CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL M. POIARES MADURO

van 7 september 2006 [1]

1. Volgens vaste rechtspraak kan de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap enkel ontstaan wanneer drie cumulatieve voorwaarden zijn vervuld, namelijk het bestaan van een onrechtmatige gedraging van de Gemeenschap, reële en zekere schade en een causaal verband tussen de onrechtmatige gedraging en de gestelde schade. [2]

2. Bij arrest van 17 maart 2005, Agraz e.a./Commissie (T-285/03; hierna: „bestreden arrest"), heeft het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen het beroep wegens aansprakelijkheid verworpen dat was ingesteld door ondernemingen in de tomaatsector op grond dat, hoewel er sprake was van een onrechtmatige gedraging die kan leiden tot de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap bij de toepassing door de Commissie van de Europese Gemeenschappen van het gemeenschappelijk stelsel van productiesteun, de door verzoeksters gestelde schade niet zeker was. De onderhavige hogere voorziening heeft betrekking op de wijze waarop het bestaan is beoordeeld van de aan begunstigden van steun van de Gemeenschap toegebrachte schade, in het geval dat de Commissie beschikt over een zekere beoordelingsmarge bij de vaststelling van het bedrag van deze steun.

I — Voorgeschiedenis van de hogere voorziening

A — *Rechtskader en feiten*

3. Verordening (EG) nr. 2201/96 van de Raad van 28 oktober 1996 houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector verwerkte producten op basis van groenten en fruit (PB L 297, blz. 29; hierna: „basisverordening") roept een productiesteunregeling in het leven voor verwerkte producten op basis van tomaten. Overeenkomstig artikel 2 van deze verordening wordt deze steun toegekend aan verwerkende bedrijven die aan de telers ten minste de door de Commissie vastgestelde minimumprijs hebben betaald.

1 — Oorspronkelijke taal: Portugees.

2 — Zie met name arresten van het Hof van 27 januari 1982, Birra Wührer e.a./Raad en Commissie (256/80, 257/80, 265/80, 267/80 en 5/81, Jurispr. blz. 85, punt 9), en van het Gerecht van 2 juli 2003, Hameico Stuttgart e.a./Raad en Commissie (T-99/98, Jurispr. blz. II-2195, punt 67).

4. Het steunbedrag wordt vastgesteld overeenkomstig de bepalingen van artikel 4 van de basisverordening in de op het onderhavige geval toepasselijke versie:

„1. De productiesteun mag ten hoogste gelijk zijn aan het verschil tussen de aan de teler in de Gemeenschap betaalde minimumprijs en de prijs van het basisproduct in de voornaamste producerende en exporterende derde landen.

2. Het bedrag van de productiesteun wordt binnen het in lid 1 bepaalde maximum op een zodanig peil vastgesteld, dat de communautaire productie kan worden afgezet. Bij de berekening van de steun wordt, onverminderd het bepaalde in artikel 5, met name rekening gehouden met:

a) het verschil tussen de in aanmerking genomen kosten van het basisproduct in de Gemeenschap en de kosten van het basisproduct in de belangrijkste concurrerende derde landen,

b) de voor het voorgaande verkoopseizoen vastgestelde of vóór de in lid 10 bedoelde vermindering, indien van toepassing, berekende steun,

c) alsmede, voor producten waarvoor de communautaire productie een aanzienlijk marktaandeel heeft, de ontwikkeling van de omvang van het handelsverkeer met derde landen en de in dat handelsverkeer toegepaste prijzen, wanneer dit laatste criterium tot een verlaging van het steunbedrag leidt."

5. Met het oog op de vaststelling van de steun voor het verkoopseizoen 2000/2001 in de sector van verwerkte groenten en verwerkt fruit heeft de Commissie aan de voornaamste tomaten producerende derde landen, de Verenigde Staten, Israël, Turkije en, voor de eerste maal, China, verzocht om haar de noodzakelijke informatie te verstrekken. Omdat de Chinese autoriteiten niet hebben gereageerd op dit verzoek, heeft de Commissie in verband met deze berekening enkel de in de drie andere landen gehanteerde prijzen in aanmerking genomen.

6. Op 12 juli 2000 heeft de Commissie verordening (EG) nr. 1519/2000 tot vaststelling van de minimumprijs en het steunbedrag voor verwerkte producten op basis van tomaten voor het verkoopseizoen 2000/2001 (PB L 174, blz. 29) vastgesteld. Het bedrag

van de productiesteun is vastgesteld op 17,178 EUR per 100 kg nettogewicht tomatenconcentraat met een gehalte aan droge stof van minstens 28 % maar minder dan 30 %. Dat bedrag ligt 20,54 % lager dan het bedrag in het voorafgaande verkoopseizoen.

7. Na de vaststelling van deze verordening hebben delegaties en verenigingen van telers van verwerkte producten op basis van tomaten uit Spanje, Frankrijk, Griekenland, Italië en Portugal ertegen geprotesteerd dat bij de vaststelling van het bedrag van de steun geen rekening is gehouden met de prijs van Chinese tomaten. De Organisation européenne des industries de la conserve de tomates (hierna: „OEICT") en de Associação Portuguesa dos Industriais de Tomate hebben de Commissie meerdere malen verzocht om wijziging van het bedrag van de toegekende steun. Volgens hen zou het in aanmerking nemen van de Chinese prijzen, die duidelijk minder hoog zijn dan die welke worden gehanteerd in de producerende landen die door de Commissie in aanmerking zijn genomen, moeten leiden tot een verhoging van de steun. Een van deze verzoeken ging vergezeld van een kopie van een overeenkomst waarin de aan een Chinese teler betaalde prijs werd genoemd. De Commissie was echter van mening dat zij onmogelijk het bedrag van de steun kon wijzigen naar aanleiding van de in slechts één overeenkomst bedongen prijs, terwijl de Chinese autoriteiten de gemiddelde prijs van de in hun land geproduceerde tomaten niet hadden bevestigd.

8. In de herfst van 2001 hebben de Spaanse en de Portugese autoriteiten aan de Commissie de gemiddelde prijs voor tomaten medegedeeld die in de verkoopseizoenen 1999 en 2000 was betaald aan telers uit de provincie Xinjiang, waaruit ongeveer 88 % van de totale Chinese productie van verwerkte tomaten afkomstig is.

9. De Commissie heeft echter in januari 2002 aan de OEICT laten weten dat zij het niet nodig achtte om verordening nr. 1519/2000 te herzien, omdat het bedrag van de steun in overeenstemming met de artikelen 3 en 4 van de basisverordening was vastgesteld. De Commissie heeft bovendien benadrukt dat de communautaire tomatenindustrie, die een recordhoeveelheid tomaten had verwerkt in het verkoopseizoen 2000/2001, klaarblijkelijk geen nadeel had geleden door de hoogte van de vastgestelde steun.

B — *Procesverloop voor het Gerecht en bestreden arrest*

10. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 18 augustus 2003, hebben een honderdtal ondernemingen uit Spanje, Frankrijk, Griekenland, Italië en Portugal, welke actief zijn in de sector van verwerkte producten op basis van tomaten, beroep ingesteld tot veroordeling van de Commissie tot vergoeding van de schade die zij zouden hebben geleden wegens de methode voor de berekening van de productiesteun die is neergelegd in verordening nr. 1519/2000.

11. In het bestreden arrest oordeelt het Gerecht dat verordening nr. 1519/2000 wordt aangetast door een tweeledige onrechtmatigheid. In de eerste plaats vloeit de onrechtmatigheid voort uit het stilzitten van de Commissie na de brief van 4 februari 2000 aan de Chinese autoriteiten waarin hun om informatie is gevraagd over de gemiddelde prijs van tomaten voor het verkoopseizoen 1999/2000. Een dergelijk stilzitten vormt in de ogen van het Gerecht een voldoende gekwalificeerde schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en van het beginsel van behoorlijk bestuur. In de tweede plaats vloeit de onrechtmatigheid voort uit het feit dat verordening nr. 1519/2000 geen rekening houdt met de prijs van tomaten in China bij de berekening van het steunbedrag aan de communautaire producenten van verwerkte producten op basis van tomaten. Volgens het Gerecht is sprake van een miskenning van de dwingende voorwaarden van de basisverordening, die kan leiden tot de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap.

12. Het Gerecht verwerpt niettemin het beroep, omdat de voorwaarde dat de door de onrechtmatigheid geleden schade reëel en zeker moet zijn, niet is vervuld. In de punten 72 tot en met 77 van het bestreden arrest wordt het volgende overwogen:

„72 Volgens verzoeksters komt hun schade precies overeen met het verschil tussen het steunbedrag dat in verordening nr. 1519/2000 is vastgelegd, en het steunbedrag dat zou zijn vastgesteld indien de Commissie de Chinese prijzen in aanmerking had genomen.

73 In de eerste plaats zij benadrukt dat de Chinese prijzen waarop verzoeksters zich baseren, de prijzen zijn die zij hebben verkregen door tussenkomst van de Spaanse diplomatieke diensten te Peking. Het betreft de gemiddelde prijs die voor tomaten is betaald aan telers uit de provincie Xinjiang, waaruit volgens verzoeksters ongeveer 88 % van de Chinese productie van verwerkte tomaten afkomstig is. Deze cijfers zijn betwist door de Commissie, die vindt dat zij een laag gemiddelde geven. De Commissie zou overigens niet in staat zijn geweest te beoordelen of zij in overeenstemming waren met de basisverordening. Wanneer een ingewikkelde economische situatie moet worden beoordeeld, geldt haar beoordelingsvrijheid echter ook voor de vaststelling van de basisgegevens [...].

74 Aangezien de basisverordening de Commissie een zekere beoordelingsmarge toekent ter zake van de vaststelling van het steunbedrag, is het inderdaad onmogelijk om met zekerheid te bepalen welke weerslag de inaanmerkingneming van de aan de Chinese tomatentelers betaalde prijzen op het steunbedrag zou hebben. Artikel 4, lid 1, bepaalt niet dat de productiesteun gelijk moet zijn aan het verschil tussen de aan de teler in de Gemeenschap betaalde minimumprijs en de prijs van het basisproduct in de voornaamste producerende derde landen. Het legt slechts een bovengrens vast.

75 Dienaangaande zij opgemerkt dat het feit dat de Commissie in het verleden het steunbedrag exact op het verschil tussen de aan de teler in de Gemeenschap betaalde

minimumprijs en de prijs van het basisproduct in de voornaamste producerende en exporterende derde landen heeft bepaald, haar geenszins verplichtte om de steun op dit niveau te handhaven. Het zou zelfs in strijd zijn met de bewoordingen en het doel van de basisverordening dat de Commissie geen rekening houdt met de ontwikkeling van de situatie op de internationale markten en daarmee de afzet van de communautaire productie moeilijker maakt.

76 Verzoeksters kunnen dus niet op goede gronden claimen dat zij recht hebben op de maximale steun, die gelijk is aan het verschil tussen de aan de teler in de Gemeenschap betaalde minimumprijs en de prijs van het basisproduct in de voornaamste derde landen nadat rekening is gehouden met de Chinese prijzen.

77 Derhalve is de door verzoeksters berekende en in de tabel van bijlage A.27 bij het verzoekschrift nader aangegeven schade niet zeker."

13. Rekwirantes concentreren thans hun kritiek op dit onderdeel van het arrest. In de bij het Hof ingestelde hogere voorziening concluderen zij dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat de schade niet zeker was. Derhalve verzoeken zij het Hof om opnieuw recht te doen en vast te stellen dat de voorwaarden voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap in casu vervuld zijn. Met betrekking tot de betaling aan rekwirantes van het saldo van de productiesteun die aan hen verleend had moeten worden, verzoeken zij het Hof om dit punt zelf af te doen, dan wel de zaak ter vaststelling van de geleden schade te verwijzen naar het Gerecht.

II — Beoordeling van de hogere voorziening

14. Tot staving van hun hogere voorziening voeren rekwirantes vier middelen aan. Het eerste middel is ontleend aan een onjuiste rechtsopvatting bij de kwalificatie van het zekere karakter van de schade. De drie andere middelen betreffen fouten die het Gerecht zou hebben begaan bij de afwikkeling van de procedure en de behandeling van de zaak in eerste aanleg. Met hun tweede middel verwijten rekwirantes het Gerecht dat het het beginsel van hoor en wederhoor en het recht te worden gehoord, heeft geschonden. Hun derde middel is ontleend aan een onjuiste opvatting van hun vorderingen in eerste aanleg. Het laatste middel is ontleend aan miskenning door het Gerecht van zijn verplichting om te oordelen en zich uit te spreken over het bedrag van de schade, nadat het de onrechtmatigheid van de handelwijze van de Commissie had vastgesteld.

15. Het eerste middel bestaat, naar de mening van rekwirantes, uit twee onderdelen. In de eerste plaats stellen rekwirantes dat het bestreden arrest is gebaseerd op een

miskenning van de communautaire rechtspraak en van de in de nationale rechtsstelsels erkende beginselen inzake niet-contractuele aansprakelijkheid, doordat het Gerecht ten onrechte het bestaan van een zekere schade en de berekening van het bedrag ervan door elkaar heeft gehaald. In de tweede plaats heeft het Gerecht ter zake van de erkenning van rekwirantes recht op schadevergoeding ten onrechte niet de nodige consequenties verbonden aan zijn vaststellingen betreffende de onrechtmatigheid van de handelwijze van de Commissie.

16. De analyse van rekwirantes vraagt om een inleidende opmerking. Deze analyse lijkt erop neer te komen dat het Gerecht, wegens de door hem vastgestelde onrechtmatigheid van de handelwijze van de Commissie, automatisch de Gemeenschap aansprakelijk had moeten stellen. Deze analyse lijkt te suggereren dat elke onrechtmatigheid die kan leiden tot de aansprakelijkheid van de Gemeenschap een recht op schadevergoeding zou opleveren. Dat is echter niet het geval. Gesteld dat een dergelijke onrechtmatigheid is vastgesteld, dan dient nog te worden nagegaan of de twee andere voorwaarden voor aansprakelijkheid van de Gemeenschap zijn vervuld. [3] Gebleken is immers dat er onregelmatigheden zijn die geen vergoedbare schade veroorzaken. Dat is met name het geval wanneer de gestelde schade als „te verwachten" [4] moet worden aangemerkt of wanneer er geen causaal verband bestaat met de verweten onrechtmatigheid. [5]

17. In het onderhavige geval is het nietslagen van het beroep tot schadevergoeding voor het Gerecht veroorzaakt door het ontbreken van zekerheid over de gestelde schade. De aansprakelijkheid van de Gemeenschap moet worden afgewezen wanneer de betrokken instelling over een zodanige beoordelingsmarge beschikt dat niet met zekerheid kan worden aangetoond dat de onjuiste handelwijze invloed heeft gehad op de genomen beslissing. Deze stelling dient thans te worden besproken.

A — *Beoordelingsfout in het bestreden arrest*

18. Er zijn gevallen waarin men gemakkelijk kan begrijpen dat een onrechtmatige handelwijze die leidt tot duidelijke en voorzienbare gevolgen, geen reële en zekere schade veroorzaakt. Laten wij aannemen dat kan worden aangetoond dat, zelfs zonder dat de onrechtmatigheid is vastgesteld, dezelfde handeling had moeten worden vastgesteld, hetzij omdat deze onrechtmatigheid, die louter van formele of procedurele aard is,

3 — Zie in deze zin arrest van 21 mei 1976, Roquette frères/Commissie (26/74, Jurispr. blz. 677, punt 22).

4 — Zie aldus in het kader van het EGKS-Verdrag, arresten van 12 december 1956, Mirossevich/Hoge Autoriteit (10/55, Jurispr. blz. 391), en 17 december 1959, FERAM/Hoge Autoriteit (23/59, Jurispr. blz. 501, blz. 543); in het kader van het EG-Verdrag, arresten van 14 juli 1967, Kampffmeyer e.a./Commissie (5/66, 7/66 en 13/66 t/m 24/66, Jurispr. blz. 306, blz. 345), en 2 juni 1976, Kampffmeyer e.a./Commissie en Raad (56/74 t/m 60/74, Jurispr. blz. 711, punt 6).

5 — Zie met name arresten van het Hof van 17 december 1981, Ludwigshafener Walzmühle e.a./Raad en Commissie (197/80 t/m 200/80, 243/80, 245/80 en 247/80, Jurispr. blz. 3211, punt 51), en van het Gerecht van 25 juni 1997, Perillo/Commissie (T-7/96, Jurispr. blz. II-1061, punten 41 t/m 46).

niet van invloed is op de inhoud van deze handeling [6], hetzij omdat de betrokken instelling krachtens een gebonden bevoegdheid in ieder geval een identieke handeling moet vaststellen. In een dergelijk geval kan worden geoordeeld dat, hoewel er sprake is van een fout, de schade niet is vastgesteld. Het lijkt mij immers terecht om geen schadeloosstelling toe te kennen voor de gevolgen van een onrechtmatige handeling die hoe dan ook eenzelfde inhoud moet krijgen.

19. Het onderhavige geval ligt volkomen anders. In deze zaak heeft de Commissie zich voor het Gerecht en vervolgens voor het Hof in wezen beperkt tot de uiteenzetting dat krachtens de aan haar verleende beoordelingsmarge het niet uitgesloten is dat de toegekende steun hetzelfde zou zijn geweest als die welke is voorzien in verordening nr. 1519/2000. Daaruit zou voortvloeien dat haar onrechtmatige handelwijze niet kan worden geacht te hebben geleid tot een voor vergoeding in aanmerking komende schade. Naar mijn mening zijn er twee redenen die zich verzetten tegen een dergelijke analyse.

20. De eerste vloeit voort uit de rechtspraak van het Hof. Het komt zeker voor dat het feit dat de Commissie over een beoordelingsmarge beschikt, kan rechtvaardigen dat er geen sprake is van een zekere schade. Wanneer een sollicitant voor een betrekking of een inschrijver op een aanbesteding door een fout van de Gemeenschap wordt uitgesloten van het recht om mee te dingen, weigert de rechter in het algemeen het daaruit voor de belanghebbende voortvloeiende *verlies van de mogelijkheid* te vergoeden. De reden daarvan is dat deze belanghebbende niet kan rekenen op een recht of op een gewettigde verwachting dat hij de betrokken betrekking of de betrokken opdracht zal verkrijgen. [7] In dat geval is, omdat de Commissie over een ruime beoordelingsmarge beschikt bij de toewijzing van de betrekking of de opdracht, de materiële schade die het gevolg is van de derving van de inkomsten die zouden zijn voortgevloeid uit het verkrijgen van de betrekking of de opdracht te onzeker om voor schadevergoeding in aanmerking te komen. Deze rechtspraak is echter slechts toepasselijk in duidelijk afgebakende gevallen van verlies van mogelijkheden. Buiten dergelijke gevallen geldt het beginsel dat de erkenning dat de betrokken instelling over een beoordelingsmarge beschikt, niet in de weg staat aan de vaststelling van een te vergoeden schade. [8] In het onderhavige geval voeren rekwirantes een *winstderving* aan, die het gevolg is van het feit dat een steunbedrag waarop zij menen recht te hebben, niet volgens de regels is toegekend. Aan de orde is niet de discretionaire bevoegdheid die de Commissie zou hebben kunnen uitoefenen, indien de onrechtmatigheid niet was begaan, maar de uitkomst van de daadwerkelijke uitoefening van deze bevoegdheid. In dat geval, zoals het Hof herhaaldelijk heeft bevestigd, dient enkel te worden nagegaan of de gestelde schade de grenzen van het economisch risico, verbonden aan de activiteiten in de betrokken sector, overschrijdt. [9]

6 — In de zaak United Brands/Commissie (arrest van 14 februari 1978, 27/76, Jurispr. blz. 207, punt 286), oordeelde het Hof aldus dat, wat betreft een grief met betrekking tot de partijdige houding van de Commissie bij de afwikkeling van een mededingingsprocedure, „het procesdossier niets bevat wat de conclusie kan wettigen dat de aangevallen beschikking niet zou zijn gegeven of anders zou zijn uitgevallen wanneer de gewraakte uitlatingen — welke op zich betreurenswaardig zijn — niet waren gedaan".

7 — Zie met name arresten van het Gerecht van 29 oktober 1998, TEAM/Commissie (T-13/96, Jurispr. blz. II-4073, punt 76); 9 juli 1999, New Europe Consulting en Brown/Commissie (T-231/97, Jurispr. blz. II-2403, punt 51), 17 maart 2005, AFCon Management Consultants e.a./Commissie (T-160/03, Jurispr. blz. II-981, punt 112), en 6 april 2006, Camós Grau/Commissie (T-309/03, Jurispr. blz. II-1173, punt 149).

8 — Zie met name arrest van 14 mei 1975, CNTA/Commissie (74/74, Jurispr. blz. 533, punten 21 en 42).

9 — Zie in deze zin arresten van 4 oktober 1979, Ireks-Arkady/Raad en Commissie (238/78, Jurispr. blz. 2955, punt 11), en 6 december 1984, Biovilac/Europese Economische Gemeenschap (59/83, Jurispr. blz. 4057, punt 28).

21. De tweede reden heeft betrekking op de systematiek. Erkennen dat de beoordelingsmarge van de betrokken instelling medebepalend zou kunnen zijn bij de beoordeling of een schade reëel is, schept het risico dat aan het beroep wegens niet-contractuele aansprakelijkheid voor een groot deel zijn nuttig effect wordt ontnomen. Er zou immers alle reden zijn om te vrezen dat de aangesproken instelling zou volstaan met het *algemene* bewijs dat zij over een zekere mate van handelingsvrijheid beschikt, teneinde te bewijzen dat deze vrijheid had mogen worden benut om tot dezelfde oplossing te komen als de oplossing die de gestelde schade heeft veroorzaakt. Deze uitbreiding van de aansprakelijkheidsuitsluitingsgronden is des te minder aanvaardbaar, omdat het aansprakelijkheidsberoep op basis van artikel 288 EG kan worden ingesteld door particulieren die, wegens de strikte ontvankelijkheidseisen van het beroep tot nietigverklaring van artikel 230 EG, niet de mogelijkheid hebben om de handeling die ten grondslag ligt aan de schade die zij stellen te hebben geleden, rechtstreeks aan te vechten. Wat dat betreft heeft het Hof reeds geoordeeld dat „het beroep tot schadevergoeding [...] [moet] worden beoordeeld in het licht van het gehele stelsel van de rechtsbescherming van particulieren." [10]

22. In deze omstandigheden wettigt de omstandigheid dat de Commissie op het betrokken gebied ter vaststelling van het bedrag van de productiesteun over een zekere beoordelingsmarge beschikte, op zich niet de conclusie dat de door een schending van de regels met betrekking tot de berekeningsmethode van genoemde steun veroorzaakte schade onzeker is. Het Gerecht heeft miskend dat in dat geval nog moet worden nagegaan of in omstandigheden waarin de verweten onrechtmatigheid niet zou zijn begaan, de Commissie de steun op hetzelfde niveau had moeten handhaven. Door zijn oordeel te baseren op de algemene erkenning van een zekere beoordelingsmarge van de betrokken instelling, zonder na te gaan of de vastgestelde onrechtmatigheid geen enkele invloed heeft gehad op de uiteindelijke oplossing, heeft het Gerecht naar mijn mening blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

23. Dat betekent evenwel niet dat de omstandigheid dat een instelling over een beoordelingsmarge beschikt niet relevant is in het kader van een beroep wegens niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap. Het is duidelijk dat dit van belang is, maar dan wel op een ander niveau. Het telt om te beginnen mee bij de eerste voorwaarde voor de vaststelling van de aansprakelijkheid. Zoals bekend vereist de rechtspraak voor de vaststelling dat de schending van een rechtsregel die ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen, voldoende gekwalificeerd is, dat er sprake is van een kennelijke en ernstige miskenning door de betrokken gemeenschapsinstelling van de grenzen waarbinnen haar beoordelingsbevoegdheid dient te blijven. [11] Het is derhalve in dit stadium van wezenlijk belang om de beoordelingsmarge te bepalen waarover de betrokken instelling in casu beschikt. [12] Het Gerecht heeft zich in

10 — Arrest van 26 februari 1986, Krohn/Commissie (175/84, Jurispr. blz. 753, punt 27).

11 — Zie aldus arrest van 10 december 2002, Commissie/Camar en Tico (C-312/00 P, Jurispr. blz. I-11355, punt 54).

12 — Zie in deze zin arrest van 12 juli 2005, Commissie/CEVA en Pfizer (C-198/03 P, Jurispr. blz. I-6357, punt 66).

de punten 42 tot en met 47 van het bestreden arrest van deze taak gekweten. [13]

24. Het kan vervolgens eveneens gerechtvaardigd zijn rekening te houden met de omvang en de begrenzing van deze beoordelingsmarge bij de begroting van het bedrag van de schade. Zo is het juist dat indien de Commissie op dit gebied over een zekere beoordelingsmarge beschikt bij de vaststelling van de basisgegevens en het bedrag van de steun, rekwirantes niet de gewettigde verwachting konden koesteren om in alle gevallen een maximale steun te verkrijgen, gelijk aan het verschil tussen de aan producenten binnen de Gemeenschap betaalde minimumprijs en de prijs van het basisproduct in de belangrijkste derde landen, zoals bepaald na inaanmerkingneming van de Chinese prijzen. Dat is de strekking van de beoordeling van het Gerecht in de punten 73 tot en met 76 van het bestreden arrest. In dat geval wordt de schade uitsluitend veroorzaakt door het verlies van het steunbedrag waarop rekwirantes recht zouden hebben gehad, indien de fout betreffende de inaanmerkingneming van de Chinese prijzen niet was begaan, rekening houdend echter met de correctiecoëfficiënten die de Commissie alsdan had mogen toepassen met het oog op de aanpassing van het steunbedrag. [14]

25. Een dergelijke beoordeling had echter moeten plaatsvinden in het kader van de vaststelling van de *omvang* van de gestelde schade. Dit kan niet meespelen bij de beoordeling van de vraag of de schade *reëel* is. Het bestreden arrest verwart deze twee vragen, die van verschillende aard zijn, in zekere mate. Het lijkt mij onbetwistbaar dat de precieze invloed van de begane fout moeilijk is vast te stellen vanwege de verschillende gegevens die de Commissie in aanmerking mocht nemen. Maar dat valt hoofdzakelijk onder het onderzoek van de omvang van de geleden schade. Vooraf moest worden nagegaan of er sprake was van een reële schade, dat wil zeggen of de schending van de bepalingen voor de berekening van de steun een negatieve invloed heeft gehad op de situatie van rekwirantes.

26. In het kader van aansprakelijkheidsberoep dient een duidelijk onderscheid te worden gemaakt tussen het onderzoek van het bestaan van de schade en de vaststelling van de precieze omvang van deze schade voor de situatie van de betrokken personen. Het is zeker mogelijk dat de schade in de praktijk een zeer beperkte omvang blijkt te hebben. Maar om aan te tonen dat een schade reëel en zeker is, volstaat de vaststelling dat het ontstaan ervan noch zuiver hypothetisch, noch enkel voorwaardelijk is en dat zij leidt tot een waardeerbaar verlies. Een zekere schade betekent niet dat de schade exact kan worden berekend; het is de schade die in normale omstandigheden moet voortvloeien uit de handelwijze van de aangesproken instelling en die economisch kan worden gewaardeerd. Overigens staat volgens vaste rechtspraak van het Hof artikel 288 EG „niet in de weg aan een beroep op het Hof tot vaststelling van de aansprakelijkheid der Gemeenschap voor op

13 — Zie, in vergelijking met het bestreden arrest, arrest van het Gerecht van 18 september 1995, Nölle/Raad en Commissie (T-167/94, Jurispr. blz. II-2589, punt 89).

14 — Zie punt 31 van deze conclusie.

handen zijnde — en met voldoende zekerheid te verwachten — schade, zelfs niet wanneer het nadeel nog niet nauwkeurig kan worden becijferd." [15]

B — *De juiste kwalificatie van de schade*

27. Uit het bovenstaande volgt dat de beoordeling door het Gerecht dat het bestaan van de schade onzeker was, onjuist moet worden geacht. Deze fout is van dien aard dat zij moet leiden tot vernietiging van het bestreden arrest, tenzij zou blijken dat het dictum ervan op andere rechtsgronden gerechtvaardigd voorkomt. [16] Er dient derhalve te worden nagegaan of, rekening houdend met de beoordeling in het bestreden arrest en de feiten uit het dossier, het Gerecht terecht tot een dergelijk resultaat is gekomen.

28. Op het eerste gezicht vertoont de onderhavige zaak een zekere gelijkenis met een eerdere zaak waarin het Hof een beroep wegens aansprakelijkheid heeft verworpen op grond dat de gestelde verliezen niet waren bewezen.

29. In de zaak Lesieur Cotelle e.a./Commissie [17] stelden verwerkers van koolzaad dat de prijzen voor hun producten waren gedaald als gevolg van de afschaffing van de compenserende bedragen, die niet werd gecompenseerd door de steun waarop zij meenden recht te hebben. Het Hof preciseert dat het de argumentatie van verzoekers met name uitlegt in de zin dat zij „misleid door de invoering van het stelsel van compenserende bedragen, ertoe waren overgegaan zaad in de Gemeenschap te betrekken en hiervoor steunprefixaties te vragen, ervan uitgaande dat de aankoop van zaad op de wereldmarkt hun bijzonder duur te staan zou komen wegens de verplichting tot betaling van de compenserende bedragen; [...] dat, toen deze veronderstelling na de intrekking dier bedragen onjuist bleek, intussen de mogelijkheid voor hen was afgesneden goedkoper zaad op de wereldmarkt te betrekken, voor welke schade zij de Gemeenschap aansprakelijk stellen". [18] In de ogen van het Hof waren deze gestelde verliezen echter niet duidelijk aangetoond. In de eerste plaats hield de verwachte steun niet rechtstreeks verband met het bestaan van het betwiste stelsel. De invoering van het stelsel van compenserende bedragen beoogde immers niet rechtstreeks om de communautaire producenten te beschermen, maar om verstoringen van het intracommunautaire handelsverkeer te voorkomen. [19] In de tweede plaats was het niet duidelijk dat de verwerkers met een prijs-

15 — Arrest van 14 januari 1987, Zuckerfabrik Bedburg e.a./Raad en Commissie (281/84, Jurispr. blz. 49, punt 14).

16 — Zie in deze zin arrest van 9 juni 1992, Lestelle/Commissie (C-30/91 P, Jurispr. blz. I-3755, punt 28).

17 — Arrest van 17 maart 1976 (67/75 t/m 85/75, Jurispr. blz. 391).

18 — Punt 20.

19 — Punten 26 en 47.

verlaging van hun producten waren geconfronteerd. Het Hof preciseert juist dat „de herhaalde bewering van [de Commissie] dat het prijspeil in de gemeenschappelijke markt na deze intrekking onveranderd is gebleven, niet ernstig is weersproken". [20]

30. Hoewel de argumenten van partijen in casu zich voor eenzelfde uitlegging lijken te lenen, is de onderhavige zaak op volstrekt andere gegevens gebaseerd. Enerzijds heeft de steunregeling die hier onjuist is toegepast, tot doel de productie van bepaalde verwerkte producten die „bijzonder belangrijk zijn voor de mediterrane regio's van de Gemeenschap" te ondersteunen door deze te beschermen tegen de internationale mededinging, waar de productiekosten beduidend lager liggen. [21] Anderzijds lijkt het in het onderhavige geval amper betwistbaar dat de door de Commissie begane berekeningsfout een negatieve invloed heeft gehad op de situatie van rekwirantes. Dat blijkt naar mijn mening uit twee feiten die in het kader van de beoordeling door het Gerecht duidelijk zijn vastgesteld.

31. In de eerste plaats blijkt uit de basisverordening dat het bedrag van de aan producenten in derde landen betaalde prijzen een fundamenteel en onontbeerlijk element vormt bij de berekening van de steun. [22] In die zin heeft het Gerecht in punt 57 van het bestreden arrest verklaard dat „[d]e Commissie [...] dus rekening [*moest*] houden met de Chinese prijs" bij de berekening van de toe te kennen steun voor het litigieuze jaar. [23] In de tweede plaats blijkt duidelijk uit het bestreden arrest, dat de door de Commissie begane fout tot gevolg heeft gehad dat de prijs van het basisproduct in de voornaamste producerende derde landen te hoog is geschat. [24] Deze prijs is onderdeel van het basiscriterium voor de berekening van het bedrag van de steun, zoals voorzien in artikel 4, lid 2, sub a, van de basisverordening. De verhoging van deze prijs leidt tot een verkleining van het verschil tussen de kosten van het basisproduct in de Gemeenschap en de kosten van het basisproduct in de belangrijkste concurrerende derde landen en bijgevolg tot een vermindering van de daadwerkelijke grondslag van het steunbedrag. Het is weliswaar niet uitgesloten dat een correct berekende grondslag afhankelijk van andere criteria nog wordt gecorrigeerd, met name door de verlagingcoëfficiënt zoals voorzien in punt c van dezelfde bepaling, doch het lijkt duidelijk dat een onjuiste toepassing, in de aangeduide zin, van het basiscriterium a priori enkel negatieve gevolgen kan hebben voor de uiteindelijke vaststelling van het steunbedrag.

32. Volgens vaste rechtspraak is het aan de verzoekende partij om aan de communautaire rechter overtuigende bewijzen over te leggen voor het bestaan en de omvang van de schade die zij stelt te hebben geleden. [25] In het onderhavige geval hebben rekwirantes

20 — Punt 19.

21 — Tweede overweging van de considerans van de basisverordening.

22 — Vierde overweging van de considerans van de basisverordening.

23 — Cursivering door mij.

24 — Het Gerecht herinnert er in punt 67 van het bestreden arrest aan, dat de Commissie toegeeft dat de inaanmerkingneming van de prijs van het Chinese basisproduct in eerste instantie tot een aanzienlijke verlaging van de geschatte prijs van het basisproduct in de voornaamste producerende en exporterende landen kon leiden.

25 — Zie in deze zin arrest van 7 mei 1998, Somaco/Commissie (C-401/96 P, Jurispr. blz. I-2587, punt 71).

duidelijk aangetoond dat een nieuwe vaststelling van de juiste prijs voor het basisproduct zou moeten leiden tot een verhoging van het ontvangen steunbedrag. In deze omstandigheden was het aan de Commissie om aan te tonen dat in de onderhavige omstandigheden en rekening houdend met alle gegevens waarover zij beschikt, deze verwachting niet gegrond was. Zij kon zich niet beperken tot de stelling, zoals zij heeft gedaan volgens punt 67 van het bestreden arrest, dat gelet op haar discretionaire bevoegdheid een verhoging van het steunbedrag niet zeker was. Zij had nog moeten aantonen dat het strookte met een juiste toepassing van artikel 4, lid 2, van de basisverordening om de steun te handhaven op het in de litigieuze verordening vastgestelde niveau. Het blijkt dat een dergelijke analyse in het onderhavige geval niet heeft plaatsgevonden.

33. Hieruit volgt dat de gestelde schade als een reële en zekere schade had moeten worden beschouwd.

C — *Het bezwaar van de Commissie*

34. De Commissie stelt evenwel dat de schade enkel werkelijk is aangetoond wanneer kan worden vastgesteld dat de doelstelling van de steun, zoals deze blijkt uit artikel 4, lid 2, van de basisverordening, namelijk het mogelijk maken dat het communautaire product wordt afgezet, niet is gehaald. Volgens haar wijst alles erop dat het in verordening nr. 1519/2000 vastgestelde bedrag het mogelijk heeft gemaakt om deze doelstelling te halen.

35. Dit bezwaar kan op twee verschillende manieren worden uitgelegd, doch het moet hoe dan ook worden afgewezen.

36. Het lijkt er om te beginnen op dat de Commissie met dit bezwaar het principe zelf dat zij aansprakelijk kan worden gesteld, wil bestrijden. Zij lijkt van mening te zijn dat de aan haar verweten onrechtmatige gedraging geen beslissende invloed heeft gehad op de einduitkomst van haar handelwijze, die volgens haar in overeenstemming is met de haar in de basisverordening opgedragen doelstelling. Wanneer dat de intentie van haar bezwaar is, had zij incidenteel hogere voorziening moeten instellen tegen de beoordeling door het Gerecht van de rechtmatigheid van haar gedraging. Bij gebreke daarvan dient het oordeel van het Gerecht dat er sprake is van een onrechtmatigheid die kan leiden tot de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap als definitief te worden aangemerkt en kan het niet worden bestreden. Wat dat betreft is het bezwaar niet-ontvankelijk.

37. De Commissie stelt in dit verband echter eveneens dat het feit dat de communautaire productie goed is afgezet tijdens het litigieuze verkoopseizoen, overeenkomstig het doel van de basisverordening, aantoont dat verordening nr. 1519/2000 geen enkele voor vergoeding in aanmerking komende schade heeft veroorzaakt. Zij citeert dienaangaande een brief van de directeur-generaal Landbouw aan rekwirantes van 7 januari 2003,

waarin hij verklaarde: „Ik stel *achteraf* vast dat de steun is vastgesteld op een niveau dat de sector niet lijkt te hebben benadeeld. Gedurende het verkoopseizoen van 2000/2001 heeft de communautaire tomatenindustrie voor het tweede opeenvolgende jaar een recordniveau bereikt bij de verwerking."

38. Om duidelijk aan te tonen welke fout er achter een dergelijk argument schuilgaat, dient kort de voor deze sector door de Gemeenschap in het leven groepen complexe organisatie te worden beschreven. Deze organisatie is gebaseerd op een beschermingsmechanisme en op een regeling met dubbele contracten. Het beschermingsmechanisme is geregeld in de basisverordening. Deze bepaalt dat voor de aanvang van elk verkoopseizoen, dat gewoonlijk plaatsvindt in juli, een aan telers van tomaten te betalen minimumprijs wordt vastgesteld. Tegelijkertijd wordt er productiesteun toegekend aan verwerkers van tomaten die aan de telers ten minste de minimumprijs hebben betaald. Het steunbedrag wordt zodanig vastgesteld dat het mogelijk is „het verschil [te] [...] compenseren tussen de aan de producenten in de Gemeenschap en de in derde landen betaalde prijzen" [26]. Deze regeling gaat vergezeld van een stelsel van contracten, dat is voorzien in verordening (EG) nr. 504/97 van de Commissie van 19 maart 1997 houdende uitvoeringsbepalingen van verordening nr. 2201/96. [27] Volgens dit stelsel worden er reeds vóór de aanplant voorcontracten gesloten tussen de telers en de producenten van tomaten. Dit heeft tot doel „om de telers ertoe aan te zetten hun areaal aan de reële behoeften van de verwerkende industrie aan te passen" [28]. Het is van belang op te merken dat deze contracten betrekking hebben op hoeveelheden, zonder de te betalen prijzen te vermelden. [29] Eerst na de vaststelling van de minimumprijs en de productiesteun worden op basis van deze voorcontracten verwerkingscontracten gesloten die de te betalen prijs vermelden. [30]

39. Deze korte beschrijving toont aan, dat de afzet van de communautaire productie in wezen berust op het vertrouwen van de verwerkers in de regelmatige toepassing van de door de Gemeenschap vastgestelde steunregelingen. De verwerkers worden door het stelsel van voorcontracten aangemoedigd om zich te verbinden de communautaire productie af te zetten in ruil voor steun, nog voordat zij het bedrag van de minimumprijs en van de steun kennen. Inderdaad staat op het moment van deze verbintenis niet vast, of deze steun het gehele commerciële risico zal dekken dat verbonden is aan de aankoop van tomaten in de Gemeenschap. De verwerkers moeten echter ten minste de zekerheid hebben dat de steun zal worden vastgesteld in regelmatige omstandigheden, overeenkomstig de criteria van artikel 4, lid 2, van de basisverordening. Door de

26 — Vierde overweging van de considerans van de basisverordening.

27 — PB L 78, blz. 14.

28 — Zevende overweging van de considerans van verordening nr. 504/97.

29 — Artikel 6, lid 2, van verordening nr. 504/97.

30 — Artikel 7 van verordening nr. 504/97.

steunregeling onregelmatig toe te passen, heeft de Commissie ertoe bijgedragen dat rekwirantes opnieuw met een deel van het commerciële risico werden opgezadeld, dat zij krachtens de door de Gemeenschap vastgestelde regeling niet hadden hoeven dragen.

40. Het lijkt mij om die reden dat verweerster zich ten onrechte op de inachtneming van een doelstelling beroept die door rekwirantes moet worden verwezenlijkt onder de garantie dat zij steun zullen ontvangen wanneer de basisverordening volgens de regels wordt toegepast. De Commissie kan zich niet beroepen op een resultaat dat zijzelf in gevaar heeft gebracht door een onregelmatige toepassing van de criteria die zij dient te hanteren om dat resultaat te bereiken. Een resultaat dat zij in ieder geval niet kon voorzien op het moment dat de verweten onrechtmatigheid is begaan. Hieruit volgt dat dit bezwaar ongegrond is.

III — Conclusies van de beoordeling

41. Het eerste door rekwirantes aangevoerde middel dient gegrond te worden verklaard en bijgevolg dient het bestreden arrest gedeeltelijk te worden vernietigd. Aangezien de andere middelen van de hogere voorziening zijn gericht tegen hetzelfde onderdeel van het bestreden arrest, is het niet noodzakelijk deze te bespreken.

42. Overeenkomstig artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie vernietigt het Hof in geval van gegrondheid van de hogere voorziening de beslissing van het Gerecht. Het kan dan zelf de zaak afdoen wanneer deze in staat van wijzen is, dan wel haar voor afdoening verwijzen naar het Gerecht.

43. Aangezien het Gerecht noch de gelegenheid heeft gehad om te beoordelen of de derde voorwaarde voor aansprakelijkheid van de Gemeenschap, te weten het causaal verband tussen de onrechtmatigheid van de verweten gedraging en het bestaan van de schade, was vervuld, noch heeft kunnen oordelen over de aard en de precieze omvang van de door rekwirantes geleden schade, is de zaak niet in staat van wijzen. Het is van belang dat het Gerecht beschikt over een autonome bevoegdheid om deze onderzoeken te verrichten, die beoordelingen van ingewikkelde feiten en gegevens impliceren, en zich in voorkomend geval uit te spreken over de vraag of het opportuun is partijen op te roepen om te pogen overeenstemming te bereiken over het bedrag van de vergoeding van de veroorzaakte schade. Daarom dient de zaak te worden verwezen naar het Gerecht en dient de beslissing omtrent de kosten te worden aangehouden.

IV — Conclusie

44. Uit het geheel van bovenstaande overwegingen volgt dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de gestelde schade niet zeker was. Derhalve geef ik het Hof in overweging:

— het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 17 maart 2005, Agraz e.a./Commissie (T-285/03) te vernietigen, en

— de zaak te verwijzen naar het Gerecht van eerste aanleg.