

Kammeradvokaten

13. MAJ 2011

J.nr.: 7500837 HS/KLH/lea

Kim Lundgaard Hansen
klh@kammeradvokaten.dk
Direkte +45 72 30 72 73
Mobil +45 25 10 05 98

Pr. e-mail: mbh@trm.dk

Transportministeriet

Att.: Selskabsdirektør Michael Birch

Frederiksholms Kanal 27 F

1220 København K

Umiddelbare bemærkninger til Bech-Bruuns notat af 29. april 2011 benævnt "Vurdering af visse statsstøtteretlige problemstillinger mellem DSB og DSBFirst"

Jeg har d.d. modtaget kopi af Bech-Bruuns ovennævnte notat.

I notatet erklærer Bech-Bruun sig enig i, at det må anses for sandsynligt, at den rentesats, der er anvendt på mellemregningskontoen mellem DSB og DSBFirst indebærer ulovlig statsstøtte, således at forskellen mellem den faktisk anvendte rentesats og markedsrenten skal kræves tilbagebetalt.

Derimod vurderer Bech-Bruun, at DSBs løbende kreditgivning til DSBFirst næppe udgør statsstøtte. Ligeledes vurderer Bech-Bruun, at den omstændighed, at DSBFirst har modtaget et for højt vederlag ved overdragelsen af vedligeholdelsesaktiviteter fra DSBFirst til DSB Vedligehold A/S, næppe heller udgør statsstøtte.

Bech-Bruuns notat giver mig ikke anledning til at ændre den opfattelse, som jeg gav udtryk for i mit notat af 13. april 2011.

Bech-Bruuns notat bygger grundlæggende på den betragtning, at DSB SOV er en selvstændig, offentlig virksomhed, og at virksomhedens adfærd ikke kan tilregnes staten. I notatet anlægges den fortolkning af EU-Domstolens og Kommissionens praksis, at oprettelsen af selvstændige, offentlige virksomheder indebærer, at virksomhedens adfærd kun kan tilregnes staten i statsstøttereglernes forstand, såfremt det konkret godtgøres, at staten har været involveret i den adfærd, der hævdes at udgøre statsstøtte.

Dette er efter min opfattelse ikke en korrekt forståelse af domspraksis og Kommissionens beslutningspraksis, og allerede af den grund er jeg uenig i konklusionerne i Bech-Bruuns notat.

Bech-Bruun henviser til støtte for sin fortolkning navnlig til EU-Domstolens dom i Stardust Marine-sagen (sag C-482/99, Saml. 2002, side I-4397). Det er rigtigt, at det fremgår af dommen, at spørgsmålet om, hvorvidt en offentlig virksomheds adfærd kan tilregnes staten, må afgøres konkret, og at virksomhedens adfærd ikke kan tilregnes staten blot med henvisning til, at staten som følge af sit direkte eller indirekte ejerskab kontrollerer den pågældende virksomhed.

Det fremgår imidlertid også udtrykkeligt af dommen (præmis 53), at der ikke kan stilles krav om bevis for, at de offentlige myndigheder konkret har tilskyndet en offentlig virksomhed til at træffe de pågældende støtteforanstaltninger.

Spørgsmålet om tilregnelser må derimod afgøres på grundlag af en bedømmelse af sagens omstændigheder som helhed og den sammenhæng, hvori foranstaltningen er truffet (dommens præmis 55).

I samme præmis nævner Domstolen – med henvisning til sin tidligere praksis – at der skal tages hensyn til, om det pågældende organ kunne træffe den anfægtede beslutning uden at tage hensyn til kravene fra offentlige myndigheder, ligesom der skal tages hensyn til, om den offentlige virksomhed, gennem hvem støtten er ydet, var forpligtet til, ud over de organisatoriske forhold hvorved de offentlige virksomheder var knyttet til staten, at tage hensyn til direktiver fra en offentlig myndighed.

Det er netop det, der er tale om i nærværende sag.

De transaktioner, som der er tale om, er i klar modstrid med de regler, som Transportministeriet har fastsat for udøvelsen af DSBs virksomhed i de konkurrenceretlige vilkår og i regnskabsreglementet.

Begge disse regelsæt skal overholdes af DSB, og DSB skal over for Transportministeriet redegøre for reglernes overholdelse.

Transportministeriet har utvivlsomt både ret og pligt til at kontrollere overholdelsen af de pågældende regelsæt og til at udstede de direktiver, der er nødvendige for at sikre deres overholdelse.

Derfor er der efter min opfattelse intet grundlag for at hævde, at den omstændighed, at staten ikke konkret har været involveret i de beslutninger, der er truffet i strid med de af ministeriet fastsatte regelsæt, indebærer, at adfærdens ikke kan tilregnes staten.

I øvrigt bemærkes, at der er tale om krydssubsidiering med statsmidler til en konkurrenceudsat virksomhed, og at kravene til tilregnelser derfor nok lempes, jf. EU-Karnov 2010, bind 3, side 2258.

Hertil kommer, at staten jo er blevet bekendt med, at der er handlet i strid med regnskabsreglementet og de konkurrenceretlige vilkår.

Ser man f.eks. på den løbende kreditgivning, vil en konklusion om, at denne ikke har været i overensstemmelse med det markedsøkonomiske investorprincip, indebære, at DSB vil være forpligtet til at kræve lånet tilbagebetalt, helt uafhængigt af om DSBs tidligere långivning kunne tilregnes staten.

Fra det øjeblik, hvor staten blev bekendt med, at der var handlet i strid med regnskabsreglementet og de konkurrenceretlige vilkår, vil en accept af, at der fortsat handles i strid med disse regelsæt, under alle omstændigheder utvivlsomt kunne tilregnes staten.

Selv hvis man antog - i strid med hvad jeg mener er en korrekt fortolkning af statsstøttereglerne - at statens konkrete kendskab til dispositionerne var afgørende for tilregnelsespørgsmålet, ændrer det således ikke på, at der er ydet DSBFirst en uberettiget, økonomisk fordel, og en manglende indgriben heroverfor vil derfor under alle omstændigheder i sig selv udgøre statsstøtte.

Det skal understreges, at jeg på yderligere en række punkter er uenig i konklusionerne og vurderingerne i Bech-Bruuns notat, men at jeg efter omstændighederne har indskrænket mig til at fremhæve de to væsentligste punkter, hvorpå Bech-Bruuns notat efter min opfattelse beror på en forkert fortolkning af eller anvendelse af statsstøttereglerne.

Med venlig hilsen


K. Hage-Sørensen
— Kammeradvokat