BESCHIKKING VAN DE PRESIDENT VAN HET HOF
24 juli 2003 *

In zaak C-233/03 P(R),

Linea GIG Srl in liquidazione, gevestigd te Sesto Fiorentino (Italië), vertegenwoordigd door L. D'Amario en B. Calzia, advocaten, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

rekwirante,

betreffende hogere voorziening tegen de beschikking van de president van het Gerecht van eerste aanleg van 27 maart 2003, Linea GIG/Commissie (T-398/02 R, Jurispr. blz. I-1139), en strekkende tot vernietiging van deze beschikking,

* Procestaal: Italiaans.

andere partij bij de procedure:

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door L. Pignataro-Nolin en O. Beynet als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster in eerste aanleg,

geeft

DE PRESIDENT VAN HET HOF,

advocaat-generaal: J. Mischo, gehoord,

de navolgende

Beschikking

1 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 27 mei 2003, heeft Linea GIG srl in liquidazione krachtens artikel 225 EG en artikel 57, tweede alinea, van het Statuut-EG van het Hof van Justitie hogere voorziening ingesteld tegen de beschikking van de president van het Gerecht van eerste aanleg van 27 maart 2003, Linea GIG/Commissie (T-398/02 R, Jurispr. blz. II-1139; hierna: „bestreden beschikking"), waarbij haar krachtens artikel 104, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht ingediende verzoek om voorlopige maatregelen is afgewezen. Haar verzoek strekte tot verkrijging van opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking van de Commissie van

30 oktober 2002 inzake een procedure op grond van artikel 81 EG en artikel 53 van de EER-overeenkomst (COMP/35.587 PO Videospelletjes, COMP /35.706 PO Distributie van Nintendo en COMP /36.321 Omega-Nintendo) (hierna: „litigieuze beschikking"), voorzover zij haar een geldboete van 1,5 miljoen euro oplegt.

2 Naast vernietiging van de bestreden beschikking verzoekt Linea GIG srl in liquidazione om het in eerste aanleg gevorderde toe te wijzen en de Commissie in de kosten te verwijzen.

3 Bij memorie, neergelegd ter griffie op 16 juni 2003, heeft de Commissie haar schriftelijke opmerkingen bij het Hof ingediend.

Feiten en procedure voor het Gerecht

4 De aan het geding en de procedure voor het Gerecht ten grondslag liggende feiten die in de punten 1 tot en met 14 van de bestreden beschikking worden uiteengezet, kunnen worden samengevat als volgt.

5 Linea GIG SpA (hierna: „Linea GIG") was van ten minste 1 oktober 1992 tot 31 december 1997 alleenverkoper van de Nintendo-producten voor Italië. Wegens economische moeilijkheden besloot de buitengewone algemene vergadering van Linea GIG op 8 januari 1999 tot liquidatie van de vennootschap.

6 Op verzoek van Linea GIG heeft het Tribunale civile e penale te Firenze (Italië) bij vonnis van 17 november 1999 het door deze vennootschap aangeboden akkoord („concordato preventivo") gehomologeerd. Volgens dit vonnis moet laatstgenoemde al haar goederen te gelde maken om de bevoorrechte schuldeisers volledig en de gewone schuldeisers voor ten minste 40 % van hun schuldvorderingen te voldoen.

7 Op 30 oktober 2002 heeft de Commissie de litigieuze beschikking gegeven waarin zij vaststelde dat Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH en zeven andere vennootschappen die Nintendo-producten hadden verkocht, waaronder Linea GIG, artikel 81, lid 1, EG hadden geschonden. Met name werd Linea GIG een boete van 1, 5 miljoen euro opgelegd.

8 Van de litigieuze beschikking is Linea GIG kennis gegeven bij brief van de Commissie van 7 november 2002. In deze brief preciseerde de Commissie dat ingeval beroep bij het Gerecht zou worden ingesteld, zij niet tot inning van de geldboete zou overgaan zolang op dit beroep niet was beslist, mits op de schuldvordering rente werd betaald vanaf het verstrijken van de betalingstermijn en een acceptabele bankgarantie werd gesteld.

9 Op 24 september 2002 werd Linea GIG omgevormd in een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Sindsdien handelt zij onder de naam „Linea GIG srl in liquidazione" (hierna: „Linea" of „rekwirante").

10 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 30 december 2002, heeft Linea krachtens artikel 230, vierde alinea, EG beroep ingesteld tot gehele of gedeeltelijke nietigverklaring van de litigieuze beschikking, subsidiair tot nietigverklaring of vermindering van het bedrag van de haar door deze beschikking opgelegde geldboete.

11 Bij op 30 januari 2003 ter griffie van het Gerecht neergelegde afzonderlijke akte heeft Linea verzocht om opschorting van de tenuitvoerlegging van deze beschikking voorzover haar daarbij een geldboete is opgelegd.

De bestreden beschikking

12 In de bestreden beschikking heeft de kortgedingrechter in punt 54 om te beginnen vastgesteld dat „de Commissie in de brief van 7 november 2002 waarbij zij kennis gaf van de beschikking, heeft gepreciseerd dat in geval van beroep zij niet tot inning van de geldboete zou overgaan voorzover verzoekster een acceptabele bankgarantie stelde. In deze omstandigheden kan het verzoek tot opschorting van de tenuitvoerlegging slechts strekken tot ontheffing van de verplichting om een bankgarantie te stellen als voorwaarde voor het niet onmiddellijk invorderen van het bedrag van de bij [deze beschikking] opgelegde geldboete, een verzoek dat slechts in uitzonderlijke omstandigheden kan worden toegewezen[beschikkingen van de president Hof van 6 mei 1982, AEG/Commissie 107/82 R, Jurispr. blz. 1549, punt 6; [14 december 1999], DSR- Senator Lines/Commissie [C-364/99 P (R), Jurispr. blz. I-8733], punt 48, en 23 maart 2001, FEG/ Commissie, C-7/01 P (R), Jurispr. blz. I-2559, punt 44). De mogelijkheid om een financiële zekerheidstelling te verlangen, is namelijk voor de procedures in kort geding uitdrukkelijk voorzien in de Reglementen voor de procesvoering van het Hof en het Gerecht en vormt een algemene en redelijke praktijk van de Commissie."

13 In punt 55 van de bestreden beschikking heeft de kortgedingrechter eraan herinnerd dat dergelijke uitzonderlijke omstandigheden „in beginsel [kunnen] worden aanvaard wanneer de partij die om ontheffing van de verlangde zekerheidsstelling verzoekt, bewijst dat het objectief onmogelijk is deze zekerheid te stellen [...] of dat het stellen ervan haar voortbestaan in gevaar dreigt te brengen [...]".

14 Dienaangaande heeft hij in punt 59 van de bestreden beschikking opgemerkt dat „voorzover het beroep in de hoofdzaak wordt verworpen, [...] deze instelling namelijk in concurrentie met verzoeksters andere schuldeisers [komt] en [...] de nationale rechter nog de aard en de rang van de na de opening van de surseance ontstane schuldvorderingen [moet] vaststellen. Het aldus gelopen risico, nooit door verzoekster te worden betaald, is zo duidelijk, dat aannemelijk is dat geen enkele kredietinstelling de verlangde bankgarantie zal stellen." In punt 60 was hij dan ook van oordeel dat „Linea voldoende heeft aangetoond dat de vennootschapsrechtelijke en financiële situatie waarin zij zich thans bevindt, verkrijging van de bankgarantie van een kredietinstelling objectief onmogelijk maakt".

15 In punt 61 van de bestreden beschikking was de kortgedingrechter evenwel van oordeel dat „de belangenafweging zich [verzet] tegen toewijzing van het onderhavige verzoek in kort geding", op basis van de volgende overwegingen:

„62. Gelet op de bijzondere omstandigheden van de onderhavige zaak zou opschorting van de tenuitvoerlegging van de [litigieuze beschikking], voorzover verzoekster daarbij een geldboete is opgelegd, tot gevolg hebben dat de Commissie generlei vordering kan instellen bij de nationale rechter ter verkrijging van betaling van de boete en ter bescherming van haar belang en de financiële belangen van de Gemeenschap (beschikking van 28 juni 2000, Cho Yang Shipping/Commissie [T-191/98 R II, Jurispr. blz. II-2551], punt 53), en zulks in feite alleen om de andere schuldeisers van Linea te beschermen. Zoals de Commissie terecht heeft verklaard, kan het risico dat verzoeksters activa onvoldoende zijn om de geldboete geheel of gedeeltelijk te kunnen betalen ten tijde van een eventuele verwerping van het beroep in de hoofdzaak, niet met zekerheid worden uitgesloten. Evenmin is gegarandeerd, zoals verzoekster tijdens de hoorzitting heeft erkend, dat het bedrag van 1,65 miljoen euro dat zij heeft gereserveerd, uitsluitend is bestemd voor de betaling van de schuld die Linea in geval van verwerping van het beroep in de hoofdzaak aan de Commissie moet voldoen. De [litigieuze beschikking] moet dus uitvoerbaar blijven, zodat de Commissie ongehinderd de maatregelen kan nemen die zij geschikt acht om het bedrag van de door [deze beschikking] opgelegde geldboete in te vorderen.

63 Het belang van Linea en van haar schuldeisers bij de niet-invordering van de geldboete kan slechts worden beoordeeld op basis van de kwalificatie en de rang van de vordering van de Commissie, die alleen ter beoordeling staan van de nationale rechter, in voorkomend geval na een verzoek van het Hof krachtens artikel 234 EG."

16 Volgens de kortgedingrechter sloeg de belangenafweging dus door ten gunste van de Gemeenschap, zodat het verzoek in kort geding moest worden afgewezen.

De hogere voorziening

17 Rekwirante baseert haar hogere voorziening op twee middelen.

18 Het eerste middel verwijt de kortgedingrechter onjuiste toepassing van het beginsel van de belangenafweging. De objectieve onmogelijkheid om de door de Commissie verlangde bankgarantie te verkrijgen, sluit de belangenafweging uit. Zodra blijkt van uitzonderlijke omstandigheden die de ontheffing van de door de Commissie verlangde bankwaarborg rechtvaardigen, kan er geen sprake meer zijn van belangenafweging. Het risico van de Commissie de geldboete niet te kunnen innen, kan onmogelijk worden afgewogen tegen de feitelijke onmogelijkheid voor rekwirante de verlangde waarborg te stellen. Indien het verzoek om opschorting van tenuitvoerlegging, zoals de kortgedingrechter in punt 54 van de bestreden beschikking stelt, slechts kon strekken tot ontheffing van de verplichting om een bankgarantie te stellen, is het niet consistent om, nadat de objectieve onmogelijkheid om een dergelijke garantie te stellen is aangetoond, de belangen af te wegen.

19 Het subsidiair voorgestelde tweede middel verwijt de kortgedingrechter een vergissing in de belangenafweging, en meer in het bijzonder in zijn oordeel dat de reservering van het bedrag van 1,65 miljoen euro door de rechter-commissaris tot zekerheid van de schuldvordering van de Commissie het belang van laatstgenoemde bij de inning van haar schuldvordering niet volledig beschermt ingeval het Gerecht het beroep van Linea in de hoofdzaak verwerpt. De schuldvordering van de Commissie is namelijk te beschouwen ofwel als een bevoorrechte schuldvordering, in welk geval het gereserveerde bedrag uitsluitend bestemd is tot zekerheid van deze schuldvordering, ofwel als een gewone schuldvordering en dan beschermt de reservering van dit bedrag de rechten van de Commissie dus slechts tot het in het homologieakkoord vermelde percentage en met inachtneming van de gelijkheid van de schuldeisers. Ook al kon de Commissie thans nog voldoening krijgen, zou zij slechts worden voldaan naar evenredigheid, indien haar schuldvordering een gewone schuldvordering was. De reservering van dit bedrag garandeert derhalve dat de Commissie zich na de beslissing van het Gerecht in de hoofdzaak in precies dezelfde situatie als thans bevindt.

20 Wat het eerste middel betreft, blijkt volgens de Commissie uit punt 48 van de beschikking DSR-Senator Lines/Commissie (reeds aangehaald) dat uitzonderlijke omstandigheden die ertoe kunnen leiden af te zien van de inning van een geldboete hoewel geen bankgarantie is gesteld, slechts een rol spelen bij de beoordeling van de spoedeisendheid, zodat het bestaan van deze omstandigheden niet automatisch opschorting van de tenuitvoerlegging van de betrokken beschikking meebrengt. Derhalve heeft de kortgedingrechter, na vanuit het oogpunt van de spoedeisendheid te hebben vastgesteld dat het voor Linea objectief onmogelijk was een bankgarantie te stellen, terecht overgegaan tot een belangenafweging om te beslissen of de tenuitvoerlegging van de litigieuze beschikking al dan niet diende te worden opgeschort. Het belang van rekwirante bij voorkoming van onmiddellijke inning van de geldboete is afgewogen tegen het financiële belang van de Gemeenschap bij die inning. Anders dan rekwirante stelt, is het criterium van de belangenafweging dus niet onjuist toegepast door het risico van niet-inning van de geldboete af te wegen tegen de „objectieve onmogelijk-

heid" voor Linea de bankgarantie te stellen, omdat voor de beoordeling van de betrokken belangen is uitgegaan van de vaststelling dat er sprake was van een dergelijke onmogelijkheid.

21 Volgens de Commissie is het tweede middel niet-ontvankelijk omdat het een herhaling van een reeds voor de kortgedingrechter gesteld middel is en strekt tot heronderzoek van het verzoek in eerste aanleg, ja zelfs tot betwisting van de feitelijke oordelen van de rechter in eerste aanleg. Ten gronde herinnert de Commissie eraan dat verzoekster erkent dat het gereserveerde bedrag van 1,65 miljoen euro niet uitsluitend bestemd is voor de Commissie, maar dat op dit bedrag het bedrag in mindering dient te worden gebracht, dat nodig is ter voldoening van de schuldvordering van laatstgenoemde naar evenredigheid van de schuldvorderingen van de andere gewone schuldeisers. De feitelijke oordelen van het Gerecht zijn correct en kunnen in hogere voorziening niet worden bestreden. Op het argument dat deze schuldvordering als bevoorrechte schuldvordering kan worden gekwalificeerd zodat de reservering de rechten van de Commissie volledig vrijwaart, antwoordt laatstgenoemde dat alleen de nationale rechter bevoegd is voor de kwalificatie van een schuldvordering. De Commissie uit twijfels aan de kwalificatie naar Italiaans recht.

22 Voorts berust de afwijzing van het verzoek om voorlopige maatregelen volgens de Commissie niet alleen op deze overweging betreffende de aard van de betrokken schuldvordering. In punt 62 van de bestreden beschikking wordt namelijk ook erop gewezen dat in geval van opschorting van de tenuitvoerlegging van de litigieuze beschikking de Commissie vóór de beslissing in de hoofdzaak generlei vordering kan instellen bij de nationale rechter ter verkrijging van betaling van de geldboete en ter bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap, waardoor laatstgenoemde het risico loopt dat verzoeksters activa onvoldoende zijn om de geldboete geheel of gedeeltelijk te kunnen betalen ten tijde van een eventuele verwerping van het beroep in de hoofdzaak. Dit feitelijke oordeel, dat op zichzelf volstaat ter rechtvaardiging van het dictum van de bestreden beschikking, wordt door rekwirante niet betwist. Het tweede middel is dus ondeugdelijk.

Beoordeling

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

Het eerste middel

24 Het eerste middel verwijt de kortgedingrechter het recht te hebben geschonden door over te gaan tot afweging van de betrokken belangen.

25 Rekwirante refereert aldus aan de rechtspraak betreffende het bijzondere geval van ontheffing van de verplichting een bankgarantie te stellen als voorwaarde voor niet-onmiddellijke inning van een geldboete, volgens welke de ontheffing van de deze verplichting slechts kan worden aanvaard bij uitzonderlijke omstandigheden (zie met name beschikking DSR-Senator Lines/Commissie, reeds aangehaald, punt 48). Haars inziens kan geen belangenafweging plaatsvinden wanneer er bijzondere omstandigheden zijn.

26 Volgens vaste rechtspraak kan de kortgedingrechter opschorting van de uitvoering en andere voorlopige maatregelen toestaan, indien is aangetoond dat die maatregelen op het eerste gezicht feitelijk en rechtens gerechtvaardigd zijn (fumus boni juris) en dat zij spoedeisend zijn, in die zin dat het ter voorkoming van ernstige en onherstelbare schade aan de belangen van de verzoeker noodzakelijk is dat zij reeds vóór de beslissing in de hoofdzaak worden gelast

en effect sorteren. De kortgedingrechter weegt in voorkomend geval ook de betrokken belangen af (beschikking van 25 juli 2000, Nederland/Parlement en Raad, C-377/98 R, Jurispr. blz. I-6229, punt 41).

27 In het kader van het algemene onderzoek dat hij in een procedure in kort geding moet verrichten, beschikt de kortgedingrechter over een ruime beoordelingsbevoegdheid en kan hij, met inachtneming van de bijzonderheden van de zaak, vrij bepalen hoe en in welke volgorde de verschillende voorwaarden voor de verlening van voorlopige maatregelen worden onderzocht, aangezien geen bepaling van gemeenschapsrecht hem een vooraf vastgesteld onderzoeksschema voorschrijft voor de beoordeling van de noodzaak van voorlopige maatregelen [beschikking van 19 juli 1995, Commissie/Atlantic Container Line e. a., C-149/95 P (R), Jurispr. blz. I-2165, punt 23].

28 De kortgedingrechter kan dus niet worden geacht het recht te hebben geschonden door in de bestreden beschikking een belangenafweging te hebben toegepast.

29 Bovendien kan de in punt 25 van de onderhavige beschikking aangehaalde rechtspraak betreffende verzoeken om ontheffing van de verplichting een bankgarantie te stellen als voorwaarde voor niet-onmiddellijke inning van een geldboete, niet aldus worden uitgelegd dat opschorting moet worden toegestaan wanneer er uitzonderlijke omstandigheden in de zin van deze rechtspraak zijn, en dat de kortgedingrechter in voorkomend geval niet tot afweging van de betrokken belangen zou kunnen overgaan.

30 Of er sprake is van uitzonderlijke omstandigheden, wordt onderzocht in het kader van de beoordeling van de spoedeisendheid (zie in die zin beschikking DSR-Senator Lines/Commissie, reeds aangehaald, punt 48). Dat naar het oordeel van de kortgedingrechter een opschorting noodzakelijk zou zijn om ernstige en

onherstelbare schade aan de belangen van rekwirante te voorkomen, sluit niet uit dat de gevolgen worden onderzocht die een dergelijke opschorting kan hebben voor andere partijen in de procedure. De kortgedingrechter moet derhalve de mogelijkheid hebben te beslissen of het gelet op de bijzonderheden van het geval, aangewezen is de betrokken belangen af te wegen.

31 In casu kon een belangenafweging bijzonder dienstig zijn, aangezien rekwirante in liquidatie is. Opschorting van de tenuitvoerlegging van de litigieuze beschikking in een dergelijke situatie kon namelijk nadelige gevolgen hebben voor de belangen van de Gemeenschap en deze onherstelbaar schaden.

32 In deze omstandigheden heeft de kortgedingrechter niet het recht geschonden door in de bestreden beschikking over te gaan tot afweging van de betrokken belangen.

33 Het eerste middel moet dus worden afgewezen.

Het tweede middel

34 Met betrekking tot het tweede middel, inhoudende dat de betrokken belangen onjuist zijn afgewogen en dat de Commissie geen risico liep, dient eraan te worden herinnerd dat hogere voorziening volgens artikel 225 EG en artikel 58 van het Statuut-EG van het Hof van Justitie alleen rechtsvragen en geen feitelijke oordelen kan betreffen.

35 Derhalve is alleen het Gerecht bevoegd de feiten vast te stellen — tenzij uit de overgelegde stukken blijkt dat zijn bevindingen materieel onjuist zijn — en deze vervolgens te beoordelen. De beoordeling van de feiten levert dus geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof, behoudens in het geval van een verkeerde interpretatie van de voorgelegde bewijsmiddelen (zie met name arrest van 11 februari 1999, Antillean Rice Mills e.a./Commissie, C-390/95 P, Jurispr. blz. I-767, punt 29).

36 De in de punten 34 en 35 van de onderhavige beschikking genoemde bepalingen en rechtspraak zijn ook van toepassing op de krachtens artikel 57, tweede alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie ingestelde hogere voorziening (beschikking Commissie/Atlantic Container Line e. a., reeds aangehaald, punt 18)

37 Met haar klacht inzake de door de kortgedingrechter verrichte belangenafweging komt rekwirante echter op tegen feitelijke oordelen van deze laatste. Die oordelen kunnen evenwel, behoudens onjuiste voorstelling van de feiten, niet worden getoetst in de onderhavige hogere voorziening.

38 In casu heeft de kortgedingrechter in de punten 62 en 63 van de bestreden beschikking geoordeeld dat de reservering van het bedrag van 1,65 miljoen euro door de rechter-commissaris tot zekerheid van de schuldvordering van de Commissie de belangen van laatstgenoemde slechts volledig beschermde indien deze schuldvordering als een bevoorrechte schuldvordering werd gekwalificeerd. Voor deze kwalificatie is evenwel alleen de nationale rechter bevoegd, in voorkomend geval na het Hof krachtens artikel 234 een prejudiciële vraag te hebben gesteld. Rekwirante heeft dit oordeel weliswaar betwist, maar niet aangetoond dat hiermee een onjuiste voorstelling van de feiten worden gegeven.

39 Ten slotte heeft rekwirante geenszins aangetoond in hoeverre de kortgedingrechter de voorgelegde bewijsmiddelen verkeerd heeft voorgesteld door te oordelen dat de Commissie, indien de gevraagde voorlopige maatregel werd toegestaan, generlei vordering zou kunnen instellen bij de nationale rechter ter verkrijging van betaling van de geldboete en dat de financiële belangen van de Gemeenschap daardoor konden worden geschaad, zodat de belangen van de Gemeenschap zwaarder wogen en de weigering van deze voorlopige maatregelen was gerechtvaardigd.

40 Het tweede middel moet dus worden afgewezen.

41 Mitsdien kunnen de twee door rekwirante ter ondersteuning van haar hogere voorziening gestelde middelen niet worden aanvaard, zodat zij moeten worden afgewezen.

Kosten

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

DE PRESIDENT VAN HET HOF

beschikt:

1) **De hogere voorziening wordt afgewezen.**

2) **Linea GIG srl in liquidazione wordt verwezen in de kosten van deze instantie.**

Luxemburg, 24 juli 2003

De griffier

R. Grass

De president

G. C. Rodríguez Iglesias