Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
P. CRUZ VILLALÓN
van 20 maart 2014[1]

Zaak C-611/12 P

Jean-François Giordano
tegen

Europese Commissie

„Hogere voorziening — Vangstquota — Noodmaatregelen van de Commissie — Beroep wegens niet-contractuele aansprakelijkheid van de Europese Unie — Voor vergoeding in aanmerking komende schade — Reële en zekere schade — Verlies van een kans als een integrerend onderdeel van de voor vergoeding in aanmerking komende schade”

1. De door Jean-François Giordano ingestelde onderhavige hogere voorziening maakt deel uit van een bredere context waarin ook de hogere voorzieningen in de zaken C-12/13 P en C-13/13 P (Buono e.a./Commissie) moeten worden geplaatst, welke onderwerp zijn van een andere conclusie van vandaag. In al deze hogere voorzieningen is sprake van een tegen de Unie gerichte schadevordering op grond van verordening (EG) nr. 530/2008 van de Commissie tot vaststelling van noodmaatregelen met betrekking tot de visserij op blauwvintonijn door ringzegenvaartuigen in de Atlantische Oceaan, ten oosten van 45° WL, en in de Middellandse Zee.[2]

2. Aangezien de onderhavige zaak betrekking heeft op een ander arrest van het Gerecht dan het arrest dat wordt bestreden in de zaken C-12/13 P en C-13/13 P, en mede omdat de in hogere voorziening aangevoerde middelen verschillend zijn, zal ik in het kader van de beantwoording van de onderhavige hogere voorziening in deze conclusie voornamelijk ingaan op de vraag welke schade voor vergoeding in aanmerking komt. Meer in het bijzonder zal ik uitvoerig bespreken of een „verlies van een kans” deel kan uitmaken van de voor vergoeding in aanmerking komende schade die kan worden vergoed in een beroep wegens niet-contractuele aansprakelijkheid van de Europese Unie.

3. Het verlies van een kans is in de rechtspraak van het Hof al verschillende keren erkend als voor vergoeding in aanmerking komende schade, maar die erkenning vond steeds plaats in een specifieke context, zoals het Europees ambtenarenrecht en het aanbestedingsrecht van de Unie. Deze zaak biedt het Hof de gelegenheid zich in ruimere zin uit te laten op dit punt.

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — Verordening van 12 juni 2008 (PB L 155, blz. 9).

I – **Toepasselijke bepalingen**

4. Artikel 340, tweede alinea, VWEU voorziet in de materiële regeling van de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie in de volgende bewoordingen:

„Inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid moet de Unie overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben, de schade vergoeden die door haar instellingen of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt."

5. De visserij op blauwvintonijn wordt zowel op internationaal als op Europees niveau geregeld. Sinds 1997 is de Unie partij bij het Internationaal Verdrag voor de instandhouding van Atlantische tonijnen, waarbij de Internationale Commissie voor de instandhouding van tonijn in de Atlantische Oceaan (ICCAT) is ingesteld. De ICCAT stelt aanbevelingen en plannen op om ervoor te zorgen dat het betrokken visbestand in stand wordt gehouden. Ter uitvoering van de besluiten van de ICCAT heeft de Unie een aantal instrumenten vastgesteld, waaronder in het kader van de onderhavige procedure met name wordt gewezen op verordening (EG) nr. 520/2007 tot vaststelling van technische maatregelen voor de instandhouding van bepaalde over grote afstanden trekkende visbestanden en tot intrekking van verordening (EG) nr. 973/2001 [3] en verordening (EG) nr. 1559/2007 tot vaststelling van een meerjarig herstelplan voor blauwvintonijn in het oostelijke deel van de Atlantische Oceaan en de Middellandse Zee en tot wijziging van verordening (EG) nr. 520/2007 [4].

6. De genoemde regelingen van de Unie vallen ook onder de werkingssfeer van verordening (EG) nr. 2371/2002 inzake de instandhouding en de duurzame exploitatie van de visbestanden in het kader van het gemeenschappelijk visserijbeleid. [5] Dit instrument voorziet in een aantal algemene maatregelen die gericht zijn op de instandhouding, het beheer en de exploitatie van levende aquatische hulpbronnen op het grondgebied van de lidstaten of in de communautaire wateren of door vissersvaartuigen van de Unie.

7. Tot de verschillende in verordening nr. 2371/2002 opgenomen maatregelen behoort met name artikel 7, getiteld „Noodmaatregelen van de Commissie", dat luidt als volgt:

„1. Indien er bewijs is van een, onmiddellijke actie vereisende, ernstige bedreiging voor de instandhouding van levende aquatische hulpbronnen of voor het mariene ecosysteem als gevolg van visserijactiviteiten, kan de Commissie, op gemotiveerd verzoek van een lidstaat of op eigen initiatief, beslissen over noodmaatregelen waarvan de geldigheidsduur ten hoogste zes maanden bedraagt. De Commissie kan een nieuw besluit nemen om de maatregelen met ten hoogste zes maanden te verlengen.

2. De lidstaat deelt het verzoek terzelfder tijd mee aan de Commissie, de overige lidstaten en de betrokken regionale adviesraden. Deze kunnen hun schriftelijke opmerkingen bij de Commissie indienen binnen vijf werkdagen nadat zij het verzoek hebben ontvangen.

De Commissie neemt een besluit binnen 15 werkdagen nadat zij het in lid 1 bedoelde verzoek heeft ontvangen.

3. De noodmaatregelen worden onmiddellijk van kracht. Er wordt kennis van gegeven aan de betrokken lidstaten en zij worden bekendgemaakt in het Publicatieblad.

4. De betrokken lidstaten kunnen het besluit van de Commissie binnen 10 werkdagen nadat zij de kennisgeving hebben ontvangen, voorleggen aan de Raad.

3 — Verordening van de Raad van 7 mei 2007 (PB L 123, blz. 3).

4 — Verordening van de Raad van 17 december 2007 (PB L 340, blz. 8).

5 — Verordening van de Raad van 20 december 2002 (PB L 358, blz. 59).

5. De Raad kan binnen één maand na de datum van ontvangst van het schrijven waarbij een besluit aan hem is voorgelegd, met gekwalificeerde meerderheid van stemmen een andersluidend besluit nemen."

8. Verordening (EG) nr. 40/2008 stelt voor 2008 de vangstmogelijkheden voor sommige visbestanden, waaronder blauwvintonijn, en de bij de visserij in acht te nemen voorschriften vast.[6] De tekst voert vangstbeperkingen in en bepaalt hoeveel blauwvintonijn in 2008 door vaartuigen van de Gemeenschap mag worden gevangen in de Atlantische Oceaan, ten oosten van 45° WL, en in de Middellandse Zee. De beperkingen en hoeveelheden werden gewijzigd op grond van verordening (EG) nr. 446/2008 van de Commissie.[7]

9. De Commissie was, gelet op de informatie die zij toen van de inspecteurs tijdens hun missies in de betrokken staten ontving, van mening dat de aan tonijnvaartuigen onder Griekse, Franse, Italiaanse, Cypriotische en Maltese vlag toegewezen vangstmogelijkheden voor blauwvintonijn in de Atlantische Oceaan, ten oosten van 45° WL, en in de Middellandse Zee, opgebruikt zouden kunnen zijn op 16 juni 2008. De vangstmogelijkheden van de ringzegenvaartuigen onder Spaanse vlag zouden opgebruikt zijn op 23 juni 2008. In het licht daarvan heeft de Commissie op grond van artikel 7 van voornoemde verordening nr. 2371/2002 verordening nr. 530/2008[8] vastgesteld. De eerste drie artikelen van verordening nr. 530/2008 luiden als volgt:

„Artikel 1

De visserij op blauwvintonijn in de Atlantische Oceaan, ten oosten van 45° WL, en in de Middellandse Zee door ringzegenvaartuigen die de vlag voeren van of zijn geregistreerd in Griekenland, Frankrijk, Italië, Cyprus of Malta, wordt met ingang van 16 juni 2008 verboden.

Met ingang van die datum is het tevens verboden om vis van dat bestand die door die vaartuigen is gevangen, aan boord te hebben, te kooien voor afmesten of voor de viskweek, op een ander vaartuig of voertuig over te laden, of aan te voeren.

Artikel 2

De visserij op blauwvintonijn in de Atlantische Oceaan, ten oosten van 45° WL, en in de Middellandse Zee door ringzegenvaartuigen die de vlag voeren van of zijn geregistreerd in Spanje, wordt met ingang van 23 juni 2008 verboden.

Met ingang van die datum is het tevens verboden om vis van dat bestand die door die vaartuigen is gevangen, aan boord te hebben, te kooien voor afmesten of voor de viskweek, op een ander vaartuig of voertuig over te laden, of aan te voeren.

Artikel 3

1. Onverminderd het bepaalde in lid 2 mogen marktdeelnemers van de Gemeenschap met ingang van 16 juni 2008 niet meer instemmen met het aanvoeren, het kooien voor afmesten of voor de viskweek, of het overladen in wateren of havens van de Gemeenschap van blauwvintonijn die met ringzegenvaartuigen is gevangen in de Atlantische Oceaan, ten oosten van 45° WL, en in de Middellandse Zee.

6 — Verordening van de Raad van 16 januari 2008 tot vaststelling, voor 2008, van de vangstmogelijkheden voor sommige visbestanden en groepen visbestanden welke in de wateren van de Gemeenschap en, voor vaartuigen van de Gemeenschap, in andere wateren met vangstbeperkingen van toepassing zijn, en tot vaststelling van de bij de visserij in acht te nemen voorschriften (PB L 19, blz. 1).

7 — Verordening van 22 mei 2008 houdende aanpassing, op grond van artikel 21, lid 4, van verordening (EEG) nr. 2847/93 van de Raad tot invoering van een controleregeling voor het gemeenschappelijk visserijbeleid, van bepaalde quota voor blauwvintonijn in 2008 (PB L 134, blz. 11).

8 — Reeds aangehaald.

2. Het is tot en met 23 juni 2008 toegestaan om blauwvintonijn die in de Atlantische Oceaan, ten oosten van 45° WL, en in de Middellandse Zee is gevangen met ringzegenvaartuigen die de vlag voeren van of zijn geregistreerd in Spanje, in wateren en havens van de Gemeenschap aan te voeren, te kooien voor afmesten of voor de viskweek en [over] te [laden]."

II – **Voorgeschiedenis**

10. Giordano is reder van het schip „Janvier Giordano", een ringzegenvaartuig dat onder Franse vlag vaart en in de Middellandse Zee tonijn vangt.

11. Volgens de Unieregeling beschikte de Franse Republiek voor 2008 over een vangstquotum van 4 164 ton voor blauwvintonijn, waarvan 90 % was bestemd voor ringzegenvaartuigen onder Franse vlag die in de Middellandse Zee vissen.

12. Bij besluit nr. 2008PS008–LR van 16 april 2008 gaf de minister van Landbouw en Visserij voor 2008 een speciaal visdocument voor blauwvintonijn aan het schip „Janvier Giordano" af, met een toegewezen quotum van 132,02 ton. Op grond daarvan mocht van 1 april tot en met 30 juni 2008 worden gevist.

13. Op 2 juni 2008 begon het schip „Janvier Giordano" te vissen in het Middellandse Zeegebied, welke activiteit op 16 juni 2008 werd beëindigd als gevolg van de vaststelling en inwerkingtreding van verordening nr. 530/2008 van de Commissie. Ingevolge de uitvoering van die verordening werd voornoemd visdocument bij besluit van 16 juni 2008 van de prefect van de regio Languedoc-Roussillon ingetrokken.

14. Giordano heeft het besluit van de prefect aangevochten bij de Franse bestuursrechter. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep te Marseille is de vordering van Giordano afgewezen op de grond dat het verbod voortvloeide uit verordening nr. 530/2008 van de Commissie, en niet uit het besluit van de prefect.

III – **Procesverloop voor het Gerecht en bestreden arrest**

15. Het beroep wegens niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie dat door Giordano is ingesteld vanwege het krachtens verordening nr. 530/2008 van de Commissie opgelegde visverbod, is ter griffie van het Gerecht geregistreerd op 25 februari 2011.

16. Enige tijd later heeft het Hof naar aanleiding van het verzoek van de Prim'Awla tal-Qorti Ċivili, Malta, om een prejudiciële beslissing op 17 maart 2011 uitspraak gedaan in de zaak AJD Tuna.[9] Deze zaak had betrekking op verschillende vragen omtrent de geldigheid van die verordening.

17. In het aangehaalde arrest heeft het Hof verklaard dat de verordening in strijd was met het algemeen beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit.

18. Derhalve werden Giordano en de Europese Commissie, als verweerster, vóór de door het Gerecht gehouden terechtzitting verzocht zich ter terechtzitting uit te laten over de gevolgen van het arrest AJD Tuna voor de onderhavige zaak.

9 — Arrest van 17 maart 2011 (C-221/09, Jurispr. blz. I-1655).

19. In zijn schriftelijke en mondelinge betoog verzocht Giordano het Gerecht vast te stellen dat hij door verordening nr. 530/2008 in zijn rechtspositie is geschaad, alsmede de Commissie dientengevolge te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding van 542 594 EUR. De Commissie verzocht het Gerecht het beroep in zijn geheel te verwerpen.

20. Bij arrest van 7 november 2012 heeft het Gerecht het beroep van Giordano verworpen en hem in de kosten verwezen. In een uit twaalf punten bestaande motivering wees het Gerecht erop dat Giordano niet had aangetoond dat de beweerdelijk geleden schade reëel was.

21. Het Gerecht is, onder verwijzing naar zijn arrest in de zaak Cofradía de pescadores „San Pedro" de Bermeo e.a./Raad[10], van oordeel dat met de toewijzing van een vangstquotum geen subjectief recht op een specifiek bedrag wordt geboden, maar slechts wordt voorzien in een maximum voor het aantal vangsten, welke geenszins gegarandeerd zijn. Volgens het Gerecht is bij een onbenut quotum dan ook geen sprake van reële en zekere schade, ook al is het niet benutten het gevolg van een verbod dat door een overheidsinstantie is opgelegd.

22. Aangezien niet is voldaan aan een van de drie voorwaarden voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie, heeft het Gerecht het beroep in zijn geheel verworpen en Giordano in de kosten verwezen.

IV – **Hogere voorziening en conclusies van partijen**

23. De hogere voorziening die door Giordano is ingesteld tegen het arrest van het Gerecht van 7 november 2012, is ter griffie van het Hof geregistreerd op 8 januari 2013.

24. Giordano vordert dat het Hof:

— het bestreden arrest vernietigt;

— verklaart dat hij door de vaststelling van verordening nr. 530/2008 van de Commissie van 12 juni 2008 voor vergoeding in aanmerking komende schade heeft geleden;

— de Commissie veroordeelt tot betaling van een schadevergoeding van 542 594 EUR;

— de Commissie verwijst in de kosten van de hogere voorziening en in die van de procedure in eerste aanleg.

25. De Commissie vordert dat het Hof:

— de hogere voorziening niet-ontvankelijk verklaart;

— subsidiair, de hogere voorziening afwijst;

— subsidiair, het beroep wegens niet-contractuele aansprakelijkheid afwijst;

— rekwirant verwijst in de kosten van de hogere voorziening en in die van de procedure in eerste aanleg.

10 — Arrest van 19 oktober 2005 (T-415/03, Jurispr. blz. II-4355).

V – **Ontvankelijkheid**

26. Volgens de Commissie is de hogere voorziening niet-ontvankelijk voor zover twee middelen (het tweede en het derde) betrekking hebben op voorwaarden voor de niet-contractuele aansprakelijkheid die door het Gerecht niet zijn beoordeeld, en het derde middel (het eerste) strekt tot een feitelijke beoordeling die reeds door het Gerecht is verricht.

27. Die twee niet-ontvankelijkheidsbezwaren dienen te worden verworpen.

28. Het eerste niet-ontvankelijkheidsbezwaar van de Commissie ziet formeel gezien niet op de ontvankelijkheid van de hogere voorziening, maar op het door rekwirant aangevoerde tweede en derde middel. Deze middelen hoeven immers slechts te worden beoordeeld indien het Hof het bestreden arrest vernietigt en overeenkomstig artikel 61 van het Statuut van het Hof van Justitie de zaak zelf afdoet. Het door de Commissie ten aanzien van het tweede en het derde middel aangevoerde niet-ontvankelijkheidsbezwaar moet dus worden verworpen.

29. Ook het tweede door de Commissie naar voren gebrachte niet-ontvankelijkheidsbezwaar kan niet worden gehonoreerd. Volgens de Commissie heeft het Gerecht, door te oordelen dat de door rekwirant aangevoerde schade noch reëel noch zeker was, een feitelijke beoordeling verricht die blijkens vaste rechtspraak niet kan worden getoetst in hogere voorziening. De benadering van de Commissie blijft echter niet binnen de grenzen van de hogere voorziening waar het Hof herhaaldelijk naar heeft verwezen, aangezien het verbod van feitelijke beoordeling ziet op puur feitelijke beoordelingen van de niet-juridische aspecten die de partijen hebben aangedragen in de procedure.

30. Dat is in casu niet aan de orde omdat rekwirant niet de beoordeling van de feiten door het Gerecht ter discussie stelt, maar wel de omstandigheid dat het Gerecht de toewijzing van vangstquota heeft aangemerkt als juridisch van geen belang bij de vaststelling van schade. Het Gerecht heeft dus geen beoordeling verricht van de specifieke feiten zoals die door rekwirant zijn aangedragen, maar is overgegaan tot een juridische beoordeling op grond waarvan de vangstquota die door onverwachte oorzaken niet zijn benut, niet tot de voor vergoeding in aanmerking komende schade behoren. Dit in de punten 18 en 19 van het bestreden arrest vervatte oordeel is niet feitelijk, maar juridisch en kan dus in hogere voorziening worden getoetst.

31. Hieruit volgt dat het tweede niet-ontvankelijkheidsbezwaar van de Commissie moet worden verworpen.

VI – **Hogere voorziening**

A – *Middel betreffende het „zekere” karakter van de geleden schade*

1. Argumenten van partijen

32. Rekwirant is het niet eens met de overwegingen van het Gerecht dat geen sprake is van zekere schade. Niettegenstaande het oordeel in het bestreden arrest, stelt rekwirant ter discussie of er, zoals het Gerecht van oordeel is, een noodzakelijk verband is tussen het subjectieve recht op volledige benutting van het quotum en de voor vergoeding in aanmerking komende schade. Volgens rekwirant impliceert het feit dat er geen subjectief recht bestaat op volledige benutting van het quotum, niet dat er geen serieuze kans is dat het volledig wordt benut. Uit de praktijk blijkt zijns inziens immers dat, vanwege het beperkende karakter van de huidige visvergunningen voor blauwvintonijn, tonijnvissers hun quota systematisch volledig benutten.

33. Volgens rekwirant kan een ringzegenvaartuig zijn jaarlijkse vangstquotum binnen vijftien dagen opgebruiken. In de dertien dagen dat de „Janvier Giordano" heeft gevist, namelijk de dagen net voor het verbod ingevolge verordening nr. 530/2008, bedroeg de vangst van dit schip namelijk in totaal 71,571 ton, dus 54 % van zijn quotum. Rekwirant stelt dat indien hij had kunnen blijven vissen tot de laatste dag, 30 juni 2008, het quotum volledig zou zijn benut. Verordening nr. 530/2008 heeft dus geleid tot reële en zekere schade, waarvan rekwirant de omvang nader aangeeft op basis van de verkoopprijs van een kilo blauwvintonijn in het visseizoen 2008 en het totale gewicht van het onbenutte quotum. Volgens rekwirant bedraagt de geleden schade, inclusief de rente, dus 542 594 EUR.

34. Rekwirant wijst er ook op dat de geleden schade moet worden beschouwd als het verlies van een kans, en dat het Hof dit soort schade in zijn rechtspraak heeft erkend. Hij verwijst daarbij naar het arrest van 14 mei 1975, CNTA/Commissie (74/74, Jurispr. blz. 533). Daarnaast vestigt hij de aandacht op het feit dat het Unierecht voorziet in compenserende maatregelen wanneer visserijactiviteiten onverwacht worden beëindigd en het quotum niet kan worden opgebruikt. Bij wijze van voorbeeld vermeldt rekwirant artikel 21, lid 4, van verordening (EEG) nr. 2847/93 van 12 oktober 1993.[11] Uit deze bepaling, waarin op algemene wijze wordt verwezen naar „maatregelen" om „het geleden nadeel op passende wijze ongedaan te maken", volgt volgens hem dat in het Unierecht wordt erkend dat een quotum dat onbenut blijft door een besluit tot beëindiging van de visvangst, voor vergoeding in aanmerking komende schade met zich meebrengt.

35. De Commissie bestrijdt de argumenten van rekwirant op twee manieren.

36. In de eerste plaats kan volgens de Commissie geen verlies van een kans worden aangevoerd in een zaak als de onderhavige. Haars inziens blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat op het gebied van schadevergoeding alleen sprake kan zijn van verlies van een kans wanneer aangetoond wordt dat er een recht, of in elk geval een gewettigde verwachting, op het behalen van een voordeel is. De Commissie meent dat Giordano niet heeft aangetoond dat hij enig recht had op een bepaald aantal vangsten en dat hij evenmin informatie heeft verstrekt waaruit met wiskundige nauwkeurigheid bleek dat hij echt een dergelijke hoeveelheid vangsten kon verrichten.

37. In de tweede plaats is de Commissie niet van mening dat het aan Giordano toegewezen quotum een recht oplevert, of dat volgens de Europese visregeling een recht op vergoeding geldt wanneer het quotum niet wordt opgebruikt. De Commissie stelt dat het quotum er uitsluitend toe dient om een maximaal aantal vangsten te bepalen, en niet om vangstvooruitzichten te garanderen. Die vangstbeperkende functie is in overeenstemming met het hoofddoel dat ten grondslag ligt aan het gemeenschappelijk visserijbeleid, waarmee wordt gestreefd naar een evenwicht tussen de economische bedrijvigheid en de instandhouding van de levende rijkdommen van de zee. Voorts voert de Commissie aan dat de Unieregeling gericht is op de handhaving van het beginsel van relatieve stabiliteit, waarbij het tot op zekere hoogte vooraf bepaald „recht" op vangstmogelijkheden aan de lidstaten toekomt. Dat de lidstaten over dat „recht" beschikken, betekent echter niet dat al wie een vangstquotum heeft, een individueel recht krijgt. Volgens de Commissie moeten de door rekwirant genoemde bepalingen tegen die achtergrond worden uitgelegd, aangezien het daarbij met name gaat om het „recht" van de lidstaten om een vergoeding te krijgen voor onbenutte quota, en niet om het recht daarop van quotumhouders wanneer hun activiteiten onverwacht worden beëindigd om redenen die verband houden met het milieu en de instandhouding van de levende rijkdommen van de zee.

11 — Verordening van de Raad tot invoering van een controleregeling voor het gemeenschappelijk visserijbeleid (PB L 261, blz. 1).

2. Beoordeling

a) Opmerking vooraf

38. Het onderhavige middel heeft hoofdzakelijk betrekking op de vraag of de door rekwirant geleden schade „zeker" is. Het Gerecht was van oordeel dat rekwirant geen „zekere" schade had geleden door het enkele feit dat zijn blauwvintonijnvangst vroegtijdig werd beëindigd, aangezien hij geen subjectief recht op volledige benutting van het quotum had. Rekwirant is het daar niet mee eens.

39. Blijkens de door rekwirant en de Commissie ingediende memories gaat het in de onderhavige zaak om het verlies van een kans. Door dwingend voor te schrijven dat de vangst twee weken voor het geplande einde wordt beëindigd, zou de Commissie rekwirant de mogelijkheid hebben ontnomen zijn quotum voor 2008 volledig te benutten. Het is die omstandigheid, niet het verlies van een gegarandeerd voordeel maar wel het verlies van een kans om een voordeel te behalen, die door het Gerecht niet in aanmerking is genomen op de grond dat geen sprake was van „zekere" schade als bedoeld in de rechtspraak van het Hof over de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie.

40. Tot op de dag van vandaag is het begrip verlies van een kans in de rechtspraak van het Hof enigszins in een schemergebied ontwikkeld. Het Hof heeft het formeel erkend in op het ambtenarenrecht van de Unie en het aanbestedingsrecht van de Unie betrekking hebbende zaken, weliswaar in zeer enge zin in het geval van het aanbestedingsrecht.[12] Daarnaast heeft de Uniewetgever op sectorale basis harmonisatiemaatregelen vastgesteld om ervoor te zorgen dat de lidstaten dit soort schade voor hun rekening nemen in de tegen hen ingestelde schadevorderingen.[13] In de rechtspraak is dit complexe kader nader aangevuld door in specifieke gevallen de post winstderving zodanig te verruimen dat soms sprake is van gelijkstelling met hetgeen nauwkeuriger kan worden aangemerkt als het verlies van een kans.

41. Op basis van deze factoren moet het Hof een geschil beslechten waarin de vraag aan de orde is of het verlies van een kans in ruimere zin moet worden behandeld in op de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie betrekking hebbende zaken, en meer in het bijzonder in het licht van artikel 340, tweede alinea, VWEU.

b) Verlies van een kans en risicotheorie

42. Het verlies van een kans is een relatief recent begrip in het schaderecht. Zoals bekend is dit soort schade pas op het einde van de twintigste eeuw in het schaderecht geïntroduceerd, op hetzelfde moment dat in de sociale wetenschappen de zogenoemde risicotheorieën hun intrede deden.[14]

43. Over het algemeen verschilt het verlies van een kans van andere onderdelen van de voor vergoeding in aanmerking komende schade doordat daarmee wordt verwezen naar een toekomstig, doch slechts waarschijnlijk voordeel. Het verlies van een kans heeft geen betrekking op zekere winst, maar op *winstkansen* die op zich reëel zijn, ongeacht de kwantificeerbaarheid ervan. Logischerwijs kan geen sprake zijn van zuiver hypothetische winstkansen, maar moet het gaan om reële kansen die zeer

12 — Zie in het algemeen Van Raepenbusch, S., „La convergence entre les régimes de responsabilité extracontractuelle de l'Union européenne et des États membres", ERA Forum (2012), en Giacobbo-Peyronnel, V., „L'indemnisation de la perte de chance en droit de la fonction publique de l'Union européenne", in Mahieu, S. (red.), *Contentieux de l'Union européenne – Questions choisies*, uitg. Larcier, 2014.

13 — Zie bijvoorbeeld artikel 2, lid 7, van richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 (PB L 76, blz. 14), luidende „[w]anneer een eis tot schadevergoeding wordt ingediend uit hoofde van de kosten van het opstellen van een offerte of van de deelneming aan een aanbestedingsprocedure, moet degene die de vordering instelt uitsluitend aantonen dat er sprake is van schending van het gemeenschapsrecht inzake aanbestedingen of van de nationale voorschriften waarin dit recht is omgezet en dat hij reële kansen had om de opdracht in de wacht te slepen als deze schending niet had plaatsgevonden".

14 — Zie met name De Ferra, C., „De Finetti, la rivoluzione della probabilità", Assicurazioni, nr. 2, 2002, blz. 185-195, en Majone, G., „Foundations of Risk Regulation: Science, Decision-Making, Policy Learning and Institutional Reform", *European Journal of Risk Regulation*, nr. 1, 2010, blz. 5 e.v.

waarschijnlijk vermogenswinst zullen opleveren. De waarschijnlijkheidsfactor is dus kenmerkend voor het verlies van een kans en is wat het verlies van een kans voornamelijk onderscheidt van de gederfde winst. Het gaat daarbij evenwel niet om welke waarschijnlijkheid dan ook, maar om een *grote* waarschijnlijkheid dat aan een verwachting wordt voldaan.

44. Het is juist dat de erkenning van een recht op vergoeding vanwege het verdwijnen van de enkele waarschijnlijkheid van toekomstig voordeel aanleiding kan geven tot enorme rechtsonzekerheid. Het mag dan ook geen verbazing wekken dat het verlies van een kans lange tijd niet aan de orde was in het schaderecht van de lidstaten, en evenmin in dat van derde staten, zoals staten met een „common law"-traditie of staten die een continentaal-Europese invloed kennen, zoals de landen van Latijns-Amerika. [15] Toen de risicotheorieën, waarmee de mate van waarschijnlijkheid van toekomstige gebeurtenissen in bepaalde situaties kan worden gekwantificeerd, hun intrede deden, konden de nationale rechter en de wetgever in sommige landen toekomstige winstkansen echter aanmerken als een onderdeel van het huidige vermogen van een natuurlijk persoon of rechtspersoon. [16]

45. Een grote en kwantificeerbare waarschijnlijkheid van toekomstig voordeel moet immers kunnen worden beschouwd als een integrerend onderdeel van de voor vergoeding in aanmerking komende schade. Wanneer het waarschijnlijke voordeel kan worden aangetoond en de waarschijnlijkheid volgens een voldoende nauwkeurige methode in cijfers kan worden uitgedrukt, bijvoorbeeld in procenten, gaat dat waarschijnlijke voordeel onderdeel vormen van het vermogen van degene die het heeft. Derhalve moet het verlies daarvan door een onrechtmatige daad een integrerend onderdeel gaan uitmaken van de voor vergoeding in aanmerking komende schade.

46. Van het verlies van een kans was in het schaderecht voor het eerst en het duidelijkst sprake in het medische aansprakelijkheidsrecht. [17] Een arts die een medische fout maakt en een ernstige ziekte niet vaststelt die ten tijde van de feiten volgens officiële statistieken een overlevingskans van 80 % had, veroorzaakt voor vergoeding in aanmerking komende schade als de patiënt komt te overlijden door de medische fout. Dergelijke gevallen waarin sprake is van een waarschijnlijkheidsfactor, een met technische middelen bepaalbare hoge mate van waarschijnlijkheid en duidelijk schadelijke gevolgen, hebben ertoe geleid dat het verlies van een kans in het schaderecht is erkend.

47. Ook de ontwikkeling van zeer verfijnde methoden voor risicoberekening, vooral op economisch gebied, heeft eraan bijgedragen dat waarschijnlijkheidsfactoren niet pas in de toekomst, maar in het nu een onderdeel gaan vormen van het vermogen van een natuurlijk persoon of rechtspersoon. Onder meer de groeivooruitzichten van een onderneming, plannen voor overheidsinvesteringen in een sector waarin een onderneming actief is, en beursvoorspellingen hebben een reëel effect op de *huidige*, en niet de toekomstige, waarde van ondernemingen. De omstandigheid dat een en ander afhankelijk is van gebeurtenissen waarvan niet zeker is dat zij zullen plaatsvinden, is geenszins van invloed op de opneming van dergelijke kansen (en de economische waarde ervan) in het huidige vermogen van de betrokkene. Het verlies van een kans door een onrechtmatige daad zou dus tot gevolg hebben dat voor vergoeding in aanmerking komende schade ontstaat.

15 — Over de ontwikkelingen in historisch en vergelijkend perspectief, zie Medina Alcoz, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, blz. 127 e.v.

16 — Zie met name Loevinger, L., „Jurimetrics: Science and Prediction in the Field of Law", *Minnesota Law Review*, nr. 46, 1961-1962, blz. 269 e.v.

17 — Zie Truckor, M. L., „The Loss of Chance Doctrine: Legal Recovery for Patients on the Edge of Survival", *University of Dayton Law Review*, nr. 24, 1999, en Fischer, D. A., „Tort Recovery for Loss of a Chance", *Wake Forest Law Review*, nr. 36, 2001, blz. 608 e.v.

48. In de meeste lidstaten is dat thans de situatie, zowel op het gebied van niet-contractuele civiele aansprakelijkheid als op dat van de financiële aansprakelijkheid van de lidstaten. [18] Van het verlies van een kans is weliswaar voornamelijk sprake in bepaalde sectoren, zoals aanbestedingsrecht, gezondheidsrecht en handelsrecht, maar dat neemt niet weg dat deze post thans in voldoende mate algemeen is geworden.

c) Rechtspraak van het Hof en het Gerecht

49. Dat het verlies van een kans behoort tot de „algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben", als bedoeld in artikel 340, tweede alinea, VWEU, vindt bevestiging in de rechtspraak van het Hof. De laatste jaren is er immers een heel duidelijke tendens waar te nemen om te erkennen dat bij het verlies van een kans sprake is van voor vergoeding in aanmerking komende schade. Het betreft een voorzichtige vooruitgang die vooral sectoraal plaatsvindt, en waarvan ik de hoofdlijnen wil aangeven.

50. Het gebied waarop het verlies van een kans expliciet en herhaaldelijk is erkend, is het ambtenarenrecht van de Unie. Sinds het arrest Commissie/Girardot [19] heeft het Hof immers algemeen ingestemd met de rechtspraak van het Gerecht volgens welke het verlies van een kans in de specifieke context van ambtenarenzaken, en dus op grond van artikel 270 VWEU, „reële en zekere" voor vergoeding in aanmerking komende schade oplevert. Voorts is die schade niet immaterieel, maar materieel. [20]

51. De feiten in de zaak Girardot zijn zeer typerend, aangezien het ging om een als tijdelijk functionaris in dienst genomen personeelslid dat niet mocht deelnemen aan een intern vergelijkend onderzoek voor de vorming van een wervingsreserve omdat zij niet voldeed aan de gestelde eisen. Later heeft Girardot gesolliciteerd naar verschillende functies bij dezelfde instelling, maar werd zij van de selectie uitgesloten omdat zij niet onder het ambtenarenstatuut viel. Zou zij geslaagd zijn geweest voor het intern vergelijkend onderzoek voor de vorming van een wervingsreserve, dan zou Girardot dus hebben voldaan aan de voorwaarden om deel te nemen aan de tweede selectieprocedure.

52. In zijn arrest van 31 maart 2004 [21] heeft het Gerecht verklaard dat de uitsluiting van de eerste selectieprocedure onwettig was, waarna het in een interlocutoir arrest van oordeel was dat door deze onrechtmatige uitsluiting Girardot de mogelijkheid werd ontnomen deel te nemen aan een latere selectieprocedure. [22] Girardot had namelijk gesolliciteerd naar negen van de in de tweede selectieprocedure aangeboden functies. Volgens het Gerecht was haar ten onrechte een serieuze kans ontnomen om voor een van die functies te worden aangenomen. In hogere voorziening was het Hof het eens met de zienswijze van het Gerecht.

53. In punt 115 van het arrest van 6 juni 2006 in deze zaak heeft het Gerecht verklaard dat „niet [kan] worden aangenomen dat de Commissie [...] na de eerste fase van de in artikel 29, lid 1, van het Statuut voorziene procedure voor de voorziening in vacatures één van de sollicitaties van Girardot zonder meer zou hebben aanvaard, zodat zij dus alle kans had gehad om een overeenkomst van tijdelijk functionaris [...] te krijgen [...]. *Wél kan worden aangenomen dat Girardot niettemin een serieuze kans daartoe had gehad, die haar was ontnomen doordat de Commissie haar sollicitaties*, zonder te hebben aangetoond dat zij deze had onderzocht, *heeft afgewezen*". [23]

18 — Zie het vergelijkend onderzoek van Fleischer, H., „Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht", JZ 15/16, 1999, VVAA, *Les limites de la réparation du préjudice*, Dalloz, Parijs, 2009, en Medina Alcoz, L., op. cit., blz. 130-167.

19 — Arrest van 21 februari 2008 (C-348/06 P, Jurispr. blz. I-833).

20 — Zie de bespreking van Giacobbo-Peyronnel, V., op. cit.

21 — Zaak Girardot/Commissie (T-10/02, JurAmbt. blz. I-A-109 en II-483).

22 — Arrest van 6 juni 2006, Girardot/Commissie (T-10/02, JurAmbt. blz. I-A-2-129 en II-A-2-609).

23 — Cursivering van mij.

54. Op grond daarvan is geconstateerd dat Girardot voor vergoeding in aanmerking komende schade heeft geleden, waarvan de omvang niet overeenkomt met de inkomsten die zij als tijdelijk functionaris zou hebben ontvangen, maar voortvloeit, zoals het Gerecht ex aequo et bono heeft vastgesteld, uit de toepassing daarop van een vermenigvuldigingsfactor van 0,5. Het Hof heeft de door het Gerecht ontwikkelde en gehanteerde berekeningswijze uitdrukkelijk bekrachtigd.

55. Een vergelijkbare redenering, maar dan wat artikel 340, tweede alinea, VWEU betreft, wordt gevolgd in de op het aanbestedingsrecht van de Unie betrekking hebbende rechtspraak. Wanneer een inschrijver onrechtmatig wordt afgewezen voor een overheidsopdracht van een instelling van de Unie, kan heropening van de aanbestedingsprocedure onmogelijk blijken. In dat geval heeft het Gerecht bij verschillende gelegenheden erkend dat de afgewezen inschrijver het recht heeft om een compensatie te vorderen die overeenkomt „met het verlies van de kans op het verkrijgen van de opdracht” [24] en, indien genoegzaam kan worden vastgesteld dat de opdracht aan de inschrijver had moeten worden toegekend, de gederfde winst. Het Gerecht heeft er herhaaldelijk op gewezen dat „een economische waarde [kan] worden toegekend aan het verlies van de kans op het verkrijgen van een opdracht”. [25]

56. Uit het voorgaande volgt dat zowel in het ambtenarenrecht als in het aanbestedingsrecht van de Unie het verlies van een serieuze kans als gevolg van een onrechtmatige daad, voor vergoeding in aanmerking komende materiële schade oplevert. Dit geldt nog niet algemeen voor het schaderecht van de Unie, maar uit een aantal uitspraken van het Hof blijkt dat het begrip de algemene rechtspraak van het Hof geenszins vreemd is.

57. Om te beginnen moet worden gewezen op een eerste jurisprudentiële lijn van het Hof van halverwege de jaren zeventig, waaruit duidelijk blijkt dat bij de eis van „zekere” schade geen sprake kan zijn van absolute zekerheid. [26] Dat is geen toeval, aangezien de voor de aansprakelijkheidsvordering van de artikelen 34 en 40 van het EGKS-Verdrag geldende voorwaarden daarmee werden onderscheiden van de krachtens het EEG-Verdrag van toepassing zijnde ruimere voorwaarden. Door te erkennen dat de schade „zeker” moet zijn, doch niet met absolute zekerheid hoeft vast te staan, wilde het Hof rekening houden met de bredere strekking van oud artikel 215 EEG-Verdrag. Van directe impact op de specifieke situatie van de verzoekende partij was echter geen sprake aangezien dit vermeld stond in het deel over de ontvankelijkheid van het beroep. Zo was het ook in verschillende zaken uit de jaren zeventig en tachtig, waarin het Hof de eis omtrent het „zekere” karakter van de schade heeft versoepeld met het oog op de vaststelling dat de verzoekende partij procesbelang had, en vervolgens bij de behandeling van de zaak ten gronde het beroep verwierp omdat er geen onrechtmatige daad was. [27]

58. In andere zaken heeft het Hof ook de gelegenheid gehad zich ten gronde uit te laten over het „zekere” karakter van de schade en heeft het daarbij een soortgelijke benadering als in het voorgaande punt gehanteerd. Zo heeft het Hof in de zaak Ireks-Arkady/Raad en Commissie [28] de Gemeenschap aansprakelijk gesteld naar aanleiding van de intrekking van de restituties voor de productie van quellmehl. Het Hof had eerder, in de zaak Ruckdeschel e.a. [29], die intrekking onrechtmatig verklaard wegens in strijd met het non-discriminatiebeginsel, daar sprake was van een ongerechtvaardigd verschil in behandeling tussen quellmehl en quellstarke. De Raad had weliswaar de restituties voor de productie van quellmehl weer ingevoerd, maar slechts met terugwerkende kracht vanaf de datum van het arrest Ruckdeschel e.a.

24 — Arrest van 20 september 2011, Evropaïki Dynamiki/EIB (T-461/08, Jurispr. blz. II-6367).

25 — Beschikkingen van de president van 25 april 2008, Vakakis/Commissie (T-41/08 R, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 66 en 67), en 20 januari 2010, Agriconsulting Europe/Commissie (T-443/09 R, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 32), en arrest Evropaïki Dynamiki/EIB (reeds aangehaald, punt 66).

26 — Arrest van 2 juni 1976, Kampffmeyer e.a./Raad en Commissie (56/74-60/74, Jurispr. blz. 711, punten 7 en 8).

27 — Zie met name arresten van 2 maart 1977, Eier-Kontor/Raad en Commissie (44/76, Jurispr. blz. 393, punt 8), en 14 januari 1987, Zuckerfabrik Bedburg/Raad en Commissie (281/84, Jurispr. blz. 49, punt 14).

28 — Arrest van 4 oktober 1979 (238/78, Jurispr. blz. 2955).

29 — Arrest van 19 oktober 1977 (117/76 en 16/77, Jurispr. blz. 1753).

59. Tegen die achtergrond heeft het Hof, in een beroep wegens niet-contractuele aansprakelijkheid dat na het arrest Ruckdeschel e.a. door quellmehlproducenten was ingesteld, in de zaak Ireks-Arkady/Raad en Commissie geoordeeld dat de Raad de grenzen van zijn discretionaire bevoegdheid klaarblijkelijk grondig heeft miskend. Volgens het Hof vond de door de verzoekende partij ingeroepen schade haar oorsprong in het feit dat de Raad de restituties had ingetrokken welke aan de quellmehlproducenten hadden moeten worden uitgekeerd tussen de datum van intrekking van de restituties en de datum van publicatie van het arrest Ruckdeschel e.a. Hoewel het Hof in zijn uitspraak wees op de moeilijkheid om de omvang van die schade nauwkeurig te bepalen, vormde de omstandigheid dat de schade niet absoluut zeker was geen belemmering om de Gemeenschap aansprakelijk te stellen.

60. De redenering van het arrest Ireks-Arkady/Raad en Commissie wordt ook in andere uitspraken gehanteerd. Meer recentelijk, in de zaak Agraz e.a./Commissie [30], diende het Hof zich uit te spreken over de vraag of de discretionaire bevoegdheid van de Commissie bij de vaststelling van de minimumprijs en het steunbedrag voor verwerkte producten op basis van tomaten voor het verkoopseizoen 2000/2001 tot gevolg had dat de schade die de producenten van die producten in een aantal lidstaten hadden geleden, niet als „zeker" kon worden aangemerkt. In deze zaak had de Commissie bij de vaststelling van het steunbedrag geen rekening gehouden met de prijs van Chinese tomaten, hoewel de desbetreffende Europese regeling dat voorschrijft. Volgens het Gerecht was de verordening tot vaststelling van het steunbedrag onrechtmatig omdat, om de aangegeven reden, sprake was van schending van een wezenlijk vormvoorschrift. Aangezien de discretionaire bevoegdheid van de Commissie bij de vaststelling van het steunbedrag heel ruim is, was het Gerecht echter van oordeel dat het geen „zekere" schade betrof.

61. In het arrest Agraz e.a./Commissie was het Hof het niet eens met de zienswijze van het Gerecht en oordeelde het dat de schade van de tomatenproducenten wel „zeker" was. Het Hof heeft verklaard dat „[h]et bestaan van de door rekwirantes gestelde schade [...] geenszins hypothetisch of louter eventueel [is], maar [...] vast[staat]. Bovendien is deze schade, ook al blijft onzekerheid bestaan over de precieze omvang ervan, economisch begrootbaar". [31] Dat de afzet van de communautaire productie in het betrokken verkoopseizoen geen problemen had opgeleverd, of dat de regeling van gepland beheer het mogelijk had gemaakt de afzet van de tomatenproductie in het verkoopseizoen te verzekeren, vond het Hof niet van belang. Doordat een steunbedrag was vastgesteld dat niet in overeenstemming was met het recht, werd tomatenproducenten van verschillende lidstaten de mogelijkheid ontnomen hun producten tegen betere voorwaarden af te zetten. Om die reden hadden de verzoekende partijen volgens het Hof het recht om compensatie te eisen voor de voor vergoeding in aanmerking komende materiële schade, ook al was de omvang van de schade niet volkomen zeker.

d) Samenvatting en voorstel

62. Gelet op een en ander meen ik dat in de rechtspraak van het Hof reeds belangrijke stappen zijn gezet. Deze stappen moeten meer in het algemeen worden onderzocht. Uit het voorgaande blijkt dat bij het verlies van een kans niet slechts sprake is van een recht op schadevergoeding dat aan personeelsleden van de instellingen toekomt, maar dat het gaat om een afzonderlijke post die op verschillende gebieden van het Unierecht betrekking heeft. Als hieraan wordt toegevoegd dat deze post in een groot aantal lidstaten bestaat, kan zonder overdrijving worden gezegd dat het verlies van een kans, als een integrerend onderdeel van de voor vergoeding in aanmerking komende schade, behoort tot de „algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben", als bedoeld in artikel 340, tweede alinea, VWEU.

30 — Arrest van 9 november 2006 (C-243/05 P, Jurispr. blz. I-10833).

31 — Arrest Agraz e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 42.

63. Blijkens de aangehaalde rechtspraak is het verlies van een kans op zich echter niet voldoende. Uit die arresten blijkt immers dat er grote terughoudendheid is om dit soort schade te erkennen en dat voldaan moet worden aan een aantal moeilijk te vervullen voorwaarden.

64. In de eerste plaats moet de verloren kans „serieus" aanwezig zijn, zoals blijkt uit het arrest Girardot/Commissie. Ofschoon er meerdere manieren zijn om de waarschijnlijkheid te bepalen, dient het Hof uit te gaan van een criterium dat is gebaseerd op een onderbouwd toekomstig nadeel. Het verlies van een kans moet in elk geval steeds dermate voorzienbaar zijn dat het met de gangbare bewijsmethoden kan worden aangetoond.

65. In de tweede plaats is geen sprake van het verlies van een serieuze kans in geval van schade waarvan het volstrekt waarschijnlijk is dat zij zal intreden, aangezien het dan niet gaat om het verlies van een kans, maar om gederfde winst. Opgemerkt zij dat in de meeste gevallen waarin de Unierechter zich in dit verband heeft uitgesproken, de kwantificering van het verlies van een kans plaatsvond in een interlocutoir arrest of, in het geval van een hogere voorziening, in een nieuw arrest in eerste aanleg na terugwijzing van de zaak. Dit verklaart waarom het Hof tot nog toe niet vaak de gelegenheid heeft gehad om zijn rechtspraak op dit punt te ontwikkelen.

66. In de derde plaats leidt het verlies van een kans er niet toe dat er een recht op vergoeding ontstaat voor het *volledige* op het verwachte voordeel betrekking hebbende verlies. Girardot kon niet het volledige loon eisen dat zij zou hebben ontvangen als zij was aangenomen, net zo min als de afgewezen inschrijver betaling kon verlangen van het volledige bedrag van de opdracht zoals bepaald in de offerte. Het Hof en het Gerecht hebben net als de lidstaten steeds schade erkend die hoe dan ook kleiner was dan het voordeel waarvan de mogelijkheid tot het behalen ervan ontnomen is. Zo heeft het Gerecht in de zaak Girardot gekozen voor een methode waarmee het Hof expliciet heeft ingestemd en waarbij een vermenigvuldigingsfactor van 0,5 op het door Girardot geleden verlies aan bezoldiging werd toegepast. Die factor komt overeen met een schatting van de mogelijkheden die Girardot zou hebben gehad om voor een van de functies te worden aangenomen, namelijk in dit geval 50 %.

67. In de vierde en laatste plaats moet de bewijslast voor het bestaan van de kans in casu uiteraard bij de verzoekende partij berusten, aangezien het aan haar is om niet alleen aan te tonen dat de ontnomen kans serieus aanwezig was, maar ook in hoeverre het waarschijnlijk was dat zij daadwerkelijk bestond. De ontwikkeling van zeer verfijnde methoden voor het meten van de waarschijnlijkheid van toekomstig voordeel, waaronder ook ontnomen toekomstig voordeel, zorgt ervoor dat dit, bij het nauwkeurig bepalen van de economische waarde van de verloren kans, voor de partijen gemakkelijker wordt, met name in het economisch recht.

68. Alles overwegende zie ik geen reden om algemeen uit te sluiten dat het verlies van een kans een integrerend onderdeel van de voor vergoeding in aanmerking komende schade vormt op grond van artikel 340, tweede alinea, VWEU. De ontwikkeling van het vergelijkend recht, de ontwikkeling van de rechtspraak van het Hof en de bewijsmethoden waarover de partijen thans beschikken, impliceren dat het Hof kan verklaren dat het schaderecht van de Unie het uit een onrechtmatige daad van een instelling voortvloeiende verlies van een serieuze kans vergoedt.

69. In het licht van het voorgaande zal ik thans ingaan op het door Giordano aangevoerde middel betreffende het „zekere" karakter van de schade in de onderhavige zaak.

e) Beoordeling van het onderzochte middel

70. In het bestreden arrest was het Gerecht van oordeel dat rekwirant geen zekere schade had geleden, aangezien de Uniewetgever niet in een subjectief recht op volledige benuttig van het quotum had voorzien. Op basis van deze premisse, waarbij het begrip subjectief recht op het quotum en op de volledige benutting daarvan nauw wordt gekoppeld aan de derde voorwaarde voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie, namelijk het bestaan van voor vergoeding in aanmerking komende schade, heeft het Gerecht verklaard dat de schade van Giordano niet „zeker" was, en dientengevolge zijn beroep verworpen.

71. Ter ondersteuning van zijn oordeel verwijst het Gerecht „naar analogie" naar zijn arrest Cofradía de pescadores „San Pedro" de Bermeo e.a./Raad [32], waarin werd geoordeeld dat met de vaststelling van een quotum in een handeling van de Unie geen recht in het leven wordt geroepen voor de quotumhouder, maar slechts een maximale vangstlimiet wordt bepaald. [33]

72. Er zij op gewezen dat tegen het arrest Cofradía de pescadores „San Pedro" de Bermeo e.a./Raad hogere voorziening is ingesteld bij het Hof en dat het Hof het grotendeels eens was met het Gerecht. [34] Het Hof heeft zich echter uitsluitend uitgelaten over de vraag of het quotum een recht in het leven roept wat de onrechtmatigheid betreft, en heeft zich wat de schade betreft niet uitgesproken. Het Hof kwam, net als het Gerecht, tot de conclusie dat de onrechtmatig verklaarde maatregelen in strijd waren met Unierechtelijke bepalingen, te weten het beginsel van relatieve stabiliteit en de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden voor het Koninkrijk Spanje en de Portugese Republiek en de aanpassingen van de Verdragen, die „niet ertoe strekken aan particulieren rechten toe te kennen" [35]. Schending van die bepalingen had dus niet tot gevolg dat de rekwiranten in die zaak recht hadden op schadevergoeding op grond van artikel 288 EG (thans artikel 340, tweede alinea, VWEU).

73. In zijn arrest heeft het Hof zich evenwel op geen enkel moment uitgesproken over de vraag of er „zekere" schade was. Het Gerecht had dat in het in die zaak bestreden arrest wel gedaan en was van oordeel dat vanwege het feit dat er geen subjectief recht was en dat toekomstige vangsten onvoorspelbaar waren, de schade van de rekwiranten niet „zeker" was en dus niet voor vergoeding in aanmerking kwam.

74. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat het Gerecht in het in casu bestreden arrest zich bij zijn oordeel dat de door Giordano geleden schade niet „zeker" was, niet op rechtspraak van het Hof heeft gebaseerd, maar is uitgegaan van rechtspraak over het onrechtmatige karakter van de aan de schade ten grondslag liggende maatregel. [36] Als gevolg daarvan heeft het Gerecht volgens mij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

75. In de zaak Cofradía de pescadores „San Pedro" de Bermeo e.a. werd immers gesteld dat sprake was van schade wegens schending van het beginsel van relatieve stabiliteit en de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden voor het Koninkrijk Spanje en de Portugese Republiek en de aanpassingen van de Verdragen. Het Hof was het terecht met het Gerecht eens dat die bepalingen geen subjectief recht in het leven roepen voor vangstquotumhouders, maar enkel een systeem voor de verdeling van de levende aquatische hulpbronnen over de lidstaten instellen, waarbij voor de latere uitvoering van dat systeem een groot aantal Unierechtelijke en nationaalrechtelijke voorschriften is vereist.

32 — Reeds aangehaald.

33 — Arrest Cofradía de pescadores „San Pedro" de Bermeo e.a./Raad, reeds aangehaald, punt 118.

34 — Arrest van 22 november 2007, Cofradía de pescadores „San Pedro" de Bermeo e.a./Raad (C-6/06 P, Jurispr. blz. I-164).

35 — Punt 56 van het arrest van het Hof.

36 — Benadrukt moet worden dat in het bestreden arrest „naar analogie" wordt verwezen naar het arrest Cofradía de pescadores „San Pedro" de Bermeo e.a./Raad, met dien verstande dat in dat arrest een andere vraag aan de orde is.

76. Zoals ik hierna zal aangeven en in detail heb kunnen uitleggen in de conclusie in de gevoegde zaken Buono e.a./Commissie, gaat het bij de aan de schade ten grondslag liggende onrechtmatigheid in casu echter om schending van het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit, hetgeen volgens vaste rechtspraak schending oplevert van een hogere rechtsregel die rechten in het leven roept voor particulieren. Het Gerecht heeft dus ten onrechte geoordeeld dat een schending als die welke aan de orde was in de zaak Cofradía de pescadores „San Pedro" e.a./Raad kon worden vergeleken met de betrokken schending, die zowaar het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit betreft.

77. Op basis van dat tussen de twee zaken gelegd verband wordt in het bestreden arrest geconcludeerd dat de schade van Giordano niet „zeker" is. Deze zienswijze kan echter niet worden aanvaard.

78. Blijkens de stukken had Giordano een door de prefect afgegeven visvergunning waaraan een bepaald quotum was verbonden, namelijk 132,02 ton. Daarmee mocht hij vissen van 1 april tot en met 30 juni 2008. Als gevolg van verordening nr. 530/2008 werd de vangst van blauwvintonijn per 16 juni beëindigd in de wateren waarin Giordano viste. Uit de stukken blijkt dat hij op dat moment in totaal 71,571 ton had gevangen. Derhalve kon Giordano door de verordening de 60,449 ton waarover hij volgens zijn vergunning nog beschikte, niet vangen.

79. Gelet op de in de punten 38 tot en met 69 van deze conclusie aangegeven criteria staat vast dat Giordano de mogelijkheid werd ontnomen een toekomstig voordeel te behalen, te weten het voordeel met betrekking tot de volledige benutting van zijn vangstquotum. Dat geen recht bestaat op een quotum, betekent niet dat de schade onzeker is, en dat een instelling een discretionaire bevoegdheid heeft, wil evenmin zeggen dat de schade die mogelijkerwijs ontstaat, geen zeker karakter heeft. Het Gerecht legt ten onrechte een verband tussen de eis dat een recht in het leven wordt geroepen, zoals vereist in de rechtspraak van het Hof bij het bepalen van de onrechtmatigheid, en de eis dat de schade zeker is. Dat verband behoort niet alleen niet tot het traditionele schadebegrip in de rechtspraak van het Hof, maar maakt het ook moeilijker, en in sommige gevallen onmogelijk, om schadevergoeding te krijgen, ofschoon sprake is van economisch relevante schade.

80. Het arrest Agraz e.a./Commissie is duidelijk wanneer het verwijst naar een situatie waarin economische schade bestaat, maar er daarnaast ook sprake is van een hoge mate van onbepaaldheid wat de waarschijnlijkheid betreft. Na vast te stellen dat de Commissie een ruime beoordelingsvrijheid had, zodat niet kon worden gegarandeerd dat in de toekomst een besluit zou worden vastgesteld dat gunstig was voor de belangen van de rekwirantes, heeft het Hof verklaard dat „[...] deze schade, ook al blijft onzekerheid bestaan over de precieze omvang [...], economisch begrootbaar [is]".[37] Zoals ik reeds in punt 64 van deze conclusie heb aangegeven, is in ieder geval doorslaggevend dat de waarschijnlijkheid dat voordeel zou zijn behaald, *groot* is.

81. Zoals ik reeds heb gezegd, wordt er in het bestreden arrest slechts op gewezen dat de schade niet „zeker" is aangezien er geen subjectief recht is dat voortvloeit uit het quotum. Dat, naast het feit dat Giordano de mogelijkheid is ontnomen een voordeel te behalen waarvan de economische waarde vaststaat, is voldoende om te concluderen dat het door Giordano aangevoerde middel gegrond is, en dus om het arrest van het Gerecht te vernietigen.

B – *Andere middelen*

82. Gelet op het voorgaande kunnen de andere aangevoerde middelen niet meer slagen, zodat ik het Hof in overweging geef de hogere voorziening deels toe te wijzen vanwege het slagen van het eerste in hogere voorziening aangevoerde middel dat artikel 340, tweede alinea, VWEU onjuist is uitgelegd wat het „zekere" karakter van de door rekwirant geleden schade betreft.

37 — Arrest Agraz e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 42.

VII – **Afdoening van de zaak**

83. Artikel 61 van het Statuut van het Hof van Justitie bepaalt dat „[i]ngeval van gegrondheid van het verzoek om hogere voorziening, [...] het Hof van Justitie de beslissing van het Gerecht [vernietigt]" en het „zelf de zaak [kan] afdoen wanneer deze in staat van wijzen is".

84. Ik meen dat het Hof in staat is de zaak gedeeltelijk af te doen.

85. Volgens vaste rechtspraak over de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie voor onrechtmatig handelen van haar instellingen en organen is sprake van een recht op schadevergoeding indien is voldaan aan drie voorwaarden, namelijk dat de geschonden rechtsregel ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen en het gaat om een voldoende gekwalificeerde schending, dat de schade is aangetoond, en ten slotte dat er een direct causaal verband bestaat tussen de aan de Unie toe te rekenen schending en de door de benadeelde personen geleden schade. [38]

A – *Voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel die ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen*

86. Zoals reeds is aangegeven, kenmerkt de onderhavige zaak zich door het feit dat de geschonden rechtsregel het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit is, zoals het Hof in het arrest AJD Tuna heeft bevestigd. Volgens de uitvoerige rechtspraak van het Hof op dit punt volstaat schending van dit voor de Unie fundamentele beginsel om te kunnen spreken van een voldoende gekwalificeerde schending. [39]

87. Wel is het zo dat dat beginsel de enige geschonden rechtsregel is. Van schending van de andere door rekwirant aangevoerde beginselen is geen sprake. Het Hof heeft zich immers kunnen uitspreken over een mogelijke schending door verordening nr. 530/2008 van onder meer het evenredigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het eigendomsbeginsel. De enige tekortkoming van de verordening die na het grondige onderzoek van het Hof in de zaak AJD Tuna aan het licht is getreden, betreft het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit. In strijd met dat beginsel kon Giordano één week minder op tonijn vissen dan de ringzegenvaartuigen onder Spaanse vlag.

88. Derhalve is voldaan aan de voorwaarde dat sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel die ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen.

B – *Direct causaal verband tussen de aan de Unie toe te rekenen schending en de door de benadeelde persoon geleden schade*

89. Ik ben tevens van mening dat er een direct causaal verband bestaat tussen de aan de Unie toe te rekenen schending en de door de benadeelde persoon geleden schade, aangezien het duidelijk is dat de beëindiging van de activiteiten van Giordano uitsluitend het gevolg is van verordening nr. 530/2008.

90. Evenwel moet een nuance worden aangebracht die bepalend is voor de omvang van de aansprakelijkheid.

38 — Zie met name arresten van 4 juli 2000, Bergaderm en Goupil/Commissie, (C-352/98 P, Jurispr. blz. I-5291, punt 42); 10 december 2002, Commissie/Camar en Tico (C-312/00 P, Jurispr. blz. I-11355, punt 53), en 10 juli 2003, Commissie/Fresh Marine (C-472/00 P, Jurispr. blz. I-7541, punt 25).

39 — Zie met name arresten van 25 mei 1978, Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe e.a./Raad en Commissie (83/76, 94/76, 4/77, 15/77 en 40/77, Jurispr. blz. 1209, punt 5); Ireks-Arkady/Raad en Commissie (reeds aangehaald, punt 11); 15 september 1982, Kind/EEG (106/81, Jurispr. blz. 2885, punten 22-25), en 18 april 1991, Assurances du crédit/Raad en Commissie (C-63/89, Jurispr. blz. I-1799, punten 14-23).

91. De aan de schade van Giordano ten grondslag liggende onrechtmatigheid is, zoals reeds is aangegeven, de schending van het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit, gelet op het ongerechtvaardigde verschil in behandeling tussen ringzegenvaartuigen onder Spaanse vlag en andere ringzegenvaartuigen. Aangezien de Spaanse ringzegenvaartuigen een week langer mochten vissen, werd Giordano kostbare tijd voor zijn activiteiten ontnomen, terwijl dat voor andere vaartuigen niet het geval was.

92. Daar rekwirant aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad aanvoert en sub A geconstateerd is dat er geen andere tekortkomingen zijn die leiden tot onrechtmatigheid van verordening nr. 530/2008, bestaat er mijns inziens alleen een causaal verband tussen de handeling die discriminatie oplevert, te weten de extra visweek voor ringzegenvaartuigen onder Spaanse vlag, en de geleden schade. Als gevolg van de door het Hof in de zaak AJD Tuna geconstateerde discriminatie verkeerde rekwirant slechts één week in een minder gunstige positie. Dat geldt immers niet voor de daaropvolgende week, waarin alle tonijnvissers, en dus ook de Spaanse, hun activiteiten niet meer mochten voortzetten.

93. Het feit dat de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie voornamelijk berust op de onrechtmatigheid van de schade, zoals aangevoerd door rekwirant in deze zaak, impliceert dus noodzakelijkerwijs dat het causaal verband beperkt wordt tot het tussen de onrechtmatige feiten en de geleden schade bestaande verband, zonder dat rekening wordt gehouden met andere feiten waarop de onrechtmatigheid geen betrekking heeft, hoezeer die feiten ook verband houden met de omstandigheden van de zaak. Aangezien de geconstateerde onrechtmatigheid de week betreft waarin rekwirant ten onrechte de mogelijkheid werd ontnomen een economische activiteit te verrichten, is dat de periode die relevant is voor de niet-contractuele aansprakelijkheid voor onrechtmatig handelen.

94. Om die reden geef ik het Hof in overweging voor het causaal verband alleen te kijken naar de periode van 16 tot en met 23 juni 2008, waarin sprake was van een onrechtmatig verbod van de visserijactiviteiten van rekwirant ingevolge verordening nr. 530/2008, welk verbod niet gold voor Spaanse ringzegenvaartuigen.

95. Aan de voorwaarde dat er een direct causaal verband bestaat tussen de aan de Unie toe te rekenen schending en de door de benadeelde persoon geleden schade, is dus voldaan indien voor de schade alleen wordt gekeken naar de periode van 16 tot en met 23 juni 2008.

C – *Reële en zekere schade*

96. Ten slotte moet worden nagegaan of reële en zekere schade is aangetoond.

97. Zoals ik in de punten 49 tot en met 61 van de onderhavige conclusie heb aangegeven, is in de rechtspraak van het Hof herhaaldelijk erkend dat schade niet noodzakelijkerwijs absoluut zeker hoeft te zijn en kan worden vastgesteld in het geval van het verlies van een serieuze kans dat rechtstreeks voortvloeit uit een onrechtmatige daad van de Unie. Ik ga niet herhalen wat reeds in de punten 38 tot en met 69 van deze conclusie uitvoerig is aangegeven, maar slechts in herinnering brengen dat het verlies van een serieuze kans reële en zekere schade oplevert die voor vergoeding in aanmerking komt.

98. Blijkens de stukken beschikte Giordano over een visvergunning op grond waarvan hij tot en met 30 juni 2008 een economische activiteit mocht verrichten. Voorts zijn de vangstquota van een reder zoals Giordano in voorgaande jaren in het algemeen volledig benut, hetgeen niet is weersproken door de Commissie.

99. Bovendien blijkt het feit dat er sterke aanwijzingen waren dat de visgronden vóór het einde van het visseizoen uitgeput zouden raken, ringzegenvaartuigen onder Spaanse vlag niet te hebben verhinderd door te blijven vissen in de periode van 16 tot en met 23 juni 2008, zelfs in dezelfde wateren als die waarin ringzegenvaartuigen onder Franse vlag, zoals het ringzegenvaartuig van Giordano, doorgaans op tonijn vissen.

100. Juist vanwege het feit dat het verlies van een kans het ontnomen voordeel niet geheel dekt, bevestigt het betoog van de Commissie alleen dat de waarschijnlijkheid dat Giordano in de week van 16 tot en met 23 juni 2008 het quotum zou blijven benutten niet absoluut was, maar wordt daarmee geenszins afgedaan aan de omstandigheid dat de verloren kans serieus aanwezig was.

101. Partijen hebben in eerste aanleg niet de gelegenheid gehad de precieze kansen van Giordano op het behalen van voordeel in de periode van 16 tot en met 23 juni 2008, uitvoerig te bespreken. Deze kwestie, die nauw verband houdt met de omvang van de geleden schade, werd in de procedure voor het Gerecht niet in de hier bedoelde zin besproken.

102. Derhalve geef ik het Hof in overweging de zaak terug te wijzen naar het Gerecht voor een uitspraak, in het licht van bovengenoemde argumenten, over de precieze omvang van de door rekwirant geleden schade.

VIII – **Kosten**

103. Ofschoon voorgesteld wordt de zaak gedeeltelijk terug te wijzen naar het Gerecht, ben ik van mening dat de belangrijkste vraag van de onderhavige hogere voorziening grotendeels is beantwoord. Derhalve geef ik het Hof in overweging overeenkomstig artikel 138, lid 1, en artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering de Commissie te verwijzen in de kosten van de hogere voorziening.

IX – **Conclusie**

104. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging als volgt te beslissen:

„De hogere voorziening wordt deels toegewezen vanwege het slagen van het eerste in hogere voorziening aangevoerde middel dat artikel 340, tweede alinea, VWEU onjuist is uitgelegd wat het „zekere” karakter van de door rekwirant geleden schade betreft, zodat:

1) het arrest van het Gerecht in zaak T-114/11 van 7 november 2012 wordt vernietigd;

2) het door Giordano ingestelde beroep wegens niet-contractuele aansprakelijkheid wordt toegewezen en de Unie niet-contractueel aansprakelijk wordt gesteld wegens de vaststelling van verordening nr. 530/2008 van de Commissie van 12 juni 2008, aangezien is aangetoond dat voldaan is aan de voorwaarden voor de niet-contractuele aansprakelijkheid als bedoeld in artikel 340, tweede alinea, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie;

3) de zaak wordt teruggewezen naar het Gerecht voor een uitspraak over de omvang van de door Giordano geleden schade:

4) de Commissie wordt verwezen in de kosten van de procedure in eerste aanleg, in zaak T-114/11 van 7 november 2012, en in die van de hogere voorziening.”