

BECH-BRUUN

Michael Honoré
Specialistadvokat

J.nr.. 012657-0238 mih

T +45 72 27 33 76
mih@bechbruun.com

FORTROLIGT NOTAT TIL DSB

29. april 2011

Vurdering af visse statsstøtteretlige problemstillinger mellem DSB og DSBFirst

1. Opdrag

Dette notat indeholder hovedelementerne i vores statsstøtteretlige redegørelse til DSB vedrørende følgende spørgsmål:

1. Foreligger der risiko for statsstøtte i forholdet mellem DSB SOV og DSBFirst-koncernen i forbindelse med forrentningen af den løbende mellemregning (håndtering af rentespørgsmålet)?
2. Foreligger der risiko for statsstøtte i forbindelse med DSB SOV's generelle kreditgivning til DSBFirst-koncernen via mellemregningskontoen (den løbende kreditgivning)?
3. Foreligger der risiko for statsstøtte i forholdet mellem DSB SOV/DSB Vedligehold A/S (herefter omtalt som "DSB") og DSBFirst-koncernen i forbindelse med overdragelsen af vedligeholdelsesaktiviteterne i Helgoland (overdragelsen af Helgoland)?

Vores opdrag er ikke at udarbejde et procesdokument, men at udarbejde en redegørelse på baggrund af de juridiske og faktiske elementer, som en konkurrencemyndighed efter vores vurdering vil tillægge vægt i forbindelse med en gennemgang af sagen.

Det præciseres endvidere, at vi ikke på nuværende tidspunkt har foretaget en tilbundsående gennemgang af samtlige dokumenter og udsagn i sagen, idet dette vil indgå i vores endelige redegørelse til DSB. Vi vurderer dog, at vi har et tilstrækkeligt indgående kendskab til sagens aspekter til, at vores overordnede analyse i dette notat kun er behæftet med en mindre grad af usikkerhed.

2. Foreløbig konklusion

På baggrund af vores nuværende forståelse af sagens omstændigheder er det vores vurdering, at der er høj risiko for, at håndteringen af rentespørgsmålet i forbindelse med mellemregningskontoen udgør statsstøtte, da den anvendte rentesats - som må anses for lavere end den normale markedsrente - er en følge af DSB's vedtægter og herved kan tilregnes den danske stat.

Derimod er der efter vores vurdering begrænset risiko for, at DSB's dispositioner i relation til den løbende kreditgivning og overdragelsen af Helgoland udgør statsstøtte. Navnlig er det tvivlsomt, om DSB's adfærd kan tilregnes den danske stat, hvilket er en afgørende forudsætning for, at der foreligger statsstøtte. Der synes også at kunne fremføres vægtige argumenter for, at DSB ikke har ageret i strid med det markedsøkonomiske investorprincip i relation til DSBFirst, når der ses bort fra rentesatsen.

Vores vurdering af de respektive statsstøtte-risici kan opsummeres som følger:

	Konklusion: Sandsynlighed for støtte	Sandsynlighed for tilregnelser	Sandsynlighed for økonomisk fordel
Mellemregningskontoen – Rentespørgsmålet	Høj	Høj	Høj
Mellemregningskontoen – Hovedstolen	Lav	Lav	Middel
Helgoland	Lav	Lav	Lav til Middel

3. Kort introduktion til statsstøttere reglerne

For at der foreligger statsstøtte omfattet af EUF-traktatens artikel 107 og Konkurrencelovens § 11a, skal følgende seks betingelser alle være opfyldt:

1. Der skal foreligge en økonomisk fordel
2. Fordelen skal være finansieret ved hjælp af statsmidler, idet brugen af disse midler skal kunne tilregnes staten
3. Fordelen skal tilfalde en afgrænset gruppe af modtagere
4. Modtageren skal selv udøve økonomisk virksomhed
5. Der skal foreligge en forvrængning af konkurrencen
6. Samhandelen mellem EU's lande skal være påvirket (gælder kun i relation til EUF-traktatens artikel 107)

I den foreliggende sag er der ikke tvivl om, at de sidste fire betingelser er opfyldt. Derimod er der betydelig usikkerhed med hensyn til, om der foreligger en økonomisk fordel (1. betingelse), og om DSB SOV's adfærd i denne sag kan tilregnes den danske stat (2. betingelse).

Hver af disse to betingelser behandles nedenfor, betingelsen om tilregnelser først.

4. Betingelsen om statsmidler, herunder kravet om tilregnelser

4.1 Introduktion til begrebet

Der foreligger "statsmidler", når midler er under de offentlige myndigheders kontrol og dermed står til rådighed for de kompetente nationale myndigheder. Det følger af fast retspraksis, at en offentligt kontrolleret virksomheds midler i alle tilfælde udgør "statsmidler". Det er i den forbindelse underordnet, hvorfra midlerne stammer, herunder om de hidrører fra statslige tilskud eller fra anden indtjening (fx kundebetaling).¹

For at undgå, at en offentlig virksomheds midler altid skal anses for statsmidler, stilles der endvidere krav om, at brugen af midlerne kan tilregnes staten (tilregnelserkriteriet).

Af den ledende dom på området² fremgår, at en konkurrencemyndighed i forbindelse med sin vurdering af, om tilregnelserkriteriet er opfyldt, skal lægge vægt på "*sagens omstændigheder som helhed og den sammenhæng, hvori foranstaltningen er truffet*", herunder en række direkte og indirekte indikatorer:

- om den pågældende virksomhed ikke kunne træffe den anfægtede beslutning uden at tage hensyn til kravene fra de offentlige myndigheder
- om virksomheden er integreret i den offentlige forvaltning
- karakteren af dens aktiviteter og om disse udøves på markedet under normale konkurrencevilkår med deltagelse fra private erhvervsdrivende
- virksomhedens juridiske status – det være sig, om den henhører under den offentlige ret eller privatrettens regler for selskaber³
- udstrækningen af de offentlige myndigheders kontrol med administrationen af virksomheden
- enhver anden omstændighed, som i det konkrete tilfælde indikerer, at de offentlige myndigheder er impliceret deri, eller som tværtimod sandsynliggør, at de ikke er impliceret i vedtagelsen af en foranstaltning, når endvidere henses til dennes rækkevidde, indhold eller hermed forbundne betingelser.

Bevisbyrden for, at tilregnelserkriteriet er opfyldt, ligger hos konkurrencemyndigheden. For at lette dennes (og en eventuel klagers) bevisførelse kan der dog ifølge EU-Domstolen ikke stilles krav om bevis for, at de offentlige myndigheder konkret ved en anvisning har tilskyndet en offentlig virksomhed til at træffe de pågældende støttefor-

¹ Se bl.a. sag C-482/99, Frankrig mod Kommissionen ("Stardust Marine"), præmis 37, og sag C-83/98 P, Frankrig mod Ladbroke Racing og Kommissionen, præmis 50.

² EU-Domstolens dom af 16. maj 2002 i sag C-482/99, Frankrig mod Kommissionen ("Stardust Marine"), præmis 55-57.

³ Den omstændighed alene, at en offentlig virksomhed er oprettet i form af et privatretligt kapitalsselskab, kan ikke, selv om denne selskabsform giver det en vis autonomi, udelukke, at en støtteforanstaltning, der træffes af et sådant selskab, kan tilregnes staten. Den omstændighed, at en sådan virksomhed er undergivet kontrol, og at der som følge heraf i praksis består en reel mulighed for at udøve en dominerende indflydelse, indebærer, at det på forhånd ikke er udelukket at tilregne staten en foranstaltning truffet af en sådan virksomhed, og der følger ikke kan udelukkes at være en risiko for omgåelse af traktatens regler om statsstøtte, selv om den offentlige virksomheds juridiske form i sig selv er relevant som et blandt flere indicier for, om staten i et konkret tilfælde er impliceret eller ej. Se Stardust Marine-dommens præmis 57.

anstaltninger.⁴ Som nævnt kan der i stedet lægges vægt på *sagens omstændigheder som helhed og den sammenhæng, hvori foranstaltningen er truffet.*

Samtidig fremgår det af Stardust Marine-dommens præmisser, at der skal anlægges en *konkret vurdering* af hvert enkelt foranstaltning.

I samtlige afgørelser og domme vedrørende tilregelse siden Stardust Marine-dommen, afsagt den 16. maj 2002, har Kommissionen og domstolene lagt afgørende vægt på, om de offentlige myndigheder har været *konkret* involveret i den foranstaltning, der mistænkes for at udgøre støtte.⁵

Et illustrativt eksempel herpå er Kommissionens beslutning af 24. april 2007 i InterFerryBoats-sagen⁶. I sagen havde den offentligt ejede togoperatør i Belgien, SNCB, blandt andet givet betalingshenstand til sit delejede datterselskab, InterFerryBoats (IFB).⁷

SNCB var en offentlig virksomhed, ejet 100 % af den belgiske stat. SNCB's bestyrelse udnævntes af den belgiske regering, som endvidere repræsenteres i bestyrelsen af en regeringskommisær.⁸ SNCB udførte offentlig tjenesteydelsesvirksomhed for staten og modtog i denne egenskab vederlag fra staten.

Kommissionen tog i sin beslutning stilling til tre forskellige typer af dispositioner til fordel for IFB og fandt efter en konkret vurdering, at to af disse *ikke* kunne tilregnes staten.

Sagen er kort opsummeret i boksen nedenfor.

⁴ For det første er der nemlig på grund af de tætte forbindelser mellem staten og de offentlige virksomheder en reel risiko for, at der via disse tildeles statsstøtte, som er svært gennemskuelige og i strid med traktatens regler om statsstøtte. For det andet er det normalt meget vanskeligt for tredjemand, netop på grund af de privilegerede forbindelser mellem staten og de offentlige virksomheder, at påvise i et konkret tilfælde, at en offentlig virksomhed har truffet støtteforanstaltninger efter anvisning fra offentlige myndigheder. Se Stardust Marine-dommens præmis 53-54.

⁵ Se bl.a. Kommissionens beslutning af 17. september 2003 om Tysklands statsstøtte til fordel for Space Park Development GmbH (EUT 2004 L 61/66), Kommissionens beslutning af 9. november 2005, DVB-T i Berlin-Brandenburg, (EUT 2006 L 200/14); Kommissionens beslutning 2006/947 af 7. december 2005 i sag C 53/03, Belgiens statsstøtte til ABX Logistics (EUT L 383 af 28.12.2006, s. 21); Domstolens dom af 15. juli 2004 i sag C-345/02, Pearle; Rettens dom af 2. september 2007 i sag T-136/05, Salvat père & fils m.fl. mod Kommissionen; Rettens dom af 26. juni 2008 i sag T-442/03, SIC mod Kommissionen, præmis 101-114; Rettens dom af 22. oktober 2008 i forenede sager T-309/04, T-317/04, T-329/04 og T-336/04, TV 2 m.fl. mod Kommissionen, Rettens dom af 5. april 2006 i sag T-351/02, Deutsche Bahn mod Kommissionen.

⁶ Kommissionens beslutning 2009/608 af 24. april 2007 om Belgiens støtteordning til fordel for InterFerryBoats C 46/05, EUT 2009 L 225/1.

⁷ IFB var ud over SNCB (med 89,03 %) ejet af tre andre virksomheder (CNC Transports – hvoraf SNCF ejer 93,8 % – 7,41 %), ICF (2,08 %) og EWS (English Welsh and Scottish Railway – 1,22 %).

⁸ Regeringskommisæren kan anmode de belgiske myndigheder om at ophæve en bestyrelsesbeslutning om et anliggende, som ikke vedrører leveringen af offentlige tjenesteydelser, hvis denne beslutning er til skade for leveringen af offentlige tjenesteydelser.

Se også Kommissionens beslutning 2006/947 af 7. december 2005 i sag C 53/03, Belgiens statsstøtte til ABX Logistics (EUT L 383 af 28.12.2006, s. 21), punkt 68, hvoraf fremgår, at regeringskommisæren "holder øje med, at loven, SNCB's vedtægter og ledelseskontrakten overholdes".

Kommissionens beslutning af 24. april 2007 i InterFerryBoats-sagen

Følgende tre dispositioner blev undersøgt af Kommissionen i relation til spørgsmålet om tilregelse:

Manglende opkrævning af betaling for serviceydelser i perioden 2000-2003 (punkt 203-208)

For det første havde SNCB's ledelse ikke krævet betaling af IFB for en række serviceydelser leveret af SNCB til IFB i perioden 2000-2003. I januar 2003 udgjorde værdien af IFB's ubetalte fakturaer fra SNCB i alt 63 mio. EUR. Ifølge Kommissionen forklarede den manglende betaling af disse fakturaer, "hvorfor IFB kunne køre videre trods alvorlige økonomiske problemer".

Kommissionen fandt det ikke bevist, at denne beslutning kunne tilregnes den belgiske stat, idet Kommissionen bemærkede

- at SNCB's bestyrelse (og regeringskommissæren) først blev informeret om denne praksis i juli 2002
- at gennemgangen af en lang række dokumenter, herunder protokollerne fra kammerets og senatets forhandlinger, ikke havde vist, at den belgiske regering skulle have været indblandet i SNCB's beslutninger om IFB's fremtid.

Hernæst anfører Kommissionen:

"Derved opstår spørgsmålet om, hvorvidt ledelsens langmodighed i en offentlig virksomhed [...] kan tilregnes den belgiske stat, når der ikke er tegn på, at myndighederne har grebet specifikt ind, da situationen opstod. Ifølge lov af 1993 om oprettelse af SNCB som offentligretligt aktieselskab styres virksomheden af SNCB's uafhængige ledelse, dvs. den administrerede direktør og medlemmerne af direktionen, uden indgreb fra de offentlige myndigheder. Da der ikke foreligger beviser for, at staten har grebet ind i IFB-sagen, må Kommissionen konkludere, at SNCB's ledelses beslutning om at acceptere, at IFB ikke betalte sine fakturer i perioden ultimo juli 2000-juli 2002, ikke kan tilregnes den belgiske stat."⁹

Likviditetsstøtte på 2,5 mio. EUR, godkendt af SNCB's bestyrelse (punkt 209-212)

For det andet havde SNCB's bestyrelse godkendt et lån på 2,5 mio. EUR til dækning af IFB's driftsudgifter til en favorabel rente.¹⁰ Kommissionen fandt heller ikke, at denne beslutning kunne tilregnes den belgiske stat, selv om den blev godkendt af SNCB's bestyrelse. Kommissionen konstaterer, at SNCB er en selvstændig offentlig virksomhed med status af offentligretligt aktieselskab, hvorfor direktionen kan lede den helt uafhængigt af den belgiske stat. Kommissionen fandt det heller ikke bevist, at den belgiske regering skulle have søgt at påvirke bestyrelsens beslutning, skønt regeringskommissæren var opmærksom på forholdet.¹¹

Rednings- og omstrukturierungsforanstaltningerne til fordel for IFB (punkt 213-232)

Derimod fandt Kommissionen, at rednings- og omstrukturierungsforanstaltninger til en samlet værdi af 95,3 mio. EUR kunne tilregnes staten. Kommissionen henviste navnlig til

- at omstrukturierungsplanen blev forelagt den belgiske stat til godkendelse
 - presseartikler, der påviser, at den belgiske regering havde en kraftig indflydelse på SNCB i løbet af 2003
- omfanget og indholdet af samt betingelserne i rammekontrakten af 7. april 2003, herunder særligt at beslutningen havde en sådan karakter, at den skulle få regeringskommissæren til at gribe ind eller til i det mindste informere de belgiske myndigheder, så de kunne træffe foranstaltninger, enten formelt eller uformelt.¹²

Som det fremgår af IFB-sagen, lægger Kommissionen i sin praksis vægt på, om der i en konkret sag foreligger bevis for, at myndighederne har været involveret i en given disposition, i hvert fald når der er tale om et offentlig aktieselskab med en uafhængig direktion.

⁹ Se beslutningens pkt. 207-208.

¹⁰ Der skulle betales 3,1 % i renter af dette forskud, og hele beløbet var tilbagebetalt i juli 2003.

¹¹ Kommissionen bemærker hertil, at regeringskommissæren kun kan gribe ind, hvis en beslutning kunne være til skade for SNCB's levering af offentlige tjenesteydelser. Dette fandtes ikke at være tilfældet i lyset af støttebeløbs størrelse (2,5 mio. EUR) og støttens form (rentebærende likviditetsforskud).

¹² Se beslutningens punkt 213-232.

Kommissionen finder det heller ikke tilstrækkeligt, at virksomhedens – regeringsudpegede – bestyrelse i en konkret sag er involveret i en given disposition, eller at staten – for at sikre sine interesser som køber af offentlige tjenesteydelser – har en regeringsrepræsentant i virksomhedens bestyrelse.

Praksis efter Stardust Marine-dommen har endnu ikke givet klare eksempler på offentlige virksomheder, der har haft så tætte forbindelser til staten, at alle virksomhedens dispositioner som udgangspunkt kan tilregnes staten, uden at det skal bevises, at en konkret adfærd har været influeret af de offentlige myndigheder.¹³

Det synes dog ikke på nogen måde udelukket, at sådanne tilfælde foreligger, for eksempel i forbindelse med virksomheder, som skal indhente statens godkendelse forud for alle dispositioner af en vis betydning, og/eller som er integreret i den statslige forvaltning.¹⁴ At dømme ud fra InterFerryBoats-sagen synes der dog at skulle ganske meget til for, at en statsejet virksomheds dispositioner uden videre tilregnes staten, også selv om virksomheden måtte have modtaget public service-vederlag af staten.

På baggrund af Stardust Marine-dommens præmisser er det samtidig vores vurdering, at der selv i sådanne tilfælde højst kan være tale om en *formodning* for tilregnelser, idet de offentlige myndigheder (eller en offentlig virksomhed) "i det konkrete tilfælde" vil kunne "sandsynliggøre, at de ikke [har været] impliceret i vedtagelsen af en foranstaltning".¹⁵

4.2 Anvendelse af tilregnelseskriteriet i den foreliggende sag

4.2.1 Mellemløbsregnskabet – rentespørgsmålet

I relation til rentespørgsmålet har vi fået oplyst, at DSB har fulgt § 5 i sine vedtægter, hvor følgende er anført:

"Optager selskabet lån til brug for videre udlån til et datterselskab el. lign, jf. DSB-loven § 2, stk. 2, skal den rente, der betales af datterselskaber el. lign, afspejle selskabets faktiske lånerente".

DSB har på den baggrund afkrævet DSBFirst den samme rente, som DSB selv optager lån til (NBOR + 0,9 %). DSB's revisorer har bekræftet, at denne rentesats er en nødvendig følge af DSB's vedtægter.

¹³ I en række sager før Stardust Marine-dommen synes EU-Domstolen derimod at have accepteret, at det var tilstrækkeligt at opfylde en række organiske kriterier (herunder det generelle kontrolniveau iværksat af staten). Se bl.a. sag T-358/94, Air France og de øvrige domme nævnt i note 14.

¹⁴ Jf. eksempelvis sag C-303/88, Italien mod Kommissionen, sag C-305/89, Italien mod Kommissionen, forenede sager 67, 68 og 70/85, Van der Kooy m.fl. mod Kommissionen, og sag T-358/94, Air France, alle afsagt før Stardust Marine. For en gennemgang af tidligere praksis, se General Advokat Jacobs' forslag til afgørelse af 13. december 2001 i Stardust Marine-sagen.

¹⁵ Jf. dommens præmis 56 med henvisning til "*enhver anden omstændighed, som i det konkrete tilfælde indikerer, at de offentlige myndigheder er impliceret deri, eller som tværtimod sandsynliggør, at de ikke er impliceret i vedtagelsen af en foranstaltning, når endvidere henses til dennes rækkevidde, indhold eller hermed forbundne betingelser*" (understregning tilføjet).

Vi bemærker, at Kammeradvokaten i sit notat af 13. april 2011 anfører, at bestemmelsen "*kan dog muligvis også – selv om vedtægterne generelt anvender udtrykket "selskabet" synonymt med DSB – forstås således, at renten skal afspejle den rente, som datterselskabet faktisk kan opnå*".

Hvis der måtte være usikkerhed med hensyn til den korrekte fortolkning af vedtægternes § 5, indebærer dette efter vores vurdering, at der kan rejses tvivl om, hvorvidt den rentesats, som DSB har anvendt i relation til DSBFirst, faktisk kan tilregnes staten, jf. vores analyse i punkt 4.2.2 og 4.2.2.3. nedenfor.

Det er imidlertid vores opfattelse, at der ikke kan herske rimelig tvivl om, at omtalen af "selskabet" anvendt to gange i § 5, stk. 2, henviser til DSB begge gange, hvortil kommer, at datterselskabet i den situation, som § 5 beskriver, netop ikke har nogen faktisk (ekstern) lånerente. Efter vores opfattelse pålægger vedtægten derfor DSB at afkræve sine datterselskaber, herunder DSBFirst, en rente, som afspejler den rente, som DSB selv optager lån til.

DSB's vedtægter er fastsat af transportministeren i medfør af DSB-lovens § 5, stk. 2. Der synes herved ikke at være rimelig tvivl om, at rentesatsen er dikteret af transportministeren og derfor kan tilregnes staten.

4.2.2 Den løbende kreditgivning og prissætningen i forbindelse med Helgoland-overdragelsen

Der synes på baggrund af såvel Stardust Marine-dommen som senere praksis at være meget væsentlig usikkerhed med hensyn til, om tilregningskriteriet er opfyldt i relation til DSB's løbende kreditgivning via mellemregningskontoen og prissætningen i forbindelse med Helgoland-overdragelsen, jf. afsnit 3.2.2.1-3.2.2.3 nedenfor.

4.2.2.1 Der synes ikke at foreligge konkrete beviser for, at transportministeren har været involveret i beslutningen

For det første synes det på baggrund af de foreløbige oplysninger i sagen klart, at transportministeren hverken har kendt til den løbende kreditgivning på mellemregningskontoen eller problematikken omkring overdragelsen af Helgoland før tidligst i foråret 2011.

Dette fremgår senest af transportministerens notat til Folketingets Trafikudvalg af 14. april 2011, hvor transportministeren redegør for samtlige kvartalsmøder afholdt med DSB i årene 2009 og 2010. Heraf fremgår, at transportministeren på intet tidspunkt har været orienteret om den løbende kreditgivning via mellemregningskontoen eller om de nærmere detaljer omkring overdragelsen af Helgoland. Tværtimod fremgår det af notatet, at transportministeren på kvartalsmødet den 15. december 2010

"spurgte [...] ind til DSB Sveriges regnskaber i lyset af den omtale, der i løbet af efteråret havde været i offentligheden, navnlig i DR. Endvidere havde Trafikudvalget stillet

en række spørgsmål om sagen, jf. TRU, alm. del, spørgsmål nr. 1762-1767. Endelig havde Økonomisk Ugebrev i november 2010 i en artikel anklaget DSB for at sminke regnskaberne for DSBFirst, bl.a. ved at aktivere vedligeholdelsesomkostninger og afskrive på disse frem for at udgiftsføre hele omkostningen i indeværende år.

På den baggrund udtrykte Transportministeriet på mødet bekymring for DSB Sveriges regnskaber. Bestyrelsen svarede, at det er en sag, som bestyrelsen var meget opmærksom på, og at bestyrelsen havde bedt om en særlig revision heraf."

Der kan ligeledes henvises til transportministerens brev til DSB af 14. april 2011 med en anmodning om redegørelse fra DSB vedr. DSB's overholdelse af DSB's oplysningsforpligtelse og vilkårene for DSB's deltagelse i udenlandske engagementer. Heraf fremgår, at DSB i efteråret 2010 efter anmodning fra Transportministeriets departement afgav tre redegørelser i anledning af presseomtale af DSB's engagement i DSBFirst. De tre redegørelser blev afgivet efter § 20, stk. 2, i lov om den selvstændige offentlige virksomhed DSB og om DSB S-tog A/S. Af brevet fremgår, at "*Transportministeriet må umiddelbart vurdere, at DSB i forbindelse med redegørelserne af 4. og 14. oktober samt 24. november 2010 har forholdt ministeriet væsentlige oplysninger, hvilket i givet fald vil stride mod DSB's forpligtelser efter § 20, stk. 2 i lov om den selvstændige offentlige virksomhed DSB og om DSB S-tog A/S.*"

I lyset af ovenstående synes det på ingen måde muligt at hævde, at DSB's håndtering af hovedstolen eller af prissætningen i forbindelse med overdragelsen af Helgoland skulle have været dikteret eller influeret af transportministeren.

Der erindres endvidere om, at spørgsmålet om tilregnelser i hvert fald som udgangspunkt skal vurderes i relation til den enkelte foranstaltning, der mistænkes for at indebære statsstøtte.

I relation til Helgoland-overdragelsen vil det således være i relation til selve *prissætningen* af vedligeholdelseskontrakten, at spørgsmålet om tilregnelser skal analyseres. Det er i den forbindelse af mindre betydning, om staten måtte have haft kendskab til eller endog være impliceret i de mere overordnede beslutninger vedrørende Helgoland-overdragelsen (hvilket dog heller ikke synes at være tilfældet), så længe dette ikke har haft nogen betydning for selve prissætningen.

4.2.2.2 Det er usikkert, om DSB's adfærd ud fra mere generelle betragtninger kan tilregnes staten

Af side 4 i Kammeradvokatens notat af 13. april 2011 fremgår, at Kammeradvokaten særligt lægger vægt på følgende to forhold for at konkludere, at DSB's adfærd må tilregnes staten:

- "I relation til DSB er det [...] min vurdering, at staten udøver et tilsyn og en kontrol med virksomheden, der har et sådant omfang, at DSB's adfærd – selv om der er

tale om en selvstændig offentlig virksomhed – må tilregnes staten i statsstøtte-reglernes forstand"

- "DSB's hovedaktivitet er jernbanepassagertrafik udført som offentlig service efter forhandlet kontrakt mod kompensation for nettoomkostningerne (incl. en rimelig fortjeneste) ved opfyldelsen af forpligtelserne. DSB modtager således løbende statsmidler i betydeligt omfang, og jeg mener derfor, at statsvirksomhedens eventuelle anvendelse af sådanne midler til begunstiging af konkurrenceudsatte aktiviteter vil udgøre statsstøtte"

For det første er det i lyset af Stardust Marine-dommen (omtalt i afsnit 4 ovenfor) tvivlsomt, om Kammeradvokatens generelle betragtninger kan tillægges afgørende vægt i en sag som den foreliggende, hvor det synes muligt for såvel den danske stat som DSB ud fra sagens konkrete omstændigheder at dokumentere, at de offentlige myndigheder *ikke* har været impliceret i vedtagelsen af foranstaltningerne i den foreliggende sag, jf. afsnit 4.2.2.1.

For det andet synes det under alle omstændigheder tvivlsomt, om DSB er i en situation, der er væsentligt forskellig fra den belgiske jernbaneoperatør SNCB, hvis adfærd ikke ud fra mere generelle betragtninger kunne tilregnes staten (jf. InterFerryBoats-sagen omtalt i afsnit 4 ovenfor).

Det fremgår af InterFerryBoats-sagen, at SNCB blev grundlagt ved den belgiske lov af 23. juli 1926 om oprettelse af *Société Nationale des Chemins de Fer Belges*, og at det siden 14. oktober 1992 har været en selvstændig offentlig virksomhed og et offentligt aktieselskab.¹⁶ Tilsvarende fremgår det af sagen, at SNCB's bestyrelse er udnævnt af den belgiske regering. Endelig fremgår det af sagen, at den belgiske regering repræsenteres i bestyrelsen af en regeringskommissær, som kan anmode de belgiske myndigheder om at ophæve en bestyrelsesbeslutning om et anliggende, som ikke vedrører leveringen af offentlige tjenesteydelser, hvis denne beslutning »er [...] til skade for leveringen af offentlige tjenesteydelser«. ¹⁷

Til sammenligning fremgår det af DSB-loven at DSB "skal drives på forretningsmæssigt grundlag" (§ 2), at "DSB's formue holdes adskilt fra statens formue, og DSB disponerer inden for de til enhver tid fastlagte rammer selv over anlægs- og driftsmidler" (§ 3, stk. 2), at DSB er underlagt de almindelige regler i aktieselskabsloven¹⁸ om selskabets ledelse, om erstatning og om anmeldelse og registrering m.m., med de ændringer der følger af DSB-loven¹⁹ (§ 5), og at transportministeren udøver de beføjelser, som tilkommer generalforsamlingen i et aktieselskab, idet ministeren herved sidestilles med en eneaktionær.

¹⁶ Som defineret i lov af 21. marts 1991 om reform af visse offentlige økonomiske virksomheder, *Moniteur Belge* af 27. marts 1991.

¹⁷ SNCB-lovens § 23, stk. 2. Se omtalen heraf i IFB-beslutningens punkt 26-29.

¹⁸ Der ses endnu ikke at være taget højde for ophævelsen af aktieselskabsloven og indførelsen af den nye selskabslov.

¹⁹ Jf. også DSB's vedtægters §§ 8 og 19.

Hvad angår adgangen til at disponere over anlægs- og driftsmidler (DSB-lovens § 3), kan henvises til § 6, stk. 4, i lov om Post Danmark fra 1995, der havde en sammenlignelig ordlyd ("Post Danmark disponerer selv over anlægs- og driftsmidler").²⁰ Post Danmark blev netop ved denne lov omdannet til selvstændig offentlig virksomhed. Af forarbejderne til § 6, stk. 4, i lov om Post Danmark fremgik udtrykkeligt, at

"[f]ormuleringen er medtaget i lovtæksten for at understrege, at ministeren ikke har instruktionsbeføjelse over for bestyrelsen, og derved ikke har kompetence til at pålægge bestyrelsen at udføre eller undlade bestemte handlinger".²¹

Endvidere fremgår det af DSB's vedtægter, at DSB er en "selvstændig juridisk person og udøver sin virksomhed uden hæftelse for staten" (§ 4). Desuden er DSB "undergivet reglerne i årsregnskabsloven, herunder de særlige bestemmelser for statslige aktieselskaber, med mindre andet følger af DSB-loven" (§ 27 i DSB's vedtægter). DSB er endvidere underlagt Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. DSB er ligeledes omfattet af skattelovgivningens almindelige regler gældende for aktieselskaber, herunder ejendomsbeskatning samt pligten til at betale registreringsafgift af motorkøretøjer. DSB er heller ikke omfattet af statens selvforsikringsordning, men skal selv etablere den nødvendige forsikringsdækning.²²

Det fremgår endvidere af forarbejderne til DSB-loven, at

"[h]ensigten med omdannelsen af DSB fra statsvirksomhed til en selvstændig offentlig virksomhed er at fremme en forretnings- og kundeorientering af virksomheden, dens ledelse og dens interne beslutningsprocesser. [...]"

Hertil kommer, at der med indførelse af konkurrence i sektoren bør skabes den klareste mulige adskillelse mellem virksomheden DSB på den ene side og trafikministeren, som indkøber af jernbanetrafik og regulerende myndighed, på den anden. Med overgangen fra statsvirksomhed til selvstændig offentlig virksomhed præciseres beføjelserne for bestyrelsen af DSB på den ene side og trafikministeren som ejer af virksomheden på den anden side, idet reglerne i aktieselskabsloven m.v. i væsentlig grad følges.²³

For så vidt angår Transportministeriets tilsyn og kontrol med DSB, fremgår det af DSB-loven,

- at transportministeren "til enhver tid på et virksomhedsmøde [kan] afsætte de af ministeren valgte medlemmer" (§ 4, stk. 1)
- at "Bestyrelsens formand og næstformand er forpligtet til at orientere trafikministeren om sager af væsentlig betydning" (§ 4, stk. 3)

²⁰ Lovforslag L 81 1994, fremsat 24. november 1994. FT 1994-95, tillæg A, s. 849.

²¹ At de to lovbestemmelser (§ 3 i DSB-loven og § 6, stk. 4, i lov om Post Danmark) er udtrykkeligt nævnt i rapporten "Statslige aktieselskaber" fra september 2003, udarbejdet af Finansministeriet, Justitsministeriet, Statsministeriet, Trafikministeriet og Økonomi- og Erhvervsministeriet, side 251-252.

²² Forslag til lov om DSB, LFF 1997-98.2.85; Almindelige bemærkninger, Afsnit 2.

²³ Forslag til lov om DSB, LFF 1997-98.2.85; Almindelige bemærkninger, Afsnit 1 (understregning tilføjet).

- at økonomiske dispositioner, der overstiger visse beløbsmæssige rammer, skal forelægges Folketingets Finansudvalg til godkendelse (§ 12)
- at transportministeren fører tilsyn med, at DSB efterlever bestemmelserne i DSB-loven, ligesom DSB "på begæring [skal] stille oplysning om sin virksomhed til rådighed for transportministeren" (§ 20).

En ændring af DSB-loven i 2004 indebar, at transportministeren ikke længere udpeger statsansatte til DSB's bestyrelse, idet et bestyrelsesmedlem ellers principielt kunne modtage instrukser fra transportministeren. Dette ville ifølge bemærkningerne til loven være uforeneligt med det generelle selskabsretlige princip om, at en bestyrelse ikke i sit bestyrelseshverv kan bindes af bestemte instrukser.²⁴ Endvidere indebar lovændringen i 2004, at et bestyrelsesmedlem fremover alene kunne vælges og afsættes *i forbindelse med et virksomhedsmøde*, hvorimod udnævnelse og afskedigelse tidligere kunne ske *til enhver tid*.²⁵

Forholdet til transportministeren er nærmere uddybet i DSB's vedtægters § 22, hvoraf fremgår, at orienteringen af Transportministeriet "primært [sker] ved, at [transportministeren] afholder kvartalsvise møder [...] med bestyrelsens formand og næstformand", idet disse orienterer om "selskabets udvikling, herunder om de væsentligste faktorer, der har indflydelse på selskabets økonomi".²⁶

Endvidere har Transportministeriet fastsat et Regnskabsreglement for DSB og Konkurrenceretlige vilkår for DSB.

Vi har ikke på nuværende tidspunkt foretaget en tilbunds gående komparativ analyse af de regler, der regulerer henholdsvis SNCB's og DSB's virke, men en indledende sammenligning tyder ikke på, at DSB skulle være underlagt et mere snævert tilsyn end SNCB, eller at DSB skulle være tættere tilknyttet staten end SNCB.

Tværtimod har den danske stat ikke nogen "regeringsrepræsentant" siddende i DSB's bestyrelse, hvilket indebærer, at de danske myndigheder – i modsætning til de belgiske myndigheder – ikke er sikret en løbende viden om DSB's tiltag, herunder om de tiltag, der skader leveringen af DSB's offentlige tjenesteydelser.

Endvidere bemærkes, at det i IFB-sagen end ikke var tilstrækkeligt, at SNCB's bestyrelse var involveret i en konkret beslutning om at støtte IFB, idet Kommissionen bemærkede, at SNCB ifølge loven styres af en uafhængig ledelse, dvs. den administrerede direktør og medlemmerne af direktionen, uden indgreb fra de offentlige myndigheder. Endvidere fremhævede Kommissionen, at "[d]a SNCB er en selvstændig of-

²⁴ LFF 2003-04.1.162, lovforslag fremsat 18. februar 2004 (lov nr. 265 af 20. april 2004), Almindelige bemærkninger, Afsnit 1. Der henvises i forarbejderne til aktieselskabslovens § 65, stk. 1, og rapporten "Staten som aktionær" offentliggjort i januar måned 2004.

²⁵ Se DSB-lovens § 4, stk. 1, som affattet ved lov nr. 485 af 1. juli 1998.

²⁶ Se vedtægternes § 22, 4. og 7. afsnit.

*fentlig virksomhed med status af offentligretligt aktieselskab, kan direktionen lede den helt uafhængigt af den belgiske stat.*²⁷

Tilsvarende vil det efter vores opfattelse ikke være tilstrækkeligt til at opfylde tilregnel-seskriteriet i den foreliggende sag, at DSB's bestyrelse måtte være blevet orienteret om håndteringen af mellemregningsproblematikken i relation til DSBFirst og/eller pris-sætningen i relation til Helgoland.²⁸

Hvad angår DSB's regnskabsreglement og konkurrenceretlige vilkår, bemærkes, at disse navnlig tjener til at sikre en overholdelse af statsstøttereglerne (og øvrig konkur-rencelovgivning), herunder reglerne i Transparensdirektivet.²⁹ Dette direktiv har netop til formål at sikre gennemskeligheden af de økonomiske forbindelser mellem med-lemsstaterne og de offentlige virksomheder og virksomheder, der modtager kompensation for byrder pålagt af de offentlige myndigheder. Den danske stat har således pligt til at sikre, at alle virksomheder (såvel private som offentlige), der modtager public service-kompensation af staten skal føre særskilte regnskaber og overholde de deraf afledte forpligtelser til blandt andet at "*fordele [...] alle omkostninger og indtæg-ter korrekt på grundlag af konsekvent anvendte og objektivt begrundede omkostnings-regnskabsprincipper*".³⁰

Hverken regnskabsreglementet eller de konkurrenceretlige vilkår synes således at ad-skille sig fra andre selskabers interne regnskabsmæssige og konkurrenceretlige ret-ningslinjer indført af ledelsen eller ejerkredsen med henblik på at sikre overholdelse af gældende lovgivning.

Endvidere fremgår det udtrykkeligt af Kammeradvokatens notat af 13. april 2011 (dennes side 3), at

"hverken regnskabsreglementet eller de konkurrenceretlige vilkår for DSB omtaler me-re generelt den situation, hvor der ydes lån til hel- eller delejede datterselskaber, der udøver aktiviteter på konkurrenceudsatte områder".

Kammeradvokaten afviser således, at omtalen af DSB's "hovedforretningsområder" i regnskabsreglementets § 5, stk. 6, skulle regulere forholdet mellem DSB og dets dat-terselskaber, der udøver aktiviteter på konkurrenceudsatte områder. Denne fortolkning synes også at have en afsmitning på fortolkningen af § 5, stk. 2, og reglen om, at "ud-veksling af ydelser mellem hovedforretningsområderne i DSB skal ske til markedspris-er".

²⁷ Se IFB-beslutningens punkt 210.

²⁸ Vi har ikke det fornødne grundlag til at tage stilling til, om dette er tilfældet, og forstår, at dette aspekt er underkastet en særskilt undersøgelse af Deloitte.

²⁹ Direktiv 2006/111 af 16. november 2006 om gennemskeligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder og om den finansielle gennemskelighed i bestemte virksomheder (EUT 2006 L 318/17).

³⁰ Af direktivets artikel 4 fremgår, at medlemsstaterne sikrer, at de virksomheder, der skal føre særskilte regn-skaber: a) holder den interne bogføring vedrørende de forskellige aktiviteter adskilt; b) tildeler eller fordeler alle omkostninger og indtægter korrekt på grundlag af konsekvent anvendte og objektivt begrundede om-kostningsregnskabsprincipper og c) klart har fastlagt, efter hvilke omkostningsregnskabsprincipper de ad-skilte regnskaber føres.

Kammeradvokatens fortolkning af regnskabsreglementet og de konkurrenceretlige vilkår indebærer efter vores opfattelse, at staten *ikke* har reguleret DSB's forhold til daterselskaber, der udøver konkurrenceudsatte aktiviteter, herunder DSBFirst.

Udtømmende bemærkes, at selv om der måtte anlægges en anden fortolkning af regnskabsreglementet, vil dette efter vores opfattelse ikke indebære, at tilregnelseskriteriet er opfyldt i relation til DSB's adfærd, særligt hvis det i en konkret situation påvises, at DSB faktisk har fraveget reglerne i regnskabsreglementet og de konkurrenceretlige vilkår (fx ved ikke at udveksle ydelser til markedspriser).

Hvad angår den omstændighed, at DSB modtager et vederlag fra staten for at udføre offentlig service efter forhandlet kontrakt mod compensation for nettoomkostningerne, bemærkes for det første, at DSB heller ikke i denne henseende er i en situation, der er forskellig fra den belgiske jernbaneoperatør SNCB, der ligeledes udfører offentlige tjenesteydelser for den belgiske stat mod public service-vederlag. SNCB er således – ligesom DSB – omfattet af reglerne i Transparensdirektivet og har pligt til at føre særskilte regnskaber mv.³¹ Som omtalt tillagde Kommissionen i IFB-sagen ikke disse forhold nogen betydning i forbindelse med vurderingen af tilregnelseskriteriet.

Der ses heller ikke i den foreliggende afgørelsespraksis fra Kommissionen og unionsdomstolene at foreligge eksempler på, at tilregnelseskriteriet lettere opfyldes i forbindelse med virksomheder, der modtager statsmidler fra staten.³²

*

På baggrund af DSB-loven og DSB's vedtægter synes det muligt at konkludere, at DSB har frihed til at agere selvstændigt og træffe selvstændige dispositioner, så længe dette sker inden for de rammer, der er udstukket i loven og vedtægterne. Af vedtægternes § 5 fremgår, at disse rammer primært er af beløbsmæssig karakter og er ganske vide. Så længe DSB agerer inden for disse rammer, vil DSB ikke skulle indhente transportministerens eller Finansudvalgets forudgående godkendelse.

Endvidere har transportministeren ikke nogen instruktionsbeføjelse i relation til DSB's bestyrelse, der ifølge DSB-lovens forarbejder er udpeget på en sådan måde, at den

³¹

³²

Se IFB-beslutningens punkt 100.

I sin beslutning 98/365 af 1. oktober 1997 om Frankrigs påståede støtte til SFMI-Chronopost (EFT 1998 L 164, s. 37) tog Kommissionen ikke stilling til spørgsmålet om tilregnelser. En forklaring kan dog være, at afgørelsen blev vedtaget før afsigelsen af dommen i Stardust Marine. Der er kun få eksempler på statsstøttesager afgjort før Stardust Marine-sagen, hvor Kommissionen eller EU-Domstolen udtrykkeligt forholdt sig til tilregnelseskriteriet (se fx sag C-44/93, *Namur-Les-Assurances*, hvor generaladvokat Lenz udtrykkeligt forholdt sig til dette aspekt, uden at Domstolen tog stilling hertil). Derimod valgte Retten i dom af 7. juni 2006 i sag T-613/97, *Ufex II* (vedrørende det samme kompleks som i Chronopost-sagen) udtrykkeligt at forholde sig til tilregnelseskriteriet (se dommens præmis 166). Se også Koen Van de Castele og Davide Grespan i *EU Competition Law* (editors Mederer, Pesaresi and Van Hoof,; Clays & Casteels 2008), Volume IV – State Aid, Chapter 2 – "Granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever": *State resources and imputability*, side 231.

kan agere uafhængigt at transportministeren og i den forbindelse pådrage sig et selvstændigt ledelsesansvar.

Det kan endvidere konstateres, at Transportministeriets forhold til DSB kun på få punkter adskiller sig fra, hvad der gælder i forholdet mellem et aktieselskab og dets eneaktionær.

I det omfang DSB agerer inden for de beløbsmæssige rammer, som staten har udstukket (jf. vedtægtens § 5), kan der navnlig henvises til (1) transportministerens tilsyn med DSB (DSB-lovens § 20) og (2) bestyrelsens orienteringspligt over for transportministeren som nærmere beskrevet i DSB-vedtægternes § 22.

Disse elementer synes dog ikke at give ministeren samme grad af indsigt i DSB's anliggender, som de belgiske myndigheder havde i SNCB's anliggender. Det erindres, at den belgiske regering netop havde en regeringsrepræsentant siddende i SNCB's bestyrelse, og at regeringsrepræsentanten var ansat af regeringen og herved underlagt regeringens instruktioner. Endvidere havde regeringen (qua regeringsrepræsentanten) mulighed for at få en løbende indsigt i alt, hvad der foregik i SNCB's bestyrelse.

I lyset af det ovenfor anførte er det efter vores opfattelse yderst tvivlsomt, om de elementer, som Kammeradvokaten har nævnt i sin redegørelse, er tilstrækkelige til, at DSB's adfærd *generelt* kan tilregnes den danske stat.

4.2.2.3 Helgoland

Overdragelsen af Helgoland i 2010 er endvidere en transaktion indgået mellem to datterselskaber til DSB, nemlig DSB Vedligehold A/S og DSBFirst. Selv om det kunne lægges til grund, således som det er sket i Kammeradvokatens notat af 13. april 2011 (side 6), at "den samlede transaktion er besluttet og gennemført af DSB", er der ikke længere tale om en transaktion mellem DSB SOV og et datterselskab. Herved synes det så meget desto mere vanskeligt at basere sig på Kammeradvokatens generelle betragtninger vedrørende tilregnelser, jf. omtalen heraf i afsnit 4.2.2 ovenfor.

4.3 Konklusion vedrørende tilregnelser

I lyset af ovenstående er der meget, der taler for, at hverken DSB's løbende kreditgivning via mellemregningskontoen eller DSB's prissætning i forbindelse med overdragelsen af Helgoland kan tilregnes den danske stat.

Derimod vil det efter vores vurdering være oplagt, at beslutningen om rentesatsen i mellemværendet mellem DSB og DSBFirst kan tilregnes staten.

5. Der skal foreligge en økonomisk fordel

5.1 Introduktion til begrebet

For at en foranstaltning skal kunne anses for at være statsstøtte, kræves, at den direkte eller indirekte favoriserer en eller flere virksomheder ved, at disse opnår en økonomisk fordel, som de ikke ville have opnået på sædvanlige markedsbetingelser.³³

Fordelsbegrebet er ifølge fast retspraksis bredere end tilskudsbegrebet og omfatter ikke alene positive ydelser (såsom direkte tilskud, rentefrie eller lavtforrentede lån, statsgarantier, kapitalindsprøjtninger mv.), men ligeledes "*indgreb, der under forskellige former letter de byrder, som normalt belaster en virksomheds budget, og derved, uden at være tilskud i ordets egentlige forstand, er af samme art og har tilsvarende virkninger*".³⁴

Hensigten og formålet med den pågældende statslige intervention er uden betydning. Artikel 107, stk. 1, sonderer ikke mellem grundene til eller formålet med de statslige interventioner, men definerer dem i kraft af deres virkninger.³⁵

Det afgørende er, om den virksomhed, foranstaltningen er rettet mod, opnår en økonomisk fordel, som den ikke ville have opnået under sædvanlige markedsbetingelser.³⁶

Vurderingen af, om statens handlemåde er økonomisk rationel, skal foretages på baggrund af de oplysninger, der forelå på tidspunktet, hvor den pågældende disposition blev truffet. Der må således ikke tages hensyn til omstændighederne, som de har udviklet sig siden hen.³⁷

Ved vurderingen af, om det markedsøkonomiske investorprincip er opfyldt, har det blandt andet betydning, om der forud for den konkrete disposition forelå en forretningsplan eller en klar, færdig forretningsstrategi.³⁸

Det er som udgangspunkt konkurrencemyndighederne, der skal løfte bevisbyrden for, at en transaktion ikke er foregået på normale markedsvilkår, og at der derfor foreligger statsstøtte.³⁹

³³ Se bl.a. sag C-39/94, SFEI m.fl., Saml 1996 I-3547, præmis 60, og sag C-342/96, Spanien mod Kom, Saml 1999 I-2459, præmis 41.

³⁴ Se bl.a. sag C-382/99, Holland mod Kom, Saml 2002 I-5163, præmis 60; sag C-387/92, Banco Exterior de España, Saml 1994 I-877, præmis 13; sag C-241/94, Frankrig mod Kom, Saml 1996 I-4551, præmis 34.

³⁵ Sag C-409/00, Spanien mod Kom, Saml 2003 I-1487, præmis 42, sag C-241/94, Frankrig mod Kom, Saml 1996 I-4551, præmis 20, sag C-382/99, Nederlandene mod Kom, Saml 2002 I-5163, præmis 61, sag C-172/03, Wolfgang Heiser, Saml 2005 I-1627, præmis 42.

³⁶ Se sag C-39/94, SFEI, Saml 1996 I-3547, præmis 60.

³⁷ Se bl.a. sag C-482/99, Frankrig mod Kom (»Stardust Marine«), Saml 2002 I-4397, præmis 70 og 71.

³⁸ Se forenede sager T-126/96 og T-127/96, Breda Fucine Meridionali SpA (BFM), præmis 86, hvoraf fremgår, at i forbindelse med kapitalindskud af en vis størrelsesorden i en nødlidende virksomhed vil en privat investor i hvert fald kræve en omstrukturingsplan, der kunne gøre virksomheden lønsom. Se også bl.a. Kommissionen beslutning af 19. maj 2004 om Danmarks foranstaltninger til fordel for TV2/Danmark, EUT 2006/L85/1, punkt 124.

³⁹ Se bl.a. sag T-366/00, Scott mod Kom, præmis 95 og 108. Det faktum, at de franske myndigheder hverken afholdt udbud eller indhentede en uafhængig vurdering af en grundværdi inden salget til Scott, fritager

Ved vurderingen af, om statens dispositioner indebærer en fordel for modtagervirksomheden anvendes i mange tilfælde "det markedsøkonomiske investorprincip" (der også findes i varianterne "det markedsøkonomiske kreditorprincip" og "det markedsøkonomiske debitorprincip").

Princippet indebærer en undersøgelse af, om staten agerer som en fornuftig markedsøkonomisk markedsinvestor, der driver virksomhed på normale markedsøkonomiske vilkår og ville have foretaget en tilsvarende disposition.⁴⁰ Det skal i den forbindelse vurderes, hvilken forrentning en hypotetisk privat investor, der i videst mulig omfang befinder sig i samme situation som støtteudbetaler, ville have krævet for den omtvistede disposition.⁴¹

En privat investors adfærd under markedsøkonomiske vilkår er ledet af rentabilitetsudsigter, dvs. ønsket om at maksimere fortjenesten uden dog at løbe en for stor risiko i forhold til de andre deltagere på markedet. Ved anvendelsen af den gennemsnitlige forrentning skal det således lægges til grund, at en opmærksom privat investor principielt vil kræve en mindsteforrentning svarende til det gennemsnitlige afkast i den pågældende sektor.⁴²

Offentlige investorers adfærd kan imidlertid ikke altid sammenlignes direkte med private investorers, da sidstnævnte normalt tænker mere kortsigtet. I denne forbindelse har Domstolen anerkendt, at staten som investor i mange tilfælde snarere optræder på samme måde som holdingselskaber eller private virksomhedskoncerner, som forfølger en mere langsigtet rentabilitetspolitik, hvor der tages hensyn til en global eller sektorbestemt strukturpolitik.⁴³

5.1.1 Krav til kapitalindskud og långivning

Der er ifølge praksis tale om statsstøtte, når der indskydes kapital i et selskab, hvis finansielle situation, især dets struktur og omfanget af dets gæld er således, at et normalt afkast (i form af udbetalinger af udbytte eller værdistigning) ikke kan ventes inden for en rimelig tidsramme.⁴⁴

ifølge Retten ikke Kommissionen fra dens pligt til at fastsætte værdien. Se også Konkurrencerådets afgørelse af 25. november 2009 i Aalborg Havn-sagen, punkt 140.

⁴⁰ Retspraksis på området er righoldig, se bl.a. sag C-482/99, Frankrig mod Kom («Stardust Marine»), Saml 2002 I-4397, præmis 69-70, forenede sager C-328/99 og C-399/00, Italien og SIM 2 Multimedia mod Kom, Saml 2003 I-4035, præmis 37-38, forenede sager T-228/99 og T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale m.fl. mod Kom, Saml 2003 II-435, sag T-36/99, Lenzing AG mod Kom, Saml 2004 II-3597, præmis 149ff, sag T-301/01, Alitalia mod Kom, Saml 2008 II-1753, præmis 236-243 (vedr. metoden til brug for en mindsteforrentning), præmis 245-370 (vedr. fastlæggelse af risici og internt afkast). Kriteriet om »den private kreditor« var bl.a. anvendt i sag T-68/03, Olympiaki Aeroporia Ypiresies, Saml 2007 II-2911, præmis 283ff.

⁴¹ Jf. præmis 313 i sagerne T-228/99 og T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale mod Kommissionen.

⁴² Se forenede sager T-228/99 og T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale m.fl. mod Kom, Saml 2003 II-435, præmis 255.

⁴³ Jf. navnlig forenede sager C-278/92 m.fl., Spanien mod Kom, Saml 1994 I-4103, præmis 13 og 14, og forenede sager T-126/96 og T-127/96, Breda Fucine Meridionali, Saml 1998 II-3437, præmis 79.

⁴⁴ Se punkt 35 i Kommissionens meddelelse om anvendelsen af EØF-traktatens artikel 92 og 93 [nu 107 og 108] på offentlige virksomheder i fremstillingssektoren (EUT 1993 / C307/3). Se også den tidligere meddelelse fra Kommissionen til medlemsstaterne af 17. september 1984 om offentlige myndigheders erhvervelse af kapitalinteresser i virksomheder (offentliggjort i Bull. 9-1984).

Tilførsel af den nødvendige kapital for at sikre overlevelsen af en virksomhed, som midlertidigt er i vanskeligheder, men som igen vil kunne blive rentabel, når først den er omstruktureret, udgør ikke nødvendigvis støtte, hvis en privat investor ville have udvist samme adfærd.⁴⁵

I forbindelse med långivning tager Kommissionen hensyn til, om en modtagervirksomhed har konkrete muligheder for at fremskaffe tilsvarende finansielle midler på det private kapitalmarked, eventuelt sideløbende med et statsligt engagement.⁴⁶

Hvis der ydes et usikret lån til et selskab, som under normale omstændigheder ikke ville være i stand til at fremskaffe kapital (fx fordi dets muligheder for at tilbagebetale lånet er ringe), vil lånet i sin helhed faktisk svare til et tilskud, og Kommissionen vil betragte det som sådant.⁴⁷

Kommissionen har dog også i en række sager vedrørende lån ydet til virksomheder med alvorlige økonomiske vanskeligheder begrænset sig til at finde, at den økonomiske fordel kunne opgøres til forskellen mellem den rente, der faktisk blev opkrævet, og en rente for kriseramte virksomheder, foreskrevet af Kommissionen.⁴⁸

5.1.2 Krav til en offentlig kreditor

I sin beslutning af 19. februar 2003 om Spaniens foranstaltninger til fordel for Hilados y Tejidos Puigneró SA anførte Kommissionen bl.a.:

(122) [...] En leverandør kan ikke tåle vedvarende misligholdelse af kundens forpligtelser. Når han finder, at risikoen er for stor, holder han op med at ekspedere ordrerne eller træffer andre foranstaltninger såsom at kræve forudbetaling eller opfyldelsesgarantier. [...]"

Ifølge punkt 37 i generaladvokat Mischos forslag til afgørelse i sag C-480/98 (Spanien mod Kommissionen) vedrørende støtte til virksomhederne i Magefesa-koncernen må der stilles krav til, at offentlige kreditorer løbende vurderer sine debitors betalingssevne og træffer alle nødvendige foranstaltninger for at begrænse deres tab.

⁴⁵ Se punkt 284 i Kommissionens beslutning 2009/973 af 13. juli 2009 om omstrukturingsstøtte til COMBUS A/S (EUT 2009 L 345/28).

⁴⁶ Se Sag T-358/94, Air France mod Kom, præmis 148-149; sag T-20/03, Kahla/Thüringen Porzellan mod Kom (under anke), præmis 254). Hvis de private investeringer i samme virksomhed først gennemføres, efter, at de offentlige midler er stillet til rådighed, kan det ikke udelukkes, at der foreligger støtte (sag C-301/87, Frankrig mod Kom, Saml. 1999 I-307, præmis 40; sag T-20/03, Kahla/Thüringen Porzellan mod Kom, Saml. 2008 II-2305 (under anke), præmis 254).

⁴⁷ Se punkt 39 i Kommissionens meddelelse om anvendelsen af EØF-traktatens artikel 92 og 93 [nu 107 og 108] på offentlige virksomheder i fremstillingssektoren, citeret ovenfor. Se også Combus-beslutningen, citeret ovenfor, punkt 283. I sin beslutning 2003/876 af 19. februar 2003 om Spaniens foranstaltninger til fordel for Hilados y Tejidos Puigneró SA (EUT 2003 L 337/14), punkt 130-131, vurderede Kommissionen bl.a., at et lån udgjorde støtte, idet lånet blev ydet til en insolvent virksomhed, uden tilstrækkelig sikkerhed og uden passende risikopræmie.

⁴⁸ Se bl.a. Kommissionens beslutning af 7. december 2005 om Belgiens statsstøtte til ABX Logistics, citeret ovenfor, punkt 188-190.

"37. Omvendt kan det ikke tillades, at de offentlige kreditorer passivt tolererer en akkumulation af gæld over længere perioder, uden at de danner sig et overblik over, om der er den mindste udsigt til en forbedring. I en sådan situation ville en privat kreditor træffe alle nødvendige foranstaltninger for at begrænse sit tab."

5.1.3 Særligt om koncerninterne forhold

Det markedsøkonomiske investorprincip skal også iagttages i relation til koncerninterne transaktioner i en offentligt ejet koncern, idet der ellers er risiko for krydssubsidiering.

Der kan således være tale om statsstøtte (i form af krydssubsidiering), hvis et moderselskab stiller varer eller tjenesteydelser til rådighed for sit datterselskab på betingelser, der er gunstigere end markedsvilkår.⁴⁹

Retspraksis anerkender dog, at der ved anvendelse af det markedsøkonomiske investorprincip kan anlægges en "koncernvurdering" i en række tilfælde.

Domstolen har fastslået, at *"en privat virksomhed rimeligvis kan fremskaffe den nødvendige kapital for at sikre, at en virksomhed, der er kommet i forbigående vanskeligheder, kan overleve og på ny blive rentabel. Det må derfor også anerkendes, at et moderselskab i et begrænset tidsrum kan påtage sig at dække tabene i et af dets datterselskaber, således at datterselskabet kan standse driften på de bedst mulige betingelser. Sådanne beslutninger kan være begrundet ikke blot i muligheden for herved at opnå en indirekte økonomisk gevinst, men også i andre overvejelser, f.eks. ønsket om at bevare koncernens image eller omlægge dens virksomhed."*⁵⁰

Det kræves dog, at moderselskabets adfærd til steds baseres på langsigtede rentabilitetsmuligheder.⁵¹

Tilsvarende har Kommissionen i en meddelelse fra 1993⁵² anerkendt, at en overskudsgivende del af en koncern kan støtte en underskudsgivende del af koncernen, *"når enten den omhandlede virksomhed har en strategisk plan med gode muligheder for gevinst på lang sigt eller når krydssubsidiering betyder en nettofordel for gruppen som helhed"*.

⁴⁹ Se særligt dommen i sag C-39/94, SFEI, Saml 1996 I-3547 og Kommissionens beslutning 2002/643 af 7. maj 2002 om Forbundsrepublikken Tysklands påståede statsstøtte til BahnTrans GmbH, EUT 2002 L 211/7, punkt 46-49. Se også forenede sager C-83/01 P, C-93/01 og C-94/01 P, Chronopost SA m.fl. mod Kom, Saml 2003 I-6993, præmis 31ff.

⁵⁰ Sag 303/88, Italien mod Kom, Saml 1991 I-1433, præmis 21. Se også sag C-42/93, Spanien mod Kom, Saml 1994 I-4175. Se også punkt 61 i generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i sag C-39/94, SFEI. Hvad angår hensynet til koncernens ry, se Kommissionens beslutning 2009/608 af 24. april 2007 (InterFerryBoats), punkt 251.

⁵¹ Sag 303/88, Italien mod Kom, Saml 1991 I-1433, præmis 22.

⁵² Kommissionens meddelelse om anvendelsen af EØF-traktatens artikel 92 og 93 på offentlige virksomheder i fremstillingssektoren (EUT 1993 / C307/3). Se punkt 29. Heraf fremgår også, at "Kommissionen vil [...] kun anse krydssubsidiering som støtte, hvor den finder, at "der ikke er nogen anden rimelig forklaring på overførslen af midler, end at de udgør støtte. [...]"

I sin beslutning af 1. oktober 1997 om Frankrigs påståede støtte til SFMI-Chronopost fremhæver Kommissionen, at "[d]et fremgår ingen steder af EF-Domstolens retspraksis, at Kommissionen skal se bort fra strategiske betragtninger og den synergi, der følger af det forhold, at det franske postvæsen og SFMI-Chronopost tilhører samme koncern. Strategiske betragtninger, som f.eks. ønsket om at vinde indpas på et nyt marked, spiller derimod en afgørende rolle i et holdingselskabs investeringsbeslutninger. [...]"

I beslutningen fremhæver Kommissionen endvidere, at det ikke er en anormal situation, at "de indtægter, som en ny virksomhed tilhørende en koncern måtte få i opstartsfasen, kun kan dække de variable omkostninger. Når først virksomheden har stabiliseret sin position på markedet, skal indtægterne være større end de variable omkostninger, således at den kan bidrage til at dække koncernens faste omkostninger."⁵³

Kommissionen har blandt andet anvendt denne argumentation i InterFerryBoats-beslutningen⁵⁴ samt i sin beslutning vedr. ABX Logistics,⁵⁵ hvor Kommissionen tog hensyn til omkostninger, der blev båret af resten af koncernens aktiviteter, som var i direkte forretningsforbindelse med det kriseramte datterselskab, og hvor forholdet mellem lukningen af datterselskabet og virkningerne for resten af koncernen var dokumenteret.⁵⁶

I InterFerryBoats-sagen anerkendtes påberåbelsen af koncernhensyn (herunder hensyn til koncernens ry) i tilfælde, hvor modtagervirksomheden, IFB, var et *delejet datterselskab* til SNCB, idet tre andre selskaber tilsammen ejede ca. 10 % af aktierne i IFB.⁵⁷

⁵³ Beslutning 98/365 af 1. oktober 1997 om Frankrigs påståede støtte til SFMI-Chronopost (EFT 1998 L 164, s. 37), side 45. Beslutningen er endeligt blevet stadfæstet af EU-Domstolen ved dom af 1. juli 2008, sag C-341/06 P, Chronopost og La Poste mod UFEX m.fl.

Se også Kommissionens beslutning 2005/173 af 12. maj 2004 om Spaniens statsstøtte til fordel for en yderligere omstrukturering af den spanske skibsbygningsindustri (EUT 2005 L 58), punkt 93.

⁵⁴ Kommissionens beslutning 2009/608 af 24. april 2007 (InterFerryBoats), punkt 251, hvoraf fremgår, at "en virksomhed i SNCB's situation kunne være forpligtet til at afholde omkostninger i sin egenskab af andet end aktionær. I dette tilfælde drejer det sig især om følgende udgifter: (1) Som kreditor taber SNCB sine fordringer på IFB, i det mindste i forhold til sin andel af de af IFB's passiver, der ikke er dækket af aktiverne. Kommissionen kan acceptere, at denne risiko i lyset af SNCB's rolle i likvidationen af IFB kan vurderes til at udgøre op til SNCB's samlede fordringer på IFB svarende til 95 mio. EUR. (2) Kommissionen kunne medgive, at det ville have været klogt af SNCB som moderselskab for at redde sit ry at påtage sig ansvaret for en del af den ubetalte gæld til IFB's leverandører, som også er SNCB's leverandører.

⁵⁵ Kommissionens beslutning 2006/947 af 7. december 2005 i sag C 53/03, Belgiens statsstøtte til ABX Logistics (EUT L 383 af 28.12.2006, s. 21), punkt 112-121 samt punkt 183 og 212, hvor Kommissionen anerkender, at en konkurs af en aktivitet ville risikere at påføre SNCB-koncernen et kundetab på op til 20 % i løbet af det første år for de værst ramte aktiviteter, svarende til ca. 75 mio. EUR.

Se også Kommissionens beslutning 2009/973 af 13. juli 2009 om omstrukturingsstøtte til COMBUS A/S, punkt 291.

⁵⁶ Se også Competition Policy Newspaper 1/2006, side 106 og Kommissionens beslutning af 8. maj 2001 om statsstøtte ydet af Frankrig til selskabet Bretagne Angleterre Irlande, punkt 188-189.

⁵⁷ IFB var ud over SNCB (med 89,03 %) ejet af tre andre virksomheder (CNC Transports – hvoraf SNCF ejer 93,8 % – 7,41 %), ICF (2,08 %) og EWS (English Welsh and Scottish Railway – 1,22 %).

5.2 Er der er ydet en økonomisk fordel i den foreliggende sag?

5.2.1 Mellemregningskontoen – rentespørgsmålet

Der foreligger en økonomisk fordel til fordel for DSBFirst, i det omfang DSBFirst har betalt en rente til DSB SOV, der er lavere end markedsrenten (dvs. den rente, som DSBFirst kunne have optaget lån til på det private lånemarked, og som ville afspejle kreditrisikoen ved at yde lån til DSBFirst).

Da den kalkulatoriske rente anvendt i forholdet mellem DSB og DSBFirst svarer til den rente, som DSB selv optager låner til (NBOR + 0,9 %), må det antages, at DSBFirst har betalt en rente, der er lavere end markedsrenten.

Henset til statsstøttereglerne forrang frem for DSB's vedtægter (og konkurrenceretlige vilkår), vil det ikke være noget legitimt forsvar over for Kommissionen, at DSB alene har fulgt sine vedtægter i forbindelse med fastlæggelse af DSBFirst's rentesats.

Den økonomiske fordel (og herved statsstøtten) svarer til forskellen mellem markedsrenten og den faktiske rente anvendt i forholdet mellem DSB og DSBFirst.

Det bemærkes, at markedsrenten (og derved den økonomiske fordel modtaget af DSBFirst) principielt vil kunne have ændret sig i takt med, at DSBFirst's økonomiske situation – og derved kreditrisikoen ved at yde lån til denne – ændrer sig.

Vi har ikke på nuværende tidspunkt vurderet, om DSB vil kunne påberåbe sig særlige koncernhensyn (jf. afsnit 5.1.3 ovenfor) med henblik på at retfærdiggøre den lave rentesats, der som nævnt følger af DSB-vedtægternes § 5, sidste afsnit.

Konsekvensen af, at DSBFirst har modtaget statsstøtte, er, at støtten skal tilbagebetales til DSB SOV med renters rente fra tidspunktet for udbetalingen af de pågældende beløb (hvert enkelt rentetilskrivningstidspunkt) indtil tilbagebetalingstidspunktet.

5.2.2 Mellemregningskontoen – den løbende kreditgivning

Vi har ikke på nuværende tidspunkt kendskab til de nøjagtige detaljer med hensyn til den løbende kreditgivning via mellemregningskontoen, herunder udviklingen af DSBFirst's gæld til DSB siden januar 2009.

Vi har således ikke foretaget den nødvendige analyse af sagens samlede omstændigheder (herunder DSBFirst's økonomi, forventningerne til udviklingen på markedet, bevægelserne på mellemregningskontoen m.v.) til at kunne vurdere, om DSB på et tidspunkt måtte have ydet kredit til DSBFirst uden at have en realistisk udsigt til at få beløbet tilbagebetalt.

DSB har dog oplyst, at DSB's ledelse helt frem til 17. marts 2011 var af den opfattelse, at DSBFirst-koncernen var en fuldt bæredygtig virksomhed ("going concern"), og at

der ikke på noget tidligere tidspunkt var blevet rejst tvivl om udsigten til, at tilgodehavendet på mellemregningskontoen ville blive tilbagebetalt. I protokollat af 17. marts 2011 tog revisionen i overensstemmelse hermed alene forvaltningsforbehold for utilstrækkelig dokumentation for så vidt angår samhandelen mellem DSB og DSBFirst. Derimod forelå der per 17. marts 2011 blanke revisionspåtegninger på udkastet til DSB's årsrapport for for 2010. Revisionen skulle i den forbindelse have været tæt inde i vurderingen af DSBFirst og ført drøftelser med selskabets ledelse, bl.a. om budgettet for 2011, uden at have fundet anledning til at rejse tvivl om DSBFirsts fortsatte drift som going concern.

Dette udgør et indicium for, at DSB i hvert fald indtil 17. marts 2011 ikke har ageret kommercielt uforvarsligt ved fortsat at levere ydelser på kredit til DSBFirst, når der ses bort fra den konkrete rentesats.

Som omtalt ovenfor fremgår det af dele af Kommissionens praksis, at hvis der ydes et usikret lån til et selskab, som under normale omstændigheder ikke ville være i stand til at fremskaffe kapital (fx fordi dets muligheder for at tilbagebetale lånet er ringe), vil lånet i sin helhed faktisk svare til et tilskud.⁵⁸ Kommissionen har dog også i en række sager vedr. lån ydet til virksomheder med alvorlige økonomiske vanskeligheder begrænset sig til at finde, at den økonomiske fordel kunne opgøres til forskellen mellem den rente, der faktisk blev opkrævet, og en rente for kriseramte virksomheder, foreskrevet af Kommissionen.⁵⁹

Der er derfor en vis usikkerhed med hensyn til, hvad der skal til, for at et lån må side-stilles med et tilskud.

Det bemærkes, at kreditgivning/långivning alene kan anses for at udgøre et tilskud, i det omfang den er ydet på et tidspunkt, hvor der ikke længere var en realistisk udsigt til tilbagebetaling. Kredit/lån, der er ydet før dette tidspunkt, vil ikke ændre karakter til at blive anset som tilskud, uanset at det efterfølgende måtte vise sig vanskeligt at opnå tilbagebetaling.

Det synes i den forbindelse vigtigt at få klarlagt, hvilken viden DSB lå inde med – eller som en årvågen långiver *burde* ligge inde med – om DSBFirsts økonomiske situation, idet der formentlig må stilles krav til, at en kreditor løbende har et overblik over debitors situation og træffer alle nødvendige foranstaltninger for at begrænse sit tab, jf. afsnit 5.1.2 ovenfor.

⁵⁸ Se punkt 39 i Kommissionens meddelelse om anvendelsen af EØF-traktatens artikel 92 og 93 [nu 107 og 108] på offentlige virksomheder i fremstillingssektoren, citeret ovenfor. Se også Kommissionens beslutning 2009/973 af 13. juli 2009 om omstrukturingsstøtte til COMBUS A/S (EUT 2009 L 345/28), punkt 283. I Kommissionens beslutning 2003/876 af 19. februar 2003 om Spaniens foranstaltninger til fordel for Hilados y Tejidos Puigneró SA (EUT 2003 L 337/14), punkt 130-131, vurderede Kommissionen bl.a., at et lån udgjorde støtte, idet lånet blev ydet til en insolvent virksomhed, uden tilstrækkelig sikkerhed og uden passende risikopræmie.

⁵⁹ Se bl.a. Kommissionens beslutning af 7. december 2005 om Belgiens statsstøtte til ABX Logistics, citeret ovenfor, punkt 188-190. Se også

Illustration:

Hvis det eksempelvis per 1. januar 2011 var kendeligt for DSB, at DSBFirst ville være ude af stand til at tilbagebetale yderligere gældsstiftelse til DSB, kan støttebeløbet opgøres til den yderligere kredit, som er blevet ydet af DSB efter denne dato. Hvad angår den allerede stiftede gæld, vil den økonomiske fordel alene bestå i en rentefordel (se afsnit 5.2.1 ovenfor).

Dette fremgår også af Kammeradvokatens notat af 13. april 2011, hvori det anføres at

"det er sandsynligt, at en del af långivningen under alle omstændigheder er sket under overholdelse af det markedsøkonomiske investorprincip (bortset fra rentesatsen), og at det derfor er den væsentlige udvidelse af mellemværendet, der har fundet sted i navnlig 2010, som i givet fald indebærer en tilsidesættelse [af] statsstøttereglerne".

Vi har ikke på nuværende tidspunkt vurderet, om det er muligt for DSB at påberåbe sig særlige koncernhensyn (jf. afsnit 5.1.3 ovenfor) med henblik på at retfærdiggøre den løbende kreditgivning til DSB.

Argumentationen vanskeliggøres af First Groups 30 % medejerskab i DSBFirst (idet ejerskabet i DSBFirst A/S dog er væsentligt mindre).⁶⁰ Konstruktionen indebærer principielt, at en DSB-foranstaltning, der tilgodeser DSBFirst, også – om end indirekte – tilgodeser First Group.

Det kan dog ikke udelukkes, at DSB-koncernen, eksempelvis ud fra ønsket om at vinde indpas på et nyt marked og af imagemæssige hensyn (herunder hensynet til kommende udbudsrunder og muligheden for at danne strategiske partnerskaber) har en legitim langsigtet interesse i at understøtte et nyetableret DSBFirst i en kritisk opstarts-fase.

I relation til First Group bør det nærmere afdækkes, om der foreligger plausible forklaringer på, at First Group ikke i samme grad som DSB har deltaget i kreditgivningen til DSBFirst. Vi har ikke på nuværende tidspunkt foretaget en undersøgelse heraf.

5.2.3 Overdragelsen af Helgoland

Der vil som udgangspunkt foreligge en økonomisk fordel for DSBFirst i forbindelse med overdragelsen af Helgoland, hvis

⁶⁰

Se IFB-beslutningen, refereret ovenfor, hvor Kommissionen accepterede koncernhensyn, skønt der var fire forskellige ejere af IFB (idet SNCB dog reelt ejede over 90 %).

- (1) DSB i forbindelse med "outsourcingen" af vedligeholdelsen af 24 IR4-tog i 2008 overdrog vedligeholdelsesaftalen til DSBFirst på for gunstige vilkår i forhold til, hvad der kunne anses for "markedsvilkår" eller
- (2) DSBFirst fik for gunstige vilkår i forbindelse med videreoverdragelsen af vedligeholdelsesaktiviteterne til DSB Vedligehold A/S i 2010.

Det må bero på en nærmere økonomisk analyse af, om DSB's handlemåde har været økonomisk rationel, idet vurderingen heraf skal foretages på baggrund af de oplysninger, der forelå på det tidspunkt, hvor den pågældende disposition blev truffet. Der må således ikke tages hensyn til omstændighederne, som de har udviklet sig siden hen.⁶¹

Det udgør efter vores opfattelse et væsentligt element i denne vurdering, at DSB i både 2008 og i 2010 fik uafhængige revisionsfirmaer til at vurdere, om de aftalte vilkår var rimelige, herunder i overensstemmelse med det skattemæssige armslængdeprincip. Sidstnævnte princip indebærer, at ydelser udveksles mellem et moderselskab og et datterselskab på markedsvilkår.

Det er vores forståelse af sagens omstændigheder, at KPMG inden underskrivelsen af kontrakten 19. december 2008 bekræftede dette over for DSB, både skriftligt og mundtligt, jf. "Kommentarer til forudsætninger for opgjorte priser i kontrakterne vedrørende henholdsvis IC Bornholm og IR4 vedligeholdelse" (endelig version dateret 21. januar 2009),⁶² hvoraf fremgår, at

"Vi har gennemgået notaterne, jf. afsnit 1, og udkast til kontrakter for de ydelser, som skal udveksles, ud fra transfer pricing-mæssige principper og vurderet, at de af DSBFirst A/S opnåede priser ligger på niveau med, hvad sammenlignelige uafhængige udbydere ville forventes at opnå ved levering af sammenlignelige ydelser".

Ligeledes er det vores forståelse af sagen, at Deloitte i efteråret 2010 var i løbende dialog med DSB om de nærmere vilkår for overdragelsen til DSB Vedligehold A/S og både mundtligt og skriftligt bekræftede over for DSB, at prisen på de 80 mio. kr. var korrekt. Af dokumentet "udtalelse om grundlag for værd[i] af overdragelse af vedligeholdelsesaktivitet fra DSBFirst til DSB Vedligehold A/S" (udkast efter det oplyste fremsendt til DSB i november 2010) fremgår, at

"betalingen på 80 mio. kr. var udarbejdet på et detaljeret, veldokumenteret og konsistent grundlag, jf. dog nedenstående kommentarer".

De mere detaljerede kommentarer i Deloitte's notat ændrer ikke ved, at Deloitte både mundtligt og skriftligt over for DSB har tilkendegivet, at prisen på 80 mio. kroner af-

⁶¹ Se bl.a. sag C-482/99, Frankrig mod Kom («Stardust Marine»), Saml 2002 I-4397, præmis 70 og 71.

⁶² Se bl.a. mail fra KPMG af 27. november 2008 kl. 20:04 fra Martin Nielsen, KPMG til Hans Andreas Djurhus, DSB.

spejlede markedsvilkår. Statsautoriseret revisor Kim Mücke fra Deloitte har mundtligt bekræftet over for os, at denne forståelse af sagen er korrekt.

Disse omstændigheder udgør efter vores opfattelse vægtige indicier for, at DSB og DSB Vedligehold A/S både i 2008 og i 2010 har ageret som markedsøkonomiske investorer i forbindelse med Helgoland-overdragelsen.

Det fremgår af Kommissionens retningslinjer på området for det offentlige salg af jord og bygninger,⁶³ at det kan sikres, at salg sker til markedsprisen, hvis der sker salg enten gennem udbud til højstbydende eller til en pris fastsat af en uafhængig vurderingsmand. Tilsvarende henviser Kommissionen i en lang række sager til de værdiansættelser, som er blevet foretaget af uafhængige revisorer.⁶⁴

Den omstændighed, at der efterfølgende kan rejses tvivl om revisorerne værdiansættelse synes umiddelbart mindre afgørende for vurderingen af, om DSB på tidspunktet for gennemførelsen af transaktionen og med det daværende kendskab til sagens omstændigheder handlede som en rationel markedsinvestor, der agerede med langsigtet rentabilitet for øje.

Det afgørende er efter vores opfattelse, om DSB og den udpegede skønsmænd (en uafhængig revisor) har foretaget en grundig analyse af de forskellige mulige scenarier og har valgt den løsning, der bedst tjente DSB's økonomiske interesser.

Det vil efter vores opfattelse formentlig være tilladt for DSB at lade mere overordnede koncernhensyn indgå i vurderingen af, om prisen for Helgoland-overdragelsen er rimelig. Det er vores forståelse, at DSB-koncernen som følge af overdragelsen af vedligeholdelsesaktiviteterne fra DSBFirst til DSB Vedligehold A/S har fået et øget momsfradrag og herved har udsigt til en momsfordel på over 140 mio. kr. Vi forstår også, at DSBFirst ved transaktionen har en negativ momsudvikling på under 20 mio. kr. (nultidsværdi 17 mio. kr.), og at det derfor er af langt større værdi for DSB-koncernen at lade vedligeholdelsesaktiviteten udføre i regi af DSB Vedligehold A/S.

Skønt vi ikke har fundet praksis, der udtrykkeligt forholder sig til dette momsmæssige aspekt, er det efter vores umiddelbare vurdering legitimt (og statsstøtteretligt velbegrunderet), at der tages hensyn til værdien af denne momsfordel i forbindelse med en fastsættelse af prisen, der skal betales til DSBFirst for Helgoland-overdragelsen. Herved øges sandsynligheden væsentligt for, at DSB ved at betale 80 mio. kr. til DSBFirst har ageret i overensstemmelse med det markedsøkonomiske investorprincip – særligt hvis det kan godtgøres, at disse overvejelser indgik i DSB's beslutningsgrundlag.

⁶³ Jf. EUT 97/C 209/03.

⁶⁴ Se eksempelvis Kommissionens beslutning 2002/643 af 7. maj 2002 om Forbundsrepublikken Tysklands påståede statsstøtte til BahnTrans GmbH, EUT 2002 L 211/7, punkt 51 ("Værdien af kapitalindskuddet fra THL er blevet vurderet og godkendt som retfærdigt og rimeligt af de uafhængige revisorer i rapporten af 1. oktober 1994") og Kommissionens beslutning af 7. december 2005, sag C-53/03, Belgien, omstrukturering af selskabet ABX Logistics, punkt 198 ("Kommissionen bemærker, at to uafhængige eksperter har bekræftet, at beløbet på [...] mio. EUR svarer til den negative værdi af den road domestic-aktivitet, der blev overdraget til de ansatte.")

I det omfang det vurderes, at en markedsøkonomisk investor ville have betalt en lavere pris end den i sagen oprindeligt aftalte pris (80 mio. kr.), vil den økonomiske fordel ydet til DSBFirst svare til forskellen mellem disse to priser. Hvis denne prisdifference udgør statsstøtte, vil den skulle tilbagebetales til DSB med renters rente.

5.3 Konklusion vedr. en økonomisk fordel.

Meget taler for, at beslutningen om rentesatsen i mellemværendet mellem DSB og DSBFirst indebærer en økonomisk fordel for sidstnævnte, og at der herved foreligger statsstøtte, der skal tilbagebetales til DSB med renters rente.

Der kan fremføres stærke argumenter for, at der ikke foreligger en økonomisk fordel for DSBFirst i forbindelse med Helgoland-transaktionen.

Vi har ikke på nuværende tidspunkt tilstrækkelige oplysninger til at vurdere, om der foreligger en økonomisk fordel for DSBFirst i relation til den løbende kreditgivning.

6. Tilbagesøgning

Hvis der foreligger en mistanke om, at en foranstaltning udgør statsstøtte, kan denne blive anmeldt til EU-Kommissionen. Alternativt kan Kommissionen af egen drift undersøge sagen, eventuelt efter at have modtaget klage fra tredjemand. I begge tilfælde vil Kommissionen forholde sig til, 1) om der foreligger statsstøtte, og 2) om støtten kan godkendes som forenelig med det indre marked.

Kommissionen vil kun i meget særlige tilfælde benytte sig af muligheden for at godkende støtte til en virksomheds løbende drift (dvs. uden at virksomheden påtager sig nogle forpligtelser til gengæld for støtten). Det synes således umiddelbart vanskeligt at opnå Kommissionens godkendelse i denne sag, hvis DSB måtte have ydet støtte til DSBFirst.

Hvis Kommissionen måtte anse støtten for uforenelig med det indre marked, pålægger den ved en beslutning medlemsstaten straks at tilbagesøge støtten fra støttemodtager.

Det er principielt muligt for Kommissionen i særlige hastende tilfælde at kræve støtte tilbagebetalt eller suspenderet, inden den har truffet endelig afgørelse i sagen,⁶⁵ ligesom en klager ved en national domstol principielt vil kunne kræve støtten suspenderet og tilbagebetalt på grund af manglende anmeldelse.⁶⁶ Disse to muligheder er dog yderst teoretiske i en sag som den foreliggende, idet de dog ikke helt kan udelukkes, hvad angår renteproblematikken.

⁶⁵ Se Procedureforordningen, nr. 659/1999, artikel 11.

⁶⁶ Se Domstolens dom i sag C-199/06, CELF. Dette indebærer dog, at dansk fogedret er afklaret med hensyn til, at der foreligger statsstøtte i denne sag.

Det er derfor efter vores opfattelse usandsynligt, at DSB måtte blive pålagt at tilbage-søge støtten, før Kommissionens endelige afgørelse foreligger.

En tilbagesøgning vil være rettet imod "de virksomheder, der faktisk har haft fordel af støtten".⁶⁷

I en nyere dom konstaterede Retten, at støtten var blevet tildelt et holdingselskab, mens det var dets datterselskab, der havde den faktiske fordel af støtten og derfor måtte anses for at være faktisk modtager af støtten (med pligt til tilbagebetaling). Holdingselskabet blev kun anset for at være mellemed.⁶⁸

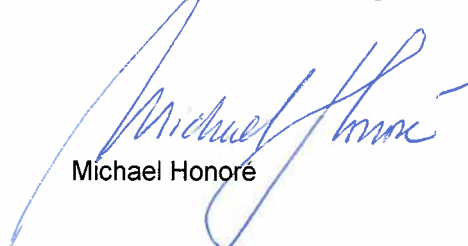
Vi har fået oplyst, at den løbende kredit er blevet ydet af DSB til DSBFirst A/S, men at DSBFirst A/S endvidere har ydet en betydelig kredit til DSBFirst AB. Efter det oplyste er kreditten til DSBFirst AB (medio april 2011) beløbsmæssigt af samme størrelse som kreditten ydet til DSBFirst A/S.

Det kan på den baggrund ikke udelukkes, at Kommissionen vil vurdere, at den faktiske støttemodtager er DSBFirst AB, og at tilbagesøgning skal ske hos denne. Det er også muligt, at Kommissionen pålægger de to selskaber en solidarisk tilbagebetalingsforpligtelse.⁶⁹

Vi har ikke på nuværende tidspunkt foretaget en tilbundsående undersøgelse af dette aspekt.



Lars Lindenchrone Petersen



Michael Honoré

⁶⁷ Forenede sager T-81/07 – T-83/07, KG Holding mod Kommissionen, præmis 175.

⁶⁸ Se dommens præmis 176-177.

⁶⁹ Se også sag T-196/02, MTU Friedrichshafen GmbH mod Kommissionen, dom af 12. september 2007 (stadfæstet ved dom af 17. september 2009), sag T-324/00, CDA Datenträger Albrechts GmbH, sag C-277/00, Tyskland mod KOM ("SMI").