

KOMMISSIONENS BESLUT**av den 6 november 2013****om den åtgärd som Tyskland har genomfört till förmån för *HoKaWe Eberswalde GmbH SA.34721* (2012/C) (f.d. 2012/NN)***[delgivet med nr C(2013) 7058]***(Endast den tyska texten är giltig)****(Text av betydelse för EES)**

(2014/206/EU)

EUROPEISKA KOMMISSIONEN HAR ANTAGIT DETTA BESLUT

med beaktande av fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, särskilt artikel 108.2 första stycket,

med beaktande av avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet, särskilt artikel 62.1 a,

efter att i enlighet med nämnda artiklar ha gett berörda parter tillfälle att yttra sig ⁽¹⁾ och med beaktande av dessa synpunkter, och

av följande skäl:

1. FÖRFARANDE

- (1) Den 30 april 2012 mottog kommissionen ett klagomål från ett skogsförädlingsföretag med driftställe i den tyska delstaten Brandenburg, enligt vilket ett ramavtal med en löptid på 15 år mellan delstaten Brandenburg och företaget *HoKaWe Eberswalde GmbH* (nedan kallat *HoKaWe*) utgör statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1 i fördraget.
- (2) Den 11 maj 2012 översände kommissionen en icke-konfidentiell version av klagomålet till Tyskland med en begäran om ytterligare upplysningar. Genom en skrivelse av den 6 juni 2012 inkom Tyskland med sina synpunkter på klagomålet och lämnade de begärda upplysningarna.
- (3) Den 27 augusti 2012 delgav kommissionen den klagande en icke-konfidentiell version av Tysklands svar och bad klaganden meddela huruvida denne hade för avsikt att gå vidare med ärendet. Klaganden meddelade den 4 september 2012 att denne inte hade för avsikt att dra tillbaka klagomålet.
- (4) Genom en skrivelse av den 19 december 2013 underrättade kommissionen Tyskland om sitt beslut att inleda det formella förfarande som anges i artikel 108.2 i fördraget avseende detta stöd.
- (5) Kommissionens beslut om att inleda förfarandet offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* ⁽²⁾ och kommissionen uppmanade berörda parter att inkomma med sina synpunkter på stödet i fråga.
- (6) Genom en skrivelse av den 28 februari 2013 inkom Tyskland med sina synpunkter på beslutet. Den 30 april 2013 mottog kommissionen även synpunkter från två andra berörda parter och den 3 maj 2013 klagandens synpunkter.
- (7) Den 17 maj 2013 översändes de icke-konfidentiella versionerna av dessa synpunkter till Tyskland, som bemötte dem den 11 juni 2013 samt genom en kompletterande skrivelse av den 13 juni 2013.
- (8) Genom skrivelser av den 2 augusti 2013, den 17 september 2013 och den 23 september 2013 begärde kommissionen att Tyskland skulle inkomma med ytterligare upplysningar. Dessa skrivelser besvarades av Tyskland genom skrivelser av den 15 augusti 2013, den 20 september 2013 respektive den 1 oktober 2013.

⁽¹⁾ EUT C 99, 5.4.2013, s. 79.⁽²⁾ Se fotnot 1.

2. DETALJERAD BESKRIVNING AV STÖDET

2.1 Mottagande företag

- (9) HoKaWe är ett aktiebolag vars verksamhet utgörs av ett kraftverk som drivs med träbiomassa i tyska Eberswalde (Brandenburg). Kraftverket byggdes 2005 och togs i drift 2006. I juni 2011 inledde tingsrätten (*Amtsgericht*) i Frankfurt/Oder ett insolvensförfarande mot HoKaWe. Hittills har dock företaget inte upphört med sin ekonomiska verksamhet.
- (10) Landkreis Barnim (ett län i delstaten Brandenburg) visade intresse för att förvärva HoKaWes tillgångar i syfte att fortsätta driva verksamheten, och vid borgenärssammanträdet i maj 2012 ingicks ett avtal om överlåtelse av HoKaWes tillgångar. Försäljningen bevitnades av notarius publicus. Med anledning av att delstaten Brandenburg inte samtyckte till att den nya ägaren övertog ramavtalet om virkesleveranser från delstatens skog (det ramavtal som är föremålet för detta beslut) hävdes dock köpeavtalet av Landkreis Barnim.

2.2 Beskrivning av stödet

- (11) I juni 2005 ingick delstaten Brandenburg och HoKaWe ett ramavtal om virkesleveranser från skog tillhörande delstaten Brandenburg. I avtalet fastställdes de kvantiteter och villkor som skulle gälla för virkesleveranser ⁽³⁾ till HoKaWe under en period på 15 år (1 juni 2006–1 juni 2021). Leveranser motsvarande 150 000 kubikmeter travat mått (m³t) per år från närområdet kring kraftverket i Eberswalde (leveransradie max. 70 km) utlovades.
- (12) I avtalet fastställdes ett referenspris på 15,50 euro/m³t för basåret 2004. Enligt avtalstexten skulle sedan årliga prisjusteringar ske, efter överenskommelse mellan parterna på grundval av utvecklingen av det federala statistikkontorets prisindex för industrivirke ⁽⁴⁾. Höjda (sänkta) kostnader till följd av sådana justeringar upp (ner) från referenspriset skulle till 50 procent bäras av köparen, och till 50 procent av säljaren (nedan kallat *prisjusteringsklausulen*).
- (13) Avtalet innehåller dock även, för beräkningen av denna prisjustering följande formel (nedan kallad *prisjusteringsformeln* eller *formeln*):
- $$\text{ISE} = 15,50\text{€}/\text{rm} + \frac{\text{Index} - 135,89\%}{135,89\%} \text{€}/\text{rm} * 15,50 * 0,5$$
- (14) Det är därför nödvändigt att skilja på prisjusteringsklausulen i avtalstexten å ena sidan och prisjusteringsformeln å andra sidan.
- (15) Enligt Tyskland är det *prisjusteringsklausulen* som återger parternas avsikter. Som grund för denna ståndpunkt anför en intern promemoria från Brandenburgs ministerium för jordbruk, miljö och fysisk planering av den 1 oktober 2003, från ett möte mellan företrädare för delstaten Brandenburg och företrädare för HoKaWe. Av denna framgår det tydligt att den prisjusteringsmodell som parterna eftersträvade under förhandlingarna kommer till uttryck i *prisjusteringsklausulen*. Ytterligare stöd finner ståndpunkten i en promemoria från Brandenburgs ministerium för ekonomiska frågor och Europafrågor av den 5 januari 2011, som innehåller en rekommendation om att ramavtalet ska anpassas respektive tolkas så att avtalstexten efterlevs och hänsyn därmed tas till parternas verkliga avsikter.
- (16) *Formeln* var däremot felaktig, vilket bekräftas av Tyskland samt i två utlåtanden ⁽⁵⁾ utfärdade för delstaten Brandenburgs räkning 2010, och resulterade inte i ett pris som överensstämde med de avsikter som parterna gett uttryck för i *prisjusteringsklausulen*.

⁽³⁾ Avtalet avsåg transportklart löv- och barrträ i längder om 3 m med diametern 3–70 cm, fritt bilväg. Krökt virke och virke utsatt för röta fick förekomma.

⁽⁴⁾ Se federala statistikkontoret: <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/Preise/PreisindizesLandForstwirtschaft/Tabellen/ErzeugerpreiseForstwirtschaft.html>

⁽⁵⁾ Ett externt expertutlåtande inhämtades från RAUE LLP, delstaten Brandenburgs externa juridiska rådgivare, och ytterligare ett utlåtande utfärdades internt av det ansvariga ministeriet i Brandenburg.

- (17) Efter det att avtalet hade trätt i kraft justerades priset med hjälp av *formeln*. I strid med de avsikter som uttrycks i *avtalstexten* följde de prisjusteringar som beräknades enligt *formeln* inte den faktiska utvecklingen av prisindexet för industrivirke, utan gav ett pris som var betydligt lägre än genomsnittspriset för virke från skog tillhörande delstaten Brandenburg. *Formeln* ledde inte heller till den jämna uppdelning mellan delstaten och HoKaWe av risken kopplad till prissvängningar som parterna hade eftersträvat.
- (18) Detta berodde, som tidigare angetts i skäl 16, på att *formeln* var felaktig och inte på ett matematiskt korrekt sätt återspeglade de avsikter som parterna gett uttryck för i *prisjusteringsklausulen* ⁽⁶⁾.
- (19) Vidare framgår det av Tysklands skrivelse av den 28 februari 2013 att parterna flera gånger under avtalets löptid utnyttjat sitt utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller parametrarna för beräkningen av prisjusteringen enligt *formeln* ⁽⁷⁾. Tyskland har uppgett för kommissionen att skälen till detta inte längre går att utläsa ur underlagen.
- (20) I de två utlåtanden som utfärdades för delstaten Brandenburgs räkning 2010 (se skäl 16) konstaterades att avtalet eventuellt skulle kunna betraktas som statligt stöd, och parterna rekommenderades därför att justera avtalet genom att ändra *formeln*. Efter förhandlingar mellan HoKaWe och delstaten Brandenburg undertecknade parterna med anledning av detta den 26 augusti 2011 en reviderad version av avtalet, som trädde i kraft den 1 juli 2011. Den nya *avtalstexten* lämnade inget utrymme för de problem som beskrivs i skälen 12–19, eftersom parterna bestämde att priserna från och med den 1 juli 2011 skulle justeras enligt *prisjusteringsklausulen* för att på så sätt överensstämma med parternas ursprungliga avsikter. Från och med denna dag var *formeln* alltså inte längre en del av avtalet och kunde följaktligen inte längre användas.
- (21) Delstaten Brandenburg beslutade även att eventuella framtida investerare som förvärvar HoKaWe inte skulle få överta avtalet.

2.3 Skäl till att förfarandet inleddes

- (22) Den 19 december 2012 beslutade kommissionen att inleda ett formellt granskningsförfarande enligt artikel 108.2 i fördraget (nedan kallat *beslutet om att inleda förfarandet*).
- (23) Kommissionen var härvid av den preliminära uppfattningen att genomförandet av det ramavtal som ingåtts mellan delstaten Brandenburg och HoKaWe innefattade inslag av statligt stöd.
- (24) Kommissionen undrade om den ersättning som tillämpningen av *prisjusteringsformeln* resulterat i på förhand hade godtagits av en privat investerare på marknaden.
- (25) Vidare hyste kommissionen allvarliga tvivel om huruvida Tyskland, även om det stämde att de avtalsslutande parterna inte hade varit medvetna om *formelns* felaktighet, hade agerat marknadsmässigt i genomförandet av avtalet. Detta eftersom prisutvecklingen för det virke som sålts inom ramen för avtalet visade att det pris som beräknats med hjälp av *formeln* var betydligt lägre än det genomsnittliga priset på virke i delstaten Brandenburg. En försiktig privat investerare i en liknande situation skulle omedelbart ha tagit till alla upptänkliga medel för att ändra prisjusteringsmetoden. Tyskland däremot fortsatte att använda *formeln* fram till 2011.
- (26) Dessa överväganden ledde kommissionen fram till den preliminära slutsatsen att det, för perioden från och med den dag då avtalet trädde i kraft (1 juni 2006) fram till ändringen av avtalet (30 juni 2011), inte gick att utesluta förekomsten av en förmån för HoKaWe och därmed förekomsten av statligt stöd. Eftersom det inte fanns någon uppenbar rättslig grund för stödets förenlighet, och Tyskland inte heller hade åberopat någon sådan, hyste kommissionen dessutom tvivel om huruvida åtgärden kunde anses vara förenlig med den inre marknaden.

⁽⁶⁾ Enligt expertutlåtandet från RAUE LLP hade de avsikter som parterna gav uttryck för i *prisjusteringsklausulen* kunnat återges med följande formel:

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

⁽⁷⁾ Vid beräkningen av det pris som skulle gälla från och med den 1 juli 2006 användes till exempel indexvärdet för juli 2006, och inte, som egentligen föreskrivs i avtalet, indexvärdet för januari 2005.

3. SYNUNKTER FRÅN BERÖRDA PARTER

- (27) Inom ramen för det formella granskningsförfarandet mottog kommissionen synpunkter från klaganden och två andra berörda parter.
- (28) Klaganden inkom med interna promemorior från Brandenburgs ministerium för jordbruk, miljö och fysisk planering, från december 2003 respektive mars 2004. Dessa promemorior visar enligt klaganden att det, redan innan avtalet ingicks, fanns tveksamheter avseende flera delar i avtalet: Exempelvis fastslås det i promemorian från december 2003, med avseende på de följder av avtalet som kunde förutses vid den tidpunkten, att avtalet redan under 2004 skulle leda till ett pris som låg klart under det dåvarande prisindexet för industrivirke. På samma linje konstateras det i den interna promemorian från mars 2004 att den valda prisjusteringsmetoden skulle komma att leda till orimliga priseftergifter för delstaten Brandenburg. Promemorian innehåller därför en uttrycklig rekommendation om att ompröva avtalet alternativt omförhandla vissa punkter.
- (29) Klaganden hävdade att ingen privat investerare skulle ha ingått motsvarande avtal i en liknande situation, samt att en privat investerare inte hade väntat i fem år utan omedelbart hade vidtagit åtgärder när det stod klart att priserna låg under marknadspriset. Vidare anförde klaganden med avseende på prisjusteringen att de avtalade priserna inte hade återspeglat den faktiska utvecklingen på virkesmarknaden, utan tvärtom hade gynnat HoKaWe på ett otillbörligt sätt. Klaganden uppskattar att det stöd som tilldelats under åren 2006–2011 uppgår till 7,3 miljoner euro (uppskattningen baseras på det genomsnittliga virkespris som avtalats mellan klaganden och andra leverantörer).
- (30) Kommissionen mottog även synpunkter från två skogsförädlingsföretag i delstaten Brandenburg. Enligt dessa företag innebar det långsiktiga avtalet att en betydande del av virket från delstaten Brandenburgs skogar över huvud taget inte kom ut på den regionala virkesmarknaden, vilket de menar ska ha resulterat i en otillbörlig snedvridning av konkurrensen och hotat att slå ut mindre skogsförädlingsföretag i delstaten Brandenburg.

4. KOMMENTARER FRÅN TYSKLAND

- (31) Tyskland stod fast vid sin ståndpunkt att ramavtalet var marknadsmässigt och därmed inte innefattade något stödinslag.
- (32) Enligt uppgift från Tyskland fanns det vid tidpunkten för avtalets undertecknande ingen marknad för energiskog. Därför kom parterna överens om att det pris som HoKaWe skulle betala skulle bestämmas utifrån priset på industrivirke, och att prisjusteringarna skulle följa utvecklingen av prisindexet för industrivirke. Tyskland anförde vidare att avtalstexten visserligen återgav hur parterna avsåg att genomföra prisjusteringarna, men att den samtidigt gav utrymme för att de priser som beräknades med hjälp av *formeln* inte skulle ge den jämna uppdelning av risker kopplade till prissvängningar som parterna hade eftersträvat.
- (33) Därför hävdade Tyskland att det referenspris och den *prisjusteringsklausul* som fastställts i avtalstexten, dvs. prisjusteringar i linje med prisindexet för industrivirke i Tyskland och en jämn uppdelning mellan parterna av risken kopplad till prissvängningar, vid tidpunkten för avtalets undertecknande var att betrakta som marknadsmässiga.
- (34) Enligt Tyskland upptäckte den lokala skogsbruksmyndigheten i Brandenburg först vid en omorganisation i januari 2009 att tillämpningen av *formeln* hade medfört att HoKaWe betalade lägre priser än andra företag. Detta föranledde ansvariga myndigheter i Brandenburg att 2010 ge RAUE LLP i uppdrag att lämna ett expertutlåtande om avtalet, och det genomfördes även en intern, juridisk granskning av avtalet. I båda dessa utlåtanden konstateras det att avtalet eventuellt skulle kunna betraktas som statligt stöd. Vidare ska ministeriet för ekonomiska frågor och Europafrågor i en promemoria av den 5 januari 2011 ha kommit till slutsatsen att *prisjusteringsklausulen* var marknadsmässig, men att en prisjustering enligt *formeln* däremot var att betrakta som statligt stöd, och att avtalet därför borde ändras genom ändring av *formeln* för att återspegla parternas verkliga avsikter. Denna rekommendation hörsammades av delstaten Brandenburg i augusti 2011.
- (35) Tyskland hävdar att delstaten Brandenburg agerade marknadsmässigt i och med ändringen av avtalet 2011, och att ett tidigare ingripande inte hade varit möjligt, eftersom det fanns befintliga kontrakt som måste följas, och en ändring av avtalet endast kunde komma till stånd genom en ömsesidig överenskommelse mellan parterna.
- (36) Tyskland gör vidare gällande att avtalet varken utgör ett statligt stöd, snedvrider konkurrensen eller påverkar handeln mellan medlemsstater.

5. BEDÖMNING AV STÖDET

5.1 Förekomst av stöd

- (37) Enligt artikel 107.1 i fördraget är stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den inre marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna.
- (38) Vid granskningen av om en affärstransaktion mellan ett statligt organ och en ekonomisk enhet utgör ett stöd, ska enligt domstolen och kommissionens fasta praxis principen om en privat investerare i en marknadsekonomi tillämpas. Enligt denna princip ska en stat, då den är verksam som kommersiellt företag på marknaden, agera som en privat marknadsaktör. I annat fall kan det vara fråga om statligt stöd. Avgörande för om ett statligt stöd föreligger eller inte är därmed om en privat ekonomisk aktör i en liknande situation skulle ha agerat på samma sätt, dvs. sålt de aktuella tillgångarna, varorna eller tjänsterna till samma pris (principen om en privat investerare i en marknadsekonomi). Enligt denna princip får endast motiv av ekonomisk karaktär ligga till grund för att en säljare godtar ett lägre pris. Principen har tillämpats av kommissionen vid upprepade tillfällen och alltid funnit stöd i domstolen ⁽⁸⁾.
- (39) Följaktligen ska kommissionen i det aktuella ärendet klarlägga om en privat investerare hade varit beredd att ingå ett avtal med motsvarande löptid, motsvarande referenspris och motsvarande prisjusteringsmekanism.
- (40) Som framgår av skälen 11 och 12 skulle priserna enligt det 15 år långa ramavtalet justeras årligen i linje med prisindexet för industrivirke, och höjda (sänkta) kostnader till följd av sådana ändringar uppåt (neråt) av det fastställda referenspriset på 15,50 euro/m³t skulle till hälften bäras av den tyska staten och till hälften av HoKaWe. Dessutom innehöll avtalet en *formel* för beräkning av denna prisjustering.

Avtalets långa löptid

- (41) Klaganden hävdar att avtalets löptid på 15 år inte kan anses förenlig med sedvanlig marknadspraxis.
- (42) Kommissionen saknar dock uppgifter som styrker att löptiden inte skulle ha varit marknadsmässig. Visserligen kan en löptid på 15 år tyckas förhållandevis lång, men samtidigt tillåter den en investerare att binda upp en enda kund, eftersom investeraren då – som i fallet med det aktuella avtalet – kan vara säker på att få sälja jämna kvantiteter av ett visst virkesslag, som här dessutom åtminstone till viss del inte uppfyllde de kvalitetskrav som ställs på industrivirke.
- (43) Därför, och mot bakgrund av den uppdelning av risken kopplad till prissvängningar som föreskrevs i avtalet, går det inte att utesluta att en privat investerare hade ingått ett avtal med motsvarande löptid.

Det avtalade referenspriset

- (44) Vad gäller referenspriset på 15,50 euro/m³t har kommissionen inte heller några uppgifter som styrker att detta pris inte skulle ha varit marknadsmässigt.
- (45) Så som Tyskland har anfört fanns det vid tidpunkten för avtalets undertecknande inget etablerat marknadspris för energiskog. Därför använde avtalsparterna priset på industrivirke som utgångspunkt i ramavtalet. Enligt en sammanställning som klaganden lagt fram över marknadspriser för industrivirke, kan priser på 15,50–17,50 euro/m³t för 2004 respektive 15,00–17,00 euro/m³t för 2005 betraktas som marknadsmässiga. Även med hänsyn till det faktum att det handlade om ett långsiktigt avtal låg det överenskomna referenspriset på 15,50 euro/m³t inom ramen för vad som kunde anses vara ett marknadsmässigt pris för industrivirke.

⁽⁸⁾ Se bl.a. domstolens dom av den 21 mars 1991 i mål C-305/89 ("Alfa Romeo"), Italien mot kommissionen, REG 1991, s. I-1603, punkterna 18 och 19; förstainstansrättens dom av den 30 april 1998 i mål T-16/96, Cityflyer Express Ltd mot kommissionen, REG 1998, s. II-757, punkt 51; förstainstansrättens dom av den 21 januari 1999 i de förenade målen T-129/95, T-2/96 och T-97/96, Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH och Lech-Stahlwerke GmbH mot kommissionen, REG 1999, s. II-17, punkt 104; tribunalens dom av den 28 februari 2012 i de förenade målen T-268/08 och T-281/08, Land Burgenland och Republiken Österrike mot Europeiska kommissionen, REU 2012, s. II-0000, punkt 48.

- (46) En promemoria från Brandenburgs ministerium för jordbruk, miljö och fysisk planering av den 1 oktober 2003 visar vidare att delstaten Brandenburgs företrädare under förhandlingarna föreslog ett referenspris på 15,50 euro/m³t, medan HoKaWe å sin sida förespråkade ett pris på 15,00 euro/m³t. Parterna enades till sist om det högre priset, dvs. 15,50 euro/m³t.
- (47) Utifrån detta kan referenspriset på 15,50 euro/m³t betraktas som marknadsmässigt. Eftersom det inte fanns något marknadspris att jämföra med, och kvalitetskraven på energiskog åtminstone inte är högre än kvalitetskraven på industrivirke, var det berättigat av delstaten Brandenburg att ingå ett avtal, enligt vilket priset grundade sig på prisindexet för industrivirke (referenspriset). Det överenskomna priset var resultatet av förhandlingar mellan parterna och låg inom det prisspann som kunde betraktas som marknadsmässigt för industrivirke i delstaten Brandenburg. Det avtalades utifrån kännedom om kvaliteten på det virke som fanns att tillgå i delstaten Brandenburgs skogar ⁽⁹⁾, och motsvarar därmed det pris som en privat investerare skulle ha godtagit för den virkeskvalitet som leveranserna avsåg.

Prisjusteringen

- (48) Vad gäller prisjusteringen är det, så som anges i skäl 14, nödvändigt att skilja på *prisjusteringsklausulen* å ena sidan och de prisjusteringar som faktiskt gjordes med hjälp av *formeln* å andra sidan.
- (49) Kommissionen saknar uppgifter som styrker att *prisjusteringsklausulen* inte skulle ha varit marknadsmässig. Som framgår av resonemanget kring referenspriset i skäl 45 fanns det inget prisutvecklingsindex för energiskog. Därför var det berättigat, inte bara att använda priset på industrivirke som grund för referenspriset, utan även att avtala om prisjusteringar som skulle följa prisindexet för industrivirke.
- (50) I avtalstexten föreskrevs vidare en jämn uppdelning mellan parterna av risken kopplad till prissvängningar. Eftersom prisutvecklingen vid tidpunkten för undertecknandet inte till fullo gick att förutse, användes denna mekanism för att båda parter skulle dela både på risken och på (den eventuella) vinsten, vilket alltså lika gärna hade kunnat innebära en fördel för delstaten Brandenburg. Ställd inför denna osäkerhet hade även en privat investerare kunnat godta en liknande klausul. Denna klausul bör följaktligen betraktas som marknadsmässig.
- (51) Härav följer att *prisjusteringsklausulen*, som föreskrev en prisutveckling i linje med prisindexet för industrivirke och en jämn uppdelning mellan parterna av risken kopplad till prissvängningar, var marknadsmässig, och att en försiktig privat investerare skulle ha ingått motsvarande avtal.
- (52) Som framgått ovan gjordes dock de faktiska prisjusteringarna med hjälp av *formeln*. Sammanställningen i tabellen nedan visar att de priser som beräknades med hjälp av *formeln* var betydligt lägre än de priser som hade följt av *prisjusteringsklausulen*:

	euro per m ³ t		
	Faktiskt betalat pris, (beräknat med <i>formeln</i>)	Pris (*) enligt <i>prisjusteringsklausulen</i>	Genomsnittspris för virke (alla typer) i delstaten 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⁾ Inom ramen för det formella granskningsförfarandet inkom berörda parter med klagomål avseende att stora kvantiteter industrivirke i och med avtalet med HoKaWe försvann från marknaden, vilket tyder på att en väsentlig del av den energiskog som levererades till HoKaWe utgjordes av industrivirke.

	euro per m ³ t		
	Faktiskt betalat pris, (beräknat med <i>formeln</i>)	Pris (*) enligt <i>prisjusteringsklausulen</i>	Genomsnittspris för virke (alla typer) i delstaten Brandenburg
2010	16,14	20,03	24,50
2011	15,79	19,33	Ingen uppgift

(*) Enligt uppgift från Tyskland.

- (53) Tabellen visar vidare att de priser som beräknades med hjälp av *formeln* inte bara var betydligt lägre än de priser som hade följt av *prisjusteringsklausulen*, utan även betydligt lägre än genomsnittspriserna i delstaten Brandenburg.
- (54) Att *formeln* skulle få denna effekt gick dessutom att förutse redan innan avtalet undertecknades. Detta faktum är av särskild betydelse, eftersom det, för att avgöra frågan om huruvida en privat investerare på marknaden hade agerat på samma eller motsvarande sätt som delstaten Brandenburg, krävs en förhandsbedömning av avtalet ⁽¹⁰⁾.
- (55) Som framgår av skälen 16 och 18 var *formeln* felaktig och återgav inte på ett korrekt sätt de avsikter som parterna gett uttryck för i *prisjusteringsklausulen*. Dessa avsikter hade, vilket också bekräftas i expertutlåtandet från RAUE LLP, kunnat återges matematiskt med följande formel:

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

- (56) I stället för Index_n drog dock avtalsparterna ifrån ett fast belopp. Visserligen finns det fall då ett avdrag med fast belopp kan vara motiverat, men det bör då åtminstone leda till ett pris som motsvarar det avtalade referenspriset för det år då avtalet ingås. I det aktuella fallet valde dock parterna ett avdrag som redan det år då avtalet undertecknades ledde till ett pris som var betydligt lägre än det avtalade och marknadsmässiga referenspriset på 15,50 euro/m³t.
- (57) Alltså gick det vid tidpunkten för avtalets undertecknande objektivt sett att förutse att *formeln* var felaktig och inte skulle ge de prisnivåer som avsetts i *prisjusteringsklausulen*.
- (58) I en liknande situation hade en privat investerare använt en annan formel eller åtminstone verkat för en ändring av *formeln*, i synnerhet då parterna i avtalstexten hade fastställt att prisjusteringarna skulle följa prisindexet för industrivirke och att risken kopplad till prissvängningar till hälften skulle bäras av staten och till hälften av HoKaWe (i enlighet med *prisjusteringsklausulen*).
- (59) Värt att notera i sammanhanget är att den prisutveckling som skedde inom ramen för avtalet inte var resultatet av en helt automatisk, på förhand given matematisk beräkning enligt *formeln*. Som angetts i skäl 19 framgår det tvärtom av de upplysningar som Tyskland inkommit med under det formella granskningsförfarandet att *formeln* justerades flera gånger under avtalets löptid ⁽¹¹⁾.
- (60) Som klart framgår av sammanställningen i skäl 52 realiserades de facto dessa förutsebara negativa effekter av *formeln*, i och med att det pris som HoKaWe betalade var betydligt lägre än det pris som hade följt av *prisjusteringsklausulen*. Dessutom var priset betydligt lägre än genomsnittspriset för virke från delstaten Brandenburgs skogar, dvs. det pris som tillämpades av Brandenburg när delstaten sålde virke till andra aktörer ⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ Se domstolens dom av den 16 maj 2002 i mål C-482/99, Frankrike mot kommissionen, REG 2002, s. I-4397, punkt 70–72; domstolens dom av den 5 juni 2012 i mål C-124/10 P, Europeiska kommissionen mot Electricité de France (EDF), REU 2012, s. I-0000, punkterna 83–85 och 105.

⁽¹¹⁾ Detta skedde som en kompletterande åtgärd för att anpassa *formeln* till det federala statistikkontorets nya beräkningsmodell för prisindexet för industrivirke, som utgick från ett nytt basår.

⁽¹²⁾ Som sammanställningen i skäl 52 visar hade priset, även om *prisjusteringsklausulen* hade tillämpats, legat under genomsnittspriset i delstaten Brandenburg alla år utom 2009, dock hade skillnaden varit betydligt mindre. Enligt vad som redan framgått vad gäller *prisjusteringsklausulens* marknadsmässighet kan även en affärsuppgörelse med en långsiktigt, regelbundet återkommande storkund, som är förenlig med armlängdsprincipen, ge priser som är lägre än det genomsnittliga marknadspriset. Se även kommissionens beslut C (2012) 834 final i ärendet SA.19045 (Påstått stöd från delstaten Bayern [Bayerische Staatsforstverwaltung] i form av långtidsavtal om virkesleveranser med företaget Klausner), skälen 47 ff.

- (61) Härav framgår att medlemsstaten kände till och accepterade att tillämpningen av *formeln* inte, så som parterna avsett, skulle leda till en prisutveckling enligt prisindexet för industrivirke med motsvarande jämna uppdelning av risken kopplad till prissvängningar.

Slutsats

- (62) Följaktligen kan det skäligen antas att *prisjusteringsklausulen* hade lett till priser som visserligen hade varit lägre än genomsnittspriserna i delstaten Brandenburg, men fortfarande hade varit att betrakta som marknadsmässiga. Dessa priser hade baserats på motiverade överväganden och förhandlingar mellan de berörda parterna, och det går därför inte att utesluta att en privat marknadsaktör hade slutit ett avtal med samma eller motsvarande villkor.
- (63) Dock återspeglade de prisjusteringar som parterna faktiskt genomförde med hjälp av *formeln* inga sådana marknadsmässiga villkor, utan ledde till priser som var betydligt lägre än de som skulle ha följt av *prisjusteringsklausulen* (och som dessutom, i förhållande till dessa, var ännu lägre än genomsnittspriset för virke i delstaten Brandenburg).
- (64) Prisutvecklingen enligt *prisjusteringsklausulen* får anses ha varit byggd på sunda företagsekonomiska beslut och skulle ha gett en rättvis uppdelning mellan parterna av risker kopplade till prissvängningar. De priser som följde av att *formeln* tillämpades var dock betydligt lägre och gav dessutom ingen motsvarande riskfördelning. Till skillnad från i ärendet SA.19045 (Påstått stöd från delstaten Bayern [Bayerische Staatsforstverwaltung] i form av långtidsavtal om virkesleveranser med företaget Klausner) ⁽¹³⁾, där kommissionen inte ansåg att priser som låg under det genomsnittliga marknadspriset kunde betraktas som stöd, eftersom det fanns en överkapacitet på marknaden och delstaten Bayern hade intresse av att knyta en långsiktigt, regelbundet återkommande storkund till sig, finns det inga omständigheter i det aktuella ärendet som rättfärdigar ett pris lägre än det som skulle ha följt av *prisjusteringsklausulen*. I den av parterna avtalade *prisjusteringsklausulen* togs hänsyn till avtalets långsiktiga natur och kvaliteten på det virke som skulle säljas, och klausulen ledde redan i sig till priser som var lägre än genomsnittspriset i delstaten Brandenburg. Det finns inget som tyder på att en privat marknadsaktör hade godtagit ett ännu lägre pris.
- (65) Detta finner även stöd i de upplysningar som Tyskland inkommit med, av vilka det framgår att *prisjusteringsklausulen* återspeglade parternas verkliga avsikter. Efter att de två juridiska utlåtanden från 2010 som anges i skäl 16 hade visat på att avtalet på grund av *formeln* eventuellt skulle kunna betraktas som statligt stöd, förhandlade delstaten Brandenburg 2011 fram en ändring av avtalet, genom vilken den felaktiga *formeln* ströks. Delstaten Brandenburg förhandlade alltså fram det nya avtalet utan *formel* för att tillvarata parternas verkliga avsikter och undanröja alla tvivel kring huruvida avtalet var att betrakta som statligt stöd.
- (66) Detta leder fram till slutsatsen att genomförandet av avtalet, och då i synnerhet prisjusteringarna med hjälp av *formeln*, inte skulle ha godtagits av en privat investerare och inte kan anses ha varit marknadsmässigt.
- (67) Tyskland har gjort gällande att Brandenburgs delstatsregering först i samband med en omorganisering av delstatens skogsbruksmyndighet 2009 fick kännedom om att de priser som HoKaWe faktiskt hade betalat inte motsvarade den prisutveckling som avsetts i *prisjusteringsklausulen*, utan var betydligt lägre än de priser som andra aktörer betalade för virke. Delstaten Brandenburg ska därefter ha agerat marknadsmässigt, i och med att delstaten begärde in de båda utlåtanden som anges i skäl 16 och därefter förhandlade om avtalet, vilket resulterade i avtalsändringen 2011.
- (68) Denna argumentation håller inte vid en granskning. För det första gick det, som framgår av skälen 54–57, redan vid tidpunkten för avtalets undertecknande att förutse vilka effekter *formeln* skulle få. För det andra skulle en privat investerare på marknaden som eftersträfvade att den avtalade lösningen skulle genomföras enligt *prisjusteringsklausulen* och därför nog hade övervakat prisjusteringarna, omedelbart ha krävt en omförhandling av priset. Som framgår av skäl 65 bekräftar snarare den framgångsrika omförhandling av avtalet som genomfördes på initiativ av delstaten Brandenburg att *formeln* inte återspeglade parternas verkliga avsikter (enligt vad de gett uttryck för i *prisjusteringsklausulen*). Den visar dessutom att HoKaWe inte hade något att sätta emot när det gällde att stryka *formeln* ur avtalet.
- (69) Härav följer att HoKaWe från och med den dag då avtalet trädde i kraft (1 juni 2006) fram till ändringen av avtalet (30 juni 2011) gavs en ekonomisk fördel.

⁽¹³⁾ Ibid.

- (70) Även alla andra kriterier för förekomsten av stöd enligt artikel 107.1 i fördraget är uppfyllda. Fördelen var selektiv, eftersom avtalet uttryckligen gynnade ett visst företag. Fördelen gavs av en myndighet i en medlemsstat, närmare bestämt av delstaten Brandenburg. Den genomsnittliga kvantitet virke som såldes till HoKaWe enligt villkoren i avtalet var betydande, och det faktum att virket levererades till så gynnsamma villkor förbättrade mottagarens position på marknaden gentemot andra konkurrenter och ledde därmed till en snedvridning av konkurrensen. Företag på virkesmarknaden konkurrerar med företag från andra medlemsstater. Det aktuella leveransavtalet gällde visserligen bara virke från skogar inom en radie på 70 km från Eberswalde, men Eberswalde ligger mycket nära den polska gränsen (30 km). Därmed påverkar stödet även handeln mellan medlemsstater. Detta leder fram till slutsatsen att avtalet, i och med att det genomfördes på ett sätt som resulterade i att de priser som betalades baserades på *formeln*, utgjorde statligt stöd.
- (71) Den ovan nämnda ändringen av avtalet, som trädde i kraft den 1 juli 2011, markerar stödåtgärdens avslutande. Enligt ändringen skulle prisjusteringar från och med den 1 juli 2011 ske enligt *prisjusteringsklausulen*, så att parternas ursprungliga avsikter bekräftades och omsattes i praktiken på ett korrekt sätt. Avtalet i sin ändrade lydelse är marknadsmässigt, vilket leder kommissionen till slutsatsen att HoKaWe efter den 30 juni 2011 inte längre gavs någon ekonomisk fördel till följd av betalningar inom ramen för avtalet.

5.2 Förenlighet med den inre marknaden

- (72) Det finns ingen uppenbar rättslig grund för stödets förenlighet, och någon sådan har heller inte åberopats av Tyskland. Den fördel som HoKaWe åtnjöt i och med avtalets genomförande under tidsperioden juni 2006–juni 2011 utgör därför ett statligt stöd som inte är förenligt med den inre marknaden.

5.3 Beräkning av stödsinlaget

- (73) Som framgår av skälen 49–51 kan *prisjusteringsklausulen* betraktas som marknadsmässig. Följaktligen anser kommissionen att stödsinlaget utgörs av differensen mellan det pris som mottagaren hade betalat om *prisjusteringsklausulen* hade tillämpats, och det pris som mottagaren faktiskt betalade baserat på *formeln* ⁽¹⁴⁾.

	a) Faktiskt betalat pris (i euro per m ³ t) (*)	b) Pris enligt <i>prisjusteringsklausulen</i> (i euro per m ³ t)	c) Differens mellan a och b (*)	d) Faktisk levererad virkeskvantitet (i m ³ t)	e) Stödsinlag: c × d (i euro) (*)
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
Summa					2 406 415

(*) Beloppen i kolumnerna a och c har rundats av. Beräkningarna i kolumn e är baserade på exakta belopp, endast slutresultaten är avrundade, uppåt eller nedåt till hela belopp i euro.

- (74) Det stöd som HoKaWe beviljats uppgår därmed till 2 406 415 euro.

⁽¹⁴⁾ Faktiskt betalat pris enligt uppgifter från Tyskland i skrivelsen av den 1 oktober 2013.

6. ÅTERKRAV

- (75) När kommissionen har fastställt att ett stöd är oförenligt med den inre marknaden ska den enligt fördraget och domstolens fasta rättspraxis besluta om att den berörda medlemsstaten ska upphäva eller ändra stödet ⁽¹⁵⁾. Enligt domstolens fasta rättspraxis gäller även att den skyldighet att upphäva ett stöd som är oförenligt med den inre marknaden som åläggs en medlemsstat genom kommissionens beslut ska syfta till att återställa den situation som förelåg innan stödet utgavs ⁽¹⁶⁾. Här har domstolen slagit fast att detta mål ska anses vara uppnått så snart som mottagaren har betalat tillbaka det belopp som denne erhållit inom ramen för det olagliga stödet, eftersom mottagaren i och med det förlorar fördelen på marknaden gentemot sina konkurrenter och den situation som förelåg innan stödet betalades ut kan anses återupprättad ⁽¹⁷⁾.
- (76) I linje med rättspraxis fastslås följande i artikel 14.1 i rådets förordning (EG) nr 659/1999 ⁽¹⁸⁾: "Vid negativa beslut i fall av olagligt stöd skall kommissionen besluta att den berörda medlemsstaten skall vidta alla nödvändiga åtgärder för att återkräva stödet från mottagaren [...]."
- (77) Eftersom den aktuella åtgärden i strid med artikel 108 i fördraget inte anmäldes till kommissionen och därmed utgör ett olagligt stöd som är oförenligt med den inre marknaden, måste stödet återkrävas för att återställa den marknadssituation som förelåg innan det beviljades. Återkravet bör således omfatta den tidsperiod då stödmottagaren har gynnats, dvs. perioden från och med den dag då stödet ställdes till stödmottagarens förfogande till och med den dag det har återbetalats. Det stöd som ska återkrävas ska innefatta ränta beräknad för samma period.

7. SLUTSATSER

- (78) Genomförandet av ramavtalet mellan delstaten Brandenburg och HoKaWe anses, från och med den dag då avtalet undertecknades (1 juni 2006) fram till ändringen av avtalet (30 juni 2011), ha utgjort ett statligt stöd som är oförenligt med den inre marknaden. Därför bör stödet, inklusive återkravsränta, betalas tillbaka av HoKaWe.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE:

Artikel 1

Det statliga stöd om 2 406 415 euro som Tyskland olagligen har beviljat HoKaWe Eberswalde GmbH i strid med artikel 108.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt är oförenligt med den inre marknaden.

Artikel 2

1. Tyskland ska från stödmottagaren återkräva det stöd som avses i artikel 1.
2. Det stöd som ska återkrävas ska innefatta ränta från och med den dag då stödet ställdes till stödmottagarens förfogande till och med den dag det har återbetalats.
3. Räntan ska beräknas som sammansatt ränta enligt kapitel V i kommissionens förordningar (EG) nr 794/2004 ⁽¹⁹⁾ och (EG) nr 271/2008 ⁽²⁰⁾ om ändring av förordning (EG) nr 794/2004.

Artikel 3

1. Återkravet av det stöd som avses i artikel 1 ska genomföras omedelbart och effektivt.
2. Tyskland ska säkerställa att detta beslut genomförs inom fyra månader efter den dag då detta beslut har delgivits.

⁽¹⁵⁾ Se domstolens dom av den 12 juli 1973 i mål 70/72, kommissionen mot Tyskland, REG 1973, s. 813/svensk specialutgåva, punkt 13.

⁽¹⁶⁾ Se domstolens dom av den 14 september 1994 i de förenade målen C-278/92, C-279/92 och C-280/92, Spanien mot kommissionen, REG 1994, s. I-4103, punkt 75.

⁽¹⁷⁾ Se domstolens dom av den 17 juni 1999 i mål C-75/97, Belgien mot kommissionen, REG 1999, s. I-3671, punkterna 64–65.

⁽¹⁸⁾ Rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 i EG-fördraget (EGT L 83, 27.3.1999, s. 1).

⁽¹⁹⁾ EUT L 140, 30.4.2004, s. 1.

⁽²⁰⁾ EUT L 82, 25.3.2008, s. 1.

Artikel 4

1. Inom två månader efter den dag då detta beslut har delgivits ska Tyskland lämna följande uppgifter till kommissionen:

- a) Det totala belopp (kapital och räntor) som ska återkrävas från stödmottagaren.
- b) En detaljerad beskrivning av de åtgärder som redan har vidtagits eller som planeras för att rätta sig efter detta beslut.
- c) Dokument som visar att stödmottagaren har anmodats att betala tillbaka stödet.

2. Tyskland ska hålla kommissionen underrättad om utvecklingen vad gäller de nationella åtgärder som har vidtagits för att genomföra detta beslut till dess att återkravet av det stöd som avses i artikel 1 har slutförts. Tyskland ska på kommissionens begäran omgående lämna uppgifter om de åtgärder som redan har vidtagits eller som planeras för att rätta sig efter detta beslut. Tyskland ska också lämna detaljerade uppgifter om de stödbelopp och räntebelopp som redan har återkrävts från stödmottagaren.

Artikel 5

Detta beslut riktar sig till Förbundsrepubliken Tyskland.

Utfärdat i Bryssel den 6 november 2013.

På kommissionens vägnar

Joaquín ALMUNIA

Vice ordförande
