

Salg af Østre Havn

Salg af Østre Havn	1
1. Resumé	2
2. Afgørelse.....	4
3. Sagsfremstilling	5
3.1. Indledning	5
3.2. Virksomhederne	5
3.3. Aftalen om salg af Østre Havn.....	7
3.4. Konkurrencestyrelsens sagsbehandling	9
3.4.1 Kontakt med Kommissionen	9
3.4.2 Kontakt med Velfærdsministeriet og Transportministeriet	9
3.4.3 Udpegning af vurderingsmand	10
3.5. Vurderingsrapporten.....	11
3.5.1 Parternes betingelser for salget af Østre Havn.....	11
3.5.2 Vurderingen af markedsprisen.....	13
3.6. Høringssvar	14
4. Vurdering.....	16
4.1. Markedsbeskrivelse	16
4.2. Samhandelspåvirkning	18
4.3. Konkurrencelovens § 11a	18
4.3.1 Offentlige midler	19
4.3.2 Støtte.....	22
4.3.2.1 Kommissionens vejledning om salg af grunde	22
4.3.2.2 Vurderingsrapportens betydning.....	23
4.3.2.3 Ingen konkret anledning til at tilsidesætte vurderingsrapporten	24
4.3.2.4 Vurderingen – markedsprisen i 2006	26
4.3.3 Til fordel for	28
4.3.4 Bestemte former	29
4.3.5 Virksomhed	29
4.3.6 Konkurrenceforvridende.....	29
4.3.7 Lovlig i henhold til offentlig regulering	30
4.4. Konklusion.....	31
5. Afgørelse.....	33

KONKURRENCESTYRELSEN

**ØKONOMI- OG ERHVERVSMINI-
STERIET**

1. Resumé

1. Denne sag drejer sig om, hvorvidt Aalborg Havn A/S har solgt Østre Havn i Aalborg til A. Enggaard A/S til mindre end markedsprisen og derved har ydet offentlig støtte til A. Enggaard A/S i strid med konkurrencelovens § 11a. Sagen udspringer af en klage fra folketingsmedlem Per Clausen.

2. Aalborg Havn A/S er et kommunalt aktieselskab stiftet efter havneloven. Aalborg Kommune ejer ca. 99 pct. af aktierne i Aalborg Havn A/S. Aalborg Havn A/S's bestyrelse består af 9 medlemmer, hvoraf Aalborg Kommunes borgmester til enhver tid skal være formand. Bestyrelsen er herudover sammensat af fire medlemmer fra Aalborg Kommunes byråd, ét medlem udpeget af byrådet samt tre medarbejdervalgte medlemmer.

3. A. Enggaard A/S er en af de største entreprenører, udviklere og ejendomsinvestorer i Nordjylland. Virksomhedens aktiviteter er forankret omkring totalentreprise ofte gennem udvikling af egne projekter. A. Enggaard A/S ejer ca. 0,2 pct. af aktierne i Aalborg Havn A/S.

4. Det fremgår af Kommissionens ikke-bindende vejledning om salg af jord og grunde, at det offentliges salg af jord og grunde kan ske enten ved udbud eller efter en vurdering foretaget af en uafhængig vurderingsmand. Hvis de nærmere regler i vejledningen følges, vil et salg uden videre være i overensstemmelse med Kommissionens regler om statsstøtte og konkurrencelovens § 11a.

5. Aalborg Havn A/S solgte i 2006 Østre Havn for 42,8 mio. kr. I aftalen er der dog mulighed for en efterfølgende regulering af prisen afhængig af den kommende lokalplans bestemmelser. Aalborg Havn A/S foretog ikke et udbud af Østre Havn, og Aalborg Havn A/S fik ikke foretaget en uafhængig vurdering af arealet forud for salget. Aalborg Havn A/S fulgte således *ikke* Kommissionens meddelelse om det offentliges salg af jord og grunde.

6. Konkurrencestyrelsen har indhentet en vurdering af Østre Havn fra en uafhængig vurderingsmand udpeget på baggrund af en indstilling fra Dansk Ejendomsmæglerforening. Vurderingsmanden fandt, at Østre Havn på salgstidspunktet havde en markedspris på 71,7 mio. kr. Vurderingsmanden fandt imidlertid samtidig, at den vurderede markedspris var behæftet med en skønsmargin på 35-50 pct., og at en købesum på ca. 40-100 mio. kr. derfor kunne betragtes som udtryk for den gældende markedspris på salgstidspunktet i 2006, jf. pkt. 53 -68.

7. Efter Kommissionens praksis om artikel 87 er det altovervejende udgangspunkt, at markedsprisen skal kunne opgøres præcist, eller dog inden for en skønsmargin på maksimalt 5-10 pct. Konkurrencelovens § 11a fortolkes i overensstemmelse med praksis om artikel 87, hvorfor samme margin som udgangspunkt må anvendes i relation til de danske regler. Det

accepteres således som udgangspunkt ikke, at der anvendes en skønsmargin på 35-50 pct.

8. Konkurrencestyrelsen anmodede som følge heraf den uafhængige vurderingsmand om at oplyse, om skønsmarginen på 35-50 pct. *på nogen måde* kunne reduceres, jf. pkt. 63. Vurderingsmanden fandt imidlertid ikke, at det var muligt at indsnævre den angivne skønsmargin pga. de store usikkerheder og helt særegne forhold, der var forbundet med salget af Østre Havn, herunder bl.a.:

- at lokalplanen udlagde området til industri, mens køber ønskede at opføre bygninger til bolig og let erhverv, og i den forbindelse,
- at køber ikke havde garanti for, at der blev vedtaget en ny lokalplan inden for en overskuelig fremtid,
- at køber overtog hele risikoen i forbindelse med jordforurening, pilotering, ekstrafundering og vejanlæg,
- at køber overtog hele risikoen for ekstraudgifter i forbindelse med etablering af underjordiske anlæg pga. forhøjet bebyggelsesprocent, og
- at der var meget lange tredjemands lejekontrakter på Østre Havn.

9. Vurderingsmanden har udarbejdet skønserklæringen på baggrund af et skønstema udarbejdet af Konkurrencestyrelsen og efter en besigtigelse af de pågældende arealer og bygninger. Vurderingsmanden har endvidere indhentet specialiseret sagkyndig bistand og indhentet supplerende materiale til brug for vurderingen. Der er derfor samlet set ikke grundlag for at tilsidesætte vurderingsmandens skøn, jf. pkt. 124 - 133.

10. Et salg af Østre Havn til en pris mellem 40-100 mio. kr. kan derfor ikke afvises at være udtryk for, at Østre Havn er solgt til markedsprisen. Der lægges herved vægt på, at også den nedre grænse for det skønsmæssige spænd udgør et reelt udtryk for markedsprisen på salgstidspunktet. Den skønsmæssige margin er udtryk for den usikkerhed, der foreligger ved at prisfastsætte de enkelte elementer, og den anslåede markedspris og marginen herfor er således udtryk for en generel betragtning om usikkerhed under de angivne forudsætninger. Der lægges endelig vægt på, at den omstændighed, at parterne f.eks. ikke har aftalt en regulering af prisen i forhold til de efterfølgende faktiske forhold (f.eks. de faktiske omkostninger til forurening, pilotering mv.) ikke i sig selv udgør ulovlig statsstøtte efter Traktatens artikel 87, jf. pkt. 134 - 147.

11. Da salgsprisen på ca. 42,8 mio. kr. for Østre Havn ligger inden for, hvad der må betegnes som markedsprisen, har Aalborg Havn A/S ikke solgt Østre Havn A/S til en pris, der var mindre end markedsprisen på salgstidspunktet. Der er derfor samlet set ikke faktisk belæg for at konstatere, at konkurrencelovens § 11a er overtrådt ved Aalborg Havn A/S's salg af Østre Havn til A. Enggaard A/S.

12. Det kan imidlertid ikke udelukkes – med henvisning til den uafhængige vurderingsrapport – at Aalborg Havn A/S kunne have fået en højere pris for Østre Havn i stedet for den faktiske købspris på 42,8 mio. kr.

13. Aalborg Havn A/S havde således flere muligheder for at optimere salget af Østre Havn, og dermed skaffe sig større sikkerhed for, at grunden blev solgt til den bedst mulige pris.

14. Aalborg Havn A/S kunne *for det første*, jf. Kommissionens meddelelse om statsstøtteelementer i forbindelse med offentlige myndigheds salg af jord og bygninger, have udbudt Østre Havn. Ved at afholde et udbud havde Aalborg Havn A/S (i) undgået ethvert spørgsmål om ulovlig offentlig støtte, og (ii) haft mulighed for i højere grad at afsøge markedet og tiltrække flere mulige købere for dermed at opnå en højere salgspris af Østre Havn.

15. Aalborg Havn A/S kunne *for det andet* have fået foretaget en vurdering af Østre Havn *inden* salget og herefter have aftalt sig ud af de risikoelementer, som salget af Østre Havn var belagt med. Det er efter det oplyste ikke usædvanligt i erhvervsejendomshandler, at parterne indgår aftale om en regulering af købesummen, der – helt eller delvis efter nærmere aftale – svarer til den udgift eller meromkostning, de pågældende forhold måtte medføre. Dette kunne eventuelt være sket i kombination med en betinget handel.

2. Afgørelse

16. Det meddeles Aalborg Havn A/S og A. Enggaard A/S, at Aalborg Havn A/S ikke har overtrådt konkurrencelovens § 11a, stk. 1, ved i 2006 at sælge Østre Havn til A. Enggaard A/S for 42,8 millioner kr.

3. Sagsfremstilling

3.1. Indledning

17. Denne sag drejer sig om virksomheden Aalborg Havn A/S's salg af bygninger og arealet Østre Havn i Aalborg til entreprenørvirksomheden A. Enggaard A/S i 2006. Fokus for den konkurrenceretlige vurdering er, hvorvidt Aalborg Havn A/S har solgt Østre Havn til mindre end markedsprisen og dermed har ydet offentlig støtte til A. Enggaard A/S i strid med konkurrencelovens § 11a.

18. Konkurrencestyrelsen modtog den 27. marts 2008 en henvendelse fra folketingsmedlem Per Clausen vedrørende salget af Østre Havn. Per Clausen anførte bl.a. – med henvisning til en betydelig medieomtale i Nordjylland – at Aalborg Havn A/S havde overtrådt konkurrenceloven ved at sælge Østre Havn til entreprenørvirksomheden A. Enggaard A/S.

19. I forlængelse af klagen kunne det umiddelbart konstateres, at Aalborg Havn A/S ikke havde fulgt Kommissionens meddelelse om det offentlige salg af grunde og ejendomme.

20. På baggrund af henvendelsen samt sagens omstændigheder valgte Konkurrencestyrelsen at indlede en undersøgelse af, om Østre Havn blev solgt i strid med konkurrencelovens § 11a.

3.2. Virksomhederne

21. **Aalborg Havn A/S** blev den 1. januar 2000 stiftet som et kommunalt aktieselskab efter havneloven. Selskabets vedtægtsbestemte formål er at fremme miljørigtige transportløsninger og i et samspil med lokalsamfundet på forretningsmæssigt grundlag at drive havnevirksomhed, herunder transportcentervirksomhed, samt dertil relateret operatørvirksomhed. Selskabet skal medvirke til langsigtet sikring, udvikling og udbygning af transportfaciliteter, herunder søvejsfaciliteter, og ydelser for servicering af erhvervslivet primært i Nordjylland.

22. Aalborg Havn A/S blev stiftet ved, at Aalborg Kommune overdrog den kommunalt styrede trafikhavn Aalborg Havn til Aalborg Havn A/S. Den kontante del af købesummen udgjorde 215 mio. kr. Købesummen blev berigtiget ved, at Aalborg Havn A/S nyudstedte aktier til Aalborg Kommune med en kursværdi, der svarede til den opgjorte kontante købesum. Aalborg Kommune er hovedaktionær i Aalborg Havn A/S med en aktiebeholdning på 98,983 pct. Udover Aalborg Kommune ejer en række virksomheder mindre aktieposter på under en halv procent hver. A. Enggaard A/S ejer eksempelvis 0,233 pct. af aktierne.

23. Det fremgår af vedtægterne for Aalborg Havn A/S, at Aalborg Kommunes borgmester til enhver tid skal være formand for Aalborg Havn A/S's bestyrelse. Bestyrelsen er endvidere sammensat af yderligere fire medlemmer fra Aalborg Kommunes byråd, ét medlem indstillet af Aalborg

Havn A/S's bestyrelse, men som vælges af Aalborg Kommunes byråd,¹ samt tre medarbejdervalgte medlemmer. Næstformanden i Aalborg Havn A/S's bestyrelse er på nuværende tidspunkt ét af de fire byrådsmedlemmer.

24. Aalborg Havn A/S tegnes af bestyrelsesformanden eller næstformanden i forening med to andre bestyrelsesmedlemmer eller med den administrerende direktør. Der er ikke indgået nogen aktionæroverenskomst eller tilsvarende aftale mellem aktionærerne om deres ejerskab til Aalborg Havn A/S. Efter vedtægterne kræves der dog ”forudgående samtykke fra Kommunalbestyrelsen i Aalborg til:

- a) salg af Aalborg Kommunes aktier i selskabet
- b) andres tegning af nye aktier ved kapitalforhøjelse i selskabet eller
- c) selskabets deltagelse i fusion, spaltning eller anden virksomheds- overtagelse

alt i et sådant omfang, at Aalborg Kommunes andel af selskabets aktiekapital bringes ned under 75 % af denne.”

25. Aalborg Havn A/S's virksomhed drives som helhed efter de principper, der gælder for kommercielle virksomheder. Det gælder også i det omfang selskabet påtager sig forpligtelser gennem aftale med offentlige myndigheder mv.² Aalborg Havn A/S beskæftiger ca. 60 medarbejdere og havde i 2008 en omsætning på 102 mio. kr.³ Årets resultat var på 16,5 mio. kr.

26. **A. Enggaard A/S** er et familieejet aktieselskab med hovedsæde i Svenstrup syd for Aalborg. A. Enggaard A/S's formål er at drive handel, finansiering, køb og salg af fast ejendom, udlejning af fast ejendom, ingeniør- og entreprenørvirksomhed samt helt eller delvist ejerskab af andre selskaber.⁴

27. A. Enggaard A/S er ifølge virksomhedens egne oplysninger en af de største entreprenører, udviklere og ejendomsinvestorer i Nordjylland. Virksomhedens aktiviteter er forankret omkring totalentreprise ofte gennem udvikling af egne projekter. A. Enggaard A/S driver endvidere en række tilknyttede ejendomsselskaber.⁵

28. A. Enggaard A/S's forretningsområder omfatter ”Byggeri”, ”Ejendomme og Projekter” og ”Jord/Anlæg”. ”Byggeri” omfatter byggeri til alle formål, herunder industri, kontor, detail, undervisning, IT, bolig og ho-

¹ Jf. referat af Aalborg Byråds møde mandag den 12. november 2001, punkt 10, jf. www.aalborgkommune.dk. Medlemmet, der er indstillet af Aalborg Havn A/S's bestyrelse, men udpeget af byrådet, er ansat i Artic Container Operations. Aalborg Havn A/S ejer 20 pct. af aktierne i dette selskab.

² Jf. hjemmesiden www.aalborghavn.dk.

³ Jf. Aalborg Havn A/S's årsrapport fra 2008.

⁴ Jf. www.enggaard.dk.

⁵ Jf. www.enggaard.dk.

tel. ”Ejendomme og Projekter” omfatter udviklingsprojekter i hele Danmark, herunder løbende investering i fast ejendom gennem egne ejendoms-selskaber. ”Jord/Anlæg” omfatter bl.a. byggemodning og udformning af udenoms-arealer.⁶

29. A. Enggaard A/S har senest bl.a. vundet (i) en totalentreprise på et nyt kontordomicil for DANVA i Skanderborg, (ii) et offentligt udbud på ”Gasværksgrunden” i Skanderborg omfattende butikscenter samt erhverv/boliger, og (iii) en totalentreprise på en ny administrationsbygning i Århus for Dansk Supermarked. A Enggaard A/S er endvidere blevet valgt til at iværksætte et projekt, der omfatter et stort butikscenter i forbindelse med boliger, erhvervslokaler mv. i Horsens.⁷

30. A. Enggaard A/S har oplyst, at kredsen af virksomhedens konkurrenter afhænger meget af opgavernes eller projekternes omfang, kompleksitet, risiko og geografiske placering. A. Enggaard A/S anser dog umiddelbart, at selskabets største konkurrenter inden for entreprise er MT Højgaard, NCC, Hoffmann, Gråkjær og HP Gruppen, mens selskabets største konkurrenter inden for projektudvikling er MT Højgaard, NCC, TK Development, Calum Ejendomsaktieselskab og 2E Ejendomme.

31. A. Enggaard A/S beskæftiger i alt ca. 400 medarbejdere og havde i 2008 en omsætning på ca. 1 mia. kr. Årets resultat var på 211 mio. kr.⁸

3.3. Aftalen om salg af Østre Havn

32. Aalborg Havn A/S solgte i 2006 Østre Havn til A. Enggaard A/S. Salget skete efter forhandlinger mellem Aalborg Havn A/S, A. Enggaard A/S samt DLG a.m.b.a. og Hedegaard A/S. DLG a.m.b.a. og Hedegaard A/S lejede størstedelen af arealerne i Østre Havn, hvor selskaberne drev korn- og foderstofvirksomhed fra store bygninger og produktionsanlæg mv., som de havde opført for egen regning på lejet grund. Lejeaftalerne var på salgstidspunktet uopsigelige i 25-30 år.

33. Aalborg Havn A/S's salg af Østre Havn tog udgangspunkt i en henvendelse fra lejerne DLG a.m.b.a. og Hedegaard A/S, der overvejede at flytte deres foderstofvirksomhed til Nørresundby. Efterfølgende rettede A. Enggaard A/S henvendelse til Aalborg Havn A/S for at høre, om Aalborg Havn A/S var interesseret i at sælge Østre Havn.

34. A. Enggaard A/S havde på tidspunktet for henvendelsen til Aalborg Havn A/S haft indledende drøftelser med DLG a.m.b.a. og Hedegaard A/S om køb af deres bygninger, anlæg mv. A. Enggaard A/S's tilbud til Aalborg Havn A/S om at købe Østre Havn var i den forbindelse betinget af, at selskabet kunne købe DLG a.m.b.a.'s og Hedegaard A/S's bygninger

⁶ Jf. www.enggaard.dk.

⁷ Jf. www.enggaard.dk.

⁸ Jf. A. Enggaard A/S's årsrapport fra 2008, side 7.

mv. Udover DLG a.m.b.a. og Hedegaard A/S var der en række andre lejere på Østre Havn.

35. Aalborg Havn A/S's bestyrelse blev på et bestyrelsesmøde den 15. december 2005 orienteret om henvendelserne fra A. Enggaard A/S, DLG a.m.b.a. og Hedegaard A/S. Aalborg Havn A/S's bestyrelse godkendte efterfølgende på bestyrelsesmøde den 15. marts 2006 salget af Østre Havn. Bestyrelsen fik i den forbindelse forelagt underskrevet aftale af 18. februar 2006 mellem Aalborg Havn A/S og A. Enggaard A/S, som var betinget af bestyrelsens godkendelse. Bestyrelsen godkendte endvidere, at bestyrelsesformanden (Aalborg Kommunes borgmester) og havnedirektøren kunne afslutte salget af Østre Havn bl.a. ved at underskrive de fornødne formelle dokumenter (skøde, lejemålsændringer mv.).

36. Den 16. august 2006 underskrev parterne et betinget skøde om salget af Østre Havn. Det betingede skøde indeholdt en række vilkår og betingelser, som ikke fremgik af aftalen af 18. februar 2006.

37. Salgsprisen for Østre Havn blev aftalt til 42,8 mio. kr., idet prisen dog er gjort afhængig af bebyggelsesprocenten. Salgsprisen stiger således, hvis der bliver vedtaget en lokalplan, hvor den tilladte bebyggelsesprocent fastsættes til over 100 pct. Overtagelsesdagen blev aftalt til den dag, hvor Aalborg Kommune endeligt vedtog en ny lokalplan for Østre Havn, som gav A. Enggaard A/S mulighed for at gennemføre selskabets planlagte ejendomsudviklingsprojekt, dog senest den 1. april 2008. Da der endnu ikke er vedtaget en ny lokalplan for Østre Havn blev overtagelsesdagen således den 1. april 2008, hvor købesummen – på de foreløbigt 42,8 mio. kr. – også forfaldt til betaling.

38. Arealerne i Østre Havn blev solgt som de ”er og forefindes og som beset af køber”. Aalborg Havn A/S var efter det betingede skøde uden ansvar for forurening, jordbundforhold mv. Aalborg Havn A/S var endvidere ”uden ansvar for, hvilken lokalplan der kan vedtages eller bliver vedtaget for ejendommene, idet sælger dog forpligter sig til i videst mulige omfang loyalt at varetage købers interesse i forbindelse med den forestående lokalplanlægning for ejendommene.” Den lokalplan, der var gældende på tidspunktet for aftalens indgåelse, udlagde Østre Havn til industriområde med fokus på foderstodvirksomheder.

39. Det fremgår heraf, at parternes aftale var udformet således, at køber bar hovedparten af risikoen for bl.a. de ovenfor beskrevne usikkerhedselementer. Det var således køber, der bar risikoen for jordforurening, forøgede omkostninger til nedrivning, risikoen for at der ikke blev vedtaget en lokalplan, risikoen for at lejekontrakter ikke kunne opsiges, risikoen for at yderligere pilotering var nødvendig, mv.

40. Aalborg Havn A/S foretog ikke et udbud i forbindelse med salget af Østre Havn. Aalborg Havn A/S fik endvidere ikke foretaget en uafhængig vurdering af arealet forud for salget. Salget skete i stedet efter det

oplyste på baggrund af følgende forhold og overvejelser fra Aalborg Havn A/S's side:

- Det forhold, at DLG a.m.b.a. og Hedegaard A/S havde tilkendegivet, at selskaberne var interesseret i at afstå deres bygninger i Østre Havn og i stedet flytte til andre af Aalborg Havns A/S's arealer i Nørresundby.
- Egne overvejelser om den markedsmæssige værdi af Østre Havn sammenholdt med handelsvilkårene.
- Det forhold, at Aalborg Havn A/S på den ene side ville miste lejeindtægter fra DLG a.m.b.a. og Hedegaard A/S og på den anden side ville opnå betydelige besparelser på ejendomsskat og vedligeholdelsesomkostninger, herunder særligt til renovering og vedligeholdelse af bolværk og kaj anlæg.
- Det forhold at DLG a.m.b.a. og Hedegaard A/S ville forpligte sig til ikke at reducere deres samlede godsomsætning overfor Aalborg Havn A/S, hvorfor havneafgiften ville være den samme.
- Det forhold at Aalborg Havn A/S ejede naboarealet til Østre Havn ("Nordkraft"-arealet), som var udlagt som bufferareal mellem korn- og foderstofområderne i Østre Havn og det planlagte Musikkens Hus. Arealet var udlejet til Aalborg Kommune til parkeringsområde. Ved DLG a.m.b.a.'s og Hedegaard A/S's fraflytning fra Østre Havn, ville der opstå en mulighed for, at Nordkraft-arealet ville stige i værdi, fordi bufferzonen ville kunne ophæves, og arealet gøres anvendeligt til andre formål.

3.4. Konkurrencestyrelsens sagsbehandling

3.4.1 Kontakt med Kommissionen

41. Konkurrencestyrelsen orienterede den 18. august 2008 Kommissionen om sagen. Kommissionen oplyste herefter den 16. oktober 2008, at den havde modtaget en henvendelse fra politiker Thomas Krarup om Aalborg Havn A/S's salg af Østre Havn. Kommissionen oplyste endvidere, at Konkurrencestyrelsen i første omgang er den rette myndighed ("best placed authority") til at behandle sagen. Kommissionen afventer på den baggrund Konkurrencestyrelsens behandling af sagen.

3.4.2 Kontakt med Velfærdsministeriet og Transportministeriet

42. Konkurrencestyrelsen har kontaktet Velfærdsministeriet (nu Indenrigs- og Socialministeriet) og Transportministeriet med henblik på at klarlægge, hvem af ministerierne der er rette myndighed til at vurdere, hvorvidt en mulig støtte er lovlig i henhold til offentlig regulering, jf. konkurrenceovens § 11a. Det skyldes, at Velfærdsministeriet bl.a. har kommunernes drift som ressortområde, mens Transportministeriet administrerer havneloven.

43. Velfærdsministeriet oplyste ved brev af 27. juni 2008, at det ikke falder ind under ministeriets ressortområde at vurdere, om en eventuel støtte fra Aalborg Havn A/S er lovlig. Velfærdsministeriet anførte i den forbindelse, at spørgsmålet efter ministeriets vurdering falder ind under havneloven.

44. Kystdirektoratet oplyste på vegne af Transportministeriet ved brev af 22. juli 2008, at der ikke i den lovgivning, som Kystdirektoratet administrerer – herunder havneloven – er hjemmel til at yde offentlig støtte til private virksomheder. Kystdirektoratet anførte endvidere, at ”Vi vurderer således, at Aalborg Havn A/S ikke har hjemmel til at sælge et havneareal til under markedsprisen.”

3.4.3 Udpegning af vurderingsmand

45. For at vurdere, hvorvidt Østre Havn er solgt til en pris, der er mindre end markedsværdien på tidspunktet for salget, har Konkurrencestyrelsen anmodet en uafhængig vurderingsmand om at værdiansætte Østre Havn.

46. I forbindelse med udvælgelsen af den uafhængige vurderingsmand rettede Konkurrencestyrelsen henvendelse til Dansk Ejendomsmæglerforening (DE) med anmodning om, at DE udpegede en vurderingsmand på vegne af styrelsen. DE udpegede herefter en mægler ud fra samme procedure, som DE ville bruge, hvis vurderingsmanden skulle udpeges til en civil retssag. Konkurrencestyrelsen rettede efterfølgende henvendelse til mægleren udpeget af DE. Mægleren erklærede at være habil i sagen.

47. Den uafhængige mægler oplyste, at vedkommende ville få brug for ingeniørassistance fra en virksomhed, der kunne værdiansætte ekstrarundering, jordforurening og nedbrydning mv. Konkurrencestyrelsen undersøgte på den baggrund, hvilke rådgivende ingeniørvirksomheder, der var i stand til at yde en sådan assistance.⁹ Konkurrencestyrelsen bad endvidere Aalborg Havn A/S og A. Enggaard A/S om at oplyse, hvilke virksomheder de – på et hvilket som helst tidspunkt, og ikke blot i forbindelse med salget af Østre Havn – havde haft til at undersøge arealet på Østre Havn.

48. Konkurrencestyrelsen sammenholdt parternes svar med de virksomheder, der var i stand til at yde den nødvendige assistance. På den baggrund var der kun én ingeniørvirksomhed, der ikke tidligere havde undersøgt Østre Havn for parterne. Konkurrencestyrelsen kontaktede virksomheden, der oplyste, at de kunne løse opgaven. Virksomheden oplyste endvidere, at de fandt sig habile i sagen.

49. Konkurrencestyrelsen oplyste Aalborg Havn A/S og A. Enggaard A/S om navnene på den uafhængige vurderingsmand og ingeniørvirksomheden. Parterne erklærede sig indforstået med, at vurderingsmanden og

⁹ Konkurrencestyrelsen kontaktede Dansk Geoteknisk Brancheforening. Foreningen oplyste, hvilke virksomheder, der ville være i stand til at yde den påkrævede assistance.

ingeniørvirksomheden ikke var inhabile i sagen og således kunne foretage den nødvendige vurdering af Østre Havn.

50. Konkurrencestyrelsen udarbejdede herefter et vurderingstema, der dannede baggrund for vurderingen af arealet. Vurderingstemaet refererede de væsentligste faktiske forhold vedrørende salget af Østre Havn. Aalborg Havn A/S og A. Enggaard A/S fik i foråret 2009 vurderingstemaet i høring.

51. Østre Havn blev besigtiget den 4. juni 2009. På besigtigelsen deltog – ud over den uafhængige vurderingsmand og ingeniørvirksomheden – repræsentanter fra Aalborg Havn A/S, A. Enggaard A/S og Konkurrencestyrelsen.

52. I forlængelse af besigtigelsen anmodede vurderingsmanden om en række yderligere oplysninger til brug for vurderingen af markedsprisen for Østre Havn. Det drejede sig bl.a. om (i) de lejekontrakter for Østre Havn, der var gældende på salgstidspunktet, (ii) oplysninger om grunde solgt i området af Østre Havn samt (iii) et brev fra A. Enggaard A/S til Aalborg Kommunes byråd om pressens omtale af sagen.

3.5. Vurderingsrapporten

3.5.1 Parternes betingelser for salget af Østre Havn

53. Det er af betydning for vurderingen af markedsprisen af Østre Havn, hvilke nærmere betingelser parterne konkret aftalte i forbindelse med salget.

54. Det fremgår i den forbindelse af vurderingsrapporten, at vurderingsmanden har lagt vægt på, at den gældende lokalplan for området ikke tillod en ændret anvendelse af området, herunder fastlæggelse af en hensigtsmæssig bebyggelsesprocent. A. Enggaard A/S kunne således ikke på tidspunktet for erhvervelsen af grunden udvikle eller forny området med henblik på en ændret anvendelse til boligformål og lettere erhvervsformål (liberale erhverv, butikker og lignende). Vurderingsmanden angiver i den forbindelse, at

”Disse forhold - sammen med vilkårene i de indgåede lejeaftaler og de forudsatte handelsvilkår, hvori indgår at en erhverver af grunden påtager sig den fulde risiko med hensyn til såvel enhver forurening af jordbunden som nødvendige ekstrafunderinger og andre meget omkostningskrævende foranstaltninger – gør et køb liebhaverbetonet i en særdeles og noget udsædvanlig høj grad.”

...

”Muligheden for at erhverve bygningerne på arealet før udløbet af de relativt lange uopsigelighedsperioder vil naturligvis indgå i en købers overvejelser. Købesummen for disse bygninger må – sammen med størrelsen af de nedbrydningsomkostninger, som køber eventuelt i

denne forbindelse påtager sig – ses i sammenhængen med størrelsen af det løbende drifts- og finansieringsunderskud.”

55. Det fremgår heraf, at vurderingsmanden fandt og tog højde for i sin vurdering af markedsprisen, at A. Enggaard A/S havde påtaget sig risikoen for en række væsentlige usikkerhedsmomenter.

56. På Konkurrencestyrelsens foranledning har vurderingsmanden afgivet et supplerende svar om den sædvanlige risikofordeling i ejendoms-handler. Konkurrencestyrelsen anmodede således vurderingsmanden om svar på spørgsmålet om:

”det [er] almindeligt forekommende i erhvervsejendomshandler, at parterne aftaler en regulering af købsprisen i forhold til de enkelte risikoelementer ved handlen?”

57. Det fremgår i den forbindelse af vurderingsmandens svar, at

”Sædvanligvis vil alle væsentlige forhold være undersøgt og foreligge oplyst i en ejendomshandel, såvel på boligmarkedet som på erhvervsområdet. Efter vor opfattelse vil dette medføre den mest fair og korrekte købspris. Hvor dette ikke er tilfældet, må der ofte blive indgået handler, der vil være betinget af, at et eller flere uafklarede forhold efterfølgende vil finde en tilfredsstillende løsning.”

...

”Det kan ikke betragtes som udsædvanligt og dermed også i en vis grad forekommende, at der i forbindelse med tilstedeværende usikkerhedsfaktorer ... indgås aftaler om en regulering af købesummen, der – helt eller delvist efter nærmere aftale – svarer til den udgift eller den meromkostning, pågældende forhold måtte medføre. Eventuelt i kombination med en betinget handel. Det bør nævnes, at den modsatte situation også kan finde sted, hvor der indgås aftale om, at positive forhold kan medføre en forhøjelse af prisen.

Det skal dog i samme forbindelse anføres, at det ikke kan betegnes som usædvanligt, at der indgås en handel, hvori der findes en eller flere ubekendte faktorer og hvor parterne indgår aftale om købesum og fordeling af risici. I sådanne situationer er tidsfaktoren efter vor opfattelse ofte af stor – og måske endda afgørende betydning for, at der på et tidligere tidspunkt indgås aftale om risikofordeling og pris. Kan uafklarede forhold udredes relativt hurtigt, vil man oftest lade en handel være betinget eller indgå en aftale om en eventuel regulering af købesummen allerede ved handlens afslutning. Er der tale om en lang tidshorisont, vil en mere fast købesum og på forhånd aftalt risikofordeling nok være mere almindelig.”

58. Det fremgår heraf, at vurderingsmanden fandt, at det almindeligvis vil medføre den mest fair og korrekte købspris, hvis alle væsentlige forhold er undersøgt, inden parterne indgår købsaftale.

59. Det fremgår imidlertid endvidere, at vurderingsmanden fandt, at det ikke kan betegnes som udsædvanligt, at der indgås en handel, hvori der findes en eller flere ubekendte faktorer, og hvor parterne indgår aftale om købesum og fordeling af risici. Særligt hvor der er tale om en lang tidshorisont for afklaring af risikomomenterne, vil en mere fast købesum og på forhånd aftalt risikofordeling være mere almindelig.

3.5.2 Vurderingen af markedsprisen

60. Det fremgår af vurderingsrapporten, at der altid vil være en vis usikkerhed forbundet med at afgive et skøn over markedsprisen. Det fremgår endvidere, at grundet nærværende sags helt særlige forhold vil vurderingsmandens skøn over markedsprisen være forbundet med en større usikkerhed end normalt. Det fremgår således af vurderingsrapporten, at:

”I forbindelse med udførelsen af et skøn vil der altid være tale om en vis usikkerhed, der må medføre en skønsmæssig margin, hvis størrelse af de givne forhold. Størrelsen af en sådan margin vil efter min opfattelse udgøre 5-10 %.”

...

”En bedømmelse af risici samt ønsker og krav om forretnings- og profitmæssig indtjening og fortjeneste vil i sagens natur være forskellig fra investor til investor. Det må derfor påpeges, at dette – sammenholdt med sagens øvrige forhold – gør at et skøn i forbindelse med vurdering af ejendommens markedsværdi, vil være omfattet af større usikkerhed end sædvanligt.”

61. Vurderingsmanden fandt herefter, at ”Markedsværdien på vurderingstidspunktet ansættes til: Kr. 71.700.000.” Vurderingsmanden fandt dog samtidig, at ”en overdragelsespris inden for en margin på 35-50 % - og dermed en købesum på ca. 40-100 mio. kr. - kan betragtes som udtryk for den på vurderingstidspunktet gældende markedspris.”

62. Vurderingsmanden fandt med andre ord, at en købesum på 40-100 mio. kr. kan betragtes som udtryk for markedsprisen med henvisning til de ovennævnte usikkerhedsmomenter.

63. Konkurrencestyrelsen rettede efterfølgende henvendelse til vurderingsmanden for at få oplyst, om det var muligt at reducere skønsmarginen på 30-50 pct. Det skyldes, at det efter Kommissionens praksis er det altovervejende udgangspunkt, at markedsprisen kan opgøres præcist, eller dog med en forholdsvis lille margin, typisk ikke mere end højst 5-10 pct. Konkurrencelovens § 11a skal fortolkes i overensstemmelse med praksis efter artikel 87, hvorfor samme margin som udgangspunkt bør anvendes i relation til denne bestemmelse.

64. Vurderingsmanden uddybede ved brev af 20. august 2009, at det ikke er muligt, at give en mindre skønsmargin end 35-50 pct. Det skyldes, at mange forhold ikke var afklarede på tidspunktet for salget, herunder:

- at der ikke var noget plangrundlag for den fremtidige ønskede udnyttelse af Østre Havn. Lokalplanen udlagde området til industri, mens køber ønskede at benytte det til bolig og let erhverv,
- at køber overtog risikoen i forbindelse med jordforurening, pilotering, ekstrarundering og vej anlæg,
- at køber overtog risikoen for ekstraudgifter i forbindelse med etablering af underjordiske anlæg pga. forhøjet bebyggelsesprocent,
- at der var meget lange tredjemands lejekontrakter på Østre Havn,
- at køber blev forpligtiget til at vedligeholde bolværkerne, og
- at der var usikkerhed omkring naboarealets anvendelse (Musikkens Hus m.m.)

65. Vurderingsmanden fastholdt således, at Østre Havn på salgstidspunktet havde en markedspris på 71,7 mio. kr. inden for en margin på 35-50 % - og dermed, at en købesum på ca. 40-100 mio. kr. kan betragtes som udtryk for markedsprisen på vurderingstidspunktet.

66. Vurderingsmanden har supplerende angivet telefonisk, at den skønsmæssige margin er et udtryk for den usikkerhed, der er forbundet med omkostningerne, der indgår i prisfastsættelsen af de enkelte elementer i parternes handel, som f.eks. udgifter til nedbrydning og udgifter til vedligeholdelse af bolværker. Den anslåede markedspris er således udtryk for en generel betragtning om usikkerhed under de i vurderingstemaet angivne forudsætninger.

67. Prisen på de 40. mio. kr. er således udtryk for markedsprisen, hvor de dyreste skønnede priser for pilotering, nedbrydning mv. (under de angivne forudsætninger) lægges til grund. Omvendt er de 100 mio. kr. udtryk for markedsprisen, hvis det skønsmæssigt bliver billigst muligt – under de angivne forudsætninger – at pilotere, nedbryde bygninger, etc.

3.6. Høringssvar

68. Konkurrencestyrelsen har sendt et udkast af afgørelsen i høring hos Aalborg Havn A/S og A. Enggaard A/S den 2. oktober 2009.

69. Aalborg Havn A/S har fremsendt virksomhedens bemærkninger til udkastet til afgørelse ved brev af 21. oktober 2009. Aalborg Havn A/S har overordnet angivet, at

- virksomheden er enig i sagens indstilling, hvorefter det konstateres, at konkurrencelovens § 11a, stk. 1, ikke er overtrådt i forbindelse med salget af Østre Havn, og at
- afsnittene, der beskriver, hvordan Aalborg Havn A/S – ifølge Kommissionens meddelelse om det offentliges salg af jord og grunde – burde have ageret forud for salget, bør udgå af notatet. Det drejer sig om punkt 173-178, nedenfor.

70. Det bemærkes i den forbindelse, at det fortsat vurderes at være relevant at beskrive, at Aalborg Havn A/S – baseret på Kommissionens vejledning om det offentliges salg af jord og bygninger, og det af vurderingsmanden angivne – muligvis kunne have opnået en højere pris, jf. pkt. 180 nedenfor.

71. Aalborg Havn A/S har endvidere angivet, at

”Afslutningsvist skal jeg endnu en gang præcisere at Konkurrencestyrelsen har undladt at følge de sædvanlige regler for partshøring i forbindelse med at Konkurrencestyrelsen har ønsket at stille flere spørgsmål til den udpegede sagkyndige, jf. i det hele mine bemærkninger i skrivelse af 08.09.2009 til Konkurrencestyrelsen. Det kan stadig undre, at helt almindelige retssikkerhedsprincipper om høring i forbindelse med sådanne supplerende spørgsmål til den dagkyndige ikke er fulgt af styrelsen, når henses til at man fra styrelsens side tidligere i hele forløbet har gjort sig umage med netop at sikre, at denne partshøring fandt sted på korrekt vis, hvilket også fremgår af udkast til afgørelsen.”

72. Det skal hertil bemærkes, at reglerne om partshøring i konkurrenceloven og forvaltningsloven er overholdt i nærværende sag.

73. Bestemmelserne i konkurrencelovens § 15a vedrører en parts rettigheder efter forvaltningsloven i sager efter konkurrenceloven.¹⁰ I medfør af forvaltningslovens § 19, stk. 1, kan en forvaltningsmyndighed som udgangspunkt ikke træffe afgørelse i en sag, før en part har haft lejlighed til at udtale sig om det af sagens faktum, som ikke er parten bekendt, hvis disse oplysninger er til ugunst for parten og er af væsentlig betydning for sagens afgørelse. Konkurrencelovens § 15a udvider partens rettigheder efter forvaltningsloven, idet bestemmelsen foreskriver, at en part skal have hele afgørelsen i høring.

74. Aalborg Havn A/S har, som anført ovenfor, fået et udkast til afgørelse i nærværende sag samt bilag i høring inden for de i loven foreskrevne frister. Konkurrencestyrelsen har således fulgt reglerne i konkurrencelovens § 15a. Aalborg Havn er endvidere løbende blevet orienteret om sagen, blevet inddraget i en dialog om udarbejdelse af spørgsmål til vurderingsmanden, ligesom Aalborg Havn A/S gennem hele sagsforløbet har haft

¹⁰ Jf. Folketingstidende 1999/2000, tillæg B, s. 1295.

adgang til fuld indsigt i Konkurrencestyrelsens oplysninger af faktisk karakter.

75. Aalborg Havn A/S har i forlængelse af ovenstående endelig angivet, at

”Det er helt ensidige spørgsmål som er stillet den sagkyndige fra Konkurrencestyrelsens side, hvilket alene kan have haft til formål, at påvirke/ændre den sagkyndiges allerede afgivne vurderingsrapport.”

76. Det bemærkes i den forbindelse, at Konkurrencestyrelsens spørgsmål, jf. ovenfor pkt. 63 - 67, angik, om det var muligt for vurderingsmanden at reducere den relativt vide skønsmargin, som vurderingsmanden havde angivet i sin rapport, f.eks. ved at foretage yderligere undersøgelser. Det fremgår således, at styrelsens spørgsmål havde til formål at præcisere det faktuelle grundlag for Konkurrencerådets afgørelse.

77. A. Enggaard A/S har fremsendt virksomhedens bemærkninger til udkastet til afgørelse ved brev af 22. oktober 2009. A. Enggaard A/S har angivet, at

- virksomheden overordnet er enig i udkastet til afgørelsen,
- virksomheden ikke kan tilslutte sig alle de enkelte elementer, der indgår i vurderingen af markedsprisen. Under hensyntagen til, at A. Enggaard A/S kan tilslutte sig konklusionen finder virksomheden det dog irrelevant at uddybe dette nærmere, og at
- betragtningerne i udkastet til afgørelse om, at Aalborg Havn A/S muligvis kunne have opnået en højere pris for Østre Havn er for ”teoretiske” og i øvrigt ikke er relevante. På den baggrund opfordrer A. Enggaard A/S Konkurrencestyrelsen til at overveje, om disse afsnit bør udgå.

78. Aalborg Havn A/S's og A. Enggaard A/S's høringssvar er herudover løbende inkorporeret de relevante steder i afgørelsen.

4. Vurdering

4.1. Markedsbeskrivelse

79. Det fremgår af forarbejderne til konkurrencelovens § 11a om støtte ved hjælp af offentlige midler, at konkurrencelovens støttebegreb skal fortolkes i overensstemmelse med EF-traktatens artikel 87, stk. 1.¹¹ Det fremgår endvidere af forarbejderne til konkurrenceloven, at:

¹¹ Jf. FT 1999-2000, tillæg B, side 1291.

”Efter EF-traktatens artikel 87, stk. 1, er statsstøtte pr. definition konkurrenceforvridende.”¹²

80. Det forhold, at statsstøtte pr. definition er konkurrenceforvridende, medfører umiddelbart, at det *ikke* er nødvendigt at afgrænse det relevante marked. Det skyldes, at støtten – uanset markedsafgrænsningen – vil kunne forvride konkurrencen.¹³

81. Retten i Første Instans har på linje hermed anført i en sag vedrørende en regional støtteordning i Italien, at det i statsstøttesager ikke er nødvendigt at afgrænse det relevante marked og undersøge markedsstrukturen og de deraf følgende konkurrencevilkår.¹⁴

”Sagsøgernes anbringende om, at Kommissionen burde have godtgjort, at visse virksomheder i Fællesskabet havde lidt et tab på grund af ydelsen af den omtvistede støtte, eller i det mindste, at fællesskabskontingentet ikke var udtømt, kan ikke tages til følge. Det er tilstrækkeligt, at Kommissionen godtgør, den pågældende støtte kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne og truer med at fordreje konkurrencevilkårene, og det er ikke nødvendigt, at afgrænse det pågældende marked og undersøge markedsstrukturen og de deraf følgende konkurrencevilkår.”¹⁵ (Konkurrencestyrelsens understregning)

82. Det følger således både af konkurrencelovens forarbejder og fællesskabspraksis, at det i statsstøttesager ikke er nødvendigt at afgrænse det relevante marked. Det er tilstrækkeligt at give en overordnet markedsbeskrivelse for at kunne godtgøre, om en støtte truer med at fordreje konkurrencevilkårene.

83. A. Enggaard A/S er efter egne oplysninger en af de største entreprenører, udviklere og ejendomsinvestorer i Nordjylland. Virksomhedens aktiviteter er forankret omkring totalentreprise ofte gennem udvikling af egne projekter.¹⁶ Virksomhedens konkurrenter er efter A. Enggaard A/S’ egne oplysninger virksomhederne MT Højgaard, NCC, Hoffmann mv.

84. A. Enggaard A/S’s forretningsområder omfatter overordnet bl.a. (i) byggeri til alle formål, herunder til industri, kontor, detail, undervisning, IT, bolig og hotel, (ii) ejendomsudviklingsprojekter, herunder løbende investering i fast ejendom gennem egne ejendomsselskaber og (iii) byggemodning og udformning af udenomsarealer, jf. afsnit 3.2. A. Enggaard A/S købte endvidere efter det oplyste Østre Havn med henblik på at byggemodne arealet og opføre bygninger til boliger og erhverv.

¹² Jf. FT 1999-2000, tillæg B, side 1291.

¹³ Jf. også Peter L. Vesterdorf - Statsstøtte, side 28.

¹⁴ Jf. T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97, T-607/97, T-1/98, T-3/98, T-6/98 og T-23/98 – Alzetta.

¹⁵ Jf. T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97, T-607/97, T-1/98, T-3/98, T-6/98 og T-23/98 – Alzetta, præmis 95.

¹⁶ Jf. www.enggaard.dk.

85. A. Enggaard A/S er således aktiv på et overordnet marked for totalentreprise, der bl.a. omfatter byggeri, ejendomsudvikling og byggemodning af grunde. Et salg af Østre Havn til en pris, der er lavere end markedsværdien, vil derfor kunne have betydning for konkurrencevilkårene for andre selskaber end A. Enggaard A/S, der udbyder entrepriser – både total-entrepriser og delentrepriser – inden for byggeri, ejendomsudvikling og byggemodning.

4.2. Samhandelspåvirkning

86. En støtteforanstaltning vil være omfattet af EF-traktatens artikel 87, stk. 1, hvis foranstaltningen påvirker samhandelen mellem medlemsstater. Artikel 87 er imidlertid ikke direkte anvendelig i dansk ret, og Konkurrencestyrelsen kan derfor ikke træffe afgørelse efter bestemmelsen.

87. Konkurrencestyrelsen er på den anden side ikke afskåret fra at behandle klagesager om overtrædelse af konkurrencelovens § 11a, selv om foranstaltningen påvirker samhandelen.¹⁷ Konkurrencestyrelsen kan dog undlade at behandle en sag efter § 11a, hvis den pågældende støtteordning kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, jf. § 11a, stk. 7.

88. I nærværende sag har Konkurrencestyrelsen og Kommissionen aftalt, at det er mest hensigtsmæssigt, at Konkurrencestyrelsen træffer afgørelse efter konkurrencelovens § 11a, inden Kommissionen eventuelt vurderer sagen efter artikel 87.

89. Det er herefter ikke relevant at foretage en vurdering af, om Aalborg Havn A/S's salg af Østre Havn påvirker samhandelen.

4.3. Konkurrencelovens § 11a

90. Efter konkurrencelovens § 11a, stk. 1, kan Konkurrencerådet udstede påbud om, at *støtte*, der er ydet ved hjælp af *offentlige midler* til fordel for bestemte former for *erhvervsvirksomhed*, skal bringes til ophør eller skal tilbagebetales.

91. Efter § 11a, stk. 2, kan påbud efter stk. 1, udstedes, når støtten:

- direkte eller indirekte har til formål eller til følge at *forvride konkurrencen*, og
- *ikke er lovlig* i henhold til offentlig regulering.

92. Det følger således samlet af konkurrencelovens § 11a, stk. 1 og 2, at det skal vurderes, om der 1) ved offentlige midler er ydet 2) støtte 3) til fordel for 4) bestemte former for 5) erhvervsvirksomhed, således at støt-

¹⁷ Jf. FT 2006-07, tillæg A, side 4977, v. sp. Da Kommissionen har enekompetence til at godkende statsstøtte, der har samhandelspåvirkning, vil der derimod ikke kunne afgives en ikke-indgrebserklæring efter § 11a, stk. 6, hvis en støtteordning skønnes at have samhandelspåvirkning.

ten 6) forvrider konkurrencen, uden 7) at støtten er lovlig i henhold til offentlig regulering.

93. I de følgende afsnit 4.3.1-4.3.7 vil hver af betingelserne 1)-7) blive vurderet. Alle punkter gennemgås, uanset om en eller flere af betingelserne ikke måtte være opfyldt.

4.3.1 Offentlige midler

94. Det er en betingelse for, at der foreligger ulovlig støtte efter konkurrencelovens § 11a, at støtten er ydet af *offentlige midler*. Denne betingelse er efter fællesskabspraksis toledet. Der stilles således både krav om (i) at støtten er ydet af *offentlige midler*, og (ii) at støtten kan *tilregnes det offentlige*.

95. Det fremgår af forarbejderne til konkurrencelovens § 11a, at begrebet ”offentlige midler” i lighed med EU-praksis skal fortolkes bredt. Offentlige midler omfatter således støtte ydet af såvel staten som andre offentlige myndigheder, f.eks. en kommunalbestyrelse.¹⁸

96. I nærværende sag vil Aalborg Havn A/S ved et salg af Østre Havn til mindre end markedsprisen miste en fortjeneste, som selskabet – og dermed selskabets ejere – ville have modtaget ved et salg til markedsprisen. Hvis Østre Havn blev solgt til mindre end markedsprisen vil det derfor umiddelbart indebære støtte ydet af offentlige midler til A. Enggaard A/S.¹⁹

97. Det er imidlertid efter forarbejderne²⁰ til § 11a og fællesskabspraksis som nævnt også en betingelse,²¹ at støtten er modtaget som resultat af en adfærd, der må *tilregnes* en offentlig myndighed, sml. præmis 52 i Domstolens afgørelse i *Stardust Marine*-sagen:

”Selv om staten ... er i stand til at kontrollere en offentlig virksomhed og udøve en dominerende indflydelse på dennes transaktioner, er der ikke uden videre formodning for, at den faktisk udøver denne kontrol i et konkret tilfælde. En offentlig virksomhed kan handle mere eller mindre uafhængigt alt efter graden af den autonomi, staten giver den. ... Den omstændighed, at en offentlig virksomhed er undergivet statslig kontrol, er derfor ikke i sig selv tilstrækkelig til at tilregne staten de af den truffne foranstaltninger, såsom finansiel støtte. Det er også nødvendigt at undersøge, om de offentlige myndigheder på den ene eller den anden måde må anses for at være impliceret i vedtagelsen af disse foranstaltninger.” (Konkurrencestyrelsens understregning)

¹⁸ FT 1999-2000, tillæg B, side 1291.

¹⁹ Det antages på linje hermed i fællesskabspraksis, at når det offentlige udøver en kontrollerende indflydelse på en virksomhed, vil støtte fra denne virksomhed opfylde betingelsen om ”offentlige midler”, jf. sag C-482/99 - Frankrig mod Kommissionen (*Stardust Marine*), præmis 37 og 38, og forslag til afgørelse, C-482/99 *Stardust Marine*, punkt 43-46.

²⁰ FT 1999-2000, tillæg B, side 1292.

²¹ Jf. *Stardust Marine*, præmis 52.

98. Både EF-Domstolen og Generaladvokat Jacobs fandt i *Stardust Marine*-sagen, at det *ikke* var tilstrækkeligt godtgjort, at støtten kunne tilregnes det offentlige. Domstolen henviste til, at Kommissionen i sin vurdering som det eneste kriterium havde lagt vægt på, at de støttetildelende selskaber var ejet af staten. Jacobs henviste i sin vurdering bl.a. til, at staten ikke var repræsenteret i hverken bestyrelsen, ledelsen eller i den relevante udlånskomite for de støttetildelende virksomheder.²²

99. I nærværende sag er der en række forhold ud over Aalborg Kommunes ejerskab af Aalborg Havn A/S, der taler for, at en støtte til A. Enggaard A/S i form af et salg til under markedsprisen kan *tilregnes* det offentlige i § 11a's forstand.

100. Aalborg Kommune har således – ud over næsten fuldstændigt ejerskab til Aalborg Havn A/S – en utvetydig kontrol over selskabet. Aalborg Kommune kan ved stemmeafgivning på generalforsamlingen fastlægge bestyrelsens sammensætning. Kommunen har i praksis udnyttet denne kontrol til bl.a. (i) at besætte eller udpege samtlige bestyrelsesmedlemmer med undtagelse af de medarbejdervalgte medlemmer, og til (ii) at stille forslag på ekstraordinær generalforsamling om at ændre bestyrelsessammensætningen i Aalborg Havn A/S, hvilket blev vedtaget. Aalborg Kommunens borgmester skal endvidere efter vedtægterne til enhver tid være formand for Aalborg Havn A/S's bestyrelse, ligesom det er bestyrelsesformanden (borgmesteren) eller næstformanden (medlem af Aalborg Kommunes byråd), der tegner selskabet sammen med enten to andre bestyrelsesmedlemmer eller direktøren for Aalborg Havn A/S.

101. Aalborg Kommune har endvidere sikret sig, at Kommunalbestyrelsen ikke mister kontrollen med Aalborg Havn A/S gennem udstedelse af nye aktier, fusion mv. Efter vedtægterne kræves der således ”forudgående samtykke fra Kommunalbestyrelsen i Aalborg til:

- a) salg af Aalborg Kommunes aktier i selskabet
- b) andres tegning af nye aktier ved kapitalforhøjelse i selskabet eller
- c) selskabets deltagelse i fusion, spaltning eller anden virksomheds- overtagelse

102. alt i et sådant omfang, at Aalborg Kommunes andel af selskabets aktiekapital bringes ned under 75 % af denne.” (Konkurrencestyrelsens understregning)

103. Aalborg Kommune har endvidere gennem sin kontrol over og tilstedeværelse i Aalborg Havn A/S's bestyrelse været *konkret* involveret i salget af Østre Havn. Det fremgår således af referater fra bestyrelsesmøder-

²² Jf. forslag til afgørelse, C-482/99 Stardust Marine, præmis 70.

ne, at salget af Østre Havn blev forelagt og godkendt af en enig bestyrelse. Det var endvidere bestyrelsen, der godkendte, at bestyrelsesformanden (borgmesteren) og havnedirektøren kunne afslutte salget af Østre Havn bl.a. ved at underskrive de fornødne formelle dokumenter (skøde, lejemålsændringer mv.).

104. Det konkrete salg af Østre Havn indikerer endvidere, at der er et vist samspil mellem Aalborg Havn A/S handlinger og Aalborg Kommunes beslutninger. Det fremgår således af det betingede skøde mellem Aalborg Havn A/S og A. Enggaard A/S, at ”[Aalborg Havn A/S] var uden ansvar for, hvilken lokalplan der måtte blive vedtaget for ejendommene, idet [Aalborg Havn A/S] dog var forpligtet til i videst muligt omfang loyalt at varetage [A. Enggaard A/S’s] interesser i forbindelse med den forestående lokalplanlægning for ejendommene.” (Konkurrencestyrelsens understregning)

105. Det kan endelig anføres, at Aalborg Havn A/S ved at drive havnevirksomhed varetager en funktion, som historisk har vedrørt en væsentlig infrastruktur, og som generelt har været en del af de kommunale anliggender.²³ Det findes derfor at være sandsynligt, at når Aalborg Kommune omdannede Aalborg Havn til et kommunalt aktieselskab, skete det ikke for at afgive kontrollen med hverken selskabet eller udviklingen af Aalborgs havneområde, men for at give havnen mulighed for at udvikle sig bedst muligt på et forretningsmæssigt grundlag til gavn for lokalbefolkningen, kommunen og hele regionen som sådan.

106. De kommunale hensyn, der historisk har været knyttet til udøvelsen af havnevirksomhed, ses fortsat at komme til udtryk i Aalborg Havns vedtægter. Det er således Aalborg Havn A/S’s formål ”at fremme miljørigtige transportløsninger og i et samspil med lokalsamfundet på forretningsmæssigt grundlag at drive havnevirksomhed, herunder transportcentervirksomhed, samt dertil relateret operatørvirksomhed. Det påhviler herunder selskabet at medvirke til langsigtet sikring, udvikling og udbygning af transportfaciliteter, herunder søvejsfaciliteter, og ydelser for servicering af erhvervslivet primært i Nordjylland.” (Konkurrencestyrelsens understregning)

107. De kommunale – og dermed politiske – hensyn, der er forbundet med at drive og udvikle havnevirksomhed indikeres også af, at Aalborg Kommune har sammensat posterne i bestyrelsen i Aalborg Havn A/S på en sådan måde, at sammensætningen politisk svarer til den politiske sammensætning i kommunens stående udvalg. Der er med andre ord et sammenfald mellem den politiske sammensætning i Kommunalbestyrelsen i Aalborg Kommune og bestyrelsen i Aalborg Havn A/S.

108. Det vurderes på den baggrund samlet, at Aalborg Havn A/S og Aalborg Kommune er meget tæt forbundet bl.a. pga. personsammenfaldet mellem bestyrelsen i Aalborg Havn A/S og medlemmer af Aalborg Kom-

²³ Førend havnelovens vedtagelse var alle større havne drevet kommunalt.

munes Kommunalbestyrelse. Det vurderes endvidere, at salget – og den offentlige støtte, der måtte ligge heri – som følge af de nævnte forhold kan tilregnes kommunen i konkurrencelovens § 11a's forstand.

109. Betingelsen efter konkurrencelovens § 11a om, at en støtte skal vedrøre *offentlige midler*, er således opfyldt.

4.3.2 Støtte

110. Det fremgår af forarbejderne til konkurrencelovens § 11a, at lovens støttebegreb svarer til statsstøttebegrebet i EF-traktatens artikel 87, stk. 1. Konkurrencemyndighederne bør derfor i deres fortolkning af støttebegrebet efter § 11a følge EU-praksis på statsstøtteområdet.

111. Det fremgår endvidere af forarbejderne til konkurrenceloven, at støttebegrebet ikke alene omfatter direkte kontante tilskud, men også indirekte støtte. Støttebegrebet omfatter således *enhver økonomisk fordel*, der favoriserer bestemte former for erhvervsvirksomhed i forhold til anden erhvervsvirksomhed eller produktioner på det danske marked. Sådanne fordele kan efter forarbejderne f.eks. bestå i rentelettelser, garantier eller tilskud.²⁴

112. Ved salg af en grund til en pris, der er lavere end markedsprisen, vil køberen af grunden spare udgifter ved købet i forhold til, hvis grunden blev solgt til markedsprisen. De sparede udgifter udgør dermed en økonomisk fordel for køberen og vil være omfattet af støttebegrebet i konkurrencelovens § 11a.²⁵

113. A Enggaard A/S har således modtaget støtte i konkurrencelovens § 11a's forstand, hvis A. Enggaard A/S købte Østre Havn til en pris, der var lavere end markedsprisen på salgstidspunktet.

4.3.2.1 Kommissionens vejledning om salg af grunde

114. Det fremgår af Kommissionens ikke-bindende meddelelse om statsstøtteelementer i forbindelse med offentlige myndigheders salg af jord og bygninger, at statsstøttereglerne altid vil være overholdt, hvis meddelelsens procedure følges. Det skyldes, at et salg i overensstemmelse med Kommissionens meddelelse anses for at være sket til markedsprisen. Den procedure, der anføres i meddelelsen indebærer bl.a., at jorden enten skal sælges ved udbud til højest bydende eller til en pris fastsat af en uafhængig vurderingsmand.²⁶

²⁴ FT 1999-2000, tillæg B, side 1291.

²⁵ Jf. endvidere Kirsten Levinsen i Konkurrenceloven med kommentarer, 2009, side 919, hvor det anføres: ”Indirekte støtte kan fx være skatte- og afgiftslettelser, mere fordelagtige vilkår for lånoptagning, køb, salg eller udlejning af fast ejendom, end det ellers ville have været muligt at opnå på markedet...” (Konkurrencestyrelsens understregning). Jf. endvidere samme forfatter, side 922.

²⁶ Meddelelse fra Kommissionen om statsstøtteelementer i forbindelse med offentlige myndigheders salg af jord og bygninger, EF-Tidende nr. C 10/07/1997.

115. Aalborg Havn A/S har ikke foretaget et udbud af Østre Havn inden salget til A. Enggaard A/S. Aalborg Havn A/S har endvidere ikke fået foretaget en objektiv vurdering af Østre Havns markedsmæssige værdi. Salget af Østre Havn er derfor ikke sket i overensstemmelse med retningslinjerne i Kommissionens meddelelse om statsstøtteelementer i forbindelse med offentlige myndigheders salg af jord og bygninger.

116. Det skal derfor vurderes konkret, om salget af Østre Havn er sket til markedspris.

4.3.2.2 Vurderingsrapportens betydning

117. Konkurrencestyrelsen har – i overensstemmelse med tidligere praksis²⁷ og efter aftale med Kommissionen – indhentet en uafhængig vurdering af Østre Havn til brug for vurderingen af, om Østre Havn er solgt til en pris under markedsprisen, jf. ovenfor punkt 45-68. Vurderingsmanden blev således udpeget efter samme procedure, som ville være blevet fulgt, hvis vurderingsmanden var udpeget i en civil retssag.

118. Det fremgår af praksis, jf. f.eks. Østre Landsret kendelse af 19. november 2002, at en skønserklæring i almindelighed udgør et ”*autoritativt bevis*”.²⁸ En skønserklæring er endvidere blevet lagt til grund i en erstatningssag i forbindelse med en overtrædelse af konkurrenceloven. Det fremgår således af Østre Landsrets præmisser om tabsopgørelsen i Post Danmark-sagen, at:

*”de fremkomne oplysninger herom [skønsmandens kontakt med den ene part] giver ikke anledning til nogen svækkelse af skønserklæringens bevisværdi. Opgørelsen af Forbruger-Kontakts tab skal derfor ske på grundlag af skønserklæringen.”*²⁹

119. Det fremgår endvidere af f.eks. SKATs vejledning ”Processuelle regler på SKATs område 2009-2”, at:

”Syn og skøn er et bevismiddel, der principielt ikke er bindende for bevisbedømmelsen ... men syns- og skønserklæringens konklusioner vil normalt blive lagt til grund for afgørelsen.”

120. Det fremgår endelig af litteraturen, at en skønsmands erklæring generelt anses for at udgøre et ”*meget stærkt bevismiddel*”,³⁰ som tillægges en høj bevisværdi ved danske domstole. Det fremgår således at:

”Uanset at retten foretager en fri bevisbedømmelse, vil den normalt altid lægge skønsmændens erklæring til grund, både i henseende til hvilket faktum denne har konstateret og i henseende til den sagkyndige

²⁷ Jf. f.eks. Konkurrencerådets afgørelse af 25. september 2002 - *Anmeldelse af Næstved Kommunes aftale med Maglemølle Erhvervspark A/S* og Konkurrencestyrelsens afgørelse af 25. september 2002 - *Klage over ulige konkurrence i Skærbæk Kommune*.

²⁸ U 2003.496 Ø, s. 2.

²⁹ Jf. Østre Landsrets dom af 20. maj 2009, nr. B-3355-06, *Forbruger-Kontakt A/S mod Post Danmark A/S*, s. 51.

³⁰ jf. Poul Bostrup og Grete Due, *Syn og Skøn*, 2007, s. 67.

vurdering heraf. ... Rettens funktion vil derfor i praksis ofte være begrænset til en kontrol af, at retsplejelovens formelle regler er overholdt, og at skønserklæringen fremtræder som forsvarlig og uden åbenbare fejl.”³¹

121. Det fremgår endvidere i litteraturen at ”*det nærmest er en selvfølge, at syn og skøn er en nødvendighed*” i bygge- og anlægssager.³²

122. Det fremgår heraf, at skønserklæringer kan være en nødvendighed - nærmest en selvfølge - i sager, som kræver en særlig sagkundskab. Det fremgår endvidere, at en skønsmands vurdering i praksis anses for et autoritativt bevismiddel. Det fremgår endelig, at en skønsmands vurdering som oftest lægges til grund for retternes afgørelse.

123. På denne baggrund vurderes det, at vurderingsrapporten som udgangspunkt skal lægges til grund for opgørelsen af markedsprisen for Østre Havn.

4.3.2.3 Ingen konkret anledning til at tilsidesætte vurderingsrapporten

124. Det fremgår af vurderingsrapporten, at Østre Havns markedspris på salgstidspunktet var 71,7 mio. kr. Vurderingsmanden fandt imidlertid samtidig, at den vurderede markedspris er behæftet med en skønsmargin på 35-50 pct. - og at en købesum på ca. 40-100 mio. kr. derfor kan betragtes som udtryk for den gældende markedspris i 2006.

125. Det altovervejende udgangspunkt for Kommissionens vurdering efter Traktatens artikel 87 er, at markedsprisen kan opgøres præcist, eller dog med en forholdsvis lille margin, typisk ikke mere end højst 5-10 pct. Konkurrencelovens § 11a fortolkes i overensstemmelse med praksis efter artikel 87, hvorfor samme margin som udgangspunkt skal anvendes i relation til de danske regler. Der kan derfor som udgangspunkt ikke lægges en markedspris angivet med en skønsmargin på 30-50 pct. til grund for vurderingen af, om der foreligger en overtrædelse af forbudet i konkurrencelovens § 11a.

126. Konkurrencestyrelsen anmodede derfor vurderingsmanden om at oplyse, om skønsmarginen på 35-50 pct. på nogen måde kunne reduceres. Konkurrencestyrelsen adspurgte i den forbindelse om skønsmarginen kunne reduceres, hvis (i) skønsmanden fik yderligere tid, (ii) usikkerhederne i beløbsangivelserne i den rådgivende ingeniørvirksomheds skøn blev reduceret, eller (iii) ved, at der blev indhentet yderligere oplysninger, foretaget yderligere undersøgelser, etc.

127. Vurderingsmanden fandt imidlertid ikke, at det var muligt at indsnævre den angivne skønsmargin. Skønsmanden henviste som begrund-

³¹ Jf. Proceduren, Pernille Backhausen, Håkun Djurhuus & Christian Lundblad, 2009, s. 272; og Erik Hørlyck, Syn og skøn, 3. udg., 2004, s. 21, ”en skønserklæring virker som et særligt autoritativt bevis”.

³² Erik Hørlyck, Syn og skøn, 3. udg., 2004, s. 48.

delse herfor til de store usikkerheder og de helt særegne forhold, der var forbundet med salget af Østre Havn, jf. ovenfor, pkt. 60 -68.

128. På trods af at konkurrencemyndighederne som altovervejende udgangspunkt ikke accepterer en skønsmargin på over 5-10 pct. ved vurderinger foretaget til brug for en afgørelse efter konkurrencelovens § 11a, er der ikke grund til at tilsidesætte vurderingsmandens skøn i nærværende sag. For at tilsidesætte vurderingsmandens skøn vil det - i overensstemmelse med praksis på andre retsområder - kræve, at vurderingsmanden har begået en åbenlys fejl, eller at der er konkrete grunde vedrørende vurderingsrapportens tilblivelse eller dens forudsætninger, som medfører at rapporten skal tilsidesættes – såsom f.eks. at vurderingsmanden har baseret sig på et forkert faktum eller er inhabil.

129. Der henvises i den forbindelse bl.a. til Landsskatterettens kendelse i en sag som angik, om vilkårene i en aftale svarede til de vilkår, som uafhængige parter ville have aftalt. Retten slog fast, at en besvarelse fra en skønsmænd er et meget væsentligt bevismiddel – og at besvarelsen skal følges, medmindre der kan påvises konkrete grunde vedrørende besvarelsens tilblivelse eller dens forudsætninger, der taler for, at dette alligevel ikke er tilfældet.³³

130. Det er i praksis muligt at indhente en ny vurdering i nærværende sag. Det vil dog - i overensstemmelse med retspraksis³⁴ og litteraturen³⁵ fra andre retsområder – normalt ikke ske, medmindre det kan konstateres, at der er fejl i grundlaget for vurderingen, eller at vurderingsmanden er inhabil. Det fremgår således bl.a. af Vestre Landsrets kendelse i en sag om produktefterligning, at

”Udmeldelse af et nyt syn og skøn under en retssag til besvarelse af et allerede besvaret syns- og skønstema kan bl.a. ske, hvis der foreligger grundlæggende fejl eller misforståelser ved den foreliggende besvarelse.”

131. Det fremgår i overensstemmelse hermed af litteraturen, at det

*”er udgangspunktet, at der normalt ikke udmeldes nyt syn og skøn på uændret grundlag, medmindre den hidtidige skønsmænd har begået grovere fejl eller er blevet inhabil.”*³⁶

³³ Jf. TFS 2006.634 Ø.

³⁴ Jf. U 2006.2908 V, hvortil det bemærkes i litteraturen, jf. Poul Bostrup og Grete Due, Syn og Skøn, 2007, s. 63 ”Landsretten har således udøvet en væsentlighedsvurdering, der svarer til den vurdering, der foretages med hensyn til, om en sagsbehandlingsfejl konkret har medført, at en forvaltningsakt har fået et urigtigt resultat.” Jf. tillige U 2009.576 V, U 2007.2979 V, U 2005.1472 H og U 1996.1504 V.

³⁵ Jf. bl.a. Erik Hørlyck, Syn og skøn, 3. udg., 2004, s. 168, ”Konkurrerende ligeværdige skønserklæringer medfører uløselige problemer. Problemet kan ikke løses gennem udmeldelse af et tredje syn og skøn på samme grundlag; i denne situation har flertallet ikke nødvendigvis ret.”

³⁶ Jf. Erik Hørlyck, Syn og skøn, 3. udg., 2004, s. 168 med henvisning til U 1986.491 HKK.

132. Det vurderes, at vurderingsrapporten ikke er behæftet med sådanne fejl eller mangler, som kan medføre, at vurderingsmandens sagkyndige skøn over, hvad der må betragtes som markedsprisen, skal tilsidesættes. Der lægges herved vægt på,

- at vurderingen er foretaget af en uvildig vurderingsmand udpeget af Dansk Ejendomsmæglerforening på et fuldt oplyst grundlag,
- at vurderingen er foretaget på baggrund af et vurderingstema udarbejdet af Konkurrencestyrelsen under inddragelse af sagens parter,
- at vurderingsmanden har foretaget en besigtigelse af Østre Havn,
- at vurderingsmanden har indhentet yderligere materiale til brug for sin sagkyndige vurdering, og i den forbindelse har inddraget en rådgivende ingeniørvirksomhed i det omfang sagens forhold krævede særlig specialiseret sagkundskab, og
- at der konkret ikke er konstateret væsentlige fejl i forbindelse med vurderingsrapporten.

133. Det lægges derfor samlet til grund, at opgørelsen af markedsværdien for Østre havn skal ske på grundlag af vurderingsrapporten.

4.3.2.4 Vurderingen – markedsprisen i 2006

134. Det kan overvejes, hvilken værdi inden for spændet mellem 40-100 mio. kr., der skal lægges til grund ved den *konkurrenceretlige* vurdering af, om salgsprisen for Østre Havn udgør støtte efter konkurrencelovens § 11a.

135. Det kan således anføres, at vurderingsmanden som udgangspunkt har fastsat markedsprisen til 71,7 mio. kr., og at den skønsmargin og dermed risiko, der måtte være i forlængelse af, at Aalborg Havn A/S ikke gennemførte et udbud eller fik foretaget en uvildig vurdering forud for salget af Østre Havn, bør bæres af parterne og ikke af A. Enggaard A/S's konkurrenter.

136. Det kan endvidere anføres, at Aalborg Havn A/S havde flere muligheder for at optimere salget af Østre Havn, og dermed skaffe sig større sikkerhed for, at grunden blev solgt til den bedst mulige pris

137. Aalborg Havn A/S kunne *for det første*, jf. Kommissionens meddelelse om statsstøtteelementer i forbindelse med offentlige myndigheders salg af jord og bygninger,³⁷ have udbudt Østre Havn. Ved at afholde et udbud havde Aalborg Havn A/S (i) undgået ethvert spørgsmål om ulovlig offentlig støtte, og (ii) haft mulighed for i højere grad at afsøge markedet og tiltrække flere mulige købere for dermed at opnå en højere salgspris af Østre Havn.

³⁷ Meddelelse fra Kommissionen om statsstøtteelementer i forbindelse med offentlige myndigheders salg af jord og bygninger, EF-Tidende nr. C 10/07/1997.

138. Aalborg Havn A/S kunne *for det andet* have fået foretaget en vurdering af Østre Havn *inden* salget og herefter have aftalt sig ud af de risikoelementer, som salget af Østre Havn var belagt med. Det er efter det oplyste ikke usædvanligt i erhvervsejendomshandler, at parterne indgår aftale om en regulering af købesummen, der – helt eller delvis efter nærmere aftale - svarer til den udgift eller meromkostning, de pågældende forhold måtte medføre. Dette kan eventuelt ske i kombination med en betinget handel.

139. Det skal dog heroverfor anføres, at også den mindste værdi inden for spændet på mellem 40-100 mio. kr. må antages at være et reelt udtryk for markedsprisen til brug for den *konkurrenceretlige* vurdering efter konkurrencelovens § 11a.

140. Der lægges herved *for det første* vægt på, at det i sager efter konkurrenceloven som udgangspunkt påhviler konkurrencemyndighederne at sandsynliggøre, at en overtrædelse har fundet sted. I nærværende sag påhviler det således konkurrencemyndighederne at sandsynliggøre, at salgsprisen for Østre Havn lå under markedsprisen på tidspunktet for salget. Usikkerhed i fastsættelsen af markedsprisen kan derfor ikke i den konkrete sag komme parterne til skade.

141. Der lægges *for det andet* vægt på, at det fremgår af vurderingsmandens svar på Konkurrencestyrelsens supplerende spørgsmål, jf. ovenfor, at det ikke kan betegnes som usædvanligt, at der indgås en handel, hvor der findes en eller flere ubekendte faktorer, og hvor parterne indgår aftale om købesum og fordeling af risici. Det gælder således særligt, at hvor der er tale om en lang tidshorizont, vil en mere fast købesum og på forhånd aftalt risikofordeling være mere almindelig. Salget af Østre Havn er i den forbindelse netop kendetegnet ved, at en række af risikoelementerne havde en længere tidshorizont. Det drejer sig bl.a. om lejekontrakterne på grunden og spørgsmålet om lokalplanens vedtagelse. Det vurderes derfor, at aftalevilkårene var udtryk for en ikke ualmindelig fordeling af risici.

142. Der lægges *for det tredje* vægt på, at Kommissionen *ikke* har fastslået i praksis, at det i sig selv udgør en overtrædelse af Traktatens artikel 87 om statsstøtte, at parterne har undladt at aftale en efterfølgende regulering af købsprisen.

143. Det forhold, at Aalborg Havn A/S således ikke havde aftalt en prismekanisme eller afholdt et offentligt udbud, hvor prisen kunne svinge mellem 40 og 100 mio. kr. i forhold til de efterfølgende faktiske forhold, udgør således ikke i sig selv et tilstrækkeligt bevis for, at der er givet ulovlig offentlig støtte i strid med konkurrencelovens § 11a.

144. Konkurrencemyndighedernes bevisbyrde findes derfor samlet set ikke at være løftet alene, fordi Aalborg Havn ikke fulgte Kommissionens meddelelse eller aftalte en efterfølgende regulering. Det på trods af, at den faktiske salgspris på ca. 42,8 mio. kr. ligger i den nederste ende af vurde-

ringsmandens skøn, hvilket kraftigt indikerer, at Aalborg Havn A/S kunne have optimeret salget og fået mere for Østre Havn.

145. Det vurderes på den baggrund samlet, at markedsværdien af Østre Havn på tidspunktet for salget som udgangspunkt skal fastlægges til 71,7 mio. kr. På grund af de store usikkerheder forbundet med salget, jf. punkt 64 ovenfor, må en pris indenfor spændet mellem ca. 40-100 mio. kr. helt særegent anses for at være i overensstemmelse med konkurrencelovens § 11a.

146. Det kan herefter samlet konkluderes, at Aalborg Havn A/S ved at sælge Østre Havn for 42,8 mio. kr. ikke har givet A. Enggaard A/S støtte i konkurrencelovens § 11a's forstand. Betingelsen om *støtte* er dermed *ikke* opfyldt.

147. Det skal i den forbindelse bemærkes, at betingelserne i konkurrencelovens § 11a er kumulative, dvs., at alle betingelserne skal være opfyldt, førend § 11a er overtrådt. Det kan derfor konstateres, at konkurrencelovens § 11a ikke er overtrådt, da betingelsen om ”støtte” ikke er opfyldt. De resterende betingelser bliver imidlertid for fuldstændighedens skyld kort gennemgået nedenfor.

4.3.3 Til fordel for

148. For at Konkurrencerådet kan udstede et påbud efter § 11a, stk. 1, skal der være tale om støtte ydet *til fordel for* bestemte former for erhvervsvirksomhed. Begrebet ”til fordel for” betyder, at støtten skal udgøre en økonomisk eller finansiell fordel, som virksomheden ikke ville have opnået under normale markedsvilkår.³⁸

149. Ved vurderingen af, om offentlig støtte er ydet på markedsvilkår, skal det markedsøkonomiske investorprincip følges. Det indebærer, at det skal undersøges, om den offentlige myndighed, der yder støtten, har handlet ud fra samme økonomiske parametre, som en privat investor ville gøre, når der indskydes kapital, ydes lån, sælges aktiver for billigt mv. til en anden virksomhed.³⁹

150. Vurderingen af, om støtten er ”til fordel for” vil i den forbindelse i praksis ofte være sammenfaldende med vurderingen af, om støtten er konkurrenceforvridende, idet det markedsøkonomiske investorprincip indgår i begge vurderinger.⁴⁰ Vurderingen af begrebet ”til fordel for” er endvidere tæt forbundet med, om der overhovedet er ydet støtte.

151. I nærværende sag har Aalborg Havn A/S solgt Østre Havn til A. Enggaard A/S til en værdi, der ligger inden for det spænd, der kan betragtes som markedsprisen. A. Enggaard A/S har derfor ved købet af Østre Havn ikke opnået en økonomisk fordel, som A. Enggaard A/S ikke ville

³⁸ FT 1999-2000, tillæg B, side 1292.

³⁹ FT 1999-2000, tillæg B, side 1292.

⁴⁰ FT 1999-2000, tillæg B, side 1292.

have opnået under normale markedsvilkår. Betingelsen *til fordel for* er dermed ikke opfyldt.

4.3.4 Bestemte former

152. Det er endvidere en betingelse efter konkurrencelovens § 11a, at støtte er ydet til *bestemte former* for erhvervsvirksomheder. Det betyder, at støtten skal være tildelt selektivt.⁴¹

153. Der skal med andre ord være tale om, at støtte skal favorisere bestemte former for erhvervsvirksomheder eller en enkelt virksomhed i forhold til andre erhvervsvirksomheder. Heri ligger, at støtten enten skal være ydet til bestemte former for erhvervsvirksomhed - f.eks. til gartnerier, men ikke til dambrug – eller kun til visse erhvervsvirksomheder inden for samme branche med udelukkelse af andre, f.eks. kun støtte til de fem mindste gartnerier. Generelle støtteforanstaltninger er således ikke omfattet af forbudet i konkurrencelovens § 11a.⁴²

154. Da der i nærværende sag imidlertid ikke er fornødent faktisk belæg for at konstatere, at der er ydet støtte til A. Enggaard A/S, er der ikke grundlag for at træffe afgørelse om, hvorvidt en sådan ”støtte” er givet selektivt..

4.3.5 Virksomhed

155. Begrebet *erhvervsvirksomhed* skal i overensstemmelse med konkurrencelovens § 2, stk. 1, forstås bredt. Det indebærer, at begrebet omfatter enhver økonomisk aktivitet, der foregår i et marked for varer eller tjenesteydelser.⁴³

156. A. Enggaard A/S er aktive på markederne for byggeri til alle formål, ejendomsudviklingsprojekter, byggemodning og udformning af udenomsarealer, jf. afsnit 3.2.

157. Det vurderes på den baggrund, at A. Enggaard A/S driver erhvervsvirksomhed i konkurrencelovens forstand.

4.3.6 Konkurrenceforvridende

158. Det er endvidere en betingelse efter konkurrencelovens § 11a, at støtten *direkte eller indirekte har til formål eller følge at forvride konkurrencen*.

159. Begrebet konkurrenceforvridende støtte i konkurrencelovens § 11a er inspireret af EF-traktatens artikel 87. Det følger af artikel 87, at det er en betingelse for, at der foreligger ulovlig statsstøtte, at støtten ”fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene”. En støtteordning kan i

⁴¹ FT 1999-2000, tillæg B, side 1292.

⁴² Jf. Kirsten Levinsen i Konkurrenceloven med kommentarer, 2009, side 931.

⁴³ FT 1999-2000, tillæg B, side 1292.

den forbindelse godt *forvråde* konkurrencen, uden at konkurrencen kan siges at være *begrænset*.⁴⁴

160. Spørgsmålet om, hvorvidt en støtte er konkurrenceforvridende, er tæt forbundet med, om der i det hele taget foreligger støtte, og om støtten er selektiv, dvs. tildeles til fordel for bestemte former for erhvervsvirksomhed, jf. ovenfor. Det skal således vurderes, om alle virksomheder på samme vilkår har kunnet opnå adgang til støtten.

161. Hvis der er tale om (selektiv) støtte, vil støtten som udgangspunkt – uanset støttens størrelse og markedets afgrænsning – pr. definition være konkurrenceforvridende.⁴⁵ Domstolen har således fundet, at et beløb på 30.000 euro kan udgøre statsstøtte, der påvirker samhandelen mellem medlemsstater.⁴⁶ Det fremgår dog af Kommissionens forordning om de minimis-støtte,⁴⁷ at støtte, som over en periode på tre regnskabsår ikke overstiger 200.000 euro (dog kun 100.000 euro i 2006), ikke anses for at kunne fordreje eller true med at fordreje konkurrencevilkårene i strid med artikel 87.

162. Et tilsvarende mærkbarhedskriterium som Kommissionens de minimis-regler findes ikke i konkurrencelovens § 11a. Konkurrencestyrelsen kan således principielt gribe ind over for enhver uanmeldt støtte, og har f.eks. i sagen om *Portal Fyn.dk* påbudt en ulovlig støtte på 46.542 kr. tilbagebetalt.⁴⁸ Konkurrencestyrelsen vil dog – også ud fra ressourcemæssige hensyn – altid foretage en samlet vurdering af, om et forhold har en sådan karakter og effekt på konkurrencen, at styrelsen konkret bør gribe ind.⁴⁹

163. Da der i nærværende sag imidlertid ikke er tale om, at der er ydet støtte, er der heller ikke tale om, at ”støtten” kan være konkurrenceforvridende i § 11a’s forstand.

4.3.7 Lovlig i henhold til offentlig regulering

164. For at offentlig støtte er i strid med konkurrencelovens § 11a, skal støtten ikke være lovlig i henhold til *offentlig regulering*.

165. Begrebet ”offentlig regulering” skal forstås bredt i overensstemmelse med konkurrencelovens § 2, stk. 2. Det betyder, at begrebet om-

⁴⁴ FT 1999-2000, tillæg B, side 1293.

⁴⁵ Jf. FT 1999-2000, tillæg B, side 1291.

⁴⁶ Jf. sag nr. C-172/03 – Heiser. Sagen omhandlede et fradrag på 30.000 euro, som Domstolen fandt var konkurrencebegrænsende. Baggrunden for, at beløbet på 30.000 euro ikke var under de minimis-grænsen var, at der ikke var nogen maksimum grænse for fradraget, der derfor kunne have været større, jf. præmis 34.

⁴⁷ Jf. Kommissionens forordning nr. 1998/2006 af 15. december 2006 om anvendelse af EF-traktatens artikel 87 og 88 på de minimis-støtte. Forordningen afløste Kommissionens forordning nr. 69/2001 af 12. januar 2001, der fandt anvendelse til 1. januar 2007.

⁴⁸ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 27. september 2006 *Portal Fyn.dk*.

⁴⁹ Jf. f.eks. Konkurrencestyrelsens afgørelse af 23. februar 2005 - *Statens Seruminstitut favorisering af Udlandsvaccination I/S*, hvor Konkurrencestyrelsen fandt, at de påklagede forhold havde ”så ringe effekt på konkurrencen”, at der ikke blev grebet ind, jf. konkurrencelovens § 14, stk. 1, 4. pkt.

fatter love, bekendtgørelser, aktstykker, generelle budgetregler samt reglerne om kommunernes ulovbestemte opgaver (kommunalfuldmagten).⁵⁰

166. I henhold til konkurrencelovens § 11a, stk. 3, påhviler det den vedkommende minister, henholdsvis den pågældende kommunale tilsynsmyndighed, at træffe afgørelse om, hvorvidt en støtte er lovlig i henhold til offentlig regulering, medmindre andet følger af anden lovgivning.

167. Det påhviler i den forbindelse Konkurrencestyrelsen at rette henvendelse til den rette myndighed. Det er derfor nødvendigt at afklare, hvilken offentlig myndighed, som kan træffe afgørelse om støttens lovlighed.

168. Konkurrencestyrelsen har i den forbindelse rettet henvendelse til Velfærdsministeriet (nu Indenrigs- og Socialministeriet) og Transportministeriet og forespurgt, om mulig støtte i forbindelse med salg af en grund er lovlig i henhold til offentlig regulering, jf. punkt 42-44 ovenfor.

169. Velfærdsministeriet oplyste, at ministeriet ikke har kompetence til at vurdere, hvorvidt et salg, der muligvis udgør statsstøtte, er lovlig i henhold til offentlig regulering. Velfærdsministeriet henviste til Transportministeriet som rette myndighed. Transportministeriet oplyste, at Aalborg Havn A/S ikke har hjemmel til at sælge havnearealer til mindre end markedsprisen.

170. Det vurderes på den baggrund samlet, at der ikke er hjemmel i offentlig regulering til, at Aalborg Havn A/S kunne sælge Østre Havn til en pris lavere end markedsværdien.

4.4. Konklusion

171. Markedsprisen for Østre Havn på tidspunktet for Aalborg Havn A/S's salg i 2006 til A. Enggaard A/S skal fastlægges til 71,7 mio. kr. I lyset af de helt særlige forhold ved salget af Østre Havn og de store usikkerheder, der var forbundet med salget, må en pris inden for spændet mellem ca. 40-100 mio. kr. imidlertid – i overensstemmelse med den uafhængige mæglers vurdering – anses som udtryk for markedsprisen og dermed ikke som værende i strid med konkurrencelovens § 11a. Konkurrencestyrelsen lægger dermed helt undtagelsesvis et spænd på 35-50 pct. til grund.

172. Det vurderes på den baggrund samlet, at der ikke er fornødent faktisk belæg for at konstatere, at Aalborg Havn A/S har overtrådt konkurrencelovens § 11a ved salget af Østre Havn til A. Enggaard A/S.

173. Det kan imidlertid ikke udelukkes – med henvisning til den uafhængige vurderingsrapport – at Aalborg Havn A/S kunne have fået en højere pris for Østre Havn i stedet for den faktiske købspris på 42,8 mio. kr.

⁵⁰ FT 1999-2000, tillæg B, side 1293.

174. Aalborg Havn A/S havde således flere muligheder for at optimere salget af Østre Havn, og dermed skaffe sig større sikkerhed for, at grunden blev solgt til den bedst mulige pris.

175. Aalborg Havn A/S kunne *for det første*, jf. Kommissionens meddelelse om statsstøtteelementer i forbindelse med offentlige myndigheders salg af jord og bygninger, have udbudt Østre Havn. Ved at afholde et udbud havde Aalborg Havn A/S (i) undgået ethvert spørgsmål om ulovlig offentlig støtte, (ii) haft mulighed for i højere grad at afsøge markedet og tiltrække flere mulige købere for dermed at opnå en højere salgspris af Østre Havn.

176. Aalborg Havn A/S kunne *for det andet* have fået foretaget en vurdering af Østre Havn *inden* salget og herefter have aftalt sig ud af de risikoelementer, som salget af Østre Havn var belagt med. Det er efter det oplyste ikke usædvanligt i erhvervsejendoms-handler, at parterne indgår aftale om en regulering af købesummen, der – helt eller delvis efter nærmere aftale - svarer til den udgift eller meromkostning, de pågældende forhold måtte medføre. Eventuelt i kombination med en betinget handel.

177. Det er imidlertid ikke usædvanligt, at der indgås en handel, hvor der findes en eller flere ubekendte faktorer, og hvor parterne indgår aftale om købesum og fordeling af risici. Særligt, hvor der er tale om en lang tidshorison, vil en mere fast købesum og på forhånd aftalt risikofordeling nok være mere almindelig.

178. Aalborg Havn A/S har anført, at de nævnte forhold i punkt 173-177 er sagen uvedkommende, og at der er tale om hypotetiske betragtninger fra Konkurrencestyrelsens side. Aalborg Havn A/S finder endvidere, at den af Aalborg Havn A/S valgte fremgangsmåde ved salget må anses for at være den mest almindelige.

179. Aalborg Havn A/S har herudover anført, at det principielt var muligt at indhente en vurdering af Østre Havn forud for salget, men *”at Aalborg Havn A/S havde et glimrende overblik over, hvilke tilsvarende handler der var blevet gennemført på arealerne omkring Aalborg Havn i perioden forud for salget af Østre Havn, og at man derfor havde et udmærket og klart billede af prisniveauet.”* Aalborg Havn A/S fremfører i forlængelse heraf, at det *”derfor ikke [er] relevant gennem bemærkninger i konklusionen at bebrejde Aalborg Havn A/S, at man følte sig i stand til selv at foretage en realistisk vurdering af markedsprisen i forbindelse med salget, og at man derfor fravalgte muligheden for at anmode en uvildig skønsmand om at foretage en vurdering.”*

180. Det bemærkes hertil, at Konkurrencestyrelsens bemærkninger om, at Aalborg Havn A/S havde mulighed for at skaffe sig større sikkerhed for, at grunden blev solgt til den bedst mulige pris, bygger på den uafhængige vurderingsmands rapport sammenholdt med Kommissionens meddelelse om statsstøtteelementer i forbindelse med offentlige myndigheders salg af jord og bygninger.

181. Aalborg Havn A/S burde endvidere – uanset om virksomheden måtte være i stand til at vurdere grundens værdi på salgstidspunktet – ifølge Kommissionens meddelelse om statsstøtteelementer i forbindelse med offentlige myndigheders salg af jord og bygninger have udbudt eller fået foretaget en uafhængig vurdering af Østre Havn forud for salget for at være sikker på, at reglerne om offentlig støtte ikke blev overtrådt.

182. Hensynet bag Kommissionens meddelelse – og behovet for at følge retningslinjerne i meddelelsen – synes i den forbindelse at være særligt relevant i en sag som den foreliggende, hvor en sagkyndig skønsmand – endda bagudrettet – vurderede, at der var betydelige usikkerhedsfaktorer forbundet med salget.

183. Havde Aalborg Havn A/S fulgt Kommissionens meddelelse, ville Konkurrencestyrelsen som udgangspunkt ikke have behandlet sagen om en mulig overtrædelse af konkurrencelovens § 11a, jf. konkurrencelovens § 14, stk. 1, 4. pkt.

5. Afgørelse

184. Det meddeles Aalborg Havn A/S og A. Enggaard A/S, at Aalborg Havn A/S ikke har overtrådt konkurrencelovens § 11a, stk. 1, ved i 2006 at sælge Østre Havn til A. Enggaard A/S for 42,8 millioner kr.