CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. TESAURO

van 5 juni 1997 *

1. De onderhavige hogere voorziening van de vennootschap naar Engels recht Blackspur DIY, in liquidatie, en haar aandeelhouders-bestuurders Kellar, Glancy en Cohen (hierna: „rekwiranten") strekt tot vernietiging van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 18 september 1995 [1], waarbij het beroep strekkende tot veroordeling van de Raad en de Commissie tot vergoeding van de schade die zij stellen te hebben geleden, doordat een anti-dumpingrecht is ingesteld op de invoer van schilderkwasten van oorsprong uit de Chinese Volksrepubliek.

De feiten

2. Naar aanleiding van een klacht van de Europese Federatie van de borstel-, kwasten- en penseelindustrie (hierna: „FEIBP") opende de Commissie een onderzoek ter zake van de invoer van bepaalde soorten borstels, kwasten en penselen van oorsprong uit China. Nadat de betrokken Chinese exporteur zich ertoe had verbonden de uitvoer te beperken, werd de procedure zonder instelling van een anti-dumpingrecht beëindigd bij besluit 87/104/EEG van de Raad. [2]

3. In 1988 diende de FEIBP een tweede klacht in, ditmaal omdat de Chinese exporteur zijn verbintenis niet nakwam. Naar aanleiding van die klacht werd de anti-dumpingprocedure heropend. De procedure mondde uit in de vaststelling van verordening (EEG) nr. 3052/88 van 29 september 1988 houdende instelling van een voorlopig anti-dumpingrecht op de invoer van bepaalde soorten borstels, kwasten en penselen voor het schilderen, verven, behangen en dergelijke, van oorsprong uit de Volksrepubliek China [3], in werking getreden op 5 oktober 1988. Het voorlopige anti-dumpingrecht bedroeg 69 % van de nettoprijs per stuk van de betrokken producten (artikel 1, lid 2).

Bij besluit 88/576/EEG van 14 november 1988 [4] trok de Raad besluit 87/104 in en op 20 maart 1989 stelde hij een definitief recht, gelijk aan het voorlopige, in bij verordening (EEG) nr. 725/89 tot instelling van een definitief anti-dumpingrecht op de invoer van bepaalde soorten borstels, kwasten en penselen voor het schilderen, verven, behangen en dergelijke, van oorsprong uit de Volksrepubliek China, en definitieve inning van het voorlopige anti-dumpingrecht dat op deze invoer is ingesteld. [5]

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1 — Zaak T-168/94, Jurispr. 1995, blz. II-2627.

2 — PB 1987, L 46, blz. 45.

3 — PB 1988, L 272, blz. 16.

4 — PB 1988, L 312, blz. 33.

5 — PB 1989, L 79, blz. 24.

4. Naar het Gerecht heeft kunnen nagaan [6], plaatste de vennootschap Blackspur, in 1988 opgericht met als doel de verkoop van gereedschap voor doe-het-zelvers, in juli van dat jaar een eerste order voor kwasten van oorsprong uit China. De inklaring gebeurde op 5 oktober 1988, de datum van inwerkingtreding van verordening nr. 3052/88. Op 5 maart 1990 vorderden de douaneautoriteiten van het Verenigd Koninkrijk betaling van het recht. In augustus 1990 werd Blackspur onder bewind (receivership) gesteld en vervolgens failliet verklaard.

5. Bij arrest van 22 oktober 1991 [7] verklaarde het Hof verordening nr. 725/89 in het kader van een procedure krachtens artikel 177 van het Verdrag ongeldig. [8] Daarop hervatte de Commissie het onderzoek [9]; bij besluit van 18 mei 1993 beëindigde zij de procedure zonder instelling van een antidumpingrecht. [10]

6. Op 10 augustus 1993 hebben rekwiranten bij het Hof beroep ingesteld strekkende tot vergoeding van de schade die zij door onrechtmatige gedragingen van de Gemeenschap in verband met de instelling van een anti-dumpingrecht zouden hebben geleden. Krachtens artikel 4 van het besluit tot wijziging van besluit 88/591/EGKS, EEG, Euratom tot instelling van een Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen, is de zaak naar het Gerecht verwezen. [11]

Het arrest van het Gerecht

7. In het geding voor het Gerecht hebben de Commissie en de Raad een exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen, op grond dat rekwiranten het bestaan van de elementen voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap niet hebben aangetoond: de onwettigheid van de gelaakte handeling, de geleden schade en het causaal verband tussen beide. De exceptie is met de zaak ten gronde gevoegd.

6 — Zoals de Commissie in haar verweerschrift opmerkt, bestaat er enige verwarring omtrent de precieze datum van de eerste order, zoals die door verzoekers is opgegeven. Waar in het verzoekschrift sprake is van de maand juli 1988, wordt die datum in repliek uitdrukkelijk gerectificeerd door de vermelding dat de eerste order in mei 1988 is geplaatst. In de hogere voorziening stellen verzoekers, dat de eerste order ter waarde van 100 000 UKL in april 1988 is geplaatst (in het verzoekschrift bij het Gerecht van eerste aanleg stelden zij, dat zij in mei 1988 nog met de exporteur over het contract onderhandelden), doch dat het pas in juli 1988 gedeeltelijk is bevestigd.

7 — Zaak C-16/90, Nölle, Jurispr. 1991, blz. I-5163.

8 — Het Hof oordeelde met name, dat de normale waarde van de betrokken producten niet was vastgesteld „op passende en niet onredelijke wijze" in de zin van artikel 2, lid 5, van verordening (EEG) nr. 2423/88 van de Raad van 11 juli 1988 betreffende beschermende maatregelen tegen invoer met dumping of subsidiëring uit landen die geen lid zijn van de Europese Economische Gemeenschap (PB 1988, L 209, blz. 1).

9 — Zie het bericht in verband met de anti-dumpingprocedure met betrekking tot de invoer van bepaalde kwasten voor verven, witkalken of vernissen, van oorsprong uit de Volksrepubliek China (PB 1992, C 24, blz. 3).

10 — Besluit 93/325/EEG tot beëindiging van de anti-dumpingprocedure betreffende de invoer van bepaalde soorten borstels, kwasten en penselen voor het schilderen, verven, behangen en dergelijke, van oorsprong uit de Volksrepubliek China (PB 1993, L 127, blz. 15).

11 — Besluit 93/350/Euratom, EGKS, EEG van de Raad van 8 juni 1993 (PB 1993, L 144, blz. 21).

8. Het Gerecht heeft terecht gewezen op de rechtspraak van het Hof, dat „voor aansprakelijkheid van de Gemeenschap (...) volgens vaste rechtspraak, voldaan moet zijn aan een aantal voorwaarden betreffende de onrechtmatigheid van de aan de instellingen verweten gedraging, de werkelijk geleden schade en het bestaan van een causaal verband tussen die gedraging van de betrokken instelling en de gestelde schade" [12], en dat het bewijs van het causaal verband (en van de andere voorwaarden voor aansprakelijkheid) door de verzoeker moet worden geleverd. [13] Het Gerecht heeft zich vervolgens enkel gebogen over het probleem van het causaal verband, en is tot de bevinding gekomen, dat rekwiranten dit causaal verband niet hadden aangetoond; het verwierp dan ook het beroep.

9. Het Gerecht stelde met name vast, dat de jaarrekeningen van Blackspur over 1988/1989 en 1989/1990 niet bij het dossier waren gevoegd, en onderzocht de van een accountantskantoor afkomstige documenten teneinde na te gaan of de stellingen van rekwiranten met betrekking tot de oorzaak van de schade gegrond waren (r. o. 44).

Op basis van de door rekwiranten overgelegde stukken, inzonderheid bijlage 22 bij de repliek, stelde het Gerecht vast, dat Blackspur tussen haar oprichting en de opening van de faillissementsprocedure in augustus 1990 slechts één partij kwasten van oorsprong uit China heeft ingevoerd, ter waarde van 40 948,38 UKL (in werkelijkheid bedroeg de nettowaarde exclusief rechten en BTW slechts 22 831,55 UKL). Uit het eveneens door rekwiranten overgelegde verslag van het accountantskantoor leidde het Gerecht af, dat alleen al in de periode juli 1988 — augustus 1989 een omzet van 1 435 384 UKL was gerealiseerd.

10. Het Gerecht merkte dan ook op, dat de bewering van Blackspur, dat de invoer van kwasten van oorsprong uit China in de periode vóór de instelling van het antidumpingrecht de helft van haar omzet vertegenwoordigde, door geen enkel bewijs werd gesteund.

Voorts stelde het Gerecht vast, dat blijkens de brief van het accountantskantoor 40,44 % van de omzet over die periode afkomstig was uit de verkoop van kwasten met een totale waarde van 580 503 UKL en dat dit in strijd was met de bewering van rekwiranten, dat het anti-dumpingrecht er de oorzaak van was, dat Blackspur geen alternatieve bevoorradingsbronnen had kunnen vinden. Uit bovengenoemde brief leidde het Gerecht af, dat in de daaropvolgende periode (september 1989 — juli 1990) de omzet van Blackspur met ongeveer 30 % was gestegen, ofschoon het aandeel van de verkoop van

12 — Zie r. o. 38 van het bestreden arrest.

13 — Naast de door het arrest in r. o. 40 van het bestreden arrest vermelde arresten, zie arresten Hof van 21 januari 1976 (zaak 40/75, Société des produits Bertrand SA, Jurispr. 1976, blz. 1, r. o. 14), 17 december 1981 (gevoegde zaken 197/80, 198/80, 199/80, 200/80, 243/80, 245/80 en 247/80, Ludwigshafener Walzmühle Erling e. a., Jurispr. 1981, blz. 3211, r. o. 51-55) en 15 maart 1984 (zaak 310/81, EISS, Jurispr. 1984, blz. 1341, r. o. 16).

kwasten aanzienlijk was gedaald, namelijk van 40,44 tot 3,01 %.

11. Het Gerecht concludeerde dan ook, dat het verlies van de afzetmarkt van kwasten van oorsprong uit China Blackspur geenszins heeft belet om haar handelsactiviteiten voort te zetten tot in augustus 1990, toen de faillissementsprocedure is geopend. Het Gerecht merkte met name op, dat de brief van het accountantskantoor geen aanwijzing bevatte waaruit bleek in hoeverre de financiële resultaten van Blackspur onder het verlies van de markt van goedkope kwasten zouden hadden geleden, en dat er geen ander bewijsmateriaal voorhanden was, waaruit bleek dat de slechte financiële resultaten voortvloeiden uit de stopzetting van de verkoop van kwasten van oorsprong uit China.

12. Aangezien het causaal verband tussen de gestelde onwettige gedraging en de gestelde schade niet was aangetoond, wees het Gerecht Blackspurs schadevordering af, zonder in te gaan op de vraag of schade was ontstaan en of er een onwettige handeling was geweest. Het Gerecht wees bijgevolg ook de schadevordering van de overige rekwiranten af, zowel in hun hoedanigheid van borgen (als zodanig gehouden tot nakoming van de borgstelling jegens de schuldeisers van de vennootschap) als in hun hoedanigheid van aandeelhouders (die de waardedaling van hun participatie in de vennootschap en het verlies van hun kapitaalinbreng ondergingen).

De hogere voorziening tegen het arrest

13. Bij op 27 november 1995 neergelegd verzoekschrift hebben rekwiranten hogere voorziening ingesteld bij het Hof. Zij verzoeken het Hof a) het arrest van het Gerecht te vernietigen; b) de zaak voor afdoening naar het Gerecht terug te verwijzen, en c) de Raad en de Commissie in de kosten van de gehele procedure te verwijzen.

14. In het kader van de hogere voorziening voeren rekwiranten een aantal middelen aan die op proceduregebreken en schending van het gemeenschapsrecht zijn gebaseerd.

15. Als eerste middel voeren zij aan, dat het Gerecht in rechtsoverweging 41 van het arrest een vergissing in rechte heeft begaan, waar het aan rekwiranten de bewering toeschrijft dat de verkoop van Chinese kwasten goed was voor de helft van de omzet van Blackspur. In werkelijkheid zouden rekwiranten in hun beroep bij het Gerecht alleen maar hebben gezegd, dat de verkoop van kwasten van oorsprong uit China goed had moeten zijn voor ongeveer de helft van de door Blackspur geplande omzet. Ook schrijft het Gerecht ten onrechte aan rekwiranten de bewering toe, dat het verlies van 586 000 UKL het gevolg was van het feit dat de vennootschap failliet was verklaard, terwijl rekwiranten in werkelijkheid stelden, dat Blackspur dit verlies vóór de opening van de faillissementsprocedure had geleden, zodat het betrokken verlies onmogelijk het gevolg van die procedure kon zijn. Deze onjuiste opvattingen van het Gerecht hebben tot een vergissing in rechte geleid, namelijk

dat geen rekening is gehouden met wat rekwiranten precies hebben gesteld.

16. Als tweede middel voeren rekwiranten aan, dat het Gerecht in rechtsoverweging 43 van zijn arrest argumenten tot staving van zijn stelling lijkt te ontlenen aan het feit dat Blackspur, toen haar om overlegging van de jaarrekeningen over 1988/1989 en 1989/1990 werd verzocht, het — onduldbare — antwoord zou hebben gegeven dat zij niet in staat was aan dat verzoek gevolg te geven. Rekwiranten merken op, dat in werkelijkheid het Gerecht nooit om overlegging van de jaarrekeningen heeft verzocht, doch alleen om inlichtingen over de tijdens de betrokken jaren gerealiseerde omzet.

17. Een andere vernietigingsgrond zien rekwiranten in het feit dat het Gerecht in rechtsoverweging 44 van zijn arrest stelt, dat de van een accountantskantoor afkomstige brief met gegevens over de financiële resultaten van Blackspur het enige bewijselement ter zake van het causaal verband is. Huns inziens heeft het Gerecht daarentegen nagelaten rekening te houden met bijlage 1 bij het verzoekschrift en bijlage 26 bij de replick, dan wel maatregelen van instructie te gelasten. Zodoende heeft het Gerecht nagelaten gebruik te maken van relevante bewijzen, en heeft het zijn overwegingen over het causaal verband gebaseerd op een bewijs (de brief van het accountantskantoor) dat een specifiek antwoord was op een verzoek om informatie over de omzet en dat niet het onderzoek van het probleem van het causaal verband betrof.

18. Rekwiranten erkennen [14], dat het Gerecht in de rechtsoverwegingen 47 en 48 van zijn arrest een fundering voor zijn beslissing heeft uitgewerkt die verschilt van de tot dan toe aangevoerde argumenten, zodat huns inziens met de tevoren geformuleerde grieven alleen rekening moet worden gehouden indien de motivering van het arrest, zoals die uit de rechtsoverwegingen 47 en 48 blijkt, eveneens op een vergissing in rechte berust. Meer in het bijzonder zijn rekwiranten van mening, dat het Gerecht een argument heeft ontleend aan de omvang van de verkoop van kwasten tijdens de periode van 1 juli 1988 tot 31 augustus 1989 (40,44 % van de omzet), om de stelling af te wijzen dat juist ten gevolge van de instelling van het anti-dumpingrecht Blackspur geen alternatieve bevoorradingsbronnen heeft kunnen vinden en zich bijgevolg heeft moeten terugtrekken uit de markt van de verkoop van goedkope kwasten. Ook hier heeft het Gerecht een vergissing in rechte begaan doordat het de stelling van rekwiranten onjuist heeft begrepen. Rekwiranten hebben alleen maar gesteld, dat de instelling van het anti-dumpingrecht hun heeft belet Chinese kwasten in te voeren zoals zij hadden gepland, doch zeker niet kwasten van andere oorsprong in te voeren. De inspanningen van rekwiranten om kwasten van andere oorsprong in te voeren, hebben geen resultaat opgeleverd, zodat hun activiteiten onvermijdelijk schade werd toegebracht.

Meer in het bijzonder betogen rekwiranten, dat het feit dat er vanaf november 1989 geen kwasten meer zijn verkocht, alleen maar het gevolg kan zijn van de instelling van het anti-dumpingrecht. Zij verwijten het Gerecht dienaangaande dat het geen rekening heeft gehouden met de inhoud van bijlage 1 bij het verzoekschrift, noch belang heeft gehecht

14 — Zie punt 52 van de hogere voorziening.

aan de verklaringen van de heer Cohen ter terechtzitting. Deze heeft verklaard, dat Blackspur er na de instelling van het anti-dumpingrecht inderdaad in is geslaagd, de hand te leggen op voorraden die het haar mogelijk hebben gemaakt op korte termijn haar activiteiten voort te zetten, doch dat zij er na de verkoop van deze voorraden niet in is geslaagd andere bevoorradingsbronnen te vinden.

19. Steeds volgens rekwiranten is de stelling van het Gerecht in rechtsoverweging 48 van het arrest, dat de stopzetting van de verkoop van kwasten Blackspur geenszins heeft belet om haar handelsactiviteiten voort te zetten en haar omzet zelfs op te voeren, volstrekt misplaatst. De voortzetting van de activiteiten en de opvoering van de omzet waren immers niets anders dan het resultaat van de inspanningen van Blackspur om de instelling van het anti-dumpingrecht te overleven, welke inspanningen ontoereikend zijn gebleken. Meer in het bijzonder had het Gerecht uit de lectuur van bijlage 1 bij het verzoekschrift moeten afleiden, dat de totale omzet van Blackspur tijdens de periode van 1 september 1989 tot 31 juli 1990 4 402 225 UKL had moeten bedragen, terwijl in werkelijkheid slechts 1 864 016 UKL is gerealiseerd. Rekwiranten betwisten voorts de stelling van het Gerecht, dat in de brief van het accountantskantoor geen redenen zijn te vinden waarom de gerealiseerde omzet niet zou hebben volstaan om Blackspur in staat te stellen het door de kredietinstelling goedgekeurde handelsprogramma uit te voeren; zij betogen dat het Gerecht deze brief voor andere doeleinden heeft gebruikt dan die waarvoor hij was bestemd, namelijk als inlichtingenbron betreffende de omzet. Anderzijds heeft het Gerecht nagelaten rekening te houden met de verklaringen van de accountant in bijlage 26 bij de repliek. Volgens rekwiranten komt de opmerking van het Gerecht over het gebrek aan andere bewijzen en over de irrelevantie van de brief van het accountantskantoor voor de beoordeling van het causaal verband erop neer, dat de bewijslast wordt omgekeerd, daar rekwiranten wordt opgelegd het bewijs te leveren van de afwezigheid van elementen die het causaal verband zouden hebben verbroken.

20. Met betrekking tot de afwijzing door het Gerecht van de schadevordering van de aandeelhouders en de bestuurders van Blackspur, merken rekwiranten in de eerste plaats op, dat het Gerecht hun vorderingen slecht heeft begrepen, waar het in rechtsoverweging 51 van zijn arrest stelt, dat de verstrekte garanties hun tot kapitaalinbreng in Blackspur verplichtten. In werkelijkheid hebben de bestuurders moeten instaan voor de schulden van Blackspur.

In de tweede plaats heeft het Gerecht volgens rekwiranten ten onrechte uit het arrest Dumortier frères [15] de rechtsregel afgeleid, dat verliezen ten gevolge van de opening van een faillissementsprocedure een indirecte en verwijderde schade vormen, zodat de Gemeenschap niet heeft op te komen voor de gevolgen daarvan.

In de derde plaats heeft het Gerecht geconcludeerd tot afwezigheid van het causaal

15 — Arrest van 4 oktober 1979 (gevoegde zaken 64/76, 113/76, 167/78 en 293/78, 27/79, 28/79 en 45/79, Jurispr. 1979, blz. 3091, r. o. 21).

verband tussen de gedraging van de instellingen en de schade die de aandeelhouders en de bestuurders van Blackspur stellen te hebben geleden, en wel, en ten onrechte, op basis van de weigering om het door de externe accountant, de auteur van de verklaring in bijlage 26 bij de repliek, geleverde getuigenbewijs te aanvaarden.

21. De verwerende instellingen concluderen tot niet-ontvankelijkheid, althans ongegrondheid van de hogere voorziening. Voor het geval dat het Hof de hogere voorziening gegrond mocht achten, en dus het arrest van het Gerecht zou vernietigen, dringen verweerders erop aan, dat het Hof het beroep zelf zou afdoen in de zin van artikel 54 van 's Hofs Statuut-EG zonder de zaak naar het Gerecht terug te verwijzen, en dat het de oorspronkelijke vorderingen van rekwiranten niet-ontvankelijk en ten dele ongegrond zou verklaren.

22. Mijns inziens zijn de aangevoerde middelen ten dele niet-ontvankelijk en ten dele ongegrond.

a) *De hogere voorziening van Blackspur*

23. In de eerste plaats zal ik de middelen onderzoeken die betrekking hebben op de motivering van het arrest van het Gerecht, zoals die in de rechtsoverwegingen 47 en 48 is weergegeven. Daar die motivering — voor zover zij geen gebreken vertoont waartegen krachtens artikel 168 A van het Verdrag en artikel 51 van 's Hofs Statuut-EG voor het Hof van Justitie kan worden opgekomen — als zodanig de conclusies van het Gerecht van eerste aanleg kan schragen, verliezen de grieven tegen de overige overwegingen van het arrest hun relevantie; hoe dan ook behoud ik mij het recht voor op deze laatste terug te komen. Anderzijds erkennen rekwiranten zelf, zoals ik reeds heb gezegd, dat de andere gestelde gebreken van de motivering niet van invloed zijn op de reconstructie van de feiten, zoals die door het Gerecht is gemaakt in het gedeelte van het arrest dat ons hier bezighoudt.

24. Op basis van de door rekwiranten verstrekte gegevens heeft het Gerecht geconcludeerd, dat Blackspur in de periode juli 1988 — augustus 1989 in staat is geweest alternatieve bevoorradingsbronnen te vinden voor de door het anti-dumpingrecht getroffen kwasten, en wel in die mate, dat zij in totaal voor 580 503 UKL van die vervangende producten heeft verkocht. Dit cijfer, dat onbetwistbaar is omdat het uit de documenten blijkt die rekwiranten als antwoord op vragen van het Gerecht hebben overgelegd, is terecht significatief in de ogen van het Gerecht; immers, zoals in rechtsoverweging 45 vermeld, bedroeg de waarde van de enige uit China ingevoerde partij kwasten 40 948,38 UKL, inclusief het recht en de BTW. Deze waarde, zelfs verhoogd met de winstmarge van 40 % die rekwiranten zeggen toe te passen op de betrokken producten, overtreft hoe dan ook amper één tiende van de waarde van de in de verkoopperiode 1988/1989 verkochte kwasten.

De stelling van het Gerecht, dat Blackspur over andere bevoorradingsbronnen beschikte

dankzij welke zij andere dan Chinese kwasten kon verkopen, lijkt dan ook in wezen correct. Ook het standpunt van het Gerecht over de tegenstrijdigheid tussen dit gegeven en de stelling van Blackspur, dat de instelling van het recht (daterend van oktober 1988) haar had genoopt zich terug te trekken uit de markt van goedkope kwasten, lijkt correct. De omzet van de verkoop van kwasten die tijdens de periode volgend op de instelling van het recht dankzij andere bevoorradingsbronnen dan Chinese is gerealiseerd, kon het Gerecht alleen maar tot de conclusie brengen, dat het causaal verband tussen de instelling van het recht en de stopzetting van de verkoop van kwasten in de periode van november 1989 tot augustus 1990 niet naar genoegen was aangetoond.

25. De juistheid van deze deductie kan niet voor het Hof worden betwist, daar zij berust op een beoordeling van bewijzen die in het dossier voorkomen. Zoals bekend, is in het gemeenschapsrecht de door de rechter in hogere voorziening verrichte toetsing beperkt tot middelen in rechte, en staat het bij uitsluiting aan het Gerecht de feiten vast te stellen en te beoordelen. De enige uitzondering daarop, die zich in casu echter niet voordoet, is het geval waarin de feitelijke onjuistheid van hetgeen het Gerecht heeft vastgesteld, voortvloeit uit de hem overgelegde processtukken. [16]

26. Rekwiranten klagen, dat het Gerecht geen rekening heeft gehouden met de door één van hen, de heer Cohen, verstrekte uitleg, en dat het geen maatregelen van instructie heeft gelast. Met betrekking tot het eerste punt kan worden volstaan met de opmerking, dat de verklaringen van de heer Cohen niets toevoegen aan de feiten die het Gerecht aan de hand van de stukken heeft vastgesteld, namelijk dat Blackspur ook na de instelling van het recht aanzienlijke hoeveelheden niet aan het recht onderworpen kwasten op de markt heeft kunnen vinden. Wat het verzoek om maatregelen van instructie betreft, dit is — zo men rekwiranten het voordeel van de twijfel gunt — geformuleerd in punt 13 van het verzoekschrift, waar om „onderzoeksmaatregelen" betreffende de betrokken feiten wordt verzocht, zonder verdere specificering doch met de precisering dat in geval van betwisting van de feiten aan dit verzoek om maatregelen van instructie moest worden voldaan. In hun respectieve verweerschriften nu hebben de Commissie en de Raad op het ontbreken van het bewijs van het causaal verband gewezen [17], zonder dat dit voor verzoekers een aansporing is geweest om meer specifiek om maatregelen van instructie te verzoeken.

Met betrekking tot de verdeling van de bewijslast heeft in communautaire procedures in het algemeen steeds de regel „actori

16 — Zie arrest Hof van 1 juni 1994 (zaak C-136/92 P, Brazelli Lualdi e. a., Jurispr. 1994, blz. I-1981, r. o. 49). Het feit dat zelfs deze concessie aan de toetsing van de rechter in hogere voorziening als een obiter dictum is geformuleerd en nadien voor zover ik weet niet in concreto is toegepast, zij het dat het beginsel ervan is bevestigd in de beschikking van 14 oktober 1996 (zaak C-268/96 P(R), SCK en FNK, Jurispr. 1996, blz. I-4971), lijkt mij een illustratie te zijn van de restrictieve houding van het Hof ten aanzien van de ontvankelijkheid van hogere voorzieningen.

17 — Punt 16 van het verweerschrift van de Commissie en punt 81 van het verweerschrift van de Raad.

incumbit probatio" gegolden. [18] Dit is overigens een algemeen erkend fundamenteel beginsel van procesrecht in alle Lid-Staten, zij het dat er hier en daar nuanceverschillen zijn. In de onderhavige zaak nu hebben verzoekers tegen de argumentatie van de Commissie en de Raad niet alleen niet eens een begin van bewijs aangereikt dat het gelasten van maatregelen van instructie door het Gerecht zou hebben gerechtvaardigd [19] en hebben zij evenmin — wat het door hun raadsman ter terechtzitting te berde gebrachte getuigenbewijs betreft — de getuigen, de feiten en de redenen voor het horen van die getuigen nauwkeurig gespecificeerd [20]; bovendien hebben zij geen verzoek om maatregelen van instructie gedaan dat voldoende duidelijk en precies was om het Gerecht ertoe te verplichten een expliciete motivering te geven voor het ingaan op, dan wel het afwijzen van dat verzoek. Men kan dus niet zeggen, dat het arrest op dit punt een dwaling in rechte bevat.

27. Met betrekking tot de door rekwiranten tegen rechtsoverweging 48 van het arrest aangevoerde grieven wil ik erop wijzen, dat de aldaar gevolgde redenering slechts een gevolg is van wat in de voorgaande overwegingen, en met name in rechtsoverweging 47, is opgemerkt, hetgeen overduidelijk blijkt uit de eerste zin van de betrokken rechtsoverweging. Aangezien het Gerecht onweersproken heeft vastgesteld dat Blackspur na de instelling van het recht grote hoeveelheden (ook niet uit China herkomstige) kwasten is blijven verkopen, en dat zij haar totale omzet in 1989-1990 heeft kunnen vergroten ondanks de stopzetting van de verkoop van kwasten, heeft het geoordeeld, dat er geen causaal verband bestond tussen de stopzetting van de verkoop van Chinese kwasten en de desastreuze economische resultaten die de bankiers tot het verzoek om opening van een faillissementsprocedure hebben bewogen.

Vanuit dit oogpunt bezien, komen rekwiranten uiteindelijk op tegen de door het Gerecht gemaakte beoordeling van de bewijzen. Bijgevolg is dit middel niet-ontvankelijk, daar alleen de rechter in eerste aanleg bevoegd is de bewijzen te beoordelen. [21] Tot op heden heeft het Hof slechts één uitzondering op die regel gemaakt, namelijk in geval van verkeerde opvatting van het bewijs. [22] In de argumentatie van het Gerecht ontwaar ik echter geen dergelijke tekortkoming. Evenmin kan men met recht en rede stellen, dat het feit dat het Gerecht in zijn arrest niet naar bijlage 1 bij het verzoekschrift heeft verwezen, een vergissing in rechte ter zake van de beoordeling van de bewijsmiddelen oplevert in de beperkte zin als bedoeld in de rechtspraak van het Hof. De rechter in eerste aanleg is in geen geval verplicht het gebrek

18 — Deze regel is unaniem in de doctrine aanvaard: zie onder meer Vandersanden, Barav: *Contentieux communautaire*, Bruxelles, 1977, blz. 50; Brealey: „The Burden of Proof before the European Court", in *European Law Review* 1985, blz. 250; Lasok: *The European Court of Justice, Practice and Procedure*, tweede editie, Londen, 1994, blz. 362. In de rechtspraak, zie de arresten Hof van 2 maart 1977 (zaak 44/76, Milch-, Fett-und Eier-Kontor, Jurispr. 1977, blz. 393, r. o. 16) en 30 mei 1984 (zaak 346/82, Favre, Jurispr. 1984, blz. 2269, r. o. 31 en 32).

19 — Zie arrest Hof van 28 april 1966 (zaak 51/65, Ilfo SpA, Jurispr. 1966, blz. 125, 139).

20 — Arrest Hof van 11 juli 1968 (zaak 35/67, Van Eick, Jurispr. 1968, blz. 461), waarin wat hierboven is gezegd als de uitdrukking van de fundamentele beginselen van het procesrecht wordt beschouwd; ook al betrof het een administratieve procedure voor de tuchtraad, zij kan worden uitgebreid tot het voor de gemeenschapsrechter aanhangige geding: zie in die zin Vandersanden, Barav, op. cit., blz. 55; Lasok, op. cit., blz. 371).

21 — Zie arrest van 1 juni 1994 (zaak C-136/92 P, Brazelli Lualdi, reeds aangehaald in voetnoot 16, r. o. 66) en beschikking van 17 september 1996 (zaak C-19/95 P, San Marco, Jurispr. 1996, blz. I-4435, r. o. 40), krachtens welke „het enkel aan het Gerecht [staat] te beoordelen, welke waarde moet worden gehecht aan de hem voorgelegde bewijsmiddelen".

22 — Zie arrest Hof van 2 maart 1994 (zaak C-52/92 P, Hilti, Jurispr. 1994, blz. I-667, r. o. 42).

aan relevantie van ieder overgelegd stuk te motiveren, en met name niet wanneer dit stuk alleen maar een lijst van hypothetische verkoopprognoses bevat, die bovendien post facto en op een vage grondslag zijn opgesteld [23], nu het originele handelsprogramma nooit is overgelegd. [24]

28. Evenmin kan worden gezegd, dat het gebrek aan bewijzen is opgeheven door de overlegging, bij faxbericht van 14 april 1997, van het verslag van de curator en van een brief van deze laatste waarin hij zijn functie toelicht. Dit document, waarvan de inhoud niet behoeft te worden onderzocht, is immers, zoals de verwerende instellingen ter terechtzitting hebben gesteld, niet-ontvankelijk, daar het te laat is overgelegd; het kan dan ook niet worden beoordeeld. Ik wil hier wijzen op artikel 118 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, bepalende dat artikel 42, lid 2, van toepassing is op de procedure voor het Hof in hogere voorziening tegen een beslissing van het Gerecht; artikel 118 verwijst niet naar artikel 42, lid 1, zodat het impliciet uitsluit dat partijen in het kader van de hogere voorziening nieuwe bewijsmiddelen kunnen aanvoeren, zelfs indien zij de vertraging motiveren. Dit stookt overigens volstrekt met de verschillende rol van het Hof in de procedure van de hogere voorziening, waarin de feiten, en dus de bewijs- en beoordelingsmiddelen, reeds uit de vaststellingen van het Gerecht moeten voortvloeien, zonder dat het Hof bijkomende maatregelen van instructie mag gelasten, zelfs niet indien het van oordeel is dat het Gerecht bij dat onderzoek rechtsregels heeft geschonden; in dat geval dient het Hof het arrest te vernietigen en de zaak terug naar het Gerecht te verwijzen.

Daarbij komt, dat in het onderhavige geval de vertraging niet eens naar behoren is gemotiveerd: het volstaat immers niet als motivering, op te merken dat de Commissie en de Raad in hun repliek het bestaan van een dergelijk document hebben erkend, daar mag worden aangenomen dat dit document reeds bij het begin van de faillissementsprocedure, dus vanaf november 1990, ter beschikking van rekwiranten of op zijn minst van de curator stond. Rekwiranten voeren evenmin argumenten ter ontkrachting van dat vermoeden aan.

29. De afwijzing wegens niet-ontvankelijkheid en ongegrondheid van de middelen van de hogere voorziening tegen de motivering van het Gerecht in de rechtsoverwegingen na rechtsoverweging 47, moet naar rekwiranten zelf opmerken, ook tot afwijzing van de overige middelen leiden; zij zijn immers gericht tegen ten overvloede

23 — Bijlage 1 bij het verzoekschrift is niet meer dan een a posteriori projectie van hypothetische financiële resultaten, opgesteld door het accountantskantoor Stoy Hayward in oktober 1992 en gericht aan de advocaten van Blackspur. De prognose betreft de periode september 1989-augustus 1990.

24 — In het algemeen genomen, komen alle bewijzen die rekwiranten het Gerecht ter beoordeling hebben overgelegd, geheel of gedeeltelijk en rechtstreeks of indirect van Blackspur of haar advocaten. Het is niet nodig meer uit te weiden over de irrelevantie van dergelijke bewijsmiddelen; ik beperk mij ertoe te wijzen op de opmerking van advocaat-generaal Darmon in zijn conclusie van 12 april 1989 bij het arrest van 11 mei 1989 (gevoegde zaken 193/87 en 194/87, Maurissen, Jurispr. 1989, blz. 1045, punt 65: „Alle stukken die tot bewijs van het standpunt van een partij moeten dienen en die van deze partij zelf uitgaan, dienen buiten het geding te blijven."

aangevoerde overwegingen, en bijgevolg irrelevant. [25] Volledigheidshalve zal ik evenwel ook de andere middelen tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg onderzoeken.

30. Een eerste middel komt erop neer, dat aan rekwiranten twee verklaringen worden toegeschreven die zij niet hebben gedaan. De eerste daarvan, namelijk dat de omzet van Blackspur voor de helft uit de verkoop van Chinese kwasten bestond, is volstrekt irrelevant. Van oordeel dat die stelling niet was bewezen, heeft het Gerecht immers zijn argumentatie gebaseerd op hetgeen uit de stukken bleek, en geconcludeerd dat de verkoop van Chinese kwasten vóór de instelling van het recht niet de helft van Blackspurs omzet vertegenwoordigde; het heeft dus zijn redenering afgestemd op de door rekwiranten daadwerkelijk gedane verklaringen.

De tweede ten onrechte aan rekwiranten toegeschreven verklaring, namelijk dat het verlies van 586 000 UKL het gevolg was van de faillietverklaring van Blackspur, is inderdaad als zodanig geformuleerd in rechtsoverweging 41 van het arrest. Het Gerecht heeft evenwel aangetoond, dat het de argumenten van rekwiranten perfect heeft begrepen, waar het hun stelling in fine van rechtsoverweging 48 als volgt weergeeft: „het faillissement van Blackspur is veroorzaakt door de slechte financiële resultaten die zouden zijn voortgevloeid uit de stopzetting van de verkoop van kwasten van oorsprong uit China, waardoor volgens verzoekers naar schatting 586 000 UKL aan winst is gemist, ten gevolge van de instelling van een antidumpingrecht op die kwasten". Het Gerecht heeft het standpunt van rekwiranten dus correct begrepen, zoals deze laatsten het hadden vertolkt: de economische schade was de oorzaak, niet het gevolg van het faillissement.

Bijgevolg is dit middel in zijn geheel ongegrond en moet het worden afgewezen.

31. Wat het tweede middel betreft, blijkt inderdaad niet, dat het Gerecht rekwiranten om overlegging van de jaarrekeningen heeft verzocht. Zoals rekwiranten echter zelf veelbetekenend hebben erkend, is het feit dat het Gerecht hun de niet-overlegging van niet gevraagde stukken verwijt, volstrekt irrelevant ten aanzien van de door het Gerecht gemaakte beoordeling. Het Gerecht hecht immers (in r. o. 44) aan de overgelegde stukken, en met name aan de brief van een accountantskantoor met gegevens over de financiële resultaten van Blackspur, dezelfde waarde als aan een jaarrekening. De verklaring van rekwiranten in punt 42 van het verzoekschrift, namelijk dat die passage van het arrest, ofschoon niet strikt relevant voor de redenering van het Gerecht, ook enig commentaar verdient, alleen al omdat het feit dat die passage is opgenomen impliceert dat er enig gewicht is aan gehecht, valt moeilijk te begrijpen en toont hooguit aan, dat de vergissing van het Gerecht weinig belangrijk was.

25 — Zie beschikking Hof van 25 maart 1996 (zaak C-137/95 P, SPO, Jurispr. 1996, blz. I-1611, r. o. 47-49).

32. Een ander middel van rekwiranten is gebaseerd op het feit dat het Gerecht in rechtsoverweging 44 van het arrest niet heeft verwezen naar bijlage 1 bij het verzoekschrift en bijlage 26 bij de repliek, zodat het zich voor het antwoord op zijn vragen naar Blackspurs omzet uitsluitend op de door rekwiranten overgelegde brief van Stoy Hayward lijkt te baseren. Ik heb evenwel reeds gezegd, dat het aan het Gerecht staat, deze bewijsmiddelen te beoordelen en dat het Hof die beoordeling niet kan toetsen.

Ook kan in casu niet staande worden gehouden, dat het Gerecht die bewijzen onjuist heeft opgevat door er zaken uit af te leiden die er niet in staan. Het door het Gerecht onderzochte stuk lijkt immers de volledigste en best te begrijpen bron waaruit de cijfers over de economische situatie van Blackspur blijken, met name met betrekking tot het impact van de verkoop van kwasten op de totale omzet van de vennootschap, een punt dat terecht beslissend is geacht bij de beoordeling van de vraag naar het bestaan van een causaal verband. Voorts heb ik reeds gezegd, dat de niet-inaanmerkingneming van een document dat hypothetische verkoopprognoses bevat, die post facto en op een vage grondslag zijn opgesteld, zoals bijlage 1 bij het verzoekschrift, niet valt te bekritiseren. Bijlage 26 bij de repliek van haar kant bevat alleen maar een aantal verklaringen van een accountant, die met name op basis van door een der rekwiranten verstrekte gegevens [26] opmerkt, dat de voornaamste reden voor de opening van de faillissementsprocedure het feit was, dat Blackspur geen kwasten van oorsprong uit China meer kon invoeren en verkopen. Op het ontbreken van een uitdrukkelijke verwijzing naar dit document in de argumentatie van het Gerecht valt dus niets aan te merken.

Ook met betrekking tot de door het Gerecht onderzochte brief van Stoy Hayward kan niet van een verkeerde opvatting van bewijzen worden gesproken, en wel om de eenvoudige reden dat rekwiranten deze brief hebben opgesteld als antwoord op de vraag van het Gerecht naar de omvang van de omzet, en niet ter verklaring van het causaal verband. Op dit punt wil ik mij beperken tot de opmerking dat de overgelegde documenten geldig zijn en dat zij naar hun inhoud moeten worden bezien, niet naar de intenties van de auteurs. Het Gerecht nu heeft rekening gehouden met de objectieve cijfers van dat document (met name de omzet en de percentsgewijze invloed van de verkoop van kwasten daarop), en het feit dat het op basis daarvan heeft geoordeeld dat er geen causaal verband was (of niet bewezen was), houdt niet een verkeerde opvatting over de bewijzen in. [27]

b) *De hogere voorziening van de bestuurders*

33. De rekwiranten Kellar, Glancy en Cohen, bestuurders van Blackspur, komen

26 — Ik verwijs hier naar mijn opmerking in voetnoot 24.

27 — Het zijn overigens rekwiranten zelf die in voetnoot 14 van het verzoekschrift erkennen, dat het overgelegde document niet alleen kwantitatieve gegevens over de omvang van de omzet bevatte, maar ook informatie over de oorsprong van de financiële resultaten.

op tegen rechtsoverweging 51 van het arrest van het Gerecht, waarin hun vorderingen huns inziens onjuist zijn weergegeven. Meer in het bijzonder zou uit de wijze waarop het relevante gedeelte van die rechtsoverweging in punt 75 van het verzoekschrift is beschreven, blijken dat het Gerecht de vorderingen van de bestuurders van Blackspur aldus heeft opgevat, dat laatstgenoemden vergoed wensten te worden voor de schade ten gevolge van het verlies van hun kapitaalinbreng als borgen van Blackspur. Is dat het geval, dan heeft het Gerecht volgens hen de vordering onjuist geïnterpreteerd, daar rekwiranten, als borgen, geen kapitaal in Blackspur hebben ingebracht, maar de schulden van die vennootschap hebben betaald, wat de werkelijke inhoud van hun betoog was.

Dit middel is echter gebaseerd op een kennelijk onjuiste en partiële lectuur van rechtsoverweging 51 van het arrest, waarin het Gerecht de vorderingen van rekwiranten beschrijft en daarbij een nauwkeurig onderscheid maakt tussen wat zij vorderen als bestuurders (en vennoten) die tot het kapitaal van de vennootschap hebben bijgedragen en hun inbreng hebben verloren, als vennoten die de mogelijkheid om inkomsten uit hun inbreng te halen, in rook zagen opgaan, en, ten slotte, als borgen „doordat zij in het faillissement op grond van persoonlijke borgstellingen ten behoeve van de vennootschap zijn aangesproken voor de onvoldane schulden". Bij deze beschrijving van de vorderingen van rekwiranten heeft het Gerecht dus geen vergissing noch omissie begaan.

34. Als bijkomend middel tegen het arrest, waar dit de vorderingen van de bestuurders verwerpt, voeren rekwiranten aan, dat het Gerecht de rechtspraak van het Hof in de zaak Dumortier frères [28] onjuist heeft uitgelegd. Huns inziens kan uit dit arrest niet het beginsel worden afgeleid, dat verliezen die het gevolg zijn van een faillissementsprocedure, een indirecte en verwijderde schade vormen, die als zodanig niet tot de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap leidt.

Zonder dat dieper behoeft te worden ingegaan op wat het Hof in werkelijkheid in dat arrest heeft verklaard, volstaat het op te merken dat de verwijzing ernaar volstrekt irrelevant is wat de motivering van het arrest van het Gerecht betreft. Het Gerecht wijst immers de schadevordering van de bestuurders af op grond dat, aangezien het causaal verband tussen de onrechtmatige gedraging van de instellingen en de schade die de vennootschap stelt te hebben geleden, ontbreekt, er a fortiori geen causaal verband kon bestaan tussen die gedraging en de schade die de vennoten en de borgen van de vennootschap stellen te hebben geleden, daar deze bijkomende schade gerelateerd is aan het impact van de gesteld onrechtmatige handeling op het vermogen van de vennootschap (zie r. o. 51 en 52 van het arrest). Bovendien gaat het ook hier om een ten overvloede aangevoerde overweging, en een zelfstandig middel tegen een dergelijke overweging kan onmogelijk gegrond zijn.

35. Aangezien alle middelen van rekwiranten falen, moeten zij overeenkomstig de artikelen 69 en 122 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof in de kosten worden verwezen.

28 — Arrest van 4 oktober 1979, reeds aangehaald in voetnoot 15.

36. Derhalve geef ik het Hof in overweging:

1) de hogere voorziening af te wijzen, daar zij berust op middelen die ten dele ongegrond en ten dele niet-ontvankelijk zijn;

2) rekwiranten te verwijzen in de kosten, daaronder begrepen die welke op de procedure voor het Hof zijn gevallen.