BESLUIT VAN DE COMMISSIE

van 6 november 2013

betreffende de maatregelen van Duitsland ten gunste van HoKaWe Eberswalde GmbH SA.34721 (2012/C) (ex 2012/NN)

(Kennisgeving geschied onder nummer C(2013) 7058)

(Slechts de tekst in de Duitse taal is authentiek)

(Voor de EER relevante tekst)

(2014/206/EU)

DE EUROPESE COMMISSIE,

Gezien het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, en met name artikel 108, lid 2,

Gezien de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, en met name op artikel 62, lid 1, onder a),

Na de belanghebbenden overeenkomstig de genoemde artikelen ([1]) te hebben aangemaand hun opmerkingen te maken en rekening houdende met deze opmerkingen,

Overwegende hetgeen volgt:

1. PROCEDURE

(1) Op 30 april 2012 heeft de Commissie een klacht ontvangen van een houtverwerkingsbedrijf met vestiging in de deelstaat Brandenburg, volgens welke een kaderovereenkomst tussen de deelstaat Brandenburg en HoKaWe Eberswalde GmbH (hierna „HoKaWe" genoemd) met een looptijd van 15 jaar staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU vormt.

(2) Op 11 mei 2012 heeft de Commissie Duitsland een niet-vertrouwelijke versie van de klacht doen toekomen en om nadere inlichtingen verzocht. Bij brief van 6 juni 2012 heeft Duitsland zijn opmerkingen over de klacht kenbaar gemaakt en de verlangde gegevens verstrekt.

(3) Op 27 augustus 2012 heeft de Commissie een niet-vertrouwelijke versie van dit antwoord doorgestuurd naar de klager met het verzoek mee te delen of de klager de zaak wenste voort te zetten. Op 4 september 2012 heeft de klager meegedeeld dat hij de klacht niet zou intrekken.

(4) De Commissie heeft Duitsland bij brief van 19 december 2013 in kennis gesteld van haar besluit om de formele onderzoeksprocedure van artikel 108, lid 2, VWEU, in te leiden ten aanzien van de steun.

(5) Het besluit van de Commissie tot inleiding van de procedure is in het *Publicatieblad van de Europese Unie* bekendgemaakt ([2]). De Commissie heeft alle belanghebbenden uitgenodigd hun opmerkingen over de maatregel kenbaar te maken.

(6) Duitsland heeft bij brief van 28 februari 2013 zijn standpunt over het inleidingsbesluit kenbaar gemaakt. Daarnaast heeft de Commissie op 30 april 2013 opmerkingen van twee belanghebbenden ontvangen en op 3 mei 2013 ook opmerkingen van de klager.

(7) Op 17 mei 2013 zijn de niet-vertrouwelijke versies van deze opmerkingen aan Duitsland toegezonden. Duitsland heeft op 11 juni 2013 gereageerd en bij brief van 13 juni 2013 aanvullende opmerkingen gemaakt.

(8) Bij brieven van 2 augustus 2013, 17 september 2013 en 23 september 2013 heeft de Commissie Duitsland verdere verzoeken om inlichtingen toegezonden, waarop Duitsland bij brief van 15 augustus 2013, 20 september 2013 en 1 oktober 2013 heeft gereageerd.

([1]) PB C 99 van 5.4.2013, blz. 79.
([2]) Zie voetnoot 1.

2. BESCHRIJVING VAN DE STEUNMAATREGEL

2.1. Begunstigde onderneming

(9) HoKaWe is een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (GmbH) die een houtgestookte biomassacentrale exploiteert in Eberswalde in de deelstaat Brandenburg. De centrale is in 2005 gebouwd en in 2006 operationeel geworden. In juni 2011 heeft de arrondissementsrechtbank van Frankfurt (Oder) een insolventieprocedure ten aanzien van HoKaWe ingeleid. De onderneming heeft haar economische activiteit tot dusver echter niet beëindigd.

(10) Landkreis Barnim wilde de activa van HoKaWe overnemen om de bedrijfsactiviteiten voort te zetten; in mei 2012 werd de verkoopovereenkomst betreffende de activa van HoKaWe op de vergadering van schuldeisers goedgekeurd en werd de verkoop notarieel vastgelegd. Daar de deelstaat Brandenburg echter niet instemde met de overdracht van de kaderovereenkomst over houtleveringen uit de bossen van Brandenburg (de overeenkomst waarop het onderhavige besluit betrekking heeft) aan de nieuwe eigenaren, heeft Landkreis Barnim zich uit de koopovereenkomst teruggetrokken.

2.2. Beschrijving van de maatregel

(11) In juni 2005 hebben de deelstaat Brandenburg en HoKaWe een kaderovereenkomst over de levering van hout uit de bossen van Brandenburg gesloten. In de overeenkomst is voor een periode van 15 jaar (1 juni 2006 tot 1 juni 2021) vastgelegd hoeveel hout aan HoKaWe wordt geleverd en onder welke voorwaarden ([3]). Het gaat om een hoeveelheid van 150 000 kubieke meter per jaar uit de nabijheid van de centrale in Eberswalde (binnen een straal van maximaal 70 km).

(12) In de overeenkomst is voor het jaar 2004 een referentieprijs van 15,50 EUR/stère vastgesteld. Voorts voorzag de overeenkomst in jaarlijkse prijsaanpassingen die op basis van de ontwikkeling van het prijsindexcijfer (IS) voor industrieel hout ([4]), dat door het federale bureau voor de statistiek wordt opgesteld, door de partijen moesten worden afgesproken. Wijzigingen in de houtprijs ten opzichte van de referentieprijs moesten voor 50 % door de koper en voor 50 % door de verkoper worden gedragen (hierna „de prijsaanpassingsclausule" genoemd).

(13) Voor de berekening van de desbetreffende prijsaanpassing bevatte de overeenkomst echter ook de volgende formule (hierna „de prijsaanpassingsformule" of „de formule" genoemd):

$$\text{ISE} = 15{,}50\text{€/rm} + \frac{\text{Index}-135{,}89\%}{135{,}89\%}\text{€/rm*}15{,}50\text{*}0{,}5$$

(14) Bijgevolg dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de prijsaanpassingsclausule volgens de *tekst* van de overeenkomst en de prijsaanpassings*formule*.

(15) Volgens Duitsland geeft de prijsaanpassingsclausule de bedoelingen van de partijen weer. Dit wordt gestaafd door een interne nota van het Brandenburgse ministerie van Landbouw, Milieubescherming en Ruimtelijke Ordening van 1 oktober 2003 over een bijeenkomst tussen vertegenwoordigers van de deelstaat Brandenburg en vertegenwoordigers van HoKaWe, waaruit duidelijk blijkt dat de door de partijen tijdens het overleg beoogde prijsaanpassing op de *prijsaanpassingsclausule* berust. Het wordt eveneens bevestigd in een nota van het Brandenburgse ministerie van Economische en Europese Zaken van 5 januari 2011, waarin wordt aanbevolen de kaderovereenkomst in die zin aan te passen of uit te leggen dat de tekst ervan wordt nageleefd zodat de werkelijke bedoelingen van de partijen worden weergegeven.

(16) De *formule* was evenwel onjuist, zoals door Duitsland en in twee in 2010 voor de deelstaat Brandenburg opgestelde expertiserapporten ([5]) wordt bevestigd, en leidde niet tot een resultaat dat in overeenstemming zou zijn geweest met de in de prijsaanpassingsclausule geformuleerde intenties van de partijen.

([3]) De overeenkomst heeft betrekking op transporteerbaar loof- en naaldhout met een lengte van 3 m en een diameter van 3 tot 70 cm, franco aan de bosweg. Rot en kromming zijn toegestaan.

([4]) Zie federaal bureau voor de statistiek: https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/Preise/PreisindizesLandForstwirtschaft/Tabellen/ErzeugerpreiseForstwirtschaft.html

([5]) Een extern expertiserapport van RAUE LLP is voorgelegd aan een extern juridisch adviseur van de deelstaat Brandenburg en het Brandenburgse ministerie stelt een intern expertiserapport op.

(17) Na de inwerkingtreding van de overeenkomst werd de prijs aangepast op basis van de *formule*. In tegenstelling tot de in de *tekst* van de overeenkomst verwoorde bedoelingen kwamen de volgens de *formule* berekende prijsaanpassingen niet overeen met de daadwerkelijke ontwikkeling van de prijsindex voor industrieel hout, maar lagen zij duidelijk onder de gemiddelde prijs voor hout uit de bossen van Brandenburg. Bovendien leidde de *formule* niet tot de door de partijen nagestreefde gelijke verdeling van het prijsschommelingsrisico tussen de deelstaat en HoKaWe.

(18) Zoals uitgelegd in overweging 16 komt dit doordat de *formule* onjuist was en de in de *prijsaanpassingsclausule* neergelegde bedoelingen van de partijen mathematisch niet correct weergaf ([6]).

(19) Voorts blijkt uit de brief van Duitsland van 28 februari 2013 dat de partijen met betrekking tot de parameters voor de berekening van de prijsaanpassing volgens de *formule* tijdens de looptijd van de overeenkomst meermaals van hun discretionaire bevoegdheid gebruik hebben gemaakt ([7]). Duitsland heeft de Commissie meegedeeld dat de redenen hiervoor niet meer uit de dossiers zijn af te leiden.

(20) De twee in 2010 voor de deelstaat Brandenburg opgestelde expertiserapporten (zie overweging 16) wezen erop dat de overeenkomst mogelijk staatssteun inhield en raadden aan de overeenkomst aan te passen door de *formule* te wijzigen. Na onderhandelingen tussen HoKaWe en de deelstaat Brandenburg hebben de partijen op 26 augustus 2011 dan ook een gewijzigde versie van de overeenkomst ondertekend, die op 1 juli 2011 in werking is getreden. Met de gewijzigde versie zijn de in de overwegingen 12 tot en met 19 beschreven moeilijkheden uit de weg geruimd, doordat werd bepaald dat de prijzen vanaf 1 juli 2011 moeten worden aangepast aan de hand van de in de *prijsaanpassingsclausule* beschreven methode en dus in overeenstemming met de oorspronkelijke bedoelingen van de partijen. Sinds die datum maakt de *formule* dus niet langer deel uit van de overeenkomst en kan zij niet meer worden toegepast.

(21) Voorts besloot de deelstaat Brandenburg de overeenkomst niet voort te zetten met toekomstige investeerders die de activa van HoKaWe zouden overnemen.

2.3. **Redenen voor het inleiden van de procedure**

(22) Op 19 december 2012 heeft de Commissie besloten een formele onderzoeksprocedure in te leiden krachtens artikel 108, lid 2, VWEU (hierna „het inleidingsbesluit" genoemd).

(23) Daarin nam de Commissie het voorlopige standpunt in dat de uitvoering van de tussen de deelstaat Brandenburg en HoKaWe gesloten kaderovereenkomst een steunelement bevat.

(24) De Commissie vroeg zich af of een particuliere verkoper op de markt vooraf zou hebben ingestemd met een op basis van de beschreven *prijsaanpassingsformule* berekende vergoeding.

(25) Bovendien betwijfelde de Commissie ten zeerste of Duitsland tijdens de uitvoering van de overeenkomst marktconform gehandeld heeft, zelfs indien de partijen er zich niet van bewust waren dat de formule onjuist was. De reden hiervoor was de prijsontwikkeling van in het kader van de overeenkomst verkocht hout: de volgens de *formule* berekende prijs lag namelijk aanzienlijk lager dan de gemiddelde houtprijs in de deelstaat Brandenburg. Een voorzichtige particuliere verkoper zou in een dergelijke situatie onmiddellijk alle moeite hebben gedaan om de prijsaanpassingsmethode te wijzigen. Duitsland heeft de formule echter tot en met 2011 toegepast.

(26) Op grond van deze overwegingen is de Commissie tot de voorlopige conclusie gekomen dat voor de periode vanaf de inwerkingtreding van de overeenkomst (1 juni 2006) tot de wijziging ervan (30 juni 2011), niet kan worden uitgesloten dat HoKaWe begunstigd werd en derhalve mogelijk staatssteun genoot. Aangezien geen duidelijke rechtsgrondslag is aangevoerd voor de verenigbaarheid van de steun, en Duitsland zich evenmin op een dergelijke rechtsgrondslag heeft beroepen, betwijfelde de Commissie bovendien of de maatregel als verenigbaar met de interne markt kon worden aangemerkt.

([6]) Volgens het expertiserapport van het bureau RAUE LLP hadden de in de *prijsaanpassingsclausule* vastgelegde bedoelingen van de partijen door de volgende formule kunnen worden weergegeven:

$$P = 15{,}50€/\text{rm} + \frac{\text{Index}_{n+1} - \text{Index}_{n}}{\text{Index}_{n}} €/\text{rm}*15{,}50*0{,}5$$

([7]) Zo is voor de berekening van de prijs die vanaf 1 juli 2006 zou gelden, de indexwaarde voor juli 2006 gebruikt en niet, zoals eigenlijk in de overeenkomst was vastgelegd, de indexwaarde voor januari 2005.

3. OPMERKINGEN VAN BELANGHEBBENDEN

(27) Tijdens de formele onderzoeksprocedure heeft de Commissie opmerkingen van de klager en van twee andere belanghebbenden ontvangen.

(28) De klager heeft interne nota's van het Brandenburgse ministerie van Landbouw, Milieubescherming en Ruimtelijke Ordening van december 2003 en maart 2004 ingediend. Volgens de klager blijkt uit deze nota's dat verscheidene aspecten van de overeenkomst reeds vóór de sluiting ervan twijfels opriepen. Zo werd in de nota van december 2003 verwacht dat de overeenkomst reeds in 2004 tot een prijs zou leiden die duidelijk onder het toenmalige prijsniveau voor industrieel hout lag. Verder werd er in de interne nota van maart 2004 op gewezen dat de prijsaanpassingsmethode buitensporige prijsconcessies door de deelstaat Brandenburg tot gevolg zou hebben. Daarom werd uitdrukkelijk aanbevolen de overeenkomst te herzien of op bepaalde punten opnieuw te bespreken.

(29) De klager voerde aan dat geen enkele particuliere verkoper in zo'n situatie een dergelijke overeenkomst zou hebben gesloten en dat een particuliere verkoper onmiddellijk maatregelen zou hebben genomen wanneer duidelijk werd dat de prijzen lager waren dan de marktprijzen, en geen vijf jaar zou hebben gewacht. Voorts voerde de klager met betrekking tot de prijsaanpassing aan dat de overeengekomen prijzen geen afspiegeling waren van de daadwerkelijke ontwikkeling op de houtmarkt, en HoKaWe een ongerechtvaardigd voordeel verschaften. Het bedrag van de in de periode 2006-2011 verleende steun wordt door de klager op 7,3 miljoen EUR geschat (bij deze schatting is uitgegaan van de tussen de klager en andere leveranciers overeengekomen gemiddelde houtprijs).

(30) Voorts heeft de Commissie opmerkingen ontvangen van twee houtverwerkingsbedrijven in de deelstaat Brandenburg. Volgens deze bedrijven kwam een aanzienlijk deel van het hout uit de bossen van Brandenburg als gevolg van de langetermijnovereenkomst niet eerst op de regionale houtmarkt terecht, wat volgens hen tot ongerechtvaardigde mededingingsverstoringen heeft geleid en het voortbestaan van kleine houtverwerkingsbedrijven in de deelstaat Brandenburg in gevaar bracht.

4. OPMERKINGEN VAN DUITSLAND

(31) Duitsland bleef bij zijn standpunt dat de kaderovereenkomst marktconform was en bijgevolg geen steun inhield.

(32) Volgens Duitsland was er op het ogenblik van de ondertekening van de overeenkomst geen markt voor energiehout; daarom zouden de partijen zijn overeengekomen dat de door HoKaWe te betalen prijs op de prijs voor industrieel hout, en de prijsaanpassingen op de ontwikkeling van de prijsindex voor industrieel hout moesten worden afgestemd. Duitsland betoogde voorts dat de *tekst* van de overeenkomst de beoogde prijsaanpassingsmethode weergaf, maar gaf tevens toe dat de met de *formule* berekende resultaten niet in overeenstemming waren met de geplande verdeling van het prijsschommelingsrisico tussen de partijen.

(33) Volgens Duitsland dienden de in de tekst van de overeenkomst vastgelegde referentieprijs en *prijsaanpassingsclausule*, d w z. prijsaanpassingen op basis van de prijsindex voor industrieel hout in Duitsland en een gelijke verdeling van het prijsschommelingsrisico tussen de partijen, daarom op het ogenblik van de ondertekening van de overeenkomst als marktconform te worden beschouwd.

(34) Volgens Duitsland heeft het bosbeheer van Brandenburg pas in de loop van zijn reorganisatie in januari 2009 geconstateerd dat HoKaWe door de toepassing van de *formule* lagere prijzen betaalde dan andere ondernemingen. Daarop zouden de bevoegde autoriteiten van Brandenburg in 2010 het bureau RAUE LLP een expertiserapport over de overeenkomst hebben laten opstellen en zouden zij ook een interne juridische analyse van de overeenkomst hebben verricht. Beide expertiseverslagen wezen uit dat de overeenkomst mogelijk staatssteun inhield. Voorts zou het ministerie van Economische en Europese Zaken in een nota van 5 januari 2011 hebben geconcludeerd dat de *prijsaanpassingsclausule* marktconform was maar dat een prijsaanpassing volgens de *formule* staatssteun vormde; de overeenkomst zou derhalve in die zin moeten worden herzien dat de daadwerkelijke bedoeling van de partijen zou worden weergegeven via een wijziging van de *formule*. De deelstaat Brandenburg zou in augustus 2011 gevolg hebben gegeven aan deze aanbeveling.

(35) Duitsland betoogt dat de deelstaat Brandenburg met de aanpassing van de overeenkomst in 2011 marktconform heeft gehandeld, en dat niet eerder kon worden ingegrepen omdat bestaande contracten moesten worden nageleefd en de overeenkomst slechts in onderling overleg tussen de partijen kon worden gewijzigd.

(36) Duitsland stelt voorts dat de overeenkomst noch staatssteun vormt, noch de mededinging vervalst of de handel tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

5. BEOORDELING VAN DE MAATREGEL

5.1. Aanwezigheid van staatssteun

(37) Volgens artikel 107, lid 1, VWEU zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

(38) Om na te gaan of een handelstransactie tussen een overheidsinstantie en een economische entiteit staatssteun vormt, moet volgens de vaste praktijk van de Commissie, welke door het Hof is bevestigd, het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie worden toegepast. Volgens dit beginsel moet de staat, wanneer hij als ondernemer actief is op de markt, zich als een particuliere marktdeelnemer gedragen, anders kan er sprake zijn van staatssteun. Bepalend voor de aanwezigheid van staatssteun is derhalve of een particuliere marktdeelnemer in een vergelijkbare situatie op dezelfde wijze zou hebben gehandeld, d.w.z. of hij de activa, goederen of diensten tegen dezelfde prijs zou hebben verkocht (beginsel van de verkoper in een markteconomie). Volgens dit beginsel kunnen niet-economische overwegingen niet worden aanvaard als rechtvaardiging om in te stemmen met een lagere prijs. Dit beginsel is door de Commissie herhaaldelijk toegepast en steeds door het Hof bevestigd ([8]).

(39) Bijgevolg dient de Commissie in de onderhavige zaak na te gaan of een particuliere verkoper bereid zou zijn geweest een overeenkomst met een vergelijkbare looptijd, een vergelijkbare referentieprijs en een vergelijkbaar prijsaanpassingsmechanisme te sluiten.

(40) Zoals vermeld in de overwegingen 11 en 12 was in de kaderovereenkomst met 15-jarige looptijd bepaald dat de prijzen jaarlijks moesten worden aangepast overeenkomstig de ontwikkeling van de prijsindex voor industrieel hout en dat de desbetreffende wijzigingen van de referentieprijs van 15,50 EUR/stère voor de helft door de staat en voor de helft door HoKaWe moesten worden gedragen. Bovendien bevatte de overeenkomst een *formule* voor de berekening van deze prijsaanpassing.

Lange looptijd van de overeenkomst

(41) De klager voert aan dat de 15-jarige looptijd van de overeenkomst niet marktconform was.

(42) De Commissie beschikt echter niet over aanwijzingen op basis waarvan kan worden geconcludeerd dat deze looptijd niet marktconform was. Een 15-jarige looptijd lijkt weliswaar relatief lang, maar anderzijds kan een verkoper zich zeer wel binden aan een afnemer wanneer hij er op die manier, zoals in het geval van de betrokken overeenkomst, zeker van kan zijn dat hij constante hoeveelheden hout kan afzetten, hout dat bovendien, althans ten dele, niet voldoet aan de kwalitatieve eisen voor industrieel hout.

(43) Daarom, en gezien de geplande verdeling van het prijsschommelingsrisico, kan niet worden uitgesloten dat een particuliere verkoper een overeenkomst met een vergelijkbare looptijd zou hebben gesloten.

Overeengekomen referentieprijs

(44) Ook met betrekking tot de referentieprijs van 15,50 EUR/stère beschikt de Commissie niet over aanwijzingen dat deze prijs niet marktconform was.

(45) Zoals Duitsland heeft aangegeven, was er op het ogenblik van de ondertekening van de overeenkomst geen vaste marktprijs voor energiehout. Daarom zijn de partijen bij de overeenkomst uitgegaan van de prijs voor industrieel hout als basis voor de kaderovereenkomst. Volgens een door de klager voorgelegd overzicht van de marktprijzen voor industrieel hout kunnen voor het jaar 2004 prijzen tussen 15,50 en 17,50 EUR/stère en voor het jaar 2005 prijzen tussen 15,00 en 17,00 EUR/stère als marktconform worden beschouwd. Mede gelet op het feit dat het een langetermijnovereenkomst betrof, bleef de overeengekomen referentieprijs met 15,50 EUR/stère binnen de grenzen van de marktconforme prijzen voor industrieel hout.

([8]) Zie met name het arrest van 21.3.1991 in zaak C-305/89, Italiaanse Republiek/Commissie, Jurispr. 1991, blz. I-1603, punten 18 en 19; het arrest van het van het Gerecht van eerste aanleg van 30.4.1998 in zaak T-16/96, Cityflyer Express Ltd/Commissie, Jurispr. 1998, blz. II-757, punt 51; het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 21.1.1999, Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH en Lech-Stahlwerke GmbH/Commissie in gevoegde zaken T-129/95, T-2/96 en T-97/96, Jurispr. 1999, blz. II-17, punt 104; het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 28.2.2012, Land Burgenland en Oostenrijk/Commissie in gevoegde zaken T-268/08 en T-281/08, Jurispr. 2012, blz. II-0000, punt 48.

(46) Uit een nota van het Brandenburgse ministerie van Landbouw, Milieubescherming en Ruimtelijke Ordening van 1 oktober 2003 blijkt voorts dat de vertegenwoordigers van de deelstaat Brandenburg tijdens de onderhandelingen een referentieprijs van 15,50 EUR/stère voorstelden, terwijl HoKaWe een prijs van 15,00 EUR/stère voor ogen had. De partijen zijn het uiteindelijk eens geworden over de hogere prijs, d w z. 15,50 EUR/stère.

(47) De referentieprijs van 15,50 EUR/stère kan derhalve als marktconform worden beschouwd. Aangezien er geen marktprijs was die als referentie kon worden gebruikt, en de kwalitatieve eisen voor energiehout niet strenger zijn dan die voor industrieel hout, kan worden gerechtvaardigd dat de deelstaat Brandenburg een overeenkomst sloot waarin werd bepaald dat de prijs gebaseerd zou zijn op de prijs voor industrieel hout (basisprijs). De overeengekomen prijs was het resultaat van onderhandelingen tussen de partijen en lag binnen de marges van de marktprijs voor industrieel hout in de deelstaat Brandenburg. De partijen waren op de hoogte van de kwaliteit van het in de Brandenburgse bossen beschikbare hout ([9]). Een particuliere verkoper zou een dergelijke prijs dan ook als acceptabel voor de te leveren houtkwaliteit hebben beschouwd.

Prijsaanpassing

(48) Wat de prijsaanpassing betreft moet, zoals aangegeven in overweging 14, een onderscheid worden gemaakt tussen de *prijsaanpassingsclausule* en de daadwerkelijk uitgevoerde prijsaanpassingen op basis van de *formule*.

(49) De Commissie heeft geen aanwijzingen dat de *prijsaanpassingsclausule* niet marktconform was. Zoals in overweging 45 met betrekking tot de referentieprijs is uiteengezet, was er geen index voor de prijsontwikkeling van energiehout. Het was dan ook niet alleen verantwoord de prijs voor industrieel hout als grondslag voor de referentieprijs te gebruiken, maar ook prijsaanpassingen overeen te komen die gelijke tred hielden met de prijsindex voor industrieel hout.

(50) Voorts voorzag de tekst van de overeenkomst in een gelijke verdeling van het prijsschommelingsrisico tussen de partijen. Aangezien de prijsontwikkeling op het ogenblik van de ondertekening niet duidelijk te voorzien was, had dit mechanisme tot gevolg dat beide partijen zowel het risico als de (potentiële) winsten zouden delen, wat ook in het voordeel van de deelstaat Brandenburg had kunnen werken. Gelet op deze onzekerheid had ook een particuliere verkoper met een dergelijke clausule kunnen instemmen. De clausule dient bijgevolg als marktconform te worden beschouwd.

(51) Hieruit volgt dat de *prijsaanpassingsclausule*, die voorzag in een parallelle prijsontwikkeling met de prijsindex voor industrieel hout en een gelijke verdeling van het prijsschommelingsrisico tussen de partijen, marktconform was en dat een voorzichtige particuliere verkoper een dergelijke overeenkomst zou hebben gesloten.

(52) Zoals reeds aangegeven zijn de daadwerkelijke prijsaanpassingen echter aan de hand van de *formule* gebeurd. Uit onderstaand schematisch overzicht kan worden opgemaakt dat de uit de toepassing van de *formule* voortvloeiende prijzen duidelijk lager waren dan de aan de hand van de *prijsaanpassingsclausule* berekende prijzen:

(in EUR per stère)

	Daadwerkelijk betaalde prijs, berekend op grond van de formule	Op grond van de *prijsaanpassingsclausule* berekende prijs (*)	Gemiddelde prijs van alle soorten hout in de deelstaat Brandenburg
2006	13,00	15,42	17,72
2007	13,21	15,95	21,02
2008	16,55	20,96	22,76
2009	16,42	20,76	19,20

([9]) In de loop van de formele onderzoeksprocedure beklaagden belanghebbenden zich erover dat door de overeenkomst met HoKaWe grote hoeveelheden industrieel hout uit de markt werden genomen, wat erop wijst dat het aan HoKaWe geleverde energiehout aanzienlijke hoeveelheden industrieel hout omvatte.

(in EUR per stère)

	Daadwerkelijk betaalde prijs, berekend op grond van de formule	Op grond van de *prijsaanpassingsclausule* berekende prijs (*)	Gemiddelde prijs van alle soorten hout in de deelstaat Brandenburg
2010	16,14	20,03	24,50
2011	15,79	19,33	n.v.t.

(*) door Duitsland ingediende cijfers

(53) Uit de tabel blijkt voorts dat de aan de hand van de *formule* berekende prijzen niet alleen aanmerkelijk lager waren dan de via de *prijsaanpassingsclausule* berekende prijzen, maar ook beduidend lager waren dan de gemiddelde prijzen in de deelstaat Brandenburg.

(54) Dat de toepassing van de *formule* deze gevolgen zou hebben was bovendien reeds vóór de ondertekening van de overeenkomst te voorzien. Dit is een bijzonder belangrijk punt, want om te bepalen of een particuliere verkoper op de markt op dezelfde of op vergelijkbare wijze zou hebben gehandeld als de deelstaat Brandenburg, is een evaluatie vooraf van de overeenkomst noodzakelijk ([10]).

(55) Zoals opgemerkt in de overwegingen 16 en 18 was de *formule* onjuist en gaf zij de in de *prijsaanpassingsclausule* neergelegde bedoelingen van de partijen niet weer. Zoals ook werd bevestigd in het expertiserapport van het bureau RAUE LLP zouden deze bedoelingen aan de hand van de onderstaande formule mathematisch kunnen worden weergegeven:

$$P = 15{,}50€/\text{rm} + \frac{\text{Index}_{n+1} - \text{Index}_n}{\text{Index}_n} €/\text{rm}*15{,}50*0{,}5$$

(56) In plaats van de index_n brachten de partijen echter een vast bedrag in mindering. Het in mindering brengen van een vast bedrag kan in bepaalde omstandigheden weliswaar gerechtvaardigd zijn, maar moet uiteindelijk leiden tot de overeengekomen referentieprijs voor het jaar waarin de overeenkomst wordt gesloten. In het onderhavige geval hebben de partijen het in mindering te brengen bedrag echter zo vastgesteld dat reeds in het jaar van de ondertekening een prijs ontstond die beduidend lager was dan de overeengekomen en marktconforme referentieprijs van 15,50 EUR/stère.

(57) Op het ogenblik van de ondertekening van de overeenkomst was dus objectief te voorzien dat de *formule* niet correct was en niet de in de *prijsaanpassingsclausule* overeengekomen prijzen zou opleveren.

(58) In een dergelijke situatie zou een particuliere verkoper een andere formule hebben toegepast of op zijn minst getracht hebben de *formule* te wijzigen, vooral omdat de partijen in de *tekst* van de overeenkomst hadden bepaald dat de prijsaanpassingen in overeenstemming met de index voor industrieel hout moesten gebeuren en dat het prijsschommelingsrisico voor de helft door de staat en voor de helft door HoKaWe moest worden gedragen (zoals aangegeven in de *prijsaanpassingsclausule*).

(59) Er zij op gewezen dat de prijsontwikkelingen in het kader van de overeenkomst niet geheel automatisch voortvloeiden uit een vooraf in een *formule* vastgelegde wiskundige berekening. Zoals vermeld in overweging 19 blijkt uit de door Duitsland tijdens de formele onderzoeksprocedure ingediende gegevens dat de *formule* gedurende de looptijd van de overeenkomst meermaals is aangepast ([11]).

(60) Zoals duidelijk blijkt uit het overzicht van overweging 52 hebben deze voorzienbare negatieve gevolgen van de *formule* zich ook daadwerkelijk voorgedaan; de door HoKaWe betaalde prijs was immers aanmerkelijk lager dan de prijs die uit de *prijsaanpassingsclausule* zou zijn voortgevloeid. Bovendien lag de prijs beduidend lager dan de gemiddelde prijs voor hout uit de bossen van Brandenburg, d.w.z. de prijs waartegen de deelstaat Brandenburg hout aan andere bedrijven verkocht ([12]).

([10]) Zie het arrest van 16.5.2002, Franse Republiek/Commissie in zaak C-482/99, Jurispr. 2002, blz. I-4397, punten 70, 71 en 72; het arrest van 5.6.2012, Commissie/Électricité de France (EDF) in zaak C-124/10 P, Jurispr. 2012, blz. I-0000, punten 83, 84 en 85, en overweging 105.

([11]) Dit kwam bovenop de aanpassing van de *formule* door het federaal bureau voor de statistiek om rekening te houden met de herberekening van de index voor industrieel hout op basis van een nieuw referentiejaar.

([12]) Zoals kan worden opgemaakt uit het overzicht in overweging 52 zou de toepassing van de *prijsaanpassingsclausule*, behalve voor het jaar 2009, ook hebben geleid tot lagere prijzen dan de gemiddelde prijs in de deelstaat Brandenburg, zij het in geringere mate. Zoals reeds is opgemerkt met betrekking tot de marktconformiteit van de prijsaanpassingsclausule kan ook een zakelijke transactie met een regelmatige grootafnemer voor een lange periode leiden tot prijzen onder het marktgemiddelde. Zie ook besluit C(2012) 834 final van de Commissie in zaak SA.19045 (vermeende steun van Bayern (Bayerische Staatsforstverwaltung) in de vorm van langetermijnovereenkomsten voor de levering van hout met de onderneming Klausner), overweging 47 e.v.

(61) Hieruit volgt dat de staat wist dat de toepassing van de *formule* niet leidde tot de beoogde prijsontwikkeling op basis van de index voor industrieel hout met de juiste verdeling van het prijsschommelingsrisico tussen de partijen, en dit ook accepteerde.

Conclusie

(62) Redelijkerwijs kan dus worden geconcludeerd dat de *prijsaanpassingsclausule* voor de deelstaat Brandenburg weliswaar heeft geleid tot prijzen die onder de gemiddelde prijs lagen, maar dat deze prijzen toch marktconform waren. Zij berustten op gerechtvaardigde overwegingen en onderhandelingen tussen de betrokken partijen, zodat niet kan worden uitgesloten dat ook een particuliere marktdeelnemer onder dezelfde of vergelijkbare voorwaarden een overeenkomst zou hebben gesloten.

(63) De door de partijen daadwerkelijk aan de hand van de *formule* verrichte prijsaanpassingen daarentegen voldeden niet aan dergelijke marktconforme voorwaarden en hebben geleid tot prijzen die beduidend lager waren dan de prijzen die uit de *prijsaanpassingsclausule* zouden zijn voortgevloeid (en sterker nog, die duidelijk lager waren dan de gemiddelde prijs voor hout in de deelstaat Brandenburg).

(64) Terwijl de prijsontwikkeling op basis van de prijsaanpassingsclausule vanuit commercieel oogpunt een redelijke benadering vormt en een billijke verdeling van het prijsschommelingsrisico tussen de partijen behelst, lagen de uit de toepassing van de *formule* voortvloeiende prijzen duidelijker lager en gaven zij bovendien geen blijk van een dergelijke risicoverdeling. Anders dan in zaak SA.19045 (vermeende steun van Bayern (Bayerische Staatsforstverwaltung) in de vorm van langetermijnovereenkomsten voor de levering van hout met de onderneming Klausner) ([13]), waar de Commissie prijzen onder het marktgemiddelde niet als steun beschouwde omdat op de markt overcapaciteit bestond en de vrijstaat Beieren had gezocht naar een regelmatige grootafnemer voor een lange periode, is in de onderhavige zaak het aanrekenen van lagere prijzen dan die welke uit de *prijsaanpassingsclausule* zouden zijn voortgevloeid op grond van de feiten niet gerechtvaardigd. De door de partijen overeengekomen *prijsaanpassingsclausule* houdt rekening met het langetermijnkarakter van de overeenkomst en met de kwaliteit van het te verkopen hout, en heeft reeds tot lagere prijzen geleid dan de gemiddelde prijs in de deelstaat Brandenburg. Niets wijst erop dat een particuliere marktdeelnemer akkoord zou zijn gegaan met nog lagere prijzen.

(65) Dit wordt ook bevestigd door argumenten van Duitsland waaruit blijkt dat de *prijsaanpassingsclausule* de ware bedoelingen van de partijen weergaf. Toen de twee in overweging 16 vermelde expertiserapporten van 2010 uitwezen dat de toepassing van de *formule* mogelijk staatssteun inhield, heeft de deelstaat Brandenburg in 2011 overeenstemming bereikt over een wijziging van de overeenkomst waarbij de onjuiste *formule* werd afgeschaft. De deelstaat Brandenburg heeft dus gezorgd voor de verwijdering van de formule uit de overeenkomst ten einde de ware bedoelingen van de partijen voor het voetlicht te brengen en de staatssteunbezwaren uit de weg te ruimen.

(66) Hieruit volgt dat de uitvoering van de overeenkomst, en met name de prijsaanpassingen aan de hand van de *formule*, niet zou zijn geaccepteerd door een particuliere verkoper en niet marktconform is.

(67) Duitsland voerde aan dat de deelstaatregering van Brandenburg pas bij de reorganisatie van het bosbeheer in 2009 heeft vernomen dat de daadwerkelijk door HoKaWe betaalde prijzen niet in overeenstemming waren met de door de *prijsaanpassingsclausule* beoogde prijsontwikkeling, doch beduidend lager waren dan de prijzen waarvoor aan andere bedrijven hout werd geleverd; de deelstaat Brandenburg zou vervolgens marktconform hebben gehandeld door opdracht te geven tot beide in overweging 16 genoemde expertiserapporten en daarna opnieuw over de overeenkomst te onderhandelen, wat heeft geleid tot een wijziging van de overeenkomst in 2011.

(68) Deze argumenten houden bij nader onderzoek geen stand. Ten eerste waren, zoals uiteengezet in de overwegingen 54 tot en met 57, de gevolgen van de *formule* reeds te voorzien op het ogenblik van de ondertekening van de overeenkomst. Ten tweede zou een particuliere verkoper op de markt, die de overeengekomen oplossing in de vorm van een *prijsaanpassingsclausule* wil uitvoeren en de prijsaanpassingen dan ook nauwlettend in het oog houdt, onmiddellijk een herziening van de prijs hebben verlangd. Zoals vermeld in overweging 65 bevestigt het feit dat de deelstaat Brandenburg met succes opnieuw over de overeenkomst heeft onderhandeld dat de ware bedoelingen van de partijen (zoals neergelegd in de *prijsaanpassingsclausule*) niet tot uitdrukking kwamen in de *formule*. Bovendien blijkt hieruit dat HoKaWe zich niet tegen de afschaffing van de formule kon verzetten.

(69) Dit betekent dat aan HoKaWe vanaf de inwerkingtreding van de overeenkomst (op 1 juni 2006) tot de wijziging ervan (op 30 juni 2011) een economisch voordeel is verschaft.

([13]) L.c.

(70) Ook alle andere criteria voor de aanwezigheid van steun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, zijn vervuld. Het voordeel was selectief, aangezien de overeenkomst uitdrukkelijk een bepaalde onderneming begunstigde. Het voordeel werd verschaft door de autoriteiten van een lidstaat, met name de deelstaat Brandenburg. De onder de voorwaarden van de overeenkomst aan HoKaWe verkochte gemiddelde hoeveelheid hout was aanzienlijk, en de levering van hout onder gunstige voorwaarden verbeterde de marktpositie van de ontvanger ten opzichte van zijn concurrenten en vervalste daardoor de mededinging. De ondernemingen op de houtmarkt concurreren met ondernemingen uit andere lidstaten. De leveringsovereenkomst gold weliswaar slechts voor hout uit bossen in een omtrek van 70 km rond Eberswalde, maar Eberswalde ligt heel dicht bij de Poolse grens (30 km). Derhalve werd ook het handelsverkeer tussen de lidstaten door de steun ongunstig beïnvloed. Daarom kan worden geconcludeerd dat de uitvoering van de overeenkomst, die tot gevolg had dat de betaalde prijzen waren gebaseerd op de *formule*, staatssteun vormde.

(71) De genoemde wijziging van de overeenkomst, die op 1 juli 2011 in werking is getreden, dient als beëindiging van de steunmaatregel te worden beschouwd. Krachtens de wijziging moesten prijsaanpassingen vanaf 1 juli 2011 volgens de *prijsaanpassingsclausule* gebeuren, zodat de oorspronkelijke bedoelingen van de partijen werden bevestigd en correct in praktijk werden gebracht. De gewijzigde versie van de overeenkomst is marktconform, zodat de Commissie tot de conclusie komt dat HoKaWe na 30 juni 2011 niet langer een economisch voordeel ontving in verband met betalingen in het kader van de overeenkomst.

5.2. **Verenigbaarheid met de interne markt**

(72) Er is geen duidelijke rechtsgrondslag voor de verenigbaarheid van de steun en Duitsland heeft zich evenmin op een dergelijke rechtsgrondslag beroepen. Het uit de uitvoering van de overeenkomst in de periode van juni 2006 tot en met juni 2011 voortvloeiende voordeel voor HoKaWe vormt daarom steun die onverenigbaar is met de interne markt.

5.3. **Berekening van het steunelement**

(73) Zoals aangegeven in de overwegingen 49, 50 en 51 kan de *prijsaanpassingclausule* als marktconform worden beschouwd. Volgens de Commissie bestaat het steunelement derhalve uit het verschil tussen de prijs die volgens de *prijsaanpassingsclausule* had moeten worden betaald, en de daadwerkelijk op basis van de *formule* betaalde prijs ([14]).

	a) Daadwerkelijk betaalde prijs (in EUR per stère) (*)	b) Prijs volgens de *prijsaanpassingsclausule* (in EUR per stère)	c) Verschil tussen a) en b) (*)	d) Daadwerkelijk geleverde hoeveelheid hout (in stère)	e) Steunelement: c) × d) (in EUR)
2006	13,00	15,42	2,42	13 115,73	31 794
2007	13,21	15,95	2,74	142 792,67	391 452
2008	16,55	20,96	4,41	137 683,00	607 291
2009	16,42	20,76	4,34	141 273,68	613 128
2010	16,14	20,03	3,89	139 045,38	540 699
2011	15,79	19,33	3,54	62 680,29	222 051
				Totaal	**2 406 415**

(*) De cijfergegevens in de kolommen a) en c) zijn afgerond; kolom e) is op basis van de precieze cijfers berekend, alleen het eindresultaat is afgerond op hele euro.

(74) De aan HoKaWe verleende steun bedraagt dus 2 406 415 EUR.

([14]) Daadwerkelijk betaalde prijs volgens de door Duitsland in zijn brief van 1.10.2013 verstrekte gegevens.

6. **TERUGVORDERING**

(75) Wanneer de Commissie constateert dat een steunmaatregel onverenigbaar is met de interne markt is zij, volgens het VWEU en de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie, bevoegd te beslissen dat de betrokken lidstaat die maatregel moet intrekken of wijzigen ([15]). Eveneens volgens vaste rechtspraak van het Hof is de verplichting van een lidstaat om door de Commissie als onverenigbaar met de interne markt aangemerkte steun in te trekken, bedoeld om de vroegere toestand te herstellen ([16]). In dit verband heeft het Hof vastgesteld dat die doelstelling verwezenlijkt is zodra de ontvanger de bedragen heeft terugbetaald die als onwettige staatssteun zijn verleend, waardoor het voordeel teniet wordt gedaan dat hij genoot ten opzichte van zijn concurrenten op de markt, en de situatie van vóór de betaling van steun wordt hersteld ([17]).

(76) Overeenkomstig de jurisprudentie is in artikel 14, lid 1, van Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad ([18]) het volgende bepaald: „Indien negatieve beschikkingen worden gegeven in gevallen van onrechtmatige steun beschikt de Commissie dat de betrokken lidstaat alle nodige maatregelen dient te nemen om de steun van de begunstigde terug te vorderen […].".

(77) Aangezien de onderhavige maatregel in strijd met artikel 108 VWEU niet bij de Commissie is aangemeld en daarom onrechtmatige en met de interne markt onverenigbare steun vormt, moet de steun worden teruggevorderd om de toestand die op de markt bestond voordat de steun werd verleend, te herstellen. De terugvordering moet derhalve de periode bestrijken waarin de begunstigde een voordeel ontving, d.w.z. de periode tussen het tijdstip waarop de steun aan de begunstigde ter beschikking is gesteld en de daadwerkelijke terugbetaling ervan; de terugvorderingsbedragen omvatten de rente die wordt berekend over de periode tot de daadwerkelijke terugbetaling.

7. **CONCLUSIE**

(78) De tenuitvoerlegging van de kaderovereenkomst tussen de deelstaat Brandenburg en HoKaWe vanaf de ondertekening ervan (op 1 juni 2006) tot de wijziging ervan (op 30 juni 2011) hield met de interne markt onverenigbare staatssteun in. De steun moet derhalve, inclusief de terugvorderingsrente, van HoKaWe worden teruggevorderd.

HEEFT HET VOLGENDE BESLUIT VASTGESTELD:

Artikel 1

De staatssteun ten bedrage van 2 406 415 EUR die Duitsland in strijd met artikel 108, lid 3, VWEU aan HoKaWe Eberswalde GmbH heeft verleend, is onverenigbaar met de interne markt.

Artikel 2

1. Duitsland vordert de in artikel 1 bedoelde steun van de begunstigde terug.

2. De terug te vorderen bedragen omvatten rente vanaf de datum waarop zij ter beschikking van de begunstigde werden gesteld tot de datum van de daadwerkelijke terugbetaling ervan.

3. De rente zal op samengestelde grondslag worden berekend in overeenstemming met hoofdstuk V van Verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie ([19]) en Verordening (EG) nr. 271/2008 van de Commissie ([20]) tot wijziging van Verordening (EG) nr. 794/2004.

Artikel 3

1. De in artikel 1 vermelde steun wordt met onmiddellijke ingang en feitelijk teruggevorderd.

2. Duitsland ziet erop toe dat dit besluit binnen vier maanden na kennisgeving ervan ten uitvoer wordt gelegd.

([15]) Zie het arrest van 12.7.1973 in zaak C-70/72, Commissie/Duitsland, Jurisprudentie 1973, blz. 813, punt 13.
([16]) Zie het arrest van 14.9.1994, Koninkrijk Spanje/Commissie in gevoegde zaken C-278/92, C-279/92 en C-280/92, Jurispr. 1994, blz. I-4103, punt 75.
([17]) Zie het arrest van 17.7.1999 in zaak C-75/97, Commissie/Duitsland, Jurisprudentie 1999, blz. 3671, rechtsoverwegingen 64 en 65.
([18]) Verordening (EG) Nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag (PB L 83 van 27.3.1999, blz. 1).
([19]) PB L 140 van 30.4.2004, blz. 1.
([20]) PB L 82 van 25.3.2008, blz. 1.

Artikel 4

1. Binnen twee maanden vanaf de kennisgeving van dit besluit verstrekt Duitsland de volgende informatie aan de Commissie:

a) het totale bedrag (hoofdsom en rente) dat van de begunstigde moet worden teruggevorderd;

b) een gedetailleerde beschrijving van de reeds genomen en de voorgenomen maatregelen om aan dit besluit te voldoen;

c) documenten waaruit blijkt dat de begunstigde werd verzocht de steun terug te betalen.

2. Duitsland houdt de Commissie op de hoogte van de voortgang van de maatregelen ter uitvoering van dit besluit totdat de terugbetaling van de in artikel 1 vermelde steun heeft plaatsgevonden. Het verstrekt, op eenvoudig verzoek van de Commissie, onverwijld alle inlichtingen over de reeds genomen en de voorgenomen maatregelen om aan dit besluit te voldoen. Het verstrekt eveneens nadere inlichtingen over de reeds door de begunstigde terugbetaalde steunbedragen en rente.

Artikel 5

Dit besluit is gericht tot de Bondsrepubliek Duitsland.

Gedaan te Brussel, 6 november 2013.

Voor de Commissie
Joaquín ALMUNIA
Vicevoorzitter