CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL M. DARMON van 10 maart 1989 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. De vennootschap Roquette (hierna: verzoekster) heeft bij het Hof beroep ingesteld tot vergoeding van de schade die zij stelt te hebben geleden doordat zij te hoge monetair compenserende bedragen (hierna: mcb's) heeft moeten betalen bij de uitvoer van verwerkte produkten van de mais- en tarwezetmeelindustrie en aardappelzetmeel. Die te hoge mcb's waren te wijten aan de berekeningsmethodes van verordening nr. 652/76 van de Commissie van 24 maart 1976 [1] betreffende de vaststelling van de bij de invoer in Frankrijk toe te kennen en bij de uitvoer te heffen mcb's. Op verwijzing van het tribunal d'instance te Rijsel, dat in een geding tussen verzoekster en de Franse douaneadministratie een aantal prejudiciële vragen had gesteld met betrekking tot de wijze van berekening van de mcb's voor genoemde produkten, heeft het Hof die verordening bij arrest van 15 oktober 1980 [2] ongeldig verklaard.

2. Het onderhavige beroep is ingesteld op basis van artikel 215, tweede alinea, EEG-Verdrag en strekt tot vaststelling van de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap.

3. Om terugbetaling te verkrijgen van aan de nationale autoriteiten te veel betaalde communautaire heffingen moet, in beginsel, een vordering tot terugbetaling van het onverschuldigd betaalde worden ingesteld bij het bevoegde nationale gerecht. Waarom verzoekster vergoeding van de door de te hoge mcb's veroorzaakte schade zoekt te verkrijgen via het beroep wegens niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap, is het Hof wel bekend. In zijn arrest van 15 oktober 1980 heeft het immers enerzijds de bepalingen van de verordening van de Commissie ongeldig verklaard waarbij de verkeerde berekeningsmethode voor de mcb's was ingevoerd, doch anderzijds ook beslist, dat

„voor wat het vóór de datum van [dat] arrest gelegen tijdvak betreft, door de erkenning van de ongeldigheid van bovenbedoelde bepalingen niet de weg geopend is voor betwisting van een op grond van die bepaling verrichte heffing of toekenning van monetair compenserende bedragen door de nationale autoriteiten." [3]

4. Omdat zij dus niet de vóór 15 oktober 1980 te veel geïnde mcb's kan terugvorderen, vordert verzoekster thans voor het

* Oorspronkelijke taal: Frans.

1 — Verordening (EEG) nr. 652/76 van de Commissie van 24 maart 1976 houdende wijziging van de monetaire compenserende bedragen naar aanleiding van de ontwikkeling van de wisselkoersen van de Franse frank, PB 1976, L 79, blz. 4.

2 — Zaak 145/79, Roquette frères, Jurispr. 1980, blz. 2917.

3 — Zaak 145/79, reeds aangehaald, r. o. 53.

Hof vergoeding van de schade die zij daardoor heeft geleden.

5. Het is het Hof eveneens bekend, dat verzoekster vóór dit beroep een lange weg heeft afgelegd. Zij heeft namelijk eerst proberen te ontkomen aan de beperkte werking van de bij het arrest van 15 oktober 1980 uitgesproken ongeldigheid door het tribunal d'instance te Rijsel in overweging te geven, met die beperking geen rekening te houden, op grond dat zij onwettig was doordat het Hof zich had uitgesproken over een punt waarover het door het verwijzende gerecht niet was ondervraagd. Dat argument overtuigde het tribunal d'instance te Rijsel[4] en de cour d'appel te Douai[5]. In cassatie werd het arrest van de cour d'appel evenwel vernietigd, op grond dat het niet de juiste gevolgen had verbonden aan 's Hofs arrest van 15 oktober 1980.[6] De cour de cassation verwees de zaak naar de cour d'appel te Amiens, die verzoeksters vordering tot terugbetaling bij arrest van 1 juni 1987 afwees. De cour d'appel te Amiens baseerde zich hoofdzakelijk op het gezag van gewijsde van de uitspraak van het Hof ten aanzien van de beperking van de gevolgen van de ongeldigheid van de gemeenschapsbepalingen. Nadat zij uiteindelijk zo het hoofd had gestoten, besloot verzoekster een vordering in te stellen bij het Hof op basis van artikel 215 EEG-Verdrag.

6. Er kan geen sprake van zijn om op dit moment de beslissing van het Hof in het arrest van 15 oktober 1980, om de gevolgen van de op een prejudiciële verwijzing vastgestelde ongeldigheid van een verordening in de tijd te beperken, weer ter discussie te stellen. Die beslissing is een gedane zaak en wij moeten er alleen de consequenties uit trekken.

7. Verzoekster vraagt 10 miljoen ecu schadevergoeding. Dat bedrag omvat de in Frankrijk en Duitsland te veel betaalde mcb's en de winstderving als gevolg van de toepassing van te hoge mcb's.

8. De Commissie heeft geen formele exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen of enig voorbehoud gemaakt en zich evenmin beroepen op verjaring krachtens artikel 43 van 's Hofs Statuut-EEG. Dit betekent evenwel niet, dat er dienaangaande geen vragen kunnen rijzen.

9. Bij voorbeeld de vraag, of het op 19 januari 1987 ter griffie van het Hof neergelegde verzoekschrift — waarin vergoeding wordt gevraagd van de schade als gevolg van de inning van mcb's vóór de ongeldigverklaring op 15 oktober 1980 van de voor de berekening van die mcb's gebruikte methode — voldoet aan de in artikel 43, eerste zin, van 's Hofs Statuut-EEG neergelegde regel, dat „de vorderingen tegen de Gemeenschap inzake niet contractuele aansprakelijkheid verjaren vijf jaar na het feit, dat tot deze vordering aanleiding heeft gegeven".

10. Volgens 's Hofs rechtspraak kan

4 — Vonnis van 15 juli 1981.
5 — Arrest van 19 januari 1983.
6 — Arrest van 10 december 1985.

„de verjaringstermijn voor de aansprakelijkheidsactie tegen de Gemeenschap niet ... ingaan voordat aan alle vereisten voor het ontstaan van de schadevergoedingsplicht is voldaan, en met name niet voordat de schade waarvan vergoeding wordt verlangd, zich heeft geconcretiseerd."[7]

Gaat men ervan uit, dat verzoeksters schade zich heeft geconcretiseerd op het moment waarop haar de vordering tot terugbetaling van het te veel betaalde werd ontzegd — dat wil zeggen op 15 oktober 1980, de datum van het arrest waarin de gevolgen van de vastgestelde ongeldigheid zijn beperkt —, dan zou men kunnen zeggen dat bij de nederlegging van het verzoekschrift meer dan vijf jaar waren verstreken sedert het ontstaan van de gestelde schade. Ik merk hierbij overigens op, dat voor de concretisering van die schade enkel de datum van het arrest van het Hof beslissend is, en niet de datum van het arrest van de Franse cour de cassation, waarbij de uitspraak van het lagere gerecht dat het arrest van het Hof gedeeltelijk naast zich had neergelegd, werd vernietigd, noch ook de datum van het arrest van de cour d'appel die na verwijzing door de cour de cassation de vordering tot terugbetaling afwees. Ik blijf immers van mening, dat de arresten van het Hof op zichzelf rechtskracht hebben en dat die rechtskracht ontstaat door de uitspraak zelf van het arrest, zonder dat het nodig is dat een nationale rechterlijke instantie ermee instemt.

11. Nu de Commissie evenwel geen exceptie of ook maar een voorbehoud heeft geformuleerd in verband met artikel 43 van 's Hofs Statuut-EEG, kan het Hof, zo komt mij voor, de verjaring van verzoeksters vordering niet ambtshalve opwerpen. Volgens zijn rechtspraak zijn de procestermijnen weliswaar van openbare orde en kunnen partijen of de rechter er derhalve niet naar goeddunken over beschikken[8], doch er is geen grond om aan te nemen, dat het Hof de verjaringstermijn voor de vordering wegens niet-contractuele aansprakelijkheid in dat opzicht op één lijn heeft willen stellen met een beroepstermijn. Tot nog toe heeft het Hof zich, naar het schijnt, niet uitdrukkelijk uitgesproken over de vraag, of de verjaring van de actie uit niet-contractuele aansprakelijkheid ambtshalve kan worden opgeworpen. Ik zou zelfs durven stellen, dat het dit bewust heeft vermeden. Met betrekking tot schadevergoedingsacties tegen de EGKS (krachtens artikel 40 van 's Hofs Statuut-EGKS verjaren ook deze „door het verloop van vijf jaren nadat het feit, waarop zij berusten, heeft plaatsgehad"), die in bepaalde opzichten tardief konden lijken, zonder dat dit echter tijdens de schriftelijke behandeling was opgeworpen, verklaarde advocaat-generaal Lagrange in zijn conclusie, dat de verjaring van de vordering uit niet-contractuele aansprakelijkheid geen zaak van openbare orde was. Hij baseerde zich daarvoor hoofdzakelijk op het Franse recht, meer bepaald op artikel 2223 van de code civil, volgens hetwelk de rechter het middel van verjaring niet ambtshalve mag toepassen, en op de administratieve rechtspraak met betrekking tot de „déchéance quadriennale" (verjaringstermijn van vier jaar voor de schulden van de Franse Staat). Het Hof liet zich niet uit over het door de advocaat-generaal opgeworpen probleem, want na het onderzoek ten gronde verklaarde het, dat

7 — Arrest van 27 januari 1982, zaak 51/81, de Franceschi, Jurispr. 1982, blz. 117, r. o. 10.

8 — Arrest van 12 december 1967, zaak 4/67, Collignon, Jurispr. 1967, blz. 456, 465.

„daar de beroepen zowel wegens het ontbreken van een dienstfout als wegens het ontbreken van schade behoren te worden verworpen, geen uitspraak behoeft te worden gedaan omtrent de vraag of de door verzoeksters ingestelde vorderingen ten dele verjaard zijn".[9]

12. Ik erken dat de situatie in de onderhavige zaak enigszins anders ligt, doordat verzoekster in haar inleidend verzoekschrift zelf het initiatief heeft genomen om de nederlegging ervan te toetsen aan artikel 43. Die voorzorg van verzoekster om de tijdigheid van haar beroep aan te tonen en zo bij voorbaat te antwoorden op een middel van de tegenpartij dat uiteindelijk nooit is voorgedragen, is mijns inziens echter niet gelijk te stellen met het aanvoeren van een aan verjaring ontleend middel. Het valt trouwens op, dat de Commissie, die toch het verzoekschrift had gelezen waarin verzoekster het probleem van de verjaringstermijn aanroert, noch in haar verweerschrift noch in dupliek iets over dat onderwerp heeft gezegd. Ten slotte herinner ik eraan, dat de gemachtigde van de Commissie, toen hem daarover ter terechtzitting zeer precieze vragen werden gesteld, op geen enkel moment heeft verklaard dat verweerster de vordering als verjaard beschouwde, doch wel zei dat hij zich had afgevraagd, wanneer de verjaringstermijn was gaan lopen, waarbij hij opmerkte dat dat wellicht was geweest op het moment waarop was komen vast te staan dat de Franse rechterlijke instanties de vordering tot terugbetaling uitgesloten achtten. Onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof, volgens welke de beroepstermijnen van openbare orde zijn, stelde hij, dat het Hof de verjaring ambtshalve kan opwerpen.

13. Hoe dan ook, bij onderzoek van het thans in de Lid-Staten geldende recht blijkt, dat de verjaring van de vordering uit niet-contractuele aansprakelijkheid van de staat slechts in twee landen door de rechter kan worden opgeworpen, waarbij dit echter alleen in Griekenland zonder meer ambtshalve kan. In de Bondsrepubliek Duitsland kan of moet de rechter de aandacht van debiteuren op de eventuele verjaring vestigen; deze mogelijkheid of verplichting, die trouwens betwistbaar is vanuit het oogpunt van de lijdelijkheid van de rechter, lijkt bedoeld als een uitdrukking van zijn zorgplicht, waarvan de omvang verschillend is naar gelang van de situatie van partijen. In de overige Lid-Staten lijkt de verjaring van de vordering uit niet-contractuele aansprakelijkheid van de staat door de rechter niet ambtshalve te kunnen worden opgeworpen. Gelet op artikel 215, tweede alinea, EEG-Verdrag, waarin wordt bepaald dat „inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid... de Gemeenschap overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der Lid-Staten gemeen hebben, de schade (moet) vergoeden...", meen ik, dat nu de in die bepaling bedoelde overeenstemming tussen de rechtsstelsels van de Lid-Staten ontbreekt, het Hof niet ambtshalve de verjaring kan opwerpen.

14. Niettemin is het de vraag, of verzoeksters beroep ontvankelijk is, nu de gestelde schade althans voor een deel blijkt overeen te komen met de te veel geïnde mcb's en de terugvordering van het te veel betaalde voor de nationale rechter — de normale beroepsweg in zo een geval — de betrokken ondernemers, waaronder verzoekster, door het arrest van 15 oktober 1980 is ontzegd.

9 — Arrest van 13 juli 1961, gevoegde zaken 14, 16, 17, 20, 24, 26, 27/60 en 1/61, Meroni e. a., Jurispr. 1961, blz. 335; conclusie van advocaat-generaal Lagrange, blz. 359, 361-363.

Het is met andere woorden de vraag, of achter verzoeksters aansprakelijkheidsactie niet de vordering tot terugbetaling schuilgaat die zij wegens de beperking van de gevolgen van de ongeldigheid van de verordening door het arrest van 15 oktober 1980 niet kan instellen.

15. Laat mij die vraag even toelichten. Ik bedoel niet, dat men verzoekster zou kunnen tegenwerpen dat er een parallelle beroepsweg bestaat, omdat uitsluitend de nationale rechter bevoegd is voor een vordering tot terugbetaling van door de nationale autoriteiten onverschuldigd geïnde mcb's. Het is immers eenieder bekend, dat die niet-ontvankelijkheidsgrond, waarvan het beginsel duidelijk is geformuleerd in het arrest van 27 januari 1976 [10], alleen van toepassing is wanneer men voor de nationale rechter daadwerkelijk aan zijn recht kan komen. De verwijzing naar de parallelle beroepsweg is daarentegen ondenkbaar, wanneer het nationale recht de betrokkene geen doeltreffende rechtsbescherming waarborgt, want in dat geval bestaat er geen echte parallelle beroepsweg. Dit belangrijke in de rechtsleer [11] met nadruk gestelde voorbehoud is bijzonder duidelijk verwoord in de arresten van het Hof van 12 april 1984 [12] en 26 februari 1986 [13]. Het lijkt mij dan ook moeilijk, verzoeksters vordering niet-ontvankelijk te verklaren op grond dat er geen parallelle beroepsweg zou zijn, want in het arrest van 15 oktober 1980 is nu juist verklaard, dat de vastgestelde ongeldigheid niet de weg opende voor betwisting van voordien geïnde mcb's. Aan verzoekster kan moeilijk worden tegengeworpen, dat zij haar als een aansprakelijkheidsactie vermomde vordering tot terugbetaling niet voor haar natuurlijke, dat wil zeggen de Franse rechter heeft gebracht. Gelet op de beperking door het Hof van de gevolgen van de ongeldigheid, zie ik immers niet, welke nationale beroepsweg verzoekster zou of had kunnen bewandelen voor een doeltreffende bescherming van haar rechten.

16. Niettemin valt niet te ontkennen, dat verzoekster met haar aansprakelijkheidsactie onder meer betaling wenst te verkrijgen van een met de te veel betaalde mcb's overeenkomend bedrag, terwijl in het arrest van 15 oktober 1980 was beslist, dat de in de tijd vóór die uitspraak geheven mcb's niet meer in geding konden worden gebracht. Dit doet een nog neteliger ontvankelijkheidsprobleem rijzen, ditmaal met betrekking tot het gezag van gewijsde van arresten van het Hof.

17. Het antwoord op de vraag, in hoeverre verzoeksters aansprakelijkheidsactie zich met dat gezag van gewijsde verdraagt, is niet gemakkelijk. In zijn beschikking van 5 maart 1986 in de zaak Wünsche [14] heeft het Hof, in een wel zeer bijzondere context, het gezag van gewijsde toegepast op de verhouding tussen het Hof en de nationale rechter die prejudiciële vragen stelt en daarop antwoord krijgt van het Hof. Nadat het Hof op verzoek van het Verwaltungsgericht Frankfurt op 12 april 1984 een prejudicieel arrest had gewezen [15], stelde dat ge-

10 — Zaak 46/75, IBC, Jurispr. 1976, blz. 65.

11 — Joliet, R.: *Droit institutionnel des Communautés européennes*, „Le contentieux", blz. 250 (uitgave van de Faculté de droit, d'économie et de science sociale te Luik), en Isaac, G.: *Droit communautaire général*, blz. 268 (Ed. Masson).

12 — Zaak 281/82, Unifrex, Jurispr. 1984, blz. 1969, r. o. 11 en 12.

13 — Zaak 175/84, Krohn, Jurispr. 1986, blz. 753, r. o. 27.

14 — Zaak 69/85, Jurispr. 1986, blz. 947.

15 — Zaak 345/82, Wünsche, Jurispr. 1984, blz. 1995.

recht in hetzelfde geding opnieuw een aantal vragen over de geldigheid van dat arrest. Het Hof antwoordde daarop, dat

„in een prejudicieel arrest van het Hof over de uitlegging of de geldigheid van een handeling van een instelling van de Gemeenschap met kracht van gewijsde wordt beslist op een of meer vragen van gemeenschapsrecht, en dat dit arrest voor de nationale rechter bindend is bij de beslechting van het bodemgeschil" [16],

maar dat

„de bindende werking van een prejudicieel arrest ... geen beletsel vormt voor de nationale rechter tot wie dit arrest is gericht, om, zo hij dit nodig oordeelt, zich opnieuw tot het Hof te wenden alvorens uitspraak te doen in het hoofdgeding."

Met betrekking tot de voorwaarden voor zo een nieuwe prejudiciële verwijzing verklaarde het Hof, dat

„volgens vaste rechtspraak een dergelijk verzoek gerechtvaardigd is, wanneer de nationale rechter bij de uitlegging of toepassing van het arrest op moeilijkheden stuit, wanneer hij het Hof een nieuwe rechtsvraag stelt of wanneer hij het Hof nieuwe feiten ter beoordeling voorlegt die ertoe kunnen leiden, dat het Hof een eerder gestelde vraag anders beantwoordt."

Het Hof besloot zijn overwegingen als volgt:

„Maar met een dergelijk hernieuwd verzoek kan niet de geldigheid van het gewezen arrest aan de orde worden gesteld, want dan zou tevens de in artikel 177 EEG-Verdrag geregelde bevoegdheidsverdeling tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof in gevaar komen." [17]

18. Uit de beschikking van 5 maart 1986 blijkt dus duidelijk, dat prejudiciële uitspraken van het Hof gezag van gewijsde hebben voor de rechter tot wie deze uitspraken zijn gericht: deze rechter is door het antwoord op de door hem gestelde vraag gebonden bij de beslechting van het bodemgeschil. Het aldus gedefinieerde gezag van gewijsde kan in casu niet zonder meer worden overgenomen. De omstandigheden zijn hier immers anders: verzoekster, die partij was in het hoofdgeding dat aanleiding heeft gegeven tot het prejudiciële arrest van 15 oktober 1980, heeft, op een formeel andere rechtsgrond en ditmaal voor het Hof als rechtstreeks bevoegde rechter, een vordering ingesteld tegen een andere partij dan die welke verweerster was in dat hoofdgeding. Staat in die omstandigheden het gezag van gewijsde van het prejudiciële arrest van 15 oktober 1980, dat betrekking had op de door verzoekster bij het tribunal d'instance te Rijsel tegen de Franse douaneadministratie ingestelde vordering wegens onverschuldigde betaling, eraan in de weg, dat zij nu voor het Hof een vordering uit niet-contractuele aansprakelijkheid instelt tegen de Commissie? Dat zou van een bijzonder ruime opvatting van het gezag van gewijsde van prejudiciële beslissingen getuigen en het lijkt mij ondenkbaar, dat het Hof die vraag bevestigend zou beantwoorden.

16 — Zaak 69/85, reeds aangehaald, r. o. 13.

17 — Ibidem, r. o. 15.

19. Voor mijn opvatting pleit mijns inziens de aard van de voor het Hof ingestelde aansprakelijkheidsactie. Het Hof heeft daarover bij herhaling verklaard, dat het om een zelfstandige rechtsvordering gaat, die niet mag worden verward met een vordering tot betaling of tot terugbetaling. Wanneer het om het economisch ordeningsrecht van de Gemeenschap gaat, is het voor toewijzing van een vordering tot terugbetaling voldoende, dat de regeling op basis waarvan bepaalde bedragen zijn ingevorderd, ongeldig wordt verklaard. Zodra die ongeldigheid vaststaat — en de gevolgen ervan niet bij wijze van uitzondering worden beperkt —, staat ook het recht op volledige terugbetaling van het onverschuldigd betaalde bedrag vast. Anders is het, wanneer voor het Hof een beroep wegens niet-contractuele aansprakelijkheid wordt ingesteld. Voor het slagen van die vordering dient namelijk aan veel strengere voorwaarden te zijn voldaan, ook al is de gestelde schade een gevolg van de ongeldigheid van dezelfde gemeenschapsbepalingen. Vordert een justitiabele terugbetaling van het onverschuldigd betaalde onder het mom van een aansprakelijkheidsactie, dan dient hij te voldoen aan de voorwaarden van de rechtsregels inzake aansprakelijkheid, en niet aan de minder strenge voorwaarden die voor een vordering tot betaling of tot terugbetaling gelden. Met name dient hij veel méér te doen dan enkel aan te tonen dat de bepalingen waarop de invordering was gebaseerd, ongeldig zijn. Volgens de rechtspraak van het Hof kan niet-contractuele aanprakelijkheid in verband met een normatieve handeling die bepaalde beleidskeuzen impliceert, slechts worden ingeroepen, wanneer er sprake is van

„een voldoende gekwalificeerde schending van een ter bescherming van particulieren gegeven hogere rechtsregel" [18],

en zo het normatief kader wordt gekenmerkt door een ruime discretionaire bevoegdheid zoals bij de uitvoering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid, kan de Gemeenschap slechts aansprakelijk worden gesteld, indien de betrokken instelling

„de grenzen van haar bevoegdheden klaarblijkelijk ernstig heeft miskend". [19]

Staat eenmaal vast dat een normatieve handeling kennelijk ongeldig is, dan betekent dat niet per se, dat de justitiabele vergoeding krijgt voor het gehele onverschuldigd betaalde bedrag. Het Hof heeft immers overwogen, dat

„op de gebieden die onder het economisch beleid van de Gemeenschap vallen, van de particulier kan worden gevergd dat hij binnen redelijke grenzen bepaalde voor zijn economische belangen schadelijke gevolgen van een normatieve handeling draagt, zonder uit de openbare middelen schadeloos te worden gesteld, zelfs indien de handeling ongeldig is verklaard",[18]

en dat de gestelde schade, om voor vergoeding in aanmerking te komen,

„de grenzen te buiten [moet gaan] van de economische risico's welke aan de ondernemersactiviteiten in de betrokken sector inherent zijn". [20]

18 — Arrest van 2 december 1971, zaak 5/71, Zuckerfabrik Schöppenstedt, Jurispr. 1971, blz. 975, r. o. 11.

19 — Arrest van 25 mei 1978, gevoegde zaken 83 en 94/76, 4, 15 en 40/77, HNL, Jurispr. 1978, blz. 1209, r. o. 6.

20 — Arrest van 4 oktober 1979, gevoegde zaken 64 en 113/76, 167 en 239/78, 27, 28 en 45/79, Dumortier e. a., Jurispr. 1979, blz. 3091, r. o. 11.

20. Mijns inziens miskent men dan ook de werkelijke situatie van de ondernemer, wanneer men de aansprakelijkheidsactie, omdat zij voor een deel strekt tot vergoeding van een schade waarvan het bedrag overeenkomt met dat van de onverschuldigd betaalde mcb's, als een verkapte vordering tot terugbetaling aanmerkt. Wat hij er zelf ook bij moge denken, in werkelijkheid stelt de ondernemer een andere vordering in, en zijn situatie vormt een perfecte illustratie van het zelfstandige karakter die de aansprakelijkheidsactie volgens de rechtspraak van het Hof heeft. Met zijn schadevergoedingsactie stelt de ondernemer het gezag van gewijsde van het arrest waarbij hem de vordering tot terugbetaling is ontzegd, niet ter discussie.

21. Op grond van een en ander ben ik van mening, dat verzoeksters vordering het gezag van gewijsde van het arrest van 15 oktober 1980 niet in het geding brengt en dat er uit dien hoofde geen sprake kan zijn van niet-ontvankelijkheid.

22. Zou er echter wel sprake zijn van niet-ontvankelijkheid — op grond van het bestaan van een parallelle beroepsweg of wegens het gezag van gewijsde —, dan zou het Hof, nu de Commissie ter zake geen exceptie heeft opgeworpen en zelfs geen voorbehoud heeft gemaakt, dat middel ambtshalve moeten opwerpen. Blijkens het arrest Krohn (reeds aangehaald) is de niet-ontvankelijkheid wegens het bestaan van een nationale beroepsweg een middel van openbare orde. Dat lijkt ook het geval te zijn voor de exceptie ontleend aan gezag van gewijsde, ook al heeft het Hof zich daarover slechts impliciet[21] of indirect[22] uitgesproken. Zo het Hof het met mijn redenering eens is, is er van niet-ontvankelijkheid evenwel geen sprake.

23. Maar nu ten gronde. In dit stadium behoeven wij nog slechts te onderzoeken, of de Commissie *in beginsel* aansprakelijk kan worden gesteld. In mijn betoog over het gezag van gewijsde besprak ik reeds de in de rechtspraak van het Hof gestelde grondvoorwaarden voor niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap in verband met haar normatief handelen op economisch gebied, inzonderheid op dat van het landbouwbeleid.

24. Volgens de rechtspraak van het Hof moet de gestelde schade het gevolg zijn van een

„voldoende gekwalificeerde schending van een ter bescherming [van particulieren] gegeven hogere rechtsregel". [18]

25. Uit de ongeldigverklaring bij het arrest van 15 oktober 1980 van verordening nr. 652/76 van de Commissie, voor zover daarbij mcb's voor bepaalde produkten waren vastgesteld, blijkt dat er een rechtsregel was geschonden. Blijft dan nog de vraag, of het gaat om een kennelijke schending van een hogere rechtsregel ter bescherming van particulieren. Voor het antwoord op die vraag dienen wij nader in te gaan op de aard van die schending en daartoe zullen wij de redenering van het Hof nader moeten analyseren.

21 — Beschikking van 1 april 1987, gevoegde zaken 159 en 267/84, 12 en 264/85, Ainsworth e. a., Jurispr. 1987, blz. 1579, r. o. 3 en 4.

22 — Zaak 69/85, reeds aangehaald, voetnoot 14.

18 — Arrest van 2 december 1971, zaak 5/71, Zuckerfabrik Schöppenstedt, Jurispr. 1971, blz. 975, r. o. 11.

26. De prejudiciële vragen die het Hof waren voorgelegd, hadden betrekking op de geldigheid van een aantal bepalingen van een verordening van de Commissie, gezien de berekeningsmethode die daarin voor de vaststelling van de mcb's was toegepast. Voor die beoordeling moest het Hof de draagwijdte bepalen van de technische regels die de Commissie had te eerbiedigen. Het heeft zich daarvoor georiënteerd op de doelstellingen welke aan de instelling van de mcb's in het kader van het gemeenschappelijk landbouwbeleid ten grondslag lagen.

27. Het Hof overwoog dienaangaande, dat uit de bepalingen van basisverordening nr. 974/71 van de Raad van 12 mei 1971 [23] volgde, dat

„zowel voor de basisprodukten als voor de afhankelijke produkten, de instelling van monetair compenserende bedragen ten doel heeft de gevolgen te corrigeren van de schommelingen van onstabiele wisselkoersen die, in een stelsel van een op gemeenschappelijke prijzen gebaseerde marktordening voor landbouwprodukten, verstoringen in het handelsverkeer van die produkten zouden kunnen veroorzaken en met name de voor die produkten voorziene interventieregeling in gevaar zouden kunnen brengen.

Met de instelling van monetair compenserende bedragen wordt derhalve in hoofdzaak de handhaving van het stelsel van eenvormige prijzen in de agrarische marktordeningen beoogd. Dit stelsel van eenvormige prijzen vormt immers, gelet op de aan die marktordeningen inherente doelstellingen — de handhaving van de levensstandaard van de agrarische producenten en de stabilisatie der markten — de grondslag van het vrije verkeer van landbouwprodukten binnen de Gemeenschap.

Het stelsel heeft niet tot doel en mag ook niet tot doel hebben, een bepaalde Lid-Staat ten opzichte van de andere een aanvullende marktbescherming op het gebied van de landbouwprijzen te verlenen; dit zou immers onverenigbaar zijn met de nagestreefde markteenheid." [24]

28. Mij valt inzonderheid de door het Hof in het licht gestelde nauwe band op tussen de mcb's en het vrije verkeer van de landbouwprodukten, in die zin dat met de instelling van de mcb's en de ermee verbonden handhaving van het stelsel van eenvormige prijzen in wezen de bescherming van dit vrije verkeer is beoogd.

29. In zijn analyse van artikel 2, lid 2, van verordening nr. 974/71, dat specifiek betrekking heeft op de vaststelling van de mcb's voor de van basisprodukten afhanke-

23 — Betreffende bepaalde conjunctuurpolitieke maatregelen welke naar aanleiding van de tijdelijke verruiming van de fluctuatiemarges van de valuta's van sommige Lid-Staten dienen te worden genomen in de landbouwsector (PB 1971, L 106, blz. 1).

24 — Zaak 145/79, reeds aangehaald, r. o. 11.

lijke produkten, overwoog het Hof, dat de Commissie enkel rekening kon houden

„met de gevolgen voor de prijs van het afhankelijke produkt van de op het basisprodukt toegepaste compenserende bedragen". [25]

Terzelfder tijd erkende het Hof nochtans, dat de berekening van de invloed van het voor een basisprodukt vastgestelde monetair compenserend bedrag op de prijzen van de afhankelijke produkten, voor een groot aantal produkten „moeilijke problemen van technische en economische aard" [26] opleverde, en dat de Commissie daarom over een „ruime beoordelingsvrijheid" [26] diende te beschikken. In die omstandigheden kon de vaststelling van het compenserende bedrag voor een verwerkt produkt niet worden betwist op de enkele grond dat het voor een bepaalde onderneming of groep van producenten niet adequaat was.

Het Hof merkte nochtans op, dat

„indien de toegepaste berekeningsmethode tot gevolg heeft dat verwerkte produkten systematisch worden onderworpen aan compenserende bedragen waarvan de last — of, in voorkomend geval, het voordeel — voortdurend groter is dan noodzakelijk is om rekening te houden met de invloed van het compenserende bedrag voor het basisprodukt, niet meer kan worden aangenomen dat de bepalingen waarbij die bedragen zijn vastgesteld, dienen om de gevolgen van de monetaire fluctuaties tussen de Lid-Staten op te heffen". [27]

De Commissie bleef in een dergelijk geval

„niet meer binnen het kader van de haar bij verordening nr. 947/71 gegeven bevoegdheid". [27]

30. Op grond van een en ander besliste het Hof, onder verwijzing naar zijn eveneens op 15 oktober 1980 gewezen arresten in de zaken Providence agricole de la Champagne [28] en Maïseries de Beauce [29], dat verordening nr. 652/76 van de Commissie ongeldig was voor zover het ging om de toegepaste berekeningsmethode voor de vaststelling van de mcb's voor op basis van een zelfde basisprodukt, zoals mais of tarwe, verwerkte produkten. In die twee arresten is een duidelijke beperking gesteld aan de beoordelingsvrijheid van de Commissie met betrekking tot de invloed van het monetair compenserende bedrag voor het basisprodukt op de prijs van de afgeleide produkten. Deze beperking is gelegen

„in de plafonnering, die verhindert dat de som van de monetair compenserende bedragen op de van een bepaalde hoeveelheid van het basisprodukt afgeleide produkten hoger is dan het monetair compenserende bedrag voor het basisprodukt waaruit zij zijn verkregen". [30]

Het is onder verwijzing naar die „plafonnering", dat in het arrest Roquette werd beslist, dat

„de Commissie verordening nr. 974/71 alsmede artikel 43, lid 3, EEG-Verdrag heeft

25 — Ibidem, r. o. 12.
26 — Ibidem, r. o. 13.
27 — Ibidem, r. o. 14.
28 — Zaak 4/79, Jurispr. 1980, blz. 2823.
29 — Zaak 109/79, Jurispr. 1980, blz. 2883.
30 — Zaken 4/79 en 109/79, reeds aangehaald, r. o. 32.

geschonden door een berekeningsmethode vast te stellen voor de monetair compenserende bedragen ... die ertoe leidt dat voor de verschillende, bij de verwerking van een bepaalde hoeveelheid mais of tarwe in een bepaalde produktieketen verkregen produkten compenserende bedragen worden verkregen waarvan de som aanzienlijk hoger is dan het compenserende bedrag voor die bepaalde hoeveelheid mais of tarwe". [31]

31. Mijn analyse van de redenering van het Hof kan wellicht wat al te nauwgezet lijken, maar ik vond het van belang, duidelijk in het licht te stellen hoe volgens de rechtspraak van het Hof de technische bepalingen met betrekking tot de vaststelling van de mcb's nauw verweven zijn met de beginselen die aan het gemeenschappelijk landbouwbeleid ten grondslag liggen. Voor zover de technische bepalingen voor de berekening van mcb's volgens het Hof slechts kunnen worden uitgelegd aan de hand van die beginselen, zal schending van deze bepalingen vanuit het oogpunt van die beginselen niet onverschillig zijn.

32. Met betrekking tot de door het Hof in de genoemde omstandigheden vastgestelde ongeldigheid, valt allereerst op te merken, dat deze relatief duidelijk was. De plafonneringsregel vormt een evidente beperking van de in artikel 2, lid 2, van verordening nr. 974/71 neergelegde beoordelingsvrijheid ter zake van de „invloed" van de toepassing van mcb's, en het is niet minder evident dat die beperking in casu niet was geëerbiedigd. Zelfs voor een leek is overduidelijk, dat de Commissie bij de berekening van de mcb's voor afgeleide produkten een beoordelingsfout had gemaakt. Ik sluit mij dan ook in zoverre aan bij het betoog van advocaat-generaal Mayras in diens conclusie in de zaken Providence agricole, Maïseries de Beauce en Roquette. Ik citeer:

„Zodra de som van de bedragen die worden toegepast op elk der produkten, verkregen bij de verwerking van eenzelfde basisprodukt, die van de op dit basisprodukt toegepaste bedragen overschrijdt, is er vanuit eenvoudig rekenkundig oogpunt bezien sprake van *kennelijke dwaling*, om niet te spreken van een willekeurige berekening, in strijd met bepaalde minimum-vereisten." [32]

33. De door advocaat-generaal Mayras gebruikte termen sluiten onmiskenbaar aan bij die waarmee het Hof in het arrest Dumortier de voorwaarden voor de aansprakelijkheid van de Gemeenschap heeft gepreciseerd

„in een gemeenschapsrechtelijk kader, gekenmerkt door de uitoefening van een — voor de uitoefening van het gemeenschappelijk landbouwbeleid onontbeerlijke — ruime discretionaire bevoegdheid". [33]

Die aansprakelijkheid kon volgens het Hof slechts worden ingeroepen

„in het uitzonderlijke geval dat de betrokken instelling de grenzen harer bevoegdheden klaarblijkelijk ernstig heeft miskend". [33]

31 — Zaak 145/79, reeds aangehaald, r. o. 32.

32 — Zaken 4, 109 en 145/79, reeds aangehaald, conclusies, blz. 2862-2863.

33 — Zaak 64/76, reeds aangehaald, r. o. 9.

In het arrest Amylum overwoog het Hof verder, met betrekking tot een aantal fouten die tot de ongeldigverklaring van een verordening van de Raad hadden geleid, dat het

„niet ging om dermate ernstige fouten, dat men zou kunnen zeggen dat het gedrag van de verwerende instellingen als zodanig op dit punt aan willekeur grenst en derhalve de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap met zich mee zou moeten brengen". [34]

Deze twee arresten preciseren in zekere zin wat voor de betrokken gemeenschapsactiviteit onder „gekwalificeerde schending" dient te worden verstaan.

34. Zelfs wanneer men rekening houdt met haar door het Hof erkende beoordelingsvrijheid heeft de Commissie kennelijk onwettig gehandeld. Dit volgt mijns inziens zowel uit de redenering van het Hof als uit het betoog van advocaat-generaal Mayras. Ik meen daarom, dat aan de vastgestelde ongeldigheid een gekwalificeerde onwettigheid, een kennelijk foutieve beoordeling van de Commissie ten grondslag ligt.

35. Grenst die onwettigheid ook aan willekeur, zoals het arrest Amylum lijkt te vereisen? Kijkt men welke gemeenschapsregels in casu met voeten zijn getreden, dan dient die vraag mijns inziens bevestigend te worden beantwoord.

34 — Arrest van 5 december 1979, gevoegde zaken 116 en 124/77, Jurispr. 1979, blz. 3497, r. o. 19.

36. In het arrest Roquette wordt uitdrukkelijk gesproken van schending van verordening nr. 974/71 en van artikel 43, lid 3, EEG-Verdrag.

37. De voorschriften van verordening nr. 974/71 hebben in wezen een technisch karakter. De in de arresten van 15 oktober 1980 genoemde artikelen 1 en 2 voorzien in de heffing of toekenning van mcb's, en bepalen de soorten produkten waarvoor mcb's van toepassing zijn, en de wijze waarop mcb's worden berekend, zowel voor de basisprodukten als voor de afgeleide produkten. Om eigenlijke „hogere rechtsregels" in de zin van 's Hofs rechtspraak gaat het dus niet. Daaronder verstaat het Hof onder meer de eerbiediging van verworven rechten [35], het beginsel inzake de bescherming van het gewettigd vertrouwen [36], het evenredigheidsbeginsel [37] en het non-discriminatiebeginsel [38]. Schending van de genoemde bepalingen van verordening nr. 974/71 kan op het eerste gezicht niet op één lijn worden gesteld met schending van die beginselen.

38. Bij het lezen van 's Hofs redenering in het arrest Roquette lijkt de ongeldigheid evenwel niet alleen een kwestie te zijn van schending van de formele bepalingen als zodanig. Gezien het kader en de modaliteiten van de vaststelling van mcb's, heeft de onwettigheid van de berekening een directe weerslag gehad op de grondbeginselen zelf van het stelsel. Door de ongeldigheid van de technische bepalingen van de verordening is

35 — Arrest van 10 december 1975, gevoegde zaken 95-98/74, 15 en 100/75, Union nationale des coopératives agricoles de céréales e. a., Jurispr. 1975, blz. 1615.

36 — Arrest van 8 juni 1977, zaak 97/76, Merkur, Jurispr. 1977, blz. 1063.

37 — Arrest van 13 november 1973, gevoegde zaken 63-69/72, Werhahn, Jurispr. 1973, blz. 1229.

38 — Gevoegde zaken 83 en 94/76, 4, 15 en 40/77, HNL, reeds aangehaald.

namelijk rechtstreeks afbreuk gedaan aan de beoogde handhaving van eenvormige prijzen en aan het beginsel van het vrije verkeer van landbouwprodukten in de Gemeenschap, dat met name op de eenvormigheid van de prijzen is gebaseerd. Ik verwijs in dit verband naar een passage van de „algemene overwegingen" van het Hof in de arresten Providence agricole en Maïseries de Beauce, volgens welke:

„monetair compenserende bedragen, vastgesteld op een niveau waardoor duidelijk een overcompensatie zou plaatsvinden van de marge tussen de in nationale valuta uitgedrukte prijzen en de met toepassing van representatieve wisselkoersen (groene koersen van de nationale valuta's) in rekeneenheden uitgedrukte prijzen, zouden in strijd zijn met het karakter van voorlopig redmiddel, dat aan de monetair compenserende bedragen moet worden toegekend, en met het vereiste — voorwaarde voor hun wettigheid — dat de instelling ervan strikt noodzakelijk moet zijn. In plaats van een middel te zijn om in de mate van het mogelijke het stelsel van eenvormige prijzen en daarmee het vrije verkeer van landbouwprodukten te handhaven, zouden zij verworden tot een belemmering van dat vrije verkeer, op één lijn te stellen met heffingen van gelijke werking als douanerechten en onverenigbaar met de in artikel 43, lid 3, sub b, EEG-Verdrag aan de gemeenschappelijke ordening der markten verbonden doelstelling, namelijk aan het handelsverkeer binnen de Gemeenschap analoge voorwaarden te waarborgen als op een nationale markt bestaan." [39]

Deze passage komt weliswaar niet voor in het arrest Roquette, doch het valt aan te nemen dat het hier om een algemeen geldende redenering gaat, die ook voor dat arrest opgaat, inzonderheid wat de in de tweede zin beschreven kwalijke gevolgen van foutief vastgestelde mcb's betreft. In het arrest Roquette is trouwens ook duidelijk de schending vastgesteld van artikel 43, lid 3, EEG-Verdrag. [40]

39. Ik meen derhalve, dat de in dat arrest vastgestelde ongeldigheid niet alleen te maken heeft met de gekwalificeerde schending van een aantal bepalingen van technische aard met betrekking tot de vaststelling van de mcb's voor afgeleide produkten, maar indirect ook met de schending van het beginsel van het vrije verkeer van landbouwprodukten binnen de Gemeenschap.

40. Dat het hier om een grondbeginsel van het gemeenschapsrecht gaat, staat buiten kijf. Gaat het daarom ook om een „hogere rechtsregel" ? Alleen de schending van een hogere rechtsregel immers kan aanleiding geven tot aansprakelijkheid van de Gemeenschap. Hier is nog een laatste aarzeling mogelijk, want volgens 's Hofs rechtspraak moeten de hogere rechtsregels ter bescherming van particulieren zijn gegeven. Het beginsel van het vrije verkeer van landbouwprodukten strekt ongetwijfeld niet op dezelfde manier ter bescherming van particulieren als de beginselen inzake de eerbiediging van verworven rechten en van het gewettigd vertrouwen, of als het evenredigheidsbeginsel.

41. Ik meen nochtans dat over die aarzeling mag worden heengestapt, omdat de in geding zijnde ongeldigheid kennelijk een directe aantasting vormde van een beginsel dat in vroegere arresten van het Hof uitdrukkelijk als een „ter bescherming van particulieren gegeven hogere rechtsregel" is aangemerkt, namelijk het non-discriminatiebeginsel.

39 — Zaken 4/79 en 109/79, reeds aangehaald, r. o. 25.

40 — R. o. 32.

42. In de arresten van 15 oktober 1980 wordt er met meer of minder nadruk op gewezen, dat te hoge mcb's in de praktijk afbreuk doen aan het stelsel van eenvormige prijzen en dat zij in feite zijn aan te merken als met het vrije verkeer van landbouwprodukten onverenigbare heffingen van gelijke werking. Distorsies van het vrije verkeer tussen de Lid-Staten en een verschillende behandeling van de marktdeelnemers zijn dan niet langer toevallig, maar, als economische wetmatigheid, eenvoudig onvermijdelijk.

43. Verzoekster heeft opgemerkt, dat het Hof in het arrest Roquette (r. o. 52) uitdrukkelijk heeft gewezen op de aanzienlijke verschillen in behandeling tussen de ondernemers in de Gemeenschap, waartoe de „dwalingen" van de Commissie hadden geleid.

44. In genoemde rechtsoverweging, waarin het Hof juist de redenen uiteenzet voor de beperking in de tijd van de gevolgen van de vastgestelde ongeldigheid, wordt hooguit gezinspeeld op de *distorsies van de mededinging* waarin verzoekster een schending ziet van het discriminatieverbod. Die rechtsoverweging luidt:

„De ongeldigheid waarom het in casu gaat, zou aanleiding kunnen geven tot terugvordering van onverschuldigd betaalde bedragen door daarbij belanghebbende ondernemingen in landen met een zwakke valuta en door nationale overheidsinstanties in landen met een sterke valuta, hetgeen, wegens het ontbreken van eenvormigheid in de toepasselijke nationale wettelijke regelingen, tot aanzienlijke verschillen in behandeling en bijgevolg tot nieuwe distorsies van de mededinging zou kunnen leiden."

45. Kennelijk meent verzoekster, dat het Hof, door te verklaren dat vorderingen tot terugbetaling na de ongeldigverklaring van de verordening tot *nieuwe* distorsies van de mededinging kunnen leiden, impliciet heeft verklaard dat de te hoge mcb's op zich *al* dergelijke distorsies hadden veroorzaakt.

46. Afgezien van die korte allusie zijn er in het arrest Roquette geen uitdrukkelijke overwegingen te vinden over distorsies van de mededinging tussen producenten in landen met een zwakke valuta en producenten in landen met een sterke valuta als gevolg van de onwettige vaststelling van te hoge mcb's. Het is echter ook juist, dat dergelijke distorsies niet zijn weg te denken van de door het Hof vastgestelde „technische" onwettigheden. Advocaat-generaal Mayras gaat daar in zijn conclusie overigens uitdrukkelijker op in dan het arrest:

„De coëfficiënt die is gekozen voor de berekening van de mcb's voor verwerkte produkten, is *vanuit het oogpunt van de handel bezien niet neutraal.* De in de litigieuze verordeningen neergelegde methode heeft noodzakelijkerwijs geleid tot verstoringen van de handel tussen Lid-Staten en derhalve tot *een met artikel 40, lid 3, EEG-Verdrag strijdige discriminatie tussen producenten.* In een systeem waarin ‚overcompensatie' van de gevolgen van een valutadepreciatie plaats vindt, worden de ondernemers in landen met een sterke valuta bevoordeeld ten nadele van die in landen met een zwakke valuta." [41]

41 — Zaak 4/79, reeds aangehaald, punt II-5, blz. 2863.

Na een betoog van verschillende bladzijden, waarin hij de discriminatie in het licht stelt tussen producenten in landen met een zwakke valuta en producenten in landen met een sterke valuta [42], concludeert hij ten slotte, dat de door de Commissie voor de berekening van de mcb's toegepaste methode

„*een kunstmatige toename van de exporten van gries en griesmeel van mais uit landen met een sterke valuta* tot gevolg heeft gehad, terwijl het systeem juist de kunstmatige verstoringen in de handelsstromen als gevolg van monetaire fluctuaties moest *voorkomen* en niet teweegbrengen of verergeren". [43]

47. Ondanks het ontbreken van elke uitdrukkelijke overweging daaromtrent in het arrest, meen ik dan ook, dat de vastgestelde onregelmatigheden inderdaad schending van het discriminatieverbod hadden opgeleverd. Dit lijkt mij nauwelijks betwistbaar en wordt door de Commissie in casu overigens niet ontkend.

48. Gelet op de eerder beperkte doelstelling van de mcb's, namelijk behoud van het stelsel van eenvormige prijzen en het vrije verkeer van landbouwprodukten, moest de Commissie zich noodzakelijkerwijs bewust zijn van de onvermijdelijke discriminatie als gevolg van te hoge mcb's. Door voor de mcb's van de van een zelfde basisprodukt afgeleide produkten een kennelijk verkeerde berekeningsmethode toe te passen, heeft de Commissie distorsies van het verkeer tussen de Lid-Staten en bijgevolg een discriminatie tussen de ondernemers veroorzaakt.

49. Zij heeft dat natuurlijk niet bewust gedaan. In zijn conclusie merkte advocaat-generaal Mayras dienaangaande het volgende op:

„Door de rechters-rapporteur met vragen bestormd, heeft de Commissie toegegeven dat zij haar... bevoegdheid heeft uitgeoefend ter vergroting van de bescherming die de heffing aan de producenten in landen met een sterke valuta verleent ten opzichte van derde landen, met als gevolg dat die vergroting heeft geleid tot distorsies van het intracommunautaire handelsverkeer ten nadele van de landen met een zwakke valuta." [44]

Een indirecte verwijzing naar die „détournement" van de mcb's lijkt mij de overweging van het arrest Roquette, volgens welke

„het stelsel niet tot doel heeft en ook niet tot doel mag hebben, een bepaalde Lid-Staat ten opzichte van de andere een aanvullende marktbescherming op het gebied van de landbouwprijzen te verlenen; dit zou immers onverenigbaar zijn met de nagestreefde markteenheid". [45]

50. Een gril kan men het dus niet noemen, maar het oogmerk van de Commissie was alleszins niet in overeenstemming met dat van het stelsel van de mcb's. In die omstandigheden meen ik, dat de handelwijze van de Commissie, die vrijwillig de regels inzake de vaststelling en berekening van de mcb's

42 — Blz. 2863-2867.
43 — Blz. 2867.
44 — Ibidem, blz. 2880.
45 — Zaak 145/79, reeds aangehaald, r. o. 11.

naast zich heeft neergelegd en bijgevolg bewust de distorsies van het handelsverkeer binnen de Gemeenschap en de discriminatie tussen de ondernemers heeft veroorzaakt die er onvermijdelijk uit voortvloeiden, aan willekeur grenst, in de zin van het arrest Amylum. [46]

51. Daar verzoekster zich in haar schadevordering voor het Hof alleen heeft beroepen op de ongeldigheid omdat de som van de mcb's voor de bij de verwerking van een basisprodukt verkregen produkten groter is dan het mcb voor het basisprodukt, behoeven de andere ongeldigheidsgronden, die specifiek betrekking hebben op mais-, tarwe- en aardappelzetmeel, niet door het Hof te worden onderzocht.

52. Voor het antwoord op de vraag of de voorwaarden voor niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap zijn vervuld, dienen nog de daadwerkelijke gevolgen van de onregelmatige gemeenschapshandeling te worden onderzocht. Volgens de rechtspraak van het Hof is voor de aansprakelijkheid van de Gemeenschap voor maatregelen van economisch beleid immers vereist, dat de betrokken instelling de grenzen van haar bevoegdheden klaarblijkelijk *en* ernstig heeft miskend. Een ernstige miskenning veronderstelt dat de maatregel een „beperkte, duidelijk afgebakende groep van ondernemers" [21] betreft, want gaat het om „zeer grote groepen handelaren" [47], dan worden „de gevolgen ervan voor de individuele ondernemingen aanzienlijk verzacht"; de gestelde schade moet ook „de grenzen te buiten [gaan] van de economische risico's welke aan de ondernemersactiviteiten in de betrokken sector inherent zijn". [21]

53. De mcb's die ingevolge de — door het Hof ongeldig verklaarde — berekeningsmethode te hoog waren vastgesteld, betroffen volgens verzoekster slechts een zeer klein aantal ondernemers. De Commissie heeft dit niet weersproken. De verkeerde berekening had betrekking op de bij de uitvoer van graanprodukten uit Frankrijk geïnde mcb's, en volgens beide partijen waren daarbij normalerwijs een vijf- of zestal ondernemingen betrokken. Twee daarvan, de vennootschappen Providence agricole de Champagne en Maïseries de Beauce, ontvingen terugbetaling van het te veel geïnde, daar bepaalde Franse administratieve gerechten — zoals bekend — de beperking van de gevolgen van de ongeldigheid naast zich neer meenden te kunnen leggen. Ter vergelijking zij opgemerkt, dat het Hof in de gedingen met betrekking tot de discriminerende intrekking van de verplichte restituties voor gritz en quellmehl heeft verklaard, dat een groep van zeven Franse en zeven Duitse ondernemingen, die de gezamenlijke producenten van maisgritz in de Gemeenschap bleken te zijn, een „beperkte, duidelijk afgebakende groep van ondernemers" [48] vormde en zich daarom op de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Commissie kon beroepen.

46 — Reeds aangehaald.

21 — Beschikking van 1 april 1987, gevoegde zaken 159 en 267/84, 12 en 264/85, Ainsworth e. a., Jurispr. 1987, blz. 1579, r. o. 3 en 4.

47 — Gevoegde zaken 83 en 94/76, 4, 15 en 40/77, HNL, reeds aangehaald, r. o. 7.

48 — Zaak 64/76, reeds aangehaald.

54. Op basis van deze eerste gegevens valt dan ook niet uit te sluiten, dat verzoekster deel uitmaakt van een beperkte, duidelijk afgebakende groep van zetmeelexporteurs, die te lijden heeft gehad van distorsies van de mededinging als gevolg van de te hoge mcb's bij uitvoer uit Frankrijk.

55. Blijft de vraag, of verzoeksters schade naar omvang de grenzen te buiten gaat van de economische risico's die aan ondernemersactiviteiten in de betrokken sector inherent zijn. Daarbij komt het niet zozeer aan op de details van de gestelde schade als wel — om zo te zeggen — op de structuur ervan. Het Hof heeft de precieze berekening van de schade naar een eventueel later stadium van de behandeling verwezen en dient zich op dit moment dus te beperken tot een algemene beschouwing van de voornaamste schadeposten, zonder deze in detail te onderzoeken.

56. Mijns inziens is het evident, dat het Hof zich in zijn oordeel moet baseren op de *gestelde* schade waarvan het bestaan, ofschoon in dit stadium nog niet bewezen, althans denkbaar lijkt. Anders zou het de eenzijdige verklaringen van verzoekster a priori voor waar aanvaarden.

57. Zo gezien doet verzoeksters algemene schadeopgave wel een aantal problemen rijzen. Ik bedoel daarmee niet de te veel betaalde mcb's in de strikte zin, doch wat verzoekster in haar inleidend verzoekschrift haar „werkelijke schade" noemt. Die uitdrukking doet overigens wel de wenkbrauwen optrekken, want zij doet het voorkomen alsof de te veel geïnde mcb's geen eigenlijke schade vormen. Die verwondering gaat echter over in verbijstering, wanneer men de juiste aard van die „werkelijke" schade gaat onderzoeken. Ook het Hof heeft opgemerkt, hoe moeilijk verzoekster het heeft om die werkelijke schade duidelijk te maken en bevattelijk te formuleren. Verzoekster heeft het met name over winstderving omdat zij ten opzichte van haar concurrenten een dubbele handicap had, doordat de te hoge mcb's twee maal in haar nadeel werkten: eerst door de inning ervan uitsluitend ten laste van de Franse exporteurs, en vervolgens door de betaling ervan aan de ondernemers in Lid-Staten met een sterke valuta. Ongeacht of er wel echt sprake is van zo een tweevoudig effect, is het toch niet geheel duidelijk, hoe dit tot winstderving heeft geleid.

58. Enkele beknopte preciseringen in de antwoorden op de ter terechtzitting gestelde vragen en een overigens nogal korte passage in het inleidend verzoekschrift geven echter een beeld van wat met werkelijke schade is bedoeld. Nadat de mcb's reeds grotere uitgaven meebrachten dan naar gemeenschapsrecht was toegelaten, diende verzoekster namelijk nog haar prijzen aan te passen aan die van haar concurrenten in Lid-Staten met een sterke valuta, die dank zij de mcb's over meer financiële middelen beschikten dan naar gemeenschapsrecht was toegelaten en daardoor met abnormaal lage prijzen konden werken. Met abnormale prijzen is hier bedoeld, dat de gunstige financiële positie van die ondernemers dank zij de te hoge mcb's invloed had op de door hen toegepaste prijzen. Verzoekster stelt, dat de aanpassing van haar prijzen aan prijzen die op die manier zijn vastgesteld, tot winstderving heeft geleid.

59. Nog daargelaten dat verzoekster de weinige nauwkeurige argumenten die zij met betrekking tot haar winstderving heeft aangevoerd, met geen enkel document heeft gestaafd en die winstderving niet eens globaliter heeft bewezen, terwijl voor het bewijs van de te hoge mcb's hele listings bij het inleidend verzoekschrift zijn gevoegd, komt de gestelde winstderving toch zeer twijfelachtig voor. Winstderving is namelijk slechts denkbaar, indien bij een kassituatie van de concurrenten die niet abnormaal gunstig is, de vaststelling van hogere prijzen de ondernemers praktisch zeker grotere winsten bezorgt. Dat toepassing van hogere prijzen op een aan mededinging onderhevige markt tot grotere winst leidt, stemt niet noodzakelijk met de economische wetmatigheid overeen. Die stelling gaat slechts op, indien de afzet van de betrokken ondernemer constant blijft ten opzichte van zijn afzet bij lagere prijzen. Daalt zijn afzet, dan is de meeropbrengst niet langer verzekerd. Nu staat het lang niet vast, dat de door de ondernemers verkochte hoeveelheden constant blijven wanneer zij tot prijsverhoging besluiten. Het is integendeel waarschijnlijker dat de verkoop in die omstandigheden gaat dalen.

60. In dit verband zij eraan herinnerd, dat de vertegenwoordiger van verzoekster ter terechtzitting niet heeft ontkend, dat verzoekster in de periode waarin zich de gevolgen van de te hoge mcb's deden gevoelen, veel heeft uitgevoerd. Hij verklaarde dit door „prijsconcessies in die periode" als gevolg van de aanpassing van verzoeksters prijzen aan die van haar concurrenten. Een fraaiere illustratie van het verband tussen prijsniveau en verkoopvolume had hij niet kunnen geven: hij erkende zelf, dat een relatief laag prijsniveau de verkoop doet toenemen. Omgekeerd zou een prijsverhoging het omzetvolume waarschijnlijk niet onberoerd hebben gelaten, en het staat dus allerminst vast, dat een hogere prijs ook een meeropbrengst zou hebben betekend.

61. Ik meen derhalve, dat de door verzoekster gestelde winstderving verre van vaststaat. Met die onzekerheid moet rekening worden gehouden bij de beoordeling van de vraag, of de door verzoekster gestelde schade de grenzen te buiten gaat van de „economische risico's" welke aan haar ondernemersactiviteit „inherent" zijn.

62. Opgemerkt zij ook, dat verzoekster nooit heeft geantwoord op het argument van de Commissie, dat zij via bepaalde transacties voordeel heeft gehad van de te hoge mcb's. Volgens de Commissie werden namelijk bij de uitvoer naar het Verenigd Koninkrijk en Ierland compenserende bedragen toegekend, omdat in die twee Lid-Staten zeer grote monetaire afwijkingen waren vastgesteld, en zijn er bij de uitvoer van zetmeel uit Frankrijk naar die Lid-Staten aan de exporteurs te hoge mcb's betaald. Als voorbeeld heeft de Commissie de monetaire afwijkingen voor het jaar 1976 genoemd. Immers, niet alleen in de in het arrest van 15 oktober 1980 ongeldig verklaarde verordening nr. 652/76, maar in het gehele stelsel van de mcb's zijn in de betrokken periode berekeningsmethodes toegepast die tot overcompensatie hebben geleid. Van die te hoge mcb's heeft verzoekster, als Frankrijks voornaamste zetmeelexporteur, volgens de Commissie voordeel gehad bij exporten naar Ierland en het Verenigd Koninkrijk, waar grote monetaire afwijkingen golden.

63. Het is in dat verband niet zonder belang, dat volgens de door de Commissie overgelegde tabellen in 1976 uit Frankrijk 25 359 ton maiszetmeel is uitgevoerd naar West-Duitsland, maar ook 20 796 ton naar het Verenigd Koninkrijk en 12 081 ton naar Ierland. Voor zover ingevolge verordening nr. 652/76 voor een deel van die exporten naar West-Duitsland te hoge mcb's zijn geïnd, zijn er aan de andere kant toch te hoge mcb's toegekend, althans voor een gedeelte van de exporten naar het Verenigd Koninkrijk en Ierland. De door verzoekster niet weersproken en door een aantal objectieve vaststellingen gestaafde argumenten van de Commissie doen nog meer twijfel rijzen over de ernst van verzoeksters schade.

64. Bij de beoordeling van de ernst van die schade dient ten slotte rekening te worden gehouden met de economische gevolgen van de overcompensatie. De gemachtigde van de Commissie heeft er ter terechtzitting op gewezen, dat de last van de verkeerde berekening, dat wil zeggen het verschil tussen het juiste en het verkeerde bedrag van de mcb's, iets minder bedroeg dan 10% van het verschuldigde compenserende bedrag, en dat de maximale last destijds, op het moment dat de monetaire afwijking het grootste was, gelijk was aan 2,5% van de prijs van het basisprodukt (mais). Wanneer de afwijking kleiner was — zoals voor het grootste gedeelte van 1976 —, bedroeg de last die verzoekster ten onrechte moest dragen, 1,3% van de prijs van het basisprodukt. Deze cijfers zijn door verzoekster niet weersproken.

65. Ik geef toe, dat elke vergelijking tussen cijfermateriaal dat op verschillende situaties betrekking heeft, ietwat willekeurig kan lijken, doch het lijkt mij niettemin niet inopportuun te herinneren aan 's Hofs uitspraak over de aansprakelijkheidsacties in verband met de verplichte aankoop van voor diervoeder bestemd magere-melkpoeder uit interventievoorraden. Het Hof had eerder in een aantal prejudiciële arresten de ongeldigheid vastgesteld van de verordening waarin die aankoopverplichting was neergelegd en overwoog ter zake van de aansprakelijkheidsactie, dat

„de invloed van de verordening op de prijzen van diervoeder als produktiekostenelement van deze afnemers gering is geweest, daar deze prijzen nauwelijks meer dan 2% zijn gestegen",

dat wil zeggen

„dat deze prijsstijging uitgesproken matig was in vergelijking met de prijsverhogingen die zich tijdens de geldigheidsduur van de verordening voordeden als gevolg van de schommelingen van de wereldmarktprijzen van eiwithoudend diervoeder, welke verhogingen drie à vier maal zo hoog lagen als de stijging ten gevolge van de bij de verordening ingevoerde verplichting tot aankoop van magere-melkpoeder". [47]

Het Hof besliste dan ook, dat

„de invloed van de verordening op de rentabiliteit van de bedrijven uiteindelijk niet de omvang van de risico's overschreed, die aan

47 — Gevoegde zaken 83 en 94/76, 4, 15 en 40/77, HNL, reeds aangehaald, r. o. 7.

de activiteiten in de betrokken landbouwsectoren zijn verbonden". [47]

66. In de zaak Ireks-Arkady[49] oordeelde het Hof daarentegen, dat de gestelde schade de grenzen van die risico's overschreed. De intrekking van de restituties voor quellmehl had in dat geval tot een bevoordeling van zetmeel geleid, in een orde van grootte van 6,3 tot 8,6%.

67. Een onwettige handeling waarvan de economische gevolgen, uitgedrukt in procenten van de prijs van het betrokken landbouwprodukt, tussen 1,3 en 2,5% van die prijs liggen, lijkt dichter aan te leunen bij de gevallen waarin het Hof van oordeel was, dat de schade de omvang van de aan de betrokken sector inherente economische risico's niet te boven ging, dan bij de gevallen waarin het bestaan van zo een schade werd vastgesteld.

68. Natuurlijk is voor de beoordeling van de economische draagwijdte van de onwettige handeling waar het thans om gaat, niet alleen het vastgestelde percentage van belang, maar ook het aantal getroffen ondernemers. Dit aantal is in casu zo klein, dat niet zonder meer kan worden gesteld, dat de schade de omvang van de inherente economische risico's niet te buiten ging. Mijns inziens moet bij die beoordeling echter ook rekening worden gehouden met de omstandigheid dat bij de aannemelijkheid van de door verzoekster gestelde winstderving nogal wat vraagtekens kunnen worden geplaatst, en met het feit dat zij aan de andere kant van de te hoge mcb's waarschijnlijk ook voordeel heeft getrokken. Zo gezien is het volgens mij nauwelijks aannemelijk, dat verzoeksters schade de grenzen zou te buiten gaan van de economische risico's welke aan haar activiteit inherent zijn, ook al bestaat de door de te hoge mcb's getroffen groep ondernemers slechts uit het handjevol Franse zetmeelexporteurs. Zonder nadere bevestiging ervan laten de inlichtingen waarover het Hof thans beschikt, in mijn opvatting niet de conclusie toe, dat de gestelde schade die grenzen te buiten gaat en dat de Commissie bijgevolg aansprakelijk kan worden gesteld.

69. Samenvattend meen ik dus, dat de Commissie het discriminatieverbod kennelijk en bewust heeft overtreden op een wijze die aan willekeur grensde; de gevolgen van deze schending voor de betrokken ondernemers waren evenwel niet dermate ernstig, dat zij de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap met zich brengt.

70. Ik erken dat die conclusie niet tegemoet komt aan de economische bezwaren van het arrest van 15 oktober 1980 voor een aantal ondernemers, waaronder verzoekster. Doch de in de rechtspraak van het Hof duidelijk geformuleerde beginselen inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap op het gebied van het gemeenschappelijk landbouwbeleid, waarborgen niet de vergoeding van elke schade. Om voor vergoeding in aanmerking te komen, dient de schade voldoende ernstig te zijn. Dit laatste is in casu niet het geval, en het zou evenmin het geval zijn in een stelsel van aansprakelijkheid voor wettig handelen. Dit aspect werd door het Hof in het licht gesteld in het arrest Biovilac van 6 december 1984.[50] Voor de betrokken onderne-

47 — Gevoegde zaken 83 en 94/76, 4, 15 en 40/77, HNL, reeds aangehaald, r. o. 7.

49 — Arrest van 4 oktober 1979, zaak 238/78, Jurispr. 1979, blz. 2955.

50 — Zaak 59/83, Jurispr. 1984, blz. 4057, r. o. 28 en 29.

mers valt mijn uiteindelijke conclusie wellicht streng uit. Ik heb echter alleen maar de beginselen toegepast die duidelijk in de rechtspraak van het Hof zijn neergelegd.

71. Gelet op de in het arrest van 15 oktober 1980 vastgestelde kennelijke ongeldigheid van verordening nr. 652/76, had verzoekster goede gronden om tegen de Commissie een vordering wegens niet-contractuele aansprakelijkheid in te stellen. Daaraan doet niet af, dat de vordering niet kan worden toegewezen. Derhalve zou het Hof, zoals in het arrest Asteris van 19 september 1985[51], krachtens artikel 69, paragraaf 3, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering de kosten kunnen compenseren.

72. Mitsdien concludeer ik:

— tot verwerping van het beroep,

— met compensatie van de kosten.

51 — Gevoegde zaken 194-206/83, Jurispr. 1985, blz. 2815.