KENDELSE AFSAGT AF DOMSTOLENS PRÆSIDENT

24. juli 2003 *

I sag C-233/03 P(R),

Linea GIG Srl in liquidazione, Sesto Fiorentino (Italien), ved avvocati L. D'Amario og B. Calzia, og med valgt adresse i Luxembourg,

appellant,

angående appel af kendelse afsagt af præsidenten for De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 27. marts 2003 (sag T-398/02 R, Linea GIG mod Kommissionen, Sml. II, s. 1139), hvori der er nedlagt påstand om ophævelse af denne kendelse,

* Processprog: italiensk.

den anden part i appelsagen:

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved L. Pignataro-Nolin og O. Beynet, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

Sagsøgt i første instans,

har

DOMSTOLENS PRÆSIDENT

efter at have hørt generaladvokat J. Mischo,

afsagt følgende

Kendelse

1 Ved appelskrift indleveret til Domstolens Justitskontor den 27. maj 2003 har Linea GIG Srl in liquidazione i medfør af artikel 225 EF og artikel 57, stk. 2, i Domstolens statut iværksat appel til prøvelse af kendelse afsagt af præsidenten for Retten i Første Instans den 27. marts 2003 i sagen Linea GIG mod Kommissionen (sag T-398/02 R, Sml. II, s. 1139, herefter »den appellerede kendelse«), hvorved præsidenten ikke tog den begæring om foreløbige forholdsregler til følge, som appellanten havde indgivet i henhold til artikel 104, stk. 1, i Rettens procesreglement, og hvori der var nedlagt påstand om udsættelse af gennemførelsen af Kommissionens beslutning af 30. oktober 2002 om en procedure i henhold til

artikel 81 EF og EØS-aftalens artikel 53 (COMP/35.587 PO Video Games, COMP/35.706 PO Nintendo Distribution og COMP/36.321 Omega-Nintendo) (herefter »den anfægtede beslutning«), for så vidt som appellanten derved pålægges en bøde på 1,5 mio. EUR.

2 Linea GIG Srl in liquidazione har foruden påstanden om ophævelse af den appellerede kendelse nedlagt påstand om, at der gives selskabet medhold i de påstande, som blev fremført af dette i første instans, og at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

3 Ved svarskrift indleveret til Justitskontoret den 16. juni 2003 har Kommissionen fremsat sine skriftlige bemærkninger for Domstolen.

Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger ved Retten

4 De faktiske omstændigheder, der ligger til grund for sagen, og retsforhandlingerne for Retten, således som de er beskrevet i den appellerede kendelses præmis 1-14, kan sammenfattes således.

5 Linea GIG SpA (herefter »Linea GIG«) var eneforhandler af Nintendo-produkter i Italien i perioden fra den 1. oktober 1992 til i hvert fald den 31. december 1997. På grund af selskabets vanskelige økonomiske situation blev det på en ekstraordinær generalforsamling den 8. januar 1999 besluttet at likvidere dette.

6 Linea GIG forelagde sagen for Tribunale civile e penale di Firenze (Italien), som ved afgørelse af 17. november 1999 imødekom den af selskabet fremsatte begæring om åbning af frivillige akkordforhandlinger (»concordato preventivo«). Ifølge afgørelsen er selskabet forpligtet til at realisere samtlige aktiver med henblik på at opfylde samtlige de privilegerede og simple kreditorer med minimum 40% af deres krav.

7 Den 30. oktober 2002 vedtog Kommissionen den anfægtede beslutning, hvori den konstaterede, at Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH og syv andre selskaber, som havde stået for distributionen af sidstnævntes produkter, heriblandt Linea GIG, har tilsidesat artikel 81, stk. 1, EF. Kommissionen pålagde bl.a. Linea GIG en bøde på 1,5 mio. EUR.

8 Den anfægtede beslutning blev meddelt Linea GIG ved Kommissionens skrivelse af 7. november 2002. Kommissionen understregede i sin skrivelse, at den, såfremt der blev anlagt sag ved Retten, ikke ville tage skridt til inddrivelse af bøden, så længe sagen verserede for Retten, forudsat at det skyldige beløb blev forrentet fra udløbet af fristen for betaling, og at der blev stillet en passende bankgaranti.

9 Den 24. september 2002 blev Linea GIG omdannet til et selskab med begrænset hæftelse. Selskabets navn har siden denne dato været »Linea GIG Srl in liquidazione« (herefter »Linea«).

10 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 30. december 2002 anlagde Linea i henhold til artikel 230, stk. 4, EF sag med påstand om, at den anfægtede beslutning blev annulleret helt eller delvis, eller subsidiært, at den bøde, selskabet var blevet pålagt, blev ophævet eller nedsat.

11 Ved særskilt processkrift indleveret til Rettens Justitskontor den 30. januar 2003 indgav Linea en begæring om udsættelse af gennemførelsen af beslutningen, for så vidt som den pålægger selskabet en bøde.

Den appellerede kendelse

12 Retten har i den appellerede kendelses præmis 54 indledningsvis konstateret, at Kommissionen i skrivelsen af 7. november 2002, hvorved Linea blev underrettet om den anfægtede beslutning, »præciserede, at [den] i tilfælde af, at der blev anlagt et søgsmål [...], ikke ville tage skridt til at inddrive bøden under forudsætning af, at sagsøgeren stillede en passende bankgaranti. Under disse omstændigheder kan det eneste passende formål med begæringen om udsættelse af gennemførelsen kun være at opnå fritagelse for forpligtelsen til at stille en bankgaranti som betingelse for, at den bøde, som Kommissionen har pålagt i [nævnte beslutning], ikke bliver inddrevet, idet en sådan anmodning i henhold til fast praksis kun kan imødekommes, såfremt der foreligger ganske særlige omstændigheder (kendelse afsagt af Domstolens præsident den 6.5.1982, sag 107/82 R, AEG mod Kommissionen, Sml. s. 1549, præmis 6; kendelse af 14.12.1999, sag C-364/99 P(R), DSR-Senator Lines mod Kommissionen, Sml. I, s. 8733, præmis 48, og af 23.3.2001, sag C-7/01 P(R), FEG mod Kommissionen, Sml. I, s. 2559, præmis 44). Muligheden for at kræve [bankgaranti] er således for så vidt angår sager om foreløbige forholdsregler udtrykkeligt hjemlet i Domstolens og Rettens procesreglement og er i overensstemmelse med Kommissionens velbegrundede, generelle fremgangsmåde.«

13 Retten påpegede i den appellerede kendelses præmis 55, at sådanne ganske særlige omstændigheder »kan i princippet anses for at være bevist, når den part, der anmoder om at blive fritaget for forpligtelsen til at stille den krævede bankgaranti, løfter bevisbyrden for, at det objektivt set er umuligt at stille denne bankgaranti [...], eller at selskabets eksistens bringes i fare, hvis en sådan bankgaranti stilles [...]«

14 Retten bemærkede i den forbindelse i den appellerede kendelses præmis 59, at »hvis påstanden i hovedsagen [...] ikke tages til følge, ville det pågældende pengeinstitut skulle konkurrere med sagsøgerens øvrige selskabskreditorer, og det ville påhvile den nationale ret at vurdere det pågældende kravs art og prioritet i konkursordenen, et krav, som er opstået efter åbningen af de frivillige akkordforhandlinger. Den risiko, der dermed løbes for, at sagsøgeren aldrig betaler, forekommer så åbenbar, at det må lægges til grund, at der ikke er noget pengeinstitut, som ville gå med til at stille den fornødne bankgaranti«. Retten fandt herefter i nævnte kendelses præmis 60, »at Linea findes at have godtgjort, at den selskabsmæssige og økonomiske situation, som selskabet aktuelt befinder sig i, gør det objektivt umuligt at opnå en bankgaranti fra et pengeinstitut«.

15 Imidlertid fastslog Retten i den appellerede kendelses præmis 61, at »afvejningen af de foreliggende interesser [er] til hinder for, at den foreliggende begæring om foreløbige forholdsregler kan tages til følge«, idet Retten til støtte herfor anførte følgende betragtninger:

»62 Henset til sagens særlige omstændigheder ville en udsættelse af gennemførelsen af [den anfægtede beslutning], for så vidt sagsøgeren derved pålægges at betale en bøde, nemlig betyde, at Kommissionen hindres i at indlede en hvilken som helst retssag for den nationale ret med henblik på at inddrive bøden og dermed — ud over Kommissionens egen interesser — at sikre Fællesskabets interesser (kendelse af 28.6.2000, sag T-191/98 R(II), Cho Yang Shipping mod Kommissionen, Sml. II, s. 2551, præmis 53). Dette gøres i realiteten med det ene formål at beskytte Lineas øvrige kreditorer. Som Kommissionen imidlertid med rette har bemærket, kan risikoen for, at sagsøgerens aktiver ikke længere rækker til at betale bøden — helt eller delvist — på det tidspunkt, hvor påstanden i hovedsagen eventuelt ikke tages til følge, ikke udelukkes med sikkerhed. Desuden er der slet ingen garanti for — som sagsøgeren har erkendt under retsmødet — at det beløb på 1,65 mio. EUR, som selskabet har henlagt, udelukkende er forbeholdt betalingen af den gæld, som Linea skal betale til Kommissionen i tilfælde af, at sagsøgeren ikke får medhold i hovedsagen. Det er derfor nødvendigt at bevare [den anfægtede beslutnings] eksigible karakter, således at de foranstaltninger, som Kommissionen finder hensigtsmæssige med henblik på at inddrive den bøde, som er pålagt ved [denne beslutning], ikke hindres.

63 Med hensyn til Lineas og selskabskreditorernes påståede interesse i, at det undgås, at der bliver taget skridt til inddrivelse af bøden, bemærkes, at denne interesse kun kan vurderes i kraft af kvalificeringen og placeringen af Kommissionens krav. Det påhviler alene den nationale ret — om nødvendigt efter at have forelagt sagen for Domstolen i medfør af artikel 234 EF — at vurdere dette.«

16 Retten fandt som følge heraf, at interesseafvejningen talte for, at den indbragte begæring om foreløbige forholdsregler ikke blev taget til følge.

Appellen

17 Appellanten har til støtte for appellen fremført to anbringender.

18 Appellanten har med det første anbringende gjort gældende, at Retten har anvendt princippet om interesseafvejning fejlagtigt. Den omstændighed, at det er objektivt umuligt at opnå den af Kommissionen krævede bankgaranti, udelukker, at der foretages en interesseafvejning. Når det er godtgjort, at der foreligger særlige omstændigheder, som berettiger til en fritagelse for at stille den af Kommissionen krævede bankgaranti, er der således ingen mulighed for at gennemføre interesseafvejningen. Der er umuligt at afveje Kommissionens risiko for ikke at kunne inddrive bøden med det forhold, at det er faktisk umuligt for sagsøgeren at stille den krævede garanti. Selv om begæringen om udsættelse af gennemførelsen som påpeget af Retten i den appellerede kendelses præmis 54 kun kunne have til formål at opnå fritagelse for forpligtelsen til at stille en bankgaranti, ville det være selvmodsigende at foretage en interesseafvejning, når det en gang er godtgjort, at det er objektivt umuligt at stille en sådan garanti.

19 Appellanten har med det andet anbringende subsidiært gjort gældende, at Retten har begået en fejl ved gennemførelsen af interesseafvejningen og i særdeleshed da den fandt, at skifterettens henlæggelse af et beløb på 1,65 mio. EUR til sikkerhed for Kommissionens fordring ikke fuldt ud kan sikre Kommissionens interesser i at opnå inddrivelse af sin fordring, såfremt påstanden i den af Linea anlagte hovedsag ikke tages til følge af Retten. Enten kan Kommissionens fordring således anses for at være en privilegeret fordring, og i dette tilfælde vil det henlagte beløb udelukkende blive brugt til at sikre nævnte fordring, eller også er fordringen en simpel fordring, hvorefter henlæggelsen af dette beløb i overensstemmelse hermed kun sikrer Kommissionens rettigheder forholdsmæssigt i forhold til den procentsats, der er nævnt i den frivillige akkord, og under hensyntagen til, at der sker ligehandling af kreditorerne. Selv hvis det antages, at Kommissionen på nuværende tidspunkt fortsat var i stand til at opnå fyldestgørelse, ville den kun blive forholdsmæssigt fyldestgjort, såfremt dens fordring var en simpel fordring. Henlæggelsen af det nævnte beløb sikrer altså, at Kommissionen, når Retten har truffet afgørelse vedrørende sagens realitet, befinder sig i en situation, der er fuldstændigt identisk med den nuværende.

20 For så vidt angår det første anbringende er det Kommissionens opfattelse, at det af præmis 48 i kendelsen i sagen DSR-Senator Lines mod Kommissionen fremgår, at vurderingen af de ganske særlige omstændigheder, som gør det muligt ikke at foretage inddrivelse af en bøde uanset det forhold, at der ikke stilles en bankgaranti, kun kommer i betragtning i forbindelse med undersøgelsen af, om der foreligger uopsættelighed, således at forekomsten af de nævnte omstændigheder ikke automatisk medfører, at gennemførelsen af den pågældende beslutning udsættes. Efter at det herefter i forbindelse med uopsætteligheden blev konstateret, at det var objektivt umuligt for Linea at stille en bankgaranti, foretog Retten med føje en interesseafvejning for at afgøre, om der var grund til at udsætte gennemførelsen af den anfægtede beslutning. Retten afvejede sagsøgerens interesse i at undgå, at der blev foretaget øjeblikkelig inddrivelse af bøden, med Kommissionens økonomiske interesse i at inddrive denne. Retten har således ikke i modsætning til det af sagsøgeren påståede anvendt kriteriet om interesseafvejning fejlagtigt ved at forsøge at afveje risikoen for, at bøden ikke blev inddrevet,

med det forhold, at det var »objektivt umuligt« for Linea at stille bankgarantien, eftersom vurderingen af de foreliggende interesser blev foretaget med udgangspunkt i, at der forelå en sådan umulighed.

21 Kommissionen er hvad angår det andet anbringende af den opfattelse, at det ikke kan antages til realitetsbehandling, for så vidt som det gentager et anbringende, der allerede er gjort gældende for Retten, og blot tilsigter at opnå en ny behandling af den begæring, der blev indgivet til første instans, eller endog på ny at anfægte den vurdering af de faktiske omstændigheder, der allerede er foretaget af Retten i Første Instans. Hvad angår realiteten har Kommissionen påpeget, at appellanten har erkendt, at det henlagte beløb på 1,65 mio. EUR ikke udelukkende er beregnet til Kommissionen, men at der i dette beløb skal fradrages det beløb, der er nødvendigt for at indfri Kommissionens fordring i samme forhold som de øvrige simple kreditorers fordringer. Retten har foretaget en korrekt vurdering af de faktiske omstændigheder, en vurdering, som der ikke kan stilles spørgsmålstegn ved i forbindelse med en appel. Hvad angår argumentet om, at den nævnte fordring kunne betegnes som en privilegeret fordring, hvilket ville betyde, at henlæggelsen fuldt ud sikrede Kommissionens rettigheder, har Kommissionen heroverfor gjort gældende, at kvalifikationen af en fordring udelukkende tilkommer den nationale ret. Kommissionen har ligeledes anført, at den tvivler på, om fordringen ville blive betegnet som en sådan i italiensk ret.

22 Kommissionen er i øvrigt af den opfattelse, at Rettens afvisning af at imødekomme begæringen om foreløbige forholdsregler ikke udelukkende er baseret på betragtningen vedrørende arten af den pågældende fordring. I den appellerede kendelses præmis 62 erkendes det ligeledes, at en udsættelse af gennemførelsen af den anfægtede beslutning ville betyde, at Kommissionen forud for dommen vedrørende sagens realitet hindres i at indlede nogen form for retssag for den nationale ret med henblik på at inddrive bøden og sikre Fællesskabets interesser, således at Fællesskabet dermed risikerer, at sagsøgerens aktiver ikke længere rækker til at betale bøden helt eller endog delvist på det tidspunkt, hvor påstanden i hovedsagen eventuelt ikke tages til følge. Denne faktiske vurdering, der i sig selv er tilstrækkelig til at begrunde den appellerede kendelses konklusion, er ikke bestridt af appellanten. Det andet anbringende er således irrelevant.

Rettens bemærkninger

23 Da parternes skriftlige indlæg indeholder alle de oplysninger, der er nødvendige for, at der kan træffes afgørelse vedrørende appellen, er det ufornødent, at parterne afgiver mundtlige indlæg.

Det første anbringende

24 Appellanten har med det første anbringende i sin appel gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl ved at foretage en afvejning af de foreliggende interesser.

25 Appellanten ønsker således at påberåbe sig retspraksis vedrørende den særlige situation, hvor der gives fritagelse for forpligtelsen til at stille bankgaranti som betingelse for, at en bøde ikke straks bliver inddrevet, en retspraksis, hvorefter fritagelsen for en sådan forpligtelse kun kan imødekommes, såfremt der foreligger ganske særlige omstændigheder (jf. bl.a. kendelsen i sagen DSR-Senator Lines mod Kommissionen, præmis 48). Appellanten er af den opfattelse, at det forhold, at der foreligger ganske særlige omstændigheder, udelukker en interesseafvejning.

26 Det bemærkes herved, at ifølge fast retspraksis kan Fællesskabets retsinstanser i sager om foreløbige forholdsregler udsætte gennemførelsen og foreskrive foreløbige forholdsregler, såfremt det er godtgjort, at de umiddelbart forekommer berettigede af faktiske og retlige grunde (fumus boni juris), og såfremt der foreligger uopsættelighed, dvs. at det for at undgå et alvorligt og uopretteligt tab for sagsøgeren er nødvendigt at foreskrive dem og tillægge dem retsvirkninger før afgørelsen i hovedsagen. Fællesskabets retsinstanser kan endvidere i sager om

foreløbige forholdsregler i givet fald foretage en interesseafvejning (jf. bl.a. kendelse af 25.7.2000, sag C-377/98 R, Nederlandene mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, s. 6229, præmis 41).

27 I forbindelse med den samlede vurdering, som Fællesskabets retsinstanser skal foretage i sager om foreløbige forholdsregler, råder disse over et vidt skøn og kan frit under hensyn til sagens særegenheder afgøre, hvorledes de forskellige betingelser for anordning af nævnte midlertidige forholdsregler skal efterprøves samt rækkefølgen for denne undersøgelse, når ingen fællesskabsretlig bestemmelse pålægger dem at anvende et forud fastsat skema for vurderingen af nødvendigheden af at træffe foreløbig afgørelse (kendelse af 19.7.1995, sag C-149/95 P(R), Kommissionen mod Atlantic Container Line m.fl., Sml. I, s. 2165, præmis 23).

28 Følgelig kan den omstændighed, at Retten i den appellerede kendelse har foretaget en interesseafvejning, ikke i sig selv anses for at være en retlig fejl.

29 Desuden kan den i denne kendelses præmis 25 nævnte retspraksis vedrørende begæringer om fritagelse for forpligtelsen til at stille bankgaranti som betingelse for, at en bøde ikke straks bliver inddrevet, ikke fortolkes således, at det forhold, at der foreligger ganske særlige omstændigheder som omhandlet i denne retspraksis nødvendigvis medfører, at der gives udsættelse, og at Retten ikke har mulighed for i givet fald at foretage en afvejning af de foreliggende interesser.

30 Vurderingen af, om der foreligger ganske særlige omstændigheder, skal således foretages på tidspunktet for undersøgelsen af, om der foreligger uopsættelighed (jf. i denne retning kendelsen i sagen DSR-Senator Lines mod Kommissionen, præmis 48). Den omstændighed, at Retten har konstateret, at en udsættelse er

nødvendig for at undgå et alvorligt og uopretteligt tab for sagsøgeren, udelukker ikke en undersøgelse af de virkninger, en eventuel udsættelse kan have for alle andre parter i sagen. Henset til de særegenheder i hver enkelt sag bør Retten således være i stand til at afgøre, om det er hensigtsmæssigt at foretage en afvejning af de foreliggende interesser.

31 En interesseafvejning kunne vise sig at være særdeles hensigtsmæssig i det foreliggende tilfælde, eftersom sagsøgeren er under likvidation. En udsættelse af gennemførelsen af den anfægtede beslutning i en sådan situation kunne nemlig have haft konsekvenser, der var skadelige for Fællesskabets interesser og uigenkaldeligt berører disse.

32 Under disse omstændigheder har Retten ikke begået en retlig fejl ved i den appellerede kendelse at foretage en afvejning af de foreliggende interesser.

33 Det første anbringende bør derfor forkastes.

Det andet anbringende

34 For så vidt angår det af appellanten påberåbte andet anbringende om en fejlagtig afvejning af de foreliggende interesser og manglende risici for Kommissionen bemærkes, at appellen i henhold til artikel 225 EF og artikel 58 i Domstolens statut er begrænset til retsspørgsmål og ikke omfatter en vurdering af de faktiske omstændigheder.

35 Det er således alene Retten, der er kompetent til dels at fastlægge de faktiske omstændigheder i sagen, når bortses fra tilfælde, hvor den indholdsmæssige urigtighed af dens konstateringer følger af akterne i den sag, den behandler, dels at tage stilling til disse faktiske omstændigheder. Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder er følgelig ikke — medmindre de er gengivet forkert — et retsspørgsmål og dermed ikke undergivet Domstolens prøvelsesret (jf. især Domstolens dom af 11.2.1999, sag C-390/95 R, Antillean Rice Mills m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 769, præmis 29).

36 De i denne kendelses præmis 34 og 35 anførte bestemmelser og retspraksis finder ligeledes anvendelse på appelsager iværksat i henhold til artikel 57, andet afsnit, i Domstolens statut (kendelsen i sagen Kommissionen mod Atlantic Container Line m.fl., præmis 18).

37 Ved at anfægte den af Retten foretagne interesseafvejning stiller appellanten spørgsmålstegn ved den vurdering af de faktiske omstændigheder, som Retten har foretaget. En sådan vurdering kan ikke efterprøves i forbindelse med nærværende appel, medmindre de faktiske omstændigheder er gengivet forkert.

38 I det foreliggende tilfælde har Retten i den appellerede kendelses præmis 62 og 63 fundet, at skifterettens henlæggelse af 1,65 mio. EUR til sikkerhed for Kommissionens fordring kun fuldt ud kunne sikre Kommissionens interesser, såfremt fordringen blev anset for at være en privilegeret fordring. En sådan kvalifikation tilkommer imidlertid alene den nationale ret, i givet fald efter forelæggelse for Domstolen i medfør af artikel 234 EF. Appellanten har ganske vist bestridt denne vurdering, men selskabet har ikke godtgjort, at vurderingen udgør en forkert gengivelse af de faktiske omstændigheder.

39 Endelig har appellanten ikke på nogen måde godtgjort, hvorledes Retten har gengivet de oplysninger, som den fik forelagt, forkert ved at antage, at anordningen af de af selskabet begærede foreløbige forholdsregler ville betyde, at Kommissionen blev forhindret i at indlede nogen form for retssag ved den nationale ret med henblik på inddrivelse af bøden, og at et sådant manglende sagsanlæg kunne skade Fællesskabets økonomiske interesser, idet Rettens antagelse således medførte, at interesseafvejningen faldt ud til Fællesskabets fordel og begrundede afvisningen af at anordne de nævnte foreløbige forholdsregler.

40 Det andet anbringende bør herefter ligeledes forkastes.

41 Det følger af det ovenfor anførte, at de to anbringender, som appellanten har påberåbt sig til støtte for appellen, ikke kan tiltrædes, og appellen bør herefter forkastes.

Sagens omkostninger

42 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, der i medfør af artikel 118 finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellanten pålægges at betale sagens omkostninger, og appellanten har tabt sagen, bør det pålægges appellanten at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

bestemmer

DOMSTOLENS PRÆSIDENT

1) **Appellen forkastes.**

2) **Linea GIG Srl in liquidazione betaler appelsagens omkostninger.**

Således bestemt i Luxembourg den 24. juli 2003.

R. Grass — G.C. Rodríguez Iglesias

Justitssekretær — Præsident