FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT M. POIARES MADURO fremsat den 7. september 2006 [1]

1. Det fremgår af fast retspraksis, at Fællesskabets ansvar uden for kontrakt kun kan gøres gældende, hvis tre kumulative betingelser er opfyldt, nemlig at Fællesskabet har gjort sig skyldig i en retsstridig adfærd, at der er sket en faktisk og reel skade, og at der er en årsagsforbindelse mellem den retsstridige adfærd og den påståede skade [2].

I — Baggrunden for appellen

2. Ved dom af 17. marts 2005 frifandt De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans i sagen Agraz m.fl. mod Kommissionen (sag T-285/03, Sml. II, s. 1063, herefter »den appellerede dom«) Kommissionen i forbindelse med det erstatningssøgsmål, som var anlagt af selskaber inden for tomatsektoren, med den begrundelse, at selv om Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber havde udvist en retsstridig adfærd i forbindelse med anvendelsen af fællesskabsordningen for produktionsstøtte, som kunne medføre ansvar for Fællesskabet, var det tab, som sagsøgerne havde påberåbt sig, ikke sikkert. Den foreliggende appel vedrører metoden til beregning af den reelle skade, som modtagere af fællesskabsstøtte har lidt, når Kommissionen har en vis skønsbeføjelse ved fastsættelsen af støttebeløbet.

A — *Retsforskrifter og faktiske omstændigheder*

3. Ved Rådets forordning (EF) nr. 2201/96 af 28. oktober 1996 om den fælles markedsordning for forarbejdede frugter og grøntsager (EFT L 297, s. 29, herefter »grundforordningen«) indføres en produktionsstøtteordning for produkter fremstillet på basis af tomater. I henhold til denne forordnings artikel 2 ydes denne støtte til forarbejdningsvirksomheder, som for råvaren har betalt producenten en pris, der mindst er lig med den af Kommissionen fastsatte minimumspris.

1 — Originalsprog: portugisisk.

2 — Jf. navnlig Domstolens dom af 27.1.1982, forenede sager 256/80, 257/80, 265/80, 267/80 og 5/81, Birra Wührer m.fl. mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 85, præmis 9, og Rettens dom af 2.7.2003, sag T-99/98, Hameico Stuttgart m.fl. mod Rådet og Kommissionen, Sml. II, s. 2195, præmis 67.

4. Støttebeløbet fastsættes i henhold til grundforordningens artikel 4 i den udgave, der finder anvendelse på denne sag:

»1. Produktionsstøtten kan ikke være større end forskellen mellem den minimumspris, der betales producenten i Fællesskabet, og prisen på råvaren i de vigtigste producerende og eksporterende tredjelande.

2. Produktionsstøttebeløbet fastsættes således, at det bliver muligt at afsætte fællesskabsproduktionen inden for den grænse, der er fastsat i stk. 1. Ved fastlæggelsen af dette beløb tages der hensyn til bl.a. følgende faktorer, jf. i øvrigt artikel 5:

a) forskellen mellem råvareomkostningerne i henholdsvis Fællesskabet og de vigtigste konkurrerende tredjelande

b) det støttebeløb, der for det foregående produktionsår er fastsat eller beregnet inden nedsættelsen efter artikel 10, såfremt den finder anvendelse og

c) hvis fællesskabsproduktionen af det pågældende produkt udgør en væsentlig andel af markedet, udviklingen i samhandelen med tredjelande og i priserne, når sidstnævnte kriterium fører til en nedsættelse af støttebeløbet.«

5. Med henblik på fastsættelse af støtten for produktionsåret 2000/2001 inden for sektoren for forarbejdede frugter og grøntsager anmodede Kommissionen de vigtigste tomatproducerende tredjelande, USA, Israel, Tyrkiet og for første gang Kina, om at tilstille den de nødvendige oplysninger. Da de kinesiske myndigheder ikke besvarede denne anmodning, tog Kommissionen kun hensyn til priserne i de tre øvrige lande i forbindelse med denne beregning.

6. Kommissionen udstedte den 12. juli 2000 forordning (EF) nr. 1519/2000 om fastsættelse for produktionsåret 2000/2001 af minimumspris og støttebeløb for produkter forarbejdet på basis af tomater (EFT L 174, s. 29). Produktionsstøttebeløbet blev fastsat

til 17,178 EUR for 100 kg tomatkoncentrat med et tørstofindhold på eller over 28%, men under 30%. Dette beløb svarer til et fald på 20,54% i forhold til det foregående produktionsår.

7. Efter udstedelsen af forordning nr. 1519/2000 gjorde repræsentanter og repræsentative sammenslutninger for producenter af produkter forarbejdet på basis af tomater fra Spanien, Frankrig, Grækenland, Italien og Portugal indsigelse under henvisning til, at der ikke i fastsættelsen af det tildelte støttebeløb var taget hensyn til prisen på kinesiske tomater. Organisation européenne des industries de la conserve de tomates (herefter »OEICT«) og Associação Portuguesa dos Industriais de Tomate har flere gange anmodet Kommissionen om at ændre det tildelte støttebeløb. De mener, at en hensyntagen til de kinesiske priser, der var betydeligt lavere end priserne i de produktionslande, der var taget i betragtning, burde føre til en forøgelse af støtten. En af disse anmodninger var vedlagt en kopi af en kontrakt, der indeholdt den pris, som var blevet betalt en kinesisk producent for produktet. Kommissionen mente imidlertid ikke, at den kunne ændre støttebeløbet på grundlag af den pris, der var angivet i en enkelt kontrakt, eftersom de kinesiske myndigheder ikke havde bekræftet gennemsnitsprisen for tomater produceret i Kina.

8. I efteråret 2001 tilsendte de spanske og de portugisiske myndigheder Kommissionen gennemsnitsprisen for tomater betalt i produktionsårene 1999 og 2000 til producenterne i Xinjiang-provinsen, der står for ca. 88% af den kinesiske produktion af forarbejdede tomater.

9. I januar 2002 meddelte Kommissionen imidlertid OEICT, at den ikke mente, at det var nødvendigt at ændre forordning nr. 1519/2000, da fastsættelsen af støttebeløbet var i overensstemmelse med grundforordningens artikel 3 og 4. Endvidere understregede den, at Fællesskabets tomatindustri tilsyneladende ikke havde lidt skade som følge af den fastsatte støtte, da man havde nået et rekordniveau for forarbejdning i produktionsåret 2000/2001.

B — *Retsforhandlingerne og den appellerede dom*

10. Den 18. august 2003 indgav omkring hundrede spanske, italienske, græske, franske og portugisiske selskaber inden for sektoren for produkter forarbejdet på basis af tomater en stævning til Rettens Justitskontor med påstand om, at Kommissionen blev dømt til at betale dem erstatning for den skade, de angiveligt havde lidt som følge af den metode til beregning af produktionsstøtten, der var anvendt i forordning nr. 1519/2000.

11. I henhold til den appellerede dom fastslog Retten, at forordning nr. 1519/2000 var behæftet med to ulovlige forhold. For det første havde Kommissionen gjort sig skyldig i retsstridig adfærd, da den forholdt sig passiv, efter at den den 4. februar 2000 havde tilsendt de kinesiske myndigheder skrivelsen, hvori den anmodede dem om at oplyse gennemsnitsprisen på tomater i produktionsåret 1999/2000. En sådan passivitet udgør efter Rettens mening en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse af principperne om omsorgspligt og god forvaltningsskik. For det andet havde Kommissionen gjort sig skyldig i retsstridig adfærd derved, at den ikke i forordning nr. 1519/2000 havde taget hensyn til de kinesiske tomatpriser ved beregningen af støttebeløbet til fællesskabsproducenter af produkter forarbejdet på basis af tomater. Ifølge Retten er der tale om en tilsidesættelse af de ufravigelige betingelser i grundforordningen, der kan medføre et ansvar uden for kontrakt for Fællesskabet.

12. Retten frifandt imidlertid Kommissionen, idet den skønnede, at betingelsen om, at det ulovlige forhold skal have medført en faktisk og reel skade, ikke var opfyldt. Retten bemærkede følgende i den appellerede doms præmis 72-77:

»72 Sagsøgerne har vurderet deres tab til præcist at svare til forskellen mellem det støttebeløb, som er fastsat i forordning nr. 1519/2000, og det beløb, der ville være fremkommet, hvis Kommissionen havde taget hensyn til den kinesiske pris.

73 Det skal først understreges, at de kinesiske priser, sagsøgerne henholder sig til, er de priser, som blev opnået via den spanske diplomatiske repræsentation i Beijing. Dette er den gennemsnitspris på tomater, der betales producenterne i Xinjiang-provinsen, som ifølge sagsøgerne står for ca. 88% af den kinesiske produktion af forarbejdede tomater. Kommissionen har anfægtet disse tal, som ifølge den repræsenterer en lav gennemsnitspris. I øvrigt har Kommissionen ikke været i stand til at tage stilling til, om tallene var i overensstemmelse med bestemmelserne i grundforordningen. I vurderingen af en kompliceret økonomisk situation omfatter Kommissionens skønsbeføjelse nemlig også konstateringen af de tilgrundliggende faktiske forhold [...].

74 Eftersom grundforordningen overlader Kommissionen en vis skønsmargen ved fastsættelsen af støttebeløbet, er det nemlig umuligt med sikkerhed at afgøre indvirkningen af en hensyntagen til prisen, der betales producenter af kinesiske tomater, på støttebeløbet. Artikel 4, stk. 1, bestemmer ikke, at produktionsstøtten skal svare til forskellen mellem den minimumspris, der betales producenten i Fællesskabet, og prisen på råvaren i de vigtigste producerende og eksporterende tredjelande. Den fastsætter alene en maksimal grænse.

75 I denne forbindelse skal det fastslås, at den omstændighed, at Kommissionen tidligere havde kunnet fastsætte støttebeløbet på et niveau, der præcist

afspejlede forskellen mellem den minimumspris, der betales producenten i Fællesskabet, og prisen på råvaren i de vigtigste producerende og eksporterende tredjelande, på ingen måde forpligtede den til at fastholde støtten på dette niveau. Det ville endog være i strid med grundforordningens ordlyd og formål, hvis ikke Kommissionen tog hensyn til udviklingen i situationen på de internationale markeder, idet dette kunne indebære, at det ville blive vanskeligere at afsætte fællesskabsproduktionen.

76 Sagsøgerne kan derfor ikke påberåbe sig en ret til en maksimal støtte svarende til forskellen mellem den minimumspris, der betales producenten i Fællesskabet, og prisen på råvaren i de vigtigste tredjelande efter hensyntagen til den kinesiske pris.

77 Det tab, som sagsøgerne har beregnet og specificeret i tabellen i stævningens bilag A.27, har derfor ikke en reel karakter.«

13. Det er denne del af dommen, som appellanterne nu anfægter. I den appel, de har iværksat ved Domstolen, har de gjort gældende, at Retten med urette fastslog, at det lidte tab ikke var sikkert. De har derfor anmodet Domstolen om at træffe en ny afgørelse og om at fastslå, at betingelserne for at gøre Fællesskabets ansvar uden for kontrakt gældende er opfyldt i denne sag. Med hensyn til den resterende del af produktionsstøtten, som skulle have været udbetalt til appellanterne, opfordrer de Domstolen til at træffe afgørelse om dette spørgsmål eller hjemvise sagen til Retten, for at denne kan træffe afgørelse om det tab, de har lidt.

II — Stillingtagen til appellen

14. Appellanterne har til støtte for deres appel fremført fire anbringender. Det første anbringende vedrører den omstændighed, at Retten begik en retlig fejl ved vurderingen af, om tabet var sikkert. De tre øvrige anbringender vedrører de fejl, som Retten angiveligt begik under retsforhandlingerne og ved behandlingen af sagen i første instans. Med det andet anbringende foreholder de Retten at have tilsidesat princippet om kontradiktion og sagsøgernes ret til at blive hørt. Med det tredje anbringende har de gjort gældende, at parternes påstande blev fordrejet ved behandlingen i første instans. Med det sidste anbringende har appellanterne gjort gældende, at Retten tilsidesatte sin pligt til at træffe afgørelse og til at fastsætte tabets størrelse, da den havde fastslået, at Kommissionens adfærd var retsstridig.

15. Det første anbringende består ifølge appellanternes fremstilling af to led. For det første har appellanterne anført, at den appellerede dom er baseret på en tilside-

sættelse af EF-Domstolens praksis samt af de principper, som er anerkendt i medlemsstaternes nationale retsordener, vedrørende ansvar uden for kontrakt, idet Retten fejlagtigt forvekslede forekomsten af et sikkert tab med vurderingen af dets størrelse. For det andet begik Retten en fejl, idet den ikke, for så vidt angår anerkendelsen af deres ret til erstatning, drog de konsekvenser, den efter dens konklusioner vedrørende retsstridigheden af Kommissionens adfærd skulle have draget.

16. Appellanternes argumentation nødvendiggør en indledende bemærkning. Det fremgår nemlig heraf, at Kommissionens retsstridige adfærd, som Retten har fastslået, automatisk skulle have foranlediget Retten til at gøre Fællesskabets ansvar gældende. Appellanterne antager nemlig, at enhver retsstridig adfærd, der kan gøre Fællesskabets ansvar gældende, indebærer en ret til erstatning. Dette er imidlertid ikke tilfældet. Selv om det forudsættes, at en retsstridig adfærd af denne art er fastslået, skal det kontrolleres, om de to øvrige betingelser for at gøre Fællesskabets ansvar gældende også er opfyldt [3]. Der foreligger således påviste uregelmæssigheder, som ikke medfører et tab, der kan erstattes. Dette er navnlig tilfældet, når det påståede tab anses for at være »eventuelt« [4] eller uden årsagssammenhæng med den retsstridige adfærd [5].

17. I denne sag blev erstatningspåstanden forkastet ved Retten, fordi det påståede tab ikke var sikkert. Fællesskabet kan ikke ifalde ansvar, når den pågældende institution har en vis skønsbeføjelse, således at det ikke med sikkerhed kan påvises, at den retsstridige adfærd har haft indflydelse på den afgørelse, der er truffet. Det er denne hypotese, jeg nu skal undersøge.

A — *Fejlvurdering i den appellerede dom*

18. Der er et tilfælde, hvor det uden videre kan fastslås, at en retsstridig adfærd, der giver anledning til klare og forudsigelige konsekvenser, ikke medfører et faktisk og reelt tab. Hvis det forudsættes, at det kan påvises, at retsakten skulle være vedtaget, også selv om en retsstridig adfærd ikke var

3 — Jf. i denne retning dom af 21.5.1976, sag 26/74, Roquette frères mod Kommissionen, Sml. s. 677, præmis 22.

4 — Jf. således inden for rammerne af EKSF-traktaten dom af 12.12.1956, sag 10/55, Mirossevich mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 37, org.ref.: Rec. s. 365, og af 17.12.1959, sag 23/59, FERAM mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 155, org.ref.: Rec. s. 501, på s. 515; inden for rammerne af EF-traktaten dom af 14.7.1967, forenede sager 5/66, 7/66 og 13/66-24/66, Kampffmeyer m.fl. mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 381, org.ref.: Rec. s. 317, på s. 345, og af 2.6.1976, forenede sager 56/74-60/74, Kampffmeyer m.fl. mod Kommissionen og Rådet, Sml. s. 711, præmis 6.

5 — Jf. navnlig Domstolens dom af 17.12.1981, forenede sager 197/80-200/80, 243/80, 245/80 og 247/80, Ludwigshafener Walzmühle m.fl. mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 3211, præmis 51, og Rettens dom af 25.6.1997, sag T-7/96, Perillo mod Kommissionen, Sml. II, s. 1061, præmis 41-46.

blevet påvist, enten fordi denne retsstridige adfærd, der er af formel eller procedremæssig karakter, ikke berører retsaktens indhold [6], eller fordi den pågældende institution under alle omstændigheder skal vedtage en identisk retsakt som følge af en bundet kompetence. Såfremt der er begået en fejl, kan det i et sådant tilfælde fastslås, at det ikke er godtgjort, at der er sket en skade. Jeg mener derfor, at det er korrekt ikke at yde erstatning for konsekvenserne af en retsakt, i forbindelse med hvilken der er udvist retsstridig adfærd, men som under alle omstændigheder skulle være vedtaget på stort set det samme grundlag.

19. Her forholder det sig anderledes. I denne sag har Kommissionen i hovedsagen alene først ved Retten og dernæst ved Domstolen gjort gældende, at det ikke som følge af den skønsbeføjelse, den er indrømmet, er udelukket, at den tildelte støtte ville have været den samme som den, der er fastsat i forordning nr. 1519/2000. Det følger heraf, at dens retsstridige adfærd ikke kan anses for at have medført et tab, for hvilket der skal udbetales erstatning. Der er efter min mening to grunde, der taler imod denne opfattelse.

20. Den første følger af Domstolens praksis. Det sker naturligvis, at en skønsbeføjelse, der er indrømmet Kommissionen, kan begrunde et tabs teoretiske karakter. Når en ansøger til en stilling eller en budgiver udelukkes fra retten til at deltage som følge af en fejl begået af Kommissionen, afslår Domstolen generelt at yde erstatning for den mistede chance, som dette medfører for den pågældende. Grunden hertil er, at den pågældende ikke har ret til eller en berettiget forventning om at få tildelt stillingen eller kontrakten [7]. I dette tilfælde er det materielle tab, der skyldes de manglende indtægter, som tildeling af stillingen eller kontrakten ville have medført, for usikker til, at der kan udbetales erstatning, fordi Kommissionen har et vidtgående skøn med hensyn til tildeling af stillingen eller kontrakten. Denne praksis gælder dog kun, når der er tale om en klart begrænset mistet chance. Bortset fra disse tilfælde er princippet, at indrømmelse af en skønsbeføjelse til den pågældende institution ikke er til hinder for, at det godtgøres, at der er lidt et tab, som skal erstattes [8]. I denne sag har appellanterne henvist til deres *manglende indtjening* som følge af, at de ikke blev tildelt den støtte, som de var berettiget til. Det, der her er tale om, er ikke den skønsbeføjelse, som Kommissionen ville have haft, hvis den ikke havde udvist den retsstridige adfærd, men resultatet af den faktiske udøvelse af dette skøn. I denne sag skal det, som Domstolen gentagne gange har fastslået, blot efterprøves, at den påståede skade ikke ligger ud over de økonomiske risici, der er forbundet med virksomhed inden for det pågældende område [9].

6 — I dom af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, Sml. s. 207, præmis 286, fastslog Domstolen i forbindelse med en klage over Kommissionens partiske holdning i behandlingen af en konkurrencesag, at »der er intet i sagens akter, der kan støtte en formodning om, at den anfægtede beslutning ikke ville være blevet truffet eller ville have haft et andet indhold, såfremt de omtvistede udtalelser, der i sig selv er beklagelige, ikke var blevet fremsat«.

7 — Jf. navnlig Rettens dom af 29.10.1998, sag T-13/96, TEAM mod Kommissionen, Sml. II, s. 4073, præmis 76, af 9.7.1999, sag T-231/97, New Europe Consulting og Brown mod Kommissionen, Sml. II, s. 2403, præmis 51, af 17.3.2005, sag T-160/03, AFCon Management Consultants m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 981, præmis 112, og af 6.4.2006, sag T-309/03, Camós Grau mod Kommissionen, Sml. II, s. 1173, præmis 149.

8 — Jf. navnlig dom af 14.5.1975, sag 74/74, CNTA mod Kommissionen, Sml. s. 533, præmis 21 og 42.

9 — Jf. i denne retning dom af 4.10.1979, sag 238/78, Ireks Arkady mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 2955, præmis 11, og af 6.12.1984, sag 59/83, Biovilac mod EØF, Sml. s. 4057, præmis 28.

21. Den anden grund er af systemisk art. Hvis det forudsættes, at den pågældende institutions skønsbeføjelse kan fungere som et kriterium for, om der er lidt et tab eller ej, medfører dette en risiko for, at erstatningssøgsmålet uden for kontrakt mister en stor del af dets virkning. Der kunne således befrygtes, at den indstævnte institution *generelt* blot ville gøre en vis handlefrihed gældende for at påvise, at denne frihed kunne anvendes til at nå frem til den samme løsning som den løsning, der forårsagede det påståede tab. Denne udvidelse af grundlaget for uansvarlig adfærd kan så meget mindre accepteres, fordi et erstatningssøgsmål baseret på artikel 288 EF kan anlægges af borgere, der som følge af de meget strenge betingelser for anlæg af annullationssøgsmål, der er fastsat i artikel 230 EF, ikke har mulighed for direkte at anfægte den retsakt, der har forårsaget den skade, som de påstår at have lidt. Jeg skal herved understrege, at Domstolen allerede har haft lejlighed til at fastslå, at »erstatningssøgsmålet skal ses i lyset af det samlede regelsæt, hvormed traktaten sikrer borgernes adgang til domstolene« [10].

22. I denne henseende er den omstændighed, at Kommissionen på det pågældende område ved fastsættelsen af produktionsstøttebeløbet rådede over et vist skøn, ikke i sig selv tilstrækkeligt til at fastslå, at det tab, der er forårsaget af tilsidesættelsen af reglerne om beregningsmetoden herfor, ikke har en sikker karakter. Retten så herved bort fra, at det i dette tilfælde stadig var vigtigt at efterprøve, om Kommissionen, selv om den pågældende uregelmæssighed ikke var blevet begået, burde have fastholdt støtten på det samme niveau. Retten har ved at basere sin behandling på det generelle skøn, der tilkommer den pågældende institution uden netop at efterprøve, om den konstaterede uregelmæssighed overhovedet havde haft nogen indflydelse på den valgte løsning, efter min mening begået en retlig fejl.

23. Dette indebærer imidlertid ikke, at den omstændighed, at en institution har en skønsbeføjelse, ikke er relevant ved behandlingen af et erstatningssøgsmål mod Fællesskabet. Det er klart, at denne omstændighed er vigtig, men på andre niveauer. Den er navnlig vigtig i forbindelse med den første betingelse for pådragelse af ansvar. Jeg skal her understrege, at det ifølge retspraksis er nødvendigt, for at der kan konstateres en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse af en retsregel, der har til formål at indrømme borgerne rettigheder, at det påvises, at den pågældende fællesskabsinstitution åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine skønsbeføjelser [11]. Det er altså på dette tidspunkt vigtigt at klarlægge de skønsbeføjelser, som den pågældende institution har [12].

10 — Dom af 26.2.1986, sag 175/84, Krohn mod Kommissionen, Sml. s. 753, præmis 27.

11 — Jf. således Domstolens dom af 10.12.2002, sag C-312/00 P, Kommissionen mod Camar og Tico, Sml. I, s. 11355, præmis 54.

12 — Jf. i denne retning dom af 12.7.2005, sag C-198/03, Kommissionen mod CEVA og Pfizer, Sml. I, s. 6357, præmis 66.

Det var denne opgave, Retten helligede sig i den appellerede doms præmis 42-47 [13].

24. Dernæst kan det ligeledes være legitimt at tage hensyn til omfanget og placeringen af denne skønsbeføjelse i forbindelse med vurderingen af erstatningsbeløbet. Det er nemlig korrekt, at appellanterne ikke, såfremt Kommissionen på dette område råder over et vist skøn i forbindelse med konstateringen af de tilgrundliggende faktiske forhold og fastsættelsen af støttebeløbet, kunne have en berettiget forventning om under alle omstændigheder at modtage en maksimal støtte svarende til forskellen mellem den minimumspris, der betales til en fællesskabsproducent, og prisen på råvaren i de vigtigste tredjelande under hensyntagen til de kinesiske priser. Dette fremgår af Rettens gennemgang i den appellerede doms præmis 73-76. I dette tilfælde er årsagen til tabet udelukkende det manglende støttebeløb, som appellanterne ville have haft ret til, hvis fejlen vedrørende hensyntagen til de kinesiske priser ikke var blevet begået, dog under hensyntagen til de korrektionskoefficienter, som Kommissionen havde kunnet anvende for at graduere støttebeløbet [14].

25. Denne gennemgang burde Retten dog have forbeholdt konstateringen af *omfanget* af det påståede tab. Den er relevant alene ved vurderingen af, om det påståede tab er *reelt* eller ej. I den appellerede dom hersker der en vis forvirring omkring disse to forskellige spørgsmål. Jeg mener, at det er ubestridt, at det er vanskeligt at fastslå den nøjagtige betydning af den begåede fejl på grund af de forskellige oplysninger, som Kommissionen frit kunne tage i betragtning. Dette indgår dog hovedsageligt i undersøgelsen af tabets størrelse. Det måtte dog først efterprøves, om tabet reelt forelå, dvs. om tilsidesættelsen af reglerne for beregning af støtten havde skadet appellanternes situation.

26. I erstatningssøgsmål må der sondres skarpt mellem efterprøvelsen af, om der foreligger et tab, og konstateringen af dette tabs nøjagtige indvirkning på de berørte personers situation. Det er ganske vist muligt, at et tab i praksis viser sig at have et meget begrænset omfang. For at påvise, at der er tale om et faktisk og reelt tab, er det imidlertid tilstrækkeligt at fastslå, at det hverken er rent hypotetisk eller blot eventuelt, men giver anledning til et tab, der kan evalueres. Et sikkert tab er ikke et tab, der kan beregnes nøjagtigt, men et tab, der normalt bør være en følge af den indstævnte institutions adfærd, og som kan opgøres. Det fremgår af gældende retspraksis, at artikel 288 EF »ikke [er] til hinder for at anlægge sag ved Domstolen — selv om tabet endnu ikke kan opgøres nøjagtigt — med det formål

13 — Jf. til sammenligning med den appellerede dom Rettens dom af 18.9.1995, sag T-167/94, Nölle mod Rådet og Kommissionen, Sml. II, s. 2589, præmis 89.

14 — Jf. punkt 31 i dette forslag til afgørelse.

at få fastslået Fællesskabets ansvar for umiddelbart forestående skader, der kan påregnes med tilstrækkelig sikkerhed« [15].

B — *Korrekt kvalifikation af tabet*

27. Det følger af det anførte, at Rettens vurdering af tabets sikre karakter må anses for fejlagtig. Denne fejl kan medføre ophævelse af den appellerede dom, medmindre det fremgår, at dommens konklusion er berettiget af andre grunde [16]. Det må derfor efterprøves, om det på grundlag af gennemgangen i den appellerede dom og de oplysninger, der indeholdes i sagens akter, var berettiget, at Retten nåede frem til den pågældende løsning.

28. Umiddelbart har denne appelsag visse fælles træk med en tidligere sag, hvori Domstolen forkastede en erstatningspåstand med den begrundelse, at de påståede tab ikke var godtgjort.

29. I sagen Lesieur Cotelle m.fl. mod Kommissionen [17] påstod virksomheder, der forarbejdede rapsfrø, at de på grund af ophævelsen af de monetære udligningsbeløb havde været udsat for et prisfald på deres produkter, som ikke blev kompenseret af den støtte, som de mente at have ret til. Domstolen præciserede, at den navnlig fortolkede sagsøgernes argumenter i den retning, at »de på grund af indførelsen af ordningen med udligningsbeløb blev foranlediget til at forsyne sig med frø fra Fællesskabet og at begære forudfastsættelse af den hertil svarende støtte ud fra den forudsætning, at det på grund af forpligtelsen til at betale udligningsbeløb var blevet særlig dyrt for dem at købe frø på verdensmarkedet [...] da den omtvistede afskaffelse viste, at denne antagelse var forkert, og da de i mellemtiden har været afskåret fra at forsyne sig til billigere priser på verdensmarkedet, anser de Fællesskabet for ansvarligt for det herved opståede tab« [18]. Efter Domstolens mening var de således påståede tab imidlertid ikke klart godtgjort. Dels hang den forventede støtte ikke direkte sammen med eksistensen af den pågældende ordning. Indførelsen af ordningen med udligningsbeløb havde ikke direkte til formål at beskytte fællesskabsproducenterne, men at forhindre forstyrrelser af handelen inden for Fællesskabet [19]. Dels var det ikke indlysende, at de forarbejdende virksomheder ville blive udsat for et prisfald

15 — Dom af 14.1.1987, sag 281/84, Zuckerfabrik Bedburg m.fl. mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 49, præmis 14.

16 — Jf. i denne retning dom af 9.6.1992, sag C-30/91, Lestelle mod Kommissionen, Sml. I, s. 3755, præmis 28.

17 — Dom af 17.3.1976, forenede sager 67/75-85/75, Sml. s. 391.

18 — Præmis 20.

19 — Præmis 26 og 47.

på deres produkter. Tværtimod præciserede Domstolen, at »[Kommissionens] gentagne erklæringer om, at prisniveauet på fællesmarkedet forblev uændret efter denne afskaffelse, ikke i tilstrækkelig grad var blevet bestridt« [20].

30. Selv om denne appelsag tilsyneladende giver anledning til en tilsvarende fortolkning af parternes argumenter, vedrører den helt andre omstændigheder. Dels har den støtteordning, hvis anvendelse er blevet erklæret fejlagtig i denne sag, til formål at støtte produktionen af visse forarbejdede produkter, der »er af særlig betydning i Fællesskabets Middelhavsområde« [21] ved at beskytte dem mod den internationale konkurrence, hvor produktionspriserne er mærkbart lavere. Dels kan det i denne sag ikke seriøst bestrides, at Kommissionens beregning har haft en skadelig indvirkning på appellanternes situation. Dette følger efter min mening af to klart fastlagte forhold i Rettens gennemgang.

31. For det første fremgår det af grundforordningen, at de priser, der betales til producenterne i tredjelande, udgør et grundlæggende og uundgåeligt element i beregningen af støtten [22]. Retten bemærkede herom i den appellerede doms præmis 57, at »Kommissionen *burde* derfor have taget hensyn til den kinesiske pris« ved beregningen af den tildelte støtte i det omtvistede år [23]. For det andet følger det klart af den appellerede dom, at den fejl, som Kommissionen havde begået, havde resulteret i en overvurdering af prisen på råvarer i de vigtigste producentlande [24]. Denne pris hører imidlertid til det grundlæggende kriterium for beregning af støttebeløbet, som fastsat i grundforordningens artikel 4, stk. 2, litra a). En stigning i denne pris indebærer, at forskellen mellem prisen på råvarer i Fællesskabet og prisen på råvarer i de vigtigste konkurrerende tredjelande mindskes, og dermed til en nedsættelse af det reelle grundlag for støttebeløbet. Det er ganske vist ikke udelukket, at et korrekt beregnet grundlag korrigeres på grundlag af andre kriterier, og navnlig på grundlag af den nedsættelseskoefficient, der er omhandlet i samme bestemmelses litra c). Det forekommer imidlertid indlysende, at en sådan fejlagtig anvendelse af det grundlæggende kriterium kun kan have en skadelig indvirkning på den endelige fastsættelse af støttebeløbet.

32. Ifølge fast retspraksis påhviler det sagsøgeren at fremlægge beviser for Fællesskabets retsinstanser for det påberåbte tabs eksistens og omfang [25]. I denne sag har appellanterne klart godtgjort, at en ny fastsættelse af den korrekte pris for råvaren

20 — Præmis 19.

21 — Anden betragtning til grundforordningen.

22 — Fjerde betragtning til grundforordningen.

23 — Min fremhævelse.

24 — Retten understreger i den appellerede doms præmis 67, at Kommissionen har erkendt, at en hensyntagen til prisen på den kinesiske råvare i første omgang kunne føre til en betydelig nedsættelse af den anslåede pris på råvaren i de vigtigste producerende og eksporterende tredjelande.

25 — Jf. i denne retning dom af 7.5.1998, sag C-401/96 P, Somaco mod Kommissionen, Sml. I, s. 2587, præmis 71.

burde indebære, at det udbetalte støttebeløb blev hævet. Under disse omstændigheder påhvilede det Kommissionen at godtgøre, at denne forventning ikke var berettiget på grundlag af sagens faktiske omstændigheder og alle de oplysninger, den rådede over. Kommissionen kunne ikke blot gøre gældende, som den i henhold til den appellerede doms præmis 67 gjorde, at det ikke var sikkert, at støtten ville være blevet forhøjet på grund af den skønsbeføjelse, den rådede over. Den burde desuden godtgøre, at opretholdelsen af det støtteniveau, der er fastsat i den omtvistede forordning, var foreneligt med en korrekt anvendelse af kriterierne i grundforordningens artikel 4, stk. 2. Tilsyneladende blev der imidlertid ikke foretaget en sådan gennemgang i denne sag.

33. Heraf følger, at det påståede tab burde have været betragtet som faktisk og reelt.

C — *Kommissionens indsigelse*

34. Kommissionen har imidlertid hævdet, at tabet kun er reelt påvist, hvis det kan godtgøres, at formålet med støtten, som det fremgår af grundforordningens artikel 4, stk. 2, nemlig at sikre afsætningen af fællesskabsproduktionen, ikke er nået. Ifølge Kommissionen tyder alt imidlertid på, at det beløb, der er fastsat i forordning nr. 1519/2000, har gjort det muligt at opfylde dette mål.

35. Denne indsigelse kan tolkes på to forskellige måder. Uanset hvilken fortolkning der vælges, bør den forkastes.

36. Umiddelbart ser det ud til, at Kommissionen herved ville bestride selve princippet om dens pådragelse af ansvar. Den mener tilsyneladende, at den retsstridige adfærd, den foreholdes, ikke har haft nogen afgørende indflydelse på resultatet af dens handlinger, som er i overensstemmelse med det mål, der er fastsat i grundforordningen. Såfremt dette er meningen med dens indsigelse, skulle Kommissionen, for at denne indsigelse kunne tages til følge, have iværksat en kontraappel, hvori den bestred Rettens vurdering af lovligheden af dens adfærd. Da Kommissionen ikke har taget et sådant skridt, må Rettens konklusion om, at der er tale om en ulovlig adfærd, der kan pådrage Fællesskabet ansvar uden for kontrakt, anses for at være endelig og kan ikke bestrides. Derfor kan indsigelsen ikke tages til følge.

37. Kommissionen har imidlertid også med dette anbringende gjort gældende, at den omstændighed, at fællesskabsproduktionen blev afsat i det omtvistede produktionsår i

overensstemmelse med det mål, der er fastsat i grundforordningen, viser, at forordning nr. 1519/2000 ikke har forårsaget noget tab, der skal erstattes. Kommissionen har herved henvist til en skrivelse fra generaldirektøren for landbrug til appellanterne dateret den 7. januar 2003, hvori han erklærede følgende: Jeg kan efterfølgende konstatere, at støtten blev fastsat på et niveau, der tilsyneladende ikke har skadet sektoren. I løbet af produktionsåret 2000/2001 nåede fællesskabstomatindustrien for andet år i træk op på et rekordniveau for forarbejdning.

38. For at vise det fejlagtige i et sådant argument, skal jeg kort gøre rede for den komplekse ordning, som Fællesskabet har indført inden for sektoren. Denne ordning er baseret på en beskyttelsesforanstaltning og på en ordning med dobbelte kontrakter. Beskyttelsesforanstaltningen er omhandlet i grundforordningen. I henhold til denne fastsættes der en mindstepris, som skal betales til tomatproducenterne inden starten af hvert produktionsår, der normalt er i juli måned. Samtidig ydes der støtte til de virksomheder, der forarbejder tomaterne, og som har betalt producenterne en pris, der mindst svarer til mindsteprisen. Beløbet fastsættes således, at det gør det muligt at »udligne forskellen mellem de priser, der betales producenterne i Fællesskabet, og de priser, der betales i tredjelande« [26]. Denne foranstaltning suppleres med en kontraktordning, der er omhandlet i Kommissionens forordning (EF) nr. 504/97 af 19. marts 1997 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF) nr. 2201/96 [27]. I henhold til denne ordning indgås der »foreløbige« kontrakter mellem forarbejdningsvirksomheder og tomatproducenter inden tilplantningsperioden. Denne ordning har til formål, at »tilskynde producenterne til at tage hensyn til industriens reelle behov og regulere deres tilplantede arealer herefter« [28]. Jeg skal bemærke, at disse kontrakter vedrører mængder uden at angive, hvilken pris der skal betales [29]. Det er først, når mindsteprisen og produktionsstøtten er fastsat, at der på grundlag af disse foreløbige kontrakter indgås »forarbejdningskontrakter« indeholdende den pris, der skal betales [30].

39. Det fremgår af denne kortfattede beskrivelse, at afsætningen af fællesskabsproduktionen i alt væsentligt er baseret på forarbejdningsvirksomhedernes tillid til en regelmæssig anvendelse af de støtteordninger, som Fællesskabet har indført. Via ordningen med foreløbige kontrakter tilskyndes forarbejdningsvirksomhederne til at forpligte sig til at afsætte fællesskabsproduktionen mod at modtage støtte, inden de kender mindsteprisen og støttens størrelse. På det tidspunkt, hvor de indgår denne forpligtelse, er det ganske vist ikke sikkert, at denne støtte dækker hele den kommercielle risiko, der er forbundet med at købe tomater i Fællesskabet. Forarbejdningsvirksomhederne bør dog i det mindste have garanti for, at støtten fastsættes regelmæssigt i henhold til de kriterier, der er opstillet i grundforordnin-

26 — Fjerde betragtning til grundforordningen.

27 — EFT L 78, s. 14.

28 — Syvende betragtning til forordning nr. 504/97.

29 — Jf. artikel 6, stk. 2, i forordning nr. 504/97.

30 — Artikel 7 i forordning nr. 504/97.

gens artikel 4, stk. 2. Kommissionen har ved en uregelmæssig anvendelse af støtteordningen bidraget til igen at pålægge appellanterne en del af den økonomiske risiko, som de ikke burde have været pålagt i henhold til den ordning, som Fællesskabet har indført.

40. Derfor mener jeg, at Kommissionen med urette har henvist opfyldelsen af et mål, hvis realisering påhviler appellanterne med den garanti, at de kan modtage en støtte baseret på en korrekt anvendelse af grundforordningen. Kommissionen kan ikke gøre et resultat gældende, som den selv har bragt i fare ved en uregelmæssig anvendelse af de kriterier, den er pålagt for at nå dette resultat, som den under alle omstændigheder ikke kunne forudse på det tidspunkt, hvor den påståede retsstridige adfærd fandt sted. Heraf følger, at en sådan indsigelse savner ethvert grundlag.

III — Gennemgangens konsekvenser

41. Det første anbringende, som appellanterne har fremført, bør kendes begrundet, hvorfor den appellerede dom delvis bør ophæves. Da appellens øvrige anbringender vedrører den samme del af den appellerede dom, er det ufornødent at behandle dem.

42. Ifølge artikel 61, stk. 1, i Domstolens statut ophæver Domstolen, hvis den giver appellanten medhold, den af Retten trufne afgørelse. Domstolen kan enten selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse, eller hjemvise den til Retten til afgørelse.

43. Da Retten ikke har haft lejlighed til at vurdere, om den tredje betingelse for Fællesskabets pådragelse af ansvar, nemlig årsagssammenhængen mellem den ulovlige adfærd og skadens realitet, var opfyldt, eller til at træffe afgørelse om den nøjagtige karakter og omfang af den skade, som appellanterne har lidt, er tvisten ikke moden til påkendelse. Det er vigtigt, at Retten har enekompetence til at foretage disse efterprøvelser, der indebærer vurderinger af komplekse faktiske omstændigheder og oplysninger, og til i givet fald at udtale sig om det hensigtsmæssige i at opfordre parterne til at nå frem til en aftale om erstatningen for den forårsagede skade. Sagen bør derfor hjemvises til Retten, og afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.

IV — Forslag til afgørelse

44. Det følger af det anførte, at Retten begik en retlig fejl, da den fastslog, at det påståede tab ikke var sikkert. Derfor foreslår jeg, at Domstolen

— ophæver dom afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 17. marts 2005 i sagen Agraz m.fl. mod Kommissionen (sag T-285/03), og

— hjemviser sagen til Retten i Første Instans.