

Den Europæiske Unions Tidende

L 7



Dansk udgave

Retsforskrifter

54. årgang

11. januar 2011

Indhold

II Ikke-lovgivningsmæssige retsakter

AFGØRELSE

2011/3/EU:

- ★ **Kommissionens afgørelse af 24. februar 2010 vedrørende kontrakter om offentlig trafikbetjening mellem Transportministeriet og Danske Statsbaner (Sag C 41/08 (ex NN 35/08)) (meddelt under nummer K(2010) 975) ⁽¹⁾.....** 1

2011/4/EU:

- ★ **Kommissionens afgørelse af 6. juli 2010 om Tysklands statsstøtte C 34/08 (ex N 170/08) til fordel for Deutsche Solar AG (meddelt under nummer K(2010) 4489) ⁽¹⁾.....** 40

IV Retsakter vedtaget inden den 1. december 2009 i henhold til EF-traktaten, EU-traktaten og Euratomtraktaten

2011/5/EF:

- ★ **Kommissionens beslutning af 28. oktober 2009 om skattemæssig afskrivning af finansiel goodwill i forbindelse med erhvervelse af kapitalandele i udenlandske virksomheder — C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) — som Spanien har gennemført (meddelt under nummer K(2009) 8107) ⁽¹⁾.....** 48

Pris: 4 EUR

⁽¹⁾ EØS-relevant tekst

DA

De akter, hvis titel er trykt med magre typer, er løbende retsakter inden for landbrugspolitikken og har normalt en begrænset gyldighedsperiode.

Titlen på alle øvrige akter er trykt med fede typer efter en asterisk.

II

(Ikke-lovgivningsmæssige retsakter)

AFGØRELSE

KOMMISSIONENS AFGØRELSE

af 24. februar 2010

vedrørende kontrakter om offentlig trafikbetjening mellem Transportministeriet og Danske Statsbaner (Sag C 41/08 (ex NN 35/08))

(meddelt under nummer K(2010) 975)

(Kun den danske udgave er autentisk)

(EØS-relevant tekst)

(2011/3/EU)

EUROPA-KOMMISSIONEN HAR —

Den Europæiske Unions Ret. Dette søgsmål blev afvist ved Rettens kendelse af 25. november 2009 ⁽⁴⁾.

under henvisning til traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, særlig artikel 108, stk. 2, første afsnit ⁽¹⁾,

under henvisning til aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, særlig artikel 62, stk. 1, litra a),

efter at have opfordret interesserede parter til at fremsætte deres bemærkninger i overensstemmelse med disse artikler ⁽²⁾, og

ud fra følgende betragtninger:

1. SAGSFORLØB

- (1) Som opfølgning på to klager og mange drøftelser mellem dels Kommissionen og de to klager, dels Kommissionen og de danske myndigheder besluttede Kommissionen den 10. september 2008 at indlede en formel undersøgelsesprocedure angående den foreliggende sag og opfordrede således Danmark og interesserede parter, ved offentliggørelsen af beslutningen herom i *Den Europæiske Unions Tidende* ⁽³⁾, til at fremsætte deres bemærkninger.
- (2) Kommissionens beslutning om at indlede en formel undersøgelsesprocedure er delvis gjort til genstand for et annulationssøgsmål, som en af klagerne har iværksat

⁽¹⁾ Fra den 1.12.2009 er EF-traktatens artikel 87 og 88 blevet til artikel 107 og 108 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF). Indholdet af de to bestemmelser er identisk med de tidligere bestemmelser. I forbindelse med denne afgørelse skal henvisningerne til artikel 107 og 108 i TEUF forstås som henvisninger til henholdsvis EF-traktatens artikel 87 og 88.

⁽²⁾ EUT C 309 af 4.12.2008, s. 14.

⁽³⁾ Se fodnote 2.

- (3) Ved brev af 17. december 2009 opfordrede Kommissionen Danmark og de interesserede parter til at fremsætte deres bemærkninger angående det retsgrundlag, som bør lægges til grund ved vurderingen af foreneligheden i denne sag, henset til ikrafttrædelsen af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1370/2007 af 23. oktober 2007 om offentlig personbefordring med jernbane og ad vej og om ophævelse af Rådets forordning (EØF) nr. 1191/69 og (EØF) nr. 1107/70 ⁽⁵⁾.

2. PRÆSENTATION AF STØTTEMODTAGEREN OG KLAGERNE

2.1. STØTTEMODTAGEREN: DANSKE STATSBANER

2.1.1. DEN FORHENVÆRENDE MONOPOLJERNBANEVIRKSOMHED I DANMARK

- (4) Danske Statsbaner SV (DSB) er den forhenværende monopoljernbanevirksomhed i Danmark.
- (5) DSB ejes fuldt ud af den danske stat ⁽⁶⁾. DSB udfører nu kun personbefordring med jernbane og ydelser i tilknytning hertil ⁽⁷⁾. DSB er derudover også aktiv gennem virksomhedens datterselskaber i navnlig Sverige, Norge og Det Forenede Kongerige.

⁽⁴⁾ Kendelse afsagt af Retten den 25.11.2009 i sag T-87/09, *Jørgen Andersen mod Kommissionen*.

⁽⁵⁾ EUT L 315 af 3.12.2007, s. 1.

⁽⁶⁾ Lov nr. 485 af 1.7.1998 om etablering af den selvstændige offentlige virksomhed DSB SV og DSB Gods med virkning fra den 1.1.1999 (»DSB-loven«).

⁽⁷⁾ DSB's godsbanevirksomhed blev solgt til Deutsche Bahn i 2001.

(6) I 1998 vedtog Folketinget en lov, som yderligere adskilte jernbaneinfrastrukturen fra DSB's togdrift⁽⁸⁾.

(7) DSB havde i 2008 ca. 9 200 medarbejdere. I 2008 udgjorde virksomhedens omsætning ca. 9,85 mia. DKK (1,32 mia. EUR).

2.1.2. DSB'S ETABLERING SOM EN SELVSTÆNDIG OFFENTLIG VIRKSOMHED

(8) I 1999 blev DSB omdannet til en selvstændig offentlig virksomhed⁽⁹⁾.

(9) Ved den lejlighed blev der udformet og indført en ny model for den økonomiske forvaltning. Åbningsbalancen blev udarbejdet på baggrund af en værdiansættelse af aktiver og passiver. De danske myndigheder har oplyst, at i forbindelse med værdiansættelsen af alle store poster indhentede DSB yderligere udtalelse fra uafhængige eksperter.

(10) De danske myndigheder har forklaret, at DSB's aktiekapital blev fastsat ud fra en sammenligning med lignende foretagender med store anlægsaktiver. Den endelige åbningsbalances egenkapital byggede på en soliditetsgrad på 36 %, og der blev oprettet et stiftertilgodehavende.

(11) Derudover skal det bemærkes, at de retlige rammer for DSB blev suppleret med et regnskabsreglement og nationale konkurrenceretlige retningslinjer, som omfatter pligt til at adskille de vigtigste forretningsområder og holde dem adskilt samt undgå enhver form for krydssubsidiering. Den kontraktbetaling, som DSB modtager på baggrund af de forhandlede kontrakter om offentlig trafikbetjening, holdes adskilt fra de forretningsområder, der drives på rent forretningsmæssigt grundlag.

(12) DSB's produktøkonomiregnskaber er udformet for hvert forretningsområde og baseret på en dokumenteret aktivitetsbaseret omkostningsfordeling ved hjælp af fordelingsnøgler for omkostninger og indtægter⁽¹⁰⁾.

2.1.3. DSB-KONCERNEN

i) DSB S-tog A/S

(13) DSB-koncernen omfatter ligeledes datterselskabet DSB S-tog A/S, som ejes med 100 % af DSB SV, og som udfører togtrafik lokalt i hovedstadsområdet.

(14) Regnskaberne for DSB S-tog A/S holdes adskilt fra DSB SV, fordi der er tale om et selvstændigt selskab. Ligeledes foreskriver regnskabsreglementet for DSB, at trans-

aktioner mellem DSB og DSB S-tog A/S skal ske på markedsvilkår.

(15) Det overskud, der skabes i datterselskabet DSB S-tog A/S vil, efter skat, indgå i det konsoliderede resultat for DSB SV. Den danske stats udbyttepolitik er fastsat i forhold til moderselskabet DSB SV i den forstand, at udbytte betales herfra.

ii) Andre ejerforhold

(16) DSB ejer 100 % af DSB Sverige AB, DSB Norge og DSB UK Ltd. AS, der som før nævnt beskæftiger sig med personbefordring og ydelser i tilknytning hertil i henholdsvis Sverige, Norge og Det Forenede Kongerige.

(17) Desuden ejer DSB 60 % af Roslagståg AB, der driver Roslag-linjen i Stockholm-området. DSB ejer den private virksomhed BSD ApS, der har til opgave at beskytte intellektuel ejendomsret.

(18) Derudover ejer DSB og DSB S-tog A/S i fællesskab holdingselskabet DSB Rejsekort A/S, der ejer 52 % af Rejsekort A/S, der udbyder et elektronisk billetsystem til kollektiv trafik.

(19) Endelig ejer DSB 100 % af Kort & Godt, en forretningskæde i banegårdene.

2.2. KLAGERNE

2.2.1. DEN FØRSTE KLAGER

(20) Den første klager er Gråhundbus, et privat bustrafiksel-skab (i det følgende benævnt »Gråhundbus«).

2.2.2. DEN ANDEN KLAGER

(21) Den anden klager er Dansk Kollektiv Trafik, en erhvervs-sammenslutning, som repræsenterer flere danske trafikoperatører (i det følgende benævnt »DKT«).

3. UDFØRLIG BESKRIVELSE AF DE KONTRAKTER OM OFFENTLIG TRAFIKBETJENING, SOM DET DANSKE TRANSPORTMINISTERIUM OG DSB HAR INDGÅET

3.1. DE RETLIGE RAMMER FOR KONTRAKTER OM OFFENTLIG TRAFIKBETJENING I DANMARK

(22) Indtil den 1. januar 2000 havde DSB monopol på driften af den nationale jernbanepassagertrafik. Efterfølgende ophævede den danske lovgiver dette monopol og indførte to alternative ordninger for varetægelse af jernbanepassagertrafik⁽¹¹⁾:

⁽⁸⁾ Jernbaneinfrastrukturen vedligeholdes og drives nu af Banedanmark, som er en særskilt offentlig virksomhed.

⁽⁹⁾ Se fodnote 5.

⁽¹⁰⁾ De danske myndigheder gjorde det klart, at produktøkonomiregnskaberne er udfærdiget på grundlag af indtægts- og omkostningsallokeringer, og de er ikke et regnskabssystem. Det har ikke været muligt at udlede særskilte balancer for hvert enkelt forretningsområde.

⁽¹¹⁾ Lov om jernbanevirksomhed m.v., Lov nr. 289 af 18.5.1998 med senere ændringer. Den seneste konsoliderede lov er lov nr. 1171 af 2.12.2004.

- dels jernbanepassagertrafik, der udføres på et forretningsmæssigt grundlag uden kompensation fra offentlige myndigheder (»fri trafik«)
 - dels trafik, der udføres inden for rammerne af kontrakter om offentlig trafikbetjening med kompensation fra de offentlige myndigheder (»trafikoffentlig trafik«).
- (23) Ifølge de danske myndigheder udføres der i øjeblikket ingen regelmæssig passagertrafik inden for ordningen med fri trafik.
- (24) For så vidt angår kontrakter om offentlig trafikbetjening skelnes der i den danske lovgivning mellem to kontrakttyper:
- kontrakter om offentlig trafikbetjening, som forhandles direkte mellem de kompetente offentlige myndigheder og operatøren uden forudgående udbud. Transportministeren er Danmarks kompetente myndighed for så vidt angår forhandling af kontrakter om offentlig trafikbetjening med undtagelse af ruter, som drives af visse små regionale operatører
 - kontrakter om offentlig trafikbetjening, der er tildelt efter en udbudsprocedure. Den kompetente myndighed for kontrakter om offentlig trafikbetjening, der er sendt i udbud, er Trafikstyrelsen, som er en regulerende myndighed oprettet af Transportministeriet.
- (25) DSB udfører i den forbindelse personbefordring med jernbane i fjern-, regional- og lokaltrafik inden for rammerne af forhandlede kontrakter om offentlig trafikbetjening, som er indgået med Transportministeriet.
- (26) Udbudsprocedurerne er i øvrigt taget stadig mere i brug i årenes løb. I 2002 vandt Arriva retten til at udføre en del af den regionale offentlige trafik i Vestdanmark. I 2007 vandt et fællesforetagende mellem DSB og First Group (DSB First) ligeledes retten til at udføre en del af regionaltrafikken som offentlig trafikbetjening i Østdanmark og i Sydsverige, herunder regionens tværnationale, offentlige trafikforbindelser.
- (27) De danske myndigheder tilkendegav også, at det er deres intention, at flere kontrakter skal undergå en udbudsprocedure.

3.2. KONTRAKTEN OM OFFENTLIG TRAFIKBETJENING FOR PERIODEN 2000-2004

- (28) Denne kontrakt vedrører trafikken i fjern- og regionaltrafik, som DSB har udført som offentlig trafikbetjening i perioden 2000-2004.
- (29) I afsnit 1 fastsættes det, at »formålet med denne kontrakt er at fremme en positiv udvikling i jernbanepassagertra-

fikken med udgangspunkt i en sund økonomi for DSB, som er det danske statsejede jernbaneselskab«.

- (30) De følgende afsnit indeholder en sammenfatning af de mest relevante bestemmelser med henblik på undersøgelsen af denne kontrakt om offentlig trafikbetjening.

3.2.1. KONTRAKTENS INDHOLD ⁽¹²⁾

- (31) I artikel 3 fastsættes kontraktens anvendelsesområde. Den vedrører udførelsen af jernbanetrafikydelse og kundeservice. Kontrakten omfatter ikke trafik udført som offentlig trafikbetjening efter udbud og fri trafik, herunder fri trafik med gods.
- (32) De nærmere bestemmelser for de transportydelser, DSB skal udføre, fastlægges i kontraktens artikel 7. DSB er forpligtet til at levere en vis mængde ydelser (målt i togkilometer) i kontraktperioden.

Produktion af togkilometer i kontraktperioden

År	2000	2001	2002	2003	2004
togkm (mio.)	41,0	41,7	41,9	42,1	43,3

- (33) I artikel 7. stk. 1, litra a), fastlægges målet om en produktion på 51 mio. togkilometer pr. år fra den 1. januar 2006.
- (34) I kontraktens artikel 8 fastlægges det imidlertid, at det danske Transportministerium kan beslutte at udbyde en vis del af produktionen af togkilometer, hvilket vil resultere i, at kontrakten opsiges. Bestemmelserne i artikel 8 beskriver udførelse af de retsregler, der gælder for at sende trafikbetjeningen i udbud. De specificerer også følgerne heraf, især hvad angår nedsat kompensation og det rullende materiel.
- (35) I artikel 7 fastlægges også reglerne vedrørende køreplaner og trafikydelse hyppighed. Hvad angår køreplanerne, indeholder artikel 9 bestemmelser om koordination af køreplaner. En række bestemmelser skal sikre, at DSB arbejder for at skabe et sammenhængende kollektivt trafiksystem med koordination mellem bus og tog.
- (36) Artikel 10 indeholder bestemmelser om anvendelse og indkøb af nyt rullende materiel svarende til et samlet beløb på 5,6 mia. DKK i perioden indtil 2006. Det nye rullende materiel består af en ny type dieseltog kaldet IC4. Tekniske specifikationer for disse nye tog såsom hastighed, antal sæder eller komfortniveau angives i artikel 10 ligesom vilkårene for anvendelsen af de nye tog på bestemte strækninger. Disse investeringer kompenseres via de nedennævnte kontraktbetalinger.

⁽¹²⁾ Kontrakten indeholder en indledning, samt 22 artikler og 5 bilag.

- (37) Andre relevante bestemmelser, som bør nævnes i denne sammenhæng, er:

— artikel 11, som fastsætter vilkår for så vidt angår infrastrukturen, og fastlægger forbindelserne med Banedanmark

— artikel 12, der omfatter bestemmelser om kundeservice

— artikel 13, der omfatter sanktionerne ved manglende rettidighed

— artikel 14, der fastlægger betingelserne for takstfastsættelsen.

3.2.2. KONTRAKTBETALINGERNE

- (38) Den økonomiske kompensation, som DSB modtager, er fastlagt i kontraktens artikel 4.

- (39) Indtægterne fra billetsalget tilfalder DSB. Derudover modtager DSB en kontraktbetaling fra det danske Transportministerium for de ydelser, som er fastlagt i kontrakten.

- (40) Kontraktbetalingerne fremgår af følgende tabel:

Kontraktbetalinger 2000-2004

År	2000	2001	2002	2003	2004
DKK (mio.)	2 884,9	2 945,7	2 953,7	3 039,4	3 057,9

- (41) Disse betalinger reguleres årligt ved stigningen i nettoprisindekset.

- (42) Kontraktbetalingen er fastsat med udgangspunkt i det 10-årsbudget for DSB-koncernen, som blev vedtaget den 11. juni 1999 og indeholder den langfristede finansieringsstrategi for DSB.

- (43) Artikel 4 indeholder endvidere bestemmelser om visse justeringer i henhold til gennemførelsen af den 5-årige rammeaftale for jernbaneområdet af 26. november 1999. Denne aftale foranlediger vedtagelse af særlige tilføjelser til kontrakten for så vidt angår:

— indkøb og ibrugtagning af nyt rullende materiel (kontraktens artikel 10)

— puljer til nærbaner og modernisering af stationer

— kvalitetsforbedring på banestrækningen Odense-Svendborg

— økonomiske tilskyndelser, som fremmer en samfundsøkonomisk fornuftig trafikproduktion.

- (44) Kontraktbetalingen omfatter afskrivninger og renter for det rullende materiel, der er erhvervet i henhold til kontraktens artikel 10. De øvrige tilføjelser kan dog kræve en forøgelse af kontraktbetalingen.

- (45) Artikel 5 vedrører baneafgifter. Kontraktbetalingerne omfatter DSB's udgifter til baneafgifter for de tog, som er omfattet af kontrakten. Artikel 5 indeholder også bestemmelser om, at baneafgifterne justeres én gang årligt.

3.2.3. BYTRANSPORTEN

- (46) Der er ligeledes indgået en kontrakt mellem det danske Transportministerium og DSB S-tog A/S om trafikken på hovedstadsområdets elektriske jernbaneanet udført som offentlig trafikbetjening i perioden 2000 – 2004.

- (47) Denne kontrakt er opbygget efter samme model og indeholder tilsvarende bestemmelser som kontrakten vedrørende fjern- og regionaltrafik udført som offentlig trafikbetjening. Den indeholder en udførlig beskrivelse af den trafik på hovedstadsområdets elektriske jernbaneanet udført som offentlig trafikbetjening, som DSB S-tog A/S skal levere, idet der pålægges en pligt til at levere et vist omfang af service (målt i togkilometer) i kontraktperioden. Den indeholder forpligtelser vedrørende køreplaner og trafikydelse hyppighed tillige med bestemmelser om anvendelse og indkøb af nyt rullende materiel.

- (48) Kontraktens kompensationssystem svarer også til kontrakten vedrørende fjern- og regionaltrafik udført som offentlig trafikbetjening. Kontraktbetalingerne fastsættes på samme beregningsgrundlag (et afkast af egenkapitalen på 6 % efter skat).

- (49) Kontraktbetalingerne fremgår af følgende tabel og er underlagt de samme betingelser som kontrakten vedrørende fjern- og regionaltrafik udført som offentlig trafikbetjening:

Kontraktbetalinger 2000-2004

År	2000	2001	2002	2003	2004
DKK (mio.)	547,2	701,9	855,7	1 016,6	1 127,3

3.3. KONTRAKTEN OM OFFENTLIG TRAFIKBETJENING FOR PERIODEN 2005-2014

(50) Den anden kontrakt mellem det danske Transportministerium og DSB dækker fjern- og regionaltrafik udført som offentlig trafikbetjening i perioden 2005-2014.

(51) Ifølge indledningen er formålet med kontrakten at: »sætte nogle klare rammer for udførelse af opgaven på en måde, der for staten sikrer den bedst mulige udvikling af passagertrafikken med tog for de økonomiske midler, der er til rådighed for indkøb af togtrafik, og for DSB sikrer en sund økonomi«.

3.3.1. KONTRAKTENS INDHOLD ⁽¹³⁾

(52) I artikel 1.1 fastsættes kontraktens anvendelsesområde. Den nævner de bestemte banestrækninger, hvor der udføres trafik som offentlig trafikbetjening i henhold til den forhandlede kontrakt.

(53) Det skal bemærkes, at på to bestemte strækninger tilfalder billetindtægterne ikke DSB. Kontrakten omfatter også international togtrafik til Tyskland og strækningen København — Ystad, som tidligere blev drevet som fri trafik.

(54) Den trafikydelser, som DSB skal levere, består af en trafikeringsplan (antal tog og tidsintervaller), en standsningsplan (betjening af standsningssteder) og en linjeplan (krav til togforbindelser). Indholdet af de tre planer er angivet i artikel 1 sammen med regler om siddepladskapacitet, regularitet, pålidelighed, kundetilfredshed, driftsforstyrrelser og andre særlige forhold.

(55) Artikel 2 omhandler alle former for takstfastsættelse, herunder særlige bestemmelser for rejser over Øresund.

(56) Artikel 3 omhandler trafikydelens afgrænsning i forhold til fri trafik. I artikel 3, stk. 3, anføres navnlig muligheden af at udvide den trafik, der udføres som offentlig trafikbetjening, ud over denne kontrakts trafikale rammer, uden det medfører øget kontraktbetaling.

(57) Artikel 4 omhandler regler, ansvar og pligter i forbindelse med modernisering af stationer. DSB skal udarbejde planer for stationsmoderniseringen, som skal indsendes til det danske Transportministerium til orientering.

(58) I kontraktens artikel 5 fastlægges DSB's forpligtelser i forbindelse med udførelsen af virksomhedens aktiviteter på trafikområdet. Forpligtelserne vedrører bl.a. informationsforpligtelser, besigtigelse af materiel, forpligtelsen til at stille rullende materiel til rådighed for operatører, der vinder udbud på forskellige strækninger, bestemte betingelser for billetsalg og frikort til bestemte persongrupper.

(59) Endelig omhandler artikel 6 muligheden og vilkårene for at sende bestemte strækninger i udbud samt den efterfølgende reduktion af kontraktbetalingen i forhold til de tilknyttede serviceforpligtelser.

3.3.2. KONTRAKTBETALINGER

(60) Den økonomiske kompensation, som DSB modtager, er fastlagt i kontraktens artikel 7.

(61) Indtægterne fra billetsalget tilfalder i princippet DSB ⁽¹⁴⁾. Derudover modtager DSB en kontraktbetaling fra det danske Transportministerium for de ydelser, som er fastlagt i kontrakten.

(62) Kontraktbetalingerne fremgår af følgende tabel:

Kontraktbetalinger 2005-2014

År	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
DKK (mio.)	2 985	3 021	2 803	2 669	2 523	2 480	2 486	2 433	2 475	2 470

(63) Kontraktbetalingen er fast og skal således ikke være genstand for nogen automatisk regulering, medmindre andet udtrykkeligt er angivet i kontrakten. Kontraktbetalingen reguleres dog årligt ved den i finansloven forudsatte stigning i nettoprisindekset.

(64) Kontrakten præciserer ikke, på hvilket grundlag kontraktbetalingen er beregnet. Det danske Transportministerium har angivet, at betalingerne er fastsat på grundlag af 10-årsbudgettet, som er baseret på et skøn over indtægter og omkostninger.

(65) Kontraktbetalingen dækker bl.a. afskrivning og forrentning af nyt rullende materiel, jf. nedenstående tabel:

⁽¹³⁾ Kontrakten indeholder en indledning samt 10 artikler og 9 bilag.

⁽¹⁴⁾ Jf. ovennævnte undtagelser.

Afskrivning af nyt rullende materiel i perioden 2005-2014

(mio. DKK)

År	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
IC4	50	167	247	258	258	258	258	258	258	258
IC2	1	24	46	46	46	46	46	46	46	46
Lokaltog						15	44	74	89	89

- (66) Den tilhørende leveringsplan for de årlige investeringer i nyt rullende materiel fremgår af nedenstående tabel:

Levering af nyt rullende materiel

År	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
IC4	1	31	44	7					
IC2		1	22						
Lokaltog							14 (*)	14 (*)	14 (*)

(*) Oplysningerne var ikke disponible på kontraktindgåelsestidspunktet.

- (67) En række bestemmelser blev indføjet i kontrakten for at tage højde for forsinkelser i forbindelse med levering af det rullende materiel i henhold til kontrakten for perioden 2000-2004.
- (68) Artikel 7, stk. 1, nr. 2, rummer mulighed for en årlig justering af kontraktbetalingerne på grundlag af leveringen af nyt materiel. Reguleringen kan dog ikke indebære, at DSB modtager større kompensation. Reguleringen gennemføres ikke ved reguleringer under 8 mio. DKK.

3.3.3. BYTRANSPORTEN

- (69) Den anden kontrakt mellem det danske Transportministerium og DSB S-tog A/S dækker trafikken på hovedstadsområdets elektriske jernbanenet udført som offentlig trafikbetjening i perioden 1. januar 2005-31. december 2014.
- (70) Kontrakten bygger på et system med bestemmelser svarende til kontrakten vedrørende fjern- og regionaltrafik udført som offentlig trafikbetjening. Den indeholder forpligtelser angående DSB S-tog A/S' præstationer for så vidt angår de berørte strækninger, transportydelser, kapacitetskrav, regularitet, pålidelighed, kundetilfredshed og driftsforstyrrelser. I kontrakten anføres ligeledes betingelserne for takstfastsættelse, modernisering af stationer og rapportering. Der er fastsat sanktioner i tilfælde af misligholdelse af kontrakten.
- (71) Kontraktens kompensationssystem svarer også til kontrakten vedrørende fjern- og regionaltrafik udført som offentlig trafikbetjening. Kontraktbetalingerne fastsættes på samme beregningsgrundlag (et afkast af egenkapitalen på 6 % efter skat).
- (72) Kontraktbetalingerne fremgår af følgende tabel:

Kontraktbetalinger 2005-2014

År	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
DKK (mio.)	1 340	1 370	1 265	1 160	1 077	1 021	965	918	876	831

- (73) I lighed med kontrakten vedrørende fjern- og regionaltrafik udført som offentlig trafikbetjening er der i denne kontrakt fastsat betingelser for revision af disse betalinger og kontraktbetalingerne i relation til afskrivningen af det rullende materiel.

4. BEGRUNDELSE FOR BESLUTNINGEN OM AT INDLEDE EN PROCEDURE

- (74) I sin beslutning om at indlede proceduren udtrykte Kommissionen tvivl om, hvorvidt DSB's kompensation for den offentlige service er forenelig med det indre marked. Kommissionen anførte, at formålet med proceduren var at slå fast, om de pågældende kontrakter om offentlig trafikbetjening indebar statsstøtte til DSB, og om kontraktbetalingerne indebærer en overkompensation af de omkostninger, som DSB må afholde for at opfylde de opgaver vedrørende offentlig service, som defineres i kontrakterne.
- (75) Kommissionen overvejede først og fremmest, om foranstaltningen gav DSB en økonomisk fordel. Den anvendte til dette formål de kriterier, som Domstolen har opstillet i Altmark-dommen ⁽¹⁵⁾.
- (76) Selv om Kommissionen fandt, at den begunstigede virksomhed reelt var pålagt at udføre veldefinerede opgaver som offentlig trafikbetjening (betragtning 69 til 76 i beslutningen om at indlede en procedure), udtrykte den tvivl om, hvorvidt der på forhånd og på en objektiv og gennemsigtig måde er fastlagt parametre som grundlag for beregningen af kompensationen for perioden 2009-2014 (betragtning 77 til 80 i den nævnte beslutning).
- (77) Kommissionen stillede sig ligeledes tvivlende over for, om kompensationen ikke overstiger, hvad der er nødvendigt for helt eller delvis at dække de udgifter, der er afholdt ved udøvelsen af den offentlige serviceforpligtelse, idet der skal tages hensyn til de hermed forbundne indtægter og til en rimelig fortjeneste ved opfyldelsen af forpligtelserne. Kommissionen ønskede i den forbindelse navnlig at undersøge DSB's resultatforbedringer (betragtning 83 til 90 i beslutningen om at indlede en procedure), forsinkelserne i leveringen af rullende materiel (betragtning 91 til 100 i den nævnte beslutning) og de særlige forhold angående strækningen København-Ystad (betragtning 101 til 103 i den nævnte beslutning).
- (78) Kommissionen anførte desuden, at kontrakterne om offentlig trafikbetjening ikke er tildelt efter en udbuds-

procedure. Kommissionen betvivlede således, at størrelsen af den nødvendige kompensation er fastlagt på grundlag af en analyse af de omkostninger, som en gennemsnitsvirksomhed, der er veldrevet og tilstrækkeligt udstyret med transportmidler til at kunne opfylde de stillede krav til den offentlige tjeneste, ville have ved at opfylde forpligtelserne, idet der er taget hensyn til de hermed forbundne indtægter og til en rimelig fortjeneste ved opfyldelsen af forpligtelserne (betragtning 104 til 107 i den nævnte beslutning).

- (79) Kompensationen for den offentlige service udgør statsmidler, som kan være konkurrenceforvridende og påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne, hvorfor Kommissionen har udtrykt tvivl om, hvorvidt kontrakterne om offentlig trafikbetjening indebærer statsstøtte til DSB.
- (80) Dernæst overvejede Kommissionen, hvorvidt kontrakterne om offentlig trafikbetjening kan forenes med det indre marked på grundlag af artikel 14 i forordning (EØF) nr. 1191/69 ⁽¹⁶⁾.
- (81) Kommissionen har derudover stillet sig tvivlende overfor, om kompensationsbeløbet, dvs. den pris, som den danske stat betaler, var begrænset til det, der er nødvendigt for at dække omkostningerne ved at udføre en offentlig serviceforpligtelse, således som begrundet ovenfor i bedømmelsen af, om retspraksis vedrørende Altmark-dommens tredje kriterium er opfyldt. Kommissionen stiller sig navnlig tvivlende over for, om den danske stats opkrævning af udbytte af DSB's resultat samt reduktionen af de årlige kontraktlige udbetalinger har gjort det muligt at undgå enhver risiko for overkompensation (betragtning 129 til 131 i den nævnte beslutning).
5. DE DANSKE MYNDIGHEDERS ARGUMENTER, EFTER AT PROCEDUREREN ER INDLEDT
- Indledende bemærkninger*
- (82) Ifølge den danske regerings brev af 12. december 2008 er det regeringens opfattelse, at den som led i Kommissionens hidtidige undersøgelser allerede har tilvejebragt alle de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at Kommissionen kan træffe en afgørelse, hvori det konkluderes, at kontraktbetalingen ikke udgør statsstøtte, eller — i det mindste — at en eventuel statsstøtte er forenelig med traktaten. De danske myndigheder henviser

⁽¹⁵⁾ Domstolens dom af 24.7.2003, sag C-280/00, *Altmark Trans GmbH og Regierungspräsidium Magdeburg mod Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH* (»Altmark«), Sml. 2003 I, s. 7747.

⁽¹⁶⁾ Rådets forordning (EØF) nr. 1191/69 af 26.6.1969 om medlemsstaternes fremgangsmåde med hensyn til de med begrebet offentlig tjeneste forbundne forpligtelser inden for sektoren for transporter med jernbane, ad landeveje og sejlbare vandveje (EFT L 156 af 28.6.1969, s. 1). Berigtiget ved EFT L 169 af 29.6.1991, s. 1.

derfor til de faktiske og retlige oplysninger, som allerede er fremført over for Kommissionen. Den har desuden udbygget den retlige og faktiske argumentation, hvor det er nødvendigt i lyset af senere indtrufne forhold eller i lyset af Kommissionens bemærkninger i sin beslutning om indledning af den officielle undersøgelse.

(83) Den danske regering erklærer sig desuden i princippet enig med Kommissionens argumentation vedrørende dels, at Altmark-dommens kriterier lægges til grund for bedømmelsen af, om der foreligger statsstøtte, dels det retsgrundlag, hvorpå foreneligheden med traktaten vurderes.

(84) Derimod tilkendegiver den danske regering, at den er uenig i Kommissionens fortolkning af Danske Busvognmænd-dommen (også kendt som »Combus«-dommen)⁽¹⁷⁾. Kommissionen har anført, at hvis kontrakten om offentlig trafikbetjening indebærer statsstøtte, burde denne have været anmeldt. I modsætning hertil finder de danske myndigheder, at hvis forordning (EØF) nr. 1191/69 finder anvendelse, og kompensationen for kontrakten om offentlig trafikbetjening er i overensstemmelse med forordningen, er denne kompensation fritaget for anmeldelsespligten efter artikel 17, stk. 2, i forordning (EØF) nr. 1191/69.

(85) Endelig ønsker Danmark at fremhæve, at det i nyere retspraksis, navnlig dom afsagt af Den Europæiske Unions Ret i sag T-289/03 BUPA, er blevet præciseret, at Altmark-kriterierne skal anvendes under hensyntagen til situationen i den berørte sektor, og at medlemsstaterne ved udøvelsen af denne kompetence råder over en vid skønsbeføjelse.

Vedrørende det andet Altmark-kriterium

(86) De danske myndigheder anfører, at Kommissionen har anerkendt, at det andet Altmark-kriterium var opfyldt i relation til kompensationen for perioden 1998-2008, men udtrykker tvivl om perioden 2009-2014.

(87) De danske myndigheder finder, at denne tvivl hviler på en faktuel misforståelse, idet kompensationen i lighed med den forudgående periode er beregnet på grundlag af det såkaldte ti-årsbudget for perioden 2005-2014.

⁽¹⁷⁾ Rettens dom af 16.3.2004 i sag T-157/01, *Danske Busvognmænd*, Sml. 2004 II, præmis 77-79.

(88) Budgettet er forelagt Kommissionen tillige med de forventninger og forudsætninger, som dette budget er baseret på:

— en generel årlig inflation på 2,5 %

— en udvikling i billetpriserne på 2,5 % svarende til inflationen

— en gennemsnitlig vækst i produktiviteten på 2,5 % om året

— en årlig rente på 5,15 %

— en forrentning af egenkapitalen på 6 % efter skat

— realisering af investeringer i rullende materiel, på ca. 10 mia. DKK

— en vækst i antal kørte kilometer på ca. 20 %

— en vækst i passagertallet på ca. 20 %

— fritagelse for lønsumsafgift for så vidt angår DSB's personale.

(89) Derudover præciserer Danmark, at budgettet var baseret på de forpligtelser vedrørende infrastrukturafgifter, der eksisterede for 2003. Ændringer i disse forpligtelser og den tilsvarende reduktion i kompensationen til DSB blev imidlertid inkorporeret i kontrakten, før kontrakten blev underskrevet. Transportministeriet har nærmere redegjort for indholdet af kontrakten og budgettet i aktstykke 112/2004, og disse oplysninger er optaget på Finansloven.

Vedrørende det tredje Altmark-kriterium

(90) De danske myndigheder har anført argumenter og oplysninger angående de tre aspekter af risikoen for overkompensation, som Kommissionen har udtrykt tvivl om.

i) DSB's resultatforbedringer

- (91) De danske myndigheder vurderer for det første, at DSB's resultatforbedringer ikke skyldes en overkompensation. Ifølge Danmark har forudsætningerne ved beregningen af kompensationen været korrekte, og de realiserede resultatforbedringer er derfor ikke begrundet i, at der er ydet overkompensation, men derimod skyldes andre forhold.

Egenkapital

- (92) Danmark forelægger en detaljeret analyse af udviklingen i DSB's egenkapital, der i perioden 1999-2004 er steget fra 4,797 mia. DKK til 7,701 mia. DKK (dvs. en stigning på 2,852 mia. DKK). Stigningen i egenkapitalen skyldes en række omstændigheder, der ikke var taget højde for ved budgetteringen, herunder en uventet høj grad af effektivisering hos DSB, og en række større enkeltstående indtægter, eksempelvis fra salg af fast ejendom. Der er ikke tale om forhold, som regeringen med rimelighed kunne have taget højde for ved fastlæggelsen af budgettet og dermed fastsættelsen af kompensationen.
- (93) Den danske regering redegør for, at stigningen i egenkapitalen ikke skyldes for høje driftstilskud fra staten, men fem andre — i det væsentlige uforudsete — forhold:

- For det første var en meget væsentlig del af tilvæksten i DSB's egenkapital forudsat i stiftelsesbudgettet (1,709 mia. DKK). Af aktstykke 249/1999 fremgår det, at det var en klar politisk og økonomisk forudsætning i forbindelse med omdannelsen af DSB til en bæredygtig selvstændig offentlig virksomhed, at DSB over en årrække opbyggede en soliditetsgrad på godt 30 %. Forudsætningen havde baggrund i en økonomisk vurdering af den nødvendige soliditetsgrad for en virksomhed af DSB's størrelse.
- Der er udbetalt udbytte til staten ved udløbet af denne periode i 2005 (736 mio. DKK), hvilket indebærer, at DSB ikke reelt kunne disponere over denne egenkapital ved udgangen af 2004.
- En del af væksten i egenkapitalen skyldes ændringer af regnskabspraksis i 1999 og 2001 i forhold til forudsætningerne i stiftelsesbudgettet af 1999 (opskrivning af egenkapitalen på 594 mio. DKK). Denne ændrede regnskabspraksis har ikke haft nogen reel driftsøkonomisk betydning for virksomheden, og der må derfor også korrigeres herfor.

Den danske regering understreger således, at hvis der korrigeres for virkningen af den ændrede regnskabspraksis, kan det konstateres, at væksten i egenkapitalen rent faktisk har været negativ, nemlig med 135 mio. DKK.

- Selskabsskatten var 32 % på tidspunktet for stiftelsesbudgettet 1999, og denne skattesats blev efterfølgende (i årene 2002, 2003 og 2004) nedsat til 30 %. Den nedsatte skatteprocent har medført en uforudset gevinst på 43 mio. DKK i perioden. Uden denne gevinst ville den negative egenkapitaltilvækst have været 178 mio. DKK.

- En nedjustering af egenkapitalen i åbningsbalancen på 36 mio. DKK.

- (94) Efter Danmarks opfattelse viser disse oplysninger, at tilvæksten i DSB's egenkapital ikke skyldes for høje driftstilskud fra staten, og at den må ses i forhold til de ovennævnte finansielle, regnskabsmæssige og skattemæssige oplysninger. DSB har derfor ikke anvendt tilskuddet fra staten til at opbygge sin egenkapital i et omfang, der ligger ud over forudsætningerne i stiftelsesbudgettet.

Driftsresultater

- (95) I forbindelse med de budgetterede driftsresultater før udlodning af overskud understreger den danske regering, at de konstaterede resultatforbedringer ikke kan tages til indtægt for, at DSB har modtaget overkompensation. Disse forbedringer skyldes snarere en række faktorer, der har haft både positiv og negativ indflydelse, men som det ikke er muligt at tage højde for på det tidspunkt, hvor kompensationsniveauet fastlægges.
- (96) Danmark finder, at sådanne afvigelser i forhold til det oprindelige budget ikke kan undgås, når det handler om flerårige kontrakter om opfyldelse af en offentlig serviceforpligtelse. Derfor er det i disse tilfælde ikke muligt at fastlægge kompensationsbeløbet på en sådan måde, at det efter en *ex post*-vurdering kan fastslås, at den svarer nøjagtigt til de faktiske omkostninger efter fradrag af indtægterne og en rimelig fortjeneste.
- (97) Ifølge den danske regering vil der selv i tilfælde, hvor en offentlig serviceforpligtelse tildeles efter udbud, indtræffe sådanne ændringer i markedet og i den pågældende virksomheds forhold, at det faktisk realiserede resultat ikke svarer til, hvad den vindende virksomhed havde forventet på tidspunktet for kontraktens indgåelse.

(98) Danmark er dermed af den opfattelse, at resultatforbedringer eller -forringelser, der skyldes sådanne uforudsete faktorer, ikke kan tages til indtægt for, at kompensationen er fastsat på en måde, der indebærer, at der er ydet over- eller underkompensation.

(99) I det foreliggende tilfælde skyldes de konstaterede resultatforbedringer den samlede påvirkning fra flere faktorer såsom den almindelige konjunkturudvikling, udviklingen på markedet og produktivitetsgevinster (f.eks. besparelser i arbejdsomkostninger eller adgang til infrastruktur efter at godssektoren er afhændet, færre afskrivninger eller forbedring af finansforvaltningen).

(100) Danmark tilføjer, at de kontrakter, som er indgået med DSB, netop er kendetegnet ved, at kontraktparterne har aftalt en betaling baseret på sædvanlige markedsøkonomiske overvejelser, hvor betalingens størrelse har været fastsat således, at den skulle dække DSB's omkostninger under hensyn til de forventede indtægter og en rimelig fortjeneste. Det forhold, at DSB i sidste ende har opnået bedre resultater end de budgetterede, er ikke udtryk for, at de i kontrakterne fastlagte kompensationsbeløb har været for høje.

Reduktion af kompensationen og udlodning af udbytte

(101) Den danske regering bemærker, at selv om det er regeringens opfattelse, at der ikke er sket overkompensation, er risikoen for overkompensation under alle omstændigheder blevet elimineret i kraft af regeringens udbyttepolitik, der følger af finanslovens aktstykke nr. 249/1999 og den efterfølgende reduktion af kompensationen i aftalen med DSB.

(102) Gennem sin udbyttepolitik mener Danmark at have sikret sig, at DSB ikke har opbygget egenkapital ud over det forudsatte og dermed ud over, hvad der var nødvendigt. Uanset at der ikke har været fastsat juridisk bindende regler, er det med udbyttepolitikken søgt at forene to hensyn:

— de sædvanlige markedsøkonomiske overvejelser om, hvad der er økonomisk forsvarligt under hensyn til virksomhedens økonomiske situation

— generelle samfundsøkonomiske og konkurrencepolitiske overvejelser i relation til størrelsen af DSB's egenkapital og driftstilskud.

(103) Den danske regering præciserer, at udbyttebetalingerne til staten skulle anvendes som et middel til at korrigere

størrelsen af DSB's egenkapital i årene efter stiftelsen og som et middel til at tilbageføre driftsoverskud i det omfang, det efterfølgende måtte vise sig, at DSB faktisk opnåede bedre resultater end forventet. Dette princip følger af finanslovens aktstykke nr. 249/1999. Udbyttebetalingen anvendes til løbende at regulere DSB's kapitalstruktur og dermed det reelle nettodriftstilskud. Samtidig indebar udbyttepolitikken, at DSB havde et incitament til at opnå effektivitetsforbedringer, fordi udgangspunktet var, at udbyttet skulle svare til halvdelen af DSB's overskud efter skat. Dermed ville effektivitetsforbedringer i et vist omfang komme DSB til gode og ikke blot resultere i en efterfølgende tilbageførsel af driftstilskuddet.

(104) Den danske regering er af den opfattelse, at det er helt i overensstemmelse med almindelige markedsøkonomiske overvejelser, at der kan opereres med incitamentskabende instrumenter ved fastlæggelsen af, hvad der forstås ved en rimelig forrentning, jf. Kommissionens anbefaling ⁽¹⁸⁾.

(105) Danmark anfører, at anvendelsen af denne udbyttepolitik har medført, at der i perioden 1999-2006 i relation til de opgaver, der blev varetaget i henhold til kontrakterne, blev udloddet næsten 3 mia. DKK mere til staten, end hvad der oprindeligt var forventet.

(106) Ifølge den danske regering har udbyttepolitikken fungeret som en *de facto* tilbagebetalingsmekanisme, der har modvirket en eventuel overkompensation. Regeringen understreger, at den del af DSB's kompensation, der er blevet ført tilbage til staten i form af udbytte, oven i købet klart overstiger differencen mellem DSB's budgetterede overskud og det faktisk realiserede overskud. Udbyttepolitikken har på denne måde bidraget til at sikre, at DSB ikke kunne udnytte driftstilskud fra staten til at opnå en konkurrencefordel, f.eks. ved opbygning af egenkapital ud over det forudsatte eller anvendelse af årlige overskud.

(107) Derudover finder den danske regering, at det er forbundet med betydelige vanskeligheder at fastlægge regler for en efterfølgende korrektion af driftstilskuddet. Omvendt er staten i stand til — ved løbende udbytteudlodninger, der foretages i henhold til den danske aktieselskabslov regler — at sikre sig, at nettodriftstilskuddet reelt korrigeres, såfremt årets resultat overstiger, hvad der var forventet eller forudsat ved kontraktens indgåelse. Ifølge regeringen udgør udbytteudlodningerne derfor i praksis et overordentligt effektivt instrument til at sikre mod overkompensation.

⁽¹⁸⁾ Kommissionens beslutning 2005/842/EF af 28.11.2005 om anvendelse af bestemmelserne i EF-traktatens artikel 86, stk. 2, på statsstøtte i form af kompensation for offentlig tjeneste ydet til visse virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse (EUT L 312 af 29.11.2005, s. 67). Jf. navnlig artikel 5, stk. 4.

- (108) Derudover minder den danske regering om, at Retten har fastslået, at der må overlades medlemsstaterne en vid skønseføje ved beregningen af kompensationen, når denne baserer sig på komplicerede økonomiske forhold⁽¹⁹⁾. Regeringen minder også om, at der ikke EU-retligt er noget krav om, at en efterfølgende nedregulering af nettodriftilskuddet altid skal ske på en bestemt måde, f.eks. ved anvendelsen af kontraktlige regler eller tilsvarende. Det afgørende er, at staten faktisk sikrer sig, at der ikke sker en overkompensation, jf. Altmarkdommens kriterier. Men det er op til medlemsstaterne at beslutte, hvorledes dette gøres i praksis.

ii) Forsinket levering af rullende materiel

- (109) Efter den danske regerings opfattelse har forsinkelsen af IC4- og IC2-togene ikke medført en økonomisk fordel for DSB.
- (110) Regeringen bekræfter, at de nye IC4- og IC2-tog, der er bestilt forud for indgåelsen af trafikkontrakten for 2005-2014, skulle have været leveret fra 2003, men er ramt af forsinkelser hos leverandøren (AnsaldoBreda). Den danske regering anfører, at hvis leveringen var foregået planmæssigt, ville DSB have haft nettoudgifter til forrentninger og afskrivninger af togene, hvilket var indregnet i kontraktbetalingerne.

Trafikkontrakten for 2005-2014

- (111) I henhold til trafikkontrakten for 2005-2014 reduceres DSB's kontraktbetaling, såfremt DSB ikke har afholdt disse udgifter. De sparede udgifter er eksakt opgjort på baggrund af DSB's faktiske låntagning og en afskrivningsperiode på 20 år i overensstemmelse med DSB's regnskabspraksis (dvs. en besparelse på 4 mio. DKK for et års forsinkelse på et IC4-togsæt og tilsvarende 2,7 mio. DKK for et års forsinkelse på et IC2-togsæt).
- (112) I overensstemmelse med kontrakten er betalingen af DSB derfor reduceret med 645 mio. DKK (252 mio. DKK i 2005 og 393 mio. DKK i 2006).
- (113) Det er på den baggrund regeringens opfattelse, at den forsinkede levering af IC4- og IC2-togene ikke, for så vidt angår trafikkontrakten for 2005-2014, kan siges at have medført overkompensation af DSB.

Tillægskontrakter

- (114) For at sikre tilstrækkeligt moderne materiel har DSB siden 2001 lejet materiel i kraft af tillægskontrakter, som måtte forlænges efter 2006 på grund af de væsentlige forsinkelser hos AnsaldoBreda (i op til fire ekstra år).
- (115) Den danske regering bemærker dels, at DSB's kontraktbetaling efter den forhandlede kontrakt ikke dækker udgifter til indsættelse af IC4- og IC2-tog (afskrivning og forrentning) i det tilfælde, hvor disse tog faktisk ikke er indsat, og dels, at der ikke efter den forhandlede kontrakt er nogen forpligtelse for DSB til at indsatte erstatningsmateriel på de ovennævnte strækninger.
- (116) Ifølge den danske regering pålægges DSB i kraft af tillægskontrakten en yderligere offentlig serviceforpligtelse (indsætning af moderne erstatningsmateriel på visse strækninger) samtidig med, at DSB kompenseres for lejeudgifterne.

Trafikkontrakten for 2000-2004

- (117) Den danske regering er af den opfattelse, at den positive økonomiske nettoeffekt som følge af forsinkelsen skyldes, at der ikke i den oprindelige fem-årige kontrakt, herunder tillægskontrakten for perioden 2001-2004, var indsat bestemmelser om reduktion i kompensationen i tilfælde af forsinkelser af IC4-togene. Derimod indeholder den gældende trafikkontrakt 2005-2014 netop bestemmelser vedrørende en reduktion af kompensationen i tilfælde af forsinkelser.
- (118) Regeringen vurderer denne positive nettoeffekt for perioden 2001-2004 til 104 mio. DKK som følge af forsinkelsen af leveringen af togene. Denne umiddelbare effekt dækker dog ikke over de reelle økonomiske konsekvenser for DSB, som ikke har haft adgang til at anvende de nye togsæt (vedligeholdelse af ældre togsæt, tab i image og goodwill og indtægststab).
- (119) Danmark præciserer, at de erstatninger, DSB har modtaget fra AnsaldoBreda, udelukkende er udtryk for en foreløbig kompensation for DSB's økonomiske tab som følge af forsinkelsen af leveringen af togene. Ved leveringen skal DSB's endelige tab gøres op, og den samlede erstatning fra AnsaldoBreda kan fastlægges.

⁽¹⁹⁾ Se Rettens dom af 12.2.2008 i sag T-289/03, BUPA mod Kommissionen, Sml. 2008, præmis 214.

(120) Den danske regering er af den opfattelse, at denne kompensation vil svare nøje til DSB's økonomiske tab og derfor vil have en neutral effekt på DSB's regnskab. Nettoeffekten af erstatningen fra AnsaldoBreda indebærer af samme grund ikke nogen overkompensation til DSB. Forsinkelsen af leveringen af togene har dermed ikke medført og vil ikke medføre nogen økonomisk fordel for DSB.

(121) Endelig minder den danske regering om, at selv hvis disse faktorer ikke tages i betragtning, følger det af regeringens udbyttepolitik, at en eventuel positiv effekt af kompensationen for DSB vil blive elimineret ved udbyttebetalinger.

iii) Særlige forhold angående ruten København-Ystad

Kompensation for offentlig trafikbetjening

(122) Den danske regering præciserer, at det alene er DSB's betjening af ruten i perioden 2005-2014, der har udløst kompensation.

(123) Grundlaget for rutens drift har reelt været forskelligt i tre forskellige perioder:

— indtil 2002 blev ruten betjent som »fri trafik«, dvs. i fuld konkurrence uden kompensation eller forpligtelser fra staten. DSB skulle udarbejde særskilte regnskaber for ruten, som over en samlet periode skulle udvise overskud, idet der kun medregnes indtægter, som kommer direkte fra ruten

— i 2002 besluttede DSB at ophøre med at drive ruten som »fri trafik«, og der blev indgået en forhandlet kontrakt mellem Transportministeriet og DSB om at drive ruten som offentlig trafik fra 2002 og frem til den 31. december 2004. Kontrakten indebar derimod ikke, at der blev ydet særskilt eller yderligere betaling til DSB for varetagelsen af de offentlige serviceforpligtelser.

— ved indgåelsen af trafikkontrakten for 2005-2014 blev der åbnet mulighed for, at kompensationen til DSB også kunne dække ruten København-Ystad.

(124) Danmark præciserer, at der ikke er tilført statsmidler til rutens drift før 2005.

(125) Den danske regering minder om, at ruten gav underskud, da den blev drevet som fri trafik, og at der ikke kan argumenteres for, at det forhold, at en ganske lille del af de faktisk oppebårne indtægter kan henføres til de indirekte virkninger af, at DSB påbegyndte driften af

København-Ystad, skulle indebære, at DSB har fået tilført en overkompensation. Under alle omstændigheder er DSB berettiget til en rimelig fortjeneste i form af forrentning af den investerede kapital. Ifølge regeringen er der ikke grundlag for en påstand om, at de faktisk oppebårne indtægter har medført, at DSB har modtaget en overkompensation, når der tages hensyn til opnåelsen af en rimelig fortjeneste.

Færgeoverfarten

(126) I relation til spørgsmålet om DSB's omkostninger ved salget af billetter, der inkluderer færgeoverfarten mellem Ystad og Rønne (anløbshavnen på Bornholm), forelagde den danske regering de priser, der blev anvendt af færgeselskabet Bornholmstrafikken. Ifølge den danske regering fremgår det heraf, at der ikke anvendes forskellige takster for henholdsvis DSB og Gråhundbus.

(127) Regeringen forelagde også oplysninger om betingelserne for selskabet Bornholmstrafikken A/S' drift af færgeruten Rønne-Ystad. På grundlag af en kontrakt, der er indgået med regeringen efter et udbud:

— er der i kontrakten mellem regeringen og Bornholmstrafikken fastsat et generelt krav om, at Bornholmstrafikken skal koordinere sine afgang- og ankomsttidspunkter med operatørerne på bus- og togruterne, der forbinder København og Ystad

— er der også krav om, at Bornholmstrafikken skal indgå i et billetsamarbejde med den eller de bus- eller togoperatører, der i kontraktperioden driver bus- eller togdrift på strækningen København-Ystad, således at passagerer kan købe kombinerede færge- og bus/togbilletter med rabat

— er de maksimale takster, som Bornholmstrafikken må opkræve, fastsat i kontrakten

— indeholder kontrakten ikke nærmere bestemmelser om krav til takster eller udformningen af rabatten, og der er heller ikke hjemmel for regeringen til efterfølgende at stille nye krav herom.

(128) Ifølge den danske regering indebærer dette, at regeringen ikke har mulighed for at øve indflydelse på driften af Bornholmstrafikken ud over at sikre, at Bornholmstrafikken overholder kontraktens bestemmelser. Bornholmstrafikken anvender — og har i hele den relevante periode fra 2000 anvendt — helt ens afregningspriser over for henholdsvis DSB og Gråhundbus, og DSB har derfor ikke opnået nogen fordel.

- (129) Den danske regering oplyser dog, at den eneste pris, der gælder særligt for DSB, er den særlige pris for DSB Orange over Storebælt. Der er tale om en pris på en helt særlig type af DSB's billetter, der alene kan anvendes af kunder, som køber en DSB Orange-billet fra Jylland til Bornholm. Ifølge den danske regering giver Bornholms-trafikken rabat til denne ene særlige type billet, fordi selskabet ønsker at tiltrække flere kunder fra Jylland til Bornholm. Denne særlige rabat er ikke pålagt i kontrakten mellem den danske stat og færgeselskabet. Den særlige rabat er således begrundet i et forretningsmæssigt ønske om at forsøge at udvide kundekredsen i Jylland og dermed udvide den samlede kundekreds.
- (130) Den danske regering finder, at der er tale om en almindelig forretningsmæssig disposition, hvorved der gives rabatter med henblik på at udvide kundegrundlaget. Regeringen præciserer, at Gråhundbus betjener ruten København-Ystad og dermed ikke kører over Storebælt. Der er derfor en saglig grund til, at en tilsvarende rabat ikke indgår i afregningspriserne med Gråhundbus.
- (131) Den danske regering præciserer ligeledes, at dette tilbud kun er udnyttet af ca. [...] (*) passagerer i løbet af perioden 2003-2008. Da initiativet er taget af operatøren, kunne dette tilbud være åbent for busselskaber, der måtte ønske at tilbyde samme service. Regeringen anfører også, at dette forretningsmæssige tilbud siden 2009 ikke længere tilbydes.
- (132) På dette grundlag vurderer Danmark, at DSB ikke har opnået en fordel i forbindelse med betjeningen af ruten København-Ystad — hverken i form af overkompensation eller særligt lave afregningspriser på færgeruten Rønne-Ystad.
- Vedrørende det fjerde Altmark-kriterium**
- (133) Angående spørgsmålet om, hvorvidt kompensationen er fastlagt på grundlag af en analyse af de omkostninger, som en veldrevet gennemsnitsvirksomhed ville have, blev der efter den danske regerings opfattelse i forbindelse med etableringen af DSB som en selvstændig virksomhed foretaget alle de nødvendige analyser, som det var praktisk muligt at gennemføre.
- (134) Regeringen bemærker i den forbindelse, at til grund for udskillelsen af DSB fra staten lå Bernstein-rapporten, som indeholdt en nærmere vurdering af mulighederne for at effektivisere DSB ⁽²⁰⁾, og som blev iværksat i en større omstruktureringsplan i 1996. Disse foranstaltninger medførte, at DSB's forrentning blev effektiviseret, og produktiviteten steg med 32 %.
- (135) I forbindelse med etableringen af DSB udarbejdede den danske regering et 10-årsbudget med en række indbyggede forudsætninger, herunder en forventning om en stigning i produktiviteten, som dannede grundlag for fastlæggelsen af DSB's driftstilskud for perioden 1999-2004.
- (136) Dette budget, der er indeholdt i aktstykket L 249 af 11. juni 1999, er udarbejdet under forudsætning af en forrentning af egenkapitalen på 6 % efter skat, hvilket efter regeringens opfattelse udgjorde en rimelig fortjeneste.
- (137) Ifølge den danske regering fremkom driftstilskuddet således som et samlet skøn over omkostninger, indtægter og en rimelig fortjeneste, der er foretaget på grundlag af de oplysninger, der var tilgængelige i 1999 og i overensstemmelse med markedsøkonomiske principper. Fastlæggelsen af 10-årsbudgettet og den efterfølgende beregning af kontraktbetalingen til DSB er efter regeringens opfattelse sket i overensstemmelse med det fjerde Altmark-kriterium.
- (138) Den danske regering minder desuden om Unionens retspraksis ⁽²¹⁾ og understreger, at der ikke i den pågældende sag var mulighed for at foretage en konkret sammenligning med en anden operatør.
- Angående foreneligheden**
- (139) Såfremt Kommissionen alligevel måtte nå frem til, at der er ydet statsstøtte til DSB, er det den danske regerings opfattelse, at kompensationen til DSB under alle omstændigheder er forenelig med det indre marked.
- (140) Det er regeringens opfattelse, at der i forbindelse med indgåelsen af de forhandlede kontrakter er foretaget så omfattende analyser og beregninger, som det i praksis er muligt at foretage med henblik på at sikre en korrekt kompensationsberegning.
- (141) Regeringen kan tilslutte sig Kommissionens argumentation (i beslutningen om at indlede en procedure) for, at en kompensation kan anses for forenelig med det indre marked, hvis den lever op til det tredje Altmark-kriterium.
- (142) Som det fremgår ovenfor, er det den danske regerings opfattelse, at der er gjort alt, hvad der med rimelighed har kunnet kræves for at garantere, at DSB ikke modtog overkompensation, og at det — i det mindste — bør konkluderes, at den kontraktbetaling, DSB modtager i henhold til de forhandlede kontrakter, udgør støtte, der er forenelig med det indre marked.

(*) Fortrolig information

⁽²⁰⁾ Bernstein-rapporten blev udarbejdet i 1993 efter Transportministeriets anmodning om en ekspertanalyse.⁽²¹⁾ Nærmere bestemt sag 289/03, BUPA mod Kommissionen, Sml. 2008 II, s. 81, og forenede sager T-309/04, T-317/04, T-329/04 og T-336/04, TV 2/Danmark A/S mod Kommissionen, Sml. 2008 II, s. 2935.

(143) Derimod er den danske regering som før nævnt uenig i Kommissionens argumentation med hensyn til sondringen mellem henholdsvis kontrakter om offentlig trafikbetjening og offentlig serviceforpligtelse og med hensyn til støttens lovlighed. Regeringen er af den opfattelse, at hvis DSB modtog statsstøtte, er der ikke pligt til at anmelde denne støtte. Hvis Kommissionen fastholder sin argumentation, vil det reelt indebære en grundlæggende og ubegrundet sondring mellem, om en medlemsstat, når den pålægger en 100 % statsejet virksomhed at udføre transportopgaver, nedfælder beskrivelsen af ydernes omfang, kvalitet og pris i en kontrakt eller ej.

(144) Det følger af det allerede anførte, at det er den danske regerings opfattelse, at der ikke er grundlag for at rejse krav om, at der sker tilbagebetaling af statsstøtte, der måtte blive anset for uforenelig med det indre marked.

Angående lønsumsafgiften

(145) Den danske regering har noteret sig, at Kommissionen på baggrund af oplysninger om, at fritagelsen for lønsumsafgift forventes fjernet, ikke har vurderet spørgsmålet om denne afgift i den aktuelle procedure.

(146) Den danske regering oplyser for en god ordens skyld, at ændringerne i lønsumsafgiften er gennemført ved lov nr. 526 af 25. juni 2008, og at ændringerne trådte i kraft pr. 1. januar 2009.

Angående retsgrundlaget med henblik på vurderingen af foreneligheden

(147) Den danske regering har ved brev af 8. januar 2010 oplyst, at den ikke har bemærkninger vedrørende Kommissionens fastsættelse af det gældende retsgrundlag (forordning (EØF) nr. 1191/69 eller (EF) nr. 1370/2007).

6. BEMÆRKNINGER FRA INTERESSEREDE PARTER EFTER INDLEDNING AF PROCEDURER

(148) Der er fremsat bemærkninger fra DSB, den begunstigede virksomhed, og fra DKT, den anden klager. Det må fremhæves, at der ikke er fremsat bemærkninger fra Gråhundbus, den første klager.

6.1. DSB'S BEMÆRKNINGER

(149) Ved brev af 30. december 2008 forelagde DSB sine bemærkninger vedrørende Kommissionens beslutning om indledning af proceduren.

(150) DSB tilslutter sig fuldt ud bemærkningerne fra den danske stat og begrænser sig til at behandle spørgsmålet om Kommissionens mulighed for at kræve tilbagebetaling, hvis den måtte komme frem til, at kontrakten om

offentlig trafikbetjening indebærer statsstøtte, som er uforenelig med det indre marked.

(151) Det er DSB's opfattelse, at et krav om tilbagebetaling af en sådan støtte i det foreliggende tilfælde ville være i modstrid med beskyttelsen af princippet om berettiget forventning, der således hindrer anvendelsen af artikel 14, stk. 1, i Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22. marts 1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel 93⁽²²⁾.

(152) For det første er det DSB's opfattelse, at virksomheden kunne nære en berettiget forventning om, at den danske stats kontraktbetalinger i medfør af 5-års- og 10-årskontrakten ikke udgjorde statsstøtte. DSB finder, at der hersker uklarhed med hensyn til den relevante statsstøttetest på transportområdet.

(153) DSB er af den opfattelse, at vurderingen af, om staten har tilført DSB en fordel, skal ske med udgangspunkt i det tidspunkt, hvor transaktionen blev foretaget. Den omstændighed, at der måtte være nogen usikkerhed vedrørende tjenesteyderens omkostninger og eventuelle øvrige indtægtskilder, kan ikke i sig selv føre til, at staten ikke skulle kunne indgå en aftale til en pris, der afspejler markedsvilkår. Til enhver aftale vil der normalt være knyttet usikkerhed, og i normale aftaleforhold er det virksomheden, der bærer denne risiko. En ordning, hvorefter DSB alene bærer risikoen for uforudsete udsving i billetindtægter eller omkostninger, vil bedre end nogen anden ordning motivere DSB til at forbedre sine tjenester og tiltrække flere passagerer⁽²³⁾, hvilket giver staten mest muligt for kontraktbetalingen til DSB, der bærer risikoen ved faldende resultater; eksempelvis i form af u hensigtsmæssig virksomhedsdrift eller indtægtstab. Efter DSB's opfattelse har staten således på tidspunktet for begge kontraktens indgåelse ageret som en rationel køber, der har optimeret sine muligheder for at opnå størst muligt udbytte af de indgåede kontrakter.

(154) For det andet mener DSB at have en berettiget forventning om, at kontraktbetalingerne under alle omstændigheder opfyldte betingelserne i forordning (EØF) nr. 1191/69 og således var gruppefritaget i medfør af denne bestemmelse. DSB stiller sig tvivlende til Kommissionens fortolkning af forordningens artikel 14.

(155) DSB minder om, at forordningens afdeling V — der ikke indeholder bestemmelser vedrørende størrelsen af kompensationen — står i kontrast til forordningens afdeling II til IV for så vidt angår offentlig serviceforpligtelse. Ifølge DSB var formålet bag vedtagelsen af forordningen ønsket om at sikre operatørerne en rimelig kompensation. Hvad angår frivilligt påtagne forpligtelser, er transportvirksomheder, som er bundet af kontrakter om

⁽²²⁾ EFT L 83 af 27.3.1999, s. 1.

⁽²³⁾ Se bl.a. Kommissionens beslutning af 25.1.2006, N 604/05 — Tyskland — Offentlig støtte til busselskaber i Landkreis Wittenberg (EUT C 209 af 31.8.2006, s. 7), præmis 78 ff.

offentlig tjeneste, i en helt anden situation end de operatører, som ensidigt pålægges forpligtelser af staten, og dette afspejles i forordningen. På den baggrund kan Kommissionen ikke fortolke forordning (EØF) nr. 1191/69 i lyset af artikel 106, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde ⁽²⁴⁾.

- (156) Endelig deler DSB ikke Kommissionens fortolkning af forordningens artikel 17, ifølge hvilken fritagelsen fra anmeldelsespligten kun gælder for kompensation for offentlig serviceforpligtelse og ikke for kontrakter om offentlig trafikbetjening.

Angående retsgrundlaget med henblik på vurderingen af foreneligheden

- (157) DSB har fremsat sine bemærkninger i brev af 8. januar 2010. DSB er principielt uenig i, at Kommissionen anvender forordning (EF) nr. 1370/2007 på den foreliggende sag.
- (158) DSB minder om, at de pågældende trafikkontrakter mellem DSB og den danske stat er indgået inden såvel forordningens vedtagelse som dens ikrafttræden. Såfremt forordningen måtte blive anvendt i denne sag, ville der reelt være tale om lovgivning med tilbagevirkende kraft, hvilket efter DSB's opfattelse vil være i strid med grundlæggende retsprincipper, herunder både retssikkerhedsprincippet og princippet om beskyttelse af berettigede forventninger. Ifølge DSB er der heller ingen holdpunkter for at mene, at fællesskabslovgiver skulle have ønsket at lade forordning (EF) nr. 1370/2007 gælde med tilbagevirkende kraft.
- (159) DSB anfører, at forordningen tværtimod lægger op til en gradvis indførelse af de nye regler, ligesom forordningens regler som udgangspunkt ikke gælder for allerede indgåede kontrakter, såfremt deres løbetid er begrænset. Begge de pågældende kontraktors løbetid er begrænset som foreskrevet i overgangsordningen, og derfor er DSB af den opfattelse, at de alene bør reguleres efter den gældende lovgivning på tidspunktet for indgåelsen af aftalerne (forordning (EØF) nr. 1191/69 og (EØF) nr. 1107/70).
- (160) DSB støtter sig ligeledes på Kommissionens seneste beslutningspraksis, hvor Kommissionen ikke fandt det muligt at anvende forordning (EF) nr. 1370/2007 på kontrakter, som er indgået forud for forordningens ikrafttræden den 3. december 2009 ⁽²⁵⁾.

⁽²⁴⁾ Fra 1. december 2009 er EF-traktatens artikel 86 blevet til artikel 106 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF). Indholdet af de to bestemmelser er identisk. I f denne afgørelse skal henvisningerne til artikel 106 i TEUF forstås som henvisninger til EF-traktatens artikel 86.

⁽²⁵⁾ Der henvises til Kommissionens beslutning af 26.11.2008 — C 3/08 — Tjekkiet — vedrørende kompensation for offentlig tjeneste til Southern Moravia Bus Companies (EUT L 97 af 14.4.2009 (betragtning 111), og til Kommissionens beslutning af 26.11.2008 — C 16/07 — Østrig — statsstøtte til fordel for virksomheden Postbus i Lienz-distriktet (EUT L 306 af 20.11.2009) (betragtning 104).

- (161) Subsidiært har DSB fremlagt oplysninger til støtte for at kontrakterne om offentlig trafikbetjening under alle omstændigheder opfylder bestemmelserne i forordning (EF) nr. 1370/2007.

6.2. DKT'S BEMÆRKNINGER

- (162) Ved brev af 16. februar 2009 fremsatte DKT sine bemærkninger vedrørende beslutningen om at indlede proceduren. Disse bemærkninger er sammenfattet i det følgende.

Indledende bemærkninger

- (163) DKT henviser til de oplysninger, som Kommissionen har fået forelagt i forbindelse med klagen, og til de kontakter, der fandt sted forud for indledningen af proceduren.
- (164) DKT gør opmærksom på, at der i Kommissionens beslutning om at indlede en procedure tilsyneladende kun henvises til DSB's kontrakter om offentlig trafikbetjening vedrørende de klassiske jernbaneaktiviteter, og at de bytransportaktiviteter, som udføres af datterselskabet DSB S-tog A/S, ikke er omfattet, selv om disse nævnes i DKT's oprindelige klage.
- (165) DKT bemærker, at kontrakterne om bytransport er af samme art og rejser de samme spørgsmål. På den baggrund fastholder DKT, at Kommissionens undersøgelse også må inddrage kontrakterne om offentlig trafikbetjening i byområder.
- (166) Overordnet set er DKT af den opfattelse, at Altmarkdommens kriterier ikke er opfyldt i det foreliggende tilfælde, og at der derfor er ydet statsstøtte i forbindelse med de pågældende kontrakter. DKT vurderer, at denne støtte er uforenelig og ulovlig, og at Kommissionen bør kræve den tilbagebetalt.

Vedrørende det første Altmark-kriterium

- (167) Selv om Kommissionen ikke udtrykte tvivl om, hvorvidt det første Altmark-kriterium er opfyldt, har DKT fremsat bemærkninger om dette punkt.
- (168) DKT finder, at den vide skønsmåling, som indrømmes medlemsstaterne med hensyn til definition af offentlige serviceforpligtelser, ikke må føre til en arbitrær tilstand, hvor tredjeparter ikke kan sætte spørgsmålstegn ved årsagerne til, at en aktivitet udføres inden for rammerne af en kontrakt om offentlig trafikbetjening. Ifølge DKT påhviler det Kommissionen at begrunde behovet for at pålægge en offentlig serviceforpligtelse.

- (169) Med baggrund i Domstolens retspraksis og Kommissionens beslutningspraksis bestrider DKT Kommissionens analyse, hvori Kommissionen konstaterer, at der ikke er begået åbenbare skønsmæssige fejl. DKT vurderer bl.a., at det forhold, at der findes målsætninger for transportydelsers rettidighed, kvalitet og regularitet, er utilstrækkeligt til at fastslå, at en transportydelse må betragtes som en offentlig serviceopgave.
- (170) Kommissionen burde snarere foretage denne analyse på baggrund af kriterierne i forordning (EØF) nr. 1191/69 og undersøge proportionaliteten af opgaverne vedrørende offentlig service. Ifølge DKT bør Kommissionen bl.a. undersøge, om driften af de pågældende transportydelser i overensstemmelse med de pålagte målsætninger for rettidighed, kvalitet og regularitet er overskudsgivende.
- (171) DKT er af den opfattelse, at kompensation for offentlig service kun er berettiget i de tilfælde, hvor transportydelser ikke giver overskud, og kompensation derfor er en forudsætning for at opretholde driften, hvilket indebærer, at hver af de berørte jernbaneruters økonomi bør undersøges særskilt.

Vedrørende det andet Altmark-kriterium

- (172) DKT bestrider Kommissionens ræsonnement om, at de 10-årsbudgetter, der danner grundlag for beregningen af DSB's kompensation, skulle gøre det muligt at opfylde Altmark-dommens andet kriterium. DKT vurderer, at disse budgetter hverken indeholder parametre eller en detaljeret omkostningsanalyse, som gør det muligt at fastslå det nødvendige kompensationsniveau for hver af de pågældende jernbaneruter.

Vedrørende det tredje Altmark-kriterium

- (173) DKT er af den opfattelse, at analysen af opfyldelsen af Altmark-dommens tredje kriterium bør foretages i sammenhæng med det fjerde kriterium, for når en virksomhed ikke kan anses for at være en veldrevet gennemsnitsvirksomhed, overflødiggøres undersøgelsen af, om det tredje kriterium er opfyldt, idet den ikke kan baseres på en analyse af denne virksomheds omkostninger.

Vedrørende det fjerde Altmark-kriterium

- (174) DKT minder om, at de pågældende kontrakter om offentlig trafikbetjening ikke er tildelt efter et udbud. Desuden deler DKT Kommissionens tvivl om, hvorvidt ti-årsbudgettet og den metode, som den danske stat benytter, skulle gøre det muligt at opfylde Altmark-dommens fjerde kriterium.
- (175) DKT gør bl.a. gældende, at det i forbindelse med udbuddet af visse ruter viste sig, at DSB's konkurrenter

kunne udføre de pågældende transportydelser til et beløb, der ligger ca. 27 % under DSB's omkostninger. Tilsvarende minder DKT om, at DSB beskæftiger tjenstemandsansat personale, hvilket udelukker, at Altmark-dommens fjerde kriterium kan opfyldes.

Vedrørende overkompensationens uforenelighed

- (176) DKT kan ikke tilslutte sig Kommissionens ræsonnement med hensyn til spørgsmålet om støttens forenelighed. DKT vurderer, at der i forordning (EØF) nr. 1191/69 skelnes mellem dels en fremgangsmåde, der bygger på de faktiske omkostninger, jf. afdeling II, III og IV i forordning (EØF) nr. 1191/69, dels en fremgangsmåde, der bygger på den pris, som en tjenesteyder tilbyder i forhold til en konkurrent med henblik på at tilbyde samme ydelse, jf. afdeling V i forordning (EØF) nr. 1191/69. Ifølge DKT afspejles denne sondring i de karakterforskelle, som kendetegner henholdsvis offentlig serviceforpligtelse og kontrakter om offentlig trafikbetjening, der bygger på forskellige procedurekrav.
- (177) Som følge heraf kan Kommissionens ræsonnement, der bygger på en fremgangsmåde baseret på faktiske omkostninger og principper i relation til gennemførelsen af TEUF's artikel 106, stk. 2, ikke anvendes til at undersøge en pris, der er fastsat i forbindelse med kontrakter om offentlig trafikbetjening. DKT finder, at en sådan fremgangsmåde er i modstrid med Fællesskabets retspraksis (Combust-dommen), Kommissionens praksis (fællesskabsrammebestemmelser for statsstøtte i form af kompensation for offentlig tjeneste⁽²⁶⁾) og selve beslutningen om at indlede en procedure, hvori det bekræftes, at TEUF's artikel 93 har karakter af *lex specialis*.
- (178) Med udgangspunkt i, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde agter at anvende en fremgangsmåde baseret på de faktiske omkostninger for så vidt angår kontrakter om offentlig trafikbetjening, har DKT fremsat nogle bemærkninger om denne fremgangsmåde.
- (179) DKT er af den opfattelse, at den danske regering har fremlagt ukorrekte data med henblik på at påvise, at overkompensation ikke har fundet sted. DKT fremfører flere argumenter:
- DSB har kunnet nedbringe sine omkostninger betydeligt i forbindelse med virksomhedens deltagelse i udbud af visse ruter
 - desuden kræves det i kontrakterne om offentlig trafikbetjening, at DSB skal have en sund økonomi, hvilket er udtryk for, at kontraktbetalingerne overstiger, hvad der er strengt nødvendigt for at kompensere omkostninger i forbindelse med opfyldelsen af offentlige serviceforpligtelser

⁽²⁶⁾ EUT C 297 af 29.11.2005, s. 4.

- kontraktbetalingens størrelse er ikke begrundet på passende vis, og 10-årsbudgettet er skræddersyet med henblik på at garantere DSB et vist overskud uden at være baseret på en detaljeret analyse af DSB's omkostninger og indtægter for hver af de berørte ruter
 - kompensationsystemet er baseret på et forventet niveau for egenkapitalens afkast uden at være afgrænset til en kompensation af merudgifter
 - ifølge DKT's beregninger ville hovedjernbaneruten København-Århus give overskud, hvis man betragter de forpligtelser, som DSB pt. er pålagt, og den burde derfor ikke være genstand for en offentlig serviceforpligtelse
 - desuden hænger DSB's angivelige produktivetsgevinster ikke sammen med de finansielle data, som viser en stigning i personaleomkostningerne i forhold til indtægterne i den pågældende periode
 - tilsvarende betvivler DKT, at der rent faktisk er foretaget en reduktion i kontraktbetalingen på 1 mia. DKK; reduktionen beløber sig snarere til 647 mio. DKK ifølge virksomhedens årsregnskab
 - DKT gør gældende, at DSB ikke opfyldte sine målsætninger (målt i togkilometer) for perioden 2000-2004 — hvilket ville have berettiget en reduktion af kontraktbetalingen — og at DSB modtog kompensation for rullende materiel, som virksomheden ikke skulle bære omkostningerne for som følge af en forsinket levering
 - endelig er DKT af den opfattelse, at DSB i lyset af sit betydelige overskud selv havde kunnet finansiere omkostningerne som følge af den forsinkede levering af det rullende materiel, herunder erstatningsmateriellet. DKT angiver, at DSB har modtaget 225 mio. DKK fra AnsaldoBreda som kompensation for forsinkelsen, og at dette beløb burde have været ført tilbage til staten, der ifølge DKT har lidt skade derved. DSB har således modtaget 104 mio. DKK for meget i kontraktbetaling for materiel, som ikke blev taget i brug.
- (180) DSB's store overskud er ifølge DKT af følgende grunde bevis for, at virksomheden har modtaget overkompensation:
- DSB's resultater overstiger det overskud, som en virksomhed med lignende risici, dvs. en ringe risiko, med rimelighed kunne forvente
 - DKT henviser til en analyse, der er foretaget i forbindelse med dennes klage, og hvoraf det fremgår, at DSB's overskudsgrad før skat (12,3 % for perioden 1999-2004 og 12,77 % for perioden 1999-2007) overstiger såvel andre europæiske jernbanevirksomheders resultater (2,21 %-4,47 % i Det Forenede Kongerige; 3,35 % i Sverige; 0,49-4,65 % i Tyskland og 0,8-3,77 % i Frankrigs SNCF) som det niveau, Kommissionen nævnte i en anden og sammenlignelig procedure ⁽²⁷⁾.
- (181) Endelig er DKT af den opfattelse, at argumentet om, at udbetaling af udbytte har gjort det muligt at undgå enhver overkompensation, må afvises af følgende grunde:
- DKT er af den opfattelse, at DSB's resultater ligeledes klart overgår de indenlandske konkurrenters for så vidt angår kontrakter om offentlig trafikbetjening (DSB (12,77 %); DSB S-tog (10,45 %); Arriva 4,39 %; Metro Service (6,18 %)
 - DKT understreger, at DSB's resultater klart overstiger målsætningen om en forrentning af egenkapitalen på 6 %, som den danske stat har fastsat for DSB, og ifølge DKT udgør dette overskud 3,678 mia. DKK.
 - kontrakterne om offentlig trafikbetjening indeholder ikke en mekanisme, hvormed kontraktbetalinger kan tilbagebetales i det tilfælde, at de overstiger, hvad der er strengt nødvendigt for at kompensere omkostningerne ved opfyldelsen af en offentlig serviceforpligtelse
 - den danske stat sammenblander i det foreliggende tilfælde sin rolle som investor og aktionær i et offentligt selskab med sin rolle som offentlig myndighed, der åbner mulighed for at kompensere for offentlige serviceforpligtelser
 - opkrævningen af udbytte er ikke i sig selv nok til at fjerne hverken de økonomiske virkninger af en overkompensation eller de konkurrenceforvridende virkninger, der forbliver mærkbare på markedet
 - argumentet om udbyttebetaling indebærer en forskelsbehandling mellem offentlige og private virksomheder
 - Kommissionens rammebestemmelser for statsstøtte i form af kompensation for offentlig tjeneste rummer alene mulighed for at fremføre op til 10 % hvert år af en overkompensation
 - der er ingen direkte forbindelse mellem overkompensationen og størrelsen af det udbytte, som opkræves af den danske stat, og som i øvrigt blev fastlagt i 10-årsbudgettet, inden en eventuel overkompensation blev fastslået.
- ⁽²⁷⁾ Kommissionens beslutning af 23.10.2007 — C47/07 — kontrakt om offentlig tjeneste mellem Deutsche Bahn Regio og delstaterne Berlin og Brandenburg (EUT C 35 af 8.2.2008, s. 13).

Angående lønsumsafgiften

- (182) DKT anfører, at den danske stat har ophævet fritagelsen for lønsumsafgiften i 2008. DKT henviser til et dansk lovforslag, hvori omkostningen ved, at DSB ikke længere er fritaget for denne afgift, blev skønnet til 80 mio. DKK pr. år. På dette grundlag er DKT af den opfattelse, at afgiftsfritagelsen har påvirket konkurrencen mærkbart i negativ retning med ca. 800 mio. DKK over en tiårsperiode, og at den danske stat bør have dette beløb tilbagebetalt.
- (183) Desuden henleder DKT Kommissionens opmærksomhed på, at den danske stat efter sigende besluttede at kompensere DSB for, at virksomheden fremover ikke længere er fritaget for denne afgift, ved at forhøje kontraktbetalingerne.
- (184) DKT anmoder om, at Kommissionen tager dette spørgsmål op inden for den aktuelle procedure, idet procedure nr. CP78/06, som der blev henvist til i beslutningen om at indlede en procedure, efterfølgende er afsluttet.

Angående retsgrundlaget med henblik på vurderingen af foreneligheden

- (185) Den 10. januar 2010 forelagde DKT Kommissionen sine bemærkninger til spørgsmålet om, hvorvidt forordning (EØF) nr. 1191/69 eller (EF) nr. 1370/2007 er det rette retsgrundlag.
- (186) DKT er af den opfattelse, at det ville være en retlig fejl at benytte forordning (EF) nr. 1370/2007, der først trådte i kraft den 3. december 2009, som grundlag for undersøgelsen af de pågældende støtteforanstaltningers forenelighed. Efter at have erindret om visse principper angående anvendelsen af EU-reglerne om statsstøtte *ratione temporis* har DKT anført, at der bør skelnes mellem, hvorvidt det drejer sig om anmeldte støtteforanstaltninger eller ej. DKT har henvist til Den Europæiske Unions Rets dom i SIDE-sagen ⁽²⁸⁾ som grundlag for at slå fast, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde bør undersøge foreneligheden på grundlag af forordning (EØF) nr. 1191/69.
- (187) DKT's konklusion bygger bl.a. på det forhold, at de pågældende kontrakter om offentlig trafikbetjening dækker perioderne 1999-2004 og 2005-2014, og at støtten ydes på det tidspunkt, hvor de månedlige kontraktbetalinger finder sted. Videre bemærker DKT, at forordning (EF) nr. 1370/2007 ikke indeholder bestemmelser vedrørende statsstøtte, som allerede er ydet, eller som er genstand for en undersøgelse. Desuden henvises der ikke til den nye forordning i beslutningen af 10. september 2008 om at indlede en procedure, selv om forordningen allerede var vedtaget. Endelig påpeger DKT ligeledes en modstrid med Kommissionens meddelelse om fastlæggelse af reglerne for vurdering af ulovlig statsstøtte ⁽²⁹⁾.

- (188) DKT finder, at forordning (EF) nr. 1370/2007 under alle omstændigheder alene vil kunne udgøre det rette retsgrundlag for undersøgelsen af foreneligheden for så vidt angår de fremtidige virkninger af kontrakter om offentlig trafikbetjening, dvs. kontraktbetalinger, som ydes efter den 3. december 2009.

7. DANMARKS KOMMENTARER TIL DE INTERESSE-REDE PARTERS BEMÆRKNINGER

- (189) Ifølge Danmark giver DKT's bemærkninger ikke anledning til en ændret vurdering af det tidligere anførte i sagen. Danmark fastholder, at de fire Altmark-kriterier er opfyldt i det foreliggende tilfælde, og at DSB ikke modtog overkompensation.

Omfanget af Kommissionens undersøgelse

- (190) Danmark er af den opfattelse, at kontrakterne om trafik i hovedstadsområdet ikke er omfattet af den formelle undersøgelsesprocedure, og at der derfor ikke er behov for at kommentere DKT's synspunkter vedrørende disse kontrakter.
- (191) Danmark oplyser dog, at DSB S-tog A/S er et 100 % ejet datterselskab af DSB SV, og at DSB S-tog A/S tal indgår i DSB-koncernens samlede regnskab og i de oplysninger, som den danske regering har forelagt.
- (192) Den danske regering præciserer, at den budgetterede betaling og kontraktbetalingen for S-togstrafikken ligeledes er opgjort med en fortjeneste svarende til en egenkapitalforrentning på 6 % efter skat. Herefter blev resultatet for DSB S-tog A/S indlagt i budgettet for DSB SV, og kontraktbetalingen til selskabet for fjern- og regionaltrafik blev beregnet i overensstemmelse hermed. Derudover vil det driftsoverskud, der skabes i datterselskabet DSB S-tog A/S, indgå i det konsoliderede resultat for DSB SV. Resultatet for S-togstrafikken indgår således i det samlede økonomiske resultat for DSB SV.
- Vedrørende Altmark-kriterierne**
- (193) Ifølge Danmark giver DKT's bemærkninger ikke anledning til tvivl om, hvorvidt Altmark-dommens fire kriterier er opfyldt i det foreliggende tilfælde.
- (194) Den danske regering minder om, at Kommissionen ikke har betvivlet, at det første kriterium er opfyldt. Spørgsmålet om, hvorvidt ruten København-Århus er en offentlig serviceforpligtelse, behandles nedenfor.
- (195) Den danske regering minder om, at Kommissionen ikke har udtrykt tvivl om, at det andet kriterium er opfyldt for så vidt angår perioden frem til 2008, og præciserer, at for perioden 2009-2014 er kompensationen til DSB også beregnet på baggrund af et 10-årsbudget, som er fremsendt til Kommissionen.

⁽²⁸⁾ Dom af 15.4.2008, sag T-348/04, *Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE)* mod Kommissionen, Sml. 2008 II, s. 625.

⁽²⁹⁾ EUT C 119 af 22.5.2002, s. 22.

- (196) I forhold til det tredje kriterium anfører DKT, at dette kriterium alene bør evalueres, hvis det fjerde kriterium er opfyldt. Den danske regering er ikke enig i dette og finder, at kriterierne sagtens kan vurderes hver for sig og i den rækkefølge, Domstolen har anvendt i Altmark-dommen
- (197) Angående det fjerde kriterium tilbageviser den danske regering de argumenter, der efter DKT's opfattelse fører til, at kriteriet ikke er opfyldt. Regeringen præciserer, at 10-årsbudgettet er udformet på baggrund af alle tilgængelige oplysninger og en fyldestgørende analyse af omkostningerne, herunder en vurdering af effektiviseringsmuligheder på lang sigt. Desuden er budgettet revurderet i forbindelse med forhandlingerne om den anden kontrakt, og kontraktbetalingerne er reduceret for at tage højde for effektivitetsgevinster. Den danske regering anfører, at virksomheden af historiske årsager har ekstraordinære udgifter til tjenestemandsansatte medarbejdere, men at det ikke deraf kan sluttes, om virksomheden er veldrevet eller ej. Regeringen minder om, at der er væsentlige forskelle i de forskellige jernbanevirksomheders kapitalstruktur og risikoprofil m.v., der umuliggør sammenligninger med andre virksomheder. Tilsvarende er den omstændighed, at DSB First har været i stand til at byde med en — ved første øjekast — lavere pris ved Kystbaneudbuddet, hverken udtryk for eller et tegn på, at DSB's hidtidige kontraktsum var for høj, fordi dette bud blev afgivet af et særskilt selskab og byggede på andre parametre (udelukkende overenskomstansatte, nyere materiel og færre ansatte).

Angående foreneligheden

- (198) Danmark minder om sin tvivl med hensyn til Kommissionens argumentation om gennemførelsen af forordning (EØF) nr. 1191/69, og at der efter regeringens opfattelse består en høj grad af usikkerhed om retstilstanden, navnlig i relation til anmeldelsespligten vedrørende kontrakter om offentlig trafikbetjening.
- (199) Danmark er ikke enig i DKT's fortolkning, bl.a. hvad angår anvendelsen af ordet »prisen« i forordningens artikel 14, stk. 2, litra b), og at statsstøttereglerne ikke skulle finde anvendelse i tilfælde, hvor forordning (EØF) nr. 1191/69 finder anvendelse.

i) Overordnet om analysen

- (200) Danmark er fundamentalt uenig med DKT's argumentation, hvorefter kompensationen skal være beregnet på basis af analyser af omkostningerne for hver enkelt rute. Der er intet retligt grundlag for at kræve, at den kompensation, der udbetales i medfør af en samlet kontrakt om udførelse af en offentlig serviceforpligtelse, skal være beregnet på basis af analyser på »mikroniveau« af hver enkelt forpligtelse, som tjenesteyderen har påtaget sig.
- (201) Den danske regering bestrider også DKT's fortolkning af Fred Olsen-dommen (Sag T-17/02) og understreger, at det i det foreliggende tilfælde handler om et sammen-

hængende og integreret rutenet, der betjenes under en samlet, forhandlet kontrakt. Fastlæggelsen af kompensationsbeløbet på grundlag af en analyse af hver enkelt rute er både overflødig og vil kunne føre til misvisende resultater. En sådan beregning medfører større usikkerhed omkring fordelingen af fælles omkostninger end en samlet opgørelse af indtægter og udgifter ved udførelsen af de ved kontrakten pålagte offentlige serviceforpligtelser.

- (202) Regeringen minder derimod om, at det er muligt at udskille DSB's relevante regnskabstal for de ydelser, der leveres i medfør af kontrakten, fordi de er baseret på særskilte regnskaber.

ii) Ruten København-Århus

- (203) Den danske regering er ikke enig i, at en ydelse, der kan gennemføres uden økonomisk tilskud, ikke kan være en offentlig serviceforpligtelse. Staten kan frit beslutte at medtage en sådan ydelse i en større serviceforpligtelse (krav til afgangstider, kapacitet, takster osv.), hvilket er tilfældet her, fordi denne strækning er tæt integreret med resten af DSB's ydelser på grund af viderekørsel nordpå i forhold til Århus, samkørsel og deling/samling af tog fra andre strækninger.
- (204) Endvidere anfører den danske regering, at kompensationen til DSB er beregnet på baggrund af indtægter og omkostninger ved de samlede offentlige serviceforpligtelser. Såfremt der heri indgår ruter eller enkelttydelser, der måtte være overskudsgivende, indgår indtægterne herfra således i det samlede regnskab. Derfor vil en udskillelse af eventuelle ruter, der i sig selv måtte være rentable, blot medføre en højere samlet støtte til DSB, og selv hvis en ikke-underskudsgivende rute indgår, medfører dette ikke nødvendigvis, at overkompensation har fundet sted.

- (205) Den danske regering bemærker, at DKT's kalkulationer vedrørende strækningen København-Århus ikke er korrekte og forelægger oplysninger til dokumentation herfor. Regeringen understreger, at det ud fra DKT's indlæg ikke kan fastslås, hvorledes kalkulationen er foretaget, men DKT's tal kan regeringen ikke genkende. Ifølge Danmark vil en optimistisk beregning af indtægterne kunne opgøres til mere end [...] mio. DKK mindre end opgjort i DKT's beregning for denne strækning, [...].

iii) Produktivitet

- (206) Den danske regering afviser argumentet om, at DSB ikke har haft en mærkbar forbedring i sin produktivitet i perioden 1999-2007. Den stiller spørgsmålstegn ved DKT's beregningsmetode, som bygger på omsætning i forhold til de nominelle personaleomkostninger. Men DSB's omsætning påvirkes af en række mikro- og makro-økonomiske faktorer, der medfører, at der ikke er en konstant proportionel sammenhæng mellem DSB's produktion og omsætning (lokale konkurrenceforhold, konjunkturudvikling, politiske prioriteringer, inflation, udvikling i passagersammensætning m.v.).

(207) Den danske regering foreslår to metoder til at vurdere produktiviteten af DSB's aktiviteter:

- DSB's produktion målt på antal passagerkilometer (er steget med 1,8 % om året i perioden 1999-2007) i forhold til antal ansatte (fuldtidsækvivalenter)
- DSB's produktion i forhold til reale personaleomkostninger (dvs. omkostninger, der er korrigeret for løninflations).

(208) Disse to metoder viser en produktivitetsstigning på henholdsvis 1,9 % og 2 % pr. år.

iv) Reduktion i kontraktbetalingen

(209) Den danske regering hævder, at DKT's tal i denne forbindelse ikke er korrekte. De »kontraktbetalinger«, som er opført i DSB's regnskaber, og som DKT lægger til grund, vedrører både den af denne sag omfattede trafikkontrakt med staten, og anden kontraktbetaling (kontrakter, som DSB har indgået i Sverige, med Hovedstadens Udviklingsråd (HUR) og midlertidig kørsel af ruten Langå-Struer).

(210) Regeringen gør det klart, at reduktionen på 1 mia. DKK klart fremgår af Finansloven for 2003 (§ 28.61.01, punkt 10). Af Finansloven for 2003 og 2004 fremgår det endvidere, at der er foretaget en opskrivning af de beløb, der faldt i 2003 og 2004. Danmark forelægger et oversigtsskema, der viser, at den samlede reduktion beløb sig til 1 018 mio. DKK.

v) Togkilometer

(211) Den danske regering anfører, at forpligtelsen til at udføre de kontraktuelt fastsatte togkilometer er lavere end det tal, DKT har oplyst, idet der må tages hensyn til udbuddet af trafikbetjeningen i Midt- og Vestjylland i november 2003. Regeringen forelægger de korrekte tal i et skema, der viser, at DSB har udført 1,5 mio. flere togkilometer, end virksomheden var forpligtet til at levere efter kontrakten, og der er således ikke tale om, at DSB har fået kompensation for ydelser, som ikke er leveret. Derudover bemærker regeringen, at DSB kvartalsvis har rapporteret kontraktproduktionen til Transportministeriet.

vi) DSB's resultat

(212) Danmark fastholder, at DSB's budget — der er baseret på en budgetteret overskudsgrad på 6 % — var rimeligt og realistisk. Den omstændighed, at overskudsgraden viste sig at være højere end budgetteret, skyldes en række forhold, som ikke kunne have været forudset, og som regeringen har elimineret effekten af, dels ved en ekstra-

ordinær reduktion af kontraktbetalingen, dels ved at udtage udbytte.

(213) Den danske regering sætter desuden spørgsmålstegn ved relevansen af dataene om europæiske jernbanetransportvirksomheders præstationer i henseende til personbefordring. Regeringen redegør også for vanskeligheden ved at gennemføre sådanne sammenligninger (forskelle i kapitalstruktur, niveau af investeret kapital, driftsrisici, makroøkonomiske og strukturelle faktorer, der spiller ind på virksomhedernes regnskabstal), og den citerer en rapport, som Europa-Kommissionen har udarbejdet, hvoraf det ikke fremgår, at DSB skulle være mere rentabel end sine konkurrenter på det europæiske marked.

(214) Danmark bestrider ikke, at DSB's resultater har udviklet sig mere gunstigt end forudsat i de oprindelige budgetter. Den danske regering kaster imidlertid lys over virkningerne af udviklingen i skatteprocenter og forelægger en sammenfattende tabel over DSB's resultater.

(215) Endelig forelagde Danmark nyere oplysninger om DSB's finansielle situation, hvori det præciseres, at resultaterne efter skat for virksomhedens offentlige servicevirksomhed beløb sig til henholdsvis 670 mio. DKK i 2007 og 542 mio. DKK i 2008.

vii) Udbyttepolitikken

(216) Danmark vurderer, at udbyttepolitikken sammen med et grundigt budget udgør en meget effektiv sikring mod overkompensation, da udbyttepolitikken er et smidigt redskab til at sikre sig mod overkompensation, hvis forudsætninger i budgettet måtte svigte. Udbyttepolitikken fungerer som et supplement til det grundige budget, der er lagt til grund for trafikkontrakten.

(217) Den danske regering minder om, at kompensationen er fastlagt på forhånd ud fra et kvalificeret skøn over omkostninger og indtægter, og kompensationen udgør derfor ikke en ressource, som DSB kan trække ubegrænset på. Regeringen præciserer ligeledes, at såfremt de reelle tal afviger negativt fra det budgetterede — eksempelvis en utilsigtet omkostningsstigning (administrative fejl, lønstigninger, øgede afgifter eller indkøb) eller et indtægststab som følge af lavere trafikmængder end forventet, kan DSB heller ikke trække yderligere kompensation ud af staten. DSB påtager sig derfor en del af risikoen i tilfælde af dårlige resultater.

(218) Udbyttepolitikken fungerer derfor reelt som en ekstra sikkerhed mod overkompensation i de tilfælde, hvor resultatet afviger positivt fra budgettet. Den udgør et fleksibelt instrument, hvormed staten kan sikre sig, at et givet beløb trækkes ud af selskabet.

(219) Danmark præciserer, at DSB ikke har haft mulighed for at udnytte en eventuel likviditetsfordel til at fordreje konkurrencen på markedet ved bud på andre opgaver m.v., herunder krydssubsidiering.

(220) Den danske regering anfører, at DSB samlet set har betalt 3469 mio. DKK mere i udbytte for regnskabsårene 1999-2007 end budgetteret. DSB har betalt den danske stat udbytte på 607 mio. DKK i 2007 og 359 mio. DKK i 2008.

(221) Det er korrekt, at udbyttebetalingerne ikke udelukkende er sket på baggrund af en beregning af, hvorvidt der er sket »overkompensation«, men regeringen har opkrævet udbytte i et omfang, der klart har oversteget forskellen mellem de budgetterede og realiserede resultater. I det omfang DSB har leveret resultater, der oversteg det budgetterede, er dette »ekstra« beløb til fulde blevet trukket ud af selskabet via udbytte. Danmark finder derfor, at overkompensation ikke har fundet sted.

viii) Indførelse af en tilbagebetalingsmekanisme

(222) I forbindelse med udarbejdelsen af bemærkninger og drøftelser med Kommissionen tilkendegav Danmark, at det var hensigten at indføre en tilbagebetalingsmekanisme i de relevante kontrakter om offentlig trafikbetjening med DSB.

(223) Den påtænkte mekanisme opfylder følgende karakteristika.

Tilbagebetalingsmekanismens virkemåde

(224) Den danske regering oplyser, at såfremt den på forhånd havde fuldt overblik over DSB's resultater, skulle kompensationsmekanismen opstilles efter følgende ligning:

$$\text{Indtægter i alt (passagerer + kontraktbetalinger)} - \text{rimelig fortjeneste} - \text{udgifter i alt} = 0$$

(225) Den danske regering bemærker imidlertid, at den ikke på forhånd har fuldt overblik over hele den flerårige kontraktperiode, og at denne lignings resultat derfor i praksis sjældent er 0.

(226) I det aktuelle system tilpasses ligningen i realiteten til resultatet (ligningens højre side) via udbyttepolitikken. En anden løsning, som overvejes af den danske regering, går ud på at tilpasse de samlede indtægter (ligningens

venstre side) ved at tilpasse kontraktbetalingen hvert år via en tilbagebetalingsmekanisme.

(227) Størrelsen af denne regulering bør svare til bruttoreduktionen i den nedenstående ligning.

$$\text{Indtægter i alt} - \text{rimelig fortjeneste} - \text{udgifter i alt} = \text{bruttoreduktion}$$

Berigtigelser vedrørende effektivitet og kvalitative forbedringer (nettoreduktion)

(228) For at sikre, at DSB fortsat har et incitament til at opnå effektivitetsforbedringer og tiltrække nye passagerer, bør tilbagebetalingsbestemmelsen efter den danske regerings opfattelse åbne mulighed for at belønne virksomhedens præstationsforbedringer i henseende til forud fastsatte parametre. DSB bør således kunne beholde en del af bruttoreduktionen, i det omfang bruttoreduktionen (hvilket kan sidestilles med en rimelig fortjeneste/egenkapitalforrentning, der er højere end fastsat i ligningen) skyldes:

— reducerede omkostninger målt pr. passagerkilometer og/eller

— en stigning i antallet af passagerer målt i passagerkilometer.

(229) Den danske regering påtænker derfor at modulere tilbagebetalingsmekanismen på følgende måde:

— hvis DSB reducerer sine omkostninger (pr. passagerkilometer) i forhold til gennemsnitsomkostningerne i de fire forløbne år, beregnes denne forbedring (procentvis omkostningsforskel multipliceret med det samlede omkostningsgrundlag), og

— hvis antallet af passagerer stiger, multipliceres stigningen i passagertrafikken målt i passagerkilometer med 0,80 DKK, og bruttoreduktionen mindskes ligeledes med dette beløb ⁽³⁰⁾.

(230) Den danske regering præciserede, at den samlede reduktion som følge af præstationsforbedringer ikke kan overstige bruttoreduktionen i et givet år. Nettoreduktionen ligger dermed mellem 0 og bruttoreduktionen.

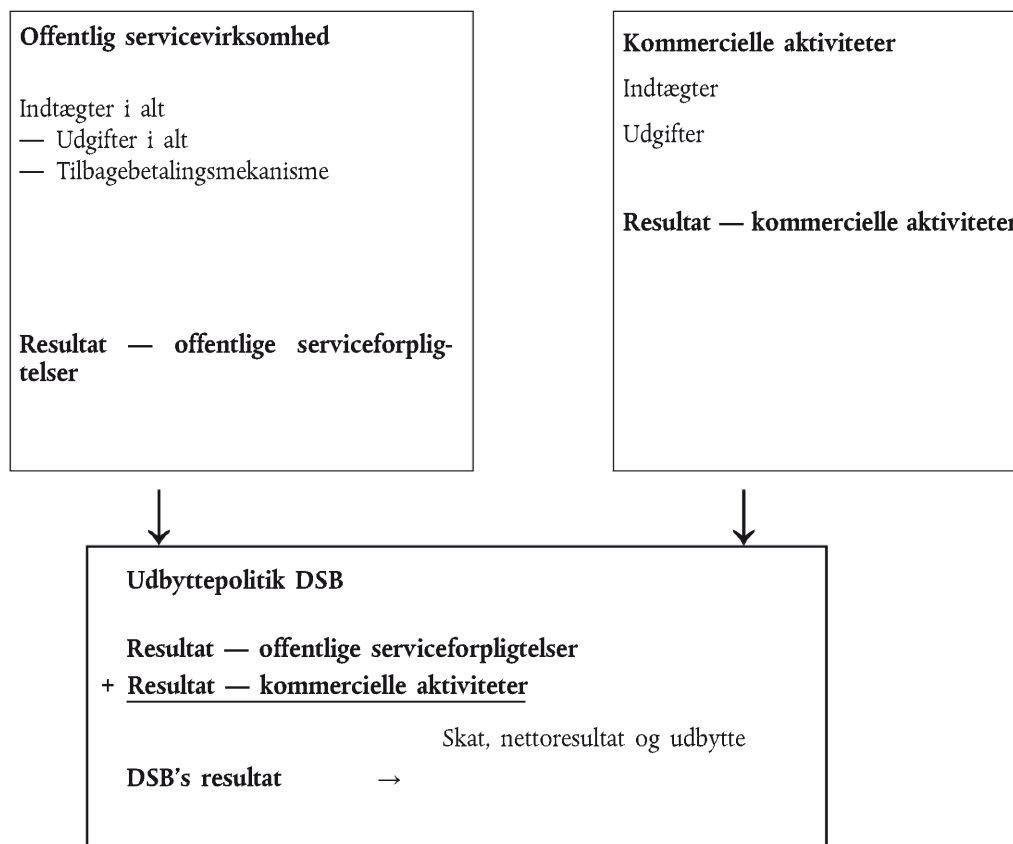
(231) Tilbagebetalingsmekanismen defineres dermed ved følgende ligning:

$$\text{Tilbagebetalingsmekanisme} = \text{bruttoreduktion} - \text{variablen } (\Delta \cdot \text{Pas.km } \Delta) = \text{nettoreduktion}$$

⁽³⁰⁾ De 0,80 DKK svarer nogenlunde til indtjeningen pr. passagerkilometer i den regionale og interregionale jernbanetransport.

Indflydelse på udbyttepolitikken

- (232) Den danske regering understregede, at indførelsen af en sådan tilbagebetalingsmekanisme ville få betydelig indflydelse på den danske stats udbyttepolitik som angivet i nedenstående skema:

*Tilbagebetalingsmekanisme og overgrænse for rimelig fortjeneste*

- (233) Den danske regering har ligeledes anført, at denne tilbagebetalingsmekanisme vil blive udbygget med en overgrænse, så det sikres, at DSB ikke tildeles en fortjeneste, der overstiger, hvad der betragtes som et rimeligt niveau.
- (234) Den danske regering påtænker at fastsætte denne overgrænse i forhold til DSB's egenkapitalforrentning, som ud over de 6 %, der er fastlagt i kontrakten, tager hensyn til det yderligere overskud, som skabes ved effektivitetsgevinster eller et øget antal passagerer. Denne overgrænse defineres ved følgende ligning:

$$\frac{\text{En rimelig fortjeneste (6 \%)} + \text{variablen } (\Delta + \text{Pas.km } \Delta)}{\text{Egenkapital}} < 12 \%$$

- (235) Derigennem kan tilbagebetalingsmekanismens incitamenter give DSB en yderligere fordel, hvis virksomheden forbedrer sin omkostningsstruktur, eller hvis passagertallet stiger ($\Delta + \text{Pas.km } \Delta$).
- (236) Den danske regering har præciseret, at der i beregningen kun tages hensyn til den del af DSB's egenkapital, som svarer til virksomhedens offentlige servicevirksomhed, på grundlag af en regnskabsmæssig adskillelse.

- (237) Ifølge denne mekanisme kunne overgrænsen for en rimelig fortjeneste fastsættes til en egenkapitalforrentning på 12 %. Den danske regering præciserer, at grænsen sættes til 10 % pr. år set over en treårig periode.

Empirisk demonstration

- (238) Den danske regering har forelagt Kommissionen en analyse, der empirisk demonstrerer virkningen af en sådan tilbagebetalingsmekanisme for perioden 2004-2008, jf. nedenstående tabel:

Offentlig servicevirksomhed (mio. DKK)	Resultat før skat	Rimelig fortjeneste (6 % før skat)	Bruttoreduktion	Skønnet egenkapital	Passagerkm (mio.)	Omkostning pr. passagerkm (DKK/km)	Forskel i omkostning pr. passagerkm (4 år)	DSB's effektivitetsgevinst	Stigning i antal passagerkm	DSB's samlede gevinst	Tilbagebetaling — netto reduktion	DSB's resultat	Egenkapitalforrentning efter tilbagebetalingsmekanismen (%)	Gennemsnitlig egenkapitalforrentning efter tilbagebetaling (%)
2004	943	594	349	6 931	4 353	1,25	3 %	151	78,4	230	119	824	11,9	
2005	919	575	344	6 906	4 392	1,32	- 3 %	0	31,2	31,2	312	607	8,8	
2006	977	583	394	6 994	4 526	1,3	- 2 %	0	107	107	287	690	9,9	10,2
2007	724	569	155	7 108	4 635	1,31	2 %	115	87	202	0	724	10,2	9,6
2008	717	523	188	6 609	4 759	1,33	- 2 %	0	99	99	89	628	9,5	9,9

- (239) Dermed ville anvendelsen af tilbagebetalingsmekanismen have medført, at DSB's egenkapitalforrentning i perioden 2004-2008 ville have varieret mellem 8,8 % og 11,9 %.

- (240) På grund af reglen om gennemsnitligt 10 % over 3 år, der overskrides med 0,2 % i 2006, ville tilbagebetalingsmekanismen have indebåret en tilbagebetaling på 38 mio. DKK for dette regnskabsår.

Lønsumsafgift

- (241) Danmark minder om, at fritagelsen for lønsumsafgiften i mellemtiden er afskaffet.
- (242) Ifølge den danske regering har denne fritagelse ikke medført økonomiske fordele for de fritagne virksom-

heder, heriblandt DSB. Der er taget hensyn til fritagelsen i kontrakten, ligesom den er regnet med i forbindelse med udbud af transportkontrakter mv., således at alle tilbudsgivere blev behandlet på lige fod.

- (243) Angående en eventuel kompensation af DSB som følge af, at virksomheden ikke længere er fritaget for lønsumsafgift, bemærker den danske regering, at DSB's kontraktbetaling oprindeligt blev beregnet ud fra, at DSB ikke skulle betale lønsumsafgift. Kompensationen er således »reduceret« med dette beløb. Efter at DSB er blevet pålagt lønsumsafgift, gælder forudsætningen for kompensationsberegningen således ikke længere, og DSB kompenseres derfor for denne ændring i forudsætningerne. Denne kompensation beløber sig til ca. 80 mio. DKK pr. år og vedrører udelukkende DSB's offentlige servicevirksomhed.

- (244) Ifølge Danmark har fritagelsen for lønsumsafgiften og den efterfølgende ophævelse af fritagelsen således haft en neutral virkning på DSB's økonomi.

8. BEDØMMELSE AF BESTEMMELSERNE I KONTRAKTERNE OM OFFENTLIG TRAFIKBETJENING

8.1. RÆKKEVIDDEN AF AFGØRELSEN

- (245) I denne afgørelse tages der stilling til, om kontrakter om offentlig trafikbetjening, der er indgået mellem Transportministeriet og Danske Statsbaner, er forenelige med Fællesskabets regler om statsstøtte.
- (246) Indledningen af proceduren af 10. september 2008 og navnlig kommentarerne fra de danske myndigheder og de interesserede parternes bemærkninger har givet Kommissionen mulighed for at få klarhed over rækkevidden af og anvendelsesområdet for de pågældende kontrakter om offentlig trafikbetjening, de nærmere vilkår for fastlæggelsen af kompensation for offentlig service og et overblik over de omstændigheder, som har kunnet føre til, at Danske Statsbaner modtog overkompensation.
- (247) Kommissionen har således identificeret fire kontrakter om offentlig trafikbetjening for perioden 2000-2004 og 2005-2014 for transporttydelser i fjern-, regional- og lokaltrafik, der kunne indeholde elementer af statsstøtte (se ovenstående betragtning 28, 46, 50 og 69). Dertil kommer de tillægskontrakter, der er indgået for at tage højde for den forsinkede levering af rullende materiel (se betragtning 114).
- (248) Kommissionen bemærker i den forbindelse, at de interesserede parter har forelagt deres bemærkninger om de forskellige udestående problemer og tvivlsspørgsmål, som Kommissionen gav udtryk for i sin beslutning om at indlede proceduren, i relation til alle disse kontrakter.
- (249) Kommissionen undersøger ligeledes, om der forekommer andre afgiftsrelaterede foranstaltninger af relevans for foreneligheden af den pågældende kompensation for offentlig service ⁽³¹⁾.

8.2. ER DER TALE OM STATSSTØTTE?

- (250) I artikel 107, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde hedder det: »Bortset fra de i denne traktat hjemlede undtagelser er statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse

virksomheder eller visse produktioner, uforenelig med det indre marked i det omfang, den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.«

8.2.1. STATSMIDLER

- (251) Ifølge kontrakten om offentlig trafikbetjening skal der af det danske statsbudget betales en kompensation til DSB for gennemførelse af kontrakten om offentlig trafikbetjening. Denne kompensation foretages således ved hjælp af statsmidler.

8.2.2. SELEKTIVITET

- (252) DSB, der er en virksomhed som omhandlet i artikel 107, stk. 1, i TEUF, er eneste modtager af kompensation for den i kontrakterne anførte offentlige service. Foranstaltningen er således selektiv som omhandlet i artikel 107, stk. 1, i TEUF.

8.2.3. ØKONOMISK FORDEL

- (253) Ifølge Domstolen får en virksomhed ikke nogen økonomisk fordel, hvis kompensationen for at yde en offentlig service overholder de fire kriterier, der er fastsat i Altmark-dommen. Det må altså undersøges, om kontrakterne om offentlig trafikbetjening, der er indgået mellem den danske regering og DSB, kumulativt opfylder disse fire kriterier.
- (254) Eftersom de fire Altmark-kriterier er kumulative, er en manglende overholdelse af et enkelt af disse kriterier tilstrækkelig til at verificere, at de undersøgte foranstaltninger indebærer en selektiv fordel. Af hensyn til klarheden og til de konkrete omstændigheder i sagen vil Kommissionen i første omgang analysere, om virksomheden i den foreliggende sag reelt har fået pålagt en offentlig serviceforpligtelse og modtager en kompensation, som er fastlagt på et objektivt og gennemsigtigt grundlag (de to første Altmark-kriterier), for dernæst at undersøge, om valget af denne virksomhed i det konkrete tilfælde er foretaget inden for rammerne af en offentlig udbudsprocedure, eller i mangel heraf om kompensationen er fastlagt på grundlag af en analyse af de omkostninger, som en veldrevet gennemsnitsvirksomhed ville have ved at gennemføre forpligtelserne (fjerde Altmark-kriterium).

Første kriterium: er det faktisk pålagt den pågældende virksomhed at opfylde klart definerede offentlige serviceforpligtelser?

- (255) Kommissionen konstaterede i sin beslutning om at indlede en procedure, at DSB faktisk var pålagt at opfylde klart definerede offentlige serviceforpligtelser, og at det første Altmark-kriterium derfor er opfyldt.
- (256) Skønt Kommissionen ikke udtrykte tvivl om dette kriterium, bestred DKT dennes argumentation med henvisning til, at Kommissionen burde have undersøgt behovet for og proportionaliteten af opgaverne vedrørende de offentlige serviceforpligtelser.

⁽³¹⁾ Kommissionen minder desuden om sin beslutning om at indlede en procedure, hvoraf det kunne konstateres, at DSB ikke er omfattet af en udtrykkelig eller stiltiende garanti fra den danske stat, der gør det muligt for virksomheden at opnå mere gunstige lånevilkår, end hvad der tilbydes private virksomheder. I en lignende situation nåede Retten frem til en lignende konklusion i dommen af 26.6.2008 i sag T-442/03, præmis 121 til 127.

- (257) DKT er ligeledes af den opfattelse, at behovet bør undersøges rute for rute, og at proportionaliteten bør betragtes i lyset af rentabiliteten for hver af de berørte ruter og de af myndigheden pålagte begrænsninger og krav. DKT underbygger sin argumentation med eksemplet om jernbaneruten København-Århus, der er omfattet af kontrakten om offentlig trafikbetjening, selv om den ifølge DKT's egen analyse er overskudsgivende.
- (258) Den danske regering har afvist denne argumentation og DKT's beregninger vedrørende jernbaneruten København-Århus, idet den præciserede, at beregningerne ikke er tilstrækkeligt detaljerede og ikke svarer til regeringens tal. Ifølge den danske regering er den pågældende linje ligeledes underskudsgivende.
- (259) Kommissionen erindrer om, at inden for landbaseret personbefordring vurderes behovet for en tjeneste af almindelig økonomisk interesse på grundlag af artikel 93 i TEUF og den gældende lovgivning — i det foreliggende tilfælde forordning (EØF) nr. 1191/69 frem til den 3. december 2009 og derefter forordning (EF) nr. 1370/2007.
- (260) I artikel 1, stk. 4, i forordning (EØF) nr. 1191/69 hed det:
- »For at sikre tilstrækkelige transportydelser, navnlig under hensyntagen til samfunds- og miljømæssige faktorer og til den fysiske planlægning, eller med henblik på at tilbyde bestemte prisbetingelser til fordel for bestemte grupper af rejsende, kan medlemsstaternes kompetente myndigheder indgå kontrakter om offentlig tjeneste med en transportvirksomhed«.
- (261) I den nævnte forordnings artikel 14, stk. 1, defineredes indhold og særlige træk ved kontrakter om offentlig tjeneste i form af fastlagte standarder for kontinuitet, regelmæssighed, kapacitet og kvalitet, pris og vilkår.
- (262) Offentlige serviceforpligtelser defineres fremover i artikel 2, litra e), i forordning (EF) nr. 1370/2007 således:
- »det krav, som en kompetent myndighed definerer eller fastsætter for at sikre ydelser i forbindelse med offentlig personbefordring, som en operatør på rent forretningsmæssigt grundlag ikke ville påtage sig eller ikke ville påtage sig i samme omfang eller under samme vilkår uden at modtage nogen modydelse«.
- (263) Kommissionen gør således opmærksom på, at den gældende specifikke lovgivning på ingen måde begrænser muligheden for at overdrage opgaver vedrørende offentlig tjeneste på et rutenet for at oprette et sammenhængende transportsystem, så der bl.a. sikres en vis kontinuitet i transporten. Der er ikke opstillet nogen kriterier hvad angår spørgsmål om hvorvidt berørte enkeltruter er rentable eller ej. Endelig er denne mulighed heller ikke begrænset af, om der findes sammenlignelige transportydelser, således som den første klager argumenterede for i den specifikke sag om ruten København-Ystad.
- (264) Kommissionen er ligeledes af den opfattelse, at de af DKT fremførte argumenter i relation til andre transportformer ikke er relevante, fordi lovgiveren har fastsat forskellige regler for hver af disse transportformer, hvilket bl.a. har sin baggrund i forskellig grad af åbning af markedet for konkurrence og forskellige særlige forhold for brugere og de offentlige myndigheder.
- (265) Endelig er det forhold, at en transportydelse vedrører en forbindelse på tværs af landegrænser eller en international forbindelse, ikke til hinder for, at den kan drives som en offentlig tjeneste. Kommissionen understreger i den forbindelse, at selv i sektorer med fuld konkurrence findes der tjenester af almen økonomisk interesse, som betjener internationale forbindelser ⁽³²⁾.
- (266) Kommissionen skønner derfor, at Danmark ikke begår nogen åbenbar fejl i sit skøn, når den inddrager en eller flere rentable ruter i kontrakten om offentlig trafikbetjening, for så vidt som disse ruter udgør et sammenhængende transportsystem, og dette uanset om sådanne ruter allerede findes, hvilket Danmark afviser i det foreliggende tilfælde. Kommissionen bemærker ligeledes, at hvis en rute i dette system skulle være overskudsgivende, inddrages disse indtægter i den samlede beregning af udgifter og indtægter i tilknytning til den pågældende service med henblik på at fastsætte kompensationsniveauet. Det følger heraf, at resultatet af en overskudsgivende rute i sidste ende medfører en tilsvarende reduktion af den finansielle kompensation, som er nødvendig af hensyn til driften af systemets øvrige underskudsgivende ruter. Det står medlemsstaten frit at vurdere omfanget af den offentlige tjeneste, staten ønsker at overdrage til en virksomhed for at etablere et tilstrækkeligt transportsystem, idet der ikke eksisterer præcise regler, som hindrer dette.
- (267) Kommissionen vurderer, at de forudgående vurderinger bestyrkes af den faste retspraksis, hvori det hedder, at:
- »Hvad angår kompetencen til at fastsætte arten og rækkevidden af en SIEG-opgave som omhandlet i traktaten samt den grad af kontrol, som fællesskabsinstitutionerne skal udøve i den sammenhæng, følger det [...] af Rettens praksis, at medlemsstaterne har en vid skønsmæssig beføjelse med hensyn til definitionen af, hvad de anser for en SIEG-ydelse, og at Kommissionen således kun kan stille spørgsmålstejn ved en medlemsstats definition af disse tjenesteydelser i tilfælde af en åbenbar fejl« ⁽³³⁾.

⁽³²⁾ Se i den forbindelse Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1008/2008 af 24.9.2008 om fælles regler for driften af lufttrafik tjenester i Fællesskabet, bl.a. artikel 16 (EUT L 293 af 31.10.2008, s. 3); se ligeledes EU-retningslinjer for statsstøtte til søtransportsektoren, bl.a. punkt 9, stk. 2 (EUT C 13 af 17.1.2004, s. 3).

⁽³³⁾ Se også Rettens dom af 26.6.2008, SIC mod Kommissionen, i sag T-442/03, SIC-Sociedade independente de Comunicação, Sml. 2008 II, s. 1161, præmis 195-196, og sag T-289/03, BUPA mod Kommissionen, Sml. 2008 I, s. 1161, præmis 166, og sag T-17/02, Olsen mod Kommissionen, Sml. 2005 II, s. 2031, præmis 216.

- (268) Kommissionens rolle er således begrænset til at undersøge, hvorvidt Danmark har begået en åbenbar fejl ved fastlæggelsen af omfanget af de offentlige tjenester, som er omfattet af de pågældende kontrakter.
- (269) Kommissionen fastholder derfor, at det fremgår af kontraktens nationale retsgrundlag, den danske lov om jernbanevirksomhed, at det er pålagt DSB at udføre offentlig service på grundlag af kontrakter, der forhandles med det danske Transportministerium. Kommissionen minder også om, at det i kontrakterne i detaljer defineres, hvilke ruter DSB har pligt til at betjene, og med hvilken regularitet, kvalitet og hyppighed togforbindelserne skal drives i en begrænset periode (kontrakterne er indgået for perioden 2000-2004 henholdsvis 2005-2014).
- (270) Kommissionen gør opmærksom på, at Danmark har påvist, at de omhandlede kontrakter om offentlig trafikbetjening havde til formål at etablere et sammenhængende og omfattende transportsystem, hvorved passagerne sikres en tjeneste af god kvalitet, og målsætninger om landets trafikbetjening opfyldes.
- (271) Angående den specifikke sag om forbindelsen København-Ystad bemærker Kommissionen, at den danske regering ligeledes har redegjort for omstændighederne og de forskellige etaper, der førte til optagelsen af denne i det transportsystem, som er omfattet af kontrakterne om offentlig trafikbetjening. Den danske regering har redegjort for, hvordan denne rute blev betjent som »fri trafik« frem til 2002, dernæst som »offentlig trafik«, men uden yderligere kompensation frem til den 31. december 2004, og efterfølgende blev ruten indføjet i kontrakten om offentlig trafikbetjening for perioden 2005-2014 (se i den forbindelse betragtning 122). Regeringen minder om, at ruten gav underskud, da den blev drevet som fri trafik, og at der ikke er tilført statsmidler til driften af denne rute før 2005.
- (272) Kommissionen bemærker ligeledes den danske regerings målsætning om at forbinde Bornholm ikke alene med København, men også med det øvrige Danmark — således som det fremgår af takstrabatten, som navnlig fremmer forbindelser mellem Jylland og Bornholm (DSB Orange). Den danske regering var af den opfattelse, at en jernbaneforbindelse i modsætning til den eksisterende busforbindelse kunne tage højde for nogle specifikke betæneligheder såsom trafikbetjeningen af de svenske nabobyer på togruten med tre stop i de svenske byer Fösieby (Malmö), Svedala og Skurup. Denne trafikbetjening indgår ligeledes i et ønske om at styrke adgangsmulighederne til Bornholm. Som anført i betragtning 263 gør Kommissionen opmærksom på, at det forhold, at denne forbindelse går på tværs af landegrænser, og der gøres holdt i en anden medlemsstat, ikke er til hinder for, at den kan drives som en offentlig serviceforpligtelse eller som en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse. Der må i den forbindelse tages særligt hensyn til de danske borgeres interesse i en bedre trafikbetjening af de berørte svenske byer.
- (273) Disse oplysninger supplerer oplysningerne i beslutningen om at indlede en procedure og bestyrker Kommissionen i dennes konklusion om, at den danske regering ikke har begået nogen åbenbar fejl i sit skøn, da den indføjede forbindelsen København-Ystad, der er omfattet af ordningen vedrørende kontrakterne om offentlig trafikbetjening.
- (274) Generelt set bekræfter Kommissionen sin oprindelige konklusion og anser det første kriterium, som Domstolen har opstillet i Altmark-dommen, for at være opfyldt.
- Andet kriterium: er de kriterier, der ligger til grund for beregningen af kompensationen, fastlagt på forhånd på en objektiv og gennemsigtig måde?**
- (275) Kommissionen udtalte i beslutningen om at indlede en procedure, at niveauet af DSB's kompensation for at opfylde de stillede krav til den offentlige service var blevet fastlagt på grundlag af et ti-årsbudget. Kommissionen havde på daværende tidspunkt kun ti-årsbudgettet for 1999-2008 til sin rådighed. Den gav således udtryk for sin tvivl for så vidt angår perioden 2009-2014, der ligeledes er omfattet af kontrakterne om offentlig trafikbetjening.
- (276) Den danske regering klarlagde i sine bemærkninger de gældende parametre for denne anden periode, idet den forelagde Kommissionen 10-årsbudgettet for 2005-2014, der er opstillet under hensyntagen til udsigterne for DSB's driftsudvikling i den pågældende periode. Regeringen bekræftede således, at kompensationen for hver af kontrakterne om offentlig trafikbetjening er fastsat på grundlag af et 10-årsbudget.
- (277) DKT har imidlertid anfægtet, at disse budgetter er tilstrækkelige til at opfylde Altmark-dommens krav i lyset af, at der i budgetterne ikke er gjort tilstrækkeligt detaljeret rede for de anvendte parametre, og at kompensationen burde have været foretaget på grundlag af en analyse af omkostningerne rute for rute.
- (278) Det første budget for 1999-2008 blev opstillet på baggrund af en detaljeret prospektiv økonomisk analyse af DSB. Det er udarbejdet som grundlag for den lov, hvormed DSB blev omdannet til en selvstændig offentlig virksomhed (se betragtning 8). Senere blev budgettet ajourført i foråret 1999, forelagt Folketingets Finansudvalg og godkendt i forbindelse med vedtagelsen af aktstykke 249 af 11. juni 1999.
- (279) Det byggede bl.a. på følgende forudsætninger:
- en stigning i billetprisen svarende til inflationen (nettoprisindekset)
 - en gennemsnitlig vækst i produktiviteten på 2 % om året

- en årlig rente på 5 %
 - en forrentning af egenkapitalen på 6 % efter skat
 - realisering af investeringer i rullende materiel til ca. 10 mia. DKK
 - produktions- (togkm) og salgsniveau (passagerkm) fastlagt i flere tabeller med 1999 som udgangspunkt: 41 mio. togkm og 4 023 mia. passagerkm i regional, intercity og international transport og henholdsvis 15,6 mio. togkm og 1 208 mia. passagerkm i lokal togtrafik.
- (280) Den danske regering præciserede, at det andet ti-årsbudget for 2005-2014 er baseret på følgende forventninger og forudsætninger:
- en generel årlig inflation på 2,5 %
 - en udvikling i billetpriserne på 2,5 % svarende til inflationen
 - en gennemsnitlig vækst i produktiviteten på 2,5 % om året
 - en årlig rente på 5,15 %
 - en forrentning af egenkapitalen på 6 % efter skat
 - realisering af investeringer i rullende materiel til ca. 10 mia. DKK
 - en vækst i antal kørte kilometer på ca. 20 %
 - en vækst i passagertallet på ca. 20 %
 - fritagelse for lønsumsafgift for så vidt angår DSB's personale.

(281) Ud fra disse oplysninger finder Kommissionen, at budgetterne er baseret på data og forventninger, som er rimelige og tilstrækkeligt detaljerede til, at der kan fastlægges parametre til beregning af kompensationer. Derudover bemærker Kommissionen, at der er foretaget regulering for at tage hensyn til det ændrede indtægtsgrundlag i 2003, og at den danske transportminister har redegjort for alle disse parametre i den relevante lovgivning⁽³⁴⁾. Kommissionen udtaler i øvrigt, at kontraktbetalingerne

er fastsat på forhånd, idet beløbet er specificeret på årsbasis for hele kontraktperioden.

(282) Kommissionen er som tidligere nævnt af den opfattelse, at inden for kontrakter om offentlig trafikbetjening, der omhandler et transportsystem bestående af flere indbyrdes afhængige ruter, skal medlemsstaten ikke nødvendigvis fastsætte kompensationsbeløbet særskilt for hver af disse ruter. Det andet Altmark-kriterium pålægger medlemsstaten på forhånd og på gennemsigtig og objektiv måde at definere de kriterier, der gør det muligt at fastsætte det samlede beløb, som skal kompensere for samtlige forpligtelser, der følger af kontrakten.

(283) Dette lader Kommissionen konkludere, at kontraktbetalingerne er beregnet efter kriterier, som er fastlagt på forhånd på en objektiv og gennemsigtig måde, og at det andet kriterium i Altmark-dommen dermed også er opfyldt.

Fjerde kriterium: er udbud eller størrelsen af den nødvendige kompensation fastlagt på grundlag af en analyse af omkostningerne for en gennemsnitsvirksomhed, der er veldrevet og tilstrækkeligt udstyret med transportmidler?

(284) Kontrakten om offentlig trafikbetjening har ikke været sendt i udbud. Det må derfor afklares, om størrelsen af den nødvendige kompensation er fastlagt på grundlag af en analyse af de omkostninger, som en gennemsnitsvirksomhed, der er veldrevet og tilstrækkeligt udstyret med transportmidler til at kunne opfylde de stillede krav til den offentlige tjeneste, ville have ved at opfylde forpligtelserne under hensyntagen til de hermed forbundne indtægter og til en rimelig fortjeneste ved opfyldelsen af forpligtelserne.

(285) Danmark er af den opfattelse, at dette kriterium er opfyldt, og har forelagt bemærkninger for at bringe Kommissionens tvivl ud af verden for så vidt angår den metode, der er anvendt til at fastlægge kontraktbetalingen og den samlede kompensation for de offentlige serviceopgaver.

(286) Den danske regering henledte opmærksomheden på, at der i forbindelse med etableringen af DSB som en selvstændig virksomhed blev foretaget en grundig økonomisk analyse (Bernstein-rapporten) og truffet foranstaltninger, der gjorde det muligt at styrke virksomhedens effektivitet og produktivitet. På tilsvarende måde er der indbygget mål om effektivitetsgevinster i 10-årsbudgettet, der dannede grundlag for beregningen af kontraktbetalingerne. Den danske regering fremførte, at målsætningen om en forrentning af egenkapitalen på 6 % udgør en rimelig fortjeneste. Den metode, der er valgt med henblik på at fastlægge kompensationsbeløbet, er dermed ifølge regeringen baseret på et samlet skøn over de foreliggende oplysninger og en forventning om effektivitetsgevinster i overensstemmelse med markedsøkonomiske principper.

⁽³⁴⁾ Aktstykke 112/2004.

- (287) Oprindeligt fremlagde de danske myndigheder i øvrigt også elementer til en sammenligning (forholdstal) med andre jernbanevirksomheder. I Danmarks bemærkninger i relation til proceduren peges der derimod på vanskelighederne ved at foretage sammenligninger mellem nationale eller europæiske jernbanevirksomheders økonomiske præstationer. Disse vanskeligheder har rod i virksomhedernes og markedernes særlige forhold i jernbanesektoren og i manglende sammenlignelighed for så vidt angår de finansielle og regnskabsmæssige oplysninger.
- (288) Herudover bemærkede DKT, at et af DSB's datterselskaber har kunnet deltage i en udbudsprocedure og tilbyde lavere priser i forhold til, hvad DSB har forpligtet sig til at præstere inden for rammerne af kontrakter om offentlig trafikbetjening. Den danske regering har lagt vægt på, at DSB og dettes datterselskab DSB First ikke kan sammenlignes, fordi de to virksomheder har forskellige karakteristika og omkostningsstrukturer (personale, materiel og handelspraksis).
- (289) Kommissionen anerkender, at transportministeren har truffet foranstaltninger — finansielle undersøgelser og omstrukturingsforanstaltninger — for at etablere DSB som en effektiv selvstændig virksomhed. Kommissionen bemærker ligeledes de kvantificerede mål for forrentning af egenkapitalen og produktivitetsgevinster.
- (290) Kommissionen gør dog også opmærksom på det svage sammenligningsgrundlag for sektorens virksomheder, som både den danske regering og DKT påpeger, hvilket ikke gør det muligt at stedfæste DSB's præstationsindikatorer i forhold til andre operatører.
- (291) Desuden finder Kommissionen, at det nævnte eksempel med datterselskabet DSB Firsts præstationer lader formode, at DSB ville have mulighed for at opnå produktivtetsgevinster på længere sigt ved at anvende alle eller en del af de foranstaltninger, som DSB First har gennemført for at nedbringe sine omkostninger.
- (292) Det følger deraf, at Kommissionen ikke er i stand til at afgøre med sikkerhed, om den compensation, DSB har fået tildelt, reelt er fastlagt på grundlag af en analyse af de faktiske omkostninger for en gennemsnitsvirksomhed, der er veldrevet og tilstrækkeligt udstyret med transportmidler.
- (293) Under disse omstændigheder konstaterer Kommissionen, at Altmark-dommens fjerde kriterium ikke er opfyldt.
- (294) Da opfyldelsen af de fire kriterier, som Domstolen definerede i Altmark-dommen, skal vurderes kumulativt, er det dermed ikke nødvendigt at undersøge opfyldelsen af det tredje kriterium og på dette tidspunkt i ræsonnementet vurdere, om der har fundet nogen overkompensation sted. Derfor er Kommissionen af den opfattelse, at kompensationen har kunnet give DSB en økonomisk fordel.
- 8.2.4. FORDREJNING AF KONKURRENCEVILKÅRENE OG PÅVIRKNING AF SAMHANDELEN MELLEM MEDLEMS-
STATERNE
- (295) Den økonomiske fordel ydes til en transportvirksomhed, der arbejder med jernbanetransport både i Danmark og i nabolandene. I Danmark er der konkurrence på markedet for personbefordring med jernbane. Derfor fordrejer økonomisk støtte konkurrencevilkårene eller truer med at fordreje dem.
- (296) Som Domstolen bemærkede i sin Altmark-dom, har flere medlemsstater åbnet op for det nationale marked, heriblandt i nabolande til Danmark, f.eks. Sverige og Tyskland. Både disse landes forhenværende monopolvirksomheder og nye markedsdeltagere er aktive i flere af Fællesskabets medlemsstater. Derfor er der risiko for, at støtte, der ydes til en dansk jernbanevirksomhed, vil påvirke samhandelen mellem de medlemsstater, der allerede har åbnet op for konkurrence på markedet for persontransport med jernbane, eller hvis virksomheder er aktive på nationale markeder, hvor der er konkurrence.
- (297) Der må desuden også tages hensyn til konkurrencen mellem de forskellige transportformer f.eks. passagerbefordring med bus.
- (298) Som følge heraf risikerer de omhandlede støtteforanstaltninger at påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.
- (299) Kommissionen mener følgelig, at kompensationen for den offentlige trafikbetjening udgør statsstøtte, jf. artikel 107, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde.
- 8.3. FORENELIGHED MED DET INDRE MARKED
- 8.3.1. RETSGRUNDLAGET FOR SÅ VIDT ANGÅR FORENELIGHED
- (300) I artikel 93, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde fastsættes betingelserne for foreneligheden med traktaten af »støtteforanstaltninger, som modsvarer behovet for en samordning af transportvæsenet, eller som udgør godtgørelse for visse forpligtelser, der har sammenhæng med begrebet offentlig tjenesteydelse«. Denne artikel er en *lex specialis* i forhold til artikel 106, stk. 2 ⁽³⁵⁾, og artikel 107, stk. 2 og 3, i TEUF.
- ⁽³⁵⁾ 17. betragtning i Kommissionens ovennævnte beslutning af 28.11.2005.

- (301) Ifølge Domstolen gennemfører forordning (EØF) nr. 1191/69 og (EØF) nr. 1107/70 af 4. juni 1970 om støtte, som ydes inden for sektoren for transporter med jernbaner, ad landeveje og sejlbare vandveje ⁽³⁶⁾, udtømmende artikel 93 i TEUF, hvorfor denne traktatbestemmelse ikke længere anvendes direkte ⁽³⁷⁾.
- (302) I sin beslutning om at indlede en procedure kom Kommissionen frem til den konklusion, at den pågældende kompensation ikke kan anses for at være forenelig med det indre marked på grundlag af forordning (EØF) nr. 1107/70.
- (303) I samme beslutning fastslog Kommissionen, at de indgåede kontrakter mellem den danske regering og Danske Statsbaner udgør kontrakter om offentlig tjeneste, jf. artikel 14 i forordning (EØF) nr. 1191/69, og at den pågældende støttes forenelighed bør undersøges på baggrund af denne forordning.
- (304) Kommissionen gør imidlertid opmærksom på, at forordning (EF) nr. 1370/2007 om offentlig personbefordring med jernbane og ad vej trådte i kraft den 3. december 2009 og samtidig ophævede forordning (EØF) nr. 1191/69 og (EØF) nr. 1107/70. Kommissionen er af den opfattelse, at undersøgelsen af foreneligheden herefter må foretages på baggrund af forordning (EF) nr. 1370/2007 som gældende lovgivning på det tidspunkt, hvor Kommissionen vedtager sin afgørelse.
- (305) Kommissionen noterer sig i den forbindelse, at den danske regering ikke har fremsat bemærkninger til denne ændring af retsgrundlaget. DSB og DKT har derimod argumenteret for, at Kommissionen fortsat bør foretage sin vurdering på baggrund af de regler, som var gældende på tidspunktet for kontraktens indgåelse.
- (306) Efter at have gransket DSB's og DKT's argumenter er Kommissionen imidlertid af den opfattelse, at de fremførte argumenter ikke ændrer Kommissionens konklusion mht. anvendeligheden *ratione temporis* af EU-reglerne om statsstøtte, hvilket resulterer i, at Kommissionen må lægge den lovgivning, som er gældende på det tidspunkt, hvor den træffer sin afgørelse, til grund. Efter Kommissionens opfattelse må kontrakterne om offentlig transportbefordring af nedenstående grunde vurderes på baggrund af forordning (EF) nr. 1370/2007.
- (307) For det første gør Kommissionen opmærksom på, at forordning (EF) nr. 1370/2007 indeholder bestemmelser om forordningens ikrafttræden og anvendelse *ratione temporis*. Ifølge dennes artikel 12 trådte forordning (EF) nr. 1370/2007 i kraft den 3. december 2009. I henhold til artikel 10, stk. 1, er forordning (EØF) nr. 1191/69 ophævet med virkning fra samme dato. Kommissionen kan derfor ikke benytte forordning (EØF) nr. 1191/69 som grundlag, fordi den ikke længere er i kraft på tidspunktet, hvor Kommissionen vedtager sin afgørelse. Kommissionen bør derimod benytte forordning (EF) nr. 1370/2007 som grundlag for sin vurdering.
- (308) For det andet konstaterer Kommissionen, at forordning (EF) nr. 1370/2007 ikke indeholder bestemmelser om, at forordningens anvendelsesområde ikke skulle omfatte kontrakter om offentlig trafikbetjening, der er indgået forud for forordningens ikrafttræden. Artikel 8, stk. 3, i forordning (EF) nr. 1370/2007 indeholder overgangsbestemmelser for de kontrakter, der er indgået forud for forordningens ikrafttræden. Denne bestemmelse er i realiteten en undtagelsesbestemmelse for anvendelsen af forordningens artikel 8, stk. 2, der berører overholdelsen af regler for indgåelse af kontrakter, som defineres i artikel 5. Det bemærkes, at disse ekstraordinære overgangsbestemmelser vedrørende indgåelse af kontrakter ikke ville have været nødvendige, hvis kontrakterne om offentlig trafikbetjening, der er indgået forud for forordningens ikrafttræden, var udelukket fra forordningens anvendelsesområde. Artikel 8 bekræfter derimod, at forordningens øvrige bestemmelser finder anvendelse for disse kontrakter.
- (309) For det tredje præciserer Kommissionen, at Kommissionens meddelelse om fastlæggelse af reglerne for vurdering af ulovlig statsstøtte ⁽³⁸⁾ ikke finder anvendelse i det foreliggende tilfælde. I denne meddelelse anføres det udtrykkeligt, at den ikke berører fortolkningen af Rådets og Kommissionens forordninger på statsstøtteområdet. Forordning (EF) nr. 1370/2007 indeholder netop regler for dens foreløbige anvendelse.
- (310) For det fjerde gør Kommissionen opmærksom på, at Domstolen ligeledes har bekræftet princippet om, at en ny regel finder øjeblikkelig anvendelse på endnu ikke indtrådte virkninger af en situation, der er opstået, mens den gamle regel var gældende. Domstolen har ligeledes fastslået, at anvendelsesområdet for princippet om beskyttelse af den berettigede forventning ikke må udvides i en sådan grad, at princippet generelt forhindrer, at en ny ordning kan finde anvendelse på de fremtidige virkninger af situationer, som er opstået under den tidligere ordning ⁽³⁹⁾.
- (311) For det femte har Domstolen fastslået, at EU-retten materielle regler skal fortolkes således, at de kun omfatter forhold, som ligger forud for ikrafttrædelsen, såfremt det af ordlyden, bestemmelsernes formål eller opbygning klart fremgår, at dette har været meningen ⁽⁴⁰⁾. Den sidstnævnte betingelse er tydeligvis opfyldt for forordning (EF) nr. 1370/2007, jf. ovenstående.

⁽³⁶⁾ EFT L 130 af 15.6.1970, s. 1.

⁽³⁷⁾ Domstolens dom af 24. juli 2003, sag C-280/00, Altmark Trans, præmis 101, 106 og 107.

⁽³⁸⁾ EFT L 119 af 22.5.2002, s. 22.

⁽³⁹⁾ Se Domstolens dom af 11.12.2008 i sag C-334/07, *Freistaat Sachsen*, Sml. 2008 II, s. 9465, præmis 43.

⁽⁴⁰⁾ Dommen i *Freistaat Sachsen*-sagen, præmis 44.

- (312) For det sjette bemærker Kommissionen endvidere, at Domstolen i den nævnte dom som følge heraf konkluderede, at når de bestemmelser, der var gældende, da en medlemsstat foretog anmeldelse af påtænkt støtte, bliver ændret, inden Kommissionen vedtager sin afgørelse, skal sidstnævnte udtale sig om støttens forenelighed med sidstnævnte bestemmelser⁽⁴¹⁾. Derudover præciserede Domstolen, at en medlemsstats anmeldelse af en påtænkt støtteordning ikke medfører, at der endeligt etableres en retlig situation, og ikke giver anledning til berettigede forventninger, der indebærer, at Kommissionen skal tage stilling til støttens eller ordningens forenelighed med det indre marked ved anvendelse af de bestemmelser, der var i kraft på anmeldelsestidspunktet. Det vil være i modstrid med dette ræsonnement at tillade en medlemsstat, som omvendt ikke har overholdt anmeldelsespligten, at etablere en endelig retlig situation ved at tildele ulovlig støtte.
- (313) Endelig betragter Kommissionen ikke SIDE-dommen som relevant i det foreliggende tilfælde⁽⁴²⁾. Denne dom omhandler spørgsmålet om anvendelsen af en primærretlig bestemmelse, nemlig EF-traktatens artikel 87, stk. 3, litra d). Som Retten fastslog i den dom, indeholdt EF-traktaten hverken overgangsbestemmelser vedrørende anvendelsen af denne artikel eller nogen angivelse af, hvorledes den skulle anvendes på situationer, der er opstået forud for dens ikrafttræden⁽⁴³⁾. Denne situation kan dermed ikke sammenlignes med den foreliggende sag. Forordning (EF) nr. 1370/2007 indeholder overgangsbestemmelser, hvoraf Kommissionen kan udlede, at forordningen finder anvendelse på kontrakter om offentlig trafikbetjening, der er indgået før forordningens ikrafttræden med undtagelse af reglerne om selve indgåelsen af kontrakter.
- (314) Forordning (EF) nr. 1370/2007 finder derfor anvendelse i den foreliggende sag.

8.3.2. FORENELIGHED MED DET INDRE MARKED PÅ GRUNDLAG AF FORORDNING (EF) Nr. 1370/2007

- (315) Det fastsættes i artikel 3, stk. 1, i forordning (EF) nr. 1370/2007, at »når en kompetent myndighed beslutter at tildele den valgte operatør eneret og/eller kompensation af en hvilken som helst art for at opfylde den offentlige serviceforpligtelse, skal det ske i form af en kontrakt om offentlig trafikbetjening«. I den foreliggende sag er opgaver vedrørende offentlig service overdraget til DSB i kraft af flere kontrakter om offentlig trafikbetjening som angivet i ovenstående punkt 247.
- Indgåelse af kontrakter om offentlig trafikbetjening**
- (316) I artikel 4 i forordning (EF) nr. 1370/2007 defineres det obligatoriske indhold i kontrakter om offentlig trafikbetjening. Kommissionen undersøger herefter successivt de forskellige aspekter af denne bestemmelse i forordningen.
- (317) Ifølge artikel 4, stk. 1, litra a), skal det i kontrakterne om offentlig trafikbetjening »klart defineres, hvilken offentlig serviceforpligtelse en operatør af offentlig trafikbetjening skal opfylde, og inden for hvilke geografiske områder«. Det fremgår af den bedømmelse, som Kommissionen har foretaget af de pågældende kontrakter i lyset af Altmark-dommens første kriterium i såvel beslutningen om at indlede en procedure som i det foregående (se betragtning 274), at denne betingelse er opfyldt i det foreliggende tilfælde.
- (318) Ved bedømmelsen af, om Altmark-dommens andet kriterium er opfyldt (se betragtning 269), konkluderede Kommissionen, at kontraktbetalingerne blev beregnet på grundlag af parametre, der er fastlagt på forhånd på en objektiv og gennemsigtig måde, og Kommissionen betragter derfor ligeledes artikel 4, stk. 1, litra b), i forordning (EF) nr. 1370/2007 som opfyldt i det foreliggende tilfælde. I denne bestemmelse fastsættes det, at det i kontrakter om offentlig trafikbetjening »på objektiv og gennemsigtig måde på forhånd fastlægges: i) hvilke parametre en eventuel kompensation beregnes ud fra, og ii) i hvilken form og i hvilket omfang eventuelle enerettigheder ydes og på en sådan måde, at overkompensation udelukkes«. Nedenfor foretages en nærmere analyse af, om der eventuelt forekommer overkompensation i de undersøgte kontrakter. Tilsvarende gør Kommissionen opmærksom på, at det i disse kontrakter om offentlig trafikbetjening fastlægges, hvordan omkostningerne til varetagelse af tjenesterne skal fordeles. Angående forekomsten af en rimelig fortjeneste henviser Kommissionen til nedenstående ræsonnement.
- (319) Kommissionen noterer sig, at det i de omhandlede kontrakter om offentlig trafikbetjening fastlægges, hvor stor en andel af billetindtægterne operatøren af offentlig trafikbetjening kan beholde, jf. artikel 4, stk. 2. I det foreliggende tilfælde beholder DSB indtægterne.
- (320) Kontrakterne om offentlig trafikbetjening er endvidere tidsbegrænsede til henholdsvis fem og ti år, hvilket er i overensstemmelse med artikel 4, stk. 3, hvori 15 år er den maksimale løbetid for kontrakter om personbefordring med jernbane eller andre skinnekøretøjer.
- (321) De øvrige bestemmelser er ikke relevante i dette scenario, og derfor konkluderer Kommissionen, at de kontrakter om offentlig trafikbetjening, der er indgået mellem det danske ministerium og DSB, er i overensstemmelse med artikel 4 i forordning (EF) nr. 1370/2007.
- Indgåelse af kontrakter om offentlig trafikbetjening**
- (322) I artikel 5 i forordning (EF) nr. 1370/2007 fastlægges regler for indgåelse af kontrakter om offentlig trafikbetjening. Dog fastsættes der i den forbindelse visse overgangsbestemmelser i samme forordnings artikel 8.

⁽⁴¹⁾ Dommen i Freistaat Sachsen-sagen, præmis 53.

⁽⁴²⁾ Se fodnote 28.

⁽⁴³⁾ C 348/04, SIDE, præmis 56.

- (323) Kommissionen gør opmærksom på, at alle de berørte kontrakter om offentlig trafikbetjening omhandler personbefordring med jernbane, og at de alle er indgået uden forudgående udbud mellem det danske Transportministerium og DSB. Derudover er disse kontrakter underskrevet enten før den 26. juli 2000 eller fra den 26. juli 2000, men før den 3. december 2009. De er indgået for en periode på henholdsvis fem og ti år. Kommissionen konstaterer således, at indgåelsen af kontrakterne om offentlig trafikbetjening er i overensstemmelse med overgangsbestemmelserne i artikel 8, stk. 3, i forordning (EF) nr. 1370/2007.
- (324) Ifølge artikel 8, stk. 2, gælder det, at »med forbehold af stk. 3 skal indgåelsen af kontrakter om offentlig trafikbetjening med jernbane og ad vej være i overensstemmelse med artikel 5 senest den 3. december 2019«. De pågældende kontrakter om offentlig trafikbetjening kunne derfor indgås uden forudgående udbud.
- (325) I denne bestemmelse fastsættes det desuden, at »i denne overgangsperiode træffer medlemsstaterne foranstaltninger, så de gradvis bringer sig i overensstemmelse med artikel 5 med henblik på at undgå alvorlige strukturproblemer, især med transportkapaciteten«. Det må dog konstateres, at ifølge artikel 5, stk. 6, fastholdes de kompetente myndigheders mulighed for uden forudgående udbud at indgå kontrakter om offentlig trafikbetjening med jernbane.
- (326) Kommissionen er derfor af den opfattelse, at de pågældende kontrakter om offentlig trafikbetjening er i overensstemmelse med reglerne for indgåelse af kontrakter, jf. artikel 5 i forordning (EF) nr. 1370/2007.

Kompensation for offentlig trafikbetjening

- (327) Det fastsættes i artikel 6, stk. 1, i forordning (EF) nr. 1370/2007, at enhver »kompensation i forbindelse med en generel regel eller en kontrakt om offentlig trafikbetjening skal være i overensstemmelse med artikel 4, uanset efter hvilken procedure kontrakten er indgået. Enhver form for kompensation, der ydes ifølge en generel regel eller en kontrakt om offentlig trafikbetjening, der er indgået uden forudgående udbud i henhold til artikel 5, stk. 2, 4, 5 eller 6, skal desuden være i overensstemmelse med bestemmelserne i bilaget.«
- (328) Dermed må foreneligheden af kompensationen for offentlig service vurderes ud fra bestemmelserne i bilaget til forordning (EF) nr. 1370/2007, idet de pågældende kontrakter er indgået uden forudgående udbud i overensstemmelse med artikel 5, stk. 6, i forordning (EF) nr. 1370/2007.
- (329) I dette bilag præciseres det, at »kompensationen [ikke] kan [...] være større end den økonomiske nettovirkning, dvs. summen af de virkninger — såvel positive som negative — som opfyldelse af den offentlige serviceforpligtelse har for de omkostninger og indtægter, som en

operatør af offentlig trafikbetjening har«. Konkret betyder dette, at Kommissionen må verificere, at kontraktbetalingerne ikke har givet anledning til overkompensation under hensyn til, at DSB skal have en rimelig fortjeneste. Til dette formål støtter Kommissionen sig på de kriterier, som er opstillet i bilaget.

- (330) Kommissionen gør opmærksom på, at omkostninger og indtægter i det foreliggende tilfælde beregnes i overensstemmelse med gældende regnskabsprincipper og beskatningsregler. Kommissionen minder om, at de gældende lovrammer for DSB mht. regnskabsstandarder og nationale konkurrenceregler pålægger virksomheden at udarbejde særskilte regnskaber for sine forskellige aktiviteter. Den kontraktbetaling, som DSB modtager på baggrund af de forhandlede kontrakter om offentlig trafikbetjening, holdes adskilt fra de forretningsområder, der drives på ren forretningsmæssig basis. Med disse regler undgås enhver form for krydssubsidiering.
- (331) Kontrakterne om offentlig trafikbetjening indeholder bestemmelser om kontrol og revision af kompensationen, men Kommissionen gør dog opmærksom på, at disse mekanismer ikke gør det muligt at undgå en eventuel overkompensation, og at kontrakterne ikke indeholder mekanismer, der gør det muligt at tilbagebetale overkompensation.
- (332) Kommissionen finder, at en eventuel overkompensation alene kan undgås ved, at der indføres en tilbagebetalingsmekanisme. De indgåede kontrakter mellem det danske Transportministerium og DSB må således ændres, så de bringes i overensstemmelse med ovennævnte betingelser, bl.a. ved at der indføres en tilbagebetalingsmekanisme.
- (333) I sin beslutning om at indlede en procedure udtrykte Kommissionen tvivl om, hvorvidt kompensationsbeløbet var begrænset til, hvad der var nødvendigt til at dække omkostningerne ved opfyldelsen af en offentlig serviceforpligtelse. Denne tvivl var baseret på de grunde, der var anført ved bedømmelsen af, om retspraksis vedrørende *Altmark*-dommens tredje kriterium er opfyldt, dvs.:
- i) DSB's resultatforbedringer
 - ii) Forsinket levering af rullende materiel
 - iii) Forbindelsen København-Ystad.
- (334) Kommissionen vil undersøge disse tre aspekter i nævnte rækkefølge for at bedømme, om der er foretaget overkompensation inden for rammerne af gennemførelsen af kontrakter om offentlig trafikbetjening, og hvilke forholdsregler der er nødvendige for at undgå enhver overkompensation fremover. Til dette formål henholder Kommissionen sig til definitionen af en rimelig fortjeneste, jf. bilagets punkt 6, dvs. »en forrentning af kapitalen, der er sædvanlig for sektoren i en given medlemsstat, og som tager hensyn til den risiko eller den manglende risiko, som operatøren af offentlig trafikbetjening har som følge af myndighedernes intervention«.

i) DSB's resultatforbedringer

- (335) Kommissionen undersøgte udviklingen i DSB's egenkapital og resultater for DSB's offentlige servicevirksomhed i de pågældende kontraktors løbetid. Denne undersøgelse bygger i det væsentlige på den detaljerede undersøgelse af DSB's økonomiske situation i perioden 1999-2006, der er gennemført på vegne af den danske stat af KPMG den 30. januar 2008. Den danske regering har desuden fremsat supplerende oplysninger om regnskabsårene 2007 og 2008 samt forklarende bemærkninger i forbindelse med den formelle undersøgelsesprocedure.
- (336) Kommissionen noterer sig navnlig de oplysninger, som den danske regering har fremlagt for at redegøre for denne udvikling i forhold til 10-årsbudgettet, bl.a. hvad angår udarbejdelsen af DSB's stiftelsesbudget i 1999, ændringen af visse regnskabsregler og af beskatningsniveauet. Udviklingen i afskrivninger, finansforvaltningen eller rentesatser rummer også en del af forklaringen. Regeringen medgiver, at DSB har kunnet opnå effektivitetsgevinster, som gjorde det muligt for virksomheden at forbedre sine resultater og finansielle situation.
- (337) Kommissionen er imidlertid af den opfattelse, at disse oplysninger i deres helhed var af en sådan art, at det ændrede DSB's omkostnings- eller udgiftsniveau med hensyn til driften af de transportydelser, som er fastsat i de forskellige kontrakter om offentlig trafikbetjening. Forbedringen af DSB's finansielle situation burde derfor have medført en økonomisk lempelse for den danske stat i henseende til driften af de omhandlede tjenester i forhold til fremskrivningerne i 10-årsbudgetterne. Denne reduktion ville indebære en samlet reduktion af kompensationen for den offentlige service.
- (338) I mangel af en tilsvarende korrektion af kontraktbetalingen finder Kommissionen, at disse forskellige faktorer peger i retning af, at DSB har modtaget en kompensation, som overstiger omkostningerne ved opfyldelsen af en offentlig serviceforpligtelseforhøjet med en rimelig fortjeneste på 6 %. Kommissionen bemærker, at kontraktbetalingerne kun er reduceret for årene 2002, 2003 og 2004 med i alt 1 018 mia. DKK.
- (339) Kommissionen bemærker ligeledes, at den danske regering ikke bestrider, at når der tages højde for alle disse oplysninger, har DSB's rentabilitet været højere end oprindeligt forudsat i 10-årsbudgetterne, som udgjorde grundlaget for beregningen af kompensationen for den offentlige service. Dette fremgår ligeledes af de interesserede parter bemærkninger, selv om grundlaget for at sammenligne jernbanevirksomheder i Danmark og resten af Europa som tidligere nævnt er svagt (se betragtning 290-292).
- (340) Videre bemærker Kommissionen, at resultatet hos DSB S-tog A/S, der er et 100 % ejet datterselskab af DSB SV, indgår i moderselskabets koncernregnskab, og at forventningerne til en rimelig fortjeneste er ens for de to virksomheder. Kommissionen undersøger derfor resultatforbedringerne i medfør af de forskellige kontrakter om offentlig trafikbetjening i deres helhed på DSB-niveau.
- (341) Kommissionen gør således opmærksom på, at DSB ifølge sine regnskaber for perioden 1999-2006 fik et resultat efter skat på 2,715 mia. DKK mere, end hvad der var forudset i ti-årsbudgettet. Den danske regerings data viser, at DSB opnåede et resultat efter skat på 670 mio. DKK i 2007 og 542 mio. DKK i 2008, dvs. henholdsvis 227 mio. og 97 mio. DKK mere, end hvad der var forudset i 10-årsbudgettet for disse to år⁽⁴⁴⁾. For hele perioden 1999-2008 skønner Kommissionen således, at resultatforbedringerne for DSB's vedkommende udgør 3,039 mia. DKK mere, end hvad der var forudset i det oprindelige budget.
- (342) Kommissionen finder, at disse forbedringer vidner om, at kontraktbetalingerne oversteg, hvad der var nødvendigt for at dække de udgifter, der er afholdt ved opfyldelsen af en offentlig serviceforpligtelseforhøjet med en rimelig fortjeneste.
- (343) Kommissionen minder dog om, at disse resultatforbedringer ifølge den danske regering ikke har medført nogen kapitalakkumulation for DSB ud over det, der oprindeligt var forudsat i 10-årsbudgettet. Den danske regering argumenterer for, at en del af resultatforbedringerne er ført tilbage til staten i form af udbyttebetalinger.
- (344) Kommissionen bemærker, at DSB har udbetalt udbytte til den danske stat på 4,826 mia. DKK mellem 1999 og 2007. Dette beløb svarer til ca. 3,5 mia. DKK mere i udbytte for perioden 1999-2007 end hvad der var forudset i 10-årsbudgettet. I 2008 udbetalte DSB ligeledes 359 mio. DKK til den danske stat, dvs. ca. 150 mio. DKK mere, end hvad der var forudset i 10-årsbudgettet⁽⁴⁵⁾. Kommissionen bemærker, at den danske stat mellem 1999 og 2008 ekstraordinært har opkrævet ca. 3,65 mia. DKK i udbytte.

⁽⁴⁴⁾ Beregningerne er foretaget på grundlag af KPMG's rapport, som den danske regering har forelagt Kommissionen (tabel 2.4 og tabel 2.2, 2.3 og 2.28 med ajourføring).

⁽⁴⁵⁾ Dette beløb er evalueret på grundlag af et skønnet resultat efter skat ifølge 10-årsbudgettet på 399 mio. DKK for 2008 og reglen om opkrævning af et udbytte svarende til halvdelen af DSB's overskud efter skat, jf. denne afgørelses punkt 102.

(345) I modsætning til, hvad den danske regering forfægter, skønner Kommissionen, at udbyttepolitikken ikke kan sidestilles med en tilbagebetalingsklausul, der giver mulighed for at tilpasse kompensationen for udøvelsen af en offentlig serviceforpligtelse og forebygge overkompensation. Opkrævning af udbytte opfylder ikke på strukturel vis kravene i forordning (EF) nr. 1370/2007 og det tilknyttede bilag. Opkrævning af udbytte besluttet af virksomhedens aktionærer og frembyder ikke den nødvendige automatik i henseende til at undgå overkompensation. Derudover opkræves udbytter sædvanligvis senere på året sammenlignet med berigtigelser af kompensationen, der foretages ved regnskabsårets afslutning.

(346) Kommissionen anerkender, at den danske stat i det foreliggende tilfælde i løbet af perioden 1999-2008 har opkrævet et ekstraordinært udbytte (i forhold til det udbytte, der blev forudset i det oprindelige budget) på

et samlet beløb, der klart overstiger DSB's resultatforbedringer. Kommissionen bemærker, at det af den danske stat ekstraordinært opkrævede udbytte overstiger DSB's resultatforbedringer med ca. 20 %.

(347) Overordnet set bemærker Kommissionen, at på det regnskabsmæssige plan falder opkrævningen af udbytte efter opgørelsen af resultatet, hvilket ikke gør det muligt rutinemæssigt at undgå overkompensation. Kommissionen må dermed konstatere, at den danske stat i kraft af sin opkrævning af udbytte hos virksomheden, som ejes med 100 % af staten, reelt set har korrigeret DSB's overskudssituation på en sådan måde, at sidstnævnte i praksis ikke har modtaget overkompensation. De økonomiske virkninger af resultatforbedringerne ud over de oprindeligt fastsatte 6 % er udlignet ved opkrævning af udbytte, og DSB har ikke haft mulighed for at anvende disse resultatforbedringer til at øge sin egenkapital eller berige sig.

(mio. DKK)

DSB SV's resultat (mio. DKK)	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	I alt
Passagerindtægter	3 278	3 550	3 789	3 895	3 888	4 052	4 164	4 264	4 391	4 541	
Kontraktbetalinger	3 296	3 460	3 820	3 642	4 147	3 968	4 326	4 342	4 247	4 130	
Faktiske omkostninger	(6 728)	(6 869)	(6 304)	(6 362)	(7 362)	(7 182)	(7 647)	(7 792)	(7 940)	(8 326)	
Netto driftsresultat	595	777	846	774	697	664	745	726	767	558	
Udbetalt udbytte	135	268	103	610	649	736	895	775	655	364	5 190
Oprindeligt forudset udbytte	50	51	53	183	188	192	212	205	222	223	1 579
Reelt ekstraordinært udbytte	85	217	50	427	461	544	683	570	433	141	3 611

(348) Kommissionen understreger, at denne konklusion vedrører DSB SV, for så vidt som DSB S-tog A/S' resultater indgår i moderselskabets koncernregnskab, og udbyttepolitikken fastlægges på dette enhedsniveau.

(349) Ligeledes understreger Kommissionen, at dette ræsonnement ikke giver mulighed for at garantere, at overkompensation ikke finder sted i løbet af gyldighedsperioden for kontrakter om offentlig trafikbetjening. Ræsonnementet er baseret på en empirisk og udførlig undersøgelse af DSB's regnskaber for den forløbne periode, men den rummer ikke en strukturel løsning, for så vidt angår de nødvendige årlige reguleringer af kompensationen for den offentlige service.

(350) Kommissionen gør i den forbindelse opmærksom på, at den danske regering påtænker at ændre de gældende kontrakter om offentlig trafikbetjening med henblik på at indføre en tilbagebetalingsmekanisme. Den oven-

nævnte tilbagebetalingsmekanisme (se betragtning 222-240) skal gøre det muligt at regulere kontraktbetalingens størrelse på basis af en regnskabsmæssig ligning. Med en sådan mekanisme ville en eventuel overkompensation blive tilbagebetalt til staten på grundlag af status ved regnskabsafslutningen, således at det sikres, at DSB's forrentning af egenkapitalen holder sig inden for de grænser, som staten har fastsat.

(351) Ifølge tilbagebetalingsmekanismen foretages tilpasningen af kontraktbetalingerne ved regnskabsårets afslutning (se betragtning 227). Anvendelsen af mekanismen vil medføre en reduktion af bruttokontraktbetalingerne for at fastholde niveauet for en rimelig fortjeneste, der er fastsat til en forrentning af egenkapitalen på 6 % efter følgende formel:

$$\text{Indtægter i alt} - \text{rimelig fortjeneste} - \text{udgifter i alt} = \text{bruttoreduktion}$$

(352) Kommissionen finder, at denne tilbagebetalingsmekanisme er i tråd med kravene, der er opstillet i bilaget til forordning (EF) nr. 1370/2007, og ligeledes i fællesskabsrammebestemmelserne for statsstøtte i form af kompensation for offentlig tjeneste⁽⁴⁶⁾. Kommissionen bemærker, at et sådant system i praksis kan sidestilles med den kontrol, som er beskrevet i disse rammebestemmelers afsnit 3. Kommissionen gør også opmærksom på, at niveauet for en rimelig fortjeneste varigt fastsættes til en forrentning af egenkapitalen på 6 %, hvilket Kommissionen anser for et rimeligt niveau for denne aktivitetstype på baggrund af de resultater, som DSB's nuværende konkurrenter på hjemmemarkedet opnår, jf. DKT's oplysninger.

(353) Kommissionen bemærker endvidere, at denne mekanisme indeholder korrektioner i relation til effektiviteten og kvalitative forbedringer. Den påtænkte mekanisme modulerer bruttoreduktionen, således at DSB kan beholde en del af de sparede omkostninger pr. passagerkilometer og en del af indtægtsforøgelsen ved stigninger i passagertrafikken målt i passagerkilometer (se betragtning 228). Disse korrektioner foretages efter følgende formel:

$$\text{Tilbagebetalingsmekanisme} = \text{bruttoreduktion} - \text{korrektioner} \\ (\text{Omkost. } \Delta. + \text{Pas.km } \Delta) = \text{nettoreduktion}$$

(354) Kommissionen bemærker ligeledes, at de parametre, som gør det muligt at fastsætte nettoreduktionen og dermed at indregne disse korrektioner, er forudfastsatte og kvantificerede (se punkt 229). Tilbagebetalingsmekanismen kan moduleres på følgende måde:

— Omkost. Δ : hvis DSB reducerer sine omkostninger (pr. passagerkilometer) i forhold til gennemsnitsomkostningerne i de fire forløbne år, beregnes denne forbedring på følgende måde: omkostningsforskel pr. passagerkm (i procent) i forhold til gennemsnitsomkostningerne i de fire forløbne år multipliceret med det samlede omkostningsgrundlag, og

— Pas.km Δ : hvis antallet af passagerer stiger, multipliceres stigningen i passagertrafikken målt i passagerki-

lometer med 0,80 DKK, og bruttoreduktionen mindskes ligeledes med dette beløb⁽⁴⁷⁾.

(355) Kommissionen gør opmærksom på, at disse korrektioner er i overensstemmelse med punkt 7 i bilaget til forordning (EF) nr. 1370/2007, hvori det fastsættes, at:

»Kompensationsmetoden skal tilstræbe, at operatøren af offentlig trafikbetjening når frem til eller fortsætter med en effektiv drift, der kan vurderes objektivt, og levering af personbefordring af tilfredsstillende kvalitet«.

(356) I det foreliggende tilfælde afspejler den påtænkte korrektion, som bygger på en stigning i antallet af passagerer og et fald i enhedsomkostningerne, på passende måde begreberne forbedring af forvaltningens effektivitet og tjenestens kvalitet. Dog vurderer Kommissionen, at hver af korrektionerne kun vil kunne foretages, for så vidt som der for hver af de udvalgte parametre også afspejles en forbedring i forhold til de tidligere opnåede resultater målt på samme parametre. Denne begrænsning er nødvendig for at undgå, at det i tilfælde af en betydelig forbedring med hensyn til en af parametrene er muligt at opnå en godtgørelse i medfør af den anden parameter, selvom resultatet for den anden parameters vedkommende afspejler en forbedring, som er lavere end overslaget.

(357) Endelig suppleres tilbagebetalingsmekanismen med en overgrænse, så det sikres, at fortjenesten ikke overstiger niveauet for, hvad der betragtes som en rimelig fortjeneste, ifølge nedenstående formel (se betragtning 233-237):

$$\frac{\text{En rimelig fortjeneste (6 \%)} + \text{korrektioner (Omkost. } \Delta. + \text{Pas.km } \Delta)}{\text{Egenkapital}} < 12 \%$$

(358) De korrektioner, der anvendes til at tage højde for effektivitetsgevinster og/eller en forbedring af tjenestens kvalitet, åbner således mulighed for at lade den rimelige fortjeneste variere mellem 6 % og 12 % med en overgrænse, som fastsættes til 10 % over en treårsperiode, på grundlag af objektive kriterier (se betragtning 235-237).

(359) Kommissionen finder, at en fortjeneste i denne størrelsesorden, som den danske stat bevilger DSB i forbindelse med virksomhedens offentlige servicevirksomhed, fortsat er rimelig, hvis den begrænses til 10 % over en treårsperiode. Kommissionens konklusion bygger på en række indikatorer på baggrund af oplysninger, som står til Kommissionens rådighed ved vurderingen af, om fortjenesten har et rimeligt niveau.

⁽⁴⁶⁾ EUT C 297 af 29.11.2005, s. 4. Selv om denne ramme normalt ikke anvendes for transportsektoren, kan principperne heri anvendes analogt, navnlig når det drejer sig om at præcisere forordning (EF) nr. 1370/07. Der henvises til den førnævnte beslutning om at indlede en procedure og til beslutning 2009/325/EF, beslutning 2009/845/EF, og Kommissionens beslutning af 18.7.2007, C 31/07 — Irland — Statsstøtte til Córas Iompair Éireann Bus Companies (Dublin Bus og Irish Bus) (EUT C 218 af 15.9.2007, s. 44); og til Kommissionens beslutning af 23.10.2007, C 47/2007 — Tyskland — Kontrakt om offentlig tjeneste mellem Deutsche Bahn Regio og delstaterne Berlin og Brandenburg (EUT C 35 af 8.2.2008, s. 13).

⁽⁴⁷⁾ Se fodnote 30.

(360) Kommissionens vurdering er således navnlig baseret på en undersøgelse af jernbanevirksomheders situation i Europa ⁽⁴⁸⁾, hvori der bl.a. foretages en sammenligning af den økonomiske rentabilitet ⁽⁴⁹⁾ hos jernbanevirksomheder i 2004. Ifølge denne analyse svarer DSB's kapitalafkast (ROE) i 2004 (9 %) til en afkastningsgrad (ROA) på 3 % for virksomheden; det må bemærkes, at ROE på 9 % svarer til gennemsnittet af det interval, som tildeles DSB i medfør af kontrakten. Analysen viser også, at visse jernbanevirksomheder i denne periode har haft en lav eller endog negativ økonomisk rentabilitet (PKP, Eurostar og NSB). Ifølge denne undersøgelse har flere virksomheder derimod haft en tilsvarende økonomisk rentabilitet (SNCF: 2 %, SNCF: 2 %, Trenitalia 3 %) eller en meget højere rentabilitet (Arriva Tog a/s 21,3 %, Chiltern Railways 16,1 %, Arriva Trains Wales 16 %, Great North Eastern Railway 12,2 %, DB Regio AG 12 %) end DSB's niveau for ROA på 3 %.

(361) Kommissionen støtter sig ligeledes på sin beslutningspraksis inden for tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse ⁽⁵⁰⁾.

(362) Derudover tager Kommissionen ved vurderingen højde for, at DSB påtager sig en del af risikoen ved denne aktivitet, idet kontraktbetalingerne er fastsat på forhånd og ikke kan forhøjes, såfremt de reelle tal afviger negativt fra det budgetterede som følge af en forværring af DSB's resultat, hvilket kunne skyldes en utilsigtet omkostningsstigning eller et fald i virksomhedens indtægter. Kommissionen noterer sig, at virksomheden bærer en rentabilitetsrelateret risiko og ikke har garanti for, at den i kontrakten fastsatte rentabilitet på 6 % realiseres, og at det derfor forekommer hensigtsmæssigt at tilskynde virksomheden til at opnå effektivitetsgevinster og i den sammenhæng tillade virksomheden at beholde en del af den således frigjorte rentabilitet, herunder hvis virksomheden skulle gå videre end kravene i kontrakten, inden for rammerne af det ovennævnte interval.

(363) Endelig bemærker Kommissionen, at det af en empirisk undersøgelse, som den danske regering har foretaget, fremgår, at anvendelsen af denne tilbagebetalingsmekanisme i de forløbne år ville have indebåret, at DSB's egenkapitalforrentning i perioden 2004-2008 ville have varieret mellem 8,8 % og 11,9 %, og at mekanismen ville have indebåret en tilbagebetaling på 38 mio. DKK i 2006 på baggrund af reglen om højst 10 % over en treårsperiode (se betragtning 238-240).

(364) Kommissionen konkluderer på denne baggrund, at DSB's resultatforbedringer afspejler, at kontraktbetalingerne

oversteg, hvad der var nødvendigt for at dække de udgifter, der er afholdt ved opfyldelsen af en offentlig serviceforpligtelse i medfør af samtlige kontrakter forhøjet med en rimelig fortjeneste. I det foreliggende tilfælde finder Kommissionen, at opkrævningen af ekstraordinært udbytte på et beløb, der tydeligt overstiger disse resultatforbedringer, har gjort det muligt at undgå at overkompensere DSB. Selvom Kommissionen konkluderer, at der i det foreliggende tilfælde ikke er tale om overkompensation, gør den sin konklusion betinget af, at der indføres en tilbagebetalingsmekanisme således som beskrevet i nærværende afgørelses betragtning 356.

ii) Forsinket levering af rullende materiel

(365) Kommissionen gør opmærksom på, at det ikke bestrides, at der er opstået betydelige forsinkelser i leveringen af det rullende materiel, jf. kontrakterne om offentlig trafikbetjening, fra fabrikanten AnsaldoBreda. DSB måtte leje materiel for at opfylde sine forpligtelser, og til dette formål blev der indgået tillægskontrakter med det danske Transportministerium.

(366) Kommissionen minder om, at i medfør af de indgæede kontrakter mellem det danske Transportministerium og DSB skulle sidstnævnte afholde omkostningerne ved afskrivning og forrentning af togene, og at disse omkostninger var omfattet af kontraktbetalingerne.

(367) Kommissionen noterer sig imidlertid, at de finansielle konsekvenser af forsinkelserne og deres indflydelse på kontraktbetalingerne ikke var fastlagt i kontrakten om offentlig trafikbetjening for 2000-2004. De var derimod fastlagt i kontrakten om offentlig tjeneste for perioden 2005-2014.

(368) Kommissionen skønner som følge heraf, at der må sondres mellem tre aspekter.

(369) For det første gør Kommissionen opmærksom på, at der ikke fuldt ud er taget højde for konsekvenserne af forsinkelserne i kontraktbetalingerne inden for rammerne af kontrakten om offentlig trafikbetjening for perioden 2000-2004. Den danske regering medgav, at dette resulterede i en positiv effekt på 154 mio. DKK. Af dette beløb er 50 mio. DKK blevet ført tilbage til staten i form af en frivilligt nedsat kontraktudbetaling. Derfor skønner Kommissionen, at DSB har modtaget kontraktbetaling på 104 mio. DKK svarende til de omkostninger, som virksomheden ikke har afholdt.

(370) Kommissionen finder i den sammenhæng, at der ikke kan argumenteres for, at dette beløb (delvist) kompenserede DSB for det økonomiske tab på grund af forsinkelserne. Spørgsmålet om DSB's tab hænger sammen med gennemførelsen af leveringskontrakten mellem DSB og dennes leverandør, og det kan gøres til genstand for tvistbilæggelsesprocedurer (gennem forlig, voldgift eller domstolene). Kommissionen bemærker, at dette spørgsmål ikke er endelig afgjort, selvom der er udbetalt en foreløbig kompensation.

⁽⁴⁸⁾ »Analysis of the financial situation of railway undertakings in the European Union«, af ECORYS på Europa-Kommissionens vegne, februar 2006 http://ec.europa.eu/transport/rail/studies/doc/2006_financial_situation_railway_undertakings.zip

⁽⁴⁹⁾ Kommissionen foretager sine sammenligninger på grundlag af afkastningsgraden (ROA — return on assets) for at undgå vanskeligheder med hensyn til sammenlignelighed som følge af jernbanevirksomhedernes meget forskellige gælds- og egenkapitalstrukturer.

⁽⁵⁰⁾ Kommissionens beslutning af 28.11.2007, statsstøttesag N 388/07 — Det Forenede Kongerige, Post Office Limited (POL) transformation programme (EUT C 14 af 19.1.2008, s. 19), bl.a. punkt 53.

- (371) For det andet gør Kommissionen opmærksom på, at der derimod er taget højde for konsekvenserne af forsinkelserne i kontraktbetalingerne inden for rammerne af kontrakten om offentlig trafikbetjening for perioden 2005-2014. Den danske regering har vist, hvordan mekanismen til tilpasning af kontraktbetalingerne fungerede i forbindelse med den forsinkede levering og den pågældende type af materiel. Kommissionen bemærker, at kontraktbetalingerne blev nedsat med 645 mio. DKK i de to første år af kontraktens løbetid. Kommissionen vurderer således, at den forsinkede levering af det rullende materiel ikke har medført overkompensation inden for rammerne af denne kontrakt om offentlig trafikbetjening.
- (372) For det tredje konstaterer Kommissionen, at der er oprettet tillægskontrakter mellem det danske Transportministerium og DSB angående det rullende materiel, der blev lejet til erstatning. Kommissionen gør opmærksom på, at DSB ifølge kontrakterne om offentlig trafikbetjening ikke var forpligtet til at indsatte erstatningsmateriel. Kommissionen bemærker, at disse tillægskontrakter tog højde for en ny situation, som der ikke var taget højde for i kontrakterne, dvs. konsekvenserne af den forsinkede levering af de nye tog. Kommissionen er af den opfattelse, at den kompensation, der er udbetalt til DSB, modsvarede nye forpligtelser, som blev pålagt jernbaneoperatøren, og ikke var af en art, som kunne føre til overkompensation inden for rammerne af kontrakterne om offentlig trafikbetjening.
- (373) Kommissionen præciserer i den sammenhæng, at hvis tvistbilæggelsesprocedurerne (gennem forlig, voldgift eller domstolene) mellem DSB og AnsaldoBreda for den forsinkede levering skulle føre til en anerkendelse af visse skadevirkninger for DSB, hvis disse skadevirkninger vedrører indsættelsen af lejet rullende erstatningsmateriel, og hvis der indrømmes kompensation fra AnsaldoBreda til dækning heraf, vil denne erstatning skulle tilbagebetales til den danske stat, fordi sidstnævnte har overtaget omkostningerne herved i kraft af tillægskontrakterne. Kommissionen finder det nødvendigt at pålægge den danske stat en betingelse herom.
- (374) I lyset af ovenstående konkluderer Kommissionen, at DSB har modtaget en overkompensation på 104 mio. DKK som følge af den forsinkede levering af det rullende materiel, der er omhandlet i kontrakterne om offentlig trafikbetjening. Dog finder Kommissionen, at virkningerne af denne overkompensation er undgået i kraft af opkrævningen af det førnævnte udbytte. Det ekstraordinære udbytte, som den danske stat har opkrævet overstiger alt i alt resultatforbedringerne forhøjet med dette beløb i tilknytning til den forsinkede levering af rullende materiel. Kommissionen konstaterer således, at DSB reelt ikke har modtaget overkompensation.
- iii) Særlige forhold angående ruten København-Ystad**
- (375) I Kommissionens beslutning om at indlede en procedure tilkendegav den sin tvivl om, hvorvidt DSB har kunnet skaffe sig en fordel ved at drive trafik på denne rute. Kommissionen undersøgte to aspekter i den forbindelse.
- (376) På den ene side har Kommissionen kontrolleret, at DSB for perioden 2000-2004 ikke fik økonomisk støtte i form af tilskud via kontrakten om offentlig trafikbetjening, selvom ruten var betjent uden en offentlig serviceforpligtelse.
- (377) Kommissionen bemærker i den sammenhæng, at den danske regering har afklaret betingelserne for driften af ruten København-Ystad siden 2000. Regeringen præciserede blandt andet, at den først blev omfattet af ordningen for »offentlig trafik« fra 2002 i medfør af en særlig kontrakt, da det viste sig, at denne rute ikke kunne give overskud. Regeringen oplyste ligeledes, at den særlige kontrakt ikke indeholdt bestemmelser om yderligere kompensation fra den danske stat til DSB for driften af denne rute mellem 2002 og 2004. Den danske regering fastslog dermed, at jernbaneruten mellem København og Ystad ikke modtog offentlig finansiering før 2005.
- (378) Kommissionen gør opmærksom på, at optagelsen af denne rute i ordningen for »offentlig trafik« mellem 2002 og 2004 uden yderligere kompensation i forhold til den kompensation, der er udbetalt inden for rammerne af kontrakten med DSB om offentlig trafikbetjening i perioden 2002-2004, ikke er af en art, som kan give anledning til overkompensation. Optagelsen af denne rute i ordningen for offentlig trafik har haft til følge, at DSB fik pålagt flere forpligtelser, uden at kontraktbetalingen blev forhøjet. Den indebar ligeledes, at indtægterne fra denne rute blev integreret i DSB's samlede indtægter for virksomhedens offentlige servicevirksomhed. Men Kommissionen bemærker, at denne rute var underskudsgivende i 2002, og at det netop var af denne grund, at den blev optaget i ordningen for »offentlig trafik«. Denne optagelse er derfor ikke af en art, som kan føre til overkompensation.
- (379) Under alle omstændigheder er Kommissionen af den opfattelse, at hvis ruten havde været overskudsgivende, ville de specifikke indtægter for denne rute have forhøjet DSB's samlede indtægter for virksomhedens offentlige servicevirksomhed. Vurderingen af, om overkompensation har fundet sted, er i så tilfælde omfattet af den overordnede undersøgelse af, om DSB er blevet overkompenseret i kraft af virksomhedens resultatforbedringer inden for rammerne af gennemførelsen af kontrakten om offentlig trafikbetjening i perioden 2000-2004. Kommissionen henviser derfor til sit ræsonnement i nærværende afgørelses betragtning 324-353.
- (380) På den anden side undersøgte Kommissionen DSB's omkostninger for hele strækningen København — Bornholm, og nærmere bestemt hvordan der er taget hensyn til færgeforbindelsen mellem Ystad og Rønne ⁽⁵¹⁾ i passagerernes gennemgående billetter.
- (381) Kommissionen minder om, at søforbindelsen mellem disse to havne drives af Bornholmstrafikken A/S, et offentligt selskab, på grundlag af en kontrakt, der er indgået med den danske stat efter et udbud. Den danske regering præciserede de forpligtelser, der er pålagt Bornholmstrafikken A/S i henhold til den kontrakt, bl.a. hvad angår koordination af afgang- og ankomsttidspunkter med operatørerne på bus- og togruter. Regeringen præciserede ligeledes, at der ikke er pålagt forpligtelser med hensyn til takstpolitik bortset fra fastlæggelse af mindstetakster.

⁽⁵¹⁾ Bornholmerfærgens anløbshavn.

- (382) Ud fra de oplysninger, som den danske regering har forelagt, konstaterer Kommissionen, at Bornholmstrafikken A/S' afregningspriser er identiske over for DSB og Gråhundbus. Den eneste pris, som kun er gældende for DSB, er en rabatpris for DSB Orange med Storebælts-overfarten. Denne takst opfylder imidlertid Bornholmstrafikken A/S' specifikke forretningsmæssige målsætninger, idet DSB Orange-produktet gør det muligt at tiltrække rejsende fra Jylland til Bornholm. Denne specifikke takst tilbydes på visse faste betingelser (kun nogle tog er omfattet heraf, internetbaseret reservationssystem, begrænset antal billetter osv.), og den er rettet mod andre serviceydelser end dem, som tilbydes af operatørerne af busser på denne rute. Kommissionen bemærker, at dette tilbud kun har været udnyttet af et meget begrænset antal passagerer, og at det siden 2009 ikke længere tilbydes.
- (383) Kommissionen finder derfor, at afregningspriserne for Bornholmstrafikken A/S' færgetrafik ikke har givet DSB en fordel frem for dennes konkurrenter, som udbyder busruter, og som ligeledes tilbyder kombinerede billetter. Kommissionen er således af den opfattelse, at afregningen af færgetrafikken ikke har medført overkompensation af DSB.
- (384) Alt i alt er Kommissionen af den opfattelse, at den pågældende kompensation for offentlig tjeneste er beregnet i overensstemmelse med de regler, som er fastsat i bilaget til forordning (EF) nr. 1370/2007.
- (385) Deraf konkluderer Kommissionen, at statsstøtten i kontraktbetalingerne, der er udbetalt inden for rammerne af kontrakterne om offentlig trafikbetjening, der er indgået mellem det danske Transportministerium og DSB, er forenelige med det indre marked på grundlag af artikel 14 i forordning (EF) nr. 1370/2007 vedrørende gennemførelsen af artikel 93 i TEUF.

8.3.3. VISSE AFGIFTSRELATEREDE FORANSTALTNINGERS INDVIRKNING PÅ FORENELIGHEDEN AF KOMPENSATIONEN FOR OFFENTLIG SERVICE

- (386) Kommissionen konstaterede i sin beslutning om at indlede en procedure, at private danske virksomheder, der opererer i momsfrigatte sektorer som kollektiv transport, skal betale en særlig lønskat: lønsumsafgiften. Den bemærkede imidlertid, at offentlige virksomheder som DSB ikke skal betale denne skat.
- (387) Selvom DKT, den anden klager, fremførte, at fritagelsen af DSB for lønsumsafgift kunne give DSB en konkurrencefordel, har Kommissionen ikke undersøgt spørgsmålet om lønsumsafgift, fordi det er genstand for en samlet undersøgelse i Kommissionen inden for en særskilt procedure⁽⁵²⁾. Klageren henviste selv til et parlamentærisk spørgsmål og til Neelie Kroes' svar på Kommissionens vegne⁽⁵³⁾.
- (388) Kommissionen informerede ved brev af 9. juni 2009 DKT om, at Kommissionen efter en undersøgelse af de

pågældende foranstaltninger besluttede at afslutte den ovennævnte procedure. Kommissionen oplyste, at drøftelser og informationsudveksling fandt sted mellem Kommissionen og den danske regering for at få afklaret de potentielle problemer og tvetydigheder ved denne fritagelse i henseende til statsstøttereglerne. Den danske regering har i den sammenhæng accepteret at ændre deres lovgivning.

- (389) Kommissionen gør opmærksom på, at Danmark har vedtaget lov nr. 526 af 25. juni 2008, hvormed enhver potentiel konkurrenceforvridning mellem offentlige og private virksomheder elimineres, for så vidt angår gennemførelsen af lønsumsafgiften. Kommissionen gør ligeledes opmærksom på, at denne lov trådte i kraft den 1. januar 2009, og at DSB efterfølgende er blevet pålagt lønsumsafgift.
- (390) Med henblik på den foreliggende undersøgelse gør Kommissionen opmærksom på, at DSB's fritagelse for denne afgift var indregnet i de parametre, der dannede grundlag for fastsættelsen af DSB's kontraktbetalinger for kontrakterne om offentlig trafikbetjening, jf. betragtning 88 i nærværende afgørelse. Kommissionen bemærker, at fritagelsen for afgiften mindskede DSB's operationelle omkostninger ved driften af de transportydelser, der er fastsat i kontrakterne om offentlig trafikbetjening. Kommissionen konstaterer derfor, at uden fritagelse ville den danske stat skulle forhøje sine kontraktbetalinger tilsvarende.
- (391) Derfor er Kommissionen af den opfattelse, at selv om fritagelsen af DSB for lønsumsafgift skulle indebære statsstøtte, skulle denne sidestilles med en »supplerende kontraktbetaling« på et beløb svarende til den skattebyrde, virksomheden var fritaget for. I så fald konstaterer Kommissionen, at disse »supplerende kontraktbetalinger« ikke ville indebære overkompensation af DSB.
- (392) I øvrigt bemærker Kommissionen, at DSB fra den 1. januar 2009 er blevet pålagt lønsumsafgift. Derfor vokser DSB's skattebyrde, hvilket påvirker virksomhedens driftsomkostninger ved gennemførelsen af de transportydelser, der er fastlagt i kontrakterne om offentlig trafikbetjening. Den danske regering oplyste, at DSB's påløbne ekstraomkostninger vil blive kompenseret for at tage hensyn til denne ændring i parametrene til beregning af kontraktbetalingerne.
- (393) I denne henseende er det Kommissionens opfattelse, at kompensationen af skattemæssige meromkostninger som følge af, at DSB's fritagelse ophæves, må ses i sammenhæng med kompensationssystemets overordnede økonomiske aspekter i kontrakterne om offentlig trafikbetjening. Kommissionen har undersøgt, om denne kompensation udelukkende modsvarede den yderligere skattebyrde, som DSB må oppebære i forbindelse med virksomhedens offentlige servicevirksomhed.

⁽⁵²⁾ Kommissionen har modtaget en klage og givet den referencenummeret CP78/2006.

⁽⁵³⁾ Brev fra Neelie Kroes til Karen Riis-Jørgensen af 19.1.2009, D(09) 6.

- (394) Kommissionen konkluderer følgelig, at den danske stats kompensation for den lønsumsafgift, DSB efterfølgende er pålagt at betale, ikke medfører overkompensation og således må anses for forenelig med det indre marked i henhold til forordning (EF) nr. 1370/2007.

9. KONKLUSION

- (395) Kommissionen finder, at kontrakterne om offentlig trafikbetjening, der er indgået mellem det danske Transportministerium og DSB, indebærer statsstøtte i henhold til artikel 107, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde.
- (396) Kommissionen konkluderer imidlertid, at denne støtte er forenelig med det indre marked i henhold til forordning (EF) nr. 1370/2007 med forbehold af, at Danmark indfører tilbagebetalingsmekanismen som beskrevet i nærværende afgørelses betragtning 222-240 og 356 i de gældende kontrakter om offentlig trafikbetjening. På disse betingelser er den pågældende støtte forenelig, indtil de gældende kontrakter om offentlig trafikbetjening udløber.
- (397) Vurderingen af foreneligheden af den støtte, som er genstand for den foreliggende afgørelse, er foretaget på grundlag af forordning nr. (EF) 1370/2007, som er gældende på det tidspunkt, hvor Kommissionen træffer sin afgørelse.
- (398) Kommissionen bemærker, at reglerne for vurdering i forordning (EF) nr. 1370/2007 indholdsmæssigt stemmer overens med reglerne i forordning (EØF) nr. 1191/69, således som fremført og fortolket af Kommissionen i dennes beslutning om at indlede en procedure. Kommissionen konstaterer, at for den foreliggende sag ville anvendelsen af forordning (EØF) nr. 1191/69 ikke ville have ført til en anden konklusion.
- (399) Endelig er den pågældende støtte forenelig, indtil de gældende kontrakter om offentlig trafikbetjening udløber. Det drejer sig om kontrakter, der er indgået i 2004, dvs. fra den 26. juli 2000 og inden den 3. december 2009 på grundlag af en anden procedure end en retfærdig udbudsprocedure på konkurrencevilkår og med en varighed på 10 år. Støtten henhører derfor under artikel 8, stk. 3, litra d), første afsnit og sidste afsnit, sidste punktum, i forordning (EF) nr. 1370/2007. Kommissionen minder dog om, at i overensstemmelse med artikel 8, stk. 2, i forordning (EF) nr. 1370/2007 træffer medlemsstaterne foranstaltninger, så de gradvis og senest den 3. december 2019 bringer sig i overensstemmelse med reglerne for tildeling af de omhandlede kontrakter efter reglerne i artikel 5 —

VEDTAGET DENNE AFGØRELSE:

Artikel 1

Kontrakterne om offentlig trafikbetjening, der er indgået mellem det danske Transportministerium og Danske Statsbaner, indebærer statsstøtte som omhandlet artikel 107, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde.

Statsstøtten er forenelig med det indre marked i medfør af artikel 93 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, såfremt betingelserne i denne afgørelses artikel 2 og 3 overholdes.

Artikel 2

Danmark indfører i alle de gældende kontrakter om offentlig trafikbetjening med Danske Statsbaner en tilbagebetalingsmekanisme som beskrevet i betragtning 222-240 og 356 i nærværende afgørelse med følgende væsentlige kendetegn:

- Kontraktbetalinger tilpasses ved regnskabsårets afslutning ved at fastsætte en bruttoreduktion, der beregnes ud fra følgende formel:

$$\text{Indtægter i alt} - \text{rimelig fortjeneste} - \text{udgifter i alt} = \text{bruttoreduktion}$$

- Bruttoreduktionen moduleres for at tage hensyn til effektivitetsgevinster og en forbedring af tjenestens kvalitet efter følgende formel og parametre:

$$\text{Tilbagebetalingsmekanisme} = \text{bruttoreduktion} - \text{korrektioner} \\ (\text{Omkost. } \Delta. + \text{Pas.km } \Delta) = \text{nettoreduktion}$$

- Omkost. Δ : reduktion af omkostninger (pr. passagerkilometer) i forhold til gennemsnitsomkostningerne i de fire forløbne år efter beregningen: omkostningsforskel pr. passagerkm (i procent) i forhold til gennemsnitsomkostningerne i de fire forløbne år multipliceret med det samlede omkostningsgrundlag, og
- Pas.km Δ : stigningen i passagertrafikken målt i passagerkilometer med (0,80 DKK pr. passagerkilometer)
- den samlede reduktion som følge af præstationsforbedringer kan ikke overstige bruttoreduktionen i et givet år. Nettoreduktionen ligger dermed mellem nul og bruttoreduktionen.

- Der indføres en overgrænse for tilbagebetalingsmekanismen for at garantere, at fortjenesten holdes på et rimeligt niveau efter følgende formel og kendetegn:

$$\frac{\text{En rimelig fortjeneste (6 \%) + korrektioner (Omkost. } \Delta \text{ + Pas.km } \Delta \text{)}}{\text{Egenkapital}} < 12 \%$$

- I beregningen indgår alene den del af egenkapitalen, der henhører under DSB's offentlige servicevirksomhed.
- Overgrænsen for en rimelig fortjeneste fastsættes til en egenkapitalforrentning på 12 %, dog højst 10 % over en treårsperiode.

Artikel 3

Den kompensation, som DSB måtte modtage fra virksomheden AnsaldoBreda som følge af den forsinkede levering af det rullende materiel, skal tilbagebetales til den danske stat.

Artikel 4

Danmark oplyser Kommissionen om de foranstaltninger, der er truffet for at opfylde den foreliggende afgørelses artikel 2 og 3, senest to måneder efter meddelelsen af afgørelsen.

Artikel 5

Denne afgørelse er rettet til Kongeriget Danmark.

Udfærdiget i Bruxelles, den 24. februar 2010.

På Kommissionens vegne

Joaquín ALMUNIA

Næstformand

KOMMISSIONENS AFGØRELSE

af 6. juli 2010

om Tysklands statsstøtte C 34/08 (ex N 170/08) til fordel for Deutsche Solar AG

(meddelt under nummer K(2010) 4489)

(Kun den tyske udgave er autentisk)

(EØS-relevant tekst)

(2011/4/EU)

EUROPA-KOMMISSIONEN HAR —

under henvisning til traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, særlig artikel 108, stk. 2, første afsnit,

under henvisning til aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, særlig artikel 62, stk. 1, litra a),

efter at have opfordret interesserede parter til at fremsætte deres bemærkninger i overensstemmelse med disse artikler ⁽¹⁾

ud fra følgende betragtninger:

(4) Kommissionens beslutning om at indlede proceduren blev offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* ⁽³⁾ den 26. august 2008. Kommissionen opfordrede interesserede parter til at fremsætte bemærkninger til støtteforanstaltningen.

(5) Ved breve af 7. august 2008 (A/16575) og 26. september 2008 (A/19789) anmodede Tyskland om en forlængelse af fristen for at fremsætte bemærkninger. Kommissionen modtog Tysklands bemærkninger den 31. oktober 2008 (A/22972) og den 2. december 2008 (A/25961). Kommissionen har ikke modtaget bemærkninger fra andre interesserede parter.

(6) Ved breve af 7. april 2009 (A/8226), 29. maj 2009 (A/13120), 4. december 2009 (A/25461), 17. december 2009 (A/26433), 12. januar 2010 (A/550), 26. april 2010 (A/7045), 14. maj 2010 (A/8206) og 10. juni 2010 (A/9628) fremsendte Tyskland supplerende oplysninger til Kommissionen.

(7) Den 12. oktober 2009 blev der i Berlin afholdt et møde mellem repræsentanter for Kommissionen og Tyskland samt investoren.

1. SAGSFORLØB

(1) Ved elektronisk anmeldelse af 28. marts 2008, som blev registreret samme dag i Kommissionen, meddelte Tyskland i overensstemmelse med kravet om individuel anmeldelse i henhold til retningslinjerne for statsstøtte med regionalt sigte for 2007-2013 ⁽²⁾ (i det følgende »retningslinjerne for regionalstøtte«) sin hensigt om at yde Deutsche Solar AG regionalstøtte til et stort investeringsprojekt til etablering af et anlæg til fremstilling af siliciumwafer i Freiberg (delstaten Sachsen, Tyskland).

(2) Den 27. februar 2008 og den 25. juni 2008 blev der afholdt møder mellem repræsentanter for Kommissionens tjenestegrene og Tyskland. Kommissionen anmodede ved brev af 28. maj 2008 om yderligere oplysninger og fremsendte den 10. juni 2008 en anmodning om oplysninger. Tyskland fremsendte disse ved brev af 16. juni 2008.

(3) Ved brev af 16. juli 2008 (K(2008) 3507 endelig) underrettede Kommissionen Tyskland om sin beslutning om at indlede proceduren efter EUF-traktatens artikel 108, stk. 2.

2. DETALJERET BESKRIVELSE AF STØTTEN

2.1. Formålet med foranstaltningen

(8) Støtteforanstaltningen har til formål at fremme regionaludviklingen. Investeringen skal foretages i den østlige del af Tyskland i byen Freiberg i delstaten Sachsen, et støtteberettiget område i henhold til EUF-traktatens artikel 107, stk. 3, litra a).

(9) Tyskland har planer om at yde Deutsche Solar AG (i det følgende »DS«) regional investeringsstøtte til etablering af et anlæg til fremstilling af siliciumwafer. De samlede støtteberettigede omkostninger ved den anmeldte investering beløber sig (nominelt) til 350 mio. EUR.

⁽¹⁾ EUT C 217 af 26.8.2008, s. 19.

⁽²⁾ EUT C 54 af 4.3.2006, s. 13.

⁽³⁾ Se fodnote 1. En berigtigelse til beslutningen blev vedtaget den 28.4.2009 (offentliggjort i EUT C 203 af 28.8.2009, s. 11).

2.2. Støttemodtageren

- (10) Modtageren af den finansielle støtte er virksomheden DS, der fremstiller krystallinske siliciumwafer. DS er et helejet datterselskab af SolarWorld AG (i det følgende »SW«). SW-koncernen er med produktionsanlæg i Tyskland, USA og Sydkorea aktiv på verdensplan inden for solenergiindustrien og forbinder alle trin i værdikæden lige fra råstoffet silicium til det færdige solenergianlæg. SW-koncernen fremstiller siliciumwafer, solceller og solcellemoduler, men ingen integrerede solanlæg ⁽⁴⁾. I 2009 beskæftigede SW-koncernen 2 000 medarbejdere og havde konsoliderede indtægter på over 1 mia. EUR.
- (11) Ud over det planlagte produktionsanlæg i Freiberg-Ost, som det anmeldte investeringsprojekt vedrører, råder DS allerede over to andre anlæg i Freiberg (ét i Industriepark Freiberg-Süd og ét i Industriepark Freiberg-Saxonia). De tre produktionsanlæg ligger hver især ca. 5-6 km fra hinanden. I 2007 beløb DS' omsætning sig til 318 mio. EUR. I 2008 beskæftigede DS 770 medarbejdere. Andre helejede datterselskaber af SW-koncernen i Freiberg er Deutsche Cell GmbH (produktion af solceller), Solar Factory GmbH (produktion af solcellemoduler), Sunicon AG (genanvendelse af silicium), SolarWorld Innovations GmbH (F&U) og SolarWorld Solicium GmbH (produktion af silicium). SW ejer desuden 49 % af det Freiberg-baserede selskab JSSi GmbH (produktion af silicium), et joint venture med Evonik Degussa GmbH.

2.3. Projektet

2.3.1. Anmeldt projekt (Freiberg-Ost)

- (12) Tyskland har anmeldt støtte til et stort DS-investeringsprojekt, som består i etablering af et nyt anlæg til fremstilling af multikrystallinske siliciumwafer i Freiberg-Ost. Det nye produktionsanlæg skal have en nominel kapacitet pr. år på 500 Megawatt Peak (MWp) ⁽⁵⁾.
- (13) Projektet blev påbegyndt den 18. december 2007. Investeringsprojektet skal efter planen afsluttes i 2010 og den fulde produktionskapacitet nås ved udgangen af 2010.
- (14) Ifølge oplysninger fra DS vil der på grundlag af projektet blive skabt mindst 130 direkte og lige så mange indirekte

arbejdspladser i regionen, der er præget af høj arbejdsløshed.

2.3.2. Tidligere projekter (Freiberg-Süd)

- (15) På anmeldelsestidspunktet underrettede Tyskland Kommissionen om en planlagt støtte til en anden DS-investering (projekt P3 i Freiberg-Süd), som skulle påbegyndes på næsten samme tid som det anmeldte projekt (den 1. september 2007) og vedrørte udbygning af et eksisterende anlæg til fremstilling af siliciumwafer fra 350 til 500 MWp. De støtteberettigede omkostninger ved projektet beløber sig nominelt til 49 mio. EUR. Tyskland havde planer om at yde regionalstøtte på nominelt 14 mio. EUR til denne investering. Støtten til dette projekt blev imidlertid tilbagekaldt, og Tyskland underrettede efter indledningen af den formelle undersøgelsesprocedure Kommissionen om, at der ikke var blevet udbetalt og heller ikke i fremtiden ville blive ydet støtte til dette projekt.
- (16) Efter indledningen af den formelle undersøgelsesprocedure underrettede Tyskland Kommissionen om støtte, der inden det nævnte projekt P3 var blevet ydet til et DS-investeringsprojekt, som ligeledes var blevet påbegyndt inden for en periode på tre år (den 1. juni 2006) fra indledningen af det anmeldte investeringsprojekt i Freiberg-Ost. Dette projekt P2 vedrører en tidligere udbygning af det eksisterende anlæg til fremstilling af siliciumwafer (fra 270 til 350 MWp). Støtten beløb sig nominelt til 16 905 000 EUR med støtteberettigede omkostninger på nominelt 49 995 991 EUR. Støtten blev ydet i 2006 på grundlag af eksisterende støtteordninger ⁽⁶⁾.

2.4. Retsgrundlag

- (17) Støtten til fordel for det anmeldte projekt Freiberg-Ost skal efter planen ydes på grundlag af eksisterende støtteordninger i form af et direkte tilskud og en investeringspræmie.
- (18) Det direkte tilskud vil være baseret på 36. rammeplan i forbundsstatens og delstaternes fælles ordning til forbedring af de regionale økonomiske strukturer (Gemeinschaftsaufgabe — Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur) ⁽⁷⁾ (i det følgende »GA«).

⁽⁴⁾ SW-koncernen er hverken aktiv inden for produktion eller salg af solanlæg. Den har imidlertid en kapitalandel på 29 % i Solarparc AG, hvis hovedvirksomhed er fremstilling og etablering af solanlæg. Da dette kun er en minoritetsinteresse, blev Solarparc AG ikke taget i betragtning i markedsvurderingen i forbindelse med den foreliggende støttesag.

⁽⁵⁾ 1 Megawatt peak (MWp) svarer til 1 000 000 Watt peak (Wp). Watt peak er en enhed for måling af solcellers og solcellemodulers kapacitet (nominel effekt). Denne måleenhed er den standard, der anvendes i solcelleindustrien til at måle solcellemodulers tekniske kapacitet, og udtrykker den nominelle effekt af modulet under standardtestbetingelser.

⁽⁶⁾ Kommissionens beslutning af 1.10.2003 i støttesag N 642/02 — Forlængelse af forbundsstatens og delstaternes fælles regionalstøtteprogram, »Gemeinschaftsaufgabe« (EUT C 284 af 27.11.2003, s. 5) og Kommissionens beslutning af 19.1.2005 i støttesag N 142a/04 — Lov af 2005 om investeringspræmier — standardregler (EUT C 235 af 23.9.2005, s. 4) samt den fritagne støtteordning XR 6/2007 — Investitionszulagengesetz 2007 (EUT C 41 af 24.2.2007, s. 9).

⁽⁷⁾ I overensstemmelse med artikel 8 i Kommissionens forordning (EF) nr. 1628/2006 af 24.10.2006 om anvendelse af traktatens artikel 87 og 88 på medlemsstaternes regionale investeringsstøtte (gruppiefritagelsesforordning for regionalstøtte (EUT L 302 af 1.11.2006, s. 29) har Tyskland forelagt Kommissionen kortfattede oplysninger om støtten, som blev registreret under nummer XR 31/2007 (EUT C 102 af 5.5.2007, s. 11).

- (19) Investeringspræmien ydes på grundlag af »lov af 2007 om investeringspræmier« (Investitionszulagen-gesetz 2007) ⁽⁸⁾ og i givet fald den efterfølgende ordning »lov af 2010 om investeringspræmier« (Investitionszulagen-gesetz 2010) ⁽⁹⁾ (i det følgende »InvZulG«).

2.5. Investeringsomkostninger

- (20) De støtteberettigede investeringsomkostninger i forbindelse med det anmeldte projekt Freiberg-Ost beløber sig nominelt til i alt 350 000 000 EUR. De støtteberettigede omkostninger fordeler sig på følgende måde på de enkelte år:

(EUR)

	2008	2009	2010	I alt
Støtteberettigede omkostninger	136 000 000	164 000 000	50 000 000	350 000 000

2.6. Finansiering af projektet

- (21) DS vil finansiere det anmeldte projekt Freiberg-Ost ved hjælp af egne midler og (bank-)lån foruden den ansøgte støtte. De pågældende nominelle beløb pr. kilde fordeler sig på følgende måde:

(EUR)

Kilde	Beløb
Egne midler	[...] ^(*)
GA-tilskud og investeringspræmie	45 395 000
Banklån (ikke dækket af en offentlig garanti)	(...)
I alt	350 000 000

^(*) Underlagt tavshedspligt.

2.7. Gældende maksimal støtteintensitet

- (22) Freiberg (delstaten Sachsen) er et støtteberettiget område i henhold til EUF-traktatens artikel 107, stk. 3, litra a), med en maksimal støtteintensitet på 30 % bruttosubventionsækvivalent (BSÆ) for store virksomheder i henhold til retningslinjerne for regionalstøtte og det regionalstøttekort for Tyskland ⁽¹⁰⁾, som var gældende på anmeldelsestidspunktet.

2.8. Støttebeløb og støtteintensitet

- (23) Støttemodtageren ansøgte om støtten til det anmeldte projekt den 17. august 2007. Ved brev af 22. august 2007 underrettede Tyskland støttemodtageren om, at projektet var støtteberettiget. Tyskland gav tilsagn om, at støtten ikke vil blive ydet inden Kommissionens godkendelse, og at det godkendte maksimale støttebeløb ikke vil blive overskredet.
- (24) Tyskland havde til DS-investeringsprojektet i Freiberg-Ost oprindeligt anmeldt regionalstøtte på nominelt 48 mio. EUR. Kommissionen indledte imidlertid den formelle undersøgelsesprocedure vedrørende støtten, da den nærede tvivl om, hvorvidt det anmeldte projekt kan betragtes som et enkelt investeringsprojekt i betragtning af det tidligere støttede projekt i Freiberg-Süd (punkt 60 i retningslinjerne for regionalstøtte), og fordi den frygtede, at den anmeldte støtteintensitet således ville overskride den tilladte maksimale intensitet (med anvendelse af justeringsmekanismen i punkt 67 i retningslinjerne for regionalstøtte).

⁽⁸⁾ I overensstemmelse med artikel 8 i forordning (EF) nr. 1628/2006 har Tyskland forelagt Kommissionen kortfattede oplysninger om støtten, som blev registreret under nummer XR 6/2007 (EUT C 41 af 24.2.2007, s. 9).

⁽⁹⁾ I overensstemmelse med artikel 9 i Kommissionens forordning (EF) nr. 800/2008 af 6. august 2008 om visse former for støttes forenelighed med fællesmarkedet i henhold til traktatens artikel 87 og 88 (Generel gruppefritagelsesforordning (EUT L 214 af 9.8.2008, s. 3) har Tyskland sendt Kommissionen kortfattede oplysninger om støtteforanstaltningen, som blev registreret under nummer X 167/2008 (EUT C 280 af 20.11.2009, s. 5).

⁽¹⁰⁾ Kommissionens beslutning af 8.11.2006 i støttesag N 459/06 — Regionalstøttekort for Tyskland — 2007-2013 (EUT C 295 af 5.12.2006, s. 6).

- (25) Efter indledningen af den formelle undersøgelsesprocedure underrettede Tyskland Kommissionen om, at støtten til projekt P3 i Freiberg-Süd var tilbagekaldt. Tyskland nedsatte desuden den anmeldte støtte til DS-projektet i Freiberg-Ost til 40 364 760 EUR (tilbagediskonteret værdi ⁽¹¹⁾), svarende til en støtteintensitet på 12,97 % BS.Æ, for indtægterne af et scenario med »et enkelt investeringsprojekt« at begrænse den samlede støtte, der var ydet til de samlede støtteberettigede omkostninger (tilbagediskonteret værdi på 402 865 942 EUR) ved det anmeldte projekt og de tidligere projekter P2 og P3, der var gennemført inden for tre år, til den tilladte maksimale støtteintensitet (tilbagediskonteret værdi på 55 749 652 EUR — 14,06 % BS.Æ).

2.9. Generelle tilsagn

- (26) Tyskland har forpligtet sig til at forelægge Kommissionen:
- en kopi af den underskrevne støttekontrakt mellem den støtteydende myndighed og modtageren senest to måneder efter ydelsen af støtten
 - en statusrapport (herunder oplysninger om de udbetalte beløb, om gennemførelsen af støttekontrakten og om andre investeringsprojekter, der igangsættes på samme anlæg/fabrik) hvert femte år efter Kommissionens godkendelse af støtten
 - en detaljeret endelig rapport senest seks måneder efter betalingen af den sidste støttetranche, baseret på den anmeldte betalingsplan.

3. BEGRUNDELSE FOR INDLEDNING AF DEN FORMELLE UNDERSØGELSESPROCEDURE

- (27) I beslutningen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure i den foreliggende sag udtrykte Kommissionen tvivl om, hvorvidt støtten var forenelig med det indre marked på grundlag af EUF-traktatens artikel 107, stk. 3, litra a), og retningslinjerne for regionalstøtte.
- (28) For at forhindre, at et stort investeringsprojekt kunstigt opdeles i delprojekter for ikke at blive omfattet af bestemmelserne i retningslinjerne for regionalstøtte, vil et investeringsprojekt i henhold til punkt 60 i retningslinjerne for regionalstøtte blive betragtet som »et enkelt investeringsprojekt«, når initialinvesteringen, som foretages af en eller flere virksomheder i en periode på tre år, består af aktiver kombineret på en økonomisk udelelig måde.
- (29) Ifølge fodnote 55 i retningslinjerne for regionalstøtte vil Kommissionen for at vurdere, om en initialinvestering er økonomisk udelelig, tage hensyn til de tekniske, funktionelle og strategiske forbindelser og den umiddelbare geografiske placering.

⁽¹¹⁾ Tilbagediskontering til det år, hvor den første støtte blev ydet til projekt P2 (12.9.2006), på grundlag af den diskonteringsrate (4,36 %), der var gældende på denne dag.

- (30) Såfremt det anmeldte projekt udgør et enkelt investeringsprojekt sammen med projekt P3 Freiberg-Süd, finder justeringsmekanismen i punkt 67 i retningslinjerne for regionalstøtte anvendelse på de samlede støtteberettigede omkostninger ved de to projekter. Den anmeldte støtte og den støtte, der var ydet til projekt P3, vil til sammen overskride den tilladte maksimale intensitet i dette tilfælde, og det overskydende beløb vil ikke være foreneligt med EUF-traktatens artikel 107, stk. 3, litra a).
- (31) I beslutningen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure bemærkede Kommissionen, at den korte afstand på kun 5 km mellem det anmeldte projekt (Freiberg-Ost) og det tidligere projekt P3 (Freiberg-Süd) kan betragtes som en umiddelbar geografisk placering. Kommissionen bemærkede endvidere, at der var visse funktionelle og tekniske forbindelser samt stærke strategiske forbindelser mellem de to investeringer. På dette grundlag nærede Kommissionen tvivl med hensyn til Tysklands standpunkt om, at det anmeldte projekt (som omhandlet i punkt 60 og fodnote 55 i retningslinjerne for regionalstøtte) ikke udgør et enkelt investeringsprojekt sammen med projekt P3 i Freiberg-Süd, og opfordrede interesserede parter til at kommentere udeleligheden af DS' to investeringsprojekter i Freiberg.
- (32) I beslutningen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure undersøgte Kommissionen også foreneligheden med de generelle bestemmelser i retningslinjerne for regionalstøtte og de særlige bestemmelser for store investeringsprojekter i henhold til punkt 68, litra a) og b), i retningslinjerne for regionalstøtte og konkluderede, at den anmeldte foranstaltning er forenelig med disse.

4. BEMÆRKNINGER FRA INTERESSEREDE PARTER

- (33) Kommissionen modtog ingen bemærkninger fra andre interesserede parter.

5. BEMÆRKNINGER FRA TYSKLAND

5.1. Tysklands oprindelige bemærkninger

- (34) I de bemærkninger, som oprindeligt blev fremsendt til Kommissionen (den 31. oktober 2008 og 2. december 2008), var Tyskland af den opfattelse, at de kriterier, der er nævnt i punkt 60 og fodnote 55 i retningslinjerne for regionalstøtte (geografisk placering, tekniske, funktionelle og strategiske forbindelser), ikke er egnede til at fastslå, om to investeringsprojekter kan betragtes som »økonomisk udelelige«, da disse faktorer ikke gør det muligt at fastslå de omstændigheder, hvorunder et projekt kan betragtes som økonomisk hensigtsmæssigt uden det andet projekt. Tyskland anførte endvidere, at fortolkningen af det juridiske begreb »økonomisk udelelighed« er det eneste afgørende kriterium ved afgørelsen af, om et projekt er økonomisk gennemførligt uden det andet.

- (35) Tyskland var endvidere af den opfattelse, at Kommissionens argument om, at der er funktionelle og tekniske forbindelser mellem projekterne i Freiberg-Ost og -Süd, ikke er tilstrækkeligt til at fastslå, at de er økonomisk udelelige. Tyskland konkluderede, at Kommissionens begrundelse for at indlede den formelle undersøgelsesprocedure derfor beror på en fejlanvendelse af den skønsmæssige, som Kommissionen har i henhold til EUF-traktatens artikel 107, stk. 3, hvilket er resulteret i en urimelig beslutning til skade for støttemodtageren.
- (36) Tyskland bemærkede desuden, at anvendelsen af kriteriet »geografisk placering« er uhensigtsmæssig til at modvirke gentagen støtte, da fodnote 55 i retningslinjerne for regionalstøtte ikke i alle sprogversioner indeholder kravet om, at produktionsanlæggene skal have en »umiddelbar« geografisk placering (den franske version indeholder således ikke »umiddelbar«, men kun »geografisk placering«). Tyskland gjorde gældende, at kriterierne i fodnote 55 derfor ikke udgør en fælles retlig ramme til regulering af støttespiraler.
- (37) I betragtning af disse bemærkninger konkluderede Tyskland, at DS-projekterne i Freiberg-Süd og -Ost ikke skal betragtes som økonomisk udelelige og derfor ikke som et enkelt investeringsprojekt som omhandlet i punkt 60 og fodnote 55 i retningslinjerne for regionalstøtte. Ifølge Tyskland skal den anmeldte støtte til Freiberg-Ost derfor ikke nedsættes til de samlede investeringsomkostninger i forbindelse med DS-projekterne i Freiberg-Süd og -Ost på grundlag af justeringsmekanismen.
- (38) Sammen med de oprindelige bemærkninger fremsendte Tyskland også ajourførte oplysninger vedrørende det investeringsprojekt, som DS har gennemført i Freiberg-Süd og -Ost efter indledningen af det anmeldte projekt: Inden projekt P3 (udvidelse af produktionskapaciteten inden for siliciumwafere fra 350 til 500 MWp) i Freiberg-Süd var der på samme produktionsanlæg gennemført et andet projekt — P2 — (forudgående udvidelse af produktionskapaciteten inden for siliciumwafere fra 270 til 350 MWp). Til dette projekt P2 blev der ligeledes ydet støtte (på grundlag af eksisterende støtteordninger). Endvidere meddelte Tyskland, at den planlagte støtte til projekt P3 kun blev ydet i form af en investeringspræmie (på grundlag af InvZulG).

5.2. Andre ajourførte oplysninger, der er fremsendt til Kommissionen – ændring af den oprindelige anmeldelse

- (39) I forlængelse af sine oprindelige bemærkninger fremsendte Tyskland på forskellige tidspunkter ajourførte oplysninger vedrørende de investeringsprojekter, der blev gennemført eller skal gennemføres af den støttemodtagende koncern i Freiberg-Süd inden for tre år efter indledningen af det anmeldte investeringsprojekt.
- (40) Den endelige situation er gengivet i nedenstående tabel:

	Freiberg-Süd (P2 — P3)	Freiberg-Ost	Freiberg-Saxonia
Status	Tidligere projekter P2 og P3, ikke anmeldelsespligtige	Anmeldt projekt	Fremtidige projekter
Produkt	Siliciumwafere	Siliciumwafere	Solcellemoduler
Produktionskapacitet (i MWp)	mellem 270 og 350 (P2) mellem 350 og 500 (P3)	500	300
Indledning af projektet	1.6.2006 (P2) 1.9.2007 (P3)	18.12.2007	Sommer/efterår 2010
Støtteberettigede omkostninger (nominelt beløb, EUR)	49 995 991 (P2) 49 000 000 (P3)	350 000 000	72 500 000
Støttebeløb (nominelt beløb, EUR)	16 905 000 (P2) 0 (*) (P3)	45 395 000 (**)	?

(*) Tyskland har tilbagekaldt den oprindeligt planlagte støtte til P3 på 14 mio. EUR.

(**) Tyskland har nedsat støtten til det anmeldte projekt i Freiberg-Ost.

- (41) De vigtigste ændringer af den oprindelige anmeldelse vedrører tilbagekaldelsen af den samlede støtte, der var ydet til projekt P3 i Freiberg-Süd, og nedsættelsen af den støtte, der var ydet til det anmeldte projekt i Freiberg-Ost. Tyskland har desuden forsikret, at der ikke er eller vil blive udbetalt støtte til projekt P3.
- (42) Tyskland har under den formelle undersøgelsesprocedure underrettet Kommissionen om, at selv om Tyskland ikke udtrykkeligt har godkendt, at det anmeldte projekt i Freiberg-Ost sammen med projektet i Freiberg-Süd udgør et enkelt investeringsprojekt som omhandlet i punkt 60 og fodnote 55 i retningslinjerne for regionalstøtte, vil man nedsætte den samlede støtte til de samlede støtteberettigede omkostninger (tilbagediskonteret værdi på 402 865 942 EUR) i forbindelse med de tre projekter (P2, P3 og det anmeldte projekt) til den tilladte maksimale støtteintensitet (tilbagediskonteret værdi på 55 749 652 EUR – 14,06 % BSÆ), der vil fremkomme i et scenario med »et enkelt investeringsprojekt«.
- (43) Derudover vedlagde Tyskland oplysninger vedrørende et fremtidigt stort investeringsprojekt (SF III), som SW-koncernen vil gennemføre i Freiberg-Saxonia (etablering af et nyt anlæg til produktion af solcellemoduler), og som efter planen skal påbegyndes inden for tre år efter indledningen af det anmeldte projekt, og meddelte, at man agtede at yde støtte til dette projekt. Tyskland gav tilsagn om at anmelde støtten til projekt SF III individuelt og gøre det afhængigt af Kommissionens godkendelse.

6. VURDERING AF STØTTEN

6.1. Statsstøtte i henhold til EUF-traktatens artikel 107, stk. 1

- (44) I beslutningen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure konkluderede Kommissionen, at den finansielle støtte, som de tyske myndigheder skulle yde til DS på grundlag af de eksisterende regionalstøtteordninger (GA- og investeringspræmieordningen) udgør statsstøtte i henhold til EUF-traktatens artikel 107, stk. 1. Tyskland har ikke bestridt denne konklusion.

6.2. Anmeldelseskrav, støttens lovlighed og gældende lovgivning

- (45) Ved at anmelde den planlagte støtteforanstaltning den 28. marts 2008 inden gennemførelsen heraf overholdt Tyskland sine forpligtelser i henhold til EUF-traktatens artikel 108, stk. 3, samt kravet om individuel anmeldelse i artikel 7, litra e), i Kommissionens forordning (EF) nr. 1628/2006 af 24. oktober 2006 om anvendelse af traktatens artikel 87 og 88 på medlemsstaternes regionale investeringsstøtte (gruppefritagelsesforordning for regionalstøtte).
- (46) Efter at det blev konstateret, at den anmeldte foranstaltning udgør statsstøtte som omhandlet i EUF-traktatens artikel 107, stk. 1, skal det undersøges, om denne foranstaltning kan betragtes som forenelig med det indre marked. Da foranstaltningen vedrører regional investeringsstøtte, blev den undersøgt af Kommissionen på

grundlag af retningslinjerne for regionalstøtte (navnlig afsnit 4.3 om store investeringsprojekter).

6.3. Støttens forenelighed med de generelle bestemmelser i retningslinjerne for regionalstøtte

- (47) I beslutningen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure anførte Kommissionen, at den anmeldte støtte principielt skal ydes på grundlag af og i overensstemmelse med gruppefritagne støtteordninger, som er forenelige med de generelle bestemmelser i retningslinjerne for regionalstøtte.
- (48) Projektet vedrører desuden en initialinvestering som omhandlet i retningslinjerne for regionalstøtte, da det vedrører etablering af et nyt produktionsanlæg. De støtteberettigede investeringsomkostninger blev fastsat i overensstemmelse med retningslinjerne for regionalstøtte, og kumuleringsreglerne overholdes.
- (49) Endvidere ansøgte støttemodtageren om støtte, og Tyskland bekræftede skriftligt — inden DS påbegyndte arbejdet — at projektet er støtteberettiget, og gav tilsagn om at yde støtten under forudsætning af Kommissionens godkendelse.
- (50) Virksomheden er forpligtet til at opretholde investeringen i regionen i mindst fem år efter afslutningen af projektet.
- (51) DS yder et finansielt bidrag på mindst 25 % af de støtteberettigede omkostninger i en form, der ikke omfatter støtte.

6.4. Forenelighed med bestemmelserne om støtte til store investeringsprojekter

6.4.1. Et enkelt investeringsprojekt og maksimal støtteintensitet

- (52) For at forhindre, at et stort investeringsprojekt kunstigt opdeles i delprojekter for ikke at blive omfattet af bestemmelserne i retningslinjerne for regionalstøtte, vil et investeringsprojekt i henhold til punkt 60 i retningslinjerne for regionalstøtte blive betragtet som »et enkelt investeringsprojekt«, når initialinvesteringen, som foretages af en eller flere virksomheder i en periode på tre år, består af aktiver kombineret på en økonomisk udelelig måde.
- (53) Medlemsstaterne kunne være tilbøjelige til at anmelde flere særskilte projekter i stedet for et enkelt fælles investeringsprojekt for herved at opnå en højere maksimal støtteintensitet efter anvendelsen af justeringsmekanismen (punkt 67 i retningslinjerne for regionalstøtte) ⁽¹²⁾.

⁽¹²⁾ Såfremt et projekt til over 100 mio. EUR opdeles i to projekter, kan medlemsstaten i hvert enkelt tilfælde anvende det fulde regionale støtteloft (ingen nedjustering af det gældende regionale støtteloft nødvendig) på de første 50 mio. EUR af projektomkostningerne (dvs. i alt to gange) og i hvert enkelt tilfælde (dvs. i alt to gange) halvdelen af dette loft på de næste 50 mio. EUR. For alle støtteberettigede omkostninger, der overstiger loftet på 100 mio. EUR, reduceres det regionale støtteloft til en tredjedel (34 %).

- (54) I den foreliggende sag indledte Kommissionen den formelle undersøgelsesprocedure, da den nærede tvivl om, hvorvidt den anmeldte støtte kunne overskride den tilladte maksimale intensitet, hvis projektet udgør et enkelt investeringsprojekt sammen med et tidligere støttet projekt (P3) i Freiberg-Süd. Projekt P3 er efterfølgerprojekt til projekt P2 (begge projekter, som vedrører en gradvis udvidelse af produktionskapaciteten på et eksisterende anlæg til fremstilling af siliciumwafere fra 270 til 350 MW og derpå fra 350 til 500 MW), hvilket er et klassisk eksempel på et scenario med »et enkelt investeringsprojekt«. Investeringerne foretages således inden for tre år med en umiddelbar geografisk placering (på det samme integrerede produktionsanlæg, som SW-koncernen har i Freiberg-Süd) og udviser klare tekniske (de samme produkter og produktionsteknologier), funktionelle (de samme råstoffer, fælles leverandører/kunder, fælles tjenesteydelser) og strategiske (integreret strategi til kapacitetsforøgelse, der er orienteret mod det samme marked) forbindelser.
- (55) Tyskland tilbagekaldte hele støtten til projekt P3 og ændrede anmeldelsen, således at støtteintensiteten til det anmeldte projekt blev nedsat for at begrænse den samlede støtte til de samlede støtteberettigede omkostninger ved det anmeldte projekt i Freiberg-Ost og de to tidligere projekter (P2 og P3) i Freiberg-Süd til den tilladte maksimale intensitet for et scenario med »et enkelt investeringsprojekt« (hvorved alle projekter, der er påbegyndt inden for tre år, omfattes). Kommissionen behøver derfor ikke at undersøge sagen yderligere og afgøre, om det anmeldte projekt udgør et enkelt investeringsprojekt sammen med disse tidligere projekter.
- (56) Tyskland erklærede sig indforstået med at tage højde for projekt P3 og P2 ved beregningen af den maksimale støtteintensitet, således at beregningen sker som i forbindelse med »et enkelt investeringsprojekt«, der består af det anmeldte projekt og de to tidligere projekter.
- (57) I overensstemmelse med punkt 41 i retningslinjerne for regionalstøtte blev de støtteberettigede omkostninger tilbagediskonteret til det år, hvor den første støtte blev ydet til projekt P2 (12. september 2006), på grundlag af den diskonteringssats (4,36 %), der var gældende på denne dag: De samlede omkostninger beløber sig til 402 865 942 EUR (tilbagediskonteret værdi). Den tilladte maksimale støtteintensitet (tilbagediskonteret værdi) beløber sig i dette tilfælde til EUR 55 749 652 ⁽¹³⁾, svarende til en støtteintensitet på 14,06 % BS/Æ for et enkelt investeringsprojekt.
- (58) Da der allerede er ydet 15 384 891 EUR (tilbagediskonteret værdi) (til P2), vil den tilladte maksimale støtteintensitet med hensyn til det anmeldte projekt beløbe sig til 40 364 760 EUR (tilbagediskonteret værdi), svarende til en støtteintensitet på 12,97 % BS/Æ. Da Tyskland har givet tilsagn om at overholde denne tilladte maksimale intensitet, kan det konkluderes, at justeringsreglerne i punkt 67 i retningslinjerne for regionalstøtte endog overholdes i det tilfælde, at det anmeldte projekt udgør et enkelt investeringsprojekt sammen med de tidligere projekter, der er støttet inden for tre år.
- (59) Da Tyskland har givet tilsagn om at anmelde støtten til det ovennævnte fremtidige projekt SF III i Freiberg-Saxonia individuelt og gøre det afhængigt af Kommissionens godkendelse, behøver Kommissionen ikke at fastslå i den foreliggende afgørelse, om det anmeldte projekt udgør et enkelt investeringsprojekt sammen med det fremtidige projekt SF III.
- 6.4.2. Forenelighed med punkt 68 i retningslinjerne for regionalstøtte
- (60) Kommissionens beslutning om at tillade regionalstøtte til store investeringsprojekter i henhold til punkt 68 i retningslinjerne for regionalstøtte afhænger af støttemodtagerens markedsandele før og efter investeringen og den kapacitet, der skabes ved hjælp af investeringen. For at udføre de relevante test i henhold til punkt 68, litra a) og b), i retningslinjerne for regionalstøtte skal Kommissionen definere det relevante produktmarked og geografiske marked.
- (61) I beslutningen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure fastslog Kommissionen, at det produkt, som det anmeldte investeringsprojekt vedrører, er multikrystallinske siliciumwafere.
- (62) Da Kommissionen ikke kunne udelukke, at de siliciumwafere, der produceres i Freiberg-Ost, ikke i det mindste til dels anvendes internt af den støttemodtagende koncern til den videre forarbejdning til solceller eller solcellemoduler, var Kommissionen i beslutningen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure i overensstemmelse med punkt 69 i retningslinjerne for regionalstøtte (hvorefter det pågældende produkt også kan omfatte produkter fremstillet i efterfølgende produktionsled, såfremt projektet vedrører et mellemprodukt, og en betydelig del af produktionen ikke sælges på markedet) af den opfattelse, at det produkt, som det anmeldte investeringsprojekt vedrører, ikke kun er siliciumwafere, men også solceller og solcellemoduler. I forbindelse med vurderingen på grundlag af punkt 68, litra a), i retningslinjerne for regionalstøtte fastsatte Kommissionen endvidere markederne for siliciumwafere, solceller og solcellemoduler som relevant produktmarked og verdensmarkedet som relevant geografisk marked.

⁽¹³⁾ Med anvendelse af et regionalt støtteloft på 35 % BS/Æ med hensyn til de støtteberettigede omkostninger i forbindelse med P2 (på grundlag af det regionalstøttekort for Tyskland, der var gældende på det tidspunkt, hvor støtten til dette projekt blev ydet — Kommissionens beslutning af 2.4.2003 i støttesag N 641/02 — Regionalstøttekort for Tyskland 2004-2006 (EUT C 186 af 6.8.2003, s. 18) og på 30 % BS/Æ med hensyn til P3 og det anmeldte projekt, da standardstøtteloftet blev nedsat i det nye regionalstøttekort for Tyskland, der har været gældende siden 2007.

(63) I beslutningen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure beregnede Kommissionen den støttemodtagende koncerns markedsandele på alle relevante markeder i perioden før og efter investeringen (2006-2011), idet den tog højde for det værst tænkelige tilfælde, at markedet ikke kan vokse efter 2010 (da den tilgængelige uafhængige undersøgelse ikke indeholdt nogen prognose for årene efter 2010). Da alle markedsandele ifølge disse beregninger før investeringen lå under 20 % og efter investeringen under 15 %, konstaterede Kommissionen, at markedsandelen ikke vil overskride 25 %, og konkluderede, at den anmeldte støtte er i overensstemmelse med punkt 68, litra a), i retningslinjerne for regionalstøtte.

(64) Da den gennemsnitlige årlige vækst i det beregnede forbrug af solcelleprodukter i EØS i årene 2001-2006 (35 %) lå markant højere end den gennemsnitlige BNP-vækstrate i EØS for samme år (1,97 %), konkluderede Kommissionen ligeledes i beslutningen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, at der ikke hersker tvivl om, at den gennemsnitlige årlige vækst i det beregnede forbrug også vil ligge markant over 1,97 %, selv om der ikke foreligger tal for EØS for disse mellemprodukter. Kommissionen konkluderede derfor, at den anmeldte støtte er i overensstemmelse med punkt 68, litra b), i retningslinjerne for regionalstøtte.

(65) Under den formelle undersøgelsesprocedure var der intet, der rejste tvivl om konklusionerne i punkt 60-64 med hensyn til støttens forenelighed med punkt 68 i retningslinjerne for regionalstøtte. Endvidere viste den analyse, der var foretaget i beslutningen om at indlede proceduren, at de andele på alle relevante markeder, der kan forventes for SW-koncernen i 2011, vil ligge under 15 %, og at der derfor ikke er nogen risiko for, at der ved en nyberegning på grundlag af nyere undersøgelser vil fremkomme markedsandele på over 25 %.

(66) Kommissionen bekræfter derfor konklusionerne i beslutningen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure om, at den anmeldte støtte er forenelig med punkt 68 i retningslinjerne for regionalstøtte.

6.5. Konklusioner

(67) På grundlag af denne vurdering konkluderer Kommissionen, at den anmeldte støtteforanstaltning er i overensstemmelse med retningslinjerne for regionalstøtte og det regionalstøttekort for Tyskland, som var gældende på anmeldelsestidspunktet —

VEDTAGET DENNE AFGØRELSE:

Artikel 1

(1) Den støtte, som Forbundsrepublikken Tyskland påtænker at yde til Deutsche Solar AG, og som beløber sig til 40 364 760 EUR (tilbagediskonteret værdi), svarende til en støtteintensitet på 12,97 % BSÆ, er forenelig med det indre marked som omhandlet i artikel 107, stk. 3, litra a), i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde.

(2) Gennemførelsen af støtteforanstaltningen på 40 364 760 EUR (tilbagediskonteret værdi), svarende til en støtteintensitet på 12,97 % BSÅ, godkendes.

Artikel 2

Denne afgørelse er rettet til Forbundsrepublikken Tyskland.

Udfærdiget i Bruxelles, den 6. juli 2010.

På Kommissionens vegne

Joaquín ALMUNIA

Næstformand

IV

(Retsakter vedtaget inden den 1. december 2009 i henhold til EF-traktaten, EU-traktaten og Euratomtraktaten)

KOMMISSIONENS BESLUTNING

af 28. oktober 2009

om skattemæssig afskrivning af finansiel goodwill i forbindelse med erhvervelse af kapitalandele i udenlandske virksomheder — C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) — som Spanien har gennemført

(meddelt under nummer K(2009) 8107)

(Kun den spanske udgave er autentisk)

(EØS-relevant tekst)

(2011/5/EF)

EUROPA-KOMMISSIONEN HAR —

under henvisning til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, særlig artikel 88, stk. 2, første afsnit,

under henvisning til aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, særlig artikel 62, stk. 1, litra a),

efter at have opfordret de interesserede parter til at fremsætte deres bemærkninger ⁽¹⁾ i overensstemmelse med disse artikler, under hensyntagen til disse bemærkninger, og

ud fra følgende betragtninger:

I. SAGSFORLØB

- (1) Ved skriftlige forespørgsler (nr. E-4431/05, E-4772/05 og E-5800/06) til Kommissionen gjorde flere medlemmer af Europa-Parlamentet opmærksom på, at Spanien havde indført en særlig ordning, der angiveligt udgjorde et uretfærdigt skatteincitament for spanske virksomheder, som erhvervede betydelige kapitalandele i udenlandske virksomheder i henhold til artikel 12, stk. 5, i den spanske lov om selskabsbeskatning (*Real Decreto Legislativo nº 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades*) ⁽²⁾ — kongeligt lovdekret nr. 4/2004 af 5. marts om vedtagelse af den omarbejdede lov om selskabsbeskatning — i det følgende benævnt »TRLIS«.
- (2) Ved skriftlig forespørgsel nr. P-5509/06 indgav medlem af Europa-Parlamentet, David Martin (PSE) en klage til Kommissionen som følge af et fjendtligt overtagelsestilbud — via køb af aktier i den britiske energiproduktions- og forsyningsvirksomhed ScottishPower — hidrørende fra den spanske energiproducent Iberdrola, som ifølge det nævnte parlamentsmedlem uretmæssigt havde nydt godt af statsstøtte i form af en skattefordel, der blev indrømmet i forbindelse med købet. Parlamentsmedlemmet anmodede Kommissionen om at undersøge alle konkurrenceproblemer i forbindelse med erhvervelsen, som blev anmeldt den 12. januar 2007 med henblik

på Kommissionens vurdering heraf, jf. artikel 4 i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser ⁽³⁾ (i det følgende »fusionsforordningen«) Kommissionen fastslog i sin beslutning af 26. marts 2007 (sag COMP/M.4517 — Iberdrola/Scottishpower, SG-Greffe (2007) D/201696) ⁽⁴⁾, at den ikke ville modsætte sig den anmeldte transaktion og erklærede den for at være forenelig med fællesmarkedet, jf. artikel 6, stk. 1, litra b), i fusionsforordningen.

- (3) Ved breve af 15. januar (D/50164) og 26. marts 2007 (D-51351) anmodede Kommissionen de spanske myndigheder om oplysninger til evaluering af anvendelsesområdet for og konsekvenserne af anvendelsen af artikel 12, stk. 5, i TRLIS for så vidt angår statsstøttekriterierne og foreneligheden med fællesmarkedet.
- (4) De spanske myndigheder besvarede de stillede spørgsmål ved breve af 16. februar (A/31454) og 4. juni 2007 (A/34596).
- (5) Kommissionen modtog ved fax af 28. august 2007 en anmeldelse fra en privat erhvervsdrivende, som hævdede, at den ordning, der var indført ved artikel 12, stk. 5, i TRLIS, udgjorde statsstøtte og var uforenelig med fællesmarkedet. Anmelderen ønskede at være anonym.
- (6) Ved beslutning af 10. oktober 2007 (i det følgende »beslutningen om at indlede proceduren«) indledte Kommissionen den formelle undersøgelsesprocedure, jf. traktatens artikel 88, stk. 2, for så vidt angår den skattemæssige afskrivning af finansiel goodwill, der er omhandlet i artikel 12, stk. 5, i TRLIS, da den forekom at opfylde alle betingelserne for at blive betragtet som statsstøtte, jf. traktatens artikel 87, stk. 1. Kommissionen meddelte Spanien, at den havde besluttet at indlede den procedure, der er fastsat i traktatens artikel 88, stk. 2. Beslutningen om at indlede proceduren blev offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* ⁽⁵⁾, og de berørte parter opfordret til at fremsætte deres bemærkninger.

⁽¹⁾ EUT C 311 af 21.12.2007, s. 21.

⁽²⁾ Offentliggjort i *Boletín Oficial del Estado* (Spaniens statstidende) af 11.3.2004.

⁽³⁾ EUT L 24 af 29.1.2004, s. 1.

⁽⁴⁾ Se http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m4517_20070326_20310_en.pdf.

⁽⁵⁾ Se fodnote 1.

- (7) Ved brev af 5. december 2007 modtog Kommissionen Spaniens bemærkninger til beslutningen om at indlede proceduren.
- (8) Mellem den 18. januar og den 16. juni 2008 modtog Kommissionen bemærkninger fra 32 interesserede parter om beslutningen om at indlede proceduren. De interesserede parter, der ikke ønskede at være anonyme, er opført i bilaget til denne beslutning.
- (9) Ved brev af 9. april (D/51431), 15. maj (D/51925) og 22. maj 2008 (D/52035) og 27. marts 2009 (D/51271) tilsendte Kommissionen de spanske myndigheder de nævnte bemærkninger med henblik på, at de kunne besvare dem. Ved brev af 30. juni 2008 (A/12911) og 22. april 2009 (A/9531) fremsatte de spanske myndigheder deres kommentarer til bemærkningerne fra de interesserede parter.
- (10) Den 18. februar 2008, den 12. maj og den 8. juni 2009 blev der holdt tekniske møder mellem de spanske myndigheder og repræsentanterne for Kommissionen for bl.a. at afklare visse aspekter i forbindelse med anvendelsen af den omhandlede ordning og fortolkningen af den spanske lovgivning, der var relevant i sagen.
- (11) Den 7. april 2008 blev der afholdt et møde mellem repræsentanter for Kommissionen og Banco de Santander SA. Den 16. april 2008 blev der afholdt et møde mellem repræsentanterne for Kommissionen og J & A Garrigues SL, et advokatfirma, som repræsenterer forskellige interesserede parter. Den 2. juli 2008 blev der afholdt et møde mellem repræsentanter for Kommissionen og Altadis S.A. Den 12. februar 2009 blev der afholdt et møde mellem repræsentanter for Kommissionen og Telefónica S.A.
- (12) Den 14. juli 2008 fremlagde de spanske myndigheder supplerende oplysninger om den anfægtede foranstaltning, navnlig oplysninger om beskattningen for 2006 omfattende en generel beskrivelse af de skatteydere, der var omfattet af den anfægtede foranstaltning (i det følgende »den anfægtede foranstaltning«).
- (13) Ved e-mail af 16. juni 2009 fremlagde de spanske myndigheder yderligere oplysninger og gjorde gældende, at de spanske virksomheder stadig står over for forskellige hindringer ved gennemførelse af grænseoverskridende fusioner i Fællesskabet.
- (14) Den anfægtede foranstaltning vedrører skattemæssig afskrivning af finansiel goodwill i forbindelse med erhvervelse af betydelige kapitalandele i en udenlandsk målvirksomhed.
- (15) Foranstaltningen er omhandlet i artikel 12, stk. 5, i TRLIS. Rent konkret blev der ved artikel 2, stk. 5, i *Ley (lov)* nr. 24/2001 af 27. december 2001 foretaget en ændring af den spanske selskabslov, *Ley del Impuesto sobre Sociedades* nr. 43/1995 af 27. december 1995, hvorved den nævnte artikel 12, stk. 5, blev tilføjet. *Real Decreto Legislativo* (kongeligt dekret) nr. 4/2004 af 5. marts 2004 konsoliderede de ændringer, der indtil da var blevet indført i den spanske lov om selskabsbeskatning, i en omarbejdet version.
- (16) Kommissionen er klar over, at den spanske lovgivning har udviklet sig, siden der blev truffet beslutning om at indlede undersøgelsen⁽⁶⁾. Den mener imidlertid ikke, at de seneste ændringer kan få indflydelse på den tvivl, der gives udtryk for i beslutningen om at indlede undersøgelsen. Af hensyn til sammenhængen henviser Kommissionen i nærværende beslutning til nummereringen i den spanske lovgivning, således som den er anvendt i beslutningen om at indlede undersøgelsen, selv om der i mellemtiden kan være foretaget ændringer. Er der tale om nye lovbestemmelser, angives dette.
- (17) Artikel 12, stk. 5, i TRLIS, der indgår i artikel 12, som har titlen »*Correcciones de valor: pérdida de valor de los elementos patrimoniales*« (værdikorrektioner: forringelse af aktivers værdi) trådte i kraft 1. januar 2002. Denne artikel fastsætter i hovedsagen, at en virksomhed, som er skattepligtig i Spanien, ved erhvervelse af en kapitalandel på mindst 5 % i en udenlandsk virksomhed er berettiget til skattefradrag for finansiel goodwill, fordelt på lige store årlige beløb i en periode på op til 20 år efter erhvervelsen.
- (18) Det fremgår, at goodwillen repræsenterer værdien af virksomhedens gode rygte, det gode forhold til kunderne, medarbejdernes kvalifikationer og andre tilsvarende faktorer, der giver forhåbning om, at de fremtidige indtægter vil kunne overstige de nuværende. I henhold til de spanske regnskabsprincipper⁽⁷⁾ betegnes den del af købsprisen for en virksomhed, der overstiger markedsværdien for virksomhedens aktiver, som goodwill og bør opføres som et særskilt immaterielt aktiv, når den erhvervende virksomhed overtager kontrollen med målvirksomheden⁽⁸⁾.
- (19) Ses der bort fra den anfægtede foranstaltning, kan goodwill i henhold til de spanske beskatningsprincipper kun afskrives, hvis der er tale om virksomhedssammenslutninger, der er resultatet af erhvervelse af aktiver i eller tilførsel af bidrag fra uafhængige virksomheder, eller efter en virksomhedsfusion eller virksomhedsopsplitning.

II. DETALJERET BESKRIVELSE AF FORANSTALTNINGEN

- (14) Den anfægtede foranstaltning vedrører skattemæssig afskrivning af finansiel goodwill i forbindelse med erhvervelse af betydelige kapitalandele i en udenlandsk målvirksomhed.

⁽⁶⁾ Lov nr. 4/2008 af 23. december 2008, hvorved der indførtes ændringer af forskellige bestemmelser i skattelovgivningen.

⁽⁷⁾ Se artikel 46 og 39 i *Código de Comercio* (handelsloven) af 1885.

⁽⁸⁾ Som følge af anvendelsen af lov nr. 16/2007 af 4. juli 2007, af reformer og tilpasning af handelslovgivningens regnskabsregler til international lovgivning på grundlag af EU-lovgivningen.

- (20) »Finansiel goodwill« svarer efter de spanske skatteregler til den goodwill, der ville have været opført, hvis den virksomhed, der ejer kapitalandelen, og målvirksomheden var fusioneret. Med finansiel goodwill som omhandlet i artikel 12, stk. 5, i TRLIS indføres der således i forbindelse med erhvervelse af kapitalandele et begreb, der normalt anvendes ved overdragelse af aktiver eller ved virksomhedssammenslutninger. Ifølge artikel 12, stk. 5, i TRLIS bestemmes den finansielle goodwill ved at trække markedsværdien for målvirksomhedens materielle og immaterielle aktiver fra den pris, der er betalt for erhvervelse af kapitalandelen.
- (21) Ifølge artikel 12, stk. 5, i TRLIS skal nedenstående krav være opfyldt, for at den finansielle goodwill kan afskrives, jf. artikel 21 i TRLIS:
- a) den direkte eller indirekte kapitalandel i den udenlandske virksomhed skal i en uafbrudt periode på mindst et år være på mindst 5 % ⁽⁹⁾
 - b) den udenlandske virksomhed skal være underlagt en beskatning svarende til den, der er gældende i Spanien. Denne betingelse anses for at være opfyldt, hvis målvirksomheden er hjemmehørende i et land, med hvilket Spanien har undertegnet en aftale om dobbeltbeskatning og forebyggelse af skatteunddragelse ⁽¹⁰⁾
 - c) den udenlandske virksomheds indtægter skal hovedsageligt hidrøre fra erhvervsaktiviteter i udlandet. Denne betingelse er opfyldt, når mindst 85 % af målvirksomhedens indtægter:
 - i) ikke indgår i beskatningsgrundlaget i henhold til den spanske ordning vedrørende international gennemsigtighed i forbindelse med beskatning og er opført som indtægter hidrørende fra Spanien ⁽¹¹⁾. Disse krav anses for at være opfyldt af indtægter hidrørende fra følgende aktiviteter:
 - engroshandel, når varerne stilles til rådighed for køberne i det land eller på det område, hvor målvirksomheden er hjemmehørende eller ethvert andet land eller område end Spanien
 - tjenester ydet til personer, der ikke er skattepligtige i Spanien
 - finansielle tjenester ydet til personer, der ikke er skattepligtige i Spanien
 - forsikringstjenesteydelser vedrørende risici uden for Spanien.
 - ii) når der er tale om dividender, som opfylder betingelserne med hensyn til arten af indtægterne fra den kapitalandel, der er omhandlet i artikel 21, stk. 1, litra a), og den spanske virksomheds direkte og indirekte kapitalandel (artikel 21, stk. 1, litra c), nr. 2, i TRLIS) ⁽¹²⁾.
- (22) Ud over den anfægtede foranstaltning skal der også kort redegøres for følgende bestemmelser i TRLIS, som der henvises til i nærværende beslutning:
- a) I artikel 11 i TRLIS ⁽¹³⁾ med titlen »Correcciones de valor: amortizaciones« (værdikorrektioner: afskrivninger), som indgår i kapitel IV i TRLIS, som definerer beskatningsgrundlaget, fastsættes der i stk. 4 en afskrivningsperiode på minimum 20 år for goodwill hidrørende fra en erhvervelse, når følgende betingelser er opfyldt: i) den pågældende goodwill er resultatet af erhvervelse mod vederlag, ii) sælgeren har ingen forbindelse til den erhvervende virksomhed. Med ændringerne af denne bestemmelse, som blev gennemført ved lov nr. 16/2007 af 4. juli 2007 — efter at der var truffet beslutning om at indlede undersøgelsen — fastsættes det desuden, at hvis betingelse nr. ii) ikke opfyldes, vil den købspris, der anvendes til beregning af goodwill være den, som en virksomhed fra samme gruppe ville have betalt for en kapitalandel til en ikke-tilknyttet sælger, og det kræves endvidere iii), at der oprettes en udelelig reserve af en tilsvarende størrelse.
 - b) Artikel 12, stk. 3, i TRLIS, som indgår i kapitel IV, åbner mulighed for delvise fradrag ved værdiforringelse af kapitalandele i nationale og udenlandske virksomheder, som ikke handles på sekundære markeder, på op til forskellen mellem den teoretiske bogføringsværdi ved skatteårets begyndelse og afslutning. Den anfægtede foranstaltning kan anvendes sammen med denne artikel i TRLIS ⁽¹⁴⁾.
 - c) Artikel 89, stk. 3, i TRLIS under artikel 89, som har titlen *Participaciones en el capital de la entidad transmitente y de la entidad transmitente* (andele i kapitalen for den overdragende og den erhvervende virksomhed) indgår i kapitel VII, afsnit VIII, som omhandler »Den særlige ordning for fusioner, opsplittings, tilførsel af aktiver og ombytning af værdier«. Artikel 89, stk. 3, omhandler afskrivning af goodwill, der er resultatet af en virksomhedsomstrukturering. Efter denne bestemmelse skal følgende betingelser opfyldes for at kunne anvende artikel 11, stk. 4, i TRLIS på goodwill, der er resultatet af en virksomhedssammenslutning: i) der skal være en kapitalandel på mindst 5 % i målvirksomheden før virksomhedssammenslutningen, ii) det skal bevises, at den pågældende goodwill er blevet pålagt skat, der er betalt af sælgeren, som iii) ikke har nogen forbindelse til køberen. Hvis betingelse nr. iii) ikke er opfyldt, skal det fradragede beløb svare til en definitiv værdiforringelse af de immaterielle aktiver.

⁽⁹⁾ Se artikel 21, stk. 1, litra a), i TRLIS.

⁽¹⁰⁾ Se artikel 21, stk. 1, litra b), i TRLIS.

⁽¹¹⁾ Se artikel 21, stk. 1, litra c), nr. 1 i TRLIS.

⁽¹²⁾ Se artikel 21, stk. 1, litra c), nr. 2, i TRLIS.

⁽¹³⁾ Artikel 12, stk. 6, i den gældende lovgivning.

⁽¹⁴⁾ Således som det udtrykkeligt fastsættes i artikel 12, stk. 5, andet afsnit: »Frdrag af denne forskel er eventuelt foreneligt med de bestemmelser, der henvises til i denne artikels stk. 3«.

d) Artikel 21 i TRLIS med titlen *Exención para evitar la doble imposición económica internacional sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español* (Fritagelse med henblik på at undgå international dobbeltbeskatning af udenlandske dividender og indtægter ved overførsel af sikkerhed for egenkapital i virksomheder, som ikke er hjemmehørende på spansk område) indgår i kapitel IV i TRLIS. Denne artikel 21 fastsætter de betingelser, der er gældende for fritagelse af dividende eller andele i udbytte fra virksomheder, der ikke er hjemmehørende på spansk område, og som tilfalder en virksomhed, der i beskatningsmæssig forstand er hjemmehørende i Spanien.

e) Artikel 22 i TRLIS med titlen *Exención de determinadas rentas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente* (Fritagelse af visse indtægter hidrørende fra permanent virksomhed i udlandet) udgør en del af kapitel IV i TRLIS. Denne artikel 22 fastsætter betingelserne for, at indtægter hidrørende fra permanent virksomhed uden for spansk område kan fritages for beskatning.

(23) I denne beslutning forstås ved:

a) »overdragelse af aktiver«: en foranstaltning, hvorved en virksomhed overdrager alle eller en eller flere aktiviteter til en anden virksomhed, uden at dette indebærer, at den overdragende virksomhed ophører med at eksistere

b) »virksomhedssammenslutning«: en foranstaltning, hvorved en eller flere virksomheder ved opløsning — uden likvidation — overfører alle aktiver og forpligtelser til en anden allerede eksisterende virksomhed eller en virksomhed, som de opretter, mod udstedelse til aktionærerne af værdipapirer, som repræsenterer denne anden virksomheds kapital

c) »erhvervelse af en kapitalandel«: en foranstaltning, hvorved en virksomhed erhverver andele i en anden virksomheds kapital uden at opnå majoritet eller kontrol med stemmerettighederne i målvirksomheden

d) »målvirksomhed«: en virksomhed, der ikke er hjemmehørende i Spanien, og hvis indtægter opfylder de betingelser, der er fastsat i pkt. 21, litra c), og som en virksomhed hjemmehørende i Spanien erhverver en kapitalandel i

e) »erhvervelser inden for Fællesskabet«: erhvervelse af kapitalandele — som opfylder alle de relevante betingelser i artikel 12, stk. 5, i TRLIS — i en målvirksomhed, der er oprettet i overensstemmelse med lovgivningen i en medlemsstat, og som har hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed inden for Fællesskabet

f) »erhvervelser uden for Fællesskabet«: erhvervelse af kapitalandele — som opfylder alle de relevante betingelser i artikel 12, stk. 5, i TRLIS — i en målvirksomhed, der ikke er oprettet i overensstemmelse med lovgivningen i en medlemsstat, og som ikke har hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed inden for Fællesskabet.

III. BEGRUNDELSE FOR INDLEDNING AF PROCEDUREN

(24) Ved beslutningen om at indlede proceduren iværksatte Kommissionen den formelle undersøgelsesprocedure, der er fastsat i traktatens artikel 88, stk. 2, hvad angår den anfægtede foranstaltning, fordi den syntes at opfylde alle betingelserne for at kunne betragtes som statsstøtte, jf. traktatens artikel 87, stk. 1. Kommissionen nærede også tvivl om, hvorvidt den pågældende foranstaltning kunne anses for at være forenelig med fællesmarkedet, da ingen af de undtagelser, der er fastsat i artikel 87, stk. 2 og 3, syntes at kunne finde anvendelse.

(25) Kommissionen mente bl.a., at den omhandlede foranstaltning lå uden for den normale rækkevidde af det spanske selskabsbeskatningssystem, som er det beskatningssystem, der refereres til. Kommissionen gjorde også gældende, at skattemæssig afskrivning af finansiell goodwill, der var resultatet af erhvervelsen af en kapitalandel på 5 % i en udenlandsk målvirksomhed, syntes at udgøre et usædvanligt incitament.

(26) Kommissionen anførte, at den skattemæssige afskrivning kun fandt anvendelse på en bestemt gruppe virksomheder, nemlig dem, der erhverver visse kapitalandele på mindst 5 % af selskabskapitalen i en udenlandsk målvirksomhed, og kun i forhold til udenlandske målvirksomheder, hvis betingelserne i artikel 21, stk. 1, TRLIS er opfyldt. Kommissionen understregede også, at i henhold til EU-Domstolens retspraksis er en skatnedsættelse, som kun begunstiger eksport af nationale produkter, at betragte som statsstøtte⁽¹⁵⁾. Den omhandlede foranstaltning forekom således at være selektiv.

(27) Kommissionen vurderede på den baggrund også, at den selektive fordel ikke syntes at kunne begrundes med henvisning til skattesystemets særlige karakter. Den mente navnlig, at den differentiering, der var resultatet af den anfægtede foranstaltning, som adskilte sig fra de almindelige spanske regnskabs- og beskatningsregler, ikke kunne retfærdiggøres med henvisning til tekniske aspekter ved beskatningssystemet. Der kan således kun fradrages goodwill, hvis der er tale om en sammenslutning af virksomheder eller overdragelse af aktiver, med undtagelse af, hvad der er fastsat i den anfægtede foranstaltning. Kommissionen fandt det heller ikke rimeligt, at den anfægtede foranstaltning skulle have til formål at nå de neutralitetsmål, det var opstillet for det spanske system, fordi den kun fandt anvendelse på erhvervelse af betydelige kapitalandele i udenlandske virksomheder.

⁽¹⁵⁾ Se EF-domstolens dom af 10. december 1969 i de forenede sager 6/69 og 11/69, Kommissionen mod Frankrig, Sml. 1969, s. 523. Se også punkt 18 i Kommissionens meddelelse om anvendelsen af statsstøttereglerne på foranstaltninger vedrørende direkte beskatning af virksomhederne (EFT C 384 af 10.12.1998, s. 3).

- (28) Kommissionen vurderede endvidere, at den anfægtede foranstaltning forudsatte anvendelse af statsmidler, eftersom den indebar, at den spanske stat gav afkald på skatteindtægter. Den anfægtede foranstaltning kunne endelig forvride konkurrencen på markedet for køb af europæiske virksomheder ved at give en selektiv økonomisk fordel til spanske virksomheder, der erhverver betydelige kapitalandele i udenlandske virksomheder. Kommissionen fandt heller ikke belæg for, at den anfægtede foranstaltning kunne anses for at være forenelig med fællesmarkedet.
- (29) Kommissionen konkluderede derfor, at den anfægtede foranstaltning kunne udgøre statsstøtte, der var uforenelig med fællesmarkedet. Tilbagebetalingen bør på den baggrund ske i henhold til artikel 14 i Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22. marts 1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af traktatens artikel 93. Kommissionen opfordrede på den baggrund de spanske myndigheder og de interesserede parter til at fremsætte deres bemærkninger, hvad angår mulig berettiget forventning eller ethvert andet generelt princip i EU-retten, som gør det muligt for Kommissionen undtagelsesvis at give afkald på tilbagebetaling i henhold til artikel 14, stk. 1, andet punktum, i den nævnte rådsforordning.

IV. BEMÆRKNINGER FRA DE SPANSKE MYNDIGHEDER OG DE INTERESSEREDE PARTER

- (30) Kommissionen modtog bemærkninger fra de spanske myndigheder ⁽¹⁶⁾ og 32 interesserede parter ⁽¹⁷⁾, hvoraf otte var sammenslutninger.
- (31) Det kan på den baggrund konkluderes, at artikel 12, stk. 5, i TRLIS ifølge de spanske myndigheder er en generel foranstaltning og ikke en undtagelse i det spanske skattesystem, eftersom denne bestemmelse gør det muligt at afskrive et immaterielt aktiv og finder anvendelse på enhver skatteyder, der erhverver en betydelig kapitalandel i en udenlandsk virksomhed. De spanske myndigheder konkluderer, at de anfægtede foranstaltninger på baggrund af Kommissionens praksis og gældende retspraksis på området ikke kan betragtes som statsstøtte i henhold til traktatens artikel 87. De spanske myndigheder mener desuden, at en anderledes konklusion ville være i strid med retssikkerhedsprincippet. De spanske myndigheder anfægter også Kommissionens kompetence til at modsætte sig denne generelle foranstaltning ved at fastslå, at Kommissionen ikke kan harmonisere beskatning med udgangspunkt i reglerne om statsstøtte.
- (32) De spanske myndigheders synspunkter støttes af tredive interesserede parter (i det følgende benævnt »de tredive interesserede parter«), mens to interesserede parter (i det følgende benævnt »de to interesserede parter«) mener, at artikel 12, stk. 5, i TRLIS udgør ulovlig statsstøtte, som

er uforenelig med fællesmarkedet. I de følgende afsnit redegøres der derfor under ét for de tredive interesserede parter og de spanske myndigheders argumenter, mens de to interesserede parter argumenter fremlægges separat.

A. Bemærkninger fra de spanske myndigheder og de tredive interesserede parter

- (33) De spanske myndigheder mener som udgangspunkt, at direkte skatter henhører under medlemsstaternes kompetence. Kommissionen bør derfor på dette område henholde sig til subsidiaritetsprincippet som omhandlet i traktatens artikel 5. De spanske myndigheder gør på den anden side opmærksom på, at artikel 3 og artikel 58, stk. 1, litra a), i traktaten giver medlemsstaterne mulighed for at indføre forskellige skatteordninger afhængigt af, hvor investeringen foretages, eller de skattepligtige er hjemmehørende, uden at dette betragtes som en begrænsning af den frie bevægelighed for kapital.
- (34) De tredive interesserede parter fremfører desuden, at en negativ beslutning fra Kommissionens side ville krænke princippet om national autonomi på beskatningsområdet, som er fastsat i traktaten, samt artikel 56, der forbyder restriktioner for kapitalbevægelser.

A.1. Den anfægtede foranstaltning udgør ikke statsstøtte

- (35) De spanske myndigheder og de tredive interesserede parter mener ikke, at den anfægtede foranstaltning udgør statsstøtte, jf. traktatens artikel 87, stk. 1, da den: i) ikke giver nogen økonomisk fordel, ii) ikke begunstiger bestemte virksomheder og iii) ikke fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencen mellem medlemsstaterne. I overensstemmelse med den iboende logik i det spanske skattesystem mener de, at den anfægtede foranstaltning bør betragtes som en generel foranstaltning, der anvendes uden forskel på enhver virksomhed og aktivitet.

A.1.1. Den anfægtede foranstaltning giver ingen økonomisk fordel

- (36) I modsætning til den holdning, som Kommissionen giver udtryk for i sin beslutning om at indlede proceduren, udgør artikel 12, stk. 5, i TRLIS efter de spanske myndigheders opfattelse ikke en undtagelse fra den spanske lovgivning om selskabsbeskatning, eftersom i) det ikke er relevant at henvise til den spanske regnskabsordning for at begrunde, at der foreligger en undtagelse i beskatningssystemet, og ii) hvis det var relevant, har karakteriseringen af finansiel goodwill som et aktiv, hvis værdi kan afskrives over en vis periode, længe været et integrerende element i de spanske regler for virksomheders regnskabsføring og beskatning.

⁽¹⁶⁾ Se betragtning 7.

⁽¹⁷⁾ Se betragtning 8.

- (37) På grund af den manglende harmonisering af regnskabsstandarderne kan der for det første ikke henvises til regnskabsresultatet for at fastslå, om den anfægtede foranstaltning er af en usædvanlig karakter. I Spanien beregnes beskatningsgrundlaget således ud fra regnskabsresultatet, som justeres i henhold skattereglerne. I den foreliggende sag kan der derfor efter Spaniens opfattelse ikke henvises til regnskabsbetragtninger i forbindelse med en beskatningsforanstaltning.
- (38) For det andet er det ikke en korrekt vurdering, at afskrivningen af goodwill ikke indgår i den spanske regnskabsordnings logik, da både goodwill⁽¹⁸⁾ og finansiel goodwill⁽¹⁹⁾ kan afskrives over en periode på højest 20 år. Disse empiriske regler afspejler værditabet for de pågældende aktiver, hvad enten de er materielle eller ej. Artikel 12, stk. 5, i TRLIS udgør derfor ikke en undtagelse, da den ikke adskiller sig fra de regler for afskrivning af goodwill, der er fastsat i de spanske regnskabs- og beskatningssystemer.
- (39) De spanske myndigheder gør for det tredje opmærksom på, at den anfægtede foranstaltning ikke giver nogen egentlig økonomisk fordel, da det beløb, der er fradraget ved salg af den erhvervede kapitalandel, inddrives gennem beskatningen af kapitalgevinster, således at skatteyderen befinder sig i den samme situation som hvis artikel 12, stk. 5, i TRLIS ikke var blevet anvendt.
- (40) Det hævdes for det fjerde, at Kommissionen fejlagtigt henviser til artikel 11, stk. 4, og artikel 89, stk. 3, i TRLIS for at godtgøre, at der foreligger en fordel. I beslutningen om at indlede proceduren fremfører Kommissionen, at det for at komme ind under artikel 12, stk. 5, i TRLIS ikke er nødvendigt, at der foreligger en sammenslutning af virksomheder, eller at kontrollen med målvirksomheden overtages. Denne erklæring er udtryk for en manglende forståelse af det spanske skattesystem, eftersom disse to artikler ikke forhindrer, at en gruppe af virksomheder, der sammen overtager kontrollen i en målvirksomhed, fradrager den del af goodwillen, der er resultatet af transaktionen. For at anvende disse to artikler kræves der derfor ikke individuel kontrol med målvirksomheden for at kunne nyde godt af den anfægtede foranstaltning. Det ville i denne kontekst ikke være korrekt at konkludere at artikel 12, stk. 5, i TRLIS sikrer en mere gunstig behandling end artikel 11, stk. 4, eller 89, stk. 3, i TRLIS, hvad angår de begunstigedes kontrolstilling. Med hensyn til kravet om en kapitalandel på 5 %, skal det endelig understreges, at det ikke kun er i overensstemmelse med de betingelser, der er fastsat i artikel 89, stk. 3, i TRLIS, men også med Kommissionens retningslinjer og praksis⁽²⁰⁾.
- (41) De spanske myndigheder mener også, at Kommissionen henviser fejlagtigt til artikel 12, stk. 3, TRLIS med henblik på at fastslå en fordel, som artikel 12, stk. 5, i TRLIS angiveligt skulle indebære: artikel 12, stk. 3, anvendes på situationer med værdiforringelse i tilfælde af objektiv tab, der registreres af målvirksomheden, mens artikel 12, stk. 5, i TRLIS, supplerer denne bestemmelse og afspejler værditab, der skyldes værdiforringelse af finansiel goodwill.
- (42) For det femte anføres det i Kommissionens meddelelse om anvendelsen af statsstøttereglerne på foranstaltninger vedrørende direkte beskatning af virksomhederne⁽²¹⁾ (i det følgende benævnt »Kommissionens meddelelse«), udtrykkeligt at afskrivningsregler ikke udgør statsstøtte. Eftersom den nuværende koefficient for afskrivning af finansiel goodwill over en periode på minimum 20 år er den samme som afskrivningskoefficienten for goodwill, udgør reglen ikke nogen undtagelse fra den almindelige beskatningsordning.
- (43) De tredive interesserede parter mener endelig også, at hvis den anfægtede foranstaltning udgjorde en fordel, ville de begunstigede i sidste instans være aktionærerne i målvirksomheden, eftersom de ville modtage den pris, der betales af køberen, som nyder godt af den anfægtede foranstaltning.

A.1.2. Den anfægtede foranstaltning begunstiger ikke bestemte virksomheder eller produktioner

- (44) Ifølge Spanien er artikel 12, stk. 5, i TRLIS for det første en generel foranstaltning, fordi den finder anvendelse på enhver spansk virksomhed uafhængigt af dens aktiviteter, sektoren, dens størrelse, selskabsformen eller ethvert andet forhold. Den eneste betingelse ved den omhandlede foranstaltning for, at skatteyderen kan nyde godt af den, er at vedkommende er skattepligtig i Spanien. Det forhold, at ikke alle skatteydere nyder godt af den anfægtede foranstaltning, gør den ikke selektiv. I henhold til traktatens artikel 87, stk. 1, kan artikel 12, stk. 5, i TRLIS ikke være selektiv — hverken faktisk eller retligt. Ved brev af 14. juli 2008⁽²²⁾ fremsendte de spanske myndigheder en række oplysninger vedrørende spanske selvangivelser fra 2006, som viser, at alle typer virksomheder (små og mellemstore virksomheder og store virksomheder) og virksomheder, der er aktive i forskellige erhvervssektorer, havde nydt godt af den anfægtede foranstaltning. De spanske myndigheder understreger også, at Førsteinstansretten i en nyligt afsagt dom⁽²³⁾ erklærede, at et begrænset antal begunstigede ikke i sig selv er nok til at fastslå, at reglen er selektiv, fordi de kan repræsentere samtlige virksomheder, som befinder sig i en situation, der faktisk og retligt er tilsvarende. De spanske myndigheder understreger navnlig, at den anfægtede foranstaltning har træk til fælles med en nylig sag⁽²⁴⁾, hvor Kommissionen vurderede, at der var tale om en generel foranstaltning, hvorfor de anmoder om en tilsvarende behandling.

⁽¹⁸⁾ De spanske myndigheder henviste til artikel 194 i *Real Decreto* (kongeligt dekret) nr. 1564/1989 af 22.12.1989.

⁽¹⁹⁾ De spanske myndigheder henviste til beslutning nr. 3 truffet af *Instituto de Contabilidad y Auditoria de Cuentas* (regnskabs- og revisionsinstituttet) (BOICAC, 27.11.1996).

⁽²⁰⁾ Se Kommissionens beslutning af 22.9.2004, N 354/04 om irsk holdingselskabsordning (EUT C 131 af 28.5.2005, s. 10).

⁽²¹⁾ EFT C 384 af 10.12.1998, s. 3.

⁽²²⁾ Se betragtning 12.

⁽²³⁾ Se Førsteinstansrettens dom af 10.4.2008 i sag T-233/04, Nederlandene mod Kommissionen, Sml. 2008 II, s. 591.

⁽²⁴⁾ Se Kommissionens beslutning af 14.2.2008, N 480/07, *Reducción de ingresos procedentes de determinados activos intangibles* (reduktion af indtægter hidrørende fra visse immaterielle aktiver), EUT C 80 af 1.4.2008, s. 1.

- (45) Ifølge de spanske myndigheder og de tredive interesserede parter har Kommissionen i sin beslutning om at indlede proceduren sammenblandet selektivitetsprincippet og de objektive foranstaltninger ved den anfægtede foranstaltning, som kun vedrører visse transaktioner (vedrørende kapitalandele i udenlandske målvirksomheder). Kommissionen gør således gældende, at artikel 12, stk. 5, i TRLIS er selektiv, fordi den ikke fastlægger de samme regler for tilsvarende investeringer i spanske virksomheder. Kommissionen ser imidlertid bort fra, at selektivitetskriteriet ikke bestemmes af, hvorvidt den anfægtede foranstaltning anvendes på en gruppe af virksomheder eller en multinational virksomhed, som har en kapitalandel i en målvirksomhed. Det forhold, at en foranstaltning kun begunstiger virksomheder, der opfylder det objektive kriterium, der indgår i den anfægtede foranstaltning, indebærer ikke i sig selv, at foranstaltningen er selektiv. Selektivitetskriteriet indebærer et behov for at fastsætte subjektive restriktioner for den part, der er begunstiget af den anfægtede foranstaltning. Det selektivitetskriterium, der er fastsat til denne procedure, er i modstrid med Kommissionens tidligere praksis og desuden for vagt og bredt. Anvendelsen af dette begreb ville føre til den fejlagtige konklusion, at de fleste af de udgifter, der kan fradrages, er omfattet af traktatens artikel 87, stk. 1.
- (46) De spanske myndigheder tilføjer, at det forhold, at man begrænser afskrivningen af den finansielle goodwill til, hvad der er resultatet af erhvervelsen af en betydelig kapitalandel i en målvirksomhed, ikke er nok til at fratage den anfægtede foranstaltning sin generelle karakter, eftersom den anvendes uden forskel på enhver virksomhed, der betaler skat i Spanien, uden nogen anden betingelse. I henhold til EF-domstolens retspraksis⁽²⁵⁾ kan en foranstaltning, der uden forskel er til fordel for alle virksomheder på det nationale område, ikke udgøre statsstøtte.
- (47) Hvad angår tærsklen på 5 %, kræves der hermed ikke investering af et bestemt minimumsbeløb, og den anfægtede foranstaltning er derfor ikke udelukkende til fordel for store virksomheder. Hvad angår det forhold, at det for at anvende den anfægtede foranstaltning ikke kræves, at sælgeren betaler skat af den opnåede gevinst, mener de spanske myndigheder ikke, at det er relevant, fordi de ikke har beføjelse til at føre kontrol med indtægter for sælgere, der er bosiddende i udlandet, og ikke er skattepligtige i Spanien. Det, at man af skattetekniske grunde begrænser rækkevidden af en foranstaltning til erhvervelse af aktier i målvirksomheder, er endelig i overensstemmelse med den situation, der er resultatet af anvendelsen af forskellige fællesskabsdirektiver. Som følge af anvendelsen af Rådets direktiv 2003/49/EF af 3. juni 2003 om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede selskaber i forskellige medlemsstater⁽²⁶⁾ (i det følgende »direktivet om beskatning af grænseoverskridende renter og royalties«) og Rådets direktiv 2003/123/EF af 22. december 2003 om ændring af direktiv 90/435/EØF om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater⁽²⁷⁾ (i det følgende »direktivet om moder- og datterselskaber«) kan beskatningen af dividende, renter og royalties f.eks. være forskellig alt efter, om betalingen foretages af en national eller en udenlandsk virksomhed.
- (48) For det fjerde kan indførelsen af den anfægtede foranstaltning under alle omstændigheder retfærdiggøres ved neutralitetsprincippet, som er integreret i hele den spanske skattelovgivning. Dette princip indebærer, at beskatningen af en investering skal være neutral og uafhængig af de anvendte instrumenter, hvad enten der er tale om en overførsel af aktiver, en sammenslutning af virksomheder eller erhvervelse af kapitalandele. Den skattemæssige afskrivning af en investering skal derfor være identisk, uanset hvilket instrument, der anvendes til at gennemføre den pågældende erhvervelse. Det endelige formål med den anfægtede foranstaltning er, set i dette bredere perspektiv, at garantere fri bevægelighed for kapital og at undgå, at der i forbindelse med beskatning sker forskelsbehandling, alt efter om der er tale om transaktioner i forhold til målvirksomheder eller rent nationale transaktioner. Eftersom erhvervelser af betydelige kapitalandele i nationale enheder kan føre til sammenslutning af de erhvervende virksomheder og de erhvervede virksomheder uden lovgivnings- eller beskatningsmæssige hindringer, kan der foretages afskrivning af goodwill, der skal beskattes som følge af sammenslutningen⁽²⁸⁾. Der kan imidlertid ikke skabes goodwill, eftersom harmoniseringen ikke er gennemført på fællesskabsplan, eller fordi der ikke er gennemført harmonisering uden for Fællesskabet. De spanske myndigheder konstaterer⁽²⁹⁾ således, at det er »derfor, at den spanske skattelovgivning omfatter forskellige ordninger som f.eks. vedrørende erhvervelse af kapitalandele i udenlandske enheder og erhvervelse af kapitalandele i spanske virksomheder (forbud mod at gennemføre fusionstransaktioner, risikotagning m.m.) med henblik på at sikre fiskal neutralitet som tilstræbt i den interne spanske lovgivning og i fællesskabslovgivningen samt for at sikre, at det spanske skattesystem er kohærent og effektivt«. Selv om de skattemæssige hindringer er fjernet ved Rådets direktiv 90/434/EØF af 23. juli 1990 om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater⁽³⁰⁾ (i det følgende benævnt »direktivet om grænseoverskridende beskatning«), er Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/56/EF om grænseoverskridende fusioner af selskaber med begrænset ansvar⁽³¹⁾ (i det følgende benævnt »direktivet om grænseoverskridende fusioner«)⁽³²⁾ stadig ikke gennemført i den nationale lovgivning. I praksis betyder denne situation, at det ikke er muligt at sammenslutte virksomheder i forskellige medlemsstater. Den anfægtede foranstaltning tager derfor sigte på at afbøde de negative konsekvenser
- (25) Se EF-domstolens dom af 8.11.2001, *Adria-Wien Pipeline GmbH og Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, Sml.* 2001 I, s. 8365.
- (26) EUT L 157 af 26.6.2003, s. 49.
- (27) EUT L 7 af 13.1.2004, s. 41.
- (28) I henhold til artikel 89, stk. 3, i TRLIS.
- (29) Se de spanske myndigheders brev til Kommissionen af 5. december 2007, s. 35, som der henvises til i betragtning 7.
- (30) EFT L 225 af 20.8.1990, s. 1.
- (31) EUT L 310 af 25.11.2005, s. 1.
- (32) Bemærkningerne fra de spanske myndigheder blev modtaget den 5. december 2007, men medlemsstaterne skulle anvende direktiv 2005/56/EF inden 15. december 2007.

af disse hindringer, hvis eksistens ikke kan tilskrives Spanien⁽³³⁾. For at anvende neutralitetsprincippet er det derfor nødvendigt at begrænse rækkevidden af den anfægtede foranstaltning til grænseoverskridende erhvervelser. Ifølge de spanske myndigheder behandler det spanske skattesystem således skatteyderne forskelligt⁽³⁴⁾ alt efter, hvilken situation de befinder sig i, hvilket garanterer det spanske skattesystems neutralitet som fastsat i den spanske skattelovgivning og i traktaten. De spanske myndigheder erkendte den 16. juni 2009, at selv om direktivet om grænseoverskridende fusion havde en positiv effekt, ville de europæiske virksomheder stadig stå over for forskellige hindringer⁽³⁵⁾ for grænseoverskridende fusion på grund af manglende gennemførelse i national lovgivning (mht. rettigheder for mindretalsaktionærer, rettigheder for kreditorer, problemer med mærker, andre mere vidtrækkende normative aspekter, bl.a. arbejdsmarkedslovgivning, politiske overvejelser og generelle strategier).

- (49) Det kan konkluderes, at den anfægtede foranstaltning har til formål at fjerne beskatningsmæssige forhindringer, som affødes af det spanske skattesystem i forbindelse med investeringsbeslutninger, idet beskatningen ved erhvervelse af kapitalandele i udenlandske virksomheder er højere end ved erhvervelse af kapitalandele i nationale virksomheder. Den anfægtede foranstaltning sikrer samme beskatning af begge typer erhvervelser (direkte erhvervelser af aktiver og indirekte erhvervelser ved køb af kapitalandele): den gør det herved muligt at bestemme goodwill i forbindelse med begge typer erhvervelser (umiddelbar goodwill og finansiell goodwill) for at fremme integrationen af de forskellige markeder, indtil de faktiske og retlige hindringer for grænseoverskridende sammenslutninger er fjernet. Herved sikrer de spanske myndigheder, at skatteyderne kan vælge at investere lokalt eller grænseoverskridende uden at være berørt af de nævnte hindringer. Artikel 12, stk. 5, i TRLIS fastsætter således lige konkurrencevilkår ved at fjerne hindringernes negative konsekvenser.

A.1.3. Den anfægtede foranstaltning fordrejer ikke konkurrencen og påvirker ikke samhandelen i EU

- (50) De spanske myndigheder hævder, at Kommissionen ikke har bevist — således som det kræves i lovgivningen — at artikel 12, stk. 5, i TRLIS begrænser konkurrencen, eftersom i) det påståede »marked for erhvervelse af virksomhedsandele« ikke udgør et referencemarked for så vidt angår konkurrenceret, og ii) selv om det skulle

have været tilfældet, berører afskrivning af finansiell goodwill ikke i sig selv de spanske virksomheders konkurrenceevne.

- (51) Kommissionen har for det første vurderet, at den anfægtede foranstaltning udgør en fordel, der er konkurrencestridig, ud fra det forhold, at artikel 12, stk. 5, gør det muligt for de spanske skatteydere at opnå skatteempelse ved erhvervelse af en betydelig kapitalandel i en målvirksomhed. Kommissionen har imidlertid ikke gennemført sammenlignende undersøgelser af de reelle økonomiske vilkår for de spanske og de internationale virksomheder.
- (52) For det andet, eftersom den anfægtede foranstaltning er åben for enhver spansk virksomhed uden begrænsninger, kan den ikke fordreje konkurrencen. Enhver virksomhed, der befinder sig i den samme situation som en virksomhed, der nyder godt af den anfægtede foranstaltning, kan komme ind under foranstaltningen og herved begrænse sin skattebyrde, hvilket fjerner enhver konkurrencefordel, der eventuelt kunne være forbundet hermed. Lavere beskatning i en medlemsstat, som kan forbedre de lokale virksomheders konkurrencesituation, bør endvidere ikke betragtes som statsstøtte, hvis den har en generel karakter.
- (53) Kommissionen har endelig i lyset af fusionsforordningen set nærmere på mange spanske grænseoverskridende transaktioner⁽³⁶⁾, som kunne have været omfattet af den anfægtede foranstaltning. I ingen af de nævnte sager fandt Kommissionen imidlertid, at der var problemer med hensyn til mulig konkurrencefordrejning.
- (54) Kommissionens påstande har ikke hold i virkeligheden og tager ikke højde for investeringsvilkårene for de spanske virksomheder. Den anfægtede foranstaltning hverken forfalsker konkurrencen eller har nogen negativ indflydelse på handelsvilkårene i EU, som er i modstrid med den fælles interesse.
- (55) På et ikke-harmoniseret marked har identiske transaktioner på grund af skattesystemernes individuelle beføjelser forskellige beskatningsmæssige konsekvenser alt efter, hvor virksomhederne hører hjemme. Denne situation fordrejer konkurrencen, også selv om de pågældende nationale foranstaltninger er generelle. Sagt på en anden måde er denne fordrejning ikke resultatet af statsstøtten, men af manglende harmonisering. Ud fra Kommissionens ræsonnement burde dette føre til, at der indledes formelle undersøgelser vedrørende hundredvis af nationale foranstaltninger, hvilket ville føre til meget skadelig juridisk usikkerhed for udenlandske investeringer.

⁽³³⁾ Se betragtningerne i Rådets forordning (EF) nr. 1435/2003 del Consejo af 22. juli 2003 om statut for det europæiske andelsselskab (SCE), s. 1 (EUT L 207 af 18.8.2003), og udtalelse fra Det Økonomiske og Sociale Udvalg af 28.4.2004 (KOM(2003) 703 endelig – 2003/2077 (COD)).

⁽³⁴⁾ Som angivet på s. 8 i de spanske myndigheders brev af 30. juni 2008, se betragtning 9.

⁽³⁵⁾ Under henvisning til Kommissionens evaluering af gennemførelsen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/25/EF af 21. april 2004 for så vidt angår overtagelsestilbud (EUT L 142 af 30.4.2004, s. 12).

⁽³⁶⁾ Se Kommissionens afgørelser af 10. juni 2005, Cesky Telecom; af 10. januar 2005, O₂; af 23. maj 2006, Quebec, GIC, BAA af 15. september 2004, Abbey National; og af 26. marts 2007, Scottish Power, som er tilgængelige på <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/>.

A.2. Forenelighed

- (56) Også selv om artikel 12, stk. 5, i TRLIS efter Kommissionens opfattelse udgør statsstøtte i henhold til traktatens artikel 87, stk. 1, er den førstnævnte artikel imidlertid forenelig med traktatens artikel 87, stk. 3, eftersom det er i EU's interesse at fremme internationale virksomheders integration.
- (57) Som det fremgår af handlingsplanen på statsstøtteområdet⁽³⁷⁾ kan en foranstaltning anses for at være forenelig med fællesmarkedet, hvis den afhjælper et markedssvigt, opfylder klart definerede mål af fælles interesse og ikke fordrejer konkurrencen og handelen inden for EU på en måde, der strider imod den fælles interesse. I nærværende sag består markedssvigtet i, at det er vanskeligt (eller snarere umuligt) at gennemføre grænseoverskridende virksomhedssammenslutninger. Effekten af artikel 12, stk. 5, i TRLIS er at fremme skabelse af paneuropæiske virksomheder, idet den ligestiller nationale erhvervelser og grænseoverskridende erhvervelser.
- (58) Efter de spanske myndigheders opfattelse er artikel 12, stk. 5, i TRLIS derfor forenelig med fællesmarkedet, eftersom den når det mål at fjerne hindringer for grænseoverskridende investeringer — i mangel af EU-harmonisering af beskatningen. Den anfægtede foranstaltning har således til formål at afbøde de negative konsekvenser af hindringerne for grænseoverskridende virksomhedssammenslutninger og ligestille beskatningen af grænseoverskridende virksomhedssammenslutninger og af lokale virksomhedssammenslutninger, hvilket garanterer, at de afgørelser, der træffes angående sådanne transaktioner, ikke baseres på beskatningsmæssige hensyn, men derimod udelukkende på økonomiske hensyn.
- (60) I beslutningen om at indlede proceduren synes Kommissionen for det første at anerkende, at der kan være tale om berettigede forventninger. Ifølge Førsteinstansrettens retspraksis⁽³⁸⁾ er denne erklæring derfor et tydeligt udtryk for, at der foreligger berettigede forventninger. Eftersom beslutningen om at indlede proceduren ikke foregriber udfaldet af den formelle undersøgelse, bør de berettigede forventninger anerkendes i forbindelse med alle de transaktioner, der har fundet sted inden datoen for offentliggørelsen af den endelige beslutning.
- (61) I sine svar på skriftlige forespørgsler⁽³⁹⁾ fra medlemmer af Europa-Parlamentet, har Kommissionen for det andet erklæret, at artikel 12, stk. 5, i TRLIS ikke udgør statsstøtte. Denne erklæring udgør en klar stillingtagen fra Kommissionen, som hermed giver udtryk for, at de spanske myndigheder og de begunstigede tydeligvis har næret berettigede forventninger.
- (62) I overensstemmelse med den konklusion, Kommissionen er nået frem til i lignende sager⁽⁴⁰⁾, har Kommissionen for det tredje fremlagt en række indirekte beviser for, at artikel 12, stk. 5, ikke udgør statsstøtte. På baggrund af disse beslutninger ville en forudseende virksomhed ikke have kunnet forudsige, at Kommissionen ville kunne erklære sig uenig heri.
- (63) Den anfægtede foranstaltning bør fortsat anvendes på alle transaktioner, der ligger forud for datoen for offentliggørelsen af en negativ beslutning, indtil afskrivningen af den finansielle goodwill er afsluttet. Den anfægtede foranstaltning giver således ret til at fradrage et vist beløb, som fastsættes ved erhvervelsen, og hvis fradrag fordeles på de efterfølgende tyve år. På grund af Kommissionens holdning i lignende sager⁽⁴¹⁾ er der belæg for at vurdere, at de berettigede forventninger bør være gældende indtil datoen for offentliggørelse af den endelige beslutning.

B. De to interesserede parter argumenter

- A.3. Berettigede forventninger og retssikkerhed
- (59) I tilfælde af, at Kommissionen erklærer, at artikel 12, stk. 5, i TRLIS udgør statsstøtte, der er uforenelig med fællesmarkedet, bør Kommissionen anerkende, at der forekommer særlige vilkår, som berettiger til, at statsstøtte som den omhandlede, der er udbetalt i overensstemmelse med artikel 12, stk. 5, i TRLIS, ikke tilbagebetales. Støttemodtagerne bør have ret til at gennemføre den ekstraordinære afskrivning af finansiell goodwill i forbindelse med erhvervelser, der er foretaget før datoen for offentliggørelsen af den endelige beslutning.
- (64) Artikel 12, stk. 5, i TRLIS udgør efter parternes opfattelse statsstøtte. De mener ikke, at der i den foreliggende sag foreligger berettigede forventninger, hvorfor de anmoder Kommissionen om at kræve tilbagebetaling af al ulovligt udbetalt støtte.

⁽³⁸⁾ Førsteinstansrettens dom af 12. september 2007 i sag T-384/03, Koninklijke Friesland Foods mod Kommissionen, Sml. 2007 II, s. 101.

⁽³⁹⁾ Skriftlig forespørgsel nr. E-4431/05 og nr. E-4772/05.

⁽⁴⁰⁾ Bl.a. Kommissionens beslutning af 30. juli 2004 i sag N 354/04, Company Holding Regime (EUT C 131 af 28.5.2005, s. 11) og Kommissionens beslutning af 13. juli 2006 i sag C4/07 (ex N 465/06), Groepsrentebox, (EUT C 66 af 22.3.2007, s. 30).

⁽⁴¹⁾ Se Kommissionens beslutning af 31. oktober 2000 nr. 2001/168/EKSF om de spanske love om selskabsskat (EFT L 60 af 1.3.2001, s. 57).

⁽³⁷⁾ Handlingsplan på statsstøtteområdet — Mindre og bedre målrettet statsstøtte: en reformplan for 2005-2009, KOM(2005) 107 endelig (EFT L 1 af 4.1.2003, s. 1).

B.1. Den anfægtede foranstaltning udgør statsstøtte

B.1.1. Den anfægtede foranstaltning giver en økonomisk fordel

- (65) Artikel 12, stk. 5, er ifølge parterne ekstraordinær, fordi det spanske skattesystem — med undtagelse af denne bestemmelse — ikke tillader afskrivning af finansiel goodwill, men derimod kun et fradrag, hvis der kan påvises en værdiforringelse. Indtil indførelsen af artikel 12, stk. 5, i TRLIS åbnede den spanske lovgivning om selskabsbeskatning ikke mulighed for afskrivning af kapitalandele — uafhængigt af, om der reelt var sket en værdiforringelse. De understreger, at artikel 12, stk. 5, i TRLIS formodentlig er enestående i EU, da der ikke er andre medlemsstater, som har en tilsvarende ordning for grænseoverskridende transaktioner, hvor der ikke er tale om kontrolgivende erhvervelse af aktier.
- (66) Efter de spanske skatteregler kan goodwill kun afskrives, hvis der er tale om sammenslutning af virksomheder. Den eneste undtagelse er den anfægtede foranstaltning, som muliggør afskrivning i et ekstraordinært tilfælde: hvis der erhverves en minoritetsandel i en målvirksomhed. Dette adskiller sig fra de almindelige beskatningsregler, fordi afskrivning er mulig — ikke blot uden at der foreligger en sammenslutning af virksomheder, men også i tilfælde, hvor køberen ikke engang erhverver kontrol over den udenlandske målvirksomhed. Artikel 12, stk. 5, i TRLIS giver således visse spanske virksomheder en fordel i forhold til a) andre spanske virksomheder, som kun opererer på nationalt plan og b) andre EU-operatører, som konkurrerer internationalt med de spanske erhvervsdrivende, der nyder godt af den anfægtede foranstaltning.
- (67) Ud fra et økonomisk synspunkt yder de spanske myndigheder ikke blot et lån uden rente, som løber over tyve år (rentefri udsættelse af betalingen af skat), men de lader det rent faktisk også være op til den begunstigede at bestemme datoen for tilbagebetaling af lånet uden renter, hvis det overhovedet tilbagebetales. Hvis investoren ikke gennemfører en overdragelse af den betydelige kapitalandel, svarer det til, at de spanske myndigheder eftergiver gælden. I så tilfælde er foranstaltningens effekt en permanent skattefritagelse.
- (68) En af parterne har beregnet, at de spanske købere, f.eks. banksektoren, som følge af den anfægtede foranstaltning kan betale næsten 7 % mere, end de ville kunne uden foranstaltningen. Denne part erkender imidlertid også, at eftersom udbudsprisen er en kombination af flere forskellige elementer, er den anfægtede foranstaltning ikke den eneste faktor, om end nok en af dem, der har størst betydning for aggressiviteten hos de potentielle spanske købere. Den pågældende part mener også, at den

anfægtede foranstaltning giver de potentielle spanske købere en afgørende fordel i forbindelse med internationale offentlige udbud.

B.1.2. Den anfægtede foranstaltning begunstiger bestemte virksomheder eller produktioner

- (69) Der er en klar parallel mellem den foreliggende sag og de omstændigheder, der ligger til grund for domstolens dom af 15. juli 2004 ⁽⁴²⁾. På trods af de spanske myndigheders argumenter om, at den anfægtede foranstaltning i den nævnte sag ikke var selektiv, idet artikel 37 i TRLIS finder anvendelse på alle spanske virksomheder, som gennemfører internationale investeringer, konkluderede Domstolen, at foranstaltningen udgjorde statsstøtte, fordi den var begrænset til en bestemt kategori af virksomheder, nemlig dem, der foretog visse internationale investeringer. Dette ræsonnement kan også anvendes på artikel 12, stk. 5, i TRLIS. Selektiviteten i forbindelse med artikel 12, stk. 5, i TRLIS skyldes således, at det kun er virksomheder, som køber kapitalandele i udenlandske virksomheder, der kan nyde godt af denne bestemmelse.
- (70) Det er desuden kun virksomheder af en vis størrelse og med en vis finansiell soliditet og multinationale aktiviteter, som artikel 12, stk. 5, i TRLIS kan anvendes på. Selv om virksomhedens regnskaber viser de opgjorte aktiver, er det ikke særligt sandsynligt, at de også viser aktivernes reelle markedsværdi. I praksis er det derfor kun operatører, der har kontrolinteresser i målvirksomheder, som har tilstrækkelig adgang til en virksomheds dokumenter til at kunne bestemme den reelle markedsværdi for virksomhedens aktiver. Tærsklen på 5 % begunstiger derfor virksomheder med multinationale aktiviteter.
- (71) På den anden side er det kun en spansk operatør — som har forretningsaktiviteter i Spanien og er skattepligtig her — som kan udnytte nedskrivningen. Det er således kun virksomheder, der er hjemmehørende i Spanien og med et beskatningsgrundlag af et vist omfang, der i praksis kan nyde godt af den, eftersom den potentielle fordel hænger sammen med omfanget af de spanske aktiviteter og ikke med erhvervelsen. Selv om artikel 12, stk. 5, i TRLIS er formuleret med henblik på anvendelse på alle erhvervsdrivende, der er etableret i Spanien, er den årlige anvendelse af foranstaltningen i praksis begrænset til et lille, identificerbart antal virksomheder, der er beskatningspligtige i Spanien, og som gennemfører køb i udlandet i et givet regnskabsår, og som har et vist beskatningsgrundlag, der gør det muligt for dem at fradrage finansiell goodwill. Foranstaltningen resulterer derfor i praksis i en differentieret beskatning — selv for spanske operatører, som befinder sig i samme situation og gennemfører erhvervelser i udlandet.

⁽⁴²⁾ Domstolens dom af 15. juli 2004 i sag C-501/00, Spanien mod Kommissionen, Sml. 2004 I, s. 6717.

(72) De to parter fremfører, at de ikke har været i stand til at identificere et kriterium eller et objektivt eller horisontalt forhold, der berettiger til anvendelse af den anfægtede foranstaltning. Tværtimod vurderer de, at det grundlæggende formål med den anfægtede foranstaltninger er at give bestemte spanske operatører en fordel. Hvis den anfægtede foranstaltning desuden er en integrerende del af det spanske skattesystem, bør udenlandske kapitalandele, der er erhvervet inden 1. januar 2002, også kunne være omfattet af foranstaltningen, men dette er ikke tilfældet, da den kun indrømmes i forbindelse med andele, der er erhvervet herefter.

(73) Under hensyn til Kommissionens politik ⁽⁴³⁾ bør den anfægtede foranstaltning derfor anses for at være selektiv.

B.1.3. Den anfægtede foranstaltninger fordrejer konkurrencen og påvirker samhandelen i EU

(74) Den anfægtede foranstaltning er tydeligvis diskriminerende, da den giver de spanske operatører en klar beskatningsmæssig og monetær fordel, som udenlandske operatører ikke kan nyde godt af. I tilfælde af auktion eller lignende konkurrenceprocedurer i forbindelse med erhvervelse af en virksomhed gør en sådan fordel en betydelig forskel.

(75) Tilbuddene om erhvervelse plejer at omfatte betaling af en del af prisen for kapitalandelen i målvirksomheden, som næsten altid vil resultere i finansiell goodwill. Ved forskellige lejligheder har finanspressen informeret om spanske virksomheders store erhvervelser og de tilknyttede skattefordele, som indrømmes under den spanske skattelovgivning om afskrivning af finansiell goodwill. I forbindelse med én sådan erhvervelse foretaget af en investeringsbank blev det beregnet, at skattefordelen som følge af bestemmelserne i artikel 12, stk. 5, i TRLIS var på 1700 mio. EUR, dvs. 6,5 % af tilbudsprisen. I et andet tilfælde blev det nævnt, at den spanske køber havde kunnet afgive et tilbud, der var 15 % højere end de udenlandske køberes.

(76) Det lader også til, at den anfægtede foranstaltning begunstiger visse eksportaktiviteter for spanske virksomheder (hjælp til eksport med henblik på erhvervelse af udenlandske kapitalandele), hvilket er i strid med Kommissionens politik ⁽⁴⁴⁾ på dette område.

B.1.4. Den anfægtede foranstaltning berører statsressourcer

(77) Den anfægtede foranstaltning begunstiger enheder, som opfylder visse krav, og giver dem mulighed for at reducere deres beskatningsgrundlag og dermed det skatte-

beløb, som de skulle betale et givet regnskabsår, hvis denne bestemmelse ikke fandtes. Denne foranstaltning giver således virksomhederne en økonomisk fordel, som finansieres direkte over den pågældende medlemsstats budget.

V. SPANIENS SVAR PÅ DE INTERESSEREDE PARTERS BEMÆRKNINGER

(78) De spanske myndigheder gør opmærksom på, at der i langt de fleste af bemærkningerne fra de interesserede parter udtrykkes støtte til disse myndigheders synspunkt. Det er kun de to interesserede parter, der er enige om, at foranstaltningen udgør statsstøtte, mens alle de andre konkluderer, at artikel 12, stk. 5, ikke udgør statsstøtte i henhold til traktatens artikel 87, stk. 1. Hvis det ikke var sådan, ville antallet af erhvervsdrivende, der havde indsendt bemærkninger, have været mindre. De interesserede parter forskelligartede aktiviteter og forskellige størrelse er desuden udtryk for den anfægtede foranstaltnings generelle karakter.

(79) De spanske myndigheder afviser, at der skulle være tale om en ekstraordinær foranstaltning og gør opmærksom på de fælles træk, der efter de spanske regnskabsstandarder gør sig gældende ved afskrivning af goodwill og finansiell goodwill ⁽⁴⁵⁾. Afskrivning af goodwill er desuden en generel regel i den spanske selskabsbeskatning og følger bestemmelserne i artikel 11, stk. 4, og artikel 89, stk. 3, i TRLIS. Artikel 12, stk. 5, i TRLIS er i overensstemmelse med denne logik. Det er ikke korrekt at fremstille artikel 12, stk. 3, som den generelle regel for afskrivning af finansiell goodwill, eftersom denne artikel omhandler fradrag af kapitalandele i enheder, der ikke er børsnoterede. Denne bestemmelse hænger sammen med den teoretiske værdiforringelse og ikke med finansiell goodwill. Stk. 3 og 5 i artikel 12 i TRLIS er to supplerende generelle bestemmelser: den første vedrører afskrivning på grundlag af negative resultater i målvirksomheden, mens den anden kun omhandler den del af fradraget, der hænger sammen med forringelse af finansiell goodwill. Det forhold, at ingen anden medlemsstat har en foranstaltning svarende til den anfægtede, har ingen betydning, eftersom skattesystemerne i EU ikke er harmoniserede.

(80) Hvad angår den anfægtede foranstaltnings selektive karakter, er den parallel, der er etableret til Domstolens dom af 15. juli 2004 ⁽⁴⁶⁾, ikke relevant, fordi Kommissionen i den pågældende sag klart havde defineret den begunstigedes profil, mens dette ikke har været muligt i den foreliggende sag. Ifølge artikel 12, stk. 5, i TRLIS kræves der ingen forbindelse mellem erhvervelsen af en kapitalandel og eksport af varer og tjenesteydelser. Den anfægtede foranstaltning medvirker derfor ikke til at øge eksporten af spanske varer og tjenesteydelser. Det forhold, at denne ikke-selektive foranstaltning ikke kan anvendes på nationale transaktioner, berører ikke dens generelle karakter. Endemålet med den omhandlede foranstaltning er det samme som med direktivet om grænseoverskridende beskatning, som skal sikre, at

⁽⁴³⁾ Se afsnit II.1.b).ff) i Kommissionens beretning om gennemførelsen af Kommissionens meddelelse om anvendelse af statstøttereglerne på foranstaltninger vedrørende direkte beskatning af virksomhederne, som er tilgængelig på adressen http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/rapportaidedfiscals_da.pdf.

⁽⁴⁴⁾ Se Kommissionens beslutning 82/364/CEE af 17. maj 1982 om rentetilskud i forbindelse med eksportkreditter ved eksport fra Frankrig til Grækenland efter dette lands tiltrædelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab (EFT L 159 af 10.6.1982, s. 44), navnlig afsnit IV, som henviser til sag 6/69 og 11/69, Kommissionen mod Frankrig.

⁽⁴⁵⁾ Under henvisning til afgørelse fra *Instituto de Contabilidad y Auditoria de Cuentas* af november 1996, nr. 3, BOIAC 27.

⁽⁴⁶⁾ Se fodnote 42.

beslutninger om investeringer træffes ud fra økonomiske hensyn og ikke skattehensyn. Under hensyn til, at det er muligt at etablere virksomhedssammenslutninger gennem nationale erhvervelser og ikke gennem grænseoverskridende erhvervelser, er det at behandle nationale og grænseoverskridende transaktioner forskelligt derfor ikke kun berettiget rent juridisk for at sikre skattesystemets neutralitet, men også nødvendigt.

(81) Hvad angår den påståede konkurrencefordrejning i forbindelse med den anfægtede foranstaltning, erindrer de spanske myndigheder om, at ethvert skattemæssigt fradrag, som begrænser driftsomkostningerne for en virksomhed, øger den begunstigedes konkurrenceevne. Dette er imidlertid ikke relevant, eftersom den anfægtede foranstaltning er en generel foranstaltning. De forskellige former for beskatning, der anvendes i medlemsstaterne, og som indvirker på de nationale virksomheders konkurrenceevne, er ikke omfattet af reglerne for statsstøtte. Det er desuden ikke dokumenteret, at den anfægtede foranstaltning påvirker handelen mellem medlemsstaterne. På den anden side resulterer afskrivningen af finansiel goodwill ikke nødvendigvis i at den pris, der tilbydes en konkurrent, stiger.

(82) Hvad angår den anfægtede foranstaltnings forenelighed med fællesmarkedet, mener de spanske myndigheder, at artikel 12, stk. 5, i TRLIS er passende og forholdsmæssig med henblik på at afhjælpe markedssvigt, idet der herved etableres et neutralt skattesystem for nationale og grænseoverskridende aktiviteter, som fremmer udviklingen af paneuropæiske virksomheder.

VI. EVALUERING AF ORDNINGEN

(83) For at afgøre, om en foranstaltning udgør statsstøtte, skal Kommissionen evaluere, om den anfægtede foranstaltning opfylder betingelserne i traktatens artikel 87, stk. 1. Denne bestemmelse fastsætter følgende: »Bortset fra de i denne traktat hjemlede undtagelser er statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, uforenelig med fællesmarkedet i det omfang, den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne«. Kommissionen vil på baggrund af denne bestemmelse i det følgende undersøge, om den anfægtede foranstaltning udgør statsstøtte.

A. Selektivitet og fordele i forbindelse med foranstaltningen

(84) For at kunne betragtes som statsstøtte skal foranstaltningen være specifik eller selektiv i og med, at den begunstiger bestemte virksomheder eller visse produktioner.

(85) Kommissionen bekræfter i sin meddelelse⁽⁴⁷⁾, at det »mest relevante for anvendelsen af artikel 92, stk. 1, [nu artikel 87, stk. 1] på en skatteforanstaltning dog er, at der med foranstaltningen indføres en undtagelse i skattesystemet til fordel for visse af medlemsstatens virksomheder. Det bør derfor først fastlægges, hvorledes det gældende almindelige system er udformet. Dernæst skal det undersøges, hvorvidt undtagelsen fra eller differentieringen inden for dette system kan berettiges »ved dette systems karakter eller forvaltning«, det vil sige om den er direkte affødt af grundprincipperne eller hovedlinjerne i den pågældende medlemsstats skattesystem«.

(86) Ifølge Domstolens retspraksis⁽⁴⁸⁾ gælder følgende: »For så vidt angår vurderingen af betingelsen om selektivitet følger det af fast retspraksis, at artikel 87, stk. 1, EF kræver en stillingtagen til, om en national foranstaltning som led i en bestemt retlig ordning kan begunstige »visse virksomheder eller produktioner« i forhold til andre virksomheder, der under hensyntagen til formålet med den nævnte ordning befinder sig i en tilsvarende faktisk og retlig situation«⁽⁴⁹⁾.

(87) Domstolen har også gentagne gange slået fast, at der med traktatens artikel 87, stk. 1, ikke skelnes mellem årsagerne til og målet med statsstøtten, men at det derimod er dens virkning, der er afgørende⁽⁵⁰⁾. Rent konkret er skatteforanstaltninger — som ikke udgør en tilpasning af det generelle system til de særlige træk ved bestemte virksomheder, men som er fastlagt med henblik på at forbedre deres konkurrenceevne — omfattet af traktatens artikel 87, stk. 1⁽⁵¹⁾.

(88) Statsstøttebegrebet anvendes dog ikke på statsforanstaltninger, som indebærer forskelsbehandling af virksomheder, når denne forskel er et resultat af arten eller den globale opbygning af det system, de udgør en del af. Som det forklares i Kommissionens meddelelse⁽⁵²⁾ »kan visse forhold være begrundet i objektive forskelle mellem de skattepligtige«.

⁽⁴⁷⁾ Se fodnote 21.

⁽⁴⁸⁾ Se Domstolens dom i sag C-143 Adria-Wien; Se fodnote 25, præmis 41; Domstolens dom af 29. april 2004 i sag C-308/01, GIL Insurance, Sml. 2004 I, s. 4777, præmis 68. Domstolens dom af 3. marts 2005 i sag C-172/03 Heiser, Sml. 2005 I, s. 1627, præmis 40. og Domstolens dom af 6. september 2006 i sag C-88/03 Heiser, Portugal mod Kommissionen, Sml. 2006 I, s. 7115, præmis 54.

⁽⁴⁹⁾ Se Domstolens dom af 6. september 2006 i sag C-88/03, Portugal mod Kommissionen, Sml. 2006 I, s. 7115, præmis 54.

⁽⁵⁰⁾ Se f.eks. Domstolens dom af 29. februar 1996 i sag C-56/93, Belgien mod Kommissionen, Sml. 1996 I, s. 723, præmis 79. Domstolens dom af 26. september 1996 i sag C-241/94, Frankrig mod Kommissionen, Sml. 1996 I, s. 4551, præmis 20. Domstolens dom af 17. juni 1999 i sag C-75/97, Belgien mod Kommissionen, Sml. 1999 I, s. 3671, præmis 25. Domstolens dom af 13. februar 2003 i sag C-409/00, Spanien mod Kommissionen, Sml. 2003 I, s. 10901, præmis 46.

⁽⁵¹⁾ Se f.eks. Domstolens dom af 15. december 2005 i sag C-66/02, Italien mod Kommissionen, Sml. 2005 I, s. 10901, præmis 101. Se ligeledes Kommissionens beslutning af 8. juli 2009 om »Groeps-rentebox«-ordningen (C 4/07 (ex N 465/06)), som endnu ikke er offentliggjort i EUT, navnlig præmis 75 ff.

⁽⁵²⁾ Se fodnote 21.

- (89) Som det forklares mere udførligt i det følgende afsnit, er den anfægtede foranstaltning efter Kommissionens opfattelse selektiv, eftersom den udelukkende begunstiger bestemte kategorier af virksomheder, som gennemfører visse investeringer i udlandet, og ordningens særlige karakter er ikke berettiget ud fra ordningens art — uanset om referencesystemet defineres som regler for beskatning af finansiell goodwill i overensstemmelse med det spanske skattesystem (se betragtning 92 til 114) eller som beskatning af finansiell goodwill, som er resultatet af økonomiske interesser i en virksomhed uden for Spanien (se betragtning 115 til 119). Kommissionen vurderer, at den anfægtede foranstaltning bør evalueres under hensyn til de generelle bestemmelser i ordningen for selskabsbeskatning, som anvendes på situationer, hvor goodwill medfører skattemæssige fordele (se betragtning 35 til 55), navnlig fordi den mener, at de situationer, hvor finansiell goodwill kan afskrives, ikke omfatter hele den kategori af skatteydere, som befinder sig i en situation, der faktisk og retligt er identisk.
- (90) På den anden side, også selv om man skulle vælge et alternativt referencesystem, som er inspireret af det, som de spanske myndigheder henviser til (se betragtning 56 til 58), konkluderer Kommissionen, at den anfægtede foranstaltning stadig ville udgøre statsstøtte — navnlig på grund af de forskellige faktiske og retlige betingelser, der kræves, for at man i forskellige situationer kan nyde godt af bestemmelserne om goodwill i forbindelse med erhvervelse af kapitalandele i en virksomhed uden for Spanien.
- (91) Ud fra denne alternative hypotese er den anfægtede foranstaltning for upræcis og vilkårlig, i og med at dens anvendelse ikke er betinget af, at der foreligger specifikke, retligt afgrænsede situationer, som berettiger til en anderledes beskatning. Den begunstigende foranstaltning anvendes derfor på situationer, for hvilke man ikke i tilstrækkelig grad har påvist, at de har en anderledes karakter, som berettiger til en selektiv undtagelse fra de generelle regler for goodwill. Ifølge Kommissionen består den anfægtede foranstaltning derfor i skattefradrag for forskellige typer af omkostninger, som indrømmes vilkårligt over for en bred række af transaktioner, hvilket ikke kan begrundes ved objektive forskelle mellem skatteyderne, og der opstår derfor konkurrencefordrejning⁽⁵³⁾.

A.1. Beskatning af finansiell goodwill i henhold til det spanske skattesystem ved erhvervelser inden for EU

A.1.1. Referencesystem

- (92) Kommissionen påpegede i beslutningen om at indlede proceduren, at den spanske ordning for selskabsbeskatning udgør et passende referencesystem, herunder navnlig de regler for beskatning af finansiell goodwill, som det spanske skattesystem fastsætter. Denne fremgangsmåde er i overensstemmelse med Kommissionens tidligere praksis og de europæiske domstoles retspraksis, ifølge hvilken referencesystemet er den normale ordning for selskabsbeskatning⁽⁵⁴⁾. I kommentarerne fra de spanske myndigheder påpeges det, at hindringerne for grænseoverskridende virksomhedssammenslutninger placerer skatteydere, som køber kapitalandele i nationale virksomheder i en situation, der er retligt og faktisk forskellig fra situationen for dem, der erhverver kapitalandele i udenlandske virksomheder. Årsagen til den situation er ifølge disse myndigheder, at der findes hindringer, som — efter erhvervelsen af kapitalandele — ikke gør det muligt for de spanske investorer at gennemføre grænseoverskridende virksomhedssammenslutninger, men nok at gennemføre nationale virksomhedssammenslutninger.
- (93) Hvad angår eksistensen af disse påståede hindringer, skal det understreges, at de spanske myndigheder og de tredive interesserede parter ikke har fremlagt detaljerede oplysninger om eksistensen af sådanne hindringer, men har begrænset sig til — også i deres seneste meddelelser — at fremsætte generelle og ikke-dokumenterede påstande som f.eks., at der er forskelle på grund af manglende gennemførelse af direktivet om selskabsret, forskelle vedrørende rettigheder for minoritetsaktionærer, rettigheder for kreditorer, arbejdsmarkedsslovgivningen, de nationale rammer og generelle politiske eller kommercielle forhold. Hvis der kunne tages hensyn til uberettigede oplysninger som disse for så vidt angår anvendelsen af traktatens artikel 87, ville der være en risiko for, at støttebegrebet i vid udstrækning ville blive arbitrært. Disse subjektive udsagn er desuden hverken dokumenteret eller begrundet. De spanske myndigheder henviser desuden også til Kommissionens meddelelse om anvendelsen af direktivet om overtagelsestilbud⁽⁵⁵⁾, men de redegør ikke for forbindelsen mellem hindringer for overtagelsestilbud og de påståede hindringer for grænseoverskridende virksomhedskombinationer.
- (94) Hvad angår arten af de påståede hindringer, har de spanske myndigheder og de tredive interesserede parter for det andet ikke udtrykkeligt peget på en konkret skattehindring i Fællesmarkedet. Lige siden 1. januar 1992, hvor direktivet om grænseoverskridende beskatning skulle gennemføres i medlemsstaterne, har der ikke eksisteret beskatningsmæssige hindringer for grænseoverskridende virksomhedssammenslutninger. Det vurderes derfor, at beskatningen af virksomhedssammenslutninger er harmoniseret, både for så vidt angår nationale og grænseoverskridende operationer. Hvad angår hindringer, som ikke er af beskatningsmæssig karakter, og navnlig selskabsretlige hindringer i de lande, hvor målvirksomheden er beliggende, mener Kommissionen, at hindringerne for virksomhedssammenslutninger blev fjernet i Fællesmarkedet ved ikrafttrædelsen den 8. oktober 2004 af Rådets direktiv 2001/86/EF om fastsættelse af supplerende bestemmelser til statut for det europæiske

⁽⁵³⁾ Se fodnote 52 om beslutning angående »Groepsrentebox«-ordningen og i den beslutning navnlig betragtning 83 ff.

⁽⁵⁴⁾ Se bl.a. Førsteinstansrettens dom af 1. juli 2004 i sag T-308/00, Salzgitter mod Kommissionen, Sml. 2004 II, s. 1933, præmis 82.

⁽⁵⁵⁾ Se dokument SEK(2007) 268 af 21.2.2007.

selskab (SE) for så vidt angår medarbejderindflydelse⁽⁵⁶⁾ sammen med Rådets forordning (EF) nr. 2157/2001 af 8. oktober 2001 om statut for det europæiske selskab (SE)⁽⁵⁷⁾ eller senest fra datoen for gennemførelsen⁽⁵⁸⁾ af direktivet om grænseoverskridende fusioner. Senest siden 15. december 2007 har behandlingen af virksomhedssammenslutninger ud fra et selskabsretligt synspunkt således været den samme for nationale og for grænseoverskridende operationer. Præambelen til den spanske lov nr. 3/2009 af 3. april 2009⁽⁵⁹⁾ om strukturelle ændringer af erhvervsvirksomheder, som indarbejder direktivet om selskabsret, bekræfter denne analyse: »[...] den spanske retspraksis omfattede allerede grænseoverskridende foranstaltninger mellem selskaber, der var underlagt lovgivningen i forskellige medlemsstater [...]«. Hverken de spanske myndigheder eller de tredive interesserede parter har meddelt Kommissionen nogen anden berettiget hindring, der kan lægges til grund for en afvigende retlig behandling som den, der er fastsat med den anfægtede foranstaltning. Selv om de spanske myndigheder den 16. juni 2009 fremlagde en liste over problemer⁽⁶⁰⁾ i forbindelse med hindringer for grænseoverskridende virksomhedskombinationer, indeholder det nævnte dokument hverken dokumenterede oplysninger eller relevante forhold, som berettiger til den forskelsbehandling, som den anfægtede foranstaltning indebærer.

- (95) Kommissionen bemærker for det tredje, at hvis medlemsstaterne ikke behandler grænseoverskridende virksomhedssammenslutninger på samme måde som de nationale virksomhedssammenslutninger, kan dette ifølge Domstolens retspraksis⁽⁶¹⁾ udgøre manglende overholdelse af de forpligtelser, der er fastsat i traktaten. Når en intern ret resulterer i forskelsbehandling af virksomheder alt efter, om fusionerne er interne eller grænseoverskridende, kan dette få virksomheder til at afstå fra at udøve den etableringsfrihed, der er fastsat i traktaten. Mere præcist: »En sådan forskellig behandling udgør en restriktion i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i traktatens artikel 43 og 48, som er i strid med etableringsfriheden og kun kan tillades, hvis den har et lovligt formål, som er foreneligt med traktaten og er begrundet i tvingende almene hensyn«⁽⁶²⁾. Det skal på den anden side erindres, at den mulighed, Kommissionen har for at anvende traktatens artikel 87, stk. 3, ikke giver den mulighed for at

godkende en undtagelse fra fællesskabsrettens bestemmelser bortset fra dem, der vedrører anvendelsen af traktatens artikel 87, stk. 1⁽⁶³⁾.

- (96) Kommissionen mener derfor ikke, at der er grund til at bortvige fra referencesystemet i beslutningen om at indlede proceduren: grundlaget for at foretage en evaluering af den anfægtede foranstaltning er den generelle spanske ordning for selskabsbeskatning, nærmere betegnet denne ordnings regler for beskatning af finansiell goodwill.

A.1.2. Undtagelser fra dette referencesystem

- (97) Inden for det spanske skattesystem beregnes skattegrundlaget ud fra regnskabsresultatet, hvorefter der foretages korrektioner under anvendelse af specifikke beskatningsregler. Kommissionen gør i sine indledende bemærkninger subsidiært opmærksom på, at den anfægtede foranstaltning udgør en undtagelse fra det spanske regnskabssystem. Finansiell goodwill kan kun opgøres abstrakt ved at konsolidere regnskaberne for målvirksomheden og den erhvervende virksomhed. I forbindelse med »kontrol«⁽⁶⁴⁾ er det i henhold til den spanske regnskabsordning både i forbindelse med sammenslutninger af nationale virksomheder og udenlandske virksomheder imidlertid obligatorisk at foretage konsolidering af regnskaber med henblik på at redegøre for den overordnede situation for en gruppe af virksomheder med én ledelse. En sådan situation anses f.eks. for at foreligge⁽⁶⁵⁾, når moderselskabet råder over aktiemajoriteten i datterselskabet. Den anfægtede foranstaltning kræver imidlertid ingen kontrol af denne art og finder anvendelse på kapitalandele på mindst 5 %. Kommissionen bemærker endelig også, at ingen virksomhed fra 1. januar 2005⁽⁶⁶⁾ i henhold til regnskabsreglerne har kunnet afskrive goodwill. De tredive interesserede parter henviser i denne forbindelse til bestemmelser⁽⁶⁷⁾, som ikke længere er gældende i henhold til den nuværende spanske regnskabsordning. I henhold til lov nr. 16/2007 af 4. juli 2007 om revision og tilpasning af handelslovgivningen om regnskaber til international lovgivning i henhold til EU's regler samt kongeligt dekret nr. 1514/2007 af 16. november 2007 om godkendelse af den generelle regnskabsplan er det ikke længere tilladt at foretage regnskabsmæssig afskrivning af goodwill eller finansiell goodwill. Disse ændringer af de spanske regnskabsregler er i overensstemmelse med Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1606/2002 af 19. juli 2002 om

⁽⁵⁶⁾ EFT L 294 af 10.11.2001, s. 22 (direktivet trådte i kraft den 10. november 2001).

⁽⁵⁷⁾ EFT L 294 af 10.11.2001, s. 1 (forordningen trådte i kraft den 8. oktober 2004).

⁽⁵⁸⁾ 15. december 2007 i henhold til artikel 19 i direktivet om selskabsret.

⁽⁵⁹⁾ Findes på adressen http://noticias.juridicas.com/base_datos/Vacatio/13-2009.html.

⁽⁶⁰⁾ Manglende gennemførelse af direktivet om grænseoverskridende fusioner, rettigheder for mindretalsaktionærer, rettigheder for kreditorer, arbejdsmarkedslvgivning, nationale rammer, lokale partnere, lovgivningsrammer, økonomiske synergier samt politiske, strategiske og forretningsmæssige overvejelser.

⁽⁶¹⁾ Domstolens dom af 13.12.2005 i sag C-411/03, SEVIC Systems, Sml. 2005 I, s. 10805, præmis 23-31.

⁽⁶²⁾ Domstolens dom af 13.12.2005 i sag C-411/03, SEVIC Systems, præmis 23.

⁽⁶³⁾ Førsteinstansretten dom af 27.9.2000 i sag T-184/97, BP mod Kommissionen, Sml. 2000 II, s. 3671, præmis 55. Se også Domstolens dom af 12.11.1992 i sag C-134/91 og C-135/91, Kerafina, præmis 20, og Domstolens dom af 15.6.1993 i sag C-225/91, Matra SA mod Kommissionen, præmis 41.

⁽⁶⁴⁾ I henhold til artikel 42 i *Código de Comercio* fra 1885.

⁽⁶⁵⁾ I henhold til artikel 42, stk. 1, i *Código de Comercio* fra 1885.

⁽⁶⁶⁾ Virksomheder, der har udstedt værdipapirer, der er optaget til handel på et reguleret marked i enhver medlemsstat, jf. artikel 1, nr. 13), i Rådets direktiv 93/22/EØF, efter artikel 4 i dette direktiv.

⁽⁶⁷⁾ Artikel 194 i *Real Decreto* nr. 1564/1989 af 22. december 1989 om godkendelse af den omarbejdede udgave af *Ley de Sociedades Anónimas* (den spanske aktieselskabslov).

anvendelse af internationale regnskabsstandarder⁽⁶⁸⁾. På baggrund af disse forhold udgør den anfægtede foranstaltning derfor en undtagelse fra de almindeligt gældende spanske regnskabsregler.

- (98) Da den anfægtede foranstaltning er en beskatningsforanstaltning, bør forekomsten af undtagelsen imidlertid vurderes under sammenholdelse med referencebeskatningssystemet og ikke kun ud fra regnskabsmæssige overvejelser. Kommissionen påpeger i den forbindelse, at det efter de spanske beskatningsregler aldrig har været tilladt at afskrive finansiel goodwill, medmindre det sker i henhold til artikel 12, stk. 5, i TRLIS. En sådan afskrivning er ikke mulig i forbindelse med nationale afskrivninger. Dette fremgår af følgende forhold:
- (99) Efter de spanske beskatningsregler kan goodwill kun bogføres separat i forbindelse med en virksomhedssammenslutning⁽⁶⁹⁾, der gennemføres ved erhvervelse eller overførsel af uafhængige forretningsaktiviteter eller efter en lovmæssig virksomhedssammenslutning. I sådanne tilfælde udgøres goodwillen af den bogføringsmæssige forskel mellem erhvervelsesprisen og markedsprisen for de forretningsaktiviteter, der er erhvervet af den sammen sluttede virksomhed, eller som denne driver. Når erhvervelsen af en virksomheds forretningsaktiviteter sker ved erhvervelse af dens aktier — som det er tilfældet i forbindelse med den anfægtede foranstaltning — kan der kun være tale om goodwill, hvis den erhvervende virksomhed efterfølgende bliver sluttet sammen med den købte virksomhed, som den opnår kontrol med.
- (100) Med den anfægtede foranstaltning er det imidlertid hverken nødvendigt at have kontrol med eller gennemføre en sammenslutning af de to virksomheder. Det er tilstrækkeligt at erhverve en kapitalandel på mindst 5 % i en udenlandsk virksomhed. Ved at tillade, at den finansielle goodwill — som er den goodwill, der ville have været bogført, hvis virksomhederne var blevet sammen sluttet — opstår særskilt, også uden at der foreligger en virksomhedssammenslutning, udgør den anfægtede foranstaltning en undtagelse fra referencesystemet. Det skal påpeges, at undtagelsen ikke skyldes varigheden af den periode, i hvilken den finansielle goodwill afskrives sammenlignet med den periode, der er gældende for traditionel goodwill⁽⁷⁰⁾, men derimod hænger sammen med, at nationale og grænseoverskridende transaktioner ikke behandles på den samme måde. Den anfægtede foranstaltning kan ikke anses for at udgøre en ny selvstændig generel regnskabsnorm, eftersom afskrivning af finansiel goodwill ved erhvervelse af nationale kapitalandele ikke er tilladt. Kommissionen konkluderer derfor, at den anfægtede foranstaltning udgør en undtagelse fra referencesystemet. Som det fremgår af betragtning 128 til 138 vurderer Kommissionen, at hverken de spanske

myndigheder eller de tredive interesserede parter har fremlagt argumenter, der er tilstrækkeligt sammenhængende til at ændre denne konklusion.

A.1.3. Spørgsmålet om fordele

- (101) Det er ifølge artikel 12, stk. 5, i TRLIS muligt at fradrage beskatningsgrundlaget af en del af den finansielle goodwill ved erhvervelse af kapitalandele i udenlandske virksomheder, hvilket er en undtagelse fra referencesystemet. I og med at de begunstigedes skattebyrde reduceres, opnår de dermed en økonomisk fordel i kraft af artikel 12, stk. 5, i TRLIS. Fordelen består i en reduktion af den skat, som virksomhederne skal betale. Denne reduktion er proportionel med forskellen mellem den pris, der er betalt ved erhvervelsen, og markedsværdien for de bogførte underliggende aktiver, erhvervelsen omfatter.
- (102) Den nøjagtige økonomiske fordel med hensyn til købsprisen svarer til nettonutidsværdien af den reduktion af beskatningsgrundlaget, der indrømmes ved den fradragsberettigede afskrivning i hele afskrivningsperioden efter erhvervelsen. Den afhænger derfor af, hvilken skat virksomheden pålægges i den pågældende periode og af, hvilken reduktionssats der anvendes.
- (103) Hvis de erhvervede kapitalandele sælges, kompenseres en del af fordelen gennem beskatning af fortjenesten. Hvis de pågældende udenlandske kapitalandele videresælges, kan afskrivningen af goodwill således resultere i en øget kapitalgevinst, som skal beskattes ved salget. Hvis denne hypotetiske situation bliver til virkelighed, forsvinder fordelen ikke helt, da der ved efterfølgende beskatning ikke tages hensyn til likviditetsomkostningerne. Som de to parter rigtigt påpeger, svarer den økonomiske fordel mindst til en rentefri kredit, som åbner mulighed for op til tyve fradrag af en tyvendel af den pågældende finansielle goodwill i hele den periode, hvor skatteyderen bogfører kapitalandelen.
- (104) Med et hypotetisk eksempel, der allerede er nævnt af Kommissionen i beslutningen om at indlede proceduren, ville en kapitalandel erhvervet i 2002 give en fordel svarende til 20,6 % af værdien af den finansielle goodwill, hvis der anvendes en diskontosats på 5 %⁽⁷¹⁾, og der tages udgangspunkt i selskabsbeskatningsstrukturen frem til 2022 som fastsat i lov nr. 35/2006⁽⁷²⁾. De interesserede parter har ikke bestredet disse tal. Ved salg af de erhvervede kapitalandele ville fordelen svare til den rente, skatteyderen ville være blevet pålagt for en kredit med de karakteristika, der er beskrevet i den foregående betragtning.

⁽⁶⁸⁾ EFT L 243 af 11.9.2002, s. 1.

⁽⁶⁹⁾ I henhold til artikel 89, stk. 3, i TRLIS.

⁽⁷⁰⁾ I henhold til artikel 11, stk. 4, i TRLIS.

⁽⁷¹⁾ I henhold til bestemmelserne i TRLIS som ændret ved lov nr. 35/2006 har der været anvendt følgende satser til beregning af selskabsskatten: 35 % fra 2002 til 2006, 32,5 % i 2007 og herefter 30 %.

⁽⁷²⁾ Ottende supplerende bestemmelse, lov nr. 35/2006 af 28. november om personskat og delvis ændring af selskabsskatten, af beskatningen af udlændinge og formuebeskatningen, offentliggjort i *Boletín Oficial del Estado* nr. 285 af 29.11.2006.

(105) Kommissionen er endelig ikke enig med de spanske myndigheder og de tredive interesserede parter i, at den endelige støttemodtager under den anfægtede foranstaltning skulle være sælgeren af den udenlandske kapitalandel, fordi han ville opnå en højere pris. For det første findes der ikke en mekanisme, som garanterer, at hele fordelen overgår til sælgeren. For det andet er købsprisen resultatet af en række forskellige elementer og ikke kun af den anfægtede foranstaltning. For det tredje, i den hypotetiske situation, at der overgår en økonomisk fordel til sælgeren, ville køberen som følge af den anfægtede foranstaltning skulle betale en højere købspris, hvilket er af allerstørste betydning i forbindelse med et køb præget af konkurrence.

(106) Kommissionen må derfor konkludere, at den anfægtede foranstaltning under alle omstændigheder giver en fordel ved køb af udenlandske kapitalandele.

A.1.4. Foranstaltningens berettigelse i henhold til det spanske skattesystems regler

(107) I overensstemmelse med Domstolens faste retspraksis ⁽⁷³⁾ mener Kommissionen ikke, at foranstaltninger, hvormed der foretages en differentiering af virksomheder, udgør statsstøtte, når differentieringen er et resultat af arten eller den generelle opbygning af det beskatningssystem, de er omfattet af. Denne begrundelse, der tager sit udgangspunkt i skattesystemets art og generelle opbygning, afspejler sammenhængen mellem en specifik skatteforanstaltning og skattesystemets generelle logik.

(108) Kommissionen mener i den forbindelse for det første, at de spanske myndigheder ikke har dokumenteret, at den anfægtede foranstaltning ville medføre, at man undgik dobbeltbeskatning. Ifølge ordningen skal det således ikke påvises, at køberen rent faktisk er blevet beskattet af gevinsten ved salget af kapitalandelen — også selv om dette er en betingelse for afskrivning af goodwill i forlængelse af en virksomhedssammenslutning ⁽⁷⁴⁾. Det skal påpeges, at selv om de spanske myndigheder hævder ikke at have kompetence til at føre kontrol med udenlandske sælgere, som gennemfører transaktioner i udlandet, gør Kommissionen opmærksom på, at dette er en nødvendig betingelse for anvendelsen af andre spanske skattebestemmelser ⁽⁷⁵⁾, men ikke for den anfægtede foranstaltning.

⁽⁷³⁾ Se sag nr. C-88/03 Portugal mod Kommissionen, præmis nr. 81, fodnote nr. 49 i nærværende beslutning, Førsteinstansdomstolens dom af 9.9.2009 i sag T-227/01, Territorio foral de Álava y otros, endnu ikke offentliggjort, præmis 179, samt Førsteinstansrettens dom af 9.9.2009 i sag T-230/01, Territorio foral de Álava y otros, endnu ikke offentliggjort, præmis 190.

⁽⁷⁴⁾ I henhold til artikel 89, stk. 3, litra a), i TRLIS.

⁽⁷⁵⁾ Se artikel 89, 21 og 22 i TRLIS.

(109) For det andet er den anfægtede foranstaltning heller ikke en mekanisme, der kan forhindre dobbeltbeskatning af fremtidigt udbytte, som ville blive beskattet i tilfælde af fremtidige fortjenester og ikke burde beskattes to gange ved overførsel til den virksomhed, der ejer en betydelig kapitalandel, for hvilken der blev betalt finansiel goodwill. Med den anfægtede foranstaltning etableres der således ikke en forbindelse mellem udbytte og fradrag, der foretages i kraft af den anfægtede foranstaltning. Tværtimod var udbytte hidrørende fra en betydelig kapitalandel allerede omfattet af både den fritagelse, som er fastsat ved artikel 21 i TRLIS, og den umiddelbare skateneutralitet, der er fastsat ved artikel 32 i TRLIS for at undgå international dobbeltbeskatning. Afskrivningen af finansiel goodwill frembyder i den forbindelse en ekstra fordel ved erhvervelse af betydelige kapitalandele i udenlandske virksomheder.

(110) De spanske myndigheder har for det tredje ikke dokumenteret, at den anfægtede foranstaltning var en udvidelse af reglerne om værdiforringelse, som forudsætter, at der er objektive beviser for tab, som er baseret på en detaljeret og objektiv beregning, som den anfægtede foranstaltning ikke kræver. Tværtimod åbner artikel 12, stk. 3, i TRLIS mulighed for delvise fradrag for værdiforringelse af kapitalandele i nationale og udenlandske virksomheder, som ikke er noteret på det sekundære marked på grund af forringelser, der har fundet sted i perioden fra regnskabsårets begyndelse til dets afslutning. Den anfægtede foranstaltning, som for de begunstigede er forenelig med artikel 12, stk. 3, i TRLIS ⁽⁷⁶⁾, fastsætter andre fradrag, som går ud over forringelsen af den teoretiske regnskabsværdi.

(111) Kommissionen påpeger for det fjerde, at finansiel goodwill i forbindelse med erhvervelse af spanske kapitalandele ikke kan afskrives, mens udenlandske virksomheders finansielle goodwill kan afskrives på visse betingelser. Den differentierede skattemæssige behandling af udenlandske virksomheders finansielle goodwill og spanske virksomheders finansielle goodwill er indført med den anfægtede foranstaltning, som hverken er nødvendig eller i passende overensstemmelse med beskatningssystemets logik. Kommissionen finder det således uhensigtsmæssigt, at der med den omhandlede ordning fastsættes en nominal og effektiv beskatning, der er væsentligt forskellig for virksomheder, der befinder sig i en sammenlignelig situation, udelukkende fordi nogle af dem foretager investeringer i udlandet.

⁽⁷⁶⁾ I artikel 12, stk. 5, fastsættes det udtrykkeligt således: »fradraget af denne forskel (dvs. artikel 12, stk. 5, i TRLIS) er i givet fald foreneligt med de værdiforringelser, der er omhandlet i stk. 3 i denne artikel.«

- (112) De spanske myndigheder anfører endelig også, at den anfægtede foranstaltning er berettiget ud fra neutralitetsprincippet, som bør anvendes i forbindelse med selskabsbeskatning⁽⁷⁷⁾. I bemærkningerne til loven om selskabsbeskatning⁽⁷⁸⁾, som var gældende ved indførelsen af den anfægtede foranstaltning, blev der tydeligt henvist til dette princip. Kommissionen påpeger i den forbindelse, at »konkurrenceprincippet«⁽⁷⁹⁾, der er fremført af de spanske myndigheder, og som udtrykkeligt henviser til »en vækst i eksporten«, også ligger bag denne reform. Det skal i den forbindelse erindres, at det i henhold til tidligere beslutninger truffet af Kommissionen⁽⁸⁰⁾ er uhensigtsmæssigt at anvende forskellige beskatninger på virksomheder, der befinder sig i sammenlignelige situationer, blot fordi deres aktiviteter er eksportrelaterede. Kommissionen minder desuden om, at Domstolen har vurderet⁽⁸¹⁾, at selv om principperne med hensyn til ligestilling over for beskatning og med hensyn til beskatningsevne tydeligvis indgår i det spanske skattesystem, indebærer de ikke, at skatteydere, der befinder sig i forskellige situationer, skal behandles identisk.
- (113) På baggrund af ovenstående mener Kommissionen ikke, at neutralitetsprincippet kan retfærdiggøre den anfægtede foranstaltning. Som det er fremført af de to interesserede parter, viser det forhold, at erhvervelsen af en minoritetsandel på 5 % kommer ind under den anfægtede foranstaltning, at den kan omfatte situationer, som ikke ligner hinanden meget. Det kan således siges, at i overensstemmelse med referencesystemet er situationer, som både faktisk og retligt er forskellige, omfattet af den samme behandling. Efter Kommissionens opfattelse kan man derfor ikke påberåbe sig neutralitetsprincippet for at retfærdiggøre den anfægtede foranstaltning.
- (114) Under hensyn til redegørelsen i betragtning 107 til 113 bør Kommissionen konkludere, at den selektive fordel, der indrømmes med den omhandlede skatteordning, ikke kan berettiges ud fra skattesystemets karakter. Det bør derfor konkluderes, at der indgår forskelsbehandling i den anfægtede foranstaltning, som består i en begrænsning med hensyn til det land, hvor transaktionen, som er omhandlet af skattefordelen⁽⁸²⁾, finder sted, og dette er en forskelsbehandling, der ikke er berettiget ud fra logikken i det spanske skattesystem.
- A.2. *Supplerende begrundelse: Analyse af den anfægtede foranstaltning set i forhold til referencesystemet for behandling af goodwill i forbindelse med transaktioner med tredjelande*
- (115) De spanske myndigheder har forklaret, at formålet med den anfægtede foranstaltning er at undgå, at erhvervelser, som efterfølges af en virksomhedssammenslutning, beskattes anderledes end erhvervelser af kapitalandele uden efterfølgende virksomhedssammenslutninger. På det grundlag skulle den omhandlede ordnings anvendelsesområde være begrænset til erhvervelse af betydelige kapitalandele i en virksomhed, der ikke er hjemmehørende i Spanien, eftersom visse hindringer ville gøre det vanskeligere at gennemføre en grænseoverskridende sammenslutning af virksomheder end en lokal sammenslutning⁽⁸³⁾. Som følge af disse hindringer ville de spanske skatteydere, der investerer i udlandet, faktisk og retligt befinde sig i en anden situation end dem, der investerer i Spanien. De spanske myndigheder oplyser således, at⁽⁸⁴⁾: »Det blotte forhold, at forskellige skatteforanstaltninger er differentierende, indebærer ikke nødvendigvis, at der er tale om statsstøtte. Det er også nødvendigt at analysere, om sådanne foranstaltninger er nødvendige eller funktionelle for så vidt angår skattesystemets effektivitet, således som det fremføres i Kommissionens meddelelse. Den spanske skattelovgivning omfatter derfor forskellige beskatningsordninger for situationer, der objektivt set er forskellige, som f.eks. vedrørende erhvervelse af kapitalandele i udenlandske virksomheder i modsætning til erhvervelse af kapitalandele i spanske virksomheder (ingen mulighed for at gennemføre fusionstransaktioner, risikotagning m.m.) med henblik på at sikre skattemæssig neutralitet som tilstræbt i den interne spanske lovgivning og i fællesskabslovgivningen samt for at sikre, at det spanske skattesystem er kohærent og effektivt.
- (116) Ifølge de spanske myndigheder er det nødvendigt at beskatte grænseoverskridende erhvervelser på en særlig måde for at sikre det spanske skattesystems neutralitet og undgå, at erhvervelser af spanske kapitalandele beskattes mere gunstigt. De spanske myndigheder og de tredive interesserede parter mener derfor, at den korrekte referenceramme til evaluering af den anfægtede foranstaltning ville være den skattemæssige behandling af goodwill ved erhvervelser i udlandet.
- (117) Selv om Kommissionen ikke mener, at de spanske myndigheder og de tredive interesserede parter i dette sagsforløb i tilstrækkelig grad har dokumenteret, hvorfor beskatningen af transaktioner vedrørende spanske kapitalandele og transaktioner mellem virksomheder, der er hjemmehørende i Fællesskabet, ikke bør være den samme (beskrevet i betragtning 92 til 96), kan den ikke på forhånd fuldstændigt afvise, at der anvendes en således forskelsbehandling, hvor der er tale om transaktioner i forhold til tredjelande. Der kan således uden for Fællesskabet forekomme juridiske hindringer for grænseoverskridende virksomhedssammenslutninger, som
- ⁽⁷⁷⁾ Se navnlig betragtning 48.
- ⁽⁷⁸⁾ Lov nr. 43/1995 om selskabsskat ophævet ved kongeligt dekret nr. 4/2004.
- ⁽⁷⁹⁾ I bemærkningerne til lov nr. 43/1995 formuleres det af de spanske myndigheder således: »Konkurrenceprincippet kræver, at selskabsskatten understøttes og er i overensstemmelse med samtlige foranstaltninger i den økonomiske politik til fremme af konkurrenceevnen [...], og det kræver også incitamenter til internationalisering af virksomhederne for at øge eksporten med henblik på at efterleve dette princip.»
- ⁽⁸⁰⁾ Se bl.a. Kommissionens beslutning af 22.3.2006 om direkte beskatningsincitamenter til fordel for eksportaktiviteter, EUT C 302 af 14.12.2007, s. 3, betragtning 51.
- ⁽⁸¹⁾ Se præmis 127 i den dom, der er nævnt i fodnote 42.
- ⁽⁸²⁾ Se i den forbindelse Kommissionens beslutning af 8. juli 2009 i sag C-2/2007, Groepsrentebox, endnu ikke offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende*, navnlig betragtning 107.
- ⁽⁸³⁾ Se e-mail fra de spanske myndigheder af 16. juni 2009, som der henvises til i betragtning 13.
- ⁽⁸⁴⁾ Se brev fra de spanske myndigheder af 22. april 2009 (A-9531), s. 6, som der henvises til i betragtning 9.

stiller de grænseoverskridende operationer i en faktisk og retlig situation, der adskiller dem fra transaktioner inden for Fællesskabet. Som følge heraf kunne erhvervelser uden for Fællesskabet, der kunne have medført skattemæssig afskrivning af goodwill — hvilket er tilfældet, når man er i besiddelse af aktiemajoriteten — være udelukket for denne skattefordel, da der ikke kunne gennemføres virksomhedssammenslutninger. Den skattemæssige afskrivning af goodwill i forbindelse med sådanne transaktioner, som ikke er omfattet af de faktiske og retlige rammer i Fællesskabet, kan være nødvendig for at garantere skattnutraliteten.

- (118) Således som den anfægtede foranstaltning nu fremstår, åbner den mulighed for, at den skattemæssige afskrivning af goodwill foretages separat, også i tilfælde, hvor den begunstigede erhverver 5 % af aktiekapitalen, hvorfor den anfægtede foranstaltning kan udgøre en undtagelse fra referencesystemet, også således som det er defineret i betragtning 117.
- (119) Kommissionen fastholder på den baggrund den beslutning, der er indledt ved beslutningen af 10. oktober 2007 om at indlede proceduren, og som vedrører erhvervelser uden for Fællesskabet, under hensyntagen til, at de spanske myndigheder har forpligtet sig til at fremlægge nye oplysninger om hindringerne for grænseoverskridende fusioner uden for Fællesskabet. Den procedure, der blev indledt den 10. oktober 2007, er derfor stadig i gang for så vidt angår erhvervelse uden for Fællesskabet.

B. Anvendelse af statsmidler

- (120) Foranstaltningen indebærer anvendelse af statsmidler, eftersom den forudsætter, at der gives afkald på skatteindtægter svarende til en skattenedsættelse — i en periode på mindst 20 år efter erhvervelsen — for virksomheder, der er skattepligtige i Spanien, og som erhverver betydelige kapitalandele i udenlandske virksomheder.
- (121) Afkaldet på skatteindtægter letter de byrder, som virksomhederne normalt har, og selv om der ikke er tale om støtte i snæver forstand, er de af samme art og har tilsvarende virkning. Hvor der er tale om foranstaltninger, der gør det muligt for bestemte virksomheder at nyde godt af en skattelettelse eller at udskyde betalingen af skat, som de normalt burde betale, udgør dette på tilsvarende måde statsstøtte. Ud fra et budgetmæssigt synspunkt og i overensstemmelse med Domstolens retspraksis⁽⁸⁵⁾ og Kommissionens meddelelse⁽⁸⁶⁾ indebærer den anfægtede foranstaltning et tab af skatteindtægter for staten som følge af reduktionen af skattegrundlaget, og det svarer til brug af statsmidler.
- (122) Kommissionen vurderer derfor, at den anfægtede foranstaltning indebærer anvendelse af statsmidler.

C. Fordrejning af konkurrencevilkårene og påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne

- (123) Efter Domstolens retspraksis⁽⁸⁷⁾ gælder følgende: »[...] Med henblik på en national foranstaltnings kvalificering som ulovlig statsstøtte skal det ikke godtgøres, at støtten reelt påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne og faktisk fordrejer konkurrencen, men alene undersøges, om støtten kan påvirke denne samhandel og fordreje konkurrencen. Særlig når en støtte, der er ydet af en medlemsstat, styrker en virksomheds stilling i forhold til andre virksomheder, som den konkurrerer med i samhandelen inden for Fællesskabet, må det antages, at denne samhandel påvirkes af støtten. [...]. Endvidere er det ikke nødvendigt, at den begunstigede virksomhed selv tager del i samhandelen mellem medlemsstaterne. Når en medlemsstat tildeler støtte til en virksomhed, kan den indenlandske aktivitet fastholdes eller styrkes, hvilket vil svække andre medlemsstaters virksomheders mulighed for at etablere sig på denne medlemsstats marked«. Ifølge den faste retspraksis⁽⁸⁸⁾ er det for at konkludere, at en foranstaltning er konkurrencefordrejende, desuden tilstrækkeligt, at den begunstigede virksomhed konkurrerer med andre virksomheder på markeder, der er åbne over for konkurrence. Kommissionen vurderer, at de betingelser, der er omhandlet inden for retspraksissen, er opfyldt af nedenstående årsager.
- (124) Den anfægtede foranstaltning giver for det første en fordel med hensyn til finansiering og styrker derfor stillingen for den økonomiske enhed, som støttemodtageren og målvirksomheden kan danne. På den baggrund og i overensstemmelse med Domstolens retspraksis⁽⁸⁹⁾ bør det, at man har kontrol med en målvirksomhed og effektivt udøver denne kontrol ved direkte eller indirekte at deltage i ledelse af denne, anses for at udgøre deltagelse i den kontrollerede virksomheds økonomiske aktiviteter.
- (125) For det andet kan den anfægtede foranstaltning fordreje konkurrencen — mere udtalt mellem europæiske konkurrenter — ved at give skattelemper til spanske virksomheder, der erhverver betydelige kapitalandele i målvirksomheder. Denne analyse bekræftes ved, at flere virksomheder har indgivet anmeldelse eller har intervenseret efter offentliggørelsen af beslutningen om at indlede proceduren for at give udtryk for, at den anfægtede foranstaltning indebar en betydelig fordel og fremmede spanske virksomheders koncentrationsindsats, navnlig i forbindelse med auktionsprocedurer. Disse interventioner bekræfter i det mindste, at en række ikke-spanske virksomheder vurderer, at deres markedsstilling er berørt af den anfægtede foranstaltning — uanset om deres detaljerede redegørelser var korrekte, hvad angår forekomsten af støtte.

⁽⁸⁵⁾ Se Domstolens dom af 10. januar 2006 i sag C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze m.fl.*, Sml. 2006 I, s. 289.

⁽⁸⁶⁾ Se fodnote 21. Se navnlig punkt 9 og 10 i Kommissionens meddelelse.

⁽⁸⁷⁾ Se fodnote 42, præmis 139-143.

⁽⁸⁸⁾ Førsteinstansrettens dom af 30. april 1998 i sag T-214/95, *Vlaams Gewest mod Kommissionen*, Sml. 1998 II, s. 717.

⁽⁸⁹⁾ Se Domstolens dom i sag nr. C-222/04, som allerede er nævnt i fodnote 85.

- (126) Kommissionen konkluderer derfor, at den anfægtede foranstaltning kan påvirke handelen mellem medlemsstater og fordreje konkurrencen, navnlig på det interne marked, ved at kunne forbedre driftsbetingelserne for begunstigede, som deltager direkte i økonomiske aktiviteter, som er underlagt beskatning i Spanien.

D. Kommissionens reaktion på de modtagne bemærkninger

- (127) Kommissionen finder, at det, inden den drager konklusioner om kvalificering af foranstaltningen, vil være hensigtsmæssigt at gennemføre en mere detaljeret analyse af visse argumenter, der er fremført af de spanske myndigheder og interesserede parter, og som endnu ikke er blevet behandlet direkte eller indirekte i de afsnit, hvori ordningen evalueres (betragtning 83 ff.).

D.1. Reaktion på oplysninger fra selvangivelser for 2006 og på bemærkninger vedrørende Domstolens dom nr. C-501/00

- (128) Hvad angår de oplysninger, som de spanske myndigheder har fremlagt vedrørende selvangivelser for 2006 for at påvise, at den anfægtede foranstaltning ikke er selektiv⁽⁹⁰⁾, påpeger Kommissionen, at oplysningerne generelt er for upræcise. De begunstigede er for det første inddelt i kategorier (aktivitet, omsætning), men det angives ikke, om de pågældende begunstigede udgør en lille eller en stor del af hver af de berørte kategorier. For det andet, selv om statistikker baseret på omsætningens størrelse for de begunstigede kunne være en interessant indikator med henblik på at påvise, at den anfægtede foranstaltning anvendes på alle virksomheder i Spanien, skal det påpeges, at den anfægtede foranstaltning vedrører erhvervelse af kapitalandele. Denne form for investering genererer ikke nødvendigvis en stor omsætning, hvilket f.eks. indebærer, at holdingselskaber kan figurere som SMV'er i de pågældende oplysninger. For at kunne sikre, at oplysningerne er relevante, vil det derfor være nødvendigt at tage hensyn til supplerende indikatorer som f.eks. samlede balancer og til, om de begunstigede kan konsolidere deres skattegrundlag i forhold til andre spanske skatteydere. Oplysningerne synes for det tredje heller ikke at være repræsentative, eftersom de ikke angiver omfanget af de begunstiges erhvervede kapitalandele (majoritetsandele eller kun minoritetsandele). De modtagne oplysninger gør det endelig heller ikke muligt at fastslå, om de betingelser, der er fastsat i Kommissionens henstilling fra 2003 om SMV'er⁽⁹¹⁾, er opfyldt. Kommissionen mener derfor ikke, at dens påvisning af, at den anfægtede foranstaltning er selektiv på grund af den pågældende lovgivnings særlige karakter, er tilbagevist med de ufuldstændige og lidet repræsentative oplysninger, der er fremlagt af de spanske myndigheder.

- (129) Selv om de argumenter, der er fremlagt af de spanske myndigheder, var blevet suppleret med yderligere

dokumentation, ville dette imidlertid heller ikke have fjernet foranstaltningens selektive karakter, da kun bestemte virksomheder var omfattet af foranstaltningen, således som det også fremgår af Domstolens dom i sag nr. C-501/00, Spanien mod Kommissionen⁽⁹²⁾. For så vidt angår de spanske myndigheders kvalificering af foranstaltningen som en generel foranstaltning⁽⁹³⁾, fordi den kan anvendes på enhver virksomhed med hjemsted i Spanien, er det på sin plads at erindre om denne dom, der er afsagt af Domstolen. Den pågældende sag vedrørte også en undtagelse fra den spanske selskabsbeskatning, mere konkret en foranstaltning med betegnelsen »skattefradrag for eksportaktiviteter«. De spanske myndigheder gjorde over for Domstolen gældende, at ordningen omfattede enhver virksomhed, som var skattepligtig i Spanien. Domstolen fandt imidlertid, at skattefradraget kun kunne være til gavn for »en bestemt kategori af virksomheder, som udøver eksportaktiviteter, og som foretager visse investeringer omfattet af de anfægtede bestemmelser«⁽⁹⁴⁾. I den foreliggende sag vurderer Kommissionen også, at den anfægtede foranstaltning har til formål at fremme eksport af kapital fra Spanien med henblik på at styrke spanske virksomheders stilling i udlandet og således forbedre konkurrenceevnen for de begunstigede under ordningen.

- (130) Det skal i den forbindelse påpeges, at det ifølge Domstolen ikke er »[...] tilstrækkeligt som begrundelse for de anfægtede bestemmelser, set i relation til karakteren og opbygningen af det skattesystem, som de indgår i, at henvise til, at de tilsigter at fremme den internationale samhandel. En sådan hensigt er ganske vist et økonomisk formål, men det er ikke godtgjort, at det følger den overordnede logik i det spanske skattesystem. [...] Den omstændighed, at de anfægtede bestemmelser forfølger et handels- eller industripolitisk mål, såsom fremme af den internationale samhandel gennem støtte til investeringer i udlandet, er heller ikke tilstrækkeligt til, at disse uden videre falder uden for statsstøtebegrebet i artikel 4, litra c), KS.⁽⁹⁵⁾« I den foreliggende sag har de spanske myndigheder blot oplyst, at den anfægtede foranstaltning har til formål at fremme international handel og konsolidering af virksomheder, men uden at dokumentere, at foranstaltningen er berettiget med henvisning til systemets logik. Kommissionen bekræfter på baggrund af ovenstående sin tidligere konklusion, nemlig at den anfægtede foranstaltning er selektiv.

D.2. Reaktion på bemærkningerne om Kommissionens praksis

- (131) Hvad angår henvisningen til den påståede nye fortolkning af selektivitetsbegrebet i den foreliggende sag, skal det for det første påpeges, at den anvendte fremgangsmåde er i fuld overensstemmelse med Kommissionens beslutningspraksis og Domstolens retspraksis som beskrevet i betragtning 92. Fremgangsmåden i denne konkrete sag

⁽⁹⁰⁾ Se betragtning 12.

⁽⁹¹⁾ EUT L 124 af 20.5.2003, s. 36.

⁽⁹²⁾ Se fodnote 42.

⁽⁹³⁾ Se navnlig betragtning 31 og 44.

⁽⁹⁴⁾ Se særlig dommens præmis 120.

⁽⁹⁵⁾ Se fodnote 42, præmis 124.

adskiller sig heller ikke fra Kommissionens beslutning N 480/2007⁽⁹⁶⁾, som de spanske myndigheder henviser til. Der blev således i forbindelse med denne beslutning taget hensyn til det specifikke forfulgte mål ved henvisning til⁽⁹⁷⁾ Kommissionens meddelelse til Rådet, Europa-Parlamentet og Det Økonomiske og Sociale Udvalg, »Mod en mere effektiv anvendelse af skatteincitamenter til fordel for F&U«⁽⁹⁸⁾. I den foreliggende sag er der ikke et tilsvarende mål med den anfægtede foranstaltning. Til forskel fra den foreliggende sag, blev der med den spanske foranstaltning, der var omhandlet i denne tidligere beslutning, desuden ikke skelnet mellem nationale og internationale operationer.

- (132) Hvad angår fritagelse for selskabsskat som følge af anvendelsen af direktiver⁽⁹⁹⁾ som f.eks. direktivet om moder- og datterselskaber eller direktivet om betaling af grænseoverskridende renter og afgifter, vurderer Kommissionen, at den situation, der er resultatet af anvendelsen af disse direktiver, er helt i overensstemmelse med den argumentation, der er redegjort for i nærværende beslutning. Som følge af fællesskabsharmoniseringen bør de grænseoverskridende operationer i Fællesskabet og i de enkelte medlemsstater således anses for at være omfattet af sammenlignelige retlige og faktiske rammer. Kommissionen skal desuden understrege, at Førsteinstansretten har fastslået følgende⁽¹⁰⁰⁾: »[...] direkte beskatning på fællesskabsrettens nuværende trin hører under medlemsstaternes kompetence, selv om disse efter fast retspraksis dog skal udøve denne under overholdelse af fællesskabsretten (jf. bl.a. dom af 14.9.1999 i sag C-391/97, *Gschwind*, Sml. 1999 I, s. 5451, præmis 20) og således i denne forbindelse skal afstå fra at træffe enhver form for foranstaltninger, som kan udgøre statsstøtte, der er uforenelig med fællesmarkedet«.

D.3. Reaktion på bemærkningerne om EF-traktatens artikel 58, stk. 1, litra a)

- (133) Som nævnt tidligere skal det for det første ikke glemmes, at selv om den direkte beskatning henhører under medlemsstaternes kompetence, skal denne kompetence imidlertid udøves i overensstemmelse med fællesskabsretten⁽¹⁰¹⁾, herunder traktatens bestemmelser om statsstøtte. Traktatens artikel 58, stk. 1, litra a), bør med andre ord fortolkes på en måde, der er forenelig med traktatens regler om statsstøtte, herunder dem, der vedrører Kommissionens kontrolbeføjelser på dette område.

- (134) Traktatens artikel 58, som de spanske myndigheder henviser til, bør desuden sammenholdes med traktatens artikel 56, som forbyder hindringer for kapitalbevægelserne mellem medlemsstaterne. Traktatens artikel 58, stk. 1, fastsætter således: »bestemmelserne i artikel 56 griber ikke ind i medlemsstaternes ret til: at anvende de relevante bestemmelser i deres skattelovgivning, der sonderer imellem skatteydere, hvis situation er forskellig med hensyn til bopælssted eller med hensyn til det sted, hvor deres kapital er investeret«.

- (135) Domstolen har allerede bekræftet medlemsstaternes mulighed for at anvende de relevante bestemmelser i deres skattelovgivning, der sonderer imellem skatteydere, hvis situation er forskellig med hensyn til deres bopælssted eller med hensyn til det sted, hvor deres kapital er investeret — en mulighed, der er fastsat i traktatens artikel 58, stk. 1, litra a). Ifølge den retspraksis, der var gældende forud for ikrafttrædelsen af traktatens artikel 58, stk. 1, litra a), kunne nationale skattebestemmelser om bestemte sonderinger, navnlig afhængigt af skatteyderens hjemsted, være forenelige med fællesskabsretten, hvis de anvendes på situationer, som ikke objektivt set er sammenlignelige⁽¹⁰²⁾ eller kan begrundes af tvingende almene hensyn, der navnlig er forbundet med skattesystemets kohærens⁽¹⁰³⁾. Hvorom alting er, kan rent økonomiske mål ikke udgøre tvingende almene hensyn, der kan berettige til at begrænse en grundlæggende frihed, der er fastsat i traktaten⁽¹⁰⁴⁾.

- (136) Også for så vidt angår perioden efter ikrafttrædelsen af traktatens artikel 58, stk. 1, litra a), har Domstolen undersøgt den eventuelle forekomst af objektivt sammenlignelige situationer, der kan berettige til lovgivning, som begrænser frie kapitalbevægelser. Hvad angår bestemte skattelovgivninger, som fik skatteydere, der er bosat i en medlemsstat, til at afstå fra at investere kapital i en anden medlemsstat, og som ligeledes havde en restriktiv effekt for selskaber etableret i andre medlemsstater, eftersom lovgivningen for disse er en hindring for at tiltrække kapital i den nævnte medlemsstat, har Domstolen gentagne gange fastslået, at sådanne lovgivninger ikke kan berettiges med henvisning til en objektivt forskellig situation, som kan danne grundlag for en differentieret beskatning, jf. traktatens artikel 58, stk. 1, litra a)⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰²⁾ Se navnlig Domstolens dom af 14. februar 1995 i sag C-279/93, *Schumacker*, Sml. 1995 I, s. 225.

⁽¹⁰³⁾ Se Domstolens dom af 28.1.1992 i sag C-204/90, *Bachmann/Estado belga*, Sml. 1992 I, s. 249, og Domstolens dom af 28.1.1992 i sag C-300/90, *Kommissionen mod Belgien*, Sml. 1992 I, s. 305.

⁽¹⁰⁴⁾ Se Domstolens dom af 28. april 1998 i sag C-120/95, *Decker mod Caisse de Maladie des Employés Privés*, Sml. 1998 I, s. 1831, præmis 39; Domstolens dom af 28. april 1998 i sag C-158/96, *Kohll mod Union des Caisses de Maladie*, Sml. 1998 I, s. 1931, præmis 41. og Domstolens dom af 6. juni 2000 i sag C-35/98, *Verkooijen*, som allerede er nævnt, præmis 48.

⁽¹⁰⁵⁾ Se Domstolens dom af 15. juli 2004 i sag C-315/02, *Lenz*, Sml. 2004 I, s. 7063, Domstolens dom af 7. september 2004 i sag C-319/02, *Manninen*, Sml. 2004 I, s. 7477.

⁽⁹⁶⁾ Se fodnote 24 og betragtning 44.

⁽⁹⁷⁾ Se Kommissionens beslutning af 14.2.2008 vedrørende N 480/07, som allerede er nævnt i fodnote 24.

⁽⁹⁸⁾ SEK(2006) 1515, KOM/2006/728, afsnit 1.2.

⁽⁹⁹⁾ Se betragtning 47.

⁽¹⁰⁰⁾ Se præmis 123 i Domstolens dom i sag nr. C-501/04, som er nævnt i fodnote nr. 42.

⁽¹⁰¹⁾ Domstolens dom af 11. august 1995 i sag C-80/94, *Wielockx*, Sml. I, s. 2493, præmis 16; Domstolens dom af 11. december 1997 i sag C-264/96, *ICI/Colmer (HMIT)*, Sml. 1998 I, s. 4695, præmis 19 og Domstolens dom af 29. april 1999 i sag C-311/97, *Royal Bank of Scotland*, Sml. 1999 I, s. 2651, præmis 19.

- (137) Det skal under alle omstændigheder ikke glemmes, at traktatens artikel 58, stk. 3, præciserer, at de nationale bestemmelser, der henvises til i traktatens artikel 58, stk. 1, litra a), hverken kan udgøre et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af den frie bevægelighed for kapital og betalinger ⁽¹⁰⁶⁾.
- (138) På baggrund af ovenstående vurderer Kommissionen i den foreliggende sag, at for så vidt angår erhvervelse af nationale kapitalandele og erhvervelser af virksomheder og kapitalandele i virksomheder, der er etableret i en anden medlemsstat, er der af de nævnte grunde tale om den samme situation, og der foreligger ikke tvungende almene hensyn, der kan berettige til en differentieret behandling af skatteyderne afhængigt af, hvor deres kapital er investeret.

E. Konklusion om kvalificering af den anfægtede foranstaltning

- (139) Kommissionen mener i betragtning af ovenstående, at den anfægtede foranstaltning, for så vidt angår erhvervelser inden for Fællesskabet, opfylder alle de betingelser, der er fastsat i traktatens artikel 87, stk. 1, og derfor bør anses for at udgøre statsstøtte.

F. Forenelighed

- (140) Som fastslået i beslutningen om at indlede proceduren mener Kommissionen ikke, at den pågældende støtteordning kan komme ind under de undtagelser, der er omhandlet i traktatens artikel 87, stk. 2 og 3.
- (141) De spanske myndigheder og de tredive interesserede parter har i løbet af proceduren fremlagt deres argumenter for at godtgøre, at de undtagelser, der er omhandlet i traktatens artikel 87, stk. 3, litra c), finder anvendelse på den foreliggende sag ⁽¹⁰⁷⁾. De to parter fandt, at hverken bestemmelserne i traktatens artikel 87, stk. 2, eller i artikel 87, stk. 3, fandt anvendelse på den foreliggende sag.
- (142) Undtagelsesbestemmelserne i traktatens artikel 87, stk. 2, der vedrører støtte af social karakter til enkelte forbrugere, støtte, som skal råde bod på skader, der er forårsaget af naturkatastrofer eller af andre usædvanlige begivenheder, og støtteforanstaltninger for økonomien i visse

af Forbundsrepublikken Tysklands områder, finder ikke anvendelse i den foreliggende sag.

- (143) Den undtagelse, der er omhandlet i artikel 87, stk. 3, litra a), og som tillader støtte til fremme af den økonomiske udvikling i områder, hvor levestandarden er usædvanligt lav, eller hvor der hersker alvorlig underbeskæftigelse, finder heller ikke anvendelse, da foranstaltningen ikke er underlagt nogen forpligtelse til at gennemføre særlige aktiviteter i specifikke regioner ⁽¹⁰⁸⁾.
- (144) På samme måde kan det heller ikke vurderes, at den anfægtede foranstaltning, der blev vedtaget i 2001, kan fremme virkeliggørelsen af vigtige projekter af fælleseuropæisk interesse eller afhjælpe en alvorlig forstyrrelse i en medlemsstats økonomi som fastsat i artikel 87, stk. 3, litra b). Den har heller ikke til formål at fremme kulturen og bevare kulturarven som fastsat i traktatens artikel 87, stk. 3, litra d).
- (145) Den anfægtede foranstaltning skal derfor vurderes ud fra artikel 87, stk. 3, litra c), som tillader støtte til fremme af udviklingen af visse erhvervsgrene eller økonomiske regioner, når den ikke ændrer samhandelsvilkårene på en måde, der strider mod den fælles interesse. Det skal i den forbindelse for det første påpeges, at den anfægtede foranstaltning ikke henhører under nogen af de rammer eller retningslinjer, der fastsætter betingelser for, at visse former for støtte kan anses for at være forenelige med fællesmarkedet.
- (146) Hvad angår de spanske myndigheders og de tredive interesserede parters argumenter vedrørende handlingsplanen på statsstøtteområdet fra 2005 ⁽¹⁰⁹⁾, ifølge hvilke de vurderede, at bestemte foranstaltninger kan være forenelige, hvis de navnlig afhjælper et markedssvigt, gør Kommissionen opmærksom på, at de påståede generelle vanskeligheder ved at gennemføre grænseoverskridende fusioner ikke kan anses for at være markedssvigt.
- (147) Det forhold, at en specifik virksomhed måske ikke kan gå i gang med et bestemt projekt eller en speciel transaktion uden støtte, betyder ikke nødvendigvis, at der er tale om et markedssvigt. Kun når der ved markedskræfterne alene ikke kan opnås et godt resultat, dvs. når man ikke opnår alle de potentielle gevinster ved transaktionen, kan det vurderes, at der foreligger markedssvigt.

⁽¹⁰⁶⁾ Se dom i den allerede omtalte sag C-35/98, Verkooijen, præmis 44.

⁽¹⁰⁷⁾ Se betragtning 56 ff.

⁽¹⁰⁸⁾ Se blandt andre eksempler på Kommissionens hidtidige praksis beslutning 2004/76/EF af 13. maj 2003, en fransk statsstøtteordning til fordel for hovedkontorer og logistikcentre (EUT L 23 af 28.1.2004, s. 1, betragtning 73); se også, angående et lignende ræsonnement, Kommissionens beslutning 2003/515/EF af 17. februar 2003 om Nederlandenes støtte til fordel for internationale finansieringsaktiviteter (EUT L 180 af 18.7.2003, s. 52, betragtning 105); Kommissionens beslutning af 24. juni 2003 om den belgiske støtteordning, som gennemføres i form af en særlig skatteordning gældende for US Foreign Sales Corporations (EUT L 23 af 28.1.2004, s. 14, betragtning 70).

⁽¹⁰⁹⁾ Se fodnote 37.

- (148) Kommissionen bestrider ikke, at omkostningerne ved visse transaktioner kan være meget højere end ved andre. Eftersom disse omkostninger imidlertid er reelle omkostninger, der præcist afspejler de pågældende projekter, dvs. omkostninger, der er forbundet med deres forskellige geografiske placering eller de forskellige lovgivninger, de er omfattet af, er det hensigtsmæssigt, at virksomhederne fuldt ud tager hensyn til disse omkostninger, når der skal træffes beslutninger. Man ville opnå et dårligt resultat, hvis man ignorerede disse reelle omkostninger — navnlig hvis de blev kompenseret med statsstøtte. Den samme type forskelle i de reelle omkostninger finder man også ved sammenligning af forskellige transaktioner inden for et og samme land og ved sammenligning af grænseoverskridende transaktioner, og eksistensen af disse forskelle betyder ikke, at markedet er ineffektivt.
- (149) De eksempler, de spanske myndigheder har givet på påståede omkostningsforøgelser i forbindelse med internationale transaktioner sammenlignet med nationale transaktioner, vedrører alle de reelle omkostninger ved at gennemføre transaktioner, som operatørerne på markedet fuldt ud bør tage hensyn til for at opnå gode resultater.
- (150) For at kunne tale om markedssvigt bør der foreligge eksterne omstændigheder (positive afsmittningseffekter), som er et resultat af transaktioner eller betydningsfulde oplysninger, der er ufuldstændige eller asymmetriske, og som medførte, at der ikke blev gennemført transaktioner, som ellers ville have været vellykkede. Selv om dette teoretisk kan forekomme i forbindelse med bestemte transaktioner — både internationale og nationale (f.eks. i forbindelse med fælles F&U-programmer) — kan man ikke sige, at det gælder for alle internationale transaktioner og endnu mindre for den type transaktioner, der er tale om i den foreliggende sag. Kommissionen mener i den forbindelse ikke, at argumentet med hensyn til markedssvigt kan godtages.
- (151) Det skal på den anden side påpeges, at ved evaluering af, om en støtte kan anses for at være forenelig med fællesmarkedet, vurderer Kommissionen, om foranstaltningen har en positiv indvirkning på virkeliggørelsen af et mål af fælles interesse, og om der er eventuelle negative bivirkninger som f.eks. fordrejning af samhandelen og af konkurrencen. Med udgangspunkt i denne praksis er der med handlingsplanen på statsstøtteområder indført en evaluering i tre faser. I de to første vurderes de positive virkninger af statsstøtte, og i tredje fase vurderes de negative virkninger med efterfølgende afvejning af de positive og negative virkninger. Evalueringen er opbygget på følgende måde:
- a) det evalueres, om støtten anvendes til et specifikt mål af fælles interesse (f.eks. vækst, beskæftigelse, samhørighed, miljø eller energisikkerhed)
 - b) det evalueres, om støtten er velegnet til at nå mål af fælles interesse, dvs. om den foreslåede støtteforanstaltning afhjælper markedssvigt eller bidrager til at nå andre mål. For at foretage denne evaluering skal det kontrolleres, om:
 - i) statsstøtten er et velegnet politisk instrument
 - ii) der foreligger en incitamenteffekt, eller mere konkret, om støtten bidrager til at ændre virksomhedernes måde at operere på
 - iii) foranstaltningen står i rimeligt forhold til de samlede fordele, dvs. om man kunne opnå den samme ændring med mindre støtte
 - c) det evalueres, om fordrejningen af konkurrencen og samhandelen er så begrænset, at det samlede resultat er positivt.
- (152) Det er for det første nødvendigt at evaluere, om målet med støtten reelt kan anses for at være et mål af fælles interesse. På trods af, at foranstaltningen angiveligt tager sigte på at fremme integrationen på det indre marked, er målet med støtten i den foreliggende sag ikke præciseret klart, da den går ud over markedsintegration ved navnlig at fremme spanske virksomheders ekspansion på det europæiske marked.
- (153) I den anden fase skal det evalueres, om støtten er velegnet til at nå det specifikke mål af fælles interesse. Mere konkret skal støtten ændre adfærden hos en støttemodtagende virksomhed, således at denne iværksætter aktiviteter, der bidrager til at nå det mål af fælles interesse, som den ikke ville nå uden støtten, eller kun nå i begrænset omfang eller på anden vis. De spanske myndigheder og de tredive interesserede parter har ikke fremlagt specifikke argumenter for, at denne incitamenteffekt med sandsynlighed foreligger.
- (154) Det tredje spørgsmål vedrører statsstøttens negative konsekvenser. Også selv om en støtte er velegnet til at opnå et mål af fælles interesse, kan støtte ydet til en konkret virksomhed eller økonomisk sektor skabe alvorlig fordrejning af konkurrencen og samhandelen mellem medlemsstaterne. De tredive interesserede parter mener i den forbindelse ikke, at støtteordningen har indflydelse på konkurrencesituationen for virksomheder, der er underlagt selskabsbeskatning i Spanien, eftersom den finansielle effekt af artikel 12, stk. 5, ville være ubetydelig. Som det imidlertid allerede er blevet anført i betragtning 101 ff., tyder meget på, at effekten af artikel 12, stk. 5, langt fra er uvæsentlig. Eftersom støtteordningen kun anvendes på udenlandske transaktioner, er fordrejningen af konkurrencen desuden tydeligvis koncentreret på de udenlandske markeder.

- (155) Sidste fase af analysen af foreneligheden består i evaluere, om støttens eventuelle positive effekt er større end den negative effekt. Som allerede nævnt har de spanske myndigheder og de tredive interesserede parter i den foreliggende sag ikke dokumenteret, at der foreligger et specifikt mål, som skaber en klart positiv effekt. De vurderer i generelle vendinger, at artikel 12, stk. 5, i TRLIS er i overensstemmelse med fællesskabsmålet med hensyn til at fremme grænseoverskridende aktiviteter, men evaluerer ikke de mulige og reelle negative virkninger af den anfægtede foranstaltning. Hvorom alting er, også selv om man mener, at foranstaltningens positive effekt er at fremme grænseoverskridende aktiviteter takket være fjernelsen af hindringer for den nævnte type aktiviteter, er det ikke Kommissionens opfattelse, at foranstaltningens positive effekt er større end den negative, navnlig fordi foranstaltningens rækkevidde er upræcis og vilkårlig.
- (156) Navnlig hvad angår analysen i henhold til artikel 87, stk. 3, litra c), konkluderer Kommissionen, at de skattefordele, der er indrømmet under den anfægtede foranstaltning, ikke er knyttet sammen med investering, jobskabelse eller specifikke projekter. Fordelene fritager simpelthen virksomheder for byrder, som de ellers normalt skulle bære og bør derfor anses for at udgøre driftsstøtte. Principielt falder driftsstøtte ikke ind under anvendelsesområdet for traktatens artikel 87, stk. 3, litra c), fordi den fordrejer konkurrencebetingelserne i de sektorer, hvor den ydes, uden at den på grund af sin art kan medvirke til at nå nogen af de mål, der er opstillet med denne bestemmelse⁽¹¹⁰⁾. I overensstemmelse med Kommissionens sædvanlige praksis kan denne støtte ikke anses for at være forenelig med fællesmarkedet, da den ikke fremmer udvikling af bestemte aktiviteter eller bestemte økonomiske områder, ikke er tidsbegrænset, ikke reduceres gradvist og heller ikke står i et rimeligt forhold til, hvad der er nødvendigt for at afhjælpe et specifikt økonomisk handicap på de omhandlede områder. Resultatet af evalueringen bekræfter denne analyse.
- (157) Det skal på baggrund af ovenstående konkluderes, at den omhandlede støtteordning er uforenelig med Fællesmarkedet for så vidt angår erhvervelser inden for Fællesmarkedet.
- (159) Når ulovligt ydet statsstøtte anses for at være uforenelig med Fællesmarkedet, har denne konklusion som konsekvens, at støtten skal tilbagebetales af de begunstigede, jf. artikel 14 i Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22. marts 1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af traktatens artikel 93⁽¹¹¹⁾. Ved tilbagebetalingen genoprettes i videst muligt omfang den konkurrencesituation, der var gældende, før støtten blev ydet. Hverken de spanske myndigheder eller de tredive interesserede parter har fremlagt argumenter, der berettiger til generel fravigelse af dette grundlæggende princip.
- (160) Ikke desto mindre hedder det i artikel 14, stk. 1, i forordning (EF) nr. 659/1999: »Kommissionen kræver ikke tilbagebetaling af støtten, hvis det vil være i modstrid med et generelt princip i fællesskabslovgivningen«. Det fremgår af Domstolens retspraksis og Kommissionens egen beslutningspraksis, at et krav om tilbagebetaling af støtten ville krænke et generelt princip i fællesskabsretten, når støttemodtageren som følge af Kommissionens reaktion har en berettiget forventning om, at foranstaltningen er i overensstemmelse med fællesskabsreglerne⁽¹¹²⁾.
- (161) I sin dom i sagen *Forum 187*⁽¹¹³⁾ fastslog Domstolen, at »retten til at påberåbe sig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning gælder for enhver retsundergiven med begrundede forventninger, som en fællesskabsinstitution har givet anledning til. I øvrigt kan ingen påberåbe sig tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, såfremt administrationen ikke har afgivet præcise løfter. Det gælder ligeledes, at når forudseende og påpasselige erhvervsdrivende kan påregne gennemførelsen af en fællesskabsforanstaltning, der kan påvirke deres interesser, kan de imidlertid ikke påberåbe sig et sådant princip, når foranstaltningen gennemføres«.
- (162) De spanske myndigheder og de tredive interesserede parter har for det første påberåbt sig berettigede forventninger, affødt af visse af Kommissionens svar på skriftlige parlamentsforespørgsler og for det andet påberåbt sig støtteordningens påståede lighed med tidligere foranstaltninger, som Kommissionen har erklæret for at være forenelige med fællesmarkedet. For det tredje vurderer de spanske myndigheder og de tredive interesserede parter, at princippet med hensyn til berettigede forventninger indebærer, at Kommissionen ikke kan kræve tilbagebetaling af fradrag, der allerede er foretaget, eller kræve tilbagebetaling af alle de udestående fradrag, som er omfattet af den 20-årige periode, der er fastsat i TRLIS.

G. Tilbagebetaling af støtte

- (158) Den anfægtede foranstaltninger er iværksat uden forinden at være anmeldt til Kommissionen, jf. traktatens artikel 88, stk. 3. Hvad angår erhvervelse inden for Fællesskabet, udgør foranstaltningen derfor ulovlig støtte.

⁽¹¹⁰⁾ Se Førsteinstansrettens dom af 4. september 2009 i sag T-211/05, Italien mod Kommissionen, præmis 173, endnu ikke offentliggjort; se også Førsteinstansrettens dom af 8. juni 1995 i sag T-459/00, Siemens mod Kommissionen, Sml. 1995 II, s. 1675, præmis 48.

⁽¹¹¹⁾ EFT L 83 af 27.3.1999, s. 1.

⁽¹¹²⁾ Se de beslutninger, der er nævnt i fodnote 108.

⁽¹¹³⁾ Domstolens dom af 22. juni 2006, sag C-182/187 og C-217/03, *Forum 187 ASBL*, Sml. 2006 I, s. 5479, præmis 187; se også Førsteinstansrettens dom af 26. november 2005 i sag C-506/03, Tyskland mod Kommissionen, præmis 58, endnu ikke offentliggjort, og Domstolens dom af 11. marts 1987 i sag C-265/85, *Van den Bergh en Jurgens BV* mod Kommissionen, Sml. 1987, s. 1155, præmis 44.

(163) For så vidt angår ordningens påståede lighed med andre foranstaltninger, som ikke har været anset for at udgøre statsstøtte, vurderer Kommissionen, at støtteordningen adskiller sig væsentligt fra de foranstaltninger, Kommissionen vurderede i sin beslutning fra 1984 om »belgiske koordinationscentre«⁽¹¹⁴⁾. Anvendelsesområdet for den anfægtede foranstaltning er et andet, eftersom det ikke vedrører aktiviteter inden for gruppen, således som det er tilfældet i sagen vedrørende »belgiske koordinationscentre«. Den anfægtede foranstaltning har desuden en anden struktur, hvilket gør den selektiv, navnlig fordi den kun anvendes på aktiviteter, der vedrører udlandet.

(164) Hvad angår indvirkningen af Kommissionens erklæringer på de begunstigedes berettigede forventninger, vurderer Kommissionen, at der bør skelnes mellem to perioder: a) perioden mellem foranstaltningens ikrafttræden den 1.1.2002 og datoen for offentliggørelsen af beslutningen om at indlede proceduren i *Den Europæiske Unions tidende* den 21.12.2007 og b) perioden efter offentliggørelsen af beslutningen om at indlede proceduren i *Den Europæiske Unions Tidende*.

(165) Hvad angår den første periode, vedkender Kommissionen sig sine svar på parlamentsforespørgslerne fra Erik Meijer og Sharon Bowles om den eventuelle statsstøttekarakter ved den anfægtede foranstaltning. Mere konkret, som svar på et spørgsmål den 19. januar 2006 fra et medlem af Europa-Parlamentet, Erik Meijer, svarede en kommissær følgende på Kommissionens vegne: »Kommissionen kan ikke bekræfte, om de høje bud fra de spanske virksomheder skyldes, at den spanske skatte-lovgivning gør det muligt for virksomhederne at afskrive finansiell goodwill hurtigere end de franske og italienske virksomheder. Kommissionen kan imidlertid bekræfte, at denne form for national lovgivning ikke er omfattet af reglerne for statsstøtte, fordi der snarere er tale om generelle afskrivningsregler, der er gældende for alle virksomheder i Spanien«⁽¹¹⁵⁾. Den 17. februar 2006 svarede en kommissær på vegne af Kommissionen følgende på en forespørgsel fra et medlem af Europa-Parlamentet, Sharon Bowles: »Ud fra de oplysninger, som Kommissionen på indeværende tidspunkt råder over, er de spanske skatteregler for afskrivning af goodwill tilsyneladende gældende for alle virksomheder i Spanien uafhængigt af deres størrelse, sektor, retlige status eller af, om de er privat eller offentlig ejendom, eftersom der er tale om generelle afskrivningsregler. De synes derfor ikke at være omfattet af reglerne om statsstøtte«⁽¹¹⁶⁾.

(166) Gennem disse erklæringer til Europa-Parlamentet har Kommissionen givet specifikke, ubetingede og samstemmende garantier af en art, der gav dem, der er begunstiget af den anfægtede foranstaltning, anledning til at nære berettigede forventninger om, at ordningen for afskrivning af goodwill var lovlig, idet den ikke var

omfattet af statstøttereglerne⁽¹¹⁷⁾, og derfor også om, at ingen af de fordele, som den nævnte ordning indebar, kunne gøres til genstand for efterfølgende tilbagesøgning. Selv om disse erklæringer ikke var det samme som en formel kommissionsbeslutning om, at afskrivningsordningen ikke udgjorde statsstøtte, havde de samme effekt som en beslutning for så vidt angår anledningen til at nære berettigede forventninger, navnlig under hensyn til, at man i den foreliggende sag havde respekteret de gældende procedurer, som sikrede efterlevelse af kollegialitetsprincippet. Eftersom statsstøttebegrebet er objektivt⁽¹¹⁸⁾, og Kommissionen ikke har skønsmæssige beføjelser for så vidt angår dets fortolkning — i modsætning til, hvordan det forholder sig med hensyn til evaluering af forenelighed — skal enhver præcis og ubetinget erklæring på vegne af Kommissionen om, at en national foranstaltning ikke bør anses for at være statsstøtte, naturligvis forstås således, at foranstaltningen fra starten ikke udgjorde støtte (dvs. også inden den pågældende erklæring). Enhver virksomhed — der tidligere havde næret usikkerhed om, hvorvidt den senere hen, i henhold til reglerne om statsstøtte, kunne blive gjort til genstand for et krav om tilbagebetaling af de økonomiske gevinster, den havde opnået under ordningen for afskrivningen af goodwill, som var resultatet af transaktioner, der var afsluttet inden Kommissionens erklæringer — kunne efter de nævnte erklæringer have konkluderet, at en sådan usikkerhed var ubegrundet, idet den ikke kunne forventes at udvise større forudseenhed end Kommissionen i denne forbindelse. Under disse specifikke omstændigheder — og under hensyn til, at fællesskabsretten ikke kræver påvisning af årsagssammenhæng mellem garantier givet af en fællesskabsinstitution og adfærden hos de borgere eller virksomheder, som sådanne garantier⁽¹¹⁹⁾ vedrører — kunne enhver forudseende virksomhedsleder med rimelighed forvente, at Kommissionen ikke efterfølgende ville kræve tilbagebetaling⁽¹²⁰⁾ for så vidt angår foranstaltninger, som den selv tidligere i en erklæring til en anden fællesskabsinstitution havde erklæret ikke udgjorde støtte, uafhængigt af tidspunktet for gennemførelsen af den transaktion, der var omfattet af støtteforanstaltningen

(167) Kommissionen konkluderer derfor, at de begunstige under foranstaltningen nærede berettigede forventninger om, at støtten ikke skulle tilbagebetales og anmoder derfor ikke om tilbagebetaling af de skattegevinster, der blev indrømmet de nævnte begunstige — i forbindelse

⁽¹¹⁴⁾ Kommissionens beslutning SG(84) D/6421 af 16.5.1984.

⁽¹¹⁵⁾ Skriftlig forespørgsel E-4431/05.

⁽¹¹⁶⁾ Skriftlig forespørgsel E-4772/05.

⁽¹¹⁷⁾ Hvad angår princippet berettigede forventninger, se Domstolens allerede nævnte dom, Van den Bergh en Jurgens BV mod Kommissionen, præmis 44; Domstolens dom i sag C-182/187 og C-217/03, Forum 187 ASBL mod Kommissionen, Sml. 2006 I, s. 5479, præmis 147; og Førsteinstansrettens dom i sag T-290/97, Mehias Dordtselaan mod Kommissionen, Sml. 2000 II, s. 15, præmis 59.

⁽¹¹⁸⁾ Domstolens dom af 22.12.2008 i sag C-487/06 P, British Aggregates/Kommissionen, præmis 111-114 og 185 og 186; Førsteinstansrettens dom af 17.10.2002 i sag T-98/00, Linde mod Kommissionen, præmis 33.

⁽¹¹⁹⁾ Det vil sige, at det ikke er nødvendigt at påvise, at den pågældende person eller virksomhed, deltog i aktiviteter, som han eller den ikke ville have kunnet gennemført uden den pågældende garanti.

⁽¹²⁰⁾ Se Kommissionens beslutning af 17. februar 2003 om de belgiske koordinationscentre (2003/757/EF) og Kommissionens beslutning af 20. december 2006, AIE fiscales (C46/2004).

med nogen kapitalandel, som en spansk virksomhed direkte eller indirekte havde erhvervet i en udenlandsk virksomhed inden datoen for offentliggørelsen⁽¹²¹⁾ i *Den Europæiske Unions Tidende* af Kommissionens beslutning om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure i henhold til traktatens artikel 88, stk. 2, som da kunne have nydt godt af den anfægtede foranstaltning. Kommissionen vurderer således, at fra tidspunktet for indledningen af den formelle undersøgelsesprocedure og i overensstemmelse med dens praksis⁽¹²²⁾, burde enhver forudseende erhvervsdrivende have taget hensyn til den tvivl, som Kommissionen gav udtryk for med hensyn til den anfægtede foranstaltnings forenelighed med Fællesmarkedet.

(168) Kommissionen mener også, at disse begunstigede burde blive ved med at nyde godt af fordelene under den anfægtede foranstaltning, indtil udløbet af den fastsatte afskrivningsperiode. Kommissionen erkender, at transaktionerne blev planlagt og investeringerne gennemført med rimelig og legitim tillid til en vis grad af kontinuitet i de økonomiske vilkår, herunder den anfægtede foranstaltning. I overensstemmelse med Domstolens tidligere retspraksis og Kommissionens praksis⁽¹²³⁾ og i mangel af afgørende offentlig interesse⁽¹²⁴⁾, mener Kommissionen derfor, at det bør tillades, at de begunstigede fortsat nyder godt af fordelene under den anfægtede ordning i hele den afskrivningsperiode, der er fastsat i artikel 12, stk. 5, i TRLIS.

(169) Kommissionen mener på den anden side, at der bør fastlægges en rimelig overgangsperiode for de virksomheder, som med et langt sigte allerede havde erhvervet rettigheder i udenlandske virksomheder, og som ikke havde haft sådanne rettigheder i en uafbrudt periode på mindst et år på tidspunktet for offentliggørelsen af beslutningen om at indlede proceduren. Kommissionen vurderer derfor, at de virksomheder, der opfyldte alle de øvrige relevante betingelser i artikel 12, stk. 5, i TRLIS (se betragtning 21) inden den 21. december 2007, bortset fra betingelsen om besiddelse af kapitalandelene i en uafbrudt periode på mindst et år, også nærede berettigede forventninger, hvis de senest den 21. december 2008 havde været i besiddelse af disse rettigheder i en uafbrudt periode på mindst et år.

⁽¹²¹⁾ Se fodnote 1.

⁽¹²²⁾ Se bl.a. Kommissionens beslutning 2007/375/EF af 7. februar 2007 om den punktafgiftsfritagelse for mineralolie anvendt som brændsel ved produktion af aluminiumoxid i Gardanne, Shannon-regionen og på Sardinien, som henholdsvis Frankrig, Irland og Italien har indført (EUT L 147 af 8.6.2007, s. 29, betragtning 55), og Kommissionens beslutning af 24. juni 2003 om den allerede nævnte belgiske støtteordning, som gennemføres i form af en særlig skatteordning gældende for US Foreign Sales Corporations, betragtning 79).

⁽¹²³⁾ Se Kommissionens beslutning 2003/755/EF af 17. februar 2003 om Kongeriget Belgiens støtteordning til fordel for koordinationscentre, som er hjemmehørende i Belgien (EUT L 282 af 30.10.2003, s. 25) og Domstolens allerede nævnte dom af 22. juni 2006 i sag C-182/03 og C-217/03, Forum 187 ASBL, præmis 162 og 163.

⁽¹²⁴⁾ Se dom i den allerede omtalte sag Forum 187, præmis 149; Se også Førsteinstansrettens dom af 14. maj 1975 i sag C-74/74, CNTA mod Kommissionen, Sml. 1975, s. 533, præmis 44.

(170) I de tilfælde, hvor en erhvervende spansk virksomhed først blev direkte eller indirekte ejer af rettighederne efter den 21. december 2007, vil der derimod over for denne virksomhed blive iværksat tilbagesøgning af al uforenelig støtte, medmindre en spansk erhvervende virksomhed for det første inden den 21. december 2007 havde indgået aftale om en uigenkaldelig ejerskabsforpligtelse vedrørende disse rettigheder, og kontrakten for det andet indeholdt en suspensiv betingelse om, at den pågældende transaktion obligatorisk skulle godkendes af en regeludstedende myndighed, samt at transaktionen for det tredje var blevet anmeldt inden den 21. december 2007. Efter offentliggørelsen af beslutningen om at indlede proceduren kan det ikke hævdes, at en forudseende erhvervsdrivende ikke kunne forvente, at der ville blive vedtaget en fællesskabsforanstaltning — som f.eks. nærværende beslutning — som kunne berøre dennes interesser. I betragtning af ovenstående konkluderer Kommissionen, at der vil blive gennemført tilbagesøgning i alle de tilfælde, der ikke er omhandlet i betragtning 167 og 169 i nærværende beslutning. Kommissionen mener ligeledes ikke, at den anfægtede foranstaltning udgør støtte, hvis den, da de begunstigede nød godt af fordelene herved, opfyldte alle de betingelser, som var fastsat i bestemmelser, der var vedtaget i overensstemmelse med artikel 2 i forordning (EF) nr. 994/98, og som var gældende da de begunstigede nød godt af skattelempelsen.

(171) På baggrund af de ovenstående betragtninger svarer det nøjagtige støttebeløb — i et bestemt regnskabsår og for en bestemt begunstiget — til nettonutidsværdien af den skattelettelse, som er ydet via den afskrivning, der er omhandlet i artikel 12, stk. 5, i TRLIS. Den afhænger derfor af, hvilken skat der pålægges virksomheden i den pågældende periode og af, hvilken reduktionssats der anvendes.

(172) For et bestemt regnskabsår og en bestemt støttemodtager svarer den nominelle værdi af støtten til den skattelettelse, der er ydet ved anvendelse af artikel 12, stk. 5, i TRLIS i forbindelse med rettigheder i udenlandske virksomheder, som ikke opfylder de betingelser, der er omhandlet i betragtning 167 og 169.

(173) Nutidsværdien beregnes ved at anvende rentesatsen på den nominelle værdi, jf. kapitel V i forordning (EF) nr. 794/2004 og forordning (EF) nr. 271/2008 om ændring af forordning (EF) nr. 794/2004.

(174) Ved beregning af, hvordan støttemodtagernes skattebyrde ville have været uden den ulovlige støtteordning, skal de spanske myndigheder tage udgangspunkt i de transaktioner, de gennemførte i perioden forud for offentliggørelsen i *Den Europæiske Unions Tidende* af beslutningen om at indlede proceduren — således som det tidligere er anført. Det kan ikke påberåbes, at de begunstigede uden disse ulovlige fordele ville have struktureret deres aktiviteter anderledes med henblik på at begrænse deres skattebyrde. Som det tydeligt fremgår af Domstolens dom

i sagen Unicredito⁽¹²⁵⁾, kan disse hypotetiske overvejelser ikke tages i betragtning ved beregning af støtten.

VII. KONKLUSION

(175) På baggrund af den nævnte retspraksis og sagens særlige omstændigheder udgør artikel 12, stk. 5, i TRLIS efter Kommissionens opfattelse en statsstøtteordning, jf. traktatens artikel 87, stk. 1, for så vidt angår erhvervelser inden for Fællesskabet. Da den anfægtede foranstaltning er iværksat i modstrid med traktatens artikel 88, stk. 3, udgør den ifølge Kommissionen også en ulovlig støtteordning for så vidt angår erhvervelser inden for Fællesskabet. Da der var anledning til at nære berettigede forventninger indtil offentliggørelsen af beslutningen om at indlede proceduren, afstår Kommissionen undtagelsesvist fra at tilbagesøge enhver skattegevinst, der hidrører fra støtteordningens anvendelse på støtte ydet i forbindelse med kapitalandele i udenlandske virksomheder, der er kontrolleret direkte eller indirekte af spanske virksomheder i egenskab af købere inden offentliggørelsen i *Den Europæiske Unions Tidende* af Kommissionens beslutning om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, jf. artikel 88, stk. 2, medmindre en spansk erhvervende virksomhed for det første inden 21. december 2007 havde indgået en aftale om en uigenkaldelig ejerskabsforpligtelse vedrørende disse rettigheder, og kontrakten for det andet indeholdt en suspensiv betingelse om, at den pågældende transaktion obligatorisk skulle godkendes af en regeludstedende myndighed, samt at transaktionen for det tredje var blevet anmeldt inden den 21. december 2007.

(176) Kommissionen har ikke afsluttet den procedure, der blev indledt den 10. oktober 2007 for så vidt angår transaktioner uden for Fællesskabet, da de spanske myndigheder har forpligtet sig til at fremlægge nye oplysninger —

VEDTAGET DENNE BESLUTNING:

Artikel 1

1. Den støtteordning, som Spanien har fastsat i henhold til artikel 12, stk. 5, i kongeligt dekret nr. 4/2004 af 5. marts 2004, som konsoliderede de ændringer, der blev ved indført ved loven om selskabsbeskatning, og som er blevet brugt ulovligt af Kongeriget Spanien i modstrid med traktatens artikel 88, stk. 3, er uforenelig med fællesmarkedet for så vidt angår den støtte, der er ydet til de begunstigede i forbindelse med erhvervelser inden for Fællesskabet.

2. De skattefradrag — som de begunstigede har kunnet anvende ved gennemførelse af erhvervelser inden for Fællesskabet i henhold til artikel 12, stk. 5, i TRLIS i forbindelse med rettigheder ejet direkte eller indirekte i udenlandske virksomheder, som opfyldte de relevante betingelser i støtteord-

ningen inden den 21. december 2007, bortset fra betingelsen om besiddelse af kapitalandele i en uafbrudt periode på mindst et år — kan imidlertid fortsat anvendes i hele den afskrivningsperiode, der er fastsat i støtteordningen.

3. De skattefradrag — som de begunstigede har kunnet anvende ved gennemførelse af erhvervelser inden for Fællesskabet i henhold til artikel 12, stk. 5, i TRLIS, og som er omfattet af en uigenkaldelig ejerskabsforpligtelse, der er indgået inden den 21. december 2007, angående de nævnte rettigheder, hvor kontrakten indeholder en suspensiv betingelse om, at den pågældende transaktion nødvendigvis skal godkendes af en regeludstedende myndighed — kan, hvis transaktionen er anmeldt inden den 21. december 2007, fortsat anvendes i hele den afskrivningsperiode, der er fastsat i støtteordningen, på den del af rettighederne, der indehaves efter ophævelse af den suspensive betingelse.

Artikel 2

Skattelettelser indrømmet under den ordning, der er omhandlet i artikel 1, udgør ikke statsstøtte, hvis de, da de blev indrømmet, opfyldte betingelserne i bestemmelser, der var fastsat i overensstemmelse med artikel 2 i forordning (EF) nr. 994/98 og gældende, da støtten blev ydet.

Artikel 3

Skattelettelser indrømmet under den ordning, der er omhandlet i artikel 1, og som, da de blev indrømmet, opfyldte betingelserne i bestemmelser, der var fastsat i overensstemmelse med artikel 1 i forordning (EF) nr. 994/98 eller i enhver støtteordning, som var gældende på det pågældende tidspunkt, er forenelige med fællesmarkedet, hvis de ikke overstiger de maksimale støtteintensiteter for den pågældende støttype.

Artikel 4

1. Spanien tilbagesøger uforenelig støtte svarende til den skattelettelse, der er fastsat i den ordning, som er omhandlet i artikel 1, stk. 1, hos de begunstigede, hvis udenlandske virksomhedsrettigheder, der er erhvervet inden for Fællesskabet, ikke opfylder de betingelser, der er fastsat i artikel 1, stk. 2.

2. De beløb, der skal tilbagesøges, pålægges renter fra det tidspunkt, hvor de blev udbetalt til støttemodtageren, og frem til tilbagebetalingen.

3. Renterne beregnes med renters rente i overensstemmelse med kapitel V i forordning (EF) nr. 794/2004 som ændret ved forordning (EF) nr. 271/2008.

4. Spanien annullerer alle yderligere skattelettelser under den ordning, der er omhandlet i artikel 1, stk. 1, med virkning fra vedtagelsen af denne beslutning, med undtagelse af skattelettelser i tilknytning til udenlandske virksomhedsrettigheder, som opfylder de betingelser, der er fastsat i artikel 1, stk. 2.

⁽¹²⁵⁾ Domstolens dom af 15. december 2005 i sag C-148/03, Unicredito Italiano Spa mod Agenzia delle Entrate, Sml. 2005 I, s. 11137, præmis 117-119.

Artikel 5

1. Tilbagebetaling af støtte ydet under den ordning, der er omhandlet i artikel 1, iværksættes omgående og effektivt.
2. Spanien sikrer, at denne beslutning efterkommes senest fire måneder efter meddelelsetidspunktet.

Artikel 6

1. Senest to måneder efter meddelelsen af denne beslutning indsender Spanien følgende oplysninger:
 - a) en liste over de begunstigede, der har modtaget støtte under den ordning, der er omhandlet i artikel 1, og det samlede støttebeløb, som hver enkelt af dem har modtaget under ordningen
 - b) det samlede beløb (hovedstol og renter), som skal tilbage-søges hos hver enkelt begunstiget
 - c) en detaljeret beskrivelse af de foranstaltninger, der allerede er iværksat og planlagt med henblik på efterlevelse af denne beslutning

- d) dokumentation for, at de begunstigede har fået påbud om at tilbagebetale støtten.

2. Spanien holder Kommissionen underrettet om udviklingen i de foranstaltninger, der på nationalt plan træffes for at efterkomme denne beslutning, indtil den støtte, der er udbetalt under den støtteordning, der er omhandlet i artikel 1, er endeligt tilbagebetalt. På Kommissionens anmodning fremlægger Spanien desuden omgående oplysninger om de foranstaltninger, der allerede er iværksat og planlagt med henblik på efterlevelse af denne beslutning. Spanien giver også udførlige oplysninger om de støttebeløb med renter, der allerede er tilbagebetalt af støttemodtagerne.

Artikel 7

Denne beslutning er rettet til Kongeriget Spanien.

Udfærdiget i Bruxelles, den 28. oktober 2009.

På Kommissionens vegne
Neelie KROES
Medlem af Kommissionen

BILAG

Liste over interesserede tredjeparter, der har indsendt bemærkninger til beslutningen om at indlede proceduren og ikke har ønsket at være anonyme

Abertis Infraestructuras SA
Acerinox SA
Aeropuerto de Belfast SA.
Altadis SA, Fomento de Construcciones y Contratas SA
Amey UK Ltd
Applus Servicios Tecnológicos SL
Asociación Española de Banca (AEB)
Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA)
Asociación de Empresas Constructoras de Ámbito Nacional (SEOPAN)
Asociación de Marcas Renombradas Españolas
Asociación Española de Asesores Fiscales
Amadeus IT Group SA
Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) SA
Banco Santander SA
Club de Exportadores e Inversores Españoles
Compañía de distribución integral Logista SA
Confederacion Española de Organizaciones Empresariales
Confederacion Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME)
Ebro Puleva SA
Ferrovial Servicios SA
Hewlett-Packard Española SL
La Caixa S A,
Iberdrola S A
Norvarem SA
Prosegur Compañía de Seguridad SA
Sociedad General de Aguas de Barcelona SA (Grupo AGBAR)
Telefónica SA

ABONNEMENTSPRISER 2011 (ekskl. moms, inkl. normale forsendelsesomkostninger)

EU-Tidende, L- + C-udgaven, kun papirudgave	22 officielle EU-sprog	1 100 EUR pr. år
EU-Tidende, L- + C-udgaven, papirudgave + årlig dvd	22 officielle EU-sprog	1 200 EUR pr. år
EU-Tidende, L-udgaven, kun papirudgave	22 officielle EU-sprog	770 EUR pr. år
EU-Tidende, L- + C-udgaven, månedlig kumulativ dvd	22 officielle EU-sprog	400 EUR pr. år
Supplement til EUT (S-udgaven), udbud og offentlige kontrakter, dvd, 1 udgave pr. uge	Flersproget: 23 officielle EU-sprog	300 EUR pr. år
EU-Tidende, C-udgaven — udvælgelsesprøver	Sprog iht. udvælgelsesprøve(r)	50 EUR pr. år

Den Europæiske Unions Tidende, der udkommer på EU's officielle sprog, fås i abonnement i 22 sprogudgaver. EU-Tidende omfatter L-udgaven (retsforskrifter) og C-udgaven (meddelelser og oplysninger).

Der abonneres særskilt på hver sprogudgave.

I henhold til Rådets forordning (EF) nr. 920/2005, offentliggjort i EU-Tidende L 156 af 18. juni 2005, er Den Europæiske Unions institutioner midlertidigt fritaget for forpligtelsen til at udarbejde og offentliggøre alle retsakter på irsk. Irske udgaver af EU-Tidende vil derfor blive markedsført særskilt.

Abonnementet på supplementet til EU-Tidende (S-udgaven (udbud og offentlige kontrakter)) omfatter alle udgaver på de 23 officielle sprog på én dvd.

Abonnenter på *Den Europæiske Unions Tidende* kan uden ekstra omkostninger rekvirere eksemplarer af diverse bilag til EU-Tidende (C ... A-udgaver). Abonnenterne gøres opmærksom på udgivelsen af bilagene ved hjælp af »meddelelser til læserne« i *Den Europæiske Unions Tidende*.

Salg og abonnementer

Betalingsabonnementer på diverse tidsskrifter, som f.eks. *Den Europæiske Unions Tidende*, kan købes gennem vore salgsagenter. Listen over salgsagenterne findes på internettet:

http://publications.europa.eu/others/agents/index_da.htm

EUR-Lex (<http://eur-lex.europa.eu>) giver direkte og gratis adgang til EU-retten. Via dette netsted kan man konsultere *Den Europæiske Unions Tidende*, og netstedet indeholder endvidere traktaterne, retsforskrifter, retspraksis og forberedende retsakter.

Yderligere oplysninger om Den Europæiske Union findes på: <http://europa.eu>



Den Europæiske Unions Publikationskontor
2985 Luxembourg
LUXEMBOURG

DA