

ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer — uitgebreid)

17 oktober 2002 *

In zaak T-98/00,

Linde AG, gevestigd te Wiesbaden (Duitsland), vertegenwoordigd door
H.-J. Rabe en G. Berrisch, advocaten,

verzoekster,

ondersteund door

Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door W.-D. Plessing als gemachtigde, bijgestaan door J. Sedemund en T. Lübbig, advocaten,

interveniente,

* Procestaal: Duits.

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door D. Triantafyllou en K.-D. Borchardt als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

betreffende een verzoek tot gedeeltelijke nietigverklaring van beschikking 2000/524/EG van de Commissie van 18 januari 2000 inzake staatssteun welke door Duitsland is verleend aan Linde AG (PB L 211, blz. 7),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG
(Vijfde kamer — uitgebreid),

samengesteld als volgt: J. D. Cooke, kamerpresident, R. García-Valdecasas, P. Lindh, N. J. Forwood en H. Legal, rechters,

griffier: D. Christensen, administrateur,

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 31 januari 2002,

het navolgende

Arrest

Feiten en procesverloop

- 1 Verzoekster is een Duitse onderneming die industriële gassen produceert en verdeelt. Zij heeft met name een productie-eenheid te Leuna (deelstaat Saksen-Anhalt).

- 2 De Treuhandanstalt (publiekrechtelijk orgaan dat instaat voor het bestuur, de omschakeling en de privatisering van bedrijven van de vroegere Duitse Democratische Republiek, hierna: „THA”) heeft bij overeenkomst van 22 april 1993 (hierna: „privatiseringsovereenkomst van 22 april 1993”), de activiteiten van Leuna Werke AG (rechtsvoorgangster van Leuna-Werke GmbH, hierna: „LWG”), een onderneming te Leuna die actief is in de sector amines en dimethylformamide, verkocht aan UCB Chemie GmbH (hierna: „UCB”), een Duitse dochtervennootschap van de groep Union chimique belge.

- 3 Bij deze overeenkomst was een reeks bijkomende overeenkomsten gevoegd, waaronder een overeenkomst van 22 april 1993 waarbij THA en LWG zich ertoe verbonden aan UCB bepaalde hoeveelheden koolmonoxide, een gas dat wordt gebruikt bij de productie van amines en dimethylformamide, te leveren tegen marktprijs, en dit gedurende tien jaar, vernieuwbaar voor onbepaalde duur (hierna: „toeleveringsovereenkomst van 22 april 1993”). Volgens artikel 6, lid 4,

van deze overeenkomst kon LWG de overeenkomst opzeggen in twee gevallen, wanneer UCB met een andere producent een toeleveringsovereenkomst zou afsluiten onder „vergelijkbare voorwaarden”, dan wel wanneer zij een eigen productie-installatie voor koolmonoxide zou bouwen. In dit laatste geval zou THA aan UCB een „investeringssubsidie” betalen van maximum 5 miljoen Duitse mark (DEM).

- 4 De uitvoering van de toeleveringsovereenkomst van 22 april 1993 bracht voor LWG en THA zeer zware verliezen teweeg van ongeveer 3,5 miljoen DEM per jaar. De productie-installatie voor koolmonoxide die zij gebruikten, was immers compleet verouderd en veroorzaakte aanzienlijke kosten. Aangezien UCB had afgezien van de bouw van een eigen installatie, en er te Leuna geen enkele andere koolmonoxideproducent was, kon LWG de overeenkomst niet opzeggen op grond van artikel 6, lid 4, ervan. Daarom zochten LWG en de Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (hierna: „BvS”), de instantie die in de plaats van THA was gekomen, een onderneming die bereid zou zijn om een productie-installatie voor koolmonoxide te bouwen en te exploiteren, en in hun plaats de bevoorrading van UCB op lange termijn te verzorgen.
- 5 Zo hebben BvS, LWG en UCB in juni 1997 met verzoekster een overeenkomst gesloten waarbij deze laatste zich ertoe verbond om binnen een termijn van maximum 18 maanden een productie-installatie voor koolmonoxide te bouwen, die zij zou integreren in haar productie-eenheid voor waterstof te Leuna, deze installatie te exploiteren en bepaalde hoeveelheden koolmonoxide aan UCB te leveren (hierna: „overeenkomst van juni 1997”). In deze overeenkomst was tevens bepaald dat BvS en LWG aan verzoekster een „investeringssubsidie” zouden betalen van 9 miljoen DEM (hierna: „litigieuze subsidie”); het saldo van de totale investering, namelijk 3,586 miljoen DEM, zou door verzoekster worden gedragen. Bovendien bepaalde de overeenkomst dat de toeleveringsovereenkomst van 22 april 1993 zou vervallen zodra verzoekster zou beginnen met de levering van koolmonoxide aan UCB, en uiterlijk 18 maanden na de sluiting door deze twee ondernemingen van de toeleveringsovereenkomst voor koolmonoxide (zie punt 6 hierna), of in voorkomend geval, van voormelde overeenkomst.

- 6 Naast de overeenkomst van juni 1997 heeft verzoekster met UCB een toeleveringsovereenkomst voor koolmonoxide gesloten voor een duur van vijftien jaar, telkens vernieuwbaar voor vijf jaar (hierna: „toeleveringsovereenkomst van 1997”). Volgens artikel 2, lid 2, ervan is deze toeleveringsovereenkomst „te beschouwen als een vergelijkbare overeenkomst in de zin van artikel 6, lid 4, sub i [van de toeleveringsovereenkomst van 23 april 1993]”. Conform de toeleveringsovereenkomst van 1997 is verzoekster in oktober 1998 begonnen met de koolmonoxideleveringen aan UCB.

- 7 Na een vergadering met de Duitse instanties op 15 mei 1998 stelde de Commissie deze een aantal vragen over de litigieuze subsidie. Bij brief van 7 augustus 1998 deelden deze instanties een aantal elementen van antwoord mee. Bij brief van 18 september verzocht de Commissie om bijkomende inlichtingen, die haar op 3 december 1998 werden medegedeeld.

- 8 Bij brief van 30 maart 1999 stelde de Commissie de Duitse regering in kennis van haar besluit om de procedure van artikel 88, lid 2, EG in te leiden, en nodigde zij haar uit om opmerkingen te maken en op bepaalde vragen te antwoorden. Via publicatie van deze brief in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* van 10 juli 1999 (PB C 194, blz. 14) werden de belanghebbende partijen op de hoogte gebracht van de inleiding van deze procedure en uitgenodigd om hun eventuele opmerkingen kenbaar te maken. Bij brief van 25 mei 1999 deelde de Duitse regering haar opmerkingen en antwoorden op de gestelde vragen mee. De andere belanghebbende partijen hebben op de publicatie niet gereageerd.

- 9 Op 18 januari 2000 stelde de Commissie beschikking 2000/524/EG vast inzake staatssteun welke door Duitsland is verleend aan verzoekster (PB L 211, blz. 7; hierna: „bestreden beschikking”).

10 Het dispositief van de bestreden beschikking luidt als volgt:

„Artikel 1

De door Duitsland aan [verzoekster] verleende steun in de vorm van een subsidie voor de bouw van een [koolmonoxide]-productie-installatie in Leuna (Saksen-Anhalt) is, ten aanzien van het gedeelte van de steun dat overeenkomstig de cumuleringsregels het maximumniveau van 35 % voor regionale steun in Saksen-Anhalt niet overschrijdt, verenigbaar met de gemeenschappelijke markt.

Artikel 2

De door Duitsland aan [verzoekster] verleende steun in de vorm van een subsidie voor de bouw van een [koolmonoxide]-productie-installatie in Leuna (Saksen-Anhalt) is ten aanzien van het steungedeelte dat het in de cumuleringsregels voorgeschreven maximumniveau van 35 % voor regionale steun in Saksen-Anhalt overschrijdt, ingevolge artikel 87, lid 1, [EG] onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt.

Artikel 3

1. Duitsland neemt alle noodzakelijke maatregelen om de in artikel 2 genoemde onrechtmatig verleende steun van de ontvanger van de steun terug te vorderen.

2. De terugvordering van de steun geschiedt onverwijld overeenkomstig de nationale procedures, in zoverre deze de onmiddellijke daadwerkelijke tenuitvoerlegging van de beschikking mogelijk maken. De terug te vorderen steun omvat rente vanaf de datum waarop de onwettige steun ter beschikking van de begunstigde werd gesteld tot de datum van de daadwerkelijke terugbetaling ervan. De rente wordt berekend op grond van de referentierentevoet welke wordt gehanteerd voor de berekening van het nettosubsidie-equivalent in het kader van regionale steunregelingen.

[...]"

Procesverloop en conclusies van partijen

- 11 Bij op 21 april 2000 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld tot gedeeltelijke nietigverklaring van de bestreden beschikking.

- 12 Bij op 20 september 2000 ter griffie neergelegde akte heeft de Bondsrepubliek Duitsland verzocht om toelating tot interventie aan verzoeksters zijde. Bij beschikking van 6 oktober 2000 heeft de president van de Vijfde kamer (uitgebreid) dit verzoek toegewezen.

- 13 Op 8 december 2000 heeft de Bondsrepubliek Duitsland haar memorie in interventie neergelegd, en de Commissie heeft hierover opmerkingen gemaakt. Verzoekster heeft over de memorie in interventie geen opmerkingen ingediend.

- 14 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Vijfde kamer — uitgebreid) besloten de mondelinge behandeling te openen. In het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang heeft het Gerecht de Commissie verzocht schriftelijke vragen te beantwoorden en bepaalde documenten over te leggen. De Commissie heeft aan dit verzoek gevolg gegeven.

- 15 Ter terechtzitting van 31 januari 2002 zijn partijen gehoord in hun pleidooien en in hun antwoorden op mondelinge vragen van het Gerecht.

- 16 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de artikelen 2 en 3 van de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— de Commissie in de kosten te verwijzen.

- 17 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:
- het beroep te verwerpen;

 - verzoekster in de kosten te verwijzen.
- 18 De Bondsrepubliek Duitsland sluit zich aan bij verzoeksters conclusies.

In rechte

- 19 Tot staving van haar beroep voert verzoekster één middel aan, ontleend aan schending van artikel 87, lid 1, EG, dat twee onderdelen omvat, het eerste primair en het andere subsidiair. Primair stelt zij dat de litigieuze subsidie geen staatssteun is. Subsidiair stelt zij dat deze subsidie de mededinging niet vervalst en het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig beïnvloedt. De Bondsrepubliek Duitsland voert een tweede middel aan, ontleend aan ontoereikende motivering.
- 20 Eerst dient het eerste onderdeel van het eerste middel te worden onderzocht.

Argumenten van partijen

- 21 Verzoekster en de Bondsrepubliek Duitsland stellen dat de litigieuze subsidie geen staatssteun is in de zin van artikel 87, lid 1, EG.
- 22 Verzoekster stelt dat de overeenkomst van juni 1997 te zien is in de context van het „Treuhandstelsel” (dat de tussenkomsten regelt van THA en de instanties die in de plaats daarvan zijn gekomen), dat zij „het resultaat is van de onderhandelingen ter uitvoering van de privatiseringsovereenkomst [van 22 april 1993]” en „een maatregel [is] ter uitvoering van deze overeenkomst” in de zin van de brief van 16 juni 1997 van de directeur-generaal van het directoraat-generaal „Concurrentie” van de Commissie aan het bondsministerie van Economische zaken en de richtsnoeren in bijlage bij deze brief (hierna: „brief van 16 juni 1997”).
- 23 Verzoekster wijst op het dwingende karakter van de brief van 16 juni 1997, en betoogt dat deze brief uitgaat van het principe dat door BvS genomen „maatregelen ter uitvoering” van privatiseringsovereenkomsten, die een commercieel doel nastreven, geen staatssteun vormen. Zij wijst erop dat tot die maatregelen ook is te rekenen „de aanpassing van privatiseringsovereenkomsten wegens leemten in de regelgeving of gewijzigde omstandigheden”. Zij voegt hieraan toe dat de richtsnoeren gevoegd bij de brief van 16 juni 1997 met name de uitvoeringsmaatregelen vrijstellen van de aanmeldingsverplichting aan de Commissie wanneer die maatregelen „verband houden met de tenuitvoerlegging of de (bijkomende) uitlegging van de privatiseringsovereenkomst” of „vanuit (louter) commercieel oogpunt nodig lijken om de financiële belangen van de BvS veilig te stellen”. Deze richtsnoeren bepalen eveneens dat „toegevingen in het kader van het beheer van overeenkomsten enkel dan niet moeten worden aangemeld wanneer zij, vanuit commercieel standpunt, voor BvS economisch voordelig blijken te zijn”, wat „impliceert dat de resultaten van de onderhandelingen met het oog op de tenuitvoerlegging van de privatiseringsovereenkomst uit economisch oogpunt moeten worden beoordeeld en erop moet worden toegezien dat een evenwichtige verhouding bestaat tussen prestatie en tegenprestatie”.

- 24 In casu was volgens verzoekster de „aanpassing” van de privatiseringsovereenkomst van 22 april 1993 precies gebaseerd op commerciële overwegingen en was zij in overeenstemming met het vereiste van een „[evenwichtige] verhouding tussen prestatie en tegenprestatie”. Zij preciseert in dit verband dat de opzegging van de toeleveringsovereenkomst van 22 april 1993 noodzakelijk was wegens de zware verliezen die de exploitatie van de productie-installatie voor koolmonoxide van LWG met zich meebracht. Aangezien UCB weigerde een dergelijke installatie te bouwen en er te Leuna geen andere koolmonoxideproducent was, hadden BvS en LWG geen andere keus dan zich te wenden tot een derde onderneming die bereid was voor dit gas een productie-installatie te bouwen en aan UCB koolmonoxide te leveren. In deze omstandigheden was verzoekster „uitgenodigd om deel te nemen aan de onderhandelingen met UCB die hebben plaatsgevonden na de privatiseringsovereenkomst [van 22 april 1993]”.
- 25 Wat de litigieuze subsidie betreft, preciseert verzoekster dat deze was bedoeld om het haar mogelijk te maken koolmonoxide aan UCB te leveren onder „vergelijkbare voorwaarden” in de zin van artikel 6, lid 4, van de toeleveringsovereenkomst van 22 april 1993 en, meer in het bijzonder, „redelijke prijzen” aan te rekenen.
- 26 Voor het overige merkt verzoekster op dat het criterium van „particuliere investeerder” (zie punt 36 hierna) niet van toepassing is in de context van het beheer van privatiseringsovereenkomsten.
- 27 De Bondsrepubliek Duitsland van haar kant benadrukt dat de litigieuze subsidie niet is aan te merken als een „eenzijdig voordeel” voor verzoekster. Zij vormt immers de passende tegenprestatie voor verzoeksters verbintenis om, in plaats van BvS en LWG, koolmonoxide te leveren aan UCB onder „vergelijkbare voorwaarden” als die van de toeleveringsovereenkomst van 22 april 1993. Ter terechtzitting heeft verzoekster in wezen deze argumentatie overgenomen.

- 28 De Bondsrepubliek Duitsland stelt eveneens dat de beslissing om de litigieuze subsidie te betalen op commerciële overwegingen beruiste. Elke particuliere onderneming in de situatie van BvS en LWG zou immers aan verzoekster 9 miljoen DEM hebben betaald om bevrijd te worden van de verplichting om koolmonoxide te leveren aan UCB en de verlieslatende exploitatie van een verouderde installatie te beëindigen.
- 29 De Commissie brengt in de eerste plaats hiertegen in dat verzoekster geen argument kan ontleen aan de brief van 16 juni 1997.
- 30 Ten eerste vormt deze brief geen officiële standpuntbepaling van de Commissie, maar is hij een „onverbindend hulpmiddel bij de uitlegging, in het kader van de loyale samenwerking tussen de diensten van de Commissie en de nationale instanties”.
- 31 Ten tweede valt de litigieuze subsidie niet onder een van de gevallen als bedoeld in die brief of in de richtsnoeren in bijlage erbij, zodat zij geen „maatregel tot tenuitvoerlegging van de privatiseringsovereenkomst” van 22 april 1993 is.
- 32 Ten derde kan de litigieuze subsidie niet in verband worden gebracht met de privatiseringsovereenkomst. De Commissie benadrukt hierbij dat de in de toeleveringsovereenkomst van 22 april 1993 aangegeven verbintenis om koolmonoxide te leveren, enkel de verhoudingen tussen THA, LWG en UCB betrof, en dat die overeenkomst geenszins voorzag in de mogelijkheid dat een derde onderneming een productie-installatie zou bouwen en daartoe een subsidie zou ontvangen die twee keer hoger zou zijn dan deze waarin die overeenkomst voorzag. Onder verwijzing naar punt 32 van de bestreden beschikking stelt zij dat de litigieuze subsidie een uitvloeisel is van de overeenkomst van juni 1997, een nieuwe overeenkomst, tussen andere partijen, en buiten de context van de privatiseringsovereenkomst van 22 april 1993 moet worden beschouwd. Zij

meent dat deze subsidie niet als een eenvoudige „aanpassing” van deze overeenkomst kan worden beschouwd, en evenmin haar rechtvaardiging kan vinden in „gewijzigde omstandigheden”.

- 33 In de tweede plaats benadrukt de Commissie, onder verwijzing naar het arrest van het Gerecht van 14 december 2000, *Ufex e.a./Commissie* (T-613/97, Jurispr. blz. II-4055), dat voornamelijk moet worden uitgegaan van de gevolgen van de steun voor de steunontvangende onderneming en haar concurrenten, en niet van de situatie van de organen die de steun verdelen of beheren. Het begrip steunmaatregel is een objectief begrip, waarbij het er uitsluitend op aankomt of een maatregel van de staat aan een of aan bepaalde ondernemingen een voordeel toekent.
- 34 In casu heeft de litigieuze subsidie voor verzoekster onmiskenbaar een voordeel opgeleverd, aangezien zij hiermee naast haar bestaande installaties een productie-installatie voor koolmonoxide heeft kunnen bouwen zonder de kosten hiervan te dragen en haar productassortiment heeft kunnen uitbreiden. Dat BvS en LWG door de toekenning van deze subsidie aanzienlijke besparingen hebben gedaan, is volstrekt irrelevant.
- 35 De Commissie betwist bovendien de relevantie van het argument dat tegenover de litigieuze subsidie een verbintenis van verzoekster staat. In dit verband stelt zij dat krachtens artikel 87 EG met de gemeenschappelijke markt verenigbaar verklaarde steunmaatregelen steeds een tegenprestatie veronderstellen, nu steun voor uitsluitend de bedrijfsvoering van de steunontvangende onderneming formeel verboden is. Zij voegt hieraan toe dat niet het feit dat een tegenprestatie verschuldigd is, maar wel het feit dat sprake is van „een normale wederkerige tegenprestatie”, zoals bijvoorbeeld „de marktprijs bij verkoop”, de noodzakelijke voorwaarde is om te kunnen uitsluiten dat sprake is van steun. „De verbintenis om, in plaats van de oorspronkelijke publiekrechtelijke schuldenaar, aan een geprivatiseerd bedrijf te leveren tegen prijzen die dankzij gesubsidieerde investeringen de kosten dekken, vormt geen normale wederkerige tegenprestatie voor de betaling van investeringssteun”. Meer in het bijzonder stelt de Commissie

dat verzoeksters verbintenis om koolmonoxide te leveren tegen redelijke prijzen een „normale commerciële handelwijze” is en dus voor verzoekster geen last vormt. Ten slotte zou, in elk geval, het feit dat het aan verzoekster toegekende voordeel niet „onevenredig” is, niet relevant zijn voor de kwalificatie van een maatregel als staatssteun. Met dit element zou slechts rekening kunnen worden gehouden bij het onderzoek van de verenigbaarheid van de betrokken maatregel met de gemeenschappelijke markt in de zin van artikel 87, leden 2 en 3, EG.

- 36 In de derde plaats stelt de Commissie dat de handelwijze van BvS en LWG in casu niet die is van een „particuliere investeerder die onder normale marktomstandigheden handelt” aangezien „de Staat hier in het kader van zijn privatiseringsopdracht heeft gehandeld [...]”. Zij benadrukt dat men bij de toepassing van dit criterium de verplichtingen die op de staat als overheid rusten, buiten beschouwing dient te laten. Zij meent immers dat, aangezien THA en LWG wisten dat de productie van koolmonoxide in de bestaande installaties van LWG hoge kosten met zich zou meebrengen, hun leveringsverbintenis uit de toelieferingsovereenkomst van 22 april 1993 geen „normale schuld” was die een „hypothetische schuldenaar die onder normale marktomstandigheden handelt”, bereid zou zijn geweest op zich te nemen. De regeling die tot stand kwam in het kader van de overeenkomst van juni 1997, kan, aangezien zij ertoe strekte BvS en LWG te bevrijden van een verbintenis die „van overheidswege in het kader van de privatisering was gesloten”, bijgevolg evenmin worden beschouwd als „in overeenstemming met de marktvoorwaarden”.

Beoordeling door het Gerecht

- 37 Artikel 87, lid 1, EG bepaalt dat „behoudens de afwijkingen waarin dit Verdrag voorziet, steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt”.

- 38 Het begrip „steunmaatregel”, in de zin van deze bepaling, verwijst noodzakelijkerwijs naar voordelen die rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen worden bekostigd of die een bijkomende last inhouden voor de staat of voor de door hem aangewezen of hiervoor opgerichte organen (arresten Hof van 7 mei 1998, *Viscido e.a.*, C-52/97—C-54/97, Jurispr. blz. I-2629, punt 13, en 22 november 2001, *Ferring*, C-53/00, Jurispr. blz. I-9067, punt 16).
- 39 Om uit te maken of een overheidsmaatregel als steunmaatregel is aan te merken, dient volgens de rechtspraak te worden nagegaan, of de steunontvangende onderneming een economisch voordeel ontvangt dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen (arresten Hof van 11 juli 1996, *SFEI e.a.*, C-39/94, Jurispr. blz. I-3547, punt 60, en 29 april 1999, *Spanje/Commissie*, C-342/96, Jurispr. blz. I-2459, punt 41).
- 40 Ten slotte dient te worden opgemerkt dat het begrip steunmaatregel, zoals omschreven in het Verdrag, een juridisch begrip is en op basis van objectieve elementen moet worden uitgelegd. Om deze reden moet de gemeenschapsrechter in beginsel en gelet op zowel de concrete gegevens van het hem voorgelegde geschil als het technische of ingewikkelde karakter van de door de Commissie gemaakte beoordelingen, volledig toetsen of een maatregel al dan niet binnen het toepassingsgebied van artikel 87, lid 1, EG valt (arrest Hof van 16 mei 2000, *Frankrijk/Ladbroke Racing en Commissie*, C-83/98 P, Jurispr. blz. I-3271, punt 25, en arrest Gerecht van 12 december 2000, *Alitalia/Commissie*, T-296/97, Jurispr. blz. II-3871, punt 95).
- 41 Tegen de achtergrond van deze principes en gelet op de context van de litigieuze subsidie dienen de argumenten van de partijen te worden onderzocht.

- 42 Blijkens het dossier kreeg BvS, die in de plaats van THA was gekomen, en die eigenaar was van de door LWG te Leuna geëxploiteerde productie-eenheid voor koolmonoxide, in 1996 te maken met financiële problemen wegens volgende samenloop van omstandigheden:
- in de toeleveringsovereenkomst van 22 april 1993 hadden THA en LWG zich ertoe verbonden bepaalde hoeveelheden koolmonoxide aan UCB te leveren gedurende een periode van tien jaar, vernieuwbaar voor onbepaalde duur, tegen een prijs die was omschreven als overeenstemmend met de marktprijs;
 - later is echter gebleken dat deze leveringsprijs niet volstond om de productiekosten van LWG voor koolmonoxide te dekken;
 - deze kosten waren immers uitzonderlijk hoog doordat de installaties van LWG en de door haar gebruikte technologie verouderd waren;
 - bovendien was de leveringsprijs vastgesteld in het vooruitzicht dat zich te Leuna een tweede afnemer van koolmonoxide zou vestigen, in welk geval de exploitatie van de productie-eenheid van LWG rendabeler zou kunnen geweest zijn, maar zover is het uiteindelijk nooit gekomen;
 - de door BvS en LWG ten gevolge van de uitvoering van deze toeleveringsovereenkomst geleden verliezen bedroegen ongeveer 3,5 miljoen DEM per jaar, en zouden vanaf 1998 5 miljoen DEM per jaar hebben bedragen;

- was die overeenkomst dus blijven lopen tot haar uiterste datum, namelijk 30 april 2003, in plaats van in oktober 1998 te worden opgezegd, dan hadden BvS en LWG te rekenen vanaf deze laatste datum gecumuleerde verliezen van meer dan 15 miljoen DEM gedragen;

 - LWG kon de toeleveringsovereenkomst van 22 april 1993 niet opzeggen overeenkomstig artikel 6, lid 4, ervan (zie punt 3 hierboven), aangezien in casu geen van de twee in deze bepaling bedoelde gevallen zich had voorgedaan;

 - enerzijds had UCB namelijk afgezien van de bouw en exploitatie van een eigen productie-installatie voor koolmonoxide;

 - anderzijds was er te Leuna geen enkele andere producent bij wie UCB koolmonoxide kon betrekken;

 - UCB kon evenmin elders koolmonoxide betrekken, aangezien dit gas in de nabijheid van de afnemer moet worden vervaardigd (zie overweging 22 van de bestreden beschikking).
- 43 Gelet op een en ander, dient te worden vastgesteld dat het vanuit commercieel oogpunt normaal was dat BvS en LWG probeerden een middel te vinden om een einde te stellen aan hun verplichting om koolmonoxide te leveren aan UCB, zonder hun verbintenissen jegens deze onderneming te schenden.

- 44 Meer in het bijzonder hadden BvS en LWG gegronde redenen om een overeenkomst te sluiten met een derde onderneming die bereid was te Leuna een productie-installatie te bouwen en te exploiteren om in hun plaats aan UCB koolmonoxide te leveren onder „vergelijkbare voorwaarden” als deze van de toeleveringsovereenkomst van 22 april 1993.
- 45 Dat BvS en LWG hiervoor verzoekster kozen, was economisch gezien rationeel. Zij beschikte immers reeds over een productie-eenheid voor waterstof te Leuna waarin een productie-installatie voor koolmonoxide kon worden geïntegreerd, hetgeen de investeringskosten, en dus ook de productiekosten, gevoelig kon verminderen. Zoals door de Commissie niet wordt betwist, zou voor de bouw van een nieuwe productie-installatie voor koolmonoxide in alle andere gevallen een veel grotere investering nodig zijn geweest, van 15 tot 20 miljoen DEM. Gezien de relatief beperkte behoefte van UCB aan koolmonoxide en het feit dat er te Leuna geen andere potentiële afnemers waren, zou de exploitatie van een nieuwe installatie in dergelijke situatie evenwel niet rendabel zijn geweest.
- 46 Uit een document in bijlage bij de repliek en waarvan de Commissie de juistheid niet betwijfelt, blijkt bovendien dat verzoekster, al konden de investeringskosten door voor haar te kiezen worden beperkt tot 12,586 miljoen DEM, zware verliezen zou hebben geleden over haar koolmonoxideleveringen aan UCB onder „vergelijkbare voorwaarden” als deze van de toeleveringsovereenkomst van 22 april 1993, indien zij alle kosten had moeten dragen. Het was derhalve objectief gezien gerechtvaardigd dat BvS en LWG bijdroegen aan de investeringskosten door aan verzoekster een subsidie toe te kennen ten belope van een bedrag dat veel lager was dan de gecumuleerde verliezen die zij zouden hebben geleden indien laatstbedoelde overeenkomst tot de einddatum zou zijn uitgevoerd (zie punt 42 hierboven). Geen enkele marktdeelnemer zou immers bereid zijn geweest tot een dergelijke investering, gekoppeld aan een leveringsverplichting ten aanzien van UCB, zonder een aanzienlijke externe bijdrage aan de kosten van die investering. In dit verband is het vanuit economisch oogpunt zonder belang dat die bijdrage wordt opgevat als een vervroegde compensatie van toekomstige verliezen die onvermijdelijk het gevolg zouden zijn geweest van koolmonoxide-

leveringen aan UCB in de bovengenoemde verlieslatende omstandigheden, of als een vergoeding van een deel van de initiële investeringskosten.

- 47 In deze context zijn de onderhandelingen gevoerd en de overeenkomst van juni 1997 en de toeleveringsovereenkomst van 1997 gesloten. Samengevat vormen zij de concrete uitwerking van een omvattende regeling tussen BvS, LWG, UCB en verzoekster, waarbij is overeengekomen dat deze laatste, in plaats van BvS en LWG, zich ertoe verbindt koolmonoxide aan UCB te leveren onder „vergelijkbare voorwaarden” als deze van de toeleveringsovereenkomst van 22 april 1993. Verzoekster bouwt hiervoor een productie-installatie voor koolmonoxide, die zij integreert in haar bestaande productie-eenheid voor waterstof te Leuna, en ontvangt van BvS en LWG een „investeringssubsidie” van 9 miljoen DEM.
- 48 Gelet op voorgaande overwegingen, dient in de eerste plaats te worden vastgesteld dat, zoals de Commissie in de bestreden beschikking (overweging 32) en in haar stukken terecht benadrukt, deze omvattende regeling een nieuwe overeenkomst is, die juridisch onderscheiden is van de privatiseringsovereenkomst en de toeleveringsovereenkomst van 22 april 1993. Dit blijkt met name hieruit, dat er een nieuwe contractpartij is, namelijk verzoekster, dat de rechten en verplichtingen van de verschillende partijen worden gewijzigd, en dat wordt voorzien in de betaling van een aanzienlijk hogere „investeringssubsidie” dan aanvankelijk was overeengekomen. De stelling van de Commissie dat de Duitse instanties in casu hebben gehandeld in het kader van een privatisering waartoe van overheidswege was besloten, en niet onder normale marktomstandigheden, kan dus niet worden aanvaard.
- 49 In de tweede plaats is er van uit te gaan dat de hierboven beschreven omvattende regeling een normale handelstransactie is waarbij BvS en LWG als rationele ondernemers in het kader van een markteconomie hebben gehandeld. Het is duidelijk dat deze instanties zich vóór alles hebben laten leiden door commerciële overwegingen, zonder economische of sociale beleidsdoelstellingen in de beschouwing te betrekken.

- 50 In de derde plaats dient te worden opgemerkt, dat de litigieuze subsidie als zodanig een wezenlijk onderdeel van deze omvattende regeling vormt en, zoals deze laatste, is ingegeven door commerciële overwegingen.
- 51 In de vierde plaats moet worden vastgesteld, dat de Commissie in de bestreden beschikking niet onderzoekt of de omvattende regeling en de litigieuze subsidie die een integrerend onderdeel ervan is, geheel of gedeeltelijk het karakter van een normale handelstransactie hebben. Zij beperkt zich er immers toe te stellen dat deze subsidie staatssteun vormt „omdat deze subsidie [verzoekster] in staat heeft gesteld haar bestaande waterstofinstallatie aan te vullen met een installatie voor [koolmonoxide], zonder hiervoor de kosten te hoeven dragen” (punt 28 van de bestreden beschikking), en wijst — terecht (zie punt 48 hierboven) — het argument van de Duitse instanties tijdens de administratieve procedure met betrekking tot een vermeende band tussen de privatiseringsovereenkomst van 1993 en de omvattende regeling, van de hand (punten 29-32 van de bestreden beschikking).
- 52 De Commissie onderzoekt met name niet of het bedrag van de litigieuze subsidie in grote lijnen overeenstemt met de prijs die marktdeelnemers in dezelfde situatie zouden zijn overeengekomen. Alleen het gedeelte van de subsidie dat hoger is dan deze prijs, kan namelijk als staatssteun worden gekwalificeerd.
- 53 De Commissie heeft niet aangetoond dat het aan verzoekster betaalde bedrag als tegenprestatie voor de door haar aangegane verbintenissen, hoger is dan de met deze verbintenissen gepaard gaande kosten, en, in voorkomend geval, hoeveel hoger.

- 54 Zij heeft bijgevolg niet rechtens genoegzaam aangetoond dat de litigieuze subsidie geheel of gedeeltelijk een steunmaatregel is in de zin van artikel 87, lid 1, EG.
- 55 Gelet op een en ander, moet het eerste onderdeel van het eerste middel tot nietigverklaring worden aanvaard.
- 56 Bijgevolg moeten artikelen 2 en 3 van de bestreden beschikking nietig worden verklaard, zonder dat de andere argumenten van verzoekster en de Bondsrepubliek Duitsland behoeven te worden onderzocht.

Kosten

- 57 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, indien dit is gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, dient zij in haar eigen kosten te worden verwezen alsmede in die van verzoekster, die dit heeft gevorderd.
- 58 Overeenkomstig artikel 87, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering zal de Bondsrepubliek Duitsland, interveniënte in het geding, haar eigen kosten dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer — uitgebreid),

rechtdoende, verstaat:

- 1) De artikelen 2 en 3 van beschikking 2000/524/EG van de Commissie van 18 januari 2000 inzake staatssteun welke door Duitsland is verleend aan Linde AG, worden nietig verklaard.
- 2) De Commissie wordt verwezen in haar eigen kosten en in die van verzoekster.
- 3) De Bondsrepubliek Duitsland zal haar eigen kosten dragen.

Cooke

García-Valdecasas

Lindh

Forwood

Legal

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 17 oktober 2002.

De griffier

De president van de Vijfde kamer

H. Jung

R. García-Valdecasas