BESLUT MEDDELAT AV DOMSTOLENS ORDFÖRANDE
den 14 december 1999 *

I mål C-335/99 P(R),

HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG, bolag bildat enligt tysk rätt, Rosenheim (Tyskland),

HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft, bolag bildat enligt tysk rätt, Rosenheim,

Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, bolag bildat enligt tysk rätt, Rosenheim,

Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH, bolag bildat enligt österrikisk rätt, Hohenberg (Österrike),

Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, bolag bildat enligt tysk rätt, Sondershausen (Tyskland),

företrädda av advokaterna P. Krömer och F. Nusterer, Sankt Pölten, delgivningsadress: advokatbyrån Aloyse May, 31, Grand-Rue, Luxemburg,

klagande,

angående överklagande av beslut meddelat den 9 juli 1999 av ordföranden för Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt i mål T-9/99 R, HFB m.fl. mot kommissionen (ännu ej offentliggjord i rättsfallssamlingen), i vilket det yrkas att

* Rättegångsspråk: tyska.

detta beslut skall upphävas och att yrkandet i första instans skall bifallas samt att kommissionen skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna,

i vilket den andra parten är:

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av E. Gippini Fournier och W. Mölls, båda rättstjänsten, båda i egenskap av ombud, delgivningsadress: Carlos Gómez de la Cruz, rättstjänsten, Centre Wagner, Kirchberg, Luxemburg,

svarande i första instans,

meddelar

DOMSTOLENS ORDFÖRANDE

efter att ha hört generaladvokaten P. Léger,

följande

Beslut

1 HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH och Isoplus Fernwärmetechnik GmbH har genom ansökan, som inkom till domstolens kansli den 10 september 1999, i enlighet med artikel 225 EG och artikel 50 andra stycket i EG-stadgan för

domstolen överklagat det beslut som förstainstansrättens ordförande meddelade den 9 juli 1999 i mål T-9/99 R, HFB m.fl. mot kommissionen (ännu ej offentliggjord i rättsfallssamlingen, nedan kallat det överklagade beslutet), varigenom förstainstansrätten avslog klagandenas ansökan om uppskov med den tvångsvisa verkställigheten av artikel 3 d och artikel 4 i kommissionens beslut 1999/60/EG av den 21 oktober 1998 om ett förfarande enligt artikel 85 i EG-fördraget (Ärende nr IV/35.691/E-4 — Kartellen för fjärrvärmerör) (EGT L 24, 1999, s. 1) i dess lydelse enligt beslut om rättelse av den 6 november 1998.

2 Förutom att beslutet skall upphävas har klagandena yrkat att domstolen skall

— besluta om uppskov med den tvångsvisa verkställigheten av artiklarna 3 d och 4 i beslut 1999/60, vad gäller till kommissionen ännu inte inbetalade bötesbelopp, fram till den 15 december 2000, dock senast till dess att förstainstansrätten meddelat slutlig dom i själva saken, och vad gäller den bankgaranti som skall lämnas till kommissionen inom fyra veckor från avgörandet av förevarande yrkande avseende ett belopp på 1 500 000 EUR, jämte ränta från den 14 februari 1999, vilket utgör en del av böterna, samt det belopp om 350 000 EUR som skall överföras till kommissionen före den 15 december 1999,

— i förekommande fall, återförvisa målet till förstainstansrätten för nytt avgörande, samt

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

3 Kommissionen har genom handling som inkom till kansliet den 4 oktober 1999 inkommit med skriftliga yttranden till domstolen.

Bakgrund och förfarande

4 Det överklagade beslutet innehåller följande redogörelse för bakgrunden till tvisten:

"1 Sökandena är fem bolag bildade enligt österrikisk och tysk rätt som tillverkar förisolerade rör, vilka huvudsakligen används inom fjärrvärmesystem.

2 Den 13 november 1998 delgavs sökandena kommissionens beslut 1999/60 ... I delgivningsskrivelsen angav kommissionen att den, för det fall att sökandena väckte talan vid förstainstansrätten, inte skulle vidta några indrivningsåtgärder så länge målet var anhängigt vid rätten, såvitt fordran gav upphov till ränta, från det datum då fristen för betalning av böterna löpte ut, samt att en bankgaranti, som kommissionen kunde godta, ställdes senast detta datum, en bankgaranti som täckte kapitalbeloppet för huvudfordran jämte ränta och påslag på detta belopp.

3 Beslut 1999/60 delgavs sökandena i deras egenskap av medlemmar i 'Henss/Isoplus-koncernen'. I artikel 1 i beslutet läggs sökandena bland annat till last att de har överträtt bestämmelserna i artikel 85.1 i EG-fördraget (nu artikel 81.1 EG) under tiden från oktober 1991 till åtminstone mars eller april 1996. Följaktligen ålades Henss/Isoplus-koncernen i artikel 3 d böter

om 4 950 000 EUR för vilka de fem sökandeföretagen och Isoplus Fernwärmetechnik GmbH — stille Gesellschaft är solidariskt ansvariga. Parterna har dock kommit överens om att inte dra in det sistnämnda bolaget i tvisten.

4 Av de yttranden som sökandena lämnade vid det muntliga sammanträdet framgår att alla sökande är knutna till herr Henss. De har beskrivit banden som förenar dem med honom på följande sätt:

— Första sökanden, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co KG, Rosenheim (Tyskland) (nedan kallad HFB KG): Herr Henss innehar majoriteten av företagets andelar. Han är majoritetskommanditdelägare.

— Andra sökanden, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft, Rosenheim (nedan kallat HFB Holding): Herr Henss innehar majoriteten av företagets andelar.

— Tredje sökanden, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, Rosenheim (nedan kallat Isoplus — Rosenheim): Ägs till 100 procent av HFB KG. Herr Henss är således indirekt ägare.

— Fjärde sökanden, Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH, Hohenberg (Österrike) (nedan kallat Isoplus — Hohenberg): Herr Henss är majoritetsägare.

— Femte sökanden, Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, Sondershausen (Tyskland) (nedan kallat Isoplus Sondershausen): Ägdes vid tidpunkten för antagandet av beslut 1999/60 till en tredjedel av den första sökanden, till en tredjedel av ett bolag som till 100 procent tillhör herr Henss och till en tredjedel av ytterligare en familj. Sedan den 6 november 1998 har herr Henss andel av Isoplus — Sondershausens kapital ökat ytterligare."

5 Klagandena väckte talan om ogiltigförklaring av beslut 1999/60 genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 18 januari 1999.

6 Den 5 februari 1999 betalade Isoplus — Rosenheim, Isoplus — Hohenberg och Isoplus — Sondershausen 770 000 EUR vardera till kommissionen, det vill säga totalt 2 310 000 EUR, såsom en avbetalning av de ålagda böterna. Det bötesbelopp som klagandena fortfarande är skyldiga att betala uppgår således till 2 640 000 EUR, ränta ej inräknad.

7 Genom en särskild skrivelse som inkom till förstainstansrättens kansli den 10 februari 1999 begärde klagandena med stöd av artikel 242 EG uppskov med verkställigheten av artiklarna 3 d och 4 i beslut 1999/60 till dess att slutlig dom meddelas i själva saken.

8 Den 30 april 1999 begränsade klagandena sin begäran om interimistiska åtgärder, vilket gjorde att yrkandena i huvudsak var desamma som de som

formulerats i förevarande överklagande, såsom de angetts i punkt 2 i förevarande beslut.

Det överklagade beslutet

9 Genom det överklagade beslutet ogillade förstainstansrättens ordförande begäran om interimistiska åtgärder.

10 Vad gäller föremålet för förfarandet, konstaterade rätten att klagandens begäran om uppskov med verkställigheten endast kunde syfta till att utverka en befrielse från skyldigheten att ställa en bankgaranti som villkor för att det bötesbelopp som ålagts klaganden genom beslut 1999/60 inte skulle drivas in omedelbart. Rätten fastslog vidare att begäran om att den tvångsvisa verkställigheten av nämnda beslut skulle skjutas upp saknade täckning.

11 Det framgår för övrigt av punkt 27 i det överklagade beslutet att villkoret att talan framstår som rättsligt och faktiskt befogad (*fumus boni juris*) är uppfyllt i det förevarande fallet.

12 Vad gäller kravet på skyndsamhet fann rätten däremot att klagandena inte hade visat att verkställigheten av beslut 1999/60 skulle åsamka dem allvarliga och irreparabla skador.

13 Det var i huvudsak fyra slags överväganden som ledde rätten till denna slutsats.

14 Rätten konstaterade för det första, i punkt 33 i det överklagade beslutet, att "det inte [gick] att dra några slutsatser av de oreviderade siffrorna som klagandena åberopat". Även om de sistnämnda hade åberopat balansräkningar, ett översiktligt utlåtande över sitt likviditetsläge och andra handlingar från banker, konstaterade rätten nämligen att

— 1998 års bokslut inte hade blivit föremål för revision (punkt 30 i det överklagade beslutet),

— de presenterade siffrorna dolde avsevärda reserver eller att det åtminstone rådde en faktisk ovisshet på denna punkt (punkt 31 i det överklagade beslutet), samt att

— de likvida medel som klagandena kunde förfoga över inom en tid om mer än ett år inte ingick i det översiktliga utlåtandet (punkt 32 i det överklagade beslutet).

15 Av punkt 35 i det överklagade beslutet framgår att det också förelåg ett osäkerhetsmoment när det gällde frågan i vad mån herr Henss, som direkt och

indirekt är huvudägare till de fem klagandena, är deras borgenär avseende en del av deras kortfristiga skulder, som utgör ett belopp på cirka 5 300 000 DEM.

16 Rätten fastslog, för det andra, följande i punkt 34 i det överklagade beslutet:

"Dr Reimnitz har även påpekat att enbart den omständigheten att delägarna eller ledningen för bolaget, enligt tysk rätt, i vissa fall är skyldiga att ansöka om att bli försatta i konkurs inte innebär att detta beviljas. Att likviditetsproblem föreligger behöver inte nödvändigtvis leda till att företaget likvideras och därmed att arbetstillfällen försvinner. Klagandena har bekräftat att det inte endast enligt tysk rätt utan också enligt österrikisk rätt föreligger ett alternativ till konkurs. Ett företag som befinner sig i en insolvenssituation kan under tillsyn av behörig nationell domstol underteckna en överenskommelse med sina borgenärer och inom ramen för denna betala tillbaka sina skulder."

17 För det tredje ansåg rätten att det var rimligt att ta hänsyn till delägarnas möjlighet att hjälpa bolaget med att ställa en bankgaranti. Rätten påpekade i punkt 36 i det överklagade beslutet att klagandena inte hade försökt visa att herr Henss i sin egenskap av direkt eller indirekt huvudägare av de fem företagen inte varit i stånd att hjälpa dem på nämnda sätt.

18 För det fjärde ansåg rätten i punkt 37 i det överklagade beslutet att klagandena inte hade styrkt att det skulle ha varit omöjligt att få en bankgaranti för det resterande bötesbeloppet. Det var nämligen endast två av klagandena som hade framlagt förklaringar från bankinstitut om att dessa inte ville ställa en sådan

garanti. Dessutom hade klagandena endast vänt sig till de tre banker som de vanligen samarbetade med.

19 Efter alla dessa överväganden kom rätten i första meningen i punkt 38 i det överklagade beslutet fram till att klagandena inte hade visat att risken för konkurs eller likvidation kunde förutsägas med en tillräcklig grad av sannolikhet om de skulle tvingas att ställa en bankgaranti för det resterande bötesbeloppet.

20 Andra meningen i punkt 38 i det överklagade beslutet har följande lydelse:

"Enbart faran för att sökandena skulle vara tvungna att ansöka om att ett konkursförfarande inleds kan inte utgöra en allvarlig och irreparabel skada ..., eftersom syftet med ett sådant förfarande just är att sanera de berörda företagen."

Parternas argument

Klagandenas argument

21 Klagandena har till stöd för sitt överklagande åberopat fyra grunder, som hänför sig till att gemenskapsrätten har åsidosatts och, i andra hand, att det har förekommit processuella fel som har kränkt deras intressen. Klagandena har i

huvudsak gjort gällande att förstainstansrätten har gjort en felaktig tolkning av begreppet skyndsamhet i den mening som avses i artikel 104.2 i förstainstansrättens rättegångsregler.

22 Som första grund har klagandena gjort gällande att rätten felaktigt har ansett dels att enbart faran för att klagandena tvingas ansöka om att ett konkursförfarande inleds inte kan utgöra en allvarlig och irreparabel skada, dels att syftet med ett sådant förfarande är att sanera de berörda företagen.

23 Klagandena har erinrat om att en irreparabel skada föreligger när avhjälpandet av skadan kommer för sent, till exempel när konkursen inträffar före avgörandet av själva saken, och de har gjort gällande att faran för att ett konkursförfarande inleds avseende tillgångarna hos den part som begär den interimistiska åtgärden utgör en sådan irreparabel skada.

24 Klagandena har även hävdat att det främsta syftet med insolvensförfarandena, såväl i Tyskland som i Österrike, är att ge en kollektiv ersättning till gäldenärens borgenärer, varvid gäldenärens samtliga tillgångar avyttras och behållningen fördelas mellan borgenärerna. Endast under vissa förutsättningar, särskilt när borgenärerna kommer överens om att avstå från en stor del av sina fordringar, kan det inom ramen för en insolvensplan beslutas om en avvikande ordning för att företaget skall fortsätta att existera.

25 Den omständigheten att ett insolvensförfarande inleds medför dessutom i sig, enligt klagandena, stora konsekvenser vad gäller företagets tillgångar och dess ledning och medför även stora ekonomiska olägenheter. Klagandena har i detta

avseende anfört att företagets anseende skadas, att möjligheten att lämna anbud går förlorad och att det genomförs kontroller av utomstående, etcetera.

26 Enligt klagandena har förstainstansrätten alltså gjort en felaktig tolkning av begreppet irreparabel skada i den mening som avses i gemenskapsrätten och konstaterat ett antal saker som strider mot de uppgifter som framgår av handlingarna i målet.

27 Vad gäller betalningen av böter som ännu inte har slutgiltigt fastställts är det, med hänsyn till talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut, rättsligt sett inte berättigat att kräva av det berörda företaget att det skall inleda ett insolvensförfarande och av företagets borgenärer att de i stor utsträckning skall avstå från sina fordringar för att företaget skall kunna saneras.

28 Genom sin andra grund har klagandena kritiserat att rätten, vid bedömningen av deras finansiella kapacitet, felaktigt har grundat sig på herr Henss finansiella kapacitet, i dennes egenskap av delägare och fysisk person, medan den sistnämndes ansvar för de berörda företagens skulder är begränsat till hans kapitaltillskott. En fysisk person som är delägare i bolaget utgör nämligen inget företag i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget eller artikel 53 i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet. I motsats till vad som gäller för företag som ingår i samma koncern, finns det ingen rättslig grund på vilken sådana delägare kan förpliktas att betala ytterligare belopp för att en bankgaranti skall kunna ställas.

29 Förstainstansrättens tillvägagångssätt leder dessutom, enligt klagandena, till att företag i vilka delägarna är identifierbara diskrimineras i förhållande till sådana företag där delägarna, på grund av att innehavarna av kapitalet ständigt byts ut,

är okända, såsom till exempel i fråga om börsnoterade aktiebolag, vilkas andelar ägs av aktieinnehavarna.

30 Som tredje grund har klagandena anfört att inträffandet av en allvarlig och irreparabel skada, inom ramen för en ansökan om interimistiska åtgärder, skall vara förutsebar med en tillräcklig grad av sannolikhet. Det behöver däremot inte påvisas att nämnda skada med absolut säkerhet kommer att inträffa. Den som ansöker om en interimistisk åtgärd behöver således inte styrka att situationen ställer krav på skyndsamhet, utan han behöver endast framföra övertygande påståenden som gör att den begärda åtgärden "vid första anblicken" framstår som befogad. Beviskraven är alltså mindre stränga än i det fall då klaganden måste framlägga fullständiga bevis för vad han anför.

31 Det framgår emellertid av det överklagade beslutet att förstainstansrätten, tvärtemot dessa principer, ställde för höga beviskrav vad gäller kravet på skyndsamhet, vilket utgör ett åsidosättande av gemenskapsrätten eller ett processuellt fel som kränker klagandenas intressen. Detta gäller särskilt punkt 36 i det överklagade beslutet, vad gäller beaktandet av herr Henss finansiella situation, punkt 37, avseende beviset för att det var omöjligt att få en bankgaranti, och punkt 38, vad gäller risken för konkurs eller likvidation för klagandena. Klagandena begär därför att domstolen undantagsvis skall ompröva de framlagda bevisen och göra en ny bedömning av de faktiska omständigheter under vilka den begärda åtgärden "vid första anblicken" framstår som befogad.

32 Som fjärde grund har klagandena gjort gällande att rätten har grundat sig på en uppfattning om de faktiska omständigheter som strider mot innehållet i handlingarna i målet. Det framgår nämligen av punkt 31 i det överklagade beslutet att förstainstansrätten betvivlade riktigheten av de presenterade siffrorna av det skälet att tre klagande den 5 februari 1999 varit i stånd att betala en stor summa, medan klagandena med de åberopade balansräkningarna ville visa att de den 31 december 1998 inte förfogade över tillräckliga likvida medel för att betala det resterande bötesbeloppet. I det översiktliga utlåtande som bifogats ansökan

om interimistiska åtgärder finns det dock vederbörligen förklarat hur det, trots att det den 31 december 1998 funnits ett likviditetsunderskott, varit möjligt att göra vissa betalningar i februari 1999, och att detta negativt påverkade andra, kortfristiga skulder. Enligt klagandena utgör detta misstag ett åsidosättande av gemenskapsrätten eller ett processuellt fel som kränker klagandenas intressen.

Kommissionens argument

33 Kommissionen har inledningsvis framfört sin tolkning av det överklagade beslutet. Den anser till en början att rättens huvudsakliga slutsats är den som angetts i första meningen i punkt 38, nämligen att klagandena inte har visat att faran för en konkurs eller likvidation kunde förutsägas med en tillräcklig grad av säkerhet om de skulle tvingas ställa en bankgaranti för det resterande beloppet av de ålagda böterna. Enligt kommissionens uppfattning skall det som rätten har konstaterat beträffande bristande bevisning förstås så att det även avser faran för att klagandena skulle vara tvungna att ansöka om att ett konkursförfarande inleds. Enligt kommissionen tillåter motiveringen i beslutet på inget sätt den tolkningen att den sistnämnda faran enligt rättens uppfattning var tillräckligt bevisad.

34 Vad gäller slutsatsen i andra meningen i punkt 38 i det överklagade beslutet, att faran för att klagandena skulle tvingas ansöka om att ett konkursförfarande inleds inte utgör en allvarlig och irreparabel skada, utgör denna en kompletterande eller en subsidiär motivering.

35 Kommissionen har därför kommit fram till att överklagandet skall avslås, eftersom de grunder som åberopats mot huvudslutsatsen i det överklagade beslutet — det vill i förevarande fall säga den andra, den tredje och den fjärde

grunden — inte vederlägger denna slutsats. Den första grunden borde därför endast prövas i andra hand.

36 I fråga om denna första grund har kommissionen hävdat att klagandena själva hade erkänt att det, även efter en förklaring om konkurs, finns möjligheter att förhindra företagets likvidation. Detta är i huvudsak den räckvidd som man bör ge andra meningen i punkt 38 i det överklagade beslutet.

37 När det gäller de skador som klagandena anser att de skulle lida även i det fall då insolvensförfarandet skulle sluta med en transaktion eller en överenskommelse, har dessa inte åberopats i första instans. Dessa skador är dessutom ingalunda irreparabla, då klagandena inte har visat att de är av bestående och strukturell natur, och kan därför inte bli föremål för en ekonomisk ersättning.

38 Vad gäller påståendet att delägarna skulle lida skada på grund av att det var nödvändigt att ställa kapital till företagets förfogande för att förhindra dess likvidation, är detta ett vanligt tillvägagångssätt som för övrigt är rent ekonomiskt. Enligt kommissionen har klagandena under inga omständigheter rätt att åberopa den skada som en tredje man riskerar att åsamkas för att visa att kravet avseende skyndsamhet var uppfyllt när de ansökte om interimistiska åtgärder (beslut av den 4 maj 1964 i mål 12/64 R, Ley mot kommissionen, REG 1965, s. 175, 176).

39 I fråga om den andra grunden har kommissionen gjort gällande att det var rätt att förstainstansrätten tog hänsyn till delägarnas — i förevarande fall herr Henss — möjligheter att hjälpa företagen med att få en bankgaranti.

40 Kommissionen har i detta avseende hänvisat till beslutet av den 7 mars 1995 i mål C-12/95 P (Transacciones Marítimas m.fl. mot kommissionen (REG 1995, s. I-467, punkt 12), där det vid bedömningen av företagets förmåga att ställa en bankgaranti inte gjordes någon skillnad mellan företagets aktieägare, å ena sidan, och den koncern i vilken företaget ingick, å andra sidan.

41 Kommissionen har erinrat om att dispens från skyldigheten att ställa en bankgaranti endast kan beviljas när det föreligger speciella omständigheter. Kommissionen har hävdat att delägarna, fram till dess att böterna upphävs eller sätts ned, måste vara beredda att bära alla nackdelar som bördan av dessa böter för företaget medför för deras del, särskilt när delägarna vill att företaget skall fortsätta sin verksamhet trots denna börda. Detta framstår som ännu mer berättigat med hänsyn till att de kan ha dragit fördelar av det beteende som stod i strid med konkurrensreglerna och som gav upphov till böterna. Det saknar därför betydelse huruvida delägarna är fysiska eller juridiska personer samt huruvida de bedriver en verksamhet i eget namn eller inte.

42 Kommissionen har bestritt påståendet att detta tillvägagångssätt medför att företagen behandlas olika beroende på deras struktur, då ledningen kan kalla till bolagsstämma för att rösta om en lämplig ökning av kapitalet även när det finns väldigt många aktieägare eller dessa ofta byts ut. Dessutom har rätten i förevarande fall inte tagit hänsyn till klagandenas delägare i allmänhet, utan bara till herr Henss som, såsom huvudägare, kontrollerar alla klagandena och därför kan fatta alla relevanta beslut ensam.

43 Vad gäller den tredje grunden för överklagandet, angående den bevisbörda avseende skyndsamhet som åligger den person som ansöker om interimistiska

åtgärder, har kommissionen bemött klagandenas påståenden om att det inte behöver bevisas att det föreligger omständigheter som ställer krav på skyndsamhet utan att åtgärden bara behöver framstå som befogad "vid första anblicken".

44 Kommissionen har till en början anfört att en ansökan om interimistiska åtgärder enligt artikel 104.2 i förstainstansrättens rättegångsregler skall ange "de omständigheter som ställer krav på skyndsamhet". Att åtgärden bara behöver framstå som "vid första anblicken" befogad gäller enligt denna bestämmelse endast de faktiska och rättsliga grunder som anses motivera den begärda interimistiska åtgärden.

45 Det följer dessutom enligt kommissionen av fast rättspraxis att klaganden måste styrka att det föreligger en situation som kräver skyndsamhet för att rätten skall vara i stånd att avgöra målet "med full kännedom om saken" (beslut av den 3 april 1992 i mål C-35/92 P-R, Parlamentet mot Frederiksen, REG 1992, s. I-2399, punkt 21). Denna lösning, som stämmer överens med de allmänna reglerna om fördelningen av bevisbördan, är i förevarande fall särskilt berättigad med hänsyn till att dispens från kravet på en bankgaranti endast kan beviljas under särskilda omständigheter.

46 Kommissionen har slutligen erkänt att det, för att bevisa att ansökan ställer krav på skyndsamhet, inte krävs en absolut säkerhet vad gäller inträffandet av den åberopade skadan. Även om det alltså räcker med att visa att det finns en fara för en skada, är dock den bevisbörda som åvilar klagandena oförändrad i den mening att de fullt ut måste bevisa de omständigheter som anses ligga till grund för denna fara.

47 Kommissionen har därav dragit slutsatsen att de anmärkningar som formulerats inom ramen för den tredje grunden, och som avser de skäl som anges i beslutet i

samband med den efterföljande undersökningen av de faktiska omständigheterna, i själva verket är hänförliga till bedömningen av de sistnämnda och inte kan prövas i ett mål om överklagande.

48 Vad gäller den fjärde grunden, enligt vilken det överklagade beslutet är grundat på en uppfattning om de faktiska omständigheterna som strider mot innehållet i handlingarna i målet vid förstainstansrätten, har kommissionen anfört att enligt det översiktliga utlåtande som nämns i punkt 30 i det överklagade beslutet var betalningarna avseende februari 1999 endast planerade. Dessutom finns ingen uppgift vare sig om varifrån de använda pengarna kommer eller om dessa betalningars verkliga effekter på de siffror som anges i det översiktliga utlåtandet, som behandlar situationen den 31 december 1998. Med sin argumentation har klagandena alltså återigen bestritt förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna.

49 Då parternas skriftliga inlagor innehåller alla uppgifter som är nödvändiga för att avgöra överklagandet, behöver parterna inte höras muntligen.

Bedömning

50 Domstolen vill inledningsvis erinra om att enligt artikel 225 EG och artikel 51 i EG-stadgan för domstolen är ett överklagande till domstolen begränsat till rättsfrågor. Det kan endast grundas på bristande behörighet hos förstainstansrätten, på rättegångsfel som kränker den överklagandes intressen eller på att förstainstansrätten har åsidosatt gemenskapsrätten.

51 Förstainstansrätten är dels ensam behörig att, utom då det av handlingarna i målet framgår att de fastställda omständigheterna är materiellt oriktiga, fastställa vilka faktiska omständigheter som är relevanta, dels ensam behörig att bedöma dessa faktiska omständigheter.

52 Domstolen är i princip inte behörig att pröva den bevisning som förstainstansrätten har godtagit till stöd för fastställandet eller bedömningen av de faktiska omständigheterna. När bevisningen har förebringats på rätt sätt och när de allmänna rättsgrundsatser och processuella regler som är tillämpliga i fråga om bevisbördan och bevisningen har iakttagits, är det endast förstainstansrätten som skall bedöma vilket värde som uppgifterna i målet skall tillmätas (beslut av den 25 juni 1998 i mål C-159/98 P(R), Gouvernement des Antilles néerlandaises mot rådet, REG 1998, s. I-4147, punkt 68).

53 Vad gäller förevarande fall skall det till att börja med påpekas att det finns ett nära samband mellan de fyra grunder som klagandena har anfört till stöd för sitt överklagande. De hänför sig nämligen till olika uppgifter som förstainstansrätten i det överklagade beslutet har tagit hänsyn till genom en samlad bedömning för att sedan komma fram till slutsatsen att klagandena inte tillräckligt har visat att det föreligger omständigheter som ställer krav på skyndsamhet.

54 De fyra grunderna tycks därför endast genom en samlad bedömning kunna godkännas respektive underkännas.

55 Vad gäller bedömningen av dessa grunder, som riktar sig mot prövningen av skyndsamheten i det överklagade beslutet, bör det erinras om att förstainstansrätten gjorde denna prövning i ett mycket speciellt fall rörande en ansökan om undantag från skyldigheten att ställa en bankgaranti som villkor för att de böter som kommissionen ålagt klagandena inte skulle drivas in omedelbart. En sådan ansökan kan endast bifallas under särskilda omständigheter, såsom konstaterades i punkt 17 i det överklagade beslutet (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 7 maj 1982 i mål 86/82 R, Hasselblad mot kommissionen, REG 1982, s. 1555, punkt 3, av den 15 mars 1983 i mål 234/82 R, Ferriere di Roè Volciano mot kommissionen, REG 1983, s. 725,

punkterna 5 och 6, och av den 24 september 1986 i mål 213/86 R, Montedipe mot kommissionen, REG 1986, s. 2623, punkt 22). I domstolens och förstainstansrättens rättegångsregler föreskrivs nämligen uttryckligen att det i interimistiska förfaranden är möjligt att kräva att en säkerhet skall ställas, vilket i de allra flesta fall utgör ett rimligt tillvägagångssätt av kommissionen (se beslut av den 11 november 1982 i mål 263/82 R, Klöckner-Werke mot kommissionen, REG 1982, s. 3995, punkt 5).

56 Vad gäller den första grunden, varigenom klagandena har kritiserat att rätten ansåg att faran för att klagandena skulle tvingas ansöka om inledande av ett konkursförfarande inte kunde utgöra en allvarlig och irreparabel skada, skall understrykas att en situation i vilken ett företag tvingas ansöka om att ett insolvensförfarande inleds kan, med hänsyn till de risker som ett sådant förfarande innebär för själva existensen av det berörda företaget och de allvarliga konsekvenser som ett sådant förfarande medför och som hindrar dess normala verksamhet, utgöra en allvarlig och irreparabel skada.

57 En sådan bedömning skall emellertid göras från fall till fall, med beaktande av de särskilda faktiska och rättsliga omständigheterna i varje enskilt mål.

58 Det framgår i detta hänseende av det överklagade beslutet att förstainstansrätten inte helt har uteslutit att ställandet av bankgarantin kan tvinga klaganden att ansöka om att ett insolvensförfarande inleds, men att rätten har relativiserat betydelsen av denna risk. Förstainstansrätten har nämligen slagit fast att de problem som klagandena åberopat i huvudsak bestod i ett likviditetsunderskott, och att — såsom angetts i punkt 34 i det överklagade beslutet — problem av detta slag inte nödvändigtvis behöver leda till företagets likvidation, vilket bekräftas av undersökningen av de tillämpliga nationella rättssystemen.

59 Denna bedömning av omständigheterna som förstainstansrätten har gjort kan inte direkt ifrågasättas inom ramen för ett överklagande.

60 Genom sin andra grund har klagandena anmärkt på att förstainstansrätten har tagit hänsyn till herr Henss möjligheter att hjälpa klagandena att ställa en bankgaranti.

61 Av en fast rättspraxis följer i detta hänseende att det vid bedömningen av ett företags förmåga att ställa en bankgaranti skall tas hänsyn till den koncern som företaget tillhör (beslutet i det ovannämnda målet Hasselblad mot kommissionen, punkt 4) och särskilt till de sammanlagda resurser som denna koncern förfogar över (beslut i det ovannämnda målet C-12/95 P, Transacciones Marítimas m.fl. mot kommissionen, punkt 12).

62 Detta tillvägagångssätt grundas på uppfattningen att det berörda företagets objektiva intressen inte är fristående i förhållande till de fysiska eller juridiska personers intressen som kontrollerar företaget och att frågan om den påstådda skadan är allvarlig och irreparabel således skall bedömas med beaktande av den koncern som dessa personer utgör. Denna intressegemenskap berättigar särskilt till att det berörda företagets intresse av att överleva inte skall bedömas fristående från intresset hos dem som kontrollerar företagets fortbestånd.

63 Av samma skäl skall skadan för en företagssammanslutning i en jämförbar situation bedömas med beaktande av dess medlemmars ekonomiska situation,

eftersom sammanslutningens objektiva intressen inte är oberoende av intressena hos de företag som ingår i sammanslutningen (se beslut av den 14 oktober 1996 i mål C-268/96 P(R), SCK och FNK mot kommissionen, REG 1996, s. I-4971, punkterna 35—38).

64 Den omständigheten att den person som, såsom företagens huvudägare, kontrollerar företagen är en fysisk person och alltså inte själv är ett företag tycks därför sakna betydelse.

65 Klagandena saknar även fog för att hävda att förstainstansrättens resonemang utgör en diskriminering av företag i vilka aktieägarna är kända jämfört med sådana företag i vilka aktieägarna inte är det. Bedömningen av om den påstådda skadan är allvarlig och irreparabel skall nämligen göras med hänsyn till de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall och inte på ett generellt sätt på grundval av bestämda kategorier. De företag som bevisligen kontrolleras av andra personer befinner sig i en särskild situation som således skall beaktas av den domstol som behandlar en ansökan om interimistiska åtgärder.

66 Den tredje grunden för överklagandet avser den bevisbörda som åligger klagandena när det gäller att visa att kravet rörande skyndsamheten är uppfyllt.

67 Såsom kommissionen med rätta har anfört, behöver man för att styrka en allvarlig och irreparabel skada inte bevisa att nämnda skada kommer att inträffa med absolut säkerhet, utan det räcker med att skadan är förutsebar med en tillräcklig grad av sannolikhet. Klagandena är dock skyldiga att bevisa de omständigheter som ligger till grund för antagandet att en sådan allvarlig och irreparabel skada kommer att inträffa.

68 Med hänsyn till den princip som angetts i punkt 55 i det föreliggande beslutet är detta krav i ännu högre grad berättigat i ett sådant fall som det föreliggande.

69 I fråga om den fjärde och sista grunden är det tillräckligt att konstatera att den information som klagandena hänför sig till endast utgör preciseringar, som visserligen kompletterar de omständigheter som nämns i punkt 31 i det överklagade beslutet, men som inte innebär att förstainstansrättens konstateranden är materiellt oriktiga.

70 Under dessa omständigheter kan, av de skäl som erinrats om i punkterna 50—52 i det föreliggande beslutet, förstainstansrättens bevisvärdering inte omprövas inom ramen för detta överklagande.

71 Av det anförda följer att de grunder som klagandena har anfört till stöd för sitt överklagande inte kan godtas. Överklagandet skall således ogillas.

Rättegångskostnader

72 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna, som enligt artikel 118 skall tillämpas i mål om överklagande, skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att klagandena, som har

tappat målet, skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Klagandena skall därför ersätta rättegångskostnaderna.

På dessa grunder fattar

DOMSTOLENS ORDFÖRANDE

följande beslut:

1) **Överklagandet ogillas.**

2) **HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH och Isoplus Fernwärmetechnik GmbH skall ersätta rättegångskostnaderna.**

Luxemburg den 14 december 1999

R. Grass — G.C. Rodríguez Iglesias

Justitiesekreterare — Ordförande