CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL W. VAN GERVEN van 28 januari 1992 *

Inhoudsoverzicht

1. De heffingsregeling en de rechtspraak van het Hof ..... I - 3095

2. De verzoekers ..... I - 3099

3. De ontvankelijkheid van de ingestelde beroepen ..... I - 3100

4. Beoordeling van de aansprakelijkheid van de Gemeenschap ..... I - 3102

4.1. De door het Hof in verband met normatieve handelingen gehanteerde aansprakelijkheidsvoorwaarden ..... I - 3102

4.2. Aansprakelijkheid wegens de door het Hof vastgestelde ongeldigheid van verordening nr. 857/84 ..... I - 3105

4.2.1. Aansprakelijkheid ingevolge de in Mulder en Von Deetzen vastgestelde ongeldigheid I - 3105

i) Schending van een hogere rechtsregel gegeven ter bescherming van particulieren .. I - 3106

ii) De schending van het vertrouwensbeginsel is ernstig en niet verschoonbaar ..... I - 3106

iii) De uit de schending voortvloeiende nadelen treffen een beperkte en duidelijk afgebakende groep van producenten ..... I - 3110

iv) De ingeroepen schade gaat de grenzen te buiten van de economische risico's inherent aan de activiteiten in de melksector ..... I - 3112

4.2.2. (Geen) aansprakelijkheid ingevolge de in Spagl en Pastätter vastgestelde ongeldigheid ..... I - 3114

4.3. Het bestaan van schade en het oorzakelijk verband ..... I - 3115

5. De begroting van de schade ..... I - 3117

5.1. De voor de berekening van de schade in aanmerking te nemen periode en referentiehoeveelheid ..... I - 3118

5.1.1. De in aanmerking te nemen periode ..... I - 3118

5.1.2. De in aanmerking te nemen referentiehoeveelheid ..... I - 3118

i) De berekeningsgrondslag ..... I - 3119

ii) Het kortingspercentage ..... I - 3119

* Oorspronkelijke taal: Nederlands.

5.2. Begroting van de schade wegens gederfde winst ..... I - 3121

5.3. Verschuldigde intresten ..... I - 3123

5.3.1. Gerechtelijke intresten ..... I - 3123

5.3.2. Vergoedende intresten ..... I - 3124

Besluit ..... I - 3124

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Verzoekers in voorliggende gevoegde zaken zijn producenten die, overeenkomstig een op grond van verordening nr. 1078/77 van de Raad van 17 mei 1977 [1] aangegane verbintenis, geen melk of zuivelprodukten hebben geleverd gedurende het referentiejaar dat hun Lid-Staat heeft gekozen voor de toepassing van de bij verordeningen nrs. 856/84 [2] en 857/84 [3] van de Raad van 31 maart 1984 ingevoerde extra heffing (hierna „de heffingsregeling") en aan wie daarom geen referentiehoeveelheid, dat is een van heffing vrijgestelde hoeveelheid, op grond van artikel 2 van verordening nr. 857/84 werd toegekend. Krachtens de artikelen 178 en 215, tweede alinea, EEG-Verdrag vragen zij de Europese Economische Gemeenschap, vertegenwoordigd door de Raad en de Commissie, te veroordelen tot vergoeding van de schade die zij aldus beweren te hebben geleden en nog te zullen lijden.

1 — Verordening (EEG) nr. 1078/77 van de Raad van 17 mei 1977 tot invoering van een stelsel van premies voor het niet in de handel brengen van melk en zuivelprodukten en voor de omschakeling van het melkveebestand (PB 1977, L 131, blz. 1).

2 — Verordening (EEG) nr. 856/84 van de Raad van 31 maart 1984 tot wijziging van verordening (EEG) nr. 804/68 houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector melk en zuivelprodukten (PB 1984, L 90, blz. 10).

3 — Verordening (EEG) nr. 857/84 van de Raad van 31 maart 1984 houdende algemene voorschriften voor de toepassing van de in artikel 5 quater van verordening (EEG) nr. 804/68 bedoelde heffing in de sector melk en zuivelprodukten (PB 1984, L 90, blz. 13).

Voorliggende zaken zijn de eerste twee beroepen van een groot aantal — op dit ogenblik meer dan honderd — bij het Hof ingekomen beroepen met hetzelfde voorwerp. Het Hof heeft de procedure in de overige zaken geschorst tot bij de uitspraak in voorliggende zaken.

1. De heffingsregeling en de rechtspraak van het Hof

2. Het beroep van verzoekers ligt in het verlengde van de arresten die het Hof op 28 april 1988 in de zaken Mulder [4] en Von Deetzen [5] heeft gewezen in verband met de toepassing van verordening nr. 857/84 op producenten die gedurende het gekozen referentiejaar geen melk hebben geleverd ingevolge een door hen op grond van verordening nr. 1078/77 aangegane niet-leveringsverbintenis. De inmiddels ingetrokken verordening nr. 1078/77 voorzag in twee soorten premies: een niet-leveringspremie en een omschakelingspremie, waarvan alleen de eerste hier aan de orde staat. Deze niet-leveringspremie werd, op zijn verzoek, aan elke melkproducent toegekend die zich ertoe verbond om gedurende een periode van vijf jaar geen melk of zuivelprodukten afkomstig van zijn bedrijf tegen betaling of gratis te leveren. Kortheidshalve zal ik de

4 — Zaak 120/86, Jurispr. 1988, blz. 2321.

5 — Zaak 170/86, Jurispr. 1988, blz. 2355.

producenten die aan de regeling van verordening nr. 1078/77 hebben deelgenomen, hierna met de in Nederland gangbare term „Slom-deelnemers" aanduiden.

3. In Mulder heeft het Hof twee prejudiciele vragen van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven beantwoord. De eerste vraag ging erom te weten of de Lid-Staten, bij het vaststellen van de in artikel 2 van verordening nr. 857/84 bedoelde referentiehoeveelheid, rekening mochten houden met de bijzondere situatie van Slom-deelnemers. Het Hof heeft deze vraag aldus beantwoord dat de Lid-Staten enkel rekening mogen houden met de speciale situatie van Slom-deelnemers wanneer zij „in ieder individueel geval voldoen aan de in verordening nr. 857/84 voorziene bijzondere voorwaarden en de Lid-Staten daarvoor referentiehoeveelheden ter beschikking staan."

De tweede vraag in Mulder, die ook in Von Deetzen aan bod kwam, strekte ertoe te weten of verordening nr. 857/84, gegeven die interpretatie, dan wel geldig was. De gedachtengang die het Hof bij het beantwoorden van deze vraag heeft gevolgd, geef ik hierna volledig weer (r. o. 23 tot 28 van Mulder en r. o. 12 tot 17 van Von Deetzen):

„Zoals de Commissie en de Nederlandse regering terecht hebben opgemerkt, mag een ondernemer die zijn produktie gedurende een zekere tijd vrijwillig heeft gestaakt, niet verwachten dat hij die produktie op dezelfde voorwaarden als voorheen zal kunnen hervatten, of dat eventueel in tussentijd vastgestelde markt- of structuurpolitieke regels voor hem niet zullen gelden.

Dit neemt niet weg, dat een ondernemer die, zoals in casu, door een gemeenschapshandeling is aangemoedigd om in het algemeen belang en tegen betaling van een premie gedurende een beperkte periode geen melk in de handel te brengen, gerechtigd is te verwachten, dat hij na afloop van zijn verbintenis niet gesteld zal worden voor beperkingen die hem in het bijzonder treffen juist omdat hij gebruik heeft gemaakt van door die gemeenschapsregeling geboden mogelijkheden.

De regeling inzake de extra heffing op melk brengt dergelijke beperkingen mee voor producenten die ter uitvoering van een op grond van verordening nr. 1078/77 aangegane verbintenis gedurende het referentiejaar geen melk hebben geleverd. Zoals bij de beantwoording van de eerste vraag is uiteengezet, kunnen deze producenten immers juist als gevolg van die verbintenis buiten de toewijzing van referentiehoeveelheden uit hoofde van de nieuwe regeling vallen, indien zij niet aan de in verordening nr. 857/84 neergelegde bijzondere voorwaarden voldoen of de Lid-Staten niet meer over referentiehoeveelheden beschikken.

Anders dan de Commissie beweert, was een zo volledige en duurzame uitsluiting voor de gehele geldingduur van de extra-heffingsregeling, waardoor het de betrokken producenten werd belet het in de handel brengen van melk na de periode van vijf jaar te hervatten, voor deze producenten niet voorzienbaar op het moment waarop zij zich ertoe verbonden tijdelijk geen melk

meer te leveren. Noch uit de bepalingen, noch uit de considerans van verordening nr. 1078/77 blijkt immers, dat de overeenkomstig deze verordening aangegane verbintenis om geen melk in de handel te brengen, ertoe kon leiden dat deze activiteit na afloop van de verbintenis niet zou kunnen worden hervat. Een dergelijk gevolg maakt dan ook inbreuk op het gewettigd vertrouwen van die producenten in de tijdelijkheid van de gevolgen van de regeling waaraan zij zich onderwierpen.

Hieruit volgt, dat de regeling inzake de extra heffing op melk in strijd met het vertrouwensbeginsel is vastgesteld. Nu zij om deze reden ongeldig moet worden verklaard, behoeft niet te worden ingegaan op de overige in de loop van de procedure tegen de geldigheid ervan aangevoerde argumenten.

Mitsdien moet op de tweede vraag worden geantwoord, dat verordening nr. 857/84 van de Raad van 31 maart 1984, zoals aangevuld bij verordening nr. 1371/84 van de Commissie van 16 mei 1984, ongeldig is, voor zover zij niet voorziet in toekenning van een referentiehoeveelheid aan producenten die, ter uitvoering van een op grond van verordening nr. 1078/77 van de Raad van 17 mei 1977 aangegane verbintenis, gedurende het door de betrokken Lid-Staat gekozen referentiejaar geen melk hebben geleverd".

4. Bijna één jaar na Mulder en Von Deetzen heeft de Raad bij verordening nr. 764/89[6] een artikel 3 bis aan verordening nr. 857/84 toegevoegd dat Slom-deelnemers in staat stelt een voorlopige specifieke referentiehoeveelheid te bekomen. De toewijzing van die hoeveelheid is aan bepaalde voorwaarden onderworpen ten einde, aldus de tweede considerans van verordening nr. 764/89, zeker te stellen dat de betrokken producenten:

„het voornemen en de mogelijkheden hebben om de melkproduktie te hervatten en zij niet in staat zijn de toewijzing van een referentiehoeveelheid te verkrijgen uit hoofde van artikel 2 van verordening (EEG) nr. 857/84".

De voorlopige specifieke referentiehoeveelheid is gelijk aan 60% van de hoeveelheid melk die de betrokken producent heeft geleverd tijdens de twaalf kalendermaanden voorafgaand aan de maand van indiening van de aanvraag van niet-leveringspremie. Deze referentiehoeveelheid wordt de producent definitief toegewezen indien hij binnen de twee jaar, te rekenen vanaf 29 maart 1989, kan bewijzen dat hij de leveringen[7] heeft hervat en die leveringen tijdens de laatste twaalf maanden een niveau van 80% of meer van de voorlopige referentiehoeveelheid hebben bereikt. Wordt het bedrijf vóór 1 april 1992 verkocht of verpacht, dan gaat de specifieke referentiehoeveelheid terug naar de communautaire reserve.

5. Om de toekenning van de in artikel 3 bis voorziene specifieke referentiehoeveelheden mogelijk te maken, is de Raad als volgt te werk gegaan. Met het oog op de nagestreefde produktiebeheersing heeft hij eerst de voor elke Lid-Staat gegarandeerde totale

6 — Verordening (EEG) nr. 764/89 van de Raad van 20 maart 1989 tot wijziging van verordening (EEG) nr. 857/84 houdende algemene voorschriften voor de toepassing van de in artikel 5 quater van verordening (EEG) nr. 804/68 bedoelde heffing in de sector melk en zuivelprodukten (PB 1989, L 84, blz. 2).

7 — Aangezien geen van verzoekers zijn voormalige melkproduktie rechtstreeks verkocht, maak ik kortheidshalve geen gewag van de bepalingen van de heffingsregeling in verband met de rechtstreekse verkoop.

hoeveelheid verminderd.[8] De weerslag van die vermindering op de individuele referentiehoeveelheden van de producenten heeft hij gecompenseerd door het door verordening nr. 775/87[9] ingestelde schorsingspercentage van 5,5% naar 4,5% te verlagen.[10] Bij verordening nr. 3881/89[11] heeft de Raad vervolgens de in artikel 5 quater, lid 4, van verordening nr. 804/68[12] bedoelde communautaire reserve verhoogd en voor 1989/1990 meer bepaaldelijk op 2 082 887,750 ton vastgesteld (voor de periode 1988/1989 bedroeg die reserve 443 000 ton)[13], waarvan 600 000 ton was bestemd voor de toewijzing door de Lid-Staten van de in artikel 3 bis voorziene specifieke referentiehoeveelheden.[14]

6. In de op 11 december 1990 gewezen arresten in zaken Spagl[15] en Pastätter[16] heeft het Hof de vraag beantwoord of de in artikel 3 bis, lid 2, van verordening nr. 857/84 voorziene 60%-regel wel geldig is. Enerzijds erkende het Hof dat de gemeenschapswetgever op het door de betrokken producenten geleverde melkvolume een kortingspercentage mag toepassen om te voorkomen dat deze producenten zouden worden bevoordeeld ten opzichte van producenten die gedurende het referentiejaar wel melk hebben geleverd. Anderzijds oordeelde het Hof dat dit kortingspercentage, vergeleken met de percentages waarmee de referentiehoeveelheid van de voornoemde producenten werd verminderd — percentages die in geen geval meer dan 17,5% bedroegen — niet zo hoog mag zijn dat het de Slom-deelnemers in het bijzonder treft juist omwille van hun niet-leveringsverbintenis. Een kortingspercentage van 40% vond het Hof te hoog en in strijd met het vertrouwensbeginsel. Artikel 3 bis, lid 2, van verordening nr. 857/84 werd om die reden ongeldig verklaard.[17]

7. Bij verordening nr. 1639/91 van 13 juni 1991[18] heeft de Raad het door het Hof ongeldig verklaarde artikel 3 bis, lid 2, gewijzigd en de eerste alinea als volgt vastgesteld:

„De specifieke referentiehoeveelheid wordt door de Lid-Staat op grond van objectieve criteria vastgesteld en de hoeveelheid waarvoor het recht op de premie uit hoofde van verordening (EEG) nr. 1078/77 is behouden of verkregen, wordt verminderd met een percentage dat representatief is voor alle verminderingen toegepast op de referentiehoeveelheden die zijn vastgesteld overeenkomstig artikel 2, waarbij dan in ieder geval

8 — Verordening (EEG) nr. 3879/89 van de Raad van 11 december 1989 tot wijziging van verordening (EEG) nr. 804/68 houdende een gemeenschappelijke ordening in de sector melk en zuivelprodukten (PB 1989, L 378, blz. 1).

9 — Verordening (EEG) nr. 775/87 van de Raad van 16 maart 1987 betreffende de tijdelijke schorsing van een deel van de referentiehoeveelheden bedoeld in artikel 5 quater, lid 1, van verordening (EEG) nr. 804/68 houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector melk en zuivelprodukten (PB 1987, L 78, blz. 5).

10 — Verordening (EEG) nr. 3882/89 van de Raad van 11 december 1989 tot wijziging van verordening (EEG) nr. 775/87 betreffende de tijdelijke schorsing van een deel van de referentiehoeveelheden bedoeld in artikel 5 quater, lid 1, van verordening (EEG) nr. 804/68 houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector melk en zuivelprodukten (PB 1989, L 378, blz. 6).

11 — Verordening (EEG) nr. 3881/89 van de Raad van 11 december 1989 tot vaststelling, voor de periode van 1 april 1989 tot en met 31 maart 1990, van de communautaire reserve voor de toepassing van de in artikel 5 quater van verordening (EEG) nr. 804/68 bedoelde heffing in de sector melk en zuivelprodukten (PB 1989, L 378, blz. 5).

12 — Verordening (EEG) nr. 804/68 van de Raad van 27 juni 1968 houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector melk en zuivelprodukten (PB 1968, L 148, blz. 13).

13 — Voor de periode 1990/1991 en 1991/1992, zie respectievelijk verordening (EEG) nr. 1184/90 van de Raad van 7 mei 1990 (PB 1990, L 119, blz. 30) en verordening (EEG) nr. 1636/91 van de Raad van 13 juni 1991 (PB 1991, L 150, blz. 29).

14 — Het saldo van de verhoging van de communautaire reserve (1 039 885,740 ton) was bestemd voor de producenten bedoeld in artikel 3 ter van verordening nr. 857/84, ingevoegd bij verordening nr. 3880/89 van de Raad van 11 december 1989 (PB 1989, L 378, blz. 3).

15 — Zaak C-189/89, Jurispr. 1990, blz. I-4539.

16 — Zaak C-217/89, Jurispr. 1990, blz. I-4585.

17 — In het op 22 oktober 1991 gewezen arrest in zaak C-44/89, Von Deetzen (hierna Von Deetzen II) (Jurispr. 1991, blz. I-5119), heeft het Hof, met verwijzing naar de uitspraak in Spagl en Pastätter, de ongeldigheid van artikel 3 bis, lid 2, van verordening nr. 857/84 andermaal vastgesteld.

18 — Verordening (EEG) nr. 1639/91 van de Raad van 13 juni 1991 tot wijziging van verordening (EEG) nr. 857/84 houdende algemene voorschriften voor de toepassing van de in artikel 5 quater van verordening (EEG) nr. 804/68 bedoelde heffing in de sector melk en zuivelprodukten (PB 1991, L 150, blz. 35).

een basisvermindering met 4,5% is inbegrepen, of overeenkomstig artikel 6."

In de tweede considerans van deze verordening preciseert de Raad dat, voor de toewijzing van nieuwe specifieke referentiehoeveelheden geen verdere verhoging van de communautaire reserve kan overwogen worden omdat anders het evenwicht van de zuivelmarkt in gevaar zou komen. De Raad voegt eraan toe:

„dat derhalve, om nieuwe specifieke referentiehoeveelheden te kunnen toewijzen aan de producenten die een verbintenis tot niet-levering of omschakeling hebben aangegaan, de referentiehoeveelheden van de andere producenten verlaagd moeten kunnen worden, zoals het Hof van Justitie heeft gesuggereerd; dat de nationale reserves derhalve moeten worden verhoogd en dat de artikelen 3 en 5 van verordening (EEG) nr. 857/84 daartoe moeten worden gewijzigd."

2. De verzoekers

8. Verzoekers in zaak C-104/89, de heren Mulder, Brinkhoff, Muskens en Twijnstra, zijn in Nederland wonende melkveehouders die een vijfjarige niet-leveringsverbintenis zijn aangegaan. De premie die zij daarvoor ontvingen werd berekend op grond van respectievelijk de volgende produktiehoeveelheden: 463 566 kg, 296 507 kg, 300 340 kg en 591 905 kg. Geen van verzoekers heeft melk geleverd gedurende het door Nederland gekozen referentiejaar 1983. De niet-leveringsverbintenis van Mulder verstreek op 30 september 1984, die van Brinkhoff op 4 mei 1984, die van Muskens op 21 november 1984 en die van Twijnstra op 9 april 1985. Vóór het verstrijken van hun verbintenis hebben zij bij het bevoegde Nederlandse orgaan een referentiehoeveelheid aangevraagd. Deze aanvragen werden afgewezen. Zij hebben vervolgens beroep ingesteld bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven. In het kader van de door Mulder ingestelde procedure heeft dit College een aantal prejudiciële vragen gesteld, die het Hof in zijn arrest van 28 april 1988 heeft beantwoord. Gelet op die uitspraak heeft het College op 30 november 1988 de beslissing van de Nederlandse overheid tot weigering van een referentiehoeveelheid vernietigd. Het verzoek van Mulder om toekenning van een schadevergoeding werd evenwel afgewezen omdat:

„de beschikkinggever niet de vrijheid had in de beschikking, in afwijking van het bepaalde bij verordening 857/84, een specifieke voorziening voor producenten als verzoeker op te nemen. Die vrijheid kwam wel toe aan de Raad van de Europese Gemeenschappen bij het vaststellen van die verordening. Uit het arrest volgt, dat er voor de Raad zelfs een rechtsplicht bestond om zo een voorziening te treffen. Aangezien het bestreden besluit derhalve is genomen binnen de door de communautaire wetgeving gestelde grenzen van de beschikking en verweerder, zoals hiervoor is overwogen, niet bevoegd was buiten die grenzen te treden, kan geen verplichting van verweerder worden aangenomen door verzoeker geleden schade te vergoeden."

Bij uitspraken van 10 mei 1989 heeft het College van Beroep voor het Bedrijfsleven eenzelfde beslissing genomen ten aanzien van het door Brinkhoff, Muskens en Twijnstra ingestelde beroep tot nietigverklaring van de weigering van referentiehoeveelheid.

Na de arresten van het Hof in de zaken Mulder en Von Deetzen — maar nog vóór verordening nr. 764/89 werd uitgevaardigd — hebben Mulder (op 10 juli 1988), Brinkhoff (op 3 februari 1989) en Twijnstra (op 1 mei 1988) de melkproduktie hervat. Pas in augustus 1989 werd hen, op grond van de Nederlandse regeling genomen in uitvoering van het inmiddels uitgevaardigde artikel 3 bis, van verordening nr. 857/84, een voorlopige specifieke referentiehoeveelheid toegekend ter hoogte van respectievelijk 278 140 kg, 176 481 kg en 245 653 kg. Muskens heeft de produktie daarentegen pas in de loop van de winter van 1989 hervat nadat hem, eind juli 1989, een voorlopige specifieke referentiehoeveelheid ter hoogte van 180 204 kg was toegekend.

9. Verzoeker in zaak C-37/90, de heer Heinemann, is een in Duitsland wonende melkveehouder die eveneens een niet-leveringsverbintenis in het kader van verordening nr. 1078/77 is aangegaan. Zijn premie werd berekend op grond van een produktiehoeveelheid van 39 102 kg. Overeenkomstig de aangegane verbintenis heeft hij geen melk geleverd gedurende het door Duitsland gekozen referentiejaar 1983. De niet-leveringsverbintenis van Heinemann verstreek op 20 november 1984.

Vóór het verstrijken van de verbintenis heeft Heinemann aan de Landwirtschaftskammer van Hannover een attest gevraagd op grond waarvan hij van een melkfabriek een individuele referentiehoeveelheid zou hebben kunnen krijgen. De Landwirtschaftskammer weigerde hem dat attest, weigering die Heinemann voor het Verwaltungsgericht van Hannover heeft aangevochten. Nadat de Landwirtschaftskammer hem, op grond van de Duitse regeling genomen in uitvoering van het inmiddels uitgevaardigde artikel 3 bis, in juli 1989 toch een attest had afgeleverd waardoor hij een voorlopige specifieke referentiehoeveelheid overeenkomstig de 60%-regel kon bekomen, had deze procedure geen voorwerp meer.

In december 1985 had Heinemann zich bovendien tot het Hauptzollamt Hannover gericht met het verzoek hem een referentiehoeveelheid van ambtswege toe te kennen, hetgeen hem geweigerd werd. Tegen deze weigering stelde Heinemann beroep in bij het Finanzgericht van Hannover. Aangezien hem inmiddels op grond van de 60%-regel een voorlopige specifieke referentiehoeveelheid van 22 023 kg werd toegekend, kan deze procedure alleen nog betrekking hebben op de weigering een referentiehoeveelheid toe te kennen ter hoogte van 100%.

In augustus 1989 heeft de heer Heinemann de melkleveringen hervat.

3. De ontvankelijkheid van de ingestelde beroepen

10. Raad en Commissie betwisten de ontvankelijkheid van de bij het Hof ingestelde beroepen. Met verwijzing naar de uitspraak van het Hof in zaak Krohn[19] voeren zij aan, dat een vordering inzake niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap slechts ontvankelijk is indien het bezwarende besluit aan een gemeenschapsinstelling kan worden toegeschreven. In de onderhavige gevallen zou de weigering tot toekenning van een referentiehoeveelheid evenwel aan de betrokken nationale instanties moeten worden toegerekend, aangezien de artikelen 3, 4 en 4 bis van verordening nr. 857/84 aan de nationale instanties de mogelijkheid bieden om specifieke of extra

19 — Arrest van 26 februari 1986 (zaak 175/84, Krohn, Jurispr. 1986, blz. 753).

referentiehoeveelheden aan producenten als verzoekers toe te wijzen.

11. Met verzoekers ben ik het eens dat deze exceptie van niet-ontvankelijkheid moet worden verworpen. In het voornoemde arrest Krohn (r. o. 18 en 19) heeft het Hof immers verklaard:

„Opmerking verdient, dat ingevolge artikel 178 juncto artikel 215, tweede alinea, EEG-Verdrag het Hof slechts bevoegd is met betrekking tot vergoeding van schade die is veroorzaakt door de gemeenschapsinstellingen of door ambtenaren van de instellingen in de uitoefening van hun functie, dat wil zeggen de schade die kan leiden tot niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap. Voor schade echter die door nationale instanties is veroorzaakt, kunnen slechts deze instanties aansprakelijk zijn en is enkel de nationale rechter bevoegd om voor vergoeding ervan te zorgen.

Wanneer, zoals in het onderhavige geval, het bezwarende besluit is genomen door een nationale instantie, die daarbij handelde ter uitvoering van een gemeenschapsregeling, moet ter beoordeling van de bevoegdheid van het Hof worden onderzocht, of de gestelde onwettigheid waarop het beroep tot schadevergoeding is gebaseerd, inderdaad aan een gemeenschapsinstelling en niet aan de nationale instantie moet worden toegeschreven."

Op grond van deze redenering kwam het Hof in die zaak tot de conclusie dat de Commissie en niet de nationale overheid verantwoordelijk was voor de vastgestelde ongeldigheid omdat laatstgenoemde overheid zich moest houden aan de instructies van de Commissie (r. o. 23).[20] Welnu, ook in voorliggende zaken dient te worden aangenomen, zoals hierna wordt aangetoond, dat de bezwarende handelingen aan de gemeenschapsinstellingen moeten worden toegeschreven.

12. Tot staving van hun beroep tot schadevergoeding tegen de gemeenschapsinstellingen steunen verzoekers zich op de eerste plaats op de door het Hof in Mulder en Von Deetzen vastgestelde ongeldigheid van verordening nr. 857/84. Volgens het Hof vloeide deze ongeldigheid hieruit voort dat de verordening, door niet te voorzien in de toekenning van een referentiehoeveelheid aan Slom-deelnemers, het gewettigd vertrouwen van deze categorie producenten in de tijdelijkheid van de gevolgen van de door hen aangegane niet-leveringsverbintenis had geschonden. Zoals het Hof in Von Deetzen II (in r. o. 21) heeft verklaard mochten de Slom-deelnemers verwachten:

„dat zij de melklevering na afloop van hun periode van niet-levering of omschakeling zouden kunnen hervatten en dat zij, wat de voorwaarden betreft waaronder zij deze activiteiten zouden kunnen uitoefenen, niet zouden worden gediscrimineerd ten opzichte van de overige melkproducenten, doch zij mochten niet verwachten dat een gemeenschappelijke marktordening hun een commercieel voordeel zou toekennen, dat geen uitvloeisel van hun bedrijfsactiviteit is".

Uit deze rechtspraak kan worden afgeleid (aldus ook het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, hiervoor nr. 8) dat de ver-

20 — In het arrest van 7 juli 1987 (gevoegde zaken 89/86 en 91/86, Étoile Commerciale en CNTA, Jurispr. 1987, blz. 3005), waarin het Hof uitging van dezelfde overwegingen (r. o. 17 en 18) als de hiervoor geciteerde, kwam het integendeel tot het besluit dat de nationale instantie verantwoordelijkheid droeg omdat het handelen van de Commissie in dat geval niet aan de gestelde schade ten grondslag lag (r. o. 19).

plichting om het vertrouwensbeginsel te eerbiedigen op de communautaire wetgever rust en dat hij op grond daarvan verplicht was aan de Slom-deelnemers een zodanig *recht* op referentiehoeveelheid toe te kennen, dat zij, vergeleken met de in artikel 2 van verordening nr. 857/84 bedoelde melkproducenten, niet werden benadeeld juist omwille van hun niet-leveringsverbintenis. Indien de communautaire wetgever deze verplichting correct zou zijn nagekomen en de Slom-deelnemers een recht op referentiehoeveelheid zou hebben toegekend, hadden de bevoegde overheden in Nederland en Duitsland geen referentiehoeveelheid aan verzoekers kunnen weigeren. Die weigering moet bijgevolg aan de gemeenschapswetgever en niet aan de nationale instanties worden toegeschreven.

Het argument dat de instellingen aan de artikelen 3, 4 en 4 bis van verordening nr. 857/84 ontlenen is ongegrond omdat die bepalingen aan de Lid-Staten alleen de *mogelijkheid* bieden specifieke of extra referentiehoeveelheden aan bepaalde categorieën producenten toe te kennen. Bovendien kunnen zij dat alleen voor zover de in die bepalingen voorziene bijzondere voorwaarden zijn vervuld — wat niet voor alle Slom-deelnemers het geval is — en de Lid-Staten daarvoor referentiehoeveelheden ter beschikking staan.

De exceptie van niet-ontvankelijkheid kan bijgevolg niet worden aanvaard.

13. De instellingen hebben zich ook nog op andere gronden van niet-ontvankelijkheid beroepen. Zo betogen de Raad en de Commissie in hun verweerschriften in zaak C-104/89 dat het verzoekschrift niet voldoet aan de bij artikel 38 van het reglement voor de procesvoering gestelde eisen. Het zou namelijk niet de feitelijke gronden bevatten die voor een vordering wegens niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap noodzakelijk zijn. In hun dupliek hebben de instellingen dit middel terecht laten vallen.

De Commissie heeft evenwel, in verband met artikel 38 van het procesreglement, één grond van niet-ontvankelijkheid gehandhaafd, meer bepaaldelijk wat betreft de schade die verzoeker in zaak C-37/90 vanaf 1989 zou hebben geleden en wat betreft de toekomstige schade die verzoekers in zaak C-104/89 zouden hebben ondergaan. Ik hoef op deze niet-ontvankelijkheidsgrond niet in te gaan, aangezien ik hierna (nrs. 34-36) tot de conclusie kom dat het beroep van verzoekers in elk geval moet worden afgewezen voor alle schade die zou zijn ontstaan na toekenning van een referentiehoeveelheid overeenkomstig de 60%-regel.

4. Beoordeling van de aansprakelijkheid van de Gemeenschap

4.1. *De door het Hof in verband met normatieve handelingen gehanteerde aansprakelijkheidsvoorwaarden*

14. Het is vaste rechtspraak van het Hof dat „voor aansprakelijkheid van de Gemeenschap uit hoofde van haar wetgevende functie (moet) zijn voldaan aan een aantal voorwaarden betreffende de onrechtmatigheid van de aan de instellingen verweten gedraging, de werkelijk geleden schade en een oorzakelijk verband tussen die gedraging en de gestelde schade".[21] De voorwaarden van

21 — Aldus onder meer het arrest van 8 december 1987, zaak 50/86, Grands Moulins de Paris, Jurispr. 1987, blz. 4833, r. o. 7.

oorzakelijk verband en werkelijkheid van de schade evenals de problemen die rijzen in verband met de begroting van de schade zal ik hierna bespreken (nrs. 37 tot en met 39 resp. 40 tot en met 53). Nu bespreek ik eerst de voorwaarde van onrechtmatigheid bij normatieve handelingen.

In dat verband volgt uit even vaststaande rechtspraak van het Hof dat, wanneer de gestelde schade, zoals ook hier, voortvloeit uit een normatieve handeling welke economische beleidskeuzen impliceert, de ongeldigheid van die handeling niet op zichzelf voldoende is om de Gemeenschap aansprakelijk te stellen. Ter zake van een dergelijke handeling kan de Gemeenschap slechts aansprakelijk worden gesteld wanneer er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van een ter bescherming van particulieren gegeven hogere rechtsregel, hetgeen „in een gemeenschapsrechtelijk kader, dat gekenmerkt wordt door de uitoefening van een — voor de uitvoering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid onontbeerlijk — ruime discretionaire bevoegdheid", betekent dat de Gemeenschap slechts aansprakelijk kan worden gesteld „in het uitzonderlijke geval dat de betrokken instelling de grenzen van haar bevoegdheden klaarblijkelijk ernstig heeft miskend". [22] [23]

15. Uit deze formulering blijkt mijns inziens — maar het verdient een duidelijke uitspraak [24] — dat de uitdrukking „klaarblijkelijk ernstige miskenning van bevoegdheden" een precisering is van de woorden „voldoende gekwalificeerde schending". [25] Zij wijst er meer bepaaldelijk op dat bij normatieve handelingen welke verricht worden op grond van een ruime beleidsbevoegdheid aan de overheid een zekere vergissingsmarge wordt gelaten. Alleen wanneer de vergissing van de overheid onverschoonbaar is [26], dat is wanneer zij die redelijkerwijze niet heeft kunnen begaan [27], ligt een klaarblijkelijk ernstige miskenning van bevoegdheden voor en derhalve een voldoende gekwalificeerde schending (van een hogere ter bescherming van particulieren gegeven rechtsregel).

16. In de rechtspraak van het Hof is aan het criterium „klaarblijkelijk ernstige miskenning van bevoegdheid" en dus ook aan het vereiste van „voldoende gekwalificeerde schending" nader inhoud gegeven. Uit die rechtspraak blijkt dat het criterium twee componenten bevat: enerzijds een component die verband houdt met de aard en de ernst van de schending, met andere woorden met de onrechtmatigheid; anderzijds een component die betrekking heeft op de aard van de erdoor teweeggebrachte schade. Meer bepaaldelijk in de op 4 oktober 1979 gewezen arresten in de Quellmehl- en maïs-

22 — Grands Moulins de Paris, r. o. 8. Zie ook het arrest van 18 april 1991, zaak C-63/89, Assurances du Crédit (Jurispr. 1991, blz. I-1799, r. o. 12) en het arrest van 27 juni 1991 van het Gerecht van eerste aanleg, zaak T-120/89, Stahlwerke Peine-Salzgitter, waar in r. o. 74 een uitgebreid overzicht wordt gegeven van de rechtspraak van het Hof ter zake.

23 — Deze rechtspraak blijft mijns inziens onverminderd gelden na het arrest van 17 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, Francovich en Bonifaci (Jurispr. 1991, blz. I-5357). Ook als men met advocaat-generaal Mischo in zijn conclusie in die zaken (zie in het bijzonder nr. 71) van oordeel is, dat aan de aansprakelijkheid van de Gemeenschap wegens normatieve handelingen dezelfde voorwaarden moeten worden gesteld als aan de aansprakelijkheid van de Lid-Staten op dat gebied, dan nog moet voor ogen worden gehouden dat het in Francovich en Bonifaci om een situatie ging waarin de betrokken Lid-Staat een door een richtlijn voorgeschreven welbepaald resultaat diende te verwezenlijken, zodat hem slechts een beperkte beoordelingsvrijheid toekwam. De hier besproken rechtspraak geldt daarentegen voor situaties waarin de (gemeenschaps)wetgever over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt.

24 — De rechtspraak van het Hof is immers niet eenduidig. Nu eens wordt de indruk gewekt door het gebruik van het woordje of dat het gaat over alternatieve criteria (zie bij voorbeeld het arrest van 30 mei 1989, zaak 20/88, Roquette frères, Jurispr. 1989, blz. 1553, r. o. 26). Dan weer worden zij verbonden door en en derhalve cumulatief gebruikt (zie het hiervoor geciteerde arrest Assurances du Crédit, r. o. 12).

25 — Zie ook Schockweiler, F.; met medewerking van Wivenes, G. en Godart, J. M.: Le régime de la responsabilité extracontractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne, Revue trimestrielle de droit européen, januari-maart 1990, blz. 27, op blz. 60.

26 — In Peine-Salzgitter (zie in het bijzonder r. o. 108) heeft het Gerecht van eerste aanleg het over een kennelijke en ernstige en dus onverschoonbare schending van de bevoegdheidsgrenzen van de Commissie.

27 — Zie ook mijn op 19 november 1991 genomen conclusie in gevoegde zaken C-363/88 en C-364/88, Finsider en Falck, Jurispr. 1991, blz. I-359, I-383, nr. 25.

grieszaken[28] heeft het Hof volgende omstandigheden ingeroepen om te besluiten dat de Raad, door een voor de uitoefening van het gemeenschappelijk landbouwbeleid onontbeerlijke, ruime discretionaire bevoegdheid te gebruiken, de grenzen van zijn bevoegdheden op kennelijke en ernstige wijze had miskend: i) het bijzondere gewicht van het door de verordening geschonden beginsel (in dat geval het gelijkheidsbeginsel) en derhalve de (objectieve) ernst van de schending; ii) het feit dat de miskenning van dit beginsel een beperkte, duidelijk afgebakende groep van ondernemingen trof; iii) de omstandigheid dat de door verzoekers gestelde schade de grenzen te buiten ging van de economische risico's die inherent zijn aan de ondernemersactiviteiten in de betrokken sector; iv) de vaststelling dat het betrokken beginsel zonder aannemelijke redenen doorbroken werd (hetgeen wijst op het onverschoonbaar karakter van de door de overheid begane vergissing: hiervoor, nr. 15).

Onder de omstandigheden die volgens deze rechtspraak wijzen op een klaarblijkelijk ernstige miskenning van de grenzen van een discretionaire bevoegdheid of, synoniem daarmee, op een voldoende gekwalificeerde schending van een hogere rechtsregel, worden dus *zowel* omstandigheden genoemd die betrekking hebben op het ernstig i) en niet te rechtvaardigen of onverschoonbaar iv) karakter van de schending, die dus meer in het bijzonder de onrechtmatigheid van de handeling betreffen, *als* omstandigheden die betrekking hebben op de groep van benadeelden ii) en het al of niet een gewoon risico overschrijdend karakter van het hun berokkende nadeel iii) en dus meer bepaaldelijk de door de handeling aangebrachte schade betreffen.

17. In verband met het onaannemelijk of onverschoonbaar karakter van de schending is in het arrest Sofrimport van 26 juni 1990[29] een voor onderhavige zaken belangrijke aanduiding te vinden. In die zaak ging het, net zoals hier, om verordeningen die door het Hof wegens schending van het vertrouwensbeginsel ongeldig werden verklaard en die aan de betrokken onderneming schade hadden berokkend omdat ze het haar onmogelijk hadden gemaakt een bepaalde handelsactiviteit (in dat geval de invoer van tafelappelen) te verrichten.

Zich uitsprekend over de vraag naar de aansprakelijkheid van de Gemeenschap stelde het Hof een schending vast van een hogere rechtsregel (r. o. 26), nam het aan dat die schending voldoende gekwalificeerd was (r.o. 27) en constateerde het dat de door de onderneming ingeroepen schade de grenzen overschreed van de economische risico's inherent aan de activiteiten in de betrokken sector (r. o. 28). Het Hof ging niet in op het vereiste dat door de schending een beperkte, duidelijk afgebakende groep van ondernemingen moet getroffen zijn, omdat — zo begrijp ik het — aan die voorwaarde duidelijk voldaan was. Voor de voorliggende zaken is vooral de manier interessant waarop het Hof (in r. o. 27) het bestaan van een voldoende gekwalificeerde schending heeft afgeleid uit het onaannemelijk karakter van de schending van de communautaire bepaling welke een rechtmatig vertrouwen wekte:

„dat de Commissie volstrekt [in het Frans: ‚complètement'] geen rekening heeft gehouden met de situatie van marktdeelnemers als Sofrimport zonder daarvoor doorslaggevende overwegingen verband houdend met

28 — Arresten in zaak 238/78, Ireks-Arkady (Jurispr. 1979, blz. 2955, r. o. 11), in gevoegde zaken 241/78, 242/78, 245/78-250/78, DGV (Jurispr. 1979, blz. 3017, r. o. 11), in gevoegde zaken 261/78 en 262/78, Interquell Stärke-Chemie (Jurispr. 1979, blz. 3045, r. o. 14), en in gevoegde zaken 64/76 en 113/76, 167/78 en 239/78, 27/79, 28/79 en 45/79, Dumortier frères (Jurispr. 1979, blz. 3091, r. o. 11).

29 — Zaak C-152/88, Sofrimport, Jurispr. 1990, blz. I-2477.

het algemeen belang [in het Frans: ‚sans faire état d'un intérêt public péremptoire'] aan te geven, en daardoor artikel 3, lid 3, van verordening nr. 2707/72 overduidelijk heeft geschonden".[30]

Volgens het Hof is aan het vereiste van een voldoende gekwalificeerde schending bijgevolg voldaan wanneer een instelling de bijzondere situatie van bepaalde marktdeelnemers volstrekt niet in aanmerking neemt *zonder* dat daarvoor doorslaggevende overwegingen van algemeen belang ter rechtvaardiging kunnen worden ingeroepen.[31]

18. Ook in verband met de aard van de schade past het vroegere rechtspraak van het Hof en met name het arrest HNL[32] in herinnering te brengen. In dat arrest stelde het Hof (in r. o. 6) dat:

„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".

Uit deze overweging trok het Hof in die zaak de conclusie dat de Gemeenschap niet aansprakelijk kon worden gesteld omdat de ongeldig verklaarde verordening, mede gelet op de matige invloed die er van uitging op de prijzen van dierenvoeder, niet kon geacht worden een schade te hebben toegebracht die de grenzen te buiten ging van het normale ondernemingsrisico in de betrokken sector. Als een schade die dat risico te buiten gaat en daarom voor vergoeding in aanmerking komt, verstaat het Hof meer bepaaldelijk, zo blijkt uit latere arresten, een schade welke *niet voorzienbaar* is. Zo heeft het Hof in het arrest Biovilac[33] (r. o. 29) verklaard dat „de voorzienbaarheid van de inherente risico's van de marktsituatie (...) vergoeding van het door (verzoekster) geleden concurrentienadeel (uitsluit)". Zo ook heeft het Hof in het voornoemde arrest Grands Moulins de Paris (r. o. 21) uit de vaststelling dat de „ontwikkeling in de gemeenschapswetgeving (...) voorzienbaar en verzoekster sedert lange tijd bekend (was)" afgeleid dat de gestelde schade „niet (kon) worden geacht de grenzen te buiten te gaan van de economische risico's welke aan de ondernemingsactiviteiten van verzoekster inherent zijn".

4.2. *Aansprakelijkheid wegens de door het Hof vastgestelde ongeldigheid van verordening nr. 857/84*

19. In het licht van de hiervoor besproken rechtspraak zal ik nu nagaan, eerst in verband met de in Mulder en Von Deetzen, dan in verband met de in Spagl en Pastätter vastgestelde ongeldigheid van verordening nr. 857/84, of er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van een ter bescherming van particulieren gegeven

30 — Zie ook het arrest van 14 mei 1975, 74/74, CNTA, Jurispr. 1975, blz. 533, waarin het Hof (in r. o. 44) heeft verklaard:
dat, waar de Commissie, onder afwezigheid van een beslissend algemeen belang [in het Frans: ‚un intérêt public péremptoire'], in verordening nr. 189/72 geen overgangsmaatregelen heeft opgenomen ter bescherming van het gerechtvaardigd vertrouwen dat de handelaar mocht hebben in de Gemeenschapsregeling, zij een hogere rechtsregel heeft geschonden waarvoor de Gemeenschap aansprakelijk is.

31 — Met verwijzing naar het arrest Amylum (5 december 1979, gevoegde zaken 116/77 en 124/77, Jurispr. 1979, blz. 3497, r. o. 19) beweren Raad en Commissie dat de Gemeenschap alleen aansprakelijk kan worden gesteld indien aan een gemeenschapsinstelling een aan willekeur grenzend gedrag kan worden verweten. Willekeurig handelen is ongetwijfeld een van de minst acceptabele maar daarom niet de enige manier waarop een overheid de grenzen van haar bevoegdheden klaarblijkelijk ernstig kan miskennen. Overigens, het niet rekening houden met de bijzondere situatie van marktdeelnemers (in casu Slom-deelnemers: infra, nrs. 22 tot en met 26) zonder dat daarvoor een doorslaggevende reden van algemeen belang kan worden aangewezen, komt neer op een willekeurige behandeling van die deelnemers.

32 — Arrest van 25 mei 1978 (gevoegde zaken 83/76 en 94/76, 4/77, 15/77 en 40/77, Bayerische HNL, Jurispr. 1978, blz. 1209).

33 — Arrest van 6 december 1984 (zaak 59/83, Jurispr. 1984, blz. 4057).

hogere rechtsregel. In overeenstemming met voornoemde rechtspraak zal ik daartoe vier punten in ogenschouw nemen, met name of:

i) er sprake is van schending van een ter bescherming van particulieren gegeven hogere rechtsregel;

ii) of die schending ernstig en onaannemelijk, dit is onverschoonbaar is;

iii) of het uit de schending voortvloeiende nadeel een beperkte, duidelijk afgebakende groep van producenten treft;

iv) of de aangevoerde schade de grenzen te buiten gaat van de economische risico's inherent aan de activiteiten in de melksector.

4.2.1. *Aansprakelijkheid ingevolge de in Mulder en Von Deetzen vastgestelde ongeldigheid*

i) Schending van een hogere rechtsregel gegeven ter bescherming van particulieren

20. In Mulder (r. o. 26) en Von Deetzen (r.o. 15) heeft het Hof verordening nr. 857/84 gedeeltelijk ongeldig verklaard omdat zij inbreuk maakte op het gewettigd vertrouwen dat de Slom-deelnemers mochten hebben, gelet op de bepalingen van verordening nr. 1078/77, in de tijdelijkheid van de gevolgen van de regeling waaraan zij zich onderwierpen. Het Hof heeft aldus vastgesteld dat de Raad een situatie heeft geschapen welke van aard is om bij particulieren vertrouwen op te wekken in een regeling welke hen bepaalde aanspraken verleent, en dat de Raad, door die aanspraken te schenden, in strijd heeft gehandeld met het vertrouwensbeginsel. Van dit beginsel heeft het Hof reeds in voornoemde arresten CNTA en Sofrimport aangenomen dat het, gelezen in samenhang met bepalingen van communautair recht waaraan particulieren aanspraken kunnen ontlenen, een hogere rechtsregel is gegeven ter bescherming van particulieren waarvan schending tot aansprakelijkheid van de Gemeenschap kan leiden. Dit wordt overigens door de instellingen niet betwist.

Voor zover nodig herinner ik er nog aan dat advocaat-generaal Slynn in zijn in Mulder genomen conclusie tot het besluit is gekomen dat verordening nr. 857/84 ook strijdig was met een andere ter bescherming van particulieren gegeven hogere rechtsregel, namelijk het discriminatieverbod. Het Hof heeft evenwel geoordeeld dat het op andere mogelijke ongeldigheidsgronden niet hoefde in te gaan, nu het reeds een schending van het vertrouwensbeginsel had vastgesteld. Uit de hiervoor (nr. 12) geciteerde overweging in Von Deetzen II blijkt echter dat verordening nr. 857/84 volgens het Hof wel degelijk strijdig was met het discriminatieverbod aangezien zij de Slom-deelnemers niet in de gelegenheid stelde de melkleveringen) te hervatten onder dergelijke voorwaarden dat zij „niet zouden worden gediscrimineerd ten opzichte van de overige melkproducenten".

ii) De schending van het vertrouwensbeginsel is ernstig en niet verschoonbaar

21. Raad en Commissie betogen dat de door het Hof in Mulder en Von Deetzen

vastgestelde ongeldigheid van verordening nr. 857/84 niet als een voldoende ernstige schending kan worden aangemerkt. Zij herinneren eraan dat verordening nr. 1078/77 tot stand kwam in een marktsituatie die gekenmerkt was door belangrijke en toenemende melkoverschotten. Zoals blijkt uit de eerste considerans van de verordening heeft de gemeenschapswetgever het in die omstandigheden dienstig geoordeeld de tendens tot beëindiging van de melkproduktie door middel van een premieregeling te ondersteunen. 90% van de Slom-deelnemers, waaronder verzoekers, hebben voor het systeem van de niet-leveringspremie geopteerd [34] en hebben zich ertoe verbonden gedurende vijf jaar geen melk of zuivelprodukten in de handel te brengen.

Raad en Commissie betogen verder dat de niet-leveringspremie erop gericht was aan voornamelijk zwakke ondernemingen de mogelijkheid te bieden de melkproduktie onder aanvaardbare voorwaarden *definitief* stop te zetten. In acht genomen de aard van de in de niet-leveringspremie geïnteresseerde personen — dit zijn voornamelijk oudere personen, personen zonder erfopvolger, personen met een fysieke handicap of personen met een economisch weinig of niet rendabel bedrijf — evenals het premiebedrag dat gevoelig lager lag dan de winst die een structureel gezonde onderneming normaliter met de melkproduktie kon bereiken, mochten de instellingen, zo stellen zij, er in 1984 bij het uitvaardigen van de heffingsregeling in alle redelijkheid van uitgaan, dat de producenten die een niet-leveringspremie hadden ontvangen, de melkproduktie na vijf jaar niet meer zouden willen hervatten.

Nog steeds volgens Raad en Commissie gaf de gemeenschapswetgever zich er rekenschap van dat niet alle producenten op grond van artikel 2 van verordening nr. 857/84 een referentiehoeveelheid zouden toegewezen krijgen. Juist daarom boden de artikelen 3, 4 en het bij verordening nr. 590/85 [35] ingevoegde artikel 4 bis de Lid-Staten de mogelijkheid om in bijzondere situaties een specifieke of extra referentiehoeveelheid toe te kennen. In het licht van de arresten Mulder en Von Deetzen accepteren Raad en Commissie het verwijt dat zij de Slom-deelnemers niet uitdrukkelijk hebben opgenomen als een categorie van producenten waaraan de Lid-Staten een specifieke referentiehoeveelheid konden toekennen. Gelet op de onwaarschijnlijkheid dat velen onder hen de produktie zouden hervatten en gelet op de aan de Lid-Staten gegeven mogelijkheid om producenten in bepaalde bijzondere situaties ter hulp te komen, zou het hier echter niet gaan om een nalatigheid of een vergetelheid die als een voldoende ernstige schending kan worden aangemerkt. Te meer, zo voegt de Raad hieraan toe, dat Slom-deelnemers nog steeds de mogelijkheid hadden via aankoop of huur van een bedrijf, of deel ervan, een referentiehoeveelheid te verwerven.

22. Ik ben het met deze zienswijze niet eens. Zoals blijkt uit de hiervoor (nr. 17) geciteerde overweging van het arrest So-

34 — De anderen opteerden voor de omschakelingspremie die in voorliggende zaken buiten beschouwing kan worden gelaten. Voor meer gegevens over de premieregeling, zie het speciaal verslag van de Rekenkamer over de uitvoering van de verordeningen (EEG) nrs. 1078/77 en 1041/78 tot invoering van een stelsel van premies voor het niet in de handel brengen van melk en zuivelprodukten en voor de omschakeling van het melkveebestand (PB 1983, C 278, blz. 1).

35 — Verordening (EEG) nr. 590/85 van de Raad van 26 februari 1985 tot wijziging van verordening (EEG) nr. 857/84 houdende algemene voorschriften voor de toepassing van de in artikel 5 quater van verordening (EEG) nr. 804/68 bedoelde heffing in de sector melk en zuivelprodukten (PB 1985, L 68, blz. 1).

frimport, is het volledig buiten beschouwing laten van de bijzondere situatie waarin marktdeelnemers zich bevinden zonder dat daarvoor een doorslaggevende reden van algemeen belang kan worden ingeroepen, een ernstige en niet-verschoonbare schending.

Dergelijke situatie lijkt mij ook hier voor te liggen: 1) de instellingen wisten of konden weten dat een niet onbelangrijk aantal Slom-deelnemers de produktie zouden hervatten en zich derhalve in een bijzondere situatie zouden bevinden; 2) zij hebben geen afdoende maatregelen getroffen om aan die bijzondere situatie tegemoet te komen; 3) zij kunnen ter rechtvaardiging daarvan geen doorslaggevende overwegingen van algemeen belang inroepen. Hierna licht ik elk van deze punten toe.

23. In de *eerste* plaats wisten de instellingen of konden zij weten dat een niet onbelangrijk aantal Slom-deelnemers na het verstrijken van hun niet-leveringsverbintenis de melkleveringen zouden willen hervatten. Al kan worden aangenomen dat, zoals de instellingen beweren, één van de doelen[36] van verordening nr. 1078/77 erin bestond een aantal producenten aan te moedigen hun melkproduktie voortijdig en *definitief* te beëindigen, dan wisten de instellingen of konden zij in elk geval weten dat het gekozen middel, namelijk de toekenning van een premie aan wie zich ertoe verbond *tijdelijk* geen melk of zuivelprodukten te leveren, niet geschikt was om dat doel in alle gevallen te bereiken.

24. In de *tweede* plaats zijn in verordening nr. 857/84 geen maatregelen voorzien om aan de bijzondere situatie van de Slom-deelnemers, waarvan de instellingen wisten of hoorden te weten dat zij zou ontstaan, met voldoende zekerheid tegemoet te komen. De mogelijkheid om via aankoop of huur van een bedrijf een referentiehoeveelheid te verwerven, komt helemaal niet aan de bijzondere situatie van de Slom-deelnemers tegemoet. Die mogelijkheid, die niet specifiek aan Slom-deelnemers is voorbehouden, vergt immers een onvoorziene financiële inspanning die niet kan worden verantwoord ten aanzien van producenten die aanspraak kunnen maken op een hervatting van de melkproduktie. Maar ook de artikelen 3, 4 en 4 bis van verordening nr. 857/84 zijn niet geschikt om de aanspraken van Slom-deelnemers te verzekeren, aangezien zij de Lid-Staten alleen de mogelijkheid bieden en geen verplichting opleggen om onder bepaalde voorwaarden een specifieke of extra referentiehoeveelheid toe te kennen. Bovendien zijn deze bepalingen niet of in het beste geval slechts gedeeltelijk in staat om Slom-deelnemers die de melkleveringen willen hervatten, ter hulp te komen:

— artikel 3, sub 1, eerste alinea, van verordening nr. 857/84 kan Slom-deelnemers alleen aan een specifieke referentiehoeveelheid helpen in zoverre zij gedurende de periode van hun niet-leveringsverbintenis, een *plan* voor de ontwikkeling van hun melkproduktie zouden hebben ingediend overeenkomstig richtlijn 72/159/EEG[37];

— op grond van artikel 3, sub 2, van verordening nr. 857/84 kan een specifieke referentiehoeveelheid alleen worden toe-

36 — Voor meer informatie over de doelen van verordening nr. 1078/77, zie het voornoemde verslag van de Rekenkamer nrs. 1.1.3. en 1.1.4.

37 — Richtlijn 72/159/EEG van de Raad van 17 april 1972 betreffende de modernisering van landbouwbedrijven (PB 1972, L 96, blz. 1).

gekend aan *jonge* landbouwers die zich na 31 december 1980 hebben gevestigd;

— artikel 4, lid 1, van verordening nr. 857/84 biedt Slom-deelnemers helemaal geen uitkomst aangezien die bepaling alleen voorziet in de toekenning van *extra* referentiehoeveelheden, en dus veronderstelt dat reeds een basis-referentiehoeveelheid op grond van andere bepalingen van de verordening werd toegekend;

— artikel 4 bis van verordening nr. 857/84 is evenmin geschikt om de betrokken Slom-deelnemers te helpen. Het laat de Lid-Staten toe *ongebruikte* referentiehoeveelheden te verdelen, wat slechts achteraf kan worden vastgesteld. Welnu, het kan van Slom-deelnemers redelijkerwijze niet worden verwacht dat zij de produktie zouden hervatten als zij niet op voorhand de referentiehoeveelheid kennen binnen dewelke zij zonder heffing melk kunnen leveren.

25. In hun verweer hebben de instellingen bijzondere aandacht besteed aan artikel 3, sub 1, tweede alinea, van verordening nr. 857/84. Deze bepaling laat de Lid-Staten toe een specifieke referentiehoeveelheid te geven aan producenten die ook zonder investeringsplan investeringen hebben gedaan. Zij is inderdaad ruim geformuleerd en laat de toekenning van een specifieke referentiehoeveelheid toe aan Slom-deelnemers die zoals verzoekers in melkvee hebben geïnvesteerd in het vooruitzicht van een hervatting van de melkproduktie. Toch meen ik dat de instellingen er niet mochten van uitgaan dat de Lid-Staten deze mogelijkheid (en weer geen verplichting) daadwerkelijk zouden benutten om de Slom-deelnemers in de gelegenheid te stellen de melkleveringen te hervatten.[38]

Krachtens artikel 5 van verordening nr. 857/84 mogen de Lid-Staten immers slechts specifieke of extra referentiehoeveelheden toekennen binnen de grenzen van de hun gegarandeerde totale hoeveelheid. Een Lid-Staat die een van de in de artikelen 3 en 4 van verordening nr. 857/84 voorziene mogelijkheden gebruikt, bij voorbeeld ten behoeve van Slom-deelnemers, moet dan ook — zoals voorgeschreven in artikel 2, lid 3, van de verordening — de referentiehoeveelheid aanpassen van de producenten die gedurende het referentiejaar wel melk hebben geleverd. Welnu, van de Lid-Staten kon mijns inziens niet worden verwacht dat zij aan laatstbedoelde producenten een dergelijke solidariteitsinspanning ten gunste van de Slom-deelnemers zouden opleggen, nu de gemeenschapswetgever zelf niet in een specifieke regeling voor Slom-deelnemers had voorzien. Is het in dat verband niet betekenisvol dat de Raad in 1989 — dat is na de arresten Mulder en Von Deetzen — zelf het initiatief genomen heeft om de communautaire reserve met 600 000 ton te verhogen ten einde de Lid-Staten de mogelijkheid te geven aan Slom-deelnemers een specifieke referentiehoeveelheid toe te kennen ter hoogte van 60% van hun voormalige produktie (hiervoor nr. 5) ? De Raad ging er klaarblijkelijk vanuit dat zonder een dergelijke verhoging, van de Lid-Staten niet kon worden verwacht dat zij, binnen de hun toegewezen gegarandeerde totale hoeveelheid, referentiehoeveelheden zouden vrijmaken ten behoeve van Slom-deelnemers.

38 — Uit zaak Spronk (C-16/89) blijkt hoe zuinig in Nederland met de door deze bepaling geboden mogelijkheid werd omgesprongen. In zijn arrest van 12 juli 1990 (Jurispr. 1990, blz. I-3185) heeft het Hof de betrokken Nederlandse uitvoeringsregeling niet in strijd geacht met verordening nr. 857/84.

26. In de *derde* plaats, en ten slotte, kunnen de instellingen geen doorslaggevende overwegingen van algemeen belang inroepen ter verantwoording van het feit dat verordening nr. 857/84 niet tegemoet kwam aan de bijzondere situatie van Slom-deelnemers die hun melkproduktie wensten te hervatten. Ik ontken natuurlijk niet dat de heffingsregeling zelf een belangrijke doelstelling van algemeen belang nastreeft. Ik zie evenwel geen reden — en zoek in de motivering van de in 1984 ingevoerde regeling vruchteloos naar enige verantwoording — voor het feit dat de gemeenschapswetgever met de bijzondere situatie van Slom-deelnemers volstrekt geen rekening heeft gehouden.

iii) De uit de schending voortvloeiende nadelen treffen een beperkte en duidelijk afgebakende groep van producenten

27. Volgens Raad en Commissie treffen de uit de schending voortvloeiende nadelen niet een „beperkte, duidelijk afgebakende groep van ondernemingen". Zij beroepen zich daartoe op de vaststelling van het Hof in Ireks-Arkady (r. o. 11) en Interquell (r. o. 14) dat slechts een gering aantal (nl. 18) quellmehlfabrikanten geraakt werd zodat aan de voornoemde voorwaarde voldaan was. Voorts voeren zij aan dat het Hof er in HNL (r. o. 7) op gewezen heeft dat de tevoren ongeldig verklaarde verordening „zeer grote groepen handelaren betrof, te weten alle afnemers van eiwithoudend mengvoeder". Dit was volgens hen één van de redenen waarom het Hof in die zaak niet tot aansprakelijkheid van de Gemeenschap heeft besloten.

Raad en Commissie merken op dat in totaal 122 787 melkveehouders gebruik hebben gemaakt van het door verordening nr. 1078/77 ingevoerde premiestelsel. Zij erkennen dat het aantal Slom-deelnemers dat schadevergoeding zou kunnen vorderen, niet noodzakelijk met dat aantal overeenstemt maar wijzen erop dat dit aantal evenmin mag worden herleid tot het aantal Slom-deelnemers dat overeenkomstig verordening nr. 764/89 een voorlopige specifieke referentiehoeveelheid ter hoogte van 60% van hun vroegere produktie heeft aangevraagd.[39] Immers, ook andere Slom-deelnemers, namelijk zij die het voornemen om de melkproduktie te hervatten hebben opgegeven tussen het ogenblik waarop hun niet-leveringsverbintenis verstreek en het ogenblik waarop een voorlopige specifieke 60%-referentiehoeveelheid kon worden aangevraagd, zouden wel eens schadevergoeding kunnen vorderen.

Verzoekers repliceren daarop dat het Hof in HNL de omvang van de betrokken groep in aanmerking heeft genomen omdat daardoor „de gevolgen (van de ongeldig verklaarde verordening) voor de individuele ondernemingen aanzienlijk werden verzacht". Zij leiden daaruit af dat het Hof aan het grote aantal betrokkenen geen zelfstandige betekenis heeft willen geven, maar daarin veeleer een aanwijzing heeft gezien ter beoordeling van de omvang van de door betrokkenen individueel geleden schade. Zij zijn bovendien van oordeel dat het aantal Slom-deelnemers, vergeleken met het totale aantal melkveehouders in de Gemeenschap,

39 — Uit het antwoord van de heer Mac Sharry namens de Commissie op de vraag van de heer Hume (PB 1990, C 93, blz. 26) blijkt dat 13 187 Slom-deelnemers een dergelijke hoeveelheid hebben aangevraagd. Hoeveel Slom-deelnemers een dergelijke hoeveelheid daadwerkelijk hebben bekomen, blijkt niet uit het dossier.

een beperkte en duidelijk afgebakende groep vormt.

28. Een „duidelijk afgebakende groep" en een (qua aantal) „beperkte groep" zijn twee onderscheiden criteria. Dat de getroffen groep „duidelijk afgebakend" moet zijn, wil de Gemeenschap aansprakelijk kunnen worden gesteld, betekent dat het aantal benadeelden op het ogenblik van de uitspraak over de schadevergoeding bepaalbaar moet zijn. Deze voorwaarde is hier vervuld.

In dit verband is het vooreerst van belang te onderstrepen dat de kring van potentieel benadeelden in voorliggende zaken a priori vastligt. Alleen Slom-deelnemers kunnen voor schadevergoeding in aanmerking komen. Welnu, hun aantal en ook hun identiteit zijn gekend. In HNL waar het Hof de schadevergoedingseisen afwees, lag dat anders. Het Hof verwees in dat arrest immers naar de zeer grote groepen getroffen handelaren, „te weten alle afnemers van eiwithoudend mengvoeder", dit waren in wezen *alle* pluimveehouders en eierproducenten. In onderhavige zaken kunnen trouwens niet alle Slom-deelnemers als benadeelden worden aangemerkt maar alleen deze Slom-deelnemers die bij het verstrijken van hun niet-leveringsverbintenis de melkproduktie niet definitief hadden beëindigd en derhalve schade hebben geleden omdat verordening nr. 857/84 hen verhinderde de produktie te hervatten. Aangezien de schadegerechtigdheid van deze deelnemers afhankelijk is van het bewijs dat zij de melkproduktie bij het verstrijken van hun niet-leveringsverbintenis nog niet beëindigd hadden, staat het aantal van deze Slom-deelnemers weliswaar niet zonder meer vast. Hun aantal is echter wel bepaalbaar op grond van zulkdanige bewijslevering, zoals hierna (nr. 30) wordt verduidelijkt.

29. Wat het criterium „beperkte groep" betreft, vind ik geen steun in de rechtspraak van het Hof om de aansprakelijkheid van de Gemeenschap te doen afhangen van het (absolute) aantal benadeelden. Nog afgezien van de onmogelijkheid voor het Hof om op dat aantal een cijfer te zetten, dienen de woorden „beperkte groep" aldus te worden verstaan dat zij verwijzen naar een groep ondernemingen aan wie het onrechtmatig handelen, in vergelijking met andere groepen van ondernemingen, een bijzonder nadeel heeft opgelegd dat deze andere groepen niet hoefden te dragen. Aan deze voorwaarde is in voorliggende zaken dan ook duidelijk voldaan: vergeleken met de melkproducenten die hun melkproduktie niet hebben onderbroken, werden de betrokken Slom-deelnemers door de heffingsregeling op een bijzondere — en bovendien ernstige — wijze getroffen omdat alleen zij door de aangevochten regeling verhinderd werden melk te produceren en als gevolg daarvan hun melkleveringen niet konden hervatten.

In HNL lag ook dit anders: naar het Hof in die zaak vaststelde was de invloed van de daar aan de orde zijnde onrechtmatige maatregel voor de erdoor getroffen individuele ondernemingen gering, aangezien de door de maatregel veroorzaakte prijsstijging uitgesproken matig was en de hieruit voortvloeiende last bovendien, gezien in wezen alle pluimveehouders en eierproducenten werden geraakt, over de gehele economische sector verspreid lag.

30. In verband met de bepaalbaarheid en het aantal van benadeelden, wil ik overigens de stelling van de instellingen nuanceren volgens dewelke het aantal schadegerechtigde Slom-deelnemers veel groter is dan zij die een specifieke 60%-referentiehoeveelheid hebben aangevraagd.

Of Slom-deelnemers schade hebben geleden ingevolge de niet-toekenning aan hen van een specifieke referentiehoeveelheid, hangt ervan af of zij, op het ogenblik van het verstrijken van hun niet-leveringsverbintenis, het voornemen om de melkproduktie te hernemen, reeds voorgoed hadden opgegeven. Zo dat het geval is, kunnen zij niet beweren dat zij hun produktie hebben moeten stopzetten ingevolge verordening nr. 857/84 en kunnen zij derhalve geen aanspraak maken op schadevergoeding. Uit het feit dat een Slom-deelnemer — hoewel hem dat vrijstond — in 1989 geen 60%-referentiehoeveelheid heeft aangevraagd, kan weliswaar niet met zekerheid worden afgeleid dat hij die melkproduktie reeds bij het einde van zijn niet-leveringsverbintenis had gestopt. Toch is dat feit er een ernstige aanwijzing van en verantwoordt het derhalve een omkering van de bewijslast. Het staat aldus aan Slom-deelnemers die geen 60%-referentiehoeveelheid hebben gevraagd, om aan te tonen dat zij, bij het verstrijken van de niet-leveringsverbintenis, alsnog zinnens waren de melkproduktie te hervatten maar dat zij dit voornemen nadien hebben opgegeven. Om dit aan te tonen moeten zij het concrete bewijs leveren dat ze zich wel degelijk hebben ingespannen om tegen of na het einde van de niet-leveringsperiode een referentiehoeveelheid te bekomen.

Voorts wil ik er de aandacht op vestigen dat sommige Slom-deelnemers een voorlopige 60%-referentiehoeveelheid hebben aangevraagd maar ze niet bekomen hebben omdat zij niet voldeden aan de criteria gesteld in verordening nr. 764/89 die ertoe strekken zeker te stellen dat de betrokken Slom-deelnemers wel degelijk het voornemen en de mogelijkheden hadden om de melkproduktie te hervatten en dat zij al dan niet in staat waren de toewijzing van een referentiehoeveelheid op grond van artikel 2 van verordening nr. 857/84 te verkrijgen (zie artikel 3 bis, lid 1, van verordening nr. 857/84 en de tweede considerans van verordening nr. 764/89). Ten aanzien van dergelijke deelnemers mogen de instellingen er, behoudens tegenbewijs, van uitgaan dat deze deelnemers evenmin in aanmerking zouden zijn gekomen voor toekenning van een specifieke referentiehoeveelheid voor Slom-deelnemers indien verordening nr. 857/84 daarin zou hebben voorzien, en dat zij dus evenmin schadegerechtigd zijn.

iv) De ingeroepen schade gaat de grenzen te buiten van de economische risico's inherent aan de activiteiten in de melksector

31. Raad en Commissie beweren dat aan het door het Hof in de Quellmehl- en maïsgrieszaken gehanteerde criterium dat „de door verzoekers gestelde schade de grenzen te buiten (gaat) van de economische risico's welke aan de ondernemingsactiviteiten in de betrokken sector inherent zijn", in voorliggende zaken niet voldaan is. Elk van hen voert daartoe een aantal argumenten aan.

Zo vraagt de Raad zich af of de latere toekenning van een referentiehoeveelheid op

grond van het bij verordening nr. 764/89 ingevoerde (en nadien bij verordening nr. 1639/91 gewijzigde) artikel 3 bis van verordening nr. 857/84 niet reeds een voldoende schadeloosstelling inhoudt, gelet op de geldwaarde die een dergelijke referentiehoeveelheid vertegenwoordigt. Dit argument kan niet worden aanvaard: de geldwaarde die een referentiehoeveelheid ongetwijfeld heeft, is een actualisering van de toekomstige winst die dank zij de toegekende hoeveelheid met de melkproduktie kan worden behaald. Ik zie niet in hoe deze waarde die op een toekomstige winst betrekking heeft — en die trouwens niet specifiek is voor de aan Slom-deelnemers (achteraf) toegekende referentiehoeveelheden — een vergoeding kan uitmaken voor een in het verleden, ingevolge de niet-toekenning van een referentiehoeveelheid, voorgekomen winstderving.

Van haar kant voert de Commissie aan dat verzoeker in zaak C-37/90 niet door de omstandigheden zou zijn verplicht geworden een niet-leveringsverbintenis aan te gaan en dat hij gedurende de niet-leveringsperiode de melkproduktie vervangen heeft door het vetmesten van stieren. Die argumenten kunnen evenmin worden aanvaard. Het is irrelevant of een producent al of niet door de omstandigheden verplicht was een niet-leveringsverbintenis aan te gaan, net zoals het irrelevant is welke activiteiten hij gedurende de niet-leveringsperiode heeft uitgeoefend. In zoverre vervangingsactiviteiten *na* het verstrijken van die periode zijn voorgekomen, kan daaruit echter wel een argument worden gehaald in verband met de beperking van de geleden schade, een argument dat ik later (nr. 49) onderzoek.

32. De Commissie voert nog als argument aan dat een activiteit in de melksector, gelet op het grote aantal interventies en bijsturingen in die sector, naast de algemene voor elke marktdeelnemer geldende risico's, specifieke risico's meebrengt die inherent zijn aan de activiteiten in die sector en dat de gestelde schade daarom niet voor vergoeding in aanmerking komt.

Dit argument gaat naar de kern van de hier aan de orde zijnde aansprakelijkheidsvoorwaarde. Hiervoor (nr. 18) heb ik er immers op gewezen dat deze voorwaarde vervuld is wanneer de benadeelden *onvoorzienbare* schade hebben geleden. Welnu, in voorliggende zaken staat vast dat de heffingsregeling verzoekers voor een onvoorzienbare situatie heeft geplaatst, aangezien het Hof in Mulder (r. o. 26) en Von Deetzen (r. o. 15) heeft verklaard dat:

„een zo volledige en duurzame uitsluiting voor de gehele geldingsduur van de extraheffingsregeling, waardoor het de betrokken producenten werd belet het in de handel brengen van melk na de periode van vijf jaar te hervatten, voor deze producenten niet voorzienbaar (was) op het moment dat zij zich ertoe verbonden tijdelijk geen melk meer te leveren".

33. Gelet op wat voorafgaat dient te worden geconcludeerd dat de door het Hof in Mulder en Von Deetzen vastgestelde ongeldigheid van verordening nr. 857/84 van aard is om de Gemeenschap aansprakelijk te

stellen voor de door verzoekers geleden schade.

4.2.2. *(Geen) aansprakelijkheid ingevolge de in Spagl en Pastätter vastgestelde ongeldigheid*

34. In Spagl en Pastätter en nadien ook in Von Deetzen II heeft het Hof voor recht verklaard dat artikel 3 bis, lid 2, van verordening nr. 857/84, zoals gewijzigd bij verordening nr. 764/89, ongeldig is in zover de toe te kennen specifieke referentiehoeveelheid beperkt wordt tot 60% van de hoeveelheid melk die de producent geleverd heeft in de periode van twaalf kalendermaanden voorafgaand aan de maand van indiening van de premie-aanvraag. Anders dan voor de in Mulder en Von Deetzen vastgestelde ongeldigheid ben ik van oordeel dat de in voornoemde arresten vastgestelde ongeldigheid niet tot aansprakelijkheid van de Gemeenschap kan leiden. Weliswaar staat vast dat ook die beperking, naar het Hof in Spagl (r. o. 29) en Pastätter (r. o. 20) heeft vastgesteld, in strijd is met het vertrouwensbeginsel en derhalve een hogere rechtsregel schendt. Het komt me echter voor dat de beslissing van de gemeenschapswetgever om de aan Slom-deelnemers toe te kennen referentiehoeveelheid tot 60% te beperken, niet als een klaarblijkelijk ernstige miskenning van zijn bevoegdheden kan worden aangemerkt en derhalve niet een voldoende gekwalificeerde schending van het vertrouwensbeginsel uitmaakt.

35. De vaststelling van de 60%-regel is immers het resultaat van de beleidskeuzen die de gemeenschapswetgever heeft gemaakt in verband met de manier waarop rekening moest worden gehouden met de bijzondere situatie van de Slom-deelnemers. *Na* de arresten in Mulder en Von Deetzen was het voor de gemeenschapswetgever duidelijk dat de betrokken Slom-deelnemers een recht op toekenning van een referentiehoeveelheid konden doen gelden (zie de derde considerans van verordening nr. 764/89). Hij diende echter ook rekening te houden met „de dwingende noodzaak de kwetsbare stabiliteit die op (dat) ogenblik op de markt van melk en zuivelprodukten (was) bereikt niet in gevaar te brengen" (vijfde considerans van verordening nr. 764/89) en oog te hebben voor de belangen van de overige producenten en het nadeel dat zij zouden ondervinden indien de hun toegewezen referentiehoeveelheid alsnog zou moeten worden gekort om de toekenning van een referentiehoeveelheid aan Slom-deelnemers mogelijk te maken. Deze belangenafweging heeft de gemeenschapswetgever ertoe gebracht de communautaire reserve ten voordele van Slom-deelnemers met 600 000 ton te verhogen en de aan elke Lid-Staat gegarandeerde totale hoeveelheid dienovereenkomstig te verminderen, met dien verstande dat de weerslag van deze vermindering op de individuele referentiehoeveelheden werd gecompenseerd door een verlaging van het bij verordening nr. 775/87 ingestelde schorsingspercentage (zie hiervoor, nr. 5). De beperking van de aan Slom-deelnemers toe te kennen referentiehoeveelheid tot 60% — wat heel wat anders is dan hun volledige uitsluiting van een referentiehoeveelheid — blijft mijns inziens binnen de grenzen van de aan de gemeenschapswetgever in deze materie toekomende ruime beoordelingsbevoegdheid en kan derhalve niet als een voldoende gekwalificeerde schending worden aangemerkt, ook al is achteraf gebleken dat de 60%-regel ongeldig was.

Ik word in die overtuiging gesterkt nu uit de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in Spagl en Pastätter (in het bijzonder nr. 40) is gebleken dat de arresten van het Hof in Mulder en Von Deetzen ook in die zin konden worden begrepen, dat de Slom-

deelnemers weliswaar niet van melkproduktie mochten worden *uitgesloten*, maar dat het vertrouwensbeginsel zich niet verzette tegen een *beperking* van de toe te kennen referentiehoeveelheid op een peil dat toeliet die produktie te hervatten. Trouwens ook in Sofrimport (r. o. 27) hechtte het Hof belang aan het feit dat de bijzondere situatie van de betrokkene *volstrekt niet* in aanmerking werd genomen, om daaruit af te leiden dat een voldoende gekwalificeerde schending van het vertrouwensbeginsel voorhanden was.

36. Ik kom aldus tot de conclusie dat de gemeenschapswetgever door het uitvaardigen van de in artikel 3 bis, lid 2, van verordening nr. 857/84 voorziene 60%-regel, het vertrouwensbeginsel niet op een voldoende gekwalificeerde manier heeft geschonden. Bijgevolg kan de Gemeenschap wegens de in Spagl en Pastätter vastgestelde ongeldigheid niet aansprakelijk worden gesteld en moet het beroep van verzoekers worden afgewezen wat betreft de schade die zij ingevolge die ongeldigheid beweren te hebben geleden. Zij kan evenmin aansprakelijk worden gesteld voor de schade die verzoekers beweren nog te zullen lijden nadat hen een aanvullende specifieke referentiehoeveelheid zal zijn toegekend in uitvoering van het bij verordening nr. 1639/91 gewijzigde artikel 3 bis, lid 2, aangezien de bij die verordening ingestelde regeling nog meer aan de bijzondere situatie van de Slom-deelnemers tegemoet komt dan de bij verordening nr. 764/89 ingestelde regeling en zij de beoordelingsbevoegdheid van de Raad met betrekking tot de hoogte van het kortingspercentage, zoals die bevoegdheid in Spagl en Pastätter werd vastgesteld (hiervoor, nr. 6), niet op een klaarblijkelijk ernstige wijze miskent.

4.3. *Het bestaan van schade en het oorzakelijk verband*

37. Verzoekers voeren aan dat zij hun beroep van melkveehouder niet hebben kunnen uitoefenen in de periode tussen het ogenblik waarop hun niet-leveringsverbintenis verstreek en het ogenblik waarop zij de melkleveringen binnen de grenzen van de hun toegekende 60%-referentiehoeveelheid hebben hervat. Tijdens die periode konden zij ingevolge verordening nr. 857/84 geen referentiehoeveelheid bekomen en derhalve, gezien de hoogte van de extra heffing, geen inkomen verwerven uit de normale uitoefening van hun bedrijf. Daardoor moesten zij hun toevlucht nemen tot andere, in sommige gevallen verliesgevende landbouwactiviteiten.

Om voor vergoeding in aanmerking te komen moet de schade *zeker* bestaan en niet louter op veronderstellingen berusten. De door verzoekers ingeroepen winstderving voldoet aan dit vereiste. In Kampffmeyer[40] heeft het Hof weliswaar enige terughoudendheid betoond tegenover schade onder de vorm van winstderving wanneer die „op factoren van wezenlijk speculatieve aard berust". De winstderving waarvan hier sprake is echter meer dan speculatief. Vooreerst hebben verzoekers op grond van verordening nr. 764/89 een voorlopige 60%-referentiehoeveelheid aangevraagd en bekomen, zodat zij niet behoren tot de categorie van Slom-deelnemers waarvan mijns inziens, tot bewijs van het tegendeel, mag worden aangenomen dat zij de melkproduktie reeds bij het verstrijken van hun niet-leveringsverbintenis hadden beëindigd (hiervoor, nr. 30). Voorts levert een melkproduktie in het kader van het gemeenschappelijk landbouwbe-

40 — Arrest van 14 juli 1967 (gevoegde zaken 5/66, 7/66 en 13/66 tot 24/66, Kampffmeyer, Jurispr. 1967, blz. 305, op blz. 331).

leid volgens de normale gang van zaken winst op, hetgeen de instellingen overigens niet hebben betwist evenmin als zij de stelling hebben betwist dat een melkproduktie zonder referentiehoeveelheid niet winstgevend kan zijn. Zoals reeds aangeduid hebben zij zich echter afgevraagd, of de latere toekenning van een referentiehoeveelheid aan verzoekers op grond van de achteraf ingevoerde regeling van artikel 3 bis niet reeds een voldoende schadeloosstelling inhoudt nu deze referentiehoeveelheid in het vermogen van betrokkenen een meerwaarde heeft doen ontstaan. Dit argument heb ik hiervoor (nr. 31) reeds onderzocht en verworpen.

38. De instellingen beweren dat er tussen de betrokken handeling van de Gemeenschap en de ingeroepen schade *geen oorzakelijk verband* bestaat. Zij steunen zich daarvoor, enerzijds, op de in artikel 3, 4 en 4 bis van verordening nr. 857/84 aan de Lid-Staten gegeven mogelijkheden om een referentiehoeveelheid in welbepaalde situaties toe te kennen en, anderzijds, op de mogelijkheden die verzoekers hadden om zelf schadebeperkende initiatieven te nemen.

Het dient de gemeenschapsinstellingen te worden toegegeven dat het oorzakelijk verband tussen een onrechtmatige handeling en de geleden schade geheel of gedeeltelijk kan worden verbroken door het al of niet foutieve gedrag van een derde of van de benadeelde zelf.

Wat het eerste door de instellingen ingeroepen argument betreft, namelijk dat de Lid-Staten een specifieke of extra referentiehoeveelheid op grond van de artikelen 3, 4 en 4 bis van verordening nr. 857/84 konden toekennen, dient er evenwel op gewezen te worden dat de bevoegde overheden in Nederland en Duitsland *de facto geen* referentiehoeveelheid aan verzoekers hebben toegekend, omdat hun nationale uitvoeringsregeling dit niet toeliet onder de omstandigheden waarin verzoekers zich bevonden. De instellingen beweren niet dat de Nederlandse of Duitse uitvoeringsregeling strijdig zou zijn met de heffingsregeling. Zij menen echter dat het oorzakelijk verband niettemin door toedoen van deze Lid-Staten werd doorbroken, nu deze hebben *nagelaten* aan Slom-deelnemers zoals verzoekers een referentiehoeveelheid toe te kennen, ofschoon de mogelijkheid daartoe bestond meer bepaaldelijk omwille van artikel 3, sub 1, tweede alinea, van verordening nr. 857/84 op grond waarvan een referentiehoeveelheid kan worden toegekend aan producenten die in melkvee hebben geïnvesteerd (hiervoor, nr. 25). Dit argument is ongegrond omdat het een miskenning inhoudt van het door het Hof in Mulder en Von Deetzen erkende *recht* van Slom-deelnemers op toekenning van een niet-discriminerende referentiehoeveelheid. Zoals hiervoor (nr. 12) reeds betoogd, rustte de aan dit recht beantwoordende verplichting tot toekenning van een dergelijke referentiehoeveelheid niet op de Lid-Staten maar op de gemeenschapswetgever zelf. Daaruit volgt dat het *niet-handelen* van de Lid-Staten niet bij machte is het oorzakelijk verband tussen de schade en het onrechtmatig gedrag van de Gemeenschap te verbreken.

Wat het tweede door de instellingen ingeroepen argument betreft, volstaat hier de vaststelling dat verzoekers niet nagelaten hebben een referentiehoeveelheid aan te vragen, wel bleven hun inspanningen zonder resultaat (zie hiervoor, nrs. 8 en 9). Of op verzoekers de verplichting rustte de door hen geleden schade te beperken door het uitoefenen van vervangingsactiviteiten en, zo ja, of zij aan die verplichting zijn tekort

gekomen, is een punt dat in het volgende deel van deze conclusie onderzocht wordt (hierna „nr. 49").

39. Uit wat voorafgaat blijkt dat alle voorwaarden voor aansprakelijkheid van de Gemeenschap ingevolge de in Mulder en Von Deetzen vastgestelde ongeldigheid mijns inziens vaststaan, maar dat dit niet het geval is wat betreft de in Spagl en Pastätter vastgestelde ongeldigheid. Hierna zal ik dan ook alleen in verband met de eerstgenoemde ongeldigheid nagaan hoe de daaruit voortvloeiende schade moet worden begroot.

5. De begroting van de schade

40. Als uitgangspunt voor de begroting van de schade stellen verzoekers in zaak C-104/89 voorop dat zij financieel in de situatie moeten worden gebracht waarin zij normaal zouden hebben verkeerd indien zij na het verstrijken van de niet-leveringsverbintenis de melkleveringen onmiddellijk hadden kunnen hervatten onder voorwaarden die hen, vergeleken met de in artikel 2 van verordening nr. 857/84 bedoelde producenten, niet zouden hebben gediscrimineerd. Dit lijkt mij een juist uitgangspunt te zijn, weze het dat de uitwerking hiervan tal van toepassingsmoeilijkheden oplevert waarmee het Hof nog niet tevoren werd geconfronteerd.

De belangrijkste moeilijkheid is uiteraard te weten hoe men de situatie moet reconstrueren waarin verzoekers zich zouden hebben bevonden bij een onmiddellijke hervatting van de leveringen. Om die moeilijkheid te vermijden stellen de instellingen voor, ingeval van schadeplichtigheid, de omvang van de te betalen vergoeding te berekenen aan de hand van de in verordening nr. 1078/77 voorziene premiebedragen. Ofschoon deze oplossing het voordeel van de eenvoud heeft, meen ik haar toch te moeten afwijzen omdat die premiebedragen geen passende schadevergoeding toelaten. Raad en Commissie hebben immers zelf erkend dat de in verordening nr. 1078/77 voorziene premiebedragen gevoelig lager liggen dan de winst die een structureel gezonde onderneming normaliter met de melkproduktie kan bereiken (zie hiervoor, nr. 21). Bovendien voorzag die verordening, in artikel 4, in degressieve niet-leveringspremies (hoe groter de produktie hoe lager de premie per 100 kg) zodat zij niet in verband staan, wel integendeel, met de werkelijke door verzoekers geleden schade.

41. Hoe moet de schade dan wel worden begroot ? Ik meen dat hier een onderscheid moet worden gemaakt. In de eerste plaats is er de vaststelling van de voor de schadeberekening in aanmerking te nemen periode en van de referentiehoeveelheid waarop verzoekers tijdens die periode normaal aanspraak konden maken. Het komt mij voor dat het Hof over voldoende gegevens beschikt om zich nu reeds over deze punten definitief uit te spreken.

In de tweede plaats is er de berekening van de winst die verzoekers gedurende de betrokken periode met de hen toekomende referentiehoeveelheid normalerwijze konden behalen en die zij ingevolge de in Mulder en Von Deetzen vastgestelde ongeldigheid hebben moeten derven, maar met inachtneming van de door hen tijdens die periode uitgevoerde vervangingsactiviteiten. Partijen

hebben elk van hun kant documenten overgelegd waaruit zou blijken hoe die winstderving moet worden berekend. Zij laten het Hof evenwel niet toe met voldoende zekerheid vast te stellen welke vergoeding aan elke verzoeker verschuldigd is. Het komt me dan ook voor dat het Hof ertoe zal gebracht worden zich op dit punt bij interlocutoir arrest uit te spreken en daarin enkele algemene aanduidingen te geven waarna het aan partijen staat om de schade, meer bepaaldelijk de winstderving, in gemeen overleg te begroten. Zouden zij daaromtrent geen akkoord bereiken, binnen een termijn van bij voorbeeld twaalf maanden, dan staat het aan het Hof om, in een definitief arrest, de punten te beslechten waarover geen akkoord werd bereikt.

5.1. *De voor de berekening van de schade in aanmerking te nemen periode en referentiehoeveelheid*

5.1.1. *De in aanmerking te nemen periode*

42. Aangezien ik hiervoor tot de conclusie ben gekomen dat de Gemeenschap niet aansprakelijk kan worden gesteld voor de schade die verzoekers beweren te hebben geleden en nog te zullen lijden wegens de in Spagl en Pastätter vastgestelde ongeldigheid van de 60%-regel waarvan sprake in artikel 3 bis, lid 2, van verordening nr. 857/84, kunnen verzoekers alleen schadevergoeding vragen voor de periode gedurende dewelke hen geen enkele referentiehoeveelheid ter beschikking stond, dat is voor de periode tussen het verstrijken van hun niet-leveringsverbintenis en, in beginsel, het van kracht worden van verordening nr. 764/89 waarbij de 60%-regel van artikel 3 bis werd ingesteld.

Ik zeg wel in beginsel, omdat sommige verzoekers (Mulder, Brinkhoff en Twijnstra) de melkleveringen nog vóór het in werking treden van verordening nr. 764/89 hebben hervat. Aangezien de melkleveringen die plaatsvonden vóór toewijzing van een 60%-referentiehoeveelheid op grond van die verordening, heffingvrij zijn voor zover zij binnen de grenzen van de 60% zijn gebleven (zie artikel 3 bis, lid 5, van verordening nr. 857/84, zoals ingevoegd bij verordening nr. 764/89, en de zevende considerans van die laatste verordening), dient in die gevallen de datum van daadwerkelijke hervatting van de leveringen als einddatum in aanmerking te worden genomen.[41]

5.1.2. *De in aanmerking te nemen referentiehoeveelheid*

i) De berekeningsgrondslag

43. Om de referentiehoeveelheid vast te stellen waarop verzoekers tijdens de betrokken periode normaal aanspraak konden maken, moet worden uitgegaan van artikel 2, lid 1, van verordening nr. 857/84 volgens welke bepaling de toe te kennen referentiehoeveelheid gelijk is aan de hoeveelheid melk die de betrokken producent in 1981 heeft geleverd, verhoogd met 1%. Artikel 2, lid 2, laat de Lid-Staten evenwel toe 1982 of 1983 als referentiejaar te nemen — alle Lid-Staten hebben voor dit laatste jaar geopteerd — „met aanwending van een percentage dat zodanig wordt vastgesteld dat de in artikel 5 quater van verorde-

41 — Ik herinner eraan (zie hiervoor, nr. 30) dat Slom-deelnemers die overeenkomstig de bij verordening nr. 764/89 ingestelde regeling geen 60%-referentiehoeveelheid hebben aangevraagd, mijns inziens, behoudens tegenbewijs, dienen geacht te worden van de melkproduktie definitief te hebben afgezien tijdens hun niet-leveringsverbintenis, zodat zij normalerwijze niet kunnen aanvoeren ingevolge verordening nr. 857/84 schade te hebben geleden. Dit vermoeden van stopzetting speelt hier echter niet aangezien verzoekers in voorliggende zaken wel degelijk een 60%-referentiehoeveelheid hebben aangevraagd en bekomen.

ning (EEG) nr. 804/68 omschreven gegarandeerde hoeveelheid niet wordt overschreden". Artikel 2, lid 3, bepaalt verder dat de in leden 1 en 2 bedoelde percentages door de Lid-Staten kunnen worden aangepast met het oog op het toekennen van specifieke of extra referentiehoeveelheden overeenkomstig de artikelen 3 en 4 van verordening nr. 857/84.[42]

In Spagl (r. o. 21) en Pastätter (r. o. 12) heeft het Hof aangenomen dat voor Slom-deelnemers, die gedurende het door de Lid-Staten gekozen referentiejaar geen melk hebben geleverd, een andere berekeningsgrondslag mocht worden aangewend, met name de omvang van hun leveringen gedurende een representatieve periode voorafgaand aan de periode van niet-levering. Dat de in artikel 3 bis, lid 2, van verordening nr. 857/84 voorziene berekeningsgrondslag als uitgangspunt moet worden genomen, dat is het leveringsvolume gedurende de twaalf kalendermaanden voorafgaand aan de maand van indiening van de aanvraag van de niet-leveringspremie (hierna „kortweg het Slom-referentiejaar"), is dan ook niet betwist.

Verzoekers in zaak C-104/89 beweren echter dat die grondslag met 1% moet worden verhoogd. Ik meen dat zij gelijk hebben. Voor de vaststelling van de referentiehoeveelheid is de gemeenschapswetgever immers uitgegaan van de melkleveringen gedurende het jaar 1981, verhoogd met 1% (zie artikel 2, lid 1, van verordening nr. 857/84 en de tweede considerans van die verordening). Aangezien voor Slom-deelnemers de melkleveringen gedurende het aan 1981 voorafgaand Slom-referentiejaar als uitgangspunt moet worden genomen — wat tot gevolg heeft dat zij zich al niet kunnen beroepen op de produktiviteitsstijging tussen dat jaar en 1981 — zou het bijzonder onredelijk en ook discriminerend zijn indien hen ook nog eens de verhoging met 1% zou worden ontzegd.

ii) Het kortingspercentage

44. Dat de gemeenschapswetgever de grondslag voor de berekening van de aan Slom-deelnemers toe te kennen referentiehoeveelheid, mocht verminderen met een percentage „om te verzekeren dat deze categorie van producenten niet ten onrechte zou worden bevoordeeld ten opzichte van de producenten die tijdens het referentiejaar wel melk hebben geleverd" heeft het Hof in Spagl (r. o. 21) en Pastätter (r. o. 12) uitdrukkelijk erkend. Het Hof vond een kortingspercentage van 40% evenwel te hoog, omdat de aan het Hof overgelegde gegevens uitwezen dat het hoogste in de Lid-Staten op grond van artikel 2 van verordening nr. 857/84 toegepaste kortingspercentage (met inbegrip van het in nr. 46 besproken schorsingspercentage) slechts 17,5% bedroeg. Hiermee heeft het Hof aangeduid hoe een voor Slom-deelnemers passend kortingspercentage moet worden vastgesteld, namelijk door aanwending van een percentage dat in de Lid-Staat van de betrokken producent representatief is voor alle kortingen die daar overeenkomstig artikel 2 van verordening nr. 857/84 zijn toegepast op de

42 — Verordening nr. 1639/91 heeft artikel 2, lid 3, van verordening nr. 857/84 in die zin gewijzigd dat de bedoelde percentages thans eveneens kunnen worden aangepast met het oog op het toekennen van een specifieke referentiehoeveelheid aan Slom-deelnemers overeenkomstig artikel 3 bis van verordening nr. 857/84.

aan de in dat artikel bedoelde producenten toekomende referentiehoeveelheid.[43]

In verband met de voor schadevergoeding in aanmerking komende periode (hiervoor, nr. 42) betekent dit meer bepaaldelijk dat op de voor verzoekers als grondslag te nemen referentiehoeveelheid (dit is hun produktie gedurende het Slom-referentiejaar + 1%), voor elk van de jaren gelegen in die periode (overeenkomend met het eerste tot en met het vijfde toepassingsjaar van de heffingsregeling[44]), een kortingspercentage wordt toegepast dat representatief is voor het kortingspercentage dat voor elk van die jaren in de betrokken Lid-Staat toepasselijk was.

Verzoekers wijzen er evenwel op dat, wil men Slom-deelnemers niet discrimineren ten aanzien van de in artikel 2 bedoelde producenten, rekening moet worden gehouden met hun bijzondere situatie. In dat verband hebben zij er bezwaar tegen dat, naar het voorbeeld van de Nederlandse, respectievelijk de Duitse regeling (die na de arresten Spagl en Pastätter werden genomen in uitvoering van verordening nr. 1639/91), rekening zou worden gehouden met twee specifieke kortingspercentages. Het gaat meer bepaald, enerzijds, over het kortingspercentage dat gedurende het eerste toepassingsjaar aan de in artikel 2 bedoelde producenten werd opgelegd en, anderzijds, over het bij verordening nr. 775/87 ingestelde schorsingspercentage dat momenteel 4,5% bedraagt.

43 — De Raad heeft het ook zo begrepen, naar blijkt uit de nieuwe, hiervoor in nr. 7 aangehaalde versie van artikel 3 bis, lid 2, van verordening nr. 857/84, zoals vastgesteld bij verordening nr. 1639/91.

44 — De heffingsregeling was oorspronkelijk voor vijf opeenvolgende tijdvakken van twaalf maanden ingesteld (zie artikel 5 quater, lid 1, van verordening nr. 804/68, zoals ingevoegd bij verordening nr. 856/84).

45. Het *eerste* bezwaar vindt zijn oorsprong in het feit dat, zoals hiervoor reeds aangemerkt, alle Lid-Staten 1983 als referentiejaar hebben gekozen, in plaats van het volume tijdens het (basis)referentiejaar 1981, verhoogd met 1%, als grondslag te nemen. Om in die omstandigheden een overschrijding van de per Lid-Staat gegarandeerde totale hoeveelheid te voorkomen, dienden de Lid-Staten — zoals uitdrukkelijk voorzien is in artikel 2, *lid 2*, van verordening nr. 857/84 — de individuele referentiehoeveelheden met een bepaald percentage te verminderen.

Ik ben het eens met verzoekers dat, bij het vaststellen van een voor Slom-deelnemers representatief kortingspercentage, met het aldus overeenkomstig artikel 2, lid 2, vastgestelde percentage geen rekening mag worden gehouden. Dat kortingspercentage is immers een compensatie voor het feit dat de referentiehoeveelheid van de in artikel 2 bedoelde producenten werd vastgesteld aan de hand van een referentiejaar (1983) waarin die producenten normalerwijze, gelet op de gestadige produktiviteitsstijging in de sector, meer melk hebben geleverd dan in het jaar 1981. Aangezien voor Slom-deelnemers de melkleveringen gedurende het aan 1981 *voorafgaand* Slom-referentiejaar (verhoogd met 1%) als grondslag geldt, zou het onredelijk en discriminerend zijn, het op grond van artikel 2, lid 2, van verordening nr. 857/84 vastgestelde kortingspercentage op hen toe te passen, nu dat percentage ertoe strekt het voordeel van de produktieverhoging tussen 1981 en het latere door de Lid-Staten gekozen referentiejaar 1983 te compenseren.

Wat voorafgaat betekent echter niet dat het *volledige* kortingspercentage dat in de be-

trokken Lid-Staat met toepassing van artikel 2 van verordening nr. 857/84 werd ingesteld, buiten beschouwing dient te blijven. Dit geldt alleen voor de in *lid 2* van dat artikel bedoelde vermindering maar niet voor de op grond van *lid 3* door de Lid-Staten opgelegde verminderingen. Laatstbedoelde verminderingen strekken ertoe de toekenning mogelijk te maken van een specifieke of extra referentiehoeveelheid aan producenten die zich in een van de bijzondere situaties bevinden waarvan sprake in de artikelen 3 en 4 van de verordening. Verzoekers zouden tegenover andere producenten worden bevoordeeld indien bij de vaststelling van de hun toekomende referentiehoeveelheid geen rekening zou worden gehouden met dergelijke om solidariteitsredenen voorziene kortingspercentages.

46. Het *tweede* door verzoekers opgeworpen bezwaar betreft het in aanmerking nemen van de bij verordening nr. 775/87 ingevoerde schorsing van een uniform deel van iedere referentiehoeveelheid. Deze schorsing werd pas vanaf het vierde toepassingsjaar van de heffingsregeling ingesteld en mag derhalve niet in aanmerking worden genomen voor de berekening van de schade die verzoekers over de eerste drie toepassingsjaren hebben geleden. Vanaf het vierde toepassingsjaar mag de als grondslag voor de schadeberekening in aanmerking genomen referentiehoeveelheid echter wel worden verminderd met eenzelfde percentage als datgene van toepassing op de in artikel 2 bedoelde producenten, met dien verstande evenwel dat dan bij de begroting van de schade ook rekening moet worden gehouden met de vergoeding die laatstgenoemde producenten, overeenkomstig artikel 2 van verordening nr. 775/87, voor de hen opgelegde schorsing hebben ontvangen en die de Slom-deelnemers dus ook zouden hebben gekregen als de referentiehoeveelheid waarop zij normaal aanspraak konden maken, zou zijn geschorst geworden.

5.2. *Begroting van de schade wegens gederfde winst*

47. Zoals reeds aangemerkt gaat het hier om een punt waarover het Hof, bij ontstentenis van voldoend vaststaande en precieze gegevens, vooralsnog slechts algemene aanduidingen kan geven met het oog op nader overleg tussen partijen. Deze aanduidingen kunnen alleen betrekking hebben op de toestand van verzoekers in onderhavige gevoegde zaken maar kunnen niettemin dienstig zijn bij de begroting van schadeclaims van andere Slom-deelnemers die zich in een gelijkaardige toestand zouden bevinden.

Wat de schade wegens gederfde winst betreft staat het aan de benadeelden om de werkelijkheid en de omvang daarvan te bewijzen. Onder gederfde winst versta ik de winst die verzoekers uit de melkproduktie hadden gehaald, indien zij deze tijdig hadden kunnen hervatten. Over het uitgangspunt zijn partijen het eens: rekening moet worden gehouden met de winst over de levering van een melkhoeveelheid — gelijk aan de referentiehoeveelheid waarop zij tijdens de betrokken periode aanspraak konden maken ° welke overeenkomt met de winst geboekt door melkproducenten met eenzelfde referentiehoeveelheid, tijdens dezelfde periode en in gelijkaardige omstandigheden als deze waarin verzoekers zich in geval van produktie zouden hebben bevonden. Partijen zijn het evenwel niet eens over de hoogte van die winst uitgedrukt in percent van de omzet (d. i. de referentiehoeveelheid).

Voor de vaststelling van de gederfde winst dient men, met inachtneming van de bijzon-

dere omstandigheden, de normale gang van zaken als leidraad nemen.[45] Dit betekent dat als berekeningsbasis wordt aangehouden de winst die, naar blijkt uit betrouwbare statistische gegevens, representatief is voor de betrokken Lid-Staat of regio met eigen kenmerken, voor het betrokken jaar en voor een bedrijf met de omvang van dat van verzoekers.

48. In verband met de berekening van de gederfde winst zijn er twee bijzondere problemen waaraan het Hof nu al een oplossing kan geven. Er is vooreerst een probleem opgeworpen door de instellingen. Volgens hen zou het verzoekers niet mogelijk zijn geweest dadelijk na het verstrijken van hun niet-leveringsverbintenis met behulp van jonge koeien — waarvan de melkproduktie zich nog moet ontwikkelen — een hoeveelheid melk te produceren die gelijk is aan de referentiehoeveelheid waarop zij aanspraak konden maken. Verzoekers repliceren daarop dat zij die referentiehoeveelheid wel degelijk hadden kunnen „volmelken" dank zij de aankoop van oudere koeien.

Het lijkt mij juist te zijn dat de omstandigheid dat verzoekers, na afloop van de niet-leveringsverplichting, de melkproduktie opnieuw moesten *opstarten*, volgens de normale gang van zaken tijdens de aanloopperiode een invloed zou hebben gehad op de rentabiliteit. Naar gelang de omstandigheden zal dit het gevolg zijn ofwel van het lager rendement van jonge koeien (de Commissie heeft het over een produktiviteit die bij jonge koeien 25% lager ligt dan bij oudere) ofwel van de hogere aankoopprijs van oudere koeien. Het komt de instellingen toe dit verweermiddel met behulp van betrouwbare algemene gegevens te staven. Zo verzoekers van oordeel zijn dat hun concrete toestand een afwijking inhield van de normale gang van zaken, moeten zij dit op afdoende wijze aantonen.

49. Het tweede probleem betreft de aanrekening op de gederfde winst van de inkomsten uit vervangingsactiviteiten. Alle verzoekers hebben immers na afloop van de niet-leveringsverbintenis, toen het hen door verordening nr. 857/84 onmogelijk werd gemaakt hun melkproduktie te hervatten, vervangingsactiviteiten uitgeoefend. Zodoende hebben zij ongetwijfeld in overeenstemming gehandeld met een algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk benadeelden een normale waakzaamheid aan de dag moeten leggen om de hun toegebrachte schade zoveel mogelijk binnen redelijke grenzen te houden.[46] De instellingen zijn evenwel van mening dat verzoekers niet genoeg inspanningen hebben geleverd om met die vervangingsactiviteiten een behoorlijke winst te behalen. Verzoekers spreken dat tegen, ook al blijkt dat verzoekers in zaak C-104/89 negatieve be-

45 — Het in acht nemen van de normale gang van zaken lijkt me een algemeen beginsel te zijn dat gemeenschappelijk is aan de rechtsorde van de Lid-Staten. Zie de verwijzingen naar Belgisch, Duits, Frans, Engels, Nederlands en Zwitsers recht in het Belgische stan daardwerk van Ronse, J.: Schade en schadeloosstelling (onrechtmatige daad), Algemene Praktische Rechtsverzameling, 1957, nrs. 73-74. Zie meer bepaaldelijk de verwoording ervan in § 252 van het Duitse Bürgerliche Gesetzbuch, dat luidt:
Der zu ersetzende Schaden umfasst auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

46 — In het kader van de ambtenarenrechtspraak heeft het Hof deze schadebeperkingsplicht erkend. Meer bepaaldelijk in het arrest van 1 juli 1976 (zaak 58/75, Sergy, Jurispr. 1976, blz. 1139, r. o. 46 en 47), heeft het Hof verklaard dat een gebrek aan normale waakzaamheid die medeoorzaak is van de door verzoeker geleden schade, een omstandigheid is waarmee rekening moet worden gehouden bij de waardering van dat gedeelte van de schade, dat voor rekening van verweerster komt. Voor een recente rechtsvergelijkende studie, zie Kruithof R., L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage, Revue critique de jurisprudence belge, 1989, blz. 12 en volgende, met talrijke verwijzingen naar het Belgische, Duitse, Engelse, Franse en Nederlandse recht.

drijfsresultaten voorleggen voor een groot aantal boekjaren tijdens dewelke zij vervangingsactiviteiten hebben uitgeoefend. Zij beweren dat de Gemeenschap hen ook daarvoor schadeloos moet stellen.

Ook wat deze betwisting betreft, komt het aan de instellingen toe om met behulp van betrouwbare statistische gegevens aan te tonen welke de winst is, voor de betrokken Lid-Staat of regio met eigen kenmerken en voor het betrokken jaar, die in de sector waartoe de vervangingsactiviteit behoort, volgens de normale gang van zaken met die activiteit kon worden behaald in een bedrijf met een vergelijkbare infrastructuur als dit van verzoekers. Het staat dan opnieuw aan verzoekers om aan de hand van afdoende gegevens het tegenbewijs te leveren en eventueel aan te tonen welke de persoonlijke redenen zijn (zoals ernstige ziekte of andere uitzonderlijke tegenslagen) die verklaren waarom het door hen behaalde bedrijfsresultaat lager ligt dan een normaal bedrijfsresultaat. De aldus vastgestelde normale winst — ook al ligt de werkelijk behaalde winst lager — dient derhalve op het bedrag van de bewezen gederfde winst in mindering te worden gebracht.[47] Wat betreft de eventuele in de betrokken periode geleden bedrijfsverliezen, deze kunnen normalerwijze niet voor vergoeding in aanmerking komen omdat een oorzakelijk verband tussen deze verliezen en de ongeldig verklaarde verordening ontbreekt; gelet op de normale winstgevendheid van de door verzoekers uitgeoefende vervangingsactiviteit, moet immers worden aangenomen dat zij te wijten zijn aan factoren waarvoor de Gemeenschap niet hoeft in te staan.[48]

50. Nog een laatste opmerking in verband met de kring van schadegerechtigden — wezenlijk alleen de Slom-deelnemers die op grond van verordening nr. 764/89 een voorlopige 60%-referentiehoeveelheid hebben gevraagd èn bekomen (hiervoor, nr. 30) — waarmee de instellingen overleg moeten plegen, indien het Hof tot het bestaan van schadeplichtigheid van de Gemeenschap zou besluiten voor de schade geleden ingevolge de ongeldigheid van verordening nr. 857/84.

Er staat mijns inziens niets aan in de weg dat de instellingen een algemene schaderegeling uitwerken, rekening houdend met de type-categorieën van benadeelden. Dit is zelfs aangewezen terwille van de noodzaak benadeelden die zich in gelijkaardige omstandigheden bevinden, gelijk te behandelen. Het staat dan aan de individuele benadeelden om op grond van afdoende gegevens, zoals hiervoor beklemtoond, aan te tonen dat uitzonderlijke persoonlijke omstandigheden voor hen een afwijkende regeling verantwoorden.

5.3. Verschuldigde intresten

5.3.1. *Gerechtelijke intresten*

51. Partijen zijn het erover eens dat de Gemeenschap, indien zij tot schadevergoeding

47 — Zou blijken dat verzoekers met de vervangingsactiviteiten een hogere winst dan de normale hebben behaald, dan dient deze meerwinst niet in mindering te worden gebracht op de gederfde winst, aangezien de Gemeenschap geen voordeel moet trekken uit de bijzondere inspanningen van verzoekers.

48 — Sommige verliezen kunnen wel in een oorzakelijk verband met de ongeldig verklaarde verordening staan, bij voorbeeld het door sommige verzoekers in zaak C-104/89 gestelde verlies over de verkoop van koeien die zij in 1983 of 1984 hebben aangekocht met het oog op de achteraf door verordening nr. 857/84 onmogelijk gemaakte hervatting van de melkproduktie.

gehouden is, met ingang van de dag van de uitspraak gerechtelijke intresten over het te betalen bedrag verschuldigd is. Zij verschillen echter van mening aangaande het peil van deze intresten. Verzoekers in zaak C-104/89 vragen 8%. Verzoeker in zaak C-37/90 stelt 7% voor. De instellingen houden het bij 6%.

Het Hof heeft reeds herhaaldelijk erkend, laatst in Sofrimport, dat intresten in beginsel verschuldigd zijn vanaf de dag van de uitspraak van het arrest maar heeft de intrestvoet zonder nadere toelichting nu eens op 6% vastgesteld (in de Quellmehl- en maïsgrieszaken) dan weer op 8% (in het recentere arrest Sofrimport). Mijns inziens dient als richtinggevend te worden aangenomen het niveau van de gerechtelijke intresten dat, op het ogenblik van de uitspraak van 's Hofs arrest, van toepassing is in de Lid-Staat waar verzoekers bedrijvig zijn en waar zij het hun toekomende schadebedrag dus normalerwijze zullen aanwenden of beleggen.

5.3.2. *Vergoedende intresten*

52. Verzoekers in zaak C-104/89 hebben in hun verzoekschrift de volgens hen geleden schade begroot rekening houdend met een bedrag aan niet-ontvangen rente over elk van de jaren 1984 tot 1988. In hun repliek vorderen zij nog slechts vergoedende intresten vanaf 30 maart 1989 (d. i. de datum van het verzoekschrift) over het globale bedrag van de schade die zij tot einde 1988 zouden hebben geleden. Verzoeker in zaak C-37/90 heeft noch in het verzoekschrift, noch in de repliek vergoedende intresten gevorderd. Ter terechtzitting heeft hij evenwel gevraagd dat het Hof de schade zou begroten rekening houdend met vergoedende intresten, daarbij opmerkend dat deze niet-ontvangen rente een onderdeel van de geleden schade is aangezien hij debetintresten heeft moeten betalen op een door hem opgenomen bankkrediet.

53. Het komt het Hof toe, de Gemeenschap te veroordelen tot het betalen van de integrale schade die verzoekers geleden hebben en dus met inbegrip van vergoedende intresten in de mate waarin het tussen partijen na het tussengekomen arrest in gemeenschappelijk overleg vastgestelde schadebedrag niet reeds ten volle rekening zou houden met de tot op dat ogenblik verlopen tijd. Ook deze intrest moet om de hiervoor (nr. 51) genoemde reden berekend worden aan de in de Lid-Staat van verzoekers gebruikelijke intrestvoet.

Besluit

54. Op grond van voorgaande redenen geef ik het Hof in overweging, alvorens verder te beslissen:

1) te verstaan dat de Europese Economische Gemeenschap aan verzoekers een bedrag zal betalen overeenkomende met de schade, die zij hebben geleden in de periode tussen het verstrijken van de door hen op grond van verordening (EEG) nr. 1078/77 van de Raad van 17 mei 1977 aangegane niet-leveringsverbintenis en de toekenning aan hen van een voorlopige referentiehoeveelheid

overeenkomstig artikel 3 bis van verordening (EEG) nr. 857/84 van de Raad van 31 maart 1984, zoals ingevoegd bij verordening (EEG) nr. 764/89 van de Raad van 20 maart 1989, dan wel het ogenblik waarop zij de melkleveringen hebben hervat indien dat aan genoemde toekenning voorafgaat;

2) de beroepen tot het verkrijgen van schadevergoeding voor het overige te verwerpen;

3) te verstaan dat partijen binnen twaalf maanden na de uitspraak van het arrest, aan het Hof een becijfering zullen overleggen van het in gemeen overleg vastgestelde schadebedrag, ermee rekening houdend dat verzoekers, voor elk toepassingsjaar van de onder 1 genoemde periode, een hoeveelheid melk hadden kunnen leveren overeenstemmend met de melkleveringen die zij hebben verricht gedurende het jaar vóór de maand van indiening van de premieaanvraag, verhoogd met 1% en vervolgens verminderd met een percentage dat representatief is voor de kortingen die de betrokken Lid-Staat voor elk toepassingsjaar heeft aangebracht op de overeenkomstig artikel 2 van verordening (EEG) nr. 857/84 voor de in dat artikel bedoelde melkproducenten vastgestelde referentiehoeveelheid — met uitsluiting van de korting die verband houdt met de keuze van een later referentiejaar dan 1981 maar met inbegrip van de vermindering welke voortspruit uit de toepassing van het bij verordening (EEG) nr. 775/87 ingestelde schorsingspercentage — *en* voorts rekening houdend, bij de begroting van de winstderving, met de winst die volgens de normale gang van zaken en behoudens tegenbewijs door verzoekers van bijzondere omstandigheden, zou zijn geboekt door een zich in vergelijkbare omstandigheden bevindende producent die een referentiehoeveelheid als de aan verzoekers toekomende zou hebben gekregen maar onder aftrek van de overeenkomstig hetzelfde criterium begrote en volgens dezelfde bewijsmodaliteiten aangetoonde normale inkomsten die verzoekers met de door hen uitgeoefende vervangingsactiviteit hebben behaald;

4) te verstaan dat over het te betalen schadebedrag met ingang van de dag van de uitspraak van het arrest een gerechtelijke intrest verschuldigd is ter hoogte van de in de Lid-Staat van betrokken verzoeker op de dag van de uitspraak gangbare gerechtelijke intrest, eventueel ook van een vergoedende intrest, aan de in de betrokken Lid-Staat gangbare intrestvoet, voor zover het te betalen schadebedrag niet reeds ten volle rekening zou houden met de voordien verlopen tijd.

5) te verstaan dat partijen, mochten zij geen of geen volledig akkoord bereiken, binnen twaalf maanden na de uitspraak van het arrest, hun berekeningen aan het Hof zullen doen toekomen met het oog op het beslechten van de nog overblijvende geschilpunten;

6) de uitspraak inzake de kosten aan te houden.