CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
N. WAHL
van 25 juli 2018 [1]

Gevoegde zaken C-138/17 P en C-146/17 P

Europese Unie, vertegenwoordigd door het Hof van Justitie van de Europese Unie
tegen
Gascogne Sack Deutschland GmbH
Gascogne (C-138/17 P)
en
Gascogne Sack Deutschland GmbH
Gascogne
tegen

Europese Unie, vertegenwoordigd door het Hof van Justitie van de Europese Unie (C-146/17 P)

„Hogere voorziening – Niet-contractuele aansprakelijkheid – Redelijke duur van de procedure – Redelijke procestermijn – Materiële schade – Kosten van een bankgarantie – Causaal verband – Immateriële schade"

1. Welke soorten schade moet de Europese Unie op grond van artikel 340 VWEU vergoeden aan personen van wie het recht op een beslissing binnen een redelijke termijn door het Hof van Justitie van de Europese Unie is geschonden? Meer in het bijzonder: onder welke omstandigheden moet de vergoeding van de schade die zou zijn veroorzaakt door de buitensporige vertraging worden toegekend?

2. Dit zijn in wezen de kernvragen in de hogere voorzieningen ingesteld door de Europese Unie, vertegenwoordigd door het Hof van Justitie van de Europese Unie [2], en door Gascogne Sack Deutschland GmbH en Gascogne tegen het arrest van het Gerecht van 10 januari 2017, Gascogne Sack Deutschland en Gascogne/Europese Unie, T-577/14 (hierna: „bestreden arrest") [3], waarbij het Gerecht aan deze ondernemingen bepaalde bedragen heeft toegewezen ter vergoeding van de materiële en immateriële schade die zij hadden geleden als gevolg van de schending van de redelijke procestermijn in de zaak die heeft geleid tot de arresten van 16 november 2011, Groupe Gascogne/Commissie, T-72/06 [4] en Sachsa Verpackung/Commissie, T-79/06 [5].

1 Oorspronkelijke taal: Engels.
2 Hierna gemakshalve aangeduid als „de Europese Unie".
3 EU:T:2017:1.
4 Niet gepubliceerd, EU:T:2011:671.
5 Niet gepubliceerd, EU:T:2011:674.

3. Grotendeels vergelijkbare vragen zijn ook gerezen in vier andere hogere voorzieningen – twee ingesteld door de Europese Unie, en twee door andere ondernemingen – tegen twee arresten van het Gerecht waarbij die rechterlijke instantie een vergoeding heeft toegekend voor de materiële en immateriële schade die deze ondernemingen hadden geleden als gevolg van de schending van de verplichting om binnen een redelijke termijn uitspraak te doen. In die zaken neem ik vandaag eveneens conclusie.[6] De onderhavige conclusie moet dus in samenhang met die conclusies worden gelezen.

I. Voorgeschiedenis van de procedure

4. Bij verzoekschriften, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 23 februari 2006, hebben Sachsa Verpackung GmbH, thans Gascogne Sack Deutschland GmbH, en Groupe Gascogne SA, thans Gascogne, beroep ingesteld overeenkomstig het (huidige) artikel 263 VWEU tegen beschikking C(2005) 4634 van de Commissie van 30 november 2005 betreffende een procedure overeenkomstig artikel [101 VWEU] (zaak COMP/F/38.354 – Industriezakken) [hierna: „beschikking C(2005) 4634”].[7]

5. Bij arresten van 16 november 2011 heeft het Gerecht deze beroepen verworpen.[8] Gascogne Sack Deutschland en Gascogne hebben hogere voorzieningen ingesteld tegen de arresten van het Gerecht. Bij arresten van 26 november 2013[9] heeft het Hof deze hogere voorzieningen afgewezen. In zijn arresten heeft het Hof evenwel geoordeeld dat „de duur van de procedure voor het Gerecht, die 5 jaar en 9 maanden heeft bedragen, niet kan worden gerechtvaardigd door enige omstandigheid die is toe te schrijven aan de zaak die tot het onderhavige geding heeft geleid”.[10]

II. Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest

6. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 4 augustus 2014 hebben Gascogne Sack Deutschland en Gascogne krachtens artikel 268 VWEU beroep ingesteld tegen de Europese Unie strekkende tot vergoeding van de schade die zij zouden hebben geleden als gevolg van de duur van de procedures bij het Gerecht die hebben geleid tot de arresten van 16 november 2011 in de zaken T-72/06 en T-79/06. In wezen hebben Gascogne Sack Deutschland en Gascogne het Gerecht verzocht om de Unie te veroordelen tot betaling van de volgende bedragen: i) 1 193 467 EUR wegens het verlies dat zij zouden hebben geleden als gevolg van de betaling, na het verstrijken van een redelijke termijn, van de bijkomende wettelijke rente op het nominale bedrag van de door de Commissie opgelegde geldboete; ii) 187 571 EUR wegens het verlies dat zij zouden hebben geleden door de extra betalingen voor de bankgarantie na het verstrijken van de redelijke termijn; iii) 2 000 000 EUR wegens de beweerde gederfde winst of het verlies dat zou zijn geleden als gevolg van de „doorgemaakte onzekerheid”; iv) „ten minste” 500 000 EUR wegens de immateriële schade die zou zijn geleden. Gascogne Sack Deutschland en Gascogne hebben tevens verzocht om vermeerdering van deze bedragen met compensatoire en vertragingsrente tegen de rentevoet die door de Europese Centrale Bank (hierna: „ECB”) over haar basisherfinancieringstransacties wordt berekend, vermeerderd met twee procentpunten, te rekenen vanaf de datum waarop hun beroep is ingesteld.

6 Zaak Europese Unie/Kendrion (C-150/17 P) en gevoegde zaken Europese Unie/ASPLA en Armando Álvarez, en ASPLA en Armando Álvarez/Europese Unie (C-174/17 P en C-222/17 P).

7 De zaken die worden genoemd in voetnoot 6 hierboven hebben ook betrekking op procedures gestart door andere ondernemingen die adressaten van beschikking C(2005) 4634 waren.

8 Arresten van 16 november 2011, Groupe Gascogne/Commissie (T-72/06, niet gepubliceerd, EU:T:2011:671) en Sachsa Verpackung/Commissie (T-79/06, niet gepubliceerd, EU:T:2011:674).

9 Arresten van 26 november 2013, Gascogne Sack Deutschland/Commissie (C-40/12 P, EU:C:2013:768) en Groupe Gascogne/Commissie (C-58/12 P, EU:C:2013:770).

10 Zie respectievelijk punten 97 en 91 van de in de vorige voetnoot genoemde arresten.

7. Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht de Europese Unie veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding van 47 064,33 EUR aan Gascogne voor de door haar geleden materiële schade wegens schending van de redelijke procestermijn in de zaak die heeft geleid tot de arresten van 16 november 2011 in de zaken T-72/06 en T-79/06. Het Gerecht heeft tevens geoordeeld dat over deze vergoeding compensatoire rente moest worden betaald, te rekenen vanaf 4 augustus 2014 tot de datum van uitspraak van het arrest, tegen het door Eurostat voor de betrokken periode in de lidstaat van vestiging van deze ondernemingen vastgestelde jaarlijkse inflatiepercentage. Verder heeft het Gerecht de Europese Unie veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding aan Gascogne Sack Deutschland en Gascogne van elk 5 000 EUR voor de door die ondernemingen geleden immateriële schade wegens schending van de redelijke procestermijn. De vergoedingen voor zowel de materiële als de immateriële schade dienden te worden vermeerderd met vertragingsrente vanaf de uitspraak van het arrest tot aan de volledige voldoening ervan, tegen de rentevoet die de ECB voor zijn basisherfinancieringsoperaties heeft vastgesteld, vermeerderd met twee procentpunten. Het beroep is voor het overige verworpen.

8. Met betrekking tot de kosten heeft het Gerecht i) de Europese Unie verwezen in haar eigen kosten en de kosten van Gascogne Sack Deutschland en Gascogne die betrekking hadden op de exceptie van niet-ontvankelijkheid die heeft geleid tot de beschikking van 2 februari 2015, Gascogne Sack Deutschland en Gascogne/Europese Unie (T-577/14) [11]; ii) Gascogne Sack Deutschland en Gascogne en de Unie verwezen in hun eigen kosten in verband met het beroep dat tot dat arrest had geleid, en iii) de Europese Commissie in haar eigen kosten verwezen.

III. Procedure bij het Hof en conclusies van partijen

9. In de op 17 maart 2017 ingestelde hogere voorziening verzoekt de Europese Unie het Hof:

– punt 1 van het dictum van het bestreden arrest te vernietigen;

– de vordering in eerste aanleg van Gascogne Sack Deutschland en Gascogne tot betaling van een bedrag van 187 571 EUR wegens verliezen als gevolg van de kosten voor een bankgarantie die zijn betaald na afloop van een onredelijke termijn af te wijzen;

– Gascogne Sack Deutschland en Gascogne te verwijzen in de kosten.

10. Gascogne Sack Deutschland en Gascogne verzoeken het Hof op hun beurt:

– de hogere voorzienig af te wijzen;

– de Europese Unie te verwijzen in de kosten.

11. In de op 22 maart 2017 ingestelde hogere voorziening verzoeken Gascogne Sack Deutschland en Gascogne het Hof:

– het bestreden arrest te vernietigen, voor zover het Gerecht hierbij, onder erkenning van de schending van het recht om binnen een redelijke termijn uitspraak te doen in de zaken die hebben geleid tot de arresten van 16 november 2011 in de zaken T-72/06 en T-79/06 en het bestaan van materiële en immateriële schade die rekwirantes als gevolg van de schending van de „redelijke termijn” hebben geleden, de Europese Unie heeft veroordeeld tot betaling van een ontoereikende en onvolledige vergoeding van de geleden schade;

11 Niet gepubliceerd, EU:T:2015:80.

– in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht definitief uitspraak te doen over de financiële vergoeding van de door rekwirantes geleden materiële en immateriële schade, in overeenstemming met hun verzoeken in eerste aanleg;

– de Europese Unie te verwijzen in de kosten.

12. De Europese Unie van haar kant verzoekt het Hof:

– de hogere voorziening af te wijzen;

– Gascogne Sack Deutschland en Gascogne te verwijzen in de kosten.

13. In de procedure in zaak C-138/17 P is de Europese Commissie toegelaten tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van de Europese Unie.

14. Bij beschikking van de president van de Eerste kamer van het Hof van 17 april 2018 zijn de zaken C-138/17 P en C-146/17 P gevoegd voor de conclusie en het arrest.

IV. Beoordeling van de middelen

A. Voorafgaande opmerkingen

15. In haar hogere voorziening in zaak C-138/17 P voert de Europese Unie drie middelen aan. Met haar eerste en tweede middel betoogt de Europese Unie dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging van de respectieve begrippen „causaal verband" en „schade". Met haar derde middel verwijt de Europese Unie het Gerecht een onjuiste rechtsopvatting en ontoereikende motivering bij de bepaling van de periode waarin de materiële schade is geleden. De Commissie is het in essentie eens met de Europese Unie.

16. Gascogne Sack Deutschland en Gascogne betogen dat de hogere voorziening van de Europese Unie moet worden afgewezen, aangezien zij deels niet-ontvankelijk (tweede middel) en deels ongegrond (eerste en derde middel) is.

17. In hun hogere voorziening in zaak C-146/17 P voeren Gascogne Sack Deutschland en Gascogne zeven middelen aan. Met hun eerste middel verwijten zij het Gerecht een onjuiste toepassing van het non-ultra-petitabeginsel omdat het heeft geweigerd een vergoeding van de vóór 30 mei 2011 geleden materiële schade toe te kennen. Met hun tweede middel stellen Gascogne Sack Deutschland en Gascogne dat het bestreden arrest een tegenstrijdige redenering bevat met betrekking tot: i) de berekening van de periode van overschrijding van de redelijke duur van de procedure, en ii) de periode waarvoor de vergoeding voor de materiële schade werd toegekend. Met hun derde middel betogen Gascogne Sack Deutschland en Gascogne dat het Gerecht hun rechten van de verdediging heeft geschonden door gebruik te maken van een andere methode voor de berekening van de materiële schade dan die welke zij hadden voorgesteld. Het vierde, vijfde, zesde en zevende middel van Gascogne Sack Deutschland en Gascogne hebben alle betrekking op de vaststellingen van het Gerecht met betrekking tot de gestelde immateriële schade. Met deze middelen wordt in wezen betoogd dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de afwijzing van hun verzoek om een schadevergoeding van „ten minste" 500 000 EUR op grond dat een dergelijke vergoeding, indien deze werd toegekend, tot gevolg zou hebben dat het bedrag van de bij beschikking C(2005) 4634 aan Gascogne Sack Deutschland en Gascogne opgelegde geldboete opnieuw ter discussie kwam te staan. Voorts zijn zij van mening dat het bestreden arrest een ontoereikende motivering bevat van de aan hen toegekende vergoeding van 5 000 EUR voor de geleden immateriële schade.

18. De Europese Unie van haar kant betoogt dat de middelen van Gascogne Sack Deutschland en Gascogne ongegrond zijn (eerste, tweede, derde en een deel van het zevende middel), dan wel niet ter zake dienend zijn (vierde, vijfde, zesde en een deel van het zevende middel).

19. In de onderhavige conclusie zal ik eerst ingaan op de middelen die betrekking hebben de materiële schade en vervolgens op die betreffende de immateriële schade.

B. Materiële schade

20. De drie middelen van de Europese Unie in zaak C-138/17 P, alsook het eerste, het tweede en het derde middel van Gascogne Sack Deutschland en Gascogne in zaak C-146/17 P hebben alle betrekking op de vaststellingen van het Gerecht met betrekking tot de materiële schade die Gascogne Sack Deutschland en Gascogne zouden hebben geleden. In het bijzonder betogen beide partijen dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij het onderzoek van de stellingen van Gascogne Sack Deutschland en Gascogne met betrekking tot de schade die voortvloeit uit de kosten van de bankgarantie welke door die ondernemingen ten behoeve van de Commissie is gesteld ter voorkoming van de onmiddellijke betaling van het bedrag van de bij beschikking C(2005) 4634 opgelegde geldboete.

21. Het lijkt mij doelmatig om mijn juridische analyse van deze vragen te beginnen met een onderzoek van de vorderingen die betrekking hebben op de kosten van de bankgarantie die Gascogne heeft betaald. Hiertoe zal ik beginnen met het *eerste* middel van de hogere voorziening van de Europese Unie. Vervolgens zal ik, enkel omwille van de volledigheid, ingaan op het *tweede* middel van de Europese Unie. Daarna hoeft niet meer te worden ingegaan op de overige middelen van de Europese Unie en Gascogne Sack Deutschland en Gascogne met betrekking tot de kosten van de bankgarantie.

1. Bestaan van een causaal verband

22. Met haar eerste middel in zaak C-138/17 P komt de Europese Unie, gesteund door de Europese Commissie, op tegen de uitlegging en toepassing door het Gerecht van het begrip „causaal verband". Kort gezegd betoogt de Europese Unie dat er geen direct causaal verband bestaat tussen de schending door het Gerecht van de verplichting om binnen een redelijke termijn uitspraak te doen in de zaken T-72/06 en T-79/06 en de schade van Gascogne ten gevolge van de betaling van de bankgarantiekosten. Meer in het bijzonder beklemtoont de Europese Unie dat deze schade het resultaat is van een keuze van Gascogne om in plaats van de door de Commissie opgelegde geldboete te betalen de bankgarantie gedurende de gehele procedure in stand te houden.

23. Op dit punt verdedigen Gascogne Sack Deutschland en Gascogne van hun kant het bestreden arrest. Zij zijn met name van mening dat het Gerecht terecht een onderscheid heeft gemaakt tussen de onderhavige zaak en andere zaken die eerder door de Unierechter zijn onderzocht. Gascogne Sack Deutschland en Gascogne stellen bovendien dat de argumenten van de Europese Unie een „misbruik van procedure" vormen en in feite vraagtekens plaatsen bij de bevindingen van het Hof in de arresten van 26 november 2013, Gascogne Sack Deutschland/Commissie, C-40/12 P en Groupe Gascogne/Commissie, C-58/12 P.

24. Ik zal hierna eerst kort de redenering van het Gerecht weergeven en vervolgens duidelijk maken waarom het eerste middel van de Europese Unie naar mijn mening gegrond is.

25. In de punten 79 en 80 van het bestreden arrest heeft het Gerecht herinnerd aan de vaste rechtspraak volgens welke de schade waarvoor vergoeding wordt gevraagd in het kader van een vordering op grond van niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie reëel en zeker moet zijn, hetgeen de verzoeker moet bewijzen. Het staat eveneens aan de verzoeker om het bewijs te leveren van het bestaan van een causaal verband – dat wil zeggen een voldoende direct oorzakelijk verband – tussen het gewraakte gedrag en de beweerde schade.

26. In de punten 111 en 114 tot en met 116 van het bestreden arrest heeft het Gerecht erop gewezen dat indien er in de procedure in de zaken T-72/06 en T-79/06 geen overschrijding van de redelijke procestermijn zou zijn geweest, Gascogne geen kosten voor een bankgarantie had hoeven te maken in de periode van de overschrijding. Volgens het Gerecht was er dus een oorzakelijk verband tussen de schending van de redelijke procestermijn en de ontstane schade die Gascogne heeft geleden als gevolg van het feit dat zij voor een bankgarantie heeft betaald in de periode van de overschrijding.

27. Onder verwijzing naar eerdere rechtspraak (de Holcim-rechtspraak) [12] heeft het Gerecht verklaard – in punt 118 van het bestreden arrest – dat de kosten voor een bankgarantie die zijn gemaakt door een onderneming waaraan een sanctie is opgelegd bij een besluit van de Commissie in beginsel een uitvloeisel zijn van de eigen keuze van die onderneming om een bankgarantie te stellen teneinde de verplichting om de geldboete te betalen niet te hoeven uitvoeren binnen de in het litigieuze besluit gestelde termijn. Bijgevolg kunnen deze kosten normaal gesproken niet als het *directe* gevolg van de onrechtmatigheid van het gedrag van de instelling worden beschouwd.

28. Vervolgens heeft het Gerecht evenwel – in de punten 119 tot en met 121 van het bestreden arrest – een onderscheid gemaakt tussen de aan hem voorgelegde zaak en de zaken die zijn uitgemond in de Holcim-rechtspraak. Volgens het Gerecht was de schending van de redelijke termijn niet te voorzien toen Gascogne Sack Deutschland en Gascogne hun beroepen in de zaken T-72/06 en T-79/06 instelden en Gascogne een bankgarantie stelde; zij hadden gewettigd mogen verwachten dat hun beroepen binnen een redelijke termijn zouden worden behandeld. Het Gerecht heeft er tevens op gewezen dat de redelijke procestermijn in de zaken T-72/06 en T-79/06 was overschreden na de aanvankelijke keuze van Gascogne om een bankgarantie te stellen. Bijgevolg kon het verband tussen de overschrijding van de redelijke procestermijn in de zaken T-72/06 en T-79/06 en de betaling van de kosten van een bankgarantie in de periode van de overschrijding niet zijn verbroken als gevolg van de aanvankelijke keuze van Gascogne om de opgelegde geldboete niet onmiddellijk te betalen en een bankgarantie te stellen. Het Gerecht kwam bijgevolg – in punt 122 van het bestreden arrest – tot de slotsom dat sprake was van een voldoende direct causaal verband in de zin van artikel 340 VWEU.

29. De redenering van het Gerecht is mijns inziens onjuist. In wezen conformeert het Gerecht zich aan de Holcim-rechtspraak, maar maakt het vervolgens een onderscheid tussen de aan hem voorgelegde zaak en de zaken die zijn uitgemond in die rechtspraak. Ik ben met het Gerecht van mening dat de Holcim-rechtspraak juist is, maar anders dan het Gerecht denk ik niet dat er een wezenlijk verschil is tussen de onderhavige zaak en de zaken die tot het arrest Holcim hebben geleid. Mijns inziens is geen van de twee gronden van het Gerecht voor dit onderscheid, hetzij alleen of gecombineerd, overtuigend.

30. Alvorens in detail uiteen te zetten waarom ik dit standpunt inneem, zou ik willen benadrukken dat artikel 340 VWEU volgens vaste rechtspraak niet aldus kan worden uitgelegd dat de Europese Unie verplicht is om alle nadelige gevolgen, hoe verwijderd ook, van gedragingen van haar instellingen te vergoeden. [13] Bijgevolg is het in het kader van een actie wegens niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie niet voldoende dat de verweten gedraging een van de oorzaken van de gestelde schade is; deze

12 Zie arrest van 21 april 2005, Holcim (Deutschland)/Commissie (T-28/03, EU:T:2005:139, punt 123), en beschikking van 12 december 2007, Atlantic Container Line e.a./Commissie (T-113/04, niet gepubliceerd, EU:T:2007:377, punt 38). Ik wijs erop dat het Hof tot nu toe niet de gelegenheid heeft gehad om zijn goedkeuring aan deze lijn in de rechtspraak te hechten.

13 Zie in die zin arrest van 4 oktober 1979, Dumortier e.a./Raad (64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 en 45/79, EU:C:1979:223, punt 21). Zie meer recentelijk beschikking van 31 maart 2011, Mauerhofer/Commissie (C-433/10 P, niet gepubliceerd, EU:C:2011:204, punt 127 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

gedraging moet de *doorslaggevende* oorzaak van de schade zijn.[14] Met andere woorden, een voldoende band bestaat alleen wanneer de schade het directe gevolg is van de onrechtmatige daad van de verantwoordelijke instelling en niet afhangt van het optreden van andere oorzaken, ongeacht of deze positief of negatief zijn.[15]

a) Voorzienbaarheid van het onrechtmatige gedrag

31. De eerste grond die het Gerecht aanvoert voor het onderscheid tussen de aan hem voorgelegde zaak en de zaken die zijn uitgemond in de Holcim-rechtspraak houdt in dat de schending van de verplichting om binnen een redelijke termijn uitspraak te doen *niet te voorzien* was toen Gascogne Sack Deutschland en Gascogne hun beroepen in de zaken T-72/06 en T-79/06 instelden en Gascogne een bankgarantie stelde.

32. Die bewering is evenwel, ten eerste, onjuist. Helaas was een aantal gevallen waarin door het Gerecht uitspraak is gedaan kort voordat de beroepen in de zaken T-72/06 en T-79/06 werden ingesteld aanzienlijk van duur.[16] Dat geldt in het bijzonder voor zaken betreffende de toepassing van de mededingingsregels van de Unie en met name kartels[17], waarvan bekend is dat zij zeer ingewikkeld en tijdrovend zijn en die een parallelle of afgestemde aanpak van verschillende zaken tegelijkertijd kunnen vereisen.

33. Gascogne Sack Deutschland en Gascogne mochten weliswaar, zoals elke andere verzoeker, ervan uitgaan dat hun zaken binnen een redelijke termijn zouden zijn afgehandeld; gelet evenwel op de door het Gerecht gevolgde praktijk ten tijde van de feiten en de termijnen waarbinnen deze instantie de zaken tot dan toe had afgedaan, was de berekening van de waarschijnlijke duur van de procedure voor de raming van de mogelijke totale kosten van de bankgarantie een nogal onzekere en lastige exercitie.

34. Ten tweede, en belangrijker, heeft het Gerecht, ongeacht of de buitensporige vertraging in de zaken T-72/06 en T-79/06 voorzienbaar was, blijk gegeven van een onjuiste opvatting door voor de vaststelling van het bestaan van een voldoende causaal verband dat leidt tot de aansprakelijkheid van de Europese Unie, het begrip voorzienbaarheid te gebruiken.

35. De belangrijkste vraag in de onderhavige zaak is niet of het slachtoffer van de gestelde schade de onrechtmatige handeling die tot de gestelde schade leidde kon voorzien. Wat van cruciaal belang is om de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Europese Unie in casu vast te stellen, is, eerst en vooral, de vraag of de gestelde schade een *direct* gevolg is van de onrechtmatige gedraging van de instelling.

36. Het Gerecht heeft verzuimd om dit punt nauwgezet te onderzoeken. Mijns inziens kon, in de context van dat onderzoek, de mogelijke onvoorzienbaarheid van de buitensporige vertraging slechts in twee omstandigheden relevant zijn. Beide omstandigheden zijn in de onderhavige zaak evenwel niet van toepassing.

14 Zie beschikking van 31 maart 2011, Mauerhofer/Commissie (C-433/10 P, niet gepubliceerd, EU:C:2011:204, punt 127 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

15 Zie in die zin conclusie van advocaat-generaal Trabucchi in de zaak Compagnie continentale France/Raad (169/73, EU:C:1974:32, punt 4).

16 Zie bijvoorbeeld arresten van 13 januari 2004, Thermenhotel Stoiser Franz e.a./Commissie (T-158/99, EU:T:2004:2); 11 mei 2005, Saxonia Edelmetalle/Commissie (T-111/01 en T-133/01, EU:T:2005:166); 19 oktober 2005, Freistaat Thüringen/Commissie (T-318/00, EU:T:2005:363), en 14 december 2005, Laboratoire du Bain/Raad en Commissie (T-151/00, niet gepubliceerd, EU:T:2005:450).

17 Zie onder andere arresten van 11 december 2003, Marlines/Commissie (T-56/99, EU:T:2003:333); 8 juli 2004, Mannesmannröhren-Werke/Commissie (T-44/00, EU:T:2004:218); 14 december 2005, Honeywell/Commissie (T-209/01, EU:T:2005:455), en 15 maart 2006, BASF/Commissie (T-15/02, EU:T:2006:74).

37. Van de ene kant had dit element relevant kunnen zijn als Gascogne Sack Deutschland en Gascogne niet in staat zouden zijn geweest om terug te komen op hun oorspronkelijke beslissing om de geldboete niet te betalen en een bankgarantie te stellen. Zoals zal worden aangetoond in de punten 48 tot en met 52 hieronder, is dat evenwel niet het geval geweest. Gascogne Sack Deutschland en Gascogne hadden in de loop van de gerechtelijke procedure te allen tijde de vrijheid om de geldboete te betalen en de bankgarantie in te trekken. Dit betekent dat Gascogne Sack Deutschland en Gascogne, ook al zou in eerste instantie sprake zijn geweest van een onvoorzienbare situatie, hun gedrag hieraan hadden kunnen aanpassen.

38. Van de andere kant had de mogelijke onvoorzienbaarheid van de buitensporige vertraging ook van belang kunnen zijn wanneer de Europese Unie voor het Gerecht had betoogd dat Gascogne Sack Deutschland en Gascogne blijk hadden gegeven van een ontoereikende mate van redelijke zorgvuldigheid bij de vermijding of beperking van de omvang van de schade die mogelijk voortvloeide uit hun keuze om de betaling van de geldboete uit te stellen tot het einde van de gerechtelijke procedure.

39. Wat dit betreft mag niet uit het oog worden verloren dat het vaste rechtspraak is dat in een beroep wegens niet-contractuele aansprakelijkheid moet worden nagegaan of de benadeelde persoon zich, als zorgvuldige justitiabele, redelijke inspanningen heeft getroost om de schade te voorkomen of de omvang ervan te beperken, omdat hij anders de schade zelf moet dragen. Het causaal verband kan worden verbroken door onzorgvuldig gedrag van de benadeelde, wanneer die onzorgvuldigheid de doorslaggevende oorzaak van die schade blijkt te zijn.[18]

40. Dit is evenwel niet waarom het Gerecht in het bestreden arrest naar dit element verwees. Het Gerecht heeft het criterium van voorzienbaarheid niet gebruikt om na te gaan of de nalatigheid van Gascogne Sack Deutschland en Gascogne het causaal verband tussen de gestelde schade en de gewraakte gedraging van de instelling van de Unie had verbroken, maar om, als eerste stap, het bestaan van een dergelijk verband vast te stellen.

41. Niettemin zegt de mogelijke onvoorzienbaarheid van de gebeurtenis die de gestelde schade tot gevolg heeft niets over de *doorslaggevende factor* voor de gestelde schade. Al zou de buitensporige vertraging onvoorzienbaar zijn geweest, dat feit is noch noodzakelijk noch voldoende om tot de aansprakelijkheid van de Unie te leiden.

42. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat het Gerecht in het bestreden arrest het begrip voorzienbaarheid ter vaststelling van een causaal verband tussen de gestelde schade en de verweten gedraging voor de doelstellingen van artikel 340 VWEU, verkeerd heeft uitgelegd en toegepast.

b) Gascogne Sack Deutschland en Gascognes gebrek aan keuze

43. De tweede grond die het Gerecht aanvoert voor het onderscheid tussen de onderhavige zaak en de zaken die hebben geleid tot de Holcim-rechtspraak houdt in dat de redelijke procestermijn in de zaken T-72/06 en T-79/06 was afgelopen *na* het besluit van Gascogne Sack Deutschland en Gascogne om een bankgarantie te stellen.

44. Dit element doet, mijns inziens, evenmin ter zake.

18 Zie bijvoorbeeld arrest van 18 maart 2010, Trubowest Handel en Makarov/Raad en Commissie (C-419/08 P, EU:C:2010:147, punt 61). Dit beginsel is, zoals het Hof herhaaldelijk heeft geoordeeld, een algemeen beginsel dat de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben. Zie in die zin arrest van 5 maart 1996, Brasserie du pêcheur en Factortame (C-46/93 en C-48/93, EU:C:1996:79, punt 85 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

45. Om te beginnen dient eraan te worden herinnerd dat een besluit van de Commissie, zoals beschikking C(2005) 4634, juridisch bindend is en geacht wordt geldig te zijn tot de nietigverklaring ervan door de Unierechter. Mocht een onderneming waaraan door de Commissie een geldboete is opgelegd van mening zijn dat het besluit van de Commissie onwettig is en onmiddellijke naleving ervan onherstelbare schade kan veroorzaken, dan kan die onderneming de Unierechter verzoeken om voorlopige maatregelen op grond van de artikelen 278 en 279 VWEU en tegelijkertijd opkomen tegen de geldigheid van het besluit.

46. Wordt een dergelijk verzoek niet ingediend of afgewezen door de Unierechter, dan moet een geldboete, in de regel, worden betaald binnen de hiertoe in het besluit vastgestelde termijn. Niettemin laten de begrotingsvoorschriften van de Unie [19] het toe dat de Commissie toestaat dat de betaling van een geldboete wordt uitgesteld, mits de schuldenaar zich verbindt tot de betaling van vertragingsrente en een financiële garantie stelt voor de uitstaande betaling van zowel de hoofdsom als de rente.

47. De ondernemingen die bij de Unierechter een geldboete willen aanvechten, wordt dus de keuze geboden om hetzij direct te betalen (regel), dan wel te verzoeken om het stellen van een bankgarantie (uitzondering). De keuze van de onderneming moet voor de Unie *financieel neutraal* zijn, dat wil zeggen uitstel van de betaling mag niet ten koste van de middelen van de Unie gaan. De rekenplichtige die in samenwerking met de bevoegde ordonnateur een besluit neemt over het verzoek van de onderneming om uitstel van betaling heeft niet de bevoegdheid tot wijziging van de waarde van de geldboete die is vastgesteld door de Commissie als instelling (dat wil zeggen door het college van Commissieleden). Tegelijkertijd mag het besluit van een onderneming om de geldboete direct te betalen, ondanks haar voornemen om het besluit van de Commissie aan te vechten bij de Unierechter, niet leiden tot een ongerechtvaardigde verrijking van de Europese Unie. Dit is de reden waarom, enerzijds, indien de Unierechter het besluit van de Commissie in stand laat, de geldboete waarvan de betaling is uitgesteld, met rente verschuldigd wordt en, anderzijds, de nietigverklaring van het litigieuze besluit van de Commissie leidt tot een verplichting van de Unie tot terugbetaling van de betaalde bedragen, vermeerderd met de toepasselijke rente. [20]

48. Het besluit om de betaling van een geldboete uit te stellen biedt de onderneming uiteraard de mogelijkheid om gebruik te blijven maken van de overeenkomstige bedragen, zolang de gerechtelijke procedure aanhangig is. Dit gaat evenwel tevens gepaard met een aantal bijkomende kosten (die verband houden met het stellen van de bankgarantie) die de onderneming moet aanvaarden, ook wanneer het litigieuze besluit uiteindelijk nietig wordt verklaard. Het staat dus aan elke onderneming waaraan de Commissie een geldboete heeft opgelegd om af te wegen wat in haar financiële belang is: het betalen van de geldboete binnen de gestelde termijn, dan wel het verzoeken om uitstel van betaling en het stellen van een bankgarantie.

49. Er zij op gewezen dat het hierbij, anders dan het Gerecht meent, niet gaat om een keuze die slechts één keer kan worden gemaakt. Elke onderneming die ervoor heeft gekozen een garantie te stellen, kan altijd op haar aanvankelijke besluit terugkomen en de geldboete betalen. [21] Op die manier voorkomt de onderneming dat zich extra rente ophoopt en kan zij de eerder gestelde bankgarantie intrekken.

19 Artikel 85 van verordening (EG, Euratom) nr. 2342/2002 van de Commissie van 23 december 2002 tot vaststelling van uitvoeringsvoorschriften van verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 van de Raad houdende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen, zoals gewijzigd (PB 2002, L 357, blz. 1). Die verordening, zijnde de destijds geldende verordening, is vervangen door gedelegeerde verordening (EU) nr. 1268/2012 van de Commissie van 29 oktober 2012 houdende uitvoeringsvoorschriften voor verordening (EU, Euratom) nr. 966/2012 van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van de financiële regels van toepassing op de algemene begroting van de Unie (PB 2012, L 362, blz. 1).

20 Zie in die zin arrest van 12 februari 2015, Commissie/IPK International (C-336/13 P, EU:C:2015:83). Zie voor welke en hoeveel rente de Commissie moet terugbetalen aan een onderneming die een boete heeft moeten betalen om te voldoen aan een besluit op grond van artikel 101 VWEU dat vervolgens door de Unierechters nietig wordt verklaard, zaak T-201/17, Printeos/Commissie, thans nog aanhangig.

21 Zie bijvoorbeeld arrest van 12 mei 2016, Trioplast Industrier/Commissie (T-669/14, niet gepubliceerd, EU:T:2016:285, punt 103).

50. Unierechtelijk staat niets eraan in de weg dat een onderneming de bankgarantiestelling beëindigt en de geldboete betaalt, wanneer zij dit gunstiger vindt. Bijgevolg mag worden aangenomen dat, wanneer een onderneming op geen enkel moment in de loop van de procedure terugkomt op haar aanvankelijke keuze, dit gebeurt omdat die onderneming van mening is dat de instandhouding van de bankgarantie nog steeds het best haar belang dient. Natuurlijk hangt de vraag of het aanvankelijke besluit nog steeds gunstig is vervolgens af van vele factoren die – zoals de Commissie opmerkt – na verloop van tijd aanzienlijk kunnen variëren (de geldleningskosten, het door de bank gehanteerde tarief voor de bankgarantie, het rendement van het verschuldigde bedrag wanneer het in andere activiteiten zou zijn geïnvesteerd, enz.). Uit economisch oogpunt kan dus redelijkerwijs worden aangenomen dat een onderneming regelmatig haar aanvankelijke besluit heroverweegt.

51. Zoals terecht door de Europese Unie is betoogd, is de keuze om een bankgarantie te stellen in plaats van de door de Commissie opgelegde geldboete te betalen niet enkel bij aanvang van de procedure gemaakt: die keuze is vrijwillig en bewust door Gascogne Sack Deutschland en Gascogne *gehandhaafd* (dan wel *bevestigd*) gedurende de gehele periode die de gerechtelijke procedures in de zaken T-72/06 en T-79/06 in beslag namen, ook toen die procedures van een aanzienlijke duur waren geworden.

52. Dit is, tot op zekere hoogte, door Gascogne Sack Deutschland en Gascogne bevestigd. In hun memorie van antwoord erkennen zij dat zij ervan op de hoogte waren dat zij te allen tijde in de loop van de procedures de geldboete hadden kunnen betalen en de bankgarantie hadden kunnen intrekken.

53. Samenvattend wat dit punt betreft: de tweede grond van het Gerecht voor het onderscheid tussen de onderhavige zaak en de zaken die zijn uitgemond in de Holcim-rechtspraak is dus gebaseerd op een onjuiste vooronderstelling, namelijk die dat het aanvankelijke besluit van Gascogne Sack Deutschland en Gascogne om voorlopig niet te betalen en een bankgarantie te stellen vóór het begin van de procedure de enige beslissing was die in die zaak ertoe deed.

54. De onjuistheid van deze vooronderstelling wordt ook indirect door het bestreden arrest bevestigd.

c) De tegenstrijdigheid in het bestreden arrest

55. In punt 130 van het bestreden arrest is het Gerecht tot de slotsom gekomen dat er geen voldoende direct causaal verband bestond met betrekking tot de kosten van de bankgarantie *na* het wijzen van de arresten in de zaken T-72/06 en T-79/06. Het Gerecht heeft geoordeeld dat de betaling van die kosten voortvloeide uit de persoonlijke en autonome keuze van Gascogne Sack Deutschland en Gascogne om na het wijzen van dat arrest de geldboete niet te betalen, niet om opschorting van de tenuitvoerlegging van beschikking C(2005) 4634 te vragen en hogere voorziening tegen bovengenoemd arrest in te stellen. Daarom is mij niet duidelijk waarom, volgens het Gerecht, het besluit tot handhaving van de bankgarantie doorslaggevend is voor de uitsluiting van de aansprakelijkheid van de Europese Unie *na* het wijzen van het arrest maar niet *ervoor*.

56. Zoals de Europese Unie betoogt, lijkt er voor de toepassing van artikel 340 VWEU geen zinnig onderscheid tussen deze perioden te bestaan. Ook tijdens de procedure in eerste aanleg hebben Gascogne Sack Deutschland en Gascogne bewust ervoor gekozen niet te verzoeken om opschorting van de tenuitvoerlegging van bestreden beschikking en de bankgarantie te handhaven tot het einde van die procedure. Punt 130 van het bestreden arrest bevestigt dus dat de elementen die het Gerecht van belang achtte in de punten 119 tot en met 121 van dat arrest voor het onderscheid tussen de onderhavige zaak en de Holcim-rechtspraak geen hout snijden.

d) Voorlopige conclusie

57. De voorlopige conclusie luidt dus dat niet valt te ontkennen dat het feit dat Gascogne Sack Deutschland en Gascogne de kosten hebben moeten dragen van de bankgarantie die in de periode van de overschrijding ten behoeve van de Commissie is gesteld, onder meer het *gevolg* is van het onvermogen van het Gerecht om binnen een redelijke termijn uitspraak te doen.

58. Dit was evenwel niet de *doorslaggevende* oorzaak van de gestelde schade. Doorslaggevend was het besluit van Gascogne Sack Deutschland en Gascogne om gebruik te blijven maken van de door hen verzochte uitzondering op de plicht tot betaling van de verschuldigde geldboete, in het volle besef van de kosten en risico's van die keuze. De beginselen die voortvloeien uit de Holcim-rechtspraak zijn in casu dan ook van toepassing.

59. Om al deze redenen ben ik van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging en de toepassing van het begrip „causaal verband" voor de doelstellingen van artikel 340 VWEU. Naar mijn mening bestaat er geen voldoende direct causaal verband tussen de schending door het Gerecht, in de zaken T-72/06 en T-79/06, van de verplichting om binnen een redelijke termijn uitspraak te doen en de schade die Gascogne Sack Deutschland en Gascogne zeggen te hebben geleden ten gevolge van de betaling van bankgarantiekosten in de periode van de overschrijding.

60. Deze slotsom doet op geen enkele wijze af aan de vaststellingen van het Hof in de arresten van 26 november 2013, Gascogne Sack Deutschland/Commissie (C-40/12 P) en Groupe Gascogne/Commissie (C-58/12 P). Anders dan is betoogd door Gascogne Sack Deutschland en Gascogne heeft het Hof in deze arresten alleen uitspraak gedaan over de vraag of het Gerecht inderdaad de verplichting om binnen een redelijke termijn uitspraak te doen had geschonden in de zaken T-72/06 en T-79/06. Het Hof heeft zich echter niet uitgesproken over de vraag of er sprake was van schade als gevolg van die schending. Het Hof heeft namelijk verklaard dat het „aan het Gerecht [zal] staan om aan de hand van het daartoe overgelegde bewijs te beoordelen of zich schade heeft voorgedaan en of er een causaal verband is tussen die schade en de buitensporig lange duur van de litigieuze gerechtelijke procedure".[22]

61. Tot slot maakt de Europese Unie zich niet schuldig aan „misbruik van procedure" door een hogere voorziening bij het Hof tegen de vaststellingen van het Gerecht betreffende het bestaan van te vergoeden materiële schade in te stellen, zoals wordt betoogd door Gascogne Sack Deutschland en Gascogne. Zoals ik gedetailleerd heb uiteengezet in de punten 19 tot en met 36 van mijn conclusie in de zaak Kendrion leidt het feit dat de Europese Unie in deze procedure wordt vertegenwoordigd door het Hof van Justitie van de Europese Unie niet tot een belangenconflict. Het betoog van Gascogne Sack Deutschland en Gascogne gaat voorbij aan het onderscheid dat moet worden gemaakt tussen het Hof van Justitie van de Europese Unie als instelling en de rechterlijke instanties die deel uitmaken van die instelling (thans het Hof en het Gerecht).[23] Het Hof als rechterlijke instantie die kennisneemt van de hogere voorziening voldoet aan de criteria inzake objectieve en subjectieve onpartijdigheid zoals voorgeschreven door artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

62. Tegen deze achtergrond moet het bestreden arrest worden vernietigd, voor zover de Europese Unie hierbij wordt veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding van 47 064,33 EUR aan Gascogne voor de materiële schade die deze onderneming heeft geleden wegens schending van de redelijke procestermijn in de zaken die hebben geleid tot de arresten van 16 november 2011, Groupe Gascogne/Commissie (T-72/06, niet gepubliceerd, EU:T:2011:671) en Sachsa Verpackung/Commissie (T-79/06, niet gepubliceerd, EU:T:2011:674).

22 Punt 88 in zaak C-58/12 P en punt 94 in zaak C-40/12 P.

23 Zie artikel 13, lid 1, en artikel 19, lid 1, VEU.

63. Dit betekent dat als het Hof op dit punt met mij instemt er geen noodzaak zou bestaan om in te gaan op het *tweede* en het *derde* middel van de Europese Unie in zaak C-138/17 P en het *eerste*, *tweede* en *derde* middel van Gascogne Sack Deutschland en Gascogne in zaak C-146/17 P. In het belang van toekomstige zaken betreffende deze aangelegenheid lijkt het mij niettemin nuttig om, enkel voor de volledigheid, stil te staan bij het *tweede* middel van de Europese Unie.

2. Begrip „schade"

64. Met haar tweede middel betoogt de Europese Unie, ondersteund door de Commissie, dat het Gerecht het begrip „schade" verkeerd heeft uitgelegd. Volgens haar had de rechter in eerste aanleg moeten nagaan of, in de periode van de overschrijding, de door Gascogne betaalde kosten van de bankgarantie hoger waren dan het voordeel dat zij had door het bezit van een met het bedrag van de geldboete overeenkomende som. Gascogne Sack Deutschland en Gascogne op hun beurt verzoeken het Hof dit middel niet-ontvankelijk te verklaren omdat daarin nieuwe argumenten worden aangevoerd in het stadium van de hogere voorziening. Subsidiair achten zij het tweede middel van de Europese Unie ongegrond, aangezien er geen verband bestaat tussen het mogelijk genoten voordeel en het verlies dat zij in de periode van de overschrijding zouden hebben geleden.

65. Mijns inziens is dit middel ontvankelijk en gegrond.

66. Om te beginnen vind ik de bezwaren van Gascogne Sack Deutschland en Gascogne met betrekking tot de ontvankelijkheid van dit middel niet overtuigend. Volgens vaste rechtspraak heeft een verzoeker het recht een hogere voorziening in te stellen waarin hij voor het Hof middelen aanvoert die uit het bestreden arrest voortvloeien en ertoe strekken in rechte de gegrondheid daarvan te betwisten. [24]

67. Dit middel is gericht tegen de punten 111 tot en met 131 van het bestreden arrest waarin het Gerecht volgens de Europese Unie een onjuiste uitlegging heeft gegeven van het begrip „schade" voor de toepassing van de artikelen 268 en 340 VWEU. In het bijzonder is de Europese Unie van mening dat het arrest tegenstrijdig is omdat het, bij de beoordeling of de gestelde schade die bestaat in de betaling van de bankgarantiekosten moet worden beschouwd als „schade" in het kader van de bepalingen van het VWEU, een ander juridisch criterium hanteert dan dat bij de beoordeling van de beweerde schade die bestaat in de betaling van rente over het bedrag van de geldboete.

68. Voorts vind ik de kritiek van de Europese Unie op het bestreden arrest op dit punt overtuigend. Het Gerecht heeft volgens mij namelijk blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door, zonder enige uitleg ter zake of nader onderzoek, in de punten 111 en 114 van het bestreden arrest de *kosten* van de bankgarantie in de periode van de overschrijding gelijk te stellen met krachtens artikel 340 VWEU te vergoeden *schade*.

69. Deze twee begrippen dienen te worden gescheiden.

70. Een handelen of nalaten van een instelling van de Unie kan uiteenlopende gevolgen hebben voor de financiële situatie van ondernemingen als Gascogne Sack Deutschland en Gascogne. Dit kan voor een onderneming tot bepaalde kosten leiden, maar tegelijkertijd ook tot bepaalde voordelen voor die onderneming. Er is enkel sprake van „schade" in de zin van artikel 340 VWEU wanneer het nettoverschil tussen kosten en baten negatief is. [25] Met andere woorden, er moet *al met al verlies* zijn geleden als gevolg van het verweten gedrag. Anders zou de paradoxale situatie ontstaan, waarin een onderneming, in weerwil van haar financiële voordeel door het gedrag van de instelling van de Unie tevens het recht zou hebben om extra bedragen van de Unie te vorderen.

24 Zie in die zin arrest van 28 februari 2018, Commissie/Xinyi PV Products (Anhui) Holdings (C-301/16 P, EU:C:2018:132, punt 90 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

25 Zie in die zin arrest van 19 mei 1992, Mulder e.a./Raad en Commissie (C-104/89 en C-37/90, EU:C:1992:217, punten 26 e.v.).

71. Zoals uiteengezet in de punten 48 en 50 hierboven brengt het besluit van een onderneming om voorlopig niet te betalen en een bankgarantie te stellen enerzijds bepaalde kosten met zich mee, maar wordt de onderneming anderzijds ook in staat gesteld om gelden aan te wenden die winstdragend kunnen zijn. Deze verschillende gevolgen staan niet los van elkaar, zoals Gascogne Sack Deutschland en Gascogne ten onrechte menen, maar zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden; het zijn twee kanten van dezelfde medaille.

72. Economisch gezien is de keuze om de betaling van een geldboete uit te stellen voor de betrokken onderneming in wezen een vorm van financiering. In feite leent deze onderneming tot het einde van de gerechtelijke procedure het aan de Unie verschuldigde geld van de Unie zelf. De totale kosten van de financiering zijn, kort gezegd, de som van de kosten van de bankgarantie vermeerderd met, ingeval de onderneming in de gerechtelijke procedure aan het kortste eind trekt, de rente die eventueel over de hoofdsom verschuldigd is. Het bestreden arrest richt zich evenwel uitsluitend op de door Gascogne Sack Deutschland en Gascogne gedragen kosten en zegt niets over de eventuele winst of besparingen van deze onderneming dankzij het uitstel van betaling.

73. Mijns inziens is dit een fout van het Gerecht. Zoals ik in punt 50 hierboven heb opgemerkt wordt een onderneming geacht te allen tijde op te treden op de wijze die zij uit economisch en financieel oogpunt als rationeel beschouwt. Bijgevolg kan redelijkerwijs worden aangenomen dat Gascogne Sack Deutschland en Gascogne het voor de hele duur van de gerechtelijke procedures in de zaken T-72/06 en T-79/06 voordeliger achtten om door te gaan met het lenen van geld van de Unie ten bedrage van de verschuldigde boete dan gebruik te maken van eigen liquide middelen of dat bedrag te lenen van kredietinstellingen.

74. Is dat het geval, dan kan niet worden uitgesloten dat de buitensporige vertraging bij de afdoening van de zaken T-72/06 en T-79/06 niet alleen niet heeft geleid tot een verlies voor Gascogne Sack Deutschland en Gascogne, maar zelfs tot een financieel voordeel voor die ondernemingen. Dit kan echter niet worden vastgesteld op basis van het bestreden arrest, aangezien het Gerecht, zonder verder onderzoek, heeft geoordeeld dat de bankgarantiekosten in de periode van overschrijding overeenkwamen met de door Gascogne gedurende die periode geleden schade.

75. Tot slot wil ik nog opmerken dat ook wat dit punt betreft het bestreden arrest tegenstrijdig lijkt. Met betrekking tot een andere vorm van beweerde schade (de betaling van rente over het bedrag van de geldboete) heeft het Gerecht namelijk geoordeeld dat Gascogne Sack Deutschland en Gascogne niets hebben aangevoerd dat kon aantonen dat, gedurende de periode van overschrijding, „het bedrag van de vertragingsrente die op een later tijdstip aan de Commissie is betaald, […], hoger is geweest dan het voordeel dat zij hebben kunnen genieten als gevolg van het feit dat zij de beschikking over die som hadden, zijnde het bedrag van de geldboete vermeerderd met de vertragingsrente”. [26]

76. Het is lastig te begrijpen waarom het Gerecht niet een soortgelijke maatstaf heeft toegepast met betrekking tot de gestelde schade die bestond in de betaling van de bankgarantiekosten betreffende dezelfde periode.

77. Samenvattend is ook het *tweede* middel van de Europese Unie gegrond. Zoals vermeld in punt 62 hiervoor, moet daarom punt 1 van het dictum van het bestreden arrest worden vernietigd. Er hoeft dus niet nader te worden ingegaan op het derde middel van de Europese Unie in zaak C-138/17 P of op het eerste, het tweede en het derde middel van Gascogne Sack Deutschland en Gascogne in zaak C-146/17 P.

26 Punt 108 van het bestreden arrest.

C. Immateriële schade

78. Het *vierde*, het *vijfde*, het *zesde* en het *zevende* middel van Gascogne Sack Deutschland en Gascogne in zaak C-146/17 P zijn gericht tegen de punten 151 tot en met 165 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht Gascogne Sack Deutschland en Gascogne elk een vergoeding van 5 000 EUR heeft toegekend voor de immateriële schade die is geleden als gevolg van de schending van de redelijke procestermijn in de zaken T-72/06 en T-79/06. Gascogne Sack Deutschland en Gascogne stellen dat het Gerecht blijk heeft gegeven van verschillende onjuiste rechtsopvattingen en verzoeken het Hof om de toekenning van een hoger bedrag, in overeenstemming met hun vordering in eerste aanleg.

79. De vier middelen met betrekking tot de immateriële schade zullen hieronder tezamen worden onderzocht. Om onderstaande redenen ben ik het eens met de Europese Unie dat de argumenten van Gascogne Sack Deutschland en Gascogne niet ter zake dienend dan wel ongegrond zijn.

1. Begrip „immateriële schade" en zelfstandigheid van het beroep wegens niet-contractuele aansprakelijkheid

80. Ten eerste verwijten Gascogne Sack Deutschland en Gascogne het Gerecht dat het in de punten 161 tot en met 163 van het bestreden arrest tot de slotsom is gekomen dat het door hen gewenste bedrag van de vergoeding voor immateriële schade („ten minste" 500 000 EUR), wegens de hoogte ervan tot gevolg zou hebben gehad dat de kwestie van het bedrag van de hun bij beschikking C(2005) 4634 opgelegde geldboete opnieuw ter discussie kwam te staan, hoewel niet vaststond dat het verzuim om binnen een redelijke termijn uitspraak te doen in de zaken T-72/06 en T-79/06 enige invloed op de hoogte van die geldboete had. Ten tweede betogen Gascogne Sack Deutschland en Gascogne dat de verklaringen van het Gerecht in de punten 161 tot en met 163 van het bestreden arrest ook de artikelen 256 en 340 VWEU hun nuttig effect ontnemen. Het Gerecht weigert in wezen de toekenning van een vergoeding voor alle geleden schade, waardoor hun recht op een doeltreffende voorziening in rechte zou worden geschonden.

81. Dit betoog is, mijns inziens, gebaseerd op een verkeerde lezing van het bestreden arrest en is, feitelijk, niet ter zake dienend, dan wel ongegrond.

82. Om te beginnen kan het nuttig zijn om duidelijk te definiëren wat mijns inziens moet worden verstaan onder „immateriële schade" in de zin van het VWEU. Wat dit betreft moet in het achterhoofd worden gehouden dat vergoeding op grond van artikel 340 VWEU er, voor zover als mogelijk, op is gericht het vermogen van de benadeelde terug te brengen in de staat waarin het zich vóór de onrechtmatige gedraging van de instelling van de Unie bevond.[27] Daarom worden geldelijke verliezen die een direct gevolg zijn van dat gedrag normaal gesproken vergoed via de betaling van een bedrag dat gelijk is aan deze verliezen.

83. Dat is echter onmogelijk als deze verliezen de vorm hebben van niet-financiële, immateriële schade.[28] In de meeste rechtsstelsels verwijst het begrip „immateriële" schade naar de soorten schade die niet-stoffelijk van aard zijn en waaraan niet gemakkelijk een economische waarde kan worden gegeven, aangezien hiervoor strikt genomen geen marktwaarde bestaat. Typische voorbeelden van dergelijke schade zijn onder andere pijn en leed, emotioneel leed, aantasting van het leven of van de relatie met anderen. Immateriële schade heeft in wezen betrekking op verschillende vormen van lichamelijk en/of geestelijk letsel.

27 Zie in die zin conclusie van advocaat-generaal Capotorti in de zaak Ireks-Arkady/EEG (238/78, EU:C:1979:203, blz. 2983).

28 Beide termen worden nogal eens door elkaar gebruikt.

84. Voor al deze situaties geldt dat herstel van de status quo ante kennelijk niet mogelijk is. Vandaar dat elk soort vergoeding die de rechter eventueel toekent altijd en onvermijdelijk als de op een na beste oplossing moet worden aangemerkt. Dat is de reden waarom de betaling van een geldbedrag al dan niet, afhankelijk van de omstandigheden, de meest passende vorm van vergoeding kan zijn.[29] Zo heeft de Unierechter, in bepaalde gevallen, geoordeeld dat een *symbolische* financiële vergoeding volstond[30], of dat een *tegenprestatie in natura* kon worden toegekend[31]. In andere gevallen heeft de Unierechter geen specifieke vorm van vergoeding toegekend, omdat hij van mening was dat de nietigverklaring van de onrechtmatige handeling[32] of de loutere optekening in het arrest van de onrechtmatige handeling[33], een bevredigende vergoeding zou kunnen vormen in de zin van artikel 340 VWEU.[34]

85. Wordt een geldelijke (en niet-symbolische) vergoeding als de meest passende vorm van herstel in een bepaalde zaak beschouwd, dan is het bepalen van de hoogte van het toe te kennen bedrag geen eenvoudige taak. De rechter die in een dergelijk geval bevoegd is, moet een bedrag ramen dat adequaat de door het slachtoffer geleden schade weerspiegelt, zonder degene die onwettig heeft gehandeld onnodig te straffen. Bij gebreke van klaarblijkelijke of algemeen aanvaarde economische maatstaven kan de rechter enkel houvast vinden in algemene beginselen zoals billijkheid, rechtvaardigheid en evenredigheid enerzijds, en voorspelbaarheid, rechtszekerheid en gelijke behandeling anderzijds.

86. Het is dus onvermijdelijk dat de rechter over een aanzienlijke manoeuvreerruimte beschikt wat betreft de vraag of er sprake is van immateriële schade, wat de beste manier is om deze schade adequaat te vergoeden en, in voorkomend geval, hoe het toe te kennen bedrag moet worden berekend.

87. Tegen deze achtergrond is de lezing van de punten 161 tot en met 163 van het bestreden arrest die Gascogne Sack Deutschland en Gascogne erop na houden niet overtuigend. Deze punten moeten worden gelezen in hun juiste context.

88. In de punten 144 tot en met 154 van het bestreden arrest heeft het Gerecht zich gebogen over de verschillende vormen van de door Gascogne Sack Deutschland en Gascogne gestelde immateriële schade en een aantal ervan als niet-ontvankelijk of, in elk geval, als niet-vaststaand beoordeeld[35] en is het wat een aantal andere betreft tot de slotsom gekomen dat kon worden gesproken van een mogelijke vergoeding door de loutere optekening in het bestreden arrest van de schending door het Gerecht in de zaken T-72/06 en T-79/06.[36] Daarom bleek slechts één vorm van immateriële schade rechtens genoegzaam vast te staan en een financiële vergoeding te verlangen, namelijk de schade als gevolg van de verlengde staat van onzekerheid waarin Gascogne Sack Deutschland en Gascogne waren gebracht door de buitensporig lange duur van de gerechtelijke procedures.[37]

29 Zie arrest van 7 februari 1990, Culin/Commissie (C-343/87, EU:C:1990:49, punten 26-29).

30 Arrest van 14 juni 1979, V./Commissie (18/78, EU:C:1979:154, punt 19).

31 Arrest van 10 mei 2006, Galileo International Technology e.a./Commissie (T-279/03, EU:T:2006:121, punt 63).

32 Zie onder andere arrest van 11 juli 2007, Sison/Raad (T-47/03, niet gepubliceerd, EU:T:2007:207, punt 241 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

33 Zie onder andere arresten van 9 juli 1981, Krecké/Commissie (59/80 en 129/80, EU:C:1981:170, punt 74), en 9 juli 1987, Hochbaum en Rawes/Commissie (44/85, 77/85, 294/85 en 295/85, EU:C:1987:348, punt 22).

34 Het verdient wellicht vermelding dat ook het EHRM in een aantal gevallen declaratoire vonnissen en symbolische bedragen heeft beschouwd als „billijke genoegdoening" in de zin van artikel 41 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Zie onder meer arresten van het EHRM van 21 februari 1975, Golder tegen Verenigd Koninkrijk (CE:ECHR:1975:0221JUD000445170, § 50); 23 november 1976, Engel e.a. tegen Nederland (CE:ECHR:1976:1123JUD000510071, §§ 10 en 11); 17 oktober 2002, Agga tegen Griekenland (CE:ECHR:2002:1017JUD005077699, §§ 65 en 66), en 30 november 2004, Vaney tegen Frankrijk (CE:ECHR:2004:1130JUD005394600, §§ 55-57).

35 Zie punten 148, 149 en 153 van het bestreden arrest.

36 Zie punt 154 van het bestreden arrest.

37 Punten 157 en 158 van het bestreden arrest.

89. In dit licht daarvan en ervan uitgaande dat er geen ander bewijs was dat een vergoeding van „ten minste" 500 000 EUR kon rechtvaardigen, heeft het Gerecht de raming van de schade zoals die door Gascogne Sack Deutschland en Gascogne was verricht, in punt 160 van het bestreden arrest afgewezen. In de daaropvolgende punten 161 tot en met 163 wordt enkel verduidelijkt – en zulks uitsluitend omwille van de volledigheid, zoals de Europese Unie terecht betoogt – dat de door Gascogne Sack Deutschland en Gascogne gevorderde vergoeding evenmin kon worden gerechtvaardigd door het aanzienlijke bedrag van de aan hen opgelegde geldboete. In een geval als het onderhavige kan het beroep wegens niet-contractuele aansprakelijkheid immers niet worden vervangen door en ook geen alternatief zijn voor de beroepen tot nietigverklaring die Gascogne Sack Deutschland en Gascogne in het verleden vergeefs hadden ingesteld bij de Unierechter.

90. Met andere woorden, wat het Gerecht in die punten in wezen te verstaan geeft is, eenvoudig gezegd, dat het bedrag van de bij beschikking C(2005) 4634 aan Gascogne Sack Deutschland en Gascogne opgelegde geldboete niet kan dienen als één van de criteria of parameters die moeten worden gebruikt bij het bepalen van het bedrag van de vergoeding van immateriële schade. De reden hiervoor is dat het vaste rechtspraak[38] is dat het als vergoeding te betalen bedrag direct noch indirect kan afdoen aan de hoogte van de geldboete. Bijgevolg was het Gerecht van oordeel dat de toekenning van de door Gascogne Sack Deutschland en Gascogne gevraagde vergoeding, in het licht van de aanzienlijke hoogte ervan, zou zijn neergekomen op een verlaging van het bedrag van de geldboete.

91. Tot slot moet ik opmerken dat het loutere feit dat het Gerecht de hoogte van de door Gascogne Sack Deutschland en Gascogne gevraagde vergoeding niet gerechtvaardigd vond en deze ondernemingen dus een lager bedrag heeft toegekend, niet betekent dat het Gerecht heeft nagelaten de schade volledig te vergoeden. Het betekent slechts dat Gascogne Sack Deutschland en Gascogne onvoldoende bewijs ter onderbouwing van alle vormen van de door hen gestelde schade hadden aangevoerd. Evenzo houdt de onenigheid tussen het Gerecht en de verzoeksters in eerste aanleg over de hoogte van de toe te kennen schadevergoeding niet in dat de artikelen 256 en 340 VWEU feitelijk hun nuttig effect wordt ontnomen.

2. Beweerde tegenstrijdigheid en ontoereikende motivering van het bestreden arrest

92. Ten derde zijn Gascogne Sack Deutschland en Gascogne van mening dat de redenering in het bestreden arrest tegenstrijdig is. Enerzijds verklaart het Gerecht namelijk dat met de toe te kennen vergoeding voor immateriële schade het bedrag van de door de Commissie opgelegde geldboete niet opnieuw ter discussie kan worden gesteld (punten 161-163), terwijl het Gerecht anderzijds verklaart dat het bedrag van de te vergoeden immateriële schade onder meer moet worden berekend met inaanmerkingneming van de omvang van de niet-inachtneming van de redelijke procestermijn en de noodzaak om ervoor te zorgen dat een beroep krachtens de artikelen 256 en 340 VWEU doelmatig is (punt 165). Ten vierde betogen Gascogne Sack Deutschland en Gascogne dat het Gerecht geen afdoende uitleg heeft gegeven van de criteria die het heeft gebruikt voor het bepalen van het bedrag van 5 000 EUR dat aan elk van hen moest worden betaald wegens immateriële schade.

93. Om te beginnen ben ik niet van mening dat de redenering in het bestreden arrest op dit punt tegenstrijdig is.

94. Zoals ik heb uiteengezet in de punten 89 en 90 hierboven, heeft het Gerecht in de punten 161 tot en met 163 van het bestreden arrest uitgelegd waarom de hoogte van de bij beschikking C(2005) 4634 aan Gascogne Sack Deutschland en Gascogne opgelegde geldboete niet kon dienen als één van de criteria waarmee rekening moest worden gehouden bij het bepalen van het bedrag van de voor

38 Zie de in de punten 161 en 162 van het bestreden arrest aangehaalde rechtspraak.

immateriële schade verschuldigde vergoeding. Omgekeerd heeft het Gerecht in punt 165 van het bestreden arrest de criteria genoemd waarmee het voor dat doel rekening heeft gehouden. Niet alleen waren deze laatstgenoemde criteria anders dan de eerstgenoemde, zij waren ook, zo zou ik eraan willen toevoegen, heel redelijk.

95. In het bijzonder lijkt het mij passend om bij de raming van de toe te kennen vergoeding rekening te houden met de omvang van de niet-inachtneming van een redelijke procestermijn door het Gerecht in de zaken T-72/06 en T-79/06: hoe langer de periode van de overschrijding van de redelijke duur van de procedure, hoe langer de periode van onzekerheid die de besluitvorming van de ondernemingen negatief beïnvloedde, hoe hoger, op haar beurt, de verschuldigde vergoeding en vice versa.

96. Tot slot wil ik, met betrekking tot het feit dat het Gerecht wat betreft de door hem in aanmerking te nemen criteria ook heeft verwezen naar de noodzaak om ervoor te zorgen dat een beroep krachtens de artikelen 256 en 340 VWEU doelmatig is, het volgende opmerken. Zoals opgemerkt in punt 84 hierboven valt, gelet op de bijzondere aard van de immateriële schade, niet a priori uit te sluiten dat een symbolische vergoeding kan volstaan als herstel van de door de benadeelde geleden schade. In de onderhavige zaak heeft het Gerecht in de punten 155 tot en met 158 van het bestreden arrest evenwel uiteengezet waarom het van mening was dat, voor een bepaalde vorm van de door Gascogne Sack Deutschland en Gascogne gestelde schade een symbolische vergoeding niet volstond.

97. Het is derhalve in lijn met de bovenstaande vaststelling dat het Gerecht bij de raming van de te vergoeden schade ervoor heeft gezorgd dat het toegekende bedrag, zijnde louter symbolisch van aard, het beroep niet zijn nuttig effect ontnam.

98. Bovendien ben ik van mening dat in het bestreden arrest voldoende is gemotiveerd waarom het Gerecht heeft besloten om Gascogne Sack Deutschland en Gascogne elk een schadevergoeding van 5 000 EUR toe te kennen voor de door hen geleden immateriële schade.

99. Er dient aan te worden herinnerd dat het vaste rechtspraak is dat, wanneer het Gerecht het bestaan van schade heeft vastgesteld, het bij uitsluiting bevoegd is om binnen de grenzen van het petitum de wijze en de omvang van de vergoeding voor deze schade te beoordelen. Teneinde het Hof in staat te stellen zijn rechterlijke controle op de arresten van het Gerecht uit te oefenen, moeten deze echter voldoende zijn gemotiveerd, en moeten zij, wat de raming van de schade betreft, vermelden met welke criteria bij de bepaling van het in aanmerking genomen bedrag rekening is gehouden. [39]

100. Tegen deze achtergrond merk ik op dat het Gerecht in het bestreden arrest, in de eerste plaats, beknopt maar duidelijk heeft aangegeven waarom volgens hem bepaalde soorten door Gascogne Sack Deutschland en Gascogne gestelde immateriële schade afdoende bewezen waren en andere niet. In de tweede plaats heeft het Gerecht toegelicht waarom de toekenning van een geldelijke vergoeding voor een bepaalde vorm van schade noodzakelijk werd geacht. In de derde plaats heeft het verwezen naar de criteria die in aanmerking zijn genomen bij de vaststelling van het bedrag van deze vergoeding.

101. Mijns inziens vormt dit een adequate motivering voor een vergoeding die noodzakelijkerwijs ex aequo et bono moet worden bepaald. Tegen deze achtergrond ben ik van mening dat met het betoog van Gascogne Sack Deutschland en Gascogne niet voor het Hof kan worden getornd aan de bepaling van het bedrag van de door het Gerecht toegekende schadevergoeding. [40]

39 Zie arrest van 30 mei 2017, Safa Nicu Sepahan/Raad (C-45/15 P, EU:C:2017:402, punten 50 en 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

40 Zie in dezelfde zin arrest van 30 mei 2017, Safa Nicu Sepahan/Raad (C-45/15 P, EU:C:2017:402, punten 52 en 53).

V. Gevolgen van de beoordeling

102. Indien het Hof instemt met mijn beoordeling moet de door de Europese Unie ingestelde hogere voorziening worden aanvaard en punt 1 van het dictum van het bestreden arrest dienovereenkomstig worden vernietigd.

103. Aangezien het, in het licht van de beschikbare gegevens en de uitwisseling van standpunten voor het Hof mogelijk is om definitief uitspraak te doen over deze zaak, dient het Hof het verzoek van Gascogne Sack Deutschland en Gascogne strekkende tot vergoeding van de materiële schade bestaande in de betaling van de bankgarantiekosten met betrekking tot de periode van overschrijding van de redelijke procestermijn in de zaken T-72/06 en T-79/06, af te wijzen.

104. De hogere voorziening van Gascogne Sack Deutschland en Gascogne moet in haar geheel worden afgewezen.

VI. Kosten

105. Volgens artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten voor zover dat is gevorderd.

106. Indien het Hof mijn beoordeling van de hogere voorzieningen volgt, dienen Gascogne Sack Deutschland en Gascogne overeenkomstig de artikelen 137, 138 en 184 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof de kosten van de onderhavige procedure te dragen. Wat betreft de kosten van de procedure in eerste aanleg dient mijns inziens de verwijzing hierin door het Gerecht in stand te blijven. De Europese Commissie draagt haar eigen kosten in verband met beide instanties.

VII. Conclusie

107. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging:

– punt 1 van het dictum van het arrest van het Gerecht van 10 januari 2017, Gascogne Sack Deutschland en Gascogne/Europese Unie, T-577/14, EU:T:2017:1, te vernietigen;

– het verzoek van Gascogne Sack Deutschland en Gascogne om vergoeding van de materiële schade die bestaat in de betaling van de bankgarantiekosten met betrekking tot de periode van overschrijding van de redelijke procestermijn in de zaken T-72/06, Groupe Gascogne/Commissie, en T-79/06, Sachsa Verpackung/Commissie, af te wijzen;

– de door Gascogne Sack Deutschland en Gascogne ingestelde hogere voorziening af te wijzen;

– te gelasten dat Gascogne Sack Deutschland en Gascogne hun eigen kosten en de kosten van de Europese Unie, vertegenwoordigd door het Hof van Justitie van de Europese Unie, in het kader van de hogere voorzieningen, alsmede de eigen kosten in verband met de procedure in eerste aanleg zullen dragen;

– te gelasten dat de Europese Unie, vertegenwoordigd door het Hof van Justitie van de Europese Unie, haar eigen kosten in verband met de procedure in eerste aanleg zal dragen, en

– te gelasten dat de Europese Commissie haar eigen kosten in verband met beide instanties zal dragen.