

NOTAT

VURDERING AF LEJENIVEAU FOR MOBILANTENNER

1. INDLEDNING

Københavns Kommune, Københavns Ejendomme & Indkøb (Kommunen) har bedt om en juridisk vurdering af nogle spørgsmål vedrørende lejefastsættelsen i forbindelse med Kommunens udlejning af arealer og bygninger til brug for opsætning af telekommunikationsudstyr (master mv.). Anledningen er, at Teleindustrien og TDC har anfægtet den af Kommunen fastsatte leje.

Det er aftalt, at vurderingen skal omfatte følgende:

- Må kommunen fastsætte en leje, der ligger under markedslejen.
- Er der hjemmel til, at Kommunen eventuelt kan regulere lejen i nedadgående retning inden for de skønsmæssige rammer for ansættelse af "markedslejen", jf. blandt andet Erhvervsstyrelsens vejledning om markedsleje mv.

Vurderingen skal indbefatte inddragelse af kommunalfuldmagtsreglerne, statsstøttereglerne og erhvervsfremmelovens regler om passiv infrastruktur.

Til brug for vurderingen har vi modtaget en redegørelse fra Kommunen, sendt pr. e-mail den 12. april 2017. Med redegørelsen fulgte paradigme for mobilantennekontrakt, Erhvervsstyrelsens vejledning om markedsleje ved udlejning af arealer til brug for digital infrastruktur samt en af Colliers udarbejdet vurdering af markedslejen vedrørende Samosavej 50.

I afsnit 2 har vi sammenfattet vores vurdering af de rejste spørgsmål. Derefter følger i afsnit 3 en redegørelse for baggrunden, i afsnit 4 retsgrundlaget og i afsnit 5 en nærmere redegørelse for vores vurdering.

2. SAMMENFATNING

Det vurderes overvejende sandsynligt, at § 60a i lov om elektroniske kommunikationsnet og tjenester udtømmende regulerer kommunens mulighed for udleje af arealer til mobilantennener mv., og at der således ikke – ved siden af denne regel – er supplerende hjemmel i kommunalfuldmagten til at udleje arealer til mobilantennener og fastsætte lejen herfor.

Når kommunen udlejer arealer til brug for mobilantennener mv., sker dette således med hjemmel i § 60a, og udleje skal i overensstemmelse med bestemmelsens ordlyd ske på "markedsvilkår". Bestemmelsen rummer efter sin ordlyd ikke hjemmel til, at kommunen kan fastsætte en leje, der ligger under markedslejen.

Det vurderes, at kommunens forpligtelse til at udleje til markedsleje rummer et spænd, inden for hvilket kommunen efter et konkret skøn kan fastsætte lejen. Relevante forskelle på forskellige ejendomme og/eller områder i kommunen kan eventuelt begrunde, at lejen differentieres, herunder efter omstændighederne nedsættes. Under hensyn til det nedenfor anførte vedrørende model 1 i Erhvervsstyrelsens vejledning, vurderer vi dog, at en lejefastsættelsesmodel, der alene er baseret på den offentlige ejendomsvurdering og det anvendte grund- eller bygningsareal, næppe vil opfylde kriteriet om markedsleje. Vi har herved også lagt vægt på, at oplysningerne tyder på, at der i København er et egentligt marked for arealer til placering af mobilantennener.

Idet udlejningen vurderes at være udtømmende reguleret i ovennævnte lovgivning, der ikke hjemler mulighed for at fastsætte en leje, der er under markedslejen, vil der som udgangspunkt ikke opstå en statsstøtteretlig problemstilling.

3. BAGGRUND

Kommunen er – ligesom andre ejere af master og bygninger mv. – forpligtet til at imødekomme anmodninger om adgang til opsætning af antennesystemer på den pågældende bygning mv., jf. § 10 i lov om etablering og fælles udnyttelse af master til radiokommunikationsformål mv. (Masteloven).

Kommunen har på det grundlag i en årrække indgået aftaler om udleje af mobilantennepositioner på kommunens ejendomme og arealer. Typisk er der tale om master opsat på taget af bygninger men i enkelte tilfælde også høje master placeret på jorden.

Aftalerne om opsætning indgås på grundlag af Kommunens standard "Lejeaftale om brug af bygningsareal m.m. til opsætning af antenner og kommunikationsudstyr", og der opkræves en årlig leje på kr. 40.409,93 (niveau 2017). Lejen reguleres en gang årligt.

I 2016 anfægtede Teleindustrien Kommunens standardvilkår på antenneområdet, herunder særligt lejeniveauet, som Teleindustrien mente og fortsat mener, er for højt. Med udgangspunkt i Erhvervsstyrelsens "Vejledning om markedsleje ved udlejning af arealer til brug for digital infrastruktur", som oplister 3 metoder til fastsættelse af markedslejen for

antennepositioner, mener Teleindustrien, at lejen bør fastsættes efter Erhvervsstyrelsens model 1 – hvilket vil resultere i en markant lavere leje.

Benyttes model 1 på de eksisterende antennepositioner på Kommunens ejendomme, giver det en årlige leje fra kr. 3.067,06 – 28.624,54 pr. position. For hovedparten af positionerne ville den årlige leje blive kr. 8.000 – 10.000.

Foranlediget af Teleindustriens henvendelse foretog Kommunen en nærmere undersøgelse af lejeniveauet for mobilantennepositioner i København. Kommunen indsamlede oplysninger om 49 mobilantennepositioner i København udlejet af private udlejere. Den årlige gennemsnitsleje for disse positioner var i 2016 forbindelse med udlejningen af en konkret position på Samosvej 50, indhentede Kommunen endvidere en markedslejevurdering fra Colliers International, som vurderede markedslejen for positionen til kommunen valgte på det grundlag ikke at imødekomme Teleindustriens anmodning om lejenedsættelse.

I 2017 har TDC anfægtet Kommunens lejeniveau med samme argumentation som tidligere anført af Teleindustrien.

Fra politisk side er det tilkendegivet, at man gerne vil give så gode vilkår som muligt for etablering af digital infrastruktur i København.

4. DE RETLIGE RAMMER

4.1 Lov om elektroniske kommunikationsnet og -tjenester

Det følger af lovens § 60 a, at

"Kommunalbestyrelsen henholdsvis regionsrådet kan indgå aftaler på markedsvilkår med udbydere af elektroniske kommunikationsnet om udlejning af arealer, bygninger, høje konstruktioner, master m.v. med henblik på udbygning af radiokommunikationsnettet"

Særligt for så vidt angår fastsættelse af markedslejen anføres i motiverne til loven:

"Kommuner og regioner kan [...] efter en konkret vurdering fastsætte en lav eller ingen leje i områder, fx hvor kundegrundlaget er så spinkelt, at dette i det konkrete tilfælde afspejler markedsvilkårene i området."

4.1.1 Vejledning om markedsleje

Erhvervsstyrelsen har i 2014 udarbejdet "Vejledning om markedsleje ved udlejning af arealer til brug for digital infrastruktur". Vejledningen findes i dag på Energistyrelsens hjemmeside.

I vejledningen redegøres indledningsvis for de særlige udfordringer, der er forbundet med at fastsætte "markedslejen" for netop arealer til mobilantenner. Markedslejen er normalt

Det har lejer sjældent i praksis, når det gælder arealer til brug for mobilantenner og masten. Populært sagt skal en mobilantenne placeres dér, hvor behovet er – ikke i den anden ende af kommunen.

Med dette afsæt beskriver vejledningen tre forslag til metoder til at fastsætte markedsløjen for udlejning af arealer til brug for digital infrastruktur.

Metoderne er ikke indbyrdes prioriteret, og det står, jf. vejledningens afsnit 3, "*kommunerne frit for at benytte den metode, de finder mest anvendelig i relation til deres lokale forhold.*"

De tre foreslåede metoder er:

1. Den offentlige vurdering som grundlag

(SKATs offentlige ejendomsvurdering omregnes til en årlig lejepris på grundlag af en sædvanlig kapitaliseringsfaktor. Der kan tillægges en rimelig forrentning og udgifter til administration mv.).

2. Professionelt, fagligt skøn som grundlag

(Vurderingsmanden skal i givet fald tage højde for, at markedet for udlejning af arealer til mobilantenner er specielt, jf. ovenfor, og fastsætte en vurderingspris svarende til, hvad der ville være gældende på et marked med velfungerende konkurrence. Vurderingsmanden bør altid skriftligt tilkendegive, hvilke parametre, der ligger til grund for hans vurdering af markedsløjen)

3. Sammenlignelige priser som grundlag

(Der kan, grundet ovenstående forhold, være udfordringer med at finde reelt sammenlignelige priser. Men i det omfang konkrete omstændigheder giver grundlag herfor, vil lejeprisen hos private udlejere og andre kommuner og regioner kunne give en vis indikation af prisniveauet for markedsløjen. Ved benyttelse af denne metode skal kommunen være særligt opmærksom på konkurrencelovens § 6.3 om forbud mod en samordnet praksis).

4.2 Kommunalfuldmagten

Kommunalfuldmagten er en række ulovbestemte retsgrundsætninger, der danner de juridiske rammer for kommunernes opgaver, hvor disse rammer ikke er reguleret i den skrevne lovgivning. I det omfang, en kommunal opgave eller aktivitet er udtømmende reguleret i skreven lov, viger kommunalfuldmagtsreglerne for den skrevne lov.

Hjemmel i kommunalfuldmagten til, at kommunen må udføre en aktivitet eller afholde en omkostning mv., forudsætter endvidere blandt andet følgende:

4.2.1 *Forbud mod erhvervsaktivitet*

Kommuner må som udgangspunkt ikke drive handel, håndværk, industri eller finansiell virksomhed (udøve erhvervsvirksomhed). Der undtages fra forbuddet, hvis der f.eks. er tale om accessorisk virksomhed eller udnyttelse af overkapacitet, der ikke kan afskaffes.

4.2.2 *Lovlig kommunal opgave*

Der skal være en lovlig kommunal interesse i aktiviteten eller støtten. Dette er opfyldt, hvis aktiviteten er af almennyttig karakter, dvs. imødekommer relevante behov hos kommunens borgere. Støtte til infrastruktur anses i vidt omfang for at være en lovlig kommunal opgave.

4.2.3 *Forbud mod begunstiggelse af enkeltpersoner og enkelte virksomheder*

Støtten (til lejen) må ikke indebære en begunstiggelse af enkeltpersoner eller enkelte virksomheder. Et tilskud skal således modsvares af den kommunale interesse i aktiviteten. Hvis ikke alle får glæde af en støtte eller en aktivitet, skal den komme en sagligt afgrænset kreds til gode.

4.2.4 *Økonomisk forsvarlig forvaltning*

Kommunens aktivitet skal overholde kravene til økonomisk forsvarlighed. Den udførte aktivitet eller støtte skal således sammenholdes med kommunens interesse i aktiviteten/støtten. Der er et relativt vidt skøn for kommunerne i denne forbindelse.

4.3 **Erhvervsfremmeloven**

Lov om erhvervsfremme og regionsudvikling giver kommunerne mulighed for at fremme mobildækningen i et område af hensyn til erhvervsudviklingen i området. Blandt andet må kommunerne selv etablere passiv infrastruktur i form af fx master eller bygninger, som skal stilles til rådighed for alle udbydere på markedet. Det skal i givet fald ske på ikke diskriminerende vilkår og til markedspris.

Markedsprisen vil afhænge af den konkrete situation men kan tage udgangspunkt i pris-sætningen af tilsvarende infrastruktur anlagt i kommercielt øjemed. Der kan efter en konkret vurdering fastsættes en lav – eller ingen – leje i områder, hvor kundegrundlaget er meget spinkelt.

Der henvises til Erhvervsstyrelsens Vejledning om udrulning af bredbånd i medfør af lov om erhvervsfremme og regional udvikling.

4.4 **Statsstøtte**

Statsstøttereglerne omfatter kommunerne, og kan derfor bedre betegnes som et forbud mod offentlig støtte.

For at undgå overtrædelse af reglerne om statsstøtte skal kommunens aktiviteter foregå på markedsvilkår uden et støtteelement. Alternativt kan der være mulighed for at give en vis, begrænset støtte under henvisning til de minimis-reglerne.

5. VURDERING

5.1 Er udleje af arealer til mobilantener og fastsættelse af leje udtømmende reguleret i lovgivningen

De uskrevne grundsætninger om kommunalfuldmagten indebærer, at en kommune som udgangspunkt ikke må udøve erhvervsvirksomhed. Der er visse undtagelser hertil, jf. afsnit 4.2.1, men både forbuddet mod erhvervsaktivitet og undtagelserne viger, hvis den skrevne lovgivning udtømmende regulerer forholdet.

Det er således relevant at vurdere, om lov om elektroniske kommunikationsnet og –tjenester, jf. afsnit 4.1, udtømmende regulerer kommuners mulighed for at udleje arealer og/eller bygninger mv. til mobilantener. Hvis dette er tilfældet, viger kommunalfuldmagten, og undtagelserne fra forbuddet mod at udøve erhvervsaktivitet finder, ligesom de øvrige kommunalfuldmagtsbetingelser, i så fald ikke anvendelse. Hvis der derimod ikke er tale om en udtømmende regulering, gælder kommunalfuldmagten ved siden af loven.

Det vurderes overvejende sandsynligt, at § 60a i lov om elektroniske kommunikationsnet og tjenester udtømmende regulerer forholdet, og at der således ikke – ved siden af denne regel – kan søges yderligere hjemmel i kommunalfuldmagten til at udleje arealer til mobilantener og fastsætte lejen herfor.

Denne vurdering støttes navnlig på motiverne til lovforslaget (LFF229A/2013), hvor det blandt andet om den tidligere retstilstand er anført, at kommunernes mulighed for at udleje arealer mv. til mobiludbydere skulle vurderes efter kommunalfuldmagtsreglerne, og at det ikke i tilsynspraksis var afklaret, hvorvidt kommunalfuldmagtsreglerne gav hjemmel til at udleje kommunale arealer, bygninger og lignende til mobiludbydere, samt i givet fald hvilke hensyn der kan eller skal varetages i den forbindelse.

Formålet med bestemmelsen var således at fastsætte (klar) hjemmel til, at kommuner og regioner kan indgå aftaler om udlejning af arealer, bygninger, høje konstruktioner, master m.v. med henblik på udbygning af radiokommunikationsnettet på markedsvilkår.

5.2 Markedsleje

Når kommunen udlejer arealer til brug for mobilantener mv., sker dette således med hjemmel i § 60a, og udleje skal følgelig ske på "markedsvilkår". Bestemmelsen rummer efter sin ordlyd ikke hjemmel til, at kommunen kan fastsætte en leje, der ligger under markedslejen.

Det skal herefter vurderes, om begrebet markedsvilkår rummer et spænd, inden for hvilket kommunen kan fastsætte lejen, herunder eventuelt nedsætte den nuværende leje.

Det fremgår af lovforslaget til § 60 a i lov om elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, at forslaget ikke regulerer, hvilke økonomiske, regnskabsmæssige eller juridiske principper, der skal lægges til grund ved vurderingen af, hvad der er markedsvilkår, idet dette

i høj grad afhænger af den konkrete situation. Kommuner og regioner kan derfor efter en konkret vurdering fastsætte en lav eller ingen leje i områder, fx hvor kundegrundlaget er så spinkelt, at dette i det konkrete tilfælde afspejler markedsvilkårene i området. Lejevilkårene, herunder lejeprisen, vil dog være underlagt de almindelige krav om saglighed, ikke-diskrimination og konkurrencefordrejning m.v.

Kommunen er ikke bundet af Erhvervsstyrelsens vejledning om markedsleje og de tre modeller, der er beskrevet heri, men kommunen kan lade sig inspirere af modellerne og de hensyn vedrørende navnlig betydningen af lokale forhold, der er beskrevet i tilknytning til de tre modeller.

Med hensyn til model 1, som Teleindustrien/TDC ønsker anvendt, bemærkes, at lejefastsættelsen i denne model baserer sig på SKATs offentlige ejendomsvurdering. Uagtet, at de offentlige ejendomsvurderinger almindeligvis tilsigter at afspejle ejendommens markedsværdi, er situationen pt., at de offentlige ejendomsvurderinger har været fastfrosset siden 2013, og et nyt ejendomsvurderingsystem først forventes at være klar i 2019-2020, jf. regeringens udmelding herom i efteråret 2016. Dette vurderes at indebære en betydelig risiko for, at de offentlige ejendomsvurderinger (i hvert fald for mange ejendommers vedkommende) ikke for tiden afspejler ejendommens markedsværdi – og følgelig allerede af den grund heller ikke retvisende vil kunne lægges til grund for beregning af markedslejen.

Model 2 er anvendt af kommunen i forbindelse med antenneplaceringen på Formosavej 50, om nævnt ovenfor. Colliers har, som anbefalet i vejledningen, udførligt redegjort for de parametre, der er lagt vægt på ved vurderingen.

Med hensyn til model 3, lejefastsættelse baseret på sammenlignelige priser, har kommunen oplyst at have indhentet oplysninger om 49 mobilantennepositioner i København, udlejet af private udlejere. Hvis kommunen vælger at anvende disse oplysninger direkte som grundlag for lejefastsættelsen, består der en nærliggende risiko for, at kommunen derved kan gøre sig skyldig i en overtrædelse af forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 3 om en "samordnet praksis". Vi forstår imidlertid, at kommunen ikke har fastsat eller ændret lejeniveauet for mobilantenner på kommunens ejendomme på grundlag af de indhentede oplysninger.

Sammenfattende vurderes det, at kommunens forpligtelse til at udleje til markedsleje rummer et spænd, inden for hvilket kommunen efter et konkret skøn kan fastsætte lejen. Relevante forskelle på forskellige ejendomme og/eller områder i kommunen kan eventuelt begrunde, at lejen differentieres, herunder efter omstændighederne nedsættes. Under hensyn til det ovenfor anførte vedrørende model 1, vurderer vi dog, at en model, der

alene er baseret på den offentlige ejendomsvurdering og det anvendte grund- eller bygningsareal, næppe vil opfylde kriteriet om markedsleje. Vi har herved også lagt vægt på, at oplysningerne tyder på, at der i København er et egentligt marked for arealer til placering af mobilantener.

5.3 Lejefastsættelse på andet grundlag?

I henhold til erhvervsfremmeloven kan kommuner, hvis det er begrundet i en erhvervsudviklingsaktivitet, beslutte at etablere såkaldt passiv infrastruktur i form af blandt andet master og antennepositioner. Udleje heraf skal i givet fald ske på markedsvilkår.

Erhvervslejeloven giver således ikke hjemmel til at udleje antennepositioner mv. på andre vilkår, end beskrevet ovenfor.

5.4 Statsstøtte

Der vil kunne være tale om en overtrædelse af reglerne om statsstøtte, hvis kommunen ved udleje af arealer til mobilantener mv. opkræver en leje, der ligger under markedslejen og derved kan siges at indeholde et element af støtte til pågældende teleudbydere.

Idet udlejningen imidlertid vurderes at være udtømmende reguleret i ovennævnte lovgivning, der ikke hjemler mulighed for at fastsætte en leje, der er under markedslejen, vil der som udgangspunkt ikke opstå en statsstøtteretlig problemstilling.

København, den 15. maj 2017
Horten

Anne Sophie Kierkegaard Vilsbøll


v/Maria Kjer Hedegaard