BESCHIKKING VAN DE PRESIDENT VAN HET HOF
15 december 2000 *

In zaak C-361/00 P(R),

Cho Yang Shipping Co. Ltd, gevestigd te Seoul (Zuid-Korea), vertegenwoordigd door N. Bromfield en C. Thomas, Solicitors, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van De Bandt, Van Hecke, Lagae en Loesch, advocaten aldaar, Rue Goethe 11,

rekwirante,

betreffende hogere voorziening tegen de beschikking van de president van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 28 juni 2000, Cho Yang Shipping/Commissie (T-191/98 R II, Jurispr. blz. II-2551), strekkende tot vernietiging van deze beschikking, alsmede tot:

— opschorting van de tenuitvoerlegging van beschikking 1999/243/EG van de Commissie van 16 september 1998 inzake een procedure op grond van de

* Procestaal: Engels.

artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag (Zaak IV/35.134 — Trans-Atlantic Conference Agreement) (PB 1999, L 95, blz. 1), voor zover in artikel 8 daarvan aan rekwirante een geldboete van 13 750 000 euro wordt opgelegd, totdat in de zaak Atlantic Container Line e.a./Commissie (T-191/98) een eindarrest, in voorkomend geval na hogere voorziening, zal zijn gewezen;

— verwijzing van de Commissie in de kosten,

andere partij bij de procedure:

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door R. Lyal, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van die dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster in eerste aanleg,

geeft

DE PRESIDENT VAN HET HOF

de advocaat-generaal, F. G. Jacobs, gehoord,

de navolgende

Beschikking

1 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 29 september 2000, heeft Cho Yang Shipping Co. Ltd krachtens artikel 225 EG en artikel 50, tweede alinea, van 's Hofs Statuut-EG hogere voorziening ingesteld tegen de beschikking van de president van het Gerecht van eerste aanleg van 28 juni 2000, Cho Yang Shipping/Commissie (T-191/98 R II, Jurispr. blz. II-2551; hierna: „bestreden beschikking van het Gerecht" of „bestreden beschikking"), waarbij haar verzoek tot opschorting van de tenuitvoerlegging van beschikking 1999/243/EG van de Commissie van 16 september 1998 inzake een procedure op grond van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag (Zaak IV/35.134 — Trans-Atlantic Conference Agreement) (PB 1999, L 95, blz. 1; hierna: „bestreden beschikking van de Commissie" of „bestreden beschikking"), voor zover in artikel 8 daarvan aan rekwirante een geldboete van 13 750 000 euro wordt opgelegd.

2 Behalve vernietiging van de bestreden beschikking van het Gerecht vordert rekwirante:

— opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking van de Commissie, voor zover haar in artikel 8 daarvan een geldboete van 13 750 000 euro wordt opgelegd, totdat in de zaak Atlantic Container Line e.a./Commissie (T-191/98) een eindarrest, in voorkomend geval na hogere voorziening, zal zijn gewezen;

— verwijzing van de Commissie in de kosten.

3 Bovendien vraagt rekwirante, opmerkingen te mogen indienen over de behandeling van de vertrouwelijke gegevens die de eindbeschikking in deze procedure zou kunnen bevatten.

4 Bij op 20 oktober 2000 ter griffie neergelegde akte heeft de Commissie haar schriftelijke opmerkingen bij het Hof ingediend.

Toepasselijke bepalingen, feiten en procesverloop

5 De toepasselijke bepalingen, de aan het geding ten grondslag liggende feiten en het procesverloop voor het Gerecht worden in de bestreden beschikking van het Gerecht uiteengezet als volgt:

„1 Verzoekster was een van de vijftien scheepvaartmaatschappijen die partij waren bij het Trans-Atlantic Agreement (hierna: ‚TAA'), een op 31 augustus 1992 in werking getreden ‚conference'-overeenkomst betreffende de lijnvaart over de Atlantische Oceaan, tussen Noord-Europa en de Verenigde Staten van Amerika.

2 Op 19 oktober 1994 gaf de Commissie beschikking 94/980/EG inzake een procedure betreffende de toepassing van artikel 85 van het EG-Verdrag (IV/34.446 — Trans-Atlantic Agreement) (PB L 376, blz. 1), waarbij zij enerzijds vaststelde, dat sommige bepalingen van het TAA, waaronder die inzake bepaalde inlandtransportdiensten op het grondgebied van de Gemeen-

schap, inbreuk maakten op lid 1 van artikel 85 EG-Verdrag (thans artikel 81, lid 1, EG), en anderzijds weigerde artikel 85, lid 3, van het Verdrag en artikel 5 van verordening (EEG) nr. 1017/68 van de Raad van 19 juli 1968 houdende de toepassing van mededingingsregels op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren (PB L 175, blz. 1), op die bepalingen toe te passen. Beschikking 94/980 gelastte de adressaten onder meer, zich te onthouden van prijsafspraken die hetzelfde of een soortgelijk doel of gevolg hebben als die welke in het TAA waren opgenomen.

3 Na herhaald overleg met de Commissie meldden de partijen bij het TAA op 5 juli 1994 bij de Commissie een nieuw akkoord ter vervanging van het TAA aan, dat de titel Trans-Atlantic Conference Agreement (hierna: ‚TACA') droeg, en op 24 oktober 1994 in werking is getreden.

4 Op 16 september 1998 stelde de Commissie [de bestreden] beschikking (...) vast.

5 Volgens de artikelen 1, 2 en 3 van [de bestreden] beschikking [van de Commissie] hebben de partijen bij het TACA inbreuk gemaakt op artikel 85, lid 1, van het Verdrag, artikel 53, lid 1, van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER) en artikel 2 van verordening nr. 1017/68, door het sluiten van een akkoord krachtens hetwelk zij diverse met de mededinging strijdige activiteiten hebben verricht.

6 Volgens de artikelen 5 en 6 van [de bestreden] beschikking (...) hebben verzoekster en de andere leden van het TACA inbreuk gemaakt op artikel 86

EG-Verdrag (thans artikel 82 EG) en op artikel 54 van de EER-overeenkomst, door de mededingingsstructuur van de markt zodanig te wijzigen dat hun [collectieve] machtspositie wordt versterkt, en door beperkingen inzake het aangaan en de inhoud van dienstencontracten op te leggen.

7 Artikel 8 van [de bestreden] beschikking (...) legt de partijen bij het TACA wegens de in de artikelen 5 en 6 van de beschikking vastgestelde inbreuken een geldboete op die, wat verzoekster betreft, 13,75 miljoen euro bedraagt. Volgens artikel 10 moeten de in artikel 8 vastgestelde geldboeten binnen drie maanden na kennisgeving van [de bestreden] beschikking (...) worden betaald. Na afloop van deze termijn is automatisch rente verschuldigd op de voet van 7,5 %.

8 Bij brief van 25 september 1998 gaf de Commissie aan verzoekster kennis van [de bestreden] beschikking (...) In die brief preciseerde de Commissie, dat zij, indien verzoekster bij het Gerecht beroep zou instellen, niet tot invordering zou overgaan zolang de zaak bij die rechterlijke instantie aanhangig is, voor zover de schuldvordering vanaf de datum van het verstrijken van de betalingstermijn rente op de voet van 5,5 % opbrengt, en uiterlijk op die datum een voor haar aanvaardbare bankgarantie wordt gesteld die de hoofdsom en de rente dekt.

9 Bij brief van 2 december 1998 verzocht verzoekster om ontheffing van de verplichting een bankgarantie te stellen of de geldboete te betalen.

10 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 7 december 1998, heeft verzoekster met elf andere scheepvaartmaatschappijen die partij waren

bij het TACA, krachtens artikel 173 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 230 EG) beroep ingesteld tot nietigverklaring van de [bestreden] beschikking [van de Commissie] (zaak T-191/98).

11 Op 9 juni 1999 wees de Commissie het verzoek van verzoekster af en wees zij erop, dat zij bereid was te aanvaarden:

‚a) een bankgarantie met een (...) beperkte duur [bijvoorbeeld voor een periode van een jaar], overeenkomstig het bijgaande model van bankgarantie;

b) een regeling die het de vennootschap mogelijk maakt, in termijnen te betalen, op voorwaarde dat vertragingsrente wordt berekend, en dat het saldo van de schuld door een gewone bankgarantie wordt gedekt'.

12 Het aan die brief gehechte model van bankgarantie voorziet in een aanvankelijke duur van een jaar, die automatisch voor nieuwe perioden van een jaar kan worden verlengd, indien de garantie door de bank niet wordt herroepen. In geval van herroeping is verzoekster verplicht, binnen een termijn van vijftien dagen het bedrag van de geldboete, vermeerderd met de vervallen rente, te betalen.

13 Bij op 19 oktober 1999 ter griffie neergelegd verzoekschrift heeft verzoekster krachtens artikel 242 EG het onderhavige verzoek ingediend, dat strekt tot:

— opschorting van [de bestreden] beschikking [van de Commissie] (...), voor zover haar in artikel 8 daarvan een geldboete van 13,75 miljoen euro

wordt opgelegd, tot definitief uitspraak is gedaan over zaak T-191/98 en iedere hogere voorziening die daarop betrekking heeft, en tot aan de ondertekening van de beschikking waarmee deze kortgedingprocedure wordt beëindigd;

— verwijzing van de Commissie in de kosten van deze kortgedingprocedure.

(...)

15 De Commissie heeft op 29 oktober 1999 schriftelijke opmerkingen ingediend.

16 De rechter in kort geding heeft verzoekster verzocht, tijdens de hoorzitting een aantal schriftelijke vragen te beantwoorden.

17 Partijen zijn op 12 november 1999 in hun mondelinge opmerkingen gehoord. Tijdens de hoorzitting is verzoekster verzocht, haar antwoorden op de haar gestelde schriftelijke vragen te vervolledigen. Op 3 december 1999 heeft de Commissie opmerkingen gemaakt over de op 26 november ter griffie ingekomen aanvullende antwoorden van verzoekster.

18 Op 7 december 1999 heeft de rechter in kort geding verzoekster verzocht, zich uit te spreken over een aantal vragen die de Commissie in haar opmerkingen van 3 december had opgeworpen. Verzoekster heeft geantwoord bij op 15 december 1999 ter griffie neergelegde brief.

19 Bij beschikking van diezelfde dag (Cho Yang Shipping/Commissie, T-191/98 R II, Jurispr. 1999, blz. II-3909) heeft de rechter in kort geding de opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking [van de Commissie] bevolen tot aan de ondertekening van de beschikking waarmee deze kortgedingprocedure wordt beëindigd, en heeft hij de overlegging gelast van de door een accountantscontrolekantoor met internationale reputatie onderzochte en gefiatteerde jaarrekening betreffende het op 31 december 1999 afgesloten boekjaar, vergezeld van een brief van dat kantoor waarin wordt verklaard, dat het bedrag van de bij [de bestreden] beschikking (...) aan verzoekster opgelegde geldboete, zowel de hoofdsom als de rente, in die jaarrekening is opgevoerd. Ten slotte preciseerde punt 3 van het dictum van die beschikking [van het Gerecht], dat tot op het ogenblik waarop deze kortgedingprocedure wordt beëindigd, over de aan verzoekster opgelegde geldboete overeenkomstig artikel 10 van [de bestreden] beschikking [van de Commissie] rente op de voet van 7,5 % per jaar verschuldigd zou blijven.

20 Op 31 maart 2000 heeft verzoekster ter griffie een verslag van het kantoor Seo Il & Company neergelegd, waarin haar jaarrekening betreffende het boekjaar 1999 werd voorgesteld. Bij op 19 april 2000 ter griffie neergelegde brief heeft de Commissie opmerkingen over die rekening gemaakt."

De bestreden beschikking van het Gerecht

6 Bij de bestreden beschikking wees de president van het Gerecht het verzoek in kort geding af.

7 Rekwirantes vordering tot het verkrijgen van voorlopige maatregelen tot definitief uitspraak is gedaan over een hogere voorziening tegen het arrest van het Gerecht in de zaak Atlantic Container Line e.a./Commissie, reeds aangehaald, werd door de rechter in kort geding meteen kennelijk niet-ontvankelijk verklaard. De rechter in kort geding oordeelde immers, in punt 41 van de bestreden beschikking, dat hij niet bevoegd was voorlopige maatregelen te gelasten die bedoeld zijn om effect te sorteren tot aan de uitspraak van een arrest van het Hof over een hogere voorziening die zou kunnen worden ingesteld tegen het arrest van het Gerecht waarmee de hoofdzaak wordt beëindigd.

8 De rechter in kort geding stelde vervolgens in punt 42 vast, dat rekwirante concludeerde tot opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking van de Commissie voor zover haar in artikel 8 daarvan een geldboete van 13 750 000 euro werd opgelegd, terwijl de Commissie in haar kennisgeving van 25 september 1998 had gepreciseerd, dat zij in geval van beroep niet tot invordering van de geldboete zou overgaan, voor zover rekwirante een bankgarantie zou stellen die het bedrag van de boete in hoofdsom en rente dekte. De rechter in kort geding was van oordeel, dat het verzoek tot opschorting van de tenuitvoerlegging in die omstandigheden slechts kon strekken tot ontheffing van de verplichting een bankgarantie te stellen als voorwaarde voor het niet onmiddellijk invorderen van het bedrag van de bij de bestreden beschikking opgelegde geldboete. Dienaangaande herinnerde hij eraan dat, om het in artikel 242 EG geformuleerde beginsel dat een beroep bij het Hof geen schorsende werking heeft, niet uit te hollen, het verzoek van rekwirante slechts onder uitzonderlijke omstandigheden kan worden bewilligd [beschikkingen van 6 mei 1982, AEG/Commissie, 107/82 R, Jurispr. blz. 1549, punt 6, en 14 december 1999, DSR-Senator Lines/Commissie, C-364/99 P(R), Jurispr. blz. I-8733, punt 48].

9 Daar de Commissie het bestaan van een fumus boni juris had erkend, onderzocht de rechter in kort geding in punt 43 of rekwirante het bewijs had geleverd, dat zij onmogelijk de gevraagde garantie kon stellen zonder haar bestaan in gevaar te brengen, en dat dus aan de voorwaarde van spoedeisendheid was voldaan. Hij was dienaangaande van oordeel dat de relevantie van de brieven waarbij de banken weigerden de vereiste garantie te verstrekken, moest worden beoordeeld in het licht van de objectieve economische situatie van rekwirante.

10 Met het oog op een dergelijk onderzoek, dat een ingewikkelde analyse van talrijke boekhoudkundige en financiële gegevens vereist, en gezien de op handen zijnde sluiting van het boekjaar 1999, gelastte de rechter in kort geding rekwirante, bij voornoemde beschikking van 15 december 1999, Cho Yang Shipping/Commissie, vóór 1 april 2000 de rekening van haar laatste boekjaar over te leggen.

11 Na afloop van dit onderzoek stelde de rechter in kort geding in punt 45 van de bestreden beschikking van het Gerecht vast, dat rekwirante niet had bewezen dat zij ernstige schade dreigde te lijden die een opschorting van tenuitvoerlegging kon rechtvaardigen.

12 De rechter in kort geding overwoog dienaangaande in de punten 46 en 47 dat de door rekwirante aangevoerde moeilijkheden hun oorsprong vonden in feiten die van vóór de bestreden beschikking van de Commissie dateren. Sinds 1995 ging rekwirante immers onder een zware schuldenlast gebukt. Haar financiële toestand was in 1996 verslechterd en zij werd bovendien getroffen door de economische en monetaire crisis in Azië van 1997.

13 De rechter in kort geding constateerde evenwel in punt 48 dat rekwirantes situatie sedert 1998 aanzienlijk was verbeterd. Om te beginnen had rekwirante tussen 1997 en 1998 haar passief met meer dan 16 % verminderd, en tussen 1998 en 1999 met meer dan 34 %. In 1999 bedroeg het passief 557 miljard KRW (Koreaanse won), ongeveer de helft van het passief van 1997. Vervolgens was rekwirante dankzij het tussen de Seoul Bank en de Cho Yang Group gesloten herstructureringsplan in staat, aan het einde van het boekjaar 1999 de tijdens het vorige boekjaar overgedragen verliezen van 480 miljard weg te werken en een bedrijfsresultaat van 46 miljard KRW voor een nettoresultaat van meer dan 253 miljard KRW te boeken. In de loop van dat boekjaar waren haar eigen middelen gestegen van - 427 miljard KRW tot 96 miljard KRW, en was haar schuldratio (passief/eigen middelen) gedaald tot 6, een niveau dat bijna vijfmaal lager was dan in 1996. Haar rentelast was gedaald van 117 miljard naar 73 miljard KRW. In het tweede semester van 1999 had rekwirante betere resultaten geboekt dan zij bij het indienen van haar verzoek in kort geding had verwacht.

14 De rechter in kort geding erkende in punt 49, dat ondanks die gunstige evolutie de onmiddellijke verkoop van rekwirantes vaartuigen en onroerende activa niet voldoende liquide middelen zou hebben vrijgemaakt om de geldboete te betalen. Hij voegde er evenwel aan toe dat rekwirante over deelnemingen in de vennootschappen Dong Seoul en Dong Young Shipping beschikte, die bestemd waren om in het kader van het herstructureringsplan door de geldschieters weldra te gelde te worden gemaakt en waarvan het bedrag veel hoger was dan dat van de geldboete.

15 In punt 50 stelde de rechter in kort geding ten slotte vast, dat rekwirante inmiddels over een zekere marge voor zelffinanciering beschikte. De in 1999 liquide gemaakte middelen, ofschoon lager dan het bedrag dat nodig was om de geldboete te betalen, hadden rekwirante in staat moeten stellen, zich een

bankgarantie te verschaffen of, bij gebreke daarvan, geldmiddelen waarmee zij de geldboete kon betalen. De weigeringen die rekwirante vóór de bekendmaking van de rekeningen betreffende het boekjaar 1999 van de aangezochte banken had ontvangen, waren op dat punt irrelevant.

16 De rechter in kort geding concludeerde in punt 51 dat het in die situatie voor rekwirante niet onmogelijk was een bankgarantie te stellen zonder haar bestaan in gevaar te brengen. Gelet op de algemene verbetering van haar situatie zou de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking van de Commissie vóór een arrest ten gronde wordt gewezen, rekwirante geen ernstige schade berokkenen die niet zou kunnen worden goedgemaakt wanneer de betrokken beschikking door het Gerecht nietig zou worden verklaard. Aan de voorwaarde van spoedeisendheid was dus niet voldaan.

17 De rechter in kort geding merkte bovendien op dat de afweging van de betrokken belangen zich tegen inwilliging van rekwirantes vordering verzette. Het algemeen belang bij de naleving van de bestreden beschikking van de Commissie, dat verbonden is met het verzekeren van de werking van de communautaire mededingingsregels en met het afschrikkend effect van de door de Commissie opgelegde geldboeten, had immers voorrang boven het eigen belang van rekwirante, die inmiddels niet langer het risico liep dat haar ernstige en onherstelbare schade zou worden berokkend.

De hogere voorziening

Argumenten van rekwirante

18 Ter staving van haar hogere voorziening voert rekwirante vier middelen aan: onjuiste interpretatie van de aan de president van het Gerecht voorgelegde

bewijzen, schending van de procedure door de president van het Gerecht, onjuiste rechtsopvatting van de rechter in kort geding bij de toepassing van het criterium voor de opschorting van tenuitvoerlegging alsmede een onjuiste rechtsopvatting van deze rechter bij de beoordeling van zijn bevoegdheid.

19 Met het eerste middel wordt de rechter in kort geding verweten, bij de beoordeling van de spoedeisendheid en bij de belangenafweging de hem voorgelegde bewijzen onjuist te hebben geïnterpreteerd.

20 Hoewel rekwirante toegeeft dat haar financiële situatie, globaal genomen, verbeterd is, verwijt zij de rechter in kort geding zich bij de beschrijving van haar situatie in 1999 in het bijzonder te hebben gebaseerd op haar bedrijfsresultaat, waarin geen rekening wordt gehouden met de zware rentelast die op haar drukt, en op haar nettoresultaat, dat positief is, niet wegens winsten uit bedrijfsactiviteiten maar alleen wegens de verkoop van activa overeenkomstig het herstructureringsplan, waarvan de opbrengst onmiddellijk aan de banken is betaald om haar schuldenlast te verminderen.

21 Op die manier is de rechter in kort geding voorbijgegaan aan de rente die op rekwirante drukt wegens haar zeer hoge schulden bij de banken, en aan de meest relevante aanwijzing in verband met haar bekwaamheid om inkomsten te blijven produceren, namelijk het feit dat zij, afgezien van het buitengewone feit van de verkoop van activa, in 1999 een gewoon verlies van 7 miljard KRW (4 miljoen euro) heeft geboekt.

22 Rekwirantes financiële toestand blijft dan ook zeer broos ondanks de verbeteringen ten gevolge van het herstructureringsplan dat pas eind 2002 volledig zal zijn uitgevoerd.

23 Een onjuiste interpretatie van de bewijzen is ook de gevolgtrekking van de rechter in kort geding, dat rekwirante in de nabije toekomst uit de verkoop van haar participaties in Dong Young Shipping en Dong Seoul liquide middelen kan putten die veel hoger zijn dan de geldboete, namelijk respectievelijk... volgens de raming in het herstructureringsplan.

24 Zoals in nota 5 van de gecontroleerde rekening van rekwirante betreffende boekjaar 1999 wordt vermeld, waren deze participaties ten belope van maximaal 70,202 miljard KRW verpand bij de Seoul Bank. De opbrengst van de verkoop van deze participaties kan dan ook niet dienen voor de betaling van de door de Commissie opgelegde geldboete.

25 Bovendien heeft rekwirante, zoals blijkt uit haar antwoord op de vragen van het Gerecht, van de Seoul Bank een nieuwe termijn gekregen voor de verkoop van haar participaties in Dong Young Shipping en Dong Seoul, namelijk respectievelijk juni 2000..., aangezien zij vóór het einde van 1998, zoals in het herstructureringsplan was bepaald, geen koper voor deze participaties had kunnen vinden. Pas op 17 augustus 2000 is rekwirante er uiteindelijk in geslaagd haar participatie in Dong Young Shipping te verkopen voor een bedrag van..., dat onmiddellijk aan de Seoul Bank is betaald. Haar participatie in Dong Seoul heeft rekwirante nog steeds niet kunnen verkopen. De opbrengst van deze verkoop zou zij in het beste geval eerst in handen krijgen een jaar nadat het Gerecht de bestreden beschikking heeft gegeven.

26 De rechter in kort geding heeft de hem voorgelegde bewijzen ook onjuist geïnterpreteerd door aan de hand van een criterium dat door geen enkele van rekwirantes banken is toegepast, en dat geen rekening houdt met de houding van de banken jegens rekwirante, te concluderen dat rekwirante inmiddels in staat moest zijn een bankgarantie of een lening te verkrijgen waarmee zij het bedrag van de geldboete kon betalen.

27 Rekwirante heeft echter bewezen dat haar voornaamste bank, de Seoul Bank, en drie andere banken in november 1998 en in juli en augustus 1999 hadden geweigerd haar een bankgarantie te verstrekken, en wel om dezelfde redenen, namelijk de zeer lage ratio tussen de door rekwirante gestelde garantie en haar lopende schulden — een ratio die veel lager was dan die welke de banken volgens hun richtlijnen toepassen — en verder het dubbele feit dat het passief van rekwirante haar vrijgekomen kapitaal overschreed en dat haar ratio schulden/eigen middelen veel hoger was dan in een normale situatie gangbaar is. De banken weigerden in 1999 eveneens de opening van een nieuwe kredietlijn voor rekwirante.

28 Anders dan wat de rechter in kort geding heeft vastgesteld, volgt uit de omstandigheid dat haar liquide middelen niet volledig door haar rentelast werden opgeslorpt, niet dat rekwirante in staat is een bankgarantie te verkrijgen. Deze liquide middelen worden immers gebruikt om de bestaande leningen terug te betalen. Dat de conclusie waartoe de rechter in kort geding is gekomen, onjuist is, wordt bevestigd door het feit dat rekwirantes banken haar opnieuw een bankgarantie hebben geweigerd op grond van haar gecontroleerde rekening betreffende het boekjaar 1999.

29 De onjuiste interpretatie van de bewijzen betreffende de drie essentiële punten, namelijk rekwirantes resultaten met betrekking tot het boekjaar 1999, de verkoop van haar participaties in Dong Young Shipping en Dong Seoul alsmede haar mogelijkheden om een bankgarantie of een lening te verkrijgen, ontkracht volkomen de conclusie van de rechter in kort geding dat in casu niet was voldaan aan de voorwaarde inzake spoedeisendheid, alsook zijn afweging van de belangen. Om het verzoek tot opschorting van tenuitvoerlegging af te wijzen, overwoog de rechter in kort geding immers, dat aangezien rekwirante geen ernstige en onherstelbare schade dreigde te lijden, haar belang er gewoon in bestond de onmiddellijke betaling van de geldboete te vermijden.

30 Met het tweede middel wordt de rechter in kort geding verweten dat hij de procedureregels heeft geschonden door rekwirante niet de mogelijkheid te bieden schriftelijke of mondelinge opmerkingen in te dienen over haar financiële situatie na de vaststelling van de gecontroleerde rekening betreffende het boekjaar 1999.

Daarmee heeft hij de door het gemeenschapsrecht beschermde rechten van de verdediging en het door dit recht gehuldigde beginsel audi alteram partem geschonden.

31 Rekwirante stelt dienaangaande dat de beperkte draagwijdte van de hogere voorziening bij het Hof is gebaseerd op de veronderstelling dat partijen alle relevante vragen voor het Gerecht hebben kunnen bespreken.

32 Nadat zij haar gecontroleerde rekening betreffende het boekjaar 1999 aan de rechter in kort geding had overgelegd, verwachtte rekwirante, net als de Commissie, dat zij hierover schriftelijke opmerkingen zou kunnen indienen of door de rechter in kort geding zou worden verzocht een aantal detailvragen over de evolutie van haar financiële toestand te beantwoorden. Zij had op zijn minst verwacht dat een hoorzitting zou worden gehouden, zoals de rechter in kort geding uitdrukkelijk had overwogen, aangezien de bestreden beschikking van het Gerecht gevolgen had voor haar rechtspositie door een einde te maken aan de bij de beschikking van 15 december 1999, Cho Yang Shipping/Commissie, reeds aangehaald, verleende opschorting van tenuitvoerlegging.

33 Door deze schending van de procedureregels kreeg rekwirante niet de mogelijkheid om de rechter in kort geding te overtuigen van de gegrondheid van haar argumenten, met name wat het eerste middel betreft, en in het bijzonder om het belangrijkste bewijs over te leggen ter zake van de vraag of zij na de vaststelling van de gecontroleerde rekening betreffende het boekjaar 1999 in staat was een bankgarantie of een lening te verkrijgen, namelijk de nieuwe weigeringsbrieven van vier banken. Meer in het algemeen heeft rekwirante de vooruitgang in haar herstructureringsproces niet aan de rechter in kort geding kunnen voorleggen.

34 Met het derde middel wordt de rechter in kort geding verweten dat hij blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de toepassing van het criterium voor de opschorting van tenuitvoerlegging door nodeloos restrictief te zijn bij zijn onderzoek van eventuele uitzonderlijke omstandigheden die een afwijking van de verplichting om een bankgarantie te stellen, rechtvaardigen.

35 Bij de beoordeling van deze omstandigheden had de rechter in kort geding de volgende drie omstandigheden in overweging moeten nemen.

36 In de eerste plaats is nog niet door een onafhankelijke en onpartijdige rechter overeenkomstig de beginselen van het gemeenschapsrecht het bestaan van een inbreuk op het gemeenschapsrecht vastgesteld.

37 Deze omstandigheid is van bijzonder belang voor de opschorting van de verplichting tot betaling van een door de Commissie opgelegde boete op het gebied van de mededinging. De beschikking waarbij een geldboete wordt opgelegd, ten uitvoer leggen vóór het Gerecht zijn arrest heeft gewezen, betekent dat een onderneming wegens schending van de mededingingsregels wordt gestraft voordat deze schending door een onafhankelijke en onpartijdige rechter is vastgesteld.

38 Alleen het gedurende de gehele procedure opschorten van een wegens schending van de mededingingsregels door de Commissie opgelegde geldboete, zonder verplichting om een bankgarantie te stellen, is volkomen in overeenstemming met de rechten van de verdediging en de toegang tot de rechter. Naar aanleiding van beschikking DSR-Senator Lines/Commissie, reeds aangehaald, heeft DSR Senator Lines GmbH bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens trouwens beroep ingesteld tegen de vijftien lidstaten van de Europese Unie, op grond dat de niet-opschorting van de haar bij die beschikking opgelegde geldboete in strijd was met het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

39 In de tweede plaats is de procedure in rechte voor de vaststelling van het passende bedrag van de geldboete nog niet ten einde.

40 Welnu, wanneer de hoofdvordering krachtens artikel 229 EG wordt ingesteld, beschikt de gemeenschapsrechter over volledige rechtsmacht om de door de Commissie opgelegde geldboete in te trekken of te verlagen.

41 Dat in fine de gemeenschapsrechter het passende bedrag vaststelt van de geldboete die is opgelegd aan de onderneming die de mededingingsregels heeft overtreden, is een belangrijke omstandigheid die de rechter in kort geding in aanmerking moet nemen wanneer hij opschorting van de tenuitvoerlegging van deze geldboete gelast.

42 In de derde plaats verschuift de opschorting van de invordering van een geldboete alleen het tijdstip waarop het geldbedrag moet worden betaald, zonder dat de mededinging of derden hiervan gevolgen ondervinden.

43 De rechter in kort geding moet met deze belangrijke omstandigheid rekening houden bij zijn beslissing over de opschorting van de tenuitvoerlegging. Op zijn minst mag hij voor de opschorting van de invordering van een geldboete niet strenger zijn dan voor de opschorting van andere maatregelen die de Commissie ondernemingen ter beëindiging van een schending van de mededingingsregels kan opleggen, een opschorting waarvoor geen uitzonderlijke omstandigheden behoeven te worden aangetoond.

44 Wegens deze drie omstandigheden had de rechter in kort geding zich minder streng moeten opstellen wat het bestaan van uitzonderlijke omstandigheden betreft.

45 Dat rekwirante in casu kennelijk in financiële moeilijkheden verkeert, dat voor haar activiteiten een herstructureringsplan geldt dat door haar voornaamste bank is opgelegd overeenkomstig de aanwijzingen van een overheidsinstantie, en dat zij

kan bewijzen niet in staat te zijn een bankgarantie ten belope van de geldboete en de vervallen rente hiervan te verkrijgen, zijn omstandigheden die als uitzonderlijk moeten worden aangemerkt en die de opschorting van de verplichting tot betaling van de door de Commissie opgelegde geldboete rechtvaardigen.

46 Met het vierde en laatste middel wordt de rechter in kort geding verweten dat hij blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zich op het standpunt te stellen, dat hij niet bevoegd is voorlopige maatregelen te gelasten die bedoeld zijn om effect te sorteren tot aan de uitspraak van een arrest van het Hof op hogere voorziening tegen het arrest van het Gerecht waarmee de hoofdzaak wordt beëindigd.

47 Deze conclusie berust op een onjuiste rechtsopvatting, althans voor zover zij betrekking heeft op de opschorting van de invordering van een geldboete voor overtreding van de mededingingsregels. Dienaangaande is het in het belang van een goede rechtsbedeling dat het Gerecht bevoegd is om opschorting van de tenuitvoerlegging te verlenen die ook de duur van de hogere voorziening tegen het arrest ten gronde omvat. Zodra hogere voorziening is ingesteld, is het Hof bevoegd om in geval van wijziging van de omstandigheden de opschorting te wijzigen of te beëindigen.

48 Uit de artikelen 83, lid 1, en 118 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof blijkt haars inziens dat het Hof niet bevoegd is om opschorting van de tenuitvoerlegging te verlenen totdat hogere voorziening is ingesteld. Om de daadwerkelijke bescherming van de betrokken ondernemingen te garanderen, moet het Gerecht derhalve op zijn minst kunnen gelasten dat de tenuitvoerlegging van een beschikking waarbij een geldboete wordt opgelegd, wordt opgeschort tot na afloop van de termijn waarbinnen hogere voorziening tegen zijn arrest ten gronde kan worden ingesteld.

Argumenten van de Commissie

49 De Commissie herinnert er om te beginnen aan dat zij rekwirante niet om onmiddellijke betaling van de opgelegde geldboete heeft gevraagd. De door rekwirante ingeleide procedure in kort geding heeft dan ook uitsluitend betrekking op de verplichting om een bankgarantie te stellen. Volgens vaste rechtspraak kan een verzoek om vrijstelling van deze verplichting evenwel alleen in uitzonderlijke omstandigheden worden ingewilligd, wanneer het objectief onmogelijk is een dergelijke garantie te stellen of indien de garantie op zich de verzoeker ernstige en onherstelbare schade zou berokkenen.

50 Volgens de Commissie is het eerste middel, betreffende onjuiste interpretatie door de rechter in kort geding van de hem voorgelegde bewijzen, niet-ontvankelijk en in elk geval ongegrond.

51 De argumenten ter staving van dit middel komen in feite neer op het betoog dat de rechter in kort geding zich heeft vergist bij de beoordeling van de financiële situatie van rekwirante of meer belang had moeten hechten aan bepaalde in de bestreden beschikking van het Gerecht aangehaalde gegevens en minder aan andere gegevens. Hierover kan evenwel geen hogere voorziening worden ingesteld.

52 Anders dan rekwirante meent de Commissie dat de rechter in kort geding geen onjuiste interpretatie van de hem voorgelegde bewijzen heeft gegeven en dat de bestreden beschikking van het Gerecht met betrekking tot deze bewijzen volkomen gerechtvaardigd is.

53 Zo is het herstel van de financiële gezondheid van rekwirante niet uitsluitend afgeleid uit haar bedrijfsresultaat en uit haar nettoresultaat voor het op 31 december 1999 afgesloten boekjaar. De rechter in kort geding heeft rekening gehouden met een aantal gegevens, waaronder eveneens de opmerkelijke verbetering van het actief van rekwirante en van haar ratio schuld/eigen middelen, de aanzienlijke vermindering van haar passief en van de rente op haar

schulden bij de banken, de goede resultaten van het tweede semester 1999 alsmede het herstel dankzij de herstructurering.

54 Het resultaat van de gecontroleerde rekeningen betreffende het boekjaar 1999 bevestigt in elk geval dat de financiële situatie van rekwirante spectaculair is verbeterd. Haar gewone verliezen, die in 1999 7 miljard KRW beliepen, moeten worden vergeleken met die van 1998, die meer dan 100 miljard KRW bedroegen. Uit deze verliezen blijkt dat rekwirante in het tweede semester van 1999 winst heeft gemaakt, aangezien de verliezen in het eerste semester van hetzelfde jaar op 9 miljard KRW werden geraamd.

55 De vermindering van de schuld van rekwirante en bijgevolg van de daarop betaalde rente, die in de bestreden beschikking van het Gerecht in aanmerking wordt genomen, is bijzonder belangrijk omdat het daardoor mogelijk wordt haar positief bedrijfsresultaat in gewone winst om te zetten. De rentelast van rekwirante is sinds 1997 evenwel met de helft gedaald en tijdens het tweede semester van 1999 heeft zich op dat gebied een aanzienlijke verbetering voorgedaan.

56 Ook de vermoedelijke verkoop van de participaties van rekwirante in Dong Seoul en Dong Young Shipping is slechts een van de elementen waarmee de rechter in kort geding rekening heeft gehouden bij de beoordeling van haar financiële situatie. Deze verkoop is alleen vermeld als antwoord op het argument dat de schepen en de onroerende goederen van rekwirante een waarde hadden die... Overigens zal de betaling van de opbrengst van deze verkoop de balanspositie van rekwirante en haar rentelast verminderen, wat de conclusie bevestigt waartoe de rechter in kort geding is gekomen. Bovendien zal slechts 70 van de... miljard KRW die rekwirante uit deze verkoop denkt te halen, aan de vermindering van haar schuld worden besteed.

57 Overigens vormen de liquide middelen waarover rekwirante beschikt, slechts één aanwijzing dat haar financiële situatie is verbeterd en dat zij een positievere houding van haar banken kon verwachten indien deze moesten kiezen tussen bijstand verlenen dan wel tot vereffening overgaan.

58 Het tweede middel, dat de rechter in kort geding de procedureregels heeft geschonden door rekwirante niet de mogelijkheid te bieden opmerkingen te maken over haar financiële situatie na de vaststelling van de gecontroleerde rekeningen met betrekking tot het boekjaar 1999, is volgens de Commissie ongegrond.

59 De voorlopige opschorting van de bestreden beschikking van de Commissie bij voornoemde beschikking van 15 december 1999, Cho Yang Shipping/Commissie, en het verzoek om overlegging van de gecontroleerde rekeningen betreffende het boekjaar 1999, hadden tot doel, de rechter in kort geding in staat te stellen de argumenten van rekwirante te beoordelen op basis van de definitieve cijfers in plaats van op basis van de ramingen van partijen. Het was dus niet nodig punten te bespreken die reeds grondig waren onderzocht. Aldus heeft de Commissie alleen uitgelegd om welke redenen de definitieve cijfers haar argumenten bevestigden. In elk geval heeft rekwirante alle nodige opmerkingen over deze rekening kunnen maken op het ogenblik dat zij deze aan de rechter in kort geding overlegde.

60 Verder had rekwirante, indien zij dat nuttig achtte, de president van het Gerecht alle aanvullende inlichtingen over het verloop van haar herstructurering en de nieuwe brieven van de banken die een bankgarantie weigerden, kunnen meedelen.

61 Volgens de Commissie is het derde middel, betreffende een onjuiste rechtsopvatting bij de toepassing van het criterium voor de opschorting van tenuitvoerlegging door de rechter in kort geding, niet ontvankelijk, voor zover rekwirante voor deze rechter niet heeft aangevoerd dat de restrictieve rechtspraak betreffende de mogelijkheid om de betaling van een geldboete op te schorten zonder een bankgarantie te stellen, principieel onjuist is.

62 Zelfs indien dit middel ontvankelijk werd verklaard, zou het in geen geval gegrond zijn. De rechter in kort geding heeft immers alleen het in de rechtspraak van het Hof gehuldigde criterium van de uitzonderlijke omstandigheden toegepast.

63 Voor zover een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie de schending van het communautaire mededingingsrecht nog niet heeft vastgesteld en de procedure in rechte ter vaststelling van het passende bedrag van de wegens deze schending opgelegde geldboete nog niet is afgerond, kan de verplichting om de geldboete te betalen, zonder opschorting in geval van beroep bij een onafhankelijke rechterlijke instantie, strijdig zijn met artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden of met de overeenkomstige fundamentele beginselen van het gemeenschapsrecht, indien deze verplichting tot onmiddellijke betaling tot gevolg heeft dat de betrokken onderneming de toegang tot de rechter wordt ontzegd, met name omdat de betaling van de geldboete tot vereffening van de onderneming zou leiden.

64 Dat is in casu evenwel niet het geval. De Commissie zelf verleent opschorting van de invordering van de geldboete op voorwaarde dat een bankgarantie wordt gesteld. Indien de betrokken onderneming het bestaan van uitzonderlijke omstandigheden kan aantonen, namelijk dat zij werkelijk niet in staat is deze garantie te stellen, kan zij van de rechter in kort geding bovendien een beschikking krijgen waarbij de verplichting tot het stellen van de garantie wordt opgeschort.

65 Het verzoekschrift dat DSR-Senator Lines bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft ingediend, betreft een wezenlijk andere aangelegenheid, namelijk de mogelijkheid voor de gemeenschapsrechter om rekening te houden met de financiële draagkracht van de groep waartoe de betrokken onderneming behoort, zelfs wanneer deze een van deze groep onderscheiden rechtspersoon vormt.

66 Voorts is het argument dat de opschorting van de invordering van een geldboete geen rechtstreekse invloed op de mededinging heeft, om twee redenen niet-ontvankelijk, namelijk omdat het niet voor de president van het Gerecht is aangevoerd en omdat het diens afweging van de belangen ter discussie wil stellen.

67 Inzake de opschorting van de invordering van een geldboete en de opschorting van de tenuitvoerlegging van de andere maatregelen die de Commissie aan de

bedrijven kan opleggen om een einde te maken aan een overtreding van de mededingingsregels, past de rechter in kort geding hoe dan ook hetzelfde criterium toe, namelijk dat de opschorting noodzakelijk is om ernstige en onherstelbare schade te voorkomen. De verplichting om het bestaan van uitzonderlijke omstandigheden aan te tonen teneinde opschorting te verkrijgen van de verplichting om een bankgarantie te stellen, is gewoon een gevolg van de omstandigheid dat de opschorting van de invordering van de boete reeds bestaat en dat alleen in uitzonderlijke gevallen opschorting van de verplichting om een bankgarantie te stellen kan worden verleend.

68 Het vierde en laatste middel ten slotte, betreffende de onjuiste rechtsopvatting waarvan de rechter in kort geding blijk zou hebben gegeven bij de beoordeling van zijn bevoegdheid, is volgens de Commissie ongegrond omdat de president van het Gerecht niet bevoegd is om voorlopige maatregelen te gelasten totdat definitief uitspraak is gedaan op een hogere voorziening tegen het arrest van het Gerecht waarmee de hoofdzaak is beëindigd. Wanneer de zaak bij het Hof aanhangig is gemaakt, staat het immers aan deze rechterlijke instantie te beslissen of de beschikking van de Commissie moet worden opgeschort totdat het arrest wordt gewezen.

69 De Commissie meent integendeel dat het niet onredelijk is te stellen dat de rechter in kort geding bevoegd is om de invordering van een geldboete op te schorten totdat de termijn om hogere voorziening in te stellen, verstreken is.

70 Zelfs al zou de rechter in kort geding blijk hebben gegeven van een onjuiste opvatting van zijn bevoegdheid om opschorting van de tenuitvoerlegging te gelasten tot de uitspraak van het definitieve arrest van het Hof, dan had deze vergissing volgens de Commissie hoe dan ook geen invloed op de uitkomst van de hogere voorziening, aangezien de rechter in kort geding de argumenten van rekwirante betreffende de noodzaak om opschorting van tenuitvoerlegging te gelasten heeft verworpen.

71 Aangezien de schriftelijke opmerkingen van partijen alle inlichtingen bevatten die nodig zijn om uitspraak te doen op de hogere voorziening, hoeven zij niet te worden gehoord in hun mondelinge opmerkingen.

Beoordeling

72 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat volgens artikel 225 EG en artikel 51 van 's Hofs Statuut-EG de hogere voorziening alleen rechtsvragen kan betreffen en gebaseerd moet zijn op middelen ontleend aan onbevoegdheid van het Gerecht, onregelmatigheden in de procedure voor het Gerecht waardoor aan de belangen van de verzoekende partij afbreuk is gedaan, dan wel schending van het gemeenschapsrecht door het Gerecht.

73 Het Gerecht is als enige bevoegd om, enerzijds, de feiten vast te stellen, tenzij uit het hem voorgelegde dossier zou blijken dat zijn vaststellingen materieel onjuist zijn, en, anderzijds, die feiten te beoordelen.

74 Voorts is het Hof in beginsel niet bevoegd de bewijzen te onderzoeken waarop het Gerecht zich voor de vaststelling of de beoordeling van de feiten heeft gebaseerd. Wanneer de algemene rechtsbeginselen en de procedureregels inzake de bewijslast en de bewijsvoering in acht zijn genomen, staat het immers uitsluitend aan het Gerecht om te beoordelen, welke waarde aan de hem voorgelegde gegevens moet worden toegekend [beschikking van 25 juni 1998, Nederlandse Antillen/Raad, C-159/98 P(R), Jurispr. blz. I-4147, punt 68].

75 Rekening houdend met deze elementen moeten de middelen van de hogere voorziening worden onderzocht.

76 Met haar eerste middel stelt rekwirante dat de rechter in kort geding de hem voorgelegde bewijzen onjuist heeft geïnterpreteerd met betrekking tot haar resultaat voor 1999, de verkoop van haar participaties in Dong Young Shipping en Dong Seoul en haar mogelijkheden om een bankgarantie of een lening te verkrijgen.

77 Dienaangaande zij opgemerkt dat uit de stellingen van rekwirante noch uit de bestreden beschikking van het Gerecht blijkt dat de vaststellingen van de rechter in kort geding met betrekking tot de in het vorige punt genoemde drie elementen materieel onjuist zijn.

78 Bovendien heeft de rechter in kort geding, anders dan rekwirante in hogere voorziening stelt, rekening gehouden met de op rekwirante drukkende rentelast en heeft hij zich niet uitsluitend op het bedrijfsresultaat en het nettoresultaat van 1999 gebaseerd toen hij onderzocht of de financiële situatie van rekwirante was verbeterd, zodat zij een bankgarantie kon stellen zonder haar bestaan in gevaar te brengen.

79 Om te concluderen dat de financiële situatie van rekwirante opnieuw vrij gezond was geworden, heeft de rechter in kort geding in punt 48 van de bestreden beschikking rekening gehouden met een aantal elementen, waaronder de opmerkelijke verbetering van haar actief en van haar schuldratio, de aanzienlijke daling van haar passief en van de rente op de schuld, het feit dat in het tweede semester van 1999 betere resultaten zijn geboekt dan verwacht, en het herstel dankzij de herstructurering.

80 Aangaande de participaties van rekwirante in Dong Young Shipping en Dong Seoul zij erop gewezen dat de rechter in kort geding in punt 49 van de bestreden beschikking alleen heeft vastgesteld, dat ofschoon rekwirante moeilijkheden had om deze participaties te gelde te maken, het bedrag ervan veel hoger was dan dat van de geldboete.

81 In deze omstandigheden kan het oordeel van de rechter in kort geding over de bewijselementen, namelijk dat het bedrag van deze participaties alsmede de in 1999 opgebouwde marge voor zelffinanciering, gelet op de verbetering van de financiële situatie van rekwirante, haar in staat moesten stellen een bankgarantie te stellen of, bij gebreke daarvan, geldmiddelen te verkrijgen voor de betaling van de geldboete, in het kader van de hogere voorziening niet opnieuw worden

onderzocht om de in de punten 72 tot en met 74 van de onderhavige beschikking vermelde redenen.

82 Het eerste middel moet derhalve worden afgewezen.

83 In haar tweede middel verwijt rekwirante de rechter in kort geding dat hij de procedureregels heeft geschonden door haar niet de mogelijkheid te geven schriftelijke of mondelinge opmerkingen in te dienen over haar financiële situatie na de vaststelling van de gecontroleerde rekening betreffende het boekjaar 1999.

84 Dienaangaande kan worden volstaan met de vaststelling dat rekwirante voor de president van het Gerecht zowel mondelinge als schriftelijke opmerkingen heeft kunnen indienen over de evolutie van haar financiële toestand. Het onderzoek door de rechter in kort geding van haar gecontroleerde rekening betreffende het boekjaar 1999, die rekwirante vergezeld kon laten gaan van alle opmerkingen die zij nuttig achtte, was dan ook het resultaat van een procedure in rechte waarin rekwirante herhaaldelijk haar argumenten betreffende haar financiële situatie heeft kunnen laten gelden.

85 Dat de president van het Gerecht het niet nodig achtte een nieuwe hoorzitting te houden nadat rekwirante haar gecontroleerde rekeningen betreffende het boekjaar 1999 had ingediend, of haar schriftelijk over deze rekeningen te ondervragen, kan in deze omstandigheden niet als een aantasting van de rechten van de verdediging van rekwirante of van het beginsel audi alteram partem worden beschouwd.

86 Het tweede middel moet dus eveneens worden afgewezen.

87 Met haar derde middel verwijt rekwirante de rechter in kort geding dat hij blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het bestaan van eventuele uitzonderlijke omstandigheden die vrijstelling van de verplichting om een bankgarantie te stellen rechtvaardigen, onnodig restrictief te beoordelen.

88 Er zij aan herinnerd zij dat in een verzoek om vrijstelling van de verplichting om een bankgarantie te stellen, als voorwaarde om niet onmiddellijk tot de invordering van een door de Commissie opgelegde geldboete over te gaan, slechts onder uitzonderlijke omstandigheden kan worden bewilligd. De mogelijkheid om het stellen van zekerheid te eisen, is voor kort gedingen immers uitdrukkelijk geregeld in de reglementen voor de procesvoering van het Hof en van het Gerecht en sluit aan bij een redelijke algemene praktijk van de Commissie (zie, laatstelijk, beschikking DSR-Senator Lines/Commissie, reeds aangehaald, punt 48).

89 De rechter in kort geding heeft dan ook terecht nagegaan of deze uitzonderlijke omstandigheden in casu aanwezig waren, en heeft om de in de punten 78 tot en met 80 van de onderhavige beschikking genoemde redenen geconcludeerd, dat het voor rekwirante niet onmogelijk was een bankgarantie te stellen zonder haar bestaan in gevaar te brengen.

90 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de onderhavige procedure in kort geding niet strekt tot opschorting van de betaling van de geldboete, maar tot vrijstelling van de verplichting voor rekwirante om een bankgarantie te stellen als alternatief voor de onmiddellijke betaling van de geldboete.

91 Rekwirante heeft niet aangetoond om welke reden, bij gebreke van uitzonderlijke omstandigheden, de niet-opschorting van haar verplichting om een bankgarantie te stellen als alternatief voor de onmiddellijke betaling van de boete, strijdig is met de fundamentele beginselen van het gemeenschapsrecht.

92 In dit verband zij vermeld dat de mogelijkheid voor een onderneming om opschorting te verkrijgen van de verplichting tot betaling van een geldboete die haar wegens schending van de mededingingsregels is opgelegd, samen met de mogelijkheid, aan te tonen dat uitzonderlijke omstandigheden een vrijstelling van haar verplichting om een bankgarantie te stellen rechtvaardigen, juist wordt geboden wegens de omstandigheid, dat de overtreding van deze regels nog niet door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie is vastgesteld en dat het bedrag van de geldboete niet definitief is bepaald.

93 In deze omstandigheden heeft de rechter in kort geding niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de beoordeling van de omstandigheden die vrijstelling van de verplichting tot het stellen van een bankgarantie rechtvaardigen.

94 Bijgevolg moet het derde middel worden afgewezen.

95 Met haar vierde en laatste middel verwijt rekwirante de president van het Gerecht dat hij blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door aan te nemen dat hij niet bevoegd was om voorlopige maatregelen te gelasten die bedoeld zijn om effect te sorteren tot aan de uitspraak van een arrest van het Hof op een hogere voorziening tegen het arrest van het Gerecht waarmee de hoofdzaak wordt beëindigd.

96 In de eerste plaats zij vastgesteld dat uit de bewoordingen van de artikelen 242 EG en 243 EG voortvloeit dat opschorting van de tenuitvoerlegging van een handeling — zoals voorlopige maatregelen — alleen kan worden gelast in het kader van een zaak die bij het Hof respectievelijk het Gerecht aanhangig is gemaakt.

97 Vervolgens blijkt uit artikel 107, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht dat indien in de beschikking van de president van het Gerecht

niet de dag wordt bepaald met ingang waarvan de maatregel zijn kracht verliest, deze zijn kracht verliest terstond nadat het eindarrest is uitgesproken.

98 Ten slotte staat het blijkens artikel 53, tweede alinea, van 's Hofs Statuut-EG aan het Hof om in geval van hogere voorziening uitspraak te doen op elk verzoek van een partij om opschorting van tenuitvoerlegging of om voorlopige maatregelen.

99 Hieruit volgt dat de president van het Gerecht alleen bevoegd is om bij met redenen omklede beschikking opschorting van de tenuitvoerlegging van een handeling te verlenen in het kader van het bij het Gerecht aanhangige geding en hij de werking van deze beschikking niet kan uitbreiden tot de eventuele hogere voorziening bij het Hof en dat het Hof als enige bevoegd is om uitspraak te doen op elk verzoek om opschorting van tenuitvoerlegging in het kader van een hogere voorziening.

100 Zoals de president van het Gerecht in punt 41 van de bestreden beschikking terecht heeft overwogen, is hij dan ook niet bevoegd om voorlopige maatregelen te gelasten die bedoeld zijn om effect te sorteren tot aan de uitspraak van een arrest van het Hof op een hogere voorziening tegen het arrest van het Gerecht waarmee de hoofdzaak wordt beëindigd.

101 Derhalve moet het vierde middel eveneens worden afgewezen.

102 Uit een en ander volgt, dat de middelen die rekwirante ter ondersteuning van haar hogere voorziening heeft aangevoerd, ongegrond zijn en dat deze hogere voorziening derhalve dient te worden afgewezen.

Kosten

103 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 118 van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien rekwirante in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten te worden verwezen.

DE PRESIDENT VAN HET HOF

beschikt:

1) De hogere voorziening wordt afgewezen.

2) Cho Yang Shipping Co. Ltd wordt verwezen in de kosten.

Luxemburg, 15 december 2000.

De griffier

R. Grass

De president

G. C. Rodríguez Iglesias