

Bilag 1

Punkt 2
Rådsmødet den 23. juni 2010

23-06-2010
4/0120-0100-0538
/AWI /AFJ

Aftale om leje af Kastrup Strandpark 9

1. RESUMÉ	2	KONKURRENCESTYRELSEN
2. AFGØRELSE	5	
3. SAGSFREMSTILLING	5	ØKONOMI- OG ERHVERVS MINISTERIET
3.1. Indledning	5	
3.2. Parterne	5	
3.3. Lejemålet	6	
3.3.1. Forløbet forud for udlejning af lejemålet	7	
3.3.2. Vilkårene for udlejning af lejemålet	11	
3.4. Konkurrencestyrelsens sagsbehandling	12	
3.4.1. Kontakt med Tårnby Kommune	13	
3.4.2. Kontakt med Statsforvaltningen Hovedstaden	14	
3.4.3. Udpegning af vurderingsmand	16	
3.5. Vurderingsrapport	17	
3.5.1. Definitioner og forudsætninger	17	
3.5.2. Lejemålet og lejemarkedet	17	
3.5.3. Startlejen for Lejemålet	19	
3.6. Høringssvar	21	
4. VURDERING	26	
4.1. Markedsbeskrivelse	26	
4.2. Samhandelspåvirkning	27	
4.3. Konkurrencelovens § 11 a	28	
4.3.1. Offentlige midler	29	
4.3.2. Støtte	29	
4.3.2.1 Forløbet forud for udlejning af lejemålet	30	
4.3.2.2 Vurderingsrapportens betydning	31	
4.3.2.3. Ingen konkret anledning til at tilsidesætte vurderingsrapporten	35	
4.3.2.4 Vurderingen – markedslejen i 2004	45	
4.3.2.5. Konklusion vedrørende støtte	49	
4.3.3. Til fordel for	49	
4.3.4. Bestemte former	50	
4.3.5. Erhvervsvirksomhed	51	
4.3.6. Konkurrenceforvridende	51	
4.3.7. Lovlig i henhold til offentlig regulering	52	
4.4. Erhvervslejelovens regler om lejeregulering	53	
4.5. Støttens ophør og tilbagebetaling	55	
4.5.1. Renter af tilbagebetalingskravet	56	

4.5.2. Forældelse af dele af tilbagebetalingskravet	57
4.5.3. Hel eller delvis tilbagebetaling af støtten	60
4.5.4. Konklusion – støttens ophør og tilbagebetaling	67
4.6. Konklusion	67
5. AFGØRELSE	68

1. Resumé

1. Denne sag drejer sig om, hvorvidt Tårnby Kommune har udlejet en ejendom til Hellers Yachtværft ApS til en leje lavere end markedslejen og derved har ydet offentlig støtte til Hellers Yachtværft ApS i strid med konkurrencelovens § 11 a. Sagen udspringer af en klage fra [...], der er konkurrent til Hellers Yachtværft ApS.

2. Det pågældende lejemål er beliggende ved Kastrup Lystbådehavn på adressen Kastrup Strandpark 9. 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.

3. Hellers Yachtværft ApS er en erhvervsvirksomhed, hvis hovedaktivitet består af reparation og vedligeholdelse af både samt salg af bådudstyr m.m. I marts 2004 flyttede Hellers Yachtværft ApS til de lokaler, der er omfattet af lejemålet.

4. I 2004 betalte Hellers Yachtværft ApS 175.000 kr. i leje svarende til 7 måneders leje. Den årlige leje i 2004 udgjorde 300.000 kr. Lejen steg herefter i en *indkøringsperiode* med 50.000 kr. pr. år frem til og med 2008. Lejen udgjorde således 350.000 kr. for 2005, 400.000 kr. for 2006, 450.000 kr. for 2007 og 500.000 kr. for 2008. Fra og med 1. januar 2009 blev lejen årligt reguleret med 3 pct., således at lejen samlet udgør 530.000 kr. i 2010.

5. Konkurrencestyrelsen har rettet henvendelse til Tårnby Kommune med anmodning om bemærkninger til klagen fra [...]. Tårnby Kommune redegjorde for forløbet forud for indgåelse af lejeaftalen og oplyste, at det er kommunens opfattelse, at der for lejemålet betales en rimelig leje, som ikke kan anses for at være medvirkende til konkurrenceforvridning i branchen, samt at kommunen ikke har nogen som helst interesse i at støtte den pågældende lejer ved at opkræve en for lav leje.

6. Konkurrencestyrelsen har indhentet en uafhængig vurdering af, om lejemålet har været udlejet til en leje, der er mindre end markedslejen. Den uafhængige vurdering er foretaget af en vurderingsmand, der er udpeget på baggrund af en indstilling fra Dansk Ejendomsrådgiverforening.

7. Vurderingsmanden har vurderet, at markedslejen i 2004 for lejemålet var 700.000 kr. p.a. Vurderingsmanden vurderede dog samtidig, at den estimerede

markedsleje var behæftet med en skønsmargin på +/- 15 pct., og at en startleje i 2004 på mellem 600.000 kr. og 800.000 kr. p.a. derfor er et udtryk for markedslejen. Vurderingsmanden har endvidere vurderet, at den aftalte indkøringsperiode samt den efterfølgende årlige procentvise regulering af lejen er udtryk for markedsbestemte vilkår, således at startlejen for lejemålet skulle have ligget mellem 400.000 og 600.000 kr.

8. Tårnby Kommune og Hellers Yachtværft ApS har anført, at vurderingsrapportens konklusioner om markedslejen for lejemålet ikke er anvendelige og ikke viser, at Hellers Yachtværft ApS har modtaget støtte i konkurrencelovens § 11 a's forstand.

9. Fastsættelsen af en markedsleje for et lejemål – og opgørelsen af en støtte i et løbende retsforhold – er i sagens natur altid behæftet med en vis usikkerhed. På baggrund af (i) vurderingsrapporten og dennes forudsætninger, (ii) det indregnede skøn i vurderingsrapporten på +/- 15 pct., (iii) de fremdragne lejeaftaler vedrørende Helsingør Nordhavn og Dragør Havn samt (iv) sagens oplysninger i øvrigt – herunder marginen mellem hvad Hellers Yachtværft ApS faktisk har betalt i leje og vurderingsmandens fastsættelse af markedslejen – vurderes det, at Tårnby Kommune har ydet støtte til Hellers Yachtværft ApS ved at udleje Lejemålet til under markedslejen.

10. Det vurderes endvidere, at der ikke er grundlag for at antage, at vurderingsrapporten er behæftet med sådanne fejl eller mangler, at vurderingsmandens sagkyndige skøn over, hvad der må betragtes som markedslejen, skal tilsidesættes. Den nærmere opgørelse af støttens størrelse kan således foretages med udgangspunkt i vurderingsrapporten.

11. På baggrund af vurderingsrapporten, herunder rapportens inddragelse af spændet på +/- 15 pct. samt indkøringsperioden, kan Hellers Yachtværft ApS's støtte i perioden 1. marts 2004 til 30. juni 2010 opgøres til mellem 714.333 kr. og 1.993.000 kr. under den leje, der er udtryk for markedslejen. Ved opgørelsen af støttebeløbets størrelse lægges der vægt på, at også den mindste værdi indenfor vurderingsmandens spænd er et reelt udtryk for markedslejen, hvorfor støtten kan opgøres til 714.333 kr., jf. nedenfor afsnit 4.3.2.

12. Tårnby Kommune kunne have undgået at yde ulovlig offentlig støtte til Hellers Yachtværft ApS ved at have fået vurderet markedslejen af en uafhængig vurderingsmand forud for lejeindgåelsen. Tårnby Kommune kunne endvidere have foretaget et offentligt udbud - eller en anden klar og tydelig annoncering af lejemuligheden med f.eks. angivelse af en rimelig frist for interesserede lejere til at anmode om at leje lejemålet - inden kommunen på objektivt og ikke-diskriminerende grundlag foretog udvælgelsen af de interesserede lejere.

13. Tårnby Kommunes støtte til Hellers Yachtværft ApS i form af en leje til under markedslejen er sket i strid med konkurrencelovens § 11 a. Det skyldes, at støtten udgør en økonomisk fordel ydet ved hjælp af offentlige midler til fordel

for en bestemt erhvervsvirksomhed. Den lave leje har endvidere haft til formål eller følge at forvride konkurrencen, ligesom lejen ikke har været lovlig i henhold til offentlig regulering, jf. afsnit 4.3.1. - 4.3.7.

14. Det påbydes på denne baggrund Tårnby Kommune 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.

15. Det skal på baggrund af de konkrete omstændigheder i sagen overvejes, om Hellers Yachtværft ApS skal påbydes at tilbagebetale støtten helt eller delvist. Et påbud om tilbagebetaling af støtten – i form af en leje lavere end markedslejen – vil indebære, at Hellers Yachtværft ApS skal efterbetale støttebeløbet til Tårnby Kommune. Det samlede støttebeløb, der kan påbydes betalt til Tårnby Kommune findes at udgøre 803.225 kr. inklusive renter og efter forældelse af visse dele af støtten, jf. nedenfor afsnit 4.3.8.1.-4.3.8.2.

16. Det vurderes, at der som udgangspunkt skal ske fuld tilbagebetaling af en ulovlig tildelt offentlig støtte inklusive renter. Ved fuld tilbagebetaling af den modtagne støtte inklusive renter stilles støttemodtageren og dennes konkurrenter i videst muligt omfang som om, at den ulovlige støtte aldrig var blevet tildelt.

17. Afgørelsen skal imidlertid på den anden side også være proportional, herunder ved at inddrage hensynet til Heller Yachtværft ApS, som vurderes at have været i god tro om den tildelte støtte, som ikke har været nærmest til at sikre, at der ikke blev tildelt støtte, som har indrettet sig på den indgåede lejeaftale, og som det vil være meget byrdefuldt at pålægge at tilbagebetale det samlede beløb på 803.225 inklusive renter. Det bør i den forbindelse inddrages i vurderingen, at indgåelse af en lejeaftale er en almindelig kommerciel transaktion, hvor aftaleparterne forhandler om vilkårene for lejemålet, herunder lejen. Det er i den forbindelse sædvanligt, at en lejer forsøger at opnå en leje, der er så lav som muligt. De usikkerhedsmomenter, der konkret knytter sig til opgørelsen af støttebeløbet i det *løbende retsforhold*, taler endvidere ud fra et retssikkerhedshensyn – og under hensyn tagen til de konkrete forhold i sagen – for, at der foretages et konservativt skøn over det beløb, som påbydes tilbagebetalt.

18. Det vurderes herefter ud fra en helhedsvurdering af de konkrete omstændigheder i sagen, at Hellers Yachtværft ApS skal påbydes at betale et skønsmæssigt fastsat 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.

2. Afgørelse

19. Det meddeles Tårnby Kommune og Hellers Yachtvært 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.

20. 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.

21. 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.

3. Sagsfremstilling

3.1. Indledning

22. Denne sag handler om Tårnby Kommunes lejeaftale med Hellers Yachtværft ApS vedrørende ejendommen Kastrup Strandpark 9, herefter også benævnt Lejemålet.

23. Konkurrencestyrelsen modtog den 3. november 2008 en henvendelse fra [...] vedrørende Tårnby Kommunes lejeaftale med Hellers Yachtværft ApS. [...] anførte, at lejen i lejeaftalen er fastsat under markedslejen og derfor er konkurrenceforvridende.

24. På baggrund af henvendelsen valgte Konkurrencestyrelsen at indlede en undersøgelse af, om Hellers Yachtværft ApS lejer Lejemålet af Tårnby Kommune på vilkår, der indebærer ulovlig offentlig støtte i strid med konkurrencelovens § 11 a.

3.2. Parterne

25. **Tårnby Kommune** er udlejer af Lejemålet. Tårnby Kommune ligger på Amager, har godt 40.000 indbyggere og 3.000 ansatte.

26. **Hellers Yachtværft ApS** er den nuværende lejer af Lejemålet. Hellers Yachtværft blev grundlagt i 1950 af [...] som et produktions- og apteringsværft. [...] overtog virksomheden i 1993. Virksomheden var en enkeltmandsvirksomhed indtil den 1. januar 2007, hvor virksomheden blev omdannet til et anpartsselskab. I 2004 flyttede Hellers Yachtværft til de lokaler, der er omfattet af lejemålet.

27. Hellers Yachtværft ApS' hovedaktivitet består i dag af reparation og vedligeholdelse af både samt salg af bådudstyr m.m. Virksomheden afholder endvidere seminarier om maritime emner, ligesom det er muligt at erhverve speedbåds-kort og sejlerduelighedsbevis hos virksomheden.

28. Hellers Yachtværft ApS havde ifølge deres årsrapport fra 2008 en omsætning på [...] kr. samt et årsresultat på [...] kr.¹ Ifølge den seneste årsrapport fra 2009, havde Hellers Yachtværft ApS en omsætning på [...] kr. samt et årsresultat på [...] kr.² Hellers Yachtværft ApS havde mellem 3 og 5 ansatte i 2008.

3.3. Lejemålet³

29. Lejemålet er beliggende ved Kastrup Lystbådehavn på adressen Kastrup Strandpark 9. 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.

30. Lejemålet omfatter et areal på ca. 1.800 m² og hele den på arealet beliggende bygning, Kastrup Strandpark 9. Bygningen har ifølge BBR et bebygget areal på 1.263 m² og et samlet 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 87 m² 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.

31. Lejemålets bygning er opført af A/S Øresundsforbindelsen i 1995 på et areal som A/S Øresund lejede af Tårnby Kommune. Under anlægsperioden for Øresundsforbindelsen fungerede bygningen som udstilling. Ved lejemålets ophør – den 1. januar 2004 – købte Tårnby Kommune bygningen. Prisen var på forhånd aftalt til [...] af anlægssummen, dog maksimalt [...] kr. Da anlægssummen udgjorde [...] kr. blev prisen fastsat til [...] kr.⁴

Figur 1: Lejemålet Kastrup Strandpark 9

¹ Jf. Årsrapport for Hellers Yachtværft ApS for 2008.

² Jf. Årsrapport for Hellers Yachtværft ApS for 2009.

³ Jf. Erhvervslejekontrakt mellem Tårnby Kommune og Hellers Yachtværft [...] (nu Hellers Yachtværft ApS).

⁴ Herfra blev fratrukket ikke betalt arealleje i perioden 1.1.1995 til 31.12.2003 på i alt [...] kr., jf. Brev af 28. januar 2009 fra Tårnby Kommune.



3.3.1. Forløbet forud for udlejning af lejemålet

32. I tiden op til Tårnby Kommunes overtagelse af lejemålet den 1. januar 2004 modtog kommunen uopfordret en række henvendelser om muligheden for at benytte eller leje bygningen til forskellige formål.

33. Det drejede sig om henvendelser fra i) [...], ii) [...], iii) [...], og iv) Hellers Yachtværft ApS (tidligere Hellers Yachtværft & Udstyr [...]).⁵

34. Økonomiudvalget besluttede på et møde den 14. januar 2004, at der skulle forhandles videre med Hellers Yachtværft ApS om leje af Kastrup Strandpark 9. Det fremgår af Kommunalbestyrelsens Sekretariats indstilling af 8. januar 2004 til Økonomiudvalget vedrørende den fremtidige anvendelse af Kastrup Strandpark 9:

”Der foreligger følgende konkrete henvendelser:

1. [...] ønsker at benytte bygningen til sejlsportsrelaterede formål, bl.a. at få samlet klubfaciliteterne under et tag.

2. [...] ønsker at benytte en del af bygningen til klubfaciliteter, herunder depot for udstyr.

3. [...] ønsker at leje bygningen helt eller delvis, til forskellige havnerelaterede forretnings- og værkstedsformål.

⁵ Jf. Tårnby Kommunes høringsvar af 15. april 2010 med bilag, s. 3.

4. Hellers Yachtværft & Udstyr, [...] ønsker at leje hele bygningen til etablering af et marinecenter med bl.a. maritim udstyrsbutik, bådeværft, riggerværksted, provianteringsbutik, salg af både og undervisning i maritime emner.

Kommunalbestyrelsens Sekretariat anbefaler, at der forhandles videre med Hellers Yachtværft & Udstyr om et lejemål, der omfatter hele bygningen.

Uddybende bemærkninger

...

Til de 4 henvendelser om benyttelse/leje af bygningen kan oplyses følgende:

Ad 1.

Siden januar måned 2002 har [...] flere gange rettet henvendelse til kommunen, og gjort opmærksom på [...] ønske om at kunne råde over bygningen. Økonomiudvalget besluttede på møderne den 9.1.2002 og den 13.2.2002, at meddele klubberne, at man forventede en afklaring omkring årsskiftet 2003/2004.

Ad 2.

De [...] har i april og oktober måned 2003 gjort opmærksom på ønsket om fælles klub- og depotlokaler i en del af udstillingsbygningen. Disse klubber har ligeledes fået at vide, at der forventes en afklaring omkring årsskiftet.

Ad 3.

[...] fremsendte i februar måned 2003 en projektbeskrivelse som udgangspunkt for videre forhandlinger om et lejemål. Økonomiudvalget besluttede den 5.3.2003 at der skulle indhentes yderligere oplysninger. På baggrund af de indhentede oplysninger besluttede Økonomiudvalget den 2.4.2003 at udsætte sagen, hvilket blev meddelt [...].

[...] har ingen erhvervs erfaring inden for den maritime branche og han har i øvrigt ikke efterfølgende rettet henvendelse om en afklaring.

Ad 4.

Hellers Yachtværft & Udstyr fremsendte den 23.9.2003 ansøgning om at leje hele bygningen til det ovenfor nævnte formål. Kommunalbestyrelsens Sekretariat afholdt den 20.11.2003 møde med [...], hvor vedlagte detaljerede projektbeskrivelse for etablering af marinecenter blev forelagt og gennemgået. Projektet virker meget seriøst og gennearbejdet og ansøger er interesseret i at påbegynde lejemålet så hurtigt som muligt.

Det skal foreslås:

- *der forhandles videre med Hellers Yachtværft & Udstyr om et lejemål der omfatter hele bygningen,*
- *lejemålet træder i kraft så hurtigt som muligt, f.eks. 1.4.2004,*
- *der søges aftalt en årlig husleje på mellem 350.000 kr. – 500.000 kr., evt. således at lejen er lav i starten og stiger til ”normal” leje over 3-5 år, og*
- *der gives tilsagn om at større ombygninger, f.eks. etablering af flere vinduer eller større/ekstra port, kan finansieres af kommunen via en husleje-forhøjelse.*

...

Der henvises i øvrigt til vedlagte ansøgninger m.v. fra de 4 interesserede parter.

Indstilling

Kommunalbestyrelsens Sekretariat indstiller til Økonomiudvalget, at

- *der forhandles videre med Hellers Yachtværft & Udstyr om et lejemål der omfatter hele bygningen Kastrup Strandpark 9, med udgangspunkt i de nævnte overordnede lejevilkår.”⁶*

35. Det fremgår endvidere af Kommunalbestyrelsens Sekretariats indstilling til Økonomiudvalget af 26. februar 2003 vedrørende [...] ansøgning om leje af Kastrup Strandpark 9, at [...] ønskede at anvende Kastrup Strandpark 9 til maritime formål:

” [...] ønsker at indrette bygningen med følgende afdelinger/områder:

- *Køb/salg af både.*
- *Salg af bådudstyr, bådmotorer, navigationsudstyr og mulighed for at bådejere selv kan reparere både.*
- *Kantine, mødelokaler, arkiv, lager, toiletter m.v.”⁷*

36. Det fremgår endvidere af [...] brev til Tårnby Kommune af 10. februar 2003, at [...] ønskede at overtage lejemålet vedrørende Kastrup Strandpark 9 fra

⁶ Jf. Tårnby Kommunes høringssvar af 15. april 2010 med bilag.

⁷ Jf. Tårnby Kommunes høringssvar af 15. april 2010 med bilag.

den 1. januar 2004, og at han umiddelbart fandt, at lejeniveauet kunne ligge på ca. [...] kr. pr. m²:

”Min opfattelse er at lejemålet kan overtages den 1. januar 2004 og er uden tidsbegrænsning. Jeg vil ligeledes gerne have oplyst udgifter til eventuelt forudbetalt leje (depositum), udgifter til á conto varme m.v.

Årlig leje

Idet store dele af lejemålet er ”hal/lager” formoder jeg at lejeprisen er et resultat herefter. Ligeledes er dette projekt skudt i gang med henblik på at forbedre ”havnemiljøet” og skabe liv og trivsel i området. Af lignende lejemål i området er jo [...], hvor den årlige leje udgør [...] kr. pr. m². Jeg formoder at det aktuelle lejemål ligger i samme prisniveau?”⁸

37. Inden Økonomiudvalgets møde den 14. januar 2004, men efter Kommunalbestyrelsens Sekretariats udarbejdelse af indstilling af 8. januar 2004 til Økonomiudvalget, modtog Tårnby Kommune en henvendelse af 9. januar 2004 fra [...], der ønskede at benytte Kastrup Strandpark 9 til marineudstøvsbutik. Denne henvendelse blev ikke behandlet på mødet i Økonomiudvalget den 14. januar 2004 eller efterfølgende.

38. Økonomiudvalget besluttede den 11. februar 2004 at udleje Kastrup Strandpark 9 til Hellers Yachtværft ApS på de i afsnit 3.3.2 nævnte vilkår, hvor den årlige leje for 2004 bl.a. blev fastsat til 300.000 kr.⁹ Det fremgår af Tårnby Kommunes høringssvar vedrørende baggrunden for valget af Hellers Yachtværft ApS som lejer:

”Med beslutningen om, at udleje bygningen Kastrup Strandpark 9 erhvervsmæssigt, dog med en indretning og formål, der understøttede offentlige formål/ønsker, ønskede man fra kommunens side at skabe mere liv i og omkring lystbådehavnen. Lystbådehavnen er på mange måder afsides beliggende i forhold til selve Kastrup by og de mere trafikerede veje. Med en stor ny forretning ønskede kommunen at kunne tiltrække flere besøgende til havnen – også til restauranten på havnen, som under flere forpagtere har oplevet meget svære tider. Samtidig var det vigtigt, at den valgte lejer havde en reel mulighed for at drive den pågældende virksomhed, herunder således at kommunen undgik at komme i en situation, hvor den pågældende ikke var i stand til at betale leje, gik konkurs eller lignende.”¹⁰

39. Det fremgår endvidere af Tårnby Kommunes høringssvar, at kommunen ikke finder, at [...] henvisning til et lejeniveau på [...] kr. pr. m² er retningsgivende for markedslejen:

⁸ Jf. Tårnby Kommunes høringssvar af 15. april 2010 med bilag.

⁹ Jf. Tårnby Kommunes høringssvar af 15. april 2010 med bilag.

¹⁰ Jf. Tårnby Kommunes høringssvar af 15. april 2010 med bilag, side 4.

”Det skal understreges at dette [...] kr. pr. m², Konkurrencestyrelsen tilføje] ikke er retningsgivende for markedsløjen for det lejemål, nærværende sag handler om. Dette skyldes bl.a., at et sådant lejeniveau ville indebære en anden udnyttelse end den, der er muliggjort i den nuværende lejeaftale. [...] ønskede således som udgangspunkt kun at leje en del af bygningen, eller evt. at leje det hele mod at få tilladelse til at fremleje en del af bygningen.”¹¹

40. Efter at Tårnby Kommunes Økonomiudvalg den 11. februar 2004 havde besluttet at udleje Kastrup Strandpark 9 til Hellers Yachtværft ApS modtog Tårnby Kommune yderligere henvendelse fra [...], der ønskede at leje Kastrup Strandpark 9, jf. [...] henvendelse af 16. februar 2004, hvor bl.a. følgende fremgår:

”Via dagspressen er jeg blevet bekendt med kommunens planer med udlejning af bygningen der tidligere husede Øresundsudstillingen.

Jeg vil i den forbindelse gerne ansøge om leje af bygningen, med det formål at drive skibsproviantering samt båd udstyr.

Jeg har gennem de sidste 40 år drevet skibsproviantering så det vil ikke være noget fremmed for mig at påtage mig den udfordring.

For at kunne lave mine budgetter for driften af en sådan virksomhed er det bl.a. vigtig at vide hvilke udgifter der vil være i form af husleje, indskud, varme, el m.m.”¹²

41. [...] fik ved brev af 29. marts 2004 oplyst, at Kastrup Strandpark 9 var lejet ud til Hellers Yachtvært ApS.¹³

3.3.2. Vilkårene for udlejning af lejemålet

42. Lejemålet er påbegyndt den 1. marts 2004, men der er først betalt leje fra 1. juni samme år. Lejemålet er aftalt uopsigeligt fra udlejers side i 15 år og fra lejers side i 10 år.

43. Lejen blev fastsat til 300.000 kr. (svarende til 192 kr./m²) for hele 2004. Tårnby Kommune har oplyst, at den betalte leje for 2004 er opgjort forholdsvis i forhold til den aftalte årsleje. Der er således betalt 300.000 kr. * 7/12 = 175.000 kr. i leje i perioden 1. marts 2004 til 31. december 2004, idet der ikke er betalt for marts, april og maj.

¹¹ Jf. Tårnby Kommunes høringssvar af 15. april 2010 med bilag, side 3-4.

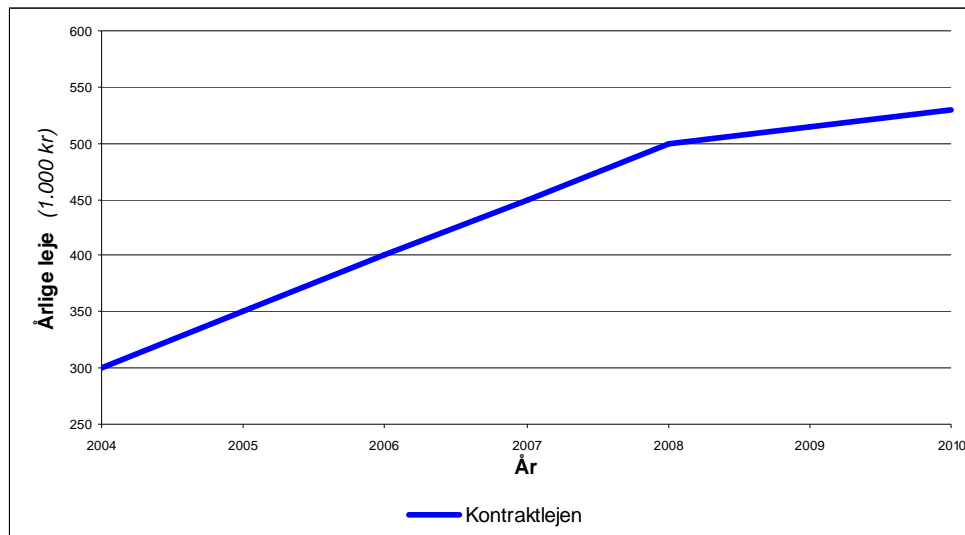
¹² Jf. Tårnby Kommunes høringssvar af 15. april 2010 med bilag.

¹³ Jf. Tårnby Kommunes høringssvar af 15. april 2010 med bilag, side 3-4.

44. Den fastsatte leje for 2004 udgjorde således en forrentning på [...] pct. af købesummen på [...] kr., svarende til en forrentning på [...] pct. af anlægssummen på [...] kr., jf. pkt. 29.

45. Lejen steg i de første 4 år med 50.000 kr. pr. år for derefter at blive procentvis reguleret med 3 pct. pr. år. Lejen udgjorde således 350.000 kr. (224 kr./m²) for 2005, 400.000 kr. (256 kr./m²) for 2006, 450.000 kr. (288 kr./m²) for 2007 og 500.000 kr. (320 kr./m²) for 2008 år. Lejen blev procentreguleret første gang den 1. januar 2009, hvorefter lejen for 2009 blev fastsat til 515.000 kr. (329 kr./m²). Lejen er efterfølgende blevet procentvis reguleret i 2010, hvorefter lejen for 2010 er fastsat til 530.000 kr. (339 kr./m²). Lejen er illustreret i nedenstående figur 2. Lejen kan af både lejer og udlejer kræves reguleret til markedsleje efter erhvervslejelovens § 13.

Figur 2: Leje for Lejemålet



3.4. Konkurrencestyrelsens sagsbehandling

46. I forlængelse af, at Konkurrencestyrelsen modtog klagen fra [...], foretog styrelsen en indledende undersøgelse af klagen med henblik på at beslutte, hvorvidt der skulle indledes en sag om lejemålet Kastrup Strandpark 9.

47. Konkurrencestyrelsen undersøgte i den forbindelse via hjemmesiden www.oline.dk lejeniveauet for erhvervslejemål i Kastrup og omegn samt bådudstyr-butikker beliggende i Storkøbenhavn. Konkurrencestyrelsen fandt ikke i databasen erhvervslejemål i Kastrup og omegn for hvilke, der blev opkrævet en leje mindre end [...] kr./ m²/år.

3.4.1. Kontakt med Tårnby Kommune

48. Konkurrencestyrelsen anmodede samtidig om Tårnby Kommunes bemærkninger til klagen. Tårnby Kommune redegjorde for forløbet forud for indgåelsen af lejeaftalen vedrørende lejemålet. Tårnby Kommune anførte bl.a., at:

”Da det var almindeligt kendt i lokalsamfundet, specielt blandt personer med tilknytning til havnemiljøet, at kommunen skulle overtage A/S Øresunds bygning, når Øresundsforbindelsen var færdiganlagt, fik kommunen i tiden op til, en række henvendelser om at benytte eller leje bygningen til forskellige formål.

Kommunens Økonomiudvalg behandlede på et møde den 14.1.2004 disse konkrete henvendelser, og besluttede på den baggrund, at der skulle forhandles videre med en af de interesserede, nemlig Hellers Yachtværft & Udstyr [...], som ønskede at leje hele bygningen til etablering af et marinenecenter med bl.a. maritim udstyrsbutik, bådeværft, riggerværksted, provianteringsbutik, salg af både og undervisning i maritime emner.

Herefter fulgte forhandlinger mellem kommunen og Hellers Yachtværft & Udstyr [...] om vilkårene for lejemålet.”¹⁴

49. Tårnby Kommune oplyste endvidere, at:

”Det er kommunens opfattelse, at der for lejemålet Kastrup Strandpark 9 betales en rimelig leje, som ikke kan anses for at være medvirkende til konkurrenceforvridning i branchen. Kommunen har i øvrigt ingen som helst interesse i, at støtte den pågældende lejer ved at opkræve en for lav leje.”¹⁵

50. Tårnby Kommune fremsendte endeligt sammen med deres redegørelse en kopi af SKATs ejendomsvurdering fra 2006. Det fremgår heraf, at SKAT i 2006 anslog den forventede årlige leje for lejemålet til [...] kr. eller [...] kr./m². I ejendomsvurderingen anførtes det, at bygningen anvendes til kontor og kantine og har et etageareal på 1564 m².

51. På baggrund af (i) oplysningerne fra Tårnby Kommune om forløbet forud for indgåelsen af lejekontrakten, herunder at kommunen f.eks. ikke havde gennemført et udbud mv., (ii) oplysningerne fra SKAT om den forventede lejeindtægt for bygningen samt (iii) oplysningerne fra Konkurrencestyrelsens indledende undersøgelse om lejeniveauet i Kastrup og omegn samt for bådudstyrsbutikker beliggende i Storkøbenhavn, besluttede Konkurrencestyrelsen at indlede en sag om lejemålet Kastrup Strandpark 9.

¹⁴ Brev fra Tårnby Kommune af 28. januar 2009.

¹⁵ Brev fra Tårnby Kommune af 28. januar 2009.

52. Oplysningerne fra Konkurrencestyrelsens indledende undersøgelse om lejeniveauet for erhvervslejemål i Kastrup og omegn samt bådudstørsbutikker beliggende i Storkøbenhavn er alene blevet brugt til at beslutte, om der skulle indledes en sag. Oplysningerne er således ikke lagt til grund for indstillingen i nærværende sag, der bygger på en uafhængig vurderingsmands vurdering af lejemålets markedsleje på aftaletidspunktet i 2004, jf. nedenfor.

3.4.2. Kontakt med Statsforvaltningen Hovedstaden

53. Ifølge konkurrencelovens § 11 a, stk. 2, nr. 2, skal der i sager, der vedrører støtte, tages stilling til, om støtten er *”lovlig i henhold til offentlig regulering”*. Afgørelsen af, om ydet støtte er lovlig i henhold til offentlig regulering, træffes ikke af Konkurrencerådet, men af vedkommende minister eller kommunale tilsynsmyndighed, jf. konkurrencelovens § 11 a, stk. 3, 1. pkt.

54. Konkurrencestyrelsen har derfor rettet henvendelse til Indenrigs- og Socialministeriet, idet kommunerne hører under Indenrigs- og Socialministeriets ressortområde. Indenrigs- og Socialministeriet oplyste, at tilsynet med kommunerne varetages af statsforvaltningen i den region, hvori kommunen er beliggende. På den baggrund videresendte Indenrigs- og Socialministeriet Konkurrencestyrelsens henvendelse til Statsforvaltningen Hovedstaden, som fører tilsyn med Tårnby Kommune.

55. Statsforvaltningen Hovedstaden indhentede i forbindelse med sagsbehandlingen en udtalelse fra Tårnby Kommune. Tårnby Kommune tilkendegav, at det fortsat: *”er kommunens opfattelse, at der for lejemålet Kastrup Strandpark 9 betales en rimelig leje”*.¹⁶

56. Statsforvaltningen Hovedstaden svarede Konkurrencestyrelsen ved brev af 11. september 2009.¹⁷ Det fremgår af Statsforvaltningen Hovedstadens svar:

at *”[s]pørgsmålet om lovligheden i kommunens engagement i udlejning af lokaler til formål, som de i sagen omhandlede, er ikke reguleret i den øvrige skrevne lovgivning og skal derfor afgøres efter de almindelige uskrevne retsgrundsætninger om kommunernes opgavevaretagelse – de såkaldte kommunalfuldmagtsregler...”*,

at det er *”udgangspunktet, at kommuner ikke kan udleje kommunale lokaler på kommercielle vilkår.”*

at *”[d]er er undtagelser til denne hovedregel, herunder blandt andet kommunernes adgang til at drive accessorisk virksomhed.*

¹⁶ Jf. Brev af 11. september 2009 fra Statsforvaltningen Hovedstaden med bilag.

¹⁷ Jf. Brev af 11. september 2009 fra Statsforvaltningen Hovedstaden med bilag.

at ”[h]vis der ikke er tale om leje til markedspris, er der tale om ulovlig virksomhed.”

57. Statsforvaltningen udtalte herefter:

at det er ”statsforvaltningens opfattelse, at det ikke kan anses at være i strid med kommunalfuldmagtsreglerne, at kommunen udlejer ejendommen til Hellers Yachtværft ApS”, og

at ”[v]edrørende den fastsatte leje fremgår det af medsendte bilag vedrørende sammenlignelige priser, at prisen i Dragør Havn for 2009 er [...] kr. m2 for butik/restaurant pr. år, uanset om det er bebygget eller ej. [...] betaler dog [...] kr. m2. Priserne, der er p.a. og excl. moms, er oplyst telefonisk af havnekontoret, der administrerer lejeaftalerne. [...] har oplyst, at [...],[...] og [...] betaler [...] kr. m2 pr. halvår excl. moms.

Af sagens oplysninger fremgår det, at den leje, som Hellers Yachtværft ApS betaler pr. år er ca. 329 kr. pr. m2 (1.564 m2: 515.000 kr.).

Statsforvaltningen lægger på baggrund af disse oplysninger til grund, at Tårnby Kommune udlejer ejendommen til markedsleje og finder derfor ikke grundlag for at udtale, at Tårnby Kommune yder ulovlig støtte til Hellers Yachtværft ApS, jf. konkurrencelovens § 11 a.”

58. Konkurrencestyrelsen rettede den 23. februar 2010 henvendelse til Statsforvaltningen Hovedstaden med henblik på en uddybning af Statsforvaltningens udtalelse af 11. september 2009.¹⁸ I den forbindelse fremsendte Konkurrencestyrelsen den udarbejdede vurderingsrapport til Statsforvaltningen Hovedstaden.

59. Statsforvaltningen svarende ved brev af 26. februar 2010. Det fremgår af svaret:

at statsforvaltningen med udtalelsen af 11. september 2009 ”ikke tog konkret stilling til, om der var ydet støtte til Hellers Yachtværft ApS. Vi konstaterede alene i udtalelsen, at vi på det tidspunkt, hvor vi behandlede sagen, ikke fandt grundlag for at antage, at Tårnby Kommune udlejede ejendommen til under markedsprisen. Vi bemærkede i udtalelsen endvidere, at der er tale om ulovlig virksomhed, hvis udlejen ikke sker til markedsprisen.

Under henvisning til konkurrencelovens § 11 a, stk. 3, jf. stk. 2, nr. 2, skal statsforvaltningen udtale, at det på baggrund af de nu foreliggende oplysninger er statsforvaltningens opfattelse, at Tårnby Kommunes udlejning til Hellers Yachtværft ApS må anses for ulovlig efter kommunalfuldmagtsreglerne.

¹⁸ Konkurrencestyrelsens brev af 23. februar 2010 til Statsforvaltningen Hovedstaden.

Vi har herved lagt vægt på, at det er en forudsætning for, at en lejeaftale i forbindelse med accessorisk virksomhed kan anses for lovlig i medfør af kommunalfuldmagtsreglerne, at udlejen sker til markedspris.”

3.4.3. Udpegning af vurderingsmand

60. For at vurdere, hvorvidt Lejemålet udlejes til en pris, der er mindre end markedslejen, har Konkurrencestyrelsen anmodet en uafhængig vurderingsmand om at vurdere markedslejen for Lejemålet.

61. 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.¹⁹ Konkurrencestyrelsen rettede henvendelse til mægleren, der erklærede at være habil i sagen.

62. Konkurrencestyrelsen udarbejdede herefter et vurderingstema, der dannede baggrund for vurderingen af Lejemålet. Vurderingstemaet refererede de væsentligste faktiske forhold vedrørende Lejemålet.²⁰ Tårnby Kommune fik vurderingstemaet i høring, ligesom Tårnby Kommune blev oplyst om navnet på den udpegede vurderingsmand. Tårnby Kommune havde ingen bemærkninger til hverken vurderingstemaet eller vurderingsmanden.²¹

63. Vurderingsmanden modtog herefter endeligt vurderingstema inkl. bilag bestående af kopi af lejekontrakten, situationsplan over Lejemålet, seneste offentlige vurdering samt seneste BBR-ejermeddelelse til brug for vurderingen. Vurderingsmanden har endvidere indhentet og gennemgået lokalplan nr. 34 for Kastrup Strandpark.²²

64. Lejemålet blev besigtiget den 7. januar 2009. På besigtigelsen deltog – ud over den uafhængige vurderingsmand – repræsentanter fra Tårnby Kommune, Hellers Yachtværft ApS og Konkurrencestyrelsen.

¹⁹ Jf. Brev af 18. november 2009 fra Dansk Ejendomsmæglerforening.

²⁰ Jf. Vurderingstemaet med bilag.

²¹ Jf. Mail af 4. december 2009 fra Tårnby Kommune.

²² Jf. Vurderingsrapport side 4. Tårnby Kommune, Lokalplan nr. 34, Kastrup Strandpark er vedlagt.

3.5. Vurderingsrapport²³

3.5.1. Definitioner og forudsætninger

65. I vurderingsrapporten fastslås markedislejen af Lejemålet. Vurderingen tager udgangspunkt i markedsprisen på tidspunktet for lejekontraktens indgåelse, herefter også benævnt som *Vurderingstidspunktet*.

66. Ved markedislejen 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.

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

3.5.2. Lejemålet og lejemarkedet

68. Det anføres i vurderingsrapporten – for så vidt angår *Lejemålet* – at ”*Lejemålet fremtræder generelt i pæn stand*” samt ”*Lejemålet fremtræder i god vedligeholdelsesmæssig stand.*”²⁴

69. Det anføres endvidere i vurderingsrapporten – for så vidt angår *lejemarkedet* – at efterspørgslen efter erhvervsarealer i det storkøbenhavnske område i 2004 var rimelig, mens efterspørgslen efter lejemål som Lejemålet henset til Lejemålets beliggenhed og anvendelsesmuligheder var relativt svag. Det hedder således i vurderingsrapporten, at:

”I 2004 var efterspørgslen efter erhvervsarealer i det storkøbenhavnske område rimelig.”

...

*”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 relativt kort sæson, normalt er koncentreret om væsentligt mindre lejemål med et snævrere forretningskoncept.”*²⁵

²³ Jf. Vurderingsrapport udarbejdet af [...] Sadolin & Albæk vedlagt.

²⁴ Jf. Vurderingsrapporten, side 5-6.

²⁵ Jf. Vurderingsrapporten, side 7.

70. Det anføres endeligt i vurderingsrapporten – for så vidt angår *markedslejen* – at denne kan fastsættes til 700.000 kr. p.a. svarende til 450 kr. pr. m² p.a. i 2004. Markedslejen er fastsat på baggrund af registrerede lejepriser i 2004, lejeniveauer i andre havne samt antagelser om opførelsespriser og forrentning af byggekaptial. Det hedder således i vurderingsrapporten, at:

”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.”²⁶

71. Konkurrencestyrelsen har anmodet vurderingsmanden om grundlaget for valget af sammenlignelige lejemål, herunder hvorfor der udelukkende er benyttet lejemål i havne nord for København som referencelejemål.

72. Vurderingsmanden oplyste ved brev af 28. april 2010,²⁷ at:

”... 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

²⁶ Jf. Vurderingsrapporten, side 7.

²⁷ Jf. Brev fra vurderingsmanden af den 28. april 2010.

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.”

3.5.3. Startlejen for Lejemålet

73. Det anføres i vurderingsrapporten – for så vidt angår *startlejen* for Lejemålet – at denne skulle have ligget i intervallet mellem 400.000-600.000 kr. p.a. svarende til mellem 256-384 kr. pr. m² p.a., hvis startlejen skulle have været et udtryk for markedslejen, som denne blev vurderet på Vurderingstidspunktet.

74. Den estimerede startleje for Lejemålet er fastsat på baggrund af den vurderede markedsleje på 700.000 kr. p.a., en introduktionsrabat på 200.000 kr. for første år samt en kalkuleret usikkerhedsmargin på +/- 15 pct. Det hedder således i vurderingsrapporten, at:

”Markedslejen er estimeret til kr. 700.000 p.a., og da startlejen er kr. 200.000 lavere end lejen efter indkøringsperioden, skulle startlejen have været kr. 500.000 p.a., svarende til kr. 320 pr. m² p.a.”

...

”Det er sædvanligt, at der for et lejemål af denne karakter indrømmes lejer en vis introduktionsrabat, svarende til 6-12 måneders normal leje.”

...

”En lejevurdering vil normalt være forbundet med en vis usikkerhed, i niveau +/- 5% For et sådant - ganske stort - lejemål, med en ganske speciel anvendelse, og med en beliggenhed som denne, vil antallet af potentielle lejere være relativt beskedent hvilket øger usikkerhedsmarginen.

Efter vurderingsmandens opfattelse må der her således kalkuleres med en usikkerhedsmargin på +/-15%. Det modsvarer en markedsleje eksklusive introduktionsrabatten på mellem kr. 600.000 og kr. 800.000”²⁸

75. Konkurrencestyrelsen har anmodet vurderingsmanden om at oplyse, om det er muligt, at reducere den ovenstående skønsmæssige margin på +/- 15 %. Vurderingsmanden oplyste ved brev af 28. april 2010,²⁹ at:

”Henset til ejendommens karakter, beliggenhed, størrelse og anvendelse vil enhver lejevurdering være forbundet med en usikkerhed, som er større end for mere ”sædvanlige” lejemål. Det er således vor opfattelse, at uanset omfanget af yderligere undersøgelser vil det ikke være muligt at indsnævre den i vurderingen angivne skønsmargin.”

76. Det følger heraf at startlejen skulle have været fastsat i intervallet mellem 400.000-600.000 kr. p.a. svarende til mellem 256-384 kr. pr. m² p.a. henset til den kalkulerede usikkerhedsmargin samt introduktionsrabatten.

77. Den anføres endeligt i vurderingsrapporten, at lejekontraktens indkøringsperiode og efterfølgende procentvise regulering er i overensstemmelse med et markedsbestemt vilkår på Vurderingstidspunktet. Det hedder således i vurderingsrapporten, at:

”Det er endvidere sædvanligt, at lejen på en kontrakt af denne karakter reguleres med enten Nettoprisindekset, evt. med en minimums- eller maksimumsregulering, eller med en fast procentuel regulering i størrelsesordenen 2-3% p.a.”

...

”Der er endeligt relativt sædvanligt, at en sådan indeksering først sker efter udløbet af den periode, hvor introduktionsrabatten er indrømmet.”

...

”Den i lejekontrakten aftalte indkøringsperiode samt den efterfølgende procentvise regulering af lejen er efter vurderingsmandens opfattelse således et udtryk for et markedsbestemt vilkår på tidspunktet for lejekontraktens indgåelse.”³⁰

²⁸ Jf. Vurderingsrapporten, side 8.

²⁹ Jf. Brev fra vurderingsmanden af den 28. april 2010.

³⁰ Jf. Vurderingsrapporten, side 8.

3.6. Høringssvar

78. Konkurrencestyrelsen har sendt et udkast til afgørelsen i høring hos Tårnby Kommune og Hellers Yachtværft ApS den 26. februar 2010 og den 12. maj 2010. **Tårnby Kommune** har fremsendt bemærkninger til udkastet til afgørelse ved brev af 15. april 2010.

79. Tårnby Kommune har overordnet følgende bemærkninger:

”Overordnet er det Tårnby Kommunes opfattelse, at lejeaftalen vedrørende Kastrup Strandpark 9 ikke udgør en overtrædelse af konkurrencelovens § 11 a om konkurrenceforvridende støtte, herunder da udlejningen sker på markedsvilkår.

Til støtte herfor skal der henvises til forløbet vedrørende indgåelsen af lejemålet samt lejemålets særlige karakteristika og krav hertil, hvor det er afgørende for Tårnby Kommune at kunne opretholde og drive en velfungerende lystbådehavn. De begrænsninger, der følger heraf, indskrænker i betydelig grad det marked, der måtte være af mulige lejere. Det har bl.a. betydning for fastsættelsen af markedslejen, hvilket den af Konkurrencestyrelsen indhentede vurderingsrapport også beskriver...

Endvidere er det kommunens opfattelse, at der ikke med det i sagen foreliggende materiale, herunder vurderingsrapporten af 27. januar 2010, er dokumenteret eller på anden måde godtgjort, at den leje der opkræves for det omhandlede lejemål ikke skulle svare til markedslejen.”³¹

80. Sammenfattende anfører Tårnby Kommune, at kommunen ikke har overtrådt konkurrencelovens § 11 a som følge af, at lejen udgør en konkurrenceforvridende støtte. Kommunen henviser i den forbindelse til, at:

”1.

Der er tale om et lejemål med en særlig indretning og specialiseret anvendelse, hvor det kun – hvilket bekræftes i vurderingsrapporten – er et relativt snævert segment af virksomheder, der udgør markedsgrundlaget. Dette må afspejles i fastlæggelsen af niveauet for markedsleje og den skønsmargin, der må være herfor.

2.

I vurderingsrapporten fastlægges en usikkerhedsmargin på +/- 15%, hvilket ikke er tilstrækkeligt til at fastlægge niveauet for markedsleje, jf. Kommissionens praksis vedrørende traktatens artikel 87.

3.

³¹ Tårnby Kommunes høringssvar af 15. april 2010 med bilag, s. 1-2.

Vurderingsrapporten indeholder ikke tilstrækkeligt/anvendeligt sammenligningsgrundlag. Nordhavnen i Helsingør, som der sammenlignes med, har således en helt anden placering, omgivende rammer mv. end Kastrup Strandpark, der er svært tilgængelig, og som kun har få erhvervsdrivende i området. Det er samtidig en mangel ved vurderingsrapporten, at der ikke er inddraget yderligere lejemål, eksempelvis i Københavns Kommune, Dragør Havn, Ishøj Kommune m.v.

4.

Forløbet hvorpå lejekontrakten er kommet i stand underbygger, at der er tale om en leje til markedsleje.

5.

Et tilbagebetalingskrav vil være problematisk i forhold til reglerne i erhvervslejeloven om ændring af lejeniveau m.v. Det gøres derfor subsidiært gældende, at afgørelsen tidligst kan få betydning for fremtidig leje, hvor erhvervslejelovens varslingsbestemmelser skal anvendes.”³²

81. Tårnby Kommune har fremsendt et supplerende høringssvar af 26. april 2010. Vedrørende vurderingsrapportens sammenligning med lejeniveauet i Nordhavnen i Helsingør anfører Tårnby Kommune i det supplerende høringssvar, at de tre lejekontrakter for lejemål i Helsingør Nordhavn, som kommunen har fremsendt, dokumenterer, at:

”... Skønsmandens udtalelse om, at markedslejen for Helsingør Nordhavn lå på ca. 450 pr. m² i 2004, ikke er korrekt. I stedet kan det konstateres, at lejeniveauet i 2004 snarere lå i størrelsesordenen kr. [...] pr. m².”³³

82. Tårnby Kommune har i deres høringssvar af 4. juni 2010 anført, at spørgsmålet om konkurrenceforvridende støtte hænger sammen med, hvad der kan godtgøres/bevises i relation til niveauet for markedslejen. Kommunen anfører endvidere, at det i sager om markedsleje efter erhvervslejeloven langt fra kan lægges til grund, at syn og skøn er ”et særligt autoritativt bevis”, og at det i retspraksis relativt ofte ses, at syns- og skønserklæringer tilsidesættes, herunder hvis det i stedet er muligt at dokumentere lejens størrelse ved hjælp af sammenligningslejemål. Tårnby Kommune anfører i den forbindelse:³⁴

”I nærværende sag er problemet netop, at de forudsætninger vurderingsrapporten baseres på, ikke er tilstrækkelige, da disse i sig selv forekommer at være baseret på et skøn, da rapporten ikke indeholder konkrete sammenligningslejemål eller lignende, og da rapporten ikke redegør nærmere for, hvorfor Helsingør Nordhavn er anvendt som sammenligningsgrund-

³² Tårnby Kommunes høringssvar af 15. april 2010 med bilag, s. 8-9.

³³ Tårnby Kommunes supplerende høringssvar af 26. april 2010, side 2.

³⁴ Tårnby Kommunes høringssvar af 4. juni 2010.

lag. Som følge heraf er rapportens konklusioner om markedsleje i Kastrup Strandpark ikke anvendelige.”³⁵

83. **Hellers Yachtværft ApS** har fremsendt bemærkninger til udkastet til afgørelse ved mail af 3. maj 2010.

84. Hellers Yachtværft ApS har om indgåelse af lejekontrakten med Tårnby Kommune anført, at:

*”I den konkrete sag har Hellers Yachtværft indgåede kontrakt med Tårnby Kommune på vilkår, som er forhandlet på helt sædvanlig vis, hvor Hellers Yachtværft [...] på ingen måde fik indtryk af, at lejen og lejevilkårene var fastsat anderledes, end hvad markedet tilsagde på daværende tidspunkt i 2004.”*³⁶

85. Hellers Yachtværft ApS har herudover overordnet følgende bemærkninger til forholdet mellem reglerne i erhvervslejeloven og konkurrencelovens § 11 a.

”Først og fremmest er det helt uforståeligt, at de konkurrenceretlige regler slet ikke er vurderet i forhold til de erhvervslejeretlige regler.”

...

*”[F]orholdet [skal] behandles som en sædvanlig boligretssag, hvor man varslers lejeforhøjelse, fremlægger de beviser som understøtter kravet om lejeforhøjelse, og hvor lejer for mulighed for at komme med sine beviser, og der evt. udmeldes syn og skøn på sædvanlig vis, og hvor boligretten, hvis der ikke indgås forlig forinden, får mulighed for at tage endelig stilling.”*³⁷

86. Endvidere har Hellers Yachtværft ApS overordnet følgende bemærkninger til vurderingsrapporten:

”I denne sag bygger man reelt hele konklusionen op på en egenhændigt indhentet og endog meget tvivlsom rapport, som kun Konkurrencestyrelsen og Tårnby Kommune har været inde over i forbindelse med de stillede spørgsmål...”

”Når jeg skriver, at rapporten er tvivlsom, skyldes det primært, at referenceløjemålene er for upræcist angivet, hvilket i øvrigt gælder generelt for det, der er fremlagt i sagen, og det sammenholdt med det uhyre vanskelige, der ligger i at fastlægge lejen på det givne sted, gør rapporten uanvendelig som andet end en mulig strømpil, som muligvis kan bruges som løftestang for kommunen til at indlede en lejeforhøjelsessag...”

³⁵ Tårnby Kommunes høringssvar af 4. juni 2010.

³⁶ Hellers Yachtværft ApS' høringssvar af 3. maj 2010 med bilag.

³⁷ Hellers Yachtværft ApS' høringssvar af 3. maj 2010 med bilag.

”Det skal i øvrigt vedrørende syn og skøn i erhvervslejeretssager bemærkes, at retterne ofte tilsidesætter dem som bevis i sager om markedslejen.”³⁸

87. I forbindelse med det anførte om referencelejemålene har Hellers Yachtværft ApS fremsendt fire lejekontrakter for lejemål i Dragør Havn.

88. Hellers Yachtværft ApS har endelig ved høringssvar af 8. juni 2010 bl.a. anført, at justering af lejen i et lejeforhold efter konkurrencelovens § 11 a forudsætter:

”at dokumentationsgrundlaget for misforholdet mellem en hævdet markedsleje og så den krævede leje verificeres på et tilstrækkeligt substantielt grundlag, hvilket ikke ses gjort i nærværende sag.

Afgørelsen bygger på en ensidigt – set i forhold til lejer – indhentet mæglerrapport, som ikke er tilstrækkeligt underbygget med relevant dokumentationsmateriale.

At bygge konklusionen reelt på forholdene i Nordhavnen i Helsingør, hvor der oven i købet er sat spørgsmålstejn ved de fremlagte oplysninger, og på et generelt markedskendskab er ikke godt nok, når der findes mange andre havne at sammenligne med, som ligger tættere på Kastrup Strandpark, og som på alle måder er mere sammenlignelige. Her er det ikke tilfredsstillende at henvise til arbejdets omfang og det svære i at indhente de relevante oplysninger.”

...

Det bør på det foreliggende grundlag være udelukket at kræve tilbagebetaling af leje...”³⁹

89. Konkurrencestyrelsen har vurderet høringssvarene fra Tårnby Kommune og Hellers Yachtværft ApS og har overordnet følgende bemærkninger. *For det første* vurderer Konkurrencestyrelsen ikke, at forløbet forud for udlejning af lejemålet viser, at lejen er fastsat til markedslejen, herunder fordi Tårnby Kommune reelt alene har forhandlet med Hellers Yachtværft ApS om lejen, jf. nedenfor afsnit 4.3.2.1.

90. *For det andet* er det Konkurrencestyrelsens vurdering, at der ikke er konkret anledning til at tilsidesætte vurderingsmandens sagkyndige skøn over, hvad der udgør markedslejen for lejemålet, herunder skønsmændens vurdering af lejemålets særlige karakteristika, skønsmarginen på 15 pct. og det anvendte sammenligningsgrundlag (referencelejemål), jf. nedenfor afsnit 4.3.2.3., med inddragelse af de af Tårnby Kommune og Hellers Yachtværft ApS fremsendte lejekontrakter.

³⁸ Hellers Yachtværft ApS’ høringssvar af 3. maj 2010 med bilag.

³⁹ Hellers Yachtværft ApS’ høringssvar af 8. juni 2010.

91. Det forhold, at der lægges betydelig vægt på vurderingsrapporten, er i overensstemmelse med, hvordan Kommissionen ville håndtere en sag om statsstøtte i form af for lav en leje og, hvordan Konkurrencerådet tidligere har vurderet spørgsmålet om ulovlig offentlig støtte efter § 11 a vedrørende salg af jord. Syns- og skønserklæringer tillægges endvidere inden for en række retsområder betydelig vægt, ligesom det også er forudsat i forarbejderne til erhvervslejeloven, at syn og skøn kan udgøre et sagligt grundlag for fastsættelsen af markedslejen i en sag efter erhvervslejelovgivningen.

92. Markedslejen for Lejemålet er af vurderingsmanden opgjort som et spænd på +/- 15 pct. for derved at tage hensyn til de usikkerhedsfaktorer, som altid vil foreligge ved fastsættelsen af markedslejen for et lejemål.

93. Der er endvidere ikke konkret grundlag for at antage, at vurderingsmanden har foretaget et urigtigt skøn over markedslejen. Den sagkyndige vurderingsmand har efter besigtigelsen af Lejemålet foretaget en helhedsvurdering af markedslejen ud fra på den ene side almindelige generelle oplysninger (generelle efterspørgselsforhold og lejeniveauer) samt på den anden side konkrete forhold (Lejemålets konkrete forhold og oplysninger om andre lejemål, som vurderingsmanden havde kendskab til). Markedslejen for Lejemålet er vurderet til at ligge på et niveau, som har vist sig at ligge mellem den laveste og højeste leje af de tre lejekontrakter i Helsingør Nordhavn, som Tårnby Kommune har fremdraget. Markedslejen ligger endvidere i 3 ud af 4 tilfælde under lejebetalingerne i de fire lejeaftaler, som Hellers Yachtværft ApS har henvist til vedrørende lejemål i Dragør Havn.

94. Tilsvarende understøtter SKATs ejendomsvurdering for 2006, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte vurderingsmandens fastsættelse af markedslejen for Lejemålet. Det fremgår af ejendomsvurderingen, at SKAT i 2006 anslog den forventede årlige leje for lejemålet til [...] kr., svarende til [...] kr./m² ud fra den forudsætning, at lejemålet blev anvendt til kontor og kantine, og har et etageareal på 1564 m². Til sammenligning fastsatte vurderingsmanden minimumsmarkedslejen for Lejemålet til 384 kr./m² i 2006 (svarende til en årlig markedsleje på 600.000 kr.).

95. Det bemærkes, at det forhold, at vurderingstemaet ikke har været i høring hos Hellers Yachtværft ApS ikke indebærer, at der ikke kan lægges vægt på vurderingsrapporten, idet reglerne om partshøring i konkurrenceloven og forvaltningsloven er overholdt, jf. nedenfor afsnit 4.3.2.2.

96. *For det tredje* vurderer Konkurrencestyrelsen ikke, at erhvervslejelovens § 13 eller parternes aftale om lejeregulering efter erhvervslejelovens § 13, udelukker Konkurrencerådets fra at udstede påbud om ophør og tilbagebetaling efter konkurrencelovens § 11 a, jf. nedenfor afsnit 4.4.

97. Tårnby Kommunes og Hellers Yachtværft ApS' hørings svar samt Konkurrencestyrelsens bemærkninger hertil er i øvrigt løbende inkorporeret de relevante steder i afgørelsen.

4. Vurdering

4.1. Markedsbeskrivelse

98. Det fremgår af forarbejderne til konkurrencelovens § 11 a om støtte ved hjælp af offentlige midler, at konkurrencelovens støttebegreb skal fortolkes i overensstemmelse med EUF-traktatens artikel 107 [tidligere EF-traktatens artikel 87]. Det fremgår endvidere, at:

”Efter EF-traktatens artikel 87, stk. 1, er statsstøtte pr. definition forvridende.”⁴⁰

99. 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.⁴¹

100. 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:⁴²

”Sagsøgerens anbringende om, at Kommissionen burde have godkendt, 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 samhandlen 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.”⁴³(Konkurrencestyrelsens understregning)

101. 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.

⁴⁰ Jf. FT 1999-2000, tillæg B, side 1291.

⁴¹ Jf. også Peter L. Vesterdorf, Statsstøtte, side 28.

⁴² 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*.

⁴³ 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.

102. Hellers Yachtværft ApS' hovedaktivitet består af reparation og vedligeholdelse af både samt salg af bådudstyr m.m. Virksomheden afholder endvidere seminarier om maritime emner, ligesom det er muligt at erhverve speedbåds kort og sejlerduelighedsbevis hos virksomheden.

103. Hellers Yachtværft ApS er således aktiv på en række områder, der alle vedrører lystsejlerbranchen. Hvis Hellers Yachtværft ApS lejer bygningen til en pris, der ligger under markedslejen, vil det kunne have betydning for konkurrencevilkårene for andre virksomheder, herunder klageren i nærværende sag, der er aktive på et eller flere af ovennævnte områder. En søgning på Internettet viser, at der f.eks. er en række andre bådudstyrvirksomheder i Øresundsregionen, jf. figur 3.

Figur 3: Bådudstyrvirksomheder i Øresundsregionen



Punkter markeret med et bogstav er butikker, som sælger bådudstyr. De øvrige punkter er butikker, som sælger bådudstyr samt andre relaterede butikker.

4.2. Samhandelspåvirkning

104. En støtteforanstaltning vil være omfattet af EUF-traktatens artikel 107, stk. 1, hvis foranstaltningen påvirker samhandelen mellem medlemsstater. Artikel 107 er ikke direkte anvendelig i dansk ret, og Konkurrencerådet kan derfor ikke træffe afgørelse efter bestemmelsen. Kommissionen har enekompetence til at anvende Traktatens artikel 107.

105. Det følger af konkurrencelovens § 11 a, stk. 7, at Konkurrencerådet kan undlade at behandle en sag efter § 11 a, hvis der er tale om en støtteordning, der

kan påvirke samhandlen mellem medlemsstater. Konkurrencerådet er imidlertid ikke afskåret fra at behandle sager om overtrædelse af konkurrencelovens § 11 a, selvom der er samhandelspåvirkning.⁴⁴

106. Det betyder, at uanset om der måtte være samhandelspåvirkning eller ej, har Konkurrencerådet kompetence til at behandle sagen i henhold til konkurrencelovens § 11 a, herunder træffe afgørelse om ophør og tilbagebetaling, i det omfang støtten har virkning på det danske marked eller en del heraf.

107. Det bemærkes, at Konkurrencerådets afgørelse i nærværende sag ikke er bindende for Kommissionen. Det forhold, at Konkurrencerådet har behandlet en sag om konkurrenceforvridende støtte efter konkurrencelovens § 11 a, er ikke til hinder for, at Kommissionen griber ind overfor den samme støtteordning i henhold til Traktatens artikel 107, hvis Kommissionen vurderer, at støtteordningen påvirker samhandlen mellem medlemsstater.

108. Konkurrencestyrelsen har orienteret Kommissionen om nærværende sag. Kommissionen har oplyst, at Kommissionen ikke har modtaget en klage vedrørende samme forhold, og at Konkurrencestyrelsen på nuværende tidspunkt er den rette myndighed til at behandle sagen ("best placed authority"). Det er derfor samlet set ikke nødvendigt at tage endeligt stilling til, om der foreligger samhandelspåvirkning i nærværende sag.

4.3. Konkurrencelovens § 11 a

109. Efter konkurrencelovens § 11 a, 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.

110. Efter § 11 a, 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*.

111. Det følger således samlet af konkurrencelovens § 11 a, 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 støtten 6) *forvrider konkurrencen*, uden 7) at støtten *er lovlig i henhold til offentlig regulering*.

112. I de følgende afsnit 4.3.1 til afsnit 4.3.7 vil hver af betingelserne 1) - 7) blive vurderet.

⁴⁴ 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 § 11 a, stk. 6, hvis en støtteordning skønnes at have samhandelspåvirkning.

4.3.1. Offentlige midler

113. Det er en betingelse for, at der foreligger ulovlig støtte efter konkurrencelovens § 11 a, 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*.

114. Det fremgår af forarbejderne til konkurrencelovens § 11 a, 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.⁴⁵

115. I nærværende sag er Tårnby Kommune udlejer af Lejemålet. Hvis det vurderes, at der tildeles støtte, jf. afsnit 4.3.2, vil det i givet fald være Tårnby Kommune, der har truffet beslutning om og tildelt støtten. Det følger heraf, at støtten umiddelbart vil være ydet af offentlige midler, og at støtten kan tilregnes det offentlige.

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

4.3.2. Støtte

117. Det fremgår af forarbejderne til konkurrencelovens § 11 a, at lovens støttebegreb svarer til statsstøttebegrebet i EUF-traktatens artikel 107, stk. 1. Konkurrencemyndighederne bør derfor i deres fortolkning af støttebegrebet efter § 11 a følge EU-praksis på statsstøtteområdet.

118. 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.⁴⁶

119. Ved udlejning af en bygning til en leje, der er lavere end markedslejen, vil lejer spare udgifter ved lejen i forhold til, hvis bygningen blev udlejet til markedslejen. De sparede udgifter udgør dermed en økonomisk fordel for lejer og vil være omfattet af støttebegrebet i konkurrencelovens § 11 a.⁴⁷

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

⁴⁶ Jf. FT 1999-2000, tillæg B, side 1291.

⁴⁷ 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.

120. Hellers Yachtværft ApS har således modtaget støtte i konkurrencelovens § 11 a's forstand, hvis Hellers Yachtværft ApS lejer Lejemålet til en pris, der ligger under markedslejen.

4.3.2.1 Forløbet forud for udlejning af lejemålet

121. Tårnby Kommune har bl.a. anført, at *"Forløbet hvorpå lejekontrakten er kommet i stand underbygger, at der er tale om en leje til markedslejen"*.⁴⁸

122. Det vurderes, at forløbet hvorpå lejekontrakten er kommet i stand *ikke* underbygger, at der har været tale om leje til markedslejen. Forløbet omkring lejeindgåelsen viser tværtimod, *at* der var en anden lejer, der umiddelbart foreslog et højere lejeniveau end det, som Hellers Yachtværft ApS aftalte sig frem til, og *at* der efter aftaleindgåelsen med Hellers Yachtværft ApS var henvendelser fra øvrige interesserede tredjeparter, som ønskede at leje Lejemålet, men som aldrig fik mulighed herfor som følge af aftalen med Hellers Yachtværft. I begge tilfælde var der tale om tredjeparter, der ligesom Hellers Yachtværft ApS ønskede at anvende Lejemålet til maritime formål.

123. Det findes allerede på denne baggrund ikke underbygget, at der vil være tale om en leje til markedslejen.

124. Tårnby Kommune havde endvidere i stedet for den valgte fremgangsmåde flere andre muligheder for at optimere lejen af Lejemålet og dermed skaffe sig større sikkerhed for, at Lejemålet blev udlejet til den bedst mulige pris under hensyn tagen til det formål, som kommunen ønskede at anvende Lejemålet til.

125. Kommissionen har over for Konkurrencestyrelsen oplyst, at fællesskabspraksis vedrørende statsstøtte i forbindelse med *salg af jord og bygninger* som udgangspunkt kan anvendes analogt på sager om leje af grund med bygninger. Det fremgår af Kommissionens ikke-bindende meddelelse om statsstøtteelementer i forbindelse med offentlige myndigheders salg af jord og bygninger, at statsstøtte-reglerne 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 til en pris fastsat af en uafhængig vurderingsmand eller ved et udbud til højest bydende*.⁴⁹ Det fremgår i samme retning af forarbejderne til konkurrenceloven, at en støtte ikke vil blive betragtet som konkurrenceforvridende, hvis *den gives efter et udbud på gennemsigtige, objektive og ikke-diskriminerende vilkår*.⁵⁰

⁴⁸ Jf. Tårnby Kommunes høringssvar af 15. april 2010 med bilag.

⁴⁹ Meddelelse fra Kommissionen om statsstøtteelementer i forbindelse med offentlige myndigheders salg af jord og bygninger, EF-Tidende nr. C 10/07/1997. Meddelelsen gælder efter sin ordlyd ikke direkte for udlejning.

⁵⁰ FT 1999-2000, tillæg B, side 1293.

126. Tårnby Kommune kunne således i stedet for den anvendte fremgangsmåde (i) have fået Lejemålet vurderet af en uafhængig vurderingsmand eller (ii) have udbudt eller i hvert fald annonceret klart og tydeligt med angivelse af en rimelig frist for interesserede lejere, at Lejemålet påtænkte udlejet. Ved at gennemføre en vurdering af markedslejen for Lejemålet ved en uafhængig vurderingsmand ville Tårnby Kommune have fjernet enhver tvivl om, hvad markedslejen udgjorde. Og ved at gennemføre et udbud – eller alternativt at gennemføre en klar og tydelig offentlig annoncering af lejemuligheden – på gennemsigtige, objektive og ikke-diskriminerende vilkår ville Tårnby Kommune have sikret, at alle interesserede var bekendt med lejemuligheden og kunne henvende sig til kommunen med anmodning om at leje Lejemålet. Tårnby Kommune ville derigennem have fået visshed for, hvilke mulige lejere der fandtes til Lejemålet, og hvilken leje de pågældende ville betale for Lejemålet for derigennem at optimere udlejningen og sikre en udleje til markedslejen.

127. Tårnby Kommune valgte i stedet en fremgangsmåde, som ikke sikrede – og som ikke i sig selv indikerer – at Lejemålet blev lejet til markedslejen. Fremgangsmåden sikrede bl.a. ikke, at alle interesserede lejere på gennemsigtige og objektive vilkår fik muligheden for at ansøge om leje af Lejemålet, jf. afsnit 3.3.1 ovenfor.

4.3.2.2 Vurderingsrapportens betydning

128. Konkurrencestyrelsen har – i overensstemmelse med tidligere praksis⁵¹ og i lyset af Tårnby Kommunens fremgangsmåde ved udlejningen af Lejemålet – indhentet en uafhængig vurdering af Lejemålet til brug for vurderingen af, om Lejemålet udlejes til en pris under markedslejen, jf. ovenfor pkt. 65-73. Vurderingsmanden blev udpeget efter samme procedure, som ville være blevet fulgt, hvis vurderingsmanden var udpeget i en civil retssag.

129. Hellers Yachtværft ApS har i deres høringssvar om vurderingsrapporten anført, at:

*”I denne sag bygger man reelt hele konklusionen op på en egenhændigt og en meget tvivlsom rapport, som kun Konkurrencestyrelsen og Tårnby Kommune har været inde over i forbindelse med de stillede spørgsmål, om end det burde have stået klart for Konkurrencestyrelsen, at udmøntningen af rapportens konklusioner kunne få stor betydning for Hellers Yachtværft.”*⁵²

130. Konkurrencestyrelsen udarbejdede et vurderingstema efter høring af Tårnby Kommune. Til brug for vurderingen modtog vurderingsmanden vurderingste-

⁵¹ Jf. f.eks. Konkurrencerådets afgørelse af 25. september 2002 - *Anmeldelse af Næstved Kommunes aftale med Maglemølle Erhvervspark A/S*, Konkurrencestyrelsens afgørelse af 25. september 2002 - *Klage over ulige konkurrence i Skærbæk Kommune*. Konkurrencerådet afgørelse af 25. november 2009 - *Salg af Østre Havn*.

⁵² Hellers Yachtværft ApS' høringssvar af 3. maj 2010 med bilag.

ma med bilag bestående af kopi af lejekontrakten, situationsplan over Lejemålet, seneste offentlige vurdering samt seneste BBR-ejermeddelelse. Vurderingsmanden indhentede endvidere lokalplan nr. 34 for Kastrup Strandpark.⁵³ Lejemålet blev besigtiget af vurderingsmanden med deltagelse af repræsentanter fra Tårnby Kommune, Hellers Yachtværft ApS og Konkurrencestyrelsen. Tårnby Kommune og Hellers Yachtværft ApS fik efterfølgende tilsendt vurderingsrapporten.

131. Hellers Yachtværft ApS har i sit høringssvar af 8. juni 2010 bl.a. anført, at enhver part i en lejesag ved boligretten kan begære syn- og skøn, ”*men beviset er fortsat kun et blandt flere beviser, man kan fremføre til støtte for synspunktet om, at der er væsentligt misforhold mellem den aktuelle leje og markedslejen, og det vil i sidste instans være op til boligretterne og evt. ankeinstanserne at vægte de enkelte beviser overfor hinanden. Og her skal det endnu engang pointeres, at domstolene ofte helt eller delvist tilsidesætter en mæglerrapports konklusioner.*”⁵⁴

132. I samme retning har Tårnby Kommune i deres høringssvar af 4. juni 2010 bl.a. anført, at spørgsmålet om konkurrenceforvridende støtte hænger sammen med, hvad der kan godtgøres/bevises i relation til niveauet for markedslejen. Kommunen anfører i den forbindelse, at det i sager om markedsleje efter erhvervslejeloven langt fra kan lægges til grund, at syn og skøn er ”et særligt autoritativt bevis”, og at det i retspraksis relativt ofte ses, at syns- og skønserklæringer tilsidesættes, herunder hvis det i stedet er muligt at dokumentere lejens størrelse ved hjælp af sammenligningslejemål. Tårnby Kommune finder derfor ikke, at der på baggrund af den sagkyndige vurderingsmands rapport er dokumenteret, at der foreligger ulovlig offentlig støtte i konkurrencelovens § 11 a’s forstand.⁵⁵

133. Det er korrekt, at domstolene i sager om *markedsleje efter erhvervslejeloven* gennemgår syn- og skønserklæringer kritisk, og at domstolene til tider konkret tilsidesætter en syn- og skønserklæring, jf. nedenfor samt f.eks. advokat Niels Gangsted-Rasmussen (TBB2008.449):

”Retterne lægger vægt på gode relevante sammenligningslejemål og på gode gennemarbejdede skønserklæringer, der giver udtryk for, at markedslejen er skønsmæssig, giver et bud og angiver inden for hvilke rammer skønnet kan udøves, f.eks. at lejen udgør mellem kr. 1.000 og 1.200 pr. m², eventuelt med angivelse af sammenligningslejemål, der matcher det skøn, skønsmænd har udøvet. Det, boligretterne ikke accepterer som bevis, er skønserklæringer, der uden mindste tvivl fastlægger en leje eller en m²-leje som udtryk for, at sandheden om markedslejen i det pågældende lejemål er fundet. Man lægger heller ikke vægt på den skønserklæring eller udtalelse fra den skønsmænd, der under afhjemlingen udviser en stor uvidenhed eller manglende kendskab til det relevante område.”

⁵³ Jf. Vurderingsrapport side 4. Tårnby Kommune, Lokalplan nr. 34, Kastrup Strandpark er vedlagt.

⁵⁴ Jf. Hellers Yachtværft ApS høringssvar af 8. juni 2010.

⁵⁵ Tårnby Kommunes høringssvar af 4. juni 2010.

134. For så vidt angår *statsstøttesager* om en for lav markedsleje, har Kommissionen oplyst, at den ville anvende samme fremgangsmåde som i sager om offentlige myndigheders salg af jord og bygninger. Kommissionen ville derfor – hvis den måtte undersøge en sag om statsstøtte i form af leje til under markedslejen – udpege en syn- og skønsmand til at foretage en vurdering af markedslejen.

135. En skønserklæring findes endvidere at udgøre et autoritativt bevis i *danske konkurrencesager*.⁵⁶ Det er også tilfældet, selvom skønserklæringen undtagelsesvis måtte indeholde betydelige usikkerhedsmarginer, jf. *Østre Havn-sagen*, hvor en skønssrapport blev lagt til grund, selvom vurderingsmandens skøn blev angivet indenfor et interval på +/- 30-50 pct.⁵⁷

136. Det fremgår af praksis, jf. f.eks. Østre Landsret kendelse af 19. november 2002, at en skønserklæring generelt – uden for erhvervslejelovens område – udgør et ”autoritativt bevis”.⁵⁸ 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.”*⁵⁹

137. Det fremgår 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.”

138. Det fremgår af litteraturen, at en skønsmands erklæring generelt anses for at udgøre et ”meget stærkt bevismiddel”,⁶⁰ som tillægges en høj bevisværdi ved danske domstole. Det fremgår således at:

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

⁵⁶ Jf. f.eks. Konkurrencerådets afgørelse af 25. september 2002 - *Anmeldelse af Næstved Kommunes aftale med Maglemølle Erhvervspark A/S*, Konkurrencestyrelsens afgørelse af 25. september 2002 - *Klage over ulige konkurrence i Skærbæk Kommune*. Konkurrencerådet afgørelse af 25. november 2009 - *Salg af Østre Havn*.

⁵⁷ Jf. Konkurrencerådet afgørelse af 25. november 2009 - *Salg af Østre Havn-sagen* med tilhørende referencer

⁵⁸ Jf. U 2003.496 Ø, s. 2.

⁵⁹ Jf. Østre Landsrets dom af 20. maj 2009, nr. B-3355-06, *Forbruger-Kontakt A/S mod Post Danmark A/S*, s. 51.

⁶⁰ jf. Poul Bostrup og Grete Due, *Syn og Skøn*, 2007, s. 67.

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.”⁶¹

139. Det følger 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 inden for en række retsområder anses for et autoritativt bevismiddel. Det fremgår endelig, at en skønsmands vurdering som oftest lægges til grund for retternes afgørelse inden for en række retsområder.

140. Det fremgår endvidere af litteraturen, at en skønsmands erklæring generelt anses for at udgøre et ”meget stærkt bevismiddel”,⁶² som tillægges en høj bevisværdi ved danske domstole:

”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 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.”⁶³

141. Det fremgår endelig af forarbejderne til erhvervslejeloven om bevisførelse i sager om regulering til markedslejen:

”at bevisførelse kan ske på anden måde – og ikke udelukkende ved fremlæggelse af sammenligningslejemål – herunder ved syn og skøn, vidneførelse m.v. Det er herefter op til rettens frie bedømmelse, om parterne har fremlagt tilstrækkeligt bevis.”⁶⁴

142. Det vurderes på den baggrund, at vurderingsrapporten som udgangspunkt skal lægges til grund ved vurderingen af, om der foreligger ulovlig støtte. At lægge betydelig vægt på vurderingsrapporten er i overensstemmelse med, hvordan Kommissionen ville håndtere en sag om statsstøtte i form af for lav en leje og, hvordan Konkurrencerådet tidligere har vurderet spørgsmålet om ulovlig offentlig støtte efter § 11 a vedrørende udlejning og salg af jord og bygninger.⁶⁵ Der lægges endvidere vægt på, at en række retsområder generelt tillægger uafhængige syns-

⁶¹ 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”.

⁶² Jf. Poul Bostrup og Grete Due, Syn og Skøn, 2007, s. 67.

⁶³ 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”.

⁶⁴ FT 1999-2000, tillæg A 996.

⁶⁵ Jf. f.eks. Konkurrencerådets afgørelse af 25. september 2002 - *Anmeldelse af Næstved Kommunes aftale med Maglemølle Erhvervspark A/S*, Konkurrencestyrelsens afgørelse af 25. september 2002 - *Klage over ulige konkurrence i Skærbæk Kommune*. Konkurrencerådet afgørelse af 25. november 2009 - *Salg af Østre Havn*.

og skønserklæringer en betydelig vægt, ligesom det også er forudsat i forarbejderne til erhvervslejeloven, at syn og skøn kan udgøre et sagligt grundlag for fastsættelsen af markedslejen i en sag efter erhvervslejelovgivningen.

143. Til brug for en konkurrencesag, herunder en sag efter konkurrencelovens § 11 a om mulig ulovlig støtte, må udgangspunktet derfor være, at konkurrencemyndighederne generelt kan lægge vægt på en sagkyndig vurderingsrapport. En sagkyndig vurderingsrapport udgør for konkurrencemyndighederne – i overensstemmelse med praksis på andre retsområder – et autoritativt bevis. For at tilsidesætte vurderingsmandens skøn må det 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, jf. afsnit 4.3.2.3.

4.3.2.3. Ingen konkret anledning til at tilsidesætte vurderingsrapporten

144. I det følgende behandles spørgsmålet om, hvorvidt der undtagelsesvist måtte være grundlag for at tilsidesætte vurderingsrapportens opgørelse af markedslejen for lejemålet under henvisning til (i) lejemålets karakteristika og specialiserede anvendelse, (ii) den angivne skønmargin for markedslejen på 15 procent, og (iii) vurderingsrapportens begrundelse og det anvendte sammenligningsgrundlag for lejevurderingen.

(i) Lejemålets karakteristika og specialiserede anvendelse

145. Tårnby Kommune anfører i deres høringssvar, at den svage efterspørgsel efter lejemål som det omhandlede: *”i betydelig grad har indflydelse på fastsættelse af niveauet for markedsleje for lejemålet. Endvidere indebærer den begrænsede efterspørgsel at forsøg på at fastsætte et niveau for markedsleje vil være behæftet med stor usikkerhed.”*⁶⁶

146. Det fremgår af vurderingsrapporten, at efterspørgslen efter lejemål, som det omhandlede, er relativt svag under hensyn til lejemålets særlige karakteristika. Det fremgår således af vurderingsrapporten, at:

*”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 snævre forretningskoncept.”*⁶⁷

147. Det fremgår således af vurderingsrapporten, at markedslejen netop er vurderet ud fra den konkrete størrelse og anvendelse af lejemålet og den heraf føl-

⁶⁶ Tårnby Kommunes høringssvar af 15. april 2010, s. 5.

⁶⁷ Vurderingsrapporten, side 9.

gende relativt svage efterspørgsel. Endvidere fremgår det af vurderingsrapporten, at der under hensyntagen til lejemålets særlige karakteristika ved fastsættelse af niveauet for markedslejen må kalkuleres med en usikkerhedsmargin på +/- 15 pct., jf. nedenfor afsnit (ii).

148. Det vurderes derfor, at vurderingsrapporten ikke er behæftet med sådanne fejl eller mangler, at der er grundlag for at tilsidesætte vurderingsmandens sagkyndige skøn over, hvad der må betragtes som markedslejen under hensyn til lejemålets karakteristika og anvendelse.

(ii) Vurderingsrapportens skønsmargin på 15 procent

149. Det fremgår af vurderingsrapporten, at den estimerede markedsleje er behæftet med en skønsmæssig margin i størrelsesordenen +/- 15 pct. Det fremgår således af vurderingsrapporten, at:

”En lejevurdering vil normalt være forbundet med en vis usikkerhed, i niveau +/- 5%. For et sådant - ganske stort - lejemål, med en ganske speciel anvendelse, og med en beliggenhed som denne, vil antallet af potentielle lejere være relativt beskedent hvilket øger usikkerhedsmarginen.

Efter vurderingsmandens opfattelse må der her således kalkuleres med en usikkerhedsmargin på +/-15%.”⁶⁸

150. Tårnby Kommune anfører i deres høringssvar, at *”Det må anses for problematisk, at den skønsmargin, der opereres med, udgør 10-15%, jf. EU-Kommissionens ikke bindende praksis om artikel 87, hvorefter markedsprisen skal kunne opgøres præcist eller dog indenfor en skønsmargin på maksimalt 5-10%, jf. det anførte i punkt 7 i afgørelsen om salg af Østre Havn af 25. november 2009...”⁶⁹*

151. Det altovervejende udgangspunkt for Kommissionens vurdering efter Traktatens artikel 107 er, at markedsprisen kan opgøres præcist, eller dog med en forholdsvis lille margin, typisk ikke mere end højst 5-10 pct. Konkurrencelovens § 11 a fortolkes i overensstemmelse med praksis efter artikel 107, 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 15 pct. til grund for vurderingen af, om der foreligger en overtrædelse af forbudet i konkurrencelovens § 11 a.

152. Udgangspunktet kan imidlertid fraviges, også selvom skønserklæringen undtagelsesvis måtte indeholde betydelige usikkerhedsmarginer, jf. senest *Østre*

⁶⁸ Vurderingsrapporten, side 7.

⁶⁹ Tårnby Kommunes høringssvar af 15. april 2010, s. 6.

Havn-sagen, hvor en skønsrapport blev lagt til grund, selvom vurderingsmandens skøn blev angivet indenfor et interval på +/- 30-50 pct.⁷⁰

153. Konkurrencestyrelsen har anmodet vurderingsmanden om at oplyse, om det er muligt at reducere den ovenstående skønsmæssige margin på +/- 15 %. Vurderingsmanden oplyste, at det på grund af lejemålets særlige karakteristika og det heraf følgende begrænsede antal potentielle lejere ikke er muligt at angive en snævrere skønsmargin for markedsløjen, jf. også ovenfor.⁷¹

154. Selvom konkurrencemyndighederne som altovervejende udgangspunkt ikke accepterer en skønsmargin på over 5-10 pct. ved vurderinger foretaget til brug for en afgørelse efter konkurrencelovens § 11 a, er der ikke grund til at tilsidesætte vurderingsmandens skøn i nærværende sag. Der lægges herved vægt på, at spændet for markedsløjen er opgjort med en skønsmargin på 15 pct. under hensyn til de usikkerhedsmomenter, der er forbundet med lejefastsættelsen for det konkrete lejemål, herunder lejemålets særlige karakteristika, og det som følge heraf relativt beskedne antal af potentielle lejere.⁷²

155. 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 skønsmarginen på +/- 15 pct. skal tilsidesættes.

156. 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 spændet for markedsløjen, skal tilsidesættes. Der lægges herved vægt på, at anvendelsen af en skønsmargin er udtryk for, at fastsættelsen af markedsløjen i sagens natur er behæftet med en vis usikkerhed. Der lægges endvidere vægt på, at vurderingen er foretaget af en uvildig vurderingsmand udpeget af Dansk Ejendomsmæglerforening på et fuldt oplyst grundlag, at vurderingsmanden har foretaget en besigtigelse af lejemålet Kastrup Strandpark 9, og at der konkret ikke er konstateret væsentlige fejl i forbindelse med vurderingsrapporten. Der lægges endelig vægt på, at en skønsmargin på op til 15 pct. – i stedet for f.eks. 5 eller 10 pct. – konkret kommer Tårnby Kommune og Hellers Yachtværft ApS til gavn ved at medføre en lavere markedsløje.

157. Det lægges derfor samlet til grund, at vurderingsrapporten ikke er behæftet med en væsentlig fejl, fordi markedsløjen for lejemålet er angivet indenfor et spænd på +/- 15 pct.

(iii) Vurderingsrapportens begrundelse og sammenligningsgrundlag

158. Tårnby Kommune anfører i deres høringssvar, at:

⁷⁰ Jf. Konkurrencerådet afgørelse af 25. november 2009 - *Salg af Østre Havn-sagen* med tilhørende referencer

⁷¹ Jf. Vurderingsmandens brev af 28. april 2010.

⁷² Vurderingsrapporten, side 9.

”... der – i lyset af den usikkerhed, der er konsekvens af vurderingsrapportens beskedne og på visse områder utilstrækkelige sammenligningsgrundlag – ikke er tilstrækkeligt grundlag til med den fornødne sikkerhed at kunne konkludere, at der er tale om en konkurrenceforvridende støtte i henhold til konkurrencelovens § 11 a.”⁷³

159. Tårnby Kommune anfører endvidere i deres supplerende høringssvar vedrørende vurderingsrapportens sammenligning af lejeniveauet i Helsingør Nordhavn med lejeniveauet i Kastrup Strandpark, at:

”... Helsingør Nordhavn ikke er sammenlignelig, idet der er tale om en langt mere attraktivt beliggende og større havn end Kastrup Strandpark...”⁷⁴

160. Vedrørende lejeniveauet i Nordhavnen i Helsingør anfører Tårnby Kommune også, at de tre lejekontrakter for lejemaal i Helsingør Nordhavn, som kommunen har fremsendt, dokumenterer, at:

”... Skønsmandens udtalelse om, at markedslejen for Helsingør Nordhavn lå på ca. 450 pr. m² i 2004, ikke er korrekt. I stedet kan det konstateres, at lejeniveauet i 2004 snarere lå i størrelsesordenen kr. [...] pr. m².”⁷⁵

161. Tårnby Kommune har endelig vedrørende bevisværdien af vurderingsmandens rapport henvist til praksis vedrørende lejefastsættelse af markedslejen efter erhvervslejeloven, sml. også boks 1 nedenfor:

”I nærværende sag er problemet netop, at de forudsætninger vurderingsrapporten baseres på, ikke er tilstrækkelige, da disse i sig selv forekommer at være baseret på et skøn, da rapporten ikke indeholder konkrete sammenligningslejemaal eller lignende, og da rapporten ikke redegør nærmere for, hvorfor Helsingør Nordhavn er anvendt som sammenligningsgrundlag. Som følge heraf er rapportens konklusioner om markedsleje i Kastrup Strandpark ikke anvendelige.

...

Det gøres samlet gældende, at der inden for området vedrørende fastsættelsen af markedsleje, er tale om så betydelige usikkerhedsmomenter, at det kun er egentlige sammenligningslejemaal, der kan anvendes ved fastlæggelsen af markedslejen. Såfremt syn og skøn skal kunne anvendes, vil dette som minimum kræve, at skønsmanden/vurderingsmanden præcist redegør for sit vurderingsgrundlag og inddrager konkrete og et tilstrækkeligt antal sammenligningslejemaal eller andet. I sager om markedsleje sker der

⁷³ Tårnby Kommunes høringssvar af 15. april 2010, s. 7.

⁷⁴ Tårnby Kommunes supplerende høringssvar af 26. april 2010, side 1.

⁷⁵ Tårnby Kommunes supplerende høringssvar af 26. april 2010, side 2.

herudover ofte det, at skønsmanden afhjemles i retten, således at parterne kan få mulighed for at få uddybet de skøn, der er foretaget. I nærværende sag vil der ikke være mulighed for at få afhjemlet skønsmanden, hvilket bør stille endnu større krav til udfærdigelsen og begrundelsen i den vurderingsrapport, der skal lægges til grund for afgørelsen.”⁷⁶

Boks 1:

Østre Landsrets dom af 25. maj 2007 (TBB2007.619Ø): Lejeren af et lejemål vedrørende lagerlokaler i København krævede lejen nedsat til 2.414.790 kr., som var markedslejen ifølge en syns- og skønserklæring afgivet af to statsautoriserede ejendomsmæglere. Landsretten fandt ikke, at lejen skulle nedsættes: ”Skønsmændene har som grundlag for deres vurdering af markedslejen for det lejede alene henvist til deres generelle kendskab til et lejeniveau for lagerlokaler i Ballerup, Glostrup og Rødovre på 300-400 kr./m², og til at nærværende lejemål i forhold hertil er tættere beliggende Københavns centrum. Skønsmændene har endvidere oplyst, at deres kendskab til udlejning af lagerlokaler i nærheden af Københavns centrum er begrænset. Der foreligger ingen oplysninger om sammenligningslejemål, og lejer har ikke godtgjort, at det ikke har været muligt at fremskaffe oplysninger herom. Under disse omstændigheder finder landsretten, at lejer ikke har godtgjort, at den på varslingstidspunktet gældende leje var væsentlig højere end markedslejen.”

Vestre Landsrets dom af 30. april 2008 (TBB2008.376V): En udlejer varslede lejeforhøjelse efter erhvervslejelovens § 13 over for lejeren af en restaurant beliggende i det centrale Århus. En skønsmand vurderede, at markedslejen væsentligt oversteg den gældende leje. Landsretten fandt ikke, at det var tilstrækkeligt godtgjort, at lejen var væsentligt lavere end markedslejen: ”Skønsmanden har i sin erklæring gennemgået en række nærmere angivne lejemål, hvorfra der ikke drives restaurant. Lejemålet Café Faust, ..., og »Den Blå Paraply«, ..., kan ikke sammenlignes med lejemålet i nærværende sag, og det fremgår ikke af erklæringen, at der er inddraget andre lejemål, der er udlejet til restauranter, i vurderingsgrundlaget. Skønsmanden har under afhjemlingen forklaret, at han ved vurderingen af markedslejen for [lejers] lejemål har inddraget sin generelle viden om lejeniveauet for restauranter i Århus, men har ikke mere præcist redegjort herfor, herunder hvilke lejemål han har inddraget, de nærmere vilkår for disse og med hvilken vægt, de er indgået i vurderingen. Under disse omstændigheder har [udlejer] ikke godtgjort, at lejen på varslingstidspunktet var væsentligt lavere end markedslejen.

⁷⁶ Tårnby Kommunes høringssvar af 4. juni 2010, side 2 og 4-5.

162. Det fremgår af vurderingsrapporten vedrørende grundlaget for vurderingen af markedslejen, at:

”3.1 Efterspørgselssituationen på lejemarkedet

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.”⁷⁷

163. Konkurrencestyrelsen har supplerende anmodet vurderingsmanden om at uddybe grundlaget for valget af sammenlignelige lejemål, herunder hvorfor der

⁷⁷ Jf. Vurderingsrapporten, side 7.

udelukkende er benyttet lejemål i havne nord for København som referencelejemål. Vurderingsmanden har oplyst, at sammenligningen af lejeniveauet i forskellige havne er sket ved at benytte Sadolin & Albæks database med registreringer af samtlige lejemål, som de har kendskab til, og at dette var baggrunden for, at der udelukkende benyttedes lejemål i havne nord for København som referencelejemål. Vurderingsmanden understregede samtidig, at det ikke ville have påvirket niveauet for markedslejen, hvis der var indhentet oplysninger om lejen for andre lejemål, herunder lejemål i havne syd for København.⁷⁸

164. Det vurderes, at der i det foreliggende tilfælde ikke konkret er grundlag for at antage, at vurderingsmanden har foretaget et urigtigt skøn over markedslejen for Lejemålet.

165. Vurderingsmanden har efter det oplyste inddraget (i) efterspørgslen efter erhvervsarealer i det storkøbenhavnske område, (ii) den konkrete efterspørgsel efter det pågældende lejemål, herunder lejemålets specialiserede og sæsonbestemte formål, størrelse og forretningskoncept. Vurderingsmanden har endvidere inddraget (iii) kendskabet til en række lejemål til maritime formål i lystbådehavne på Nord- og Østsjælland, herunder Helsingør Nordhavn, Rungsted og Skovshoved, og (iv) registrerede lejepreiser for lejemål til restauranter, tøjbutikker mv. og registrerede lejemål til maritime formål. Sammenligningen af lejeniveauet i forskellige havne er foretaget ud fra konkrete oplysninger om lejemål i Sadolin & Albæks database, idet de enkelte konkrete lejemål, som der henvises til, dog ikke er nærmere specificeret.

166. Den sagkyndige vurderingsmand har således efter en besigtigelse af Lejemålet foretaget en helhedsvurdering af markedslejen for Lejemålet ud fra på den ene side almindelige generelle oplysninger (generelle efterspørgselsforhold og lejeniveauer) og på den anden side konkrete forhold (Lejemålets konkrete forhold og oplysninger om andre lejemål, som vurderingsmanden havde kendskab til). Vurderingen af markedslejen er endvidere fastsat med et spænd på +/- 15 pct. for derved at gøre vurderingen robust og tage hensyn til de usikkerhedsfaktorer, som altid vil foreligge ved fastsættelsen af markedslejen for et lejemål.

167. Tårnby Kommune har endvidere fremlagt en række konkrete lejekontrakter vedrørende lejemål i Helsingør Nordhavn, som ikke indikerer, at vurderingsmanden har foretaget en urigtig fastsættelse af markedslejen. Det bemærkes således vedrørende de lejekontrakter, som Tårnby Kommune har fremsendt, at:

- Lejen for det *første* lejemål [...] udgjorde i 2009 [...] kr./ m² i årlig leje. Lejen var således *højere* end den kvadratmeterpris på 329 kr./ m², som Hellers Yachtværft ApS betalte i leje i 2009. Lejen var endvidere *højere* end den kvadratmeterpris på 396 kr./ m² (svarende til en årlig markedsleje på 618.000 kr.), som på baggrund af vurderingsmandens skøn kan beregnes som minimumsmarkedslejen for Lejemålet i 2009, jf. tabel 1 i afsnit

⁷⁸ Jf. Vurderingsmandens brev af 28. april 2010.

4.3.2.4 nedenfor. Lejemålet anvendes endvidere til [...] og det pågældende lejemål er derfor ikke umiddelbart sammenligneligt med lejemålet i nærværende sag.

- Lejen for det *andet* lejemål [...] udgjorde i 2004 [...] kr./ m² i årlig leje. Lejen var således *højere* end den kvadratmeterpris på 192 kr./ m², som Hellers Yachtværft ApS betalte i leje i 2004. Lejen var omvendt *lavere* end den kvadratmeterpris på 384 kr./ m² (svarende til en årlig markedsleje på 600.000 kr.), som på baggrund af vurderingsmandens skøn kan beregnes som minimumsmarkedslejen for Lejemålet i 2004, jf. tabel 1 i afsnit 4.3.2.4 nedenfor. Lejemålet anvendes til [...]. Det samlede bruttoareal for lejemålet udgør [...] m². Heraf udgør [...] m² [...] mens resten udgør en [...]. Lejemålet er umiddelbart noget mindre end Kastrup Strandpark 9's samlede areal på ca. 1.800 m², hvoraf bygningen har et samlet etageareal på 1.564 m², jf. afsnit 3.3., og det er derfor ikke umiddelbart muligt at sammenligne de to lejemål blot ud fra lejeniveauet.
- Lejen for det *tredje* lejemål [...] udgjorde i 2004 [...] kr./ m² i årlig leje. Lejemålet anvendes til [...]. Det er på baggrund af det oplyste ikke muligt at sige, om lejemålet er direkte sammenligneligt med lejemålet i nærværende sag, men også for dette lejemål var kvadratmeterprisen *højere* end de 192 kr./ m², som Hellers Yachtværft ApS betalte i leje i 2004. Lejen var omvendt *lavere* end den kvadratmeterpris på 384 kr./ m² (svarende til en årlig markedsleje på 600.000 kr.), som på baggrund af vurderingsmandens skøn kan beregnes som minimumsmarkedslejen for Lejemålet i 2004, jf. tabel 1 i afsnit 4.3.2.4 nedenfor.

168. Det fremgår således af de konkrete lejekontrakter vedrørende lejemål i Helsingør Nordhavn, som Tårnby Kommune har henvist til, at lejen i alle tre tilfælde har ligget betydeligt over den leje, som Hellers Yachtværft ApS har betalt for Lejemålet. Det fremgår endvidere, at den sagkyndige vurderingsmands vurdering af minimumsmarkedslejen for Lejemålet ligger på et niveau mellem den laveste og højeste leje af de tre lejekontrakter i Helsingør Nordhavn, som Tårnby Kommune har henvist til.

169. Også Hellers Yachtværft har vedrørende vurderingsrapporten og de anvendte referencelejemål anført, at rapporten er tvivlsom, idet:

*"referencelejemålene er for upræcist angivet, hvilket i øvrigt gælder generelt for det, der er fremlagt i sagen, og det sammenholdt med det uhyre vanskelige, der ligger i at fastlægge lejen på det givne sted, gør rapporten uanvendelig som andet end en mulig strømpil..."*⁷⁹

170. Endvidere anfører Hellers Yachtværft ApS i deres høringssvar:

⁷⁹ Hellers Yachtværft ApS' høringssvar af 3. maj 2010 med bilag.

”At bygge konklusionen reelt på forholdene i Nordhavnen i Helsingør, hvor der oven i købet er sat spørgsmålstegn ved de fremlagte oplysninger, og på et generelt markedskendskab er ikke godt nok, når der forefindes mange andre havne at sammenligne med, som ligger tættere på Kastrup Strandpark, og som på alle måder er mere sammenlignelige. Her er det ikke tilfredsstillende at henvise til arbejdets omfang og det svære i at indhente de relevante oplysninger.”⁸⁰

171. Hellers Yachtværft ApS har endvidere fremsendt fire lejekontrakter for lejemål i *Dragør Havn*. Disse fire lejekontrakter ses imidlertid heller ikke at indikere, at vurderingsmanden har foretaget en urigtig vurdering. Det bemærkes således vedrørende de lejekontrakter, som Hellers Yachtværft ApS har fremsendt, at:

- Lejen for det *første* lejemål [...] udgjorde i 2010 [...] kr./ m² i årlig leje, hvilket er en markant *lavere* kvadratmeterleje end de 339 kr./ m², som Hellers Yachtværft ApS betaler. Lejen er endvidere markant *lavere* end den kvadratmeterpris på 407 kr./ m² (svarende til en årlig markedsleje på 637.000 kr.), som på baggrund af vurderingsmandens skøn kan beregnes som minimumsmarkedslejen for Lejemålet i 2010, jf. tabel 1 i afsnit 4.3.2.4 nedenfor. Lejemålet anvendes til [...]. Lejemålet omfatter imidlertid leje af [...] i Dragør Havn og ikke leje af [...]. Lejemålet er derfor ikke umiddelbart sammenligneligt med lejemålet i nærværende sag, der omfatter leje af en større bygning.
- Lejen for det *andet* lejemål [...] udgjorde i 2010 [...] kr./ m² i årlig leje. Det er en *højere* leje end den kvadratmeterpris på 339 kr./ m², som Hellers Yachtværft ApS betaler. Det er endvidere en *højere* leje end den kvadratmeterpris på 407 kr./ m² (svarende til en årlig markedsleje på 637.000 kr.), som på baggrund af vurderingsmandens skøn kan beregnes som minimumsmarkedslejen for Lejemålet i 2010, jf. tabel 1 i afsnit 4.3.2.4 nedenfor. Lejemålet anvendes samtidig til [...] og er således ikke umiddelbart sammenligneligt med lejemålet i nærværende sag.
- Lejen for det *tredje* lejemål [...] udgjorde i 2010 [...] kr./ m² i årlig leje. Lejen er *højere* end den kvadratmeterpris på 339 kr./ m², som Hellers Yachtværft ApS betaler. Det er endvidere en *højere* leje end den kvadratmeterpris på 407 kr./ m² (svarende til en årlig markedsleje på 637.000 kr.), som på baggrund af vurderingsmandens skøn kan beregnes som minimumsmarkedslejen for Lejemålet i 2010, jf. tabel 1 i afsnit 4.3.2.4 nedenfor. Lejemålet anvendes til [...]. Det er på baggrund af det oplyste ikke muligt at sige om lejemålet er direkte sammenligneligt med lejemålet i nærværende sag.
- Lejen for det *fjerde* lejemål [...] udgjorde i 2010 [...] kr./ m² i årlig leje. Lejen er *højere* end den kvadratmeterpris på 339 kr./ m², som Hellers

⁸⁰ Hellers Yachtværft ApS' hørings svar af 8. juni 2010.

Yachtværft ApS betaler. Det er endvidere en *højere* leje end den kvadratmeterpris på 407 kr./ m² (svarende til en årlig markedsleje på 637.000 kr.), som på baggrund af vurderingsmandens skøn kan beregnes som minimumsmarkedslejen for Lejemålet i 2010, jf. tabel 1 i afsnit 4.3.2.4 nedenfor. Lejemålet anvendes samtidig til [...] og er således ikke umiddelbart sammenligneligt med lejemålet i nærværende sag.

172. Det fremgår således af de konkrete lejekontrakter vedrørende lejemål i Dragør Havn, som Hellers Yachtværft ApS har henvist til, at lejen i tre ud af fire tilfælde har ligget betydeligt over den leje, som Hellers Yachtværft ApS har betalt for Lejemålet. Det fremgår endvidere, at den sagkyndige vurderingsmands vurdering af minimumsmarkedslejen for Lejemålet i tre ud af fire tilfælde ligger lavere end lejen i de lejekontrakter i Dragør Havn, som Hellers Yachtværft ApS har henvist til.

173. Tilsvarende indikerer SKATs ejendomsvurdering for 2006, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte vurderingsmandens fastsættelse af markedslejen for Lejemålet. Det fremgår af ejendomsvurderingen, at SKAT i 2006 anslog den forventede årlige leje for lejemålet til [...] kr., svarende til kr./m² ud fra en forudsætning om, at bygningen anvendes til kontor og kantine og har et etageareal på 1564 m². Til sammenligning fastsatte vurderingsmanden minimumsmarkedslejen for Lejemålet til 384 kr./m² i 2006 (svarende til en årlig markedsleje på 600.000 kr.).

174. Endelig er der en betydelig margin mellem den leje, som Hellers Yachtværft ApS har betalt efter lejekontrakten, og den markedsleje, som vurderingsmanden har fastsat. Dette er også tilfældet efter inddragelsen af skønsmarginen på – 15 pct. og inddragelsen af rabatten i indkøringsperioden. Marginen udgør f.eks. 100.000 kr. for 2004, svarende til 33 pct. af den faktisk betalte leje.

175. Det vurderes herefter samlet på baggrund af (i) vurderingsrapporten og dennes forudsætninger, (ii) det indregnede skøn i vurderingsrapporten på +/- 15 pct., (iii) de fremdragne lejeaftaler vedrørende Helsingør Nordhavn og Dragør Havn samt (iv) sagens oplysninger i øvrigt – herunder marginen mellem hvad Hellers Yachtværft ApS faktisk har betalt i leje og vurderingsmandens vurdering af markedslejen – at Tårnby Kommune har ydet *støtte* til Hellers Yachtværft ApS ved at udleje Lejemålet til under markedslejen.

176. Det vurderes endvidere, at der ikke konkret er grundlag for at antage, at vurderingsrapporten er behæftet med sådanne fejl eller mangler, at vurderingsmandens sagkyndige skøn over, hvad der må betragtes som markedslejen, skal tilsidesættes. Den nærmere opgørelse af støttens størrelse kan således foretages *med udgangspunkt* i vurderingsrapporten. Der er vedrørende støttens størrelse dog samtidig taget hensyn til, at fastsættelsen af markedslejen for Lejemålet altid vil være behæftet med en vis usikkerhed. Det er sket ved, at der ved opgørelsen af markedslejen er lagt vægt på den laveste markedsleje inden for vurderingsmandens skøn på +/- 15 pct. Det er endvidere sket ved at inddrage usikkerheden af

støttens størrelse i vurderingen af, om der skal ske hel eller delvist tilbagebetaling af den ulovlige modtaget støtte, jf. nedenfor.

4.3.2.4 Vurderingen – markedslejen i 2004

177. Det anføres i vurderingsrapporten, at *markedslejen* for Lejemålet på Vurderingstidspunktet, dvs. i marts 2004, er 700.000 kr. p.a. Det anføres endvidere, at startlejen – henset til indkøringsordningen – skulle have været 500.000 kr. p.a. Det hedder således i vurderingsrapporten, at:

”Markedslejen er estimeret til kr. 700.000 p.a., og da startlejen er kr. 200.000 lavere end lejen efter indkøringsperioden, skulle startlejen have været kr. 500.000 p.a., svarende til kr. 320 pr. m² p.a.”

178. Det anføres endvidere i vurderingsrapporten, at den estimerede *markedsleje* er behæftet med en skønsmæssig margin i størrelsesordenen +/- 15 pct., hvorefter startlejen – eksklusive introduktionsrabatten – kan fastsættes i intervallet 600.000 kr. – 800.000 kr. p.a. Det hedder således i vurderingsrapporten, at:

”Efter vurderingsmandens opfattelse må der her således kalkuleres med en usikkerhedsmargin på +/-15%. Det modsvarer en markedsleje eksklusive introduktionsrabatten på mellem kr. 600.000 og kr. 800.000.”

179. Det anføres endvidere, at den i lejekontrakten aftalte introduktionsrabat på samlet 500.000 kr.⁸¹ samt den efterfølgende aftalte årlige regulering af lejen på 3 % anses som værende et udtryk for et markedsbestemt vilkår på Vurderingstidspunktet. Det hedder således i vurderingsrapporten, at:

”Det er sædvanligt, at der for et lejemål af denne karakter indrømmes lejer en vis introduktionsrabat, svarende til 6-12 måneders normal leje.”

...

”Det er endvidere sædvanligt, at lejen på en kontrakt af denne karakter reguleres med enten Nettoprisindekset, evt. med en minimums- eller maksimumsregulering, eller med en fast procentuel regulering i størrelsesordenen 2-3% p.a.”

180. Det anføres endeligt i vurderingsrapporten, at det er sædvanligt, at den på Vurderingstidspunktet estimerede markedsleje ikke reguleres i indkøringsperioden. Det hedder således i vurderingsrapporten, at:

”Der er endeligt relativt sædvanligt, at en sådan indeksering først sker efter udløbet af den periode, hvor introduktionsrabatten er indrømmet.”

⁸¹ Opgjort som 200.000 kr. i 2004, 150.000 kr. i 2005, 100.000 kr. i 2006 og 50.000 kr. i 2007.

181. Det kan på den baggrund opgøres, at *startlejen* – henset til den estimerede markedsleje, den kalkulerede usikkerhedsmargin samt introduktionsrabatten – skulle være fastsat i intervallet mellem 400.000 kr. og 600.000 kr. p.a. opgjort som den estimerede markedsleje plus/minus den kalkulerede risikomargin samt fratrukket introduktionsrabatten, jf. tabel 1.

Tabel 1: Mulig støtte

(kr.)	(1)	(2)	(3)		(4)	(5) = (3) - (4)		(6) = (5) - (1)	
	Betalt jf. leje-kontrakt	Estimeret markedsleje	Markedsleje m usikkerhed		Indkørbingsordning	Startleje/Årlig leje		Mulig støtte	
Leje år			Minimum	Maksimum		Minimum	Maksimum	Minimum	Maksimum
<i>Vurderingsrapporten (ved helt år)</i>									
2004	300.000	700.000	600.000	800.000	200.000	400.000	600.000	100.000	300.000
<i>Lejeperioden</i>									
2004 ¹	175.000	583.333	500.000	666.667	166.667	333.333	500.000	158.333	325.000
2005	350.000	700.000	600.000	800.000	150.000	450.000	650.000	100.000	300.000
2006	400.000	700.000	600.000	800.000	100.000	500.000	700.000	100.000	300.000
2007	450.000	700.000	600.000	800.000	50.000	550.000	750.000	100.000	300.000
2008	500.000	700.000	600.000	800.000	0	600.000	800.000	100.000	300.000
2009	515.000	721.000	618.000	824.000	0	618.000	824.000	103.000	309.000
2010 ²	265.000	371.500	318.500	424.500	0	318.500	424.500	53.000	159.000
I alt (lejeperioden)								714.333	1.993.000
¹ Dækker perioden 1/3 – 31/12 2004. Tallene angiver således 2004 * (10/12)									
² Dækker perioden 1/1 – 30/6 2010. Tallene angiver således 2010 * (6/12)									

Kilde: Vurderingsrapport samt egne beregninger

182. Tabel 1 viser den *betalte leje (1)* sammenholdt med den *estimerede markedsleje (2)* samt *markedslejen ved henholdsvis +/- 15 pct. usikkerhed (3)*. Tabellen viser endvidere *startlejen/den årlige leje (5)* opgjort som differencen mellem markedslejen med usikkerhed og rabatten, der følger af *indkørbingsordningen (4)*. Tabellen viser endeligt den *mulige støtte (6)* opgjort som differencen mellem den *årlige leje (5)* og den *betalte leje (1)*.

183. Det fremgår af tabel 1, at den mulige støtte kan opgøres til mellem 714.333 kr. og 1.993.000 kr. for perioden 1. marts 2004 til 30. juni 2010.

184. Det kan overvejes hvilken værdi indenfor spændet mellem 714.333 kr. og 1.993.000 kr., der skal lægges til grund for den konkurrenceretlige opgørelse af støttens størrelse. Det må i den forbindelse anføres, at også den mindste værdi indenfor spændet for markedslejen må antages at være et reelt udtryk for markedslejen.⁸² Endvidere vil fastsættelsen af en markedsleje for Lejemålet altid være behæftet med en vis usikkerhed, hvorfor der også af forsigtighedshensyn til gavn for

⁸² Jf. også Konkurrencerådet afgørelse af 25. november 2009 - *Salg af Østre Havn*, punkt 134-147.

Hellers Yachtværft ApS bør lægges vægt på den mindste værdi inden for vurderingsmandens spænd. Støtten opgøres på den baggrund til 714.333 kr.

185. Det kan endvidere overvejes, om det forhold, at markedet for udlejning af grunde som udgangspunkt faldt som følge af finanskrisen i efteråret 2008, skal inddrages i opgørelsen af, hvor meget støtten har udgjort. Kommissionen har således oplyst, at den hvis den fik en sag om statsstøtte i et løbende retsforhold – så som en sag om statsstøtte i form af for lav leje – ville inddrage begivenheder, som ikke er af en midlertidig kort varighed, og som kan påvirke lejeniveauet. Kommissionen har endvidere oplyst, at inddragelsen af sådanne omstændigheder ville ske ved at få foretaget en uafhængig vurdering af lejeniveauet i intervaller på f.eks. 3-5 år. Kommissionen har samtidig oplyst, at der ved vurderingen af markedslejen skal tages udgangspunkt i vilkårene i den konkrete lejekontrakt, herunder bestemmelser om lejeforhøjelser og lejenedsættelser.

186. Det kan hertil på den ene side anføres, at Hellers Yachtværft ApS de facto ikke ville modtage den fulde støtte på 714.333 kr., hvis markedslejen faldt som følge af finanskrisen og Hellers Yachtværft ApS havde anmodet om – og fået – en lejenedsættelse efter reglerne i erhvervslejelovens § 13. Det kan på den anden side anføres, at det er tvivlsomt, om Hellers Yachtværft ApS overhovedet ville have benyttet sig af retten til at anmode om lejenedsættelse efter erhvervslejens § 13, ligesom det er tvivlsomt i hvilket omfang en sådan lejenedsættelse i givet fald ville være blevet imødekommet af boligretten. En eventuel lejenedsættelse efter erhvervslejelovens § 13 skal endvidere fordeles over 4 år, hvorfor den fulde følge af et fald i markedslejen under alle omstændigheder kun skal indregnes forholds-mæssigt.

187. Det bemærkes hertil, at det i det foreliggende tilfælde er uden betydning, om følgerne af finanskrisen indregnes eller udelukkes som inadækvat. Det skyldes, at betingelsen i konkurrencelovens § 11 a om, at der skal foreligge støtte, under alle omstændigheder er opfyldt, selv om overvejelserne vedrørende finanskrises betydning for markedslejen inddrages i opgørelsen af støttebeløbet, jf. boks 2. Det bemærkes endvidere, at der ved vurderingen af, hvilket beløb Hellers Yachtværft ApS skal tilbagebetale til Tårnby Kommune, er lagt vægt på de usikkerhedsmomenter i opgørelsen af støttebeløbet, der bl.a. er en følge af finanskrisen, jf. nedenfor.

Boks 2

I perioden fra 1. marts 2004 til 31. august 2008, dvs. frem til finanskrisen, har Hellers Yachtværft ApS betalt samlet 1.710.000 kr. i husleje. Ifølge vurderingsmanden skulle der i perioden være betalt 2.235.000 kr., selv hvis skønsmarginen på 15 pct. fratrækkes, og den aftalte trappeleje (indkøringsperiode) indregnes. Hellers Yachtværft ApS har således på baggrund af vurderingsrapporten minimum modtaget støtte på samlet set 525.000 kr., svarende 665.500 kr. inklusive renter i perioden 1. marts 2004 til 31. august 2008, jf. nedenstående beregninger:

Leje, jf. lejekontrakt:

$$(175.000 + 350.000 + 400.000 + 450.000 + (8/12*500.000)) = 1.710.000 \text{ kr.}$$

Markedsleje, jf. vurderingsrapport:

$$(333.000 + 450.000 + 500.000 + 550.000 + (8/12*600.000)) = 2.235.000 \text{ kr.}$$

Støtte inklusive renter:

$$(525.000 + 140.500) = 665.500 \text{ kr.}$$

Det betyder, at lejen i perioden 1. september 2008 til 30. juni 2010 - som følge af finanskrisen - skulle være nedsat med 665.500, før der samlet set ikke ville kunne opgøres støtte for hele lejeperioden 1. marts 2004 til 30. juni 2010. Det betyder, at den faktisk opkrævede leje - dvs. den leje, som Hellers Yachtværft ApS betalte efter lejekontrakten fra 2004, og som vurderingsmanden har vurderet til at være under markedslejen - skulle være nedsat med 121.000 kr. i perioden 1. september 2008 til 31. december 2008 (svarende til et fald på 73 pct.), 363.000 kr. i 2009 (svarende til et fald på 73 pct.) og 181.500 kr. i perioden 1. januar 2010 til 30. juni 2010 (svarende til et fald 68 pct.), jf. nedenstående:

1. september 2008 til 31. december 2008:

$$\text{Opkrævet: } (4/12*500.000) = 167.000 \text{ kr.}$$

$$\text{Nedsat med: } (4/22*665.500) = 121.000 \text{ kr. svarende til fald på 73 pct.}$$

1. januar 2009 til 31. december 2009

$$\text{Opkrævet: } 515.000 \text{ kr.}$$

$$\text{Nedsat med: } (12/22*665.500) = 363.000 \text{ kr. svarende til fald på 70 pct.}$$

1. januar 2010 til 30. juni 2010

$$\text{Opkrævet: } (6/12*530.000) = 265.000 \text{ kr.}$$

$$\text{Nedsat med: } (6/22*665.500) = 181.500 \text{ kr. svarende til fald på 68 pct.}$$

Der er i ovenstående beregninger ikke taget højde for, at en lejenedsættelse efter erhvervslejelovens § 13 skal fordeles over 4 år. I ovennævnte eksempel er lejenedsættelsen (modregningen) kun fordelt over 22 måneder. Det indebærer, at et fald i markedslejen som følge af finanskrisen skal være endnu større end støtten på 665.500 kr., hvis der skal kunne ske en fuld modregning af den opnåede støtte.

4.3.2.5. Konklusion vedrørende støtte

188. Det vurderes samlet på baggrund af (i) vurderingsrapporten og dennes forudsætninger, (ii) det indregnede skøn i vurderingsrapporten på +/- 15 pct., (iii) de fremdragne lejeaftaler vedrørende Helsingør Nordhavn og Dragør Havn samt (iv) sagens oplysninger i øvrigt – herunder marginen mellem hvad Hellers Yachtværft ApS faktisk har betalt i leje og vurderingsmandens vurdering af markedslejen – at Tårnby Kommune har ydet *støtte* til Hellers Yachtværft ApS ved at udleje Lejemålet til under markedslejen.

189. Det vurderes endvidere, at der ikke konkret er grundlag for at antage, at vurderingsrapporten er behæftet med sådanne fejl eller mangler, at vurderingsmandens sagkyndige skøn over, hvad der må betragtes som markedslejen, skal tilsidesættes. Den nærmere opgørelse af støttens størrelse i nærværende kan således foretages med udgangspunkt i vurderingsrapporten.

190. På baggrund af den estimerede markedsleje (inkl. trappelejen i indkøringsperioden) samt den kalkulerede usikkerhedsmargin på – 15 pct. kan den samlede støtte til Hellers Yachtværft ApS opgøres til at ligge i intervallet mellem 714.333 kr. og 1.993.000 kr. for perioden 1. marts 2004 til 30. juni 2010.

191. Det kan overvejes hvilken værdi indenfor spændet mellem 714.333 kr. og 1.993.000 kr., der skal lægges til grund for den konkurrenceretlige opgørelse af støttens størrelse. Det må i den forbindelse anføres, at også den mindste værdi indenfor spændet for markedslejen må antages at være et reelt udtryk for markedslejen.⁸³ Det kan endvidere overvejes, om støttebeløbet skal reduceres som følge af finanskrisen i efteråret 2008. Der vil imidlertid under alle omstændigheder foreligge støtte i konkurrencelovens § 11 a's forstand, selv om følgerne af finanskrisen blev inddraget, jf. boks 2.

192. Det vurderes på den baggrund samlet, at Tårnby Kommune har ydet støtte til Hellers Yachtværft ApS ved at udleje Lejemålet til under markedslejen. Støtten opgøres på baggrund af vurderingsrapporten umiddelbart til 714.333 kr., men således at der ved vurderingen af et tilbagebetalingskrav fra Hellers Yachtværft ApS til Tårnby Kommune er lagt vægt på de usikkerhedsmomenter, som er knyttet til opgørelsen af støttebeløbet.

193. Betingelsen efter konkurrencelovens § 11 a om, at der skal være tale om *støtte*, er således opfyldt.

4.3.3. Til fordel for

194. For at Konkurrencerådet kan udstede et påbud efter § 11 a, 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 finan-

⁸³ Jf. også Konkurrencerådet afgørelse af 25. november 2009 - *Salg af Østre Havn*, punkt 134-147.

siel fordel, som virksomheden ikke ville have opnået under normale markedsvilkår.⁸⁴

195. 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.⁸⁵

196. 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.⁸⁶ Vurderingen af begrebet ”*til fordel for*” er endvidere tæt forbundet med, om der overhovedet er ydet støtte.

197. I nærværende sag udlejes Lejemålet til en leje, der ligger under det spænd, der ifølge vurderingsmanden kan betragtes som markedislejen. Det må i den forbindelse antages, at en privat investor ikke ville have udlejet Lejemålet til den pris, der er aftalt i lejeaftalen. Hellers Yachtværft ApS har derfor ved indgåelse af lejeaftalen opnået en økonomisk fordel, som Hellers Yachtværft ApS ikke ville have opnået, såfremt lejekontrakten var indgået på normale markedsvilkår.

198. Betingelsen efter konkurrencelovens § 11 a om, at der skal være tale om støtte ydet *til fordel for*, er således opfyldt.

4.3.4. Bestemte former

199. Det er endvidere en betingelse efter konkurrencelovens § 11 a, at støtte er ydet til *bestemte former* for erhvervsvirksomheder. Det betyder, at støtten skal være tildelt selektivt.⁸⁷

200. Der skal med andre ord være tale om, at støtte skal favorisere bestemte former for erhvervsvirksomheder eller en enkelt erhvervsvirksomhed 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 § 11 a*”.⁸⁸

201. I nærværende sag er der tale om, at Hellers Yachtværft ApS ydes støtte, mens Hellers Yachtværft ApS’ konkurrenter ikke ydes tilsvarende støtte. Hellers Yachtværft ApS favoriseres således i forhold til andre erhvervsvirksomheder.

⁸⁴ Jf. FT 1999-2000, tillæg B, side 1292.

⁸⁵ Jf. FT 1999-2000, tillæg B, side 1292.

⁸⁶ Jf. FT 1999-2000, tillæg B, side 1292.

⁸⁷ Jf. FT 1999-2000, tillæg B, side 1292.

⁸⁸ Jf. Kirsten Levinsen i Konkurrenceloven med kommentarer, 2009, side 931.

202. Betingelsen efter konkurrencelovens § 11 a om, at der skal være tale om støtte ydet til *bestemte former* for erhvervsvirksomheder, er således opfyldt.

4.3.5. Erhvervsvirksomhed

203. Begrebet *erhvervsvirksomhed* skal i overensstemmelse med konkurrencelovens § 2, stk. 1, forstås bredt.

204. Hellers Yachtværft ApS er aktiv på markerne for reparation og vedligeholdelse af både, salg af bådudstyr samt afholdelse af seminarer m.m., jf. afsnit 3.2. Det vurderes på den baggrund, at Hellers Yachtværft ApS driver erhvervsvirksomhed i konkurrencelovens forstand.

205. Betingelsen efter konkurrencelovens § 11 a om, at der skal være tale om støtte ydet til *erhvervsvirksomhed*, er således opfyldt.

4.3.6. Konkurrenceforvridende

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

207. Begrebet konkurrenceforvridende støtte i konkurrencelovens § 11 a er inspireret af EUF-traktatens artikel 107. Det følger af artikel 107, at det er en betingelse for, at der foreligger ulovlig statsstøtte, at støtten "*fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene*". En støtteordning kan i den forbindelse godt *forvride* konkurrencen, uden at konkurrencen kan siges at være *begrænset*. En støtte vil som udgangspunkt ikke blive betragtet som konkurrenceforvridende, hvis den gives efter et udbud på gennemsigtige, objektive og ikke-diskriminerende vilkår.⁸⁹

208. 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. tildes til fordel for bestemte former for erhvervsvirksomhed,⁹⁰ jf. ovenfor. Det skal således vurderes, om alle virksomheder på samme vilkår har kunnet opnå adgang til støtten.

209. Hvis der er tale om (selektiv) støtte, vil støtten som udgangspunkt – uanset støttens størrelse og markedets afgrænsning – pr. definition være konkurrenceforvridende.⁹¹ Domstolen har således fundet, at et beløb på 30.000 euro kan udgøre statsstøtte, der påvirker samhandelen mellem medlemsstater.⁹² Det fremgår dog af

⁸⁹ FT 1999-2000, tillæg B, side 1293.

⁹⁰ Jf. Kirsten Levinsen i Konkurrenceloven med kommentarer, 2009, side 932.

⁹¹ Jf. FT 1999-2000, tillæg B, side 1291.

⁹² 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 maksimumgrænse for fradraget, der derfor kunne have været større, jf. præmis 34.

Kommissionens forordning om de minimis-støtte,⁹³ at støtte, som over en periode på tre regnskabsår ikke overstiger 200.000 euro (dog kun 100.000 euro før 2007), ikke anses for at kunne fordreje eller true med at fordreje konkurrencevilkårene i strid med artikel 107. Medlemsstaterne skal derfor ikke anmelde en sådan støtte til Kommissionen.

210. Et tilsvarende mærkbarhedskriterium som Kommissionens de minimis-regler findes ikke i konkurrencelovens § 11 a. Konkurrencerådet 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.⁹⁴ Konkurrencestyrelsen vil dog – også ud fra ressourcemæssige hensyn – altid foretage en samlet vurdering af, om et forhold har en sådan karakter, at styrelsen konkret bør gribe ind.⁹⁵

211. Tårnby Kommune har fastsat en leje for lejemålet, der er lavere end markedslejen. Kommunen forsøgte ikke aktivt at kontakte eller annoncere overfor potentielle lejere, og kommunen havde ikke på forhånd opstillet og offentliggjort kriterier for tildelingen af lejemålet. Kommunen besluttede på grundlag af uopfordrede henvendelser fra fire aktører om benyttelse af lejemålet, at der alene skulle forhandles om vilkårene for lejemålet med en aktør – Helles Yachtværft ApS.⁹⁶ Tårnby Kommune modtog efter indgåelsen af lejeaftalen med Hellers Yachtværft ApS endvidere henvendelser fra mulige lejere, der ønskede at benytte lejemålet til maritime formål, jf. ovenfor i afsnit 3.3.1.

212. Der er i nærværende sag tale om, at der ydes (selektiv) støtte fra en kommune til Hellers Yachtværft ApS. Andre virksomheder, der er aktive på samme markeder som Hellers Yachtværft ApS, har ikke modtaget samme støtte. Støtten vil dermed kunne forvride konkurrence mellem Hellers Yachtværft ApS og Hellers Yachtværft ApS' konkurrenter.

213. Betingelsen efter konkurrencelovens § 11 a om, at der skal være tale om *konkurrenceforvridende* støtte, er således opfyldt.

4.3.7. Lovlig i henhold til offentlig regulering

214. For at offentlig støtte er i strid med konkurrencelovens § 11 a, skal støtten ikke være *lovlig i henhold til offentlig regulering*. Ved lovlig forstås, at støtten har hjemmel i offentlig regulering.

⁹³ Jf. Kommissionens forordning nr. 1998/2006 af 15. december 2006 om anvendelse af EF-traktatens artikel 87 og 88 [EUF-traktatens artikel 107 og 108] på de minimis-støtte. Forordningen afløste Kommissionens forordning nr. 69/2001 af 12. januar 2001, der fandt anvendelse til 1. januar 2007.

⁹⁴ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 27. september 2006 *Portal Fyn.dk*.

⁹⁵ Jf. f.eks. Konkurrencestyrelsens afgørelse af 23. februar 2005 - *Statens Seruminstutts 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.

⁹⁶ Jf. Brev af 28. januar 2009 fra Tårnby Kommune.

215. Begrebet ”*offentlig regulering*” skal forstås bredt i overensstemmelse med konkurrencelovens § 2, stk. 2. Det betyder, at begrebet omfatter love, bekendtgørelser, aktstykker, generelle budgetregler samt reglerne om kommunernes ulovbestemte opgaver (kommunalfuldmagten).⁹⁷

216. I henhold til konkurrencelovens § 11 a, 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.

217. Statsforvaltningen Hovedstaden oplyste, at spørgsmålet om lovligheden i kommunens engagement i de omhandlede lokaler skal afgøres efter kommunalfuldmagsreglerne. Statsforvaltningen Hovedstaden oplyste endvidere, at Tårnby Kommunes udlejning til Hellers Yachtværft ApS må anses for ulovlig efter kommunalfuldmagsreglerne. Det skyldes, at det er en forudsætning for, at en lejeaftale i forbindelse med accessorisk virksomhed kan anses for lovlig i medfør af kommunalfuldmagsreglerne, at udlejen sker til markedspris.⁹⁸

218. Svaret fra Statsforvaltningen Hovedstaden må udlægges derhen, at hvis lejen ikke er fastsat til markedslejen, vil den støtte, der ligger heri, ikke være lovlig i henhold til kommunalfuldmagsreglerne. Det vurderes på den baggrund samlet, at der ikke er hjemmel i offentlig regulering til, at Tårnby Kommune kan leje Lejemålet ud til en leje, der ligger under markedslejen.

219. Betingelsen efter konkurrencelovens § 11 a om, at der skal være tale om, at støtte ikke er *lovlig i henhold til offentlig regulering*, er således opfyldt.

220. Det kan på baggrund af ovenstående i afsnit 4.3.1.-4.3.7. samlet set konkluderes, at alle betingelser for, at det foreligger ulovlig offentlig støtte i strid med konkurrencelovens § 11 a, er opfyldt. Det kan derfor konkluderes, at Tårnby Kommune, ved at udleje Lejemålet til en leje der ligger under markedslejen, har ydet ulovlig offentlig støtte til Hellers Yachtværft ApS. Den ulovlige støtte udgør 714.333 kr.

4.4. Erhvervslejelovens regler om lejeregulering

221. Tårnby Kommune anfører i deres høringssvar, at et eventuelt tilbagebetalingskrav overfor lejeren Hellers Yachtværft ApS er problematisk i forhold til reglerne i erhvervslejeloven om ændring af lejeniveau m.v. I den forbindelse henviser Tårnby Kommune til, at:

”... der er tale om et erhvervslejemål i henhold til erhvervslejeloven, hvor der ikke uden varsel kan ske ændringer/forhøjelser af lejen. En lejeforhø-

⁹⁷ Jf. FT 1999-2000, tillæg B, side 1293.

⁹⁸ Jf. Brev af 11. september 2009 fra Statsforvaltningen Hovedstaden med bilag, og brev af 26. februar 2010 fra Statsforvaltningen Hovedstaden.

jelse må derfor i stedet følge erhvervslejelovens regler herom, herunder § 13 om regulering til markedslejen.⁹⁹

222. Hellers Yachtværft ApS anfører i deres høringssvar, at de konkurrenceretlige regler skal vurderes i forhold til de erhvervslejeretlige regler. Hellers Yachtværft ApS anfører, at:

"... Konkurrencestyrelsen [burde] bede kommunen om at iværksætte en markedslejesag, som så skulle følge spillereglerne i erhvervslejelovens kap. 3."

...

I den forbindelse skal det bemærkes, at en sådan lejeforhøjelsessag kun kan få virkning for lejen fremadrettet, og en givet lejeforhøjelse skal fordeles over 4 år."

...

"[F]orholdet [skal] behandles som en sædvanlig boligretssag, hvor man varslers lejeforhøjelse, fremlægger de beviser som understøtter kravet om lejeforhøjelse, og hvor lejer for mulighed for at komme med sine beviser, og der evt. udmeldes syn og skøn på sædvanlig vis, og hvor boligretten, hvis der ikke indgås forlig forinden, får mulighed for at tage endelig stilling."¹⁰⁰

223. Erhvervslejeloven indeholder bl.a. regler om lejens størrelse og regulering i erhvervslejemål. Reglerne herom finder anvendelse, hvis parterne ikke har aftalt andet. Ifølge erhvervslejelovens § 13 har parterne i en lejeaftale som udgangspunkt adgang til at forlange lejen for et lejemål reguleret til markedslejen.

224. Det fremgår af forarbejderne til erhvervslejelovens § 13, at der er aftalefrihed både med hensyn til fastsættelsen af lejens størrelse ved aftalens indgåelse og med hensyn til regulering af lejen i lejeperioden. § 13 om regulering til markedslejen kan fraviges ved aftale,¹⁰¹ såvel til skade for lejer som for udlejer.¹⁰² Tårnby Kommune og Hellers Yachtværft ApS har konkret aftalt, at lejen kan kræves reguleret til markedsleje efter erhvervslejelovens § 13.

225. Det vurderes ikke, at erhvervslejelovens § 13 eller parternes aftale om leje-regulering efter § 13, begrænser Konkurrencerådets adgang til at udstede påbud om ophør og tilbagebetaling efter konkurrencelovens § 11 a.

226. Der lægges herved vægt på, at det forhold, at erhvervslejeloven indeholder regler om regulering af lejen i det indbyrdes forhold mellem lejer og udlejer, ikke

⁹⁹ Tårnby Kommunes høringssvar af 15. april 2010, s. 7-9.

¹⁰⁰ Hellers Yachtværft ApS' høringssvar af 3. maj 2010 med bilag.

¹⁰¹ Jf. FT 1999-2000, tillæg A side 996 f.

¹⁰² Dog må bestemmelsen i § 13, stk. 8, om varsel og formkrav ved gennemførelse af lejeregulering være ufravigelig.

ændrer, at den leje som parterne konkret har aftalt for lejemålet er lavere end markedslejen og derfor udgør støtte i strid med konkurrencelovens § 11 a.

227. Der lægges endvidere vægt på, at det hverken har støtte i konkurrencelovens § 11 a eller dennes forarbejder, at erhvervslejelovens § 13 om regulering til markedslejen går forud for konkurrencelovens § 11 a. Tværtimod er § 11 a inspireret af Traktatens artikel 107, som ikke kan tilsidesættes af national lovgivning. Endvidere ville det give kommunerne en ”general-undtagelse” fra forbuddet mod ulovlig offentlig støtte, hvis det aftales i en lejeaftale, at § 13 skal finde anvendelse.

228. Derudover ville en markedslejesag efter erhvervslejelovens regler alene fastslå, hvad markedslejen er i dag, men ikke sige noget om, hvad markedslejen var på aftaletidspunktet i 2004. En markedslejesag som foreslået af Hellers Yachtværft ApS ville dermed ikke sige noget om, hvorvidt Tårnby Kommune har tildelt Hellers Yachtværft ApS støtte. Endelig kan § 13 fraviges ved aftale, hvorfor det således kan være ”tilfældigt” – hvis man følger Tårnby Kommunes argumentation – om der kunne udstedes påbud om ophør og tilbagebetaling efter konkurrencelovens § 11 a. Man kan med andre ord ikke med henvisning til erhvervslejeloven aftale, at konkurrencelovens § 11 a ikke skal finde anvendelse.

229. Det vurderes herefter samlet, at hverken erhvervslejelovens § 13 eller parternes aftale om lejeregulering efter erhvervslejelovens § 13, udelukker Konkurrencerådets fra at udstede påbud om ophør og tilbagebetaling efter konkurrencelovens § 11 a.

4.5. Støttens ophør og tilbagebetaling

230. Konkurrencerådet kan efter konkurrencelovens § 11 a, stk. 1, 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. Der er ikke pligt til at udstede påbud om tilbagebetaling af støtte. Det er ikke i konkurrencelovens § 11 a eller dennes forarbejder angivet, under hvilke omstændigheder Konkurrencerådets påbud alene skal vedrøre ophør af støtten eller tillige tilbagebetaling. Hvor en del af støtten er blevet udbetalt, må proportionalitetsprincippet være afgørende for, om et påbud om ophør rettet mod den støttebevilligende myndighed tillige skal følges op af et påbud om hel eller delvis tilbagebetaling rettet mod støttemodtageren.¹⁰³

231. Et påbud om, at støtten skal bringes til ophør, kan rettes til Tårnby Kommune. Det indebærer, at Tårnby Kommune fremadrettet skal opkræve en leje for lejemålet, der svarer til markedslejen.

232. Selvom en ulovlig støtte ophører fremadrettet kan et påbud om tilbagebetaling af modtaget støtte rettes til private erhvervsvirksomheder, selvejende insti-

¹⁰³ Jf. Kirsten Levinsen i Konkurrenceloven med kommentarer, 2009, side 939.

tutioner samt helt eller delvist offentligt ejede virksomheder, der drives i selskabsform, jf. § 11 a, stk. 4. Et eventuelt påbud om tilbagebetaling af støtten i nærværende sag kan derfor rettes mod Hellers Yachtværft ApS.

233. Konkurrencelovens § 11 a, stk. 5, regulerer fastsættelse af renter i forbindelse med et tilbagebetalingskrav samt forældelse af et tilbagebetalingskrav. I det følgende beskrives det, hvilket beløb tilbagebetalingskravet efter konkurrencelovens § 11 a samlet kan opgøres til. Det sker ved (i) at beregne det samlede støttebeløb inkl. renter, og (ii) ved at vurdere om der foreligger hel eller delvis forældelse af det opgjorte tilbagebetalingsbeløb.

234. Det vurderes herefter, (iii) om der er grundlag for at påbyde hel eller delvis tilbagebetaling af den del af det mulige tilbagebetalingskrav, som ikke måtte være forældet.

4.5.1. Renter af tilbagebetalingskravet

235. Konkurrencelovens § 11 a, stk. 5, 2. pkt., giver Konkurrencerådet mulighed for at fastsætte renter efter rentelovens regler herom¹⁰⁴ i forbindelse med et krav om tilbagebetaling. Konkurrencerådet kan bestemme, at forrentningen skal ske fra udbetalingen af støtten, og indtil der sker tilbagebetaling.¹⁰⁵

236. Det følger af rentelovens § 5, stk. 1, at renten skal fastsættes til en årlig rente, der svarer til den officielle udlånsrente, som Nationalbanken har fastsat henholdsvis pr. 1. januar og 1. juli i det pågældende år tillagt 7 procentpoint.

237. I det følgende beregnes rentebetalingen for perioden 1. marts 2004 til 23. juni 2010, svarende til perioden fra lejemålets påbegyndelse til Konkurrencerådets afslutning i nærværende sag.

238. Renterne skal tilskrives de 75 beløb som Hellers Yachtværft ApS har modtaget i støtte i perioden 1. marts 2004 til 23. juni 2010. Rentebetalingen opgøres for hver støtteudbetaling og frem til den 23. juni 2010.

239. Rentebetalingen for støtteudbetalingen for marts 2004 udregnes således på baggrund af 76 renteperioder, med skiftende rentesatser.¹⁰⁶ Hver renteperiode fastsættes til 30 rentedage dog med undtagelse af juni 2010, hvor der fastsættes 23 rentedage.

240. Rentebetalingen for støtteudbetalingen for marts 2004 bliver dermed:

¹⁰⁴ Jf. Bekendtgørelse af lov om renter ved forsinket betaling m.v., nr. 743 af 4. september 2002. Loven er gældende for rente af pengekrav, som forfalder den 1. august 2002 eller senere.

¹⁰⁵ Jf. FT 1999/2000, tillæg B, side 1294, v.sp.

¹⁰⁶ Rentesatser fremgår af [...].

$$(I) \quad \text{Rentebetaling}_{\text{Marts2004}} = \text{Støtte}_{\text{Marts2004}} * \frac{30}{360} * \frac{\text{Udlånsrente}_{\text{Juni2004}} + 7}{100} \\ + \dots + \text{Støtte}_{\text{Marts2004}} * \frac{26}{360} * \frac{\text{Udlånsrente}_{\text{Juni2010}} + 7}{100}$$

241. I nedenstående tabel 2 fremgår støtteudbetalingerne med tilhørende rentebetalinger udregnet på baggrund af formel (I). Det fremgår af tabellen, at den samlede rentebetaling udgør 250.316 kr. pr. 23. juni 2010. Den samlede støtte inklusive renter kan således opgøres til 964.649 kr. for lejeperioden 1. marts 2004 til 23. juni 2010.

Tabel 2: Støtte inklusive renter for lejeperioden 1. marts 2004 til 30. juni 2010¹⁰⁷

(kr.)					
Udbetaling	Støtte	Rente			I alt
Marts 2004	33.333	33.333 * (30/360) * 9,2% + ... + 33.333 * (23/360) * 8,2%	=	20.730	54.064
⋮	⋮	⋮		⋮	⋮
Maj 2010	8.833	8.833 * (23/360) * 8,2%	=	46	8.880
I alt	714.333			250.316	964.649

242. Som det fremgår af ovenstående har Hellers Yachtværft ApS i lejeperioden 1. marts 2004 til den 30. juni 2010 samlet modtaget 714.333 kr. i offentlig støtte i strid med konkurrencelovens § 11 a. Den samlede støtte inklusive renter kan opgøres til 964.649 kr. for lejeperioden 1. marts 2004 til 30. juni 2010.

243. Det er dette beløb, der som udgangspunkt kan påbydes tilbagebetalt. Der kan dog ikke udstedes påbud om tilbagebetaling i det omfang beføjelse til at kræve tilbagebetaling er forældet.

244. Det bemærkes, at selv i det tilfælde, hvor de eventuelle følger af finanskrisen inddrages fuldt ud, og der ikke tillægges noget støttebeløb efter 31. august 2008, vil Hellers Yachtværft ApS have fået tildelt støtte i konkurrencelovens § 11 a's forstand, jf. boks 2.

4.5.2. Forældelse af dele af tilbagebetalingskravet

245. Konkurrencerådets beføjelse til at kræve offentlig støtte tilbagebetalt forældes 5 år efter, at støtten er udbetalt, jf. konkurrencelovens § 11 a, stk. 5, 1. pkt.

246. Efter forarbejderne til § 11 a, stk. 5, er det *udbetalingstidspunktet*, der er afgørende for beregningen af forældelsesfristen, hvilket svarer til EU-praksis på statsstøtteområdet. Det er uden betydning for fristens beregning, om beslutningen

¹⁰⁷ Jf. [...] hvor samtlige måneders støtte inklusive renter er opgjort

om at yde støtte til en given virksomhed ligger væsentligt forud for selve udbetalingen af støtten. Udbetales støtten i rater, beregnes forældelsesfristen for udbetalingen af den enkelte rate.¹⁰⁸

247. Forældelsesfristen suspenderes frem til tidspunktet for Konkurrencerådets afgørelse, når rådet på eget initiativ eller på baggrund af en klage *indleder* en sag.¹⁰⁹ Ved vurderingen af, om der foreligger forældelse skal udbetalingstidspunktet således fastslås, ligesom det skal fastslås, *hvornår sagen er indledt*, jf. nedenfor.

Udbetalingstidspunktet

248. Det vurderes, at tidspunktet for udbetalingen af støtten i nærværende sag, er det tidspunkt, hvor hver enkelt lejebetaling er eller burde være betalt.

249. Lejens betaling er reguleret i lejekontrakten mellem Tårnby Kommune og Hellers Yachtværft ApS. Af lejekontraktens § 20 fremgår det, at "*Lejemålet begynder den 1.3.2004, men der betales først leje fra den 1.6.2004*". Endvidere fremgår det af lejekontraktens § 6, at: "*Leje m.v. for perioden 1.6.2004 til 31.7.2004 betales den 1.7.2004. Første gang der herefter skal betales leje m.v. er den 1.8.2004. Leje m.v. forfalder i øvrigt til betaling forud den første i hver måned. Lejen udgør pr. betalingstermin: ...25.000,00 kr.*"

250. Det lægges på den baggrund til grund, at lejen forfalder til betaling forud den første i hver måned med undtagelse af juni og juli 2004. Udbetalingstidspunktet for støtten for marts, april og maj måned 2004 er derfor henholdsvis den 1. marts, 1. april og 1. maj 2004, selv om der konkret ikke blev opkrævet leje for disse måneder. Dette er det mest gunstige resultat for Hellers Yachtværft ApS, da et tidligere udbetalingstidspunkt øger sandsynlige for, at forældelse indtræder. Udbetalingstidspunktet for støtten (i form af en for lav leje) i juni og juli måned 2004 er den 1. juli 2004. Udbetalingstidspunktet for støtten (i form af en for lav månedlig leje) i august 2004 og fremefter er den første i hver måned.

Hvornår er sagen indledt?

251. Forældelsesfristen for beføjelsen til at kræve tilbagebetaling kan suspenderes, når Konkurrencerådet på eget initiativ eller på baggrund af en klage *indleder* en sag.¹¹⁰ Det fremgår hverken af konkurrencelovens § 11 a eller forarbejderne hertil, hvornår en sag skal anses for at være indledt.

252. En sag kan tænkes *indledt* på flere forskellige tidspunkter. En sag kan tænkes indledt på det tidspunkt, (i) hvor der blev oprettet en sag i Konkurrencestyrelsen (hvilket skete den 4. november 2008), (ii) hvor Konkurrencestyrelsen kontaktede Tårnby Kommune, som er adressaten for et eventuelt påbud om ophør af

¹⁰⁸ FT 1999-2000, tillæg B, side 1294, v.sp.

¹⁰⁹ FT 1999-2000, tillæg B, side 1294, v.sp.

¹¹⁰ Jf. FT 1999-2000, tillæg B, side 1294, v.sp.

tildeling af støtten (hvilket skete ved brev af 27. november 2008), eller (iii) på det tidspunkt hvor Konkurrencestyrelsen kontaktede Hellers Yachtværft ApS og oplyste om, at sagen kan medføre, at en eventuel støtte skal tilbagebetales. Det skete ved brev af 29. maj 2009, efter at Konkurrencestyrelsen havde foretaget indledende undersøgelser i forhold til Tårnby Kommune.

253. Det vurderes, at nærværende sag er indledt på det tidspunkt, hvor Hellers Yachtværft ApS får underretning om, at sagen kan føre til et påbud om, at Hellers Yachtværft ApS skal betale en eventuel støtte tilbage til Tårnby Kommune. Der lægges herved vægt på, at denne løsning er den mest gunstige for Hellers Yachtværft ApS. Der lægges endvidere vægt på, at der vælges en løsning, som er i overensstemmelse med principperne om inddragelse af tredjeparter i en proces ved procesunderretning,¹¹¹ som er en rimelig sammenlignelig situation med situationen i nærværende sag, hvor Hellers Yachtværft ApS inddrages i en sag, der er startet mod og som udgangspunkt vedrører et spørgsmål om *Tårnby Kommunes* tildeling af ulovlig offentlig støtte.

254. Sagen findes derfor at være indledt ved Konkurrencestyrelsens brev af 29. maj 2009. Forældelsen må anses for at blive suspenderet på det tidspunkt, hvor styrelsens brev – der indeholder et påbud – kan antages at være *kommet frem* til Hellers Yachtværft ApS. Da den 29. maj 2009 var en fredag, mens lørdag den 30. maj til mandag den 1. juni 2009 var pinseferie, må Konkurrencestyrelsens brev af 29. maj 2009 anses for at være kommet frem til Hellers Yachtværft ApS den 2. juni 2009.¹¹² Det betyder, at forældelsen af beføjelsen til at kræve tilbagebetaling suspenderes med virkning fra juni måned 2009.

255. Da forældelsesfristen efter konkurrencelovens § 11 a som nævnt er 5 år, er beføjelsen til at kræve tilbagebetaling af den ulovlige offentlige støtte, der er udbetalt den 1. marts 2004, 1. april 2004 og 1. maj 2004, forældet. Støtten, der vedrører juni måned 2004, er derimod ikke forældet, da denne støtte blev udbetalt den 1. juli 2004, jf. ovenfor. Den øvrige støtte er heller ikke forældet. Det støttebeløb, der kan kræves tilbagebetalt, udgør herefter 614.333 kr. Renterne af beløbet udgør 188.892 kr.

256. Hellers Yachtværft ApS kan derfor efter § 11 a, stk. 1, jf. stk. 5, samlet blive påbudt at skulle betale 803.225 kr. inklusive renter.

257. Det bemærkes, at selv i det tilfælde, hvor de eventuelle følger af finanskrisen inddrages fuldt ud, og der ikke tillægges noget støttebeløb efter 31. august 2008, vil Hellers Yachtværft ApS have fået tildelt støtte i konkurrencelovens § 11

¹¹¹ En procesunderretning medfører, at en tredjepart gøres bekendt med en verserende retssag, og at krav vil blive gjort gældende mod tredjemanden, hvis sagen får et bestemt udfald. En procesunderretning afbryder forældelse, hvis procesunderretningen forkyndes for tredjeparten eller denne frafalder forkyndelse. Tredjemanden bliver dog ikke part i sagen ved en procesunderretning, jf. Bernhard Gomard og Michael Kistrup, *Civilprocessen*, 2007, side 461f.

¹¹² Sml. Justitsministeriets vejledning om forvaltningsloven, VEJ nr. 11740 af 4. december 1986, pkt. 210-213.

a's forstand, jf. boks 2. Støttebeløbet udgør under dette scenarium 524.999 kr. plus renter på 140.504 kr., svarende til i alt 665.503 kr., jf. tabel 3 nedenfor.

Tabel 3: Støtte inklusive renter for lejeperioden 1. marts 2004 til 31. august 2008

(kr.)					
Udbetaling	Støtte	Rente			I alt
Marts 2004	33.333	$33.333 * (30/360) * 9,2\% + \dots + 33.333 * (30/360) * 11,4\%$	=	15.088	48.421
⋮	⋮	⋮		⋮	⋮
August 2008	8.333	$8.333 * (30/360) * 11,4\%$	=	79	8.412
I alt	524.999			140.504	665.503

4.5.3. Hel eller delvis tilbagebetaling af støtten

258. Efter konkurrencelovens § 11 a, stk. 1, jf. stk. 5, har Konkurrencerådet mulighed for – men ikke pligt til – at udstede påbud om, at en ulovlig offentlig støtte skal tilbagebetales. § 11 a afviger på dette punkt noget fra fællesskabsrettens regler om statsstøtte. Kommissionen er som udgangspunkt forpligtet til at påbyde medlemsstaterne at søge tilbagebetaling af ulovlig statsstøtte, medmindre det strider mod et generelt princip i fællesskabsretten.¹¹³

259. Det følger af Domstolens praksis om fællesskabsrettens statsstøtteregler, at formålet med tilbagebetaling er at søge at genoprette den situation, der fandtes på markedet før støtten blev tildelt. Domstolen har understreget, at tilbagebetaling af ulovlig støtte ikke er en sanktion, men en logisk konsekvens af, at støtten er ulovlig. Domstolen har endvidere understreget, at pligten til at søge tilbagebetaling ikke påvirkes af støttemodtagerens økonomiske forhold. Endelig foretager Domstolen en restriktiv fortolkning af princippet om berettigede forventninger i relation til tilbagebetaling, således at støttemodtageren ikke kan have berettigede forventninger, hvor en støtte ikke er godkendt af Kommissionen, og selv i disse tilfælde kan der kræves tilbagebetaling.¹¹⁴

260. Et påbud om ophør af ulovlig støtte efter konkurrencelovens § 11 a, stk. 1, kan udstrækkes til også at omfatte tilbagebetaling af støtte. Efter konkurrencelovens § 11 a kan både støtte, der er ydet, og støtte, der ydes på prøvelsestidspunktet, kræves tilbagebetalt.¹¹⁵

261. Det fremgår hverken af konkurrencelovens § 11 a eller dennes forarbejder, hvilke kriterier, der skal lægges til grund ved vurderingen af, om en ulovlig of-

¹¹³ Jf. Procedureforordningens § 14, stk. 1, jf. Rådet forordning (EF) nr. 659/1999 af 22. marts 1999 om fastlæggelse af regler for anvendelse af EF-traktatens artikel 93 [EUF-traktatens artikel 107].

¹¹⁴ Jf. Meddelelse fra Kommissionen om en effektiv gennemførelse af Kommissionens beslutninger, som pålægger en medlemsstat at tilbagesøge ulovlig og uforenelig støtte (2007/C 272/05), afsnit 2.2.1.

¹¹⁵ Jf. FT 1999/2000, tillæg B, side 1291.

fentlig støtte skal påbydes tilbagebetalt helt eller delvist. Det må dog antages, at der særligt i sager med samhandelspåvirkning skal tages hensyn til principperne i fællesskabspraksis for at undgå en mulig parallel dobbeltbehandling efter henholdsvis EUF-traktatens artikel 107 og konkurrencelovens § 11 a. Den skønsmæssige adgang til at udstede påbud om tilbagebetaling af ulovlig støtte efter § 11 a skal endvidere inddrage de almindelige forvaltningsretlige grundsætninger og principper for skønsudøvelsen, herunder *grundsætningen om saglig forvaltning*,¹¹⁶ *lighedsgrundsætningen*¹¹⁷ og *proportionalitetsprincippet*.¹¹⁸

262. Konkurrencerådet fandt i *sagen om Portal Fyn.dk*,¹¹⁹ at Fyns Amt havde ydet støtte til Portal Fyn ApS til udvikling og etablering af regionsportalen fyn.dk i strid med konkurrencelovens § 11 a, stk. 1. Konkurrencerådet påbød Fyns Amt at bringe støtten til ophør, og påbød Portal Fyn at tilbagebetale støtten på 46.542 kr. Konkurrencerådets beregnede renter fra det tidspunkt, hvor den ulovlige støtte var til Portal Fyns rådighed og indtil tilbagebetalingen. Konkurrencerådet overvejede i sagen ikke, om der skulle ske tilbagebetaling, men opgjorde blot støttebeløbet inkl. renter pr. datoen for afgørelsen og påbød tilbagebetaling.

263. Konkurrencerådet udtalte i *sagen om Transporterhvervets Uddannelsesråd (TUR)*,¹²⁰ at udgangspunktet efter § 11 a bør være, at der skal ske tilbagebetaling af den ulovligt tildelte støtte. Konkurrencerådet fandt dog ikke, at der i det konkrete tilfælde skulle påbydes tilbagebetaling af støtten på 102.182 kr. fra TUR Forlag. Konkurrencerådet henviste bl.a. til, at det undervisningsmateriale, som den ulovlige støtte var blevet anvendt til at udvikle, ville blive gjort offentligt tilgængeligt for alle aktører:

”Styrelsen vurderer, at udgangspunktet efter § 11 a burde være, at der skal ske tilbagebetaling af den indirekte støtte. Imidlertid har Undervisningsministeriet nu fundet frem til det materiale, der er udviklet for støttebeløbet, og ministeriet har tilkendegivet, at man vil stille materialet til rådighed for alle på internettet hurtigst muligt.

¹¹⁶ Grundsætningen om saglig forvaltning indebærer, at samtlige saglige og relevante hensyn skal inddrages i en afgørelse, hvor forvaltningen er overladt et skøn, jf. f.eks. Jens Garde m.fl., Forvaltningsret, Almindelige emner, 2009, side 223f.

¹¹⁷ Lighedsgrundsætningen indebærer, at det lige skal behandles lige, herunder at der kræves en saglig begrundelse for en fravigelse af administrativ praksis, jf. f.eks. Jens Garde m.fl., Forvaltningsret, Almindelige emner, 2009, side 253f.

¹¹⁸ Proportionalitetsprincippet indebærer bl.a., at en afgørelses indhold ikke må udformes på en mere byrdefuld måde, end de lovligt inddragne kriterier giver holderpunkter for, jf. f.eks. Jens Garde m.fl., Forvaltningsret, Almindelige emner, 2009, side 264f.

¹¹⁹ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 27. september 2006, *Portal Fyn.dk*.

¹²⁰ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 23. februar 2005, *Transporterhvervets Uddannelsesråd (TUR)*.

Set i lyset heraf er det styrelsens vurdering, at der efter omstændighederne ikke bør stilles krav om tilbagebetaling af den ulovlige, indirekte konkurrenceforvridende støtte.”¹²¹ (Konkurrencestyrelsens understregning)

264. Det er således også udgangspunktet i dansk praksis, at der skal ske fuld tilbagebetaling af en ulovlig tildelt offentlig støtte. Der kan dog *efter omstændigheder* fraviges fra dette udgangspunkt, f.eks. hvor dét materiale, som støtten er blevet anvendt til, efterfølgende bliver gjort tilgængelig for alle og dermed reducerer støttemodtagerens fordele ved at have modtaget støtten.

265. Spørgsmålet om, hvorvidt der skal udstedes påbud om hel eller delvis tilbagebetaling i nærværende sag beror således på en konkret vurdering, som omfatter en afvejning af de modstående hensyn.

266. Hellers Yachtværft ApS har til spørgsmålet om tilbagebetaling anført, at:

”Det bør på det foreliggende grundlag være udelukket at kræve tilbagebetaling af leje, og under alle omstændigheder vil jeg forbeholde mig ret til at indtale et erstatningskrav overfor kommunen for evt. pålagt erstatningskrav samt for de betydelige udgifter, denne sag påfører ham. Han har på ingen måder vidst, at han ved at leje hos kommunen kunne blive indrullet i en sag som denne. Der er ganske enkelt intet at bebrejde ham. Han kom stort set til at betale det, som kommunen selv have indikeret, var deres ønske til lejens størrelse på denne ret komplicerende lokation.”¹²²

267. Det taler for et påbud om fuld tilbagebetaling af støtten, at udgangspunktet i praksis er, at der skal ske fuld tilbagebetaling af en modtaget ulovlig støtte. Ved fuld tilbagebetaling af støtten stilles den støttemodtagende virksomhed som udgangspunkt ikke ringere end, hvis den ikke var blevet tildelt støtte. Hensynet til Hellers Yachtværft ApS’ konkurrenter taler endvidere for fuld tilbagebetaling. Ved fuld tilbagebetaling vil støttemodtageren i videst muligt omfang miste den fordel, der er opnået på markedet i forhold til konkurrenterne. Tilsvarende taler også håndhævelsessyn og præventive hensyn for, at der som udgangspunkt skal ske fuld tilbagebetaling af en tildelt støtte.

268. Det taler endvidere for fuld tilbagebetaling af støtten, at beregningen af det maksimale tilbagebetalingsbeløb som udgangspunkt er foretaget konservativt og dermed til gavn for Hellers Yachtværft ApS. Det lægges til grund, at også den mindste værdi indenfor spændet for markedslejen må antages at være et reelt udtryk for markedslejen. Tilbagebetalingsbeløbet er således opgjort på baggrund af den laveste markedsleje på markedsvilkår (inkl. et risikospænd på - 15 pct.). Hellers Yachtværft ApS stilles derved umiddelbart – selv ved et krav om fuld tilbagebetaling – som om, at selskabet havde indgået den *mest gunstige* lejeaftale, som

¹²¹ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 23. februar 2005, *Transporterhvervets Uddannelsesråd (TUR)*.

¹²² Hellers Yachtværft ApS’ høringssvar af 8. juni 2010.

markedsvilkårene tillod på lejeaftaletidspunktet i 2004. Selv ved denne mest konservative opgørelse af markedslejen var den årlige leje for lejemålet, som Hellers Yachtværft ApS betalte, ca. 100.000 kr. – svarende til ca. 30 pct. – lavere end den årlige markedsleje.

269. Der taler heroverfor *imod* et påbud om fuld tilbagebetaling af støtten, at der ikke umiddelbart er grundlag for at antage, at Hellers Yachtværft ApS *vidste eller burde vide*, at lejen for lejemålet var lavere end markedslejen. Det forhold, at en debitor som Hellers Yachtværft ApS ikke har grund til at tro eller betvivle, at et erlagt beløb for fuld betaling, er for lille, kan således generelt tale for, at der ikke skal ske en efterbetaling af et for lille erlagt beløb, jf. f.eks. UfR 1980.994 H og UfR 1970.906 V samt boks 3.

Boks 3:

UfR 1980.994 H: En vognmand blev frifundet for efterbetaling af 4 års vægtafgift efter fejl begået af bilinspektionen, der medførte halv opkrævning. Der forelå *ikke omstændigheder, der kunne give vognmanden grundlag for mistanke om, at vægtafgiften var beregnet forkert*. Henset hertil – samt henset til at bilinspektionen først efter flere års forløb blev gjort opmærksom på fejlen – fandt Højesteret ikke, at bilinspektionen var berettiget til at kræve efterbetaling.

UfR 1970.906 V: Et fjernvarmeværk blev som følge af fejlagtig aflæsning fra forsyningsselskabets side kun afkrævet betaling for 1/10 af det faktiske forbrug. Højesteret fandt ikke, at der skulle ske efterbetaling. Højesteret lagde bl.a. vægt på, at fjernvarmeværket *ikke var klar over eller havde grund til at blive opmærksom på, at afregningerne ikke var korrekte opgørelser over forbruget*. Højesteret lagde endvidere vægt på, at fjernvarmeværket *havde truffet dispositioner af en ikke uvæsentlig økonomisk rækkevidde, og at varmeværket ikke kunne antages at kunne gennemføre krav om yderligere betaling mod tidligere forbrugere*.

270. Hellers Yachtværft ApS var på tidspunktet for aftaleindgåelsen en mindre enkeltmandsvirksomhed med få ansatte uden f.eks. en intern juridisk afdeling. Hellers Yachtværft ApS' indgåelse af lejeaftalen var endvidere en almindelig kommerciel transaktion, hvor begge parter – som havde modstridende interesser – forhandlede om vilkårene for lejemålet, herunder lejen. I den forbindelse er der ikke noget usædvanligt eller anormalt i, at en lejer forsøger at opnå så gunstige vilkår som muligt, herunder at lejen er så lav som mulig, sml. også Hellers Yachtværft ApS' høringsvar:

”I den konkrete sag har Hellers Yachtværft indgåede kontrakt med Tårnby Kommune på vilkår, som er forhandlet på helt sædvanlig vis, hvor Hellers

*Yachtværft [...] på ingen måde fik indtryk af, at lejen og lejevilkårene var fastsat anderledes, end hvad markedet tilsagde på daværende tidspunkt i 2004.*¹²³

271. Selv om der i det konkrete tilfælde var tale om en procentuel meget lav leje, afhænger lejeniveauet som nævnt endvidere af mange faktorer (f.eks. lejeaftalens længde, opsigelsesadgang, forureningsforhold, lokalplanforhold mv.), som har gjort det vanskeligt for Hellers Yachtværft ApS konkret at vurdere lejeniveauet. Det bemærkes i den forbindelse, at Tårnby Kommune – både overfor Konkurrencestyrelsen og Statsforvaltningen – har tilkendegivet, at det er kommunens opfattelse, at lejen for lejemålet er rimelig og ikke forvrider konkurrencen.¹²⁴ Det bemærkes endvidere, at der i Kastrup Havn var 3 sportsklubber, som ikke betalte leje for benyttede arealer.

272. Tårnby Kommune må endvidere anses for at være nærmere end Hellers Yachtværft ApS til at kontrollere og sikre, at lejemålet ikke blev udlejet til under markedslejen. Også dette forhold om, hvem der umiddelbart var nærmest til at kontrollere, at der ikke blev tildelt ulovlig offentlig støtte, taler for, at der ikke skal meddeles et påbud om fuld tilbagebetaling fra Hellers Yachtværft ApS til Tårnby Kommune i en situation som den konkrete, hvor parterne på almindeligt kommerciel vis har forhandlet om lejevilkårene, sml. f.eks. UfR 1984.341 H og boks 4.

Boks 4:

UfR 1984.341 H: En udlejer krævede efterbetaling af huslejerestancer opstået som følge af manglende pristalsregulering. Højesteret fandt, at udlejer – der i hvert fald i godt 3 år uden indsigelse modtog lejerens månedlige leje, *hvis korrekte udregning udlejer fandtes nærmest til at kontrollere* – ikke kunne gøre krav gældende om efterbetaling. Først efter modtagelsen af en rykkerskrivelse fra udlejer, havde lejer ikke længere føje til fremover at undlade at betale den forhøjede leje.

273. Det påhviler – og påhviler – Tårnby Kommune at sikre, at kommunen ikke handlede i strid med konkurrencelovens § 11 a og kommunalfuldmagtens regler ved at udleje Lejemålet til en leje, som var lavere end markedslejen. Det kan derimod omvendt ikke umiddelbart lægges Hellers Yachtværft ApS til last, at Tårnby Kommune udlejede lejemålet til under markedslejen i strid med de regler, som kommunen i sin egenskab af offentlig myndighed burde overholde.

274. Hellers Yachtværft ApS har endvidere over en længere periode *disponeret i tillid* til det fastsatte lejeniveau for lejemålet, herunder i forbindelse med beslutninger om virksomhedens drift og udvikling. Et krav om fuld tilbagebetaling vil

¹²³ Jf. Hellers Yachtværft ApS' høringssvar af 3. maj 2010 med bilag.

¹²⁴ Jf. Brev af 11. september 2009 fra Statsforvaltningen Hovedstaden.

indebære, at en væsentlig forudsætning for disse beslutninger ikke længere vil være til stede. Hellers Yachtværft ApS har – i forlængelse af selskabets gode tro – haft begrænset mulighed for at forudse, at selskabet kunne blive mødt med et tilbagebetalingskrav efter konkurrencelovens § 11 a. Også et *indrettelseshensyn* i forhold til Hellers Yachtværft ApS taler derfor for, at der i det konkrete tilfælde ikke skal meddeles et påbud om tilbagebetaling af hele støttebeløbet.

275. Det taler endvidere imod et påbud om fuld tilbagebetaling af støtten i en sag som nærværende, at det fulde tilbagebetalingsbeløb på 803.225 kr. konkret må antages at være meget byrdefuldt for Hellers Yachtværft ApS, der som nævnt er en mindre næringsdrivende virksomhed. Proportionaliteten af et påbud om fuld tilbagebetaling skal således ses i lyset af, at Hellers Yachtværft ApS i 2008 havde en omsætning på [...] kr. og et årsresultat på [...] kr.¹²⁵ Ifølge den seneste årsrapport fra 2009, havde Hellers Yachtværft ApS en omsætning på [...] kr. samt et årsresultat på [...] kr.¹²⁶ Henset hertil må et tilbagebetalingskrav på 803.225 kr. antages at være særdeles byrdefuldt for Heller Yachtværft ApS, som samtidig fremadrettet skal indrette sig på at betale en leje, der svarer til markedislejen. Det gælder særligt i en tid, hvor den generelle finansielle situation i Danmark er dårlig grundet en historisk finanskrisse. Det må således antages, at et krav om fuld tilbagebetaling reelt kan indebære, at Hellers Yachtværft ApS må lukke.

276. Spørgsmålet om, hvorvidt et påbud om fuld tilbagebetaling er proportionalt, kan endvidere ses i lyset af Kommissionens de minimis-regler. Det fremgår af Kommissionens forordning om de minimis-støtte,¹²⁷ at støtte, som over en periode på tre regnskabsår ikke overstiger 200.000 euro (dog kun 100.000 euro før 2007), ikke anses for at kunne fordreje eller true med at fordreje konkurrencevilkårene i strid med artikel 107. Den omstændighed, at det faktisk opgjorte støttebeløb på 803.225 kr. således ud fra de minimis-reglerne (og dermed ud fra et fællesskabsretligt konkurrenceperspektiv) er relativt lille, sammenholdt med at en fuld tilbagebetaling af støttebeløbet må anses for at være relativt byrdefuld for Hellers Yachtværft ApS, peger også i retning af, at der konkret kan ske en reduktion af tilbagebetalingskravet.

277. Det kan også anføres, at det ikke kan udelukkes, at Hellers Yachtværft ApS havde modtaget et mindre beløb i støtte end det opgjorte beløb på 803.225 kr., hvis lejeaftalen i 2004 i første omgang var indgået på markedsvilkår. Det kan således ikke udelukkes – med de usikkerhedsmomenter et sådant hypotetisk argument vil have – at Hellers Yachtværft ApS som følge af den finansielle krise samt bolig- og udlejningsmarkedets almenkendte knæk i efteråret 2008 – ville have bedt om en lejeregulering efter erhvervslejelovens § 13, hvis selskabet havde betalt den højere markedisleje i 2004. Det kan i den forbindelse ikke udelukkes, at

¹²⁵ Jf. Årsrapport for Hellers Yachtværft ApS for 2008.

¹²⁶ Jf. Årsrapport for Hellers Yachtværft ApS for 2009.

¹²⁷ Jf. Kommissionens forordning nr. 1998/2006 af 15. december 2006 om anvendelse af EF-traktatens artikel 87 og 88 [EUF-traktatens artikel 107 og 108] på de minimis-støtte. Forordningen afløste Kommissionens forordning nr. 69/2001 af 12. januar 2001, der fandt anvendelse til 1. januar 2007.

Hellers Yachtværft ApS ved en lejeregulering i efteråret 2008 kunne have fået lejen nedsat til et niveau lavere end det niveau, som udgjorde markedislejen ved lejeindgåelsen i 2004, hvilket selvsagt havde reduceret det opgjorte støttebeløb i nærværende sag.

278. Det kan endelig anføres, at fastsættelsen af markedislejen for Lejemålet ikke er en objektiv konstaterbar sandhed, hvor der blot findes ét rigtigt svar. Fastsættelsen af markedislejen vil altid være behæftet med en vis usikkerhed. I nærværende sag er markedislejen for lejemålet opgjort med en skønsmargin på 15 pct. under hensyn til lejemålets særlige karakteristika. De usikkerhedsmomenter, der knytter sig til opgørelsen af et støttebeløb i et *løbende retsforhold*, bør ud fra et retssikkerhedshensyn tale for, at der foretages en konservativt skøn over det beløb, som påbydes tilbagebetalt.

279. Det er væsentligt, at nærværende afgørelse sikrer, at Tårnby Kommunes ulovlige støtte bringes til ophør, således at det sikres, at Heller Yachtværft ApS' konkurrenter kan konkurrere på lige vilkår med Heller Yachtværft ApS. Det er i den forbindelse væsentligt, at støtten som udgangspunkt betales tilbage, således at Heller Yachtværft ApS ikke opnår en konkurrenceskadelig fordel i forhold til selskabets konkurrenter.

280. Afgørelsen skal imidlertid på den anden side også være proportional, herunder ved at inddrage hensynet til Heller Yachtværft ApS, som det vil være meget byrdefuldt for at betale det fulde støttebeløb tilbage til Tårnby Kommune. Endvidere bør det bl.a. inddrages i vurderingen, at Hellers Yachtværft ApS ikke umiddelbart havde grundlag for at betvivle, at Tårnby Kommune udlejede lejemålet til markedislejen, og at Hellers Yachtværft må antages at have indrettet driften af sin virksomhed i forhold til lejeaftalens forpligtelser.

281. Samlet set indebærer en konkret helhedsvurdering, at der efter omstændighederne i denne sag findes alene at skulle udstedes påbud om tilbagebetaling af en del af den støtte – i form af en leje lavere end markedislejen – som Hellers Yachtværft ApS har modtaget. Der er ved vurderingen lagt vægt på 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 markedisleje, 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

282. Ud fra en konkret helhedsvurdering af sagens omstændigheder vurderes det herefter, at Hellers Yachtværft ApS skal tilbagebetale et skønsmæssigt fastsat beløb på 80.000 kr.¹²⁸ Beløbet svarer til ca. 1/10 af den samlede opgjorte støtte in-

¹²⁸ Beløbet svarer til at Hellers Yachtværft ApS i gennemsnit skulle have betalt 8 kr./m²/år i husleje i perioden 1. marts 2004 til 30. juni 2010 eller 12 kr./m²/år i perioden 1. marts 2004 til 31. august 2008, hvor finanskrisen indtrådte.

klusive renter. Støtten skal tilbagebetales snarest muligt dog senest den 31. december 2010.

4.5.4. Konklusion – støttens ophør og tilbagebetaling

283. Hellers Yachtværft ApS's støtte i lejeperioden 1. marts 2004 til den 30. juni 2010 kan opgøres til 714.333 kr. Den samlede støtte inklusive renter kan opgøres til 964.649 kr.

284. Beføjelsen til at kræve tilbagebetaling er forældet vedrørende støtte, der er udbetalt den 1. marts, 1. april og 1. maj 2004, svarende til 161.424 kr. Det samlede støttebeløb, der kan påbydes tilbagebetalt udgør derfor 803.225 kr. inklusive renter.

285. Ud fra en konkret helhedsvurdering af sagens omstændigheder vurderes det, at Hellers Yachtværft ApS skal tilbagebetale et beløb svarende 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.

286. Det samlede beløb, som Hellers Yachtværft ApS skal betale til Tårnby Kommune, er fastsat skønsmæssigt til 80.000 kr. Beløbet skal tilbagebetales snarest muligt dog senest den 31. december 2010.

4.6. Konklusion

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 § 11 a, 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.

5. 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.