CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL K. ROEMER VAN 18 SEPTEMBER 1973 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

Verzoeksters in de onderhavige zaken exploiteren op verschillende plaatsen in de Bondsrepubliek Duitsland (aan de Rijn, aan de Main, aan de Weser en in Berlijn) maalbedrijven waarin zij onder meer of uitsluitend (zoals verzoekster in de zaak 65-72) durumtarwe tot gries (meel) vermalen. Het basisprodukt wordt in de regel betrokken in derde landen en slechts in geringe mate in Frankrijk, de enige plaats in de Gemeenschap waar het, afgezien van Italië, wordt geproduceerd.

Dit basisprodukt valt onder de gemeenschappelijke ordening der markten in de sector granen, die in 's Raads verordening nr. 120/67 van 13 juni 1967 (PB nr. 117, blz. 2269) is vastgelegd. Men dient dienaangaande het navolgende te weten.

Krachtens genoemde marktordening worden er voor durumtarwe jaarlijks een aantal prijzen vastgesteld. — In de eerste plaats de richtprijs die „voor Duisburg in het stadium van de groothandel, geleverd franco-magazijn zonder lossing" wordt „vastgesteld" (artikel 2 van verordening nr. 120); de marktprijs wordt geacht zich ernaar te richten. In het seizoen 1971-1972, dat naar nog zal blijken ten deze de doorslag geeft, bedroeg deze richtprijs volgens 's Raads verordening nr. 1054/71 (PB nr. L 115, blz. 8) 127,50 r.e. — Voorts is er de drempelprijs, die kan worden omschreven als de op de grens (namelijk op Rotterdam) geprojecteerde richtprijs: hij wordt verkregen door van de richtprijs de transportkosten tot Duisburg, de kosten van overlading en de winstmarge van de importeur af te trekken. Men weet dat de prijs van importen uit derde landen met behulp van heffingen tot het verschil tussen de cifprijs en de drempelprijs tot deze drempelprijs wordt opgetrokken. In het verkoopseizoen 1971-1972 bedroeg de drempelprijs op grond van 's Raads verordening nr. 1120/71 (PB nr. L 118, blz. 3) 125,25 r.e. Dan noem ik de interventieprijzen, dat zijn de prijzen waartegen de interventiebureaus graan moeten aankopen. In het seizoen 1971-1972 was er tot 1 augustus 1972 nog een basisinterventieprijs die volgens artikel 2 van verordening nr. 120 eveneens voor Duisburg was vastgesteld en volgens verordening nr. 1054/71 119,85 r.e. bedroeg. Voor alle andere commercialisatiecentra gold in het verkoopseizoen 1971-1972 een „enige afgeleide interventieprijs" (vroeger waren er verschillende afgeleide interventieprijzen), die volgens 's Raads verordening nr. 1530/71 (PB nr. L 162, blz. 16) 112,44 r.e. bedroeg. — Ten slotte dient de in artikel 2 van verordening nr. 120 bedoelde „gegarandeerde minimumprijs voor durumtarwe" te worden genoemd. Hij speelt een rol bij de bevordering van de teelt van durumtarwe in de Gemeenschap; de bedoeling is dat aan verbruikers een zodanig minimuminkomen wordt gegarandeerd dat de teelt lonend wordt. Deze gegarandeerde minimumprijs wordt vastgesteld voor het commercialisatiecentrum van het gebied met het grootste overschot en bedroeg volgens verordening nr. 1054/71 in het seizoen 1971-1972 147,90 r.e. Omdat hij echter voor de verwerkende industrie te hoog was (hij zou tot te hoge verbruikersprijzen leiden, waardoor het aantrekkelijk zou kunnen worden op de goedkopere zachte tarwe over te schakelen), is bepaald dat de telers uit het EOGFL steun kunnen ontvangen tot het verschil tussen de gegarandeerde minimumprijs en de interventieprijs van het gebied met het grootste overschot. Vol-

1 — Vertaald uit het Duits.

gens 's Raads verordening nr. 1531/71 (PB nr. L 162, blz. 18) bedroeg deze steun in het seizoen 1971-1972 35,46 r.e.

Verzoeksters die, zoals gezegd, bijna uitsluitend in derde landen durumtarwe op grondslag van de drempelprijs betrekken, gevoelen zich door deze prijsregeling benadeeld. Zij betogen met name dat de Franse maalbedrijven te hunnen opzichte in een gunstiger concurrentiepositie zijn gebracht omdat zij Franse durumtarwe, die verzoeksters in het geheel niet, of, gezien de hoge Franse kosten, redelijkerwijze niet kunnen verkrijgen, tegen de aanmerkelijk lagere interventieprijs kunnen kopen. Zo is de invoer van gries en griesmeel uit Frankrijk tegen belangrijk beneden de verkoopprijzen van verzoeksters gelegen prijzen aanzienlijk toegenomen. Verzoeksters hebben aldus afzetgebieden verloren zien gaan c.q. verliezen geïncasseerd omdat zij zich aan de Franse verkoopprijzen moesten aanpassen.

Op grond hiervan wendden zij zich in een brief van 12-18 mei 1972 tot de Raad en de Commissie van de Europese Gemeenschappen met verzoek het daarheen te willen leiden dat aan hun ongunstiger mededingingspositie een eind wordt gemaakt (bijvoorbeeld door de steun via herleiding tot de richtprijzen te verlagen). Voorts verlangden zij vergoeding van de schade die zij op deze wijze in het seizoen 1971-1972 zouden hebben geleden.

Raad en Commissie gaven hieraan echter geen gevolg. De Raad verklaarde in een telex en in een brief van 17 juli 1972 dat de gewraakte regeling niet met het Verdrag in strijd was en de Commissie betoogde in een brief van het Directoraatgeneraal Landbouw van 13 juli 1972 dat de steunregeling voor durumtarwe niet in strijd was met hogere rechtsvoorschriften, terwijl men voorts diende te bedenken dat ook concurrerende Franse ondernemingen aanzienlijke hoeveelheden geïmporteerde durumtarwe verwerkten.

De hiervoor genoemde Duitse griesmeelfabrieken wendden zich toen tot het Hof van Justitie. Zij wensen Raad en Commissie van de Gemeenschappen tezamen en ieder afzonderlijk tot vergoeding van de hun opgekomen schade te zien veroordeeld. In hun berekening vermenigvuldigen zij de door hen in het verkoopseizoen 1971-1972 uit derde landen geïmporteerde hoeveelheden durumtarwe met het verschil tussen drempelprijs en interventieprijs, nadat dit verschil met het oog op de gemeenschapspreferentie met 1,1 r.e. is verminderd. Omgerekend tot de koersen volgens welke de heffingen in het verkoopseizoen 1971-1972 werden vastgesteld, zou de schade dan in totaal 9 487 281,01 DM bedragen (voor de schadebedragen van de afzonderlijke verzoeksters verwijs ik naar de beroepschriften). Verzoeksters vorderen voorts interest vanaf 1 februari 1972.

Wij willen dan thans trachten in deze zaak, mede gelet op het verweer van Raad en Commissie, ons standpunt te bepalen.

1. Om te beginnen dient een prealabele vraag tot klaarheid te worden gebracht.

In de beroepen worden, als gezegd, Raad en Commissie als solidaire schuldenaren aangesproken. Verzoeksters menen dat zij gezamenlijk kunnen worden aangesproken voor een bedrag dat slechts eenmaal behoeft te worden betaald. In verband hiermede is de vraag opgeworpen of de beroepen wel aan het juiste *adres* zijn gericht. Raad en Commissie zijn beide van mening dat dit niet het geval is; huns inziens dient in zulke gevallen de *Gemeenschap* aansprakelijk te worden gesteld en moet een beroep tegen de Gemeenschap worden ingesteld. Wat de ten deze nodige vertegenwoordiging der Gemeenschappen betreft, verschillen zij evenwel van opvatting. De Raad is van mening dat hij de Gemeenschap heeft te vertegenwoordigen wanneer beweerdelijk handelingen van de Raad schade hebben veroorzaakt, de Commissie houdt het ervoor dat zij normaliter de Gemeenschap in schadeprocedures heeft te vertegenwoordigen, waartoe zij zich beroept op artikel 211 van het EEG-Verdrag.

Omtrent deze mijns inziens niet bijzonder zwaarwegende kwestie zou ik het volgende willen opmerken.

Artikel 215, lid 2, van het EEG-Verdrag, waarop verzoeksters hun actie baseren, luidt als volgt: „Inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid moet de Gemeenschap ... de schade vergoeden die door haar instellingen of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt." Verweerders leiden hieruit terecht af dat zulke vorderingen tegen de Gemeenschap moeten worden gericht, met andere woorden dat de Gemeenschap met al haar diensten de eigenlijke verwerende partij is. Zij moet echter in rechte worden vertegenwoordigd door een instelling en dan is er niets op aan te merken dat ook de schadevordering tegen die instelling wordt gericht (zoals in de zaak 5-71, Jurispr. 1971, blz. 985, is geschied). En vooral ook kan worden gewezen op artikel 215, lid 2, waarin sprake is van door de *instellingen* van de Gemeenschap *veroorzaakte* schade.

Vervolgens rijst de vraag wèlke instelling de Gemeenschap in geval van een tegen haar gerichte aansprakelijkheidsactie heeft te vertegenwoordigen; ik zou in dit verband echter niet willen werken met artikel 211 van het Verdrag, luidende als volgt: „In elk der Lid-Staten heeft de Gemeenschap de ruimste handelingsbevoegdheid welke door de nationale wetgevingen aan rechtspersonen wordt toegekend; zij kan met name roerende en onroerende goederen verkrijgen of vervreemden en in rechte optreden. Te dien einde wordt zij door de Commissie vertegenwoordigd." Op grond van het redeverband mag het ervoor worden gehouden dat deze bepaling slechts de externe civielrechtelijke betrekkingen der Gemeenschap en haar vertegenwoordiging voor de nationale rechter betreft. Veel meer voor de hand ligt dan ook de door de Raad voorgestelde oplossing, die ratione materiae en op grond van de bewoordingen van artikel 215, lid 2, eigenlijk onontkoombaar lijkt. Wanneer het er dus om gaat of de Gemeenschap door de juiste instelling is vertegenwoordigd, dient men zich af te vragen aan welke instelling de schade moet worden toegerekend en te bedenken dat, wil een formele rechtshandeling als schadeveroorzakend worden aangemerkt, volgens artikel 4 van het Verdrag „iedere instelling handelt binnen de grenzen van de haar door dit Verdrag verleende bevoegdheden".

Gaat men in casu van dit beginsel uit, dan is het duidelijk dat de beroepen stellig tot de Raad moesten worden gericht, juist omdat de grieven in casu gericht zijn tegen verordeningen van de Raad waarin bepaalde prijzen zijn vastgesteld; allereerst dient dus de rechtmatigheid dier verordeningen te worden onderzocht. Het is echter de vraag of daarnaast ook de Commissie in rechte kan worden betrokken. Het is mijns inziens geen argument dat de Commissie deze regelingen aan de Raad heeft *voorgesteld;* uiteraard blijft de Raad ten volle voor haar verordeningen verantwoordelijk. Al evenmin kan men stellen dat de Commissie de marktontwikkeling onvoldoende heeft gevolgd — hetgeen haar aansprakelijk zou kunnen maken —. Zie ik het goed, dan is daarmede slechts bedoeld een observatie van de markt — en de aldaar heersende wetmatigheden — *vóór afkondiging* der gewraakte maatregelen, dat wil zeggen voordat zij in het kader van de voorstellen der Commissie werden voorbereid, doch niet gedacht aan zelfstandige marktcontrole, bijvoorbeeld in verband met de toepassing van de mededingingsregelen van het Verdrag, dat wil zeggen op een terrein waarop de Commissie inderdaad zelfstandige handelingsbevoegdheden bezit.

Ik ben dan ook van mening dat de beroepen tegen de Gemeenschap c.q. tegen de Raad als de haar vertegenwoordigende instelling dienden te worden gericht. Er bestond geen aanleiding ook de Commissie in rechte te betrekken, zodat de beroepen in zoverre niet-ontvankelijk moeten worden verklaard.

2. De schadeacties berusten, naar thans wel duidelijk is, op een casuspositie

waarbij het begrip „normatieve onrechtmatigheid" een rol speelt. In verband hiermede zijn ten processe excepties opgeworpen die de ontvankelijkheid van de beroepen in hun geheel raken. Wij willen thans beginnen met daarnaar een nader onderzoek in te stellen.

De *Commissie* heeft zich over deze kwestie reeds tijdens de schriftelijke behandeling uitgesproken op grondslag van het arrest 5-71 (waarin dit probleem eveneens reeds aan de orde kwam). Toch meende zij de ontvankelijkheidskwestie nogmaals ter sprake te moeten brengen omdat de litigieuze — beweerdelijk schadeveroorzakende — rechtsvoorschriften een veel ruimer terrein bestrijken dan die waarom het in de zaak 5-71 ging. Voorts is zij van mening dat in dit geding niet van een gekwalificeerde inbreuk op een hogere rechtsregel als bedoeld in het arrest 5-71 kan worden gesproken. — De *Raad* bracht tijdens de schriftelijke behandeling het bezwaar naar voren dat er, wanneer ten deze geen nietigverklaring kan worden gevraagd, evenmin plaats is voor een aansprakelijkheidsactie ter zake van de geldelijke gevolgen van een beweerdelijk onrechtmatige handeling. Voorts heeft hij betoogd dat een actie tot schadevergoeding in zulke gevallen hoogstens in aanmerking komt bij grove schuld voor rechtstreeks toegebrachte bijzondere schade, waarvan echter volgens het betoog van verzoeksters geen sprake kan zijn. Tijdens de mondelinge behandeling ging de gemeenschappelijke raadsman van verweerders nog een stap verder. Hij wees erop dat met de beroepen een wijziging van de marktordening voor granen wordt beoogd, welk doel in geval van een veroordeling van verweerders — die immers de facto erga omnes zou werken — ook zou kunnen worden bereikt. Het zou echter indruisen tegen het rechtsbeschermingsstelsel van het Verdrag. Voorts stelde hij zich op het standpunt dat de inhoud van artikel 215, lid 2, thans mede door de rechtsorden der nieuwe Lid-Staten dient te worden bepaald. En gezien de wijze waarop deze problemen in de rechtsorden der nieuwe Lid-Staten zijn behandeld, zou dan bezwaarlijk kunnen worden volgehouden dat het bij 's Hofs arrest 5-71 — waarin de vraag naar de aansprakelijkheid voor op legislatief niveau begane onrechtmatigheid bevestigend is beantwoord — moet blijven.

Laat ons dus nagaan hoe de onderhavige procedure op grond van een en ander moet worden beoordeeld.

Allereerst is een deel der thans opgeworpen bezwaren kennelijk in de zaak 5-71 reeds te berde gebracht en uitvoerig besproken. Daarop dient niet te worden teruggekomen, te minder nu er geen wezenlijk nieuwe argumenten zijn voorgedragen.

Dit geldt met name voor zover er argumenten worden ontleend aan het rechtsbeschermingssysteem van het Verdrag en aan de beperkte mate waarin particulieren tegen normatieve handelingen in beroep kunnen komen. Ook zie ik geen aanleiding om ten aanzien van het onderhavige probleem terug te komen op het rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtsorden der zes oorspronkelijke Lid-Staten. Hoogstens zou naar aanleiding van een kritische opmerking van de raadsman der verweerders kunnen worden opgemerkt dat hij de conclusie in de zaak 5-71, waarin wordt gezegd dat het beginsel van overheidsaansprakelijkheid wegens normatieve handelingen „zeer verbreid" is, blijkbaar verkeerd heeft begrepen. Bedoeld was alleen dat dit beginsel in een aantal Lid-Staten erkenning heeft gevonden (de woorden „zeer verbreid" moesten dus geografisch worden opgevat); in die conclusie en in de overwegingen van 's Hofs arrest is echter geenszins miskend dat deze aansprakelijkheid slechts een enkele maal aan de orde komt en in de praktijk van weinig betekenis is (hetgeen op den duur waarschijnlijk ook voor het gemeenschapsrecht het geval zal zijn).

Het is dus eigenlijk alleen maar de vraag of de uitbreiding van de Gemeenschap en ook de uitbreiding van het rechtsvergelijkend onderzoek volgens artikel 215 tot drie andere rechtsorden aanleiding moet geven om in de onderhavige procedure

voor het probleem een andere oplossing te zoeken dan in de zaak 5-71. — Men dient daarbij mijns inziens verschillende overwegingen te doen gelden.

Allereerst laat zich ook mijns inziens bezwaarlijk volhouden dat de beginselen van het op 2 december 1971 (dus voor de toetreding der nieuwe Lid-Staten) uitgesproken arrest 5-71 zouden behoren tot — en door de nieuwe Lid-Staten zijn aanvaard als — de juridische verworvenheden der Gemeenschap. — Het is echter al aanstonds de vraag of bij de uitlegging van artikel 215, tweede alinea, en bij toepassing van dit artikel op het onderhavige geval, de rechtsorden der nieuwe Lid-Staten wel in aanmerking mogen worden genomen. Ik meen in ieder geval de opvatting dat de onderhavige aanspraken moeten worden beoordeeld naar de situatie die zich ten tijde der litigieuze feiten voordeed, niet aanstonds te moeten verwerpen.

Wil men echter van deze mijns inziens juiste beperking van ons onderzoek niet weten en ook de rechtsorden der drie nieuwe Lid-Staten in zijn overwegingen betrekken, dan wordt — naar de raadsman van verweerders overtuigend heeft aangetoond — aan de mogelijkheid de Gemeenschap wegens onrechtmatig handelen van haar wetgevend orgaan aansprakelijk te stellen zeker geen kracht bijgezet. Dit geldt misschien in mindere mate voor het Deense recht, waarin zodanige mogelijkheid naar ik meen niet a priori uitgesloten is te achten, al ziet men discretionaire beslissingen van de wetgever liever niet aan het oordeel van de rechter onderworpen. In tegenovergestelde richting wijst echter stellig de rechtspraktijk in Ierland en in het Verenigd Koninkrijk, zij het dat met betrekking tot het Engelse recht dient te worden bedacht dat de argumenten tegen zodanige aansprakelijkheid vooral de wetten en de soevereiniteit van het Parlement betreffen, die minder gemakkelijk met het gemeenschapsrecht in verband kunnen worden gebracht dan afgeleide voorschriften van de uitvoerende macht.

Klemmende argumenten tegen het doortrekken van de lijn van 's Hofs jurisprudentie leverde ons onderzoek nog niet op. — Voor de in artikel 215, tweede alinea, omschreven methode van rechtsvinding is overeenstemming tussen de rechtsorden van alle Lid-Staten of het vinden van een grootste gemene deler niet relevant; doorslaggevend is veeleer wat bekende schrijvers (zoals Zweigert) „*wertende* Rechtsvergleichung" hebben genoemd. Het kan daarbij, naar reeds in de conclusie in de zaak 5-71 werd betoogd, van belang zijn na te gaan welke rechtsorde als het meest waardevol kan worden aangemerkt (Aldus Zweigert, aangehaald door Heldrich in Europarecht 1969, 346). Vanuit dit gezichtspunt mag in dit geval vooral betekenis worden gehecht aan het feit dat zich in de rechtsorden van de drie Lid-Staten die onlangs tot de Gemeenschappen zijn toegetreden ten aanzien van de overheidsaansprakelijkheid een duidelijke *ontwikkeling* manifesteert. Er is duidelijk sprake van uitbreiding dezer aansprakelijkheid, deels langs legislatieve weg; met name in Denemarken zou de rechtspraak thans in deze richting tenderen. Dit rechtvaardigt wellicht de verwachting dat op dit belangrijke gebied der rechtsbescherming de afstand tussen de drie genoemde, ten deze overwegend negatief ingestelde rechtsorden en de wellicht meer vooruitstrevende rechtsorden der andere Lid-Staten verder zal worden overbrugd. — Anderzijds dient bij de beoordeling van rechtsvergelijkende onderzoeken — en bij de integratie der uitkomsten in het gemeenschapsrecht — met de bijzondere *structuur* van deze rechtsorde rekening te worden gehouden. Daarbij geeft de doorslag dat de rechtsregels op andere wijze dan in de Lid-Staten worden vastgesteld, met name doordat de rol van het Parlement zo bescheiden is gebleven. Dit behoort niet slechts aanleiding te geven om aan het nationale recht ontleende overwegingen nopens de bijzondere aard van door het Parlement aangenomen wetten, voor welker overeenstemming met de constitutie bepaalde waarborgen zijn gegeven, minder zwaar te laten wegen. Met name

dient ook op het belang van een — door het Hof te verlenen — grotere communautaire rechtsbescherming te worden gewezen. Ik zou mij kunnen voorstellen dat juist zulke overwegingen bij het wijzen van het arrest 5-71 de doorslag hebben gegeven. Ondanks de negatieve uitkomsten waartoe bestudering van de rechtsorden der drie nieuwe Lid-Staten ten deze heeft geleid, bestaat er dus voor het Hof geen aanleiding om ten aanzien van de aansprakelijkheid voor onrechtmatig handelen van de gemeenschapswetgever een andere koers te overwegen.

Met bespreking van de excepties der verweerders is het onderzoek naar de ontvankelijkheid evenwel nog niet voltooid. Wij dienen ook nog na te gaan of naar de normatieve inhoud van een gewraakt rechtsvoorschrift dient te worden gedifferentieerd (in dier voege dat een tegen de overheid gerichte aansprakelijkheidsactie slechts zou mogen worden gericht tegen een op het concrete geval toegesneden wet, doch niet tegen meer algemeen luidende wetten) en of, zoals de Raad meent, de mogelijkheid van een dergelijke actie ervan afhangt of kan worden aangetoond dat men met rechtstreekse, bijzondere schade te doen heeft en dat er sprake is van grove schuld.

Ik moge, wat het eerste punt betreft, al dadelijk zeggen dat het Hof van Justitie zich mijns inziens niet bij de opvatting van verweerders dient aan te sluiten. Het is niet slechts een zeer hachelijke zaak tussen rechtsvoorschriften te differentiëren naarmate zij meer of minder algemeen zijn geformuleerd. Bovendien zijn in 's Hofs arrest 5-71 andere waarborgen getroffen om schadeacties die hun oorzaak vinden in normatieve handelingen tot uitzonderlijke situaties te beperken. En voorts bestaat er mijns inziens geen wezenlijk verschil tussen de situatie die zich voordeed in de zaak 5-71 (waarin het ging om een verordening, waarbij maatregelen ter compensatie van de verschillen tussen de suikerprijzen in twee verkoopseizoenen waren voorzien) en de litigieuze prijsregeling voor een bepaalde waar in een bepaald seizoen. Weliswaar heeft de raadsman van verweerders aangetoond dat de laatstgenoemde regeling de belangen van velen raakt; er kan echter ook een engere kring van speciale belanghebbenden — de griesmeelfabrieken — worden getrokken; zij worden door de regeling in hun bestaan geraakt, waardoor zij veel overeenkomst met een langs legislatieve weg getroffen maatregel vertoont.

En wat tenslotte de door de Raad bedoelde maatstaven betreft, ik wil alleen maar opmerken dat zij in het arrest 5-71 niet worden genoemd. Ook ben ik van mening dat zij ter beperking van het beroepsrecht kunnen worden ontbeerd. Met de eis van gekwalificeerde schending „ener ter bescherming van particulieren gegeven hogere rechtsregel" (hetgeen slechts kan betekenen een bijzonder ernstige inbreuk op bepaalde rechtsregelen waarbij een onderzoek naar de onrechtmatigheid en niet naar de schuld op zijn plaats is) kan worden volstaan. — Zoals bekend, werd in de zaak 5-71 de grief van schending van het discriminatieverbod voldoende geacht. Die grief werd echter, naast schending van het evenredigheidsbeginsel en van het eigendomsrecht, ook door de verzoekers in dit geding voorgedragen en zij hebben — hetgeen voor een onderzoek naar de ontvankelijkheid voldoende is — met klem van redenen betoogd dat er sprake is van zeer ernstige gevolgen, waardoor zij in hun bestaan worden bedreigd.

Ik zie dus geen grond om verzoeksters niet-ontvankelijk te verklaren. — Of zij hun actie bovendien op een met onteigening gelijk te stellen ingrijpen hadden kunnen baseren, zal nog worden onderzocht.

3. Wij zijn daarmede toegekomen aan het onderzoek naar de vraag of de aansprakelijkheidsacties gegrond zijn en daarbij dient blijkens hetgeen ik tot nu toe heb betoogd in de eerste plaats te worden nagegaan of de door verzoeksters gewraakte regeling onrechtmatig is en of van *gekwalificeerde* schending van een hogere rechtsregel (waarborgnorm) kan worden gesproken.

a) In het bestek van dit onderzoek moet eerst worden ingegaan op een argument van verzoeksters dat geen lange bespreking vergt: de Duitse griesmeelfabrieken zouden vooral in het nadeel zijn geraakt door de maatregelen ter bevordering van de teelt van durumtarwe, dat wil zeggen door de steunregeling die de telers een minimumprijs waarborgt en daarmede de teelt aanmoedigt. Zij zou tot een aanmerkelijke uitbreiding van het areaal hebben geleid en eo ipso de positie van maalbedrijven die durumtarwe uit de Gemeenschap kunnen verwerken hebben versterkt. Zonder deze maatregelen zou alles bij het oude zijn gebleven; er zou in Noord-Frankrijk maar weinig durumtarwe zijn geteeld en de aldaar gevestigde maalbedrijven zouden, evenals de Duitse molens, vooral op durumtarwe uit derde landen aangewezen zijn geweest en dus een zelfde uitgangspositie hebben ingenomen als verzoeksters. Toetst men de maatregel ter bevordering van deze teelt aan artikel 39 van het EEG-Verdrag, dan blijkt zij ter verwezenlijking van de daargenoemde doeleinden niet noodzakelijk. Zij konden zonder de teelt van durumtarwe evengoed worden verwezenlijkt en, wanneer men aan de denaturerings- en restitutiekosten voor zachte tarwe denkt, zelfs goedkoper. Men heeft dus artikel 39 geen recht doen wedervaren.

Ik zou naar aanleiding van dit betoog allereerst willen opmerken dat, naar ons in een aantal andere gevallen reeds is gebleken, de verschillende in artikel 39 genoemde doeleinden en de daarmede verband houdende noodzaak tot een afweging van belangen te komen impliceren dat aan de gezagsorganen van de Gemeenschap bij hun beleid een zekere speelruimte is gelaten. Of zij van hun discretionaire bevoegdheden een verkeerd gebruik hebben gemaakt, kan dus a priori bijzonder moeilijk worden vastgesteld.

Voorts moet worden toegegeven dat de getroffen maatregelen in de lijn blijken te liggen van de doelstellingen van het artikel 39, letters a), b), c) en d), en dus door dit artikel worden gedekt, en wel zulks omdat de teelt van durumtarwe in de Gemeenschap deficitair is, durumtarwe produkten waarvan de teelt tot overschotten leidt (zachte tarwe en wijn) kan vervangen, de teelt van durumtarwe een grotere spreiding van de agrarische produktie mogelijk maakt en voor gebieden met een droog klimaat de enige mogelijkheid is en dan als sociale maatregel onontbeerlijk is. Het zijn deze overwegingen die in casu de doorslag moeten geven. Het moet voor artikel 39 voldoende zijn wanneer een maatregel eronder kan worden gebracht en ter verwezenlijking van de doelstellingen van dit artikel als passend is te beschouwen. Noch hier noch elders in het Verdrag is bepaald dat ter rechtvaardiging van een agrarische beleidsmaatregel alleen met artikel 39 mag worden gewerkt wanneer zij ter verwezenlijking van de doeleinden van dat artikel *onontbeerlijk* of *gebiedend noodzakelijk* is.

Al zou men dus mogen stellen dat het — volgens de jurisprudentie zo belangrijke — beginsel der gemeenschapspreferentie, dat met bevordering van de teelt van durumtarwe noodzakelijkerwijze samenhangt, het belang van behoud der goederenstromen — dat in de lijn ligt van de marktstabilisatie van artikel 39 c) — heeft verdrongen (hetgeen door verweerders is weerlegd), dan nog zou een en ander geen miskenning van artikel 39 opleveren. In ieder geval is er geen sprake van evidente miskenning dezer bepaling in de zin van het arrest 5-71 (gekwalificeerde schending van een hogere rechtsregel) en kan niet worden gezegd dat de geschonden rechtsregel door verzoeksters als *waarborgnorm* mag worden beschouwd.

Het door verzoeksters aan artikel 39 van het EEG-Verdrag ontleende betoog kan dus niet aan hun schadevorderingen ten grondslag worden gelegd.

b) Belangrijker is het argument dat het discriminatieverbod zou zijn geschonden. Verzoeksters betogen dat de uitgangspositie van de Duitse griesmeelfabrieken als gevolg van de gemeenschapsregeling

voor durumtarwe veel slechter was dan die van hun Franse concurrenten. De Franse maalbedrijven konden hun basisprodukten tegen de lagere interventieprijs betrekken, de Duitse molens waren daarentegen aangewezen op invoer uit derde landen en moesten daarvoor de veel hogere drempelprijs betalen. Zij konden daardoor in hun traditionele afzetgebieden niet meer meekomen en waren a fortiori in het buitenland, met name in Frankrijk, niet meer tot concurrentie in staat. Deze moeilijkheden hadden evenwel kunnen worden vermeden wanneer men de drempelprijs (desnoods alleen voor de maalbedrijven in Duitsland en in de Benelux) zou hebben verlaagd of de communautaire steun — door de interventieprijs op te trekken — zou hebben verlaagd.

Wij weten dat verweerders hiertegen inbrengen dat verzoeksters van een onjuiste kostenvergelijking uitgaan, omdat zij niet op durumtarwe uit derde landen aangewezen zouden zijn geweest, doch zeer wel in Frankrijk geteelde durumtarwe op dezelfde condities als de Franse molens hadden kunnen betrekken. Alleen qua ligging zouden de Franse molens dan in het voordeel zouden zijn gebleven, maar deze voorsprong zou in het kader van de mededinging met de Duitse maalbedrijven maar een geringe rol spelen en door de winstmarge kunnen worden opgevangen.

Verzoeksters bestrijden deze opvatting met klem. Zij betogen dat de Duitse fabrieken ten opzichte van hun Franse concurrenten ook in het nadeel zouden zijn geweest indien zij Franse durumtarwe zouden hebben betrokken: voor de daarmede gepaard gaande transportkosten biedt de winstmarge geen compensatie. Zelfs in de door verweerders voorgestane opvatting zou er dus ten nadele van verzoeksters worden gediscrimineerd door een regeling waarin ervan wordt uitgegaan dat zij Franse durumtarwe verwerken. — Nog meer klemt dat het de Duitse maalbedrijven werkelijk niet gelukt op de Franse markt partijen durumtarwe van enig belang te betrekken. Er wordt in het hierbedoelde teeltgebied zelfs voor de Franse behoeften onvoldoende durumtarwe geproduceerd en elders gevestigde maalbedrijven krijgen er vooral door het daar toegepaste verzamelstelsel en door de traditionele relaties tussen telers en regionale molens geen voet aan de grond.

Wij willen thans trachten op de details van dit complexe betoog, dat de kern van de zaak raakt, in te gaan.

aa) Ik wil beginnen met een vergelijkend onderzoek naar de mededingingsvoorwaarden zoals die zich voordoen wanneer Duitse maalbedrijven Franse durumtarwe betrekken en nagaan of het de Duitse maalbedrijven werkelijk nauwelijks gelukt tot de Franse markt voor durumtarwe door te dringen.

i) Met betrekking tot het eerste punt moet ik al aanstonds opmerken dat zich hier een aantal kwesties voordoen die niet tot volledige klaarheid zijn gebracht. — Verweerders berekenden de kosten van Franse maalbedrijven bij afzet van hun gries(meel) in de Bondsrepubliek en de kosten waarvoor Duitse maalbedrijven zich geplaatst zouden zien wanneer zij Franse durumtarwe zouden betrekken. Wegens de ongelijke vrachtkosten (die voor griesmeel hoger zouden zijn dan de met staatssubsidie verlaagde vracht van durumtarwe) en in verband met het feit dat er wegens het extractiepercentage grotere hoeveelheden van het basismateriaal moeten worden vervoerd (de verhouding is ongeveer 2 : 3) komen zij tot de slotsom dat het concurrentievoordeel van de Franse maalbedrijven in de Bondsrepubliek hoogstens plusminus 3 r.e. bedraagt. Huns inziens moet de concurrentie daartegen kunnen; het komt neer op 15 % van de kosten van verwerking en minder dan 2 % van de prijs bij wederverkoop. Verzoeksters menen dat de situatie hiermede niet juist is weergegeven. Aan de hand van een dergelijke berekening concluderen zij dat het concurrentievoordeel der Franse maalbedrijven ten naaste bij 6 r.e. bedraagt; huns inziens dienen de kosten van aanvoer voor de Franse maalbedrij-

ven lager te worden gesteld dan verweerders aannemen, moeten de vrachtkosten tot aan het bedrijf van de voornaamste afnemers — Stuttgart — in aanmerking worden genomen en te worden bedacht dat als concurrenten niet slechts een bedrijf te Rouen, doch ook te Parijs gevestigde maalderijen, waar de kosten van aanvoer lager zijn, in aanmerking komen. Zij achten het ten enen male uitgesloten dat dit concurrentievoordeel via de winstmarge zou kunnen worden gecompenseerd. Reeds bij een voordeel van ongeveer 3 r.e. zou het niet mogelijk zijn, aangezien wat de Duitse griesmeelindustrie betreft van een gemiddelde winstmarge (vóór belasting en aftrek van dividend) van ruim 3 r.e. moet worden uitgegaan (zij verwijzen daartoe naar een door de Bundeswirtschaftsminister goedgekeurd calculatiemodel dat door de maalderijen voor zachte tarwe in het geval van een „Strukturkrisenkartell" bij hun prijsafspraken wordt aangehouden en dat voor de — durumtarwe verwerkende — griesmeelfabrieken eigenlijk te laag is).

Zou het ten processe hierop aankomen, dan zouden wij het niet zonder een verdere toelichting kunnen stellen, ofschoon reeds thans tegen het betoog van verzoeksters kan worden ingebracht dat zij er geen rekening mede houden dat Franse maalbedrijven bij aanzienlijke aankopen van Duitse molens op de Franse markt meer durumtarwe in derde landen — tegen hogere prijzen — moeten betrekken, hetgeen hun voorsprong stellig zou verkleinen.

Ik geloof evenwel niet dat voormelde argumenten tot het inwinnen van nadere gegevens (met name inzake de vrachtkosten en winstmarges) behoeven te leiden. Ik acht namelijk andere overwegingen van doorslaggevende betekenis.

ii) Zij houden verband met de stelling van verzoeksters dat het de Duitse maalbedrijven niet mogelijk is geweest Franse durumtarwe in enigszins belangrijke hoeveelheden te betrekken. U zult zich herinneren dat verzoeksters reeds in hun conclusies, met name ook in antwoord op een vraag van het Hof van Justitie, hebben verklaard dat de inspanningen welke zij zich daartoe sedert het jaar 1968 hadden getroost, met zeer weinig succes werden bekroond (de importen van durumtarwe uit Frankrijk zijn tot het seizoen 1971-1972 gestegen tot slechts ± 13 000 ton, een zeer gering percentage van hetgeen verzoeksters in totaal aan durumtarwe verwerken). Ten deze kan worden verwezen naar het door verzoeksters — met bewijsaanbod — gegeven exposé betreffende hun wijze van samenwerking met importfirma's (waarmede zij soms vennootschapsrechtelijke relaties onderhouden) en hun regelmatige contacten met Franse makelaars c.q. met eigen vestigingen in Parijs. Ofschoon deze contacten reeds sinds de vijftiger jaren bestaan en tot levering van grote partijen zachte tarwe hebben geleid, zou het, wat durumtarwe betreft, slechts zijn gekomen tot geringe importtransacties, na het binnenhalen van de oogst aangegaan voor partijen van slechte kwaliteit, terwijl er bovendien het stilzwijgen over moest worden bewaard. Ook toen er in het voorjaar van 1972 in een Frans vakblad een advertentie was geplaatst en nadat er in diezelfde tijd contact was opgenomen — en in de herfst van dat jaar nader overleg had plaatsgevonden — met Synprodur, een Franse federatie van telers, handelaren en coöperaties op het gebied van durumtarwe — waarbij belangstelling voor een raamcontract voor 50 000 ton aan de dag was gelegd —, kwam het niet tot importen van enige betekenis. — Anderzijds wezen verzoeksters op het traditionele Franse verzamelstelsel en de nauwe relaties tussen producenten, verzamelbureaus en maalbedrijven, die weer verbindingen onderhielden met en in betrekking stonden tot Synprodur. Langs deze weg zijn er althans vroeger (naar ook blijkt uit een publikatie in het vakblad „Le Petit Meunier" van 6 november 1969) teeltcontracten met de verzamelbureaus en leveringscontracten met de molens tot stand gekomen waarmede aanzienlijke hoe-

veelheden waren gemoeid, zodat buitenstaanders op de geringe marktquanta waren aangewezen (dit wordt onder meer gestaafd met een verwijzing naar het vakblad „Le Petit Meunier", waarin gedurende het seizoen 1971-1972 slechts tweemaal een publikatie inzake aangeboden partijen durumtarwe voorkwam). — Tenslotte hebben verzoeksters ook gewezen op het feit dat de oogst van het Franse produktiegebied, gelegen rondom de stad Chartres (in het seizoen 1971-1972 ± 250 000 ton), ongeveer overeenkwam met de behoeften van de in die streek gelegen maalderijen, zodat er geen sprake is van overschotten. De Franse verwerkende industrieën hadden er dus groot belang bij deze produktie voor zich te behouden; zij behoefden dan geen dure importtransacties aan te gaan. Maar ook de Franse telers van durumtarwe waren met het oog op een stabiele afzet bij goede betrekkingen met de Franse verwerkende industrie zeer geïnteresseerd; zij hadden ervan uit te gaan dat buitenlandse afnemers wegens de hoge transportkosten in geen geval meer konden bieden dan de Franse fabrieken.

Men dient te erkennen dat er in zoverre ook nu de zaak is voldongen enige onopgehelderde kwesties zijn blijven bestaan en met nadere informatie in de een of andere richting zouden wij in ieder geval zijn gebaat. Toch geloof ik dat wij, na de door verzoeksters verstrekte gegevens, aan de hand van de gangbare percentages en hetgeen ons van de marktmechanismen bekend is ten deze tot een oordeel kunnen komen; het kan mijns inziens slechts als volgt luiden.

Wij hebben te doen met een markt die zich in betrekkelijk korte tijd heeft ontwikkeld (de Franse produktie van durumtarwe in het hierbedoelde gebied is, zoals men reeds weet, van 10 000 ton in 1964 via 167 000 ton in 1969 gestegen tot omstreeks 250 000 ton in 1972). De tegenwoordige omvang der produktie kan volgens verweerders niet belangrijk meer toenemen en men weet dat zij juist de behoeften van de Franse verwerkende industrie dekt. Het lijkt dan ook ten enen male uitgesloten dat het buitenstaanders tegen de vitale belangen van de Franse verwerkende industrieën in en in strijd met het belang der telers bij instandhouding van de traditionele afzetwegen in korte tijd (en ook een aantal jaren is hier een korte tijd) zou gelukken hun aankopen in dit gebied ook maar enigszins te vergroten. En het gaat al helemaal niet op dat er een reële kans zou hebben bestaan om door vergroting van Duitse aankopen ten behoeve van Duitse en Franse maalbedrijven te bereiken dat tarwe uit het binnenland en uit derde landen in ongeveer dezelfde mate wordt verwerkt (hetgeen namelijk zou betekenen dat er voor de Franse molens slechts ongeveer de helft van de Franse produktie zou overblijven). Van deze uit de marktmechanismen resulterende ervaringsfeiten (factoren welke de mededinging verstoren, zoals misbruik van de machtspositie der Franse molens — waarnaar de Commissie thans een onderzoek instelt — kunnen hier gevoeglijk buiten beschouwing blijven) zal men bij het verdere onderzoek hebben uit te gaan. Dat houdt in werkelijkheid echter slechts de erkenning in dat Duitse maalbedrijven zeer overwegend op slechts tegen de hogere drempelprijs te betrekken tarwe uit derde landen waren aangewezen, zodat zal moeten worden nagegaan of zulks nu de Franse molens in den regel binnenlandse tarwe — waarvoor een bijzondere prijsregeling geldt — kunnen verwerken. een duidelijke discriminatie ten nadele van de Duitse maalderijen oplevert.

bb) Wat nu de calculatie van een en ander betreft: de Commissie kwam tot de slotsom dat het voordeel der Franse molens bij de afzet van gries(meel) in Duitsland hoogstens 8 r.e. per ton bedroeg. Omdat het door verschillende factoren nog kan worden verkleind, zou het op hoogstens 15 tot 20 DM per ton moeten worden gesteld; de concurrentie moet dat kunnen verwerken en volgens de Raad zou dit voordeel, wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan (namelijk wanneer de prijzen in Frankrijk be-

langrijk boven de interventieprijzen komen te liggen), zelfs vrijwel geheel verdwijnen. — Verzoeksters beroepen zich hiertegenover op heel andere berekeningen. Huns inziens is het concurrentievoordeel der Franse maalderijen in de Bondsrepubliek veel groter, namelijk meer dan 13 r.e. per ton, zodat er een sterk discriminerend effect van uitgaat. Maar ook het door de Commissie berekende gemiddelde mededingingsvoordeel zou reeds een zware last op de Duitse maalbedrijven leggen.

Wij willen thans nader op deze belangrijke kwestie ingaan en dienen daarbij allereerst de berekening van de inkoopprijzen in Frankrijk en vervolgens die van de Duitse concurrenten — met al hetgeen daartoe behoort — te onderzoeken.

i) Wij zagen dat het bij de berekening van Franse inkoopprijzen een zeer essentiële vraag is of de Franse maalbedrijven werkelijk — zoals verzoeksters menen — konden inkopen tegen prijzen gelegen op of nabij het niveau van de interventieprijs dan wel of de Raad terecht stelt dat de Franse maalbedrijven voor Franse durumtarwe 7 tot 8 r.e. boven de interventieprijs hadden te betalen. Ik wil reeds thans zeggen ten processe de indruk te hebben gekregen dat het gelijk eerder bij verzoeksters dan bij de Raad ligt. Daartoe kunnen de volgende gronden worden aangevoerd. Zie ik het goed, dan berust de opvatting van de Raad voornamelijk op een publikatie in „Le Petit Meunier" van september 1972. Het gaat daarin echter om gegevens die geen betrekking hebben op het onderhavig seizoen (evenmin trouwens als de gegevens die in een brief van Synprodur van 28 september 1972 worden genoemd en volgens welke het ervoor mag worden gehouden dat die prijs 5 r.e. per ton boven de interventieprijs lag). De Raad geeft er zich voorts geen rekenschap van dat hij hier te doen had met *beurs*noteringen, dat wil zeggen door de grossiers — waarschijnlijk te Parijs — bedongen verkoopprijzen, terwijl de Franse maalderijen blijkens het duidelijke exposé van verzoeksters hun basisprodukten rechtstreeks bij de verzamelbureaus, dat wil zeggen tegen de inkoopprijzen van de groothandel, betrokken. Voorts wordt de opvatting van de Raad niet slechts weersproken door de Commissie, die enerzijds toegeeft dat er voor Frankrijk, waar durumtarwe in de regel niet op de open markt komt, geen cijfers betreffende de marktprijzen beschikbaar zijn, maar niettemin aanneemt dat de prijzen in het jaar 1971-1972 deels in het geheel niet, deels maar weinig boven het niveau van de interventieprijzen lagen (een standpunt waarvoor de Commissie plausibele verklaringen heeft aangevoerd; zo wees zij op het feit dat de inkomenspositie van de Franse boeren door de overgang naar een stelsel van gemeenschappelijke landbouwprijzen toch al is verbeterd, terwijl de toenmalige monetaire situatie al evenzeer tot zulk een verbetering heeft geleid en de Franse boeren voorts onvoldoende zijn georganiseerd om hun belangen efficiënt te kunnen verdedigen). Ten gunste van het standpunt der Commissie kan voorts worden gewezen op gegevens, vermeld in „Le Petit Meunier" van oktober en november 1971 (waaruit blijkt dat de verkoopprijzen voor durumtarwe ongeveer op het niveau van de interventieprijs lagen). In dezelfde richting wijst ook het antwoord der Commissie op een in het Parlement gestelde vraag (waaruit blijkt dat de producentenprijzen voor Franse durumtarwe in het oogstjaar 1968-1969 113,51 r.e. en in het oogstjaar 1969-1970 102,43 r.e. hebben bedragen en dus, een devaluatiepercentage van 11,11 % in aanmerking genomen, in beide jaren nauwelijks boven het niveau van de interventieprijs hebben gelegen). En niet in de laatste plaats kan ten gunste van deze opvatting worden gewezen op het feit dat elders gevestigde ondernemers niet werkelijk op de zeer traditioneel gebonden Franse markt konden doordringen — en daarmede een prijsstijging uitlokken —. Zonder dat aan verstoring van de mededinging op de Franse markt behoeft te worden gedacht mag dus geredelijk worden aangenomen dat de Franse inkoopprijzen in hoofd-

zaak op grondslag van de interventieprijzen werden berekend. En mochten zij in een enkel geval iets hoger zijn komen te liggen, dan geeft dat nog geen aanleiding voormelde berekeningen betreffende de voorsprong der Franse maalbedrijven in belangrijke mate te corrigeren.
Over andere hierbij in aanmerking te nemen en ook ten processe besproken factoren als de aanvoerkosten van de Franse molens, de kosten van lossing, het extractiepercentage van de Franse molens en hun „grenscalculatie" behoeft niet uitvoerig te worden gesproken, omdat zij mijns inziens in dit verband van weinig belang zijn. — Wat betreft de kosten van *aanvoer* zij opgemerkt dat een correctie als door verzoeksters bepleit de cijfers waarschijnlijk maar in geringe mate wijzigt. Bovendien gaat het hier om een probleem dat met de standplaats van de individuele ondernemer verband houdt, zodat er nauwelijks op behoeft te worden ingegaan wanneer het om een algemene beoordeling van de juistheid ener prijsregeling gaat. — *Winstmarges* van de verzamelbureaus en kosten van *lossing* doen zich ook bij invoer uit derde landen voor en kunnen dus bij kostenvergelijking worden verwaarloosd. — Wij vernamen, wat het *extractiepercentage* betreft, dat in de berekeningen van een extractiemodel wordt uitgegaan; voorts schijnt te zijn bewezen dat van verschillen tussen de Duitse en de Franse molens in zoverre nauwelijks meer kan worden gesproken. — Bij de zogenaamde *grenscalculatie* gaat het erom dat Franse maalbedrijven bij uitbreiding van hun produktie — die uiteraard tot verlaging van kosten leidt — hun vaste kosten niet meer over hun exporten behoeven om te slaan en ook de extrakosten die met noodzakelijke aanvullende aankopen van tarwe in derde landen gepaard gaan uitsluitend op de binnenslands verkochte waren kunnen afwentelen; verweerders hebben echter terecht opgemerkt dat verzoeksters hier slechts een vermoeden uitspreken en geen feiten noemen. Mocht zulk een grenscalculatie zich werkelijk hebben voorgedaan, dan zou zij buiten beschouwing moeten blijven omdat zij niet op de communautaire regeling berust, doch hoogstens mogelijk is geworden met behulp van inbreuken op de mededingingsregelen en de verantwoordelijkheid daarvoor thans niet ter discussie staat.

In het kader van de berekening van de Franse inkoopprijzen behoeft dus eigenlijk alleen nog maar aandacht te worden geschonken aan de reeds gesignaleerde omstandigheid dat de Franse molens niet uitsluitend Franse durumtarwe, doch ten dele (wellicht voor 20 %) ook tarwe uit derde landen hebben verwerkt, waarvoor hogere prijzen golden. Erkend dient te worden dat dit de berekening als geheel heeft beïnvloed. Ik betwijfel echter of hier van een belangrijk effect kan worden gesproken in die zin dat het voormeld verschil tussen de concurrentieposities veel kleiner kon maken.

ii) En wat de berekening van de Duitse maalbedrijven betreft: wanneer wij opmerkingen betreffende de vrachtkosten bij vervoer per rijnaak om dezelfde redenen buiten beschouwing laten als de opmerkingen betreffende de kosten van aanvoer in Frankrijk, behoeven wij ons eigenlijk nog slechts te verdiepen in twee kwesties waarvoor verweerders onze aandacht vroegen. In de eerste plaats is daar de omstandigheid dat in het litigieuze tijdvak de uit andere gedingen genoegzaam bekende compenserende heffingen bij invoer van durumtarwe uit derde landen niet werden toegepast, zodat die importen naar evenredigheid goedkoper werden; in de tweede plaats kon bij invoer van de mogelijkheid tot voorfixatie gebruik worden gemaakt, waardoor de prijzen beneden de drempelprijs kwamen te liggen.

Wat dit eerste punt betreft, blijkt echter al aanstonds dat compenserende heffingen al evenmin op Franse griesmeelimporten worden toegepast. En al is ons niet nauwkeurig bekend welk voordeel zulks, vergeleken met het voordeel door het achterwege blijven van de compenserende heffing bij invoer van durumtarwe verkregen, oplevert (daarbij spelen het

prijsniveau voor durumtarwe op de wereldmarkt, de Franse griesmeelprijzen en de ongelijke ontwikkeling van de wisselkoers van de D-Mark ten opzichte van de dollar en ten opzichte van de Franse frank een rol), uit hetgeen ten processe werd betoogd krijgt men de indruk dat het afschaffen van de compenserende heffing waarschijnlijk geen invloed heeft gehad en in ieder geval niet tot belangrijke wijziging der kostenvergelijking noopt (de Commissie heeft deze tijdelijke factor dan ook niet in haar beschouwingen betrokken). Wat betreft de prefixatie van heffingen bij de invoer van tarwe uit derde landen — die destijds slechts voor 30 dagen mogelijk was —: weliswaar werd niet bestreden dat de importprijs aldus 2 tot 3 r.e. soms zelfs 6 r.e. lager kon komen te liggen. Het is echter enerzijds niet zeker of de importeurs dit voordeel ook aan de maalderijen ten goede deden komen dan wel ten dele behielden — om in andere gevallen van prefixatie de nadelige gevolgen te kunnen opvangen —. Anderzijds hebben wij ook hier te maken met gemiddelden, waardoor voormeld concurrentievoordeel waarschijnlijk niet belangrijk kon worden verkleind.

Hoe luidt nu onze slotsom? Ik meen dat ondanks de gesignaleerde kwesties — en ook zonder dat het Hof een deskundigenbericht inwint (hoe nuttig dat op zichzelf ook zou zijn) kan worden gesteld dat de Duitse maalderijen, vergeleken met de Franse concurrerende ondernemingen, werkelijk in hun afzetmogelijkheden zijn benadeeld (van concurrentie van enige omvang kon in Frankrijk blijkbaar in het geheel geen sprake zijn). Bovendien staat vast dat deze benadeling een hoogst bedenkelijke omvang heeft aangenomen; dit blijkt vooral wanneer men bedoeld nadeel vergelijkt met de winstmarges die verzoeksters voor de Duitse maalderij normaal achtten. Hetgeen betekent dat er onmiskenbaar sprake is van ernstige discriminatie, anders gezegd van gekwalificeerde schending van het non-discriminatiebeginsel als bedoeld in het arrest 5-71.

cc) Alvorens hieraan verdergaande gevolgtrekkingen te verbinden dienen wij ons echter nog af te vragen of dit effect volgens de systematiek van de marktordening had kunnen worden vermeden en dus, zonder die systematiek in gevaar te brengen, had moeten worden voorkomen.

Wij zagen dat hier aan meer dan een mogelijkheid kan worden gedacht. De drempelprijs voor durumtarwe had kunnen worden gewijzigd, dat wil zeggen verlaagd tot het niveau van de interventieprijs ofwel — in het belang van de gemeenschapspreferentie — tot 1,1 r.e. boven de interventieprijs. De drempelprijs had alleen voor Rotterdam kunnen worden verlaagd, in welk geval ervoor had moeten worden gezorgd dat die verlaging alleen aan de maalderijen in Duitsland en de Benelux ten goede kwam. — Tenslotte had de interventieprijs, althans voor het hierbedoelde Franse produktiegebied, in redelijke mate kunnen worden verhoogd.

i) Verweerders hebben echter alleen de eerste mogelijkheid ernstig bestreden. Dat hun grieven niet ongegrond zijn en dat een algemene verlaging van de drempelprijs voor durumtarwe ter verwezenlijking van de op zichzelf legitieme bevordering van de produktie van durumtarwe in de Gemeenschap ongetwijfeld in meer dan een opzicht een gevaar zou betekenen, dient zonder meer te worden erkend. Wij zagen dat er tussen de prijzen van durumtarwe en zachte tarwe een zekere marge moet worden gehandhaafd (volgens de mechanismen van de wereldmarkt dienen die prijzen in een verhouding van 100 : 118 te staan). Wordt daarop niet gelet, dan wordt zachte tarwe ongetwijfeld verdrongen door durumtarwe en dat is stellig niet gewenst. Omdat de drempelprijs voor zachte tarwe destijds echter 107,25 r.e. bedroeg, kon er geen sprake van zijn de drempelprijs van durumtarwe tot 112,4 r.e. te verlagen. — Een ander belangrijk bezwaar is dat verlaging van de drempelprijs bovendien zou betekenen dat de binnenlandse produktie van durumtarwe

door invoer van durumtarwe in gevaar zou worden gebracht. Door verlaging van de drempelprijs in voege als door verzoeksters bepleit zou ook de als voormeld aangemoedigde binnenlandse produktie onvoldoende beschermd zijn. Met name in havengebieden, bijvoorbeeld te Genua, waar produkten uit derde landen met durumtarwe uit Zuid-Italië concurreren, zou men wel eens in toenemende mate op de import van durumtarwe kunnen overgaan. In ieder geval moest ermede worden gerekend dat de prijzen van binnenlandse durumtarwe zouden stagneren — dat wil zeggen op het niveau van de interventieprijs blijven liggen —, hetgeen de teelt veel minder aantrekkelijk zou maken. Terecht heeft de Commissie er in dit verband vooral ook op gewezen dat de vroegere Italiaanse drempelprijs hoger lag dan de communautaire drempelprijs. Juist met het oog op de belangen van het voornaamste teeltgebied voor durumtarwe (Zuid-Italië) kon derhalve aan verdere verlaging van de drempelprijs niet worden gedacht, ook niet in dier voege dat die prijs in het belang van de gemeenschapspreferentie 1,1 r.e. boven de interventieprijs zou blijven liggen.

ii) Doch ook tegen de tweede mogelijkheid, een gedifferentieerde, tot Rotterdam beperkte verlaging van de drempelprijs (met het oog op de importen van de maalbedrijven in de Benelux en in Duitsland), kunnen verschillende bedenkingen worden ingebracht, al zou men in verband met het feit dat Franse maalbedrijven ook in beperkte omvang tarwe uit derde landen vermalen, 1,1 r.e. boven de interventieprijs willen blijven. Eén van de belangrijkste bezwaren is dat de eenheid van de markt en de uniformiteit der prijzen erdoor zou worden verstoord. Weliswaar worden ook in andere gevallen afwijkingen van dit beginsel aanvaard (bijvoorbeeld een verlaging van de heffing voor Italiaanse importen van voedergranen). Men dient echter te bedenken dat het dan om voor een beperkte tijd bedoelde uitzonderingsregelingen gaat die geen algemene toepassing mogen vinden en die met het onderhavig geval zo weinig verband houden dat verzoeksters er geen rechten aan kunnen ontlenen. — Bovendien zou de thans besproken mogelijkheid, wanneer het voordeel tot de maalderijen in de Benelux en in Duitsland beperkt moet blijven, een procedure ter verzekering van de betaling der douanerechten noodzakelijk maken, die binnen de gemeenschappelijke markt eigenlijk niet thuis behoort. Het is ook zonneklaar dat zelfs dan de binnenlandse durumtarwe althans indirect gevaar kan lopen, hetzij omdat griesmeel uit ingevoerde tarwe, in nabij de grens gelegen maalderijen vervaardigd, griesmeel uit binnenlandse tarwe zou kunnen verdringen, hetzij omdat dan bij gebreke van vraag uit het buitenland tenminste met stagnatie van de Franse prijzen zou moeten worden gerekend. — Tenslotte is het in dit verband niet zonder belang dat het op deze wijze zou kunnen komen tot ongelijke behandeling van de maalderijen in andere Lid-Staten, die eveneens ten dele produkten uit derde landen verwerken. Om dat te vermijden zou een dergelijke differentiatie ook voor andere gebieden der Gemeenschap moeten gelden. Dat zou echter tot veel administratieve rompslomp leiden en er zouden ook voor andere landbouwprodukten wel eens dergelijke speciale wensen naar voren kunnen worden gebracht, nog afgezien van het feit dat de verwezenlijking van het doel dat met bevordering van de teelt van durumtarwe wordt nagestreefd, zou worden bemoeilijkt.

iii) Daarom verdient alleen de derde mogelijkheid, verhoging van de interventieprijs althans voor het hierbedoelde gebied, Noord-Frankrijk, ernstige overweging. Ten processe werd betoogd dat de marge tussen drempelprijs en interventieprijs bij durumtarwe groter zou zijn dan bij andere graansoorten (zoals rogge, gerst en mais) alsook bij zachte tarwe, waarvoor de drempelprijs in 1971 107,25 en de gemiddelde interventieprijs op de belangrijkste plaatsen ten naaste bij 98 r.e. bedroeg. Voorts gaf mij te denken

dat de interventieprijs voor Rouen vroeger (bijvoorbeeld in het seizoen 1968-1969) hoger blijkt te zijn geweest — 117,50 r.e. —, waarmede de drempelprijs (123,13 r.e.) dichter werd benaderd. Ook bedenke men dat deze prijsverhouding zich voordeed in een tijd waarin de inlandse teelt nog niet zeer tot ontwikkeling was gekomen, zodat inlandse durumtarwe meer werd gevraagd — hetgeen de prijzen omhoog dreef —. Nochtans heeft men blijkbaar ondanks deze kleinere marge tussen drempelprijs en interventieprijs de binnenlandse produktie voldoende beschermd geacht. Dan moet men zich echter afvragen waarom later, onder meer in het jaar 1971-1972, ter bescherming van de inmiddels op gang gekomen binnenlandse produktie een grotere marge tussen drempelprijs en interventieprijs nodig zou zijn geweest. Uit het feit dat zulks ons ten processe niet aannemelijk werd gemaakt, dienen thans de nodige consequenties te worden getrokken.

Dat wil zeggen dat men, zonder het terrein te betreden waar de wetgever tot oordelen geroepen is, kan stellen dat de doelstellingen van de landbouwmarktordening geen gevaar zouden hebben gelopen wanneer men in het seizoen 1971-1972 de interventieprijzen voor durumtarwe in Noord-Frankrijk op een hoger niveau had vastgesteld. Bovendien had men daardoor de ontwrichting van de mededinging tussen de Duitse en Franse griesmeelfabrieken tot dragelijke proporties kunnen terugbrengen; verzoeksters beklagen zich dus terecht over ernstige discriminatie.

4. Na vaststelling van de onrechtmatigheid van de onderhavige regeling moet thans volgens de regelen inzake de overheidsaansprakelijkheid (zoals die tot dusverre werden gehuldigd) worden nagegaan of deswege een verwijt op zijn plaats is.

Ik wil al aanstonds toegeven dat een dergelijk onderzoek bijzonder hachelijk is wanneer het gaat om legislatieve maatregelen die voor langere tijd ten aanzien van een groot aantal belanghebbenden werden genomen, hetgeen om ingewikkelde analyses en moeilijke prognoses vraagt.

In casu voeren verweerders te hunner verdediging in de eerste plaats aan dat zij ervan mochten uitgaan dat Franse durumtarwe ook door Duitse molens zou kunnen worden betrokken, hetgeen slechts tot een gering concurrentienadeel zou hebben geleid. Anderzijds kon volgens verweerders niet worden voorzien dat de prijzen op de markt in Frankrijk, waar de produktie deficitair was, zich anders zou ontwikkelen dan in Italië en niet belangrijk hoger zouden komen te liggen dan de interventieprijzen, hetgeen de Franse molens een aanzienlijk concurrentievoordeel zou hebben bezorgd.

Beziet men de schuldvraag in het licht van deze opmerkingen, dan dient stellig te worden erkend dat van een *opzettelijk* begane onrechtmatigheid niet kan worden gesproken. Het is alleen maar de vraag of er onzorgvuldig is gehandeld in die zin dat de Raad, indien hij wel met de nodige zorgvuldigheid was te werk gegaan, de gesignaleerde gevolgen had kunnen onderkennen en vermijden.

In het kader van een aldus beperkt onderzoek dient echter al aanstonds te worden betwijfeld of de Raad wat betreft het eerste punt (de toegankelijkheid van de Franse markt voor Duitse fabrikanten) zijn beleid kan rechtvaardigen — met name door te stellen dat niet voldoende de aandacht op de bijzonderheden van de Franse markt was gevestigd —. Het moet mijns inziens de doorslag geven dat de instellingen van de Gemeenschap het Franse verzamelsysteem kenden of behoorden te kennen (men denke slechts aan voormelde publikatie in „Le Petit Meunier" uit het jaar 1969). Zij kenden ook de ontwikkeling van de Noordfranse markt, waar zich weliswaar in betrekkelijk korte tijd een aanmerkelijke uitbreiding van de teelt heeft voorgedaan, maar die nog steeds deficitair is. Omdat men hiermede in geval van marktregulatie rekening dient te houden, mag het een volkomen miskenning van de werkelijkheid worden genoemd wan-

neer men gelooft dat Duitse molens zich in betrekkelijk korte tijd op voet van gelijkheid met de Franse molens toegang tot de Franse durumtarwe hadden kunnen verschaffen. Ik acht dit een zo ernstige beoordelingsfout dat zeker van schuld mag worden gesproken.

Eerder zou ik de onjuiste prognose van de Raad inzake de ontwikkeling der Franse prijzen die, anders dan op grond van het systeem te verwachten was en in Italië blijkbaar ook is gebeurd, niet ver van de interventieprijzen zijn „weggelopen" en dichtbij de richtprijzen kwamen te liggen, verontschuldigbaar willen achten. Toch kan ook daarop het een en ander worden afgedongen. Reeds blijkens de notulen van een in 1964 gehouden vergadering van de Ministerraad was de Commissie verplicht op ontwrichtingen van de mededinging op de markt voor durumtarwe te letten. De aandacht van de instellingen der Gemeenschap was dus speciaal op de bijzondere aard van deze markt gevestigd. — Voorts kan niet worden geloochend dat in de maand november 1970 via vragen in het Parlement (gesteld door de heer Kriedemann) op het probleem is gewezen. Uit het antwoord blijkt duidelijk dat het de Commissie bekend was hoe weinig de Franse prijzen boven de interventieprijzen waren komen te liggen. De ontwikkeling kwam dus niet geheel onverwacht en was voor de instellingen der Gemeenschap ook niet onverklaarbaar; dit blijkt vooral ook uit voormelde ten processe gegeven toelichtingen (waarin zonder meer naar de ontwikkeling van de Franse producentenprijzen wordt verwezen). — Bovendien moest de situatie in Frankrijk aan de Franse vertegenwoordiger in de Ministerraad en zijn experts bekend zijn. Betrokkenen hebben er ook tijdig op gewezen. Wanneer men al meent in dit verband geen acht te moeten slaan op een door verzoeksters in de zaak 65-72 aan de Commissie toegezonden verslag over het jaar 1969, zal men toch niet zonder meer kunnen voorbijgaan aan de stappen die verzoeksters in 1968 en 1969 bij het Duitse Ministerie van Landbouw hebben ondernomen (of de voorzitter van het Duitse „Hartweizenmühlenverband" de zaak ook mondeling met de Commissie heeft besproken, is ons niet gebleken; het ware eventueel nog te onderzoeken).

Juist omdat het ging om vèrstrekkende structurele maatregelen waaraan de instellingen der Gemeenschap bijzondere aandacht hadden te schenken, meen ik dat men op grond van het hiervoor overwogene niet dient te aarzelen van schuld te spreken, waarmede ook in zoverre de voorwaarden voor het welslagen van een actie wegens overheidsaansprakelijkheid (zware schould is niet nodig) zijn vervuld.

5. De volgende vraag — of verzoeksters in verband met de gewraakte regeling werkelijk schade hebben geleden — vergt geen langdurige bespreking.

Zoals bekend, stellen verzoeksters dat zij zwaar onder de concurrentie van op gunstiger voorwaarden geproduceerde Franse veredelingsprodukten te lijden hebben. Daardoor hebben zij een deel van hun afzet verloren, terwijl zij door noodgedwongen aanpassing aan de Franse griesmeelprijzen ook hun inkomsten zagen achteruit gaan.

De juistheid van dit betoog mag worden „gepresumeerd". Bovendien is bewezen dat enerzijds de griesmeelimporten uit Frankrijk sedert 1969 (rond 7 000 ton) aanzienlijk zijn toegenomen en laatstelijk de omvang van 33 000 ton hebben bereikt. Anderzijds zijn de afzetten van alle verzoeksters (en trouwens van alle Duitse maalderijen) onmiskenbaar teruggelopen. Er wordt belangrijk minder durumtarwe vermalen. Voor bijzonderheden mag ik wel verwijzen naar de uitvoerige statistieken der verzoeksters die aan U zijn overgelegd.

Hiermede kan voor het ogenblik worden volstaan; de werkelijke omvang der schade kan later worden onderzocht.

6. Ook aan de causaliteit — en aan de vraag of er aan de zijde van verzoeksters van medeschuld kan worden gesproken

— behoeft slechts een enkel woord te worden gewijd.

Ten aanzien van het causaal verband betogen verweerders in hoofdzaak dat het niet aan de ordening der markten gelegen heeft dat verzoeksters geen toegang kregen tot de Franse markt voor durumtarwe en dat daarvoor in de regel slechts de interventieprijs — of iets meer — werd betaald.

Hoewel dit in beginsel juist is, raakt dit betoog de kern van de zaak niet. De doorslag moet geven dat er, toen de ordening der markten in het leven werd geroepen, een marktsituatie — afsluiting van de Franse markt ten gunste van Franse afnemers — bleek te bestaan waaraan niet spoedig een einde kon worden gemaakt. Ook de prijsvorming bleek te verlopen volgens mechanismen die niet zonder meer aan ontwrichting der mededingingsverhoudingen kunnen worden toegeschreven. De wetgever moet met een en ander rekening houden. Bij de nodige oplettendheid had hij dienen te beseffen dat de Duitse molens in hoofdzaak van de drempelprijs van durumtarwe afhankelijk waren en niet van de lagere Franse prijzen konden profiteren. Waar hij, van die afscherming van de markt kennis dragende, toch tot voormelde prijsvaststelling kwam, kan hij wegens ontwrichting van de mededinging en benadeling van de Duitse maalderijen aansprakelijk worden gesteld, anders gezegd: is zijn gedragslijn als adequate veroorzaking van de ontstane schade aan te merken.

Anderzijds hebben verweerders, wat de gestelde medeschuld van verzoeksters betreft, een aantal aspecten genoemd waarmede huns inziens rekening dient te worden gehouden, te weten het lagere extractiepercentage van de Duitse maalderijen, het feit dat zij tegen de heffingsbeschikkingen met geen enkel rechtsmiddel zijn opgekomen en de omstandigheid dat zij niet tijdig bij de instellingen van de Gemeenschap hebben geprotesteerd.

Ik zou daaromtrent het navolgende willen opmerken. Aangaande het extractiepercentage (dat hiervoor reeds ter sprake kwam) vernamen wij ten processe dat er in zoverre in het seizoen 1971-1972 nog nauwelijks van verschillen tussen de Duitse en Franse maalderijen kon worden gesproken. Bovendien zou het gebleken concurrentienadeel daardoor slechts in zeer geringe mate worden verklaard. — Dat er geen rechtsmiddelen tegen heffingsbeschikkingen zijn aangewend vindt afdoende verklaring in het feit dat de invoer niet door verzoeksters zelf heeft plaatsgevonden, zodat zij de geldigheid van de prijsregeling ook niet voor de nationale rechter konden aanvechten. — En dat er tenslotte ook uit het achterwege blijven van vragen in het Parlement en van officiële klachten bij de instellingen der Gemeenschap geen relevante medeschuld kan worden geconstrueerd, blijkt vooral ook uit het feit dat men met later inderdaad ingediende klachten niets heeft bereikt. Bovendien dient men te bedenken dat verzoeksters in ieder geval wel bij hun eigen minister hebben gereclameerd, hetgeen de Ministerraad zich wel mag aantrekken.

Ook het onderzoek naar de causaliteitsvraag en naar eventuele medeschuld heeft derhalve geen argumenten opgeleverd om de Gemeenschap vrij te pleiten.

7. Aan veroordeling van de Gemeenschap tot betaling van schadevergoeding staat dus niets meer in de weg. Het is alleen de vraag of de schade reeds thans bij arrest kan worden vastgesteld dan wel of het Hof zich — zoals met name de Commissie meent — voorshands tot een interlocutoire uitspraak over de grondslag der aansprakelijkheid dient te beperken.

Dienaangaande zij opgemerkt dat zeker niet de door verzoeksters aangegeven weg kan worden bewandeld, anders gezegd: dat er geen sprake van kan zijn verweerders te veroordelen tot de bedragen die worden verkregen door vermenigvuldiging van het kwantum door verzoeksters in het seizoen 1971-1972 uit derde landen geïmporteerde durumtarwe met het met 1,1 r.e. verminderde verschil tussen drempelprijs en interventieprijs.

Niet alleen is zulk een abstracte schadeberekening in het internationale recht kennelijk niet bekend, zodat zij niet als algemeen rechtsbeginsel in de zin van artikel 215 kan worden aangemerkt; belangrijker is dat aan de Raad niet kan worden verweten dat zij ten onrechte niet tot verlaging van de drempelprijs ten gunste van de Duitse maalderijen is overgegaan.

Wanneer wij uitgaan van de gebleken discriminatie en bedenken dat zij minder ernstig had kunnen zijn wanneer de interventieprijs voor Noord-Frankrijk, als in eerdere jaren, dichter bij de drempelprijs zou hebben gelegen, dan gaat het er alleen maar om hoe verzoeksters er zonder de discriminatie aan toe zouden zijn geweest. Men dient daarbij in aanmerking te nemen hoe de situatie in Frankrijk zich volgens zulk een andere regeling zou hebben ontwikkeld. Wij dienen dus (nadat is vastgesteld in hoeverre de prijzen in feite boven de interventieprijs hebben gelegen) na te gaan voor welke kosten de Franse maalderijen zich gesteld zouden hebben gezien, of en in hoeverre hun exporten naar Duitsland zouden zijn verminderd en verzoeksters thans verloren gegane afzetmogelijkheden hadden kunnen behouden c.q. hun inkomsten niet — door aanpassing aan de prijzen van Franse griesmeel — verloren hadden zien gaan. Al deze vragen kunnen thans kennelijk nog niet worden beantwoord; dat antwoord kan alleen worden gegeven door een deskundige, die de positie van iedere onderneming afzonderlijk zal moeten nagaan en ook de schade per onderneming zal hebben te becijferen.

Ik ben dus van mening dat er voorshands alleen een principiële veroordeling kan worden uitgesproken en dat een deskundige voor verdere opheldering zal moeten zorgen. Dit geldt ook voor de rentevordering die eveneens hoogstens in beginsel kan worden toegewezen, doch eerst later kan worden vastgesteld.

8. Er behoeft derhalve thans nog slechts een onderzoek te worden ingesteld naar de subsidiaire grond waarop verzoeksters zich in hun conclusie van repliek hebben beroepen, dat wil zeggen naar de vraag of men ook zonder dat er sprake is van schuld aanspraak zou kunnen maken op schadeloosstelling wegens een onrechtmatige en met onteigening gelijk te stellen aantasting van de eigendom, waartoe naar Duits recht een onderneming als going concern moet worden gerekend. Hoewel de uitkomsten van ons onderzoek bespreking van deze vraag eigenlijk overbodig maken, vooral omdat men niet mag verwachten langs deze weg een hogere schadeloosstelling te verkrijgen, wil ik toch subsidiair trachten in het kort mijn standpunt ook te dien aanzien te bepalen.

a) Wij zien ons daarbij om te beginnen geplaatst voor een ontvankelijkheidsvraag; het gaat hier om een nieuwe, pas bij repliek aan de vordering ten grondslag gelegde constructie. Verweerders menen dat artikel 42, § 2, van het Reglement voor de procesvoering zich daartegen verzet; wij lezen in dat artikel. „Nieuwe middelen mogen in de loop van het geding niet worden voorgedragen, tenzij zij steunen op gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop der schriftelijke behandeling is gebleken."

Op het eerste gezicht komt mij dit bezwaar juist voor: door met deze grondslag te werken doen verzoeksters stellig meer dan het nader uitwerken van een betoog waarvan zij zich reeds in een beroepschrift hebben bediend (zoals men weet, geldt artikel 42, § 2, dan niet). Het is een geheel nieuwe grondslag, waartoe ook posita van de wederpartij geen aanleiding hebben gegeven. Anderzijds heb ik evenwel de indruk dat het Hof van Justitie, dat bij een wijziging van de eis (i.c. mag van een aanvulling worden gesproken) artikel 42 al eens heeft toegepast, zich niet zonder meer op dit strenge standpunt stelt. Vooral wanneer een beroepstermijn geen rol speelt (zoals wanneer subsidiair schadevergoeding wordt verlangd) heeft het Hof van Justitie artikel 42 reeds meermalen buiten toepassing gelaten en een uitbreiding van de eis aanvaard (wellicht in de lijn van het be-

ginsel van het Duitse recht dat dan de „Sachdienlichkeit" de doorslag dient te geven).

Ondanks enige bedenkingen zou ik daarom tenslotte ook in casu aan artikel 42 van het Reglement voor de procesvoering geen argument willen ontlenen om niet tot behandeling van de bij repliek gedane vordering over te gaan.

b) Dan rijst echter al dadelijk een tweede vraag, namelijk of het gemeenschapsrecht zulk een schadeactie wel kent (dat wil zeggen of er een algemeen rechtsbeginsel als hier bedoeld bestaat) dan wel of wij hier te maken hebben met een bijzonderheid van het Duitse recht die haar oorsprong vindt in de niet in alle Lid-Staten op overeenkomstige wijze geregelde bescherming der grondrechten (Jaenicke in Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Deel 44, blz. 69 e.v.).

Er blijken dan tegen het standpunt van verzoeksters zwaarwegende bedenkingen te kunnen worden ingebracht. Eenvoudig rechtsvergelijkend onderzoek leert namelijk dat deze constructie in de rechtsorde van geen enkele andere Lid-Staat bekend is. Hoogstens kan hier worden gedacht aan het Franse recht, duidelijker gezegd: aan de uit het Franse recht bekende overheidsaansprakelijkheid wegens wetten die een ongelijke verdeling van openbare lasten behelzen; om de overheid daarvoor aansprakelijk te stellen behoeft er geen sprake te zijn van schuld, doch moeten op particulieren onevenredige lasten worden gelegd, terwijl er van ernstige — en tevens bijzondere — schade sprake moet zijn (Conseil d'État, Recueils 47, 436; 48, 3.21). Ook het Belgische recht kent in bepaalde gevallen, waarin wetten of verordeningen buitengewone schade veroorzaken, een aansprakelijkheid zonder schuld (vgl. Cambier, Responsabilité de la puissance publique, 1947, blz. 300 e.v.). Nu kan, naar reeds in het kader van ons onderzoek naar de aansprakelijkheid voor onrechtmatig handelen van de wetgever werd betoogd, van gemeenschappelijke rechtsbeginselen in de zin van artikel 215, tweede alinea, niet alleen worden gesproken wanneer de rechtsorde van *alle* Lid-Staten zulke beginselen kennen (Vgl. bijvoorbeeld Wengler, geciteerd door Heldrich in Europarecht, 1967, 346.). Een vorderingsgrondslag als de onderhavige, anders gezegd een rechtsfiguur die slechts in twee of drie onderling sterk verschillende rechtsorden blijkt voor te komen, is echter voor artikel 215, tweede alinea, te smal. Bovendien kan niet worden gezegd dat deze aansprakelijkheid in de lijn ligt van de systematiek en de speciale opbouw van de gemeenschappelijke markt. Het ligt meer voor de hand om — met de Raad — in omgekeerde richting te redeneren. Inderdaad is er iets te zeggen voor zijn standpunt — dat ten dele op de voorgeschiedenis van het EEG-Verdrag (het rapport-Spaak) berust — volgens hetwelk de auteurs van het Verdrag welbewust compensatie wegens uit de oprichting van de gemeenschappelijke markt voortvloeiende verliezen hebben uitgesloten; het daartoe noodzakelijk oorzakelijk verband zou moeilijk zijn vast te stellen en bovendien zou het economisch beleid worden stilgelegd en het doorvoeren van de noodzakelijke structurele wijzigingen worden bemoeilijkt. Ook kan, daargelaten dat het beginsel van de geleidelijke aanpassing voor enige soepelheid zorgt, uit het verdragsstelsel als geheel worden afgeleid dat slechts compenserende maatregelen van bijzondere aard in aanmerking komen (bijvoorbeeld in het kader van artikel 92 — steunmaatregelen van de Staat —, omschakelingskredieten van de Europese Investeringsbank of de uit het Sociaal Fonds toegekende steunmaatregelen ten behoeve van de omscholing van werknemers).

Zonder ons verder in het probleem te begeven kunnen wij dus vaststellen dat verweerders zich op de sterkste argumenten konden beroepen, zodat mag worden betwijfeld of de mogelijkheid van een vordering wegens een met onteigening gelijk te stellen overheidsingrijpen

wel als een bestanddeel van het gemeenschapsrecht kan worden erkend.

c) Daarbij komt tenslotte nog dat verzoeksters met principiële erkenning van zulk een actie naar het gemeenschapsrecht niet zouden zijn gebaat. Mijns inziens zijn de voorwaarden daartoe, althans naar Duits recht, niet vervuld.

Er zou allereerst sprake moeten zijn van een met *onteigening* gelijk te stellen overheidsingrijpen dat het bedrijf in de kern treft (BGH in NJW 1967, blz. 1857) (ook naar Frans recht moet er in zulke gevallen van een *ernstige* ingreep sprake zijn). Doch daarvan kan voor het hier bedoelde tijdvak, het seizoen 1971-1972, nauwelijks worden gesproken. Verzoeksters zelf hebben het alleen over verloren afzetmogelijkheden en verminderd rendement, nadelen die volgens de ondubbelzinnige rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht (vgl. Band XIII, 229; Band XVI, 189) een actie niet kunnen dragen. De veronderstelling dat hun de grondslag van het bestaan zal worden ontnomen betreft alleen de toekomst en werd tot nu toe onvoldoende gestaafd (in verband daarmede zou ook de vraag moeten worden beantwoord of de prijzen in Frankrijk niet alsnog belangrijk boven het niveau van de interventieprijzen komen te liggen en of het verzoeksters door grotere inspanningen en na uitbreiding van de produktie van durumtarwe niet alsnog zal gelukken zich van een belangrijk gedeelte van de Franse markt voor durumtarwe te verzekeren).

Tegen hun vordering kan bovendien worden ingebracht dat volgens de rechtspraak (onder meer van het Bundesgerichtshof — Band 45, 87) de verzorgingsvoorwaarden niet tot het bedrijf behoren en dat een onderneming rechtens niet mag verlangen dat een bepaalde door de overheid getroffen regeling (bijvoorbeeld inzake beschermende rechten) in stand wordt gelaten. Wat het Franse recht betreft zij nog opgemerkt dat de rechterlijke instanties met betrekking tot *dirigistische* verordeningen en wetten in de regel niet van overheidsaansprakelijkheid willen weten.

Tenslotte zij erop gewezen dat er naar Duits recht BGH, NJW 1971, blz. 607) van een *rechtstreeks* ingrijpen in het bedrijf sprake moet zijn (uiteraard om aan de actiemogelijkheden paal en perk te stellen). Doch ook daarvan is geen sprake wanneer — zoals in casu — een aantal factoren (bevordering van de teelt van durumtarwe, ongelijke prijzen en miskenning van de marktmechanismen in Frankrijk) tezamen tot nadelige gevolgen leiden.

d) Wanneer het Hof verzoeksters dus ook in hun vordering mocht willen ontvangen voor zover die na de conclusie van repliek op nog een andere grondslag is komen te rusten, blijkt al heel gauw dat zo geen succes voor hen kan zijn weggelegd.

9. Ik zou dan thans, na deze in meer dan één opzicht zeer problematische casuspositie uitvoerig te hebben besproken, mijn standpunt willen samenvatten.

Ik acht de vorderingen slechts ontvankelijk voor zover zij zijn gericht tegen de Gemeenschap, vertegenwoordigd door de Raad van Ministers. Voor zover de Commissie als verweerster wordt genoemd moet niet-ontvankelijkverklaring volgen.

Naar de tegenwoordige stand van het geding kunnen de vorderingen worden toegewezen met dien verstande dat bij interlocutoir arrest ware te bepalen dat de Gemeenschap tot vergoeding van de aan verzoeksters opgekomen schade

verplicht is. Over de omvang van de schade en de daaruit voortvloeiende verplichtingen dient pas na het uitbrengen van een deskundigenbericht te worden geoordeeld.

Ook over de kosten behoeft dus thans nog niet te worden beslist.