



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
E. SHARPSTON
van 30 mei 2013¹

Zaak C-58/12 P

**Groupe Gascogne SA
tegen**

Europese Commissie

„Hogere voorziening — Mededinging — Mededingingsregeling — Sector van industriële kunststof zakken — Geldboeten — Schending van grondrecht op eerlijk proces binnen redelijke termijn door Gerecht”

Voorafgaande opmerkingen

1. Op 16 november 2011 heeft het Gerecht drie onderscheiden arresten² gewezen, waarin het afzonderlijke verzoeken tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie in zaak COMP/38354 – Industriezakken heeft afgewezen.³ In die beschikking had de Commissie vastgesteld dat er ernstig en langdurig inbreuk op het destijds geldende artikel 81 EG (thans artikel 101 VWEU) was gemaakt; en had zij hoge geldboeten opgelegd aan een aantal dochterondernemingen en hun respectievelijke moedermaatschappijen. Dit is een van de hogere voorzieningen tegen die uitspraken van het Gerecht.⁴

2. Deze hogere voorzieningen werpen niet alleen nieuwe vragen van mededingingsrecht op. Zij bevatten ook klachten dat het Gerecht artikel 47 van het Handvest van de grondrechten⁵ (hierna: „Handvest”) heeft geschonden, omdat het de zaak niet binnen redelijke termijn heeft afgedaan. Om die reden zou dit Hof er duidelijk naar dienen te streven deze hogere voorzieningen voortvarend af te handelen. Om dit te bereiken en tegelijk voldoende tijd voor vertaling te laten, heb ik de verschillende onderwerpen waarop ik inga, als volgt over de drie conclusies verdeeld.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Zie arresten van 16 november 2011 Kendrion/Commissie (T-54/06), Groupe Gascogne/Commissie (T-72/06) en Sachsa Verpackung GmbH/Commissie (T-79/06). Van de drie arresten waartegen de hogere voorziening is gericht, wordt een samenvatting in het Nederlands gepubliceerd. De volledige teksten in het Frans zijn op de website van het Hof te vinden. In de zaak Kendrion is ook een volledige versie in het Nederlands beschikbaar.

3 — Beschikking C(2005) 4634 def. van de Commissie van 30 november 2005 betreffende een procedure overeenkomstig artikel 81 van het EG-Verdrag (zaak COMP/38354 – Industriezakken) (hierna: „beschikking”). Een samenvatting is gepubliceerd in PB 2007, L 282, blz. 41.

4 — Zaken Gascogne Sack Deutschland/Commissie (C-40/12 P), Kendrion/Commissie (C-50/12 P) en Groupe Gascogne/Commissie (C-58/12 P; de onderhavige zaak). Zie voor het volledige beeld van de beroepen tegen de beschikking bij het Gerecht en de daaropvolgende hogere voorzieningen bij dit Hof punt 102 hieronder.

5 — PB 2010, C 83, blz. 2.

3. De belangrijkste wettelijke bepalingen alsook een omschrijving van het kartel, de procedure tot aan de beschikking van de Commissie en de opgelegde geldboeten zijn te vinden in de punten 6 tot en met 34 van mijn conclusie in de zaak *Gascogne Sack Deutschland*.⁶ Omdat in iedere hogere voorziening licht afwijkende punten naar voren worden gebracht ten aanzien van de omstandigheden waarin moedermaatschappijen al dan niet aansprakelijk zijn voor het handelen van hun volle dochterondernemingen, zal ik deze kwestie in alle drie de conclusies aan de orde laten komen. Mijn analyse van de punten die verband houden met de stelling dat het Gerecht heeft verzuimd de zaak binnen redelijke termijn af te doen (meer bepaald de criteria om te bepalen of de duur buitensporig lang was en hoe dit kan worden gerepareerd indien dit het geval zou zijn) is te vinden in de punten 70 tot en met 150 van deze conclusie. In elk van de conclusies komt een onderzoek voor van de gedetailleerde argumenten van ieder van de rekwirantes ten aanzien van (bijvoorbeeld) de vraag of de motivering van het Gerecht zijn arresten kan dragen.⁷

Inleiding

4. Met haar hogere voorziening komt Groupe Gascogne op tegen de uitlegging die het Gerecht aan twee mededingingsrechtelijke concepten heeft gegeven: het begrip onderneming en het beginsel dat de aansprakelijkheid voor een inbreuk van een volle dochter aan haar moedermaatschappij moet worden toegekend. Groupe Gascogne stelt dat wanneer een geldboete wordt opgelegd op grond van hoofdelijke aansprakelijkheid, het maximumbedrag (hierna: „plafond van 10 %”) van die geldboete overeenkomstig artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003⁸ moet worden berekend, uitgaande van de gezamenlijke omzet van de dochteronderneming en haar moedermaatschappij en niet de totale omzet van alle ondernemingen binnen de vennootschapsrechtelijke groep.⁹

6 — Zie voetnoot 4.

7 — De conclusie in ieder van de drie zaken wordt op 30 mei 2013 gelezen.

8 — Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB 2003, L 1, blz. 1). Verordening nr. 17 is ingetrokken bij artikel 43, lid 1, van verordening nr. 1/2003. De Commissie heeft in deel 6 van de beschikking beide verordeningen aangehaald als de rechtsgrondslag voor de opgelegde geldboeten. De relevante bepalingen van verordening nr. 17 zijn artikel 15, lid 2, en artikel 17. De spiegelbepalingen zijn artikel 23, leden 2 en 3, en artikel 31 van verordening nr. 1/2003. In deze conclusie zal ik naar de bepalingen van verordening nr. 1/2003 verwijzen, welke verwijzingen moeten worden geacht ook de artikelen 15, lid 2, en 17 van verordening nr. 17 te omvatten, aangezien zij met betrekking tot de in deze hogere voorzieningen aan de orde zijnde onderwerpen inhoudelijk niet zijn gewijzigd.

9 — Zie arrest van 17 juni 2010, *Lafarge/Commissie* (C-413/08 P, Jurispr. blz. I-5361, punt 102). De richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd (PB 1998, C 9, blz. 3) van de Commissie van 1998 vermelden ook de totale omzet wanneer zij verwijzen naar het plafond van 10 % in artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003. Ik zal in deze conclusie dus het begrip „totale omzet” hanteren wanneer ik verwijs naar de omzet van de gehele vennootschapsrechtelijke groep.

Toepasselijke bepalingen

Richtlijn geconsolideerde jaarrekeningen

5. Een van de doelstellingen van de richtlijn geconsolideerde jaarrekeningen¹⁰ is de coördinatie van de nationale wettelijke regelingen voor de jaarrekeningen van bepaalde vennootschappen, meer bepaald groepen vennootschappen die deel uitmaken van een onderneming.¹¹ Een volgende doelstelling is ervoor te zorgen dat financiële informatie betreffende dergelijke ondernemingen aan de aandeelhouders en derden ter beschikking wordt gesteld.¹² De ondernemingen op wie de verplichting tot het opstellen van een geconsolideerde jaarrekening rust, zijn gedefinieerd in artikel 1, leden 1 en 2. Deze omvatten iedere moedermaatschappij die:

- „(a) de meerderheid bezit van de stemrechten van de aandeelhouders van een onderneming [...] of
- (b) het recht heeft de meerderheid van de leden van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van een onderneming [...] te benoemen of te ontslaan, en tevens aandeelhouder is van deze onderneming; of
- (c) het recht heeft een overheersende invloed uit te oefenen op een onderneming [...] waarvan zij aandeelhouder is, [...]”

6. Artikel 16 van de richtlijn geconsolideerde jaarrekeningen bepaalt onder meer het volgende:

„1. De geconsolideerde jaarrekening bestaat uit de geconsolideerde balans, de geconsolideerde winst- en verliesrekening en de toelichting.

[...]

3. De geconsolideerde jaarrekening moet een getrouw beeld geven van het vermogen, de financiële positie en het resultaat van de gezamenlijke ondernemingen die in de consolidatie zijn opgenomen.”

Samenvatting van het arrest waartegen de hogere voorziening is gericht

7. Groupe Gascogne¹³ heeft het Gerecht in eerste aanleg verzocht om:

- de beschikking nietig te verklaren voor zover deze aan haar is gericht en haar daarbij een geldboete is opgelegd;
- de beschikking te herzien voor zover daarbij in strijd met artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 aan haar dochteronderneming Gascogne Sack Deutschland (hierna: „GSD”) een geldboete van meer dan 10 % van de omzet van GSD is opgelegd;
- subsidiair, artikel 2, sub i, van de beschikking nietig te verklaren;
- meer subsidiair, artikel 2, sub i, van de beschikking te herzien en het bedrag van de hoofdelijk aan Groupe Gascogne en aan GSD opgelegde geldboete te verlagen;

10 — Zevende richtlijn (83/349/EEG) van de Raad van 13 juni 1983 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende de geconsolideerde jaarrekening (PB L 193, blz. 1).

11 — Zie de eerste overweging van de considerans van de richtlijn geconsolideerde jaarrekeningen.

12 — Zie de derde overweging van de considerans van de richtlijn geconsolideerde jaarrekeningen.

13 — Zie arrest Groupe Gascogne, aangehaald in voetnoot 2 hierboven (hierna: „bestreden arrest”).

— de Commissie te verwijzen in de kosten van de procedure.

8. Ter ondersteuning van haar beroep tot nietigverklaring van de beschikking heeft Groupe Gascogne drie middelen aangevoerd. Groupe Gascogne heeft in de eerste plaats gesteld dat de Commissie artikel 101 VWEU heeft geschonden door haar ten onrechte hoofdelijk aansprakelijk te houden voor de inbreuk van GSD. In de tweede plaats heeft Groupe Gascogne gesteld dat de Commissie in de beschikking het recht had geschonden door een onjuiste uitlegging te geven aan het begrip „onderneming” in artikel 81 EG; als gevolg daarvan heeft zij artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 geschonden door aan Groupe Gascogne een geldboete op te leggen die was berekend op basis van de totale omzet van Groupe Gascogne in plaats van de gezamenlijke omzet van Groupe Gascogne (vermoedelijk alleen rekening houdend met de omzet van de houdstermaatschappij, Groupe Gascogne, maar niet die van haar dochterondernemingen) en GSD. In de derde plaats heeft Groupe Gascogne betoogd dat de hoofdelijk aan haar en aan GSD opgelegde geldboete in strijd is met het evenredigheidsbeginsel, omdat de Commissie niet heeft gezorgd voor een redelijke verhouding tussen de opgelegde sanctie en de daadwerkelijke omzet die in de sector van de kunststof zakken is behaald.

9. Ter terechtzitting in eerste aanleg heeft Groupe Gascogne drie punten genoemd waarmee zij schending van haar door het Handvest gewaarborgde grondrechten aanvoert. Zij heeft in de eerste plaats gesteld dat haar rechten van verdediging en de onschuldpresumptie als gewaarborgd in artikel 48 van het Handvest zijn geschonden. Zij heeft in de tweede plaats gesteld dat de beschikking ontoereikend was gemotiveerd, zodat zij niet op rechtmatigheid kon worden getoetst. In de derde plaats heeft zij zich op de artikelen 47 en 49 van het Handvest beroepen en daarbij gesteld dat het Gerecht zijn volledige rechtsmacht zou moeten gebruiken en een evenredige sanctie opleggen.

10. In punt 31 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat het eerste punt, inzake schending van Groupe Gascogne's rechten van verdediging en de onschuldpresumptie, nieuwe elementen omvatte en dus niet-ontvankelijk was.

11. Het Gerecht heeft alle drie middelen afgewezen en het beroep daarom in zijn geheel verworpen.

Middelen in hogere voorziening

12. Groupe Gascogne voert in hogere voorziening vier middelen aan.

13. Groupe Gascogne stelt in de eerste plaats dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te weigeren te onderzoeken wat de weerslag was van de wijziging die in de rechtsorde van de Unie is aangebracht met de inwerkingtreding van artikel 6, lid 1, VEU op 1 december 2009, meer bepaald wat artikel 48 van het Handvest aanging.

14. Groupe Gascogne betoogt in de tweede plaats dat het Gerecht artikel 101 VWEU en artikel 48 van het Handvest heeft geschonden: (i) door Groupe Gascogne ten onrechte hoofdelijk aansprakelijk te houden voor de inbreuk van GSD tussen 1 januari 1994 en 26 juni 2002 op de enkele grondslag dat GSD een volle dochteronderneming van Groupe Gascogne was, en (ii) door de beschikking in stand te laten voor zover Groupe Gascogne daarin ten belope van 9,9 miljoen EUR hoofdelijk aansprakelijk is gehouden voor de betaling van de aan GSD opgelegde geldboete.

15. In de derde plaats voert Groupe Gascogne in subsidiaire orde aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het begrip „onderneming” onjuist uit te leggen en daarmee het plafond van 10 % voor de berekening van de te betalen geldboete aan de hand van de totale omzet van Groupe Gascogne vast te stellen, in plaats van aan de hand van de gezamenlijke omzet van GSD en haar moedermaatschappij.

16. In de vierde plaats geeft Groupe Gascogne te kennen, eveneens subsidiair, dat het Gerecht artikel 47 van het Handvest heeft geschonden door de procedure niet binnen een redelijke termijn tot een einde te brengen.

Eerste en tweede middel: schending van grondrechten en onverenigbaarheid van het vermoeden van de uitoefening van beslissende invloed – artikel 48 van het Handvest

17. Met haar eerste middel stelt Groupe Gascogne dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met zijn oordeel dat de ter terechtzitting aangevoerde grief betreffende de wijziging van de status van het Handvest na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon niet-ontvankelijk was. Met haar tweede middel stelt Groupe Gascogne dat het vermoeden van de uitoefening van een beslissende invloed¹⁴, krachtens hetwelk de inbreuk van GSD aan haar is toegerekend, onverenigbaar is met haar grondrecht op een eerlijk proces, omdat dit vermoeden in werkelijkheid als een vermoeden van schuld werkt.

18. Ik zal het eerste en het tweede middel tezamen behandelen, omdat zij beide vragen in verband met de grondrechten opwerpen.

Samenvatting van de argumenten

Groupe Gascogne's hogere voorziening

19. Groupe Gascogne klaagt met haar eerste middel dat het Gerecht heeft nagelaten rekening te houden met de gevolgen van het feit dat aan het Handvest verdragsstatus is toegekend na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon. Ook als het Gerecht mocht oordelen dat de rechten van de verdediging en de onschuldpresumptie in het Unierecht waren gewaarborgd vóór 1 december 2009, via de algemene rechtsbeginselen, dan hebben die beginselen niet dezelfde juridische waarde als de Verdragen. De wijziging in de status van het Handvest betekent dan ook dat de gewaarborgde rechten nu strikter moeten worden toegepast door de Unierechter.

20. Groupe Gascogne stelt met haar tweede middel dat artikel 48 van het Handvest in het licht van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (hierna: „EVRM”) moet worden uitgelegd. Bij de uitlegging van artikel 48 van het Handvest zou het Hof rekening moeten houden met de grondwetten en rechtstradities van de lidstaten. De toepassing van het vermoeden van de uitoefening van een beslissende invloed werkt in werkelijkheid namelijk als een vermoeden van schuld en is daarmee verboden.

21. Bovendien ontbreekt het in het arrest van het Gerecht aan een motivering waarmee wordt aangetoond dat Groupe Gascogne ook daadwerkelijke beslissende invloed over haar dochteronderneming GSD heeft uitgeoefend. Groupe Gascogne had geen zeggenschap over de activiteiten van GSD in de sector van de kunststof zakken. Het Gerecht heeft het handelen van GSD dus ten onrechte aan Groupe Gascogne toegerekend.

14 — Het is vaste rechtspraak dat het gedrag van een dochteronderneming aan haar moederonderneming kan worden toegerekend, meer bepaald wanneer de dochteronderneming haar commerciële beleid niet zelfstandig bepaalt. In die omstandigheden vormen een moeder- en een dochteronderneming één enkele onderneming uit het oogpunt van artikel 101 VWEU. De Commissie mag een boetebeschikking aan de moeder richten zonder dat zij hoeft aan te tonen dat zij zelf bij de inbreuk betrokken was. Wanneer een moederonderneming 100 % van het aandelenkapitaal in handen heeft, is er een vermoeden dat zij beslissende invloed over haar dochteronderneming kan uitoefenen en is er een weerlegbaar vermoeden dat zij zulke invloed ook daadwerkelijk heeft uitgeoefend (hierna: „vermoeden van de uitoefening van beslissende invloed”). Zie arrest van 19 juli 2012, Alliance One International en Standard Commercial Tobacco/Commissie (C-628/10 en C-14/11 P, punten 42-46 en aldaar aangehaalde rechtspraak; hierna: „Alliance One”).

Verweer van de Commissie

22. De Commissie is van mening dat het eerste middel kennelijk ongegrond is.

23. Tijdens de schriftelijke behandeling zijn er geen uitdrukkelijke verwijten van schending van de onschuldpresumptie of de rechten van de verdediging gemaakt. Ook heeft het Gerecht niet geweigerd te onderzoeken welke weerslag de wijziging van de status van het Handvest had. Het is eenvoudigweg tot de conclusie gekomen dat dit de situatie rechtens niet wijzigde, aangezien de onschuldpresumptie en de rechten van de verdediging reeds onderdeel van de rechtsorde van de Unie waren. Het argument dat de algemene rechtsbeginselen niet dezelfde juridische waarde als het Verdrag hebben, is niet ter zake dienend.

24. De Commissie meent dat het tweede middel van Groupe Gascogne in beginsel niet-ontvankelijk is, althans dat het niet ter zake dienend is en dat het hoe dan ook ongegrond is.

25. Voor zover het tweede middel betrekking heeft op onderwerpen die niet bij het Gerecht aan de orde zijn gesteld, is het niet-ontvankelijk. Groupe Gascogne heeft in haar schriftelijke opmerkingen in eerste aanleg geen verwijzingen opgenomen naar de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „Straatsburgs Hof”) over artikel 6 EVRM, of de rechtspraak van de Franse Conseil Constitutionnel. Het standpunt van Groupe Gascogne is gebaseerd op een verkeerd begrip van de rechtspraak over de toekenning van de aansprakelijkheid voor een inbreuk van een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij. De Commissie verwijst naar de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Alliance One.¹⁵

26. De Commissie stelt dat het tweede middel niet ter zake dienend is, omdat de Commissie zich niet uitsluitend op het vermoeden van de uitoefening van beslissende invloed heeft gebaseerd voor het oordeel dat Groupe Gascogne hoofdelijk aansprakelijk met GSD was. Het Gerecht heeft nauwgezet de aanvullende factoren onderzocht die de Commissie heeft aangevoerd voor het bewijs dat Groupe Gascogne daadwerkelijk beslissende invloed op het gedrag van GSD heeft uitgeoefend.

27. Uit het arrest van het Hof in de zaak Elf Aquitaine¹⁶ volgt dat het vermoeden van de uitoefening van beslissende invloed verenigbaar is met de onschuldpresumptie die in artikel 48 van het Handvest is gewaarborgd. Het tweede middel is dan ook ongegrond.

Beoordeling

Grondrechten – ontvankelijkheid in eerste aanleg

28. Uit artikel 44, lid 1, sub c, juncto artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht volgt dat het middel van Groupe Gascogne ontleend aan de uitlegging van artikel 48 van het Handvest in het licht van artikel 6 EVRM slechts ontvankelijk zou kunnen zijn indien het zou zijn gebaseerd op gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken.

29. Uit Groupe Gascogne's verzoek om de schriftelijke behandeling te heropenen (gedaan bij brief van 20 oktober 2010) op grond dat in de loop van de behandeling van een nieuw rechtspunt was gebleken, volgt duidelijk dat haar raadsliden meenden dat het middel betreffende de grondrechten nieuwe vragen opwierp die in het aanvankelijke verzoekschrift niet waren behandeld.

¹⁵ — Aangehaald in voetnoot 14 hierboven.

¹⁶ — Zie arrest van 29 september 2011, Aquitaine/Commissie (C-521/09 P, Jurispr. blz. I-8947, punten 59-62; hierna: „Elf Aquitaine”).

30. Het oordeel van het Gerecht in punt 27 van het bestreden arrest laat duidelijk zien dat Groupe Gascogne's middel inzake artikel 48 van het Handvest geen onderdeel van haar aanvankelijke verzoek tot nietigverklaring was. Het Gerecht verklaart:

„Verzoeksters grieven dat het beginsel van de onschuldpresumptie en de rechten van de verdediging zoals gewaarborgd door artikel 48 van het Handvest zijn geschonden, vormen een aanvulling op de in het verzoekschrift aangevoerde argumenten en zijn niet voldoende nauw verbonden met de aanvankelijk voorgedragen argumenten om ze als onderdeel van het normale verloop van het debat in de procedure voor het Gerecht te beschouwen. Deze grieven moeten dus als nieuwe grieven worden beschouwd.”¹⁷

31. De inhoud van dit middel verschilde bovendien van dat betreffende artikel 49 van het Handvest ten aanzien van de evenredigheid van de opgelegde sanctie. Groupe Gascogne's stellingen waren dus niet zodanig nauw met dat punt verbonden om ze als een uitwerking van reeds aangevoerde argumenten te beschouwen.

32. Ik ben dus van mening dat de beoordeling door het Gerecht juist is.

33. Hieruit volgt dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het door Groupe Gascogne ter terechtzitting aangevoerde middel inzake schending van artikel 48 van het Handvest niet-ontvankelijk was.

Grondrechten – verenigbaarheid van het vermoeden van de uitoefening van beslissende invloed met artikel 48 van het Handvest

34. Groupe Gascogne's klacht valt uiteen in drie onderdelen: (i) het Gerecht had bij de uitlegging van artikel 48 van het Handvest artikel 6 EVRM en de rechtstradities van de lidstaten moeten betrekken; (ii) het vermoeden van de uitoefening van beslissende invloed is als een vermoeden van schuld toegepast, en (iii) het Gerecht heeft ontoereikend gemotiveerd waarom was aangetoond dat Groupe Gascogne dergelijke invloed op GSD had uitgeoefend.

35. Indien het Groupe Gascogne zou worden toegestaan om voor het eerst bij dit Hof middelen aan te voeren die het niet tijdig bij het Gerecht had aangevoerd, zou dit haar in staat stellen een ruimer geschil voor te leggen dan het geschil dat in eerste aanleg is behandeld. In hogere voorziening is het Hof in beginsel echter enkel bevoegd de beoordeling door het Gerecht te onderzoeken met betrekking tot de middelen die voor het Gerecht zijn aangevoerd.¹⁸

36. Ik heb reeds ten aanzien van het eerste middel opgemerkt dat Groupe Gascogne in eerste aanleg geen middelen ontleend aan de uitlegging van artikel 48 van het Handvest in het licht van artikel 6 EVRM of de rechtstradities van de lidstaten heeft aangevoerd.¹⁹ Hieruit volgt dat deze grief, voor zover Groupe Gascogne's middel betrekking heeft op onderwerpen die zij voor het eerst bij dit Hof aan de orde stelt, niet-ontvankelijk is.²⁰

17 — Vertaling.

18 — Zie arrest Alliance One, aangehaald in voetnoot 14 hierboven, punt 111 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

19 — Zie punt 29 hierboven.

20 — Zie punten 30-32 hierboven.

37. Deze onderwerpen hadden aan de orde kunnen worden gesteld tijdens de schriftelijke behandeling bij het Gerecht. In de eerste plaats zijn deze rechten onderdeel van de algemene beginselen van het Unierecht. In de tweede plaats heeft het Hof zich veelvuldig door het Handvest laten leiden bij het wijzen van arrest vóór de inwerkingtreding van artikel 6 VEU, hoewel dit nog niet verbindend was.²¹ Bovendien heeft het Hof geoordeeld dat het Verdrag van Lissabon niet meer dan een codificatie van het Handvest was.²²

38. Het Hof heeft verklaard dat het vermoeden van de uitoefening van beslissende invloed niet onverenigbaar is met artikel 48 van het Handvest.²³ Anders dan Groupe Gascogne betoogt, heeft het Hof bovendien reeds geoordeeld dat dit vermoeden in de praktijk niet als een vermoeden van schuld werkt.²⁴

39. Zoals het Gerecht heeft verklaard in punt 73 van het bestreden arrest heeft Groupe Gascogne haar betoog dat de motivering van de Commissie ontoereikend was, „[...] in wezen aangevoerd ter ondersteuning van haar stelling dat verzoekster zich niet heeft ingemengd in de activiteiten van [GSD] toen het dit bedrijf in 1994 kocht. Het commerciële belang van deze acquisitie was er hoofdzakelijk in gelegen een nieuwe afzetmogelijkheid voor het door verzoeksters groep geproduceerde papier te hebben. Er was geen intentie om zich in de bedrijfsvoering van [GSD], of in de sector van de kunststof zakken in het bijzonder, in te mengen, waarin verzoekster niet aanwezig was en die hoe dan ook van beperkt economisch belang was.”²⁵

40. De (ingevolge de artikelen 36 en 53, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie) op het Gerecht rustende verplichting, zijn arresten te motiveren, houdt niet in dat het Gerecht bij zijn redenering alle door partijen bij het geding uiteengezette argumenten één voor één uitputtend dient te behandelen. De motivering kan dus impliciet zijn, mits de belanghebbenden de redenen kunnen kennen waarom het Gerecht hun argumenten heeft afgewezen, en het Hof over voldoende elementen beschikt om zijn toezicht uit te oefenen.²⁶

41. Het Gerecht is in het bestreden arrest tot de volgende vaststellingen gekomen ten aanzien van de beslissende invloed van Groupe Gascogne over GSD:

„74 Hoewel het juist is dat sommige van de onderwerpen die verzoekster heeft genoemd, erop wijzen dat [GSD] over ruime autonomie beschikte, neemt dit niet weg dat verzoekster zich wel degelijk heeft ingemengd in de activiteiten van haar dochteronderneming, dat zij belangrijke beperkingen heeft gesteld aan de wijze waarop zij zich op de markt mocht gedragen en dat zij dus beslissende invloed over haar dochteronderneming heeft uitgeoefend.

[...]

93 Uit de beoordeling van het door verzoekster en de Commissie overgelegde bewijs en hun argumenten is gebleken dat de Commissie geen beoordelingsfout heeft gemaakt met haar zienswijze dat verzoekster geregeld toezicht heeft gehouden op het bestuur van haar dochteronderneming en met de toekenning van aansprakelijkheid aan verzoekster voor de inbreuk van haar dochteronderneming. De Commissie kon immers zonder te steunen op het vermoeden van de uitoefening van beslissende invloed als gevolg van het feit dat verzoekster

21 — Zie bijvoorbeeld arrest Hof van 3 september 2008, Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie (C-402/05 P en C-415/05 P, Jurispr. blz. I-6351, punt 335; hierna: „Kadi”).

22 — Zie arrest Hof van 3 mei 2012, Legris Industries/Commissie (C-289/11 P, punt 36).

23 — Zie arrest Alliance One, aangehaald in voetnoot 14 hierboven, punt 113.

24 — Zie arrest Elf Aquitaine, aangehaald in voetnoot 16 hierboven, punten 59-62.

25 — Vertaling.

26 — Zie arrest Alliance One, aangehaald in voetnoot 14 hierboven, punt 64.

100 % van de aandelen houdt, op basis van het haar beschikbare bewijs tot de conclusie komen dat de moederonderneming in de onderhavige zaak daadwerkelijk beslissende zeggenschap over haar dochteronderneming had.”²⁷

42. In deze punten van het bestreden arrest heeft het Gerecht het bewijs onderzocht en vastgesteld dat Groupe Gascogne zodanig actief betrokken was bij de activiteiten van GSD dat de moederonderneming daadwerkelijke zeggenschap over de dochteronderneming uitoefende.

43. Ik ben dan ook van mening dat Groupe Gascogne’s tweede middel ongegrond is. De motivering van het Gerecht volstaat om de betrokkenen in staat te stellen de redenen voor zijn beslissing te kennen en om het Hof voldoende gegevens te verschaffen om in deze hogere voorziening zijn toezicht uit te oefenen. Anders dan Groupe Gascogne stelt, kleeft aan het arrest dus geen motiveringsgebrek.

44. Hieruit volgt dat het eerste en het tweede middel moeten worden afgewezen.

Derde middel: uitlegging van het begrip „onderneming” voor de doelstellingen van artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003

Samenvatting van de argumenten

Groupe Gascogne’s hogere voorziening

45. Groupe Gascogne betoogt dat het Gerecht bij de uitlegging van het begrip „onderneming” in artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Deze bepaling heeft tot doel ervoor te zorgen dat een eventueel opgelegde geldboete niet buitensporig is. Het Gerecht heeft in zijn uitlegging twee fouten gemaakt. In de eerste plaats heeft het de begrippen „onderneming” en „persoonlijke aansprakelijkheid” verward. Het begrip „onderneming” heeft in het mededingingsrecht een zeer specifieke betekenis; het wordt niet hetzelfde uitgelegd als het begrip „persoonlijke aansprakelijkheid”. Het is van wezenlijk belang de onderneming te definiëren onder verwijzing naar de entiteit aan wie de mededingingsverstoringe gedragingen kunnen worden toegerekend.

46. Groupe Gascogne betoogt in de tweede plaats dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting omdat dit het begrip onderneming heeft verward met dat van een ondernemingsrechtelijke groep. Volgens de rechtspraak van het Hof kan alleen wanneer de gehele ondernemingsrechtelijke groep één enkele onderneming vormt de totale omzet van de gehele groep in aanmerking worden genomen voor het bepalen van het plafond van 10 % om zo het maximumbedrag van de geldboete in het kader van artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 te bepalen. In het bestreden arrest (of in de beschikking) is niet gemotiveerd dat van een dergelijke groep sprake is.

47. De aan GSD in de beschikking opgelegde geldboete bedraagt 13,2 miljoen EUR. Groupe Gascogne is hoofdelijk aansprakelijk voor 9,9 miljoen EUR van dat bedrag. Groupe Gascogne stelt dat het maximumbedrag van de geldboete niet meer dan 2 070 400 EUR, zijnde 10 % van de omzet van GSD, kan zijn. Dit cijfer is aangevoerd, ervan uitgaand dat het tweede middel van Groupe Gascogne zou slagen, namelijk dat de door GSD gemaakte inbreuk niet aan haar kan worden toegerekend.

²⁷ — Vertaling.

Verweer van de Commissie

48. De Commissie is van mening dat het derde middel ongegrond is. Het is vaste rechtspraak dat de omzet van een onderneming als geheel een indicatie van haar economische macht en invloed op de markt geeft. Groupe Gascogne is aansprakelijk geacht voor de inbreuk van GSD. De Commissie mocht dus onder verwijzing naar 10 % van de totale omzet van de groep het maximum voor de geldboete bepalen.

Beoordeling

49. Hoe moet het plafond van 10 % (het maximum voor de geldboete) worden bepaald wanneer een moederonderneming aansprakelijk is geacht voor een inbreuk van een volledig gehouden dochteronderneming? Groupe Gascogne komt op tegen de vaste benadering in de rechtspraak om in dat geval het plafond van 10 % in artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 te berekenen aan de hand van de totale omzet van de vennootschappen die de groep vormen. Zij stelt dat in de onderhavige zaak het plafond van 10 % moet worden vastgesteld aan de hand van gezamenlijke omzet van GSD en haarzelf. Het maximum voor de geldboete zou dan lager zijn, aangezien 10 % van de gezamenlijke omzet van GSD en Groupe Gascogne (namelijk die van de houdstermaatschappij zonder die van haar dochterondernemingen in aanmerking te nemen) op een lager cijfer uitkomt dan 10 % van de totale omzet van de gehele groep.

50. Ik ben het met Groupe Gascogne oneens.

51. Het woord „onderneming” wordt in artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 ruim uitgelegd. Het omvat meer dan een entiteit die een economische activiteit uitoefent. Welke entiteit wordt als onderneming voor de doelstellingen van die bepaling aangemerkt?

52. Artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 verwijst naar „[...] elke bij de inbreuk betrokken onderneming en ondernemersvereniging [...]”.

53. Het begrip onderneming omvat elke entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm van de entiteit en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. Onder dit begrip moet een economische eenheid worden verstaan, ook al wordt deze eenheid uit juridisch oogpunt door verschillende natuurlijke personen of rechtspersonen gevormd. Wanneer een dergelijke economische entiteit de mededingingsregels overtreedt, moet zij in overeenstemming met het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid de verantwoordelijkheid daarvoor dragen.²⁸

54. Wanneer aan de moederonderneming aansprakelijkheid wordt toegekend, wordt zij geacht aan de inbreuk te hebben deelgenomen. Als onderneming worden voor de doelstellingen van artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 dan ook de moeder- en de dochteronderneming aangemerkt.

55. De doelstelling van het plafond van 10 % is te voorkomen dat geldboeten worden opgelegd waarvan het voorzienbaar is dat de ondernemingen deze vanwege hun omvang, gemeten aan de hand van hun totale omzet, niet zullen kunnen betalen.²⁹ Daarnaast heeft het Hof ten aanzien van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17³⁰ geoordeeld dat afschrikking een van de factoren is die in aanmerking moeten worden genomen bij de berekening van het bedrag van de geldboete.

28 — Zie arrest Alliance One, aangehaald in voetnoot 14 hierboven, punt 42.

29 — Zie arrest Hof van 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P-C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punten 280 en 281).

30 — De voorganger van artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003.

56. Daarom lijkt het mij dat wanneer een moederonderneming tezamen met haar dochteronderneming aansprakelijk wordt gehouden voor een inbreuk op de mededingingsregels, het met de bewoordingen en de doelstelling van artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 in overeenstemming is om het plafond van 10 % voor enige opgelegde geldboete te bepalen aan de hand van de totale omzet van de onderneming, waarbij de ondernemingsrechtelijke groep in zijn geheel in aanmerking wordt genomen. Het is naar Unierecht niet vereist dat andere dochterondernemingen binnen de groep op dezelfde markt actief zijn of dat er tussen hen en de inbreuk een verband is, alvorens hun omzet in aanmerking kan worden genomen om de op te leggen geldboete te bepalen.

57. De Commissie verzoekt het Hof om bepaalde maatregelen van afgeleid recht ter regeling van de jaarrekeningen van een vennootschap in de beschouwing te betrekken, meer bepaald de richtlijn geconsolideerde jaarrekeningen. Zij voert dit aan ter ondersteuning van haar argument dat het plafond van 10 % moet worden bepaald aan de hand van de totale omzet van de onderneming in kwestie. Met die maatregelen heb ik geen rekening gehouden in mijn analyse.

58. Volgens mij is er in de richtlijn geconsolideerde jaarrekeningen geen duidelijke analogie te vinden. De definitie van onderneming in artikel 1, leden 1 en 2, van die richtlijn is niet dezelfde als die welke in het mededingingsrecht wordt toegepast wanneer een moedermaatschappij aansprakelijkheid wordt toegekend voor de inbreuk van haar dochteronderneming. Het is van belang dat het begrip „geconsolideerde jaarrekening” niet hetzelfde is gedefinieerd als de uitlegging die aan het begrip totale omzet wordt gegeven in de rechtspraak van het Hof over artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003.

59. Ten aanzien van de vermeend ontoereikende motivering van het bestreden arrest³¹ merk ik ten slotte op dat het Gerecht de argumenten van Groupe Gascogne in de punten 96 tot en met 104 van het bestreden arrest heeft vermeld. Uit de vaststellingen van het Gerecht in de punten 107 tot en met 110 volgt dat het deze argumenten van de hand heeft gewezen. De reden hiervoor is dat het tot het oordeel was gekomen dat Groupe Gascogne en GSD dezelfde onderneming omvatten en dat het plafond van 10 % volgens de mededingingsregels moest worden berekend aan de hand van de totale omzet van alle vennootschappen in de groep Groupe Gascogne.

60. In punt 108 van het bestreden arrest zet het Gerecht voorts uiteen: „[...] het plafond van 10 % moet worden berekend op basis van de totale omzet van alle vennootschappen die behoren tot de groep aan het hoofd waarvan de uiteindelijke houdstermaatschappij staat, daar alleen de gezamenlijke omzet van de vennootschappen van de groep een aanwijzing kan vormen van de omvang en de economische macht van de betrokken onderneming (Akzo Nobel e.a./Commissie, punt 90[³²]).”³³

61. In punt 111 legt het Gerecht het volgende uit: „[...] voor het in aanmerking nemen van de geconsolideerde omzet van de moederonderneming voor de doelstellingen van de toepassing van het plafond van 10 % van de omzet van de betrokken onderneming, is niet vereist dat wordt aangetoond dat geen van de dochterondernemingen binnen de groep haar marktgedrag zelfstandig bepaalt”.³⁴

62. Daarnaast heeft het Gerecht in punt 112 van het bestreden arrest verklaard dat het met zijn bevestiging dat het plafond van 10 % aan de hand van de totale omzet moest worden bepaald, geen aansprakelijkheid voor de inbreuk toekeende aan de andere dochterondernemingen naast GSD binnen de groep Groupe Gascogne.

31 — De relevante beginselen uit de rechtspraak van het Hof zijn reeds in punt 40 hierboven uiteengezet.

32 — Zie arrest Gerecht van 12 december 2007 (T-112/05, Jurispr. blz. II-5049).

33 — Vertaling.

34 — Vertaling.

63. Het Gerecht zet in punt 113 uiteen dat het in aanmerking nemen van de totale omzet van de uiteindelijke houdstermaatschappij (Groupe Gascogne) in het kader van de berekening van het plafond van 10 %, niet vereiste dat de dochterondernemingen binnen de groep op dezelfde markt actief waren, of dat er een verband tussen deze dochterondernemingen en de inbreuk was.

64. In deze punten verduidelijkt het Gerecht dat het van oordeel was dat Groupe Gascogne en GSD dezelfde onderneming uit het oogpunt van artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 vormden en dat het bij de berekening van het plafond van 10 % de totale omzet van de samenstellende delen van die onderneming in aanmerking moest nemen. Het was niet van oordeel dat het gedrag van de overige dochterondernemingen binnen de groep relevant was voor het vaststellen van de geldboete. Het was evenmin van oordeel dat er tussen die dochterondernemingen en de inbreuk een verband was.³⁵

65. Aangezien de betrokkenen op basis van deze punten van het bestreden arrest de redenen kunnen kennen waarop het is gegrond en het Hof over voldoende gegevens beschikt om in hogere voorziening zijn toezicht te kunnen uitoefenen, is dit arrest niet ontoereikend gemotiveerd.

66. Ik ben daarom van mening dat het derde middel ongegrond is.

67. Ik voeg hieraan toe dat het Hof, mocht het tot een andere conclusie komen (namelijk dat het plafond van 10 % moet worden bepaald aan de hand van de gezamenlijke omzet en niet de totale omzet), maar Groupe Gascogne ten belope van 9,9 miljoen EUR aansprakelijk achten voor GSD's geldboete, voor de moeilijkheid zou komen te staan dat het niet over gegevens ten aanzien van de gezamenlijke omzet van de beide ondernemingen in het relevante tijdvak beschikt. Het is dus niet mogelijk om te berekenen hoeveel 10 % van dat bedrag zou zijn of om na te gaan of dit tot een verlaging van de door Groupe Gascogne te betalen geldboete zou leiden, en zo ja, met hoeveel. De zaak zou daarvoor moeten worden terugverwezen naar het Gerecht.

Onvermogen om de opgelegde geldboete te betalen

68. Net als haar dochteronderneming GSD heeft Groupe Gascogne ter terechtzitting bij het Hof stellingen ten aanzien van haar huidige financiële positie aangevoerd, met het betoog dat zij de bij de beschikking opgelegde geldboete niet kan betalen. In eerste aanleg heeft zij geen vergelijkbare stellingen aangevoerd. Ook heeft zij geen bepaling van het Verdrag, 's Hof's Statuut of het Reglement voor de procesvoering ter ondersteuning ingeroepen.

69. Mijns inziens zijn Groupe Gascogne's stellingen ten aanzien van haar onvermogen om te betalen niet-ontvankelijk om de drie redenen die ik in de punten 121 tot en met 124 van mijn conclusie in de zaak *Gascogne Sack Deutschland* heb genoemd.

Verzuim om de zaak binnen redelijke termijn af te doen

70. De traagheid van het recht is voor romanschrijvers al eeuwen een onderwerp waarop zij hun humor kunnen scherpen. Als relevant voorbeeld voor de onderhavige voorzieningen kan ik niet beter dan Charles Dickens' voorrede bij de eerste uitgave van *Het grauwe huis* aanhalen:

„Enkele maanden geleden was een rechter in het Hooggerechtshof voor civiele zaken zo vriendelijk om mij in het openbaar, als lid van een gezelschap van zo'n honderd vijftig dames en heren op wie niet het minste vermoeden van krankzinnigheid rustte, erover in te lichten dat het Hooggerechtshof, hoewel dit het lichtend voorwerp van veel vooroordelen onder het volk was (waarop de rechter een blik in mijn

35 — Zie punt 56 hierboven.

richting wierp), zo goed als onberispelijk was. Hij gaf toe dat er een onbenullig smetje of zo rustte op de voortgang die het bereikte, maar dat dit overdreven was en volledig te wijten aan de ‚zuinigheid van het publiek‘; dat schuldige publiek, zo blijkt, was tot voor kort volkomen vastbesloten dat in geen geval rechters mochten worden toegevoegd aan de rechters die in het Hooggerechtshof waren benoemd – ik dacht door Richard II, maar het kon ook elke andere koning zijn geweest.”

71. Met haar vierde middel stelt Groupe Gascogne dat het Gerecht artikel 47 van het Handvest heeft geschonden, omdat het de zaak niet binnen redelijke termijn heeft afgedaan. Het is niet de eerste keer dat de vraag naar wat een redelijke termijn voor de berechting van een mededingingszaak bij het Gerecht is, aan het Hof wordt voorgelegd.³⁶ In de onderhavige zaak kan en moet het Hof echter een aantal principiële punten verduidelijken.³⁷ Wanneer en bij welke rechter (het Gerecht of het Hof in hogere voorziening) moet een middel ontleend aan schending van de redelijke termijn worden aangevoerd? Aan de hand van welke criteria moet worden bepaald of een termijn „onredelijk” of „buitensporig lang” is? En hoe kan schending van de redelijke termijn, als daarvan sprake is, passend worden gerepareerd?

Het recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn

72. Het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming is een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht dat stamt uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben. Het is neergelegd in de artikelen 6 en 13 EVRM en opnieuw bevestigd in artikel 47 van het Handvest.³⁸ Artikel 47 bepaalt dat eenieder recht heeft op een doeltreffende voorziening in rechte en op een eerlijke behandeling van zijn zaak binnen een redelijke termijn. Krachtens artikel 52, lid 3, van het Handvest moeten de inhoud en de reikwijdte van de bij artikel 47 gewaarborgde rechten in het licht van de artikelen 6, lid 1, en 13 EVRM worden uitgelegd, aangezien zij daarmee corresponderen.³⁹ De door het Straatsburgse Hof ontwikkelde criteria voor de uitlegging van die bepalingen moeten dus worden gehanteerd bij de beantwoording de vraag of een zaak binnen redelijke termijn is afgedaan en de vraag hoe een schending van dit beginsel moet worden gerepareerd.⁴⁰ Genoemd Hof heeft in de zaak Sürmeli⁴¹ geoordeeld dat op de verdragsluitende staten een plicht rust om hun rechtsstelsels zo in te richten dat hun rechters aan de voorwaarden van artikel 6, lid 1, EVRM kunnen voldoen, waaronder de verplichting om de zaken binnen redelijke termijn te berechten.

73. De Europese Unie is natuurlijk nog geen verdragsluitende partij bij het EVRM. Daar waar de lidstaten het Handvest een status gelijk aan de Verdragen hebben gegeven, hebben zij zich er evenwel toe verbonden ervoor te zorgen dat, op de terreinen waarop het Unierecht gelding heeft, de door het Handvest gewaarborgde rechten ook effectief worden geëerbiedigd. De Europese Unie heeft zich bovendien ertoe verbonden de noodzakelijke onderhandelingen voor toetreding tot het EVRM te zullen voeren. Ik ben daarom van mening dat de lidstaten zich er in beginsel reeds toe hebben verbonden om ervoor te zorgen dat de justitiële structuren binnen de Europese Unie aan de vereisten van artikel 47 van het Handvest en artikel 6, lid 1, EVRM kunnen voldoen en kunnen waarborgen dat de zaken die binnen hun bevoegdheid vallen eerlijk kunnen worden behandeld binnen een redelijke termijn.

36 — Zie arresten Hof van 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie (C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417; hierna: „Baustahlgewebe”); 16 juli 2009, Der Grüne Punkt Duales System Deutschland GmbH/Commissie (C-385/07 P, Jurispr. blz. I-6155; hierna: „Der Grüne Punkt”), en 25 oktober 2011, Solvay SA/Commissie (C-110/10 P, Jurispr. blz. I-10439; hierna: „Solvay”). De laatste zaak had betrekking op het verzuim van de Commissie om binnen redelijke termijn de administratieve fase van de procedure af te ronden en ook het verzuim van het Gerecht om de daarbij aanhangig gemaakte procedure binnen redelijke termijn af te handelen.

37 — Zie ook mijn conclusie in de zaak Gascogne Sack Deutschland, punten 125-141, en die in de zaak Kendrion, punten 108-134.

38 — Zie arrest Kadi, aangehaald in voetnoot 21 hierboven, punt 335.

39 — Artikel 47 van het Handvest omvat beide rechten. Meer specifiek waarborgt artikel 47, lid 1, het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en artikel 47, lid 2, het recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak binnen een redelijke termijn.

40 — Zie beslissing tot heroverweging Hof van 12 juli 2012, Arango Jaramillo e.a./EIB (C-334/12 RX, punt 28; hierna: „Jaramillo”).

41 — Zie arrest Sürmeli/Duitsland [GK], nr. 75529/01, punt 137, EHRM 2006-VII.

Aanvoeren van een middel ontleend aan schending van de redelijke termijn

74. Het ligt voor de hand dat de beste manier om te voorkomen dat het recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn wordt geschonden, is door ervoor te zorgen dat nog voordat de duur van behandeling van een zaak buitensporig lang wordt, daartegen op te treden. Een doeltreffend beheer van de zaken door het Hof zelf heeft natuurlijk de voorkeur. Het lijkt mij echter ook geheel gepast en gerechtvaardigd dat een procespartij haar bezorgdheid uit wanneer de behandeling onnodige vertraging oploopt, zonder dat zij noodzakelijkerwijs hoeft te wachten totdat arrest is gewezen. Dit kan (bijvoorbeeld) inhouden dat zij, indien er al geruime tijd geen voortgang wordt waargenomen, contact opneemt met de griffie om inlichtingen over de voortgang in te winnen. Ik denk niet dat op een procespartij de verplichting rust om een rechter zo aan te sporen; maar het voordeel van een proactieve procespartij is dat het probleem zo mogelijk in een vroeg stadium kan worden verholpen. De rechter kan stappen ondernemen om ervoor te zorgen dat de rest van de behandeling sneller verloopt, zodat het recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn over de gehele linie beschouwd wordt geëerbiedigd.

75. Of een procespartij het onderwerp onder de aandacht van het Gerecht brengt of niet, is mijns inziens irrelevant voor het recht dat hij vervolgens heeft om dit in hogere voorziening bij het Hof aan de orde te stellen.

76. Een hogere voorziening tegen een beslissing van het Gerecht is tot rechtsvragen beperkt. De middelen kunnen ook betrekking hebben op procedurele onregelmatigheden die de verzoeker hebben benadeeld.⁴² Het is vaste rechtspraak dat het verzuim om een zaak binnen redelijke termijn af te doen een dergelijke procedurele onregelmatigheid is, die het Hof reeds ontvankelijk heeft geacht.⁴³

Buitensporig lange duur van een gerechtelijke procedure – een meetbaar concept?

77. Het Straatsburgse Hof beoordeelt de lengte van de procedure aan de hand van de bijzondere omstandigheden van de zaak die bij hem aanhangig is en houdt rekening met de volgende vier criteria die het in zijn rechtspraak heeft opgenomen: belang van de zaak voor de verzoeker, de ingewikkeldheid van de zaak, de houding van de verzoeker en de houding van de bevoegde autoriteiten.⁴⁴

78. In de zaak Baustahlgewebe heeft dit Hof de duur van de behandeling door het Gerecht (die het als „erg lang” heeft omschreven) gemeten vanaf de datum waarop het verzoek tot nietigverklaring was neergelegd tot aan de datum waarop het Gerecht arrest heeft gewezen (in die zaak ongeveer 5 jaar en 6 maanden).⁴⁵ Tussen het einde van de schriftelijke behandeling en het besluit om tot de mondelinge behandeling over te gaan, waren 32 maanden verstreken. In die periode was er een procedureel besluit genomen om 11 zaken voor de mondelinge behandeling te voegen. Het Hof heeft verklaard dat de redelijkheid van de termijn van geval tot geval moest worden beoordeeld en het heeft de vier criteria ontleend aan de rechtspraak van het Straatsburgse Hof die ik zojuist heb genoemd (hierna: „Baustahlgewebe-criteria”) toegepast. Het Hof heeft tevens opgemerkt dat er specifieke vereisten voor procedures voor de Unierechters waren. Het gaf meer bepaald aan dat rekening moest worden gehouden met de regeling van het gebruik van de processtaal.⁴⁶

42 — Artikel 58 van het Statuut van het Hof.

43 — Zie arrest Baustahlgewebe, punt 19, alsook arrest Der Grüne Punkt, punt 176, beide aangehaald in voetnoot 36 hierboven.

44 — Zie arrest Pélissier en Sassi/Frankrijk [GK], nr. 25444/94, punt 67, EHRM 1999-II.

45 — Zie arrest Baustahlgewebe, aangehaald in voetnoot 36 hierboven, punten 28 en 29.

46 — Zie arrest Baustahlgewebe, punt 43, aangehaald in voetnoot 36 hierboven. Zie ook de artikelen 36 en 37 van het Reglement voor de procesvoering over de bepaling van de processtaal voor een zaak.

79. In de zaak *Der Grüne Punkt*⁴⁷ had de behandeling 5 jaar en 10 maanden geduurd, waarvan 3 jaar en 9 maanden tussen het einde van de schriftelijke behandeling en de opening van de mondelinge behandeling. Het Gerecht had gedurende die tijd geen procedurele stappen ondernomen. In hogere voorziening beoordeelde het Hof de periode tussen de neerlegging van het verzoekschrift en het wijzen van het arrest aan de hand van de *Baustahlgewebe*-criteria.

80. Zowel in de zaak *Baustahlgewebe* als in de zaak *Der Grüne Punkt* kwam het Hof tot het oordeel dat het Gerecht had verzuimd de zaak binnen redelijke termijn af te doen. De benadering die tot dusverre is gevolgd om vast te stellen of een procedure buitensporig lang is geweest, is mogelijk echter meer pragmatisch dan wetenschappelijk geweest.

81. Ik denk dat het van belang is de verleiding te weerstaan om te veralgemenen wanneer een procedure „buitensporig lang” is, door uitsluitend naar de totale lengte ervan te kijken. Het lijkt mij eerder dat het juiste uitgangspunt is om kort na te gaan wat het Gerecht doet en onder welke beperkingen het dit moet doen, om te zien welke gevolgen die factoren hebben voor de tijd die nodig is om een zaak af te handelen en om op basis daarvan duidelijk de periodes in de behandeling van een zaak te bepalen die nader onderzoek vergen.

82. Het Gerecht heeft zijn bevoegdheden sinds de oprichting ervan in 1989 aanzienlijk zien toenemen.⁴⁸ De rechtsgebieden die geen voorwerp van deze hogere voorziening zijn buiten beschouwing gelaten, kan de bevoegdheid die het ten aanzien van Commissiebesluiten in mededingingszaken uitoefent, niet zo maar worden gelijkgesteld aan het werk dat een nationale rechtbank voor mededingingszaken doet. Op het niveau van de Unie zijn bij de kartelzaken vaak ondernemingen uit meerdere lidstaten betrokken, die beroepen tot nietigverklaring instellen in een processtaal die zij uit 23 (binnenkort 24) officiële talen mogen kiezen. Nadat de schriftelijke behandeling is gesloten, moeten de opmerkingen tot een gemeenschappelijke werktal worden teruggebracht, zodat de rechters en referendarissen aan de zaak kunnen gaan werken. Het Gerecht doet een beroep op hetzelfde directoraat-generaal Vertalingen als dit Hof doet. Er worden tegenstrijdige aanspraken op de vertaalcapaciteit gemaakt; en het zou niet erg realistisch zijn te geloven dat aan alle vertalingen voor elke mededingingszaak bij het Gerecht dezelfde prioriteit kan (of zou moeten) worden gegeven als (bijvoorbeeld) een prejudiciële spoedprocedure bij dit Hof over een verzoeker die zich in bewaring bevindt. Als er een volledige uitwisseling van uitvoerige stukken tijdens de schriftelijke behandeling is geweest (verzoekschrift, verweer, repliek en dupliek), met mogelijke termijnverlengingen voor ieder daarvan behalve het aanvankelijke verzoekschrift, en elk van deze documenten ook nog moest worden vertaald, is het niet onwaarschijnlijk dat reeds zo'n 20 tot 22 maanden kunnen zijn verstreken voordat een dossier op enige zinvolle wijze kan worden bestudeerd.⁴⁹ Wat ik probeer duidelijk te maken, is dat de grensoverschrijdende en meertalige aard van het mededingingsrecht van de Unie meestal tot gevolg heeft dat er meer tijd verstrijkt alvorens met het onderzoek van een zaak kan worden *begonnen*.⁵⁰

83. Er is echter niet zoiets als een „gemiddelde” mededingingszaak. Sommige kunnen redelijk recht-toe-recht-aan zijn, nadat de aangevoerde argumenten eenmaal zijn uitgeplozen. In andere kan een kluwen van complexe en nieuwe vraagstukken opkomen. In sommige zaken is alleen al het gewicht aan documenten en vakinhoudelijk bewijs dat moet worden geanalyseerd een herculesopgave.

47 — Aangehaald in voetnoot 36 hierboven.

48 — Voor een handige samenvatting zie Jaarverslag Hof, werkzaamheden van het Gerecht en Statistieken gerechtelijke werkzaamheden van het Gerecht, beschikbaar op http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7000/.

49 — Ik baseer mij hier op wat blijktbaar het normale verloop van de schriftelijke behandeling van mededingingszaken bij het Gerecht in het algemeen is. Het is natuurlijk mogelijk om dit systeem anders op te zetten, zodat mededingingszaken een andere behandeling bij de rechter krijgen. Ik benadruk echter dat in deze hogere voorziening [en in de zaken *Kendrion* en *GSD*, alsook in de zaak *Delfafina* (C-578/11 P, thans aanhangig en waarvan de behandeling is geschorst)] aan de orde is of er een buitensporig lange duur van behandeling van een specifieke zaak is geweest, en niet of een compleet andere opzet van het bestaande systeem een goed idee zou zijn.

50 — Onverminderd de opmerking in de vorige voetnoot: zelfs in een geheel anders opgezet systeem zal de realiteit van kartels die meerdere lidstaten omvatten en de meertaligheid van de Unie het volgens mij moeilijk maken om EU-mededingingszaken net zo voortvarend te behandelen als een nationale mededingingszaak.

Wanneer meerdere ondernemingen opkomen tegen een Commissiebesluit waarin hun een geldboete wegens deelname aan een kartel is opgelegd, is het logisch dat hun zaken tezamen worden behandeld. Dat heeft echter tot gevolg dat de individuele zaken niet sneller zullen vooruitgaan dan de langzaamste zaak in die specifieke groep.

84. Indien en voor zover het Gerecht het voor de juiste instructie van een zaak noodzakelijk acht om de zaak actief te beheren (door bijvoorbeeld een case-managementvergadering te beleggen of partijen om specifieke aanvullende schriftelijke informatie te vragen), dient deze tijd duidelijk *buiten beschouwing* te blijven bij het onderzoek van de duur van behandeling van de zaak. Tijd die aan een eerlijk proces wordt besteed, is tijd die redelijk is besteed.

85. Hoe om te gaan met de stelling dat algemeen bekend is dat het Gerecht overbelast is en aanzienlijke achterstand heeft, en dat dit er onvermijdelijk toe leidt dat het Gerecht langer over de zaken zal doen dan normaal het geval zou kunnen zijn?

86. Hoewel ik veel begrip heb voor het lastige parket waarin het Gerecht zich bevindt, lijkt mij dat de algemene overbelasting niet per se kan dienen als rechtvaardiging voor de buitensporige vertraging waarmee zaken worden behandeld, in strijd met het recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn.

87. Daar waar het gebruik van de bestaande middelen door herziening van de interne procedures en actief zakenbeheer kan worden verbeterd, is dat natuurlijk een doel dat actief moet worden nagestreefd. Het Gerecht is thans doende om zijn Reglement voor de procesvoering geheel te herzien met dat doel in gedachten. Het streven naar een snellere zaakbehandeling kan echter geen doel worden dat voor alle andere in de plaats komt. Het recht op een *eerlijk proces* binnen een *redelijke termijn* is een recht dat uit twee bestanddelen bestaat, niet één. Dat naar het laatste lapmiddel wordt gezocht om tot een snellere zaakbehandeling te komen, laat zich echter niet rijmen met het vereiste dat de procedures in hun geheel eerlijk moet blijven. Ook meer algemeen zou dit geen gepaste manier zijn om de gerechtelijke procedures te doorlopen. De context van deze onderling samenhangende hogere voorzieningen is dat de betrokken ondernemingen aanzienlijke geldboeten opgelegd hebben gekregen voor wat de Commissie als ernstige inbreuken op de mededingingsregels beschouwt. Deze ondernemingen hebben het recht om argumenten ter bestrijding van dat besluit naar voren te brengen en deze met zorg te laten onderzoeken; en het gevoel te krijgen, of ze nu winnen of verliezen, dat zij een eerlijke rechtsbedeling bij het Gerecht hebben gehad bij de toetsing van hun zaak. Zoals dit Hof heeft benadrukt, is een volledige toetsing door het Gerecht noodzakelijk om procedurele billijkheid te garanderen wanneer de Commissie optreedt als instantie die met zowel het onderzoek, de vervolging als de bestraffing is belast.⁵¹ Zoals ik al heb aangegeven, is de tijd die zulk een grondige toetsing vergt niet „buitensporig lang” en ook geen „tijdverspilling”. Het is de fundering waarop de legitimiteit van de arresten van het Gerecht berust.

88. Daar waar de middelen die het Gerecht ter beschikking staan niet volstaan om op gepaste wijze met zijn huidige en redelijkerwijs te verwachten werklast om te gaan, moet de verantwoordelijkheid bij de lidstaten liggen.

89. Ik heb al een toespeling⁵² gemaakt op de verplichting die op de Verdragsluitende Staten bij het EVRM rust om ervoor te zorgen dat hun gerechten zo worden ingericht dat het recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn wordt geëerbiedigd. Ik kan geen overtuigende redenen vinden waarom er een andere logica zou moeten gelden voor de rechterlijke instanties van de Unie. De bevoegdheid van het Gerecht (en daarmee ook de werklast van deze instantie) is door de jaren heen aanzienlijk toegenomen. Het probleem dat deze instantie een achterstand heeft, is algemeen bekend.

51 — Arrest van 8 december 2011, KME Germany e.a./Commissie (C-272/09 P, Jurispr. blz. I-2789, punten 102-106 en aldaar aangehaalde rechtspraak); zie ook punten 68 en 69 van de onderhavige conclusie en aldaar aangehaalde rechtspraak.

52 — Zie punt 72 hierboven.

Er is om meer rechters verzocht⁵³ – tot dusverre zonder resultaat. Zelfs binnen de bestaande regelingen zijn er moeilijkheden. De huidige president van het Gerecht heeft er recent in het openbaar⁵⁴ op gewezen dat de productiviteit van het Gerecht achteruit gaat, wanneer het benoemingsproces niet soepel verloopt (waarbij hij zelfs een kritische blik naar het artikel 255-comité niet schuwt) en er een lange periode van onzekerheid is in de aanloop naar de datum voor vervanging van de leden van het Gerecht. Dit zijn echte punten van zorg.⁵⁵ Een persoon die binnen de rechtsmacht van een individuele lidstaat valt, mag van die staat verwachten dat hij zijn nationale gerechtelijke apparaat naar behoren en efficiënt zal organiseren, voldoende goed gekwalificeerde rechters zal benoemen, hen zal herbenoemen (ervan uitgaande dat zij bekwaam zijn) zodat de rechterlijke macht stabiel en efficiënt blijft, en voor genoeg ondersteunend personeel zal zorgen. Zij die met hun zaak bij de Unierechter komen, hebben er toch zeker net zo goed recht op dat de zaken zo worden geregeld dat hun recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn wordt beschermd.

90. De problemen als gevolg van de overbelasting, hoe reëel die ook zijn, moeten dus buiten beschouwing blijven bij de beoordeling of een bepaalde zaak met buitensporige vertraging is behandeld.

91. Als ik de puzzelstukjes nu naast elkaar leg, dan lijkt het me in de eerste plaats dat de tijd die tussen het neerleggen van het verzoekschrift en het einde van de schriftelijke behandeling verstrijkt, met recht buiten beschouwing kan blijven; in de tweede plaats dat redelijke tijd moet worden ingeruimd (als vuistregel neem ik hier 4 maanden, maar dit kan langer zijn in erg zware zaken of als er in die tijd van het jaar uitzonderlijk veel beroep op de vertaalcapaciteit wordt gedaan) om de laatste memorie aan het einde van de schriftelijke behandeling vertaald te krijgen; en in de derde plaats dat enige tijd die aan actief zakenbeheer is besteed eveneens buiten beschouwing moet blijven. Het onderzoek moet zich dus toespitsen op de tijdvakken waarin er schijnbaar niets wordt ondernomen, waarbij echter de tijd die echt nodig is om te komen van het moment waarop de schriftelijke memoriewisseling in de werktal van de instelling beschikbaar is tot het moment waarop de oproep voor de terechtzitting redelijkerwijs kan worden verzonden, royaal moet worden ingepland.⁵⁶

92. Ik leg er weer de nadruk op dat er geen magisch cijfer is dat zomaar uit de mouw kan worden geschud om als „juiste” duur te dienen voor de tijd die zou mogen verstrijken tussen de beschikbaarheid van het vertaalde dossier en de oproep voor de terechtzitting om het recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn te eerbiedigen.⁵⁷ In een vrij normale zaak zijn er misschien 6 maanden nodig om tot dat stadium in de procedure te komen. In een duidelijk complexere zaak (of – bijvoorbeeld – een kartel waarin er meerdere onderling samenhangende hogere voorzieningen zijn ingesteld) is misschien tweemaal zoveel tijd nodig, of nog meer. In het algemeen – om een beeld te geven van de parameters waaraan ik denk – meen ik dat wanneer er in een zaak *geen* actief

53 — Zie Deel II van http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-04/projet_nl.pdf.

54 — Brief van president Jaeger aan het Ierse voorzitterschap van 12 maart 2013, gepubliceerd op <http://register.consilium.europa.eu/pdf/nl/13/st07/st07758.nl13.pdf>. President Jaeger had de Raad al eerder (op 23 mei 2012) geschreven om aan te geven van welke rechters de ambtstermijn zou eindigen op 31 augustus 2013 en om de betrokken regeringen te verzoeken om hun voorstellen vóór 15 november 2012 in te dienen: http://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXIV/EU/08/82/EU_88277/imfname_10037088.pdf [in het Engels]. Zie ook House of Lords Union Committee, 16th Report of Session 2012-2013 [16e verslag van vergaderjaar 2012-2013], „Workload of the Court of Justice of the European Union: Follow-up Report” [werklust van het Hof van Justitie van de Europese Unie: nader verslag], met name punten 59 en 67, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201213/ldselect/lddeucom/163/163.pdf>. Zie voorts brief van 26 maart 2013 van de CCBE aan de president van het Hof over de benoeming van de rechters in de rechterlijke instanties van de Unie, http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/260313_EN_EU_Repsp1_1364893059.pdf.

55 — Ten tijde van het schrijven van deze conclusie is het waarschijnlijk (vooropgesteld dat het benoemingsproces op tijd wordt afgerond) dat er tot negen nieuwe rechters zullen zijn bij gelegenheid van de gedeeltelijke vervanging van de leden van het Gerecht in september 2013. Aangezien er nog meer rechters bij het Gerecht en dit Hof zullen komen bij gelegenheid van de toetreding van Kroatië tot de Europese Unie op 1 juli 2013, zou dit betekenen dat iets meer dan een derde van de leden van het Gerecht dan nieuw in hun ambt zullen zijn.

56 — Dat is ook de benadering die het Straatsburgse Hof heeft gekozen, zie bijvoorbeeld Findlay/Verenigd Koninkrijk, 25 februari 1997, punten 73 en 74, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I.

57 — Arrest Jaramillo, aangehaald in voetnoot 40 hierboven, punten 43 en 44.

zakenbeheer is geweest, en er na het sluiten van de schriftelijke behandeling (dat wil zeggen in de procestaal) 18 maanden zijn verstreken *en* partijen nog steeds geen datum voor de terechtzitting hebben vernomen, alarmbellen moeten gaan luiden. Een dergelijk tijdsbestek lijkt me verder te gaan dan als norm voor de zaakbehandeling aanvaardbaar is.

93. Betekent dat dan dat wanneer dit (ik geef toe, arbitraire) punt is bereikt, er dan sprake is van een buitensporig lange duur?

94. Ik meen van niet. Volgens mij is er nog een overgangsperiode waarin er zeker sprake is van vertraging, maar waarin de duur nog niet „buitensporig lang” is. Als gezegd bevinden we ons hier in het land van de subjectieve beoordeling, niet de exacte analyse. Wat mij betreft mogen er nog tot zo’n 6 maanden verstrijken voordat de duur buitensporig lang wordt (of, in gewoon Nederlands, voordat „te laat” „veel te laat” wordt). Iemand anders zou misschien andere cijfers op de verschillende stadia plakken. Maar wanneer meer dan 2 jaar zijn verstreken na het einde van de schriftelijke behandeling, zonder dat er actief zakenbeheer is geweest en zonder dat partijen voor een terechtzitting zijn opgeroepen, zou ik ernaar neigen die duur als buitensporig lang te beschouwen en zou er wat overtuigingskracht nodig zijn om mij van gedachten te doen veranderen.

95. Tegen die achtergrond kom ik nu tot de vraag of er in de onderhavige zaak sprake is van een buitensporig lange duur.

Samenvatting van de argumenten

96. Groupe Gascogne betoogt dat zij, toen zij bij het Gerecht haar verzoekschrift heeft ingediend om tegen de beschikking en de opgelegde geldboete op te komen, een bankgarantie heeft gesteld voor de betaling van die geldboete en enige rente die daarover verschuldigd zou worden, in afwachting van het resultaat van de procedure in eerste aanleg. Groupe Gascogne stelt dat de duur van die procedure (bijna 6 jaar) buitensporig lang is geweest.⁵⁸ Groupe Gascogne geeft te kennen dat het Gerecht artikel 47 van het Handvest heeft geschonden door de zaak niet binnen redelijke termijn af te doen. Groupe Gascogne verzoekt het Hof dan ook om het bestreden arrest te vernietigen, of, subsidiair, het bedrag van de opgelegde geldboete te verlagen, rekening houdend met de financiële last die zij als gevolg van de schending van haar grondrecht heeft moeten dragen.

97. De Commissie stelt in de eerste plaats dat Groupe Gascogne’s middel niet-ontvankelijk is, omdat zij het verzuim om de zaak binnen redelijke termijn af te doen niet aan de orde had gesteld tijdens de terechtzitting bij het Gerecht. In de tweede plaats zou het bestreden arrest niet in zijn geheel mogen worden vernietigd, aangezien Groupe Gascogne niet heeft aangevoerd dat haar rechten van verdediging zijn geschonden als gevolg van het feit dat het Gerecht heeft nagelaten binnen redelijke termijn op het beroep van Groupe Gascogne te beslissen. In de derde plaats heeft Groupe Gascogne, ook als het Hof tot het oordeel zou komen dat de procedure voor het Gerecht onredelijk lang was, geen materiële schade geleden als gevolg van de buitensporig lange duur van die procedure. In de vierde plaats is de gepaste reparatie in dat geval dat Groupe Gascogne een apart beroep tot schadevergoeding moet instellen. In de vijfde plaats, en subsidiair, zou enige compensatie die het Hof in hogere voorziening toekent niet meer dan symbolisch mogen zijn.

58 — Het verzoek om nietigverklaring is op 23 februari 2006 neergelegd en het arrest is op 16 november 2011 gewezen.

Analyse: was er een verzuim om de zaak binnen redelijke termijn af te doen?

98. Ik ben van oordeel dat er voor Groupe Gascogne geen beletsel is om pas in hogere voorziening bij het Hof voor het eerst de vraag op te werpen of het Gerecht heeft verzuimd de zaak binnen redelijke termijn af te doen⁵⁹, om dezelfde redenen die ik in de punten 128 tot en met 130 in mijn conclusie in de zaak Gascogne Sack Deutschland heb uiteengezet.

99. Groupe Gascogne stelt dat er vertraging is opgelopen tussen het einde van de schriftelijke behandeling en de datum waarop zij de betekening in verband met de terechtzitting heeft ontvangen.⁶⁰ Groupe Gascogne heeft echter beaamd dat de procedure snel is verlopen nadat de zaak in september 2010 aan een nieuwe rechter-rapporteur is toegewezen.⁶¹

100. Groupe Gascogne heeft haar verzoek tot nietigverklaring op 23 februari 2006 neergelegd. De schriftelijke behandeling is op 23 juli 2007 beëindigd. Op 23 september 2010 heeft de griffie van het Gerecht Groupe Gascogne ervan in kennis gesteld dat de zaak aan de Vierde kamer was toegewezen (tegen die tijd had de zaak ongeveer 3 jaar en 2 maanden stil gelegen). Op 20 oktober 2010 heeft Groupe Gascogne verzocht om heropening van de schriftelijke behandeling.⁶² Op 14 december 2010 is de onderneming ervan in kennis gesteld dat er een datum voor de terechtzitting was vastgesteld. De zaak is op 2 februari 2011 voor het Gerecht bepleit en het arrest is op 16 november van dat jaar gewezen.

101. Wat weten wij dat de (lange) periode tussen het einde van de schriftelijke behandeling en de oproepen voor de verschillende terechtzittingen kan rechtvaardigen?

102. Met betrekking tot dit kartel is door ten minste 16 adressaten beroep tot nietigverklaring van de beschikking ingesteld bij het Gerecht.⁶³ Een van die zaken is ingetrokken.⁶⁴ In 2 zaken is op 13 september 2010 arrest gewezen.⁶⁵ In 9 zaken (waaronder de onderhavige) is op 16 november 2011 arrest gewezen. 3 zaken zijn nog hangende bij het Gerecht. Naast de onderhavige procedure en de zaken Groupe Gascogne en Kendrion zijn er bij het Hof thans nog 2 andere hogere voorzieningen aanhangig.⁶⁶

103. Groupe Gascogne's zaak is nauw verbonden met die van haar dochteronderneming, GSD. Die zaak is ruwweg echter even snel behandeld als die van haar moederonderneming, zodat dit de onderhavige procedure niet heeft opgehouden.

104. Indien de vier Baustahlgewebe-criteria worden toegepast, dan is het evident dat, aangezien Groupe Gascogne hoofdelijk aansprakelijk is voor een geldboete van EUR 9,9 miljoen, de zaak voor de onderneming van belang is.⁶⁷ Ook is duidelijk dat zij complexe vragen opwerpt.

59 — Zie punt 75 hierboven.

60 — Dit hebben de drie hogere voorzieningen gemeen, zie ook de zaken Gascogne Sack Deutschland en Kendrion.

61 — GSD en Kendrion verklaren ook dat hun zaak sneller vooruit is gegaan nadat zij aan een nieuwe rechter-rapporteur was toegewezen.

62 — Zie punt 17 hierboven.

63 — Er waren 6 verschillende processtalen, verdeeld over 15 zaken.

64 — Zie beschikking van 6 juli 2006, Cofira Sac/Commissie (T-43/06). De tekst van de beschikking is in het Frans en in het Italiaans beschikbaar op de website van het Hof.

65 — (i) arrest van 13 september 2010, Trioplast Wittenheim SA/Commissie (T-26/06). De volledige tekst in het Frans en in het Zweeds is beschikbaar op de website van het Hof, en (ii) arrest van 13 september 2010, Trioplast Industrier/Commissie (T-40/06, Jurispr. blz. II-4893).

66 — Zaken Plásticos Españoles (ASPLA)/Commissie (C-35/12 P) en Armando Álvarez/Commissie (C-36/12 P). Beide zaken zijn aangehouden in afwachting van het arrest in de zaken Groupe Gascogne, Gascogne Sack Deutschland en Kendrion.

67 — De aan GSD opgelegde geldboete bedraagt 13,2 miljoen EUR. Groupe Gascogne is hoofdelijk aansprakelijk ten belope van 9,9 miljoen EUR van de geldboete van haar volle dochteronderneming.

105. Ik meen niet dat de duur van de procedure aan de houding van Groupe Gascogne te wijten is. Het is juist dat Groupe Gascogne het Gerecht op 20 oktober 2010 om heropening van de schriftelijke behandeling heeft verzocht om argumenten over de nieuwe status van het Handvest na Lissabon te kunnen aanvoeren (zie de punten 19 tot en met 21 hierboven). Doordat Groupe Gascogne er op 14 december 2010 van in kennis was gesteld dat er voor haar zaak een terechtzitting was gepland, is het echter duidelijk dat dit procedurele incident nauwelijks of geen gevolg heeft gehad voor de totale duur van de procedure.

106. Voor zover ik kan overzien, is er geen actief zaakbeheer geweest in de periode dat de zaak schijnbaar stil heeft gelegen (3 jaar en 2 maanden) tussen het einde van de schriftelijke behandeling en Groupe Gascogne's verzoek om de schriftelijke behandeling te heropenen.

107. Zuivere retoriek vind ik de suggestie – van Groupe Gascogne – dat het feit dat binnen ongeveer drie maanden nadat zij aan een nieuwe rechter-rapporteur was toegewezen in de zaak een terechtzitting kon worden gehouden, betekent dat zij van begin af aan binnen een dergelijk tijdsbestek kon worden behandeld. In de eerste plaats is het niet alleen ongerechtvaardigd, maar ook onwaarschijnlijk dat ervan uit kan worden gegaan dat de nieuwe rechter-rapporteur dossiers heeft overgenomen waarin door zijn voorganger helemaal geen werk was verricht. In de tweede plaats is het overduidelijk dat rechter Van der Woude en zijn team buitengewoon veel moeite hebben gedaan om de kunststofzakkenzaken gereed voor de terechtzitting te maken. Het zou totaal verkeerd en onrealistisch zijn om de tijd die zij hebben gebruikt als maatstaf te nemen voor de beoordeling wat een redelijke „normale” duur van behandeling voor deze zaak zou zijn.

108. Ook moet (zoals ik al eerder heb aangegeven) naar behoren rekening worden gehouden met de vertaalwerkzaamheden en de zorgvuldige bestudering van een veelvoud aan onderling samenhangende dossiers – memories en gedetailleerdere (meestal onvertaalde) bijlagen – die op hetzelfde kartel en op dezelfde litigieuze Commissiebeschikking betrekking hebben en die complexe feitelijke en rechtsvragen opwerpen. Voor zover ik dat op basis van het dossier kan overzien, waren er geen bijzondere redenen waarom de beroepen over dit specifieke kartel van begin af aan met extra spoed hadden moeten worden behandeld (of waarom van de 15 beroepen tegen de Commissiebeschikking, de 3 die tot de onderhavige hogere voorzieningen van Groupe Gascogne, GSD en Kendrion hebben geleid, er van begin af aan uit hadden moeten worden gelicht om een aparte behandeling te krijgen – zo waren er bijvoorbeeld geen goed beargumenteerde, maar uiteindelijk afgewezen verzoeken om voorlopige maatregelen). Anders gezegd, hadden de rekwirantes er recht op dat hun zaken met redelijke snelheid zouden worden behandeld, niet meer en niet minder.

109. Naar die maatstaf gemeten, en als ik de door mij in de punten 72 tot en met 95 genoemde algemene parameters toepas, dan is de onverbiddelijke conclusie dat deze zaak te lang heeft geduurd.

110. Mijns inziens zou het Hof de verleiding moeten weerstaan om in zijn arrest een enkel specifiek getal in maanden te noemen als maatstaf voor de duur die zou mogen verstrijken tussen het einde van de schriftelijke behandeling (in de procestaal) en het moment waarop de kartelzaak als geheel gereed is voor de terechtzitting. Intern kunnen en moeten er weliswaar doelen worden gesteld, maar alleen om de richting aan te geven. Er kunnen geheel terechte redenen zijn waarom die in een bepaald beroep of een bepaalde reeks beroepen worden overschreden. Zoals ik al heb aangegeven⁶⁸, betekent dit dat de duur slechts van geval tot geval kan worden beoordeeld.

68 — Zie punten 81-84 hierboven.

111. Tegelijkertijd erken ik dat meer moet worden gezegd dan dat „de duur in de onderhavige zaak buitensporig lang was”. Het is van belang dat er een aanwijzing wordt gegeven in welke mate het recht op een eerlijke behandeling binnen een redelijke termijn is geschonden. Daarnaast zal het noodzakelijk zijn, mochten sommige van de verzoekers erover denken een afzonderlijk beroep tot schadevergoeding in te stellen⁶⁹, deze schending te kwantificeren om hen in staat te stellen zich er een oordeel over te vormen of een dergelijke vordering zin heeft.

112. Ik kan niet genoeg benadrukken dat het kwantificeren van duur geen exacte wetenschap is. Elke beoordeling zal bij benadering zijn. Als ik naar de kenmerken van deze zaak kijk, bezien tegen de achtergrond van alle beroepen tegen de beschikking waarin het kunststofzakkenkartel is beboet, en mij concentreer op de tijd die is verstreken tussen het einde van de schriftelijke behandeling en de oproep voor de terechtzitting, dan vind ik het redelijk te stellen dat er voor die fase van de behandeling van de onderhavige zaak 2 jaar nodig zou zijn geweest, zonder dat er een vertraging zou zijn geweest die in alle eerlijkheid als „buitensporig lang” kan worden bestempeld. Dat leidt tot de conclusie dat deze zaken in eerste aanleg bij het Gerecht – afgerond – anderhalf jaar langer hebben geduurd dan nodig was geweest.

113. Hoe zou het Hof moeten reageren wanneer het onderwerp van het verzuim om een zaak binnen redelijke termijn te berechten in hogere voorziening aan de orde wordt gesteld?

Reparatie

114. Wanneer is verzuimd een zaak binnen redelijke termijn te behandelen, moet deze inbreuk doeltreffend wordt gerepareerd.⁷⁰ In de context van het EVRM heeft het Straatsburgse Hof aangegeven dat er binnen het rechtsstelsel van de Verdragsluitende Partijen een specifieke procedure moet zijn om dergelijke verzoeken om compensatie te behandelen.⁷¹

115. Dit Hof heeft twee verschillende benaderingen gekozen in de zaak Baustahlgewebe (verlaging van de geldboete) en in de zaak Der Grüne Punkt (afzonderlijke schadevergoedingsactie). Geen van die beide benaderingen is volmaakt.

116. Groupe Gascogne verzoekt het Hof om de benadering in de zaak Baustahlgewebe te volgen.⁷² Die benadering heeft als voor de hand liggend voordeel dat zij proceseconomisch is, en daarmee doeltreffend. Zoals ik echter zal uitleggen, heb ik er twijfels over of de rechtsgrondslag voor die benadering wel volstaat en twijfel ik ook over de mate waarin deze kan worden geacht tot doeltreffende en passende reparatie te leiden.⁷³

117. In de benadering in de zaak Der Grüne Punkt moet een aparte schadevergoedingsactie worden ingesteld bij het Gerecht. Het zou aan die rechterlijke instantie staan om te onderzoeken of de verzoeker schade had geleden, of er een causaal verband tussen de schade en het verzuim om binnen redelijke termijn af te doen zou zijn of om de schade te begroten. In de benadering in de zaak Baustahlgewebe is er geen dergelijk onderzoek. Het Hof onderzoekt geen gedetailleerde verzoeken om schadevergoeding wanneer een rekwirant schending van de redelijke termijn aanvoert in de context van een hogere voorziening tegen een arrest van het Gerecht waarbij een Commissiebesluit tot bestraffing van een inbreuk op de mededingingsregels is bevestigd. Het Hof zal eerder een globale schatting maken van het percentage waarmee de aanvankelijk opgelegde geldboete zou moeten worden verlaagd. De benadering in de zaak Der Grüne Punkt is procedureel gezien echter per definitie

69 — Zie punten 133 e.v. hierna.

70 — Zie arrest Kudła/Polen [GK], nr. 30210/96, punt 156, EHRM 2000-XI.

71 — Zie arrest Kudła/Polen, aangehaald in voetnoot 70 hierboven, punt 157.

72 — De verzoekers in de zaken Gascogne Sack Deutschland en Kendrion volgen een vergelijkbare benadering.

73 — Zie punten 130 en 131 hierna.

omslachtiger omdat er een aparte schadevergoedingsactie moet worden ingesteld. De vordering zou ook bij het Gerecht moeten worden ingesteld, terwijl de wijze waarop dit het inhoudelijke beroep heeft behandeld – juist – aan de schadevergoedingsactie ten grondslag ligt. Zou een dergelijke actie met de vereisten van artikel 6, lid 1, EVRM in overeenstemming zijn?

118. Er blijkt binnen de Unie geen eenvormige reparatie te zijn voor het verzuim om mededingingszaken binnen redelijke termijn te berechten. In sommige lidstaten wordt een mildere sanctie opgelegd of wordt deze minder streng toegepast indien de termijn onredelijk was.⁷⁴ In andere lidstaten wordt alleen financiële compensatie toegekend in plaats van een verlaging van de geldboete.⁷⁵ Sommige hebben specifieke voorschriften vastgesteld voor de compensatie in geval van een inbreuk op het recht op een eerlijke behandeling binnen een redelijke termijn.⁷⁶ Andere beschouwen een rechterlijk oordeel waarin wordt vastgesteld dat inderdaad is verzuimd om de zaak binnen redelijke termijn te berechten als billijke compensatie.⁷⁷ In ten minste één lidstaat⁷⁸ zijn er specifieke regels over het percentage waarmee de sanctie moet worden verlaagd wanneer mededingingszaken niet binnen redelijke termijn worden berecht.

119. Het Hof heeft de 27 lidstaten, het Europees Parlement en de Raad verzocht om hun zienswijze ten aanzien van de benadering in respectievelijk de zaak Baustahlgewebe en de zaak Der Grüne Punkt. 7 lidstaten hebben een voorkeur voor de eerste kenbaar gemaakt, 3 voor de laatste en 6 lidstaten hebben geen voorkeur geuit. De Raad heeft zich achter Baustahlgewebe geschaard, maar tegelijkertijd erkend dat de twee vormen van reparatie naast elkaar bestaan en geen van beide volmaakt zijn. Het Europees Parlement vond de benadering in de zaak Der Grüne Punkt beter.

120. Het Straatsburgse Hof heeft verklaard dat, wanneer de zaak zich daarvoor leent, een rechterlijk oordeel billijke compensatie kan vormen voor een vastgestelde procedurele onregelmatigheid.⁷⁹ Artikel 41 EVRM bepaalt in aanvulling daarop dat het Hof, indien nodig, een billijke genoegdoening kan toekennen. Er is binnen het Unierecht echter geen gelijkwaardige bepaling die dit Hof uitdrukkelijk een gelijkwaardige bevoegdheid ten aanzien van de „billijke genoegdoening” toekent.

121. Ik leid de volgende beginselen af uit de rechtspraak van dit Hof, het EVRM zoals uitgelegd door het Straatsburgse Hof en de rechtstradities van de lidstaten. In de eerste plaats is er geen eenvormige benadering. In de tweede plaats zal elk van de benaderingen allicht onvolkomenheden vertonen, in die zin dat zij beide voor- en nadelen zullen hebben. In de derde plaats zal enige vorm van reparatie doeltreffend moeten zijn, wil zijn voldaan aan artikel 13 EVRM en dus artikel 47 van het Handvest.

122. Laten we even teruggaan naar de basisbeginselen.

123. Een onderneming stelt bij het Gerecht beroep tot nietigverklaring van een mededingingsbesluit in. Daarna worden de gebruikelijke memories neergelegd, en wordt de schriftelijke behandeling afgesloten. In het begin maken de vertegenwoordigers van de onderneming zich geen zorgen over het verstrijken van de tijd: het Gerecht is ongetwijfeld aan de zaak aan het werken. Na een tijdje wordt bij de griffie van het Gerecht geïnformeerd welke voortgang is geboekt. Als er niet een of ander teken van actief zakenbeheer is, zal misschien een beleefd briefje aan het Gerecht worden geschreven om zorgen over

74 — Oostenrijk, België, Duitsland, Finland, Nederland, Spanje en het Verenigd Koninkrijk.

75 — Frankrijk, Italië, Polen en Roemenië.

76 — Duitsland, Finland, Italië en Polen.

77 — Duitsland en Griekenland.

78 — In de rechtspraak van de Nederlandse rechters over mededingingszaken zijn de volgende regels ontwikkeld. De lengte van de procedure wordt geacht onredelijk te zijn indien de duur van de administratieve en de gerechtelijke fase tezamen meer dan 5 jaar en 6 maanden bedraagt. Wanneer de periode die deze duur overstijgt korter is dan 6 maanden, kan een geldboete met 5 % of minder worden verlaagd. Er wordt met 10 % of minder (met een maximum van 10 000 EUR) verlaagd wanneer de periode die te lang heeft geduurd tussen 6 en 12 maanden ligt. Bij te lange periodes van meer dan 12 maanden bepaalt de rechter discretionair met welk bedrag de geldboete wordt verlaagd.

79 — Zie arrest Hauschildt/Denemarken, 24 mei 1989, punt 58, series A, nr. 154.

de reeds verstreken tijd tot uitdrukking te brengen, en daarbij schadeposten te noemen die er wellicht zullen komen (onvoorziene bijkomende kosten voor de bankgarantie, onzekerheid die schadelijk is voor de prijs van het aandeel en het plannen voor de toekomst bemoeilijkt, enzovoort) en het recht van de cliënt voor te behouden om de onredelijke duur van behandeling van het beroep aan te voeren en hetzij om een verlaging van de aanvankelijk opgelegde boete te verzoeken hetzij schadevergoeding te vorderen. Indien het Gerecht daarop reageert met een versnelling van het proces, is dat goed en wel – het probleem is meteen verholpen en er is dan geen verdere reparatie nodig. Aangenomen dat dit echter niet gebeurt, kan het argument inzake de onredelijke duur opnieuw ter terechtzitting voor het Gerecht worden aangevoerd.

124. Hoe zal het Gerecht met die grief omgaan? Hier wil ik een duidelijk verschil maken tussen zaken waarin de verzoeker zijn rechten van verdediging nog ten volle kan uitoefenen en die zaken – die hopelijk zelden zullen voorkomen – waarin het door het verstrijken van de tijd voor de verzoeker onmogelijk is geworden om nog een eerlijke behandeling te krijgen.⁸⁰ In die zaken is de enige doeltreffende reparatie voor de schending van het recht op een eerlijke behandeling binnen een redelijke termijn, de nietigverklaring van de beschikking. Er is echter niets wat in de drie hogere voorzieningen suggereert dat Groupe Gascogne, GSD of Kendrion zijn beperkt in hun mogelijkheden om hun beroepszaken doeltreffend te bepleiten.

125. De geldboete waartegen bij het Gerecht wordt opgekomen, is opgelegd wegens een specifieke inbreuk op de mededingingsregels. Aangenomen dat geen van de inhoudelijke middelen slaagt, wat is dan de logica achter het verlagen van de geldboete? Ik zie er geen. Voor zover de ondernemingen specifieke schadeposten kunnen noemen – schade die zij hebben geleden als gevolg van dat deel van de totale tijd die aan de afhandeling van hun beroep is besteed dat als „onredelijk” of „buitensporig lang” kan worden beschouwd – zou een (afzonderlijk) beroep tot schadevergoeding krachtens artikel 340 VWEU geschikter kunnen zijn. Maar de duur bij het Gerecht staat conceptueel gezien geheel los van het mededingingsverstorende gedrag dat voor de Commissie in de eerste plaats aanleiding was om de geldboete op te leggen. Om die reden zou de grief inzake de onredelijke duur met recht als niet ter zake dienend kunnen worden aangemerkt. Ook als er een goede rechtsgrondslag voor is en de feiten van de zaak deze grief bevestigen, kan hij geen gevolg voor de uitkomst van het beroep hebben.⁸¹

126. Maar als een dergelijke grief niet ter zake dienend is bij het Gerecht, dan zal die toch ook niet ter zake dienend zijn bij het Hof in hogere voorziening?

127. Daarom ben ik het oneens met de benadering in de zaak Baustahlgewebe. Een onderneming een geldboete voor een inbreuk op de mededingingsregels opleggen kan niet gelijk worden gesteld aan het opleggen van een gevangenisstraf aan een natuurlijke persoon, waar een vertraging in de strafprocedure inderdaad passend kan worden gerepareerd (indien de betrokkene nog steeds schuldig wordt bevonden en een gevangenisstraf verdient) met een vermindering van de op te leggen straf. Het is eerder zo dat wanneer de onderneming door de vertraging schade heeft geleden, deze schade kan worden onderverdeeld in financiële schadeposten die in causaal verband staan met de buitensporig lange duur die nodig was om het beroep af te handelen. Er kan bewijs worden overgelegd, en indien de schade is bewezen kan passende compensatie worden toegekend. Binnen de rechtsorde van de Unie is het Gerecht, en niet dit Hof, de instantie waar gedetailleerd feitenonderzoek en de bewijswaardering plaatsvinden. Dat lijkt mij een aanvullende factor in het voordeel van de conclusie dat een op zich staand beroep tot schadevergoeding bij het Gerecht de voorkeur verdient boven een poging om door verlaging van de geldboeten in hogere voorziening tot een doeltreffende reparatie te komen.

80 — Wellicht zal dit eerder bij een natuurlijke persoon het geval zijn dan bij een onderneming; maar het kan niet worden uitgesloten dat een belangrijke getuige voor de onderneming overlijdt of onvindbaar wordt in de loop van een te lang durende procedure.

81 — Zie arrest Hof van 21 september 2000, EFMA/Raad (C-46/98 P, Jurispr. blz. I-7079, punt 38), en meer recent arrest Hof van 29 september 2011, Arkema/Commissie (C-520/09 P, Jurispr. blz. I-8901, punt 31).

128. Een Lord Chancellor of England uit de 18e eeuw heeft ooit de volgende retorische vraag gesteld: „Had u dan verwacht dat een rechtspersoon een geweten heeft, wanneer hij geen ziel heeft die veroemd kan worden en geen lijf dat geschopt kan worden?”⁸² Onderdeel van het feit dat een onderneming geen dergelijke eigenschappen heeft, is dat een onderneming – anders dan een natuurlijke persoon – niet met enige geloofwaardigheid kan stellen aan psychologisch trauma te lijden als gevolg van het haar boven het hoofd hangende proces.⁸³ Als zij op de markt schade heeft geleden als gevolg van de buitensporig lange duur, kan van haar redelijkerwijs worden verwacht dat zij tracht die schade in geld uit te drukken en ter ondersteuning van de door haar aangevoerde getallen bewijs overlegt.⁸⁴

129. Ik voeg hier nog aan toe dat de moeilijkheden die ik met de benadering in de zaak Baustahlgewebe heb, nog worden vergroot door een gevoel van onbehagen bij de juiste rechtsgrondslag voor een verlaging van de geldboete in die omstandigheden. Ook hier zou het kunnen helpen om naar de basisbeginselen terug te gaan.

130. Wanneer de Commissie een geldboete oplegt, kan zij de hoogte daarvan discretionair bepalen. Er is in verordening nr. 1/2003 geen specifieke bepaling die haar een rechtsgrondslag biedt voor een verlaging van de geldboete die zij anders zou hebben opgelegd, omdat de administratieve procedure te lang heeft geduurd. Dit is nochtans wat de Commissie in de Nederlandse bierzaak heeft gedaan.⁸⁵ In beroep heeft het Gerecht de geldboete met nog eens 5 % verlaagd, ondanks dat geen van de inhoudelijke middelen slaagde.

131. Het is mij niet duidelijk hoe artikel 261 VWEU (waarop het Gerecht zich heeft gebaseerd) een toereikende grondslag kan vormen voor de verlaging van een geldboete, wanneer er geen inhoudelijke gronden zijn voor een wijziging van de analyse van de Commissie ter zake van *de geldboete die passend voor de inbreuk was*. Toegegeven, artikel 31 van verordening nr. 1/2003 en artikel 261 VWEU verlenen het Gerecht (en dit Hof in hogere voorziening) „volledige rechtsmacht”; maar die volledige rechtsmacht is niettemin nauw verbonden met de gepastheid (of niet) van de sanctie die voor de gemaakte inbreuk wordt opgelegd. Vertraging in een procedure – of die vertraging nu aan de Commissie tijdens de administratieve fase of aan het Gerecht in de gerechtelijke fase is toe te schrijven – staat geheel los van het gedrag van de onderneming of de zwaarte van de inbreuk.

132. Ik ben mij ervan bewust dat de striktheid van deze benadering niet overeenstemt met de aanpak van het Gerecht wanneer dit gestelde schending van de redelijke termijn beoordeelt.⁸⁶ Dit was evenmin de benadering van dit Hof in de zaak Baustahlgewebe. Mij lijkt het echter dat het Hof nu op een punt is aangekomen, waarop het een oordeel kan en zou moeten vellen over welke van de twee wegen om tot reparatie te komen de beste is. Ik begrijp dat het verleidelijk is om te kiezen voor de „proceseconomie” van de boeteverlaging (met enig niet gespecificeerd percentage, berekend op de een of andere onbekende basis)⁸⁷ in de context van een hogere voorziening. Ik ben niet gerust in de intellectuele basis voor een dergelijke benadering (verband tussen geldboete en gedrag; rechtsmacht;

82 — Edward, First Baron Thurlow Lord Chancellor of England 1778-1783 en 1783-1792, aangehaald in John Poynder, *Literary Extracts* (1844), vol. 1, blz. 268.

83 — Het Straatsburgse Hof heeft bij gelegenheid een vergoeding voor immateriële schade toegekend, wanneer het van oordeel was dat de verzoeker aan smart en frustratie was blootgesteld die aan de vertraging in de berechting te wijten was: zie bijvoorbeeld arrest Barry/Ierland, nr. 18273/04 (15 december 2005), punt 61 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Is er echter geen bewijs van schade die aan de vertraging te wijten is, dan kent dat Hof geen schadevergoeding toe: zie bijvoorbeeld arrest Hauschildt/Denemarken, aangehaald in voetnoot 78 hierboven, punt 58.

84 — Voor zover zij in positieve zin voordeel uit de vertraging heeft getrokken, zal zij daar bij de kwantificering van de totale schade rekening mee moeten houden door in een aftrek te voorzien.

85 — Arrest Gerecht van 16 juni 2011, Bavaria/Commissie (T-235/07, Jurispr. blz. II-3229; hierna: „Nederlandse bierzaak”).

86 — Zie in aanvulling op de Nederlandse bierzaak (aangehaald in voetnoot 84 hierboven) arresten Gerecht van 30 april 2009, CD-Contact Data GmbH/Commissie (T-18/03, Jurispr. blz. II-1021), en 5 juni 2012, Imperial Chemical Industries Ltd/Commissie (T-214/06).

87 — Ik weet dat advocaat-generaal Kokott in haar conclusie in de hierboven in voetnoot 36 aangehaalde zaak Solvay, in punt 198, heeft geopperd dat een boetevermindering met 50 % in die zaak passend zou zijn. Tenzij ik mij vergis, heeft zij geen precieze redenen aangedragen waarom dit het passende percentage zou zijn – wellicht was haar benadering dat „gezien alle omstandigheden van de zaak, X het juiste cijfer was”. Om de redenen die ik heb genoemd, voel ik mij ongemakkelijk bij die benadering.

transparantie) en in het ergste geval zou deze benadering ook volkomen arbitrair kunnen worden. (Ik voeg hieraan toe dat de zaken geheel anders zouden liggen, wanneer de wetgever zou besluiten om specifiek te regelen wat er met de hoogte van de geldboeten moet gebeuren wanneer er een onredelijke vertraging in de administratieve of gerechtelijke fase van mededingingszaken is geweest; bij mijn weten is die weg echter nog niet verkend.)

Kwantificering van de schade

133. Groupe Gascogne stelt dat zij schade heeft geleden als gevolg van de buitensporig lange duur van de procedure voor het Gerecht. Zij heeft echter niet in de vorm van een schadeclaim de schade benoemd die zij wijt aan de schending van haar recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn.⁸⁸ Ook hier zou het kunnen helpen terug naar de basisbeginselen te gaan.

134. Wanneer de Commissie een geldboete oplegt wegens inbreuk op de mededingingsregels en de onderneming tot welke het besluit is gericht tegen het Commissiebesluit opkomt bij het Gerecht, heeft die onderneming een keuze. Zij kan hetzij de geldboete betalen hetzij een bankgarantie halen om zowel de geldboete zelf als enige aansprakelijkheid voor de over dit bedrag aangegroeide rente te dekken.⁸⁹ Zoals ik het begrijp, is het standaardpraktijk dat ondernemingen de commerciële beslissing nemen om voor de laatste optie te kiezen, omdat zij dit normaliter in hun eigen financiële belang vinden. Hoe dan ook is dat wat Groupe Gascogne heeft gedaan.⁹⁰

135. Een beroep bij het Gerecht heeft geen schorsende werking. Ook worden er geen voorlopige maatregelen toegekend om een verzoeker tegen zuiver financiële schade te beschermen terwijl een zaak aanhangig is.⁹¹ Dus ook wanneer een onderneming met succes opkomt tegen een Commissiebesluit waarbij een geldboete is opgelegd en een uitspraak verkrijgt waarbij dat besluit in zijn geheel nietig wordt verklaard of op zijn minst de geldboete wordt verlaagd, moet zij nog steeds de kosten van de financiering van enige door haar afgegeven bankgarantie dragen en moet zij ook het overblijvende deel van de geldboete en de daarover aangegroeide rente betalen. Deze financieringskosten zijn niet invorderbaar.

136. Zou de onderneming daartegen ervoor kiezen de geldboete te betalen en met succes opkomen tegen het besluit waarbij deze is opgelegd, dan heeft deze onderneming recht op teruggave van zowel het betaalde bedrag als de rente daarover. De rente die wordt betaald, is een compensatie voor het feit dat de verzoeker dat geld niet heeft kunnen gebruiken zolang de procedure nog hangende was.

137. Wanneer het verzoek aan het Gerecht binnen een redelijk tijdsbestek wordt behandeld, is het dus aanvaard dat een onderneming die zekerheid voor de betaling van de geldboete door middel van een bankgarantie stelt, de financiële lasten moet dragen van haar beslissing om de geldboete niet meteen te betalen. Wanneer de procedure bij het Gerecht onredelijk lang duurt, dan staat die onderneming bloot aan (i) onzekerheid en (ii) bijkomende kosten, aangezien zij de kosten voor de financiering van haar bankgarantie langer dan verwacht moet dragen. Zo er materiële schade is voor de periode die het „redelijke” voor de behandeling van een beroep overstijgt, dan staat deze echter los van de inbreuk op de mededingingsregels door deze onderneming en de geldboete die als sanctie voor die inbreuk is opgelegd. Zoals ik hierna zal toelichten, is het niet noodzakelijkerwijs zo dat deze kosten altijd met materiële schade gelijk zijn te stellen, aangezien de onderneming die specifieke methode heeft gekozen om aan haar verplichting tot betaling van de geldboete te voldoen.⁹²

88 — Dat geldt ook voor GSD en Kendrion.

89 — Zie de brief van de Commissie aan Groupe Gascogne van 13 december 2005 (bijlage 3 bij het verzoek van Groupe Gascogne aan het Gerecht tot nietigverklaring van de beschikking).

90 — Ook GSD en Kendrion hebben dit gedaan.

91 — Zie bijvoorbeeld beschikking van de president van het Gerecht van 2 maart 2011, 1. garantovaná/Commissie (T-392/09 R).

92 — Zie punten 134-138.

138. Wanneer aan een onderneming wegens inbreuk op de mededingingsregels een geldboete wordt opgelegd, heeft de lengte van de tijd die wordt gebruikt om haar zaak te behandelen, geen invloed op de geldboete zelf.

139. Voordat ik mij definitief voor de benadering van de afzonderlijke schadeclaim uitspreek, zijn er twee voor de hand liggende nadelen waarop ik nog moet ingaan. In de eerste plaats, de aanvullende tijd die nodig zal zijn om een losstaande schadeclaim in te dienen en af te handelen, in een context waarin toch al veel tijd verloren is gegaan. In de tweede plaats, de problemen als gevolg van het feit dat de schadeclaim zal moeten worden ingediend bij juist dat gerecht waarvan wordt gesteld dat het de verzoeker schade heeft berokkend door het verzuim om zijn inhoudelijke beroep tegen het Commissiebesluit binnen een redelijke termijn te behandelen.

140. Wat het eerste bezwaar aangaat, staat buiten kijf dat het Gerecht een afzonderlijke schadevergoedingsactie voortvarend zal moeten behandelen. Ervan uitgaande dat het dit zal doen, denk ik dat het eerste mogelijke bezwaar kan worden weggewuifd.

141. Het tweede mogelijke bezwaar is van groter gewicht. Schadevergoedingsacties tegen een instelling van de Unie behoren tot de uitsluitende bevoegdheid van het Gerecht. Dat gerecht zal noodzakelijkerwijs de feiten onderzoeken die met een dergelijke schadevordering samenhangen, zoals de vraag of er materiële en/of immateriële schade is geleden en de vraag of deze schade door de schending van artikel 47 van het Handvest is veroorzaakt. (Mocht dit Hof niet reeds in hogere voorziening hebben vastgesteld dat er bij het Gerecht onnodige vertraging is opgelopen, zou een van de feitelijke punten die zouden moeten komen vast te staan zijn of er inderdaad sprake is van een buitensporig lange duur.)

142. Ook als dergelijke procedures uiteraard onder het toezicht van dit Hof in hogere voorziening staan, leidt het feit dat het Gerecht zowel de partij zou zijn tegen wie schending van grondrechten wordt aangevoerd als het gerecht waarbij deze vordering wordt ingesteld, er dan toe dat het uit het oogpunt van artikel 6, lid 1, EVRM niet meer als „onafhankelijk en onpartijdig gerecht” kan worden aangemerkt?⁹³

143. Het Straatsburgse Hof heeft geoordeeld dat de begrippen onafhankelijkheid en onpartijdigheid nauw samenhangen. De volgende factoren zijn relevant voor elke beoordeling van de onafhankelijkheid: de wijze waarop de leden van het betrokken gerecht worden benoemd, de duur van hun mandaat, het bestaan van waarborgen tegen externe druk en de vraag of de instantie de indruk wekt onafhankelijk te zijn. Ten aanzien van onpartijdigheid heeft het Straatsburgse Hof geoordeeld dat het gerecht subjectief gezien vrij moet zijn van persoonlijk vooroordeel of persoonlijke vooringenomenheid; en ook objectief gezien onpartijdig moet zijn, met andere woorden dient het afdoende garanties te bieden dat iedere legitieme twijfel in dit opzicht kan worden weggenomen.⁹⁴

144. Uit artikel 252 VWEU en de artikelen 2 en 3 van het Statuut van het Hof volgt dat op de leden van het Gerecht verplichtingen ter waarborging van hun onafhankelijkheid en onpartijdigheid rusten. Daarnaast is duidelijk dat hun onafhankelijkheid bij het onderzoek van schadeclaims buiten twijfel zal staan, aangezien zij niet onder toezicht van enige instelling of lichaam staan dat een belang bij de uitkomst van dergelijke procedures heeft.

145. Volgens mij is de echte vraag of het Gerecht als onpartijdig zou worden beschouwd, wanneer het uitspraak moet op een schadeclaim die is ontstaan omdat het Gerecht beweerdelijk zelf verantwoordelijk was voor de inbreuk op de grondrechten van de verzoeker.

93 — Ten tijde van Baustahlgewebe heeft advocaat-generaal Léger voorgesteld dat het Hof dergelijke zaken zou moeten behandelen. Dit is echter niet meer mogelijk na wijzigingen in de bevoegdheid van het Hof als gevolg van het Verdrag van Nice. Zie punt 321 van de conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaak Der Grüne Punkt, aangehaald in voetnoot 36 hierboven.

94 — Arrest Findlay, aangehaald in voetnoot 55 hierboven, punt 73.

146. Mijns inziens zijn er genoeg factoren om de balans in het voordeel van het Gerecht te doen doorslaan, zodat het redelijkerwijs kan worden geacht voldoende onafhankelijk te zijn.

147. In de eerste plaats zal een eventueel te betalen compensatie niet van het Gerecht zelf komen, maar uit de begroting van de Unie, zodat het Gerecht geen direct belang bij de financiële consequenties van de procedure zou hebben.⁹⁵ In de tweede plaats zou het Gerecht, om te voldoen aan de subjectieve voorwaarde dat het vrij moet zijn van persoonlijke vooringenomenheid⁹⁶, ervoor moeten zorgen dat de schadevergoedingsactie wordt behandeld door een andere kamer van rechters dan die welke de zaak inhoudelijk heeft beoordeeld. In de derde plaats zal het, aangezien het argument dat artikel 47 van het Handvest is geschonden waarschijnlijk in hogere voorziening en niet zozeer bij het Gerecht zal worden aangevoerd, dit Hof zijn dat zal vaststellen of de duur buitensporig lang is geweest. De rol van het Gerecht zal beperkt zijn tot het bewijs en de begroting van de schade. In de vierde plaats zou het, hoewel de situatie die aan de basis van de procedure inzake de schending van artikel 47 van het Handvest ligt binnen het actiebereik van het Gerecht ligt, de rol van de Commissie zijn om, handelend in het algemeen belang van de Europese Unie overeenkomstig artikel 17, lid 1, VEU, als verwerende partij op te treden in de procedure voor dat gerecht.⁹⁷ In de vijfde plaats zou de beslissing van het Gerecht op juridische punten worden getoetst door dit Hof.

148. Ik kom dus tot de conclusie dat, voor zover de verzoeker meent dat hij schade heeft geleden als gevolg van het verzuim van het Gerecht om de zaak binnen redelijke termijn af te doen, een schadevergoedingsactie voor het Gerecht meer gepaste en doeltreffende reparatie voor de doelstellingen van artikel 47 van het Handvest, zoals uitgelegd in het licht van de artikelen 6, lid 1, en 13 EVRM, zou zijn dan enige verlaging van het bedrag van de geldboete.⁹⁸ Voor zover op de ene of de andere manier uitdrukkelijk zou moeten worden erkend dat het Gerecht inbreuk heeft gemaakt, los van een mogelijke schadevergoedingsactie, meen ik dat een verklaring in die zin van dit Hof billijke genoegdoening is.

149. Er moet nog op een laatste punt worden ingegaan: wat zou „het feit dat [...] aanleiding heeft gegeven” tot de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie uit het oogpunt van artikel 46 van het Statuut zijn? Dat feit moet mijns inziens de vaststelling door dit Hof zijn dat er schending van de redelijke termijn voor het Gerecht is geweest.⁹⁹ Hieruit volgt dat de verjaringstermijn van vijf jaar voor het instellen van een schadevordering in zou gaan op de datum van het arrest van het Hof in hogere voorziening.

150. Ik geef het Hof dus in overweging te verklaren dat er een buitensporige vertraging is geweest bij de afdoening van het beroep van Groupe Gascogne bij het Gerecht, en dat het duidelijk zou moeten maken dat Groupe Gascogne de mogelijkheid heeft een afzonderlijke schadevergoedingsactie in te stellen, zo zij dit zou willen.

95 — Geldboeten worden ingedeeld bij de eigen middelen van de Unie.

96 — Zie punten 143 en 144 hierboven.

97 — Zie ook artikel 335 VWEU.

98 — Groupe Gascogne's onderhavige middel strekkende tot boeteverlaging lijkt mij regelrecht op de zaak Baustahlgewebe te zijn gebaseerd: het is niet als een afzonderlijke vordering tot vergoeding van materiële of immateriële schade aangevoerd, terwijl ook het Hof niet bevoegd zou om van een dergelijke vordering kennis te nemen.

99 — Indien het „feit” het punt zou zijn waarop een redelijke zaakbehandeling omslaat in schending van de redelijke termijn, (a) zou er aanzienlijke rechtsonzekerheid zijn ten aanzien van het moment waarop de verjaringstermijn van vijf jaar ingaat; en (b) zou daadwerkelijk buitensporige vertraging bij het Gerecht zelfs kunnen leiden tot verjaring van de vordering voordat arrest is gewezen. Dat kan niet juist zijn.

Kosten

151. Indien het Hof het met mijn beoordeling van de hogere voorziening eens is, dan zou krachtens de artikelen 137, 138, 140 en 184 van het Reglement voor de procesvoering, in onderlinge samenhang gelezen, Groupe Gascogne, als partij die op alle inhoudelijke punten in hogere voorziening in het ongelijk is gesteld, in de kosten moeten worden verwezen.

Conclusie

152. Ik geef het Hof in overweging:

- de hogere voorziening af te wijzen;
- te verklaren dat het Gerecht heeft verzuimd zaak T-72/06, Groupe Gascogne/Commissie, binnen redelijke termijn af te doen; en
- Groupe Gascogne te verwijzen in de kosten van de procedure.