FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT SIR GORDON SLYNN

fremsat den 2. april 1987 *

Høje Domstol.

I de forenede sager 67, 68 og 70/85, Van der Kooy m. fl. mod Kommissionen, skal Domstolen tage stilling til gyldigheden af beslutning 85/215/EØF af 13. februar 1985 (EFT L 97, s. 49). Af de i mit forslag til afgørelse i disse sager (Sml. 1988, s. 219, 240) anførte grunde mener jeg ikke, at beslutningen bør annulleres.

Umiddelbart efter vedtagelsen af beslutningen blev der indgivet en begæring til Domstolen om udsættelse med gennemførelsen heraf. Ved kendelse af 3. maj 1985 bestemte præsidenten, at begæringen ikke kunne tages til følge. Ved telex af 6. maj 1985 anmodede Kommissionen den nederlandske regering om hurtigst muligt og senest inden 14 dage at give meddelelse om de foranstaltninger, der var truffet for at gennemføre beslutningen inden for »den fastsatte frist«. Over tre uger senere meddelte den nederlandske regering ved telex af 31. maj 1985, at Landbouwschap, Gasunie og Vegin havde indgået en principaftale om en ny tarif for gartnerier. Regeringen anførte, at den havde godkendt denne principaftale for, under hensyntagen til præsidentens kendelse, ikke yderligere at forsinke gennemførelsen af Kommissionens beslutning. Ved telex af 6. juni 1985 bad Kommissionen om yderligere oplysninger om den påtænkte nye tarif, idet den navnlig lagde vægt på, at tariffen skulle beregnes på en objektiv måde, som kunne kontrolleres, og at den skulle kunne tilpasses udviklingen; den tilføjede, at telex-meddelelsen af 31. maj 1985 ikke omtalte perioden efter 22. februar 1985. I sit svar af 11. juni 1985 gjorde den nederlandske regering i detaljer rede for den nye tarif og meddelte Kommissionen, at principaftalen var blevet til en endelig kontrakt.

Den nye tarifs betingelser var som følger. Den skulle anvendes fra 1. juni 1985. Tariffen for gartnerier var som før principielt tarif D forhøjet med 0,5 cent. For perioden 1. juni-1. oktober 1985 gjaldt et prisloft på 45 cents/m³. Det skulle ligeledes gælde i hele fyringssæsonen 1985/1986 (dvs. fra 1. oktober 1985 til 30. september 1986). I denne periode gjaldt prisloftet kun bedrifter, der udelukkende anvendte gas til opvarmning generelt. Jeg skal her indskyde, at den nederlandske regering i sin første telexmeddelelse anførte, at den betingelse kun skulle gælde »midlertidigt«; dette blev imidlertid ikke formelt gjort gældende, og det må antages, at betingelsen faktisk skulle opfyldes. Samme system skulle gælde for fyringssæsonen 1986/1987, men prisloftet skulle omregnes på grundlag af den foreliggende situation. Domstolen har ikke fået oplysning om en tilpasning af prisloftet på 45 cents/ m³. Den nederlandske regering henviste ikke direkte til perioden fra 22. februar 1985, men

* Oversat fra engelsk.

anførte blot, at forhandlingerne mellem parterne blev afsluttet meget hurtigt efter præsidentens kendelse, at den nye tarif blev indført så hurtigt, som det var juridisk og teknisk muligt, og at den trådte i kraft den 1. juni, mens den normalt kun blev ændret hvert kvartal (nemlig i oktober, januar, april og juli).

Kommissionen har anført, at Nederlandene ikke med de netop beskrevne foranstaltninger fuldt ud efterkom beslutningen. Den har derfor anlagt sag ved Domstolen i henhold til EØF-Traktatens artikel 93, stk. 2, afsnit 2; de første to afsnit af stk. 2 lyder således:

»Finder Kommissionen — efter at have givet de interesserede parter en frist til at fremsætte deres bemærkninger — at en støtte, som ydes af en Stat eller med statsmidler, ifølge artikel 92 ikke er forenelig med fællesmarkedet, eller at denne støtte misbruges, træffer den beslutning om, at den pågældende Stat skal ophæve eller ændre støtteforanstaltningen inden for den tidsfrist, som Kommissionen fastsætter.

Såfremt den pågældende Stat ikke retter sig efter denne beslutning inden udløbet af den fastsatte frist, kan Kommissionen eller en anden interesseret Stat, uanset bestemmelserne i artiklerne 169 og 170, indbringe sagen direkte for Domstolen.«

Kommissionens beslutning, der anfægtes i Van der Kooy-sagen, blev meddelt den nederlandske regering den 22. februar 1985 og trådte derfor i kraft samme dato i henhold til Traktatens artikel 191, hvorefter »direktiver og beslutninger meddeles dem, de retter sig til, og får virkning ved denne meddelelse«. Beslutningens artikel 1 lyder således:

»Den støtte i form af en præferencetarif for naturgas, som i Nederlandene har været anvendt for gartneriproduktion i opvarmede væksthuse fra den 1. oktober 1984, er uforenelig med fællesmarkedet efter artikel 92 i Traktaten og skal bringes til ophør.«

Artikel 2 bestemmer:

»Nederlandene meddeler inden den 15. marts 1985 Kommissionen, hvilke foranstaltninger det har truffet for at efterkomme artikel 1.«

Den nye tarif, der trådte i stedet for den, der gjaldt siden 1. oktober 1984, trådte i kraft den 1. juni 1985 med den særlige krølle, at prisloftet på 45 cents/m^3 med virkning fra 1. oktober 1985 kun gjaldt væksthusgartnerier, der udelukkende anvender gas som energikilde.

Kommissionen har indledningsvis gjort gældende, at den støtte, der var genstand for beslutning 85/215, var retsstridig allerede inden beslutningen. Ifølge Kommissionen burde støtten aldrig være udbetalt, og den kan eventuelt tilbagesøges, hvilket allerede blev meddelt den nederlandske regering i december 1984, og som det yderligere fremgår af følgende forbehold i sidste afsnit af betragtningerne til beslutningen: »Denne beslutning foregriber ikke Kommissionens eventuelle dispositioner med hensyn til tilbagekrævning af ovennævnte støtte hos modtagerne og EUGFL's finansiering af den fælles landbrugspolitik«. Det er sikkert korrekt, men da beslutningen ikke pålægger Nederlandene at tilbagesøge støtten, kan undladelsen heraf ikke anses for en manglende gennemførelse af selve beslutningen.

Det er med rette, at Kommissionen ikke har nedlagt påstand om, at det statueres, at regeringen ved ikke at tilbagesøge støtte, som var ydet inden beslutningen, har undladt at efterkomme denne. Det forhold, at Kommissionen kunne have truffet andre foranstaltninger eller nu kan tage skridt til at kræve støtten tilbagebetalt, er sagen uvedkommende.

Kommissionen har gjort gældende, at beslutningen ikke er efterkommet, dels fordi selve den støtte, der skulle ophæves, blev opretholdt indtil første uge af juni 1985, dels fordi den nye tarif, der trådte i kraft på denne dato, i sig selv måtte anses for statsstøtte.

Beslutningen, der blev udstedt efter proceduren efter Traktatens artikel 93, stk. 2, fastsætter ikke i artikel 1 nogen frist for at ophæve støtten. Domstolen har fastslået, at det ikke er nødvendigt at fastlægge datoen, idet den i dommen i sag 173/73, Italien mod Kommissionen, Sml. 1974, s. 709, udtalte (s. 717):

»... til gengæld indebærer ånden i og opbygningen af artikel 93, at Kommissionen, når den konstaterer, at en støtte er blevet indført eller ændret under tilsidesættelse af stk. 3, og navnlig når den finder, at denne støtte ikke er forenelig med fællesmarkedet i henhold til artikel 92, skal kunne træffe beslutning om, at den pågældende medlemsstat bør ophæve eller ændre støtten, uden at Kommissionen er forpligtet til at indrømme en frist, og således at sagen kan indbringes for Domstolen, hvis den omhandlede stat ikke tilstrækkelig hurtigt retter sig herefter«.

Når der ikke er indledt en procedure efter Traktatens artikel 169 (således som det var tilfældet i sag 171/83 R, Kommissionen mod Frankrig, Sml. 1983, s. 2621), og der ikke er fastsat en dato for eller stillet krav om tilbagesøgning af den støtte, der er ydet inden en bestemt dato, mener jeg, at støtten bør ophæves hurtigst muligt. Hvis en stat direkte har udbetalt pengemidler, bør den ophøre hermed. Hvis støtten har form af en fast tarif, bør denne ophæves og erstattes med en anden; det kan naturligvis ikke ske samme dag, som Kommissionens beslutning meddeles. Det skal imidlertid føres ud i livet »tilstrækkelig hurtigt«, og de nødvendige foranstaltninger skal iværksættes.

Et pålæg i form af den her foreliggende beslutning indebærer heller ikke, at den pågældende stat i henhold til pålægget skal tilbagesøge enhver fordel, der skyldes anvendelsen af tariffen i den periode, som er nødvendig for at ophæve støtten inden for en rimelig frist. Det påhvilede Kommissionen at kræve støtten tilbagebetalt eller efterfølgende at træffe foranstaltninger hertil, således som det antydes i beslutningens sidste betragtning.

Jeg mener derfor ikke, at den nederlandske regering den 22. februar tilsidesatte sine forpligtelser, fordi tariffen ikke omgående blev ophævet, eller fordi der ikke allerede på dette tidspunkt blev fremsat krav om tilbagebetaling.

Kommissionen har herefter påberåbt sig tilsidesættelse af pligten til at ophæve støtten med virkning fra 15. marts 1985, på hvilket tidspunkt Nederlandene skulle underrette Kommissionen om de foranstaltninger, man havde truffet for at efterkomme i beslutningens artikel 1. Denne dato skal ikke nødvendigvis opfattes som det tidspunkt, da tariffen endeligt skulle sættes ud af kraft. Efter min opfattelse anerkendte Kommissio-

nen, at en rimelig frist var nødvendig for at ophæve tariffen, og den ønskede at blive holdt orienteret. Nederlandene tilsidesatte sine forpligtelser ved ikke at underrette Kommissionen om de trufne foranstaltninger og ved tilsyneladende at undlade at træffe nogen som helst foranstaltning til ophævelse af støtten, men ikke nødvendigvis fordi man ikke havde ophævet tariffen endeligt den 15. marts.

Nederlandenes regering har anført, at den var berettiget til at afvente resultatet af sit sagsanlæg om annullation af beslutningen, eller i det mindste resultatet af begæringen om foreløbige forholdsregler, som ifølge den af præsidenten den 3. maj 1985 afsagte kendelse ikke blev taget til følge. Regeringen finder, at det ville have været meningsløst at ændre tarifferne samtidig med, at den fremsatte begæring om foreløbige forholdsregler med henblik på at undgå det tab, som en forhøjelse af tariffen ville have påført gartnerisektoren og Gasunie.

Traktatens artikel 185 bestemmer imidlertid: »Indbringelse af klager for Domstolen har ikke opsættende virkning«. Domstolen kan naturligvis udsætte gennemførelsen af de anfægtede retsakter og foreskrive andre foreløbige forholdsregler i medfør af artiklerne 185 og 186; indtil dette er sket, består der en forpligtelse til at gennemføre retsakterne i henhold til artikel 185 sammenholdt med artikel 191. Alene det forhold, at der vil gå en vis tid, inden der kan udstedes en sådan kendelse, forlænger ikke automatisk fristen for at efterkomme en beslutning. I mellemtiden må der tages de nødvendige skridt for at gennemføre beslutningen. Følgelig kan den nederlandske regerings argument ikke lægges til grund.

Den nederlandske regering har derefter påberåbt sig, at den to-ugers frist, der er nævnt i Kommissionens telexmeddelelse af 6. maj 1985, som jeg allerede har omtalt, havde til virkning at forlænge fristen for indgivelsen af de i beslutningen krævede oplysninger. Det er klart ikke tilfældet. Kommissionens telexmeddelelse af 6. maj 1985 havde alene til formål at minde den nederlandske regering om dens forpligtelse til at rette sig efter beslutningen.

Det fremgår af den nederlandske regerings allerede nævnte telexmeddelelser og af dens indlæg, at den fandt, at regeringen, Gasunie, Landbouwschap og Vegin handlede hurtigt, efter at præsidenten havde afsagt kendelse. Det tog tilsyneladende parterne en måned (fra 3. maj til 4. juni 1985) at nå frem til en ny kontrakt og få den godkendt af regeringen. Ifølge den nederlandske regering måtte dette tidsrum forløbe på grund af tekniske og juridiske forhold. De tekniske vanskeligheder skyldtes navnlig, at det var nødvendigt at aflæse alle gasmålerne ude på gartnerierne for at kunne sætte den nye tarif i kraft. Rent juridisk var det nødvendigt at give distributionsselskaberne og gartnerierne skriftlig meddelelse om den nye tarif, før de kontraktligt fastsatte priser kunne forhøjes. Yderligere var det umuligt at indføre den nye tarif med tilbagevirkende gyldighed, idet leverandørerne og distributørerne herved kunne komme i juridiske vanskeligheder (da de kunne udsætte sig for søgsmål fra gartneriernes side).

Denne argumentation er nu ikke særlig overbevisende, navnlig ikke fordi de juridiske problemer ved efterfølgende at pålægge en forhøjelse lige så vel bestod i perioden fra 1. juni til 30. september 1985, hvis prisen ifølge den i oktober 1984 indførte tarif måtte antages at skulle gælde uændret til oktober 1985. Yderligere er det blevet oplyst, at tariffen blev fastsat ved kontrakt af 4. juni, og at den trådte i kraft med virkning

fra 1. juni 1985, altså med ganske begrænset tilbagevirkende gyldighed. Hvorom alting er, var det muligt at sætte en ny tarif i kraft inden for en måned; intet tyder derfor på, at det ikke skulle have været muligt inden for en måned efter meddelelsen af beslutningen. Jeg mener, at den nederlandske regering ikke tilstrækkelig hurtigt rettede sig efter beslutningen, idet den traf foranstaltninger, som først trådte i kraft 1. juni 1985, ligesom jeg ikke finder det godtgjort, at den tog de nødvendige skridt umiddelbart efter meddelelsen af beslutningen. Den nederlandske regering har i denne henseende undladt at opfylde beslutningen.

Det sidste og vigtigste spørgsmål går på, om det kan hævdes, at den nederlandske regering ved at ophæve den fra 1. oktober 1984 gældende tarif og erstatte den med en ny tarif tilsidesatte sin forpligtelse til at opfylde beslutning 85/215. Det falder ikke nødvendigvis sammen med spørgsmålet, om den nye tarif i sig selv må anses for en støtteforanstaltning.

Jeg mener, at spørgsmålet først og fremmest må besvares under hensyntagen til arten af den pålagte forpligtelse. Skulle al støtte til væksthusgartnerier ophæves eller kun særlig støtte? Efter min opfattelse var det den særlige støtte — det var »den støtte i form af en præferencetarif for naturgas, som... har været anvendt... fra den 1. oktober 1984«, som skulle ophæves. Kommissionen fastslog, at tariffen udgjorde en støtteforanstaltning, og jeg kan tilslutte mig denne opfattelse. Det var denne tarif, der skulle ophæves. Der var ikke foreskrevet andre skridt som i 1981-beslutningen, der bestemte, at »den støtte, som præferencetariffen for gartneriet udgør, ophæves inden den 1. oktober 1982, idet gartneritariffen bringes på højde med industritariffen«.

Der blev faktisk foretaget fire ændringer: a) prisen blev fastsat til 45 cents/m³ for perioden 1. juni-1. oktober 1985; for fyringssæsonen 1985/1986 blev den øvre grænse forhøjet fra 42,5 til 45 cents/m³, hvilken pris skulle tages op til fornyet overvejelse under hensyntagen til situationen for fyringssæsonen 1986/1987; b) dette prisloft skulle gælde to år og ikke ét; c) det skulle kun gælde for gartnerier, der udelukkende anvender gas; d) kompensationsklausulen i den tidligere tarif faldt bort.

Den anden ændring blev navnlig indført som følge af Kommissionens kritik, hvorefter et år var for kort en periode til at påvirke gartneriernes planlægning i den ønskede retning, men jeg finder denne ændring af mindre betydning. Jeg tvivler på, om den tredje ændring var ret meget værd, idet langt de fleste gartnerier falder ind under denne gruppe, og den fjerde ændring fik næppe større praktisk betydning.

I virkeligheden er det den første ændring, der er afgørende. Der må her efter min opfattelse tillægges det argument betydning, at anvendelsen og opretholdelsen af tarif D, der gælder for industrisektoren, i sig selv indebar en fordel for gartnerierne, som i henhold til de fremlagte talopstillinger bruger en langt mindre gasmængde end den, der kræves af industrisektoren for at få adgang

til tarif D. Kommissionen klagede imidlertid ikke over dette forhold som sådant, og tariffen blev accepteret som grundlag for aftalen for perioden indtil 1. oktober 1984. Kommissionens virkelige klagepunkt over for den tarif, der blev erklæret retsstridig i henhold til beslutningen, gik på, at prisloftet på 42,5 cents/m³ lå under den ligevægtspris, ved hvilken gas kan konkurrere med kul, uden at der er fordele eller ulemper i forbindelse med det ene eller det andet brændsel, nemlig mellem 43 og 44,3 cents/m³, og langt under den laveste pris, som ville føre til en betydelig omstilling til kul (nemlig 46,5 cents/m³ for en bedrift af gennemsnitstørrelse og 47,5 cents/m³ for en større bedrift). Det nye prisloft lå imidlertid mellem 2 og 0,7 cents over den prisramme, der udgjorde ligevægtsprisen; på den anden side er den 1,5 cents/m³ lavere end den pris, der vil kunne føre til en mærkbar overgang til kul for bedrifter af gennemsnitsstørrelse, og 2,5 cents/m³ lavere end den pris, der kan få samme virkning for store bedrifter.

Kommissionen har anført, at en pris på 45 cents/m³ fortsat er alt for lav i forhold til priserne på 46,5 og 47,5 cents/m³ og under hensyntagen til, at kulpriserne angiveligt er steget. Den gør derfor gældende, at prisloftet på 45 cents/m³ udgør en fordel på 5,8 cents/m³ i andet kvartal 1985 og 4,3 cents/m³ i tredje kvartal 1985 i forhold til den pris, der gælder ved anvendelse af D-tariffen forhøjet med 0,5 cent. Den nederlandske regering kunne ikke godtgøre, at der var taget tilsvarende skridt, for så vidt angår prisen for de industrivirksomheder, som måtte ønske at gå over til kul, og heller ikke oplyse, hvor stor risikoen for en sådan omstilling i virkeligheden var. Den nederlandske regering har heller ikke godtgjort, hvorfor tariffen for industrivirksomheder ikke også kunne anvendes over for gartnerivirksomheder. Der er således ikke fremført noget objektivt kriterium som begrundelse for den nye tarif, der fortsat er en støtteforanstaltning. Kommissionen anførte videre, at prisloftet ikke skulle tages op til fornyet overvejelse tilstrækkelig ofte til at tage hensyn til udviklingen. Yderligere beskytter et prisloft, som ligeledes anført af Det Forenede Kongerige, de nederlandske gartnerier mod virkningerne af voldsomme stigninger i olieprisen og gør det muligt for dem at planlægge med større sikkerhed end deres konkurrenter i andre medlemsstater.

Det skal imidlertid bemærkes, at ifølge den opfattelse, Kommissionen gav udtryk for i beslutningen, må det forventes, at priser på 46,5 cents/m³ for bedrifter af gennemsnitsstørrelse og 47,5 cents/m³ for større bedrifter ville føre til, at 30% af den naturgas, der forbruges i gartnerisektoren, ville blive erstattet af kul på mindre end tre år. Det er således ikke ved denne prisramme, at gartnerierne ville påbegynde en omstilling til kul, men den prisramme, inden for hvilken Gasunie over en tre-årig periode ville miste, eller risikere at miste, en tredjedel af sit salg til gartnerierhvervet.

Beslutningen foreskriver ikke udtrykkeligt, at prisloftet skal fastsættes på eller over dette prisniveau; jeg mener heller ikke, den skal fortolkes således, at den indirekte foreskriver, at priserne skal fastsættes på eller over dette niveau, ved hvilket man skønnede, at Gasunie ville miste en så betydelig del af sit salg.

Jeg er enig i, at Kommissionen ikke nødvendigvis skal fastsætte det prisniveau, hvorved støtteelementet falder bort, men hvis den kræver, at en særlig støtte skal ophæves, uden at fastsætte et sådant niveau, må det være op til en medlemsstat at godtgøre, at den ved at standse den særlige støtte og fastsætte et nyt prisniveau har opfyldt beslutningen, hvorefter den anfægtede særlige støtte skal ophæves. Det betyder ikke, at en ubetydelig ændring på en brøkdel af en cent uden særlig begrundelse kan anses for en rimelig ophævelse af den gældende tarif. Det må kræves, at den tidligere tarif reelt ophæves og erstattes af en ny. Ifølge det anførte blev den nye tarif fastsat på et niveau, der lå over den af Kommissionen godkendte ligevægtspris og under det niveau, som ville kunne føre til et betydeligt fald i gassalget som følge af fordele ved at anvende kul i gartnerisektoren. Når henses til disse forhold, og for så vidt Kommissionen accepterer, at der kan fastsættes en differentieret tarif, hvis det er objektivt begrundet, kan det efter min opfattelse ikke med rimelighed hævdes, at den nederlandske regering undlod at ophæve den særlige tarif, der gjaldt siden 1. oktober 1984. Det er det eneste spørgsmål, som skal afgøres i denne sag, og der kan følgelig ikke gives Kommissionen medhold i dens påstand, for så vidt angår perioden efter 1. juni 1985.

Det betyder dog ikke, at den nye tarif ikke var en støtteforanstaltning. Der er tværtimod en række momenter i Kommissionens og de to intervenerende medlemsstaters indlæg, som støtter en formodning om, at den nye tarif må anses for statsstøtte. Hvis Kommissionen fandt, at der var givet meddelelse om en ny støtte, kunne den have iværksat proceduren efter artikel 93, stk. 2; hvis støtten ikke var blevet meddelt, kunne Kommissionen have taget skridt (f. eks. ved at indbringe sagen for Domstolen) til at forhindre, at de påtænkte foranstaltninger blev sat i kraft i strid med artikel 93, stk. 3, sidste punktum. I så fald måtte man have anlagt andre betragtninger end dem, den foreliggende, mere begrænsede, påstand har givet anledning til, og det ville have været nødvendigt at tage hensyn til enhver ændring i situationen på det tidspunkt, da den nye tarif blev iværksat.

Det er naturligvis fortsat muligt for Kommissionen at overveje, om den kan kræve de beløb tilbagebetalt, som er udbetalt i form af støtte med alvorlige virkninger for konkurrenterne i andre medlemsstater, og om den, som et led i dens pligt til at foretage en løbende undersøgelse af eksisterende støtteordninger, jfr. artikel 93, stk. 1, vil anvende den procedure og den kompetence, der er fastsat i artikel 93, stk. 2, og 3.

Jeg skal herefter foreslå, at der gives Kommissionen medhold, og at det således statueres, at den nederlandske regering ikke tilstrækkelig hurtigt har efterkommet beslutningen, idet den nye tarif først blev sat i kraft med virkning fra 1. juni 1985. Jeg mener, at Nederlandene i øvrigt bør frifindes. Sagens parter og de intervenerende medlemsstater bør betale deres egne omkostninger.