

## Kammeradvokaten

13. APRIL 2011

J.nr.: 7500837 HS/KLH/mee

# Notat om visse statsstøtteretlige problemstillinger vedrørende DSB og DSBFirst

## 1. Konklusion

Indledningsvis bemærkes det, at jeg til brug for min vurdering af de nedennævnte spørgsmål har modtaget en række dokumenter fra KPMG og DSB, ligesom spørgsmålene har været drøftet mundtligt, dels under afholdte møder, dels telefonisk. Jeg har imidlertid anmodet DSB om udlevering af enkelte yderligere dokumenter, som endnu ikke er modtaget.

De faktiske oplysninger som jeg har modtaget, kan derfor være ufuldstændige, men der redegøres i notatet for de forudsætninger, som mine vurderinger baserer sig på.

Med dette forbehold - og idet jeg understreger, at jeg ikke har haft mulighed for at forelægge et udkast for DSB med henblik på at sikre, at de oplysninger, som jeg baserer mig på, er retvisende og fyldestgørende - er mine vurderinger følgende:

- DSBFirst-koncernen (herefter DSBFirst) har modtaget og modtager i øjeblikket løbende statsstøtte fra DSB SOV (herefter DSB), fordi mellemregningen mellem DSBFirst og DSB, der ved udgangen af februar 2011 var på over 300 mio. kr. i DSB's favør, forrentes med DSB's faktiske lånerente (efter det oplyste på pt. ca. 1,9 %).
- Såfremt vederlaget på 80 mio. kr., som er betalt af DSB Vedligehold A/S til DSBFirst for overdragelsen af vedligeholdelsesaktiviteterne i DSBFirst, er for højt i forhold til markedsprisen mellem uafhængige parter, udgør det for meget betalte beløb statsstøtte.
- Det er ikke på det foreliggende grundlag muligt at vurdere, om den løbende kreditgivning fra DSB til DSBFirst, selv bortset fra den faktiske lånerente, udgør statsstøtte, herunder om der vil kunne ydes yderligere kredit, uden at der herved ydes stats-

støtte til DSBFirst. Afgørende herfor er, om kreditgivningen kan anses for at overholde det markedsøkonomiske investorprincip, dvs. om en fornuftig privat markedsøkonomisk investor, der driver virksomhed på normale markedsøkonomiske vilkår, i DSB's sted ville have foretaget en tilsvarende disposition i form af kreditgivning til DSBFirst.

- Den af DSBFirst modtagne statsstøtte vil skulle tilbagebetales til DSB (og eventuelt DSB Vedligehold A/S) med tillæg af renter.

Disse vurderinger baserer jeg på følgende:

## 2. Forrentningen af mellemregningen mellem DSB og DSBFirst

Ifølge det til mig oplyste har der mellem DSB og DSBFirst været en samhandel i form af såkaldte spontanhandler (dvs. handler, der ikke foretages i henhold til en forud indgået kontrakt), og DSBFirst har ved sådanne handler ikke ydet kontant betaling, men har derimod opnået kredit i form af tilskrivninger på en løbende mellemregning. Det er oplyst, at der frem til slutningen af 2009 var tale om en kredit, der i hvert fald i det væsentlige svarede til en sædvanlig leverandørkredit, hvor DSBFirst havde en kredit nogenlunde svarende til den månedlige omsætning (der efter det oplyste er i størrelsesordenen 35 mio. kr.) med tillæg af en vis kredittid.

Fra slutningen af 2009 er mellemregningen imidlertid vokset betydeligt, og DSB havde pr. 28. februar 2011 et samlet nettotilgodehavende i DSBFirst på 304,5 mio. kr. Jeg har fået oplyst, at mellemregningen pt. er nedbragt til ca. 250 mio. kr.

Der er efter det oplyste ikke indgået aftaler om tilbagebetaling eller nedbringelse af mellemregningen.

Ifølge et notat fra DSB af 10. november 2010 om "Rentetilskrivningsprincipper for forrentning af automatiske mellemregninger i SAP og koncerninterne mellemværender i bank (cash pools)", er mellemregningen løbende blevet forrentet med en rente, der svarer til den kalkulatoriske rentesats, der anvendes ved overførsel af kapital mellem forretningsområderne A og B inden for DSB. Den kalkulatoriske rentesats svarer til renten på et sammenligneligt lån på markedsvilkår, der afspejler DSB's størrelse og risiko, og rentesatsen er efter det oplyste pt. ca. 1,9 %.

Det bemærkes herved, at DSB udfører jernbanepassagertrafik som offentlig service efter forhandlet kontrakt og modtager kompensation for nettoomkostningerne (incl. en rimelig fortjeneste) ved opfyldelsen af forpligtelserne.

Eventuel overkompensation i et regnskabsår skal tilbageføres til staten i medfør af den reguleringsmekanisme, der gælder med virkning fra og med regnskabsåret 2010.

Det er i § 10 i regnskabsreglementet for DSB fastsat, at DSB's regnskaber skal være opdelt i hovedforretningsområde A (jernbanepassagertrafik udført som offentlig service efter forhandlet kontrakt) og hovedforretningsområde B (konkurrenceudsatte aktiviteter).

Enhver udveksling af kapital, ydelser mv. mellem hovedforretningsområde A og hovedforretningsområde B skal ske på markedsvilkår, hvilket er nødvendigt for at undgå, at de statsmidler, der tilføres hovedforretningsområde A, anvendes til krydssubsidiering af konkurrenceudsatte aktiviteter, der derved ville opnå statsstøtte.

Om overførsel af kapital mellem DSB's hovedforretningsområder fremgår det af regnskabsreglementets § 5, stk. 6, at den ovennævnte kalkulatoriske rentesats skal anvendes. Dette gælder, uanset om overførslen sker fra hovedforretningsområde A til hovedforretningsområde B, eller omvendt.

Anvendelsen af denne kalkulatoriske rentesats svarer efter min vurdering til markedsvilkår ved overførsel af kapital mellem hovedforretningsområderne inden for DSB. Hvert af forretningsområderne ville selvsagt kunne opnå tilsvarende vilkår ved optagelse af lån hos en uafhængig långiver, og det medfører derfor ikke en økonomisk fordel, at denne rentesats anvendes ved sådanne "interne" kapitaloverførsler.

Hverken regnskabsreglementet eller de konkurrenceretlige vilkår for DSB omtaler mere generelt den situation, hvor der ydes lån til hel- eller delejede datterselskaber, der udøver aktiviteter på konkurrenceudsatte områder. Det fremgår dog af de konkurrenceretlige vilkår for DSB, punkt 2.1.3., at "udveksling af ydelser, kapital m.m." mellem DSB og DSB S-tog A/S "skal ske på en arm's length basis, jf. skattelovgivningens regler om handel mellem koncernforbundne selskaber".

Udlån af kapital fra DSB til DSB S-tog A/S kan derfor ikke uden videre ske til den kalkulatoriske rente, der anvendes ved udveksling af kapital mellem hovedforretningsområderne inden for DSB.

Det følger af statsstøtteregele, at en offentlig virksomhed ikke kan overføre midler til konkurrenceudsatte aktiviteter på vilkår, der afviger fra almindelige markedsvilkår.

Såfremt de konkurrenceudsatte aktiviteter udøves i et selvstændigt selskab, vil den offentlige virksomhed derfor som udgangspunkt kun kunne indskyde kapital i overensstemmelse med det markedsøkonomiske investorprincip, dvs. baseret på en forventning om en sædvanlig markedsøkonomisk forrentning af den investerede kapital, og udlåne kapital på sædvan-

lige markedsvilkår, dvs. på samme vilkår som en uafhængig privat långiver. I modsat fald vil det pågældende selskab opnå en økonomisk fordel hidrørende fra offentlige midler, dvs. statsstøtte.

Undtagelse fra det nævnte udgangspunkt kan kun gøres, hvis den offentlige virksomhed indtager en i forhold til staten så selvstændig stilling, at dens adfærd ikke kan tilregnes staten. I relation til DSB er det imidlertid min vurdering, at staten udøver et tilsyn og en kontrol med virksomheden, der har et sådant omfang, at DSBs adfærd – selv om der er tale om en selvstændig offentlig virksomhed – må tilregnes staten i statsstøttereglerne forstand.

Såfremt DSB ved sin adfærd begunstiger konkurrenceudsatte aktiviteter økonomisk, og dette sker i strid med sædvanlige markedsvilkår, vil en sådan begunstigelse derfor efter min opfattelse udgøre statsstøtte.

Jeg lægger herved også vægt på, at DSBs 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 begunstigelse af konkurrenceudsatte aktiviteter vil udgøre statsstøtte.

Dette er også forudsat i aktstykke 181/2002 om DSB's adgang til at foretage investeringer i jernbanetraffic i udlandet, hvor det er fastsat, at sådanne aktiviteter kan udøves under visse betingelser, men altid i selvstændige selskaber med begrænset hæftelse, og altid under overholdelse af det princip, at forholdet mellem det øvrige DSB og DSB's aktiviteter i udlandet baseres på markedsökonomiske vilkår. Dette er gentaget i de konkurrenceretlige vilkår for DSB, punkt 2.1.2.6.

Med henblik på at verificere, at DSBFirsts bud på opgaven ikke var afgivet på vilkår, der afveg fra sædvanlige markedsbaserede vilkår, blev KPMG forud for antagelsen af budet bl.a. anmodet om at bekræfte – hvilket KPMG gjorde – at eventuelle lån fra ejerne af selskaberne "er sket eller forudsættes at ske på markedsvilkår". Det var således også ved antagelsen af budet forudsat, at DSB ikke måtte foretage udlån til DSBFirst på vilkår, der afveg fra markedsvilkår.

Jeg anser det for givet, at DSBFirst ikke ved låntagning hos en uafhængig tredjemand (bank) vil kunne opnå en rente svarende til DSB's lånerente, og markedsrenten er derfor utvivlsomt væsentligt højere end den faktiske anvendte rentesats. Mellemløbet mellem DSB og DSBFirst er derfor ikke blevet forrentet på markedsvilkår, hvorfor DSBFirst har opnået – og løbende opnår – en økonomisk begunstigelse i form af en for lav forrentning af mellemløbet.

Denne for lave forrentning udgør efter min vurdering statsstøtte, da den hidrører fra den selvstændige offentlige virksomhed DSB, der endvidere løbende modtager statsmidler og er under ganske intensiv offentlig kontrol og tilsyn med hensyn til sin virksomhed.

Statsstøtten kan opgøres til forskellen mellem den faktiske forrentning og den rente, som DSBFirst skulle have betalt ved låneoptagelse hos en uafhængig långiver (bank).

Det bemærkes, at det i særlig grad må kræves, at långivning fra den offentlige virksomhed til et andet selskab sker på markedsvilkår, når der, som her, er tale om udlån til et selskab (en koncern), som kun er delvist ejet, idet også medejeren indirekte opnår en økonomisk fordel ved, at lånet forrentes på særligt gunstige vilkår.

Det bemærkes videre, at det i § 5, sidste afsnit, i DSB's vedtægter er anført:

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

Hvis bestemmelsen læses bogstaveligt og uden hensyntagen til de almindelige principper, der gælder for udveksling af ydelser mellem offentlige virksomheder, der modtager kompensation for nettoomkostningerne ved public service virksomhed, og disse virksomheders datterselskaber mv., kan den forstås således, at DSB kan udlåne kapital til datterselskaber til samme rente, som DSB selv kan optage lån til. Den kan dog muligvis også – selv om vedtægterne generelt anvender udtrykket "selskabet" som synonymt med DSB – forstås således, at renten skal afspejle den rente, som datterselskabet faktisk kan opnå.

Uanset den, efter min vurdering, uheldige formulering af denne passus i vedtægterne, er det imidlertid klart, at DSB's vedtægter ikke kan indebære en tilsidesættelse af de betingelser med hensyn til vilkår for udveksling af ydelser mellem DSB og selvstændige, konkurrenceudsatte selskaber, der gælder i medfør af statsstøttereglerne og aktstykke 181/2002.

3. Vederlaget på 80 mio. kr. betalt af DSB Vedligehold A/S til DSBFirst for overdragelsen af vedligeholdelsesaktiviteterne i DSBFirst

DSB har – så vidt jeg har forstået – ved årsskiftet 2010/11 overdraget sine vedligeholdelsesaktiviteter til et datterselskab, DSB Vedligehold A/S, som indtil da ikke havde haft aktiviteter. Vedligeholdelsesaktiviteterne fra DSB er – igen så vidt jeg har forstået – blevet indskudt i selskabet ved en tilførsel af aktiver.

Samtidig har DSB Vedligehold A/S overtaget DSBFirsts vedligeholdelsesaktiviteter mod betaling af et vederlag til DSBFirst på 80 mio. kr. Dette beløb er efter det til mig oplyste blevet betalt fra DSB Vedligehold A/S til DSB og er anvendt til nedbringning af mellemregningen med DSBFirst.

Jeg har ikke den nødvendige økonomiske sagkundskab til at vurdere, om vederlaget er korrekt, herunder hvad vederlaget rettelig burde være fastsat til.

Af de dokumenter, jeg har modtaget, fremgår det imidlertid, at 56 mio. kr. ud af det samlede vederlag (i hvert fald oprindeligt) var baseret på, at en kontrakt vedrørende DSBFirsts vedligeholdelse af 24 IR4-togsæt tilhørende DSB, som blev indgået i 2009, blev tilbageført til DSB Vedligehold A/S. Opgørelsen af kontraktens værdi tog tilsyneladende udgangspunkt i en forudsætning om, at kontrakten ikke udløb før ved udgangen af 2017, selv om den efter sin ordlyd kunne opsiges med 1 års varsel.

Umiddelbart forekommer en værdiansættelse baseret på en forudsætning om udløb i 2017 derfor ret oplagt at indebære, at der betales et for stort vederlag til DSBFirst, og det lægges i det følgende til grund, at dette er tilfældet (uden at jeg altså kan vurdere, hvad vederlaget faktisk burde have udgjort). Jeg har i øvrigt forstået, at DSBs revisorer er enige om, at det fastsatte vederlag var for højt.

Spørgsmålet er herefter, om et for stort vederlag udgør statsstøtte til DSBFirst.

Herom bemærkes, at den omhandlede transaktion indgik som led i den samlede transaktion, der blev gennemført ved overdragelsen af vedligeholdelsesaktiviteterne til DSB Vedligehold A/S, og at den samlede transaktion er besluttet og gennemført af DSB.

Allerede derfor ser jeg ikke noget grundlag for at anse en økonomisk begunstiging af DSBFirst for at falde uden for statsstøttereglerne med henvisning til, at beløbet i sidste ende ikke vil skulle afholdes af DSB, men derimod af datterselskabet DSB Vedligehold A/S.

#### 4. Den løbende mellemregning

Som det fremgår af det ovenfor anførte, er det min vurdering, at mellemregningen mellem DSB og DSBFirst har en sådan størrelse, at den ikke blot kan karakteriseres som en almindelig leverandørkredit, men derimod må anses for et egentligt udlån, der kun vil kunne ydes på markedsvilkår.

Da DSB ikke må begunstige DSBFirst økonomisk, er spørgsmålet, om udlånet helt eller delvis må anses for at være ydet i strid med almindelige markedsvilkår.

Det er i den henseende afgørende, om lånet er ydet under overholdelse af det markedsøkonomiske investorprincip, dvs. om en fornuftig privat markedsøkonomisk investor, der driver virksomhed på normale markedsøkonomiske vilkår, i DSB's sted ville have foretaget en tilsvarende disposition i form af kreditgivning til DSBFirst.

Når der – som her – er tale om långivning til et selskab, som en privat virksomhed har en væsentlig ejerandel af, vil det ved vurderingen af, om det markedsøkonomiske investorprincip er overholdt, kunne skabe en formodning for, at dette er tilfældet, hvis den private medejer har ydet en finansiering på tilsvarende vilkår i forhold til sin ejerandel, her en 30%'s ejerandel. Efter det oplyste har medejereren af DSBFirst, First Group Ltd., imidlertid ikke ydet udlån til selskabet.

Den omstændighed, at kreditgivningen udelukkende stammer fra DSB, indebærer efter min vurdering, at der må forventes stillet strenge krav til beviset for, at DSB har ageret som en fornuftig markedsøkonomisk investor. Det er i den forbindelse af betydning, at mellemregningen efter det for mig oplyste særlig er forøget på grund af en nødvendig finansiering af DSBFirsts aktiviteter i Sverige.

Såfremt First Group Ltd. som medejer delvis (svarende til sin ejerandel) vil overtage lånet uden fortrinsstilling i forhold til DSB og uden sikkerhedsstillelse eller lign. fra DSB, vil dette kunne udgøre et indicium for, at lånet er ydet på markedsvilkår (bortset fra rentesatsen).

I modsat fald vil der efter min vurdering omvendt være en formodning for, at det markedsøkonomiske investorprincip ikke er overholdt, og det vil næppe være muligt at afkræfte denne formodning på anden måde end ved opnåelse af et tilbud fra en uafhængig privat långiver om overtagelse af en væsentlig del af lånet (uden fortrinsstilling i forhold til DSB og uden sikkerhedsstillelse eller lign. fra DSB).

Jeg bemærker, 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 statsstøtteregele.

Jeg er dog ikke i stand til at udtale mig om, hvor stor en del af den nuværende mellemregning, der kan anses for kreditgivning ydet under overholdelse af det markedsøkonomiske investorprincip.

5. Konsekvenserne af, at der foreligger statsstøtte.

Den af DSB (og eventuelt DSB Vedligehold A/S) ydede statsstøtte vil efter statsstøttereglerne skulle kræves tilbagebetalt straks. Tilbagebetalingen skal være effektiv, og beløbet skal forrentes med en af Kommissionen fastsat rentesats fra tidspunkterne for udbetalingen af de pågældende beløb (for så vidt angår forrentningen af mellemregningskontoen, fra hvert enkelt rentetilskrivningstidspunkt) indtil tilbagebetalingstidspunktet.

København den 13. april 2011

  
Karsten Høgel-Sørensen  
— Kammeradvokat