FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT NIAL FENNELLY

fremsat den 28. september 1995 *

Indhold

Indledning ..... I - 727

De faktiske omstændigheder ..... I - 727

Den belgiske regerings anbringender ..... I - 732

I — Åbenbar fejl ved vurderingen af de faktiske omstændigheder ..... I - 733

i) Grænseprisen ..... I - 738

ii) F-prisen er ikke offentlig — vejledende pris ..... I - 745

iii) Gasunie's fortjenstmargen ..... I - 747

iv) Gasunie's omkostninger ..... I - 748

v) Gasunie's eksportmarkeder ..... I - 749

vi) Belgisk ammoniakimport ..... I - 749

vii) Markedernes sammenlignelighed ..... I - 750

viii) Alternative eksportmuligheder ..... I - 751

ix) F-prisens kommercielle berettigelse ..... I - 753

II — Retlig fejl ved fortolkningen af traktatens artikel 92 ..... I - 758

i) Den lavere gaspris i andre lande ..... I - 758

ii) De forskellige led i produktionsprocessen ..... I - 759

iii) Omkostningerne ved substitution ..... I - 760

iv) Afkald på fortjeneste ..... I - 761

v) F-prisens karakter af en speciel pris ..... I - 761

III — Annullation som følge af manglende begrundelse ..... I - 763

Forslag til afgørelse ..... I - 765

* Originalsprog: engelsk.

Indledning

1. Denne sag er anlagt af Kongeriget Belgien, der har nedlagt påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 29. december 1992 om at indstille proceduren efter EF-traktatens artikel 93, stk. 2, som Kommissionen havde indledt vedrørende en nederlandsk favørpris for leverancer af naturgas til nederlandske fabrikanter af kvælstofgødning [1].

De faktiske omstændigheder

2. Forholdet mellem det nederlandske gasforsyningsselskab, Gasunie, og den nederlandske industri, der fremstiller kvælstofgødning, har i mere end ti år været genstand for både de berørte parters, medlemsstaternes, Kommissionens og Domstolens opmærksomhed angående emnet statsstøtte. Naturgas er den vigtigste råvare og tegner sig for 90% af omkostningerne ved fremstilling af ammoniak. Ammoniak er den vigtigste bestanddel i fremstillingen af kvælstofgødning. Gas tegner sig for 70% af produktionsomkostningerne [2]. Indtil 1980'erne producerede Fællesskabets kvælstofgødningsfabrikanter stort set selv deres ammoniak [3]. Gasunie har et *de facto* monopol på gasforsyningen i Nederlandene og på eksport af nederlandsk gas. Den nederlandske stat ejer 50% af Gasunie's kapital, direkte (10%) eller indirekte (40% gennem det statsejede Energie Beheer Nederland) og udpeger halvdelen af bestyrelsen, hvis beføjelser bl.a. omfatter fastsættelse af Gasunie's priser. Desuden skal de priser, Gasunie anvender, godkendes af den nederlandske regering. I sagen Van der Kooy m.fl. mod Kommissionen [4] konkluderede Domstolen ud fra denne ordning vedrørende ejerskab og kontrol, at fastsættelsen af en Gasunie-pris (i det nævnte tilfælde en favørpris for naturgasleverancer til gartnerierhvervet) var resultatet af den nederlandske stats adfærd og følgelig faldt ind under begrebet »statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler« i traktatens artikel 92's forstand.

3. Kommissionen indledte første gang proceduren efter artikel 93, stk. 2, mod Nederlandene i oktober 1983. Ifølge Kommissionen ydede Gasunie under den støtteordning, der blev anvendt dengang, særlige rabatter til nederlandske ammoniakproducenter i kraft

1 — EFT C 344, s. 4.

2 — Disse andele af det omhandlede produkts endelige kostpris, som er offentliggjort i beslutningen, blev ændret til henholdsvis 75% og 60% i Kommissionens indlæg, der støtter sig til en rapport udarbejdet af Kommissionen og Association Européenne des Producteurs d'Engrais (EFMA) i fællesskab med titlen 'L'industrie des engrais dans la CEE, situation et perspectives' (1991). Denne rapport er også omtalt i punkt 12 nedenfor.

3 — Den anfægtede beslutning henviser i de fleste tilfælde til kvælstofgødningsfabrikanternes og i nogle tilfælde til ammoniakproducenternes stilling, skønt det er omkostningerne ved ammoniakproduktionen, som er det egentlige spørgsmål i sagen. På grund af den *faktiske* integration af de to led i produktionen, som det var Gasunie's udtrykkelige hensigt at opretholde, veksles der i dette forslag mellem udtrykkene »kvælstofgødningsfabrikant« og »ammoniakproducent« (med præference for sidstnævnte).

4 — Dom af 2.2.1988, forenede sager 67/85, 68/85 og 70/85, Sml. s. 219, præmis 36, 37 og 38.

af et dobbelt prissystem, ved hvilket prisen på den naturgas, disse producenter anvendte som råvare, nedsattes [5]. Ammoniakindustrien blev afkrævet standardprisen på industrigas for den gas, der skulle anvendes i den produktion, der var bestemt til afsætning på det fælles marked, og en væsentligt lavere pris i forbindelse med den produktion, der var bestemt til eksport til tredjelande. Kommissionen afgav den 13. marts 1984 en begrundet udtalelse i sagen, hvori den gav udtryk for den opfattelse, at denne prisordning udgjorde en statsstøtte i traktatens artikel 92, stk. 1's forstand, og at den ikke kunne være omfattet af nogen af undtagelsesbestemmelserne i artikel 92, stk. 3.

4. Den nederlandske regering meddelte den 14. april 1984 Kommissionen, at Gasunie med tilbagevirkning fra den 1. november 1983 havde afskaffet den kritiserede pris og i sit prissystem for industrien havde indført en ny pris, den såkaldte F-pris, som er genstanden for nærværende sag. F-prisen anvendtes for gas til større i Nederlandene hjemmehørende industriforbrugere uden for energisektoren (og navnlig i ammoniaksektoren, som det vil fremgå af det følgende), der opfyldte følgende betingelser:

a) havde et forbrug på mindst 600 mio. m^3 gas om året

b) arbejdede med en belastningsfaktor på mindst 90% (dvs. arbejdede i mindst 90% af tiden, hvilket gav en stor regelmæssighed i forbruget)

c) accepterede Gasunie's adgang til helt eller delvis efter et frit skøn at afbryde leveringerne (så vidt muligt med 12 timers varsel), og

d) accepterede, at der kunne leveres gas med varierende termisk virkningsgrad.

F-prisen blev faktureret som E-prisen — der betales af forbrugere, hvis årsforbrug af naturgas ligger mellem 50 mio. og 600 mio. m^3 — minus 5 cents/m^3. Det kom imidlertid senere frem, at betingelsen for levering til F-prisen var et årligt forbrug på mindst 500 mio. m^3, og at rabatten på 5 cents var et maksimum, idet den faktiske rabat undertiden kun var 2 cents/m^3 [6].

5. Kommissionen fortsatte sin undersøgelse i lyset af den nye pris og konkluderede, at Gasunie med denne pris opnåede større leveringsbesparelser end værdien af

5 — Jf. punkt 2 i generaladvokat Mischo's forslag til afgørelse i forbindelse med dom af 12.7.1990, sag C-169/84, CdF Chimie AZF mod Kommissionen, Sml. I, s. 3083.

6 — Generaladvokat Mischo oplyste i punkt 51 i sit forslag til afgørelse i sagen CdF Chimie AZF mod Kommissionen, jf. note 5 ovenfor, at rabatten blev nedsat til 0,5 cents fra januar 1988, men dette er i strid med de prisoplysninger, som Kommissionen har fremlagt i nærværende sag. Heraf fremgår, at rabatten var 2 cents/m^3 i hele det år.

5-centsrabatten, hovedsagelig på grund af den kombinerede virkning af stort forbrug og regelmæssig afsætning. Den fastslog også, at F-prisen var et led i den almindelige prisordning for brugerne af gas i Nederlandene, ikke førte til forskelsbehandling mellem de enkelte sektorer og ikke indeholdt statsstøtteelementer. Derfor besluttede Kommissionen den 17. april 1984 at indstille proceduren mod Nederlandene efter traktatens artikel 93, stk. 2.

6. Mod denne beslutning blev der anlagt annullationssøgsmål af en række franske konkurrenter til de nederlandske kvælstofgødningsproducenter i sagen CdF Chimie AZF mod Kommissionen [7]. Domstolen indhentede en erklæring fra tre sagkyndige konsulenter om gasindustrien (herefter »den sagkyndige erklæring«) og lagde i dommen denne erklæring til grund for så vidt angik de faktiske omstændigheder. Den sagkyndige erklæring indeholdt en analyse af de besparelser, som F-prisen gav Gasunie, og som ifølge Kommissionen skyldtes både de angivelige punktvise besparelser på leveringen og den samlede værdi heraf. I begge tilfælde fandt de sagkyndige, at Kommissionen havde begået en åbenbar fejl ved vurderingen:

— Den havde anslået besparelserne i kraft af forbrugets størrelse og belastningsfaktoren på et niveau, der var fem gange for højt.

— Kommissionen havde indregnet besparelser både i kraft af muligheden for at afbryde gasleveringen med kort varsel og i kraft af adgangen til at levere gas med varierende termisk virkningsgrad, selv om intet af dette indbragte Gasunie nogen økonomisk fordel.

— Endelig var det vanskeligt at se, at der for de besparelser, som Kommissionen havde vurderet til over 5 cents/m^3, var tale om besparelser på over 0,5 cents/m^3.

De sagkyndige fandt, at rabatten som følge af F-prisen måtte bero på andre forhold. Domstolen fastslog, at Kommissionen havde begået en åbenbar fejl ved vurderingen og annullerede Kommissionens beslutning ved dom af 12. juli 1990.

7. Skønt de leveringsbesparelser, som dengang blev anført som begrundelse for F-prisen, ikke længere er blandt argumenterne, og Kommissionen i den anfægtede beslutning nu har erstattet dem med helt andre begrundelser, er det en kendsgerning, at Domstolen allerede i CdF Chimie-sagen

7 — Sag C-169/84, anført ovenfor i note 5. Forud for denne afgørelse af realiteten afsagdes en dom om, at sagen kunne antages til realitetsbehandling, idet Domstolen fastslog, at beslutningen berørte private parter umiddelbart og individuelt, dom af 28.1.1986, sag 169/84, Cofaz mod Kommissionen, Sml. s. 391.

har undersøgt F-prisen. Det er nyttigt at erindre om to særlige punkter i Domstolens dom. På den ene side forkastede Domstolen de franske sagsøgeres anbringende om, at F-prisen var en særlig og hemmelig ordning, og at levering til den pris kun skete efter fortrolige forhandlinger med de nederlandske kvælstofgødningsfabrikanter. Domstolen fastslog nemlig, at F-prisen var en »offentlig pris, og at betingelserne for at få leveret til den er offentliggjort ... og helt gennemskuelige«, samt at »levering står ... åben for samtlige kunder, der opfylder de objektive betingelser herfor« [8]. På den anden side tiltrådte Domstolen anbringendet om, at det først og fremmest var hensigten med F-prisen, at den skulle anvendes på ammoniakproduktionen, og at det forhold, at den blev anvendt på en enkelt virksomhed uden for denne sektor, ikke afkræftede konstateringen af, at den havde karakter af en speciel pris for en sektor [9].

8. Kommissionen indledte igen proceduren efter traktatens artikel 93, stk. 2, i januar 1992 og offentliggjorde en meddelelse, hvori den både påpegede de åbenbart neutrale og objektive betingelser for at opnå F-prisen, og den omstændighed, at det især var de nederlandske ammoniakproducenter, der havde nydt godt af ordningen. Det blev i denne meddelelse også påpeget, at rabatten var variabel, og at 5 cents/m^3 simpelt hen var maksimumsværdien [10].

9. Kommissionen vedtog den 29. december 1992 en beslutning (herefter »beslutningen«) om atter at indstille proceduren [11]. Kommissionen henviste til den sagkyndige erklæring, hvoraf det fremgik, at selv om de hævdede besparelser ikke havde kunnet konstateres, kunne F-prisen være berettiget af andre kommercielle grunde, såsom hensynet til at sikre, at værdifulde naturgaskunder ikke blev afkrævet uoverkommelige priser, som enten ville tvinge dem til at standse deres virksomhed eller tilskynde dem til at skaffe ammoniak andetsteds fra [12].

Kommissionen fastslog:

»... for så vidt angår Gasunie's F-pris var der tale om at imødegå konkurrencen fra andre lande, især tredjelande, på markedet for kvælstofgødning, der er fremstillet af ammoniak. En producent af kvælstofgødning kan vælge mellem enten selv at fremstille den ammoniak, der er nødvendig til produktionen af kvælstofgødning eller at købe ammoniakken af andre producenter og fremstille kvælstofgødningen heraf ... Hvis prisen på den gas, der anvendes til ammoniakfremstillingen, er for høj, kan producenten, hvis det er muligt, vælge at købe ammoniakken et andet sted og til en lavere kostpris, end han selv kunne have fremstillet den til ... Det var forholdene i ammoniakindustrien i Fællesskabet i 1980'erne, og hvis Gasunie ikke

8 — Anført ovenfor i note 5, præmis 15.
9 — Anført ovenfor i note 5, præmis 22.
10 — EFT 1992 C 10, s. 3.
11 — Anført ovenfor i note 1.
12 — Jf. den sagkyndige erklæring, s. 56 og 59 i den engelske udgave.

havde indrømmet de nederlandske producenter af kvælstofgødning særpriser, kunne de have lukket deres ammoniakfabrikker, dækket deres behov for ammoniak i tredjelande og blot fortsat deres fremstilling af kvælstofgødning« [13].

10. Kernepunktet i beslutningen var, at det var nødvendigt for Gasunie at beskytte meget store og sårbare gaskunder:

— som aftog 30% af selskabets industrigas på et tidspunkt, hvor det mistede andre markeder [14]

— som let kunne omstille sig til meget billig, importeret ammoniak (dette var i nogle tilfælde forekommet) [15]

— som til gengæld tabte markedsandele til østeuropæiske eksportører på Fællesskabets marked for kvælstofgødning [16]

— med en pris, som svarede til de lavere priser eller den differentierede prisansættelse i andre medlemsstater [17]

— med en pris, hvor omkostningerne blev dækket [18], således at selskabet stadig kunne opnå en fortjeneste og skaffe sig en større indtægt (hvilket betød hurtigere afskrivning af investeringer)

— og til en pris, som indirekte også kunne opnås af ammoniakproducenter i andre medlemsstater, som importerede gas fra Nederlandene [19].

Kommissionen konkluderede: i) at F-prisen var berettiget af kommercielle grunde; ii) at den ikke favoriserede de nederlandske producenter på bekostning af andre medlemsstaters producenter, og iii) at den nederlandske stat ikke havde handlet anderledes end en

13 — Jf. afsnit 21 i beslutningen.

14 — Den nederlandske gas' andel af det franske marked faldt fra 31,2% i 1981 til 20,1% i 1982.

15 — Eeks. i Belgien i 1983. Væsentligt lavere gaspriser i USA, Venezuela, Trinidad og Tobago og Mellemøsten begunstigede disse landes ammoniakproducenter.

16 — I perioden fra 1981 til 1987 mere end fordoblede det daværende Sovjetunionen eksportmængden, det tidligere DDR tredoblede sin eksport, mens Bulgarien forøgede sin eksport med ca. 50%.

17 — Eeks. i Italien, Det Forenede Kongerige og Irland.

18 — Jf. diskussionen nedenfor vedrørende netback-prissystemet.

19 — Jf. diskussionen nedenfor vedrørende grænseprisen.

normal aktionær, idet staten ikke havde lidt noget indkomsttab. Konklusionerne i) og iii) er i virkeligheden det samme synspunkt udtrykt forskelligt. Spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionens konklusioner i) og ii) (som jeg betragter som det principielle grundlag for beslutningen) er indbyrdes uafhængige, har en vis betydning og vil blive behandlet mere indgående i det følgende.

11. Gasunie afskaffede i 1991 F-prisen til fordel for en særlig tarifering for gas anvendt som råstof, men ikke som brændstof. Den nye tarifering blev godkendt af Kommissionen på betingelse af, at klausulerne herfor og alle følgende tilpasninger udvidedes til også at omfatte eksportmarkederne [20]. Kommissionen godkendte senere en nedsættelse af denne pris (både på det nederlandske marked og på eksportmarkedet) af de samme grunde, som var udtrykt i konklusion i) i den anfægtede beslutning i nærværende sag, nemlig behovet for i en periode med skærpet konkurrence fra ammoniakproducenter uden for Fællesskabet at reagere over for et muligt tab af et meget vigtigt marked [21].

12. Kongeriget Belgien anlagde nærværende sag om annullation af beslutningen den 1. marts 1993. Ved kendelse af 30. juni 1993 gav Domstolens præsident Kongeriget Nederlandene tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande. Ved kendelse af 6. december 1993 imødekom Domstolen sagsøgerens anmodning om, at Kommissionen skulle stille kopier til rådighed af den sagkyndige erklæring og af en rapport udarbejdet i 1991 af Kommissionen og Association Européenne des Producteurs d'Engrais (EFMA) i fællesskab med titlen »L'industrie des engrais dans la CEE, situation et perspectives«.

Den belgiske regerings anbringender

13. Den belgiske regering har nedlagt påstand om, at beslutningen annulleres, og at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger, og Kommissionen har taget til genmæle mod begge påstande. Den belgiske regering har i stævningen fremsat tre anbringender til støtte for sine påstande, nemlig at Kommissionen begik en åbenbar fejl ved vurderingen af de faktiske omstændigheder, at dens fortolkning af traktatens artikel 92 var fejlagtig, og at beslutningen ikke var tilstrækkeligt begrundet. Hvert af disse anbringender underbygges med en række særskilte argumenter. Nogle af argumenterne for ét anbringende anvendes igen som argumenter for et andet. Ikke desto mindre forekommer det mig bedst at undersøge de belgiske anbringender hver for sig og efter tur og behandle eventuelle overlapninger, efterhånden som de dukker op.

14. Kommissionen har under henvisning til artikel 42, stk. 2, i Domstolens procesregle-

20 — Meddelelse af 11.11.1992 fra Kommissionen om tariffen for gas anvendt som råstof i industrien (Nederlandene), EFT 1992 C 340, s. 5.

21 — Kommissionens beslutning af 7.12.1993 (N 546/93 og N 595/93) om tariffen for gas anvendt som råstof i industrien (EFT 1994 C 35, s. 6).

ment anført, at det ikke er nødvendigt for den at tage stilling til visse argumenter, som den belgiske regering enten først har fremsat (eller først fremsat i sammenhængende form) på et senere stadium af de skriftlige forhandlinger. Dette argument fra Kommissionens side vil blive behandlet, hvor det forekommer i forbindelse med analysen af den belgiske regerings anbringender [22].

I — *Åbenbar fejl ved vurderingen af de faktiske omstændigheder*

15. Den belgiske regering har under denne overskrift fremsat otte særskilte argumenter, som imidlertid kan grupperes efter, hvorvidt de er relevante for den ene eller den anden af de to vigtigste konklusioner, som var grundlaget for Kommissionens beslutning: i) at F-prisen var en normal kommerciel reaktion fra Gasunie's side på de vanskeligheder, som selskabets vigtige og sårbare kunder i den nederlandske ammoniakindustri stod over for, og ii) at F-prisen ikke favoriserede de nederlandske ammoniakproducenter frem for producenter heraf i andre medlemsstater. Bortset fra de to første argumenter vedrører de alle konklusion i).

16. Det er vigtigt at afgøre, om den anfægtede beslutning kan opretholdes, hvis den kun støttes af én af Kommissionens to konklusioner, for det tilfælde, at den belgiske regerings argumenter kun skulle blive delvist anerkendt. Disse konklusioner ser for en overfladisk betragtning ud til at vedrøre de enkelte dele af de betingelser, der efter traktatens artikel 92, stk. 1, er afgørende for at fastslå, at en statsstøtte er uforenelig med fællesmarkedet (selv om ingen af konklusionerne angiveligt kun henviser til en af disse særskilte betingelser).

17. I traktatens artikel 92, stk. 1, defineres statsstøtte, som (med visse undtagelser) er forbudt, og der opstilles en række kumulative kriterier. En sådan foranstaltning skal:

a) være støtte under enhver tænkelig form, dvs. enhver fordel, der tildeles uden en modydelse eller mod en kommercielt utilstrækkelig modydelse

b) være ydet af en medlemsstat eller ved hjælp af statsmidler

22 — Jf. diskussionen om den nederlandske miljøafgift (*milieuheffing*), og om Kommissionens undladelse af i beslutningen at oplyse, at rabatten, som følger af F-prisen, var variabel. Kommissionen har derfor også rejst indsigelse mod visse belgiske argumenter vedrørende forskellige led i produktionsprocessen, men disse argumenter er ikke blevet anset for at være væsentlige.

c) fordreje eller true med at fordreje konkurrencen

d) påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.

18. Konklusion i) i den anfægtede beslutning (om den »kommercielle reaktion« som begrundelse) angår spørgsmålet, om F-prisen overhovedet kan betegnes som en støtte. Domstolen har i en fast praksis vedrørende dette emne klart givet udtryk for, at det kan være statsstøtte, når statskontrollerede virksomheder tilbyder favørpriser, der begunstiger visse virksomheder og sektorer, men kun, hvis disse virksomheder giver afkald på en fortjeneste, som de normalt kunne få [23]. I sådanne tilfælde spørger Domstolen, om en almindelig erhvervsdrivende ville have handlet på samme måde [24]. Kommissionen forsøgte under henvisning til en række betragtninger — ammoniakindustriens vanskeligheder, dens betydning for Gasunie, den fortjeneste, selskabet fortsat havde, og investeringer, der kunne afskrives, manglen på alternative gasmarkeder osv. — at godtgøre, at dette var tilfældet, og uddrog deraf konklusion i).

19. Konklusion ii) (om »grænseprisen« som begrundelse) har først og fremmest relation til det særskilte krav i traktatens artikel 92, stk. 1, om, at støtte, der begunstiger visse virksomheder eller visse produktioner, for at være uforenelig med fællesmarkedet må være af en sådan art, at den »fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene« og således »påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne«. Kommissionen konkluderede: »F-prisen gav således ikke de nederlandske kvælstofgødningsproducenter nogen fordel frem for deres konkurrenter i de andre medlemsstater«, fordi Gasunie leverede gas til anvendelse i kvælstofgødningsindustrien til de franske, tyske og belgiske distributionsselskaber »til en såkaldt grænsepris, der stort set svarede til F-prisen« [25]. Hvis Gasunie tilbød en gaspris på samme niveau til belgiske og til andre ammoniakproducenter (i det omfang en gaseksportør kan påvirke beslutninger om prisfastsættelse i andre medlemsstater) [26], ville det ikke fordreje konkurrencen eller påvirke samhandelen inden for Fællesskabet. En sådan pris ville derfor ikke være omfattet af forbuddet i traktatens artikel 92, stk. 1, selv om rabatten var en støtte, dvs. var indrømmet af andre årsager end almindelige forretningsmæssige hensyn.

20. Man kan meget vel forestille sig, at en favørpris kun tildeles ammoniakproducenterne i én medlemsstat, mens den ikke tilde-

23 — Jf. generaladvokat VerLoren van Themaat's forslag til afgørelse i forbindelse med dom af 13.10.1982, forenede sager 213/81, 214/81 og 215/81, Norddeutsches Vieh-und Fleischkontor mod BALM, Sml. s. 3583, på s. 3617, og Van der Kooy-dommen, anført ovenfor i note 4, præmis 28, 29 og 30.

24 — Jf. f.eks. Van der Kooy-dommen, anført ovenfor i note 4; dom af 14.11.1984, sag 323/82, Intermills mod Kommissionen, Sml. s. 3809, og af 13.3.1985, forenede sager 296/82 og 318/82, Leeuwarder Papierwarenfabriek mod Kommissionen, Sml. s. 809.

25 — Afsnit 8 i beslutningen, henholdsvis syvende og femte underafsnit.

26 — I Belgien har det altid været distributionsselskabet Distrigaz og et kontrolorgan benævnt Comité de contrôle, der har haft kompetence til at vedtage beslutninger om prisregulering.

les disse producenter i en anden medlemsstat på grund af, at ammoniakindustrien ikke er lige stor eller lige svag i de to lande. Dette ville være en normal prisdifferentiering; en sådan prisfastsættelse ville ikke være en støtte, heller ikke selv om den påvirkede (og det gør den nødvendigvis) de berørte virksomheders relative stilling på markedet, så længe der lå forretningsmæssige betragtninger til grund for den. Kommissionens henvisning til den kommercielle reaktion ville være berettiget. Selv om det er en urealistisk antagelse, kunne en favørpris, som ikke kan begrundes ud fra et kommercielt synspunkt (dvs. en støtte), på den anden side efter de samme kriterier udvides til at omfatte ammoniakproducenter i hele Fællesskabet uden at være uforenelig med traktatens artikel 92, stk. 1, fordi den ikke ville være en restriktion for handelen eller konkurrencen inden for fællesmarkedet.

21. Rent teoretisk kunne Kommissionens to konklusioner derfor hver for sig og uafhængigt af hinanden være i stand til at bære beslutningen. Domstolen har vedrørende meddelelse af fritagelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, fastslået, at hvor de forskellige betingelser for en kommissionsbeslutning er sideordnede eller alternative, vil beslutningen blive opretholdt, hvis blot det godtgøres, at én af betingelserne er opfyldt [27]. Omvendt følger det logisk, at hvor den ene betingelse er en følge af den anden, eller hvor betingelserne for en beslutning er kumulative, således som betingelserne for, at der kan fastslås at foreligge en forbudt statsstøtte i henhold til traktatens artikel 92, stk. 1, skal en beslutning, hvoreftter der ikke foreligger en sådan støtte, opretholdes, så snart det står klart, at blot én af disse betingelser *ikke* er opfyldt.

22. Imidlertid kan der muligvis i bevismæssig henseende knyttes en forbindelse mellem Kommissionens to i teorien selvstændige konklusioner: Konklusionen vedrørende den kommercielle reaktion og grænsepriskonklusionen. Denne mulige forbindelse belyses af den usandsynlige antagelse, som er nævnt i punkt 20 ovenfor, at en medlemsstat udvider en favørpris, som ikke er kommercielt berettiget — dvs. en støtte — til at omfatte virksomheder inden for hele Fællesskabet. Da det er usandsynligt, at medlemsstaterne yder støtte til virksomheder i hele Fællesskabet, kunne en afgørelse om, at Gasunie leverede gas til priser, der svarer til F-prisen, til ammoniakproducenter uden for Nederlandene, tyde på, at denne pris var en normal reaktion på markedsbehovene og på konkurrencesituationen, og at den ikke var en støtte på grundlag af politiske overvejelser. Dette er hverken et nødvendigt eller (nødvendigvis) et tilstrækkeligt bevis for en kommerciel berettigelse, men det har ganske klart en indirekte beviskraft på et område, hvor det er meget vanskeligt nøjagtigt at angive et tal for, hvor stærkt trykket fra konkurrencen er.

23. Kommissionen argumenterede på dette grundlag under den mundtlige forhandling, skønt den sandsynligvis tillagde det for stor betydning. Kommissionens befuldmægtigede anførte, at argumenterne vedrørende den kommercielle reaktion og grænseprisen indbyrdes var nært forbundne, men samtidig var den ene en følge af den anden; derfor kunne

27 — Dom af 17.1.1984, forenede sager 43/82 og 63/82, VBVB og VBBB mod Kommissionen, Sml. s. 19, præmis 61; Rettens dom af 23.2.1994, forenede sager T-39/92 og T-40/92, CB og Europay mod Kommissionen, Sml. II, s. 49, præmis 110, og af 15.7.1994, sag T-17/93, Matra Hachette mod Kommissionen, Sml. II, s. 595, præmis 104.

F-prisen ikke siges at falde ind under traktatens artikel 92, stk. 1, såfremt *begge* disse begrundelser blev tiltrådt. Som svar på et spørgsmål fra Domstolen erklærede Kommissionen, at de to spørgsmål var indbyrdes forbundne, for hvis Gasunie ikke havde råd til at miste det nederlandske kvælstofgødningsmarked, havde selskabet lige så dårligt råd til at miste det belgiske marked.

24. Dette er efter min mening ikke helt rigtigt. Hvis en favørpris udvides til også at omfatte andre medlemsstater, tyder det på, at prisen sandsynligvis er kommerciel. Men afvises en grænsepris, der kan sætte det belgiske forsyningsselskab i stand til at tilbyde en pris i Belgien, der svarer til F-prisen, er det ikke automatisk ensbetydende med, at den nederlandske pris ikke var et kommercielt svar på markedsvilkårene, eftersom markedsvilkårene kunne være meget forskellige i de to lande. Kommissionen tog fejl i at antage, at der var en automatisk forbindelse mellem disse to. Dens første konklusion kan muligvis fra et bevismæssigt synspunkt hænge sammen med den anden, men det modsatte er næppe sandt. At prisen i Nederlandene er en kommerciel pris, kan muligvis bevises (som sandsynligt) ved hjælp af en henvisning til, at den er udvidet til også at omfatte andre medlemsstater, men en konstatering af, at prisen var kommerciel, leder ikke nødvendigvis til og afhænger heller ikke af en konstatering af, at grænseprisen på gas til ammoniakproducenter i andre medlemsstater svarede til denne pris.

25. Kommissionens befuldmægtigede vedgik i sit svar på endnu et spørgsmål fra Domstolen, at produktionsforholdene kunne variere fra land til land. Dernæst anførte han imidlertid, at hvis Kommissionen havde fastslået, at gassen ikke blev gjort tilgængelig for ammoniakproducenter i andre medlemsstater til en pris, der svarede til F-prisen, ville den have været nødt til at foretage yderligere undersøgelser af grundene hertil. Han påpegede også, at Kommissionens godkendelse i beslutningen om den tarif for gas anvendt som råstof, som havde erstattet F-prisen, er udtrykkeligt betinget af, at de nederlandske priser og eksportpriserne svarer til hinanden (tilsyneladende uanset hvilke objektive forskelle, der kan være mellem de forskellige markeder) [28].

26. Således har Kommissionen gjort det klart, at dens konklusion (selv om den *i teorien* kunne have stået for sig selv) om, at F-prisen var kommercielt begrundet, *reelt* afhang af dens konklusion angående grænseprisen. Faktisk ser det ud til, at konklusionen om grænseprisen både vedrører den mulige konkurrencefordrejning og begrænsning af handelen og det forudgående spørgsmål om, hvorvidt der foreligger en støtte. Det må derfor ramme begge de konklusioner, som er grundlaget for beslutningen, og er således også fatalt for selve beslutningen, hvis Domstolen finder, at Kommissionen har begået en fejl med hensyn til grænseprisen. Hvis grænseprisargumentet blev anerkendt, kunne beslutningen derimod opretholdes, selv om Domstolen af andre grunde, som kun har med markedsvilkårene i Nederlandene at gøre, afviste det andet argument vedrørende den kommercielle reaktion. Imidlertid har jeg allerede bemærket, at en sådan konstate-

28 — Meddelelse fra Kommissionen af 11.11.1992, anført ovenfor i note 20; jf. også Kommissionens beslutning af 7.12.1993, anført ovenfor i note 21.

ring er usandsynlig: den forudsætter, at en medlemsstat yder statsstøtte til producenterne i andre medlemsstater.

27. Det er også nødvendigt med nogle indledende bemærkninger om bevisbyrden og Domstolens rolle i en annullationssag som den nærværende. Domstolen har ingen kompetence til at fastslå, at en konkret fremgangsmåde, som en stat eller en statskontrolleret myndighed eller virksomhed anvender, er en statsstøtte og følgelig forbudt ifølge traktatens artikel 92, stk. 1. Denne opgave er ifølge traktatens artikel 93, stk. 2, udelukkende forbeholdt Kommissionen og (under visse omstændigheder) Rådet [29]. En domstolsdom, hvorved en beslutning, der er vedtaget i henhold til artikel 93, stk. 2, annulleres, levner måske kun Kommissionen (eller Rådet) få materielle alternativer, når denne (dette) bedømmer sagen på ny, men det er et andet spørgsmål. Sagsøgeren behøver derfor ikke bevise, at F-prisen var en statsstøtte.

28. Anvendelsen af statsstøttereglerne i traktatens artikel 92 og 93 forudsætter en vurdering af komplekse økonomiske forhold, som der kan være meget forskellige meninger om. Kommissionen råder derfor over et vidt skøn, og Domstolen har i en fast retspraksis gjort det klart, at det ikke er Domstolens opgave at sætte sin vurdering i stedet for Kommissionens. Ved undersøgelsen af lovligheden af Kommissionens udøvelse af sin bemyndigelse til at træffe beslutninger på disse områder, må Domstolen begrænse sin prøvelse til en kontrol af, om formforskrifterne er overholdt, om der foreligger en åbenbar fejl ved vurderingen af de faktiske og retlige omstændigheder, om der er begået magtfordrejning, eller om Kommissionen har overskredet grænserne for sit frie skøn [30].

29. For at bevise, at Kommissionen har gjort sig skyldig i en åbenbar fejl ved vurderingen af de faktiske omstændigheder, der begrunder en annullation af den anfægtede beslutning, må den belgiske regering over for Domstolen godtgøre, enten at beslutningen byggede på nogle faktiske konstateringer, som er objektivt og åbenbart forkerte, eller at der af nogle ubestridte faktiske omstændigheder blev uddraget sekundære konklusioner vedrørende faktum, som er objektivt og åbenbart fejlagtige [31]. Sagsøgeren er pålagt en tung bevisbyrde på grund af Domstolens helt berettigede tilbageholdenhed med at sætte sin vurdering over Kommissionens vurdering af faktiske omstændigheder, som der med rette kan være flere meninger om. Der må fremlægges rimeligt sikre beviser for Domstolen for [32], at Kommissionen ved vurderin-

29 — Jf. f.eks. dom af 17.9.1980, sag 730/79, Philip Morris mod Kommissionen, Sml. s. 2671, præmis 24; Intermills mod Kommissionen, anført ovenfor i note 24, og punkt 11 i generaladvokat Mischo's forslag til afgørelse i sagen CdF Chimie AZF mod Kommissionen, anført ovenfor i note 5.

30 — Jf. f.eks dom af 11.2.1971, sag 37/70, Rewe-Zentrale, Sml. 1971, s. 3, org. ref.: Rec. s. 23, af 14.3.1973, sag 57/72, Westzucker, Sml. s. 321, præmis 14, af 20.10.1977, sag 29/77, Roquette Frères, Sml. s. 1835, præmis 19 og 20, af 25.1.1979, sag 98/78, Racke, Sml. s. 69, præmis 5, af 29.10.1980, sag 138/79, Roquette Frères mod Rådet, Sml. s. 3333, præmis 25, og af 7.5.1987, sag 255/84, Nachi Fujikoshi mod Rådet, Sml. s. 1861, præmis 21.

31 — Påstande om faktuelle fejl af sidstnævnte sekundære art kan ofte også fremsættes som påstande om retlige fejl, hvilket er forekommet flere gange i den nærværende sag.

32 — Dette er det beviskrav, som er anbefalet af generaladvokat Gand i hans forslag til afgørelse i forbindelse med dom af 8.2.1966, sag 8/65, Acciaierie e Ferriere Pugliesi mod Den Høje Myndighed, Sml. 1965-1968, s. 167, org. ref.: Rec. s. 1, på s. 17, og tillige anbefalet som en af de bedste af de forskellige formuleringer, der er anvendt i Domstolens retspraksis, af K. P. E. Lasok, *The European Court of Justice: Practice and Procedure*, 2. udg., London, Butterworths, 1994, s. 431.

gen af de faktiske omstændigheder har begået fejl, som afkræfter dens endelige konklusioner.

30. Dette betyder ikke, at Kommissionen i sådanne tilfælde blot skal vente og se, om sagsøgeren kan fremføre tilstrækkeligt beviser til at afkræfte formodningen for, at Kommissionens vurdering af de faktiske omstændigheder er rigtig. Domstolen har ret til at råde over de bedste beviser, som begge parter kan fremlægge til støtte for deres modstående anbringender [33]. I den nærværende sag stillede Domstolen f.eks. med udgangspunkt i en tabel, som Kommissionen havde fremlagt som bevis, den belgiske regering et skriftligt spørgsmål om forhandlingsprocessen vedrørende grænseprisen.

i) Grænseprisen

31. Den belgiske regering har fremsat en række indbyrdes sammenhængende argumenter, som vedrører grænseprisen. Den søger at afkræfte Kommissionens konklusion om, at F-prisen ikke favoriserede de nederlandske ammoniakproducenter i forhold til producenter af ammoniak i andre medlemsstater [34].

32. Det anføres i beslutningens afsnit 8, femte underafsnit:

»De franske, belgiske og tyske distributionsselskaber, som Gasunie leverede gas til, fik den gas, der skulle anvendes i kvælstofgødningsproduktionen, til en såkaldt grænsepris, der stort set svarede til F-prisen.«

Den belgiske regering har gjort gældende, at grænseprisen for nederlandsk gaseksport til Belgien i lange perioder var højere end F-prisen. Dette ser ud til være rigtigt, men det er ikke afgørende for sagen. Der er opstået en misforståelse på grund af, at Kommissionen har udtrykt sig dårligt i den netop citerede sætning. Dette bør imidlertid ikke have betydning for beslutningens gyldighed.

33. Det, der i indlæggene almindeligvis betegnes som grænseprisen, var en totalpris gældende for al nederlandsk gaseksport til Belgien, der blev forhandlet for tre år: al den gas, der passerede gennem Gasunie's rørledninger til det belgiske distributionsselskab Distrigaz, blev solgt til en enkelt pris uanset bestemmelsesstedet i Belgien. Det er uomtvistet, at denne pris betegnede slutresultatet af en meget indviklet forhandlingsproces. Grænseprisen var en gennemsnitspris, der blev tilpasset efter den mængde, der var afsat, og som var bestemt af den forventede endelige salgspris på gas til de forskellige sektorer

33 — Jf. igen generaladvokat Gand's bemærkninger i sagen Acciaierie e Ferriere Pugliesi, anført ovenfor i note 32, Rec. 1966, på s. 17; jf. også generaladvokat Lagrange's forslag til afgørelse i forbindelse med dom af 9.12.1965, forenede sager 29/63, 31/63, 36/63, 39/63-47/63, 50/63 og 51/63, Usines de la Providence mod Den Høje Myndighed, Sml. 1965-1968, s. 135, org. ref.: Rec. s. 1123, på s. 1164 og 1165, samt dom af 16.6.1971, sag 18/70, Duraffour mod Rådet, Sml. 1971, s. 143, org. ref.: Rec. s. 515, præmis 31.

34 — Afsnit 27 i beslutningen.

i Belgien (det vil i grove træk sige private husstande, handel og industri) og af den andel af den samlede gasforsyning, der forventedes solgt til hver af disse sektorer i den treårige periode; dertil kom transporttillæg og andre generalomkostninger samt Distrigaz' fortjeneste. Den endelige salgspris for hver sektor blev stort set bestemt af prisen på det relevante konkurrerende oliebrændstof — i nogle tilfælde fyringsolie, i andre tilfælde svær brændselsolie — plus en præmie for de større fordele ved gas. Dette prissystem er det såkaldte »netback-system«.

34. Da nogle kunder (især private husstande) betalte en meget højere pris for gas end andre, måtte den samlede eller gennemsnitlige grænsepris ligge et sted mellem den højeste og den laveste pris, der forlangtes på markedet i de forskellige sektorer. Derfor er det ikke overraskende, at grænseprisen til tider har været højere end den endelige salgspris til en lavprissektor med et stort forbrug som industrien. Kommissionens henvisning til »en ... grænsepris, der stort set svarede til F-prisen«, betyder ved nærmere eftersyn tydeligvis ikke den samlede grænsepris, men det element i beregningen af den endelige pris, som var baseret på det forventede gassalg til og de forventede priser for den belgiske ammoniakindustri. Om den pris, der påtænktes anvendt for den belgiske ammoniakindustri, og som blev anvendt ved beregning af den samlede grænsepris, bortset fra udgifter til transport og andre omkostninger mere eller mindre svarende til F-prisen, er et særskilt, men centralt spørgsmål, som vil blive diskuteret i det følgende.

35. Den belgiske regering, Kommissionen og den nederlandske regering er enige om, hvilke kriterier der blev lagt til grund for beregningen af grænseprisen, selv om både den belgiske regerings og Kommissionens befuldmægtigede under den mundtlige forhandling gav udtryk for, at den ovenfor omtalte mekanisme giver et noget idealiseret billede af forhandlingsprocessen. I disse forhandlinger ville Gasunie, naturligt nok, under henvisning til netback-kriterierne forsøge at begrunde en højere pris og Distrigaz en lavere. Den belgiske regering har gjort gældende, at grænseprisen var en enkelt pris, og at det ikke kunne lade sig gøre at regne tilbage og udskille de forskellige priser for de enkelte sektorer, der indgik i den. Der blev anført to grunde hertil, nemlig metoden til at beregne præmien og det faktum, at der ifølge »take-or-pay«-princippet skulle betales grænseprisen for uafhentede gaskvanta, uanset hvilket markedsafsnit disse oprindelig var bestemt for.

36. Det skal i forbigående bemærkes, at Belgiens bevismateriale vedrørende beregningen af præmien forekommer mig at være behæftet med en indre modsigelse, idet det ét sted forudsættes, at præmien blev beregnet pr. sektor, og et andet sted siges det, at den var resultatet af en kommerciel forhandling mellem parterne, hvor markedet betragtedes i sin helhed [35]. »Take-or-pay«-princippet (i kraft af hvilket Distrigaz i realiteten garanterede de forventede salg) må af og til have voldt besvær, når det måtte anvendes. Ikke desto mindre — og igen som en bibemærkning — behøver forpligtelsen til at betale grænseprisen for ubrugte gasmængder ikke altid at have været mindre fordelagtig for Distrigaz

35 — Kommissionen hævder, at præmien beregnes særskilt for hvert markedsafsnit.

end forpligtelsen til at betale en pris, der var baseret på den endelige salgspris i en sektor, der havde et underforbrug; dette ville afhænge af, hvordan prisniveauet her var i forhold til grænseprisen. Selv om jeg anerkender, at det er umuligt bagefter at udskille de elementer, der oprindeligt indgik i beregningen af grænseprisen, så er dette næppe relevant, så længe der er andre beviser, enten hidrørende fra selve forhandlingsprocessen eller andetsteds fra, for, at disse elementer omfattede en endelig salgspris på gas til den belgiske ammoniakindustri, som stort set svarede til den nederlandske F-pris.

37. Den belgiske regering har fremført, at de belgiske ammoniakproducenter var truet på grund af den fordel, som deres nederlandske konkurrenter opnåede fra Gasunie, og at Distrigaz fra 1986 til 1991 var tvunget til at sælge gas til dem til en pris, der svarede til F-prisen, og med et årligt tab på over 11 mio. BFR [36]. Kommissionen og den nederlandske regering har heroverfor anført, at disse tab var mere tilsyneladende end reelle og alene skyldtes Distrigaz' bogføringspraksis. Det er allerede blevet påpeget, at grænseprisen som noget helt normalt kunne være højere end den endelige salgspris til visse sektorer. Da Distrigaz' fortjeneste på gassalg under alle omstændigheder blev beregnet i forhold til grænseprisen, ville der nødvendigvis blive registreret tab for salg til disse sektorer isoleret set. Så længe grænseprisen afspejlede den endelige salgspris og omfanget af salget i *alle* sektorer, skulle disse tab have været opvejet af store fortjenester i andre sektorer (f.eks. husstande), hvor gassen blev solgt til en pris, der var højere end grænseprisen. Således kommer vi tilbage til spørgsmålet om, hvordan grænseprisen blev dannet. Kommissionen har påpeget, at Distrigaz havde en betydelig og stigende samlet fortjeneste i den relevante periode. Belgiens befuldmægtigede anførte hertil under den mundtlige forhandling, at Distrigaz' profitrate (mellem 4% og 13% p.a.) lå langt under Gasunie's (20%). Selv om dette er korrekt, er der imidlertid anført for mange ikke-målelige faktorer (f.eks. den højere pris på norsk og algerisk gas importeret af Distrigaz, den omstændighed, at Belgien i modsætning til Nederlandene ikke producerer gas) til støtte for dette argument til, at der på det grundlag kan drages nogen konklusion om forholdet mellem grænseprisen og F-prisen.

38. I perioden mellem oktober 1984 og oktober 1986 gav Gasunie en rabat på en portion på 20% af det samlede gassalg til Distrigaz, den såkaldte defensive portion, »tranche défensive«. Denne rabat blev anvendt på anbefaling af den belgiske myndighed for prisregulering, Comité de contrôle, til at dække omkostningerne ved at tilbyde en pris, der svarede til F-prisen, til de belgiske ammoniakproducenter. Den belgiske regering hævdede i begyndelsen, at der ikke var nogen formel forbindelse mellem rabatten for den defensive portion, F-prisen og krisen i ammoniakindustrien, og at rabatten for den defensive portion blev indrømmet som svar på en særskilt trussel fra Distrigaz om at købe særlig billig gas fra det daværende Sovjetunionen.

36 — I dette tilfælde betyder dette argument, at gasleverandørerne vil forsøge ved hjælp af favørpriser at styrke værdsatte kunders konkurrenceevne.

39. Kommissionen og den nederlandske regering hævdede på den anden side, at den defensive portion udgjorde omtrent 7,5% af det belgiske gasforbrug, hvilket svarede til de gasmængder, der anvendtes af de belgiske ammoniakproducenter i den relevante periode. Den defensive portion var derfor bevis for Gasunie's bestræbelser på at sætte Distrigaz i stand til at tilbyde de belgiske ammoniakproducenter en pris, der svarede til F-prisen. Når der i leveringskontrakten ikke var nogen formel forbindelse mellem den defensive portion og den pris, der skulle faktureres til ammoniakproducenterne, var det kun, fordi Gasunie ikke havde kompetence til at fastlægge de salgsbetingelser, der anvendtes af udenlandske distributionsselskaber.

40. Den belgiske regering erkendte indirekte under den sidste del af den skriftlige forhandling og udtrykkeligt under den mundtlige forhandling, at der var en forbindelse mellem den defensive portion og prisen på gas til ammoniakproducenter, selv om truslen om at købe i Sovjetunionen blev brugt til at styrke Distrigaz i forhandlingerne. Imidlertid hævder Belgien nu, at det indirekte fremgår af Kommissionens holdning, at det kun var i løbet af den toårsperiode, hvor den defensive portion fandt anvendelse, at Gasunie forsøgte at sætte Distrigaz i stand til at anvende en pris svarende til F-prisen på det belgiske marked uden at pådrage sig tab, og at Distrigaz blev påført sådanne tab i perioden efter oktober 1986, da selskabet fortsatte med at tilbyde en tilsvarende pris til de belgiske ammoniakproducenter.

41. Denne påstand har Kommissionen afvist. Den har påpeget, at rabatten, som følger af F-prisen, var variabel, og at den ændredes periodisk som reaktion på bevægelserne i ammoniakprisen i forhold til bevægelserne i prisen på gas til industrielle brugere. Gasunie indrømmede den defensive portion, da F-prisrabatten lå på maksimum (5 cents/m^3). Kommissionen hævder indirekte, at grænseprisen tog hensyn til den endelige salgspris på gas til belgiske ammoniakproducenter, som inkluderede en rabat, men denne rabat var lavere end det mulige maksimum i henhold til F-prisordningen i Nederlandene. Da F-prisrabatten steg til maksimum i Nederlandene, var det derfor nødvendigt ved en ekstraordinær foranstaltning at supplere den rabat, Distrigaz fik gennem grænseprisen. Den defensive portion kan betragtes som en sådan ekstraordinær foranstaltning.

42. Kommissionen har henvist til en tabel over niveauet for den rabat, der blev ydet til de nederlandske ammoniakproducenter i den periode, hvor F-prisen anvendtes [37]. Denne tabel viser, at den maksimale rabat på 5 cents/m^3 blev anvendt i samme periode som den defensive portion (med undtagelse af det sidste kvartal), og at den ikke blev anvendt senere, hvor rabatten, bortset fra ganske korte perioder, var på enten 2 eller 2,5 cents/m^3. Den viser også, at den maksimale F-prisrabat blev anvendt i en periode på ca. et år inden perioden med den defensive portion, hvilket er knap så gavnligt for Kommissionens sag. I betragtning af de omstændigheder, under hvilke F-prisen blev skabt (som reaktion på Kommissionens manglende godkendelse af det tidligere prissystem), er det

37 — Jf. bilag 1 til dette forslag til afgørelse, hvor en ændret version af Kommissionens tabel er anført.

måske ikke overraskende, at der var en kort forsinkelse mellem dens indførelse og dens udvidelse til også at omfatte Gasunie's udenlandske kunder [38]. Kommissionens argument er ellers overbevisende, men dog (stadigvæk) betinget af, at den får medhold, hvad angår det særskilte spørgsmål om dannelsen af grænseprisen.

43. Grundtrækkene i netback-systemet, hvorefter grænseprisen blev dannet, er allerede beskrevet i det foregående på en måde, som alle parter er enige i. Men der er dyb uenighed om, hvordan systemet nærmere fungerede. Den belgiske regering har gjort gældende, at købere af gas som råstof og ikke som brændstof ikke blev betragtet som en særskilt markedssektor. De blev således blot indbefattet i det almindelige industrimarked, for hvilket gasprisen blev fastsat i forhold til prisen på svær brændselsolie, og der blev ikke taget hensyn til prisen på konkurrerende råstoffer (i dette tilfælde ammoniak). Endvidere var det industrielle element i grænseprisen på gas indeksreguleret, så det afspejlede bevægelserne i priserne på svær brændselsolie, men ikke priserne på ammoniak og andre råstoffer. Det belgiske anbringende om, at grænseprisen var en gennemsnitspris, der blev tilpasset efter forbruget, og at der kun indgik to priser heri, nemlig den pris, der anvendtes for husstande/handelsvirksomheder (beregnet i forhold til prisen på fyringsolie), og prisen for industrien, underbygges ved hjælp af to dokumenter i Belgiens skriftlige indlæg [39]. Det erkendes dog i begge dokumenter, at de giver et forenklet billede af netback-prissystemets funktion. Den belgiske regerings befuldmægtigede tilføjede under den mundtlige forhandling, at Gasunie konsekvent havde afvist at forpligte sig til at yde særlige rabatter til belgiske ammoniakproducenter, fordi den kun forsynede en del af det belgiske marked, og ikke mente, den skulle bære en omkostning, som Distrigaz' norske og algeriske leverandører ikke skulle betale.

44. Kommissionen har derimod anført, at den belgiske regerings beskrivelse af, hvordan grænseprisen blev fastsat på basis af priser gældende for private husstande/handelsvirksomheder og for industrien, ikke er dækkende. Industrisektoren omfattede en række særskilte undersektorer, heriblandt ammoniakproducenterne. Kommissionen støtter sig på en tabel fra det nederlandske Økonomiministerium, som skal vise, at »gødning« var en særskilt undersektor af industrisektoren. Markedsværdien for gas i undersektoren for gødning blev bestemt (for størstedelen på grundlag af prisen på svær brændselsolie) særskilt i forhold til værdien for gas til papirindustrien, maskinindustrien, den kemiske industri og forskellige andre undersektorer [40]. Kommissionen har hævdet, at Gasunie anvendte en pris, der mere eller mindre svarede til

38 — Som det vil fremgå af det følgende, er der også belæg for, at F-prisen reagerede tydeligt mindre elastisk på ammoniakprisens og de industrielle gasprisers bevægelser i dens første anvendelsesår end i senere år.

39 — Det første er et uddrag af H. G. de Maar, *Energierecht* (1987), s. 214-216; det andet er et dokument uden forfatterangivelse, »Netback approach to border pricing in gas import contracts«.

40 — Kommissionen støtter sig også på en række dokumenter, der er offentliggjort af Distrigaz og Comité de contrôle, men i disse beskrives ikke den videre underopdeling af det belgiske gasimportmarked udover inddelingen i private husstande/handelsvirksomheder, industri og elektricitetsproduktion.

F-prisen for den del af dens gassalg til Belgien, der gik til den belgiske ammoniakindustri, da grænseprisen blev forhandlet.

45. Domstolen stillede et skriftligt spørgsmål til den belgiske regering om, hvorvidt Kommissionens tabel kunne anvendes som grundlag for dens afgørelse i nærværende sag. Dette afviste den belgiske regering, som gentog, at der ved fastsættelsen af grænseprisen ikke var taget hensyn til særskilte industrielle undersektorer. Endvidere hævdede den bl.a., at det ikke fremgik af tabellen, at gasprisen for den angiveligt særskilte undersektor for gødning påvirkedes af ammoniakprisen såvel som af prisen på svær brændselsolie, at ordet »gødning« var tvetydigt, fordi fabrikanter, der fremstillede visse andre former for gødning end kvælstofgødning, kunne anvende gassen som energi og ikke som råstof, at tabellen var kun en teoretisk model, som ikke afspejlede den faktiske forhandlingsproces, og at selv om den var korrekt, var der ikke truffet bestemmelse om indeksregulering af gaspriserne vedrørende undersektoren for gødning i forhold til ammoniakprisens bevægelser, efter at grænseprisen var forhandlet. Alt dette er i sig selv relevante betragtninger.

46. Først må der tages stilling til, om Kommissionens tabel er en nøjagtig (om end ganske vist teoretisk) gengivelse af metoden til fastsættelse af grænseprisen. Der er en direkte konflikt herom mellem den belgiske regerings anbringender på den ene side og Kommissionens på den anden side, som støttes af den nederlandske regering. Begge parter har fået rig lejlighed til at fremlægge bevismateriale til støtte for deres modstående anbringender, og dette er blevet suppleret af Domstolens skriftlige spørgsmål. De dokumentbeviser, Belgien har fremlagt, angiveligt i forenklet form, modsiger ikke direkte Kommissionens tabel, som tilsigter at give en mere detaljeret forklaring på fastsættelsen af sektorpriserne i forbindelse med fastsættelsen af grænseprisen. Til trods for den belgiske regerings forfægtelse af det modsatte, må jeg konkludere, at dens anbringender vedrørende dette punkt ikke er bevist, og at tabellen (inden for sine rammer) giver et nøjagtigt billede af, hvordan netback-mekanismen anvendes til at fastsætte grænseprisen.

47. Imidlertid må jeg også undersøge den belgiske regerings andre modargumenter mod, at tabellen kan anvendes til støtte for Kommissionens konklusion om, at Distrigaz var i stand til at tilbyde de belgiske ammoniakproducenter en gaspris, der mere eller mindre svarede til den nederlandske F-pris. Det er uden betydning, at tabellen kun giver en delvis forklaring på prisdannelsesprocessen og ikke præcist kan illustrere, hvorledes de forskellige priser blev forhandlet i praksis, når den ikke desto mindre i hovedtræk (hvilket Belgien ikke har været i stand til afkræfte) gengiver det formelle grundlag, som forhandlingerne er blevet ført på, og som de i det store og hele fulgte. Jeg mener ikke, at der som følge af tvetydigheden i ordet »gødning« bør ses bort fra tabellen i denne sag, eftersom der mangler bevis for, at fabrikker, der fremstillede gødning uden kvælstof, indgik i denne undersektor eller var

store forbrugere af gas [41]. Jeg mener heller ikke, at den omstændighed, at tabellen ikke udtrykkeligt angiver ammoniakprisens indflydelse på prisen på gas bestemt til undersektorerne for gødning, er fatal. Det væsentlige er, at det oplyses, at prisen på gas bestemt for de forskellige undersektorer beregnes (med forbehold for den almindelige virkning af prisen på svær brændselsolie) under henvisning til »markedsværdi pr. undersektor«. Det er i den belgiske regerings indlæg erkendt, at Distrigaz i en stor del af den pågældende periode ydede de belgiske ammoniakproducenter en rabat, som svarede til F-prisen.

48. Tilbage står det vanskelige spørgsmål om indeksreguleringen. Den belgiske regering synes at have ret, når den anfører, at der ved fastsættelsen af grænseprisen ikke var truffet nogen formel bestemmelse om indeksregulering af den del af grænseprisen, der vedrørte undersektoren for gødning, under hensyn til ammoniakprisernes bevægelser i forhold til gaspriserne for industrien [42]. Dette er ikke overraskende, da prisen på svær brændselsolie (i forhold til hvilken priserne i den industrielle sektor var indeksreguleret) havde den største indflydelse på gaspriserne i industrisektoren; F-prisrabatten og enhver tilsvarende rabat, der var indbygget i grænseprisen for den ammoniakproducerende undersektor, var stadig kun et middel, der kunne dæmpe virkningen af et primært energiorienteret prissystem for de fabrikanter, der anvendte gas som råstof. Kommissionen behandler ikke direkte spørgsmålet om indeksregulering. Dens holdning kan indirekte udledes af dens holdning til den defensive portion. Den hævder, at der var en parallelisme mellem ydelsen og tilbagekaldelsen af den defensive portion på den ene side og ydelsen af højere og lavere F-prisrabatter i Nederlandene på den anden side. Som jeg har påpeget ovenfor, hviler Kommissionens opfattelse på en forudsætning om, at grænseprisen tog hensyn til en endelig salgspris på gas til belgiske ammoniakproducenter, som indbefattede en rabat, der var lavere end den maksimale F-prisrabat, der kunne ydes i Nederlandene.

49. Jeg har allerede fundet Kommissionens argument med hensyn til den defensive portion i det væsentlige korrekt, dog afhængig af min konklusion med hensyn til generelle spørgsmål om fastsættelsen af grænseprisen. Da der ikke er leveret et direkte modbevis af den belgiske regering, og da jeg mener, at ammoniakpriserne faktisk påvirkede den endelige markedsværdi for gas til belgiske ammoniakproducenter, kan jeg nu give udtryk for, at jeg godtager den nødvendige følge af og forudsætning for dette argument fra Kommissionens side, nemlig at der ved grænseprisen blev ydet rabat til disse producenter, og at denne rabat, hvilket omstændighederne kraftigt tyder på, var lavere end det maksimum, der kunne opnås ved F-prisen. Heraf slutter jeg, at den indekseringslignende virkning af, at den del af grænseprisen, der vedrører ammoniakproduktionen, blev regu-

41 — Af rapporten »*L'industrie des engrais dans la Communauté européenne: situation et perspectives*« fremgår, at kvælstofgødning udgør ca. halvdelen af Fællesskabets gødningsproduktion (s. 12; der er ingen tal til rådighed vedrørende den nationale produktion) og lige under halvdelen af al gødning, der forbruges i Belgien og Luxembourg (s. 12 og 14). På grund af gassens betydning som råstof i ammoniakproduktionen ville kvælstofgødningsfabrikkernes gasforbrug sandsynligvis være dominerende i en undersektor af det belgiske marked, der vedrører gødning generelt.

42 — Undersektoren for gødning og undersektoren for ammoniakproduktion anvendes i det følgende som synonymer.

leret efter forholdet mellem bevægelserne i ammoniakprisen og bevægelserne i gasprisen for industrien, ikke opnåedes ved anvendelse af et formelt indeksreguleringssystem, men ved hjælp af en lejlighedsvis, ekstraordinær foranstaltning, nemlig den defensive portion.

50. Det er rigtigt, at Distrigaz måtte lægge pres på Gasunie for at opnå den defensive portion. Imidlertid kunne det ikke rimeligvis forventes, at Gasunie under kommercielle forhandlinger frivilligt og spontant skulle give Distrigaz en yderligere rabat, end ikke for at bevare den belgiske ammoniakindustri som en vigtig aftager af selskabets gas. Dette er en følge af den indirekte måde, hvorpå den nederlandske gas når frem til kunderne uden for Nederlandene. Da der var et mellemled, kunne dette have foranlediget Gasunie til at forsøge at få Distrigaz til at bære nogle af omkostningerne (der viste sig som nedsat fortjeneste) ved en rabat, som begge selskaber anså for nødvendig. Distrigaz ville naturligvis have forsøgt at sætte sig imod Gasunie's ønske. Distrigaz havde, som selskabet selv meddelte i sin årsberetning for 1984, i det store og hele succes i den retning, da det opnåede den defensive portion [43]. Gasunie's forretningsforbindelse med Distrigaz og kun dets indirekte forbindelse til de belgiske ammoniakproducenter kan ligeledes forklare, hvorfor visse mindre, defensive portioner ikke automatisk blev tildelt Distrigaz som reaktion på de mindre svingninger i niveauet for den F-prisrabat, Gasunie mellem 1987 og 1991 ydede til den nederlandske ammoniakindustri, som den havde direkte kontraktmæssige forbindelser med. Dette ændrer ikke ved det faktum, at Distrigaz med denne rabat, som i alle led var indregnet i grænseprisen, også i denne periode var i stand til at tilbyde de belgiske ammoniakproducenter en gaspris, der stort set svarede til den, der anvendtes for ammoniakindustrien i Nederlandene.

ii) F-prisen er ikke offentlig — vejledende pris

51. Den belgiske regering har erklæret sig uenig i Kommissionens konstatering, hvorefter F-prisen var offentlig og blev en vejledende pris på Fællesskabets gasmarkeder. Belgien har hævdet, at F-prisen til forskel fra Gasunie's andre tariffer ikke blev offentliggjort, selv om den ikke var fortrolig. Kommissionen støtter sig, og efter min mening med rette, på Domstolens udtalelse i dommen i sagen CdF Chimie AZF mod Kommissionen om, at F-prisen »er en offentlig pris, og at betingelserne for at få leveret til den er offentliggjort ... og helt gennemskuelige« [44]. Derfor bør den belgiske regerings argument afvises.

52. På det sidste stadium af den skriftlige forhandling fremsatte Belgien et argument, der gik ud på, at prisen på gas blev yderligere

43 — Efter en beskrivelse af forholdet mellem Distrigaz og Comité de contrôle oplyses det i Distrigaz' årsberetning for 1984: »C'est dans ce cadre que fut examiné à l'initiative du Gouvernement le problème grave posé par l'industrie azotière belge pour laquelle le gaz naturel constitue la matière première intervenant à plus de septante pour cent dans le prix de revient ... La Méthode imaginée par le [Comité de contrôle] en la matière et la diligence de Distrigaz ont finalement permis d'obtenir de Gasunie des solutions durables indispensables« (s. 22).

44 — Anført ovenfor i note 5, præmis 15.

fordrejet til fordel for de nederlandske ammoniakproducenter, fordi de fik den største del af den miljøafgift *(milieuheffing)*, der var indregnet i alle nederlandske gaspriser, tilbagebetalt. Miljøafgiften var derimod indregnet i grænseprisen og blev således pålagt alle nederlandske gaseksporter til Belgien, herunder til den belgiske ammoniakindustri. Belgien nævnte også et tillæg på 5 BFR pr. gigajoule, som de belgiske ammoniakproducenter skulle betale (uden at oplyse, hvem beløbet skulle betales til). Det står ikke klart, hvorfor disse spørgsmål blev rejst under denne del af retsforhandlingerne.

53. Jeg er af den opfattelse, at Kommissionen har ret, når den hævder, at Belgien i dette tilfælde i strid med artikel 42, stk. 2, i Domstolens procesreglement har fremsat et nyt anbringende [45]. Det hedder i bestemmelsen:

»Nye anbringender må ikke fremsættes under sagens behandling, medmindre de støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under retsforhandlingerne.«

Det tillæg, som den belgiske regering har nævnt, og den måde, hvorpå den nederlandske miljøafgift opkræves, kan muligvis påvirke den pris, som henholdsvis de nederlandske og de belgiske ammoniakproducenter i sidste ende skal betale for gassen. Men dette er ikke tilstrækkeligt til, at disse spørgsmål kan rejses på senere stadier (eller på noget stadium) under retsforhandlingerne vedrørende Domstolens prøvelse af Kommissionens beslutning, hvorefter F-prisen ikke var en forbudt statsstøtte. Med hensyn til miljøafgiften var der i Belgiens første indlæg ikke anført noget om, at den kombinerede virkning af F-prisen og en anden særskilt rabat *af fiskal karakter* skulle kunne afkræfte Kommissionens konstatering, hvorefter den førstnævnte ikke var en forbudt statsstøtte, eller at Kommissionens konstatering af, at Distrigaz var i stand til at tilbyde en pris til de belgiske ammoniakproducenter, der var mere eller mindre identisk med F-prisen, var behæftet med en faktisk vildfarelse. Det står også fast, at *milieuheffing*-fradraget har eksisteret siden 1988 og ikke kan siges at være en faktisk omstændighed, som kom frem under retsforhandlingerne. Det samme kan siges om det tillæg, som Belgien praktisk talt ikke har givet nogen oplysninger om.

54. Såfremt Domstolen skulle realitetsbehandle den belgiske regerings argument angående fritagelsen for miljøafgiften, måtte den foretage de samme overvejelser. Kommissionen har anført, at denne fritagelse var en foranstaltning, der var uafhængig af F-prisen, og at den kunne behandles efter en særskilt procedure. Selv om Gasunie's bestræbelser på at give den belgiske ammoniakindustri mulighed for at købe gas til en pris, der svarede til den, der blev anvendt for

45 — Jf. til illustration af, hvordan denne bestemmelse anvendes, Domstolens dom af 13.3.1992, sag C-282/90, Vreugdenhill mod Kommissionen, Sml. I, s. 1937, præmis 9 og 10.

industrien i Nederlandene, blev undergravet eller modarbejdet af den nederlandske afgiftspolitik, ville dette ikke være et grundlag for kritik af F-prisen eller af Gasunie's fastsættelse af eksportpriserne, men af de pågældende afgiftsforanstaltninger. Den tilfældige omstændighed, at F-prisen og fritagelsen for miljøafgiften — som begge påvirker den pris, ammoniakproducenterne betaler for gas — anvendes samtidigt, er ikke et retligt relevant faktum. De har hele tiden været særskilte foranstaltninger. Derfor var det ikke en fejl, at Kommissionen undlod at tage hensyn til fritagelsen for miljøafgiften.

55. Den belgiske regerings sidste argument under denne overskrift er, at Gasunie ved fastsættelsen af sine priser, hvormed selskabet skabte vejledende priser for det nordvesteuropæiske gasmarked, afviste at tage hensyn til de vanskeligheder, disse priser påførte andre gasdistributionsselskaber. Dette er i det store og hele en gentagelse af de forskellige anbringender, der er fremsat vedrørende grænseprisen, og jeg skal blot henvise til mine konklusioner herom og på det grundlag forkaste dette argument. Det er vanskeligt at se, hvordan man objektivt skulle kunne fastslå, at den ene eller den anden af parterne har skaffet sig en uberettiget fordel under den given noget for noget, som eksportprisforhandlingerne er. Det er en kendsgerning, at Distrigaz havde held til at sætte sig igennem under forhandlingerne, og at selskabet, som vi har set, formåede at gennemtvinge betydelige indrømmelser.

iii) Gasunie's fortjenstmargen

56. Dette punkt giver anledning til yderligere kritik af Kommissionens måde at udtrykke sig på i begrundelserne for den anfægtede beslutning. Kommissionen hævder i afsnit 16 i beslutningen, at »Gasunie har haft overskud i hele den periode, F-prisen gjaldt«. Den belgiske regering har hævdet, at dette ikke er sagen vedkommende, idet Gasunie's fortjeneste i henhold til kontrakt er sat til et fast beløb på 80 mio. HFL pr. år. Gasunie modtager sin gas fra NAM (Nederlandse Aardolie Maatschappij), et konsortium, der ejes af Shell og Esso i fællesskab [46]. NAM udnytter de nederlandske gasfelter for Sammenslutningen Groningen (de Maatschap Groningen), som NAM og den nederlandske stat ejer henholdsvis 60% og 40% af kapitalen i. Den nederlandske stat modtager i sidste ende henved 80% af fortjenesten på gassalg. Gasunie betaler NAM en pris for gassen, der bestemmes af den endelige salgspris gældende for dets forskellige markeder, herfra trækkes Gasunie's transportomkostninger og andre omkostninger samt Gasunie's aftalte årlige fortjeneste. Den belgiske regering har anført, at Gasunie kun er et omkostningscenter (centre de coût) eller et led i en kæde, og at dette arrangement ikke kan betegnes som et netback-system (som Kommissionen har hævdet i sine indlæg), fordi køberen (Gasunie) ikke bærer nogen risiko. Da Gasunie's omkostninger og aftalte fortjeneste er sikret, uanset hvilken pris kunderne skal betale, viser Gasunie's faste fortjeneste ikke, at selskabets priser er kommercielt berettigede.

46 — En meget lille del af dets gasbehov dækkes af norsk gas.

57. Kommissionen og den nederlandske regering har bestridt Belgiens anbringende om, at forholdet mellem NAM og Gasunie ikke er et netback-arrangement. Imidlertid er denne semantiske diskussion som sådan sagen her uvedkommende. Mere vigtigt er, at Kommissionen har hævdet, at Gasunie's fastsatte årlige fortjeneste på 80 mio. HFL kun er det maksimum, som Gasunie kan beholde, idet ethvert overskud gives videre til NAM. I realiteten var dette konsortiums effektive fortjeneste i F-prisperioden meget højere, og det var denne effektive fortjeneste, Kommissionen henviste til i beslutningen. Det bør bemærkes, at den effektive fortjeneste i virkeligheden (efter at Gasunie's maksimum på 80 mio. HFL er trukket fra) er Sammenslutningen Groningen's fortjeneste.

58. I betragtning af betydningen af den mulige forskel mellem kontraktmæssig og effektiv fortjeneste, må jeg sige, at Kommissionens ovenfor citerede udtalelse i beslutningen om Gasunie's fortjeneste er så uklar, at den ikke er til megen nytte. Imidlertid tror jeg ikke, at dette er fatalt (dvs. at den er så uklar, at der kan være tale om manglende begrundelse for beslutningen). En person, der er berørt af beslutningens emne, bliver under alle omstændigheder opmærksom på dette element i Kommissionens begrundelse [47].

59. Man kan (selv om Belgien ikke har gjort det) i princippet betvivle den bevismæssige værdi af den konstatering, at der var *effektiv* fortjeneste i den periode, hvor F-prisen var gældende. Denne konstatering besvarer ikke spørgsmålet om, hvorvidt der blev givet afkald på en fortjeneste [48]; den tager heller ikke højde for muligheden for, at F-prisen kunne have været en kommercielt berettiget metode til på lang sigt at fastholde kunderne (og muligvis derved på ny opnå salg med fortjeneste), selv om der indtrådte tab i den periode. Det er derimod væsentligt, hvor stor Gasunie's fortjeneste (eller tab) var i forhold til, hvad en kommercielt drevet virksomhed under de givne markedsforhold kunne forventes at tjene (eller tåle), mens den udviklede eller søgte at fastholde de langsigtede muligheder på dette marked.

iv) Gasunie's omkostninger

60. Kommissionen har i afsnit 17 i beslutningen oplyst, at Gasunie's faste og variable omkostninger var væsentligt lavere end F-prisen, således at selskabet ved afsætning til F-prisen var i stand til at øge sine nettoindtægter og samtidig fastholde en vigtig kundekreds, som selskabet risikerede at miste. Den belgiske regering har anført, at Gasunie i sine årsberetninger for 1990 og 1991 oplyste, at dets gennemsnitlige købspris på gas havde andraget et beløb pr. kubikmeter, der lå ca. 5 cents over F-prisen.

47 — Jf. diskussionen nedenfor om betingelserne for, at en beslutning kan annulleres på grund af manglende begrundelse.

48 — Dette spørgsmål blev rejst af Belgien og vil blive behandlet i det følgende.

61. Med dette argument hævdes det modsatte af det, Belgien tidligere fremførte i sit argument vedrørende Distrigaz' tab. Her anvendes endnu en gang den samlede gennemsnitlige udgift til gas som udgangspunkt for at måle, hvilken fortjeneste eller tab, der er på afsætning på et bestemt marked til en bestemt pris. I et netback-system skulle tab i nogle sektorer, som det blev påpeget i det foregående (målt i forhold til de gennemsnitlige udgifter til gas), blive opvejet af fortjeneste i andre. Ved enhver bedømmelse af, om der er sket et reelt tab på et bestemt marked, skal der tages hensyn til prisen på den gas, der er bestemt for dette marked, der skal beregnes fradrag for ledelse, omkostninger til infrastruktur o.a. Netback-systemet sikrede, at Gasunie ikke betalte mere til NAM for den gas, der leveredes til de nederlandske ammoniakproducenter, end Gasunie selv modtog for gassen fra disse producenter, som fik leveret til F-prisen, minus selskabets generalomkostninger og fortjeneste. Belgiens argumenter bør derfor forkastes.

v) Gasunie's eksportmarkeder

62. Kommissionen har til dels forklaret Gasunie's behov for at fastholde sin kundekreds blandt ammoniakproducenterne med, at selskabet mistede en væsentlig del af det franske marked i 1982 [49]. Den belgiske regering har hævdet, at dette var et resultat af Gasunie's egen politik, idet Nederlandene i 1970'erne havde besluttet at begrænse den gasmængde, der skulle eksporteres, efter den første oliekrise i 1973-1974. Kommissionen og den nederlandske regering har heroverfor anført, at denne beslutning blev taget ti år, før F-prisen indførtes, at den kun begrænsede enhver *forøgelse* af den nederlandske gaseksport, og at den ikke havde forbindelse med tabet af andele på det franske marked, som mere sandsynligt kunne tilskrives tendensen til at diversificere gasforsyningskilderne. Jeg er enig i deres anbringende om, at den belgiske regering har undladt at påvise en relevant forbindelse mellem på den ene side tabet af franske markeder og F-prisen og på den anden side Gasunie's tidligere eksportbegrænsning [50].

vi) Belgisk ammoniakimport

63. Kommissionen giver i afsnit 21 i beslutningen udtryk for, at en producent af kvælstofgødning kan vælge mellem enten selv at fremstille ammoniak (det vigtigste råstof til denne gødning) eller købe ammoniakken af andre producenter. »Hvis prisen på den gas, der anvendes til ammoniakfremstillingen, er for høj, kan producenten, hvis det er muligt, vælge at købe ammoniakken et andet sted og til en lavere kostpris, end han selv kunne have fremstillet den til (dette var f.eks. tilfæl-

49 — Afsnit 24 i beslutningen; jf. endvidere note 14 ovenfor. Tabet var en følge af en aftale mellem de franske myndigheder og Algeriet om en favorpris vedrørende gaskob.

50 — Tendensen mod diversificering kan have fået næring fra et ønske om at undgå den afhængighed af et begrænset antal leverandører, som gjorde oliekrisen 1973-1974 så dyb, men det er ikke tilstrækkeligt til at påvise en relevant forbindelse mellem Frankrigs beslutning og Nederlandenes begrænsningspolitik under denne krise.

det i Belgien i 1983).« Det fastslås, at dette generelt var forholdene i ammoniakindustrien i Fællesskabet i 1980'erne.

64. Den belgiske regering har anført, at belgiske producenter af kvælstofgødning årligt importerer ammoniak for at dække en manko mellem den nationale produktion og det nationale forbrug. Imidlertid har Kommissionen fremlagt tal for den belgiske ammoniakimport i 1980-1991, som viser, at den del af den belgiske ammoniakefterspørgsel, der blev dækket ved import, øgedes fra 38% i 1980 til 51% i 1983 og til over 70% i begyndelsen af 1990'erne [51]. Dette viser, at der er sket en betydeligt ændring i den belgiske kvælstofgødningsindustris måde at skaffe ammoniak på. Krisen i Fællesskabets ammoniakindustri, som F-prisen angiveligt var en reaktion på, belyses ved hjælp af disse tal, som viser en massiv nedgang i den belgiske ammoniakproduktion, selv om Distrigaz i størstedelen af denne periode anvendte en pris, der stort set svarede til F-prisen. Det kan antages, at nedgangen ville have været endnu mere brat, hvis der ikke var blevet givet en sådan indrømmelse.

vii) Markedernes sammenlignelighed

65. Kommissionen har i afsnit 22 i beslutningen nævnt, at »fra 1981 til 1991 lå de priser, der blev noteret, eller som formentlig blev anvendt i USA, Venezuela, Trinidad og Tobago og i Mellemøsten, stort set under de nederlandske priser«. Den belgiske regering har anført, at disse markeder ikke er sammenlignelige med det nederlandske: mens de lave gaspriser i de lande, Kommissionen nævner, repræsenterer gassens reelle værdi på deres respektive markeder, var F-prisen lavere end gassens værdi på det europæiske marked. Belgien har fremlagt bevis for, at F-prisen konsekvent var lavere end prisen på gas til industriforbrugere på de forskellige markeder i medlemsstaterne.

66. Kommissionen har støttet af den nederlandske regering anført, at det ikke var hensigten at sammenligne de forskellige ikke-europæiske markeder med Fællesskabets, men at vise, at ammoniakproducenterne i de førstnævnte lande befandt sig i en position, hvor de kunne påføre de nederlandske producenter og andre producenter i Fællesskabet en reel konkurrence. Uanset hvordan gaspriserne blev fastsat i de pågældende tredjelande, afkræfter Belgiens argument ikke Kommissionens konklusion om, at forholdene på markedet nødvendiggjorde, at de nederlandske ammoniakproducenter fik tilbudt en særlig pris — og denne pris kan, selv om den er lav, ikke betragtes som kunstig i det omfang, den var en reaktion på disse markedsforhold.

67. Den belgiske regering har også hævdet, at ammoniakproducenterne ikke har råstoffer

51 — Belgiens ammoniakbehov forblev forholdsvis stabilt i absolutte tal gennem denne periode og svingede mellem en bund og en top på 1 077 000 tons og 1 256 000 tons pr. år.

til rådighed, som kan udgøre et alternativ til naturgas, og at de i den henseende adskiller sig fra virksomheder, som hovedsagelig bruger gas som brændstof. Følgelig har ammoniakproducenterne angiveligt større tekniske og kommercielle vanskeligheder, hvis forsyningen afbrydes, hvorfor gassen må have en højere reel værdi for dem end for andre sektorer af industrien. Derfor var det ikke rimeligt at give prisafslag til en sektor, som i den grad udelukkende er afhængig af naturgas. Grundlaget for Belgiens argument om den reelle værdi er i virkeligheden baseret på, at ammoniakproducenterne ikke har mulighed for at forlade Gasunie og gå over til en anden råstofleverandør. Dette argument er ikke overbevisende. Kvælstofgødningsproduktionen i Nederlandene er ikke så afhængig af Gasunie's levering af naturgas som ammoniakproduktionen. Denne sag vedrører i mangt og meget de nederlandske kvælstofgødningsproducenters mulighed for på grund af presset fra den billige, importerede ammoniak at opgive deres egen ammoniakproduktion. Hvis en sådan beslutning er kommercielt forsvarlig eller er nødvendig, kan man ikke tale om, at gas har en større reel værdi for ammoniakproducenterne end for de øvrige sektorer i industrien; gas har *overhovedet* ikke nogen værdi for ammoniaksektoren, medmindre den i konkurrence med andre råstoffer kan anvendes i ammoniakproduktionen. Prisdannelsen (som angiver markedsværdien) er undergivet den faktiske efterspørgsel og ikke en idé om »reel« værdi, der er begrundet i et behov. Den faktiske efterspørgsel udtrykkes ved evne og vilje til at betale for køb. Det er uden betydning, at ammoniakproduktionens råstofbehov kun kan opfyldes med naturgas, hvorimod andre sektorers energibehov kan opfyldes på flere måder, hvis virksomhederne i én sektor har råd til at købe gas til den gængse pris for industrien, mens ammoniakproducenternes konkurrencedygtighed bliver alvorligt skadet, hvis de er nødt til at gøre det samme. Hvis Kommissionens bedømmelse, som gik ud på, at dette faktisk var tilfældet, i øvrigt anerkendes, må det netop beskrevne belgiske argument forkastes.

viii) Alternative eksportmuligheder

68. Kommissionen har i afsnit 24 i beslutningen givet udtryk for, at sammenlignet med at bevare den eksisterende afsætning til de nederlandske ammoniakproducenter, hvilket ikke kræver nogen ny marketingsindsats, var »eksport til f.eks. Belgien, Tyskland og Frankrig ... set fra et prismæssigt synspunkt mindre fordelagtig, fordi den ville kræve nyinvesteringer«. Den belgiske regering har anført, at eksportpriserne i den pågældende periode var højere end F-prisen, og at den eksisterende infrastruktur kunne have båret en yderligere eksport uden nye investeringer. Endvidere var den udenlandske efterspørgsel efter gas tilstrækkeligt stor til at begrunde en omstilling til eksport sideløbende med en hvilken som helst gradvis nedgang i salget til nederlandske ammoniakproducenter. En

anden mulighed var, at Nederlandene kunne have begrænset produktionen for at forlænge levetiden for sine gasfelter.

69. Der er ikke ført direkte bevis for, at nedgangen i de nederlandske ammoniakproducenters afsætning ville have været gradvis (som Belgien har hævdet) og ikke pludselig (som Kommissionen tror), ud over den kendsgerning, at der i Nederlandene er foretaget betydelige investeringer i denne industri. Kommissionen har påpeget, at adskillige ammoniakfabrikker i Fællesskabet blev lukket i perioden 1992-1993, hvorunder der blev importeret vældige mængder ammoniak fra den tidligere Østblok. Man kan også igen nævne den belgiske ammoniakindustris beviste kraftige tilbagegang i 1980'erne, en tilbagegang, som uden tvivl ville have været endnu mere drastisk, hvis der ikke havde været en rabatpris. De ammoniakproducerende virksomheders betydelige størrelse i Nederlandene, sammenholdt med deres ringe antal, giver også støtte for, at en hvilken som helst nedgang, der medførte virksomhedslukninger, eller at kvælstofgødningsfabrikanterne opgav dette led i deres produktion, ville have haft en øjeblikkelig og alvorlig virkning på Gasunie's afsætning.

70. Kommissionen og den nederlandske regering erkender, at eksportprisen af grunde, som allerede er behandlet i det foregående, var højere end F-prisen. Heraf følger ikke, at der kunne have været eksporteret yderligere store mængder gas til den pris. I et netback-system ville den pris, Gasunie modtog, være afhængig af det sektormarked, som gassen var indkøbt til, og af gasprisen på dette marked. Dette ville have været den effektive pris, som Gasunie modtog for den ekstra gas, selskabet solgte, minus transportomkostninger og distributionsselskabets fortjeneste, uanset hvordan dette kunne have været maskeret ved hjælp af en tilpasset grænsepris.

71. De tilføjer, at gaseksportkontrakter er langfristede for at imødekomme den forventede efterspørgsel [52], og derfor ville det have været meget vanskeligt med kort varsel at øge forsyningerne til et andet land væsentligt. På kort og mellemlang sigt var eksportmarkedet mættet, og forøgelse af eksporten til markeder, hvor behovet allerede var opfyldt på længere sigt, kunne kun være sket på basis af meget lave priser; den nederlandske regering har givet udtryk for, at de mest sandsynlige markeder ville have været de mindst indbringende, som f.eks. markedet for elektricitetsproduktion. Kommissionen anførte under den mundtlige forhandling, at Gasunie's afsætning af gas til de nederlandske ammoniakproducenter stort set var af samme omfang som al den gas, der blev solgt i Belgien, hvor man ifølge den nederlandske regering allerede kunne imødese et overskud af algerisk gas. En forøgelse af eksporten ville også have medført tekniske problemer med hensyn til gassens kvalitet, tryk osv. Hvad angår muligheden for at begrænse produktionen, ville en sådan begrænsning have

52 — Det er allerede nævnt, at priserne blev forhandlet for tre år. Disse forhandlinger fandt sted inden for rammerne af forsyningskontrakter, der var indgået for betydeligt længere perioder. F.eks. henviser den belgiske regerings indlæg (i en anden forbindelse) til den nederlandske regerings beslutning om at forlænge de eksisterende kontrakter til at omfatte perioden fra 1995 til 2010.

bevirket en nedgang i indkomsten og dermed en mindre hurtig afskrivning af Gasunie's investeringer. I den sagkyndige erklæring, som Domstolen havde indhentet i forbindelse med CdF Chimie-sagen, blev det bemærket, at selv om det er rationelt at modvirke en for hurtig udtømning af hjemmemarkedets naturgasressourcer, må risikoen for at miste nuværende og mulige fremtidige kunder også tages i betragtning.

72. Jeg er overbevist af Kommissionens og den nederlandske regerings anbringender om, at Kommissionen havde vægtige grunde til at konkludere, at Gasunie i praksis næppe havde andre muligheder for at beskytte sit salg til de nederlandske ammoniakproducenter end F-prisrabatten; Belgiens argumenter bør derfor forkastes.

ix) F-prisens kommercielle berettigelse

73. Dette er i realiteten det væsentligste grundlag for Kommissionens beslutning.

74. Af den sagkyndige erklæring vedrørende F-prisen, som Domstolen indhentede i forbindelse med CdF Chimie-sagen, fremgik, at trods de økonomiske og kommercielle fordele, som F-prisen have sikret Gasunie, kan den »lige så godt samtidig have været resultatet af en politisk beslutning for at opretholde en speciel kemisk produktion i Nederlandene ... men at dette set ud fra et kommercielt synspunkt måske også var i Gasunie's økonomiske interesse« [53]. De sagkyndige bemærkede også, at mens Gasunie kan have haft fordel af at sænke visse priser for de enkelte sektorer for at bevare sin markedsandel og sine indtægter, var selskabet ikke i stand til at bedømme, »om prisniveauet — til trods for at det var gunstigt for Gasunie — kunne have været højere, såfremt Gasunie, men ikke Nederlandenes regering, ønskede det« [54].

75. Den belgiske regering har ligeledes generelt anfægtet Kommissionens konklusion om, at F-prisen var kommercielt begrundet. Den har anført, at F-prisen anvendtes af politiske grunde for at give den nederlandske ammoniakindustri en fordel. Der er to måder at fortolke dette argument på, og de netop citerede bemærkninger fra den sagkyndige erklæring kaster lys herover.

76. Den første mulige måde at læse den belgiske regerings argument på er, at politiske motiver eller fordele på afgørende måde ødelægger beslutninger, der træffes inden for virksomheder, der hører under det offentlige,

53 — S. 72 i den franske version af erklæringen.
54 — S. 77 i den franske version af erklæringen.

også selv om disse beslutninger kan begrundes med, at de er truffet på grundlag af kommercielle overvejelser. Sådan et argument har Belgien senere fremsat i sit indlæg [55]. Hvis dette argument blev fremsat og anerkendt, kunne det første citat fra den sagkyndige erklæring blive fatalt for F-prisen og dermed for Kommissionens beslutning.

77. Det andet mulige argument er, at selv om nogle prisafslag kunne have været berettigede, og Gasunie kunne have draget en vis fordel heraf, var F-prisen for gavmild, og selskabet gav afkald på en fortjeneste. I Van der Kooy-sagen [56] anerkendte Domstolen, at Gasunie gav prisafslag af konkurrencehensyn (i det pågældende tilfælde til den nederlandske gartneriindustri), men gjorde opmærksom på behovet for at afgøre, om en sådan konkurrence er reel, det vil i realiteten sige, at sådanne afslag ikke bør være større end nødvendigt på baggrund af det pågældende marked, og der skal »ikke blot tages hensyn til prisernes respektive størrelse, men også til de omkostninger, der er nødvendige for en omstilling ...«.

78. Den første type argument kan ikke holde. Det fremgår af Domstolens faste praksis, at kriterierne for afgrænsning af statsstøtte er objektive. Når det først er fastslået, at en investering, en beslutning om prisfastsættelse eller en anden foranstaltning kan begrundes kommercielt, er det sagen uvedkommende, om denne foranstaltning også tjener politiske interesser [57]. Domstolen udtalte i sagen Deufil mod Kommissionen, at »ved anvendelsen af artikel 92 sondres der således ikke efter grundene eller hensigten med de pågældende interventioner, men bestemmelsen definerer dem alene efter deres virkninger« [58]. Åbenlyse politiske motiver kan give anledning til en særlig efterprøvning af de kommercielle argumenter, der er fremsat for en bestemt, støttelignende foranstaltning, men i den nærværende sag er der ikke ført bevis for, at Kommissionen ikke undersøgte F-prisen samvittighedsfuldt og grundigt.

79. Det andet mulige argument er i overensstemmelse med Domstolens praksis, men det skal kunne støttes på de faktiske omstændigheder. Hverken de sagkyndige, som Domstolen udpegede, eller Kommissionen fandt bevis for, at F-prisen var andet end et rationelt forsøg fra Gasunie's side på at få den størst mulige økonomiske fordel ud af en vanskelig situation.

80. Den belgiske regering har hævdet, at Kommissionen ikke skulle have støttet sig på den anden del af den sagkyndige erklæring,

55 — Jf. diskussionen nedenfor om afkald på fortjeneste.

56 — Anført ovenfor i note 4, præmis 30.

57 — En kommercielt berettiget beslutning er blevet defineret som en beslutning, der ville være blevet truffet af en privat investor på markedsøkonomiske vilkår, jf. Kommissionens Fjortende Beretning om Konkurrencepolitikken, punkt 198.

58 — Dom af 24.2.1987, sag 310/85, Sml. s. 901, præmis 8. Jf. også dom af 2.7.1974, sag 173/73, Italien mod Kommissionen, Sml. s. 709, og generaladvokat Slynn's forslag til afgørelse i forbindelse med dom af 20.3.1984, sag 84/82, Tyskland mod Kommissionen, Sml. s. 1451, på s. 1501, og i de forenede sager 296/82 og 318/82, Leeuwarder Papierwarenfabriek, anført ovenfor i note 24.

hvor denne ensidigt bevægede sig fra den kostprisanalyse af de hævdede besparelser på leverancerne til F-prisen, som Domstolen havde anmodet om, over i en »økonomisk« eller »markedspris-analyse« af beslutninger om prisfastsættelse, der træffes som reaktion på forholdene på markedet. Belgien har anført, at de sagkyndiges resultater var bemærkelsesværdigt tentative og skønsmæssige og var baseret på meget få konkrete beviser.

81. Kommissionen har hertil svaret, at den var berettiget til at henholde sig til markedsprisanalysen i den sagkyndige erklæring, som Domstolen indirekte henviste til i CdF Chimie-sagen [59]. Den har endvidere anført, at den også baserede sine konklusioner på beviser, som den uafhængigt havde indhentet i løbet af sine undersøgelser, og som vedrørte vanskelighederne i ammoniakindustrien og forbindelsen mellem gasprisen og omkostningerne ved fremstilling af ammoniak.

82. I modsætning til, hvad den belgiske regering har anført, mener jeg ikke, at Kommissionens påberåbelse af den sagkyndige erklæring, hvis konklusioner i en del tilfælde er temmelig teoretiske, i sig selv bør være en grund til at annullere den anfægtede beslutning, idet Kommissionen klart har gjort sig umage for at underbygge den analyse, der foretages i denne erklæring.

83. Bortset fra de enkelte argumenter, der allerede er blevet diskuteret og forkastet, har den belgiske regering fremsat et argument, der støttes på de faktiske omstændigheder, idet den har hævdet, at der ikke var noget sammenfald mellem gas- og ammoniakprisernes bevægelser og variationerne i rabatten som følge af F-prisen [60]. Jeg skal indledningsvis knytte to bemærkninger til dette argument. For det første er det klart, at den belgiske regering ikke anfægter princippet om, at statskontrollerede virksomheder kan have gode kommercielle grunde til at reagere mod en trussel mod deres afsætning derved, at de tildeler visse kunder favørpriser; den rejser kun det spørgsmål, om princippet i denne sag er blevet rigtigt anvendt. Det faktiske grundlag for ethvert sådant anbringende må undersøges grundigt. For det andet vedrører denne sag et rabatsystem, som blev anvendt i en årrække, og vedrører således spørgsmålet om systematisk iagttagelse af princippet om kommerciel berettigelse. Kommissionen skal bedømme virkningerne af enhver ordning, der hævdes at være statsstøtte. Jeg er af den opfattelse, at Domstolen kun bør underkende Kommissionens skøn som åbenbart fejlagtigt, hvor det godtgøres, at de pågældende foranstaltninger betragtet over hele deres anvendelsesperiode ikke gennemgående er i overensstemmelse med den begrundelse, der er givet for dem. Dette vil ikke sige, at en kortvarig uoverensstemmelse

59 — Anført ovenfor i note 5, præmis 50.

60 — Belgien har også under overskriften, Retlige fejl, rejst et blandet faktisk og retligt problem vedrørende omkostningerne ved at gå over til at købe ammoniak i stedet for at producere den, hvilket vil blive behandlet i det følgende.

aldrig kan være afgørende; imidlertid bør Domstolen ikke omstøde Kommissionens beslutning, hvis en sådan lapsus har en mindre virkning (i forhold til hele systemet), eller der foreligger en plausibel forklaring i sagens faktiske omstændigheder.

84. Kommissionen fremlagde i sine skriftlige indlæg to tabeller, hvoraf den ene angiver købsprisen på importeret ammoniak i Vesteuropa sammenlignet med udgiften til gas [61] for den indenlandske ammoniakproduktion mellem 1984 og 1991, og den anden angiver de forskellige niveauer, som den nederlandske industrielle gaspris (E-prisen), F-prisrabatten og prisen pr. ton ammoniak befandt sig på i den samme periode [62]. Den belgiske regerings befuldmægtigede hævdede under den mundtlige forhandling, at det af disse tabeller fremgik, at F-prisen ikke var en kommerciel reaktion på markedsforholdene. Han hævdede, at maksimumsrabatten lejlighedsvis blev ydet til nederlandske ammoniakproducenter på tidspunkter, hvor prisen på konkurrerende importeret ammoniak var høj, og at der på andre tidspunkter, hvor ammoniakpriserne var lave, blev ydet en mindre rabat [63]. Kommissionens befuldmægtigede svarede hertil, at F-prisrabatten altid havde varieret, ikke efter det absolutte niveau for ammoniakprisen, men i forhold til de *relative* priser på industrigas og importeret ammoniak. Det må ikke glemmes, at den væsentligste indflydelse på gasprisen har dens konkurrerende energikilder, olieprodukterne.

85. F-prisrabattens maksimumsniveau på 5 cents/m^3 blev faktisk ydet til de nederlandske ammoniakproducenter gennem hele året 1984 og første halvdel af 1985, da ammoniakprisen befandt sig på det højeste niveau, den nåede i perioden 1983-1991 (på et tidspunkt var den ca. tre gange så høj som den laveste pris i denne periode). Imidlertid var dette også den periode, hvor gas var dyrest, hvilket synes at støtte Kommissionens argument. Ikke desto mindre er det ikke tilstrækkeligt at bedømme sagen blot ved at se på det indtryk, som tallene giver; den belgiske regerings argument kræver en mere eksakt analyse, som ganske vist er temmelig teknisk.

86. Ved at sammenholde tallene for F-prisrabatterne med de relative gas- og ammoniakpriser, der står opført i den første tabel, har jeg konstateret, at de perioder, hvor den europæiske ammoniakproduktions gasudgifter faktisk oversteg prisen på importeret ammoniak, var de perioder, hvor maksimumsrabatten blev anvendt [64], eller de perioder, hvor rabatten blev sat op fra et lavt til et højere niveau [65].

61 — Dvs. den del af den endelige ammoniakpris, der kan tilskrives prisen for den gas, der er anvendt i produktionen.

62 — Denne tabel findes i forkortet form i bilag 1 med yderligere oplysninger om forholdet ammoniak/ton: gaspriser.

63 — Den belgiske regerings befuldmægtigede henviste især til perioderne fra det sidste kvartal 1983 til det andet kvartal 1985, den første halvdel af 1987, det første kvartal 1989, det tredje kvartal 1990 og hele 1991.

64 — Fra andet kvartal 1985 til midten af 1986.

65 — Fra midten af 1989 til midten af 1990, da rabatten steg fra 2 til 2,5 og derefter til 3,5 cents/m^3, før den i det lidt mindre vanskelige tredje kvartal 1990 faldt til 2,85 cents, hvorefter rabatten igen som reaktion på den skærpede konkurrence steg til 3,27 cents i første kvartal 1991.

87. Der var også perioder, hvor man har god grund til at være noget mere skeptisk over for behovet for en rabat [66]. Disse perioder er kun delvist sammenfaldende med dem, den belgiske regering har nævnt, fordi der i nogle af de perioder med høje ammoniakpriser, som den belgiske regerings befuldmægtigede anførte som eksempel, også kunne iagttages næsten samtidige (og somme tider uforholdsmæssige) stigninger i gaspriserne [67], stabile eller gradvist stigende gaspriser, mens de høje ammoniakpriser begyndte at falde [68], eller stort set lige store fald i de høje priser på både ammoniak og gas, hvorved den samlede balance i det store og hele forblev uændret [69].

88. Imidlertid kræver det blotte faktum, at den europæiske ammoniakproduktions gasudgifter somme tider var lavere end udgifterne til importeret ammoniak, ikke automatisk, at rabatterne i sådanne perioder skal forkastes som ikke kommercielt berettigede; selv om gas repræsenterer den største omkostning for ammoniakproduktionen, skal der også tages hensyn til de øvrige produktionsudgifter (mellem 10% og 25% af de samlede udgifter) [70].

89. Det er også oplysende at foretage en simpel matematisk beregning på basis af de tal, der er anført i Kommissionens anden tabel, nemlig at beregne forholdet mellem prisen pr. ton ammoniak og prisen pr. kubikmeter gas til F-prisen [71]. Det er umuligt på grundlag af de for Domstolen fremlagte dokumenter at sige, hvilket tal svarede til, at der var ligevægt mellem indtægter og udgifter for de europæiske ammoniakproducenter; dette tal vil naturligvis have været forskelligt alt efter, hvor effektivt fabrikkerne udnyttede deres gasleverancer i produktionsprocessen. Samtidig er der ingen tvivl om, at jo højere tallet lå, desto bedre var den europæiske producent stillet.

90. Med den antagne forudsætning in mente, at beslutningerne om gasprisfastsættelse fulgte ammoniakpriserne (for så vidt som de formodes at være en reaktion på disse efter Kommissionens mening), kan det bemærkes, at F-prisrabatten viste en nedadgående tendens, hvis det nævnte tal steg, medmindre en sådan stigning næsten øjeblikkelig, og før Gasunie havde reageret, blev efterfulgt af en nedgang i ammoniakpriserne. Dette er f.eks. sandt med hensyn til nedsættelsen af rabatten fra 5 til 2,5 cents/m^3 i tredje kvartal 1986, hvor gasprisen faldt hurtigere end ammoniakprisen, således at der fremkom et gunstigere tal end ved selv den laveste rabat. Omvendt var det nødvendigt at øge rabatten som reaktion på, at dette tal flere gange voldte vanskeligheder i 1989-1990, hvor gaspriserne steg, mens ammoniakpriserne faldt. Dette forklarer, hvorfor rabatten i det andet

66 — 1984 og første kvartal 1985, første kvartal 1987, første kvartal 1989, sidste kvartal 1990.

67 — Andet kvartal 1985, første kvartal 1991.

68 — Andet kvartal 1987.

69 — Andet kvartal 1991.

70 — Jf. note 6, ovenfor.

71 — Jf. bilag 1, som indeholder resultaterne af denne beregning.

kvartal 1989 steg fra 2 til 2,5 cents/m^3, selv om forholdet ammoniak- og gaspriser i det forudgående kvartal havde været det gunstigste i hele F-prisens anvendelsesperiode.

91. Der er én periode, hvor det er vanskeligt at påvise en sådan hurtig reaktion fra Gasunie's side på markedsforholdene, nemlig 1984. Både 1983 og 1985 var meget vanskelige år for de europæiske ammoniakproducenter at dømme efter Kommissionens prisoplysninger, men maksimumsrabatten på 5 cents/m^3 blev også anvendt i hele 1984, hvor forholdet mellem ammoniak- og gaspriserne var ganske gunstigt. Muligvis frembød selv denne forholdsvis behagelige situation (dvs. sammenlignet med kriserne i 1983 og 1985) stadig alvorlige problemer for de nederlandske såvel som for de øvrige ammoniakproducenter i Fællesskabet, således at det også var berettiget at yde maksimumsrabatten i den periode. Belgien har ikke ført bevis for det modsatte, og det var i denne periode, at eksportørerne i Østblokken gjorde enorme fremstød. Men selv om rabatniveauet i 1984 ikke kunne begrundes ud fra de kriterier, der netop er blevet diskuteret (denne mulighed nævner jeg kun rent hypotetisk), må to overvejelser tages i betragtning: for det første problemerne med tilpasning, når et nyt prissystem anvendes [72]; og for det andet den kendsgerning, at Gasunie's fastsættelse af rabatten blev mere elastisk i resten af dette tiår som reaktion på forandringerne på markedet. Således kan det siges, at F-prissystemet generelt og systematisk var kommercielt berettiget, selv om der lejlighedsvis var problemer med tilpasningen. Dette var den konklusion, som Kommissionen kom til, efter at den havde udøvet sine vide skønsbeføjelser med hensyn til, hvordan et ualmindeligt kompliceret spil af markedskræfter fungerede. Det kan ikke siges at være åbenbart, at F-prissystemet ikke reagerede over for forholdene på markedet for gas og ammoniak. Den belgiske regerings generelle anbringende om det modsatte bør derfor forkastes.

II — *Retlig fejl ved fortolkningen af traktatens artikel 92*

92. Den belgiske regering har under denne overskrift fremsat fem særskilte argumenter til støtte for annullation af den anfægtede beslutning.

i) Den lavere gaspris i andre lande

93. Kommissionen har i beslutningens afsnit 8, tredje underafsnit, anført, at ammoniakproducenterne var i stand til at forhandle sig

72 — I øvrigt fik Belgien også fordel af, at der var et tidsrum i tredje kvartal 1986, hvor den defensive portion fortsat anvendtes, efter at F-prisrabatten i Nederlandene var blevet halveret.

til langt mere gunstige vilkår med gasdistributionsselskaberne i Italien, Det Forenede Kongerige og Irland, end de kunne opnå i Nederlandene, Belgien og Frankrig. Den belgiske regering har anført, at en begrundelse for F-prisen, som henviser til sådanne kontraktordninger i andre lande, er uforenelig med Domstolens dom i sagen Steinike og Weinlig mod Tyskland [73], hvorefter en medlemsstats krænkelse af en forpligtelse, der påhviler den i henhold til traktatens artikel 92, ikke kan retfærdiggøres med, at andre medlemsstater heller ikke overholder denne forpligtelse. Den belgiske regering har også nævnt, at Kommissionen undlod at undersøge de særlige vilkår på markederne for gas eller ammoniak i Italien, Det Forenede Kongerige og Irland.

94. Kommissionen har imødegået dette med, at den aldrig har antydet, at de favorable gasforsyningskontrakter, som ammoniakindustrien i disse lande havde indgået, udgjorde en statsstøtte, eller at denne omstændighed gjorde F-prisen berettiget. Kommissionen påpegede rent faktisk i beslutningens tekst, at den anså disse kontrakter for at være kommercielt forsvarlige. Hvad angår de særegne markedsvilkår i disse lande er det ikke grundene til de lavere gaspriser, men snarere, således som det er tilfældet med de tredjelande, der er nævnt i det foregående (USA, Trinidad og Tobago osv.), disse prisers virkning på de nederlandske ammoniakproducenters stilling i forhold til deres konkurrenter, der er relevant. Belgiens argument bør derfor forkastes.

ii) De forskellige led i produktionsprocessen

95. Kommissionen har i afsnit 18 i beslutningen citeret følgende fra den sagkyndige erklæring, som Domstolen indhentede i CdF Chimie-sagen: »hvis naturgas anvendes som råstof i en fremstillingsproces, og hvis prisen på dette råstof spiller en vigtig rolle ved fastsættelsen af prisen på færdigvaren, er det ikke blot prisen på substitutionsråstoffer (eller på alternative fremstillingsprocesser), der spiller en rolle ved fastsættelsen af markedsprisen på råstoffet, men salgsprisen på færdigvarerne gør det også«. Den belgiske regering hævder, at dette er i strid med Domstolens afgørelse i sagen United Brands mod Kommissionen [74], hvorefter »loven om udbud og efterspørgsel ... efter sin natur kun [må] anvendes i det led, hvor den faktisk har virkning«. Belgien har anført, at Kommissionen ikke kan analysere Gasunie's F-pris på baggrund af en priskonkurrence mellem nederlandske, europæiske og andre virksomheder på et andet marked, nemlig markedet for ammoniak, som er et andet markedsførings- og produktionssted end det, som udgøres af gas anvendt til fremstilling af ammoniak.

96. Det er et omtvistet punkt mellem den belgiske regering og Kommissionen, hvorvidt en bemærkning vedrørende traktatens artikel 86 kan finde anvendelse på spørgsmålet, om der foreligger statsstøtte. Jeg mener, det er åbenbart, at argumentationen i den passage, som Belgien har citeret, kan udvides til også at omfatte spørgsmålet om statsstøtte. Hvis en statskontrolleret virksomhed inden for sit marked stort set var beskyttet mod virkningerne af tilbageslag, der rammer dens kunder, ville der ikke være nogen kommerciel begrundelse for at give særlige prisindrømmelser til dens mere sårbare kunder,

73 — Dom af 22.3.1977, sag 78/76, Sml. s. 595, præmis 24.

74 — Dom af 14.2.1978, sag 27/76, Sml. s. 207, præmis 229.

og disse prisindrømmelser ville således i henhold til artikel 92 i traktaten være en forbudt statsstøtte.

97. De faktiske omstændigheder i United Brands-sagen er imidlertid forskellige fra de faktiske omstændigheder i denne sag. Domstolen fastlagde ikke noget universelt retsprincip, bortset fra det indlysende princip, at ved bedømmelsen af en bestemt adfærds indvirkning på et marked er det vigtigt at sikre sig, at loven om udbud og efterspørgsel på forskellige produkter faktisk fungerer.

98. I nærværende sag er kernen i Kommissionens analyse, i hvilken grad Gasunie har været udsat for de risici, som bæres af selskabets kunder (ammoniakproducenterne), på et marked, der udgør et senere led end gasmarkedet, nemlig ammoniakmarkedet. Kommissionen fandt, at kvælstofgødningsproducenterne (som for en stor dels vedkommende også var ammoniakproducenter) havde udvist en stærk krydselasticitet i efterspørgslen mellem selvfremstillet ammoniak og importeret ammoniak. Importeret ammoniak blev valgt, hvis det var nødvendigt for at bevare stillingen i konkurrencen på markedet for kvælstofgødning, og dette ville til gengæld påvirke Gasunie's afsætning til ammoniakproducenterne kraftigt. Derfor kunne »loven om udbud og efterspørgsel« med hensyn til ammoniak »faktisk have virkning«, for at bruge sproget fra United Brands-dommen, på markedet for gas, og med rette påvirke de erhvervsdrivendes beslutninger på dette marked. Kommissionen handlede korrekt, da den i sin undersøgelse af, om der var tale om statsstøtte, tog hensyn til forbindelserne mellem de to markedsled. Derfor bør Belgiens argument forkastes.

iii) Omkostningerne ved substitution

99. Den belgiske regering har hævdet, at Kommissionen i sin argumentation undlod at tage hensyn til kvælstofgødningsproducenternes omkostninger ved at købe importeret ammoniak i stedet for selv at producere den. Som det er omtalt ovenfor, fandt Domstolen i sagen Van der Kooy, at præferencetariffer for gas (af hensyn til den nederlandske gartneriindustris behov for opvarmning) kunne begrundes objektivt med økonomiske hensyn som f.eks. nødvendigheden af at tage konkurrencen op på dette marked med andre energikilder, hvis pris var konkurrencedygtig. Domstolen fortsatte: »For at vurdere, om konkurrencen er reel, skal der ikke blot tages hensyn til prisernes respektive størrelse, men også til de omkostninger, der er nødvendige

for en omstilling til en ny energikilde, som f.eks. omkostningerne ved at udskifte og afskrive fyringsanlæg« [75].

100. Det er rigtigt, at Kommissionen ikke har nævnt sådanne omkostninger ved omstilling i beslutningen, hvor den omtalte (f.eks. i afsnit 21) det valg, kvælstofgødningsfabrikanterne havde mellem at anvende deres egen ammoniakproduktion og købe importeret ammoniak. Kommissionen har anført, at den i tilstrækkelig grad har påvist eksistensen af en reel konkurrence mellem gas (som anvendes i den nationale ammoniakproduktion) og importeret ammoniak, samt at omkostningerne til erstatningsprodukter var ubetydelige, da dette ikke medførte en omstilling af kvælstofgødningsproducenternes installationer, men kun afkald på en produktionsfase, som der kun var mindre omkostninger forbundet med. Dette ser ud til at være rigtigt. Den belgiske regerings argument bør derfor forkastes.

iv) Afkald på fortjeneste

101. Den belgiske regering har hævdet, at Kommissionen burde have undersøgt, om Gasunie gav afkald på en mulig fortjeneste, da den anvendte F-prisen, uagtet den fortjeneste, som den fortsat havde i en pågældende periode, samt at Kommissionen undlod at gøre dette. Belgien har også anført, at en sådan kommerciel begrundelse ikke kan befri F-prisen for dens karakter af at være en politisk begrundet metode til at give den nederlandske ammoniakindustri en fordel. Der er imidlertid ikke fremlagt bevis eller fremført noget nyt anbringende i forhold til det materiale, der er blevet diskuteret meget indgående i afsnit I, punkt ix), ovenfor, og jeg har allerede givet udtryk for min mening om den rigtige bedømmelse af en politisk motivering [76]. Den belgiske regerings argumenter blev ved den lejlighed forkastet, og det er ikke nødvendigt med en yderligere undersøgelse.

v) F-prisens karakter af en speciel pris

102. Den belgiske regering har anført, at der ligger en modsigelse i det forhold, at betingelserne for anvendelsen af F-prisen var objektive, og at F-prisen ikke desto mindre var tænkt som en pris, der skulle gælde for en bestemt sektor og skulle støtte Gasunie's kunder i ammoniakindustrien. Belgien hævder, at Kommissionen havde pligt til at forklare denne modsigelse.

75 — Anført ovenfor i note 4, præmis 30 citeret i uddrag i punkt 77 ovenfor.

76 — Punkt 78, ovenfor.

103. Kommissionen har hertil svaret, at det var rimeligt at tilbyde en særlig pris til ammoniakindustrien, mens andre industrier, som ikke stod over for den samme trussel fra konkurrenter i tredjelande, ikke havde behov for en sådan fordel, hvorfor det ikke havde været lovligt at tilbyde disse sektorer den pris. Dette er i overensstemmelse med Kommissionens argumentation igennem hele sagen, men hermed tages der ikke direkte stilling til Belgiens argument, som er, at F-prisens sektorkarakter (som nu er vedgået) ikke blev lagt åbent frem, men skjultes bag angiveligt neutrale, objektive betingelser, såsom omfang, mulighed for afbrydelse osv.

104. Sandsynligvis findes den bedste forklaring — som er i overensstemmelse med Kommissionens argumentation — vedrørende betingelserne for anvendelse af F-prisen i den sagkyndige erklæring:

»Hvor markedets tradition forhindrer dette, eller hvor priserne bliver offentligt bekendtgjort, kan det være umuligt at føre en politik med fuld prisdifferentiering. I dette tilfælde kan et bloktarifsystem anvendes, som det er tilfældet i det nuværende nederlandske prissystem. Blokken i tarifsystemet skal i dette tilfælde defineres sådan, at gasselskabet optimerer sin indkomst, og nærmer sig mest muligt til prisdifferentiering ... Bekendtgjorte priser kan kombineres med priser, der er baseret på marginalomkostningerne. I dette tilfælde skal rabatter eller ekstra opkrævninger tage hensyn til de særlige betingelser, der kan gælde for leveringen til visse kunder [dvs. belastningsfaktor, mængde, afstand, sæsonbestemthed ...] ... Imidlertid kan disse særlige betingelser og rabatter/ekstra opkrævninger også være en indirekte måde at føre prisdifferentieringspolitik på, skønt de hævdes fastsat på grundlag af de marginale omkostninger« [77].

105. Det er almindeligt i Nederlandene at sælge gas efter bekendtgjorte opslåede tariffer. Denne situation kan sammenholdes med situationen i f.eks. Tyskland, hvor fuld prisdifferentiering gennemføres ved at forhandle individuelle kontrakter med større kunder. Gasunie kunne, så vidt som det var selskabet muligt inden for de begrænsninger, der gælder på det nederlandske marked, forsøge at efterligne denne situation ved at opslå en tarif, hvis objektive betingelser var fastlagt med ammoniakindustrien i tankerne.

106. Jeg mener ikke, at undladelsen af at give en sådan forklaring eller undladelsen af en hvilken som helst anden forklaring, som Kommissionen kunne have forsøgt sig med, bør føre til annullation af den anfægtede beslutning på grund af en fejlagtig fortolkning af traktatens artikel 92. Det står stadig fast, at Kommissionen i sin meddelelse om, at den igen indledte statsstøtteundersøgelsen af F-prisen og gav interesserede parter mulighed for at fremsætte bemærkninger,

77 — S. 57 og 58 i den engelske udgave af den sagkyndige erklæring.

anførte, at F-prisen først og fremmest har karakter af en speciel pris for en sektor [78], hvilket atter var fastslået i Domstolens dom i CdF Chimie-sagen [79]. Havde Kommissionen indtaget den holdning, at prisen ikke havde karakter af en speciel pris for en sektor (som den gjorde gældende i CdF Chimie-sagen) [80], måtte den have begrundet modsigelsen mellem de tilsyneladende neutrale betingelser for anvendelse af F-prisen og den faktiske virkning af F-prisen, som var at give en fordel næsten udelukkende til ammoniaksektoren. Da den havde vedgået, at F-prisen havde karakter af en speciel pris for en sektor, men ganske vist var berettiget på grund af hensyn, der var specifikke for den pågældende sektor, var Kommissionen ikke forpligtet til at behandle dette spørgsmål yderligere. I bevismæssig henseende kan det vække mistanke hos den, der foretager undersøgelsen, hvis det ydre billede ikke svarer til virkeligheden. Men hvor virkeligheden forklares og begrundes tilfredsstillende for den, der foretager undersøgelsen (og for Domstolen, som skal efterprøve den beslutning, der blev resultatet af undersøgelsen), falder denne oprindelige mistanke, om end den er naturlig, ikke desto mindre bort.

III — *Annullation som følge af manglende begrundelse*

107. Den belgiske regering har anført, at begrundelsen for den anfægtede beslutning ikke opfylder kravene i traktatens artikel 190, fordi den er uforståelig og utilstrækkelig. Det fremgår af Domstolens faste praksis, at Kommissionen som begrundelse for en retsakt på en kortfattet måde skal angive de væsentlige retlige og faktiske omstændigheder, hvorpå retsakten hviler, i en klar og relevant form, således at de berørte parter og Domstolen kan sætte sig ind i baggrunden for den trufne foranstaltning [81]. Imidlertid er der grænser for Kommissionens pligt i den henseende. Som Domstolen påpegede i sagen Remia mod Kommissionen:

»Selv om Kommissionen i henhold til traktatens artikel 190 har pligt til at anføre de faktiske momenter, som ligger til grund for en beslutning, og de retlige betragtninger, som har foranlediget den til at træffe den, kræver bestemmelsen ikke, at Kommissionen behandler alle de faktiske og retlige spørgsmål, som er blevet behandlet under den administrative procedure. Begrundelsen til en beslutning, der indeholder et klagepunkt, skal gøre det muligt for Domstolen at udøve sin legalitetskontrol og give den berørte de oplysninger, der er nødvendige for at afgøre, om beslutningen er lovlig« [82].

Ved udtalelsen om Domstolens og de berørte personers interesse i Kommissionens ræsonnement er Kommissionen pålagt en pligt,

78 — Anført ovenfor i note 10.

79 — Anført ovenfor i note 5, præmis 22 og 23.

80 — Jf. præmis 20 og retsmøderapporten, III B a), Sml. 1990 I, s. 3087 og 3088.

81 — Jf. dom af 4.7.1963, sag 24/62, Tyskland mod Kommissionen, Sml. 1954-1964, s. 407, org. ref.: Rec. s. 129, af 11.7.1985, sag 42/84, Remia mod Kommissionen, Sml. s. 2545, præmis 26, Leeuwarder Papierwarenfabriek-dommen, anført ovenfor i note 24, præmis 19, dom af 22.1.1986, sag 250/84, Eridania, Sml. s. 117, præmis 37 og 38, Van der Kooy-dommen, anført ovenfor i note 4, præmis 71, og Rettens dom af 18.9.1993, sag T-24/90, Automec mod Kommissionen, Sml. II, s. 2223, præmis 85.

82 — Anført ovenfor i note 81, præmis 26. Jf. også dom af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 14, og VBVB og VBBB-dommen, anført ovenfor i note 27, præmis 22.

men det er underforstået, at der også er begrænsninger for denne pligt: Kommissionen behøver ikke at udtale sig om det, der er åbenbart eller uvæsentligt eller uklart i dens beslutning, da intet af dette er nødvendigt for efterprøvningen af beslutningens lovlighed. Ligeledes skal der i selve beslutningen kun anføres detaljer nok til, at de enkelte elementer i Kommissionens begrundelse står klart for Domstolen og de berørte parter; disse elementer kan uddybes i forbindelse med udvekslingen af beviser og argumenter under behandlingen af annullationssøgsmålet.

108. Den belgiske regering har anført fire argumenter for, at der foreligger en begrundelsesmangel. Det første er, at Kommissionen ikke i beslutningens tekst angiver de nærmere omstændigheder og betingelser for anvendelse af F-prisen. Som sagen foreligger, kan dette næppe gøre Kommissionens begrundelse utilstrækkelig. Disse enkeltheder, herunder konstateringen af, at F-prisen i det væsentlige havde karakter af en speciel pris for en sektor, fremgik både af Domstolens dom i CdF Chimie-sagen og af Kommissionens meddelelse, hvorved den igen indledte undersøgelsen af, om der er tale om forbudt statsstøtte og opfordrede interesserede parter til at fremsætte bemærkninger. Kommissionen har i beslutningen henvist både til Domstolens dom og til meddelelsen. Derfor kan det ikke hævdes, at Domstolen eller de berørte parter er blevet forholdt nogen væsentlig oplysning om prisen, og følgelig er der ingen mangel ved Kommissionens begrundelse i den henseende.

109. Belgiens andet argument svarer til det første: at der er mangler ved begrundelsen for beslutningen, fordi det ikke påpeges, at F-prisrabatten på E-prisen efter 1984 blev en variabel rabat. Dette kan betragtes som en videreudvikling af det første argument og ikke som et nyt (og uantageligt) anbringende, sådan som Kommissionen har hævdet [83]. Imidlertid må det forkastes af samme grund som det første: F-prisen beskrives som variabel både i generaladvokat Mischo's forslag til afgørelse i CdF Chimie-sagen [84] og i meddelelsen om, at Kommissionen igen indleder undersøgelsen i medfør af traktatens artikel 93, stk. 2.

110. Den belgiske regering har for det tredje anført, at Kommissionen undlod at forklare, hvordan en pris, som kunne opnås, såfremt visse objektive betingelser var opfyldt, kan begrundes ved hjælp af en henvisning til konkurrencen mellem gas og ammoniak. Dette er rent faktisk det samme argument, som det, der er blevet behandlet i det foregående under afsnittet om fejlagtig fortolkning af traktatens artikel 92 under overskriften »F-prisens karakter af en speciel pris«. Det må også forkastes i denne forbindelse. Kommissionen var ikke forpligtet til at forklare dette særlige aspekt af F-prisen, fordi det ikke påvirkede den endelige afgørelse.

83 — Jf. diskussionen ovenfor om artikel 42, stk. 2, i Domstolens procesreglement.

84 — Anført ovenfor i note 5, punkt 51 i forslaget til afgørelse.

111. Belgien har endelig hævdet, at Kommissionen i sin begrundelse undlod at tage hensyn til omkostningerne i forbindelse med omstilling i det tilfælde, at kvælstofgødningsproducenter gik over til at importere ammoniak i stedet for selv at producere denne. Dette er også en gentagelse af et argument, der allerede er blevet fremsat til støtte for anbringendet om en retlig fejl [85], og det må igen forkastes.

Forslag til afgørelse

112. Kongeriget Belgiens anbringender om, at den beslutning, der er blevet anfægtet i denne sag, er ugyldig på grund af en åbenbar fejl ved vurderingen af de faktiske omstændigheder, på grund af fejlagtig fortolkning af artikel 92 i EF-traktaten og mangelfuld begrundelse, bør alle forkastes. Jeg foreslår derfor, at Kommissionens beslutning af 29. december 1992 om at indstille den procedure, den havde indledt i henhold til traktatens artikel 93, stk. 2, angående en nederlandsk favørpris for leverancer af naturgas til nederlandske fabrikanter af kvælstofgødning, ikke annulleres.

113. Denne sags omkostninger bør betales af Kongeriget Belgien.

114. Kongeriget Nederlandene bør bære sine egne omkostninger.

85 — Jf. punkt 99 og 100 ovenfor.

Bilag 1

År (pr. kvartal)	F-prisen (cents/m³)	F-prisrabat (cents/m³)	Forhold ammoniakpris/ton: F-pris	Ammoniakpris (HFL/ton)
1984 1.	36.443	5.000	17.64	643
2.	37.823	5.000	15.94	603
3.	38.923	5.000	16.36	637
4.	39.522	5.000	16.57	655
1985 1.	41.140	5.000	17.81	733
2.	44.047	5.000	14.64	645
3.	42.350	5.000	12.8	542
4.	34.563	5.000	12.9	445
1986 1.	30.717	5.000	11.3	347
2.	24.859	5.000	11.5	288
3.	18.152	2.500	14	254
4.	12.692	2.500	18.9	240
1987 1.	13.848	2.500	20	278
2.	17.349	2.500	19	330
3.	18.516	2.500	14.9	275
4.	18.305	2.500	13.3	244
1988 1.	18.389	2.000	13	239
2.	15.974	2.000	15.25	244
3.	14.770	2.000	17.8	263
4.	14.637	2.000	17.9	262
1989 1.	14.522	2.000	22.9	332
2.	15.016	2.500	20.1	302
3.	17.5	2.500	12.2	214
4.	17.861	2.500	13	233
1990 1.	17.278	3.500	13.7	238
2.	17.765	3.500	12.7	227
3.	15.578	2.850	15.5	241
4.	16.314	2.000	16.7	273
1991 1.	18.502	3.270	13.9	257