

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
SIR GORDON SLYNN

van 2 april 1987 *

*Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,*

Bij beschikking nr. 85/215/EEG (PB 1985, L 97, blz. 49) verklaarde de Commissie, dat het preferentiële tarief waartegen aardgas in Nederland aan tuinders werd verkocht, een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steunmaatregel was in de zin van artikel 92 EEG-Verdrag, en gelastte zij de Nederlandse regering die steun te beëindigen (artikel 1) en de Commissie vóór 15 maart 1985 in kennis te stellen van de daartoe genomen maatregelen (artikel 2).

Verzoekers vorderen krachtens artikel 173 van het Verdrag nietigverklaring van die beschikking. Deze verzoekers zijn twee tuinbouwbedrijven — Kwekerij Gebroeders Van der Kooy BV en J. M. van Vliet (zaak 67/85; hierna te zamen aangeduid als Van der Kooy) —, het Landbouwschap — een openbaar lichaam, dat hier optreedt als vertegenwoordiger van de belangen van de Nederlandse glastuinbouw (zaak 68/85) —, en het Koninkrijk der Nederlanden, de adresstaat van de beschikking (zaak 70/85). Een verzoek om voorlopige maatregelen in deze zaak, onder meer tot opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking, werd op 3 mei 1985 door de president van het Hof afgewezen. Daarop werd het aardgas-tarief voor de tuinbouw verhoogd, maar volgens de Commissie niet genoeg om het steunelement te elimineren. De Commissie

heeft derhalve krachtens artikel 93, lid 2, van het Verdrag beroep ingesteld tegen Nederland (zaak 213/85) en het Hof verzocht vast te stellen, dat het Koninkrijk der Nederlanden zijn verplichtingen krachtens de artikelen 1 en 2 van beschikking nr. 85/215 niet is nagekomen. In alle vier de zaken hebben de Deense en de Britse regering geïntervenieerd aan de zijde van de Commissie; de Duitse regering is enkel in de drie gevoegde zaken tussengekomen.

De wettigheid naar gemeenschapsrecht van het Nederlandse aardgas-tarief voor de tuinbouw is al jaren in discussie en de Commissie heeft er al eens eerder een beschikking over gegeven. De achtergrond van de zaak is deze.

Nederland beschikt over grote aardgasvoorraden. In het midden van de jaren zeventig besloot het, deels om redenen van milieubescherming, tot invoering van fiscale prikkels om de tuinbouwers ertoe te brengen, van zware stookolie om te schakelen op aardgas. Volgens de beschikking van de Commissie is thans meer dan 95% van de in de Nederlandse tuinbouw gebruikte energie afkomstig van aardgas.

De NV Nederlandse Gasunie bezit blijkbaar een monopolie voor het aardgas dat in Nederland, offshore en onshore, wordt gewonnen. Gasunie is een privaatrechtelijke ven-

* Vertaald uit het Engels.

nootschap, waarvan de aandelen voor 10% rechtstreeks in handen zijn van de staat en voor 40% in handen van De Staatsmijnen (DSM), die zelf weer volledig staats eigendom is, maar, aldus de Commissie, zich in haar handelen volledig door de markt laat leiden; de overige 50% zijn gelijk verdeeld over Esso en Shell. Gasunie levert het gas rechtstreeks aan distributieondernemingen en grootverbruikers. Kleinverbruikers worden beleverd door plaatselijke distributieondernemingen, die zijn aangesloten bij een vereniging, Vegin genaamd.

De mate waarin de Nederlandse regering betrokken is bij de vaststelling van de tarieven van Gasunie, is een van de voornaamste twistpunten in deze procedure. Vaststaat evenwel dat, zoals in de beschikking wordt verklaard, de tarieven door het bestuur van Gasunie met drievierde meerderheid van de uitgebrachte stemmen moeten worden goedgekeurd. Dit bestuur bestaat thans uit acht leden, één benoemd door de staat, drie door DSM en twee door elk van de oliemaatschappijen. De staat heeft dus geen meerderheid in het bestuur en Shell en Esso kunnen voorstellen die hun niet passen, blokkeren. De aldus vastgestelde prijzen moeten worden goedgekeurd door de minister van Economische Zaken. Diens bevoegdheid berust zowel op de wet als op een overeenkomst met Gasunie uit 1963.

Na een onderzoek naar de mededinging in de glastuinbouw gaf de Commissie op 15 december 1981 beschikking nr. 82/73/EEG (PB 1982, L 37, blz. 29; hierna: de beschikking van 1981). Zij stelde vast dat er een preferentieel tarief voor de tuinders bestond, dat een met het Verdrag onverenigbare steunmaatregel vormde. De Commissie had er bezwaar tegen dat het prijsniveau la-

ger was dan voor andere industriële verbruikers en dat de drempel voor hoeveelhedskortingen voor de glastuinbouw veel lager lag dan voor de industrie (resp. 30 000 en 170 000 m³). Bovendien kon het tuinbouw-tarief veel minder vaak worden aangepast dan het industrietarief en het tarief voor kleinverbruikers. Volgens de toenmalige regelingen was de tuinbouwgasprijs gekoppeld aan de prijs van stookolie gedurende de voorafgaande periode van vijftien maanden en werd hij eenmaal per jaar aangepast. Over de aanpassingsformule zelf werd slechts eenmaal gedurende de vijfjarige looptijd van de overeenkomst tussen Gasunie, het Landbouwschap en Vegin opnieuw onderhandeld. Het industrietarief evenwel werd elk kwartaal aangepast op basis van een „pariteitsprijs” voor zware stookolie. In de overeenkomst was bepaald, dat het verschil tussen het tuinbouw- en het industrietarief in de loop van een periode van tweeënehalf jaar, beginnend in april 1982, geleidelijk zou worden weggewerkt en dat vanaf oktober 1982 het tuinbouw-tarief geïndexeerd zou worden op basis van de pariteitsprijs.

Artikel 1 van de beschikking van 1981 bepaalde, dat de steun bestaande in een preferentieel tarief voor de tuinbouw, per 1 oktober 1982 moest worden afgeschaft door aanpassing van het tuinbouw-tarief aan het industrietarief, en dat het verschil niet groter mocht worden dan op 1 december 1981 het geval was.

De Nederlandse regering, het Landbouwschap en twee tuinders, waaronder Van der Kooy, stelden tegen de beschikking van 1981 beroep in bij het Hof (gevoegde zaken 67, 68 en 70/82). De besprekingen tussen de Commissie en de Nederlandse regering werden echter voortgezet en er kwam een nieuw contract tot stand tussen Gasunie en

het Landbouwschap. Het standpunt van de Commissie is neergelegd in haar brief van 29 juli 1982 aan de Nederlandse regering.

Gasunie en het Landbouwschap kwamen overeen, dat het verschil tussen het tuinbouw- en het industrietarief tussen 1 april 1982 en 1 april 1983 in drie fasen zou worden weggewerkt en dat op laatstgenoemde datum het tuinbouwtarief gelijk zou zijn aan het industrietarief plus een halve cent per m³. Evenals het industrietarief zou het tuinbouwtarief worden gekoppeld aan de door het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) vastgestelde pariteitsprijs voor zware stookolie en eveneens driemaandelijks worden herzien. De Commissie moest in kennis worden gesteld van de driemaandelijkse pariteitsprijs en het daaruit voortvloeiende tuinbouwtarief, van iedere wijziging in de formule als gevolg van ontwikkelingen in de stooktechniek of veranderingen in de economische situatie, en van de berekeningsmethode voor toekomstige aanpassingen.

Op basis van deze overeenkomst trok de Commissie bij een nieuwe beschikking [82/518/EEG (PB 1982, L 229, blz. 38)] de beschikking van 1981 in en de verzoekers namen hun beroepen terug. Ofschoon de tuinders in andere Lid-Staten niet tevreden waren met deze regeling, omdat hun Nederlandse concurrenten toch nog een tijd lang van een voorkeurstarief zouden profiteren, liet de Commissie de zaak tot oktober 1984 op zijn beloop.

Bij telexbericht van 4 oktober 1984 deelde de Nederlandse regering de Commissie mee

dat Gasunie, Vegin en het Landbouwschap een nieuwe regeling hadden getroffen voor de periode van 1 oktober 1984 tot 1 oktober 1985. Daarbij was, met behoud van het beginsel dat het tuinbouwtarief aan het industrietarief was gekoppeld, een plafond gesteld aan het tuinbouwtarief: dit mocht niet hoger zijn dan het gemiddelde van het volgens de formule aangepaste tuinbouwtarief in 1983 plus 10%, wat neerkwam op een maximum van 42,5 ct/m³. Volgens de bestreden beschikking zou toepassing van de vanaf 1 april 1983 geldende formule hebben geleid tot een prijs van 46,6 ct/m³ in het vierde kwartaal van 1984 en van 48 ct/m³ in het eerste kwartaal van 1985. Dank zij de nieuwe regeling bespaarden de tuinders in die perioden dus 4,1 respectievelijk 5,5 ct/m³. Zou echter de prijs in een bepaalde periode tot beneden 42,5 ct dalen, dan moest de prijs voor eerdere kwartalen, waarin hij anders boven het plafond zou hebben gelegen, worden aangepast.

In haar telexbericht van 4 oktober 1984 verklaarde de Nederlandse regering uitdrukkelijk, dat zij de Commissie over deze nieuwe overeenkomst informeerde overeenkomstig het akkoord dat was neergelegd in de brief van de Commissie van 29 juli 1982. De Nederlandse regering heeft zich consequent op het standpunt gesteld, dat het tarief geen steunmaatregel was en dat het dus niet krachtens artikel 93, lid 3, aan de Commissie behoefde te worden meegedeeld. In elk geval is het duidelijk, dat het nieuwe tarief van kracht is geworden voordat de Commissie ervan in kennis was gesteld. In haar bevestiging van de ontvangst van het Nederlandse telexbericht verklaarde de Commissie niettemin, dat zij dat bericht beschouwde als een kennisgeving in de zin van artikel 93, lid 3, en herinnerde zij de Nederlandse regering eraan, dat een steunvoornemen waarvan kennis is gegeven, niet

ten uitvoer mag worden gelegd voordat de Commissie haar onderzoek heeft voltooid. Zij vroeg voorts om nadere inlichtingen, die door de Nederlandse regering werden verstrekt.

De Commissie leidde daarop op de gebruikelijke manier de procedure van artikel 93, lid 2, in door een mededeling in het Publikatieblad te plaatsen en de Lid-Staten aan te schrijven. In haar brief van 27 november 1984, waarin zij de Nederlandse regering uitnodigde opmerkingen te maken, oefende de Commissie wederom kritiek op het feit dat de maatregel ten uitvoer was gelegd zonder voorafgaande kennisgeving overeenkomstig artikel 93, lid 3; zij herinnerde eraan, dat onwettige steunverlening aanleiding kon geven tot vorderingen tot terugbetaling of tot inhouding van EOGFL-betalingen, en zij verlangde dat alle nodige maatregelen zouden worden getroffen om de steunverlening op te schorten.

De Commissie ontving opmerkingen van verscheidene Lid-Staten en belanghebbenden, waaronder het Landbouwschap, dat als enige goede woorden overhad voor het preferentiële tarief. Alle anderen — Lid-Staten en belanghebbenden — die opmerkingen maakten, waren blijkbaar van oordeel, dat de regeling een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steunmaatregel in de zin van artikel 92, lid 1, was en de mededinging in de tuinbouwsector vervalste. Verscheidene Lid-Staten uitten hun bezorgdheid daarover tijdens vergaderingen van de Raad tussen oktober 1984 en januari 1985, en verklaarden dat zij onder druk stonden van hun tuinders om iets aan de huns inziens oneerlijke mededinging van de Nederlandse tuinders te doen.

Na de ingekomen opmerkingen en de resultaten van haar onderzoek te hebben overwogen, zag de Commissie zich bevestigd in haar oorspronkelijke opvatting, dat het nieuwe tarief een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steunmaatregel voor de Nederlandse tuinders was, en stelde zij de bestreden beschikking vast.

De Commissie betwist in de eerste plaats de ontvankelijkheid van de beroepen van Van der Kooy en het Landbouwschap.

Nadat de schriftelijke behandeling in deze zaken was geëindigd, heeft het Hof arrest gewezen in zaak 169/84 [Compagnie française de l'Azote (Cofaz), arrest van 28 januari 1986, blz. 391], waarin het, zonder op de zaak ten gronde in te gaan, een door particulieren krachtens artikel 173, lid 2, ingesteld beroep in verband met steunmaatregelen van staten ontvankelijk verklaarde.

Ook die zaak heeft betrekking op het Nederlandse aardgastarief. Nadat de Commissie de procedure van artikel 93, lid 2, had ingeleid in verband met de beweerde preferentiële tarieven voor producenten van ammoniak dat gebruikt wordt voor de vervaardiging van stikstofkunstmest, werd er een nieuw tarief voor industriële grootverbruikers vastgesteld, waarvan ook de ammoniakproducenten profiteerden. De Commissie was van oordeel, dat dat geen steunmaatregel was en beëindigde de procedure ex artikel 93, lid 2, omdat het tarief zonder onderscheid naar sector werd toegepast en commercieel gerechtvaardigd was daar de mindere inkomsten uit het lagere tarief door andere besparingen werden gecompenseerd. Drie Franse stikstofproducenten vorderden op grond van artikel 173 EEG-Verdrag nietigverklaring van de beschikking tot beëindiging van de procedure van artikel 93, lid 2.

In zijn arrest beklemtoonde het Hof, dat wanneer een verordening aan ondernemingen procedurele waarborgen geeft op grond waarvan zij de Commissie kunnen verzoeken een inbreuk op gemeenschapsvoorschriften vast te stellen, die ondernemingen in rechte moeten kunnen optreden ter bescherming van hun gewettigde verwachtingen. Indien ondernemingen betrokken zijn geweest bij de administratieve procedure, kunnen zij gebruik maken van artikel 173 wanneer hun marktpositie ernstig wordt aangetast door de steunmaatregel waarop de bestreden beschikking betrekking heeft (r. o. 23 tot en met 25).

In die zaak hadden de verzoekers aangevoerd dat de beschikking van de Commissie hun marktpositie in gevaar kon brengen, gezien de gestelde aanzienlijke steun die de Nederlandse producenten ontvingen, het feit dat de prijs af fabriek van ammoniak voor 80% door de prijs van het aardgas wordt bepaald, en de sterke vergroting van het Nederlandse aandeel in de Franse markt.

Deze factoren brachten het Hof tot de uitspraak, dat de verzoekers door de beschikking individueel waren geraakt. Wat het rechtstreeks geraakt zijn betreft, overwoog het Hof, dat kon worden volstaan met op te merken dat de beschikking alle gevolgen van het ingevoerde tariefstelsel onverlet had gelaten, terwijl de door de verzoekers gewenste procedure zou leiden tot de vaststelling van een beschikking inhoudende dat dat stelsel moest worden ingetrokken of gewijzigd (r. o. 30).

Met betrekking tot de ontvankelijkheid van het beroep van Van der Kooy voert de Commissie twee argumenten aan. Het eerste is, dat moet worden onderscheiden tussen wat zij noemt een individuele steunmaatregel (dat wil zeggen een steunmaatregel die aan één welbepaalde begunstigde ten goede komt) en steunmaatregelen ten gunste van

een gehele categorie of sector, zoals in het onderhavige geval, waarin alle glastuinders van de steun profiteren. Volgens de Commissie kan de verzoeker in de onderhavige zaak zich derhalve niet beroepen op 's Hofs arrest in zaak 730/79 (Philip Morris, Jurispr. 1980, blz. 2671) of dat in zaak 323/82 (Intermills, Jurispr. 1984, blz. 3809), in welke zaken het Hof aan de begunstigde van een individuele steunmaatregel toestond op te komen tegen een negatieve beschikking van de Commissie.

Het tweede argument van de Commissie is, dat het feit dat het preferentiële tarief is toegepast zonder voorafgaande kennisgeving aan de Commissie overeenkomstig artikel 93, lid 3, bepaalde juridische consequenties heeft. Die onwettige toepassing voordat de Commissie een beslissing had genomen, dient de ontvangers van de steun niet in een gunstiger positie te brengen dan die waarin zij zouden hebben verkeerend indien de Nederlandse regering zich aan haar verplichting tot kennisgeving zou hebben gehouden. De situatie is hier dus anders dan bij een beroep tegen een beschikking van de Commissie waarmee de intrekking of wijziging van een bestaande wettig toegepaste steunmaatregel wordt gelast, waarvan de Commissie betwijfelt of het hoe dan ook ontvankelijk zou zijn. De eis van de Commissie, dat de Nederlandse regering geen uitvoering geeft aan een steunmaatregel die zij onwettig heeft vastgesteld, kan niet worden betwist door Nederlandse tuinders of hen vertegenwoordigende organisaties. Aangezien Lid-Staten niet verplicht zijn steunregelingen in te voeren, bestaat er ook geen recht op steun en kan men niet zeggen dat een negatieve beschikking van de Commissie de marktpositie van de potentiële ontvanger ongunstig beïnvloedt in de zin van het in het arrest Cofaz door het Hof ontwikkelde criterium.

Van der Kooy betoogt dat hij door de bestreden beschikking, waarbij het preferentiële tarief werd afgeschaft, wordt geraakt.

Hij had verwacht dat het tussen Gasunie en het Landbouwschap overeengekomen tarief van 1 oktober 1984 tot 1 oktober 1985 van toepassing zou zijn, en hij had zijn teeltplan daarop afgestemd. In het arrest Philip Morris zou nergens worden gezegd, dat de ontvankelijkheid van het beroep verband hield met het feit dat het om een individuele steunmaatregel ging. In het arrest Cofaz zou het Hof niet zijn ingegaan op het argument van de Commissie, dat het om een algemene en niet om een individuele steunmaatregel ging en dat de verzoekers er om die reden niet tegen konden opkomen.

De aangevoerde argumenten kunnen mij er niet van overtuigen, dat er hier een absoluut onderscheid moet worden gemaakt tussen individuele steunmaatregelen en steunmaatregelen van meer algemene strekking. In de zaken Philip Morris en Intermills, waar het stellig om individuele maatregelen ging, heeft de Commissie de ontvankelijkheid van de beroepen niet betwist en het Hof heeft dit feit in zijn arresten eenvoudig geconstateerd. Ik zie niet in, waarom de beoogde begunstigde van een individuele steunmaatregel in principe eerder toegang tot het Hof zou moeten hebben dan de beoogde begunstigde van een maatregel die bedoeld is om aan twee, tien of meer ondernemingen ten goede te komen. Een individuele steunmaatregel behoeft kwalitatief niet te verschillen van maatregelen bedoeld voor een groter aantal ondernemingen. Zij heeft niet noodzakelijkerwijs meer of minder invloed op de mededinging en het intracommunautaire handelsverkeer. Een van de kenmerken van de subsidiëring door de Lid-Staten is, dat er een grote variëteit van technieken tot ontwikkeling is gekomen en het lijkt mij kunstmatig en onwenselijk om bij voorbaat te onderscheiden tussen maatregelen ten behoeve van één en maatregelen ten behoeve van meer ondernemingen, zolang de factoren aanwezig zijn die genoemd zijn in bij voorbeeld zaak 25/62 (Plumann, Jurispr. 1963, blz. 211).

Het komt mij voor, dat een onderneming die duidelijk zal worden geraakt indien een reeds ingevoerde steunmaatregel op last van de Commissie wordt ingetrokken, aangezien zij dan geen steun meer krijgt, het recht heeft de beschikking van de Commissie voor het Hof te betwisten. Het zou verkeerd zijn om materieel benadeelde concurrenten het recht te geven om tegen de steunverlening op te komen, maar teleurgestelde begunstigten, die door de intrekking van het verwachte voordeel materieel minstens evenzeer worden benadeeld, het recht te ontzeggen in beroep te komen tegen de negatieve beschikking van de Commissie.

Met betrekking tot het betoog van de Commissie, dat de zaak anders ligt wanneer de betrokken steunmaatregel vóór de kennisgeving ervan ten uitvoer is gelegd, vragen twee punten om commentaar. Het eerste is, dat de Commissie een breed scala van mogelijkheden heeft om tegen de onwettige uitvoering van een steunmaatregel op te treden. In casu besloot de Commissie niet uitsluitend die onwettige tenuitvoerlegging aan te pakken, maar de steunmaatregel ook te onderzoeken op haar verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt als ware er behoorlijk kennis van gegeven. Zij klaagde de Nederlandse regering niet aan wegens inbreuk op artikel 93, lid 3; zij verzocht het Hof niet om voorlopige maatregelen; in de beschikking zelf nam zij geen bevel tot terugvordering op en ofschoon zij zich in de laatste overweging van de beschikking voorbehield later tot terugvordering over te gaan, deelde zij het Hof ter terechtzitting mee, dat geen stappen in die zin waren ondernomen. Ik meen dat de Commissie de ontvankelijkheid van het beroep niet meer om deze reden kan betwisten wanneer de grond van de zaak eenmaal ter discussie staat. In de tweede plaats: al eerder zijn door begunstigten van onwettig uitgevoerde steunmaatregelen bij het Hof beroepen ingesteld die niet enkel ontvankelijk zijn ge-

oordeeld, maar ook gegrond zijn bevonden (cf. Intermills, en gevoegde zaken 296 en 318/82, Nederland en Leeuwarder Papierwarenfabriek („LPF”), arrest van 13 maart 1985, Jurispr. 1985, blz. 809). In beide zaken slaagde de verzoeker er niet in, aan te tonen dat de betrokken overheidsmaatregel geen steunmaatregel was, maar werd de beschikking op andere gronden nietig verklaard. Bepalend is dus niet, dat de maatregel zonder kennisgeving aan de Commissie is ingevoerd.

Mijns inziens is het beroep van Van der Kooy ontvankelijk. De verzoekers zijn door de beschikking rechtstreeks en individueel geraakt.

De positie van het Landbouwschap doet andere vragen rijzen. Bij een verklaring van 13 oktober 1967 van werkgevers en werknemers in de land- en tuinbouw is het Landbouwschap belast met de behartiging van hun belangen op bepaalde gebieden, waaronder de onderhandelingen over de aardgastarieven. De Commissie werpt eerst het probleem op, of het Landbouwschap naar Nederlands recht verplicht is de belangen van de tuinders te behartigen. Er bestaat echter geen twijfel over, dat het dit gedaan heeft bij de besprekingen met de Commissie over de gastarieven, voorafgaande aan de beschikking van 1981, en dat de Commissie dat toen heeft geaccepteerd. Verder komt het mij voor, dat — wat de verplichtingen van het Landbouwschap naar nationaal recht ook mogen zijn — er heel wat materiaal is op grond waarvan het Hof de stelling van het Landbouwschap, dat het de tuinders vertegenwoordigt, zou kunnen accepteren. Dit is echter niet beslissend voor de vraag of het Landbouwschap door de beschikking

rechtstreeks en individueel wordt geraakt in de zin van artikel 173.

Organisaties zoals het Landbouwschap kunnen een waardevolle functie hebben in de administratieve procedure van artikel 93. Beter dan hun individuele leden zijn zij in staat het standpunt van de sector bij de Commissie voor te dragen. Men mag verwachten dat zij over actuele gegevens en cijfers beschikken of deze kunnen bijeenbrengen, en dat zij beter dan een van hun leden een duidelijk overzicht kunnen geven van de bijzondere omstandigheden van de sector en van de verschillen die binnen die sector als geheel bestaan. Het is duidelijk dat het Landbouwschap hier een dergelijke functie vervult. Het valt niet te ontkennen dat de rechtsbedeling er voordeel bij heeft om een dergelijke organisatie tot het proces toe te laten.

Anderzijds is het duidelijk dat het Landbouwschap geen rechtstreekse ontvanger van de steun is. Het bedrijft zelf geen tuinbouw en het neemt geen gas af tegen het preferentiële tuinbouwtarief. Verder vind ik in eerdere beslissingen van het Hof niets waaraan het een recht zou kunnen ontlene om voor het Hof op te treden op de enkele grond dat degenen die het vertegenwoordigt, begunstigen van het verlaagde tarief zouden zijn geweest en zouden kunnen aantonen door de beschikking van de Commissie rechtstreeks en individueel te worden geraakt. Volgens de rechtspraak van het Hof kan een organisatie „die is opgericht ter behartiging van de collectieve belangen van een groep justitiabelen, niet worden geacht rechtstreeks en individueel te worden geraakt door een handeling die de algemene belangen van die groep treft” (zaak 72/74, Union syndicale, Jurispr. 1975, blz. 401, 410; zie ook gevoegde zaken 16 en 17/62,

Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes, Jurispr. 1962, blz. 947; zaak 135/81, Groupement des agences de voyages, Jurispr. 1982, blz. 3799; zaak 250/81, Greek Canners Association, Jurispr. 1982, blz. 3535). Het Landbouwschap heeft niet aangetoond dat zijn positie materieel anders is dan die van de in genoemde arresten optredende verenigingen.

Dit behoeft op zich niet de conclusie te verhinderen, dat het Landbouwschap door de bestreden beschikking rechtstreeks en individueel wordt geraakt, zij het op andere wijze dan de tuinders. Het Landbouwschap heeft trachten aan te tonen dat het in twee opzichten geraakt wordt. In de eerste plaats stelt het, met een beroep op rechtsoverweging 24 van het arrest Cofaz, dat zijn betrokkenheid bij de procedure van artikel 93, lid 2, voldoende is om een rechtstreeks en individueel geraakt zijn aan te nemen. Dit is duidelijk niet juist, gezien de clausulering in rechtsoverweging 25, dat de bij de procedure betrokkenen ook moeten bewijzen dat de steunmaatregel hun positie op de markt in aanzienlijke mate ongunstig beïnvloedt. Uit de rest van het arrest en ook uit de conclusie van advocaat-generaal VerLoren van Themaat is duidelijk, dat het Hof daarbij heeft gedacht aan een positie op dezelfde markt als de steunontvangers. Daarom geloof ik niet, dat het arrest Cofaz het Landbouwschap veel verder helpt. In de tweede plaats voert het Landbouwschap aan, dat de intrekking van het preferentiële tarief het in velerlei opzicht zou schaden: het zou zijn geloofwaardigheid als onderhandelaar voor de tuinbouwsector verliezen, wat de tuinders ertoe zou kunnen brengen geen contributies of heffingen aan het Landbouwschap meer te betalen, en belangrijker nog, de intrekking zou tot het bankroet van tal van tuinders kunnen leiden, wat eveneens een aanzienlijke inkomstenvermindering voor het Landbouwschap tot gevolg zou hebben; ten slotte zou het gedwongen zijn een

nieuw contract met Gasunie te sluiten, waaruit blijkt dat zijn rechtspositie door de bestreden beschikking wordt aangetast.

Mogelijke inkomstenderving is uiteraard een zorgelijke zaak voor het Landbouwschap, maar als grond voor een recht van beroep krachtens artikel 173 lijkt het mij te ver gezocht. Hoewel misschien wat meer discutabel, geloof ik ook niet dat de noodzaak om een nieuw contract te sluiten, een grond voor een recht van beroep van het Landbouwschap kan zijn. De onderhandelingen over zo een contract worden gevoerd namens de tuinders; dezen zijn het die het voor- of nadeel van de nieuw bedongen voorwaarden zullen hebben.

Ondanks de voordelen die de toelating van een organisatie als het Landbouwschap tot de procedure kan hebben, zie ik in casu ook weinig nadeel indien dat niet mogelijk zou blijken. De verzoekschriften van Van der Kooy en van het Landbouwschap zijn in alle opzichten identiek; zij worden door dezelfde raadsman vertegenwoordigd. Zij hebben een gezamenlijke memorie van repliek ingediend. Het is duidelijk dat Van der Kooy voor zijn stellingen en uiteenzettingen ruim gebruik heeft gemaakt van de deskundigheid en hulpmiddelen van het Landbouwschap. Het lijkt mij dat het Landbouwschap, ook indien het geen beroep op eigen naam kan instellen, de belangen van zijn leden zeer wel kan verdedigen, nu het achter deze of gene van zijn leden kan staan en alle aspecten van de zaak aan de orde kunnen komen. Ik meen dan ook dat het beroep van het Landbouwschap op grond van de eerdere rechtspraak niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Ook al zou er zich een zaak kunnen voordoen waarin de gerechtigheid vereist dat een vereniging een recht van beroep wordt toegekend, in dit geval geloof ik, dat het beginsel van de eerdere rechtspraak gevolgd moet worden.

Dan kom ik nu tot de grond van de zaak.

In haar beschikking benaderde de Commissie het probleem aldus: een preferentieel tarief (en zij stelde vast dat de tuinbouwgasprijs een preferentieel tarief was) is onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt in de zin van artikel 92, lid 1, wanneer het 1) „voordelig [is] voor bepaalde ondernemingen of voor bepaalde produkties die met ondernemingen of produkties in andere Lid-Staten concurreren, aangezien de produkten in het intracommunautaire verkeer worden gebracht”; 2) „door de overheid [is] opgelegd”; 3) „tot betaling van een compensatie door de staat aan de distributiemaatschappij of tot inkomensderving voor de staat [leidt]”.

Zij concludeerde dat de door Gasunie aan de Nederlandse tuinders berekende prijs een steun was, die die tuinders ten opzichte van andere Nederlandse gasverbruikers bevoordeelde, die de mededinging tussen die tuinders en de tuinders in andere Lid-Staten vervalste en die de intracommunautaire handel ongunstig beïnvloedde. Mitsdien was die steun ingevolge artikel 92, lid 1, van het Verdrag onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, terwijl geen van de in artikel 92, lid 2 of lid 3, genoemde afwijkingen van toepassing was.

Aangezien de Nederlandse regering beklemtoont dat zij het preferentiële tarief niet heeft aangemeld krachtens artikel 93, lid 3, (zij was immers van oordeel, dat het geen steunmaatregel betrof) en het in elk geval in werking heeft doen treden (zo het een steunmaatregel was) vóór de eindbeslissing van de Commissie, is het op het eerste gezicht merkwaardig dat de Commissie niet eenvoudigweg heeft verklaard dat de vastgestelde maatregel onwettig was en moest worden ingetrokken, om zich vervolgens

zonodig tot het Hof te wenden (zaken 31/77 R, Commissie/Verenigd Koninkrijk, Jurispr. 1977, blz. 921, en 171/83 R, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1983, blz. 2621). De vraag zou dan enkel zijn geweest, of het een steunmaatregel betrof, en niet of deze verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt.

In plaats daarvan heeft de Commissie de procedure van artikel 93, lid 2, ingeleid en tegen de daaruit resulterende beschikking voeren verzoekers thans drie hoofdmiddelen aan: schending van artikel 92, schending van wezenlijke vormvoorschriften en ontoereikende motivering in strijd met artikel 190 van het Verdrag.

Met betrekking tot artikel 92 zeggen zij dat, zelfs wanneer er van steunverlening sprake zou zijn, de Commissie een fundamentele fout heeft gemaakt door vast te stellen dat het „een steunmaatregel van de staat of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd” betreft.

Zoals reeds opgemerkt, omschreef de Commissie het probleem aldus, dat moest worden onderzocht of het steuntarief „door de overheid was opgelegd”. Zij erkende dat de staat geen meerderheidsaandeel in Gasunie heeft noch over een meerderheid van stemmen beschikt wanneer prijsbesluiten moeten worden genomen, maar stelde vast dat hij wel alle prijsbesluiten die hem niet zinnen, kan blokkeren. Verder konden tarieven pas na goedkeuring van de minister van Economische Zaken worden toegepast en had Gasunie zich verplicht geen prijzen toe te passen die niet eerst door de minister voor de betrokken groep van afnemers waren goedgekeurd. De Commissie wijst op de bevoegdheid van de minister van Economische Zaken krachtens een wet van 19 december 1974, om de levering van gas beneden de

door de minister vastgestelde prijs te verbieden, indien hij meent dat het gas wordt geleverd voor een niet met de waarde ervan overeenkomende prijs, en om verschillende prijzen voor verschillende soorten gas te bepalen; de Commissie vermeldt evenwel, dat volgens de door de Nederlandse regering verstrekte informatie deze wet niet is toegepast (beschikking, punt 5). De Commissie concludeert dat de staat „al was het maar via een vetorecht, een beslissende invloed kan laten gelden bij de bepaling van het voordeel dat aan de tuinders wordt gegeven”, en dat „Gasunie voor het tuinderstarief rekening houdt met de economische belangen waarop zij door de Nederlandse staat wordt geattendeerd”. Deze bevinding werd bevestigd door het feit dat er geen „deugdelijke economische redenen” voor tariefdifferentiatie waren.

Met betrekking tot de betrokkenheid van de staat beklemtonen Van der Kooy en de Nederlandse regering de aandelen- en stemmenverhoudingen binnen Gasunie, waaruit volgens hen blijkt dat het in ieder geval niet de staat was die de tarieven heeft vastgesteld. De staat als aandeelhouder kan geen tarieven opleggen. Het door de minister uitgeoefende toezicht is voorts hoofdzakelijk bedoeld om achteraf te controleren dat het energiebeleid van de overheid niet wordt doorkruist, en zeker te stellen dat de prijzen voor de eindverbruikers niet te hoog zijn en niet lager dan in overeenstemming is met de waarde van het verkochte gas. Het initiatief voor deze prijsopbouw is niet van de minister uitgegaan en deze heeft in het onderhavige geval ook geen gebruik van zijn bevoegdheid gemaakt. Het was een zuiver privaatrechtelijk contract, dat op commerciële gronden tot stand is gekomen, waarbij DSM als een zelfstandige commerciële eenheid optrad zonder dat haar beleid door de staat werd gedictieerd. De Commissie heeft de situatie dus volstrekt verkeerd begrepen en was niet bevoegd de Nederlandse rege-

ring te gelasten tussenbeide te komen in een privaatrechtelijke overeenkomst waarbij zij geen partij was.

Dit klinkt nogal overtuigend, maar ik ben niet zeker dat het ons verhindert tot de conclusie te komen dat het hier wel degelijk om een steunmaatregel in de zin van artikel 92 kan gaan.

In de zaken 78/76 (Steinike & Weinlig, Jurispr. 1977, blz. 595) en 290/83 (Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1985, blz. 439) erkende het Hof, als ik de arresten goed lees, dat bij de beslissing of een niet rechtstreeks door de staat aan een bepaalde sector toegekend voordeel toch een steunmaatregel is, de omstandigheden van het geval in aanmerking kunnen worden genomen. Was dit trouwens niet zo, dan zou men maar al te gemakkelijk de strekking van de artikelen 92 en 93 van het Verdrag kunnen ontduiken. Genoemde zaken zijn niet volledig vergelijkbaar met de onderhavige, maar met betrekking tot zaak 290/83 wijs ik er wel op dat het feit dat de minister van Landbouw, ondanks zijn bevoegdheid daartoe, niet had ingegrepen in de toekenning van de solidariteitsuitkering, alsook de noodzaak van overheidsgoedkeuring voor die toekenning als relevante factoren werden beschouwd.

Mijns inziens staat het niet aan het Hof om feitelijk te beslissen of er in casu sprake is van voldoende betrokkenheid van de staat, maar om te onderzoeken of de Commissie de vraag waarin die betrokkenheid kan bestaan, verkeerd heeft beantwoord of onwettig heeft gehandeld door op grond van onvoldoende gegevens te concluderen dat de staat bij de zaak betrokken was. In ons ge-

val is DSM volledig eigendom van de staat. DSM's aandeel van 40% te zamen met de 10% die rechtstreeks in handen van de staat zijn, en de stemmenpercentages mogen dan niet voldoende zijn geweest om zelfstandig een preferentieel tarief door te drukken, maar zij maakten het wel mogelijk om ieder onwelkom voorstel te blokkeren en sterke invloed uit te oefenen op de besluiten van Gasunie. Zelfs wanneer het juist is dat de minister van Economische Zaken enkel achteraf kon ingrijpen, lijkt het mij onrealistisch om aan te nemen dat Gasunie een tariefbeleid zou ontwikkelen waarvoor het geen ministeriële goedkeuring kon verwachten. Verder wijs ik erop, dat de staat betrokken was bij de onderhandelingen met de Commissie na de beschikking van 1981 en dat Gasunie en het Landbouwschap hun overeenkomst hebben aangepast aan het toen bereikte akkoord. De staat was, als ik het goed zie, ook betrokken bij de besprekingen na de beschikking van 1985 om tot een andere opzet te komen. Alles bijeengenomen, kan men mijns inziens niet zeggen dat de bijdrage van de staat enkel bestond in vrijblijvende aanmoediging. Wat er gebeurde, gebeurde op instigatie en onder invloed van de staat en er waren aanwijzingen, zo meen ik, die de Commissie tot de conclusie konden brengen dat er sprake was van een betrokkenheid van de staat, die, zo de vastgestelde prijzen laag en commercieel niet gerechtvaardigd waren en zo er direct of indirect staatsmiddelen bij betrokken waren, een staatssteun konden opleveren. Ik geloof niet dat de Commissie er naast zat waar zij sprak van een „beslissende invloed” van de staat. Zij is begonnen met de voorwaarde te stellen dat het tarief door een overheid moest zijn „opgelegd”. Indien de staat een beslissende invloed had op de vaststelling van het tarief, dan kan dat in die zin neerkomen op opleggen van het tarief.

De Commissie kon mijns inziens ook tot de conclusie komen, dat er staatsmiddelen bij waren betrokken. De staat deed afstand van

zijn aandeel in de winst die Gasunie zou hebben gemaakt indien de prijzen hoger waren geweest, en naar men mag aannemen, ook van vennootschapsbelasting, ook al verloren uiteindelijk ook de andere aandeelhouders geld. Hiermee wil uiteraard niet gezegd zijn, dat telkens wanneer een commerciële onderneming waarin de staat deelneemt, haar prijzen verlaagt of haar winst niet maximeert, het verlies als een steunmaatregel is te beschouwen. Alleen wanneer dat op instigatie of onder beslissende of effectieve invloed van de staat gebeurt, kan het een steunmaatregel zijn.

De vraag rijst dan, of de vaststelling van dit preferentiële tarief, zelfs wanneer het onder invloed van de staat is gebeurd en de staat verlies heeft opgeleverd, noodzakelijk was om commerciële redenen die verhinderen dat het een steunmaatregel kan zijn. Kon de Commissie tot de bevinding komen dat er geen „deugdelijke economische redenen” voor het differentiële tarief bestonden ?

Anders dan de Nederlandse regering lijkt te betogen, kan ik in de beschikking niet de stelling terugvinden dat, indien voor een bepaalde sector een lager tarief wordt bepaald dan voor andere, het automatisch een steunmaatregel betreft. Dit is niet de opvatting van de Commissie. Een lager tarief is enkel een steunmaatregel indien het commercieel niet te rechtvaardigen is.

Het uitgangspunt van de Commissie is, dat sectoriële verschillen gebaseerd moeten zijn op objectieve, controleerbare criteria en het resultaat moeten zijn van normale economische factoren.

Ik acht dit een juist uitgangspunt. Tot het wezen van een steunmaatregel behoort dat hij niet commercieel is, in die zin dat de staat ingrijpt waar de markt zich afzijdig houdt. De staat kan daarvoor zijn redenen hebben, maar die zijn niet commercieel in de gewone zin van het woord. De staat kan bij voorbeeld aandelen kopen of geld lenen, maar wanneer hij dat doet in een omvang of op voorwaarden die voor een commercieel investeerder onaanvaardbaar zouden zijn, verleent hij steun in de zin van artikel 92, indien aan de criteria van dit artikel is voldaan. Zo bevestigde het Hof in zaak 40/85 (België/Commissie, arrest van 10 juli 1986, blz. 2321) de conclusie van de Commissie, dat twee omvangrijke kapitaalinjecties uit de openbare middelen in een onderneming die in de betrokken periode jaarlijks honderden miljoenen BFR verlies maakte, een staatssteun waren omdat geen enkele particuliere investeerder of aandeelhouder bereid zou zijn geweest om zonder een uitvoerbaar herstructureringsplan dergelijke bedragen te fourneren.

Het vraagstuk van de commerciële rechtvaardiging van het tarief is van twee kanten onderzocht. Waren er goede gronden om tussen tuinders en andere industriesectoren te differentiëren? Was het feitelijke tariefniveau gerechtvaardigd wegens het tweede risico van omschakeling op steenkool?

De Nederlandse regering betoogt dat het tariefverschil gerechtvaardigd was wegens de sterke prijsstijging van zware stookolie en de waarschijnlijkheid van fluctuaties die tot instabiliteit van de gasprijs zouden leiden en tot een grotere concurrentie van steenkool als energiebron; ook in de buurlanden

werd steeds meer steenkool gebruikt en na het stookseizoen 1980/1981 waren in vier jaar tijd 22 van de 8 000 Nederlandse tuinbouwbedrijven op steenkool overgegaan. Voor sommige Nederlandse tuinders werd steenkool een aantrekkelijk alternatief bij een gasprijs van 37-38 ct/m³, en voor vele andere bij een gasprijs van meer dan 42-43 ct/m³. De tuinbouw onderscheidt zich in dit opzicht van de industrie doordat bij voorbeeld de brandstofkosten een groter deel van de produktiekosten uitmaken, doordat op 60% van de tuinbouwbedrijven de stookinstallaties binnenkort aan vervanging toe zijn, doordat de telers al veel aan energiebesparing hebben gedaan, zodat het voor hen moeilijk is nog meer spaarmaatregelen te nemen wanneer de gasprijzen stijgen, en doordat in de tuinbouw de afschrijving over een langere periode plaatsvindt (vijf jaar, in tegenstelling tot twee tot drie jaar in de industrie).

In haar beschikking stelde de Commissie zich ten aanzien van deze punten op een ander standpunt. Dat de gasprijs niet meer werd aangepast aan de prijs van zware stookolie, maar aan die van steenkool, was maar een tijdelijke en gedeeltelijke verandering, want in de eerste plaats zou dat maar voor één jaar zijn en in de tweede plaats werd de stookolieprijs niet helemaal verlaten. Er kon dus maar weinig invloed van uitgaan op tuinders die omschakeling op steenkool overwogen. Ofschoon verder het kennelijke streven van de Nederlandse regering naar prijsstabiliteit en beperking van het risico van omschakeling op steenkool begrijpelijk was (ook al had men mogen verwachten dat Gasunie op de voor haar gunstige marktontwikkeling zou inspelen), is het niet duidelijk waarom ten aanzien van vergelijkbare industriesectoren niet voor een zelfde benadering werd gekozen. Verder stelt de Commissie dat het duurder is om gas te leveren aan tuinders (vermoedelijk omdat zij

minder verbruiken) dan aan de industrie, waarmee zij de rechtvaardiging van het gedifferentieerde tarief nog meer op losse schroeven zet.

Onderzoek van de meest recente gegevens — bedrijfsomvang (middelgroot bedrijf 15 000 m², gasverbruik 650 000 m³ per jaar; groot bedrijf 40 000 m², gasverbruik 1 600 000 m³ per jaar), investeringskosten voor gasgestookte en kolengestookte installaties, prijsverschil, bedrijfskosten en rendement van gas en kolen —

„leidt tot de gevolgtrekking dat de evenwichtsprijs, dat wil zeggen de prijs waarbij de concurrentie tussen gas en kolen in evenwicht is, zonder voor- of nadeel voor het ene of voor het andere produkt, tussen 43 en 44,3 cent/m³ ligt. Bij dit prijsniveau zouden de bedrijven om de volgende hoofdredenen bij het gebruik van aardgas blijven: het gebruikscomfort van aardgas, de minder grote basisinvestering, het ontbreken van opslag- en milieuproblemen. De prijs die tot een significante overschakeling op kolen zou leiden ligt, in de gunstigste veronderstellingen, op 46,5 cent/m³ voor een middelgroot bedrijf en 47,5 cent/m³ voor een groter bedrijf. Bij dit laatste prijstraject, dat op grond van een terugverdientijd van vijf jaar is berekend, wordt verwacht dat in minder dan drie jaar 30% van het aardgas dat door de tuinbouwsector wordt verbruikt, door kolen zou worden vervangen. Dit betekent dat de sinds 1 oktober 1984 geldende prijs aan aardgas een aanzienlijk voordeel geeft; deze prijs ligt namelijk beneden de evenwichtsprijs en ruim beneden de drempel van waaraf er een aanzienlijke verschuiving naar overschakeling op kolen zou optreden.

De gasprijs voor de tuinbouw is dus te laag en discriminerend.”

De Commissie komt dan tot de conclusie, dat de wens tot verlaging van de gasprijs voor de tuinbouw de grondslag vormt voor de overeenkomst van 1984; dit doel beantwoordt veeleer aan de politieke en economische belangen van de staat en kan niet worden verklaard uit het normale beheer van een particulier bedrijf.

De Commissie erkende dat de gedifferentieerde tarieven A tot F zeer wel kunnen gelden voor industriële verbruikers, afhankelijk van de omvang van hun verbruik. Ook stemde zij er in het akkoord na de beschikking van 1981 mee in, dat voor de tuinbouw een preferentieel tarief zou gelden. Tot 1984 werd tarief D toegepast (normaal bestemd voor afnemers die tussen 10 en 50 miljoen m³ verbruiken), vermeerderd met 0,5 ct/m³, ondanks het feit dat het verbruik van zowel middelgrote als grote tuinbouwbedrijven aanzienlijk lager ligt (resp. 650 000 en 1 600 000 m³).

Anderzijds meende de Commissie dat het tuinbouwtarief grofweg in een passende verhouding moest staan tot het industrietarief. Toen de prijzen in het eerste kwartaal van 1985 werden bevroren, was het in feite zo, dat het industrietarief met ongeveer 3% werd verlaagd, terwijl het tuinbouwtarief voor één jaar met 10% werd verlaagd. Ook al was het, zoals verzoekers stellen, minder waarschijnlijk dat industriële verbruikers op kolen zouden omschakelen, het was duidelijk dat sommigen dat zouden doen; de preferentie ten gunste van de tuinders was aanzienlijk en het is niet bewezen dat zij gerechtvaardigd was.

De cijfers waarvan de Commissie uitgaat voor de evenwichtsprijs (43-44,3 ct/m³) en

voor de prijs waarbij middelgrote en grote bedrijven op steenkool zouden kunnen omschakelen (resp. 46,5 en 47,5 ct/m³), zijn fel betwist.

Wat de evenwichtsprijs betreft, baseren verzoekers zich op twee rapporten, één in 1984 opgesteld door een aantal organisaties waaronder het Landbouw Economisch Instituut (LEI), en een tweede van januari 1985, eveneens van het LEI. De Nederlandse regering verklaart de Commissie in januari 1985 een exemplaar van het eerste rapport te hebben gegeven, bij de opening van de procedure van artikel 93, lid 2. De Commissie ontkent dit; zij zegt het rapport pas onder ogen te hebben gekregen toen het als bijlage bij het verzoekschrift van de Nederlandse regering in deze zaak was gevoegd. Hoe dit ook zij, ik kan het niet eens zijn met Van der Kooy, die zegt dat de Commissie om het rapport had moeten vragen, omdat het in de briefwisseling ter sprake was gekomen. De Commissie moest haar beslissing of er sprake was van een steunmaatregel, nemen op grond van haar onderzoek en van de haar daadwerkelijk verstrekte informatie. En in de onderhavige procedure behoeft de Commissie ook niet te bewijzen dat de door verzoekers aangehaalde rapporten onjuist zijn (zoals verzoekers verlangen); het zijn integendeel de verzoekers die moeten aantonen dat het door de Commissie gebruikte rapport van de Société belge de gestion d'énergie SA (het GFE-rapport) zo onnauwkeurig was of er zo ver naast zat, dat de Commissie er in redelijkheid geen gebruik van had kunnen maken om tot haar conclusie te komen.

Van der Kooy is van oordeel dat het GFE-rapport een te smalle basis heeft. De rappor-

ten uit 1984 en 1985, waarop verzoekers zich baseren, onderzoeken de positie van een grotere groep tuinbouwbedrijven en komen tot meer verfijnde conclusies, met name dat het niet mogelijk is van één evenwichtsprijs te spreken, omdat de prijs waarbij een bedrijf geneigd is op kolen om te schakelen, van een complex van technische factoren afhangt. In haar memories noemt de Commissie de evenwichtsprijs van 46,9 ct/m³, die in het LEI-rapport van 1985 is berekend voor maar één groep van ondernemingen, namelijk die welke hun stookinstallatie met een zogenoemde combicondensor hebben uitgerust. In Nederland beschikken evenwel slechts 892 van de 8 174 tuinbouwbedrijven, ofwel 11%, over een dergelijk apparaat. Volgens Van der Kooy heeft meer dan de helft van de Nederlandse tuinbouwbedrijven in het geheel geen condensor en is de in het LEI-rapport van 1985 berekende evenwichtsprijs voor die bedrijven 37,9 ct/m³ bij 25 000 m² glasopstand en 38,3 ct/m³ bij 12 500 m² glasopstand. Hoewel van mening, dat het GFE-rapport zich concentreert op een representatief bedrijf, namelijk een van 15 000 m² met een gasverbruik van 650 000 m³ per jaar, richt Van der Kooy zijn kritiek op drie technische punten (het rapport overschat het rendement van een stookinstallatie met een eenvoudige condensor op het retourcircuit, het houdt onvoldoende rekening met de grotere calorische waarde van steenkool, en het overschat de hoeveelheid extra arbeid bij een met kolen gestookte installatie). Uit een en ander concludeert hij dat de in het GFE-rapport berekende evenwichtsprijs 4,1 ct/m³ lager zou moeten zijn.

De kritiek van de Nederlandse regering gaat in dezelfde richting. Zij merkt op dat het LEI-rapport vier groepen bedrijven onderscheidt: die met een combicondensor, die met een eenvoudige condensor op een apart circuit, die met een eenvoudige condensor

op het retourcircuit en die zonder condensor, en voor elke groep een verschillende evenwichtsprijs geeft (resp. 46,9, 45,3, 42,9 en 41 ct/m³ bij 12 500 m³ glasopstand). Volgens de Nederlandse regering vertegenwoordigen die groepen respectievelijk 18, 37, 6 en 39% van de bedrijven met een energieverbruik van ten minste 50 m³/m². Ook de Nederlandse regering meent, dat het GFE-rapport het ketelrendement en de aan kolenstook verbonden extra arbeid overschat.

Verzoekers schijnen het GFE-rapport tot op zekere hoogte verkeerd te hebben begrepen. In dit rapport wordt niet eenvoudig de waarschijnlijkheid onderzocht dat een bedrijf van gas op kolen omschakelt, maar of een bedrijf waarvan de stookinstallatie aan vervanging of uitbreiding toe is, gas of kolen zal kiezen. GFE's opvatting, die door verzoekers niet wordt weersproken, is dat bij de huidige stand van de techniek de installatie van een gasketel met condensor op het retourcircuit op nagenoeg ieder klein bedrijf mogelijk is, en dat een tuinder die thans geen condensor heeft, er waarschijnlijk een zou nemen wanneer hij zijn ketel moest vervangen, vooral omdat de kosten maar weinig hoger zijn dan voor een ketel zonder condensor. De bewering van verzoekers, dat GFE is uitgegaan van een statistisch niet-representatief geval, lijkt derhalve ongegrond. Het LEI-rapport van 1985 bevat daaromtrent geen statistische gegevens, maar in haar beschikking citeert de Commissie de Nederlandse regering, die gezegd heeft dat in ongeveer 60% van de Nederlandse bedrijven de stookketels in de nabije toekomst vervangen moeten worden. Het lijkt mij dan ook, dat het GFE-rapport meer

ter zake is dan verzoekers willen doen voorkomen.

Het rapport waarop zij zich beroepen, lijkt ervan uit te gaan, dat de keuze gaat tussen omschakeling op kolen en vervanging van de bestaande uitrusting door een nieuwe van precies dezelfde aard. Enkel in het geval van bedrijven met een condensor berekende het LEI-rapport een evenwichtsprijs van minder dan 42,5 ct/m³, ongeacht of de theoretische dekking van de warmtebehoefte van het bedrijf met kolen haalbaar was. Op dit punt verwijst Van der Kooy naar de lagere evenwichtsprijs die haalbaar is indien volledige theoretische dekking wordt bereikt, en de Nederlandse regering neemt wat voorzichtiger aan, dat de volledige theoretische dekking niet kan worden bereikt. Bij andere factoren, zoals de extra arbeid die nodig zou zijn bij kolenstook (Van der Kooy noemt 125 uur per jaar, het GFE-rapport 250 uur), vinden wij aan beide kanten enkel blote beweringen en schattingen, waarover het Hof zich niet kan uitspreken.

Ik geloof echter niet dat verzoekers hebben weten aan te tonen, dat het GFE-rapport op een wezenlijk punt zo onnauwkeurig of fout is of zozeer gebaseerd op onjuiste uitgangspunten, dat de Commissie er in redelijkheid geen gebruik van had kunnen maken. Het enkele feit dat het LEI tot andere conclusies is gekomen, is geen bewijs van het tegendeel; evenals juristen komen deskundigen vaak tot verschillende conclusies met betrekking tot wat uit de feiten moet worden afgeleid. Ook al zou het GFE zich op detailpunten hebben vergist, aan het gewicht van het rapport in het algemeen doet dat niet af.

De onderstelling waarvan het GFE is uitgegaan, te weten het geval van de tuinder die, wanneer hij zijn stookketel moet vervangen, de modernste en meest economische installatie koopt die te krijgen is, lijkt mij overtuigender dat het geval van de tuinder die kiest tussen omschakeling op een andere brandstof en vernieuwing van zijn bestaande installatie zonder ze te verbeteren.

Ik meen dus dat er voldoende bewijs was voor de conclusie van de Commissie, dat het tuinbouwtarief was vastgelegd op een niveau dat aanzienlijk lager lag dan noodzakelijk was in verband met het risico van omschakeling op kolen of, met andere woorden, op een niveau dat commercieel niet gerechtvaardigd was. Om de reeds genoemde redenen concludeer ik voorts, dat de Commissie tot de slotsom kon komen dat de Nederlandse regering een belangrijke rol had gespeeld bij de vaststelling van dat tarief. De Commissie kon met recht beslissen dat het tarief een steunmaatregel was in de zin van artikel 92, lid 1, die vóór haar tenuitvoerlegging aan de Commissie had moeten worden meegedeeld.

Strikt genomen behoeft niet te worden onderzocht, of een dergelijke maatregel de mededinging vervalst en de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloedt dan wel of zij verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Ik ben het eens met het betoog van de Commissie in haar repliek, dat artikel 93 een ruimere strekking heeft dan artikel 92, lid 1, doordat het de mededelingsverplichting niet beperkt tot steunmaatregelen die de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen en de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloeden. Zoals de Commissie opmerkt, zijn dat zaken die zijzelf heeft te beoordelen bij het onderzoek van het steunvoornemen.

Nu de Commissie echter het steunvoornemen volgens de procedure van artikel 93,

lid 2, heeft getoetst, betwisten verzoekers de juistheid van haar conclusie, dat het preferentiële tarief de mededinging vervalste en de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloedde en onverenigbaar was met de gemeenschappelijke markt.

In de beschikking vermeldt de Commissie de volgende cijfers betreffende de Nederlandse uitvoer:

„Nederland

a) produceert momenteel:

- 75% van de in de Gemeenschap in stookkassen geteelde augurken en komkommers,
- 40% van de sla en
- 65% van de tomaten;

b) exporteert:

- 91% van de tomatenproductie,
- 68% van de augurken- en komkommerproductie,
- 84% van de snijbloemenproductie.

Van deze uitvoer worden alleen al in Duitsland de volgende hoeveelheden afgezet:

- 55% van de tomaten,
- 73% van de augurken en komkommers,

— 62% van de bloemen en bloemknoppen.

De Nederlandse uitvoer van bloemen zet sinds 1975 de Duitse markt onder een toenemende druk. De uitvoer van deze produkten naar het Verenigd Koninkrijk, Denemarken, België en Frankrijk is sinds 1974 aanzienlijk gestegen.”

De conclusie van de Commissie luidt:

„De weerslag van deze steunmaatregel op de concurrentie en het intracommunautaire handelsverkeer blijkt zowel uit de vergelijking van de tuinbouwproductie in stookkassen in Nederland met de totale tuinbouwproductie in stookkassen in de Gemeenschap en uit die van een zelfs gering voordeel bij de verwarmingskosten. Ook al zijn de verschillen in deze kosten tussen de verschillende produkten en tussen de Lid-Staten groot, de Nederlandse productie is zo omvangrijk dat zelfs een gering voordeel bij die kosten op de prijs van de producent van invloed is. De Nederlandse tuinbouwproductie geniet derhalve een voordeel dat noodzakelijk een nadelige invloed heeft op het intracommunautaire handelsverkeer, te meer daar het grootste deel van de Nederlandse productie naar andere Lid-Staten wordt uitgevoerd.”

Sterke steun voor deze conclusie is geleverd door de interveniërende Lid-Staten. Met name Denemarken en het Verenigd Ko-

ninkrijk beklemtonen, dat zij herhaaldelijk bij de Commissie erop hebben aangedrongen een procedure tegen het Nederlandse tuinbouwtarief in te leiden, omdat het de Nederlandse tuinders zo een enorm voordeel bezorgde. Het Verenigd Koninkrijk merkt overigens op, dat het akkoord van 1982 tussen de Commissie en de Nederlandse regering in feite een compromis was, waardoor de meeste Nederlandse tuinders een belangrijke voorsprong behielden op andere verbruikers, omdat het tuinbouwtarief aan het tarief D was aangepast. Het extra voordeel dat het tarief van oktober 1984 de Nederlandse tuinders bezorgde, kwam neer op een vermindering van de stookkosten met 10% in het laatste kwartaal van 1984, met meer dan 11% in het eerste kwartaal van 1985 en met bijna 16% in het tweede kwartaal van 1985. Aangezien de stookkosten 25 tot 30% van de produktiekosten uitmaken, is de betekenis van deze besparingen duidelijk. Het Verenigd Koninkrijk becijfert die besparingen op 50 tot 100% van de winst van de gemiddelde Britse tuinder in 1984 en verklaarde ter terechtzitting, dat een gemiddelde Britse tuinder in 1985 enkel maar uit zijn kosten zou zijn gekomen. Ook de Deense regering becijfert dat, indien de Deense tuinders in het stookseizoen 1984/1985 hetzelfde voordeel hadden genoten als de Nederlandse, zij gemiddeld 6,83 DKR/m² zouden hebben bespaard. De interveniërende Lid-Staten wijzen ook op de consequentie van het feit dat hun tuinders niet beschermd worden tegen de stijging van de energieprijzen (in het Verenigd Koninkrijk, waar 80% van de tuinders zware stookolie gebruiken, stegen die prijzen tussen 1 april 1983 en 1 januari 1985 met 43%, terwijl het tuinbouwtarief voor gas in Nederland in die periode slechts met 8% steeg). Dit geeft de Nederlandse tuinders uiteraard een belangrijke voorsprong op het gebied van planning en investeringen. De onzekerheid waarmee tuinders in andere Lid-Staten te kampen hebben, brengt hen op middellange termijn ertoe, hun productie te verkleinen of zich zelfs uit de markt terug te trekken (zoals de Britse regering beoogt), of berooft hen van de noodzakelijke

middelen voor herstructurering (argument van de Deense regering). De interveniërende regeringen wijzen er ook op, dat de Nederlandse tuinders de marktleiders zijn en dat in prijsbewegingen op de binnenlandse markt Nederlandse en geen binnenlandse trends tot uitdrukking komen. Zij erkennen evenwel, dat het succes van de Nederlanders niet volledig aan het preferentiële tarief te danken is: hun efficiënte marketing speelt eveneens een rol, evenals externe factoren zoals wisselkoersschommelingen. Niettemin is het preferentiële tarief stellig de belangrijkste reden waarom de Nederlanders het zo goed doen.

De pogingen van verzoekers om deze punten te weerleggen, klinken niet overtuigend. Van der Kooy beklemtoont de andere factoren die bij het succes van de Nederlandse tuinders meespelen, zoals specialisatie, strikte handhaving van kwaliteitsnormen, verpakking enzovoort. Hiertegen kan het reeds vermelde argument van twee der interveniënten worden ingebracht, namelijk dat dergelijke factoren, hoe belangrijk ook, zonder het uit het tarief voortvloeiende kostenvoordeel niet voldoende zouden zijn en dat specialisatie enkel mogelijk wordt wanneer men met een gerust hart de noodzakelijke planning en investeringen kan aanvaarden. In de tweede plaats betoogt Van der Kooy, dat produktiekosten op korte termijn geen invloed hebben op de verkoopprijzen wanneer het gaat om verse produkten, waarvan de teeltcyclus niet veranderd kan worden en die, zodra ze klaar zijn, op de markt moeten worden gebracht. Ik geef toe, dat een teler zijn produktie niet op zeer korte termijn ineens kan vergroten of verkleinen, maar stabiele en lage produktiekosten stellen hem wel in staat om vooruit te plannen en meer te telen dan hij anders zou

hebben gedaan, wat tot een groter aanbod en lagere marktprijzen leidt.

De opmerkingen van de interveniërende Lid-Statens lijken mij een aanvulling en illustratie te zijn van de opvatting van de Commissie, dat een verlaging van de produktiekosten voor producenten in een Lid-Staat die een aanzienlijk deel van hun produktie naar andere Lid-Statens uitvoeren, de mededinging noodzakelijkerwijze vervalst en de intracommunautaire handel ongunstig beïnvloedt. Het komt mij dan ook voor, dat de Commissie in haar beschikking op dit punt tot de juiste conclusie is gekomen, althans dat zij tot deze conclusie kon komen.

Na te hebben vastgesteld dat het preferentiële tarief een steunmaatregel in de zin van artikel 92, lid 1, was, onderzocht de Commissie, of deze maatregel wellicht in aanmerking kwam voor ontheffing krachtens artikel 92, lid 3. Zij stelde vast dat geen doelstelling van de Gemeenschap met de steunmaatregel werd gediend; met name was hij niet te beschouwen als een maatregel die ten doel heeft de verwezenlijking van een belangrijk project van gemeenschappelijk Europees belang te bevorderen, als bedoeld in artikel 92, lid 3, sub b, aangezien „dit tarief... in strijd is met de doelstellingen van het gemeenschappelijk energiebeleid, dat met name op energiebesparing en rationeel energiegebruik is gericht”. De Commissie overwoog voorts, dat niet was voldaan aan de criteria van artikel 92, lid 3, sub a en c, „aangezien deze steun uitsluitend volgens de aangekochte hoeveelheid gas wordt toegekend, met uitsluiting van criteria als aanpassing of verbetering van de structuur van de bedrijven, energiebesparing of regionale ontwikkeling”, en dat hij derhalve was te beschouwen als steun voor de bedrijfsvoering.

Verzoekers hebben geen reden weten te noemen waarom het preferentiële tarief, indien het een steunmaatregel is, als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt beschouwd zou moeten worden. Van der Kooy beweert dat de Commissie in de laatste tien jaar had geaccepteerd, dat de aanpassing achteraf van het tuinbouwtarief aan de pariteitsprijs van zware stookolie geen met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steun is, en dat de bestreden beschikking tot de tegenovergestelde conclusie komt en aldus, met schending van (niet nader genoemde) algemene beginselen van gemeenschapsrecht en van het beleid ten aanzien van steunmaatregelen van staten, een einde maakt aan de toepassing van artikel 92, lid 3. Deze stelling lijkt mij onjuist. Behalve in de ingetrokken beschikking van 1981 heeft de Commissie nooit vastgesteld dat het preferentiële tuinbouwtarief een steunmaatregel was in de zin van artikel 92, lid 1, en zij heeft dus ook nooit aanleiding gehad om het tarief met toepassing van artikel 92, leden 2 en 3, verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te verklaren. Het is dus niet juist om te zeggen dat de Commissie haar mening over de verenigbaarheid van het tarief met de gemeenschappelijke markt heeft gewijzigd. Het betoog van Van der Kooy is voor mij dan ook niet aanvaardbaar.

Dan blijven ons nu nog de middelen inzake de motivering en de schending van wezenlijke vormvoorschriften. Wat de motivering betreft, is het de vraag of de beschikking aan de vereisten van artikel 190 voldoet in die zin, dat zij het Hof in staat stelt de wettigheid ervan te toetsen, en de verzoeker het nodige houvast biedt om na te gaan of zij al dan niet gegrond is. Dit is het criterium dat het Hof steeds heeft toegepast (bij voorbeeld in het arrest LPF) en dat teruggaat op zaak 24/62 (Duitsland/Commissie, Jurispr. 1963, blz. 141), waarin het Hof overwoog:

„dat artikel 190, bepalende dat de Commissie haar beschikkingen met redenen dient te omkleden, niet slechts op formele gronden berust, doch ten doel heeft partijen in staat te stellen voor hun rechten op te komen, het Hof in staat te stellen zijn taak uit te oefenen en de Lid-Staten en hun eventueel belanghebbende onderdanen in staat te stellen na te gaan, op welke wijze de Commissie het Verdrag heeft toegepast; dat, willen deze doeleinden worden bereikt, de beschikking slechts de belangrijkste juridische en feitelijke overwegingen behoeft te bevatten waarop zij berust, en die vereist zijn tot begrip van de gedachtengang die verweerder tot haar beslissing heeft gebracht; dat zulks in beknopte vorm kan geschieden, mits de inhoud der beschikking duidelijk en ter zake dienend is”.

Wat de hiervóór besproken vaststelling betreft (te weten dat het preferentiële tarief een steunmaatregel is, die met staatsmiddelen wordt bekostigd, de mededinging vervalst en de intracommunautaire handel ongunstig beïnvloedt), meen ik dat uit de door mij aangehaalde passages blijkt dat de Commissie gedaan heeft wat artikel 190, zoals uitgelegd door het Hof, verlangt. Een van de specifieke punten van kritiek van de Nederlandse regering was, dat de motivering ontoereikend was omdat de Commissie niet duidelijk had gemaakt, waarom de berekeningen in de twee rapporten waarop verzoekers zich beroepen, onjuist waren. Zoals ik reeds opmerkte, was de Commissie niet verplicht dat te doen.

In zoverre kan de onderhavige beschikking dus worden onderscheiden van die welke in de zaak LPF aan de orde was en die door het Hof nietig werd verklaard omdat zij geen toereikende motivering bevatte met betrekking tot de gevolgen van de steun voor de mededinging en de intracommunautaire handel. In die beschikking had de Commissie eenvoudig overwogen, dat twee Lid-Staten en twee beroepsorganisaties door de mededingingsdistorsies waren getroffen, en had zij de formulering van artikel 92, lid 1,

overgenomen, maar verzuimd uit te leggen waarom zij de afwijkingsbepaling van artikel 92, lid 3, niet van toepassing achtte, inzonderheid door niet aan te geven dat zij het aan de steunmaatregel gekoppelde herstructureringsplan in aanmerking had genomen. In zaak 40/85 (België/Commissie) achtte het Hof de beknopte motivering van een beschikking aanvaardbaar — welke beknoptheid deels te wijten was aan het feit dat de Belgische regering geweigerd had mee te werken aan het onderzoek van de onwettige steun —, waaruit bleek dat de begunstigde onderneming 70% van haar productie naar andere Lid-Statens uitvoerde en dat zij zonder de steun had moeten sluiten, waardoor haar concurrenten hun afzet op een overvolle markt zouden hebben kunnen vergroten. Die motivering was voldoende om de conclusie van de Commissie te schragen, dat de steunmaatregel de intracommunautaire handel ongunstig beïnvloedde en de mededinging vervalste of dreigde te vervalsen in de zin van artikel 92, lid 1. De motivering van de thans bestreden beschikking is veel uitgebreider, ondanks de klachten van de Commissie, dat de Nederlandse regering niet haar volle medewerking heeft gegeven.

Het laatste argument betreft niet de motivering van de Commissie, maar het feit dat zij in de beschikking niet helemaal duidelijk zou hebben gemaakt, wat de steunmaatregel was en hoe en voor welk tijdstip de Nederlandse regering hem moest afschaffen. Enerzijds, zo wordt gesteld, heeft de Commissie geen principiële bezwaren tegen tariefdifferentiatie als zodanig, anderzijds is zij van oordeel, dat het tuinbouwtarief gelijk moet zijn aan het tarief voor vergelijkbare sectoren van het bedrijfsleven. Door deze inconsequentie en door niet precies aan te geven waartoe de Nederlandse regering verplicht is, zou zij wezenlijke vormvoorschriften

hebben geschonden en inbreuk hebben gemaakt op artikel 189 van het Verdrag.

Dienaangaande verwijst de Nederlandse regering naar zaak 70/72 (Commissie/Duitsland, Jurispr. 1973, blz. 813; „Kohlegesetz“). In deze zaak verzocht de Commissie het Hof vast te stellen dat de Bondsrepubliek zich niet had geconformeerd aan de beschikking van de Commissie van 17 februari 1971, waarbij de Bondsrepubliek was gelast, onverwijld alle nodige maatregelen te nemen om een eind te maken aan de ongedifferentieerde verlening van investeringspremies overeenkomstig de toepasselijke Duitse wetgeving in de mijnbouwgebieden van Nordrhein-Westfalen. De Duitse regering had de steunmaatregelen te laat aangemeld, maar daar was de Commissie niet over gevallen. Ongeveer anderhalf jaar na de aanmelding had zij haar beschikking gegeven; in aansluiting daarop waren er tussen de Commissie en de Duitse regering besprekingen gevoerd over de vaststelling van criteria voor de selectieve steunverlening. Er werd overeenstemming bereikt over de geografische criteria, maar niet over het tijdstip waarop de beschikking van de Commissie moest zijn uitgevoerd. De Duitse regering stelde overgangsmaatregelen vast en naar aanleiding daarvan wendde de Commissie zich tot het Hof. Met name verzocht zij om een verklaring voor recht, dat de Duitse regering verplicht was, bepaalde premies die in weerwil van de beschikking waren verleend, van de begunstigten terug te verdienen.

Het Hof overwoog dat het dispositief van de beschikking niet het tijdstip of de criteria vermeldde, waarop respectievelijk volgens welke de Duitse regering de steunmaatregel moest afschaffen of wijzigen, en dat „uit de considerans en voorgeschiedenis van de be-

schikking hoogstens blijkt, dat de differentiatie volgens een territoriale maatstaf moest geschieden in die zin, dat de verlenging der steunregeling slechts aan een aantal door de steenkolen crisis in bijzondere mate getroffen streken ten goede mocht komen". Na te hebben gememoreerd dat pas in latere bilaterale besprekingen duidelijkheid was ontstaan over de territoriale criteria, vervolgde het Hof: „dat de Commissie pas in een mededeling van 16 december 1971 de maatstaven voor een territoriaal gedifferentieerde steunverlening heeft vastgelegd door bepaalde daartoe dienstige economische criteria te noemen en een opsomming te geven van de ‚kreisfreie Städte und Landkreise‘ waar verdere toekenning van investeringspremies als met het Verdrag verenigbaar was te beschouwen". Na de opmerking dat een definitieve lijst van die „kreisfreie Städte und Landkreise", die langer was dan de lijst in de eerdergenoemde mededeling, pas in het inleidend verzoekschrift was opgedoken, besloot het Hof: „dat hieruit blijkt dat bij gebreke van voldoende gegevens nopens een der hoofdbestanddelen der krachtens artikel 93, lid 2, genomen beschikking, de op de Bondsrepubliek Duitsland gelegde verplichting materieel onbepaald is gebleven totdat de Commissie, na met de vertegenwoordigers van de Duitse regering gevoerde besprekingen, in staat was haar met voldoende duidelijkheid mede te delen op welk territoriaal toepassingsgebied de steunmaatregelen bedoeld in de wet tot verlenging van die van 15 mei 1968 konden worden toegepast, c. q. voor welke ‚kreisfreie Städte‘ en ‚Landkreise‘ die verlenging niet gold; dat gezien deze onzekerheid nopens een der wezenlijke aspecten van het verbod der Commissie aan de Duitse gezagsorganen niet mag worden verweten de nodige voorzieningen te hebben getroffen met het oog op de wettige belangen van investeerders binnen gebieden die naderhand van de hier bedoelde steunmaatregelen zouden worden uitgesloten".

In het arrest LPF adstrueerde het Hof zijn beslissing, dat de beschikking onvoldoende

gemotiveerd was ten aanzien van de gevolgen voor handel en mededinging en van de redenen waarom ontheffing niet mogelijk was, met de volgende overweging:

„Voor de Commissie bestond in casu te meer reden om haar beschikking te motiveren, nu artikel 2 ervan het Koninkrijk der Nederlanden verplicht tot het nemen van maatregelen ‚om te voorkomen dat de verleende steun in de toekomst concurrentievervalsende gevolgen blijft sorteren, met name ten aanzien van ondernemingen uit andere Lid-Staten‘, en de inhoud en de strekking van deze verplichting moeten worden bepaald aan de hand van de elementen, feitelijke en rechtens, op grond waarvan de Commissie het bestaan van die gevolgen heeft aangenomen. Zo daarenboven de Commissie de aangehaalde formulering juist heeft gekozen om de Nederlandse regering een zekere mate van beslissingsvrijheid te laten ten aanzien van de wijze van beëindiging van de vastgestelde inbreuk, had zij de nodige aanwijzingen moeten geven waaruit de Nederlandse regering kon afleiden, welke maatregelen in aanmerking kwamen.”

Van der Kooy valt terug op deze argumentatie en merkt voorts op, dat de beschikking de Nederlandse regering tot 15 maart de tijd gaf — om en nabij drie weken — om de steunmaatregel af te schaffen. Volgens hem is dit wel erg kort en wordt daardoor inbreuk gemaakt op de legitieme rechten van de tuinders die de steun hadden gekregen.

Om dit te weerleggen, wijst de Commissie op het verschil tussen een onwettig uitgevoerde steunmaatregel en steunvoornemens die naar behoren zijn aangemeld. In het geval van een steunvoornemen heeft het geen zin om een termijn voor afschaffing of wijziging te stellen, omdat het toch niet geëf-

fectueerd kan worden indien het onverenigbaar is. Besprekingen over hoe het dan verenigbaar kan worden gemaakt, kunnen na die beslissing worden gevoerd. In het geval van een onwettige steunmaatregel, zoals de onderhavige, is het van belang de steunverlening zo spoedig mogelijk te beëindigen om de problemen niet nog groter te laten worden, niet enkel voor de begunstigten die de ontvangen steun misschien zullen moeten terugbetalen, maar ook voor de concurrenten in andere Lid-Statens. De Commissie had met opzet niet aangegeven, welke maatregelen de Nederlandse regering moest nemen om de onverenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt op te heffen. Volgens de Commissie was dat in overeenstemming met artikel 93, lid 2, dat haar machtigt te beslissen dat de betrokken staat de steunmaatregel „moet opheffen of wijzigen”. Niettemin was in de beschikking met cijfers aangegeven, in welk opzicht het tarief onverenigbaar was, terwijl aan de Nederlandse regering de keuze van de middelen werd gelaten om die onverenigbaarheid ongedaan te maken. De Commissie gaat zelfs zo ver te suggereren, dat de beschikking een verplichting van de Nederlandse regering in het leven roept, of liever bekrachtigt, om de steunverlening ten spoedigste te beëindigen en de gevolgen zoveel mogelijk ongedaan te maken door zo nodig de steun van de ontvangers terug te vorderen.

Het standpunt van de Commissie lijkt mij wat warrig. Aan de ene kant spreekt zij van de onwettigheid van de steunmaatregel en aan de andere kant doet zij het voorkomen alsof deze door wijziging verenigbaar kan worden. Deze onduidelijkheid is naar mijn gevoel een gevolg van het feit dat zij niet tegen het tarief is opgetreden op grond van de onwettigheid ervan, maar in plaats daarvan de procedure van artikel 93, lid 2, heeft ingeleid om de gevolgen ervan voor handel en mededinging en de verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt te onderzoeken. De steunmaatregel was onwettig omdat de Nederlandse regering hem

niet had aangemeld. Verder stelde de Commissie vast — overbodig maar correct — dat er geen redenen waren om de maatregel verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te verklaren. De steun bestond in het preferentiële element van het tarief. Het was de plicht van de Nederlandse regering om de steun af te schaffen. Dat vereiste een wijziging van het tarief. Zo een tariefwijziging is echter geen wijziging van de steun, maar de afschaffing ervan. Is het preferentiële element eenmaal uit het tarief verwijderd, dan is het misleidend om te zeggen dat het tarief verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Het bevat dan geen steunelement meer en het probleem van verenigbaarheid stelt zich niet meer.

Wat de termijn betreft, bepaalt artikel 2 van de beschikking dat de Nederlandse regering de Commissie vóór 15 maart 1985 moest meedelen, welke maatregelen zij had genomen om aan het bepaalde in artikel 1 gevolg te geven, dat wil zeggen de steun af te schaffen. Dit impliceert geen element van retroactiviteit en deze indruk wordt versterkt door de reeds aangehaalde laatste overweging, luidende dat de beschikking niet vooruitloopt op de consequenties die de Commissie eventueel zal trekken ten aanzien van de terugvordering van de steun van de begunstigten. Ik meen dat de Commissie thans niet kan suggereren dat de beschikking een verplichting van de Nederlandse regering in het leven roept of bekrachtigt om de steun terug te vorderen. Een dergelijke verplichting had in het dispositief van de beschikking uitdrukkelijk geformuleerd moeten zijn.

Dit betekent evenwel niet dat het betoog van verzoekers moet slagen. Er lijkt mij toch wel enig verschil te bestaan met het arrest betreffende het Duitse „Kohlegesetz” en met het arrest LPF. In de beschikking is duidelijk aangegeven dat de steun bestond in het preferentiële element van het tuinbouwtarief: de evenwichtsprijs lag volgens

de Commissie tussen 43 en 44,3 ct/m³ en de laagste prijzen waarbij een significante omschakeling op kolen zou plaatsvinden, waren volgens haar 46,5 ct/m³ voor een middelgroot bedrijf en 47,5 ct/m³ voor een groot bedrijf. Het is waar dat de Commissie niet precies heeft aangegeven, welk tarief passend zou zijn om het preferentiële element weg te nemen. Mijns inziens was zij niet verplicht om dat te doen, want er waren verscheidene wegen om tot het gewenste doel te komen en zij mocht het aan de contractpartijen overlaten om de meest geëigende weg te kiezen. Wellicht zou Gasunie de voorkeur hebben gegeven aan een wat fijner gedifferentieerd tarief, dat rekening houdt met de meer of minder sterke neiging van de verschillende categorieën tuinders om op kolen om te schakelen. Verder dient men niet te vergeten dat de invoering van het tarief inderdaad onwettig was en dat de problemen die de totale afschaffing ervan zou veroorzaken, aan de Nederlandse regering zelf te wijten zijn. De Commissie was bereid om overleg te plegen over de tenuitvoerlegging van de beschikking en er zijn inderdaad maatregelen daartoe genomen,

die het onderwerp zijn van de procedure in zaak 213/85 (Commissie/Nederland). Hoewel deze zaak dus enkele aspecten gemeen heeft met die betreffende het „Kohlegesetz”, doordat de Commissie het moeilijker heeft gemaakt dan nodig was door zich niet tot de uitvoering van de steunmaatregel te beperken, onderscheidt zij zich er ook van, in zoverre men niet kan zeggen dat de Nederlandse regering in het duister tastte ten aanzien van de aard of omvang van de in de beschikking bedoelde steun of ten aanzien van de maatregelen die zij moest nemen om de beschikking uit te voeren. Anders gezegd, om de formulering van het arrest Kohlegesetz over te nemen, de op de Nederlandse regering gelegde verplichting is in de beschikking niet materieel onbepaald gebleven. En, in de woorden van het arrest LPF, de Commissie heeft de nodige aanwijzingen gegeven „waaruit de Nederlandse regering kon afleiden, welke maatregelen in aanmerking kwamen”.

Of de Nederlandse regering de in aanmerking komende maatregelen ook heeft genomen, is het onderwerp van zaak 213/85.

Samenvattend ben ik met betrekking tot de onderhavige beroepen van oordeel, dat het beroep van het Landbouwschap niet-ontvankelijk moet worden verklaard en dat de beroepen van Van der Kooy en de Nederlandse regering moeten worden verworpen. Wat de kosten betreft, lijkt het mij redelijk dat de Nederlandse regering de helft, het Landbouwschap een vierde en Van der Kooy BV en Van Vliet elk een achtste betalen van de kosten van de Commissie en de interveniërende Lid-Staten.