BESCHIKKING VAN DE PRESIDENT VAN HET HOF
14 december 1999 *

In zaak C-335/99 P(R),

HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG, gevestigd te Rosenheim (Duitsland),

HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft, gevestigd te Rosenheim,

Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, gevestigd te Rosenheim,

Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH, gevestigd te Hohenberg (Oostenrijk),

Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, gevestigd te Sondershausen (Duitsland),

vertegenwoordigd door P. Krömer en F. Nusterer, advocaten te Sankt Pölten, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij A. May, advocaat aldaar, Grand-Rue 31,

rekwiranten,

betreffende hogere voorziening tegen de beschikking van de president van het Gerecht van eerste aanleg van 9 juli 1999, HFB e.a./Commissie (T 9/99 R, Jurispr. blz. II-2429), strekkende tot vernietiging van die beschikking, toewijzing

* Procestaal: Duits.

van het door rekwiranten in eerste aanleg gevorderde en veroordeling van de Commissie in de kosten,

andere partij bij de procedure:

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door E. Gippini Fournier en W. Mölls, leden van de juridische dienst, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster in eerste aanleg,

geeft

DE PRESIDENT VAN HET HOF VAN JUSTITIE,

de advocaat-generaal, P. Léger, gehoord,

de navolgende

Beschikking

1 Bij verzoekschrift, op 10 september 1999 neergelegd ter griffie van het Hof, hebben HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH en Isoplus Fernwärmetechnik GmbH krachtens artikel 225 EG en artikel 50, tweede alinea, van 's Hofs

Statuut-EG hogere voorziening ingesteld tegen de beschikking van de president van het Gerecht van eerste aanleg van 9 juli 1999, HFB e.a./Commissie (T-9/99 R, Jurispr. blz. II-2429; hierna: „bestreden beschikking"), houdende afwijzing van hun verzoek in kort geding om opschorting van de tenuitvoerlegging en schorsing van de executie van de artikelen 3, sub d, en 4 van beschikking 1999/60/EG van de Commissie van 21 oktober 1998 betreffende een procedure op grond van artikel 85 EG-Verdrag (IV/35.691/E-4 — Kartel voor voorgeïsoleerde buizen) (PB 1999, L 24, blz. 1), zoals gerectificeerd bij de beschikking van 6 november 1998.

2 Behalve vernietiging van de bestreden beschikking vorderen rekwiranten:

— opschorting van de tenuitvoerlegging en schorsing van de executie van de artikelen 3, sub d, en 4, van beschikking 1999/60, voor zover een gedeelte van het bedrag van de door de Commissie opgelegde geldboete nog niet aan haar is betaald, tot 15 december 2000 en uiterlijk tot de uitspraak van het eindarrest van het Gerecht in de bodemprocedure, voor zover in de vier weken volgend op de beschikking waarin over dit verzoek zal worden beslist, de Commissie een bankgarantie zal worden verstrekt voor een gedeelte van het bedrag van de geldboete, te weten 1 500 000 euro, vermeerderd met de interessen vanaf 14 februari 1999, en voorts tegen 15 december 1999 een bedrag van 350 000 euro aan de Commissie zal worden overgemaakt,

— in voorkomend geval, verwijzing van de zaak naar het Gerecht voor een nieuwe beslissing,

— veroordeling van de Commissie in de kosten.

3 Op 4 oktober 1999 heeft de Commissie haar schriftelijke opmerkingen ter griffie van het Hof ingediend.

De feiten en het procesverloop

4 De feiten die aan het geding ten grondslag liggen, zijn in de bestreden beschikking beschreven als volgt:

„1 Verzoeksters zijn vijf Duitse en Oostenrijkse vennootschappen die voorgeïsoleerde buizen fabriceren, die voornamelijk in afstandverwarmingssystemen worden gebruikt.

2 Op 13 november 1998 werd aan verzoeksters betekend beschikking 1999/60/EG (...). Bij die betekening werd gepreciseerd, dat zo verzoeksters beroep bij het Gerecht zouden instellen, de Commissie, zolang de zaak aanhangig was, niet tot inning van de geldboete zou overgaan, mits rente over de schuldvordering zou worden betaald vanaf de dag waarop de termijn voor betaling verstreek, en er uiterlijk op die dag een voor de Commissie acceptabele bankgarantie zou worden gesteld voor de hoofdsom en de verschuldigde rente en verhogingen.

3 Beschikking 1999/60 is aan verzoeksters betekend in hun hoedanigheid van leden van de ‚Henss/Isoplus-groep'. In artikel 1 wordt verzoeksters met name verweten, in de periode van oktober 1991 tot ten minste maart of april 1996 inbreuk te hebben gemaakt op artikel 85, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 81, lid 1, EG). Deswegen wordt bij artikel 3, sub d, de Henss/Isoplus-groep een geldboete van 4 950 000 euro opgelegd, waarvoor gezamenlijk en

hoofdelijk aansprakelijk zijn de vijf verzoekende ondernemingen, alsmede Isoplus Fernwärmetechnik GmbH — stille Gesellschaft. Partijen zijn evenwel overeengekomen laatstgenoemde vennootschap buiten de zaak te houden.

4 Blijkens de toelichtingen van verzoeksters ter terechtzitting hebben zij allen banden met de heer Henss. Die banden worden door hen als volgt beschreven:

— eerste verzoekster, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG, Rosenheim (Duitsland) (hierna: ‚HFB KG'): Henss bezit de meerderheid van de aandelen van de onderneming; hij is meerderheidscommanditaris;

— tweede verzoekster, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft, Rosenheim (hierna: ‚HFB Holding'): Henss bezit de meerderheid van de aandelen van de onderneming;

— derde verzoekster, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, Rosenheim (hierna: ‚Isoplus — Rosenheim'): is voor 100 % eigendom van HFB KG; indirect is Henss dus de eigenaar;

— vierde verzoekster, Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH, Hohenberg (Oostenrijk) (hierna: ‚Isoplus — Hohenberg'): Henss is meerderheidsaandeelhouder;

— vijfde verzoekster, Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, Sondershausen (Duitsland) (hierna: ‚Isoplus — Sondershausen'): behoorde, op het tijdstip van vaststelling van beschikking 1999/60, voor een derde aan de eerste verzoekster, voor een derde aan een vennootschap die zelf voor 100 % in handen is van Henss, en voor een derde aan een derde familie. Na 6 november 1998 is het aandeel van Henss in het kapitaal van Isoplus — Sondershausen nog groter geworden."

5 Bij op 18 januari 1999 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift hebben rekwiranten nietigverklaring van beschikking 1999/60 gevorderd.

6 Op 5 februari 1999 hebben Isoplus — Rosenheim, Isoplus — Hohenberg en Isoplus — Sondershausen elk 770 000 euro (tezamen dus 2 310 000 euro) overgemaakt naar de rekening van de Commissie als gedeeltelijke betaling van de door deze opgelegde geldboete. Het door rekwiranten nog verschuldigde gedeelte van de boete bedraagt dus 2 640 000 euro, exclusief rente.

7 Bij op 10 februari 1999 ter griffie van het Gerecht neergelegde afzonderlijke akte hebben rekwiranten krachtens artikel 242 EG verzocht om opschorting van de tenuitvoerlegging van de artikelen 3, sub d, en 4 van beschikking 1999/60 tot de uitspraak van het eindarrest in de hoofdzaak.

8 Op 30 april 1999 beperkten rekwiranten hun verzoek in kort geding, waardoor dit in wezen eenzelfde strekking kreeg als de conclusies in hogere voorziening, zoals in punt 2 van deze beschikking geformuleerd.

De bestreden beschikking

9 Bij de bestreden beschikking heeft de president van het Gerecht het verzoek in kort geding afgewezen.

10 Met betrekking tot het voorwerp van de procedure stelde de kortgedingrechter enerzijds vast, dat met het verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging niets anders beoogd kon zijn dan een ontheffing van de verplichting een bankgarantie te stellen als voorwaarde voor uitstel van de inning van het restbedrag van de bij beschikking 1999/60 opgelegde geldboete, en, anderzijds, dat het verzoek om schorsing van de executie van die beschikking zonder voorwerp was.

11 Voorts blijkt uit punt 27 van de bestreden beschikking, dat in casu is voldaan aan de voorwaarde inzake de fumus boni juris.

12 Wat daarentegen de voorwaarde van spoedeisendheid betreft, oordeelde de kortgedingrechter, dat rekwiranten niet hadden aangetoond dat de tenuitvoerlegging van beschikking 1999/60 hun ernstige en onherstelbare schade kon berokkenen.

13 Voor deze conclusie baseerde de kortgedingrechter zich op vier argumenten.

14 In de eerste plaats stelde hij in punt 33 van de bestreden beschikking vast, „dat aan de door [rekwiranten] overgelegde niet geverifieerde cijfers geen enkele conclusie [kon] worden verbonden". Want hoewel rekwiranten jaarrekeningen hadden overgelegd, alsmede een summiere expertise betreffende de stand van hun liquide middelen en andere informaties van bankinstellingen, blijkt uit de vaststellingen van de kortgedingrechter, dat

— de rekeningen over 1998 niet waren gecontroleerd (punt 30 van de bestreden beschikking);

— achter de overgelegde cijfers omvangrijke reserves schuilgingen, althans dat er op dat punt een reële onzekerheid bestond (punt 31 van de bestreden beschikking);

— de liquiditeiten op langere termijn (meer dan een jaar) in de summiere expertise buiten beschouwing waren gelaten (punt 32 van de bestreden beschikking).

15 Blijkens punt 35 van de bestreden beschikking was ook niet duidelijk, in hoeverre de heer Henss, die direct of indirect de hoofdeigenaar van de vijf rekwiranten is,

hun schuldeiser was voor een gedeelte van hun kortlopende schulden tot een bedrag van omstreeks 5 300 000 DEM.

16 In de tweede plaats constateerde de kortgedingrechter in punt 34 van de bestreden beschikking:

„[De heer] Reimnitz heeft er voorts op gewezen, dat het enkele feit dat de vennoten of de bestuurders van een vennootschap in bepaalde situaties naar Duits recht verplicht zijn een verzoek tot opening van een faillissementsprocedure in te dienen, niet betekent dat dat verzoek moet worden ingewilligd. Liquiditeitsproblemen behoeven niet per se tot vereffening van de onderneming te leiden en, samenhangend daarmee, tot verlies van arbeidsplaatsen. Verzoeksters hebben bevestigd, dat er niet slechts naar Duits recht, doch ook naar Oostenrijks recht een alternatief voor het faillissement bestaat. Zo kan een onderneming, wanneer zij insolvabel is, onder toezicht van de bevoegde nationale rechter een akkoord met haar schuldeisers sluiten, in het kader waarvan de schulden worden aangezuiverd."

17 In de derde plaats achtte de kortgedingrechter het passend rekening te houden met de mogelijkheden van de aandeelhouders om de vennootschap te helpen bij het stellen van een bankgarantie. In dit verband merkte hij in punt 36 van de bestreden beschikking op, dat rekwiranten geen poging hadden gedaan om aan te tonen, dat Henss als directe of indirecte hoofdeigenaar van de vijf vennootschappen, niet in staat was hun die hulp te verlenen.

18 In de vierde plaats overwoog de kortgedingrechter in punt 37 van de bestreden beschikking, dat rekwiranten niet hadden aangetoond, dat het niet mogelijk was een bankgarantie voor het nog verschuldigde restbedrag te verkrijgen. Immers, slechts twee van hen hadden verklaringen van bankinstellingen overgelegd waarin dezen bevestigden, dat zij niet bereid waren een dergelijke garantie te verlenen, en

bovendien hadden zij zich enkel tot de drie banken gewend waarmee zij gewoonlijk samenwerkten.

19 Gelet op een en ander, concludeerde de kortgedingrechter in de eerste volzin van punt 38 van de bestreden beschikking, dat rekwiranten niet hadden aangetoond, dat het gevaar van een faillissement of vereffening met een voldoende mate van waarschijnlijkheid voorzienbaar was voor het geval zij een bankgarantie voor het restbedrag van de opgelegde geldboete zouden moeten stellen.

20 In de tweede volzin van punt 38 van de bestreden beschikking merkte hij ten slotte nog op:

„Daarbij moet worden beklemtoond, dat het enkele risico dat [rekwiranten] gedwongen zouden zijn om de inleiding van een faillissementsprocedure te verzoeken, geen ernstige en onherstelbare schade kan opleveren (...), daar het doel van een dergelijke procedure er juist in bestaat, de betrokken ondernemingen te saneren."

Argumenten van partijen

Argumenten van rekwiranten

21 Tot staving van hun hogere voorziening voeren rekwiranten vier middelen aan, ontleend aan schending van het gemeenschapsrecht en, subsidiair, aan onregelmatigheden in de procedure, waardoor aan hun belangen afbreuk is gedaan. In

wezen verwijten zij de kortgedingrechter een verkeerde uitlegging van het begrip spoedeisendheid in de zin van artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht.

22 In het eerste middel wordt de kortgedingrechter verweten, ten onrechte te hebben geoordeeld, in de eerste plaats, dat het enkele risico dat rekwiranten zich genoodzaakt zouden zien om opening van een faillissementsprocedure te verzoeken, geen ernstige en onherstelbare schade kan opleveren, en, in de tweede plaats, dat het doel van een dergelijke procedure erin bestaat, de betrokken onderneming te saneren.

23 Rekwiranten wijzen erop, dat schade onherstelbaar is wanneer het herstel te laat komt, bijvoorbeeld wanneer een faillissement wordt uitgesproken vóór de uitspraak van het arrest in de hoofdzaak, en zij betogen, dat het gevaar dat een faillissementsprocedure wordt geopend met betrekking tot het vermogen van de partij die om de voorlopige voorziening verzoekt, een dergelijke onherstelbare schade is.

24 Verzoekers betogen voorts, dat insolvabiliteitsprocedures zowel in Duitsland als in Oostenrijk in de eerste plaats tot doel hebben, de schuldeisers collectief schadeloos te stellen door het gehele vermogen van de schuldenaar te liquideren en onder de schuldeisers te verdelen. Enkel onder bepaalde voorwaarden, met name wanneer de schuldeisers bereid zijn een groot deel van hun rechten op te geven, kan in het kader van een schuldenregeling tot een afwijkende oplossing worden besloten, waarbij de onderneming blijft voortbestaan.

25 Bovendien heeft de opening van een insolvabiliteitsprocedure op zich reeds ernstige gevolgen voor het vermogen en het beheer van de onderneming en kleven er ook grote bezwaren van economische aard aan. Rekwiranten noemen in dit

verband de aantasting van de goede naam van de onderneming, de onmogelijkheid om aan aanbestedingen deel te nemen, het onder toezicht van derden gesteld zijn, enzovoort.

26 Volgens rekwiranten heeft de kortgedingrechter het gemeenschapsrechtelijk begrip onherstelbare schade dus verkeerd uitgelegd en zijn een aantal van zijn vaststellingen in strijd met de gegevens van het dossier.

27 Waar het gaat om de betaling van een boete die, zolang het beroep tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie loopt, nog niet definitief vaststaat, valt het juridisch niet te rechtvaardigen om van de betrokken onderneming de opening van een insolvabiliteitsprocedure te verlangen, en van de schuldeisers van de onderneming, dat zij afzien van een groot gedeelte van hun vorderingen om de sanering van de onderneming veilig te stellen.

28 In hun tweede middel verwijten rekwiranten de kortgedingrechter, voor de beoordeling van hun financiële draagkracht ten onrechte te zijn uitgegaan van de draagkracht van Henss als natuurlijk persoon en vennoot, ofschoon zijn aansprakelijkheid voor de schulden van de betrokken ondernemingen niet verder gaat dan zijn inbreng. Een dergelijke natuurlijk persoon, die vennoot is van een onderneming, is immers zelf geen onderneming in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag of artikel 53 van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte. Anders dan in het geval van vennootschappen die tot een concern behoren, bestaat er geen enkele rechtsgrondslag voor een verplichting van dergelijke vennoten om een aanvullend bedrag te storten met het oog op het stellen van een bankgarantie.

29 De opvatting van de kortgedingrechter leidt bovendien tot een verschil in behandeling tussen ondernemingen waarvan de vennoten identificeerbaar zijn, en die waarvan de vennoten niet bekend zijn doordat de aandeelhouders voort-

durend wisselen, zoals in het geval van aan de beurs genoteerde naamloze vennootschappen met aandelen aan toonder.

30 In hun derde middel betogen rekwiranten, dat in het kader van een verzoek om voorlopige maatregelen het intreden van ernstige en onherstelbare schade met een voldoende mate van waarschijnlijkheid voorzienbaar, maar niet dat het met absolute zekerheid aantoonbaar moet zijn. De partij die om de voorlopige maatregel verzoekt, behoeft dus geen bewijs van de spoedeisendheid te leveren, maar moet deze enkel aannemelijk maken in die zin, dat de gevraagde maatregel „aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomt". Voor de bewijslast gelden dus veel minder strenge voorwaarden dan wanneer de verzoeker een volledig bewijs van zijn stellingen moet leveren.

31 Uit de bestreden beschikking blijkt evenwel, dat de kortgedingrechter, in strijd met die beginselen, van rekwiranten een veel te hoog gegrepen bewijs van de spoedeisendheid heeft verlangd, hetgeen een schending van het gemeenschapsrecht oplevert dan wel een onregelmatigheid in de procedure waardoor aan hun belangen afbreuk is gedaan. Dat is met name het geval in punt 36 van de bestreden beschikking, met betrekking tot het in aanmerking nemen van de financiële situatie van de heer Henss, in punt 37, betreffende het bewijs, dat het onmogelijk was een bankgarantie te verkrijgen, en in punt 38, met betrekking tot het gevaar van faillissement of vereffening van rekwiranten. Daarom verzoeken dezen het Hof, de aangeboden bewijsmiddelen bij wijze van uitzondering opnieuw te onderzoeken en de als „aanvankelijk gerechtvaardigd" te beschouwen feitelijke elementen opnieuw vast te stellen.

32 In hun vierde middel betogen rekwiranten, dat de kortgedingrechter is uitgegaan van vaststellingen die onverenigbaar zijn met de inhoud van het hem voorgelegde dossier. Immers, blijkens punt 31 van de bestreden beschikking heeft de kortgedingrechter de hem overgelegde cijfers in twijfel getrokken op grond dat drie van de rekwiranten op 5 februari 1999 in staat waren een groot bedrag over te maken, terwijl uit hun jaarstukken zou moeten blijken, dat zij op 31 december 1998 niet meer over voldoende liquide middelen beschikten om het resterende gedeelte van de geldboete te voldoen. In de bij het verzoek om voorlopige

maatregelen gevoegde summiere expertise was echter duidelijk uiteengezet, hoe ondanks het tekort aan kasmiddelen op 31 december 1998 het in februari 1999 niettemin mogelijk was geweest bepaalde betalingen te verrichten, en wel ten koste van andere korte-termijnschulden. Volgens rekwiranten vormt deze dwaling een schending van het gemeenschapsrecht dan wel een onregelmatigheid in de procedure die aan hun belangen afbreuk doet.

Argumenten van de Commissie

33 Om te beginnen zet de Commissie uiteen, hoe zij de bestreden beschikking begrijpt. In de eerste plaats meent zij, dat de voornaamste conclusie van de kortgedingrechter te vinden is in de eerste volzin van punt 38, te weten dat rekwiranten het gevaar van een faillissement of vereffening in het geval dat zij een bankgarantie voor het restbedrag van de opgelegde boete zouden moeten stellen, niet voldoende aannemelijk hadden weten te maken. In de tweede plaats is zij van oordeel, dat deze vaststelling van de kortgedingrechter over het ontbreken van bewijs moet worden geacht ook te gelden voor het gevaar, dat rekwiranten om opening van een faillissementsprocedure zouden moeten verzoeken. De motivering van de beschikking, aldus de Commissie, laat immers geen plaats voor de mening, dat dit laatste naar het oordeel van de kortgedingrechter wel voldoende aannemelijk zou zijn gemaakt.

34 Wat ten slotte de conclusie in de tweede volzin van punt 38 van de bestreden beschikking betreft, te weten dat het risico van een verzoek om opening van een faillissementsprocedure geen ernstige en onherstelbare schade kan opleveren, hierbij gaat het om een aanvullende of subsidiaire motivering.

35 De Commissie concludeert hieruit, dat de hogere voorziening moet worden afgewezen wanneer de tegen de voornaamste conclusie van de bestreden beschikking gerichte middelen, dat wil zeggen het tweede, het derde en het

vierde middel, die conclusie niet kunnen weerleggen. Het eerste middel zou dus slechts subsidiair moeten worden onderzocht.

36 In verband met dit eerste middel wijst de Commissie erop, dat rekwiranten zelf hebben erkend, dat het ook na een faillietverklaring nog mogelijk is de vereffening van de onderneming af te wenden. En zo moet men in wezen ook de tweede volzin van punt 38 van de bestreden beschikking lezen.

37 Met betrekking tot de schade die rekwiranten zeggen ook dan te zullen lijden wanneer de insolvabiliteitsprocedure met een akkoord of schikking zou eindigen, is in eerste aanleg niets aangevoerd. Bovendien is die schade geenszins onherstelbaar, want rekwiranten hebben niet aangetoond, dat het om een blijvende structurele schade gaat, die dus niet financieel kan worden hersteld.

38 Wat de schade betreft die de vennoten volgens rekwiranten zouden lijden wanneer zij genoodzaakt zouden zijn middelen ter beschikking van de onderneming te stellen om haar liquidatie te voorkomen, meent de Commissie, dat het hier om een normale en bovendien zuiver financiële gang van zaken gaat. In elk geval kunnen rekwiranten de schade die een derde eventueel zal lijden, niet aanvoeren ten bewijze van de spoedeisendheid van hun verzoek (beschikking van 4 mei 1964, Ley/Commissie, 12/64 R, Jurispr. 1965, blz. 175, 176).

39 Met betrekking tot het tweede middel betoogt de Commissie, dat de kortgedingrechter de mogelijkheden van de vennoten, in casu de heer Henss, om de

vennootschappen bij het verkrijgen van een bankgarantie te helpen, terecht in aanmerking heeft genomen.

40 Dienaangaande verwijst zij naar de beschikking van 7 maart 1995, Transacciones Marítimas e.a./Commissie (C-12/95 P, Jurispr. blz. I-467, punt 12), waarin bij de beoordeling van de vraag of een onderneming in staat was een bankgarantie te stellen, geen enkel verschil is gemaakt tussen haar aandeelhouders enerzijds en de groep waartoe zij behoort, anderzijds.

41 De Commissie herinnert eraan, dat enkel in buitengewone omstandigheden ontheffing kan worden verleend van de verplichting een bankgarantie te stellen. Tot het moment waarop de geldboete wordt opgeheven of verminderd, dienen de vennoten bereid te zijn alle nadelen te dragen van de belasting die de geldboete voor de vennootschap vormt, met name wanneer zij wensen dat deze ondanks die op haar drukkende last haar activiteiten voortzet. Dat lijkt alleszins gerechtvaardigd wanneer men rekening houdt met de voordelen die zij wellicht hebben getrokken uit de met de mededingingsregels strijdige gedraging die aanleiding tot de boete heeft gegeven. Of de vennoten natuurlijke of rechtspersonen zijn en of zij op eigen naam een ondernemingsactiviteit uitoefenen, is derhalve zonder belang.

42 De Commissie betwist, dat deze benadering tot een verschil in behandeling leidt naar gelang van de structuur van de onderneming. Immers, ook wanneer de aandeelhouders zeer talrijk zijn of vaak wisselen, kan de directie een algemene vergadering uitschrijven en over een passende kapitaalverhoging doen stemmen. Bovendien heeft de kortgedingrechter in casu niet de aandeelhouders van rekwiranten in het algemeen in aanmerking genomen, doch de heer Henss als hoofdeigenaar, die de controle heeft over alle rekwiranten en dus alleen alle belangrijke besluiten kan nemen.

43 Wat het derde middel betreft, betreffende het bewijs van de spoedeisendheid, dat geleverd moet worden door degene die om voorlopige maatregelen verzoekt,

weerlegt de Commissie de stelling van rekwiranten, dat de spoedeisendheid niet moet worden bewezen, doch enkel aannemelijk gemaakt.

44 In de eerste plaats wijst de Commissie erop, dat naar luid van artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht een verzoek om voorlopige maatregelen een duidelijke omschrijving moet bevatten van „de omstandigheden waaruit het spoedeisend karakter (...) blijkt"; een „aanvankelijke rechtvaardiging" wordt in die bepaling enkel verlangd voor de „middelen, zowel feitelijk als rechtens", die de gevraagde voorlopige maatregel gegrond doen voorkomen.

45 In de tweede plaats is het vaste rechtspraak, dat de verzoeker het bestaan van spoedeisendheid moet aantonen, teneinde de kortgedingrechter in staat te stellen met volle kennis van zaken te beslissen (beschikking van 3 april 1992, Parlement/Frederiksen, C-35/92 P-R, Jurispr. blz. I-2399, punt 21). Deze oplossing, die aansluit bij de algemene regels inzake de verdeling van de bewijslast, is in casu te meer gerechtvaardigd, omdat ontheffing van het vereiste van een bankgarantie slechts in buitengewone omstandigheden mogelijk is.

46 In de derde plaats is, om de spoedeisendheid van een verzoek te bewijzen, weliswaar geen absolute zekerheid omtrent het intreden van de gestelde schade vereist en kan men dus genoegen nemen met het bewijs van dreiging van schade, doch dit brengt geen verandering in de bewijslast die op de verzoekers drukt, in die zin, dat zij volledig bewijs moeten leveren van de feiten waarop zij die verwachting baseren.

47 De Commissie komt tot de conclusie, dat de in het kader van het derde middel aangevoerde grieven, die betrekking hebben op de in de beschikking bij het

successieve onderzoek van de feiten geformuleerde redengeving, in werkelijkheid betrekking hebben op de beoordeling van die feiten en in hogere voorziening dus niet ontvankelijk zijn.

48 Met betrekking tot het vierde middel, volgens hetwelk de bestreden beschikking op vaststellingen is gebaseerd die in strijd zijn met de inhoud van het aan het Gerecht overgelegde dossier, merkt de Commissie op, dat de betalingen van februari 1999 in de in punt 30 van de bestreden beschikking vermelde summiere expertise slechts als gepland waren aangeduid. Bovendien ontbrak iedere aanwijzing over de herkomst van de gelden en over de reële gevolgen van die betalingen voor de in de summiere expertise genoemde cijfers, die de situatie per 31 december 1998 weergaven. Met hun betoog betwisten rekwiranten in werkelijkheid dus de beoordeling van de feiten door de kortgedingrechter.

49 Aangezien de schriftelijke opmerkingen alle nodige gegevens bevatten om over de hogere voorziening uitspraak te kunnen doen, behoeven partijen niet in hun mondelinge toelichtingen te worden gehoord.

Beoordeling

50 Om te beginnen zij eraan herinnerd, dat volgens artikel 225 EG en artikel 51 van 's Hofs Statuut-EG de hogere voorziening enkel rechtsvragen kan betreffen en gebaseerd moet zijn op middelen ontleend aan onbevoegdheid van het Gerecht, onregelmatigheden in de procedure voor het Gerecht, waardoor aan de belangen van de verzoekende partij afbreuk is gedaan, dan wel schending van het gemeenschapsrecht door het Gerecht.

51 Het Gerecht is als enige bevoegd om, in de eerste plaats, de feiten vast te stellen, tenzij uit het hem voorgelegde dossier zou blijken, dat zijn vaststellingen materieel onjuist zijn, en, in de tweede plaats, die feiten te beoordelen.

52 Voorts is het Hof in beginsel niet bevoegd de bewijzen te onderzoeken waarop het Gerecht zich voor de vaststelling of de beoordeling van de feiten heeft gebaseerd. Immers, wanneer de algemene rechtsbeginselen en de procedureregels inzake de bewijslast en de bewijsvoering in acht zijn genomen, staat het uitsluitend aan het Gerecht om te beoordelen, welke waarde aan de hem voorgelegde gegevens moet worden toegekend [beschikking van 25 juni 1998, Nederlandse Antillen/Raad, C-159/98 P(R), Jurispr. blz. I-4147, punt 68].

53 In casu moet vooraf worden opgemerkt, dat de vier middelen die rekwiranten tot staving van hun hogere voorziening aanvoeren, nauw met elkaar samenhangen. Zij knopen immers aan bij de diverse elementen die de kortgedingrechter in de bestreden beschikking in aanmerking heeft genomen en die hem tezamen tot de conclusie hebben gebracht, dat rekwiranten de spoedeisendheid van hun verzoek niet voldoende hadden aangetoond.

54 Die middelen kunnen dan ook slechts tezamen worden aanvaard of afgewezen.

55 Om die middelen, die gericht zijn tegen de wijze waarop de spoedeisendheid in de bestreden beschikking is onderzocht, op hun juiste waarde te kunnen beoordelen, moet er voorts op worden gewezen, dat de kortgedingrechter ze heeft onderzocht in het zeer bijzondere kader van een verzoek om ontheffing van de verplichting een bankgarantie te stellen als voorwaarde voor uitstel van de inning van een door de Commissie opgelegde geldboete. Zoals in punt 17 van de bestreden beschikking terecht wordt vastgesteld, kan in een dergelijk verzoek slechts onder uitzonderlijke omstandigheden worden bewilligd (beschikkingen van 6 mei 1982, AEG/Commissie, 107/82 R, Jurispr. blz. 1549, punt 6; 7 mei 1982, Hasselblad/Commissie, 86/82 R, Jurispr. blz. 1555, punt 3; 15 maart 1983, Ferriere di Roè Volciano/Commissie, 234/82 R, Jurispr. blz. 725, punten 5 en 6, en 24 september 1986, Montedipe/Commissie, 213/86 R, Jurispr. blz. 2623, punt 22). De

mogelijkheid om het stellen van een waarborg te eisen, is immers voor korte gedingen uitdrukkelijk geregeld in de reglementen voor de procesvoering van het Hof en het Gerecht en sluit aan bij een redelijke algemene praktijk van de Commissie (zie beschikking van 11 november 1982, Klöckner-Werke/Commissie, 263/82 R, Jurispr. blz. 3995, punt 5).

56 Met betrekking tot het eerste middel, waarin rekwiranten de kortgedingrechter verwijten, het risico dat zij om opening van een faillissementsprocedure zouden moeten vragen, niet als een ernstige en onherstelbare schade te hebben aangemerkt, moet worden opgemerkt, dat een situatie waarin een onderneming genoodzaakt is om opening van een insolvabiliteitsprocedure te verzoeken, tot ernstige en onherstelbare schade kan leiden wegens het gevaar dat dit kan opleveren voor het bestaan zelf van de betrokken onderneming, en wegens de ernstige consequenties die een dergelijke procedure heeft en die de normale werking van de onderneming belemmeren.

57 Dit moet echter van geval tot geval worden beoordeeld, rekening houdend met de voor elke zaak kenmerkende omstandigheden feitelijk en rechtens.

58 Dienaangaande blijkt uit de bestreden beschikking, dat de kortgedingrechter het weliswaar niet geheel heeft uitgesloten dat het stellen van een bankgarantie rekwiranten ertoe zou kunnen nopen om opening van een insolvabiliteitsprocedure te verzoeken, doch aan deze eventualiteit geen al te groot belang heeft willen toekennen. Hij stelde immers vast, dat de problemen waarvan rekwiranten gewaagden, hoofdzakelijk verband hielden met een tekort aan liquide middelen en dat, zoals in punt 34 van de bestreden beschikking wordt opgemerkt en bij onderzoek van de toepasselijke nationale wetgevingen wordt bevestigd, dergelijke problemen niet per se tot vereffening van de onderneming leiden.

59 Deze feitelijke beoordeling van de kortgedingrechter kan in hogere voorziening niet rechtstreeks worden betwist.

60 In hun tweede middel verwijten rekwiranten de kortgedingrechter, de hulp die de heer Henss hun eventueel bij het verkrijgen van een bankgarantie zou kunnen verlenen, in aanmerking te hebben genomen.

61 Het is vaste rechtspraak, dat bij de vraag of een onderneming in staat is een bankgarantie te stellen, de groep waarvan die onderneming deel uitmaakt (beschikking Hasselblad/Commissie, reeds aangehaald, punt 4), en, in het bijzonder, de middelen waarover die groep in zijn geheel beschikt (beschikking Transacciones Marítimas e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 12), in aanmerking moeten worden genomen.

62 Deze benadering berust op de gedachte, dat de objectieve belangen van een onderneming geen zelfstandig karakter hebben ten opzichte van het belang van de natuurlijke of rechtspersonen die die onderneming controleren, en dat de vraag of de gestelde schade ernstig en onherstelbaar is, derhalve moet worden beoordeeld op het niveau van de groep waartoe die personen behoren. Deze verstrengeling van belangen rechtvaardigt in het bijzonder, dat het belang van de onderneming bij haar voortbestaan, niet los wordt gezien van het belang dat degenen die haar controleren, aan haar voortbestaan hechten.

63 Dezelfde redenen rechtvaardigen dat, in een vergelijkbare situatie, bij de beoordeling van de schade van een ondernemersvereniging de financiële situatie

van haar leden in aanmerking wordt genomen, wanneer de objectieve belangen van de vereniging geen zelfstandig karakter hebben ten opzichte van die van de aangesloten ondernemingen [beschikking van 14 oktober 1996, SCK en FNK/ Commissie, C-268/96 P(R), Jurispr. blz. I-4971, punten 35-38].

64 De omstandigheid dat, zoals hier het geval is, de persoon die als hoofdeigenaar de ondernemingen controleert, een natuurlijk persoon en zelf geen onderneming is, lijkt dus volstrekt irrelevant.

65 Rekwiranten kunnen evenmin staande houden, dat de redenering van de kortgedingrechter leidt tot een verschillende behandeling van ondernemingen, al naargelang hun aandeelhouders al dan niet bekend zijn. Immers, de vraag of een gestelde schade ernstig en onherstelbaar is, moet worden beantwoord met inaanmerkingneming van de bijzonderheden van elk concreet geval, en niet in het algemeen op basis van abstracte categorieën. Een onderneming nu die aantoonbaar door andere personen wordt gecontroleerd, bevindt zich in een bijzondere situatie, waarmee de kortgedingrechter dus rekening dient te houden.

66 Het derde middel van de hogere voorziening betreft het bewijs dat rekwiranten zouden moeten leveren om aan te tonen, dat aan de voorwaarde van spoedeisendheid is voldaan.

67 Zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, is het om het bestaan van ernstige en onherstelbare schade aan te tonen, weliswaar niet nodig dat het bewijs absolute zekerheid verschaft omtrent het intreden van de gestelde schade, en volstaat het dus dat die schade met een zekere mate van waarschijnlijkheid voorzienbaar is, doch dit neemt niet weg, dat rekwiranten gehouden blijven de feiten te bewijzen waarop zij hun verwachting van die ernstige en onherstelbare schade baseren.

68 Dit vereiste is te meer gerechtvaardigd in een geval als het onderhavige, zulks gelet op het in punt 55 van deze beschikking geformuleerde beginsel.

69 Met betrekking tot het derde en het vierde middel kan worden volstaan met vast te stellen, dat de inlichtingen waarnaar rekwiranten verwijzen, niet meer dan preciseringen zijn, die stellig een aanvulling vormen op de in punt 31 van de bestreden beschikking vermelde feiten, maar waaruit niet blijkt, dat hetgeen door de kortgedingrechter is vastgesteld, materieel onjuist is.

70 Om de in de punten 50 tot en met 52 van deze beschikking vermelde redenen kan derhalve de wijze waarop de kortgedingrechter de bewijselementen heeft beoordeeld, in hogere voorziening niet opnieuw worden onderzocht.

71 Uit al het hiervóór overwogene volgt, dat de middelen die rekwiranten tot staving van de hogere voorziening hebben aangevoerd, niet kunnen worden aanvaard en dat, bijgevolg, de hogere voorziening moet worden afgewezen.

Kosten

72 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat ingevolge artikel 118 van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd.

Daar rekwiranten in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij, overeenkomstig de vordering van de Commissie, in de kosten te worden verwezen.

DE PRESIDENT VAN HET HOF VAN JUSTITIE

beschikt:

1) De hogere voorziening wordt afgewezen.

2) HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH en Isoplus Fernwärmetechnik GmbH worden verwezen in de kosten van het geding.

Luxemburg, 14 december 1999.

De griffier

R. Grass

De president

G. C. Rodríguez Iglesias