BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 02.06.2022

Saksnr.: 21-060587ASD-BORG/02

Dommere:

Lagdommer	Arne-Martin H. Sørli
Lagdommer	Lisa Vogt-Lorentzen
Ekstraordinær lagdommer	Randi Carlstedt

Ankende part	Oslo kommune v/ ordføreren	Advokat Ane Grimelid Rettslig medhjelper: advokat Marianne Foldøy Byberg
Ankemotpart	Grønnegata 21 AS	Advokat Robert Lund Rettslig medhjelper: advokat Christian Stang Våland

Ingen begrensninger i adgangen til offentlig gjengivelse

Saken gjelder krav om tilbakebetaling av ulovlig offentlig støtte.

Tingretten har gitt en utfyllende beskrivelse av sakens bakgrunn, som partene ikke har hatt innsigelser til:

> *1. Innledning*
> I mai 2013 inngikk flere politiske partier i Oslo «Avtale om Munchmuseet og utvikling av Tøyen», den såkalte Tøyen-avtalen. Et av formålene med avtalen var å omgjøre eller selge en stor konsentrasjon av kommunale boliger for vanskeligstilte på Tøyen og kjøpe minst 600 nye boliger i bydeler i Oslo vest.
>
> Det kommunale foretaket Boligbygg Oslo KF (Boligbygg) eier, forvalter og leier ut kommunale boliger i Oslo. Boligbygg har over 11 000 boliger og er dermed en av Norges største boligutleiere. Boligbyggs vedtektsfestede formål er å «(..) *være et sosialt virkemiddel for å fremskaffe boliger til de målgrupper kommunen til enhver tid ønsker å tilgodese med boliger. Foretaket skal eie og forvalte boliger på vegne av Oslo kommune etter forretningsmessige prinsipper.*»
>
> Det var Boligbygg som fikk oppdraget med å anskaffe boligene som var omfattet av Tøyenavtalen. Boligbygg hadde i 2016 organisert deler av sin kjøpsaktivitet i et kjøpsteam bestående av 3-4 personer. En av dem som arbeidet i dette kjøpsteamet var den innleide konsulenten Geir Fredriksen (Fredriksen).
>
> Boligbygg er underlagt Bystyrets politiske og budsjettmessige vedtak og føringer. Boligbygg skal opptre som andre profesjonelle eiendomsvirksomheter hvor begreper, modeller og rutiner for lønnsomhet, avkastning på kapitalen og risikoberegning inngår. Samtidig er foretaket en del av Oslo kommune og må forholde seg til de rammebetingelsene som de har som kommunal virksomhet, jfr. Oslo kommunes eierstrategi for de kommunale eiendomsforetakene.
>
> Grønnegata 21 AS (Grønnegata 21) er et selskap registrert innenfor bransjen *«Utleie av egen eller leid fast eiendom»*. Selskapet var opprinnelig eid av et single-purposeselskap, som utelukkende eide bygården med samme adresse. Grønnegata 21 ligger i Frogner bydel. Bygården Grønnegata 21 var en useksjonert bygård som bestod av 16 eksisterende leiligheter, et areal i første etasje hvor det kunne bygges tre leiligheter, samt en stor takterrasse. I tillegg hadde bygården plass til 12 parkeringsplasser.
>
> *2. Kjøpet av Grønnegata 21*
> Daværende eierne av Grønnegata 21 (AS Pilestredet 55b) vurderte salg av bygården. Boligbygg var på utvendig befaring av eiendommen i januar 2015. Det synes som om Boligbygg var interessert i å kjøpe eiendommen på våren 2015, men dette ble ikke fulgt opp videre dette året.
>
> Høsten 2015 innhentet eier av eiendommen en verdivurdering fra selskapet Commercial Real Estate Norway AS (GVA). I verdivurderingen fremgår følgende om bakgrunnen for verdivurderingen:

Eierne av Grønnegata 21 har vurdert salg av selskapet som eier Grønnegata 21 siden 2012. Commercial Real Estate Norway AS («GVA») har i den forbindelse tilsendt tilbud med tilhørende verdivurdering av eiendommen datert senest i januar 2014. Utledet av dette har det vært avholdt visning med Boligbygg som har bekreftet interesse, uten å foreta seg noe konkret. Rolf A. Nyhuus har orientert GVA om at det per oktober 2015 er aktuelt å selge eiendommen/eierselskapet i det åpne markedet og («GVA») oversender med dette et revidert tilbud på megleroppdrag, med tilhørende verdivurdering og betraktninger rundt salgsstrategi.

På dette tidspunkt (oktober 2015) vurderte GVA at eiendommen hadde en utleieverdi på kr. 42 400 000 (eks utviklingspotensialet i første etasje) og en seksjoneringsverdi på kr. 52 700 000 (inkl. utviklingspotensialet i første etasje). Forutsetningen for verdivurderingen var oppgradering og salg av enkeltseksjoner.

Våren 2016 gav Alpha Group AS v/ Carl Thomas Andersson tilbud om kjøp av AS Pilestredet 55b) på 58,5 millioner kroner. Gunnar Stenberg Eiendom AS kom med et mottilbud på 60 millioner kroner i mai 2016. Dette tilbudet ble akseptert av Alpha Group AS den 3. mai 2020.

Boligbygg v/ Fredriksen sendte den 2. mai 2016 en epost til Andersson og opplyste at Boligbygg var interessert i eiendommen. Dersom den generelle standarden på gården var god med teknisk god kvalitet og det ble bygget tre nye leiligheter i første etasje, kunne Boligbygg kjøpe eiendommen for kr. 87.000 pr. m2 med forbehold om styret i Boligbygg sitt samtykke og bystyrebehandling. Det var forut for denne eposten klart at bygården ville bli omgjort fra aksjeselskap til borettslag. Det var advokat Frode Sørli (Sørli) som stod for denne omgjøringen.

Utleiebygårder har ofte blitt overført til egne aksjeselskaper ved oppføringen av nybygg, både som seksjonerte og useksjonerte bygg. I tilfeller hvor byggets kostpris er lav, vil salg av selve bygget eller enkeltseksjoner utløse beskatning på selskapets hånd tilsvarende verdiutviklingen i eiertiden. Borettlagsmodellen innebærer at en boligeiendom som eies av et aksjeselskap overføres til et borettslag gjennom en skattefri sammenslåing. Detter selges borettslagsandelene til tredjeparter. Hver andel har en borett knyttet til én boenhet i bygget. Så lenge borettslaget består, vil den latente skatten bli liggende ubeskattet i borettslaget og ikke påvirkes av fremtidige kjøp og salg av borettslagsandelene.

Advokat Sørlie ba på vegne av Andersson om en verdivurdering av Grønnegata 21. Sem & Johnsen Eiendomsmegling v/ Petter Skaara (Skaara) antok i en vurdering av 11. mai 2016 at eiendommen var verd 64,8 millioner uten utviklingspotensialet i første etasje og kunne selges i markedet for ca 80 millioner kroner inklusiv utviklingspotensialet.

Den 8. juni 2016 sendte advokat Sørli en epost til Fredriksen med et tilbud på litt over kr. 90 000 mer m2 og kr. 650 000 per parkeringsplass for 9 parkeringsplasser. I den vedlagte prislisten pr. leilighet var prisen til sammen kr. 87 205 000 inkludert de tre leilighetene som ikke var bygget enda.

Kjøper av AS Pilestredet 55b skulle være Grønnegata 21 AS (under stiftelse). Alle aksjene i selskapet ble kjøpt av Gustav Holding AS den 10. juni 2016 for 60 millioner kroner, inkludert rabatt på 16 millioner kroner som kompensasjon for differansen mellom tomteverdi og eiendommens skattemessige avskrivningsgrunnlag (rabatt for latent skatt). Gustav Holding AS er holdingselskapet til Remi Lurud. Ifølge en opsjonsavtale datert 15. juni 2016 skulle Grønnegata 21 AS eies 100 prosent av Gustav Holding AS, mens Nordiska Eiendomsutvikling AS, eid av Carl Thomas Andersson (Andersson), og FS Holding AS, advokat Sørlis holdingselskap, fikk opsjon på å kjøpe seg inn i selskapet med henholdsvis 50 og 25 prosent av selskapets aksjer.

Den 22. juni 2016 sendte advokat Sørlie en epost til Boligbygg v/ Fredriksen et tilbud på hver enkelt leilighet. Fredriksen gav i en epost av samme dag uttrykk for at prisen er noe høy og at det må skjæres ned på totalen. Han ba videre i enda en epost denne dagen om en ekstern verdivurdering av leilighetene. I verdivurdering fra iHus eiendomsmegling v/ Michael Menti (Menti) av 22 juni 2016 ble verdien av bygården satt til kr. 87 205 000 og garasjeplassene ble vurdert til en verdi av kr. 7 800 000. Prislisten fra advokat Sørli og verdivurderingen fra iHus ved Menti er identiske.

Den 23. juni 2016 signerte fagansvarlig for kjøp i Boligbygg (Anne Sølvberg) akseptbrevene for de 16 leilighetene med 9 parkeringsplasser. Prisen var for 16 leiligheter og 9 parkeringsplasser kr. 75 055 000 pluss kostnader, til sammen kr. 77 318 475. Det er ikke omstridt at det ble inngått separate avtaler for leilighetene og parkeringsplassene og at dette ble gjort for å omgå kravet om bystyrebehandling av kjøp på over 50 millioner kroner.

Signering av kjøpekontraktene for de 16 leilighetene ble foretatt den 19. desember 2016 med overtakelse 20. desember 2016. Kjøpesummen ble innbetalt 21. desember 2016 til advokat Sørlies klientkonto. Faktisk overtakelse ble gjennomført den 18. januar 2017. Det er på det rene at bakgrunnen for at kjøpesummen ble betalt før overtakelse var at det var viktig å få eiendommen registrert som overtatt før utgangen av 2016 for at Boligbygg kunne vise måloppnåelse, mens Grønnegata 21 ikke kunne levere leilighetene før i 2017 på grunn av at borettslagsmodellen forutsatte at omdanning til borettslag og etterfølgende salg av leilighetene ikke kunne skje samme år.

Oslo kommune kjøpte også de tre siste leilighetene, som var under planlegging sommeren 2016. Disse leilighetene er ikke en del av saken og retten finner ikke grunn til å gå nærmere inn på kjøpet av disse leilighetene.

3. Deloittes rapport

Høsten 2017 ble det i flere reportasjer i Dagens Næringsliv satt fokus på virksomheten til Boligbygg og deres kjøp av leiligheter og bygårder. Saken medførte blant annet at styret i Boligbygg gikk av og at flere ansatte sluttet.

I oktober 2017 engasjerte Boligbygg Deloitte AS (Deloitte) til å granske nærmere angitte eiendomstransaksjoner som Boligbygg hadde gjennomført, hvorav én av transaksjonene var kjøpet av bygården i Grønnegata 21. Deloitte avga sin rapport i august 2018. Rapporten er på ca 600 sider. Deloitte påpekte en rekke

saksbehandlingsfeil ved kjøp av Grønnegata 21. Det fremgår av rapporten at Deloitte vurderte at Boligbygg ikke hadde foretatt tilfredsstillende teknisk vurdering av bygget. Deloitte stilte spørsmål ved at Boligbygg i realiteten betalte kostandene ved at Grønnegata 21 ble omgjort til borettslag, da dette ikke var en fordel for Boligbygg. Det var svakheter ved lønnsomhetsvurderingen og sist med inne minst var det foretatt en bevisst omgåelse av fullmaktsgrensene.

Deloitte konkluderte i tillegg med at eiendommen var kjøpt til betydelig over markedsverdi. Deloitte estimerte verdien for de 16 eksisterende leilighetene og ni parkeringsplasser til kr. 60 531 360 og kr. 64 309 554. Det vil si at Deloitte mente at bygården ble kjøpt til en overpris på mellom ca. 13 til 17 millioner kroner.
I rapporten drøfter Deloitte på generelt grunnlag om kjøp av fast eiendom til overpris kan omfattes av reglene i EØS-avtalens artikkel 61 om ulovlig statsstøtte. I rapporten på side 281 konkluderes det med at:

> Deloitte har ikke vurdert ulovlig statsstøtte i forbindelse med Boligbyggs kjøp av blant annet bygårder. Deloitte utelukker ikke at Oslo kommune i enkelte tilfeller kan ha krav på tilbakebetaling fra mottaker.

Sommeren 2020 ble bl.a Fredriksen siktet for grov korrupsjon.

4. Etterfølgende verdivurderinger av Grønnegata 21
4.1 Oslo kommunes verdivurderinger
Oslo kommune har i ettertid innhentet ytterligere verdivurderinger av Grønnegata 21. BER har i en verdivurdering av 16. november fastsatt markedsverdien på bygården (16 leiligheter og 10 parkeringsplasser) til 62 millioner som utleiegård og til 65,2 millioner dersom leilighetene selges enkeltvis. BER benyttet en usikkerhetsprosent på ± 5 % av konkludert verdi og kom til en markedsverdi på mellom 61,9 og 68, 5 millioner kroner. Verditidspunket ble satt til tidspunktet for signering av kontraktene, den 19. desember 2016.

Oslo kommune ønsket verdivurderingstidspunktet satt til 23. juni 2016, da tilbudet ble akseptert. BER foretok en ny vurdering med denne forutsetning og kom til at eiendommens markedsverdi for utleieformål var 57 millioner kroner og hvis leilighetene ble solgt enkeltvis til 58,7 millioner. Prisene er inkludert 9 parkeringsplasser og ikke 10 som i forrige verdivurdering. BER har videre, som tidligere lagt til grunn et usikkerhetsintervall på ± 5 % av konkludert verdi, det vil si en markedsverdi fra kr. 55,8 millioner til kr. 61,6 millioner, jfr. vurderingen av 10. desember 2018.

KPMG foretok en kvalitetssikring av Deloittes verdivurdering den 21. desember 2018 og kom den 21. desember 2018 til en samlet verdi på kr. 63 137 669.
Newsec har den 16. mai 2019 satt eiendommens markedsverdi til 65, 4 millioner kroner. Verdiberegningstidspunktet er satt til 23. juni 2016. Samlet verdi av 16 leiligheter og ni parkeringsplasser er satt til mellom 58-61 millioner som utleiegård og mellom 58,1 til 60,9 hvis leilighetene selges enkeltvis.

4.2 Grønnegata 21's verdivurderinger
I en skriftlig vurdering av 9. mars 2020 konkluderer Terje Tinholdt (daglig leder og partner i Tinholt eiendom) med at etter en totalvurdering er det hans vurdering at Grønnegata 21 ble ervervet på et akseptabelt prisnivå og at boligbygg har

opptrådt som en privat kjøper ved gjennomføring av kjøpet.
Verdivurderingstidspunktet er satt til 19. desember 2016. Det er videre fremlagt en verdivurdering av 26. mars 2020 fra Cushman & Wakefield realkapital (CWR), der det anslås at kvadratmeterprisen for sammenlignbare leiligheter i en sammenlignbare bygård (Huitfelts gate 19) lå på kr. 91 124 m2.

Advokatfirmaet Kvale foretok undersøkelser av kvadratmeterprisen på leiligheter i det aktuelle området ved å undersøke salgspris på leiligheter (små, mellomstore og store) solgt etter juni 2016 og kom til en gjennomsnittlig kvadratmeterpris på kr. 91 901.

5. Persongalleriet på selgersiden
Gustav Holding AS v/ Remi Lurud eier en rekke eiendomsselskaper og var involvert i 3 andre eiendomssalg til Boligbygg i den aktuelle perioden.

Carl Thomas Andersson var involvert i en rekke eiendomssalg til Boligbygg, hovedsakelig gjennom kjøp og salg av enkeltleiligheter. Han er sammen med Geir Fredriksen siktet for grov korrupsjon for forhold knyttet til Boligbyggs kjøp av leiligheter. Kjøpet av Grønnegata 21 er ikke en del av siktelsen.

Advokat Sørli var involvert i en rekke av transaksjonene mellom Boligbygg og forskjellige eiendomsaktører. Han hadde selv økonomisk interesse i flere av prosjektene, herunder Grønnegata 21. I vedtak av 22. mai 2018 ble han ilagt forbud mot å drive eiendomsmegling, forbud mot å være fagansvarlig og ansvarlig megler og eiendomsmeglerbrevet ble tilbakekalt. Den 13. desember 2018 tilbakekalte advokatbevillingsnemndens hans advokatbevilling. Vedtakene er bl.a begrunnet med hans rolle i transaksjonene som involverte Boligbygg.

Mikael Menti fikk i vedtak av 4. september 2019 tilbakekalt tillatelse til å være ansvarlig megler. Også dette vedtaket er begrunnet med Mentis rolle i transaksjonene med Boligbygg.

6. Oslo kommunes behandling av saken etter Deloittes rapport
Den 27.3.2019 behandlet bystyret i Oslo sak om tilbakebetaling av statsstøtte. Det ble her fattet vedtak om å gi byrådet fullmakt til å treffe enkeltvedtak om tilbakeføring av offentlig støtte for blant annet kjøpet av Grønnegata 21.

Etter forhåndsvarsel av 26. mars 2019 og svar fra Grønnegata 21AS v/ advokat Sørlie den 3.mai 2019 fattet byråden for næring og eierskap den 3. juni 2019 vedtak om at ulovlig støtte på 13 millioner kroner gitt ved kjøpet av 16 andeler og ni parkeringsplasser i Grønnegata 21 kreves tilbakeført. Vedtaket ble påklaget av Grønnegata 21 den 27. juni 2019. Byrådet fant ikke grunnlag for å omgjøre vedtaket og klagen ble oversendt Oslo kommunale klagenemnd den 18. november 2019. Grønnegata 21 kom med tilleggsbemerkninger til klagen i skriv av 28. februar 2020, som ble kommentert av kommunen den 6. mars 2020. Den 10. mars 2020 fattet Oslo kommunale klagenemnd følgende vedtak:

> Klagenemnda har kommet til at Byråd for næring og eierskaps vedtak av 03.06.2019 om tilbakebetaling opprettholdes.

Parallelt med forvaltningssaken varslet kommunen Grønnegata 21 den 23. mai 2020 om søksmål i henhold til tvisteloven § 5-2 og det ble tatt ut stevning 18. juni 2020. Kommunen opplyste i stevningen at det er rettslig uklart om et krav om tilbakebetaling av ulovlig støtte skal fremsettes som et alminnelig pengekrav eller om det må treffes i vedtaks form. For å unngå foreldelsesinnsigelser valgte kommunen både å fatte enkeltvedtak og ta ut stevning. Ved tilsvar av 5. september 2020 tok Grønnegata 21 til motmæle og viste til at selskapet hadde var villig til å forlenge foreldelsesfristen i det selskapet og så det hensiktsmessig at saken ble behandlet ferdig i forvaltningssystemet for domstolene tok stilling til saken.

Oslo tingrett avsa 7. februar 2021 dom med slik domsslutning:

1. Grønnegata 21 AS frifinnes.

2. Oslo kommunes vedtak av 3. juni 2019, opprettholdt av Oslo kommunale klagenemnd den 10. mars 2020, er ugyldig.

3. Oslo kommune dømmes til å betale saksomkostninger med 4 744 747 – firemillionersyvhundreogførtifiresyvhundreogførtisyv – kroner til Grønnegata 21 AS.

Oslo kommune har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Ankeforhandling ble holdt 22. mars til 5. april 2022 i Borgarting lagmannsretts hus. Om bevisføringen vises til rettsboken.

Partene har blitt varslet om at dommen ikke ville bli avsagt innen lovens frist som følge av sakens omfang og dommernes øvrige berammelsesprogram.

Den ankende part, **Oslo kommune**, har i hovedtrekk anført:

Retten har full kompetanse ved prøvingen av vilkårene for ulovlig offentlig støtte.

Mye taler for at kommunens tilbakebetalingskrav skal treffes i enkeltvedtaks form, slik kommunen også har gjort. At støtten springer ut av en privatrettslig avtale, kan samtidig tilsi at krav om tilbakebetaling er et alminnelig pengekrav.

Vilkårene i EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1 er oppfylt.

Grønnegata 21 AS har mottatt en økonomisk fordel.

Avtalt pris er markedsmessig hvis den enten er innenfor en «rimelig margin» av vurdert verdi eller innenfor et angitt spekter. Hva som er en rimelig margin/spekter, avhenger av hvor utfordrende det er å fastsette verdien på den aktuelle eiendommen. Grønnegata 22 er ingen vanskelig eiendom å verdsette. Sammenligningsgrunnlaget er svært godt.

Boligbygg må sammenlignes med en markedsaktør som kjøper bygårder. Det må legges inn en margin for profitt/avkastning.

Verdivurderingen må ta utgangspunkt i tidspunktet for tilbud og aksept 23. juni 2016. Brudd på fullmaktsreglene endrer ikke dette.

Ingen av de foreliggende verdivurderingene er i nærheten av kjøpesummen Boligbygg betalte – med unntak av Mikael Mentis vurdering. Verdivurderingene er basert på forsvarlig grunnlag og viser at verdien av 16 leiligheter og ni garasjeplasser lå i spennet mellom 56 og 62 millioner kroner. Det er betalt en overpris på minst 13 millioner kroner.

Støtten kan tilregnes kommunen. Boligbygg er som kommunalt foretak en del av Oslo kommune som rettssubjekt og er direkte underlagt bystyrets instruksjonsmyndighet. Kjøpet av Grønnegata 21 var en direkte konsekvens av Tøyen-avtalen og Tøyen-vedtaket i Oslo bystyre.

Støtten er egnet til å påvirke samhandelen. Det er dokumentert at det er internasjonale aktører i eiendomsmarkedet i Oslo. Dette inkluderer også boligmarkedet. Gustav Holding AS og selskapene til Carl Thomas Andersson og Frode Sørli var alle aktive aktører i eiendomsmarkedet i Oslo. Støtten har styrket disse selskapenes posisjon vis-a-vis konkurrerende foretak fra andre EØS-land. Støtten overstiger klart grensen for bagatellmessig støtte.

Ingen av unntakene fra støtteforbudet er aktuelle i saken her.

Det foreligger ikke saksbehandlingsfeil.

Vedtaket i klageomgangen er truffet av klagenemnda, med bystyrets sekretariat som faglig sekretariat. At førsteinstansen redegjør for sin vurdering av om det er grunnlag for å ta klagen til følge, er helt ordinært. Saksbehandlingen har ikke vært forutinntatt.

Kommunen har sørget for at saken var tilstrekkelig opplyst gjennom blant annet å innhente fagkyndige vurderinger. Kommunen har deretter foretatt en selvstendig og konkret helhetsvurdering. Det er ikke en saksbehandlingsfeil at kommunen ikke kontaktet Nærings- og fiskeridepartementet eller ESA.

Klagevedtaket er tilstrekkelig begrunnet. Begrunnelsen må ses i lys av førsteinstansens vedtak. Vedtaket bygger på korrekt faktum.

Kravet mot Grønnegata 21 AS utgjør ikke usaklig forskjellsbehandling. Boligbygg mottar ikke ulovlig offentlig støtte.

En eventuell saksbehandlingsfeil kan uansett ikke medføre ugyldighet. Det er tale om et strengt lovbundet vedtak. Saksbehandlingsfeil kan ikke føre til ugyldighet, dersom lagmannsretten opprettholder kommunens materielle vurderinger. Det kan da utelukkes at saksbehandlingsfeilene har virket inn på vedtakets innhold.

Lov om offentlig støtte § 5 første ledd i kombinasjon med iverksettelsesforbudet gir hjemmel for kravet om tilbakebetaling. Hjemmelen gir støttegiver kompetanse til å kreve støtten tilbake.

Støttebeløpet kan kreves tilbakeført uavhengig av om det er en del av en gjensidig bebyrdende avtale. Avtalen er bare ugyldig så langt den er i strid med loven. Dette må innebære at støtten skal tilbakeføres, mens avtalen for øvrig består. Det er ikke noen urimelig løsning at Grønnegata 21 AS blir sittende igjen med et vederlag som er markedsmessig. Dette er i tråd med formålet med statsstøttereglene. Grønnegata 21 AS kan ikke ha noen beskyttet forventning om å beholde et vederlag som ikke var markedsmessig.

Det er lagt ned slik påstand:

1. Grønnegata 21 AS betaler tilbake ulovlig offentlig støtte mottatt fra Oslo kommune ved Boligbygg Oslo KF, oppad begrenset til 17 055 000 kroner.

2. Grønnegata 21 AS betaler av beløpet i punkt 1 rente etter EFTAs overvåkningsorgans enhver tid gjeldende sats, for perioden 21. desember 2016 til 12. juli 2019.

3. Grønnegata 21 AS betaler av beløpet i punkt 1 med tillegg av rentebeløpet etter punkt 2, forsinkelsesrente etter lov om renter ved forsinket betaling m.m., for perioden 13. juli 2019 frem til betaling skjer.

4. Oslo kommune tilkjennes sakskostnader for tingrett og lagmannsrett.

Ankemotparten, **Grønnegata 21 AS**, har i hovedtrekk anført:

Krav om tilbakebetaling er et enkeltvedtak. Domstolene har begrenset prøvelsesadgang og har ikke adgang til å avsi dom for realitet.

Vilkårene for ulovlig statsstøtte er ikke oppfylt.

Grønnegata 21 AS har ikke mottatt en økonomisk fordel. Spørsmålet er om Grønnegata 21 AS har opptrådt markedsmessig. Det er kjøperperspektivet som er det sentrale, og det må foretas en bred helhetsvurdering i tråd med markedsaktørprinsippet. Vurderingen er ikke begrenset til en verdivurdering.

Kommunen var ikke avtalerettslig bundet i juni 2016. Sølvberg hadde ikke fullmakt til å binde kommunen til en slik avtale. Kommunen hadde også tatt forbehold om godkjennelse av bystyret, og dette forbeholdet ble verken løftet eller oppfylt. Partene var heller ikke enige om alle vesentlige forhold pr. juni i 2016.

Det må ses bort fra de verdivurderingene kommunen har innhentet. Det er tale om ex-ante-vurderinger. Det kan videre stilles spørsmål ved uavhengigheten til de som har utarbeidet vurderingene, og det er avdekket en rekke svakheter og feil ved vurderingene.

Den avtalte prisen lå innenfor en rimelig skjønnsmargin. Grønnegata 21 AS er uansett ikke satt i en bedre situasjon enn uten avtalen.

Vilkåret om at eventuell støttetildeling må tilregneliges det offentlige, er ikke oppfylt. Boligbygg har i praksis disponert helt uten kommunens kontroll og innflytelse.

Samhandelsvilkåret er ikke oppfylt. Påvirkningen av samhandelen kan ikke være rent hypotetisk eller presumert. Det må grunngis konkret hvordan støtten vil påvirke samhandelen. Terskelen for samhandelsvilkåret er hevet i senere praksis fra EU-kommisjonen og ESA. Det er ikke påvist en konkret og tilstrekkelig samhandelspåvirkning i saken her.

Vedtaket må uansett oppheves som følge av saksbehandlingsfeil.

Kommunen har tatt feil rettslig utgangspunkt for markedsaktørvurderingen når det sammenlignes med en privat selger og ikke en kjøper. Det er også tatt feil rettslig utgangspunkt i samhandelsvurderingen. Vilkåret fordrer en bred helhetsvurdering som kommunen ikke har foretatt.

Vedtaket må oppheves som følge av forutinntatt saksbehandling. Det har ikke vært noen reell to-instansbehandling. Saken ble forberedt av inhabilt organ.

Det er en saksbehandlingsfeil at kommunen ikke har tatt kontakt med ESA eller departementet, jf. lov om offentlig støtte § 6. ESA kunne ha vurdert unntak fra støtteforbudet.

At kommunen ikke krever støtte gitt til Boligbygg tilbakebetalt, innebærer en usaklig forskjellsbehandling.

Vedtaket er ugyldighet dersom det er en «ikke helt fjerntliggende mulighet» for at saksbehandlingsfeilen kan ha virket inn på vedtaket, jf. forvaltningsloven § 41.

Lov om offentlig støtte § 5 gir ikke støttegiver hjemmel til å kreve støtten tilbakeført. Det er eventuelt departementet som må kreve støtten tilbakeført.

Det er ikke hjemmel for å kreve differansen mellom kjøpesummen og antatt markedsverdi tilbakeført samtidig som avtalen for øvrig fastholdes. Det foreligger ingen korresponderende tilbud og aksept for en avtale på slike vilkår. Avtalen må eventuelt prøves etter alminnelige avtalerettslige regler, og konsekvensen vil i så fall være at avtalen faller bort i sin helhet og ytelsene restitueres.

Det er ikke innsigelser til kommunens rentekrav.

Det er nedlagt slik påstand:

Prinsipalt:

1. Anken forkastes.
2. Oslo kommune dømmes til å erstatte Grønnegata 21 AS` sakskostnader for lagmannsretten.

Subsidiært:

1. Grønnegata 21 AS frifinnes mot at partene tilbakefører sine respektive ytelser.
2. Oslo kommune dømmes til å erstatte Grønnegata 21 AS` sakskostnader for lagmannsretten.

Lagmannsretten ser slik på saken:

1. Innledning, vurderingstema og prøvelseskompetanse

Sakens hovedproblemstilling er om Boligbyggs kjøp av Grønnegata 21 innebærer ulovlig offentlig støtte. Oslo kommune krever støtten tilbakeført, oppad begrenset til 17 millioner kroner. Vilkårene for ulovlig offentlig støtte følger av EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1. Bestemmelsen lyder slik:

> Med de unntak som er fastsatt i denne avtale, skal støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTAstatene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer, være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene.

Tre av bestemmelsens vilkår er omstridt: Om mottakeren har fått en økonomisk fordel, om støtten kan tilregnes det offentlige og om støtten er egnet til å påvirke samhandelen innenfor EØS-området.

Den 3. juni 2019 fattet byråd for næring og eierskap i Oslo kommune vedtak om tilbakeføring av offentlig støtte på 13 millioner kroner. Vedtaket ble påklaget og opprettholdt ved Oslo kommunes klagenemnds vedtak 10. mars 2020.

Kommunen har under domstolsbehandlingen reist spørsmål om en beslutning om tilbakeføring av ulovlig offentlig støtte er et enkeltvedtak. Lagmannsretten finner det klart at kommunens avgjørelse av om det foreligger ulovlig offentlig støtte, er et enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 bokstav b, jf. a. Det er tale om offentlig myndighetsutøvelse etter et offentligrettslig regelverk.

I høringsforslaget til ny støtteprosesslov ble det for øvrig foreslått å presisere at et krav om tilbakeføring av ulovlig offentlig støtte er et enkeltvedtak. Presiseringen ble forkastet av departementet under henvisning til at det uansett var klart at det var tale om enkeltvedtak, jf. Prop. 212 L (2020–2021) på side 50.

At det er tale om et enkeltvedtak, innebærer at prinsippene for domstolsprøving av forvaltningsvedtak setter rammene for domstolsbehandlingen. Grønnegata 21 AS har gjort gjeldende at det ikke er tale om et lovbundet vedtak og at domstolene ikke kan prøve alle vurderingene fullt ut. Etter lagmannsrettens syn er det klart ikke rettskildemessig grunnlag for en slik slutning. At subsumsjonen under vilkårene for ulovlig offentlig støtte vil innebære elementer av faglig skjønn, kan ikke i seg selv innebære at domstolenes kompetanse er begrenset. Det er da også et visst paradoks at Grønnegata 21 AS' syn ville innebære at den endelige vurderingen av vilkårene for offentlig støtte ble overlatt til Oslo kommune. Lagmannsretten vil foreta en full realitetsprøving av om det foreligger ulovlig offentlig støtte, jf. punkt 2 og 3 nedenfor. Deretter vil lagmannsretten vurdere konsekvensen av at det foreligger ulovlig offentlig støtte, herunder om kommunen har hjemmel for å kreve støtten tilbakeført.

Grønnegata 21 AS har gjort gjeldende at kommunen ved behandlingen av om det foreligger ulovlige offentlig støtte, har begått flere saksbehandlingsfeil. Sett i lys av at lagmannsretten har full overprøvingskompetanse og vil foreta en full realitetsprøving av vedtakets materielle innhold, er det vanskelig å se at eventuelle saksbehandlingsfeil i forvaltningen vil være av betydning for vedtakets gyldighet, jf. bl.a. Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett (2018) på side 468. Lagmannsretten finner på denne bakgrunn ikke grunn til å gå nærmere inn på anførslene om saksbehandlingsfeil under forvaltningsbehandlingen.

2. Fordelsvilkåret

2.1. Markedsaktørprinsippet – rettslige utgangspunkter

«Fordelsvilkåret» innebærer at det offentliges handling må ha medført en økonomisk fordel for mottakeren. Støttebegrepet omfatter i utgangspunktet alle økonomiske fordeler

som mottakeren ikke ville ha oppnådd på normale markedsvilkår. Det offentliges kjøp av fast eiendom til «overpris» vil således kunne utgjøre offentlig støtte.

Hvorvidt det offentliges handling har medført en økonomisk fordel for mottakeren, skal vurderes etter markedsaktørprinsippet. Spørsmålet er om det offentlige har opptrådt på markedsmessige betingelser, slik en markedsaktør ville ha opptrådt. ESA har gitt nærmere retningslinjer for denne vurderingen, jf. Notion of aid (2017) punkt 4.2.

Med henvisning til EU-domstolens praksis formulerer ESA markedsaktørtesten slik:

> To determine whether a public body's investment constitutes State aid, it is necessary to assess whether, in similar circumstances, a private investor of a comparable size operating in normal conditions of a market economy could have been prompted to make the investment in question. (Notion of aid avsnitt 74)

Det offentliges handling skal således sammenholdes med hvordan en markedsaktør ville ha handlet i en tilsvarende situasjon. I en slik vurdering vil det ikke være relevant å vektlegge om det offentliges handling var rasjonell og velbegrunnet ut fra ikke-økonomiske hensyn som det offentlige skal ivareta, jf. Notion of aid avsnitt 76.

Hvorvidt det offentliges handling er i tråd med markedsaktørprisnippet må ta utgangspunkt i situasjonen *ex-ante*, dvs. i informasjon som var tilgjengelig på handlingstidspunktet. Vurderingen skal ikke baseres på situasjonen *ex-post*, dvs. en vurdering i retrospekt av om investeringen viste seg å være lønnsom, jf. Notion of aid avsnitt 78.

Vurderingen bør ta utgangspunkt i hvordan prisen rent faktisk ble fastsatt og hva det offentlige i samtid bygget sine prisvurderinger på. Dersom investeringen ble foretatt etter en anbudsprosess i tråd med anskaffelsesreglene, kan det presumeres at anskaffelsen er markedsmessig, jf. Notion of aid avsnitt 89. Tilsvarende må normalt kunne legges til grunn dersom kjøpet skjedde etter en budrunde med andre markedsaktører. Erverv av fast eiendom er unntatt fra anskaffelsesreglene, jf. anskaffelsesforskriften § 2-4 bokstav a.

Eventuelle verdivurderinger foretatt i samtid vil være sentrale. ESA legger i sine retningslinjer til grunn at det kan forventes at en markedsaktør vil foreta slik vurderinger forut for transaksjonen, jf. Notion of aid avsnitt 78:

> In fact, any prudent market economy operator would normally carry out its own ex-ante assessment of the strategy and financial prospects of a project, for instance, by means of a business plan.

Dersom anskaffelsesprosessen eller verdivurderinger i samtid ikke gir grunnlag for å konkludere med at det offentlige har opptrådt på markedsmessige betingelser, må det også trekkes inn andre vurderinger og vurderingsmetoder. I Notion of aid peker ESA på «bechmarking» og annen «generally accepted, standard assessment methodology», jf.

avsnitt 97 flg. Det vil være sentralt at vurderingene som innhentes, kun bygger på informasjon som var tilgjengelig på transaksjonstidspunktet. Det vil også være ønskelig å se flere ulike metoder i sammenheng, jf. Notion of aid avsnitt 105.

Markedsprisen vil normalt være et produkt av en rekke skjønnsmessige vurderinger og sammenligninger, og kan normalt ikke fikseres til en bestemt pris. Snarere vil det være naturlig å fastsette markedsprisen som et intervall eller et område, se Notion og aid avsnitt 104. Et slikt intervall vil kunne ta høyde for at ulike markedsaktører vurderer markedet ulikt. Størrelsen på et slikt intervall – eller skjønnsmargin – må vurderes konkret ut fra sensitiviteten av de markedsprisvurderinger som foreligger.

Markedsaktørtesten vil kunne slå ulikt ut avhengig av hvordan den sammenlignbare markedsaktøren defineres. I Næringsdepartementets veileder til statsstøttereglene er dette omtalt slik:

> Det er flere metoder for å anvende markedsaktørtesten, og hvilken man velger avhenger av hva slags aktivitet man skal i gang med, og hva som finnes av tilgjengelig informasjon. Det offentlige må først finne ut hva slags transaksjon man skal gjøre – om man opptrer som investor, eier, långiver, garantist, kjøper eller selger.

Markedsaktørtesten i saken her må defineres på bakgrunn av hvilket oppdrag Boligbygg skulle utføre i eiendomsmarkedet, dvs. kjøpe eiendom i tråd med Tøyenavtalen. En markedskjøper – som Boligbygg her har opptrådt som – vil normalt ikke selv kunne definere hvilke aktører vedkommende skal konkurrere med. Motparten – markedsselgeren – må presumeres å ville selge til den aktøren som betaler høyest pris. Utgangspunktet må således være at markedsprisen defineres av den aktøren i markedet som er villig til å betale høyest pris, det være seg om dette er en investor eller en boligkjøper.

Ovennevnte må samtidig ses i lys av hvilket objekt det er tale om – i saken her 16 leiligheter og ni parkeringsplasser i en bygård. Selv om leilighetene ble solgt enkeltvis, og to av leilighetene opprinnelig ikke var inkludert, er det nærliggende å sammenligne kjøpsobjektet med en hel bygård. Kommunen har gjort gjeldende at «kjøpermarkedet» for slike objekter er profesjonelle investorer, som vil kalkulere med en fortjenestemargin. Lagmannsretten utelukker ikke at dette for en del salgssituasjoner vil kunne være en korrekt tilnærming. I saken her er det imidlertid lite treffende. Som vist til ovenfor, må markedsaktørtesten ta høyde for hvilket kjøpermarked Oslo kommune konkurrerte i, herunder hvilke alternativer selgerne hadde. Selgerne var her kortsiktige investorer, som hadde kjøpt Grønnegata 21 for å selge den videre innen kort tid med fortjeneste. Lagmannsretten er ikke i tvil om at disse selgerne ville selge eiendommen på den måten som ville generere høyest mulig fortjeneste. De involverte på selgersiden var da også erfarne aktører i eiendomsmarkedet, som hadde kunnskap og «apparat» til å selge ut leilighetene enkeltvis, dersom dette ville gi høyest fortjeneste. Det var heller ikke slik at

Grønnegata 21 AS var under sterkt tidspress – selskapets eiere hadde finansiering fra Pareto bank i 12 måneder. En tilnærming hvor det gjøres fradrag i markedsprisen for en fortjenestemargin på kjøpers hånd vil da gi en lavere markedspris enn det Grønnegata 21 AS ville vært villig til å selge for.

Til dette kommer at det også kan stilles spørsmål om kjøpere av hele bygårder får en «kvantumsrabatt» sammenlignet med kjøp av de samme leilighetene enkeltvis. Anders Langtind – som har omfattende erfaring som eiendomsmegler i bygårdsmarkedet i Oslo – har vist til at det i en del tilfeller kan være stikk motsatt – at kjøper av en hel bygård må betale en «premie» for å få kontroll over hele gården.

2.2. Kjøpsprosessen

Lagmannsretten vurderer først prosessen som ledet til Boligbyggs kjøp. Dersom kjøpet er gjennomført i konkurranse med andre markedsaktører, kan dette i seg selv tilsi at kjøpet ble gjennomført på markedsmessige betingelser, jf. ovenfor.

Boligbyggs interesse for Grønnegata 21 startet i 2015 – et år før prosessen som ledet til kjøpet. Eiendommen var da eid av Gunnar Stenberg Eiendom. Det ble på dette tidspunkt utarbeidet en verdivurdering av eiendommen, jf. nærmere nedenfor. Boligbygg var på befaring på eiendommen, men konkluderte med at den ikke var aktuell, bl.a. som følge av at heisen ikke fungerte og at takterrassen representerte en sikkerhetsutfordring. Av Deloittes rapport fremgår det at prisen som ble diskutert i 2015, lå på 50–60 millioner kroner, jf. særlig Deloittes intervju med Boligbyggs daværende utviklingssjef.

Våren 2016 tok Thomas Andersson kontakt med Geir Fredriksen i Boligbygg om Grønnegata 21. Fredriksen hadde kjent Andersson gjennom flere år, og Andersson hadde tidligere solgt en rekke enkeltleiligheter til Boligbygg.

I mai 2016 finnes de første sporene av en skriftlig dialog mellom Boligbygg og Andersson om Grønnegata 21. I e-post 2. mai 2016 skrev Geir Fredriksen at det kan være aktuelt for Boligbygg å kjøpe gården for 87 000 kroner pr. kvadratmeter. Forutsetningen er at gården er i god teknisk stand, at bad og kjøkken er oppusset og at det blir bygget tre nye leiligheter i underetasjen.

Den 8. juni 2016 sendte advokat Frode Sørli en e-post til Geir Fredriksen med en prisliste. Prislisten viste areal og kjøpesum for 19 leiligheter, herunder de tre leilighetene som skulle bygges senere. Totalpris var 87 205 00 kroner. De tre nye leilighetene var priset til seks millioner hver. Kjøpesummen uten disse leilighetene var 69 205 000 kroner. I tillegg kom de ni parkeringsplassene, som ble tilbudt til 650 000 kroner pr. stykk, totalt 5 850 000 kroner. Totalpris for 16 leiligheter og ni parkeringsplasser utgjorde således 75 055 000 kroner, som samsvarer med endelig kjøpesum.

To uker senere, den 22. juni 2016, sendte Sørli en ny e-post til Fredriksen, denne gang vedlagt tilbudsbrev for de enkelte leilighetene. Prisene var identiske med den tidligere prislisten. Fredriksen responderte klokken 08.22 samme dag med én setning:

> Ved første øyekast ser det noe høyt ut i pris, tror vi må skjære ned på totalen…

Klokken 10.10 samme dag sendte Fredriksen en ny e-post til Sørli:

> Hei, kunne dere innhentet en ekstern verdivurdering av leilighetene. Trenger nok det uansett på et tidspunkt…

Senere samme dag sendte Fredriksen en ny e-post til Sørli og Lurud, hvor han stilte krav til enkelte bygningsmessige forhold, herunder bl.a. at «heisen i bygget må fungere», at badene «må være tette», at «flater i leilighetene er i oppusset stand» og at «eldre kjøkken og bad må oppgraderes». Lurud bekreftet samme dag at dette var «helt greit». Det ble avtalt et møte dagen etter.

Parallelt med dette var Sørli i kontakt med eiendomsmegler Mikael Menti om en verdivurdering. Klokken 13.04 den 22. juni sendte Menti over en verdivurdering. Prisen var identisk med selgernes tilbud 8. juni 2016, dvs. 87 205 000 kroner for alle 19 leilighetene, og 5 850 000 for garasjeplassene. Vedlagt verdivurderingen fulgte også et oppsett med separate verdivurderinger av de 19 leilighetene. Prisvurderingen av samtlige leiligheter er identisk med selgernes tilbud 8. juni 2022.

Deloitte har gransket verdivurderingsdokumentet fra Mikael Menti og kommentert dette som følger:

> Det foreligger en verdivurdering av eiendommen datert 22.06.2016 som er signert av selgers eiendomsmegler. Verdivurderingen er identisk med selger Ds [Remi Luruds] prisliste, som først ble oversendt Boligbygg i e-posten av 08.06.2016. Ved en gjennomgåelse av verdivurderingens metadata, fremkommer det at forfatter av det bakenforliggende Excel-arket i verdivurderingen er Selger D [Remi Lurud].

Den 23. juni 2016 ble samtlige tilbudsbrev signert som akseptert av Anne Sølvberg i Boligbygg. Kjøpekontrakt ble signert senere, den 19. desember 2016.

Som det fremgår, gikk det svært kort tid fra Fredriksen bemerket at prisene «ved første øyekast» så noe høye ut og at det måtte innhentes en ekstern verdivurdering, til avtale var inngått. Det er ikke holdepunkter for at det før dette var foretatt noen verdivurdering av eiendommen fra Boligbyggs side.

Eiendomsmegler Mikael Mentis verdivurdering ble oversendt til Sørli mindre enn tre timer etter Fredriksens forespørsel. Den samsvarer til minste detalj med selgernes tidligere

tilbud. Grønnegata 21 AS har anført at Mentis verdivurdering var utarbeidet tidligere. Det er ingen spor av noe slikt i begivenhetsnær dokumentasjon. Heller ikke i selve verdivurderingen eller i Mentis oversendelse av denne til Sørli er det spor av at det var tale om en verdivurdering som var foretatt på et tidligere tidspunkt. Det er heller ikke spor av noen slik forklaring i Deloittes granskning.

Samlet sett er det etter lagmannsrettens syn slik tvil ved prosessen som lå til grunn for Mentis verdivurdering at lagmannsretten ikke finner å kunne tillegge denne nevneverdig vekt. Det er ikke holdepunkter for at Boligbygg innhentet noen annen verdivurdering enn denne forut for kjøpet. Det finnes heller ikke dokumentasjon fra eventuelle interne verdivurderinger og beslutningsprosesser i Boligbygg. Til dette kommer at det ikke var andre interessenter involvert.

Kjøpsprosessen gir etter dette ikke grunnlag for å konkludere med at eiendommen ble kjøpt til markedspris.

2.3. Avtalt pris og tidspunkt for bindende avtale

Lagmannsretten går med dette over til å vurdere kjøpsavtalen mellom Grønnegata 21 AS og Boligbygg. Det er helheten av kjøpsavtalen som skal måles opp mot normale markedsvilkår. Det er også sentralt å fastlegge når bindende avtale ble inngått, som vil være det tidspunkt markedsprisen skal vurderes.

Grønnegata 21 AS' tilbud ble signert som akseptert av Anne Sølvberg 23. juni 2016. Samlet pris for 16 leiligheter og ni parkeringsplasser utgjorde 75 055 000 kroner. Lagmannsretten finner det helt klart at det forelå bindende avtale når det ble signert dokumenter benevnt tilbud og aksept med konkrete kjøpesummer. At det gjenstod å skrive kontrakt, skiller ikke avtaleslutningen i saken her fra andre avtaleslutningsprosesser ved kjøp av fast eiendom. Det er da heller ikke spor av at det ble gjennomført noen ytterligere forhandlinger mellom partene i perioden frem mot kontraktsinngåelsen. Noen «kravsspesifikasjon» utover det som fulgte av Fredriksens e-post 22. juni, ble ikke utarbeidet.

Det er etter lagmannsrettens syn heller ikke grunnlag for å forskyve avtaleslutnings-tidspunktet som følge av en eventuell fullmaktsoverskridelse fra Boligbyggs side. Det er på det rene at styret i Boligbygg sin fullmakt var begrenset til 50 millioner kroner og at Anne Sølvbergs fullmakt var begrenset til 15 millioner kroner. Oppdelingen av kjøpet i enkeltleiligheter kan fremstå som en omgåelse av dette. Det er samtidig klart at Frode Sørli, som representerte Grønnegata 21 AS ved avtaleinngåelsen, var fullt klar over fullmaktsgrensene. Grønnegata 21 AS har da heller ikke på noe tidspunkt påberopt ugyldighet som følge av manglende fullmakter fra Boligbygg. Lagmannsretten finner da

ikke grunnlag for å tillegge en slik «hypotetisk» ugyldighetsinnsigelse betydning for avtaleslutningstidspunktet.

Grønnegata 21 AS har anført at kontrakten var en avtale om et fremtidig kjøp, og at kontraktsposisjonen som skal verdsettes, er et kjøp på overtakelsestidspunktet. Det prinsipielle utgangspunktet etter markedsaktørprinsippet vil være hvordan en uavhengig markedsaktør ville ha verdsatt Boligbyggs kontraktsposisjon pr. avtaleslutningstidspunktet. Om en uavhengig markedsaktør pr. 23. juni 2016 ville ha tillagt det betydning for verdsettelsen at overtakelsen skulle skje noe frem i tid, skal dette klart nok tas hensyn til. Lagmannsretten finner imidlertid ikke grunnlag for at en fremtidig overtakelse som i saken her faktisk ble tillagt betydning av uavhengige markedsaktører, jf. særlig eiendomsmegler Anders Langtinds forklaring. I følge Langtind var det vanlige at verdsettelsen skjedde «der og da». Overtakelse seks måneder senere var ordinært. I følge Langtind var det heller ikke vanlig med noen mekanisme som justerte prisen ut fra markedsutviklingen frem til overtakelse. Noen slik prisjusteringsmekanisme ble heller ikke avtalt i saken her.

Verdsettelsen må etter dette skje pr. avtaleslutningstidspunktet 23. juni 2016.

Lagmannsretten legger til grunn en total kjøpesum på 75 055 000 kroner for 16 leiligheter og ni parkeringsplasser. Det er på det rene at det i tillegg ble betalt omkostninger på 2 180 945 kroner og et andelsinnskudd på 80 000 kroner. Deler av omkostningene var dokumentavgift. Kommunen har ikke gjort gjeldende at dekningen av omkostningene ikke var markedsmessig. Omkostningene er heller ikke en del av kommunens tilbakeføringsvedtak.

Lagmannsretten finner ikke grunnlag for å justere verdien av kommunens kontraktsposisjon som følge av kontraktsvilkårene. Et eventuelt avvik fra alminnelige markedsvilkår ville eventuelt bestått i at kontrakten inneholdt større ansvarsfraskrivelser enn normalt *i selgers favør*, jf. kontraktenes punkt 7 om eiendommens tilstand. Kommunen har imidlertid ikke anført at kjøpesummen skal oppjusteres som følge av dette.

2.4. Mangler/arealavvik

I tilbudet og aksepten ble det lagt til grunn at de 16 leilighetene hadde et totalt areal på 720 kvadratmeter. For lagmannsretten har kommunen fremlagt dokumentasjon som viser at det ble foretatt nye oppmålinger i 2017, som ga et areal på 689 kvadratmeter.

Et slikt arealavvik – som ikke var kjent pr. kjøpstidspunktet – kan ikke tillegges betydning ved vurderingen av om kommunen har opptrådt markedsmessig. At det offentlige har kjøpt en eiendom med mangler, som derfor viser seg å være verdt mindre enn antatt, må håndteres etter mangelsbeføyelsene i kontrakten og avhendingsloven.

2.5. Grønnegata 21 AS' kjøp av eiendommen fra Stenberg Eiendom

Grønnegata 21 var frem til 2016 heleid av selskapet Gunnar Stenberg Eiendom AS, som leide ut leilighetene. I 2016 solgte Gunnar Stenberg Eiendom eiendommen til Grønnegata 21 AS, som da var under stiftelse. Gunnar Stenberg Eiendom og Grønnegata 21 AS var uavhengige parter, uten noen form for interessefellesskap seg imellom. Kjøpet ble gjennomført kort tid før videresalget til Boligbygg, jf. nærmere nedenfor. Den avtalte prisen i dette salgsleddet vil derfor kunne være av stor interesse ved vurderingen av hvordan en kommersiell markedsaktør ville verdsette eiendommen. Prisen kan sies å representere en markedsprisvurdering ex ante fra Gunnar Stenberg Eiendom som selger. Samtidig må det tas høyde for at Gunnar Stenberg Eiendom var en annen selger enn Grønnegata 21 AS, og ikke nødvendigvis hadde de samme handlingsalternativene som Grønnegata 21 AS.

Avtalen mellom Grønnegata 21 AS og Gunnar Stenberg Eiendom kom i stand ved at Grønnegata 21 AS aksepterte et motbud fra Gunnar Stenberg Eiendom på 60 millioner kroner. Den endelige kjøpesummen ble senere justert til 60 340 000 kroner, som følge av at kjøperne overtok kontanter og fordringer i selskapet på 340 000 kroner. Både motbudet og aksepten ble avgitt 3. mai 2016. Forut for dette hadde kjøperne v/Carl Thomas Andersson tilbudt 58,5 millioner kroner.

Grønnegata 21 AS har gjort gjeldende at kjøpesummen på 60 millioner kroner må ses i lys av at det ble gitt en betydelig «skatterabatt» for latent skatt som kunne utløses på kjøpers hånd. Det finnes flere oppsett fra kjøperne hvor en skatterabatt på 16 millioner kroner er inntatt ved beregningen av kjøpesummen på 60 millioner kroner. Samtidig fremgår det av motbudet fra Gunnar Stenberg Eiendom – som ble akseptert av Grønnegata 21 AS – at kjøpesummen på 60 millioner kroner var «basert på underliggende eiendomsverdi». Av motbudet fremgår videre følgende:

> Det skal ikke gjøres fradrag for forskjellen i skattemessig saldoverdi og eiendomsverdien i kjøpesummen.

Lagmannsretten finner det på denne bakgrunn vanskelig å skulle legge til grunn at det i Gunnar Stenberg Eiendoms motbud var lagt inn en skatterabatt.

Lagmannsretten legger videre til grunn at det på kjøpstidspunktet var helt på det rene at kjøperne ville benytte seg av den såkalte «borettslagsmodellen», hvoretter den latente skatten ikke vil bli utløst, men vil bli liggende ubeskattet i borettslaget. Basert på vitneforklaringer til eiendomsmeglere som opererte i bygårdsmarkedet på dette tidspunktet, legger lagmannsretten videre til grunn at det normalt ikke ble gitt skatterabatter etter at borettslagsmodellen ble kjent i markedet. Eiendomsmegler Anders Langtind har forklart at det ikke har blitt gitt skatterabatt i de siste 50–60 bygårdtransaksjonene han har meglet. At det samtidig kan finnes særtilfeller hvor det allikevel har blitt gitt en skatterabatt, tillegger

lagmannsretten liten vekt. Som vist til ovenfor, var det på kjøpstidspunktet klart at kjøperne skulle benytte borettslagsmodellen, slik at dette neppe var et særtilfelle hvor skatterabatt skulle være aktuelt.

At kjøperne skulle dekke latent skatt på 16 millioner ble for øvrig lagt til grunn i kjøpekontrakten – selv om det på dette tidspunktet var klart at kjøperne ville benytte borettslagsmodellen og ikke utløse noen latent skatt. Latent skatt på 16 millioner kroner ble også lagt til kjøpesummen ved innrapporteringen av salget til kommunen etter leiegårdsloven. Kommunen benyttet ikke forkjøpsretten.

Ved sammenligning av kjøpesummen ved Gunnar Stenberg Eiendoms salg med kjøpesummen som kort tid senere ble lagt til grunn mellom Grønnegata 21 AS og Boligbygg, er det særlig tre forskjeller som må tas i betraktning:

(1) Grønnegata 21 AS' kjøp fra Gunnar Stenberg Eiendom gjaldt hele eiendommen, også «utviklingsarealet» i første etasje. Boligbyggs kjøp omfattet ikke dette arealet. I Peter Skaaras verdivurdering 11. mai 2016 ble utviklingsarealet verdsatt til 15 millioner kroner. Legges Skaaras verdianslag til grunn, er den sammenlignbare kjøpesummen i fra Gunnar Stenberg Eiendoms salg av eiendommen langt lavere enn 60 millioner kroner.

(2) Grønnegata 21 oppgraderte eiendommen før den ble overdratt til Boligbygg. Oppgraderingskostnadene er anslått til ca. 2 millioner kroner.

(3) Gunnar Stenberg Eiendom var en annen selger enn Grønnegata 21 AS, som ikke nødvendigvis hadde samme handlingsalternativer som Grønnegata 21 AS. I dette ligger også en margin for at Grønnegata 21 AS gjorde et «godt kjøp».

Oppgraderingskostnadene og Grønnegata 21 AS' kompetanse og handlingsalternativer kompenserer til en viss grad for at Boligbyggs kjøp ikke omfattet utviklingsarealet. Det kan imidlertid vanskelig legges til grunn at disse forholdene kompenserer fullt ut for at Boligbyggs kjøp ikke omfattet utviklingsarealet. Samlet sett er det da lagmannsrettens syn at kjøpesummen som er sammenlignbar med Boligbyggs kjøp til 75 millioner kroner, i alle fall ikke er et høyere beløp enn 60 millioner kroner.

2.6. Verdivurderinger forut for transaksjonen

Vurderingen etter markedsaktørprisnippet skal ta utgangspunkt i situasjonen *ex-ante*, dvs. i informasjon som var tilgjengelig på handlingstidspunktet. Både prisvurderingen til Gunnar Stenberg Eiendom og vurderingen fra Mikael Menti er vurderinger ex-ante. Det foreligger ytterligere to verdivurderinger av eiendommen forut for kjøpstidspunktet.

I oktober 2015 verdivurderte næringsmeglingsselskapet *GVA Commercial Real Estate Norway AS* (GVA) eiendommen på oppdrag fra Gunnar Stenberg Eiendom. I sin rapport oppsummerte GVA verdivurderingen slik:

> Eiendomsverdien som et utviklingsprosjekt før fortjenestemargin til utbygger utgjør ca. NOK 58.700.000. Gevinst og risikopremie (fortjenestemarginen til utvikler) beregnes ut ifra salgsverdien med en prosentsats som reflekterer risiko, prosjektets omfang og egenkapitalinnsats. I vårt regnestykke legger vi til grunn en fortjenestemargin på 10 %, dvs. ca. NOK 6.000.000 slik at verdien ved salg av enkeltseksjoner utgjør etter dette NOK 52.700.000,- (Inkl. utviklingspotensial i 1.etasje).

GVA har verdivurdert utviklingsarealet til 6,2 millioner kroner. Uten utviklingsarealet blir således verdien 52,5 millioner kroner. Legges det også inn en fortjenestemargin på 10 prosent til utbygger – slik GVA gjør – blir verdien 47,25 millioner kroner.

Deloitte har i sin rapport «fremregnet» GVAs verdivurdering fra oktober 2015 til juni 2016. Det legges til grunn en verdistigning på 11–16 prosent. GVAs vurdering tilsier da en eiendomsverdi mellom 58 og 61 millioner kroner. Utviklingsarealet er da ikke inkludert, og det er ikke gjort fradrag for fortjenestemargin. En sammenligning med kjøpesummen på 75 millioner må imidlertid ta hensyn til de investeringer og oppgraderinger Grønnegata 21 AS foretok.

I mai 2016 verdivurderte eiendomsmegler *Peter Skaara* eiendommen på vegne av Grønnegata 21 AS, som da var under stiftelse. Vurderingen ble bestilt av advokat Frode Sørli og skulle benyttes overfor Pareto bank, som finansierte kjøpet.

Skaara vurderte verdien av de 16 leilighetene til 60 millioner kroner, parkeringsplassene til 600 000 kroner pr. stykk og utviklingsarealet til 15 millioner kroner. For 16 leiligheter og 9 parkeringsplasser – som er sammenlignbart med Boligbyggs kjøp – tilsier dette en eiendomsverdi på 65,4 millioner kroner. Så vidt lagmannsretten forstår, tar Skaaras vurdering ikke høyde for de oppgraderingene Grønnegata 21 AS senere foretok.

2.7. Etterfølgende verdivurderinger

Boligbygg har i etterkant av kjøpet innhentet tre verdivurderinger fra uavhengige foretak. Deloitte har foretatt en verdivurdering som del av sitt granskningsoppdrag, mens Veridian og Newsec har foretatt rene verdivurderinger. Alle tre verdivurderinger har beregnet verdien pr. juni 2016.

Deloittes verdivurdering av Grønnegata 21 fremgår av granskningsrapporten 28. august 2018. Vurderingen bygger på statistikk over eiendomsoverdragelser fra Eiendomsverdi. Det er videre foretatt konkrete vurderinger av alle leiligheter som inngår i sammenligningsgrunnlaget og justert for relevante ulikheter.

Deloitte har estimert verdien av de 16 leilighetene til mellom 57,1 og 60 millioner kroner. Garasjeplassene er vurdert til mellom 360 000 og 480 000 pr. stykk, dvs. 3,24 – 4,32 millioner kroner for ni parkeringsplasser. Samlet gir dette en verdi på 60,35 – 64,3 millioner kroner.

Det fremgår av Deloittes rapport at det geografiske utvalget av omsatte leiligheter er basert på Grønnegata 21s egen grunnkrets (Homansbyen/rode 8) og to lag med omkringliggende grunnkretser. Grønnegata 21 AS har fått oversendt Deloittes underlagsmateriale, herunder en oversikt over hvilke leiligheter som inngår i sammenligningsgrunnlaget. Det har da blitt avdekket at fire av de omkringliggende grunnkretsene ikke inngår i sammenligningsgrunnlaget. Videre har det blitt avdekket at grunnkretsen Sentrum 2/rode 8, som befinner seg fem roder unna Grønnegata 21, inngår i utvalget. Lagmannsretten er enig med Grønnegata 21 AS i at det er sannsynlig at i alle fall sistnevnte beror på en ren feil ved at Sentrum 3/rode 8, som befinner seg i nærheten av Grønnegata 22, er forvekslet med Sentrum 2/rode 8. Deloitte har ikke hatt noen annen forklaring.

Lagmannsretten er enig med Grønnegata 21 AS i at ovennevnte illustrerer behovet for revisjon, kontroll og full åpenhet om alt underlagsmateriale. Samtidig må betydningen av de feilene ikke overdrives. Daniel Jacobsen i Deloitte har forklart at effekten av å fjerne alle leilighetene i Sentrum 2/rode 8 er at prisen går opp med 1,25 prosent, dvs. om lag 800 000 kroner ut fra en eiendomsverdi på 60,35 – 64,3 millioner kroner.

For øvrig fremstår Deloittes verdivurdering etter lagmannsrettens syn som forsvarlig utført. Det er etter lagmannsrettens syn ikke grunnlag for å hevde at Deloittes utvalg av sammenlignbare leiligheter gjennomgående er skjevt. At det kan settes spørsmålstegn ved enkeltleiligheter i utvalget – slik Grønnegate 21 AS har gjort – er etter lagmannsrettens syn nærmest uunngåelig med et så stort sammenligningsgrunnlag, og med så mange skjønnsmessige parametere som påvirker verdien.

Veridian (tidligere BER) foretok i november/desember 2018 en verdivurdering av Grønnegata 21 på oppdrag fra Oslo kommune, jf. rapport 10. desember 2018. Vurderingen ble oppdatert og justert den 20. januar 2022 som følge av at den opprinnelige vurderingen ikke tok høyde for at to av leilighetene i Grønnegata 21 har balkong. Veridian har beregnet eiendommens verdi både basert på utleie og salg. Prisvurderingene gjelder 16 leiligheter og ni parkeringsplasser.

Det konkluderes med en verdi som utleiegård på 57 millioner kroner. Det er da lagt til grunn et avkastningskrav på 3,6 prosent.

Ved enkeltvis salg av leiligheter konkluderes det med en eiendomsverdi på ca. 65 millioner kroner. Fra dette utgangspunktet er det imidlertid trukket fra et avkastningskrav /

fortjenestemargin til investoren på 10 prosent, dvs. ca. 6,5 millioner kroner. Som vist til ovenfor, er det etter lagmannsrettens syn ikke grunnlag for et slikt fradrag i saken her.

Grønnegata 21 AS har fått tilgang til Veridians sammenligningsgrunnlag og har særlig pekt på at det inkluderer salg seks måneder tilbake i tid fra juni 2016. Lagmannsretten er enig i at dette er et forhold det burde vært justert for. Utover dette kan lagmannsretten ikke se at det er noen gjennomgående svakheter ved Veridians sammenligningsgrunnlag, selv om det også her kan trekkes frem enkeltobjekter som skiller seg fra Grønnegata 21 på ulike måter. At Veridian har strøket de 15 prosent høyeste og de 15 prosent laveste prisene før det beregnes et gjennomsnitt, bidrar etter lagmannsrettens syn til å fjerne særegne objekter og tilfeldige utslag.

Newsec verdivurderte Grønnegata 21 i 2019, jf. rapport 16. mai 2019. En oppdatert og justert rapport ble utstedt i januar 2022 som følge av at den opprinnelige rapporten ikke hadde tatt høyde for at to av leilighetene hadde balkonger. Newsec vurderte eiendomsverdien både med tanke på utleie og ved enkeltvis salg av leiligheter. Vurderingene gjaldt 16 leiligheter og ni parkeringsplasser.

Newsec konkluderer med en eiendomsverdi på 59,9 millioner kroner som utleiegård. Det er da lagt til grunn et avkastningskrav på 3,6 prosent. Grønnegata 21 AS har vist til at Newsec har benyttet et annet avkastningskrav i et tidlig utkast av rapporten. Det er stilt spørsmål om avkastningskravet er for høyt og om det er «uhildet fastsatt». Lagmannsretten finner ingen holdepunkter for det siste. Bevisførselen gir heller ikke grunnlag for å konkludere med at avkastningskravet på 3,6 prosent er for høyt. Veridian har lagt til grunn det samme avkastningskravet i sin verdivurdering.

Ved enkeltvis salg har Newsec konkludert med en eiendomsverdi mellom 58,5 og 61,3 millioner kroner med 59,9 millioner som middelpunkt. Newsec har ikke delt sammenligningsgrunnlaget denne vurderingen bygger på. Lagmannsretten er enig med Grønnegata 21 i at dette er uheldig, og at resultatet av den grunn bør anvendes med en viss varsomhet.

Alle de tre verdivurderingene skal ha tatt høyde for at gården ble oppgradert av Grønnegata 21 AS. Lagmannsretten er imidlertid enig med Grønnegata 21 AS i at det gjennomgående er lagt til grunn noe mindre omfattende oppgraderinger enn det som faktisk ble foretatt. Vurderingene må derfor oppjusteres noe – anslagsvis rundt 1 million kroner.

2.8. Lagmannsrettens konklusjon

Verdivurderingene i saken her innebærer store elementer av skjønn. Et faglig forsvarlig skjønn kan derfor gi ulike priser. For å ta høyde for dette må markedsprisen fastsettes i form av et prisintervall. Både Veridian og Newsec har fremholdt at det vil være normalt å

operere med et prisintervall på 5–10 prosent av markedsverdien for den typen eiendommer som i saken her. Ut fra den relativt store variasjonsbredden i prisvurderingene som foreligger i saken, finner lagmannsretten at prisintervallet i saken her må fastsettes til nærmere 10 prosent av markedsverdien.

Prisvurderingene i saken oppsummeres kort i det følgende.

Det foreligger fire prisvurderinger ex ante.

I mai 2016 ble det avtalt en kjøpesum mellom Gunnar Stenberg Eiendom og Grønnegata 21 AS på 60 millioner kroner, inkludert utviklingsarealet. Som fremholdt ovenfor vil en sammenlignbar pris i dette salgsleddet – alle forhold tatt i betraktning – være et beløp under 60 millioner kroner.

GVA har i sin verdivurdering lagt til grunn en eiendomsverdi på 52,5 millioner kroner. Justert for prisvekst frem til juni 2016 tilsier dette en eiendomsverdi mellom 58 og 61 millioner kroner. Verdien må oppjusteres noe, da den ikke tar høyde for oppgraderingene av gården.

De øvrige to vurderingene ex ante har det til felles at de er innhentet av eierne av Grønnegata 21 AS for å bekrefte en avtalt eller tilbudt kjøpesum. Eiendomsmegler Peter Skaara la til grunn en eiendomsverdi på 65,4 millioner kroner, mens eiendomsmegler Mikael Menti la til grunn en eiendomsverdi på 75 millioner kroner. Førstnevnte må formodentlig oppjusteres noe som følge av oppgraderingene som senere ble foretatt. Mikael Mentis prisvurdering skiller seg vesentlig fra øvrige prisvurderinger i saken. Som det fremgår ovenfor, tilsier også omstendigheter ved utarbeidelsen at den tillegges begrenset vekt.

Det foreligger tre verdivurderinger ex post, som bygger på det faktagrunnlag som forelå pr. juni 2016.

Deloitte har estimert eiendomsverdien til 60,35–64,3 millioner kroner. Veridian har beregnet verdien som utleiegård til 57 millioner kroner og ved enkeltvis salg til 65 millioner kroner. Newsec har beregnet verdien som utleiegård til 59,9 millioner kroner og verdien ved enkeltvis salg til 58,5–61,3 millioner kroner. Som vist til ovenfor, må anslagene oppjusteres noe som følge av at oppgraderingene av gården var mer omfattende enn det som ble lagt til grunn. Det er også enkelte svakheter ved sammenligningsgrunnlagene som tilsier en mindre oppjustering.

Markedsprisvurderingene fra Newsec og GWA, samt den avtalte prisen mellom Stenberg Eiendom og Grønnegata 21 AS, tilsier et nedre markedsprissjikt rundt 60 millioner kroner.

Også Veridian og Newsecs vurderinger av eiendommen som utleiegård, tilsier en nedre markedspris i sjiktet rundt 60 millioner kroner.

Verdivurderingene fra Deloitte og Veridian tilsier – justert for de forhold lagmannsretten har pekt på ovenfor – en øvre markedsverdi i sjiktet 66–67 millioner kroner. Også eiendomsmegler Peter Skaaras vurdering tilsier en pris i dette sjiktet.

Lagmannsretten har etter dette et bredt grunnlag for å fastsette en markedsverdi. Det foreligger en rekke prisvurderinger, fra ulike aktører og etter ulike metoder. Sårbarheten for at feil i en eller flere av vurderingene virker inn på den endelige vurderingen, vil da minimeres. Vurderingene tilsier etter lagmannsrettens syn en nedre markedspris rundt 60 millioner og en øvre markedspris på 66–67 millioner kroner. Kjøpsprosessen gir ikke grunnlag for en annen konklusjon. Som vist til ovenfor, var det ingen andre interessenter involvert, og Boligbyggs interne prisvurderinger er lite etterprøvbare.

De prisvurderinger Grønnegata 21 AS' egne prosessfullmektiger har utarbeidet, er ikke egnet til å endre det bildet som følger av de uavhengige prisvurderingene. Lagmannsretten er enig med Oslo kommune i at det kan stilles spørsmål om leilighetene i dette sammenligningsgrunnlaget gjennomgående har andre kvaliteter enn Grønnegata 21. Selv for disse leilighetene er for øvrig kvadratmeterprisen lavere enn det Boligbygg betalte for leilighetene i Grønnegata 21.

Lagmannsretten legger etter dette til grunn at øvre markedsprisintervall for 16 leiligheter og 9 garasjeplasser i Grønnegata 21 – solgt på sammenlignbare vilkår som etter avtalen mellom Boligbygg og Grønnegata 21 AS i juni 2016 – var 67 millioner kroner.

Oslo kommune har i vedtaket 3. juni 2019 lagt til grunn at kjøpet innebar en økonomisk fordel for Grønnegata 21 AS på 13 millioner kroner. Lagmannsretten er ikke i tvil om at kjøpet innebar en fordel for Grønnegata 21 AS utover normale markedsvilkår, men har kommet til at denne fordelen utgjorde 8 millioner kroner.

3. Øvrige vilkår for ulovlig offentlig støtte

Grønnegata 21 AS har gjort gjeldende at også øvrige vilkår for ulovlig offentlig støtte ikke er oppfylt. Det er gjort gjeldende at støttetildelingen ikke kan tilregnes det offentlige som myndighetsaktør og at støtten ikke er egnet til å påvirke samhandelen innenfor EØS-området. Det er videre anført at gruppeunntak burde vært vurdert.

Et vilkår for at det skal foreligge ulovlig offentlig støtte etter EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1, er at støtten kan «tilregnes» det offentlige. Boligbygg er et kommunalt foretak («KF») uten noen egen autonomi. Som kommunalt foretak er Boligbygg underlagt

instruksjonsmyndighet fra kommunens styrende organer. Lagmannsretten finner det da klart at vilkåret om at støtten må kunne tilregnes det offentlige, er oppfylt.

Støtten må videre være egnet til å påvirke samhandelen innenfor EØS-området. I Notion of aid avsnitt 187 er kriteriet angitt slik, med henvisninger til langvarig praksis fra EU-domstolen:

> A measure granted by the State is considered to distort or threaten to distort competition when it is liable to improve the competitive position of the recipient compared to other undertakings with which it competes. For all practical purposes, a distortion of competition within the meaning of Article 61(1) of the EEA Agreement is generally found to exist when the State grants a financial advantage to an undertaking in a liberalized sector where there is, or could be, competition.

Vilkåret kan være oppfylt uavhengig av om støttemottakeren opererer utenfor vedkommende stat. Det sentrale er om støttemottakeren opererer i et marked hvor det også opererer aktører fra andre EU/EØS-stater. Samhandelen vil også kunne bli påvirket dersom støtten vil gjøre det vanskeligere for aktører fra andre EU/EØS-stater å etablere seg i markedet.

Påvirkning av samhandelen forutsetter ikke at støtten vil innebære at støttemottakeren øker sine markedsandeler på bekostning av aktører fra andre EU/EØS-stater. Etter EU-domstolens praksis vil det være tilstrekkelig at «the aid allows it to maintain a stronger competitive position than it would have had if the aid had not been provided», jf. Notion of aid avsnitt 189. Med henvisninger til EU-domstolens praksis fremgår videre følgende:

> The definition of State aid does not require that the distortion of competition or effect on trade is significant or material. The fact that the amount of aid is low or the recipient undertaking is small will not in itself rule out a distortion of competition or the threat thereof, provided however that the likelihood of such a distortion is not merely hypothetical.

Kommunen har ført bevis for at flere aktører fra andre EU/EØS-stater investerer i eiendomsmarkedet i Oslo. Lagmannsretten finner det bevist at dette også omfatter boligprosjekter og bygårder, selv om det er næringseiendom som er den mest internasjonaliserte delen av markedet. En statsstøtte på om lag 8 millioner kroner vil etter lagmannsrettens syn være egnet til å styrke eierne av Grønnegata 21 AS' posisjon sammenlignet med øvrige aktører i dette markedet. Lagmannsretten legger til grunn at i alle fall Gustav Holding AS er en aktør av betydning i markedet for mellomstore boligprosjekter og bygårder i Oslo. Et bidrag som i saken her vil klart nok styrke Gustav Holdings egenkapital og konkurranseevne ved senere investeringer. Lagmannsretten kan ikke se at senere praksis fra EU-kommisjonen og ESA, hvor terskelen for samhandelspåvirkning er hevet, tilsier et annet resultat.

Lagmannsretten finner det til sist klart at ingen av gruppeunntakene er aktuelle i saken her. Noe slikt er egentlig heller ikke anført av Grønnegata 21 AS, som kun har vist til at eventuelle gruppeunntak kunne ha vært testet med ESA eller departementet.

4. Hjemmel for krav om tilbakeføring

4.1. Innledning. EØS-rettens reverseringsplikt

Lagmannsretten har ovenfor konkludert med at kjøpet av Grønnegata 21 AS innebærer ulovlig offentlig støtte etter EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1. Partene er uenige om hva som er konsekvensen av dette, dvs. om kommunen da har kompetanse til å kreve støtten tilbakeført.

Det er ikke tvilsomt at Norge etter EØS-retten i utgangspunktet vil være forpliktet til å reversere ulovlig statsstøtte, jf. ODA-avtalen (avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av overvåkningsorgan og domstol) protokoll 3 del II (prosedyreforordningen) artikkel 14 nr. 3. I praksis fra EU-domstolen er det lagt til grunn en svært høy terskel for unntak fra plikten til å kreve ulovlig offentlig støtte reversert, jf. Notion of aid avsnitt 29 flg. og Alterskjær m.fl., Statsstøtte (2008) på side 323 med videre henvisninger. Det kreves i utgangspunktet «absolutt umulighet». Anførsler om berettigede forventninger på støttemottakerens hånd vil i utgangspunktet ikke kunne begrunne unntak. Grønnegata 21 AS har heller ikke anført at det i saken her er grunnlag for et unntak fra EØS-rettens reverseringsplikt.

Den EØS-rettslige tilbakeføringsplikten gjelder uavhengig av om ESA har fattet vedtak om tilbakeføring. EØS-retten forutsetter at støttegiveren, her Oslo kommune, skal kreve ulovlig støtte tilbake på eget initiativ, jf. EU-domstolens storkammerdom i sak C-349/17 Eesti Pagar (premiss 92 og 94).

Partene i saken her er tilsynelatende enige om forståelsen av EØS-retten. Det er hjemmelsgrunnlaget etter norsk intern rett partene er uenige om.

Konsekvensene av ulovlig offentlig støtte er i norsk rett regulert i lov om offentlig støtte § 5 første ledd, som må ses i lys av «iverksettelsesforbudet» i prosedyreforordningen artikkel 3. Sistnevnte er gjennomført i norsk rett gjennom forskrift om EØS-prosedyreregler for offentlig støtte § 1.

Lov om offentlig støtte § 5 første ledd lyder slik:

> Dersom meldepliktig støtte i henhold til EØS-avtalens artikkel 61 er tildelt før EFTAs overvåkningsorgan har godkjent meldingen, eller EFTAs overvåkningsorgan finner at støtten er i strid med EØS-avtalens regler om offentlig støtte, kan støtten kreves tilbakeført.

Iverksettelsesforbudet i prosedyreforordningen lyder slik:

> Støtte som skal meldes etter artikkel 2 nr. 1 i dette kapittel, kan iverksettes bare dersom EFTAs overvåkningsorgan har gjort vedtak eller anses for å ha gjort vedtak om godkjenning av slik støtte.

Grønnegata 21 har dels gjort gjeldende at det ikke foreligger tilstrekkelig klar hjemmel for at *støttegiver* kan kreve støtten reversert. Videre er det anført at en reversering av støtte gitt gjennom en gjensidig bebyrdende avtale eventuelt må begrunnes i avtalerettslige ugyldighetsregler.

4.2. Støttegivers kompetanse

Lov om offentlig støtte § 5 første ledd fastsetter at støtten kan kreves tilbakeført, men sier ikke noe om hvilket forvaltningsorgan som er tillagt en slik hjemmel. Grønnegata 21 AS har gjort gjeldende at kompetansen tilligger departementet, ikke støttegiver direkte.

Ordlyden i lov om offentlig støtte § 5 første ledd gir i seg selv ingen direkte holdepunkter for hvilket organ som kan utøve kompetansen. Samtidig retter både § 5 andre og tredje ledd seg uttrykkelig mot «departementet». Det kan hevdes at det vil gi liten mening om kompetansen etter disse bestemmelsene var tillagt departementet, mens den etter første ledd også kan utøves direkte av støttegiver.

Lagmannsretten kan ikke se at legalitetsprinsippet er av særlig betydning for tolkningen. Spørsmålet er ikke om det foreligger en tilstrekkelig klar hjemmel for inngrep overfor borgerne, men kun hvilket forvaltningsorgan som eventuelt er tillagt en slik hjemmel. Tolkningen har således mest preg av en fastleggelse av det offentliges interne organisering. Man befinner seg da i beste fall i legalitetsprinsippets randsone.

Lagmannsretten kan være enig med Grønnegata 21 AS i at forarbeidene synes å forutsette at det er departementet som vil stå for eventuelle vedtak om tilbakeføring, jf. Ot.prp. nr. 73 (1991–1992) på side 29 og side 31 flg. Forarbeidene må samtidig ses i lys av de avklaringer som senere har kommet til innen EØS-retten, jf. særlig Eesti Pagar-dommen. Som vist til ovenfor, ble det der fastslått at EØS-retten forutsetter at reversering skal initieres av støttegiver på eget initiativ.

I ny støtteprosesslov § 12 første ledd første punktum er det uttrykkelig fastslått at det tilligger «støttegiver» å kreve ulovlig offentlig støtte tilbakeført. I forarbeidene forutsetter departementet at dette er en videreføring av gjeldende rett, jf. Prop. 212 L (2020–2021) på side 43:

> Bestemmelsens første ledd første punktum slår fast at støttegiver har en selvstendig tilbakekrevingsplikt. Departementet uttalte at bestemmelsen er utformet slik at det

> ikke skal være tvil om at støttegivers plikt til å kreve tilbake støtte i prinsippet gjelder i ethvert tilfelle der ulovlig offentlig støtte avdekkes, og ikke bare der ESA har fattet vedtak om tilbakeføring.
>
> (…)
>
> Departementet viste også til at det etter dagens ordning er støttegiver som plikter å kreve tilbake ulovlig støtte. Forslaget viderefører på dette punktet gjeldende rettstilstand.

Lagmannsretten har kommet til at lov om offentlig støtte § 5 første ledd gir støttegiver hjemmel til å kreve ulovlig offentlig støtte reversert. Lagmannsretten legger da vekt på at ordlyden åpner for en slik tolkning, at legalitetsprinsippet er av mindre betydning i denne sammenheng og at tolkningen vil være best i samsvar med EØS-retten.

Grønnegata 21 AS har gjort gjeldende at kommunen under enhver omstendighet pliktet å forelegge saken for departementet før det ble fattet vedtak om tilbakeføring. Det er særlig vist til lov om offentlig støtte § 6, som lyder slik:

> Departementet avgjør i tvilstilfelle om et støttetiltak skal anses å falle innenfor denne lov og regelverket gitt i medhold av denne lov.

Lagmannsretten kan ikke se at bestemmelsen innebærer noen plikt for støttegiver til å konsultere departementet før det fattes vedtak om tilbakeføring. Det er heller ikke slik at saken skulle ha vært forelagt for ESA før det ble fattet vedtak om tilbakeføring. Som vist til ovenfor, er det EØS-rettens klare forutsetning at støttegiver skal kreve støtten tilbake på eget initiativ. Saken fremstår heller ikke som noe tvilstilfelle hva gjelder vilkårene for offentlig støtte, jf. lagmannsrettens drøftelser ovenfor.

4.3. Særlig om støtte gitt gjennom gjensidig bebyrdende avtaler

Spørsmålet er etter dette om norsk intern rett gir hjemmel for å kreve tilbakeføring av ulovlig statsstøtte i en situasjon hvor tilbakeføringen vil gripe inn i en gjensidig bebyrdende avtale. I motsetning til ovenfor befinner vi oss da klart innenfor legalitetsprinsippets område – spørsmålet er om det offentlige har tilstrekkelig hjemmel for et inngrep overfor en privat part.

Lov om offentlig støtte § 5 første ledd gir hjemmel til å kreve støtten «tilbakeført». Hvor støtten er ytt ved en ensidig tildeling, vil dette normalt være en tilstrekkelig klar hjemmel. Dette synes også forutsatt av Høyesterett i Rt-2013-1665 (Hydro/Søral), jf. særlig avsnitt 38:

> Etter sin ordlyd gir bestemmelsen kompetanse til å kreve tilbakeføring av støtten, og det er også nærliggende å forstå bestemmelsen slik at vedtak om tilbakeføring truffet

> i medhold av bestemmelsen gir et selvstendig og tilstrekkelig grunnlag for tilbakeføringsplikten.

Det er ikke tvilsomt at ulovlig offentlig støtte både vil favne direkte og indirekte tildelinger. Tilbakeføringskravet vil imidlertid kunne reise ulike problemstillinger avhengig av tildelingsgrunnlaget. Saken her skiller seg på dette punktet fra Hydro/Søral-saken ved at støtten er ytt gjennom en gjensidig bebyrdende avtale. Et slikt tildelingsgrunnlag reiser særlige spørsmål.

Det offentlige vil være avtalerettslig bundet av en avtale om kjøp av fast eiendom på samme måte som enhver annen avtalepart. En ensidig tilbakeføring av deler av det offentliges ytelse vil gripe inn i avtalen og forrykke balansen i avtaleforholdet. Etter alminnelig norsk avtalerett vil det offentlige da eventuelt måtte ta i bruk avtalerettslige beføyelser. At avtalen er ulovlig etter offentligrettslige regler – fordi den innebærer ulovlig offentlig støtte – vil således måtte vurderes etter avtalerettslige regler. En slik løsning er lagt til grunn i juridisk teori som behandler problemstillingen, jf. Alterskjær, Hjelmeng m.fl., Statsstøtte (2008) på side 337:

> Der støtte er ytet gjennom inngåelse av privatrettslige avtaler med det offentlige, vil reverseringskrav støte mot avtalen. I slike tilfeller vil det være en forutsetning for at reversering kan skje (i form av restitusjon) at avtalen også anses privatrettslig ugyldig. (…)
>
> Etter norsk rett vil spørsmålet om ugyldighet måtte avgjøres etter alminnelige prinsipper om ugyldighet ved lovstridige avtaler.

Alterskjær, Hjelmeng m.fl. legger videre til grunn at avtaler som innebærer statsstøtte i strid med iverksettelsesforbudet, normalt vil være ugyldige etter avtalerettslige regler, og at det da kan kreves full restitusjon av begge parters ytelser. En slik restitusjon vil utvilsomt oppfylle EØS-rettens reverseringsplikt. Etter omstendighetene vil støttemottakeren også kunne ha krav på erstatning for negativ kontraktsinteresse.

Tilsvarende løsning er lagt til grunn i Hjelmeng, Reversering av EF- og EØS-stridig statsstøtte (2004), på side 111 flg. Hjelmeng drøfter samtidig om det i tilfeller av salg fra det offentlige (til underpris) kan være grunnlag for «delvis ugyldighet» ved at avtalen fastholdes, men vederlaget justeres til markedspris. Han konkluderer med at det ikke er rettslig grunnlag for en slik løsning og at avtalen rammes i sin helhet:

> Grunnlag for å *kreve* at støttemottager står ved avtalen mot innbetaling av det overskytende vederlag, kan jeg ikke se at det er grunnlag for. Støtteelementet består jo ikke i manglende innbetaling, men i ulovlig tildeling.
>
> (…)

> I de aktuelle tilfeller må det jo være støttemottager som må pålegges å etterbetale, så lenge en kjøpesum er satt for lavt. I tilfelle må dette kunne anses som en bristende forutsetning for støttemottager, slik at han må kunne velge å fragå avtalen i sin helhet.

Lagmannsretten kan langt på vei slutte seg til det som er lagt til grunn i juridisk teori. Utgangspunktet må være at betydningen av en eventuell offentligrettslig ulovlighet må vurderes etter avtalerettslige regler, med mindre det er klar hjemmel for noe annet. Kommunen har ikke anført at avtalen skal revideres eller helt eller delvis settes til side etter avtalerettslige regler. Lagmannsretten har derfor ikke foranledning til å ta stilling til et slikt krav. Det bemerkes allikevel at det er den ulovlige statsstøtten – altså den offentligrettslige ulovligheten – saksanlegget fra kommunen bygger på. I en avtalerettslig revisjonsvurdering etter eksempelvis avtaleloven § 36 vil det være rimeligheten partene imellom som er det sentrale. Det vil da måtte tas i betraktning at den løsning kommunen gjør gjeldende, vil innebære en endring av den opprinnelig avtalte balansen partene imellom – Grønnegata 21 skal oppfylle sin del av avtalen fullt ut, mens kommunens ytelse skal reduseres.

Teorien det er vist til ovenfor, behandler avtaler som sådan, uten at det gjøres noen sondring mellom kjøps- og salgssituasjonen. Eksemplene som brukes, gjelder imidlertid kun det offentlige som *selger*. Som påpekt av Hjelmeng, treffer lov om offentlig støtte § 5 første ledd dårlig på et krav om vederlagsjustering som følge av at det offentlige har gitt støtte gjennom *salg* til underpris. En justering av vederlaget vil da innebære at støttemottakeren blir pålagt å innbetale differansen mellom avtalt vederlag og markedspris. Ordlyden i lov om offentlig støtte – som gir hjemmel til å kreve støtten «tilbakeført» – passer dårlig på et slikt krav om ytterligere vederlag.

Spørsmålet er så om situasjonen kan stille seg annerledes når støtten er ytt med det offentlige som *kjøper*. I motsetning til i salgssituasjonen, fremstår det da mer nærliggende å omtale en reversering av den statsstøtterettslige fordelen som en «tilbakeføring». Det vil nettopp være deler av vederlaget som er mottatt fra det offentlige, som skal tilbakeføres.

Lagmannsretten har like fullt kommet til at de statsstøtterettslige hjemlene – lov om offentlig støtte § 5 første ledd og iverksettelsesforbudet – ikke alene gir hjemmel for å gripe inn i en avtale, heller ikke når det offentlige har opptrådt som kjøper. Det må etter lagmannsrettens syn kreves en klarere hjemmel, dersom det offentlige skal endre forutsetningene i en inngått avtale uten at avtalerettslige hjemler trekkes inn. De statsstøtterettslige hjemlene gjelder tilbakeføring av ulovlig statsstøtte i sin alminnelighet. Det offentliges inngrep i en gjensidig bebyrdende avtale forutsetter etter lagmannsrettens syn en ordlyd som gir en mer direkte hjemmel for nettopp dette, i hvert fall dersom ikke vilkårene for avtalerevisjon etter alminnelige avtalerettslige regler er oppfylt.

Lagmannsretten vil også peke på at en løsning hvor det offentlige uten videre gis rett til å kreve tilbake deler av egen ytelse i en gjensidig bebyrdende avtale, mens den annen part må oppfylle fullt ut, reiser prinsipielle betenkeligheter. Det er ikke helt utenkelig at en slik praksis vil kunne påvirke private parters vurdering av forutberegneligheten ved inngåelse av avtaler med det offentlige. Sett fra den private parts side vil en tilbakeføring av en avtalt pris kunne fremstå som en særhjemmel for det offentlige til å revidere dårlige avtaler. Samtidig må det påpekes at anskaffelsesreglene vil begrense rekkevidden av slike betraktninger – det vil formodentlig først og fremst være på områder som er unntatt anskaffelsesreglene at det vil oppstå situasjoner hvor det offentlige inngår avtaler som innebærer en statsstøtterettslig fordel. Det sentrale i denne sammenheng er imidlertid at det ikke er spor av at de mer prinsipielle betenkelighetene er identifisert eller drøftet av lovgiver i tilknytning til lov om offentlig støtte § 5. Selv om det er på det rene at «offentlig støtte» inkluderer så vel direkte som indirekte støtte, har lovgiver ikke vurdert avtalesituasjonen ved vedtakelsen av lov om offentlig støtte § 5.

Heller ikke i forarbeidene til ny støtteprosesslov er situasjonen ved støtte gitt gjennom en gjensidig bebyrdende avtale drøftet særskilt. I støtteprosessloven § 12 andre ledd første punktum ble det imidlertid inntatt en bestemmelse som regulerer støttemottakerens tilbakebetalingsplikt:

> Ved krav etter første ledd skal støttemottakeren tilbakeføre støtten.

I forarbeidene er det presisert at hensikten med denne bestemmelsen er «å gi et klart rettsgrunnlag for støttegivers krav overfor støttemottaker som dekker alle former for ulovlig støtte, uavhengig av tildelingsgrunnlag», jf. Prop. 212 L (2020–2021) på side 43. Hva som ligger i det siste, er ikke kommentert nærmere.

Lagmannsretten har etter dette kommet til at kommunen ikke har hjemmel i det statsstøtterettslige regelverket til å kreve den statsstøtterettslige fordelen tilbakeført, samtidig som avtalen for øvrig fastholdes. Et slikt inngrep i en gjensidig bebyrdende avtale, uten grunnlag i alminnelige avtalerettslige regler, representerer etter lagmannsrettens syn et eget inngrep, i tillegg til en alminnelig reversering av statsstøtten. Et slikt inngrep forutsetter etter legalitetsprinsippet klar lovhjemmel, hvilket lov om offentlig støtte § 5 første ledd og iverksettelsesforbudet ikke alene gir.

5. Oppsummering

Lagmannsretten har kommet til at Oslo kommunes kjøp av Grønnegata 21 innebærer ulovlig offentlig støtte med 8 millioner kroner. Lagmannsretten har videre kommet til at norsk statsstøtterettslig regelverk ikke alene gir hjemmel for å kreve støtten tilbakeført, samtidig som avtalen for øvrig fastholdes uendret.

Oslo kommunes anke over Oslo tingretts frifinnende dom skal etter dette forkastes.

6. Sakskostnader

Grønnegata 21 AS har vunnet ankesaken, og har etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første, jf. andre ledd krav på erstatning for sine sakskostnader for lagmannsretten.

Lagmannsrettens resultat skal legges til grunn for avgjørelsen av krav på sakskostnader også for tingretten, jf. tvisteloven § 20-9 andre ledd. Saken gjaldt de samme kravene for tingretten. Grønnegata 21 AS har da etter hovedregelen også krav på erstatning for sine sakskostnader for tingretten.

Lagmannsretten har vurdert om tungtveiende grunner tilsier at kommunen skal fritas fra erstatningsansvaret, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Kommunen er gitt medhold i sakens hovedspørsmål – at det foreligger ulovlig offentlig støtte – men er ikke gitt medhold i tilbakebetalingskravet. Sistnevnte beror på et rettsspørsmål som ikke tidligere har vært prøvd for domstolene. Lagmannsretten har videre tatt i betraktning at tingrettens dom verken behandlet statsstøttespørsmålet eller tilbakebetalingskravet, og slik sett ga god grunn til anke. Samtidig tilsier styrkeforholdet mellom partene at kommunen selv må bære konsekvensene fullt ut når kravet ikke fører frem. Etter en samlet vurdering har lagmannsretten kommet til at tungtveiende grunner ikke tilsier at kommunen helt eller delvis fritas for erstatningsansvaret for noen instans.

Grønnegata 21 AS har fremlagt sakskostnadsoppgave for lagmannsretten på totalt 2 681 528 kroner inkludert merverdiavgift. Foruten utgifter på 31 647 kroner (eks mva), utgjør kravet salær til prosessfullmektig. For tingretten krevde Grønnegata 21 AS 4 744 747 kroner inkludert merverdiavgift. Foruten utgifter på 94 169 kroner (eks. mva), utgjorde kravet salær til prosessfullmektig. Salærkravene inkluderer merverdiavgift da Grønnegata 21 AS ikke har fradragsrett. Kommunen har hatt innvendinger til salærkravets størrelse både for tingretten og lagmannsretten.

Grønnegata 21 AS har etter tvisteloven § 20-5 første ledd krav på å få dekket sine «nødvendige kostnader ved saken». I vurderingen skal det legges vekt på om det har vært rimelig å pådra kostnadene «ut fra betydningen av saken», jf. HR-2020-611-A avsnitt 67. Saken gjelder et krav på 17 millioner kroner. Sett opp mot tvistesummen fremstår et samlet salærkrav for to instanser på nærmere 7,5 millioner kroner som høyt.

For lagmannsretten består salærkravet av 523,5 advokattimer, hvor det i det alt vesentlige er lagt til grunn en timesats på 4 000 kroner eks. mva.

For tingretten bestod salærkravet av 640 advokattimer à 3 700 kroner eks. mva. I tillegg ble det krevd dekket 392 timer til advokatfullmektig à 2 100 kroner eks. mva. Lagmannsretten har da tatt høyde forde fradragene Grønnegata 21 AS selv la til grunn i

salæroppgaven for tingretten, bl.a. pga. prosessfullmektigens kontorbytte. Totalt dreier det seg således om mer enn 1 500 advokattimer for to instanser.

Rett nok har saken reist relativt omfattende spørsmål både av faktisk og rettslig karakter. Saken ble for lagmannsretten behandlet over ni rettsdager. Det er like fullt lagmannsrettens syn at timeforbruket så vel for tingretten som for lagmannsretten går vesentlig utover det som kan anses som nødvendige kostnader ved saken. Lagmannsretten anslår at behandlingen av fordelskriteriet la beslag på omlag 70–80 prosent av tidsbruken under ankeforhandlingen. Det er grunn til å tro at også den største delen av tidsbruken under saksforberedelsen har vært knyttet til bevisførselen på dette punktet. Det er utvilsomt Grønnegata 21 AS som har vært «driveren» i dette. Når lagmannsretten har kommet til at salærkravet må settes ned, skyldes det særlig omfanget av denne delen av saken.

Lagmannsretten har kommet til at salærkravene for tingretten og lagmannsretten må reduseres med om lag 25 prosent.

Det tilkjennes etter dette samlede sakskostnader for tingretten med 3,5 millioner kroner og for lagmannsretten med 2 millioner kroner. Beløpene inkluderer utgifter og merverdiavgift. Samlet tilkjennes det da sakskostnader med 5,5 millioner kroner for tingretten og lagmannsretten.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

1. Anken forkastes.

2. I sakskostnader for tingretten og lagmannsretten betaler Oslo kommune 5 500 000 – femogenhalvmillion – kroner til Grønnegata 21 AS innen to uker fra forkynnelsen av dommen.

Arne-Martin H. Sørli Lisa Vogt-Lorentzen Randi Carlstedt

Dokument i samsvar med undertegnet original.
Elza Umarova (signert elektronisk)