



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: CBb 2006-12-14

Adriaanse, P.C.; Ouden, W. den

Citation

Adriaanse, P. C., & Ouden, W. den. (2007). Annotation: CBb 2006-12-14.
Administratiefrechtelijke Beslissingen, 756-759. Retrieved from
<https://hdl.handle.net/1887/12543>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12543>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

AB 2007, 136

**COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET
BEDRIJFSLEVEN (MEERVOUDIGE KAMER)**

14 december 2006, nr. AWB 05/59
(Mrs. Wolters, Fierstra, Lubberdink)
P.C. Adriaanse* en W. den Ouden

EG-Verdrag art. 10, 87, 88

**Handhaving staatssteunrecht; Bekendmaking
van de Commissie betreffende samenwerking
tussen nationale rechter en Europese Commis-
sie.**

In dit geschil dient het college de vraag te beantwoorden of appellante subsidiabele kosten heeft gemaakt. (...) Meer in het bijzonder gaat het om de vraag aan de hand van welke criteria dit moet worden vastgesteld. (...) Verweerder lijkt niet bij machte met een objectieve en transparante methode de economische aspecten van de verschillen tussen deze voor appellante uit oogpunt van haar behoefte relevante en reële keuzemogelijkheden in aanmerking te nemen zodat bepaald kan worden wat de extra investeringskosten zijn die noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van de milieudoel-einden. Evenmin lijkt hij te kunnen identificeren welke gegevens door appellante zouden moeten worden verstrekt opdat kan worden vastgesteld welke investeringskosten extra kosten zijn die in verband met het milieueffect worden gemaakt. (...) Voor het college is niet helder op basis van welke criteria en berekeningsmethoden de extra investeringskosten die geacht worden omwille van het milieu te zijn gedaan als bedoeld in het Milieusteunkader moeten worden vastgesteld. De overweging in het Milieusteunkader uit 2001 over de 'objectieve en doorzichtige berekeningsmethoden, zoals bijvoorbeeld de kosten van een investering die in technisch opzicht vergelijkbaar is, maar waarmee niet hetzelfde niveau van milieubescher-

ming wordt bereikt' biedt in dit geval onvoldoende uitsluit. Mede in verband met het mogelijk technische karakter van dit criterium, acht het college het geraden, op basis van het bepaalde in art. 10 EG-Verdrag en onder verwijzing naar de Bekendmaking van de Commissie betreffende samenwerking tussen nationale rechterlijke instanties en de Commissie op het gebied van steunmaatregelen van de Staten van 23 november 1995 (PbEG 1995, C 312, p. 8), de Commissie te verzoeken nadere informatie te verschaffen over de methoden en criteria die moeten worden gehanteerd bij beantwoording van de vraag welke investeringskosten kunnen worden gerelateerd aan het milieueffect en bij subsidiëring door de lidstaat, in overeenstemming met de goedkeuring door de Commissie van het Besluit overeenkomstig het Milieusteunkader, in aanmerking mogen worden genomen.

DSM NV, te Heerlen, appellante, gemachtigde:
adv. mr. F.J.C.M. de Kok, en werkzaam bij appel-
lante

tegen

De Minister van Economische Zaken, verweer-
der, gemachtigden: mr. J. Weda en mr. C.N. Gad-
jadhar, beiden werkzaam bij verweerders agent-
schap SenterNovem.

1. De procedure

Appellante heeft op 25 januari 2005 bij het college beroep ingesteld tegen een besluit van verweerder van 16 december 2004. Bij dit besluit heeft verweerder opnieuw beslist op het bezwaar van appellante tegen afwijzing van haar aanvraag om subsidie op grond van het Besluit subsidies CO₂-reductieplan (Stb. 1998, 397, besluit), dat is gebaseerd op de Kaderwet EZ-Subsidies.

Op 7 maart 2006 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad waarbij partijen bij gemachtigde zijn verschenen. Bij beschikking van 22 maart 2006 heeft het college het onderzoek heropend en partijen nadere vragen gesteld. Het beroep is op 13 september 2006 weer ter zitting behandeld. Ook bij die gelegenheid hebben partijen bij monde van hun gemachtigden hun standpunt toegelicht.

2. De grondslag van het geschil

2.1. In het besluit, zoals dat luidde tot 12 september 2001, was onder meer het volgende bepaald:

"Artikel 1

In dit besluit en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

* Mr. P.C. Adriaanse is universitair docent bij het Departement Publiekrecht van de UL.

- a. een CO₂-reductieproject: het aanschaffen of voortbrengen, installeren en in gebruik nemen van technische voorzieningen die, alleen of in samenhang met andere voorzieningen, leiden tot een vermindering van de uitstoot van CO₂;
(...)

Artikel 2

1. Onze Minister verstrekt op een aanvraag een subsidie aan degenen die voor eigen rekening en risico of de deelnemers in een samenwerkingsverband die voor gezamenlijke rekening en risico een CO₂-reductieproject uitvoeren, dat past binnen een deelprogramma van het CO₂-reductieplan dat is opgenomen in de bijlage bij dit besluit, voor wat betreft:
(...)
- b. het referentiekader aan de hand waarvan wordt beoordeeld of en in welke mate een project leidt tot een vermindering van de uitstoot van CO₂;
(...)

Artikel 3

- (...)
2. Indien de subsidie-ontvanger een ondernemer is bedraagt de subsidie niet meer dan 30 procent van de rechtstreeks aan het CO₂-reductieplan toe te rekenen, door de subsidie-ontvanger gemaakte en betaalde kosten, voor zover die noodzakelijk zijn voor een vermindering van de uitstoot van CO₂.
(...)"

In de Nota van Toelichting bij het besluit staat, voor zover hier van belang, het volgende bepaald.

"Artikel 1

(...)

Alle projecten moeten leiden tot een vermindering van de uitstoot van CO₂. In de verschillende deelprogramma's, opgenomen in de bijlage, is aangegeven wat geldt als referentiekader voor het antwoord op de vraag of en in welke mate sprake is van een vermindering. (...)

Artikel 3

(...) Onder ondernemer in de zin van dit besluit wordt begrepen een ieder die een onderneming in stand houdt. Met deze omschrijving wordt aangesloten bij het communautaire mededingingsrecht (...) en wordt bereikt dat alle ondernemingen in de zin van artikel 92, eerste lid, van het Verdrag tot op-

richting van de Europese Gemeenschap slechts in aanmerking komen voor een subsidie die overeenkomstig het bepaalde in paragraaf 3.2.1 van de Communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu (PbEG 1994, C72) beperkt is tot de extra investeringskosten die noodzakelijk zijn voor het verwezenlijken van de milieudoel-einden.(...)

De beperking tot de extra investeringskosten in het geval van een onderneming betekent dat de kosten van algemene investeringen die niet omwille van het milieu worden gedaan, geen deel uitmaken van de kosten die in aanmerking komen voor subsidie. Zo komen bij de bouw van een nieuwe of een vervangende installatie, de kosten van basisinvesteringen die alleen worden gedaan om productiecapaciteit te scheppen of te vervangen zonder dat deze investering leidt tot minder CO₂-emissies niet voor subsidie in aanmerking. (...)

In de in art. 2 lid 1, van het besluit bedoelde bijlage is onder meer het volgende bepaald:

"4. Deelprogramma Procesintegratie energie-intensieve industrie

Aandachtsgebied

In dit aandachtsgebied gaat het om het realiseren van een aanzienlijke energiewinst door de integratie van bestaande processen met behulp van nieuwe en/of verbeterde technologieën en/of nieuwe toepassingen van bestaande technologieën. Het gaat veelal om grote energie-intensieve bedrijven in de chemische industrie en in de olieraffinage, die technisch en economisch risicovolle projecten realiseren teneinde veel energie te besparen en een overeenkomstige vermindering van CO₂-emissies te realiseren.

(...)

(...)

Referentiekader

De bestaande situatie bij de subsidie-aanvrager.

(...)"

2.2. Op grond van de stukken en het onderzoek ter zitting zijn in deze zaak de volgende feiten en omstandigheden voor het college komen vast te staan. Appellante is onder meer producent van melamine. Zij beschikt terzake in Nederland over een fabriek met een productiecapaciteit van 115 kT (kilo ton) die is gebaseerd op de zogenaamde gasfasetechnologie (Melaf-2). Appellante had ten tijde van belang behoefte aan extra

productiecapaciteit ten grootte van ongeveer 35 kT.

Op 13 oktober 2000 heeft appellante bij het Projectbureau CO2-reductieplan een aanvraag ingediend ter verkrijging van subsidie op grond van het besluit, betrekking hebbend op het Deelprogramma Procesintegratie energie-intensieve industrie voor het project 'Bouw melaminefabriek 4 te Geleen op basis van SLP-technologie'. De aanvraag had betrekking op de investeringskosten ter zake van de bouw van een tweede, nieuwe fabriek voor de productie van melamine, de zogenoemde Melaf-4, die is gebaseerd op de vloeistoffase- of Shortened Liquid Phase- (SLP) technologie. Met deze investering wordt een productiecapaciteit van melamine van 33 kT geschapen. Blijkens het projectvoorstel kan een vergelijkbare productiecapaciteit ook worden verkregen door uitbreiding ('debottlenecking') van de bestaande gasfase fabriek, hetwelk ongeveer NLG 60 miljoen minder aan investeringen zou vergen. Bij besluit van 6 maart 2001 heeft verweerder op de aanvraag om subsidie afwijzend beslist. Bij besluit van 18 juli 2002 heeft verweerder het hiertegen gerichte bezwaar van appellante ongegrond verklaard. Tegen dit besluit heeft appellante op 28 augustus 2002 beroep ingesteld bij het college.

In zijn uitspraak van 11 december 2003 (AWB 02/1599, LJN AO1592) heeft het college het beroep gegrond verklaard, het bestreden besluit vernietigd en bepaald dat verweerder opnieuw dient te beslissen op de bezwaren van appellante met inachtneming van zijn uitspraak.

Op 16 december 2004 heeft verweerder het bestreden besluit genomen waarbij de afwijzende beslissing op appellantes aanvraag om subsidie is gehandhaafd en de bezwaren van appellante opnieuw ongegrond zijn verklaard.

3. Het standpunt van verweerder

Verweerder stelt dat de investering in de uitbreiding van de bestaande melamine fabriek (gasfasetechnologie) met een productiecapaciteit van 35 kT naar totaal 150 ofwel 148 kT (situatie 1) geen met de investering in de nieuwbouw van de melamine fabriek (SLP-technologie) te vergelijken situatie oplevert. De levensduur en de mogelijkheden tot uitbreiding in de toekomst van een aangepaste bestaande fabriek zijn immers niet vergelijkbaar met de voordelen en potenties die de bouw van een nieuwe fabriek met zich brengt. Voor zover de uitbreiding van de bestaande fabriek als uitgangspunt ter bepaling van de milieukosten wordt genomen, dient een deel van de basisinvesteringen te worden meegenomen bij de vaststelling van de kosten van

de referentie-investering. Onder basisinvesteringskosten begrijpt verweerder die kosten die zijn gemaakt ten behoeve van bestaande faciliteiten (c.q. Melaf-2).

Verweerder meent dat in beginsel de bouw van een nieuwe 33 kT gasfasefaciliteit (situatie 2) de referentiesituatie vormt ter bepaling van de milieukosten die worden gemaakt bij de bouw van een nieuwe SLP-fabriek met eenzelfde capaciteit. De vergelijking met de kosten van een investering in een nieuwe 33 kT gasfasefabriek valt echter af aangezien appellante heeft gesteld dat de investering in een nieuwe gasfasefabriek pas vanaf een schaalgrootte van 100 kT economisch verantwoord is en de bouw van een nieuwe 33 kT gasfasefabriek derhalve geen reële economische optie is. Het college heeft in zijn uitspraak van 11 december 2003 overwogen dat bij de bepaling van een fictieve referentiesituatie niet uit het oog mag worden verloren dat het moet gaan om een situatie die door een ondernemer redelijkerwijs kan worden gerealiseerd.

De door appellante overigens aangedragen fictieve referentiesituaties, te weten de vergelijking met het (kosten)verschil tussen een nieuwe gasfasefabriek van 115 kT en 148 kT (situatie 3), de vergelijking tussen een nieuwe gasfasefabriek en een nieuwe SLP-fabriek van telkens 100 kT (situatie 4) alsmede een vergelijking van de kosten voor de bouw van de synthesesecties van de desbetreffende fabrieken (situatie 5), kunnen naar de mening van verweerder niet als referentiesituatie dienen. Situatie 3 is niet vergelijkbaar omdat de vergelijking niet op hetzelfde capaciteitsniveau plaatsvindt. Situatie 4 is niet vergelijkbaar omdat een nieuwe SLP-fabriek van 100 kT alleen dubbel line (2 x 50 kT) gebouwd kan worden terwijl het bij de 100 kT gasfasefabriek om een single line (1 x 100 kT) fabriek gaat. De kosten voor parallel geschakelde fabrieken zijn altijd hoger dan de kosten van een single line fabriek met eenzelfde capaciteit. Situatie 5 is niet vergelijkbaar omdat de overige delen van de betreffende fabrieken niet uitwisselbaar zijn. Bovendien heeft appellante de kosten voor de synthesesectie van de gasfasefabriek berekend op basis van het kostenverschil tussen gasfasefabrieken van 115 kT respectievelijk 148 kT met het gevolg dat de vergelijking – even als in situatie 3 – niet op hetzelfde capaciteitsniveau plaatsvindt.

Verweerder concludeert dat voor de bouw van een nieuwe SLP-fabriek van 33 kT geen daadwerkelijk realiseerbaar vergelijkbaar alternatief beschikbaar is. De SLP-fabriek is kennelijk voor het door middel van nieuwbouw scheppen van 33 kT productiecapaciteit de enige reële optie. Dit betekent dat geen sprake is van milieue-

kosten, de kosten voor de SLP-fabriek zijn veel-
eer algemene investeringskosten, aldus het
standpunt van verweerder.

4. Het standpunt van appellante

Appellante heeft in beroep aangevoerd dat er
voor de bouw van de nieuwe SLP-fabriek van
33 kT wel een reëel alternatief beschikbaar
was, namelijk de uitbreiding van de bestaande
gasfasefabriek met 35 ofwel 33 kT (situatie 1),
en dat dit de referentiesituatie zou moeten zijn.
Wat betreft de levensduur van de fabrieken is
er volgens appellante geen relevant verschil.

Met betrekking tot het betoog van verweer-
der over de toerekening van basisinvesteringen
aan de kosten voor de uitbreiding van de be-
staande fabriek heeft appellante aangevoerd dat
als gevolg van de talloze aanpassingen van de
bestaande fabriek thans niet meer kan worden
bepaald wat deze fabriek uiteindelijk heeft ge-
kost. Bovendien behelst de uitbreiding van een
chemische fabriek voor een substantieel deel
een vervangende investering in basisvoorzienin-
gen zoals apparatuur, leidingen etc. Verweerder
heeft evenmin gedefinieerd wat onder basis-
voorzieningen moet worden verstaan. besluit,
noch soortgelijke wet- en regelgeving bevat
een bepaling van dit begrip. Het lijkt alsof ver-
weerder bedoelt te zeggen dat de uitbreiding
'profiteert' van eerdere gedane investeringen en
de investeringskosten van de uitbreiding daar-
mee te laag zijn voorgesteld.

Appellante stelt voorts dat verweerder ook op
basis van fictieve, maar zeer wel realiseerbare al-
ternatieven tot een vergelijking had kunnen ko-
men. De door verweerder aangevoerde argu-
menten tegen de situaties 3, 4 en 5 acht appel-
lante niet overtuigend. Bij de berekening van si-
tuatie 3 heeft zij immers de 0,6 exponentenme-
thode toegepast en daarom rekening gehouden
met de schaalvergrotingsregel. Ook in situatie 4
heeft appellante rekening gehouden met de sy-
nergievoordelen van een dubbel line fabriek.
Wat betreft de vergelijking van de synthesesec-
ties van de fabrieken (situatie 5) is appellante
van mening dat artikel 1, eerste lid, aanhef en
onder a, van het besluit ('technische voorzienin-
gen die, alleen of in samenhang met andere
voorzieningen, leiden tot een vermindering van
CO₂') opening biedt voor deze benadering. De
milieuwinst wordt met name in en door de syn-
thesesectie, het hart van een melaminefabriek,
bereikt.

In al deze gevallen is de omvang van de bere-
kende meerkosten dusdanig (tussen NLG 55 mil-
joen en NLG 109 miljoen) dat de gevraagde sub-

sidie van NLG 10 miljoen gelet op art. 3 van het
besluit gerechtvaardigd is, aldus appellante.

5. De beoordeling van het geschil

5.1. Het college heeft in zijn uitspraak van 11
december 2003 geoordeeld dat bij het project,
de bouw van een nieuwe melaminefabriek op
basis van SLP-technologie, sprake is van een
CO₂-reductieproject, als bedoeld in art. 1 lid 1
sub a, van het besluit. In dit verband heeft het
college ook vastgesteld dat het referentiekader
aan de hand waarvan wordt beoordeeld of spra-
ke is van vermindering van uitstoot van CO₂
wordt gevormd door de productie van melamine
op basis van gasfasetechnologie.

Het college stelt voorts vast dat appellante uit
technisch oogpunt kon kiezen uit verschillende
mogelijkheden om in haar aanvullende produc-
tiebehoefte aan melamine te voorzien. Vaststaat
dat appellante de door haar gewenste productie-
capaciteit ook had kunnen verkrijgen door uit-
breiding van de bestaande gasfasefabriek tot
150 kT.

5.2. In dit geschil dient het college de vraag te
beantwoorden of appellante subsidiabele kosten
heeft gemaakt. Ingevolge art. 3 lid 2 van het be-
sluit is de subsidie voor appellante als onderne-
mer beperkt tot een maximum van 30 procent
van de kosten die noodzakelijk zijn voor een ver-
mindering van de uitstoot van CO₂. Partijen
twisten over de vraag of de volledige extra inves-
teringskosten noodzakelijk zijn voor het verwe-
zenlijken van de milieueffecten. Meer in het bij-
zonder gaat het om de vraag aan de hand van
welke criteria dit moet worden vastgesteld. Tus-
sen partijen lijkt niet in geschil dat de directe
kosten die moeten worden gemaakt voor de
bouw van een SLP-melamine fabriek met een ca-
paciteit van 33 kT hoger zijn dan die welke zijn
gemoed met de uitbreiding van de bestaande
productie-eenheid, gebaseerd op gasfasetechno-
logie, met 33 kT.

5.3. Het college stelt vast dat de beperking van
de subsidiabele kosten als bedoeld in art. 3 lid
2 van het besluit blijkens de Nota van Toelichting
aansluit bij de Communautaire kaderregeling in-
zake staatssteun ten behoeve van het milieu (Mi-
lieusteunkader) uit 1994 (*PbEG* 1994, C 72, p. 3).
Paragraaf 3.2.1 Milieusteunkader bevat de vol-
gende passage:

"De beperking tot de extra investeringskosten
in het geval van een onderneming betekent
dat de kosten van algemene investeringen
die niet omwille van het milieu worden ge-
daan, geen deel uitmaken van de kosten die

in aanmerking komen voor subsidie. Zo komen, bij de bouw van een nieuwe of een vervangende installatie, de kosten van de basisinvesteringen die alleen worden gedaan om productiecapaciteit te scheppen of te vervangen zonder dat de investering leidt tot minder CO₂-emissies niet voor subsidie in aanmerking.

Nadat het besluit door de Commissie van de Europese Gemeenschappen (Commissie) met, naar het college veronderstelt, inachtneming van het Milieusteunkader, is beoordeeld is een nieuwe – gelijknamige – kaderregeling vastgesteld (PbEG 2001, C 37, p. 3). Deze kaderregeling bevat nadere criteria ter beoordeling of extra investeringskosten met het oog op milieudoelinden zijn gemaakt. In punt 37 van dit nieuwe Milieusteunkader wordt dienaangaande gemeld:

“Alleen de extra investeringskosten die noodzakelijk zijn voor het verwezenlijken van de milieudoelinden komen voor steun in aanmerking. Dit houdt in dat wanneer de investeringskosten voor de bescherming van het milieu niet gemakkelijk kunnen worden gescheiden van de totale kosten, de Commissie rekening zal houden met objectieve en doorzichtige berekeningsmethoden, zoals bijvoorbeeld de kosten van een investering die in technisch opzicht vergelijkbaar is, maar waarmee niet hetzelfde niveau van milieubescherming kan worden bereikt. In ieder geval moeten de in aanmerking komende kosten worden berekend, exclusief de voordelen van een eventuele capaciteitsverhoging, de kostenbesparingen gedurende de eerste vijf jaar van de gebruiksduur van de investering en de extra bijproducten gedurende diezelfde periode van vijf jaar (33).”

Hoewel dit nieuwe Milieusteunkader dateert van na de goedkeuring door de Commissie van het besluit en derhalve daarbij ook niet in aanmerking is genomen, is het college van oordeel dat deze tekst moet worden gezien als een verduidelijking van het Milieusteunkader en als zodanig eveneens in aanmerking kan worden genomen bij de uitleg van het besluit in overeenstemming met de beschikking van de Commissie op basis van art. 87 en 88 EG-Verdrag.

5.4. Het college verwerpt de primaire stelling van verweerder dat geen alternatief bestond voor de investering in de 33 kT SLP-productiefaciliteit. Appellante heeft met kracht van argumenten gesteld dat zowel technisch als bedrijfs-economisch uitbreiding van Melaf-2 een reëel alternatief was.

Verweerder heeft voorts in wezen betoogd dat een vergelijking van de kosten van de

bouw van een fabriek op basis van SLP-technologie met een productiecapaciteit van 33 kT met de kosten gemoeid met uitbreiding met 33 kT van de bestaande productiefaciliteit op basis van gas-technologie niet zonder meer geschikt is om te bepalen wat de omvang is van de extra investeringskosten die noodzakelijk zijn voor het verwezenlijken van de milieudoelinden. Verweerder heeft hierbij gewezen op mogelijke verschillen in levensduur en uitbreidingsmogelijkheden.

Verweerder lijkt niet bij machte met een objectieve en transparante methode de economische aspecten van de verschillen tussen deze voor appellante uit oogpunt van haar behoefte relevante en reële keuzemogelijkheden in aanmerking te nemen zodat bepaald kan worden wat de extra investeringskosten zijn die noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van de milieudoelinden. Evenmin lijkt hij te kunnen identificeren welke gegevens door appellante zouden moeten worden verstrekt opdat kan worden vastgesteld welke investeringskosten extra kosten zijn die in verband met het milieueffect worden gemaakt.

In de procedure voor het college is door partijen getracht de complicaties verbonden aan het afsplitsen van de extra kosten die noodzakelijk zijn voor het bereiken van het milieueffect van de investeringen van de kosten van de basisinvestering te ondervangen door de voorgenoemde investering te vergelijken met hypothetische alternatieven. Indien al het aanvaarden van dergelijke hypothetische alternatieven leidt tot een toepassing van het besluit die uiteindelijk verenigbaar is met het Milieukader, dient daarbij in ieder geval te gelden, zoals het college overwoog in zijn uitspraak van 11 december 2003, dat deze situatie redelijkerwijs kan worden gerealiseerd. De investering in een gasfasetechnologie fabriek met een capaciteit van 33 kT is, omdat niet voldaan was aan genoemd criterium, als vergelijkingssituatie niet juist geacht.

5.5. Een vergelijking van de investering in de bouw van een nieuwe SLP-fabriek van 33 kT met het verschil tussen de kosten voor de bouw van een nieuwe gasfasefabriek met een capaciteit van 115 kT en een nieuwe gasfasefabriek met een capaciteit van 148 kT acht verweerder onjuist omdat deze vergelijking geen recht doet aan de schaalvergrotingsregel. De kosten voor de productie van de 115e, 116e ... kT melamine zijn lager dan de kosten voor de productie van de 1ste, 2e ... kT melamine. De kosten toe- of afname is immers niet lineair aan de capaciteit toe- of afname. Indien de referentie-investering wordt vastgesteld op basis van de investeringskosten voor een gasfasefabriek met een capaci-

teit van bijvoorbeeld 100 kT, dan dient in de opvatting van verweerder te worden gerekend met de 0,6- exponentmethode. Deze methode wordt, naar verweerder heeft gesteld, door de Commissie gehanteerd ten behoeve van de berekening van de milieukosten.

Het college overweegt hierover dat de toepassing van de 0,6-exponentmethode in dit geval leidt tot een investeringsbedrag dat overeenkomt met de kosten voor de 33 duurste eenheden aan productiecapaciteit. Dat zijn de kosten voor de bouw van een nieuwe gasfasetechnologie fabriek met een capaciteit van 33 kT. Van deze investering was niet aannemelijk geworden dat zij door een ondernemer redelijkerwijs kon worden gerealiseerd.

5.6. Verweerder is voorts van opvatting dat de investering in de uitbreiding van de bestaande gasfasetechnologiefabriek niet als referentie-investering kan gelden, omdat het creëren van eenzelfde productiecapaciteit door middel van uitbreiding relatief goedkoper is dan door middel van nieuwbouw, aangezien de capaciteitsuitbreiding profiteert van al aanwezige basisvoorzieningen in de fabriek.

5.7. Voor het college is niet helder op basis van welke criteria en berekeningsmethoden de extra investeringskosten die geacht worden omwille van het milieu te zijn gedaan als bedoeld in het Milieusteunkader moeten worden vastgesteld. De overweging in het Milieusteunkader uit 2001 over de 'objectieve en doorzichtige berekeningsmethoden, zoals bijvoorbeeld de kosten van een investering die in technisch opzicht vergelijkbaar is, maar waarmee niet hetzelfde niveau van milieubescherming wordt bereikt' biedt in dit geval onvoldoende uitsluitel. Mede in verband met het mogelijk technische karakter van dit criterium, acht het college het geraden, op basis van het bepaalde in art. 10 EG-Verdrag en onder verwijzing naar de Bekendmaking van de Commissie betreffende samenwerking tussen nationale rechterlijke instanties en de Commissie op het gebied van steunmaatregelen van de Staten van 23 november 1995 (*PbEG* 1995, C 312, p. 8), de Commissie te verzoeken nadere informatie te verschaffen over de methoden en criteria die moeten worden gehanteerd bij beantwoording van de vraag welke investeringskosten kunnen worden gerelateerd aan het milieueffect en bij subsidiëring door de lidstaat, in overeenstemming met de goedkeuring door de Commissie van het besluit overeenkomstig het Milieusteunkader, in aanmerking mogen worden genomen. Onder de gegeven omstandigheden ziet het college aanleiding gebruik te maken van zijn be-

voegdheid ex art. 19 lid 1 Wet bestuursrecht-spraak bedrijfsorganisatie jo. art. 8:68 Algemene wet bestuursrecht het onderzoek te heropenen en het volgende te bepalen.

6. Beslissing

Het college van Beroep voor het bedrijfsleven:

- heropent het onderzoek;
- verzoekt de Commissie de volgende vraag te beantwoorden:
Welke methoden en criteria moeten worden gehanteerd bij beantwoording van de vraag welke investeringskosten kunnen worden gerelateerd aan het milieueffect en bij subsidiëring door de lidstaat, in overeenstemming met de goedkeuring door de Commissie van het besluit overeenkomstig het Milieusteunkader, in aanmerking mogen worden genomen?
- houdt iedere verdere beslissing aan.

NOOT

1. Dat de nationale rechter in geschillen waarin het communautaire staatssteunrecht een rol speelt soms voor ingewikkelde technische vraagstukken kan komen te staan, moge duidelijk zijn na lezing van deze uitspraak. Het CBB moest een antwoord vinden op de vraag voor welke investeringskosten, gemaakt ten behoeve van de bescherming van het milieu, binnen de grenzen van het staatssteunrecht, subsidie mag worden verstrekt. Bij gebrek aan duidelijkheid over de daarbij te hanteren methoden en criteria besluit het CBB in casu de Europese Commissie om nadere informatie te verzoeken. Het gebeurt niet vaak dat een Nederlandse (bestuurs)rechter zich tot de Commissie wendt en alleen al daarom verdient deze uitspraak bespreking in dit blad.

2. Eerst een schets van de casus. Toen in het midden van de jaren '90 duidelijk werd dat de CO₂-emissies waren gestegen in de periode 1990-1995, terwijl met het toen geldende Nationaal Milieubeleidsplan-2 juist een daling werd nagestreefd, besloot het kabinet tot extra maatregelen. Het CO₂-reductieplan werd geïntroduceerd; een plan dat voorzag in het structureel verminderen van CO₂-emissies door stimulering van investeringsprojecten die zonder subsidie niet, of pas jaren later zouden zijn uitgevoerd. Het in deze casus aan de orde zijnde besluit subsidies CO₂-reductieplan (het besluit) vormde de juridische grondslag voor verstrekking van deze subsidies. Aangezien veel daarvan aan bedrijven

zouden worden verstrekt, werd het besluit met het oog op het geldende communautaire staatssteunrecht ter goedkeuring voorgelegd aan de Europese Commissie. Bij de beoordeling van bij haar aangemelde steunmaatregelen, wordt de Commissie geacht rekening te houden met mogelijke effecten van die maatregelen voor het milieu, zo volgt uit art. 6 EG-Verdrag. Om inzichtelijk te maken welke criteria de Commissie hanteert bij de beoordeling van concrete steunmaatregelen ten behoeve van het milieu, heeft de Commissie een communautaire kaderregeling opgesteld. Daarin wordt duidelijk gemaakt in welke mate en in welke omstandigheden steunmaatregelen noodzakelijk kunnen zijn om de bescherming van het milieu en de duurzame ontwikkeling veilig te stellen, zonder een onevenredig negatieve invloed uit te oefenen op de mededinging en de economische groei.

De eerste kaderregeling dateert uit 1994 (*PbEG* 1994, C 72/3). Ten tijde van de aanmelding van het in casu relevante besluit, vormde deze kaderregeling het relevante toetsingskader voor de beoordeling door de Commissie. Deze heeft destijds, per brief van 13 mei 1998, kenbaar gemaakt dat zij geen bezwaren had tegen het ten uitvoer brengen van het besluit (*Stb.* 1998, 397). Vanwege de ontwikkeling van maatregelen op milieugebied, heeft de Commissie in 2001 een aangepaste versie van de communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu uitgevaardigd (*PbEG* 2001, C 37/3), waarin nadere criteria zijn neergelegd ter beoordeling of extra investeringskosten met het oog op milieubescherming zijn gemaakt. In het kader van deze regeling wordt onder het begrip milieubescherming verstaan: 'elke maatregel die gericht is op de preventie of het herstel van aantastingen van de natuurlijke omgeving of de natuurlijke hulpbronnen, dan wel op de aanmoediging van een rationeel gebruik van die hulpbronnen'. In punt 37 van deze nieuwe kaderregeling is bepaald dat alleen de extra investeringskosten die noodzakelijk zijn voor het verwezenlijken van de milieudoelinden voor steun in aanmerking kunnen komen.

3. DSM BV heeft op 13 oktober 2000 een subsidieaanvraag ingediend op grond van het besluit. DSM wilde een nieuwe fabriek bouwen voor de productie van melamine met behulp van de 'vloei-stoffase- of Shortened Liquid Phase-technologie' (SLP-technologie) – een productiemethode die volgens het bedrijf minder CO₂-uitstoot zou veroorzaken. DSM vraagt daarvoor een subsidie van NLG 10 miljoen (€ 4 537 802). De aanvraag wordt echter afgewezen. Bij zijn afwijzing van de aanvraag baseert

de Minister van Economische Zaken zich op adviezen van de Adviescommissie CO₂-reductieplan, waarin wordt gesteld dat er geen extra kosten worden gemaakt voor het realiseren van de CO₂-emissiereductie. DSM is het daarmee niet eens omdat zij uitgaat van een ander 'referentiekader' aan de hand waarvan de 'extra kosten' voor milieubesparende maatregelen moeten worden berekend. In de (eerste) beroepszaak over deze kwestie oordeelt het CBB dat het door de minister gehanteerde referentiekader onjuist is, omdat een fictieve referentiesituatie slechts mag worden gehanteerd voor zover die situatie door een ondernemer redelijkerwijze zou kunnen worden gerealiseerd (zie CBB 11 december 2003, *LJN* AO1592). De minister had onvoldoende onderzocht welke referentiesituatie hier ter bepaling van de extra milieukosten zou kunnen worden gehanteerd en kreeg de opdracht opnieuw op het bezwaar van DSM tegen de weigering tot subsidieverlening te beslissen. Echter, ook de nieuwe beslissing op bezwaar viel negatief uit voor DSM, wat misschien ook wel te verwachten viel gezien het 'tendersstelsel' dat voor subsidieverstreking op basis van het besluit werd gehanteerd. Binnen een dergelijk systeem worden subsidies aan de hand van een kwaliteitsbeoordeling op rangorde gelegd in verband met een subsidieplafond. De subsidies worden vervolgens in de gekozen volgorde verstrekt tot het plafond is bereikt en vaak wordt geen geld gereserveerd voor subsidies die eventueel nog moeten worden toegekend na afloop van een juridische procedure. Had de minister de gevraagde subsidie in dit stadium nog willen toewijzen, dan had hij die, gelet op het plafond, dus waarschijnlijk uit andere begrotingsposten moeten financieren.

4. Wat daar ook van zij, DSM tekent opnieuw beroep aan tegen de beslissing op bezwaar. Zij stelt dat de minister voor het berekenen van de extra kosten nog steeds niet het juiste referentiekader heeft gebruikt. De laatste had na onderzoek namelijk geconcludeerd dat er kennelijk geen andere reële optie was voor de aanvrager om de door hem gewenste productieuitbreiding te realiseren dan door het bouwen van een nieuwe fabriek waarin de SLP-technologie wordt toegepast. De daarmee samenhangende kosten zouden dus veeleer algemene investeringskosten zijn en geen kosten gemaakt specifiek ten behoeve van het milieu, met als consequentie dat zij gezien de hiervoor genoemde Communautaire kaderregeling uit 2001 niet voor toelaatbare steun in aanmerking zouden kunnen komen. DSM stelt echter dat er verschillende, weliswaar fictieve maar toch realiseerbare alterna-

tieven voorhanden zijn op basis waarvan de extra kosten kunnen worden berekend. Partijen verschillen met andere woorden van mening over de vraag welke kosten in deze zaak als subsidiabele kosten mogen worden aangemerkt.

Het college probeert vanaf punt 5.3 in de uitspraak een antwoord te formuleren op die vraag. Daarvoor sluit het niet alleen aan bij de reeds genoemde Communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu uit 1994, zoals geldend op het tijdstip waarop het besluit door de Commissie werd getoetst, maar ook bij de na die tijd vastgestelde, gelijknamige kaderregeling uit 2001. De nieuwe kaderregeling kan volgens het CBB worden gezien als een 'verduidelijking van het Milieusteunkader en als zodanig eveneens in aanmerking (...) worden genomen bij de uitleg van het besluit in overeenstemming met de beschikking van de Commissie op basis van artikelen 87 en 88 EG-Verdrag' (punt 5.3). Deze verduidelijking blijkt in casu echter onvoldoende om een antwoord op de voornoemde vraag te kunnen geven. Daarom wordt de Commissie om raad gevraagd. Concreet wordt aan de Commissie de volgende vraag voorgelegd: welke methoden en criteria moeten nu worden gehanteerd bij beantwoording van de vraag welke investeringskosten kunnen worden gerelateerd aan een milieueffect en mogen bij subsidiëring door de lidstaat, in overeenstemming met de goedkeuring door de Commissie van het besluit overeenkomstig het Milieusteunkader, in aanmerking worden genomen?

5. Het stellen van vragen door het college aan de Commissie in het kader van de staatssteuncontrole moet worden gezien tegen de achtergrond van de daarbij geldende taakverdeling tussen nationale rechterlijke instanties en de Commissie enerzijds en de verplichting tot loyale samenwerking anderzijds. Wat betreft die taakverdeling bepaalde het Hof van Justitie in zaak C-39/94, *SFEI*, *Jur.* 1996, p. I-3547 dat de Commissie en nationale rechters in het kader van het toezicht op steunmaatregelen van de lidstaten aanvullende en onderscheiden taken hebben. De Commissie is verantwoordelijk voor de tenuitvoerlegging en ontwikkeling van het mededingingsbeleid en heeft tot taak alle maatregelen die vallen onder de reikwijdte van art. 87 lid 1 EG-Verdrag onder toezicht van het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie te beoordelen op hun verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt. Nationale rechters daarentegen mogen zich over die verenigbaarheid van steunmaatregelen niet uitspreken, met uitzondering van de uitspraken die zij daarover kunnen doen in verband met de rechtstreekse werking

van de bepalingen van de communautaire groepsvrijstellingsverordeningen voor bepaalde categorieën van horizontale steun.

De rol van de nationale rechter is in de praktijk vooral gelegen in het toezien op de correcte naleving van de meldplicht die rust op de lidstaten wanneer zij nieuwe staatssteun willen verstrekken en de inachtneming van de zogenaamde standstill-plicht; zolang de Commissie de steun niet verenigbaar met de gemeenschappelijke markt heeft verklaard, mag de steunmaatregel niet worden uitgevoerd. Wanneer één van deze plichten door de overheid wordt geschonden dient de nationale rechter rechtsbescherming te bieden aan particulieren die daardoor in hun rechten worden geschaad. Daarnaast kan een nationale rechter zich ook genooddacht zien het staatssteunrecht in een voorliggende zaak te betrekken ter beantwoording van de vraag of een bepaalde weigeringsgrond, te weten dreigende schending van het communautaire staatssteunrecht, rechtmatig kan worden gehanteerd, zo illustreert dit geval. Dit doet echter niet zozeer voort uit het communautaire recht, dat vooral is gericht op het voorkomen van onrechtmatige staatssteunverstrekkingen, als wel uit nationale bepalingen met betrekking tot de zorgvuldige voorbereiding van besluiten en de motiveringsplicht.

Bij de uitoefening van hun elkaar aanvullende en te onderscheiden, maar deels ook overlapende taken in het kader van de staatssteuncontrole, zijn de Commissie en nationale rechters gelet op art. 10 EG-Verdrag gehouden tot loyale samenwerking. Om aan die samenwerking concreet gestalte te geven heeft de Commissie in 1995 de Bekendmaking van de Commissie betreffende samenwerking tussen nationale rechterlijke instanties en de Commissie op het gebied van steunmaatregelen van de Staten uitgevaardigd (*PbEG* 1995, C 312/8) (de Bekendmaking). In deze Bekendmaking wordt nationale rechters de mogelijkheid geboden, binnen de grenzen van het nationale procesrecht, vragen te stellen aan de Commissie. Die vragen kunnen van procedurele aard zijn, bijvoorbeeld om te kunnen vaststellen of een bepaalde zaak nu wel of niet bij de Commissie is aangemeld. Maar nationale rechters kunnen aan de Commissie ook andere (feitelijke) vragen voorleggen over de gangbare praktijk van de Commissie ten aanzien van staatssteunbepalingen. De Commissie kan bijvoorbeeld worden gevraagd om feitelijke gegevens, zoals statistieken, marktstudies en economische analyses; de vraag van het college naar te hanteren methoden en criteria bij de berekening van extra investeringskosten ten behoeve van het milieu, lijkt dus gepast.

In de Bekendmaking wordt ook aangegeven hoe de Commissie met vragen van nationale rechters zal omgaan. Zij dient al het mogelijke te doen om de gevraagde gegevens te verschaffen of de bron te vermelden waar die gegevens kunnen worden geraadpleegd. De Commissie gaat in haar antwoord niet in op de gronden van de individuele zaak en evenmin op de vraag of de desbetreffende maatregel verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt geacht; daarvoor zijn immers andere procedures aangegeven. Ook blijkt uit de Bekendmaking dat het door de Commissie gegeven antwoord een voorlopig karakter heeft en de nationale rechter niet bindt. Aan het recht van de nationale rechter om prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen in de zin van art. 234 EG-Verdrag wordt evenmin afbreuk gedaan. De rol van de verschillende bij de handhaving van staatssteunrecht betrokken spelers blijft door het stellen van vragen aan de Commissie dus onaangetast.

6. De in de Bekendmaking gecreëerde mogelijkheid tot het stellen van (feitelijke) vragen aan de Commissie lijkt, gelet op de complexiteit van veel staatssteunzaken, op het eerste gezicht erg nuttig. Toch wordt hiervan in de praktijk maar weinig (lees: vrijwel geen) gebruik gemaakt. In de in opdracht van de Commissie uitgevoerde *Study on the enforcement of state aid law at national level (2006)* valt namelijk te lezen: 'We have found no evidence that the Cooperation Notice has ever been used by national courts to refer questions to the Commission. The Commission's services with whom we have discussed this are not aware of any such request either.' (p. 43). Deze constatering is opmerkelijk, daar het CBB in 2004 ook al vragen aan de Commissie heeft gesteld (CBB 7 april 2004, LJN AO7843). Ten tijde van het onderzoek was dus ten minste één aanwijsbare zaak bekend waarin een nationale rechter vragen stelde aan de Commissie. De Commissie heeft in die zaak toen binnen drie maanden gereageerd.

Nu geen enkele andere zaak bekend is, lijkt het, mede in het licht van de uitkomsten van de genoemde studie, toch gerechtvaardigd de vraag te stellen waarom nationale rechters in

de praktijk zo weinig gebruik maken van de geboden mogelijkheid tot het stellen van vragen aan de Commissie in staatssteunzaken. Waarschijnlijk speelt bij de Nederlandse bestuursrechter een rol dat hij gewend is in zaken waarin nog feitelijke gegevens ter discussie staan terug te verwijzen naar het bestuur, dat op grond van het beginsel van de zorgvuldige voorbereiding van besluiten (art. 3:2 Awb) eerst aan zet is. Het bestuursorgaan zou natuurlijk ook zelf vragen kunnen stellen aan de Commissie. Echter, in dat geval is de Bekendmaking niet van toepassing (in de praktijk hoort men regelmatig klachten van ambtenaren als het aankomt op beantwoording van vragen door de Commissie; deze houdt vaak een slag om de arm en is niet erg geneigd schriftelijk te antwoorden). Ook het tijdsverloop dat in de praktijk gepaard gaat met het stellen en beantwoorden van vragen aan de Commissie zou de bestuursrechter daarvan kunnen doen afzien. Echter, in vergelijking met de gemiddelde opschortingsduur vanwege prejudiciële vragen lijkt een periode van drie maanden, zoals in de genoemde eerdere zaak bij het CBB, ons niet onredelijk lang. Of is het gewoon onbekendheid van rechters met deze mogelijkheid?

Wat hier ook van zij, wij zijn enthousiast over het feit dat het CBB opnieuw vragen heeft gesteld aan de Commissie en partijen dus niet een tweede maal heeft teruggestuurd naar de bezwaarprocedure om daarin, zonder concrete handvatten, opnieuw te bakkeleien over de vraag welke kosten als 'extra kosten' en derhalve als subsidiabele kosten kunnen worden aangemerkt. In dat verband zij opgemerkt dat tussen de eerste keer dat het CBB de zaak terugstuurde naar de minister en zijn nieuwe beslissing op bezwaar, die inhoudelijk gelijk was, iets meer dan 1 jaar verstreek. Hoewel het CBB ook met het antwoord van de Commissie in de hand niet zelf in de zaak zal kunnen voorzien – het kan deze aanvraag immers niet afwegen tot de andere aanvragen binnen de tender – zal de beslissing op bezwaar hierdoor waarschijnlijk wel sneller en kwalitatief beter kunnen worden genomen. En dat draagt dan toch bij aan een effectievere geschilbeslechting binnen het bestuursrecht.

P.C. Adriaanse en W. den Ouden