FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT NIAL FENNELLY

föredraget den 28 september 1995 *

Innehåll

Inledning ..... I - 727

Bakgrund ..... I - 727

Den belgiska regeringens grunder ..... I - 732

I — Uppenbart oriktig bedömning av sakförhållandena ..... I - 733

i) Gränspriset ..... I - 738

ii) F-prisets karaktär av icke-offentligt pris och riktpris ..... I - 745

iii) Gasunies vinstmarginal ..... I - 747

iv) Gasunies kostnader ..... I - 748

v) Gasunies exportmarknader ..... I - 749

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

vii) Jämförbara marknader ..... I - 750

viii) Alternativa exportmöjligheter ..... I - 751

ix) F-prisets affärsmässiga motivering ..... I - 753

II — Felaktig rättstillämpning vid tolkningen av artikel 92 i fördraget ..... I - 758

i) Lägre gaspriser i andra länder ..... I - 758

ii) Olika led i produktionsprocessen ..... I - 759

iii) Substitutionskostnader ..... I - 760

iv) Avstående från vinst ..... I - 761

v) F-prisets specifika karaktär ..... I - 761

III — Ogiltigförklaring på grund av bristfällig motivering ..... I - 763

Förslag till avgörande ..... I - 765

Inledning

1. Detta mål gäller en talan av Konungariket Belgien om ogiltigförklaring av kommissionens beslut av den 29 december 1992 att avsluta det förfarande som hade inletts i enlighet med artikel 93.2 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen angående ett system med förmånspriser som gällde i Nederländerna för leveranser av naturgas till nederländska producenter av kvävehaltiga gödningsmedel. [1]

Bakgrund

2. Under mer än tio år har förhållandet mellan den nederländska gasleverantören Gasunie och den nederländska industrin för produktion av kvävehaltiga gödningsmedel varit föremål för berörda parters, medlemsstaters, kommissionens och domstolens intresse angående en fråga om statligt stöd. Naturgas är den huvudsakliga råvaran vid ammoniakproduktion och motsvarar 90 procent av kostnaden. Ammoniak är i sin tur basvara vid tillverkning av kvävehaltiga gödningsmedel. Gas motsvarar i själva verket 70 procent av produktionskostnaden. [2] Fram till 1980-talet framställde gemenskapens producenter av kvävehaltiga gödningsmedel i stor utsträckning sin egen ammoniak. [3] Gasunie har i praktiken monopol på leverans av gas i Nederländerna och på export av nederländsk gas. Den nederländska staten äger 50 procent av Gasunie, direkt (10 procent) och indirekt (40 procent, genom det statligt ägda Energie Beheer Nederland), och utser halva styrelsen, som bland annat har till uppgift att fastställa Gasunies priser. Dessutom skall Gasunies priser godkännas av den nederländska regeringen. I målet Van der Kooy m. fl. mot kommissionen [4] drog domstolen med ledning av detta ägandeförhållande och denna kontrollstruktur den slutsatsen att Gasunies priser fastställdes (i det fallet ett förmånspris för leverans av naturgas till trädgårdsodlare) genom den nederländska statens agerande och skulle anses som "stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel" enligt artikel 92 i fördraget.

3. Kommissionen inledde först förfarandet enligt artikel 93.2 i fördraget mot Nederländerna i oktober 1983. Enligt kommissionen erbjöd Gasunie, enligt den stödordning som då gällde, särskilda rabatter till nederländska ammoniakproducenter genom en prisstruktur med två nivåer, som resulterade i en

* Originalspråk: engelska.

1 — EGT nr C 344, s. 4 [vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå].

2 — Dessa andelar av den slutliga kostnaden för den berörda produkten, som angavs i beslutet, ändrades till 75 procent respektive 60 procent i kommissionens inlagor, med ledning av den gemensamma rapporten från kommissionen och Association européenne des producteurs d'engrais (EFMA), "L'industrie des engrais dans la CEE: situation et perspectives" (1991), som även berörs i punkt 12 nedan.

3 — I det omtvistade beslutet hänför man sig mest till situationen för producenter av kvävehaltigt gödningsmedel, och emellanåt till ammoniakproducenter, trots att det egentligen handlar om produktionskostnaden för ammoniak. På grund av den faktiska integreringen av de båda leden i produktionen, som det var den påstådda avsikten hos Gasunie att bevara, används begreppen "producent av kvävehaltigt gödningsmedel" och "ammoniakproducent" om vartannat i detta förslag (med företräde för det senare).

4 — Dom av den 2 februari 1988 (67/85, 68/85 och 70/85, Rec. s. 219, punkt 36— 38).

minskad kostnad för den naturgas som de använde som råvara. [5] Ammoniakindustrin fick betala ordinarie industripris för gas som skulle användas i produktion avsedd för försäljning på den europeiska gemensamma marknaden och ett väsentligt lägre pris för produktion avsedd för export till tredje länder. Under förfarandet lämnade kommissionen den 13 mars 1984 ett motiverat yttrande i vilket den fann att prisstrukturen utgjorde ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 92.1 i fördraget och inte kunde undantas med stöd av artikel 92.3.

4. Den nederländska regeringen informerade den 14 april 1984 kommissionen om att Gasunie hade upphört med det omtvistade priset och, med retroaktiv verkan från den 1 november 1983, hade tillfört ett nytt pris, "F-priset", till prisstrukturen för industrin, vilket är föremål för förevarande talan. F-priset erbjöds mycket stora industriförbrukare som var etablerade i Nederländerna, med undantag för industriförbrukare inom energiindustrin (och, som kommer att framgå, huvudsakligen ammoniaksektorn), under förutsättning att de

a) förbrukade minst 600 miljoner m^3 gas per år,

b) hade en belastningsfaktor på minst 90 procent (det vill säga höll driften igång under minst 90 procent av tiden, så att en regelbunden förbrukning säkerställdes),

c) godtog avbrott helt eller delvis i leveranserna enligt Gasunies godtycke (med 12 timmars förvarning, där detta var möjligt) och

d) accepterade gasleveranser av varierande teknisk verkningsgrad.

Det nya F-priset fakturerades till E-priset, vilket gällde för kunder med en årlig gasförbrukning på 50—600 miljoner m^3, minskat med 5 nederländska cts/m^3. Det framgick senare att den minsta årliga förbrukning som krävdes för att erhålla F-priset uppgick till 500 miljoner m^3 och att rabatten som högst var 5 cts. Den faktiska rabatten kunde emellanåt gå ned till 2 cts/m^3. [6]

5. I anledning av det nya priset fortsatte kommissionen med sin undersökning. Den fann att priset innebar att Gasunie gjorde besparingar på leveranskostnader som

5 — Se generaladvokat Mischos förslag till avgörande i målet CdF Chimie AZF mot kommissionen, punkt 2 (dom av den 12 juli 1990, C-169/84, Rec. s. I-3083).

6 — Generaladvokat Mischo uppgav i punkt 51 i sitt förslag till avgörande i målet CdF Chimie mot kommissionen, nämnt ovan i fotnot 5, att rabatten minskade till 0,5 cts/m^3 från och med den 1 januari 1988, men detta motsägs av de prisuppgifter som kommissionen har lagt fram som bevisning i förevarande mål, i enlighet med vilka rabatten uppgick till 2 cts/m^3 hela det året.

uppgick till mer än en rabatt om 5 cts, huvudsakligen på grund av en kombination av stora kvantiteter och regelbundna leveranser. Kommissionen fann också att F-priset utgjorde en del av den allmänna prisstrukturen för gasförbrukare i Nederländerna, att det inte innebar någon diskriminering mellan sektorer och inte till någon del bestod av statligt stöd. Den beslutade därför den 17 april 1984 att avsluta förfarandet mot Nederländerna enligt artikel 93.2 i fördraget.

6. Detta beslut ifrågasattes i en talan om ogiltigförklaring, som väcktes av flera franska konkurrenter till de nederländska producenterna av kvävehaltiga gödningsmedel i målet CdF Chimie AZF mot kommissionen [7]. Domstolen gav tre sakkunniga på gasindustrin i uppdrag att utarbeta ett utlåtande (nedan kallat "sakkunnigutlåtandet"), på vilket domstolen baserade sig i fråga om sakförhållandena. I sakkunnigutlåtandet analyserades de besparingar som Gasunie hade gjort och som enligt kommissionen berodde på såväl de enskilda som sammantagna påstådda besparingarna i fråga om leveranskostnaderna. I samtliga fall fann de sakkunniga att kommissionen hade gjort en uppenbart oriktig bedömning:

— Den hade till ett fem gånger för högt belopp överskattat de besparingar som kunde förklaras av mängden förbrukad gas och belastningsfaktorn.

— Den hade förklarat att besparingar uppnåddes både genom att gasleveranser kunde avbrytas med kort varsel och genom att gas med en annan teknisk verkningsgrad kunde levereras, trots att inga av dessa omständigheter medförde någon ekonomisk fördel för Gasunie.

— Slutligen var det svårt att urskilja sammanlagda besparingar som översteg 0,5 cts/m^3 för faktorer som av kommissionen hade värderats till mer än 5 cts/m^3.

De sakkunniga rapporterade att F-prisrabatten förklarades av andra överväganden. Domstolen fann att kommissionen hade gjort en uppenbart oriktig bedömning och ogiltigförklarade dess beslut i dom av den 12 juli 1990.

7. Även om de besparingar i fråga om leveranserna som då åberopades för att motivera F-priset inte längre görs gällande, och kommissionen i det nu omtvistade beslutet har ersatt dem med helt andra grunder, är det ett faktum att domstolen redan har prövat F-priset i målet CdF Chimie AZF mot kommissionen. Två särskilda aspekter av domstolens dom kan noteras. Å ena sidan förkastade

7 — Nämnt ovan i fotnot 5. Denna dom i sakfrågan föregicks av en dom som avsåg talans upptagande till sakprövning, i vilket domstolen fann att de enskilda parterna berördes direkt och personligen av avgörandet (dom av den 28 januari 1986, Cofaz m. fl. mot kommissionen, 169/84, Rec. s. 391).

domstolen de franska sökandenas påstående om att F-priset var ett särskilt och hemligt pris som endast hade förhandlats fram konfidentiellt med nederländska producenter av kvävehaltiga gödningsmedel. Domstolen fann faktiskt att F-priset var "ett offentligt pris med offentliga och helt öppna villkor för erhållande" och att det var "tillgängligt för alla kunder som uppfyller de objektiva villkor som föreskrivs för dess tillämpning". [8] Å andra sidan godtog domstolen argumentet att F-priset framför allt var avsett att gälla för ammoniakproducenter och att den omständigheten att det gällde för ett enda företag utanför den sektorn inte undergrävde dess huvudsakligen sektoriella karaktär. [9]

8. Kommissionen återupptog förfarandet enligt artikel 93.2 i fördraget i januari 1992 och offentliggjorde ett meddelande i vilket den betonade de till synes neutrala objektiva villkoren för att erhålla F-priset och det faktum att det huvudsakligen hade åtnjutits av nederländska ammoniakproducenter. Den noterade också att rabatten varierade samt att 5 cts/m^3 endast utgjorde den högsta rabatten. [10]

9. Kommissionen fattade den 29 december 1992 ännu ett beslut (nedan kallat "beslutet") om att avsluta förfarandet. [11] Kommissionen stödde sig på sakkunnigutlåtandet, i enlighet med vilket det kunde finnas andra affärsmässiga skäl för F-priset, även om de påstådda besparingarna inte hade gjorts, nämligen att säkerställa att betydelsefulla naturgaskunder inte skulle behöva betala alltför höga priser som antingen skulle tvinga dem att upphöra med verksamheten eller att införskaffa ammoniak från annat håll. [12] Kommissionen uppgav följande:

"[V]ad beträffar Gasunies F-pris var syftet med detta att värja sig mot konkurrens på marknaden för kvävehaltiga gödningsmedel från ammoniak som framställdes i andra länder, framför allt länder utanför gemenskapen. En producent av kvävehaltiga gödningsmedel ... kan antingen själv framställa den ammoniak som behövs för att producera kvävehaltiga gödningsmedel eller köpa den av andra producenter. Om priset på den gas som används vid framställning av ammoniak är för högt, kommer han att om möjligt välja att köpa ammoniaken på annat håll och till ett pris som är lägre än självkostnadspriset för egen framställning. Detta var läget för gemenskapens ammoniakindustri under 1980-talet, och om Gasunie inte hade erbjudit nederländska producenter av kvävehaltiga gödningsmedel särskilda priser,

8 — Den i fotnot 5 ovan nämnda domen i målet CdF Chimie mot kommissionen, punkt 15.

9 — Den i fotnot 5 ovan nämnda domen i målet CdF Chimie mot kommissionen, punkt 22.

10 — EGT nr C 10, 1992, s. 3 [vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå].

11 — Nämnt i fotnot 1 ovan.

12 — Se sakkunnigutlåtandet, s. 68 och 71 i den franska versionen.

kunde dessa mycket väl på sikt ha stängt de ammoniakproducerande fabrikerna, införskaffat ammoniak utanför gemenskapen och ändå ha fortsatt att producera kvävehaltiga gödningsmedel." [13]

10. Det väsentliga i beslutet var att Gasunie behövde skydda mycket stora och sårbara gaskunder:

— vilka köpte 30 procent av dess industrigas vid en tidpunkt då Gasunie tappade andra marknader [14],

— vilka lätt kunde övergå till mycket billig importerad ammoniak (det fanns bevis på att så hade skett) [15],

— vilka i sin tur tappade marknadsandelar på den gemensamma marknaden för kvävehaltiga gödningsmedel till export från Österuropa [16],

— med ett pris som motsvarade lägre priser eller differentierad prissättning i andra medlemsstater [17],

— med ett pris som innebar att kostnaderna täcktes [18], så att vinster fortfarande kunde erhållas och större avkastning tryggas (vilket således skulle säkerställa en snabbare återbetalning av investeringar),

— och till ett pris som även indirekt var tillgängligt för ammoniakproducenter i andra medlemsstater som importerade gas från Nederländerna [19].

Kommissionen fann i) att F-priset var affärsmässigt motiverat, ii) att ammoniakproducenter i andra medlemsstater inte missgynnades och iii) att det uteblivna inkomstbortfallet visade att den nederländska staten inte hade handlat annorlunda än en vanlig

13 — Tjugoförsta stycket i beslutet.

14 — Andelen nederländsk gas som levererades till Frankrike sjönk från 31,2 procent år 1981 till 20,1 procent år 1982.

15 — I exempelvis Belgien år 1983. Ammoniakproducenter i USA, Venezuela, Trinidad, Tobago och Mellanöstern gynnades av de betydligt lägre gaspriserna i dessa länder.

16 — Under perioden 1981— 1987 mer än fördubblade dåvarande Sovjetunionen sin export, dåvarande DDR tredubblade sin export och Bulgarien ökade sin export med ungefär 50 procent.

17 — Till exempel i Italien, Förenade kungariket och Irland.

18 — Se diskussionen nedan om "netback"-systemet för prissättning.

19 — Se diskussionen nedan om gränspriset.

aktieägare. Slutsatserna i och iii avser i själva verket samma sak, men uttryckt på olika sätt. Frågan om kommissionens slutsatser i och ii (vilka jag anser ligga till huvudsaklig grund för beslutet) är beroende av varandra, är av viss betydelse och skall diskuteras vidare nedan.

11. Gasunie övergav år 1991 F-priset till förmån för ett särskilt prissystem för gas som användes som råvara i stället för energikälla. Det nya systemet godkändes av kommissionen under förutsättning att villkoren, och eventuella senare ändringar av dessa, utsträcktes till att gälla exportmarknader. [20] Kommissionen godkände senare en minskning av detta pris (på den nederländska marknaden och exportmarknader) på samma grunder som anförts i slutsats i i det omtvistade beslutet i förevarande mål, nämligen behovet av att under en period av ökad konkurrens från ammoniakproducenter utanför gemenskapen bemöta en potentiell förlust av en mycket betydande marknad. [21]

12. Konungariket Belgien väckte den 1 mars 1993 förevarande talan om ogiltigförklaring av beslutet. Genom beslut av den 30 juni 1993 tillät domstolens ordförande Konungariket Nederländerna att intervenera till stöd för kommissionen. Genom beslut av den 6 december 1993 biföll domstolen sökandens begäran om att kommissionen skulle utge kopior av sakkunnigutlåtandet och av en rapport från år 1991 som kommissionen och Association européenne des producteurs d'engrais (EFMA) upprättat tillsammans, med titeln "L'industrie des engrais dans la CEE: situation et perspectives".

Den belgiska regeringens grunder

13. Den belgiska regeringen har yrkat att beslutet skall ogiltigförklaras och att kommissionen skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Kommissionen har bestritt båda dessa yrkanden. Den belgiska regeringen har åberopat tre grunder till stöd för sin talan: att kommissionen har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning av sakförhållandena, att kommissionen har tolkat artikel 92 i fördraget felaktigt och att motiveringen av kommissionens beslut är bristfällig. Var och en av dessa grunder omfattar flera olika argument. Vissa argument som är relevanta för en grund har omformulerats som stöd för en annan grund. Det förefaller ändå vara bäst att pröva den belgiska regeringens grunder i tur och ordning och behandla eventuella överlappningar mellan dem efter hand som de framträder.

14. Kommissionen har åberopat artikel 42.2 i domstolens rättegångsregler till stöd för att

20 — Kommissionens meddelande av den 11 november 1992 om priset på naturgas som används som råvara i industrin (Nederländerna) (EGT nr C 340, s. 5 [vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå]).

21 — Kommissionens beslut av den 7 december 1993 (N 546/93 och N 595/93) om priset på naturgas som används som råvara i industrin (EGT nr C 35, 1994, s. 6 [vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå]).

inte behöva bemöta vissa argument, vilka den menar att den belgiska regeringen inte har åberopat (eller åtminstone inte har åberopat på ett begripligt sätt) förrän under den senare delen av det skriftliga förfarandet. Detta argument kommer att behandlas där det kommer upp vid genomgången av den belgiska regeringens grunder. [22]

I — Uppenbart oriktig bedömning av sakförhållandena

15. Den belgiska regeringen har under denna rubrik anfört nio olika argument, vilka kan kategoriseras i enlighet med deras relevans för de två huvudsakliga slutsatser som låg till grund för kommissionens beslut: i) att F-priset utgjorde ett normalt affärsmässigt svar från Gasunie på de svårigheter som dess betydelsefulla och sårbara kunder i den nederländska ammoniakindustrin stod inför och ii) att F-priset inte gynnade nederländska ammoniakproducenter i förhållande till ammoniakproducenter i andra medlemsstater. Samtliga argument utom de två första avser slutsats i.

16. Det är av betydelse att fastställa om det omtvistade beslutet är giltigt om det bara stöds av den ena av kommissionens två slutsatser, för det fall att den belgiska regeringens argument endast delvis godtas. Vid första påseendet synes de avse olika kriterier i artikel 92.1 i fördraget för att identifiera ett statligt stöd som är oförenligt med den gemensamma marknaden (även om ingen av dem uppges avse endast ett av dessa olika krav).

17. I artikel 92.1 i fördraget definieras förbjudet statligt stöd (med vissa undantag) i förhållande till ett antal kumulativa kriterier. En åtgärd skall

a) vara ett stöd av vilket slag som helst, det vill säga en förmån som ges utan vederlag eller i utbyte mot affärsmässigt otillräckliga vederlag,

b) ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel,

22 — Se diskussionen om den nederländska miljöskatten ("milieuheffing") och om kommissionens underlåtenhet att i beslutet ange att F-prisets rabatt varierade. Kommissionen har också på grund härav bestritt vissa av den belgiska regeringens argument i fråga om olika led i produktionsprocessen, men dessa argument ansågs i vart fall sakna relevans.

c) snedvrida eller hota att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, och

d) påverka handeln mellan medlemsstaterna.

18. Slutsats i i det omtvistade beslutet (som grundas på "affärsmässiga skäl") avser huruvida F-priset över huvud taget kan klassificeras som ett stöd. Domstolen har i sin fasta rättspraxis klargjort att det kan anses vara fråga om statligt stöd när statskontrollerade företag erbjuder förmånliga priser som gynnar vissa företag eller sektorer, men endast i fall där vinster som annars skulle kunna erhållas går förlorade. [23] I sådana fall frågar sig domstolen om en normal ekonomisk aktör skulle ha handlat på samma sätt. [24] Kommissionen försökte i förevarande fall att fastställa detta genom att åberopa ett antal överväganden — ammoniakindustrins svårigheter, dess betydelse för Gasunie, de vinster som fortfarande erhölls, återbetalning av gjorda investeringar, bristen på alternativa gasmarknader etc. — vilket resulterade i slutsats i.

19. Slutsats ii (som grundas på "gränspriset") kan i första hand härledas till det särskilda kravet enligt artikel 92.1 i fördraget att stöd som gynnar vissa företag eller produktionsområden skall vara sådant, för att vara oförenligt med den gemensamma marknaden, att det "snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen" och att det därigenom "påverkar handeln mellan medlemsstaterna". Kommissionen fann att "nederländska producenter av kvävehaltiga gödningsmedel inte erhöll någon fördel jämfört med deras konkurrenter i övriga medlemsstater genom att köpa gas till F-priset", eftersom Gasunie försåg franska, tyska och belgiska distributionsbolag med gas avsedd för produktion av kvävehaltiga gödningsmedel till "ett pris som benämndes gränspriset, vilket var mer eller mindre identiskt med F-priset" [25]. Om Gasunie erbjöd belgiska och andra ammoniakproducenter ett motsvarande pris på gas (i den utsträckning som en gasexportör kan påverka beslut om prissättning i andra medlemsstater) [26], skulle det inte snedvrida konkurrensen eller hota handeln mellan medlemsstaterna. Ett sådant pris skulle därför inte omfattas av förbudet enligt artikel 92.1 i fördraget, även om prisrabatten var ett stöd, det vill säga gavs av andra än normala affärsmässiga skäl.

20. Det är fullt möjligt att föreställa sig att ett förmånspris, på grund av industrins relativa storlek och svaga ställning i två stater, endast ges till ammoniakproducenter i den

23 — Se generaladvokat Verloren van Themaats förslag till avgörande i förenade målen Norddeutsches Vieh-und Fleischkontor Herbert Will m. fl., dom av den 13 oktober 1982, 213/81, 214/81 och 215/81, Rec. s. 3583, 3617, och den ovan i fotnot 4 nämnda domen i målet Van der Kooy m. fl. mot kommissionen, punkt 28—30.

24 — Se exempelvis den ovan i fotnot 4 nämnda domen i målet Van der Kooy m. fl. mot kommissionen, och dom av den 14 november 1984, Intermills mot kommissionen (323/82, Rec. s. 3809), och av den 13 mars 1985, Nederländerna och Leeuwarder Papierwarenfabriek mot kommissionen (296/82 och 318/82, Rec. s. 809).

25 — Åttonde stycket i beslutet, sjunde respektive femte strecksatsen.

26 — I Belgien beslutades prissättningen på gas hela tiden av distributionsbolaget Distrigaz och ett övervakande organ, Comité de contrôle.

ena medlemsstaten och inte till ammoniakproducenter i den andra. Detta skulle vara normal prisdifferentiering och en sådan prissättning skulle inte, även om den påverkade (som den måste) berörda företags relativa konkurrenslägen, utgöra stöd så länge som den var affärsmässigt motiverad. Kommissionens motivering grundad på affärsmässiga skäl skulle därmed vara styrkt. Å andra sidan kan, även om det vore otroligt, ett affärsmässigt omotiverat förmånspris (det vill säga ett stöd) utsträckas till att på lika villkor gälla ammoniakproducenter i hela gemenskapen utan att det innebär en överträdelse av artikel 92.1 i fördraget, eftersom det inte skulle föreligga något hot mot handeln eller konkurrensen inom den gemensamma marknaden.

21. I praktiken skulle således kommissionens båda skäl oberoende av varandra kunna ge stöd åt beslutet. Domstolen har slagit fast att i fråga om beviljande av ett undantag enligt artikel 85.3 i fördraget skall, då de olika villkoren för kommissionens beslut är samverkande eller alternativa, beslutet fastställas om bara ett av dessa villkor visar sig vara uppfyllt. [27] Omvänt är det logiskt att då villkoren för ett beslut följer på varandra eller är kumulativa, som de är vid prövningen av om det föreligger ett enligt artikel 92.1 i fördraget förbjudet statligt stöd, skall ett beslut som innebär att sådant stöd inte har konstaterats fastställas så snart som det är klart att bara ett av dessa villkor *inte* är uppfyllt.

22. Det kan dock bevisligen finnas ett samband mellan kommissionens båda teoretiskt sett oberoende slutsatser, det vill säga motiveringarna grundade på affärsmässiga skäl och gränspriset. Detta möjliga samband framhävs av det föga troliga fall som nämns i punkt 20 ovan att en medlemsstat skulle utsträcka ett affärsmässigt omotiverat förmånspris — ett stöd — till att omfatta företag i hela gemenskapen. Eftersom det inte är sannolikt att medlemsstater erbjuder stöd till företag i hela gemenskapen, skulle den omständigheten att Gasunie försåg ammoniakproducenter utanför Nederländerna med gas till ett pris som motsvarade F-priset kunna innebära att priset i fråga snarare utgjorde ett normalt svar på marknadens behov och affärsmässiga påtryckningar än ett politiskt motiverat stöd. Det är varken ett nödvändigt eller (vilket är oundvikligt) ett tillräckligt bevis på att det skulle vara affärsmässigt motiverat, men det är helt klart av indicievärde på ett område där det är svårt att närmare bestämma de affärsmässiga påtryckningarna.

23. Kommissionen intog den inställningen vid sammanträdet, även om den förmodligen tog till i överkant. Kommissionens ombud uppgav att motiveringarna som grundade sig på affärsmässiga skäl och gränspriset var på en gång nära sammanbundna och följde på varandra. För det fall att ***båda*** frågorna besvaras jakande, kan F-priset därför inte anses falla under artikel 92.1 i fördraget. Som

27 — Dom av den 17 januari 1984, VBVB och VBBB mot kommissionen (43/82 och 63/82, Rec. s. 19, punkt 61), av den 23 februari 1994, CB och Europay mot kommissionen (T-39/92 och T-40/92, Rec. s. II-49, punkt 110), och av den 15 juli 1994, Matra Hachette mot kommissionen (T-17/93, Rec. s. II-595, punkt 104).

svar på en fråga från domstolen förklarade kommissionen att de båda frågorna hängde ihop på grund av att om Gasunie inte hade råd att tappa den nederländska marknaden för kvävehaltiga gödningsmedel, kunde bolaget lika litet ha råd att tappa motsvarande belgiska marknad.

24. Detta är enligt min mening inte helt riktigt. Att ett liknande förmånspris utsträcks till andra medlemsstater tyder på att priset förmodligen är affärsmässigt. Att ett gränspris, som skulle göra det möjligt för belgiska distributionsbolag att i Belgien erbjuda ett pris som motsvarade F-priset, vägras innebär dock inte automatiskt att det nederländska priset inte är ett affärsmässigt svar på marknadsvillkoren, eftersom marknadsvillkoren kan skilja sig väsentligt i de båda länderna. Kommissionen misstog sig när den menade att det förelåg ett automatiskt samband mellan de båda. Dess första slutsats kan bevisligen vara en följd av den andra, men det omvända förhållandet är knappast möjligt. Prisets affärsmässiga karaktär i Nederländerna kan (på ett troligt sätt) visas genom att det även gäller i andra medlemsstater, men ett konstaterande av att priset är affärsmässigt leder inte oundvikligen till, eller beror på, att det konstateras att det finns en motsvarighet till gränspriset på gas avsedd för ammoniakproducenter i andra medlemsstater.

25. Kommissionens ombud medgav, vid besvarandet av en annan fråga från domstolen, att grunddragen i produktionen kan variera från land till land. Han påpekade dock att om kommissionen hade funnit att ammoniakproducenter i andra medlemsstater inte hade tillgång till gas till ett pris som motsvarade F-priset, skulle den ha varit tvungen att närmare utreda skälen för detta. Han påpekade också att det i beslutet i fråga om råvarupriset, som har ersatt F-priset, för kommissionens godkännande uttryckligen krävs att de nederländska priserna och exportpriserna motsvarar varandra (till synes oberoende av objektiva skillnader som kan föreligga mellan de olika marknaderna). [28]

26. Således har kommissionen klargjort att dess slutsats (även om den *teoretiskt* sett hade kunnat göras gällande självständigt) att F-priset var affärsmässigt motiverat *i själva verket* var beroende av dess slutsats om gränspriset. I detta fall förefaller det som om slutsatsen om gränspriset avser både möjligheten av att konkurrensen snedvrids och att handeln hotas samt den föregående frågan om det rör sig om statligt stöd. Det skulle således kullkasta de båda slutsatser som ligger till grund för beslutet, och därigenom beslutet i sig, om det visar sig att kommissionen har misstagit sig i fråga om gränspriset. Om å andra sidan motiveringen grundad på gränspriset godtogs, skulle beslutet kunna vara giltigt även om domstolen förkastar motiveringen grundad på affärsmässiga skäl av någon annan anledning, som endast avsåg marknadsvillkoren i Nederländerna. Jag har emellertid redan noterat att ett sådant

28 — Kommissionens meddelande av den 11 november 1992, nämnt ovan i fotnot 20, se även kommissionens beslut av den 7 december 1993, nämnt ovan i fotnot 21.

konstaterande inte är troligt, eftersom det förutsätter att en medlemsstat beviljar statligt stöd till producenter i andra medlemsstater.

27. Det är också nödvändigt att göra några inledande anmärkningar om bevisbördan och domstolens roll i en sådan talan om ogiltigförklaring som denna. Domstolen har inte någon befogenhet att fastställa att ett visst förfarande av en stat eller av en statskontrollerad myndighet eller ett statskontrollerat företag är ett statligt stöd som är förbjudet enligt artikel 92.1 i fördraget. Det är en uppgift som enligt artikel 93.2 i fördraget uteslutande har förbehållits kommissionen och (under vissa omständigheter) rådet. [29] En dom av domstolen som innebär att ett beslut enligt artikel 93.2 ogiltigförklaras kan få till följd att kommissionen (eller rådet) lämnas med få verkliga alternativ vid omprövningen av sitt ställningstagande, men det är en annan sak. Sökanden behöver därför inte bevisa att F-priset utgjorde ett statligt stöd.

28. Tillämpningen av systemet för statligt stöd i artiklarna 92 och 93 i fördraget innebär en prövning av komplicerade ekonomiska situationer, där åsikterna kan gå brett i sär. Kommissionen har därför anförtrotts ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning och domstolen har i sin rättspraxis klargjort att det inte är dess roll att göra en omprövning av kommissionens bedömning. Vid prövningen av om kommissionen har utövat sina beslutsbefogenheter lagenligt inom sådana områden, inskränker sig domstolen till att pröva om förfarandereglerna har iakttagits, om beslutet innebär en uppenbart felaktig rättstillämpning eller innehåller ett uppenbart sakfel, om det utgör maktmissbruk eller innebär att gränserna för kommissionens betydande utrymme för skönsmässig bedömning har överskridits. [30]

29. För att visa att kommissionen gjort sig skyldig till en sådan uppenbart oriktig bedömning av sakförhållandena som innebär att det omtvistade beslutet skall ogiltigförklaras, måste den belgiska regeringen övertyga domstolen om att beslutet antingen grundas på bedömningar av sakförhållanden som är objektivt och uppenbart felaktiga eller innebär att det från medgivna omständigheter drogs underordnade slutsatser om sakförhållandena som är objektivt och uppenbart felaktiga. [31] Sökanden åläggs en tung bevisbörda genom domstolens mycket bestämda ovilja att göra en omprövning av kommissionens bedömning i sakfrågor, vilka rätteligen kan bedömas olika. Det skall inför domstolen visas, med en rimlig grad av

29 — Se särskilt dom av den 17 september 1980, Philip Morris mot kommissionen (730/79, Rec. s. 2671, punkt 24), Intermills mot kommissionen, nämnd ovan i fotnot 24, och generaladvokat Mischos förslag till avgörande i målet CdF Chimie AZF mot kommissionen, nämnt ovan i fotnot 5, punkt 11.

30 — Se exempelvis dom av den 11 februari 1971, Rewe-Zentrale (37/70, Rec. s. 23), av den 14 mars 1973, Westzucker (57/72, Rec. s. 321, punkt 14), av den 20 oktober 1977, Roquette Frères (29/77, Rec. s. 1835, punkterna 19 och 20), av den 25 januari 1979, Racke (98/78, Rec. s. 69, punkt 5), av den 29 oktober 1980, Roquette Frères mot rådet (138/79, Rec. s. 3333, punkt 25), och av den 7 maj 1987, Nachi Fujikoshi mot rådet (255/84, Rec. s. 1861, punkt 21).

31 — Påståenden om sakfel av det sistnämnda slaget kan ofta omformuleras som påståenden om felaktig rättstillämpning, vilket har inträffat flera gånger i förevarande mål.

säkerhet [32], att kommissionen har bedömt omständigheterna felaktigt, vilket har fått till följd att dess slutsatser undergrävts.

30. Detta innebär inte att kommissionen helt enkelt i sådana fall skall vänta och se om sökanden kan åberopa tillräckliga bevis för att presumtionen om att kommissionen har bedömt omständigheterna riktigt skall upphävas. Domstolen har rätt till de bästa bevis som de båda parterna kan förete till stöd för sina motstridiga påståenden [33]. I förevarande mål, exempelvis, ställde domstolen en skriftlig fråga till den belgiska regeringen i anledning av en tabell som kommissionen hade inkommit med som bevisning, som rörde förhandlingsförfarandet för gränspriset.

i) Gränspriset

31. Den belgiska regeringen har anfört flera sammanhängande argument som avser gränspriset. Den hoppas kunna kullkasta kommissionens slutsats att F-priset inte gynnade nederländska ammoniakproducenter i förhållande till ammoniakproducenter i övriga medlemsstater. [34]

32 — Det är den grad av bevisning som förordas av generaladvokat Gand i hans förslag till avgörande i målet Acciaierie e Ferriere Pugliesi mot Höga myndigheten (dom av den 8 februari 1966, 8/65, Rec. s. 1, p. 17) och i sin tur förordas, som en av de bästa metoder som används i domstolens rättspraxis, av K. P. E. Lasok, *The European Court of Justice: Practice and Procedure*, 2: a uppl., London, Butterworths, 1994, s. 431.

33 — Se återigen generaladvokat Gands anmärkningar i målet Acciaierie e Ferriere Pugliesi mot Höga myndigheten, nämnt ovan i fotnot 32, punkt 17; se även generaladvokat Lagranges slutsatser i förenade målen Usines de la Providence m. fl. mot Höga myndigheten (dom av den 9 december 1965, 29/63, 31/63, 36/63— 47/63, 50/63 och 51/63, Rec. s. 1123, 1164 och 1165), och dom av den 16 juni 1971, Duraffour mot rådet (18/70, Rec. s. 515, punkt 31).

34 — Tjugosjunde stycket i beslutet.

32. I åttonde stycket femte strecksatsen i beslutet anges följande:

"De franska, de belgiska och de tyska distributionsbolag till vilka Gasunie levererade viss mängd gas debiterades, för den mängd som var avsedd för industrin av kvävehaltiga gödningsmedel, ett pris som benämndes gränspris, vilket var mer eller mindre identiskt med F-priset."

Den belgiska regeringen har gjort gällande att gränspriset för nederländsk gasexport till Belgien under långa perioder var högre än F-priset. Det synes vara riktigt, men är inte avgörande för frågan. Ett missförstånd har uppkommit på grund av att kommissionen har använt ett mindre lyckat ordval i den just nämnda frasen. Detta skall emellertid inte påverka beslutets giltighet.

33. Vad som allmänt i inlagorna benämns som gränspris var ett totalt pris för all nederländsk gasexport till Belgien, vilket förhandlades fram vart tredje år. All gas som passerade genom Gasunies ledningsnät till det belgiska distributionsbolaget Distrigaz såldes till ett enhetligt pris, oavsett dess slutliga destination i Belgien. Det är ostridigt att detta pris representerade kulmen på ett komplicerat förhandlingsförfarande. Gränspriset var ett mängdanpassat medelvärde som styrdes av det förväntade slutliga försäljningspriset till olika sektorer i Belgien (i princip hushåll, handel och industri) och den andel av

den totala gasleveransen som man förväntades kunna sälja till var och en av dessa sektorer under treårsperioden, med hänsyn tagen till transportkostnader och andra allmänna omkostnader samt till Distrigaz vinst. Det slutliga försäljningspriset inom varje sektor styrdes i sin tur till stor del av priset på relevant konkurrerande oljebaserat bränsle — i vissa fall dieselolja och i andra fall tung eldningsolja — ökat med en premie för de större fördelarna med gas. Detta system för prissättning är känt som "netback".

34. Eftersom vissa kunder (framför allt hushållen) betalade ett mycket högre pris för gas än andra, skulle det totala gränspriset eller medelvärdet av detta ligga någonstans mellan de högsta och de lägsta priser som tas ut på de olika sektoriella marknaderna. Det är därför inte överraskande att det vissa tider har varit högre än det slutliga försäljningspriset för en sektor som köper in stora volymer till lägre priser, såsom industrin. Vid en granskning av kommissionens hänvisning till "gränspriset, vilket var mer eller mindre identiskt med F-priset" framgår att denna uppenbarligen inte avser det totala gränspriset, utan den del i beräkningen av det senare priset som grundades på den förväntade nivån på försäljningen av gas och priset på gas i den belgiska ammoniakproducerande industrin. Huruvida det pris som beräknats för den belgiska ammoniakindustrin och som användes för att utarbeta det totala gränspriset, med avdrag för transporter och andra omkostnader, mer eller mindre motsvarade F-priset är en separat, om än central, fråga som skall diskuteras nedan.

35. Den belgiska regeringen, kommissionen och den nederländska regeringen är överens om de grundläggande kriterierna för gränsprisets beräkning, även om ombuden för både den belgiska regeringen och kommissionen vid sammanträdet angav att den ovan beskrivna mekanismen ger en något förenklad bild av förhandlingsförfarandet. I dessa förhandlingar försökte Gasunie, vilket är helt naturligt, med hänvisning till "netback"-kriterierna motivera ett högre pris och Distrigaz ett lägre. Den belgiska regeringen har gjort gällande att gränspriset var ett enhetligt pris, som inte genom ett omvänt resonemang kan delas upp i olika beståndsdelar i form av sektoriella priser. Två skäl härför har anförts, nämligen sättet att beräkna premien och det faktum att, i enlighet med principen om "take-or-pay", gaskvantiteter som inte hade avhämtats skulle betalas till gränspriset, oavsett vilket marknadssegment de ursprungligen var avsedda för.

36. Det kan i förbigående noteras att Belgiens uppgifter om hur premien skall beräknas i sig förefaller vara motstridiga, eftersom det på ett ställe görs gällande att premien beräknades sektorsvis och på ett annat anges att den var resultatet av affärsförhandlingar mellan parterna som avsåg hela marknaden. [35] Principen om "take-or-pay" (med vilken Distrigaz faktiskt garanterade de beräknade försäljningarna) kan i vissa fall ha orsakat olägenheter, om den behövde tillämpas. Inte desto mindre, och återigen i förbigående, behöver skyldigheten att betala gränspriset för outnyttjade gaskvantiteter inte alltid ha varit mindre förmånlig för

35 — Kommissionen gör gällande att premien beräknas separat för varje marknadssegment.

Distrigaz än att betala ett pris baserat på det slutliga försäljningspriset i den underliggande förbrukningssektorn. Det beror på förhållandet mellan nivån på det priset och gränspriset. Även om jag godtar att det är omöjligt att retroaktivt härleda de uppgifter från gränspriset som i början användes för dess beräkning, är detta knappast relevant så länge som det finns andra bevis, antingen från själva förhandlingsförfarandet eller från annat håll, på att dessa uppgifter innefattade ett slutligt försäljningspris på gas till den belgiska ammoniakindustrin som mer eller mindre motsvarade det nederländska F-priset.

37. Den belgiska regeringen har gjort gällande att belgiska ammoniakproducenter hotades av den fördel som deras nederländska konkurrenter erhöll genom Gasunie, och att Distrigaz från år 1986 till år 1991 tvingades sälja gas till de belgiska producenterna till ett pris som motsvarade F-priset, med en årlig förlust om mer än 100 miljoner BFR. [36] Kommissionen och den nederländska regeringen har invänt att dessa förluster var mer skenbara än verkliga och endast var att hänföra till Distrigaz redovisningsmetod. Det har redan påpekats att gränspriset normalt kan ha varit högre än det slutliga försäljningspriset på gas till vissa sektorer. Eftersom Distrigaz vinst på gasförsäljningen alltid beräknades i förhållande till gränspriset, var det oundvikligt att det skulle uppkomma förluster på försäljning till dessa sektorer när de betraktades var för sig. Så länge som gränspriset återspeglade det slutliga försäljningspriset och sålda kvantiteter i *alla* sektorer, borde dessa förluster ha kompenserats av stora vinster i andra sektorer (till exempel i hushållssektorn), där gas såldes till ett högre pris än gränspriset. Vi är således tillbaka vid frågan om sättet att utforma gränspriset. Kommissionen har påpekat att Distrigaz gjorde väsentliga och växande totala vinster under den ifrågavarande perioden. Den belgiska regeringens ombud uppgav vid sammanträdet att vinsten för Distrigaz (mellan 4 och 13 procent per år) var mycket lägre än vinsten för Gasunie (20 procent). Även om detta är riktigt finns det för många obestämbara faktorer (till exempel att norsk och algerisk gas som Distrigaz importerade var dyrare och det faktum att Belgien, till skillnad från Nederländerna, inte har någon kapacitet att producera gas) för att detta argument skall kunna leda till några slutsatser om förhållandet mellan gränspriset och F-priset.

38. Under perioden oktober 1984—oktober 1986 gav Gasunie en rabatt på ett skikt om 20 procent, kallat det defensiva skiktet (tranche défensive), av sin totala gasförsäljning till Distrigaz. På inrådan av den belgiska prissättningsmyndigheten, Comité de contrôle, användes denna rabatt för att täcka kostnaderna för att ge belgiska ammoniakproducenter ett pris som motsvarade F-priset. Den belgiska regeringen vidhöll inledningsvis att det inte fanns något formellt samband mellan rabatten baserad på det defensiva skiktet, F-priset och krisen i ammoniakindustrin. Vidare menade regeringen att det defensiva skiktet beviljades som svar på ett särskilt hot från Distrigaz om att köpa extremt billig gas från dåvarande Sovjetunionen.

36 — För övrigt innebär detta argument att gasleverantörer genom förmånspriser försöker vidmakthålla betydelsefulla kunders konkurrensförmåga.

39. Kommissionen och den nederländska regeringen har å andra sidan uppgivit att det defensiva skiktet utgjorde ungefär 7,5 procent av den belgiska gasförbrukningen, vilket motsvarade de kvantiteter gas som förbrukades av belgiska ammoniakproducenter under ifrågavarande period. Det defensiva skiktet var därför ett bevis på viljan hos Gasunie att göra det möjligt för Distrigaz att ta ut ett pris av ammoniakproducenter i Belgien som motsvarade F-priset. Om det inte fanns något formellt samband i leveransavtalet mellan det defensiva skiktet och det pris som skulle betalas av ammoniakproducenterna, berodde det endast på att Gasunie inte hade något inflytande över de marknadsvillkor som utländska distributionsbolag tillämpade.

40. Den belgiska regeringen har implicit i den senare delen av det skriftliga förfarandet och uttryckligen vid sammanträdet medgivit att det fanns ett samband mellan det defensiva skiktet och gaspriset för ammoniakproducenter, även om hotet om inköp från Sovjetunionen användes för att stärka ställningen för Distrigaz i förhandlingarna. Den belgiska regeringen har emellertid nu gjort gällande att det implicit framgår av kommissionens ställningstagande att det endast var under den tvåårsperiod som det defensiva skiktet gällde som Gasunie arbetade för att Distrigaz skulle kunna tillämpa ett pris på den belgiska marknaden som motsvarade F-priset utan att gå med förlust, och att Distrigaz gjorde sådan förlust under perioden efter oktober 1986, när det fortsatte att erbjuda belgiska ammoniakproducenter ett motsvarande pris.

41. Detta har förnekats av kommissionen. Den har framhållit den varierande karaktären av F-prisrabatten, som regelbundet ändrades för att möta svängningar i ammoniakpriset i förhållande till gaspriset för industriförbrukare. Gasunie beviljade det defensiva skiktet när F-prisrabatten var som högst (5 cts/m^3). Det framgår implicit av kommissionens argument att gränspriset innebar ett beaktande av ett slutligt försäljningspris på gas till belgiska ammoniakproducenter som inkluderade en rabatt, vilken var lägre än den högsta möjliga enligt F-priset i Nederländerna. När F-prisrabatten steg mot sin högsta nivå i Nederländerna, var det därför nödvändigt att med exceptionella åtgärder komplettera den rabatt som Distrigaz erhöll genom gränspriset. Det defensiva skiktet kan ses som en sådan exceptionell åtgärd.

42. Kommissionen har hänvisat till en tabell, där nivån anges på den rabatt som nederländska ammoniakproducenter erhöll under den period som F-priset gällde. [37] Av tabellen framgår att den högsta rabatten om 5 cts/m^3 gällde under hela perioden för det defensiva skiktet (med undantag för det sista kvartalet) och inte därefter, när rabatten, med undantag för kortare perioder, var antingen 2 eller 2,5 cts/m^3. Det framgår också att F-prisets högsta rabatt gällde under en period på ungefär ett år före perioden för det defensiva skiktet, vilket är av mindre betydelse för kommissionens argument. Mot bakgrund av de omständigheter under vilka F-priset togs fram (i anledning av att kommissionen vägrade att godkänna det föregående systemet för prissättning), är det kanske inte överraskande att det dröjde litet från det att priset utarbetades

37 — Se bilaga 1 till detta förslag till avgörande för en modifierad version av kommissionens tabell.

tills det utsträcktes till att omfatta Gasunies utländska kunder.[38] Kommissionens argument är annars övertygande, även om (ännu en gång) det är beroende av ett beslut till dess fördel i den särskilda frågan om sättet att utforma gränspriset.

43. Grunddragen i "netback"-systemet för gränsprisets utformning har redan beskrivits ovan, på ett sätt som är ostridigt. Det råder dock djup oenighet om hur det skall tillämpas mer i detalj. Den belgiska regeringen har gjort gällande att köpare som köpte gas som råvara i stället för som energikälla inte ansågs som en särskild marknadssektor. De inkluderades således i den allmänna industrimarknaden, för vilken gaspriset fastställdes i förhållande till priset på tung eldningsolja, och utan att priset på konkurrerande råvaror (i förevarande mål ammoniak) beaktades. Vidare var det industriella segmentet av gränspriset på gas indexerat för att återspegla svängningar i priset på tung eldningsolja och inte svängningar i priset på ammoniak eller andra råvaror. Den belgiska regeringens inställning att gränspriset var det mängdanpassade medelvärdet av bara två priser, nämligen priset i hushålls/handelssektorn (för vilken priset beräknades i förhållande till priset på dieselolja) och priset i industrisektorn, grundar sig på två dokument som regeringen har tillhandahållit i sina inlagor.[39] I båda dokumenten tillstås dock att de ger en förenklad bild av "netback"-mekanismen för prisutformningen. Den belgiska regeringens ombud tillade vid sammanträdet att Gasunie genomgående hade vägrat att ge särskilda rabatter till belgiska ammoniakproducenter, eftersom Gasunie endast var en av flera leverantörer på den belgiska marknaden, och inte kände att det borde bära en kostnad som Distrigaz norska och algeriska leverantörer inte drabbades av.

44. Kommissionen har å andra sidan gjort gällande att den belgiska redogörelsen för hur gränspriset utformades på grundval av hushålls/handels-och industripriset är ofullständig. Industrisektorn omfattar flera olika segment, bland andra sektorn för ammoniakproducenterna. Kommissionen har stött sig på en tabell som har tillhandahållits av nederländska finansministeriet för att visa att "gödningsmedel" var ett särskilt segment inom industrisektorn. Marknadsvärdet på gas inom segmentet för gödningsmedel (till största delen grundat på priset på tung eldningsolja) bestämdes separat från marknadsvärdena inom segmenten för papper, maskinbygge, kemi och ett flertal andra segment.[40] Kommissionen har tillstått att Gasunie tillämpade ett pris som mer eller mindre motsvarade F-priset på den del av gasförsäljningen till Belgien som hade företrätts av den

38 — Som kommer att visas nedan finns det även bevis på att F-priset under det första året som det gällde var betydligt mindre elastiskt till följd av svängningar av ammoniak-och industrigaspriserna än under senare år.

39 — Det första är ett utdrag ur H. G. de Maar, *Energierecht* (1987), s. 214— 216. Det andra är ett dokument utan angiven upphovsman, "Netback approach to border pricing in gas import contracts".

40 — Kommissionen stöder sig också på flera dokument som Distrigaz och Comité de contrôle har låtit publicera, men i dessa görs det inte någon vidare uppdelning av den belgiska marknaden för gasimport utöver uppdelningen i hushålls/handels-industri-och elproducerande sektor.

belgiska ammoniakindustrin när gränspriset förhandlades fram.

45. Domstolen ställde en skriftlig fråga till den belgiska regeringen, genom vilken den ville ha klarlagt om kommissionens tabell kunde läggas till grund för domstolens avgörande i förevarande mål. Den belgiska regeringen bestred detta och upprepade att olika marknadssegment inte hade beaktats vid utformningen av gränspriset. Den belgiska regeringen uppgav bland annat att det inte framgick av tabellen att gaspriset för det påstått särskilda segmentet för gödningsmedel påverkades av både priset på ammoniak och priset på tung eldningsolja, att termen "gödningsmedel" var tvetydig, eftersom producenter av vissa andra gödningsmedel än kvävehaltiga gödningsmedel kunde använda gas som energikälla snarare än som råvara, att tabellen endast var en teoretisk modell som inte återspeglade det faktiska förhandlingsförfarandet, och att även om tabellen vore riktig så föreskrevs det inte någon indexering av gaspriset inom segmentet för gödningsmedel till prisutvecklingen på ammoniak efter förhandlingen om gränspriset. Samtliga dessa anmärkningar är, i sig, välgrundade.

46. Det skall först fastställas om sättet för gränsprisets utformning riktigt återges i kommissionens tabell (även om det medges att denna är teoretisk). Härvid är påståendena från å ena sidan den belgiska regeringen och å andra sidan kommissionen, med stöd av den nederländska regeringen, direkt motstridiga. Båda sidor har haft gott om tillfällen att inkomma med bevis till stöd för sina motstridiga påståenden, vilka har kompletterats med domstolens skriftliga frågor. Det bevismaterial som den belgiska regeringen har inkommit med, som har angivits vara i förenklad form, innebär inte att kommissionens tabell för hur det sektoriella priset har utformats direkt motsägs. Trots den belgiska regeringens påståenden anser jag att den i detta avseende inte har styrkt sin argumentation och att tabellen, inom ramen för de uppgifter som har tillhandahållits, ger en riktig redogörelse av "netback"-mekanismen för gränsprisets utformning.

47. Jag måste emellertid även beröra de återstående argument som den belgiska regeringen har åberopat för att tabellen inte kan stödja kommissionens slutsats att Distrigaz hade möjlighet att erbjuda belgiska ammoniakproducenter ett pris på gas som mer eller mindre motsvarade det nederländska F-priset. Det spelar ingen roll att det i tabellen endast delvis ges en redogörelse för förfarandet för att utforma priset och det inte exakt kan illustreras hur de olika priser som ingår i gränspriset i praktiken förhandlades fram, om den trots allt anger (vilket den belgiska regeringen inte har kunnat motbevisa) den formella grundvalen för förhandlingarna som parterna i stort höll sig till. I brist på bevis på att producenter av icke kvävehaltiga gödningsmedel ingick i detta segment eller var betydande förbrukare av gas, anser jag inte att tvetydigheten i termen "gödningsmedel" skall hindra oss från att fästa tillit till

tabellen i förevarande mål. [41] Jag anser inte heller att den omständigheten att det i tabellen inte uttryckligen anges vilken betydelse priset på ammoniak har för priset på gas avsedd för segmentet för gödningsmedel är av avgörande betydelse. Vad som är av betydelse är att det anges att priset på gas för olika segment beräknas (med förbehåll för allmän påverkan av priset på tung eldningsolja) i förhållande till "marknadsvärdet per segment". Den belgiska regeringen har i sina inlagor tillstått att Distrigaz under en stor del av den ifrågavarande perioden gav belgiska ammoniakproducenter en rabatt som liknade F-priset.

48. Den svåra frågan om indexering återstår. Den belgiska regeringen synes ha rätt i sitt påpekande att det vid utformningen av gränspriset inte föreskrevs någon indexering till förändringar i ammoniakpriserna, vad avser industriella gaspriser, för den del av gränspriset som avsåg segmentet för gödningsmedel. [42] Detta är inte överraskande, eftersom priset på tung eldningsolja (till vilket priserna i den industriella sektorn var indexerade) fortsatte att ha störst inflytande på gaspriserna i industrisektorn. F-prisrabatten, och varje motsvarighet till detta som ingick i gränspriset för det ammoniakproducerande segmentet, var endast ett medel för att mildra verkningarna av ett i första hand energiorienterat prissättningssystem för producenter som använde gas som råvara. Kommissionen har inte direkt berört frågan om indexering. Dess uppfattning framgår av dess inställning till det defensiva skiktet. Den har gjort gällande att det förelåg parallellitet mellan å ena sidan givandet och återkallandet av det defensiva skiktet och å andra sidan de högre och lägre F-prisrabatter som gavs i Nederländerna. I enlighet med vad jag har påpekat ovan innebär kommissionens argument implicit att gränspriset innebar ett beaktande av ett slutligt försäljningspris på gas till belgiska ammoniakproducenter som inkluderade en rabatt, vilken var lägre än den högsta möjliga enligt F-priset i Nederländerna.

49. Jag har redan konstaterat att kommissionens argument med avseende på det defensiva skiktet i huvudsak är riktigt, med förbehåll för min slutsats i den mer omfattande frågan om gränsprisets utformning. I avsaknad av direkt motbevisning från den belgiska regeringen, och mot bakgrund av min uppfattning att ammoniakpriserna påverkade det slutliga försäljningsvärdet på gas för belgiska ammoniakproducenter, godtar jag den tysta förutsättningen och villkoret i kommissionens argument, som innebär att gränspriset inrymde en rabatt för dessa producenter, vilken, som framgår av omständigheterna, var lägre än den högsta rabatt som det var möjligt att få enligt F-priset. Då detta är fallet, drar jag slutsatsen att effekten av att indexera de delar av ammoniakproduktionen som

41 — Av rapporten "L'industrie des engrais dans la Communauté économique européenne: situation et perspectives" framgår att kvävehaltiga gödningsmedel svarar för ungefär hälften av gemenskapens produktion av gödningsmedel (s. 12; inga nationella produktionssiffror finns tillgängliga), och något mindre än hälften av allt gödningsmedel som förbrukas i Belgien och Luxemburg (s. 12 och 14). Med beaktande av den betydelse gas har som råvara i ammoniakproduktionen, skulle förmodligen gasförbrukningen av producenter av kvävehaltiga gödningsmedel dominera ett allmänt segment för gödningsmedel på den belgiska gasmarknaden.

42 — I den följande diskussionen förutsätts att segmenten för gödningsmedel och ammoniakproduktion är synonyma.

avsåg gränspriset till prissvängningarna på ammoniak som var avsedd för industrigas inte erhölls genom en formell indexeringsmekanism, utan genom en tillfällig exceptionell åtgärd, nämligen det defensiva skiktet.

50. Det är sant att Distrigaz var tvunget att utöva påtryckningar på Gasunie för att erhålla det defensiva skiktet. Det vore dock oklokt att i affärsförhandlingar förvänta sig att Gasunie självmant skulle ha erbjudit Distrigaz ytterligare rabatter, ens för att bevara den belgiska ammoniakproducerande industrin som ett viktigt avsättningsområde för sin gas. Detta framgår av det indirekta sätt genom vilket nederländsk gas når kunder utanför Nederländerna. Om det hade funnits en mellanhand, kunde denna ha förmått Gasunie att söka säkerställa att Distrigaz bar en del av kostnaden (i form av lägre vinster) för en rabatt som båda bolagen ansåg var nödvändig. Distrigaz skulle naturligtvis ha försökt motarbeta denna strävan från Gasunie. Distrigaz var, som bolaget självt hävdade i sin årsberättelse för 1984, mycket framgångsrikt härvid, genom att det erhöll det defensiva skiktet. [43] Gasunies affärsmässiga förhållande till Distrigaz, och endast indirekta förhållande till belgiska ammoniakproducenter, kan på samma sätt förklara varför mindre defensiva skikt inte automatiskt utsträcktes till Distrigaz som svar på mindre betydande fluktueringar i F-prisrabatten som Gasunie år 1987—1991 beviljade den nederländska ammoniakindustrin, till vilken den var direkt bunden av avtal. Detta minskar inte betydelsen av det faktum att Distrigaz genom rabatten, som i alla led ingick i gränspriset, även under denna period hade möjlighet att ge belgiska ammoniakproducenter ett gaspris som i stort sett motsvarade det som gällde för ammoniakindustrin i Nederländerna.

ii) F-prisets karaktär av icke-offentligt pris och riktpris

51. Den belgiska regeringen har bestritt kommissionens slutsats att F-priset var offentligt och blev ett riktpris på gemenskapens gasmarknader. Den belgiska regeringen har gjort gällande att F-priset, även om det inte var hemligt, till skillnad från Gasunies övriga priser inte publicerades. Kommissionen grundar sig, vilket enligt min uppfattning är riktigt, på domstolens uttalande i domen i målet CdF Chimie AZF mot kommissionen att "F-priset är ett offentligt pris, vars villkor för erhållande är offentliga och helt öppna". [44] I enlighet härmed skall den belgiska regeringens argument förkastas.

52. Den belgiska regeringen har under det senare skedet av det skriftliga förfarandet gjort gällande att gaspriset till fördel för nederländska ammoniakproducenter blev

43 — I årsredovisningen för 1984 anges, efter en beskrivning av förhållandet mellan Distrigaz och Comité de contrôle, följande: "C'est dans ce cadre que fut examiné à l'initiative du Gouvernement le problème grave posé par l'industrie azotière belge pour laquelle le gaz naturel constitue la matière première intervenant à plus de septante pour cent dans le prix de revient ... La méthode imaginée par le [Comité de contrôle] en la matière et la diligence de Distrigaz ont finalement permis d'obtenir de Gasunie des solutions durables indispensables." (s. 22).

44 — Nämnd ovan i fotnot 5, punkt 15.

ännu mer snedvridet av att de erhöll återbetalning av större delen av den miljöskatt ("milieuheffing") som ingick i alla nederländska gaspriser. Å andra sidan ingick miljöskatten i gränspriset och gällde således för all nederländsk gasexport till Belgien, inklusive den som var avsedd för den belgiska ammoniakindustrin. Den belgiska regeringen har också nämnt ett tillägg om 5 BFR per gigajoule som skulle erläggas av belgiska ammoniakproducenter (utan att ange till vem det skulle erläggas). Det är inte klart varför dessa frågor har uppkommit i denna del av förfarandet.

53. Jag anser att kommissionen har rätt när den gör gällande att den belgiska regeringen i detta mål har åberopat en ny grund i strid med artikel 42.2 i domstolens rättegångsregler. [45] I denna bestämmelse föreskrivs följande:

"Nya grunder får inte åberopas under rättegången, såvida de inte föranleds av rättsliga eller faktiska omständigheter som framkommit först under förfarandet."

Det tillägg som den belgiska regeringen har nämnt, och det sätt på vilket miljöskatten läggs på, kan mycket väl påverka det pris som nederländska respektive belgiska ammoniakproducenter slutligen betalar. Detta är inte tillräckligt för att de skall kunna åberopas under det senare skedet (eller under något skede) av ett förfarande som avser en rättslig omprövning av kommissionens beslut att F-priset inte utgjorde ett förbjudet statligt stöd. Vad beträffar miljöskatten angavs det inte i den belgiska regeringens inledande inlagor att den *kombinerade* effekten av F-priset och en annan särskild rabatt *av skatterättslig karaktär* var av sådant slag att den underminerade kommissionens slutsats att det förstnämnda (till skillnad från den sistnämnda) inte var ett förbjudet statligt stöd, eller visade på att kommissionen gjorde en felaktig bedömning av sakförhållandena när den fann att Distrigaz hade möjlighet att leverera gas till belgiska ammoniakproducenter till ett pris som mer eller mindre motsvarade F-priset. Det är också klart att "milieuheffing"-rabatten existerade från år 1988, och den kan därför inte sägas vara en faktisk omständighet som framkommit först under förfarandet. Detsamma kan sägas om tillägget, vilket den belgiska regeringen praktiskt taget inte har tillhandahållit någon information om.

54. Om domstolen skulle pröva den belgiska regeringens argument om miljöskatterabatten i sak, skulle liknande överväganden göra sig gällande. Kommissionen har framhållit att denna rabatt var en åtgärd som var fristående från F-priset och skulle kunna prövas i ett eget förfarande. Även om ansträngningarna från Gasunie att göra det möjligt för den belgiska ammoniakindustrin att köpa gas till ett

45 — För en illustration av hur denna bestämmelse tillämpas, se dom av den 13 mars 1992, Vreugdenhil mot kommissionen (C-282/90, Rec. s. I-1937, punkterna 9 och 10).

pris motsvarande det som gällde för industrin i Nederländerna underminerades eller motverkades av nederländsk skattepolitik, är det inte F-priset eller Gasunies exportpriser som skall kritiseras, utan de skatterättsliga åtgärderna. Sammanträffandet att både F-priset och miljöskatterabatten påverkar det pris som ammoniakproducenter betalar för gas är inte en rättsligt relevant omständighet. De var hela tiden olika åtgärder. Därför gjorde kommissionen inte fel när den inte beaktade miljöskatterabatten.

55. Den belgiska regeringens sista argument under denna rubrik består i att Gasunie, genom att sätta sina priser och därigenom skapa riktpriser för den nordvästeuropeiska gasmarknaden, vägrade att beakta de svårigheter som dessa priser orsakade andra distributionsbolag för gas. Detta är väsentligen en upprepning av de olika grunder som åberopats i fråga om gränspriset, och det räcker att helt enkelt hänvisa till mina slutsatser därvid för att förkasta argumentet. Det är svårt att se hur man på en objektiv grund skulle kunna bedöma om någon part i givandet och tagandet i exportprisförhandlingar har erhållit en obefogad fördel. Faktum är att Distrigaz hade tillfälle att försvara sina intressen under förhandlingarna och, som har noterats, var kapabel att pressa fram betydande eftergifter.

iii) Gasunies vinstmarginal

56. Denna punkt ger upphov till ytterligare kritik av kommissionens sätt att redogöra för sitt resonemang i det omtvistade beslutet. Kommissionen har i sextonde stycket i beslutet uppgivit att "Gasunie alltid erhöll vinster under den period som F-priset var i kraft". Den belgiska regeringen har gjort gällande att detta är irrelevant, eftersom Gasunies vinst enligt avtal är fastställd till ett fast belopp om 80 miljoner HFL per år. Gasunie får sin gas från NAM (Nederlandse Aardolie Maatschappij), ett konsortium som samägs av Shell och Esso.[46] NAM utvinner de nederländska gasfälten för Groningen Association (de Maatschap Groningen), i vilket NAM och den nederländska staten äger 60 respektive 40 procent av aktiekapitalet. Den nederländska staten erhåller i slutändan ungefär 80 procent av vinsterna från gasförsäljningen. Gasunie köper gasen av NAM till ett pris som bestäms av dess slutliga försäljningspris på dess olika marknader, med avdrag för Gasunies transportkostnader och andra omkostnader samt för den årliga vinst som har fastställts för Gasunie. Den belgiska regeringen har framhållit att Gasunie endast är ett kostnadsställe (centre de coût) eller en länk i en kedja, och att detta arrangemang inte kan beskrivas som en "netback"-mekanism (vilket kommissionen har angivit i sina inlagor), eftersom köparen (Gasunie) inte står någon risk. Eftersom dess kostnader och överenskomna vinst är säkerställda oavsett vilket pris kunderna debiteras, innebär inte Gasunies vinst att dess priser är affärsmässigt motiverade.

46 — En mycket liten andel av dess gasbehov täcks av Norge.

57. Kommissionen och den nederländska regeringen har bestritt den belgiska regeringens påstående att förhållandet mellan NAM och Gasunie inte är ett "netback"-arrangemang. Denna ordtvist är emellertid inte av betydelse som sådan. Av större betydelse är att kommissionen har uppgivit att Gasunies fasta årliga vinst om 80 miljoner HFL helt enkelt motsvarar det högsta belopp som Gasunie kan behålla, eftersom allt överskott går till NAM. I själva verket var den verkliga vinsten under perioden när F-priset tillämpades mycket högre, och det var till denna verkliga vinst som kommissionen hänvisade i beslutet. Det kan noteras att den verkliga vinsten i själva verket (sedan Gasunies maximala vinst om 80 miljoner HFL dragits av) är den vinst som Groningen Associations gör.

58. Med hänsyn till betydelsen av den möjliga skillnaden mellan den avtalade och den verkliga vinsten, måste jag säga att kommissionens ovan citerade konstaterande i beslutet om Gasunies vinst är onödigt dunkelt. Jag tror emellertid inte att det är av avgörande betydelse (det vill säga så dunkelt att motiveringsskyldigheten inte skulle vara uppfylld). En person som är intresserad av beslutets sakfråga blir ändå uppmärksammad om detta i kommissionens motivering. [47]

59. Bevisvärdet av konstaterandet att *verkliga* vinster erhölls under hela F-prisets tillämpningsperiod kan i princip ifrågasättas (även om den belgiska regeringen inte har gjort det). Detta lämnar frågan obesvarad om huruvida några vinster inte har beaktats. [48] Det innebär också att man bortser från möjlighet att F-priset kan ha varit ett affärsmässigt motiverat medel för att skydda långsiktiga kunder (som så småningom skulle ha föranlett nya vinstgivande försäljningar), även om det gjordes förluster under den perioden. Vad som emellertid är av betydelse är storleken på Gasunies vinst (eller förlust) i förhållande till vad ett företag som handlade affärsmässigt enligt de gällande villkoren på den relevanta marknaden kunde förväntas erhålla (eller bära) medan det utvecklade eller försökte bevara långsiktiga projekt på den marknaden.

iv) Gasunies kostnader

60. Kommissionen har i sjuttonde stycket i beslutet uppgivit att Gasunies fasta och rörliga kostnader låg långt under F-priset, vilket innebar att bolaget kunde öka sina nettointäkter genom försäljning till det priset medan det även försäkrade sig om att bevara en betydelsefull grupp kunder som det riskerade att förlora. Den belgiska regeringen har påpekat att Gasunie i sina årsberättelser för år 1990 och år 1991 uppgivit sitt genomsnittliga inköpspris på gas till ett belopp per kubikmeter som var ungefär 5 cts högre än F-priset.

47 — Se diskussionen nedan om de kriterier enligt vilka ett beslut kan ogiltigförklaras på grund av bristfällig motivering.

48 — Denna fråga har väckts av den belgiska regeringen och prövas nedan.

61. Detta argument står i motsats till den belgiska regeringens tidigare argument angående Distrigaz förluster. Kommissionen stöder sig återigen på en total genomsnittlig gaskostnad för att beräkna den vinst eller förlust som har uppstått genom försäljning på en bestämd marknad till ett bestämt pris. Som har påpekats ovan skall i ett "netback"-system förluster i vissa sektorer (uppskattade i förhållande till den genomsnittliga kostnaden för gas) kompenseras av vinster i andra. En bedömning av huruvida någon verklig förlust gjorts på en bestämd marknad skall göras i förhållande till kostnaden för gas som är avsedd för den marknaden, med beaktande av kostnader för förvaltning, infrastruktur med mera. "Netback"-systemets genomförande innebar en garanti för att Gasunie inte betalade NAM mer för gas avsedd för nederländska ammoniakproducenter än vad Gasunie enligt F-priset erhöll för gas från dessa producenter, med avdrag för dess allmänna omkostnader och vinst. Den belgiska regeringens argument skall därför förkastas.

v) Gasunies exportmarknader

62. Kommissionen har delvis förklarat Gasunies behov av att bevara sin kundbas bland ammoniakproducenter med att det tappade en väsentlig del av den franska marknaden år 1982. [49] Den belgiska regeringen har gjort gällande att detta var en följd av Gasunies egen politik, eftersom Nederländerna under 1970-talet beslutade att minska mängden exporterad gas efter den första oljekrisen under åren 1973—1974. Kommissionen och den nederländska regeringen har genmält att detta beslut fattades tio år innan F-priset infördes, att endast en *ökning* av den nederländska exporten begränsades och att det saknade samband med bolagets förlust av andelar på den franska marknaden, vilket snarare kunde tillskrivas trenden att sprida källorna för gasleveranser. Jag delar deras uppfattning att den belgiska regeringen inte har lyckats visa något relevant samband mellan å ena sidan förlusten av den franska marknaden och F-priset och å andra sidan Gasunies tidigare exportbegränsning. [50]

vi) Belgisk ammoniakimport

63. Kommissionen har i tjugoförsta stycket i beslutet uppgivit att en producent av kvävehaltiga gödningsmedel kan välja mellan att producera ammoniak (den huvudsakliga råvaran i sådana gödningsmedel) eller att köpa den från andra producenter. "Om priset på den gas som används vid framställning av ammoniak är för högt, kommer [en producent av kvävehaltiga gödningsmedel] att om möjligt välja att köpa ammoniaken på annat håll och till ett pris som är lägre än självkostnadspriset för egen framställning

49 — Tjugofjärde stycket i beslutet, se dessutom fotnot 14 ovan. Förlusten var resultatet av ett preferensavtal för gasköp mellan franska myndigheter och Algeriet.

50 — Trenden att sprida sina källor kan till en del ha underblåsts av en önskan att undvika det beroende av ett begränsat antal leverantörer som ledde till att oljekrisen år 1973— 1974 blev så djup, men det är inte tillräckligt för att påvisa ett relevant samband mellan Frankrikes beslut och Nederländernas restriktiva politik under krisen.

(detta var till exempel fallet i Belgien år 1983)". Detta uppges ha varit det allmänna läget för gemenskapens ammoniakindustri under 1980-talet.

64. Den belgiska regeringen har gjort gällande att belgiska producenter av kvävehaltiga gödningsmedel årligen importerar ammoniak för att täcka ett underskott mellan inhemsk produktion och förbrukning. Kommissionen har dock företett siffror för belgisk ammoniakimport för år 1980—1991, av vilka det framgår att andelen av det belgiska behovet av ammoniak som tillgodoses genom import har ökat från 38 procent år 1980 till 51 procent år 1983, och till över 70 procent i början på 1990-talet. [51] Detta visar på att det skett en betydande förändring av hur den belgiska industrin för kvävehaltiga gödningsmedel förser sig med ammoniak. Den kris i gemenskapens ammoniakindustri som F-priset har uppgivits vara ett svar på illustreras av dessa siffror, som visar på en betydande nedgång i den belgiska ammoniakproduktionen, trots att Distrigaz under större delen av denna period tillämpade ett pris som liknade det nederländska F-priset. Det kan förmodas att nedgången skulle ha varit ännu snabbare i avsaknad av ett sådant erbjudande.

vii) Jämförbara marknader

65. Kommissionen har i tjugoandra stycket i beslutet hänvisat till den omständigheten att "år 1981—1991 har de noterade eller beräknade priserna [för gasleveranser till ammoniakproducenter] i USA, Venezuela, Trinidad, Tobago och Mellanöstern alltid legat långt under de nederländska priserna". Den belgiska regeringen har gjort gällande att dessa marknader inte är jämförbara med den nederländska marknaden. Medan de låga gaspriserna i de av kommissionen nämnda länderna representerar det verkliga värdet på gas på deras respektive marknader, var F-priset lägre än värdet på gas på den europeiska marknaden. Den belgiska regeringen har företett bevis på att F-priset hela tiden var lägre än priset på gas som var avsedd för industriförbrukare på olika medlemsstaters marknader.

66. Kommissionen, som stöds av den nederländska regeringen, har påstått att den inte sökte att jämföra de olika icke-europeiska marknaderna med gemenskapsmarknaden, utan försökte visa att ammoniakproducenterna i de förstnämnda länderna befann sig i ett sådant läge att de utgjorde ett allvarligt konkurrenshot mot nederländska producenter och andra producenter inom gemenskapen. Oavsett det sätt på vilket gaspriset utformades i de ifrågavarande länderna utanför gemenskapen, omkullkastar inte den belgiska regeringens argument kommissionens slutsats att marknadsvillkoren innebar att det krävdes att nederländska ammoniakproducenter erbjöds ett särskilt pris — ett pris som hur lågt det än var inte kan anses vara konstlat i den mån som det utgjorde ett svar på dessa marknadsvillkor.

67. Den belgiska regeringen har också gjort gällande att ammoniakproducenter saknar

51 — Belgiens behov av ammoniak förblev relativt stabilt i absoluta tal under hela perioden, det varierade mellan 1 077 000 och 1 256 000 ton per år.

alternativa råvaror som kan ersätta naturgas och att de i detta avseende skiljer sig från företag som huvudsakligen använder gas som en energikälla. Det görs således gällande att de drabbas av större tekniska och affärsmässiga svårigheter vid avbrott i leveranserna och att gasen därför måste ha ett högre verkligt värde för dem än för andra industrisektorer. Således var prisrabatterna omotiverade för en sektor som så uteslutande är beroende av naturgas. Den belgiska regeringens argument om verkligt värde grundar sig i själva verket på att ammoniakproducenterna inte kan lämna Gasunie till förmån för en annan råvaruleverantör. Detta argument är inte övertygande. Produktionen av kvävehaltiga gödningsmedel i Nederländerna är inte lika beroende av Gasunies leveranser av naturgas som ammoniakproduktionen. Förevarande mål gäller till stor del möjligheten att nederländska producenter av kvävehaltiga gödningsmedel till följd av billigare importerad ammoniak upphör med sin egen ammoniakproduktion. När ett sådant beslut är affärsmässigt genomförbart eller nödvändigt går det inte att säga att gas har ett högre verkligt värde för ammoniakproducenter än för andra industrisektorer. Gasen har *inte alls* något värde för ammoniaksektorn om den inte kan användas i ammoniakproduktionen i konkurrens med andra källor. Prissättningen (som bestämmer ett värde på marknaden) styrs snarare av faktisk efterfrågan än av en behovsgrundad idé om "verkligt" värde. Faktisk efterfrågan tar sig uttryck genom förmåga och vilja att betala för inköp. Om företag i andra sektorer har råd att köpa gas till gällande industripris, medan ammoniakproducenternas konkurrensförmåga allvarligt försämras om de måste göra det, saknar det betydelse att den råvara som erfordras för ammoniakproduktion, till skillnad från andra sektorers behov av energi, endast kan tillgodoses med naturgas. Om kommissionens bedömning att detta verkligen var fallet vinner stöd i övrigt, måste den belgiska regeringens just återgivna argument förkastas.

viii) Alternativa exportmöjligheter

68. Kommissionen har i tjugofjärde stycket i beslutet uppgivit att jämfört med att bevara befintlig försäljning till nederländska ammoniakproducenter, som inte fordrar några nya marknadsföringsåtgärder, var "[e]xportförsäljning, och framför allt export till Belgien, Tyskland och Frankrike, mindre fördelaktigt i fråga om pris och behovet av att göra nyinvesteringar". Den belgiska regeringen har gjort gällande att exportpriserna under ifrågavarande period var högre än F-priset, och att den befintliga infrastrukturen kunde ha klarat en ökad export utan nyinvesteringar. Dessutom förelåg det en tillräcklig efterfrågan på gas utomlands för att motivera att gas började exporteras för att bemöta en gradvis nedgång i försäljningen till nederländska ammoniakproducenter. Alternativet hade

varit att Nederländerna begränsade produktionen för att förlänga livslängden på sina gasfält.

69. Det har inte lämnats några direkta bevis för att nedgången i försäljningen till nederländska ammoniakproducenter var gradvis (som den belgiska regeringen menar) i stället för plötslig (som kommissionen anser), med undantag för det faktum att industrin gjorde betydande investeringar i Nederländerna. Kommissionen har påtalat att flera ammoniakfabriker inom gemenskapen stängde under perioden 1992—1993, då stora mängder ammoniak importerades från det forna kommunistblocket. Bevisen på en snabb nedgång i den belgiska ammoniakindustrin under 1980-talet, som säkert skulle ha varit ännu mer dramatisk om det inte hade funnits ett rabatterat pris, kan också åberopas. Den stora storleken på och det låga antalet ammoniakproducerande verksamheter i Nederländerna tyder också på att varje nedgång som resulterade i konkurser eller i att producenter av kvävehaltiga gödningsmedel övergav detta produktionsled skulle ha fått en omedelbar och allvarlig återverkan på Gasunies försäljningsvolymer.

70. Kommissionen och den nederländska regeringen har tillstått att exportpriset, av skäl som redan diskuterats ovan, var högre än F-priset. Härav följer inte att ännu större volymer gas kunde ha exporterats till det priset. I ett "netback"-system skulle det pris som Gasunie erhöll ha varit beroende av vilken sektoriell marknad som gasen inköptes för och av gaspriset på den marknaden. Det skulle ha varit det faktiska pris som Gasunie erhöll för den extra gas som sålts, med avdrag för transportkostnader och vinst för distributionsbolaget, oavsett hur detta kunde ha dolts med ett anpassat gränspris.

71. De har tillagt att avtal för gasexport ingås på lång tid för att efterfrågan skall kunna förutses [52], vilket innebär att det skulle ha varit mycket svårt att med kort varsel väsentligt öka leveranserna till ett annat land. På kort och medellång sikt var exportmarknaden mättad och exportförsäljningen till marknader där de långsiktiga behoven redan var tillgodosedda kunde endast ha ökats genom mycket låga priser. Den nederländska regeringen har uppgivit att de troligaste marknaderna skulle ha varit de minst lönsamma, som den för elproduktion. Kommissionen påpekade vid sammanträdet att Gasunies gasförsäljning till nederländska ammoniakproducenter i volym praktiskt taget motsvarade all gas som hade sålts i Belgien, som enligt den nederländska regeringen redan hade ett överskott av algerisk gas. En ökad export skulle också ha medfört tekniska problem i fråga om gaskvalitet, tryck och så vidare. Vad beträffar möjligheten att

52 — Det har redan noterats att priserna förhandlades fram vart tredje år. Dessa förhandlingar ägde rum inom ramen för leveransavtal som överenskommits för betydligt längre perioder. Till exempel berörs i den belgiska regeringens inlagor (i ett annat sammanhang) den nederländska regeringens beslut att utsträcka befintliga avtal till perioden 1995—2010.

begränsa produktionen, skulle det ha resulterat i minskade intäkter och därigenom en långsammare återbetalning av Gasunies investeringar. I sakkunnigutlåtandet, som domstolen begärde i målet CdF Chimie AZF mot kommissionen, angavs det att även om det är rationellt att motverka en alltför snabb förbrukning av inhemska naturgaskällor, måste man också beakta risken att förlora nuvarande och potentiella framtida kunder.

72. Kommissionens och den nederländska regeringens argument övertygar mig om att kommissionen hade goda grunder för att sluta sig till att Gasunie praktiskt taget inte hade något annat alternativ än att skydda sin försäljning till nederländska ammoniakproducenter med F-prisrabatten. Den belgiska regeringens argument skall därför förkastas.

ix) F-prisets affärsmässiga motivering

73. Detta är i själva verket den huvudsakliga grunden för kommissionens beslut.

74. I sakkunnigutlåtandet, som domstolen begärde i målet CdF Chimie AZF mot kommissionen, angavs i fråga om F-priset att trots de ekonomiska och affärsmässiga fördelar som Gasunie säkerställts genom F-priset, "kunde [det] samtidigt ha grundat sig på ett politiskt beslut att bevara särskild kemisk produktion i Nederländerna ... [m]en ur en affärsmässig synvinkel kan det också ligga i Gasunies ekonomiska intresse" [53]. De sakkunniga förklarade också att även om det kunde ha varit till fördel för Gasunie att sänka vissa sektoriella priser för att bevara sina marknadsandelar och intäkter, var de sakkunniga inte i en sådan situation att de kunde uppskatta "om prisnivån — även om den var gynnsam för Gasunie — kunde ha varit högre om Gasunie önskade det, men inte den nederländska regeringen" [54].

75. Den belgiska regeringen har allmänt bestritt kommissionens slutsats att F-priset var affärsmässigt motiverat. Den menar att F-priset tillämpades av politiska skäl för att gynna den nederländska ammoniakindustrin. Det finns två sätt att tolka detta argument, vilka de nyss nämnda uttalandena i sakkunnigutlåtandet till viss del belyser.

76. Den första tänkbara tolkningen av den belgiska regeringens argument är att ett politiskt skäl eller en förmån på ett avgörande sätt färgar beslut som fattats inom företag i den offentliga sektorn, även då sådana beslut

53 — S. 72 i sakkunnigutlåtandet.
54 — S. 77 i sakkunnigutlåtandet.

är fullständigt motiverade av affärsmässiga skäl. Den belgiska regeringen har uttryckligen anfört ett sådant argument senare i sina inlagor. [55] Om detta argument följdes och bekräftades, skulle det första citatet ur sakkunnigutlåtandet kunna vara av avgörande betydelse för F-priset och följaktligen för kommissionens beslut.

77. Det andra tänkbara argumentet går ut på att medan vissa prisrabatter kan ha varit motiverade, så att Gasunie har kunnat dra vissa fördelar därav, var F-priset för generöst och innebar att bolaget gick miste om vinster. I målet Van der Kooy m. fl. mot kommissionen [56] godtog domstolen att Gasunie gav konkurrenskraftiga prisavdrag (i det fallet till den nederländska trädgårdsindustrin), men betonade behovet av att kunna fastställa huruvida sådan konkurrens verkligen förelåg, det vill säga att sådana avdrag inte var större än vad som var nödvändigt enligt de ifrågavarande marknadsvillkoren, med beaktande "inte bara av olika prisnivåer, utan även av kostnader för omställningen".

78. Det första argumentet är inte hållbart. Det framgår av domstolens fasta rättspraxis att kriterierna för att identifiera statligt stöd är objektiva. När det väl har fastställts att en investering, ett beslut om prissättning eller något annat initiativ är affärsmässigt motiverat [57], saknar det betydelse att initiativet också tjänar politiska intressen. Domstolen förklarade i målet Deufil mot kommissionen att det i artikel 92 i fördraget "inte görs åtskillnad mellan en berörd stats interventionsåtgärder utifrån orsakerna för eller målsättningarna med dessa, utan de definieras i stället med utgångspunkt i deras verkan" [58]. Öppet politiska motiv kan föranleda en särskild granskning av de affärsmässiga argument som anförts för ett bestämt stödliknande förfarande, men i förevarande mål finns inga bevis på att kommissionen inte samvetsgrant och noggrant undersökt F-priset.

79. Det andra tänkbara argumentet är förenligt med domstolens rättspraxis, men måste styrkas av fakta. Varken de sakkunniga som hade utsetts av domstolen eller kommissionen fann bevis för att F-priset var någonting annat än ett rimligt försök av Gasunie att erhålla mesta möjliga ekonomiska fördel i ett svårt läge.

80. Den belgiska regeringen har gjort gällande att kommissionen inte borde ha hänvisat till den andra delen av sakkunnigutlåtandet, i vilken de sakkunniga ensidigt övergått

55 — Se diskussionen nedan om avstående från vinst.

56 — Nämnt ovan i fotnot 4, punkt 30.

57 — Ett affärsmässigt motiverat beslut har definierats som ett beslut som hade kunnat fattas av en enskild person inom den privata sektorn, se Kommissionen, 14: e rapporten om konkurrenspolitik, punkt 198.

58 — Dom av den 24 februari 1987 (310/85, Rec. s. 901, punkt 8). Se även dom av den 2 juli 1974, Italien mot kommissionen (173/73, Rec. s. 709), och generaladvokat Sir Gordon Slynns förslag till avgörande i målet Tyskland mot kommissionen (dom av den 20 mars 1984, 84/82, Rec. s. 1451, 1501) och i förenade målen Nederländerna och Leeuwarder Papierwarenfabriek mot kommissionen, nämnda ovan i fotnot 24.

från en "kostnadsprisanalys" av de påstådda besparingar som skulle ha erhållits genom de villkor som ställts för att erhålla F-priset, som domstolen hade begärt, till en "ekonomisk analys" eller "marknadsprisanalys" av beslut om prissättning som svar på marknadsvillkoren. Den belgiska regeringen har gjort gällande att de sakkunnigas slutsatser var anmärkningsvärt försiktiga och hypotetiska, då de grundades på mycket få konkreta bevis.

81. Kommissionen har genmält att den hade rätt att stödja sig på analysen av marknadspriset i sakkunnigutlåtandet, till vilket domstolen indirekt hänvisade i målet CdF Chimie AZF mot kommissionen [59]. Kommissionen har vidare angivit att den grundade sina slutsatser på bevis som den självständigt hade förvärvat under sina efterforskningar och som avsåg svårigheterna i ammoniakindustrin och sambandet mellan kostnaden för gasen och kostnaden för ammoniakproduktionen.

82. I motsats till den belgiska regeringen anser jag inte att enbart den omständigheten att kommissionen har åberopat sakkunnigutlåtandet, som innehåller vissa slutsatser som är ganska spekulativa, i sig utgör en grund för ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet, eftersom kommissionen uppenbarligen har ansträngt sig för att styrka analysen i utlåtandet.

83. Den belgiska regeringen har, utöver de detaljerade argument som redan har diskuterats och förkastats, anfört ett sakargument som går ut på att prissvängningarna på gas och ammoniak och fluktueringarna i nivån på den rabatt som beviljades enligt F-priset inte var synkroniserade. [60] Två inledande anmärkningar bör göras om detta argument. För det första är det klart att den belgiska regeringen inte ifrågasätter principen om att det kan vara affärsmässigt motiverat för statligt kontrollerade företag att bemöta ett hot mot deras försäljning med att ge vissa kunder förmånliga priser. Den bestrider bara att denna princip har iakttagits på ett riktigt sätt i detta mål. Den sakliga grunden för ett sådant argument måste prövas ingående. För det andra avser förevarande mål ett system med rabatter som gällde under flera år, vilket således innebär att principen om affärsmässig motivering systematiskt skall ha iakttagits. Kommissionen skall bedöma effekterna av alla system som påstås utgöra statligt stöd. Jag anser att domstolen endast skall ändra denna bedömning om den är uppenbart oriktig, när det har visats att de ifrågavarande åtgärderna, mot bakgrund av den period under vilken de har tillämpats, inte systematiskt är förenliga med de skäl som angivits för att de skall vara motiverade. Detta innebär inte att en kortvarig oförenlighet aldrig är av avgörande betydelse. Om emellertid en sådan brist har en obetydlig verkan

59 — Nämnd ovan i fotnot 5, punkt 50.

60 — Den belgiska regeringen har också, under rubriken felaktig rättstillämpning, gjort gällande en fråga som avser både faktiska och rättsliga omständigheter i fråga om kostnaden för att ersätta ammoniakinköp med ammoniakproduktion och som kommer att behandlas nedan.

(i systemet som helhet) eller mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet kan ges en trolig förklaring, skall domstolen inte ändra kommissionens beslut.

84. Kommissionen har i sina inlagor företett två tabeller, varav det i den ena görs en jämförelse mellan inköpspriset på importerad ammoniak i Västeuropa och gaskostnaden [61] för inhemsk ammoniakproduktion år 1984—1991, och det i den andra anges prisnivån på nederländsk industrigas (E-priset), F-prisrabatten och ammoniakpriset per ton för samma period. [62] Den belgiska regeringens ombud uppgav vid sammanträdet att det framgår av dessa tabeller att F-priset inte var ett affärsmässigt svar på marknadsvillkoren. Han gjorde gällande att de nederländska ammoniakproducenterna ibland beviljades den högsta rabatten vid tidpunkter då priset på konkurrerande importerad ammoniak var högt och en lägre rabatt vid andra tidpunkter då ammoniakpriset var lågt. [63] Kommissionens ombud bemötte detta med att F-prisrabatten alltid hade varierat, inte i enlighet med den absoluta prisnivån på ammoniak, utan i förhållande till de *relativa* priserna på industrigas och importerad ammoniak. Det skall inte förglömmas att vad som i första hand påverkar gaspriset är priset på konkurrerande energikällor, nämligen oljeprodukter.

85. Nederländska ammoniakproducenter beviljades faktiskt F-priset till dess högsta nivå om 5 cts/m^3 under hela år 1984 och under första halvåret 1985, när priset på ammoniak låg på sin högsta nivå under perioden 1983—1991 (vid ett tillfälle nästan tre gånger högre än det lägsta priset under denna period). Detta var dock även den period då gasen var dyrast, vilket förefaller stödja kommissionens argument. Det är emellertid inte tillräckligt att bedöma frågan endast genom att inta ett impressionistiskt förhållningssätt till siffror. Den belgiska regeringens argument fordrar en mer exakt, även om aningen teknisk, analys.

86. Genom att jämföra siffrorna för F-prisrabatten i den första tabellen, i vilken det görs en jämförelse av priset på gas respektive ammoniak, fann jag att de perioder under vilka gaskostnaden för europeisk ammoniakproduktion faktiskt översteg priset på importerad ammoniak antingen var perioder under vilka den högsta rabatten gällde [64] eller perioder under vilka rabatten ökades från en lägre nivå till en högre. [65]

61 — Det är den del av det slutliga priset på ammoniak som kan hänföras till kostnaden för gas som används i produktionen.

62 — Denna tabell ingår i förkortad form i bilaga 1, med ytterligare uppgifter om förhållandet mellan ammoniakpriset och gaspriserna.

63 — Den belgiska regeringens ombud hänförde framför allt till perioden från det sista kvartalet 1983 till det andra kvartalet 1985, till det första halvåret 1987, det första kvartalet 1989, det tredje kvartalet 1990 och hela år 1991.

64 — Från det andra kvartalet 1985 till mitten av år 1986.

65 — Från mitten av år 1989 till mitten av år 1990, när rabatten steg från 2 till 2,5 och sedan till 3,5 cts/m^3 innan den under det något mindre svåra tredje kvartalet år 1990 föll tillbaka till 2,85 cts, varefter rabatten återigen som svar på en stegrad konkurrens steg till 3,27 cts under det första kvartalet 1991.

87. Det finns också perioder under vilka det är befogat att vara något mer skeptisk till behovet av en rabatt. [66] Dessa perioder överensstämmer endast delvis med de som den belgiska regeringen nämnt, eftersom vissa av de perioder med ett högt ammoniakpris som dess ombud nämnt vittnade om att gaspriset ökade nästan samtidigt (och ibland oproportionerligt) [67], att gaspriset var stabilt eller ökade gradvis när höga ammoniakpriser började falla [68] eller att höga priser på både ammoniak och gas föll ungefär lika mycket, vilket innebar att den totala balansen i stort sett var oförändrad. [69]

88. Bara den omständigheten att gaskostnaden för europeiska ammoniakproducenter ibland var lägre än kostnaden för importerad ammoniak innebär dock inte automatiskt att rabatterna skall anses som icke affärsmässiga under sådana perioder. Även om gas utgör den huvudsakliga kostnaden i ammoniakproduktionen, måste även övriga produktionskostnader (mellan 10 och 25 procent av den totala kostnaden) [70] beaktas.

89. Det är också belysande att göra en enkel matematisk beräkning på grundval av de siffror som tillhandahålls i kommissionens andra tabell, nämligen att göra en beräkning av förhållandet mellan ammoniakpriset per ton och gaspriset per kubikmeter till F-priset. [71] Det är på grundval av de handlingar som har åberopats inför domstolen omöjligt att uppge vilken nivå som utgjorde den kritiska punkten (break even) för europeiska ammoniakproducenter. Denna måste naturligtvis ha varierat beroende på hur effektivt fabrikerna förbrukade sina gasleveranser i produktionsprocessen. Samtidigt är det klart att ju högre nivån var, desto bättre var läget för de europeiska producenterna.

90. Om man tänker sig hypotesen att beslut om prissättning på gas följde ammoniakpriserna (i den mån som de i enlighet med kommissionens uppfattning hade för avsikt att motsvara dessa), kan det noteras att nivån på F-prisrabatten tenderade att gå ned när detta förhållande mellan priset på gas och priset på ammoniak ökade, om inte en sådan ökning nästan omedelbart följdes av en nedgång i ammoniakpriserna innan Gasunie hade agerat. Detta är exempelvis riktigt i fråga om sänkningen av rabatten från 5 till 2,5 cts/m^3 under det tredje kvartalet 1986, när priset på gas föll snabbare än priset på ammoniak, vilket innebar att en mer gynnsam nivå erhölls även till den lägre rabatten. Omvänt krävdes det ökningar av rabatten för att bemöta svåra förhållanden under åren 1989 och 1990, när gaspriserna steg medan ammoniakpriserna gick ned. Detta förklarar att rabatten ökade

66 — År 1984 och det första kvartalet 1985, det första kvartalet 1987, det första kvartalet 1989, det sista kvartalet 1990.

67 — Det andra kvartalet 1985, det första kvartalet 1991.

68 — Det andra kvartalet 1987.

69 — Det andra kvartalet 1991.

70 — Se fotnot 6 ovan.

71 — Se bilaga 1 för resultaten av beräkningen.

från 2 till 2,5 cts/m^3 under det andra kvartalet 1989, fastän förhållandet mellan priserna på ammoniak och gas under det föregående kvartalet hade varit det mest gynnsamma under hela den period som F-priset gällde.

91. Den enda period då det är svårt att finna att Gasunie på ett sådant sätt var lyhört för marknadskraven är under år 1984. Både åren 1983 och 1985 var enligt kommissionens prisuppgifter mycket svåra år för europeiska ammoniakproducenter, men den högsta rabatten om 5 cts/m^3 gällde även under hela år 1984, när förhållandet mellan priserna på ammoniak och gas var ganska högt. Det kan vara så att även denna relativt gynnsamma situation (det vill säga i förhållande till kriserna år 1983 och år 1985) fortfarande innebar allvarliga problem för nederländska och andra ammoniakproducenter inom gemenskapen, vilket innebar att den högsta rabatten till och med då var motiverad. Den belgiska regeringen har inte inkommit med några bevis om motsatsen, och det skall noteras att detta var den period under vilken exportörer från sovjetblocket expanderade stort. Även om nivån på rabatten under år 1984 var omotiverad enligt de kriterier som just diskuterats (en möjlighet som jag endast framställer hypotetiskt), måste två överväganden noteras. För det första anpassningsproblem vid tillämpning av en ny prissättningsmekanism, vilket kan ursäkta vissa förseningar [72], och för det andra det faktum att den av Gasunie fastställda rabatten blev mer och mer elastisk under återstoden av decenniet som svar på de förändrade marknadsvillkoren. Således kan det sägas att systemet för att fastställa F-priset allmänt och systematiskt var affärsmässigt motiverat, även om det led av vissa tillfälliga anpassningsproblem. Detta var den slutsats som kommissionen kom fram till när den utövade sitt omfattande utrymme för skönsmässig bedömning på det förhållandet att det under viss tid infördes en exceptionellt komplicerad uppsättning marknadskrafter. Det kan inte sägas att systemet för att fastställa F-priset uppenbarligen inte motsvarade läget på marknaderna för gas och ammoniak. Den belgiska regeringens allmänna argument om motsatsen skall därför förkastas.

II — Felaktig rättstillämpning vid tolkningen av artikel 92 i fördraget

92. Den belgiska regeringen har anfört fem olika argument under denna rubrik om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet.

i) Lägre gaspriser i andra länder

93. Kommissionen har i åttonde stycket tredje strecksatsen i beslutet uppgivit att ammoniakproducenter kunde förhandla fram

72 — För övrigt gynnades Belgien också av en försening, genom att det defensiva skiktet fortsatte att gälla under det tredje kvartalet 1986, efter det att F-prisets rabatt hade halverats i Nederländerna.

mycket gynnsammare villkor med distributionsbolag för gas i Italien, Förenade kungariket och Irland än i Nederländerna, Belgien och Frankrike. Den belgiska regeringen har anfört att en medlemsstat inte kan motivera F-priset under åberopande av sådana avtalsordningar i andra medlemsstater, eftersom detta strider mot den rättspraxis som framgår av domstolens dom i målet Stinike och Weinlig mot Tyskland [73], enligt vilken en medlemsstat inte kan ursäkta en överträdelse av artikel 92 i fördraget med den omständigheten att även andra medlemsstater överträder den. Den belgiska regeringen har också uppgivit att kommissionen har underlåtit att granska de speciella villkoren på marknaderna för gas eller ammoniak i Italien, Förenade kungariket och Irland.

94. Kommissionen har genmält att den aldrig har påstått att de gynnsamma avtal för gasleverans som hade ingåtts inom ammoniakindustrin i dessa länder utgjorde statligt stöd eller att F-priset av det skälet var motiverat. Kommissionen påpekade i texten i beslutet att den ansåg att dessa avtal var affärsmässigt motiverade. Vad beträffar de särskilda marknadsvillkoren i de länderna, är det inte skälen för de lägre gaspriserna utan snarare, som i fråga om de tredje länder som diskuterats ovan (USA, Trinidad, Tobago m. fl.), deras effekt på nederländska ammoniakproducenters relativa konkurrensläge som är relevant. Den belgiska regeringens argument skall därför förkastas.

ii) Olika led i produktionsprocessen

95. I artonde stycket i beslutet har kommissionen citerat följande ur sakkunnigutlåtandet som beställdes av domstolen i målet CdF Chimie AZF mot kommissionen: "när naturgas används som råvara i industriella processer, och när priset på råvaran spelar en väsentlig roll vid fastställandet av kostnaden på slutprodukten, är inte bara priset på råvarusubstitut (eller alternativa produktionsprocesser) avgörande vid fastställandet av råvarans marknadspris, utan marknadspriset på slutprodukten är även av väsentlig betydelse." Den belgiska regeringen har gjort gällande att detta strider mot domstolens ställningstagande i målet United Brands mot kommissionen [74], att "samspelet mellan tillgång och efterfrågan skall, beroende på sin natur, endast tillämpas i varje led där det verkligen är uppenbart". Den belgiska regeringen har hävdat att kommissionen inte har rätt att analysera Gasunies F-pris i förhållande till priskonkurrensen mellan nederländska, europeiska och andra företag på en annan marknad, nämligen ammoniakmarknaden, som representerar en annan försäljnings-och produktionsfas än för gas som används i produktion av ammoniak.

96. Den belgiska regeringen och kommissionen har diskuterat om en regel angående artikel 86 i fördraget är tillämplig på ett beslut

73 — Dom av den 22 mars 1977 (78/76, Rec. s. 595, punkt 24).

74 — Dom av den 14 februari 1978 (27/76, Rec. s. 207, punkt 229).

om statligt stöd. Jag anser att det är uppenbart att resonemanget i det stycke som den belgiska regeringen citerade kan utsträckas till att även omfatta området för statligt stöd. Om ett statligt kontrollerat företag på sin marknad inte påverkas negativt av sina kunders motgångar på deras marknader, skulle de särskilt förmånliga priser som beviljades deras mer sårbara kunder inte vara affärsmässigt motiverade och skulle därför kunna utgöra ett förbjudet statligt stöd enligt artikel 92 i fördraget.

97. Omständigheterna i målet United Brands skilde sig emellertid från omständigheterna i förevarande mål. Domstolen fastställde inte någon annan allmängiltig rättsprincip än den uppenbara rättsprincipen att det vid bedömningen av effekterna av ett beteende på marknaden är viktigt att klargöra att det verkligen föreligger ett samspel mellan tillgång och efterfrågan på olika produkter.

98. I förevarande mål skall kommissionens analys inriktas på att bedöma i vilken grad Gasunie påverkats av de risker som dess köpare (ammoniakproducenter) får stå på en marknad som befinner sig nedströms från gasmarknaden, nämligen ammoniakmarknaden. Kommissionen fann nämligen att det hade förelegat stark korsvis elasticitet i efterfrågan från producenter av kvävehaltiga gödningsmedel (som också tenderade att vara ammoniakproducenter) mellan deras egen ammoniakproduktion och importerad ammoniak. De kunde, om det var nödvändigt för att bibehålla deras konkurrensställning på marknaden för kvävehaltiga gödningsmedel, välja importerad ammoniak, vilket i sin tur allvarligt skulle påverka Gasunies gasförsäljning till ammoniakproducenterna. Därför kunde "samspelet mellan tillgång och efterfrågan" på gasmarknaden i fråga om ammoniak vara "verkligen ... uppenbart", för att använda uttrycken i målet United Brands mot kommissionen, och kunde verkligen påverka aktörers beslut på den marknaden. Kommissionen gjorde rätt när den prövade sambanden mellan de två marknadsleden i sin utredning om statligt stöd. Den belgiska regeringens argument skall därför förkastas.

iii) Substitutionskostnader

99. Den belgiska regeringen har gjort gällande att kommissionen i sin motivering underlät att beakta den kostnad som producenter av kvävehaltiga gödningsmedel skulle få för att ersätta deras egen ammoniakproduktion med inköp av importerad ammoniak. Som har påpekats ovan ansåg domstolen i målet Van der Kooy m. fl. mot kommissionen att förmånliga gaspriser (för att täcka behoven av uppvärmning i den nederländska trädgårdsindustrin) kunde vara objektivt motiverade av ekonomiska skäl, såsom behovet av att på samma marknad med hjälp av konkurrenskraftiga priser kunna konkurrera med andra energikällor. Domstolen fortsatte: "För att fastställa om sådan konkurrens verkligen är möjlig, skall inte bara de olika prisnivåerna beaktas utan också kostnaderna för övergång till en ny

energikälla, såsom kostnader för ersättning av och värdeminskning på utrustning för uppvärmning." [75]

100. Det är riktigt att kommissionen inte nämner sådana omställningskostnader i beslutet när den (i till exempel tjugoförsta stycket) hänför sig till den valmöjlighet producenter av kvävehaltiga gödningsmedel har mellan att själva producera ammoniak och att köpa importerad ammoniak. Kommissionen har gjort gällande att den i tillräcklig grad har visat att det föreligger en verklig konkurrens mellan gas (då den används i inhemsk ammoniakproduktion) och importerad ammoniak, och att substitutionskostnaderna var försumbara, eftersom producenterna av kvävehaltiga gödningsmedel inte vidtog några ändringar av deras anläggningar, utan bara behövde avstå från en fas i produktionen, vilket endast kunde medföra marginella kostnader. Detta förefaller vara fallet. Den belgiska regeringens argument skall därför förkastas.

iv) Avstående från vinst

101. Den belgiska regeringen har gjort gällande att kommissionen borde ha prövat om Gasunie avstod från möjliga vinster genom att tillämpa F-priset, oavsett de vinster som bolaget fortsatte att erhålla under den ifrågavarande perioden, men att kommissionen underlät att göra det. Den belgiska regeringen har också hävdat att det förhållande att det är affärsmässigt motiverat inte kan frånta F-priset dess karaktär av en politiskt motiverad åtgärd för att gynna den nederländska ammoniakindustrin. Några ytterligare bevis eller grunder utöver vad som diskuterats ingående i avdelning I ix ovan har inte anförts, och jag har redan uttryckt min uppfattning om hur politiska skäl skall bedömas. [76] Den belgiska regeringens argument förkastades därvid och det saknas anledning att granska dem ytterligare.

v) F-prisets specifika karaktär

102. Den belgiska regeringen har hävdat att det finns en motsättning mellan den omständigheten att villkoren för att erhålla F-priset var objektiva och den omständigheten att det inte desto mindre var avsett som ett sektoriellt pris för att bistå Gasunies kunder i ammoniakindustrin. Den belgiska regeringen har gjort gällande att det ankom på kommissionen att förklara denna motsättning.

75 — Nämnt ovan i fotnot 4, punkt 30. Delvis citerat i punkt 77 ovan.

76 — Punkt 78 ovan.

103. Kommissionen har svarat att beviljandet av ett speciellt pris till ammoniakindustrin var motiverat, medan andra industrier, som inte var utsatta för samma hot från konkurrenter i tredje länder, inte behövde en sådan förmån, vilket innebär att beviljandet av ett speciellt pris till sådana sektorer skulle ha varit rättsstridigt. Detta överensstämmer med kommissionens inställning under hela förfarandet, men det bemöter inte direkt den belgiska regeringens ståndpunkt, vilken är att den (nu) sektoriella karaktären av F-priset inte direkt framgick, utan gömdes bakom till synes neutrala objektiva villkor som avsåg volym, möjlighet att avbryta leveranser etc.

104. Den förmodligen bästa förklaringen av villkoren för F-prisets tillämpning, som överensstämmer med kommissionens resonemang, ges i sakkunnigutlåtandet:

"Om traditionen på marknaden hindrar det, eller om det finns offentligt kungjorda priser, är det inte alltid möjligt att tillämpa en helt differentierad prispolitik. I det fallet kan ett system med prisblock tillämpas, vilket är fallet i de nuvarande nederländska prissättningssystemen. Blocket i prissystemet skall i det fallet definieras på ett sådant sätt att gasbolaget optimerar sina intäkter för att så mycket som möjligt närma sig ett prisdifferentierat läge ... Kungjorda priser kan kombineras med priser som är förbundna med en marginell kostnad. I det fallet skall vid rabatter eller extra avgifter de speciella villkor som är förbundna med leverans till vissa kunder [till exempel villkor som gäller belastningsfaktor, kvantitet, avstånd eller är säsongbetonade] beaktas ... Dessa speciella villkor och rabatter/extra avgifter kan emellertid också tjäna som ett indirekt sätt att tillämpa en prisdifferentierad politik, även om den grundar sig på en marginell kostnad." [77]

105. Det är i Nederländerna brukligt att sälja gas till offentligt kungjorda priser. Denna situation kan jämföras med till exempel situationen i Tyskland, där full prisdifferentiering eftersträvas genom förhandlingar om enskilda avtal med stora kunder. Gasunie kunde, med beaktande av restriktionerna på den nederländska marknaden, göra sitt bästa för att försöka kopiera detta läge genom att kungöra ett pris för vilket de objektiva villkoren avsåg ammoniakindustrin.

106. Jag anser inte att utelämnandet av en sådan förklaring, eller av någon annan som kommissionen hade kunnat lämna, skall leda till att det omtvistade beslutet ogiltigförklaras på grund av en felaktig tolkning av artikel 92 i fördraget. Det är fortfarande ett faktum att kommissionen, i sitt meddelande om återupptagandet av utredningen om F-priset utgjorde ett statligt stöd och beredandet av tillfälle för berörda parter att inkomma med yttranden, angav att F-priset var väsentligen

77 — S. 69 och 70 i den franska versionen av sakkunnigrapporten.

sektoriellt till sin karaktär [78], vilket i sin tur följde av domstolens ställningstagande i målet CdF Chimie AZF mot kommissionen [79]. Om kommissionen hade varit av den uppfattningen att priset *inte* var sektoriellt till sin karaktär (som den gjorde gällande i målet CdF Chimie AZF mot kommissionen [80]), skulle den ha varit tvungen att motivera varför det förelåg en motsättning mellan de till synes neutrala villkoren för att erhålla F-priset och dess faktiska verkan som innebar att nästan enbart ammoniaksektorn gynnades. Efter att ha medgivit att F-priset var sektoriellt till sin karaktär, även om motiverat av specifika överväganden för sektorn i fråga, ankom det inte på kommissionen att behandla frågan ytterligare. Utan tvekan kan en utredare börja misstänka något när skenet synes strida mot verkligheten. När emellertid verkligheten förklaras och motiveras så att utredaren (och domstolen som omprövar utredarens beslut) är nöjd, stillas den kanske naturliga inledande misstanken.

III — Ogiltigförklaring på grund av bristfällig motivering

107. Den belgiska regeringen har gjort gällande att motiveringen av det omtvistade beslutet inte uppfyller kraven i artikel 190 i fördraget, eftersom den är obegriplig och otillräcklig. Domstolen har i sin fasta rättspraxis slagit fast att kommissionen skall underbygga sina beslut med en klar och relevant, om än kortfattad, redogörelse för de huvudsakliga faktiska och rättsliga omständigheterna, som skall ge berörda parter och domstolen möjlighet att förstå resonemanget bakom beslutet. [81] Det finns emellertid gränser för kommissionens skyldighet i detta hänseende. Som domstolen påpekade i målet Remia m. fl. mot kommissionen:

"[Ä]ven om kommissionen enligt artikel 190 i EEG-fördraget är skyldig att ange de faktiska omständigheter som motiverar att beslutet antas och de rättsliga överväganden som har föranlett kommissionen att anta det, innebär inte artikeln att det krävs att kommissionen diskuterar alla faktiska eller rättsliga omständigheter som den kan ha behandlat under det administrativa förfarandet. Motiveringen av ett beslut som går någon emot skall innehålla tillräcklig information för att domstolen skall ges möjlighet att pröva beslutets lagenlighet och för att den berörda personen skall ges nödvändig information för att kunna avgöra om beslutet är välgrundat." [82]

Uttalandet om domstolens och berörda personers intresse av att förstå kommissionens motivering innebär att kommissionen åläggs

78 — Nämnd i fotnot 10 ovan.

79 — Nämnd ovan i fotnot 5, punkterna 22 och 23.

80 — Se punkt 20 i domen; och förhandlingsrapporten, punkt III B a, s. I-3087 och I-3088.

81 — Se dom av den 4 juli 1963, Tyskland mot kommissionen (24/62, Rec. s. 129), av den 11 juli 1985, Remia m. fl. mot kommissionen (42/84, Rec. s. 2545, punkt 26), Nederländerna och Leeuwarder Papierwarenfabriek mot kommissionen, nämnd ovan i fotnot 24, punkt 19, av den 22 januari 1986, Eridania m. fl. (250/84, Rec. s. 117, punkterna 37 och 38), domen i målet Van der Kooy m. fl. mot kommissionen, nämnd ovan i fotnot 4, punkt 71, och dom av den 18 september 1992, Automec mot kommissionen (T-24/90, Rec. s. II-2223, punkt 85).

82 — Nämnt ovan i fotnot 81, punkt 26. Se även dom av den 9 november 1983, Michelin mot kommissionen (322/81, Rec. s. 3461, punkt 14), och domen i målet VBVB och VBBB mot kommissionen, nämnd ovan i fotnot 27, punkt 22.

en skyldighet, men också att implicita gränser ges för denna skyldighet. Kommissionen behöver varken uppge vad som är uppenbart, oväsentligt eller orealistiskt i beslutet, eftersom det inte är nödvändigt för att pröva beslutets lagenlighet. På samma sätt behöver själva beslutet endast innehålla tillräckligt med detaljer för att upplysa domstolen och enskilda om vilka omständigheter som legat till grund för kommissionens resonemang. Dessa omständigheter kan anges närmare vid utväxlingen av bevis och argument under ett förfarande om ogiltigförklaring.

108. Den belgiska regeringen har anfört fyra argument angående bristfällig motivering. Det första gäller att kommissionen inte i beslutet har beskrivit vilka villkor som gäller för att erhålla F-priset. Under omständigheterna kan detta knappast ha någon avgörande betydelse för bedömningen av om kommissionens motivering är tillräcklig. Dessa detaljer, inklusive konstaterandet att F-priset var väsentligen sektoriellt till sin karaktär, beskrevs både i domstolens dom i målet CdF Chimie AZF mot kommissionen och i kommissionens meddelande om återupptagande av utredningen om statligt stöd och beredande av tillfälle för berörda parter att inkomma med yttranden. Kommissionen hänvisar i beslutet både till domstolens dom och till meddelandet. Därför kan det varken sägas att domstolen eller berörda personer berövats någon väsentlig information om priset, och kommissionens motivering är följaktligen inte bristfällig i detta avseende.

109. Den belgiska regeringens andra argument liknar det första, nämligen att motiveringen av beslutet är bristfällig eftersom det i beslutet inte påpekas att F-prisrabatten i förhållande till E-priset efter år 1984 blev en rörlig rabatt. Detta kan, som kommissionen har hävdat, snarare betraktas som en utveckling av det första argumentet än som ett väsentligen nytt (och otillåtet) argument. [83] Det skall därför förkastas av samma skäl som det första. F-priset beskrivs som varierande i både generaladvokat Mischos förslag till avgörande i målet CdF Chimie AZF mot kommissionen [84] och i meddelandet om återupptagandet av kommissionens utredning enligt artikel 93.2 i fördraget.

110. Den belgiska regeringen har för det tredje gjort gällande att kommissionen har underlåtit att förklara hur ett pris, som kunde erhållas om vissa objektiva villkor var uppfyllda, kunde motiveras utifrån konkurrensen mellan gas och ammoniak. Detta är i själva verket samma argument som har berörts ovan under rubriken felaktig tolkning av artikel 92 i fördraget, med underrubriken "F-prisets specifika karaktär". Det måste även förkastas i detta sammanhang. Kommissionen var inte skyldig att förklara denna särskilda aspekt av F-priset, eftersom det inte påverkade det slutliga beslutet.

83 — Se diskussionen ovan om artikel 42.2 i domstolens rättegångsregler.

84 — Nämnt ovan i fotnot 5, punkt 51.

111. Den belgiska regeringen har slutligen gjort gällande att kommissionen har underlåtit att i sin motivering beakta omställningskostnader för det fall att producenter av kvävehaltiga gödningsmedel skulle ersätta sin egen ammoniakproduktion med importerad ammoniak. Detta är också en upprepning av de argument som redan har anförts till stöd för grunden om felaktig rättstillämpning [85], och skall återigen förkastas.

Förslag till avgörande

112. De grunder som Konungariket Belgien har åberopat för att det omtvistade beslutet i förevarande mål skall ogiltigförklaras på grund av en uppenbart oriktig bedömning av sakförhållandena, på grund av en felaktig tolkning av artikel 92 i Fördraget om Europeiska gemenskapen och på grund av bristfällig motivering skall samtliga förkastas. Jag drar därför den slutsatsen att kommissionens beslut av den 29 december 1992, om att avsluta det förfarande som hade inletts i enlighet med artikel 93.2 i fördraget angående ett system med förmånspriser som gällde i Nederländerna för leveranser av naturgas till nederländska producenter av kvävehaltiga gödningsmedel, inte skall ogiltigförklaras.

113. Konungariket Belgien skall ersätta rättegångskostnaderna i detta förfarande.

114. Konungariket Nederländerna skall bära sina rättegångskostnader.

85 — Se punkterna 99 och 100 ovan.

Bilaga

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