BESLUT MEDDELAT AV DOMSTOLENS ORDFÖRANDE
den 24 juli 2003 *

I mål C-233/03 P(R),

Linea GIG Srl in liquidazione, Sesto Fiorentino (Italien), företrätt av L. D'Amario och B. Calzia, avvocati, med delgivningsadress i Luxemburg,

klagande,

angående överklagande av beslut meddelat den 27 mars 2003 av ordföranden för Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt i mål T-398/02 R, Linea GIG mot kommissionen (REG 2003, s. II-1139), i vilket det förs talan om upphävande av detta beslut,

* Rättegångsspråk: italienska.

i vilket den andra parten är:

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av L. Pignataro-Nolin och O. Beynet, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande i första instans

meddelar

DOMSTOLENS ORDFÖRANDE

följande

Beslut

1 Linea GIG Srl in liquidazione har, genom ansökan som inkom till domstolens kansli den 27 maj 2003, i enlighet med artikel 225 EG och artikel 57 andra stycket i domstolens stadga överklagat det beslut som förstainstansrättens ordförande meddelade den 27 mars 2003 i mål T-398/02 R, Linea GIG mot kommissionen (REG 2003, s. II-1139) (nedan kallat det överklagade beslutet). Genom detta beslut avslog förstainstansrättens ordförande den ansökan om interimistiska åtgärder som klaganden ingett med stöd av artikel 104.1 i förstainstansrättens rättegångsregler med yrkande om uppskov med verkställig-

heten av kommissionens beslut av den 30 oktober 2002 om ett förfarande för tillämpning av artikel 81 EG och artikel 53 i EES-avtalet (COMP/35.587 PO Video Games, COMP/35.706 PO Nintendo Distribution och COMP/36.321 Omega-Nintendo)(nedan kallat det omtvistade beslutet), i den del som klaganden i detta åläggs att betala ett bötesbelopp på 1,5 miljoner euro.

2 Utöver yrkandet om upphävande av det överklagade beslutet har Linea GIG Srl in liquidazione yrkat att domstolen skall bifalla de yrkanden som framställdes i förstainstansrätten och att kommissionen skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

3 Kommissionen har yttrat sig skriftligen genom inlaga som inkom till domstolens kansli den 16 juni 2003.

Bakgrund och förfarandet vid förstainstansrätten

4 Bakgrunden till tvisten och förfarandet vid förstainstansrätten har redovisats i punkterna 1—14 i det överklagade beslutet och kan sammanfattas enligt följande.

5 Linea GIG SpA (nedan kallat Linea GIG) var ensamåterförsäljare av Nintendos produkter i Italien, åtminstone från den 1 oktober 1992 till den 31 december 1997. Som en följd av en svår ekonomisk situation, beslutades det vid en extra bolagsstämma i Linea GIG den 8 januari 1999 att låta bolaget träda i likvidation.

6 Linea GIG anhängiggjorde ärendet vid Tribunale civile e penale i Florens (Italien), vilken genom dom av den 17 november 1999 godkände bolagets förslag till ackord (concordato preventivo). Enligt denna dom skall Linea GIG avyttra samtliga tillgångar för att till fullo fullgöra sina prioriterade fordringar och åtminstone 40 procent av de oprioriterade fordringarna.

7 Kommissionen antog det omtvistade beslutet den 30 oktober 2002. I detta konstaterade den att Nintendo Corporation Ltd/Nintendo of Europe GmbH och sju andra bolag, däribland Linea GIG, vilka hade ansvarat för distributionen av det förstnämnda bolagets produkter, hade åsidosatt artikel 81.1 EG. Kommissionen ålade Linea GIG böter på 1,5 miljoner euro.

8 Det omtvistade beslutet delgavs Linea GIG genom en skrivelse från kommissionen av den 7 november 2002. I denna skrivelse angav kommissionen att den, för det fall talan väcktes vid förstainstansrätten, inte skulle vidta några indrivningsåtgärder så länge målet inte hade avgjorts, såvitt fordran gav upphov till ränta, från och med utgången för betalningsfristen, samt förutsatt att en godtagbar bankgaranti ställdes.

9 Den 24 september 2002 beslutades det att Linea GIG:s rättsliga form skulle ändras till ett bolag med begränsat ansvar. Från denna tidpunkt är bolagsnamnet Linea GIG Srl in liquidazione (nedan kallat Linea eller klaganden).

10 Linea har, genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 30 december 2002, med stöd av artikel 230 fjärde stycket EG väckt talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet, helt eller till viss del, eller, i andra hand, om upphävande eller nedsättning av det bötesbelopp som bolaget har ålagts genom detta beslut.

11 Linea ansökte, genom en särskild handling som inkom till förstainstansrättens kansli den 30 januari 2003, om uppskov med verkställigheten av det omtvistade beslutet i den mån som det innebär att bolaget åläggs böter.

Det överklagade beslutet

12 I det överklagade beslutet har förstainstansrättens ordförande inledningsvis, i punkt 54, påpekat att "kommissionen, i sin skrivelse av den 7 november 2002 genom vilken [det omtvistade] beslutet delgavs, har preciserat att den, för det fall att talan väcks, inte skulle vidta några indrivningsåtgärder vad gäller bötesbeloppet om sökanden ställer en godtagbar bankgaranti. Under dessa omständigheter kan talan om uppskov med verkställigheten inte ha något annat syfte än att uppnå ett undantag från skyldigheten att ställa en bankgaranti som villkor för att inte det bötesbelopp som ålagts av kommissionen omedelbart skall drivas in. En sådan ansökan kan endast beviljas under särskilda omständigheter (beslut av domstolens ordförande av den 6 maj 1982 i mål 107/82 R, AEG mot kommissionen, REG 1982 s. 1549, punkt 6, [av den 14 december 1999 i mål C-364/99 P(R),] DSR-Senator Lines mot kommissionen, [REG 1999, s. I-8733,] punkt 48, och av den 23 mars 2001 i mål C-7/01 P(R), FEG mot kommissionen, REG 2001, s. I-2559, punkt 44). I domstolens och förstainstansrättens rättegångsregler föreskrivs uttryckligen en möjlighet att kräva att finansiell säkerhet ställs i interimistiska förfaranden och detta utgör ett allmänt och rimligt tillvägagångssätt från kommissionens sida."

13 Förstainstansrättens ordförande erinrade i punkt 55 i det överklagade beslutet om att sådana särskilda omständigheter "i princip [kan] anses föreligga när den part som ansöker om ett undantag från skyldigheten att ställa den begärda bankgarantin bevisar att det objektivt sett är omöjligt för den att ställa denna garanti... eller att det skulle äventyra dess existens att ställa garantin".

14 I det avseendet påpekade förstainstansrättens ordförande i punkt 59 i det överklagade beslutet att "[f]ör det fall att talan ogillas i huvudsaken, likställs detta kreditinstitut med övriga borgenärer och det ankommer på den nationella domstolen att fastställa vilken art den aktuella fordran, som har uppkommit efter det att ackordsförfarandet inleddes, skall anses ha och vilken prioritet den skall ges. Risken att inte erhålla betalning från sökanden som på detta sätt uppstår, förefaller vara så uppenbar att det skall medges att inget kreditinstitut skulle acceptera att tillhandahålla den begärda bankgarantin." Följaktligen gjorde förstainstansrättens ordförande i punkt 60 bedömningen att "Linea har framlagt tillräcklig bevisning för att bolagets nuvarande sociala och finansiella situation innebär att det objektivt sett är omöjligt att erhålla en bankgaranti hos ett kreditinstitut".

15 Förstainstansrättens ordförande fastställde emellertid i punkt 61 i det överklagade beslutet att "[a]vvägningen mellan förevarande intressen innebär... hinder för att förevarande ansökan om interimistiska åtgärder beviljas". Han anförde därvid följande skäl:

"62 Med hänsyn till de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet, skulle ett uppskov med verkställigheten av [det omtvistade] beslutet, i den mån som sökanden i detta åläggs att betala böter, leda till att kommissionen förhindras att inleda ett förfarande vid den nationella domstolen för att driva in bötesbeloppet och att, bortsett från räntan, tillvarata gemenskapens finansiella intressen (beslut av den 28 juni 2000 i [mål T-191/98 R II,] Cho Yang Shipping mot kommissionen, [REG 2000, s. II-2551,] punkt 53), vilket i själva verket endast skulle innebära att sökandens övriga borgenärers fordringar skyddas. Såsom kommissionen dock har betonat, kan risken att sökandens tillgångar inte längre är tillräckliga för att bötesbeloppet helt eller delvis skall kunna betalas vid den tidpunkt när talan eventuellt ogillas i huvudsaken, inte med säkerhet undanröjas. Dessutom har det inte säkerställts, såsom sökanden har medgivit vid sammanträdet, att det belopp om 1,65 miljoner euro som har reserverats uteslutande är avsett för betalning av Lineas skuld gentemot kommissionen för det fall att talan ogillas i huvudsaken. Det är därför nödvändigt att [det omtvistade] beslutet är verkställbart för att inte hindra de åtgärder som kommissionen anser vara lämpliga i syfte att driva in det belopp som har ålagts genom [detta beslut].

63 Vad beträffar det intresse som Linea och dess borgenärer har påstått ha av att bötesbeloppet inte drivs in, skall det preciseras att det intresset endast kan bedömas i förhållande till den art och prioritet som kommissionens fordran skall anses ha. Det ankommer endast på den nationella domstolen att göra denna bedömning i förekommande fall, efter anhängiggörande vid domstolen enligt artikel 234 EG."

16 Förstainstansrättens ordförande bedömde således att intresseavvägningen ledde till att ansökan om interimistiska åtgärder skulle avslås.

Överklagandet

17 Klaganden har åberopat två grunder till stöd för sitt överklagande.

18 Som första grund har klaganden gjort gällande att förstainstansrättens ordförande har gjort en felaktig tillämpning av regeln om intresseavvägning. Om det är objektivt omöjligt att erhålla den bankgaranti som kommissionen kräver kan det inte göras någon intresseavvägning. Så snart det har visats att det föreligger sådana särskilda omständigheter som utgör grund för undantag från skyldigheten att ställa den bankgaranti som kommissionen kräver, är det nämligen inte längre möjligt att göra en intresseavvägning. Det går inte att göra en avvägning mellan det förhållandet att kommissionen riskerar att inte kunna driva in bötesbeloppet och det förhållandet att det är omöjligt för klaganden att tillhandahålla den begärda garantin. Förstainstansrättens ordförande angav i punkt 54 i det överklagade beslutet att ansökan om uppskov med verkställigheten inte kunde ha något annat syfte än att uppnå ett undantag från skyldigheten att ställa en bankgaranti, och detta innebär att det skulle vara motsägelsefullt att göra en intresseavvägning när det väl är styrkt att det objektivt sett är omöjligt att ställa en sådan garanti.

19 Som andra grund, som anförts i andra hand, har klaganden invänt att förstainstansrättens ordförande har gjort fel vid intresseavvägningen, framför allt när han gjorde bedömningen att det belopp på 1,65 miljoner euro som reserverats av den förvaltare i ackordsförfarandet som utsetts av den nationella domstolen, som en säkerhet för kommissionens fordran, inte är sådant att kommissionens intresse av att erhålla betalning av fordran till fullo skyddas för det fall talan i huvudsaken skulle ogillas av förstainstansrätten. Kommissionens fordran kan nämligen anses utgöra antingen en prioriterad fordran, och i det fallet kommer det reserverade beloppet uteslutande att användas för att täcka denna fordran, eller en oprioriterad fordran, vilket således skulle innebära att kommissionens fordran skyddades proportionellt med den procentandel som anges i ackordsuppgörelsen och med iakttagande av borgenärernas rätt till likabehandling. Även om kommissionen fortfarande i nuläget kunde erhålla betalning, skulle den endast få denna betalning med angivna procentandel om dess fordran var oprioriterad. Det reserverade beloppet säkerställer således att kommissionen, när förstainstansrätten avgör målet i huvudsak, kommer att befinna sig i exakt samma situation som i dag.

20 Kommissionen har beträffande den första grunden gjort gällande att det framgår av punkt 48 i beslutet i det ovannämnda målet DSR-Senator Lines mot kommissionen att bedömningen av huruvida det föreligger särskilda omständigheter som medför att böter inte skall drivas in, även om det inte ställs någon bankgaranti, inte blir aktuell förrän i samband med bedömningen av kravet på skyndsamhet. Detta innebär att sådana omständigheter inte automatiskt medför att uppskov med verkställigheten av beslutet i fråga beviljas. När förstainstansrättens ordförande med beaktande av kravet på skyndsamhet hade konstaterat att det objektivt sett var omöjligt för Linea att ställa en bankgaranti, var det således med rätta som han därefter gjorde en intresseavvägning, i syfte att fastställa huruvida det fanns anledning att besluta om uppskov med verkställigheten av det omtvistade beslutet. Förstainstansrättens ordförande gjorde en avvägning mellan klagandens intresse av att undvika omedelbar indrivning av böterna och kommissionens finansiella intresse av att driva in dem. I motsats till vad klaganden har påstått har förstainstansrättens ordförande således inte gjort en felaktig tillämpning av regeln om intresseavvägning när han sökte väga risken för

att böterna inte skulle kunna drivas in mot Lineas "objektiva omöjlighet" att ställa bankgarantin. Bedömningen av de föreliggande intressena gjordes nämligen mot bakgrund av konstaterandet att denna omöjlighet förelåg.

21 Kommissionen anser att den andra grunden inte kan läggas till grund för prövningen, eftersom den innebär en upprepning av en grund som redan åberopats inför förstainstansrättens ordförande och endast syftar till att få till stånd en omprövning av ett yrkande som framställts i första instans, eller till och med att ifrågasätta den bedömning av de faktiska omständigheterna som förstainstansrättens ordförande gjort. I sak har kommissionen erinrat om att klaganden har vitsordat att det belopp på 1,65 miljoner euro som har reserverats inte uteslutande är avsett för kommissionen, utan att kommissionens fordran skall ersättas med hjälp av detta belopp i samma proportion som andra oprioriterade fordringar. Förstainstansrättens ordförande gjorde en korrekt bedömning av omständigheterna, en bedömning som inte kan ifrågasättas i ett överklagande. Beträffande argumentet att kommissionens fordran skulle kunna betecknas som en prioriterad fordran, vilket skulle innebära att det reserverade beloppet fullt ut skyddade kommissionens rättigheter, har kommissionen invänt att det endast ankommer på den nationella domstolen att fastställa hur en fordran skall betecknas. Kommissionen har också uttryckt tvivel rörande denna beteckning i italiensk rätt.

22 Kommissionen anser för övrigt att förstainstansrättens ordförandes avslag på ansökan om interimistiska åtgärder inte endast grundats på detta övervägande beträffande den aktuella fordrans art. I punkt 62 i det överklagade beslutet har han också påpekat att ett uppskov med verkställigheten av beslutet skulle leda till att kommissionen förhindrades att, innan målet i huvudsaken avgjorts, inleda ett förfarande vid den nationella domstolen för att driva in bötesbeloppet och att tillvarata gemenskapens finansiella intressen. Detta skulle innebära en risk för att sökandens tillgångar inte längre var tillräckliga för att bötesbeloppet helt eller delvis skulle kunna betalas vid den tidpunkt när talan eventuellt ogillas i huvudsaken. Denna bedömning av de faktiska omständigheterna är i sig tillräcklig grund för utgången i det överklagade beslutet och har inte bestritts av klaganden. Den andra grunden är således verkningslös.

Bedömning

23 Parternas skriftliga yttranden innehåller alla nödvändiga upplysningar för att domstolen skall kunna avgöra förevarande överklagande och det saknas således anledning att höra parterna muntligen.

Den första grunden

24 Som första grund har klaganden gjort gällande att förstainstansrättens ordförande gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att göra en avvägning mellan de föreliggande intressena.

25 Klaganden avser att åberopa rättspraxis rörande det särskilda fallet att undantag kan medges från skyldigheten att ställa en bankgaranti som villkor för att inte det bötesbelopp som ålagts omedelbart skall drivas in. Enligt denna rättspraxis kan ett sådant undantag endast beviljas under särskilda omständigheter (se bland annat beslutet i det ovannämnda målet DSR-Senator Lines mot kommissionen, punkt 48). Klaganden anser att det inte skall göras någon intresseavvägning när sådana särskilda omständigheter föreligger.

26 Domstolen erinrar om att enligt fast rättspraxis kan uppskov med verkställigheten och andra interimistiska åtgärder beviljas av den domstol som beslutar i det interimistiska förfarandet om det har fastställts att beviljandet vid första påseendet framstår som faktiskt och rättsligt befogat (*fumus boni juris*) och att åtgärderna ställer krav på skyndsamhet på så sätt att de — för att undvika att den som ansöker om de interimistiska åtgärderna orsakas allvarlig och irreparabel skada — måste beviljas och ha verkan redan innan målet har avgjorts i sak. Denna domstol skall även i förekommande fall göra en avvägning

mellan de föreliggande intressena (se bland annat beslut av den 25 juli 2000 i mål C-377/98 R, Nederländerna mot parlamentet och rådet, REG 2000, s. I-6229, punkt 41).

27 Den domstol som beslutar i det interimistiska förfarandet skall göra en helhetsbedömning och förfogar därvid över ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning och är fri att med avseende på de särskilda omständigheterna i fallet i fråga avgöra hur det skall prövas om de olika villkoren för att bevilja dessa interimistiska åtgärder är uppfyllda, liksom i vilken ordning denna prövning skall utföras, då det inte i någon bestämmelse i gemenskapsrätten föreskrivs ett i förväg upprättat analysschema för bedömningen av om det är nödvändigt att bevilja interimistiska åtgärder (beslut av den 19 juli 1995 i mål C-149/95 P(R), kommissionen mot Atlantic Container Line m.fl., REG 1995, s. I-2165, punkt 23).

28 Det förhållandet att förstainstansrättens ordförande i det överklagade beslutet gjorde en intresseavvägning kan följaktligen inte i sig anses som en felaktig rättstillämpning.

29 Den rättspraxis som nämns i punkt 25 i förevarande beslut — om begäran om undantag från skyldigheten att ställa bankgaranti som villkor för att det bötesbelopp som ålagts inte omedelbart skall drivas in — kan vidare inte tolkas så att förekomsten av sådana särskilda omständigheter, i den mening som avses i denna rättspraxis, nödvändigtvis medför att uppskov med verkställigheten skall beviljas och så att den domstol som beslutar i det interimistiska förfarandet förhindras att i förekommande fall göra en avvägning mellan de föreliggande intressena.

30 Huruvida det föreligger särskilda omständigheter skall nämligen fastställas i samband med att kravet på skyndsamhet prövas (se, för ett liknande resonemang, beslutet i det ovannämnda målet DSR-Senator Lines mot kommissionen, punkt 48). Det förhållandet att den domstol som beslutar i det interimistiska

förfarandet har konstaterat att det skulle vara nödvändigt att bevilja uppskov med verkställigheten för att undvika att sökanden orsakas allvarlig och irreparabel skada innebär inte att det är uteslutet att pröva vilken inverkan ett sådant uppskov skulle kunna få på någon annan parts intressen. Mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall skall nämnda domstol således kunna fastställa om det är lämpligt att göra en avvägning mellan de föreliggande intressena.

31 En intresseavvägning kunde visa sig vara särskilt ändamålsenlig i förevarande fall med hänsyn till att klaganden befinner sig i likvidation. Ett uppskov med verkställigheten i en sådan situation skulle ha kunnat få negativa följder för gemenskapens intressen och inverka på dessa på ett oåterkalleligt sätt.

32 Mot denna bakgrund har förstainstansrättens ordförande inte gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning när han i det överklagade beslutet gjorde en avvägning mellan de föreliggande intressena.

33 Överklagandet kan således inte vinna bifall på den första grunden.

Den andra grunden

34 Som andra grund har klaganden påstått att förstainstansrättens ordförande gjort en felaktig avvägning mellan de föreliggande intressena och att det inte föreligger någon risk för kommissionen. I detta avseende erinrar domstolen om att ett överklagande enligt artikel 225 EG och artikel 58 i domstolens stadga skall vara begränsat till rättsfrågor och att det inte får avse bedömningar av faktiska omständigheter.

35 Förstainstansrätten är således dels ensam behörig att fastställa de faktiska omständigheterna, utom då det av handlingarna i målet framgår att uppgifterna om de faktiska omständigheterna är materiellt oriktiga, dels ensam behörig att bedöma dessa faktiska omständigheter. Bedömningen av de faktiska omständigheterna är därför inte, utom då uppgifterna om dessa har missuppfattats, en rättsfråga som i sig är underställd domstolens kontroll (se bland annat dom av den 11 februari 1999 i mål C-390/95 P, Antillean Rice Mills m.fl. mot kommissionen, REG 1999, s. I-769, punkt 29).

36 De bestämmelser och den rättspraxis som avses i punkterna 34 och 35 i förevarande beslut är tillämpliga även i mål om överklagande i enlighet med artikel 57 andra stycket i domstolens stadga (beslutet i det ovannämnda målet kommissionen mot Atlantic Container Line m.fl., punkt 18).

37 Genom att bestrida den avvägning mellan de föreliggande intressena som förstainstansrättens ordförande har gjort, ifrågasätter emellertid klaganden hans bedömning av de faktiska omständigheterna. En sådan bedömning kan inte prövas inom ramen för förevarande överklagande, om inte uppgifterna om omständigheterna har missuppfattats.

38 I förevarande fall gjorde förstainstansrättens ordförande, i punkterna 62 och 63 i det överklagade beslutet, bedömningen att det belopp på 1,65 miljoner euro som reserverats av den förvaltare i ackordsförfarandet som utsetts av den nationella domstolen, som en säkerhet för kommissionens fordran, endast till fullo kunde skydda kommissionens intressen för det fall denna fordran betecknades som en prioriterad fordran. Det är emellertid upp till den nationella domstolen att avgöra hur en fordran skall betecknas, i förekommande fall efter anhängiggörande vid domstolen enligt artikel 234 EG. Klaganden har förvisso bestritt denna bedömning men den har inte visat att bedömningen kan jämställas med en missuppfattning av uppgifterna i målet.

39 Slutligen har klaganden inte alls kunnat visa på vilket sätt förstainstansrättens ordförande skulle ha missuppfattat de uppgifter som framlagts för honom genom att göra bedömningen att de interimistiska åtgärder som klaganden ansökt om skulle leda till att kommissionen förhindrades att inleda ett förfarande vid den nationella domstolen för att driva in bötesbeloppet och att en sådan inaktivitet skulle kunna skada gemenskapens finansiella intressen. Detta innebar enligt förstainstansrättens ordförande att gemenskapens intresse vägde tyngre och att ansökan om interimistiska åtgärder skulle avslås.

40 Överklagandet kan således inte heller vinna bifall på den andra grunden.

41 Av vad som anförts ovan följer att de två grunder som klaganden anfört till stöd för överklagandet inte kan godtas och att överklagandet således skall ogillas.

Rättegångskostnader

42 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna, som enligt artikel 118 i samma regler skall tillämpas i mål om överklagande, skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att klaganden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom klaganden har tappat målet skall kommissionens yrkande bifallas.

På dessa grunder fattar

DOMSTOLENS ORDFÖRANDE

följande beslut:

1) **Överklagandet ogillas.**

2) **Linea GIG Srl in liquidazione skall ersätta rättegångskostnaderna.**

Luxemburg den 24 juli 2003

R. Grass
Justitiesekreterare

G.C. Rodríguez Iglesias
Ordförande