CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL SIR GORDON SLYNN

présentées le 2 avril 1987 *

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

Dans les affaires jointes 67, 68 et 70/85, Van der Kooy et autres/Commission, la Cour est appelée à se prononcer sur la légalité de la décision 85/215/CEE, du 13 février 1985 (JO 1985, L 97, p. 49). Pour les raisons exposées dans les conclusions que nous avons présentées dans ces affaires, nous estimons qu'il n'y a pas lieu d'annuler cette décision.

Après l'adoption de la décision, la Cour a été saisie d'une demande visant à obtenir le sursis à exécution de cette dernière. Le président a rejeté cette demande par ordonnance du 3 mai 1985. Par un télex du 6 mai 1985, adressé au gouvernement néerlandais, la Commission a demandé à ce dernier de lui faire part dans les meilleurs délais, et au plus tard dans un délai de deux semaines, des mesures effectivement prises en vue d'appliquer la décision à la « date prévue ». Le gouvernement néerlandais a répondu, plus de trois semaines plus tard, par un télex du 31 mai 1985, que le Landbouwschap, Gasunie et Vegin étaient parvenus à un accord de principe sur un nouveau tarif applicable à l'horticulture. Il indiquait qu'il avait approuvé cet accord de principe dans le souci de ne pas retarder davantage l'exécution de la décision de la Commission, compte tenu de l'ordonnance de référé rendue par le président. Par télex du 6 juin 1985, la Commission a demandé des informations complémentaires sur le nouveau tarif envisagé, en précisant, en particulier, que ledit tarif devait être calculé de manière objectivement vérifiable et pouvoir être adapté en fonction des modifications de la situation, et elle a relevé que le télex du 31 mai 1985 ne faisait pas référence à la période écoulée depuis le 22 février 1985. Dans sa réponse du 11 juin 1985, le gouvernement néerlandais a expliqué plus en détail le nouveau tarif et informé la Commission que l'accord de principe avait été transformé en engagement contractuel.

Les modalités du nouveau tarif étaient les suivantes. Il devait s'appliquer à partir du 1er juin 1985. Comme auparavant, le tarif applicable à l'horticulture était en principe le tarif D majoré de 0,5 cent. Pour la période du 1er juin au 1er octobre 1985, il était prévu d'appliquer un prix plafond de 45 cents/m^3, qui devait aussi s'appliquer pendant toute la saison de chauffage 1985/1986 (c'est-à-dire du 1er octobre 1985 au 30 septembre 1986). Toutefois, pendant cette saison de chauffage, le plafond ne devait s'appliquer qu'aux exploitations chauffées exclusivement au gaz. A titre incident, nous observons que, dans le premier de ses deux télex, le gouvernement néerlandais avait indiqué que cette condition s'appliquerait « provisoirement »; toutefois, ce point n'ayant pas été formellement évoqué, il y a lieu de supposer que cette condition a effectivement été appliquée. Pour la saison de chauffage 1986/1987, le système devait être le même, mais le plafond devait être recalculé en fonction de la situation. Aucun ajustement du plafond de 45 cents/m^3 n'a été porté à la connaissance de la Cour. Le gouvernement néerlandais n'a pas directement évoqué la période commençant le 22 février 1985, se

* Traduit de l'anglais.

bornant à indiquer que les négociations entre les parties à l'accord tarifaire avaient été menées à bien très rapidement après l'ordonnance rendue par le président, que le nouveau tarif avait été instauré le plus rapidement possible, tant juridiquement que techniquement, et qu'il avait été mis en vigueur le 1er juin, alors qu'il n'était normalement modifié que trimestriellement (en octobre, janvier, avril et juillet).

La Commission estime que les mesures qui viennent d'être décrites ne constituent pas une exécution intégrale de sa décision. Elle saisit donc la Cour en application de l'alinéa 2 de l'article 93, paragraphe 2, du traité CEE, dont les deux premiers alinéas ont la teneur suivante:

« Si, après avoir mis les intéressés en demeure de présenter leurs observations, la Commission constate qu'une aide accordée par un État ou au moyen de ressources d'État n'est pas compatible avec le marché commun aux termes de l'article 92 ou que cette aide est appliquée de façon abusive, elle décide que l'État intéressé doit la supprimer ou la modifier dans le délai qu'elle détermine.

Si l'État en cause ne se conforme pas à cette décision dans le délai imparti, la Commission, ou tout autre État intéressé, peut saisir directement la Cour de justice, par dérogation aux articles 169 et 170. »

La décision de la Commission attaquée dans l'affaire Van der Kooy a été notifiée au gouvernement des Pays-Bas le 22 février 1985; elle a donc pris effet à cette date en vertu de l'article 191 du traité, qui prévoit que « les directives et les décisions sont notifiées à leurs destinataires et prennent effet par cette notification ». L'article 1er de la décision est libellé comme suit:

« L'aide que représente le tarif préférentiel du gaz naturel appliqué aux Pays-Bas pour l'horticulture sous serres chauffées à partir du 1er octobre 1984 est incompatible avec le marché commun au sens de l'article 92 du traité CEE et doit être supprimée. »

L'article 2 dispose:

« Les Pays-Bas communiquent à la Commission avant le 15 mars 1985 les mesures qu'ils ont prises pour se conformer aux dispositions de l'article 1er. »

Le nouveau tarif, remplaçant celui en vigueur depuis le 1er octobre 1984, a été appliqué à partir du 1er juin 1985, avec ceci de particulier qu'à compter du 1er octobre 1985 le plafond de 45 cents/m^3 n'était applicable qu'aux serristes utilisant uniquement le gaz, à l'exclusion de toute autre source d'énergie.

La Commission fait valoir, à titre préliminaire, que l'aide faisant l'objet de la décision 85/215 était illégale dès avant l'adoption de cette décision. Selon elle, l'aide en question n'aurait jamais dû entrer en application et peut éventuellement faire l'objet d'une récupération, ainsi que le gouvernement néerlandais en a été averti en décembre 1984 et ainsi que le signale la réserve figurant à la fin des considérants de la décision, aux termes de laquelle ladite décision « ne préjuge pas des conséquences que la Commission tirera, le cas échéant, sur le plan de la récupération de l'aide susmentionnée auprès des bénéficiaires, ainsi que sur celui du financement de la politique agricole commune par le Fonds européen d'orientation et de garantie agricole ». Nous voulons bien l'admettre, mais, dans la mesure où la décision n'impose pas aux Pays-Bas l'obligation de récupérer l'aide, le fait de ne pas la récupérer ne saurait constituer une inobservation de la décision

proprement dite. La Commission s'abstient, à juste titre, de demander à la Cour de constater que, en omettant de récupérer l'aide versée avant la date de la décision, le gouvernement néerlandais ne s'est pas conformé aux dispositions de cette dernière. Le fait que la Commission aurait pu prendre des dispositions différentes ou qu'elle peut en prendre maintenant en vue de la récupération de l'aide litigieuse est une circonstance dénuée de toute pertinence en ce qui concerne le présent recours.

La Commission fait valoir qu'il y a inobservation de la décision, d'une part, en ce que l'aide précise dont la suppression avait été ordonnée a continué de s'appliquer jusqu'à la première semaine de juin 1985 et, d'autre part, en ce que le nouveau tarif entré en vigueur à cette date constituait lui-même une aide étatique.

La décision, adoptée à l'issue de la procédure de l'article 93, paragraphe 2, du traité ne précise pas de délai pour la suppression de l'aide à son article 1er. La Cour a admis que la date ne devait pas nécessairement être précisée — dans l'arrêt 173/73, Italie/Commission, Rec. 1974, p. 709, elle a déclaré (p. 717):

« ... l'esprit et l'économie de l'article 93 impliquent que la Commission, lorsqu'elle constate qu'une aide a été instituée ou modifiée en méconnaissance du paragraphe 3, doit pouvoir, notamment quand elle estime que cette aide n'est pas compatible avec le marché commun aux termes de l'article 92, décider que l'État intéressé doit la supprimer ou la modifier, sans être tenue d'impartir un délai et quitte à saisir la Cour si l'État en cause ne se conforme pas avec toute la diligence voulue ».

Lorsque la procédure de l'article 169 du traité n'est pas engagée (comme dans l'affaire 171/83 R, Commission/France, Rec. 1983, p. 2621) et qu'aucune date n'est fixée, ou qu'il n'est pas enjoint à l'État concerné de récupérer l'aide versée avant une date précisée, il faut, nous semble-t-il, que l'aide soit supprimée le plus rapidement possible. Si des sommes d'argent sont directement versées par un État, celui-ci ne doit plus en verser. Si l'aide revêt la forme d'un tarif imposé, ce tarif doit être supprimé et remplacé par un autre; bien entendu, cela ne peut être fait le jour de la notification de la décision de la Commission. Il faut cependant que cela soit accompli « avec toute la diligence voulue » et que les mesures requises soient amorcées.

Une injonction revêtant la forme adoptée dans la présente décision ne signifie pas non plus que l'État considéré doit, au titre de ladite injonction, récupérer tout avantage susceptible d'avoir résulté de l'application du tarif pendant le délai nécessaire pour supprimer l'aide avec une diligence raisonnable. C'est à la Commission qu'il incombait d'ordonner la récupération de l'aide ou de prendre ultérieurement des mesures à cet effet, ainsi que l'envisage le dernier considérant de la décision.

Nous ne pensons donc pas que, en omettant d'abroger immédiatement le tarif ou de prendre des mesures pour obtenir des reversements à partir du 22 février, le gouvernement néerlandais se trouvait en infraction à cette même date.

La Commission fait ensuite valoir un manquement à l'obligation de supprimer l'aide à partir du 15 mars 1985, date à laquelle les Pays-Bas étaient tenus de communiquer à la Commission les mesures qu'ils auraient prises pour se conformer aux dispositions de l'article 1er de la décision. Cette date ne doit pas nécessairement être considérée comme la date à laquelle le tarif devait être définitivement supprimé. Selon

nous, la Commission a admis que la nécessité d'un délai raisonnable pour abroger le tarif était une réalité et elle souhaitait savoir ce qui aurait été fait. En omettant d'informer la Commission des mesures prises et en omettant, apparemment, de prendre toutes mesures en vue de la suppression de l'aide, les Pays-Bas étaient en infraction, mais ils n'étaient pas nécessairement en infraction en ne supprimant pas le tarif de manière définitive à la date du 15 mars.

Le gouvernement des Pays-Bas soutient qu'il était en droit d'attendre l'issue de son recours en annulation de la décision ou, tout au moins, l'issue de sa demande de référé, rejetée par l'ordonnance rendue par le président le 3 mai 1985. Il fait valoir qu'il aurait été illogique de sa part de modifier les tarifs au moment où il demandait des mesures provisoires visant à éviter le préjudice que la hausse du tarif aurait causé au secteur de l'horticulture et à Gasunie.

Or, l'article 185 du traité dispose que « les recours formés devant la Cour de justice n'ont pas d'effet suspensif ». La Cour peut naturellement ordonner de surseoir à l'exécution des actes attaqués et prescrire d'autres mesures provisoires en application des articles 185 et 186: tant qu'elle n'a pas rendu une ordonnance en ce sens, il est obligatoire de se conformer auxdits actes en vertu des articles 185 et 191 combinés. Le seul fait du temps nécessaire à l'obtention d'une telle ordonnance ne confère pas automatiquement un délai supplémentaire au destinataire d'une décision. Dans l'intervalle, ce dernier est tenu de prendre des dispositions pour appliquer la décision. Il y a donc lieu de rejeter cet argument du gouvernement néerlandais.

Le gouvernement néerlandais s'efforce ensuite de faire valoir que le délai de deux semaines mentionné dans le télex de la Commission daté du 6 mai 1985, que nous avons déjà cité, avait pour effet de repousser la date à laquelle il devait communiquer les informations demandées dans la décision. Il est manifeste qu'il n'en est pas ainsi. On ne saurait voir dans le télex de la Commission du 6 mai 1985 qu'un nouveau rappel, adressé au gouvernement néerlandais, de l'obligation de se conformer à la décision.

Dans ses télex que nous avons déjà mentionnés, de même que dans les mémoires qu'il a déposés, le gouvernement néerlandais semble estimer que tant lui-même que Gasunie, le Landbouwschap et Vegin ont agi avec célérité dans les démarches qu'ils ont entreprises à la suite de l'ordonnance rendue par le président. Il semble qu'un mois (du 3 mai au 4 juin 1985) ait été nécessaire aux parties à la convention tarifaire pour conclure un nouveau contrat et obtenir l'approbation du gouvernement. Selon le gouvernement néerlandais, ce délai s'expliquait par des raisons techniques et juridiques. Les raisons techniques tenaient en particulier à la nécessité, pour pouvoir appliquer le nouveau tarif, de procéder à la lecture de tous les compteurs sur place. Les raisons juridiques tenaient à la nécessité, avant toute augmentation des prix contractuels, d'informer par écrit les entreprises de distribution de gaz et les horticulteurs du changement de tarif. Il était, en outre, impossible d'appliquer rétroactivement le nouveau tarif: les fournisseurs et les distributeurs de gaz auraient encouru des risques juridiques (vraisemblablement le risque d'être poursuivis en justice par les horticulteurs).

Ces arguments ne sont pas tout à fait convaincants: en particulier, si le prix correspondant au tarif instauré en octobre 1984 était supposé être fixe jusqu'en octobre 1985, les risques juridiques encourus en imposant une hausse rétroactive existaient

tout autant pour la période allant du 1er juin au 30 septembre 1985. En outre, il a été dit que le tarif a été fixé par contrat le 4 juin et qu'il est entré en vigueur à partir du 1er juin 1985, c'est-à-dire avec une légère rétroactivité. Quoi qu'il en soit, il a été possible de mettre en œuvre un nouveau tarif en un mois: rien n'incite à penser qu'on n'aurait pas pu le faire dans un délai d'un mois à compter de la notification de la décision. Selon nous, le gouvernement néerlandais ne s'est pas conformé à la décision avec toute la diligence voulue, en ce qu'il a pris des dispositions qui ne sont entrées en vigueur qu'à partir du 1er juin 1985, et il n'a pas apporté la preuve qu'il avait commencé à faire le nécessaire aussitôt que la décision lui a été notifiée. Dans cette mesure, il a manqué à son obligation de se conformer à la décision.

La dernière question, qui est la plus importante, porte sur le point de savoir si l'on peut considérer que, en supprimant le tarif applicable depuis le 1er octobre 1984 et en lui substituant le nouveau tarif, le gouvernement néerlandais a manqué à son obligation de se conformer à la décision 85/215. Cette question ne se confond pas nécessairement avec la question de savoir si, considéré isolément, le nouveau tarif constitue en lui-même une mesure d'aide.

La réponse à cette question nous paraît, en premier lieu, subordonnée à la nature de l'obligation imposée. S'agissait-il de l'obligation de supprimer toute aide en faveur de l'horticulture sous serres ou de l'obligation de supprimer une mesure d'aide précise? Selon nous, il convient de retenir la seconde hypothèse: c'est « l'aide que représente le tarif préférentiel du gaz naturel appliqué ... à partir du 1er octobre 1984 » qui devait être supprimée. La Commission avait constaté que ce tarif constituait une mesure d'aide et nous pensons que cette constatation était exacte. C'était ce tarif qui devait être supprimé. La décision n'a prescrit aucune autre mesure, contrairement à celle de 1981, qui prescrivait de supprimer « l'aide que représente le tarif préférentiel pour l'horticulture... d'ici au 1er octobre 1982, par un alignement du tarif horticole sur le tarif industriel ».

En fait, quatre modifications ont été apportées: a) le prix a été fixé à 45 cents/m^3 pour la période allant du 1er juin au 1er octobre 1985; pour la saison de chauffage 1985/1986, le prix plafond a été porté de 42,5 à 45 cents/m^3 et il a été prévu de le réexaminer en fonction de la situation pour la saison de chauffage 1986/1987; b) il a été prévu d'appliquer le prix plafond pendant deux ans au lieu d'un an; c) il a été prévu de ne l'appliquer qu'aux horticulteurs utilisant exclusivement le gaz; d) la clause de compensation figurant dans l'ancien tarif a été abandonnée.

La deuxième modification visait spécifiquement à parer au reproche de la Commission selon lequel une durée d'un an était trop brève pour produire l'effet voulu sur le programme des horticulteurs; toutefois, ce changement nous paraît être d'une importance accessoire. Nous doutons que la troisième modification puisse avoir une grande signification, dans la mesure où la vaste majorité des horticulteurs appartient à la catégorie mentionnée, et la quatrième modification n'a peut-être pas eu beaucoup d'effet pratique.

La question porte surtout, en réalité, sur la première modification. A cet égard, il y a une certaine valeur, nous semble-t-il, dans l'argument consistant à soutenir que le fait d'avoir adopté le tarif D, applicable aux utilisateurs industriels, et de l'avoir conservé constituait en soi une mesure préférentielle en faveur des horticulteurs, puisque, d'après les chiffres communiqués,

ces derniers consomment une quantité très inférieure à celle que doivent consommer les utilisateurs industriels pour pouvoir bénéficier dudit tarif D. Toutefois, la Commission n'a pas soulevé ce grief en tant que tel et a accepté le tarif en question comme base de l'accord intervenu pour la période allant jusqu'au 1er octobre 1984. Le véritable grief de la Commission à l'encontre du tarif condamné dans sa décision portait sur le fait que le prix plafond de 42,5 cents/m^3 se situait au-dessous du prix d'équilibre, auquel les conditions de concurrence entre le charbon et le gaz sont équilibrées, sans avantage ou désavantage pour l'un ou pour l'autre, c'est-à-dire 43 ou 44,3 cents/m^3, et bien en dessous du seuil susceptible de déclencher un mouvement sensible de conversion au charbon (46,5 cents/m^3 pour une exploitation de taille moyenne et 47,5 cents/m^3 pour une exploitation plus importante). Le nouveau prix plafond dépasse toutefois d'entre 2 et 0,7 cents la fourchette qui a été prise comme prix d'équilibre; d'autre part, il est inférieur de 1,5 cent/m^3 au prix susceptible de déclencher un mouvement significatif de conversion au charbon des exploitations moyennes et de 2,5 cents au prix susceptible de donner lieu à un tel mouvement de la part des grandes exploitations.

La Commission soutient que le prix de 45 cents/m^3 est encore trop bas par rapport aux prix de 46,5 et de 47,5 cents/m^3 et compte tenu de l'augmentation qu'elle allègue des prix du charbon. Elle fait valoir que, par conséquent, le prix plafond de 45 cents/m^3 représente un avantage de 5,8 cents/m^3 pour le deuxième trimestre de 1985 et de 4,3 cents/m^3 pour le troisième trimestre de 1985, par rapport au prix résultant de l'application du tarif D majoré de 0,5 cent. Elle expose que le gouvernement néerlandais n'a pas pu démontrer que des dispositions analogues avaient été adoptées quant au prix applicable aux utilisateurs industriels susceptibles de se convertir au charbon, ni démontrer quel était le risque réel d'une telle conversion au charbon. Il n'a pas démontré non plus pourquoi le tarif applicable aux utilisateurs industriels ne pouvait pas s'appliquer aussi aux horticulteurs. Ainsi, selon la Commission, aucun critère objectif n'a été établi pour justifier le nouveau tarif, qui constitue toujours une aide. Elle relève que, en outre, il n'a pas été prévu de réexaminer le prix plafond à des intervalles suffisamment rapprochés pour prendre en compte les modifications de la situation. Enfin, ainsi que le signale aussi le Royaume-Uni, l'existence d'un prix plafond protège les horticulteurs néerlandais contre les incidences des hausses brutales des prix pétroliers et leur permet de planifier leur production avec une assurance que ne partagent pas leurs concurrents des autres États membres.

Il convient cependant de noter que, selon l'estimation faite dans la décision, il faudrait escompter que des prix de l'ordre de 46,5 cents/m^3 pour les exploitations moyennes et de 47,5 cents/m^3 pour les grandes exploitations conduiraient à remplacer, en moins de trois ans, 30 % du gaz naturel consommé dans le secteur horticole par du charbon. Cette fourchette ne constitue donc pas la fourchette de prix qui donnerait lieu à un commencement de conversion des serristes au charbon, mais la fourchette de prix dans laquelle Gasunie perdrait, ou risquerait de perdre, en l'espace de trois ans, le tiers de ses ventes au marché de l'horticulture.

La décision n'impose pas expressément de fixer le prix plafond à ce niveau de prix ou au-dessus; nous ne pensons pas non plus qu'elle doit s'interpréter comme imposant implicitement de fixer les prix à ce niveau ou au-dessus de ce niveau, auquel il est estimé que Gasunie perdrait un volume aussi substantiel de ses ventes.

Nous admettons que la Commission ne doit pas nécessairement fixer le niveau de prix auquel le caractère de mesure d'aide disparaît; toutefois, lorsqu'elle exige la suppression d'une mesure d'aide précise sans fixer un tel niveau de prix, il faut accepter que l'État membre concerné puisse démontrer que, en abrogeant l'aide particulière visée et en adoptant un nouveau niveau de prix, il s'est conformé à la décision lui enjoignant de mettre fin à cette aide particulière qui lui est reprochée. Cela ne signifie pas qu'un changement infime d'une fraction de centime, sans justification apparente, constitue une suppression de bonne foi du tarif existant. Il faut que l'ancien tarif soit véritablement supprimé et remplacé par un nouveau. D'après les faits de l'espèce, le nouveau tarif a été fixé au-dessus du prix d'équilibre admis par la Commission et au-dessous du prix considéré comme le prix susceptible de provoquer une diminution substantielle des ventes de gaz en raison de l'attrait du charbon pour le secteur horticole. Compte tenu de ces éléments, dans la mesure où la Commission accepte qu'une différenciation de tarif est permise en principe si elle est objectivement justifiée, on ne saurait, selon nous, équitablement affirmer que le gouvernement néerlandais a manqué à son obligation de supprimer le tarif précis en vigueur depuis le 1er octobre 1984. C'est là l'unique question à trancher dans la présente affaire; il n'y a donc pas lieu de faire droit aux prétentions de la Commission quant à la constatation demandée pour la période postérieure au 1er juin 1985.

Il ne s'ensuit pas que le nouveau tarif ne constitue pas une mesure d'aide. Au contraire, certains éléments invoqués par la Commission et par les deux États membres intervenants permettent de penser que le nouveau tarif constitue bien une aide étatique. Si la Commission estimait qu'une nouvelle aide avait été notifiée, elle aurait pu engager la procédure prévue à l'article 93, paragraphe 2; si l'aide n'avait pas été notifiée, elle aurait pu prendre des mesures (par exemple saisir la Cour) pour empêcher que les mesures projetées ne soient mises à exécution en violation de la dernière phrase de l'article 93, paragraphe 3. Dans cette hypothèse, son recours aurait appelé des considérations différentes de celles auxquelles donne lieu la présente procédure, limitée dans sa portée, et il aurait été nécessaire de tenir compte de toute modification intervenue dans la situation au moment de la mise en œuvre du nouveau tarif.

Il demeure assurément loisible à la Commission d'envisager la possibilité de récupérer les sommes qui, selon elle, ont été versées au titre d'une aide et ont produit des effets graves sur des concurrents établis dans d'autres États membres, ainsi que la possibilité de recourir, au titre de la mission d'examen permanent des régimes d'aide existants que lui confère l'article 93, paragraphe 1, aux procédures et pouvoirs dont elle dispose en vertu des paragraphes 2 et 3 dudit article 93.

Il y a donc lieu, selon nous, de faire droit à la demande de la Commission que soit constaté que, en ne mettant en vigueur un nouveau tarif qu'à partir du 1er juin 1985, le gouvernement néerlandais a manqué à son obligation de se conformer à la décision avec toute la diligence voulue. Quant au surplus, nous vous suggérons de rejeter les conclusions de la Commission. Les parties et les États membres intervenants devraient supporter leurs propres dépens.