



Dansk udgave

Retsforskrifter

60. årgang

29. marts 2017

Indhold

II Ikke-lovgivningsmæssige retsakter

AFGØRELSE

- ★ **Kommissionens afgørelse (EU) 2017/501 af 12. juni 2015 om de takster, Hidroelectrica, Rumænien anvender over for S.C. ArcelorMittal Galați, S.C. Alro SA, S.C. Alpiq RomEnergie S.R.L., S.C. Alpiq RomIndustries S.R.L., S.C. Energy Financing Team Romania S.R.L. (EFT), S.C. Electrica S.A., S.C. Electromagnetica SA, S.C. Energy Holding S.R.L., S.C. EURO-PEC S.A., S.C. Luxten-Lighting Group S.A., S.C. Electrocarbon S.A. Slatina og S.C. ELSID Titu S.A. — SA.33623 (2012/C), SA.33624 (2012/C), SA.33451 (2012/C) og SA.33581 (2012/C) (meddelt under nummer C(2015) 3919)⁽¹⁾** 1
- ★ **Kommissionens afgørelse (EU) 2017/502 af 21. oktober 2015 i statsstøttesag SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) Nederlandenes statsstøtte til Starbucks (meddelt under nummer C(2015) 7143)⁽¹⁾** 38
- ★ **Kommissionens afgørelse (EU) 2017/503 af 8. november 2016 om støtteordning SA.39621 2015/C (ex 2015/NN) (meddelt under nummer C(2016) 7086)⁽¹⁾** 116

⁽¹⁾ EØS-relevant tekst.

II

(Ikke-lovgivningsmæssige retsakter)

AFGØRELSE

KOMMISSIONENS AFGØRELSE (EU) 2017/501

af 12. juni 2015

om de takster, Hidroelectrica, Rumænien anvender over for S.C. ArcelorMittal Galați, S.C. Alro SA, S.C. Alpiq RomEnergie S.R.L., S.C. Alpiq RomIndustries S.R.L., S.C. Energy Financing Team Romania S.R.L. (EFT), S.C. Electrica S.A., S.C. Electromagnetica SA, S.C. Energy Holding S.R.L., S.C. EURO-PEC S.A., S.C. Luxten-Lighting Group S.A., S.C. Electrocarbon S.A. Slatina og S.C. ELSID Titu S.A. — SA.33623 (2012/C), SA.33624 (2012/C), SA.33451 (2012/C) og SA.33581 (2012/C)

(meddelt under nummer C(2015) 3919)

(Kun den rumænske udgave er autentisk)

(EØS-relevant tekst)

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),

under henvisning til Kommissionens afgørelser om at indlede proceduren efter artikel 108, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, i statsstøttesag SA.33623 (2012/C, ex 11/NN) ⁽¹⁾, SA.33624 (2012/C, ex 2011/CP) ⁽²⁾, SA.33451 (2012/C, ex 2012/NN) ⁽³⁾ og SA. 33581 (2012/C) ⁽⁴⁾,

efter i henhold til ovennævnte bestemmelser at have opfordret interesserede parter til at fremsætte bemærkninger, under henvisning til disse bemærkninger, og

ud fra følgende betragtninger:

1. SAGS FORLØB

- (1) Den 28. januar 2011 og den 2. august 2011 modtog Kommissionen tre klager fra investeringsfonden S.C. FP Proprietatea S.A. (»FP« eller »klageren«) over S.C. Hidroelectrica S.A.s (»Hidroelectrica«) salg af elektricitet til flere købere til priser, der angiveligt var lavere end markedsprisen.
- (2) Ved brev af 25. april 2012 meddelte Kommissionen Rumænien, at den havde besluttet at indlede proceduren efter artikel 108, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde ⁽⁵⁾ (TEUF) med hensyn til de påståede statsstøtteforanstaltninger, i det følgende under ét benævnt »åbningsafgørelserne«:

— SA.33623 vedrørende S.C. ArcelorMittal Galați S.A. (»ArcelorMittal«)

— SA.33624 vedrørende S.C. Alro S.A. (»Alro«)

⁽¹⁾ Kommissionens afgørelse C(2012) 2516 final af 25. april 2012 vedrørende sag SA. 33623 (EUT C 189 af 29.6.2012, s. 3).

⁽²⁾ Kommissionens afgørelse C(2012) 2517 final af 25. april 2012 vedrørende sag SA. 33624 (EUT C 268 af 5.9.2012, s. 21).

⁽³⁾ Kommissionens afgørelse C(2012) 2542 final af 25. april 2012 vedrørende sag SA. 33451 (EUT C 395 af 20.12.2012, s. 5).

⁽⁴⁾ Kommissionens afgørelse C(2012) 2556 final af 25. april 2012 vedrørende sag SA. 33581 (EUT C 395 af 20.12.2012, s. 34).

⁽⁵⁾ EUT L 115 af 9.5.2008, s. 92.

- SA.33451 vedrørende S.C. Alpiq RomEnergie S.R.L. (»S.C. Alpiq RomEnergie«), S.C. Alpiq RomIndustries S.R.L. (»Alpiq RomIndustries«), S.C. Energy Financing Team Romania S.R.L. (»EFT«), S.C. Electromagnetica S.A. (»Electromagnetica«), S.C. Energy Holding S.R.L. (»Energy Holding«), S.C. Euro-Pec S.A. (»Euro-Pec«), S.C. Electrica S.A. (»Electrica«) og S.C. Luxten-Lighting Group S.A. (»Luxten-Lighting«), i det følgende under ét benævnt »elektricitetsforhandlere«
- og SA 33581 vedrørende S.C. Electrocarbon S.A. Slatina (»Electrocarbon«) og S.C. ELSID Titu S.A. (»Elsid«), i det følgende benævnt »elektrodeproducenter«.
- (3) Åbningsafgørelserne blev offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* ⁽⁶⁾. Kommissionen opfordrede de rumænske myndigheder og interesserede parter til at fremsætte deres bemærkninger.
- (4) Den 23. juli 2012 fremsendte de rumænske myndigheder deres bemærkninger til åbningsafgørelserne til Kommissionen.
- (5) Kommissionen modtog bemærkninger fra 11 ⁽⁷⁾ interesserede parter, nemlig:
- i sag SA.33623 fra ArcelorMittal den 30. juli 2012 og den 2. august 2012. Den 5. december 2012 fremsendte Kommissionen de interesserede parters bemærkninger til de rumænske myndigheder
- i sag SA.33624 fra Alro den 3. oktober 2012, den 28. november 2012, den 12. april 2013 og den 30. maj 2013 samt den 5. oktober 2012 fra en konkurrent. Den 13. november 2012 fremsendte Kommissionen de interesserede parters bemærkninger til de rumænske myndigheder
- i sag SA.33451 fra Alpiq RomEnergie og Alpiq RomIndustries den 1. august 2012 og den 20. januar 2013, fra EFT den 4. februar 2013, fra Energy Holding den 18. og 21. januar 2013 og fra Electromagnetica den 22. januar 2013. Den 13. februar 2013 fremsendte Kommissionen de interesserede parters bemærkninger til de rumænske myndigheder
- i sag SA.33581 fra Electrocarbon og Elsid den 18. maj 2012 og den 18. januar 2013. Den 13. februar 2013 fremsendte Kommissionen de interesserede parters bemærkninger til de rumænske myndigheder.
- (6) De rumænske myndigheder svarede på de interesserede parters bemærkninger den 15. januar 2013 i sag SA.33624 og den 24. marts 2013 i sag SA.33451 og SA.33581.
- (7) Kommissionen anmodede de rumænske myndigheder om yderligere oplysninger:
- i sag SA.33623 (ArcelorMittal) ved breve af 30. oktober 2012, 15. april 2013 og 29. juli 2013
- i sag SA.33624 (Alro) ved breve af 22. maj 2012, 30. oktober 2012 og 15. april 2013
- i sag SA.33451 og SA.33581 (elektricitetsforhandlere og elektrodeproducenter) ved breve af 6. august 2014 og 25. september 2014
- i alle fire sager den 29. juli 2013 og den 21. februar 2014.
- (8) De rumænske myndigheder fremsendte yderligere oplysninger:
- i sag SA.33623 (ArcelorMittal) den 30. november 2012, den 3. og 10. juni 2013, den 16. juli 2013, den 11. september 2013, den 18. december 2013, den 20. marts 2014, den 24. marts 2014 og den 14. maj 2014
- i sag SA.33624 (Alro) den 19. juni 2012, den 23. juli 2012, den 30. november 2012, den 15. januar 2013, den 3. juni 2013, den 11. september 2013, den 18. december 2013, den 24. marts 2014 og den 14. maj 2014
- i sag SA.33451 og SA.33581 (elektricitetsforhandlere og elektrodeproducenter) den 11. september 2013, den 24. marts 2014, den 14. maj 2014, den 3. september 2014 og den 10. oktober 2014.
- (9) Den 11. marts 2014 sendte Kommissionen en anmodning om yderligere oplysninger til Energy Holding vedrørende dennes bemærkninger i sag SA.33451 (elektricitetsforhandlere). Energy Holding svarende den 8. maj 2014.

⁽⁶⁾ Sag SA. 33623 (EUT C 189 af 29.6.2012, s. 3), sag SA. 33624 (EUT C 268 af 5.9.2012, s. 21), sag SA. 33451 (EUT C 395 af 20.12.2012, s. 5), og sag SA. 33581 (EUT C 395 af 20.12.2012, s. 34).

⁽⁷⁾ Herunder de foreløbige bemærkninger fra Luxten-Lighting og Euro-Pec inden offentliggørelsen af opfordringen til at fremsætte bemærkninger til åbningsafgørelsen: Luxten-Lighting den 14. august 2012 og Euro-Pec den 13. august 2012.

- (10) Kommissionen modtog yderligere bemærkninger fra interesserede parter.

— i sag SA.33623 (ArcelorMittal) ved e-mail af 30. juli 2012 og 2. august 2012

— i sag SA.33624 (Alro) ved breve af 30. maj, 28. juni og 2. juli 2013 og 21. marts 2014

— i sag SA.33451 (elektricitetsforhandlere) ved breve af 18. og 19. november 2013, 16. og 18. juni 2014 og 25. juli og 25. november 2014

— i sag SA.33581 (elektrodeproducenter) ved fax og e-mail af 18. januar 2013.

2. BESKRIVELSE AF DE PÅSTÅEDE STØTTEFORANSTALTNINGER

- (11) I dette afsnit beskrives de kontraherende parter (dvs. Hidroelectrica og de påståede støttemodtagere) samt kontrakterne vedrørende salg af elektricitet på det rumænske elektricitetsmarked.

2.1. De kontraherende parter

2.1.1. Hidroelectrica

- (12) Hidroelectrica blev grundlagt i 2000, da den rumænske regering oprettede fire uafhængige og 100 % statsejede virksomheder. Hidroelectrica er underlagt almindelig selskabsret. Den rumænske stat ejer 80,056 % af aktiekapitalen i Hidroelectrica via ministeriet for økonomi og handel, og klageren ejer 19,943 %. Den rumænske stat er repræsenteret på Hidroelectricas generalforsamling og udpeger medlemmer af bestyrelsen. I praksis kan Hidroelectricas bestyrelsesmedlemmer samtidig varetage funktioner i forskellige ministerier ⁽⁸⁾.
- (13) Hidroelectrica er Rumæniens største producent af elektricitet med en årlig produktionskapacitet på omkring 17,5 TWh i et normalt hydrologisk år. Hidroelectrica producerer elektricitet i dæmningsanlæg og flodkraftværker. Denne produktion er imidlertid meget varierende, afhængigt af de hydrologiske forhold, og i 2004 producerede Hidroelectrica således 17,6 TWh, i 2009 16,4 TWh og i 2010 21,3 TWh. I 2013 var Hidroelectricas markedsandel 28,24 %, og virksomheden lå således foran Complexul Energetic Oltenia, et kulbaseret termisk kraftværk med en markedsandel på 20,83 %, og Nuclearelectrica med en markedsandel på 20,65 %. Både Complexul Energetic Oltenia og Nuclearelectrica er statsejede selskaber.
- (14) Omkostningsstrukturen i Hidroelectrica er karakteriseret ved høje faste omkostninger (i forbindelse med amortisering af dæmninger og civile anlæg samt løbende vedligeholdelse) og lave variable produktionsomkostninger. Hydroelektricitet har ofte lavere marginale omkostninger end andre elektricitetskilder, navnlig fossile brændstoffer. Denne omkostningsstruktur skyldes, at elproduktion baseret på vandkraft typisk ikke har betydelige omkostninger til brændstoffer eller marginale omkostninger ⁽⁹⁾. Det følger heraf, at politikker for salg og fuld tilbagebetaling af omkostninger, der overstiger de marginale produktionsomkostninger i vandkraftproducenternes produktion, i vid udstrækning bestemmes af den enkelte producent. Ud over den grundlæggende regel, at de fulde omkostninger på langt sigt skal tilbagesøges for produktion af vandkraft (eller anden kraft), er der ingen bestemte eller normative økonomiske regler for, hvordan man fastsætter den optimale pris baseret udelukkende på omkostninger til specifikke købersegmenter på kort til mellemlangt sigt. Dette udelukker f.eks., at alle solgte kWh

⁽⁸⁾ Alle medlemmerne af Hidroelectricas bestyrelse med undtagelse af Hidroelectricas generaldirektør og repræsentanten for Fondul Proprietatea (2010) varetog andre funktioner i forskellige ministerier og var blevet udnævnt ved bekendtgørelse udstedt af ministeriet for økonomi og handel som følger: i) i 2005-2006: den personlige rådgiver i økonomi- og handelsministerens kabinet, kabinetsdirektøren i ministeriet for små og mellemstore virksomheder, den personlige rådgiver i finansministerens kabinet og den personlige rådgiver i regeringens generalsekretariat var medlemmer af Hidroelectricas bestyrelse, ii) i 2007-2008 — vides ikke, iii) i 2009: statssekretæren i ministeriet for økonomi og handel var også formand for Hidroelectricas bestyrelse (2009), og en anden statssekretær i finansministeriet og to generaldirektører i ministeriet for økonomi og handel var også medlemmer af Hidroelectricas bestyrelse, og iv) i 2010: tre personlige rådgivere i ministeriet for økonomi og handel, en statssekretær i finansministeriet og en generaldirektør i ministeriet for økonomi og handel var medlemmer af Hidroelectricas bestyrelse.

⁽⁹⁾ Se International Energy Agency: »Projected costs of generating electricity« 2010-udgaven, afsnit 4.2 »Country by country data on electricity generating costs«, s. 89.

nødvendigt skal have samme bidrag til fuld tilbagesøgning af faste omkostninger, uanset hvor meget der sælges til den enkelte køber. Da Hidroelectrica imidlertid er afhængig af niveauet af hydrologi og ikke kan justere sit faste omkostningsgrundlag, er selskabet imidlertid på langt sigt generelt udsat for en risiko på grund af ukontrollabel volatilitet i sin produktion og dermed sine indtægter. Hidroelectrica kræver således en stabil produktion på langt sigt for at generere stabile og forudsigelige indtægter.

- (15) I 2005, da de fleste af de undersøgte kontrakter blev indgået, omfattede Hidroelectricas strategi modernisering og anlæg af nye vandkraftfaciliteter med en kapacitet på 1,6 GW. Den samlede investering blev anslået til 5,9 mia. EUR i perioden 2005-2025. Moderniseringsprogrammet krævede ekstern finansiering på 800 mio. EUR.

Den 26. juni 2012 ⁽¹⁰⁾ indledte Hidroelectrica insolvensbehandling, der blev afsluttet den 26. juni 2013 ⁽¹¹⁾. Den 25. februar 2014 blev der på ny indledt insolvensbehandling af Hidroelectrica. Ifølge insolvensrapporten, som blev udarbejdet af modtageren, blev Hidroelectricas insolvens udløst af flere faktorer, nemlig forpligtelsen til at sælge en betydelig del af produktionen på det regulerede marked til priser, der lå under produktionsomkostningerne, forpligtelsen til at købe store mængder elektricitet fra dyrere statsejede elektricitetsproducenter (som blev videresolgt til lavere priser), porteføljen af salgskontrakter, overinvesteringer, dårlig ledelse og kunstigt forhøjede lønninger — som alt sammen medførte, at Hidroelectrica ikke kunne betale sin gæld til sine kreditorer ⁽¹²⁾.

2.1.2. De påståede støttemodtagere

- (16) De kunder, som Hidroelectrica indgik de undersøgte kontrakter med, var:

— Otte elektricitetsforhandlere: **Alpiq RomEnergie**, tidligere SC EHOL Distribution, den juridiske efterfølger til Energy Holding. EHOL Distribution blev solgt til Alpiq og omdøbt til Alpiq RomEnergie, **Alpiq RomIndustries**, tidligere SC Buzmann Industries SRL, begge ejet af den private schweiziske operatør Alpiq, som blev skabt med fusionen mellem Aare-Tessin Ltd. for Electricity og EnergieOuest Suisse i 2008, og som stadig er aktiv primært i det sydøstlige Europa, **EFT**, et datterselskab af den cypriotiske EFT-koncern, som primært er aktiv i Balkanregionen, **Electrica**, leverandør af elektricitetstjenester til både detailkunder og egne datterselskaber, aktiv i Rumænien, **Electromagnetica**, leverandør af belysningsprodukter og tjenester og elektricitetsforhandler baseret i Rumænien, **Energy Holding**, en privat ejet energileverandør, som er aktiv i Rumænien og også i det sydøstlige Europa, **EURO-PEC**, forhandler af jern- og stålprodukter til civil-, industri- og skibsanlæg og elektricitetsforhandler med aktiviteter i det sydøstlige Europa, og **Luxten-Lighting**, producent af belysningsprodukter og elektricitetsforhandler.

— To elektrodeproducenter: **Electrocarbon**, et børsnoteret selskab, som fremstiller grafit elektroder, kalcineret petroleumskoks, Søderberg-pasta og kulblokke til højovne, og **Elsid**, som blev oprettet i 1984 som producent af grafit elektroder til metalindustrien.

— **ArcelorMittal**, et datterselskab ejet af den multinationale koncern af samme navn, som er verdens førende stålproducent. ArcelorMittal producerer varmtvalsede og koldtvalsede spoler, galvaniserede spoler, bejdsede og olierede spoler og plader. ArcelorMittal er Rumæniens største stålproducent og landets næststørste industrielle elektricitetsforbruger med et årligt elforbrug på over 1,7 TWh.

— **Alro**, et datterselskab i Vimetco NL, et russiskejet holdingselskab med hovedkvarter i Nederlandene. Med et årligt elforbrug på over 3 TWh/år i sammenhængende bånd (24 timer pr. dag) er Alro Rumæniens største industriforbruger af el.

⁽¹⁰⁾ Afgørelse fra domstolen i Bukarest nr. 22456/3/2012 af 26. juni 2012.

⁽¹¹⁾ Afgørelse fra domstolen i Bukarest nr. 6482 af 26. juni 2013.

⁽¹²⁾ Findes kun på rumænsk: <http://www.euroinsol.eu/uploads/Raport%2059%20Hidro%20v11.pdf>.

2.2. Kontrakterne

- (17) Hidroelectrica indgik 14 kontrakter om levering af elektricitet til de påståede støttemodtagere, nemlig én kontrakt med hver af de otte elektricitetsforhandlere med undtagelse af Electrica ⁽¹³⁾, Electrocarbon, Elsid og Alro og to etårige kontrakter med ArcelorMittal. De vigtigste karakteristika ved disse kontrakter er beskrevet nærmere i betragtning 19-23 nedenfor. Mere omfattende beskrivelser og yderligere oplysninger findes i åbningsafgørelserne i de enkelte sager og i bilag I til denne afgørelse.
- (18) *Dato for underskrivelse af kontrakterne:* Ni kontrakter var allerede i kraft i 2007, dvs. på det tidspunkt, hvor Rumænien tiltrådte EU, og fem kontrakter blev underskrevet efter Rumæniens tiltrædelse af EU ⁽¹⁴⁾.
- (19) *Kontrakternes varighed:* De fleste kontrakter blev indgået for en længere periode på mellem fem og 10 år, dvs. fem kontrakter blev oprindeligt indgået for en periode på 10 år ⁽¹⁵⁾, to kontrakter blev oprindeligt indgået for en periode på syv år ⁽¹⁶⁾, og tre kontrakter blev oprindeligt indgået for en periode på fem år ⁽¹⁷⁾, hvoraf de to blev forlænget med yderligere fem år i 2004 ⁽¹⁸⁾, og de resterende fire kontrakter blev indgået for perioder på et år ⁽¹⁹⁾ eller mindre ⁽²⁰⁾.
- (20) *Kontrakternes aktuelle status:* Det er kun kontrakten med Alro, som stadig er i kraft. Alle de andre kontrakter blev enten: i) opsagt af Hidroelectricas bobestyrer under insolvensbehandlingen i 2012, ii) opsagt individuelt af én af parterne ⁽²¹⁾, eller iii) de udløb ⁽²²⁾.
- (21) *Anvendte kontraktpriser:* Priserne i de undersøgte kontrakter var ad hoc-priser, som blev forhandlet med hver enkelt køber og ikke fastlagt med henvisning til de eksisterende takster, som blev anvendt af Hidroelectrica, f.eks. som en rabat eller avance på en gældende takst eller et taksttrin.
- I kontrakten med Luxten-Lighting (elektricitetsforhandler) blev prisen indledningsvist fastsat til et fast beløb for en ubestemt periode. Efterfølgende blev der hvert år underskrevet tillæg, der forhøjede den oprindelige kontraktpris.
- I kontrakterne med Electrocarbon og Elsid blev priserne indledningsvist kun fastsat til et fast beløb for kontraktens første år. Den 1. september 2003 ⁽²³⁾ blev priserne justeret til et fast beløb, som var det samme for alle år frem til udgangen af den oprindelige kontraktperiode. Inden 2007 justerede parterne igen den forud fastsatte pris for de efterfølgende år frem til udgangen af kontraktperioden til det samme faste beløb for hvert år ⁽²⁴⁾. I praksis genforhandlede parterne, selv om kontraktprisen på forhånd var fastsat til et bestemt beløb, hvert år kontraktprisen og aftalte priser, der var højere end kontraktprisen. Men i 2010 afviste Electrocarbon og Elsid at acceptere hele den prisstigning, som Hidroelectrica anmodede om, og Hidroelectrica ønskede ensidigt at afbryde elforsyningen. Sagen blev derfor indbragt for den kompetente domstol, som ikke accepterede Hidroelectricas anmodning om at forhøje priserne, så de oversteg priserne i kontrakterne ⁽²⁵⁾.

⁽¹³⁾ Electrica indgik to kortsigtede kontrakter med Hidroelectrica.

⁽¹⁴⁾ Kontrakt med AlpiqRomEnergie, to kontrakter med Electrica og to kontrakter med ArcelorMittal.

⁽¹⁵⁾ Fem kontrakter med elektricitetsforhandlere (Alpiq RomIndustries, Electromagnetica, Energy Holding, Euro-Pec og Luxten-Lighting).

⁽¹⁶⁾ Kontrakter med EFT (elektricitetsforhandler) og Alro.

⁽¹⁷⁾ Kontrakter med Electrocarbon og Elsid og Alpiq RomEnergie (elektricitetsforhandler).

⁽¹⁸⁾ Kontrakter med Electrocarbon og Elsid.

⁽¹⁹⁾ To kontrakter med Arcelor Mittal.

⁽²⁰⁾ To kontrakter med Electrica.

⁽²¹⁾ Kontrakten med Luxten-Lighting (elektricitetsforhandler) blev opsagt af Luxten-Lighting ved meddelelse af 15. november 2011 med virkning fra 1. januar 2012.

⁽²²⁾ Kontrakterne med Electrocarbon og Elsid udløb den 13. marts 2013, og kontrakten med Electromagnetica (elektricitetsforhandler) udløb den 30. april 2014.

⁽²³⁾ Tillæg 1 til kontrakten med Electrocarbon indeholdt en forud fastsat pris (fast mængde — samme pris) indtil 28. februar 2008. Tillæg 2 til kontrakten med Elsid indeholdt en forud fastsat pris indtil 31. december 2007.

⁽²⁴⁾ Den 1. juli 2004 aftalte parterne en tabel med forud fastsatte årlige priser for perioden 2006-2013 (dvs.: tillæg 4 til kontrakten med Electrocarbon og tillæg 5 til kontrakten med Elsid). Priserne blev efterfølgende ændret den 1. januar 2005 med forud fastsatte priser for en fast mængde frem til 31. december 2007 for Elsid og frem til 28. februar 2008 for Electrocarbon. Fra 2006 blev kontraktpriserne justeret årligt for Electrocarbon og Elsid.

⁽²⁵⁾ Retten i første instans: Domstolen i Olt — sag 2800/104/2010 (Electrocarbon) og domstolen i Dambovita — sag 4102/120/2010 (Elsid).

(22) Parternes ret til at opsiges kontrakten ensidigt:

- I kontrakterne med Luxten-Lighting, Electrocarbon og Elsid havde køberen mulighed for at opsiges kontrakten individuelt med 30 dages forudgående skriftligt varsel. Såfremt denne bestemmelse ikke blev overholdt, var køberen forpligtet til at betale det skyldige kontraktbeløb, indtil Hidroelectrica indgik en ny elforsyningskontrakt på tilsvarende betingelser med en ny køber ⁽²⁶⁾.
- I kontrakterne med Luxten-Lighting, Electrocarbon og Elsid kunne Hidroelectrica ligeledes opsiges kontrakten under følgende omstændigheder: i) gentagen manglende betaling af kontraktprisen for den købte elektricitet og/eller gentagen manglende betaling af eventuelle bøder under kontrakten, ii) hvis køberen mistede sin status som privilegeret forbruger i overensstemmelse med rumænsk lovgivning (hvilket er et centralt element i kontrakten), i hvilket tilfælde kontrakten kunne opsiges inden for fem arbejdsdage efter dette tab af status), iii) hvis en af parterne nægtede at indgå en ny kontrakt eller at ændre en eksisterende kontrakt, såfremt de økonomiske og tekniske omstændigheder på datoen for indgåelsen af kontrakten havde ændret sig, i hvilket tilfælde kontrakten kunne opsiges med 30 kalenderdages forudgående varsel og iv) i andre tilfælde foreskrevet i gældende love og bestemmelser ⁽²⁷⁾.

2.3. Det rumænske elektricitetsmarked

- (23) Handelen med elektricitet i Rumænien fandt i den pågældende periode sted på to markeder: i) det regulerede elektricitetsmarked, hvor elektricitet handles på grundlag af regulerede takster og betingelser, og ii) det konkurrenceudsatte elektricitetsmarked, hvor elektricitet handles frit, herunder på grundlag af to hovedtyper af kontrakter, nemlig bilaterale kontrakter handlet på det centraliserede marked og frit forhandlede bilaterale kontrakter handlet på det såkaldte marked for direkte forhandlede kontrakter.

Det regulerede elektricitetsmarked

- (24) Transaktionerne på det regulerede elektricitetsmarked gennemføres på grundlag af rammeaftaler om salg og køb indgået mellem de aktive elektricitetsproducenter på det regulerede marked, herunder Hidroelectrica, og »leverandører i sidste led«, der varetager distributionen af elektricitet til den endelige forbruger. Leverandører i sidste led er forpligtet til at levere elektricitet til privilegerede forbrugere, som er enten: i) endelige forbrugere, der ikke udøvede deres ret til at vælge leverandør og købe elektricitet på det konkurrenceprægede marked, eller ii) husholdninger og ikkeprivatkunder, der har færre end 50 ansatte og en årlig omsætning på under 10 mio. EUR ⁽²⁸⁾. De privilegerede forbrugere køber elektricitet på grundlag af regulerede takster.
- (25) På det regulerede marked fastsætter det rumænske energitilsyn (»ANRE«) på forhånd priserne og de mængder, som elektricitetsproducenterne skal levere hvert år. I tråd med ANRE's anmodning er Hidroelectrica forpligtet til at levere elektricitet engros til distributører, der leverer elektricitet på det regulerede detailmarked. De engrospriser, som betales til Hidroelectrica, fastsættes af ANRE på grundlag af dokumenterede godkendte omkostninger plus forrentning. Mellem 2004 og 2010 blev der betalt følgende engrospriser til Hidroelectrica (RON/MWh) ⁽²⁹⁾:

2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
40	67	54,59	62,46	60,53	67,65	72

Det konkurrenceudsatte elektricitetsmarked

- (26) Rumæniens konkurrenceudsatte elektricitetsmarked har været opdelt i fem specifikke markeder siden 2005:

- de centraliserede markeder forvaltet af OPCOM
- markedet for direkte forhandlede kontrakter

⁽²⁶⁾ Artikel 10, stk. 2, i hver af de tre kontrakter.

⁽²⁷⁾ Artikel 10, stk. 1, i hver af de tre kontrakter.

⁽²⁸⁾ Artikel 55, stk. 1, i el- og gaslov nr. 123/2012 som ændret ved lov nr. 127/2014.

⁽²⁹⁾ KPMG Report, bilag 3 til Memorandum of Energy Holdings af 27. februar 2012, s. 8, kilde: Hidroelectricas Annual Reports, 2010 Administrator's Report, KPMG Analysis.

- markedet for hjælpetjenester
- balancemarkedet og
- eksportmarkedet.

- (27) De centraliserede markeder forvaltes af OPCOM. OPCOM blev etableret i 2001 ved regeringsbeslutning nr. 627/2000 som et aktieselskab og et ejet datterselskab ejet 100 % af transmissionssystemoperatøren Transelectrica. I medfør af licens udstedt af ANRE blev OPCOM udpeget som platform for engroshandel med elektricitet i Rumænien. OPCOM er den eneste elbørs i Rumænien og en markedsplads for handel med elektricitet, der letter handelen.
- (28) Der er fem store typer markedssegmenter på OPCOM: i) day-ahead-markedet, ii) intra-day-markedet, som først er blevet forvaltet af OPCOM fra juli 2011, iii) de centraliserede bilaterale markeder, dvs. det centraliserede marked for bilaterale kontrakter gennem offentlig auktion («OPCOM-PCCB») og det centraliserede marked for bilaterale kontrakter gennem fortsat forhandling («CMBC-CN»), iv) det centraliserede marked for grønne certifikater og v) platformen for handel med drivhusgasemissionscertifikater. Grønne certifikater og drivhusgasemissionscertifikater omfatter ikke direkte handel med elektricitet og er derfor ikke beskrevet nedenfor. Handelen på OPCOM startede først i 2005 og kun på day-ahead- og OPCOM-PCCB-markederne.
- (29) Da Rumænien tiltrådte EU i 2007, blev elektricitet primært handlet på det regulerede elmarked (ca. 29 TWh eller omkring 55 % af den endelige efterspørgsel). På det konkurrenceudsatte elektricitetsmarked blev elektriciteten handlet: i) på OPCOM-PCCB og ii) på day-ahead-markedet, som begge forvaltes af OPCOM, derefter iii) under direkte forhandlede kontrakter, ofte langsigtede, både engros og detail, iv) på balancemarkedet, hvor transmissionssystemet er den eneste køber, og endelig v) på eksportmarkedet (3,3 TWh i 2007). Mellem 2007 og 2010 var salget af elektricitet på disse ikkeregulerede markeder i Rumænien som følger ⁽³⁰⁾:

(TWh)

	2007	2008	2009	2010	Gennemsnit 2007-2010
Elproduktion — i alt	61,39	64,01	56,69	59,14	60,31
Balancemarkedet — i alt	3,49	3,55	3,21	2,97	3,30
Day-ahead-markedet — i alt	5,04	5,21	6,35	8,70	6,32
OPCOM-PCCB — i alt	5,88	8,77	6,33	4,39	6,34

Hidroelectricas omsætning på tværs af markedssegmenter

- (30) Med en årlig omsætning på 18,2 TWh og en markedsandel på i gennemsnit 30,2 % i perioden 2007-2010 var (og er) Hidroelectrica Rumæniens største elektricitetsproducent. Siden 2003 har Hidroelectrica i tråd med den progressive åbning af markedet og købernes mulighed for at vælge deres egen leverandør skabt sin omsætning primært gennem direkte forhandlede bilaterale kontrakter. I 2007 udgjorde denne omsætning næsten to tredjedele af Hidroelectricas samlede omsætning. Som vist i nedenstående tabel udgjorde Hidroelectricas omsætning i perioden efter landets tiltrædelse af EU mellem 2007 og 2010 en relativt stabil andel på omkring 19 % af Rumæniens samlede omsætning på det regulerede marked og på omkring 1 % af salget til andre elektricitetsproducenter. I mellemtiden faldt andelen på balancemarkedet, markedet for bilaterale kontrakter og eksportmarkedet let, mens andelen af omsætningen på de markedssegmenter, som OPCOM forvaltede, steg fra næsten ubetydelig i 2007 og 2008 til [...] ⁽³¹⁾ % i 2010.

⁽³⁰⁾ KPMG Report, bilag 3 til Memorandum of Energy Holdings af 27. februar 2012, s. 21, kilde: ANRE.

⁽³¹⁾ Forretningshemmelighed.

Hidroelectricas omsætning pr. markedssegment	2007	2008	2009	2010	Gennemsnit 2007-2010 (%)
Reguleret marked	[...].	[...].	[...].	[...].	19
Balancemarkedet	[...].	[...].	[...].	[...].	6
Eksportmarkedet	[...].	[...].	[...].	[...].	7
Andre elektricitetsproducenter	[...].	[...].	[...].	[...].	1
Bilaterale kontrakter	[...].	[...].	[...].	[...].	63
heraf undersøgte kontrakter	[...].	[...].	[...].	[...].	58
OPCOM (day-ahead og PCCB)	[...].	[...].	[...].	[...].	4

- (31) Hidroelectricas kontrakter med elektricitetsforhandlerne Electrocarbon, Elsid og Alro blev indgået på markedet for direkte forhandlede kontrakter. De to kontrakter med ArcelorMittal for elforsyning fra 2010 og 2011 blev indgået på OPCOM-PCCB efter princippet om den højeste udbudspris. Selv om den økonomiske og retlige vurdering af de undersøgte kontrakter bør tage udgangspunkt i den bredere sammenhæng på det rumænske elmarked, er to segmenter på dette marked derfor primært relevante for og omhandler de af Hidroelectricas kontrakter, som er omfattet af denne afgørelse:

- OPCOM-PCCB, som identificeres og omtales i åbningsafgørelserne, hvilket også er særligt relevant for kontrakterne med ArcelorMittal
- markedet for direkte forhandlede kontrakter, hvor alle andre kontrakter, der er genstand for den igangværende sag, blev indgået.

OPCOM-PCCB

- (32) OPCOM organiserer offentlige auktioner for salg og køb af elektricitet på OPCOM-PCCB-markedssegmentet. Den enkelte leverandørs/forbrugers salgs-/købsbud indgives til markedsoperatøren. Alle bud skal indeholde: i) enten den pågældendes minimumspris for salg af elektricitet eller maksimumspris for køb af elektricitet og ii) under hvilken rammeaftale den bydende påtænker at levere/købe elektriciteten. I salgs- og købsbuddene præciseres leveringsbetingelserne, herunder vedrørende elektricitetsmængden, varigheden (minimum en måned og op til et år) samt den påtænkte rammeaftale. Prisen fastsættes i overensstemmelse med princippet om bedste bud.
- (33) Efter offentliggørelsen af åbningsafgørelserne vedtog Kommissionen en afgørelse i henhold til artikel 102 i TEUF, hvori den fastslog, at den elbørs, som OPCOM drev, udgør et relevant marked, hvor OPCOM som virksomhed indtog en dominerende stilling, og som er adskilt fra markedet for direkte forhandlede kontrakter ⁽³²⁾.

Markedet for direkte forhandlede kontrakter:

- (34) Markedet for direkte forhandlede kontrakter er et liberaliseret marked, som ikke reguleres af ANRE. De kontraherende parter forhandler bilateralt om mængder, priser og andre kontraktlige bestemmelser. Det giver parterne en høj grad af fleksibilitet under forhandlingerne om salgskontrakternes vilkår og betingelser. Disse vilkår og betingelser er fortrolige.
- (35) Ved brev af 21. februar 2014 anmodede Kommissionen de rumænske myndigheder om at fremsende data og oplysninger om de kontrakter, der ud over de kontrakter, der er omfattet af denne afgørelse, blev indgået på det rumænske marked med sammenlignelige kontraktperioder og leverede mængder elektricitet. Kommissionens anmodning omfattede alle rumænske elektricitetsleverandører, både stats- og privatejede. Den 14. maj 2014

⁽³²⁾ Kommissionens afgørelse af 5. marts 2014 i henhold til artikel 102 i TEUF om bødepålæg efter artikel 7 i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 i sag AT.39 984, »Romanian Power Exchange/OPCOM«.

fremsendte de rumænske myndigheder de udbedte oplysninger om alle langsigtede kontrakter undertegnet af elektricitetskøbere med et årligt forbrug på over 150 GWh pr. år, som var i kraft i perioden mellem 2007 og 2013 ⁽³³⁾.

- (36) De rumænske myndigheder fremsendte navnlig relevante data fra 96 kontrakter gældende mellem 2007 og 2013. De rumænske myndigheder understregede, at alle kontrakter indgået på detailmarkedet på konkurrencevilkår af ikkeprivatkunder i den relevante periode, var underlagt den ad hoc-dataindsamling, som Kommissionen havde anmodet om. På forsyningssiden blev kontrakterne indgået af stort set alle væsentlige aktive leverandører på det rumænske marked, uanset om de var producenter af kernekraft eller fossile brændstoffer eller forhandlere, der havde købt engros til salg på detailmarkedet. På efterspørgselssiden omfatter de indberettede oplysninger kontrakter med store, relativt energiintensive industrier som stål-, kemikalie-, cement, bilproduktions- og benzin- og gas- samt kul- og brunkulsbrydningsindustrien ⁽³⁴⁾.
- (37) De relevante købere indgik de kundetilpassede langsigtede kontrakter på grundlag af bilaterale forhandlinger med andre leverandører med en varighed og mængder svarende i gennemsnit til de undersøgte Hidroelectrica-kontrakter. Med hensyn til Hidroelectricas kontrakter viser de indberettede data varierende priser hvert år. I perioden 2007-2010 udgjorde disse langsigtede kontrakter, som ikke er omfattet af sagen, i gennemsnit 11,1 TWh af elektriciteten, mens Hidroelectricas undersøgte salgskontrakter udgjorde 10,5 TWh. Relativt set udgjorde sidstnævnte Hidroelectrica-kontrakter 35 % af den mængde elektricitet, som var omfattet af direkte forhandlede kontrakter i 2007, mens de andre kontrakter dækkede ca. 41 % af den mængde elektricitet, som er omfattet af direkte forhandlede kontrakter. Den resterende del (ca. 24 %) vedrørte kontrakter om mindre mængder. De relevante data fra alle de kontrakter, som opfylder Kommissionens krævede kriterier for sammenlignelige perioder og mængder, afslører derfor i det store hele en mængde svarende til den samlede mængde, der leveres af Hidroelectrica under de kontrakter, som er omfattet af sagen.
- (38) Kommissionen har ingen oplysninger, der viser, at indgåelsen af de kontrakter, som er omfattet af de data, som Rumænien har fremsendt, skyldtes ikkemarkedskonform kommerciel adfærd eller ville være blevet påvirket af lovkrav. Tilsvarende understregede Rumænien med hensyn til sammenligningen med Hidroelectricas undersøgte kontrakter, at detailforsyningskontrakter baseret på Hidroelectricas engrosforsyning til parter, som er omfattet af undersøgelsen (elektricitetsforhandlere) ikke var omfattet af analysen. Kontrakterne i datasættet kan derfor anses for at repræsentere markedsvilkår aftalt mellem villige købere og villige sælgere.

3. BEGRUNDELSE FOR INDLEDNINGEN AF PROCEDUREN

- (39) I åbningsafgørelserne udtrykte Kommissionen tvivl om, hvorvidt priserne på elektricitet i kontrakterne var markedskonforme, og om, hvorvidt de udgjorde statsstøtte.
- (40) Kommissionen sammenlignede de priser, der var fastsat i kontrakterne med elektricitetsforhandlerne Electrocarbon og Elsid, med handelspriserne på elektricitet på OPCOM-PCCB og bemærkede, at de priser, som Hidroelectrica solgte elektricitet for til de påståede støttemodtagere, var mellem 10 % og 70 % lavere end de gennemsnitlige priser på OPCOM-PCCB i perioden 2007-2010.
- (41) I forhold til kontrakten med Alro havde Kommissionen den foreløbige holdning, at Alro havde en uberettiget fordel i form af reducerede, fordelagtige elektricitetspriser i perioden fra henholdsvis den 1. januar 2007 til den 31. december 2009 og fra den 1. januar 2010 til den 31. december 2011 baseret på den umiddelbart gældende formel for prisindeksering i hver periode.
- (42) I forhold til de to kontrakter med ArcelorMittal havde Kommissionen den foreløbige holdning, at Hidroelectrica ved at indgå kontrakterne i 2009 og 2010 om elektricitetsforsyning i 2010 og 2011 havde solgt elektricitet til lavere priser end de priser, som kunne være opnået enten: i) ved at acceptere et af de parallelle »købsbud« på

⁽³³⁾ Det datasæt, som blev anvendt som benchmark, omfattede 114 bemærkninger for perioden 2007-2010. Datasættet indeholdt følgende oplysninger: sælgerens og køberens identitet, kontrakttypen, ikrafttrædelsesdato, udløbsdato, mængde, forsyningsprofil og den vægtede gennemsnitspris for hvert år i perioden 2007-2013.

⁽³⁴⁾ Listen over købere findes i bilag II, tabel 1.

OPCOM på det pågældende tidspunkt til en højere pris eller ii) ved at lægge sit eget salgsbud på OPCOM til en pris, der var højere end den, som ArcelorMittal betalte. Kommissionens foreløbige holdning er, at de aftalte priser kunne have udgjort en uberettiget fordel for ArcelorMittal.

- (43) Kommissionen drog den foreløbige konklusion, at disse eltakster havde en selektiv karakter, da de kun anvendtes over for bestemte virksomheder. I det omfang disse virksomheder var aktive på åbne elektricitets- og industri-markeder, hvor handlen mellem medlemsstaterne faldt sted, mente Kommissionen, at enhver mulig økonomisk fordel for støttemodtagerne ville kunne fordreje konkurrencen og påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.
- (44) Kommissionen drog den foreløbige konklusion, at de præferentielle eltakster kunne involvere en overførsel af statsmidler, som kunne tilregnes staten, da Hidroelectrica var kontrolleret af den rumænske stat (80,06 % af selskabets aktiekapital var ejet af Rumænien). Kommissionen henviste endvidere til ministeriel bekendtgørelse nr. 445/2009, der pålagde ministeriet for økonomi, handel og erhvervsmiljø og bestyrelsesmedlemmerne i de statsejede elskaber at sikre, at elektricitet bestemt til engrosmarkedet fra og med den 31. marts 2010 udelukkende blev handlet på OPCOM. Repræsentanterne for ministeriet for økonomi, handel og erhvervsmiljø kunne således anses for at have kontrol over eller i det mindste indflydelse på de statsejede selskabers aftalepraksis, herunder Hidroelectricas aftalepraksis.
- (45) Hvis kontrakterne indebar statsstøtte, ville de kunne betragtes som statsstøtte ydet i strid med anmeldelsesforpligtelsen og standstillforpligtelsen i artikel 108, stk. 3, i TEUF. Kommissionen udtrykte endvidere tvivl om, hvorvidt denne støtte var forenelig med TEUF.
- (46) I lyset af ovenstående drog Kommissionen den foreløbige konklusion, at de præferentielle eltakster potentielt kunne indebære statsstøtte, og opfordrede Rumænien til at fremsende tilstrækkelige oplysninger til at imødegå Kommissionens tvivl.

4. RUMÆNIENS BEMÆRKNINGER

- (47) De rumænske myndigheder fremsatte kun bemærkninger i forbindelse med åbningsafgørelserne vedrørende kontrakter med elektricitetsforhandlere, ArcelorMittal og Alro, og afholdt sig fra at fremsætte bemærkninger i forhold til kontrakterne med Electrocarbon og Elsid.
- (48) De rumænske myndigheder er af den opfattelse, at kontrakterne med ArcelorMittal og Alro ikke omfattede støtte. De understregede, at modtageren ikke opsigde kontrakten med Alro under insolvensbehandlingen, hvilket beviser, at den var rentabel.
- (49) I forhold til kontrakterne med elektricitetsforhandlerne fremsatte de rumænske myndigheder ikke yderligere argumenter. De hævdede, at nogle af kontrakterne kunne have omfattet statsstøtte (kontrakterne med Alpiq RomEnergie, Alpiq RomIndustries, EFT, Energy Holding og Euro-Pec), og afholdt sig fra at fremsætte holdninger til visse kontrakter (kontrakterne med Electrica og Luxten-Lighting) og hævdede, at en af kontrakterne ikke omfattede støtte (kontrakten med Electromagnetica). De rumænske myndigheder gav ikke en nærmere forklaring til støtte for deres bemærkninger.
- (50) Hvad angår muligheden for at opsigte kontrakterne individuelt (og navnlig kontrakterne med elektricitetsforhandlerne), forklarede de rumænske myndigheder, at ifølge rumænsk handelspraksis kan enhver part i en kontrakt have opsagt kontrakten med risiko for at skulle betale erstatning som fastsat af den kompetente domstol. I betragtning af de omhandlede kontraktens karakteristika gjorde de rumænske myndigheder det klart, at en sådan erstatning ville have været usædvanlig høj. Endvidere kunne den part, som ønskede at opsigte kontrakten, også have stået over for en yderligere risiko for, at den kompetente domstol med et såkaldt »præsidentdekret« havde krævet, at kontrakten skulle opfyldes, indtil tvisten var løst, som det skete for Electrocarbon og Elsid.
- (51) Derudover gjorde de rumænske myndigheder det klart, at den største forskel mellem på den ene side de kontrakter, som Hidroelectrica havde indgået med industrielle forbrugere, og, på den anden side, de kontrakter, som Hidroelectrica havde indgået med elektricitetsforhandlerne, var de ekstraomkostninger, som skulle betales under kontrakterne med industriforbrugere (dvs. betaling af »T«-komponenten i transportgebyret, systemgebyret, distributionsgebyret og gebyrer for ubalancer).

5. BEMÆRKNINGER FRA TREDJEPARTER

- (52) Alle de påståede støttemodtagere med undtagelse af Electrica fremsatte bemærkninger vedrørende åbningsafgørelserne, som er sammenfattet i afsnit 5.1.
- (53) Derudover fremsatte en af Alros konkurrenter sine bemærkninger vedrørende åbningsafgørelsen den 5. oktober 2012.
- (54) Den 6. september 2012 fremsatte en anonym borger bemærkninger til åbningsafgørelserne vedrørende Alro og elektricitetsforhandlerne.

5.1. Bemærkninger fra påståede støttemodtagere

- (55) De vigtigste bemærkninger fra de påståede støttemodtagere ligner hinanden og henviser til: i) Kommissionens manglende kompetence til at vurdere enten de kontrakter, som blev indgået, inden Rumænien tiltrådte EU ⁽³⁵⁾, eller de efterfølgende tillæg til kontrakterne ⁽³⁶⁾, ii) at der ikke er noget passende benchmark for markedspriser til sammenligning af kontraktpriser, iii) at Hidroelectricas adfærd svarer til en privat sælgers adfærd, som ikke giver nogen økonomisk fordel for de påståede støttemodtagere, iv) at der ikke har været nogen tilregning til staten og ingen overførsel af statslige ressourcer, v) at konkurrencen ikke blev fordrejet, vi) den manglende selektivitet, vii) at der ikke var nogen adskillelse mellem ændringerne og den oprindelige kontrakt, viii) at Hidroelectrica havde erklæret sig insolvent for at undgå sine kontraktlige forpligtelser.

5.1.1. Kommissionens manglende kompetence til at vurdere kontrakterne og deres efterfølgende tillæg

- (56) De interesserede parter hævder, at Kommissionen ikke har kompetence til at gennemgå de påståede statsstøtteforanstaltninger, som blev gennemført inden Rumæniens tiltrædelse af Den Europæiske Union (»EU«) i 2007. Det samme gælder efter deres mening tillæggene til kontrakterne, som blev underskrevet i 2007, fordi tillæggene ikke kunne adskilles fra de oprindelige kontrakter. Med tillæggene gennemførtes ganske enkelt kontraktlige regler for den fremtidige forsyning, som oprindeligt var fastlagt i kontrakterne.
- (57) Ifølge de interesserede parter var de påståede statsstøtteforanstaltninger i kontrakterne ikke gældende efter Rumæniens tiltrædelse af EU, eftersom kontrakterne blev indgået før 2007. Også det første tillæg, som indeholder de præcise parametre for prisindekseringssystemet ⁽³⁷⁾, blev underskrevet før 2007.
- (58) Endvidere mener de interesserede parter, at selv om det blev bevist, at kontrakterne indeholdt statsstøtte, ville dette skulle ses som eksisterende, ikke ny, støtte, da alle betingelserne for at yde den eksisterende statsstøtte var opfyldt i overensstemmelse med Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 ⁽³⁸⁾. Især opfyldte den påståede statsstøtteforanstaltning ikke betingelserne for at blive klassificeret som statsstøtte, da den trådte i kraft, men blev først statsstøtte senere som følge af ændringer i markedsmiljøet, og endelig blev den påståede statsstøtteforanstaltning ikke ændret væsentlig, efter den trådte i kraft. De interesserede parter hævdede derfor, at Kommissionen ikke kan undersøge den påståede statsstøtteforanstaltning efter de nye statsstøtteregler og ikke kan anmode medlemsstaten om at tilbagebetale støtten med tilbagevirkende kraft.
- (59) De interesserede parter hævdede også, at det relevante tidspunkt for vurdering af transaktionen med hensyn til testen af markedssælgeren/-operatøren ifølge retspraksis var det tidspunkt, hvor transaktionen blev indgået. For transaktioner indgået før 2007 ville spørgsmålet derfor have været, om de ville udgøre statsstøtte, hvis statsstøttereglerne havde været gældende på det tidspunkt, hvor de blev indgået. Det samme princip var også gældende for det tidspunkt, hvor den økonomiske fordel skulle vurderes, dvs. det tidspunkt, hvor kontrakterne blev indgået. De interesserede parter hævdede navnlig, at der i Rumænien ⁽³⁹⁾ ikke var sket nogen retlige eller økonomiske ændringer på elektricitetsmarkedet, som kunne berettige, at 2007 blev anvendt som reference for vurderingen af den økonomiske fordel: De rumænske energimarkeder var allerede opstået inden 2004, og det rumænske engrosmarked blev åbnet i september 2000.

⁽³⁵⁾ Visse elektricitetsforhandlere (dvs.: Alpiq RomIndustries, EFT, Alro Electrocarbon og Elsid).

⁽³⁶⁾ En elektricitetsforhandler (EFT) og Alro.

⁽³⁷⁾ Gælder kun Alro.

⁽³⁸⁾ Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22. marts 1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af artikel 108 i traktaten om den Europæiske Unions funktionsmåde (EFT L 83 af 27.3.1999, s. 1).

⁽³⁹⁾ I modsætning til sagerne om ungarske fordelagtige eltakster — T-80/06 og T-182/09 Budapesti Erőmű mod Kommissionen (ECLI:EU:T:2012:65).

5.1.2. Intet passende prisbenchmark

5.1.2.1. OPCOM-PCCB var ikke et passende og gyldigt prisbenchmark

- (60) Alle de påståede støttemodtagere, der har fremsat bemærkninger til åbningsafgørelsen, hævdede, at der ikke var noget passende og gyldigt prisbenchmark til sammenligning af priserne i kontrakterne. De interesserede parter (de påståede støttemodtagere) hævdede, at OPCOM-PCCB-priserne ikke var et relevant prisbenchmark af følgende årsager:

— OPCOM-PCCB-priserne afspejlede ikke den korrekte situation i den relevante periode

— kontrakterne under OPCOM-PCCB adskiller sig på flere punkter fra de undersøgte kontrakter (dvs. en langsigtet forpligtelse til at købe mængder til fastsatte priser på et volatilt marked er helt anderledes end forpligtelsen til at købe enten på et day-ahead-marked eller en fuldt ud operationel elbørs, navnlig på et liberaliseret marked. OPCOM-PCCB-markedet fratog private leverandører den fleksibilitet, som ligger i at kunne ændre i kontrakterne, når der først er indgået en aftale. OPCOM-PCCB havde indtil da ikke været organiseret som en passende platform med hensyn til store industrikunders behov for elektricitet og de muligheder, de krævede)

— de kunne ikke matche den samme leveringsperiode

— OPCOM-PCCB og kontrakterne repræsenterede to særskilte markeder (perioden for de forsyningskontrakter, som blev handlet på OPCOM-PCCB-markedet var f.eks. et år eller mindre sammenlignet med en meget længere periode for alle de drøftede kontrakter, priserne på OPCOM-PCCB-platformen var højere end de individuelt forhandlede priser i kontrakterne ⁽⁴⁰⁾, ligesom de var volatile og afhængige af udsving i udbud og efterspørgsel

— OPCOM-PCCB fandtes slet ikke, da de fleste af kontrakterne blev indgået, eftersom det først blev sat i drift i 2005, og

— kun en lille del af den samlede elektricitet til rådighed på de rumænske marked blev handlet på OPCOM-PCCB-platformen.

- (61) En af de interesserede parter ⁽⁴¹⁾ hævdede, at OPCOM-PCCB enten ikke var et repræsentativt benchmark eller var et upassende benchmark for de fastsatte priser i kontrakterne, eftersom det kun var en lille del af den elektricitet, som var til rådighed på de rumænske marked, som rent faktisk blev solgt på OPCOM-PCCB-markedet i den periode, som er omfattet af Kommissionens vurdering (dvs. fra 2 % af det samlede interne forbrug i 2006 til 14,62 % i 2012).

- (62) Derudover hævdede andre interesserede parter ⁽⁴²⁾, at et passende benchmark for markedspriserne kun kunne have været fundet og udviklet ved hjælp af en »fundamentsmodel« baseret på: i) ensartede forhold og betingelser, ii) samtidige forventninger og iii) den samme periode som den, den nuværende afgørelse dækkede.

- (63) Endelig hævdede en af de interesserede parter ⁽⁴³⁾, at der på Rumæniens komplekse og specifikke elektricitetsmarked ikke var noget gyldigt prisbenchmark, der kunne have været relevant for de priser, der var fastsat i kontrakterne.

5.1.2.2. Andre elektricitetsforhandlers bud vedrørende kontrakterne med ArcelorMittal

- (64) ArcelorMittal hævdede, at den antagelse, at Hidroelectrica kunne have accepteret ét af de parallelle bud fra OPCOM-PCCB-forhandlerne til en højere pris end den, selskabet fik i de to kontrakter med ArcelorMittal, var urealistisk, eftersom det rumænske elektricitetsmarkedet var præget af overkapacitet.

⁽⁴⁰⁾ Yderligere oplysninger findes i ANRE Annual Monitoring Report for 2007 og de følgende år.

⁽⁴¹⁾ Energy Holding.

⁽⁴²⁾ Alpiq RomIndustries og Alpiq RomEnergie.

⁽⁴³⁾ Energy Holding.

- (65) ArcelorMittal hævdede endvidere, at Hidroelectrica på et marked med overkapacitet måtte tage højde for den risiko, at hvis selskabet havde solgt elektricitet til forhandlerne, kunne de muligvis ikke afsætte det på markedet eller måtte sælge det videre med et tab. ArcelorMittal hævdede også, at forhandlerne placerede disse købsbud på OPCOM med den åbenlyse intention at sælge elektriciteten videre til ArcelorMittal til en højere pris.
- (66) Endvidere hævdede ArcelorMittal, at en sammenligning mellem prisen i de to indgåede kontrakter med Hidroelectrica og priserne i forhandlerens bud kun havde været gyldig, hvis:
- ArcelorMittal var blevet tvunget til at købe af forhandlerne — hvorimod ArcelorMittal hævder, at dette ikke var tilfældet, eftersom ArcelorMittal havde mulighed for at købe fra andre rumænske producenter eller fra Ungarn eller Bulgarien
 - forhandlerne havde kunnet sælge de mængder videre, som ArcelorMittal ikke købte af dem — men det forhold, at buddene blev trukket tilbage, viser, at de handlende ikke regnede med at sælge disse mængder til andre kunder end ArcelorMittal
 - forhandlerne ikke havde haft kapacitet til at modstå tabet, i tilfælde af at de ikke var i stand til at sælge den elektricitet, de havde købt fra Hidroelectrica, videre. I denne forbindelse fremlægger ArcelorMittal dokumentation for, at Arelco og Petprod ikke var økonomisk robuste virksomheder.
- (67) ArcelorMittal hævder også, at kontrakterne fra 2009 og 2010 ikke kan bruges som benchmark for OPCOM-priserne, da OPCOM endnu ikke fungerede normalt på det pågældende tidspunkt. ArcelorMittal mener, at gennemsnitsprisen, som ANRE offentliggjorde, for store bilaterale transaktioner er mere repræsentativ.

5.1.3. Hidroelectrica handlede som en sælger på det private marked/uden at give de påståede støttemodtagere nogen økonomiske fordele

- (68) De fleste af de interesserede parter hævdede, at Hidroelectrica havde handlet som en sælger på det private marked, da selskabet indgik kontrakterne, og at de derfor ikke havde opnået nogen økonomisk fordel: i) kontrakterne blev forhandlet og indgået på markedsvilkår, ii) Hidroelectrica nød godt af en sikker indkomst ved at indgå kontrakterne, iii) kontrakterne sikrede, at Hidroelectrica solgte en stor mængde af sin elproduktion, iv) kontrakterne sikrede, at Hidroelectrica blev beskyttet mod eventuelle faldende priser i forbindelse med alternative salg på andre markeder, v) i den aftalte pris i kontrakterne tages der højde for køberens risici og forpligtelser, og kontraktvilkårene blev primært forhandlet i Hidroelectricas interesse, vi) kontraktpriserne, der blev betalt for den elektricitet, som blev købt af Hidroelectrica, lå konstant mellem 80 % og 100 % højere end priserne på den elektricitet, som Hidroelectrica solgte på det regulerede marked, og vii) kontrakterne var det bedste alternativ for Hidroelectrica på det tidspunkt, de blev indgået.
- (69) Derudover hævdede de interesserede parter, at Kommissionen burde have set på Hidroelectricas finansielle stilling på den dato, hvor kontrakterne blev indgået, eftersom Kommissionen i sin vurdering, i overensstemmelse med retspraksis ⁽⁴⁴⁾, muligvis slet ikke har taget hensyn til de oplysninger, som ikke var til rådighed, og den udvikling, som ikke kunne forventes, da kontrakterne blev indgået.
- (70) Alro hævdede, at hver efterfølgende ændring i kontrakten med Hidroelectrica altid var til Hidroelectricas fordel af følgende årsager: i) der var indført en prisindekseringsklausul, der tog højde for Hidroelectricas egne omkostninger, ii) den anvendte valuta blev ændret fra USD til RON i juni 2007 på et tidspunkt, hvor den rumænske leu steg over for USD, hvilket gav Hidroelectrica mulighed for at vinde 40 % på prisen og eliminere sin valutarisiko, iii) LME-formlen blev indført i 2010 og medførte en kraftig prisstigning.
- (71) Endvidere fremlagde Alro omfattende økonomiske undersøgelser gennemført af Brattle-koncernen og Nera som støtte for argumentet om, at kontrakten med Hidroelectrica ikke omfattede statsstøtte. Ifølge Brattle-koncernens undersøgelse fra 2005 var den anslåede netto nutidsværdi (»nutidsværdien«) af Alro-kontrakten (393,09 mio. EUR) højere end værdien af det kontrafaktiske salgsscenario (355 mio. EUR) baseret på antagelsen om et fuldstændigt

⁽⁴⁴⁾ Sag C-482/99 Frankrig mod Kommissionen (Stardust Marine) Sml. 2002 I, s. 4397.

konkurrencedygtigt marked. Brattle-koncernen gav lignende skøn for 2007 med samme resultater som for 2005: Nutidsværdien på 348 mio. EUR for Alro-kontrakten for 2007 var desuden højere end den kontrafaktiske nutidsværdi på 300 mio. EUR.

- (72) Alro fremsendte også undersøgelser og rapporter fra Brattle-koncernen og Nera til støtte for argumentet om, at der ikke blev ydet ulovlig støtte gennem kontrakten med Hidroelectrica.
- (73) Energy Holding, som er elektricitetsforhandler, fremsendte en økonomisk analyse, prismodelsimuleringer og prisrapporter udarbejdet af KPMG, et uafhængigt konsulentfirma, som støtte for argumentet om, at der ikke havde været ulovlig støtte. KPMG bekræftede, at kontrakten med Energy Holding var: i) Hidroelectricas bedste alternativ på det pågældende tidspunkt, og ii) gav Hidroelectrica et højere afkast eller en lavere risiko sammenlignet med det næstbedste alternativ. KPMG's analyse var baseret på en absolut og relativ vurderingsanalyse og ikke en anden metode til kontraktvurdering (f.eks. marginal rentabilitetsanalyse, trunkeret IRR-analyse). Den henviste til to vurderingsperioder (nemlig 2004-2013 og 2010-2018) og afspejlede betingelserne i den kontrakt, som var indgået med Hidroelectrica i 2004 og de genforhandlede betingelser i 2009, da kontrakten blev fornyet. Den samme analyse blev på et senere tidspunkt forlænget af KPMG til den 1. januar 2007. Konklusionen var den samme som beskrevet ovenfor for både absolut og relativ vurdering.

5.1.4. Ingen tilregning til staten og ingen overførsel af statsmidler

- (74) Næsten alle interesserede parter ⁽⁴⁵⁾ hævdede, at deres kontrakter med Hidroelectrica ikke skulle tilregnes staten, da bestyrelsen i overensstemmelse med Hidroelectricas vedtægter delegerede sine udøvende beføjelser til den administrerende direktør. Det blev derfor hævdet, at bestyrelsesmedlemmerne ikke deltog i den daglige drift af Hidroelectrica, herunder forhandling af kontrakter.
- (75) Ifølge en af de interesserede parter ⁽⁴⁶⁾ lå bevisbyrden vedrørende tilregning til staten hos Kommissionen. Den interesserede part hævdede, at det ikke var tilstrækkeligt at konkludere, at en foranstaltning kunne tilregnes staten, blot fordi staten havde aktiemajoriteten i Hidroelectrica. Den hævdede endvidere, at Kommissionen havde draget konklusionen udelukkende på grundlag af »indikationer« og antagelser, ikke konkrete fakta, hvilket var i strid med kravene i retspraksis. Den interesserede part hævdede, at der skulle foreligge konkrete beviser som dokumenter, faktuelle elementer og konkrete handlinger på statens vegne for at underbygge denne konklusion.
- (76) Andre interesserede parter ⁽⁴⁷⁾ hævdede, at der ikke var sket nogen overførsel af statsmidler. De hævdede navnlig, at de påståede lavere priser, som en virksomhed under statens kontrol tilbød, ikke var tilstrækkeligt til at påberåbe sig eksistensen af statsmidler. De hævdede også, at den rumænske stats indgriben vedrørende brugen af disse midler skulle have været fastslået helt konkret. Endvidere fremhævede de interesserede parter, at indgåelse af kontrakter i henhold til Hidroelectricas vedtægter hørte under generaldirektørens og ikke bestyrelsens beføjelser, og at staten derfor ikke var involveret i Hidroelectricas kontraktlige beslutningsproces.

5.1.5. Ingen konkurrencefordrejning

- (77) Nogle af de interesserede parter ⁽⁴⁸⁾ hævdede, at der ikke var nogen potentiel eller faktisk fordrejning af konkurrencen som følge af deres kontrakter med Hidroelectrica af følgende grunde: i) Der var ikke identificeret et relevant marked, hvor den ydede statsstøtte styrkede en virksomheds stilling i forhold til andre virksomheder med intern EU-handel, og ii) det rumænske elektricitetsmarked er ikke koncentreret som vist i koncentrationsindekset Herfindahl-Hirschman (HHI).

⁽⁴⁵⁾ AlpiqRomEnergie, AlpiqRomIndustrie, Electromagnetica, Energy Holding, Electrocarbon og Elsid, ArcelorMittal og Alro.

⁽⁴⁶⁾ Energy Holding, elektricitetsforhandler.

⁽⁴⁷⁾ EFT, Electromagnetica, Luxten-Lighting og Energy Holding.

⁽⁴⁸⁾ EFT, Electromagnetica, Luxten-Lighting og Alro.

5.1.6. Ingen selektivitet

- (78) Nogle af de interesserede parter ⁽⁴⁹⁾ hævdede, at der ikke var nogen selektivitet som følge af deres kontrakter med Hidroelectrica, da der blev indgået kontrakter af samme eller tilsvarende type med andre forhandlere (for elektricitetsforhandlere), eller sådanne kontrakter var tilgængelige for andre parter på markedet (for andre end forhandlere).

5.1.7. Ingen adskillelse mellem ændringerne og den oprindelige kontrakt

- (79) Electrocarbon og Elsid hævdede, at ændringerne til kontrakterne ikke var adskilt fra kontrakterne. De foreslog også, at selv i en situation, hvor sådanne ændringer ville være blevet betragtet som særskilte forpligtelser, var prisændringerne fortsat i overensstemmelse med den markedsøkonomiske sælgers princip, og de omfattede derfor ikke statsstøtte.

5.1.8. Den eneste grund til, at Hidroelectrica erklærede sig insolvent, var for at komme ud af sine kontraktlige forpligtelser

- (80) Nogle af elektricitetsforhandlerne ⁽⁵⁰⁾ hævdede, at den eneste grund til, at Hidroelectrica erklærede sig insolvent, var for at opsig sine kontraktlige forpligtelser. De hævdede, at selv om Hidroelectrica tidligere udnyttede kontrakterne fuldt ud, var selskabet ikke længere parat til at opfylde de påtagne forpligtelser, og insolvenserklæringen syntes derfor at være en måde at komme ud af kontrakterne på.

5.2. Bemærkninger fra øvrige interesserede parter

- (81) I åbningsafgørelsen vedrørende Alro modtog Kommissionen bemærkninger fra andre parter end de påståede støttemodtagere. i) bemærkninger fra en af Alros konkurrenter og ii) bemærkninger fra en anonym part (borger).

5.2.1. Bemærkninger fremsat af en af Alros konkurrenter

- (82) En af Alros konkurrenter hævdede, at både markedspriserne på elbørsen og spotmarkedspriser var irrelevante som prisbenchmark for elforsyningskontrakter til aluminiumsmelterier. Ifølge Alros konkurrent er aluminiumsmelterier primært afhængige af langsigtede og relativt forudsigelige elforsyningskontrakter for ikke at skulle afbryde driften på grund af uholdbart høje elektricitetsomkostninger og for at undgå den potentielle risiko for at måtte lukke ned på grund af elektricitetspriser og producentens overskud.
- (83) Alros konkurrent hævdede også, at hvis man sammenlignede takster i langsigtede elforsyningskontrakter med elektricitetspriserne på elbørsen og/eller på spotmarkedet og/eller med andre industritakster, kunne realiteterne på markedet blive fordrejet og danne en dårlig præcedens, hvilket medfører en betydelig risiko, ikke kun for Alro og/eller dennes konkurrenter, men også for hele det europæiske marked.
- (84) Derudover hævdede Alros konkurrent, at virkningen for konkurrencen burde have været vurderet på grundlag af de priser, som aluminiumsmelterier betaler for deres elektricitet på globalt eller som minimum på europæisk plan. Eftersom elektricitetsomkostninger udgjorde mere end en tredjedel af de samlede omkostninger til aluminiumproduktionen, og i lyset af at aluminiumproducenterne købte elektricitet på det nationale marked og derefter konkurrerede på verdensplan, ville en relevant vurdering have krævet en vurdering baseret på de elektricitetspriser, som aluminiumproducenter over hele verden betalte. Alros konkurrent hævdede derfor, at Kommissionen for at kunne have foretaget en korrekt vurdering af en potentiel konkurrencefordrejning burde have kontrolleret, om den påståede statsstøtte faktisk havde reduceret Alros produktionsomkostninger til under konkurrenternes niveau og derfor givet Alro en fordel i lyset af selskabets europæiske og/eller globale konkurrenters takster.

⁽⁴⁹⁾ EFT, Luxten-Lighting, Electrocarbon og Elsid.

⁽⁵⁰⁾ Alpiq RomEnergy og Alpiq RomIndustries.

- (85) Endvidere hævdede Alros konkurrent, at da der ikke fandtes relevante oplysninger til at definere en sammenlignelig »markedspris«, »kunne det have været acceptabelt at sammenligne priser med omkostninger og en rimelig overskudsmargen som en legitim metode til prisfastsættelse«. Samme logik kunne have været anvendt »på en beslutning om at tilbyde priser indekseret på grundlag af LME-priser«. Den hævdede også, at aluminiumsmelteriernes særlige karakteristika og kundeprofil objektivt kan berettige en elektricitetspris, der er lavere end priserne på elbørsen, omkostningsbaserede priser og LME-indekserede priser.

5.2.2. Bemærkninger fremsat af en borger

- (86) Borgeren hævdede, at Alro købte elektricitet fra Hidroelectrica til en favorabel pris, dvs. en pris, der var lavere end markedsprisen (som f.eks. OPCOM- og ANRE-priser). Derudover gjorde borgeren gældende, at justeringen af kontraktprisen for Alro gennem en indekseringsmekanisme baseret på LME-formlen var en diskriminerende prisfastsættelsesmekanisme i forhold til andre købere af elektricitet på markedet.
- (87) Kommissionen modtog bemærkninger fra samme borger vedrørende kontrakterne med elektricitetsforhandlerne om, at kontrakterne omfattede statsstøtte. Der blev ikke fremlagt beviser for denne påstand.

6. KOMMENTARER FRA DE RUMÆNSKE MYNDIGHEDER TIL BEMÆRKNINGERNE FRA TREDJEPARTER

- (88) De rumænske myndigheder svarede på bemærkningerne fra de interesserede parter. De rumænske myndigheder fastholdt navnlig holdningen fra juli 2012 med hensyn til de kontrakter, som Hidroelectrica havde indgået med elektricitetsforhandlerne, og forklarede, at disse kontrakter ikke var typiske robuste og langsigtede kontrakter af mindst to grunde: i) Køberen kunne ensidigt opsige enhver af kontrakterne med 30 dages varsel uden at skulle betale en passende erstatning, mens Hidroelectrica ikke kunne gøre dette, og ii) den produktion, som skulle leveres til køberen hver time, kunne være og var variabel efter køberens skøn.
- (89) Derudover hævdede de rumænske myndigheder, at efter kontrakterne var indgået, eller ændringerne til dem var foretaget, havde køberne ret (og udøvede faktisk denne ret) til at øge eller mindske mængden af elektricitet ved at udstede meddelelser blot en dag før leveringen, hvilket er karakteristisk for spotforretninger.
- (90) I forhold til kontrakterne med Electrocarbon og Elsid fremsatte de rumænske myndigheder ikke nogen synspunkter. Som begrundelse herfor tilføjede de rumænske myndigheder, at de ikke vidste, om Electrocarbon og Elsid også var involveret i engroshandel med elektricitet.
- (91) De rumænske myndigheder fremsatte velbegrundede og detaljerede kommentarer til bemærkningerne fra Alro og ArcelorMittal til støtte for deres konklusion om, at kontrakterne ikke omfattede statsstøtte. Især forklarede de rumænske myndigheder, at staten ikke havde givet nogen instrukser til sine repræsentanter i Hidroelectricas bestyrelse, og at rumænsk selskabsret forpligter bestyrelsesmedlemmer til at handle i selskabets interesse og ikke for de aktionærer, som udnævnte dem.
- (92) De rumænske myndigheder hævdede, at Alro blev serviceret via Hidroelectricas egen produktion, og at rentabiliteten derfor udelukkende skulle måles med henvisning til Hidroelectricas egne produktionsomkostninger. De rumænske myndigheder gjorde det også klart, at ArcelorMittal er den næststørste forbruger af elektricitet i Rumænien efter Alro, og de forklarede, at der gjaldt det samme for elektricitet som for alle andre produkter: Jo større mængde der blev købt, jo lavere kontraktpris.
- (93) Derudover bekræftede de rumænske myndigheder bemærkningerne fra ArcelorMittal om, som rapporteret af ANRE, at den gennemsnitspris, som betales af industrikunder med en efterspørgsel omkring 150 000 MWh/år, kun var 11 RON/MWh højere end den pris, som ArcelorMittal betalte i 2010. Myndighederne forklarede forskellen med følgende argumenter: i) levering i denne lineære profil giver elleverandøren mulighed for at optimere sine produktionsomkostninger, ii) vedligeholdelsesomkostningerne reduceres væsentligt, iii) både antallet og varigheden af utilsigtede driftsstop reduceres, og iv) ubalancer på elektricitetsmarkedet reduceres betydeligt, hvilket også afspejles i de lavere omkostninger til køb af elektricitet.

- (94) I forhold til bemærkningerne fra Alros konkurrent godkendte de rumænske myndigheder fuldt ud sidstnævntes holdning og støttede synspunktet om, at en europæisk aluminiumproducent konkurrerede med andre globale aluminiumproducenter. De rumænske myndigheder hævdede endvidere, at kontrakten med Alro ikke fordrejer konkurrencen på det globale aluminiummarked.
- (95) Desuden fastholdt de rumænske myndigheder, at enhver rationel elektricitetsproducent fra et økonomisk synspunkt ville have tilbudt aluminiumproducenten en bedre takst end OPCOM-PCCB- eller spotmarkedstaksterne i lyset af aluminiumproducentens særlige karakteristika. De forklarede også, at prisen på spotmarkedet ikke ville have været et korrekt benchmark for en langsigtet kontrakt indgået med en industriel forbruger. Priserne i bilaterale kontrakter med fordelagtige betalingsvilkår, som omfatter store mængder elektricitet i forudsigelige forbrugsintervaller skulle være meget lavere end elektricitetspriserne på spotmarkedet.
- (96) Hvad angår bemærkningerne fra borgeren, hævdede de rumænske myndigheder, at disse var ubegrundede. Med hensyn til borgerens påstand om, at priser til Alro var lavere end priserne for tilsvarende transaktioner i Rumænien, forklarede de rumænske myndigheder, at borgeren helt havde set bort fra prisudsving baseret på de specifikke elementer i de enkelte transaktioner (dvs. store mængder elektricitet med forbrugsintervaller, høj forudsigelighed og fordelagtige økonomiske vilkår for sælgeren).
- (97) Hvad angår borgerens andet argument om, at den mulighed Alro fik for at justere priserne på grundlag af LME-formlen, var diskriminerende for andre deltagere på elektricitetsmarkedet, fremførte de rumænske myndigheder følgende argumenter: i) denne praksis var tilladt i henhold til rumænsk lovgivning, så længe Hidroelectrica fik et overskud ud af den relevante kontrakt, og ii) ordningen var en form for partnerskab mellem sælger og køber, som delte overskuddet fra salget af aluminium.

7. VURDERING

7.1. Forekomst af statsstøtte

- (98) I artikel 107, stk. 1, i TEUF fastsættes det, at bortset fra de i traktaterne 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. For at udgøre statsstøtte efter artikel 107, stk. 1, i TEUF skal foranstaltningen opfylde disse betingelser.
- (99) Det er derfor nødvendigt at vurdere, om de undersøgte kontrakter udgjorde statsstøtte som omhandlet i artikel 107, stk. 1, i TEUF for køberne af elektricitet solgt af Hidroelectrica, dvs. Alpiq RomEnergie, Alpiq RomIndustries, EFT, Electrica, Electromagnetica, Energy Holding, EURO-PEC, Luxten-Lighting, Alro, ArcelorMittal, Electrocarbon og Elsid efter Rumæniens tiltrædelse af Den Europæiske Union.
- (100) Dette ville i henhold til visse af betingelserne i artikel 107, stk. 1, i TEUF kun være tilfældet, hvis de relevante kontrakter var til fordel for visse købere, fordi de fik en økonomisk fordel i forhold til normale markedsvilkår, og i så fald kun hvis den fordel, kontrakterne gav dem, og de efterfølgende ændringer ikke kun kan tilskrives den rumænske stats midler, men også statens handlinger, instruktioner eller afgørende indflydelse i modsætning til Hidroelectricas uafhængige kommercielle beslutninger.
- (101) Ifølge afgørelsen i sagen om Budapesti Erőmű⁽⁵¹⁾ bør statsstøtteforanstaltninger, som træder i kraft før tiltrædelsen og stadig finder anvendelse efter tiltrædelsen, betragtes enten som eksisterende statsstøtte eller ny støtte efter tiltrædelsen. For at blive betragtet som eksisterende støtte bør disse foranstaltninger udtrykkeligt være anført i EU-tiltrædelsesakten for en medlemsstat, i det foreliggende tilfælde i bilag V til traktaten om Rumæniens og Bulgariens tiltrædelse af Den Europæiske Union (»tiltrædelsesakt«)⁽⁵²⁾. Kontrakterne var ikke specifikt anført i bilag V til tiltrædelsesakten. Eftersom kontrakterne stadig var gældende efter tiltrædelsesdatoen, kunne de kun betragtes som nye og skal i lyset af den citerede retspraksis derfor vurderes fra tiltrædelsesdatoen (1. januar 2007) på grundlag af de fire betingelser i artikel 107, stk. 1, i TEUF.

⁽⁵¹⁾ Forenede sager T-80/06 og T-182/09, Budapesti Erőmű mod Kommissionen, præmis 50-62.

⁽⁵²⁾ EUT L 157 af 21.6.2005, s. 96.

Kommissionen skulle derfor vurdere kontrakterne som mulige nye støtteforanstaltninger fra datoen for Rumæniens tiltrædelse, nemlig den 1. januar 2007. Denne vurdering kan ikke baseres på omstændighederne på markedet, da kontrakterne blev indgået (se betragtning 19), navnlig med henblik på at beslutte, om de relevante kontrakter var i overensstemmelse med markedspriserne, da de blev indgået. Sådanne omstændigheder vil derfor ikke blive vurderet yderligere efterfølgende.

7.2. Vurdering af mulig økonomisk fordel i forhold til markedsvilkårene

- (102) For at fastslå, om de priser og betingelser, som Hidroelectrica leverede elektricitet til de påståede støttemodtagere til, ellers ikke ville have været tilgængelige på det rumænske marked fra 2007, skal Kommissionen først finde et passende prisbenchmark, der afspejler en markedspris, i) som var tilgængelig i den periode, hvor kontrakterne var i kraft efter Rumæniens tiltrædelse af EU, og ii) i den periode, hvor Kommissionen indledte den formelle procedure i forbindelse med kontrakterne.

7.2.1. Økonomisk fordel i forhold til markedsvilkårene

- (103) For at vurdere om der blev opnået en økonomisk fordel, tager Kommissionen udgangspunkt i en markedsoperatør, som er underlagt samme eller tilsvarende forpligtelser som Hidroelectrica, og som har samme muligheder og står over for de samme retlige og økonomiske vilkår, som var gældende i Rumænien i den undersøgte periode, i lyset af operatørens begrænsninger og forretningsmæssige mål⁽⁵³⁾. For at udelukke statsstøtte skal et offentligt ejet selskab, når det sælger sine produkter, handle på samme måde som en privat operatør i markedsøkonomien, der søger at maksimere indtægterne eller minimere tab. Vurderingen af, om der er en mulig uberettiget økonomisk fordel i en kommerciel forsyningskontrakt fra en statsejet leverandør, omfatter med andre ord en vurdering af, i hvilket omfang en ikkestatsejet leverandør i en tilsvarende situation ville have handlet på samme måde.
- (104) På samme måde gælder det, at selv om prisforskelle mellem statens fastsatte takster på elektricitet og højere priser på det frie marked ved første øjekast kan tyde på statsstøtte, kan det af objektive grunde stadig være muligt at fastslå, at dette lavere prisniveau i de undersøgte kontrakter ikke giver elektricitetskøbere en økonomisk fordel i forhold til markedsvilkårene⁽⁵⁴⁾. Endelig kan Kommissionen i sin vurdering af mulig statsstøtte definere som elektricitetspriser, der er højere end markedspriserne på komplekse elektricitetsmarkeder, lovligt benytte særlige metoder eller økonomiske modeller til at fastslå, i hvilket omfang kontraktpriserne adskiller sig fra markedspriserne⁽⁵⁵⁾.
- (105) Faktisk blev prisen for kontrakterne enten justeret årligt i forhold til prisen i kontrakten eller fastsat årligt for en række kontrakter med undtagelse af Alro, hvor den faktiske årlige pris blev fastsat ved hjælp af formelen til kontraktindeksring. Om der blev opnået en økonomisk fordel, vurderes derfor for hvert af de år, som er omfattet af undersøgelsen fra den 1. januar 2007.

— Kontrakter med elektricitetsforhandlere, elektroproducenter og Alro.

- (106) Som beskrevet i betragtning 24-35 undersøgte Kommissionen flere elmarkedssegmenter i Rumænien mellem 2007 og 2010. For at foretage en ligelig sammenligning er det hensigtsmæssigt at undersøge det tætteste og mest passende sammenligningsgrundlag for priserne i kontrakterne i den undersøgte periode.
- (107) På velfungerende elektricitetsmarkeder med tilstrækkelig likviditet og instrumenter, der gør det muligt at forudse priserne på fremtidige leverancer, er spotpriser en god indikator eller tilnærmelse for markedspriser og kan anvendes som benchmark til at vurdere prisniveauer i specifikke kontrakter. I det foreliggende tilfælde og i lyset af den forholdsvis høje andel af efterspørgslen, der blev dækket af elektricitet til regulerede takster i Rumænien i 2007, er den begrænsede likviditet på OPCOM's handelsplatforme i perioden 2007-2010, den mængde elektricitet, der er omfattet af de undersøgte kontrakter, oprettelsen af elbørser, som forvaltes af OPCOM som et relevant antitrustmarked, hvor der blev praktiseret misbrug af dominerende stilling (betragtning 30, 31 og 34), og under hensyntagen til bemærkningerne fra tredjeparter (betragtning 60-63), kan det ikke umiddelbart konkluderes, at spotpriser eller priser på OPCOM-PCCB-platformen kan anses for at udgøre passende benchmarks for vurderingen af, om der blev opnået en økonomisk fordel i forhold til markedspriser.

⁽⁵³⁾ Se retspraksis i fodnote 39, præmis 69-89.

⁽⁵⁴⁾ Kommissionens afgørelse 2014/456/EU af 4. februar 2014 om statsstøtte SA.21817 (C 3/07) (ex NN 66/06) gennemført af Spanien — Spanske eltakster: slutkunder (EUT L 205 af 12.7.2014, s. 25), betragtning 113-120.

⁽⁵⁵⁾ Forenede sager T-80/06 og T-182/09, Budapesti Erőmű mod Kommissionen, præmis 104-114.

- (108) Kommissionen benytter derfor ikke længere gennemsnitlige OPCOM-priser som benchmark for sammenligning af Hidroelectricas kontraktpriser, som dannede grundlag for den tvivl, den havde udtrykt i den relevante åbningsafgørelse om, hvorvidt der blev opnået en økonomisk fordel i de 10 kontrakter med elektricitetsforhandlere og de to med elektrodeproducenter. Undersøgelsen har vist, at handel på platforme som OPCOM af kortere varighed og på standardvilkår, og uanset om det er på grundlag af »day-ahead« eller »et år eller mindre« eller med henblik på at yde hjælpetjenester eller balancetjenester til operatøren af elnettet, ikke kan ses som et rimeligt alternativ til Hidroelectricas kundetilpassede, undersøgte kontrakter under de omstændigheder, som er gældende på det rumænske marked i den relevante periode. De relevante kontrakter blev forhandlet direkte for at imødekomme køberens og sælgerens specifikke behov med en fleksibilitet, som ikke findes på andre markedssegmenter. For at fastslå, om der er en økonomisk fordel i forhold til markedsvilkårene, er det nødvendigt også at undersøge de vilkår, som kunne opnås på andre markedssegmenter i Rumænien i 2007 og derefter, også selv om disse ikke blev identificeret i åbningsafgørelserne.
- (109) Hvad angår det regulerede marked, hvor Hidroelectrica leverede ca. en femtedel af sin produktion på det pågældende tidspunkt (betragtning 31), viser en sammenligning med de regulerede priser, som Hidroelectrica hvert år opkrævede på grundlag af støtteberettigede omkostninger og et afkast fastsat af reguleringsmyndigheden ANRE, at alle de undersøgte kontraktpriser konstant lå betydeligt over de regulerede priser mellem 2007 og 2010 (betragtning 26 og bilag I). Det var derfor økonomisk fornuftigt af Hidroelectrica at fortsætte med at levere elektricitet til alle de påståede støttemodtagere i den aktuelle sag fra 2007, eftersom de relevante kontrakter var mere lukrative end dem, som blev udbudt på de regulerede markeder. Under alle omstændigheder, og hvis man sammenligner med det teoretiske alternativ med at øge mængden på det regulerede marked, kunne Hidroelectrica ikke frit flytte sin elektricitetsforsyning fra de undersøgte kontrakter til det regulerede marked, eftersom de mængder, der blev leveret på det regulerede marked, var fastsat på forhånd af ANRE.
- (110) Det samme gælder tilsvarende for handelsbetingelserne på balance- og day-ahead-markedet. I lyset af karakteristikaene ved Hidroelectricas produktion, som delvist er baseret på elektricitet, der kan sendes, og lave marginale omkostninger, kan det diskuteres, om Hidroelectrica kunne have sikret sig lejlighedsvis højere indtægter ved at flytte sin elektricitetsforsyning fra de undersøgte kontrakter til day-ahead- og balancemarkedet, navnlig med fokus på at levere elektricitet i spidsbelastningsperioder, når priserne stiger betydeligt. Af forskellige årsager kan markedsvilkårene og de gældende priser på disse markedssegmenter imidlertid ikke anses for at være repræsentative for de markedsvilkår, som de undersøgte kontrakter kan sammenlignes med, for at fastslå, om de gav køberne en økonomisk fordel.
- (111) For det første er det tydeligt, at Hidroelectrica også leverede elektricitet til disse markedssegmenter mellem 2007 og 2010, om end i begrænset omfang — mindre end 10 % af selskabets omsætning (betragtning 31). Det relevante spørgsmål er, om disse markeder kunne have udgjort et gyldigt alternativ for en fornuftig operatør, der handlede i stedet for Hidroelectrica med et fastsat mål på 63 % af omsætningen — en omsætning, som Hidroelectrica genererede på grundlag af bilaterale kontrakter 2007 og 2010.
- (112) Handel på disse markedssegmenter involverede forskellige forhold, som gør det umuligt at bestemme de gældende markedsvilkår for hele det rumænske marked eller for Hidroelectricas langsigtede kontrakter. Balance- eller hjælpetjenester leveres af elektricitetsproducenter til transmissionssystemoperatøren på grundlag af en uforudsigelig efterspørgsel og lige så uforudsigelige efterspørgselsmønstre hos den enkelte køber. Day-ahead-levering indebærer også priser og mængder, som er uforudsigelige fra dag til dag. De undersøgte langsigtede kontrakter kan med andre ord, selv hvis der ses bort fra deres kontraktbestemmelser, og hvis man antager, at de kan opdeles i en række årligt reviderbare kontrakter, ikke sammenlignes med 365 på hinanden følgende endagskontrakter for den samme periode. Ingen af disse alternative markedssegmenter ville give den forudsigelighed og stabilitet over indtægterne, som Hidroelectrica krævede, eller matche karakteristikaene ved Hidroelectricas produktion og selskabets investeringsplan (betragtning 13-15).
- (113) Endelig udgjorde den samlede handlede mængde hvert år fra 2007 og indtil 2010 mellem alle rumænske leverandører og de relevante købere på day-ahead- og balancemarkedet altid samlet mindre end den årlige mængde, som blev leveret under de undersøgte kontrakter (se betragtning 30, 31 og 38). I denne periode havde ingen af markedssegmenterne den nødvendige kapacitet eller likviditet til at absorbere den mængde, som blev solgt under de undersøgte kontrakter. Med andre ord ville Hidroelectrica, selv i den urealistiske situation, at selskabet kunne have udskiftet alle rumænske producenter og sælgere på et eller begge af de to markedssegmenter,

blive nødt til at finde flere købere til de pågældende mængder. De vilkår og priser, som blev anvendt på disse nicheagtige markedssegmenter, uanset hvad de beløber sig til, kan derfor ikke bruges som reference for en væsentlig og objektiv sammenligning med Hidroelectricas priser i de langsigtede kontrakter.

- (114) I lyset af kontraktens karakteristika med hensyn til leveringsfleksibilitet, lang varighed og aftalte mængder og under de særlige omstændigheder, som gør sig gældende på det rumænske marked i den undersøgte periode, var det nærmeste sammenligningsgrundlag til bestemmelse af, om der blev opnået en økonomisk fordel i forhold til de gældende markedsvilkår i Rumænien, de priser, som var aftalt af store kunder, som havde indgået kundetilpassede kontrakter, som var forhandlet direkte på fleksible og forhåndsbestemte vilkår. Det er derfor hensigtsmæssigt at analysere, om de undersøgte kontrakter stemte overens med andre sælgers priser på det rumænske marked for direkte forhandlede kontrakter. Det datasæt, som er beskrevet i betragtning 35-38 ovenfor, som omfatter de direkte forhandlede og gældende bilaterale kontrakter, som blev forhandlet på samme tid som de undersøgte kontrakter, udgør det mest fyldestgørende grundlag for Kommissionens sammenligning i denne sag af de kontraktpriser, som blev opkrævet af elektricitetsforhandlerne, Alro, Electrocarbon og Elsid. Kommissionen sammenlignede derfor disse priser med priserne fra datasættet for perioden fra den 1. januar 2007 til udgangen af 2010.

— Kontrakter med ArcelorMittal

- (115) Hvad angår de to kontrakter, som Hidroelectrica indgik i 2009 og 2010 med ArcelorMittal på OPCOM-PCCB-markedet, mener Kommissionen ikke, at priserne i de parallelle bud fra de to forhandlere på OPCOM-PCCB-markedet, som der henvises til i de relevante åbningsafgørelser, udgør et tilstrækkeligt prisbenchmark af følgende grunde:

— I forhold til kontrakten fra 2009 var ingen af de to parallelle bud på OPCOM faktisk gyldige. Energy Holding trak sit parallelle bud for samme periode, mængde og leveringsbetingelser tilbage, inden ArcelorMittals bud blev sat på auktion ⁽⁵⁶⁾. Det andet bud, fra Petprod, kunne ikke accepteres med hensyn til benchmarking, fordi det kun dækkede halvdelen af den mængde, som ArcelorMittal tilbød at købe.

— I forhold til 2010-kontrakten viste de finansielle data for de to forhandlere med parallelle bud, at de ikke havde kunnet modstå tabene, hvis de ikke havde været i stand til at videresælge den store mængde elektricitet, som de havde til hensigt at købe af Hidroelectrica: Disse to forhandlere havde i 2010 reelt til hensigt at videresælge elektriciteten til ArcelorMittal til en højere pris. Faktisk blev begge bud trukket tilbage, umiddelbart efter Hidroelectrica accepterede købsbuddet fra ArcelorMittal den 29. december 2010, hvilket viser, at forhandlerne ikke regnede med at sælge disse mængder til andre kunder end ArcelorMittal ⁽⁵⁷⁾.

- (116) Da der ikke var anvendt fuldt sammenlignelige kontrakter, er de gennemsnitlige priser fra OPCOM-PCCB ikke et gyldigt benchmark for de to kontrakter med ArcelorMittal, da den handlede mængde energi på OPCOM var begrænset, og de gennemførte transaktioner ikke var sammenlignelige.

- (117) Uanset de foreløbige synspunkter fremsat i åbningsafgørelserne og i lyset af de store mængder elektricitet, som ArcelorMittal købte, er den kendsgerning, at ArcelorMittal var en pålidelig og økonomisk stabil kunde hos Hidroelectrica, og at ingen af de to parallelle bud fra forhandlerne eller de gennemsnitlige priser på OPCOM-PCCB udgjorde et gyldigt sammenligningsgrundlag for de to kontrakter med ArcelorMittal, mener Kommissionen, at den bedste indikator for et prisbenchmark til sammenligning vil være den, der blev anvendt i de andre kontrakter i datasættet. I lyset af de modtagne bemærkninger som svar på åbningsafgørelsen har Kommissionen derfor ændret sin analyse og undersøgt priserne på disse to kontrakter med ArcelorMittal på grundlag af det samme datasæt, som blev brugt til at sammenligne langsigtede kontrakter.

⁽⁵⁶⁾ ArcelorMittals bud blev sat på auktion af Hidroelectrica den 23. december 2009, mens Energy Holding trak sit bud tilbage den 22. december 2009.

⁽⁵⁷⁾ De to parallelle bud fra Arelco og Petroped blev trukket tilbage den henholdsvis 20. og 30. december 2010.

— Kommissionens økonometriske analyse af langsigtede kontraktpriser

- (118) På velfungerende elektricitetsmarkeder med tilstrækkelig likviditet og instrumenter, der gør det muligt at forudsæ priserne på fremtidige leverancer, er spotpriser en god indikator eller tilnærmelse for markedspriser og kan anvendes som benchmark til at vurdere prisniveauer i specifikke kontrakter. I lyset af den stadig forholdsvis høje andel af efterspørgslen, der blev dækket af elektricitet til regulerede takster i Rumænien i 2009, den begrænsede likviditet på OPCOM's handelsplatforme i perioden 2007-2010 og det forhold, at de elbørser, som OPCOM drev, blev karakteriseret som et relevant antitrustmarked, hvor der praktiseres misbrug af dominerende stilling, bør der imidlertid i den foreliggende sag anvendes andre passende benchmarks end priserne som grundlag for vurderingen af, om der blev opnået en økonomisk fordel i forhold til markedspriserne.
- (119) Kommissionen anvendte derfor det datasæt, der blev fremsendt af de rumænske myndigheder, da den mente, at det var den bedst tilgængelige kilde til dokumentation af markedsvilkårene i Rumænien. Datasættet indeholder tilstrækkelige oplysninger til, at Kommissionen kan analysere vilkårene på det rumænske elektricitetsmarked i den undersøgte periode som vist i betragtning 36 og 37. Kommissionen gennemførte på grundlag af datasættet en økonometrisk analyse for at fastlægge et prisbenchmark baseret på elektricitetskontrakter indgået på samme tidspunkt som Hidroelectricas undersøgte kontrakter i den relevante periode. Tidligere er der også brugt økonomiske modeller til at kvantificere mulige fordele i forhold til markedsvilkårene under komplekse markedsforhold (betragtning 104) som forholdene i Rumænien fra 2007 (betragtning 24-38 og 107). Der findes en fuld og detaljeret teknisk beskrivelse af den økonometriske analyse og resultaterne i bilag II.
- (120) Da der ikke var en endelig reference, der kunne lægges til grund for vurderingen af »markedsvilkårene« med henblik på at undersøge, om priserne i kontrakterne lå over markedsniveau, blev der fastsat et benchmark af markedspriser som reference på grundlag af konservative skøn, hvor der blev taget hensyn til store fald i forhold til den skønnede markedspris. På grundlag af denne konservative tilgang sammenlignede Kommissionen priserne i Hidroelectricas kontrakter med benchmarkprisen på markedet hvert år i perioden 2007-2010. Sammenligningen blev foretaget hvert år, fordi salgspriserne også blev ændret hvert år ⁽⁵⁸⁾, på trods af de relevante bestemmelser i kontrakterne.
- (121) Analysen viser, at kun tre påståede støttemodtagere nød godt af priser, der var lavere end de priser, der kunne betragtes som værende i overensstemmelse med benchmarkprisen på markedet:
- Hvert år mellem 2007 og 2010 lå Electrocarbons og Elsids kontraktpriser under benchmarkprisen på markedet for det tilsvarende år.
- For Luxten-Lighting er forskellen kun højere end benchmarkprisen i 2008 og 2009.
- (122) Analysen viser, at Hidroelectricas priser i ni af kontrakterne mellem 2007 og 2010, nemlig kontrakterne med Alpiq RomIndustries, Alpiq RomEnergie, EFT, Electromagnetica, Energy Holding, Euro-Pec, Electrica, ArcelorMittal og Alro, var helt på linje med benchmarkprisen på markedet. Med hensyn til kontrakten med Luxten-Lighting adskiller de anvendte priser i 2007 og 2010 sig ikke væsentligt fra de priser, som blev forhandlet for andre direkte forhandlede kontrakter indgået på det rumænske marked.
- (123) I lyset af ovenstående konkluderer Kommissionen, at der ikke forelå nogen uberettiget økonomisk fordel i forhold til markedsvilkårene i kontrakterne med Alpiq RomIndustries, Alpiq RomEnergie, EFT, Electromagnetica, Energy Holding, Euro-Pec, Electrica, ArcelorMittal og Alro for hele den undersøgte periode samt med Luxten-Lighting for årene 2007 og 2010.
- (124) Samtidig viser den empiriske analyse, at tre kontrakter har priser, der ikke stemmer overens med benchmarkprisen, nemlig kontrakten mellem Hidroelectrica og Luxten-Lighting for 2008 og 2009 og kontrakterne med Electrocarbon og Elsid for 2007-2010.
- (125) I lyset af ovenstående kan Hidroelectricas beslutning om at opretholde de tre kontrakter med Elsid, Electrocarbon og Luxten-Lighting ikke anses for at være truffet af en fornuftig markedsoperatør, eftersom kontrakterne med Luxten-Lighting for 2008 og 2009 og med Electrocarbon og Elsid for 2007-2010 synes at ligge under markedsvilkårene efter et konservativt skøn (bilag II). Hidroelectricas kontrakter gav derfor en uberettiget økonomisk fordel for Luxten-Lighting i 2008-2009 og for Electrocarbon og Elsid i 2007-2010.

⁽⁵⁸⁾ Se bilag I til denne afgørelse.

- (126) Hidroelectricas kontrakter med Luxten-Lighting for 2008 og 2009 og med Electrocarbon og Elsid for 2007-2010 synes således at have været til fordel for køberne ved at give dem en uberettiget økonomisk fordel i forhold til normale markedsvilkår, og det kan derfor ikke udelukkes, at kontrakter har omfattet statsstøtte efter artikel 107, stk. 1, i TEUF.
- (127) I lyset af resultaterne af Kommissionens økonometriske analyse beskrevet i betragtning 120 er det derfor nødvendigt at foretage en nærmere analyse af, om en af de andre kumulative betingelser for, om der forekommer statsstøtte, er opfyldt i forhold til Luxten-Lighting, Electrocarbon og Elsid.

7.3. Statsmidler og tilregnelser til staten

- (128) I betragtning af at Hidroelectrica er 80 % ejet af staten, og at et potentielt fald i salgsindtægter reducerer de tilgængelige midler for Rumænien i sin egenskab af aktionær, kan Kommissionen konkludere, at indtægter eller manglende indtægter fra salget af elektricitet under de tre kontrakter med Luxten-Lighting for 2008-2009 og Electrocarbon og Elsid for 2007-2010 omfatter statsmidler som fastlagt i artikel 107, stk. 1, i TEUF.
- (129) Der kan imidlertid ikke nødvendigvis drages samme konklusion for tilregnelsen til den rumænske stat af Hidroelectricas kommercielle beslutninger vedrørende priser og salgsindtægter genereret gennem de tre kontrakter med Luxten-Lighting, Electrocarbon og Elsid efter den 1. januar 2007. Den kendsgerning, at priserne i de undersøgte kontrakter blev opkrævet af Hidroelectrica, en offentlig virksomhed, hvis aktiemajoritet er ejet af den rumænske stat, er ikke tilstrækkelig grund til at konkludere, at disse beslutninger kunne tilregnes den rumænske stat.
- (130) Faktisk var alle tre kontrakter gældende den 1. januar 2007 (betragtning 19, bilag I). Kommissionen er ikke kompetent til at fastslå, om indgåelsen af de tre pågældende kontrakter i 2002 og 2004 og ændringerne i perioden, inden Rumænien tiltrådte EU, kunne tilregnes den rumænske stat, eller til at vurdere de markedsvilkår, som kontrakterne blev indgået eller ændret under inden den relevante dato (betragtning 101). De af Hidroelectricas beslutninger, som Kommissionen er kompetent til at vurdere, er derfor følgende:
- en udtrykkelig eller stiltiende beslutning om efter den 1. januar 2007 at opretholde de salgskontrakter, som blev indgået inden Rumæniens tiltrædelse af EU, og
 - enhver beslutning om at ændre kontraktbetingelserne efter Rumæniens tiltrædelse af EU, navnlig beslutninger om at ændre kontraktpriserne.
- (131) I denne henseende, og selv om den rumænske stat havde været i stand til at kontrollere Hidroelectricas politik og udøve bestemmende indflydelse over dens beslutninger, kan det ikke automatisk antages, at selskabet nødvendigvis udøvede denne kontrol i forhold til at vedligeholde kontrakterne med Luxten-Lighting i årene 2008-2009 og med Electrocarbon og Elsid i årene 2007-2010 og ændre kontraktpriserne.
- (132) I henhold til den relevante retspraksis ⁽⁵⁹⁾ er det nødvendigt at undersøge, om de rumænske myndigheder på den ene eller den anden måde må anses for at have været impliceret i opretholdelsen af de gældende kontrakter og i ændringen af priserne i kontrakterne, og hvor usandsynligt det er, at de ikke var involveret i disse beslutninger. I denne henseende kan tilregnelsen til den rumænske stat af beslutningerne vedrørende de undersøgte kontrakter udledes af en række indikatorer, som skyldes omstændighederne, og af den sammenhæng, hvorunder Hidroelectrica leverede elektricitet til Luxten-Lighting i årene 2008-2009 og til Electrocarbon og Elsid efter 2007.
- (133) På grundlag af den relevante retspraksis kan det navnlig tilregnes Rumænien at opretholde de tre løbende kontrakter og indføre ændringer til kontraktpriserne efter 2007, i) hvis Hidroelectrica ikke havde kunnet træffe beslutning herom uden at tage hensyn til de offentlige myndigheders krav, eller ii) hvis Hidroelectrica skulle tage hensyn til direktiver udstedt af et statsligt eller tværministerielt organ. Der skal ligeledes tages hensyn til, iii) om Hidroelectrica er integreret i den offentlige forvaltning, iv) karakteren af dens aktiviteter, og om disse udøves på markedet under normale konkurrencevilkår med deltagelse fra private erhvervsdrivende, v) Hidroelectricas juridiske status (det være sig, om selskabet henhører under den offentlige ret eller privatrettsens regler for selskaber), vi) udstrækningen af de offentlige myndigheders kontrol med administrationen af virksomheden eller

⁽⁵⁹⁾ Dom i Frankrig mod Kommissionen (Stardust Marine), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, præmis 51-58.

vii) eller enhver anden omstændighed, som indicerer, at de offentlige myndigheder er impliceret i vedtagelsen af kontrakterne og ændringen af kontrakterne, eller som tværtimod sandsynliggør, at de ikke er impliceret, når endvidere henses til viii) rækkevidden af Hidroelectricas beslutninger, deres indhold eller hermed forbundne betingelser ⁽⁶⁰⁾.

- (134) Hidroelectrica er et selskab, som er underlagt almindelig selskabsret og ikke er integreret i den offentlige forvaltning. I praksis kan Hidroelectricas bestyrelsesmedlemmer samtidig varetage funktioner i forskellige ministerier (betragtning 12). Dette kunne tyde på, at bestyrelsesmedlemmerne primært blev valgt på grund af deres tilknytning til staten snarere end på grundlag af deres erhvervs erfaring eller kompetencer. Selv om der er noget, der tyder på, at Hidroelectrica er forpligtet til at tage højde for direktiver udstedt af et statsligt eller tværministerielt organ, er der intet, der indicerer, at sådanne direktiver blev udstedt med det formål at opretholde de tre omtvistede kontrakter og øge kontraktpriserne. Der er navnlig intet, der indicerer, at Hidroelectricas generalforsamling eller bestyrelse spillede nogen rolle i beslutninger vedrørende (opretholdelse af) kommercielle elektricitetsforsyningskontrakter og/eller ændring af priser i forbindelse med disse kontrakter (betragtning 12). Som flere interesserede parter har bemærket, varetager generaldirektøren ifølge Hidroelectricas vedtægter og rumænsk selskabsret selskabets daglige drift og træffer uafhængige beslutninger om andre anliggender end dem, der er forbeholdt generalforsamlingen og bestyrelsen. De rumænske myndigheder understreger, at bestyrelsesmedlemmerne skal træffe beslutninger i selskabets interesse.
- (135) Ministeriel bekendtgørelse nr. 445/2009, som Kommissionen henviste til i åbningsafgørelserne (betragtning 44), havde ingen indvirkning på vilkårene og betingelserne i de tre relevante kontrakter. I henhold til artikel 1, stk. 2, i denne bekendtgørelse var løbende bilaterale kontrakter generelt undtaget fra reglen om, at repræsentanter for ministeriet for økonomi, handel og erhvervsmiljø og bestyrelsesmedlemmerne i de statsejede el-selskaber skulle sikre, at elektricitet bestemt til engrosmarkedet fra og med den 31. marts 2010 udelukkende blev handlet på OPCOM. Som bemærket i betragtning 101 startede kompetencen til at undersøge de undersøgte kontrakter med udgangspunkt i EU's statsstøtteregler fra Rumæniens tiltrædelse af EU, det vil sige tre år før den frist, som er fastsat i ministeriel bekendtgørelse nr. 445/2009, og mere end to år, før bekendtgørelsen blev vedtaget. Der var følgelig ingen sådanne regler, da de undersøgte kontrakter blev underlagt en gennemgang i henhold til EU-reglerne. Endvidere ville detailkontrakterne mellem Hidroelectrica og Elsid og med Electrocarbon — som trådte i kraft før den 31. marts 2010 — ikke have været involveret, selv om foranstaltningen også havde fundet anvendelse på kontrakter, som eksisterede, da bekendtgørelsen trådte i kraft, eftersom det kun var (fremtidigt) engrossalg, som var relevant.
- (136) Selv om ministeriel bekendtgørelse nr. 445/2009 tyder på, at staten havde en vis indvirkning på de statsejede elektricitetsproducenters kommercielle politik, har den primært et lovgivningsmæssigt formål, nemlig at øge gennemsigtigheden af energitransaktionerne på engrosmarkedet og sikre større mængder og likviditet på de handelsplatforme, som forvaltes af OPCOM. Denne ministerielle bekendtgørelse gælder alle statsejede producenter, ikke kun Hidroelectrica. Det kan derfor ikke udledes af betingelserne i og formålet med ministeriel bekendtgørelse nr. 445/2009, at den rumænske stat udøvede kontrol over alle transaktioner, kontrakter eller kontraktændringer vedrørende levering af elektricitet fra statsejede elektricitetsproducenter, som udgør størstedelen af producenterne på det rumænske marked, eller navnlig fra Hidroelectrica. Bekendtgørelsen gør det med andre ord ikke sandsynligt, at den rumænske stat var involveret i almindelige, daglige forretningsaktiviteter, salgskontrakter, ændringer deraf, prisforhandlinger mv. med hensyn til de tre undersøgte kontrakter.
- (137) Med undtagelse af elforsyningen på det regulerede marked (betragtning 25-26) udøver Hidroelectrica sine elforsyningsaktiviteter på åbne markeder med ikkebundne kunder i konkurrence med andre private eller offentligt ejede leverandører. Især blev en betydelig mængde af elektriciteten på langt over den samlede mængde af Hidroelectricas leverancer under alle de undersøgte kontrakter handlet gennem kundetilpassede bilaterale kontrakter på det rumænske marked, hvor mange andre leverandører konkurrerer (betragtning 30 og 38). Hidroelectricas undersøgte kontrakter og navnlig de tre kundetilpassede langsigtede kontrakter med Luxten-Lighting, Electrocarbon og Elsid, som blev opretholdt efter den 1. januar 2007, er derfor hverken unormale eller usædvanlige, hvilket kan tyde på, at staten har en særlig interesse i at bevare dem.

⁽⁶⁰⁾ Se fodnote 59.

- (138) Endvidere blev kontrakterne med Electrocarbon og Elsid opretholdt og genforhandlet af Hidroelectricas bobestyrer, efter at insolvensproceduren blev indledt i 2012, hvilket tyder på, at disse kontrakter stadig var af interesse for Hidroelectricas midlertidige nye ledelse et godt stykke tid efter Rumæniens tiltrædelse af Den Europæiske Union i 2007 og et godt stykke tid efter, at kontrakterne blev indgået og ændret, navnlig med hensyn til priserne. Hidroelectrica anmodede ligeledes om at forhøje priserne til over kontraktniveauet og meddelte Electrocarbon og Elsid, at leverancen ville blive afbrudt, for at få dem til at acceptere yderligere prisstigninger i 2010 (betragtning 22), og handlede derfor som en sælger, der ønskede at maksimere indtægterne, og ikke som en støtteyder.
- (139) Det betyder ikke, at den rumænske stat ikke er impliceret i de kommercielle kontrakter med statsejede elleverandører i specifikke og store industrielle køberes interesse. Før Rumæniens tiltrædelse af EU blev det i et internt notat af 2. februar 2006 underskrevet af statssekretæren for ministeriet for økonomi og handel og godkendt af premierministeren foreslået at gennemføre en særlig præferentiell behandling af de 10 største energiintensive brugere i Rumænien (herunder aluminium- eller stålproducenter, som Hidroelectrica eller Nuclearelectrica leverede til). Hvad angår kontrakten med Arcelor-Mittal, gav Hidroelectricas bestyrelses beslutning nr. 13/2009 af 16. december 2009 Hidroelectricas direktør beføjelser til at »forhandle den løbende elsalgskontrakt på de bedst mulige betingelser for Hidroelectrica«. Bestyrelsen gjorde dette ved at godkende de vigtigste betingelser i kontrakterne fra 2009 og 2010 med ArcelorMittal. Tillæg nr. 17 i 2009 til kontrakten med Alro (hvor LME-formlen blev indsat i beregningen af kontraktprisen) blev ligeledes godkendt af Hidroelectricas bestyrelse.
- (140) Ligeledes blev der i et memorandum af 3. februar 2011 fra de to direktører i Nuclearelectrica og CE Hunedoara, der ligesom Hidroelectrica er statsejede, anmodet om ministeriet for økonomi og handels godkendelse til at indgå en kontrakt om engrossalg af elektricitet mellem Nuclearelectrica som sælger og CE Hunedoara som køber. Denne transaktion krævede en undtagelse fra bestemmelserne i bekendtgørelse 445/2009, der krævede, at enhver engrostransaktion med en statsejet virksomhed kun kunne finde sted på OPCOM. Der blev anmodet om denne undtagelse, fordi den krævede elektricitet ville tjene »behovet for elektricitet for en række industrielle forbrugere af national betydning i 2011«. Dette memorandum blev støttet fuldt ud af ministeren for økonomi og handel.
- (141) Der foreligger således visse indirekte beviser, der bevirker, at det ikke kan udelukkes fuldstændigt, at den rumænske stat var involveret i at indgå eller foretage større ændringer i Hidroelectricas kontrakter med store energiintensive industrielle købere.
- (142) Endvidere har Kommissionen konkluderet, at andre købskontrakter, som Hidroelectrica indgik med to andre statsejede selskaber, Electrocentrale Deva og Termoelectrica, i 2008 og 2009, kunne tilregnes den rumænske stat. Konklusionen var baseret primært på direkte beviser på, at de to andre statsejede selskaber havde søgt om godkendelse af kontrakterne fra den minister, som også var ansvarlig for det statsejede Hidroelectrica som et middel til at (kryds)finansiere deres aktuelle aktiviteter og om de statsejede miner, som leverer kul til dem, af sociale og andre ikkekommercielle årsager ⁽⁶¹⁾.
- (143) Der kan imidlertid ikke ses bort fra de overvejelser, som kan sandsynliggøre (eller ikke udelukke muligheden for), at den rumænske stat er involveret i en række af Hidroelectricas kontrakter med store industrielle købere af national betydning for den rumænske økonomi og med andre statsejede sælgere, på en sådan måde, at alle Hidroelectricas kommercielle kontrakter og især dem med Elsid, Electrocarbon og elektricitetsforhandlerne, anses for at kunne tilregnes den rumænske stat. I modsætning til Electrocentrale Deva og Termoelectrica var Elsid, Electrocarbon og elektricitetsforhandlerne privatejede virksomheder, og ingen af dem kan anses for at være store industrielle købere af national betydning for den rumænske økonomi. De foreliggende beviser i undersøgelsen peger navnlig ikke på nogen specifik interesse eller involvering fra den rumænske stats side i forhold til at overtale Hidroelectrica til at indgå eller efter Rumæniens tiltrædelse opretholde kontrakterne med Elsid, Electrocarbon og elektricitetsforhandlerne.

⁽⁶¹⁾ Kommissionens afgørelse (EU) 2015/1877 af 20. april 2015 om de takster, som S.C. Hidroelectrica S.A., Rumænien, anvender over for S.C. Termoelectrica S.A. og S.C. Electrocentrale Deva S.A. — SA.33475 (12/C) (EUT L 275 af 20.10.2015, s. 46), betragtning 96-100.

- (144) Med hensyn til Elsid, Electrocarbon og Luxten-Lighting, som specifikt blev fremhævet i afsnit 7.1, gør flere kendsgerninger det endvidere usandsynligt, at beslutningen om at opretholde kontrakterne og ændre priserne i kontrakterne med Luxten-Lighting for 2008-2009 og med Electrocarbon og Elsid for 2007-2010 kunne tilskrives de rumænske myndigheder.
- (145) Navnlig blev de faktiske priser i de tre kontrakter konstant forhøjet hvert år. Mellem 2007 og 2010 steg priserne over for Elsid, Electrocarbon og Luxten-Lighting med henholdsvis 44,5 %, 44,5 % og 41,4 %. Prisstigninger reducerer den absolutte værdi af den ydede støtte. Disse kontraktændringer, som reducerer det formodede beløb af den påståede statsstøtte, blev altid udløst af og til fordel for Hidroelectrica. En strategi rettet mod at reducere omfanget af den støtte, som blev ydet til støttemodtagerne, synes at stride mod formålet med at yde støtte eller, som minimum, være for avanceret til at være sandsynlig. I modsætning til Alro og ArcelorMittal kan Elsid, Electrocarbon og Luxten-Lighting desuden ikke anses for at være industrielle forbrugere af national betydning: Eksempelvis udgjorde deres årlige forbrugskøb fra Hidroelectrica mindre end en tiendedel af Alros (bilag I). Det er derfor usandsynligt, at beslutninger, der reducerer omfanget af støtten ved at øge kontraktpriserne væsentligt, kan tilregnes ikke en kommerciel beslutning truffet af Hidroelectrica, men en beslutning truffet af den rumænske stat med det formål at yde støtte til de påståede støttemodtagere.
- (146) Det er ligeledes åbenlyst usandsynligt, at staten ville være involveret i diskret at reducere omfanget af støtten med hensyn til kontrakterne med Electrocarbon og Elsid. Især er det usandsynligt, at Hidroelectrica handlede efter instrukser fra staten, da den anmodede om prisstigninger i forhold til kontraktpriserne i 2010 og truede med at afbryde elforsyningen og trække sagen i retten (betragtning 22), da de anmodede prisstigninger havde den virkning, at de reducerede det formodede støttebeløb, og en afbrydelse af forsyningen kunne have været til fare for købernes produktionsaktiviteter. Denne adfærd med ikke at følge en kontraktpris, som angiveligt udgør støtte, og true med at afbryde forsyningen og forsvare prisstigningerne i retten er ikke en typisk adfærd for en støtteyder, men snarere for en virksomhed, der søger at øge indtægterne og forsvare sine kommercielle interesser, og som ikke bekymrer sig om at følge ikkekommercielle mål, eventuelt efter statens anvisninger.
- (147) Hvad angår Luxten-Lighting, er der ingen åbenlys offentlig politisk årsag, som f.eks. lave priser til slutbrugerne, til at sælge til en forhandler, som kun kan sælge på detailmarkedet, til højere priser, end hvis Hidroelectrica selv havde solgt den samme elektricitet på detailmarkedet. Eksempelvis købte Alro, inden virksomheden fik leveret elektricitet detail af Hidroelectrica fra 2005, sin elektricitet fra en forhandler, Energy Holding, som købte elektricitet engros af Hidroelectrica. Alro udviste fornuftig adfærd ved at få leveret elektricitet direkte af Hidroelectrica og dermed spare en bruttoavance, hvis leverandøren ikke fjøede værdi til Hidroelectricas engroslevering. I samme ånd er det temmelig usandsynligt, at den rumænske stat skulle have anmodet Hidroelectrica om at opretholde kontrakten med Luxten-Lighting i 2008 og 2009, for, hvis Luxten-Lighting ikke fjøede værdi til sit detailsalg til industribrugere eller andre købere, ville sidstnævnte have opnået en lavere pris ved at indgå en direkte kontrakt med Hidroelectrica. Endvidere opsagde Luxten-Lighting ensidigt sin kontrakt med Hidroelectrica i november 2011, inden Kommissionen åbnede sagen, og denne adfærd stemmer ikke overens med den adfærd, som en modtager af statsstøtte udviser.
- (148) På grundlag af alle ovennævnte overvejelser er det ikke godtgjort, at kontrakterne med Luxten-Lighting for 2008-2009 og for Electrocarbon og Elsid for 2007-2010 kan tilregnes Rumænien.
- (149) Da det afgørende element for at tilregne statsstøtte til Rumænien ikke er til stede i de tre kontrakter med Luxten-Lighting for 2008-2009 og med Electrocarbon og Elsid for 2007-2010, er det ikke nødvendigt at analysere, om de andre kumulative betingelser for anvendelsen af denne bestemmelse, som f.eks. den potentielle indvirkning på konkurrencen og samhandelen mellem medlemsstaterne, er opfyldt.
- (150) I lyset af ovenstående udgør de tre undersøgte kontrakter med Luxten-Lighting for 2008-2009 og med Electrocarbon og Elsid for 2007-2010 ikke statsstøtte efter artikel 107, stk. 1, i TEUF.

8. KONKLUSION

- (151) Kontrakterne i denne afgørelse udgør ikke statsstøtte efter artikel 107, stk. 1, i TEUF.

VEDTAGET DENNE AFGØRELSE:

Artikel 1

De indgåede kontrakter mellem Hidroelectrica og ArcelorMittal, Alpiq RomEnergie, Alpiq RomIndustries, EFT, Electrica, Electromagnetica, Energy Holding, EURO-PEC, Luxten-Lighting, Electrocarbon og Elsid og kontrakten med Alro udgør ikke statsstøtte efter artikel 107, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde.

Artikel 2

Denne afgørelse er rettet til Rumænien.

Udfærdiget i Bruxelles, den 12. juni 2015.

På Kommissionens vegne
Margrethe VESTAGER
Medlem af Kommissionen

BILAG I

OVERBLIK OVER KONTRAKTERNE

SA.33451 ELEKTRICITETSFOR- HANDLERE	Dato for underskrift og kontrak- tens varighed (oprindelig periode/ efter forlængelse af perioden)	Opsigelsesdato	Mængde	Pris (RON/MWh)
Alpiq RomEnergie	3.4.2008 Oprindelig periode: 5 år Forlængelse (2009): med fem yderligere år (indtil 2018)	20.7.2012	— 2008: [...] GWh — 2009: [...] GWh — 2010: [...] GWh	— 2008: [...] — 2009: [...] — 2010: [...]
Alpiq RomIndustries	29.11.2004 Oprindelig periode: 10 år Forlængelse (2009): med fem yderligere år (indtil udgangen af 2019)	20.7.2012	Oprindelig mængde: 1 GWh — 2007: [...] — 2008: [...] — 2009: [...] — 2010: [...]	— 2007: [...] — 2008: [...] — 2009: [...] — 2010: [...]
Energy Financing Team Romania (EFT)	25.3.2004 Oprindelig periode: 7 år Forlængelse (2010): med fem yderligere år (indtil udgangen af 2015)	18.7.2012	Oprindelig mængde (2006): [...] GWh — 2007: [...] GWh — 2008: [...] GWh — 2009: [...] GWh — 2010: [...] GWh	— 2007: [...] — 2008: [...] — 2009: [...] — 2010: [...]
Electrica	Kontrakt 111: 17.8.2010 Kontrakt 112: 14.9.2010	Kontrakt 111 31.7.2011 Kontrakt 112 31.12.2010	Kontrakt 111 [...] GWh fra sept. 2010 til 31.7.2011 Kontrakt 112 [...] GWh fra okt. til dec. 2010	Kontrakt 111 — 2010: [...] Kontrakt 112 — 2010: [...]
Electromagnetica	21.4.2004 Oprindelig periode: 10 år	30.4.2014	Oprindelig mængde: [...] GWh — 2007: [...] GWh — 2008: [...] GWh — 2009: [...] GWh — 2010: [...] GWh	— 2007: [...] — 2008: [...] — 2009: [...] — 2010: [...]
Energy Holding	14.1.2004 Oprindelig periode: 10 år	24.7.2012	Oprindelig mængde: 3 692 GWh — 2007: [...] GWh — første halvår 2008: [...] GWh — andet halvår 2008: [...] GWh — 2009: [...] GWh — 2010: [...] GWh	— 2007: [...] — 2008: [...] — 2009: [...] — 2010: [...]
EURO-PEC	3.3.2004 Oprindelig periode: 10 år	26.6.2012	Oprindelig mængde: [...] GWh — 2007: [...] GWh — 2008: [...] GWh — 2009: [...] GWh — 2010: [...] GWh	— 2007: [...] — 2008: [...] — 2009: [...] — 2010: [...]

SA.33451 ELEKTRICITETSFOR- HANDLERE	Dato for underskrift og kontrak- tens varighed (oprindelig periode/ efter forlængelse af perioden)	Opsigelsesdato	Mængde	Pris (RON/MWh)
Luxten-Lighting	2.3.2004 Oprindelig periode: 10 år	December 2011	Oprindelig mængde: [...] GWh — 2007: [...] GWh — 2008: [...] GWh — 2009: [...] GWh — 2010: [...] GWh	— 2007: [...] — 2008: [...] — 2009: [...] — 2010: [...]
SA.33581 ELEKTRODEPRODU- CENTER	Dato for underskrift og kontrak- tens varighed (oprindelig periode/ efter forlængelse af perioden)	Opsigelsesdato	Mængde	Pris (RON/MWh)
Electrocarbon	28.3.2003 Oprindelig periode: 5 år Forlængelse (2004): med fem yderligere år (indtil 31.3.2013)	31.3.2013	Oprindelig mængde: 800 GWh — 2007: [...] GWh — 2008: [...] GWh — 2009: [...] GWh — 2010: [...] GWh	— 2007: [...] — 2008: [...] — 2009: [...] — 2010: [...]
ELSID	18.12.2002 Oprindelig periode: 5 år Forlængelse (2004): med fem yderligere år (indtil 31.3.2013)	31.3.2013	Oprindelig mængde: 280 GWh — 2007: [...] GWh — 2008: [...] GWh — 2009: [...] GWh — 2010: [...] GWh	— 2007: [...] — 2008: [...] — 2009: [...] — 2010: [...]
SA.33624 Alro	Dato for underskrift og kontrak- tens varighed (oprindelig periode/ efter evt. forlængelse af perioden)	Opsigelsesdato	Mængde	Pris (RON/MWh)
Alro	8.9.2005 Oprindelig periode: 7 år Forlængelse (2010): med fem yderligere år (indtil 31.1.2018)	Løbende indtil udgangen af 2018	Oprindelig mængde: [...] GWh — 2007: [...] GWh — 2008: [...] GWh — 2009: [...] GWh — 2010: [...] GWh	— 2007: [...] — 2008: [...] — 2009: [...] — 2010: [...]
SA.33623 ARCELORMITTAL GA- LAȚI	Dato for underskrift og kontrak- tens varighed (oprindelig periode/ efter evt. forlængelse af perioden)	Opsigelsesdato	Mængde	Pris (RON/MWh)
ArcelorMittal	23.12.2009 Periode: 1 år 22.12.2010 Periode: 1 år	31.12.2010 6.1.2012	[...] GWh [...] GWh	2010: [...] 2011: [...]

BILAG II

VURDERING AF DEN PÅSTÅEDE ØKONOMISKE FORDEL — ØKONOMETRISK ANALYSE

Principper for og beskrivelse af den økonometriske analyse

Kommissionens økonometriske analyse er beregnet til at skabe benchmarkpriser for kontrakter. Disse priser kommer fra en regressionsanalyse af de forskellige elementer i kontrakterne i datasættet. I første etape foretages der en regressionsanalyse for at konstruere en benchmarkpris på grundlag af karakteristikaene ved kontrakterne i datasættet (»in-sample-forudsigelse«). I anden etape bruges resultaterne af regressionsanalysen til at forudsige en benchmarkpris for de undersøgte kontrakter under hensyntagen til deres karakteristika (»out-of-sample-forudsigelse«). I regressionsanalysen forklares prisudsvingene mellem kontrakterne i datasættet med henvisning til følgende karakteristika: købte mængder, leverandørernes identitet og dummies for de forskellige år. Der er ikke medtaget variabler for »kontraktvarighed« og »købers aftagerprofil«, da de ikke er statistisk signifikante.

Den økonometriske analyse er baseret på princippet om, at priserne dikteres af flere faktorer, bl.a. af mængder. Det vil være vildledende at sammenligne priserne i de forskellige kontrakter uden at tage hensyn til disse faktorer. Hvor kontrakterne i datasættet har visse karakteristika til fælles med de undersøgte kontrakter (bilaterale forhandlinger, kundetilpassede betingelser, mængder over 150 GWh pr. år, mv.), omfatter ingen af kontrakterne i datasættet præcis samme mængde eller blev indgået med samme varighed og med samme ikrafttrædelsesdato som de undersøgte kontrakter — hvilket kan forklare prisforskellene. To af de undersøgte kontrakter omfatter f.eks. levering af [...] GWh/år (Alro 2007-2010) og [...] GWh/år (Energy Holding 2007-2008). I mellemtiden oversteg kontrakten med den største mængde i datasættet ud af de 114 pris/kontraktdata observeret mellem 2007 og 2010 ikke 1 400 GWh/år. Det er tvivlsomt, om der ud fra en simpel sammenligning af priserne for disse kontrakter kan drages en konklusion om, hvorvidt de undersøgte kontrakter stemte overens med markedspriserne. Alternativt kunne det konkluderes, at disse to kontrakter ikke umiddelbart kunne sammenlignes med andre kontrakter på markedet. Ideen bag denne kvantitative øvelse er derfor, at priserne i forskellige kontrakter bedre kan sammenlignes, når der er taget hensyn til en række eksterne faktorer. Uden nogen normalisering ville det kun give mening at sammenligne fuldt identiske kontrakter.

Bemærk, at denne empiriske analyse ikke tager sigte på at estimere en årsagssammenhæng mellem priserne og visse eksterne faktorer. Hvis man f.eks. vil estimere et kausalt forhold mellem nogle faktorer og priserne, skal risikoen for endogenitet tages i betragtning, for der er risiko for, at selve den forklarende variabel (f.eks. mængderne) også kan blive påvirket af den forklarede variabel (prisen) på grund af manglende variabler eller simultanitetsbias. Formålet med den kvantitative øvelse er at »normalisere« priserne i forskellige kontrakter for at gøre dem mere indbyrdes sammenlignelige. Det er nødvendigt, når kontrakt- og leveringskarakteristika ikke er fuldstændigt identiske.

Regressionsanalysen afspejler de væsentligste karakteristika ved de relevante bilaterale kontrakter, fordi den

- indeholder mængdevariabler og dermed tager højde for, at priserne normalt er lavere, når der aftages større mængder ⁽¹⁾
- indeholder leverandørens identitet, hvilket afspejler, at visse leverandører har karakteristika, der kan give dem mulighed for at fastsætte anderledes priser end andre under hensyntagen til, at kontraktleverancer fra næsten alle aktive elleverandører i Rumænien er omfattet af datasættet
- indeholder dummies for hvert år, hvilket afspejler tidsdimensionen og den eventuelle ændring i markedsvilkårene fra år til år.

I den første etape af den empiriske analyse er der foretaget en regressionsanalyse af kontrakterne i datasættet, og resultaterne heraf er angivet i tabel 1.

⁽¹⁾ Ved den indledende behandling af datasættet kasserede man fire (ikkemistænkelige) kontrakter, som drejede sig om Alros koncerninterne salg i årene fra 2007 til 2010, eftersom de måtte antages at kunne afspejle anderledes markedsvilkår end dem, der fremkommer ved bilaterale kontraktforhandlinger mellem en leverandør og en uafhængig køber, hvilket denne sag drejer sig om.

I den anden etape af den empiriske analyse har Kommissionen identificeret et benchmark for hvert år og derefter set på, hvordan kontrakterne placerer sig i forhold til dette benchmark, for at fastslå, om Hidroelectricas priser var lavere eller højere end den simulerede benchmarkpris. I det følgende gives en detaljeret beskrivelse af den metode, der er benyttet til at fastlægge dette benchmark:

Først blev det for hver kontrakt i datasættet beregnet, hvor meget den faktiske pris afveg fra den tilsvarende benchmarkpris, der er fastlagt ved regressionsanalysen og ud fra kontrakternes karakteristika.

Dernæst fandt man frem til MDD-kontrakten, som er den kontrakt, der viser den største afvigelse nedad (»most-downward-diverging«) og altså er den kontrakt i datasættet, hvor den observerede pris (i absolutte tal) adskilte sig mest fra den tilsvarende benchmarkpris. Der var visse grunde, om end konservative, til at vælge MDD-kontrakten, herunder udsving i forhold til det centrale estimat af benchmarkprisen. For det første giver den økonometriske model ikke en forklaring på 100 % af den observerede pris i datasættet, og der blev givet et enkelt estimat af benchmarkprisen inden for et konfidensniveau og med en fejlmargen over eller under estimatet. For det andet findes der reelt på markedet prisafvigelser i forhold til en enkelt mulig pris, og ved brug af MDD, som er baseret på kontrakter indgået på markedet (se betragtning 36-38), opnås der kvantificerede oplysninger om, hvor store sådanne afvigelser kan være, og en markedsbaseret udsvingsmargen omkring den beregnede benchmarkpris.

Endelig bruges prisforskellen i forhold til MDD-kontrakten til at adskille kontrakter under benchmarkprisen fra kontrakter med priser over benchmarkprisen:

- Hvis en kontrakt har en observeret pris, der ligger under den tilsvarende benchmarkpris, og prisforskellen er større end i MDD-kontrakten, så er denne kontrakt umiddelbart betragtet ikke markedskonform.
- Hvis ikke, må kontrakten betragtes som markedskonform.

Tabellen nedenfor viser resultaterne af regressionsanalysen af de udvalgte kontrakter i datasættet. Regressionsanalysen giver en forklaring på 74 % af variationerne i datasættet, hvilket er ret godt. Koefficientestimerne i tabellen benyttes derefter til at forudsige »benchmarkprisen« for de undersøgte kontrakter (out-of-sample-forudsigelser).

Resultaterne af den økonometriske analyse

Tabel 1

Regressionsanalyse ⁽¹⁾

Afhængig variabel Gennemsnitspris	Koefficient	Standardfejl
Årlig mængde (GWh)	– 0,01951**	0,007878
År 2008	22,58369***	4,781887
År 2009	30,73545***	5,471158
År 2010	21,32171***	5,695673
ALPIQ ROMENERGIE	– 2,34966	9,310078
ALPIQ ROMINDUSTRIES	– 5,47044	9,975876
ARCELORMITTAL GALATI	– 1,78779	14,62595
AXPO ENERGY RO	0,896041	10,40766
CE HUNEDOARA	38,02612***	11,41575
CE OLTENIA	27,86802***	9,458818
CEZ VANZARE	9,515878	11,40325
EFT RO	2,966594	18,83573
ELECTRICA	9,787691	11,04511
ELECTROMAGNETICA	– 9,19285	9,553932

Afhængig variabel Gennemsnitspris	Koefficient	Standardfejl
ENEL ENERGIE MUNTENIA	16,97181	12,529
ENERGY HOLDING	– 34,5329***	9,620757
ENERGY NETWORK	36,58137***	12,47443
EON ENERGIE	3,589147	12,43953
EURO-PEC	0,511251	9,50637
HIDROELECTRICA	– 30,3327**	12,62379
NUCLEARELECTRICA	-9,804	18,78678
OMV PETROM	6,482914	18,79837
RAAN	33,0402**	14,6577
RENOVATIO TRADING	29,5599	18,95553
TINMAR IND	0	(udeladt)
Konstant	160,5678***	8,50624
Antal bemærkninger: 109 R-squared = 0,7426 Adjusted R-squared = 0,6691		

Bemærk: Priserne er angivet i RON/MWh.

Standardfejl vises i parentes: *** betyder, at koefficienten er statistisk signifikant ved 1 %, ** betyder, at den er statistisk signifikant ved 5 %, og * betyder, at den er statistisk signifikant ved 10 %.

(¹) Kilde: Kommissionens regressionsanalyse er baseret på data fremsendt af de rumænske myndigheder.

Tabellerne nedenfor viser resultaterne af den empiriske analyse, der er foretaget på basis af den i tabel 1 beskrevne regressionsanalyse, hvor MDD-kontrakten («most-downward-diverging») for hvert år er udvalgt på basis af forskellen (i RON/MWh) mellem den estimerede pris i hver kontrakt og den observerede pris. Tabel 2-4 viser forskellene mellem priserne i Hidroelectricas kontrakter i hvert af årene (dvs. 2007-2010) i forhold til den simulerede benchmarkpris for alle de undersøgte kontrakter.

I 2007 havde MDD-kontrakten, altså den kontrakt i datasættet af ikkemistænkelige kontrakter, hvor forskellen mellem den observerede pris og den estimerede pris var størst, en prisafvigelse, der anslås til [...] RON/MWh. To af Hidroelectricas kontrakter har en observeret pris, der ligger under den estimerede pris med en prisafvigelse på over [...] RON/MWh, nemlig kontrakterne med *Electrocarbon* and *Elsid* med en observeret prisforskel på ca. [...] RON/MWh (se tabel 2).

Tabel 2

Analyse af kontrakter fra 2007

Kundens navn	Leverandørens navn	Observeret pris	Benchmark-pris	Prisforskel (i absolutte tal)	På linje med benchmarkindeks
MDD-kontrakter i datasættet					
AZOMURES SA	HIDROELECTRICA	[...]	124	[...]	

Kundens navn	Leverandørens navn	Observeret pris	Benchmark-pris	Prisforskel (i absolutte tal)	På linje med benchmarkindeks
De undersøgte kontrakter					
Alro	HIDROELECTRICA	[...]	72	[...]	Ja
Energy Holding	HIDROELECTRICA	[...]	50	[...]	Ja
EFT	HIDROELECTRICA	[...]	127	[...]	Ja
Electromagnetica	HIDROELECTRICA	[...]	111	[...]	Ja
EURO-PEC	HIDROELECTRICA	[...]	111	[...]	Ja
Luxten-Lighting	HIDROELECTRICA	[...]	125	[...]	Ja
ELSID	HIDROELECTRICA	[...]	126	[...]	Nej
Electrocarbon	HIDROELECTRICA	[...]	126	[...]	Nej

Bemærk: Priserne er rundet op til nærmeste RON/MWh.

Kilde: Beregningerne er baseret på regressionsanalysen og data fremsendt af de rumænske myndigheder.

For 2008 anslås prisforskellen i forhold til MDD-kontrakten til [...] RON/MWh, og tre af Hidroelectricas kontrakter har en større prisforskel, nemlig kontrakterne med Luxten-Lighting, Electrocarbon og Elsid med en observeret prisforskel på ca. [...] RON/MWh for Luxten-Lighting og [...] RON/MWh for Electrobarbon og Elsid (se tabel 3).

Tabel 3

Analyse af kontrakter fra 2008

Kundens navn	Leverandørens navn	Observeret pris	Benchmark-pris	Prisforskel (i absolutte tal)	På linje med benchmarkindeks
MDD-kontrakter i datasættet					
PETROM SA	Energy Holding	[...]	147	[...]	
De undersøgte kontrakter					
Alro	HIDROELECTRICA	[...]	94	[...]	Ja
Electromagnetica	HIDROELECTRICA	[...]	133	[...]	Ja
EFT	HIDROELECTRICA	[...]	149	[...]	Ja
Energy Holding	HIDROELECTRICA	[...]	73	[...]	Ja
EURO-PEC	HIDROELECTRICA	[...]	133	[...]	Ja
Luxten-Lighting	HIDROELECTRICA	[...]	147	[...]	Nej
ELSID	HIDROELECTRICA	[...]	148	[...]	Nej
Electrocarbon	HIDROELECTRICA	[...]	149	[...]	Nej

Bemærk: Priserne er rundet op til nærmeste RON/MWh.

Kilde: Beregningerne er baseret på regressionsanalysen og data fremsendt af de rumænske myndigheder.

For 2009 anslås MDD-prisforskellen til [...] RON/MWh, og igen har tre af Hidroelectricas kontrakter en større prisforskel, nemlig kontrakterne med Luxten-Lighting, Electrocarbon og Elsid med en observeret prisforskel på ca. [...] RON/MWh for Luxten-Lighting og [...] RON/MWh for Electrobarbon og Elsid (se tabel 4).

Tabel 4

Analyse af kontrakter fra 2009

Kundens navn	Leverandørens navn	Observeret pris	Benchmark-pris	Prisforskel (i absolutte tal)	På linje med benchmarkindeks
--------------	--------------------	-----------------	----------------	-------------------------------	------------------------------

MDD-kontrakter i datasættet

Ductil Steel SA	Alpiq RomEnergie	[...].	187	[...].	
-----------------	------------------	--------	-----	--------	--

De undersøgte kontrakter

Alro	HIDROELECTRICA	[...].	102	[...].	Ja
EURO-PEC	HIDROELECTRICA	[...]	142	[...]	Ja
Alpiq RomEnergie	HIDROELECTRICA	[...]	126	[...]	Ja
Electromagnetica	HIDROELECTRICA	[...]	142	[...]	Ja
Energy Holding	HIDROELECTRICA	[...]	116	[...]	Ja
EFT	HIDROELECTRICA	[...]	157	[...]	Ja
Luxten-Lighting	HIDROELECTRICA	[...]	156	[...]	Nej
ELSID	HIDROELECTRICA	[...]	157	[...]	Nej
Electrocarbon	HIDROELECTRICA	[...]	157	[...]	Nej

Bemærk: Priserne er rundet op til nærmeste RON/MWh.

Kilde: Beregningerne er baseret på regressionsanalysen og data fremsendt af de rumænske myndigheder.

For 2010 anslås prisforskellen i forhold til MDD-kontrakten til [...] RON/MWh, og to af Hidroelectricas kontrakter har en større prisforskel, nemlig kontrakterne med Electrocarbon og Elsid med en observeret prisforskel på ca. [...] RON/MWh (se tabel 5).

Tabel 5

Analyse af kontrakter fra 2010

Kundens navn	Leverandørens navn	Observeret pris	Benchmark-pris	Prisforskel (i absolutte tal)	På linje med benchmarkindeks
--------------	--------------------	-----------------	----------------	-------------------------------	------------------------------

MDD-kontrakter i datasættet

SILCOTUB SA ZALAU	Energy Network	[...]	214	[...]	
-------------------	----------------	-------	-----	-------	--

De undersøgte kontrakter

ArcelorMittal Galati	HIDROELECTRICA	[...]	118	[...]	Ja
Electrica	HIDROELECTRICA	[...]	132	[...]	Ja
Energy Holding	HIDROELECTRICA	[...]	107	[...]	Ja

Kundens navn	Leverandørens navn	Observeret pris	Benchmark-pris	Prisforskel (i absolutte tal)	På linje med benchmarkindeks
Alpiq RomEnergie	HIDROELECTRICA	[...]	116	[...]	Ja
Electromagnetica	HIDROELECTRICA	[...]	132	[...]	Ja
EURO-PEC	HIDROELECTRICA	[...]	144	[...]	Ja
Alro	HIDROELECTRICA	[...]	93	[...]	Ja
Luxten-Lighting	HIDROELECTRICA	[...]	146	[...]	Ja
EFT	HIDROELECTRICA	[...]	148	[...]	Ja
ELSID	HIDROELECTRICA	[...]	147	[...]	Nej
Electrocarbon	HIDROELECTRICA	[...]	148	[...]	Nej

Bemærk: Priserne er rundet op til nærmeste RON/MWh.

Kilde: Beregningerne er baseret på regressionsanalysen og data fremsendt af de rumænske myndigheder.

Følsomhedsanalyse

I den foregående empiriske analyse blev MDD-kontrakten defineret som den kontrakt i datasættet for et bestemt år, hvor prisforskellen i absolutte tal (RON/MWh) mellem den observerede pris og dens tilsvarende estimerede pris var størst.

For at kontrollere om resultaterne er holdbare, blev der udført en følsomhedsanalyse. Den samme analyse blev nu udført, hvor MDD-kontrakten blot blev defineret som den kontrakt, hvor forskellen mellem den observerede pris og den estimerede pris var størst, udtrykt som en procentdel af den estimerede pris. I følsomhedsanalysen blev MDD-kontrakten nu defineret som den kontrakt, hvor forskellen mellem den observerede pris og den estimerede pris var størst, udtrykt som en procentdel af den estimerede pris. Selv om denne analyse ikke kunne påvirke valget af MDD-kontrakt væsentligt, kunne den påvirke de kontrakter, der udvælges. Resultaterne vises i tabel 6-9 nedenfor. De bekræfter gyldigheden af resultaterne af hovedanalysen.

Tabel 6

Følsomhedsanalyse af kontrakter fra 2007

Kundens navn	Leverandørens navn	Observeret pris	Benchmark-pris	Prisforskel (i procent)	På linje med benchmarkindeks
--------------	--------------------	-----------------	----------------	-------------------------	------------------------------

MDD-kontrakter i datasættet

AZOMURES SA	HIDROELECTRICA	[...]	124	[...] %	
-------------	----------------	-------	-----	---------	--

De undersøgte kontrakter

Alro	HIDROELECTRICA	[...]	72	[...]	Ja
Energy Holding	HIDROELECTRICA	[...]	50	[...]	Ja
EFT	HIDROELECTRICA	[...]	127	[...]	Ja
Electromagnetica	HIDROELECTRICA	[...]	111	[...]	Ja
EURO-PEC	HIDROELECTRICA	[...]	111	[...]	Ja

Kundens navn	Leverandørens navn	Observeret pris	Benchmark-pris	Prisforskel (i procent)	På linje med benchmarkindeks
Luxten-Lighting	HIDROELECTRICA	[...]	125	[...]	Ja
ELSID	HIDROELECTRICA	[...]	126	[...]	Nej
Electrocarbon	HIDROELECTRICA	[...]	126	[...]	Nej

Bemærk: Priserne er rundet op til nærmeste RON/MWh.

Kilde: Beregningerne er baseret på regressionsanalysen og data fremsendt af de rumænske myndigheder.

Tabel 7

Følsomhedsanalyse af kontrakter fra 2008

Kundens navn	Leverandørens navn	Observeret pris	Benchmark-pris	Prisforskel (i procent)	På linje med benchmarkindeks
--------------	--------------------	-----------------	----------------	-------------------------	------------------------------

MDD-kontrakter i datasættet

PETROM SA	Energy Holding	[...]	147	[...] %	
-----------	----------------	-------	-----	---------	--

De undersøgte kontrakter

Alro	HIDROELECTRICA	[...]	94	[...]	Nej
Electromagnetica	HIDROELECTRICA	[...]	133	[...]	Ja
EFT	HIDROELECTRICA	[...]	149	[...]	Ja
Energy Holding	HIDROELECTRICA	[...]	73	[...]	Ja
EURO-PEC	HIDROELECTRICA	[...]	133	[...]	Ja
Luxten-Lighting	HIDROELECTRICA	[...]	147	[...]	Nej
ELSID	HIDROELECTRICA	[...]	148	[...]	Nej
Electrocarbon	HIDROELECTRICA	[...]	149	[...]	Nej

Bemærk: Priserne er rundet op til nærmeste RON/MWh.

Kilde: Beregningerne er baseret på regressionsanalysen og data fremsendt af de rumænske myndigheder.

Tabel 8

Følsomhedsanalyse af kontrakter fra 2009

Kundens navn	Leverandørens navn	Observeret pris	Benchmark-pris	Prisforskel (i procent)	På linje med benchmarkindeks
--------------	--------------------	-----------------	----------------	-------------------------	------------------------------

MDD-kontrakter i datasættet

Ductil Steel SA	Alpiq RomEnergie	[...]	187	[...] %	
-----------------	------------------	-------	-----	---------	--

De undersøgte kontrakter

Alro	HIDROELECTRICA	[...]	102	[...]	Ja
EURO-PEC	HIDROELECTRICA	[...]	142	[...]	Ja

Kundens navn	Leverandørens navn	Observeret pris	Benchmark-pris	Prisforskel (i procent)	På linje med benchmarkindeks
Alpiq RomEnergie	HIDROELECTRICA	[...]	126	[...]	Ja
Electromagnetica	HIDROELECTRICA	[...]	142	[...]	Ja
Energy Holding	HIDROELECTRICA	[...]	116	[...]	Nej
EFT	HIDROELECTRICA	[...]	157	[...]	Ja
Luxten-Lighting	HIDROELECTRICA	[...]	156	[...]	Nej
ELSID	HIDROELECTRICA	[...]	157	[...]	Nej
Electrocarbon	HIDROELECTRICA	[...]	157	[...]	Nej

Bemærk: Priserne er rundet op til nærmeste RON/MWh.

Kilde: Beregningerne er baseret på regressionsanalysen og data fremsendt af de rumænske myndigheder.

Tabel 9

Følsomhedsanalyse af kontrakter fra 2010

Kundens navn	Leverandørens navn	Observeret pris	Benchmark-pris	Prisforskel (i procent)	På linje med benchmarkindeks
--------------	--------------------	-----------------	----------------	-------------------------	------------------------------

MDD-kontrakter i datasættet

ARCELORMITTAL GALAȚI	Electrica	[...]	182	[...] %	
----------------------	-----------	-------	-----	---------	--

De undersøgte kontrakter

ArcelorMittal Galați	HIDROELECTRICA	[...]	118	[...]	Ja
Electrica	HIDROELECTRICA	[...]	132	[...]	Ja
Energy Holding	HIDROELECTRICA	[...]	107	[...]	Ja
Alpiq RomEnergie	HIDROELECTRICA	[...]	116	[...]	Ja
Electromagnetica	HIDROELECTRICA	[...]	132	[...]	Ja
EURO-PEC	HIDROELECTRICA	[...]	144	[...]	Ja
Alro	HIDROELECTRICA	[...]	93	[...]	Ja
Luxten-Lighting	HIDROELECTRICA	[...]	146	[...]	Ja
EFT	HIDROELECTRICA	[...]	148	[...]	Ja
ELSID	HIDROELECTRICA	[...]	147	[...]	Nej
Electrocarbon	HIDROELECTRICA	[...]	148	[...]	Nej

Bemærk: Priserne er rundet op til nærmeste RON/MWh.

Kilde: Beregningerne er baseret på regressionsanalysen og data fremsendt af de rumænske myndigheder.

Priserne på elektricitet i kontrakterne mellem Hidroelectrica og Luxten-Lighting, Electrocarbon og Elsid er stadig ikke på linje med benchmarkprisen. Prisforskellene (i procent) er væsentligt højere for kontrakterne med Luxten-Lighting for årene 2008 og 2009 og med Electrocarbon og Elsid for perioden 2007-2010. Derudover fremkommer to andre kontrakter, nemlig med Alro i 2008 og Energy Holding i 2009. Prisforskellen (i procent) i begge tilfælde er meget tæt på den procentvise prisforskel i MDD-kontrakten. Den observerede pris for kontrakten med Alro for 2008 er [...] % lavere end den estimerede pris, mens prisforskellen (i procent) i forhold til MDD-kontrakten var [...] % i 2008. Den observerede pris for kontrakten med Energy Holding for 2009 er [...] % lavere end den estimerede pris, mens prisforskellen (i procent) i forhold til MDD-kontrakten var [...] % i 2009. Samlet set bør disse to kontrakter anses for at være på linje med benchmarkprisen.

Ud over den primære følsomhedsanalyse, som blev udført ved at definere MDD som en procentvis forskel i forhold til benchmarkprisen, hvilket bekræfter resultaternes gyldighed, blev der udført yderligere følsomhedsanalyser af resultaterne fra den foretrukne definition af MDD i absolutte værdier:

- En vilkårlig bruttoavance på 10 % blev fratrukket den absolutte værdi af MDD: Den ændrede MDD påvirker ikke konklusionen for de undersøgte kontrakter fra 2008, 2009 og 2010. For 2007 fremkom en forskel på 2,5 RON/MWh under den anvendte pris på [...] RON/MWh for EFT (dvs. at den benchmarkkompatible pris ville have været [...] RON/MWh). Denne forskel, som ikke er observeret for EFT's priser i 2008, 2009 og 2010, anses for at være ubetydelig.
- Ligeledes ville man, såfremt man brugte den anden nedadgående afvigelse (anden DD) som reference, kun »fange« yderligere to kontrakter (Luxten-Lighting og EFT) for 2007, men det betyder ikke, at enhver anden af de undersøgte kontrakter i den analyserede periode ville synes at ligge under benchmarkpriserne, eller at priserne i kontrakten med EFT ville synes at ligge under benchmarkprisen for 2008, 2009 og 2010.
- Regressionsdata fra 2011, som indledningsvist ikke indgik i testen, blev indført: Selv om værdierne i tabel 2-5 ændres lidt, er de kvalitative resultater uændrede.
- De undersøgte kontraktpriser, som anses for at være på linje med benchmarkprisen, blev genindført i regressionen som datasæt (in-sample): Også her er konklusionen for de undersøgte kontrakter uændret.

Det følger, at disse yderligere følsomhedstest vedrørende den primære tilgang bekræfter, at resultaterne af den økonometriske analyse er holdbare.

KOMMISSIONENS AFGØRELSE (EU) 2017/502**af 21. oktober 2015****i statsstøttesag SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) Nederlandenes statsstøtte til Starbucks***(meddelt under nummer C(2015) 7143)***(Kun den nederlandske udgave er autentisk)****(EØS-relevant tekst)**

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 i overensstemmelse med ovennævnte bestemmelser at have opfordret interesserede parter til at fremsætte deres bemærkninger ⁽¹⁾, under hensyntagen til deres bemærkninger, og

og ud fra følgende betragtninger:

1. SAGSFORLØB

- (1) Ved brev af 30. juli 2013 anmodede Kommissionen de nederlandske myndigheder om at fremsende oplysninger om praksis for bindende svar fra skattemyndighederne i Nederlandene samt alle bindende skattesvar relateret til Starbucks Coffee EMEA BV (herefter benævnt: »Starbucks Coffee BV«) og Starbucks Manufacturing EMEA BV (herefter benævnt: »SMBV«). Starbucks Corporation har indirekte bestemmende indflydelse over begge selskaber. Starbucks Corporation og de selskaber, som selskabet har bestemmende indflydelse over, benævnes herefter samlet som »Starbucks« eller »Starbuckskoncernen«.
- (2) Ved brev af 2. oktober 2013 fremsendte de nederlandske myndigheder de ønskede oplysninger til Kommissionen, herunder den forhåndsgodkendte prisfastsættelsesordning (advance pricing agreement (herefter benævnt: »APA«) ⁽²⁾, der blev indgået i 2008 mellem den nederlandske skattemyndighed og Starbucks Coffee BV (herefter benævnt: »Starbucks Coffee BV APA«), APA'en indgået i 2008 mellem den nederlandske skattemyndighed og SMBV (herefter benævnt »SMBV's APA«) og bilag. Dokumenterne vedrører navnlig en transfer pricing-rapport, der understøtter anmodningen om de to førnævnte APA'er (herefter benævnt »transfer pricing-rapporten«) og andre udvekslinger mellem den nederlandske skattemyndighed og Starbucks Corporations skatterådgiver [skatterådgiveren] ^(*) (herefter benævnt: »skatterådgiveren«) på vegne af Starbucks Coffee og SMBV ⁽³⁾.
- (3) Som led i forberedelsen af et møde, der skulle afholdes den 15. januar 2014, sendte Kommissionen den 9. januar 2014 en e-mail til de nederlandske myndigheder med en række spørgsmål om bl.a. den ordning for transfer pricing i Starbucks Coffee BV's APA og SMBV's APA, der blev indgået med den nederlandske skattemyndighed.
- (4) Den 15. januar 2014 blev der afholdt et møde mellem Kommissionens tjenestegrene og repræsentanter for den nederlandske skattemyndighed, som Kommissionen bl.a. bad om yderligere præciseringer med hensyn til de justeringer, der blev foretaget af omkostningsgrundlaget i transfer pricing-rapporten, hvad angår SMBV's APA og SMBV's svingende betalinger af royalties.

⁽¹⁾ EUT C 460 af 19.12.2014, s. 11.

⁽²⁾ Hele vejen gennem afgørelsen anvendes »bindende svar fra skattemyndigheden« og »APA« synonymt.

^(*) Dele af denne tekst er skjult for ikke at røbe fortrolige oplysninger; disse er angivet i firkantede parenteser. SCTC's avancer og avancetillæg vedrørende grønne kaffebønner er afrundet til nærmeste multiplum af 3 %.

⁽³⁾ En tidligere skatteordning indgået mellem den nederlandske skattemyndighed og Starbucks Coffee BV og SMBV i 2001 blev også fremlagt som en del af bilagene.

- (5) Ved brev af 28. januar 2014 forelagde de nederlandske myndigheder som svar på de spørgsmål, der blev stillet på mødet den 15. januar 2014, oplysninger om justeringerne af sammenlignelighed, valg af sammenlignelige virksomheder og den svingende royalty. Yderligere oplysninger om de fremlagte dokumenter er beskrevet i betragtning 59 til 62 i åbningsafgørelsen som nævnt i betragtning 9.
- (6) Ved brev af 7. marts 2014 ⁽⁴⁾ underrettede Kommissionen de nederlandske myndigheder om, at den overvejede, om APA'erne til fordel for Starbucks Coffee BV og SMBV kunne udgøre statsstøtte som omhandlet i traktatens artikel 107, stk. 1, og opfordrede de nederlandske myndigheder til at kommentere foreneligheden af denne støtte. Kommissionen opfordrede de nederlandske myndigheder til at forelægge eventuelle yderligere oplysninger af relevans for Starbucks Coffee BV's og SMBV's APA'er såvel som selvangivelser for Starbucks Coffee BV og SMBV og selskaber med tilknytning til disse to selskaber i Nederlandene.
- (7) Ved brev af 21. marts 2014 svarede de nederlandske myndigheder på brevet af 7. marts 2014 og fremsendte de ønskede selvangivelser. De nederlandske myndigheder bekræftede ligeledes, at alle relevante dokumenter vedrørende APA'erne, der tidligere var sendt til Kommissionen, allerede var blevet indsendt til Kommissionen.
- (8) Den 6. maj 2014 blev der afholdt et møde mellem Kommissionens tjenestegrene og repræsentanter for den nederlandske skattemyndighed.
- (9) Den 11. juni 2014 vedtog Kommissionen i overensstemmelse med traktatens artikel 108, stk. 2, afgørelsen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure vedrørende SMBV's APA med den begrundelse, at denne APA kunne udgøre statsstøtte i betydningen i traktatens artikel 107, stk. 1, i traktaten (herefter benævnt »åbningsafgørelsen«) ⁽⁵⁾.
- (10) Ved brev af 16. juli 2014 indsendte de nederlandske myndigheder deres bemærkninger til åbningsafgørelsen. Brevet indeholdt bl.a. aftalen om ristning mellem Alki Limited Partnership (herefter benævnt: »Alki LP«) og SMBV og købsaftalen om grøn kaffe mellem SMBV og Starbucks Coffee Trading Company SARL (herefter benævnt: »SCTC«).
- (11) Ved brev af 25. november 2014 anmodede Kommissionen de nederlandske myndigheder om at fremlægge de oplysninger, der blev bedt om i åbningsafgørelsen, som kun blev delvist fremlagt af de nederlandske myndigheder den 16. juli 2014, og at fremlægge yderligere oplysninger, der krævedes for at analysere SMBV's APA.
- (12) Ved brev af 19. december 2014 besvarede de nederlandske myndigheder skrivelsen af 25. november 2014, hvoraf det fremgår, at nogle af de ønskede oplysninger ikke er i de nederlandske myndigheders besiddelse.
- (13) Den 19. december 2014 blev åbningsafgørelsen offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende*. Kommissionen opfordrede interesserede parter til at fremsætte deres bemærkninger til foranstaltningen.
- (14) Ved brev af 16. januar 2015 fremsatte Starbucks sine bemærkninger til åbningsafgørelsen. Ligeledes indkom der bemærkninger fra af den nederlandske sammenslutning af skatterådgivere (De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, herefter benævnt: »NOB«), forbundet af nederlandske selskaber og den nederlandske kristne arbejdsgiverforening (Verbond van Nederlandse Ondernemingen & Nederlands Christelijk Werkgeversverbond, herefter benævnt: »VNO-NCW«), ATOZ Tax AdvisersLuxembourg, Oxfam International og det østrigske handelskammer (Bundesarbeitskammer Österreich, herefter benævnt: »BAK«).
- (15) Ved brev af 8. januar 2015 fremsendte de nederlandske myndigheder, som svar på Kommissionens brev af 25. november 2014, den kommanditselskabsaftale, der indstiftede Alki LP.

⁽⁴⁾ Brevet blev sendt til Nederlandene på engelsk den 7. marts 2014, efterfulgt af en version på nederlandsk af selv samme brev afsendt den 14. marts 2014.

⁽⁵⁾ Jf. fodnote 1.

- (16) Den 12. februar 2015 underrettede Kommissionen i overensstemmelse med artikel 6a i Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 ⁽⁶⁾ Nederlandene, om, at den havde betegnet den formelle undersøgelsesprocedure vedrørende SMBV's APA som ineffektiv til dato ⁽⁷⁾. Ved brev af 6. februar 2015 og i overensstemmelse med artikel 6a, stk. 2, litra b), i forordning (EF) nr. 659/1999, anmodede Kommissionen de nederlandske myndigheder om samtykke til at kontakte Starbucks direkte for at få de manglende oplysninger.
- (17) Ved brev af 18. februar 2015 underrettede Kommissionen de nederlandske myndigheder om, at den havde modtaget bemærkninger fra en konkurrent om merværdien af ristningen af grønne kaffebønner, og opfordrede de nederlandske myndigheder til at kommentere disse bemærkninger. De nederlandske myndigheder fremsatte deres bemærkninger hertil ved brev af 11. marts 2015.
- (18) Ved brev af 12. marts 2015 gav Nederlandene, som svar på Kommissionens brev af 6. februar 2015, sin tilladelse til at kontakte Starbucks direkte. Med denne tilladelse bad Kommissionen, ved brev af 16. marts 2015, Starbucks om, på grundlag af artikel 6a, stk. 6, i forordning (EF) nr. 659/1999, at give oplysninger om den juridiske struktur, forretningsmodellen for Starbucks-butikkerne og de råvarer, som SMBV anvender, dvs. grønne kaffebønner (herefter benævnt »markedsinformationsanmodningen til Starbucks«).
- (19) Ved brev af 20. og 26. marts 2015 indsendte de nederlandske myndigheder deres bemærkninger til bemærkningerne fra tredjeparter til åbningsafgørelsen.
- (20) Den 7. april 2015 kontaktede Kommissionen, efter vedtagelsen af Kommissionens afgørelse af 12. februar 2015 og i overensstemmelse med artikel 6a, stk. 6, i forordning (EF) nr. 659/1999, fire af Starbucks' konkurrenter for at få oplysninger om deres forretningsmodel og deres værdiskabende aktiviteter, så Kommissionen kunne afslutte sin vurdering af sagen (herefter benævnt »markedsinformationsanmodning til konkurrent«). Disse fire konkurrenter var Virksomhed Y, Alois Dallmayr Kaffee oHG (herefter benævnt »Dallmayr«), Nestlé S.A. (herefter benævnt »Nestlé«) og Melitta Europa GmbH & Co KG (herefter benævnt »Melitta«). Kommissionen meddelte samtidig de nederlandske myndigheder, at den havde sendt anmodninger om oplysninger til nogle af Starbucks' konkurrenter.
- (21) Den 13. april 2015 fremsendte Starbucks de oplysninger, der blev anmodet om i Kommissionens brev af 16. marts 2015.
- (22) Ved breve af 27. april 2015 besvarede Dallmayr og Virksomhed Y Kommissionens anmodning om oplysninger af 7. april 2015.
- (23) Den 29. april 2015 blev der afholdt et møde mellem Kommissionens tjenestegrene og Starbucks, hvor Kommissionens tjenestegrene præciserede, hvordan visse spørgsmål i markedsinformationsanmodningen til Starbucks skulle forstås i relation til undersøgelsen.
- (24) Ved brev af 6. maj 2015, efter modtagelse af Starbucks' svar af 13. april 2015, anmodede Kommissionen Starbucks om at give yderligere oplysninger.
- (25) Ved brev af 11. maj 2015 anmodede Kommissionen Virksomhed Y om visse nærmere uddybninger af de fremsendte markedsinformationer. Virksomhed Y indsendte uddybende oplysninger ved brev af 21. maj 2015.
- (26) Ved brev af 20. maj 2015 og 26. maj 2015 besvarede Nestlé og Melitta Kommissionens markedsinformationsanmodning til konkurrent af 7. april 2015.

⁽⁶⁾ Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22. marts 1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af artikel 108 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (EFT L 83, 27.3.1999, s. 1). Forordning (EF) nr. 659/1999 blev ophævet ved Rådets forordning (EU) 2015/1589 af 13. juli 2015 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af artikel 108 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (EUT L 248, 24.9.2015, s. 9), med virkning fra 14. oktober 2015. Alle proceduremæssige skridt i sagen blev vedtaget i henhold til forordning (EF) nr. 659/1999. Enhver henvisning til forordning (EF) nr. 659/1999 kan opfattes som en henvisning til forordning (EU) 2015/1589 og skal læses i overensstemmelse med sammenligningstabellen i bilag II til sidstnævnte forordning.

⁽⁷⁾ C (2015) 862 af 12.2.2015.

- (27) Ved brev af 27. maj 2015 indsendte de nederlandske myndigheder deres bemærkninger til oplysningerne fra Virksomhed Y og Dallmayr.
- (28) Ved brev af 29. maj 2015 indsendte Starbucks sit svar på Kommissionens anmodning af 6. maj 2015.
- (29) Ved brev af 19. juni 2015 kom de nederlandske myndigheder med deres bemærkninger til oplysningerne fra Starbucks af 13. april 2015 og 29. maj 2015.
- (30) Ved brev af 26. juni 2015 indsendte de nederlandske myndigheder deres bemærkninger til markedsinformationerne fra Nestlé og Melitta samt de uddybende oplysninger fra Virksomhed Y.
- (31) Den 29. juni 2015 fremlagde Starbucks, ud over sine besvarelser af 13. april 2015 og 29. maj 2015, en yderligere konkretisering af, hvordan man skulle forstå den angivelige »armslængdekarakter« af den interne afregningspris, SCTC anvendte ved levering af grønne kaffebønner.
- (32) Ved brev af 24. juli 2015 fremlagde Starbucks af sig selv yderligere oplysninger om funktionerne udført af SCTC, SMBV og Starbucks US ⁽⁸⁾ og fremlagde nye tal vedrørende Alki LP.
- (33) Ved brev af 5. august 2015 anmodede Kommissionen Starbucks om at uddybende oplysninger og dokumenter angående de oplysninger, der blev fremsendt den 24. juli 2015, for at kunne foretage en grundig analyse af de nye oplysninger.
- (34) Ved brev af 24. august 2015 og e-mail sendt den 26. august 2015 indsendte Starbucks delvist de oplysninger, som Kommissionen havde anmodet om i sit brev af 5. august 2015. Kommissionen videresendte disse oplysninger til de nederlandske myndigheder den 28. august 2015.
- (35) Ved brev af 10. september 2015 og e-mail sendt den 11. september 2015 sendte Starbucks de resterende oplysninger til Kommissionen. Ved brev af 23. september 2015 supplerede Starbucks oplysningerne sendt til Kommissionen den 10. og 11. september 2015.
- (36) Ved brev af 25. september 2015 og 7. oktober 2015 fremsatte de nederlandske myndigheder deres bemærkninger til oplysningerne indsendt af Starbucks den 10., 11. og 23. september 2015.

2. BESKRIVELSE AF DEN ANFÆGTEDE FORANSTALTNING

2.1. Beskrivelse af modtageren

- (37) Den begunstigede er SMBV. SMBV er et datterselskab af Starbucks-koncernen stiftet i Nederlandene. Starbucks-koncernen består af Starbucks Corporation og alle de selskaber, hvorover det pågældende selskab har bestemmende indflydelse. Starbucks Corporation har hovedkontor i Seattle, Amerikas Forenede Stater (herefter benævnt »USA«). Starbucks-koncernens selskabsstruktur er forklaret nærmere i betragtning 27 og figur 1 i åbningsafgørelsen.
- (38) Starbucks rister, markedsfører og sælger specialkaffe en detail i 65 lande. Selskabet køber og rister kaffe, der sammen med håndlavet kaffe, te og andre drikkevarer samt friske fødevarer sælges via butikker drevet af selskabet. Det sælger desuden et bredt udvalg af kaffe- og teprodukter og sælger licenser til sit varemærke ad andre kanaler, f.eks. licenserede butikker, supermarkeder og nationale storkøkkener ⁽⁹⁾. I 2014 havde Starbucks-koncernen på verdensplan en nettoomsætning på 16 448 mio. USD og et overskud efter skat på 2 067 mio. USD ⁽¹⁰⁾.
- (39) SMBV er den eneste kafferistende virksomhed uden for USA, hvorover Starbucks-koncernen har bestemmende indflydelse.

⁽⁸⁾ Starbucks US refererer til alle selskaber, der indgår i Starbucks-koncernen og er hjemmehørende i USA.

⁽⁹⁾ Denne beskrivelse er baseret på Starbucks' årsberetning fra 2014, s.2.

⁽¹⁰⁾ Se betragtning 20 i åbningsafgørelsen for nærmere oplysninger om Starbucks-koncernen.

2.2. Den anfægtede foranstaltning

- (40) Denne afgørelse vedrører den APA-aftale om transfer pricing, som den nederlandske skattemyndighed indgik med SMBV den 28. april 2008 (*Vaststellingsovereenkomst APA*). SMBV's APA er bindende i 10 år, fra 1. oktober 2007 til 31. december 2017 ⁽¹¹⁾.
- (41) En APA er en aftale mellem en skattemyndighed og en skatteyder om anvendelsen af skattelovgivningen på (fremtidige) transaktioner, dvs. den bestemmer hvor stor en del af det overskud, som skatteyderen har genereret fra sin virksomhed, der er skattepligtigt i den pågældende skattejurisdiktion. En APA fastsætter, forud for koncerninterne transaktioner, et passende sæt kriterier (f.eks. metode, sammenlignelige elementer og relevante tilpasninger dertil, kritiske formodninger om fremtidige hændelser) med henblik på bestemmelsen af en armslængdepris for disse transaktioner for en given periode. Det er formelt skatteyderen, der tager initiativet til indgåelse af en APA.

2.2.1. SMBV's APA

- (42) Ved at indgå en APA med SMBV accepterede den nederlandske skattemyndighed, at det vederlag, Starbucks' skatterådgiver fastsatte i sin transfer pricing-rapport for de funktioner, der udføres af SMBV i Nederlandene (herunder påtaget risiko og anvendte aktiver), er et vederlag efter armslængdeprincippet ⁽¹²⁾.
- (43) Dette vederlag består af et avancetillæg på [9-12] % af det relevante omkostningsgrundlag. Det relevante omkostningsgrundlag, der bruges til at beregne det pågældende vederlag, inkluderer alle personaleudgifter til aktiviteter i såvel fremstilling som i forsyningskæden, omkostninger til produktionsudstyr (f.eks. afskrivninger) og fællesomkostninger for anlæg. Det inkluderer ikke omkostninger til Starbucks' kopper, servietter mv. udgifterne til grønne kaffebønner (kostpris for råvarer), logistik og distributionsomkostninger til tjenesteydelser leveret af tredjepart, vederlaget for aktiviteter udført af tredjepart på såkaldte »konsignationskontrakter« og royaltybetalinger til Alki LP.
- (44) I SMBV's APA accepterede den nederlandske skattemyndighed desuden, at royalty-betalingen fra SMBV til Alki LP skulle fastsættes ultimo hvert år som forskellen mellem det realiserede driftsoverskud før royaltybetalinger og det ovennævnte tillæg på [9-12] % af driftsomkostningerne. SMBV's APA bestemmer endvidere, at »denne betaling af royalty er fradragsberettiget i selskabsskatten og er ikke underlagt nederlandsk kildeskat« ⁽¹³⁾.
- (45) SMBV's APA godkender således, at SMBV i Starbucks-koncernen får tillagt et overskud, der sætter virksomheden i stand til at bestemme sin skattepligtige indkomst i Nederlandene år for år i 10 år. Da APA'en trådte i kraft den 1. oktober 2007, er det fra og med denne dato, at SMBV's APA analyseres i forhold til statsstøttereglerne i denne afgørelse.

2.2.2. Transfer pricing-rapporten

- (46) Det vederlag, som den nederlandske skattemyndighed accepterede i SMBV's APA, bygger på den transfer pricing-analyse, der blev udarbejdet af Starbucks' skatterådgiver i transfer pricing-rapporten, som udgør en integrerende del af denne APA.
- (47) Formålet med transfer pricing-rapporten er at underbygge SMBV's foreslåede overskudsallokering inden for Starbucks-koncernen som værende baseret på prisfastsættelse af koncerninterne transaktioner efter armslængdeprincippet. Transfer pricing-rapporten indeholder en selskabsoversigt, en funktionsanalyse og forskellige transfer pricing-metoder. Rapporten indeholder følgende relevante oplysninger om Starbucks Coffee BV og SMBV ⁽¹⁴⁾:

⁽¹¹⁾ Af SMBV's APA fremgår det, at der efter det sjette regnskabsår, dvs. ultimo 2013, foretages midtvejskontrol for at se, om alle forhold og omstændigheder stadig er de samme.

⁽¹²⁾ Fra den oprindelige nederlandske rapport: »[SMBV] wordt geacht een arm's length vergoeding te ontvangen voor haar activiteiten zoals beschreven [in het transfer pricing report] indien de operationele marge [9-12] % van de relevante kostgrondslag bedraagt.«

⁽¹³⁾ Oprindelig nederlandsk tekst: »De jaarlijks door SMBV aan Alki LP te betalen royalty wordt aan het einde van het jaar vastgesteld op het verschil tussen de gerealiseerde operationele winst met betrekking tot de productie en distributie functie als genoemd [in het transfer pricing report], vóór royalty uitgaven (»gerealiseerde operationele winst voor royalty uitgaven«) en de hierboven omschreven beloning van [9-12] % cost-plus. Deze royalty betaling is aftrekbaar voor de vennootschapsbelasting en is niet onderworpen aan Nederlandse dividendbelasting«. For en forklaring på, hvorfor betaling af royalty ikke er skattepligtigt i Nederlandene eller i Det Forenede Kongerig, henvises til betragtning 28 i åbningsafgørelsen.

⁽¹⁴⁾ Betragtning 27 og 28 i åbningsafgørelsen giver en udførlig beskrivelse af Starbucks' juridiske struktur, som den er fremlagt i transfer pricing-rapporten.

2.2.2.1. Starbucks Coffee BV

- (48) Starbucks Coffee BV fungerer som Starbucks-koncernens hovedkontor for Europa, Mellemøsten og Afrika (»EMEA«), der understøtter koncernens forretningsaktiviteter i EMEA. Starbucks Coffee BV hjælper med at finde udviklere, der kan udvikle og drive Starbucks' detailbutikker i lande i EMEA. I sin egenskab af hovedkontor har Starbucks Coffee BV fået licens på visse Starbucks-varemærker, -teknologi og -knowhow⁽¹⁵⁾ fra sin aktionær, Alki LP, til gengæld for betaling af royalty. Starbucks Coffee BV indgår såkaldte »aftaler om områdeudvikling og drift« (herefter benævnt »ADOA« (Area Development and Operation Agreement)) med forbundne og ikkeforbundne indehavere af Starbucks-butikker i EMEA-regionen. Disse butiksindehavere kaldes udviklere, eller betegnes herefter også som »butikker«. Starbucks Coffee BV giver udviklerne underlicenser på intellektuel ejendomsret (herefter »IP«), så de kan udvikle og drive deres forretninger som Starbucks-butikker. Udviklerne betaler royalty og andre gebyrer for brugen af IP til Starbucks Coffee BV baseret på en procentdel af omsætningen. Ifølge materialet indsendt af Nederlandene den 2. oktober 2013 betaler både forbundne og ikkeforbundne udviklere den samme procentdel af omsætningen som royalty til Starbucks Coffee BV. Derfor mener Starbucks' skatterådgiver, at det er den fri markedspris' metode (CUP-metoden)⁽¹⁶⁾, der anvendes til at bestemme armslængdeprisen på koncerninterne betalinger af royalty til EMEA-hovedkontoret Starbucks Coffee BV⁽¹⁷⁾.

2.2.2.2. SMBV

- (49) I transfer pricing-rapportens præsentation af de vigtigste transaktioner og pengestrømme i SMBV⁽¹⁸⁾ nøjes Starbucks' skatterådgiver med at beskrive, at SMBV primært forarbejder rå kaffe og sælger ristet kaffe til forbundne og ikkeforbundne parter. Det forklares også, at de grønne kaffebønner, der købes af SMBV, købes fra et forbundet Starbucks-datterselskab i Schweiz (SCTC). Desuden forklares det, at SMBV fungerer som formidlende distributionsenhed for en række andre varer end kaffe. Udover forsyningskædefunktionen for egne produktionsaktiviteter forklarer skatterådgiveren desuden, at visse markeder også modtager en vis forsyningskædestøtte fra SMBV. Skatterådgiverens beskrivelse af IP-licensordningen for ristning, ifølge hvilken SMBV betaler royalty til Alki LP for licenseret IP, står ikke blandt de vigtigste af selskabernes transaktioner og koncerninterne mellemværender, men vises kun i et diagram og beskrives i et særskilt afsnit i transfer pricing-rapporten, der beskriver aktiviteterne på EMEA-markedet og i Nederlandene⁽¹⁹⁾.
- (50) Ifølge funktionsanalysen i transfer pricing-rapporten⁽²⁰⁾ er fokus for SMBV's aktiviteter kafferisteriet, der har base i Amsterdam. Den vigtigste råvarekomponent i denne ristning er grønne kaffebønner. Den faktiske ristningsproces for en bestemt kaffeblanding afhænger af den specifikke type grønne kaffebønner, der bruges i opskriften, og den ønskede smagsprofil. SMBV er ansvarlig for at efterleve de prognoser for ristningen, der leveres af Starbucks US, og sikre, at det endelige produkt opfylder Starbucks' kvalitetsnormer. SMBV køber grønne kaffebønner fra SCTC, en udpeget leverandør⁽²¹⁾. Bønnerne til EMEA-markedet ristes og pakkes i Nederlandene af SMBV.
- (51) SMBV har fået licens på bestemte IP-rettigheder fra Alki LP, der ikke nævnes i funktionsanalysen, men er beskrevet i et særskilt afsnit om aktiviteterne på EMEA-markedet og i Nederlandene som »nødvendig for at benytte kafferistningsprocessen og for retten til at levere kaffe til [u]dviklere. Til gengæld betaler [SMBV] en royalty til Alki LP for den licenserede IP«⁽²²⁾. Denne IP relateret til kafferistningen består bl.a. af ristningskurver, som ifølge transfer pricing-rapporten bestemmer ristningsprocessens temperatur og længde.

⁽¹⁵⁾ Varemærkerne, teknologien og knowhow'en omfatter hovedsagelig Starbucks butikksformat og Starbucks' selskabsidentitet.

⁽¹⁶⁾ Se betragtning 71 for en beskrivelse af den fri markedspris' metode.

⁽¹⁷⁾ Denne definition er baseret på punkt 2.13 til 2.20 i OECD's retningslinjer for transfer pricing. Der er tale om en (ekstern) fri markedspris, hvis uafhængige tredjeparter under samme omstændigheder betaler samme pris for samme produkt eller tjenesteydelse som forbundne parter. I dette tilfælde udgøres de koncerninterne betalinger af royalty af indbetalingerne fra Starbucks-ejede udviklere i EMEA til Starbucks Coffee BV.

⁽¹⁸⁾ Afsnit II.G i transfer pricing-rapporten.

⁽¹⁹⁾ Afsnit II.E i transfer pricing-rapporten.

⁽²⁰⁾ Afsnit III.B i transfer pricing-rapporten.

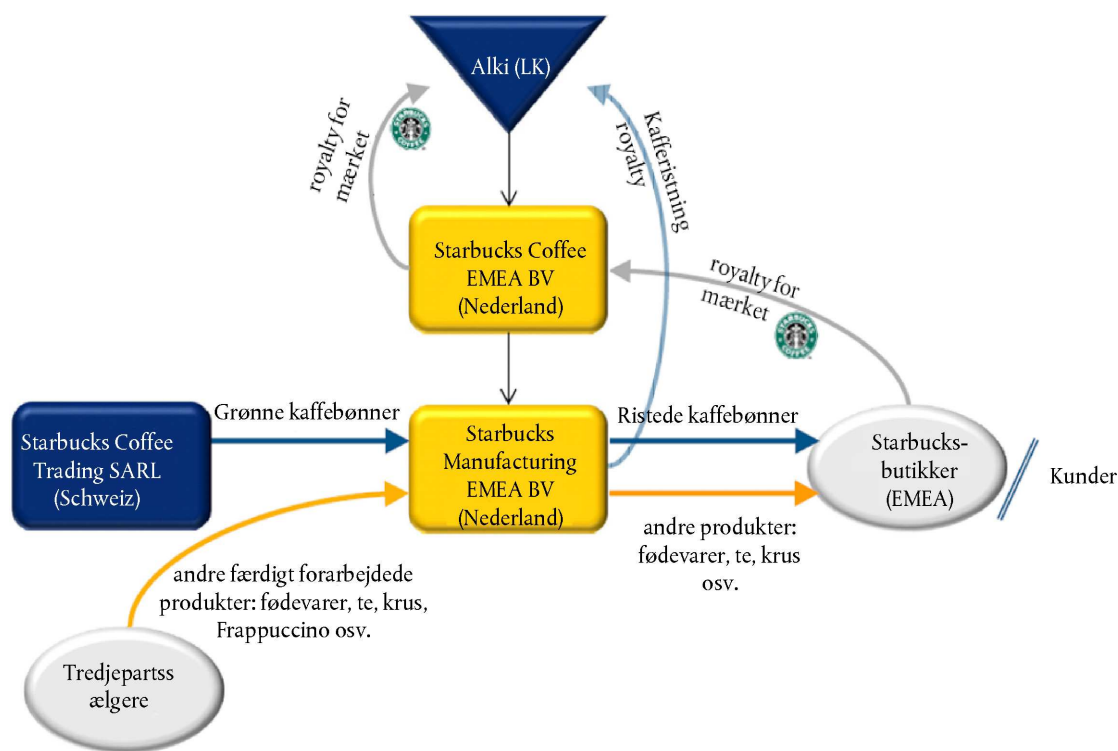
⁽²¹⁾ SCTC køber bønnerne på vegne af hele Starbucks-koncernen i hele verden og dens uafhængige licenshavere.

⁽²²⁾ Se fodnote 19.

- (52) Ifølge transfer pricing-rapporten beskæftigede SMBV [40-60] ansatte, hvoraf [20-30] udfører forsyningskædeaktiviteter, herunder indkøb, planlægning, logistik og distributionsplanlægning ⁽²³⁾. SMBV har et distributionscenter i Storbritannien (herefter benævnt »UK«), der drives på kontrakt af tredjepart ⁽²⁴⁾. SMBV har en leverings- og logistikaftale med en tredjepart i Nederlandene, i henhold til hvilken tredjeparten køber til lager med henblik på videresalg til udviklere til aftalte priser ⁽²⁵⁾. SMBV inddrog også en anden tredjepart til at åbne et distributionscenter i Tyskland i 2006.
- (53) SMBV har også en forretningsforbindelse til en producent, der producerer på kommission, nemlig [ikkeforbundet forarbejdningsevne 1]. [Ikkeforbundet forarbejdningsevne 1] fremstiller hovedsageligt [et varemærkerregistreret kaffeprodukt]-pulver til Starbucks' [varemærkerregistreret kaffe]-produkt. SMBV er ansvarlig ⁽²⁶⁾ for denne lønforarbejdningsaftale ⁽²⁷⁾ og sælger størsteparten af produktet produceret af [ikkeforbundet forarbejdningsevne 1] til Starbucks-selskaber hjemmehørende i USA.
- (54) Figur 1 er baseret på beskrivelsen i transfer pricing-rapporten og skal illustrere den del af Starbucks' struktur, der er relevant for denne afgørelse ⁽²⁸⁾.

Figur 1

Starbucks' struktur baseret på beskrivelsen i transfer pricing-rapporten



⁽²³⁾ I 2011 havde SMBV ca. [70-80] ansatte. Ifølge Starbucks' bemærkninger til åbningsafgørelsen var [40-50] ansatte beskæftiget med kafferistning og [30-40] med logistik og administration.

⁽²⁴⁾ Ifølge Starbucks' oplysninger til Nederlandene i forbindelse med anmodningen om det bindende svar fra skattemyndighederne indgik SMBV og Starbucks Corporation en aftale med [ikkeforbundet logistikvirksomhed A] i 2003, ifølge hvilken [ikkeforbundet logistikvirksomhed A] skal udføre lagerstyring (med understøttende prognoser leveret af Starbucks), koordinering af import og dokumentation af eksport, administration af forhandlerkontrakter og lageraktiviteter.

⁽²⁵⁾ Ifølge Starbucks' oplysninger til Nederlandene i forbindelse med anmodningen om det bindende svar fra skattemyndighederne indgik SMBV en aftale med [ikkeforbundet logistikvirksomhed B] i 2004 om aktiviteter vedrørende forsyningskæde og lagring af kaffe, ifølge hvilken [ikkeforbundet logistikvirksomhed B] skal udføre lagertjenesteydelser med hensyn til forskellige Starbucks-produkter, inklusive administration og håndtering, lastning og losning af køretøjer, inspektioner og opbevaring.

⁽²⁶⁾ Ifølge transfer pricing-rapporten er SMBV ansvarlig for kontraktforholdet med [ikkeforbundet forarbejdningsevne 1]. Ifølge Starbucks forhandles kontrakterne mellem [ikkeforbundet forarbejdningsevne 1] og SMBV dog af Starbucks [...].

⁽²⁷⁾ Lønforarbejdning forstås sædvanligvis som et arrangement, hvor et selskab forarbejder råvarer eller halvfabrikata for et andet selskab.

⁽²⁸⁾ Grafen er ikke indeholdt i rapporten, men blev udarbejdet af Kommissionen for at lette læsningen af denne afgørelse.

- (55) Ifølge transfer pricing-rapporten valgte skatterådgiveren TNMM-metoden (»transactional net margin method«) ⁽²⁹⁾ til at estimere det armslængdevederlag, som SMBV skulle have, frem for andre transfer pricing-metoder, fordi »nettoavancen under de specifikke forhold, der gør sig gældende for Starbucks«, er mindre påvirket af transaktionsforskelle og funktionsforskelle, end det er tilfældet med de parametre, der anvendes i de helt traditionelle metoder« ⁽³⁰⁾. For en mere detaljeret beskrivelse af valg af metode og af peer-analysen i transfer pricing-rapporten henvises til betragtning 40 til 58 i åbningsafgørelsen.
- (56) Ved anvendelsen af TNMM på SMBV's ristningsaktiviteter anså skatterådgiveren det relevante grundlag ⁽³¹⁾ for nettooverskudsindikatoren for at være omkostningerne ved tjenesteydelserne ydet af SMBV i overensstemmelse med kostpris plus avance-metoden (»Cost+-metoden«), der betragtes som en egnet metodologi for forsyningskæde- og fremstillingstjenester. Tillægget beregnes imidlertid kun for de omkostninger, hvor SMBV, ifølge skatterådgiveren, tilfører værdi. I transfer pricing-rapporten er disse omkostninger angivet som de vigtigste driftsomkostninger, såsom omkostninger til personale og afskrivninger, men ikke COGS.
- (57) Til at bestemme den rette »armslængdelønsomhed« for de aktiviteter, der udføres af SMBV, søgte skatterådgiveren efter virksomheder, der opererer i Europa med lignende funktioner og risici. En søgning i Amadeus-databasen ⁽³²⁾ på NACE Rev 1.1 kode 1586 — Forarbejdning af te og kaffe med henblik på at finde virksomheder aktive inden for handel med kaffe (køb og salg af kaffe, der ikke forarbejdes af virksomheden selv, blev ikke anset for sammenlignelig) efterfulgt af en eliminering foretaget af skatterådgiveren på basis af yderligere finansielle udvælgelseskriterier og en manuel screening ⁽³³⁾, resulterede til sidst i 20 virksomheder, der potentielt var sammenlignelige ⁽³⁴⁾.
- (58) Den nettooverskudsindikator, der blev beregnet for hver virksomhed, var et avancetillæg til de samlede omkostninger, der defineres som driftsresultatet divideret med de samlede driftsomkostninger. Medianværdien af det ukorrigerede avancetillæg til de samlede omkostninger blev for disse virksomheder anslået til 7,8 % fra 2001 til 2005.
- (59) Men ifølge skatterådgiveren omfatter dette udsnit af sammenlignelige virksomheder fuldgældende producenter, der typisk udfører flere funktioner og har råvarerrelaterede risici. For at korrigere for denne forskel og angiveligt øge pålideligheden af sammenligningen udførte skatterådgiveren en første justering, der skulle tage højde for, at der i det avancetillæg, der foresloges beregnet af SMBV's omkostningsgrundlag, ikke indgår nogen omkostningskomponent for grønne kaffebønner.
- (60) Desuden afspejlede de sammenlignelige virksomheders indtjening ifølge skatterådgiveren også indtjeningen på et omkostningsgrundlag, der omfatter sådanne råvarer. Derfor foretog skatterådgiveren en omkostningskorrektur for råvarerne på at ændre det samlede avancetillæg ⁽³⁵⁾ i udsnittet af sammenlignelige virksomheder. Skatterådgiveren anførte, at denne justering hang sammen med, hvad skatterådgiveren refererer til som at »tage adkomst til råvarerne«. Fra overskuddet i hver virksomhed i udsnittet fratrak skatterådgiveren helt konkret dens skønnede råvarepriser ganget med 12-måneders Euribor plus 50 basispoint.

⁽²⁹⁾ Se betragtning 72 for en beskrivelse af TNMM.

⁽³⁰⁾ Transaktionsforskelle er forskelle mellem transaktioner indgået af det selskab, hvis skattegrundlag estimeres ved hjælp af en transfer pricing-metode, og de transaktioner mellem uafhængige selskaber, der bruges til at bestemme armslængdepriserne. I TNMM-metoden refererer dette til de transaktioner, der udføres af sammenlignelige selskaber og bruges til at estimere en armslængdeavance. Funktionsforskelle er forskelle mellem de funktioner, der udføres af det selskab, hvis skattegrundlag estimeres ved hjælp af en transfer pricing-metode, og de funktioner, der udføres af sammenlignelige selskaber og bruges til at estimere en armslængdeavance.

⁽³¹⁾ Rapporten henviser i den forbindelse til punkt 3.26 i OECD's retningslinjer fra 1995 for transfer pricing.

⁽³²⁾ Amadeus-databasen er en database med sammenlignelige regnskabsoplysninger om offentlige og private virksomheder i hele Europa. Den vedligeholdes af Bureau van Dijk, der udgiver selskabsoplysninger og »business intelligence«.

⁽³³⁾ Automatiserede søgninger i Amadeus førte til et udvalg af 240 selskaber; yderligere finansielle udvælgelseskriterier anvendt af skatterådgiveren eliminerede 88 selskaber, hvilket reducerede udvalget til 152 potentielt sammenlignelige selskaber.

⁽³⁴⁾ De væsentligste kriterier for eliminering var, at virksomhederne udførte ikke-relaterede funktioner (f.eks. distribution, reparation osv.), producerede ikke-relaterede produkter (dvs. slik, andre fødevarer osv.), eller at de tilhørte en koncern. De 20 virksomheder, der kunne bruges til sammenligning i transfer pricing-rapporten, fremgår af tillæg til rapporten og er gengivet i tabel 5 i åbningsafgørelsen.

⁽³⁵⁾ Skatterådgiveren bruger begrebet avancetillæg, selv om beregningen af avancetillægget er baseret på driftsresultatet for sammenlignelige selskaber divideret med et omkostningsgrundlag og ikke på bruttoavancen.

- (61) Kombinationen af disse to justeringer sænkede det anslåede vederlag fra en medianværdi på 7,8 % af de samlede omkostninger til en skønnet medianværdi på 9,9 % af driftsomkostningerne ⁽³⁶⁾. Et (afrundet) avancetillæg på [9-12] % af driftsomkostningerne blev på det grundlag anset for at afspejle et armslængdeavancetillæg for SMBV's udførelse af ristning og tilknyttede aktiviteter i forsyningskæden inden for virksomhedens koncerninterne transaktioner.

2.3. Beskrivelse af OECD's retningslinjer for transfer pricing

- (62) Organisationen for Økonomisk Samarbejde og Udvikling, OECD (herefter benævnt »OECD«), har opstillet vejledende retningslinjer til sine medlemslande om beskatning. OECD's retningslinjer for transfer pricing findes i OECD's Transfer Pricing Guidelines (herefter benævnt »OECD's TP-retningslinjer«), der ikke er juridisk bindende, men udstikker retningslinjer for transfer pricing.
- (63) Ved transferpriser forstås de priser, der anvendes ved kommercielle transaktioner mellem forskellige dele af den samme koncern. Multinationale selskaber har et økonomisk incitament til at allokere så lidt overskud som muligt til jurisdiktioner, hvor beskatningen af dette overskud er højere. Det vil kunne føre til uforholdsmæssigt høje afregningspriser der ikke bør accepteres som grundlag for beregning af den skattepligtige indkomst. For at undgå dette problem bør skattemyndighederne kun acceptere transferpriser mellem koncernselskaber, når disse priser svarer til, hvad de ville modtage, hvis de var aftalt mellem uafhængige selskaber, der har forhandlet under lignende omstændigheder på armslængdeafstand ⁽³⁷⁾. Dette kaldes »armslængdeprincippet«.
- (64) De autoritative retningslinjer for armslængde-princippet findes i artikel 9, stk. 1, i OECD's modeloverenskomst om beskatning, der danner grundlag for bilaterale skatteaftaler mellem OECD-medlemslande og et stigende antal tredjelande. I artikel 9 hedder det: »[Where] conditions are made or imposed between the two [associated] enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly.«
- (65) Retningslinjerne for transfer pricing blev vedtaget den 27. juni 1995 af OECD's udvalg for fiskale anliggender (herefter benævnt »OECD's retningslinjer fra 1995« ⁽³⁸⁾), som var genstand for en anbefaling fra OECD's råd ⁽³⁹⁾. Den seneste udgave af OECD's retningslinjer for transfer pricing blev vedtaget i juli 2010 (herefter benævnt »OECD's retningslinjer af 2010«) ⁽⁴⁰⁾.
- (66) Da de er ikke-bindende, opfordres skattemyndighederne i OECD-medlemslandene blot til at følge retningslinjerne. Men generelt vil OECD's retningslinjer fungere som fokuspunkt og smitte tydeligt af på skattepraksis i OECD-landene (og endog i lande, der ikke er medlemmer). I mange OECD-medlemslande har disse retningslinjer fået retskraft eller fungerer som referencegrundlag ved fortolkningen af indenlandsk skattelovgivning. Når Kommissionen henviser til OECD's retningslinjer i nærværende afgørelse, er det, fordi disse retningslinjer er en eksisterende håndbog i transfer pricing, som udmønter diskussionerne mellem eksperter inden for rammerne af OECD og uddyber teknikker, hvis sigte er at behandle fælles udfordringer ved anvendelsen af armslængde-princippet på konkrete situationer. OECD's retningslinjer giver derfor skattemyndigheder og multinationale selskaber nyttig vejledning i anvendelsen af armslængdeprincippet. De indfanger også den internationale konsensus om transfer pricing.

2.3.1. Transfer pricing-metoder

- (67) OECD's retningslinjer fra såvel 1995 som 2010 beskriver fem metoder til estimering af en armslængdeprissætning af transaktioner og overskudsallokering mellem selskaber i samme koncern: i) den fri markedspris-metode (herefter benævnt »CUP«), ii) Cost+-metoden, iii) videresalgsprismetoden, iv) TNMM og v) profit split-metoden. Begge sæt retningslinjer skelner også mellem traditionelle transaktionsmetoder (de tre første metoder)

⁽³⁶⁾ For SMBV's vedkommende udgør driftsomkostningerne en lille brøkdel af de samlede omkostninger. Selv om det anvendte avancetillæg er højere, er det skønnede beskatningsgrundlag, der bliver resultatet, alligevel lavere.

⁽³⁷⁾ Skatteadministrationer og lovgivere er opmærksomme på dette problem, og skattelovgivningen gør det generelt muligt for skattemyndighederne at korrigere integrerede selskabers selvangivelser, hvor der ukorrekt er anvendt transferpriser, ved at erstatte dem med priser, der svarer til en pålidelig estimering af dem, der aftales mellem uafhængige selskaber, som har forhandlet under lignende omstændigheder på armslængdeafstand.

⁽³⁸⁾ Transfer pricing-retningslinjer for multinationale selskaber og skattemyndigheder, OECD, 13. juli 1995.

⁽³⁹⁾ Anbefaling C(95)126/final af 13. juli 1995.

⁽⁴⁰⁾ Transfer pricing-retningslinjer for multinationale selskaber og skattemyndigheder, OECD, 22. juli 2010.

og metoder med transaktionsbestemt overskud (de to sidste metoder). Desuden forklarer de begge, at multinationale selskaber fortsat kan vælge at anvende metoder, der ikke er beskrevet i disse retningslinjer, til at fastsætte transfer pricing, forudsat de overholder armslængdeprincippet.

- (68) I OECD's retningslinjer fra 1995 udtales udtrykkelig præference for traditionelle transaktionsmetoder, såsom CUP, frem for metoder med transaktionsbestemt overskud, såsom TNMM, som et middel til at fastslå, om transfer pricing er armslængde. Punkt 3.49 i OECD's retningslinjer fra 1995 fastslår følgende: »Traditional transaction methods are to be preferred over transactional profit methods as a means of establishing whether a transfer price is at arm's length, i.e. whether there is a special condition affecting the level of profits between associated enterprises. To date, practical experience has shown that in the majority of cases, it is possible to apply traditional transaction methods.«
- (69) I denne forbindelse hedder det i punkt 2.3 i OECD's retningslinjer fra 2010: »As a result, where, taking account of the criteria described at paragraph 2.2, a traditional transaction method and a transactional profit method can be applied in an equally reliable manner, the traditional transaction method is preferable to the transactional profit«.
- (70) CUP og TNMM er relevante for nærværende afgørelse og er derfor beskrevet nærmere i betragtning 71 til 75.
- (71) CUP-metoden sammenligner prisen anvendt ved overførsel af ejendom eller tjenesteydelser i en kontrolleret transaktion (dvs. en transaktion mellem to selskaber, der er indbyrdes forbundne) til den pris, der forlanges for overdragelse af ejendom eller tjenesteydelser i en tilsvarende ukontrolleret transaktion (dvs. en transaktion mellem selskaber, der ikke er indbyrdes forbundne, men uafhængige af hinanden), udført under sammenlignelige omstændigheder.
- (72) TNMM er en af de såkaldte »indirekte metoder« til at estimere en armslængdeprissætning af transaktioner og overskudsallokering mellem selskaber i samme koncern. Metoden beskriver, hvad der ville være en armslængdefortjeneste for en hel aktivitet, snarere end for identificerede transaktioner. Den skal ikke fastsætte prisen for solgte varer, men estimerer de fortjenester, som uafhængige selskaber kunne forventes at få på en aktivitet, såsom det at sælge varer. Den gør dette ved at tage et passende udgangspunkt (»overskudsindikator«) i f.eks. omkostninger, omsætning eller faste investeringer, og anvende en overskudsgrad, der afspejler den, der ses i sammenlignelige ukontrollerede transaktioner, på det udgangspunkt.
- (73) Fordi TNMM ikke sætter en pris for individuelle transaktioner, vil en enheds skattepligtige overskud estimeret ved hjælp af TNMM måske ikke have en direkte indvirkning på det skattepligtige overskud for en anden enhed i samme koncern. Metoden bruges altså anderledes end f.eks. CUP-metoden, hvor transfer pricing fastsætter prisen for en bestemt vare eller tjenesteydelse, der herefter med det samme beløb indregnes i det skattepligtige overskud for det selskab i koncernen, der sælger, og det selskab i koncernen, der køber den pågældende vare eller tjenesteydelse.
- (74) Brugen af TNMM er ofte knyttet sammen med punkt 3.18 i OECD's retningslinjer fra 2010, ifølge hvilken den »testede part«, dvs. den part i transaktionen, som en finansiel indikator (avance på omkostninger, bruttoavance og nettooverskudsindikator) testes på, i princippet bør være det selskab, der har den mindst komplekse funktion. Punkt 3.18 i OECD's retningslinjer fra 2010 indeholder følgende detaljerede anbefaling: »When applying a cost plus, resale price or transactional net margin method as described in Chapter II, it is necessary to choose the party to the transaction for which a financial indicator (mark-up on costs, gross margin, or net profit indicator) is tested. The choice of the tested party should be consistent with the functional analysis of the transaction. As a general rule, the tested party is the one to which a transfer pricing method can be applied in the most reliable manner and for which the most reliable comparables can be found, i.e. it will most often be the one that has the less complex functional analysis« ⁽⁴¹⁾.
- (75) Dette punkt i OECD's retningslinjer fra 2010 fortolkes ofte af skatterådgivere i forbindelse med transaktioner mellem to forbundne selskaber, som om det er tilladt at estimere armslængderentabilitet for kun ét af dem, dvs. det mindre komplekse, og allokere alt andet overskud, der er konstateret i regnskaberne, til det andet selskab, der anses for mere komplekst. Dette gøres, uanset om det selskab, der betragtes som mere komplekst, optjener et

⁽⁴¹⁾ For OECD's retningslinjer fra 1995 henvises til punkt 3.43, som indeholder en sammenlignelig beskrivelse.

armslængdevederlag som følge af transaktioner mellem sig selv og det mindre komplekse selskab, og uanset det faktum, at OECD's retningslinjer fra 2010 ikke synes at ophæve kravet om, at deraf følgende transaktioner skal armslængdeprissættes, når man støtter sig på punkt 3.18 i OECD's retningslinjer fra 2010.

2.3.2. Armslængdespænd

- (76) Ifølge OECD's retningslinjer er et spænd af resultater et mere acceptabelt armslængderesultat af en sammenlignende analyse end ét bestemt resultat ⁽⁴²⁾. I praksis er det, som skatterådgivere kalder »et spænd«, det interkvartile interval. Kvartiler i en række data er tre punkter, der deler tallene i sættet i rækkefølge fra det mindste til det største i tre ens populationssæt, dvs. 25 % af dataene er i det 25. percentil (også kaldet nedre kvartil), 50 % af dataene er under eller lig med det andet kvartil, der er medianen for sættet, og 75 % af dataene er under eller lig med 75. percentil (også kaldet øvre kvartil). Et sådant interkvartil interval er nævnt i punkt 3.57 i OECD's retningslinjer fra 2010 for situationer, hvor sammenlignelighedsproblemer ikke kan løses fuldstændigt. Hvis spændet omfatter et stort antal observationer, kan statistiske værktøjer, der tager højde for en fordeling af gennemsnit til at indsnævre spændet (f.eks. det interkvartile interval eller andre percentiler), ifølge OECD's retningslinjer fra 2010 i sådanne tilfælde medvirke til at øge pålideligheden af analysen. I praksis mener skatterådgivere ofte, at alle resultater i det interkvartile interval er acceptable og lige korrekte.
- (77) Desuden bør skattemyndighederne, ifølge punkt 3.62 i OECD's retningslinjer fra 2010 ⁽⁴³⁾, når de foretager tilpasninger af skatteyderens prismsættelse, der ligger uden for et korrekt spænd, i tilfælde af sammenlignelighedsproblemer bruge en fordeling af gennemsnit (f.eks. median, middel eller vægtede gennemsnit og lignende) til at bestemme det relevante punkt i spændet.

2.4. Beskrivelse af de væsentligste regnskabsmæssige og finansielle termer i transfer pricing-analysen

- (78) Transfer pricing-analysen i den transfer pricing-rapport, der indgik i SMBV's APA-anmodning, indeholder en række regnskabsmæssige termer og finansielle overskudsindikatorer. En kort oversigt over finansielle indikatorer og regnskabsmæssige begreber, der ofte anvendes i forbindelse med transfer pricing-vurderinger og er relevante for den foreliggende sag, er forklaret nedenfor.

2.4.1. Væsentligste poster på resultatopgørelsen (ikkefinansielle virksomheder)

- (79) De første poster på en typisk resultatopgørelse er den indtægt, som en virksomhed har af sine sædvanlige aktiviteter, sædvanligvis fra salg af varer og tjenesteydelser til kunder. Denne regnskabspost benævnes »salg« eller »omsætning« eller »indtægter«.
- (80) Kostpris for solgte varer (herefter benævnt »COGS« (cost of goods sold)) repræsenterer hovedsageligt værdien af de anvendte materialer til fremstilling af varer (råvarer) eller købsprisen for varer, der er videresolgt, hvis selskabet ikke forarbejder de solgte varer. COGS fratrækkes salget for at beregne bruttoavance.
- (81) Driftsomkostninger omfatter primært lønudgifter ⁽⁴⁴⁾, energiudgifter og andre administrations- og afsætningsomkostninger. I SMBV klassificeres den royalty, der udbetales til Alki LP, som en driftsomkostning, men den medregnes ikke i de driftsomkostninger, der anvendes til at beregne den skattepligtige indkomst i overensstemmelse med SMBV's APA ⁽⁴⁵⁾.
- (82) Tabel 1 giver en forenklet oversigt over en resultatopgørelse ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴²⁾ Punkt 1.45 til 1.48 i OECD's retningslinjer fra 1995 og 3.55 til 3.62 i OECD's retningslinjer fra 2010.

⁽⁴³⁾ Punkt 1.48 i OECD's retningslinjer fra 1995.

⁽⁴⁴⁾ For fuldstændighedens skyld bemærkes det, at en del af lønudgifterne kan medregnes i COGS, når den del er direkte knyttet til produktionen.

⁽⁴⁵⁾ Se betragtning 56 i åbningsafgørelsen.

⁽⁴⁶⁾ I tabel 1 står EBITDA for det almindelige akronym af »earnings before interest, taxes, depreciation and amortisation« (resultat før renter, skat og af- og nedskrivninger) og EBT står for det almindelige akronym af »earnings before tax« (resultat før skat).

Tabel 1

Forenklet resultatopgørelse

Salg (eller omsætning eller indtægter)

— COGS

Bruttoavance

— Driftsomkostning (OpEx)

Driftsresultat (EBITDA)

— Renter og afskrivninger

Skattepligtig indkomst (EBT)

— Skat

Nettooverskud

2.4.2. Avancer

- (83) Resultat og rentabilitet måles ofte ved hjælp af forholdstal, der anføres som »margener« eller »avancer«. Margener bruges også i peer-sammenligninger i transfer pricing.
- (84) Nogle margener defineres på en bestemt måde. Dette er tilfældet for bruttoavancer, der principielt defineres som bruttoresultat divideret med salg, og for nettoavancer, der er i princippet defineres som nettoresultat divideret med salg. Nettoavancer brugt i transfer pricing-analyser vil ofte som udgangspunkt bruge (brøkens tæller) den skattepligtige indkomst, snarere end nettooverskuddet, navnlig ved brug af TNMM, der tjener til at estimere en testet parts skattepligtige indkomst.

2.5. Beskrivelse af de nederlandske regler for armslængdeprissætning

2.5.1. Artikel 8b i selskabsskatteloven fra 1969

- (85) SMBV's APA blev indgået på grundlag af artikel 8b, stk. 1, i den nederlandske selskabsskattelov fra 1969 (*Wet op de vennootschapsbelasting 1969*) (herefter benævnt »CIT«).
- (86) Artikel 8b, stk. 1, i CIT, der blev indsat i CIT i 2002, fastlægger armslængdeprincippet i Nederlandenes nationale skatteovngivning og lyder som følger: »Hvis en enhed deltager direkte eller indirekte i ledelsen af, kontrollen over eller kapitalen i en anden enhed, og der er aftalt eller fastsat vilkår mellem disse vedrørende deres kommercielle eller finansielle forbindelser (transfer prices), som afviger fra de vilkår, som ville være blevet aftalt mellem uafhængige parter, vil disse enheders overskud blive bestemt som om sidstnævnte vilkår var aftalt«.

2.5.2. Nederlandenes dekret om transfer pricing fra 2001

- (87) Retningslinjerne for, hvordan den nederlandske skattemyndighed fortolker armslængdeprincippet i artikel 8b, stk. 1, i CIT, fremgår af Nederlandenes dekret om transfer pricing af 30. marts 2001 (herefter benævnt »dekretet«)⁽⁴⁷⁾. I præamblen til dekretet hedder det: »[...] Nederlandenes politik vedrørende armslængdeprincippet i forbindelse med international skatteret er, at dette princip udgør en integreret del af Nederlandenes skattesystem som følge af dets indarbejdelse i den brede definition af regnskabsført indtægt i afsnit 3.8 i kildeskatteloven fra 2001«⁽⁴⁸⁾. »Det vil i princippet sige, at OECD's retningslinjer gælder direkte for Nederlandene i overensstemmelse med afsnit 3.8 i kildeskatteloven af 2001. Der er en række områder, hvor OECD's retningslinjer giver mulighed

⁽⁴⁷⁾ Dekret om transfer pricing fra 2001 (*Besluit verrekenprijzen*) af 30. marts 2001, IFZ2001/295M. Dekretet blev erstattet i 2013 (sammen med dekretet af 21. august 2004, IFZ 2004/680M, der supplerede dekretet fra 2001 og ændrede det på visse punkter. Dekretet fra 2004 er imidlertid ikke relevant i dette tilfælde) med dekret af 14. november 2013, IFZ 2013/184M, Internationaal Belastingrecht. Verrekenprijzen, toepassing van het arm's-lengthbeginsel en de Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijn). Da det bindende svar stammer tilbage fra 2007, vil afgørelsen henvise til transfer pricing-dekretet fra 2001.

⁽⁴⁸⁾ Da artikel 8b ikke endnu var kodificeret i CIT i 2001, blev der foretaget justeringer af transfer pricing, både for person- og selskabsskat, på grundlag af artikel 3.8 i kildeskatteloven 2001 (som via artikel 8 i CIT også fandt anvendelse på selskabsskatteydere).

for medlemslandenes egen fortolkning. På en række andre områder har praktisk erfaring vist, at OECD's retningslinjer kræver præcisering. Dette dekret forklarer Nederlandenes holdning til disse bestemte punkter og søger, hvor det er muligt, at fjerne al forvirring«.

- (88) Med hensyn til brugen af et spænd bestemmer dekretet i kapitel 1.2: »I nogle tilfælde vil det være muligt at anvende armslængdeprincippet og komme frem til et enkelt tal, der er det mest pålidelige til at bestemme transferprisens armslængdekarakter. Da transfer pricing imidlertid ikke er en eksakt videnskab, vil en bestemt transfer pricing-metode ofte generere et spænd af tal, som alle er lige pålidelige«.
- (89) Med hensyn til transfer pricing-metoder fastsætter dekretet i kapitel 2 følgende: »Kapitel II i OECD's retningslinjer omhandler de tre traditionelle transaktionsmetoder i punkt 1.68 til 1.70 (dvs. den fri markedspris' metode, videresalgsmetoden og Cost+-metoden), mens kapitel III gennemgår metoderne kendt som transactional profit metoder (dvs. profit split-metoden og den transaktionsbestemte nettoavancemetode eller TNMM). Afhængigt af omstændighederne skal der vælges en af disse fem anerkendte metoder. Metoderne kan supplere hinanden. OECD's retningslinjer er baseret på et vist hierarki blandt metoderne, idet de traditionelle transaktionsmetoder foretrakkes. På den ene side anses transaktionsbestemte nettoavancemetoder mere eller mindre for at være de metoder, man sidst tyr til. På den anden side fremgår det af OECD's retningslinjer, at skattemyndighederne skal vurdere en transfer pricing på grundlag af den metode, der er valgt af skatteyderen (jf. punkt 4.9 i OECD's retningslinjer).

I overensstemmelse med punkt 4.9 i OECD's retningslinjer bør de nederlandske skattemyndigheder, når de foretager en transfer pricing-revision, indlede den med udgangspunkt i den metode, som skatteyderen havde valgt på tidspunktet for transaktionen. Dette er i overensstemmelse med punkt 1.68 i OECD's retningslinjer. Det betyder, at skatteyderne i princippet frit kan vælge en transfer pricing-metode under forudsætning af, at metoden fører til et armslængderesultat for den pågældende transaktion. I visse situationer vil nogle metoder dog give bedre resultater end andre. Selv om skatteydere kan forventes at basere deres valg af en transfer pricing-metode på metodens pålidelighed i den bestemte situation, forventes skatteyderne bestemt ikke at afveje fordele og ulemper ved de forskellige metoder og så forklare, hvorfor metoden, som valget faldt på, giver de bedste resultater under de foreliggende forhold (dvs. reglen om den bedste metode). Visse situationer er også velegnede til en kombination af metoder. Samtidig er skatteyderne ikke tvunget til at bruge mere end én metode. Den eneste forpligtelse, der påhviler skatteyderen, er at forklare, hvorfor der blev truffet beslutning om at vælge den bestemte metode.«

- (90) I kapitel 2.1 i dekretet beskrives CUP-metoden. Hvad angår præferencen for at anvende denne metode fastslår dekretet: »(...) Hvis en sammenlignelig pris findes, vil den fri markedspris' metode (almindeligvis kendt som CUP-metoden) i almindelighed være den mest direkte og mest pålidelige metode til at fastsætte transferprisen, så derfor er denne metode at foretrække frem for andre metoder«.

2.6. Yderligere oplysninger modtaget fra Starbucks og Nederlandene efter indledningen af den formelle undersøgelsesprocedure

- (91) Nederlandene og Starbucks fremsendte yderligere oplysninger og tal om SMBV, Alki LP, Starbucks-butikkerne og SCTC.

2.6.1. Oplysninger om SMBV's aktiviteter og risici

- (92) I transfer pricing-rapporten præsenteres SMBV som en lavrisikoproducent. Kommissionen anmodede om oplysninger, der kunne dokumentere, om SMBV's hovedaktivitet var lavrisikoproduktion, som i dette tilfælde ville være ristning af kaffe. Kommissionen anmodede også oplysninger om strukturen af SMBV's omkostninger for at efterprøve, om de underliggende aktiviteter, der genererer disse omkostninger, bekræfter, at opgaverne udført af SMBV er rutinemæssige arbejdsopgaver og ikke frembyder nogen grad af kompleksitet i overensstemmelse med forudsætningerne i transfer pricing-rapporten. Oplysning om graden af forretningsmæssig risiko, som SMBV påtager sig, er præsenteret i forskellige afsnit, hvor kontrakterne er beskrevet.
- (93) For at kunne analysere, hvilke produkter der er de primære drivkræfter i SMBV's salg, og kontrollere, om kafferistning faktisk er den vigtigste økonomiske aktivitet i SMBV, anmodede Kommissionen om en udspecificering af SMBV's salg efter produkt. Starbucks fremlagde beløbene modtaget fra butikkerne for kaffebønner (fremhævet i tabel 2) og særskilt beløbene på andre betalinger fra butikkerne fra andre aktiviteter, såsom salg af kopper, vist i tabel 2.

Tabel 2

SMBV's indtægt efter solgt produktkategori

Beskrivelse	RÅ07	RÅ08	RÅ09	RÅ10	RÅ11	RÅ12	RÅ13	RÅ14
INDT KONDITOR/BAGVÆRK	—	—	[700-800 tusinde]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[20-30 mio.]	[20-30 mio.]	[20-30 mio.]
INDT TILBEREDT MAD	—	—	—	—	[1-10 mio.]	[10-20 mio.]	[10-20 mio.]	[20-30 mio.]
INDT FÆRDIGE DRIKKE	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[10-20 mio.]	[10-20 mio.]
INDT FÆRDIGPAKKET MAD	[10-20 mio.]	[10-20 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[20-30 mio.]	[20-30 mio.]	[20-30 mio.]
INDT EMBALLERET KAFFE	[20-30 mio.]	[20-30 mio.]	[20-30 mio.]	[20-30 mio.]	[40-50 mio.]	[50-60 mio.]	[50-60 mio.]	[60-70 mio.]
INDT KAPSELKAFFE	—	—	—	—	—	[1-10 mio.]	—	([1-10 tusinde])
INDT KAPSELKAFFE-VERISMO	—	—	—	—	—	[1-10 mio.]	[10-20 mio.]	[10-20 mio.]
INDT PULVERKAFFE	—	—	[200-300 tusinde]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[10-20 mio.]	[10-20 mio.]
INDT EMBALLERET TE	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]
INDT SERVICE	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[10-20 mio.]	[10-20 mio.]
INDT BRYGGEUDSTYR	[900 tusinde-1 mio.]	[1-10 mio.]	[700-800 tusinde]	[500-600 tusinde]	[600-700 tusinde]	[700-800 tusinde]	[800-900 tusinde]	[600-700 tusinde]
INDT BRYGGEUDSTYR-VERISMO	—	—	—	—	—	[20-30 tusinde]	[1-10 mio.]	[800-900 tusinde]
INDT HÅNDGRIBELIGE MEDIER	([1-10 tusinde])	[300-400 tusinde]	[200-300 tusinde]	[80-90 tusinde]	[100-200 tusinde]	[100-200 tusinde]	[1-10 tusinde]	—
INDT GAVEPAKKER	[100-200 tusinde]	[100-200 tusinde]	[50-60 tusinde]	[1-10 tusinde]	—	—	—	—
INDT SPIL OG LEGETØJ	—	—	[200-300 tusinde]	[300-400 tusinde]	[100-200 tusinde]	[100-200 tusinde]	[100-200 tusinde]	[30-40 tusinde]
INDT DIV. MERCHANDISE	—	—	([100-200])	[400-500]	[1-10 tusinde]	[30-40 tusinde]	[500-600 tusinde]	[500-600 tusinde]
INDT RÅVARER	—	—	[100-200 tusinde]	[1-10 mio.]	[100-200 tusinde]	[200-300 tusinde]	[1-10 tusinde]	[30-40 tusinde]

Beskrivelse	RÅ07	RÅ08	RÅ09	RÅ10	RÅ11	RÅ12	RÅ13	RÅ14
INDT PAPIREMBALLAGE	[10-20 mio.]	[10-20 mio.]	[10-20 mio.]	[10-20 mio.]	[20-30 mio.]	[20-30 mio.]	[20-30 mio.]	[20-30 mio.]
INDT BLANDED DRIKKE MIX	[40-50 mio.]	[40-50 mio.]	[50-60 mio.]	[50-60 mio.]	[40-50 mio.]	[50-60 mio.]	[50-60 mio.]	[60-70 mio.]
INDT FRAP KAFFEBASE	—	—	—	—	[20-30 mio.]	[30-40 mio.]	[20-30 mio.]	[20-30 mio.]
INDT EKSTRAKT	—	—	—	—	[1-10 mio.]	[10-20 mio.]	[10-20 mio.]	[10-20 mio.]
INDT Udstyr	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[10-20 mio.]	[20-30 mio.]
INDT FORSENDELSE	[40-50 tusinde]	[30-40 tusinde]	[70-80 tusinde]	[300-400 tusinde]	[300-400 tusinde]	[200-300 tusinde]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]
INDT RETTIGHEDER	—	—	—	—	—	—	—	—
INDT GEBYR ADMINISTRATIONS-SERVICE	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[800-900 tusinde]	[900 tusinde-1 mio.]	[600-700 tusinde]	—	—
INDT ANDEN INDT	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]
SALGSRABAT	([100-200 tusinde])	[80-90 tusinde]	([1-10 tusinde])	([200-300 tusinde])	([500-600 tusinde])	([600-700 tusinde])	([1-10 mio.])	([100-200 tusinde])
HANDELSRABATTER DIREKTE TIL MARKEDET	—	—	—	—	—	([30-40 tusinde])	([10-20 tusinde])	([1-10 mio.])
KUPONRABATTER DIREKTE TIL MARKEDET	—	—	—	—	—	—	—	([20-30 tusinde])
SLOTINGUDGIFTER DIREKTE TIL MARKEDET	—	—	—	—	—	—	([20-30 tusinde])	([200-300 tusinde])
USÆLGELIGE RETURVARER OG DEKORT	—	—	—	—	—	—	—	([20-30 tusinde])
RABATTER/DEKORT	—	—	—	—	—	([1-10 tusinde])	([10-20 tusinde])	([90-100 tusinde])
Afrunding	0	(0)	(0)	0	(0)	0	(0)	(0)
Indtægter iht. lovpligtige regnskaber	[100-200 mio.]	[100-200 mio.]	[100-200 mio.]	[100-200 mio.]	[100-200 mio.]	[200-300 mio.]	[300-400 mio.]	[300-400 mio.]

- (94) Starbucks anførte, at indtægterne samlet under betegnelsen »INDT EMBALLERET KAFFE« i tabel 2, vedrører SMBV's ristnings- og emballagefunktion. Resten af indtægterne vedrører, ifølge Starbucks, SMBV's administrative og logistiske støttefunktion. En lille del af den kaffe, der ristes i Nederlandene, videreføres af tredjepartsproducenter. Det drejer sig om: »INDT KAPSELKAFFE«, »INDT KAPSELKAFFE-VERISMO«, »INDT PULVERKAFFE«, »INDT FRAP KAFFEBASE« og »INDT EKSTRAKT«. Disse indtægter bør også klassificeres som administrativ og logistisk støtte, da den underliggende indtægt, der faktureres til udviklere, repræsenterer værdien skabt af tredjepart snarere end SMBV. Under alle omstændigheder udgør disse indtægter, ifølge Starbucks, kun en lille del af SMBV's samlede ristningsproduktion.
- (95) Med hensyn til prisfastsættelsen af varer fremlagde Starbucks [...] prislisteeksempler for forskellige kvartaler i 2013 og 2014, der viser priser på kaffe og andre produkter end kaffe solgt af Starbucks. Ifølge Starbucks [...].
- (96) Hvad angår prisfastsættelsen af kaffeprodukter er priserne beregnet på grundlag af formler for omkostninger, og de varierer fra produkt til produkt. Starbucks fremlagde, som illustration, formelen for omkostningsopbygningen for posten »[certificeringsprogrammet for kaffeprodukt e]«, som volumenmæssigt er SMBV's største artikel. Kaffepriser, som SMBV opkrævede af butikkerne, beregnes ud fra de omkostninger, som SCTC betaler for grønne kaffebønner, hvortil er lagt omkostningerne [...] til anskaffelsen af kaffe og kaffe [...]. Til dette beløb, »[...]« er der lagt omkostninger [...] samt en [...], der samlet bliver den ristede kaffes pris. Endelig betales et licensgebyr til en tredjepart for [certificeringsprogrammet]-betegnelsen ⁽⁴⁹⁾.
- (97) Hvad angår priserne på andre produkter end kaffe, der af SMBV blev solgt til butikker, anførte Starbucks, at priserne på andre produkter end kaffe leveret af SMBV til butikker fastlægges ved at lægge en såkaldt [omkostningsdækningsmargen] til købsprisen for andre produkter end kaffe. Den [omkostningsdækningsmargen] opkræves af SMBV for at få dækket [...] udgifterne. Men, den gælder ikke kun SMBV's [...] udgifter, men også alle [...] relevante [...] omkostninger. Da de endelige priser for andre produkter end kaffe, som SMBV opkræver af butikkerne, beregnes ved at anvende [omkostningsdækningsmargenen] på produktionsomkostningerne, svarer avancen på andre produkter end kaffe, som SMBV bogfører, faktisk til denne [omkostningsdækningsmargin].
- (98) SMBV's største udgiftspost er løn, der udgjorde [1-10 mio.] EUR i 2014 ud af en samlet driftsomkostning på 16 124 000 EUR det år. Andre af SMBV's store driftsomkostningsposter i 2014 var lønrelaterede omkostninger, lønsumsafgift, betaling af leje og leasing af ejendom, afskrivning på udstyr og amortisering af immaterielle værdier. Selv om SMBV før 2013 ikke havde omkostninger til amortisering af immaterielle aktiver, var det en af de største driftsomkostningsposter i 2014, svarende til 628 000 EUR, hvilket var en større udgift det år end reparation og vedligeholdelse af udstyr, elektricitet, uerholdelige fordringer, kontor- og computerforsyninger og andet (f.eks. omkostninger til softwarelicenser, der registreres som en særskilt post). Omkostninger til amortisering af immaterielle værdier synes at relatere til en IP-retting, der første gang bogførtes i regnskabet i 2012, og som skulle være erhvervet for mere end 4 mio. EUR. Derudover var der i 2014 en stor driftsomkostning, der er anført som »Markedsundersøgelser« og beløb sig til [100-200 tusinde] EUR det år.

2.6.2. Royaltybetalinger

- (99) SMBV's skattepligtige overskud i Nederlandene, der ifølge SMBV's APA fastlægges i forhold til virksomhedens driftsomkostninger, reduceres med en royalty betalt til Alki LP. Kommissionen anmodede om yderligere oplysninger fra Nederlandene og Starbucks vedrørende størrelsen af royaltybetalingen og den nøjagtige beregning af beskatningsgrundlaget.
- (100) SMBV's resultatopgørelse, som den fremgår af regnskabet, er gengivet i tabel 3.

⁽⁴⁹⁾ For eksempel udgjorde dette gebyr i slutningen af [...] [1,5-2] % af den pris, som SCTC forventes at betale for indkøb af grønne kaffebønner, og [0,5-1] % af prisen, som SMBV opkrævede [...]. [Certificeringsprogrammet]-betegnelsen er blevet brugt og betalt for af Starbucks siden [...].

Tabel 3

SMBV's resultatopgørelse 2001-2014

(EUR)

	2001/2002	2002/2003	2003/2004	2004/2005	2005/2006	2006/2007	2007/2008	2008/2009	2009/2010	2010/2011	2011/2012	2012/2013	2013/2014
Salg	14 067 934	51 700 060	63 950 312	83 240 391	108 855 325	118 663 171	128 784 681	135 677 607	142 627 243	184 159 097	286 217 379	327 632 453	350 538 852
Direkte salgsomkostninger	(15 398 686)	(41 799 345)	(50 148 768)	(68 349 376)	(85 467 406)	(98 615 765)	(108 107 101)	(115 352 332)	(120 020 824)	(153 275 834)	(252 500 829)	(286 969 488)	(305 831 016)
deraf grønne bøtter (*)	[0-10 million]	[10-20 million]	[10-20 million]	[10-20 million]	[10-20 million]	[20-30 million]	[20-30 million]	[20-30 million]	[30-40 million]	[40-50 million]	[60-70 million]	[60-70 million]	[60-70 million]
Bruttoavance	(1 330 752)	9 900 715	13 801 544	14 891 015	23 387 919	20 047 406	20 677 580	20 325 275	22 606 419	30 883 263	33 716 550	40 662 965	44 707 836
Administrative omkostninger	(3 150 256)	(8 474 279)	(8 997 548)	(5 086 145)	(7 303 608)	(10 158 687)	(15 221 123)	(16 742 108)	(16 835 153)	(14 303 059)	(17 469 758)	(16 626 967)	(16 124 052)
Valutakursomkostninger	219 905	33 743	5 102	24 784	(388 855)	(166 915)	(467 072)	1 849 067	(2 266 492)	(2 089 448)	(8 162 650)	709 539	(2 272 582)
Andre udgifter (se noten)	4 744 084	526 555	(2 165 152)	(6 336 360)	(11 594 191)	(4 699 336)	(1 698 150)	(2 470 449)	(1 079 817)	(12 352 838)	(5 786 211)	(22 812 962)	(24 285 088)
EBIT	482 981	1 986 734	2 643 946	3 493 294	4 101 265	5 022 468	3 291 235	2 961 785	2 424 957	2 137 918	2 297 931	1 932 575	2 026 114
Rendteindtægter	17 328	34 576	27 668	51 766	167 195	248 997	304 939	86 995	45 402	30 073	18 763	14 200	76 209
Rendteudgifter	0	(803 856)	(1 263 915)	(1 272 114)	(817 041)	(2 356 989)	(2 097 056)	(1 345 779)	(817 041)	(737 371)	(735 233)	(411 315)	(434 454)
Resultat før skat	500 309	1 217 454	1 407 699	2 272 946	2 763 349	2 914 476	1 499 118	1 703 001	1 653 318	1 430 620	1 581 461	1 535 460	1 667 869
Selskabsskat	(171 805)	(418 774)	(484 408)	(733 370)	(783 194)	(844 309)	(383 909)	(427 159)	(428 611)	(337 599)	(395 365)	(391 220)	(575 812)
Årets nettoresultat	328 504	798 680	923 291	1 539 576	1 980 155	2 070 167	1 115 209	1 275 842	1 224 707	1 093 021	1 186 096	1 144 240	1 092 057

(*) Yderligere fremsendt, se tabel 8.

- (101) I noterne til regnskaberne defineres posten »Andre udgifter« i tabel 3 på følgende måde: »Andre udgifter vedrører en royaltyaftale med det forbundne selskab [CV 1], som blev overført til Alki LP den 13. december 2006 og er baseret på en bindende svar fra de nederlandske skattemyndigheder«. APA'en, som denne fodnote henviser til, er SMBV's APA og angiver således, at SMBV's revisor fandt, at SMBV's royaltybetalinger til Alki LP var fastlagt i SMBV's APA.
- (102) Denne royalty beregnes som en restpost i resultatopgørelsen. Ved opstillingen af SMBV's resultatopgørelse er alle input-tal, der ikke er royalty, enten observeret til eller antages at være prissat ved armslængde. Baseret på de priser, der er godkendt i SMBV's APA, beregnes det skattepligtige overskud (»Resultat før skat« i figur 2) til ca. [9-12] % af SMBV's driftsomkostninger (»administrationsomkostninger« i figur 2). Men da posten »Salg« i figur 2 minus alle de regnskabsførte udgifter før royaltybetalingen ⁽⁵⁰⁾ ikke udgør dette skattepligtige overskud beregnet på basis af SMBV's APS, så udbetaler SMBV det overskydende overskud udover dette avancetillæg på [9-12] % som en skattefradragsberettiget royalty til Alki LP for kafferistningsrelateret IP (»Andre udgifter« i figur 2). Baseret på SMBV's regnskab finder royaltybetalingen således sted som bestemt af SMBV's APA, som er godkendt af de nederlandske skattemyndigheder.

Figur 2

	2010/2011 EUR	2019/2010 EUR
Sales	184 159 097	142 627 243
Direct Cost of sales	(153 275 834)	(120 020 824)
Gross margin	30 883 263	22 606 419
General and administrative expenses		
Foreign current exchange		
Operating result	14 490 756	3 504 774
Other expenses = Royalty	(12 352 838)	(1 079 817)
Interest income		
Interest expense	(707 298)	(771 639)
Result before taxation	1 430 620	1 653 318
Corporate income tax	(337 599)	(428 611)
Net result for the year	1 093 021	1 224 707

- (103) Idet skattegrundlaget i SMBV's regnskab i SMBV APA's anvendelsesperiode er lig med men ikke præcis [9-12] % af hvert års »Administrationsomkostninger«, anmodede Kommissionen Starbucks om at udlevere de faktiske omkostninger for hvert år, som blev anvendt til beregning af beskatningsgrundlaget. Starbucks gav oplysninger om størrelsen af driftsudgifterne, der blev anvendt til at beregne den skattepligtige indkomst hvert år på grundlag af SMBV's APA, og også for de tidligere regnskabsår (siden 2001), hvor en tidligere APA var i kraft. For hver periode af anvendelsen af SMBV's APA er de omkostninger, der tages i betragtning ved beregningen af beskatningsgrundlaget, lavere men tæt på de beløb, der er regnskabsført som »Administrationsomkostninger«. F. eks. i perioden 2012/2013 beløber disse omkostninger sig til 15 694 137 EUR, og for perioden 2007/2008 er disse omkostninger 15 055 253 EUR. I de perioder, der ligger forud for anvendelsen af SMBV's APA, er de omkostninger, der er taget i betragtning ved beregningen af skattegrundlaget, langt højere, da de, ifølge Starbucks,

⁽⁵⁰⁾ Nærmere betegnet er overskuddet før skat inden royalty-betaling lig med »Salg« minus »Direkte salgsomkostninger« (som udgør udgifterne til råvarer, der er blevet brugt som led i produktionsprocessen), minus »administrationsomkostninger«, minus »Fremmed valuta«, plus »Renteindtægter« minus »Renteudgifter« i figur 2. For eksempel, for året 2010/2011 ville overskuddet før skat inden royalty-betaling svare til 13 783 458 EUR. For at mindske »før skat« til det niveau, der blev aftalt i SMBV's APA på ca. [9-12] % af de aftalte udgifter, udbetales en fradragsberettiget royalty på 12 352 838 EUR til Alki LP, som bogført under posten »Andre udgifter«.

også omfatter de omkostninger, som [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 1] opkrævede. F.eks. i perioden 2006/2007 udgjorde de omkostninger, der blev brugt til beregningen af beskatningsgrundlaget, [30-40 mio.] EUR. Dette forklarer, hvorfor selskabsskattetilsvaret faldt med mere end halvdelen, da SMBV's APA trådte i kraft ⁽⁵¹⁾, dvs. fra 844 309 EUR i 2006/2007 til 383 909 EUR i 2007/2008, som vist i tabel 3.

2.6.3. Oplysninger om Alki LP

- (104) Som svar på spørgsmålene fra åbningsafgørelsen har Nederlandene givet en beskrivelse af de licensrettigheder, som Alki LP har på brug og videregivelse af IP-rettigheder, for hvilke SMBV betaler royalty til Alki LP. I denne forbindelse har Nederlandene forklaret, at IP-rettigheden omfatter tre kategorier: i) varemærkerettigheder ⁽⁵²⁾, ii) Starbucks' systemrettigheder ⁽⁵³⁾, og iii) kafferelaterede rettigheder ⁽⁵⁴⁾. Nederlandene forklarede yderligere, at viden og information om kaffe indbefatter brug og anvendelse af fortrolig information, teknologi og viden med hensyn til opskrifter til blanding af grønne kaffebønner, ristning af grønne kaffebønner og produktion af andre afledte kaffeprodukter ⁽⁵⁵⁾.
- (105) Nederlandene har yderligere forklaret, at under aftalen om ristning, som er nærmere beskrevet i betragtning 142, fungerer Alki LP som den ordregivende hovedvirksomhed, der bærer alle risici og udfører de tilknyttede aktiviteter ⁽⁵⁶⁾. Derfor udgør denne royalty ifølge Nederlandene ikke kun vederlag for IP-rettigheden, men også for Alki LP's rolle som ordregiver.
- (106) I forhold til Alki LP har Starbucks anført, at Alki LP ikke har nogen ansatte på sin lønningsliste til at udføre sin rolle som hovedvirksomhed under aftalen om ristning, ej heller har dennes partnere medarbejdere på lønningslisten, der udfører denne rolle. Ifølge Starbucks varetager Alki LP denne rolle gennem vejledning, ekspertise og nødvendige funktioner leveret af Starbucks-enheder i USA i henhold til [aftalen om omkostningsdeling] ⁽⁵⁷⁾. Ifølge Starbucks, og som det fremgår af Alki LP's kommanditselskabsstiftelsesdokumentet, er SCI UK I, Inc. ⁽⁵⁸⁾ og Starbucks Coffee International, Inc. ⁽⁵⁹⁾ partnere i Alki LP.
- (107) Starbucks har præciseret, at Alki LP blev føjet til koncernstrukturen i december 2006 som led i udbygningen af omkostningsdelingsaftalen for at dække hele EMEA-regionen ved at inkludere det britiske marked. Ved at tilføje Alki LP til strukturen undgik Starbucks, at de royaltyindtægter, som Alki LP modtog, kom til at indgå direkte i Alki LP-partnernes indkomst under amerikansk skatteret.

2.6.4. Udbetalinger fra Alki LP til Starbucks Corporation under aftalen om omkostningsdeling

- (108) Da hverken Alki LP eller dets partnere har nogen ansatte ⁽⁶⁰⁾, og Starbucks hævder, at Alki LP er i stand til at varetage sin rolle som hovedvirksomhed gennem omkostningsdelingsaftalen, anmodede Kommissionen om oplysninger om betalinger under denne aftale og om de tjenester, som disse betalinger vedrører, samt den måde, hvorpå ydelserne finansieres af Alki LP. Starbucks gav følgende oversigt over udbetalinger fra Alki LP til Starbucks USA opdelt i forskellige typer af betalinger.
- (109) Under omkostningsdelingsaftalen foretager Alki LP royaltybetalinger til Starbucks USA for de tre IP-kategorier, som Starbucks USA licenserer til Alki LP. Disse royalties består af i) en buy-in royalty for brand/varemærkerettigheder, ii) en buy-in royalty for forretningsformatrelaterede rettigheder og iii) en fast royalty for kaffeviden.

⁽⁵¹⁾ Under det tidligere bindende svar blev SMBV's beskatningsgrundlag beregnet til 8 % af de pågældende udgifter.

⁽⁵²⁾ Disse omfatter Starbucks' figurative mærke samt Starbucks' forretningsplan.

⁽⁵³⁾ Disse omfatter møbler og inventar, det udvendige og opfattelsen af butikker, de såkaldte systemer vedrørende det udvendige/»fronten« af butikker, og såkaldte systemer til opsætning/»bagved« i butikkerne.

⁽⁵⁴⁾ Disse omfatter »brand-kurverne« og formelen for kaffeblandinger.

⁽⁵⁵⁾ Nederlandenes bemærkninger til åbningsafgørelsen, s. 25.

⁽⁵⁶⁾ Nederlandenes bemærkninger til åbningsafgørelsen, s. 27.

⁽⁵⁷⁾ Se betragtning 145 og 146.

⁽⁵⁸⁾ Et selskab, som er stiftet i henhold til lovene i staten Washington, USA (Komplementaren).

⁽⁵⁹⁾ Et selskab, som er stiftet i henhold til lovene i staten Washington, USA (Kommanditisten).

⁽⁶⁰⁾ Se betragtning 106.

- (110) Størrelsen af royaltybetalingen beregnes på grundlag af en formel, der tager udgangspunkt i det resterende overskud. Det resterende overskud er summen af de royalties, som SMBV og Starbucks Coffee BV har betalt til Alki LP ⁽⁶¹⁾, og de indtægter, som Alki LP modtager fra Starbucks Corporation ⁽⁶²⁾. Fra dette beløb er et armslængdevederlag for rutineopgaver udført af Alki LP trukket fra ⁽⁶³⁾. [...] I denne forbindelse skal der sondres mellem IP-rettigighederne for brand/varemærke og forretningsformat på den ene side, og viden om kaffe på den anden. Denne forskel kan forklares ved, at Alki LP har det egentlige ejerskab af de forretningsformatrelaterede immaterielle aktiver og varemærket/brandet i EMEA-regionen, mens det juridiske og egentlige ejerskab af kaffeviden-rettigighederne ligger hos Starbucks USA.
- (111) Det egentlige ejerskab af de forretningsformatrelaterede immaterielle aktiver og varemærket/brandet i EMEA-regionen blev i 2002 overført fra Starbucks Corporation til [CV 1] og siden i 2006 til Alki LP. For det egentlige ejerskab foretog [CV 1] og Alki LP buy-in royalty-betalinger, hvor andelen af den amerikanske andel af udgifterne, som Alki LP skulle betale til Starbucks USA, degressivt reduceredes fra [65-70] % i 2002 til [0,5-1] % i 2010 og fremefter for varemærket og [70-75] % i 2002 til [0-0,5] % i 2010 og fremefter for forretningsformat-IP. Med disse buy-in-betalinger anses de egentlige ejerskabsrettigheder for disse to kategorier af IP i EMEA-regionen for at være betalt af Alki LP. Med hensyn til kaffeviden-IP betaler Alki LP en fast royalty på [70-75] % af det resterende overskud henført til denne IP-kategori til Starbucks USA.
- (112) Starbucks har fremlagt en oversigt over den faste royalty og buy-in-betalingerne fra [CV 1] og Alki LP for perioden 2005-2014. Med hensyn til buy-in-betalingerne har [CV 1] indbetalt et beløb på [1-10] mio. EUR som buy-in-betalinger for varemærke og forretningsformat-IP til Starbucks Corporation ⁽⁶⁴⁾, ⁽⁶⁵⁾. I december 2006 blev omkostningsdelingsaftalen overført fra [CV 1] til Alki LP. Fra 2007 til 2014 betalte Alki LP [1-10] millioner EUR for varemærket og [20-30] mio. EUR for forretningsformat-IP ⁽⁶⁶⁾. Det betyder, at der i alt blev betalt [10-20] mio. EUR som buy-in-betalinger for varemærke og [20-30] mio. EUR for forretningsformat-IP. I 2014 overførte Alki LP det egentlige ejerskab af IP-rettigighederne til Starbucks EMEA Ltd, i forbindelse hvormed en gevinst på [1-1,5] mia. EUR blev regnskabsført som anden driftsindtægt i dens resultatopgørelse. Med hensyn til fast royalty betalte Alki LP i gennemsnit [1-10] mio. EUR om året (EUR [70-80] millioner i alt) i perioden 2005-2014 til Starbucks Corporation for kaffeviden-IP ⁽⁶⁷⁾.
- (113) Udover buy-ins og fast royalty betaler Alki LP gebyrer for tjenesteydelser leveret af Starbucks Corporation og deler omkostningerne i forbindelse med udviklingen af visse immaterielle aktiver ⁽⁶⁸⁾. I perioden 2008-2014 betalte Alki LP i gennemsnit [1-10] mio. EUR om året i omkostningsdeling og [1-10] mio. EUR om året i gebyrer for tjenesteydelser.

⁽⁶¹⁾ For perioden 2008-2014 modtog Alki LP i alt [400-500] millioner EUR i licensindtægter fra Starbucks Coffee BV & SMBV. Ud af disse [400-500] mio. EUR blev [300-400] mio. ([80-85] %) modtaget fra Starbucks Coffee BV og [60-70] mio. [15-20] % EUR fra SMBV.

⁽⁶²⁾ Ifølge Starbucks beror denne betaling fra Starbucks USA til Alki LP på en global omkostningstilpasning, der skal kompensere Alki LP for de lavere licensafgifter fra SMBV som følge af Starbucks' prispolitik for ristet kaffe på verdensplan.

⁽⁶³⁾ Dette armslængdevederlag beregnes efter de amerikanske transfer pricing-regler og opgøres for alle aktiviteter i Starbucks Coffee BV og SMBV.

⁽⁶⁴⁾ Starbucks kunne ikke fremlægge en opdeling af buy-in-betalingerne for brandet eller for forretningsformatet for årene 2005 og 2006. Der er også nogle forskelle mellem licensafgiften og buy-in-betalingerne fra [CV 1], jf. oversigten fra Starbucks og [CV 1]'s resultatopgørelse. Starbucks har ikke kunnet oplyse den nærmere årsag til disse forskelle.

⁽⁶⁵⁾ Ingen buy-in-betalinger blev foretaget før 2005 til Starbucks Corporation, da [CV 1] gav underskud indtil 2005.

⁽⁶⁶⁾ Dog ville dette beløb i gennemsnit være [...] lavere, hvis indtægten fra Starbucks Corporation ikke blev taget i betragtning ved beregningen af det resterende overskud.

⁽⁶⁷⁾ Dog ville dette beløb i gennemsnit være [...] lavere, hvis indtægten fra Starbucks Corporation ikke blev taget i betragtning ved beregningen af det resterende overskud.

⁽⁶⁸⁾ Se betragtning 146.

2.6.5. Oplysninger om SCTC og om priserne på grønne kaffebønner betalt af SMBV

- (114) Da grønne kaffebønner indkøbes af SMBV gennem en koncerntransaktion, mere præcist købes de hos SCTC, anmodede Kommissionen om oplysninger om, hvordan priserne for denne koncernterne transaktion bestemmes, og om den pris, der fastsættes for hvert år i hele programmet af SMBV's APA.
- (115) Starbucks har indsendt balancer og resultatopgørelser for SCTC siden 2005. Tabel 4 gengiver oplysningerne indeholdt heri. Den beregning af avancetillægget på omkostningerne ved grønne kaffebønner (COGS), der anvendes af SCTC, blev tilføjet af Kommissionen med henblik på denne afgørelse. På grundlag af de regnskabsmæssige oplysninger, som starter fra 2005, er det gennemsnitlige avancetillæg på grønne kaffebønner på [ca. 3 %] for perioden 2005 til 2010 sammenholdt med et gennemsnitligt avancetillæg på [ca. 18 %] i perioden 2011 til 2014.
- (116) Starbucks fremførte, at fra 2011 og fremefter har Starbucks justeret den transfer pricing-politik, der gælder for salg af grønne kaffebønner, for at hæve avancetillægget på produktomkostningerne, grundet den stigende betydning af SCTC's drift, især dens stigende ekspertise i kaffeindkøb, og, vigtigere endnu, dens ejerskab og drift af C.A.F.E. Praxisprogram.
- (117) C.A.F.E. Praxisprogrammet blev lanceret i 2004 i forbindelse med åbningen af SCTC's støttecenter for landmænd i Costa Rica som et initiativ i fortsat udvikling, hvor landmænd, eksportører og indkøbere kan have en løbende diskussion for at i) forbedre kaffekvalitet, ii) sikre økonomisk ansvarlighed for betalinger på alle niveauer i forsyningskæden; iii) fremme social ansvarlighed i arbejdsforhold, beskyttelse af arbejdstagernes rettigheder og passende levevilkår og iv) gå i front på miljøområdet med hensyn til dyrkning og forarbejdning af grønne kaffebønner.
- (118) For at undersøge, om de voksende aktiviteter, som Starbucks hævder er forklaringen på den forøgede avance, bliver bekræftet i regnskabet, fremlægger tabel 4 også SCTC's aktiver. Selv om aktiverne i alt er vokset betydeligt siden 2010, skyldes dette hovedsageligt øget likviditetsbeholdning. Driftsaktiverne (uden likvide midler) er steget med en tredjedel over de fire år fra 2010 til 2014.
- (119) De årsberetninger fra SCTC, der er fremlagt af Starbucks, beskriver heller ikke i noterne noget om en eventuel forskel i risici, funktioner eller aktiver fra 2010 til 2011. Aktiviteterne og risici er beskrevet i samme formulering i denne periode, dvs. at SCTC's hovedaktivitet ifølge begge årsberetninger er køb og salg af grønne kaffebønner af høj kvalitet og beslægtede aktiviteter som kvalitetssikring og drift (logistik, oplagring, blanding, fjernelse af koffein osv.).

Tabel 4

Finansielle data for SCTC

(CHF)

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
SCTC's salg	[500-600 mio.]	[600-700 mio.]	[600-700 mio.]	[600-700 mio.]	[600-700 mio.]	[500-600 mio.]	[900-1 000 mio.]	[1,5-2 mia.]	[1-1,5 mia.]	[900-1 000 mio.]
SCTC's egenpris	[500-600 mio.]	[500-600 mio.]	[600-700 mio.]	[600-700 mio.]	[600-700 mio.]	[400-500 mio.]	[800-900 mio.]	[1-1,5 mia.]	[800-900 mio.]	[700-800 mio.]
Bruttoavance (salg — egenpris)	[20-30 mio.]	[30-40 mio.]	[40-50 mio.]	[30-40 mio.]	[40-50 mio.]	[30-40 mio.]	[100-200 mio.]	[200-300 mio.]	[100-200 mio.]	[100-200 mio.]
Bruttoavance på egenpris	[4,5-7,5] %	[4,5-7,5] %	[4,5-7,5] %	[4,5-7,5] %	[4,5-7,5] %	[4,5-7,5] %	[16,5-19,5] %	[16,5-19,5] %	[19,5-22,5] %	[16,5-19,5] %
Driftsudgifter (ekskl. hensættelser)	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]
Resultat før skat	[10-20 mio.]	[20-30 mio.]	[20-30 mio.]	[20-30 mio.]	[30-40 mio.]	[20-30 mio.]	[100-200 mio.]	[200-300 mio.]	[100-200 mio.]	[100-200 mio.]
Skat	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[1-10 mio.]	[10-20 mio.]	[10-20 mio.]	[10-20 mio.]	[10-20 mio.]
Nettooverskud	[10-20 mio.]	[20-30 mio.] (*)	[20-30 mio.] (*)	[20-30 mio.]	[20-30 mio.]	[10-20 mio.]	[100-200 mio.]	[100-200 mio.]	[100-200 mio.]	[100-200 mio.]
Aktiver i alt	[200-300 mio.]	[200-300 mio.]	[200-300 mio.]	[200-300 mio.]	[200-300 mio.]	[100-200 mio.]	[300-400 mio.]	[500-600 mio.]	[600-700 mio.]	[700-800 mio.]
Aktiver i alt med fradrag af kontante og likvide midler (inkl. omsættelige værdipapirer)	[100-200 mio.]	[100-200 mio.]	[100-200 mio.]	[100-200 mio.]	[100-200 mio.]	[100-200 mio.]	[300-400 mio.]	[100-200 mio.]	[100-200 mio.]	[100-200 mio.]

(*) Inklusive et ekstraordinært overskud efter skat [1-10 mio.] CHF og et tab af [800-900 tusinde] CHF i henholdsvis 2006 og 2007.

(%)

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Bruttoavance på egenpris	[1,5-4,5]	[1,5-4,5]	[1,5-4,5]	[1,5-4,5]	[4,5-7,5]	[1,5-4,5]	[16,5-19,5]	[13,5-16,5]	[19,5-22,5]	[16,5-19,5]

(120) Da Starbucks påberåbte sig C.A.F.E. Praksisprogrammet for at forklare stigningen af den af SCTC opkrævede avance, anmodede Kommissionen Starbucks om at fremlægge omkostningerne i forbindelse med dette program og omkostningerne til Støttecentre for landmænd. Starbucks indsendte overslag over de årlige omkostninger af i) C.A.F.E. Praksisprogrammet og ii) Støttecentrenes for landmænd, som præsenteres i tabel 5.

Tabel 5

Direkte og indirekte omkostninger i forbindelse med C.A.F.E. Praksisprogrammet og Støttecentre for landmænd

(USD)

	RÅ04	RÅ05	RÅ06	RÅ07	RÅ08	RÅ09	RÅ10	RÅ11	RÅ12	RÅ13	RÅ14
1) Tildelte C.A.F.E. Praksisudgifter	Ikke relevant	Ikke relevant	Ikke relevant	Ikke relevant	Ikke relevant	Ikke relevant	[500 000-600 000]	[100 000-200 000]	[1 000 000-10 000 000]	[1 000 000-10 000 000]	[1 000 000-10 000 000]
2) Omkostninger i forbindelse med Støttecentre for landmænd	[800 000-900 000]	[1 000 000-10 000 000]	[1 000 000-10 000 000]	[1 000 000-10 000 000]	[1 000 000-10 000 000]	[1 000 000-10 000 000]	[1 000 000-10 000 000]	[1 000 000-10 000 000]	[1 000 000-10 000 000]	[1 000 000-10 000 000]	[1 000 000-10 000 000]
3) Andre C.A.F.E. Praksisrelaterede omkostninger	Ikke relevant	Ikke relevant	[60 000-70 000]	[1 000 000-10 000 000]	[1 000 000-10 000 000]	[200 000-300 000]	[700 000-800 000]	[400 000-500 000]	[60 000-70 000]	[200 000-300 000]	[1 000 000-10 000 000]
I alt	[800 000-900 000]	[1 000 000-10 000 000]	[1 000 000-10 000 000]	[1 000 000-10 000 000]	[1 000 000-10 000 000]	[1 000 000-10 000 000]	[1 000 000-10 000 000]	[1 000 000-10 000 000]	[1 000 000-10 000 000]	[1 000 000-10 000 000]	[1 000 000-10 000 000]

(121) De samlede omkostninger i perioden 2011-2014 til Praksisprogrammet og Støttecentre for landmænd repræsenterer højst [0,5-1] % af værdien af de grønne kaffebønner, der indkøbes af SCTC ⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁹⁾ Værdien i 2014 beregnet ved sammenligning af de samlede skønnede omkostninger ved C.A.F.E. Praksisprogrammet og programmet til landmandstøttecentre med SCTC's COGS, tilpasset med vekselkursen USD: CHF.

- (122) Som svar angav Starbucks, at C.A.F.E. Praksisprogrammet bør betragtes som IP, for hvilken værdien er uafhængig af de underliggende omkostninger.
- (123) Kommissionen anmodede Starbucks om at udlevere transfer pricing-rapporten vedrørende prisfastsættelsen af grønne kaffebønner, der sælges af SCTC til SMBV. Ifølge Starbucks er der historisk set ikke blevet udarbejdet dokumentation for transfer pricing, der omfatter forholdet mellem SCTC og SMBV. For at imødekomme Kommissionens anmodning udleverede Starbucks en ad hoc-rapport om SCTC's interne afregningspriser til Kommissionen den 13. april 2015.
- (124) Ifølge den udleverede rapport om ad hoc-transferpriser bestemmer SCTC priserne over for sine samarbejdspartnere ved at beregne et avancetillæg på produktomkostningerne ved grønne kaffebønner, SCTC indkøber..
- (125) Derudover, for at bestemme et aktuel armslængdeavancetillæg på SCTC's produktomkostninger ved indkøb af grønne kaffebønner, blev tre separate komponenter identificeret:
- Intellektuel ejendomsret — C.A.F.E. Praksisprogram: SCTC styrer C.A.F.E. Praksisprogrammet og bruger værdifuld knowhow, når det indgår i Starbucks' forretningsaktiviteter, sikrer en ensartet levering og understøtter Starbucks-brandet for bæredygtighed. Starbucks analyserede denne transaktion med sammenlignelige licensaftaler vedrørende levnedsmidler og landbrugsteknologi.
 - Indkøb: SCTC leverer indkøbsfunktioner for grønne kaffebønner. Starbucks analyserede denne transaktion med sammenlignelige indkøbsaftaler mellem tredjeparter.
 - Finansiering: SCTC bør generere en modydelse for finansieringsomkostninger, der er forbundet med usolgt lager og nettotilgodehavender for grønne kaffebønner. Starbucks analyserede en passende modydelse for finansiering, som skal returneres til SCTC.
- (126) En kombination af resultaterne for hver enkelt komponent analyseret af SCTC ville give et samlet resultat for grønne kaffebønner, i alt fra 2005 til 2014 som vist i tabel 6:

Tabel 6

Bruttoavanceprocent på produktomkostninger

(%)

Komponent	Avancetillæg til produktionsomkostningerne Nedre kvartil	Avancetillæg til produktionsomkostningerne Median	Avancetillæg til produktionsomkostningerne Øvre kvartil
IP – C.A.F.E. Practices Program	1,4	4,2	9,9
Indkøb	4,7	6,0	8,0
Finansiering	[1,5-4,5]	[1,5-4,5]	[1,5-4,5]
Samlet avancetillæg i % af produktionsomkostningerne	[7,5-10,5]	[10,5-13,5]	[19,5-22,5]

- (127) Det kombinerede armslængdeinterval for SCTC's samlede avancetillæg til produktomkostningerne for kaffen, der sælges til SMBV, ligger ifølge ad hoc-rapporten om transferpriser mellem en nedre kvartil på [ca. 9 %] og en øvre kvartil på [ca. 21 %], med en median på [ca. 12 %] for hele perioden 2005 til 2014.
- (128) Ifølge Starbucks falder SCTC's faktiske realiserede bruttoavance ⁽⁷⁰⁾ helt og holdent inden for armslængdeintervallet. Det fremgår ifølge Starbucks af, at bruttoavancen på SCTC's salg lå på [ca. 12 %] for årene 2005 til 2014 baseret på et vægtet gennemsnit.

⁽⁷⁰⁾ Bruttoavance er bruttofortjeneste (dvs. salg minus COGS) divideret med salget, jf. betragtning 84.

- (129) Kommissionen anmodede Starbucks om at indberette de data og komponenter af avancetillægget, der blev anvendt til at beregne de kvartil- og mediantal for perioden fra 2005 til 2014, som blev fremsendt til Kommissionen. Starbucks oplyste, at disse data ikke er tilgængelige.
- (130) Starbucks indsendte oplysninger den 29. juni 2015 for at dokumentere prisfastsættelsen af grønne kaffebønner i den fremsendte transfer pricing-rapport, og især tallene vist i tabel 6, for hvilke har Kommissionen anmodet om de underliggende data.
- (131) I modsætning til, hvad der blev anført i tabellen fra Starbucks den 13. april 2015, er værdierne i tabellen om C. A.F.E. Praksisprogram 1,4 % og 9,9 % ikke den nederste kvartil (25. kvartil) og øvre kvartil (75. kvartil). Men de ville være de to ekstreme værdier, dvs. laveste og højeste værdi, i en sammenligning af licensaftaler. I sine bemærkninger af 29. juni 2015 identificerede Starbucks 11 licensaftaler vedrørende teknologilicenser, som de skønner svarer til C.A.F.E. Praksisprogram. Disse aftaler vedrører mad og drikkevarer. De procentsatser, Starbucks kommer frem til, er præsenteret i tabel 7. Starbucks forklarede, at »avancetillæg til produktomkostninger« i tabel 7 »er beregnet ud fra gennemsnittet af hver observation divideret med 1 minus den gennemsnitlige observation«, men der er ingen forklaring på, hvorfor dette skridt blev taget for at beregne et avancetillæg til produktomkostninger uden nogen information om eller hensyntagen til de i aftalerne implicerede virksomheders omkostninger.

Tabel 7

Starbucks' forklaring af tidligere fremsendte oplysninger om interkvartilintervallet på 1,4 % til 9,9 % i C. A.F.E. Praksisprogram

	Average Observation	Percentage Markup on Product Cost
Highest Observed Value	9,0 %	9,9 %
Upper Quartile	6,0 %	6,4 %
Median	4,0 %	4,2 %
Lower Quartile	2,7 %	2,8 %
Lowest Observed Value	1,4 %	1,4 %
Observations	11 %	11 %

- (132) I sine bemærkninger af 29. juni 2015 angav Starbucks også en prissætning af SCTC's indkøbsfunktion, som var estimeret på basis af sammenlignelige transaktioner identificeret af Starbucks ved hjælp af databaserne PowerK og LIVEDGAR. Tretten aftaler, hvor indkøbstjenester leveres af en tredjepart, blev anset for at svare til de indkøbstjenester, som SCTC leverede til SMBV.
- (133) Resultaterne af analysen præsenteres som procentvis andele af »Free on Board«- produktomkostninger, dvs. de omkostninger, kunden afkræves for leverede produkter. Medianværdien af observationer er 6 %. Starbucks præsenterer resultatet i form af et interkvartil interval af produktomkostninger fra 4,7 % til 8,0 %.
- (134) De anvendte observationer drejer sig om aftaler med følgende ordregivere, og kommissionerne er angivet i parentes som procentdel af Free on Board-priser: Aeropostale, Inc (5 %); Ateca Produktion International, Inc. (7 %); BELL SPORTS CORP. (6 %), COLUMBIA SPORTSWEAR CO (1,5 %); Designer Apparel Inc. (5 %), F.I.S. Inc (10 %); He-Ro Industries Incorporated (10 %); JONES APPAREL GROUP INC/NI WEST GROUP INC. (10 %); Mannesmann Pipe&Steel Corporation (2 %), Skin Shoes LLC (8 %); Skin Inc. (6 %); TI Sportswear Inc. (4,7 %) og WW Mexicana (1 %). Det interkvartile interval i disse observationer er 4 % til 8,5 %. Ligesom det var tilfældet med C.A.F.E. Praksisprograms prisfastsættelse, anførte Starbucks, at »procentdelen af salget beregnes som procentdel af FOB divideret med én plus procentdel af FOB«⁽⁷¹⁾. Denne ændring af tallene fra den sammenlignende analyse er ikke forklaret og synes ikke at svare til nogen sædvanlig justering.

⁽⁷¹⁾ FOB står for Free on Board.

- (135) Endelig beregner Starbucks prisen på, hvad der er præsenteret som et finansieringselement, og som SCTC bør tjene som et vederlag for »at lagere grøn kaffe og finansiere nettotilgodehavender for egen risiko og regning«. Dette vederlag beregnes af Starbucks ved at beregne vægtede gennemsnitlige kapitalomkostninger (weighted average cost of capital, WACC) af SCTC's tilgodehavender og lagerbeholdning for 2014, og det er på den baggrund sat til [ca. 3 %].
- (136) For at kunne beregne SMBV's fortjeneste på ristning af grønne kaffebønner købt hos SCTC anmodede Kommissionen endelig Starbucks om oplysning om den pris, SMBV betalte SCTC. Starbucks gav en oversigt over de gennemsnitlige priser (pr. pund), som SMBV betalte til SCTC, og de beløb, SMBV betalte til SCTC, og som er angivet i tabel 8. Ingen andre betalinger er foretaget fra SMBV til SCTC.

Tabel 8

Beløb betalt af SMBV til SCTC for indkøb af grønne kaffebønner

Køb fra SCTC

RÅ	Købsværdi i EUR	Købsmængde i pund	Pris pr. Enhed i EUR/lbs
2002	—	—	
2003	[10 000 000-20 000 000]	[10 000 000-20 000 000]	[1,0000-1,5000]
2004	[10 000 000-20 000 000]	[10 000 000-20 000 000]	[1,0000-1,5000]
2005	[10 000 000-20 000 000]	[1 000 000-10 000 000]	[1,0000-1,5000]
2006	[10 000 000-20 000 000]	[10 000 000-20 000 000]	[1,0000-1,5000]
2007	[20 000 000-30 000 000]	[20 000 000-30 000 000]	[1,0000-1,5000]
2008	[20 000 000-30 000 000]	[10 000 000-20 000 000]	[1,0000-1,5000]
2009	[20 000 000-30 000 000]	[10 000 000-20 000 000]	[1,0000-1,5000]
2010	[30 000 000-40 000 000]	[20 000 000-30 000 000]	[1,0000-1,5000]
2011	[40 000 000-50 000 000]	[20 000 000-30 000 000]	[2,0000-2,5000]
2012	[60 000 000-70 000 000]	[20 000 000-30 000 000]	[2,0000-2,5000]
2013	[60 000 000-70 000 000]	[30 000 000-40 000 000]	[1,5000-2,0000]
2014	[60 000 000-70 000 000]	[40 000 000-50 000 000]	[1,5000-2,0000]

2.6.6. Information og tal for Starbucksbutikkerne

- (137) De produkter, som SMBV distribuerer, og som enten er produceret af SMBV eller købt af SMBV fra andre leverandører, sælges til Starbucksbutikkerne. Nogle af butikkerne er selvstændige, og nogle er ejet af Starbucks. Kommissionen anmodede om oplysninger for at undersøge, om der er en forskel i de kommercielle betingelser for egne butikker og selvstændige butikker.
- (138) Med hensyn til Starbucksbutikkerne har Starbucks givet oplysninger om de forskellige licenstagprogrammer og kriterier for adgang til at drive Starbucks butikker i EMEA-regionen, en oversigt over butikker i EMEA-regionen, og tal for omsætningen i butikkerne og deres licensbetalinger i 2012 til Starbucks Coffee BV. Ifølge disse oplysninger varierer den procentdel af omsætningen, der skal betales i licensafgift under de tre forskellige typer licensprogrammer (uafhængige geografiske licenstagere, Starbucksjede geografiske licenstagere og såkaldte kanallicensstagere — de tre forskellige typer af licensprogrammer) fra land til land, og disse procentdele ligger i et interval på [5- 10] %.

2.6.7. Oplysninger om rentabiliteten af andre ristningsfaciliteter drevet af Starbucks

- (139) Kommissionen anmodede Starbucks om finansielle oplysninger om rentabiliteten af enhver anden ristningsfacilitet drevet af gruppen, og især Starbucks Manufacturing Corporation (herefter benævnt »SMC«), der ud fra offentligt tilgængelige oplysninger blev identificeret som hørende til Starbucks. Kommissionen anmodede om disse oplysninger, da OECD's retningslinjer fra 2010 anbefaler brugen af interne data for at teste »armslængde« for deling af overskud ⁽⁷²⁾. Starbucks oplyste, at SMC var koncernens eneste anden ristningsfacilitet udover SMBV. Da SMC ikke har reviderede regnskaber, indsendte Starbucks proformaregnskaber baseret på virksomhedens interne rapportering.
- (140) Oplysningerne fra Starbucks præsenteres i tabel 9. Nøgletal for overskud i forhold til omsætning og overskud i forhold til driftsomkostninger ⁽⁷³⁾ er tilføjet af Kommissionen med henblik på denne afgørelse, idet en dækningsgrad på [9-12] % i SMBV's APA er fastlagt som et armslængdevederlag til SMBV. For SMC lå dækningsgraden på 500 % over de seneste fire regnskabsår.

Tabel 9

Finansielle oplysninger om den amerikanske fremstillingsvirksomhed Starbucks Manufacturing Corporation

	2011	2012	2013	2014
Starbucks Manufacturing Corporation salg	[700 000 000 – 800 000 000]	[1 000 000 000 – 1 500 000 000]	[1 000 000 000 – 1 500 000 000]	[1 000 000 000 – 1 500 000 000]
COGS	[(500 000 000) – (600 000 000)]	[(800 000 000) – (900 000 000)]	[(800 000 000) – (900 000 000)]	[(700 000 000) – (800 000 000)]
Andre indtægter og gevinster	[100 000 – 200 000]	[600 000 – 700 000]	[300 000 – 400 000]	[1 000 000 – 10 000 000]
Fradrag	[(40 000 000) – (50 000 000)]	[(60 000 000) – (70 000 000)]	[(70 000 000) – (80 000 000)]	[(80 000 000) – (90 000 000)]
heraf lønninger og vederlag	[(10 000 000) – (20 000 000)]	[(20 000 000) – (30 000 000)]	[(20 000 000) – (30 000 000)]	[(30 000 000) – (40 000 000)]
heraf afskrivninger	[(10 000 000) – (20 000 000)]	[(10 000 000) – (20 000 000)]	[(10 000 000) – (20 000 000)]	[(10 000 000) – (20 000 000)]
Indtægter i alt	[100 000 000 – 200 000 000]	[400 000 000 – 500 000 000]	[300 000 000 – 400 000 000]	[500 000 000 – 600 000 000]
Avance (indtægter/salg)	[20 % – 25 %]	[30 % – 35 %]	[30 % – 35 %]	[35 % – 40 %]
Avance i forhold til driftsomkostninger (indtægter/fradrag)	[400 % – 450 %]	[650 % – 700 %]	[500 % – 550 %]	[550 % – 600 %]

2.7. Beskrivelse af de forskellige aftaler om roller og ansvar for SMBV

- (141) Da SMBV blev etableret i Nederlandene, blev der indgået en række aftaler, som beskriver den kontraktlige rolle- og ansvarsfordeling mellem SMBV og dets modparter. De tre aftaler, som er relevante for denne afgørelse, er ristningsaftalen mellem SMBV og Alki LP, købsaftalen for grøn kaffe mellem SMBV og SCTC og leveringsaftalen mellem SMBV og butikkerne.

⁽⁷²⁾ Se punkt 2.141 i OECD's retningslinjer fra 2010: »Where comparable uncontrolled transactions of sufficient reliability are lacking to support the division of the combined profits, consideration should be given to internal data, which may provide a reliable means of establishing or testing the arm's length nature of the division of profits. The types of such internal data that are relevant will depend on the facts and circumstances of the case and should satisfy the conditions outlined in this Section and in particular at points 2.116-2.117 and 2.132. They will frequently be extracted from the taxpayers' cost accounting or financial accounting«.

⁽⁷³⁾ Beløbet under »Fradrag« opfattes som driftsomkostninger, da det primært bestod af lønomkostninger og omkostninger til afskrivninger og reparationer.

- (142) Ristningsaftalen, som trådte i kraft den 1. januar 2002, regulerer produktionen. Under ristningsaftalen fungerer Alki LP som ordregiver og SMBV som ejeren af ristningsfaciliteten. SMBV betaler en licens til Alki LP, og til gengæld giver Alki LP SMBV adgang til IP-rettigheider og overtager den forretningsmæssige risiko i SMBV, såsom budgetoverskridelser og salg af produkterne. SMBV skal riste grønne kaffebønner og lave ristet kaffe og andre relaterede produkter til butikker (ifølge leveringsaftalen nævnt nedenfor og ADOA ⁽⁷⁴⁾). Som ejer af faciliteten skal SMBV sikre, at det rigtige udstyr anvendes, at de korrekte processer udføres, og at varerne produceres i overensstemmelse med specifikationer angivet af Alki LP. SMBV bliver ejeren af de indkøbte produkter, der kan købes fra leverandører, der udpeges og/eller godkendes af Alki LP. SMBV skal sikre, at produkterne på leverings-tidspunktet opfylder Alki LP's produktspecifikationer, og SMBV er forpligtet til straks at erstatte enhver mængde af defekte eller mangelfulde varer for egen regning. Alki LP bærer dog risikoen for tab, der kan opstå under produktion, salg, transport, opbevaring, behandling eller anden brug af produkter og skal skadesløsholde SMBV mod eventuelle erstatningskrav.
- (143) Købsaftalen for grøn kaffe trådte i kraft den 22. april 2002 og præciserer betingelserne for salg af grønne hele kaffebønner fra SCTC til SMBV. SCTC skal sælge bønnerne til SMBV til priser, der fremgår af prislister udsendt af SCTC. SMBV skal afgive indkøbsordrer på kaffe på grundlag af indkøbsprognoser. SCTC leverer bønner [...].
- (144) Leveringsaftalen fastlægger ansvarsfordelingen for levering af primære Starbucks- varer mellem SMBV og butikkerne. Butikkerne forpligter sig til at købe al markedsført ristet kaffe og andre primære og relaterede produkter som defineret i denne aftale udelukkende fra SMBV eller godkendte leverandører til priser, som er enten fastsat efter en formel vedhæftet denne aftale (for kaffe og relaterede produkter) eller i henhold til en [...] prislister (for andre varer). Butikkerne skal give SMBV en [periodisk] købsprognose ⁽⁷⁵⁾, mens SMBV garanterer butikkerne, at på det tidspunkt, hvor kaffe og andre varer forlader SMBVs lager, er de fri for mangler og, hvor dette ikke er tilfældet, skal SMBV vederlagsfrit erstatte et defekt produkt eller kreditere butikkerne beløbet ⁽⁷⁶⁾.

2.8. Aftale om omkostningsdeling

- (145) Omkostningsdelingsaftalen mellem Alki LP og Starbucks Corporation fra 1. august 2006 regulerer Alki LP's direkte rettigheder til at meddele licenser og underlicenser til tredjeparter på at: i) [...] drive Starbucksbutikker [...], ii) [...] drive »[...]« og iii) fremstille og/eller distribuere produkter ved brug af varemærker og teknologi og knowhow.
- (146) Under omkostningsdelingsaftalen skal Alki LP betale Starbucks Corporation royalty, gebyrer for tjenesteydelser leveret af Starbucks Corporation, og omkostningsdelingsbetalinger for udvikling af visse immaterielle aktiver. Royaltibetalingerne består af: i) buy-in royalty for varemærke og forretningsformat IP og ii) fast royalty for kaffekendskab IP. Betalingerne i henhold til denne aftale er omhandlet i betragtning 112 og 113.

2.9. Kontrakter mellem Starbucks og tredjeparter om fremstilling og salg af kaffe

- (147) For at kunne sammenligne de kommercielle vilkår, der er aftalt mellem SMBV og Starbucks-koncernen, særlig med hensyn til betaling af royalty for ristnings- IP, på den ene side, med de kommercielle vilkår, der gælder i forholdet mellem Starbucks-koncernen og tredjeparter, på den anden side, har Kommissionen anmodet Starbucks om at indsende alle kontrakter, hvorved Starbucks har licenseret IP, og alle kontrakter, hvor Starbucks har outsourcet ristning af kaffe. Kommissionen anmodede også om oplysninger om kommercielle vilkår mellem Starbucks Corporation og dets ristningsvirksomhed i USA.
- (148) Som svar på Kommissionens anmodning indsendte Starbucks kontrakter med:
- [Ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 2], ([ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 2]), [...]. Starbucks har indgået to typer aftaler med [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 2] om udlicitering af ristning af kaffe, der er blevet ændret ved flere lejligheder. I en aftale om teknologilicens af [før 2008], giver et Starbucks-selskab [...], en ikke-eksklusiv licens til [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 2] på brug af bl.a. Starbucks' teknologi og knowhow til at producere og sælge ristet kaffe til udvalgte tredjeparter, som Starbucks har indgået aftaler med, f.eks. [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 5] [...]. [Ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 2] skal sikre en høj kvalitet i den ristede kaffe, og [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 2], skal derfor bl.a. overholde bestemte kvalitetsstandarder opstillet af Starbucks. Aftalen om

⁽⁷⁴⁾ I henhold til denne aftale har Starbucks Coffee BV ret til at give tredjeparter licens til at udvikle, eje og drive Starbucks butikker under varemærkerne og bruge teknologien og knowhow.

⁽⁷⁵⁾ I henhold til leveringsaftalen, [...].

⁽⁷⁶⁾ Starbucks specificerede, at leveringsaftalerne er indgået af Starbucks [...], og at disse er standardaftaler, hvor de grundlæggende vilkår og betingelser bestemmes af Starbucks [...], jf. bemærkningerne fra Starbucks, betragtning 6.14.

teknologilicens fastsætter, at [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 2] ikke skal betale noget gebyr for licensen ⁽⁷⁷⁾. En aftale om levering af grøn kaffe foreskriver, at [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 2] har pligt til at købe grønne kaffebønner udelukkende fra Starbucks til en fast pris [pr. en bestemt mængde].

- [Ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 3], (»ikkeforbundet [forarbejdningsevirsomhed 3]«), [...]. I henhold til en aftale om ristningslicens af [efter 2008], skal [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 3] riste kaffe, som den skal sælge til Starbucks og et joint-venture mellem [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 3] og Starbucks kaldet [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 3's og Starbucks' joint-venture], der driver Starbucks butikker i [et bestemt land]. [Ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 3] betaler et ristningsgebyr til Starbucks [...] på USD [...] [pr. en bestemt mængde] for grøn kaffe produceret og solgt til [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 3's og Starbucks' joint-venture].
- [Ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 4], (»ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 4«), [...]. For at få udliciteret ristning af kaffe indgik [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 4] tre typer af aftaler, hvoraf kun [...] købsaftalen af [efter 2008] blev indsendt. I denne aftale udpeger Starbucks [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 4] til at producere, pakke, og levere kaffeprodukt. Aftalerne indeholder ingen gebyrer eller afgifter, der skal betales til Starbucks. Fremstillingen skal finde sted efter bestemte produktspecifikationer og standarder angivet af Starbucks. Aftalen fastsætter, at [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 4] skal sælge produkterne til Starbucks og dets koncernselskaber til en pris på niveau med grønne kaffebønner (ifølge Starbucks er grønne kaffebønner derfor blot en pass-through-omkostning for [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 4]) og leveringsomkostningerne med tillæg af et forarbejdningsevirsomhed 4 gebyr. I dette forarbejdningsevirsomhed 4 indgår der gebyrer til ristning [...]. Denne prisformel er derefter blevet omsat til en salgspris pr. [en bestemt mængde] ristet kaffe. Starbucks hævder, at dette resulterer i en margin på [5-10] % af de samlede forarbejdningsevirsomhed 4 omkostninger, uden yderligere oplysninger om, hvordan denne påståede avance er beregnet.
- [Ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 5] (»ikkeforbundet [forarbejdningsevirsomhed 5]«), [...]. Starbucks indgik tre aftaler med [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 5] i [før 2008]. I en leverandøraftale forpligter Starbucks sig til at levere ristede kaffebønner, koncentrat og andre kaffeingredienser til [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 5] til en pris baseret på en formel, der bruges til at fastsætte prisen på kaffeingredienser til [Starbucks'] kaffebutikker, [...]. [...]aftalen, der er en produktions- og distributionsaftale, giver [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 5] eneforhandlingsret på visse færdigpakkede, ready-to-drink drikke under Starbucks varemærke i et konkret område. Fremstillingen skal finde sted efter bestemte produktspecifikationer og standarder angivet af Starbucks. [...]aftale indeholder ikke nogen gebyrer eller royalty, som [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 5] skal betale til Starbucks. Aftalen om varemærke og teknologilicens giver [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 5] ret til at bruge Starbucks' varemærke samt teknologi og knowhow til fremstilling af de aftalte produkter. [Ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 5] betaler en licensafgift på [10-15] % af nettosalget underlagt en justeringsmekanisme, som ifølge Starbucks medfører et gebyr på ca. [10-15] % af nettosalget af ready-to-make drikkevarer ⁽⁷⁸⁾.
- Ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 6] (»ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 6«), [...]. Starbucks har indgået tre aftaler med [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 6] i [før 2008], som senere er blevet ændret. I en leverandøraftale påtager Starbucks sig forpligtelsen til at levere ristede kaffebønner, koncentrat og andre kaffeingredienser til [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 6] til en pris baseret på en formel, der bruges til at fastsætte prisen på kaffeingredienser til Starbucks' [...] kaffebutikker, [...]. Produktions- og distributionsaftalen giver [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 6] eneforhandlingsret på visse færdigpakkede, ready-to-drink drikke under Starbucks varemærke i [et bestemt land]. Fremstillingen skal finde sted efter bestemte produktspecifikationer og standarder angivet af Starbucks. Produktions- og distributionsaftalen indeholder ikke nogen gebyrer eller royalty, som [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 6] skal

⁽⁷⁷⁾ [...].

⁽⁷⁸⁾ [...].

betale til Starbucks. Aftalen om varemærke og teknologilicens giver [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 6] ret til at bruge Starbucks' varemærke samt teknologi og knowhow til fremstilling af de aftalte produkter. [Ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 6] betaler en licensafgift, afhængigt af produktet. Ifølge Starbucks udgør dette gebyr mellem [5 og 10] % af nettosalget af ready-to-make drikkevarer ⁽⁷⁹⁾.

- [Ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 7] (»[ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 7]«), [...]. Starbucks indgik tre aftaler med [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 7] i [efter 2008], som senere er blevet ændret. I en leverandøraftale påtager Starbucks sig forpligtelsen til at levere kaffeingredienser til [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 7], [...] til en pris fastsat [pr. en bestemt mængde]. Produktions- og distributionsaftalen giver [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 7] eneforhandlingsret på visse færdigpakkede, ready-to-drink drikke under Starbucks varemærke i et bestemt område. Fremstillingen skal finde sted efter bestemte produktspecifikationer og standarder angivet af Starbucks. Produktions- og distributionsaftalen indeholder ikke nogen gebyrer eller royalty, som [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 7] skal betale til Starbucks. Aftalen om varemærke og teknologilicens giver [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 7] ret til at bruge Starbucks' varemærke samt teknologi og knowhow til fremstilling af de aftalte produkter. [Ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 7] betaler en licensafgift afhængigt af område mellem [10 og 20] % af nettoomsætningen.

- (149) De kontrakter, som Starbucks som beskrevet ovenfor har med [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 5], [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 6] og [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 7], blev klassificeret i tre kategorier: i) leveringsaftaler svarende til leveringsaftalen mellem SMBV og udviklere, der er beskrevet i betragtning 144; ii) produktions- og distributionsaftaler svarende til aftalen mellem SMBV og Alki LP; og iii) aftale om varemærke og teknologilicens svarende til aftalen mellem ADOA og Starbucks Coffee BV og butikkerne, der er beskrevet i betragtning 48. Af de tre typer aftaler mellem Starbucks og [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 5], [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 6] og [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 7] indebærer kun den sidstnævnte kategori af aftaler, at Starbucks' modparter betaler royalty.

- (150) Derudover indsendte Starbucks fire andre ristningsaftaler med [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 8], [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 1], [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 9] og [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 10] til Kommissionen.

- fremstillings- og leveringsaftalen med [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 8] stammer fra [efter 2008] og fastsætter, at [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 8] skal fremstille aromatiseret kaffe til Starbucks til en nærmere fastsat pris ⁽⁸⁰⁾. [...] fastsætter, at [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 8] strengt skal overholde en teknisk manual for bl.a. fremstillingen af produkterne. [...] fastsætter, at Starbucks skal give [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 8] en royaltyfri licens på brug af knowhow i forbindelse med fremstillingsprocessen.

- fremstillings- og leveringsaftalen med [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 1] er dateret [efter 2008] og fastsætter, at [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 1] skal producere bestemte kaffeprodukter til Starbucks til en nærmere fastsat pris ⁽⁸¹⁾. [...] fastsætter, at [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 1] strengt skal overholde en teknisk manual for bl.a. fremstillingen af produkterne. Aftalen indeholder ikke nogen gebyrer eller royalty, som [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 1] skal betale til Starbucks.

- fremstillings- og leveringsaftalen med [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 9] er dateret [efter 2008] og fastsætter, at [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 9] skal producere aromatiseret kaffe til Starbucks til en nærmere fastsat pris ⁽⁸²⁾. [...] fastsætter, at [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 9] strengt skal overholde en teknisk manual for bl.a. fremstillingen af produkterne. [Produktions- og leveringsaftalen] indeholder ikke nogen gebyrer eller royalty, som [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 9] skal betale til Starbucks. Aftalen omhandler også en teknologi og varemærkeaftale, som dog ikke blev medsendt.

- Produktionsaftalen med [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 10] er dateret [efter 2008] og vedrører fremstilling og ristning af grønne kaffebønner til Starbucks foretaget af en [...] rister, som får sine kaffebønner direkte. Aftalen indeholder ikke nogen gebyrer eller royalty, som [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 10] skal betale til Starbucks. [...] i aftalen præciserer, at Starbucks ejer IP rettighederne til

⁽⁷⁹⁾ Ibid [...].

⁽⁸⁰⁾ [...].

⁽⁸¹⁾ [...].

⁽⁸²⁾ [...].

kaffeblanding, temperaturkurve over ristningsforløb og ristnings slutpunkt osv. Starbucks betaler et gebyr til [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 10] for kaffen [pr. en bestemt mængde] efter en bestemt formel, som fører til en lavere pris for ristning end for emballering.

2.9.1. *Argumenter fra Starbucks om aftalerne mellem tredjeparter og Starbucks Manufacturing Corp.*

(151) Foruden kontrakterne nævnt i betragtning 148 har Starbucks indsendt en analyse af sammenligneligheden af disse kontrakter med SMBVs royaltybetalinger til Alki LP.

(152) Blandt de aftaler, hvorved Starbucks meddelte licenser på immaterielle aktiver (varemærker og bestemt kafferelateret knowhow) til tredjeparter, skelner Starbucks mellem i) tredjeparter, der udnyttede de immaterielle aktiver til fremstilling af produkter indeholdende Starbucks kaffeingredienser i ristningsaftaler ([ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 3] og [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 2]), ii) tredjeparter, der distribuerede sådanne fremstillede produkter direkte til kunderne ([ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 7], [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 6] og [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 5]). [Ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 7], [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 6] og [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 5] bruger de immaterielle aktiver til at fremstille ready-to-drink kaffe, som de sælger til detailhandlen (primært supermarkeder). Starbucks finder, at de royalties, som betales af [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 7], [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 6] og [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 5] er sammenlignelige med de royalties, som betales af SMBV, og som den anslår til [5-10] % af salget ⁽⁸³⁾.

(153) Mere generelt skelner Starbucks mellem alle aftaler indgået med tredjeparter siden 2002. Efter Starbucks' bedste overbevisning vil de vigtigste kategorier være følgende:

1) Aftaler om tredjeparters brug af Starbucks' immaterielle aktiver (kafferelaterede immaterielle aktiver og varemærker) på markedet:

— Ristningslicensaftalerne med [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 2] og [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 3].

— Aftalerne om varemærke og teknologilicens med [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 7], [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 6] og [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 5] for brug af Starbucks' varemærke og en særlig kafferelateret knowhow.

2) Forskellige aftaler, som giver tredjeparter adgang til Starbucks immaterielle aktiver (teknologi, knowhow og varemærker) under en royaltyfri licens på grund af den særlige beskaffenhed af disse aftaler:

— Forskellige aftaler om co-produktion og co-emballering, hvor IP-licensen kun tjener til at give tredjeparten mulighed for at producere i overensstemmelse med Starbucks' specifikationer og beskytte Starbucks' IP-rettigheder. Starbucks' co-produktions- eller co-emballeringspartnere leverer typisk produkterne tilbage til Starbucks og udnytter ikke de immaterielle aktiver på markedet.

— Forskellige distributionsaftaler, hvor IP-licensen kun tjener til at give forhandleren ret til at videresælge Starbucks' mærkevarer og til at beskytte Starbucks' IP-rettigheder. Forhandleren udnytter ikke Starbucks' immaterielle aktiver på markedet.

⁽⁸³⁾ Dette skøn er baseret på summen af royalties betalt til Alki LP i perioden 2008-2014, divideret med [900-1 000] EUR i indtægter fra alle produkter, som er registreret i tabel 5 under kategorierne »INDT READY TO DRINK«, »INDT PAKKET KAFFE«, »INDT ENKELT SERVERING AF KRUS-KAFFE«, »INDT ENKELT SERVERING AF KRUS-VERISME«, »INDT INSTANT KAFFE«, »INDT EMBALLERET TE«, »INDT BLANDET DRIK MIX«, »INDT ISKAFFE« og »INDT EKSTRAKT«. Selv om Starbucks i sine bemærkninger har anført, at »INDT ENKELT SERVERING AF KRUS-KAFFE«, »INDT ENKELT SERVERING AF KRUS-VERISME«, »INDT INSTANT KAFFE«, »INDT ISKAFFE« og »INDT EKSTRAKT« også skal klassificeres som indtægter af administrativ og logistisk support, idet de underliggende indtægter faktureres til udviklere og repræsenterer den værdi, der snarere er skabt af tredjepart end af SMBV, og under alle omstændigheder kan dette ifølge Starbucks kun udgøre en lille del af SMBV's samlede ristningsaktivitet. Desuden er kategorierne »INDT EMBALLERET TE«, »INDT BLANDET DRIK MIX« ikke af Starbucks blevet angivet som indeholdende kaffe..

- 3) Licensaftaler med udviklere for at give dem mulighed for at udnytte Starbucks' system og drive Starbucksbutikkerne.

2.9.2. *Kommerciel aftale mellem Starbucks USA og Starbucks Manufacturing Corp.*

- (154) Starbucks oplyser, at SMC ⁽⁸⁴⁾, som er den eneste anden virksomhed, der udfører ristning i Starbucks-gruppen, ikke betaler royalties til Starbucks for brugen af IP på ristningsteknologi og knowhow eller anden IP. Ifølge Starbucks hænger det sammen med, at SMC ikke har separate reviderede regnskaber, og at SMC af grunde, der beror på amerikansk skattelovgivning, er konsolideret med andre amerikanske Starbucks-selskaber.

3. BEGRUNDELSE FOR AT INDLEDE PROCEDUREN

- (155) Kommissionen besluttede at indlede den formelle undersøgelsesprocedure ud fra den foreløbige vurdering, at den APA-ordning, som de nederlandske skattemyndigheder i 2008 godkendte for SMBV, og som accepterede de af Starbucks' skatterådgiver foreslåede vederlag for de funktioner, der udføres af SMBV i Nederlandene, forekom at udgøre statsstøtte efter traktatens artikel 107, stk. 1, der er uforenelig med det indre marked.
- (156) Navnlig har Kommissionen udtrykt tvivl om, hvorvidt de aftalte vederlag for de funktioner, der udføres af SMBV, overholdt armslængdeprincippet.
- (157) I åbningsafgørelsen fremdrog Kommissionen følgende tre punkter, hvor den var i tvivl om, hvorvidt SMBV's APA overholdt armslængdeprincippet:
- 1) om det var korrekt, at den nederlandske skattemyndighed ved godkendelsen af SMBV's APA havde accepteret klassificeringen af SMBV som en lavrisikoforarbejder
 - 2) om det var korrekt, at den nederlandske skattemyndighed ved godkendelsen af SMBV's APA accepterede de justeringer, Starbucks' skatterådgiver havde foretaget, og
 - 3) om det var korrekt, at den nederlandske skattemyndighed accepterede SMBV's fortolkning for så vidt angår beregningen af royalties i virksomhedens resultatopgørelser, for så vidt niveauet for disse royalties ikke er knyttet til værdien af den pågældende IP.
- (158) Med hensyn til det første punkt satte Kommissionen spørgsmålstejn ved skatterådgiverens antagelse i transfer pricing-rapporten om, at SMBV ikke bærer nogen risiko og derfor bør klassificeres som en løn- eller kontraktforarbejder. Især henviste Kommissionen til den lagerrisiko, der er dokumenteret i SMBV's regnskaber, og som drager denne antagelse i tvivl.
- (159) Hvad det andet punkt angår, stillede Kommissionen spørgsmålstejn ved to på hinanden følgende justeringer foretaget af skatterådgiveren, som synes begge at have til formål at løse sammenlignelighedsproblemet. Den første justering består i en indskrænkning af det omkostningsgrundlag, hvorpå SMBV's beskatningsgrundlag beregnes, til kun at omfatte driftsomkostninger. Skatterådgiveren fandt det relevant, fordi SMBV måtte betragtes som en løn- eller kontraktproducent. En anden justering, der i transfer pricing-rapporten betegnes som en »justering af forarbejdningstillæg«, gik ud på at fratrække et multiplum af COGS fra overskuddet i de virksomheder, der blev brugt til at sammenligne transferpriser. Denne anden justering, som Nederlandene fremlagde som en »justering af driftskapital«, reducerer SMBV's beskatningsgrundlag i Nederlandene, men hverken justeringen eller den metode, som skatterådgiver benyttede, forekommer at være berettiget.
- (160) Endelig satte Kommissionen på det tredje punkt spørgsmålstejn ved armslængdekarakteren af de royalties, SMBV betalte til Alki LP, da størrelsen af disse royalties ikke er knyttet til værdien af den IP, som der betales for. På grund af brugen af TNMM i transfer pricing-analysen svarer royalty i virkeligheden til residualoverskuddet i SMBV, hvilket vil sige, at alt overskud i SMBV på over [9-12] % af driftsomkostningerne omdannes til fradragsberettiget royalty (se figur 2).

⁽⁸⁴⁾ Se betragtning 140 for finansielle oplysninger om virksomheden.

4. BEMÆRKNINGER FRA NEDERLANDENE

- (161) Nederlandene fremsendte sine bemærkninger til åbningsafgørelsen den 16. juli 2014. Der fokuseres først og fremmest på, hvorfor det vederlag, der blev godkendt i SMBV's APA, er et armslængdevederlag, og hvorfor den af skatterådgiveren valgte metode er den rette metode til at bestemme dette vederlag. For det andet fokuseres der på, hvorfor SMBV's APA ikke giver SMBV en selektiv fordel.

4.1. Bemærkninger om transfer pricing

- (162) Ifølge Nederlandene er det vederlag, der er godkendt i SMBV's APA, et armslængdevederlag, og TNMM er den rette metode til at nå et armslængderesultat i dette tilfælde. Nederlandene hævder, at afregningspriser ikke er en eksakt videnskab, og at der derfor er et helt interval, inden for hvilket afregningsprisen kan ligge.
- (163) Nederlandene har gjort det gældende, at ifølge OECD's retningslinjer vil vederlaget ved transaktioner mellem to uafhængige virksomheder normalt afspejle de funktioner, som de hver især udfører, og at vurderingen af armslængdekarakteren af vederlaget til SMBV derfor primært må foretages på basis af en funktionsanalyse. I henhold til OECD's retningslinjer skal der tages udgangspunkt i kontraktvilkårene ved afgørelsen af, om armslængdeprincippet er blevet anvendt korrekt.
- (164) Ifølge Nederlandene omfatter de IP-rettigheider, Starbucks har tildelt Alki LP på viden og information om kaffe, også brug af teknologi og knowhow i forbindelse med opskriften på blanding af kaffebønner, ristning og produktion af andre kaffeprodukter.
- (165) Nederlandene bemærker, at ristningsaftalen mellem Alki LP og SMBV ikke kan betragtes som en simpel IP-licensaftale. Denne aftale, som er en 50-årig produktionsaftale, drejer sig om SMBV's ristning af grønne kaffebønner. Ristningsaftalen er en kontrakt mellem en ordregiver og en kontrahent, der også regulerer overdragelse af en IP-ret.
- (166) Alki LP er ikke hjemmehørende i Nederlandene og er i overensstemmelse med den internationale fordeling af beskatningskompetence ikke skattepligtig i Nederlandene. De aktiviteter, som udføres af ansatte i SMBV, er og har altid været:
- 1) Fremstillings/kafferistningsaktiviteter: Disse aktiviteter udføres af produktionspersonalet, kafferistningsteknikere, vedligeholdelsespersonale, kvalitetskontrol og lagerfolk.
 - 2) Logistik og administrativ support.
- (167) Nederlandene fremfører, at Starbucks' hensigt altid har været at oprette en velfungerende lavrisikovirksomhed til ristning af kaffe, og at de faktiske forhold ikke har ændret sig væsentligt gennem årene. De hævder, at fordi SMBV ikke har været involveret i nogen virksomhedsomstruktureringer, kan Kommissionen ikke henvise til uddrag fra kapitel 9 i OECD's retningslinjer fra 2010, idet OECD's retningslinjer fra 2010 endnu ikke forelå, da SMBV's APA blev godkendt. I forbindelse med OECD's retningslinjer bør brug af bakspejlet undgås.
- (168) Ifølge Nederlandene, er SCTC ansvarlig for indkøb af grønne kaffebønner. Endvidere anføres det, at SMBV ikke er involveret i indkøb af råvarer, idet SMBV ifølge ristningsaftalen kun kan indkøbe råvarer fra de parter, som er udpeget af Alki LP. SMBV udfører kun en administrativ rolle i forvaltningen af lagre og bærer ikke den endelige lagerrisiko.
- (169) Mere specifikt med hensyn til den administrative rolle fremfører Nederlandene, at selv om det ifølge købsaftalen om grønne kaffebønner er SMBV, der skal give de nødvendige oplysninger om de grønne kaffebønner, der skal indkøbes, så henter SMBV disse oplysninger fra Alki LP og, på den af Alki LP foreskrevne måde, fra udviklerne. Specifikationerne videregives derfor først af SMBV, når virksomheden har opnået de nødvendige oplysninger til dette formål. Ifølge Nederlandene resulterer denne kombination i en situation, hvor råvarernes rolle kan sammenlignes med levering af varer på konsignationsbasis.
- (170) Med hensyn til den endelige lagerrisiko tilføjer Nederlandene, at selv om SMBV bevarer ejendomsretten til alle produkter og materialer, der anvendes til produktionen, og har taget skridt til at sikre sig i tilfælde af tab i værdien af lagrene, så bæres omkostningerne herved ikke af SMBV. I betragtning af den måde, hvorpå der betales royalty i henhold til ristningsaftalen, er det i sidste ende Alki LP, der bærer disse omkostninger..

- (171) Ifølge Nederlandene er ingen ansatte i SMBV involveret i forretningsrelaterede forhandlinger med Starbucks' udviklere/indkøbere. Vedrørende prisfastsættelsen, hævder Nederlandene, at Starbucks [...] bestemmer den globale prisformel. Regnskabsteamet hos Starbucks [...] udleverer prislisen («[...]prisliste») til SMBV via Alki LP, og priserne er beregnet efter de globalt vedtagne prisformler, som leveringsaftalerne mellem SMBV og udviklerne er baseret på. Den pris for grønne kaffebønner, der betales af SMBV, er afledt af en prisformel, som omfatter aspekter som [...]. Hvis de underliggende omkostninger stiger eller falder, bliver det omkostningsgrundlag, der anvendes til at fastsætte priserne mellem SMBV og dens udviklere, også ændret. Desuden er udviklerne forpligtet til at købe kaffe og udvalgte varer i henhold til ADOA-kontrakten indgået mellem Starbucks Coffee BV og udviklerne.
- (172) Ifølge Nederlandene opererer SMBV ikke inden for rammerne af en lønforarbejdningskontrakt. Det kontraktlige forhold resulterer i en situation, hvor de grønne kaffebønner købes lovligt, men uden noget funktionelt bidrag, fra SCTC og faktureres til køberne. Trods den manglende funktionalitet i relation til køb og salg skal lagerene i overensstemmelse med regnskabsreglerne regnskabsføres på SMBV's balance.
- (173) Det ovenfor beskrevne kontraktlige forhold mellem SMBV, Alki LP, SCTC og udviklerne fører ifølge Nederlandene til den konklusion, at SMBV er en producent med en lav risikoprofil, og denne konklusion underbygges yderligere af funktionsanalysen. SMBV skal derfor af Nederlandene betragtes som den »mindst komplekse enhed« (testede part), hvis armslængdevederlag skal bestemmes ved hjælp af en benchmarkundersøgelse.
- (174) Ifølge Nederlandene giver de databaser, der anvendes til at gennemføre en benchmarkundersøgelse, ingen nærmere oplysninger om salg, priser eller vilkår og betingelser. Den tilgængelige information er begrænset til en sammenligning af driftsresultater for virksomhederne som helhed. TNMM er den hyppigst anvendte metode. Ifølge Nederlandene bekræftes dette i OECD's retningslinjer fra 2010 samt OECD's retningslinjer fra 1995, som fandt anvendelse, da SMBV APA blev godkendt.
- (175) På baggrund af SMBV's produktionsfunktion benytter SMBV en omkostningsbaseret overskudsindikator (TNMM-metoden med et avancetillæg til omkostningerne). I denne henseende understreger Nederlandene, at i overensstemmelse med punkt 4.9 i OECD's retningslinjer ⁽⁸⁵⁾ tager den nederlandske skattemyndighed altid i sine undersøgelser af afregningspriser udgangspunkt i den metode, der bruges af skatteyderne. Kapitel 2 i dekretet fastslår også, at Nederlandene ikke anvender en »bedste metode-regel«. Dette udgangspunkt, som ifølge Nederlandene er i overensstemmelse med OECD's retningslinjer, blev også anvendt i SMBV's APA og har resulteret i, at TNMM-metoden med den af SMBV foreslåede overskudsindikator blev godkendt.
- (176) I betragtning af SMBV's rolle som lønforarbejder er de omkostninger, der er relevante for fastlæggelsen af det omkostningsgrundlag, der benyttes til at beregne avancetillægget, de omkostninger, der har resulteret i en merværdi. For SMBV's vedkommende er det ifølge Nederlandene driftsomkostningerne, der er de omkostninger med merværdi, der skal beregnes avancetillæg af. På basis af benchmarket udgør avancetillægget derfor [9-12] % af driftsomkostningerne. SMBV har en lav risikoprofil og ingen merværdi i forhold til råvarer og spiller en birolle for ikke-kafferelaterede produkter. Driftsomkostningerne i forbindelse med disse begrænsede supportaktiviteter indgår i omkostningsgrundlaget. Som følge deraf er der også et avancetillæg på [9-12] % ved disse aktiviteter.
- (177) Med hensyn til sammenlignelighedsjusteringer hævder Nederlandene, at på det tidspunkt, hvor den transfer pricing-rapport, som SMBV's APA er baseret på, blev udarbejdet, forelå der ingen oplysninger om, hvorledes man skal forholde sig til producenter med en lav risikoprofil. Nederlandene anerkender, at OECD's retningslinjer fra 2010 indeholder yderligere oplysninger om sammenlignelighedsjusteringer, herunder justeringer af driftskapital, men hævder, at disse eksempler kun er retningsgivende, og at dette betyder, at andre justeringer også kan føre til et armslængderesultat. Desuden anfører Nederlandene, at vurderingen af, om SMBV's APA er i overensstemmelse med armslængdeprincippet, skal være baseret på den viden og de eksisterende OECD- retningslinjer, der var tilgængelige på det tidspunkt, dvs. OECD's retningslinjer fra 1995. Derfor kunne man heller ikke anvende bilaget til kapitel III i OECD's retningslinjer fra 2010 med et eksempel på en sammenlignelighedsjustering.
- (178) Nederlandene har også udført en følsomhedsanalyse af armslængdeintervallet beregnet efter metoden i transfer pricing-rapporten, hvis nogle af parametrene ændres. Nederlandene ændrede sammenligningsperioden og genbereggede de intervaller, der betragtes som armslængdeintervaller, for perioderne 2008-2012 og 2003-2012, i forhold til de intervaller i 2001-2005, der indgik i transfer pricing-rapporten. Derudover genbereggede

⁽⁸⁵⁾ Punkt 4.9 i OECD's retningslinjer fra 1995 (og ligeledes punkt 4.9 i OECD's retningslinjer fra 2010) henviser dog til situationer, hvor »på grund af kompleksiteten ved de faktiske forhold, der skal evalueres, kan selv en skatteyder med bedste intentioner lave en fejl«.

Nederlandene intervallet, hvis den COGS-procentdel, der blev fratrukket vederlaget ved den anden justering, ikke lå på Euribor plus 50 basispoint, men derimod på Euribor minus 50 basispoint, og endelig hvis den lå på, hvad Nederlandene betegner som »current account« rate. Nederlandene har ligeledes beregnet den af SMBV opnåede margen i procent af driftsomkostningerne og omkostningerne til råvarer (uden omkostninger forbundet med te og andre COGS af mellemliggende karakter) for perioderne 2008-2012 og 2003-2012 og sammenlignet den med avancetillægget til de samlede omkostninger i sammenlignelige virksomheder på både EBT- og EBIT-niveau i samme tidsrum. På grundlag af disse simulationer er det Nederlandenes konklusion, at selv hvis nogen af Kommissionens tvivlspunkter blev accepteret, ville det resultere i et armslængdevederlag. I henhold til OECD's retningslinjer må der ikke foretages nogen korrektioner, hvis vederlaget ligger inden for armslængdeintervallet.

- (179) Endelig bestrider Nederlandene i en mere generel bemærkning, påstanden om, at Nederlandene havde undladt at anmode om de underliggende kontrakter, hvoraf det ville være fremgået, at SMBV kun bar en begrænset risiko, for det var ikke nødvendigt, da alle APA'er altid indeholder en kritisk antagelse af, at alle fakta og omstændigheder er korrekt oplyst, og at man i de tilfælde, hvor fakta ikke er præsenteret korrekt, kan bringe en APA til ophør. Desuden understreger Nederlandene, at det rådede over den historiske baggrund for, hvordan rasteriet blev etableret, og derfor ikke behøvede at anmode om alle kontrakterne ⁽⁸⁶⁾.

4.2. Bemærkninger om anvendelsen af traktatens artikel 107, stk. 1

- (180) Nederlandene har endvidere gjort gældende, at SMBV ikke får nogen selektiv fordel, og at der ikke er tale om statsstøtte efter traktatens artikel 107, stk. 1.
- (181) Nederlandene forklarer, at armslængdeprincippet er blevet indarbejdet i artikel 8b, stk. 1, i CIT og uddybet yderligere i dekretet, som stemmer helt overens med artikel 9 i OECD's modeloverenskomst. Nederlandene gentager, hvad der også fremgår af dekretet, at dekretet specielt tager sigte på at afklare aspekter, som OECD's retningslinjer efterlader åbne for fortolkning, eller hvor der hersker en mangel på klarhed.
- (182) Navnlig hævder Nederlandene, at i forbindelse med interne afregningspriser kan der kun være tale om en selektiv fordel, hvis der kan påvises en udtrykkelig fravigelse fra OECD's retningslinjer og dekretet og åbenlyse fejl i anvendelsen af armslængdeprincippet eller fravigelse fra en veletableret national politik. De skønsbeføjelser, skattevæsenet har ved vurderingen og godkendelsen af metoderne og resultaterne i konkrete tilfælde, indebærer imidlertid ikke nogen selektivitet eller vilkårlig behandling. Da Nederlandene anser resultatet af SMBV's APA for at være en acceptabel estimering af en markedspris, mener de ikke, at den giver SMBV en fordel.
- (183) Nederlandene har yderligere gjort gældende, at det referencesystem, der anvendes af Kommissionen, og som er det almindelige skattesystem baseret på forskellen mellem overskud og underskud i et selskab, der driver sine aktiviteter under normale markedsvilkår, ikke er korrekt identificeret. Ifølge Nederlandene skal det korrekte referencesystem være selskabsskatteloven, som omfatter armslængdeprincippet i artikel 8b, stk. 1, i CIT, og dekretet, der giver yderligere vejledning i anvendelsen af armslængdeprincippet. Nederlandene hævder, at så længe SMBV's APA ikke afviger fra bestemmelserne i artikel 8b, stk. 1, i CIT og dekretet, kan der ikke være tale om en selektiv fordel.
- (184) Med hensyn til den anvendte TNMM-metode hævder Nederlandene, at på grundlag af dekretet kan hver skatteyder i princippet frit vælge en metode til interne afregningspriser, såfremt den valgte metode fører til et armslængderesultat for den pågældende transaktion. De betænkeligheder, Kommissionen har givet udtryk for med hensyn til brugen af TNMM, går derfor videre end den tvivl, den nederlandske skatteforvaltning kunne have udtrykt i dekretet med hensyn til denne metode til fastsættelse af interne afregningspriser. Endvidere fastholder Nederlandene, at dekretet kun kræver, at en analyse af interne afregningspriser resulterer i en række armslængde-resultater og ikke i en bestemt armslængdepris.

⁽⁸⁶⁾ De henviser i den forbindelse til en ikke-bindende kommissionsmeddelelse om arbejdet i det fælles EU-forum for interne afregningspriser (jvf. Kom(2007) 71), hvori det hedder, at »skattemyndighederne skal gøre sit deres for at holde evalueringen mindst muligt byrdefuld ved kun at kræve relevante oplysninger«.

- (185) Desuden hævder Nederlandene, at åbningsafgørelsen ikke synes at tage højde for, at de forbundne og ikkeforbundne virksomheder ikke altid befinder sig i samme retlige og faktiske situation. Der vil altid være forskelle mellem forbundne og ikkeforbundne virksomheder, hvilket ifølge Nederlandene også anerkendes i Kommissionens *Groepsrentebox*-beslutning ⁽⁸⁷⁾.
- (186) Endelig har Nederlandene bemærket, at hvis Kommissionen skulle anvende sine egne fortolkninger af medlemsstaternes skattemæssige principper, ville det være et indgreb i Nederlandenes suverænitet.

5. BEMÆRKNINGER FRA INTERESSEREDE PARTER

5.1. Bemærkninger fra Starbucks vedrørende åbningsafgørelsen og markedsinformationsanmodningen

- (187) Starbucks fremsendte sine bemærkninger til åbningsafgørelsen den 16. januar 2015. Desuden indsendte Starbucks oplysninger til Kommissionen ved brev af 13. april 2015, 29. maj 2015, 10. september 2015 og 23. september 2015. Starbucks' bemærkninger svarer stort set til bemærkningerne fra Nederlandene, for så vidt som begge hævder, at vederlaget i SMBV's APA var et armslængdevederlag og ikke medførte en selektiv fordel for SMBV.
- (188) Først hævder Starbucks, at SMBV kun udfører begrænsede lavrisikofunktioner til støtte for den verdensomspændende Starbucksorganisation i EMEA-regionen. Til støtte for dette argument [...]. Ifølge Starbucks er SMBV hovedansvarlig for ristning og pakning af kaffe samt logistiske og administrative aktiviteter for at sikre en smidig og effektiv levering af forskellige varer til udviklerne.
- (189) Med hensyn til den valgte struktur gør Starbucks gældende, at en ristningsaftale på konsignationsbasis blev overvejet, men at det ville have været upraktisk og ville have resulteret i administrative problemer og for mange koncerninterne transaktioner. For at tilpasse den administrative og juridiske struktur til det fysiske flow af varer og af effektivitetshensyn besluttede Starbucks at anvende SMBV som kontraherende og fakturerende enhed. En konsekvens af denne struktur er, at lagrene (grønne kaffebønner, andre produkter end kaffe og ikke-strategiske varer) vises på SMBV's balance, da regnskabsstandarder og praksis følger det juridiske vareflow. Men Starbucks hævder, at SMBV's rolle som kontraherende og fakturerende selskab alene er af administrativ karakter og ikke medfører nogen overførsel af risici eller kommercielt ansvar til virksomheden, fordi det ifølge ristningsaftalen snarere er Alki LP, støttet af Starbucks USA, der bærer den økonomiske risiko for SMBV, herunder lagerrisikoen. Hertil kommer, at selv om SMBV er den kontraherende part i forhold til udviklerne, så sker det på grundlag af standardaftaler og de underliggende vilkår og betingelser, der er fastsat af Starbucks USA. Endelig gælder, at eftersom det er SMBV, der får ejendomsretten over lagrene, skal disse også opføres på SMBV's balance, hvilket ifølge Starbucks forklarer, hvorfor SMBV tog de skridt til at sikre sig mod lagerforældelse, som SMBV får kompensation for i sin APA.
- (190) Med hensyn til den valgte transfer pricing-metode, som ganske vist ikke omtales i transfer pricing-rapporten, foretager Starbucks en sammenligning mellem Alki LP's rolle og SMBV's rolle. Starbucks hævder, at eftersom SMBV kun udfører rutinemæssige aktiviteter i forbindelse med ristning, emballering og understøttende logistik samt administrative tjenester, mens Alki LP licenserer den værdifulde intellektuelle ejendomsret og bærer den forretningsmæssige risiko, så er SMBV den mindst komplekse enhed. Derfor udgør TNMM den mest hensigtsmæssige transfer pricing-metode. Starbucks hævder, at fordi der ikke er nogen sammenlignelige transaktioner, der svarer til aftalen mellem Alki LP og SMBV, så ville CUP-metoden ikke være egnet til fastsættelse af de interne afregningspriser. Under alle omstændigheder skal den nederlandske skattemyndighed i sin undersøgelse af interne afregningspriser tage udgangspunkt i den metode, der er valgt af skatteyderne.
- (191) Starbucks minder om, at anvendelsen af en transfer pricing-metode typisk resulterer i en række tal, som alle kunne være lige rigtige, fordi transfer pricing ikke er en eksakt videnskab, og at enhver transfer pricing-analyse i sagens natur vil give en række armslængderesultater og føre til konklusioner om en armslængdepris og armslængdeprisen.
- (192) For så vidt angår justeringer, så er formålet med justeringer at tage højde for vigtige forskelle i de funktionsprofiler, SMBV og de sammenlignelige virksomheder i stikprøven har, for at nå frem til et passende armslængdevederlag. Ifølge Starbucks var disse justeringer passende, i visse henseender konservative, og undervurderede bestemt ikke SMBV's vederlag for de funktioner, der udføres. For at underbygge rimeligheden af avancetillægget på [9-12] %, bad Starbucks [skatterådgiveren] om at foretage en sammenligning mellem de SMBV's faktiske resultater med de faktiske resultater i sammenlignelige virksomheder i perioden 2008-2012. Den bagudskuende

⁽⁸⁷⁾ Kommissionens beslutning 2009/809/EF af 8. juli 2009 om groepsrentebox-ordningen som Nederlandene har til hensigt at gennemføre (C 4/07 (ex N 465/06)) (EFT L 288 af 4.11.2009, s. 26).

analyse viser, at avancetillægget på [9-12] % har ligget pænt inden for de relevante intervaller. Dette bekræfter endnu engang armslængdekarakteren af den transfer pricing-metode, der blev anvendt for SMBV som aftalt i den APA, der blev godkendt af de nederlandske skattemyndigheder. Starbucks anmodede endvidere [et advokatfirma] om også at afgive en udtalelse om, hvorvidt transfer pricing-rapporten fra 2007 havde anvendt armslængdeprincippet korrekt. [Advokatfirmaet] har ikke foretaget sin egen faktuelle undersøgelse, men gennemgik transfer pricing-rapporten og de dokumenter, skatterådgiveren havde haft til rådighed. Det konkluderede, at armslængdeprincippet var korrekt anvendt på SMBV's koncerninterne transaktioner.

- (193) På samme måde som Nederlandene har Starbucks yderligere gjort gældende, at Kommissionen ikke har identificeret referencerammen korrekt. Starbucks hævder, at referencesystemet skal være det nederlandske selskabsbeskatningssystem og mere specifikt artikel 8b, stk. 1, i CIT, dekretet og de nederlandske skattemyndigheders forvaltningspraksis. Ifølge begge parter kan der kun være et problem med statsstøtte, hvis SMBV's APA afviger fra den normale fortolkning og anvendelse af armslængdeprincippet i Nederlandene. Desuden hævder Starbucks, at der mangler en identifikation af en benchmark-gruppe af skatteydere, og argumenterer, at forbundne og ikkeforbundne virksomheder ikke altid befinder sig i en lignende juridisk og faktuel situation⁽⁸⁸⁾. Endelig kritiserer Starbucks Kommissionens tilgang for at være i strid med den nederlandske skatteforvaltnings tilgang, der er baseret på »indhold frem for form«.
- (194) I sine svar på Kommissionens markedsinformationsanmodning udtrykte Starbucks de synspunkter, der er gengivet i betragtning 151 til 154. Starbucks fremførte endvidere, at Kommissionen i sin vurdering ikke kan bruge oplysninger, som daterer fra tiden efter SMBV's APA.
- (195) Den 24. juli 2015 indsendte Starbucks en rapport, som [et konsulentfirma] havde udarbejdet som svar på Starbucks' anmodning om en analyse af vederlagsmodeller for produktion og logistik/administration. Starbucks hævder, at rapporten understøtter Starbucks' standpunkt med hensyn til den valgte vederlagsmodel og avanceindikator⁽⁸⁹⁾.

5.2. Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

- (196) NOB hævder, at afgørelsen af, hvorvidt en bestemt skattemæssig behandling af en skatteyder inden for rammerne af en APA, udgør statsstøtte, bør baseres på nederlandsk lovgivning, forvaltnings praksis og anvendelse af armslængdeprincippet på det tidspunkt, hvor APA blev indgået. De hævder også, at i henhold til dekretet følger den nederlandske skattemyndighed ikke princippet om »den bedste metode« (dvs. at den ikke kræver, at den bedste metode er anvendt til beregning af det skattepligtige grundlag), og at anvendelsen af armslængdeprincippet normalt resulterer i et armslængdeinterval og ikke en enkelt armslængdepris. NOB konstaterer, at henvisningen til den forsigtige uafhængige markedsoperatør i åbningsafgørelsen synes at introducere en ny EU-standard ud over OECD's retningslinjer til vurdering af armslængdekarakteren af den underliggende aftale. Det kræver en bekræftelse på, at Kommissionen vil benytte den interne retsorden som referenceramme og ingen andre standarder. Endvidere gør NOB gældende, at skatteyderne bør kunne have legitime forventninger om, at APA'er, der er indgået på grundlag af en national fortolkning af nationale love, ikke udgør statsstøtte.

5.3. VNO-NCW

- (197) VNO-NCW udtrykker betænkeligheder ved anvendelsen af princippet om den forsigtige uafhængige markedsoperatør og opfordrer til anvendelse af de nationalt gældende regler om transfer pricing som kriterium for vurdering af selektivitet. Det anføres, at anvendelsen af armslængdeprincippet normalt fører til et armslængdeinterval og ikke til en enkelt armslængdepris.

⁽⁸⁸⁾ Starbucks henviser igen beslutning 2009/809/EF.

⁽⁸⁹⁾ Ifølge rapporten er en avance på COGS kun berettiget i tilfælde, hvor tjenesteyderen er ansvarlig for områder som produktudvikling/F&U, strategisk planlægning af leveringskæde, strategisk indkøb og indtægtsskabende aktiviteter (dvs. markedsføring, prissætning og frembringelse af efterspørgsel), og desuden bærer og administrerer de tilknyttede risici. Ifølge Starbucks udfører SMBV ikke disse funktioner. Rapporten fastslår endvidere, at funktioner som daglig planlægning, ikkestrategiske indkøb, omregning, ordrebehandling, lager/logistik og fakturering uden kommerciel risiko i forhold til de berørte produkter kun retfærdiggør en avance på tjenesteyderens egne driftsomkostninger.

5.4. ATOZ

- (198) ATOZ's vigtigste argument vedrører retsgrundlaget for åbningsafgørelsen. Ifølge ATOZ viser afgørelsen ikke, om transfer pricing-ordningen i SMBV's APA afviger fra den nederlandske forvaltningspraksis, fra andre skattemyndigheders praksis eller fra OECD's standarder, men blot konkluderer, at armslængdeprincippet ikke er overholdt. ATOZ argumenterer, at Kommissionen ser ud til at mene, at der findes en objektiv armslængdestandard baseret på OECD's principper og på en eller anden måde forankret i EU-retten, som går på tværs af medlemsstaternes nationale lovgivning og praksis. Men ifølge ATOZ bør Kommissionen overveje, om SMBV's APA er i overensstemmelse med nederlandsk lov. ATOZ hævder, at Kommissionens holdning skaber juridisk usikkerhed for bl.a. multinationale selskaber.

5.5. Oxfam

- (199) Oxfam har i sine bemærkninger til Kommissionens undersøgelse opfordret Kommissionen til at øge sin undersøgelseskapacitet også i betragtning af, at den nok bedre end nationale instanser er i stand til at foretage en strukturel vurdering af skattepraksis i medlemsstaterne. Oxfam opfordrer Kommissionen til at sikre, at der pålægges passende sanktioner i tilfælde, hvor der fastslås at foreligge selektive fordele, og at skadelig skattepraksis afvikles hurtigt.

5.6. BAK

- (200) BAK støtter Kommissionens argumenter i åbningsafgørelsen og hævder, at det generelt er den slags aftaler og juridiske strukturer, der sænker de globale skatter, hvilket har negative konsekvenser for forbrugere og lønmodtagere.

6. BEMÆRKNINGER FRA VIRKSOMHED X

- (201) Firma X, som ikke ønsker sin identitet afsløret, fremsatte bemærkninger til Kommissionen som reaktion på åbningsafgørelsen. Denne virksomhed mener på baggrund af sin vurdering som konkurrent til Starbucks, at værditilvæksten ved ristning (ristning og pakning, der tages ikke hensyn til udgifterne til emballage) i forhold til grøn kaffe ligger på 13-17 % af omkostningerne ved den grønne kaffe for ristet og malet kaffes eller kaffebønners vedkommende. Ifølge denne virksomhed gælder dette niveau for alle distributionskanaler.

7. OPLYSNINGER FRA STARBUCKS' KONKURRENTER SOM SVAR PÅ MARKEDSINFORMATIONSANMODNINGEN

7.1. Virksomheder, der blev kontaktet af Kommissionen med en markedsinformationsanmodning

- (202) Som forklaret i betragtning 20, har Kommissionen kontaktet fire konkurrenter til Starbucks, som blev bedt om oplysninger om deres forretningsmodel og deres værdiskabende aktiviteter for at give Kommissionen mulighed for en fuldgyltig vurdering af SMBV's APA. De fire berørte konkurrenter er Virksomhed Y, Dallmayr, Nestlé og Melitta. Valget af de fire virksomheder var baseret på den betragtning, at de alle arbejder med kafferistning og kan bidrage med viden om tilrettelæggelse af kafferistningsaktiviteter indenfor en integreret virksomhed.

7.2. Dallmayr

- (203) Ved brev af 27. april 2015 besvarede Dallmayr Kommissionens anmodning om oplysninger.
- (204) Dallmayr har meddelt Kommissionen, at kafferistning enten udføres som en selvstændig forretning eller er vertikalt integreret i virksomheden. Større virksomheder udfører normalt selv ristningen. Indkøbsfunktionen er typisk integreret med ristningsfunktionen. Dallmayr får ikke sin ristning udført eksternt.
- (205) Dallmayr finder det temmelig usædvanligt at en tredjepart, der leverer ristningstjenester, skal betale royalti. Faktisk ville Dallmayr forvente, at kunden betale risteren, og ikke omvendt.

7.3. Nestlé

- (206) Ved brev af 20. maj 2015 besvarede Nestlé Kommissionens anmodning om markedsuplysninger. Nestlé oplyste, at de tre elementer, der er vigtige i værdiskabelsen for kaffe, er kvaliteten (bønnetypen), den mørke farve (opnået ved ristning) og formalingsgraden. Virksomheden har også tilkendegivet, at den ikke og ikke vil outsource ristning på grund af ristningens betydning for smagen.

7.4. Melitta

- (207) Ved brev af 26. maj 2015 besvarede Melitta Kommissionens anmodning om markedsuplysninger. Melitta oplyste, i hvilke situationer virksomheden kunne outsource ristning af kaffebønner. Disse situationer er: i) når maskinerne ikke er tilgængelige på fabrikken til at producere bestemte typer af produkter, f.eks. særlige emballageformater eller bløde plader, ii) når maskinerne ikke er tilgængelige på fabrikken til at producere pulverkaffe, og iii) når salget overstiger den disponible ristnings- og pakningskapacitet på fabrikken. I det sidste tilfælde, når ristning og pakning er outsourcet på grund af kapacitetsbegrænsninger, sendes grønne kaffebønner fra Melitta til leverandøren, som rister og pakker kaffe til et færdigt produkt. Det færdige produkt leveres derefter til Melitta. Melitta havde en sådan kontrakt med den samme leverandør i en årrække.
- (208) For at sikre kvaliteten og smagen af det færdige produkt opstiller Melitta enten specifikationer for ristningen eller definerede smagsprofiler for den tredjepart, som ristning outsources til.
- (209) Kontrakterne indeholder ingen bestemmelser om, at der skal betales royalty til Melitta ved outsourcing af ristning.

7.5. Virksomhed Y

- (210) Ved brev af 27. april 2015 besvarede virksomhed Y Kommissionens anmodning om markedsuplysninger. Kommissionen anmodede om en præcisering i et brev af 11. maj 2015, hvorpå virksomhed Y svarede den 21. maj 2015.
- (211) Virksomhed Y outsourcer ikke kafferistning til tredjepart. Ristningen udføres af en koncernintern virksomhed, som virksomhed Y har udpeget som lønforarbejder. Denne virksomhed, som udfører kafferistning, betaler ikke nogen royalty for brug af intellektuel ejendom og den knowhow, der anvendes i ristningen.
- (212) Virksomheden betaler gebyrer for brug af IT-systemer. Vederlaget til den koncernvirksomhed, som virksomhed Y har udpeget som lønforarbejder, beregnes på basis af produktionsomkostningerne, ekskl. omkostninger til råvarer. Produktionsomkostningerne er især energi, afskrivninger på maskiner (som f.eks. ristnings- og pakningsanlæg), personaleomkostninger, IT-omkostninger og vedligeholdelse af udstyret.

8. BEMÆRKNINGER FRA NEDERLANDENE TIL TREDJEPARTERNES BEMÆRKNINGER, TIL BEMÆRKNINGERNE FRA VIRKSOMHED X OG SVARENE PÅ MARKEDSINFORMATIONSANMODNINGEN

8.1. Nederlandenes bemærkninger til tredjeparternes bemærkninger

- (213) Ved brev af 20 og 26. april 2015 gav Nederlandene sin fulde tilslutning til bemærkningerne fra Starbucks, NOB, VNO-NCW og ATOZ. Med hensyn til bemærkningerne fra Oxfam anførte Nederlandene, at bemærkningerne drejer sig om skadelig skattekonkurrence i almindelighed og ikke specielt om SMBV-sagen. Nederlandene finder de af BAK fremførte påstande forkerte og afstår derfor fra at kommentere dem.

8.2. Nederlandenes bemærkninger til virksomhed X's bemærkninger

- (214) Ved brev af 11. marts 2015 tilkendegav Nederlandene, at de ikke kan give fyldestgørende svar på bemærkningerne fra firma X, da Nederlandene ikke havde fået udleveret den anonyme konkurrents funktionsanalyse og benchmarks.

8.3. Nederlandenes bemærkninger til Dallmayrs og virksomhed Y's bemærkninger

- (215) Ved brev af 27. maj 2015 fremsatte Nederlandene sine bemærkninger til markedsoplysningerne fra Dallmayr og virksomhed Y. Som en generel bemærkning hævder Nederlandene, at funktionsanalyser og kontrakter mangler, og at en sammenligning derfor er vanskelig, da ingen af parterne outsourcer ristning til en uafhængig tredjepart.
- (216) Med hensyn til Dallmayr fremfører Nederlandene, at Dallmayr's definition af ristning indeholder mere end bare kafferistning, idet indkøbsfunktionen er integreret med ristning. Endvidere hævder Nederlandene, at SMBV ikke udfører salgsaktiviteter med hensyn til kaffe og andre produkter, men at Dallmayr tilsyneladende er anderledes organiseret på dette punkt. Endvidere hævder Nederlandene, at i Dallmayrs kunde-/kontrahentforhold beregnes vederlaget efter vægten og prisen på grønne kaffebønner, hvilket flytter kapacitetsudnyttelsesrisikoen over på kontrahenten, og det er ikke tilfældet med SMBV.
- (217) Med hensyn til virksomhed Y peger Nederlandene på, at kafferistning betragtes som en rutineopgave, og at ristningsvirksomhedens vederlag beregnes på et cost+-grundlag, hvori betaling for grønne kaffebønner ikke indgår. Ifølge Nederlandene er denne tilgang helt i tråd med SMBV's APA.

8.4. Nederlandenes bemærkninger til Nestlé's bemærkninger

- (218) Med hensyn til Nestlé anfører Nederlandene, at de tre elementer, der skaber værdi for kaffe ifølge Nestlé, alle udføres af andre udenlandske virksomheder i Starbucks-koncernen og ikke af SMBV (indkøb og kvalitetskontrol af bønner foretages af SCTC, ristningskurverne leveres af Alki LP, og Starbucks Coffee Shops udfører malingen).

8.5. Nederlandenes bemærkninger til Melitta's bemærkninger

- (219) Med hensyn til Melitta fremfører Nederlandene, at de tre situationer, som Melitta beskriver, hvor kafferistningen er outsourcet, til en vis grad er forskellige fra forholdene i SMBV. I situation 1 og 3 består ligheden i, at indkøbsfunktionen ligeledes ikke udføres af producenten, men ifølge Nederlandene ligger forskellen i længden af kontrakten på ristning (årlig kontrakt sammenlignet med 50 års gyldig aftale om ristning) og kapacitetsrisikoen (som ifølge Nederlandene ligger hos Alki LP, hvorimod Melitta selv bevarer denne risiko). Den anden situation er ifølge Nederlandene for forskellig til at kunne foretage en sammenligning, da det ikke kun drejer sig om ristning af kaffebønner, men også produktion af de færdige produkter.

8.6. Nederlandenes bemærkninger til Starbucks' breve af 13. april 2015, 29. maj 2015, 10. og 11. september 2015 og 23. september 2015

- (220) Ved brev af 19. juni 2015 fremsendte Nederlandene sine bemærkninger til markedsoplysningerne fra Starbucks. I disse bemærkninger gentog Nederlandene sin erklæring om, at den rette referenceramme bør være det nederlandske nationale skattesystem og navnlig artikel 8b i CIT 1969 og dekretet. De hævder, at artikel 8b og dekretet altid gælder for koncerninterne transaktioner, uanset om et selskab anmodede om en APA eller ej. Desuden anfører Nederlandene, at TNMM er den internationalt mest anvendte metode, og at Nederlandene ikke følger et bedste metode-princip. De hævder også, at en fordel ved TNMM er, at et land blot skal betragte de interne afregningspriser ensidigt, og at en eventuel højere eller lavere afregningspris for de grønne kaffebønner ikke vil påvirke SMBV's skattegrundlag, da udgiften til bønner ikke indgår i det omkostningsgrundlag, hvorpå vederlaget beregnes.
- (221) I sit brev af 25. september 2015 gentager Nederlandene, at på basis af transfer pricing-rapporten, kontraktforholdet mellem SMBV og dets modparter samt SMBV's faktiske adfærd bør SMBV betragtes som en producent med en lav risikoprofil. Nederlandene hævder, at det er almindelig praksis i Nederlandene, at helt specifikke funktioner såsom en kombination af immaterielle aktiver og overtagelse af erhvervsmæssige risici ikke kan benchmarkes, og at det derfor er logisk, at royalties beregnes som en residualpost. Ifølge Nederlandene understøttes deres udsagn om, at SMBV's APS stemmer overens med armslængdeprincippet og er helt i tråd med OECD's retningslinjer, af den anden udtalelse fra [et advokatfirma] (tidligere fremlagt, jf. betragtning 192), bemærkningerne fra virksomhed Y ⁽⁹⁰⁾, Nederlandenes følsomhedsanalyser (tidligere fremlagt, se betragtning 178)

⁽⁹⁰⁾ For virksomhed Y's vedkommende beregnes avancetillægget også kun af driftsomkostningerne.

samt diverse artikler af skatteeksperter. Selv om CUP ifølge Nederlandene ikke kunne anvendes i SMBV's tilfælde, viser en CUP-analyse af kontrakterne mellem Starbucks og tredjeparter om kafferistning eller co-produktion af kaffeprodukter (se betragtning 152) ifølge Nederlandene, at SMBV's betalinger af royalty fra til Alki LP ikke er for høje. ⁽⁹¹⁾

- (222) I brev af 7. oktober 2015 gentager Nederlandene sit argument om, at CUP-metoden ikke kan anvendes på SMBV's royaltybetaling til Alki LP. Desuden anfører Nederlandene, at den pris, SMBV betaler SCTC for grønne kaffebønner, er en armslængdepris under henvisning til, at [ikkeforbundet forarbejdning] 2] betalte en højere pris for grønne kaffebønner end SMBV under sin kontrakt med Starbucks. Endelig har Nederlandene fremsendt finansielle data om 11 virksomheder fra forskellige EU-medlemsstater, der alle er registreret under NACE-koden »forarbejdning af te og kaffe«, som indikerer, at alle disse selskaber har en lignende eller lavere rentabilitet end SMBV, og at nogle af dem endda har været tabsgivende over flere regnskabsperioder.

9. VURDERING AF DEN ANFÆGTEDE FORANSTALTNING

9.1. Eksistensen af statsstøtte

- (223) I henhold til artikel 107, stk. 1, i traktaten 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 selskaber eller visse produktioner, uforenelig med det indre marked i det omfang, den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.
- (224) Ifølge fast retspraksis skal alle betingelserne i denne bestemmelse være opfyldt, for at en foranstaltning kan kvalificeres som statsstøtte efter traktatens artikel 107, stk. 1 ⁽⁹²⁾. Det står således helt fast, at for at en foranstaltning kan kvalificeres som statsstøtte som omhandlet i denne bestemmelse, skal der for det første være et indgreb fra staten eller ved hjælp af statsmidler, for det andet skal dette indgreb kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne, for det tredje skal den give en virksomhed en selektiv fordel, og for det fjerde skal den fordreje eller true med at fordreje konkurrencen ⁽⁹³⁾.
- (225) For så vidt angår den første betingelse for støtte, blev SMBV's APA godkendt af den nederlandske skattemyndighed (*Belastingdienst*), som er en del af den offentlige forvaltning i Nederlandene. Denne APA indebærer den nederlandske skattemyndigheds accept af en overskudsfordeling foreslået af Starbucks, på grundlag af hvilken SMBV beregner sin selskabsskat til Nederlandene på årsbasis. Derfor må SMBV's APA tilregnes Nederlandene.
- (226) For så vidt angår foranstaltningens finansiering med statsmidler, har Domstolen konsekvent fastholdt, at en foranstaltning, hvorved de offentlige myndigheder giver visse virksomheder en skattefritagelse, som stiller disse virksomheder økonomisk gunstigere, end andre skatteydere, udgør statsstøtte, også selv om den ikke er forbundet med en positiv overførsel af statsmidler ⁽⁹⁴⁾. Kommissionen vil nedenfor påvise, at SMBV's APA resulterer i en sænkning af SMBV's skattetilsvær i Nederlandene ved at afvige fra det skattetilsvær, som SMBV ellers ville have haft i henhold til det almindelige nederlandske selskabsskattesystem. Derfor må SMBV's APA anses for at give anledning til et tab af statsmidler, idet enhver sænkning af skatten for SMBV medfører et tab af skatteprovenu, som ellers ville have været til rådighed for Nederlandene.
- (227) Hvad angår den anden betingelse for kvalificering som statsstøtte, er SMBV en del af Starbucks-koncernen, en globalt aktiv koncern, der opererer i alle Unionens medlemsstater, således at enhver støtte hertil kan påvirke samhandelen inden for EU. Ligeledes anses en støtte, som ydes af en stat, for at fordreje eller true med at fordreje

⁽⁹¹⁾ Ifølge Nederlandene gælder, at selv om de fleste tredjeparter udfører andre specifikke aktiviteter ud over ristning, bærer erhvervsrisiko eller selv har udviklet IP, ligger de gebyrer, som disse tredjeparter betaler til Starbucks (enten i form af en højere købspris for kaffebønner eller i form af royalty på omsætningen) på nogenlunde samme niveau som i SMBV. Men ifølge Nederlandene kunne man have forventet lavere gebyrer og priser have på grund af nogle af tredjeparternes mere komplekse profil.

⁽⁹²⁾ Sag C-399/08 P, Kommissionen mod Deutsche Post, ECLI:EU:C:2010:481, præmis 38, og den deri nævnte retspraksis.

⁽⁹³⁾ Sag C-399/08 P, Kommissionen mod Deutsche Post, ECLI:EU:C:2010:481, præmis 39, og den deri nævnte retspraksis.

⁽⁹⁴⁾ Se forenede sager C-106/09 P og C-107/09 P, Kommissionen mod regeringen i Gibraltar og Det Forenede Kongerige, ECLI:EU:C:2011:732, præmis 72, og den deri nævnte retspraksis.

konkurrencen, hvis den kan forbedre den konkurrencemæssige stilling for modtageren i forhold til andre virksomheder, som den konkurrerer med ⁽⁹⁵⁾. I det omfang, hvor SMBV's APA fritager SMBV fra et skattetilsvær, som virksomheden ellers ville have haft i henhold til den almindelige nederlandske selskabsskat, må denne APA anses for at fordreje eller true med at fordreje konkurrencevilkårene ved at styrke virksomhedens finansielle stilling, og den fjerde betingelse for kvalificering som statsstøtte er derfor også opfyldt i den foreliggende sag.

- (228) Hvad angår den tredje betingelse, vil Kommissionen nedenfor i betragtning 252 ff. påvise, hvorfor den mener, at SMBV's APA giver Starbucks en selektiv fordel ved at resultere i en sænkning af SMBV's skattetilsvær i Nederlandene, der afviger fra den skat, SMBV skulle betale i henhold til det almindelige nederlandske selskabsskattesystem, og derfor opfylder alle betingelserne for kvalificering som statsstøtte efter traktatens artikel 107, stk. 1.

9.2. Eksistensen af en selektiv fordel

- (229) Ifølge fast retspraksis gælder, at »traktatens artikel 107, stk. 1, kræver en stillingtagen til, om en statslig foranstaltning som led i en bestemt retlig ordning kan begunstige »visse virksomheder eller visse produktioner« i forhold til andre virksomheder, der under hensyntagen til det formål, der forfølges med den pågældende foranstaltning, befinder sig i en tilsvarende retlig og faktisk situation. I bekræftende fald opfylder den pågældende foranstaltning betingelsen om selektivitet« ⁽⁹⁶⁾.
- (230) I skattesager har Domstolen udviklet en tre-trins analyse til at afgøre, om en given skatteforanstaltning er selektiv ⁽⁹⁷⁾. Først identificeres det almindelige eller normale skattesystem, der er gældende i den pågældende medlemsstat, som »referencesystemet«. Derefter afgøres det, om den omhandlede skatteforanstaltning udgør en undtagelse fra det pågældende system ved at skelne mellem økonomiske aktører, som henset til formålet med systemet befinder sig i en tilsvarende faktisk og retlig situation. Hvis foranstaltningen udgør en undtagelse fra referencesystemet, fastslås det herefter på tredje trin i analysen, om foranstaltningen er begrundet i referencesystemets karakter eller generelle opbygning. En skatteforanstaltning, der udgør en undtagelse til anvendelsen af referencesystemet, kan være begrundet, hvis den pågældende medlemsstat kan godtgøre, at denne foranstaltning er en direkte følge af de grundlæggende eller ledende principper i dens skattesystem ⁽⁹⁸⁾. Hvis dette er tilfældet, er skatteforanstaltningen ikke selektiv. Bevisbyrden under dette tredje trin påhviler medlemsstaten.

9.2.1. Fastlæggelsen af referencesystemet

9.2.1.1. Referencesystem bestående af det almindelige nederlandske selskabsbeskatningssystem

- (231) Som hovedregel består et referencesystem ved vurdering af selektivitet af et sammenhængende sæt af regler, der på grundlag af objektive kriterier gælder for alle virksomheder, der falder ind under systemets anvendelsesområde som defineret ved dets formål.
- (232) I den foreliggende sag anser Kommissionen referencesystemet for at være det almindelige nederlandske selskabsbeskatningssystem, der som sit formål har en beskatning af overskud i alle virksomheder underlagt beskatning i Nederlandene ⁽⁹⁹⁾. Virksomheder etableret i Nederlandene er hjemmehørende skattesubjekter ⁽¹⁰⁰⁾. De er underlagt selskabsskat af deres verdensomspændende indtjening ⁽¹⁰¹⁾. Virksomheder, der ikke er etableret

⁽⁹⁵⁾ Sag 73079, Phillip Morris, ECLI:EU:C:1980:209, præmis 11. Forenede sager T-298/97, T-312/97 osv., Alzetta, ECLI:EU:T:2000:151, præmis 80.

⁽⁹⁶⁾ C-172/03, Heiser, ECLI:EU:C:2005:130, præmis 40.

⁽⁹⁷⁾ Forenede sager C-78/08 til C-80/08, Paint Graphos, ECLI:EU:C:2009:417.

⁽⁹⁸⁾ Forenede sager C-78/08 til C-80/08, Paint Graphos, ECLI:EU:C:2009:417, præmis 65.

⁽⁹⁹⁾ Se også C-78/08 til C-80/08, Paint Graphos, ECLI:EU:C:2009:417, præmis 50.

⁽¹⁰⁰⁾ Artikel 2 i CIT 1969.

⁽¹⁰¹⁾ Standard CIT-satsen er 25 %. Der er to skattepligtige indkomstniveauer. En lavere sats på 20 % for den første indkomstgruppe for skattepligtig indkomst op til 200 000 EUR.

i Nederlandene (ikkehjemmehørende virksomheder) er underlagt beskatning af deres indtægter fra nederlandske kilder ⁽¹⁰²⁾. Hvorvidt et selskab anses for at være hjemmehørende i Nederlandene i skattemæssig forstand, vurderes på grundlag af de faktiske omstændigheder. Vigtige faktorer for denne vurdering omfatter den faktiske ledelse og hovedkontorets placering. I henhold til CIT betragtes alle virksomheder stiftet under nederlandsk lov som hjemmehørende i Nederlandene ⁽¹⁰³⁾.

- (233) I henhold til artikel 3.25 i Indkomstskatteloven 2001 (*Wet inkomstenbelasting 2001*), som ifølge artikel 8 i CIT 1969 også gælder for selskabsskattepligtige, bestemmes det skattepligtige årlige overskud ud fra principperne om god forretningspraksis og på en ensartet måde uafhængigt af det forventede resultat ⁽¹⁰⁴⁾. I overensstemmelse med god forretningspraksis kan der f.eks. foretages justeringer for urealiserede tab, ligesom endnu ikke realiseret profit kan lades ude af betragtning.
- (234) Generelt gælder det, at det skattepligtige overskud svarer til det regnskabsmæssige overskud, som det afspejles i virksomhedens resultatopgørelse. Dog kan der foretages justeringer baseret på særlige skatteregler, såsom gældende skattemæssige incitamenter, skattefritagelse for kapitalandele, korrektioner af skatten ved transaktioner, som ikke udføres på armslængde, samt anvendelsen af forskellige afskrivningsregler i henhold til de gældende skatte- og regnskabsregler ⁽¹⁰⁵⁾.
- (235) For ikke-integrerede/indenlandske enkeltstående virksomheder, der opererer på markedet, er det ret ligetil at bestemme det skattepligtige overskud, idet det beregnes på basis af forskellen mellem indtægter og udgifter på et konkurrencepræget marked, men for integrerede koncernvirksomheder som Starbucks kræver det brug af proxyvariabler. Enkeltstående, ikke-integrerede virksomheder kan benytte deres regnskabsmæssige overskud som udgangspunkt for beregningen af beskatningsgrundlaget i relation til nederlandsk selskabsskat, da dette overskud afhænger af de råvarepriser, der gælder på markedet, og de varer og tjenesteydelser, der sælges af virksomheden. Derimod skal en integreret virksomhed, der handler med virksomheder i samme koncern, først beregne priserne for sine interne koncerntransaktioner for at kunne bestemme sin skattepligtige indkomst, og denne beregning dikteres af den virksomhed, der styrer koncernen, og ikke af markedet.
- (236) Men denne forskel i beregningen af skattepligtigt overskud for ikke-integrerede virksomheder, dvs. virksomheder, der ikke tilhører en koncern, men er »enkeltstående«, og integrerede virksomheder, som tilhører en koncern, har ingen indflydelse på målsætningen for det nederlandske selskabsskattesystem, der har til formål at beskatte overskud i alle virksomheder underlagt beskatning i Nederlandene, hvad enten disse er integrerede eller ej. Da overskuddet i alle virksomheder hjemmehørende i Nederlandene i henhold til det almindelige nederlandske selskabsskattesystem beskattes på samme måde, uden at sondre mellem koncerner og ikke-integrerede virksomheder, bør begge typer virksomheder anses for at være i en tilsvarende faktisk og retlig situation i henhold til det iboende formål med systemet ⁽¹⁰⁶⁾. Da formålet med SMBV's APA er at fastlægge beskatningsgrundlaget for SMBV med henblik på opkrævning af selskabsskat under dette system, er det det almindelige nederlandske selskabsskattesystem, der udgør det referencesystem, i forhold til hvilket denne APA bør undersøges for at fastslå, om Starbucks har nydt godt af en selektiv fordel. Derfor har den forskellige måde, hvorpå det skattepligtige overskud beregnes for integrerede og for ikke-integrerede virksomheder ingen relevans for, hvad der er referencesystemet for den selektive analyse i denne sag.
- (237) Dette bekræftes også af Artikel 8b, stk. 1, i CIT og dekretet, der implementerer OECDs armslængdeprincip i den nederlandske skatteret. I sin indledning fastslår dekretet: »Nederlandenes politik vedrørende armslængdeprincippet inden for international skatteret er, at dette princip er en del af Nederlandenes skatteretlige system som følge af dets integrering i den brede definition af indkomst i artikel 3.8 i kildeskatteloven 2001.« Artikel 3.8 i kildeskatteloven 2001 lyder: ».. overskuddet i en erhvervsvirksomhed er størrelsen af de samlede indtægter, som

⁽¹⁰²⁾ Ifølge artikel 3 i CIT 1969 og kapitel III i CIT 1969 beskattes ikke-hjemmehørende virksomheder af: 1) virksomhedsindkomst, der hidrører fra et fast driftssted eller en fast repræsentant i Nederlandene, 2) indkomst og kapitalgevinster hidrørende fra fast ejendom beliggende i Nederlandene, 3) indkomst og kapitalgevinster fra rettigheder relateret til efterforskning eller udvinding af naturressourcer beliggende i Nederlandene eller Nederlandenes del af kontinentalsoklen, 4) alle vederlag hidrørende fra en bestyrelsespost i en hjemmehørende enhed, 5) indkomst fra rettigheder til et foretagendes overskud (obligationer og aktier undtaget), hvis administration befinder sig i Nederlandene, og 6) indkomst og kapitalgevinster fra fordringer relateret til en betydelig aktiepost.

⁽¹⁰³⁾ Artikel 2, stk. 4, i CIT 1969.

⁽¹⁰⁴⁾ Oprindeligt nederlandsk tekst: »De in een kalenderjaar genoten winst wordt bepaald volgens goed koopmansgebruik, met inachtneming van een bestendige gedragslijn die onafhankelijk is van de vermoedelijke uitkomst. De bestendige gedragslijn kan alleen worden gewijzigd indien goed koopmansgebruik dit rechtvaardigt.«

⁽¹⁰⁵⁾ Kapitel II og III i CIT 1969.

⁽¹⁰⁶⁾ Generelt anses alle virksomheder, der har en indkomst, for at være i samme juridiske og faktiske situation i forhold til den direkte selskabsbeskatning.

en erhvervsvirksomhed indtjener af sine aktiviteter under et hvilket som helst navn og i en hvilken som helst form». Dekretet skelner således via sin henvisning til artikel 3.8 i kildeskatteloven 2001 og begreberne indtægt og overskud, som »en erhvervsvirksomhed indtjener af sine aktiviteter under et hvilket som helst navn og i en hvilken som helst form«, ikke mellem indtægter og overskud indtjent af en koncern eller en selvstændig virksomhed.

- (238) Ifølge Nederlandene og Starbucks har Kommissionen tidligere fastslået i sin beslutning om *Groepsrentebox* ⁽¹⁰⁷⁾, at koncerner og ukontrollerede virksomheder ikke tilhører samme referencesystem ⁽¹⁰⁸⁾. Det tyder på en opfattelse af, at referencesystemet til vurdering af selektivitet kun kan omfatte virksomheder, der er underlagt regler for transfer pricing, dvs. koncernvirksomheder.
- (239) Som udgangspunkt minder Kommissionen om, at den ikke er bundet af sin afgørelsespraksis. Enhver potentiel støtte skal vurderes særskilt på grundlag af de objektive kriterier i traktatens artikel 107, stk. 1, så selv om der kunne fremdrages en afgørelsespraksis, der siger det modsatte, har det ingen indflydelse på de konklusioner, der drages i den aktuelle afgørelse ⁽¹⁰⁹⁾.
- (240) Under alle omstændigheder bekræfter *Groepsrentebox*-afgørelsen, i modsætning til hvad Nederlandene og Starbucks hævder, ikke, at når en skatteforanstaltning er indrømmet til fordel for en integreret virksomhed, må referencesystemet nødvendigvis være begrænset til denne virksomhedstype. Formålet med den skatteforanstaltning, *Groepsrentebox*-afgørelsen drejede sig om, kan endvidere ikke sammenlignes med denne sag, og derfor er de konklusioner, som Nederlandene og Starbucks drager af denne afgørelse, ikke gyldige i den foreliggende sag.
- (241) *Groepsrentebox*-ordningen blev i sin tid oprettet af de nederlandske myndigheder for at mindske forskellen i beskatning mellem tilvejebringelse af egenkapital og fremmedkapital i en koncernsammenhæng for dermed at reducere arbitrage mellem de to former for intern koncernfinansiering ⁽¹¹⁰⁾. Kommissionen fastslog i sin endelige beslutning, at i betragtning af formålet med foranstaltningen, som var at nedbringe forskellen i beskatning mellem tilvejebringelse af egenkapital og fremmedkapital i en koncernsammenhæng og dermed reducere arbitrage mellem disse to former for intern koncernfinansiering, er »arbitrage mellem finansiering med egenkapital og med fremmedkapital kun mulig i koncernforhold« ⁽¹¹¹⁾. Det var i lyset af denne konstatering samt af ordningens mål, som var at mindske ansporingen til arbitrage mellem finansiering gennem kapitalindskud og lån og i denne forbindelse garantere skattemæssig neutralitet ⁽¹¹²⁾, at Kommissionen anså referencesystemet for i dette tilfælde kun at omfatte virksomheder underlagt selskabsbeskatning og involveret i koncerninterne finansielle transaktioner ⁽¹¹³⁾.
- (242) Derimod er formålet med SMBV's APA at bestemme SMBV's beskatningsgrundlag for at beregne den skat, virksomheden skal betale i forbindelse med opkrævning af den almindelige nederlandske selskabsskat heraf. For det første gælder, at selv om man kan hævde, at det formål, der ligger til grund for *Groepsrentebox*-afgørelsen, kun er gyldigt i en koncernsammenhæng (f.eks. kan enkeltstående virksomheder ikke blive konfronteret mellem et valg mellem forskellige former for finansiering), er bestemmelsen af beskatningsgrundlaget til beregning af den årlige selskabsskat lige så relevant og gældende for enheder, der indgår i en koncern, som for enkeltstående virksomheder.
- (243) For det andet gælder, at selv om det er rigtigt, at SMBV servicerer andre selskaber i koncernen og dermed opererer i en koncernsammenhæng, kunne den transaktion, virksomheden udfører, også udføres uden for en koncernsammenhæng. SMBV er kafferister og distributionsvirksomhed. Som de af Starbucks fremlagte kontrakter viser, outsourcer andre virksomheder i Starbucks-koncernen denne funktion til tredjepart ⁽¹¹⁴⁾. Desuden fremgår det af konkurrenternes svar på markedsinformationsanmodningen, at ristning outsources til ikke-koncernvirksomheder ⁽¹¹⁵⁾. Derfor kan aktiviteterne i SMBV udføres af uafhængige virksomheder og ikke kun i en rent intern koncernsammenhæng ⁽¹¹⁶⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ Beslutning 2009/809/EF.

⁽¹⁰⁸⁾ SMBV's bemærkninger til åbningsafgørelsen, punkt 2.20.

⁽¹⁰⁹⁾ C-138/09, Todaro Nunziatina & C., ECLI:EU:C:2010:291, præmis 21.

⁽¹¹⁰⁾ Ordningen forudsatte, at den positive forskel mellem renter på koncernlån og renter i forbindelse med koncerninterne finansielle transaktioner ikke blev beskattet med den normale virksomhedsskattesats på 25,5 % på daværende tidspunkt, men beskattet med 5 % i en såkaldt »groepsrentebox«.

⁽¹¹¹⁾ *Groepsrentebox*-beslutningen, betragtning 85.

⁽¹¹²⁾ *Groepsrentebox*-beslutningen, betragtning 101.

⁽¹¹³⁾ *Groepsrentebox*-beslutningen, betragtning 107.

⁽¹¹⁴⁾ Se betragtning 148 til 150.

⁽¹¹⁵⁾ Jf. svaret fra Melitta i betragtning 207 til 209.

⁽¹¹⁶⁾ Det skal dog bemærkes, at selv om SMBV havde været involveret i finansieringstransaktioner, ville Kommissionen ikke betragte *Groepsrentebox*-afgørelsen som relevant i betragtning af den anderledes målsætning, der gør sig gældende for denne ordning på den ene side og fastsættelsen af SMBV's beskatningsgrundlag på den anden side.

- (244) Kommissionen konkluderer derfor, at det referencesystem, i forhold til hvilket SMBV's APA skal undersøges, er den generelle nederlandske selskabsbeskatning i form af de nederlandske selskabsskatteregler (CIT). I særdeleshed består dette referencesystem af et sammenhængende regelsæt baseret på objektive kriterier for beskatning af overskud i såvel enkeltstående virksomheder, hvor det skattepligtige overskud normalt svarer til det regnskabsmæssige overskud (med visse justeringer baseret på skatteret), som i koncernvirksomheder, der benytter transferpriser til at fordele overskuddet. I betragtning af systemets iboende formål skal begge typer virksomheder — ikke-integrerede og integrerede virksomheder — anses for at befinde sig i en tilsvarende faktisk og retlig situation.

9.2.1.2. Artikel 8b, stk. 1, i CIT og dekretet udgør ikke det relevante referencesystem

- (245) Nederlandene mener, at referencesystemet må være dekretet og dermed, at SMBV kun skal anses for at være i en tilsvarende faktisk og retlig situation som koncernvirksomheder, der falder ind under dekretet ⁽¹¹⁷⁾. Selektivitetskriteriet kan følgelig kun anses for at være opfyldt, hvis det kan bevises, at SMBV har modtaget en anden behandling sammenlignet med andre koncernvirksomheder med skattemæssigt hjemsted i Nederlandene, der falder ind under dekretet.
- (246) Kommissionen kan ikke godtage denne argumentation.
- (247) Som forklaret i betragtning 236 er formålet med det nederlandske selskabsskattesystem at beskatte overskud i alle virksomheder, der falder ind under dets skattemæssige jurisdiktion, uanset om virksomhederne er integrerede eller ikke-integrerede virksomheder. Som forklaret i betragtning 232 opkræves den nederlandske selskabsskat af de globale overskud i virksomheder hjemmehørende i Nederlandene (medmindre en dobbeltbeskatningsoverenskomst er gældende), mens ikke-hjemmehørende virksomheder, heriblandt nederlandske filialer af udenlandske virksomheder, kun er skattepligtige af indkomst med specifik nederlandsk oprindelse.
- (248) Hvis man ligesom Nederlandene kun anser systemet for at omfatte koncernvirksomheder, da det kun er koncernvirksomheder, der skal forholde sig til armslængdeprincippet som det foreskrives i artikel 8b i CIT og dekretet ved fordelingen af overskud, foretager man ved bestemmelsen af deres skattepligtige overskud en kunstig skelnen mellem virksomheder baseret på deres virksomhedsstruktur, som det almindelige nederlandske selskabsskattesystem ikke anerkender i forbindelse med beskatning af overskud i virksomheder henhørende under dets skattemæssige jurisdiktion. Dekretet skal netop sikre, at koncerner og enkeltstående virksomheder behandles på samme måde under det almindelige nederlandske selskabsskattesystem og beskattes af det overskud, deres aktiviteter giver, hvad enten disse udøves i en intern koncernsammenhæng eller ej.
- (249) Kommissionen finder, at formålet med dekretet ikke er og ikke kan være at indføre særlige regler for forbundne virksomheder, men at afklare anvendelsen af armslængdeprincippet i Artikel 8b, stk. 1, i CIT i overensstemmelse med OECD's TP-retningslinjer, da hensigten med Dekretet, som det anerkendes af Nederlandene, »specifikt fokuserer på aspekter, som OECD's TP-retningslinjer lader åbne for fortolkning, eller hvor der hersker en manglende klarhed«. Reglerne i dekretet har derfor til formål at tilpasse den skattemæssige behandling af forbundne virksomheder til behandlingen af ikkeforbundne virksomheder på en sådan måde, at transaktioner mellem forbundne parter prissættes på armslængde og derfor afspejler uafhængige parter situation i relation til opkrævning af selskabsskat af deres overskud.
- (250) Under alle omstændigheder bemærker Kommissionen, at hvis man accepterede Nederlandenes og Starbucks' argumentation om, at dekretet indeholder særlige regler for integrerede virksomheder, kunne eksistensen af disse særlige regler i sig selv føre til en konklusion om selektivitet. I skattesager er der tale om selektivitet, når en medlemsstat fritager en (særlig kategori af) virksomhed(er) fra en generel regel, der gælder for alle virksomheder i en sammenlignelig faktisk og retlig situation. Dette er også tilfældet, når der indføres en særlig ordning, der afviger fra denne hovedregel til fordel for visse, men ikke alle virksomheder i en sammenlignelig faktisk og retlig situation. På grundlag heraf konkluderer Kommissionen, at integrerede og ikke-integrerede virksomheder befinder sig i en sammenlignelig faktisk og retlig situation med hensyn til pålæggelse af nederlandsk selskabsskat af overskud, mens indførelsen af en særlig ordning, der kun gælder for integrerede virksomheder og afviger fra de almindelige nederlandske selskabsskatteregler i sig selv er af selektiv karakter, således at enhver fordel, der tildeles på dette grundlag, er af selektiv karakter.

⁽¹¹⁷⁾ Nederlandenes bemærkninger i punkt 3.2 til åbningsafgørelsen.

- (251) Kommissionen konkluderer derfor, at det referencesystem, i forhold til hvilket SMBV's APA i den foreliggende sag skal undersøges, er det almindelige nederlandske selskabsskattesystem, uanset om selskabsskat under dette system pålægges koncerner eller enkeltstående virksomheder.

9.2.2. *Selektiv fordel på grund af en undtagelse fra det almindelige nederlandske selskabsskattesystem*

- (252) Efter at have fastslået, at det referencesystem, som SMBV's APA skal vurderes på grundlag af, er det almindelige nederlandske selskabsskattesystem, må det afgøres, om denne APA er en undtagelse fra dette referencesystem og dermed fører til forskelsbehandling mellem virksomheder, der faktisk og juridisk befinder i en sammenlignelig situation.
- (253) I denne anden etape af selektivitetsanalysen vil konstateringen af, at en skatteforanstaltning udgør en undtagelse fra referencesystemet, normalt falde sammen med en konstatering af, at der med denne foranstaltning er indrømmet en fordel til modtageren. Når en skatteforanstaltning resulterer i en uberettiget nedsættelse af en modtagers skattetilsvær i forhold til den højere skat, vedkommende ellers skulle betale under referencesystemet, udgør denne nedsættelse både fordel af den skattemæssige foranstaltning og undtagelsen fra referencesystemet.
- (254) For individuelle støtteforanstaltninger i modsætning til støtteordninger gælder ifølge Domstolen, at »identificeringen af en økonomisk fordel i princippet giver anledning til en formodning for, at den er selektiv«⁽¹¹⁸⁾. I det foreliggende tilfælde er den individuelle støtteforanstaltning, som giver SMBV en fordel, SMBV's APA, der godkender en metode til beregning af virksomhedens skattepligtige overskud i Nederlandene af de opgaver, den udfører inden for Starbucks-koncernen og som beskattes efter det almindelige nederlandske selskabsskattesystem.

9.2.3. *Selektiv fordel på grund af en undtagelse fra armslængdeprincippet*

- (255) I princippet har en APA den funktion, at den på forhånd fastslår, hvordan den almindelige skatteordning skal anvendes i et konkret tilfælde et givet sæt af forhold og omstændigheder, der er specifikke i dette tilfælde i et bestemt tidsrum, og forudsat at der under anvendelsen af denne APA ikke sker væsentlige ændringer i forhold til det givne sæt af forhold og omstændigheder. Når en APA uden begrundelse er baseret på en vurderingsmetode, der afviger fra, hvad der følger af en normal anvendelse af det almindelige skattesystem, vil denne APA blive anset for at indebære en selektiv fordel for modtageren, for så vidt denne selektive behandling resulterer i en sænkning af modtagerens skattetilsvær i den pågældende medlemsstat i forhold til virksomheder, der befinder sig i en lignende juridisk og faktisk situation.
- (256) En fordel i henhold til traktatens artikel 107, stk. 1, er enhver økonomisk fordel, som en virksomhed ikke ville have opnået under normale markedsvilkår, dvs. uden statslig indgriben⁽¹¹⁹⁾. Når den finansielle situation i en virksomhed derfor forbedres som følge af et statsindgreb, er der tale om en fordel. En sådan forbedring påvises ved at sammenligne den pågældende virksomheds finansielle situation som følge af den anfægtede foranstaltning med den finansielle situation, den pågældende virksomhed ville have haft, hvis foranstaltningen ikke var blevet bevilget⁽¹²⁰⁾. En fordel kan bestå af både en positiv økonomisk fordel og i en nedsættelse af de skatter og afgifter, der normalt indgår i en virksomheds budget⁽¹²¹⁾.
- (257) Som forklaret i betragtning 42 ff., accepterede Nederlandene ved godkendelsen af SMBV's APA en metode for beregning af SMBV's skattepligtige overskud i Nederlandene, som blev foreslået af Starbucks »skatterådgiver i transfer pricing-rapporten, og som giver SMBV mulighed for at beregne sit selskabsskattetilsvær i Nederlandene på årsbasis, så længe denne APA er gyldig. Mere specifikt definerer transfer pricing-rapporten, som blev godkendt med godkendelsen af SMBV's APA, det overskud, som i mangel af de markedsdiktterede transaktioner, der ville have fandtes for en ikke-integreret selvstændig virksomhed, skal allokere til denne virksomhed i Starbucks-koncernen på de transaktioner, den udfører med de øvrige virksomheder i Starbucks-koncernen.

⁽¹¹⁸⁾ Sag C-15/14 P, Kommissionen mod MOL, ECLI:EU:C:2015:362, præmis 60; se også sag T-385/12, Orange mod Kommissionen ECLI:EU:T:2015:117.

⁽¹¹⁹⁾ Sag C-39/94, SFEI m.fl., ECLI:EU:C:1996:285, præmis 60; sag C-342/96, Spanien mod Kommissionen, ECLI:EU:C:1999:210, præmis 41.

⁽¹²⁰⁾ Sag 173/73, Italien mod Kommissionen, ECLI:EU:C:1974:71, præmis 13.

⁽¹²¹⁾ Se f.eks. sag C-387/92, Banco Exterior de Espana, ECLI:EU:C:1994:100.

- (258) Domstolen har allerede fastslået, at en nedsættelse af beskatningsgrundlaget som følge af en skatteforanstaltning, der gør det muligt for en skatteyder at anvende koncerninterne afregningspriser, som ikke svar til de priser, der ville blive anvendt i fri konkurrence mellem uafhængige virksomheder gennem forhandlinger under lignende omstændigheder på armslængde, indebærer en selektiv fordel til denne skatteyder, da dennes skattetilsvaret efter den almindelige skatteordning reduceres i forhold til uafhængige virksomheder, der anvender deres regnskabsmæssige overskud som grundlag for at bestemme deres beskatningsgrundlag ⁽¹²²⁾.
- (259) I sin afgørelse om den belgiske skatteordning for koordinationscentre ⁽¹²³⁾ tog Domstolen stilling til et annullationsøgsmål mod en kommissionsbeslutning, som bl.a. konkluderede, at metoden til bestemmelse af skattepligtig indkomst under denne ordning indebærer en selektiv fordel for disse centre ⁽¹²⁴⁾. Under denne ordning blev det skattepligtige overskud sat til et fast beløb svarende til en procentdel af det fulde beløb af driftsudgifter og omkostninger, hvorfra personaleudgifter og finansielle omkostninger var fratrukket. Domstolen udtalte, at »ved bedømmelsen af, om fastsættelsen af den skattepligtige indkomst, som bestemt i ordningen for koordinationscentre, medfører en fordel for centrene, bør der [...] foretages en sammenligning af den nævnte ordning med den almindelige skatteordning på grundlag af forskellen mellem indtægter og udgifter for en virksomhed, der udøver sin aktivitet på frie konkurrencevilkår«. Domstolen udtalte videre, at »derfor gør udelukkelsen af disse [udgifter til personale og finansielle omkostninger] fra de udgifter, på grundlag af hvilke den skattepligtige indkomst for de nævnte centre fastsættes, det ikke muligt at opnå interne afregningspriser, der ligger tæt på de priser, som anvendes under frie konkurrencevilkår«, hvilket Domstolen fandt »[medførte] en fordel til koordinationscentre« ⁽¹²⁵⁾.
- (260) Domstolen har således anerkendt, at en skatteforanstaltning, der resulterer i, at et koncernselskab anvender transferpriser, der ikke afspejler de priser, som ville blive anvendt i fri konkurrence, dvs. priser forhandlet af uafhængige virksomheder under lignende omstændigheder på armslængde, indebærer en fordel for denne koncernvirksomhed, i og med at den resulterer i en reduktion af beskatningsgrundlaget og dermed virksomhedens skattetilsvaret efter det almindelige selskabsskattesystem.
- (261) Princippet om, at vederlaget for koncerninterne transaktioner bør fastsættes, som om disse transaktioner blev prissat af uafhængige virksomheder gennem forhandling under sammenlignelige omstændigheder på armslængde, benævnes almindeligvis som »armslængdeprincippet«. I sin dom om de belgiske koordinationscentre stadfæstede Domstolen armslængdeprincippet som kriterium for vurderingen af, hvorvidt en koncernvirksomhed modtager en fordel som omhandlet i traktatens artikel 107, stk. 1, som følge af en skatteforanstaltning, der fastsætter dens transfer-prissætning og dermed dens skattegrundlag.
- (262) Formålet med armslængdeprincippet er at sikre, at den skattemæssige behandling af transaktioner mellem koncernvirksomheder baseres på den fortjeneste, der ville være opnået, hvis de samme transaktioner var udført af uafhængige virksomheder. Ellers ville koncernvirksomheder inden for rammerne af det almindelige selskabsskattesystem nyde godt af en favorabel behandling ved bestemmelsen af deres skattepligtige overskud, som uafhængige virksomheder ikke har adgang til, hvilket fører til forskelsbehandling mellem virksomheder, der faktisk og juridisk er i en sammenlignelig situation i henseende til formålet med en sådan ordning, som er at beskatte overskuddet i alle virksomheder, der falder ind under dets jurisdiktion.
- (263) Kommissionens vurdering af, om Nederlandene ydede en selektiv fordel til SMBV, må derfor bestå i at vurdere, hvorvidt de metoder til bestemmelse af SMBV's skattepligtige overskud i Nederlandene, der er accepteret af den nederlandske skattemyndighed i SMBV's APA, afviger fra en metode, der fører til en pålidelig estimering af et markedsbaseret resultat, og dermed fra armslængdeprincippet. For så vidt den metode, som Nederlandene accepterede i SMBV's APA, resulterer i en sænkning af SMBV's skattetilsvaret i henhold til det almindelige nederlandske selskabsskattesystem sammenlignet med ikke-integrerede virksomheder, hvis skattepligtige overskud under dette system bestemmes af markedet, må denne APA anses for at indebære en selektiv fordel for SMBV efter traktatens artikel 107, stk. 1.

⁽¹²²⁾ Forenede sager C-182/03 og C-217/03, Belgien og Forum 187 ASBL mod Kommissionen, ECLI:EU:C:2006:416.

⁽¹²³⁾ Forenede sager C-182/03 og C-217/03, Belgien og Forum 187 ASBL mod Kommissionen, ECLI:EU:C:2006:416.

⁽¹²⁴⁾ Kommissionens beslutning 2003/757/EF af 17. februar 2003 om den støtteordning, som Belgien indførte for koordinationscentre etableret i Belgien (EFT L 282 af 30.10.2003, s. 25).

⁽¹²⁵⁾ Forenede sager C-182/03 og C-217/03, Belgien og Forum 187 ASBL mod Kommissionen, ECLI:EU:C:2006:416, præmis. 96 og 97.

- (264) Armslængdeprincippet må derfor nødvendigvis indgå i Kommissionens vurdering i henhold til traktatens artikel 107, stk. 1, af skattemæssige foranstaltninger i relation til koncernvirksomheder uafhængigt af, om en medlemsstat har indarbejdet dette princip i sin nationale lovgivning eller ej. Det bruges til at fastslå, om det selskabsskattepligtige overskud i en koncernvirksomhed er beregnet på basis af en metode, der i al væsentligt svarer til markedsforholdene, således at virksomheden ikke særbehandles under det almindelige selskabsskattesystem sammenlignet med ikke-integrerede virksomheder, hvis skattepligtige overskud bestemmes af markedet. For at undgå enhver tvivl skal det derfor præciseres, at det armslængdeprincip, som Kommissionen anvender i sin statsstøttevurdering, ikke er afledt af artikel 9 i OECD's Model Tax Convention, som ikke er et bindende instrument, men er et generelt princip om ligebehandling i beskatning, der er et princip henhørende under traktatens artikel 107, stk. 1, der er bindende for medlemsstaterne, og fra hvis anvendelsesområde de nationale skatteregler ikke er udelukket ⁽¹²⁶⁾.
- (265) Som svar på Nederlandenes påstand om, at Kommissionen ved en sådan vurdering tiltager sig den nationale skatteforvaltnings kompetence til fortolkning af sin nationale ret ⁽¹²⁷⁾, minder Kommissionen om, at den ikke tager stilling til, om SMBV's APA opfylder armslængdeprincippet som fastsat i artikel 8b, stk. 1, i CIT eller dekretet, men derimod til, om den nederlandske skatteforvaltning tildelte en selektiv fordel til SMBV som omhandlet i traktatens artikel 107, stk. 1, ved gennemførelsen af en APA, der godkender en overskudsallokering, som afviger fra det overskud, der ville være blevet beskattet efter det almindelige nederlandske selskabsskattesystem, hvis de samme transaktioner var blevet udført af uafhængige virksomheder gennem forhandlinger under sammenlignelige omstændigheder på armslængde.
- (266) Som svar på Nederlandenes og Starbucks påstand om, at transfer pricing ikke er en eksakt videnskab, og at Kommissionens vurdering af transfer pricing i SMBV's APA derfor nødvendigvis må være begrænset ⁽¹²⁸⁾, minder Kommissionen om, at estimeringskomponenten i transfer pricing skal ses i lyset af dens formål. Selv om OECD's TP-retningslinjer fra 2010 i punkt 1.13 vitterligt anerkender, at transfer pricing ikke er en eksakt videnskab, forklares det forinden, at »[de]t er vigtigt ikke at tabe målet af syne, nemlig at finde et rimeligt skøn over et armslængderesultat baseret på pålidelige oplysninger«. Formålet med OECD's TP-retningslinjer er til gavn for skattemyndigheder og multinationale virksomheder at udvikle de mest hensigtsmæssige metoder til fastsættelse af armslængdepriser for transaktioner på tværs af grænser mellem forbundne virksomheder med henblik på beskatning. Dette ville være umuligt, hvis transfer pricingens karakter af en estimering kunne bruges til at tilsidesætte den konsensus om en passende transfer pricing-metode, som disse retningslinjer repræsenterer. Armslængdeprincippet karakter af et princip, der beror på en estimering, kan derfor ikke påberåbes for at retfærdiggøre en transfer pricing-analyse, der enten er metodisk inkonsistent eller baseret på en udvælgelse af usammenlignelige størrelser.
- (267) Konklusionen er derfor, at hvis det kan påvises, at den metode til bestemmelse af SMBV's skattepligtige overskud i Nederlandene, som de nederlandske skattemyndigheder accepterede med godkendelsen af SMBV's APA, afviger fra en metode, der fører til en pålidelig estimering af et markedsbaseret resultat og dermed fra armslængdeprincippet, vil denne APA skulle anses for at indebære en selektiv fordel til SMBV som omhandlet i artikel 107, stk. 1, for så vidt den fører til en nedsættelse af SMBV's skattetilsvær efter den almindelige nederlandske selskabsskat sammenlignet med ikke-integrerede virksomheder, hvis skattegrundlag bestemmes af det overskud, de genererer på markedsvilkår.

9.2.3.1. Metodevalg, parametre og justeringer i SMBV's APA

- (268) I SMBV's APA godkendes en metode til fastsættelse af overskudsallokeringen til SMBV inden for Starbucks-koncernen, der bygger på en transfer pricing-rapport udarbejdet af Starbucks' skatterådgiver, som beregner et vederlag for en funktion, der udføres af SMBV (ristning/produktion).

⁽¹²⁶⁾ Forenede sager C-182/03 og C-217/03, Belgien og Forum 187 ASBL mod Kommissionen, ECLI:EU:C:2006:416, præmis 81.

⁽¹²⁷⁾ Se betragtning 186.

⁽¹²⁸⁾ Se betragtning 162 og 191.

- (269) Ved beregningen af vederlaget til SMBV har skatterådgiveren i sin transfer pricing-rapport foretaget en række successive metodevalg:
- i) valget at anvende TNMM til at estimering af det skattepligtige overskud
 - ii) valget af driftsudgifterne som indikator for profitniveauet ved anvendelsen af TNMM ⁽¹²⁹⁾, og
 - iii) anvendelse af en driftskapitaljustering for at tage højde for forskellene mellem SMBV og de sammenligningsparametre, der bruges til at bestemme en armslængdeavance ⁽¹³⁰⁾.
- (270) I transfer pricing-rapporten konkluderes det, at vederlaget for den ristningsfunktion, SMBV udfører, bør svare til et avancetillæg [9-12] % af dets driftsomkostninger, hvilket blev accepteret af den nederlandske skattemyndighed som et armslængdevederlag i SMBV's APA. Det nederlandske skattevæsen godkendte endvidere i SMBV's APA, at eventuelt overskud genereret af SMBV ud over dette vederlag udbetales som royalty til Alki LP.
- (271) I de følgende afsnit vil Kommissionen forklare, hvorfor den mener, at flere af de metodevalg, der ligger til grund for transfer pricing-rapporten, ikke burde være blevet accepteret af den nederlandske skattemyndighed i SMBV's APA, fordi denne accept resulterer i et skattemæssigt overskud i SMBV, der ikke anses for at udgøre en pålidelig estimering af et markedsbaseret resultat, men medfører en nedsættelse af SMBV's skat i forhold til ikke-integrerede selskaber, hvis skattepligtige overskud bestemmes af markedet.
- (272) Først og fremmest identificerer eller analyserer transfer pricing-rapporten ikke SMBV's kontrollerede og ukontrollerede transaktioner ⁽¹³¹⁾, hvilket er et nødvendigt første skridt i vurderingen af armslængde-karakteren af de kommercielle vilkår mellem nærtstående parter ved fastsættelse af transferpriser. Mere specifikt undlader transfer pricing-rapporten at undersøge, om SMBV's betaling af royalty til Alki LP for ristnings-IP (som er den koncerninterne transaktion, der var årsagen til anmodningen om og godkendelsen af SMBV's APA ⁽¹³²⁾), foregår på armslængde. Som Kommissionen vil påvise, fører en transfer pricing-analyse af armslængdeværdien af denne royalty baseret på sammenlignelige ukontrollerede transaktioner til den konklusion, at der ikke burde være betalt royalty for den ristnings-IP, Alki LP overførte til SMBV ⁽¹³³⁾. Transfer pricing-rapporten undersøger heller ikke, om prisen for SCTC's levering af grønne kaffebønner til SMBV er en armslængdepris. Som Kommissionen vil påvise, findes der ingen markedsbaseret begrundelse for den betydelige stigning i denne pris fra 2011 og fremefter, der førte til en reduktion af SMBV regnskabsmæssige overskud fra dette år og frem ⁽¹³⁴⁾.
- (273) Herudover, og uden at det berører den foregående betragtning, analyserer transfer pricing-rapporten heller ikke kompleksiteten af de funktioner, som udføres af alle de koncernvirksomheder, der gennemfører kontrollerede transaktioner, herunder navnlig Alki LP, når den anerkender, at SMBV er at betragte som den »mindst komplekse funktion« og dermed den »testede part« ved anvendelsen af TNMM ⁽¹³⁵⁾.
- (274) Endelig, og uden at det berører de foregående to betragtninger, fejlidentificerer transfer pricing-rapporten SMBV's hovedfunktioner, som virksomheden skal have et vederlag for, og søger uhensigtsmæssigt at fastsætte dette vederlag på grundlag af driftsomkostningerne ⁽¹³⁶⁾.

9.2.3.2. Transfer pricing-rapporten undlader at undersøge de koncerninterne transaktioner, som var genstanden for anmodningen om og godkendelsen af SMBV's APA

- (275) SMBV's APA godkender et skattepligtigt vederlag til SMBV for ristningsfunktionen. Den godkender også, at et eventuelt overskud opnået af SMBV ud over dette vederlag udbetales som royalty til Alki LP, som ikke beskattes i Nederlandene.

⁽¹²⁹⁾ Omtales som »første tilpasning« i betragtning 49, 97 og 100 i åbningsafgørelsen.

⁽¹³⁰⁾ Omtales som »anden tilpasning« i betragtning 52 i åbningsafgørelsen. De første to muligheder er beskrevet i OECD's retningslinjer, mens det efterfølgende valg af en driftskapitaljustering ikke er omfattet af OECD's retningslinjer på den måde, som anvendes af skatterådgiveren i denne sag.

⁽¹³¹⁾ En kontrolleret transaktion er en transaktion mellem to virksomheder, der er indbyrdes forbundne, mens en ukontrolleret transaktion er en transaktion mellem virksomheder, der er uafhængige i forhold til hinanden.

⁽¹³²⁾ Afsnit 9.2.3.2.

⁽¹³³⁾ Afsnit 9.2.3.3, litra a) til e).

⁽¹³⁴⁾ Afsnit 9.2.3.3, litra f).

⁽¹³⁵⁾ Afsnit 9.2.3.4.

⁽¹³⁶⁾ Afsnit 9.2.3.5.

- (276) Med andre ord har den nederlandske skatteforvaltning i SMBV's APA udtrykkeligt godkendt, at skatterådgiverens metode til opgørelse af det SMBV's skattepligtige vederlag for ristningsfunktionen direkte bestemmer størrelsen af de royalties, SMBV betaler til Alki LP for den licensaftale om ristnings-IP, der er indgået mellem dem. Den godkender også udtrykkeligt, at det faktiske overskud opnået af SMBV i Nederlandene af skattemæssige hensyn reduceres med denne betaling af royalty, hvilket resulterer i et lavere skattepligtigt overskud end det, der faktisk er optjent. For hvis SMBV's regnskabsmæssige overskud bliver større end det vederlagsniveau, som er godkendt i SMBV's APA, vil udbetalingen af royalty til Alki LP blive forhøjet med forskellen mellem dette vederlag og SMBV's regnskabsmæssige overskud.
- (277) Således bliver denne royalty en justerbar variabel, der bestemmes af en kombination af SMBV's regnskabsmæssige overskud og det i SMBV's APA fastlagte vederlag. Som sådan er aftalen om licens på ristnings-IP mellem Alki LP og SMBV den transaktion, som var genstanden for anmodningen om SMBV's APA, og metoden til fastsættelse af niveauet for denne royalty som en justerbar variabel er den transaktion, der faktisk prissættes i SMBV's APA.
- (278) Ikke desto mindre foreslår den transfer pricing-rapport, som denne APA er baseret på, kun et vederlag til SMBV ved at analysere den funktion, virksomheden udfører (ristning/produktion), og anvende TNMM-metoden. Den identificerer ikke betaling af royalty som justerbar variabel ved fastsættelsen af dette foreslåede vederlag. Derfor undlader rapporten at identificere eller analysere licensaftalen om ristnings-IP, for hvilken denne royalty betales, som den transaktion, der reelt prissættes, og undlader dermed at fastlægge en metode til at sikre, at denne royaltybetaling er i overensstemmelse med armslængdeprincippet.
- (279) Formålet med en transfer pricing er imidlertid at fastslå, om betingelserne ved kontrollerede transaktioner er i overensstemmelse med armslængdeprincippet.
- (280) Dette fokus på transaktioner i forbindelse med transfer pricing er klart udtrykt i punkt 1.6 i OECD's TP-retningslinjer fra 2010, som indledningsvis præciserer, at »da denne tilgang baseret på den enkelte virksomheder behandler medlemmerne i en multinational koncern, som om de var uafhængige enheder, fokuseres opmærksomheden på arten af transaktionerne mellem disse medlemmer samt om, hvorvidt betingelserne herfor afviger fra de betingelser, som kunne opnås under sammenlignelige ukontrollerede transaktioner. En sådan analyse af kontrollerede og ukontrollerede økonomiske transaktioner, der omtales som en »sammenlignelighedsanalyse«, er det centrale i anvendelsen af armslængdeprincippet«⁽¹³⁷⁾.
- (281) Det vil sige, at kommercielle transaktioner mellem forbundne og ikkeforbundne parter først skal være klart identificeret, før de vurderes for sammenlignelighed. Dette fokus på transaktioner understøttes ligeledes i nederlandsk skatteret gennem kravet om ikke at tillade fradrag af udgifter, der ikke er i overensstemmelse med armslængdeprincippet⁽¹³⁸⁾.
- (282) Kun hvis det er umuligt at sammenligne en bestemt koncernintern transaktion, for hvilken der anmodes om en APA (under hensyntagen til de udførte funktioner), med lignende ukontrollerede transaktioner, er det berettiget at ty til en sammenligning af udførte funktioner. I denne ånd forklarer punkt 1.41 i OECD's TP-retningslinjer fra 2010, at »for søgningen udvides til at omfatte et større antal potentielt sammenlignelige ukontrollerede transaktioner baseret på lignende funktioner, må det overvejes, om sådanne transaktioner sandsynligvis vil give et pålideligt sammenligningsgrundlag for den kontrollerede transaktion«⁽¹³⁹⁾. Dette forklarer også den præference for CUP-metoden frem for alle andre transfer pricing-metoder, der kommer til udtryk i både punkt 2.14 i OECD's TP-retningslinjer fra 2010 og i punkt 2.7 i OECD's TP-retningslinjer fra 1995, som begge udtaler: »Hvor det er muligt at finde sammenlignelige ukontrollerede transaktioner, er CUP-metoden den mest direkte og pålidelige måde til anvendelse af armslængdeprincippet. Derfor er CUP-metoden i sådanne tilfælde at foretrække frem for alle andre metoder.«
- (283) Ligeledes foretrækker både OECD's TP-retningslinjer fra 2010 og 1995 traditionelle transaktionsbaserede metoder frem for transaktionsprofitmetoder som et middel til at fastslå, om en transferpris er på armslængde⁽¹⁴⁰⁾. OECD's TP-retningslinjer fra 1995 udelukker endog, at der automatisk gribes til transaktionsprofitmetoder såsom TNMM ved fastsættelse af transferpriser, idet det i punkt 3.50 hedder: »Der er dog tilfælde, hvor traditionelle transaktionsmetoder ikke pålideligt kan anvendes alene eller undtagelsesvis slet ikke kan anvendes. Der er tale om tilfælde,

⁽¹³⁷⁾ Se også punkt 1.6 i OECD's TP-retningslinjer for 1995.

⁽¹³⁸⁾ Se betragtning 234.

⁽¹³⁹⁾ Fokus på transaktioner er også nævnt i punkt 1.33 i OECD's TP-retningslinjer fra 2010, der præciserer at »anvendelsen af armslængdeprincippet baseres generelt på en sammenligning af forholdene i en kontrolleret transaktion med forholdene i transaktioner mellem uafhængige foretagender«.

⁽¹⁴⁰⁾ Se betragtning 68 og 69.

hvor en anden løsning må anvendes som en sidste udvej. (...) Men selv i sådanne tilfælde ville det være urimeligt som sidste udvej automatisk at anvende en transaktionsprofitmetode uden først at evaluere pålideligheden af den pågældende metode.»

- (284) Nederlandenes udtalelse om, at dets skatteforvaltning ikke er bundet af en regel om bedste metode, fritager ikke denne forvaltning fra pligten til at forvisse sig om, at den transfer pricing-metode, skatteyderen vælger, resulterer i en pålidelig estimering af en armslængdepris, før den godkender en APA-anmodning baseret på denne metode. Denne forpligtelse afspejles endog i dekretets bestemmelse, som Nederlandene henviser til i denne sammenhæng. Således fastslår punkt 3.1 i dekretet: »[d]en nederlandske skatte- og toldforvaltning bør altid i sin undersøgelse af transferpriser tage udgangspunkt i den metode, der bruges af skatteyderen på tidspunktet for transaktionen. Dette betyder, at skatteyderen i princippet er frit stillet til at vælge en transfer pricing-metode, forudsat, at den valgte metode resulterer i et armslængderesultat for den pågældende transaktion. Skatteyderen skal dokumentere sit valg«. Med andre ord bør den af skatteyderen foreslåede metode være udgangspunktet for skatteforvaltningens undersøgelse af APA-anmodningen. Men uanset hvilken metode der vælges, skal den sikre et armslængderesultat for den specifikke transaktions prisfastsættelse, således at skatteforvaltningen har frihed til at sætte spørgsmålstejn ved rimeligheden af den af skatteyderen valgte metode. Slutteligt, eftersom denne bestemmelse kræver, at hensigtsmæssigheden af den valgte transfer pricing-metode skal begrundes af skatteyderen, og henset til dekretets udtrykkelige præference for CUP-metoden, hvor sammenlignelige transaktioner foreligger ⁽¹⁴¹⁾, fritager fraværet af en regel om bedste metode ikke skatteforvaltningen fra, før den accepterer APA-anmodningen, at sikre sig, at den af skatteyderen valgte transfer pricing-metode er i stand til at give en pålidelig estimering af et markedsbaseret resultat i overensstemmelse med armslængdeprincippet.
- (285) Som det vil fremgå af det følgende afsnit finder Kommissionen, at eftersom transfer pricing-rapporten ikke giver nogen oplysninger om ukontrollerede transaktioner, der svarer til licensaftalen om ristnings-IP mellem SMBV og Alki LP, og dermed undlader at undersøge den eneste koncerninterne transaktion, som rent faktisk blev prissat ud fra transfer pricing-analysen, kan den transfer pricing-metode, som Starbucks skatterådgiver foreslog, og som blev og accepteret i SMBV's APA, ikke anses for at resultere i en pålidelig estimering af et markedsbaseret resultat i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Etersom transfer pricing-rapporten indeholder en analyse af et armslængdevederlag til SMBV baseret på et forkert udgangspunkt (virksomhedens ristningsfunktion), resulterer dette i et vederlag opgjort ved brug af TNMM, der ikke er korrekt. I stedet burde man til bestemmelse af transferprisen have benyttet sig af mere pålidelige data om lignende transaktioner mellem uafhængige parter, som var i Starbucks besiddelse på tidspunktet for APA-anmodningens indsendelse, og som den nederlandske skatteforvaltning burde have udbedt sig for at sikre, at betalingen af royalty blev prissat på armslængde i SMBV's APA.

9.2.3.3. Royalty-betalingen til Alki LP på grundlag af SMBV's APA er ikke prissat på armslængde

- (286) Den IP, som der betales royalty for, omfatter licenser på knowhow og ristningskurver fra Alki LP til SMBV. Denne royaltybetaling relaterer sig ikke til værdien af Starbucks' varemærke, da retten til at anvende dette mærke betales af butikkerne til Starbucks Coffee BV.
- (287) I åbningsafgørelsen gav Kommissionen udtryk for tvivl om armslængdekarakteren af royaltybetalingen ⁽¹⁴²⁾. Navnlig anførte Kommissionen, at omstændigheden, at størrelsen af den royalty, Alki LP modtager fra SMBV, afhænger af forskellen mellem det vederlag, der fastsat i SMBV's APA, og SMBV's regnskabsmæssige resultat før skat før royaltybetalingen ⁽¹⁴³⁾, fører til en situation, hvor royaltybetalingen beregnes som overskuddet ud over det i SMBV's APA godkendte vederlag, og ikke afspejler armslængdeværdien af denne IP ⁽¹⁴⁴⁾. Kommissionen henviste i den forbindelse til punkt 6.16 i OECD's TP-retningslinjer fra 2010, ifølge hvilket »en royalty normalt vil være en tilbagevendende betaling baseret på brugerens produktion, salg eller, i visse sjældne tilfælde, fortjeneste« ⁽¹⁴⁵⁾. I SMBV's APA er royaltybetalingen til Alki LP ikke forbundet med produktion, salg eller fortjeneste for SMBV. Kommissionen udtrykte endvidere i betragtning 120 i sin åbningsafgørelse sin tvivl om royaltybetalingens armslængdeniveau, da denne royalty gennem prissætningsmetoden er frakoblet fra den økonomiske værdi af enhver underliggende IP, dvs. værdien for SMBV af de immaterielle aktiver, der drejer sig om ristning af kaffe.

⁽¹⁴¹⁾ Se betragtning 90.

⁽¹⁴²⁾ Se navnlig betragtning 120 og 122 i åbningsafgørelsen.

⁽¹⁴³⁾ Som forklaret i betragtning 102.

⁽¹⁴⁴⁾ Se betragtning 115 i åbningsafgørelsen.

⁽¹⁴⁵⁾ Jfr. punkt 6.16 i OECD's TP-retningslinjer fra 1995, som fremlægger de samme synspunkter.

- (288) For at kunne sammenligne royaltybetalingen med royaltyniveauer observeret på markedet, der fastsættes som en procentdel af omsætningen, beregnede Kommissionen den royalty, der betales af SMBV til Alki LP, som en procentdel af SMBV's salg af ristet kaffe til butikkerne hvert år. Ifølge disse beregninger varierer royaltybetalingerne med mellem [1-10] % og [30-40] % af SMBV's indtægter fra salg af kaffe i hele den periode, hvor SMBV's APA har været gældende, hvilket bekræfter Kommissionens betænkeligheder angående udsvingene i denne royalty ⁽¹⁴⁶⁾. Ydermere lå de niveauer, der fremkom herved, i tre af disse år på over [30-40] %, som det fremgår af tabel 10:

Tabel 10

Udsving i royaltybetalinger i den periode, SMBV's APA har været gældende

(EUR)

	2006/2007	2007/2008	2008/2009	2009/2010	2010/2011	2011/2012	2012/2013	2013/2014
Royalty betalt af SMBV	4 699 336	1 698 150	2 470 449	1 079 817	12 352 838	5 786 211	22 812 962	24 285 088
Indtægter af salg af kaffe	[20-30 millioner]	[20-30 millioner]	[20-30 millioner]	[20-30 millioner]	[40-50 millioner]	[50-60 millioner]	[50-60 millioner]	[60-70 millioner]
Årets nettoresultat	[20-30 %]	[1-10 %]	[1-10 %]	[1-10 %]	[30-40 %]	[10-20 %]	[30-40 %]	[30-40 %]

- (289) I denne specifikke kontekst giver royaltybetalingernes variable karakter en første indikation af, at niveauet for disse betalinger ikke står i forhold til værdien af det IP, der betales for.
- (290) Af de grunde, der anføres i betragtning 291 til 338, finder Kommissionen, at en sammenligning med tilsvarende ukontrollerede transaktioner ved hjælp af CUP-metoden, især IP-licensaftaler i flere ristnings-, produktions- og distributionsaftaler, som Starbucks har indgået med tredjeparter, vidner om, at armslængdeværdien af royaltybetalingen fra SMBV til Alki LP for ristnings-IP burde være nul. Med andre ord burde der ikke betales nogen royalty for denne IP i denne konkrete sammenhæng, da SMBV ikke drager nogen fordel af licensen på ristnings-IP fra Alki LP.
- a) Sammenligning med ristningsaftaler indgået af Starbucks med tredjeparter og sammenligning med tilsvarende arrangementer på markedet
- (291) Under undersøgelsen fremlagde Starbucks visse ristnings- og produktionskontrakter indgået af Starbuck-koncernselskaber med tredjeparter, der er nævnt i betragtninger 148 til 150. Af de grunde, der anføres i betragtninger 292 til 298, mener Kommissionen, at de pågældende transaktioner udgør et direkte sammenligningsgrundlag for fastlæggelsen af SMBV's royaltybetaling til Alki LP under licensaftalen om ristnings-IP.
- (292) Punkt 1.38 i OECD's TP-retningslinjer fra 2010 indeholder følgende vejledning om sammenlignelighedsundersøgelsen: »Undersøgelsen af de [...] sammenlignelige faktorer er i sagens natur dobbelt, dvs. den indeholder en undersøgelse af de faktorer, der påvirker den skattepligtiges kontrollerede transaktioner samt en undersøgelse af de faktorer, der påvirker ukontrollerede transaktioner. Både arten af de kontrollerede transaktioner og den anvendte transfer-prisfastsættelsesmetode [...] skal tages i betragtning ved vurderingen af den relative betydning af manglende oplysninger om mulige sammenlignelige størrelser [...]«.

⁽¹⁴⁶⁾ Som eksempel viser en analyse ved brug af RoyaltyStat for 2. kvartal 2015, at ud af 168 aftaler i databasen på tværs af sektoren, hvor kun teknologien blev licenseret, udgjorde medianværdien af denne royalty 5 % af salget (baseret på 143 af disse aftaler, hvor licensafgiften blev fastsat som en procentdel af værdien af salget snarere end et betalt beløb pr. solgt enhed). Blandt kontrakterne i RoyaltyStats database blev ingen kontrakt identificeret, hvor vederlaget blev betalt for kafferistningsteknologi licenseret på markedet. Kun i enkelte tilfælde blev der meddelt licens på en sådan teknologi, i kombination med varemærker.

- (293) Punkt 1.36 i OECD's TP-retningslinjer fra 2010 opregner fem sammenlignelige faktorer ⁽¹⁴⁷⁾, som »omfatter egenskaberne ved de aktiver eller tjenesteydelser, der overføres, de af parterne udførte funktioner (under hensyntagen til anvendte aktiver og formodede risici), de kontraktmæssige betingelser, de økonomiske forhold mellem parterne samt de forretningsstrategier, som parterne forfølger«.
- (294) Kommissionen bemærker for det første, at egenskaberne ved de aktiver, der overføres under licensaftalen om ristnings-IP mellem Alki LP og SMBV, er identiske med de aktiver, der overføres i transaktioner mellem Starbucks og tredjeparten i de ristningsaftaler, der er nævnt i betragtning 148 til 150. Begge sæt transaktioner består af ristningsteknologi, kaffeblandinger og ristningskurver.
- (295) For det andet gælder, at selv om ikke alle disse tredjeparter rister kaffe (nogle er involveret i fremstillingen af drikkeklare drikke eller andre produkter og ingredienser til tilberedning af drikkevarer), relaterer disse tredjeparters funktioner i de transaktioner, hvor tredjeparterne rister kaffe, til nøjagtigt den samme vare som SMBV's ristningsfunktion i kontraktforholdet med Alki LP. Især drejer alle Starbucks kontraktlige aftaler med [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 2], [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 3], [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 4] og [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 10] sig om ristning af grøn kaffe.
- (296) For det tredje var Starbucks rolle i ingen af disse transaktioner mere begrænset end Alki LP's. I nogle af disse transaktioner påtog Starbucks sig flere funktioner over for tredjeparten, end Alki LP gjorde over for SMBV. I særdeleshed var de fleste kontrakter knyttet til Starbucks indkøb af kaffe ⁽¹⁴⁸⁾. Yderligere køber Starbucks under nogle af disse aftaler også den ristede kaffe fra tredjeparten. Derfor repræsenterer Starbucks vederlag under disse aftaler et maksimalt armslængdevederlag for licensaftalerne, hvis Alki LP rent faktisk skulle have et vederlag.
- (297) For det fjerde er der ingen tegn på, at tredjeparternes økonomiske forhold påvirker deres aftale med Starbucks. Eftersom Starbucks fremlagde mange licensaftaler om ristnings-IP, hvoraf ingen kunne opfattes som indeholdende en royalty betalt til Starbucks for ristnings-IP, kan det ikke bero på en individuel tredjeparts særlige økonomiske forhold. Aftalerne dækker forskellige geografiske regioner, herunder EU og Schweiz, der blev betragtet som en relevant geografisk afgrænsning ved søgningen efter sammenlignelige virksomheder i transfer pricing-rapporten.
- (298) For det femte behandles tredjeparternes forretningsstrategier nedenfor. Aftalerne er forskellige, især afhængigt af, om tredjeparten udnytter IP direkte på markedet ved at sælge produkter til slutbrugere eller ej.
- (299) Med disse ukontrollerede transaktioner kan en armslængde-royaltybetaling mellem SMBV og Alki LP derfor beregnes ved at anvende CUP-metoden, dvs. ved at sammenligne betalingen i en kontrolleret transaktion (mellem SMBV og Alki LP) med betalingen i sammenlignelige ukontrollerede transaktioner (mellem tredjeparter og andre Starbucks-koncernselskaber) udført under lignende omstændigheder.
- (300) I denne forbindelse bemærker Kommissionen, at under lignende aftaler, som Starbucks har indgået med [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 2], [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 3], [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 4], [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 9], [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 8], [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 1] og [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 10] betaler tredjeparterne ikke royalty under deres licensaftaler med Starbucks, hvis de ikke udnytter ristnings-IP'en direkte på markedet.
- (301) Faktisk betaler [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 3] kun royalty til Starbucks, når den sælger sin produktion til [joint venturet mellem ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 3 og Starbucks]. I dette tilfælde udnytter [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 3] direkte ristnings-IP'en på markedet gennem en nærtstående part, således at royaltybetalingen ser ud til at dække dette joint ventures distribution af Starbucks-mærkevarer til tredjepart. Denne konklusion bekræftes af den omstændighed, at når [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 3] videresælger den ristede kaffe til Starbucks-koncernen frem for til dette joint venture, og Starbucks-koncernen står for distributionen og udnyttelsen af mærket på markedet, betaler [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 3] ingen royalty til Starbucks for ristnings-IP'en.

⁽¹⁴⁷⁾ Se også punkt 1.17 i OECD's TP-retningslinjer fra 1995.

⁽¹⁴⁸⁾ Dette er imidlertid ikke tilfældet for [ikkeforbundet forarbejdningsvirksomhed 10].

- (302) Med hensyn til [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 2]: Selv om Starbucks hævder, at den højere avance på grønne kaffebønner indkøbt til Starbucks under kontrakten med [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 2] svarer til et vederlag på ristnings-IP, ser denne ud avance til at blive sendt videre til [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 5]. Faktisk er den pris, hvortil [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 5] køber kaffe fra [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 2], også defineret som et avancetillæg i forhold til prisen for de indkøbte grønne kaffebønner. I sit forhold til [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 2], der tilsyneladende får et højere avancetillæg, fungerer Starbucks som leverandør, hvilket er en anden funktion end den funktion, Alki LP har i forhold til SMBV. Med hensyn til Starbucks' argument om, at fordi [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 2] er parat til at betale en merpris for bønner indkøbt hos SCTC, og at SCTC's priser derfor vil være armslængdepriser, mener Kommissionen, at købsprisen for grønne kaffebønner ikke kan analyseres isoleret fra [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 2]s forpligtelse i henhold til kontrakterne med Starbucks til at sælge sin produktion til [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 5], og at prisaftalerne mellem [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 5] og [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 2] også skal tages i betragtning. Der er ingen tegn på, at et avancetillæg til en købspris ikke ville blive videregivet direkte til [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 5] eller på anden måde påvirke de kommercielle vilkår mellem [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 5] og [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 2], da denne kontrakt ikke blev indgået uafhængigt af kontrakten mellem Starbucks og [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 5].
- (303) Endvidere bemærker Kommissionen, at i Starbucks' kontrakter med [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 5], [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 6] og [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 7] er det kun varemærke- og teknologilicensaftalerne med disse tredjeparter, der indeholder en royaltybetaling. Men denne royaltybetaling er sammenlignelig med den royalty, der betales af butikkerne til Starbucks Coffee BV for udnyttelse af Starbucks' mærke-IP på markedet, da alle tre virksomheder sælger produkter til slutbrugere. Hoved- og produktions- og distributionsaftalerne mellem de tre virksomheder og Starbucks, der vedrører fremstillingsprocessen, indeholder ingen royaltybetaling for Starbucks' IP.
- (304) Kommissionen hæfter sig endvidere ved, at SMBV outsourcer produktionen af [et varemærkeregistreret kaffeprodukt] og pulverkaffe til tredjeparter, navnlig [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 1]. Selv om Starbucks' [varemærkeregistreret kaffeprodukt] produkt er et varemærkebeskyttet produkt, betaler [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 1] ikke royalty til SMBV eller andre Starbucks-virksomheder for blandingen og anden produktionsinformation. Selv om den teknologi, der anvendes i fremstillingen af de VIA-opløselige kaffeprodukter, betegnes som innovativ af Starbucks, outsourcer produktionen til en tredjepart, og SMBV modtager ikke royalty fra tredjeparten, der producerer VIA. SMBV's regnskaber viser faktisk, at virksomheden ikke modtager nogen royalty for nogen outsourcet produktion ⁽¹⁴⁹⁾.
- (305) Ved vurderingen af, om SMBV betaler et armslængdevederlag til Alki LP for ristnings-IP'en, kan aftalen mellem Alki LP og SMBV endelig også sammenlignes med aftaler mellem Starbucks' konkurrenter og tredjepartskaffeeristerier.
- (306) For eksempel forklarede Melitta som svar på anmodningen om markedsinformation om armslængdevilkårene mellem ikke indbyrdes forbundne parter, hvor en virksomhed har fået overdraget funktionen med ristning af grønne kaffebønner, at ved outsourcing af kaffeeristning til en tredjepart modtager Melitta ikke royalty, selv om virksomheden stiller sine ristningskurver til rådighed for tredjeparten ⁽¹⁵⁰⁾.
- (307) Ifølge virksomhed Y, som udfører en ristningsaktivitet gennem en virksomhed udpeget som lønforarbejder, betaler dens in-house ristningsevirsomhed heller ingen royalty til koncernen, hverken for IP eller den knowhow, der bruges i ristningsprocessen ⁽¹⁵¹⁾.
- (308) Det samme gælder også for Dallmayr, der udtaler, at det finder udbetaling af royalty til en virksomhed, der leverer ristning, usædvanligt, eftersom det snarere måtte forventes, at kunderne betaler risteren og ikke den anden vej rundt ⁽¹⁵²⁾.

⁽¹⁴⁹⁾ Se Tabel 3.

⁽¹⁵⁰⁾ Se betragtning 209.

⁽¹⁵¹⁾ Se betragtning 211 til 212.

⁽¹⁵²⁾ Se betragtning 203 til 205.

- (309) Det følger heraf, at da der i de fremstillingsaftaler, som Starbucks har indgået med tredjeparter, og hvoraf flere eksisterede på tidspunktet, hvor SMBV's APA-anmodning blev behandlet af det nederlandske skattevæsen, ikke opkræves royalty for brugen af ristnings-IP, finder Kommissionen, at en transfer pricing-analyse af armslængdeværdien af royalty udbetalt af SMBV til Alki LP for ristnings-IP fører til den konklusion, at der ikke bør opkræves royalty for dette IP i denne konkrete sammenhæng. Denne konklusion fremgår desuden af en sammenligning med aftaler mellem Starbucks' konkurrenter og tredjepartskafferisterier.

b) SMBV genererer ingen værdi af ristnings-IP'en i sit forhold til Alki LP

- (310) Selv om ristningsknowhow og ristningskurver kan have en værdi, genererer risteren ikke nogen værdi heraf i det specifikke forhold mellem Alki LP og SMBV. Dette skyldes, at betydningen af ristningsknowhow og ristningskurver i Starbucks-strukturen ligger i at sikre en ensartet smag i forbindelse med mærket og de individuelle produkter. Derfor bliver værdien af Starbucks' ristningsknowhow og ristningskurver kun udnyttet, når Starbucks-produkter sælges under Starbucks-mærket i butikkerne. I sig selv genererer ristningsknowhow og ristningskurver ikke værdi for risteren på løbende basis, hvis de ikke kan udnyttes på markedet.
- (311) Denne konklusion understøttes af Starbucks' udtalelser om, at licensaftaler, hvor IP-licensen kun tjener til at give tredjeparter mulighed for at producere i overensstemmelse med Starbucks specifikationer og beskytte Starbucks IP-rettigheder, men hvor tredjeparterne ikke udnytter de immaterielle værdier på markedet, ikke indeholder nogen royaltybetalinger fra disse tredjeparter til Starbucks ⁽¹⁵³⁾.
- (312) Desuden ser ristningsknowhow og ristningskurver ud til for SMBV's vedkommende at udgøre en teknisk specifikation for udførelse af ristning på grundlag af den indkøbende virksomheds præferencer eller valg. Ristningskurverne beskrives af Starbucks i transfer pricing-rapporten som noget, SMBV får dikteret. De giver SMBV og de tredjeparter, med hvem der er indgået ristningsaftaler og produktions- og leveringsaftaler, mulighed for at opfylde Starbucks krav. Ristningspræferencer pålægges for eksempel producenterne gennem standarder for krav og kvalitet af ristningen. Sådanne specifikationer er en del af hver ristnings-, produktions- og leveringsaftale.
- (313) I denne forbindelse indeholder ristningsaftalen bestemmelse om, at SMBV skal følge de ristningsprocesser, der er fastlagt af Alki LP, og anvende det rette udstyr samt maskiner og produktionsmetoder, der sikrer, at produkterne opfylder produktspecifikationerne foreskrevet af Alki LP ⁽¹⁵⁴⁾. SMBV synes ikke at drage nogen fordel af brugen af produktspecifikationen i dette forhold. Det faktum, at de specifikationer, Alki LP har fastsat for ristningsprocessen og i særdeleshed ristningskurverne, giver SMBV mulighed for at riste kaffe, der sælges under Starbucks-varemærket, giver ikke SMBV nogen fordel i form af øget salg eller højere salgspriser, idet SMBV principielt ikke sælger sin produktion til slutbrugere, som værdsætter Starbucks-mærket. SMBV sælger stort set hele sin produktion til Starbucks' franchise-forretninger, som alle betaler royalty til koncernen for at udnytte Starbucks-IP'en på markedet, hvilket repræsenterer en værdi for deres salgsaktiviteter. SMBV udnytter ikke ristnings-IP'en direkte på markedet. Butikkerne er kontaktfladen til slutbrugerne, som værdsætter den ensartede smag forbundet med Starbucks-mærket.
- (314) Endelig viser Figur 3 på basis af de økonomiske data i tabel 2 og tabel 8 SMBV's fortjeneste på sine kafferistningsaktiviteter, som fremkommer ved at trække den pris SMBV betaler til SCTC for grønne kaffebønner, fra indtægterne af ristet kaffe registreret under posten »INDT EMBALLERET KAFFE« for hvert år ⁽¹⁵⁵⁾.

⁽¹⁵³⁾ Se betragtning 148 til 150 og 300 til 304.

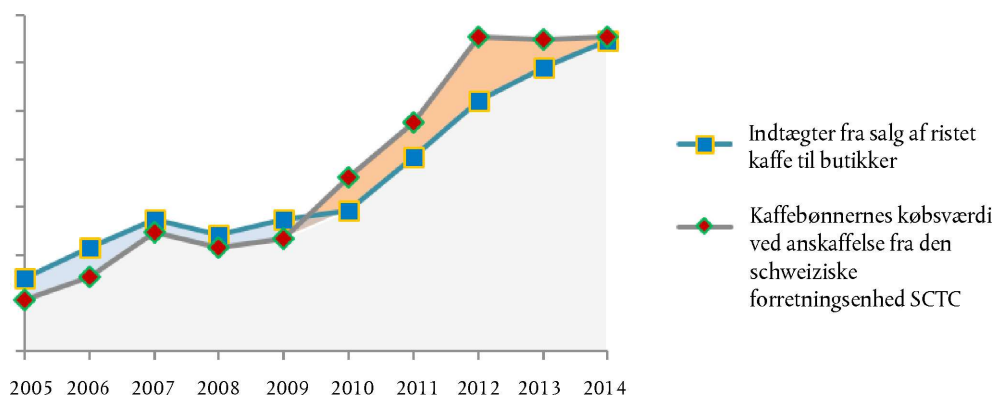
⁽¹⁵⁴⁾ Se betragtning 142.

⁽¹⁵⁵⁾ Starbucks har anført, at indtægterne under »INDT EMBALLERET KAFFE« vedrører SMBV's ristnings- og pakningsfunktion, og at indtægterne fra andre poster, der kan omfatte produkter delvist forarbejdet på grundlag af kaffe ristet af SMBV, repræsenterer en lille del af den samlede ristning foretaget af SMBV, jf. betragtning 94.

Figur 3

Underskud i SMBV's ristningsaktiviteter siden 2010

(indtægter og købspris for kaffe i EUR)



- (315) Figur 3 viser, at siden 2010 har SMBV haft underskud på sine ristningsaktiviteter, da den avance, SCTC forlangte for salg af grønne kaffebønner, steg. I betragtning af dette samt oplysningerne i Tabel 10, der viser procentdelen af royalty udbetalt af SMBV til Alki LP i forhold til indtægterne fra salg af kaffe, ser ristningsknowhow og ristningskurver ikke ud til at skabe positiv værdi for SMBV. I 2013 betalte SMBV f.eks. en royalty på 22,8 mio. EUR til Alki LP for ristnings-IP'en, selv om SMBV synes at have noteret et bruttounderskud (før fradrag af driftsudgifter) på omkring [1-10] millioner EUR på sin ristningsvirksomhed.
- (316) Med andre ord finansieres royaltybetalingen fra SMBV til Alki LP gennem de andre aktiviteter i SMBV ⁽¹⁵⁶⁾. Selv om det er tænkeligt, at en erhvervsdrivende kan afholde tab til finansiering af royalty, som kan føre til fremtidig øget profit, er karakteren af denne aktivitet relateret til stigningen i prisen på de grønne kaffebønner fra SCTC og synes ikke at frembyde nogen udsigt til fremtidigt overskud ⁽¹⁵⁷⁾. SMBV's forretningsstrategi synes ellers at være stabil i hele den periode, hvor APA har været gældende, og der er ingen konkrete tiltag, SMBV kunne foretage for at blive rentabel i mangel af afgørende indflydelse på salget. Da driftsomkostningerne udgør en lille del af SMBV's samlede omkostninger, ville en nedskæring i omkostningerne ikke være tilstrækkeligt til at genoprette rentabiliteten, fordi det ikke ville kompensere for den økonomiske virkning af den øgede avance på grønne kaffebønner. SMBV's royaltybetaling til Alki LP for ristnings-IP i en koncernintern kontekst forekommer udelukkende at have det strukturelle formål at flytte overskud fra SMBV's videresalgfunktion til Alki LP.
- (317) Den kendsgerning, at ristningsaktiviteterne ikke genererer tilstrækkeligt overskud til at dække royaltybetalingen, bekræfter derfor yderligere den særlige interne koncernforbindelse mellem SMBV og Alki LP, nemlig at metoden til fastsættelse af niveauet for denne royalty som justerbar variabel som accepteret i SMBV APA ikke er i overensstemmelse med armslængdeprincippet.
- (318) På baggrund af sammenligningen med Starbucks' ristningsaftaler med tredjeparter finder Kommissionen derfor, at en transfer pricing-analyse af armslængdeværdien af SMBV's royaltybetaling til Alki LP for ristnings-IP'en fører til den konklusion, at der ikke burde betales royalty for den pågældende IP, da SMBV ikke synes at drage nogen fordel af brugen af ristnings-IP'en i dette forhold. Ingen af de argumenter, som Nederlandene eller Starbucks har fremført under undersøgelsen, afsvækker denne konklusion.

⁽¹⁵⁶⁾ Ifølge betragtning 97 har SMBV en avance på andre produkter end kaffe, der dækker alle de [...] omkostninger af [...]. Denne avance er opgjort på videresalgfunktionen.

⁽¹⁵⁷⁾ Se også punkt 3.64 i OECD's TP-retningslinjer fra 2010, hvori det hedder: »en uafhængig virksomhed ville ikke fortsætte tabsgivende aktiviteter, medmindre den havde rimelige forventninger om fremtidig overskud.«, og punkt 1.52 i OECD's TP-retningslinjer fra 1995.

c) Royaltybetalingen afspejler ikke et vederlag for overtagelse af erhvervsrisici

- (319) For at imødegå Kommissionens betænkeligheder ved armslængdekarakteren af royaltybetalingen hævdede Nederlandene og Starbucks, at betalingen ikke kun afspejler et vederlag for brugen af ristnings-IP'en, men også betaling for Alki LPs ⁽¹⁵⁸⁾ overtagelse af erhvervsrisici. Nederlandene påberåber sig, at SMBV ikke ville løbe den økonomiske risiko for tab af lager, da disse omkostninger ifølge den måde, hvorpå royaltybetalingen fastsættes under ristningsaftalen, i sidste instans bæres af Alki LP ⁽¹⁵⁹⁾.
- (320) Kommissionen bemærker for det første, at denne påstand ikke understøttes af transfer pricing-rapporten, der ligger til grund for SMBV's APA-anmodning. Rapporten modsiger tværtimod klart denne påstand ved at udtale, at »[SMBV] har fået licens på bestemte IP-retteligheder fra Alki LP, der er nødvendige for at anvende kafferistnings-fremstillingsprocessen og udnytte retten til at levere kaffe til udviklere. Til gengæld betaler [SMBV] en royalty til Alki LP for den licenserede IP« ⁽¹⁶⁰⁾. Hvad vigtigere er, ingen steder i transfer pricing-rapporten nævnes det, at royaltybetalingen til dels udgøre en betaling fra SMBV til Alki LP for overtagelse af erhvervsrisici. I realiteten bevarer SMBV flere risici end nævnt i transfer pricing-rapporten, især lagerrisici og visse risici i forbindelse med levering af bønner og udnyttelsen af produktionskapacitet.
- (321) Kommissionen bemærker for det andet, at Nederlandene synes at antage, at den måde, hvorpå den kontraktlige ordning i ristningsaftalen er struktureret ⁽¹⁶¹⁾, giver juridisk substans til den faktiske fordeling af risiko og ansvar mellem Alki LP og SMBV. Men ifølge SMBV's regnskab følger royaltybetalingen af SMBV's APA og ikke af kontrakten mellem Alki LP og SMBV.
- (322) For det tredje og vigtigste mener Kommissionen, at hvis Nederlandenes påstande blev accepteret, kunne enhver erhvervsrisiko i en koncernvirksomhed med enkle midler elimineres via koncernintern omfordeling af risici. F.eks. kunne en virksomhed, der påtager sig alle strategiske beslutninger for en koncern, især investerings- og forsknings-/udviklingsbeslutninger, som i princippet kan betragtes som en kompleks funktion med koncentreret erhvervsrisiko, betragtes som en »lavrisiko«-virksomhed og blive beskattet i overensstemmelse hermed, når der findes en koncernintern kontrakt, der fastsætter dens vederlag på et tilfældigt niveau i forhold til driftsudgifter og videregiver dens resterende overskud til en anden koncernvirksomhed. At acceptere en sådan påstand ville gøre anvendelsen af armslængdeprincippet ved prissætningen af koncerninterne transaktioner meningsløs, fordi kontrakterne ville blive tillagt større vægt end de økonomiske realiteter.
- (323) Kommissionen henviser ⁽¹⁶²⁾ i den forbindelse til punkt 9.44 til 9.46 i OECD's TP-retningslinjer fra 2010 ⁽¹⁶³⁾, der i forbindelse med en omstrukturering præciserer, at »det er karakteren af den lave (eller høje) risiko for en forretning, der vil bestemme udvælgelsen af den mest hensigtsmæssige transfer-prisfastsættelsesmetode og ikke det modsatte« ⁽¹⁶⁴⁾. I modsætning til de synspunkter, som Nederlandene fremfører ⁽¹⁶⁵⁾, er den tanke, at anvendelsen af transfer-prisfastsættelsesreglerne bør følge risiciene og ikke kontrakterne, når disse kontrakter ikke afspejler den underliggende forretningsrisiko, også gyldig uden omstruktureringskontekst. Selv om det er sandt, at fastlæggelse af en transfer-prisfastsættelsesmetode (dvs. f.eks. TNMM-metoden baseret på driftsudgifter) og indgåelse af kontrakter, der indebærer, at overskuddet før skat hvert år justeres i forhold til denne kontrakt, resulterer i, at udsving i virksomhedens skattetilsvær over flere regnskabsår, svarer en sådan struktur opbygget gennem kontrakter imidlertid ikke nødvendigvis til de økonomiske realiteter, der ligger til grund for transaktioner og risici i virksomhedens aktiviteter. OECD's TP-retningslinjer fra 1995 indeholder denne betragtning i punkt 1.26, hvor det hedder, at »det i forhold til kontraktmæssige vilkår kan overvejes, om en formodet risikofordeling er i overensstemmelse med transaktionens økonomiske substans. I denne forbindelse bør parternes adfærd generelt betragtes som det bedste bevis for den sande risikofordeling.«

⁽¹⁵⁸⁾ Se betragtning (105).

⁽¹⁵⁹⁾ Se betragtning (170).

⁽¹⁶⁰⁾ Se betragtning (51).

⁽¹⁶¹⁾ Hvori transfer-prissætningsarrangementet for SMBV afspejles i beregningen af den royalty, der betales til Alki LP, jf. betragtning 170.

⁽¹⁶²⁾ Se også betragtning 87 i åbningsafgørelsen.

⁽¹⁶³⁾ Disse afsnit er en del af kapitel 9 i OECD's TP-retningslinjer fra 2010, der omhandler omstrukturering af virksomheder, men er ikke desto mindre relevante på grund af det underliggende princip i disse punkter.

⁽¹⁶⁴⁾ Punkt 9.46 i OECD's TP-retningslinjer fra 2010.

⁽¹⁶⁵⁾ Se betragtning 167.

- (324) For det fjerde, for så vidt angår Nederlandenes og Starbucks videre påstand om, at det er den lave risiko ved SMBV's forretning, som rent faktisk bestemmer den transfer pricing-metode, der blev godkendt i SMBV's APA, bemærker Kommissionen, at de under undersøgelsen fremlagte oplysninger ikke understøtter denne påstand. I betragtning 113 i åbningsafgørelsen gav Kommissionen udtryk for sin tvivl om Alki LP's kapacitet til at bære og kontrollere en given forretningsrisiko. Når en virksomhed påtager sig en risiko, bør den på den ene side være i stand til at kontrollere disse risici ⁽¹⁶⁶⁾ og på den anden side kunne bære dem økonomisk ⁽¹⁶⁷⁾. Evnen til at påtage sig en risiko bør derfor analyseres, før den foreslåede struktur vurderes i relation til normale konkurrencevilkår. OECD's TP-retningslinjer fra 2010 præciserer, at kontrollen i denne sammenhæng skal forstås som evnen til at beslutte sig til at påtage sig denne risiko og til at administrere den. Det forudsætter, at virksomheden har medarbejdere, der udfører disse kontrollfunktioner ⁽¹⁶⁸⁾.
- (325) Men ifølge oplysningerne fra Starbucks ⁽¹⁶⁹⁾ har Alki LP ingen ansatte selv, og selv om det principielt ikke kan udelukkes, at partnerne i Alki LP, der er et kommanditselskab, kan bidrage til dets aktiviteter, selv om de ikke er ansatte, er disse partnere ifølge de fremlagte oplysninger ⁽¹⁷⁰⁾ selskaber uden nogen ansatte. Derfor forekommer Alki LP's driftskapacitet til at påtage sig risiko at være begrænset.
- (326) Derudover er Alki LP's evne til at bære en økonomisk risiko begrænset til dets og dets partners økonomiske ressourcer. Ifølge oplysningerne fra Starbucks ⁽¹⁷¹⁾ opstiller disse partnere ikke særskilte regnskaber, men er selskaber med begrænset ansvar. Derfor er Alki LP's økonomiske kapacitet ringere end og kan ikke sidestilles med koncernens samlede økonomiske kapacitet.
- (327) Som svar anfører Starbucks, at Alki LP's driftskapacitet tilvejebringes af medarbejdere i Starbucks Inc., som lejlighedsvis udlejes til at støtte Alki LP i dets opgaver ⁽¹⁷²⁾. Kommissionen finder ikke dette argument overbevisende. Der er ingen grund til, at ansættelsen af en medarbejder til støtte for ledelsen skal gå igennem Alki LP: SMBV kunne have ansat en medarbejder til at understøtte administrationen af selskabet direkte. Da ansvaret ved outsourcete ledelsesfunktioner er svagere end ved en direkte ledelse, indebærer outsourcingen øgede formidlingsomkostninger fra et virksomhedsledelsesspektiv. Da SMBV's aktiviteter bl.a. består i at drive en ristningsfacilitet, kræver ledelsen af SMBV kontinuerlig overvågning og kan ikke varetages effektivt af en deltidsmedarbejder.
- (328) Derfor kan Alki LP ikke varetage administrationen af SMBV's forretningsrisici lige så effektivt som direkte medarbejdere eller ledere i SMBV ville kunne, og derfor kan risikoen højst delvist afbødes gennem dens kontraktlige overførsel til Alki LP.
- (329) Denne konklusion understøtter den tvivl om den økonomisk rationalitet af denne struktur, der blev udtrykt i betragtning (89) i åbningsafgørelsen, idet Alki LP forekommer at være overflødig i denne struktur. Punkt 1.64 til 1.66 i OECD's TP-retningslinjer fra 2010 refererer ⁽¹⁷³⁾ i denne sammenhæng til situationer, hvor strukturerne ikke bestemmes ud fra normale kommercielle vilkår og kan have været udformet af skatteyderen for at undgå eller minimere skat. I sådanne tilfælde bør skatteforvaltningen analysere beskatningsgrundlaget på basis af en korregeret struktur, der ville være blevet anvendt ved normale kommercielle vilkår. Oplysningerne fra Starbucks om, at Alki LP blev føjet til strukturen af skattemæssige grunde i USA ⁽¹⁷⁴⁾, bekræfter Kommissionens tvivl om det økonomisk fornuftige i strukturen.
- (330) For det femte bemærkes, at selv om Kommissionen accepterer påstandene fra Nederlandene og Starbucks om, at visse af SMBV's salgsrisici afbødes gennem aftaler med butikkerne, har dette ingen betydning for SMBV's forhold til Alki LP. Med hensyn til SMBV's begrænsede spillerum i forhandlingerne med sine modparter om kommercielle vilkår og priser anerkender Kommissionen under alle omstændigheder, at det prognosesystem, der gælder for butikkerne, ser ud til at mindske forretningsusikkerheden for SMBV ⁽¹⁷⁵⁾. Under kontrakterne mellem butikkerne og SMBV kan butikkerne ikke væsentligt afvige fra prognosen udleveret til SMBV, og de er også forpligtede til at aftage produkter fra SMBV. Aftagelsen af SMBV's produktion sikres gennem kravene til butikkerne om at købe produktionen af SMBV. Men væsentlige risici i produktionsforretningen relaterer ikke kun til lagerisici, men

⁽¹⁶⁶⁾ Punkt 9.23 og 9.26 i OECD's TP-retningslinjer fra 2010.

⁽¹⁶⁷⁾ Punkt 9.29 i OECD's TP-retningslinjer fra 2010.

⁽¹⁶⁸⁾ Punkt 9.23 i OECD's TP-retningslinjer fra 2010.

⁽¹⁶⁹⁾ Se betragtning 106.

⁽¹⁷⁰⁾ Ibid.

⁽¹⁷¹⁾ Ibid.

⁽¹⁷²⁾ Se betragtning 146.

⁽¹⁷³⁾ Samme tekst kan findes i punkt 1.36 til 1.41 i OECD's TP-retningslinjer fra 1995.

⁽¹⁷⁴⁾ Se betragtning 107.

⁽¹⁷⁵⁾ Se betragtning 144.

primært til produktionskapaciteten, og hverken Nederlandene eller Starbucks har dokumenteret, at de underliggende risici for udsving i produktionskapacitetsudnyttelsen annulleres helt via disse kontrakter. Specifikt kan navnlig kontrakterne med tredjepartsproducenter, især [ikkeforbundet forarbejdningsevirsomhed 1], ikke helt tilpasses eventuelle udsving i efterspørgslen.

(331) For det sjette har de kontrakter, der Nederlandene henviser til, og hvori SCTC garanterer kvaliteten af de leverede grønne kaffebønner, heller ingen betydning for forholdet mellem SMBV og Alki LP. Der er under alle omstændigheder tale om et standardforretningsarrangement, der ikke mindsker risikoen for SMBV sammenlignet med de normale markedsvilkår.

(332) Som konklusion afviser Kommissionen påstanden om, at der gennem dette kontraktarrangement finder en reel risikooverførsel sted fra SMBV til Alki LP. Derfor kan ingen komponent af royaltybetalingerne, der skal kompensere for en overdragelse af erhvervsrisiko, retfærdiggøres.

d) Niveauet for royaltybetalingen er ikke begrundet i de beløb, Alki LP under aftalen om omkostningsdeling betaler til Starbucks US for teknologien

(333) Starbucks forekommer endvidere at påberåbe sig, at SMBV's betaling af royalty til Alki LP er berettiget, fordi Alki LP betaler beløb af samme størrelsesorden til Starbucks US for kafferistningsteknologi.

(334) Kommissionen bemærker som udgangspunkt, at SMBV's APA ikke beskæftiger sig med forholdet mellem Alki LP og Starbucks, men med forholdet mellem SMBV og Alki LP. Derfor er det eneste, der har betydning for en vurdering af, om transferprissætningen af transaktionerne mellem de to enheder blevet fastlagt i overensstemmelse med en metode, der giver en pålidelig estimering af et markedsbaseret resultat i overensstemmelse med armslængdeprincippet, værdien af disse transaktioner som fastsat af Starbucks' skatterådgiver og ikke værdien af betalinger uden for dette forhold.

(335) Under alle omstændigheder bestrider Kommissionen ikke, at Alki LP betaler betydelige summer, der betegnes som en »permanent royalty«, til Starbucks US ⁽¹⁷⁶⁾. At disse beløb i omkostningsdelingsaftalen betegnes som vederlag for ristningsteknologien, bekræftes imidlertid ikke ud fra den måde, hvorpå disse betalinger er struktureret i henhold til denne aftale.

(336) For det første finansieres Alki LP's betalinger til Starbucks US i større udstrækning af royaltyindtægterne fra den mærke-royalty, der betales af Starbucks Coffee BV, end af den royaltybetaling, Alki LP modtaget fra SMBV ⁽¹⁷⁷⁾.

(337) For det andet synes udbetalingerne fra Alki LP til Starbucks US under omkostningsdelingsaftalen ikke at være på armslængde. Især i forbindelse med købet af IP, der relaterer til forretningsformat og mærke, har Alki LP (sammen med dets forgænger [CV 1]) i 2005 samlet betalt [30-40] millioner EUR til for denne IP, som blev solgt af Alki LP for [1-1,5] milliarder EUR i 2014. Denne forskel i værdi synes at indikere, at denne aftale ikke afspejlede et armslængdevederlag for IP'en. Betalingerne under den permanente royalty kan derfor ses som en kompensation for salget af mærket i den samme transaktion til en værdi, der var for lav.

(338) Som helhed må Starbucks argument om, at betalingerne i henhold til omkostningsdelingsaftalen giver belæg for, at royaltybetalingerne mellem SMBV og Alki LP foregår på armslængde, afvises.

e) Konklusion om royaltybetalingens armslængdekarakter

(339) I lyset af ovenstående finder Kommissionen, at en sammenligning med tilsvarende ukontrollerede transaktioner, navnlig royalty-ordningerne i flere af de ristnings og produktions- og distributionsaftaler, som Starbucks har indgået med tredjeparter, vidner om, at armslængdeværdien af det vederlag, SMBV betaler til Alki LP for ristnings-IP, bør være nul, således at der ikke skal opkræves royalty for denne IP i denne konkrete sammenhæng, da SMBV ikke drager nogen fordel af brugen af licensen på ristnings-IP fra Alki LP.

⁽¹⁷⁶⁾ Se betragtning 112.

⁽¹⁷⁷⁾ Starbucks Coffee BV's betalinger til Alki LP indgår i samme pulje som betalingerne fra SMBV, hvor sidstnævnte udgør en mindre del af indtægterne i Alki LP, jf. betragtning 110.

- (340) I betragtning af denne konklusion er det ikke nødvendigt at sætte tal på denne royalty. I stedet bør der ved bestemmelsen af SMBV's skat i Nederlandene tages udgangspunkt i SMBV's regnskabsmæssige overskud, uden i dette overskud at fratrække royaltybetalingen fra SMBV til Alki LP for licensen på ristnings-IP, for at sikre, at SMBV's skattepligtige overskud svarer til det niveau, der kan konstateres i ikke-integrerede virksomheder, hvis skattetilsvaret bestemmes af det overskud, de genererer på markedsvilkår. Med andre ord skulle de ubeskattede overskud, som SMBV udbetalte som royalty til Alki LP for ristnings-IP, have været fuldt skattepligtige i Nederlandene.
- (341) Derfor afviger den metode, der i SMBV's APA blev accepteret til fastsættelse af niveauet for denne betaling, ifølge hvilken alle overskud i SMBV ud over [9-12] % af driftsudgifterne overføres til Alki LP ⁽¹⁷⁸⁾, fra en metode, der fører til en pålidelig estimering af et markedsbaseret resultat i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Da anvendelsen af denne metode medfører en sænkning af SMBV's skat i henhold til det almindelige nederlandske selskabsskattesystem sammenlignet med ikke-integrerede virksomheder, hvis skattepligtige overskud bestemmes af markedet, må SMBV's APA, ved at acceptere denne metode, anses for at indebære en selektiv fordel for SMBV efter traktatens artikel 107, stk. 1.
- f) Armslængdekaraktern af de priser, SCTC anvendte over for SMBV for grønne kaffebønner
- (342) Som forklaret i betragtning 272 er en identifikation og analyse af SMBV's kontrollerede og ukontrollerede transaktioner et nødvendigt første skridt i vurderingen af armslængdekaraktern af de kommercielle vilkår, der anvendes mellem nærtstående parter til transferprissætning.
- (343) I betragtning 116 i åbningsafgørelsen forklarede Kommissionen, at hvis royaltybetalingen blev estimeret ved hjælp af en direkte transfer pricing-metode, som for eksempel CUP-metoden, ville de priser, der blev anvendt for de grønne kaffebønner, være den underliggende kontrollerede transaktion, der skulle vurderes med henblik på transfer pricing, og de priser, som SCTC anvendte over for SMBV for de grønne kaffebønner skulle vurderes nærmere for at fastslå, om det prisniveau, der afspejles i SMBV's resultatopgørelse, ikke var sat for højt og dermed medførte en reduktion af SMBV's skattepligtige overskud.
- (344) I transfer pricing-rapporten er leveringsaftalen om de grønne kaffebønner mellem SMBV og SCTC nævnt blandt de vigtigste transaktioner og mellemværender mellem selskaberne, men der foretages ingen undersøgelse eller analyse af, om SCTC's pris for de grønne kaffebønner til SMBV er en armslængdepris.
- (345) SCTC's prissætning af de grønne kaffebønner er beskrevet i betragtning 114 til 119. Tabel 6 præsenterer Starbucks' fordeling af den avance, SMBV betaler for grønne kaffebønner købt af SCTC. Baseret på SCTC's finansielle data i tabel 4 viser tabel 11 den faktiske avance noteret hos SCTC og den faktiske bruttoavance, der opkræves hos kunderne hvert år.

Tabel 11

SCTC's regnskabsførte avance på grønne kaffebønner

(%)

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Avancetillæg til COGS	[1,5-4,5]	[1,5-4,5]	[1,5-4,5]	[1,5-4,5]	[4,5-7,5]	[1,5-4,5]	[16,5-19,5]	[13,5-16,5]	[19,5-22,5]	[16,5-19,5]
Bruttoavance i forhold til COGS	[4,5-7,5]	[4,5-7,5]	[4,5-7,5]	[4,5-7,5]	[4,5-7,5]	[4,5-7,5]	[16,5-19,5]	[16,5-19,5]	[19,5-22,5]	[16,5-19,5]

- (346) Det gennemsnitlige avancetillæg for grønne kaffebønner leveret af SCTC i perioden 2005 til 2010 er på [ca. 3 %] sammenholdt med en gennemsnitlig bruttoavance på [ca. 18 %] i perioden 2011 til 2014. Den tilsvarende bruttoavance i forhold til COGS i perioden 2005 til 2010 er [ca. 6 %] sammenholdt med en gennemsnitlig bruttoavance i forhold til COGS på [ca. 18 %] i perioden 2011 til 2014.

⁽¹⁷⁸⁾ Se betragtning 102.

- (347) Ifølge Starbucks er avancetillægget på gennemsnitligt [ca. 3 %] i perioden 2005-2010 et armslængde-avancetillæg. Når det fratrækkes de avancetillæg, der har været anvendt siden 2011, synes dette avancetillæg at resultere i et vederlag for SMBV's ristningsaktiviteter i nogenlunde samme størrelsesorden, som det estimerede vederlag for ristningsaktiviteter på 13 til 17 % af COGS, som blev fremdraget af virksomhed X ⁽¹⁷⁹⁾. Avancetillægget på [ca. 3 %] ligger også på det vederlagsniveau for forsyningsfunktioner, som Starbucks angav i sin sammenlignende analyse af 29. juni 2015 ⁽¹⁸⁰⁾. Kommissionen kan derfor godkende, avancetillægget på [ca. 3 %] på grønne kaffebønner i perioden 2005 til 2010 var et armslængdetillæg.
- (348) Men da Starbucks ikke har givet gyldige grunde til stigningen i det gennemsnitlige avancetillæg til [ca. 18 %] fra 2011 og fremefter, finder Kommissionen, som forklaret i betragtning 349 til 357, at der fra det tidspunkt og fremefter ikke bør accepteres noget tilsvarende fradrag i SMBV's regnskabsmæssige overskud på grund af denne stigning. Hvis transfer pricing-rapporten korrekt havde analyseret den pris, som SCTC opkrævede af SMBV for grønne kaffebønner som en kontrolleret transaktion, så skulle den pris faktisk have indgået i SMBV's APA, som havde til formål at fastsætte SMBV's skattegrundlag i Nederlandene ⁽¹⁸¹⁾. Eftersom den pris, der blev betalt for grønne kaffebønner, er fratrukket SMBV's regnskabsmæssige overskud, burde SMBV's APA faktisk have fastsat en armslængdepris i 2008, hvorfra ingen afvigelse ville være mulig i 2011, heller ikke i form af en stigning i avancetillægget, medmindre denne APA blev udskiftet eller ændret.
- (349) Starbucks hævder, at stigningen i avancetillægget i 2011 skyldtes den voksende betydning af SCTC's aktiviteter, især den øgede ekspertise i indkøb af kaffe og endnu vigtigere, Starbucks ejerskab og drift af det voksende C.A.F.E. Praksisprogram. Denne begrundelse synes imidlertid ikke at svare til de oplysninger, der blev fremlagt under undersøgelsen. Ikke mindst bemærkes, at C.A.F.E. Praksisprogram har eksisteret siden 2004. Da SCTC's vederlag desuden er proportionalt med salget af grønne kaffebønner, skulle enhver kapacitetsforøgelse have påvirket dette vederlag. Så længe vederlaget udgør en stabil andel af COGS, førte stigningen i omsætningen til en tilsvarende forøgelse af overskuddet.
- (350) Starbucks har endvidere gjort gældende, at avancetillægget »i hele perioden« 2005 til 2014 var et armslængdetillæg ⁽¹⁸²⁾. I sin redegørelse af 29. juni 2015 præciserede Starbucks, at oversigten i tabel 5, der blev fremlagt i bemærkningerne af 13. april 2015, var baseret på en sammenlignende analyse. Kommissionen kan ikke godtage denne påstand af følgende grunde.
- (351) Hvad angår prissætningen i C.A.F.E. Praksisprogrammet i den sammenlignende analyse fremlagt af Starbucks den 29. juni 2015 ⁽¹⁸³⁾, bemærker Kommissionen for det første, at tallene fra Starbucks mangler sammenhæng. De oplysninger, der blev fremlagt den 13. april 2015 og gengivet i tabel 6, er i modstrid med oplysningerne fremlagt den 29. juni 2015 præsenteret i tabel 7. I forhold til C.A.F.E. Praksisprogrammet er der mere specifikt tale om, at det, der oprindeligt blev præsenteret som det øvre kvartil, senere af Starbucks blev angivet som den højeste observerede værdi. Uoverensstemmelserne vedrører også brugen af en korrektionsfaktor til at udtrykke en royalty aftalt i procent af salget, hvor Starbucks udfører en usædvanlig justering for at opnå en royalty udtrykt i procent af omkostningerne ⁽¹⁸⁴⁾.
- (352) Derudover vedrører de omhandlede aftaler ⁽¹⁸⁵⁾ licensering af teknologi. Det kan sammenlignes med en situation, hvor Starbucks via Alki LP licenserer teknologi til SMBV, selv om der ikke ser ud til at findes nogen aftaler om licenser på kaffeteknologi, der ikke også er licensaftaler om kaffemærker. SCTC meddeler ikke licens på nogen teknologi til SMBV, som SCTC bør have et vederlag for via et højere avancetillæg på de købte grønne kaffebønner.
- (353) For det andet bemærker Kommissionen, at omkostningerne ved både C.A.F.E. Praksisprogrammet og Farmers Support Centres i gennemsnit ikke udgjorde mere end [0,5-1] % af værdien af grønne kaffebønner købt af SCTC ⁽¹⁸⁶⁾. Disse omkostninger er af nogenlunde samme størrelsesorden som de omkostninger på [1,5-2] %, der er angivet i [certificeringsprogrammet] i forhold til den pris på grønne kaffebønner, der blev brugt til

⁽¹⁷⁹⁾ Se betragtning 201.

⁽¹⁸⁰⁾ Det interkvartile interval estimeret på basis af Starbucks bemærkninger er 4 % til 8,5 %, jf. betragtning 134.

⁽¹⁸¹⁾ Jf. punkt 3.42 i OECD's TP retningslinjer fra 1995, hvor det hedder, at »når en uafhængig virksomheds avancer bruges, må det overskud, der kan henføres til den uafhængige virksomheds transaktioner, ikke blive fordrejet af kontrollerede transaktioner.«

⁽¹⁸²⁾ Fordi den bruttoavance, som det beror på, ville have været »armslængde«, jf. betragtning 128.

⁽¹⁸³⁾ Se betragtning 130.

⁽¹⁸⁴⁾ Se betragtning 131.

⁽¹⁸⁵⁾ Se betragtning 131, de elleve omhandlede aftaler er teknologilicensaftaler om fødevare- og drikkevarerprodukter.

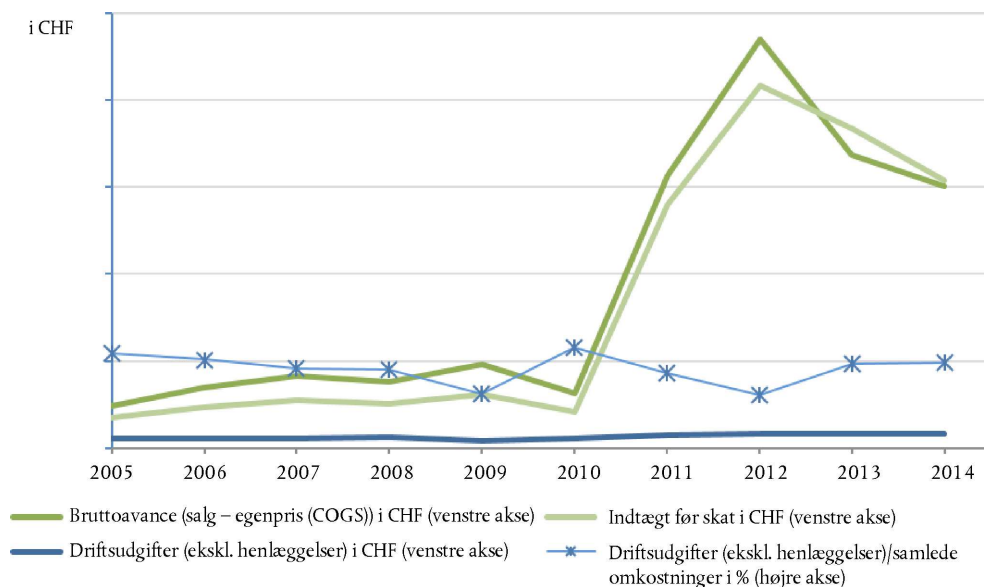
⁽¹⁸⁶⁾ Se betragtning 121.

»[certificeringsprogrammet for kaffeprodukt e]«, som er SMBV's mest solgte produkt ⁽¹⁸⁷⁾. Faktisk ser C.A.F.E. Praksis Programmet ud til at bestå af et certificeringsprogram, der bedre kan betegnes som et [certificeringsprogram] end som en intellektuel ejendomsret eller teknologilicens, således som Starbucks fremstiller det.

- (354) Desuden bestemmes priserne på kaffeprodukter, der sælges af SMBV til butikkerne, på basis af omkostningerne, som forklaret i betragtning 96. Kommissionen mener derfor, at de direkte og indirekte omkostninger i forbindelse med C.A.F.E. Praksis Programmet, i modsætning til hvad Starbucks hævder, er en mere hensigtsmæssig måde at estimere den armslængdepris for programmet, der indgik i den pris på grønne kaffebønner, som SMBV betaler.
- (355) Med hensyn til det tillæg for finansiering, der er angivet i tabel 6, må Kommissionen konstatere, at den anvendte metode ikke beregner driftskapitalomkostninger, fordi kundegæld, som i en normal forretning bidrager til at finansiere kundetilgodehavende og lagre, ikke er fratrukket i de beløb, der skal finansieres ⁽¹⁸⁸⁾. Starbucks mener muligvis, at finansieringsomkostninger skal lægges til, fordi aftalerne med hensyn til de estimerede forsyningsomkostninger er baseret på indkøbere, der måske ikke overtager ejendomsretten over de solgte varer. Det er imidlertid ikke vurderet eller dokumenteret i de analyser, som Starbucks fremlægger. Derfor forekommer en et avancetillæg for finansiering, der svarer til det af Starbucks angivne, ikke berettiget.
- (356) For det tredje viser figur 4, hvilken virkning forhøjelsen af avancetillægget i 2011 havde på SCTC's resultat i schweiziske franc (CHF). Figur 4 viser også SCTC's driftsudgifter, som ikke udviste den forøgelse, som man kunne forvente på grund af den øgede betydning, som Starbucks hævdede SCTC fik. Driftsudgifterne i procent af de samlede udgifter lå stabilt, og driftsomkostningerne skulle derfor dækkes af et vederlag baseret på COGS. Stigningen i avancetillægget fra [ca. 3 %] til [ca. 18 %] i gennemsnit fra perioden 2005-2010 til perioden 2011-2014 ⁽¹⁸⁹⁾ resulterede i en firedobling af SCTC's overskud som illustreret i figur 4.

Figur 4

SCTC's rentabilitet



- (357) For fuldstændighedens skyld bemærker Kommissionen, at SMBV's tab på ristningsaktiviteterne siden 2010 skal ses i forhold til det øgede avancetillæg på betalingerne til SCTC for grønne kaffebønner ⁽¹⁹⁰⁾ som vist i figur 5.

⁽¹⁸⁷⁾ Se betragtning 96.

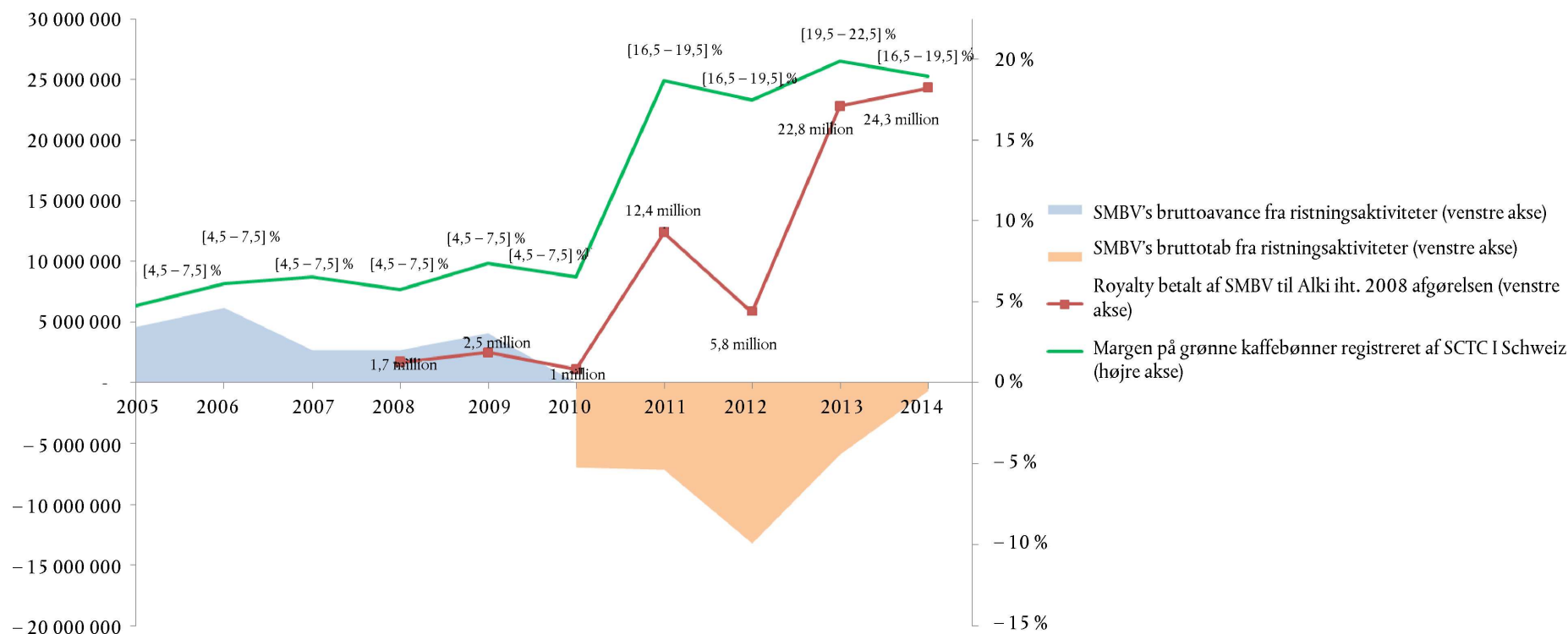
⁽¹⁸⁸⁾ Derudover synes SCTC at rumme store mængder overskydende likviditet baseret på tal i tabel 4.

⁽¹⁸⁹⁾ Se betragtning 346.

⁽¹⁹⁰⁾ Se betragtning 315.

Figur 5

Rentabilitet af SMBV's ristningsaktivitet



(358) I lyset af disse betragtninger mener Kommissionen, at for at opnå en pålidelig estimering af et armslængde-avancetillæg for perioden fra 2011 og fremefter, skal der til det gennemsnitlige avancetillæg på [ca. 3 %] i perioden 2005 til 2010 lægges udgifterne til C.A.F.E. Praxis Programmet op til størrelsen af udgifterne til [certificeringsprogrammet]-betegnelsen. Udgifterne til [certificeringsprogrammet]-betegnelsen repræsenterede [1-1,5] % af omkostningerne til grønne kaffebønner købt af SCTC i slutningen af 2014 og udgjorde [0,5-1] % af den pris, SMBV betalte ⁽¹⁹¹⁾. Et armslængdeavancetillæg for SCTC i perioden fra 2011 og fremefter ville dermed ligge på [ca. 6 %] af omkostningerne til grønne kaffebønner købt af SCTC, svarende til en bruttoavance på op til [ca. 9 %] af SCTC's COGS, som SCTC opkræver af SMBV. Derfor afspejler det gennemsnitlige avancetillæg på [ca. 18 %] på grønne kaffebønner leveret af SCTC til SMBV, der rent faktisk blev anvendt fra 2011 til 2014, ikke en pålidelig estimering af et markedsbaseret resultat i overensstemmelse med armslængdeprincippet.

(359) Kort sagt finder Kommissionen, at da transfer pricing-rapporten undlader at undersøge eller analysere, om den pris, SCTC afkrævede SMBV for de grønne kaffebønner, er en armslængdepris, afviger den metode, der foreslås i rapporten til at bestemme SMBV's skattepligtige overskud fra en metode, der fører til en pålidelig estimering af et markedsbaseret resultat i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Da anvendelsen af denne metode medfører en sænkning af SMBV's skattebæring i henhold til det almindelige nederlandske selskabsskattesystem sammenlignet med ikke-integrerede selskaber, hvis skattepligtige resultat bestemmes af markedet, må SMBV's APA, ved at acceptere denne metodologi, anses for at indebære en selektiv fordel for SMBV som omhandlet i traktaten artikel 107, stk. 1.

⁽¹⁹¹⁾ Se betragtning 96.

g) Konklusion vedrørende den selektive fordel, som SMBV's APA indebærer

- (360) Som det konkluderes i betragtning 339 til 341, finder Kommissionen, at en sammenligning med tilsvarende ukontrollerede transaktioner, navnlig ristnings IP-licensaftaler i flere ristnings-, produktions- og distributionsaftaler, som Starbucks indgik med tredjeparter, vidner om, at armslængdeværdien af den royalty, som SMBV betaler til Alki LP for ristnings-IP'en, må være nul. Derfor medfører SMBV's APA, ved at acceptere en metode til fastsættelse af royaltyniveauet ifølge hvilken alt overskud i SMBV på over [9-12] % af driftsomkostningerne overføres til Alki LP ⁽¹⁹²⁾, en selektiv fordel for SMBV i henhold til traktatens artikel 107, stk. 1.
- (361) Derudover medfører transfer pricing-rapportens manglende undersøgelse eller analyse af, om den pris, som SCTC afkræver SMBV for de grønne kaffebønner, er en armslængdepris, at den metode, der foreslås i rapporten, og som er godkendt i SMBV's APA, til bestemmelse af SMBV's skattepligtige overskud i Nederlandene, medfører en selektiv fordel for SMBV i henhold til artikel 107, stk. 1, i traktaten.

9.2.3.4. SMBV blev fejlagtigt betegnet som den mindst komplekse funktion i transfer pricing-rapporten

- (362) Som forklaret i betragtning 282, er det kun berettiget at ty til en sammenligning af udførte funktioner, hvis det er umuligt at sammenligne en bestemt koncernintern transaktion, for hvilken der ansøges om en APA, med lignende ukontrollerede transaktioner under hensyntagen til de udførte funktioner. Som forklaret i afsnittet 9.2.3.3 finder Kommissionen, at royalty-ordningerne i adskillige ristnings-, produktions- og distributionsaftaler, som Starbucks har indgået med tredjeparter, udgør sammenlignelige ukontrollerede transaktioner i forhold til SMBV's royalty-aftale med Alki LP, således som den blev godkendt i SMBV's APA.
- (363) Uden at det berører denne konklusion om, at ingen funktionssammenligning var berettiget i det foreliggende tilfælde, finder Kommissionen endvidere, at transfer pricing-rapportens analyse af de udførte funktioner ved anvendelsen af TNMM ikke medfører en pålidelig estimering af et markedsbaseret resultat i overensstemmelse med armslængdeprincippet.
- (364) For korrekt at estimere armslængdevederlaget til de udførte funktioner skulle transfer pricing-rapporten have foretaget en sammenligning af de funktioner, som hver part udførte i de relaterede transaktioner.
- (365) I ensidige transfer pricing-metoder, såsom TNMM, er det kun vederlaget til den »testede part« der analyseres til transfer pricing-formål, uanset hvilket vederlag, der blev givet til de øvrige parter i transaktionen. Ud fra den antagelse, at SMBV er den »mindst komplekse funktion« i forholdet mellem SMBV og Alki LP, betragtede Starbucks' skatterådgiver SMBV som den »testede part« og overvejede ikke, hvorvidt det restoverskud, Alki LP fik tildelt, er proportionalt med Alki LP's funktioner, risici og aktiver. Starbucks begrundede dette valg med den begrundelse, at SMBV ikke ejer værdifuld IP og ikke pådrager sig meningsfulde forretningsmæssige risici i forbindelse med sine rutinemæssige aktiviteter, og at SMBV derfor er den mindst komplekse enhed i dette forhold ⁽¹⁹³⁾.
- (366) Men Starbucks' argumentation er udtryk for en forveksling af opgavernes kompleksitet og de påtagne risici. Punkt 3.18 i OECD's TP retningslinjer fra 2010 ⁽¹⁹⁴⁾ forklarer, at valget af den »testede part« ved anvendelse af TNMM bør være i overensstemmelse med funktionsanalysen af transaktionen ⁽¹⁹⁵⁾. Som hovedregel er den »testede part« den, som en transfer pricing-metode kan anvendes på på den mest pålidelige måde, og for hvilken de mest pålidelige sammenligningspunkter kan findes, dvs. at det oftest vil være den med den mindst komplekse funktionsanalyse.
- (367) Komplexitet og risiko er to forskellige ting, selv om risikohensyn også indgår i funktionsanalysen. Komplexiteten skal vurderes relativt, dvs. set i forhold til de andre parter, der er involveret i transaktionen. Punkt 3.18 i OECD's TP retningslinjer fra 2010 refererer med hensyn til valg af den testede part i denne forbindelse til en »mindre« kompleks funktion, og ikke i absolutte vendinger til en funktion, der ikke er kompleks ⁽¹⁹⁶⁾. Kravet om at vurdere kompleksiteten af funktioner i forhold til de øvrige parter i transaktioner findes også i punkt 1.21,

⁽¹⁹²⁾ Se betragtning 102.

⁽¹⁹³⁾ Se betragtning 190.

⁽¹⁹⁴⁾ Valget af den testede part er kun nødvendigt ved brug af Cost+, videresalgspris eller TNMM, jf. punkt 3.18 i OECD's TP retningslinjer fra 2010.

⁽¹⁹⁵⁾ Dette krav er også at finde i punkt 3.43 i OECD's TP retningslinjer fra 1995.

⁽¹⁹⁶⁾ Dette er også tilfældet med punkt 2.59 og 9.79 i OECD's retningslinjer fra 2010.

1.22 og 1.23 i OECD's TP retningslinjer fra 1995. Når TNMM anvendes til transfer pricing-formål, skal den anden parts funktioner i transaktionen, i dette tilfælde Alki LP's, derfor også analyseres. Oplysninger om Alki LP's funktioner var bestemt til rådighed for det nederlandske skattevæsen på tidspunktet for SMBV's APA anmodning.

- (368) Men hvis der i forbindelse med de relevante transaktioner kan identificeres direkte observerbare fænomener, bør disse observerbare fænomener tjene til at fastlægge virksomhedens vederlag ved deltagelse i sammenlignelige transaktioner ⁽¹⁹⁷⁾. At der fandtes direkte sammenligningspunkter til fastlæggelse af armslængdevederlaget, er, hvad Kommissionen argumenterer for i afsnit 9.2.3.3.
- (369) Men i de følgende afsnit analyserer Kommissionen den relative kompleksitet af de koncernvirksomheder, der deltager i transaktioner med SMBV.
- (370) For det første udfører SMBV en række funktioner udover ristning. Dette faktum gør det som sådant svært at finde passende sammenligningspunkter til transfer pricing-formål ⁽¹⁹⁸⁾. Derudover har den ristningsfunktionen, SMBV udfører, kritisk betydning for kaffeproducenterne. SMBV foretager eller køber også markedsanalyser, er indehaver af IP og indgår kontrakter med lønforarbejdere. Endelig er prisfastsættelsesansvaret ikke klart defineret, og SMBV synes at have en vis kontrol over de priser, virksomheden får for solgte varer.
- (371) I transfer pricing-rapporten hævdes det af Starbucks' skatterådgiver, at ristningsfunktionen, der udføres af SMBV, har rutinemæssig karakter. Dette er i modstrid med bemærkningerne fra konkurrenter, da tre ud af de fire konkurrenter, der modtog en markedsinformationsanmodning fra Kommissionen, ikke outsourcer ristning. Faktisk har to af konkurrenterne udtalt, at de anser ristningsfunktionen for at være kritisk og derfor principielt ikke mener, at den kan outsources ⁽¹⁹⁹⁾. Men at ristningsfunktionen er en vigtig funktion, betyder ikke nødvendigvis, at den også er meget kompleks.
- (372) Idet konkrete tilfælde med SMBV viser en analyse af dets driftsudgifter imidlertid en væsentlig udgift til markedsundersøgelser ⁽²⁰⁰⁾. Endvidere er amortisering af immaterielle aktiver en af SMBV's største driftsomkostninger. SMBV gennemfører markedsundersøgelser, besidder betydelig IP og købte yderligere IP i 2012 til en værdi af 4 millioner EUR. En rutinefabrikant har ikke sådanne aktiviteter.
- (373) Nederlandene hævder, at disse udgifter, der er relateret til software og en IT-systemlicensbetaling for standard IT-systemer, ikke i sig selv beviser at SMBV ville bruge værdifuld IP. For virksomhed Y's vedkommende er der f.eks. en virksomhed udpeget som lønforarbejder, der betaler IT-systemlicenser ⁽²⁰¹⁾. For SMBV's vedkommende drejer IP-betalingerne sig ikke om sådanne softwareafgifter, idet softwaregebyrer registreres under en særskilt post i SMBV's regnskab ⁽²⁰²⁾.
- (374) Sådanne overvejelser er ikke i sig selv tilstrækkelige til at konkludere, at SMBV ikke er den mindst komplekse funktion. Det er også nødvendigt at se på kompleksiteten af Alki LP's funktioner.
- (375) Alki LP's aktiviteter vurderes i betragtning 324 til 329. Det fremgår af denne vurdering, at Alki LP's operationelle kapacitet er stærkt begrænset eller ikkeeksisterende, eftersom virksomheden ingen ansatte har, og ingen af dens partnere har nogen ansatte.
- (376) Kommissionen konkluderer derfor, at Starbucks' skatterådgiver til transfer pricing-analysen uberettiget udpegede SMBV som den mindst komplekse funktion sammenlignet med Alki LP.

⁽¹⁹⁷⁾ Jf. punkt 2.3 i OECD's TP retningslinjer fra 2010 og stk. 3,49 i OECD's TP retningslinjer fra 1995.

⁽¹⁹⁸⁾ I punkt 3.42 i OECD's TP retningslinjer fra 1995 hedder det, at »det ville ikke være hensigtsmæssigt at anvende »transactional net margin method« for hele selskabet, hvis selskabet indgår i en lang række forskellige kontrollerede transaktioner, der ikke kan sammenlignes korrekt på et samlet grundlag med en uafhængig virksomheds transaktioner.«

⁽¹⁹⁹⁾ Se betragtning 204 til 212.

⁽²⁰⁰⁾ Se betragtning 98.

⁽²⁰¹⁾ Se betragtning 212.

⁽²⁰²⁾ Se betragtning 98.

- (377) Da metoden til bestemmelse af SMBV's skattegrundlag i transfer pricing-rapporten var baseret på den tvivlsomme antagelse, at SMBV skulle være den »testede part« ved anvendelsen af TNMM, medfører metoden ikke en pålidelig estimering af et markedsbaseret resultat i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Da godkendelsen af metoden i SMBV's APA fører til en sænkning af SMBV's skattetilsvær i henhold til almindelig nederlandsk selskabsskat sammenlignet med ikke-integrerede selskaber, hvis skattepligtige overskud under dette system bestemmes af markedet, må APA'en anses for at indebære en selektiv fordel for SMBV som omhandlet i traktatens artikel 107, stk. 1.

9.2.3.5. Transfer pricing-rapporten anvender TNMM forkert

- (378) I de foregående afsnit har Kommissionen godtgjort, at transfer pricing-rapporten undlader at undersøge, om SMBV's royaltybetaling til Alki LP for ristnings IP'en, som er den koncerninterne transaktion, der reelt var genstanden for anmodningen om og godkendelsen af SMBV's APA ⁽²⁰³⁾, er en armslængdebetaling. Derefter godtgjorde den, at transfer pricing-rapportens analyse af alle koncernselskabernes kompleksitet ved anvendelsen af TNMM er forkert. Uden at det berører disse konklusioner, som i sig selv giver Kommissionen anledning til yderligere at konkludere, at SMBV's APA medfører en selektiv fordel for SMBV i form af sænkning af skattetilsværet i Nederlandene, bemærker Kommissionen også for fuldstændighedens skyld, at Starbucks' skatterådgiver anvendte TNMM forkert i transfer pricing-rapporten.

a) Starbucks skatterådgiver fejldentifierede SMBV's hovedfunktioner i transfer pricing-rapporten

- (379) Til transfer pricing-formål foretages valget af transfer pricing-metoden og udvælgelsen af sammenligningspunkter på basis af en funktionsanalyse af den virksomhed, der har anmodet om en APA. Ifølge funktionsanalysen udarbejdet af Starbucks' skatterådgiver består SMBV's primære funktionelle bidrag til Starbucksgruppen i ristning/produktion ⁽²⁰⁴⁾. På baggrund af denne antagelse anser skatterådgiveren SMBV som en lavrisiko- kaffefabrikant, der udfører rutinemæssige opgaver og derfor er den »mindst komplekse« ved anvendelsen af TNMM.
- (380) I åbningsafgørelsen gav Kommissionen udtryk for betænkeligheder ved, at Nederlandene fejlagtigt havde accepteret SMBV's klassificering som en lavrisiko-lønforarbejder i transfer pricing-rapporten ⁽²⁰⁵⁾.
- (381) Baseret på oplysninger fra Nederlandene og Starbucks i undersøgelsesperioden finder Kommissionen, at skatterådgiveren fejlagtigt betegnede SMBV som en lavrisikofabrikant. Mere specifikt viser oplysninger om SMBV's indtjening, at ristning ikke er den vigtigste indtægtskilde i SMBV. Som illustreret i tabel 2, udgør indtægter fra salg af ristet kaffe som registreret under posten »INDT EMBALLERET KAFFE« ⁽²⁰⁶⁾ kun [15-20] % af SMBV's indtægter i 2013 og 2014. I 2007, dvs. på det tidspunkt, hvor SMBV's APA blev godkendt, var det forhold stort set på samme niveau på [15-20] %.
- (382) I stedet stammer størstedelen af SMBV's indtjening i Nederlandene fra en aktivitet, der er forskellig fra ristning. Faktisk fremstår SMBV's videresalg, der af Nederlandene og Starbucks benævnes logistisk og administrativ service ⁽²⁰⁷⁾, som værende vigtigere end dens ristningsaktivitet og står for [80-85] % af SMBV's indtjening i 2013 og 2014. Baseret på data, der var tilgængelige på det tidspunkt, hvor der blev anmodet om SMBV's APA, var andelen i 2007 på [75-80] %. Desuden var [10-30] ud af SMBV's [40-60] medarbejdere på det tidspunkt aktive i den pågældende aktivitet. SMBV administrerede også tre kontrakter vedrørende distribution og logistik.

⁽²⁰³⁾ Afsnit 9.2.3.2.

⁽²⁰⁴⁾ Se betragtning 49.

⁽²⁰⁵⁾ Se betragtning 79 til 96 i åbningsafgørelsen.

⁽²⁰⁶⁾ Starbucks anførte, at indtægterne under posten »INDT EMBALLERET« vedrører SMBV's ristnings- og emballagefunktion. Indtægter fra andre poster, der kan omfatte produkter delvist forarbejdet på grundlag af kaffe ristet af SMBV udgør, ifølge Starbucks, en lille del af SMBV's samlede ristningsproduktion, jf. betragtning (94).

⁽²⁰⁷⁾ Se betragtning 166 og 190.

- (383) I modsætning til Nederlandenes påstand om, at omkostninger ved ikke-kaffe-produkter er pass-through-omkostninger uden et avance-element for SMBV⁽²⁰⁸⁾, registrerer SMBV faktisk en avance på videresalg af ikke-kaffe-produkter. Desuden repræsenterer SMBV's videresalgsfunktion ikke alene den største indkomstkilde for SMBV, men også den eneste kilde til SMBV's overskud siden 2010, når det tages i betragtning, at SMBV's ristningsaktivitet har været tabsgivende siden det år⁽²⁰⁹⁾, uanset om tabene på ristning er forårsaget af forkert prissætning af de grønne kaffebønner eller ej⁽²¹⁰⁾.
- (384) Nederlandene har yderligere gjort gældende, at det ikke var nødvendigt at indhente flere oplysninger fra Starbucks end dem, der var forelagt skatteforvaltningen på tidspunktet for APA-anmodningen, fordi man var bekendt med SMBV's forretning, da APA'en var en fornyelse af en allerede eksisterende ordning⁽²¹¹⁾. Men det faktum, at Nederlandene var uvidende om, at de fleste af SMBV's indtægter kommer fra videresalg af ikke-kaffeprodukter, er klart i modstrid med den påstand, at skatteforvaltningen var bekendt med SMBV's forretning⁽²¹²⁾.
- (385) Selv om transfer pricing-rapporten anerkender, at SMBV videresælger varer købt fra tredjepart til butikkerne, lader den hånt om denne funktion ved valget af sammenligningspunkter og en resultatniveau-indikator til brug for anvendelsen af TNMM. Således undlod Starbucks' skatterådgiver at udføre en kritisk vurdering til identifikation af SMBV's vigtigste funktioner til transfer pricing-analysen⁽²¹³⁾.
- (386) SMBV's primære funktion blev således utilstrækkeligt identificeret i transfer pricing-rapporten fra Starbucks' skatterådgiver og fejlagtigt godtaget af det nederlandske skattevesen som grundlag for beregningen af det vederlag, der blev godkendt SMBV's APA.
- b) Starbucks' skatterådgiver anvendte fejlagtigt driftsudgifterne som resultatniveauindikator ved anvendelsen af TNMM
- (387) Punkt 2.87 i OECD's TP retningslinjer fra 2010 anfører, at afhængigt af de faktiske omstændigheder kan driftsomkostninger til salg eller distribution typisk være et hensigtsmæssigt udgangspunkt for distributionsaktiviteter ved brug af TNMM⁽²¹⁴⁾.
- (388) Ifølge Nederlandene er driftsomkostninger en passende indikator for rentabiliteten ved anvendelsen af TNMM, selv om aktiviteterne i SMBV ikke var fastlagt korrekt i transfer pricing-rapporten. Men da SMBV's indtjening skabes og regnskabsføres som en avance på distribuerede produkter, betragter Kommissionen salg som en mere passende indikator for SMBV's overskudsgenererende videresalgsfunktion. Desuden blev SMBV's samlede salg mellem 2008 og 2014⁽²¹⁵⁾ næsten tredoblet, mens bruttoavancen blev mere end fordoblet i samme periode⁽²¹⁶⁾. Derimod steg SMBV's driftsomkostninger kun med 6 %, hvilket betyder, at driftsomkostningerne ikke kan betragtes som en fyldestgørende indikator for SMBV's overskudsgenererende videresalg.
- (389) SMBV's indtægter af videresalgssaktiviteterne registreres ganske vist i Nederlandene og tilskrives ikke noget andet concernmedlem, der ville være i stand til at generere disse overskud. Betalingen af royalties som et residual-overskud flytter faktisk effektivt SMBV's overskud, som stammer fra videresalg af ikke-kaffeprodukter, til Alki LP. Det skal dog bemærkes, at ingen af de angivelige komponenter i royaltybetalingen har nogen som helst relation til overskuddet fra SMBV's videresalg, da Alki LP er ikke i stand til at generere aktiv fortjeneste ved videresalg af ikke-kaffeprodukter, eftersom virksomheden ikke har driftskapaciteten, hverken direkte eller gennem sine partnere⁽²¹⁷⁾. Derfor er det ikke i overensstemmelse med armslængdeprincippet at videregive overskuddet til Alki LP gennem betaling af royalties baseret på bogført overskud.

⁽²⁰⁸⁾ Se betragtning 97.

⁽²⁰⁹⁾ Se betragtning 315.

⁽²¹⁰⁾ Se betragtning 342 og ff.

⁽²¹¹⁾ Se betragtning 179.

⁽²¹²⁾ Se også punkt 1.43 i OECD's TP retningslinjer fra 2010 og punkt 1.21 i OECD's TP retningslinjer fra 1995.

⁽²¹³⁾ Ibid.

⁽²¹⁴⁾ Dette er også i overensstemmelse med eksemplet vedrørende distributionsfunktion i punkt 3.48 i OECD's TP retningslinjer fra 1995.

⁽²¹⁵⁾ Fra 128 mio. EUR i 2008 til 350 mio. EUR i 2014.

⁽²¹⁶⁾ Fra 20 mio. EUR i 2008 til 44 mio. EUR i 2014.

⁽²¹⁷⁾ Se betragtning 235.

- (390) Desuden skal regnskabsførte overskud allokere, fordi de er en økonomisk realitet, der ikke kan fortrænges af en økonomisk model eller transfer pricing-model, der har til formål at estimerede økonomiske realiteter i fravær af (direkte) observerbare fænomener. For SMBV's vedkommende allokere overskuddet på videresalg af ikke-kaffeprodukter ikke gennem et vederlag i nogen form til nogen anden koncernenhed eller nogen tredjeparter, der ville være i stand til at generere aktiv fortjeneste ved videresalg af ikke-kaffe, og de bør derfor allokere til SMBV.
- (391) Det var således forkert af skatterådgiveren at anvende driftsomkostningerne i stedet for salget som resultatniveauindikator ved anvendelsen af TNMM.
- c) En funktionsanalyse baseret på SMBV's videresalgfunktion og et vederlag baseret på en avance af salg ville have ført til højere vederlag
- (392) For at belyse effekten af Starbucks' skatterådgivers fejlidentifikation af SMBV's primære funktioner og det uhensigtsmæssige valg af driftsomkostningerne som overskudsniveauindikator, reproducerede Kommissionen skatterådgiverens analyse med en korrigeret gruppe af ligestillede selskaber (peergruppe) baseret på SMBV's videresalgfunktion og beregnede en avance på salget i den korrigerede peergruppe.
- (393) Da SMBV's hovedaktivitet var forkert angivet i transfer pricing-rapporten, var den peergruppe af sammenlignelige virksomheder, som skatterådgiveren anvendte til at fastsætte et vederlag for de funktioner, der udføres af SMBV — NACE-kode »forarbejdning af te og kaffe«⁽²¹⁸⁾ — lige så uhensigtsmæssige til brug for anvendelsen af TNMM. For at korrigere for peergruppen gennemførte Kommissionen en tilsvarende analyse baseret på Amadeusdatabasen som den, der foretages i transfer pricing-rapporten, på basis af NACE-koden »Engroshandel med kaffe, te, kakao og krydderier«. De øvrige udvælgelseskriterier, som Kommissionen havde benyttet til at vælge peergruppen, var identiske med dem, der benyttes af Starbucks' skatterådgiver i transfer pricing-rapporten⁽²¹⁹⁾.
- (394) Til sammenligningsformål fjernede Kommissionen derefter de virksomheder fra den korrigerede peergruppe, der primært distribuerer andre produkter end kaffe og te (f.eks. krydderier, sukker, eller virksomheder, der kun sælger udstyr), men beholdt de resterende virksomheder, der arbejder med ristning, hvilket resulterede i 12 sammenlignelige virksomheder.
- (395) Da halvdelen af de tolv virksomheder ikke indberetter data om driftsomkostninger⁽²²⁰⁾, og da disse data kan være påvirket af regnskabsføringsforskelle mellem skattejurisdiktioner, beregnede Kommissionen et avancetillæg på salget i virksomhederne i den korrigerede peergruppe. Resultatet af disse beregninger er vist i tabel 12.

⁽²¹⁸⁾ Se betragtning 57.

⁽²¹⁹⁾ Aktive virksomheder eller virksomheder med ukendt status i EU-15-landene, Island, Norge og Schweiz, som ikke var ejet med 25 % eller mere af en anden virksomhed, for at sikre uafhængighedskriteriet; disse valg er identiske med skatterådgiverens. Men en nyere observationsperiode blev valgt, da skatterådgiveren anvendte data for 2001-2005, og APA blev indgået i 2008, tre år efter sidste dataperiode.

⁽²²⁰⁾ I transfer pricing-rapporten findes driftsudgiften ved at beregne forskellen mellem de samlede udgifter og det, som Bureau van Dijk, der driver Amadeus, betegner som »material costs«, som skal afspejle COGS. Data om »material costs« var ikke tilgængelige for mange af virksomhederne i sammenligningen.

Tabel 12

Sammenligningsanalyse baseret på engrossalg

			2007					2006					2005					2005-2007
	company name	country	turn-over	operating profit	total costs	material costs	Mark-up on Sales	turn-over	operating profit	total costs	material costs	Mark-up on Sales	turn-over	operating profit	total costs	material costs	Mark-up on Sales	average Mark-up on sales
1	ETABLISSEMENTEN SAS KOFFIE	Belgium	30 872	1 683	29 189	20 311	5,45 %	28 128	1 155	26 973	19 167	4,11 %	21 204	646	20 558	13 125	3,05 %	4,20 %
2	TOSTADORES REUNIDOS SA	Spain	14 899	231	14 668	14 403	1,55 %	13 080	244	12 835	n.a.	1,87 %	11 618	206	11 412	n.a.	1,77 %	1,73 %
3	MAGAZZINI DEL CAFFE' S.P.A. O, IN FORMA ABBREVIATA: MDC SPA O MDC SPA	Italy	2 301	− 347	2 648	1 165	− 15,07 %	1 224	− 558	1 782	803	− 45,55 %	639	− 359	998	420	− 56,15 %	− 38,92 %
4	LA CITTADELLA S.P.A.	Italy	2 949	601	2 349	787	20,37 %	2 865	786	2 079	668	27,43 %	2 820	675	2 145	635	23,94 %	23,91 %
5	CAFFE' UNIVERSALE BUONO AROMATICO - C.U.B.A. CAFE'	Italy	1 397	181	1 217	511	12,92 %	1 210	67	1 143	480	5,54 %	1 005	50	955	439	4,95 %	7,80 %
6	CAFES TC-3 SAL	Spain	2 015	118	1 897	n.a.	5,87 %	1 881	73	1 808	n.a.	3,88 %	1 721	46	1 675	n.a.	2,65 %	4,13 %
7	KOYIAHE, A.&Π.&Λ., A. E.B.E.	Greece	12 880	832	12 048	n.a.	6,46 %	10 092	310	9 782	n.a.	3,07 %	10 126	212	9 914	n.a.	2,09 %	3,87 %
8	CAFFE' SELE S.R.L.	Italy	1 039	91	948	560	8,77 %	968	82	886	536	8,47 %	874	38	836	474	4,30 %	7,18 %
9	RICO CAFÉ' S.R.L.	Italy	306	1	305	181	0,40 %	263	3	260	143	1,32 %	211	2	209	139	1,11 %	0,94 %
10	CAFÉ GRAEXPRES SL	Spain	781	15	766	n.a.	1,92 %	710	7	703	n.a.	1,05 %	666	2	664	n.a.	0,31 %	1,09 %
11	CERDANYA CAFES SL	Spain	310	8	302	n.a.	2,63 %	320	6	314	n.a.	1,77 %	306	3	303	n.a.	1,11 %	1,84 %
12	IMPORCAFÉ – COMÉRCIO E TORREFACÇÃO DE CAFÉ, LDA	Portugal	321	14	307	146	4,28 %	23	6	317	139	1,75 %	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.		3,01 %
number of companies							12					12					11	12
lower qurtile							1,7 %					1,5 %					1,1 %	1,5 %
median							4,9 %					2,5 %					2,1 %	3,1 %
upper quartile							7,6 %					4,8 %					4,0 %	5,5 %

- (396) En peergruppe-analyse af virksomheder, der primært er aktive inden for engrosdistribution af kaffe, resulterer i et gennemsnitligt afkast på 3,1 %, med en interkvartil interval på 1,5 % til 5,5 %. Selv om et interkvartil interval kun omtales i ét punkt i OECD's TP retningslinjer fra 2010 blandt andre mulige intervaller til sammenligningsbrug ⁽²²¹⁾, anvendes det ofte af skatterådgivere. Men for at undgå, at en virksomhed opnår en fordel ved transfer pricing, er det det punkt i intervallet, der er tættest på det mest sandsynlige markedsresultat, der bør anvendes ved prissætning af kontrollerede transaktioner.
- (397) I det foreliggende tilfælde ligger SMBV's skattegrundlag, som fastlagt i SMBV's APA, uden for det interkvartile interval beregnet på grundlag af den korrigerede peergruppe med et vederlag baseret på en salgsavance. Som beskrevet i tabel 13 har SMBV's skattepligtige overskud, beregnet på grundlag af SMBV's APA, hvert år siden 2008 været lavere end virksomhedens skattepligtige overskud på det laveste punkt i intervallet, dvs. 1,5 % af salget:

Tabel 13

(EUR)

	2007/2008	2008/2009	2009/2010	2010/2011	2011/2012	2012/2013	2013/2014
SMBV's salg	128 784 681	135 677 607	142 627 243	184 159 097	286 217 379	327 632 453	350 538 852
SMBV's skattepligtige overskud iflg. SMBV's APA	1 499 118	1 703 001	1 653 318	1 430 620	1 581 461	1 535 460	1 667 869
skattepligtigt overskud i nedre kvartil (1,5 %)	1 931 770	2 035 164	2 139 409	2 762 386	4 293 261	4 914 487	5 258 083
skattepligtigt overskud i medianen (3,1 %)	3 992 325	4 206 006	4 421 445	5 708 932	8 872 739	10 156 606	10 866 704
skattepligtigt overskud i øvre kvartil (5,5 %)	7 083 157	7 462 268	7 844 498	10 128 750	15 741 956	18 019 785	19 279 637
SMBV's skattepligtige overskud i % af SMBV's salg	1,2 %	1,3 %	1,2 %	0,8 %	0,6 %	0,5 %	0,5 %

- (398) Det interkvartile interval på 1,5 % til 5,5 % er baseret på finansielle data fra perioden 2005 til 2007, som er den seneste periode forud for SMBV's APA. Konstatningen af, at det i APA'en fastlagte skattegrundlag falder uden for intervallet, gælder også for forskellige observationsperioder ⁽²²²⁾.
- (399) Det bekræftes yderligere af en intern datasammenligning med SMC, at det var en fejl fra Starbucks' skatterådgivers side at betragte SMBV som en produktionsvirksomhed, hvis vederlag skulle beregnes på basis af driftsomkostningerne ved estimeringen af et armslængdevederlag til SMBV. SMC er den eneste andet virksomhed i Starbucks-koncernen, der udfører ristning internt ⁽²²³⁾. Da virksomheden i skattemæssigt øjemed er konsolideret med Starbucks US, er der intet incitament for Starbucks til at flytte dens overskud ved hjælp af en royaltbetaling til Starbucks Corporation. Selv om SMC's regnskaber ikke revideres, opstiller virksomheden regnskaber ud fra rent forretningsmæssige og ikke skattemæssige formål. På basis af disse regnskaber fremstår SMC med et overskud, der er mere end [40-50] gange større end det vederlag, der er fastlagt i SMBV's APA, hvis man måler det i forhold til

⁽²²¹⁾ Jf. punkt 3.57 i OECD's TP retningslinjer fra 2010.

⁽²²²⁾ Hvis der i stedet for vælges en 5-årig periode fra 2003 til 2007 ville det interkvartile interval være på 1,5 % til 5,8 % med en median på 2,9 %. Hvis der vælges den samme femårige periode fra 2001 til 2005, som i Starbucks transfer pricing-rapport, vil det interkvartile interval være 1,8 % til 5,7 % med en median på 2,7 %. Og endelig, hvis der vælges en 5-årig periode indtil 2006 i stedet for 2007, dvs. perioden 2002-2006, vil det interkvartile interval være 1,7 % til 5,2 % med en median på 2,6 %.

⁽²²³⁾ Se betragtning 139.

driftsomkostningerne. Som forklaret i betragtning 140 og vist i tabel 9 er der i SMBV's APA fastlagt et avancetillæg på [9-12] % i forhold til driftsomkostningerne, mens der for SMC's vedkommende var tale om omkring 500 % for SMC i de seneste fire regnskabsperioder.

- (400) Formålet med Kommissionens analyser i betragtning 392 til 398 er ikke at beregne et armslængdevederlag for de funktioner, der udføres af SMBV i Starbucks-koncernen. Kommissionen anerkender, at det ovennævnte interval ikke understøttes af en tilstrækkelig sammenligningsanalyse, og formålet er blot at foretage den analyse, skatterådgiveren foretog, men på basis af korrekt identificerede funktioner. Formålet med Kommissionens analyse er således at vise, at selv hvis Kommissionens konklusioner i afsnit 9.2.3.3 og 9.2.3.4 skulle være forkerte, så bekræfter skatterådgiverens fejlidentifikation af SMBV's primære funktioner og det uhensigtsmæssige valg af driftsomkostningerne som resultatniveauindikator ved anvendelsen af TNMM, at den metode, der blev anvendt i transfer pricing-rapporten og godkendt i SMBV's APA til bestemmelse af SMBV's skattegrundlag i Nederlandene, ikke fører til en pålidelig estimering af markedsbaserede resultater i overensstemmelse med armslængdeprincippet. Da denne metode resulterer i en sænkning af SMBV's skat i henhold til almindelig nederlandsk selskabsskattesystem sammenlignet med ikke-integrerede selskaber, hvis skattepligtige overskud i dette system bestemmes af markedet, må SMBV's APA, må godkendelsen af denne metode anses for at indebære en selektiv fordel for SMBV som omhandlet i traktatens artikel 107, stk. 1.

d) Uhensigtsmæssig justering af driftskapitalen

- (401) I transfer pricing-rapporten foreslår Starbucks skatterådgiver en »Conversion Mark-up Adjustment«, som præsenteres af Nederlandene som en justering af driftskapital, men den anvendte metode tager ikke hensyn til driftskapitalens niveau i hverken de sammenlignelige virksomheder eller i SMBV. Driftskapital er summen af varebeholdninger og tilgodehavender fra salg, der skal finansieres, med fradrag af leverandørgæld. Der er intet konstant forhold mellem de COGS, der anvendes i justeringen, og driftskapitalbehov. Navnlig kan en virksomhed med store råvareomkostninger have et lavt driftskapitalbehov, hvis den omsætter sit lager effektivt. Driftskapitaljusteringer er rettet mod at opfange eventuelle forskelle i behandling af lagre, tilgodehavender og gældsforpligtelser, som ikke er opfanges i mængden af de råvarer, der anvendes i virksomheden.
- (402) Kommissionen betragter derfor skatterådgiverens »driftskapitalkorrektion« som uegnet til det angivne formål og til justering af forskelle i brugen af driftskapital. Der er intet i de data, der fremlægges i transfer pricing-rapporten, som berettiger justeringen. Nederlandenes argument om, at den metode, der er angivet i bilaget til kapitel III i OECD's retningslinjer fra 2010, selv om den var tilgængelig på daværende tidspunkt, ikke var en del af OECD's retningslinjer fra 1995, der var gældende på det tidspunkt, hvor SMBV's APA blev godkendt ⁽²²⁴⁾, er derfor irrelevant.
- (403) Som svar på den af Kommissionen udtrykte tvivl om driftskapitaljusteringen i åbningsafgørelsen ⁽²²⁵⁾ fremlagde Nederlandene en simulation af et avancetillæg, som via justeringsmetoden beregnes for forskellige tidsperioder, på basis af en anden rente og endelig med den samme rentesats som reference, men med fradrag og ikke tillæg af 50 basispoint. Disse simuleringer kan imidlertid ikke afklare denne tvivl. Kommissionen har ikke rejst tvivl om den tidsperiode, der anvendes af Starbucks' skatterådgiver i transfer pricing-rapporten. Men i betragtning 101 i åbningsafgørelsen konstaterer Kommissionen, at det hypotetiske råvarevederlag blev vurderet i forhold til EURIBOR, hvortil der blev lagt et spread på 50 basispoint, som ikke er nærmere forklaret. Nederlandene forklarer ikke dette niveau ved at fremlægge simuleringer med forskellige rentesatser og en anderledes fordeling af minus 50 basispoint, hvilket således forbliver uforklaret.
- (404) Med hensyn til den af Nederlandene fremlagte simulering, hvor SMBV's resultat før skat divideret med de samlede omkostninger herunder COGS, sammenlignes med forholdet mellem resultat før skat og driftsomkostninger hos konkurrenter ⁽²²⁶⁾, bemærker Kommissionen, at Nederlandene vælger et interval, som er baseret på oplysninger fra tiden efter SMBV's APA. Hvis et interkvartil interval af resultat før skat i forhold til de totale omkostninger beregnes på grundlag af de økonomiske data om sammenlignelige virksomheder for perioden 2001-2005, som anvendes i transfer pricing-rapporten, ville dette interval være fra 4,9 % til 13,1 %, og SMBV's overskud ville i denne periode ligge uden for dette interval ⁽²²⁷⁾. For eksempel lå SMBV's overskud før skat i forhold til de samlede omkostninger på 1,2 % i 2008 og faldt til 0,5 % i 2014.

⁽²²⁴⁾ Se betragtning 177.

⁽²²⁵⁾ Se betragtning 101 til 113 i åbningsafgørelsen.

⁽²²⁶⁾ Se betragtning 178.

⁽²²⁷⁾ Dette interval er resultatet af tallene i tabel 5 i åbningsafgørelsen.

- (405) Nederlandene har endvidere henvist til en artikel fra 2012 i International Transfer Pricing Journal, der hævder, at for både fuldgældige fabrikanten, lønforarbejdere og kontraktproducenter er de samlede omkostninger, herunder COGS, den mest velegnede resultatniveauindikator. Artiklen fremlægger også en sammenligning mellem avancerne på fuldgældige fabrikanters samlede omkostninger og avancerne på de samlede omkostninger hos lønforarbejdere eller kontraktproducenter. På grundlag af de valgte eksempler viser denne analyse, at lønforarbejdere og kontraktproducenter har højere avancer på deres samlede omkostninger end fuldgældige producenter. Men uanset den generelle gyldighed af den empiriske undersøgelses resultater, der præsenteres i artiklen, modsiger snarere end støtter artiklens konklusion Nederlandenes argument om, at lavrisikoproducenters rentabilitet bør nedjusteres i forhold til fuldgældige fabrikanters. Dette skyldes, at Nederlandene accepterede en reduktion af avancetillægget for at tage højde for, at SMBV ikke var en fuldgældig producent, mens artiklens empiriske resultater synes at pege på, at et højere avancetillæg ville have været mere rigtigt.
- (406) Slutteligt accepterer transfer pricing-rapporten desuden en betydelig reduktion i det omkostningsgrundlag, der lægges til grund for beregningen af skattegrundlaget i 2008 sammenlignet med den tidligere ordning ved at udelukke udgifter til [ikkeforbundet forarbejdningsevne 1], selv om SMBV's aktiviteter ikke ændrede sig, ligesom de kommercielle forbindelser med [ikkeforbundet forarbejdningsevne 1] heller ikke ændrede sig. Kombineret med fejlklassificeringen af de faktiske aktiviteter i SMBV virker justeringen ikke tilstrækkeligt begrundet.
- (407) Sammenfattende finder Kommissionen, at også selv om sammenligningsanalysen ikke havde været baseret på en forkert klassificering af SMBV's aktiviteter som kafferistning, og Starbucks' skatterådgiver ikke fejlagtigt havde brugt driftsomkostningerne i stedet for salget som resultatniveauindikator ved anvendelsen af TNMM, fører driftskapitaljusteringen og udelukkelsen af [ikkeforbundet produktionsvirksomhed 1]'s omkostninger fra SMBV's skattegrundlag, at den metode, der foreslås i transfer pricing-rapporten og godkendes i SMBV's APA, ikke til en pålidelig estimering af et markedsbaseret resultat i overensstemmelse med armslængdeprincippet.
- (408) Ved at acceptere denne metode, som fører til en sænkning af SMBV's skattetilsvær i henhold til det almindelige nederlandske selskabsskattesystem sammenlignet med ikke-integrerede selskaber, hvis skattepligtige overskud i dette system bestemmes af markedet, medfører SMBV's APA en selektiv fordel for SMBV som omhandlet i traktatens artikel 107, stk. 1.

9.2.4. Subsidiært ræsonnement: Selektiv fordel på grund af en fravigelse af dekretet

- (409) Nederlandene og Starbucks har gjort gældende, at dekretet udgør det relevante referencesystem, i forhold til hvilket det skal afgøres, om SMBV's APA giver SMBV en selektiv fordel.
- (410) Som nævnt i betragtning 245 til 251 kan Kommissionen ikke tilslutte sig Nederlandenes og Starbucks argumentation vedrørende det gældende referencesystem. Men som et subsidiært argument konkluderer Kommissionen, at SMBV's APA også giver SMBV en selektiv fordel i forhold til det mere afgrænsede referencesystem, som består af de koncernvirksomheder, hvis transfer pricing er underlagt bestemmelserne i artikel 8b, stk. 1, i CIT og dekretet anvender.
- (411) Artikel 8b, stk. 1, i CIT og dekretet anses for at knæsette armslængdeprincippet i nederlandsk skatteret, hvorefter vederlag i koncerninterne transaktioner skal fastsættes, som om de var foretaget af uafhængige firmaer, der under lignende omstændigheder forhandler på armslængde. Betragtningerne til dekretet forklarer især, at armslængdeprincippet, som beskrevet i OECD's TP retningslinjer, er blevet gennemført i den nationale lovgivning, og at disse retningslinjer finder direkte anvendelse i Nederlandene ⁽²²⁸⁾.
- (412) I betragtning af, at Kommissionen i afsnit 9.2.3.1 allerede har godtgjort, at SMBV's APA støtter visse metodevalg foretaget af Starbucks' skatterådgiver med henblik på transfer pricing, som ikke kan anses for at medføre en pålidelig estimering af et markedsbaseret resultat, og som medfører en indskrænkning af SMBV's skattetilsvær i Nederlandene, kan Kommissionen ligeledes konkludere, at APA'en også giver anledning til en selektiv fordel i forhold til den mere begrænsede referenceramme, som udgøres af artikel 8b, stk. 1, i CIT og dekretet.

⁽²²⁸⁾ Se betragtning 87.

9.2.5. Begrundelse

- (413) Hverken Nederlandene eller Starbucks har fremført nogen mulig begrundelse for den selektive behandling af SMBV som følge af SMBV's APA. Kommissionen minder i den forbindelse om, at bevisbyrden for en sådan begrundelse påhviler medlemsstaten.
- (414) Under alle omstændigheder har Kommissionen ikke været i stand til at identificere nogen mulig grund, som kan retfærdiggøre den præferencebehandling, SMBV opnår som følge af SMBV's APA, og som kunne siges at bero direkte på referencesystemets direkte, grundlæggende eller ledende principper, eller som er et resultat af indbyggede mekanismer, der er nødvendige for at systemet fungerer og er effektivt⁽²²⁹⁾, uanset om dette referencesystem er det almindelige nederlandske selskabsskattesystem, som Kommissionen lægger til grund, eller det dekret, Nederlandene og Starbucks hævder er referencesystemet.

9.2.6. Konklusion vedrørende forekomsten af en selektiv fordel

- (415) Kommissionen konkluderer, at SMBV's APA medfører en selektiv fordel for SMBV efter traktatens artikel 107, stk. 1, ved at godkende en metode til allokering af overskud til SMBV i Starbucks-koncernen, som ikke kan anses for at føre til en pålidelig estimering af et markedsbaseret resultat i overensstemmelse med armslængdeprincippet, og som resulterer i en sænkning af SMBV's skattetilsvaret i henhold til det almindelige nederlandske selskabsskattesystem sammenlignet med ikke-integrerede selskaber, hvis skattepligtige overskud under det system bestemmes af markedet.
- (416) Ved et subsidiært ræsonnement konkluderer Kommissionen, at SMBV's APA medfører en selektiv fordel til SMBV efter traktatens artikel 107, stk. 1, ved i henhold til dekretet, baseret på artikel 8b, stk. 1, i CIT, at godkende en metode til allokering af overskud til SMBV, som ikke kan anses for at føre til en pålidelig estimering af et markedsbaseret resultat i overensstemmelse med armslængdeprincippet, og som resulterer i en sænkning af SMBV's skattetilsvaret i forhold til andre koncernselskaber med skattepligt i Nederlandene.

9.3. Modtageren af den anfægtede foranstaltning

- (417) Kommissionen finder, at SMBV's APA giver SMBV en selektiv fordel som omhandlet i traktatens artikel 107, stk. 1, fordi den fører til en nedsættelse af virksomhedens skattepligtige overskud i Nederlandene sammenlignet med ikke-integrerede selskaber, hvis skattepligtige resultat bestemmes af transaktioner indgået på markedsmæssige vilkår. Kommissionen bemærker imidlertid, at SMBV indgår i en multinational koncern, nemlig Starbucks-koncernen, og at det er vederlaget for SMBV's rolle inden for denne koncern, der er genstanden for SMBV's APA.
- (418) Ved anvendelsen af statsstøttere reglerne kan særskilte retlige enheder anses for at udgøre én økonomisk enhed. Denne økonomiske enhed betragtes derefter som den relevante virksomhed, der drager fordel af støtten. Domstolen har tidligere fastslået, at »begrebet virksomhed i en konkurrenceretlig kontekst skal forstås som en økonomisk enhed [...], også når denne økonomiske enhed juridisk set udgøres af flere fysiske eller juridiske personer«⁽²³⁰⁾. For at afgøre, om flere enheder udgør én økonomisk enhed, ser Domstolen på eksistensen af en kontrollerende andel eller funktionelle, økonomiske eller organisatoriske forbindelser⁽²³¹⁾. I det foreliggende tilfælde er SMBV fuldstændigt kontrolleret af Alki LP, der igen er kontrolleret af selskaber i Starbucks-koncernen⁽²³²⁾.
- (419) Det er desuden Starbucks-koncernen, der traf beslutningen om at etablere SMBV i Nederlandene, og dermed Starbucks-koncernen, som har fordel af SMBV's APA, da denne APA, som anført i betragtning 45, fastsætter de overskud, der skal allokere til SMBV inden for denne koncern for de funktioner, SMBV udfører for virksomhederne i den pågældende koncern. SMBV's APA er trods alt et bindende svar fra skattemyndigheden, der accepterer en transfer pricing-metode for transaktioner i Starbucks-koncernen, og det nederlandske skattevæsens eventuelle gunstige skattemæssige behandling af SMBV kommer derfor Starbucks-koncernen til gode som en helhed ved at give yderligere ressourcer ikke blot til SMBV, men til hele koncernen. Som nævnt i betragtning 257 gælder det med andre ord, at når transfer pricing er nødvendigt til prissætning af varer og tjenester, der leveres

⁽²²⁹⁾ Forenede sager C-78/08 og C-80/08, Paint Graphos m. fl., ECLI:EU:C:2009:417, præmis 69.

⁽²³⁰⁾ Sag C-170/83, Hydrotherm, ECLI:EU:C:1984:271, præmis 11. Se også sag T-137/02, Pollmeier Malchow mod Kommissionen, ECLI:EU:T:2004:304, præmis 50.

⁽²³¹⁾ Sag C-480/09 P, Acea Electrabel Produzione SpA mod Kommissionen, ECLI:EU:C:2010:787 præmis 47 til 55; Sag C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze SpA m.fl., ECLI:EU:C:2006:8, præmis 112.

⁽²³²⁾ Starbucks-koncernens selskabsstruktur er forklaret nærmere i betragtning 27 og figur 1 i åbningsafgørelsen.

mellem forskellige juridiske enheder i én og samme koncern, påvirker virkningerne af en fastsat transferpris i sagens natur mere end én virksomhed i koncernen (en prisforhøjelse i den ene virksomhed reducerer fortjenesten i den anden).

- (420) Selv om koncernen er organiseret i forskellige juridiske enheder, må disse selskaber derfor i relation til en transfer pricing-ordning betragtes som en samlet koncern, der nyder godt af den anfægtede støtte ⁽²³³⁾.
- (421) Endelig har fastsættelsen af SMBV's skattegrundlag i Nederlandene i den foreliggende sag indflydelse på royaltybetalingen til Alki LP, da denne royaltybetaling svarer til ethvert overskud registreret af SMBV på over [9-12] % af driftsudgifterne, således som det blev godkendt i SMBV's APA ⁽²³⁴⁾. Reduktionen af SMBV's skattepligt i Nederlandene gavner derfor ikke blot SMBV, men også Alki LP og derfor Starbucks-koncernen.

9.4. Konklusion vedrørende eksistensen af statsstøtte

- (422) På baggrund af ovenstående konkluderer Kommissionen, at SMBV's APA godkendt af de nederlandske skattemyndigheder yder SMBV og Starbucks-koncernen en selektiv fordel, som kan tilregnes Nederlandene, som finansieres ved hjælp af statsmidler, som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene og kan påvirke samhandelen inden for EU. SMBV's APA udgør derfor statsstøtte efter traktatens artikel 107, stk. 1.
- (423) Da SMBV's APA giver anledning til en reduktion af udgifter, som normalt skulle afholdes af SMBV i forbindelse med sin virksomhed, må denne APA betragtes som driftsstøtte til SMBV og Starbucks-koncernen.

9.5. Bevis materialet, hvorpå Kommissionen støtter sin konklusion om statsstøtte

- (424) Et af de argumenter, som Nederlandene fremlagde under sagsbehandlingen, er, at nogle af de oplysninger, som Kommissionen har støttet sig på i sin åbningsafgørelse samt data, som Kommissionen baserede sig på i forbindelse med den formelle undersøgelsesprocedure, ikke var tilgængelige for det nederlandske skattevesen på den dato, hvor det godkendte SMBV's APA. Derfor anklager Nederlandene Kommissionen for at behandle SMBV »i bagklogskabens lys«.
- (425) For eksempel er SMBV's klassificering som lønforarbejder baseret på de funktioner, der udførtes af SMBV på APA-tidspunktet, men der fremdrages også andre aktiviteter, såsom markedsundersøgelser og amortisering af immaterielle aktiver, som først opstod senere, og som det nederlandske skattevesen derfor ikke kunne tage højde for ved godkendelsen af SMBV's APA i 2008. Ligeledes stod det først efter godkendelsen af APA'en klart, at udgifterne til grønne kaffebønner steg betydeligt efter 2010, hvilket betød, at royaltybetalingerne blev finansieret gennem andre aktiviteter end ristning i strid med armslængde princippet.
- (426) Kommissionen bemærker i denne forbindelse, at et betragteligt antal argumenter til støtte for Kommissionens konklusion om, at SMBV's APA ikke opfylder armslængdeprincippet, beror på oplysninger og data, der var til rådighed for det nederlandske skattevesen, da APA'en blev godkendt. Det drejer sig især om flere ristnings- og produktionsaftaler mellem Starbucks og tredjeparter anført i betragtning 148 til 150, information om kompleksiteten af de funktioner, der udføres af SMBV og Alki LP, oplysninger, der sætter spørgsmålstejn ved klassificeringen af SMBV som en lavrisiko-lønforarbejder, og hensigtsmæssigheden i at anvende driftsomkostningerne som resultatniveauindikator i stedet for salget samt tillægget til råvareavancen på 50 basispoint ⁽²³⁵⁾.

⁽²³³⁾ Se analogt hermed sag 323/82, Intermius, ECLI:EU:C:1984:345: præmis 11: »Det fremgår af de af sagsøgerne fremlagte oplysninger, at efter omstruktureringen kontrolleres såvel SA INTERMILLS som de tre industriselskaber af den wallonske region, og SA INTERMILLS har fortsat en interesse i disse selskaber, efter at produktionsanlæggene blev overført til de tre nyoprettede selskaber. Det må derfor fastslås, at de tre virksomheder i sagen på trods af, at de hver især har status som selvstændige juridiske personer i forhold til det tidligere SA INTERMILLS, tilsammen udgør en enhed, i hvert fald for så vidt angår støtte, der er ydet af de belgiske myndigheder [...]«.

⁽²³⁴⁾ Se betragtning 102.

⁽²³⁵⁾ Desuden er den manglende overholdelse af armslængdeprincippet i SMBV APA blevet yderligere bekræftet og forstærket i årene efter dens indgåelse. For eksempel, mens indtægterne af ristede bønner i 2007 kun udgjorde [15-20] % af SMBV's samlede omsætning, faldt de yderligere til [...] % i 2013 og 2014. Dette er i overensstemmelse med det faktum, at SMBV beskæftigede sig med andre aktiviteter, såsom markedsundersøgelser, hvilket indebærer betydelige udgifter og andre IP-relaterede aktiviteter, hvilket betyder at immaterielle afskrivningsomkostninger er en af de største udgiftsposter i 2014.

- (427) For så vidt angår oplysninger om omkostninger til grønne kaffebønner bemærker Kommissionen, at transfer pricing-rapporten opfører leveringsaftalen om de grønne kaffebønner mellem SMBV og SCTC blandt de vigtigste transaktioner og mellemværender mellem selskaberne, men undlader at undersøge eller analysere, om SCTC's pris for de grønne kaffebønner til SMBV er en armslængdepris, da skatterådgiveren i stedet anvendte TNMM til beregningen af et vederlag for SMBV's ristning.
- (428) Hvis transfer pricing-rapporten havde analyseret aftalen ordentligt, skulle den have estimeret et armslængdevederlag for de grønne kaffebønner til brug for anmodningen om SMBV's APA ⁽²³⁶⁾. Hvis SMBV's APA derfor havde omfattet transaktionen med grønne kaffebønner, ville et armslængdevederlag godkendt i 2008 ikke have åbnet mulighed for den ubegrundede prisstigning på grønne kaffebønner fra 2011 og fremefter.
- (429) Under alle omstændigheder har Starbucks, som nævnt i betragtning 348 ff, ikke givet gyldige grunde til prisstigningen på grønne kaffebønner efter 2010, hvorfor argumentet er irrelevant.
- (430) Endvidere var oplysningerne om avancetillægget ved denne transaktion tilgængelige for det nederlandske skattevæsen på det tidspunkt, hvor der blev anmodet om SMBV's APA, og hvis skatteforvaltningen havde anmodet om denne information, ville det have resulteret i et armslængde-avancetillæg på [ca. 3 %] af COGS for SCTC ⁽²³⁷⁾, som under alle omstændigheder er lavere end det avancetillæg på [ca. 6 %] og den tilsvarende bruttoavance på [ca. 9 %] af COGS, som Kommissionen som anført i betragtning (358) anser for at være et armslængdevederlag. Hvis dette avancetillæg senere var blevet accepteret i en APA, ville SCTC ikke have kunnet forhøje det til gennemsnitligt [ca. 18 %] i perioden fra 2011 og fremefter, med mindre der blev anmodet om ændring af APA'en. I denne forbindelse minder Kommissionen om, at det i SMBV's APA er anført, at den er gyldig i ti år, forudsat at de kritiske antagelser fremlagt af SMBV er korrekte, og hvis de ikke er korrekte skal APA'en betragtes som værende ophørt.

9.6. Støttens forenelighed

- (431) Statsstøtte kan betragtes som forenelig med det indre marked, hvis den falder ind under en af kategorierne i traktatens artikel 107, stk. 2, ⁽²³⁸⁾ og den kan betragtes som forenelig med det indre marked, hvis Kommissionen vurderer at den hører ind under en af kategorierne i traktatens artikel 107, stk. 3. Det er imidlertid den støtteydende medlemsstat der bærer bevisbyrden for, at statsstøtte er forenelig med det indre marked efter traktatens artikel 107, stk. 2, eller artikel 107, stk. 3.
- (432) De nederlandske myndigheder har ikke påberåbt sig nogen grund til, at den statsstøtte, der er ydet gennem godkendelsen af SMBV's APA, skulle kunne findes forenelig efter nogen af disse bestemmelser.
- (433) Som forklaret i betragtning 423 må SMBV's APA betragtes som driftsstøtte til SMBV og Starbucks-koncernen. Som hovedregel vil en sådan støtte normalt ikke kunne betragtes som forenelig med det indre marked efter traktatens artikel 107, stk. 3, litra c), idet den ikke fremmer udviklingen af visse erhvervsgrene eller økonomiske regioner, ej heller er de skattemæssige incitamenter tidsbegrænsede, faldende eller i proportion med, hvad der er nødvendigt for at afhjælpe et konkret økonomisk handicap på de berørte områder.
- (434) Derfor er den statsstøtte, Nederlandene ydede til SMBV og Starbucks-koncernen ved godkendelsen af SMBV's APA, uforenelig med det indre marked.

9.7. Støttens ulovlighed

- (435) I henhold til traktatens artikel 108, stk. 3, er medlemsstaterne forpligtet til at underrette Kommissionen om eventuelle planer om at yde støtte (anmeldelsespligt), og de må ikke iværksætte de foreslåede støtteforanstaltninger, før Kommissionen har truffet en endelig afgørelse om den pågældende støtte (standstill-forpligtelsen).

⁽²³⁶⁾ Jf. punkt 3.42 i OECD's TP retningslinjer fra 1995, hvor det hedder, at »når en selvstændig virksomheds overskudsgrad anvendes, må overskuddet, der kan henføres til den selvstændige virksomheds transaktioner, ikke fordrejes ved denne selvstændige virksomheds kontrollerede transaktioner«.

⁽²³⁷⁾ Se tabel 11.

⁽²³⁸⁾ Undtagelserne i artikel 107, stk. 2, i traktaten omhandler støtte af social karakter til enkelte forbrugere, støtte, hvis formål er at råde bod på skader, der er forårsaget af naturkatastrofer eller af andre usædvanlige begivenheder og støtte til visse områder i Forbundsrepublikken Tyskland, som ikke finder anvendelse i denne sag.

- (436) Kommissionen bemærker, at Nederlandene ikke underrettede Kommissionen om eventuelle planer om at yde den anfægtede støtte og heller ikke overholdt standstill-forpligtelsen, der er fastsat i traktatens artikel 108, stk. 3. I overensstemmelse med artikel 1, litra f), i forordning (EU) 2015/1589 ⁽²³⁹⁾, udgør SMBV's APA derfor ulovlig støtte gennemført i strid med traktatens artikel 108, stk. 3.

10. TILBAGEBETALING

- (437) Artikel 16, stk. 1, i forordning (EU) 2015/1589 pålægger Kommissionen en forpligtelse til at påbyde, at ulovlig og uforenelig støtte skal tilbagesøges. Bestemmelsen fastsætter endvidere, at den pågældende medlemsstat skal træffe alle nødvendige foranstaltninger til at tilbagesøge ulovlig støtte, som er fundet uforenelig. Artikel 16, stk. 2, i forordning (EU) 2015/1589 fastsætter, at støtten skal tilbagebetales med renter fra det tidspunkt, hvor den ulovlige støtte var til støttemodtagerens rådighed, og indtil den faktiske tilbagebetaling. Kommissionens forordning (EF) nr. 794/2004 opstiller den nærmere metode til fastsættelse af rentesatsen for tilbagebetaling ⁽²⁴⁰⁾. Endelig fremgår det af artikel 16, stk. 3, i forordning (EU) 2015/1589, at »tilbagebetalingen skal ske omgående og i overensstemmelse med gældende procedurer i den pågældende medlemsstats nationale ret, forudsat at disse giver mulighed for omgående og effektiv gennemførelse af Kommissionens beslutning«.

10.1. Berettigede forventninger

- (438) Artikel 16, stk. 1, i forordning (EU) 2015/1589 fastsætter, at Kommissionen ikke skal kræve tilbagebetaling af støtten, hvis det vil være i modstrid med et generelt princip i loven.
- (439) NOB er den eneste interesserede part, der rejser spørgsmålet om berettigede forventninger. Det skal indledningsvis bemærkes, at princippet om berettiget forventning kun kan påberåbes af dem, der risikerer at skulle tilbagebetale støtten ⁽²⁴¹⁾, nemlig Starbucks, og at Starbucks ikke har fremført nogen påstand herom.
- (440) For at et krav om berettiget forventning under alle omstændigheder kan godtages, skal forventningen være opstået forud for Kommissionens handling i form af præcise tilsagn ⁽²⁴²⁾. Det betyder, at den berettigede forventning må bero på Kommissionens tidligere adfærd som f.eks., at den allerede havde godkendt den samme eller en lignende støtteordning. NOB henviste ikke sådanne handlinger fra Kommissionens side.
- (441) NOB's argument om den berettigede forventning kan derfor ikke godtages i relation til tilbagesøgning af den støtte, Nederlandene ulovligt har ydet til Starbucks ved den anfægtede skatteordning gældende for SMBV.

10.2. Metode til tilbagebetaling

- (442) I overensstemmelse med traktaten og Domstolens retspraksis er Kommissionen bemyndiget til at beslutte, at den pågældende medlemsstat skal ophæve eller ændre en støtte, når den har fastslået, at den er uforenelig med det indre marked. Det fremgår ligeledes af Domstolens faste praksis, at en stats forpligtelse til at ophæve den støtte, som Kommissionen har fundet uforenelig med det indre marked, tager sigte på at genetablere den tidligere situation. Domstolen har i den forbindelse slået fast, at dette mål er nået, når modtageren har tilbagebetalt de beløb, der blev ydet i form af ulovlig støtte, og dermed mister den fordel, vedkommende havde i forhold til sine konkurrenter på markedet, og situationen forud for ydelsen af støtten er genoprettet.
- (443) Ingen bestemmelser i EU-retten kræver, at Kommissionen, når den påbyder, at en støtte, der er erklæret uforenelig med fællesmarkedet, skal tilbagebetales, skal fastsætte den nøjagtige størrelse af de tilbagebetalingspligtige støttebeløb. Det er derimod tilstrækkeligt, at Kommissionens afgørelse indeholder anvisninger, hvorved afgørelsens adressat uden overdrevne vanskeligheder selv kan fastslå beløbet ⁽²⁴³⁾.

⁽²³⁹⁾ Der henvises til forordning (EU) 2015/1589 med hensyn til støttens ulovlighed og tilbagebetaling.

⁽²⁴⁰⁾ Rådets forordning (EF) nr. 794/2004 af 21. april 2004 om gennemførelse af Rådets forordning (EU) 2015/1589 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af artikel 108 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (EUT L 140 af 30.4.2004, p. 1).

⁽²⁴¹⁾ Forenede sager T-116/01 og T-118/01, P&O European Ferries (Vizcaya) SA og Gomez Floral de Vizcaya SA mod Kommissionen, ECLI:EU:T:2003:217, præmis 115.

⁽²⁴²⁾ Sag T-290/97, Mehibas Dordtselaan mod Kommissionen, ECLI:EU:T:2000:8, præmis 59, og dom i sag C-182/03 og C-217/03, Belgien og Forum 187 ASBL mod Kommissionen, ECLI:EU:C:2006:416, præmis 147.

⁽²⁴³⁾ Se sag C-441/06, Kommissionen mod Frankrig, ECLI:EU:C:2007:616, præmis 29, og den deri nævnte retspraksis.

- (444) Ved ulovlig statsstøtte i form af skatteforanstaltninger skal det tilbagebetalingspligtige beløb i henhold til punkt 35 i meddelelsen om erhvervsbeskatning beregnes på grundlag af en sammenligning mellem den faktisk betalte skat og den skat, der skulle være betalt, hvis den almindeligt gældende regel var blevet anvendt.
- (445) Som det konkluderes i betragtning 339 til 341, finder Kommissionen, at en sammenligning med tilsvarende ukontrollerede transaktioner ved hjælp af CUP-metoden, især licensaftalerne om ristnings-IP i flere ristnings-, produktions- og distributionsaftaler, som Starbucks har indgået med tredjeparter, vidner om, at armslængdeværdien af den royaltyafgift, som SMBV betaler til Alki LP for ristnings-IP'en, skal være nul. Med andre ord burde der ikke betales royalties for denne IP i denne konkrete sammenhæng, da SMBV ikke synes at drage nogen fordel af brugen af ristnings IP-licensen fra Alki LP.
- (446) Denne konklusion taget i betragtning bør Nederlandene tage udgangspunkt i SMBV's regnskabsmæssige overskud, uden fradrag af SMBV's royaltybetaling til Alki LP for ristnings IP-licensen, ved en korrekt bestemmelse af SMBV's skattetilsvær i Nederlandene, således at det sikres, at den støtte, der er ydet gennem SMBV's APA, elimineres gennem tilbagebetaling.
- (447) I betragtning af Kommissionens konklusion i betragtning 358 om, at et gennemsnitligt avancetillæg på op til [ca. 6 %] af omkostningerne på grønne kaffebønner solgt af SCTC til SMBV i perioden fra regnskabsårene 2011 og fremefter og priserne på grønne kaffebønner solgt til SMBV svarende til en bruttoavance på [ca. 9 %] for SCTC udgør en pålidelig estimering af en armslængdepris, bør SMBV's regnskabsmæssige overskud for regnskabsår 2011 og fremefter forhøjes med den forskel i bruttoavance på grønne kaffebønner, der reelt gjaldt i denne periode, og en bruttoavance i forhold til SCTC's COGS på [ca. 9 %].
- (448) Det er forskellen mellem den fulde beskatning efter reglerne i det almindelige nederlandske selskabsskattesystem af det regnskabsmæssige overskud, der beregnes på grundlag af de to trin i betragtning 446 og 447, og den selskabsskat, som faktisk er betalt af SMBV til Nederlandene siden 1. oktober 2007, der udgør den støtte som skal tilbagesøges fra SMBV og Starbucks-koncernen for at fjerne den fordel, som SMBV og Starbucks-koncernen modtog fra Nederlandene som følge af SMBV's APA.

10.3. Tilbagebetalingspligtig virksomhed

- (449) På baggrund af bemærkningerne i betragtning 417 til 421 finder Kommissionen, at Nederlandene i første omgang bør tilbagesøge den ulovlige og uforenelige støtte, SMBV fik ydet gennem SMBV's APA, fra SMBV. Hvis SMBV ikke er i stand til at tilbagebetale det fulde beløb af den støtte, virksomheden har modtaget gennem sin APA, bør Nederlandene inddrive det resterende støttebeløb fra Starbucks Corporation, da det er denne enhed, som har bestemmende indflydelse i Starbucks-koncernen, for at sikre, at den tildelte fordel fjernes, og at den tidligere markedssituation genoprettes gennem tilbagebetaling.

11. KONKLUSION

- (450) Som konklusion finder Kommissionen, at Nederlandene ved i strid med traktatens artikel 108, stk. 3, at godkende SMBV's APA ulovligt har ydet statsstøtte til SMBV og Starbucks-koncernen, som det i henhold til artikel 16 i forordning (EU) 2015/1589 bør påbydes Nederlandene at tilbagesøge fra SMBV og, hvis denne ikke kan tilbagebetale det fulde støttebeløb, fra Starbucks Corporation for det resterende støttebeløb —

VEDTAGET FØLGENDE AFGØRELSE:

Artikel 1

Den transferprissætningsordning, som Nederlandene den 28. april 2008 aftalte med Starbucks Manufacturing EMEA B. V., og som giver sidstnævnte mulighed for at beregne sin selskabsskat i Nederlandene på årsbasis for en periode på 10 år, udgør statsstøtte i henhold til artikel 107, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, som er uforenelig med det indre marked, og som blev ulovligt indført i Nederlandene i strid med traktatens artikel 108, stk. 3.

Artikel 2

1. Nederlandene skal tilbagesøge den i artikel 1 omhandlede uforenelige og ulovlige støtte fra Starbucks Manufacturing EMEA B.V.
2. Ethvert beløb, der forbliver uerholdeligt fra Starbucks Manufacturing EMEA B.V. efter den i stk. 1 omhandlede tilbagesøgning, inddrives fra Starbucks Corporation.
3. De beløb, der skal tilbagebetales, tilskrives rente fra den dato, hvor de blev stillet til rådighed for modtagerne, og indtil de er tilbagebetalt.
4. Renten beregnes med renters rente i overensstemmelse med kapitel V i forordning (EF) nr. 794/2004.

Artikel 3

1. Tilbagesøgningen af den støtte, der er omhandlet i artikel 1, skal være øjeblikkelig og effektiv.
2. Nederlandene skal sikre, at denne afgørelse efterkommes inden for fire måneder efter dens meddelelse.

Artikel 4

1. Senest to måneder efter meddelelsen af nærværende afgørelse forelægger Nederlandene oplysninger om den metode, der er anvendt til at beregne den nøjagtige størrelse af støtten.
2. Nederlandene holder Kommissionen underrettet om forløbet af de nationale foranstaltninger til gennemførelse af denne afgørelse, indtil den i artikel 1 omhandlede støtte er fuldt tilbagebetalt. På Kommissionens anmodning giver Nederlandene omgående oplysninger om de planlagte eller allerede gennemførte foranstaltninger med henblik på at efterkomme denne afgørelse.

Artikel 5

Denne afgørelse er rettet til Nederlandene.

Udfærdiget i Bruxelles, den 21. oktober 2015.

På Kommissionens vegne
Margrethe VESTAGER
Medlem af Kommissionen

KOMMISSIONENS AFGØRELSE (EU) 2017/503**af 8. november 2016****om støtteordning SA.39621 2015/C (ex 2015/NN)***(meddelt under nummer C(2016) 7086)***(Kun den franske udgave er autentisk)****(EØS-relevant tekst)**

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 henhold til ovenstående bestemmelser ⁽¹⁾, under henvisning til disse bemærkninger, og

ud fra følgende betragtninger:

1. SAGSFORLØB

- (1) Ved brev af 13. november 2015 (»åbningsafgørelsen«) meddelte Kommissionen de franske myndigheder, at den havde besluttet at indlede proceduren i artikel 108, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde med hensyn til denne foranstaltning.
- (2) De franske myndigheder fremsendte deres bemærkninger hertil ved brev af 17. december 2015.
- (3) Kommissionens beslutning om at indlede procedure i sagen blev offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* den 2. februar 2016 ⁽²⁾. Kommissionen opfordrede heri interesserede parter til at fremsætte deres bemærkninger.
- (4) Kommissionen har modtaget bemærkninger fra interesserede parter og har fremsendt dem til de franske myndigheder og givet dem mulighed for at fremsætte deres bemærkninger til dem. De franske myndigheder fremsendte deres bemærkninger ved brev af 24. maj 2016.
- (5) Den 2. maj 2016 sendte Kommissionen en liste med spørgsmål til de franske myndigheder, som besvarede dem ved brev af 21. juni og 15. juli 2016. Den 27. juli sendte Kommissionen en ny liste med spørgsmål til de franske myndigheder, som besvarede dem ved brev af 9. september 2016.

2. NÆRMERE BESKRIVELSE AF FORANSTALTNINGEN

- (6) Mekanismen beskrives nærmere i åbningsafgørelsen. De følgende afsnit er et sammendrag af denne fremstilling.

2.1. Mekanismens generelle funktion

- (7) Lov nr. 2010-1488 af 7. december 2010 om en ny elektricitetsmarkedsordning (den såkaldte »NOME-lov«) indførte en forpligtelse for elleverandører, netoperatører (for tab) og forbrugere (for forbrug uden leveringsaftale) (»leverandørerne«) til at bidrage til elforsyningssikkerheden i Frankrig i et omfang, der afhænger af deres kunders eller deres egen effekt- og energiefterspørgsel. For at leve op til denne forpligtelse skal de hvert år garantere en vis mængde kapacitet, som afspejler deres kunders eller deres egen efterspørgsel i spidsbelastningsperioden.

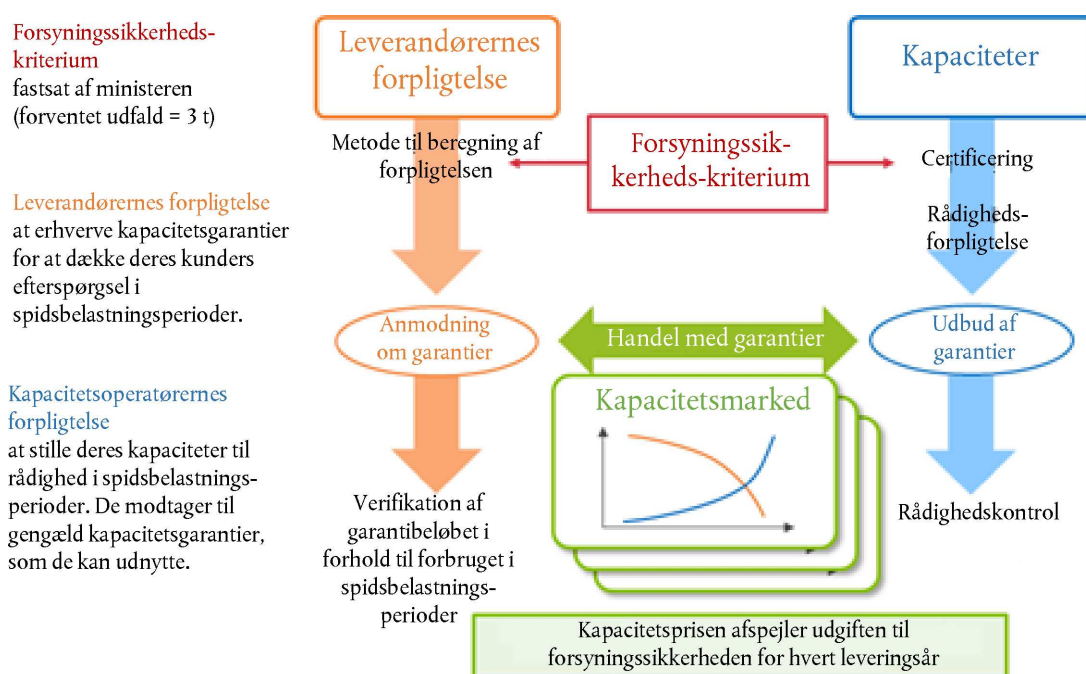
⁽¹⁾ Statsstøttesag SA.39621 (2015/C) (ex 2015/NN) — Kapacitetsmekanisme i Frankrig — Opfordring til at fremsætte bemærkninger efter artikel 108, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (EUT C 46 af 2.2.2016, s. 35).

⁽²⁾ Jf. fodnote 1.

- (8) Leverandørerne kan leve op til kapacitetsgarantiforpligtelsen enten direkte via egne midler (produktionsanlæg eller udjævningskapaciteter) eller via indkøb på et decentraliseret marked fra ejere af sådanne midler (dvs. kapacitetsoperatører, andre leverandører, børshandlere og forbrugere, som er deres egne leverandører osv.).
- (9) Operatørerne af produktions- eller udjævningskapaciteten (»kapacitetsoperatørerne« eller »operatørerne«) er forpligtede til at lade deres kapacitet certificere af eltransmissionssystemoperatøren (»RTE«). Operatørernes kapacitetsgarantier fastsættes af RTE på grundlag af deres anlægs forventede bidrag til nedbringelse af risikoen for udfald i spidsbelastningsperioder.
- (10) Kapacitetsgarantierne kan omsættes og overdrages. For at leve op til deres retlige forpligtelse kan leverandørerne købe kapacitetsgarantier af kapacitetsoperatørerne via et decentraliseret marked for kapacitetsgarantier. Figur 1 viser mekanismens generelle funktion.

Figur 1

Mekanismens generelle funktion



Kilde: Brev fra de franske myndigheder af 2. februar 2015.

2.2. Kapacitetsforpligtelser

2.2.1. Leverandørernes forpligtelser

- (11) En leverandørs beregning af referenceeffekten, dvs. hans kapacitetsforpligtelse, er baseret på følgende principper:
- 1) medtagelse af det konstaterede forbrug i spidsbelastningsperioden (den såkaldte PP1) i leveringsåret (»AL«, som altid skal være et kalenderår)
 - 2) korrigering af forbrugets følsomhed over for temperaturen (varmefølsomhed), og
 - 3) korrigering af den udjævnede effekt for de certificerede kapaciteter, der er aktiveret i PP1-perioden.
- (12) Transmissionssystemoperatøren fastlægger hvert år de PP1-dage, der bestemmer kapacitetsforpligtelsen for leverandører i Frankrigs europæiske nationale område, på grundlag af dagens forventede nationale forbrug på dagen og i den følgende tid (i J-1). Antallet af PP1-dage skal være mellem 10 og 15 dage for hvert leveringsår, og

de timer, der anvendes til beregningen af kapacitetsforpligtelsen, skal være timerne mellem kl. 7.00-15.00 og kl. 18.00-20.00 på de valgte PP1-dage. Antallet af spidsbelastningstimer for PP1 ligger derfor mellem 100 og 150 timer om året. PP1-dagene meddeles leverandørerne i J-1 inden kl. 10.30.

- (13) Forpligtelsen fastsættes ikke normativt i tidligere led, men på grundlag af målte data, således at det reelle bidrag til nedbringelse af risikoen for udfald tilbageføres til den enkelte forbruger. For at afspejle en forbrugers bidrag til nedbringelse af risikoen for udfald på grund af dennes varmefølsomhed bliver forbrugers konstaterede forbrug i leveringsåret tilpasset for at simulere en kuldebølge, som er så streng, at den svarer til den risiko, som systemet skal dække (tiårig kuldebølge), og for at opfylde det forsyningssikkerhedskriterium, som de franske myndigheder har fastsat. Forsyningssikkerhedskriteriet er fastsat ved dekret nr. 2006-1170 af 20. september 2006 og svarer til et forventet udfald på tre timer i gennemsnit pr. år.
- (14) De parametre, der bestemmer det reelle behov for kapacitetsgarantier i leveringsåret, offentliggøres fire år inden leveringsåret og ligger fast i hele regnskabsåret med henblik på at give mulighed for handel inden for rammerne af en fast regulering og sikre, at produktets værdi ikke bliver ændret af en intervention uden for markedet. Den enkelte leverandørs nøjagtige forpligtelse beregnes dernæst efter leveringsåret på grundlag af disse parametre.
- (15) Udjævningerne kan indgå i henhold til to forskellige metoder: enten ved at reducere beløbet for en leverandørs kapacitetsforpligtelse ved at nedbringe forbruget (»implicit udjævning«) eller ved at certificere udjævningskapaciteten (»eksplicit udjævning«). Forpligtelserne for de to typer udjævningskapacitet er forskellige: de »implicitte udjævninger« skal *reelt* være aktiveret i PP1-timerne, hvorimod de »eksplicitte udjævninger« skal være til rådighed i PP2-timerne.
- (16) Endelig har de franske myndigheder fastsat, at der skal være tilknyttet kapacitetsgarantier til ARENH-instrumentet ⁽³⁾ for alternative leverandører, hvilket efter deres mening bør bidrage til nedbringelse af koncentrationen på kapacitetsgarantimarkedet.

2.2.2. Kapacitetsoperatørens forpligtelser og certificeringsprincipper

- (17) Operatører af produktionsanlæg (mekanismen er teknologineutral), der er tilsluttet det offentlige eltransmissionsnet eller det offentlige eldistributionsnet, skal indgive en ansøgning om certificering til RTE. Operatører af produktionsanlæg (mekanismen er teknologineutral) i det offentlige eltransmissionsnet eller det offentlige eldistributionsnet skal indgive en ansøgning om certificering til RTE. Alle udjævningsanlæg kan, uanset hvilket net de er tilsluttet, indgive en ansøgning om certificering til RTE. Det er derfor kapacitetsoperatøren, der i første omgang laver et overslag over den kapacitetsmængde, der kan være til rådighed i spidsbelastningsperioder (den såkaldte »PP2«) i et givet leveringsår.
- (18) Antallet af PP2-dage for et leveringsår er 10-25 dage. Desuden er PP1-dagene nødvendigvis PP2-dage. RTE udvælger de PP2-dage, som ikke er PP1-dage, for en dag og den følgende tid på grundlag af spændingskriterier for elsystemet. De berørte tidsintervaller er de samme som for PP1-dagene. Antallet af spidsbelastningstimer for PP2 ligger derfor mellem 100 og 250 timer om året.
- (19) Det certificerede niveau beregnes dernæst af RTE på grundlag af indsendte data samt med beregningsmetoder fastsat i retsgrundlaget for mekanismen. Der foretages derfor f.eks. korrigeringer for at tage højde for det mulige antal på hinanden følgende dage med aktivering af certificerede kapaciteter eller bidraget til nedbringelse af risikoen for udfald i en kapacitet, hvor den primære energikilde påvirkes af en vejræssig risiko.
- (20) Operatøren kan ændre sine overslag over rådighedskapaciteten på et hvilket som helst tidspunkt i mekanismen, herunder i løbet af leveringsåret, takket være en afbalanceringsforanstaltning. Afbalanceringen er en »fornytt certificering« af kapaciteten og giver operatøren mulighed for at justere sine forventninger, så snart der fremkommer nye oplysninger om hans kapacitet. Afbalanceringen kan foretages i opadgående eller nedadgående retning.

⁽³⁾ Reguleret adgang til historisk atomenergi (ARENH) er en ret, som leverandører har til at købe elektricitet hos EDF (Det franske statslige Elektricitetsselskab) til en reguleret pris og i mængder fastsat af elektricitetsreguleringsudvalget (CRE). Find flere oplysninger om ARENH her: https://clients.rte-france.com/lang/fr/clients_producteurs/services_clients/dispositif_arenh.jsp.

- (21) Dette indberetningssystem suppleres af et kapacitetskontrolsystem, hvor princippet er, at enhver certificeret kapacitet skal aktiveres mindst én gang om året. Det drejer sig om vilkårlige test for hver kapacitet, uden at operatøren får et varsel i forvejen. En kapacitet kan højst testes tre gange for hver leveringsperiode.
- (22) De nærmere bestemmelser om certificering varierer alt efter den pågældende kapacitetstype:
- 1) eksisterende produktionskapaciteter kan begynde at lade sig certificere fire år inden leveringsperioden og er forpligtede til at ansøge om certificering tre år før leveringsårets start
 - 2) planlagte produktionskapaciteter kan ansøge om certificering allerede ved undertegnelsen af den første indfrielse af den underskrevne tilslutningsaftale og indtil to måneder inden leveringsperiodens start, og
 - 3) udjævningskapaciteter kan lade sig certificere indtil to måneder inden leveringsperiodens start.
- (23) Den certificeringsområdeansvarlige er den juridiske person, som er økonomisk ansvarlig for kapacitetsoperatørernes forskelle i hans område. Operatørerne kan være deres egne certificeringsområdeansvarlige eller indgå en kontrakt med en certificeringsområdeansvarlig. De certificeringsområdeansvarlige kan »forøge« kapaciteterne inden for deres område.
- (24) Hvad angår den økonomiske afregning af forskelle, meddeler RTE den enkelte certificeringsområdeansvarlige forskellen i dennes område senest den 1. december i leveringsår +2.

2.3. Handel med kapacitetsgarantier

- (25) Alle kapacitetsgarantier indføres i registret over kapacitetsgarantier, der føres af operatøren af det franske eltransmissionsnet RTE. Den enkelte leverandør og den enkelte kapacitetsoperatør er forpligtet til at åbne en konto hos RTE i registret over kapacitetsgarantier. Vertikalt integrerede aktører skal derfor have to konti i dette register, en konto til deres produktionsaktiviteter og en til deres markedsføringsaktiviteter.
- (26) Ejendomsretten til en kapacitetsgaranti indføres af RTE på indehaverens konto i registret over kapacitetsgarantier. Den enkelte udstedte kapacitetsgaranti nummereres med henblik på at sikre dens forvaltning og handlers sporbarhed. Den er gyldig i ét leveringsår. Kapacitetsgarantien, som har en enhed på 0,1 MW ^(*), eksisterer i sig selv, når den først er udstedt: En aktør, som er indehaver af en kapacitetsgaranti, bærer ingen risiko i forbindelse med den underliggende kapacitet, der ligger til grund for den.
- (27) Overførsler af kapacitetsgarantier mellem aktører (levering og overdragelse) gennemføres ved overførsel af disse garantier i registret over kapacitetsgarantier efter anmodning fra de to parter (den overdragende part og den modtagende part). Den reelle overførsel af ejendomsretten foregår ved registrering af en kapacitetsgaranti på den modtagende parts konto.
- (28) Handelen med kapacitetsgarantier kan foregå ved underhåndsaftaler eller på officielle markeder.
- (29) Handelen med kapacitetsgarantier kan finde sted i hele perioden fra certificeringen til sidste frist for overdragelse af kapacitetsgarantier. Som anført i betragtning 23 meddeler RTE den enkelte leverandør beløbet for dennes kapacitetsforpligtelse senest den 1. december i leveringsåret +2. Sidste frist for overdragelsen falder 15 dage senere.
- (30) Leverandører, som ved sidste frist for meddelelse af forpligtelsen har en overskydende kapacitetsgaranti i forhold til deres forpligtelse, har pligt til at gennemføre et offentligt salgstilbud inden sidste frist for overdragelse af kapacitetsgarantier.
- (31) Fem dage efter sidste frist for overdragelse af kapacitetsgarantier beregner RTE for hver leverandør forskellen mellem beløbet for leverandørens kapacitetsforpligtelse og beløbet for kapacitetsgarantierne på leverandørens konto i registret over kapacitetsgarantier samt den tilhørende økonomiske afregning.

^(*) Det certificerede kapacitetsniveau afrundes til 0,1 MW. Kapaciteter med en effekt på under 1 MW kan slå sig sammen for at deltage i markedet.

2.4. Økonomisk afregning af forskelle

- (32) Mekanismen fastsætter en ansvarliggørelse med hensyn til forskellene mellem det realiserede og det forventede.
- (33) Opbygningen af den økonomiske afregning omfatter afregning af forskelle, der foretages på næsten samme måde, som det er tilfældet for energi (*afbalancering* eller *balancing*), og er baseret på princippet om, at leverandørerne og de certificeringsområdeansvarlige betaler et afregningsbeløb i forbindelse med en negativ forskel eller modtager et beløb i forbindelse med en positiv forskel. I forbindelse med en negativ forskel får alle slutforbrugerne en prisnedsættelse via TURPE (tarif for brug af det offentlige elektricitetsnet) ⁽⁵⁾.
- (34) Den afregningspris, der anvendes for et givent leveringsår, afhænger af visse kriterier:
- 1) når forsyningssikkerheden ikke er væsentligt truet, er afregningsprisen fuldt ud baseret på markedsprisen (RMP, eller det aritmetiske gennemsnit af kapacitetspriserne, som fastsættes på auktioner, der afholdes forud for leveringsåret). Ved afregning af negative forskelle tilføjes en tilskyndelseskoefficient (koefficienten *k*) til denne pris for at sikre et incitament til at anvende garantimarkedet i stedet for at afvente den økonomiske afregning (for positive forskelle trækkes den fra), og
 - 2) når forsyningssikkerheden er væsentligt truet (samlet forskel, der ligger under en tærskel, som fastsættes af RTE, og som er fastsat til 2 GW under den samlede forpligtelse for de to første leveringsår), er prisen for afregning af forskelle baseret på en offentligt fastsat pris (Padmin). Denne offentligt fastsatte pris udgør et loft på kapacitetens pris på markedet.
- (35) Når de forskellige afregninger af forskellene er beregnet, betaler de certificeringsområdeansvarlige og leverandører, som har negative forskelle, det skyldige afregningsbeløb af deres respektive midler, og de certificeringsområdeansvarlige og leverandører, som har positive forskelle, modtager det afregningsbeløb, som de har til gode. Beløbet for positive afregninger for et givent leveringsår er dog højst lig med betalingerne for negative økonomiske afregninger. Alle eventuelle resterende saldi på midlerne til afregning af forskelle fordeles blandt brugerne af det offentlige eltransmissionsnet, dvs. til alle slutkunderne.
- (36) Der er ingen pengestrømme mellem de certificeringsområdeansvarliges og leverandørernes midler til afregning af forskelle. Der eksisterer derfor ingen pengestrøm mellem kapacitetsoperatørerne og de berørte leverandører med hensyn til afregning af forskelle.
- (37) RTE sikrer den administrative, regnskabsmæssige og finansielle forvaltning af midler til afregning af forskelle (»certificeringsområdeansvarliges midler til afregning af forskelle« og »leverandørers midler til afregning af forskelle«) i henhold til reglerne for privat regnskabsførelse. Det står i denne forbindelse for fakturering og opkrævning af de beløb, som de certificeringsområdeansvarlige og leverandørerne skylder, samt eventuelle misligholdelser.
- (38) Elektricitetsreguleringsudvalget (CRE), myndigheden for national regulering af energisektoren, er ansvarlig for kontrol med afregning af leverandørernes forskelle (artikel 7 i dekret nr. 2012-1405 kodificeret i §R. 335-12 i energiloven), og det kan fastsætte en administrativ sanktion i forbindelse med manglende opfyldelse af deres retlige forpligtelse til at betale for forskelle. Sanktionen skal stå i et rimeligt forhold til den manglende opfyldelse og kan ikke for et givent leveringsår overstige 120 000 EUR pr. MW kapacitet (§L. 335-7 i energiloven).

2.5. Nationalt retsgrundlag

- (39) Følgende love og bestemmelser regulerer kapacitetsmekanismen:
- 1) lov nr. 2010-1488 af 7. december 2010 om en ny elmarkedsordning, som navnlig er kodificeret i §L. 335-1-L. 335-7 og §L. 321-16-L. 321-17 i energiloven
 - 2) dekret nr. 2012-1405 af 14. december 2012 om leverandørernes bidrag til elforsyningssikkerheden og om oprettelse af en ordning, der forpligter til kapacitet i elsektoren, og som er fastsat ved §L. 335-6 og kodificeret i §R. 335-1 til D. 335-54 i energilovens lovdel

⁽⁵⁾ TURPE, der blev indført ved lov nr. 2000-108 af 10. februar 2000, har til formål at godtgøre transmissions- og distributionssystemoperatører. Metoden for beregning af TURPE og dens udvikling fastsættes af CRE.

- 3) anordning af 22. januar 2015 om fastsættelse af regler for kapacitetsmekanismen og gennemførelse af artikel 2 i dekret nr. 2012-1405 af 14. december 2012 om leverandørernes bidrag til elforsyningssikkerheden og om oprettelse af en ordning, der forpligter til kapacitet i elsektoren, og
- 4) bilaget til anordning af 22. januar 2015 om regler for kapacitetsmekanismen.
- (40) Med henblik på de korrigerende tiltag, som Frankrig har foreslået som følge af Kommissionens klagepunkter i åbningsafgørelsen, vil disse lovtekster blive ændret eller suppleret for at afspejle alle de korrigerende tiltag, der er beskrevet i punkt 3 i denne afgørelse.

2.6. Modtagere

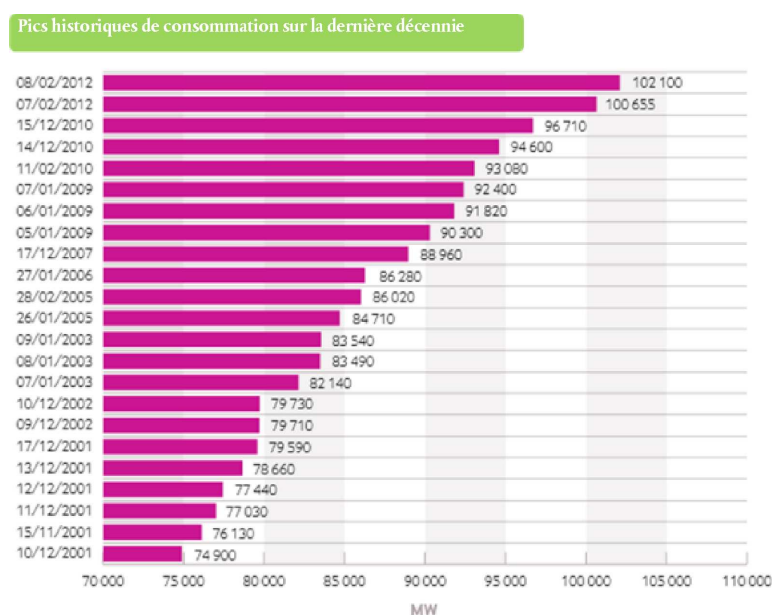
- (41) Modtagerne af mekanismen er kapacitetsindehavere, som modtager kapacitetsgarantier fra staten (via RTE), og har mulighed for at videresælge dem.

2.7. Formålet med mekanismen: forsyningssikkerhed

- (42) Den indikator, som Frankrig anvender til at vurdere risikoen for, at balancen mellem udbud og efterspørgsel efter elektricitet bliver forstyrret, er et udfalds forventede varighed som følge af uligevægt mellem udbud og efterspørgsel (*Loss Of Load Expectation (LOLE)*). For Frankrig har de franske myndigheder valgt at anvende et forventet udfald på tre timer i gennemsnit pr. år.
- (43) De franske myndigheder har forklaret, at Frankrig i mange år har oplevet en spidsbelastningsperiode om vinteren. Det franske elsystem er kendetegnet ved en stor varmfølsomhed i elforbruget, som fører til en spidsbelastningsperiode i elforbruget under vinterkuldebølger. Som vist i figur 2 er denne varmfølsomhed blevet stadig større i de seneste år, navnlig på grund af det stigende forbrug i forbindelse med elektrisk opvarmning, men også nye anvendelser af elektricitet, som ofte falder sammen med spidsbelastningen om aftenen.
- (44) Spidsbelastningen øges hurtigere end spidsbelastningen i forbindelse med det generelle elforbrug. Den franske spidsbelastning er desuden præget af en stærk volatilitet, og der kan derfor være betydelige forskelle i forbruget (op til 20 GW mellem to år). Forvaltningen af spidsbelastningen på elområdet er derfor et centralt anliggende, især i forbindelse med overførsel af energianvendelser til elektricitet.

Figur 2

Historiske toppunkter i forbruget i Frankrig



Kilde: RTE — Prognose for balancen mellem udbud og efterspørgsel efter elektricitet i Frankrig 2014, s. 33.

- (45) Ifølge RTE oplever man i Europa på udbudssiden en stagnerende efterspørgsel og en betydelig overkapacitet inden for elproduktionen, som skyldes flere faktorer. Den økonomiske krise har siden 2008 betydet en mindre efterspørgsel efter elektricitet. Samtidig er der sket en hurtig udvikling af vedvarende energi, hvortil der ydes tilskud, »uden for markedet«, og som har prioriteret adgang til elnettet. Desuden oplever de europæiske kulfyrede kraftværker en stor opblomstring i aktiviteten, der hænger sammen med faldet i kulprisen på grund af opsvinget i den amerikanske skifergas, som har tvunget USA til i stort omfang at eksportere deres overskydende kulproduktion til Europa. Endelig oplever gasfyrede kraftværker — som er blevet mindre konkurrencedygtige end kulfyrede kraftværker — at deres rentabilitet, og dermed deres aktivitet, er blevet stærkt reduceret.
- (46) I denne forbindelse udgør risiciene i forbindelse med klimaforholdene en usikkerhed med hensyn til godtgørelsen for de spidsbelastningskapaciteter, der er nødvendige for at kunne dække denne spidsbelastning. Spidsbelastningsperioder forekommer sjældent, nogle timer om året eller slet ikke visse år, hvis temperaturerne er milde.
- (47) Den franske kapacitetsmekanisme er udformet som et af elementerne til løsning af dette problem med henblik på at sikre opfyldelsen af det forsyningssikkerhedskriterium, som de offentlige myndigheder har fastsat. Det skal være både en middel til at ændre forbrugsadfærden i spidsbelastningsperioder (efterspørgselstilgang) og fremme passende investeringer i produktionsanlæg og udjævningskapaciteter (udbudstilgang).

2.8. Budget

- (48) Kapacitetsgarantiernes værdi fastsættes ikke administrativt: Det er markedet, der bestemmer den. Handelen etableres frit af mekanismens aktører på grundlag af deres forventninger, deres dækningsstrategi og de oplysninger, som de har til rådighed.
- (49) Selv om mekanismen er decentraliseret, hvilket gør det vanskeligt at lave et budgetoverslag, er der udarbejdet et overslag under forudsætning af en samlet kapacitetsforpligtelse for den franske efterspørgsel på 80 000-95 000 MW og ud fra en antaget ajourført sikkerhedskoefficient med en værdi på 0,93. Efterspørgslen vil afhænge af udviklingen i forbruget i Frankrigs europæiske område, herunder foranstaltninger til efterspørgselsstyring, som elleverandørerne iværksætter, og som fører til en nedbringelse af deres individuelle forpligtelse. På dette grundlag kan operatørernes bruttoindtægt på kapacitetsmarkedet andrage mellem 0 EUR/kW og 30 EUR/kW i perioden 2017-2026 med de største beløb i de år, hvor det er nødvendigt at opføre nye produktionsanlæg.

2.9. Varighed

- (50) Det første leveringsår begynder den 1. januar 2017. Som undtagelse fra den almene regel om, at certificeringerne skal finde sted fire år inden leveringsåret, blev certificeringen for det første leveringsår (2017) påbegyndt den 1. april 2015. Hvis de franske myndigheder ikke fastsætter en dato for mekanismens ophør, vil RTE og kontrolinstansen foretage en årlig vurdering af mekanismen, som fastsættes i den franske lovgivning. Denne kan i givet fald give anledning til en revision af mekanismen (f.eks. for at bringe den i overensstemmelse med de seneste ændringer i EU-lovgivningen), eller til at bringe mekanismen til ophør, hvis den ikke længere er nødvendig ⁽⁶⁾.

2.10. Kumulering

- (51) Hvad angår anlæg, der er pålagt købsforpligtelse (elektricitetskilder fra vedvarende energi), eller som er berettiget til godtgørelsestilskud, fastsætter §L. 121-24 og L. 335-5 i energiloven, at overskuddet fra salget af kapacitetsgarantier bliver trukket fra deres samlede udgifter til offentlig tjeneste, herunder anden tildelt statsstøtte, og som finansierer støtteforanstaltningen ved købsforpligtelse. Tilsvarende er producenterne ikke omfattet af afregningen af forskelle, hvis den reelle kapacitet er lavere end den certificerede kapacitet, hvad angår risiciene vedrørende den primære ressourcer tilgængelighed ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Artikel 20 i dekretet om kapacitetsmekanismen fastsætter en årlig rapport fra CRE om grundlaget for RTE's arbejde med mekanismen (»Et år efter offentliggørelsen af reglerne om kapacitetsmekanismen, og derefter hvert år, fremsender elektricitetsreguleringsudvalget til energiministeren en rapport, der er udarbejdet på grundlag af transmissionssystemoperatørens arbejde, om kapacitetsmekanismens integration i det europæiske marked. Denne rapport omfatter oplysninger om udviklingen i nabolandene vedrørende bestemmelserne om aktørernes bidrag til elforsyningssikkerheden. Den analyserer interaktionen mellem den franske kapacitetsmekanisme og de foranstaltninger, der er truffet i disse lande. Den fremsætter eventuelt forslag til forbedringer af kapacitetsmekanismens funktion.«). Anordningen om vedtagelse af reglerne om mekanismens funktion indeholder desuden to artikler om de vurderingsrapporter, som RTE skal udarbejde (ud over rapporten i dekretet). Det er artikel 5 og 8 (om det grænseoverskridende aspekt og mekanismens dynamiske virkning).

⁽⁷⁾ Hvis en vindenergiproducent f.eks. har et vedligeholdelses- eller installationsproblem, og det ikke bliver løst, er han omfattet af afregningen af forskelle. Hvis der derimod ikke er nogen vind, er han ikke omfattet af afregningen af forskelle.

3. BESKRIVELSE AF BEGRUNDELSERNE FOR AT INDLEDE PROCEDUREN

3.1. Statsstøtte efter artikel 107, stk. 1, i TEUF

- (52) Kommissionen fastslog allerede i åbningsafgørelsens betragtning 143, at foranstaltningen udgør statsstøtte efter artikel 107, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF) af følgende grunde.

3.1.1. Tilregnelser til staten og finansiering med statsmidler

- (53) Kommissionen fastslog i åbningsafgørelsen, at der ikke blot er tale om en overførsel af statsmidler, hvis der er sket en overførsel af penge direkte fra statsbudgettet eller en offentlig enhed, men også hvis de midler, der anvendes til at støtte mekanismen, kommer fra virksomheders egenkapital, forudsat at i) staten giver afkald på at opkræve de statsmidler, der skal inddrives, og/eller at ii) de finansielle midler, der er afsat til foranstaltninger, forbliver under statslig kontrol uden nødvendigvis permanent at høre under de offentlige midler.
- (54) Hvad angår det første punkt, giver den franske stat afkald på statsmidler, da den vederlagsfrit tildeler kapacitetscertifikater til operatørerne i stedet for at sælge dem (som i sagerne NOx ⁽⁸⁾ og rumænske grønne certifikater ⁽⁹⁾).
- (55) Hvad angår det andet punkt, forbliver de finansielle midler, der er afsat til at støtte mekanismen, under statslig kontrol (i lighed med sagerne Vent de Colère ⁽¹⁰⁾ og Essent ⁽¹¹⁾), da: i) midlerne er baseret på obligatoriske bidrag, som er pålagt af staten og derfor skyldes til denne, ii) staten fastsætter parametre (forsyningssikkerhedskriterium og metode til fastsættelse af den referencemarkedspris, der bestemmer prisen for afregning af forskelle), som påvirker kapacitetsprisen og den samlede mængde certifikater, selv om de ikke er fastsat som sådan af staten, iii) elektricitetsreguleringsudvalget (CRE) er bemyndiget til at pålægge sanktioner på de leverandører, der ikke overholder deres forpligtelser med hensyn til afregning af forskelle, og iv) transmissionssystemoperatøren — RTE — er blevet udpeget af staten til at forvalte midlerne til afregning af forskelle.

3.1.2. Selektiv fordel

- (56) Ifølge Kommissionen finder dommen Altmark ⁽¹²⁾ ikke anvendelse i dette tilfælde, da forpligtelsen til offentlig tjeneste ikke er klart defineret. Der vil være mange og forskellige forpligtelser i forbindelse med mekanismen i forhold til de forskellige interessenter (operatører af kraftværker, udjævningsoperatører og leverandører). Med hensyn til kapacitetsoperatørernes forpligtelse er der ikke fastsat nærmere bestemmelser for forpligtelsen til at lade deres kapacitet certificere, for så vidt som: i) den er valgfri for udjævningskapaciteter, og ii) operatørerne af eksisterende produktionsanlæg kan vælge, hvilket kapacitetsniveau de certificerer.
- (57) Overdragelsen af kapacitetsgarantier udgør derfor en fordel og ikke en modydelse til en forpligtelse til offentlig tjeneste. Denne fordel er selektiv, da der med denne mekanisme tildeles støtte til kapacitetsoperatører og ikke til andre økonomiske sektorer.

3.1.3. Påvirkning af konkurrencen og samhandelen mellem medlemsstaterne

- (58) Ifølge Kommissionen kan kapacitetsmekanismen påvirke konkurrencen med kapacitetsoperatører i udlandet (og derfor også påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne), for så vidt som kapacitetsoperatører i Frankrig får en fordel, som kapacitetsoperatører i udlandet ikke kan få, da de ikke kan lade sig certificere.

⁽⁸⁾ EU-Domstolens dom af 8. september 2011 i sag C-279/08 P, Kommissionen mod Nederlandene, ECLI:EU:C:2011:551.

⁽⁹⁾ SA.37177, Rumænien — ændring af støtteordningen for grønne certifikater til fremme af elektricitet produceret med vedvarende energikilder.

⁽¹⁰⁾ EU-Domstolens dom af 19. december 2013 i sag C-262/12, Association Vent de Colère! Fédération nationale m.fl. mod ministeren for økologi, bæredygtig udvikling, transport og boliger og økonomi-, finans- og industriministeren, ECLI:EU:C:2013:851.

⁽¹¹⁾ EU-Domstolens dom af 11. september 2014 i forenede sager C-204/12-C-208/12, Essent Belgium NV mod Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt, ECLI:EU:C:2014:2192.

⁽¹²⁾ EU-Domstolens dom af 24. juli 2003 i sag C-280/00, Altmark Trans GmbH og Regierungspräsidium Magdeburg mod Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, ECLI:EU:C:2003:415.

3.2. Mål af fælles interesse og nødvendighed

- (59) De franske myndigheders bekymring med hensyn til, om produktionskapaciteterne er tilstrækkelige, hænger nøje sammen med en spidsbelastningsefterspørgsel, som opstår i relativt korte perioder med streng frost, på grund af Frankrigs afhængighed af elektrisk opvarmning.
- (60) I åbningsafgørelsen blev der rejst tvivl om foranstaltningens nødvendighed af følgende grunde:
- 1) ifølge vurderingen i *Scenario Outlook and Adequacy Forecast* fra REGRT-E ⁽¹³⁾ af, om produktionskapaciteterne er tilstrækkelige, er der først et problem med forsyningssikkerheden i 2025
 - 2) Frankrig synes ikke at have undersøgt andre løsninger end kapacitetsmekanismen, som f.eks. tariffen, der giver incitamenter til at reducere forbruget i spidsbelastningsperioder, og
 - 3) trods indførelsen af en lovramme, der støtter en udjævning af forbruget og har gjort det muligt at erstatte de tidligere udjævningskapaciteter, som den oprindelige leverandør tilbød, med uafhængige udjævningskapaciteter, forventer RTE ikke en væsentlig nettoforøgelse af de franske udjævningskapaciteter i løbet af perioden 2014-2019.

3.3. Støttens egnethed

- (61) Kommissionen anførte i sin åbningsafgørelse, at mekanismen risikerer at skabe forskelsbehandling mellem de forskellige udjævningskapaciteter. Særlig to typer udjævning af forbruget kan deltage i mekanismen. Dels den implicitte udjævningskapacitet, som går ud på at reducere leverandørernes kapacitetsforpligtelse inden for den kapacitetsmængde, der er opnået ved frakobling af kunder på spidsbelastningstidspunkterne mellem 10 og 15 dage om året. Og dels den eksplicitte udjævningskapacitet, som kræver, at (store) forbrugere eller aggregatorer lader deres mulighed for nedsættelse af forbruget certificere, og at de stiller denne kapacitet til rådighed (uden at den nødvendigvis reduceres) på spidsbelastningstidspunkterne mellem 10 og 25 dage om året.
- (62) Kommissionen kritiserede desuden i sin åbningsafgørelse, at mekanismen ikke var åben for alle de teknologier, der kan tænkes at bidrage til forsyningssikkerheden, navnlig sammenkoblinger og/eller udenlandske kapaciteter.
- (63) Kommissionen understregede også risikoen for, at nye produktionskapaciteter ikke kan deltage i mekanismen, primært på grund af manglende signaler om pålidelige priser for kapacitetsgarantierne. Kommissionen var nærmere bestemt bekymret for:
- 1) at kapacitetsgarantiernes relativt korte gyldighedsperiode ikke kan give et pålideligt prissignal
 - 2) at leverandørerne, og særlig nye markedsaktører, får svært ved i tide at forudse udviklingen af deres kundeportefølje
 - 3) at incitamenterne til, at aktørerne opnår balance inden leveringsåret, ikke er tilstrækkelige, og
 - 4) at loftet på prisen for afregninger af forskelle ikke afspejler en ny markedsaktørs udgifter («cost of new entry», i det følgende »CONE«).

3.4. Proportionalitet

- (64) Kommissionen understregede i åbningsafgørelsen en risiko for, at mekanismen kan føre til en overkompensation af visse kapacitetsoperatører, primært på grund af følgende elementer:
- 1) en risiko for, at leverandørerne ansætter forbruget for højt — dette er en potentiel risiko, hvis leverandørernes individuelle kapacitetsforpligtelser ikke er tilstrækkeligt klare
 - 2) en potentiel manglende gennemsigtighed i fastsættelsen af kapacitetsprisen, især på grund af en potentielt stor mængde underhåndstransaktioner samt transaktioner inden for en koncern, hvilket kunne fordreje prissignalet og medføre en overkompensation

⁽¹³⁾ Kommissionen henviser til udgaven fra 2015, som kan ses her: https://www.entsoe.eu/Documents/SDC%20documents/SOAF/150630_SOAF_2015_publication_wcover.pdf.

- 3) begrænset deltagelse i mekanismen (udelukkelse af grænseoverskridende kapaciteter og forskelsbehandling af de forskellige udjævningsoperatører)
- 4) EDF's markedsstyrke — muligheden for kunstigt at øge kapacitetsgarantiernes værdi som sælger og samtidig anvende priser, der er lavere end markedsføringsafdelingens priser. Kommissionen fastlagde desuden tre underliggende risici: risikoen for tilbageholdelse af kapaciteter, risikoen for tilbageholdelse af kapacitetsgarantier og risikoen for en »prisklemme«.

3.5. Forebyggelse af negative virkninger for konkurrencen og samhandelen

- (65) Kommissionen konstaterede i åbningsafgørelsen en række problemer vedrørende en potentiel konkurrenceforvridning både med hensyn til produktionen og elektricitetsforsyningen.
- (66) Kommissionen gjorde opmærksom på sine bekymringer vedrørende manglende informationssymmetri. De store vertikalt integrerede leverandører, særlig dem, der allerede er til stede på det franske marked, kan tænkes at opnå en fordel, fordi de har et mere indgående kendskab til markedet, navnlig hvad angår kapaciteternes tilgængelighed, forsyningsbehovene og priserne. De er derfor i stand til at udarbejde mere pålidelige overslag og opfylde de forpligtelser, som mekanismen pålægger, på en mere effektiv måde.
- (67) Det bliver desuden på grund af den manglende informationssymmetri sværere for de nye markedsaktører at vurdere deres fremtidige kundeportefølje, selv om denne vurdering er afgørende med henblik på at beregne behovet for kapacitetsgarantier.
- (68) Kommissionen gav også udtryk for bekymring vedrørende muligheden for, at en eksisterende dominerende operatør tilbageholder kapaciteter.
- (69) Kommissionen understregede også risikoen for, at en eksisterende dominerende operatør kan have mulighed for at tilbageholde kapacitetsgarantier.
- (70) Kommissionen understregede desuden, at der er en risiko for, at den dominerende etablerede operatør søger at fortrænge konkurrenterne med en aggressiv prispolitik (avancepres, underbudspriser).
- (71) Kommissionen understregede, at de manglende langsigtede prissignaler vedrørende kapacitet risikerer at skabe eller styrke hindringerne for nye producenters adgang til markedet. Nye markedsaktørers langsigtede investeringer kan kræve en vis prisforudsigelighed i en årrække, hvilket ikke kan sikres med garantier, der er certificeret for et år.
- (72) Kommissionen gentog desuden det synspunkt, at konkurrencen i mekanismen blev begrænset af, at af nogle typer kapacitetsoperatører (grænseoverskridende kapaciteter og forskelsbehandling af udjævningsoperatører) var udelukket fra mekanismen.

4. BEMÆRKNINGER FRA INTERESSEREDE PARTER OG FRANKRIGS BEMÆRKNINGER

- (73) Kommissionen modtog 18 svar fra andre interesserede parter end den franske stat, RTE og CRE i høringsperioden til åbningsafgørelsen. En del svarede først efter den fastsatte frist.
- (74) De forskellige bemærkninger er inddelt efter tema nedenfor. Der tages højde for dem under vurderingen af foranstaltningen, men uden at der henvises udtrykkeligt til dem.

4.1. Statsstøtte efter artikel 107, stk. 1, i TEUF

- (75) Respondenterne er delt med hensyn til, om mekanismen kan betragtes som statsstøtte. Halvdelen mener, at mekanismen udgør statsstøtte, enten eksplicit eller implicit, ved ikke at reagere på Kommissionens betragtninger herom. Den anden halvdel mener, at mekanismen ikke udgør statsstøtte af følgende grunde.

- (76) To respondenter henviser udtrykkeligt til det franske statsråds afgørelse nr. 369417 af 9. oktober 2015 (appel rejst af Association Nationale des Opérateurs Détaillants en Énergie eller ANODE ⁽¹⁴⁾), i hvilken statsrådet fastslog, at den foreslåede kapacitetsmekanisme ikke havde karakter af statsstøtte. De franske myndigheder henviste desuden til statsrådets konklusioner i samme sag ⁽¹⁵⁾.
- (77) De franske myndigheders argumenter vedrørende foranstaltningens kvalificering som statsstøtte kan læses sammen med de argumenter, der allerede er nævnt i åbningsafgørelsen.
- (78) De franske myndigheder har valgt at deltage i den indgående undersøgelsesprocedure sammen med Kommissionen og ikke vende tilbage til disse elementer, men fokusere på forslaget til foranstaltninger, der skal sikre kapacitetsmekanismens forenelighed med det indre marked, uanset spørgsmålet om, hvorvidt den skal anses for statsstøtte eller ej. Af hensyn til fuldstændigheden gengives Frankrigs argumenter vedrørende, hvorvidt mekanismen anses for statsstøtte.

4.1.1. Tilregnelser til staten og finansiering med statsmidler

4.1.1.1. Bemærkninger fra interesserede parter

- (79) To udjævningsaggregatorer, to vertikalt integrerede el-selskaber og den franske el-sammenslutning mener ikke, at foranstaltningen er finansieret med statsmidler. Disse respondenter mener nærmere bestemt, at de omhandlede midler overføres direkte og udelukkende mellem private operatører. RTE hverken besidder eller råder over midler til afregning af forskelle.
- (80) Ifølge disse respondenter kan reglerne om forvaltning af disse midler desuden sammenlignes med reglerne om forvaltning af »ubalancejustering« inden for afbalanceringsordningen på energimarkedet.
- (81) EDF tilføjer, at den franske stats rolle i forhold til mekanismen begrænser sig til at fastsætte en særlig reguleringsramme, i hvilken kun private operatører er aktive. Ifølge EDF gør den franske stat ved at indføre en kapacitetsmekanisme brug af sine beføjelser som offentlig myndighed og handler som markedsregulator.
- (82) Ifølge EDF adskiller kapacitetsmekanismen sig også klart fra det system, der var tale om i sagen Kommissionen/Nederlandene (»NOx«) ⁽¹⁶⁾, hvor den nederlandske stat tildelte »rettigheder til at forurene«, der gør det muligt at undgå at betale bøder, og som har en kommerciel værdi efter statens tildeling af dem. Certifikaterne har således ingen værdi i relationen den franske stat/kapacitetsoperatører.

4.1.1.2. Frankrigs bemærkninger

- (83) Ifølge de franske myndigheder er prisen på kapacitetsgarantier og dermed de indtægter, som kapacitetsoperatørerne kan få ved at sælge deres certifikater, ikke fastsat af staten. Staten griber heller ikke ind i mængden af produkter, der udbydes på markedet. I en decentraliseret mekanisme er det derimod markedet, der bestemmer prisen og mængden af certifikater. De finansielle strømme i forbindelse med kapacitetsmekanismen finder således sted mellem privatretlige aktører og på ingen måde under statens kontrol.
- (84) Desuden mener de franske myndigheder, at de finansielle strømme vedrørende afregningen af forskelle er meget marginale i foranstaltningen (i betragtning af incitamenter til at opnå balance på markedet i foregående omsætningsled) og ikke bør betragtes som statsmidler eller midler under statens kontrol. Afregningen af forskelle, der er fastsat for kapacitetsmekanismen, sker efter en model, der svarer til den gældende EU-model for afregning af forskelle på energimarkedet (*electricity balancing settlement mechanisms*).

⁽¹⁴⁾ ANODE er en sammenslutning af alternative leverandører i Frankrig.

⁽¹⁵⁾ Afgørelse fra det franske statsråd, 9. og 10. forenede underafdeling, 9. oktober 2015.

⁽¹⁶⁾ EU-Domstolens dom i sag C-279/08; jf. fodnote 8. Kommissionen henviste til denne sag i åbningsafgørelsens betragtning 108.

- (85) De franske myndigheder anfører endvidere, at mekanismen svarer mere til modellen i sagen *PreussenElektra* ⁽¹⁷⁾ end dem, der blev behandlet i sagerne *Vent de Colère* ⁽¹⁸⁾ og *Essent* ⁽¹⁹⁾. Ligesom i sagen *PreussenElektra* og i modsætning til, hvad der var tilfældet i *Vent de Colère*, indeholder kapacitetsmekanismen ikke en ordning for kompensation til leverandørerne. Og i modsætning til *Essent* i) er de finansielle strømme til stadighed private aktørers ejendom (leverandører og kapacitetsoperatører), ii) de finansielle strømme stammer ikke fra en afgift. Frankrig afviser, at der er tale om statsmidler, ikke mindst fordi der i modsætning til retspraksis i sagen *PreussenElektra* ikke er fastsat en minimumskøbspris for kapacitetsgarantier.
- (86) Overdragelsen af kapacitetsgarantier kan desuden ifølge de franske myndigheder ikke betragtes som et afkald på offentlige midler. Staten giver ikke afkald på nogen midler, da garanticertifikaternes kommercielle værdi kan stamme fra i) enten den reelle værdi af det underliggende aktiv, som de dækker, ii) eller at der på tidspunktet for deres udstedelse ikke er udstedt så mange. Disse to elementer ligger uden for statens beføjelser og adskiller dette tilfælde fra sagerne *NOx* og rumænske grønne certifikater, i hvilke certifikaterne kunne henholdsvis sælges på auktion eller havde en minimumsværdi.
- (87) Endelig forpligter loven i det rumænske tilfælde udtrykkeligt leverandørerne til at videregive udgifterne til erhvervelse af grønne certifikater til forbrugerne. EU-Domstolen anstillede en lignende betragtning i sagen *Vent de Colère*, at leverandørerne kun var finansielle formidlere, (idet bidraget til offentlig elektricitetsforsyning ⁽²⁰⁾ giver mulighed for at sikre godtgørelse af deres meromkostninger). Modsat kan leverandørerne i den franske mekanisme fuldstændig frit vælge, hvordan de videregiver udgifterne til deres forbrugere. Ingen mekanisme sikrer leverandørerne godtgørelse af meromkostningerne i forbindelse med køb af kapacitetsgarantier.

4.1.2. *Selektiv fordel*

4.1.2.1. Bemærkninger fra interesserede parter

- (88) I lighed med EDF mener et selskab, der hovedsageligt er aktivt i Frankrig inden for engrossalg, at mekanismen udgør en forpligtelse til offentlig tjeneste, idet dette selskab henviser til Kommissionens afgørelse i sag N475/2003 om et udbud vedrørende ny kapacitet i Irland ⁽²¹⁾.
- (89) Ifølge EDF udgør certificeringen, når den svarer til en rådighedsforpligtelse, en modydelse til en tjeneste ydet af kapacitetsoperatørerne og ikke en fordel, der er tildelt vederlagsfrit.
- (90) Desuden mener EDF og et andet vertikalt integreret elektricitetsselskab, at kapacitetsmekanismen ikke giver kapacitetsoperatørerne nogen selektiv fordel. Efter deres mening befinder de forskellige aktører i mekanismen sig i en identisk faktuel og juridisk situation og nyder godt af en fuldstændig ligebehandling, da de bliver betalt på samme måde, uanset hvilken teknologi de anvender. Ingen operatør kan derfor være bedre stillet på grund af den særlige karakter af sit produktionsanlæg.
- (91) Ifølge EDF er det fejlagtigt at sige, at denne påståede fordel er selektiv med den begrundelse, at der med kapacitetsmekanismen »tildeles støtte til kapacitetsoperatører og ikke til andre økonomiske sektorer«. Herved ser Kommissionen bort fra kapacitetsmekanismens egenskaber (»market-wide« og »technology neutral«), ligesom den tilsidesætter EU-Domstolens retspraksis, som vurderer en foranstaltning selektivitet i forhold til andre virksomheder, der befinder sig i en tilsvarende faktuel og juridisk situation.

4.1.2.2. Frankrigs bemærkninger

- (92) For det første er tildelingen af certifikater inden for rammerne af kapacitetsmekanismen ifølge myndighederne en modydelse til en rådighedsforpligtelse i spidsbelastningsperioder eller spænding på elsystemet.

⁽¹⁷⁾ EU-Domstolens dom af 13. marts 2001 i sag C-379/98, *PreussenElektra AG mod Schleswig AG*, med deltagelse af *Windpark Reußenköge III GmbH et Land Schleswig-Holstein*, ECLI:EU:C:2001:160.

⁽¹⁸⁾ EU-Domstolens dom i sag C-262/12; jf. fodnote 10.

⁽¹⁹⁾ EU-Domstolens dom i forenede sager C-204/12-C-208/12; jf. fodnote 11.

⁽²⁰⁾ Bidraget til offentlig elektricitetsforsyning er en afgift, der pålægges elforbrugerne i Frankrig, og som har til formål at holde operatørerne skadesløs for meromkostningerne som følge af deres forpligtelser i henhold til loven om offentlig elektricitetsforsyning.

⁽²¹⁾ http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/137628/137628_485545_28_2.pdf.

- (93) For det andet mener de franske myndigheder, at forpligtelsen til offentlig tjeneste er veldefineret. Hvad angår udjævningskapaciteterne, fremmer den valgfrie certificering af dem deres deltagelse i kapacitetsmekanismen. Med hensyn til produktionsanlæg sætter certificeringsprocessens indberetningsdel ikke spørgsmålstegn ved den præcise karakter af forpligtelsen til offentlig tjeneste: CRE vil være i stand til at pålægge de fornødne sanktioner i tilfælde af forsøg på at manipulere markedet, især hvis en aktør har vurderet sin kapacitet for lavt for at få prisen på disse kapacitetsgarantier til at stige.
- (94) Da kapacitetsmekanismen er teknologineutral, mener de franske myndigheder, at den ikke giver nogen selektiv fordel til en bestemt produktions- eller udjævningsmekanologi.
- (95) Ifølge Frankrig vil Kommissionens synspunkt, der synes at gå ud på, at kapacitetsmekanismen er selektiv, for så vidt som den udelukkende omfatter kapacitetsoperatører (og ikke andre økonomiske sektorer) betyde, at enhver sektormæssig foranstaltning i sagens natur er selektiv.

4.1.3. Påvirkning af konkurrencen og samhandelen mellem medlemsstaterne

4.1.3.1. Bemærkninger fra interesserede parter

- (96) Ingen respondenter har fremsat bemærkninger til dette punkt.

4.1.3.2. Frankrigs bemærkninger

- (97) De franske myndigheder mener ikke, at kapacitetsmekanismen vil påvirke elektricitetsmarkedet — hverken på nationalt plan eller i interaktionerne med nabolandene — som fortsat vil fungere på samme måde. De anfører nærmere bestemt, at kapacitetsmarkedet ikke vil ændre elprisen på spotmarkederne.

4.2. Mål af fælles interesse og nødvendighed

4.2.1. Bemærkninger fra interesserede parter

- (98) Respondenterne er generelt af den opfattelse, at mekanismen er nødvendig, og at den bør være en integrerende del af markedsordningen. Kun tre respondenter bestrider foranstaltningens nødvendighed med den begrundelse, at:
- 1) den analyse af, om produktionskapaciteterne er tilstrækkelige, som RTE gennemførte i 2015, ikke forudser problemer med udfald
 - 2) der for tiden eksisterer en overkapacitet i Frankrig, som det fremgår af den omstændighed, at den certificerede kapacitetsmængde for 2017 er større end den nødvendige kapacitet til at kunne dække en spidsbelastning, og
 - 3) forbruget er faldet de seneste år, og spidsbelastningen er stabil (RTE havde fastsat en stigende spidsbelastning).

4.2.2. Frankrigs bemærkninger

4.2.2.1. Forsyningssikkerheden

- (99) Ifølge de franske myndigheder er der fastsat en forsyningssikkerhedsindikator, og der er identificeret en risiko for udfald i RTE's seneste undersøgelser: I den seneste prognose fra RTE, der blev udarbejdet, før mekanismen trådte i kraft (i 2014), indeholdt denne undersøgelse et margenunderskud på 2 GW for vinteren 2016/17 i reference-scenariet. Denne margen blev nedsat til 200 MW i prognosen for 2015 for vinteren 2017/18 som følge af det signal, som indførelsen af mekanismen gav. Disse analyser skulle være bekræftet af analyserne fra *Pentalateral Energy Forum*.
- (100) Til gengæld var den tilstrækkelighedsundersøgelse, som REGRT-E gennemførte (rapporten *Scenario Outlook and Adequacy Forecast*), baseret på en deterministisk metode: Spidsbelastningen på grund af kuldebølger og varmefølsomhed var ikke modelleret i vurderingen. Det er forskellige metoder, der fører til disse forskellige resultater. Anvendelsen af målmetoden, som REGRT-E bestræber sig på at indføre, vil føre til en nedbringelse af

forskellene mellem disse forskellige prognoser. I denne forbindelse er *Mid-Term Adequacy Forecast*, der blev offentliggjort i 2016 af REGRT-E ⁽²²⁾, og som er den første udgave, der anvender en sandsynlighedsorienteret metode, i overensstemmelse med resultaterne af undersøgelsen fra PLEF og RTE.

- (101) I modsætning til, hvad Kommissionen synes at antyde, er den franske kapacitetsmekanisme ikke beregnet til at løse et eventuelt *missing money*-problem, men til at sikre forsyningssikkerheden i det franske elsystem (særlig i spidsbelastningsperioder) ved at betale for rådighedskapacitet, som ikke kan godtgøres på tilfredsstillende vis udelukkende på energimarkedet.
- (102) Frankrig indfører en række foranstaltninger som supplement til kapacitetsmekanismen: sammenkoblingsprojekter, revisioner af regulerede tariffer og tariffer for anvendelse af offentlige transportnet og eldistributionsnet, således at de bedre afspejler knaphedssituationer, udvikling af udjævningskapaciteterne (f.eks. ved at indføre regulering af elmarkederne for at give udjævningsoperatørerne mulighed for at deltage i alle mekanismerne, ophævelse af alle tekniske og konkurrencemæssige hindringer for sammenlægning af kapaciteter og anvendelse af intelligente målere), anvendelse af vedvarende energi osv.
- (103) I mellemtiden har RTE offentliggjort sin vurdering af, om produktionskapaciteterne er tilstrækkelige for 2016. Ifølge de franske myndigheder ændrer den sidste prognose fra RTE ikke myndighedernes analyse. Den bestyrker den tværtimod ved endnu en gang at vise, at den franske forsyningssikkerhed afhænger af opførelsen af varmekraftværker (navnlig kombinerede gaskraftværker) og udjævninger af forbruget, dvs. de sektorer, der er mest følsomme over for indførelsen af kapacitetsmekanismen.

Figur 3

Udfaldsindikatorer i scenarierne »høj varme« og »lav varme«

		2016/17	2017/18	2018/19	2019/20	2020/21
Scenarie med »høj varme«	Forventet energi i forbindelse med udfald	2,0 GWh	1,4 GWh	2,5 GWh	2,7 GWh	0,8 GWh
	Udfaldets forventede varighed	0 t 45	0 t 30	1 t 00	0 t 45	0 t 15
	Kapacitetsmargen eller -underskud	4 700 MW	5 400 MW	3 600 MW	3 700 MW	6 600 MW
Scenarie med »lav varme«	Forventet energi i forbindelse med udfald	8,6 GWh	13,4 GWh	26,5 GWh	26,2 GWh	7,6 GWh
	Udfaldets forventede varighed	2 t 30	3 t 45	6 t 45	6 t 15	2 t 15
	Kapacitetsmargen eller -underskud	600 MW	– 700 MW	– 2 500 MW	– 2 400 MW	900 MW

Kilde: RTE, Prognose 2016.

- (104) Ifølge RTE er det blandt varmescenarierne i prognosen for 2016 (jf. figur 3), scenariet »lav varme«, som bør anvendes, hvis der ikke findes en kapacitetsmekanisme. Scenariet »lav varme« omfatter lukning af visse anlæg, især dem, hvor operatørerne på nuværende tidspunkt har udsat lukningen, indtil kapacitetsmekanismen er blevet indført. Scenariet »høj varme« medfører derimod, at alle eksisterende kraftværker bevares, uanset de økonomiske overvejelser. Det kan derfor ifølge de franske myndigheder ikke forventes at blive virkeliggjort.

⁽²²⁾ Den kan ses her: <https://www.entsoe.eu/outlooks/maf/Pages/default.aspx>.

- (105) Således er forsyningssikkerheden i scenariet »lav varme« truet fra vinteren 2017/18, hvis man anvender en gennemsnitsvinter som beregningsgrundlag. RTE har desuden på grundlag af scenariet »lav varme« beregnet det forventede udfald ved at simulere en ekstrem vinter med kuldebølge for de kommende fem vintre. Resultaterne af denne beregning fremgår af figur 4.

Figur 4

Forventet udfald i en ekstrem vinter (i timer)

	2016/17	2017/18	2018/19	2019/20	2020/21
Forventet udfald	5-15	8-21	16-36	14-34	5-13

Kilde: RTE.

- (106) Beregningen viser, at det forventede udfald hver gang overstiger det udfaldskriterium, som Frankrig har anvendt, dvs. et forventet udfald på gennemsnitligt tre timer om året. Det skal bemærkes, at formålet med den franske kapacitetsmekanisme netop er at sikre sig mod ekstreme vintre.

4.2.2.2. Vedrørende de andre klagepunkter, som Kommissionen har fremført i åbningsafgørelsen

- (107) Kommissionen understregede i åbningsafgørelsens betragtning 164, at konkurrencemyndigheden havde foreslået at indføre en sæsonbestemt tarif for anvendelse af offentlige eltransmissions- og -distributionsnet (TURPE), navnlig med en sondring mellem spidsbelastningstidspunkter og tidspunkter uden for spidsbelastninger med henblik på at tilskynde til at reducere erhvervskunders efterspørgsel i spidsbelastningsperioder. Frankrig har bekræftet, at TURPE allerede er sæsonbestemt med differentierede priser i forhold til sæson, ugedag og/eller tidspunkter på dagen.
- (108) Endelig anførte Kommissionen i åbningsafgørelsens betragtning 153, at reduktionsfaktorerne (i den valgfri certificeringsordning) ikke var tilstrækkeligt klare. Frankrig har forklaret, at det certificerede kapacitetsniveau (NCC) i denne valgfrie certificeringsordning svarer til gennemsnittet af den effekt, som anlægget har leveret i PP2-timerne i samtlige tidligere år multipliceret med sektorens bidragskoefficient (eller reduktionsfaktoren). Disse bidragskoefficienter (85 % for vandkraftværker, 70 % for vindkraftanlæg og 25 % for solcelleanlæg) er et udtryk for, at for anlæg i de kritiske sektorer afspejler den gennemsnitlige rådighed i PP2-timerne ikke til fulde disse anlægs bidrag til nedbringelse af risikoen for udfald på grund af: i) sammenhængen mellem anlæggets rådighedskapacitet og systemets spændingstidspunkter (hvilket ikke er tilfældet for en kapacitet, der kan kræves), og ii) en rådighedskapacitetsprofil, der ikke er konstant i PP2-timerne (kapaciteter, der kan kræves, har en flad rådighedskapacitetsprofil), hvilket har en indvirkning, da virkningen af sandsynligheden for udfald i PP2-timerne ikke er ensartet. Bidragskoefficienterne for leveringsårene 2017, 2018 og 2019 er beregnet ud fra scenarierne i RTE's prognose på grundlag af en lang række statistiske serier.

4.3. Støttens egnethed

4.3.1. Forskelsbehandling af udjævningskapaciteter

4.3.1.1. Bemærkninger fra interesserede parter

- (109) Størsteparten af respondenterne nævner den påståede forskelsbehandling af de implicitte og eksplicitte udjævningskapaciteter. Et flertal af dem (5) mener, at mekanismen er mere fordelagtig for de eksplicitte udjævningskapaciteter på grund af den forpligtelse til aktivering, der er pålagt implicitte udjævningskapaciteter, og som anses for at være bindende. To respondenter bemærkede, at ifølge det anvendte forsyningssikkerhedskriterium bør en eksplicit udjævningskapacitet kun aktiveres en gang hvert tiende år (da mekanismen er udformet med henblik på en tiårig vinterspidsbelastning). De mener følgelig, at antallet af PP2-timer (rådighedskapacitet for eksplicit udjævning) burde være 10 gange højere end antallet af PP1-timer (reel nedbringelse af den implicitte

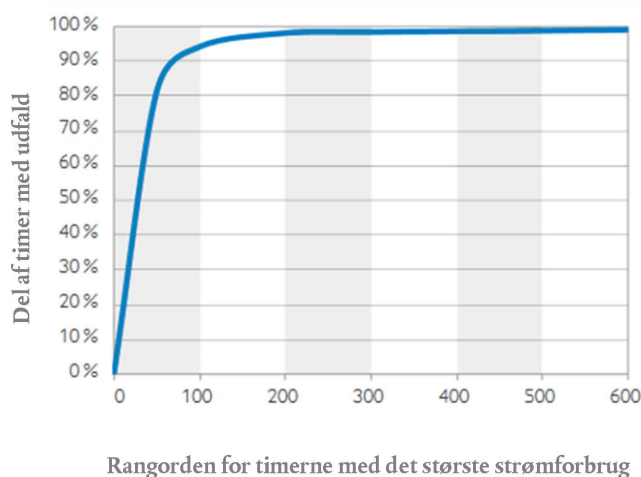
udjævningskapacitet). To respondenter med den modsatte opfattelse bemærker, at efter deres mening er betingelserne for implicitte udjævningskapaciteter mere fordelagtige, da operatører af eksplicitte udjævningskapaciteter skal afholde udgifterne til certificeringen. To respondenter mener, at de franske myndigheder har fundet en rimelig balance mellem de to typer udjævningsoperatørers forpligtelser.

4.3.1.2. Frankrigs bemærkninger

- (110) Frankrig har forsvaret sig ved at fremhæve de to typer udjævningsoperatørers forskellige forpligtelser. Det bekræfter, at det er nødvendigt at have forskellige betingelser for at give de to kapacitetstyper mulighed for at deltage i mekanismen. Da den krævede modydelse til en udjævning, som udnyttes på en implicit måde, er større (aktivering versus rådighedskapacitet), er det logisk, at det antal dage, som den vedrører (PP1-dage), er lavere end det antal dage, hvor en operatør af en eksplicit udjævningskapacitet skal være til rådighed.
- (111) Nogle interesserede parter var dog allerede nu bekymrede for, at PP2-perioden, selv om den er længere end PP1-perioden, potentielt kan være for kort. Ifølge Frankrig er fastsættelsen af PP1- og PP2-periodernes længde et kompleks spørgsmål, som nødvendigvis kræver en kompromisløsning. RTE har gennemført undersøgelser for at nå frem til et tilfredsstillende kompromis, og resultaterne fremgår af *Rapport d'accompagnement de la proposition de règles du mécanisme de capacité* (2014) (Ledsagerrapport til forslaget om regler for kapacitetsmekanismen).
- (112) Kort sagt har de franske myndigheder for at opfange timerne med det største strømforbrug (jf. figur 5 nedenfor) og samtidig være i stand til at klarlægge de forbrugeres deltagelse, som kan udelukkes fra nedbringelsen af risikoen for udfald, valgt at anvende en volumetri på 100-150 timer for PP1-perioden.

Figur 5

Forbindelser mellem udfald og antal timer med det største strømforbrug



Kilde: RTE, *Rapport d'accompagnement de la proposition de règles du mécanisme de capacité* (2014), s. 139.

- (113) Frankrig mener, at PP2-perioden bestemt bør være længere end PP1-perioden (da aktivering er mere krævende end rådighedskapacitet), men PP2-perioden bør heller ikke være for lang for ikke at stille nogle sektorer, og især udjævningssektorer, unødigt dårligere. Det fremgik af den samme undersøgelse fra RTE, at 99 % af udfaldstimerne er inkluderet i de 300 timer med det største strømforbrug, og at en målrettet PP2-periode indeholdende 100-300 timer med det største strømforbrug var et kohærent valg, der gør det muligt at foretage en relevant vurdering af de eksplicitte udjævningskapaciteters bidrag til nedbringelse af risikoen for udfald.

- (114) Inden for dette interval på 100-300 timer har de franske myndigheder valgt at anvende tallet 250 timer. Dette tal giver mulighed for i) at opfange næsten 99 % af udfaldstimerne (jf. figur 5) og fører derfor ikke til en svækkelse af opfangningen af risikoen for udfald i forhold til valget på højst 300 timer, ii) at øge rådighedskapaciteten for udjævning af eksplicit forbrug i forhold til andre sektorer ⁽²³⁾. For at sikre et og samme forsynings sikkerhedsniveau har de franske myndigheder valgt at anvende højst 250 timer for PP2-perioden for at maksimere eksplicitte udjævningskapaciteters bidrag til at opnå et og samme dækningsniveau for risikoen for udfald.
- (115) Hvis der fastsættes en PP2-periode, som er ti gange længere end PP1-perioden, vil det svare til at måle produktions- og udjævningsmidlernes rådighedskapacitet i 1 000-1 500 timer. I lyset af rådighedskravet til udjævningskapaciteterne i længerevarende perioder vil udvidelsen af rådighedsforpligtelsen bevirke, at disse kapaciteters udnyttelsespotentiale i kapacitetsmekanismen bliver reduceret. En industriel udjævningskapacitet på 100 MW, som kan stilles til rådighed i ca. 100 timer, men ikke i 1 000 timer, udnyttes derfor som en varmeproduktion på 20 MW, selv om undersøgelser viser, at deres bidrag til nedbringelse af risikoen for udfald svarer til en varmeproduktion på 90 MW. For at sikre lige konkurrencevilkår mellem udjævningsoperatører og producenter har de franske myndigheder derfor valgt ikke at anvende en PP2-periode, der er ti gange længere end PP1-perioden, og anvende en målrettet PP2-periode.
- (116) De franske myndigheder minder desuden om, at kapacitetsmekanismen fastsætter en kontrol med kapaciteternes rådighed (hvis der ikke sker spontan aktivering), som gør det muligt at sikre, at der ikke er nogen uventet effekt mellem en rådighedsforpligtelse og en aktiveringsforpligtelse.
- (117) De franske myndigheder er dog åbne overfor at fastsætte andre værdier end dem, der anvendes på nuværende tidspunkt i reglerne, men mener, at den gældende ramme udgør en rimelig balance mellem de uafhængige udjævningsoperatører og leverandørerne. De mener derfor, at forholdet mellem PP1 og PP2 bør bevares uændret for de første leveringsår. Deres værdi kan tages op til fornyet overvejelse, hvis de signaler, der sendes, ikke er tilstrækkeligt passende, og en sådan vurdering kan integreres i vurderingen af, hvordan kapacitetsmarkedet fungerer.

4.3.2. Udelukkelse af grænseoverskridende kapaciteter

4.3.2.1. Bemærkninger fra interesserede parter

- (118) De bemærkninger, der er modtaget som reaktion på åbningsafgørelsen, viser bred enighed mellem markedsaktørerne om, at den franske mekanisme gradvist skal åbnes (dvs. uden at bringe iværksættelsen af mekanismen i januar 2017 i fare) for grænseoverskridende kapaciteter.

4.3.2.2. Bemærkninger fra og korrigerende tiltag foreslået af Frankrig

- (119) Frankrig har som reaktion foreslået udtrykkeligt at tage hensyn til udenlandske kapaciteter efter en blandet model, som både godtgør udenlandske sammenkoblinger og produktions- og udjævningskapaciteter. I dette forslag gives den største godtgørelse til udenlandske sammenkoblinger eller kapaciteter i forhold til knaphed.
- (120) I henhold til forslaget skal udenlandske produktions- og udjævningskapaciteter erhverve sammenkoblingsbilletter for at kunne blive certificeret og derefter tilbyde deres kapacitetsgarantier på det franske kapacitetsmarked.
- (121) Billetterne tildeles pr. grænse på grundlag af nabomedlemsstaternes bidrag til forsynings sikkerheden i Frankrig. Disse billetter bortauktioneres derefter »grænse for grænse«. Alle produktions- og udjævningskapaciteter i det naboland, der er sammenkoblet med Frankrig ved hjælp af en bestemt sammenkobling, har mulighed for at deltage i auktionen over de sammenkoblingsbilletter, der svarer til denne sammenkobling. Auktionerne finder

⁽²³⁾ I ledsagerapporten til reglerne understregede RTE, at de fleste produktionssektorer var upåvirkelige overfor, om PP2-perioden blev på 200, 250 eller 300 timer, men at dette valg til gengæld var af betydning for udjævningskapaciteterne, og at deres bidrag til risikoen for udfald var påvirket af et længere rådighedstidsrum.

sted i leveringsår –1 (i det følgende AL–1). Foranstaltningen er ikke til hinder for, at kapaciteter, som der er indgået kontrakt på under den franske mekanisme, samtidig deltager i andre kapacitetsmekanismer i Den Europæiske Union. I denne forbindelse vil det være nødvendigt sammen med de berørte lande at fastsætte bestemmelser om kontrol og vurdering af den ydede tjeneste.

- (122) Når de udenlandske produktions- eller udjævningskapaciteter har fået udstedt sammenkoblingsbilletter, kan de lade sig certificere og opnå kapacitetsgarantier. De kan derefter sælge disse kapacitetsgarantier på det franske kapacitetsmarked.
- (123) De franske myndigheder forpligter sig til på en unilateral måde at iværksætte den ovennævnte løsning med »blandet pragmatik«, dvs. i deres lovramme at integrere muligheden for, at anlæg beliggende i grænsemedlemsstater kan deltage udtrykkeligt i den franske kapacitetsmekanisme, forudsat at de har en transitkapacitet, der er tilstrækkelig til sammenkoblinger. Denne lovramme fastsætter dog samtykke fra transmissionssystemoperatørerne ⁽²⁴⁾ i de berørte medlemsstater i form af en samarbejdsprotokol, der gør det muligt at indføre en certificerings- og kontrolproces, som er nødvendig for iværksættelsen af mekanismen.
- (124) Da nogle transmissionssystemoperatører i de berørte medlemsstater ikke har undertegnet en sådan protokol, forpligter de franske myndigheder sig til at indføre en beskyttelsesprocedure, der betyder, at udenlandske kapaciteter kan deltage eksplicit i kapacitetsmekanismen, og at man således definitivt kan gå bort fra modellen, der er baseret på en implicit deltagelse. Denne beskyttelsesprocedure vil bestå i, at sammenkoblinger deltager eksplicit (en løsning, som kan iværksættes uden de andre medlemsstaters medvirken, og som gør det muligt at afspejle den værdi, som sammenkoblingskapaciteter tilfører forsyningssikkerheden i Frankrig).
- (125) Iværksættelsen af disse forpligtelser kræver en revision af dekretet fra 2012 vedtaget i statsrådet efter udtalelse fra Det Øverste Råd for Energi, Det Nationale Råd for evaluering af standarder, elektricitetsreguleringsudvalget og konkurrencemyndigheden. De franske myndigheder mener ikke, at det er muligt at vedtage dekretet inden udgangen af 2017, og derefter skal de bestemmelser, der er vedtaget i henhold hertil, revideres. De franske myndigheder mener, at denne etape kan tage ca. seks måneder. De franske myndigheders tidsplan er således baseret på en udsættelse i lovrammen i 2018, således at den reelt bliver iværksat for leveringsåret 2019.

4.3.3. Manglende signaler til nye investeringer

4.3.3.1. Bemærkninger fra interesserede parter

- (126) Kommissionen har modtaget mange svar vedrørende dette emne, og de fremsatte synspunkter var meget forskelligartede.
- (127) De fleste (7) respondenter erkender, at mekanismen i dens oprindelige form ikke kan tilskynde til nye investeringer i produktionsanlæg. De hyppigst nævnte begrundelser er især det manglende signal om en repræsentativ pris tilstrækkeligt lang tid forud for leveringsåret, kapacitetsprisloftet, der er fastsat til 40 000 EUR/MW (som er en følge af loftet på mekanismen til afregning af forskelle), og manglen på langsigtede kontrakter.
- (128) Størstedelen af respondenterne bekræftede enten, at mekanismen var for kompliceret, eller at det i det mindste var vanskeligt for leverandørerne, og især for nye markedsaktører, at vurdere deres fremtidige porteføljer. En af respondenterne understregede, at man med en centraliseret kapacitetsmekanisme kunne undgå denne type problemer.
- (129) To producenter (oprindelige) var ikke enige heri og mente, at mekanismen vil kunne tiltrække nye investeringer, især på grund af fristen på fire år inden leveringsåret, giver markedet mulighed for at udvikle produkter på længere sigt og giver et prissignal, som efter deres mening var pålideligt. De mener desuden, at mekanismen fastsætter tilstrækkelige beskyttelsesforanstaltninger til at sikre gennemsigtighed i kapacitetsforpligtelserne, særlig takket være RTE's regelmæssige offentliggørelse af prognoser vedrørende det samlede kapacitetsgarantiniveau, der er nødvendigt for hvert leveringsår.

⁽²⁴⁾ I henhold til artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/72/EF af 13. juli 2009 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ophævelse af direktiv 2003/54/EF (EUT L 211 af 14.8.2009, s. 55) forstås der ved en transmissionssystemoperatør: »enhver fysisk eller juridisk person, der er ansvarlig for driften, vedligeholdelsen og om nødvendigt udbygningen af transmissions-systemet i et givet område samt i givet fald dets sammenkoblinger med andre systemer og for at sikre, at systemet på lang sigt kan tilfredsstille en rimelig efterspørgsel efter transmission af elektricitet«.

- (130) To andre respondenter (alternative producenter) bemærker, at mekanismens hovedformål er at holde eksisterende kapaciteter i drift i stedet for at tilskynde til nye investeringer.

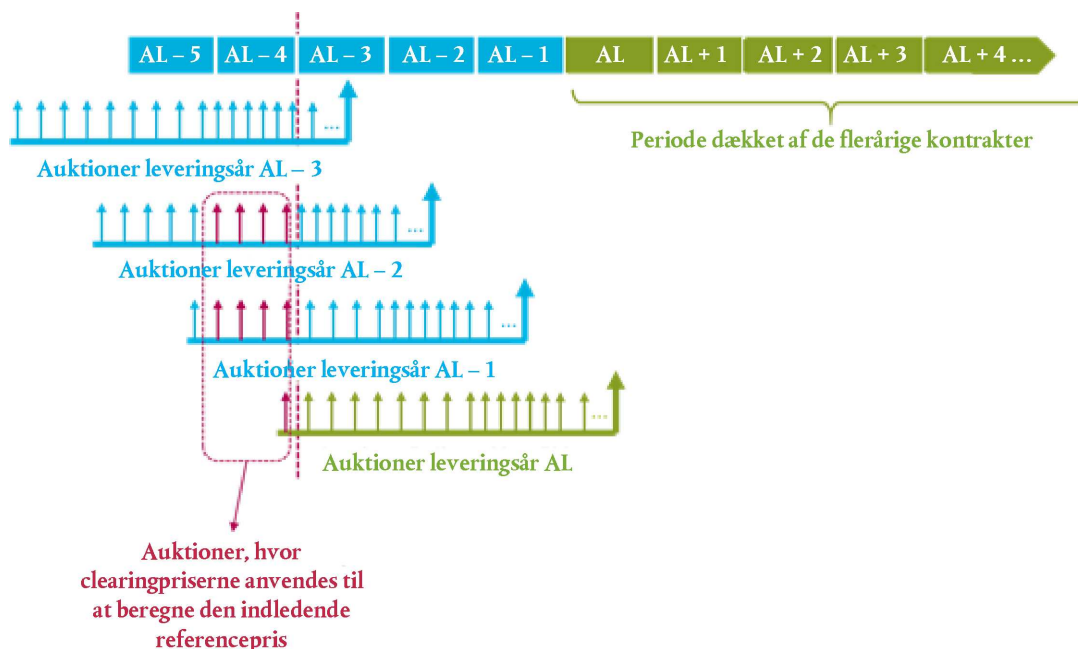
4.3.3.2. Bemærkninger fra og korrigerende tiltag foreslået af Frankrig

Mangel på langtidskontrakter

- (131) Efter tilbagemeldinger fra tredjeparter har de franske myndigheder forpligtet sig til at indføre en foranstaltning med indgåelse af flerårige kontrakter med henblik på at fremme investering i nye kapaciteter. Alle de nye kapaciteter ⁽²⁵⁾ vil være berettiget til støtte fra foranstaltningen, hvis de ikke allerede råder over en støttemekanisme.
- (132) For at give en tilstrækkelig iværksættelsesfrist til nye projekter afholdes en første auktion for kapacitetsgarantier på platformen EPEX i AL-4. Nye potentielle kapaciteter skal afgive deres tilbud til RTE i sidste kvartal af AL-4. Tilbuddene skal primært indeholde en pris og en mængde.
- (133) Prisens konkurrencedygtighed sammenlignes dernæst med en »indledende referencepris«, over hvilken tilbuddene ikke tages i betragtning. Den indledende referencepris bliver en vægtet pris ⁽²⁶⁾ på kapaciteten, som ikke kun er et resultat af den auktion, der afholdes i AL-4 for leveringsåret AL, men også af auktioner, der afholdes i løbet af dette samme år for leveringsårene AL-2 og AL-1, som angivet i figur 6.

Figur 6

Forslag til sammensætning af den indledende referencepris



Kilde: Brev fra de franske myndigheder af 9. september 2016.

⁽²⁵⁾ De kriterier, der anvendes til at sondre mellem investeringer i nye kapaciteter og investeringer til vedligeholdelse eller forlængelse af eksisterende anlægs levetid, bliver bragt i overensstemmelse med de definitioner, der allerede findes i den franske lovgivning, for at gøre det muligt at sondre mellem »nye kapaciteter« og investeringer til vedligeholdelse eller forlængelse af levetiden. Således fastsætter §L. 311-1 i energiloven i den version, der er baseret på lov nr. 2015-992 om energiomstillingen til grøn vækst følgende: »Med forbehold af §L. 311-6 er driften af ethvert nyt elproduktionsanlæg betinget af, at der opnås en administrativ tilladelse. Anlæg, hvor den installerede effekt forøges med mindst 20 % samt anlæg, hvor den primære energikilde ændres, betragtes ligeledes som nye produktionsanlæg i betydningen i denne paragraf.«

⁽²⁶⁾ Den nøjagtige vægtning skal fastsættes af de franske myndigheder efter samråd med markedet.

- (134) Markedsaktørerne kender ikke den indledende referencepris på forhånd, og det er resultaterne af markedet, som vil gøre det muligt at fastsætte denne indledende referencepris.
- (135) Hvad angår de mængder, om hvilke der indgås aftaler, vil de franske myndigheder anvende en efterspørgselskurve, der giver mulighed for at begrænse disse mængder til tilbud, som reelt er konkurrencedygtige på lang sigt. Efterspørgselskurven udarbejdes årligt af RTE og godkendes af CRE, og den skal afspejle den nye kapacitets værdi for samfundet. Det handler om at sikre, at mekanismen med indgåelse af flerårige kontrakter reelt får en positiv virkning for forbrugerne.
- (136) De udvalgte kapaciteter får tildelt en syvårig kontrakt for forskelle, hvis funktion kan sammenlignes med et afregningstilskud, (»feed-in premium«), dvs. at enhver forskel mellem tilbudsprisen og referencemarkedsprisen udløser en godtgørelse af forskellen (hvis referencemarkedsprisen er højere end tilbudsprisen) eller til en opkrævning (hvis referencemarkedsprisen er lavere end tilbudsprisen). For dog at tilskynde markedsoperatørerne til at bestræbe sig på at øge deres indtægter udløser enhver indtægt fra investorens salg af garantier til en pris, der er højere end tilbudsprisen, ikke en godtgørelse af forskellen (salgspris — tilbudspris).
- (137) De franske myndigheder påtænker desuden at indføre miljøkriterier, der giver producenter med lav CO₂-emission en fortrinsstilling i form af i) en miljømæssig forrang med identiske tekniske og økonomiske karakteristika, og ii) et loft på emissioner, der kan være genereret af et aktiv, der er omfattet af den særlige ramme for nye kapaciteter. Miljøkriterierne, som f.eks. niveauet for drivhusgasemissioner, bliver fastlagt i reglerne, og det mest sigende tilbud miljømæssigt vil i givet fald kunne anvendes. Eksisterende anlæg forbliver underlagt den gældende europæiske og franske miljølovgivning, hvilket kan gøre det nødvendigt for disse anlæg i givet fald at investere i tilpasninger.
- (138) De franske myndigheder forpligter sig til at iværksætte foranstaltningen for udvalgte kapaciteter i 2019 kombineret med en første reel deltagelse af de udvalgte kapaciteter for leveringsåret 2023. De forpligter sig desuden til fra 2019 at iværksætte en overgangsforanstaltning med flerårige kontrakter, der kan dække perioden 2020-2023. Dette vil eksempelvis sige, at der i 2019 indføres en »flerårig« foranstaltning for leveringsåret 2023, men desuden en overgangsforanstaltning for leveringsårene 2020, 2021 og 2022.

Leverandørerne har svært ved i tide at forudse udviklingen af deres kundeportefølje

- (139) De franske myndigheder mener, at de regelmæssige prognoser fra RTE burde være en tilstrækkelig hjælp til leverandørerne, således at de bedre kan fastsætte det endelige niveau for deres kapacitetsforpligtelse. Myndighederne tilføjer, at leverandørerne i det mindste i mekanismens første år har mulighed for at opnå balance i deres kapaciteter vederlagsfrit indtil udgangen af leveringsåret.
- (140) Uden at det berører ovenstående, og som supplement til disse beskyttelsesforanstaltninger, foreslår de franske myndigheder i reglerne for kapacitetsmekanismen at indføre bestemmelser om hjælp til alternative leverandører til beregning af deres kapacitetsforpligtelse. På nuværende tidspunkt fastsætter reglerne, at RTE skal meddele den enkelte leverandør et forventet forpligtelsesniveau et år efter leveringsåret og derefter et endeligt forpligtelsesniveau to år efter leveringsåret. RTE har derudover udviklet hjælpeværktøjer, der kan informere aktørerne om deres forpligtelsesniveau inden disse frister. Frankrig foreslår at formalisere RTE's forpligtelse til at hjælpe leverandørerne med beregningen af deres forpligtelse, især ved at give adgang til værktøjer, som giver alternative leverandører mulighed for bedre at foregribe deres kapacitetsforpligtelse, og ved at indføre kontaktpunkter, hvor leverandørerne kan anvende disse værktøjer til at beregne deres forpligtelse. Leverandørerne har desuden mulighed for at anvende disse værktøjer efter anmodning uden for disse kontaktpunkter, som er fastsat i reglerne.

Potentiel mangel på incitamenter til, at aktørerne opnår balance inden leveringsåret

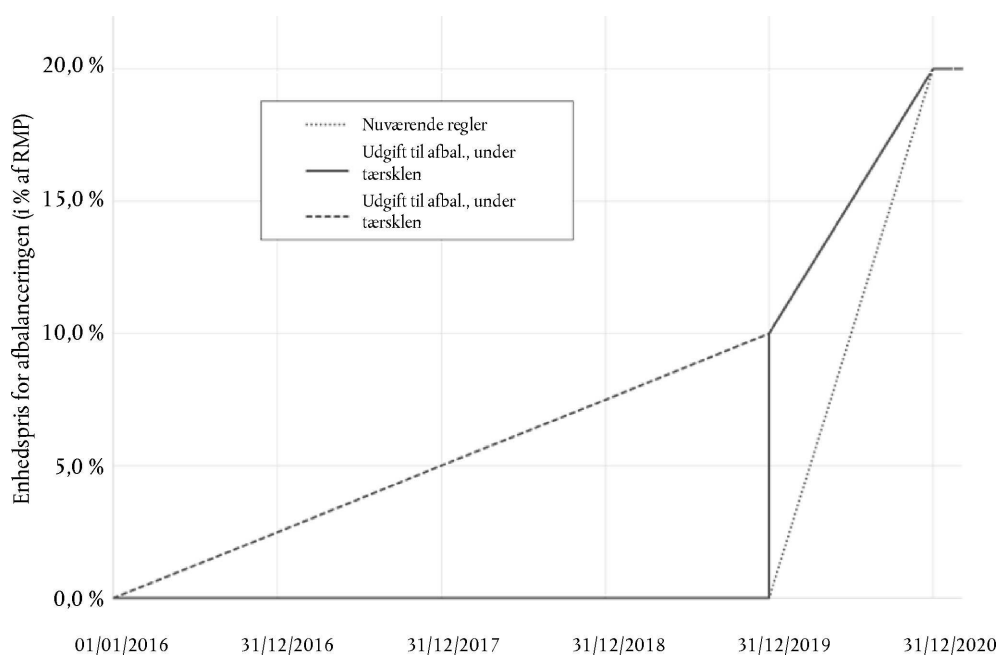
- (141) De franske myndigheder har desuden forpligtet sig til at revidere bestemmelserne om afbalancering med henblik på at tilskynde kapacitetsoperatørerne til at lade sig certificere så passende som muligt. De afbalanceringsudgifter, der finder anvendelse på aktørerne, beregnes i forhold til den enkelte aktørs afbalanceringsmængde:

1) når summen af afbalanceringerne er mindre end 1 GW (summen af de absolutte værdier), er afbalanceringen gratis inden leveringsåret

- 2) når summen af afbalanceringerne er højere end 1 GW (summen af de absolutte værdier), sker afbalanceringer inden leveringsåret mod betaling.
- (142) Udviklingen i afbalanceringsudgifterne fremgår af figur 7 nedenfor (leveringsår: 2020), med en stigende enhedspris, efterhånden som man nærmer sig leveringsåret.

Figur 7

Illustration af den nye ramme, der er foreslået for afbalanceringer for år 2020 med $k = 0,2$



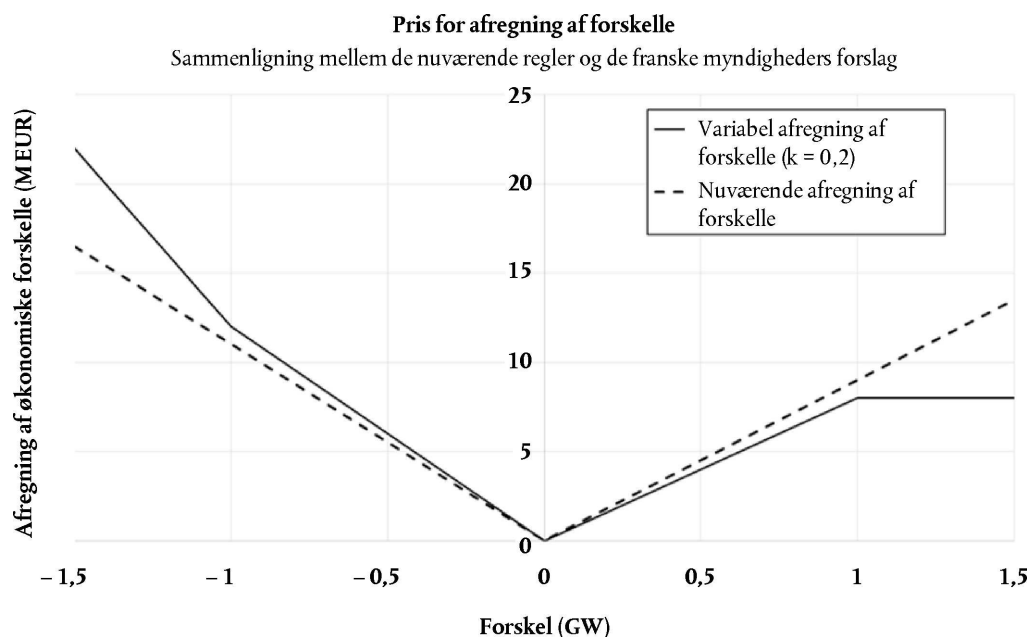
Kilde: Brev fra de franske myndigheder af 9. september 2016.

- (143) Kapacitetsoperatørerne skal nu opnå balance inden for en kort frist, som er fastsat i reglerne, i forbindelse med vigtige begivenheder (dvs. som medfører, at midler ikke er til rådighed i forhold til deres overslag over rådighedskapaciteten, såsom midlertidig lukning, endelig lukning, skader, der fører til en nedsættelse af rådighedskapaciteten i længere tid osv.) ⁽²⁷⁾.
- (144) De franske myndigheder foreslår også en ændring af mekanismen til afregning af forskelle med henblik på at afholde markedsaktørerne fra at fremlægge negative eller positive forskelle på det ene eller andet tidspunkt. Navnlig bliver tilskyndelseskoefficienten »k«, der anvendes på ubalancer, fordoblet (den blev fastsat til 0,1 i anordningen af 22. januar 2015, men bliver forhøjet til 0,2), og bliver forhøjet yderligere for negative ubalancer, der overstiger en maksimumstærskel på 1 GW, og den bliver endnu mindre fordelagtig for positive ubalancer der overstiger en maksimumstærskel på 1 GW (det præcise niveau for tærsklerne skal fastsættes af myndighederne på grundlag af en tilbagemelding fra markedet, men den bliver under ingen omstændigheder højere end 1 GW). Disse ændringer fremgår af figur 8.

⁽²⁷⁾ Tidligere havde kapacitetsoperatører kun pligt til at anmelde en begivenhed, der medførte en forskel på mere end 100 MW i forhold til deres overslag over rådighedskapaciteten. Den største forskel er, at denne anmeldelse fra operatøren ikke nødvendigvis blev ledsaget af en afbalancering (operatøren kunne vente med at foretage en afbalancering eller ikke foretage en afbalancering og have afvigelser). Det eneste tilfælde, hvor der var forpligtelse til afbalancering, vedrørte endelige lukninger. Denne bestemmelse var desuden ikke fastsat i lovgivningen, men i certificeringskontrakten. Den bliver nu indført i lovgivningen (tekst på højere niveau).

Figur 8

Illustration af forslaget til afregning af forskelle med virkningen af en tærskel på 1 GW og med $k = 0,2$



Kilde: Brev fra de franske myndigheder af 9. september 2016.

Løftet overprisen for afregninger af forskelle afspejler ikke CONE

- (145) De franske myndigheder har endvidere forpligtet sig til gradvist at forhøje den offentligt fastsatte pris (som er et loft på prisen på forskelle og således indirekte på prisen på kapacitetsgarantier), i henhold til følgende tidsplan:
- 1) i 2017, en offentligt fastsat pris på 20 000 EUR/MW for at aktørerne kan lære at forvalte markedets funktion med begrænsede risici som følge af den sene iværksættelse af foranstaltningen
 - 2) i 2018 og 2019, en offentligt fastsat pris på 40 000 EUR/MW
 - 3) fra 2020, en offentligt fastsat pris på 60 000 EUR/MW for at kapacitetsmekanismen i givet fald kan sende prissignaler, som svarer til behovene for nye kapaciteter, på et marked, der bør have nået en tilstrækkelig modenhed.
- (146) De franske myndigheder forpligter sig desuden for leveringsårene 2021 og de følgende år til at ajourføre den offentligt fastsatte pris årligt for at bringe den op på en værdi, der svarer til CONE, navnlig i forbindelse med udgifterne til et gasfyret kraftvarmewærk (CCG) eller et gasfyret kraftværk med åben cyklus, som beregnet af elektricitetstransmissionssystemoperatøren og godkendt af kontrolinstansen. Denne ajourføring sker ikke nødvendigvis ved hjælp af en procedure med fuldstændig revision af reglerne for kapacitetsmekanismen.
- (147) Denne tidsplan gør det muligt i) at få en eventuel forhøjelse af den offentligt fastsatte pris til at falde sammen med ikrafttrædelsen af foranstaltningen med flerårige kontrakter for nye kapaciteter og ii) at høre markedsaktørerne under ét om forhøjelsen af den offentligt fastsatte pris og indførelsen af foranstaltningen med flerårige kontrakter for nye kapaciteter ⁽²⁸⁾.

⁽²⁸⁾ I forbindelse med den indgående undersøgelse af kapacitetsmekanismen har Kommissionens tjenestegrene og de franske myndigheder gennemført en række første analyser af finansieringsbehovene i forbindelse med nye planer om investering i projekter med gasfyrede kraftvarmewærker (baseret på de finansielle oplysninger fra Landvisiau-projektet og forskellige elementer i den økonomiske litteratur). Disse analyser understreger, at en kapacitetsmæssig indtægt på 60 000 EUR/MW/år er af en størrelsesorden, der er i overensstemmelse med nye investeringer i gasfyrede kraftvarmewærker, men at man kunne overveje en forhøjelse af den offentligt fastsatte pris for at sikre projekternes rentabilitet. På grundlag af de eksisterende finansielle oplysninger er projekternes rentabilitet kun sikret for kapacitetsmæssige indtægter, der er meget tæt på 60 000 EUR/MW/år. Det er disse analyser, der skal videreføres for at kunne drage en mere præcis konklusion om, hvorvidt det er hensigtsmæssigt at forhøje den offentligt fastsatte pris og således sikre, at niveauet for den offentligt fastsatte pris både kan udgøre en beskyttelsesforanstaltning for forbrugerne og ikke være en hindring for adgangen til elektricitetsmarkedet.

- (148) Ud over ovenstående og det, der blev anført i åbningsafgørelsen, anførte Kommissionen i drøftelserne med de franske myndigheder, at den frygtede, at marginen (*spread*) mellem ARENH og elprisen på energimarkedet også kunne udgøre et implicit loft over kapacitetsprisen, da ARENH-instrumentet omfatter kapacitetsgarantier.
- (149) De franske myndigheder har svaret, at:
- (1) mængden af kapacitetsgarantier forbundet med ARENH-instrumentet er tilstrækkeligt lille sammenlignet med det samlede kapacitetsmarked, og den er derfor ikke i stand til at påvirke prisen på andre kapacitetsgarantier, og
 - (2) den aktuelle margin er stort set lig med 10 EUR/MWh, hvilket svarer til en kapacitetspris på 87 600 EUR/MW. Den offentligt fastsatte pris på kapaciteten blev henholdsvis fastsat til 20 000 EUR/MW/år, 40 000 EUR/MW/år og 60 000 EUR/MW/år for årene 2017, 2018-2019 og 2020, og ARENH er ikke et konkurrencedygtigt instrument på nuværende tidspunkt ⁽²⁹⁾.
- (150) De franske myndigheder forpligter sig imidlertid til i forbindelse med en fremtidig vurdering af, hvordan markedet fungerer, at undersøge muligheden for at »finansialisere« ARENH-instrumentets kapacitetsdel ⁽³⁰⁾ for at undgå, at dette instrument forstyrrer den frie prisdannelse på kapacitetsmarkedet.

4.3.4. Andre klagepunkter fremført af Kommissionen

- (151) I åbningsafgørelsens betragtning 182 anførte Kommissionen, at Frankrig skulle redegøre for, hvorfor nogle af forslagene til forbedring af mekanismen, som konkurrencemyndigheden havde fremsat i dens udtalelse nr. 12-A-09 af 12. april 2012, ikke var blevet taget i betragtning.
- (152) De franske myndigheder har forklaret, at nogle af de foreslåede ændringer er taget i betragtning (dvs. at kræve, at producenterne skal give meddelelse om deres produktionsanlægs forventede rådighedskapacitet på grundlag af disse anlægs tidligere rådighedskapacitet og indførelsen af en mekanisme for grænseoverskridende kapaciteters eksplicitte deltagelse), og kun to forslag fra konkurrencemyndigheden er ikke taget betragtning:
- 1) fastsættelse af, at der ikke tildeles certifikater til anlæg, der er pålagt købsforpligtelse (vedvarende energi), for så vidt som tarifferne for tilbagekøb af elektricitet produceret af disse anlæg allerede dækker disse anlægs fulde udgifter, og
 - 2) finansieringen af udbud vedrørende overgangsprojekter skal ikke afholdes af alternative leverandører.
- (153) Vedrørende det første forslag, der ikke er taget i betragtning, har myndighederne forklaret, at de havde anvendt certificeringen af anlæg, der er pålagt købsforpligtelse, for at respektere kapacitetsmekanismens markedsdækkende (»market-wide«) karakter. Til gengæld er det for at undgå en eventuel kumulering af godtgørelser til anlæg, der er pålagt købsforpligtelse, blevet besluttet, at de forpligtede købere skal være ansvarlige for certificeringen af disse anlæg og indehavere af de tilhørende kapacitetsgarantier, idet indtægterne fra salget af kapaciteter trækkes fra de forpligtede køberes godtgørelse.
- (154) Hvad angår det andet forslag, der ikke er taget i betragtning, har myndighederne forklaret, at det er blevet besluttet ikke at iværksætte udbud for overgangsprojekter; alternative leverandører skal derfor ikke afholde nogen udgifter. De skal dog alligevel afholde udgifter til denne foranstaltning i fremtiden, da den nuværende beskyttelsesforanstaltning bliver ophævet og erstattet med foranstaltningen med flerårige kontrakter efter udviklingen af dekretet.

4.4. Proportionalitet

4.4.1. For høj ansættelse af forbruget

4.4.1.1. Bemærkninger fra interesserede parter

- (155) Bemærkningerne fra tredjeparter til dette punkt er medtaget i punkt 4.3.3.1.

⁽²⁹⁾ En margin mellem ARENH og markedsprisen på ca. 7 EUR/MWh ville resultere i en kapacitetspris på ca. 60 000 EUR/MW/år, dvs. den offentligt fastsatte pris (Padmin). Med en ARENH-pris på 42 EUR/MWh skulle energiprisen være 35 EUR/MWh eller derover, for at marginen mellem ARENH og markedsprisen kan udgøre et implicit loft på kapacitetsprisen. Men ifølge de franske myndigheder er terminspriserne frem til 2019 ikke i denne størrelsesorden.

⁽³⁰⁾ »Finansialiseringen« af ARENH-instrumentets kapacitetsdel betyder, at kapacitetsprisen trækkes fra prisen på ARENH's energidel.

Frankrigs bemærkninger

- (156) Frankrigs bemærkninger til dette punkt er gengivet i betragtning 139.
- (157) Uanset disse bemærkninger foreslår de franske myndigheder at forpligte RTE til at hjælpe alternative leverandører med at beregne deres kapacitetsforpligtelse, jf. betragtning 140.

*4.4.2. Manglende gennemsigtighed i fastsættelsen af kapacitetsprisen**4.4.2.1. Bemærkninger fra interesserede parter*

- (158) Et stort flertal af respondenterne (13) beklager den manglende gennemsigtighed i underhåndstransaktioner, og navnlig transaktioner inden for en koncern, mens flere af dem mener, at de fleste transaktioner burde foregå på denne måde. En af respondenterne understregede på ny, at man med en centraliseret kapacitetsmekanisme kunne undgå denne type problemer.
- (159) Den oprindelige operatør mener, at mekanismen i den nuværende form giver tilstrækkelige garantier til at sikre gennemsigtighed i handelen (herunder inden for en koncern), navnlig:
- 1) forpligtelsen til at have separate konti i registret over kapacitetsgarantier (en konto til kapacitetsoperatører og en konto til leverandører), og
 - 2) forpligtelsen til gennemsigtighed over for CRE og sidstnævntes tilsyn med interne transaktioner.

4.4.2.2. Frankrigs bemærkninger

- (160) De franske myndigheder nævner også de garantier, som den oprindelige operatør nævner (gengivet i betragtning 160). De præciserer desuden, at man, i betragtning af at leverandørerne er nødt til at tilpasse sig til udviklingen i deres kundegruppe, bør bevare muligheden for underhåndshandel mellem markedsaktørerne som supplement til periodiske auktioner. En kontinuerlig handelsmekanisme vil sikre denne fleksibilitet samt transaktionernes og prisernes gennemsigtighed og gøre det muligt at mindske den manglende symmetri i oplysningerne mellem markedsaktørerne. Det vil imidlertid være dyrt at deltage i en sådan mekanisme, især for forholdsvis små leverandører. De franske myndigheder foreslår derfor at bevare underhåndstransaktioner sammen med et officielt marked, hvor prisen på hver enkelt transaktion offentliggøres.
- (161) De foreslår imidlertid også at fastsætte yderligere garantier for at øge gennemsigtigheden og repræsentativiteten i handelen med kapaciteter.
- (162) Mekanismen fastsætter allerede, at priserne fra auktioner på den platform, der bliver oprettet af EPEX Spot, skal offentliggøres. For at sikre et gennemsigtighedsniveau, der svarer til gennemsigtigheden på en handelsplatform for underhåndstransaktioner, foreslår de franske myndigheder at give alle aktører adgang til et register over underhåndstransaktioner (som er anonymiserede), og derved sikre mængders og prisers gennemsigtighed og samtidig garantere operatørernes anonymitet. Interesserede parter kan således tage hensyn til disse oplysninger i deres købs- og salgsstrategi på de afholdte auktioner.
- (163) Auktionerne bliver endvidere styrket. De franske myndigheder har forpligtet sig til at øge de afholdte auktioners likviditet ved at forhøje antallet af auktioner i løbet af de fire år forud for det første leveringsår til 15, dvs. en ny auktion i leveringsår AL-4, 4 i AL-3 og 4 i AL-2 samt 6 i AL-1 (i mekanismens oprindelige udgave havde de franske myndigheder kun fastsat 10 auktioner fordelt på de tre år forud for leveringsåret).
- (164) De franske myndigheder forpligter sig desuden til i lovrammen at kræve, at bestemte kapacitetsleverandører skal tilbyde deres certifikater på markedet på grundlag af følgende plan:
- 1) AL-4: 25 % af det certificerede kapacitetsniveau
 - 2) AL-3: det maksimale mellem 25 % af det certificerede kapacitetsniveau og 25 % af mængden af usolgte kapacitetscertifikater

- 3) AL-2: det maksimale mellem 25 % af det certificerede kapacitetsniveau og 50 % af mængden af usolgte kapacitetscertifikater
 - 4) AL-1: det maksimale mellem 25 % af det certificerede kapacitetsniveau og 100 % af mængden af usolgte kapacitetscertifikater.
- (165) Dette krav finder anvendelse på certificeringsområdeansvarlige med en kapacitetsmængde, der overstiger en tærskel på 3 GW.

4.4.3. Udelukkelse af visse typer kapacitetsoperatører fra mekanismen

- (166) Bemærkningerne fra tredjeparter og de franske myndigheder vedrørende den potentielle forskelsbehandling af de forskellige typer udjævningskapaciteter er beskrevet i punkt 4.3.1.
- (167) Bemærkningerne fra interesserede parter og de franske myndigheders forslag til løsning af problemet med udelukkelsen af især grænseoverskridende kapaciteter og nye investeringer er beskrevet i punkt 4.3.3.

4.4.4. EDF's markedsstyrke

4.4.4.1. Risiko for tilbageholdelse af kapaciteter

Bemærkninger fra interesserede parter

- (168) Tre fjerdedele af de interesserede parter, der har reageret på åbningsafgørelsen, nævner specifikt risikoen for tilbageholdelse af kapaciteter i den franske mekanisme.
- (169) En sammenslutning af franske erhvervskunder frygter, at EDF ikke har interesse i at påvirke referencemarkedsprisen i opadgående retning og sælge overskydende kapacitet efter leveringsåret, da:
- 1) den bøde, som EDF i et sådant tilfælde skal betale til afregning af forskelle, i vid udstrækning bliver udlignet af indtægterne fra en forholdsvis høj referencemarkedspris, og
 - 2) referencemarkedsprisen bliver anvendt til at opkræve udgiften til kapaciteten hos langt den største del af forbrugerne og derfor bliver væltet over på sidstnævnte.
- (170) En alternativ leverandør bemærkede, at ud over den omstændighed, at de afholdte auktioner sandsynligvis ikke bliver særlig repræsentative for handlerne inden for mekanismen (leverandørerne vil formentlig hellere indgå bilaterale transaktioner for at undgå kontantforudbetalinger), kan den omstændighed, at referencemarkedsprisen ikke tager højde for transaktioner, der er gennemført i og efter leveringsåret, medføre en yderligere svækkelse af den afskrækkende virkning af mekanismen til afregning af forskelle, og at indehavere af kapaciteter tilskyndes til at bruge tilbageholdelsesstrategier.
- (171) For at give kapacitetsoperatører bedre tilskyndelse til ikke at tilbageholde kapaciteter foreslår denne alternative leverandør tre afhjælpende foranstaltninger:
- 1) at gennemgå grundlaget for referencemarkedsprisen
 - 2) at styrke den afskrækkende virkning af mekanismen til afregning af forskelle, og
 - 3) at ophæve beskyttelsesforanstaltningen (»fallback tender«), da denne kan tilskynde operatørerne til at anvende en tilbageholdelsesstrategi.
- (172) Sammenslutningen af leverandører og alternative producenter, AFIEG, kritiserer løsningsmodellen med afbalancering af kapaciteter vederlagsfrit inden leveringsåret, da den efter deres mening giver mulighed for at lege med atomkraftværkernes rådighedskapacitet og derved skabe kunstige mangelsituationer eller overkapacitet.

Frankrigs bemærkninger

- (173) I lyset af disse reaktioner fra markedsaktørerne på åbningsafgørelsen har de franske myndigheder givet udtryk for, at de er villige til at forbedre foranstaltningen for at begrænse enhver risiko for misbrug af markedsstyrke mest muligt.

- (174) De forpligter sig især til at kræve, at kapacitetsoperatørerne på forhånd omhyggeligt skal certificere alle deres rådighedskapaciteter, og de har begrænset deres certificeringsmuligheder til en tunnel, der er fastsat omkring tidligere referenceværdier (jf. figur 9). Enhver afvigelse fra dette interval skal begrundes over for RTE og kontrolinstansen.

Figur 9

Illustration af certificeringstunnellen



Kilde: Brev fra de franske myndigheder af 9. september 2016.

- (175) De franske myndigheder har desuden forpligtet sig til at revidere bestemmelserne om afbalancering med henblik på at tilskynde kapacitetsoperatørerne til at lade sig certificere optimalt. De foreslår, at enhver betydelig kumuleret afbalancering (der overstiger en tærskel på højst 1 GW; det præcise tærskelniveau skal fastsættes af myndighederne på grundlag af en tilbagemelding fra markedet, men den bliver under ingen omstændigheder højere end 1 GW), der gennemføres inden leveringsåret, skal udløse en sanktion. Sanktionen, der har til formål at afskrække kapacitetsoperatørerne fra at undercertificere eller overcertificere deres kapaciteter, forhøjes gradvist indtil tidspunktet for afregning af forskelle. Kapacitetsoperatørerne skal også opnå balance, når de får kendskab til en begivenhed, der medfører, at midler ikke er til rådighed (midlertidig lukning, endelig lukning, skader, der fører til en nedsættelse af rådighedskapaciteten i længere tid) i forhold til deres overslag over rådighedskapaciteten.
- (176) De franske myndigheder foreslår også en ændring af mekanismen til afregning af forskelle med henblik på at afholde markedsaktørerne fra at fremlægge negative eller positive forskelle på det ene eller andet tidspunkt. Navnlig bliver tilskyndelseskoefficienten »k«, der anvendes på ubalancer, fordoblet og bliver forhøjet yderligere for negative ubalancer, der overstiger en maksimumstærskel på 1 GW, og den bliver endnu mindre fordelagtig for positive ubalancer der overstiger en maksimumstærskel på 1 GW (det præcise niveau for tærsklerne skal fastsættes af myndighederne på grundlag af en tilbagemelding fra markedet, men den bliver under ingen omstændigheder højere end 1 GW).
- (177) Som svar på en indvending fra en alternativ leverandør, som mener, at beskyttelsesforanstaltningen kan tilskynde operatørerne til at anvende en tilbageholdelsesstrategi, har de franske myndigheder bekræftet, at denne foranstaltning bliver ophævet og erstattet med foranstaltningen med flerårige kontrakter (jf. betragtning 131-138 i denne afgørelse).
- (178) Endelig foreslår de franske myndigheder som anført i betragtning 146-147 i denne afgørelse at forhøje den største mængde, for hvilken prisforskelle kan godtgøres, i tilfælde af en alvorlig trussel mod forsynings sikkerheden (dvs. en samlet negativ ubalance på over 2 GW). Det foreslås, at dette loft (den offentligt fastsatte pris eller Padmin) styrkes gradvist fra 20 000/MW EUR i 2017 til 40 000/MW EUR i 2018 og 2019 og endelig til 60 000/MW EUR i 2020. De franske myndigheder forpligter sig desuden for leveringsårene 2021 og de følgende år til at ajourføre den offentligt fastsatte pris årligt for at bringe den op på en værdi, der svarer til CONE, navnlig i forbindelse med udgifterne til et gasfyret kraftvarmeværk eller et gasfyret kraftværk med åben cyklus, som beregnet af elektricitetstransmissionssystemoperatøren og godkendt af kontrolinstansen.

4.4.5. Risiko for tilbageholdelse af kapaciteter

4.4.5.1. Bemærkninger fra interesserede parter

- (179) Fire respondenter er især bekymret over risikoen for tilbageholdelse af kapacitetsgarantier eller under alle omstændigheder en manglende likviditet på garantimarkedet.
- (180) Sammenslutningen af leverandører og alternative producenter, AFIEG, bemærkede, at den mekanisme, som forpligter markedsaktører, der har overskydende garantier efter leveringsåret (men før afregningen af forskelle), til at sælge dette overskud på auktioner, ikke vil være tilstrækkelig til at forhindre tilbageholdelse af garantier inden leveringsåret (den periode, der tages højde for ved fastsættelsen af referencemarkedsprisen).

(181) Ud over forslagene om at øge incitamenterne til at opnå balance før leveringsåret (revision af grundlaget for referencemarkedsprisen og styrkelse af den afskrækkende virkning af mekanismen til afregning af forskelle) foreslår respondenterne to foranstaltninger for at forbedre adgangen til kapacitetsgarantier:

- 1) at forpligte EDF til at videresælge sine garantier på en eller anden måde (f.eks. ved hjælp af et »program for overdragelse af garantier« ved at lade det spille en rolle som »markedsforvalter«), eller
- 2) forbedre ARENH-instrumentet: a) ved at indføre et kapacitetsmæssigt ARENH. Til dette formål er det nødvendigt at opdele ARENH i to dele: en kapacitetsdel og en energidel; den enkelte leverandør kan frit tilmelde sig et hvilket som helst af de to dele eller de to dele samtidigt, og/eller b) ved at ændre mængden af de kapaciteter, der er indbygget i ARENH's energidel (1,15 garanteret af MW ARENH). I denne forbindelse har de franske myndigheder understreget, at leverandørerne har pligt til at gennemføre et offentligt salgstilbud for alle garantier, der overstiger deres interne behov. De mener, at dette bør gøre det muligt at undgå enhver eventuel tilbageholdelse af kapaciteter. Desuden bliver en del af den oprindelige operatørs kapacitetsgarantier automatisk overført til de alternative leverandører gennem ARENH, og kontrolinstansen fører fortsat tilsyn med ethvert misbrug af en potentiel markedsstyrke.

4.4.5.2. Frankrigs bemærkninger

(182) I lyset af disse bekymringer har de franske myndigheder forpligtet sig til at revidere mekanismen, således at kapacitetsoperatørerne forpligtes til at tilbyde visse minimumsmængder på hver auktionssession, der afholdes inden leveringsåret, jf. betragtning 165 og 166. Desuden vil der blive afholdt yderligere auktioner, jf. betragtning 164.

4.4.6. Risiko for en prisklemme fra den dominerende oprindelige operatørs side

4.4.6.1. Bemærkninger fra interesserede parter

(183) Under henvisning til en udtalelse fra konkurrencemyndigheden i 2012 frygter to respondenter krydssubsidiering mellem den oprindelige operatørs produktionsafdeling og markedsføringsafdeling (dvs. salg af kapacitetsgarantier til konkurrenter til en højere pris end den interne overdragelsespris mellem dennes produktionsafdeling og markedsføringsafdeling med deraf følgende udelukkelse af konkurrenter fra elforsyningsmarkedet). Denne krydssubsidiering kan efter deres mening medføre en »prisklemme« for en alternativ leverandør uden produktionsaktiver, da han vil være tvunget til at købe garantier på markedet for at opfylde sine kapacitetsforpligtelser.

4.4.6.2. Frankrigs bemærkninger

- (184) Hvad angår muligheden for, at operatørerne fører en aggressiv prispolitik (prisklemme, underbudspriser), understregede de franske myndigheder, at en sådan konkurrencefordrejende praksis allerede er underlagt konkurrencemyndighedens kontrol og pålæggelse af sanktioner.
- (185) For at gøre det lettere at opdage sådanne praksisser vil myndighederne imidlertid styrke reglerne ved at kræve, at vertikalt integrerede aktører skal meddele elektricitetsreguleringsudvalget den metode, de anvender til at tage højde for prisen på kapacitetsgarantier i deres tilbud.
- (186) De vil også tydeligere angive i reglerne, at vertikalt integrerede aktører har pligt til at give meddelelse om en pris for enhver intern transaktion vedrørende kapacitetsgarantier. Et hul i lovgivningen, der gjorde det muligt vederlagsfrit at overføre garantier, bliver således lukket.
- (187) Endelig har de franske myndigheder forpligtet sig til at give markedsaktører fuld adgang til registret over kapacitetsgarantier, i hvilket underhåndstransaktioner registreres, og samtidig garantere operatørerne af hver enkelt transaktion anonymitet.

4.5. Forebyggelse af negative virkninger for konkurrencen og samhandelen

4.5.1. Hindringer for nye produktionskapaciteters adgang til markedet

(188) Bemærkningerne fra tredjeparter og bemærkningerne fra og de korrigerende tiltag foreslået af de franske myndigheder vedrørende nye produktionskapaciteters deltagelse i den franske kapacitetsmekanisme er beskrevet i punkt 4.3.3.

- (189) De franske myndigheder anførte i deres svar på åbningsafgørelsen af 17. december 2015, at den foreslåede mekanisme ikke nødvendigvis er indført for at generere nye omfattende investeringer, der øger den samlede produktionskapacitet, men snarere for at sikre, at de nødvendige kapaciteter er til rådighed, f.eks. for at kunne håndtere en vinterkuldebølge.
- (190) De franske myndigheder har imidlertid erkendt, at mekanismen bør give nye produktionskapaciteter mulighed for at konkurrere med den eksisterende produktionskapacitet, samt at det er nødvendigt at råde over en mere stabil ramme for nye markedsaktører, som fremmer denne konkurrence. Der er foreslået to nye elementer for at løse dette problem:
- 1) Som beskrevet i betragtning 146-148, den gradvise forhøjelse med tiden af den offentligt fastsatte pris, som først stiger fra 20 000 EUR/MW for leveringsåret 2017 til 40 000 EUR/MW for leveringsårene 2018 og 2019 og endelig til 60 000 EUR/MW for leveringsåret 2020. De franske myndigheder vil fra leveringsåret (AL) 2021 årligt revidere denne offentligt fastsatte pris for at bringe den op på en værdi, der svarer til en ny markedsaktørs udgifter (CONE), navnlig til udgifterne til et gasfyret kraftvarmeværk (CCG) eller et gasfyret kraftværk med åben cyklus, som beregnet af elektricitetstransmissionssystemoperatøren og godkendt af kontrolinstansen; og
 - 2) indførelse af en flerårig ordning med kontrakter for forskelle, der er specielle for nye produktionskapaciteter, jf. betragtning 131-138.

4.5.2. Forskelsbehandling af implicitte og eksplicitte udjævningskapaciteter

- (191) Bemærkningerne fra tredjeparter og de franske myndigheder vedrørende dette punkt er uddybet i punkt 4.3.1.

4.5.3. Udenlandske kapaciteters eksplicitte deltagelse

- (192) Bemærkningerne fra tredjeparter og bemærkningerne fra og de korrigerende tiltag foreslået af de franske myndigheder vedrørende udenlandske kapaciteters eksplicitte deltagelse er beskrevet i punkt 4.3.2.
- (193) Som anført i betragtning 119-125 har de franske myndigheder som svar på Kommissionens og tredjeparters bekymringer foreslået en blandet model med tildeling af sammenkoblingsbilletter, som definitivt giver udenlandske produktionskapaciteter mulighed for at deltage. De mener, at denne tilgang er i overensstemmelse med de grundprincipper, som er omhandlet i bilag 2 til det arbejdsdokument, der er vedføjet som bilag til Kommissionens sektorundersøgelse af kapacitetsmekanismerne.

4.5.4. Manglende informationssymmetri mellem den dominerende oprindelige operatør og dennes nuværende og potentielle konkurrenter

4.5.4.1. Leverandørerne har svært ved i tide at forudse udviklingen af deres kundeportefølje

Bemærkninger fra interesserede parter

- (194) Bemærkningerne fra tredjeparter til dette punkt er medtaget i punkt 4.3.3.1.

Frankrigs bemærkninger

- (195) Frankrigs bemærkninger til dette punkt er gengivet i betragtning 139.
- (196) Som anført i betragtning 140 går det seneste forslag fra de franske myndigheder ud på at hjælpe leverandørerne med bedre at vurdere deres fremtidige kundeporteføljer og at indarbejde denne bistand udtrykkeligt i reglerne.

4.5.4.2. Manglende gennemsigthed i fastsættelsen af kapacitetsprisen

Bemærkninger fra interesserede parter

- (197) Bemærkningerne fra tredjeparter til dette punkt er gengivet i betragtning 159 og 160.

Frankrigs bemærkninger

- (198) Som anført i punkt 4.4.2 går det seneste forslag til dette punkt ud på at bidrage til at give leverandørerne fleksibilitet ved at give mulighed for underhåndstransaktioner og samtidig sikre likviditet på auktionsplatformen samt gennemsigtighed i underhåndsauktioner.

5. VURDERING AF FORANSTALTNINGEN**5.1. Statsstøtte efter artikel 107, stk. 1, i TEUF**

- (199) Kommissionen fastslog allerede i åbningsafgørelsens betragtning 143, at mekanismen udgør statsstøtte efter artikel 107, stk. 1, i TEUF.

5.1.1. Tilregnelser til staten og finansiering med statsmidler

- (200) Hvad angår spørgsmålet, om den franske kapacitetsmekanisme omfatter statsmidler, tildeler de franske myndigheder vederlagsfrit kapacitetsgarantier til kapacitetsoperatørerne. Samtidig skaber myndighederne et marked for disse certifikater ved at pålægge elleverandørerne en kvoteforpligtelse, hvis omfang afhænger af kundernes efterspørgsel i spidsbelastningsperioder. Dermed skabes der en efterspørgsel efter certifikaterne og en tilsvarende værdi. Desuden tildeler staten vederlagsfrit certifikaterne i stedet for at sælge dem til kapacitetsoperatørerne eller bortauktionere dem, hvilket betyder, at der gives afkald på statsmidler.
- (201) Hverken de franske myndigheder eller tredjeparter har fremsat argumenter, der sætter spørgsmålstegn ved denne analyse.
- (202) Kommissionen har derimod i mellemtiden vedtaget en afgørelse, der bekræfter, at et støttesystem med certifikater til anlæg, der producerer elektricitet fra vedvarende energikilder ⁽³¹⁾, udgør statsstøtte. Det skal bemærkes, at der i dette tilfælde ikke var garanteret en minimumspris for disse grønne certifikater.
- (203) Det er desuden ikke korrekt at sondre mellem nærværende sag og sagen med rumænske grønne certifikater ved at anføre, at leverandørerne i den franske mekanisme kan vælge, om de vil videregive udgifterne til erhvervelse af kapacitetsgarantier til forbrugerne. I det mindste integrerer de regulerede salgstariffer obligatorisk prisen for kapacitetsgarantierne i medfør af artikel R 337-19 i dekret nr. 2015-1823 af 30. december 2015 om kodificering af energilovens lovdel. De franske myndigheder har desuden anført, at markedsprisen (den referencemarkedspris, der anvendes til afregning af forskelle) skal være et gennemsnit af de priser, der fremkommer af de forskellige afholdte auktioner (og kan derfor ikke tage højde for priserne fra underhåndstransaktioner), for at sikre referencemarkedsprisens replikabilitet. Referencemarkedsprisens replikabilitet betyder, at man kan gengive referencemarkedsprisen i leverandørers salgskontrakter over for deres kunder, og det er ifølge de franske myndigheder et ønske fra en stor del af aktørerne. Dette bekræfter, at næsten alle leverandører viderefakturerer udgifterne i forbindelse med køb af kapacitetsgarantier til deres kunder.
- (204) Desuden fastsatte kapacitetsmekanismen i dens oprindelige form en »blokadeforanstaltning«, dvs. en udbudsprocedure, der tjente som en tilbagetrækningsløsning for de offentlige myndigheder, der kunne anvendes, hvis kapacitetsmarkedet, når der var behov for nye kapaciteter, ikke tilskyndede til at skabe nye kapaciteter. Denne mulighed for, at staten kan intervenere direkte i markedet, bekræfter yderligere, at kapacitetsmekanismen udgør statsstøtte.
- (205) Endvidere må nogle ændringer, som Frankrig har foretaget i kapacitetsmekanismen som følge af bemærkninger fra interesserede parter vedrørende den tvivl, som Kommissionen har givet udtryk for i åbningsafgørelsen, i sig selv anses for statsstøtte. Det drejer sig om de flerårige kontrakter, ved hvilke staten garanterer kontrahenterne en vis kapacitetsmæssig indtægt i en periode på syv år. Staten spiller en afgørende rolle i denne mekanisme: Det er staten, der forpligter RTE til at indgå kontrakter med nye kapaciteter, når blot de er konkurrencedygtige, og disse kontrakter sikrer, at disse nye kapaciteter får en fast pris for deres kapacitet i syv år.

⁽³¹⁾ SA.37345 (2015/NN) — Polsk system med oprindelsescertifikater med henblik på at fremme vedvarende energi og begrænse byrderne som følge af energiintensive brugeres forpligtelse til certifikater vedrørende vedvarende energi.

5.1.2. Selektiv fordel

- (206) Hvad angår argumentet fra EDF samt et selskab, der hovedsageligt er aktivt i Frankrig inden for engrossalg, om, at mekanismen udgør en forpligtelse til offentlig tjeneste, da kapacitetsgodtgørelsen er en modydelse til en tjeneste ydet af kapacitetsoperatørerne, mener Kommissionen, at dette argument allerede er blevet behandlet i åbningsafgørelsen. Det skal bemærkes, at Kommissionen har fastslået, at tjenesten hverken kan ydes eller udnyttes af markedet. De franske myndigheder har været nødt til at skabe et marked ved at pålægge de forskellige aktører på elektricitetsmarkedet rådighedsforpligtelse og forpligtelse til tilbageholdelse af kapacitetsgarantier, for at rådighedskapaciteten kan udnyttes. Kapacitetsoperatørerne får som følge af indførelsen af dette kapacitetsmarked midler, som de ellers ikke ville have fået, og opnår derved en fordel, som de ikke ville have opnået, hvis det marked, som myndighederne har skabt, ikke eksisterede.
- (207) Derfor er det argument, som EDF og et andet vertikalt integreret elektricitetsselskab fremfører om, at kapacitetsmekanismen ikke giver kapacitetsoperatørerne nogen selektiv fordel, da alle aktører i mekanismen befinder sig i en identisk faktuel og juridisk situation og nyder godt af en fuldstændig ligebehandling, allerede behandlet i den nævnte åbningsafgørelse. Det skal bemærkes, at Kommissionen mener, at fordelene er selektive, da der med mekanismen tildeles støtte til kapacitetsoperatører og ikke til andre økonomiske sektorer.
- (208) Da Frankrig heller ikke har fremført nye argumenter, fastholder Kommissionen sin vurdering og sine konklusioner i åbningsafgørelsen (som denne afgørelse henviser til) om, at mekanismen giver kapacitetsoperatørerne en selektiv fordel.

5.1.3. Påvirkning af konkurrencen og samhandelen mellem medlemsstaterne

- (209) De franske myndigheder har gentaget deres argumenter om, at kapacitetsmekanismen ikke vil påvirke elektricitetsmarkedet, og Kommissionen har taget dem i betragtning i åbningsafgørelsen. Det skal bemærkes, at Kommissionen havde fastslået, at mekanismen vil kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne og fordreje konkurrencen, da de franske kapacitetsoperatører vil få en fordel, som deres udenlandske konkurrenter ikke kan få, da de ikke har ret til at deltage i kapaciteten på det franske marked.
- (210) Det skal bemærkes, at et af de korrigerende tiltag, som Frankrig foreslår, går ud på, at de grænseoverskridende kapaciteter kan deltage i den franske mekanisme. Denne deltagelse er dog begrænset til Frankrigs sammenkoblingskapacitet (dvs. efter anvendelse af reduktionsfaktorer (*de-rating*)) med dets nabolande. Desuden er det ikke garanteret, at disse grænseoverskridende kapaciteter får samme godtgørelse som de franske kapaciteter for den ydede tjeneste på grund af de yderligere udgifter til deltagelse i den franske mekanisme i forbindelse med erhvervelse og tilbagekøb af sammenkoblingsbillerter.
- (211) Det følger heraf, at Kommissionens vurdering og konklusion i åbningsafgørelsen (som denne afgørelse henviser til), der fastslår, at den fordel med hensyn til kapacitetsgodtgørelse, som franske kapacitetsoperatører tildeles, vil kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne og fordreje konkurrencen, fastholdes.

5.1.4. Konklusion vedrørende spørgsmålet om statsstøtte

- (212) Af ovennævnte grunde fastholder Kommissionen, at den franske kapacitetsmekanisme udgør statsstøtte efter artikel 107, stk. 1, i TEUF.

5.2. Støttens lovlighed

- (213) Ved at påbegynde den første certificering af kapacitetsleverandører den 1. april 2015 har de franske myndigheder indledt tildelingen af immaterielle aktiver til modtagerne. Kommissionen finder derfor, at de franske myndigheder i henhold til artikel 108, stk. 3, i TEUF har sat støtteforanstaltningen i kraft.
- (214) De franske myndigheder har desuden ikke indstillet eventuelle kapacitetsgarantitransaktioner som følge af åbningsafgørelsen.

- (215) Eftersom Kommission ikke havde truffet endelig afgørelse vedrørende foranstaltningen inden den dato, hvor de franske myndigheder satte mekanismen i kraft, har Frankrig handlet i strid med den forpligtelse, som artikel 108, stk. 3, i TEUF pålægger det.

5.3. Forenelighed med det indre marked

- (216) For at vurdere, om en støtteforanstaltning kan anses for at være forenelig med det indre marked, undersøger Kommissionen generelt, om støtten er udformet på en sådan måde, at dens positive virkninger i forbindelse med gennemførelsen af et mål af fælles interesse opvejer de eventuelle negative virkninger for samhandelen og konkurrencen.
- (217) Foranstaltningens hovedformål er at skabe elforsynings sikkerhed. Kommissionen har derfor vurderet støtteordningens forenelighed med det indre marked efter afsnit 3.9 i retningslinjerne for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi 2014-2020, som vedrører støtte til at skabe tilstrækkelig produktionskapacitet.
- (218) Kommissionens analyse i denne afgørelse omfatter kun de punkter, om hvilke Kommissionen gav udtryk for tvivl i åbningsafgørelsen.

5.3.1. Mål af fælles interesse og nødvendighed

5.3.1.1. Forsynings sikkerheden

- (219) Som anført i åbningsafgørelsens betragtning 149 har Frankrig forklaret, at elspidsbelastningen i nogle år har været stigende (fra 79 590 MW i 2001 til 102 100 MW i 2012), mens den gennemsnitlige efterspørgsel efter elektricitet har været stabil. Dette skyldes angiveligt det franske elsystems varmekølsomhed på grund af en stor anvendelse af elektrisk opvarmning i beboelses- og erhvervsejendomme.
- (220) Desuden er spidsbelastningsproduktionsanlæg (normalt gasfyrede kraftværker) ifølge Frankrig blevet mindre konkurrencedygtige i løbet af de seneste år af en række grunde (jf. betragtning 45). Til trods for dette er disse gasfyrede kraftværker, og særlig spidsbelastningsanlæg, nødvendige for at dække de ekstreme spidsbelastningsperioder, der er beskrevet i punkt 5.3.1.1. Disse spidsbelastningsperioders sjældne og uforudsigelige forekomst betyder, at markedsaktørerne afholder sig fra at investere i nye produktionskapaciteter.
- (221) Af disse grunde, og som RTE's beregninger i betragtning 105 viser, risikerer man, at det franske udfaldskriterium på tre timer om året i gennemsnit ikke længere kan opfyldes i tilfælde af en kuldebølge (én gang hvert tiende år i Frankrig).
- (222) Under henvisning til åbningsafgørelsens betragtning 154 har Frankrig påvist, at RTE's tilstrækkelighedsundersøgelser var nyere og mere detaljerede end de tidligere deterministiske undersøgelser fra REGRT-E. De tager f.eks. højde for visse eksisterende anlægs vanskelige situation og risikoen for, at de lukker (scenariet »lav varme«, jf. figur 3). Af disse grunde kan der være forskelle mellem de tidligere tilstrækkelighedsundersøgelser fra RTE og undersøgelserne fra REGRT-E.
- (223) I denne forbindelse har Frankrig taget højde for konklusionerne i *Mid-Term Adequacy Forecast*, som blev offentliggjort i 2016 af REGRT-E, og som er den første udgave, der anvender en sandsynlighedsorienteret metode (jf. betragtning 100). I basistilfældet med år 2020 er det forventede udfald i Frankrig lidt lavere end det forsynings sikkerhedsmål, som de offentlige myndigheder har fastsat. Dette er dog ikke tilfældet i den undersøgelse, der er gennemført med GRARE, og som er baseret på det største antal Monte-Carlo-simuleringer (2 100), der vurderer det forventede udfald i Frankrig til 5-20 timer (P95). Det skal desuden bemærkes, at alle de gennemførte undersøgelser for året 2020 er baseret på følgende antagelser: i) at midlertidigt lukkede anlæg er til fuld rådighed, hvilket er en optimistisk antagelse ifølge REGRT-E, og ii) at den franske kapacitetsmekanisme er aktiv i årene 2017-2020. Det kan heraf konkluderes, at de nyeste undersøgelser fra REGRT-E ikke modsiger og endog bekræfter de franske myndigheders konklusioner vedrørende mekanismens behov.

- (224) Undersøgelserne fra RTE tager også højde for de nyeste data om spidsbelastningen og dermed virkningen af alternative foranstaltninger, der træffes for at øge udjævningskapaciteterne (som Kommissionen har anmodet om i åbningsafgørelsens betragtning 163). De viser dog tydeligt, at det maksimale udfaldsniveau, der er fastsat i Frankrig, risikerer at blive overskredet i de kommende år uden statslig indgriben.
- (225) Langt den største del af de interesserede parter er også enige i, at det er nødvendigt (samt at det haster med) at indføre en kapacitetsmekanisme i Frankrig. Nogle af dem har fremlagt deres finansieringsplaner for at påvise, at der er et *missing money*-problem i Frankrig i modsætning til det, som konkurrencemyndigheden vurderede i sin udtalelse fra 2012 (jf. åbningsafgørelsens betragtning 158).
- (226) Det er rigtigt, at RTE's analyse af kapaciteternes tilstrækkelighed i prognosen fra 2015 var mere optimistisk end analysen fra 2014 (det år, hvor kapacitetsmekanismen blev sat i kraft), men Frankrig har forklaret, at denne forbedring skyldes signalet fra indførelsen af mekanismen (takket være indførelsen af mekanismen trak nogle anlæg deres beslutning om at lukke tilbage).
- (227) Selv om Frankrig ikke bestrider, at der for tiden eksisterer en overkapacitet i Frankrig, udelukker dette dog ikke, at forsyningssikkerheden bliver truet i de kommende år, nærmere bestemt hvis mange produktionsanlæg med underskud bliver nødt til at lukke. RTE's undersøgelser bekræfter, at der er et *missing money*-problem og anfører, at denne risiko for lukning af anlæg er reel, hvilket desuden underbygges i betragtning 43, 44 og 46.

5.3.1.2. Vedrørende de andre klagepunkter fremført af Kommissionen

- (228) Hvad angår forslaget om at anvende differentierede priser for anvendelse af net i forhold til sæson, ugedag og/eller tidspunkter på dagen, har Frankrig bekræftet, at »TURPE« allerede er sæsonbestemt.
- (229) Frankrig har desuden givet en tilfredsstillende forklaring på de reduktionsfaktorer (*de-rating*), der anvendes på vedvarende energi, som Kommissionen har anmodet om i åbningsafgørelsens betragtning 153. De er optimistiske med hensyn til vedvarende energis bidrag til forsyningssikkerheden og giver derfor ikke længere anledning til bekymring for en undervurdering af rådighedskapaciteterne. Anlæg, der producerer elektricitet fra vedvarende energikilder, har under alle omstændigheder mulighed for at vælge den generelle ordning, som er baseret på kontrolleret selvcertificering.

5.3.1.3. Konklusion vedrørende målet af fælles interesse og foranstaltningens nødvendighed

- (230) Af disse grunde mener Kommissionen, at mekanismen, som tjener målet om fælles interesse om at sikre elforsyningssikkerheden, er nødvendig i Frankrig. Denne er endvidere ikke i strid med det mål, der er fastsat i retningslinjerne for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi, om gradvist at fjerne miljøskadelige tilskud ved at fremme efterspørgselsstyring (232), ved at øge sammenkoblingernes kapacitet (194), ved at inkludere bidraget fra vedvarende energi i mekanismen (230) og ved at give producenter med lav CO₂-emission en fortrinsstilling (137).

5.3.2. Støttens egnethed

5.3.2.1. Forskelsbehandling af de forskellige typer udjævningskapaciteter

- (231) Frankrig bestrider ikke den differentierede behandling af de såkaldte eksplicite og implicite udjævningskapaciteter. Det mener tværtimod, at det er nødvendigt at have forskellige betingelser for at give de to typer udjævningskapacitet mulighed for at deltage i mekanismen på lige fod. Frankrig har været nødt til at finde en god balance mellem de to kapacitetstypers aktiverings- og rådighedsforpligtelser, uden at begrænse mulighederne for at deltage i kapacitetsmekanismen.
- (232) Kommissionen er enig med Frankrig i, at det især hænger sammen, at det antal dage, som forpligtelsen til implicit udjævning vedrører (PP1-dage), er lavere end det antal dage, hvor en eksplicit udjævningsoperator skal være til rådighed, idet den krævede modydelse for en implicit udjævning er højere (aktivering versus rådighedskapacitet).

- (233) Kommissionen accepterer, at antallet af PP2-timer skal være målrettet for ikke at udelukke eksplicitte udjævningskapaciteter fra mekanismen eller for ikke at begrænse deres deltagelse mere end nødvendigt.
- (234) Som anført i betragtning 111-115 har RTE gennemført en indgående undersøgelse for at fastlægge antallet af PP1- og PP2-timer med henblik på at basere denne dimensionering på den virkning, som udjævningskapaciteterne kan have på opfangningen af udfald. Det fremgår af undersøgelsen, at 94 % af udfaldstimerne kunne være opfanget i de 100 årlige timer med et større strømforbrug (derfor repræsenterer PP1-perioden de 100-150 timer med det største forbrug), og at 99 % af udfaldstimerne er inkluderet i de 300 timer med det største strømforbrug (derfor dækker PP2 100-300 timer ⁽³²⁾ med det største strømforbrug).
- (235) Desuden er argumentet fra nogle tredjeparter om, at eksplicitte udjævningskapaciteter kun skal aktiveres i perioder med kuldebølger (dvs. én gang hvert tiende år), efter vores mening ikke berettiget, da samtlige kapaciteter faktisk bliver aktiveret mindst én gang i hvert leveringsår i forbindelse med kontroltesten.
- (236) Af disse grunde mener Kommissionen, at Frankrig har fundet en rimelig balance mellem udjævningskapaciteternes forskellige forpligtelser uden derved at begrænse deres deltagelse i mekanismen. Kommissionen noterer sig Frankrigs forslag om i fremtiden at vurdere forholdet mellem PP1 og PP2 og at revidere det, hvis det viser sig nødvendigt.
- (237) Foranstaltningen er således tilstrækkelig fleksibel og giver de forskellige udjævningskapaciteter relevante og passende incitamenter, som der anmodes om i punkt 226 i retningslinjerne for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi.

5.3.2.2. Udelukkelse af grænseoverskridende kapaciteter

- (238) For at fjerne Kommissionens bekymring over dette punkt har de franske myndigheder foreslået en mekanisme, der giver grænseoverskridende produktions- og udjævningskapaciteter mulighed for at deltage »eksplicit« i den franske mekanisme. Dette forslag forudsætter, at der indgås samarbejdsaftaler med transmissionssystemoperatørerne i de nabolande, hvor de deltagende kapaciteter er etableret. For at undgå, at de grænseoverskridende kapaciteter deltager på en implicit måde, hvis der ikke indgås en sådan aftale, har de franske myndigheder foreslået at certificere de berørte sammenkoblinger, således at de kan deltage direkte i mekanismen ⁽³³⁾.
- (239) Den løsning, som Frankrig har foreslået, og som er beskrevet i denne afgørelses betragtning 119-124, er derfor i overensstemmelse med punkt 226 i retningslinjerne for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi. Kommissionen understreger, at planlægningen af iværksættelsen af denne løsning, jf. betragtning 125, betragtes som en strengt nødvendig planlægning, og at Frankrig skal informere Kommissionen om de forskellige etaper af iværksættelsen af denne løsning.

5.3.2.3. Manglende signaler til nye investeringer

Mangel på langtidskontrakter

- (240) Som følge af den bekymring, som Kommissionen har givet udtryk for vedrørende dette punkt i åbningsafgørelsen, har Frankrig foreslået en mekanisme, der giver nye kapaciteter mulighed for at deltage reelt i kapacitetsmekanismen som beskrevet i betragtning 131-138 i denne afgørelse. Denne mekanisme består i indgåelse af flerårige kontrakter med nye konkurrencedygtige kapaciteter.
- (241) Kommissionen har allerede fastslået, at kontrakter med længere varighed kan være berettigede med henblik på at tiltrække nye investeringer, særlig nye markedsaktører, for at give dem lettere adgang til finansiering ⁽³⁴⁾.
- (242) Frankrig har forklaret, at formålet med en kontraktvarighed på syv år for nye investeringer er at sikre ca. 50 % af nye kapaciteters investeringsudgifter. Denne foranstaltning skal således bidrage til at reducere det udbytte, som initiativtagerne til og investorerne i disse investeringsprojekter kræver, og den fremmer ekstern finansiering af dem. Det skal desuden bemærkes, at kontraktens varighed er kortere end den periode på 20 år, der anvendes til

⁽³²⁾ Inden for intervallet på 100-300 timer har de franske myndigheder anvendt tallet 250 timer af de grunde, der er anført i betragtning 114.

⁽³³⁾ Jf. fodnote 24.

⁽³⁴⁾ Kommissionens afgørelse C(2014) 5083 final af 23. juli 2014, SA.35980 — GB capacity mechanism, betragtning 129 og 139.

Landvisiau-projektet i Storbritannien og 15 år i den britiske kapacitetsmekanisme. Selv om det er svært at fastsætte en god og passende reference for varigheden af kapacitetskontrakterne, skal det bemærkes, at kortere varigheder indebærer den fordel, at markedet får en større manøvremargin på længere sigt, og at man undgår en fastlåsning i valget af teknologier (*lock-in effect*).

- (243) Kommissionen mener, at Frankrig har skabt en god balance mellem fordelene og ulemperne ved de forskellige mulige varigheder af kontrakterne, og at den valgte varighed sikrer en tilfredsstillende beskyttelse af langsigtede investeringer, samtidig med at man undgår risikoen for »fastlåsning« af teknologier, som kunne være et resultat af længere varigheder.

Leverandørerne har svært ved i tide at forudse udviklingen af deres kundeportefølje

- (244) Kommissionen gav i åbningsafgørelsen udtryk for bekymring vedrørende leverandørernes, og især nye markedsaktørers, mulighed for nøjagtigt og i tide at forudse udviklingen af deres kundeportefølje og således give markedet et pålideligt prissignal vedrørende systemets kapacitetsbehov.
- (245) Denne bekymring, som bekræftes af flere tredjeparter, blev rejst på tre niveauer. Frankrig har for det første foreslået at forpligte RTE til at hjælpe alternative leverandører med bedre at fastsætte det endelige niveau for deres kapacitetsforpligtelse. For det andet giver mekanismen mulighed for en øget gennemsigtighed og likviditet på certifikatmarkedet. For det tredje giver mekanismen mulighed for en justering af små leverandørers certifikatportefølje med henblik på at opnå balance i disse porteføljer både i leveringsåret, men også efterfølgende.
- (246) Dette tiltag vil hjælpe alternative leverandører med bedre at vurdere deres præcise kapacitetsgarantiforpligtelser på forhånd. Ved at hjælpe leverandørerne med bedre at vurdere deres kapacitetsbehov sikrer dette tiltag en kapacitetspris, som er mere præcis, og som om nødvendigt tilskynder til at investere i nye kapaciteter.

Potentiel mangel på incitamenter til, at aktørerne opnår balance inden leveringsåret (AL)

- (247) Som følge af Kommissionens forbehold vedrørende de potentielt utilstrækkelige incitamenter til aktørerne til at opnå balance inden leveringsåret (AL) har de franske myndigheder foreslået, at enhver betydelig kumulativ afbalancering, der gennemføres før leveringsåret, udløser en sanktion. Desuden foreslår myndighederne at fordoble tilskyndelseskoefficienten »k«, der anvendes på ubalancer, og at forhøje bøden for afregning af forskelle yderligere (over for en markedstransaktion) for ubalancer, der overstiger en tærskel på højst 1 GW (jf. betragtning 141 og 143). Dertil kommer den tidligere regel om, at fra leveringsårets start sker enhver afbalancering mod betaling.
- (248) De tiltag, som Frankrig foreslår, har et fælles mål, som er at tilskynde mekanismens aktører til at opnå balance inden leveringsårets start og under alle omstændigheder inden afregningen af forskelle. Dette vil tilskynde aktørerne til at gennemføre langt størstedelen af de nødvendige transaktioner inden leveringsåret og vil desuden øge referencemarkedsprisen repræsentativitet (anvendes til afregning af forskelle og til viderefakturering til forbrugerne). Prissignalet fra handel med kapacitetsgarantier vil efter vores mening være mere repræsentativt og pålideligt, og mekanismen vil få større troværdighed med henblik på at tilskynde til nye investeringer, når der er behov for det.

Loftet over prisen for afregninger af forskelle afspejler ikke CONE

- (249) Som reaktion på kritikken fra Kommissionen om, at loftet over prisen for afregninger af forskelle ikke afspejler CONE, har de franske myndigheder forpligtet sig til gradvist at forhøje den offentligt fastsatte pris (jf. betragtning 146 og 147), for endelig fra leveringsåret 2021 at bringe den op på en værdi, der svarer til en ny markedsaktørs udgifter (CONE).
- (250) Dette tiltag er i overensstemmelse med markedsefterspørgslen og Kommissionens anmodninger om at tilpasse det indirekte loft på kapacitetspriserne, som er den offentligt fastsatte pris, til en ny markedsaktørs udgifter. Der kan således, når der er behov for det, gennemføres nye investeringer.

- (251) De franske myndigheder har desuden forsikret Kommissionen om, at margenen mellem ARENH og markedsprisen på elektricitet ikke udgør et implicit loft på kapacitetsprisen (jf. betragtning 149-151). De har nærmere bestemt forklaret, at mængden af kapacitetsgarantier forbundet med ARENH-instrumentet er tilstrækkeligt lille sammenlignet med det samlede kapacitetsmarked, og den er derfor ikke i stand til at påvirke prisen på andre kapacitetsgarantier. Den nuværende margen betyder desuden, at ARENH ikke er et konkurrencedygtigt instrument på nuværende tidspunkt. Kommissionen noterer sig dog, at de franske myndigheder i forbindelse med en fremtidig vurdering af mekanismen vil undersøge muligheden for at »finansialisere« ARENH-instrumentets kapacitetsdel for at undgå, at dette instrument i givet fald forstyrrer den frie prisdannelse på kapacitetsmarkedet.

Konklusion vedrørende signaler til nye investeringer

- (252) De forskellige tiltag, som Frankrig har foreslået for at skabe bedre incitamenter til nye investeringer, er i overensstemmelse med punkt 226 i retningslinjerne for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi. Frankrig iværksætter navnlig foranstaltninger for at sikre grænseoverskridende kapaciteters deltagelse og for at skabe incitamenter til nye investeringer, hvilket sikrer, at en lang række potentielle kapacitetsoperatører får adgang til mekanismen.

5.3.2.4. Andre klagepunkter fremført af Kommissionen

- (253) De franske myndigheder har til Kommissionens tilfredshed uddybet grundene til, at de havde bibeholdt de forskellige forslag til forbedring af mekanismen fra konkurrencemyndigheden.

5.3.2.5. Konklusion vedrørende foranstaltningens egnethed

- (254) Det følger af ovenstående betragtninger, at foranstaltningen er egnet til at opfylde det fastsatte mål af fælles interesse.

5.3.3. Tilskyndelsesvirkning

- (255) Kommissionen fastslog allerede i åbningsafgørelsens betragtning 184, at mekanismen kunne have den krævede tilskyndelsesvirkning. Den fastholder denne konklusion.

5.3.4. Proportionalitet

5.3.4.1. For høj ansættelse af forbruget

- (256) Kommissionen påviste allerede i åbningsafgørelsen en risiko for, at leverandørerne ansætter forbruget for højt, især hvis leverandørernes individuelle kapacitetsforpligtelser ikke er tilstrækkeligt klare.
- (257) Det følger af Kommissionens bemærkninger i betragtning 245-247, at de franske myndigheder har fastsat foranstaltninger, der skal hjælpe leverandørerne med at foretage en bedre beregning af deres kapacitetsforpligtelser.
- (258) Dette tiltag imødekommer de klagepunkter, som Kommissionen har fremført i åbningsafgørelsen

5.3.4.2. Manglende gennemsigthed i fastsættelsen af kapacitetsprisen

- (259) I den oprindelige udgave af kapacitetsmekanismen havde de forskellige aktører et dårligt overblik over underhåndstransaktioner, da de var afhængige af CRE's regelmæssige offentliggørelse af oplysninger om de udvekslede mængder kapacitetsgarantier og de gennemsnitlige transaktionspriser. For at forhindre misbrug og utilstrækkelig gennemsigthed forpligtede de franske myndigheder vertikalt integrerede aktører til at have separate konti i registret over kapacitetsgarantier (en konto til kapacitetsoperatører og en konto til leverandører).
- (260) Som følge af Kommissionens bekymring for, at de handelsaftaler, der indgås under mekanismen, ikke er tilstrækkelig gennemsigtige, har Frankrig foreslået tiltag med henblik på at forbedre gennemsigtheden i alle handler og for alle aktører. For det første foreslår de franske myndigheder at give alle aktører adgang til et register over underhåndstransaktioner (som er anonymiserede), og derved sikre mængders og prisers gennemsigthed og samtidig garantere operatørernes anonymitet (jf. betragtning 163). For det andet foreslår de at styrke de afholdte auktioner ved at forhøje antallet af auktioner i løbet af de fire år forud for det første leveringsår til 15, og ved at kræve, at bestemte kapacitetsleverandører (de certificeringsområdeansvarlige > 3 GW) skal tilbyde deres certifikater på markedet på grundlag af en detaljeret plan (jf. betragtning 164 og 165).

- (261) Den tilgang, som de franske myndigheder foreslår, giver leverandørerne en vis fleksibilitet ved at give mulighed for underhåndstransaktioner og samtidig sikre en vis gennemsigtighed i disse transaktioner.
- (262) Fri adgang til transaktionsregistret (anonymiseret) gør det muligt at sikre gennemsigtighed i underhåndsaftaler og sikre, at der er symmetri mellem oplysningerne mellem den dominerende operatør — som er den primære sælger — og dennes konkurrenter. Den giver ligeledes aktørerne mulighed for at tage højde for priserne i underhåndsaftaler i udformningen af deres tilbud på spotmarkedet og derved sikre en bedre sammenhæng mellem de to markeder. Den styrker også kontrolinstansens kontrol ved straks at afsløre en operatørs forsøg på prismanipulation, hvis sidstnævnte har udvist en helt anderledes adfærd på det officielle marked end i forbindelse med underhåndsaftaler.
- (263) Desuden bør styrkelsen af officielle auktioner sikre en tilstrækkelig likviditet på disse auktioner og derved styrke referencemarkedsprisens repræsentativitet (den kapacitetspris, der anvendes af de fleste leverandører til deres salg og ligeledes som referenceværdi for mekanismen til afregning af forskelle).
- (264) Dette tiltag giver mulighed for at forebygge risikoen for, at de største kapacitetsoperatører foretager en »økonomisk tilbageholdelse« af kapacitetsgarantier, for at fremme gennemsigtigheden på markedet, øge det officielle markeds likviditet og lette kontrolinstansens markedstilsyn.
- (265) Indførelsen af et »dobbel krav« for årene AL-3, AL-2 og AL-1, mindsker risikoen for, at de integrerede aktører manipulerer markedet. Sidstnævnte kunne kunstigt mindske antallet af deres usolgte certifikater ved at gennemføre interne overdragelser. Ved at indføre et krav vedrørende den certificerede kapacitet sikrer de franske myndigheder, at de integrerede aktører — selv om de foretager interne overdragelser — forpligtes til at garantere en vis likviditet på det officielle spotmarked.
- (266) Med valget om at fastsætte kravet til den certificerede kapacitet til 25 % kan det sikres, at de integrerede aktører — og især den dominerende operatør — tilbyder alle en del af deres certifikater på det officielle spotmarked og ikke kan unddrage sig denne betingelse gennem deres interne overdragelser. Dette tiltag svarer til en løsning af typen *market-making*.
- (267) Anvendelsen af en tærskel (i GW) på kravet om at tilbyde visse mængder kapacitetsgarantier på officielle auktioner betyder, at det er de største aktører, og især den oprindelige operatør, der påtager sig rollen som »*market maker*« i mekanismen og til enhver tid sikrer likviditeten på auktioner.
- (268) Ved at sikre markedslikviditeten har de franske myndigheder reageret på det klagepunkt, som Kommissionen fremførte i åbningsafgørelsens betragtning 200.
- (269) De franske myndigheder har generelt med disse tiltag reageret på de bekymringer, som Kommissionen fremførte i åbningsafgørelsen, vedrørende prisfastsættelsesmekanismens manglende gennemsigtighed.

5.3.4.3. Udelukkelse af visse typer kapacitetsoperatører fra mekanismen

- (270) Kommissionen anførte i åbningsafgørelsen, at risikoen for udelukkelse af visse aktører fra mekanismen såsom visse udjævningskapaciteter (på grund af en potentiel forskelsbehandling af dem), udenlandske kapaciteter eller nye produktionskapaciteter kunne indebære en overkompensation af de aktører, der kan deltage i mekanismen, på grund af et mindre konkurrencemæssigt pres.
- (271) Som anført i henholdsvis punkt 5.3.2.1, 5.3.2.2 og 5.3.2.3 har de franske myndigheder forpligtet sig til at træffe passende foranstaltninger for at sikre, at de ovennævnte aktører reelt kan deltage i mekanismen. Dette vil sikre konkurrencen inden for mekanismen og bør føre til en kapacitetspris, der udelukker overkompensation.
- (272) For at være i overensstemmelse med retningslinjerne for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi skal de foreslåede mekanismer for grænseoverskridende kapaciteters deltagelse og for indgåelse af flerårige kontrakter med nye produktionskapaciteter være proportionelle.

- (273) Mekanismen for optagelse af grænseoverskridende kapaciteter er beskrevet i betragtning 119-124 i denne afgørelse. Når de udenlandske kapaciteter har fået sammenkoblingsbilletter, deltager de direkte i det franske kapacitetsgarantimarked på en sådan måde, at hvis dette marked ikke anses for at medføre overkompensation, gælder det samme for udenlandske kapaciteters salg af garantier. Inden for den mekanisme, der er indført for at give udenlandske kapaciteter mulighed for at deltage, kan sammenkoblingskapaciteter også nyde godt af en vis godtgørelse ved salg af sammenkoblingsbilletter. Da det kan antages, at deltagelsen i disse auktioner bliver meget stor (al udjævnings- og produktionskapacitet i nabomedlemsstaten kan deltage), særlig i betragtning af omfanget af billetter, som kan forventes tilbudt på auktioner, kan man gå ud fra, at disse auktioner ikke vil medføre nogen overkompensation. Denne mekanisme er derfor passende.
- (274) Den mekanisme, som de franske myndigheder foreslår for at give nye kapaciteter mulighed for at deltage i det franske kapacitetsmarked er beskrevet i betragtning 131-138 i denne afgørelse. Hvad angår denne mekanismes proportionalitet, udelukker den efter Kommissionens mening enhver overkompensation til fordel for nye kapaciteter. Sidstnævntes tilbud bør navnlig under alle omstændigheder være lavere end den oprindelige referencepris, som svarer til den gennemsnitlige pris som følge af forskellige konkurrenceprocesser (det foreslås, at den beregnes som den vægtede pris på den kapacitet, som er et resultat af den officielle auktion i AL-4, men også igangværende auktioner i AL-2 og AL-1). Den omstændighed, at leverandører af nye kapaciteter ikke kender den nøjagtige oprindelige referencepris på det tidspunkt, hvor de afgiver deres tilbud, bør sikre, at disse tilbud bliver så lave som muligt for at kunne være konkurrencedygtige. Eftersom deltagerne ikke ved, om der allerede er afgivet andre tilbud for nye kapaciteter på tidspunktet for afgivelsen af deres egne tilbud, tilskynder de mængdemæssige begrænsninger for nye kapaciteter derfor de bydende til at foreslå den lavest mulige pris for deres investeringer. Af disse grunde er Kommissionen af den opfattelse, at der ikke er nogen risiko for overkompensation i forbindelse med nye investeringer. Denne mekanisme er derfor passende.

5.3.4.4. EDF's markedsstyrke

- (275) Som anført i betragtning 64, punkt 4, var Kommissionens bekymring for, at EDF let kunne manipulere kapacitetspriserne til egen fordel, baseret på tre mere specifikke risici ved mekanismen (hvoraf nogle kunne konkretiseres af alle aktører):
- 1) en risiko for tilbageholdelse af kapaciteter
 - 2) en risiko for tilbageholdelse af kapacitetsgarantier, og
 - 3) en risiko for en prisklemme.

Risiko for tilbageholdelse af kapaciteter

- (276) Frankrig har foreslået tre kategorier ændringer til mekanismen for at mindske risikoen for tilbageholdelse af kapaciteter mest muligt:
- 1) ved at kræve, at kapacitetsoperatørerne certificerer deres rådighedskapaciteter i en tunnel, der er fastsat omkring tidligere referenceværdier
 - 2) ved at forpligte til at opnå balance inden for en kort frist, som er fastsat i reglerne, i forbindelse med vigtige begivenheder (f.eks. (midlertidig lukning, endelig lukning, skader, der fører til en nedsættelse af rådighedskapaciteten i længere tid osv.) og ved at godtgøre enhver betydelig kumulativ afbalancering, der overstiger en vis tærskel (højest 1 GW) inden leveringsåret, og
 - 3) ændre mekanismen til afregning af forskelle: tilskyndelseskoefficienten »k« bliver fordoblet og forhøjet yderligere for negative ubalancer, der overstiger en maksimumstærskel på 1 GW, og den bliver endnu mindre fordelagtig for positive ubalancer, der overstiger en maksimumstærskel på 1 GW. Desuden bliver Padmin forhøjet gradvist fra 20 000/MW EUR i 2017 til 40 000/MW EUR i 2018 og 2019, til 60 000/MW EUR i 2020 for endelig at ajourføre den årligt for at bringe den op på en værdi, der svarer til CONE.
- (277) Det første tiltag giver mulighed for at sikre, at kapacitetsoperatører med en stor kapacitetsportefølje ikke bliver i stand til inden for »certificeringstunnelen« at manipulere markedet. Dette tiltag giver desuden de regulerende myndigheder bedre mulighed for at udpege mistænkelig adfærd i forhold til de gældende bestemmelser.

- (278) Det andet tiltag skal styrke de incitamenter, der sendes til markedsaktørerne om inden for »certificeringstunnelen« at give den bedste vurdering af deres anlægs rådighedskapacitetsniveau. Hvad angår den foranstaltning, der betyder, at der skal betales for betydelige afbalanceringer inden leveringsåret, har de franske myndigheder foreslået at gøre denne foranstaltning asymmetrisk og anvende afbalanceringer, som godtgøres, til udvikling af certificeringsniveauerne på aktører, der har gennemført en betydelig mængde afbalanceringer. Begrundelsen er, at anvendelsen af denne foranstaltning på alle aktører kunne udgøre en konkurrencehindring, da den rent faktisk ville være mere belastende for aktører, der råder over en lav kapacitetsmængde, i forhold til en dominerende operatør, der kan forøge sine forskelle. Med indførelsen af en sådan tærskel (niveauet skal fastsættes, men højst 1 GW) kan man i) bevare den nuværende foranstaltnings fleksibilitet for de fleste aktører, men samtidig ii) fjerne muligheden for aktører, der råder over en stor kapacitetsportefølje, for at manipulere markedet ved at gennemføre et antal »små« afbalanceringer.
- (279) Det tredje tiltag skal styrke incitamenterne til alle markedsaktører til at handle med deres certifikater på kapacitetsmarkedet, til at bidrage til dannelsen af en referencemarkedspris, der reelt afspejler kapacitetens værdi, og ikke kan foretage arbitrage mellem en handel på markedet og en *sourcing* inden for mekanismen til afregning af forskelle.
- (280) Kommissionen mener, at alle disse tiltag gør det muligt i det mindste at reducere risikoen for tilbageholdelse af kapaciteter mest muligt, selv om den ikke kan udelukkes fuldstændigt. De franske regulerende myndigheders kontrol af markedet supplerer naturligvis disse incitamenter, der er integreret i mekanismen.

Risiko for tilbageholdelse af kapaciteter

- (281) For at forebygge risikoen for tilbageholdelse af garantier har de franske myndigheder forpligtet sig til at øge antallet af auktioner, der afholdes inden leveringsåret, og til at forpligte kapacitetsoperatørerne til at tilbyde visse minimumsgarantimængder på hver auktionssession.
- (282) Disse tiltag bliver tilføjet til de tiltag, der allerede er indført, såsom leverandørernes mulighed for at opnå kapacitetsgarantier ved at anvende ARENH-instrumentet. I denne forbindelse har de franske myndigheder foreslået at undersøge muligheden for at »finansialisere« ARENH-instrumentets kapacitetsdel i forbindelse med en fremtidig vurdering af markedets funktion for at undgå, at dette instrument forstyrrer den frie prisdannelse på kapacitetsmarkedet. Dette tiltag er delvist i overensstemmelse med forslagene fra nogle interesserede parter om at revidere ARENH, jf. betragtning 182 i denne afgørelse.
- (283) Alle disse tiltag fra de franske myndigheder bør bidrage til at reducere de store kapacitetsoperatørers, og især den oprindelige operatørs, evne til og interesse i at tilbageholde kapacitetsgarantier. Desuden vil likviditeten på garantiauktioner dermed være sikret.
- (284) Kommissionen mener derfor, at disse forpligtelser udgør en række tiltag, der står i et rimeligt forhold til de likviditetsmæssige spørgsmål, som Kommissionen rejste i åbningsafgørelsen.

Risiko for en prisklemme fra den dominerende etablerede operatørs side

- (285) Kommissionen rejste i åbningsafgørelsens betragtning 194 spørgsmålet om risikoen for krydssubsidiering mellem den oprindelige operatørs produktionsafdeling og markedsføringsafdeling (dvs. salg af kapacitetsgarantier til konkurrenter til en højere pris end den interne overdragelsespris mellem dennes produktionsafdeling og markedsføringsafdeling med deraf følgende udelukkelse af konkurrenter fra elforsyningsmarkedet).
- (286) For at gøre det lettere at opdage sådanne praksisser og afhjælpe dem vil de franske myndigheder dels lukke et hul i den gældende lovgivning, der gjorde det muligt vederlagsfrit at overføre garantier. Som følge af denne lovændring får leverandørerne ikke længere mulighed for at overføre kapacitetsgarantier vederlagsfrit fra deres produktionsafdeling til deres markedsføringsafdeling. Lovgivningen skal fastsætte, at en integreret operatørs

interne overdragelser gennemføres til en pris, der er repræsentativ for priser fra officielle markedssessioner. Hvis prisen fra en eller flere sessioner på det officielle marked ikke kendes på datoen for den interne overdragelse, kan de integrerede operatører vælge at give meddelelse om en pris, der er reguleret i forhold til prisen på officielle markedssessioner. En integreret operatør kan f.eks. give meddelelse om, at en intern overdragelse svarer til referencemarkedsprisen, inden elektricitetsreguleringsudvalget officielt har fastsat dens nøjagtige værdi.

- (287) Dels får markedsaktørerne fuld adgang til registret over kapacitetsgarantitransaktioner. Markedet får på denne måde kontrol med underhåndsoverførsler, eftersom disse overførsler (anonyme) offentliggøres. Som anført i betragtning 263 sikrer denne foranstaltning underhåndsaftalers gennemsigtighed.
- (288) De franske myndigheder har således imødekommet de klagepunkter, som Kommissionen har fremført vedrørende risikoen for en prisklemme fra den oprindelige operatørs side.

5.3.4.5. Konklusion vedrørende foranstaltningens proportionalitet

- (289) I betragtning af de forskellige tiltag, som Frankrig har foreslået, er Kommissionen af den opfattelse, at den reviderede mekanisme står i et rimeligt forhold til det tilstræbte mål.

5.3.5. Forebyggelse af negative virkninger for konkurrencen og samhandelen

5.3.5.1. Hindringer for nye produktionskapaciteters adgang til markedet

- (290) For at løse de nye produktionskapaciteters problemer med at deltage i mekanismen, som anført af Kommissionen i åbningsafgørelsen, har de franske myndigheder forpligtet sig til at ændre mekanismen som følger:
- 1) indførelse af en flerårig ordning med kontrakter for forskelle, der er specielle for nye produktionskapaciteter, jf. betragtning 131-138
 - 2) gradvis forhøjelse med tiden af den offentligt fastsatte pris for til sidst at bringe den op på en pris, der svarer til CONE, jf. betragtning 146-148.
- (291) Disse tiltag betyder, at hindringerne for nye produktionskapaciteters adgang til markedet fjernes.

5.3.5.2. Forskelsbehandling af implicitte og eksplicitte udjævningskapaciteter

- (292) Som anført i betragtning 237 mener Kommissionen, at Frankrig har fundet en rimelig balance mellem udjævningskapaciteternes forskellige forpligtelser uden derved at begrænse deres deltagelse i mekanismen. Selv om de to typer udjævningskapaciteter ikke deltager på lige fod i mekanismen, er Kommissionen af den opfattelse, at denne differentiering er nødvendig for at muliggøre en optimal deltagelse af de to typer udjævningskapaciteter.

5.3.5.3. Udenlandske kapaciteters eksplicitte deltagelse

- (293) Som anført i betragtning 119-125 har de franske myndigheder som svar på Kommissionens og tredjeparters bekymringer foreslået en blandet model med tildeling af sammenkoblingsbilletter, som definitivt giver udenlandske produktionskapaciteter mulighed for at deltage.
- (294) Som anført i betragtning 239 har de franske myndigheder foreslået et passende tiltag, der giver grænseoverskridende kapaciteter mulighed for at deltage eksplicit i mekanismen. Dette klagepunkt fremført af Kommissionen er derfor afhjulpet.

- (295) Den løsning på grænseoverskridende kapaciteters eksplicitte deltagelse, som Frankrig har valgt, giver desuden mulighed for at godtgøre sammenkoblingerne, hvis dette aktiv er knapt. Den valgte løsning afhjælper derfor risikoen for at bringe sammenkoblingen af de markeder, som Kommissionen har identificeret i åbningsafgørelsens betragtning 206 ⁽³⁵⁾, i fare.

5.3.5.4. Manglende informationssymmetri mellem den dominerende oprindelige operatør og dennes nuværende og potentielle konkurrenter

- (296) Som anført i betragtning 245-247 og punkt 5.3.4.1 har Kommissionen identificeret en risiko for, at alternative leverandører, og især nye markedsaktører, kunne få problemer med at vurdere deres individuelle kapacitetsforpligtelser. Det følger af Kommissionens bemærkninger i de nævnte betragtninger, at de franske myndigheder har fastsat passende foranstaltninger, der skal hjælpe leverandørerne med at foretage en bedre beregning af deres kapacitetsforpligtelser.
- (297) I den oprindelige udgave af kapacitetsmekanismen havde de forskellige aktører desuden et dårligt overblik over underhåndstransaktioner, hvilket betød, at de ikke havde fuldt overblik over kapacitetsprisen. Frankrig har foreslået tiltag for at forbedre gennemsigtigheden i alle handler for alle aktører, jf. punkt 5.3.4.2. Disse foranstaltninger omfatter at give alle aktører adgang til et register over underhåndstransaktioner (som er anonymiserede) og at styrke de afholdte auktioner.
- (298) Alle disse tiltag betyder, at aktørerne, bortset fra den oprindelige operatør, får et bedre overblik både over deres kapacitetsforpligtelser og over mængderne og handelspriserne. Disse foranstaltninger forbedrer i vid udstrækning mekanismens gennemsigtighed og skaber balance i den manglende symmetri i oplysningerne til fordel for den oprindelige operatør, som vil være den største aktør både ved siden af kapacitetsoperatører og leverandører.

5.3.5.5. Fortrinsstilling til producenter med lav CO₂-emission

- (299) Kommissionen noterer sig, at de franske myndigheder for nye kapaciteter agter at indføre miljøkriterier, der giver en fortrinsstilling til producenter med lav CO₂-emission (jf. betragtning 137).
- (300) Disse bestemmelser overholder retningslinjerne for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi ⁽³⁶⁾, der understreger, at det er nødvendigt, at sådanne foranstaltninger giver producenter med lav CO₂-emission en fortrinsstilling til tilsvarende tekniske og økonomiske parametre.

5.3.5.6. Konklusion vedrørende potentielle forvridninger af markedet og samhandelen inden for EU

- (301) Af ovennævnte grunde fastslår Kommissionen, at mekanismen ikke længere risikerer at forvride konkurrencen og/eller samhandelen inden for EU unødigt.

5.3.5.7. Tidsmæssig begrænsning

- (302) Da den franske mekanisme er den første decentraliserede kapacitetsmekanisme, som Kommissionen har godkendt under ordningen med retningslinjerne for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi, og da mekanismens nødvendighed i høj grad afhænger af udviklingen af energimarkedet, som er et marked, der stadig er under udvikling i forbindelse med liberaliseringen af markedet, mener Kommissionen, at godkendelsen af mekanismen skal begrænses tidsmæssigt. Kommissionen er af den opfattelse, at en varighed på ti år er rimelig og i overensstemmelse med tidligere afgørelser ⁽³⁷⁾.

6. KONKLUSION

- (303) Kommissionen fastslår, at Den Franske Republik på ulovlig vis har sat et kapacitetsmarked i kraft i Frankrig i strid med artikel 108, stk. 3, i TEUF. I betragtning af de forskellige tiltag, som Frankrig har foreslået, og som er beskrevet ovenfor, er foranstaltningen imidlertid forenelig med retningslinjerne for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi —

⁽³⁵⁾ Om tilpasning af mekanismen til EU-lovgivningen, jf. punkt 97 i retningslinjerne for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi.

⁽³⁶⁾ Jf. punkt 233 i retningslinjerne for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi.

⁽³⁷⁾ Jf. f.eks. Kommissionens afgørelse C (2014) 5083 final af 23. juli 2014, SA.35980 — GB capacity mechanism, betragtning 162.

VEDTAGET DENNE AFGØRELSE:

Artikel 1

Det kapacitetsmarked, som Frankrig har sat i kraft, udgør en statsstøtte, der er forenelig med det indre marked i henhold til artikel 107, stk. 3, litra c), i TEUF.

Artikel 2

Kommissionen godkender den støtteordning, der er iværksat gennem kapacitetsmarkedet for en periode på højst ti år. Enhver ordning, der opretholdes efter denne periodes udløb, skal anmeldes på ny.

Artikel 3

Denne afgørelse er rettet til Den Franske Republik.

Udfærdiget i Bruxelles, den 8. november 2016.

På Kommissionens vegne
Margrethe VESTAGER
Medlem af Kommissionen

ISSN 1977-0634 (elektronisk udgave)
ISSN 1725-2520 (papirudgave)



Den Europæiske Unions Publikationskontor
2985 Luxembourg
LUXEMBOURG

DA