

- IDI

UDSKRIFT
AF
SØ- & HANDELSRETTENS DOMBOG

DOM

Afsagt den 18. juni 2013

U-4-11

Hellers Yachtværft ApS
(Advokat Ejnar Bækgaard)
mod
Konkurrencerådet
(Kammeradvokaten
v/ advokat Jacob Pinborg)

Indledning

Sagen drejer sig om, hvorvidt Tårnby kommune har udlejet en ejendom til Hellers Yachtværft ApS (herefter Hellers) til en leje lavere end markedslejen og derved har ydet offentlig støtte i strid med konkurrencelovens § 11 a.

Påstande

Hellers har nedlagt følgende påstande:

Principalt: Konkurrenceankenævnets afgørelser af henholdsvis 10. februar 2011 og 13. januar 2012 ophæves.

Subsidiært: Hellers skal indbetale et af Sø- og Handelsretten fastsat beløb til Tårnby Kommune på maksimalt 160.164,17 kr.

Mere subsidiært: Sagen hjemvises i sin helhed til fornyet behandling ved Konkurrencestyrelsen/Konkurrencerådet.

Konkurrencerådet har nedlagt påstand om frifindelse.

Oplysningerne i sagen

Hellers blev grundlagt i 1950 af Knud Heller som et produktions- og apteringsværft. Peter Heller overtog virksomheden i 1993. Virksomheden var en enkeltmandsvirksomhed indtil den 1. januar 2007, hvor virksomheden blev omdannet til et anpartsselskab. Hellers hovedaktivitet består i dag af reparation og vedligeholdelse af både samt salg af bådudstyr m.m. Virksomheden afholder endvidere seminarer om maritime emner, ligesom det er muligt at erhverve speedbådskort og sejlerduelighedsbevis hos virksomheden.

Tårnby Kommune erhvervede den 1. januar 2004 en af Øresundsforbindelsen A/S i 1995 opført udstillingsbygning på adressen Kastrup Strandpark 9, 2770 Kastrup, der var beliggende på et areal tilhørende Tårnby Kommune.

Forud for Tårnby Kommunes overtagelse af bygningen modtog kommunen uopfordret en række henvendelser om muligheden for at benytte eller leje bygningen til forskellige formål. Det drejede sig om henvendelser fra SamKas (sammenslutning af sejl- og motorbådsklubber i Kastrup), Amagerlands Agility og Lydighedscenter og Hundeforeningen af 1970/Amager Agility, NordicSea ApS ved Stefan Leander, og Hellers.

Økonomiudvalget besluttede på et møde den 14. januar 2004, at der skulle forhandles videre med Hellers.

Den 1. marts 2004 indgik Hellers en lejekontrakt med Tårnby Kommune om leje af lejemålet Kastrup Strandpark 9, 2770 Kastrup.

Lejemålet er beliggende ved Kastrup Lystbådehavn. Lejemålet er ikke selvstændigt matrikuleret, men er en del af matr. nr. 1 eø Kastrup by, Kastrup, der er en større ejendom med flere bygninger. Lejemålet omfatter et areal på ca. 1.800 m² og hele den på arealet

beliggende bygning, Kastrup Strandpark 9. Bygningen har ydervægge af træ og tag af tagpap. Ifølge BBR er det bebyggede areal på 1.263 m² og det samlede etageareal på 1.564 m². Bygningen består af en udstillingshal (benyttes til lager og forretning) på 715 m² i dobbelt højde, foyer (benyttes til butik) på 154 m² i dobbelt højde og et auditorium på 87m² i dobbelt højde. De resterende godt 600 m² består af toiletter, kiosk, butikslokaler, teknikrum, lager og kontorer beliggende i stuen og på 1. sal. Lejer har endvidere brugsret til indtil halvdelen af et asfalteret parkeringsareal på ca. 900 m².

Det fremgår af lejekontrakten, at lejemålet begynder den 1. marts 2004, men der betales først leje fra den 1. juni 2004. Der er aftalt uopsigeligthed fra lejers side i 10 år og fra udlejers side i 15 år. Lejer har ret til afståelse efter erhvervslejelovens § 55, men ikke ret til fremleje. Af lejekontraktens § 20 om særlige vilkår fremgår følgende.:

"...

Lejer har råderet over indtil halvdelen af det asfalterede parkeringsareal sydvest for bygningen, som vist på vedhæftede bilag nr. 2. Lejer har ret til for egen regning at foretage indhegning af arealet. Materialevalg skal godkendes af udlejer. Arealet må benyttes til udstilling af både og vareoplag m.v.

...

Basislejen udgør 300.000,00 kr. for det 1. år, 350.000,00 kr. for det 2. år, 400.000,00 kr. for det 3. år, 450.000,00 kr. for det 4. år og 500.000,00 kr. for det 5. år. Herefter forhøjes den årlige leje uvarslet med 3 % hvert år pr. 1.1., første gang den 1.1.2009.

Ejendomsskatter og dækningsafgift betales af udlejer. Brandforsikring og vedligeholdelse og abonnement vedr. tekniske anlæg (ventilation, varme og varmestyring) betales af udlejer.

Forbrugsafgifter for vand og vandafledning betales af lejer. El- og naturgasforbrug og alarm, forsikring og andre driftsudgifter betales af lejer.

I forbindelse med lejemålets indgåelse udfører udlejer snarest muligt for udlejers regning følgende: Et passende antal vinduer i hallens østfacade og evt. i vestfacaden, dør til kiosk i østfacaden, et afløb i hallen, pullerter foran glasfacaden mod øst og ombygning af luger i hallens loft til også at fungere som ovenlys.

Udlejer giver tilsagn om at udføre/finansiere følgende via tilsvarende lejeforhøjelse over max. 10 år: 3 stk. udslagsvaske i hallen, badefaciliteter til personale (evt. i eksisterende toilettrum), ventilation/udsugning i hallen, dør mellem kiosk og lagerrum i hallen og overdækning til udendørs vareudstilling ved indgang.

Udlejer vil på baggrund af konkret projekt og tilbud tage stilling til udførelse/ finansiering af følgende via tilsvarende lejeforhøjelse over max. 10 år: Ny/ekstra port i hallens vestfacade i 1 - 1,5 moduls bredde, indskudt etagedæk i foyer som salgsareal og etablering af kontor på 1. sal i hallen med vinduer mod havnen.

Ovennævnte arbejder skal ikke reableres ved lejemålets ophør..."

Af et forslag til overordnede vilkår for lejemål vedrørende Kastrup Strandpark 9 fremgår blandt andet, at lejer har ret til sædvanlig skiltning mod et forud indhentet skriftligt samtykke fra udlejer. Lejer skal samtidig indhente fornøden myndighedsgodkendelse til skiltning.

Området, hvor lejemålet er beliggende, er omfattet af en lokalplan, der er vedtaget i 1979, og hvorefter området kun må anvendes til offentlige formål (strandpark og lystbådehavn med tilhørende byggeri).

Den 3. november 2008 modtog Konkurrencestyrelsen en klage fra Lynettens Bådservice, som anførte, at lejen i lejeaftalen mellem Hellers og Tårnby Kommune var fastsat under markedslejen og derfor var konkurrenceforvridende. Konkurrencestyrelsen indledte en undersøgelse af, om lejeaftalen indeholdt vilkår, der indebar ulovlig offentlig støtte i strid med konkurrencelovens § 11a.

I forbindelse med Konkurrencestyrelsens behandling af sagen indhentede styrelsen en vurdering af det pågældende lejemål. I vurderingsrapporten fra Sadolin og Albæk, dateret den 11. januar 2010, fastslås markedslejen af lejemålet. Vurderingen tager udgangspunkt i markedsprisen på tidspunktet for lejekontraktens indgåelse, herefter også benævnt som Vurderingstidspunktet.

Ved markedslejen forstås ifølge vurderingsrapporten den leje, som en villig udlejer og en villig lejer ville aftale for det pågældende lejeforhold på Vurderingstidspunktet i en sædvanlig transaktion efter forudgående passende markedsføring, hvor parterne har handlet kyndigt, fornuftigt og uden tvang.

Markedslejen er fastsat under hensyntagen til markedsforholdene, forventninger og priser på Vurderingstidspunktet samt under hensyntagen til de gældende betingelser i lejekontrakten.

Det anføres bl.a. i vurderingsrapporten, at lejemålet består af en bygning, opført i 1995 som udstillingsbygning for Øresundsforbindelsen A/S, med ydervægge af træ og tag af tagpap. Lejemålet opvarmes med naturgas. Bygningen indeholder et stort salgsområde (butik) med en loftshøjde på ca. 6 meter. Denne del af bygningen har tidligere været udstillingsområde, og den fremtræder efter sin karakter nærmest som en lagerbygning. Lejemålet fremtræder i god vedligeholdelsesmæssig stand.

For så vidt angår lejemarkedet anføres endvidere i vurderingsrapporten:

”3.1 Efterspørgselssituationen

I 2004 var efterspørgslen efter erhvervsarealer i det storkøbenhavnske område rimelig. Tomgangen var ca. 7,5 %, lidt lavere end i dagens marked, men langt højere end i perioden 2005 til 2008.

For et lejemål med denne beliggenhed, til denne anvendelse og med denne størrelse var efterspørgslen relativt svag. Dette skyldes, at der kun var et relativt snævert segment af virksomheder, som efterspørger lejemål til et så specialiseret formål. Hertil kommer, at efterspørgslen efter lejemål til dette formål, hvor aktiviteterne i betydelig grad er knyttet til en relativ kort sæson, normalt er koncentreret om væsentligt mindre lejemål med et snævrere forretningskoncept.”

3.2 Referencelejemål og lejevurdering

Sadolin & Albæk har kendskab til en række lejemål til maritime formål i lystbådehavne på Nord- og Østsjælland, herunder i Helsingør, Rungsted og Skovshoved.”

Generelt registreredes i 2004 lejepriser for bygninger i følgende niveauer:

- Mindre lejemål til f.eks. restauranter, tøjbutik mv.: kr. 1.200-1.800 pr. m² pr. år.
- Større lejemål til maritime formål: kr. 400-700 pr. m² pr. år.

Vi vurderer, at lejeniveauet i Kastrup Lystbådehavn vil være lavere end i f.eks. Rungsted Havn og Skovshoved Havn, men på niveau med Nordhavnen i Helsingør.

Baseret herpå samt på vore erfaringer i øvrigt vil vi vurdere markedslejen i 2004 til ca. kr. 450 pr. m² p.a. eller i alt ca. kr. 700.000 p.a.

Det skal bemærkes, at det for et lejemål af denne specielle karakter og med denne beliggenhed, hvor anvendelsen af bygningen tidligere har været en anden, er sædvanligt, at der ydes lejer en vis introduktionsrabat, enten som indretningstilskud eller trappeleje, normalt svarende til mellem 6 og 12 måneders leje.”

Det anføres videre i rapporten, at markedslejen er estimeret til 700.000 kr., og da startlejen er lavere end lejen efter indkøringsperioden, skulle startlejen have været 500.000 kr. p.a. svarende til 320 kr. pr. m² p.a. Det anføres, at en lejevurdering normalt vil være forbundet med en vis usikkerhed, og for et sådant ganske stort lejemål med en speciel anvendelse og beliggenhed, må der kalkuleres med en usikkerhedsmargin på +/-15 %.

Ved brev af 27. april 2010 anmodede Konkurrencestyrelsen Sadolin & Albæk om grundlaget for valget af sammenlignelige lejemål, herunder hvorfor der udelukkende er benyttet lejemål i havne nord for København som referencelejemål. Sadolin & Albæk oplyste ved brev af 28. april 2010 følgende:

”... Som udgangspunkt benytter vi ved enhver lejevurdering vor database med registrering af samtlige lejemål, som vi har kendskab til. Derfor er der i det konkrete tilfælde udelukkende benyttet lejemål i havne nord for København som referencelejemål.

Der vil selvsagt også findes andre relevante sammenligningslejemål, men oplysninger vedrørende sådanne er ikke tilgængelige, medmindre udlejer eller lejer accepterer at udlevere disse. Såfremt vi på baggrund af vort almindelige markedskendskab er af den opfattelse, at vi - uden at søge at indhente oplysninger vedrørende andre sammenlignelige lejemål - kan vurdere markedslejen, søger vi ikke indhentet oplysninger vedrørende

yderligere sammenligningslejemål, også fordi tidsforbrug og omkostninger hertil er meget betydelige.

Det vil selvsagt være muligt at søge indhentet oplysninger vedrørende sammenligningslejemål i lystbådehavne syd for København. En sådan undersøgelse kræver en betydelig ressourceindsats (identifikation af sammenligningslejemål ved besigtigelser i relevante områder, identifikation af lejer og/eller udlejer, forespørgsler til disse), og resultatet er usikkert, idet vi naturligvis ikke har krav på at modtage sådanne oplysninger.

Med baggrund i vort markedskendskab er det vor klare opfattelse, at det forventelige resultat af sådanne yderligere undersøgelser ikke vil ændre vor vurdering."

Konkurrencestyrelsen anmodede endvidere i brevet af 27. april 2010 Sadolin & Albæk om at oplyse, hvorvidt det var muligt at reducere margin. Sadolin & Albæk besvarede dette benægtende ved brev af 28. april 2010.

Med brev af 26. april 2010 til Konkurrencestyrelsen sendte advokat Viltoft, som repræsenterede Tårnby Kommune, en række lejekontrakter for lokaler i Helsingør Nordhavn. Vedrørende de fremsendte lejekontrakter fremgår følgende af brevet:

" ...

Ad bilag F – lejemål på 64 m²

Der er tale om et lejemål indgået i 2009, der anvendes til klublokale. Lejemålet er derfor ikke fuldt sammenligneligt med nærværende sag, men det ses dog, at der er tale om en leje pr. m², jf. § 4, på kr. 450 pr. år. Dette niveau for 2009 svarer til, hvad skønsmanden mener, er markedslejen i 2004, hvilket tyder på at det af skønsmanden ansatte er for højt.

Ad bilag G – lejemål på 346 m²

Denne lejekontrakt blev indgået i 1999. På daværende tidspunkt var der en årlig leje på kr. 103.800 for 346 m². Som det ses af § 2 er der tale om et lejemål til "mindre bådeværft og salg af mindre både, motorer, bådeudstyr og lign."- I § 11 i lejekontrakten er der en oversigt over lejens udvikling, hvoraf fremgår, at lejen i 2004 – som er sammenlignings-tidspunktet - udgjorde kr. 116.827,41 eller kr. 337,65 pr. m².

Ad bilag H – lejemål på 321 m²

Dette lejemål blev indgået i 2004, dvs. på samme tidspunkt, som lejemålet i nærværende sag. Lejemålets anvendelse er tilnærmelsesvist sammenligneligt med lejemålet i Kastrup Strandpark. Det fremgår af § 4 at den årlige leje i 2004 udgjorde kr. 108.894,36 dvs. kr. 339,23 pr. m²..."

SKATs vurdering i 2006 af den forventede årlige leje for lejemålet var 1.036.932 kr. svarende til 663 kr. pr. m².

På baggrund af vurderingsrapporten fra Sadolin og Albæk traf Konkurrencerådet den 23. juni 2010 følgende afgørelse:

" ...

287. Det vurderes samlet, at Tårnby Kommune ved at udleje Lejemålet til en leje der ligger under markedslejen har ydet offentlig støtte til Hellers Yachtværft ApS i strid med konkurrencelovens § 11 a, stk. 1.

288. Tårnby Kommune påbydes at opkræve en leje for Lejemålet, der svarer til markedslejen. Der er ikke med nærværende afgørelse taget stilling til det konkrete lejeniveau for lejemålet, herunder hvad der vil udgøre markedslejen i dag. Markedslejen kan f.eks. fastsættes ved at indhente en uafhængig vurdering af lejemålet.

289. Den ulovlige støtte i form af en leje under markedslejen kan med udgangspunkt i vurderingsrapporten opgøres til 964.649 kr. inkl. renter. Af dette beløb kan 803.225 kr. påbydes betalt tilbage til Tårnby Kommune efter konkurrencelovens § 11a, mens et tilbagebetalingskrav for de resterende 161.424 kr. er forældet.

290. På baggrund af en konkret helhedsvurdering vurderes det, at Hellers Yachtværft ApS skal tilbagebetale et beløb på 80.000 kr. til Tårnby Kommune. Dette beløb svarer til ca. 1/10 af den samlede opgjorte støtte inklusive renter. Beløbet er fastsat skønsmæssigt ud fra hensynet til at sikre lige konkurrencevilkår og effektiv håndhævelse over for hensynet til Hellers Yachtværft ApS, idet der bl.a. er lagt vægt på (i) de usikkerhedsmomenter der foreligger ved opgørelsen af en markedsleje, og (ii) at Hellers Yachtværft ApS er en mindre næringsdrivende, der har været i god tro, og som under de konkrete omstændigheder ikke havde grundlag for at betvivle, at selskabet kunne indrette sig i forhold til den indgåede lejeaftale.

Afgørelse

291. Det meddeles Tårnby Kommune og Hellers Yachtværft ApS, at Tårnby Kommune har tildelt Hellers Yachtværft ApS offentlig støtte i strid med konkurrencelovens § 11 a ved fra 1. marts 2004 at udleje lejemålet Kastrup Strandpark 9, 2770 Kastrup, til Hellers Yachtværft ApS til en leje, der ligger under markedslejen.

292. Tårnby Kommune påbydes efter konkurrencelovens § 11 a, stk. 1, snarest muligt og senest inden 6 måneder fra nærværende afgørelse at opkræve en leje for lejemålet Kastrup Strandpark 9, 2770 Kastrup, der svarer til markedslejen. Tårnby Kommune skal indsende dokumentation for opfyldelse af påbuddet til Konkurrencestyrelsen inden 6 måneder fra nærværende afgørelse.

293. Hellers Yachtværft ApS påbydes efter konkurrencelovens § 11 a, stk. 1, at betale 80.000 kr. til Tårnby Kommune. Der skal ske tilbagebetaling snarest muligt dog senest den 31. december 2010. Hellers Yachtværft ApS skal indsende dokumentation for opfyldelse af påbuddet til Konkurrencestyrelsen inden for denne frist."

Kendelsen blev indbragt for Konkurrenceankenævnet, der hjemviste sagen ved kendelse af 10. februar 2011 med henblik på fornyet fastsættelse af det tilbagebetalingspligtige beløb. Konkurrenceankenævnet anførte, at Konkurrencerådet ved fastsættelsen af beløbet, ikke i tilstrækkelig grad havde lagt vægt på, at beløbet skulle være egnet til at sikre lige konkurrencevilkår og effektiv håndhævelse af de konkurrenceretlige regler.

Tårnby Kommune indhentede i august 2010 en vurderingsrapport fra DTZ, der skulle fastslå lejen for lejemålet. Vurderingsrapporten blev indhentet i forlængelse af det påbud, Konkurrencerådet gav Tårnby Kommune ved afgørelsen af 23. juni 2010, hvorefter Tårnby Kommune var forpligtet til at hæve lejen til markedsniveau. Vurderingsrapporten blev dermed indhentet for at fastslå lejen i august 2010.

Vurderingsrapporten, som blev udarbejdet den 7. september 2010, indeholder en række betragtninger angående det konkrete lejemål:

”Flere forhold gør sig gældende i vurderingen af markedslejen. I forbindelse med fastsættelse af markedslejen har skønsmanden – foruden lejemålets kontraktforhold – primært lagt vægt på følgende faktorer, der herunder bliver gennemgået mere indgående: Ejendommens karakter og størrelse, beliggenhed og lokalplanforhold.

For disse forhold gælder, at de isoleret set har en positiv effekt på markedslejen, men i kombination faktisk ender med at have en negativ effekt på lejen, hvilket jeg har forsøgt at skitsere i det følgende.”

DTZ finder imidlertid, at der også er en række ulemper ved lejemålet, der trækker vurderingen ned. Det drejer sig om, at:

”Med udgangspunkt i lokalplanen er den eneste lovlige anvendelse bådudstyersforretning. Denne meget snævre anvendelsesmulighed gør, at lejemålet alene kan vurderes ud fra denne butikstypes specifikke behov og vilkår. ...

Skønsmanden har konstateret, at lejemålet har en meget decentral beliggenhed udenfor den centrale del af Kastrop by samt væk fra andre områder med tilsvarende butikstyper (big boks). ...

Selvom lejemålet er beliggende attraktivt for en bådudstyersforretning, er det efter skønsmandens opfattelse af en sådan størrelse, at det vil være vanskeligt for en bonus paterhandlende at drive en rentabel forretning fra lokalerne.”

DTZ anfører vedrørende sammenligningslejemål, at:

”For så vidt angår selve markedslejefastsættelsen, er det skønsmandens opfattelse, at sammenligninger med andre lejemål ikke bør tage udgangspunkt i havnelejemål, idet det i dette tilfælde ikke er havnebeliggenheden, der er altafgørende for, hvilken leje det vil være muligt at opnå for nærværende lejemål. Udgangspunktet bør i højere grad være andre butiks- og lager-lejemål (typisk a la big-boks), fra hvilken gennemsnitsleje der skal foretages tillæg og/eller fradrag pga. de specifikke forhold i dette lejemål.”

DTZ har herefter hentet oplysninger fra Erhvervsmæglerbasen Oline mht. lagerlejemål, leje for kontorer og butiksljemål. På baggrund af statistikkerne fra Oline opgør skønsmanden le-

jen for de forskellige typer lokaler indeholdt i lejemålet (lager, butik mv.). DTZ når på den baggrund frem til, at lejen den 25. august 2010 var 887.872 kr. pr. år. På grund af lejemålets karakteristika, herunder bl.a. lejemålets anvendelsesmulighed, størrelse, ringe skiltningmulighed og reguleringen på 3 % årligt, finder skønsmanden imidlertid, at markedslejen skal reduceres med ca. 1/3, hvorefter lejen opgøres til 590.000 kr. pr. år.

DTZ har den 7. marts 2011 oplyst telefonisk over for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at parkeringsarealet ikke har en særskilt værdi, fordi et sådant areal er en naturlig del af den type lejemål. Det ville have trukket ned i vurderingen, såfremt et sådant areal ikke havde været der.

Ved kendelse af 22. juni 2011 pålagde Konkurrencerådet Hellers at betale 782.233,24 kr. til Tårnby kommune. Det fremgår af afgørelsen, at der lægges vægt på vurderingen fra Sadolín og Albæk frem til 2008 og på vurderingsrapporten fra DTZ fra 2008 og frem. Det fremgår videre af afgørelsen, at der ved beregning af forrentningen af den ulovlige støtte er anvendt procesrenten frem til den 1. oktober 2010, hvorefter Kommissionens regler for renteberegning anvendes.

Konkurrenceankenævnet stadfæstede Konkurrencerådets afgørelse ved kendelse af 13. januar 2012.

Retten har forud for hovedforhandlingen besigtiget lejemålet Kastrup Strandpark 9.

Syn og skøn

Under sagen har Peter Bech fra Melhede Retail ApS været udmeldt som skønsmand. Af skønserklæringen fremgår følgende:

” ...

10. Områdets beskrivelse

Ejendommen/lejemålet ligger i Kastrup Lystbådehavn (ny havn). Havnen rummer plads til 776 både. På Amager Strandvej 413 (gl. havn) er der 144 bådpladser med et tilhørende mindre værft (i øvrigt lejet af Peter Heller/selskab).

Som det fremgår af Tårnby Kommune's hjemmeside er: "Lystbådehavnen er en kommunal institution. Lystbådehavnen og knyttede anlæg stilles til rådighed for kommunens borgere, søsportforeninger samt gæster."

Ca. 50 meter fra Heller's ligger Restaurant Kastrup Strandpark, der har sæsonåben, samt lokaler for ro-/sejlklubber.

Som det fremgår af luftfotografierne for området for perioden 2003 – 2010 iht. bilag C1-C8 er der detailmæssigt eller bebyggelsesmæssigt ikke sket en yderligere udvikling i området.

Det fremgår af Lokalplan 34 af 26. nov. 1979 (bilag D til nærværende rapport - se fortrinsvist § 3,2 og § 6.2.3), at der kan opføres bygninger i nævnte rækkefølge for: ".butikker for salg af proviant, brændstof, bådudstyr samt både..".

11. Argumentation

Detailmæssigt skal et lejemaal's attraktivitet overordnet vurderes ud fra en sammenhæng opdelt i følgende:

- 11.a Lejemålets lay-out og anvendelighed
...
- 11.b Lejemålets beliggenhed og samspil med andre butikker i det umiddelbare nærområde, herunder tilgængelig-/synlighed
...
- 11.c Lokalplan og lejekontraktvilkår

Den gældende lokalplan for området skaber rammerne for den aktivitet, der ønskes af kommunen. Af Lokalplan nr. 34 (se bilag D) fremgår det, at formålsbestemmelsen for lokalplanen er: "... at sikre anlæg af en strandpark med veje, stier, parkerings- og bådpladser til betjening af parken samt områdets lystbådehavn og rensningsanlæg". Formålsbestemmelsen er meget specifik og giver ikke tilladelse til andre udnyttelser i området. Det vurderes som typisk, at en så snæver specifik formålsbestemmelse i lokalplanens område, er ensbetydende med et kommunalt/offentligt ejerskab.

En lejekontrakt fastsætter de vilkår, der skal være gældende mellem hhv. udlejer og lejer, herunder lejers rettigheder og forpligtelser. Hver part har en interesse i den anden, udgangspunktet taget i betragtning. Udlejer er underlagt en lokalplan, der giver rammerne for et områdes anvendelse.

Der er aftalt følgende hovedvilkår i lejekontrakten for Kastrup Strandpark 9, 2770 Kastrup:

Anvendelsesbestemmelse: Maritimcenter

Areal, stueplan: 1.263m²

Areal, 1.sal/indskudt dæk: 301m²

Areal, udendørs: 236m²

Start: 01.03.2004, med første lejebetaling pr. 01.06.2004.

Uopsigelighed (lejer/udlej.) 10/15 år.

Husleje: Trappeleje over 4 år startende med tkr. 300 og sluttende på tkr. 500 i år 2008.

Årlig regulering: 3% p.a. første gang d. 01.01.2009.

Depositum: Svarende til 3 mdr. leje.

Fremleje: Ingen, hverken helt eller delvist.

Afståelsesret: Iht. ELL. §55.

Det bemærkes, at der er tale om et relativt stort butikslejemål, et specielt lay-out, særegen beliggenhed i et havnemiljø, en lang uopsigelighedsperiode for lejer, dog i kombination med lav trappeleje, ingen fremlejeret og kun branchespecifik afståelsesret.

12. Besvarelse af skønstema

Markedslejen er søgt tilvejebragt ud fra følgende betragtninger:

- Der skal være tale om sammenlignelige områder, nærmere præciseret som lystbådehavne.
- Der skal primært indgå sammenlignelige lejemål, hvor der er sket udlejning fra offentlig/kommunal side.
- Lokalplanen skal tilnærmelsesvis være enslydende. I manglende fald skal tallene tillægges sekundær betydning.
- Det vurderes at huslejeinformationer fra butiksljemål/handelsområder (box-butikker, handeleggader, strøgbutikker og indkøbscentre), inde i landet med en markant anderledes lokalplan, befolkningstæthed, tilgængelighed og attraktivitet (selvom disse kan være udlejet til bådudstysforretninger), alene skal tillægges sekundær til tertiær betydning.

Der har været aflagt besigtigelse og taget personlig kontakt til eksisterende aktører i følgende lystbådehavne:

Nr.	Havn:	Adresse:	By:
1	Dragør Havn	Gl. Havn	2791 Dragør
2	Mosedede Havn	Havnevej	2670 Greve
3	Hundige Havn	Hejren	2670 Greve
4	S/I Ishøj Havn	Søhesten	2635 Ishøj
5	S/I Vallensbæk Havn	Vallensbæk Havnevej	2665 Vallensbæk
6	S/K Lynetten	Refshalevej/Området	1432 København K
7	Sundkrogen	Sundkrogskaj/Området	2100 København Ø
8	Svanemølle Havn	Strandvænget	2100 København Ø
9	Jacob Jensens Både-	Østersøvej	2100 København Ø
10	Skovshoved Havn	Skovshoved Havn 4	2920 Charlottenlund
11	Rungsted Havn	Rungsted Havn	2960 Rungsted
12	Helsingør Nordhavn	Nordhavnsvej	3000 Helsingør
13	Kastrup Strandpark	Kastrup Strandpark 9	2770 Kastrup

Ejer-/Udlejningsstrukturen for havnene er forskelligartet. Skematisk kan den opdeles som følger:

	I privateje:	I Offentlig/ Kommunalt eje:	Blandede ejerskaber: ad- ministreret af
Lejet grund, men lejers		1, 7	2, 3, 4, 5, 8, 9, 10, 12
Grund og bygning:	11	6, 13	

For "4" er det af Tempo Bådsalg blevet oplyst, at ejendomsretten til grundarealer blev solgt til lejerne i 2010. Indtil da blev arealerne administreret af havnekontor/el.lign..

Besvarelse af skønstema

”Spørgsmål 1.

Skønsmanden bedes angive markedslejen for lejemålet **Kastrup Strandpark 9, 2770 Kastrup**, forstået som den leje en kyndig udlejer og en kyndig lejer på lejemålets ikrafttrædelsestidspunkt den **1. marts 2004** ville aftale for det i sagen omhandlede lejemål, henset til lejekontraktvilkårene, lokalernes og de tilhørende udendørsarealers beliggenhed, anvendelse, størrelse, kvalitet, udstyr og vedligeholdelsesstand ved indflytningen.

Skønsmanden bedes på tilsvarende vis angive markedslejen opgjort pr. den **1. marts 2005**, den **1. marts 2006**, den **1. marts 2007**, den **1. marts 2008**, den **1. marts 2009**, den **1. marts 2010** og den **1. september 2010**.

Skønsmanden bedes i forbindelse med besvarelsen af spørgsmål 1 specificere besvarelsen for så vidt angår primære, sekundære og evt. tertiære arealer.

Besvarelse af Skønstema Spørgsmål 1:

Når den indrømmede lejerabat medtages i form af en 4 års trappeleje kan markedslejen i forhold til:

År:	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Leje:	323.930-	373.930-	423.930-	473.930-	523.930-	539.648-	555.837-
	458.540	508.540	558.540	608.540	658.540	678.296	698.645

Fastsættelse af en lejes størrelse, vil som udgangspunkt kunne henføres til lejemålets primære arealer.

Spørgsmål 2

I forbindelse med besvarelsen af spørgsmål 1 bedes skønsmanden oplyse, i hvilket omfang besvarelsen baserer sig på:

- Kendskab til vilkårene, herunder lejens størrelse, for andre lejemål og i bekræftende fald, hvilke lejemål det drejer sig om.
- Kendskab til konkrete fremsatte tilbud fra potentielle lejere på lokaleleje til tilsvarende formål eller til formål, som der kan sammenlignes med og i givet fald, hvilke lejemål det drejer sig om.
- Generelt kendskab til markedsforholdene, lejeniveauer mv. dokumenteret ved eksempler.

Besvarelse af Skønstema Spørgsmål 2:

a) Se ovenfor i pkt. 12.

b) Ingen.

c) Globalt set: Terrorangrebet på World Trade Center d. 11.09.2001 skabte i de efterfølgende år en generel økonomisk tilbageholdenhed i detailhandlen, naturligvis forårsaget af nedgangen i befolkningens forbrug. Detailaktørerne oplevede usikkerhed i driften og efterspørgslen og optrådte med langt større påpasselighed ved tegning af lejekontrakter for nye butiksljemål. Fra perioden omkring 2004 og fremad indtil medio 2007 oplevedes en voldsom samfundsøkonomisk opblomstring, ikke kun i DK men alle vestlige lande,

med generel kraftig stigende formuer og dermed øget forbrug/afsætning indenfor stort set alle brancher og luksusgoder. Bådbranchen er kendt for at være konjunkturfølsom.

Der oplevedes meget få usikkerheder i denne opblomstringsperiode, og risikomomenter blev kraftig reduceret, selv med stigende forpligtelser i form af generelt stigende omkostningsniveau – både indenfor lønninger og detailmæssigt ikke mindst i form af stigende huslejeomkostninger.

Krakket i Lehmann & Brothers i USA efteråret 2008 blev det første klare symptom på den uholdbare økonomi ført i de vestlige lande og blev kaldt starten på den finansielle krise med de påvirkninger og følger der blev skabt i Danmark som kendes i dag.

Lokalt/Regionalt: Det er ved samtaler med aktører indenfor bådudstysforretninger og interessenter indenfor dette område blevet indikeret, at det er mindre relevant, hvor disse udstysforretninger er beliggende. Forretningerne kan sagtens ligge inde i landet, såvel som ude ved kysten/havnene. Det er blevet nødvendigt at satse ikke kun på forretningen som salgssted, men også benytte internettet, som salgskanal. Det kan for nogle, være interessant og vigtigt, at ligge op ad en bådhavn, men det er generelt ikke et must.

Spørgsmål 3

Skønsmændenes bedes oplyse, i hvilket omfang enkelte vilkår i det omtvistede lejemål har haft betydning for besvarelsen af spørgsmål 1, og hvorledes de enkelte lejevilkår hver i sær og tilsammen påvirker markedsløjen for det omtvistede lejemål.

Besvarelse af Skønstema Spørgsmål 3:

Følgende vilkår (listen er dog ikke udtømmende) har haft betydning for estimering af huslejeintervallet. Af betydning for effekten af vilkårene for lejen anvendes pile (↑↓):

Beliggenhed, lokalplan, anvendelse:	↓
Lay-out, størrelse:	↓
Udvendig stand:	↑
Depositum:	↑
Uopsigelighed, lejer 10 år:	↓
Afståelsesret/Fremlejeret:	↓
Udlejers istandsættelse, lejekontraktens §20	↑

Pilenes tilkendegivelser er ikke af lige stor betydning. For eksempel er beliggenheden mere væsentlig end den udvendige stand, mere byrdefuldt at lejers uopsigelighed er lang end at depositummet blot svarer til 3 mdr. husleje. Den lange uopsigelighedsperiode fra lejer/udlejers side kan samtidig skabe ro omkring ejendommen og skabe en løsning indenfor lokalplanens rammer.

Spørgsmål 4

Skønsmændenes bedes i forlængelse af besvarelsen af spørgsmål 1 oplyse, om og i givet fald hvilken betydning finanskrisen kan antages at have haft for markedsløjen.

Besvarelse af Skønstema Spørgsmål 4:

Finanskrisens påvirkning på huslejeniveauerne for butiksljemål er naturligvis afhængig af beliggenhederne og presset i nedadgående retning er blevet kraftigere med tiden siden 2008. Detailaktørerne flytter fra indkøbssvage butiksgader/-områder, som følge af et kraftigt nedadgående forbrugsmønster, hvor husholdningerne spænder livremmen ind og fravælger/neddrosler luksusgoder, som f.eks. sejlbåde, biler m.v.. Internettet som salgskanal har opnået stor bevågenhed og udnyttes af et kraftig voksende antal detailaktører. Effekten heraf er generelt færre butikker, der generelt set er mere omkostningstunge, hen mod driftsmæssige billigere lager/distributionsløsninger, der kan servicere kunderne uden hensyn til deres geografiske bopæl.

Spørgsmål 5

Skønsmanden bedes oplyse, om den i lejekontrakten aftalte indkøringsperiode og efterfølgende procentvise regulering af lejen er udtryk for sædvanlige markedsvilkår på tidspunktet for lejekontraktens indgåelse. I benægtende fald bedes skønsmanden oplyse, hvad der ville være udtryk for en sædvanlig indkøringsperiode og reguleringsprocent på det pågældende marked på tidspunktet for lejekontraktens indgåelse.»

Besvarelse af Skønstema Spørgsmål 5:

Lejekontraktens indkøringsperiode med en aftalt trappeleje på 4 år er et kendt og anvendt markedsvilkår. Vilkåret anvendes som regel i udlejningstilfælde i områder, der detailmæssigt nyskabes, hvilket for eksempel ses ved centeretableringer (Fields, Fisketorvet, Waves m.v.), i udkantsområder, hvor lejer oplever en større usikkerhed omkring omkostningsniveauet i forhold til indretning, opstart og markedsføring, og den potentielle fremtidige indtjening/kundetilgang. Det gælder generelt, at en trappeleje aftales for kortere tid end lejers uopsigelighedsperiode.

Reguleringsprocenten forekommer kendt og anvendt og niveauet på 3 % var sædvanlig standard. Den årlige regulering af lejen kan som udgangspunkt tjene 2 formål. Det primære er at inflationssikre lejebetalingerne. Det andet er at sikre, at lejen forbliver på eller svarer til det gældende markedslejeniveau.

13. Forudsætninger

Det er en forudsætning for estimering af nærværende markedsleje at:

Lejemålet overtages i god og indflytningsklar stand.

Der betales ikke afståelse ved ny indtrædelse i lejemålet.

Der gives tilladelse til almindelig god og synlig skiltning på butiksfacaden.

Lejemålet er ved indflytningen ikke behæftet med skjulte fejl og mangler.

Alle installationer er lovlige og funktionsdygtige.

Der er ikke taget hensyn til specielt liebhaveri...”

Der har været forevist billeder af lejemålet ved etableringen samt termografibilleder af lejemålet.

Til illustration af størrelsen af den ulovligt modtagne støtte har Konkurrencerådet fremlagt en oversigt over den betalte leje, den estimerede markedsleje i skønsrapporten og den beregnede støtte. Det fremgår heraf, at en ligefrem anvendelse af middelværdien i skønsrapporten ville resultere i et tilbagebetalingskrav på 609.373,42 kr. En anvendelse af

minimumsværdien og maksimumsværdien ville resultere i et tilbagebetalingskrav på hhv. 160.164,17 kr. og 1.058.582,67 kr.

Forklaringer

Peter Bech vedstod sin skønsrapport af 22. februar 2013 og forklarede, at han siden 2000 har beskæftiget sig med butiksljemål samt overdragelse af lejemål i de 20-25 største byer i Danmark. Dernæst har han været rådgiver for flere kapitalkæder, hvor han blandt andet forhandler lejevilkår. Han er selvlært inden for faget, men er bankuddannet.

Lejemålet Kastrup Strandpark 9 er svært at værdifastsætte, da det er et specielt lejemål med en afsides beliggenhed. Det er et meget stort lejemål, og der er nogle snævre begrænsninger i lokalplanen. Lejemålet er ikke opført med henblik på detailhandel, hvilket kan ses på indretning, adgangsforhold og parkering.

Dernæst er det vanskeligt at værdifastsætte, da man skal tilbage til 2004. Ved fastsættelse af markedslejen er det hensigtsmæssigt at se på nyudlejninger i området. Han plejer at have 5-10 sammenlignelige lejemål, hvilket gør det muligt at indhente informationer. Det har ikke været muligt i dette tilfælde, da der ikke er noget i området, man kan sammenligne med. Han har bl.a. forsøgt at sammenligne med Helsingør havn.

Det har været en udfordrende opgave, da det er svært at vide, hvilke sammenlignelige lejemål der eksisterede i 2004. Han er dog bekendt med trenden i 2004.

Han har gjort sig bekendt med de to mæglerrapporter, men han har foretaget sin egen vurdering.

Han har taget afsæt i lejekontrakten, som den er udformet, og har taget udgangspunkt i de vilkår, der blev aftalt i lejekontrakten. Hvis lejer har antaget, at visse forudsætninger kunne opnås, forsvinder noget af værdien for lejeren, hvis det viser sig ikke at være tilfældet.

Han har fastsat markedslejen i et interval, da det er det mest logiske. Dernæst giver det en bedre indikation af, hvad der kan udlejes til. Han bryder sig ikke om usikkerhedsfaktorer målt i procenter.

Markedslejen kan både ligge i den nedre og i den høje del af intervallet af hans vurdering. Den omstændighed, at det er et meget stort lejemål og, at det kan have været vanskeligt for kommunen at finde en lejer til et så stort areal, taler for at lægge sig i den lave del af intervallet. Derimod kan det også gå den anden vej, idet lejer må have haft en forventning om,

at han kunne udnytte det store areal. Herved påtog lejer sig en risiko, som udlejer er uden ansvar for.

Dernæst har det en negativ værdi for lejeafsættelsen, hvis der ikke gives tilladelse til almindelig skiltning, og tilsvarende, at der ikke er vinduer i lejemålet. Det kan påvirke lejen ud over det i forvejen store spænd i intervallet. Han vil fratække 20-30 kr. pr. m² i lejeværdien for de manglende vinduer og for manglende ret til skiltning.

Han var opmærksom på, at lejemålet var meget mørkt, men han har ikke medtaget det forhold, at lejer selv har malet. Der kan have været aftalt trappeleje for at kompensere lejer herfor. Det er sædvanligt, at en lejer skal foretage maling.

Han har ikke før set bådudstørsforretninger med et så stort areal og mener ikke, at det var nødvendigt at etablere et dæk. Da lageret bliver anvendt som salgsareal, har han også kategoriseret det som salgsareal. Hvis det derimod kun blev anvendt som lager, ville selve foyeren være for lille som salgsareal. I så tilfælde havde det været nødvendigt at etablere dækket.

Det er ikke et sædvanligt lejevilkår i et stort lejemål, at man ikke har fremlejeret. Det er en skærpende omstændighed. Dernæst er det en skærpende omstændighed, at lejer binder sig for en periode på 10 år og at retten til afståelse er branchespecifik.

Ved vurdering af markedslejen indgår en vurdering af, hvilken type virksomhed man ønsker at leje ud til, og om man tror på, at denne lejer kan klare sig.

Når lejeforholdet er påbegyndt, er det svært for parterne at dokumentere, at lejen skal være højere eller lavere. Han har derfor anvendt samme leje hvert år og alene justeret i henhold til lejekontrakten – dvs. trappeleje og tillæg på 3 % fra den 1. januar 2009.

Ejendommen har stået tom i 5 år, hvilket ikke er normalt for en attraktiv ejendom. Dette indikerer, at der er tale om en meget kompliceret ejendom med hensyn til beliggenhed og størrelse.

Lejemålets beliggenhed kan ikke sammenlignes med en beliggenhed i Helsingør havn, da der er en helt anden aktivitet i Helsingør, end der er i Kastrup. Byen ligger tættere på havnen i Helsingør, og der er et andet mix af butikker og industri i Helsingør.

Arealerne i lejemålet skal differentieres efter, hvad de kan bruges til. Han har vurderet lejemålets 1. sal på 220 m² som et kæmpe kontor for en enkelt lejer. Havde der været to leje-

mål, ville han have vurderet lejen højere. Den gennemsnitlige leje er højere for små lejemål end for store lejemål.

Han kan ikke afvise, at man kunne nå frem til den leje, som faktisk blev aftalt, når alle forhold tages i betragtning. Han kan dog heller ikke afvise, at man ved forhandling kunne være nået til en leje i den øvre del af intervallet. Markedslejen ligger dog tættest på den nedre del af intervallet, henset til de aftalte vilkår i lejekontrakten.

En udlejer vil typisk vælge den lejer, som vil betale mest. Parterne har i dette tilfælde formentlig forhandlet omkring uopsigeligheden, hvorved lejer påtager sig en stor risiko. Dette kan have haft en effekt på lejen i nedadgående retning.

Peter Heller har forklaret, at han er ene-ejer af Hellers, som han har drevet siden 1994. Han overtog virksomheden fra sin far, som byggede det op i 1940'erne.

Han blev opmærksom på muligheden for at leje Kastrup Strandpark, da der gik rygter om, hvad det store tomme lejemål kunne bruges til. Det var alment kendt, at det skulle lejes ud.

Der var forskellige sejlklubber, som lavede planer for anvendelse af bygningerne. Hellers havde udbygget forretningen tre gange, og han ønskede en synergieffekt mellem butik og værft. De havde også en vognmandsforretning og ønskede at lave en fuldpakke til kunderne. Han udarbejdede derfor selv et forretningskoncept med idéer til, hvad havnen manglede, og han sendte en ansøgning til Tårnby kommune. De indgik i kontraktforhandlinger, hvor han forsøgte at sælge sin idé til kommunen. I slutningen af 2003 havde kommunen set på konceptet og ønskede at fortsætte samtalerne med ham.

Hellers havde ikke juridisk bistand under kontraktforhandlingerne med kommunen. Han blev præsenteret for en leje, som var fastsat af kommunalbestyrelsen. Kommunen fastsatte trappelejen. Det var ikke til diskussion. Han kunne forhandle starttidspunktet, da der er tale om en sæsonbetonet forretning, men det var kommunalbestyrelsen, som bestemte. Der skulle nogle myndighedsgodkendelser på plads, som kommunen skulle være behjælpelig med. Da kontrakten var underskrevet, var kommunen ikke længere så behjælpelig som først lovet. Der gik eksempelvis 4 år, før de fik et nyt indgangsparti.

Forhallen i lejemålet er mindre end den butik, som de kom fra. De byggede derfor et ekstra dæk. Hallen var kølig, men han vidste ikke, at den var så kølig. De havde planer om at

bruge den forreste del af hallen til grovere varer. Da de ikke fik godkendelse til værftsdelen, begyndte de at se sig om efter, hvad de så kunne gøre.

De forhandlede sig til 3 måneders lejefrihed, da der var meget, som skulle laves, før de kunne åbne. Der skulle bl.a. males, og dækket skulle bygges.

Han opfattede lejen som mange penge, men havde ikke noget at forhandle med. Han havde ikke en opfattelse af, at lejebetaling og vilkår var fordelagtige. Han er en af kommunens dyreste erhvervslejere, og han finder det ejendommeligt, at Konkurrencestyrelsen mener, at han har fået ulovlig støtte. Han var i god tro.

Lejemålet blev overtaget i den stand, som ses på billederne af lejemålet ved etablering. Der stod alt muligt grej, og væggene var malet sorte. De har anvendt mere end 600.000 kr. på hvid maling.

Lejemålet er meget vanskeligt at varme op, idet isoleringen er meget mangelfuld. Dette gjorde sig også gældende på første sal. De har store driftsudgifter til varme, selvom de maksimalt kan opnå 16 grader i butikken. De anvender centralvarme som varmekilde.

Han kom med tre forskellige forslag til skiltning, hvoraf kommunen godkendte det ene forslag. Senere trak de dog godkendelsen tilbage. Han måtte ikke sætte et skilt på facaden, men måtte alene skilte i vinduerne. Da der ikke er mange vinduer, ønskede han yderligere skiltning. De har dermed ikke ret til sædvanlig skiltning. De fik ikke godkendelse til at sætte enkelte bogstaver op.

Der er ingen afmærkning eller skiltning i forbindelse med parkeringsarealet, som indikerer, at det tilhører Hellers. Betonklodserne kom først dagen før besigtigelsen. I perioden fra 2004 til 2009 var der ingen indikation af, at det ikke blot var en almindelig parkeringsplads. Folk parkerer bare derinde, og der er ikke nok parkeringspladser til kunderne.

Restauranten på havnen har fået flere kunder, efter Hellers er kommet til, og derfor fylder restaurantens gæster også på parkeringspladsen.

Han er ikke enig i, at Helsingør Nordhavn er sammenlignelig. Han har selv stået i lære i Helsingør, og her er der roklubber, restauranter og turisme i udpræget grad.

Han blev kontaktet af en journalist, som gerne ville have at vide, hvad hans svar var til, at han havde fået 2,5 mio. kr. i ulovlig støtte. Han kontaktede derfor Konkurrencestyrelsen, hvor han fik at vide, at de havde modtaget en klage. Han blev ikke inddraget i konkurrencesagen, og han deltog ikke syn og skøn i nogen af sagerne. Han blev blot orienteret om, at der

kom nogen for at besigtige lejemålet, men han modtog intet materiale inden besigtigelsen. Han har blot givet adgang til skønsmændene.

Hellers har indbetalt 80.000 kr. til Tårnby kommune i overensstemmelse med den første afgørelse. Han har også betalt den forhøjede leje, men har taget forbehold for tilbagesøgning.

Sagen har haft store personlige omkostninger, og det vil også få store økonomiske konsekvenser, såfremt Hellers bliver dømt til at betale det påståede beløb. Et krav om tilbagebetaling ville lukke deres virksomhed.

Annete Lykke Nielsen vedstod sin forklaring som gengivet i Sø- og Handelsrettens kendelse af 25. september 2012, hvoraf bl.a. fremgår:

at hun er Peter Hellers samlever og, at de sammen driver Hellers. Hendes arbejde i virksomheden består i at godkende fakturaer og stå for indkøb og markedsføring. Hun laver ikke den daglige bogføring, men hun har det overordnede ansvar og har styr på regnskaberne.

Virksomhedens resultat i 2011 var ikke godt. Virksomheden havde tidligere Roskilde Bank som bankforbindelse, men efter dennes ophør har virksomheden ikke været i stand til at opnå en kassekredit i et andet pengeinstitut. ...

Den egenkapital, der fremgår af regnskabet, er bundet i varelageret og driftsmidler og kan derfor ikke uden videre realiseres. Hvis varelageret skulle realiseres, ville de kun kunne få max. ¼ af værdien, og de ville ikke kunne købe varer, og der ville ikke længere være en virksomhed. Peter Heller har talt med Tårnby Kommune om en afdragsordning, men kommunen tør ikke indgå en afdragsordning med dem.

Da Konkurrencestyrelsen fik foretaget en vurdering af lejemålet, blev de kun oplyst om, at der skulle være en vurdering. De fik oplyst en dato og blev anbefalet at være til stede. Peter Heller gik rundt sammen med vurderingsmanden og spurgte, hvad de skulle kigge på. De kendte ikke til de spørgsmål, som vurderingsmanden skulle besvare. Under vurderingsforretningen forsøgte Peter Heller at forklare, hvordan lejemålet havde set ud, da de overtog det i 2004, men han fik ikke direkte mulighed for at udtale sig om det. De havde overtaget en forladt udstillingsbygning, som de renoverede og malede, og de indskød en hel ny etage i bygningen.

Samme fremgangsmåde gjorde sig gældende, da Tårnby Kommune fik foretaget en vurdering af lejemålet. De har på ingen måde været involveret i forløbet omkring de to vurderingsforretninger.

...

og har supplerende forklaret, at hun har det overordnede ansvar for økonomien i Hellers.

Siden Sø- og Handelsretten traf afgørelse om opsættende virkning den 25. september 2012, ser det dårligere ud økonomisk. Deres omsætning i marts 2013 er halveret i forhold til sidste år, fordi foråret lader vente på sig.

Sagen påvirker deres hverdag meget. De har de sidste 5 år brugt 40-50 % af deres tid på at spekulere over sagen. Deres datter har levet med forældre, som ikke har kunnet tale om andet end denne sag. Det er ikke kun et spørgsmål om penge, men det er hele deres livsgrundlag, som er truet. Hellers vil ikke kunne overleve en tilbagebetaling.

Ved indgåelsen af lejekontrakten i 2004 var det kommunen selv, som kom med et oplæg omkring lejens størrelse. De følte ikke, at det var til forhandling. De forhandlede sig alene frem til en trappeleje og til 3 måneders fri leje. Hun opfattede ikke vilkårene som gunstigere end sædvanligt.

Hellers har fortsat problemer med at opnå en ny bankforbindelse. Deres lån er flyttet til Arbejdernes Landsbank, men med uændrede betingelser, dvs. samme afdrag og samme rente.

De har ikke mulighed for at udvikle deres forretning, både på grund af økonomi, men også på grund af den tid, som de har brugt på sagen her.

Claus Nielsen har forklaret, at han er fuldmægtig i Kommunalbestyrelsens sekretariat i Tårnby kommune. Han havde den praktiske dialog med Hellers omkring forhandlingerne, og han udarbejdede kontrakten. Udlejning af ejendomme er en stor del af hans arbejdsopgaver.

Da kommunen overtog lejemålet i 2004 fra Øresundsforbindelsen A/S, havde det stået tomt i næsten 1 år. Det var almindelig kendt i kommunen, at de havde overtaget bygningen. Der var mange gode idéer til, hvad bygningen skulle bruges til. De modtog henvendelser fra flere forskellige interesserede lejere. Der var nogle klubber, Hellers og nogle andre inden for det maritime.

Det var ikke interessant for kommunen at udleje til klubber, da de ikke betaler leje til Tårnby kommune for lokaler. Det lå fast fra begyndelsen, at det skulle bruges til et formål, der gav en lejeindtægt. Dernæst skulle det udlejes på almindelige vilkår. Han mener også, at Hellers fik lejemålet på almindelige vilkår. Der var ikke så meget at sammenligne med, og de mente, at op til 500.000 kr. ville være en rimelig basisleje, som kunne begynde lidt lavere. Den begyndte på 300.000 kr. og steg derefter til 500.000.

Valget faldt på Hellers, da den anden interesserede ikke var interesseret i det hele og gerne ville have ret til at fremleje. Det var kommunen ikke interesseret i, også fordi lejeren

ikke havde branchekendskab. Lejeren ville også have lov til at sætte glasfacader i hele bygningen, hvilket ikke kunne lade sig gøre p.g.a lokalplanerne. Valget faldt på Hellers, da de gerne ville have mere liv på havnen.

Trappelejen blev aftalt for at være sikker på at beholde lejeren. De aftalte derfor en fornuftig leje til at begynde med.

Kommunen har en bygning ved siden af Kastrup Strandpark 9, hvor de har skiftet forpagter mange gange. Det var medvirkende til, at de gerne ville finde en fornuftig leje.

Han ved ikke, hvorfor der ikke er blevet etableret vinduer, men de har lavet alle de andre ting, som de var forpligtet til i henhold til § 20 i lejekontrakten. Han har dog ikke oplevet det store pres fra lejer for at få det lavet.

Værftsdelen blev ikke etableret, da der viste sig at være nogle miljømæssige problemer, som gjorde, at det ikke kunne godkendes.

Tårnby kommune havde tilkendegivet, at de som udlejer kunne acceptere en vis form for skiltning. Det er deres bygge- og anlægsafdeling, som giver tilladelse til skiltning. Det blev nævnt under forhandlingerne, at lejer gerne ville have skiltning. Han pointerede, at det var et andet politisk udvalg, som skulle godkende det. De fik tilladelse til at opsætte enkelte bogstaver på træværket.

Der har ikke været tradition for at indhente mæglervurdering eller sende i udbud, når kommunen skal udleje deres ejendomme. I denne sag havde de en del henvendelser fra interesserede, hvorfor de mente, at det ikke var aktuelt at lave udbud. De følte sig klædt på til at fastsætte en leje.

Kommunen har ikke lavet store beregninger ved fastsættelsen af lejen. De havde nogle andre store erhvervslejemål, som de havde erfaring med at udleje, og de skelede til lejen for restauranten, hvor de havde fået en mæglervurdering. De gjorde ikke det store ud af det, da de havde interesserede lejere.

Parternes synspunkter

Hellers har gjort gældende, at det ikke på tilstrækkelig måde er ført bevis for, at der er et misforhold mellem den betalte leje og markedslejen, jf. erhvervslejelovens § 13. Det er ikke muligt at lægge til grund, at den betalte leje er væsentligt lavere end markedslejen i 2004. Det kan ikke udelukkes, at procedurerne omkring indhentelse af mæglervurdering eller udbud

er tilsidesat af Tårnby Kommune, men dette er ikke dokumentation for, at der er ydet ulovlig støtte.

Det må lægges til grund, at alle parter anså lejekontrakten som indgået på helt sædvanlige vilkår, og der er intet at bebrejde Hellers i den sammenhæng.

Centralt for beviset for, hvad den markedsbestemte leje var i 2004, er de tre indhentede mæglerrapporter, hvoraf rapporten udarbejdet af Peter Bech er den reelle skønsrapport.

Mæglerrapporten fra Sadolin og Albæk, som er ensidigt indhentet af Konkurrencestyrelsen, har været forelagt skønsmanden og bør som følge heraf ikke tillægges bevismæssig værdi.

Sadolin og Albæks rapport er dernæst ikke tilstrækkelig valid til at danne basis for en reel vurdering af markedslejen for det omtvistede lejemål – ikke mindst henset til det baggrundsmateriale, som mægleren har lagt til grund for sit skøn. I rapporten fastsatte Peter Winther markedslejen i 2004 til 450 kr. pr. m². Han forholdt sig imidlertid alene til markedslejen i Helsingør Nordhavn samt til sit generelle kendskab til markedslejen.

Helsingør Nordhavn ligger i gåafstand til byen, hvorfor havnen også bruges af byens borgere. Dette er ikke tilfældet for Kastrup Havn, som ikke ligger i forbindelse med noget bynært. Det er derfor ikke muligt at sammenligne de to beliggenheder.

Adspurgt af Konkurrencestyrelsen, om det ville være muligt at finde andre sammenlignelige lejemål syd for København svarede Sadolin & Albæk, at dette ville være muligt, men at tidsforbruget og omkostningerne hertil ville være for stort.

Det må derfor lægges til grund, at Sadolin & Albæks skøn ikke er tilstrækkeligt underbygget, og at rapporten ikke kan tillægges bevismæssig værdi.

Tårnby Kommune fremlagde nogle lejekontrakter for Konkurrencestyrelsen, som dokumenterer, at Peter Winthers skøn på 450 kr. pr. m² ikke er korrekt.

Lejemålet i bilag F, hvor lejen var 450 kr. pr. m² var indgået i 2009, hvorfor denne ikke kan lægges til grund som markedsleje i 2004. Lejemålet i bilag G var indgået i 1999, og lejen udgjorde i 2004 337,65 kr. pr. m². Lejemålet i bilag H var indgået i 2004, og lejen udgjorde 339,23 kr. pr. m².

Det må herefter lægges til grund, at Sadolin & Albæks vurdering af, at markedslejen i Helsingør Nordhavn udgjorde 450 kr. pr. m² i 2004, som Konkurrencerådet ukritisk har lagt til grund, ikke er korrekt.

Mæglerrapporten fra DTZ er derimod langt mere underbygget, idet DTZ tager hensyn til planforholdene og opfatter hele lejemålet som havende karakter af lager, men som er indrettet og anvendt til bl.a. butik i dele af lejemålet. Der sker dermed en differentiering af de mange m², hvilket er den korrekte måde at gøre det på. Dernæst tager DTZ en række forhold med i betragtning og når derefter frem til en markedsleje på 590.000 kr. p.a. i 2010. Rapporten dokumenterer dermed, at der reelt ikke er tale om nogen væsentlig misforholdsleje.

Rapporten fra DTZ kan ikke bruges til at regne tilbage til 2004, hvorfor den ikke er anvendelig til fastsættelse af markedslejen i 2004.

Skønsrapporten fra Peter Bech har mange referencelejemål, og Hellers har haft mulighed for at stille spørgsmål samt mulighed for at afhjemle skønsmanden, hvorfor denne skønsrapport må lægges til grund.

Peter Bech anslår markedslejen i 2004 til at ligge i intervallet 323.930 kr. og 458.540 kr. Han har dertil forklaret, at den af Hellers betalte leje godt kunne være udtryk for markedslejen, henset til den manglende adgang til skiltning og de manglende vinduer.

Såfremt der tages udgangspunkt i skønsmandens nederste grænse på 323.930 kr., udgør forskellen alene 160.164,17 kr., hvilket ikke kan anses for at være væsentlig misforholdsleje efter erhvervslejelovens regler. Skønsmandens rapport dokumenterer således, at der ikke er tale om en væsentlig misforholdsleje i forhold til markedslejen.

Lejemålet er svært at værdifastsætte, ikke mindst henset til anvendelsen, størrelsen, beliggenheden og de planmæssige forhold. Skønsmanden anfører i sin rapport, at Tårnby Kommune var berettiget til at forholde sig til, hvad der stod i planloven og indrette sig derefter.

Der var ikke andre relevante lejere til lejemålet henset ikke mindst til lejemålets størrelse og anvendelsesmulighed – også set i lyset af lokalplanen.

Det må derfor lægges til grund, at Tårnby Kommune ved fastsættelse af markedslejen fandt et niveau som reelt var den rigtige leje.

Ved fastsættelse af markedslejen må man forholde sig til erhvervslejelovens regler herom, særligt § 13. Bevismidlerne efter erhvervslejeloven er syn og skøn og sammenligningslejemål, og beviset for en mulig misforholdsleje burde have været dokumenteret gennem en boligretssag.

Konkurrencerådet har imidlertid ikke kørt sagen efter erhvervslejelovens regler, men derimod efter konkurrencelovens regler. Konkurrencerådet kan i medfør af konkurrencelovens § 11 a udstede påbud om, at ulovlig støtte skal bringes til ophør eller skal tilbagebetales, såfremt støtten har til formål eller til følge at forvride konkurrencen. Konkurrencerådet er dermed ikke forpligtet til at udstede påbud om tilbagebetaling, ligesom Konkurrencerådet ikke er forpligtet til at opkræve renter af det tilbagebetalingspligtige beløb.

Ved vurderingen af, om der er tale om ulovlig støtte, som har til formål at forvride konkurrencen, må det tages i betragtning, at skønsmanden vurderer markedislejen helt ned til 323.910 kr., hvor Hellers de facto betalte 300.000 kr.

Der opereres ikke med et mærkbarhedskriterium i konkurrencelovens § 11 a, men Konkurrencerådet synes i praksis at operere med en vis nedre grænse for, hvornår der foreligger en tilstrækkelig konkurrenceforvridning.

I U2001.1639H fandt Højesteret, at der til opfyldelse af kravet om væsentlighed i erhvervslejeloven må foreligge en forskel på 10-15 % beregnet i forhold til markedislejen. Det beror på en konkret bedømmelse, hvori det må tages i betragtning, hvor sikkert det er muligt at fastslå, hvad markedislejen er. I nærværende sag er det meget usikkert, hvad markedislejen er, særligt henset til, at der findes 3 rapporter, som alle når frem til forskellige resultater, hvorfor der må foreligge en større forskel end 10-15 %, før der kan statuere væsentlighed.

Det fremgår af betænkning om forslag til lov om ændring af konkurrenceloven, nr. 242 af 18. maj 2000, at Konkurrencerådet ved vurderingen af, om offentlig støtte er ydet på markedsvilkår, skal undersøge, om den offentlige myndighed, der yder støtten, har handlet ud fra samme økonomiske parametre, som en privat investor ville gøre.

Tårnby Kommune har netop taget de hensyn, som man som offentlig myndighed bør tage, nemlig hensynet til planloven. Kommunen har dernæst fastsat en rimelig leje under disse hensyn.

Ved kollision mellem de to nationale love, hvor konkurrenceloven er en generel lov og erhvervslejeloven er en speciallov, må *lex specialis* finde anvendelse. Det må som minimum kræve, at beviset for misforhold er retssikkerhedsmæssigt forsvarligt. Den omstændighed, at konkurrenceloven skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten, medfører ikke, at der er tale om en EU lov.

Konkurrencerådet burde have indhentet bevis i form af sammenligningslejemål på samme måde, som kræves efter erhvervslejeloven.

Der er i medfør af grundlovens § 63 vide grænser for at prøve skønnet. Sø- og Handelsretten er berettiget til at efterprøve sagen fuldt ud, særligt henset til, at den mæglerrapport, som Konkurrencerådet har lagt til grund, er behæftet med væsentlige fejl og mangler.

Efter en samlet vurdering er der ikke grundlag for at statuere, at Hellers har modtaget støtte i strid med konkurrencelovens § 11 a, hvorfor Konkurrenceankenævnets afgørelser må ophæves.

Konkurrencerådet har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Konkurrenceankenævnets afgørelser af 10. februar 2011 og 13. januar 2012.

Det følger af konkurrencelovens § 11 a, at Konkurrencerådet kan 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.

Støttebegrebet i § 11 a skal fortolkes i overensstemmelse med statsstøttereglerne i EUF traktatens artikel 107, stk. 1.

Herefter udgør enhver foranstaltning, der giver den begunstigede virksomhed en økonomisk eller finansiel fordel, som virksomheden ikke ville have haft under normale omstændigheder, og som letter virksomheden for byrder, der normalt belaster virksomhedens budget, offentlig støtte. Indgåelse af en lejekontrakt vil også være omfattet af ulovlig offentlig støtte, hvis lejen er fastsat under markedslejen.

Støttebegrebet er et objektive begreb, hvorfor den begunstigede virksomheds subjektive forhold er uden betydning for vurderingen af, om der foreligger ulovlig støtte. Det er dermed uden betydning for vurderingen, om Hellers var i god eller ond tro. Den omstændighed, at det var tvivlsomt for støttemodtageren, om det modtagne udgør statsstøtte i lovens forstand, er ikke tilstrækkelig til at kunne skabe en berettiget forventning om, at den udbetalte støtte var lovlig.

Der gælder ikke et mærkbarhedskriterium i konkurrencelovens § 11 a, hvorfor enhver form for støtte er omfattet. Der kan ses bort fra visse bagatelsager, og i EU har man indført en specifik minimis regel, men denne genfindes ikke i konkurrenceloven.

En effektiv håndhævelse af konkurrencereglerne, ligesom en naturlig og logisk følge af, at der er ydet ulovlig offentlig støtte, må være, at det ulovlige beløb skal tilbagebetales. Den tilbagebetaling, der skal ske, er differencen mellem den for lavt aftalte og markedslejen, jf. LFF 2012-2013.1.41 –forslag til lov om ændring af konkurrenceloven og straffeloven.

Det påhviler de nationale domstole at drage samtlige konsekvenser af en tilsidesættelse af bestemmelsen, herunder tilbagesøgning af den økonomiske støtte, jf. C -71/04m Xunta de Galicia præmis 49.

Formålet med tilbagesøgningen er at genskabe den situation, der fandtes på markedet forud for støttens tildeling. Det er nødvendigt for til stadighed at sikre en ensartet behandling, der fandtes på markedet forud for støttens tildeling. Tilbagesøgning er ikke en sanktion, men den logiske følge af, at støtten er fundet ulovlig. Den kan derfor ikke betragtes som en foranstaltning, der ikke står i rimeligt forhold til formålene med traktatens bestemmelser om statsstøtte, jf. meddelelse fra Kommissionen (2007/C 272/05).

Udgangspunktet er, at der skal ske fuld tilbagesøgning, uanset at Hellers måtte være uden skyld.

Det er dernæst også en logisk konsekvens, at der skal betales rente af det tilbagebetalingspligtige beløb, hvilket tillige fremgår af konkurrencelovens § 11 a, stk. 5.

Det afgørende i nærværende sag er, om lejen er fastsat på andre vilkår end sædvanlige markedsvilkår, eller med andre ord, om Tårnby Kommune ved indgåelsen af lejeaftalen og fastsættelsen af lejen har handlet ud fra de samme økonomiske parametre, som en fornuftig privat udlejer ville have gjort.

I henhold til lejeaftalen betalte Hellers i 2004 en leje på 175.000 kr. for 7 måneder, hvilket svarer til en årlig leje på 300.000 kr. svarende til 192 kr. pr. m². Lejen steg herefter i en indkøringsperiode med 50.000 kr. pr. år frem til og med 2008, således at lejen i 2008 udgjorde 500.000 kr., svarende til 320 kr. pr. m². Herefter er lejen blevet reguleret årligt med 3 %.

Forløbet før udlejningen af lejemålet og indholdet af lejeaftalen viser imidlertid, at lejeaftalen ikke er udtryk for markedsvilkår, idet Tårnby Kommune modtog henvendelser fra andre interesserede parter, som ønskede at leje lejemålet, og som i al fald i et tilfælde foreslog et væsentligt højere lejeniveau end det, som Hellers senere aftalte sig frem til.

På trods heraf blev lejeaftalen indgået uden, at lejen blev markedsafprøvet ved eksempelvis afholdelse af et udbud eller indhentelse af en sagkyndig erklæring. Fremgangsmåden

sikrede ikke, at lejemålet blev lejet ud til markedslejen. Tårnby Kommune valgte i stedet at lade offentlige hensyn gå forud, hvilket ikke er i overensstemmelse med investorprincippet.

Herudover peger øvrige oplysninger i sagen på, at den af Hellers betalte leje ikke har været markedskonform, herunder blandt andet de 3 indhentede vurderinger, som alle fastslår, at der er betalt mindre en markedsleje. Dernæst har skønsmand Peter Bech forklaret, at han ville have forsøgt at skabe en konkurrencesituation med henblik på at maksimere lejen. Dette er ikke sket, selvom Claus Nielsen fra Tårnby Kommune har erkendt, at der var tale om et meget specielt lejemål.

Rapporten fra Sadolin og Albæk viser, at der var meget stor forskel på den betalte leje og markedslejen. Det kan ikke lægges til grund, at den er behæftet med sådanne fejl og mangler, at den ikke kan lægges til grund. Hertil kommer, at vurderingsmand Peter Winther i sit brev af 28. april 2010 bekræfter, at de ikke kan komme vurderingen nærmere, hvorfor de derved har ramt rigtigt første gang.

Rapporten fra DTZ når frem til en leje på 887.872 kr. p.a. i 2010. Der er imidlertid ikke belæg for den kraftige reduktion med 1/3 til 590.000 kr. p.a.

Skønsmandens rapport konkluderer en markant forskel på den betalte leje og markedslejen, idet der dog er angivet et meget bredt interval. Det må derfor lægges til grund, at medianen var den mest sandsynlige markedsleje.

Hertil kommer, at også SKATs vurdering i 2006 af den forventede årlige leje for lejemålet indikerer, at Hellers leje er lavere end markedslejen, ligesom de foreliggende oplysninger om sammenligningslejemål peger i samme retning.

Samlet set er det på grundlag af oplysninger i sagen åbenbart, at Hellers har modtaget ulovlig offentlig støtte af Tårnby Kommune.

Der er ikke grundlag for at tilsidesætte konkurrencemyndighedernes skønsmæssige vurdering af størrelsen af den ulovlige støtte, som Hellers skal tilbagebetale.

Ved komplicerede økonomiske vurderinger, såsom fastsættelse af markedsleje, er konkurrencemyndighederne efter fast retspraksis overladt et betydeligt skøn, der ikke kan tilsidesættes af domstolene, når blot de skønsmæssige vurderinger er baseret på saglige og objektive overvejelser om, hvad der giver et retvisende resultat. Domstolene indrømmer konkurrencemyndighederne en rimelig stor margin for skønnet, således at dette kun kan forven-

tes tilsidesat i tilfælde, hvor domstolene finder at måtte anlægge en afgørende anderledes vurdering.

Hellers har ikke tilvejebragt et sådant grundlag, og der er ikke dokumentation for, at Konkurrencerådet har lagt vægt på usaglige hensyn, eller at vurderingen er åbenbart forkert. Herefter kan den skønsmæssige vurdering af størrelsen af den ulovlige støtte ikke tilsidesættes.

Endvidere er vurderingen foretaget efter partshøring af Hellers og med udgangspunkt i en række oplysninger om lejemålet, forholdene i forbindelse med indgåelsen af aftalen, en rapport fra en uafhængig vurderingsmand og en skønserklæring udarbejdet af en af Dansk Ejendomsrådgiver udpeget sagkyndig på vegne af Tårnby Kommune.

Forud for udarbejdelse af rapporten fra Sadolin og Albæk blev vurderingstemaet sendt i høring hos Tårnby Kommune.

Sadolin & Albæk henviser i rapporten til en række sammenlignelige lejemål. Han vurderer, at Helsingør Havn er sammenlignelig med Kastrup Havn, hvilket dog ikke tiltrædes af Peter Bech. Der er imidlertid ikke grundlag for at antage, at Sadolin & Albæk har taget usaglige hensyn.

Konkurrencerådet fastsatte skønsmæssigt den tilbagebetalingspligtige støtte til 556.848,43 kr. på baggrund af sagens oplysninger og lagde sig på det lavest mulige beløb.

Rapporten fra DTZ, indhentet af Tårnby Kommune undtog den indskudte etage fra vurderingen, hvilket der ikke var grundlag for. Dernæst ansatte DTZ parkeringsarealet til 0 kr. Reguleringen af lejen med 3 % var ifølge Sadolin & Albæk og Peter Bech ganske sædvanligt, hvorfor der ikke var grundlag for at reducere markedslejen som følge heraf.

Den under sagen indhentede skønsrapport understøtter den foretagne konservative vurdering af støttens størrelse. Det fremgår af oversigten over den betalte leje, den estimerede markedsleje i skønsrapporten og den beregnede støtte, at en ligefrem anvendelse af midelværdien i skønsrapporten fra Peter Bech ville resultere i et tilbagebetalingskrav op 609.373,42 kr., hvilket overstiger det fastsatte tilbagebetalingsbeløb på 556.848,43 kr. Det bestrides i den forbindelse, at der skal tages udgangspunkt i den lavest mulige markedsleje ifølge skønsrapporten, idet der ikke er ført bevis for de forhold, som skønsmændene forklarede, ville kunne føre til en lavere markedsleje. Hertil kommer, at de forhold, som er nævnt i lejeaftalen er indgået i samtlige vurderinger, herunder også vilkåret om 10 års uopsigelse.

Samtlige vurderinger og SKATs vurdering fra 2006 giver et tilbagesøgningskrav.

Samlet må det konstateres, at de trufne afgørelser er baseret på saglige og objektive overvejelser om støttebeløbets størrelse, hvorfor der ikke er grundlag for at tilsidesætte konkurrencemyndighedernes skønsmæssige vurdering af størrelsen af den ulovlige støtte, som Hellers skal tilbagebetale.

Det bestrides, at bedømmelse af, om der foreligger ulovlig offentlig støtte, skal ske efter erhvervslejelovens regler, og at beviset for en mulig misforholdsleje skulle have været dokumenteret gennem en boligretssag. Der er tale om en afgørelse efter konkurrencelovens § 11 a, og anvendelsen af denne bestemmelse er ikke afhængig af, hvad parterne måtte have aftalt indbyrdes i en lejeaftale om lejefastsættelsen. Formålet med konkurrencelovens § 11 a er netop at sikre, at der kan skrives ind over for aftaler, hvor den aftalte leje ikke er markedskonform. Af samme grund er anvendelsen af § 11 a ikke afhængig af, hvilke begrænsninger erhvervslejeloven måtte sætte for fastlæggelse og regulering af lejen i en mellem parterne indgået lejeaftale, der ikke er indgået på markedsvilkår.

Sø- og Handelsrettens afgørelse

Det afgørende for vurderingen af, om Tårnby Kommune har ydet ulovlig offentlig støtte til Hellers, er, om ejendommen Kastrup Strandpark 9 er blevet lejet ud til Hellers til en leje, som er lavere end markedslejen. Markedslejen er defineret i erhvervslejelovens § 13, som "*den leje, som en kyndig lejer og en kyndig udlejer på varslings tidspunktet ville aftale for det pågældende leje-forhold, blandt andet under hensyntagen til vilkår, lokalernes beliggenhed, anvendelse, størrelse, kvalitet, udstyr og vedligeholdelsestilstand...*".

Det kan konstateres, at Tårnby Kommune ikke forud for udlejning af lejemålet Kastrup Strandpark 9 til Hellers sikrede sig, at den aftalte leje svarede til markedslejen, hvilket kunne være sket ved at foretage offentlig udbud af lejemålet eller få vurderet markedslejen af en uafhængig vurderingsmand.

Det må imidlertid lægges til grund, at det var almindeligt kendt i lokalområdet, at Tårnby Kommune ønskede at udleje ejendommen, og at kommunen i løbet af 2003 fik flere henvendelser fra interesserede lejere. Af disse var det dog reelt kun Hellers og én anden lejer, som kunne imødekomme kommunens ønske om at udleje bygningen erhvervsmæssigt.

Efter forklaringen fra Claus Nielsen lægges det til grund, at valget i sidste ende faldt på Hellers, fordi Hellers havde erfaring inden for den maritime branche og ønskede at leje hele ejendommen i modsætning til den anden interesserede lejer.

Konkurrencerådets afgørelse baserer sig blandt andet på vurderingsrapport af 11. januar 2010 udarbejdet af Sadolin & Albæk. Denne vurderingsrapport er efter rettens opfattelse ikke tilstrækkeligt funderet, idet den ved fastsættelsen af markedslejen alene har inddraget sammenligningslejemål fra Helsingør Nordhavn uden nærmere at specificere, hvilke konkrete lejemål der dér er tale om. Endvidere viser de fremlagte lejekontrakter, at den antagelse om lejestørrelsen i 2004, som Sadolin & Albæk lægge til grund for deres vurdering, ikke er korrekt. De siden fremkomne oplysninger om lejemål på Helsingør Nordhavn, samt skønsmænd Peter Bechs forklaring viser endvidere, at de pågældende lejemål som følge af størrelse og beliggenhed ikke reelt er sammenlignelige med lejemålet Kastrup Strandpark 9.

Det må på baggrund af skønserklæringen og forklaringen fra Peter Bech lægges til grund, at der er tale om et helt specielt lejemål med en meget begrænset kreds af potentielle lejere. Dette skyldes bl.a. lejemålets beliggenhed, lokalplanens snævre rammer for anvendelse, og at bygningen oprindeligt er opført til et helt andet formål. Det bemærkes, at lokalplanen blev vedtaget i 1979, og at der således ikke er en tidsmæssig sammenhæng mellem lokalplanens vedtagelse og lejemålets indgåelse.

Peter Bech har endvidere forklaret, at han ikke kan afvise, at man, når alle faktorer tages i betragtning, ville nå frem til en markedsleje svarende til den leje, som faktisk blev aftalt. På den baggrund og på baggrund af rettens egen vurdering af samtlige de faktorer, som har betydning for lejefastsættelsen, samt når henses til den betydelige usikkerhed, der er forbundet med en lejefastsættelse ca. 9 år tilbage, finder retten, at den aftalte leje ligger indenfor den økonomiske ramme, som en fornuftig privat udlejer ville indgå aftale om på daværende tidspunkt, hvorfor Hellers ikke ved indgåelsen af lejeaftalen har modtaget en økonomisk fordel.

Hellers principale påstand tages derfor til følge.

Efter udfaldet af sagen skal Konkurrencerådet betale sagsomkostninger til Hellers. Efter en samlet vurdering af sagens karakter og omfang, herunder at der har været afholdt formalitetsprocedure, skal Konkurrencerådet dække Hellers udgift til advokatbistand med 100.000 kr. Desuden skal Konkurrencerådet dække udgiften til syn og skøn med 105.125 kr.,

til retsafgift med 2.200 kr., gebyr til Konkurrenceankenævnet med 10.000 kr. samt afholdte omkostninger i øvrigt med 2.442 kr.

Thi kendes for ret:

Konkurrenceankenævnets afgørelser af henholdsvis 10. februar 2011 og 13. januar 2012 ophæves.

Konkurrencerådet skal inden 14 dage betale sagsomkostninger til Hellers Yachtværft ApS med 219.767 kr. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.

Thomas Finne Andersen

Mette Christensen

Mette Skov Larsen

Søren Hofman Laursen

Grethe Jørgensen

(Sign.)

— — —

Udskriftens rigtighed bekræftes

Sø- og Handelsretten, den