ORDONNANCE DU PRÉSIDENT DE LA COUR
24 juillet 2003 *

Dans l'affaire C-233/03 P(R),

Linea GIG Srl in liquidazione, établie à Sesto Fiorentino (Italie), représentée par M^es^ L. D'Amario et B. Calzia, avvocati, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie requérante,

ayant pour objet un pourvoi formé contre l'ordonnance du président du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 27 mars 2003, Linea GIG/Commission (T-398/02 R, Rec. p. II-1139), et tendant à l'annulation de cette ordonnance,

* Langue de procédure: l'italien.

l'autre partie à la procédure étant:

Commission des Communautés européennes, représentée par M^mes^ L. Pignataro-Nolin et O. Beynet, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie défenderesse en première instance,

LE PRÉSIDENT DE LA COUR,

l'avocat général: M. J. Mischo, entendu,

rend la présente

Ordonnance

1 Par requête déposée au greffe de la Cour le 27 mai 2003, Linea GIG Srl in liquidazione a formé, conformément aux articles 225 CE et 57, deuxième alinéa, du statut de la Cour de justice, un pourvoi contre l'ordonnance du président du Tribunal de première instance du 27 mars 2003, Linea GIG/Commission (T-398/02 R, Rec. p. II-1139, ci-après l'«ordonnance attaquée»), par laquelle celui-ci a rejeté sa demande de mesures provisoires, introduite au titre de l'article 104, paragraphe 1, du règlement de procédure du Tribunal, visant à obtenir le sursis à l'exécution de la décision de la Commission, du 30 octobre

2002, relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (COMP/35.587 PO Video Games, COMP/35.706 PO Nintendo Distribution et COMP/36.321 Omega-Nintendo) (ci-après la «décision litigieuse»), en ce qu'elle lui impose une amende de 1,5 million d'euros.

2 Outre l'annulation de l'ordonnance attaquée, Linea GIG Srl in liquidazione demande qu'il soit fait droit aux conclusions qu'elle avait présentées en première instance et que la Commission soit condamnée aux dépens.

3 Par mémoire déposé au greffe le 16 juin 2003, la Commission a présenté ses observations écrites devant la Cour.

Les faits et la procédure devant le Tribunal

4 Les faits à l'origine du litige et la procédure devant le Tribunal, tels qu'ils sont exposés aux points 1 à 14 de l'ordonnance attaquée, peuvent être résumés de la manière suivante.

5 Linea GIG SpA (ci-après «Linea GIG») a été le distributeur exclusif des produits Nintendo en Italie du 1er octobre 1992 au 31 décembre 1997 au moins. En raison d'une situation économique devenue difficile, son assemblée générale extraordinaire a, le 8 janvier 1999, décidé de mettre la société en liquidation.

6 Ayant été saisi par Linea GIG, le Tribunale civile e penale di Firenze (Italie) a homologué, par jugement du 17 novembre 1999, le concordat préventif («concordato preventivo») présenté par ladite société. Selon ce jugement, cette dernière est tenue de liquider tous ses biens en vue de satisfaire intégralement les créanciers privilégiés et les créanciers chirographaires pour au moins 40 % du montant de leurs créances.

7 Le 30 octobre 2002, la Commission a adopté la décision litigieuse, par laquelle elle a constaté que Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH et sept autres sociétés ayant assuré la distribution des produits de cette dernière, parmi lesquelles figurait Linea GIG, ont enfreint l'article 81, paragraphe 1, CE. Elle a notamment imposé à Linea GIG une amende de 1,5 million d'euros.

8 La décision litigieuse a été notifiée à Linea GIG par lettre de la Commission du 7 novembre 2002. Cette dernière précisait que, au cas où un recours serait introduit devant le Tribunal, elle ne procéderait à aucune mesure de recouvrement de l'amende tant que ce recours ne serait pas jugé, pour autant que la créance produise des intérêts à compter de l'échéance du délai de paiement et qu'une garantie bancaire acceptable soit constituée.

9 Le 24 septembre 2002, Linea GIG a été transformée en société à responsabilité limitée. Depuis cette date, elle a pour dénomination sociale «Linea GIG Srl in liquidazione» (ci-après «Linea»).

10 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 30 décembre 2002, Linea a introduit, en vertu de l'article 230, quatrième alinéa, CE, un recours visant à l'annulation totale ou partielle de la décision litigieuse ou, subsidiairement, à l'annulation ou à la réduction du montant de l'amende qui lui a été infligée par cette décision.

11 Par acte séparé déposé au greffe du Tribunal le 30 janvier 2003, Linea a présenté une demande de sursis à l'exécution de ladite décision dans la mesure où elle lui inflige une amende.

L'ordonnance attaquée

12 Dans l'ordonnance attaquée, le juge des référés a d'emblée constaté, au point 54 de celle-ci, que, dans sa lettre du 7 novembre 2002 notifiant la décision litigieuse, «la Commission a précisé que, en cas de recours, elle ne procéderait à aucune mesure de recouvrement de l'amende pour autant que la requérante constitue une garantie bancaire acceptable. Dans ces conditions, la demande de sursis à exécution ne peut avoir d'autre objet utile que d'obtenir une dispense de l'obligation de constituer une garantie bancaire comme condition de non-recouvrement immédiat du montant de l'amende infligée par [ladite décision]. Une telle demande ne peut être accueillie qu'en présence de circonstances exceptionnelles [ordonnances du président de la Cour du 6 mai 1982, AEG/Commission, 107/82 R, Rec. p. 1549, point 6; [du 14 décembre 1999,] DSR-Senator Lines/Commission, [C-364/99 P(R), Rec. p. I-8733], point 48, et du 23 mars 2001, FEG/Commission, C-7/01 P(R), Rec. p. I-2559, point 44). En effet, la possibilité d'exiger la constitution d'une garantie financière est expressément prévue pour les procédures en référé, par les règlements de procédure de la Cour et du Tribunal, et correspond à une ligne de conduite générale et raisonnable de la Commission».

13 Le juge des référés a rappelé, au point 55 de l'ordonnance attaquée, que l'existence de telles circonstances exceptionnelles «peut, en principe, être considérée comme établie lorsque la partie qui demande à être dispensée de constituer la garantie bancaire requise rapporte la preuve qu'il est objectivement impossible de constituer cette garantie [...] ou que sa constitution risquerait de mettre en péril son existence [...]».

14 À cet égard, il a relevé, au point 59 de l'ordonnance attaquée, que, «à supposer que le recours au principal soit rejeté, cet établissement entrerait en concours avec les autres créanciers sociaux de la requérante et il incomberait encore au juge national de déterminer la nature et le rang de la créance en cause, née après l'ouverture de la procédure de concordat préventif. Le risque ainsi encouru de ne jamais être payé par la requérante apparaît si avéré qu'il convient d'admettre qu'aucun établissement de crédit n'accepterait de constituer la garantie bancaire requise». Dès lors, il a considéré, au point 60 de ladite ordonnance, «que Linea a démontré à suffisance de droit que la situation sociale et financière dans laquelle elle se trouve actuellement rend objectivement impossible l'obtention de la garantie bancaire auprès d'un établissement de crédit».

15 Toutefois, le juge des référés a jugé, au point 61 de l'ordonnance attaquée, que «la mise en balance des intérêts en présence s'oppose à ce qu'il soit fait droit à la présente demande en référé», en se fondant sur les considérations suivantes:

«62 En effet, eu égard aux circonstances particulières du cas d'espèce, le sursis à l'exécution de la [décision litigieuse], dans la mesure où elle impose à la requérante le paiement d'une amende, aurait pour conséquence d'empêcher la Commission d'entamer une quelconque action devant la juridiction nationale en vue de recouvrer l'amende et de sauvegarder, outre son intérêt, les intérêts financiers de la Communauté (ordonnance du 28 juin 2000, Cho Yang Shipping/Commission, [T-191/98 R II, Rec. p. II-2551], point 53), et cela, en réalité, dans le seul dessein de préserver les autres créanciers de Linea. Or, comme la Commission l'a souligné à juste titre, le risque que les actifs de la requérante ne soient plus suffisants pour permettre d'acquitter l'amende, en totalité ou en partie, à la date de l'éventuel rejet du recours au principal, ne peut pas être écarté avec certitude. En outre, il n'est nullement garanti, ainsi que la requérante l'a reconnu lors de l'audition, que la somme de 1,65 million d'euros qu'elle a mise en réserve soit exclusivement destinée au paiement de la dette dont Linea devrait s'acquitter envers la Commission en cas de rejet du recours au principal. Il est donc nécessaire de maintenir le caractère exécutoire de la [décision litigieuse] pour ne pas faire obstacle aux mesures que la Commission considère utiles de prendre aux fins de recouvrer le montant de l'amende infligée par [cette décision].

63 Quant à l'intérêt allégué de Linea et de ses créanciers sociaux à éviter qu'il soit procédé au recouvrement de l'amende, il y a lieu de préciser qu'il ne peut être évalué qu'en fonction de la qualification et du rang de la créance de la Commission qu'il incombe au seul juge national, le cas échéant après saisine de la Cour au titre de l'article 234 CE, d'apprécier.»

16 Partant, le juge des référés a considéré que la balance des intérêts penchait en faveur du rejet de la demande en référé dont il était saisi.

Le pourvoi

17 La requérante invoque deux moyens à l'appui de son pourvoi.

18 Par son premier moyen, elle fait grief au juge des référés d'avoir appliqué de manière erronée le principe de la balance des intérêts. L'impossibilité objective d'obtenir la garantie bancaire réclamée par la Commission exclurait la mise en balance des intérêts. En effet, dès lors que l'existence de circonstances exceptionnelles justifiant la dispense de fournir la garantie bancaire exigée par la Commission a été démontrée, il n'y aurait aucune possibilité d'appliquer la mise en balance des intérêts. Il serait impossible de mettre en balance le risque de la Commission de ne pas recouvrer l'amende avec l'impossibilité matérielle de la requérante de fournir la garantie requise. Si, comme l'a relevé le juge des référés au point 54 de l'ordonnance attaquée, la demande de sursis à exécution ne pouvait avoir d'autre objet utile que d'obtenir une dispense de l'obligation de constituer une garantie bancaire, une fois que l'impossibilité objective de constituer une telle garantie a été démontrée, il serait contradictoire de procéder à la mise en balance des intérêts.

19 Par son second moyen, présenté à titre subsidiaire, la requérante fait grief au juge des référés d'avoir commis une erreur dans l'application de la balance des intérêts et, plus particulièrement, lorsqu'il a considéré que la mise en réserve de la somme de 1,65 million d'euros par le juge délégué au concordat préventif, à titre de garantie de la créance de la Commission, n'est pas de nature à protéger pleinement les intérêts de cette dernière à obtenir le recouvrement de sa créance si le recours au principal présenté par Linea devait être rejeté par le Tribunal. En effet, soit la créance de la Commission peut être considérée comme une créance privilégiée et, dans ce cas, la somme mise en réserve serait exclusivement destinée à garantir ladite créance, soit celle-ci est qualifiée de créance chirographaire et, en conséquence, la mise en réserve de cette somme ne préserverait les droits de la Commission qu'au prorata du pourcentage mentionné dans le concordat préventif et en respectant l'égalité de traitement des créanciers. En admettant même que la Commission soit encore en mesure d'obtenir satisfaction aujourd'hui, elle ne l'obtiendrait qu'au prorata si sa créance était de nature chirographaire. La mise en réserve de ladite somme garantirait donc que, lorsque le Tribunal se sera prononcé sur le fond, la Commission se trouvera dans des conditions exactement identiques à celles d'aujourd'hui.

20 En ce qui concerne le premier moyen, la Commission considère qu'il ressort du point 48 de l'ordonnance DSR-Senator Lines/Commission, précitée, que l'appréciation des circonstances exceptionnelles qui permettent de ne pas procéder au recouvrement d'une amende nonobstant l'absence de constitution d'une garantie bancaire n'entre en ligne de compte que lors de l'examen de l'urgence, de telle manière que l'existence desdites circonstances n'entraîne pas automatiquement le bénéfice du sursis à l'exécution de la décision en cause. Dès lors, après qu'il eut constaté, sous l'angle de l'urgence, qu'il était objectivement impossible pour Linea de constituer une garantie bancaire, le juge des référés aurait à juste titre procédé à la mise en balance des intérêts, afin de décider s'il y avait lieu ou non de surseoir à l'exécution de la décision litigieuse. Ce dernier aurait mis en balance l'intérêt de la requérante à éviter qu'il soit procédé au recouvrement immédiat de l'amende et l'intérêt financier de la Communauté à recouvrer celle-ci. Il n'aurait donc pas, contrairement à ce que soutient la requérante, appliqué de manière erronée le critère de la mise en balance des intérêts en cherchant à pondérer le risque de non-recouvrement de l'amende avec l'«impossibilité objective» pour

Linea de constituer la garantie bancaire, parce que l'évaluation des intérêts en présence aurait été effectuée en partant du constat de l'existence d'une telle impossibilité.

21 S'agissant du second moyen, la Commission estime qu'il est irrecevable en tant qu'il réitère un moyen déjà invoqué devant le juge des référés et vise à obtenir un simple réexamen de la demande présentée en première instance, voire à remettre en discussion l'appréciation des faits déjà effectuée par le juge de première instance. Quant au fond, la Commission rappelle que la requérante reconnaît que la somme de 1,65 million d'euros mise en réserve n'est pas destinée exclusivement à la Commission, mais qu'il conviendrait d'imputer sur ce montant la somme nécessaire pour honorer la créance de cette dernière dans la même proportion que les créances des autres créanciers chirographaires. Le Tribunal aurait procédé à une appréciation correcte des faits, laquelle ne saurait être remise en cause dans le cadre d'un pourvoi. Quant à l'argument selon lequel ladite créance pourrait être qualifiée de créance privilégiée, ce qui signifierait que la mise en réserve préserverait pleinement les droits de la Commission, cette dernière rétorque que la qualification d'une créance incombe au seul juge national. La Commission fait également état de ses doutes quant à ladite qualification en droit italien.

22 Par ailleurs, la Commission estime que le refus du juge des référés de faire droit à la demande de mesures provisoires ne se fonde pas uniquement sur cette considération relative à la nature de la créance en cause. En effet, le point 62 de l'ordonnance attaquée reconnaîtrait également que le sursis à l'exécution de la décision litigieuse aurait pour conséquence d'empêcher la Commission d'entamer, avant le jugement au fond de l'affaire, une quelconque action devant la juridiction nationale en vue de recouvrer le montant de l'amende et de sauvegarder les intérêts financiers de la Communauté, faisant ainsi courir à cette dernière le risque que les actifs de la requérante ne soient plus suffisants pour permettre le paiement de l'amende, en totalité ou même en partie, à la date de l'éventuel rejet du recours principal. Cette appréciation de fait, suffisante en elle-même pour justifier le dispositif de l'ordonnance attaquée, ne serait pas contestée par la requérante. Le second moyen serait donc inopérant.

Appréciation

23 Dès lors que les observations écrites des parties contiennent toutes les informations nécessaires pour qu'il soit statué sur le présent pourvoi, il n'y a pas lieu d'entendre les parties en leurs observations orales.

Sur le premier moyen

24 Par le premier moyen de son pourvoi, la requérante fait grief au juge des référés d'avoir commis une erreur de droit en procédant à la mise en balance des intérêts en présence.

25 La requérante entend ainsi se prévaloir de la jurisprudence relative au cas particulier d'une dispense de l'obligation de constituer une garantie bancaire comme condition du non-recouvrement immédiat d'une amende, jurisprudence selon laquelle la dispense d'une telle obligation ne peut être accueillie qu'en présence de circonstances exceptionnelles (voir, notamment, ordonnance DSR-Senator Lines/Commission, précitée, point 48). Elle considère que la présence de circonstances exceptionnelles exclut la mise en balance des intérêts.

26 À cet égard, il y a lieu de rappeler que, en vertu d'une jurisprudence constante, le sursis à exécution et les autres mesures provisoires peuvent être accordés par le juge des référés s'il est établi que leur octroi est justifié à première vue en fait et en droit (fumus boni juris) et qu'ils sont urgents en ce sens qu'il est nécessaire, pour éviter un préjudice grave et irréparable aux intérêts du requérant, qu'ils soient édictés et produisent leurs effets dès avant la décision au principal. Le juge des

référés procède également, le cas échéant, à la mise en balance des intérêts en présence (voir, notamment, ordonnance du 25 juillet 2000, Pays-Bas/Parlement et Conseil, C-377/98 R, Rec. p. I-6229, point 41).

27 Dans le cadre de l'examen d'ensemble qu'il doit effectuer dans une procédure en référé, le juge des référés dispose d'un large pouvoir d'appréciation et reste libre de déterminer, au regard des particularités de l'espèce, la manière dont les différentes conditions d'octroi desdites mesures provisoires doivent être vérifiées ainsi que l'ordre de cet examen, dès lors qu'aucune règle de droit communautaire ne lui impose un schéma d'analyse préétabli pour apprécier la nécessité de statuer provisoirement [ordonnance du 19 juillet 1995, Commission/Atlantic Container Line e.a., C-149/95 P(R), Rec. p. I-2165, point 23].

28 Par conséquent, le fait que le juge des référés a procédé, dans l'ordonnance attaquée, à la mise en balance des intérêts ne saurait être considéré, en soi, comme une erreur de droit.

29 En outre, la jurisprudence mentionnée au point 25 de la présente ordonnance, relative aux demandes de dispense de l'obligation de constituer une garantie bancaire comme condition du non-recouvrement immédiat d'une amende, ne saurait être interprétée en ce sens que la présence de circonstances exceptionnelles au sens de cette jurisprudence entraînerait nécessairement l'octroi du sursis et exclurait la possibilité pour le juge des référés de procéder, le cas échéant, à la mise en balance des intérêts en présence.

30 En effet, la détermination de l'existence de circonstances exceptionnelles se situe au niveau de l'examen de l'urgence (voir, en ce sens, ordonnance DSR-Senator Lines/Commission, précitée, point 48). Le fait pour le juge des référés d'avoir constaté que l'octroi du sursis serait nécessaire pour éviter un préjudice grave et

irréparable aux intérêts de la requérante n'exclut pas l'examen des effets qu'une éventuelle mesure de sursis pourrait avoir pour les intérêts de toute autre partie à la procédure. Au regard des particularités de chaque espèce, ledit juge doit donc être en mesure de déterminer s'il est approprié de mettre en balance les intérêts en présence.

31 Une mise en balance des intérêts pouvait s'avérer particulièrement utile en l'espèce étant donné que la requérante se trouve en état de liquidation judiciaire. En effet, l'octroi du sursis à l'exécution de la décision litigieuse dans une telle situation aurait pu avoir des conséquences préjudiciables aux intérêts de la Communauté et affecter ceux-ci de manière irréversible.

32 Dans ces circonstances, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit en procédant, dans l'ordonnance attaquée, à la mise en balance des intérêts en présence.

33 Le premier moyen doit donc être rejeté.

Sur le second moyen

34 En ce qui concerne le second moyen invoqué par la requérante, tiré d'une pondération erronée des intérêts en présence et de l'absence de risques pour la Commission, il y a lieu de rappeler que, en vertu des articles 225 CE et 58 du statut de la Cour de justice, le pourvoi est limité aux questions de droit, à l'exclusion de l'appréciation des faits.

35 Dès lors, le Tribunal est seul compétent, d'une part, pour constater les faits, sauf dans le cas où l'inexactitude matérielle de ses constatations résulterait des pièces du dossier qui lui ont été soumises, et, d'autre part, pour apprécier ces faits. L'appréciation des faits ne constitue donc pas, sous réserve du cas de la dénaturation des éléments qui lui ont été soumis, une question de droit soumise, comme telle, au contrôle de la Cour dans le cadre d'un pourvoi (voir, notamment, arrêt du 11 février 1999, Antillean Rice Mills e.a./Commission, C-390/95 P, Rec. p. I-769, point 29).

36 Les dispositions et la jurisprudence visées aux points 34 et 35 de la présente ordonnance s'appliquent également aux pourvois formés conformément à l'article 57, deuxième alinéa, du statut de la Cour de justice (ordonnance Commission/Atlantic Container Line e.a., précitée, point 18).

37 Or, en contestant la mise en balance des intérêts en présence effectuée par le juge des référés, la requérante remet en cause l'appréciation des faits à laquelle a procédé ce dernier. Une telle appréciation ne saurait être examinée dans le cadre du présent pourvoi, sous réserve d'une dénaturation des faits.

38 En l'espèce, le juge des référés a, aux points 62 et 63 de l'ordonnance attaquée, considéré que la mise en réserve de 1,65 million d'euros par le juge délégué au concordat préventif, à titre de garantie de la créance de la Commission, n'aurait été de nature à protéger pleinement les intérêts de cette dernière que si cette créance était qualifiée de créance privilégiée. Or, une telle qualification incombe au seul juge national, le cas échéant après saisine de la Cour au titre de l'article 234 CE. La requérante a certes contesté cette appréciation, mais elle n'a pas démontré qu'elle est constitutive d'une dénaturation des faits.

39 Enfin, la requérante n'a nullement démontré en quoi le juge des référés aurait dénaturé les éléments qui lui ont été soumis en considérant que l'octroi des mesures provisoires qu'elle a demandées aurait pour conséquence d'empêcher la Commission d'entamer une quelconque action devant la juridiction nationale en vue de recouvrer l'amende et qu'une telle inaction serait susceptible de porter préjudice aux intérêts financiers de la Communauté, faisant ainsi pencher la balance des intérêts en faveur de cette dernière et justifiant le refus d'octroyer lesdites mesures provisoires.

40 Le second moyen doit donc être également rejeté.

41 Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que les deux moyens invoqués par la requérante au soutien de son pourvoi ne sauraient être accueillis et, en conséquence, celui-ci doit être rejeté.

Sur les dépens

42 Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, applicable à la procédure de pourvoi en vertu de l'article 118 du même règlement, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La Commission ayant conclu à la condamnation de la requérante et cette dernière ayant succombé en ses moyens, il y a lieu de la condamner aux dépens.

Par ces motifs,

LE PRÉSIDENT DE LA COUR

ordonne:

1) **Le pourvoi est rejeté.**

2) **Linea GIG Srl in liquidazione est condamnée aux dépens de la présente instance.**

Fait à Luxembourg, le 24 juillet 2003.

Le greffier

R. Grass

Le président

G. C. Rodríguez Iglesias