CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. POIARES MADURO
van 20 februari 2008 [1]

1. „De banaan van twee kanten eten", zo zou men metaforisch het conflict kunnen aanduiden dat heeft geleid tot de confrontatie tussen de Amerikaanse en de Europese hoofdrolspelers in de zogenaamde „bananenoorlog". Deze heeft reeds aanleiding gegeven tot ontelbare gedingen. De onderhavige zaak, die het probleem van de indirecte slachtoffers van deze oorlog opwerpt, is er slechts een bijkomend uitvloeisel van. Dat betekent echter niet dat zij geen juridisch belang zou hebben, integendeel. Zij geeft het Hof de mogelijkheid uitspraak te doen over nog niet eerder gestelde vragen met aanzienlijke juridische draagwijdte.

2. De zaak die thans bij het Hof aanhangig is, berust op twee hogere voorzieningen, de ene ingesteld door Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA en Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC (hierna gezamenlijk: „FIAMM") tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 14 december 2005, FIAMM en FIAMM Technologies/Raad en Commissie [2], en de andere door Giorgio Fedon & Figli SpA en Fedon America, Inc. (hierna gezamenlijk: „FEDON") tegen het arrest van het Gerecht van dezelfde datum, Fedon & Figli e.a./Raad en Commissie (hierna gezamenlijk: „bestreden arresten"). [3] Met deze arresten heeft het Gerecht verworpen de beroepen van FIAMM en FEDON strekkende tot vergoeding van de schade die zij zouden hebben geleden ten gevolge van een aanvullend douanerecht over de invoer van stationaire accu's en brillendozen uit verschillende lidstaten, dat door de Verenigde Staten van Amerika is opgelegd als vergeldingsmaatregel voor de niet-uitvoering door de Europese Gemeenschap van de uitspraak waarmee het Orgaan voor Geschillenbeslechting van de Wereldhandelsorganisatie (WTO) (hierna: „DSB") de onverenigbaarheid van de gemeenschapsregeling voor de invoer van bananen met de WTO-overeenkomsten heeft vastgesteld.

3. Met de door rekwiranten tot staving van de onderhavige hogere voorzieningen aangevoerde middelen wordt het Hof verzocht zich uit te spreken, enerzijds over de weerslag van een uitspraak van het DSB houdende vaststelling van de onverenigbaarheid van de gemeenschapsregeling met de WTO-overeenkomsten op de inroepbaarheid van de WTO-regels, en anderzijds over het beginsel van risicoaansprakelijkheid van de Gemeenschap en de voorwaarden daarvoor.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — T-69/00 (Jurispr. 2005, blz. II-5393; hierna: „arrest Fiamm").

3 — T-135/01 (niet gepubliceerd in de Jurisprudentie; hierna: „arrest Fedon").

I — Toepasselijke bepalingen en feiten

A — *Feiten*

4. De onderhavige zaak gaat terug op een geschil tussen de Europese Gemeenschap en de Verenigde Staten van Amerika met betrekking tot de gemeenschapsregeling voor de invoer van bananen, die is ingesteld bij verordening (EEG) nr. 404/93 van de Raad van 13 februari 1993 houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector bananen. [4] Nadat verschillende WTO-leden, waaronder de Verenigde Staten van Amerika, een klacht hadden ingediend, heeft het DSB op 25 september 1997 vastgesteld dat voornoemde regeling voor het handelsverkeer met derde landen onverenigbaar was met de WTO-overeenkomsten voor zover zij preferentiële bepalingen voor bananen van oorsprong uit ACS-staten bevatte, en de Gemeenschap aanbevolen binnen een redelijke termijn, die werd vastgesteld op 1 januari 1999, aan haar verplichtingen krachtens de WTO-overeenkomsten te voldoen.

5. Te dien einde hebben de instellingen bij verordening (EG) nr. 1637/98 van de Raad van 20 juli 1998, aangevuld door verordening (EG) nr. 2362/98 van de Commissie van 28 oktober 1998, de regeling voor de handel in bananen met derde landen per 1 januari 1999 gewijzigd. Van mening dat deze nieuwe invoerregeling voor bananen de onrechtmatige elementen van de vorige regeling handhaafde, hebben de Verenigde Staten van Amerika op 19 april 1999 van het DSB de machtiging verkregen om over de invoer uit de Gemeenschap douanerechten voor een jaarlijks handelsvolume van 191,4 miljoen USD te heffen, wat overeenkomt met de mate waarin voordelen van de Verenigde Staten van Amerika waren tenietgedaan of uitgehold. Derhalve hebben de Amerikaanse autoriteiten vanaf 19 april 1999 een ad-valoremrecht van 100 % toegepast op de invoer van producten uit de Gemeenschap waarvoor zij een lijst hadden opgesteld. Tot deze producten behoorden de stationaire accu's en brillendozen die de Italiaanse ondernemingen FIAMM en FEDON respectievelijk uitvoerden.

6. Na overleg met alle betrokken partijen heeft de Gemeenschap de nieuwe gemeenschappelijke ordening van de markt voor bananen gewijzigd bij verordening (EG) nr. 216/2001 van de Raad van 29 januari 2001. Vervolgens heeft zij op 11 april 2001 met de Verenigde Staten van Amerika een memorandum van overeenstemming gesloten waarin is vastgesteld hoe dit geschil kon worden opgelost. In deze context heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen bij verordening (EG) nr. 896/2001 van 7 mei 2001 de uitvoeringsbepalingen van de bij verordening nr. 216/2001 ingestelde nieuwe gemeenschapsregeling voor de invoer van bananen vastgesteld. De Verenigde Staten van Amerika hebben vervolgens de toepassing van hun aanvullend douanerecht met ingang van 30 juni 2001 geschorst.

7. Bij verzoekschriften, respectievelijk neergelegd ter griffie van het Gerecht op 23 maart 2000 en 18 juni 2001, hebben FIAMM en FEDON op basis van de artikelen 235 EG en 288, tweede alinea, EG vergoeding gevorderd van de schade ontstaan ten gevolge van de verhoogde invoerrechten die de Amerikaanse autoriteiten tussen 19 april

4 — PB L 47, blz. 1.

1999 en 30 juni 2001 op de invoer van hun producten hebben geheven overeenkomstig de machtiging die door het DSB was verleend naar aanleiding van de vaststelling dat de gemeenschapsregeling voor de invoer van bananen onverenigbaar was met de WTO-overeenkomsten.

B — *Bestreden arresten*

8. Hun conclusies tot schadevergoeding hebben rekwiranten hoofdzakelijk gebaseerd op het onrechtmatige gedrag van de gemeenschapsorganen. De omstandigheid dat de Raad van de Europese Unie en de Commissie hebben nagelaten de gemeenschapsregeling voor de invoer van bananen binnen de door het DSB gestelde termijn van vijftien maanden in overeenstemming te brengen met de verplichtingen van de Gemeenschap op grond van de WTO-overeenkomsten, alhoewel de onverenigbaarheid van deze regeling met de WTO-regels door het DSB was vastgesteld, vormt naar hun oordeel een onrechtmatigheid die leidt tot niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap. Zij hebben verduidelijkt dat, indien de WTO-overeenkomsten geen rechtstreekse werking kan worden toegekend, wat aan het bewijs van deze onrechtmatigheid in de weg zou staan, rechtstreekse werking moet worden toegeschreven aan de uitspraak van het DSB waarbij de Gemeenschap is veroordeeld.

9. In antwoord hierop stelt het Gerecht eerst en vooral vast dat het onderzoek naar de rechtmatigheid van het gedrag van de gemeenschapsinstellingen vereist dat eerst de vraag wordt opgelost of de WTO-regels kunnen worden ingeroepen. Er moet dus worden vastgesteld of „de justitiabelen van de Gemeenschap aan de WTO-overeenkomsten het recht kunnen ontlenen om zich daarop in rechte te beroepen om de geldigheid van een gemeenschapsregeling te betwisten in het geval waarin het DSB zowel deze regeling als die welke de Gemeenschap daarna heeft vastgesteld, met name om aan de betrokken WTO-regels te voldoen, met deze voorschriften onverenigbaar heeft verklaard”. [5] Dienaangaande wijst het Gerecht op de vaste rechtspraak dat de WTO-overeenkomsten, gelet op hun aard en opzet, in beginsel niet behoren tot de normen waaraan de gemeenschapsrechter de rechtmatigheid van handelingen van de gemeenschapsinstellingen toetst, en het leidt daaruit af dat de eventuele schending van de WTO-regels in beginsel niet tot niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap kan leiden. Een dergelijke onrechtmatigheid kan slechts in twee uitzonderingsgevallen aan de verwerende instellingen worden verweten. In casu zijn deze twee gevallen niet van toepassing: niettegenstaande de onverenigbaarverklaring door het DSB, vormen de WTO-regels noch op grond van bijzondere verplichtingen waaraan de Gemeenschap uitvoering zou hebben willen geven, noch op grond van een uitdrukkelijke verwijzing naar specifieke bepalingen van de WTO-overeenkomsten, normen waaraan de rechtmatigheid van het gedrag van de instellingen kan worden getoetst.

10. In de eerste plaats heeft de Gemeenschap door, na de uitspraak van het DSB van 25 september 1997, de verbintenis aan te gaan de WTO-regels na te leven, geen uitvoering willen geven aan een in het kader van de WTO aangegane bijzondere verplichting. [6] Het Gerecht overweegt hiertoe dat uit het Memorandum van overeenstemming inzake de regels en procedures betreffende de beslechting van

5 — Aangehaalde arresten Fiamm (punt 108) en Fedon (punt 101).

6 — In de zin van de rechtspraak Nakajima/Raad (arrest van 7 mei 1991, C-69/89, Jurispr. blz. I-2069).

geschillen (hierna: „DSU") geen bijzondere verplichting volgt voor het WTO-lid om binnen een bepaalde termijn aan de uitspraak van het DSB te voldoen. Door het betrokken WTO-lid verschillende mogelijkheden te bieden om een uitspraak van het DSB houdende vaststelling van de onverenigbaarheid van een maatregel met de WTO-regels, uit te voeren, ruimt het DSU in ieder geval een belangrijke plaats in voor onderhandeling tussen WTO-leden die partij zijn bij een geschil, ook na het verstrijken van de termijn die is vastgesteld om de onverenigbaar verklaarde maatregel met de WTO-regels in overeenstemming te brengen. Daaruit volgt dat indien de gemeenschapsrechter de rechtmatigheid van het gedrag van de verwerende instellingen zou toetsen aan de WTO-regels, zulks de positie van de wetgevende en uitvoerende gemeenschapsorganen bij het zoeken naar een onderhandelde oplossing voor het geschil zou verzwakken. Bovendien zou, indien de gemeenschapsrechter verplicht zou zijn gemeenschapsrechtelijke bepalingen waarvan de onverenigbaarheid met de WTO-regels vaststaat, buiten toepassing te laten, dat tot gevolg hebben dat deze organen de mogelijkheid wordt ontnomen om via onderhandelingen tot een oplossing te komen. Daarenboven wijst het Gerecht erop dat de Raad en de Commissie met de opeenvolgende wijzigingen van de gemeenschapsregeling voor de invoer van bananen niet hebben bedoeld uitvoering te geven aan een bijzondere verplichting uit hoofde van de WTO-regels, waarmee het DSB die regeling onverenigbaar had verklaard. Zij hebben daarentegen getracht de verbintenissen die zowel in het kader van de WTO als ten overstaan van de andere ondertekenaars van de Vierde Overeenkomst van Lomé zijn aangegaan, met elkaar te verzoenen, en daarbij tevens de doelstellingen van de gemeenschappelijke ordening der markten (GMO) in de sector bananen (hierna: „GMO-bananen") te verwezenlijken. En ten slotte heeft een met de Verenigde Staten van Amerika overeengekomen oplossing een einde gemaakt aan het geschil.

11. In de tweede plaats bevat de gemeenschapsregeling voor de invoer van bananen in geen van de achtereenvolgens gewijzigde versies een uitdrukkelijke verwijzing naar specifieke bepalingen van de WTO-overeenkomsten. Zij kan dan ook niet worden geacht uitdrukkelijk naar deze bepalingen te verwijzen en dus evenmin, de justitiabelen het recht te geven zich erop te beroepen. [7]

12. Het Gerecht leidt daaruit af dat rekwiranten tot staving van hun schadevordering niet met succes kunnen stellen dat de aan de Raad en de Commissie verweten gedraging in strijd is met de WTO-regels. Daar de onrechtmatigheid van dit gedrag niet kan worden aangetoond, ontbreekt één van de drie voorwaarden voor niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap voor een onrechtmatige gedraging van haar organen.

13. Subsidiair hebben rekwiranten betoogd dat de voorwaarden voor niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap voor schade die is veroorzaakt door gedrag van haar organen, ook al is dit rechtmatig, in casu zijn vervuld, namelijk daadwerkelijk geleden schade, een causaal verband tussen deze schade en de gedraging van de gemeenschapsinstellingen, alsmede abnormale en bijzondere schade. Het Gerecht erkent dat „indien […] de onrechtmatigheid van de aan de gemeenschapsinstellingen verweten gedraging niet vaststaat, […] dit niet [impliceert] dat de ondernemingen die als categorie van ondernemers een onevenredig deel van de uit een beperking van de toegang tot de exportmarkten voortvloeiende lasten

7 — In de zin van de rechtspraak Fediol/Commissie (arrest van 22 juni 1989, 70/87, Jurispr. blz. 1781).

moeten dragen, nooit via de niet-contractuele aansprakelijkstelling van de Gemeenschap compensatie kunnen krijgen". [8] Het Gerecht aanvaardt daarenboven, als algemeen beginsel dat de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben, dat niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap zonder onrechtmatige gedraging van haar organen ontstaat wanneer de door rekwiranten opgesomde voorwaarden zijn vervuld. Want, zo merkt het Gerecht op, „in de nationale rechtsstelsels inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid kunnen particulieren namelijk, zij het in verschillende mate, op specifieke gebieden en onder verschillende voorwaarden in rechte vergoeding van bepaalde schade vorderen, zelfs wanneer de veroorzaker van de schade niet onrechtmatig heeft gehandeld". [9]

14. Bij de controle of deze voorwaarden in casu zijn vervuld, oordeelt het Gerecht dat vaststaat dat de door rekwiranten gestelde schade reëel en zeker is. Het Gerecht stelt eveneens het bestaan vast van een voldoende rechtstreeks causaal verband tussen de gedraging van de gemeenschapsinstellingen en de schade. Het is juist dat de Verenigde Staten van Amerika door het DSB enkel zijn gemachtigd vergeldingsmaatregelen vast te stellen en dat zij zowel voor het opstellen van de lijst der getroffen producten als voor de vaststelling van het verhogingspercentage van de invoerrechten over een discretionaire keuzevrijheid beschikten. Dit neemt echter niet weg dat de Verenigde Staten van Amerika, zonder de voorafgaande onverenigbaarverklaring door het DSB van de gemeenschapsregeling voor de invoer van bananen met de WTO-regels, van het DSB een dergelijke machtiging niet hadden kunnen vragen of verkrijgen. Bij de vaststelling van het handelsvolume waarvoor de Amerikaanse autoriteiten machtiging hebben gekregen om hun tariefconcessies ten aanzien van de Gemeenschap te schorsen, is het DSB immers uitgegaan van de schade die de Amerikaanse economie heeft geleden als gevolg van de handhaving van de gemeenschapsregeling voor de invoer van bananen die onverenigbaar was verklaard met de WTO-regels. Daaruit volgt dat de gedraging van de verwerende instellingen de directe aanleiding was voor de Amerikaanse autoriteiten om met inachtneming van de door het DSU ingestelde en door de Gemeenschap aanvaarde procedures de vergeldingsmaatregel vast te stellen. Deze gedraging moet dus worden beschouwd als de beslissende oorzaak van de schade die rekwiranten als gevolg van de instelling van het Amerikaanse aanvullende douanerecht hebben geleden.

15. Ten slotte moesten rekwiranten aantonen dat zij abnormale en bijzondere schade hebben geleden. Zij hebben daartoe betoogd het slachtoffer te zijn van discriminatie ten opzichte van andere Europese exporterende ondernemingen, wier producten niet waren opgenomen in de door de Amerikaanse autoriteiten opgestelde lijst, en, voor FIAMM, eveneens ten opzichte van andere door het aanvullende douanerecht getroffen ondernemingen, voor zover 6 % van het totaalbedrag van de vergeldingsmaatregelen voor haar rekening kwam. Het belang bij instandhouding van de regels betreffende de GMO-bananen kan niet als een dermate belangrijke doelstelling van algemeen belang worden beschouwd, dat zij dergelijke nadelige gevolgen zou kunnen rechtvaardigen. Zij hebben hier tot slot aan toegevoegd dat de mogelijkheid dat aanvullende rechten door derde landen worden ingevoerd als gevolg van een geschil dat is gerezen in een sector die volledig verschilt van hun terrein van werkzaamheden, niet als een normaal ondernemersrisico kan worden beschouwd.

8 — Arresten Fiamm (punt 157) en Fedon (punt 150).

9 — Arresten Fiamm (punt 159) en Fedon (punt 152).

Het Gerecht oordeelt echter dat de door rekwiranten geleden schade geen abnormaal karakter heeft, daar deze de grenzen van de economische risico's, verbonden aan hun exportactiviteit, niet overschrijdt. Schorsing van tariefconcessies, een in de WTO-overeenkomsten vastgestelde maatregel, kan niet worden beschouwd als een risico dat niet behoort tot de normale risico's van de internationale handel, zoals deze thans is geregeld. Deze eventualiteit moet bijgevolg worden gedragen door elke ondernemer die besluit zijn producten op de markt van een WTO-lid te verkopen. Derhalve moet elk recht op schadevergoeding op basis van risicoaansprakelijkheid in casu worden uitgesloten.

II — Onderzoek van de hogere voorzieningen

16. FIAMM en FEDON hebben bij het Hof hogere voorziening ingesteld tegen de arresten Fiamm en Fedon van 14 december 2005. Tot staving daarvan voeren rekwiranten gelijkluidende middelen aan. Zij stellen ten eerste dat de bestreden arresten ontoereikend zijn gemotiveerd daar deze niet antwoorden op een van hun belangrijkste argumenten met betrekking tot de inroepbaarheid van een uitspraak van het DSB om in het kader van de schadevordering de onrechtmatigheid van de gedraging van de Gemeenschap aan te tonen. Zij stellen eveneens dat het Gerecht van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan in zijn redenering om te concluderen dat er geen sprake is van abnormale schade. Zij vorderen ten slotte een billijke schadevergoeding voor de onredelijk lange duur van de procedure in eerste aanleg. Voorts dient te worden opgemerkt dat de Raad en het Koninkrijk Spanje, die tot afwijzing van de principale hogere voorzieningen concluderen, incidentele hogere voorzieningen hebben ingesteld waarmee zij vernietiging van de bestreden arresten vorderen, op grond dat het Gerecht ten onrechte de aansprakelijkheid van de Gemeenschap voor rechtmatig handelen heeft vastgesteld, heeft geoordeeld dat deze kan ontstaan in geval van verzuim om een normatieve bevoegdheid van discretionaire aard uit te oefenen, en heeft vastgesteld dat er een rechtstreeks causaal verband bestaat tussen de gedraging van de instellingen en de schade.

17. Bij de analyse van de gegrondheid van deze verschillende grieven zal ik in de eerste plaats onderzoeken of en onder welke voorwaarden een uitspraak van het DSB houdende vaststelling dat de gemeenschapsregeling onverenigbaar is met de WTO-regels, kan worden ingeroepen in het kader van een vordering uit niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap die is gebaseerd op onrechtmatigheid van de gedragingen van haar instellingen. Vervolgens zal ik het beginsel van risicoaansprakelijkheid van de Gemeenschap en de voorwaarden daarvoor onderzoeken. Tot besluit zal ik de redelijke duur van de procedure voor het Gerecht van eerste aanleg toetsen.

A — *De inroepbaarheid van een uitspraak van het DSB ter onderbouwing van een vordering uit niet-contractuele schuldaansprakelijkheid van de Gemeenschap*

18. Met hun eerste middel stellen de twee rekwiranten formeel dat de bestreden arresten ontoereikend zijn gemotiveerd, daar het Gerecht niet heeft geantwoord op hun argumentatie dat een veroordeling van de Gemeenschap door het DSB een andere uitzondering op het beginsel van niet-inroepbaarheid van WTO-overeenkomsten vormt dan de uitzonderingen welke in de zaken Nakajima en Fediol zijn vastgesteld, en dat de justitiabelen zich op deze uitzondering kunnen beroepen om

de onrechtmatigheid van de gedraging van de Gemeenschap te bewijzen teneinde haar aansprakelijk te kunnen stellen. Het Gerecht heeft enkel onderzocht, of in casu toepasselijk zijn de twee in de arresten Fediol en Nakajima uitgewerkte uitzonderingen op het beginsel dat de WTO-overeenkomsten geen directe werking hebben.

19. Dit middel zou eenvoudig kunnen worden verworpen op grond dat dit betoog hoegenaamd geen substantieel onderdeel vormt van de argumentatie betreffende de onrechtmatigheid van de gedraging van de Gemeenschap. Het is slechts zeer terloops voor het Gerecht opgeworpen, in een voetnoot in het verzoekschrift van FEDON en slechts in twee van de 177 punten van het verzoekschrift van FIAMM. Volgens de rechtspraak „[houdt] de op het Gerecht rustende verplichting om zijn beslissingen te motiveren […] niet in, dat het op elk argument van de verzoeker in detail moet antwoorden" [10], noch is het Gerecht verplicht „een uiteenzetting te geven die getrouw en één voor één alle argumenten van de partijen volgt". [11] Daarenboven heeft het Gerecht het standpunt van rekwiranten impliciet verworpen, aangezien het ter beoordeling van de mogelijke gevolgen van een uitspraak van het DSB enkel heeft onderzocht of de twee traditionele uitzonderingen op het ontbreken van rechtstreekse werking van de WTO-regels toepasselijk zijn. [12]

20. Rekwiranten stellen echter onder het mom van een vormfout — gebrekkige motivering — de gegrondheid aan de orde van deze redenering van het Gerecht, dat de weerslag van een veroordeling door het DSB enkel en alleen kan worden onderzocht en beoordeeld in het kader van het onderzoek van de vraag of de voorwaarden voor toepasselijkheid van de twee traditionele uitzonderingen op het beginsel van niet-inroepbaarheid van het WTO-recht zijn vervuld. Volgens rekwiranten moet een uitspraak van het DSB houdende vaststelling dat het gemeenschapsrecht onverenigbaar is met de WTO-regels, ook buiten de uitzonderingsgevallen die uit de arresten Fediol en Nakajima voortvloeien, kunnen worden ingeroepen om de onrechtmatigheid van de gedraging van de Gemeenschap aan te tonen wanneer aan de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan: de onrechtmatigheid bestaat in het nalaten van de Gemeenschap om aan de betrokken uitspraak van het DSB uitvoering te geven binnen de redelijke termijn die is gesteld om eraan te voldoen; de onrechtmatigheid wordt ingeroepen in het kader van een vordering uit niet-contractuele aansprakelijkheid; dit beroep tot schadevergoeding strekt tot het verkrijgen van herstel van de schade die is opgelopen ten gevolge van de vaststelling van vergeldingsmaatregelen door handelspartners van de Gemeenschap, die door het DSB zijn goedgekeurd als gevolg van de voornoemde niet-uitvoering.

21. Om de gegrondheid van de argumentatie van rekwiranten op dit punt te beoordelen, moet volgens mij worden ingegaan op de rechtspraak van het Hof inzake de inroepbaarheid van internationale overeenkomsten in het algemeen en het WTO-recht in het bijzonder. Enkel door de draagwijdte en de onderliggende redenen van deze rechtspraak opnieuw uiteen te zetten, kan worden vastgesteld of rekwiranten gelet op deze rechtspraak de mogelijkheid moet worden ontzegd zich, met het oog op schadevergoeding en in de bijzondere omstandigheden van het onderhavige geval, te beroepen op de veroordeling van de Gemeenschap door het DSB.

10 — Arresten van 11 september 2003, België/Commissie (C-197/99 P, Jurispr. blz. I-8461, punt 81), en 11 januari 2007, Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie (C-404/04 P, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 90).

11 — Arrest van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123).

12 — Zie arresten Fiamm (punt 113) en Fedon (punt 108).

1. De rechtspraak van het Hof betreffende de inroepbaarheid van internationale overeenkomsten

22. De gemeenschapsrechtspraak met betrekking tot de ter discussie staande inroepbaarheid van het WTO-recht voor de rechter, was en blijft zeer omstreden. Volgens mij wordt deze twist minstens gedeeltelijk veroorzaakt door het feit dat deze rechtspraak dikwijls verkeerd wordt begrepen. Misschien kan de navolgende uiteenzetting van de oplossingen die zij bevat een aantal misverstanden uit de wereld helpen.

23. Voornoemde oplossingen zijn niets anders dan dat op het concrete geval van de WTO-overeenkomsten de oplossingen worden toegepast die het Hof heeft ontwikkeld voor de inroepbaarheid in de gemeenschapsrechtsorde van internationale overeenkomsten in het algemeen. Er zij in de eerste plaats aan herinnerd dat de overeenkomsten die op regelmatige wijze door de Gemeenschap met derde staten of met internationale organisaties zijn gesloten, luidens de bewoordingen van artikel 300, lid 7, EG „verbindend [zijn] voor de instellingen van de Gemeenschap en voor de lidstaten". Deze formulering herinnert aan de bindende kracht van de overeenkomst in het licht van het volkenrecht en drukt tegelijkertijd de bindende kracht van deze overeenkomsten in het gemeenschapsrecht uit. Het Hof heeft daaruit de logische conclusie getrokken dat de bepalingen van een dergelijke overeenkomst [13], evenals de bepalingen van éénzijdige rechtshandelingen vastgesteld door organen die zijn ingesteld bij een externe, de Gemeenschappen bindende overeenkomst [14], „vanaf de inwerkingtreding [ervan] een integrerend bestanddeel van de communautaire rechtsorde zijn". De externe overeenkomsten die overeenkomstig het gemeenschapsrecht zijn vastgesteld [15] en de Gemeenschappen dus binden, vormen met andere woorden een bron van het gemeenschapsrecht. Het Hof heeft daaruit uitdrukkelijk afgeleid dat zij van hogere rang zijn dan de bepalingen van afgeleid gemeenschapsrecht [16] en dat het in beginsel bevoegd is kennis te nemen van vragen betreffende de geldigheid van een gemeenschapshandeling in het licht van een externe overeenkomst die de Gemeenschappen bindt. [17]

24. Derhalve kan de vaste rechtspraak betreffende het WTO-recht, volgens welke „de WTO-overeenkomsten in beginsel niet tot de normen [behoren] waaraan het Hof de wettigheid van handelingen van de gemeenschapsinstellingen toetst" [18], tegenstrijdig lijken. Immers, hoe kan een internationale overeenkomst tegelijkertijd een norm van de gemeenschapsrechtsorde uitmaken en geen criterium zijn voor de rechtmatigheidstoetsing van gemeenschapshandelingen?

13 — Zie arresten van 30 april 1974, Haegeman (181/73, Jurispr. blz. 449, punt 5), en 30 september 1987, Demirel (12/86, Jurispr. blz. 3719, punt 7); advies 1/91 van 14 december 1991 (Jurispr. blz. I-6079, punt 37), en arrest van 16 juni 1998, Racke (C-162/96, Jurispr. blz. I-3655, punt 41). Voor de WTO-overeenkomsten, zie in het bijzonder arresten van 10 januari 2006, International Air Transport Association e.a. (C-344/04, Jurispr. blz. I-403, punt 36); 30 mei 2006, Commissie/Ierland (C-459/03, Jurispr. blz. I-4635, punt 82), en 11 september 2007, Merck Genéricos Produtos Farmacêuticos (C-431/05, Jurispr. blz. I-7001, punt 31).

14 — Zie arresten van 14 november 1989, Griekenland/Commissie (30/88, Jurispr. blz. 3711, punt 13); 20 september 1990, Sevince (C-192/89, Jurispr. blz. I-3461, punt 9), en 21 januari 1993, Deutsche Shell (C-188/91, Jurispr. blz. I-363, punt 17).

15 — Voor een herinnering aan deze voorwaarde, zie mijn conclusie van 16 januari 2008 in de zaak Kadi/Raad en Commissie (C-402/05 P, nog aanhangig bij het Hof, punt 23).

16 — Zie ook nog recentelijk arrest van 1 april 2004, Bellio F.lli (C-286/02, Jurispr. blz. I-3465, punt 33). Met betrekking tot de GATT- of WTO-overeenkomsten, zie arrest van 10 september 1996, Commissie/Duitsland (C-61/94, Jurispr. blz. I-3989, punt 52), en arrest International Air Transport Association e.a., reeds aangehaald (punt 35).

17 — Zie arrest van 12 december 1972, International Fruit Company e.a. (21/72-24/72, Jurispr. blz. 1219, punten 6 en 7).

18 — Arresten van 23 november 1999, Portugal/Raad (C-149/96, Jurispr. blz. I-8395, punt 47); 9 januari 2003, Petrotub en Republica (C-76/00 P, Jurispr. blz. I-79, punt 53); 30 september 2003, Biret International/Raad (C-93/02 P, Jurispr. blz. I-10497, punt 52); 1 maart 2005, Van Parys (C-377/02, Jurispr. blz. I-1465, punt 39), en 27 september 2007, Ikea Wholesale (C-351/04, Jurispr. blz. I-7723, punt 29), evenals arresten Gerecht van 20 maart 2001, Cordis/Commissie (T-18/99, Jurispr. blz. II-913, punt 50), en 3 februari 2005, Chiquita Brands e.a./Commissie (T-19/01, Jurispr. blz. II-315, punt 114).

a) De voorwaarde voor inroepbaarheid van internationale overeenkomsten

25. Om te kunnen dienen als referentienorm voor de wettigheidstoetsing van een gemeenschapshandeling, en, meer in het algemeen, om van de rechter te kunnen verlangen dat hij de bepalingen van een verdrag toepast, moet de internationale overeenkomst vatbaar zijn voor rechterlijke toepassing. Deze overeenkomst moet dus in rechte inroepbaar zijn, dat wil zeggen „voor de justitiabelen in de Gemeenschap het recht [meebrengen] […] zich daarop in rechte te beroepen" [19], en dus „rechtstreekse werking" [20] hebben.

26. Aanvankelijk bestond wellicht de indruk dat deze voorwaarde van rechtstreekse werking verband hield met — en beperkt was tot — de prejudiciële procedure tot geldigheidsbeoordeling in het kader waarvan zij was gesteld. In het arrest International Fruit Company e.a., reeds aangehaald, heeft het Hof uitdrukkelijk geoordeeld dat de voorwaarde van de rechtstreekse werking was vereist „ingeval de ongeldigheid voor de nationale rechter wordt ingeroepen". [21] Deze formulering heeft bijgedragen tot verwarring tussen de vragen betreffende de inroepbaarheid van internationale overeenkomsten en die betreffende de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht [22], en zij verklaart ongetwijfeld enkele misverstanden. De rechtstreekse werking van internationale overeenkomsten en de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht zijn evenwel twee onderscheiden begrippen.

i) Het begrip rechtstreekse werking van een internationale overeenkomst

27. De begrippen rechtstreekse werking van internationale overeenkomsten en rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht worden verschillend beoordeeld. Het is bekend dat uit het doel en de systematiek van het verdrag tot oprichting van de Gemeenschap voortvloeit dat het gemeenschapsrecht in zijn totaliteit rechtstreekse werking kan hebben, en dit het geval is wanneer de betrokken gemeenschapsrechtelijke norm duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk is. [23] Dit geldt niet voor de internationale overeenkomsten die de Gemeenschappen binden. Het kan zijn dat deze rechtstreekse werking hebben daar de overeenkomstsluitende partijen dit zijn overeengekomen, maar deze partijen kunnen ook het tegenovergestelde overeenkomen. Immers „volgens de beginselen van volkenrecht [mogen] de gemeenschapsinstellingen, die bevoegd zijn met derde landen over een overeenkomst te onderhandelen en deze te sluiten, met die landen […] overeenkomen welke werking de bepalingen van de overeenkomst in de interne rechtsorde van de overeenkomstsluitende partijen zullen hebben". [24] Indien de overeenkomst deze vraag niet uitdrukkelijk regelt, moet de rechter van elke partij bij de

19 — Arrest International Fruit Company e.a., reeds aangehaald (punt 8); zie, in dezelfde zin, arrest van 14 december 2000, Dior e.a. (C-300/98 en C-392/98, Jurispr. blz. I-11307, punt 44); reeds aangehaalde arresten van het Gerecht, Cordis/Commissie (punt 46) en Chiquita Brands e.a./Commissie (punt 114).

20 — Arrest Dior e.a., reeds aangehaald (punt 45).

21 — Arrest International Fruit Company e.a., reeds aangehaald (punt 8).

22 — Zoals met name werd beklemtoond door Rideau, J., „Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes", *Revue générale du droit international public*, 1990, blz. 289, in het bijzonder blz. 357.

23 — Zie arrest van 5 februari 1963, Van Gend & Loos (26/62, Jurispr. blz. 1).

24 — Arrest Portugal/Raad, reeds aangehaald (punt 34); zie reeds arrest van 26 oktober 1982, Kupferberg (104/81, Jurispr. blz. 3641, punt 17).

overeenkomst deze beantwoorden.[25] Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat een internationale overeenkomst slechts rechtstreekse werking in de gemeenschapsrechtsorde heeft indien voldaan is aan de dubbele voorwaarde dat de bewoordingen, de aard en de systematiek ervan aan inroepbaarheid niet in de weg staan, en dat de ingeroepen bepalingen, in het licht van zowel het voorwerp en het doel van de overeenkomst als de context ervan, voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk zijn, dat wil zeggen een duidelijke en nauwkeurig omschreven verplichting behelzen voor de uitvoering of werking waarvan geen verdere handeling vereist is.[26]

ii) De draagwijdte van de voorwaarde der rechtstreekse werking van internationale overeenkomsten

28. De twee begrippen verschillen eveneens van elkaar door hun draagwijdte. Uit het arrest Duitsland/Raad[27] blijkt immers dat de rechtstreekse werking van een internationale overeenkomst niet alleen een voorwaarde is voor de inroepbaarheid ervan voor de nationale rechter, maar ook om er voor de gemeenschapsrechter een beroep op te kunnen doen. Deze voorwaarde geldt dus met andere woorden ongeacht de aard van het beroep ter onderbouwing waarvan een middel wordt aangevoerd dat is ontleend aan schending van een internationale overeenkomst. Uit voornoemd arrest blijkt eveneens dat deze voorwaarde geldt ongeacht de hoedanigheid van de eisende partij en dus ongeacht of deze een particulier of een bevoorrechte verzoeker is.

29. De gemeenschapsrechter heeft de inroepbaarheid van WTO-overeenkomsten dan ook zowel in het kader van een prejudicieel verzoek om geldigheidsbeoordeling[28] als in het kader van een beroep tot nietigverklaring[29] of een beroep tot schadevergoeding[30] geweigerd. Hij heeft geweigerd kennis te nemen van het middel van schending van het WTO-recht, ongeacht of dit door een particulier of een lidstaat was opgeworpen.

30. Alhoewel de toekenning van een dergelijke draagwijdte aan de rechtstreekse werking van internationale overeenkomsten door een gedeelte van de rechtsleer veelvuldig is bekritiseerd, is zij volkomen gerechtvaardigd. Wanneer een uit de internationale rechtsorde stammende regel wordt ingeroepen, moet het Hof als hoeder van de gemeenschapsrechtsorde de gevolgen ervan op uniforme en omvattende wijze vaststellen, met geldigheid voor de gehele gemeenschapsrechtsorde. Het is dus eenvoudig te begrijpen dat de voorwaarde van rechtstreekse werking van een internationale overeenkomst wordt gesteld, ongeacht het soort beroep en de hoedanigheid van de eisende partij en ongeacht of het geding voor de nationale rechter of voor de gemeenschapsrechter is ingesteld.[31]

25 — Arrest Portugal/Raad, reeds aangehaald.

26 — Zie arrest van 29 april 1982, Pabst & Richarz (17/81, Jurispr. blz. 1331, punt 27); reeds aangehaalde arresten, Kupferberg (punten 22 en 23) en Demirel (punt 14), evenals de conclusie van advocaat-generaal Darmon in deze zaak, waarin de volledige rechtspraak aangaande dit punt is samengevat (punt 18); reeds aangehaalde arresten, Racke (punt 31), Dior e.a. (punt 42) en International Air Transport Association e.a. (punt 39); zie ook conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak The International Association of Independent Tanker Owners e.a. (C-308/06, nog aanhangig bij het Hof, punt 48).

27 — Arrest van 5 oktober 1994 (C-280/93, Jurispr. blz. I-4973, punten 103-112).

28 — Zie arrest Van Parys, reeds aangehaald; zie reeds, met betrekking tot het GATT, arrest International Fruit Company e.a., reeds aangehaald.

29 — Zie arrest Portugal/Raad, reeds aangehaald.

30 — Zie bijvoorbeeld arrest Cordis/Commissie, reeds aangehaald (punten 44-60).

31 — Zoals enkele rechtsgeleerde auteurs (zie Kovar, R., „Les accords liant les Communautés européennes et l'ordre juridique communautaire", *RMC* 1974, blz. 352, in het bijzonder blz. 358 en 359) en leden van het Hof (Joliet, R., *Le droit institutionnel des Communautés européennes — Les institutions — Les sources — Les rapports entre ordres juridiques*, Luik, 1983, in het bijzonder blz. 256 en 257) op vooruitziende wijze perfect hadden begrepen.

31. Aangezien de rechtstreekse werking van internationale overeenkomsten en de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht dus duidelijk verschillen zowel qua begrip als qua draagwijdte, zou het in de toekomst ongetwijfeld raadzaam zijn om — teneinde elke ongelukkige verwarring te vermijden — deze aan te duiden met verschillende begrippen en derhalve bij internationale overeenkomsten enkel nog te spreken over inroepbaarheid.

iii) De inroepbaarheid van het WTO-recht

32. Bij de toepassing van deze analyse op het GATT heeft het Hof geoordeeld dat de grote soepelheid van de bepalingen hiervan en het onderliggende beginsel van onderhandelingen op basis van wederkerigheid en wederzijds voordeel, de inroepbaarheid ervan uitsluit. [32] Met andere woorden volgt noch uit de geest, noch uit de opzet en de bewoordingen van de overeenkomst een verplichting om deze rechtstreekse werking toe te kennen. [33] Zoals bekend is het Hof met betrekking tot de WTO-overeenkomsten tot dezelfde conclusie gekomen [34], ofschoon sommigen een andere oplossing hadden bepleit, gezien het versterkte mechanisme voor geschillenbeslechting dat deze overeenkomsten hebben ingevoerd. Het Hof heeft zich op de twee navolgende overwegingen gesteund om de rechtstreekse werking van het WTO-recht in zijn geheel af te wijzen.

33. In de eerste plaats ruimt de overeenkomst, ondanks de justitialisering van het systeem voor geschillenbeslechting, nog een belangrijke plaats in voor onderhandelingen tussen partijen, zelfs in geval van niet-uitvoering door het betrokken lid van aanbevelingen of uitspraken van het DSB. Indien de rechter interne regels die onverenigbaar zijn met de bepalingen van de overeenkomst, buiten toepassing moest laten, zou de gemeenschapsorganen deze mogelijkheid van onderhandelde oplossingen dus ontnomen worden.

34. In de tweede plaats aanvaarden bepaalde handelspartners van de Gemeenschap de inroepbaarheid van de overeenkomst niet. De wetgevende en uitvoerende gemeenschapsorganen moet dezelfde bewegingsvrijheid worden gelaten, teneinde een onevenwichtige toepassing van de WTO-regels, die juist stoelen op het beginsel van wederkerigheid en wederzijds voordeel, te vermijden.

35. Alles in aanmerking genomen volgt uit deze overwegingen dat de WTO-overeenkomsten aldus moeten worden uitgelegd, dat zij de gemeenschapsinstellingen in het kader van de WTO een mate van beleidsvrijheid laten die door het toekennen van rechtstreekse werking aan deze overeenkomsten in gevaar zou worden gebracht. En het Hof is van oordeel dat het op dit gebied geen inbreuk kan maken op de prerogatieven van de politiek zonder afbreuk te doen aan het institutionele evenwicht.

32 — Zie arrest International Fruit Company e.a., reeds aangehaald.

33 — Zie arrest Duitsland/Raad, reeds aangehaald (punt 110).

34 — In het arrest Portugal/Raad, reeds aangehaald.

36. De gegrondheid van deze argumentatie is, zoals bekend, sterk bediscussieerd in de rechtsleer [35] en enkele malen in twijfel getrokken door de advocaten-generaal. [36] Zij kwam wellicht over als strijdig met de argumentatie die het Hof voorheen aangaande de rechtstreekse werking van de ene of de andere internationale overeenkomst had ontwikkeld. [37] De uit deze argumentatie afgeleide oplossing dat het WTO-recht geen rechtstreekse werking heeft, is echter sindsdien met een onverstoorbare bestendigheid in de rechtspraak bevestigd.

37. De omstandigheid dat het WTO-recht niet in rechte inroepbaar is, betekent echter niet dat het geen deel uitmaakt van de gemeenschapsrechtsorde. In dat opzicht is de door het Hof in het reeds aangehaalde arrest Portugal/Raad gebruikte formulering ongetwijfeld ongelukkig. Zij wekt de indruk dat een internationale overeenkomst geen deel uitmaakt van de gemeenschapsrechtsorde, terwijl het enkel gaat over de vraag of deze norm voor de rechter kan worden ingeroepen, dus of de rechter er kennis van kan nemen. Dit is echter wat het Hof, zij het ongelukkig geformuleerd, in feite heeft willen uitdrukken. Het Hof weigert immers de WTO-overeenkomsten op te nemen in de lijst van normen waaraan het de wettigheid van de gemeenschapshandelingen toetst daar, gezien het karakter van de WTO-bepalingen, „de taak om erop toe te zien dat het gemeenschapsrecht met die bepalingen in overeenstemming is [niet] rechtstreeks aan de gemeenschapsrechter [toekomt]". [38] Deze rechtspraak mag dus niet worden uitgelegd als een ontkenning dat de WTO-bepalingen een bron van gemeenschapsrecht vormen, maar beperkt de inroepbaarheid ervan. Hoe zou anders kunnen worden begrepen dat deze bepalingen slechts gedeeltelijk niet inroepbaar zijn in een geding? Het is immers enkel voor zover de rechterlijke toepassing van het WTO-recht afbreuk zou doen aan de beleidsvrijheid van de gemeenschapsinstellingen binnen het kader van de WTO, dat het WTO-recht voor het Hof niet kan worden ingeroepen.

b) Versoepelingen van het beginsel der niet-inroepbaarheid van de WTO-bepalingen

38. De gemeenschapsrechtspraak heeft het beginsel van de niet-inroepbaarheid van het WTO-recht op een aantal punten gematigd, wat enkel mogelijk was doordat het WTO-recht een norm van de gemeenschapsrechtsorde uitmaakt. Deze versoepe-

35 — Uit een overvloedige literatuur vermeld ik in het bijzonder Eeckhout, P., „The domestic legal status of the WTO Agreement: interconnecting legal systems", *CMLR* 1997, blz. 11; Kuijper, P. J., en Bronckers, M., „WTO Law in the European Court of Justice", *CMLR* 2005, blz. 1313; Peers, S., „Fundamental Right or Political Whim? WTO Law and the European Court of Justice", in G. de Burca/Scott, *The EU and WTO,* 2001, blz. 111.

36 — Zie in het bijzonder conclusie van advocaat-generaal Saggio in de zaak Portugal/Raad, reeds aangehaald, en conclusie van advocaat-generaal Tesauro in de zaak Hermès (arrest van 16 juni 1998, C-53/96, Jurispr. blz. I-3606, punten 28-37).

37 — Het volstaat deze argumentatie te vergelijken met de analyse van het Hof in het arrest Kupferberg met betrekking tot een andere internationale overeenkomst (reeds aangehaald, punten 17 tot 22).

38 — Reeds aangehaalde arresten Portugal/Raad (punten 46 en 47) en Van Parys (punt 53).

lingen stoelen op de overwegingen die ook rechtvaardigen dat de WTO-bepalingen in beginsel niet kunnen worden ingeroepen. Drie soorten versoepelingen kunnen worden onderscheiden.

39. In de eerste plaats moeten de gemeenschapshandelingen [39] evenals de nationale maatregelen [40] conform het WTO-recht worden uitgelegd. Deze verplichting doet immers niet af aan de onderhandelingsmogelijkheden van de instellingen in geval van geschil met hun WTO-partners. Dat is overduidelijk wanneer deze verplichting op het nationale recht slaat, maar hetzelfde geldt wanneer zij op gemeenschapshandelingen slaat. De verplichting tot conforme uitlegging geldt namelijk slechts voor zover dit mogelijk is. Zodoende behouden de instellingen de mogelijkheid te kiezen voor een oplossing op basis van onderhandelingen, door een duidelijk met het WTO-recht strijdige handeling vast te stellen of te handhaven.

40. In de tweede plaats kunnen de overeenkomsten eveneens de grondslag vormen voor een veroordeling van een lidstaat wegens niet-nakoming. [41] Ook deze oplossing is eenvoudig te begrijpen. Het ontbreken van een met het WTO-recht strijdige gemeenschapshandeling wijst op de bedoeling van de instellingen zich daaraan te houden. Een lidstaat kan zich dan ook niet eenzijdig onttrekken aan de verplichtingen die eruit voortvloeien. Deze veroordeling doet evenmin af aan de mogelijkheid van de instellingen in de toekomst af te wijken van de WTO-bepaling waarop de veroordeling is gebaseerd, in ruil voor een onderhandelde oplossing.

41. Ten slotte is het middel inzake schending van het WTO-recht ontvankelijk, ook wanneer het wordt opgeworpen om de wettigheid van een gemeenschapshandeling in de volgende twee gevallen te betwisten [42]: hetzij wanneer de Gemeenschap een welbepaalde verplichting heeft willen uitvoeren die in het kader van de WTO was aangegaan [43], hetzij wanneer de gemeenschapshandeling de justitiabelen het recht heeft verleend zich erop te beroepen door uitdrukkelijk te verwijzen naar specifieke bepalingen van de WTO-overeenkomsten. [44] Aangezien de WTO-overeenkomsten de overeenkomstsluitende partijen noch expliciet, noch via een uitlegging aan de hand van hun voorwerp en doel, verplichten deze in hun rechtsorde rechtstreekse werking toe te kennen, staat het aan elk van hen om vrij de middelen rechtens vast te stellen die een uitvoering te goeder trouw ervan in hun rechtsorde verzekeren [45], dat wil zeggen te beslissen of zij de justitiabelen het recht willen toekennen zich op deze bepalingen te beroepen. De twee voornoemde gevallen brengen een dergelijke wil van de Gemeenschap tot uitdrukking. Daardoor maakt zij duidelijk dat zij zich aan het WTO-recht wenst te houden, waardoor zij vrijwillig afziet van de handelingsvrijheid bij de toepassing van de WTO-bepalingen waarover bepaalde overeenkomstsluitende partijen die weigeren deze bepalingen rechtstreekse werking te verlenen, wel beschikken.

39 — Zie arrest Commissie/Duitsland, reeds aangehaald (punt 52); arrest van 7 juni 2007, Řízení Letového Provozu (C-335/05, Jurispr. blz. I-4307, punt 16); arrest Merck Genéricos Produtos Farmacéuticos, reeds aangehaald (punt 35).

40 — Zie reeds aangehaalde arresten Hermès (punt 28) en Dior e.a. (punt 47).

41 — Zie arrest Commissie/Duitsland, reeds aangehaald.

42 — In het bijzonder aangehaald in het arrest Portugal/Raad, reeds aangehaald (punt 49).

43 — Dat is de hypothese Nakajima. Voor een toepassing, zie arrest van 9 januari 2003, Petrotub en Republica, reeds aangehaald (punten 52-56).

44 — Dat is de hypothese Fediol.

45 — Zie arrest Portugal/Raad, reeds aangehaald (punt 35).

2. Gevolg van een veroordeling van de Gemeenschap door het DSB

42. De argumenten van rekwiranten horen thuis in het door deze rechtspraak afgebakende kader. Zij verzoeken het Hof vast te stellen of en in welke mate een uitspraak van het DSB houdende vaststelling dat een gemeenschapsregeling onverenigbaar is met een bepaling van de WTO-overeenkomsten, eveneens verandering kan brengen in het feit dat deze overeenkomsten principieel niet inroepbaar zijn, waarmee bijgevolg elke toetsing van het afgeleide gemeenschapsrecht aan deze overeenkomsten wordt uitgesloten. Daartoe leggen zij de nadruk op het bindende karakter van de uitspraak van het DSB ten betoge dat zij zich erop moeten kunnen beroepen en over de niet-uitvoering ervan moeten kunnen klagen, ook al kunnen de WTO-overeenkomsten zelf niet worden ingeroepen. Aldus voorgedragen is deze argumentatie ongetwijfeld ongelukkig. Zoals de Raad terecht heeft geantwoord, kan een uitspraak van het DSB geen gevolgen sorteren die verder gaan dan de WTO-bepalingen waarvan zij de schending vaststelt. De vraag waarop het Hof om antwoord wordt verzocht, is dus meer bepaald, om de bewoordingen van het Gerecht in de bestreden arresten te gebruiken, of „de justitiabelen van de Gemeenschap aan de WTO-overeenkomsten het recht kunnen ontlenen om zich daarop in rechte te beroepen om de geldigheid van een gemeenschapsregeling te betwisten in het geval waarin het DSB zowel deze regeling als die welke de Gemeenschap daarna heeft vastgesteld, met name om aan de betrokken WTO-regels te voldoen, met deze voorschriften onverenigbaar heeft verklaard”. [46]

46 — Arresten Fiamm (punt 108) en Fedon (punt 101).

43. Rekwiranten verwijten het Gerecht, deze vraag in de bestreden arresten ontkennend te hebben beantwoord. Door aldus te oordelen heeft het Gerecht evenwel enkel de reeds bestaande tendens in de rechtspraak gevolgd. Het Hof heeft immers reeds te verstaan gegeven dat een uitspraak van het DSB niet inroepbaar kon zijn zonder inroepbaarheid van de WTO-bepalingen. [47] De vraag of een uitspraak van het DSB houdende veroordeling van de Gemeenschap kan leiden tot nuancering van het beginsel van niet-inroepbaarheid van het WTO-recht, bleef echter onbeantwoord. Het is juist dat het Hof aanvankelijk die weg leek in te slaan, aangezien het het Gerecht heeft verweten niet te hebben geantwoord op het argument dat de rechtsgevolgen van een uitspraak van het DSB voor de Europese Gemeenschap „zijn beoordeling met betrekking tot het ontbreken van rechtstreekse werking van de WTO-regels opnieuw ter discussie konden stellen, en voor de gemeenschapsrechter grond konden opleveren om de wettigheid van de richtlijnen […] aan deze regels te toetsen, in het kader van de schadevordering van rekwirante”. [48] Deze weg werd echter snel verlaten doordat de gemeenschapsrechter oordeelde dat een beroep op onverenigbaarheid van een gemeenschapshandeling met het WTO-recht in het kader van een prejudicieel verzoek om geldigheidsbeoordeling [49] of ter onderbouwing van een beroep tot schadevergoeding [50] — ondanks het ontbreken van rechtstreekse werking van de WTO-bepalingen — enkel mogelijk is binnen de nauwe grenzen die waren getrokken in de zaken Nakajima en Fediol, zelfs indien deze

47 — Het Hof heeft immers reeds verduidelijkt dat wanneer een justitiabele aanvoert dat niet wordt erkend dat een uitspraak van het DSB voor de Gemeenschap dwingende kracht heeft, zulks neerkomt op de stelling dat de bindende kracht van de WTO-overeenkomst is geschonden, wat slechts mogelijk is indien deze overeenkomst rechtstreekse werking heeft (zie arrest Hof van 14 oktober 1999, Atlanta/Europese Gemeenschap, C-104/97 P, Jurispr. blz. I-6983, punten 17-23).

48 — Zie arrest Biret International/Raad, reeds aangehaald (punt 57).

49 — Zie arrest Van Parys, reeds aangehaald.

50 — Zie arrest Gerecht Chiquita Brands e.a./Commissie, reeds aangehaald.

onverenigbaarheid in een uitspraak van het DSB was vastgesteld.

44. FIAMM en FEDON kennen deze rechtspraak. Zij benadrukken evenwel de bijzonderheden van hun zaak in vergelijking met de vroegere zaken, en vorderen een afwijkende oplossing. Vanuit deze invalshoek stellen zij dat het Hof zich dient uit te spreken over de mogelijkheid, een uitspraak van het DSB in te roepen na het verstrijken van de voor het volgen ervan gestelde redelijke termijn, teneinde vergoeding te verkrijgen voor de schade die daadwerkelijk is geleden ten gevolge van de vergeldingsmaatregelen. Het zou dus om een volledig nieuwe zaak gaan, voor zover het arrest Van Parys betrekking had op de inroepbaarheid van een uitspraak van het DSB teneinde de geldigheid van een gemeenschapshandeling in het kader van een prejudicieel verzoek te beoordelen. Nieuw ook daar er in de reeds aangehaalde zaak Chiquita Brands weliswaar eveneens sprake was van een beroep tot vergoeding van de schade die was geleden ten gevolge van een voortgezette schending van de WTO-regels alhoewel deze door het DSB was vastgesteld, maar rekwirante enkel en alleen de toepassing van de uitzondering Nakijama had gevorderd.

45. Om de gegrondheid van de argumentatie van rekwiranten te kunnen beoordelen, moet worden teruggekomen op de grondslagen van het beginsel der niet-inroepbaarheid van het WTO-recht. Er zij nogmaals aan herinnerd dat de inroepbaarheid van de WTO-overeenkomsten, gelet op hun aard en opzet, in beginsel volstrekt is uitgesloten. Er is slechts ruimte voor toepassing van WTO-bepalingen door de rechter voor zover dit noch afdoet aan de onderhandelingsmogelijkheden die de WTO-overeenkomsten de overeenkomstsluitende partijen zelf in geval van geschil verlenen, noch aan de wederkerigheid en het evenwicht bij de toepassing van de verbintenissen die zijn aangegaan in het kader van de WTO, kortom, voor zover dit geen beperkingen oplegt aan de beleidsvrijheid die de aard en de opzet van de WTO-overeenkomsten de overeenkomstsluitende partijen laten met betrekking tot de toepassing van de bepalingen van deze overeenkomsten. Er moet dus worden vastgesteld of, indien in de concrete context van de in geding zijnde gevallen rekwiranten zich konden beroepen op de uitspraak van het DSB teneinde de onrechtmatigheid van de gedraging van de Gemeenschap vast te stellen en vergoeding te verkrijgen van de schade die zij hebben geleden ten gevolge van het aanvullende douanerecht dat door de Verenigde Staten van Amerika is opgelegd als vergelding voor de niet-uitvoering door de Gemeenschap van de uitspraak van het DSB, zulks zou afdoen aan de beleidsvrijheid van de wetgevende en uitvoerende gemeenschapsorganen in het kader van de WTO.

46. Vanuit dit perspectief komt de eerste vraag erop neer, of van een dergelijke beleidsvrijheid ook sprake is in de concrete omstandigheden van de in geding zijnde gevallen. Het antwoord hierop zou stellig bevestigend luiden indien de redelijke termijn voor de uitvoering van de uitspraak van het DSB nog niet was verstreken. Het Hof heeft reeds geoordeeld dat „de gemeenschapsrechter […] in elk geval niet de wettigheid van de betrokken gemeenschapshandelingen, met name in het kader van een beroep tot schadevergoeding krachtens artikel 178 van het Verdrag, kan toetsen, omdat anders de toekenning van een redelijke termijn voor de naleving van de aanbevelingen of uitspraken van het DSB, die in het kader van de bij de WTO-overeenkomsten ingevoerde regeling inzake geschillenbeslechting is voorzien, haar betekenis zou verliezen”. [51] Zoals FIAMM en FEDON terecht onderstrepen, is de redelijke termijn waarbinnen de Gemeenschap aan de uitspraak van het DSB had moeten voldoen, op 1 januari 1999 verstreken, en heeft het DSB bij

51 — Arrest Biret International/Raad, reeds aangehaald (punt 62).

uitspraak van 19 april 1999 vastgesteld dat op 1 januari 1999 de gemeenschapsregeling nog steeds onverenigbaar was met de WTO-bepalingen. Zij stellen dat de Gemeenschap dus niet meer kon terugvallen op een onderhandelde oplossing vanaf het ogenblik dat er geen bevredigende compensatie was overeengekomen binnen twintig dagen na het verstrijken van de redelijke termijn, overeenkomstig de mogelijkheid waarin artikel 22, lid 2, DSU voorziet. Zij had geen andere keuze meer dan zich te voegen naar de uitspraak van het DSB of zich bloot te stellen aan vergeldingsmaatregelen door dit te weigeren. Het debat gaat dus uiteindelijk over de bindende kracht van de uitspraak van het DSB: verplicht de DSU tot een volledige tenuitvoerlegging van de uitspraken of aanbevelingen van het DSB?

47. Laat mij zeer duidelijk stellen dat ik de analyse van rekwiranten op dit punt niet deel. [52] Artikel 22, lid 1, DSU geeft inderdaad voorrang aan volledige tenuitvoerlegging van de aanbeveling, een maatregel in overeenstemming te brengen met de WTO-overeenkomsten, en naar luid van artikel 3, lid 7, is, bij gebreke van een tussen partijen onderling overeengekomen en met de vermelde overeenkomsten verenigbare oplossing, normaliter de eerste doelstelling van de DSU, te bewerkstelligen dat de maatregelen waarvan de onverenigbaarheid is vastgesteld, worden ingetrokken. Daaruit kan echter niet worden afgeleid dat, om de in de rechtspraak gebruikte formule te herhalen [53], de DSU vastlegt met welke maatregelen de uitspraak van het DSB — en dus de WTO-bepalingen waarvan deze de schending heeft vastgesteld — in de interne rechtsorde van de verdragsluitende partijen te goeder trouw ten uitvoer moet worden gelegd. De Gemeenschap behoudt dus de vrijheid, de politieke keuze te maken zich in eerste instantie bloot te stellen aan vergeldingsmaatregelen die door het DSB op basis van artikel 22, lid 2, DSU zijn goedgekeurd. Zelfs bij het verstrijken van de termijn die is gesteld om de onverenigbaar verklaarde maatregel met de WTO-bepalingen in overeenstemming te brengen, en zelfs nadat vergeldingsmaatregelen zijn toegestaan en vastgesteld, blijven onderhandelingen tussen partijen bij het geschil hoe dan ook een belangrijke plaats innemen, wat het Hof reeds heeft opgemerkt [54] en het Gerecht in de bestreden arresten heeft bevestigd. [55] Zo legt artikel 22, lid 8, DSU de nadruk op de tijdelijke aard van de schorsing van de concessie en het beperkt de toepassing ervan „totdat de maatregel die in strijd met een vermelde overeenkomst wordt geacht, is opgeheven, of het lid dat aanbevelingen of uitspraken moet uitvoeren, een oplossing biedt voor het tenietdoen of de uitholling van voordelen, of een wederzijds bevredigende oplossing wordt bereikt", onder het enkele voorbehoud, geformuleerd in artikel 3, lid 5, DSU, dat deze oplossing verenigbaar is met de WTO-overeenkomsten. Voor het overige hebben de Raad en de Commissie met de opeenvolgende wijzigingen van de gemeenschapsregeling voor de invoer van bananen waarvan de onverenigbaarheid met de WTO-bepalingen was vastgesteld, niet getracht de onverenigbaar verklaarde maatregelen af te schaffen. Zij hebben daarentegen gepoogd tegelijkertijd rekening te houden met de vaststellingen van het DSB, de verplichtingen te eerbiedigen die zijn aangegaan tegenover de andere ondertekenaars van de Overeenkomst van Lomé en de doelstellingen van de GMO-bananen te verwezenlijken. Het geschil is uiteindelijk bijgelegd door het sluiten van een akkoord met de Verenigde Staten van Amerika op 19 april 2001. Men zou natuurlijk kunnen

52 — Ook wanneer zij steun vinden in de conclusies van bepaalde advocaten-generaal (zie conclusie van advocaat-generaal Alber in de zaak Biret International/Raad, reeds aangehaald, en conclusie van advocaat-generaal Tizzano in de zaak Van Parys, reeds aangehaald).

53 — Zie arrest Portugal/Raad, reeds aangehaald (punt 41).

54 — Zie arrest Van Parys, reeds aangehaald (punten 42-51). Zie ook arrest Gerecht Chiquita Brands e.a./Commissie, reeds aangehaald (punt 164).

55 — Zie arresten Fiamm (punten 125-129) en Fedon (punten 118-123).

opwerpen dat de tenuitvoerlegging van de aanbevelingen en uitspraken van het DSB niet kan worden omzeild en dat een dergelijke onderhandelde oplossing een vorm van uitvoering van de uitspraak van het DSB is. [56] Maar of men nu de steeds aanwezige mogelijkheid van een onderhandelde oplossing van het geschil beschouwt als een vrijheid die enkel geldt voor de keuze van de wijze van tenuitvoerlegging van de uitspraken van het DSB, of als de vrijheid voorrang te geven aan een alternatief voor de uitvoering van deze uitspraak, er is een vrijheid.

48. Zou dus de beleidsvrijheid waarover de Gemeenschap binnen het juridische WTO-kader in ieder geval beschikt, worden verzwakt indien op de WTO-bepalingen waarvan de schending door de uitspraak van het DSB is vastgesteld een beroep kan worden gedaan om de Gemeenschap aansprakelijk te stellen voor onrechtmatig handelen? Zou deze vrijheid met andere woorden worden beperkt doordat de gemeenschapsrechter naar aanleiding van een beroep tot schadevergoeding de onrechtmatigheid van de gedraging van de Gemeenschap zou kunnen vaststellen omdat de WTO-bepalingen kunnen worden ingeroepen? Rekwiranten verwijten het Gerecht, deze vraag bevestigend te hebben beantwoord. [57] Zij verklaren dat de vaststelling van de onrechtmatigheid niet strekt tot ongeldig- of nietigverklaring van de met het WTO-recht strijdige gemeenschapsmaatregel, zoals dit het geval is in het kader van een prejudicieel verzoek om geldigheidsbeoordeling — wat de zaak Van Parys aantoont — of van een beroep tot nietigverklaring. Een dergelijke rechterlijke uitspraak zou ongetwijfeld gevolgen hebben voor de mogelijkheden van de wetgevende en uitvoerende gemeenschapsorganen om tot een onderhandelde oplossing te komen, daar zij de instellingen zou verplichten, de ongeldig verklaarde of vernietigde maatregel uit de rechtsorde van de Unie te schrappen. In casu zou de vaststelling van de onrechtmatigheid er enkel op gericht zijn, te voldoen aan één van de drie voorwaarden voor niet-contractuele schuldaansprakelijkheid van de Gemeenschap. Zij zou daarentegen geen weerslag hebben op de uitwerking van de gemeenschapsmaatregel waarvan de onverenigbaarheid met de WTO-overeenkomsten is vastgesteld.

49. Ook op dat punt overtuigt de argumentatie van rekwiranten mij niet. Het is inderdaad zo dat de door de gemeenschapsrechter in het kader van een beroep tot schadevergoeding vastgestelde onrechtmatigheid van de gemeenschapsregeling waarvan het DSB de onverenigbaarheid met het WTO-recht heeft vastgesteld, formeel noch tot nietigverklaring, noch tot ongeldigverklaring ervan leidt. Deze regeling blijft dus onverkort deel uitmaken van de rechtsorde en blijft theoretisch toepasselijk. Dit neemt niet weg dat de vaststelling van de onrechtmatigheid door de gemeenschapsrechter gezag van gewijsde heeft. De politieke gemeenschapsorganen mogen deze onrechtmatigheid niet laten voortduren, daar zij anders het beginsel van een rechtsgemeenschap zouden schenden. Zij zouden aan deze onrechtmatigheid een einde moeten maken door de betrokken regeling af te schaffen of in te trekken. Daardoor zouden zij de mogelijkheid verliezen, een onderhandelde oplossing te zoeken en de verschillende betrokken belangen zo goed mogelijk op elkaar af te stemmen, zoals zij in casu hebben gedaan met de laatste normatieve wijzigingen van de gemeenschapsregeling voor de invoer van bananen. Hun politieke speelruimte zou dus ontegenzeglijk in het gedrang worden gebracht.

50. Daarenboven zou de erkenning van schuldaansprakelijkheid van de Gemeenschap alle ondernemingen die ofwel door de met

56 — Zie in die zin conclusie van advocaat-generaal Alber in de zaak Biret International/Raad, reeds aangehaald (punten 74-88), en conclusie van advocaat-generaal Tizzano in de zaak Van Parys, reeds aangehaald (punten 56 en 57).

57 — Zie arresten Fiamm (punten 130-135) en Fedon (punten 123-128).

de WTO-bepalingen onverenigbare gemeenschapsmaatregel zelf, ofwel door de vergeldingsmaatregelen zijn getroffen, de mogelijkheid geven in beroep vergoeding van alle door hen geleden schade te verkrijgen. Het vooruitzicht van een dergelijke geldelijke last zou de politieke gemeenschapsorganen ertoe dwingen, de met de WTO-bepalingen onverenigbaar verklaarde gemeenschapsmaatregel in te trekken en dus de handelingsvrijheid die het juridische kader van de WTO hun laat, beperken.

51. Rekwiranten stellen ten slotte dat de erkenning van de mogelijkheid de uitspraak van het DSB in te roepen teneinde vergoeding te verkrijgen van de schade die is geleden ten gevolge van de vergeldingsmaatregelen die wegens de niet-uitvoering van voornoemde uitspraak zijn getroffen, geen enkele invloed meer heeft op de beleidsvrijheid van de gemeenschapsorganen, aangezien in casu de schadevordering in de zaak Fedon is ingediend na de oplossing van het handelsgeschil, althans in de zaak Fiamm op een later tijdstip is onderzocht. De vaststelling van het beginsel dat de Gemeenschap voor onrechtmatig handelen aansprakelijk kan worden gesteld indien zij niet binnen de toegestane redelijke termijn heeft voldaan aan een uitspraak van het DSB, zou echter een zwaard van Damocles vormen dat in de toekomst boven de vrijheid van de politieke gemeenschapsorganen in het kader van de WTO zou hangen.

52. Uit de voorgaande overwegingen volgt dat de weigering van het Gerecht om in het kader van een schadevordering buiten de uitzonderingen Fediol en Nakajima de rechtmatigheid van het gedrag van de verwerende instellingen te toetsen aan de WTO-regels waarvan de miskenning door de Gemeenschap door het DSB is vastgesteld, moet worden bevestigd.

B — *De risicoaansprakelijkheid van de Gemeenschap*

53. Rekwiranten verwijten het Gerecht het begrip abnormale schade verkeerd te hebben opgevat en daardoor ten onrechte het bestaan van dergelijke schade in casu te hebben ontkend. De Raad, de Commissie en het Koninkrijk Spanje delen de analyse van het Gerecht dat de door rekwiranten geleden schade niet abnormaal is en stemmen dus in met het dictum van de bestreden arresten, houdende verwerping van de beroepen wegens ontbreken van risicoaansprakelijkheid van de Gemeenschap. Zij verwijten het Gerecht van eerste aanleg evenwel, dat het het beginsel van aansprakelijkheid voor rechtmatig handelen heeft aanvaard, de toepasselijkheid ervan op onderhavige gedingen heeft erkend, de voorwaarden ervoor onvoldoende strikt heeft afgebakend en ten onrechte heeft aangenomen dat sommige voorwaarden, en in het bijzonder die betreffende het oorzakelijke verband, waren vervuld. Zij verzoeken het Hof eveneens, de aan de bestreden arresten ten grondslag liggende overwegingen te wijzigen. De Raad en de Spaanse regering hebben bij incidentele hogere voorziening zelfs gedeeltelijke vernietiging van de bestreden arresten gevorderd. Ik zal de gegrondheid van de argumentatie van de verschillende partijen beoordelen door achtereenvolgens het beginsel van risicoaansprakelijkheid van de Gemeenschap, de werkingssfeer daarvan en, ten slotte, de voorwaarden ervoor te onderzoeken.

1. Het beginsel van risicoaansprakelijkheid van de Gemeenschap

54. De Raad, de Commissie en het Koninkrijk Spanje betwisten dat de Gemeenschap volgens een algemeen beginsel dat de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben, aansprakelijk kan worden gesteld zonder onrechtmatige gedraging van haar organen, en betogen dat het Gerecht dit beginsel zonder afdoende motivering heeft bevestigd. In de rechtsorde van minder dan de helft van de lidstaten is een dergelijk beginsel aanvaard. Voor schadeverwekkende handelingen van wetgevende aard is dit beginsel slechts in twee rechtsordes aanvaard. Het Gerecht heeft er inderdaad, zonder overdreven streven naar bewijsvoering, genoegen mee genomen het beginsel van aansprakelijkheid van de Gemeenschap zonder onrechtmatige gedraging van haar organen te steunen op de vaststelling dat „[particulieren] in de nationale rechtsstelsels inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid […] namelijk, zij het in verschillende mate, op specifieke gebieden en onder verschillende voorwaarden in rechte vergoeding van bepaalde schade [kunnen] vorderen, zelfs wanneer de veroorzaker van de schade niet onrechtmatig heeft gehandeld". [58] Artikel 288, tweede alinea, EG vereist evenwel dat de vergoeding door de Gemeenschap van de door haar instellingen veroorzaakte schade, beantwoordt aan „de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben".

55. Moet artikel 288, tweede alinea, EG evenwel aldus worden uitgelegd dat een oplossing op het vlak van de niet-contractuele aansprakelijkheid van het openbaar gezag enkel in het gemeenschapsrecht kan worden toegepast wanneer zij gemeen is aan alle lidstaten? Kan een „algemeen beginsel dat de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben" enkel worden geconstrueerd door het recht van alle lidstaten als het ware op een stapel te leggen en enkel die elementen in aanmerking te nemen die elkaar volledig dekken? Ik denk van niet. Een dergelijke mathematische logica van de kleinste gemene deler zou leiden tot een stelsel van aansprakelijkheid van de Gemeenschap waarin de kansen van de slachtoffers van aan de instellingen toerekenbare schade om vergoeding te verkrijgen, zeer gering zouden zijn. [59] Alhoewel het Hof zich natuurlijk moet laten leiden door de meest kenmerkende bepalingen van de nationale rechtsstelsels, moet het er in de eerste plaats over waken tot een oplossing te komen die strookt met de specifieke behoeften en kenmerken van de gemeenschapsrechtsorde. Het Hof moet met andere woorden uitgaan van de juridische tradities van de lidstaten om op de analoge juridische vragen die in het gemeenschapsrecht rijzen, een antwoord te vinden dat tegelijkertijd de juridische tradities van de lidstaten respecteert en beantwoordt aan de context van de gemeenschapsrechtsorde. Vanuit dit gezichtspunt kan zelfs voor een minderheidsoplossing worden gekozen, wanneer deze het best beantwoordt

58 — Arresten Fiamm (punt 159) en Fedon (punt 152). Voor een gelijkluidende oplossing en argumentatie, zie arrest Gerecht van 10 mei 2006, Galileo International Technology e.a./Commissie (T-279/03, Jurispr. blz. II-1291, punten 144-147).

59 — Zo verwierp advocaat-generaal Roemer de toepassing van de „Norm der unteren Grenze" die zou volgen uit de keuze om enkel de regels die in alle lidstaten voorkomen, te behouden (conclusie in de zaak Zuckerfabrik Schöppenstedt/Raad, arrest van 2 december 1971, 5/71, Jurispr. blz. 975, in het bijzonder blz. 990). Hij onderstreepte dat „overeenstemming tussen de rechtsorden van alle lidstaten of het vinden van een grootste gemene deler niet relevant [is]; doorslaggevend is veeleer […] ‚wertende Rechtsvergleichung'" (conclusie in de zaak Werhahn Hansamühle e.a./Raad en Commissie, 63/72-69/72, arrest van 13 november 1973, Jurispr. blz. 1255, in het bijzonder blz. 1259). Hij vermeldde zelfs de mogelijkheid uit te gaan van de „meest perfecte (‚überlegenst') nationale regeling" (conclusie in de zaak 5/71, reeds aangehaald, zie in het bijzonder blz. 990), „na te gaan welke rechtsorde als het meest waardevol kan worden aangemerkt" (conclusie in de zaken 63/72-69/72, reeds aangehaald, in het bijzonder blz. 1258). Volgens mij gaat het er echter niet om de beste juridische oplossing te zoeken, maar wel om die oplossing te ontwikkelen die het best strookt met de context en de behoeften van de gemeenschapsrechtsorde.

aan de vereisten van het gemeenschapsstelsel. Om daarvan overtuigd te raken hoeft men slechts te denken aan het voorbeeld van het „Vertrauensschutzprinzip" dat in het gemeenschapsrecht is erkend hoewel enkel het Duitse recht dit kende. Derhalve vormt de omstandigheid dat enkel naar Spaans en naar Frans recht de overheid aansprakelijk kan worden gesteld voor een rechtmatige wetgevende handeling, geen hinderpaal voor de erkenning ervan in het gemeenschapsrecht.

56. Bepalend is of een dergelijke oplossing het best zou beantwoorden aan de specifieke behoeften van de gemeenschapsrechtsorde. Dat betekent niet dat het beginsel van aansprakelijkheid van het openbaar gezag voor een rechtmatige wetgevende handeling in de gemeenschapsrechtsorde moet worden aanvaard indien vast zou komen te staan dat dit de beste juridische oplossing is, die als zodanig in de gemeenschapsrechtsorde moet gaan gelden. Het mag slechts deel gaan uitmaken van het gemeenschapsrecht op basis van een vergelijking van de bepalingen die op dat vlak in de verschillende nationale rechtsstelsels zijn vastgesteld, teneinde een oplossing te vinden die zo goed mogelijk beantwoordt aan de specifieke vereisten van de gemeenschapsrechtsorde. [60]

57. Dat lijkt mij inderdaad het geval te zijn. Vanuit een streven naar rechtvaardigheid zou aanvaarding van het beginsel van risicoaansprakelijkheid van de Gemeenschap opwegen tegen de strenge voorwaarden voor schuldaansprakelijkheid van de Gemeenschap, waarvoor onder meer sprake moet zijn van een voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel die particulieren beschermt [61], teneinde de personen die ingevolge het gedrag van de gemeenschapsinstellingen bijzonder ernstige schade hebben geleden, de mogelijkheid te bieden vergoeding te verkrijgen. De juistheid van een dergelijke oplossing verklaart zonder twijfel, waarom het Hof deze mogelijkheid nooit heeft uitgesloten. [62] En hoewel deze juridische oplossing slechts in enkele nationale rechtsstelsels voorkomt, houden ook andere rechtsordes rekening met de bekommering die daaruit blijkt en met de bescherming van de rechtsbelangen die zij verzekert, zij het, zoals hierna zal blijken [63], door middel van andere juridische mechanismen.

58. A fortiori in de bijzondere context van de onderhavige gedingen blijkt dit de juiste oplossing te zijn. Ten gevolge van de niet-inroepbaarheid van de WTO-bepalingen kunnen de justitiabelen die te klagen hebben over een gedraging van de gemeenschapsinstellingen die indruist tegen de WTO-overeenkomsten, zoals reeds gezegd, de onrechtmatigheid ervan niet inroepen. Zij kunnen

60 — Voor een toepassing van deze methode, die ertoe strekt een in de nationale rechtsordes vastgestelde oplossing te confronteren met de specifieke vereisten van de gemeenschapsrechtsorde, met betrekking tot het stakingsrecht, zie mijn conclusie in de zaak International Transport Workers' Federation en Finnish Seamen's Union (arrest van 11 december 2007, C-438/05, Jurispr. blz. I-10779, punt 60).

61 — Zie arrest van 4 juli 2000, Bergaderm en Goupil/Commissie (C-352/98 P, Jurispr. blz. I-5291, punten 41 en 42).

62 — Zie arresten van 13 juni 1972, Compagnie d'approvisionnement, de transport et de crédit en Grands Moulins de Paris/Commissie (9/71 en 11/71, Jurispr. blz. 391, punt 46); 31 maart 1977, Compagnie industrielle et agricole du comté de Loheac e.a./Raad en Commissie (54/76-60/76, Jurispr. blz. 645, punt 19); 6 december 1984, Biovilac/EEG (59/83, Jurispr. blz. 4057, punt 29); 24 juni 1986, Développement en Clemessy/Commissie (267/82, Jurispr. blz. 1907, punt 33) en 15 juni 2000, Dorsch Consult/Raad en Commissie (C-237/98 P, Jurispr. blz. I-4549, punt 18); arresten Gerecht van 6 december 2001, Area Cova e.a./Raad en Commissie (T-196/99, Jurispr. blz. II-3597, punt 171); 20 februari 2002, Förde-Reederei/Raad en Commissie (T-170/00, Jurispr. blz. II-515, punt 56); 10 april 2003, Travelex Global and Financial Services en Interpayment Services/Commissie (T-195/00, Jurispr. blz. II-1677, punt 161); 2 juli 2003, Hameico Stuttgart e.a./Raad en Commissie (T-99/98, Jurispr. blz. II-2195, punt 60), en 10 februari 2004, Afrikanische Frucht-Compagnie/Raad en Commissie (T-64/01 en T-65/01, Jurispr. blz. II-521, punten 150 en 151).

63 — Zie infra, punt 63 van deze conclusie.

deze derhalve noch in een beroep tot nietigverklaring aan de orde stellen, noch via een prejudicieel verzoek om geldigheidstoetsing of een schadevordering wegens onrechtmatig handelen. Indien het beginsel van risicoaansprakelijkheid van de Gemeenschap niet wordt aanvaard, blijven zelfs degenen die ingevolge deze onrechtmatigheid bijzonder ernstige schade hebben geleden, verstoken van elke rechterlijke bescherming. Voor het overige wordt het feit dat de Franse Conseil d'État risicoaansprakelijkheid voor wetten aanvaardt, dikwijls gezien als een oplossing voor het probleem dat de Franse bestuursrechter zich niet door een grondwettigheidscontrole kan verheffen tot rechter van de wet.

59. Aanvaarding van een beginsel van risicoaansprakelijkheid zou daarenboven eveneens beantwoorden aan de vereisten van goed bestuur. Wanneer het politieke gezag overweegt een gemeenschapsregeling in stand te houden ondanks het verstrijken van de redelijke termijn die is gesteld om te voldoen aan een uitspraak van het DSB waarbij die regeling onverenigbaar met de WTO-regels is verklaard, zou het gedwongen zijn de kosten die daaruit zouden kunnen voortvloeien voor de burgers van de Unie, beter te begroten en deze af te wegen tegen de voordelen van handhaving van de gemeenschapsregeling voor de betrokken economische sector(en). Dit zou niet de discretionaire bevoegdheid van de instellingen in het kader van de WTO verminderen, maar een bedachtzame uitoefening van deze discretionaire bevoegdheid waarborgen.

60. Aanvaarding van een beginsel van risicoaansprakelijkheid zou er eveneens toe leiden dat de gemeenschapsrechtsorde de zeggenschap behoudt over de interne verdeling van de gevolgen van de handelingsvrijheid van de instellingen in het WTO-kader. Het zou dus niet meer aan de handelspartners zijn om door de vaststelling van vergeldingsmaatregelen discretionair te bepalen welke categorie van ondernemers de kosten van deze vrijheid op haar schouders dient te nemen, maar de Gemeenschap zou beslissen of deze kosten enkel moeten worden gedragen door de ondernemingen die door de vergeldingsmaatregelen zijn getroffen, dan wel of deze over de gehele maatschappij moet worden verdeeld.

61. Op grond van bovenstaande overwegingen ben ik van mening dat de onderhavige zaken de mogelijkheid bieden, en zelfs gebieden, in de rechtspraak van het Hof een stap vooruit te zetten. Door de aanvaarding van een beginsel van risicoaansprakelijkheid van de Gemeenschap moet deze rechtspraak van het stadium van het mogelijke overgaan tot dat van het zekere, van de tijd van de onzekerheden naar die van de oplossingen. [64]

62. Voor aanvaarding van een beginsel van risicoaansprakelijkheid van de Gemeenschap zou ook kunnen pleiten het beginsel van gelijkheid van de burgers voor de publieke lasten, waarop het Franse bestuursrecht de aansprakelijkheid voor wetten heeft gebaseerd. De gedachtegang kan als volgt worden samengevat: daar elke overheidsactiviteit

64 — Deze formulering is ontleend aan Picod, F., en Coutron, L., „La responsabilité de la Communauté européenne du fait de son activité administrative", in Auby, J. B., en Dutheil de la Rochère, J., *Droit administratif européen*, Bruylant 2007, blz. 171, zie in het bijzonder blz. 204-208.

wordt vermoed ten goede te komen aan de gehele gemeenschap, is het normaal dat de burgers zonder compensatie de lasten daarvan moeten dragen. Indien de overheid evenwel, in het algemeen belang, aan bepaalde personen bijzonder ernstige schade toebrengt die deze alleen lijden, ontstaat daardoor een last die normaliter niet op hen dient te rusten en die moet worden vergoed. Deze vergoeding, die via de belastingen door de gemeenschap wordt gedragen, herstelt het verstoorde evenwicht.

63. Deze denkwijze is niet ver verwijderd van de „Sonderopfertheorie" in het Duitse recht, naar luid waarvan personen die ingevolge een rechtmatig overheidsoptreden een „bijzonder offer" moeten brengen, dat wil zeggen met onteigening gelijk te stellen schade lijden, een vergoeding moeten krijgen. Zo gezien kan de risicoaansprakelijkheid van de Gemeenschap eveneens een grondslag vinden in het eigendomsrecht, dat overeenkomstig de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, als algemeen rechtsbeginsel in de gemeenschapsrechtsorde bescherming geniet. Zij zou tot uitdrukking brengen dat een met onteigening gelijk te stellen ingreep ingevolge een — zelfs rechtmatig — optreden van de gemeenschapswetgever niet mag plaatsvinden zonder vergoeding. [65]

65 — Zie reeds, in die zin, conclusie van advocaat-generaal Sir Gordon Slynn in de zaak Biovilac/EEG, reeds aangehaald, in het bijzonder blz. 4091. Voor het overige vindt men deze gedachte, in diverse varianten in de meeste rechtsordes (zie Amaral, M. L., *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, 1998, blz. 474 e.v.).

2. De omvang van de risicoaansprakelijkheid van de Gemeenschap

64. De Commissie verwijt het Gerecht onder meer dat het, na te hebben verklaard dat het beginsel van risicoaansprakelijkheid enkel op „specifieke gebieden" [66] kan gelden, heeft nagelaten die gebieden aan te duiden. Dat was ter beslechting van de in geding zijnde zaken echter niet nodig. Het Gerecht kon volstaan met te onderzoeken of in de betrokken zaken sprake kon zijn van risicoaansprakelijkheid, wat het impliciet heeft bevestigd door na te gaan of aan de voorwaarden was voldaan. Maar ook dat verwijten zowel de Commissie als de Raad het Gerecht. Dienaangaande moeten dan ook de volgende opmerkingen worden gemaakt.

65. In de eerste plaats gaat het, in tegenstelling tot de voorstellingswijze waartoe de Commissie en de Raad neigen, niet zozeer om een beginsel van aansprakelijkheid voor rechtmatig handelen dat het Gerecht in de bestreden arresten — volgens mij terecht — heeft aanvaard. Het gaat in ruimere zin om risicoaansprakelijkheid, ook zonder onrechtmatig handelen. De aansprakelijkheid ontstaat dus zonder dat de schade hoeft te zijn veroorzaakt door onrechtmatig handelen dat door de verzoekende partij moet worden bewezen. Zij kan zelfs toepassing vinden op gevallen van onrechtmatig handelen dat geen voldoende gekwalificeerde schending oplevert.

66 — Arresten Fiamm (punt 159) en Fedon (punt 152).

66. In de tweede plaats zie ik, in tegenstelling tot de Raad, niet in waarom dit stelsel van risicoaansprakelijkheid niet ook van toepassing zou kunnen zijn in situaties van verzuim om wetgevend te handelen. De vergelijking die de Raad maakt met het in artikel 232 EG bedoelde verzuim is irrelevant, daar het om risicoaansprakelijkheid gaat. In elk geval staat in onderhavige zaken geen verzuim om wetgevend te handelen ter discussie. Zowel de Raad als de Commissie hebben binnen de gestelde redelijke termijn meerdere initiatieven genomen (aanpassing van de gemeenschapsregeling voor de invoer van bananen, onderhandelingen), die de Raad trouwens zelf in zijn memorie heeft benadrukt, maar met deze initiatieven is geen juiste uitvoering gegeven aan de uitspraak van het DSB.

67. In de derde plaats is er geen geldige reden om, zoals de Commissie stelt, de risicoaansprakelijkheid van de Gemeenschap te beperken tot de gevallen waarin een niet-wetgevend handelen de schade heeft veroorzaakt. Artikel 288, tweede alinea, EG verplicht de Gemeenschap de „schade die door haar instellingen is veroorzaakt" te vergoeden, zonder een onderscheid te maken tussen bestuurlijk of wetgevend handelen. Daarenboven kunnen zowel de wetgevende als de uitvoerende macht bepaalde ondernemers in het algemeen belang bijzonder ernstige schade berokkenen. In de onderhavige zaak is de ontoereikend verklaarde aanpassing van de gemeenschapsregeling voor de invoer van bananen trouwens zowel neergelegd in een basisverordening van de Raad als in een uitvoeringsverordening van de Commissie. Voor het overige lijkt mij een dergelijke beperking onbruikbaar, aangezien in de huidige stand van het gemeenschapsrecht wetgevend handelen onvoldoende wordt onderscheiden van bestuurlijk handelen. Enkel schade die ingevolge de toepassing van een voorschrift van primair recht is ontstaan, komt niet voor vergoeding in aanmerking. [67]

68. Tot slot zouden, in de bijzondere context van de eerbiediging van de WTO-overeenkomsten waarin de onderhavige zaken spelen, enkel burgers van de Unie deze risicoaansprakelijkheid kunnen inroepen om vergoeding te vorderen van bijzonder ernstige schade die de gemeenschapsinstellingen hun in het algemeen belang hebben berokkend. Van het politieke gezag kan immers niet worden verlangd — en het zou daartoe ook niet in staat zijn — met het oog op de uitoefening van zijn handelingsvrijheid in het WTO-kader ook de kosten van de gemaakte keuzes voor ondernemers uit derde landen te begroten. In de context van de communautaire bevoegdheden die de instellingen op het gebied van de buitenlandse handelspolitiek uitoefenen, is verbreking van de gelijkheid voor de openbare lasten dus enkel denkbaar tussen burgers van de Unie. Men kan derhalve niet — in navolging van de Raad — argumenteren dat de erkenning van risicoaansprakelijkheid in de context van de toepassing van het WTO-recht het beginsel van wederkerigheid zou miskennen, voor zover de belangrijkste handelspartners van de Gemeenschap een dergelijke aansprakelijkheid niet kennen.

69. Aldus gesteld, onderbouwd en afgebakend, komt de functie van het beginsel van risicoaansprakelijkheid van de Gemeenschap duidelijk te voorschijn. Het dient er niet toe, de gemeenschapsinstellingen tot naleving

67 — Zie arrest Gerecht van 29 januari 1998, Dubois et Fils/Raad en Commissie (T-113/96, Jurispr. blz. II-125, punten 40-48).

van de WTO-regels te dwingen door hun beleidsvrijheid te beperken, maar het moet enkel waarborgen dat de kosten die het gevolg zijn van de gemaakte politieke keuzes de gelijkheid van de burgers van de Unie voor de openbare lasten niet aantasten.

70. De waarschuwingen van de Raad en de Commissie tegen aanvaarding van een beginsel van risicoaansprakelijkheid van de Gemeenschap zijn begrijpelijk. De invoering van een al te mild aansprakelijkheidsmechanisme mag er niet toe leiden dat de uitoefening van de wetgevende en bestuurlijke activiteit door een bedreiging wordt overschaduwd die de uitoefening van deze activiteit kan belemmeren. Hoe legitiem deze bezorgdheid ook is, zij mag geen hinderpaal vormen voor aanvaarding van een beginsel van risicoaansprakelijkheid van de Gemeenschap. In de omvang van deze aansprakelijkheid en de te stellen voorwaarden zal tot uitdrukking moeten komen dat met deze bezorgdheid rekening wordt gehouden en dat deze wordt afgewogen tegen het streven naar een evenwichtige verdeling van de publieke lasten.

3. De voorwaarden voor de risicoaansprakelijkheid van de Gemeenschap

71. De Raad en de Commissie betwisten in de eerste plaats de beoordeling door het Gerecht van de vraag of is voldaan aan de voorwaarden die inherent zijn aan elk aansprakelijkheidsstelsel en dus niet enkel aan het stelsel van risicoaansprakelijkheid. Zij betogen dat die beoordeling op een onjuiste opvatting van het begrip reële en zekere schade en van de regels betreffende de bewijslast berust. Het Gerecht heeft evenwel terecht vastgesteld, dat verweerders niet betwistten dat rekwiranten reële commerciële schade hadden geleden ingevolge de prijsstijging van hun producten wegens het aanvullende douanerecht, maar enkel aanvoerden dat zij deze niet met gepaste maatregelen hadden weten te beperken. Voor zijn oordeel dat was aangetoond dat de schade reëel was, heeft het Gerecht zich gebaseerd op de door de Commissie overgelegde statistieken, die een daling aantonen van het totale invoervolume van accu's en brillendozen in de Verenigde Staten van Amerika tijdens de periode waarin de betrokken aanvullende heffing is toegepast. [68]

72. De verwerende partijen verwijten het Gerecht eveneens, met meer ernst, niet in aanmerking te hebben genomen dat de schade een voldoende rechtstreeks gevolg van een gedraging van de betrokken instelling moet zijn. [69] Er zou namelijk geen enkel automatisme bestaan tussen de niet-uitvoering door de Gemeenschap van de veroordeling door het DSB en de invoering van het aanvullende douanerecht, aangezien de discretionaire handeling van de Amerikaanse autoriteiten het oorzakelijk verband tussen de gedraging van de gemeenschapsinstellingen en de ingeroepen schade heeft verbroken. Enerzijds hebben deze autoriteiten de compensaties geweigerd die de Gemeenschap hun in toepassing van artikel 22, leden 1 en 2, DSU had aangeboden. Anderzijds hebben zij er in alle vrijheid voor gekozen, het DSB te verzoeken vergeldingsmaatregelen toe te staan en van die toestemming gebruik te maken. In deze optiek hebben zij de lijst van getroffen producten en het bedrag van de

68 — Zie arresten Fiamm (punten 166-170) en Fedon (punten 159-162).

69 — Zie arrest Hof van 4 oktober 1979, Dumortier e.a./Raad (64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 en 45/79, Jurispr. blz. 3091, punt 21). Zie ook arrest Gerecht van 24 oktober 2000, Fresh Marine/Commissie (T-178/98, Jurispr. blz. II-3331, punt 118).

rechten discretionair vastgesteld. Het klopt dat de Verenigde Staten van Amerika op het verzuim van de Gemeenschap om de uitspraak van het DSB binnen de gestelde redelijke termijn uit te voeren, niet hoefden te reageren zoals zij dit hebben gedaan. Dat neemt echter niet weg, dat de reactie van de Amerikaanse autoriteiten één van de mogelijkheden is die het DSU in geval van niet-uitvoering van een uitspraak of aanbeveling van het DSB ter beschikking stelt, en dus voorzienbaar was. Zoals het Gerecht terecht heeft opgemerkt, „is de intrekking van concessies ten aanzien van de Gemeenschap in de vorm van een aanvullend invoerrecht te beschouwen als een gevolg dat objectief, volgens de normale en voorzienbare, door de Gemeenschap aanvaarde procedure van het stelsel van geschillenbeslechting van de WTO voortvloeit uit de handhaving van een met de WTO-overeenkomsten onverenigbare invoerregeling voor bananen door de verwerende instellingen”.[70] De maatregelen van de Amerikaanse autoriteiten doorbreken dus geenszins het oorzakelijke verband tussen de gedraging van de Gemeenschap en de aangevoerde schade, maar vormen daarvan een onderdeel. Het Gerecht heeft dan ook terecht geoordeeld dat de gedraging van de Gemeenschap de „beslissende oorzaak”[71] van de door rekwiranten geleden schade vormt.

73. Dan kom ik thans toe aan de voorwaarden voor het ontstaan van risicoaansprakelijkheid. Volgens rekwiranten heeft het Gerecht het begrip abnormale schade verkeerd uitgelegd en toegepast. De verwerende partijen sluiten zich daarentegen aan bij het door het Gerecht ontwikkelde begrip abnormale schade, maar zijn van oordeel dat het Gerecht onvoldoende voorwaarden stelt voor het ontstaan van risicoaansprakelijkheid en verzoeken dus het Hof de bestreden arresten op dit punt aan te vullen door toevoeging van het vereiste, dat met de schadeverwekkende gedraging van de instellingen geen louter algemeen belang wordt nagestreefd.

74. Om de gegrondheid van deze verschillende beweringen te kunnen beoordelen, moet worden verduidelijkt aan welke voorwaarden voor risicoaansprakelijkheid van de Gemeenschap moet zijn voldaan. Volgens mij moeten deze voorwaarden worden ingegeven door de pijlers van dit aansprakelijkheidsstelsel. Zoals ik heb gepoogd duidelijk te maken, kan het beginsel van risicoaansprakelijkheid zowel op de gedachte van verbreking van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten worden gebaseerd als op de bescherming die het fundamentele eigendomsrecht verdient. De enige schade die op grond van risicoaansprakelijkheid voor vergoeding in aanmerking komt, is derhalve schade die zowel abnormaal als bijzonder is.

75. Net zoals hij de voordelen ervan geniet, moet iemand immers ook zonder vergoeding de normale ongemakken ondergaan die voortvloeien uit de organisatie van het maatschappelijk leven en het optreden daartoe van het openbaar gezag. Het gaat in zekere zin om publieke lasten die in de regel door de belanghebbenden moeten worden gedragen. Zelfs wanneer deze lasten niet op alle burgers in gelijke mate rusten, kan de rechter geen volmaakte gelijkheid herstellen. Dat zou een grenzeloze, ongepaste opdracht zijn. Zelfs indien zij onevenredig zijn verdeeld, moeten de publieke lasten derhalve in beginsel door eenieder worden gedragen en komen zij bijgevolg niet in aanmerking voor schadevergoeding. Dit is evenwel anders wanneer het

70 — Arresten Fiamm (punt 183) en Fedon (punt 177).

71 — Arresten Fiamm (punt 185) en Fedon (punt 179).

overheidsoptreden abnormale en bijzondere schade veroorzaakt.

76. Schade moet als abnormaal worden gekwalificeerd wanneer zowel de omstandigheden waarin zij intreedt als de wezenlijke kenmerken ervan abnormaal zijn. Abnormaal is in de eerste plaats schade die de grenzen van de economische risico's die inherent zijn aan de activiteiten in de betrokken sector, overschrijdt, dat wil zeggen voortvloeit uit de intreding van een risico dat het slachtoffer redelijkerwijze niet kon voorzien en waarvoor het zich niet kon verzekeren. Dat volstaat echter niet. Het moet daarenboven gaan om ernstige schade. Anders zou de last niet als abnormaal kunnen worden beschouwd en zou de schade niet grenzen aan een onteigening die op grond van de aan het eigendomsrecht verschuldigde bescherming niet onvergoed mag blijven. Dat wil niet zeggen dat de schade vergelijkbaar moet zijn met een volledig en onherroepelijk verlies van eigendom. Wel dienen de attributen van het eigendomsrecht (usus, fructus en abusus) voldoende ernstig te zijn aangetast. Uiteraard is irrelevant of deze schending van het eigendomsrecht rechtmatig of onrechtmatig is, aangezien we ons in het kader van een aansprakelijkheid bevinden die niet op onrechtmatig handelen berust.

77. In een aansprakelijkheidsstelsel dat op gelijkheid voor de openbare lasten is gebaseerd, komt zelfs schade die als abnormaal in de zojuist omschreven zin kan worden gekwalificeerd, slechts in aanmerking voor vergoeding indien er sprake is van bijzondere schade. Dat is enkel het geval indien zij slechts een beperkt aantal personen treft of, meer in het bijzonder, indien een bijzondere categorie van ondernemers onevenredig wordt getroffen in vergelijking met andere ondernemers. Enkel in dat geval wordt de gelijkheid voor de openbare lasten immers doorbroken.

78. Anders dan de Commissie stelt, zijn de aldus geformuleerde en omschreven voorwaarden betreffende abnormale en bijzondere schade voldoende eng om uit te sluiten dat de toepassing van dit stelsel van risicoaansprakelijkheid op de onderhavige zaken zou indruisen tegen de beleidsvrijheid van de instellingen binnen het WTO-kader, ter bescherming waarvan het Hof tot het beginsel van niet-inroepbaarheid van de WTO-bepalingen heeft geconcludeerd. Het aantal slachtoffers dat zal kunnen klagen over schade die deze voorwaarden vervult, zal hoe dan ook steeds zeer beperkt zijn, zodat de kans dat uit de begroting van de Unie schadevergoeding moet worden betaald, nooit het gedrag van de politieke gemeenschapsorganen in het WTO-kader zal bepalen.

79. Moet voor risicoaansprakelijkheid van de Gemeenschap ook zijn voldaan aan de bijkomende voorwaarde dat met de schadeverwekkende handeling of gedraging geen algemeen economisch belang werd nagestreefd? Zowel de Raad als de Commissie vorderen dit en verwijten het Gerecht, dit in de bestreden arresten niet te hebben vastgesteld. Daarvoor vinden zij steun in enkele uitspraken van de gemeenschapsrechter waarin, afwijkend van de algemene tendens in de rechtspraak, dit vereiste is gesteld.[72] Met andere woorden,

72 — Zie arrest Compagnie d'approvisionnement, de transport et de crédit en Grands Moulins de Paris/Commissie, reeds aangehaald (punten 45 en 46); reeds aangehaalde arresten Gerecht Förde-Reederei/Raad en Commissie (punt 56) en Afrikanische Frucht-Compagnie/Raad en Commissie (punt 151).

indien de schadeverwekkende handeling of gedraging in het belang van de gehele collectiviteit heeft plaatsgevonden en niet om bepaalde belangen te bevorderen, zou elke vergoeding uitgesloten zijn. Deze bijkomende voorwaarde, die slechts in enkele gevallen in de rechtspraak is gesteld, lijkt mij niet gepast. De gelijkheid voor de openbare lasten en de aan het eigendomsrecht verschuldigde bescherming gebieden immers dat ondernemers die abnormale en bijzondere schade hebben geleden schadevergoeding krijgen, zelfs indien de schadeverwekkende maatregel door een algemeen economisch belang was gerechtvaardigd. Zij lijkt mij evenmin noodzakelijk, daar de voorwaarden inzake abnormale en bijzondere schade voldoende eng zijn om uit te sluiten dat de vrees voor eventuele aansprakelijkheid de politieke handelingsvrijheid bij het nastreven van een algemeen economisch belang aantast.

80. De aldus omschreven voorwaarden zijn de voorwaarden die in de meeste rechterlijke uitspraken — zonder dat daarmee risicoaansprakelijkheid van de Gemeenschap werd vastgesteld — zijn geformuleerd en omschreven als voorwaarden die in ieder geval moeten zijn vervuld. Zo heeft het Hof voor risicoaansprakelijkheid van de Gemeenschap uitdrukkelijk de voorwaarde gesteld dat sprake moest zijn van abnormale en bijzondere schade. [73] Het heeft eveneens risicoaansprakelijkheid uitgesloten wanneer de aangevoerde schade slechts het gevolg was van het normale bedrijfsrisico dat de ondernemer in de betrokken sector loopt [74], of „de grenzen van het economisch risico, verbonden aan de activiteiten in de betrokken sector niet overschreed". [75] Ook het Gerecht heeft in de bestreden arresten geoordeeld dat voor risicoaansprakelijkheid van de Gemeenschap sprake moest zijn van abnormale en bijzondere schade. Volgens het Gerecht „is […] schade abnormaal, indien deze de grenzen van het economische risico, verbonden aan de activiteiten in de betrokken sector, overschrijdt, en bijzonder, wanneer een bijzondere categorie van ondernemers daardoor onevenredig wordt getroffen in vergelijking met andere ondernemers". [76] Daarmee heeft het Gerecht zich uitgesproken in de lijn van de door hem ontwikkelde vaste rechtspraak. [77]

81. FIAMM en FEDON betwisten echter noch het vereiste van abnormale en bijzondere schade, noch de omschrijving daarvan in de bestreden arresten. Zij betogen dat het Gerecht aan het begrip abnormale schade een rechtens onjuiste betekenis heeft gegeven. Het Gerecht heeft geoordeeld dat de door rekwiranten geleden schade de grenzen van de aan hun exportactiviteiten verbonden economische risico's niet overschreed, aangezien de mogelijkheid van vergeldingsmaatregelen, waarin het DSU tenslotte voorziet, niet kan worden beschouwd als een risico dat geen deel uitmaakt van de normale risico's van de internationale handel, zoals deze thans is geregeld. Derhalve moeten de mogelijke nadelige gevolgen daarvan noodzakelijkerwijs worden gedragen door elke ondernemer die besluit zijn producten op de markt van een WTO-lid te verkopen. Met andere woorden, daar de vergeldingsmaatregelen zijn vastgelegd in het instrument dat de

73 — Zie arrest Dorsch Consult/Raad en Commissie, reeds aangehaald (punten 18 en 53).

74 — Zie arrest Développement en Clemessy/Commissie, reeds aangehaald (punt 33).

75 — Arrest Biovilac/EEG, reeds aangehaald (punten 28 en 29).

76 — Arresten Fiamm (punt 202) en Fedon (punt 191).

77 — Voor de eerdere rechtspraak, zie met name arrest Gerecht Afrikanische Frucht-Compagnie/Raad en Commissie, reeds aangehaald (punten 150 en 151); voor de latere rechtspraak, zie arrest Galileo International Technology e.a./Commissie, reeds aangehaald (punten 147 en 148).

internationale handel regelt, zijn zij noodzakelijkerwijze voorzienbaar voor om het even welk exporterend bedrijf. Het is een risico dat inherent is aan de exportactiviteit.

82. Door aldus te oordelen heeft het Gerecht, zoals rekwiranten terecht aanvoeren, miskend dat aan de hand van de economische risico's die inherent zijn aan de activiteiten in de betrokken sector moet worden beoordeeld of schade abnormaal is, dus dat schade abnormaal is [78] wanneer zij niet de verwezenlijking vormt van een risico dat inherent is aan de activiteiten in de betrokken sector. Dat is het geval wanneer er geen verband bestaat tussen de schadeverwekkende handeling of gedraging en de economische sector waarin de ondernemingen die deze schade lijden, actief zijn. Indien dergelijk verband ontbreekt, kan de schade immers niet worden beschouwd als de verwezenlijking van een normaal bedrijfsrisico waarvoor een voorzichtig ondernemer zich had kunnen en moeten verzekeren. De rechtspraak heeft zich in die zin ontwikkeld. Zo zijn als normaal beschouwd: schade die een zeevervoerbedrijf heeft geleden ten gevolge van de wijziging van de overgangsregeling inzake belastingvrijstelling voor accijnsproducten die op schepen tijdens de overvaarten tussen de lidstaten worden verkocht [79]; schade die een producent van basisvoer voor biggen en pluimvee op basis van melkserum heeft geleden ten gevolge van de inwerkingtreding van bepaalde gemeenschapsverordeningen inzake de verkoop van melkpoeder bestemd voor voeder van varkens en pluimvee. [80]

78 — Indien deze bovendien een voldoende ernstig karakter heeft.

79 — Zie arrest Förde-Reederei/Raad en Commissie, reeds aangehaald (punten 58-60).

80 — Zie arrest Biovilac/EEG, reeds aangehaald (punten 27-30).

83. In casu bestaat er geen enkel verband tussen de vaststelling en de handhaving van de gemeenschapsregeling voor de invoer van bananen en de schade die de communautaire exporteurs van brillendozen en industriële accu's hebben geleden ten gevolge van de vergeldingsmaatregelen. Deze schade kon dus niet worden beschouwd als normaal voor deze ondernemers, temeer daar krachtens artikel 22, lid 3, DSU de vergeldingsmaatregelen bij voorkeur dezelfde sector moeten treffen als die waarin een schending van het WTO-recht is vastgesteld. Om deze reden moeten de arresten worden vernietigd op grond dat zij op een onjuiste rechtsopvatting berusten. Het Gerecht zal, na rekwiranten om de noodzakelijke informatie te hebben verzocht, moeten beoordelen of de aangevoerde schade eveneens abnormaal is doordat zij de attributen van het eigendomsrecht voldoende ernstig aantast en zich moeten uitspreken over de vraag of die schade bijzonder is.

C — *De onredelijke duur van de procedure*

84. Rekwiranten vorderen ten slotte een billijke schadevergoeding wegens de onredelijk lange duur van de procedure in eerste aanleg. De vordering van FEDON kan evenwel op basis van artikel 112, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof zonder meer niet-ontvankelijk worden verklaard, aangezien elke motivering ontbreekt.

85. FIAMM betoogt dat het Gerecht bijna vijf jaar en negen maanden nodig heeft gehad om over haar zaak uitspraak te doen, en beroept zich op schending van het recht op behandeling van haar zaak binnen een redelijke termijn, dat deel uitmaakt van het in artikel 6, lid 1, van het Verdrag tot Bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden neergelegde recht op een eerlijk proces en dat in de gemeenschapsrechtsorde als algemeen rechtsbeginsel wordt gewaarborgd. Rekwirante beroept zich daartoe op het arrest Baustahlgewebe [81], waarin het Hof de toepasselijkheid van dit recht op procedures voor het Gerecht heeft bevestigd en daarmee heeft beslist dat het in hogere voorziening kennis kan nemen van het middel dat de procedure voor het Gerecht wegens de onredelijke duur onregelmatig was. Rekwirante is van mening dat de procedure overdreven lang heeft geduurd, rekening houdend met de helderheid van de vragen betreffende de feiten en met het gegeven dat geen enkele partij met haar houding heeft bijgedragen tot verlenging van de procedure en dat het Gerecht niet met bijzondere omstandigheden was geconfronteerd. Door deze onregelmatigheid in de procedure zouden haar belangen zijn aangetast. Door de leningen die zij is aangegaan om de aanvullende douanerechten te betalen, heeft zij nu zware schulden en ziet zij zich gedwongen met een beleggingsfonds te onderhandelen over de overdracht van de meerderheid van haar kapitaal in ruil voor overname van de bij de banken aangegane schulden.

86. In haar verweer beroept de Commissie zich ook hier in de eerste plaats op nietontvankelijkheid van het middel met het betoog dat de beweerde procedurele onregelmatigheid geen enkele weerslag op de beslechting van het geschil heeft gehad. Volgens artikel 58 van het Statuut van het Hof kan op de onregelmatigheid van de procedure voor het Gerecht echter niet enkel in dat geval een beroep worden gedaan. Het vereist enkel dat „aan de belangen van de verzoekende partij afbreuk is gedaan". Dat is in casu wel degelijk het geval, aangezien de duur van de procedure heeft bijgedragen tot verzwaring van rekwirantes schuld. En zo in het kader van de beoordeling van de onregelmatigheid van de procedure wegens de buitensporige duur van de procedure voor het Gerecht, het vereiste van aantasting van de belangen van de rekwirant inderdaad soms aldus is uitgelegd dat deze onregelmatigheid een weerslag op de beslechting van het geschil moest hebben gehad, was dit hoe dan ook enkel het geval voor zover het middel inzake die onregelmatigheid was aangevoerd om vernietiging van het arrest van het Gerecht te vorderen. [82] In casu wordt dit middel daarentegen enkel aangevoerd teneinde een billijke schadevergoeding te verkrijgen.

87. De vordering ter verkrijging van een billijke schadevergoeding moet worden gezien als een vordering tot vergoeding van de schade die is ontstaan ten gevolge van de onredelijke duur van de procedure voor het Gerecht. Ook de op de onredelijke duur van de procedure voor het Gerecht gebaseerde vordering van rekwirante in de zaak Baustahlgewebe tot verlaging van de door de Commissie opgelegde en door het Gerecht bevestigde geldboete, was een schadevordering. [83] In die zaak heeft het Hof „om redenen van proceseconomie en teneinde een dergelijke onregelmatigheid in de procedure direct

81 — Arrest van 17 december 1998 (C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417).

82 — Zie arrest Baustahlgewebe/Commissie, reeds aangehaald (punt 49); beschikking van 13 december 2000, SGA/Commissie (C-39/00 P, Jurispr. blz. I-11201, punt 46).

83 — Zie de analyse van advocaat-generaal Léger in zijn conclusie in de zaak Baustahlgewebe/Commissie, reeds aangehaald (punten 46-76).

en doeltreffend te verhelpen" [84] de vordering van rekwirante toegewezen en het bedrag van de schadevergoeding in mindering gebracht op de geldboete. Het ligt evenwel voor de hand dat een dergelijke vereffening in casu niet mogelijk is.

88. Een billijke schadevergoeding moest dus worden gevorderd bij het Hof van Justitie [85] in het kader van een beroep wegens niet-contractuele aansprakelijkheid op basis van de artikelen 235 EG en 288 EG, dat moet zijn gericht tegen de instelling(en) wier gedrag de schade heeft veroorzaakt. Zoals het Hof voor recht heeft verklaard „[brengt] het belang van een goede rechtsbedeling mede dat [de Gemeenschap], indien wegens gedragingen van een harer instellingen aansprakelijk gesteld, voor het Hof wordt vertegenwoordigd door de instelling of instellingen aan welke het feit dat tot de aansprakelijkheidsactie aanleiding geeft wordt verweten". [86] Zoals de Commissie terecht opmerkt, zijn de Raad en de Commissie verwerende partijen in de onderhavige procedure, terwijl de gestelde onredelijke duur van de procedure is toe te schrijven aan het Gerecht, dat deel uitmaakt van het Hof van Justitie als instelling. De schadevordering moet dus zowel ratione materiae als ratione personae niet-ontvankelijk worden verklaard.

84 — Arrest Baustahlgewebe/Commissie, reeds aangehaald (punt 48).

85 — Met betrekking tot de bevoegdheid van het Hof en niet van het Gerecht om kennis te nemen van een dergelijke vordering, sluit ik mij aan bij de argumenten die advocaat-generaal Léger heeft voorgedragen (conclusie in de zaak Baustahlgewebe/Commissie, reeds aangehaald, punten 66-71).

86 — Zie arrest Werhahn Hansamühle e.a./Raad en Commissie, reeds aangehaald (punt 7).

III — Conclusie

89. Op bovenstaande gronden geef ik het Hof in overweging:

— de arresten van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 14 december 2005, FIAMM en FIAMM Technologies/Raad en Commissie (T-69/01), en Fedon & Figli e.a./Raad en Commissie (T-135/01), te vernietigen

op grond van een onjuiste rechtsopvatting bestaande in onjuiste uitlegging van het begrip abnormale schade, en de zaken naar het Gerecht terug te verwijzen, en

— de vorderingen van Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) en Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies Inc. (FIAMM Technologies) en van Giorgio Fedon & Figli SpA en Fedon America Inc. tot verkrijging van een billijke schadevergoeding niet-ontvankelijk te verklaren.