



Stockholms stad
Stadshuset
105 35 Stockholm

Botrygg Älvsjö AB ./ Stockholm stad
angående **Laglighetsprövning enligt kommunallagen**

Ni får tillfälle att **senast den 12 augusti 2020** komma in till domstolen med ett skriftligt yttrande över bifogad handling, aktbilaga 31.

Om ni inte yttrar er inom den angivna tiden kan målet ändå komma att avgöras.

Domstolen tar gärna emot handlingar via e-post. Det som skickas med e-post behöver inte skickas på annat sätt. Kom ihåg att ange målnummer 8869-19.

Wid Zakarneh
Telefon 08-561 693 16

Bifogade handlingar: aktbilaga 31

Kammarrätten i Stockholm
Box 2302
103 17 Stockholm

KAMMARRÄTTEN
I STOCKHOLM
Rotel 064

INKOM: 2020-07-27
MÅLNR: 8869-19
AKTBIL: 31

YTTRANDE

BOTRYGG ÄLVSJÖ AB

(klagande)

./.

STOCKHOLMS STAD

(motpart)

27 juli 2020

A. INLEDNING

1. Botrygg får med hänvisning till kammarrättens underrättelse 2020-06-18 inkomma med följande yttrande. Samma definitioner används i detta yttrande som Botryggs överklagande.
2. Detta yttrande utgör i huvudsak ett svar på stadens yttrande i aktbilaga 23.
3. Inledningsvis ska, mot bakgrund av vad staden nämner om andra mål rörande markanvisningar, noteras att förekomsten av andra mål i vilka Botrygg begärt laglighetsprövning av markanvisningar helt saknar betydelse för bedömningen i detta mål. De andra målen avser andra situationer med andra förutsättningar och Botrygg har med något undantag inte heller företrätts av ombud.

B. TILLÄMPLIGHETEN AV EU:S STATSSTÖDSREGLER PÅ BESLUTET

4. Staden gör gällande att EU:s regelverk avseende statligt stöd inte är tillämpligt på förfaranden för tilldelning av markanvisning. Botrygg bestrider detta förhållande.
5. Att markanvisningar kan innebära förekomst av olagligt statsstöd enligt EU-fördraget och individuellt inriktat stöd till enskild näringsidkare i strid med kommunallagen är sedan länge ett känt och omdiskuterat förhållande.
6. Det är i och för sig korrekt att en markanvisning kan beskrivas som en option avseende exploatering av mark och att markanvisningen som sådan inte innebär att den aktuella marken överlåts eller upplåts till den aktör som tilldelas markanvisningen. Emellertid är det redan genom markanvisningsbeslutet som det tilldelade fastighetsbolaget erhåller en ekonomisk fördel som kvalificerar som statsstöd eftersom markanvisningsbeslutet innebär att ett visst företag tilldelas en exklusiv rätt att förhandla om att bebygga den aktuella marken och det är redan i samband med markanvisningsbeslutet som det fattas övergripande beslut om till vilket pris och till vilka villkor som fastighetsbolaget ska få förvärva eller erhålla tomträtt till marken.

7. Fastighetsbolagets efterföljande förvärv av mark eller tomträtt, för det fall optionen utnyttjas och exploateringen realiserar, är således att se som redan beslutade konsekvenser av det beslut om markanvisning som staden redan fattat.
8. Det ska noteras att ett beslut om markanvisning regelmässigt åtföljs av att kommunen och fastighetsbolaget ingår ett avtal rörande markanvisningen med villkor som gäller för denna. Fastighetsbolaget ges därvid en rätt att exploatera marken på de fastställda villkoren, givetvis under förutsättning att bolaget följer de villkor som gäller för exploateringen. Botrygg har inte tagit del av avtalet avseende Tjurbergsparken men utgår från att staden ingått ett sådant med Olov Lindgren AB, jfr lydelsen av Exploateringsnämndens beslut:

§ 37

**Markanvisning för bostäder inom fastigheten
Södermalm 9:1 på Södermalm till Olov Lindgren AB.
Inriktningsbeslut
Dnr E2017-02767**

Beslut

Exploateringsnämnden beslutar enligt exploateringskontorets förslag:

- 1 Exploateringsnämnden anvisar mark för bostäder inom fastigheten Södermalm 9:1 till Olov Lindgren AB och ger kontoret i uppdrag att träffa markanvisningsavtal enligt förslag i kontorets tjänsteutlåtande.
9. Det saknar betydelse i sammanhanget att staden, enligt vad staden anger, har vissa möjligheter att återta markanvisningen för det fall Olov Lindgren AB uppenbarligen inte förmår fullfölja projektet. Detta skiljer sig inte från vad som är brukligt i alla former av ekonomiska överenskommelser mellan olika parter och kan således jämföras med en normal hävningsrätt. I grunden är staden förpliktad att upplåta tomträtt till Olov Lindgren AB på de villkor som följer av markanvisningsbeslutet och markanvisningsavtalet.
 10. Stadens beslut avseende markanvisning och det därtill hörande avtalet med Olov Lindgren AB är således att betrakta som en överenskommelse i ekonomiska frågor mellan staden och bolaget. Markanvisningen utgör en ekonomisk fördel av betydande värde.

11. EU:s regler avseende statligt stöd är tillämpliga på alla former av ekonomiska avtal, överenskommelser och mellanhavanden mellan det allmänna och ekonomiska aktörer. Det saknar betydelse huruvida sådana avtal och mellanhavanden de facto har realiserats genom att pengar och egendom utväxlats mellan parterna. Tvärtom är det så att anmälningsskyldigheten enligt artikel 108.3 EUF-fördraget samt 12 § lag (2013:388) om tillämpning av Europeiska Unionens statsstödsregler innebär att anmälan ska ske innan det allmänna ikläder sig de åtaganden som innebär en ekonomisk fördel för mottagaren och således utgör statligt stöd.
12. Slutligen noteras i sammanhanget att det efterföljande avtalet avseende den faktiska upplåtelsen av tomträtt, enligt vad Botrygg förstår, är en fråga som hanteras på tjänstemannanivå och närmast kan ses som en rent verkställande åtgärd.

C. STADENS INVÄNDNING RÖRANDE "ÅTGÄRD AV VERKSTÄLLANDE ART"

13. Staden gör gällande att beslutet att tilldela markanvisning till Olov Lindgren AB utgör en sådan åtgärd av rent verkställande art som inte kan bli föremål för laglighetsprövning enligt 10 kap 8 § ÄKL. Det är uppenbart att denna invändning saknar fog.
14. Stadgandet i 10 kap 8 § ÄKL rörande åtgärder av rent verkställande art är avsett att tillämpas på sådana beslut (typiskt sett tjänstemannabeslut) som i praktiken inte gör annat än att verkställa ett överordnat beslut eller en föreskrift som inte ger något utrymme för egna skönsmässiga bedömningar. Exploateringsnämndens beslut avseende markanvisning är inte sådant beslut.
15. Det kan konstateras att staden vid en direktanvisning har närmast total valfrihet ifråga om vem som ska tilldelas markanvisningen. Det följer inte av något överordnat beslut eller överordnad föreskrift hur Exploateringsnämnden ska agera. Det är Exploateringsnämnden som skönsmässigt bestämmer att just Olov Lindgren AB ska tilldelas anvisningen utifrån egna överväganden.
16. Staden synes mena att det istället 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. 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.

17. Vid tidpunkten för kommunfullmäktiges beslut hade det möjligen kunnat bedömas om schablonavgälden byggde på en rimlig uppskattning av det genomsnittliga marknadsvärdet för stadens samtliga fastigheter vid den tidpunkten. En sådan övning hade emellertid varit meningslös ur ett statsstödsperspektiv. Regelverket avseende statligt stöd innebär att varje enskild överenskommelse mellan det allmänna och privata företagska 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.
18. Det förhållandet att Stockholms stad valt att ta fram schablonavgälder och tillämpa dessa vid samtliga tomträttsupplåtelser, 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.

D. TILLKÄNNAGIVANDET ANGÅENDE STATLIGT STÖD

19. Staden gör gällande att Kommissionens tillkännagivande avseende begreppet statligt¹ stöd inte är tillämpligt på upplåtelser av tomträtt. Staden menar därför att förvaltningsrättens resonemang kring tillämplig lagstiftning alltjämt är relevant.
20. Botrygg har i överklagandet, punkterna 116-126, relativt utförligt kommenterat förvaltningsrättens bedömning avseende tillämpliga regelverk. Konklusionerna kan i denna del sammanfattas enligt följande:
 - Förvaltningsrätten har tillämpat ett meddelande från Kommissionen rörande fastighetsförsäljningar som upphävdes 2016 och ersattes av ovan nämnda tillkännagivande om begreppet statligt stöd.

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

- Förvaltningsrättens bedömning rörande tillämplig lagstiftning visar på bristande förståelse av statsstödsreglernas struktur och funktion. Det tidigare meddelandet rörande fastighetsförsäljningar utgjorde inte en "undantagsreglering" och det är svårt att se några sakliga eller rättsliga skäl för att tillämpa olika bedömningsmetoder för fastighetsförsäljningar respektive tomträtsupplåtelse. Det har inte framkommit några sådana skäl i målet.
 - Kommissionens tillkännagivande om begreppet statligt stöd är under alla förhållanden tillämpligt i målet. Bedömningen ska således utgå från kriteriet om en marknadsekonomisk aktör och följa den metodik som beskrivs i tillkännagivandet.
21. När staden nu gör gällande att inte heller tillkännagivandet är relevant med hänvisning till att tillkännagivandet inte uttryckligen talar om tomträtsupplåtelse uppvisar staden samma grundläggande brist på förståelse av regelverkets struktur och funktion.
22. Tillämpningsområdet för tillkännagivandet om begreppet statligt stöd berörs i punkt 2 i tillkännagivandet, vilken har följande lydelse:
- Detta tillkännagivande avser endast begreppet statligt stöd i artikel 107.1 i fördraget, som både kommissionen och nationella myndigheter (inbegripet nationella domstolar) ska tillämpa tillsammans med anmälningskravet och genomförandeförbudet i artikel 108.3 i fördraget. Det berör dock inte frågan huruvida det statliga stödet är förenligt med den inre marknaden enligt artikel 107.2 och 107.3 samt artikel 106.2 i fördraget, vilket det är kommissionens sak att bedöma.
23. Tillkännagivandet avser alltså *begreppet* statligt stöd. Detta innebär med nödvändighet att tillkännagivandet omfattar alla former av statligt stöd. Det är för övrigt tydligt av tillkännagivandets utformning i stort att avsikten är att tillhandahålla en *generell* analysram som är tillämplig för alla typer av transaktioner som kan utgöra stöd. Det finns otaliga typer av transaktioner i form av bidrag, lån, köp, byten, olika slags nyttjanderätter, investeringar, kapitaltillskott, avseende olika typer av tillgångar, som inte nämns i tillkännagivandet. Det är likväl uppenbart att tillkännagivandet omfattar alla slags transaktioner och åtgärder som uppfyller de grundläggande kriterierna för statligt stöd, oavsett om de råkar omnämnas specifikt i texten eller ej.
24. Den legala definitionen av statligt stöd är helt oberoende av vilken slags åtgärd eller transaktion det är fråga om. Det som krävs är väsentligen att det är fråga om en åtgärd som kan tillskrivas det allmänna varigenom vissa företag eller viss produktion gynnas. Av EU-domstolens praxis framgår att stöd kan utgå genom i princip vilken åtgärd eller transaktion

som helst.² Det kan vara fråga om direkta bidrag, ställandet av garantier för lån, undantag i skattelagstiftning som gynnar vissa företag eller transaktioner som inte sker på marknadsmässiga villkor. Formen för transaktionen är irrelevant.

25. Det finns ingen begränsning till vissa typer av transaktioner. Mer specifikt finns det inte något undantag för tomträttsupplåtelser eller någon annan form av nyttjanderätt. Det förhållandet att det i dagsläget inte finns någon specifik praxis avseende statligt stöd i samband med tomträttsupplåtelse, och att tillkännagivandet inte nämner tomträttsupplåtelser, torde vara en följd av att tomträttsupplåtelse är en förhållandevis sällsynt typ av transaktion i ett europeiskt perspektiv.
26. Sammanfattningsvis gäller alltså att definitionen av statligt stöd är helt oberoende av formen för transaktionen. En ekonomisk fördel som utgår i form av en tomträttsupplåtelse till icke marknadsmässiga villkor omfattas av regelverket. Tillkännagivandet är avsett att omfatta *alla* former av stöd, oaktat om en specifik typ av transaktion nämns i texten eller ej. Det är därför uppenbart att tillkännagivandet är tillämpligt på tomträttsupplåtelser.
27. Detta innebär att bedömningen ska baseras på den metod Kommissionen anvisar i tillkännagivandet. Kriteriet om en marknadsekonomisk aktör ska tillämpas i målet.

E. ANDRA BEDÖMNINGSGRUNDER ÄN PRIS M.M.

28. Det är i sak riktigt som staden anger att marknadsmässigheten av en transaktion inte enbart kan bedömas utifrån lämnade priser. Kriteriet om en marknadsekonomisk aktör innebär inte att staten i varje läge måste maximera priset vid en försäljning eller en upplåtelse. Det kan också för en marknadsekonomisk aktör vara rationellt att välja ett annat alternativ om det finns fördelar som uppväger prisskillnaden.
29. Botryggs kritik mot stadens förfarande är dock inte primärt att staden väljer att ta ut en låg avgäld vid upplåtelser av tomträtt, utan att staden gör detta på ett sätt som utgör statligt stöd eftersom fördelen av den

² Jfr t.ex. C-280/00 *Altmark* där domstolen anger: "Åtgärder som, oavsett deras form, direkt eller indirekt gynnar företag anses därvid utgöra stöd" (punkt 84).

låga tomträttsavgälden beviljas selektivt till vissa företag inom ramen för ett slutet förfarande.

30. Regelverket för statligt stöd förhindrar inte upplåtelse av mark till låga priser. Om staden av allmänpolitiska skäl, t.ex. en önskan om att gynna produktionen av hyresbostäder, vill subventionera tomträtterna, är detta alltså möjligt att göra. Det kan inte anses utgöra statligt stöd om de fastighetsbolag/byggherrar som tilldelas tomträtterna väljs ut i en öppen och icke-diskriminerande process. Sådana förfaranden sker på andra håll i landet. Bedömningsgrunder kan i sådana fall utgöras av t.ex. kvaliteten i den planlösning och gestaltning som fastighetsbolaget föreslår och hur väl den föreslagna lösningen uppfyller de behov som staden definierat för platsen. Ett vidare sätt som använts på andra håll är att särskilja olika intressenter genom de hyror som de avser att ta ut mot hyresgästerna. Konkurrens uppnås i detta fall genom att avgöra vilket bolag som erbjuder bäst villkor för hyresgästerna snarare än vilket bolag som kan erbjuda den högsta avgälden för staden.
31. Även andra metoder kan tänkas. Det väsentliga är att kommunfullmäktiges beslut om schablonavgälder inte per automatik innebär att staden bryter mot statsstödsregelverket. Dock innebär beslutet att inte ta ut marknadsmässig avgäld att det, särskilt i mer attraktiva områden, ställs vissa krav på förvaltningen vid urval av de företag som får del av den förmån det innebär att få tillgång till attraktiv mark för en tämligen låg monetär ersättning. Det måste vara möjligt att förklara varför just det valda anbudet framstod som mest förmånligt för staden. Det är detta krav som regelverket ställer på staden. Kravet är en konsekvens av stadens beslut att inte ta ut marknadsmässiga avgälder av de företag som exploaterar marken.
32. Tilldelas istället marken skönsmässigt till ett företag, utan närmare redovisning och inom ramen för en slutna process, uppfylls selektivitets- och fördelskriterierna och förfarandet måste betraktas som stöd. I detta fall har företaget ifråga inte erbjudit något egentlig vederlag för den icke marknadsmässiga avgälden.
33. Det är således kombinationen av en avgäld som är väsentligt lägre än marknadspriset, den slutna processen och bristen på redovisning av skälen till varför en viss aktör har valts som gör att förfarandet måste kvalificeras som stöd.
34. Den enda egentliga förklaring staden lämnat är att Olov Lindgren AB äger en anslutande fastighet vilket har bedömts förenkla parkerings- och

angöringsfrågor. Det som inte förklaras är hur denna omständighet förhindrar att staden upplåter marken till en marknadsmässig avgäld. Det förklaras inte heller varför staden avstått från att söka mer förmånliga alternativ.

35. Mot bakgrund av den låga avgälden måste det, i enlighet med vad som beskrivits ovan, anses ankomma på staden att åstadkomma konkurrens i någon form för att uppfylla kriteriet om en marknadsekonomisk aktör. Hade staden haft ett anbudsförfarande eller i vart fall bjudit in ett antal tänkbara intressenter att presentera sina anbud/förslag får det anses att staden hade uppfyllt detta kriterium.

F. JÄMFÖRELSEN MED KONKURRENSUTSATTA MARKANVISNINGAR

36. Staden har åter gjort gällande att jämförelsen med markanvisningarna i Nacka kommun inte är relevant. Staden anför dock inte några som helst skäl för denna uppfattning. Som Botrygg utvecklat i överklagandet är det svårt att se något irrelevant med jämförelsen ifråga. Det skulle vara till gagn för målet att veta om staden menar att markpriserna är lägre på Södermalm än i Nacka eller om det finns något annat i jämförelsen som brister. Botrygg hemställer mot denna bakgrund att staden utvecklar sitt påstående om varför jämförelsen med markanvisningar i Nacka inte är relevant.
37. Det viktigaste med prisjämförelsen avseende tomträtter i Nacka är, förutom prisnivåerna i sig, att den visar att det inte är någon avgörande skillnad mellan marknadsmässig avgäld i "markanvisningsskedet" respektive marknadsmässig avgäld i "avtalsskedet". Förvaltningsrättens dom bygger nämligen i hög grad ett resonemang att marknadsvärdet påverkas av det förhållandet att det i markanvisningsstadiet ännu föreligger viss osäkerhet om projektet kommer att realiseras och tomträtt upplåtas (sidan 13 i förvaltningsrättens dom).
38. Förvaltningsrättens resonemang är förfelat av flera skäl. Själva premisserna för resonemanget torde vara felaktiga. Det är i och för sig riktigt att marknadspriser generellt sett påverkas av risker och osäkerhetsfaktorer. Om frågan hade gällt en situation där Olov Lindgren AB hade köpt den aktuella fastigheten trots att detaljplan m.m. inte var klart skulle marknadspriset för en sådan försäljning ha påverkats av att det ännu inte står helt klart när och hur fastigheten kan exploateras. Detta är dock inte fallet. Avgälden är ett pris som ska betalas först när dessa risker och osäkerhetsmoment är undanröjda. Om det inte blir

någon exploatering eller om denna försenas till följd av nämnda osäkerhetsfaktorer kommer det inte utgå någon avgäld. Det framstår därför som principiellt felaktigt att tala om någon form "rabatt" på avgälden för att ta höjd för risker och osäkerhetsmoment på det sätt som förvaltningsrätten gör.

39. Under alla omständigheter visar de konkurrensutsatta markanvisningarna i Nacka att marknaden är beredd att acceptera en betydligt högre avgäld än 204 kr per kvm BTA *för att få markanvisning*. Det kan därför inte vara riktigt som förvaltningsrätten menar att marknadsmässig avgäld påverkas av det förhållandet att markanvisningen inte utgör en slutlig upplåtelse. Om det finns en sådan påverkan måste den vara högst marginell.
40. Vidare bör framhållas att jämförelsen gjordes med markanvisningar i Nacka kommun av det enkla skälet att Stockholms stad inte har genomfört några konkurrensutsatta markanvisningar. Det finns därför inga sådana konkreta uppgifter att tillgå om marknadsmässig avgäld i Stockholms innerstad. Eftersom staden uppenbarligen inte anser att jämförelsen med marknadsmässig avgäld i Nacka i är lämplig bör staden rimligen anvisa en mer lämplig jämförelse.
41. Inte minst mot bakgrund av de bevisbörderegler som gäller i mål om laglighetsprövning bör det ligga i stadens intresse att inkomma med relevant stöd för hur staden menar att marknadsmässig avgäld ska fastställas. Inkommer staden inte med sådant stöd måste rätten rimligen utgå från att marknadsmässig avgäld vid markanvisningar i Stockholms innerstad i vart inte är lägre än de avgälder som tillämpas i Nacka.

G. SAMMANFATTANDE SYNPUNKTER

42. Det bör framhållas att staden inte heller i sitt senaste yttrande gör gällande att avgälden som bestämts för den aktuella marken faktiskt är marknadsmässig, eller att stadens åtgärd att anvisa mark med denna avgäld uppfyller kriteriet om en marknadsmässig aktör.
43. Som Botrygg uppfattar läget i målet är det ostridigt att avgälden understiger marknadsvärdet. Det är vidare ostridigt att Olov Lindgren AB har valts efter ett slutet förfarande där andra intressenter inte erbjudits möjlighet att delta.

44. Det är vidare klarlagt, av skäl som sammanfattats ovan, att det för bedömningen av marknadsvärdet saknar betydelse att markanvisningen utgör en option och inte en slutlig upplåtelse.
45. Det framstår därmed som att markanvisningen utgör en fördel som på ett selektivt sätt tillhandahållits Olov Lindgren AB av det allmänna. Förfarandet är därför att betrakta som stöd.
46. Det förhållandet att staden knappast haft någon avsikt att gynna just Olov Lindgren AB är helt irrelevant i sammanhanget. Det är endast den objektiva effekten av agerandet som är av betydelse (jfr Tillkännagivandet avseende begreppet statligt stöd, punkt 67).
47. Enligt statsstödsreglerna saknar det även betydelse huruvida åtgärden kan beskrivas som ett "individuellt riktat stöd" (jfr förvaltningsrättens dom s 14). Stödet behöver inte vara individuellt riktat utan det kan vara fråga om generell ordning som i det enskilda fallet innebär att stöd utgår till vissa företag.

Dag som ovan

Tobias Bengtsson

Karin Göransson