



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. WAHL
fremsat den 25. juli 2018¹

Forenede sager C-138/17 P og C-146/17 P

**Den Europæiske Union, repræsenteret ved Den Europæiske Unions Domstol,
mod
Gascogne Sack Deutschland GmbH
Gascogne (sag C-138/17 P)
og
Gascogne Sack Deutschland GmbH
Gascogne
mod**

Den Europæiske Union, repræsenteret ved Den Europæiske Unions Domstol (sag C-146/17 P)

»Appel – ansvar uden for kontraktforhold – rimelig varighed af proceduren – rimelig sagsbehandlingstid – økonomisk skade – bankgarantiomkostninger – årsagssammenhæng – ikke-økonomisk skade«

1. Hvilke former for skade skal Den Europæiske Union i henhold til artikel 340 TEUF erstatte borgere, hvis ret til at få deres sag pådømt inden for en rimelig frist blev tilsidesat af Den Europæiske Unions Domstol? Under hvilke omstændigheder bør erstatning for den skade, der angiveligt er forårsaget af den uforholdsmæssigt store forsinkelse, nærmere bestemt tilkendes?

2. Dette er i det væsentlige de centrale spørgsmål, der er rejst ved de appeller, der er iværksat af Den Europæiske Union, repræsenteret ved Den Europæiske Unions Domstol², og af Gascogne Sack Deutschland GmbH og Gascogne til prøvelse af Rettens dom af 10. januar 2017 i sag T-577/14, Gascogne Sack Deutschland og Gascogne mod Den Europæiske Union (herefter »den appellerede dom«)³, hvorved sidstnævnte tilkendte disse selskaber visse beløb som erstatning for den økonomiske og ikke-økonomiske skade, som de havde lidt som følge af tilsidesættelsen af en rimelig sagsbehandlingstid i den sag, som gav anledning til domme af 16. november 2011, Groupe Gascogne mod Kommissionen, T-72/06⁴, og Sachsa Verpackung mod Kommissionen, T-79/06⁵.

1 – Originalsprog: engelsk.

2 – Herefter for nemheds skyld omtalt som »Den Europæiske Union«.

3 – EU:T:2017:1.

4 – Ikke trykt i Sml., EU:T:2011:671.

5 – Ikke trykt i Sml., EU:T:2011:674.

3. Næsten tilsvarende spørgsmål er blevet rejst i fire andre appelsager – to iværksat af Den Europæiske Union og to af andre selskaber – til prøvelse af to domme afsagt af Retten, hvorved Retten tilkendte erstatning for den økonomiske og ikke-økonomiske skade, som disse selskaber havde lidt som følge af tilsidesættelsen af en rimelig sagsbehandlingstid. Jeg fremsætter også mine forslag til afgørelse i disse sager i dag⁶. Dette forslag til afgørelse bør derfor læses sammen med de pågældende forslag til afgørelse.

I. Tvistens baggrund

4. Ved stævninger indleveret den 23. februar 2006 anlagde Sachsa Verpackung GmbH, nu Gascogne Sack Deutschland GmbH, på den ene side, og Groupe Gascogne SA, nu Gascogne, på den anden side sag i henhold til (den nuværende) artikel 263 TEUF til prøvelse af Kommissionens beslutning K(2005) 4634 af 30. november 2005 om en procedure i henhold til artikel [101 TEUF] (sag COMP/F/38 354 – Industrisække) (herefter »beslutning K(2005) 4634«)⁷.

5. Ved domme af 16. november 2011 frifandt Retten Kommissionen⁸. Gascogne Sack Deutschland og Gascogne iværksatte appeller til prøvelse af Rettens domme. Ved domme af 26. november 2013⁹ forkastede Domstolen appellerne. I sine domme fastslog Domstolen imidlertid, at »varigheden af proceduren for Retten, som nåede op på næsten fem år og ni måneder, [kunne ikke] begrundes af nogen af omstændighederne« i sagen¹⁰.

II. Sagen for Retten og den appellerede dom

6. Ved stævning indleveret den 4. august 2014 anlagde Gascogne Sack Deutschland og Gascogne sag i henhold til artikel 268 TEUF mod Den Europæiske Union med påstand om erstatning for den angiveligt lidte skade som følge af varigheden af proceduren for Retten i de sager, som gav anledning til domme af 16. november 2011 i sag T-72/06 og sag T-79/06. I det væsentlige nedlagde Gascogne Sack Deutschland og Gascogne påstand om, at Den Europæiske Union blev tilpligtet at betale følgende beløb: i) 1 193 467 EUR for de tab, der er lidt som følge af betaling af yderligere lovbestemte renter, der pålægges i forhold til sanktionens pålydende, ud over en rimelig periode, ii) 187 571 EUR for de tab, der er lidt som følge af yderligere betalinger af bankgarantien ud over en rimelig periode, iii) 2 000 000 EUR for tabt fortjeneste eller tab som følge af »usikkerhed«, iv) »mindst« 500 000 EUR for ikke-økonomisk skade. Gascogne Sack Deutschland og Gascogne nedlagde endvidere påstand om, at disse beløb blev forhøjet med udlignings- og morarenter til den sats, som Den Europæiske Centralbank (ECB) anvender på sine vigtigste refinansieringstransaktioner, forhøjet med to procentpoint beregnet fra sagens anlæg.

7. Ved den appellerede dom tilpligtede Retten Den Europæiske Union at betale en erstatning på 47 064,33 EUR til Gascogne for den økonomiske skade, som selskabet havde lidt som følge af tilsidesættelsen af en rimelig sagsbehandlingstid i de sager, som gav anledning til domme af 16. november 2011 i sag T-72/06 og sag T-79/06. Retten traf ligeledes afgørelse om, at denne erstatning skulle revalueres ved en forrentning, der beregnes fra den 4. august 2014 og indtil afsigelsen af dommen med den af Eurostat konstaterede årlige inflationsrate for den pågældende

6 – Sag Den Europæiske Union mod Kendrion, C-150/17 P, og forenede sager Den Europæiske Union mod ASPLA og Armando Álvarez samt ASPLA og Armando Álvarez mod Den Europæiske Union, C-174/17 P og C-222/17 P.

7 – De sager, der er nævnt i fodnote 6 ovenfor, vedrører også procedurer iværksat af andre virksomheder, der var adressater for beslutning K(2005) 4634.

8 – Domme af 16.11.2011, Groupe Gascogne mod Kommissionen, ikke trykt i Sml. (T-72/06, EU:T:2011:671), og Sachsa Verpackung mod Kommissionen, ikke trykt i Sml. (T-79/06, EU:T:2011:674).

9 – Domme af 26.11.2013, Gascogne Sack Deutschland mod Kommissionen (C-40/12 P, EU:C:2013:768), og Groupe Gascogne mod Kommissionen (C-58/12 P, EU:C:2013:770).

10 – Jf. henholdsvis præmis 97 og 91 i de domme, der er nævnt i den foregående fodnote.

periode i den medlemsstat, hvor disse selskaber er etableret. Retten tilpligtede endvidere Den Europæiske Union at betale en erstatning på 5 000 EUR til såvel Gascogne Sack Deutschland som Gascogne for den ikke-økonomiske skade, som disse selskaber havde lidt på grund af overskridelsen af den rimelige sagsbehandlingstid. Erstatningsbeløbene for både den økonomiske og den ikke-økonomiske skade skulle forhøjes med morarenter fra afsigelsen af dommen, og indtil det fulde erstatningsbeløb var blevet betalt på grundlag af den sats, som var fastsat af Den Europæiske Centralbank (ECB) for dennes vigtigste refinansieringstransaktioner, forhøjet med to procentpoint. I øvrigt frifandtes Unionen.

8. For så vidt angår sagsomkostningerne bestemte Retten følgende: i) Den Europæiske Union tilpligtes at bære sine egne omkostninger og at betale de af Gascogne Sack Deutschland og Gascogne afholdte omkostninger vedrørende den formalitetsindsigelse, som gav anledning til kendelsen af 2. februar 2015, Gascogne Sack Deutschland og Gascogne mod Den Europæiske Union, T-577/14¹¹, ii) Gascogne Sack Deutschland og Gascogne på den ene side og Den Europæiske Union på den anden side bærer hver deres egne omkostninger vedrørende den sag, som har givet anledning til dommen, og iii) Europa-Kommissionen bærer sine egne omkostninger.

III. Retsforhandlingerne for Domstolen og parternes påstande

9. Ved appel iværksat den 17. marts 2017 har Den Europæiske Union nedlagt følgende påstande:

- Punkt 1 i den appellerede doms konklusion ophæves.
- Den af Gascogne Sack Deutschland og Gascogne i første instans nedlagte påstand om betaling af 187 571 EUR for de angiveligt lidt tab som følge af yderligere betalinger i forbindelse med bankgarantien ud over en rimelig periode forkastes som ugrundet.
- Gascogne Sack Deutschland og Gascogne tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

10. Gascogne Sack Deutschland og Gascogne har nedlagt følgende påstande:

- Appellen forkastes.
- Den Europæiske Union tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

11. Ved appel iværksat den 22. marts 2017 har Gascogne Sack Deutschland og Gascogne nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede dom, hvorved Retten, alt imens den anerkendte, at der forelå en tilsidesættelse af princippet om, at en retsafgørelse skal træffes inden for en rimelig frist i sagerne, der gav anledning til domme af 16. november 2011 i sag T-72/06 og sag T-79/06, og at appellanterne har lidt en økonomisk og ikke-økonomisk skade som følge af tilsidesættelsen af den rimelige frist, pålagde Den Europæiske Union at betale en utilstrækkelig erstatning, der ikke dækker den lidt skade, ophæves delvist.
- Der træffes endelig afgørelse i overensstemmelse med appellanternes påstande i første instans angående de finansielle kompensationer for den af appellanterne lidt økonomiske og ikke-økonomiske skade i henhold til Domstolens fulde prøvelsesret.
- Den Europæiske Union tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

11 – Ikke trykt i Sml., EU:T:2015:80.

12. Den Europæiske Union har nedlagt følgende påstande:

- Appellen forkastes.
- Gascogne Sack Deutschland og Gascogne tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

13. Europa-Kommissionen fik tilladelse til at intervenere i forbindelse med sag C-138/17 P til støtte for Den Europæiske Unions påstande.

14. Ved beslutning af 17. april 2018 traf afdelingsformanden for Domstolens Første Afdeling bestemmelse om forening af sagerne C-138/17 P og C-146/17 P med henblik på forslaget til afgørelse og dommen.

IV. Bedømmelse af appelanbringenderne

A. Indledende bemærkninger

15. I stævningen i sag C-138/17 P har Den Europæiske Union fremført tre appelanbringender. Med det første og det andet appelanbringende har Den Europæiske Union gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl ved at foretage en urigtig fortolkning af begreberne »årsagssammenhæng« og »skade«. Med det tredje appelanbringende har Den Europæiske Union gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl og ikke gav en tilstrækkelig begrundelse ved fastlæggelsen af den periode, hvori den økonomiske skade fandt sted. Kommissionen er i det væsentlige enig med Den Europæiske Union.

16. Gascogne Sack Deutschland og Gascogne har nedlagt påstand om, at Den Europæiske Unions appel delvis afvises (det andet appelanbringende) og delvis er ugrundet (det første og det tredje appelanbringende).

17. I stævningen i sag C-146/17 P har Gascogne Sack Deutschland og Gascogne fremført syv appelanbringender. Med det første appelanbringende har de anført, at Retten anvendte begrebet »non ultra petita« urigtigt, da den afslog at tildele erstatning for den økonomiske skade, der var lidt inden den 30. maj 2011. Med det andet appelanbringende har Gascogne Sack Deutschland og Gascogne gjort gældende, at den appellerede dom er behæftet med en selvmodsigende argumentation med hensyn til: i) beregningen af perioden svarende til overskridelsen af den rimelige frist og ii) den periode, for hvilken erstatningen for den økonomiske skade blev tildelt. Med det tredje appelanbringende har Gascogne Sack Deutschland og Gascogne anført, at Retten ved at anvende en anden metode til beregning af den økonomiske skade end den, de havde foreslået, tilsidesatte deres ret til forsvar. Gascogne Sack Deutschlands og Gascognes fjerde, femte, sjette og syvende appelanbringende er alle rettet mod Rettens konklusioner vedrørende den angivelige ikke-økonomiske skade. De har i det væsentlige gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl ved at afvise deres påstand om at få tilkendt en erstatning på »mindst« 500 000 EUR med den begrundelse, at tilkendelsen af en sådan erstatning ville svare til at anfægte størrelsen af den bøde, som Gascogne Sack Deutschland og Gascogne var blevet pålagt ved beslutning K(2005) 4634. De har også rejst kritik af den appellerede dom for ikke at give en tilstrækkelig begrundelse med hensyn til tildelingen af erstatningen på 5 000 EUR for den ikke-økonomiske skade.

18. Den Europæiske Union har anført, at Gascogne Sack Deutschlands og Gascognes appelanbringender er enten ugrundede (første, andet, tredje og en del af det syvende anbringende) eller uvirksomme (fjerde, femte, sjette og en del af det syvende anbringende).

19. I dette forslag til afgørelse vil jeg først undersøge de appelanbringender, der vedrører den økonomiske skade, og efterfølgende de appelanbringender, der vedrører den ikke-økonomiske skade.

B. Økonomisk skade

20. De tre appelanbringender, som er fremført af Den Europæiske Union i sag C-138/17 P, samt det første, det andet og det tredje appelanbringende, som er fremført af Gascogne Sack Deutschland og Gascogne i sag C-146/17 P, vedrører alle Rettens konklusioner med hensyn til den økonomiske skade, som Gascogne Sack Deutschland og Gascogne angiveligt har lidt. Begge parter har navnlig gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl ved undersøgelsen af Gascogne Sack Deutschlands og Gascognes påstande vedrørende skaden som følge af omkostningerne til den bankgaranti, som disse selskaber stillede over for Kommissionen for at undgå øjeblikkeligt at skulle betale den bøde, der var pålagt ved beslutning K(2005) 4634.

21. Jeg finder det hensigtsmæssigt at begynde min retlige vurdering af disse spørgsmål ved at undersøge de påstande, der vedrørte de bankgarantiomkostninger, som Gascogne har betalt. Med henblik herpå vil jeg indlede med det *første* appelanbringende, som er fremført af Den Europæiske Union. Jeg vil efterfølgende – alene for fuldstændighedens skyld – behandle Den Europæiske Unions *andet* appelanbringende. Derefter vil det ikke være nødvendigt at undersøge de øvrige appelanbringender vedrørende bankgarantiomkostningerne, som er fremført af Den Europæiske Union og af Gascogne Sack Deutschland og Gascogne.

1. Eksistensen af en årsagssammenhæng

22. Med det første appelanbringende i sag C-138/17 P har Den Europæiske Union, støttet af Europa-Kommissionen, kritiseret Rettens fortolkning og anvendelse af begrebet »årsagssammenhæng«. Den Europæiske Union har i det væsentlige gjort gældende, at der ikke er nogen direkte årsagssammenhæng mellem Rettens tilsidesættelse af en rimelig sagsbehandlingstid i sag T-72/06 og sag T-79/06 og Gascognes skade som følge af betalingen af bankgarantiomkostningerne. Den Europæiske Union har navnlig fremhævet, at denne skade var resultatet af et valg truffet af Gascogne for at opretholde bankgarantien under hele sagen i stedet for at betale den bøde, som Kommissionen havde pålagt.

23. Gascogne Sack Deutschland og Gascogne har forsvaret den appellerede dom i denne henseende: De er navnlig af den opfattelse, at Retten med rette har sondret mellem den foreliggende sag og andre sager, som Unionens retsinstanser tidligere har behandlet. Gascogne Sack Deutschland og Gascogne har ligeledes gjort gældende, at Den Europæiske Unions argumenter udgør en »procedurefordrejning« og i det væsentlige rejser tvivl om Domstolens konklusioner i dens domme af 26. november 2013, Gascogne Sack Deutschland mod Kommissionen, C-40/12 P, og Groupe Gascogne mod Kommissionen, C-58/12 P.

24. I det følgende vil jeg indledningsvis kort illustrere Rettens argumentation og derpå forklare, hvorfor Den Europæiske Unions første appelanbringende efter min opfattelse er begrundet.

25. I den appellerede doms præmis 79 og 80 henviste Retten til fast retspraksis, hvorefter det tab, som påstås erstattet i et søgsmål vedrørende Unionens ansvar uden for kontrakt, skal være faktisk og reelt, hvilket det påhviler sagsøgeren at godtgøre. Det påhviler ligeledes sagsøgeren at fremlægge beviser for eksistensen af en årsagssammenhæng – dvs. en tilstrækkelig direkte sammenhæng – mellem den påklagede adfærd og den angivelige skade.

26. I den appellerede doms præmis 111 og 114-116 bemærkede Retten, at hvis proceduren i sag T-72/06 og sag T-79/06 ikke havde overskredet en rimelig sagsbehandlingstid, ville Gascogne ikke have været forpligtet til at betale omkostninger til bankgarantien i den periode, der svarede til overskridelsen. Dette betød efter Rettens opfattelse, at der forelå årsagsforbindelse mellem tilsidesættelsen af en rimelig sagsbehandlingstid og indtrædelsen af den skade, som Gascogne havde lidt som følge af betalingen af omkostningerne til bankgarantien i den periode, der svarede til overskridelsen.

27. Under henvisning til tidligere retspraksis (herefter »Holcim-dommen«)¹² anerkendte Retten – i den appellerede doms præmis 118 – principielt, at omkostninger til en bankgaranti, der var afholdt af et selskab, som var blevet pålagt en bøde ved en kommissionsbeslutning, var opstået på grund af dette selskabs egen beslutning om at stille en bankgaranti for ikke at opfylde sin forpligtelse til at betale bøden inden for den i den omtvistede beslutning fastsatte frist. Disse omkostninger kan således normalt ikke anses for at være en *direkte* følge af institutionens adfærd.

28. Retten bemærkede imidlertid dernæst – i den appellerede doms præmis 119-121 – at omstændighederne i den foreliggende sag adskilte sig fra dem, der lå til grund for Holcim-dommen. Retten fandt, at på det tidspunkt, hvor Gascogne Sack Deutschland og Gascogne anlagde deres søgsmål i sag T-72/06 og sag T-79/06, og på det tidspunkt, hvor Gascogne stillede en bankgaranti, var tilsidesættelsen af en rimelig sagsbehandlingstid ikke mulig at forudse, og Gascogne Sack Deutschland og Gascogne kunne med føje forvente, at sagerne ville blive behandlet inden for en rimelig frist. Retten bemærkede endvidere, at tilsidesættelsen af en rimelig sagsbehandlingstid i sag T-72/06 og sag T-79/06 skete efter Gascognes oprindelige beslutning om at stille en bankgaranti. Den fastslog derfor, at forbindelsen mellem overskridelsen af en rimelig sagsbehandlingstid i sag T-72/06 og sag T-79/06 og betalingen af omkostningerne til bankgarantien i den periode, der svarede til overskridelsen, ikke kunne anses for at være blevet afbrudt af Gascognes oprindelige beslutning om ikke at betale bøden og om at stille en bankgaranti. Den konkluderede derfor i den appellerede doms præmis 122, at årsagssammenhængen var tilstrækkelig direkte i henhold til artikel 340 TEUF.

29. Rettens argumentation er efter min opfattelse fejlagtig. I det væsentlige anerkender Retten retspraksis fra Holcim-dommen, men sonderer efterfølgende mellem omstændighederne i den foreliggende sag og de omstændigheder, der lå til grund for den pågældende retspraksis. Ligesom Retten er jeg af den opfattelse, at Holcim-dommen er fornuftig, men i modsætning til Retten mener jeg ikke, at den foreliggende sag adskiller sig væsentligt fra den sag, der gav anledning til Holcim-dommen: Efter min opfattelse er ingen af Rettens to begrundelser for denne sondring, hverken hver for sig eller sammen, overbevisende.

30. Inden jeg forklarer i detaljer, hvorfor jeg er af denne opfattelse, vil jeg gerne fremhæve, at artikel 340 TEUF i henhold til fast retspraksis ikke kan fortolkes således, at Den Europæiske Union er forpligtet til at genoprette enhver, nok så fjern, skadelig følge af dens organers adfærd¹³. I et søgsmål om Unionens ansvar uden for kontraktforhold er det derfor ikke tilstrækkeligt, at den adfærd, som

12 – Jf. dom af 21.4.2005, Holcim (Deutschland) mod Kommissionen (T-28/03, EU:T:2005:139, præmis 123), og kendelse af 12.12.2007, Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen (T-113/04, ikke trykt i Sml., EU:T:2007:377, præmis 38). Jeg bemærker, at Domstolen ikke hidtil har haft lejlighed til at bekræfte denne retspraksis.

13 – Jf. i denne retning dom af 4.10.1979, Dumortier m.fl. mod Rådet (64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 og 45/79, EU:C:1979:223, præmis 21). Jf. senest kendelse af 31.3.2011, Mauerhofer mod Kommissionen (C-433/10 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2011:204, præmis 127 og den deri nævnte retspraksis).

foreholdes, er én af årsagerne til den angivelige skade; den pågældende adfærd skal være den *afgørende* årsag til skaden¹⁴. Der foreligger med andre ord kun en tilstrækkelig sammenhæng, såfremt skaden er den direkte følge af den ansvarlige institutions retsstridige handling og ikke har anden positiv eller negativ årsag¹⁵.

a) Forudsigeligheden af den retsstridige adfærd

31. Den første begrundelse, som Retten gav for at sondre mellem den foreliggende sag og de sager, der lå til grund for Holcim-dommen, er, at på det tidspunkt, hvor Gascogne Sack Deutschland og Gascogne anlagde deres søgsmål i sag T-72/06 og sag T-79/06, og på det tidspunkt, hvor Gascogne stillede en bankgaranti, var Rettens tilsidesættelse af en rimelig sagsbehandlingstid *ikke mulig at forudse*.

32. Denne tilkendegivelse er imidlertid for det første ukorrekt. Et vist antal sager, som Retten havde truffet afgørelse om kort tiden inden iværksættelsen af søgsmålene i sag T-72/06 og sag T-79/06, var desværre af en betydelig varighed¹⁶. Dette gælder navnlig sager vedrørende anvendelsen af EU's konkurrenceregler og navnlig karteller¹⁷, som er notorisk komplekse og tidskrævende og kan kræve en parallel eller koordineret behandling af flere sager på samme tid.

33. Det er korrekt, at Gascogne Sack Deutschland og Gascogne som enhver anden sagsøger kunne forvente, at deres sager blev afgjort inden for en rimelig frist. I lyset af Rettens praksis og retspraksis på tidspunktet for de faktiske omstændigheder var det imidlertid temmelig usikkert og vanskeligt at beregne den sandsynlige sagsbehandlingstid med henblik på at anslå de potentielle samlede bankgarantiomkostninger.

34. For det andet, og endnu vigtigere, begik Retten – uanset om det var muligt at forudse den uforholdsmæssigt store forsinkelse i sag T-72/06 og sag T-79/06 – en retlig fejl ved at anvende begrebet »forudsigelighed« med henblik på at godtgøre, at der forelå en tilstrækkelig årsagssammenhæng, som udløste Unionens ansvar.

35. Det centrale spørgsmål i den foreliggende sag er ikke, om offeret for den angivelige skade var i stand til at forudse den retsstridige begivenhed, der gav anledning til den angivelige skade. Det, der er afgørende med henblik på at fastslå Den Europæiske Unions ansvar uden for kontraktforhold i den foreliggende sag, er først og fremmest, om den angivelige skade er en *direkte* følge af institutionens retsstridige adfærd.

36. Dette er et punkt, som Retten har undladt at behandle i detaljer. Det er min opfattelse, at den potentielle uforudsigelighed af den uforholdsmæssigt store forsinkelse inden for rammerne af denne undersøgelse kun kunne have været relevant i to tilfælde. Ingen af disse tilfælde gør sig imidlertid gældende i den foreliggende sag.

14 – Jf. kendelse af 31.3.2011, Mauerhofer mod Kommissionen (C-433/10 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2011:204, præmis 127 og den deri nævnte retspraksis).

15 – Jf. i denne retning generaladvokat Trabucchi's forslag til afgørelse Compagnie continentale France mod Rådet (169/73, EU:C:1974:32, punkt 4).

16 – Jf. f.eks. dom af 13.1.2004, Thermenhotel Stoiser Franz m.fl. mod Kommissionen (T-158/99, EU:T:2004:2), af 11.5.2005, Saxonia Edelmetalle mod Kommissionen (T-111/01 og T-133/01, EU:T:2005:166), af 19.10.2005, Freistaat Thüringen mod Kommissionen (T-318/00, EU:T:2005:363), og af 14.12.2005, Laboratoire du Bain mod Rådet og Kommissionen (T-151/00, ikke trykt i Sml., EU:T:2005:450).

17 – Jf. bl.a. dom af 11.12.2003, Marlines mod Kommissionen (T-56/99, EU:T:2003:333), af 8.7.2004, Mannesmannröhren-Werke mod Kommissionen (T-44/00, EU:T:2004:218), af 14.12.2005, Honeywell mod Kommissionen (T-209/01, EU:T:2005:455), og af 15.3.2006, BASF mod Kommissionen (T-15/02, EU:T:2006:74).

37. På den ene side kunne dette aspekt have været relevant, hvis Gascogne Sack Deutschland og Gascogne efterfølgende ikke havde været i stand til at ændre deres oprindelige beslutning om at udsætte betalingen og stille en bankgaranti. Som det imidlertid vil fremgå af punkt 48-52 nedenfor, er dette ikke tilfældet: Det stod på ethvert tidspunkt under sagen Gascogne Sack Deutschland og Gascogne frit for at betale bøden og trække bankgarantien tilbage. Selv hvis den ikke kunne forudses i første omgang, kunne Gascogne Sack Deutschland og Gascogne således have tilpasset deres adfærd i lyset af denne nye omstændighed.

38. På den anden side kunne den potentielle uforudsigelighed af den uforholdsmæssigt store forsinkelse også have været relevant, hvis Den Europæiske Union havde gjort gældende for Retten, at Gascogne Sack Deutschland og Gascogne ikke på passende måde havde søgt at undgå eller begrænse omfanget af den skade, der kunne have været en følge af, at de valgte at udsætte betalingen af bøden indtil afslutningen af den retslige procedure.

39. I denne henseende skal det bemærkes, at det af fast retspraksis følger, at det i et søgsmål om ansvar uden for kontraktforhold skal undersøges, om den skadelidte med risiko for selv at måtte bære tabet på passende måde har søgt at undgå skaden eller begrænse dens omfang. Årsagsforbindelsen kan afbrydes af skadelidtes forsømmelse, eftersom denne adfærd kan vise sig at udgøre en afgørende årsag til tabet¹⁸.

40. Dette er imidlertid ikke grunden til, at Retten henviste til dette element i den appellerede dom. Retten anvendte ikke kriteriet om forudsigelighed til at undersøge, om Gascogne Sack Deutschlands og Gascognes forsømmelse havde afbrudt årsagssammenhængen mellem den angivelige skade og den adfærd, som EU-institutionen foreholdes; i stedet anvendte den det pågældende begreb til at godtgøre, at der forelå en sådan sammenhæng som et første skridt.

41. Dog siger den potentielle uforudsigelighed af den begivenhed, der gav anledning til den angivelige skade, ikke noget om den *afgørende faktor* for den angivelige skade. Selv hvis det antages, at det ikke var muligt at forudse den uforholdsmæssigt store forsinkelse, er denne omstændighed hverken nødvendig eller tilstrækkelig til at udløse Unionens ansvar.

42. I lyset af det ovenstående er det min opfattelse, at Retten i den appellerede dom foretog en urigtig fortolkning og anvendelse af begrebet »forudsigelighed« i henhold til artikel 340 TEUF med henblik på at godtgøre, at der forelå en årsagssammenhæng mellem den angivelige skade og den adfærd, som foreholdes.

b) Gascogne Sack Deutschlands og Gascognes manglende valgmulighed

43. Den anden begrundelse, som Retten gav for at sondre mellem den foreliggende sag og de sager, der lå til grund for Holcim-dommen, er, at den rimelige sagsbehandlingstid i sag T-72/06 og sag T-79/06 blev overskredet *efter* Gascogne Sack Deutschlands og Gascognes beslutning om at stille en bankgaranti.

44. Dette element er efter min opfattelse ligeledes irrelevant.

18 – Jf. f.eks. dom af 18.3.2010, Trubowest Handel og Makarov mod Rådet og Kommissionen (C-419/08 P, EU:C:2010:147, præmis 61). Dette princip er i henhold til Domstolens faste praksis en almindelig retsgrundsætning, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer: jf. i denne retning dom af 5.3.1996, Brasserie du pêcheur og Factortame (C-46/93 og C-48/93, EU:C:1996:79, præmis 85 og den deri nævnte retspraksis).

45. Det skal indledningsvis bemærkes, at en beslutning fra Kommissionen, som f.eks. beslutning K(2005) 4634, er juridisk bindende og formodes at være gyldig, indtil den annulleres af Unionens retsinstanser. Såfremt en virksomhed, der er straffet med en bøde pålagt af Kommissionen, finder, at Kommissionens beslutning er retsstridig, og at en umiddelbar overholdelse af den kan medføre uoprettelig skade, kan den pågældende virksomhed indgive en begæring om foreløbige forholdsregler til Unionens retsinstanser i henhold til artikel 278 TEUF og 279 TEUF og samtidig anfægte beslutningens gyldighed.

46. Hvis der ikke indgives en sådan begæring, eller hvis en sådan begæring afvises af Unionens retsinstanser, skal en bøde normalt betales inden for den frist, der er fastsat i beslutningen. Når det er sagt, giver Unionens budgetregler¹⁹ Kommissionen mulighed for at acceptere, at betalingen af en bøde udsættes, forudsat at debitor forpligter sig til at betale morarenter og stiller en finansiel garanti for både hovedstol og rente af endnu ikke inddrevet gæld.

47. En virksomhed, der har til hensigt at anfægte en bøde ved Unionens retsinstanser, kan således vælge mellem en øjeblikkelig betaling (hovedreglen) eller anmode om muligheden for at stille en bankgaranti (undtagelsen). Virksomhedens valg skal være *finansielt neutralt* for Unionen: En udsættelse af betalingen må ikke medføre et tab for Unionens budget. Regnskabsføreren, der sammen med den kompetente anvisningsberettigede træffer afgørelse om virksomhedens anmodning om udsættelse af betalingen, har ikke beføjelse til at ændre størrelsen af den bøde, der blev fastsat af Kommissionen som institution (dvs. af kommissærkollegiet). Samtidig bør en virksomheds beslutning om straks at betale bøden – trods dens hensigt om at anfægte Kommissionens beslutning ved Unionens retsinstanser – ikke føre til en ugrundet berigelse for Den Europæiske Union. Dette er grunden til, på den ene side – hvis Unionens retsinstanser opretholder Kommissionens beslutning – at den bøde, hvis betaling er blevet udsat, skal betales med renter. På den anden side medfører annullationen af den anfægtede kommissionsbeslutning en forpligtelse for Unionen til at tilbagebetale de beløb, der er betalt, forhøjet med den gældende rentesats²⁰.

48. Beslutningen om at udsætte betalingen af en bøde giver tydeligvis virksomheden mulighed for fortsat at anvende de tilsvarende beløb, mens retssagen verserer. Det er dog også forbundet med en række ekstraomkostninger (i forbindelse med at stille bankgarantien), som virksomheden må acceptere at afholde, herunder i tilfælde af, at den i sidste ende opnår annullation af den anfægtede beslutning. Det tilkommer derfor den enkelte virksomhed, der har fået pålagt en bøde af Kommissionen, at vurdere, om det økonomisk set er i dens interesse at betale bøden inden for den fastsatte frist eller at anmode om udsættelse af betalingen og stille en bankgaranti.

49. Som noget vigtigt og i modsætning til det af Retten anførte, er dette ikke et valg, som kun kan træffes én gang. Enhver virksomhed, der har valgt at stille en garanti, kan altid ændre sin oprindelige beslutning og foretage betaling af bøden²¹. Ved at gøre dette undgår den, at der påløber yderligere renter af hovedstolen, og den kan trække den bankgaranti, der tidligere er stillet, tilbage.

50. Der er i EU-retten intet til hinder for, at en virksomhed bringer bankgarantien til ophør og betaler bøden, når den pågældende virksomhed anser en sådan fremgangsmåde for at være mere fordelagtig. Det kan således antages, at hvis en virksomhed på intet tidspunkt i løbet af proceduren genovervejer sit oprindelige valg, er grunden hertil, at den pågældende virksomhed finder, at den fortsatte

19 – Artikel 85 i Kommissionens forordning (EF, Euratom) nr. 2342/2002 af 23.12.2002 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1605/2002 om finansforordningen vedrørende De Europæiske Fællesskabers almindelige budget (EFT 2002, L 357, s. 1). Denne forordning, som var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, er nu blevet erstattet af Kommissionens delegerede forordning (EU) nr. 1268/2012 af 29.10.2012 om gennemførelsesbestemmelser til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) nr. 966/2012 om de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budget (EUT 2012, L 362, s. 1).

20 – Jf. i denne retning dom af 12.2.2015, Kommissionen mod IPK International (C-336/13 P, EU:C:2015:83). Vedrørende arten og størrelsen af de renter, som Kommissionen skal betale til et selskab, der havde betalt en bøde for at efterkomme en afgørelse truffet i henhold til artikel 101 TEUF, som efterfølgende blev annulleret af Unionens retsinstanser, jf. den verserende sag T-201/17, Printeos mod Kommissionen.

21 – Jf. f.eks. dom af 12.5.2016, Trioplast Industrier mod Kommissionen (T-669/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:285, præmis 103).

opretholdelse af bankgarantien stadig er i dens interesse. Hvorvidt den oprindelige beslutning fortsat er fordelagtig efterfølgende, afhænger således af en række forskellige faktorer, der – som Kommissionen har anført – kan variere betydeligt over tid (låneomkostningerne, bankgebyrerne i forbindelse med garantien, det afkast, som det skyldige beløb genererer, hvis det investeres i andre forretningsområder, osv.). Ud fra et økonomisk perspektiv er det således rimeligt at antage, at en virksomhed regelmæssigt kan genoverveje sin oprindelige beslutning.

51. Som Den Europæiske Union med rette har anført, blev valget med hensyn til at stille en bankgaranti i stedet for at betale den af Kommissionen pålagte bøde derfor ikke kun truffet i begyndelsen af proceduren: Dette valg blev frit og bevidst *fastholdt* (eller *bekræftet*) af Gascogne Sack Deutschland og Gascogne i hele den periode, hvori retssagen i sag T-72/06 og sag T-79/06 varede, herunder da disse sager var blevet af betydelig varighed.

52. Ovennævnte bekræftes i en vis grad af Gascogne Sack Deutschland og Gascogne. I deres svarskrift har de erkendt, at de var klar over, at de på ethvert tidspunkt under sagen kunne have betalt bøden og trukket bankgarantien tilbage.

53. Afslutningsvis er Rettens anden begrundelse for at sondre mellem den foreliggende sag og de sager, der gav anledning til Holcim-dommen, således baseret på en fejlagtig forudsætning: Nemlig den omstændighed, at den eneste beslutning, der betød noget i den foreliggende sag, var Gascogne Sack Deutschlands og Gascognes oprindelige beslutning om at udsætte betalingen og stille en bankgaranti inden indledningen af proceduren.

54. Den fejlagtige karakter af denne forudsætning bekræftes også indirekte i den appellerede dom.

c) Selvmodsigelsen i den appellerede dom

55. I den appellerede doms præmis 130 fastslog Retten, at der ikke var en tilstrækkelig direkte årsagssammenhæng med hensyn til de omkostninger til bankgarantien, der blev afholdt *efter* afsigelsen af dommene i sag T-72/06 og sag T-79/06. Efter Rettens opfattelse var betalingen af disse omkostninger resultatet af Gascogne Sack Deutschlands og Gascognes egen selvstændige beslutning, som de traf efter afsigelsen af den pågældende dom, om ikke at betale bøden, om ikke at anmode om udsættelse af gennemførelsen af beslutning K(2005) 4634 og om at iværksætte appel til prøvelse af nævnte dom. Da dette er tilfældet, står det mig ikke klart, hvorfor beslutningen om at opretholde bankgarantien efter Rettens opfattelse var afgørende for at udelukke Den Europæiske Unions ansvar *efter* afsigelsen af dommen, men ikke *før*.

56. Som Den Europæiske Union har gjort gældende, synes der ikke at være nogen betydelig forskel mellem disse perioder, som kan være relevant i henhold til artikel 340 TEUF. Også under sagen i første instans valgte Gascogne Sack Deutschland og Gascogne bevidst at undlade at anmode om udsættelse af gennemførelsen af den anfægtede afgørelse og at opretholde bankgarantien, indtil denne procedure var afsluttet. Den appellerede doms præmis 130 bekræfter således, at de elementer, som Retten fandt relevante i samme doms præmis 119-121 med henblik på en sontring mellem den foreliggende sag og Holcim-dommen, er uden betydning.

d) Foreløbig konklusion

57. Som foreløbig konklusion kan det derfor ikke bestrides, at den omstændighed, at Gascogne Sack Deutschland og Gascogne skulle afholde omkostningerne til bankgarantien til Kommissionen i den periode, der svarede til overskridelsen, er en *følge* af bl.a. Rettens manglende evne til at træffe afgørelse inden for en rimelig frist.

58. Dette var imidlertid ikke den *afgørende* årsag til den angivelige skade. Den afgørende faktor var Gascogne Sack Deutschlands og Gascognes beslutning om fortsat at være omfattet af en undtagelse – som de havde anmodet om – fra forpligtelsen til at betale en forfalden bøde med fuldt kendskab til de omkostninger og risici, der var forbundet med deres valg. De principper, der følger af Holcim-dommen, finder derfor anvendelse i den foreliggende sag.

59. Af alle disse grunde er det min opfattelse, at Retten foretog en urigtig fortolkning og anvendelse af begrebet »årsagssammenhæng« i henhold til artikel 340 TEUF. Efter min opfattelse er der ikke nogen tilstrækkelig direkte årsagssammenhæng mellem Rettens tilsidesættelse af en rimelig sagsbehandlingstid i sag T-72/06 og sag T-79/06 og Gascogne Sack Deutschlands og Gascognes angivelige skade som følge af betalingen af bankgarantiekostningerne i den periode, der svarede til overskridelsen.

60. Denne konklusion rejser på ingen måde tvivl om Domstolens konstateringer i dens domme af 26. november 2013, Gascogne Sack Deutschland mod Kommissionen (C-40/12 P), og Groupe Gascogne mod Kommissionen (C-58/12 P). I modsætning til det, som Gascogne Sack Deutschland og Gascogne har gjort gældende, tog Domstolen i disse domme kun stilling til, om Retten havde tilsidesat en rimelig sagsbehandlingstid i sag T-72/06 og sag T-79/06. Den traf imidlertid ikke afgørelse om, hvorvidt der forelå en skade som følge af denne tilsidesættelse. Domstolen anførte således, at det tilkom »Retten at vurdere såvel rigtigheden af det påberåbte tab som årsagssammenhængen mellem dette tab og den urimeligt lange varighed af den omtvistede retslige procedure ved at foretage en undersøgelse af de beviser, der i den anledning er fremlagt«²².

61. Ved at iværksætte appel ved Domstolen til prøvelse af Rettens konklusioner med hensyn til, om der forelå en økonomisk skade, der skulle erstattes, begår Den Europæiske Union endelig ikke en »procedurefordrejning«, som Gascogne Sack Deutschland og Gascogne har gjort gældende. Som jeg har forklaret nærmere i punkt 19-36 i mit forslag til afgørelse Kendrion, giver den omstændighed, at Den Europæiske Union i denne sag er repræsenteret ved Den Europæiske Unions Domstol, ikke anledning til interessekonflikt. Gascogne Sack Deutschlands og Gascognes argument tager ikke hensyn til den sondring, der skal foretages mellem Den Europæiske Unions Domstol som institution og de retsinstanter, der er en del af denne institution (på nuværende tidspunkt Domstolen og Retten)²³. Domstolen opfylder som retsinstant, der behandler appelsagen, kriterierne om objektiv og subjektiv upartiskhed i henhold til artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.

62. I lyset heraf skal den appellerede dom ophæves, for så vidt som den tilpligtede Den Europæiske Union at betale 47 064,33 EUR til Gascogne for den økonomiske skade, som selskabet havde lidt som følge af tilsidesættelsen af en rimelig sagsbehandlingstid i den sag, som gav anledning til domme af 16. november 2011, Groupe Gascogne mod Kommissionen (T-72/06, ikke trykt i Sml., EU:T:2011:671), og Sachsa Verpackung mod Kommissionen (T-79/06, ikke trykt i Sml., EU:T:2011:674).

63. Dette betyder, såfremt Domstolen er enig med mig på dette punkt, at det er ufornuddent at undersøge det *andet* og det *tredje* appelanbringende, som er fremført af Den Europæiske Union i sag C-138/17 P, og det *første*, det *andet* og det *tredje* appelanbringende, som er fremført af Gascogne Sack Deutschland og Gascogne i sag C-146/17 P. På grund af det rejste spørgsmåls betydning for fremtidige sager mener jeg dog, at det – alene for fuldstændighedens skyld – kan være hensigtsmæssigt at behandle det *andet* appelanbringende, som er fremført af Den Europæiske Union.

22 – Domme af 26.11.2013, Groupe Gascogne mod Kommissionen, C-58/12 P, EU:C:2013:770, præmis 88, og Gascogne Sack Deutschland mod Kommissionen, C-40/12 P, EU:C:2013:768, præmis 94.

23 – Jf. artikel 13, stk. 1, TEU og artikel 19, stk. 1, TEU.

2. Begrebet »skade«

64. Med det andet appelanbringende har Den Europæiske Union – støttet af Kommissionen – gjort gældende, at Retten foretog en urigtig fortolkning af begrebet »skade«. Efter Den Europæiske Unions opfattelse burde førsteinstansen have undersøgt, om de bankgarantiomkostninger, som Gascogne havde betalt i den periode, der svarede til overskridelsen, var større end den fordel, som selskabet havde kunnet opnå, hvis det havde haft rådighed over et beløb svarende til bødens størrelse. Gascogne Sack Deutschland og Gascogne har for deres vedkommende nedlagt påstand om, at dette appelanbringende afvises, da det rejser nye argumenter under appelsagen. Subsidiært har de nedlagt påstand om, at Den Europæiske Unions andet appelanbringende forkastes som ugrundet, eftersom der ikke er nogen sammenhæng mellem de fordele, som eventuelt blev opnået, og de tab, de havde lidt i den periode, der svarede til overskridelsen.

65. Det er min opfattelse, at dette appelanbringende kan antages til realitetsbehandling og er begrundet.

66. Indledningsvis finder jeg ikke Gascogne Sack Deutschlands og Gascognes formalitetsindsigelser vedrørende dette appelanbringende overbevisende. Ifølge fast retspraksis er en sagsøger berettiget til over for Domstolen at fremsætte anbringender, der er afledt af den appellerede dom, og som på det retlige plan tilsigter at bestride dommens lovlighed²⁴.

67. Det foreliggende appelanbringende er rettet mod den appellerede doms præmis 111-131, hvor Retten efter Den Europæiske Unions opfattelse foretog en urigtig fortolkning af begrebet »skade« i henhold til artikel 268 TEUF og 340 TEUF. Den Europæiske Union finder navnlig, at dommen er selvmodsigende, da der ved vurderingen af, om det angivelige tab, der består i betaling af bankgarantiomkostningerne, skal anses for at være en »skade« i henhold til EUF-traktatens bestemmelser, i dommen anvendes et andet retligt kriterium end ved undersøgelsen af det angivelige tab, der består i betaling af renterne af bøden.

68. Dernæst finder jeg Den Europæiske Unions kritik af den appellerede dom i denne henseende overbevisende. Jeg er således af den opfattelse, at Retten begik en retlig fejl, da den uden nærmere forklaring eller yderligere undersøgelse i den appellerede doms præmis 111 og 114 sidestillede *omkostningerne* til bankgarantien i den periode, der svarede til overskridelsen, med en *skade*, der skal erstattes i henhold til artikel 340 TEUF.

69. De to begreber bør holdes adskilt.

70. En handling eller undladelse fra en EU-institutions side kan have forskellige følger for den finansielle situation for virksomheder som Gascogne Sack Deutschland og Gascogne. Det kan give anledning til visse omkostninger for en virksomhed, men kan samtidig give den pågældende virksomhed visse gevinster. Der er kun tale om »skade« som omhandlet i artikel 340 TEUF, når nettoforskellen mellem omkostninger og gevinster er negativ²⁵. Der skal med andre ord være tale om et *samlet tab*, som den adfærd, som foreholdes, har medført. I modsat fald ville der foreligge den paradoksale situation, at en virksomhed – selv om den i finansiell henseende havde fået fordel af en EU-institutions adfærd – også ville have ret til at kræve yderligere beløb fra Unionen.

24 – Jf. i denne retning dom af 28.2.2018, Kommissionen mod Xinyi PV Products (Anhui) Holdings (C-301/16 P, EU:C:2018:132, præmis 90 og den deri nævnte retspraksis).

25 – Jf. i denne retning dom af 19.5.1992, Mulder m.fl. mod Rådet og Kommissionen (C-104/89 og C-37/90, EU:C:1992:217, præmis 26 ff.).

71. Som forklaret i punkt 48 og 50 ovenfor giver en virksomheds beslutning om at udsætte betalingen og stille en bankgaranti på den ene side anledning til visse omkostninger, men på den anden side giver det også virksomheden mulighed for i en periode at anvende et beløb, som kan generere gevinster. Disse forskellige virkninger er ikke uden relevans, som Gascogne Sack Deutschland og Gascogne med urette har gjort gældende, men er uløseligt forbundne: De er to sider af samme sag.

72. I økonomisk henseende udgør muligheden for at udsætte betalingen af en bøde i det væsentlige en form for finansiering for den pågældende virksomhed: Indtil afslutningen af den retslige procedure låner virksomheden i praksis de penge, den skylder Unionen, af Unionen selv. De samlede omkostninger ved finansieringen er kort sagt summen af bankgarantiomkostningerne plus – såfremt virksomheden taber retssagen – de eventuelt påløbne renter af hovedstolen. Den appellerede dom har imidlertid kun fokus på de omkostninger, som Gascogne Sack Deutschland og Gascogne har afholdt, og siger intet om de mulige gevinster eller besparelser, som disse virksomheder har opnået takket være udsættelsen af betalingen.

73. Efter min opfattelse er dette en fejl, der er begået af Retten. Som nævnt i punkt 50 ovenfor antages en virksomhed til enhver tid at handle på den måde, som den finder hensigtsmæssig ud fra et økonomisk og finansielt perspektiv. Det kan derfor være rimeligt at antage, at Gascogne Sack Deutschland og Gascogne under hele varigheden af den retslige procedure i sag T-72/06 og T-79/06 fandt det mere fordelagtigt af Unionen fortsat at låne et beløb svarende til det skyldige bødebæbeløb i stedet for at anvende sin egen likviditet eller at låne det pågældende beløb af kreditinstitutter.

74. Da dette er tilfældet, kan det ikke udelukkes, at den uforholdsmæssigt store forsinkelse i forbindelse med afgørelsen af sag T-72/06 og T-79/06 ikke alene ikke medførte noget tab for Gascogne Sack Deutschland og Gascogne, men endog medførte en finansiell fordel for disse virksomheder. Dette er dog ikke noget, som kan efterprøves på grundlag af den appellerede dom, eftersom Retten uden yderligere undersøgelse fastslog, at bankgarantiomkostningerne i den periode, der svarede til overskridelsen, svarede til den skade, som Gascogne havde lidt i det pågældende tidsrum.

75. Endelig vil jeg tilføje, at også på dette punkt synes den appellerede dom at være selvmodsigende. Med hensyn til en anden form for angivelig skade (betalingen af renter af bøden) fastslog Retten således, at Gascogne Sack Deutschland og Gascogne ikke havde fremlagt oplysninger, der gjorde det muligt at godtgøre – i den periode, der svarede til overskridelsen – at »det morarentebeløb, som senere blev betalt til Kommissionen, [...] var højere end den fordel, som [de] havde kunnet opnå, hvis de havde haft rådighed over et beløb svarende til bødens størrelse forhøjet med morarenter«²⁶.

76. Det er vanskeligt at forstå, hvorfor Retten undlod at anvende en tilsvarende standard med hensyn til den angivelige skade, som bestod i betaling af bankgarantiomkostningerne vedrørende den samme periode.

77. Det må konkluderes, at det *andet* appelanbringende, som er fremført af Den Europæiske Union, ligeledes er begrundet. Som nævnt i punkt 62 ovenfor skal punkt 1 i den appellerede doms konklusion derfor ophæves. Det er derfor ufornuddent at undersøge det tredje appelanbringende, som er fremført af Den Europæiske Union i sag C-138/17 P, og det første, det andet og det tredje appelanbringende, som er fremført af Gascogne Sack Deutschland og Gascogne i sag C-146/17 P.

26 – Den appellerede doms præmis 108.

C. Ikke-økonomisk skade

78. Det fjerde, det femte, det sjette og det syvende appelanbringende, som Gascogne Sack Deutschland og Gascogne har fremført i sag C-146/17 P, er alle rettet mod den appellerede doms præmis 151-165, hvori Retten tilkendte såvel Gascogne Sack Deutschland som Gascogne en erstatning på 5 000 EUR for den ikke-økonomiske skade, der var lidt som følge af tilsidesættelsen af en rimelig sagsbehandlingstid i sag T-72/06 og T-79/06. Gascogne Sack Deutschland og Gascogne har anført, at Retten begik forskellige retlige fejl, og har nedlagt påstand om, at Domstolen tilkender dem et større beløb i overensstemmelse med deres påstand i første instans.

79. De fire appelanbringender vedrørende ikke-økonomisk skade vil blive behandlet samlet nedenfor. Af de neden for nævnte grunde er jeg enig med Den Europæiske Union i, at de af Gascogne Sack Deutschland og Gascogne fremførte argumenter er enten uvirksomme eller ugrundede.

1. Begrebet ikke-økonomisk skade og uafhængigheden af søgsmålet om ansvar uden for kontraktforhold

80. For det første har Gascogne Sack Deutschland og Gascogne foreholdt Retten, at den i den appellerede doms præmis 161-163 anså tilkendelsen af det erstatningsbeløb for ikke-økonomisk skade, som de havde nedlagt påstand om (»mindst« 500 000 EUR), for – henset til beløbets størrelse – at svare til at anfægte størrelsen af den bøde, som de var blevet pålagt ved beslutning K(2005) 4634, selv om det ikke var blevet godtgjort, at tilsidesættelsen af en rimelig sagsbehandlingstid i sag T-72/06 og sag T-79/06 havde haft betydning for denne bødes størrelse. For det andet har Gascogne Sack Deutschland og Gascogne gjort gældende, at Rettens tilkendegivelser i den appellerede doms præmis 161-163 også fratager artikel 256 TEUF og 340 TEUF deres effektive virkning. Retten har i det væsentlige afslået at tilkende erstatning for alle de lidte skader og derved tilsidesat deres ret til adgang til effektive retsmidler.

81. Disse argumenter er efter min opfattelse baseret på en fejlagtig fortolkning af den appellerede dom. De er således enten uvirksomme eller ugrundede.

82. Indledningsvis kan det være hensigtsmæssigt klart at definere, hvad der efter min opfattelse skal betragtes som »ikke-økonomisk« skade i henhold til EUF-traktaten. I denne henseende skal det bemærkes, at erstatning i henhold til artikel 340 TEUF har til formål i videst muligt omfang at bringe skadelidtes formue tilbage til den tilstand, den befandt sig i inden EU-institutionens retsstridige adfærd²⁷. Økonomiske tab, som er en direkte følge af denne adfærd, skal derfor normalt erstattes gennem betaling af et beløb svarende til disse tab.

83. Dette er imidlertid umuligt for tab, som er ikke-økonomiske eller ikke-materielle²⁸. I de fleste retssystemer henviser begrebet »ikke-økonomisk« skade til former for skade, der er immaterielle, og hvis økonomiske værdi ikke let kan fastsættes, eftersom de strengt taget ikke har nogen markedsværdi. Typiske eksempler på en sådan skade omfatter svie og smerte, psykisk overlast, tab af livskvalitet eller af relationer. I det væsentlige omfatter den forskellige former for fysisk og/eller psykisk skade.

84. I alle disse situationer kan status quo ante tydeligvis ikke genoprettes. Enhver form for erstatning, som domstolene måtte tilkende, vil derfor altid og nødvendigvis være »næstbedst«. Dette er grunden til, at betalingen af et beløb kan være eller i givet fald ikke er – afhængigt af omstændighederne – den mest hensigtsmæssige form for erstatning²⁹. Unionens retsinstanser har således i visse tilfælde fastslået,

27 – Jf. i denne retning generaladvokat Capotortis forslag til afgørelse Ireks-Arkady mod Rådet og Kommissionen (238/78, EU:C:1979:203, s. 2983).

28 – De to begreber anvendes ofte i flæng.

29 – Jf. dom af 7.2.1990, Culin mod Kommissionen (C-343/87, EU:C:1990:49, præmis 26-29).

at en *symbolsk* økonomisk erstatning³⁰ var tilstrækkelig, eller at der kan tilkendes *erstatning in natura*³¹. I andre sager tilkendte Unionens retsinstanser ikke en bestemt form for erstatning, da de fandt, at annullationen af den retsstridige retsakt³² eller den blotte gengivelse i dommen af den retsstridige begivenhed³³ kunne udgøre en tilfredsstillende erstatning i henhold til artikel 340 TEUF³⁴.

85. Hvis en økonomisk (og ikke-symbolsk) erstatning anses for at være den mest hensigtsmæssige form for erstatning i en given sag, er det ikke en nem opgave at fastsætte det beløb, der skal tilkendes. Den domstol, der har kompetence i en sådan sag, skal anslå et beløb, der i passende grad afspejler den skade, som offeret har lidt, uden at straffe ophavsmanden til den retsstridige adfærd uretmæssigt. I mangel af åbenbare eller almindeligt anerkendte økonomiske målestokke kan domstolene kun finde vejledning i generelle principper, såsom eksempelvis rimelighed, retfærdighed og proportionalitet på den ene side og forudsigelighed, retssikkerhed og ligebehandling på den anden side.

86. Det er derfor uundgåeligt, at domstolene vil have et stort råderum til at fastslå, at der foreligger en ikke-økonomisk skade, identificere de bedste metoder til at sikre en tilstrækkelig erstatning og i givet fald beregne det beløb, der skal tilkendes.

87. På denne baggrund er Gascogne Sack Deutschlands og Gascognes fortolkning af den appellerede doms præmis 161-163 ikke overbevisende. Disse præmisser skal læses i den sammenhæng, hvori de indgår.

88. I den appellerede doms præmis 144-154 analyserede Retten de forskellige former for ikke-økonomisk skade, som Gascogne Sack Deutschland og Gascogne havde nedlagt påstand om, og fandt, at nogle af disse ikke kunne antages til realitetsbehandling eller under alle omstændigheder ikke var godtgjort³⁵, og nogle eventuelt var erstattet på grundlag af den blotte konstatering i den appellerede dom af Rettens tilsidesættelse i sag T-72/06 og sag T-79/06³⁶. Kun én form for ikke-økonomisk skade blev derfor anset for at være godtgjort i tilstrækkeligt omfang og for at kræve en ikke-symbolsk erstatning: Nemlig skaden som følge af den langvarige periode med usikkerhed, som Gascogne Sack Deutschland og Gascogne blev udsat for på grund af den urimeligt lange varighed af den retslige procedure³⁷.

89. I lyset heraf og på baggrund af, at der ikke var fremlagt andre oplysninger, der kunne begrunde en erstatning på »mindst« 500 000 EUR, afviste Retten – i den appellerede doms præmis 160 – Gascogne Sack Deutschlands og Gascognes opgørelse af skaden. I de efterfølgende præmisser (161-163) gøres det blot klart – og, som Den Europæiske Union med rette har anført, alene for fuldstændighedens skyld – at den erstatning, som Gascogne Sack Deutschland og Gascogne havde nedlagt påstand om, heller ikke kunne begrundes med størrelsen af den bøde, som de er blevet pålagt. I en sag som den foreliggende kunne søgsmålet om ansvar uden for kontraktforhold således hverken være en erstatning for eller et alternativ til de annullationssøgsmål, som Gascogne Sack Deutschland og Gascogne tidligere uden held havde indbragt for Unionens retsinstanser.

30 – Dom af 14.6.1979, V. mod Kommissionen (18/78, EU:C:1979:154, præmis 19).

31 – Dom af 10.5.2006, Galileo International Technology m.fl. mod Kommissionen (T-279/03, EU:T:2006:121, præmis 63).

32 – Jf. bl.a. dom af 11.7.2007, Sison mod Rådet (T-47/03, EU:T:2007:207, ikke trykt i Sml., præmis 241 og den deri nævnte retspraksis).

33 – Jf. bl.a. dom af 9.7.1981, Krecké mod Kommissionen (59/80 og 129/80, EU:C:1981:170, præmis 74), og af 9.7.1987, Hochbaum og Rawes mod Kommissionen (44/85, 77/85, 294/85 og 295/85, EU:C:1987:348, præmis 22).

34 – Det kan i denne forbindelse være værd at bemærke, at Menneskerettighedsdomstolen også i nogle sager har anset anerkendelsesdomme og symbolske erstatninger for at udgøre »passende erstatning« som omhandlet i artikel 41 i den europæiske menneskerettighedskonvention. Jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom af 21.2.1975, Golder mod Det Forenede Kongerige (CE:ECHR:1975:0221JUD000445170, § 50), af 23.11.1976, Engel m.fl. mod Nederlandene (CE:ECHR:1976:1123JUD000510071, § 10 og 11), af 17.10.2002, Agga mod Grækenland (CE:ECHR:2002:1017JUD005077699, § 65 og 66), og af 30.11.2004, Vaney mod Frankrig (CE:ECHR:2004:1130JUD005394600, § 55-57).

35 – Jf. den appellerede doms præmis 148, 149 og 153.

36 – Jf. den appellerede doms præmis 154.

37 – Den appellerede doms præmis 157 og 158.

90. Med andre ord er det, som Retten i det væsentlige siger i disse passager, kort sagt, at ét af de kriterier eller parametre, der skal anvendes til at fastsætte erstatningsbeløbet for ikke-økonomisk skade, ikke kan være størrelsen af den bøde, som Gascogne Sack Deutschland og Gascogne er blevet pålagt ved beslutning K(2005) 4634. Grunden er, at ifølge fast retspraksis³⁸ kan det beløb, der skal tilkendes som erstatning, ikke direkte eller indirekte rejse tvivl om bødens størrelse. Retten var således af den opfattelse, at en tilkendelse af den erstatning, som Gascogne Sack Deutschland og Gascogne havde nedlagt påstand om, i lyset af dens betydelige størrelse ville have medført en nedsættelse af bødens størrelse.

91. Afslutningsvis bemærker jeg, at den blotte omstændighed, at Retten fandt, at det erstatningsbeløb, som Gascogne Sack Deutschland og Gascogne havde nedlagt påstand om, ikke var berettiget, og derfor tilkendte disse selskaber et lavere beløb, ikke betyder, at Retten ikke erstattede skaden fuldt ud. Det betyder kun, at Gascogne Sack Deutschland og Gascogne ikke fremlagde tilstrækkelige beviser for alle de former for skade, de havde nedlagt påstand om. På tilsvarende måde kan uenigheden mellem Retten og sagsøgerne om det erstatningsbeløb, der skal tilkendes, ikke anses for i praksis at fratage et søgsmål i henhold til artikel 256 TEUF og 340 TEUF dets effektive virkning.

2. Den angivelige selvmodsigtelse og mangelfulde argumentation i den appellerede dom

92. For det tredje er Gascogne Sack Deutschland og Gascogne af den opfattelse, at argumentationen i den appellerede dom er selvmodsigtende: På den ene side har Retten anført, at den erstatning, der skal tilkendes for ikke-økonomisk skade, ikke kan anfægte størrelsen af den bøde, der er pålagt af Kommissionen (præmis 161-163), mens den på den anden side har anført, at størrelsen af den ikke-økonomiske skade, der skal erstattes, bør beregnes bl.a. under hensyntagen til omfanget af tilsidesættelsen af en rimelig sagsbehandlingstid og behovet for at sikre, at et søgsmål anlagt i henhold til artikel 256 TEUF og 340 TEUF er effektivt (præmis 165). For det fjerde har Gascogne Sack Deutschland og Gascogne anført, at Retten ikke i tilstrækkelig grad har redegjort for, hvilke kriterier den anvendte til at fastsætte det skyldige erstatningsbeløb til hver af dem for ikke-økonomisk skade til 5 000 EUR.

93. Indledningsvis finder jeg ikke argumentationen i den appellerede dom i denne henseende selvmodsigtende.

94. Som redegjort for i punkt 89 og 90 ovenfor forklarede Retten i den appellerede doms præmis 161-163, hvorfor størrelsen af den bøde, som Gascogne Sack Deutschland og Gascogne var blevet pålagt ved beslutning K(2005) 4634, ikke kunne omfattes af de kriterier, der skulle tages i betragtning ved fastsættelsen af det skyldige erstatningsbeløb for ikke-økonomisk skade. Omvendt anførte Retten i den appellerede doms præmis 165 de kriterier, som den tog i betragtning i denne forbindelse. Sidstnævnte kriterier var ikke kun forskellige fra førstnævnte, men – vil jeg tilføje – gav også god mening.

95. Det er navnlig min opfattelse, at det ved fastsættelsen af den erstatning, der skal tilkendes, er passende at tage hensyn til omfanget af Rettens tilsidesættelse af en rimelig sagsbehandlingstid i sag T-72/06 og sag T-79/06: Jo længere overskridelsen af en rimelig sagsbehandlingstid var, og jo længere den periode med usikkerhed, som påvirkede selskabernes beslutningstagning og driften af disse selskaber, var, desto højere skulle erstatningsbeløbet være, og omvendt.

96. Endelig med hensyn til den omstændighed, at Retten blandt de kriterier, den ville tage hensyn til, også anførte behovet for at sikre, at et søgsmål anlagt i henhold til artikel 256 TEUF og 340 TEUF er effektivt, vil jeg bemærke følgende. Som nævnt i punkt 84 ovenfor er det i betragtning af den særlige karakter af ikke-økonomisk skade ikke udelukket på forhånd, at en symbolsk erstatning kan være

38 – Jf. retspraksis nævnt i den appellerede doms præmis 161 og 162.

tilstrækkelig til at erstatte den skade, som et offer har lidt. I den foreliggende sag havde Retten imidlertid i den appellerede doms præmis 155-158 forklaret, hvorfor den havde været af den opfattelse, at en symbolsk erstatning ikke var tilstrækkelig med hensyn til en bestemt form for skade, som Gascogne Sack Deutschland og Gascogne angiveligt havde lidt.

97. Det er således i overensstemmelse med ovenstående konklusion, at Retten ved fastsættelsen af erstatningsbeløbets størrelse sikrede, at det tilkendte beløb, som var rent symbolsk, ikke fratog søgsmålet dets effektive virkning.

98. Jeg er endvidere af den opfattelse, at den appellerede dom indeholder en tilstrækkelig begrundelse for, hvorfor Retten besluttede at tilkende såvel Gascogne Sack Deutschland som Gascogne en erstatning på 5 000 EUR for den ikke-økonomiske skade, som de havde lidt.

99. Det bemærkes, at Retten, når først den har fastslået, at der foreligger en skade, ifølge fast retspraksis alene har kompetence til inden for rammerne af den nedlagte påstand at fastslå, hvorledes og i hvilket omfang skaden skal erstattes. For at Domstolen kan udøve sin kontrol med Rettens domme, skal disse imidlertid være tilstrækkeligt begrundede, ligesom de hvad angår vurderingen af tabet skal angive de kriterier, der er lagt til grund for fastsættelsen af erstatningsbeløbet³⁹.

100. På denne baggrund bemærker jeg, at Retten i den appellerede dom for det første kortfattet, men klart, har angivet sine grunde til at fastslå, at en vis form for ikke-økonomisk skade, som Gascogne Sack Deutschland og Gascogne angiveligt havde lidt, havde været tilstrækkeligt dokumenteret, mens det ikke var tilfældet med hensyn til andre. For det andet har Retten redegjort for, hvorfor tilkendelsen af økonomisk erstatning blev anset for nødvendig for én form for skade, og for det tredje henviste den til de kriterier, der blev taget hensyn til ved fastsættelsen af dette erstatningsbeløb.

101. Efter min opfattelse udgør dette en tilstrækkelig forklaring i forbindelse med en erstatning, der nødvendigvis fastsættes efter ret og billighed. I lyset heraf er jeg af den opfattelse, at Gascogne Sack Deutschlands og Gascognes argumenter – for Domstolen – ikke kan rejse tvivl om fastsættelsen af det erstatningsbeløb, som Retten har tilkendt⁴⁰.

V. Konsekvenser af bedømmelsen

102. Hvis Domstolen er enig i min bedømmelse, skal den af Den Europæiske Union iværksætte appel tages til følge, og punkt 1 i den appellerede doms konklusion bør ophæves i overensstemmelse hermed.

103. Da det på grundlag af de faktiske omstændigheder og udvekslingen af synspunkter for Domstolen er muligt at træffe endelig afgørelse i sagen, bør Domstolen forkaste Gascogne Sack Deutschlands og Gascognes påstand om erstatning for den økonomiske skade, der bestod i betaling af bankgarantiomkostningerne i den periode, hvor en rimelig sagsbehandlingstid blev overskredet i sag T-72/06 og sag T-79/06.

104. Gascogne Sack Deutschlands og Gascognes appel bør forkastes i sin helhed.

VI. Sagsomkostninger

105. I henhold til artikel 138, stk. 1, i Domstolens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom.

39 – Jf. dom af 30.5.2017, Safa Nicu Sepahan mod Rådet (C-45/15 P, EU:C:2017:402, præmis 50 og 51 og den deri nævnte retspraksis).

40 – Jf. tilsvarende dom af 30.5.2017, Safa Nicu Sepahan mod Rådet (C-45/15 P, EU:C:2017:402, præmis 52 og 53).

106. Hvis Domstolen er enig i min bedømmelse af appellerne, bør Gascogne Sack Deutschland og Gascogne i medfør af artikel 137, 138 og 184 i Domstolens procesreglement tilpligtes at betale sagsomkostningerne. Omkostningerne i forbindelse med sagen i første instans bør efter min opfattelse forblive som fastsat af Retten. Europa-Kommissionen bærer sine egne omkostninger i forbindelse med sagen for begge instanser.

VII. Forslag til afgørelse

107. Henset til det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

- »– Punkt 1 i konklusionen i Rettens dom af 10. januar 2017, sag T-577/14, Gascogne Sack Deutschland og Gascogne mod Den Europæiske Union, ophæves.
- Gascogne Sack Deutschlands og Gascognes påstand om erstatning for den økonomiske skade, som bestod i betaling af bankgarantiomkostningerne i den periode, hvor en rimelig sagsbehandlingstid blev overskredet i sag T-72/06, Groupe Gascogne mod Kommissionen, og sag T-79/06, Sachsa Verpackung mod Kommissionen, forkastes.
- Gascogne Sack Deutschlands og Gascognes appel forkastes.
- Gascogne Sack Deutschland og Gascogne tilpligtes at bære deres egne omkostninger og omkostninger afholdt af Den Europæiske Union, repræsenteret ved Den Europæiske Unions Domstol, i forbindelse med appelsagen og deres egne omkostninger i forbindelse med sagen i første instans.
- Den Europæiske Union, repræsenteret ved Den Europæiske Unions Domstol, tilpligtes at bære sine egne omkostninger i forbindelse med sagen i første instans.
- Europa-Kommissionen tilpligtes at bære sine egne omkostninger i forbindelse med sagen for begge instanser.«