CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL N. FENNELLY van 28 september 1995 *

Inhoudsoverzicht

Inleiding ..... I - 727

De feiten ..... I - 727

De door de Belgische regering aangevoerde middelen ..... I - 732

I — Kennelijk onjuiste beoordeling van de feiten ..... I - 733

i) De grensprijs ..... I - 738

ii) Het niet-openbare karakter en het karakter van richtprijs van het F-tarief ..... I - 745

iii) De winstmarge van Gasunie ..... I - 747

iv) De kosten van Gasunie ..... I - 748

v) De exportmarkten van Gasunie ..... I - 749

vi) De Belgische ammoniakinvoer ..... I - 749

vii) Vergelijkbaarheid van de markten ..... I - 750

viii) Alternatieve exportmogelijkheden ..... I - 751

ix) De commerciële rechtvaardiging van het F-tarief ..... I - 753

II — Rechtsdwaling bij de uitlegging van artikel 92 van het Verdrag ..... I - 758

i) De lagere gasprijs in andere landen ..... I - 758

ii) De verschillende stadia van het produktieproces ..... I - 759

iii) De substitutiekosten ..... I - 760

iv) Afzien van winst ..... I - 761

v) Het specifieke karakter van het F-tarief ..... I - 761

III — Nietigverklaring wegens gebrek aan motivering ..... I - 763

Conclusie ..... I - 765

* Oorspronkelijke taal: Engels.

Inleiding

1. Met het onderhavige beroep beoogt het Koninkrijk België de nietigverklaring van een bekendmaking van de Commissie van 29 december 1992, waarbij deze de procedure heeft beëindigd die zij overeenkomstig artikel 93, lid 2, EEG-Verdrag had ingeleid tegen een preferentiële tariefregeling die door Nederland werd toegepast voor aardgasleveranties aan Nederlandse producenten van stikstofhoudende kunstmest. [1]

De feiten

2. De betrekkingen tussen de Nederlandse aardgasleverancier, Gasunie, en de Nederlandse producenten van stikstofhoudende kunstmest trekken al meer dan tien jaar de aandacht van de betrokken belanghebbenden, de Lid-Staten, de Commissie en het Hof vanuit het oogpunt van staatssteun. Aardgas is de belangrijkste grondstof voor de produktie van ammoniak en vertegenwoordigt 90 % van de kostprijs van die stof. Op zijn beurt is ammoniak de belangrijkste grondstof voor de vervaardiging van stikstofhoudende kunstmest. Aardgas bepaalt immers voor 70 % de produktiekosten. [2] Tot in de jaren tachtig produceerden de communautaire producenten van stikstofhoudende kunstmest grotendeels zelf hun ammoniak. [3] Gasunie heeft de facto een monopolie inzake de levering van gas in Nederland en inzake de uitvoer van Nederlands gas. 50 % van het kapitaal van Gasunie is rechtstreeks (10 %) of indirect (40 %, via de overheidsonderneming Energie Beheer Nederland) in handen van de Nederlandse Staat, die de helft van de leden van de raad van commissarissen benoemt, het orgaan dat onder meer bevoegd is om Gasunie's tarieven vast te stellen. Bovendien worden de door Gasunie vastgestelde prijzen goedgekeurd door de Nederlandse regering. In het arrest Van der Kooy [4] concludeerde het Hof uit deze aandeelhouders- en controlestructuur, dat de tarieven van Gasunie (in die zaak ging het om een preferentieel tarief voor de levering van aardgas aan de Nederlandse tuinbouw) het werk van de Nederlandse Staat waren, zodat deze tarieven als „een steunmaatregel van een staat of met staatsmiddelen bekostigd" in de zin van artikel 92 van het Verdrag waren aan te merken.

3. Eerst leidde de Commissie in oktober 1983 de procedure van artikel 93, lid 2, van het Verdrag tegen het Koninkrijk der Nederlanden in, omdat Gasunie haars inziens via de toentertijd toegepaste steunregeling aan de Nederlandse ammoniakproducenten spe-

1 — PB 1992, C 344, blz. 4.

2 — Op basis van het gemeenschappelijk rapport van de Commissie en de Association européenne des producteurs d'engrais (EFMA), „L'industrie des engrais dans la CEE: situation et perspectives" (1991), hierna ook in punt 12 aangehaald, reduceerde de Commissie in haar memories de percentages van de uiteindelijke kostprijs van het betrokken produkt, zoals die in de bekendmaking waren vermeld, tot respectievelijk 75 % en 60 %.

3 — De bestreden bekendmaking verwijst meestal naar de situatie van de producenten van stikstofhoudende kunstmest, en occasioneel naar die van de ammoniakproducenten, ofschoon het in werkelijkheid om de produktiekosten van ammoniak gaat. Aangezien de twee produktiefasen de facto een geheel vormen, en Gasunie dat zo wil houden, worden in de onderhavige conclusie de termen „producent van stikstofhoudende kunstmest" en „ammoniakproducent" door elkaar gebruikt (met een lichte voorkeur voor laatstbedoelde term).

4 — Arrest van 2 februari 1988 (gevoegde zaken 67/85, 68/85 en 70/85, Jurispr. 1988, blz. 219, r. o. 36-38).

ciale kortingen had toegestaan door een tweeledige tariefstructuur toe te passen, hetgeen leidde tot een daling van de kostprijs van het aardgas dat zij als grondstof gebruikten. [5] De ammoniakproducenten betaalden de normale industriële prijs voor aardgas dat bestemd was voor de produktie die op de Europese markt werd afgezet, en een veel lagere prijs voor de produktie voor uitvoer naar derde landen. In de loop van deze procedure bracht de Commissie op 13 maart 1984 een met redenen omkleed advies uit, waarin zij vaststelde dat die tariefstructuur staatssteun in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag opleverde, waarop geen van de in lid 3 van dat artikel bedoelde afwijkingen van toepassing was.

4. Op 14 april 1984 deelde de Nederlandse regering de Commissie mee, dat Gasunie de gewraakte tariefregeling had ingetrokken en, met terugwerkende kracht tot 1 november 1983, aan haar industriële tariefstructuur een nieuw tarief, het zogeheten F-tarief, had toegevoegd, waarover het in het onderhavige beroep gaat. Het F-tarief was vastgesteld ten behoeve van de in Nederland gevestigde industriële grootverbruikers — behalve die in de energiesector — (en, zoals wij zullen zien, voornamelijk ten behoeve van de ammoniaksector) die aan de volgende voorwaarden voldeden:

a) een jaarlijks verbruik van ten minste 600 miljoen m^3;

b) een belastingfactor („load factor") van 90 % of meer (dat wil zeggen dat zij gedurende ten minste 90 % van de tijd werkzaam moesten zijn, teneinde een regelmatig verbruik te garanderen);

c) aanvaarding van gehele of gedeeltelijke onderbreking van de leveringen naar goeddunken van Gasunie (zo mogelijk met een opzegtermijn van 12 uren), en

d) aanvaarding van levering van gas met uiteenlopende calorische waarde.

Het nieuwe F-tarief kwam overeen met het zogeheten E-tarief voor afnemers met een jaarlijks verbruik van 50 tot 600 miljoen m^3, met een korting van 5 Nederlandse cent/m^3. Later is gebleken, dat het minimale jaarlijkse verbruik dat van de beneficianten van het F-tarief werd verlangd, 500 miljoen m^3 bedroeg, en dat de korting van 5 cent een maximum was; bij wijlen daalde de werkelijke korting tot 2 cent/m^3. [6]

5. De Commissie zette haar onderzoek voort in het licht van het nieuwe tarief, en kwam tot de slotsom dat dit tarief Gasunie besparingen op de leveringskosten bezorgde

5 — Conclusie van advocaat-generaal Mischo in zaak C-169/84, CdF Chimie AZF, punt 2 (arrest van 12 juli 1990, Jurispr. 1990, blz. I-3083).

6 — In punt 51 van zijn conclusie in de zaak CdF Chimie AZF, reeds aangehaald in voetnoot 5, vermeldt advocaat-generaal Mischo dat de korting per 1 januari 1988 tot 0,5 cent/m^3 was gedaald, doch dit wordt tegengesproken door de prijsgegevens die de Commissie in de onderhavige zaak heeft overgelegd, volgens welke tijdens dat jaar een korting van 2 cent/m^3 werd toegekend.

die groter waren dan de waarde van de korting van 5 cent, dit hoofdzakelijk als gevolg van het gecombineerde effect van de grote hoeveelheden en de regelmatige afname. Zij concludeerde voorts, dat het F-tarief deel uitmaakte van de algemene tariefstructuur die gold voor gasverbruikers in Nederland, niet sectorieel discriminerend was en geen enkel element van staatssteun bevatte. Op 17 april 1984 besloot zij dan ook de krachtens artikel 93, lid 2, van het Verdrag tegen het Koninkrijk der Nederlanden ingeleide procedure te beëindigen.

6. Tegen deze beschikking is een beroep tot nietigverklaring ingesteld door een aantal Franse concurrenten van de Nederlandse producenten van stikstofhoudende kunstmest, in de zaak CdF Chimie AZF.[7] Het Hof gaf drie deskundigen uit de gasindustrie opdracht een rapport op te stellen (hierna: het „deskundigenrapport"), waarop het de feitelijke vaststellingen in zijn arrest baseerde. In dit deskundigenrapport werden de besparingen geanalyseerd die het F-tarief voor Gasunie opleverde en die volgens de Commissie zowel uit de individuele besparingen op de leveringskosten als uit de besparingen in hun geheel genomen voortvloeiden; in elk geval kwamen de deskundigen tot de bevinding, dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout had gemaakt:

— zij had de besparingen die voortvloeiden uit de hoeveelheden verbruikt gas en de belastingfactor vijf maal te hoog geraamd;

— zij had geoordeeld, dat besparingen konden voortvloeien uit de mogelijkheid om de gasleveringen met een korte opzegtermijn te onderbreken en uit de mogelijkheid om gas met uiteenlopende calorische waarde te leveren, terwijl geen van die factoren Gasunie een economisch voordeel opleverde;

— ten slotte bleek met betrekking tot de elementen waar de Commissie een besparing van meer dan 5 cent/m³ zag, hooguit een besparing van 0,5 cent/m³.

De deskundigen concludeerden, dat de kortingen van het F-tarief door andere overwegingen moesten zijn ingegeven. Het Hof oordeelde, dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout had gemaakt, en in zijn arrest van 12 juli 1990 verklaarde het de beschikking van de Commissie nietig.

7. De destijds door de Commissie als rechtvaardiging voor het F-tarief aangevoerde besparingen op de leveringskosten worden door de Commissie niet langer als argument aangevoerd. De Commissie heeft ze in de thans bestreden bekendmaking door totaal verschillende argumenten vervangen. Dat

7 — Reeds aangehaald in voetnoot 5. Aan dit arrest ten grondge ging een arrest betreffende de ontvankelijkheid van het beroep vooraf, waarin het Hof oordeelde dat de betrokken privé-ondernemingen rechtstreeks en individueel door de beschikking werden geraakt (arrest van 28 januari 1986, zaak 169/84, Cofaz, Jurispr. 1986, blz. 391).

alles neemt echter niet weg, dat het Hof het F-tarief in het arrest CdF Chimie AZF reeds heeft onderzocht. Het is nuttig twee bijzondere aspecten van dat arrest in herinnering te brengen. In de eerste plaats wees het Hof het argument van de Franse verzoeksters van de hand, dat het F-tarief een speciaal en geheim tarief was, waarover confidentieel en uitsluitend met de Nederlandse producenten van stikstofhoudende kunstmest was onderhandeld. Volgens het Hof ging het om „een openbaar tarief, en [waren] de toepassingsvoorwaarden algemeen bekend en volstrekt doorzichtig", en kwamen „voor het F-tarief alle afnemers in aanmerking die aan de toepassingsvoorwaarden [voldeden]". [8] In de tweede plaats aanvaardde het Hof het argument dat het F-tarief voornamelijk voor de ammoniaksector was bedoeld en oordeelde het, dat daaraan niet afdeed het feit dat het ten aanzien van een enkele onderneming buiten die sector werd toegepast. [9]

8. In januari 1992 heropende de Commissie de procedure van artikel 93, lid 2, van het Verdrag, door een mededeling te publiceren waarin zij wees op de schijnbaar neutrale objectieve voorwaarden voor toepassing van het F-tarief alsmede op het feit dat voornamelijk de Nederlandse producenten van stikstofhoudende kunstmest voor het tarief in aanmerking kwamen. Voorts merkte zij op, dat de korting variabel was en dat 5 cent/m^3 slechts een maximum was. [10]

9. Op 29 december 1992 publiceerde de Commissie een bekendmaking (hierna: „de bekendmaking"), waarbij zij de procedure andermaal beëindigde. [11] Zij baseerde zich op het deskundigenrapport, volgens welk het F-tarief, nu de gestelde besparingen niet waren gerealiseerd, door andere commerciële redenen kon zijn ingegeven, zoals de noodzaak ervoor te zorgen dat belangrijke aardgasklanten geen buitensporige prijzen werden aangerekend, teneinde te voorkomen dat zij anders hun activiteiten zouden stopzetten of hun ammoniak elders betrekken. [12] De Commissie stelde vast:

„Wat het F-tarief voor de Gasunie betreft, moest de concurrentie van ammoniak die in andere landen, met name in derde landen, wordt geproduceerd, op de markt van de stikstofhoudende kunstmest worden tegengegaan. Een producent van stikstofhoudende kunstmest (...) kan zelf de ammoniak produceren die hij nodig heeft voor de produktie van stikstofhoudende kunstmest of (...) deze ammoniak bij andere producenten aankopen en gebruiken voor de produktie van stikstofhoudende kunstmest (...) Is de prijs van het aardgas dat hij gebruikt voor de produktie van de ammoniak die hij nodig heeft, veel te hoog, dan zal de producent ervoor kiezen, deze ammoniak, indien hij dit kan, elders aan te kopen tegen een lagere kostprijs dan wanneer hij de ammoniak zelf zou produceren (...) Dit was de situatie in de ammoniakindustrie in de Gemeenschap in de jaren tachtig en, indien de Gasunie aan de Nederlandse producenten van stikstofhoudende kunstmest geen bijzondere tarieven had toe-

8 — Arrest CdF Chimie AZF, reeds aangehaald in voetnoot 5, r. o. 15.

9 — Arrest CdF Chimie AZF, reeds aangehaald in voetnoot 5, r. o. 22.

10 — PB 1992, C 10, blz. 3.

11 — Reeds aangehaald in voetnoot 1.

12 — Zie het deskundigenrapport, blz. 56 en 59 van de Engelse versie.

gekend, was het heel goed denkbaar geweest dat deze uiteindelijk de ammoniakfabrieken zouden hebben gesloten, in derde landen ammoniak zouden zijn gaan aankopen en ondanks alles de produktie van stikstofhoudende kunstmest hadden voortgezet." [13]

10. De kern van de bekendmaking was, dat Gasunie een zeer belangrijke en kwetsbare cliëntèle moest zien te behouden,

— die bij haar 30 % van het voor de industrie bestemde aardgas kocht, op een ogenblik waarop zij andere markten verloor [14];

— die zonder moeite kon omschakelen op zeer goedkope ingevoerde ammoniak (er zijn aanwijzingen dat dit gebeurd is) [15];

— die op haar beurt haar marktaandeel op de gemeenschappelijke markt van de stikstofhoudende kunstmest zag afnemen ten voordele van de exporteurs van Oost-Europa [16];

en dit door toepassing van een prijs

— die overeenkwam met de lagere tarieven of met het systeem van de gedifferentieerde prijzen van andere Lid-Staten [17];

— die de kosten dekte [18], zodat zij winst kon blijven maken en haar inkomsten verhogen (en dus haar investeringen sneller afschrijven);

— en die indirect perspectieven opende voor de ammoniakproducenten van de andere Lid-Staten die Nederlands aardgas invoerden. [19]

De Commissie kwam tot de bevinding i) dat het F-tarief commercieel gerechtvaardigd was, ii) dat het de Nederlandse producenten niet bevoordeelde ten opzichte van de producenten van de andere Lid-Staten, en iii) dat de Nederlandse Staat, daar hij geen inkom-

13 — Eenentwintigste alinea van de bekendmaking.

14 — Het aandeel van het Nederlandse gas in de bevoorrading van de Franse afnemers was van 31,2 % in 1981 gedaald tot 20,1 % in 1982.

15 — Bij voorbeeld in België, in 1983. De aanzienlijk lagere gasprijzen in de Verenigde Staten, Venezuela, Trinidad, Tobago en het Midden-Oosten begunstigden de aldaar gevestigde ammoniakproducenten.

16 — Tussen 1981 en 1987 heeft de toenmalige Sovjet-Unie haar export meer dan verdubbeld, verdrievoudigde de toenmalige Duitse Democratische Republiek haar export en steeg de uitvoer uit Bulgarije met ongeveer 50 %.

17 — Bij voorbeeld in Italië, het Verenigd Koninkrijk en Ierland.

18 — Zie de navolgende analyse van het „netback"-prijsvormingssysteem.

19 — Zie de navolgende analyse van de grensprijs.

sten heeft gederfd, niet anders had gehandeld dan een gewone aandeelhouder zou hebben gedaan. De conclusies i) en iii) zeggen — anders geformuleerd — hetzelfde. De vraag of de conclusies i) en ii) van de Commissie (die ik als de belangrijkste grondslag van de bekendmaking beschouw) interdependent zijn, is mijns inziens van enig belang, en ik zal daar later op ingaan.

11. In 1991 schafte Gasunie het F-tarief af en verving het door een nieuwe tariefregeling voor aardgas dat als grondstof en niet als energiebron werd gebruikt. De Commissie heeft de nieuwe tariefregeling goedgekeurd op voorwaarde dat de condities, en de latere wijzigingen daarvan, ook voor de exportmarkten golden. [20] Nadien stemde de Commissie in met een verlaging van dat tarief (zowel voor de Nederlandse markt als voor de exportmarkten), dit op grond van dezelfde redenen als die welke in conclusie i) van de in casu bestreden bekendmaking zijn vermeld, namelijk de noodzaak om in een periode van zware concurrentie van ammoniakproducenten buiten de Gemeenschap het potentiële verlies van een uiterst belangrijke markt te compenseren. [21]

12. Op 1 maart 1993 heeft het Koninkrijk België het onderhavige beroep ingesteld tegen de bekendmaking van de Commissie.

Bij beschikking van 30 juni 1993 heeft de president van het Hof het Koninkrijk der Nederlanden toegestaan te interveniëren aan de zijde van de Commissie. Bij beschikking van 6 december 1993 is het Hof ingegaan op verzoekers verzoek om de Commissie te gelasten een kopie over te leggen van het deskundigenrapport en van het in 1991 door de Commissie samen met de Association européenne des producteurs d'engrais (EFMA) opgestelde rapport met de titel „L'industrie des engrais dans la CEE: situation et perspectives".

De door de Belgische regering aangevoerde middelen

13. De Belgische regering vordert de nietigverklaring van de bekendmaking en wenst dat de Commissie in de kosten wordt verwezen; de Commissie verzet zich daartegen. Tot staving van haar beroep voert de Belgische regering drie middelen aan: de Commissie zou de feiten kennelijk onjuist hebben beoordeeld, zij zou artikel 92 van het Verdrag onjuist hebben uitgelegd, en haar bekendmaking zou ontoereikend gemotiveerd zijn. Elk van die middelen berust op een reeks verschillende argumenten, waarvan sommige in het kader van meer dan een middel zijn geformuleerd. Niettemin lijkt het wenselijk successievelijk alle middelen van de Belgische regering te onderzoeken en eventuele overlappingen tussen de drie middelen te behandelen waar deze zich voordoen.

14. Zich beroepend op artikel 42, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het

20 — Mededeling van de Commissie van 11 november 1992 betreffende het tarief van door de industrie als grondstof gebruikt gas (Nederland) (PB 1992, C 340, blz. 5).

21 — Beschikking van de Commissie van 7 december 1993 (*N 546/93 en N 595/93*) betreffende het tarief van door de industrie als grondstof gebruikt gas (PB 1994, C 35, blz. 6).

Hof stelt de Commissie, dat zij sommige argumenten niet behoeft te beantwoorden, omdat zij door de Belgische regering slechts in de laatste fase van de schriftelijke procedure (althans op coherente wijze) zijn aangevoerd. Op dit argument van de Commissie zal ik ingaan waar het in de behandeling van de middelen van de Belgische regering wordt opgeworpen. [22]

I — *Kennelijk onjuiste beoordeling van de feiten*

15. In het kader van dit middel voert de Belgische regering negen verschillende argumenten aan, die kunnen worden ingedeeld naargelang van hun relevantie ten opzichte van de ene of de ander van de twee voornaamste conclusies waarop de Commissie haar bekendmaking heeft gebaseerd, namelijk: i) dat het F-tarief een normaal commercieel antwoord van Gasunie was op de door een belangrijke en kwetsbare cliëntèle van Gasunie, te weten de Nederlandse ammoniakproducenten, ondervonden moeilijkheden; en ii) dat het F-tarief de Nederlandse ammoniakproducenten niet bevoordeelde ten opzichte van die uit de andere Lid-Staten. Afgezien van de eerste twee hebben al deze argumenten betrekking op conclusie i).

16. Het is van belang na te gaan of de bestreden bekendmaking, mochten de door de Belgische regering aangevoerde argumenten slechts gedeeltelijk worden aanvaard, op basis van slechts een van de twee door de Commissie getrokken conclusies overeind kan blijven. Op het eerste gezicht betreffen die conclusies andere elementen dan de criteria die in artikel 92, lid 1, van het Verdrag met het oog op de identificatie van met de gemeenschappelijke markt onverenigbare staatssteun zijn neergelegd (ofschoon van geen van beide wordt gezegd dat zij slechts met een van deze afzonderlijke vereisten verband houdt).

17. Artikel 92, lid 1, definieert verboden staatssteun (afgezien van enkele uitzonderingen) aan de hand van een reeks cumulatieve criteria. De maatregel moet:

a) steun opleveren ongeacht in welke vorm, dat wil zeggen een voordeel verlenen zonder of tegen een commercieel ontoereikende tegenprestatie;

b) door een Lid-Staat worden verleend, of met staatsmiddelen worden bekostigd;

22 — Zie het onderzoek van de Nederlandse milieuheffing en van het feit dat de Commissie heeft nagelaten te vermelden dat de korting van het F-tarief variabel was. Om die redenen heeft de Commissie zich eveneens verzet tegen bepaalde Belgische argumenten die betrekking hebben op de verschillende fasen in het produktieproces, doch deze argumenten zijn hoe dan ook irrelevant geacht.

c) de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde produkties, en

d) het handelsverkeer tussen de Lid-Staten ongunstig beïnvloeden.

18. Conclusie i) van de bestreden bekendmaking (de rechtvaardiging om „commerciële redenen") betreft het probleem of het F-tarief überhaupt als staatssteun kan worden aangemerkt. Volgens vaste rechtspraak van het Hof kan de toekenning van preferentiële tarieven aan bepaalde ondernemingen of sectoren door ondernemingen die door de overheid worden gecontroleerd, staatssteun opleveren, doch enkel wanneer laatstbedoelde ondernemingen daarbij afzien van winst die zij normalerwijze hadden kunnen maken. [23] Geconfronteerd met een dergelijke situatie vraagt het Hof zich af, of een gewone marktdeelnemer op dezelfde wijze zou hebben gehandeld. [24] Dat dit in casu het geval was, heeft de Commissie pogen aan te tonen aan de hand van een aantal overwegingen — de moeilijkheden die de ammoniakindustrie ondervond, het belang van die industrie voor Gasunie, de winsten die Gasunie bleef maken en de afschrijving van haar investeringen, het ontbreken van alternatieve markten voor aardgas, enz. — die haar uiteindelijk tot conclusie i) hebben gebracht.

19. Conclusie ii) (de rechtvaardiging uit hoofde van de „grensprijs") moet in de eerste plaats in verband worden gebracht met het aparte vereiste van artikel 92, lid 1, van het Verdrag, dat de steun aan bepaalde ondernemingen of bepaalde produkties, wil hij onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt zijn, „de mededinging (...) [moet] vervalsen of dreigen te vervalsen" en dus „het handelsverkeer tussen de Lid-Staten ongunstig [moet beïnvloeden]". De Commissie heeft geconstateerd, dat „de Nederlandse producenten van stikstofhoudende kunstmest via de toepassing van het F-tarief voor hun aankoop van gas geen enkel voordeel ten opzichte van hun concurrenten in andere Lid-Staten [verkregen]", omdat Gasunie aan de Franse, Belgische en Duitse distributiebedrijven gas voor de sector van de stikstofhoudende kunstmest leverde tegen een „zogeheten ‚grensprijs' (...) die in de orde van grootte van het F-tarief lag". [25] Voor zover Gasunie op de Belgische en overige ammoniakproducenten voor hun gasaankopen een soortgelijk tarief toepaste (in zoverre een gasexporteur de prijsbepaling in andere Lid-Staten kan beïnvloeden [26]), werd de mededinging niet vervalst en werd evenmin het handelsverkeer tussen de Lid-Staten ongunstig beïnvloed. Een dergelijk tarief zou dus niet onder het verbod van artikel 92, lid 1, van het Verdrag vallen, ook al was de korting een steun, dat wil zeggen, ook al werd zij om andere dan normale commerciële redenen verleend.

20. Het is goed denkbaar, dat een preferentieel tarief slechts aan de ammoniakproducenten van een bepaalde Lid-Staat wordt toe-

23 — Zie de conclusie van advocaat-generaal VerLoren van Themaat in de gevoegde zaken 213/81-215/81 (Norddeutches Vieh- und Fleischkontor, arrest van 13 oktober 1982, Jurispr. 1982, blz. 3583, 3617), en het arrest Van der Kooy, (reeds aangehaald in voetnoot 4), r. o. 28-30.

24 — Zie bij voorbeeld het arrest Van der Kooy (reeds aangehaald in voetnoot 4), alsmede de arresten van 14 november 1984 (zaak 323/82, Intermills, Jurispr. 1984, blz. 3809) en 13 maart 1985 (gevoegde zaken 296/82 en 318/82, Leeuwarder Papierwarenfabriek, Jurispr. 1985, blz. 809).

25 — Achtste alinea van de bekendmaking, respectievelijk zevende en vijfde streepje.

26 — In België hebben de beslissingen over de gasprijs steeds afgehangen van het distributiebedrijf Distrigas en van een controle-instantie, het Comité de contrôle.

gekend, en niet aan die van een andere, zulks wegens de relatieve omvang en zwakheid van de ammoniakindustrie in de twee landen. Dit zou een normale prijsdifferentiatie zijn, en een dergelijke prijzenregeling zou geen steun opleveren, ook al tastte zij (en dat kan niet anders) de relatieve concurrentiepositie van de betrokken ondernemingen aan, zolang zij om commerciële redenen gerechtvaardigd is. In dat geval zou er dus sprake zijn van de commerciële redenen waarop de Commissie zich beroept. Anderzijds zou een ongerechtvaardigd preferentieel tarief (dus steun), ook al is dat weinig waarschijnlijk, tegen gelijke condities tot alle ammoniakproducenten van de Gemeenschap kunnen worden uitgebreid, wat geen schending van artikel 92, lid 1, van het Verdrag zou opleveren, omdat in dat geval het handelsverkeer noch de mededinging in de Gemeenschap wordt bedreigd.

21. In theorie kunnen de twee gronden die de Commissie aanvoert dus los van elkaar de bekendmaking schragen. In verband met de ontheffing op grond van artikel 85, lid 3, van het Verdrag heeft het Hof geoordeeld, dat wanneer de voorwaarden waaraan een beschikking van de Commissie is onderworpen, concurrerend of alternatief zijn, de beschikking geldig is zodra bewezen is dat aan een van die voorwaarden voldaan is. [27] Omgekeerd volgt daaruit logischerwijs, dat wanneer de voorwaarden waaraan een beschikking is onderworpen, opeenvolgend of cumulatief zijn, zoals het geval wanneer het erom gaat vast te stellen of er sprake is van krachtens artikel 92, lid 1, van het Verdrag verboden staatssteun, een beschikking die het bestaan van staatssteun ontkent, geldig moet worden geacht zodra aan één van die voorwaarden *niet* voldaan is.

22. Wat de bewijsvoering betreft, kan er evenwel een band bestaan tussen de twee in theorie los van elkaar staande conclusies van de Commissie, namelijk de rechtvaardiging om commerciële redenen en die uit hoofde van de grensprijs. Deze mogelijke band wordt geïllustreerd door de hierboven in punt 20 beschreven onwaarschijnlijke hypothese dat een Lid-Staat een niet om commerciële redenen gerechtvaardigd preferentieel tarief — dus steun — zou kunnen uitbreiden tot alle ondernemingen in de Gemeenschap. Daar het niet voor de hand ligt dat Lid-Staten in de gehele Gemeenschap steun aan ondernemingen verlenen, zou men uit de vaststelling dat Gasunie tegen met het F-tarief overeenkomende prijzen gas leverde aan buiten Nederland gevestigde ammoniakproducenten kunnen afleiden, dat het betrokken tarief een normale reactie was op de behoeften van de markt en op de commerciële druk, veeleer dan een door politieke overwegingen ingegeven steun. Een en ander vormt geen noodzakelijk of (onontwijkbaar) voldoende bewijs voor de rechtvaardiging om commerciële redenen, doch, op een gebied waar het zeer moeilijk is de commerciële druk te kwantificeren, wel een begin daarvan.

23. Ter terechtzitting heeft de Commissie dat standpunt verdedigd, zij het wellicht met enige overdrijving. De gemachtigde van de Commissie verklaarde dat de rechtvaardiging om commerciële redenen en die uit hoofde van de grensprijs zowel nauw met elkaar verbonden als corollair waren; om die redenen kon het F-tarief onmogelijk onder artikel 92,

27 — Arrest Hof van 17 januari 1984 (gevoegde zaken 43/82 en 63/82, VBVB en VBBB, Jurispr. 1984, blz. 19, r. o. 61); arresten Gerecht van 23 februari 1994 (gevoegde zaken T-39/92 en T-40/92, CB en Europay, Jurispr. 1994, blz. II-49, r. o. 110) en 15 juli 1994 (zaak T-17/93, Matra Hachette, Jurispr. 1994, blz. II-595, r. o. 104).

lid 1, van het Verdrag vallen in geval van aanvaarding van *beide* conclusies. Dienaangaande door het Hof ondervraagd, antwoordde de Commissie dat beide met elkaar verband hielden, omdat zo Gasunie het zich al niet kon veroorloven de Nederlandse markt van stikstofhoudende kunstmest te verliezen, ook het verlies van de Belgische markt hard zou aankomen.

24. Mijns inziens is dat niet helemaal juist. Wanneer een equivalent preferentieel tarief tot andere Lid-Staten wordt uitgebreid, dan wijst dat erop, dat het waarschijnlijk een commerciële prijs behelst. Omgekeerd echter betekent de niet-toepassing van een grensprijs, dank zij welk het Belgische distributiebedrijf een tarief van dezelfde orde van grootte als het F-tarief in België kan toepassen, niet automatisch dat het Nederlandse tarief geen normale reactie op de marktcondities was, daar deze in de twee landen sterk verschillend kunnen zijn. De Commissie vergist zich dus, waar zij stelt dat beide automatisch met elkaar verbonden zijn. Wat het bewijs betreft, kan de eerste conclusie een logisch gevolg van de tweede zijn, doch het omgekeerde is zeker niet waar. Dat het tarief in Nederland een commercieel karakter had, wordt (waarschijnlijk) hierdoor aangetoond, dat het is uitgebreid tot andere Lid-Staten, maar de vaststelling dat het om een commercieel tarief gaat heeft niet onvermijdelijk tot gevolg of hangt niet ipso facto af van de equivalentie van de grensprijs van gas dat voor ammoniakproducenten van andere Lid-Staten bestemd is.

25. In antwoord op een andere vraag van het Hof gaf de gemachtigde van de Commissie toe, dat de kenmerken van de produktie van het ene tot het andere land kunnen verschillen. Hij vervolgde evenwel, dat had de Commissie vastgesteld dat het gas niet tegen een equivalente prijs aan de ammoniakproducenten van andere Lid-Staten werd geleverd, zij had moeten onderzoeken waarom dat zo was. Voorts wees hij erop, dat in de beschikking betreffende het grondstoftarief, dat in de plaats van het F-tarief is gekomen, uitdrukkelijk is bepaald, dat de goedkeuring van de Commissie afhankelijk is van de gelijkwaardigheid van de Nederlandse prijzen en de exportprijzen (kennelijk ongeacht eventuele objectieve verschillen die tussen de verschillende markten kunnen bestaan). [28]

26. De Commissie heeft dus duidelijk gesteld, dat haar conclusie dat het F-tarief om commerciële redenen gerechtvaardigd was (ook al kon die *in theorie* autonoom worden staande gehouden) *in werkelijkheid* afhing van haar conclusie over de grensprijs. Uiteindelijk blijkt de conclusie over de grensprijs zowel met de mogelijke vervalsing van de mededinging en de bedreiging van het handelsverkeer als met de eerdere kwestie van het bestaan van steun verband te houden. Mocht komen vast te staan, dat de Commissie zich heeft vergist met betrekking tot de grondprijs, dan zou dat fatale gevolgen hebben voor de twee conclusies waarop de bekendmaking is gebaseerd, en dus voor de bekendmaking zelf. Omgekeerd zou, indien de rechtvaardiging op grond van de grensprijs zou worden aanvaard, de bekendmaking overeind kunnen blijven, ook al zou het Hof de rechtvaardiging om commerciële redenen op andere, uitsluitend aan de marktcondities in Nederland gerelateerde gronden afwijzen. Ik heb echter reeds gewezen op de onwaarschijnlijkheid daarvan: een en ander

28 — Mededeling van de Commissie van 11 november 1992, reeds aangehaald in voetnoot 20; zie ook de beschikking van de Commissie van 7 december 1993, reeds aangehaald in voetnoot 21.

zou immers veronderstellen, dat een Lid-Staat staatssteun verleent aan producenten in andere Lid-Staten.

27. Ook wil ik enkele voorafgaande opmerkingen maken over de bewijslast en de rol van het Hof in een beroep tot nietigverklaring als het onderhavige. Het Hof is niet bevoegd om vast te stellen of een bepaalde praktijk van een Lid-Staat of een door een Lid-Staat gecontroleerde instantie of onderneming een steunmaatregel in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag is. Krachtens artikel 93, lid 2, van het Verdrag zijn alleen de Commissie en (in bepaalde gevallen) de Raad daartoe bevoegd. [29] Wanneer het Hof een op grond van artikel 93, lid 2, vastgestelde beschikking nietigverklaart, is het goed mogelijk dat de Commissie (of de Raad) bij de herziening van haar (zijn) standpunt nog slechts over weinig daadwerkelijke alternatieven beschikt, maar dat is een ander probleem. Verzoeker dient dus niet aan te tonen dat het F-tarief staatssteun opleverde.

28. De toepassing van de in de artikelen 92 en 93 van het Verdrag neergelegde regeling inzake staatssteun brengt de beoordeling mee van ingewikkelde economische situaties, wat tot uiteenlopende meningen kan leiden. De Commissie beschikt dus over een ruime beoordelingsbevoegdheid en volgens vaste rechtspraak kan het Hof zijn eigen beoordeling niet in de plaats van die van de Commissie doen treden. Bij de toetsing van de wijze waarop de Commissie haar beslissingsbevoegdheid heeft uitgeoefend, dient het Hof zich te beperken tot de vraag, of de procedurevoorschriften in acht zijn genomen, of er geen sprake van dwaling in feite of in rechte, dan wel van misbruik van bevoegdheid is, en of de Commissie de grenzen van haar ruime beoordelingsbevoegdheid niet heeft overschreden. [30]

29. Om aan te tonen dat de Commissie een kennelijk onjuiste beoordeling van de feiten heeft gemaakt die de nietigverklaring van de bestreden bekendmaking rechtvaardigt, dient de Belgische regering het Hof ervan te overtuigen dat de bekendmaking was gebaseerd op objectief en kennelijk onjuiste feitelijke vaststellingen, dan wel dat uit vaststaande feiten feitelijke conclusies zijn getrokken die objectief en kennelijk onjuist zijn. [31] Aangezien het Hof weigert zijn eigen beoordeling over feiten die inderdaad tot uiteenlopende meningen aanleiding kunnen geven, in de plaats van die van de Commissie te stellen, is de op verzoeker rustende bewijslast zwaar. Voor het Hof moet met een redelijke mate van zekerheid [32] worden aangetoond, dat de

29 — Zie bij voorbeeld arrest van 17 september 1980 (zaak 730/79, Philip Morris, Jurispr. 1980, blz. 2671, r. o. 24), het arrest Intermills (reeds aangehaald in voetnoot 24) en de conclusie van advocaat-generaal Mischo in de zaak CdF Chimie AZF (reeds aangehaald in voetnoot 5), punt 11.

30 — Zie bij voorbeeld arresten van 11 februari 1971 (zaak 37/70, Rewe-Zentrale, Jurispr. 1971, blz. 23); 14 maart 1973 (zaak 57/72, Westzucker, Jurispr. 1973, blz. 321, r. o. 14); 20 oktober 1977 (zaak 29/77, Roquette Frères, Jurispr. 1977, blz. 1835, r. o. 19 en 20); 25 januari 1979 (zaak 98/78, Racke, Jurispr. 1979, blz. 69, r. o. 5); 29 oktober 1980 (zaak 138/79, Roquette Frères, Jurispr. 1980, blz. 3333, r. o. 25), en 7 mei 1987 (zaak 255/84, Nachi Fujikoshi, Jurispr. 1987, blz. 1861, r. o. 21).

31 — Betwistingen over dergelijke afgeleide feitelijke vergissingen kunnen vaak weer opduiken in de vorm van betwistingen over rechtsdwalingen, wat in de onderhavige zaak een aantal keren is gebeurd.

32 — Dit is de door advocaat-generaal Gand in zaak 8/65 (Acciaierie e Ferriere Pugliesi, arrest van 8 februari 1966, Jurispr. 1966, blz. 1, blz. 14) aanbevolen bewijsstandaard, die op zijn beurt als een van de beste in 's Hofs rechtspraak gebruikte formuleringen wordt aanbevolen door Lasok K. P. E.: *The European Court of Justice: Practice and Procedures*, tweede editie, Londen, Butterworths 1994, blz. 431.

Commissie feitelijke vergissingen heeft begaan die haar uiteindelijke conclusies kunnen ondermijnen.

30. Dat betekent niet, dat de Commissie in een dergelijk geval gewoon dient af te wachten, of de verzoeker voldoende bewijzen kan aanvoeren om het vermoeden ten voordele van zijn beoordeling van de feiten te doen omslaan. Voor het Hof moeten de beste bewijzen worden aangevoerd die partijen tot staving van hun uiteenlopende stellingen kunnen vinden. [33] Zo stelde het Hof de Belgische regering in de onderhavige zaak bij voorbeeld een schriftelijke vraag over de wijze waarop over de grensprijs was onderhandeld, dit naar aanleiding van een door de Commissie als bewijs overgelegde tabel.

i) De grensprijs

31. De Belgische regering voert een aantal met elkaar verband houdende argumenten aan die betrekking hebben op de grensprijs. Zij beoogt de stelling van de Commissie te ontkrachten volgens welke het F-tarief de Nederlandse ammoniakproducenten geen voordeel opleverde ten opzichte van ammoniakproducenten in andere Lid-Staten. [34]

32. In de achtste alinea, vijfde streepje, van de bekendmaking stelt de Commissie:

„Voor de Franse, Belgische en Duitse distributiebedrijven, waaraan de Gasunie bepaalde hoeveelheden gas leverde, werd voor de hoeveelheden die voor de sector van de stikstofhoudende kunstmest waren bestemd, een zogeheten grensprijs toegepast die in de orde van grootte van het F-tarief lag."

De Belgische regering stelt, dat de grensprijs voor de uitvoer van Nederlands aardgas naar België gedurende lange tijd hoger was dan het F-tarief. Dat blijkt waar te zijn, doch dit is in casu niet doorslaggevend. De ongelukkige bewoordingen die de Commissie in de zojuist geciteerde zin heeft gekozen, hebben aanleiding gegeven tot een misverstand, doch dit kan de geldigheid van de bekendmaking niet aantasten.

33. In de memories wordt in het algemeen met de grensprijs een globale prijs voor alle uitvoer van Nederlands aardgas naar België bedoeld, waarover na elke periode van drie jaar opnieuw wordt onderhandeld: alle gas dat via de pijplijnen van Gasunie naar het Belgische distributiebedrijf Distrigas werd gevoerd, werd tegen een eenvormige prijs verkocht, ongeacht de bestemming ervan in België. Algemeen is aanvaard, dat deze prijs het resultaat van complexe onderhandelingen was. De grensprijs was een op basis van de hoeveelheden gewogen gemiddelde, bepaald door de verwachte uiteindelijke prijs waartegen het gas aan diverse sectoren in België

33 — Zie nogmaals de opmerkingen van advocaat-generaal Gand in de zaak Acciaierie e Ferriere Pugliesi, reeds aangehaald in voetnoot 32, blz. 14; zie ook de opmerkingen van advocaat-generaal Lagrange in de gevoegde zaken Usines de la Providence e. a. (arrest van 9 december 1965, gevoegde zaken 29/63, 31/63, 36/63, 39/63-47/63, 50/63 en 51/63, Jurispr. 1965, blz. 1197, 1236 en 1245), alsmede arrest van 16 juni 1971 (zaak 18/70, Duraffour, Jurispr. 1971, blz. 515, r. o. 31).

34 — Zevenentwintigste alinea van de bekendmaking.

werd verkocht (in het algemeen, de huishoudelijke, de commerciële en de industriële sector) en het gedeelte van de totale gaslevering die voor elk van die sectoren tijdens de periode van drie jaar was voorzien, met inbegrip van de transportkosten en andere algemene kosten alsmede de winst van Distrigas. Op zijn beurt werd de uiteindelijke verkoopprijs in elke sector in grote mate bepaald door de prijs van de concurrerende olieprodukten — in sommige gevallen gasolie, in andere zware stookolie —, vermeerderd met een premie in verband met de grotere voordelen van aardgas. Dit prijsbepalingsmechanisme is bekend onder de benaming „netback".

34. Aangezien een aantal verbruikers (meer in het bijzonder die van de huishoudelijke sector) een aanzienlijk hogere prijs voor het gas betaalden dan anderen, lag de globale of gemiddelde grensprijs ergens tussen de laagste en de hoogste prijs die op de verschillende deelmarkten werd aangerekend. Het is dus niet verwonderlijk dat hij soms hoger was dan de uiteindelijke verkoopprijs die werd aangerekend aan een sector die grote hoeveelheden afnam en die lagere prijzen genoot, zoals de industrie. Nader bekeken bedoelde de Commissie met haar verwijzing naar een „grensprijs (...) die in de orde van grootte van het F-tarief lag" duidelijk niet de globale grensprijs, maar dat element in de berekening van de uiteindelijke prijs dat was gebaseerd op de voorziene omvang van de gasverkoop aan de Belgische ammoniakindustrie en de desbetreffende prijzen. Of de voor de Belgische ammoniakindustrie geplande prijs, die een rol speelde bij de bepaling van de globale grensprijs, afgezien van de transportkosten en andere algemene kosten, in de orde van grootte van het F-tarief lag, is een andere, zij het cruciale vraag, waarop ik later zal ingaan.

35. De Belgische regering, de Commissie en de Nederlandse regering zijn het eens over de basiscriteria voor de bepaling van de grensprijs, ofschoon de gemachtigden van België en de Commissie ter terechtzitting hebben opgemerkt, dat het hierboven beschreven mechanisme een enigszins geïdealiseerd beeld geeft van het onderhandelingsproces. Bij die onderhandelingen trachtte Gasunie uiteraard onder verwijzing naar de „netback"-criteria een hogere prijs te rechtvaardigen, en Distrigas een lagere. De Belgische regering betoogt, dat de grensprijs één prijs was, en dat het naderhand onmogelijk was hem op te splitsen in zijn verschillende sectoriële componenten. Zij geeft daarvoor twee redenen, namelijk de berekeningswijze van de premie en het feit dat, overeenkomstig het beginsel „take or pay", voor niet-afgenomen hoeveelheden de grensprijs moest worden betaald, ongeacht de deelmarkt waarvoor die hoeveelheden oorspronkelijk bedoeld waren.

36. Terloops zij opgemerkt, dat de bewijsvoering van België met betrekking tot de berekening van de premie intrinsiek tegenstrijdig is. Enerzijds impliceert zij, dat de premie per sector werd berekend, en anderzijds stelt zij dat de premie het resultaat was van tussen partijen met betrekking tot de markt in haar geheel gevoerde commerciële onderhandelingen. [35] Het „take or pay"-beginsel (waarbij Distrigas daadwerkelijk de geplande verkopen garandeerde) kon, zo het moest worden toegepast, in sommige gevallen nadelig uitvallen. Niettemin zij opnieuw terloops opgemerkt, dat de verplichting om voor niet-afgenomen hoeveelheden gas de grensprijs te betalen niet steeds per se voor Distrigas nadeliger was dan de betaling tegen

35 — De Commissie stelt, dat de premie voor elke deelmarkt afzonderlijk wordt berekend.

een tarief dat gebaseerd was op de uiteindelijke verkoopprijs in de betrokken subsector; zulks hing af van het niveau van die prijs in vergelijking met de grensprijs. Zelfs aangenomen dat het onmogelijk is om de grensprijs achteraf in zijn oorspronkelijke componenten op te splitsen, dan nog is dat van weinig belang, voor zover andere elementen, die hun oorsprong vinden in de onderhandelingen of elders, bewijzen dat die componenten een uiteindelijke prijs voor de verkoop van gas aan de Belgische ammoniakindustrie behelsden die in de orde van grootte van het Nederlandse F-tarief lag.

37. De Belgische regering stelt, dat de Belgische ammoniakproducenten werden bedreigd door het voordeel dat Gasunie aan hun Nederlandse concurrenten verleende, en dat Distrigas van 1986 tot 1991 gedwongen was geweest aan de Belgische producenten gas te verkopen tegen een tarief dat overeenkwam met het F-tarief, wat tot verlies van meer dan 100 miljoen BFR per jaar leidde. [36] De Commissie en de Nederlandse regering brengen daartegen in, dat deze verliezen eerder schijnbaar dan reëel waren, en uitsluitend het gevolg waren van de wijze waarop Distrigas haar boekhouding voerde. Ik heb reeds gezegd, dat het volstrekt normaal was dat de grensprijs soms hoger was dan de uiteindelijke prijs waartegen aan sommige sectoren gas werd verkocht. Daar Distrigas haar winst over de gasverkoop in alle gevallen op basis van de grensprijs berekende, leed zij over de verkoop aan deze sectoren, afzonderlijk genomen, onvermijdelijk verliezen. Zolang de grensprijs een weerspiegeling was van de uiteindelijke verkoopprijs en het volume van de verkoop in *alle* sectoren, werden die verliezen evenwel gecompenseerd door de grote winsten in andere sectoren (bij voorbeeld in de huishoudelijke sector), waar het gas tegen een hogere prijs dan de grensprijs werd verkocht. Wij belanden dus weer bij het probleem van de bepaling van de grensprijs. De Commissie merkt op, dat Distrigas tijdens de relevante periode aanzienlijke winsten maakte, die in stijgende lijn gingen. Ter terechtzitting antwoordde de gemachtigde van België, dat de winstmarge van Distrigas (tussen 4 % en 13 % per jaar) aanzienlijk lager was dan die van Gasunie (20 %). Ook al is dat juist, er zijn te veel imponderabilia (bij voorbeeld de hogere prijs van het door Distrigas uit Algerije en Noorwegen ingevoerde gas, het feit dat België, anders dan Nederland, zelf geen gas produceert) die een rol spelen opdat uit dat argument conclusies kunnen worden getrokken met betrekking tot de relatie tussen de grensprijs en het F-tarief.

38. Tussen oktober 1984 en oktober 1986 verleende Gasunie een korting voor een zogeheten defensieve tranche, gelijk aan 20 % van haar totale gasverkoop aan Distrigas. Op aanraden van de Belgische instantie die de prijs vaststelde, het Comité de contrôle, gebruikte Distrigas die korting om een met het F-tarief overeenkomend tarief voor de Belgische ammoniakproducenten te financieren. Aanvankelijk stelde de Belgische regering, dat er geen formeel verband bestond tussen de defensieve tranche, het F-tarief en de crisis in de ammoniaksector, en dat de defensieve tranche een reactie was op een heel ander dreigement van Distrigas, namelijk dat het zich anders met uitzonderlijk goedkoop aardgas uit de toenmalige Sovjet-Unie zou bevoorraden.

36 — Terloops zij opgemerkt, dat dit argument zelf impliceert, dat de gasleveranciers via preferentiële prijzen de competitiviteit van belangrijke afnemers trachten te handhaven.

39. De Commissie en de Nederlandse regering daarentegen stelden, dat de defensieve tranche ongeveer 7,5 % van het Belgische aardgasverbruik vertegenwoordigde, hetgeen overeenkwam met de hoeveelheden aardgas die de Belgische ammoniakproducenten tijdens de relevante periode gebruikten. De defensieve tranche bewees dus dat Gasunie zich inspande om het Distrigas mogelijk te maken, op de Belgische ammoniakproducenten een tarief toe te passen dat in de orde van grootte van het F-tarief lag. Zo er in het leveringscontract geen formeel verband was gelegd tussen de defensieve tranche en de aan de ammoniakproducenten aan te rekenen prijs, dan was dat alleen omdat Gasunie niet het recht had zich te bemoeien met de verkoopvoorwaarden die buitenlandse distributiebedrijven toepasten.

40. In de laatste fase van de schriftelijke procedure erkende de Belgische regering impliciet, en ter terechtzitting deed zij dat uitdrukkelijk, dat er een verband bestond tussen de defensieve tranche en de prijs van het aan de ammoniakproducenten geleverde aardgas, wat niet wegnam dat Distrigas haar positie tijdens de onderhandelingen versterkte door te dreigen met de aankoop van aardgas uit de Sovjet-Unie. Thans stelt de Belgische regering evenwel, dat uit het standpunt van de Commissie impliciet volgt, dat Gasunie slechts gedurende de twee jaar tijdens welke zij de defensieve tranche toepaste, heeft gepoogd het Distrigas mogelijk te maken het F-tarief op de Belgische markt op te vangen zonder daarbij verliezen te lijden, en dat Distrigas na oktober 1986, toen zij de Belgische ammoniakproducenten dezelfde prijzen bleef aanbieden, verliezen leed.

41. De Commissie ontkent dat. Zij wijst erop, dat de korting van het F-tarief variabel was en regelmatig werd gewijzigd naargelang van de schommelingen van de ammoniakprijs ten opzichte van de aardgasprijs voor industriële gebruikers. Gasunie verleende de defensieve tranche toen de korting haar maximum (5 cent/m^3) had bereikt. Uit het betoog van de Commissie valt af te leiden, dat in de grensprijs rekening was gehouden met een uiteindelijke verkoopprijs voor aardgas aan de Belgische ammoniakproducenten waarin een — kleinere dan de volgens het F-tarief in Nederland mogelijke — korting was voorzien. Toen de korting van het F-tarief in Nederland haar maximum bereikte, was het derhalve noodzakelijk de aan Distrigas via de grensprijs verleende korting door middel van een of andere uitzonderingsmaatregel op te trekken. De defensieve tranche was zo een maatregel.

42. De Commissie verwijst naar een tabel waarin de omvang van de tijdens de gehele toepassingsperiode van het F-tarief aan de Nederlandse ammoniakproducenten verleende korting is beschreven. [37] Blijkens die tabel werd de maximale korting van 5 cent/m^3 toegekend gedurende de gehele periode tijdens welke de defensieve tranche werd verleend (met uitzondering van het laatste kwartaal), en was dat nadien, uitgezonderd voor enkele korte perioden, niet het geval; toen bedroeg zij 2 of 2,5 cent/m^3. Er blijkt echter ook uit, dat de maximale korting van het F-tarief werd toegepast tijdens ongeveer het gehele jaar voorafgaand aan het ogenblik waarop met de defensieve tranche werd begonnen, en dat dient de zaak van de Commissie minder. Gezien de omstandigheden waarin het F-tarief is bedacht (namelijk als reactie op de weigering van de Commissie om de tevoren bestaande tarievenregeling

37 — Een gewijzigde versie van de tabel van de Commissie is als bijlage I aan de onderhavige conclusie gehecht.

goed te keuren), is het misschien niet verwonderlijk dat er tussen de invoering van het tarief en de uitbreiding ervan tot de buitenlandse klanten van Gasunie een korte tijdspanne is verstreken. [38] Afgezien daarvan lijkt het argument van de Commissie overtuigend, steeds op voorwaarde dat de Commissie ook kan worden gevolgd in haar standpunt met betrekking tot het afzonderlijke probleem van de vorming van de grensprijs.

43. Alle partijen zijn het eens met de wijze waarop de beginselen van het „netback"-systeem voor de bepaling van de grensprijs is beschreven. Zij zijn het evenwel grondig oneens over de wijze waarop dat mechanisme in concreto is toegepast. De Belgische regering betoogt, dat de ondernemingen die aardgas als grondstof, en niet als energiebron kochten, niet als een afzonderlijke deelmarkt waren beschouwd. Zij maakten dus zonder meer deel uit van de industriële markt in het algemeen, op welke markt de prijs van aardgas was vastgesteld rekening houdend met die van zware stookolie, en niet met die van concurrerende grondstoffen (*in casu* ammoniak). Bovendien was de industriële component van de grensprijs geïndexeerd aan de evolutie van de prijs van zware stookolie, en niet aan die van de prijs van ammoniak of andere grondstoffen. De Belgische stelling dat de grensprijs een op basis van de hoeveelheden gewogen gemiddelde van slechts twee deelprijzen was, namelijk de prijs voor de huishoudelijke/commerciële sector (berekend rekening houdend met de prijs van gasolie) en de prijs voor de industrie, is gebaseerd op twee documenten die deel uitmaken van de door België neergelegde memories. [39] In deze twee documenten wordt evenwel erkend, dat zij slechts een vereenvoudigd beeld van het „netback"-prijsbepalingsmechanisme geven. Ter terechtzitting voegde de gemachtigde van de Belgische regering daaraan toe, dat Gasunie steeds had geweigerd de Belgische ammoniakproducenten bijzondere kortingen toe te kennen, omdat zij slechts een gedeelte van de Belgische markt bevoorraadde en van mening was dat zij geen kosten hoefde te dragen die de Noorse en Algerijnse leveranciers van Distrigas niet droegen.

44. De Commissie daarentegen betoogt, dat de wijze waarop de Belgische regering de bepaling van de grensprijs voorstelt — op basis van de huishoudelijke/commerciële prijs en de industriële prijs —, onvolledig is. De industriële sector bestaat uit een aantal afzonderlijke deelmarkten, waaronder die van de ammoniakproducenten. De Commissie baseert zich op een door het Nederlandse Ministerie van Economische zaken overgelegde tabel om aan te tonen dat de „kunstmest" een afzonderlijke deelmarkt van de industriële sector vormde. De marktwaarde van het voor de deelmarkt van de kunstmest bestemde aardgas werd (hoofdzakelijk op basis van de prijs van zware stookolie) bepaald los van die van de markt van papier, mechanische constructies, chemie en diverse andere industriële deelmarkten. [40] Volgens de Commissie paste Gasunie op het gedeelte van haar gasverkoop aan België dat door de Belgische ammoniakindustrie werd afgeno-

38 — Zoals wij hierna zullen zien, zijn ook bewijzen overgelegd waaruit blijkt dat het F-tarief tijdens het eerste toepassingsjaar aanzienlijk minder soepel inspeelde op de schommelingen van de ammoniakprijzen en de prijzen voor industrieel gas dan in latere jaren.

39 — Het eerste is een uittreksel van De Maar, H. G.: *Energierecht* (1987), blz. 214-216; het tweede is een document waarvan de oorsprong niet is vermeld, met als titel „Netback approach to border pricing in gas import contracts".

40 — Voorts steunt de Commissie op een aantal door Distrigas en het Comité de contrôle gepubliceerde documenten, doch afgezien van de onderverdeling van de Belgische invoermarkt van aardgas in de huishoudelijke/commerciële sector, in de industriële sector en in de sector van de elektriciteitsproduktie, wordt daarin geen verdere onderverdeling gemaakt.

men een prijs toe die in de orde van grootte van het F-tarief lag, toen over de grensprijs werd onderhandeld.

45. Het Hof heeft de Belgische regering een schriftelijke vraag gesteld, waarin het vroeg of de tabel van de Commissie bruikbaar was als grondslag voor de beslechting van de onderhavige zaak. De Belgische regering beantwoordde die vraag ontkennend en herhaalde dat bij de bepaling van de grensprijs geen rekening was gehouden met afzonderlijke industriële deelmarkten. Bovendien stelde zij onder meer, dat uit de tabel niet bleek dat de gasprijs voor de vermeend afzonderlijke deelmarkt van de kunstmest zowel door de ammoniakprijs als door de prijs van zware stookolie werd beïnvloed; dat de term „kunstmest" dubbelzinnig was omdat producenten van andere meststoffen dan stikstofhoudende kunstmest gas als energiebron in plaats van als grondstof konden gebruiken; dat de tabel slechts een theoretisch model was dat niet het werkelijke onderhandelingsproces weergaf; en dat ook al was de tabel correct, na de onderhandelingen over de grensprijs voor de deelmarkt van de kunstmest niet was voorzien in een indexatie van de gasprijs aan de evolutie van de ammoniakprijs. Al deze opmerkingen zijn op zich valabel.

46. Om te beginnen moet worden nagegaan, of de tabel van de Commissie een nauwkeurige (zij het een theoretische) weergave bevat van de wijze waarop de grensprijs wordt bepaald. Dienaangaande staan de stelling van de Belgische regering en die van de Commissie, ondersteund door de Nederlandse regering, lijnrecht tegenover elkaar. Beide partijen hebben ruimschoots de gelegenheid gehad bewijzen tot staving van hun confligerende stellingen aan te voeren, aangevuld door de schriftelijke vraag van het Hof. Het door België overgelegde bewijsstuk, een naar eigen zeggen vereenvoudigde tabel, is niet rechtstreeks in tegenspraak met de door de Commissie overgelegde tabel, waarin de prijsbepaling in de deelmarkten in het kader van de bepaling van de grensprijs gedetailleerder is beschreven. Niettegenstaande de beweringen van de Belgische regering kan ik niet anders dan vast te stellen, dat deze op dit punt haar argumentatie niet heeft bewezen en dat de tabel, binnen de perken van de gegevens die zij verstrekt, een nauwkeurige beschrijving van het „netback"-systeem voor de bepaling van de grensprijs bevat.

47. Ik dien echter ook in te gaan op de overige argumenten van de Belgische regering waarmee deze er zich tegen verzet dat de tabel wordt gebruikt tot staving van de conclusie van de Commissie, dat Distrigas in staat was de Belgische ammoniakproducenten aardgas te leveren tegen een prijs die in de orde van grootte van het Nederlandse F-tarief lag. Het is niet relevant dat de tabel slechts een gedeeltelijke beschrijving van het prijsbepalingsproces geeft en niet precies weergeeft hoe over de verschillende prijzen waarmee bij de bepaling van de grensprijs rekening is gehouden, de facto was onderhandeld; deze tabel vormt immers niettemin (en de Belgische regering heeft dat niet kunnen weerleggen) de formele basis waarop de onderhandelingen zijn gevoerd en waarmee deze in grote mate in overeenstemming waren. Ik denk niet dat de dubbelzinnigheid van de term „kunstmest" er ons moet van weerhouden, in casu op de tabel voort te gaan, nu niet is aangetoond dat de producenten van andere meststoffen dan stikstofhoudende kunstmest tot die deelmarkt behoor-

den of grote gasverbruikers waren. [41] Evenmin is mijns inziens fataal, het feit dat in de tabel niet uitdrukkelijk is vermeld, welke invloed de ammoniakprijs op de prijs van het voor de deelmarkt van de kunstmest bestemde aardgas had. Wat van belang is, is dat wordt gezegd dat de aardgasprijs voor de verschillende deelmarkten is berekend (afgezien van de algemene invloed van de prijs van zware stookolie) onder referentie aan de „marktwaarde per deelmarkt". In haar memories heeft de Belgische regering erkend, dat Distrigas gedurende een groot gedeelte van de betrokken periode een met het F-tarief vergelijkbare korting aan de Belgische ammoniakproducenten heeft verleend.

48. Dan is er nog het netelige probleem van de indexatie. De Belgische regering lijkt het bij het rechte eind te hebben, waar zij opmerkt dat bij de bepaling van de grensprijs voor het gedeelte daarvan dat op de deelmarkt van de kunstmest betrekking had, niet formeel in indexatie aan de ammoniakprijs was voorzien. [42] Dat is niet verwonderlijk, daar de prijs van zware stookolie (waaraan de prijzen in de industriële sector waren geïndexeerd) het zwaarst doorwoog op de gasprijzen in de industriële sector; de korting van het F-tarief, en elke daarmee overeenkomende, in de grensprijs ingebouwde korting voor de deelmarkt van de ammoniakproduktie, waren slechts middelen om de gevolgen te temperen die een voornamelijk op het energie-aspect gerichte prijzenregeling had voor producenten die aardgas als grondstof gebruikten. De Commissie behandelt het probleem van de indexatie niet expliciet. Haar standpunt dienaangaande valt af te leiden uit haar standpunt met betrekking tot de defensieve tranche. De Commissie betoogt, dat er een parallellisme bestond tussen het toekennen en het intrekken van de defensieve tranche enerzijds, en het toekennen van lagere of hogere kortingen via het F-tarief in Nederland anderzijds. Zoals ik reeds heb gezegd, valt uit de stelling van de Commissie af te leiden, dat in de grensprijs rekening was gehouden met de uiteindelijke prijs waartegen aan de Belgische ammoniakproducenten gas werd verkocht, inclusief een korting die kleiner was dan de maximale korting die in Nederland via het F-tarief kon worden verleend.

49. Ik ben reeds tot de conclusie gekomen, dat het argument van de Commissie inzake de defensieve tranche in wezen correct is, steeds onder voorbehoud van mijn conclusie over het ruimere probleem van de bepaling van de grensprijs. Aangezien de Belgische regering geen rechtstreekse bewijzen van het omgekeerde overlegt, en daar ik van mening ben, dat de ammoniakprijs de uiteindelijke marktwaarde van het voor de Belgische ammoniakproducenten bestemde aardgas beïnvloedde, kan ik thans de noodzakelijke implicatie en voorwaarde van dat argument van de Commissie accepteren, namelijk dat de grensprijs het mogelijk maakte die producenten een korting toe te kennen die — en dat blijkt duidelijk uit de omstandigheden — kleiner was dan de maximale korting van het F-tarief. Ik concludeer daaruit, dat de indexatie van de ammoniak-component van de grensprijs aan de prijsschommelingen van

41 — Uit het rapport „L'industrie des engrais dans la Communauté économique européenne: situation et perspectives" blijkt, dat de stikstofhoudende kunstmest ongeveer de helft van de produktie van kunstmest in de Gemeenschap voor haar rekening neemt (blz. 12; nationale produktiecijfers zijn niet beschikbaar), en iets minder dan de helft van alle kunstmest die in België en in Luxemburg wordt verbruikt (blz. 12 en 14). Gezien het belang van aardgas als grondstof voor de ammoniakproduktie, zou het aardgasverbruik van de producenten van stikstofhoudende kunstmest waarschijnlijk dominerend zijn op een algemene kunstmestdeelmarkt van de Belgische gasmarkt.

42 — Voor de navolgende discussie worden de uitdrukkingen „deelmarkt van de kunstmest" en „deelmarkt van de ammoniakproduktie" als synoniemen gebruikt.

ammoniak ten opzichte van de prijs van industrieel gas niet door middel van een formeel indexatiesyteem werd tot stand gebracht, maar via een occasionele uitzonderingsmaatregel, namelijk de defensieve tranche.

50. Het is waar, dat Distrigas op Gasunie druk heeft moeten uitoefenen om de defensieve tranche te verkrijgen. In de context van commerciële onderhandelingen zou het echter naïef zijn, te verwachten dat Gasunie spontaan extra kortingen aan Distrigas zou hebben aangeboden, zelfs in de veronderstelling dat Gasunie de Belgische ammoniakindustrie als belangrijke afzetmarkt voor haar aardgas wenste te vrijwaren. Een en ander is het gevolg van het feit, dat het Nederlandse aardgas niet rechtstreeks bij de klanten buiten Nederland terechtkomt. Aangezien de levering via een tussenpersoon verliep, kon dit een aansporing zijn voor Gasunie om te trachten Distrigas op te zadelen met een gedeelte van de kosten (in de vorm van lagere winsten) van een korting die beide bedrijven noodzakelijk achtten. Het was logisch, dat Distrigas dat maneuver van Gasunie poogde te ondervangen. Zoals Distrigas zelf in haar jaarlijks rapport over 1984 stelde, is zij daarin in grote mate geslaagd door de defensieve tranche te verkrijgen. [43] Zo ook kunnen Gasunie's commerciële relaties met Distrigas en, slechts indirect, met de Belgische ammoniakproducenten verklaren waarom kleinere defensieve tranches niet automatisch werden uitgebreid tot Distrigas als reactie op de minder belangrijke schommelingen van de door Gasunie tussen 1987 en 1991 via het F-tarief verleende kortingen aan de Nederlandse ammoniakproducenten waarmee Gasunie rechtstreekse contractuele banden had. Dit doet niet af aan het feit dat de korting, die in alle stadia van de grensprijs was opgenomen, het Distrigas mogelijk heeft gemaakt de Belgische ammoniakproducenten tijdens de betrokken periode gas te leveren tegen een prijs die globaal gezien dezelfde was als die welke de Nederlandse ammoniakproducenten in rekening werd gebracht.

ii) Het niet-openbare karakter en het karakter van richtprijs van het F-tarief

51. De Belgische regering betwist de conclusie van de Commissie, dat het F-tarief een openbaar tarief was, en een richtprijs op de aardgasmarkten van de Gemeenschap was geworden. Zij betoogt, dat het F-tarief weliswaar geen vertrouwelijk tarief was, doch dat het in tegenstelling tot de andere tarieven van Gasunie niet was gepubliceerd. Mijns inziens verwijst de Commissie terecht naar het arrest CdF Chimie AZF, waarin het Hof het F-tarief kwalificeerde als „een openbaar tarief (...) [waarvan] de toepassingsvoorwaarden algemeen bekend en volstrekt doorzichtig [zijn]" [44]; dit argument van de Belgische regering faalt dus.

52. In de laatste fase van de schriftelijke procedure voerde de Belgische regering aan, dat de prijsdistortie ten voordele van de Neder-

43 — Na de beschrijving van de relaties tussen Distrigas en het Comité de contrôle vervolgt het jaarlijks rapport over 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" (blz. 22).

44 — Reeds aangehaald in voetnoot 5, r. o. 15.

landse ammoniakproducenten nog werd vergerd doordat hun het grootste gedeelte van de in alle Nederlandse gastarieven opgenomen milieuheffing werd terugbetaald. Ook in de grensprijs was de milieuheffing opgenomen, zodat deze heffing op alle Nederlandse gasuitvoer naar België werd gelegd, dus ook op het gas dat voor de Belgische ammoniakindustrie was bestemd. Voorts wees de Belgische regering erop, dat de Belgische ammoniakproducenten verplicht waren een extra bedrag van 5 BFR per gigajoule te betalen (zonder erbij te vermelden aan wie). Het is niet duidelijk waarom dit alles in dit stadium van de procedure is opgeworpen.

53. Ik denk dat de Commissie terecht aanvoert, dat de Belgische regering hier een nieuw middel aanvoert, wat in strijd is met artikel 42, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof. [45] Deze bepaling luidt als volgt:

„Nieuwe middelen mogen in de loop van het geding niet worden voorgedragen, tenzij zij steunen op gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken."

Het extra bedrag waarover de Belgische regering spreekt en de wijze waarop de milieuheffing wordt opgelegd kunnen zeer wel van invloed zijn op de uiteindelijke prijs die de Nederlandse, respectievelijk Belgische ammoniakproducenten moeten betalen. Dat volstaat echter niet, om deze middelen toe te laten in de laatste fase (of welke fase dan ook) van de schriftelijke procedure tot nietigverklaring van de bekendmaking van de Commissie waarin deze vaststelde dat het F-tarief geen verboden staatssteun opleverde. Wat de milieuheffing betreft, viel in geen enkel opzicht uit de oorspronkelijke memories van de Belgische regering op te maken dat het *gecombineerde* effect van het F-tarief en een andere, *fiscale* korting van dien aard was, dat het de conclusie van de Commissie aan het wankelen kon brengen, dat eerstbedoelde korting (te onderscheiden van de tweede) geen verboden staatssteun opleverde of aantoonde dat de Commissie een feitelijke vergissing had begaan door te concluderen dat Distrigas aan de Belgische ammoniakproducenten gas kon leveren tegen een prijs die in de orde van grootte van het F-tarief lag. Voorts staat vast, dat de korting in de vorm van terugbetaling van de milieuheffing sedert 1988 bestond, zodat niet kan worden gezegd dat het om een nieuw feit gaat dat zich in de loop van de procedure heeft voorgedaan. Hetzelfde geldt voor het extra bedrag, waarover de Belgische regering nagenoeg geen informatie heeft verschaft.

54. Mocht het Hof het argument van de Belgische regering betreffende de korting die het gevolg was van de terugbetaling van de milieuheffing, ten gronde onderzoeken, dan gelden soortgelijke overwegingen. Volgens de Commissie was deze korting een maatregel die los stond van het F-tarief, waartegen dus in een afzonderlijke procedure moet worden opgekomen. Zo de inspanningen die Gasunie zich getroostte om de Belgische ammoniakproducenten in staat te stellen gas

45 — Voor een illustratie van de toepassing van deze bepaling, zie het arrest van 13 maart 1992 (zaak C-282/90, Vreugdenhil, Jurispr. 1992, blz. I-1937, r. o. 9 en 10).

aan te kopen tegen een prijs die overeenkwam met het industriële tarief in Nederland, werden tenietgedaan of gedwarsboomd door het Nederlandse fiscale beleid, was dat niet de schuld van het F-tarief of Gasunie's exportprijs, maar van de betrokken fiscale bepalingen. De toevallige omstandigheid dat zowel het F-tarief als de korting die het gevolg was van de terugbetaling van de milieuheffing de door de ammoniakproducenten betaalde aardgasprijs beïnvloedden, is juridisch niet relevant. Afzonderlijke maatregelen hebben altijd al bestaan. Bijgevolg heeft de Commissie geen vergissing begaan door de korting die het gevolg was van de terugbetaling van de milieuheffing, buiten beschouwing te laten.

55. Als laatste argument in dit verband voert de Belgische regering aan, dat Gasunie, toen zij haar tarieven vaststelde en zodoende richtprijzen creëerde voor de gasmarkt in Noord-West Europa, heeft geweigerd rekening te houden met de moeilijkheden die deze tarieven aan de andere distributiebedrijven berokkenden. De Belgische regering herhaalt hier in wezen de middelen die zij met betrekking tot de grensprijs heeft aangevoerd, zodat ik dit argument van de hand kan wijzen door gewoon te verwijzen naar mijn conclusies over de grensprijs. Ik zie immers niet goed in, hoe een objectief oordeel mogelijk is, wanneer een partij in het kader van „voor wat, hoort wat"-onderhandelingen over de exportprijs een ongerechtvaardigd voordeel verkrijgt. Distrigas heeft reeds bij die onderhandelingen de gelegenheid gehad haar belangen te verdedigen en is er, zoals reeds gezegd, in geslaagd belangrijke toegevingen te verkrijgen.

iii) De winstmarge van Gasunie

56. Ook op dit punt bekritiseert de Belgische regering het standpunt van de Commissie in de bestreden bekendmaking. De zestiende alinea ervan luidt: „Gasunie heeft steeds winst gemaakt in de periode waarin het F-tarief van toepassing was." Volgens de Belgische regering is dat irrelevant, daar de jaarlijkse winst van Gasunie contractueel op een vast bedrag van 80 miljoen HFL is bepaald. Gasunie betrekt het gas bij NAM (Nederlandse Aardolie Maatschappij), een consortium dat aan Shell en Esso toebehoort. [46] NAM exploiteert de Nederlandse aardgasbronnen voor rekening van de vereniging Groningen (de Maatschap Groningen), waarvan NAM 60 % van de aandelen bezit, en de Nederlandse Staat 40 %. Laatstgenoemde ontvangt uiteindelijk ongeveer 80 % van de winst uit de verkoop van aardgas. Gasunie koopt het gas bij NAM in tegen een prijs die is vastgesteld op basis van de uiteindelijke verkoopprijs op haar verschillende markten, verminderd met haar transport- en andere kosten en met haar jaarlijkse forfaitaire winst. Volgens de Belgische regering fungeert Gasunie dus slechts als kostencentrale of als schakel in een keten, en kan dit systeem geen „netback"-systeem worden genoemd (zoals de Commissie in haar memories doet), omdat de koper (Gasunie) geen enkel risico draagt. Daar Gasunie's kosten worden gedekt en haar winst is gegarandeerd ongeacht de aan haar klanten in rekening gebrachte prijs, betekent de constante winst van Gasunie niet, dat haar prijzen commercieel gerechtvaardigd zijn.

46 — Een zeer kleine hoeveelheid gas is afkomstig uit Noorwegen.

57. De Commissie en de Nederlandse regering betwisten de stelling van de Belgische regering, dat de relatie tussen NAM en Gasunie niet in een „netback"-systeem past. Deze semantische discussie is als zodanig niet van belang voor ons. Belangrijker is de verklaring van de Commissie, dat de jaarlijkse vaste winst van Gasunie (80 miljoen HFL) gewoon het maximum is dat Gasunie mag behouden, nu alle winst boven dat bedrag aan NAM wordt uitbetaald. In werkelijkheid was de feitelijke winst gedurende de toepassingsperiode van het F-tarief veel hoger, en in haar bekendmaking doelde de Commissie op die feitelijke winst. Daarbij zij opgemerkt, dat de feitelijke winst (na aftrek van het maximale bedrag van 80 miljoen HFL dat Gasunie ontvangt), eigenlijk de winst van de vereniging Groningen is.

58. Gezien de omvang van het mogelijke verschil tussen de contractuele en de feitelijke winst moet ik zeggen, dat wat de Commissie in haar bekendmaking over de winst van Gasunie zegt, nutteloos duister is. Ik denk evenwel niet, dat zulks in die mate het geval is, dat het betoog van de Commissie niets betekent (dat wil zeggen, dat het zo duister is, dat het op een gebrekkige motivering neerkomt). Iedereen die zich voor het voorwerp van de bekendmaking interesseert, heeft evenwel aandacht besteed aan dit onderdeel van de redenering van de Commissie. [47]

59. Principieel kan men discussiëren (wat de Belgische regering echter niet doet) over de bewijswaarde van de vaststelling dat tijdens de toepassingsperiode van het F-tarief steeds *feitelijke* winsten zijn gemaakt. Dit zegt immers niets over de vraag, of aan mogelijke winsten is verzaakt [48]; evenmin zegt het iets over de mogelijkheid dat het F-tarief een om commerciële redenen gerechtvaardigde methode kon zijn geweest om op lange termijn een klantenkring te behouden (met mogelijkerwijs opnieuw winstgevende verkopen als gevolg), ook al werden tijdens de toepassingsperiode ervan verliezen geleden. Wat echter van belang is, is de omvang van de winsten (of verliezen) van Gasunie in vergelijking met die welke een commerciële onderneming, handelend in de omstandigheden van de betrokken markt, normalerwijze kon boeken (of lijden) terwijl zij op lange termijn afzetmarkten op de betrokken markt zocht te ontwikkelen of trachtte te behouden.

iv) De kosten van Gasunie

60. In de zeventiende alinea van haar bekendmaking stelt de Commissie, dat Gasunie's vaste en variabele kosten ver onder het F-tarief lagen, zodat Gasunie haar nettoinkomsten kon verhogen door tegen het F-tarief gas te verkopen en zich op die manier van een belangrijke klantenkring wist te verzekeren die zij anders dreigde te verliezen. De Belgische regering merkt op, dat Gasunie in haar jaarverslagen over 1990 en 1991 heeft vermeld, dat de gemiddelde inkoopprijs die zij per m^3 betaalde, ongeveer 5 cent boven het F-tarief lag.

47 — Zie de navolgende discussie over de criteria voor nietigverklaring van de bekendmaking wegens gebrek aan motivering.

48 — Dit punt is door de Belgische regering aan de orde gesteld en wordt hierna besproken.

61. Dit argument is het omgekeerde van het argument dat de Belgische regering in verband met de verliezen van Distrigas heeft aangevoerd. Om de winst of het verlies over de verkoop op een bepaalde markt tegen een bepaalde prijs te bepalen, baseert de Belgische regering zich weerom op de gemiddelde kostprijs van het gas. Zoals ik hierboven heb gezegd, worden in een „netback"-systeem de op sommige deelmarkten geleden verliezen (vastgesteld op basis van de gemiddelde kostprijs van het gas) goedgemaakt door de winsten die op andere deelmarkten worden behaald. Om na te gaan, of op een bepaalde markt daadwerkelijk verlies wordt geleden, moet rekening worden gehouden met de kostprijs van het voor die markt bestemde gas, gecorrigeerd met de kosten van beheer, infrastructuur en andere kosten. De toepassing van het „netback"-systeem garandeerde, dat Gasunie aan NAM voor het voor de Nederlandse ammoniakproducenten bestemde gas niet meer betaalde dan wat zij van die producenten ingevolge toepassing van het F-tarief ontving, verminderd met haar kosten en winst. Bijgevolg moet dit argument van de Belgische regering worden afgewezen.

v) De exportmarkten van Gasunie

62. De Commissie verklaart de noodzaak voor Gasunie om haar klantenkring binnen de ammoniakproducenten veilig te stellen ten dele door de omstandigheid dat Gasunie in 1982 een belangrijk gedeelte van de Franse markt was kwijtgeraakt. [49] De Belgische regering betoogt, dat dit verlies het gevolg was van het beleid van Gasunie zelf, omdat Nederland in de jaren zeventig had besloten de voor uitvoer bestemde hoeveelheden gas te verlagen om het hoofd te bieden aan de eerste oliecrisis van 1973-1974. De Commissie en de Nederlandse regering brengen daartegen in, dat die beslissing tien jaar vóór de invoering van het F-tarief was getroffen, dat zij slechts de *verhogingen* van de uitvoer van Nederlands gas betrof, en dat zij geen verband hield met het verlies van een gedeelte van de Franse markt; huns inziens was dit verlies wellicht veeleer te wijten aan de diversificatietendens op het gebied van de aardgasvoorziening. Ik sluit mij aan bij hun stelling, dat de Belgische regering niet heeft aangetoond, dat er een relevant verband bestond tussen het verlies van een gedeelte van de Franse markt en het F-tarief enerzijds, en de eerdere beperking van de uitvoer van Gasunie anderzijds. [50]

vi) De Belgische ammoniakinvoer

63. In de eenentwintigste alinea van de bekendmaking stelt de Commissie, dat een producent van stikstofhoudende kunstmest de keuze heeft zelf ammoniak (de belangrijkste grondstof voor dergelijke kunstmest) te produceren, of de ammoniak bij andere producenten aan te kopen. „Is de prijs van het aardgas dat hij gebruikt voor de produktie van de ammoniak die hij nodig heeft, veel te hoog, dan zal de producent [van stikstofhoudende kunstmest] ervoor kiezen, deze ammoniak, indien hij dit kan, elders aan te kopen tegen een lagere kostprijs dan wanneer hij de ammoniak zelf zou produceren (toestand in België, bij voorbeeld, in 1983)."

49 — Vierentwintigste alinea van de bekendmaking; zie voorts voetnoot 14 hierboven. Het verlies was het gevolg van het feit dat de Franse autoriteiten een preferentieel contract voor de aankoop van gas met Algerije hadden gesloten.

50 — De diversificatietendens vloeit mogelijkerwijs voort uit de bekommernis de afhankelijkheid van een beperkt aantal leveranciers te voorkomen, welke afhankelijkheid de oliecrisis van 1973-1974 zo erg had gemaakt; dit volstaat echter niet om aan te tonen dat er een relevant verband bestaat tussen de beslissing van Frankrijk en het restrictieve beleid van Nederland tijdens die crisis.

Volgens de Commissie was dit de algemene situatie in de ammoniakindustrie in de Gemeenschap in de jaren tachtig.

64. De Belgische regering betoogt, dat de Belgische producenten van stikstofhoudende kunstmest jaarlijks ammoniak invoeren om het deficit tussen produktie en verbruik te dekken. De Commissie heeft evenwel cijfers overgelegd betreffende de Belgische ammoniakinvoer tussen 1980 en 1991, waaruit blijkt dat het door invoer gedekte gedeelte van de Belgische vraag naar ammoniak van 38 % in 1980 tot 51 % in 1983, en vervolgens tot meer dan 70 % in het begin van de jaren negentig is gestegen. [51] Dit toont aan, dat zich aanzienlijke verschuivingen hebben voorgedaan in de ammoniakbevoorrading van de Belgische producenten van stikstofhoudende kunstmest. De crisis in de communautaire ammoniakindustrie, waarop het F-tarief een reactie werd geacht te zijn, wordt aangetoond door deze cijfers, die een massale daling van de Belgische ammoniakproduktie aan het licht brengen, ofschoon Distrigas gedurende het grootste gedeelte van die periode een tarief heeft toegepast dat vergelijkbaar was met het Nederlandse F-tarief. Men mag aannemen dat bij gebreke van dat tarief de daling nog scherper zou zijn geweest.

vii) Vergelijkbaarheid van de markten

65. In de tweeëntwintigste alinea van de bekendmaking wijst de Commissie erop, dat „tussen 1981 en 1991 in de Verenigde Staten, Venezuela, Trinidad en Tobago en het Midden-Oosten de genoteerde of geraamde prijzen [van aan ammoniakproducenten geleverd aardgas] steeds ver onder de Nederlandse tarieven lagen". De Belgische regering betoogt, dat die markten niet vergelijkbaar zijn met de Nederlandse markt: in de door de Commissie genoemde landen vertegenwoordigen de lage gasprijzen de reële waarde van het gas op hun respectieve markten, terwijl het F-tarief lager was dan de waarde van het gas op de Europese markt. Bewijzen zijn overgelegd, waaruit blijkt dat het F-tarief aanzienlijk lager was dan de prijs van het gas voor industriële gebruikers op de markten van diverse Lid-Staten.

66. De Commissie, ondersteund door de Nederlandse regering, stelt dat zij niet poogde de verschillende niet-Europese markten te vergelijken met de markt in de Gemeenschap, doch dat zij wilde aantonen dat de ammoniakproducenten van die niet-Europese landen de Nederlandse en andere communautaire producenten zware concurrentie konden aandoen. Ongeacht hoe in de betrokken niet-Europese landen de gasprijs wordt bepaald, weerlegt het argument van de Belgische regering niet de conclusie van de Commissie, dat de marktomstandigheden tot een speciale prijs voor de Nederlandse ammoniakproducenten noopten, welke prijs weliswaar laag was, doch waarvan niet kon worden gezegd dat hij geforceerd was, daar hij een reactie op de marktomstandigheden was.

67. Voorts stelt de Belgische regering, dat de ammoniakproducenten niet over alternatieve

51 — De Belgische vraag naar ammoniak is tijdens de betrokken periode absoluut gezien steeds vrij stabiel gebleven en schommelde tussen 1 077 000 en 1 256 000 ton per jaar.

grondstoffen beschikken en dat hun situatie daardoor verschilt van die van ondernemingen die aardgas hoofdzakelijk als energiebron gebruiken. Bij leveringsonderbreking zijn de technische en commerciële moeilijkheden groter, wat meebrengt dat aardgas voor ammoniakproducenten een grotere intrinsieke waarde heeft dan voor andere industriële sectoren. Voor een sector die dermate afhankelijk is van aardgas waren kortingen dus niet gerechtvaardigd. De grondslag van het argument van de Belgische regering betreffende de intrinsieke waarde is in feite, dat de ammoniakproducenten Gasunie niet kunnen laten vallen voor een andere grondstoffenleverancier. Dit argument kan mij niet overtuigen. De vervaardiging van stikstofhoudende kunstmest in Nederland is niet even afhankelijk van Gasunie's aardgasleveringen als de produktie van ammoniak. In de onderhavige zaak is veel te doen om de mogelijkheid dat de Nederlandse producenten van stikstofhoudende kunstmest onder de druk van goedkoper ingevoerde ammoniak hun eigen ammoniakproduktie zouden opgeven. Wanneer een dergelijke beslissing economisch haalbaar is, of noodzakelijk, kan men niet zeggen dat aardgas voor ammoniakproducenten een grotere intrinsieke waarde heeft dan voor andere industriële sectoren. Aardgas heeft voor de ammoniaksector *helemaal geen* waarde, tenzij het bij de ammoniakproduktie kan worden gebruikt in concurrentie met andere bronnen. De prijs (die de waarde op de markt bepaalt) wordt veeleer bepaald door de effectieve vraag dan door een „intrinsieke", op een gedachte van onontbeerlijkheid gefundeerde waarde. De effectieve vraag komt tot uiting in de capaciteit en de bereidheid om aankopen te betalen. Het is irrelevant te stellen, dat de grondstoffenbehoeften van de ammoniakproducenten alleen door aardgas kunnen worden gedekt en dat aan de energiebehoeften van andere sectoren op verschillende manieren kan worden voldaan, indien de ondernemingen uit andere sectoren gas tegen het geldende industriële tarief kunnen kopen, terwijl de ammoniakproducenten, mochten zij dat doen, hun concurrentievermogen ernstig in gevaar zouden brengen. Indien de stelling van de Commissie dat dit inderdaad het geval was, elders wordt bevestigd, dan moet dit argument van de Belgische regering worden afgewezen.

viii) Alternatieve exportmogelijkheden

68. In de vierentwintigste alinea van de bekendmaking stelt de Commissie, dat in vergelijking met het behoud van de bestaande verkopen aan Nederlandse ammoniakproducenten, wat geen nieuwe inspanningen op het gebied van marktonderzoek vergt, de „exportleveranties, met name aan België, Duitsland en Frankrijk (...) ten aanzien van de prijs en gezien de noodzaak nieuwe investeringen te doen, minder interessant [waren]". De Belgische regering betoogt, dat de exportprijzen tijdens de relevante periode hoger waren dan het F-tarief en dat de bestaande infrastructuur de mogelijkheid bood voor een groter exportvolume zonder nieuwe investeringen. Voorts was haars inziens de vraag naar aardgas in het buitenland groot genoeg om een geleidelijke daling van de verkoop aan de Nederlandse ammoniakproducenten op te vangen door middel van een heroriëntering naar de

export. Ook had Nederland zijn produktie kunnen beperken, teneinde de levensduur van zijn aardgasbronnen te verlengen.

69. Het is niet rechtstreeks bewezen, dat de daling van de verkoop aan de klanten van de Nederlandse ammoniakproducenten geleidelijk (zoals de Belgische regering stelt) veeleer dan plotseling (wat de Commissie aanneemt) zou zijn geweest, afgezien van de belangrijke investeringen die de betrokken industrie in Nederland had gedaan. De Commissie wijst op het feit dat in de jaren 1992 en 1993 veel ammoniakfabrieken in de Gemeenschap zijn gesloten als gevolg van de invoer op grote schaal van ammoniak uit de landen van Oost-Europa. Een ander bewijs is de snelle achteruitgang van de Belgische ammoniakproduktie in de jaren tachtig, welke achteruitgang bij gebreke aan een verlaagd tarief ongetwijfeld nog dramatischer zou zijn geweest. Aangezien de ammoniakproducenten in Nederland grote bedrijven zijn, en gering in aantal, mocht men voorts verwachten, dat elke achteruitgang die tot faillissementen zou hebben geleid of tot gevolg zou hebben gehad dat de producenten van stikstofhoudende kunstmest die produktiefase opgaven, onmiddellijk serieuze gevolgen voor de omvang van Gasunie's verkopen zou hebben gehad.

70. De Commissie en de Nederlandse regering erkennen, dat de uitvoerprijs wegens de hierboven uiteengezette redenen hoger was dan het F-tarief. Daaruit volgt niet, dat grote bijkomende hoeveelheden gas tegen die prijs hadden kunnen worden uitgevoerd. In een „netback"-systeem zou Gasunie een prijs hebben gekregen die afhing van de deelmarkt waarvoor het gas werd gekocht en van de gasprijs op die markt: dat zou de effectieve prijs zijn geweest die Gasunie zou hebben ontvangen voor de bijkomende hoeveelheden gas, verminderd met de transportkosten en de winst van het distributiebedrijf, ongeacht hoe een en ander kon worden verborgen door een aangepaste grensprijs.

71. Zij voegen daaraan toe, dat de contracten betreffende de uitvoer met het oog op de zekerheid van de voorziening voor lange termijn worden gesloten [52], waardoor het zeer moeilijk zou zijn geweest op korte termijn de leveringen aan een ander land aanzienlijk op te drijven. Op korte en middellange termijn was de uitvoermarkt verzadigd, terwijl de exportverkoop op markten waar de langetermijnbehoeften reeds waren gedekt, slechts kon worden vergroot door zeer lage prijzen toe te passen. Volgens de Nederlandse regering waren de meest waarschijnlijke markten de minst rendabele, zoals de markt van de elektriciteitsproduktie. Ter terechtzitting heeft de Commissie opgemerkt, dat Gasunie aan de Nederlandse ammoniakproducenten ongeveer even veel gas verkocht als aan België, waar er volgens de Nederlandse regering reeds een overschot aan Algerijns gas was. Voorts zou een verhoging van de uitvoer ook technische problemen voor de kwaliteit van het aardgas, de druk, enz. hebben opgeleverd. Anderzijds zou een beperking van de

52 — Reeds is gezegd, dat om de drie jaar opnieuw over de prijzen werd onderhandeld. Deze onderhandelingen vonden plaats in het kader van leveringscontracten voor aanzienlijk langere termijnen. Zo wordt bij voorbeeld in de memories van de Belgische regering (in een andere context) gewezen op de beslissing van de Nederlandse regering om de bestaande contracten te verlengen voor de periode van 1995 tot 2010.

produktie tot een inkomstendaling, dus tot een tragere afschrijving van Gasunie's investeringen hebben geleid. In het door het Hof in de zaak CdF Chimie AZF gevraagde deskundigenrapport staat te lezen, dat het weliswaar aanbevolen is een te snelle uitputting van de nationale aardgasbronnen te ontmoedigen, maar dat ook het risico van het verlies van huidige en potentiële toekomstige klanten in aanmerking moet worden genomen.

72. De argumenten van de Commissie en de Nederlandse regering hebben mij ervan overtuigd, dat de Commissie goede redenen had om te concluderen dat Gasunie nagenoeg niet anders kon dan zijn verkopen aan de Nederlandse ammoniakproducenten door middel van het F-tarief te beschermen. Bijgevolg moet het argument van de Belgische regering worden afgewezen.

ix) De commerciële rechtvaardiging van het F-tarief

73. In feite is dit de belangrijkste grondslag van de bekendmaking van de Commissie.

74. In het door het Hof in de zaak CdF Chimie AZF gevraagde deskundigenrapport over het F-tarief is vermeld, dat dit tarief, ondanks de mogelijke economische en commerciële voordelen ervan voor Gasunie, „may as well at the same time have been politically decided in order to maintain special chemical productions within the Netherlands. ... [b]ut [that] from a commercial point of view that might also be in the economic interest of Gasunie". [53] Voorts verklaarden de deskundigen, dat Gasunie er voordeel bij kon hebben bepaalde sectoriële prijzen te verlagen om haar marktaandeel en inkomsten te behouden, doch dat zij niet in staat waren uit te maken „if the price level — altough beneficial to Gasunie — could have been higher, and so wished by Gasunie — but not by the Government of the Netherlands". [54]

75. De Belgische regering betwist in het algemeen de conclusie van de Commissie, dat het F-tarief om commerciële redenen gerechtvaardigd was. Zij stelt, dat het F-tarief om politieke redenen is toegepast, namelijk om de Nederlandse ammoniakindustrie te bevoordelen. In het licht van de zoëven aangehaalde opmerkingen in het deskundigenrapport kan dit argument op twee manieren worden uitgelegd.

76. In de eerste plaats kan dit argument van de Belgische regering aldus worden uitgelegd, dat de politieke motivering of het op politieke wijze verschafte voordeel noodzakelijkerwijs de geldigheid aantast van beslis-

53 — Blz. 60 van het rapport.
54 — Blz. 63 van het rapport.

singen in de sector van de overheidsondernemingen, zelfs indien die beslissingen volstrekt gerechtvaardigd zijn om commerciële redenen. Verder in haar memories verdedigt de Belgische regering uitdrukkelijk dit standpunt. [55] Wordt dit standpunt gevolgd en bevestigd, dan is het eerste citaat uit het deskundigenrapport fataal voor het F-tarief, en dus voor de bekendmaking van de Commissie.

77. Een tweede mogelijke uitlegging is, dat weliswaar bepaalde kortingen gerechtvaardigd waren, met de daaruit voortvloeiende voordelen voor Gasunie, doch dat het F-tarief te ver ging en dat er van winst werd afgezien. In het arrest Van der Kooy [56] accepteerde het Hof het begrip van concurrentiële tariefverlagingen door Gasunie (in die zaak ten voordele van de Nederlandse tuinbouw), doch wees erop, dat moest worden aangetoond dat die concurrentie werkelijk bestond. Anders gezegd, de kortingen mogen niet verder gaan dan gezien de condities op de betrokken markt noodzakelijk is, waarbij „niet enkel rekening [moet] worden gehouden met het respectieve prijspeil, maar ook met de noodzakelijke kosten van omschakeling (...)".

78. Eerstgenoemde uitlegging valt niet te verdedigen. Volgens vaste rechtspraak van het Hof wordt staatssteun geïdentificeerd aan de hand van objectieve criteria. Zodra vaststaat dat een investering, een beslissing over de prijsbepaling, en dergelijke om commerciële redenen gerechtvaardigd is [57], speelt het geen rol dat die handeling tevens politieke belangen dient. In het arrest Deufil oordeelde het Hof, dat artikel 92 van het Verdrag „geen onderscheid [maakt] naar de oorzaken of doeleinden der bedoelde maatregelen, maar ziet naar hun gevolgen". [58] Uitgesproken politieke motieven kunnen nopen tot een bijzonder minutieus onderzoek van de commerciële argumenten die als rechtvaardiging worden aangevoerd voor een praktijk die mogelijkerwijs staatssteun oplevert, doch in casu is niet aangetoond, dat de Commissie het F-tarief niet consciëntieus en grondig heeft onderzocht.

79. De tweede mogelijke uitlegging verdraagt zich met de rechtspraak van het Hof, doch moet door de feiten worden gestaafd. De door het Hof aangewezen deskundigen noch de Commissie hebben bewijzen gevonden dat het F-tarief iets anders was dan een redelijke poging van Gasunie om een maximaal economisch voordeel uit een moeilijke economische situatie te halen.

80. De Belgische regering betoogt, dat de Commissie zich niet had mogen baseren op het tweede gedeelte van het deskundigenrap-

55 — Zie de hiernavolgende discussie over winstverzaking.

56 — Reeds aangehaald in voetnoot 4, r. o. 30.

57 — Een om commerciële redenen gerechtvaardigde beslissing is gedefinieerd als een beslissing die door een particulier in de privésector zou zijn genomen; zie Commissie, Veertiende verslag over het mededingingsbeleid, paragraaf 198.

58 — Arrest van 24 februari 1987 (zaak 310/85, Jurispr. 1987, blz. 901, r. o. 8). Zie ook arrest van 2 juli 1974 (zaak 173/73, Italië/Commissie, Jurispr. 1974, blz. 709), en de conclusie van Sir Gordon Slynn in de zaak Duitsland/Commissie (arrest van 20 maart 1984, zaak 84/82, Jurispr. 1984, blz. 1451, 1501) en in de gevoegde zaken Nederland en Leeuwarder Papierwarenfabriek (reeds aangehaald in voetnoot 24).

port, waarin de deskundigen eenzijdig van de door het Hof gevraagde „kostprijs"-analyse van de ingevolge de leveringsvoorwaarden overeenkomstig het F-tarief gesteld gerealiseerde besparingen zijn overgegaan naar een „economische" of „marktprijs"-analyse van de beslissingen inzake de prijzen als antwoord op de marktcondities. Zij stelt, dat de bevindingen van de deskundigen al te onzeker en hypothetisch waren, daar zij op zeer weinig concrete bewijzen steunden.

81. De Commissie brengt daartegen in, dat zij mocht steunen op de „marktprijs"-analyse in het deskundigenrapport, waarnaar het Hof indirect in de zaak CdF Chimie AZF heeft verwezen. [59] Zij voegt daaraan toe, dat zij haar conclusie mede heeft gebaseerd op bewijzen die zij zelf in de loop van haar onderzoek had verkregen, welke bewijzen betrekking hadden op de moeilijkheden in de ammoniakindustrie en op het verband tussen de kostprijs van het gas en die van de ammoniakproduktie.

82. Anders dan de Belgische regering meent, denk ik niet dat het loutere feit dat de Commissie zich op het deskundigenrapport beroept, waarvan sommige conclusies eerder speculatief zijn, op zich een reden voor nietigverklaring van de bestreden bekendmaking oplevert, daar de Commissie duidelijk heeft gepoogd de in dat rapport gemaakte analyse hard te maken.

83. Naast de gedetailleerde argumenten die reeds zijn besproken en afgewezen, voert de Belgische regering een feitelijk argument aan, namelijk de omstandigheid dat de schommelingen van de aardgas- en ammoniakprijs en de fluctuaties van de krachtens het F-tarief verleende kortingen niet synchroon verliepen. [60] Hierbij wil ik twee opmerkingen vooraf maken. In de eerste plaats betwist de Belgische regering uiteraard niet het beginsel, dat het om commerciële redenen gerechtvaardigd kan zijn dat overheidsondernemingen op de dreiging van dalende verkopen reageren met preferentiële tarieven voor bepaalde klanten; zij betwist alleen dat dit beginsel in casu is nageleefd. De feitelijke basis van een dergelijk argument moet grondig worden onderzocht. In de tweede plaats gaat het in casu om een systeem van kortingen dat gedurende een aantal jaren is toegepast, dus om de systematische naleving van het beginsel van de rechtvaardiging om commerciële redenen. De Commissie moet oordelen over de gevolgen van elk systeem van staatssteun. Mijns inziens dient het Hof het oordeel van de Commissie alleen dan wegens kennelijke beoordelingsfout te herzien, indien is aangetoond dat de betrokken maatregelen over de periode tijdens welke zij zijn toegepast, niet systematisch in overeenstemming zijn met de rechtvaardiging die ervoor wordt gegeven. Dat betekent niet dat een kortstondige onverenigbaarheid nooit determinerend kan zijn; wanneer een dergelijke

59 — Reeds aangehaald in voetnoot 5, r. o. 50.

60 — In het kader van een argument inzake rechtsdwaling werpt de Belgische regering ook een probleem van zowel feitelijke als juridische aard op betreffende de kosten van de substitutie van de aankopen van ammoniak voor de ammoniakproducenten, waarop ik hierna zal ingaan.

tekortkoming echter geringe gevolgen heeft (in de context van het gehele systeem), of indien er in de omstandigheden van de zaak een plausibele verklaring voor is te vinden, dient het Hof het oordeel van de Commissie niet te herzien.

84. In haar memories vermeldt de Commissie twee tabellen. De ene bevat een vergelijking tussen de inkoopprijs van ingevoerde ammoniak in West-Europa en de kostprijs van gas [61] voor de eigen ammoniakproduktie tussen 1984 en 1991. De andere vermeldt het niveau van het Nederlandse industriële gastarief (E-tarief), de korting van het F-tarief en de prijs per ton ammoniak in dezelfde periode. [62] Ter terechtzitting stelde de gemachtigde van de Belgische regering, dat die tabellen aantoonden dat het F-tarief geen commercieel antwoord op de marktcondities was. Hij betoogde, dat bij wijlen de maximale korting aan de Nederlandse ammoniakproducenten was verleend toen de prijs van de ingevoerde concurrerende ammoniak hoog was, terwijl op andere ogenblikken, toen de ammoniakprijzen laag waren, een kleinere korting was verleend. [63] De gemachtigde van de Commissie antwoordde, dat de korting van het F-tarief steeds had geschommeld, niet op basis van de absolute ammoniakprijs, maar ten aanzien van de *relatieve* prijzen van het industriële gas en de ingevoerde ammoniak. Daarbij mag niet uit het oog worden verloren, dat de gasprijs het sterkst wordt beïnvloed door de concurrerende energiebronnen, namelijk de olieprodukten.

85. De Nederlandse ammoniakproducenten ontvingen inderdaad de maximale korting van het F-tarief, namelijk 5 cent/m^3, in 1984 en tijdens de eerste helft van 1985, toen de ammoniakprijs zijn hoogste peil van de periode 1983-1991 bereikte (op een bepaald ogenblik was hij ongeveer drie maal zo hoog als de laagste prijs tijdens die periode). Dit was echter eveneens de periode tijdens welke de gasprijs het hoogst was, wat pleit voor het argument van de Commissie. De kwestie mag echter niet worden beoordeeld enkel voortgaande op de indruk die de cijfers wekken; het argument van de Belgische regering verdient een preciezer onderzoek, ook al is dit eerder technisch.

86. Indien ik de cijfers betreffende de overeenkomstig het F-tarief verleende kortingen naast de eerste tabel leg, die de relatieve gas- en ammoniakprijzen weergeeft, dan stel ik vast dat de periodes tijdens welke de kostprijs van het gas voor de Europese ammoniakproducenten daadwerkelijk hoger was dan de prijs van ingevoerde ammoniak, die waren tijdens welke de maximale korting is toegepast [64], of die tijdens welke de korting is verhoogd. [65]

61 — Dus het aandeel van het voor de produktie van ammoniak gebruikte gas in de eindprijs van de ammoniak.

62 — Bijlage I bevat een verkorte versie van deze tabel, met bijkomende gegevens over de verhouding tussen de ammoniak- en de gasprijzen.

63 — De gemachtigde van de Belgische regering verwees met name naar de periode van het laatste kwartaal van 1983 tot het tweede kwartaal van 1985, naar de eerste helft van 1987, naar het eerste kwartaal van 1989, naar het derde kwartaal van 1990 en naar het gehele jaar 1991.

64 — Van het tweede kwartaal van 1985 tot medio 1986.

65 — Van medio 1989 tot medio 1990, toen de korting van 2 tot 2,5 en vervolgens tot 3,5 cent/m^3 steeg, om daarna tijdens het iets minder moeilijke derde kwartaal van 1990 te dalen tot 2,85 cent; nadien is de korting ten gevolge van de scherpe concurrentie opnieuw gestegen tot 3,27 cent in 1991.

87. Voor sommige periodes kan men zich wel afvragen, of de korting noodzakelijk was. [66] Deze periodes stemmen slechts ten dele overeen met de periodes die de Belgische regering vermeldt, omdat tijdens sommige door België's gemachtigde aangehaalde periodes tijdens welke de ammoniakprijzen hoog waren, nagenoeg tegelijkertijd de gasprijzen (en soms op onevenredige wijze) stegen [67], wegens de stabiliteit of progressieve stijging van de gasprijzen terwijl de hoge ammoniakprijzen begonnen te dalen [68], of wegens grosso modo gelijke dalingen van de hoge prijzen van zowel gas als ammoniak, waardoor het algemene evenwicht grotendeels behouden bleef. [69]

88. Het feit alleen dat de kostprijs van het gas voor de Europese ammoniakproducenten bij wijlen lager was dan de kostprijs van ingevoerde ammoniak, betekent echter niet automatisch, dat de kortingen moeten worden veroordeeld omdat zij tijdens die periodes ongerechtvaardigd waren; het gas maakt weliswaar het grootste deel van de kostprijs van de ammoniakproduktie uit, doch ook met de andere produktiekosten (10 tot 25 % van de totale kostprijs) [70] moet rekening worden gehouden.

89. Voorts verschaft ook een eenvoudige berekening op basis van de cijfers in de tweede tabel van de Commissie opheldering, namelijk de berekening van de verhouding tussen de prijs per ton ammoniak en de gasprijs per m^3 tegen het F-tarief. [71] Op basis van de aan het Hof overgelegde documenten kan onmogelijk worden uitgemaakt welke verhouding het break-even point voor de Europese ammoniakproducenten vormde. Dat hangt er uiteraard van af, hoe efficiënt de ondernemingen het gas in het produktieproces gebruiken. Tegelijkertijd is het duidelijk, dat hoe groter die verhouding was, hoe beter de positie van de Europese producent was.

90. Met de hypothese voor de ogen dat de beslissingen over de gasprijzen de ammoniakprijzen volgden (voor zover zij volgens de Commissie daarop een antwoord waren), valt op te merken, dat de korting overeenkomstig het F-tarief een dalende tendens vertoonde toen vorenbedoelde verhouding steeg, behalve toen op een stijging haast onmiddellijk, en vóór Gasunie kon reageren, een daling van de ammoniakprijzen volgde. Dit was bij voorbeeld het geval bij de verlaging, in het derde kwartaal van 1986, van de korting van 5 tot 2,5 cent/m^3, toen de gasprijs sneller daalde dan de ammoniakprijs, zodat zelfs met een kleinere korting een gunstiger verhouding werd bereikt. Omgekeerd diende de korting te stijgen toen de verhouding in de jaren 1989-1990 ongunstig was, doordat de gasprijs steeg terwijl de ammoniakprijs daalde. Dit verklaart dat de korting in het tweede kwartaal van 1989 van 2 tot 2,5 cent/m^3 is gestegen, ook al was op dat ogen-

66 — 1984 en het eerste kwartaal van 1985, het eerste kwartaal van 1987, het eerste kwartaal van 1989, en het laatste kwartaal van 1990.

67 — Tweede kwartaal van 1985 en eerste kwartaal van 1991.

68 — Tweede kwartaal van 1987.

69 — Tweede kwartaal van 1991.

70 — Zie voetnoot 6 hierboven.

71 — Zie bijlage I voor het resultaat van deze berekening.

blik de verhouding tussen de ammoniak- en de gasprijs de gunstigste van de gehele toepassingsperiode van het F-tarief tijdens het voorgaande kwartaal.

91. De enige periode tijdens welke niet meteen duidelijk is dat Gasunie op de markt reageerde, is het jaar 1984. Blijkens de door de Commissie overgelegde prijzen waren zowel 1983 als 1985 zeer moeilijke jaren voor de Europese ammoniakproducenten, doch de maximale korting van 5 cent/m^3 is ook in 1984 toegepast, toen de verhouding tussen de gas- en ammoniakprijzen vrij hoog was. Het is mogelijk dat zelfs deze relatief gunstige situatie (vergeleken met de crisissituatie van 1983 en 1985) nog steeds grote problemen opleverde voor de Nederlandse en de communautaire ammoniakproducenten, zodat ook in dat jaar de maximale korting gerechtvaardigd was. België heeft niet het omgekeerde aangetoond, en 1984 was juist het jaar waarin de Sovjet-export enorm steeg. Zelfs indien de omvang van de korting in 1984 niet te rechtvaardigen was op grond van de zoëven besproken criteria (een mogelijkheid die ik slechts als hypothese opper), moet echter met twee overwegingen rekening worden gehouden: in de eerste plaats de aanpassingsproblemen die zich voordoen wanneer een nieuw prijsbepalingssysteem wordt toegepast, wat bepaalde vertragingen kan verklaren [72], en, in de tweede plaats, het feit dat de door Gasunie verleende korting in de loop van de rest van het decennium steeds elastischer is geworden, als antwoord op de gewijzigde marktcondities. Men kan dus zeggen, dat het prijsbepalingssysteem van het F-tarief in het algemeen en systematisch gerechtvaardigd was om commerciële redenen, ook al hebben zich enkele occasionele aanpassingsproblemen voorgedaan. Tot die conclusie is de Commissie gekomen in het kader van de ruime bevoegdheid die zij heeft ter zake van de beoordeling van de werking in de tijd van een uitzonderlijk ingewikkeld geheel van marktkrachten. Men kan dus niet zeggen dat het prijsbepalingssysteem van het F-tarief kennelijk niet beantwoordde aan de situatie op de gas- en ammoniakmarkten. De omgekeerde stelling van de Belgische regering moet dus worden afgewezen.

72 — Terloops zij opgemerkt, dat België ook van een vertraging heeft geprofiteerd, daar de defensieve tranche ook tijdens het derde kwartaal van 1986 is toegepast, nadat de korting van het F-tarief in Nederland was gehalveerd.

II — *Rechtsdwaling bij de uitlegging van artikel 92 van het Verdrag*

92. In het kader van dit middel voert de Belgische regering vijf verschillende argumenten aan, op grond waarvan haars inziens de bestreden bekendmaking moet worden nietigverklaard.

i) De lagere gasprijs in andere landen

93. In de achtste alinea, derde streepje, van de bekendmaking stelt de Commissie, dat ammoniakproducenten veel gunstiger voor-

waarden konden bedingen met gasdistributiebedrijven in Italië, het Verenigd Koninkrijk en Ierland dan in Nederland, België en Frankrijk. De Belgische regering betoogt, dat het in strijd is met het standpunt van het Hof in het arrest Steinike & Weinlig [73] om het F-tarief te rechtvaardigen door te verwijzen naar dergelijke contractuele regelingen in andere Lid-Staten. Volgens dit arrest kan een Lid-Staat zich niet ter rechtvaardiging van een schending van artikel 92 van het Verdrag beroepen op het feit dat andere Lid-Staten die bepaling evenmin naleven. Bovendien zou de Commissie de specifieke situatie op de aardgas- en ammoniakmarkten in Italië, het Verenigd Koninkrijk en Ierland niet hebben onderzocht.

94. De Commissie antwoordt daarop, dat zij nooit heeft gesuggereerd dat de gunstige gasleveringscontracten die de ammoniakindustrie in die landen konden sluiten, staatssteun opleverden, noch dat het F-tarief om die reden gerechtvaardigd was. In haar bekendmaking heeft zij immers opgemerkt, dat haars inziens die contracten om commerciële redenen gerechtvaardigd waren. Wat de specifieke marktcondities in die landen betreft, zijn het niet de oorzaken van de lagere gasprijzen, maar veeleer — zoals bij de hierboven genoemde landen (de Verenigde Staten, Trinidad en Tobago enz.) — de gevolgen daarvan voor de relatieve mededingingspositie van de Nederlandse ammoniakproducenten, die relevant zijn. Bijgevolg moet het argument van de Belgische regering worden afgewezen.

ii) De verschillende stadia van het produktieproces

95. In de achttiende alinea van de bekendmaking citeert de Commissie als volgt uit het door het Hof in de zaak CdF Chimie AZF gevraagde deskundigenrapport: „wanneer aardgas wordt gebruikt als grondstof in een industrieel proces en de prijs van deze grondstof een fundamentele rol vervult bij het vaststellen van de kosten van het eindprodukt, [is] niet alleen de prijs van de substitutiegrondstoffen (of alternatieve produktieprocessen) belangrijk (...) bij het vaststellen van de marktprijs van de grondstof, maar [vervult] (...) ook de verkoopprijs van de eindprodukten een belangrijke rol (...)". De Belgische regering betoogt, dat dit in strijd is met het standpunt van het Hof in de zaak United Brands [74], namelijk dat „het spel van vraag en aanbod naar zijn aard enkel invloed mag hebben in de handelsfase waarin het zich werkelijk manifesteert". Zij stelt, dat de Commissie het F-tarief van Gasunie niet mag onderzoeken in het licht van de prijzenconcurrentie tussen Nederlandse, Europese en andere ondernemingen op een andere markt, namelijk de ammoniakmarkt, die een andere handels- en produktiefase betreft dan de markt voor aardgas dat bij de ammoniakproduktie wordt gebruikt.

96. De Belgische regering en de Commissie hebben over en weer geargumenteerd over de vraag, of een dictum van een arrest betref-

73 — Arrest van 22 maart 1977 (zaak 78/76, Steinike & Weinlig, Jurispr. 1977, blz. 595, r. o. 24).

74 — Arrest van 14 februari 1978 (zaak 27/76, Jurispr. 1978, blz. 207, r. o. 229).

fende artikel 86 van het Verdrag kan worden toegepast op een besluit inzake staatssteun. Mijns inziens is het duidelijk, dat de redenering van de door de Belgische regering aangehaalde passage uitgebreid kan worden tot staatssteun. Indien een overheidsonderneming op haar markt in wezen beschermd zou zijn tegen de negatieve gevolgen van de tegenslagen die haar klanten op hun markten ondergaan, zouden gunstprijzen voor haar zwakkere klanten niet om commerciële redenen gerechtvaardigd zijn, en dus bij artikel 92 van het Verdrag verboden staatssteun kunnen opleveren.

97. De omstandigheden in de zaak United Brands waren evenwel verschillend van die in de onderhavige zaak. In de zaak United Brands heeft het Hof geen algemeen rechtsbeginsel neergelegd, tenzij dan het evidente beginsel dat bij de beoordeling van de gevolgen van een bepaald gedrag op de markten moet worden nagegaan, of er daadwerkelijk sprake is van vraag naar en aanbod van verschillende produkten.

98. In de onderhavige zaak heeft het onderzoek van de Commissie betrekking op de vraag, in welke mate Gasunie blootgesteld was aan de risico's die haar klanten (de ammoniakproducenten) liepen op de markt die, gerelateerd aan de produktieketen, volgt op de aardgasmarkt, namelijk de ammoniakmarkt. De Commissie heeft vastgesteld, dat er in werkelijkheid een sterke kruislingse elasticiteit van de vraag bij de producenten van stikstofhoudende kunstmest (die tegelijkertijd ammoniakproducenten konden zijn) bestond tussen hun eigen ammoniakproduktie en ingevoerde ammoniak. Zij verkiezen ammoniak in te voeren, wanneer dat nodig is om hun concurrentiepositie op de markt van stikstofhoudende kunstmest te handhaven, wat op zijn beurt serieuze gevolgen zou hebben voor Gasunie's verkopen aan de ammoniakproducenten. Om het met de woorden van het arrest United Brands te zeggen, met betrekking tot ammoniak manifesteerde het spel van vraag en aanbod zich dus werkelijk op de gasmarkt, en kon het dus zeer wel van invloed zijn op het beleid van degenen die op die markt actief waren. In haar onderzoek inzake staatssteun heeft de Commissie dus terecht rekening gehouden met de banden tussen die twee marktfasen. Derhalve moet het argument van de Belgische regering worden afgewezen.

iii) De substitutiekosten

99. De Belgische regering betoogt, dat de Commissie in haar motivering geen rekening heeft gehouden met de kosten die de producenten van stikstofhoudende kunstmest dienden te maken om van de eigen ammoniakproduktie over te schakelen op de aankoop van ingevoerde ammoniak. Zoals hierboven gezegd, oordeelde het Hof in het arrest Van der Kooy, dat preferentiële gastarieven (voor de verwarming in de Nederlandse tuinbouw) objectief gerechtvaardigd konden zijn om economische redenen, zoals de noodzaak om de concurrentie van andere energiebronnen op dezelfde markt tegen te gaan, waarvan de prijs concurrerend was. Het Hof vervolgde: „Om te beoordelen of zulk een concurrentie zich werkelijk voordoet, moet niet enkel rekening worden gehouden met het respectieve prijspeil, maar ook met de noodzakelijke kosten van omschakeling op een andere

energiebron, zoals de vervangings- en afschrijvingskosten van de stookinstallatie." [75]

100. Het is juist, dat de Commissie in haar bekendmaking niet van die omschakelingskosten spreekt, waar zij (bij voorbeeld in de eenentwintigste alinea) naar de keuze verwijst die de producenten van stikstofhoudende kunstmest hebben, namelijk zelf ammoniak produceren of ingevoerde ammoniak kopen. De Commissie stelt, dat zij naar behoren heeft aangetoond dat er een werkelijke concurrentie bestond tussen (in de nationale ammoniakproduktie gebruikt) gas en ingevoerde ammoniak. Zij stelt, dat de substitutiekosten verwaarloosbaar waren, daar de producenten van stikstofhoudende kunstmest hun installaties niet behoefden om te bouwen, doch enkel een produktiefase moesten opgeven, wat slechts marginale kosten kon meebrengen. Dit lijkt het geval te zijn. Bijgevolg moet het argument van de Belgische regering worden afgewezen.

iv) Afzien van winst

101. Volgens de Belgische regering had de Commissie moeten nagaan, of Gasunie ten gevolge van de toepassing van het F-tarief van mogelijke winsten had afgezien, ongeacht de winsten die zij tijdens de relevante periode is blijven maken, en heeft zij dat niet gedaan. Voorts stelt de Belgische regering, dat zo het F-tarief dan al om commerciële redenen gerechtvaardigd is, dit niet wegneemt dat het een op politieke beweegredenen berustend middel is om de Nederlandse ammoniakindustrie te bevoordelen. Zij voert echter geen bewijzen of nieuwe middelen aan ten opzichte van die welke ik hierboven sub I, ix) zeer in detail heb onderzocht, en ik heb reeds gezegd wat mijns inziens een correcte benadering van politieke motieven is. [76] Hierboven heb ik de argumenten van de Belgische regering afgewezen, en het lijkt mij niet noodzakelijk er verder op in te gaan.

v) Het specifieke karakter van het F-tarief

102. Volgens de Belgische regering is het tegenstrijdig, dat de toepassingsvoorwaarden van het F-tarief objectief waren, terwijl dit tarief niettemin was opgevat als een sectorieel tarief, dat bedoeld was om Gasunie's klanten in de ammoniakindustrie te helpen. De Belgische regering is van oordeel, dat de Commissie deze tegenstrijdigheid diende te verklaren.

75 — Reeds aangehaald in voetnoot 4, r. o. 30; gedeeltelijk geciteerd in punt 77 hierboven.

76 — Zie punt 78 hierboven.

103. De Commissie antwoordt, dat een speciale prijs voor de ammoniakindustrie gerechtvaardigd was, omdat andere industrieen, die niet even sterk door concurrenten in derde landen werden bedreigd, dat voordeel niet nodig hadden; was het hun wel verleend, dan zou dat onrechtmatig zijn geweest. Dit argument strookt met de algemene redenering van de Commissie, maar beantwoordt niet rechtstreeks het argument van de Belgische regering, namelijk dat het (thans) erkende sectoriële karakter van het F-tarief niet uitdrukkelijk erkend was, doch verborgen ging achter zogenaamd neutrale, objectieve voorwaarden betreffende volume, onderbreekbaarheid, enzovoort.

104. De beste uitleg over de toepassingsvoorwaarden van het F-tarief, en die zich verdraagt met de redenering van de Commissie, is wellicht te vinden in het deskundigenrapport:

„If the tradition of the market prevents it, or because of publicly posted prices, it may not be possible to conduct a full price differentiation policy. In that case a block tariff system may be applied, as it is the case in the present Dutch pricing system. The block in the tariff system shall in that case be defined in such a way, that the gas company optimizes its revenue, coming as close as possible to the price differentiation situation. ... Posted prices can be combined with marginal cost related prices. In that case rebates or extra charges shall take into account the special conditions related tot the delivery to certain customers [e. g. load factor, quantity, distance, seasonality]. ... However, these special conditions and rebates/extra charges can also serve as an indirect way to conduct price differentiation policy, although argued on a marginal cost basis." [77]

105. In Nederland gelden in de regel openbare tarieven voor de gasverkoop, in tegenstelling tot bij voorbeeld in Duitsland, waar een volledige differentiatie van de prijzen wordt nagestreefd door middel van onderhandelingen over geïndividualiseerde contracten met de belangrijkste klanten. Binnen het keurslijf van de Nederlandse markt kon Gasunie trachten die situatie zo goed als mogelijk te benaderen, door een tarief te publiceren met daaraan gekoppeld objectieve voorwaarden die op de ammoniakindustrie waren toegesneden.

106. Ik denk niet, dat het niet-geven van die, of van enige andere verklaring die de Commissie had kunnen geven, tot nietigverklaring van de bestreden bekendmaking wegens onjuiste uitlegging van artikel 92 van het Verdrag moet leiden. In elk geval heeft de Commissie in de mededeling waarmee zij het onderzoek naar het karakter van staatssteun van het F-tarief heeft heropend en waarin zij de belanghebbende partijen verzocht hun opmerkingen kenbaar te maken, gesteld dat

77 — Blz. 57-58 van het rapport.

het F-tarief in wezen een sectorieel karakter had [78]; dat volgde op zijn beurt uit de conclusie waartoe het Hof in de zaak CdF Chimie AZF was gekomen. [79] Had de Commissie het standpunt verdedigd dat het F-tarief *niet* sectorieel was (zoals zij in de zaak CdF Chimie AZF heeft gedaan) [80], dan had zij de tegenstrijdigheid tussen de ogenschijnlijk neutrale toepassingsvoorwaarden van het F-tarief en de ware uitwerking ervan, namelijk een voordeel dat nagenoeg uitsluitend aan de ammoniaksector werd verleend, moeten rechtvaardigen. Nu zij heeft erkend dat het F-tarief een sectorieel karakter had, dat echter gerechtvaardigd was uit hoofde van overwegingen die specifiek zijn voor de betrokken sector, diende de Commissie niet verder op het probleem in te gaan. Het is uiteraard zo, dat wanneer de schijn anders is dan de realiteit, bij de onderzoeker vermoedens rijzen, doch wanneer de realiteit op een voor de onderzoeker (en voor het Hof dat zijn beslissing controleert) bevredigende wijze wordt verklaard en gerechtvaardigd, vervallen die aanvankelijke — natuurlijke — vermoedens.

III — *Nietigverklaring wegens gebrek aan motivering*

107. De Belgische regering betoogt, dat de motivering van de bestreden bekendmaking niet voldoet aan de vereisten van artikel 190 van het Verdrag, daar zij onbegrijpelijk en ontoereikend is. Het is vaste rechtspraak van het Hof, dat de Commissie haar besluiten moet staven met een — eventueel bondige — vermelding van de voornaamste punten in feite en in rechte, die duidelijk en relevant is en die de belanghebbende partijen en het Hof in staat stelt de motivering van het betrokken besluit te begrijpen. [81] De verplichting van de Commissie dienaangaande reikt evenwel niet tot in het oneindige. In het arrest Remia oordeelde het Hof, dat

„de Commissie krachtens artikel 190 EEG-Verdrag weliswaar de feitelijke elementen waarvan de rechtvaardiging van de beslissing afhangt en de overwegingen rechtens die haar tot het nemen van die beslissing hebben geleid, moet vermelden, doch dat deze bepaling niet voorschrijft dat de Commissie moet ingaan op alle punten feitelijk en rechtens die tijdens de administratieve procedure zijn behandeld. De motivering van een bezwarend besluit moet het Hof in staat stellen de wettigheid ervan na te gaan en moet de betrokkene de noodzakelijke aanwijzingen bieden om te weten of de beslissing al dan niet gegrond is." [82]

De verklaring over het belang van het Hof en van de benadeelde partijen in de motivering van de Commissie legt laatstgenoemde

78 — Reeds aangehaald in voetnoot 10.

79 — Reeds aangehaald in voetnoot 5, r. o. 22 en 23.

80 — Zie r. o. 20 van het arrest; en het rapport ter terechtzitting sub III. B. a), blz. I-3087 en I-3088.

81 — Arresten van 4 juli 1963 (zaak 24/62, Duitsland/Commissie, Jurispr. 1963, blz. 135, 149) en 11 juli 1985 (zaak 42/84, Remia, Jurispr. 1985, blz. 2545, r. o. 26); arrest Leeuwarder Papierwarenfabriek, reeds aangehaald in voetnoot 24, r. o. 19; arrest van 22 januari 1986 (zaak 250/84, Eridania, Jurispr. 1986, blz. 117, r. o. 37-38); arrest Van der Kooy, reeds aangehaald in voetnoot 4, r. o. 71, en arrest van 18 september 1992 (zaak T-24/90, Automec, Jurispr. 1992, blz. II-2223, r. o. 85).

82 — Reeds aangehaald in voetnoot 81, r. o. 26. Zie ook arrest van 9 november 1983 (zaak 322/81, Michelin, Jurispr. 1983, blz. 3461, r. o. 14), en arrest VBVB en VBBB, reeds aangehaald in voetnoot 27, r. o. 22.

een verplichting op, doch stelt tevens impliciete grenzen aan die verplichting: de Commissie is niet verplicht in haar besluiten evidente, incidentele of onduidelijke punten te vermelden, wanneer die irrelevant zijn voor de wettigheidstoetsing. Ook dient het besluit slechts voldoende details te bevatten om het Hof en de particulieren in te lichten over de motivering van de Commissie; deze gegevens kunnen in het kader van de uitwisseling van bewijsstukken en argumenten tijdens een nietigverklaringsprocedure worden gepreciseerd.

108. Met betrekking tot het gebrek aan motivering voert de Belgische regering vier argumenten aan. In de eerste plaats geeft de Commissie in de bekendmaking geen beschrijving van het F-tarief en van de toepassingsvoorwaarden ervan. In casu kan dat moeilijk betekenen dat de bekendmaking onvoldoende gemotiveerd is. Deze details, en ook de constatatie dat het F-tarief een sectorieel karakter had, zijn vermeld in 's Hofs arrest in de zaak CdF Chimie AZF en in de mededeling van de Commissie waarbij zij het onderzoek naar staatssteun heropende en de belanghebbende partijen verzocht hun opmerkingen in te dienen. In de bekendmaking verwijst de Commissie zowel naar vorenbedoeld arrest van het Hof als naar de mededeling. Bijgevolg kunnen noch het Hof, noch de belanghebbende partijen zeggen, dat hun belangrijke gegevens over het tarief zijn ontzegd. Op dit punt is er dus geen sprake van gebrek aan motivering.

109. Het tweede argument van de Belgische regering is van dezelfde aard als het eerste: haars inziens is de bekendmaking ontoereikend gemotiveerd, omdat er niet in is vermeld, dat de korting van het F-tarief op het E-tarief na 1984 een variabele korting is geworden. Dit argument is te zien als een ontwikkeling van het eerste, veeleer dan als een nieuw (en ontoelaatbaar) middel, wat de Commissie stelt. [83] Het faalt evenwel om dezelfde reden als het eerste: zowel in de conclusie van advocaat-generaal Mischo in de zaak CdF Chimie AZF [84] als in de mededeling van de Commissie waarbij zij krachtens artikel 93, lid 2, van het Verdrag het onderzoek heeft heropend, wordt het F-tarief als een variabele korting beschreven.

110. In de derde plaats betoogt de Belgische regering, dat de Commissie niet heeft uitgelegd, hoe een tarief waarvoor bepaalde objectieve voorwaarden golden, kon worden gerechtvaardigd door te verwijzen naar de concurrentie tussen gas en ammoniak. In feite is dit hetzelfde argument als dat wat hierboven onder het punt betreffende de onjuiste uitlegging van artikel 92 van het Verdrag is besproken onder de titel „Het specifieke karakter van het F-tarief". Ook hier moet het worden afgewezen. De Commissie diende geen verklaring te geven voor dit specifieke aspect van het F-tarief, omdat het van geen invloed was op haar uiteindelijke bekendmaking.

83 — Zie de discussie hierboven betreffende artikel 42, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering.

84 — Reeds aangehaald in voetnoot 5, punt 51 van de onderhavige conclusie.

111. Ten slotte stelt de Belgische regering, dat de Commissie in de motivering van de bekendmaking geen rekening heeft gehouden met de omschakelingskosten die ten laste van de producenten vielen in geval van vervanging van hun eigen ammoniakproduktie door ingevoerde ammoniak. Ook dit is een argument dat reeds is aangevoerd tot staving van het middel betreffende de rechtsdwaling [85], en het moet weerom worden afgewezen.

Conclusie

112. De middelen die het Koninkrijk België aanvoert teneinde nietigverklaring van de in de onderhavige zaak bestreden bekendmaking te verkrijgen en die zijn ontleend aan kennelijk onjuiste beoordeling van de feiten, onjuiste uitlegging van artikel 92 van het Verdrag en gebrek aan motivering, moeten alle worden afgewezen. Ik concludeer dan ook, dat de op 29 december 1992 tot de overige Lid-Staten en andere belanghebbenden gerichte bekendmaking van de Commissie, waarbij zij de door haar overeenkomstig artikel 93, lid 2, van het Verdrag ingeleide procedure betreffende een preferentiële tariefregeling die door Nederland werd toegepast voor aardgasleveranties aan Nederlandse producenten van stikstofhoudende kunstmest beëindigde, niet behoeft te worden nietigverklaard.

113. Het Koninkrijk België dient in de kosten van de procedure te worden verwezen.

114. Het Koninkrijk der Nederlanden dient zijn eigen kosten te dragen.

85 — Zie de punten 99-100 hierboven.

Bijlage I

Jaar (in trimesters)	F-tarief (cent/m³)	Korting van F-tarief (cent/m³)	Verhouding ammoniak-prijs/ton: F-tarief	Ammoniakprijs (HFL/ton)
1984 1er	36 443	5 000	17,64	643
2e	37 823	5 000	15,94	603
3e	38 923	5 000	16,36	637
4e	39 522	5 000	16,57	655
1985 1er	41 140	5 000	17,81	733
2e	44 047	5 000	14,64	645
3e	42 350	5 000	12,8	542
4e	34 563	5 000	12,9	445
1986 1er	30 717	5 000	11,3	347
2e	24 859	5 000	11,5	288
3e	18 152	2 500	14	254
4e	12 692	2 500	18,9	240
1987 1er	13 848	2 500	20	278
2e	17 349	2 500	19	330
3e	18 516	2 500	14,9	275
4e	18 305	2 500	13,3	244
1988 1er	18 389	2 000	13	239
2e	15 974	2 000	15,25	244
3e	14 770	2 000	17,8	263
4e	14 637	2 000	17,9	262
1989 1er	14 522	2 000	22,9	332
2e	15 016	2 500	20,1	302
3e	17 5	2 500	12,2	214
4e	17 861	2 500	13	233
1990 1er	17 278	3 500	13,7	238
2e	17 765	3 500	12,7	227
3e	15 578	2 850	15,5	241
4e	16 314	2 000	16,7	273
1991 1er	18 502	3 270	13,9	257