanvisning, vilket innebär att den inte föregåtts av något konkurrensutsatt förfarande. Kommunen har således inte bjudit in några andra företag i processen.
24. Trots detta inkom Botrygg samt två andra företag spontant till Exploateringskontoret med anbud för att få tillgång till marken för bostadsändamål:
 - AB Lindstams Bygg offererade 375 kronor per kvm BTA (**bilaga 3**)

- Astate Fastighetsutveckling AB offererade 380 kronor per kvm BTA (**bilaga 4**)
 - Botrygg offererade 390 kronor per kvm BTA (**bilaga 5**)
25. De inkomna anbuden överstiger den för 2017 gällande schablonavgälden (204 kronor per kvm BTA) med 84, 86 respektive 91 procent. Trots detta valde Exploateringskontoret att gå vidare genom att endast föreslå att Olov Lindgren AB skulle tilldelas markanvisning. Detta skedde, såvitt känt, utan att uppta någon form av diskussion med Olov Lindgren AB rörande de ekonomiska villkoren för upplåtelsen mot bakgrund av att marknadsvärdet för den aktuella marken visat sig vara betydligt högre än vad som återspeglas i den avgäld som staden avsett tillämpa. Exploateringskontorets förslag fastställdes av Exploateringsnämnden i det beslut som nu är föremål för laglighetsprövning.

E. ALLMÄN BAKGRUND AVSEENDE MARKANVISNINGAR M.M.

E.1 Tilldelning av mark genom markanvisningar

26. I en kommuns uppgifter ingår att styra och planera för markanvändning och byggande, inklusive att fördela rättigheter till exploatering av mark som kommunen äger. Sådan fördelning av rätt till exploatering sker normalt genom s.k. markanvisningar.
27. Markanvisningen som sådan är ett offentlighetsrättsligt beslut och innebär således inte i sig en civilrättslig överlåtelse eller upplåtelse av marken. Ett beslut om markanvisning innebär dock att visst företag "pekas ut" som exploatör för den berörda marken och de grundläggande villkoren för överlåtelsen eller upplåtelsen (köpeskilling eller tomträttsavgäld) regleras i markanvisningsbeslutet.
28. Mark som är lämplig för exploatering utgör en knapp resurs, särskilt i storstadsområdena och i Stockholmsområdet i synnerhet, vilket innebär att det råder konkurrens mellan olika fastighetsbolag avseende tillgången till sådan mark. Tillgång till mark utgör av naturliga skäl själva grundförutsättningen för dessa bolags verksamhet på marknaden. Det är vidare av mycket stor vikt för samhällsekonomin och bostadsförsörjningen att byggande och fastighetsförvaltning sker på ett effektivt sätt. Detta innebär att konkurrensen mellan fastighetsbolag bör tas tillvara för att få tillgång till bästa möjliga bostäder till bästa möjliga villkor för hyresgäster och bostadsrättsköpare respektive kommuner som tillhandahåller mark.

29. Den närmare processen för kommuners tilldelning av mark är inte detaljreglerad i lag eller föreskrifter. Lag (2014:899) om riktlinjer för kommunala markanvisningar innehåller inga konkreta krav på hur processen för markanvisning ska gå till utan innebär endast att respektive kommun ska ha antagit vissa riktlinjer för markanvisningar.
30. I praktiken genomförs markanvisningar antingen enligt ett anbudsförfarande eller som en direktanvisning. Vid anbudsförfarande bjuds intresserade företag in för att komma med förslag för exploatering av berörd mark och ange de villkor som företaget erbjuder kommunen för tillgången till marken.
31. Vid ett anbudsförfarande kan urvalet ske efter de kriterier som kommunen bestämmer på motsvarande sätt som i ett sedvanligt upphandlingsförfarande. Urvalet kan således baseras t.ex. på hur attraktivt anbudsgivarens förslag är utifrån kommunens målbild, den ekonomiska ersättning som företaget erbjuder kommunen för tillgången till marken eller andra faktorer. Vidare är det inget som hindrar att förslag värderas utifrån vilka villkor som kommer att tillämpas för framtida hyresgäster. Anbudsgivaren kan t.ex. åta sig att hålla hyrorna under en viss nivå om kommunen önskar stimulera tillgång till lägenheter med överkomliga hyror.
32. Vid en direktanvisning tilldelas marken en exploatör som förvaltningen haft diskussioner med och som man bedömer som lämplig. Förfarandet är informellt och sker inte enligt någon given process. Det är upp till kommunen om det ska göras känt i en bredare krets att kommunen överväger att besluta om markanvisning för viss mark eller om diskussionerna ska begränsas till någon eller några intressenter.
33. Vid en direktanvisning finns vidare ingen insyn i hur urvalet går till eller vilka kriterier som tillämpats, med mindre än att kommunen skulle besluta sig för att ta fram och tillgängliggöra ett sådant underlag.
34. Användningen av direktanvisningar kan anses problematisk eftersom det många gånger inte förekommer någon konkurrens om rätten att bebygga ett område. Alternativa förslag för exploatering, som skulle kunna innebära bättre villkor för kommunen eller de boende, beaktas inte nödvändigtvis. Detta förhållande och de brister i marktilldelningsprocessen som förekommer har uppmärksammats i en rad olika sammanhang. Exempelvis anför Konkurrensverket i sin rapport *Bättre konkurrens i bostadsbyggandet* (2013:10) följande:

"I många fall finns en avsaknad av marknadsmässiga överväganden vid marktilldelning. Beslut som rör mycket stora ekonomiska värden lämnas vanligen till ett fåtal personer och besluten framstår ofta som svagt motiverade. Processerna kännetecknas inte sällan av bristande transparens och är svåröversäglbara. Systemet framstår som godtyckligt och det finns incitament till ett samhällsekonomiskt ineffektivt beteende från olika aktörer på marknaden."²

Vidare anför Konkurrensverket:

"Marktilldelningsprocesser enligt sådana förutsättningar riskerar att medföra ett betydande etableringshinder på byggmarknaden. När kommunal marktilldelning sker enligt en mer sluten process genom direktanvisningar finns en risk att mer väletablerade byggherrar får otillbörliga fördelar. Marktilldelning med bristande konkurrensutsättning kan därmed potentiellt ha bidragit till att vissa sektorer i byggbranschen under lång tid kännetecknats av statiska oligopolstrukturer."³

E.2 Markanvisningar i Stockholms stad

35. Marktilldelning i Stockholms stad sker i Exploateringsnämnden efter förslag från Exploateringskontoret. Om det är fråga om mark som ska bebyggas med bostadsrätter sker, efter markanvisningsbeslut, en försäljning av berörd fastighet till de bolag som tilldelats markanvisning. Är det istället fråga om mark som ska bebyggas med hyresrätter sker ingen försäljning av marken utan denna upplåts istället med tomträtt. Detta framgår av staden markanvisningspolicy, **bilaga 6**.
36. Det bör noteras att innehavet av en tomträtt i ekonomiskt hänseende i princip motsvarar innehavet av äganderätten till fastighet. En tomträtt kan fritt säljas av innehavaren och betingar således ett ekonomiskt värde som kan jämföras med äganderätt till fastighet. Ett bolag som fått tillgång till mark genom tomträtt kan därmed tillgodogöra sig marknadsvärdet av denna genom att överlåta tomträten. Sådan handel med tomträtter sker kontinuerligt. Detta innebär alltså att ett fastighetsbolaget som tilldelats en tomträtt och uppfört ett hyreshus kan sälja hyreshuset (och tomträten) till en annan aktör och därvid tillgodogöra sig det fulla marknadsvärdet av tomträten.
37. Vad gäller de ekonomiska villkoren vid markanvisningar anges i markanvisningspolicyn (bilaga 6) uttryckligen att staden vid *försäljning*

² Konkurrensverkets rapport 2013:10, s. 66 f.

³ Konkurrensverkets rapport 2013:10, s. 73 f.

av mark måste förhålla sig till EU:s statsstödsregler respektive kommunallagens regler. Staden utgångspunkt anges bl.a. mot denna bakgrund vara att mark ska säljas till marknadspris (s 7 i policyn).

38. Vad gäller *upplåtelse av tomträtt* förklaras i policyn att det är en form av nyttjanderätt där den som erhåller tomträten i princip har rätt att använda marken på nästan samma sätt som en markägare. Det anges vidare att upplåtelsen sker till en tomträttsavgäld som bestäms av kommunfullmäktige (s 7 i policyn).
39. Det ska noteras att de för tomträtter inte, på motsvarande sätt som avseende fastighetsförsäljningar, nämns något om att staden måste förhålla sig till statsstödsreglerna och kommunallagen. Detta ger intryck av att staden inte anser att dessa regelverk är tillämpliga vid upplåtelse av tomträtt. Detta är givetvis inte korrekt i sak. När staden tillhandahåller mark måste ersättningen vara marknadsmässig oavsett om detta formellt sker genom försäljning av mark eller upplåtelse av tomträtt.
40. Enligt markanvisningspolicyn kan anvisning ske genom totalt fyra olika procedurer inkluderande direktanvisning och anbudsförfaranden. Såvitt känt tillämpas anbudsförfaranden dock sällan och i princip aldrig för mark som avses bebyggas med hyresrätter. I de fall konkurrensutsättning sker avser anbudsförfarandet således priset för en försäljning av en fastighet som ska bebyggas med andra typer av bostäder eller lokaler.

E.3 Botrygg

41. Botrygg är ett medelstort fastighetsbolag med ursprung i Linköping och som under senare år även etablerat verksamhet i Norrköping samt Stockholms- och Göteborgsområdena. Koncernen har cirka 500 anställda och förvaltar sammanlagt cirka 3 500 lägenheter.
42. Bolaget är i huvudsak inriktat mot hyresbostäder och en viktig drivkraft för bolaget är att tillhandahålla kvalitativa bostäder till överkomliga hyror och på så sätt motverka den trend med allt högre kostnader för nyproducerade bostäder som dominerat svensk fastighetsmarknad under senare år. Bolaget strävar efter att tillämpa enkla och effektiva metoder genom hela processen från initial exploatering till uppförande av byggnader och förvaltning av dessa. Detta uppnås bl.a. genom att bolaget sköter byggandet i egen regi.

43. Botrygg har under ett antal sökt etablera sig i Stockholms kommun genom att få tillgång till lämplig mark för uppförande av bostäder. Detta har dock varit förenat med stora svårigheter eftersom det, av skäl som inte är närmare kända för Botrygg, inte varit möjligt att initiera en konstruktiv dialog med Exploateringskontoret rörande potentiella markområden.
44. Botrygg har i ett antal konkreta fall tagit kontakt med Exploateringskontoret och uttryckt intresse för exploatering av viss mark, för att endast få höra att det i nuläget inte är aktuellt med att gå vidare med dessa områden. Trots detta har det visat sig att staden inte långt därefter gått vidare och tagit beslut om markanvisning för berörd mark efter en sluten process med annat fastighetsbolag. Intrycket är otvetydigt att de fastighetsbolag som sedan tidigare är etablerade i Stockholm och har upparbetade personkopplingar till Exploateringskontoret har en betydande fördel vad gäller möjligheten att få markanvisning.

F. EU:S STATSSTÖDSREGLER ÄR TILLÄMPLIGA PÅ STADENS UPPLÅTELSE AV MARK

45. Inledningsvis bör klargöras att Stockholms stad upplåtelse av mark är en sådan transaktion som omfattas av Europeiska Unionens regelverk avseende statligt stöd, det vill säga att i den utsträckning upplåtelsen sker till underpris är det fråga om ett stöd på vilket reglerna är tillämpliga. Frågan om marknadsmässigheten i stadens prissättning av den aktuella upplåtelsen utvecklas närmare i avsnitt F nedan.
46. Artikel 107.1 i Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt har följande lydelse:

”Om inte annat föreskrivs i fördragen, är stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrider konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den inre marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna.”

Stadgandet brukar delas in i fyra kriterier: (i) det ska vara fråga om ett stöd; (ii) som lämnas med *statliga medel*; (iii) vilket är *selektivt* genom att gynna vissa företag eller viss produktion; samt (iv) som *påverkar handeln* mellan medlemsstaterna.

F.1 Begreppet stöd

47. Begreppet "stöd" beskrivs närmare i tillkännagivande från Kommissionen.⁴
48. Begreppet stöd innefattar "*varje ekonomisk förmån som ett företag inte skulle ha fått under normala marknadsförhållanden, det vill säga utan statligt ingripande*". Formen för förmånen, det vill säga om det är fråga om en direkt subvention, en skattelättnad eller en transaktion på icke marknadsmässiga villkor, är irrelevant.
49. Vidare är det endast åtgärdens effekt på företaget som är relevant, och inte orsaken till eller syftet med det statliga ingripandet. I förevarande fall saknar det således betydelse om Stockholm stad inte *haft för avsikt* att specifikt gynna Olov Lindgren AB genom markanvisningen och dess prissättning. Det väsentliga är om företaget ifråga får tillgång till mark till förmånliga villkor (se närmare Kommissionens tillkännagivande, punkterna 66-68 avseende här berörda frågor).
50. Såvitt gäller transaktioner mellan offentliga organ och enskilda, såsom köp, byten eller upplåtelser, hänvisas till kriteriet om en *marknadsekonomisk aktör*, det vill säga att det ska bedömas om det offentliga organet har agerat som en marknadsekonomisk aktör skulle ha gjort i en liknande situation (se Kommissionens tillkännagivande, avsnitt 4.2).
51. Det finns inget undantag som säger att upplåtelser av mark med tomträtt eller liknande förfaranden skulle vara undantagna från begreppet statligt stöd. En annan sak är att de flesta fall av konstaterat otillåtet stöd i samband med tilldelning av mark har avsett försäljning av mark snarare än den typ av upplåtelser som avses i förevarande fall. Detta kan möjligen förklaras av att tomträttsinstitutet, i vart fall på det sätt som det används av Stockholms stad, såvitt känt inte har någon motsvarighet i andra europeiska länder.
52. Under alla förhållanden finns det ingen anledning att anta att upplåtelser i form av tomträtt skulle vara undantagna från reglerna avseende statligt stöd (jfr i detta avseende Kommissionens numera upphävda meddelande avseende statligt stöd i samband med försäljning av mark, där det anges

⁴ Kommissionen tillkännagivande om begreppet statligt stöd som avses i artikel 107.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (2016/C 262/01)

att riktlinjerna visserligen inte är tillämpliga på "leasing" av mark, men att även sådana transaktioner kan innefatta statligt stöd⁵).

F.2 Statliga medel

53. För att en ekonomisk förmån ska klassificeras som stöd ska åtgärden att bevilja stödet kunna *tillskrivas staten samt bekostas med statliga medel*. Med "staten" respektive "statliga medel" avses i detta sammanhang även kommuner och kommunala medel. Det torde vara klarlagt och ostridigt att den förmån som den avsedda upplåtelsen av tomträtt innebär kan tillskrivas Stockholms stad respektive bekostas med stadens medel.

F.3 Selektivitet

54. Vidare gäller att ett stöd, för att omfattas av regelverket, ska vara *selektivt* och således gynna visst företag eller viss produktion. En förmån som är fritt tillgänglig för alla företag på en marknad på icke-diskriminerande villkor kan inte anses utgöra stöd.
55. Systemet med anvisning av mark till underpris kan i rent formell bemärkelse anses vara lika tillgängligt för alla företag som är intresserade av att verka på Stockholms fastighetsmarknad. Dock gäller enligt fast rättspraxis att selektivitetskriteriet anses vara uppfyllt när den myndighet som beviljar förmånen har ett utrymme för skönsmässiga bedömningar i samband med beviljande av denna. Se t.ex. mål T-36/99 som innehåller följande uttalanden:

"I rättspraxis har det emellertid redan angetts att även ingripanden, som vid en första anblick förefaller vara tillämpliga på alla företag, kan vara av viss selektiv karaktär, och följaktligen anses vara avsedda att gynna vissa företag eller viss tillverkning. Så är särskilt fallet när den myndighet som skall tillämpa en allmän bestämmelse förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning vad gäller rättsaktens tillämpning"⁶;

samt

"För att en åtgärd skall anses utgöra en icke-allmän åtgärd är det inte nödvändigt att undersöka huruvida det berörda statliga organet agerade

⁵ Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (97/C 209/03), avsnitt I. Meddelandet har numera ersatts av det i föregående fotnot nämnda generella tillkännagivandet avseende begreppet statligt stöd. Detta torde dock inte innebära någon väsentlig förändring i underliggande rätt.

⁶ Förstainstansrättens dom av den 21 oktober 2004 i mål T-36/99 Lenzing AG mot Europeiska kommissionen, Rättsfallssamling 2004 II-03597, punkt 129.

godtyckligt. Det är tillräckligt att fastslå [...] att det nämnda organet förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning”⁷

56. Det är tydligt att Exploateringsnämnden har ett relativt betydande utrymme för skönsmässig bedömning när den avgör vilka företag som ska tilldelas markanvisning. Det finns inget nationellt regelverk som reglerar de närmare formerna för markanvisningar vilket innebär att respektive kommun i allt väsentligt på egen hand bestämmer på vilka grunder markanvisning ska ske. Staden inte heller gjort gällande att skulle finnas någon form av interna riktlinjer av så specifik och tydlig natur att det skulle frånta Exploateringsnämnden möjligheten att göra egna bedömningar. Det är i själva verket i hög grad oklart för utomstående hur och efter vilka principer urvalet görs.
57. Botryggs uppfattning är i och för sig att urvalet av företag som tilldelas markanvisning till och med framstår som godtyckligt från Stadens sida. Det är dock inte nödvändigt att slå fast huruvida ”godtycklighet” föreligger - det är tillräckligt att konstatera att Exploateringskontoret och Exploateringsnämnden de facto har ett inte obetydligt utrymme för egna bedömningar. Under dessa förutsättningar står det klart att selektivitetskriteriet är uppfyllt.

F.4 Påverkan på handeln

58. Vad gäller *påverkan på handeln* bör framhållas att tröskeln för att detta kriterium ska anses uppfyllt i praktiken är mycket låg enligt fast praxis. Det är därför inte nödvändigt att visa att stödet faktiskt påverkar handeln. Kravet är snarare att stödet ska vara *kapabelt* eller *riskera* att påverka handel och konkurrens. I denna del kan hänvisas till mål T-211/05 där bl.a. följande uttalas:

”När en offentlig myndighet gynnar ett företag som är verksamt inom en sektor som kännetecknas av stark konkurrens genom att bevilja detta företag en förmån, föreligger det enligt fast rättspraxis en snedvridning av konkurrensen eller en risk för en sådan snedvridning”.

59. Det finns ingen nedre gräns för hur litet stödet kan vara beloppsmässigt och ändå anses uppfylla de aktuella kriterierna och det saknar i sig betydelse om den marknad som påverkas av stödet är lokal till sin natur så länge företag från andra länder skulle kunna vara intresserade av att verka på marknaden (se punkt 192 tillkännagivandet avseende

⁷ A.a. punkt 133.

begreppet statligt stöd). I detta sammanhang noteras att i tidigare ärenden och mål som avsett kommuners tillhandahållande av mark har kraven avseende påverkan på handel och konkurrens regelmässigt ansetts uppfyllda trots att det varit fråga om relativt blygsamma belopp, se i denna del t.ex. Kommissionens beslut avseende Vänersborgs kommuns fastighetsaffärer med Hammar Nordic Plugg AB⁸ samt Tribunalens dom avseende Åre kommuns fastighetsförsäljning till Konsum Nord.⁹

60. Skillnaden mellan den schablonmässiga avgäld som Olov Lindgren AB ska betala och den avgäld som Botrygg offererat är i storleksordningen en miljon kronor på årsbasis. Sett över längre tidsperiod kan det stöd som prissättningen får anses innebära således uppgång till mångmiljonbelopp.
61. Under alla omständigheter finns skäl att anta att utländska aktörer är eller skulle kunna vara intresserade av att verka på Stockholms fastighetsmarknad och därför vilja erhålla markanvisningar. Detta är enligt gällande praxis i sig tillräckligt för att stödet ska anses kunna påverka handeln mellan medlemsstaterna.

G. AVGÄLDEN ÄR INTE FÖRENLIG MED KRITERIET OM EN MARKNADSEKONOMISK AKTÖR

62. Som berörts ovan används kriteriet om en marknadsekonomisk aktör för att bedöma om en viss transaktion som det allmänna genomför innefattar statligt stöd. Angående syftet med kriteriet kan följande stycke ur Kommissionens tillkännagivande citeras:

”Syftet med kriteriet om en marknadsekonomisk aktör är att bedöma om staten har gett ett företag en fördel genom att inte agera som en marknadsekonomisk aktör med avseende på en viss transaktion. I det avseendet är det inte relevant om ingripandet utgör ett rationellt sätt för de offentliga organen att ta hänsyn till allmänpolitiska aspekter (till exempel sysselsättningsaspekter). [...] Den utslagsgivande faktorn är om det offentliga organet har agerat som en marknadsekonomisk aktör skulle ha gjort i en liknande situation.”¹⁰

⁸ Kommissionens beslut av den 8 februari 2012 om det statliga stöd SA.28809 (C 29/10) som Sverige har genomfört till förmån för Hammar Nordic Plugg AB.

⁹ Tribunalens dom av den 13 december 2011 i mål T-244/08, Konsum Nord ekonomisk förening mot Europeiska kommissionen.

¹⁰ Kommissionen tillkännagivande om begreppet statligt stöd som avses i artikel 107.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (2016/C 262/01), punkt 76.

63. En konsekvens av ovanstående är bl.a. att det eventuella intresse staden kan ha av att gynna byggandet genom att tillhandahålla mark på förmånliga villkor saknar relevans vid bedömningen av om stöd föreligger. Detta innebär inte att regelverket omöjliggör ett gynnande av byggandet. Stöd kan anmälas till och erhålla godkännande av EU-kommissionen och det finns stödformer som omfattas av s.k. gruppundantag. Däremot är det i strid med EU-rätten och svensk rätt att implementera ett stöd som inte omfattas av gruppundantag utan att erhållit godkännande. Vidare skulle det inte vara nödvändigt att ta ut marknadspris så länge urvalet av de företag som får tillgång till mark sker enligt en transparent och icke-diskriminerande process.
64. Den fråga som ska ställas i förevarande mål är således om en privat ägare hade accepterat att upplåta marken till annan till ett årligt vederlag om 204 kronor per kvadratmeter BTA (eller den något högre avgäld som är tillämplig när tomträtten upplåts), eller om en sådan ägare hade krävt en högre avgäld. Enligt Botryggs uppfattning är det uppenbart att en privat ägare inte hade accepterat en sådan upplåtelse. Skälen till detta utvecklas närmare i det följande.

G.1 Konkurrerande företag har erbjudit en betydligt högre avgäld

65. Tre, av varandra oberoende, fastighetsbolag har avgett anbud på avgäldsnivåerna 375, 380 respektive 390 kr per kvm BTA. Anbuderna är seriöst menade och har i vart fall såvitt gäller Botrygg föregåtts av en fackmannamässig investeringskalkyl. Det förhållandet att anbuderna inkom på ett sent stadium i processen är inte ett resultat av bristande seriositet utan beror snarare på det förhållandet att det inte tidigare varit känt för anbudsgivarna att staden avser besluta om markanvisning för den aktuella marken.
66. Oaktat det förhållandet att det möjligen varit svårt för staden att i ett sent skede ta ställning till de inkomna anbuderna utan att drabbas av förseningar utgör dessa en *tydlig indikation på nivån* för en marknadsmässigt bestämd avgäld. För det fall staden hade visat intresse för de inkomna anbuderna hade företagen ifråga givetvis fått stå för sina anbud. Anbud hade inte lämnats om företagen ifråga inte bedömde att de aktuella avgäldsnivåerna låg på en bärkraftig och rimlig nivå.

G.2 Staden medger själv att avgälderna för tomträtt inte är marknadsmässiga

67. De för närvarande gällande schablonmässiga avgälderna beslutades ursprungligen av kommunfullmäktige 2016-12-12. Detta beslut blev föremål för överklagande till följd av påstådda felaktigheter i beredningen av ärendet. Mot bakgrund av överklagandena bereddes ärendet åter varvid nytt beslut med likalydande materiellt innehåll fattades 2017-03-20. Detta innebär att de materiella överväganden som ligger till grund för nuvarande schablonmässiga avgälder återfinns i underlaget till det första och numera upphävda beslutet.

68. Beredningsunderlaget till det ursprungliga beslutet, rubricerat Utlåtande 2016:188 RI (Dnr 123-745/2016), innehåller uppgifter av betydande relevans för målet. Från underlaget, vilket ges in som **bilaga 7** till detta yttrande, kan särskilt följande noteras:

Föredragande borgarråd anför som motivering till det antagna förslaget om schablonavgälder bland annat följande:

"I praktiken har tomträttsinstitutet i Stockholm [...] inneburit, och kommer även i framtiden att innebära, en kraftig subventionering av markkostnaderna. Även aktuellt förslag innebär en avgäldsnivå som ligger långt under en marknadsmässig nivå." (Bilaga 1, s 4 sista stycket, våra understrykningar)

69. Uttalandet utgör en i princip oreserverad bekräftelse av de förhållanden som Botrygg påpekat i detta mål. Uttalandet är anmärkningsvärt inte minst mot bakgrund av att borgarrådet i det närmast föregående stycket anfört följande apropå behovet att justera avgäldsnivåerna:

"Det är även oklart om en oförändrad nivå skulle vara laglig utifrån att nivåerna ska spegla marknadsvärdet." (bilaga 1 s 4 näst sista stycket)

70. I detta uttalande synes föredragande borgarråd vara införstått med principen att avgäldsnivåerna måste fastställas på marknadsmässig grund. Trots denna i sak korrekta insikt läggs det fram och antas ett förslag med avgäldsnivåer som enligt egen utsago "ligger långt under en marknadsmässig nivå".

Vidare anføres följande såvitt gäller synpunkter på den avgäldsränta som schablonen baseras på:

"Den avgäldsränta staden tillämpar är baserad på gällande domstolspraxis. I detta sammanhang är det dock viktigt att komma ihåg att

avgäldsunderlaget ligger långt under marknadspris för marken.” (Bilaga 1 s 5 sista stycket, vår understrykning)

71. Här kan som närmare förklaring noteras att den avgäld som tas ut i princip bestäms av två komponenter: "avgäldsunderlaget" utgör det markvärde som läggs till grund för beräkning av avgälden och "avgäldsrentan" utgör den avkastning som fastighetsägaren kräver för att upplåta marken. Om en fastighet t.ex. har ett marknadsvärde på 50 miljoner kronor och avgäldsrentan är 4,0 % skulle den årliga avgälden bli två miljoner kronor, under förutsättning att avgäldsunderlaget fastställs på marknadsmässig grund.
72. Vad föredragande borgarråd anför är således att avgäldsunderlaget enligt det antagna och sedermera tillämpade förslaget inte har fastställts utifrån markens marknadsvärde utan till ett väsentligt lägre belopp ("långt under marknadspris"). Konsekvensen av detta blir med nödvändighet att den tillämpade *avgälden* avviker från vad som skulle vara marknadsmässig avgäld i samma utsträckning som det fastställda *avgäldsunderlaget* avviker från fastighetens marknadsvärde.
73. Beträffande det förmånliga i att bli tilldelad markanvisning för upplåtelse av tomträtt noteras följande ur borgarrådets föredragning:
- "Vidare kan vi konstatera att det är mycket lönsamt att investera i hyresfastigheter i Stockholm (till stor del på grund av den kraftigt subventionerade marken) och att det inte finns ett direkt behov av att överföra förändringen på hyrorna. Redan i dag står byggherrarna på kö för att få möjligheten att bygga hyresrätter på stadens mark." (Bilaga 1, s 6 sista stycket, vår understrykning)*
74. Uttalandet bekräftar i praktiken en av de aspekter Botrygg sökt belysa i detta mål, nämligen att det är ekonomiskt mycket attraktivt att få möjlighet att bygga hyresrätter i Stockholm, vilket i hög grad hänger samman med att marknadsmässiga villkor inte tillämpas vid upplåtelse av mark. Detta kan med den terminologi som används i regelverk för statsstöd uttryckas som att anvisningen av mark utgör en *ekonomisk förmån* för det företag som erhåller anvisningen.
75. I övrigt kan från det aktuella beredningsunderlaget noteras att i Exploateringskontorets förslag, som sedan antas i sina huvuddrag, föreslås avgäldsunderlaget fastställas till 30 % av *bedömt markvärde* (bilaga 1, s 16 st 4). Detta sker mot bakgrund av att en tillämpning av verkliga markvärden skulle resultera i mycket kraftiga höjningar enligt Exploateringskontorets förmenande.

76. Har bekräftar således Exploateringskontoret att de schablonmässiga avgälder som staden tillämpar baseras på ett avgäldsunderlag som *medvetet fastställts till mindre än en tredjedel av marknadsvärdet*. Detta innebär mer konkret att de avgälder som tillämpas också är mindre än en tredjedel av vad som skulle vara marknadsmässig avgäld. Som redogjorts för ovan finns en direkt korrelation mellan avgäldsunderlag och uttagen tomträttsavgäld.
77. Sammanfattningsvis kan konstateras att Stockholms stads eget underlag otvetydigt bekräftar vad Botrygg påvisat med stöd även av andra indikatorer, det vill säga att de schablonmässiga avgälder som tillämpas vid upplåtelse av tomträtt inte utgör marknadsmässig ersättning för upplåtelse av marken. Avgälderna är istället baserade på cirka 30 % av det uppskattade markvärdet 2015 (som Botrygg uppfattar det avser Exploateringskontorets bedömning marknadsvärden fram till och med 2015, se bilaga 1, s 16 st 4). I detta sammanhang kan noteras att det, även med beaktande av den senaste tidens oro på fastighetsmarknaden, finns anledning att anta att marknadsvärdena i dagsläget är något högre än per 2015, vilket kan innebära att diskrepansen mellan tillämpat avgäldsunderlag och faktiska marknadsvärden idag i praktiken är större än vad som framgår av Exploateringskontorets underlag.
78. Det finns ingenting som talar för att den schablonmässiga avgäld som staden genom markanvisningsbeslutet avser tillämpa gentemot Olov Lindgren AB för den berörda marken väsentligt avviker från det generella förhållandet mellan schablonmässig avgäld och marknadsmässig avgäld. Det specifika marknadsvärdet för det berörda markområdet vid Tjurbergsparken torde alltså inte avvika på något betydelsefullt sätt från det genomsnittliga markvärdet på Södermalm, som är det område som den schablonmässiga avgälden omfattar (jämför tabell över avgälder vid nyupplåtelse enligt kommunfullmäktiges beslut, **bilaga 8**).
79. Även för det fall det specifika marknadsvärdet för den aktuella marken mot förmodan skulle vara t.ex. 10 % lägre än genomsnittet inom området skulle det inte göra någon skillnad för bedömningen. Det tillämpade avgäldsunderlaget (det vill säga 30 % av Exploateringskontorets uppskattade genomsnittliga marknadsvärde för Södermalm) skulle fortfarande bara vara en tredjedel av markens egentliga värde.

G.3 Värdering enligt vedertagna metoder visar att marknadsmässig avgäld är betydligt högre

80. I Kommissionens tillkännagivande avseende begreppet statligt stöd beskrivs hur en transaktion bör värderas vid tillämpning av kriteriet om en marknadsekonomisk aktör (avsnitt 4.3). För det fall det genomförts "konkurrensutsatt, transparent, icke-diskriminerande och villkorslöst anbudsförfarande" kan man normalt utgå från att transaktionen uppfyller kriteriet om en marknadsekonomisk aktör.
81. Beslutet om markanvisning till Olov Lindgren AB har dock inte föregåtts av något anbudsförfarande. I detta fall måste därför s.k. jämförande analys eller andra bedömningsgrunder tillämpas (punkt 97). Detta sker i det följande.

G.3.1 Bedömning utifrån jämförande analys

82. Jämförande analys innebär att det marknadsmässiga priset uppskattas med utgångspunkt i tidigare transaktioner avseende liknande objekt som kan presumeras ha skett på marknadsmässiga villkor. Så är fallet om transaktionen skett mellan privata aktörer eller föregåtts av ett öppet och icke-diskriminerande anbudsförfarande.
83. Vad gäller upplåtelse av tomträtter inom Stockholms stad saknas tillgång till sådana jämförelsetransaktioner. Detta är en följd av att staden inte tillämpar konkurrensutsättning vid tilldelning av mark för tomträtt (samt att det endast är kommuner som har möjlighet att upplåta tomträtt varför det inte finns några transaktioner mellan privata parter att jämföra med).
84. I denna situation finns anledning att istället jämföra med upplåtelser i andra kommuner som tillämpar konkurrensutsättning i samband med markanvisning för hyresbostäder. Det noteras i detta sammanhang att flertalet av landets kommuner har en bostadsmarknad som inte är jämförbar med bostadsmarknaden i Stockholm i den meningen att efterfrågan på mark för bebyggelse inte är lika stor som i Stockholm. Marknadsmässig avgäld bör därför typiskt sett vara högre i Stockholm än i andra kommuner.
85. I de kranskommuner som ingår i Storstockholm torde dock bostadsmarknaden vara åtminstone delvis jämförbar med situationen i Stockholm. Av dessa kommuner noteras att Nacka kommun till stor del tillämpar konkurrensutsatta anbudsanförfaranden i samband med

markanvisningar. De avgälder som beslutats i Nacka kan därför antas spegla marknadsmässig avgäld relativt väl.

86. Nacka kommun har såvitt Botrygg kunnat identifiera fattat beslut om markanvisningar för hyresbostäder efter konkurrensutsatt anbudsförfarande i tre fall från 2015 till dags dato.¹¹ Dessa redovisas nedan.

| <u>Markanvisning</u> | <u>Datum</u> | <u>Avgäld</u> | <u>Dokument</u> |
|---------------------------------|--------------|--------------------|------------------|
| Sicklaön 40:14 och 134:1 | 2015-08-31 | 330 kr per kvm BTA | Bilaga 9 |
| Orminge 45:1 | 2016-08-29 | 367 kr per kvm BTA | Bilaga 10 |
| Kvarteret Brytaren | 2016-11-28 | 407 kr per kvm BTA | Bilaga 11 |

103. Som framgår är de avgälder som fastställts efter ett konkurrensutsatt förfarande i Nacka kommun genomgående betydligt högre än den avgäld Stockholms stad fattat beslut om avseende den aktuella marken på Södermalm. Det saknas anledning att anta att de redovisade markanvisningarna i Nacka kommun inte skulle vara jämförbara med den i målet aktuella markanvisningen (med undantag för det förhållandet att efterfrågan på mark på Södermalm sannolikt är högre och att marknadsmässig avgäld för mark på Södermalm därmed kan antas vara något högre än för jämförelseobjekten).
104. Av den redogörelse som återfinns i bilagorna 9–11 avseende markanvisningar i Nacka kommun framgår också tydligt att markanvisning genom konkurrensutsatt anbudsförfarande på intet sätt utgör hinder för att väga in andra viktiga parametrar än pris, såsom gestaltning och förenlighet med kommunens allmänna inriktning för områdets bebyggelse.
105. Sammanfattningsvis noteras att värdering enligt metoden jämförande analys, baserat på det underlag som finns tillgängligt, indikerar att marknadsmässig avgäld för den i målet aktuella marken är betydligt högre än de 204 kr per kvm BTA som angivits i det överklagade beslutet.

¹¹ Totalt har betydligt fler än dessa tre markanvisningsbeslut fattats men merparten avser markanvisning med "fri upplåtelseform" varvid praxis i Nacka kommun liksom i Stockholm är att marken överläts till exploatören istället för att upplåtas genom tomträtt.

106. Det bör särskilt framhållas att prissättningen vid markanvisning avseende tomträtter i Nacka kommun är jämförbar med Stockholms stad prissättning för markanvisning på så sätt att också för markanvisningarna i Nacka innebär återstår det en del arbete för fastighetsbolaget/exploatören innan ett civilrättsligt bindande avtal avseende tomträtten kan ingås. Prisnivåerna i Nacka kommun visar således det marknadsmässiga priset för markanvisningar *med beaktande* av de eventuella kostnader och risker som återstår innan slutlig upplåtelse och byggnation kommer till stånd. För det fall alla moment hade varit avklarade och fastighetsbolaget/exploatören omgående kunde starta exploateringen får det antas att tomträttsavgälden hade varit ytterligare något högre.
107. Mot denna bakgrund framstår förvaltningsrättens domskäl som förfelade i den del de stödjer sig på tanken att priset vid tilldelning av markanvisning är lägre än det annars gällande marknadspriset. Vad Botrygg gör gällande, och som får starkt stöd av de data som finns tillgängliga, är att det marknadsmässiga priset *i markanvisningsledet* är betydligt högre än det som Stockholms stad tillämpat, sannolikt minst dubbelt så högt. Det går därför inte att på det sätt som förvaltningsrätten gjort allmänt hänvisa till eventuella risker innan den slutliga upplåtelsen sker till stöd för den av Stockholms stad tillämpade prissättningen skulle kunna vara marknadsmässig.

G.3.2 Andra bedömningsgrunder

108. I Kommissionens tillkännagivande nämns värdering baserat på avkastning (eller internränta, som är det begrepp Kommissionen använder) som en erkänd metod för användning vid bedömning avseende potentiellt statsstöd (avsnitt 4.2.3.2 ii). I fastighetsbranschen utgör avkastningsvärdering en vedertagen metod för att bedöma värdet av viss mark. Metoden innebär att marken värderas utifrån antagandet att innehavaren ska få en acceptabel årlig avkastning i form av hyror eller andra intäkter. Om acceptabel avkastning t.ex. är 4% innebär det ett tak för vad marken kan anses vara värd givet de hyresintäkter som kan påräknas.
109. Inför det att Botrygg övervägde att lämna anbud avseende den aktuella markanvisningen på Södermalm genomfördes avkastningskalkyler baserat på olika avgäldsnivåer. Beträffande den offererade avgälden, 390 kr per kvm BTA, återfinns avkastningskalkylen i **bilaga 12**. Av kalkylen framgår att den bedömda direktavkastningen (eller

internräntan) vid ett genomförande av projektet med den offererade avgäldsnivån uppgår till 3,65 %.

110. Detta är en avkastningsnivå som med marginal överstiger vad som utgör marknadsmässig direktavkastning enligt värderingsinstitut som NAI Svefa och Cushman & Wakefield, vilka bedömer marknadsmässig direktavkastning till 3,0 % respektive 3,25 %. Det av Botrygg framlagda anbudet avseende markanvisningen är således baserat på en kalkyl enligt vilken Botrygg förväntar sig att erhålla marknadsmässig avkastning på investeringen med viss säkerhetsmarginal.
111. En avkastningskalkyl kan även användas för att bedöma marknadsmässig avgäld baserat på vilken avkastning en privat investerare kan förväntas kräva (det vill säga marknadsmässig avkastning). Det handlar i detta fall om att fastställa hur hög avgäld kalkylen tillåter för att projektet ändå ska generera en acceptabel avkastning för investeraren.
112. Botrygg har i detta syfte tagit fram en kalkyl enligt **bilaga 13**. I kalkylen antas att investeraren kräver en beräknad direktavkastning om 3,48 % för att ha viss säkerhetsmarginal i förhållande till den marknadsmässiga faktiska avkastningsnivån om 3,0-3,25 %. Detta mot bakgrund av att kalkylen bör innehålla visst utrymme för oväntade utgifter eller ökade byggkostnader m.m. När den sålunda önskade direktavkastningsnivån om 3,48 % appliceras i det aktuella fallet framgår att kalkylen "tål" en avgäld som uppgår till cirka 441 kr per kvm BTA. Detta är således den avgäld som skulle kunna appliceras utan att direktavkastningen sjunker under den nivå som marknaden kan antas acceptera, eller annorlunda uttryckt: den marknadsmässiga avgäldsnivå som skulle kunna påräknas vid ett konkurrensutsatt förfarande för markanvisning.
113. Sammantaget noteras att värdering baserat på bedömd avkastning/internränta indikerar att marknadsmässig avgäld för den i målet aktuella marken är betydligt högre än de 204 kr per kvm BTA som angivits i det överklagade beslutet. Även den alternativa värderingsmetod som Kommissionen hänvisar till visar således tydligt att avgälden inte är marknadsmässig.

G.4 Sammanfattning avseende beslutets förenlighet med kriteriet om en marknadsekonomisk aktör

114. Sammanfattningsvis finns i målet följande utredning rörande marknadsmässig avgäld för den mark som omfattas av det överklagade beslutet:
- (i) Tre, av varandra oberoende, fastighetsbolag har avgett anbud på avgäldsnivåerna 375, 380 respektive 390 kr per kvm BTA. Anbuderna är seriöst menade och har i vart fall såvitt gäller Botrygg föregåtts av en fackmannamässig investeringskalkyl. Det förhållandet att anbuderna inkom på ett sent stadium i processen är inte ett resultat av bristande seriositet utan beror snarare på det förhållandet att det inte tidigare varit känt för anbudsgivarna att Staden avser besluta om markanvisning för den aktuella marken.
 - (ii) I stadens egna dokumentation rörande avgäldsnivåerna framgår mycket tydligt att avgälden inte är marknadsmässig samt att staden är väl medveten om detta förhållande. Det framgår vidare uttryckligen att staden valt att fastställa avgäldsunderlaget till 30% av bedömt marknadsvärde. *Detta innebär att marknadsmässig avgäld för mark på Södermalm enligt stadens egen bedömning är betydligt högre än de 204 kronor på kvm BTA som den schablonmässiga avgälden innebär. Det finns inget som tyder att aktuellt markområde vid Tjurbergsparken skulle avvika väsentligt i marknadsvärde från annan mark på Södermalm, och Stockholms stad har inte heller gjort gällande att så skulle vara fallet.*
 - (iii) En jämförande analys av avgälder som beslutats i de fall markanvisning för hyresbostäder föregåtts av ett konkurrensutsatt anbuds-förfarande visar att marknadsmässig avgäld är betydligt högre än den av staden tillämpade nivån. De skillnader som finns mellan jämförelseobjekten och den i målet aktuella markanvisningen torde snarast innebära att marknadsmässig avgäld är *högre* än vad som tillämpats för jämförelseobjekten.
 - (iv) En bedömning baserat på en fackmannamässig avkastningskalkyl visar att marknadsmässig avgäld torde uppgå till omkring 440 kr per kvm BTA och i alla händelser väsentligt överstiga den av staden tillämpade avgäldsnivån.

115. Sammantaget talar den av Botrygg förebringade utredningen mycket starkt för att den av Staden tillämpade avgäldsnivån om 204 kr per kvm BTA inte är förenlig med kriteriet om en aktör i en marknadsekonomi. Det noteras att Stockholms stad inte har bestritt detta förhållande och inte framlagt några omständigheter som talar för att avgälden är marknadsmässig.

H. KOMMENTARER AVSEENDE FÖRVALTNINGSRÄTTENS DOMSKÄL

I detta avsnitt kommenterar Botrygg särskilt förvaltningsrättens resonemang och slutsatser under rubriken "Förvaltningsrättens bedömning" (s 10 ff. i den överklagade domen).

H.1 Kommissionens meddelanden och tillkännagivanden och förvaltningsrättens tillämpning av dessa

116. På s. 10 f. för rätten ett resonemang angående Kommissionens meddelande om inslag av statligt stöd vid försäljning av mark och byggnader (EGT C 209, 10.07.1997, s. 3.5). Förvaltningsrätten bedömer därvid att någon anmälningsskyldighet inte kan grundas direkt på meddelandet samt att dess karaktär av undantag innebär att det inte får ges en tillämpning utöver dess ordalydelse.
117. Här ska för det första noteras att ingen har påstått att meddelandet som sådant ger upphov till någon anmälningsskyldighet. Bortsett från det förhållandet att meddelandet har ersatts med det mer generella tillkännagivandet avseende begreppet statligt stöd¹² så är det självklart att Kommissionens meddelande inte i sig kan föranleda anmälningsskyldighet.
118. Vidare innebär förvaltningsrättens bedömning avseende meddelandets karaktär av undantag (och att detta därför inte får ges en vidare tillämpning än dess ordalydelse) att det måste sättas ifråga om rätten på ett riktigt sätt har förstått statsstödsreglernas uppbyggnad och funktion.
119. Förbudet mot statligt stöd och anmälningsskyldigheten återfinns i artiklarna 107 och 109 i fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt och endast där. Det åligger Kommissionen att implementera och tolka dessa

¹² Kommissionen tillkännagivande om begreppet statligt stöd som avses i artikel 107.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (2016/C 262/01).

bestämmelser. Baserat på de erfarenheter Kommissionen gjort vid tillämpning av regelverket har Kommissionens utfärdat olika former av riktlinjer, benämnda som tillkännagivanden, meddelanden etc. Riktlinjerna utgör en kvalificerad bedömning av gällande rätt och beskriver den analysram Kommissionen använder och som kan förväntas leda till korrekta bedömningar.

120. Under 1997 utfärdades ett meddelande rörande försäljning av mark och byggnader då Kommissionen hade noterat att många av de ärenden som aktualiserades gällde just sådana transaktioner. Meddelandet utgör inte lagstiftning utan beskriver en metod för att analysera denna typ av transaktioner på ett sätt som Kommissionen menar kommer att leda till en korrekt bedömning under de generella reglerna om stöd i fördraget. Meddelandet har därmed inte någon "karaktär av undantag" i den meningen att den rättsliga regleringen av markförsäljningar skulle skilja sig från regleringen av andra transaktioner. Det är exakt samma regler som tillämpas oavsett vilken typ av transaktion som är för handen. Markförsäljningar är inte och har aldrig varit föremål för någon specialreglering.
121. Mot denna bakgrund måste också konstateras att förvaltningsrättens fråga huruvida meddelandet är "tillämpligt" på tomträttsupplåtelser är felställd, i vart fall om man skulle knyta någon särskild rättsverkan till meddelandets tillämplighet. En korrekt fråga vore om meddelandet är *användbart* och *relevant* till följd av att de principer och metoder som beskrivs framstår som helt eller delvis relevanta även för bedömning av tomträttsupplåtelser.
122. I detta avseende noteras att försäljning respektive upplåtelse av mark genom tomträtt har tydliga beröringspunkter. Det finns inget som talar för att upplåtelse av tomträtt bör bedömas utifrån väsentligt andra grunder än försäljning av mark. I båda fallen görs kommunal mark tillgänglig till privata aktörer på ett sätt som gör att de privata aktörerna kan förfoga över marken genom bebyggelse och vidareförsäljning. De civilrättsliga skillnader som föreligger mellan tomträttsupplåtelse och fastighetsförsäljning saknar betydelse ur ett statsstödsperspektiv.
123. Huruvida rätten bedömer att det aktuella meddelandet är användbart eller inte är dock ytterst av underordnad betydelse. Rätten måste under alla omständigheter tillämpa en bedömningsmetod som är förenlig med kriteriet om en marknadsekonomisk aktör. Tillämpningen av detta kriterium beskrivs utförligt i Kommissionens tillkännagivandet om

begreppet statligt stöd och det är den beskrivningen som bör användas i målet.¹³

124. Anledningen till att förvaltningsrättens resonemang avseende meddelandet kommenteras relativt utförligt är dels att det antyder att rätten inte har uppfattat statsstödsregelverkets uppbyggnad på ett riktigt sätt, dels att det förefaller som att detta de facto kan ha fått rätten att komma till ett felaktigt slut. Bedömningen att (det upphävda) meddelandet utgör en "undantagsreglering" synes ha inneburit att förvaltningsrätten helt avstått från att söka ledning i de rättskällor som finns, det vill säga primärt Kommissionens riktlinjer och tillkännagivanden.
125. Vidare förefaller rätten inte ha noterat att meddelandet har ersatts av det generella tillkännagivandet avseende statligt stöd, vilket rätten skulle ha gjort om den hade tagit del av tillkännagivandet. Sistnämnda tillkännagivande är under alla omständigheter "tillämpligt" i den meningen att det avser alla typer av transaktioner oavsett form och föremål. Rätten har dock inte i någon del tillämpat eller förhållit sig till tillkännagivandet, vilket är synnerligen anmärkningsvärt särskilt som förvaltningsrätten precis har slagit fast att ett annat dokument från Kommissionen av liknande natur *inte* ska tillämpas.
126. Av allt att döma har förvaltningsrätten inte tagit del av tillkännagivandet om begreppet statligt stöd. Faktum är att förvaltningsrätten, efter att den slagit fast att meddelandet rörande statligt stöd vid försäljning av mark inte ska tillämpas, inte tillämpar eller förhåller sig till *någon* av de rättskällor som bör vara relevanta för att komma till en riktig bedömning (såsom Kommissionens tolkningsmeddelanden, EU-domstolens praxis eller för den delen praxis från HFD eller kammarrätterna).

H.2 Tomträttens marknadsvärde

127. På sidan 13 för förvaltningsrätten ett resonemang rörande tomträttens marknadsvärde och framhåller därvid bl.a. risken att slutlig överenskommelse inte nås, risk till följd av att detaljplanearbetet inte är klart samt att det måste finnas möjlighet att ta hänsyn till andra omständigheter än rent penningmässiga skillnader. Förvaltningsrättens

¹³ Som nämnts ovan är meddelandet rörande försäljning av mark under alla omständigheter formellt upphävt och ersatt med det generella tillkännagivandet rörande begreppet statligt stöd.

resonemang i dessa delar synes vara avgörande för bedömningen att upplåtelsen inte innebär ett "individuellt riktat stöd".

128. De omständigheter förvaltningsrätten nämner adresserar dock inte fakta i målet på ett adekvat sätt. Avgälden för tomträten gäller från och med den dag då tomträten de facto upplåts till Olov Lindgren AB. Det är således inte en avgäld som betalas "på spekulation" om att få tillgång till marken. När upplåtelsen sker och avgälden börjar gälla finns det ingen osäkerhet som skulle motivera en rabatt utifrån den avgäldsnivå som annars skulle vara marknadsmässig.
129. Även om man skulle anse att det är motiverat med viss rabatt för att den slutliga upplåtelsen förutsätter att Olov Lindgren AB dessförinnan är engagerat i en process i vilken slutligt utförande och gestaltning bestäms, så kan inte den rabatten vara så stor som 40-50% av marknadsmässig ersättning. En sådan konklusion framstår som direkt orimlig och inte ens staden har påstått att så skulle vara fallet. Det är istället förvaltningsrätten själv som för fram denna tanke, dock utan att anföra något helst stöd mer än ett mycket allmänt resonemang om att marknadsvärdet påverkas av många faktorer.
130. Än viktigare är möjligen att de risker förvaltningsrätten framhåller inte på något sätt förtar värdet av den bevisning som föreligger i målet. Den avgäld som markanvisningsbeslutet gäller är nämligen fullt ut jämförbar med de marknadsmässigt bestämda avgäldsnivåer som Botrygg har jämfört med. De konkurrensutsatta markanvisningar från Nacka kommun som Botrygg har redovisat, där avgälden är upp till 407 kronor per kvadratmeter BTA utgör inte heller slutliga upplåtelser. Även i dessa fall återstår således en process där fastighetsbolaget behöver vara engagerat i frågor om utformning m.m. och det finns en i vart fall teoretisk risk att en upplåtelse inte kommer till stånd. För det fall någon sådan process inte återstod är det möjligt att avgälderna hade blivit ytterligare något högre.
131. Samma förhållande gäller för de anbud som inkommit avseende den aktuella tomträten (upp till 390 kronor). Anbudet är lämnade utifrån att det återstår en process innan upplåtelsen kan verkställas och hade möjligen varit något högre om det gällde en slutlig upplåtelse med alla detaljer kända.
132. Botrygg har således inte "jämfört äpplen med päron" utan de jämförelsepriser Botrygg redovisat för att påvisa tomträttens marknadsvärde är fullt ut jämförbara med det pris som Stockholms stad

tillämpar avseende upplåtelsen till Olov Lindgren AB. Det är oklart vad förvaltningsrätten syftar på när värdet av denna bevisning underkänns. Det anförs under alla omständigheter inga begripliga skäl till varför bevisningen inte skulle vara relevant och betydelsefull.

133. Vad gäller förvaltningsrättens hänvisning till omständigheter som inte är "rent penningmässiga" så ifrågasätter inte Botrygg att detta kan ha betydelse. Problemet i sammanhanget är att staden inte har lämnat någon information om några sådana omständigheter eller hur dessa omständigheter i så fall skulle ha värderats. Det borde legat i stadens intresse att göra det mot bakgrund av den bevisning som tyder på att marknadsvärdet för tomträten ifråga är betydligt högre än den beslutade avgälden. Mot denna bakgrund framstår förvaltningsrättens resonemang rörande eventuella icke penningmässiga omständigheter som något spekulativt.

H.3 Bevisbördan och bevisvärdering

134. På sidan 14 i domen anger förvaltningsrätten att det "...ankommer i första hand på klaganden att ange sådana konkreta omständigheter som skulle medföra att det överklagade beslutet innebär ett individuellt inriktat stöd till enskilda näringsidkare". Detta är givetvis korrekt i sak. Dock är det så att kommuner måste anses ha ett visst utredningsansvar och bevisbördan går i vissa fall över till den kommunala parten (jfr Bohlin, *Kommunalrättens grunder*, uppl. 7, 2016, s. 318).
135. Detta torde vara fallet när det riktats anmärkningar mot beslutet som i vart fall ger anledning till tvivel om beslutets riktighet. Kommunen måste i en sådan situation anses ha ett ansvar att bemöta anmärkningarna och förebära underlag för sitt beslut (se t.ex. RÅ 2010 ref. 119). Jfr även t.ex. RÅ 1993 ref. 98 där Regeringsrätten menade att det av kommunen framlagda underlaget "inte visade" att viss stödåtgärd var av sådan karaktär att den var tillåten. Bevisbördan ligger således inte uteslutande på den klagande även om det naturligtvis åligger denne att i första läget föra fram omständigheter som ger anledning till tvivel om beslutets lagenlighet.
136. I förevarande fall är det visat att staden har valt att fastställa avgäldsunderlaget till 30% av bedömt markvärde. Detta innebär således att staden uttryckligen och medvetet baserar avgälden på ett markvärde som är mindre tredjedel av marknadsvärdet. Botrygg har vidare visat att marknadsmässig avgäld vid markanvisningar för tomträtt i Nacka är 60-100% högre än den avgäld Stockholms stad tillämpar för i målet aktuell

mark på Södermalm. Markanvisningarna är jämförbara och något annat har inte heller påståtts. Botrygg har slutligen visat att tre andra aktörer i branschen lämnat anbud som är upp till 91% högre än den tillämpade avgälden för den aktuella marken.

137. De anmärkningar som framförts ovan visar eller talar i vart fall med styrka för att den av staden tillämpade avgälden inte är förenligt med kriteriet om en marknadsekonomisk aktör. Det torde vara uppenbart staden under dessa omständigheter har ett ansvar för att bemöta det framförda.
138. Stockholms stad emellertid *inte ens påstått* att avgälden är marknadsmässig. Staden har vidare inte framlagt något underlag som skulle kunna ge anledning att ifrågasätta den bevisning Botrygg framlagt rörande marknadsmässig avgäld. Att under dessa omständigheter endast konstatera att Botrygg inte visat att den underprissatta avgälden innehåller element av statligt stöd framstår som en felaktig tillämpning av bevisbördereglerna.

I. SKÄL FÖR PRÖVNINGSTILLSTÅND

I.1 Ändringsdispens

139. Det framgår av redogörelsen i detta överklagande att det finns skäl att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till, varför prövningstillstånd ska meddelas enligt 34 a § p. 1 förvaltningsprocesslagen. Bestämmelsen är tänkt att ges en generös tillämpning och syftar till att säkerställa att alla avgöranden som bedöms som tveksamma ska tas upp till fullständig prövning (se Von Essen, 2017, *Förvaltningsprocesslagen - En kommentar*).
140. I denna del bör särskilt framhållas vad som anförts under avsnitt H ovan (Kommentarer avseende förvaltningsrättens domskäl). Det är anmärkningsvärt att förvaltningsrätten inte synes ha uppmärksammat att de riktlinjer som gällt för bedömning specifikt av försäljning av mark har upphävts och ersatts med riktlinjer som gäller alla typer av transaktioner. Så är fallet inte minst mot bakgrund av att de senare riktlinjerna är ett helt central dokument för den riktiga förståelsen av regelverket och dess tillämpning i förevarande fall.
141. Vidare synes förvaltningsrätten ha missuppfattat den bevisning Botrygg framlagt eller i vart fall värderat denna på ett märkligt sätt. De omständigheter förvaltningsrätten pekar på i sina domskäl synes sakna

relevans för frågeställningen i målet i vart fall med beaktande av de fakta som föreligger (se särskilt punkterna 130-132 ovan).

142. Slutligen är det anmärkningsvärt att förvaltningsrätten kommit till slutsatsen att staden inte har något ansvar för att framlägga underlag som bemöter den bevisning Botrygg har framlagt. Faktum är ju, som framhållits ovan, att staden inte har ens påstått av avgälden skulle vara marknadsmässig. Mot denna bakgrund blir det närmast märkligt när förvaltningsrätten resonerar på ett sätt som tycks innebära att avgälden trots detta möjligen ändå är marknadsmässig.

I.2 Prejudikatsdispens

143. Frågor angående lämnande av stöd i strid med genomförandeförbudet har endast prövats av svensk domstol i ett mindre antal fall. En översikt över mål återfinns i SOU 2011:69 Olagligt statsstöd. Till den redovisade listan kan läggas förvaltningsrättens i Linköpings dom 2012-09-28 i mål 7249-11, i vilken domstolen konstaterade att Eskilstuna kommuns inköp av konferenstjänster från ett hotell stred mot genomförandeförbudet.
144. Det finns i och för sig tämligen omfattande praxis på EU-nivå från unionsdomstolarna och Kommissionen, i vilken det bland annat klargörs att kommuner vid inköp av fastigheter måste förvissa sig om att priset är marknadsmässigt genom att t.ex. låta utföra värderingar. Bland annat mot bakgrund av förvaltningsrättens dom i detta mål torde det emellertid vara av utomordentligt stor betydelse för en korrekt rättstillämpning i svenska domstolar att denna praxis bekräftas även av högre rätt i Sverige.

Dag som ovan



Tobias Bengtsson

Karin Göransson

BILAGEFÖRTECKNING

| | |
|------------------|---|
| Bilaga 1 | Exploateringsnämndens beslut om markanvisning |
| Bilaga 2 | Exploateringskontorets tjänsteutlåtande 2017-08-21 Dnr E2017-02767 |
| Bilaga 3 | AB Lindstams Bygg offert |
| Bilaga 4 | Astate Fastighetsutveckling AB offert |
| Bilaga 5 | Botryggs offert |
| Bilaga 6 | Stockholms stads markanvisningspolicy |
| Bilaga 7 | Utlåtande 2016:188 RI (Dnr 123-745/2016) |
| Bilaga 8 | Tabell tomträttsavgälder vid nyupplåtelse |
| Bilaga 9 | Markanvisning Sicklaön 40:14 och 134:1 |
| Bilaga 10 | Markanvisning Orminge 45:1 |
| Bilaga 11 | Markanvisning Kvarteret Brytaren |
| Bilaga 12 | Avkastningskalkyl Tjurbergsparken Södermalm |
| Bilaga 13 | Värdering marknadsmässig avgäld Tjurbergsparken Södermalm |

KAMMARRÄTTEN
I STOCKHOLM

Ink. 2019 -12- 10

Målnr.
Aktbil