CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL SIR GORDON SLYNN
van 2 april 1987 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

In de gevoegde zaken 67, 68 en 70/85 (Van der Kooy e. a./Commissie, Jurispr. 1988, blz. 219, 240) heeft het Hof kennis te nemen van een beroep tot nietigverklaring van beschikking nr. 85/215/EEG van 13 februari 1985 (PB 1985, L 97, blz. 49). Om de redenen die ik in mijn conclusie in die zaken heb uiteengezet, ben ik van mening dat dat beroep moet worden verworpen.

Nadat die beschikking was gegeven, werd het Hof verzocht de tenuitvoerlegging ervan op te schorten. Dit verzoek werd afgewezen bij beschikking van de president van 3 mei 1985. Op 6 mei 1985 zond de Commissie een telex aan de Nederlandse regering, waarin zij verzocht, zo spoedig mogelijk en uiterlijk binnen veertien dagen in kennis te worden gesteld van de maatregelen die genomen waren om de beschikking van de Commissie „op de vastgestelde datum" uit te voeren. De Nederlandse regering antwoordde meer dan drie weken later, bij telexbericht van 31 mei 1985, dat het Landbouwschap, Vegin en Gasunie in beginsel overeenstemming over een nieuw tuinbouwtarief hadden bereikt. De Nederlandse regering verklaarde dat zij dat beginselakkoord had goedgekeurd in de wens geen verder uitstel bij de uitvoering van de beschikking van de Commissie te veroorzaken, mede gelet op de beschikking van de president van het Hof. Op 6 juni 1985 vroeg de Commissie bij telexbericht om nadere bijzonderheden betreffende het nieuwe tarief, waarbij zij er met name op wees, dat het op een objectief controleerbare manier moest worden berekend en zich moest lenen voor aanpassing aan wijzigingen in de situatie. Zij merkte daarbij op, dat in het telexbericht van 31 mei 1985 geen uitsluitsel was gegeven over het tijdvak sedert 22 februari 1985. In haar antwoord van 11 juni 1985 verstrekte de Nederlandse regering meer bijzonderheden en deelde zij de Commissie mee, dat het beginselakkoord inmiddels een definitief contract was geworden.

De bijzonderheden van het nieuwe tarief waren de volgende. Het was van toepassing vanaf 1 juni 1985. Evenals tevoren was het tuinbouwtarief in principe gelijk aan het tarief D plus 0,5 cent. Voor de periode van 1 juni tot 1 oktober 1985 zou een plafond van 45 cent/m³ gelden. Dit plafond zou ook van toepassing zijn gedurende het gehele stookseizoen 1985/1986 (dat wil zeggen van 1 oktober 1985 tot 30 september 1986), maar enkel voor tuinders die uitsluitend aardgas stookten. Ik merk in het voorbijgaan op, dat in de twee eerdere telexberichten van de Nederlandse regering was gezegd dat deze conditie „voorlopig" gold; over dit punt wordt echter nergens meer gesproken en het valt aan te nemen, dat deze conditie inderdaad is toegepast. Voor het seizoen 1986/1987 zou hetzelfde stelsel gelden, maar de maximumprijs zou in het licht van de dan bestaande situatie opnieuw worden vastgesteld. Aan het Hof is niets meegedeeld omtrent een aanpassing van de maximumprijs van 45 cent/m³. De Nederlandse regering sprak niet rechtstreeks over de periode vanaf 22 februari 1985, maar beperkte

* Vertaald uit het Engels.

zich tot de opmerking, dat de onderhandelingen tussen de contractpartijen na de beschikking van de president zeer snel waren verlopen en dat het nieuwe tarief was ingevoerd zo gauw dat juridisch en technisch mogelijk was en op 1 juni van kracht was geworden, ofschoon het normaal enkel om de drie maanden werd aangepast (in oktober, januari, april en juli).

De Commissie was van oordeel, dat haar beschikking met de zojuist beschreven maatregelen niet volledig is nagekomen. Zij heeft zich derhalve tot het Hof gewend krachtens artikel 93, lid 2, tweede alinea, EEG-Verdrag. De eerste twee alinea's van lid 2 luiden:

„Indien de Commissie, na de belanghebbenden te hebben aangemaand hun opmerkingen te maken, vaststelt dat een steunmaatregel door een staat of met staatsmiddelen bekostigd, volgens artikel 92 niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt of dat van deze steunmaatregel misbruik wordt gemaakt, bepaalt zij dat de betrokken staat die steunmaatregel moet opheffen of wijzigen binnen de door haar vast te stellen termijn.

Indien deze staat dat besluit niet binnen de gestelde termijn nakomt, kan de Commissie of iedere andere belanghebbende staat zich in afwijking van de artikelen 169 en 170 rechtstreeks tot het Hof van Justitie wenden."

De in de zaak Van der Kooy bestreden beschikking van de Commissie was op 22 februari 1985 ter kennis van de Nederlandse regering gebracht en derhalve op die datum van kracht geworden ingevolge artikel 191 van het Verdrag, dat bepaalt: „Van de richtlijnen en de beschikkingen wordt kennis gegeven aan hen tot wie zij zijn gericht; zij worden door deze kennisgeving van kracht." Artikel 1 van de beschikking bepaalt:

„De steun in de vorm van het vanaf 1 oktober 1984 in Nederland voor de tuinbouw in stookkassen toegepaste preferentiële aardgastarief is in de zin van artikel 92 van het Verdrag onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en moet worden afgeschaft."

Artikel 2 bepaalt:

„Nederland deelt de Commissie vóór 15 maart 1985 mede welke maatregelen zijn genomen om aan het bepaalde in artikel 1 gevolg te geven."

Het nieuwe tarief, dat in de plaats kwam van dat wat sinds 1 oktober 1984 had gegolden, was van toepassing vanaf 1 juni 1985, met een verfijning ingaande op 1 oktober 1985 en inhoudende dat de maximumprijs van 45 cent/m³ enkel gold voor tuinders die naast aardgas geen andere energiebronnen gebruikten.

De Commissie begint met erop te wijzen dat de steunmaatregel waarop beschikking 85/215 betrekking heeft, al vóór die beschikking onwettig was. Hij had nooit mogen worden toegepast en de steun zal eventueel kunnen worden teruggevorderd, zoals de Nederlandse regering al in december 1984 was aangezegd en nogmaals bij het „caveat" in de laatste overweging van de beschikking, volgens welke deze „niet vooruitloopt op de consequenties die de Commissie eventueel zal trekken ten aanzien van de terugvordering van bovengenoemde steun bij de begunstigden en ten aanzien van de financiering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid door het EOGFL". Dit moge zo zijn, maar de beschikking verplicht de Nederlandse regering niet om de steun terug te vorderen, en wanneer deze dit niet heeft gedaan, dan betekent dat niet, dat zij

haar uit de beschikking voortvloeiende verplichtingen niet is nagekomen. De Commissie heeft terecht niet gevraagd om een verklaring voor recht, dat de Nederlandse regering inbreuk op de beschikking heeft gemaakt door de vóór de datum van de beschikking verleende steun niet terug te vorderen. De omstandigheid dat de Commissie andere stappen had kunnen doen of alsnog kan doen met het oog op terugvordering van de steun, is voor het onderhavige beroep niet van belang.

De Commissie stelt dat de Nederlandse regering de beschikking in de eerste plaats niet is nagekomen doordat de steun die zij moest afschaffen, tot de eerste week van juni 1985 is blijven bestaan, en in de tweede plaats doordat het vanaf dat moment geldende nieuwe tarief zelf ook een steunmaatregel was.

De na de procedure van artikel 93, lid 2, vastgestelde beschikking noemt in haar artikel 1 geen datum waarvóór de steun moest worden afgeschaft. Volgens het Hof is het ook niet per se nodig dat er een datum wordt genoemd: zie zaak 173/73 (Italië/ Commissie, Jurispr. 1974, blz. 717), waarin het overwoog:

„dat de geest en de opzet van artikel 93 echter meebrengen dat, wanneer de Commissie vaststelt dat een steunmaatregel in strijd met lid 3 is ingevoerd of gewijzigd, zij moet kunnen bepalen dat de betrokken staat die maatregel moet opheffen of wijzigen, met name wanneer zij van mening is dat die maatregel volgens artikel 92 niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, zonder daarbij verplicht te zijn een termijn vast te stellen en met de mogelijkheid zich tot het Hof te wenden indien de betrokken staat zich niet met de nodige voortvarendheid conformeert".

Indien er geen beroep krachtens artikel 169 van het Verdrag wordt ingesteld (zoals het geval was in zaak 171/83 R, Commissie/ Frankrijk, Jurispr. 1983, blz. 2621) en er geen datum is bepaald of opdracht is gegeven tot terugvordering van de steun vóór een bepaalde datum, dan, zo meen ik, moet de steun zo spoedig mogelijk worden ingetrokken. Wordt er rechtstreeks door de staat geld betaald, dan moet die betaling worden gestopt. Wordt de steun verleend in de vorm van een vastgesteld tarief, dan moet dat tarief worden afgeschaft en door een ander worden vervangen. Dat hoeft niet per se meteen op de dag van kennisgeving van de beschikking te zijn, maar het moet wel „met de nodige voortvarendheid" gebeuren en de stappen die nodig zijn, moeten worden ondernomen.

Een last zoals in de onderhavige beschikking geformuleerd, betekent ook niet, dat voordelen die nog uit het tarief voortvloeien gedurende de periode die nodig is om de steun met redelijke voortvarendheid af te schaffen, krachtens die beschikking door de staat moeten worden teruggevorderd. Het stond aan de Commissie om terugvordering te gelasten of later daartoe stappen te doen, overeenkomstig het in de laatste overweging van de beschikking geformuleerde voorbehoud.

Ik ben dan ook niet van oordeel, dat de Nederlandse regering de beschikking van 22 februari heeft geschonden door het tarief niet onmiddellijk af te schaffen of geen terugbetaling vanaf die datum te verlangen.

Vervolgens stelt de Commissie schending van de verplichting om de steun per 15 maart 1985 af te schaffen, vóór welke datum de Nederlandse regering de Commissie moest meedelen welke maatregelen zij had genomen om aan het bepaalde in artikel 1 van de beschikking gevolg te geven. Die datum behoeft niet per se te worden opgevat als de datum waarop het tarief definitief moest zijn afgeschaft. Mijns inziens

beschouwde de Commissie het als realistisch, dat het wat tijd zou kosten om het tarief af te schaffen, en wilde zij alleen weten wat eraan werd gedaan. Nederland is zijn verplichting niet nagekomen door de Commissie niet in kennis te stellen van de maatregelen die het had genomen, en voor zover valt te overzien, door geen enkele maatregel te nemen om tot afschaffing te komen, maar niet noodzakelijkerwijs door het tarief op die datum niet definitief af te schaffen.

De Nederlandse regering betoogt dat zij daarmee mocht wachten tot na de uitspraak op haar beroep tot nietigverklaring van de beschikking, of ten minste tot na de uitspraak op haar verzoek om voorlopige maatregelen, die door de president van het Hof op 3 mei 1985 werden geweigerd. Volgens de Nederlandse regering zou het onlogisch zijn geweest om het tarief te wijzigen en tegelijkertijd te verzoeken om voorlopige maatregelen ter voorkoming van de schade die de tuinbouwsector en Gasunie door een verhoging van het tarief zouden lijden.

Artikel 185 van het Verdrag bepaalt evenwel, dat „een bij het Hof van Justitie ingesteld beroep geen schorsende werking heeft". Ingevolge de artikelen 185 en 186 kan het Hof de werking van de bestreden handeling weliswaar schorsen en andere voorlopige maatregelen gelasten, maar zolang het dat niet heeft gedaan, moeten die handelingen krachtens artikel 185 juncto artikel 191 worden uitgevoerd. Dat het tijd kost om een uitspraak van het Hof te verkrijgen, betekent niet, dat de adressaat van de beschikking automatisch uitstel krijgt. In tussentijd moet hij het nodige doen om de beschikking uit te voeren. Dit argument van de Nederlandse regering moet daarom worden afgewezen.

Vervolgens betoogt de Nederlandse regering, dat de periode van twee weken die in het eerder genoemde telexbericht van de Commissie van 6 mei 1985 werd genoemd, een verlenging impliceerde van de in de beschikking gestelde informatietermijn. Dit is duidelijk niet het geval. Het telexbericht van 6 mei 1985 kan enkel worden gelezen als een nieuwe aanmaning aan de Nederlandse regering om haar uit de beschikking voortvloeiende verplichting na te komen.

In de eerder genoemde telexberichten en ook in haar memories lijkt de Nederlandse regering zich op het standpunt te stellen, dat zij evenals Gasunie, het Landbouwschap en Vegin voortvarend handelde toen zij na de uitspraak van de president van het Hof in beweging kwam. De partijen hebben er, naar het schijnt, een maand voor nodig gehad (van 3 mei tot 4 juni 1985) om tot een nieuw akkoord te komen en daarvoor ministeriële goedkeuring te verkrijgen. Volgens de Nederlandse regering waren er technische en juridische redenen waarom dat zo lang heeft geduurd. Een van de technische redenen was dat, om het nieuwe tarief te kunnen toepassen, eerst alle gasmeters ter plaatse moesten worden afgelezen. De juridische redenen waren dat de distributieondernemingen en de tuinders schriftelijk van het nieuwe tarief op de hoogte moesten worden gesteld, voordat de verhoging contractueel kon worden vastgelegd. Verder was het onmogelijk om het nieuwe tarief met terugwerkende kracht toe te passen: dat zou de leveranciers en de distributiebedrijven aan juridische risico's hebben blootgesteld (ik neem aan, het risico dat de tuinders hun een proces zouden aandoen).

Deze argumenten klinken mij niet geheel overtuigend in de oren, vooral omdat de prijs volgens het tarief van oktober 1984 geacht werd tot oktober 1985 te gelden, en het juridisch risico dat men liep bij een te-

rugwerkende verhoging, dus ook bestond voor de periode van 1 juni tot eind september 1985. Bovendien werd het nieuwe tarief volgens zeggen van de Nederlandse regering overeengekomen op 4 juni en ging het in op 1 juni 1985, met andere woorden met een geringe retroactiviteit. Hoe dit ook zij, het was dus mogelijk binnen één maand een nieuw tarief vast te stellen, en uit niets blijkt dat dat ook niet binnen een maand na de kennisgeving van de beschikking had kunnen gebeuren. Ik ben van oordeel, dat de Nederlandse regering, door maatregelen vast te stellen die eerst op 1 juni 1985 van kracht werden, zich niet met de nodige voortvarendheid aan de beschikking heeft geconformeerd; zij heeft ook niet aangetoond dat zij onmiddellijk na de kennisgeving van de beschikking de daartoe nodige stappen heeft gedaan. In zoverre is zij de beschikking niet nagekomen.

De laatste en belangrijkste vraag is, of men kan zeggen dat de Nederlandse regering, door het vanaf 1 oktober 1984 toepasselijke tarief af te schaffen en door een nieuw tarief te vervangen, beschikking 85/215 niet is nagekomen. Dit is niet noodzakelijkerwijs hetzelfde als de vraag of het nieuwe tarief op zich beschouwd zelf een steunmaatregel vormt.

Het antwoord lijkt mij in de eerste plaats af te hangen van de aard van de opgelegde verplichting. Bestond deze erin dat alle steun aan glastuinders moest worden afgeschaft, of dat een zeer bepaalde steun moest worden afgeschaft ? Mijns inziens ging het om het laatste: wat moest worden afgeschaft was „de steun in de vorm van het vanaf 1 oktober 1984... voor de tuinbouw... toegepaste preferentiële tarief". Dat tarief vormde naar de Commissie had vastgesteld, een steun en mijns inziens was die vaststelling juist. Het was dat tarief dat afgeschaft moest worden. Geen andere maatregelen werden verlangd, in tegenstelling tot wat het geval was in de beschikking van 1981, die voorschreef dat „de steun in de vorm van een preferentieel tarief voor de tuinbouw vóór 1 oktober 1982 wordt opgeheven door aanpassing van het tuinderstarief aan het industrieel tarief".

In feite werden er vier wijzigingen aangebracht: a) de prijs werd bepaald op 45 cent/m³ van 1 juni tot 1 oktober 1985 en voor het stookseizoen 1985/1986 werd de maximumprijs van 42,5 cent/m³ op 45 cent/m³ gebracht; deze maximumprijs kon voor het seizoen 1986/1987 afhankelijk van de omstandigheden worden bijgesteld; b) de maximumprijs gold niet voor één, maar voor twee jaar; c) hij gold enkel voor tuinders die uitsluitend gas stookten; d) de in het oude contract voorkomende verrekeningsclausule werd geschrapt.

De tweede wijziging was in het bijzonder bedoeld om tegemoet te komen aan het bezwaar van de Commissie, dat een periode van één jaar te kort was om het noodzakelijke effect te hebben op de planning van de tuinders, maar mij lijkt deze wijziging van ondergeschikt belang. Ik betwijfel of de derde wijziging veel zoden aan de dijk zet, omdat de grote meerderheid van de tuinders tot die categorie behoort, en de vierde wijziging hoeft in de praktijk ook niet veel te betekenen.

In feite zit het probleem in de eerste wijziging. Dienaangaande lijkt het mij een plausibele stelling, dat de keuze voor en het vasthouden aan het op industriële verbruikers toepasselijke tarief D zelf al preferentieel was voor tuinders, omdat dezen volgens de opgegeven cijfers veel minder verbruiken dan de hoeveelheid die industriële verbruikers moeten afnemen om voor tarief D in

aanmerking te komen. Dit is echter geen punt waar de Commissie kritiek op heeft, en eerder heeft zij het geaccepteerd als grondslag voor het akkoord betreffende de periode tot 1 oktober 1984. Waar de Commissie wel kritiek op heeft, is dat in het in de beschikking gewraakte tarief de maximumprijs van 42,5 cent/m³ beneden de evenwichtsprijs lag, waarbij de mededinging tussen aardgas en kolen in evenwicht is zonder dat een van beide bevoordeeld of benadeeld wordt, namelijk 43 en 44,3 cent/m³, en ver beneden de laagste prijs waarbij zich een significante omschakeling op kolen kan voordoen (namelijk 46,5 cent/m³ voor een middelgroot bedrijf en 47,5 cent/m³ voor een groot bedrijf). Het nieuwe plafond ligt echter 2 tot 0,7 cent boven het als evenwichtsprijs beschouwde niveau; anderzijds ligt het 1,5 respectievelijk 2,5 cent beneden de prijs waarbij middelgrote en grote bedrijven in significante mate op kolen zullen omschakelen.

De Commissie betoogt dat 45 cent/m³ nog steeds te laag is in verhouding tot de cijfers van 46,5 en 47,5 cent/m³ en gezien het feit dat de kolenprijzen gestegen waren. Dit betekent volgens haar, dat het plafond van 45 cent/m³ een voordeel vertegenwoordigt van 5,8 cent/m³ voor het tweede kwartaal van 1985 en van 4,3 cent/m³ voor het derde kwartaal van 1985 boven het cijfer dat voortvloeit uit de toepassing van het tarief D plus 0,5 cent. De Nederlandse regering heeft niet bewezen dat vergelijkbare maatregelen waren genomen ten aanzien van de prijs voor industriële verbruikers die eventueel op kolen zouden kunnen omschakelen, en evenmin dat er werkelijk gevaar bestond dát industriële verbruikers op kolen zouden omschakelen. De Nederlandse regering heeft ook niet weten aan te tonen, waarom het industrietarief ook niet voor de tuinders zou kunnen gelden. Dienvolgens is niet gebleken van objectieve criteria die het nieuwe tarief, dat nog steeds een steunmaatregel vormt, kunnen rechtvaardigen. Verder is de frequentie waarmee de maximumprijs kan worden aangepast, te gering om rekening te houden met wijzigingen in de situatie. En zoals ook de Britse regering opmerkt, beschermt het plafond de Nederlandse tuinders tegen de gevolgen van scherpe stijgingen van de olieprijzen en stelt het hen in staat beter vooruit te plannen dan hun concurrenten in andere Lid-Staten.

Aan de andere kant wijs ik erop, dat de beschikking de prognose bevat, dat prijzen in een orde van grootte van 46,5 cent/m³ voor middelgrote bedrijven en van 47,5 cent/m³ voor grote bedrijven tot gevolg zullen hebben dat in minder dan drie jaar 30% van het aardgas dat in de tuinbouwsector wordt verbruikt, door kolen wordt vervangen. Het prijsniveau is dus niet het niveau waarbij de tuinders beginnen met de omschakeling op kolen, maar dat waarbij Gasunie binnen drie jaar eenderde van haar afzet in de tuinbouwsector zal — althans kan — verliezen.

De beschikking verlangt niet uitdrukkelijk dat de maximumprijs op of boven dat niveau wordt vastgesteld; ook kan zij mijns inziens niet zo worden uitgelegd, dat zij stilzwijgend de vaststelling van prijzen verlangt op of boven het niveau waarbij Gasunie naar verwachting een aanzienlijk deel van haar afzet zal verliezen.

Ik wil aannemen, dat de Commissie niet behoeft te bepalen bij welk prijsniveau het steunelement verdwijnt, maar indien zij, zonder dat niveau te bepalen, verlangt dat een specifieke steun wordt afgeschaft, dan moet de betrokken Lid-Staat de mogelijkheid worden geboden om te bewijzen dat hij, door de specifieke steun te beëindigen en een nieuw prijsniveau vast te stellen, voldaan heeft aan de opdracht om de gewraakte specifieke steun te beëindigen. Dit betekent niet, dat een symbolische tariefwijziging met een fractie van een cent zonder duidelijke rechtvaardiging, een bona fide afschaffing van het bestaande tarief is. Het tarief moet echt worden afgeschaft en er moet een echt nieuw tarief worden vastgesteld. Gelet echter op de feitelijke gegevens van de zaak, is het nieuwe tarief vastgesteld op ongeveer de door de Commissie geaccepteerde evenwichtsprijs en beneden het cijfer dat waarschijnlijk tot een aanzienlijke daling van de gasverkoop zal leiden omdat kolen dan voor de tuinbouw aantrekkelijk worden. Hiervan uitgaande en waar de Commissie aanvaardt dat een tariefdifferentieel in principe mag worden vastgesteld indien dat objectief gerechtvaardigd is, kan men mijns inziens niet in redelijkheid zeggen, dat de Nederlandse regering het sedert 1 oktober 1984 geldende specifieke tarief niet heeft afgeschaft. Dit is het enige waarop het in deze zaak aankomt, en de Commissie kan bijgevolg niet verlangen dat het Hof de door haar gevorderde vaststelling met betrekking tot de periode na 1 juni 1985 doet.

Dit betekent niet, dat het nieuwe tarief geen steunmaatregel was. Integendeel, zekere gegevens, aangevoerd door de Commissie en de twee interveniërende Lid-Staten, lijken erop te wijzen, dat het nieuwe tarief inderdaad als zodanig moet worden gekwalificeerd. Indien de Commissie van mening was geweest, dat er een nieuwe steunmaatregel was aangemeld, had zij de procedure van artikel 93, lid 2, kunnen inleiden; was de maatregel niet aangemeld, dan had zij stappen kunnen ondernemen (bij voorbeeld een beroep op het Hof) om te verhinderen dat de voorgenomen maatregel in strijd met de laatste zin van artikel 93, lid 3, in werking zou treden. In geval van zo'n beroep zou de zaak anders zijn komen te liggen dan bij het onderhavige beperkte beroep het geval is, en zou men rekening hebben moeten houden met iedere wijziging in de omstandigheden op het moment waarop het nieuwe tarief werd toegepast.

Duidelijk is dat de Commissie nog steeds kan overwegen, of de bedragen die haars inziens als steun zijn gegeven met ernstige gevolgen voor de concurrenten in andere Lid-Staten, kunnen worden teruggevorderd en of zij, in het kader van haar verplichting krachtens artikel 93, lid 1, om alle steunmaatregelen voortdurend te onderzoeken, gebruik dient te maken van de procedures en bevoegdheden waarover zij ingevolge artikel 93, leden 2 en 3, beschikt.

Ik concludeer derhalve, dat het Hof, overeenkomstig het verzoek van de Commissie, dient vast te stellen dat de Nederlandse regering haar verplichting om zich met de nodige voortvarendheid aan de beschikking te conformeren, niet is nagekomen door eerst per 1 juni 1985 een nieuw tarief in te voeren. Voor het overige dient het beroep te worden verworpen, met verwijzing van elk der partijen en interveniënten in hun eigen kosten.