CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL P. MENGOZZI van 11 januari 2007 [1]

1. Bij arrest van 21 april 2005 [2] (hierna: „bestreden arrest") heeft het Gerecht van eerste aanleg (hierna: „Gerecht") verworpen het beroep dat Holcim (Deutschland) AG tegen de Commissie had ingesteld met het oog op vergoeding van de kosten van de bankgarantie die was gesteld om betaling van boetes uit te stellen. Deze boetes waren opgelegd wegens schending van artikel 85 EG-Verdrag (thans artikel 81 EG), bij een beschikking die nadien door het Gerecht nietig is verklaard.

2. In hogere voorziening verzoekt rekwirante het Hof het bestreden arrest te vernietigen en de Commissie te veroordelen deze kosten te vergoeden, vermeerderd met vertragingsrente.

De feiten

3. Bij beschikking van 30 november 1994 (hierna: „Cement-beschikking") [3] zijn Alsen Breitenburg Zement und Kalkwerke GmbH (hierna: „ABZK") en Nordcement AG wegens schending van artikel 85 EG-Verdrag veroordeeld tot geldboetes van respectievelijk 3,841 miljoen euro en 1,85 miljoen euro.

4. ABZK en Nordcement hebben tegen deze beschikking beroep ingesteld bij het Gerecht. Beide hebben besloten gebruik te maken van de door de Commissie geboden mogelijkheid een bankgarantie te stellen, om te voor-

1 — Oorspronkelijke taal: Italiaans.

2 — Holcim (Deutschland)/Commissie (T-28/03, Jurispr. blz. II-1357).

3 — Beschikking 94/815/EG inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (zaak IV/33.126 en 33.322 — Cement; PB L 343, blz. 1).

komen dat zij de boetes onmiddellijk moesten betalen.

5. Bij arrest van 15 maart 2000 (hierna: „Cement-arrest") [4] heeft het Gerecht de Cement-beschikking ten aanzien van Alsen AG, inmiddels voortgekomen uit de fusie van ABZK en Nordcement, thans Holcim (Deutschland) AG (hierna: „rekwirante"), nietig verklaard.

6. Rekwirante heeft de Commissie verzocht om vergoeding van de kosten van deze bankgaranties, die in totaal 139 002,21 euro beliepen. De Commissie heeft geweigerd deze kosten te vergoeden.

De procedure voor het Gerecht en het bestreden arrest

7. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 31 januari 2003, heeft rekwirante veroordeling van de Commissie gevorderd tot betaling van het in het vorige punt genoemde bedrag, vermeerderd met vertragingsrente van 5,75 % per jaar vanaf 15 april 2000, en verwijzing van de Commissie in de kosten.

8. Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht het beroep verworpen en rekwirante in de kosten verwezen.

9. Vooraf heeft het Gerecht vastgesteld dat het beroep niet-ontvankelijk was, voor zover het op artikel 233 EG was gebaseerd. [5] Vervolgens heeft het Gerecht het subsidiaire verzoek van rekwirante om het beroep, voor zover het op artikel 233 EG was gebaseerd, uit te leggen als een beroep tot nietigverklaring of wegens nalaten, niet-ontvankelijk verklaard. [6]

10. Daarnaast heeft het Gerecht vastgesteld dat het beroep een vordering tot schadevergoeding ex artikel 235 EG en artikel 288, tweede alinea, EG, inhield. [7] Deze vordering was volgens het Gerecht echter verjaard in de zin van artikel 46 van het Statuut van het Hof van Justitie en daardoor niet-ontvankelijk, voor zover het de kosten van de bank-

4 — Cimenteries CBR e.a./Commissie, „Cement-arrest" (T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95, Jurispr. blz. II-491).

5 — Bestreden arrest, punten 27-40 van de overwegingen en punt 1 van het dictum.

6 — Ibidem, punten 41-46 van de overwegingen en punt 2 van het dictum.

7 — Ibidem, punten 41 en 46.

garantie betrof die rekwirante meer dan vijf jaar voor de datum van instelling van het beroep had gemaakt. [8]

11. In dat verband heeft het Gerecht opgemerkt dat de verjaringstermijn voor de vordering uit niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap volgens de rechtspraak niet kan ingaan voordat aan alle vereisten voor het ontstaan van de schadevergoedingsplicht is voldaan. In het onderhavige geval is de gestelde schade volgens het Gerecht aan het licht getreden op het moment dat de bankgaranties werden gesteld (namelijk op 3 mei 1995 voor de bankgarantie van ABZK en op 18 april 1995 voor die van Nordcement). Vanaf dat moment kon rekwirante de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap in geding brengen, door aan te voeren dat sprake was van toekomstige schade die zeker en bepaalbaar was, want met voldoende zekerheid te verwachten. Het Gerecht heeft daarnaast opgemerkt dat de gestelde schade doorlopend was, aangezien de kosten van de bovengenoemde bankgaranties werden berekend naar evenredigheid van het aantal dagen gedurende welke ze golden. Vervolgens heeft het Gerecht erop gewezen dat de verjaring zich op basis van de datum van de stuitingshandeling uitstrekte over de periode die meer dan vijf jaar voor deze datum lag, zonder de tijdens de latere periodes ontstane rechten te beïnvloeden, en dat ze pas door de instelling van het beroep was gestuit. [9]

12. Ten gronde heeft het Gerecht echter geoordeeld, onder verwijzing naar de eis tot vergoeding van de nog niet verjaarde schade, dat het beroep ongegrond was omdat twee voorwaarden voor het ontstaan van niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap ontbraken.

13. In de eerste plaats heeft het Gerecht geoordeeld dat de schending van het gemeenschapsrecht jegens ABZK en Nordcement die in het Cement-arrest was vastgesteld, onvoldoende gekwalificeerd was in de zin van de rechtspraak van de gemeenschapsrechter. Daartoe heeft het Gerecht geconstateerd dat de beoordelingsbevoegdheid van de Commissie in casu weliswaar „beperkt" was, maar dat de zaak waarin de Cement-beschikking was gegeven en vervolgens het Cement-arrest was gewezen, bijzonder ingewikkeld was en dat de Commissie dus werd geconfronteerd met een bijzonder ingewikkelde situatie, ook als gevolg van de moeilijkheden bij de toepassing van de bepalingen van het EG-Verdrag op het gebied van mededelingsregelingen, die des te groter waren omdat de onderhavige zaak een grote hoeveelheid feiten betrof. [10]

14. In de tweede plaats heeft het Gerecht geoordeeld dat het causale verband tussen de aan verweerster verweten gedraging en de gestelde schade niet kon worden aangemerkt als voldoende rechtstreeks in de zin van de rechtspraak van de gemeenschapsrechter. Volgens het Gerecht [11] waren de kosten voor het stellen van de bankgarantie die rekwi-

8 — Ibidem, punt 74 van de overwegingen en punt 3 van het dictum.

9 — Ibidem, punten 59, 60, 63, 68-70 en 74.

10 — Ibidem, punten 100, 102, 114 en 115.

11 — Ibidem, punten 123 en 124.

rante heeft gemaakt, een uitvloeisel van haar eigen keuze om niet te voldoen aan haar verplichting om de geldboete binnen de in de Cement-beschikking bepaalde termijn te betalen en in afwijking van de regels van het EG-Verdrag een bankgarantie te stellen. Het EG-Verdrag bepaalt namelijk dat beschikkingen van de Commissie die een geldelijke verplichting inhouden voor natuurlijke of rechtspersonen, met uitzondering van de staten, een executoriale titel vormen [12], en dat een bij de gemeenschapsrechter ingesteld beroep geen schorsende werking heeft. [13]

Procedure voor het Hof en conclusies van partijen

15. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 13 juli 2005, heeft rekwirante hogere voorziening ingesteld tegen voornoemd arrest.

16. Rekwirante concludeert dat het den Hove behage:

— het bestreden arrest te vernietigen;

— de Commissie te veroordelen om aan rekwirante 139 002,21 EUR te betalen, vermeerderd met vertragingsrente van 5,75 % per jaar vanaf 15 april 2000, of, subsidiair, de zaak voor een nieuwe beslissing naar het Gerecht van eerste aanleg te verwijzen;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

17. De Commissie concludeert dat het den Hove behage:

— de hogere voorziening af te wijzen;

— rekwirante te verwijzen in de kosten.

12 — Artikel 192, eerste alinea, EG-Verdrag (thans artikel 256, eerste alinea, EG).

13 — Artikel 185, eerste volzin, EG-Verdrag (thans artikel 242, eerste volzin, EG).

Juridische analyse

beschikking waarbij boeten zijn opgelegd, niet met succes geldend kan worden gemaakt voordat het beroep tot nietigverklaring van deze beschikking gegrond is verklaard.

Het eerste middel: de gedeeltelijke verjaring van de schadevordering

Argumenten van partijen

18. Rekwirante stelt dat het Gerecht de verjaringsregels van artikel 46 van het Statuut van het Hof verkeerd heeft uitgelegd. Zij wijst erop dat de verjaringstermijn voor de aansprakelijkheidsactie tegen de Gemeenschap volgens de rechtspraak van het Hof niet kan ingaan voordat aan alle vereisten voor het ontstaan van de schadevergoedingsplicht is voldaan. [14] Naar de mening van rekwirante was de nietigverklaring van de Cement-beschikking in casu een vereiste voor het ontstaan van de verplichting voor de Commissie om de kosten van de bankgarantie te vergoeden, zodat de verjaringstermijn voor de schadevordering pas bij de uitspraak van het Cement-arrest is ingegaan. Rekwirante onderstreept dat een beroep tot schadevergoeding na een onrechtmatige

19. Volgens rekwirante is het Gerecht er ten onrechte van uitgegaan dat het beroep tot schadevergoeding autonoom is ten opzichte van het beroep tot nietigverklaring om de stelling van rekwirante omtrent de *dies a quo* van de verjaringstermijn te verwerpen. Rekwirante merkt daartoe op dat in casu niet gesproken kan worden van twee volledig autonome beroepswegen, aangezien het ontstaan van de schade rechtstreeks verband hield met de instelling van het beroep tot nietigverklaring. Het stellen van de bankgaranties zou namelijk juist door het instellen van dit beroep tegen de Cement-beschikking noodzakelijk zijn geworden.

20. Bovendien heeft het Gerecht miskend dat de schade op het moment dat de bankgaranties werden gesteld nog niet concreet was. Anders dan het Gerecht meent, was de schade volgens rekwirante op dat moment noch bepaald noch bepaalbaar, aangezien de omvang ervan afhing van de duur van de procedure tot nietigverklaring voor de gemeenschapsrechter.

14 — Arrest van 27 januari 1982, Birra Wührer e.a./Raad en Commissie (256/80, 257/80, 265/80, 267/80 en 5/81, Jurispr. blz. 85, punt 10).

21. Rekwirante stelt daarnaast dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het om doorlopende schade ging. Het gaat volgens haar echter om één enkele schade, die is ontstaan door het stellen van de bankgarantie door middel van één enkele overeenkomst en door de commissie die de banken daarvoor in rekening brachten. Dat de omvang van de schade afhing van de duur van de procedure tot nietigverklaring, betekent niet dat de schade voortdurend en doorlopend is ontstaan. Het Gerecht spreekt zichzelf overigens tegen wanneer het in punt 63 van het bestreden arrest oordeelt dat het in casu ging om toekomstige schade en in punt 69 van hetzelfde arrest daarentegen concludeert dat de schade voortdurend was.

22. Subsidiair verwijt rekwirante het Gerecht te hebben miskend dat de verjaring van de rechtsvordering tot vergoeding van de kosten van de bankgarantie al vóór de instelling van het beroep tot schadevergoeding was gestuit door de instelling van het beroep tot nietigverklaring van de Cement-beschikking.

Analyse

23. De Commissie merkt op dat het voornaamste argument van rekwirante er in laatste instantie op neerkomt dat het Cement-arrest aan de ingeroepen niet-contractuele aansprakelijkheid ten grondslag ligt, wat absurd zou zijn. In werkelijkheid moet de grondslag voor de aansprakelijkheid worden gevonden in de Cement-beschikking of in het stellen van de bankgaranties. Zij wijst er daarnaast op dat de schade op het moment dat de bankgaranties werden gesteld, bepaald of ten minste bepaalbaar was, aangezien de commissie die rekwirante de banken verschuldigd was, berekend kon worden op basis van de in de garantieovereenkomsten vastgestelde percentages. Het Gerecht heeft dus geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de gestelde schade op dat moment voldoende concreet was. Het argument van rekwirante dat de schade niet doorlopend was, bevestigt slechts dat de schade is ontstaan toen de bankgaranties werden gesteld en niet op de dag dat het Cement-arrest werd gewezen. Tot slot is ook het subsidiaire betoog van rekwirante ongegrond, omdat uit de formulering van artikel 46 van het Statuut van het Hof duidelijk naar voren komt dat de verjaringstermijn wordt gestuit door het instellen van een beroep tot schadevergoeding en niet door een beroep tot nietigverklaring.

24. Artikel 46 van het Statuut van het Hof bepaalt: „De vorderingen tegen de Gemeenschappen inzake niet-contractuele aansprakelijkheid verjaren vijf jaar na het feit dat tot deze vordering aanleiding heeft gegeven."

25. Zoals het Hof reeds heeft opgemerkt, heeft de verjaring tot doel de bescherming van de rechten van de benadeelde en het rechtszekerheidsbeginsel met elkaar te verenigen. [15] Volgens vaste rechtspraak kan de verjaringstermijn van de actie uit niet-contractuele aansprakelijkheid 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. [16]

26. Rekwirante stelt dat de nietigverklaring van de Cement-beschikking in casu een van de vereisten voor het ontstaan van de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap was.

27. Deze stelling lijkt mij niet gegrond.

28. Voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap en het daaruit voortvloeiende recht op vergoeding van de geleden schade moet zijn voldaan aan een aantal voorwaarden, te weten het bestaan van een onrechtmatige handeling van de communautaire instellingen, daadwerkelijke schade en een causaal verband tussen beide. [17]

29. In de eerste plaats blijkt op geen enkele manier uit de rechtspraak van de gemeenschapsrechter dat aan het vereiste van de onrechtmatige gedraging van de betrokken instelling pas is voldaan wanneer deze onrechtmatigheid in rechte is vastgesteld. De vaststelling in rechte van deze onrechtmatigheid is vanzelfsprekend een noodzakelijke voorwaarde voor de vaststelling in rechte van de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap, maar is niet van invloed op het ontstaan van deze aansprakelijkheid noch op het ingaan van de verjaringstermijn voor de schadevordering.

30. Als dat niet zo was, zou immers de crediteur zelf kunnen bepalen of de verjaringstermijn al dan niet begint te lopen. Deze zou dan immers pas ingaan als de crediteur een vordering (tot nietigverklaring en/of schadevergoeding) heeft ingesteld *en* is vastgesteld dat de gedraging van de instelling onrechtmatig was.

31. Het lijkt mij duidelijk dat het volgens de verjaringsleer aan rekwirante zelf is, eventu-

15 — Beschikking van 18 juli 2002, Autosalone Ispra dei Fratelli Rossi/Commissie (C-136/01 P, Jurispr. blz. I-6565, punt 28).

16 — Arrest Birra Wührer e.a./Raad en Commissie, aangehaald in voetnoot 14, punt 10, en beschikking Autosalone Ispra dei Fratelli Rossi/Commissie, aangehaald in voetnoot 15, punt 30.

17 — Arresten Birra Wührer e.a./Raad en Commissie, aangehaald in voetnoot 14, punt 9, en van 14 oktober 1999, Atlanta/Europese Gemeenschap (C-104/97 P, Jurispr. blz. I-6983, punt 65); beschikking Autosalone Ispra dei Fratelli Rossi/Commissie, aangehaald in voetnoot 15, punt 29.

eel met de hulp van juridische adviseurs, om te beoordelen of de gedraging van de instelling rechtmatig was. In punt 65 van het bestreden arrest heeft het Gerecht terecht overwogen dat rekwirante zich al vanaf het tijdstip waarop de Cement-beschikking was gegeven, op schending van het gemeenschapsrecht kon beroepen. Het Gerecht heeft overigens zelf al eerder, in de arresten Hartmann/Raad en Commissie [18] en Bühring/Raad en Commissie [19], geoordeeld dat de verjaringstermijn ingaat op het tijdstip waarop de gelaedeerde weet welk feit de schade heeft veroorzaakt en niet op het tijdstip waarop hij weet dat het een onrechtmatige gedraging vormt.

32. In de tweede plaats was de voorafgaande nietigverklaring van de Cement-beschikking, anders dan rekwirante stelt, evenmin noodzakelijk om te kunnen stellen dat de schade waarvan vergoeding wordt verlangd, zich heeft geconcretiseerd.

33. In dat verband heeft het Gerecht in het bestreden arrest opgemerkt dat de door rekwirante gestelde schade op het tijdstip waarop de bankgaranties werden gesteld weliswaar toekomstig, maar zeker en bepaalbaar was, aangezien zij met voldoende zekerheid was te verwachten. Daarom heeft het Gerecht geoordeeld dat rekwirante vanaf dat moment de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap geldend had kunnen maken en in casu ook op dat moment de verjaringstermijn begon te lopen. [20]

34. Het Gerecht lijkt daarmee op het standpunt te staan dat de verjaringstermijn voor de actie uit niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap noodzakelijkerwijs ingaat op het tijdstip waarop de vordering kan worden ingesteld. In die zin heeft zich ook advocaat-generaal Capotorti [21] duidelijk uitgesproken. Hij merkte op dat „elke verjaringstermijn voor een vordering in rechte ingaat op de datum waarop de actie kan worden ingesteld" en dat „voor zover de vordering uit de artikelen 215 en 178 [thans artikelen 288 EG en 235 EG] kan worden geacht ook voor toekomstige schade te kunnen worden ingesteld, het moment waarop de bevoegdheid tot instelling van de vordering kan worden uitgeoefend, de *terminus a quo* van de verjaring vormt".

35. Deze redenering overtuigt mij echter niet: mij dunkt dat zij niet strookt met de rechtspraak van het Hof. Evenals rekwirante meen ik dat bij deze redenering ten onrechte de vraag wanneer de verjaringstermijn ingaat, wordt verward met de vraag of het beroep tot schadevergoeding ontvankelijk is.

18 — Arrest van 16 april 1997 (T-20/94, Jurispr. blz. II-595, punt 112).

19 — Arrest van 4 februari 1998 (T-246/93, Jurispr. blz. II-171, punt 68).

20 — Zie het bestreden arrest, punten 60-63 en 68.

21 — Conclusie van 13 oktober 1981 in de zaken Birra Wührer e.a./Raad en Commissie, aangehaald in voetnoot 14, en De Franceschi/Raad en Commissie (51/81, Jurispr. 1982, blz. 108, punt 4).

36. Enerzijds blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat artikel 288 EG niet in de weg staat aan een beroep op de gemeenschapsrechter tot vaststelling van de aansprakelijkheid der Gemeenschap voor ophanden zijnde — en met voldoende zekerheid te verwachten — schade, zelfs niet wanneer het nadeel nog niet nauwkeurig kan worden becijferd. Volgens het Hof kan het namelijk ter voorkoming van nog grotere schade noodzakelijk blijken de rechter te adiëren zodra de oorzaak van de schade buiten twijfel staat. [22]

37. Anderzijds blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat de verjaringstermijn voor de aansprakelijkheidsactie tegen de Gemeenschap niet kan ingaan voordat de schade waarvan vergoeding wordt verlangd, zich heeft geconcretiseerd, ofwel voordat de nadelige gevolgen van de onrechtmatige handeling van de Gemeenschap zijn ingetreden. [23]

38. Daaruit volgt mijns inziens dat het heel goed mogelijk is een beroep tot schadevergoeding ex artikel 235 EG in te stellen hoewel de schade nog niet concreet is (indien ze in elk geval op handen is en met voldoende zekerheid te verwachten), maar de verjaringstermijn begint hoe dan ook niet te lopen voordat de schade concreet is.

39. In wezen komt de in punt 36 aangehaalde rechtspraak erop neer dat een actie uit aansprakelijkheid die anders als voorbarig zou worden aangemerkt, toch vervroegd kan worden aangewend ten einde de omvang van de schade als gevolg van de onrechtmatige handeling van de Gemeenschap te beperken. Deze mogelijkheid heeft echter geen gevolgen voor de *dies a quo* van de verjaringstermijn. Een en ander is overigens ook in het belang van de Gemeenschap in verband met de beperking van de schade die de Gemeenschap zal moeten vergoeden indien aan alle vereisten voor haar niet-contractuele aansprakelijkheid is voldaan.

40. Weliswaar kan de verjaringstermijn pas beginnen te lopen als de schadevordering kan worden ingesteld, maar dat betekent niet noodzakelijkerwijs dat hij ingaat op het tijdstip dat deze vordering mogelijk wordt.

41. In casu is de periode tussen het moment waarop de schade *met voldoende zekerheid te verwachten* is en het moment waarop zij *concreet is* miniem. Het eerste moment valt samen met het stellen van de bankgaranties, zoals het Gerecht terecht opmerkt. Het

22 — Arresten van 2 juni 1976, Kampffmeyer e.a./Commissie en Raad (56/74–60/74, Jurispr. blz. 711, punt 6), en 14 januari 1987, Zuckerfabrik Bedburg/Raad en Commissie (281/84, Jurispr. blz. 49, punt 14).

23 — Arresten Birra Wührer e.a./Raad en Commissie, aangehaald in voetnoot 14, punten 10 en 11, en 27 januari 1982, De Franceschi/Raad en Commissie (51/81, Jurispr. blz. 117, punten 10 en 11).

tweede moment, dat waarop de verjaringstermijn begint te lopen, is echter de volgende dag, want de kosten van de bankgarantie liepen op met het verstrijken van de dagen, zoals het Gerecht heeft vastgesteld. [24]

42. Hoe dit ook zij, rekwirante beweert niet dat de verjaringstermijn is ingegaan op de dag na het stellen van de bankgaranties. Zij verwijt het Gerecht daarentegen te hebben miskend dat de schade pas met de nietigverklaring van de Cement-beschikking concreet is geworden. Deze grief lijkt mij duidelijk ongegrond, nu de kosten voor de bankgarantie, die de gestelde schade vormen, zijn begonnen op te lopen op de dag na het stellen van de bankgaranties, zoals ik hiervoor heb uiteengezet, dus geruime tijd voordat het Cement-arrest werd gewezen.

43. Dat arrest heeft de verplichting van rekwirante om de bij de Cement-beschikking aan ABZK en Nordcement opgelegde boetes te betalen doen vervallen en dus een einde gemaakt aan het oplopen van kosten van de bankgarantie voor rekwirante. Daarmee kon het definitieve bedrag van deze kosten, en dus van de gestelde schade, in zijn geheel worden berekend.

24 — Bestreden arrest, punt 61.

44. Dat wil echter niet zeggen dat de verjaringstermijn voor dat tijdstip nog niet was ingegaan. De rechtspraak over het ingaan van de verjaringstermijn vereist dat de schade concreet is, niet dat ze ook volledig is ingetreden. Anderzijds blijkt geenszins uit de rechtspraak dat het beroep tot schadevergoeding ex artikel 235 EG alleen kan worden ingesteld op voorwaarde dat de gestelde schade *in zijn geheel* kan worden berekend op het moment dat het beroep wordt ingesteld.

45. Mijns inziens heeft het Gerecht derhalve ten onrechte geoordeeld, ten aanzien van het recht, dat de verjaringstermijn in casu begon te lopen op de dag dat de schadevordering geldend kon worden gemaakt omdat de schade met voldoende zekerheid te verwachten was (namelijk de dag waarop de bankgaranties werden gesteld), in plaats van op de dag dat de schade daadwerkelijk concreet was. Desalniettemin moet de onderhavige grief van rekwirante worden afgewezen, zij het op andere gronden, want anders dan zij stelt is de schade niet concreet geworden door het Cement-arrest, maar door het ontstaan van de eerste kosten voor de bankgarantie op de dag nadat deze garanties waren gesteld.

46. Het lijkt mij duidelijk dat de overige grieven van rekwirante inzake het ontstaan in één keer, en niet voortdurend, van de

schade en de stuiting van de verjaring als gevolg van de instelling van het beroep tot nietigverklaring van de Cement-beschikking, niet kunnen worden aanvaard.

Het tweede middel: de voorwaarde van onrechtmatigheid van de gedraging van de Gemeenschap

Argumenten van partijen

47. Het argument dat de schade in één keer is ontstaan kan rekwirante geenszins baten. Zelfs als het gegrond was, zou de verjaring van de actie uit niet-contractuele aansprakelijkheid de gehele gestelde schade treffen en niet slechts een deel ervan, zoals in het bestreden arrest wordt geconstateerd.

50. Rekwirante stelt primair dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat ook in casu een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht voorwaarde was voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap. Naar haar mening stelt de rechtspraak een dergelijke voorwaarde enkel voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap uit normatieve handelingen en niet ook voor aansprakelijkheid uit beschikkingen waarbij een boete wegens schending van het mededingingsrecht wordt opgelegd, daar bij dergelijke beschikkingen de enkele onrechtmatigheid volstaat voor het ontstaan van aansprakelijkheid.

48. Het subsidiair aangevoerde argument inzake de stuiting van de verjaring is in strijd met de ondubbelzinnige bewoordingen van artikel 46 van het Statuut van het Hof, waarin de handelingen waardoor deze verjaring kan worden gestuit, limitatief worden opgesomd. Anderzijds kan door het instellen van een beroep tot nietigverklaring uit de aard der zaak de verjaring van een schadevorderingsactie niet worden gestuit, omdat daaruit nog niet de wil kan worden afgeleid om het recht uit te oefenen op vergoeding van schade die is veroorzaakt door de handeling waartegen het beroep is gericht.

51. Subsidiair voert rekwirante aan dat in casu niettemin sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending door de Commissie en dat het Gerecht ten onrechte anders heeft geoordeeld.

49. Ik meen dus dat het eerste middel moet worden afgewezen.

52. Rekwirante verwijt het Gerecht in dat verband in de eerste plaats dat het zich bij de

beoordeling of de schending van het gemeenschapsrecht door de Commissie voldoende gekwalificeerd was, niet heeft beperkt tot de vaststelling dat zij bij de Cement-beschikking over geen enkele beoordelingsbevoegdheid beschikte. Door de ingewikkeldheid van de feiten en de moeilijkheden bij de toepassing van de communautaire mededingingsregelingen als aanvullend criterium in aanmerking te nemen, is het Gerecht ten onrechte afgeweken van de rechtspraak waarin de beoordelingsmarge van de betrokken instelling het beslissende criterium is voor de vaststelling of een schending voldoende gekwalificeerd is.

53. In de tweede plaats stelt rekwirante dat de feiten die ABZK en Nordcement in de Cement-beschikking worden verweten en de juridische beoordeling daarvan niet zo ingewikkeld waren dat de gestelde aansprakelijkheid van de Gemeenschap moest worden uitgesloten. De Commissie had namelijk enkel hoeven nagaan of de deelname van deze vennootschappen aan de uitwisseling van gegevens over de uitvoermarkten in het European Cement Export Committee (hierna: „ECEC") een schending van het gemeenschapsrecht inzake mededingingsregelingen kon opleveren. Om de ingewikkeldheid van de feiten en de rechtsvragen vast te stellen die aan de Cement-beschikking ten grondslag lagen, heeft het Gerecht ten onrechte en ten koste van rekwirante belang gehecht aan omstandigheden die niets met ABZK en Nordcement van doen hadden en aan de moeilijkheden die voortvloeiden uit de beslissing van de Commissie om in een enkele procedure en bij een enkele beschikking de feiten en de positie van deze en van derde ondernemingen te behandelen.

54. Volgens de Commissie heeft het Gerecht met zijn oordeel dat de Cement-beschikking jegens ABZK en Nordcement geen voldoende gekwalificeerde schending was en derhalve geen niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap opleverde, geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

55. Zij bestrijdt dat het door rekwirante gemaakte onderscheid tussen normatieve handelingen en beschikkingen relevant is. Op grond van recentere rechtspraak concludeert zij dat dit onderscheid niet beslissend is voor de vaststelling van de grenzen waarbinnen de beoordelingsbevoegdheid van de betrokken instelling diende te blijven. Zij meent daarnaast dat het Gerecht terecht mede rekening heeft gehouden met de ingewikkeldheid van de feiten die de Commissie moest beoordelen. Tot slot is het argument van rekwirante dat deze feiten niet ingewikkeld waren, in hogere voorziening niet-ontvankelijk en mist het in elk geval grondslag. Er moet immers niet alleen rekening worden gehouden, zoals het Gerecht ook heeft gedaan, met de situatie van ABZK en Nordcement, maar ook met de situatie van de cementsector als geheel ten tijde van de feiten, die in het Cement-arrest zelf bijzonder ingewikkeld wordt genoemd.

Analyse

56. In het bestreden arrest heeft het Gerecht om te beginnen opgemerkt dat voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap aan een aantal voorwaarden moet zijn voldaan, waaronder onrechtmatigheid van de aan de instelling verweten gedraging. [25] Vervolgens heeft het terecht erop gewezen dat de rechtspraak van het Hof daartoe vereist dat er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel die ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen. [26]

57. Anders dan rekwirante aanvoert, die zich op dit punt baseert op rechtspraak uit een tamelijk ver verleden [27], geldt de voorwaarde van een voldoende gekwalificeerde schending niet enkel in gevallen waarin de onrechtmatige gedraging die aan de betrokken instelling wordt verweten, bestaat in een normatieve handeling. De rechtspraak van het Hof die door het Gerecht wordt aangehaald, en ook de latere rechtspraak [28], stelt geen beperkingen aan de werking van deze voorwaarde, die veeleer algemeen is. [29]

58. Het Gerecht heeft daarom geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het oordeelde dat voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap voor schade die rekwirante zou hebben geleden door de Cement-beschikking, moest worden aangetoond dat er sprake was van een voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel ertoe strekkende aan particulieren rechten toe te kennen.

59. Wat de subsidiair aangevoerde argumenten van rekwirante aangaat, wil ik vooropstellen dat rekwirante het Gerecht ten onrechte verwijt dat het uit de vaststelling dat de beoordelingsbevoegdheid van de Commissie in casu „beperkt" was, niet de conclusie heeft getrokken dat daarom sprake was van een dergelijke schending.

25 — Bestreden arrest, punt 86.

26 — Ibidem, punt 87. Het Gerecht noemt in dat verband de arresten van 4 juli 2000, Bergaderm en Goupil/Commissie (C-352/98 P, Jurispr. blz. I-5291, punten 40 en 42-44); 10 december 2002, Commissie/Camar en Tico (C-312/00 P, Jurispr. blz. I-11355, punten 52-55), en 10 juli 2003, Commissie/Fresh Marine (C-472/00 P, Jurispr. blz. I-7541, punten 24-26).

27 — Arrest van 2 december 1971, Aktien-Zuckerfabrik Schoeppenstedt/Raad (5/71, Jurispr. blz. 975, punt 11), waarin de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap voor schade als gevolg van een normatieve handeling die bepaalde economische beleidskeuzen impliceert, afhankelijk is gesteld van een voldoende gekwalificeerde schending van een hogere rechtsregel die ter bescherming van particulieren is gegeven.

28 — Arresten van 23 maart 2004, Ombudsman/Lamberts (C-234/02 P, Jurispr. blz. I-2803, punt 49) en 12 juli 2005, Commissie/CEVA en Pfizer (C-198/03 P, Jurispr. blz. I-6357, punt 63).

29 — Rekwirante dwaalt overigens wanneer zij benadrukt dat alle arresten van het Hof waarop het Gerecht zich in punt 87 van het bestreden arrest beroept, betrekking hadden op aansprakelijkheid die voortvloeide uit normatieve handelingen. Het arrest Commissie/Camar en Tico, dat in voetnoot 26 werd aangehaald, betreft niet-contractuele aansprakelijkheid uit een beschikking van de Commissie waarbij een verzoek om overgangsmaatregelen in de zin van artikel 30 van verordening (EEG) nr. 404/93 van de Raad van 13 februari 1993 houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector bananen (PB L 47, blz. 1) werd afgewezen.

60. Terecht merkt rekwirante op dat voor de vaststelling dat een schending van het gemeenschapsrecht voldoende gekwalificeerd is, volgens de rechtspraak van het Hof beslissend is dat de gemeenschapsinstelling de grenzen waarbinnen haar beoordelingsvrijheid dient te blijven, kennelijk en ernstig heeft overschreden, en dat de beoordelingsmarge waarover de betrokken instelling beschikt, beslissend is om uit te maken of er sprake is van een dergelijke schending. [30]

61. Uit diezelfde rechtspraak kan echter ook worden afgeleid dat het Hof in zijn uitlegging van artikel 288, tweede alinea, EG met name rekening houdt met de ingewikkeldheid van de te regelen situaties, de moeilijkheden bij de toepassing of de uitlegging van de teksten, en in het bijzonder de beoordelingsmarge waarover de auteur van de betrokken handeling beschikt. [31]

62. Het Gerecht heeft dus geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het bij de beoordeling of in casu sprake was van een voldoende gekwalificeerde schending ook belang heeft gehecht aan de ingewikkeldheid van de situaties waarover de Commissie moest oordelen en aan de moeilijkheden bij de toepassing van de relevante bepalingen van het EG-Verdrag.

63. Aangaande de grief tegen het oordeel van het Gerecht over de ingewikkeldheid van de situaties waarover de Commissie zich moest uitspreken en de juridische kwalificatie ervan, dunkt mij dat enkel dat deel ervan ontvankelijk is waarin het Gerecht voor de voeten wordt geworpen dat het in deze zaak belang heeft gehecht aan feiten die niets van doen hadden met ABZK en Nordcement.

64. Ik ben namelijk van mening dat noch de beoordeling van de ingewikkeldheid van de feiten noch de beoordeling van de juridische kwalificatie ervan rechtsvragen opwerpt. Deze kwesties behoren veeleer tot de waardering van de feiten. Zoals bekend kan het Hof deze bij de behandeling van een hogere voorziening tegen een arrest van het Gerecht niet toetsen, behoudens in het geval van een verkeerde opvatting van de voorgelegde bewijsmiddelen [32], waarover in dit geval echter niet is geklaagd.

65. De vraag of in het kader van de toetsing of de schending van het gemeenschapsrecht jegens een onderneming voldoende gekwalificeerd is, de feiten en de situatie van andere ondernemingen bij de beoordeling mogen worden betrokken, is daarentegen wél een

30 — Arresten Bergaderm en Goupil/Commissie, aangehaald in voetnoot 26, punten 43 en 46; Commissie/Camar en Tico, aangehaald in voetnoot 26, punten 54 en 55; Commissie/Fresh Marine, aangehaald in voetnoot 26, punten 26 en 27, en Commissie/CEVA en Pfizer, aangehaald in voetnoot 28, punten 64 en 66.

31 — Arresten Bergaderm en Goupil/Commissie, aangehaald in voetnoot 26, punt 40; Commissie/Camar en Tico, aangehaald in voetnoot 26, punt 52; Commissie/Fresh Marine, aangehaald in voetnoot 26, punt 24, en Commissie/CEVA en Pfizer, aangehaald in voetnoot 28, punt 62.

32 — Zie onder meer arresten van 11 februari 1999, Antillean Rice Mills e.a./Commissie (C-390/95 P, Jurispr. blz. I-769, punt 29) en 8 mei 2003, T. Port/Commissie (C-122/01 P, Jurispr. blz. I-4261, punt 27).

rechtsvraag, die in hogere voorziening kan worden onderzocht.

66. In verband met deze vraag wil ik allereerst opmerken dat de Commissie in dit geval vanzelfsprekend niet kon nagaan of sprake was van schending van artikel 85, lid 1, van het EG-Verdrag door een enkele onderneming door slechts die feiten te onderzoeken en te beoordelen die uitsluitend op die onderneming betrekking hadden. Het gaat bij dit artikel immers om vermeende overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, met andere woorden inbreuken waarbij per definitie twee of meer ondernemingen betrokken zijn. In tegenstelling tot hetgeen rekwirante aanvoert, had de Commissie derhalve geen afzonderlijke beschikking kunnen geven voor ABZK en/of Nordcement. [33]

67. De grief van rekwirante ziet in wezen op het feit dat het Gerecht de lengte van het Cement-arrest aanvoert ter staving van de ingewikkeldheid van de zaak van ABZK of Nordcement, terwijl deze volgens rekwirante niet meer is dan het gevolg van de keuze van eerst de Commissie en toen het Gerecht om meerdere samenhangende zaken gezamenlijk te behandelen. [34]

68. Niettemin blijkt uit het bestreden arrest geenszins dat het Gerecht de ingewikkeldheid van de feiten en de juridische beoordeling daarvan uit de lengte van het Cement-arrest heeft afgeleid.

69. In het eerste deel van zijn betoog [35] lijkt het Gerecht inderdaad niet de ingewikkeldheid te beoordelen van de specifieke feiten die de Commissie heeft verweten aan ABZK, Nordcement en de andere ondernemingen die zij verantwoordelijk achtte voor dezelfde twee inbreuken, maar die van de gehele zaak die het voorwerp is van de Cement-beschikking (hierna: „Cement-zaak").

70. In dat verband mogen we niet vergeten dat de Commissie in de Cement-beschikking een groot aantal inbreuken op artikel 85, lid 1, van het EG-Verdrag heeft vastgesteld. [36] ABZK en Nordcement waren echter bij slechts twee van deze inbreuken betrokken: die bedoeld in artikel 1 van de Cement-beschikking, namelijk „een overeenkomst die ertoe strekt de thuismarkten te eerbiedigen en het overbrengen van cement van het ene naar het andere land aan een regeling te onderwerpen", en die bedoeld in artikel 5 van deze beschikking, namelijk het uitwisselen van gegevens binnen de ECEC over „de

33 — Zie verzoekschrift, punt 52, slot.
34 — Ibidem.
35 — Zie het bestreden arrest, punten 103-106.
36 — Zie Cement-beschikking, artikelen 1-7.

vraag-en-aanbodsituaties in invoerende derde landen, de bij de uitvoer te hanteren prijzen, de invoersituatie in de leden-landen en de vraag-en-aanbodsituatie op de thuismarkten met het oogmerk binnendringen van concurrenten op de respectieve thuismarkten in de Gemeenschap te voorkomen".

71. Omdat het Gerecht in het bestreden arrest de ingewikkeldheid van de te regelen situaties moest beoordelen, niet om te toetsen of de duur van de administratieve procedure redelijk was [37], maar om te beoordelen of de schending van het gemeenschapsrecht door de Commissie ten koste van ABZK en Nordcement voldoende gekwalificeerd was, denk ik dat het Gerecht — *behoudens in geval van nadere preciseringen* die in het bestreden arrest ontbreken — niet had moeten verwijzen naar de Cement-zaak als zodanig, maar naar de afzonderlijke inbreuken die deze vennootschappen werden verweten.

72. Niettemin heeft het Gerecht in zijn verwijzingen naar het Cement-arrest als zodanig in wezen onderstreept dat bij de Cement-zaak een zeer groot aantal ondernemingen en met name nagenoeg de gehele Europese cementindustrie betrokken was. [38] Bij het doorlezen van enkel het dictum van de Cement-beschikking wordt al duidelijk dat alle andere ondernemingen waaraan inbreuken op artikel 85, lid 1, van het EG-Verdrag werden verweten, samen met ABZK en Nordcement aan de in artikel 1 van de beschikking genoemde inbreuk hebben deelgenomen. Daaruit blijkt dat het aantal ondernemingen dat bij deze vermeende inbreuk betrokken was, precies samenvalt met het aantal ondernemingen dat bij de Cement-zaak als geheel was betrokken, en dat de door het Gerecht genoemde moeilijkheden die voortkwamen uit het grote aantal betrokken ondernemingen, zich ook voordeden bij ten minste een van de twee inbreuken die aan deze vennootschappen is verweten.

73. Anderzijds heeft het Gerecht in het daaropvolgende deel van zijn betoog naar voren gebracht dat de ingewikkeldheid van de te regelen situaties met name bleek uit:

— het feit dat de bij het onderzoek van de Commissie betrokken ondernemingen rechtstreekse of *slechts indirecte* leden van het Cembureau (de Europese associatie voor de cementbedrijfstak) waren. In dat laatste geval, de situatie van ABZK en Nordcement, werden de ondernemingen vertegenwoordigd door hun respectieve bedrijfsverenigingen [39];

37 — In de punten 104-105 van het bestreden arrest heeft het Gerecht in het kader van de toetsing van de redelijke duur van de administratieve procedure enkele vaststellingen uit het Cement-arrest aangehaald over de ingewikkeldheid van de zaak die het voorwerp was van de Cement-beschikking.

38 — Zie het bestreden arrest, punten 103, 105 en vooral 114.

39 — Bestreden arrest, punt 107.

— het feit dat wat het gedeelte van de Cement-beschikking betreft dat specifiek op rekwirante betrekking had, de Commissie was geconfronteerd met een reeks bewijsstukken waarvan de uitlegging niet voor de hand lag [40] en een groot aantal documenten moest onderzoeken [41];

— het feit dat het Gerecht de Cement-beschikking ten aanzien van deze vennootschappen weliswaar nietig had verklaard, maar niettemin had geconstateerd dat de Commissie beschikte over een aantal aanwijzingen die steun konden bieden voor haar stelling dat de samenwerking binnen het ECEC tot doel en tot gevolg had de regel van het eerbiedigen van de thuismarkten te versterken, een stelling die volgens het Gerecht echter niet rechtens genoegzaam kon worden aangetoond. [42]

74. Rekwirante noemt noch bestrijdt deze overwegingen van het Gerecht, hoewel deze (zoals duidelijk blijkt uit punt 114 van het bestreden arrest), samen met het grote aantal betrokken ondernemingen, uiteindelijk de grondslag vormden voor de slotsom van het Gerecht dat de situaties die de Commissie moest regelen, bijzonder ingewikkeld waren.

75. Zelfs al had het Gerecht gedwaald waar het in het eerste deel van zijn betoog over de ingewikkeldheid van de te regelen situaties verwijst naar de Cement-zaak als geheel in plaats van naar de specifieke inbreuken die ABZK en Nordcement werden verweten, dan nog heeft zulks onder deze omstandigheden mijns inziens geen invloed op de slotsom van het Gerecht die ik in het vorige punt heb genoemd.

76. Wat de moeilijkheden bij de toepassing van de relevante regelgeving aangaat, zijn er geen elementen in het bestreden arrest die erop wijzen dat het Gerecht daar geen rekening mee heeft gehouden bij de inbreuken die ABZK en Nordcement werden verweten. Integendeel, uit punt 115 van het bestreden arrest blijkt uitdrukkelijk dat de moeilijkheden bij de toepassing van de bepalingen van het EG-Verdrag op het gebied van mededingingsregelingen — die inherent zijn aan deze bepalingen — „des te groter [waren] nu de onderhavige zaak, *ook voor het gedeelte van de beschikking dat betrekking had op [ABZK en Nordcement]*, een grote hoeveelheid feiten betrof". [43]

40 — Ibidem, punt 108.

41 — Ibidem, punt 114.

42 — Ibidem, punt 113.

43 — Cursivering van mij.

77. Deze grief kan mijns inziens dus evenmin worden aanvaard.

78. Tot slot wil ik er nog eens op wijzen dat het rechtmatig was de beoordelingsmarge waarover de Commissie beschikte, de ingewikkeldheid van de feiten en de moeilijkheden bij de toepassing van de regels in zijn geheel te beschouwen. Het verzoekschrift bevat geen enkele specifieke grief over de afwegingen van deze elementen door het Gerecht, op grond waarvan het heeft geconcludeerd dat de schending van het gemeenschapsrecht door de Commissie niet voldoende gekwalificeerd was. Het Hof hoeft zich hierover dus niet uit te spreken.

79. In het licht van het voorgaande meen ik dat ook het tweede middel moet worden afgewezen.

Het derde middel: het causale verband tussen de onrechtmatige gedraging en de gestelde schade

80. Indien het Hof het tweede middel afwijst, zoals ik voorstel, hoeft het derde middel, over het causale verband tussen de onrechtmatige gedraging en de gestelde schade, niet meer te worden onderzocht.

81. Volgens vaste rechtspraak zijn er drie voorwaarden voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap, namelijk de onrechtmatigheid van de aan de gemeenschapsinstellingen verweten gedraging, het bestaan van schade en een causaal verband tussen de gedraging van de instelling en de gestelde schade. Aangezien deze voorwaarden cumulatief zijn, volstaat het voor afwijzing van een schadevordering dat aan een van die voorwaarden niet is voldaan. [44]

82. Aangezien rekwirante niet heeft aangetoond dat het Gerecht het recht verkeerd heeft toegepast zodat de beoordeling door het Gerecht dat in casu geen sprake was van een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht, erdoor wordt ontkracht, en aangezien deze vaststelling op zich volstaat om de schadevordering van rekwirante af te wijzen, is het niet meer

44 — Zie onder meer arresten van 15 januari 1987, GAEC de la Ségaude/Raad en Commissie (253/84, Jurispr. blz. 123, punten 9 en 21), 9 september 1999, Lucaccioni/Commissie (C-257/98 P, Jurispr. blz. I-5251, punt 14), en Atlanta/Europese Gemeenschap, aangehaald in voetnoot 17, punt 65.

nodig om het derde middel te onderzoeken. *Onder deze omstandigheden* kan het dictum van het bestreden arrest er immers niet door worden aangetast. [45]

83. Thans zal ik dit derde middel derhalve eveneens onderzoeken, maar enkel voor het geval het Hof het tweede middel mocht aanvaarden of mocht besluiten het derde middel vóór het tweede te onderzoeken.

Argumenten van partijen

84. Volgens rekwirante heeft het Gerecht in casu ten onrechte de rechtspraak van het Hof toegepast dat de Gemeenschap slechts aansprakelijk kan worden gesteld voor schade die een voldoende rechtstreeks gevolg is van de onrechtmatige gedraging van de betrokken instelling. [46]

85. In de eerste plaats stelt rekwirante dat de gestelde schade voldoende rechtstreeks uit de Cement-beschikking voortvloeit omdat rekwirante, als de Commissie deze beschikking ten aanzien van haar niet had gegeven, zich niet in de situatie zou hebben bevonden dat zij beroep tot nietigverklaring moest instellen en bankgaranties moest stellen.

86. In de tweede plaats is volgens rekwirante door de beslissing om deze garanties te stellen in plaats van de opgelegde boete meteen te betalen, het causale verband niet verbroken. De beboete ondernemingen werden door het dictum van de Cement-beschikking en het ontbreken van schorsende werking van het beroep tot nietigverklaring gedwongen de Commissie zekerheid te bieden dat de boete zou worden betaald. Vanuit dit gezichtspunt is het niet toelaatbaar, aan de twee mogelijke vormen van zekerheid bieden aan de Commissie (het stellen van bankgaranties of het onmiddellijk betalen van de boete) verschillende rechtsgevolgen vast te knopen.

87. In de derde plaats onderstreept rekwirante dat het stellen van de bankgaranties strookte met de „schadebeperkingsplicht" die op haar als gelaedeerde rustte, en tot gevolg heeft gehad dat de schade die de Commissie anders had moeten vergoeden, beperkt is gebleven. Als zij het boetebedrag van de banken had moeten lenen, zou de debetrente die zij had moeten betalen en de Commissie

45 — Met andere woorden, het derde middel richt zich tegen een element dat ten overvloede in de motivering van het arrest van het Gerecht was opgenomen, en moet daarom waarom afgewezen wegens gebrek aan belang. Het dictum van het arrest berust op een ander element van de motivering, *dat door de grieven van rekwirante niet wordt getroffen.*

46 — Arrest van 4 oktober 1979, Dumortier e.a./Raad (64/76 en 113/76, 167/78 en 239/78, 27/79, 28/79 en 45/79, Jurispr. blz. 3091, punt 21).

haar uit hoofde van schadevergoeding had moeten vergoeden, volgens rekwirante hoger zijn geweest dan de commissie voor de bankgaranties, zelfs na aftrek van de creditrente die de Commissie over de boete zou hebben ontvangen. Het Gerecht heeft dus ten onrechte overwogen dat de gestelde schade niet voor vergoeding in aanmerking kwam, omdat de Commissie zodoende benadeeld zou worden door de verplichting bedragen terug te betalen waarover zij nooit had beschikt. Rekwirante benadrukt dat de schadevergoedingsplicht uit artikel 288, tweede alinea, EG er juist op ziet de instellingen aansprakelijk te stellen voor de schade die zij door het geven van onrechtmatige beschikkingen aan derden toebrengen.

88. De Commissie merkt echter op dat elk rechtstreeks causaal verband tussen haar gedraging en het ontstaan van de gestelde schade ontbreekt; deze berust enkel op de door rekwirante zelf genomen beslissing om bankgaranties te stellen in plaats van de boete voorlopig te betalen. Zij wijst er bovendien op dat de kosten van de bankgaranties ook zouden zijn ontstaan als het Gerecht het beroep van rekwirante tegen de Cement-beschikking zou hebben verworpen.

Analyse

89. Inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid uit artikel 288, tweede alinea, EG, hebben de gemeenschapsrechters voortdurend bevestigd dat de Gemeenschap slechts aansprakelijk kan zijn voor schade die een voldoende rechtstreeks gevolg is van de onrechtmatige gedraging van de betrokken instelling [47], of, met andere woorden, indien er een direct [48] (of rechtstreeks [49]) causaal verband bestaat tussen de fout en de schade. [50]

90. Rekwirante voert geen bezwaren aan tegen deze rechtspraak, waarnaar in het

47 — Arrest Hof Dumortier e.a./Raad, aangehaald in voetnoot 46, punt 21; arresten Gerecht van 11 juli 1996, International Procurement Services/Commissie (T-175/94, Jurispr. blz. II-729, punt 55); 25 juni 1997, Perillo/Commissie (T-7/96, Jurispr. blz. II-1061, punt 41), en 29 oktober 1998, TEAM/Commissie (T-13/96, Jurispr. blz. II-4073, punt 68).

48 — Arresten Hof van 30 januari 1992, Finsider e.a./Commissie (C-363/88 en C-364/88, Jurispr. blz. I-359, punten 28 en 50), met betrekking tot de niet-contractuele aansprakelijkheid van de EGKS; Bergaderm en Goupil/Commissie, aangehaald in voetnoot 26, punten 41 en 42, en beschikking van 12 april 2005, DLD Trading Company Import-Export/Raad (C-80/04 P, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 45); arresten Gerecht van 18 september 1995, Blackspur e.a./Raad en Commissie (T-168/94, Jurispr. blz. II-2627, punt 40), en 13 september 2006, CAS Succhi di Frutta/Commissie (T-226/01, Jurispr. blz. II-2763, punt 37).

49 — Arrest Finsider e.a./Commissie, aangehaald in voetnoot 48, punt 25.

50 — Ook voor het aannemen van niet-contractuele aansprakelijkheid van een lidstaat voor schade veroorzaakt door een schending van het gemeenschapsrecht die aan hem kan worden toegerekend, vereist de gemeenschapsrechtspraak een rechtstreeks causaal verband. Zie arresten van 5 maart 1996, Brasserie du Pêcheur en Factortame (C-46/93 en C-48/93, Jurispr. blz. I-1029, punten 51 en 65); 23 mei 1996, Hedley Lomas (C-5/94, Jurispr. blz. I-2553, punten 25 en 32), en 15 juni 1999, Rechberger e.a./Republiek Oostenrijk (C-140/97, Jurispr. blz. I-3499, punt 72).

bestreden arrest wordt verwezen en waarop rekwirante zelf zich uitdrukkelijk beroept. Zij verwijt het Gerecht echter dat het deze in casu verkeerd heeft toegepast.

91. In het eerste onderdeel van haar middel (zie punt 85 hierboven) stelt rekwirante dat het vereiste causale verband in casu bestaat op grond van het feit dat ABZK en Nordcement geen bankgaranties hadden hoeven stellen als de Commissie de Cement-beschikking ten aanzien van deze beide ondernemingen niet had gegeven. Welbeschouwd blijkt hier dat zij een andere causaliteitsleer voorstaat dan de leer die uit de rechtspraak van de gemeenschapsrechter kan worden afgeleid. Uit dat argument — dat ontvankelijk is, want het werpt immers een rechtsvraag op — komt immers naar voren dat het volgens rekwirante *voldoende* is dat de onrechtmatige gedraging een noodzakelijke voorwaarde (*conditio sine qua non*) vormt voor het ontstaan van de schade, in die zin dat de schade zonder deze gedraging niet zou zijn ontstaan.

92. Het is zonneklaar dat een zo ruime opvatting van het causale verband — die in het recht van niet-contractuele aansprakelijkheid van een klein aantal lidstaten een zekere weerklank vindt — niet wordt aangehangen door de rechtspraak van de gemeenschapsrechter inzake artikel 288, tweede alinea, EG. Daarin wordt de aansprakelijkheid van de Gemeenschap namelijk beperkt tot schade die een rechtstreeks, of zelfs *voldoende* rechtstreeks, gevolg is van de onrechtmatige gedraging van de betrokken instelling, zoals opgemerkt in punt 89 hierboven, waarbij met name wordt uitgesloten dat deze aansprakelijkheid zich uitstrekt tot schade die slechts een ver verwijderd gevolg is van die gedraging. [51]

93. Het eerste onderdeel van het onderhavige middel moet mijns inziens daarom worden afgewezen.

94. In het kader van datzelfde middel voert rekwirante echter ook andere argumenten aan (zie punten 86 en 87 hierboven), die niet noodzakelijkerwijs een enkel op de *conditio sine qua non-leer* gebaseerde opvatting van het causale verband veronderstellen en derhalve verenigbaar lijken met een beperkter begrip causaal verband. Met deze argumenten wil rekwirante aantonen dat haar beslissing om bankgaranties te stellen de (directe) causale keten tussen de Cement-beschikking

51 — Zie arrest Dumortier e.a./Raad, aangehaald in voetnoot 46, punt 21.

en de met deze garanties verbonden schade niet heeft doorbroken.

95. Het Gerecht heeft in casu geoordeeld dat een dergelijk verband ontbreekt, in wezen op grond van de overweging dat de ondernemingen „vrij [konden] beslissen" over de optie een bankgarantie te stellen in plaats van de boete onmiddellijk te betalen, en deze niet „als een dwingende verplichting uit het Cement-arrest voort[vloeide]". [52]

96. Uit dit oordeel spreekt de opvatting dat, wanneer de gestelde schade mede is veroorzaakt door een handeling van de gelaedeerde zelf, die heeft plaatsgevonden na de onrechtmatige gedraging van de instelling, de causale keten tussen deze gedraging en de schade wordt doorbroken indien die handeling geen *noodzakelijk* gevolg is van de gedraging van de instelling, maar een uitvloeisel van een eigen (niet-verplichte) keuze van de gelaedeerde. Een dergelijke keuze onderbreekt het verband tussen de gedraging van de instelling en de schade, zodat de schade nog slechts een indirect of verwijderd gevolg van de gedraging is.

97. In het tweede en het derde onderdeel van het onderhavige middel betoogt rekwirante in de eerste plaats dat de beslissing om de bankgaranties te stellen in dit geval geenszins op een vrije keuze berustte, zoals het Gerecht vaststelt, maar dat zij daartoe verplicht was. Daartoe merkt zij op dat zij door het stellen van de bankgaranties voldeed aan de verplichting om de Commissie zekerheid te bieden voor de betaling van de boete, maar ook aan een vermeende „schadebeperkingsverplichting" van de gelaedeerde.

98. In dat verband moet in de eerste plaats worden nagegaan of deze argumenten in hogere voorziening kunnen worden onderzocht of dat zij de vaststelling of de waardering van de feiten in het bestreden arrest opnieuw ter discussie stellen en derhalve niet-ontvankelijk zijn.

99. Met deze argumenten lijkt rekwirante niet de juistheid te bestrijden van de — mijns inziens zeer strikte — uitlegging door het Gerecht dat schade enkel een voldoende rechtstreeks gevolg van de gedraging van de instelling is als zij daarvan het noodzakelijk gevolg is. Rekwirante voert geen afwijkende causaliteitsleer aan, maar lijkt enkel te bestrijden dat het Gerecht de beslissing om de bankgarantie te stellen als een vrije en

52 — Bestreden arrest, punten 123 en 124.

niet-verplichte keuze van de tot de boete veroordeelde onderneming kon kwalificeren.

100. Moet deze kwalificatie worden gezien als het uitvloeisel van een *waardering van de feiten* door het Gerecht, en als zodanig niet vatbaar voor toetsing door het Hof, of eerder als een *juridische kwalificatie van de feiten*, die voor het Hof kan worden aangevochten?

101. Ik neig tot de opvatting dat het hier nog gaat om een juridische kwalificatie van de feiten, zij het als middel tot de toetsing of een concreet causaal verband bestaat, wat impliceert dat deze argumenten van rekwirante ontvankelijk zijn. Ik meen echter dat zij ongegrond zijn.

102. Enerzijds kan het stellen van een bankgarantie mijns inziens niet worden gezien als het voorwerp van een alternatieve verbintenis die op de beboete onderneming rust. Zoals het Gerecht terecht opmerkt, is de onderneming waaraan bij beschikking van de Commissie een boete is opgelegd, gehouden de boete binnen de in de beschikking gestelde termijn te voldoen, behoudens schorsing van de tenuitvoerlegging door het Gerecht. Het stellen van een bankgarantie is daarentegen slechts een optie die door de Commissie aan de beboete onderneming wordt geboden om de uitvoering van deze verbintenis tijdelijk, namelijk voor de duur van de toetsingsprocedure van de beschikking waarbij de boete is opgelegd, op te schorten.

103. De betaling van de boete en het stellen van een bankgarantie kunnen dus voor de onderhavige doelen niet op dezelfde voet worden gesteld. Dat zou namelijk in strijd zijn met de hiervóór in punt 96 beschreven uitleggingsmethode, die door de hier onderzochte argumenten van rekwirante niet ter discussie wordt gesteld en hier dus niet op haar juistheid hoeft te worden beoordeeld.

104. Hoewel het juist is dat de benadeelde zich, overeenkomstig een algemeen beginsel welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben, redelijke inspanningen moet getroosten om de omvang van de schade te beperken, of anders de schade zelf moet dragen [53], is het mijns inziens overdreven te stellen dat een onderneming waaraan ten onrechte een boete is opgelegd zelfs de plicht heeft een bankgarantie te stellen wanneer op

53 — Arresten van 19 mei 1992, Mulder e.a./Raad en Commissie (C-104/89 en C-37/90, Jurispr. blz. I-3061, punt 33); Brasserie du Pêcheur en Factortame, aangehaald in voetnoot 50, punt 85, en 16 maart 2000, Parlement/Bieber (C-284/98 P, Jurispr. blz. I-1527, punt 57).

voorhand duidelijk is dat de kosten daarvan lager zullen zijn dan de schadevergoeding die de Commissie zou moeten betalen.

105. Ik geef het Hof dan ook in overweging de argumenten die rekwirante heeft aangevoerd om aan te tonen dat, anders dan het Gerecht in het bestreden arrest oordeelde, de beslissing om de bankgaranties te stellen in casu een verplichting was en *als zodanig* de causale keten tussen de Cement-beschikking en de gestelde schade niet kon onderbreken, af te wijzen.

106. In het derde onderdeel van dit middel (zie punt 87 hierboven) kan niettemin een aanvullende grief worden gelezen, die niet is gegrond op de vermeende „schadebeperkingsverplichting" van de gelaedeerde, maar op de verlichting van de schadelijke gevolgen van de Cement-beschikking door het stellen van de bankgaranties. [54]

107. In aanmerking genomen moet worden dat deze grief het betoog wil weerleggen waarmee het Gerecht, in het deel van het bestreden arrest dat over de causaliteit gaat, heeft uitgesloten dat rekwirante zich met succes op ongerechtvaardigde verrijking kon beroepen om vergoeding van de kosten van de bankgarantie te vorderen. Dit betoog wordt in punt 130 van het bestreden arrest als volgt verwoord:

„Anderzijds dient [...] te worden vastgesteld dat [...] het feit dat de Commissie de kosten in verband met het stellen van een bankgarantie niet op zich neemt, niet tot een ongerechtvaardigde verrijking van de Gemeenschap leidt, omdat de kosten voor het stellen van die bankgarantie niet aan de Gemeenschap zijn betaald, maar aan een derde. De eerbiediging van het algemene beginsel volgens hetwelk ongerechtvaardigde verrijking verboden is, levert dus in geen geval een grond op voor een dergelijke terugbetaling. Integendeel, indien de Commissie de kosten van het stellen van een bankgarantie op zich moest nemen, zou de betrokken onderneming weer in de situatie kunnen komen te verkeren, waarin zij zich voor de vaststelling van de litigieuze beschikking bevond, doch zou de Commissie daarentegen worden benadeeld omdat zij aan die onderneming bedragen zou moeten vergoeden waarover zij niet heeft beschikt." [55]

54 — Zie verzoekschrift, punt 63, slot.

55 — Rekwirante had zich in punt 20 van het verzoekschrift waarbij het beroep bij het Gerecht aanhangig werd gemaakt, uitdrukkelijk beroepen op ongerechtvaardigde verrijking en de toepassing ervan door het Gerecht in het arrest van 10 oktober 2001, Corus UK/Commissie (T-171/99, Jurispr. blz. II-2967), ter staving van haar stelling dat de Commissie verplicht was de vertragingsrente over de onrechtmatig opgelegde en geïnde boete te betalen.

108. Ik moet benadrukken dat het verbod van ongerechtvaardigde verrijking, dat een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht is en ook ten aanzien van de Gemeenschap geldt [56], in deze procedure geen autonome grondslag kan vormen voor de vordering van rekwirante de Commissie te veroordelen tot vergoeding van de kosten van de bankgarantie. Zoals is opgemerkt in het bestreden arrest en ook blijkt uit het verzoekschrift, gaat het bij deze vordering om een schadevordering gegrond op de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap ex artikel 288, tweede alinea, EG. Het algemene beginsel dat ongerechtvaardigde verrijking verboden is, speelt in deze zaak een rol als uitleggingscriterium van de voorwaarde van een causaal verband, dat van belang is voor het ontstaan van deze aansprakelijkheid. Het Gerecht heeft het in het vorige punt aangehaalde dan ook zoals gezegd overwogen in het kader van het onderzoek van deze voorwaarde, die rekwirante voor het Hof bestrijdt in het kader van haar derde middel, dat eveneens betrekking heeft op deze voorwaarde.

109. De onderhavige grief van rekwirante is gericht tegen de analyse waarmee het Gerecht heeft uitgesloten dat zij zich met succes kon beroepen op het algemene beginsel dat ongerechtvaardigde verrijking verboden is. Mijns inziens strekt deze grief er in wezen toe aan te tonen dat de beslissing om de bankgaranties te stellen, ongeacht de vraag of zij vrijwillig dan wel verplicht was, *de omvang van de schade* als gevolg van de onrechtmatige gedraging van de Commissie *heeft beperkt* en daarom de causale keten tussen onrechtmatige gedraging en schade niet kan doorbreken, zonder dat het hierboven genoemde algemene beginsel wordt geschonden.

110. Deze grief, die eveneens een rechtsvraag opwerpt en dus ontvankelijk is in hogere voorziening, moet mijns inziens aandachtig worden onderzocht.

111. Rekwirante stelt met name dat ABZK en Nordcement door de bankgaranties te stellen in plaats van de boete te betalen, een banklening om de boete te kunnen betalen hebben weten te vermijden. Als zij echter een lening hadden afgesloten, had de Commissie de debetrente over deze lening uit hoofde van artikel 288, tweede alinea, EG moeten vergoeden, zij het dat de instelling in dat geval creditrente over de boetegelden had kunnen innen. Het verschil zou volgens rekwirante in elk geval groter zijn geweest dan de kosten van de bankgarantie.

56 — Arrest van 10 juli 1990, Griekenland/Commissie (C-259/87, Jurispr. blz. I-2845, summiere publicatie, punt 26). Zie ook arresten Gerecht Corus UK/Commissie, aangehaald in voetnoot 55, en 23 november 2004, Cantina sociale di Dolianova e.a./Commissie (T-166/98, Jurispr. blz. II-3991, punt 160).

112. Evenals rekwirante meen ik dat het Gerecht ten onrechte elke ongerechtvaardigde verrijking van de Gemeenschap heeft uitgesloten met de redenering dat deze bedragen niet aan de Gemeenschap maar aan derden (de banken) zijn betaald en dat vergoeding van deze bedragen door de Commissie deze laatste ongerechtvaardigd zou benadelen omdat zij bedragen zou moeten terugbetalen waarover zij niet heeft beschikt.

113. Door aldus te redeneren heeft het Gerecht miskend dat een persoon zich niet alleen kan „verrijken" wanneer zijn goederen toenemen, maar ook wanneer zijn verplichtingen (schulden) afnemen. Het Gerecht heeft zich ten onrechte geconcentreerd op het feit dat de Commissie geen betalingen had ontvangen, terwijl het mijns inziens de schulden (te vergoeden schade) in de overweging had moeten betrekken die de Gemeenschap zou hebben gehad als de ten onrechte opgelegde boete was betaald.

114. Als zou worden aangetoond dat de situatie van de financiële markten en die van de beboete ondernemingen zodanig was dat door het stellen van de bankgaranties is voorkomen dat schade ontstond (die niet werd gedekt door de enkele betaling van vertragingsrente over het boetebedrag [57] door de Commissie) die groter was dan de kosten van de bankgaranties, en bovendien dat de Gemeenschap voor deze schade aansprakelijk zou zijn geweest uit hoofde van haar ex-contractuele aansprakelijkheid ex artikel 288, tweede alinea, EG, zou rekwirante op grond van die bepaling recht hebben op vergoeding van deze kosten door de Gemeenschap.

115. De causale keten tussen de onrechtmatige gedraging en de schade kan onder bepaalde voorwaarden weliswaar worden doorbroken door een nalatige gedraging van de gelaedeerde die de geleden schade mede heeft veroorzaakt, maar dat geldt niet voor een handeling van deze persoon die voldoet aan de zorgvuldigheidseisen en waardoor de causale keten die met de onrechtmatige gedraging in gang is gezet, in dier voege is gewijzigd dat de schade uit de onrechtmatige gedraging anders en beperk-

57 — De Commissie is uit hoofde van artikel 233 EG gehouden ter uitvoering van een arrest waarbij een boete wegens schending van de mededingingsregels van het Verdrag nietig is verklaard of verlaagd, vertragingsrente te betalen en tevens de hoofdsom van de onverschuldigd betaalde boete terug te betalen. Zie in die zin arrest van 8 juli 2004, Corus UK/Commissie (T-48/00, Jurispr. blz. II-2325, punt 223), en beschikking van 4 mei 2005, Holcim (France)/Commissie (T-86/03, Jurispr. blz. II-1539, punt 30).

ter is dan zonder dit zorgvuldig handelen het geval zou zijn geweest. [58]

116. Met andere woorden, indien de gelaedeerde zorgvuldig heeft gehandeld en zodoende schade heeft voorkomen of de omvang ervan heeft beperkt, moet bij het onderzoek naar de ex-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap voor de kosten of andere nadelen die hij heeft geleden, worden getoetst of er een direct causaal verband bestaat tussen de onrechtmatige gedraging en de schade die is afgewend, en niet tussen de onrechtmatige gedraging en deze kosten of nadelen.

117. Ik wil daaraan toevoegen dat een recht op vergoeding van kosten of nadelen die de gelaedeerde heeft geleden doordat hij zich inspanningen heeft getroost om de schade af te wenden — althans binnen de grenzen van de afgewende schadevergoeding — zelfs bestaat ingeval deze kosten gelijk zijn aan of hoger zijn dan die vergoeding.

118. De kritiek van rekwirante op het betoog van het Gerecht dat ik in punt 107 hierboven heb weergegeven, lijkt mij dus gegrond.

119. Mocht het Hof derhalve, in weerwil van mijn voorstel, het tweede middel aanvaarden, dan zou mijns inziens ook het derde middel binnen de hierboven aangegeven grenzen moeten worden aanvaard.

De gegrondheid van de schadevordering

120. Krachtens artikel 61 van het Statuut van het Hof vernietigt het Hof de beslissing

58 — In dat verband lijkt het mij veelzeggend dat in twee van de bekendste moderne codificatiepogingen door aansprakelijkheidsjuristen van de beginselen van het Europese recht van civiele aansprakelijkheid (pogingen die zijn gebaseerd op een vergelijkend onderzoek van de nationale rechtsordes en bedoeld zijn om de theorievorming te stimuleren en de weg vrij te maken voor een eventuele toekomstige harmonisatie of eenwording van dit recht), namelijk die van de European Group on Tort Law (hierna: „EGTL") uit Wenen (http://www.egtl.org/) en die van de Study Group on a European Civil Code (hierna: „SGECC") uit Osnabrück (http://www.sgecc.net), een artikel voorkomt waarin is bepaald dat redelijke kosten ter voorkoming van dreigende schade of ter beperking van de omvang ervan, in aanmerking komen voor vergoeding. Zie artikel 2:104 van de Principles of European Tort Law, opgesteld door de EGTL (versie van mei 2005) en artikel 6:302 van de beginselen van het Europese recht van civiele aansprakelijkheid, opgesteld door de SGECC (versie van november 2006).

van het Gerecht indien de hogere voorziening gegrond is. Het kan dan zelf de zaak afdoen wanneer deze in staat van wijzen is, dan wel haar voor afdoening verwijzen naar het Gerecht.

121. In het licht van mijn conclusie bij het onderzoek van het tweede middel — die op zich volstaat om de vorderingen van rekwirante af te wijzen — zal ik mij beperken tot een enkele, simpele opmerking, voor het geval het Hof het tweede en het derde middel aanvaardt en deze bepaling toepast.

122. Rekwirante verzoekt het Hof de zaak zelf af te doen en de Commissie te veroordelen tot vergoeding van de kosten van de bankgarantie vermeerderd met vertragingsrente, maar zij heeft zowel in de procedure voor het Gerecht als in die voor het Hof verzuimd bewijsmiddelen voor te leggen voor haar stelling dat door het betalen van de boete in plaats van het stellen van de bankgaranties een te vergoeden schade zou zijn ontstaan die niet zou zijn gedekt door de betaling van vertragingsrente over het boetebedrag door de Commissie. Met name heeft zij noch voldoende omstandig gesteld noch bewezen dat ABZK en Nordcement een lening hadden moeten afsluiten om de opgelegde boete te betalen en hoe hoog de debetrente over die leningen zou zijn geweest.

123. Dat betekent echter niet dat de gronden van het bestreden arrest kunnen worden vervangen en vernietiging van het arrest op grond van het derde middel kan worden vermeden [59], maar het rechtvaardigt wel dat het Hof, in geval van vernietiging van het bestreden arrest, de zaak zelf afdoet en het beroep tot schadevergoeding van rekwirante verwerpt.

Kosten

124. Volgens artikel 122, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering beslist het Hof ten aanzien van de proceskosten wanneer de hogere voorziening ongegrond is. Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd.

59 — Volgens de gemeenschapsrechtspraak zijn de door het Gerecht begane dwalingen ten aanzien van het recht evenwel niet van dien aard, dat zij het betreden arrest ongeldig maken, als het dictum ervan op andere *rechts*gronden gerechtvaardigd voorkomt (zie in die zin arresten van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France (C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 47); Commissie/Camar en Tico, aangehaald in voetnoot 26, punt 57, en 30 september 2003, Biret International/Raad (C-93/02 P, Jurispr. blz. I-10497, punt 60). De opmerking die ik in de lopende tekst heb gemaakt, is van toepassing op de vaststelling van de feiten en de waardering van de betrokken bewijsmiddelen en niet op de juridische kwalificatie van de feiten die door het Gerecht zijn vastgesteld.

125. Aangezien ik het Hof in overweging geef de hogere voorziening af te wijzen en de Commissie heeft gevorderd dat rekwirante in de kosten wordt verwezen, zal rekwirante deze kosten moeten dragen.

Conclusie

126. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging te verklaren:

„De hogere voorziening wordt afgewezen.

Rekwirante wordt verwezen in de kosten."