KENDELSE AFSAGT AF DOMSTOLENS PRÆSIDENT
14. december 1999 *

I sag C-335/99 P(R),

HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG, Rosenheim (Tyskland)

HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH Verwaltungsgesellschaft, Rosenheim

Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, Rosenheim

Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH, Hohenberg (Østrig)

Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, Sondershausen (Tyskland),

ved advokaterne P. Krömer og F. Nusterer, Sankt Pölten, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat A. May, 31, Grand-rue,

appellanter,

angående appel af kendelse afsagt den 9. juli 1999 af præsidenten for De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans i sag T-9/99 R, HFB m.fl. mod Kommissionen (Sml. II, s. 2429), hvori der er nedlagt påstand om ophævelse af

* Processprog: tysk.

denne kendelse, om, at de påstande, appellanterne nedlagde i første instans, tages til følge, og om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger,

den anden part i appelsagen:

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved E. Gippini Fournier og W. Mölls, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg hos C. Gómez de la Cruz, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagnercentret, Kirchberg,

sagsøgt i første instans,

har

DOMSTOLENS PRÆSIDENT

efter at have hørt generaladvokaten, P. Léger,

afsagt følgende

Kendelse

1 Ved appelskrift indleveret til Domstolens Justitskontor den 10. september 1999 har HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH og Isoplus Fernwärmetechnik GmbH i medfør af artikel 225 EF og artikel 50, stk. 2, i EF-statutten for Domstolen

iværksat appel af den kendelse, som præsidenten for Retten i Første Instans afsagde den 9. juli 1999 i sag T-9/99 R, HFB m.fl. mod Kommissionen (Sml. II, s. 2429, herefter »den appellerede kendelse«), hvorved præsidenten ikke tog selskabernes begæring til følge om udsættelse af gennemførelsen og af tvangsfuldbyrdelsen af artikel 3, litra d), og artikel 4 i Kommissionens beslutning 1999/60/EF af 21. oktober 1998 om en procedure efter EF-traktatens artikel 85 (sag IV/35.691/E-4: Rørkartel (præisolerede rør)) (EFT 1999 L 24, s. 1), som berigtiget ved beslutning af 6. november 1998.

2 Appellanterne har nedlagt påstand om ophævelse af den appellerede kendelse og derudover nedlagt følgende påstande:

— Gennemførelsen og tvangsfuldbyrdelsen af artikel 3, litra d), og artikel 4 i beslutning 1999/60 udsættes indtil den 15. december 2000, i det omfang beløb svarende til en del af den af Kommissionen pålagte bøde ikke allerede er betalt til denne, dog højst indtil Retten har afsagt endelig dom i hovedsagen, såfremt der inden fire uger efter kendelsen vedrørende denne begæring stilles en bankgaranti for en del af bøden på 1 500 000 EUR tillige med renter fra den 14. februar 1999 til fordel for Kommissionen, og såfremt der senest den 15. december 1999 overføres 350 000 EUR til Kommissionen.

— Sagen hjemvises om fornødent til Retten til fornyet afgørelse.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

3 Ved processkrift indleveret til Justitskontoret den 4. oktober 1999 har Kommissionen fremsat sine skriftlige bemærkninger for Domstolen.

Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

4 Med hensyn til de faktiske omstændigheder har Retten i den appellerede kendelse fastslået følgende:

»1 Sagsøgerne er fem østrigske og tyske selskaber, som producerer præisolerede rør, der fortrinsvis anvendes til fjernvarmeanlæg.

2 Den 13. november 1998 fik sagsøgerne meddelelse om Kommissionens beslutning 1999/60 ... I meddelelsesskrivelsen blev det understreget, at hvis sagsøgerne anlagde sag ved Retten, ville Kommissionen ikke tage skridt til inddrivelse af bøden, så længe sagen verserede for Retten, forudsat at det skyldige beløb blev forrentet fra datoen for udløbet af fristen for betaling af bøden, og at der senest på dette tidspunkt blev stillet en bankgaranti, som Kommissionen kunne godkende, og som dækkede det skyldige beløb samt renter og tillæg.

3 Beslutning 1999/60 blev meddelt sagsøgerne i deres egenskab af medlemmer af 'Henss/Isoplus-koncernen'. I beslutningens artikel 1 fastslås det bl.a., at sagsøgerne har overtrådt EF-traktatens artikel 85, stk. 1 (nu artikel 81, stk. 1, EF), fra oktober 1991 til i hvert fald marts eller april 1996. Derfor pålægges der i artikel 3, litra d), Henss/Isoplus-koncernen en bøde på

4 950 000 EUR, for hvilken de fem sagsøgende selskaber og selskabet Isoplus Fernwärmetechnik GmbH — stille Gesellschaft hæfter solidarisk. Der er imidlertid mellem parterne opnået enighed om ikke at inddrage sidstnævnte selskab i sagen.

4 Det fremgår af sagsøgernes forklaringer under den mundtlige høring, at de alle har forbindelse med W. Henss. De beskriver deres forbindelser med ham således:

— Første sagsøger, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co KG, Rosenheim (Tyskland) (herefter 'HFB KG'): W. Henss ejer majoriteten af anparterne i virksomheden. Han er majoritetskommanditist.

— Anden sagsøger, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft, Rosenheim (herefter 'HFB Holding'): W. Henss ejer majoriteten af anparterne i virksomheden.

— Tredje sagsøger, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, Rosenheim (herefter 'Isoplus — Rosenheim'): Selskabet ejes 100% af HFB KG. W. Henss ejer således indirekte selskabet.

— Fjerde sagsøger, Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH, Hohenberg (Østrig) (herefter 'Isoplus — Hohenberg'): W. Henss er majoritetsaktionær.

— Femte sagsøger, Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, Sondershausen (Tyskland) (herefter 'Isoplus — Sondershausen'): På tidspunktet for vedtagelsen af beslutning 1999/60 tilhørte en tredjedel af selskabet den første sagsøger, en tredjedel et selskab, som selv ejes 100% af W. Henss, og en tredjedel en anden familie. Efter den 6. november 1998 er W. Henss' andel af kapitalen i Isoplus — Sondershausen vokset yderligere.«

5 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 18. januar 1999 anlagde appellanterne sag med påstand om annullation af beslutning 1999/60.

6 Den 5. februar 1999 betalte Isoplus — Rosenheim, Isoplus — Hohenberg og Isoplus — Sondershausen hver især 770 000 EUR, dvs. i alt 2 310 000 EUR, til Kommissionen som en delvis betaling af den pålagte bøde, således at den del af bøden, som endnu mangler at blive betalt, blev nedbragt til 2 640 000 EUR eksklusive renter.

7 Ved særskilt dokument indleveret til Rettens Justitskontor den 10. februar 1999 fremsatte appellanterne i medfør af artikel 242 EF begæring om udsættelse af gennemførelsen og tvangsfuldbyrdelsen af artikel 3, litra d), og artikel 4 i beslutning 1999/60, indtil der er afsagt endelig dom i hovedsagen.

8 Den 30. april 1999 begrænsede appellanterne deres begæring om foreløbige forholdsregler, således at begæringen i det væsentlige svarede til de

påstande, der er nedlagt i nærværende appelsag og gengivet i denne kendelses præmis 2.

Den appellerede kendelse

9 Ved den appellerede kendelse bestemte Rettens præsident, at begæringen om foreløbige forholdsregler ikke kunne tages til følge.

10 Hvad angår sagens genstand fastslog Rettens præsident for det første, at begæringen om udsættelse af gennemførelsen kun kunne sigte mod at opnå en fritagelse for forpligtelsen til at stille en bankgaranti som betingelse for at undgå en øjeblikkelig inddrivelse af det skyldige restbeløb af den bøde, der blev pålagt ved beslutning 1999/60, og for det andet, at begæringen om udsættelse af tvangsfuldbyrdelsen af beslutningen var irrelevant.

11 Det fremgår i øvrigt af den appellerede kendelses præmis 27, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt i denne sag.

12 Derimod fandt Rettens præsident for så vidt angår betingelsen om uopsættelighed, at appellanterne ikke havde bevist, at en gennemførelse af beslutning 1999/60 kunne påføre dem en alvorlig og uoprettelig skade.

13 Rettens præsident baserede i det væsentlige denne konklusion på fire betragtninger.

14 For det første fastslog præsidenten i den appellerede kendelses præmis 33, »at der ikke kan drages nogen konklusioner af de ureviderede tal, sagsøgerne har fremlagt«. Selskaberne havde nemlig ganske vist fremlagt nogle statusopgørelser, en kort sagkyndig erklæring vedrørende deres likviditet og andre oplysninger hidrørende fra pengeinstitutter, men det fremgår af Rettens præsidents bemærkninger,

— at 1998-regnskaberne ikke var blevet revideret (den appellerede kendelses præmis 30)

— at betydelige reserver var holdt skjult i de fremlagte tal, eller at der i det mindste bestod en reel uvished på dette punkt (den appellerede kendelses præmis 31)

— at der i den korte sagkyndige erklæring ikke var taget hensyn til de disponible likvide midler i en periode på over et år (den appellerede kendelses præmis 32).

15 Det fremgår af den appellerede kendelses præmis 35, at det også var uvist, i hvilket omfang W. Henss, der direkte eller indirekte er hovedejer af de fem

appellerende selskaber, var deres kreditor for en del af deres kortfristede gæld svarende til et samlet beløb på ca. 5 300 000 DEM.

16 For det andet fastslog Rettens præsident i den appellerede kendelses præmis 34:

»Dr. Reimnitz har også henvist til, at den blotte omstændighed, at selskabsdeltagerne eller direktøren for et selskab i bestemte situationer er forpligtet til at indgive konkursbegæring, efter tysk ret ikke er ensbetydende med, at begæringen imødekommes. Det forhold, at en virksomhed har likviditetsvanskeligheder, medfører ikke nødvendigvis, at den må likvideres, og at arbejdspladser således går tabt. Sagsøgerne har bekræftet, at der ikke kun efter tysk ret, men også efter østrigsk ret er et alternativ til en konkurs. En virksomhed, der er insolvent, kan således under den kompetente nationale rets tilsyn indgå et forlig med kreditorerne, som indebærer, at gælden afvikles.«

17 For det tredje fastslog Rettens præsident i den appellerede kendelses præmis 36, at det måtte anses for passende at tage hensyn til selskabsdeltagernes eventuelle muligheder for at bistå selskabet med at fremskaffe en bankgaranti, og at appellanterne ikke havde forsøgt at bevise, at W. Henns i sin egenskab af direkte eller indirekte hovedejer af de fem virksomheder ikke var i stand til at yde dem en sådan bistand.

18 Endelig bemærkede Rettens præsident i den appellerede kendelses præmis 37, at appellanterne ikke havde ført bevis for, at det var umuligt at opnå en bankgaranti for det skyldige bødebeløb, da kun to af selskaberne havde fremlagt erklæringer fra pengeinstitutter, der attesterede disses afvisning af at stille en sådan

bankgaranti, og da de kun havde rettet henvendelse til de tre banker, de normalt samarbejdede med.

19 På grundlag af alle disse betragtninger konkluderede Rettens præsident i den appellerede kendelses præmis 38, første punktum, at appellanterne ikke havde ført bevis for, at risikoen for konkurs eller likvidation var forudsigelig med en tilstrækkelig grad af sandsynlighed, hvis de skulle stille en bankgaranti for den skyldige del af den pålagte bøde.

20 Den appellerede kendelses præmis 38, andet punktum, lyder således:

»Det skal herved understreges, at det forhold, at sagsøgerne måtte blive forpligtet til at indgive konkursbegæring, ikke i sig selv kan udgøre en alvorlig og uoprettelig skade ... da formålet med en konkursbehandling netop er at forsøge at sanere de pågældende virksomheder.«

Parternes argumenter

Appellanternes argumenter

21 Appellanterne har til støtte for appellen gjort fire anbringender gældende om tilsidesættelse af fællesskabsretten, subsidiært om rettergangsfejl, der har krænket deres interesser. De har nærmere anført, at Rettens præsident har anlagt en

forkert fortolkning af begrebet uopsættelighed i artikel 104, stk. 2, i Rettens procesreglement.

22 Som det første anbringende har appellanterne gjort gældende, at Rettens præsident med urette antog, at det forhold, at appellanterne måtte blive forpligtet til at indgive konkursbegæring, ikke i sig selv kan udgøre en alvorlig og uoprettelig skade, og at formålet med en konkursbehandling er at forsøge at sanere den pågældende virksomhed.

23 Appellanterne har henvist til, at der foreligger en uoprettelig skade, såfremt erstatningen kommer for sent — f.eks. i tilfælde af en konkurs, før der er afsagt dom vedrørende realiteten — og gjort gældende, at det forhold, at den part, der har fremsat begæring om foreløbige forholdsregler, kan blive forpligtet til at indgive konkursbegæring, udgør en sådan uoprettelig skade.

24 Appellanterne har endvidere anført, at hovedformålet med en konkursbehandling i både Tyskland og Østrig er at fyldestgøre en debitors kreditorer i fællesskab, idet debitors formue realiseres fuldt ud, hvorefter provenuet fordeles mellem kreditorerne. Kun under bestemte betingelser, navnlig at kreditorerne indvilger i at give afkald på en stor del af deres krav, kan der træffes beslutning om en anden ordning, der gør det muligt at opretholde virksomheden, inden for rammerne af en plan for afvikling af gælden.

25 Desuden har det i sig selv alvorlige konsekvenser for en virksomheds formue og drift, at den tages under konkursbehandling, og det indebærer også betydelige økonomiske ulemper. Appellanterne har i denne forbindelse nævnt faktorer som

forringelse af virksomhedens omdømme, fortabelse af muligheden for at afgive tilbud, kontrol udøvet af tredjemand osv.

26 Ifølge appellanterne har Rettens præsident således anlagt en forkert fortolkning af begrebet uoprettelig skade i fællesskabsrettens forstand og foretaget en række konstateringer, der er i modstrid med de oplysninger, der fremgår af sagens akter.

27 Da der er tale om en bøde, som endnu ikke er fastsat endeligt, når henses til annullationssøgsmålet til prøvelse af Kommissionens beslutning, kan det retligt ikke retfærdiggøres, at det forlanges af den berørte virksomhed, at den indgiver konkursbegæring, og af kreditorerne, at de giver afkald på en betydelig del af deres fordringer med henblik på at sanere virksomheden.

28 Som det andet anbringende har appellanterne gjort gældende, at Rettens præsident med urette ved bedømmelsen af selskabernes økonomiske kapacitet baserede sig på W. Henss' økonomiske kapacitet som fysisk person og selskabsdeltager, selv om hans hæftelse for selskabernes gæld er begrænset til hans indskud. En sådan fysisk person, der er selskabsdeltager i en virksomhed, er nemlig ikke en virksomhed som omhandlet i traktatens artikel 85, stk. 1, eller i artikel 53 i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde. I modsætning til hvad der gør sig gældende for selskaber inden for samme koncern, er der intet retligt grundlag for at forpligte sådanne selskabsdeltagere til at betale yderligere beløb med henblik på at stille en bankgaranti.

29 Ifølge appellanterne fører Rettens præsidents synspunkt desuden til en diskriminering af virksomheder, hvis selskabsdeltagere kan identificeres, i forhold til virksomheder, hvor de er ukendte, fordi kapitalandelene hele tiden skifter ejere,

således som det f.eks. er tilfældet med børsnoterede aktieselskaber med ihændehaveraktier.

30 Som det tredje anbringende har appellanterne anført, at det i forbindelse med en begæring om foreløbige forholdsregler kræves, at det kan forudses med en tilstrækkelig grad af sandsynlighed, at der vil indtræde en alvorlig og uoprettelig skade, og at det ikke skal godtgøres, at der er en absolut vished herfor. Den part, der fremsætter begæring om en foreløbig forholdsregel, skal således ikke føre bevis for uopsætteligheden, men blot fremkomme med overbevisende argumenter, således at det »umiddelbart« forekommer berettiget at imødekomme begæringen. Der er dermed knyttet langt mindre strenge krav til bevisbyrden end i de tilfælde, hvor sagsøgeren skal føre fuldt bevis for det, han påberåber sig.

31 Det fremgår imidlertid ifølge appellanterne af den appellerede kendelse, at Rettens præsident i strid med disse principper har stillet alt for store beviskrav til appellanterne, hvilket udgør en tilsidesættelse af fællesskabsretten eller en rettergangsfejl, der har krænket deres interesser. Dette er bl.a. tilfældet i den appellerede kendelses præmis 36, for så vidt som der tages hensyn til W. Henss' økonomiske situation, i præmis 37 i relation til beviset for umuligheden af at opnå en bankgaranti og i præmis 38 med hensyn til beviset for risikoen for konkurs eller likvidation af appellanterne. Appellanterne har derfor anmodet Domstolen om undtagelsesvis at foretage en fornyet prøvelse af de fremlagte beviser og en fornyet konstatering af, hvilke faktiske omstændigheder der »umiddelbart« må anses for godtgjort.

32 Som det fjerde anbringende har appellanterne gjort gældende, at Rettens præsident har baseret sig på konstateringer, der er i modstrid med de for Retten fremlagte sagsakter. Det fremgår således af den appellerede doms præmis 31, at Rettens præsident rejste tvivl om de fremlagte tal med den begrundelse, at tre af appellanterne havde været i stand til at betale et betydeligt beløb den 5. februar 1999, selv om deres statusopgørelser skulle bevise, at de den 31. december 1998 ikke længere havde tilstrækkelige likvide midler til at betale den resterende del af bøden. Den korte sagkyndige erklæring, der var fremlagt som bilag til begæringen om foreløbige forholdsregler, indeholdt imidlertid en behørig forklaring på,

hvorledes det på trods af likviditetsunderskuddet pr. 31. december 1998 havde været muligt at foretage visse betalinger i februar 1999, til skade for anden kortfristet gæld. Ifølge appellanterne udgør denne fejl en tilsidesættelse af fællesskabsretten eller en rettergangsfejl, der krænker deres interesser.

Kommissionens argumenter

33 Kommissionen har indledningsvis redegjort for, hvordan den fortolker den appellerede kendelse. Den har for det første anført, at Rettens præsidents hovedkonklusion findes i præmis 38, første punktum, hvorefter appellanterne ikke har ført bevis for, at risikoen for konkurs eller likvidation er forudsigelig med en tilstrækkelig grad af sandsynlighed, hvis de skal stille en bankgaranti for den skyldige del af den pålagte bøde. Ifølge Kommissionen skal denne konstatering fra Rettens præsidents side om manglende bevis forstås således, at den også gælder risikoen for, at appellanterne må indgive konkursbegæring. Begrundelsen i kendelsen giver nemlig på ingen måde grundlag for at antage, at Rettens præsident har anset sidstnævnte risiko for at være tilstrækkeligt bevist.

34 For så vidt angår den i den appellerede kendelses præmis 38, andet punktum, indeholdte konklusion om, at risikoen for en konkursbegæring ikke udgør en alvorlig og uoprettelig skade, er der ifølge Kommissionen tale om en supplerende eller subsidiær begrundelse.

35 Kommissionen har på denne baggrund konkluderet, at appellen bør forkastes, eftersom de anbringender, der er fremført mod hovedkonklusionen i den appellerede kendelse, nærmere bestemt det andet, tredje og fjerde anbringende,

ikke kan skabe tvivl om rigtigheden af denne konklusion. Det første anbringende bør derfor kun undersøges subsidiært.

36 I relation til dette første anbringende har Kommissionen anført, at appellanterne havde erkendt, at der selv efter indgivelsen af en konkursbegæring fortsat er mulighed for at undgå en likviditation af virksomheden. Det er i det væsentlige denne betydning, der skal tillægges den appellerede kendelses præmis 38, andet punktum.

37 Hvad angår den skade, appellanterne efter deres egen opfattelse vil lide, selv om konkursbehandlingen måtte munde ud i en aftale eller et forlig, har Kommissionen gjort gældende, at appellanterne ikke påberåbte sig denne skade i første instans. Desuden er den på ingen måde uoprettelig, da appellanterne ikke har godtgjort, at den er af varig og strukturel karakter og derfor ikke kan erstattes økonomisk.

38 For så vidt angår den skade, selskabsdeltagerne hævdes at lide, fordi de skal stille midler til rådighed for virksomheden for at undgå en likvidation, er der ifølge Kommissionen tale om en normal disposition, der desuden er af rent økonomisk karakter. Under alle omstændigheder kan appellanterne ikke påberåbe sig en skade, som tredjemand risikerer at lide, med henblik på at godtgøre, at deres begæring er uopsættelig (kendelse af 4.5.1964, sag 12/64 R, Ley mod Kommissionen, Rec. 1965, s. 175, på s. 176).

39 Hvad angår det andet anbringende har Kommissionen gjort gældende, at Rettens præsident med rette tog hensyn til selskabsdeltagernes — i det konkrete tilfælde

W. Henss' — muligheder for at bistå selskaberne med henblik på at fremskaffe en bankgaranti.

40 Den har i denne forbindelse henvist til kendelsen af 7. marts 1995 i sagen Transacciones Marítimas m.fl. mod Kommissionen (sag C-12/95 P, Sml. I, s. 467, præmis 12), hvori der ved afgørelsen af, om en virksomhed kunne stille en bankgaranti, ikke blev sondret mellem virksomhedens aktionærer og den koncern, virksomheden var en del af.

41 Kommissionen har erindret om, at der kun under ganske særlige omstændigheder kan dispenseres fra pligten til at stille en bankgaranti, og anført, at selskabsdeltagerne, indtil bøden måtte blive ophævet eller nedsat, må acceptere alle de ulemper, der følger af, at selskabet er blevet pålagt bøden, navnlig såfremt de ønsker, at selskabet fortsætter sine aktiviteter på trods af denne byrde. Dette er så meget mere berettiget, som de kan have draget fordel af den adfærd i strid med konkurrencereglerne, der har ført til bøden. Det er derfor uden betydning, om selskabsdeltagerne er fysiske eller juridiske personer, og om de udøver virksomhed for egen regning.

42 Kommissionen har bestridt, at dette synspunkt fører til forskelsbehandling af virksomhederne på grundlag af deres struktur, eftersom ledelsen, selv når aktionærkredsen er meget stor eller ofte ændrer sig, kan indkalde til generalforsamling for at holde afstemning om en passende kapitalforhøjelse. Desuden har Rettens præsident i det foreliggende tilfælde ikke taget hensyn til appellanternes selskabsdeltagere generelt, men til W. Henss som hovedejer, der kontrollerer alle appellanterne og derfor kan træffe de relevante beslutninger alene.

43 For så vidt angår appellanternes tredje anbringende vedrørende bevisbyrden for uopsættelighed, der påhviler den person, der fremsætter en begæring om

foreløbige forholdsregler, har Kommissionen bestridt det af appellanterne anførte om, at det ikke skal bevises, men blot »umiddelbart« skal godtgøres, at der foreligger uopsættelighed.

44 Kommissionen har herved for det første henvist til artikel 104, stk. 2, i Rettens procesreglement, hvorefter en begæring om foreløbige forholdsregler skal angive »de omstændigheder, der medfører uopsættelighed«. Kun for så vidt angår »de faktiske og retlige grunde« til den begærede foreløbige forholdsregel kræves det i henhold til denne bestemmelse, at de skal være af en sådan karakter, at forholdsreglen »umiddelbart« forekommer berettiget.

45 Endvidere fremgår det ifølge Kommissionen af fast retspraksis, at sagsøgeren skal godtgøre, at der foreligger uopsættelighed, således at Fællesskabets retsinstanser i sager om foreløbige forholdsregler kan træffe afgørelse »med fuldt kendskab til sagen« (kendelse af 3.4.1992, sag C-35/92 P-R, Parlamentet mod Frederiksen, Sml. I, s. 2399, præmis 21). Denne løsning, der er i overensstemmelse med de almindelige regler om fordeling af bevisbyrden, er så meget mere berettiget i det foreliggende tilfælde, som der kun under ganske særlige omstændigheder kan dispenseres fra kravet om en bankgaranti.

46 Kommissionen har endelig anerkendt, at der ikke med henblik på at bevise en begærings uopsættelighed kræves en absolut vished for, at den påberåbte skade vil indtræde. Det er således tilstrækkeligt, at det godtgøres, at et tab er truende nært, men dette ændrer intet ved appellanternes bevisbyrde, idet de fuldt ud skal bevise de faktiske omstændigheder, der menes at give grundlag for de pågældende forudsigelser.

47 Kommissionen har på den baggrund konkluderet, at de i forbindelse med det tredje anbringende fremsatte argumenter, der vedrører de grunde, der er anført i

kendelsen under undersøgelsen af de faktiske omstændigheder, i realiteten vedrører bedømmelsen af disse faktiske omstændigheder og må afvises i appelsagen.

48 I relation til det fjerde anbringende, hvorefter den appellerede kendelse skal være baseret på konstateringer, der er i modstrid med de for Retten fremlagte sagsakter, har Kommissionen anført, at betalingerne i februar 1999 i den i den appellerede kendelses præmis 30 nævnte korte sagkyndige erklæring alene omtales som forehavender. Der foreligger i øvrigt ingen oplysninger om, hvor de anvendte midler er kommet fra, eller om de pågældende betalingers reelle virkninger for de i den korte sagkyndige erklæring angivne tal, som viste situationen pr. 31. december 1998. Appellanternes argumentation går således ud på at anfægte den bedømmelse af de faktiske omstændigheder, som Rettens præsident har foretaget i første instans.

49 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.

Domstolens bemærkninger

50 Indledningsvis bemærkes, at i henhold til artikel 225 EF og artikel 51 i EF-statutten for Domstolen er appellen begrænset til retsspørgsmål og skal støttes på, at Retten savner kompetence, at der er begået rettergangsfejl, som krænker appellantens interesser, eller at Retten har tilsidesat fællesskabsretten.

51 Det er således alene Retten, der er kompetent til dels at fastlægge de faktiske omstændigheder i sagen, medmindre den indholdsmæssige urigtighed af dens konstateringer måtte følge af de akter, den har fået forelagt i sagen, dels at tage stilling til disse faktiske omstændigheder.

52 Endvidere bemærkes, at Domstolen under en appel principielt ikke har kompetence til at undersøge de beviser, Retten har lagt til grund ved fastlæggelsen eller vurderingen af faktum. Når de almindelige retsgrundsætninger vedrørende bevisbyrde såvel som de processuelle regler for fremlæggelse af bevis er blevet iagttaget, har alene Retten kompetence til at afgøre, hvilken bevisværdi der skal tillægges de oplysninger, den har fået forelagt (jf. kendelse af 25.6.1998, sag C-159/98 P(R), De Nederlandske Antiller mod Rådet, Sml. I, s. 4147, præmis 68).

53 Det skal i denne sag først bemærkes, at de fire anbringender, appellanterne har fremført til støtte for appellen, er nært forbundet med hinanden. De vedrører nemlig de forskellige forhold, som Rettens præsident samlet tog hensyn til i den appellerede kendelse, for på grundlag heraf at konkludere, at appellanterne ikke havde ført tilstrækkeligt bevis for begæringens uopsættelighed.

54 De kan derfor kun tiltrædes eller forkastes samlet.

55 Desuden bemærkes med henblik på vurderingen af de pågældende anbringender, hvorved appellanterne har anfægtet den vurdering af spørgsmålet om uopsættelighed, som er foretaget i den appellerede kendelse, at Rettens præsident har foretaget denne vurdering i den helt særlige sammenhæng, at der var tale om en anmodning om fritagelse for forpligtelsen til at stille en bankgaranti som betingelse for, at en bøde, som Kommissionen havde pålagt, ikke straks blev inddrevet. Som Rettens præsident med rette har fastslået i den appellerede kendelses præmis 17, kan en sådan anmodning kun imødekommes, såfremt der foreligger ganske særlige omstændigheder (jf. kendelse af 6.5.1982, sag 107/82 R, AEG mod Kommissionen, Sml. s. 1549, præmis 6, af 7.5.1982, sag 86/82 R, Hasselblad mod Kommissionen, Sml. s. 1555, præmis 3, af 15.3.1983, sag 234/82 R, Ferriere di Roè Volciano mod Kommissionen, Sml. s. 725, præmis 5 og 6, og af 24.9.1986, sag 213/86 R, Montedipe mod Kommissionen, Sml.

s. 2623, præmis 22). Muligheden for at kræve sikkerhedsstillelse 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 (jf. kendelse af 11.11.1982, sag 263/82 R, Klöckner-Werke mod Kommissionen, Sml. s. 3995, præmis 5).

56 I relation til det første anbringende, hvorved appellanterne kritiserer det forhold, at Rettens præsident ikke anså det for en alvorlig og uoprettelig skade, at der er risiko for, at de må indgive konkursbegæring, skal det understreges, at en situation, hvor en virksomhed er tvunget til at indgive konkursbegæring, kan udgøre en alvorlig og uoprettelig skade, når henses til de hermed forbundne risici for selve virksomhedens eksistens og de betydelige konsekvenser, som en konkursbehandling har, og som forhindrer virksomheden i at fungere normalt.

57 En sådan bedømmelse skal imidlertid foretages konkret under hensyn til de faktiske og retlige omstændigheder i det enkelte tilfælde.

58 Det fremgår af den appellerede kendelse, at Rettens præsident ganske vist ikke anså det for helt udelukket, at tilvejebringelsen af en bankgaranti kan medføre, at appellanterne bliver tvunget til at indgive konkursbegæring, men at betydningen af dette forhold dog blev relativeret i kendelsen. Rettens præsident fastslog nemlig, at de vanskeligheder, appellanterne henviste til, i det væsentlige skyldtes et likviditetsunderskud, og det understreges i den appellerede kendelses præmis 34, at vanskeligheder af denne karakter ikke nødvendigvis medfører, at virksomheden må likvideres, hvilket bekræftes af en undersøgelse af de relevante nationale retssystemer.

59 Denne bedømmelse af de faktiske omstændigheder fra Rettens præsidents side kan ikke umiddelbart anfægtes under en appelsag.

60 Med deres andet anbringende kritiserer appellanterne det forhold, at Rettens præsident tog hensyn til W. Henss' eventuelle muligheder for at bistå dem med henblik på at fremskaffe en bankgaranti.

61 Det bemærkes i denne forbindelse, at det fremgår af fast retspraksis, at der ved vurderingen af, om en virksomhed kan stille en bankgaranti, skal tages hensyn til den koncern, som virksomheden indgår i (jf. kendelsen i sagen Hasselblad mod Kommissionen, præmis 4), og navnlig til de ressourcer, denne koncern som helhed råder over (jf. kendelsen i sagen Transacciones Marítimas m.fl. mod Kommissionen, præmis 12).

62 Dette synspunkt bygger på, at den berørte virksomheds objektive interesser ikke er selvstændige i forhold til interesserne for de personer, fysiske eller juridiske, som kontrollerer virksomheden, og at spørgsmålet om, hvorvidt den påståede skade er alvorlig og uoprettelig, skal afgøres i relation til den koncern, de pågældende personer udgør. Disse sammenfaldende interesser begrunder navnlig, at den berørte virksomheds interesse i at overleve ikke vurderes uafhængigt i forhold til den interesse, som de, der kontrollerer den, har i dens fortsatte bestående.

63 Det er de samme overvejelser, der begrunder, at skaden for en sammenslutning af virksomheder i en lignende situation vurderes under hensyntagen til medlem-

mernes økonomiske situation, når sammenslutningens objektive interesser ikke er selvstændige i forhold til interesserne for de virksomheder, der er medlemmer af den (jf. kendelse af 14.10.1996, sag C-268/96 P(R), SCK og FNK mod Kommissionen, Sml. I, s. 4971, præmis 35-38).

64 Det forekommer derfor irrelevant, at den person, der i sin egenskab af hovedejer af virksomhederne kontrollerer disse — som i det foreliggende tilfælde — er en fysisk person, som ikke selv udgør en virksomhed.

65 Appellanterne kan heller ikke med føje gøre gældende, at det ræsonnement, Rettens præsident har anlagt, udgør forskelsbehandling af virksomhederne, alt efter om deres aktionærer er kendte eller ej. Vurderingen af, om den påståede skade er alvorlig og uoprettelig, skal foretages under hensyntagen til de særlige omstændigheder i hver enkelt sag og ikke generelt på grundlag af abstrakte kategorier. En virksomhed, i relation til hvilken det er godtgjort, at den kontrolleres af andre personer, er i en særlig situation, som derfor skal tages i betragtning i en sag om foreløbige forholdsregler.

66 Appellanternes tredje anbringende vedrører deres bevisbyrde for, at uopsættelighedsbetingelsen er opfyldt.

67 Kommissionen har med rette henvist til, at selv om det med henblik på at godtgøre, at der foreligger en alvorlig og uoprettelig skade, ikke er nødvendigt, at det godtgøres, at der er en absolut vished for, at skaden indtræder, idet det er tilstrækkeligt, at skaden kan forudsiges med en tilstrækkelig grad af sandsynlighed, skal appellanterne ikke desto mindre fortsat føre bevis for de faktiske omstændigheder, der skal begrunde, at der er udsigt til en sådan alvorlig og uoprettelig skade.

68 Dette krav er særligt berettiget i et tilfælde som det foreliggende i betragtning af det princip, der er fastslået i denne kendelses præmis 55.

69 I relation til appellanternes fjerde og sidste anbringende skal det blot bemærkes, at de oplysninger, som appellanterne henviser til, kun er præciseringer, der ganske vist supplerer de i den appellerede kendelses præmis 31 gengivne faktiske omstændigheder, men som ikke giver grundlag for at antage, at Rettens præsidents konstateringer skulle være materielt forkerte.

70 Under disse omstændigheder kan den af Rettens præsident foretagne bevisbedømmelse af de grunde, der er nævnt i denne kendelses præmis 50, 51 og 52, ikke underkastes en fornyet prøvelse under appelsagen.

71 Det følger af ovenstående, at appellanternes anbringender til støtte for appellen ikke kan tiltrædes, og at appellen derfor må forkastes.

Sagens omkostninger

72 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, som ifølge artikel 118 finder tilsvarende 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 appellanterne pålægges at betale sagens omkostninger, og da appellanterne har tabt sagen, pålægges det disse at betale sagens omkostninger.

Af disse grunde

bestemmer

DOMSTOLENS PRÆSIDENT

1) **Appellen forkastes.**

2) **HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH og Isoplus Fernwärmetechnik GmbH betaler sagens omkostninger.**

Således bestemt i Luxembourg den 14. december 1999.

R. Grass — G.C. Rodríguez Iglesias

Justitssekretær — Præsident