BESCHIKKING VAN DE VICEPRESIDENT VAN HET HOF

7 maart 2013 *

„Hogere voorziening — Kort geding — Concentraties tussen ondernemingen — Europese elektriciteitsmarkt — Verwerving van zeggenschap over Segebel SA door EDF — Besluit waarbij concentratie met gemeenschappelijke markt verenigbaar wordt verklaard, mits EDF haar verbintenissen nakomt — Weigering van de Commissie om EDF verlenging van termijn voor nakomen van bepaalde van haar verbintenissen toe te staan — Begrippen spoedeisendheid en ernstige en onherstelbare schade”

In zaak C-551/12 P(R),

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 57, tweede alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingediend op 30 november 2012,

Électricité de France SA (EDF), gevestigd te Parijs (Frankrijk), vertegenwoordigd door A. Creus Carreras en A. Valiente Martin, abogados,

rekwirante,

andere partij bij de procedure:

Europese Commissie, vertegenwoordigd door C. Giolito en S. Noë als gemachtigden,

verweerster in eerste aanleg,

geeft

DE VICEPRESIDENT VAN HET HOF,

de eerste advocaat-generaal, N. Jääskinen, gehoord,

de navolgende

Beschikking

1 Met haar hogere voorziening verzoekt Électricité de France SA (EDF) (hierna: „EDF”) om vernietiging van de beschikking van de president van het Gerecht van de Europese Unie van 11 oktober 2012, Électricité de France/Commissie (T-389/12 R; hierna: „bestreden beschikking”), houdende afwijzing van haar verzoek om voorlopige maatregelen naar aanleiding van besluit C(2012) 4617 definitief van de Commissie van 28 juni 2012 (hierna: „litigieus besluit”), waarbij de verlenging is geweigerd van de termijn voor het nakomen van bepaalde van haar verbintenissen zoals opgenomen in beschikking

* Procestaal: Engels.

C(2009) 9059 van 12 november 2009 tot goedkeuring van de concentratie waarmee de verwerving van de uitsluitende zeggenschap over de activa van de onderneming Segebel door Électricité de France werd beoogd (zaak COMP/M.5549 – EDF/Segebel).

Toepasselijke bepalingen, aan het geding ten grondslag liggende feiten en procesverloop voor de kortgedingrechter

2 De toepasselijke bepalingen en de aan het geding ten grondslag liggende feiten zijn in de volgende bewoordingen samengevat in de punten 1 tot en met 5 van de bestreden beschikking:

„1 Bij beschikking C(2009) 9059 van 12 november 2009 heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen krachtens artikel 6, lid 1, sub b, en lid 2, van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de ‚EG-concentratieverordening') (PB L [24], blz. 1), de concentratie goedgekeurd, waarbij de verwerving van de uitsluitende zeggenschap over de activa van de Belgische onderneming Segebel door [rekwirante], [EDF], werd beoogd, onder voorwaarde dat [rekwirante] twee verbintenissen zou nakomen, die zij de Commissie had voorgesteld om de twijfels over de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt weg te nemen (zaak COMP/M.5549 – EDF/Segebel).

2 Met het afstoten in juli 2011 van het project Dils-Energie, dat betrekking had op de ontwikkeling van een elektriciteitscentrale, is [rekwirante] haar eerste verbintenis nagekomen.

3 Ingevolge de tweede verbintenis moest [rekwirante] een ander project inzake de ontwikkeling van een elektriciteitscentrale, het project Nest-Energie, aan een geschikte koper verkopen, voor zover zij niet vóór 30 juni 2012 definitief zou hebben besloten om zelf in dit project te investeren.

4 Onder aanvoering van aanzienlijke en duurzame wijzigingen op de Belgische elektriciteitsmarkt sinds de vaststelling van goedkeuringsbeschikking C(2009) 9059, die in 2009 niet voorzienbaar zouden zijn geweest, heeft [rekwirante] zich bij brief van 14 mei 2012 tot de Commissie gewend. Daarin gaf zij te kennen dat het voor haar onmogelijk was, net als voor om het even welke andere marktdeelnemer, om vóór het verstrijken van de uiterste datum van 30 juni 2012 een definitieve investeringsbeslissing te nemen ten aanzien van het project Nest-Energie. Zij heeft de Commissie dus verzocht om[, zoals de herzieningsclausule in punt 4 van haar verbintenissen het haar ook toestond te doen,] haar een termijnverlenging tot 31 december 2014 toe te staan.

5 Bij het [litigieuze] besluit heeft de Commissie geweigerd het verzoek om verlenging in te willigen. Zij heeft haar evenwel een aanvullende termijn van drieënhalve maand gegeven, dus tot 15 oktober 2012. [...]"

3 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 5 september 2012, heeft rekwirante beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit ingesteld.

4 Bij afzonderlijke aktes, neergelegd ter griffie van het Gerecht op dezelfde dag, heeft rekwirante een verzoek om versnelde behandeling krachtens artikel 76 bis van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht en een verzoek in kort geding ingediend, waarbij zij de president van het Gerecht verzocht om:

— de verlenging te gelasten van de haar toegekende termijn voor het nemen van een definitieve investeringsbeslissing of het afstoten van het project Nest-Energie, totdat het Gerecht zich over het beroep in de hoofdzaak heeft uitgesproken;

— de beslissing over de kosten aan te houden.

5 In haar schriftelijke opmerkingen heeft de Commissie de kortgedingrechter verzocht dit verzoek af te wijzen.

Bestreden beschikking

6 Na er in punt 10 van de bestreden beschikking aan te hebben herinnerd dat de twee voorwaarden inzake, respectievelijk, de spoedeisendheid en de fumus boni juris cumulatieve voorwaarden zijn, heeft de president van het Gerecht eerst onderzocht, vanaf punt 13 van deze beschikking, of aan de voorwaarde van de spoedeisendheid was voldaan.

7 In punt 14 van de bestreden beschikking heeft hij opgemerkt dat de spoedeisendheid waartoe het litigieuze besluit aanleiding heeft gegeven, volgens EDF in de aard ervan besloten lag, aangezien dit haar verplichtte om bepaalde activa af te stoten ten gunste van een (potentiële) concurrent, en dat het na deze vervreemding niet meer mogelijk zou zijn om hierop terug te komen. Hij heeft hieraan toegevoegd dat de daardoor veroorzaakte schade in het betoog van EDF vrijwel onmogelijk te begroten was, aangezien EDF deze tot in het eeuwige zou lijden, en een onmiddellijke afstoting een ernstig gevaar van verkoop met verlies in zich borg.

8 Na er in punt 15 van de bestreden beschikking aan te hebben herinnerd dat de spoedeisendheid van een verzoek in kort geding moet worden getoetst aan de maatstaf, of een voorlopige beslissing noodzakelijk is ter voorkoming van ernstige en onherstelbare schade voor de partij die om de voorlopige maatregelen verzoekt, heeft de president van het Gerecht in de punten 16 tot en met 18 van bedoelde beschikking opgemerkt dat wanneer de gestelde schade van financiële aard is, de gevraagde voorlopige maatregelen gerechtvaardigd zijn wanneer blijkt dat de verzoekende partij zich zonder deze maatregelen in een situatie zou bevinden die haar financiële voortbestaan in gevaar kan brengen voordat de beslissing waarmee de procedure in de hoofdzaak wordt afgedaan, wordt genomen, of wanneer haar marktaandelen belangrijke wijzigingen zouden ondergaan, gelet op met name de omvang en het omzetcijfer van haar onderneming en de kenmerken van de groep waartoe zij behoort. De tekst van het verzoek in kort geding moet volgens de president van het Gerecht dus aan de hand van gedetailleerde documenten gestaafde, concrete en nauwkeurige aanwijzingen bevatten, die een getrouw en algemeen beeld geven van de financiële situatie van de verzoekende partij, op grond waarvan kan worden beoordeeld wat naar alle waarschijnlijkheid de precieze gevolgen zouden zijn indien de gevraagde maatregelen niet zouden worden gelast.

9 In de punten 19 tot en met 21 van de bestreden beschikking heeft de president van het Gerecht geoordeeld dat de gestelde schade in de onderhavige zaak zonder twijfel als zuiver financiële schade moest worden gekwalificeerd, nu EDF alleen heeft betwijfeld dat deze kon worden begroot. Hij heeft vastgesteld dat EDF had verzuimd in haar verzoek in kort geding ook maar enige informatie over de omvang en de omzet van haar onderneming te verschaffen en dat zij dus geen getrouw en algemeen beeld van haar financiële situatie had geschetst. Daarnaast heeft de president van het Gerecht opgemerkt dat EDF niet eens had vermeld dat zij onderdeel was van de groep EDF en ook geen nadere gegevens over de financiële situatie van laatstgenoemde had verstrekt.

10 In de punten 22 tot en met 24 van de bestreden beschikking is de president van het Gerecht dan ook tot de conclusie gekomen dat EDF niet had aangetoond dat de gestelde financiële schade voldoende ernstig was om de toekenning van de gevraagde voorlopige maatregelen te rechtvaardigen. Hij heeft geconstateerd dat EDF met name niet had bewezen dat zij zich zonder de gevraagde voorlopige maatregelen in een situatie zou bevinden waarin haar voortbestaan gevaar kon lopen of haar marktaandelen in belangrijke mate konden wijzigen. Bijgevolg heeft de president van het Gerecht geoordeeld dat de aangevoerde spoedeisendheid niet was aangetoond en dat de door rekwirante gestelde financiële schade niet de gevraagde voorlopige maatregelen konden rechtvaardigen.

11 Ten slotte heeft de president van het Gerecht ten overvloede hieraan toegevoegd, in de punten 25 en 26 van de bestreden beschikking, dat de gestelde financiële schade lager was dan de investeringskosten die moesten worden gemaakt om het project Nest-Energie te realiseren, die naar schatting 800 miljoen EUR bedragen. Aangezien bekend was uit publieke bronnen, namelijk het door de groep EDF op haar website gepubliceerde jaarverslag 2011, dat de totale omzet van de groep in 2011 meer dan 65 miljard EUR bedroeg, heeft de president van het Gerecht geoordeeld dat het uitgesloten leek dat de bij rekwirante veroorzaakte schade, hetzij door afstoting van de activa van de vennootschap die met de ontwikkeling van het project Nest-Energie was belast, hetzij door de definitieve beslissing om zelf met de investering in dit project door te gaan, als ernstig kon worden gekwalificeerd.

12 In de punten 27 en 28 van de bestreden beschikking heeft de president van het Gerecht het verzoek in kort geding van EDF afgewezen, omdat er geen spoedeisendheid was, zonder de onherstelbaarheid van de gestelde schade te onderzoeken.

Procesverloop voor het Hof en conclusies van partijen:

13 EDF concludeert tot:

— vernietiging van de bestreden beschikking en toekenning van de aan het Gerecht in het kader van zaak T-389/12 R gevraagde voorlopige maatregelen, te weten de datum waarop EDF een definitieve investeringsbeslissing moet nemen of het project Nest-Energie moet afstoten, uit te stellen tot de uitspraak van het arrest van het Gerecht op het beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit;

— subsidiair, vernietiging van de bestreden beschikking en terugverwijzing van de zaak naar het Gerecht;

— verwijzing van de Commissie in de kosten, en

— het houden van een hoorzitting om de verschillende aan de orde zijnde rechtsvragen te verduidelijken.

14 In haar op 21 december 2012 ter griffie van het Hof neergelegde opmerkingen concludeert de Commissie tot afwijzing van de hogere voorziening of, subsidiair, afwijzing van het verzoek in kort geding en verwijzing van EDF in de kosten.

15 Partijen hebben op 28 januari 2013 mondeling opmerkingen gemaakt en vragen beantwoord tijdens de terechtzitting waarom rekwirante had verzocht.

Hogere voorziening

16 Ter ondersteuning van haar hogere voorziening voert EDF vijf middelen aan, ontleend aan respectievelijk:

— schending van het recht op een effectieve voorziening in rechte;

— schending van het recht op een eerlijk proces;

— schending van het beginsel van gelijke behandeling;

— onjuiste beoordeling van het rechtsbegrip spoedeisendheid;

— subsidiair, kennelijk onjuiste beoordeling van de relevante feiten bij de invulling van het rechtsbegrip spoedeisendheid.

17 Als eerste moet het vierde middel worden onderzocht, ontleend aan schending van het recht wat het begrip spoedeisendheid aangaat, dat in drie onderdelen uiteenvalt.

18 EDF verwijt de president van het Gerecht in de eerste plaats dat hij heeft geoordeeld dat de voorwaarden voor toekenning van voorlopige maatregelen, en meer bepaald die betreffende de fumus boni juris en de spoedeisendheid, strikt gescheiden voorwaarden zijn, terwijl deze in werkelijkheid onderling afhankelijk zijn, zodat de fumus boni juris, die in de onderhavige zaak zeer sterk is, een weerslag had moeten hebben op de beoordeling van de voorwaarde inzake de spoedeisendheid.

19 In de tweede plaats zou de bestreden beschikking gebreken vertonen wat het begrip „ernstige schade" betreft. Volgens de rechtspraak is ernstige schade niet meer dan niet te verwaarlozen schade. De door de president van het Gerecht gevolgde analyse in de beschikking komt er in de praktijk op neer dat ten onrechte wordt geoordeeld dat schade die aan een grote onderneming wordt toegebracht, nooit ernstig is. EDF beroept zich ter ondersteuning van haar betoog op de beschikking van de president van het Hof van 16 januari 1975, Johnson & Firth Brown/Commissie (3/75 R, Jurispr. blz. 1), waarin hij de door de verzoeker gevraagde voorlopige maatregelen heeft toegekend, door de verplichting van British Steel Corporation tot afstoting van bepaalde activa te schorsen. EDF merkt tevens op dat de Commissie in het kader van de zaak die heeft geleid tot het arrest van het Gerecht van 22 oktober 2002, Schneider Electric/Commissie (T-77/02, Jurispr. blz. II-4201), heeft erkend dat de betrokken onderneming die reeds verworven aandelen moest afstoten, zich in een spoedeisende situatie bevond, nu zij met deze onderneming een minnelijke regeling had getroffen waarin de termijn voor deze vervreemding was verlengd.

20 In de derde plaats heeft de president van het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de door EDF geleden schade als „zuiver financieel" te kwalificeren.

21 Daar waar rekwirante met het eerste onderdeel van het vierde middel stelt dat de voorwaarden voor de toekenning van voorlopige maatregelen onderling afhankelijk zijn, zodat de fumus boni juris, die in de onderhavige zaak beweerdelijk zeer sterk is, een weerslag had moeten hebben op de beoordeling van de voorwaarde inzake de spoedeisendheid, moet eraan worden herinnerd dat deze voorwaarden volgens de rechtspraak en zoals de president van het Gerecht in punt 10 van de bestreden beschikking in herinnering heeft gebracht, cumulatieve voorwaarden zijn, zodat verzoeken in kort geding moeten worden afgewezen wanneer aan een van hen niet is voldaan [beschikkingen van de president van het Hof van 14 oktober 1996, SCK en FNK/Commissie, C-268/96 P(R), Jurispr. blz. I-4971, punt 30; 17 december 1998, Emesa Sugar/Commissie, C-364/98 P(R), Jurispr. blz. I-8815, punt 47, en 25 oktober 2012, Hassan/Raad, C-168/12 P(R), punt 22].

22 In het kader van dit algemene onderzoek beschikt de rechter in kort geding over een ruime beoordelingsbevoegdheid en kan hij, met inachtneming van de bijzonderheden van de zaak, vrij bepalen hoe en in welke volgorde deze verschillende voorwaarden moeten worden onderzocht, nu geen enkele regel van het Unierecht hem voor de beoordeling van de noodzaak van voorlopige maatregelen een vooraf vastgesteld onderzoeksschema voorschrijft [beschikking van de president van het Hof van 19 juli 1995, Commissie/Atlantic Container Line e.a., C-149/95 P(R), Jurispr. blz. I-2165, punt 23, en beschikking Emesa Sugar/Commissie, reeds aangehaald, punt 44].

23 Het is dus niet uitgesloten dat de kortgedingrechter, indien hij dit opportuun acht, rekening kan houden met het uiteenlopende gewicht van de middelen die ten bewijze van de fumus boni juris zijn aangevoerd bij de beoordeling van de spoedeisendheid en in voorkomend geval bij de afweging van de op het spel staande belangen (beschikking Hassan/Raad, reeds aangehaald, punt 24; zie in die zin ook beschikking van de president van het Hof van 23 februari 2001, Oostenrijk/Raad, C-445/00 R, Jurispr. blz. I-1461, punt 110).

24 Hoewel het uiteenlopende gewicht van de middelen die ten bewijze van de fumus boni juris worden aangevoerd niet geheel zonder invloed op de beoordeling van de spoedeisendheid is, neemt dit niet weg dat het ingevolge het bepaalde in artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering om twee afzonderlijke voorwaarden gaat die aan het verkrijgen van de opschorting van de tenuitvoerlegging voorafgaan, zodat de verzoeker nog steeds verplicht is dreigende ernstige en onherstelbare schade aan te tonen [zie beschikkingen van de president van het Hof van 31 januari 2011, Commissie/Éditions Odile Jacob, C-404/10 P-R, punt 27, en 19 juli 2012, Akhras/Raad, C-110/12 P(R), punt 26].

25 In die omstandigheden moet worden opgemerkt dat, ook als de president van het Gerecht het bestaan van een fumus boni juris zou hebben onderzocht, of zelfs aanvaard, dit hem niet van het onderzoek van de voorwaarde inzake spoedeisendheid zou hebben ontslagen en dit alleen er niet toe zou hebben geleid dat de gevraagde voorlopige maatregelen zouden zijn toegekend (beschikking Hassan/Raad, reeds aangehaald, punt 26).

26 Hieruit volgt dat in punt 13 van de bestreden beschikking, waarin is aangegeven dat eerst moest worden onderzocht of de voorwaarde inzake de spoedeisendheid was vervuld, geen blijk is gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Bijgevolg moet het eerste onderdeel van het vierde middel worden afgewezen.

27 Met het tweede onderdeel van het vierde middel stelt rekwirante dat in de bestreden beschikking blijk is gegeven van een onjuiste rechtsopvatting wat het begrip „ernstige schade” aangaat. Zij geeft meer bepaald te kennen dat de door de president van het Gerecht gevolgde analyse in deze beschikking er in de praktijk op neerkomt dat ten onrechte wordt geoordeeld dat de door een grote onderneming geleden schade nooit ernstig is.

28 Om te beginnen dient eraan te worden herinnerd dat de president van het Gerecht in de punten 16 tot en met 19 van de bestreden beschikking eerst de premisse heeft geformuleerd dat de verzoekende partij, wil zij aantonen dat de financiële schade die zij zou kunnen leiden ernstig en onherstelbaar is, in de tekst van haar verzoek in kort geding met gedetailleerde documenten gestaafde, concrete en nauwkeurige aanwijzingen moet opnemen, aan de hand waarvan een getrouw en algemeen beeld van haar financiële situatie kan worden opgemaakt en kan worden beoordeeld wat naar alle waarschijnlijkheid de precieze gevolgen zouden zijn indien de gevraagde maatregelen niet zouden worden gelast.

29 Vervolgens heeft de president van het Gerecht in de punten 20 en 21 van deze beschikking geconstateerd dat rekwirante had verzuimd in haar verzoek in kort geding ook maar enige informatie over de omvang en de omzet van haar onderneming te verschaffen. Tot slot heeft hij benadrukt dat rekwirante niet eens had vermeld dat zij onderdeel was van de groep EDF en ook geen nadere gegevens over de financiële situatie van laatstgenoemde groep had verstrekt. Hij leidt hier in punt 22 van genoemde beschikking uit af dat rekwirante niet heeft dat aangetoond dat de gestelde financiële schade voldoende ernstig was om de toekenning van de gevraagde voorlopige maatregelen te rechtvaardigen. Dit in aanmerking genomen, heeft hij in punt 27 van diezelfde beschikking opgemerkt dat het dus niet noodzakelijk was om te onderzoeken of de gestelde schade onherstelbaar was.

30 Vastgesteld moet worden dat met deze redenering blijk wordt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting wat het begrip „ernstige schade” betreft.

31 Door in de eerste plaats te oordelen dat hij niet in staat is de ernst van de door rekwirante in haar verzoek in kort geding gestelde financiële schade te beoordelen, omdat de gegevens aan de hand waarvan een getrouw en algemeen beeld van haar financiële situatie kan worden geschetst ontbreken, baseert de president van het Gerecht zijn redenering op een uitsluitend relatieve opvatting van dit begrip van de ernst. Deze redenering impliceert immers dat het steeds noodzakelijk is een vergelijking te maken tussen het bedrag van enige gestelde financiële schade en de omvang van de onderneming

die deze zou lijden, indien de gevraagde voorlopige maatregelen niet zouden worden gelast. Dit is echter niet het geval bij een verzoek als dat van rekwirante in de onderhavige zaak, dat niet is gebaseerd op haar financiële situatie, maar in wezen op de verplichting om een commerciële keuze te maken binnen een termijn waarvan wordt gesteld dat hij ongeschikt is.

32 De omvang van de onderneming kan zeker een weerslag hebben op de beoordeling van de ernst van de gestelde financiële schade, daar deze nog ernstiger is indien hij in vergelijking met deze omvang aanzienlijk is, en in het tegenovergestelde geval minder ernstig is. In bepaalde gevallen kunnen de argumenten ten aanzien van de ernst van gestelde schade dus worden verworpen op grond van een eenvoudige vergelijking tussen deze schade en het omzetcijfer van de onderneming die deze zou kunnen lijden (zie in die zin beschikkingen van de president van het Hof van 26 februari 1981, Arbed e.a./Commissie, 20/81 R, Jurispr. blz. 721, punt 14, en 23 mei 1990, Comos-Tank e.a./Commissie, C-51/90 R en C-59/90 R, Jurispr. blz. I-2167, punten 25 en 26).

33 Het kan echter niet worden uitgesloten dat financiële schade die objectief gezien aanzienlijk is en beweerdelijk het gevolg is van de verplichting om definitief een belangrijke commerciële keuze te maken binnen een daartoe ongeschikte termijn, als „ernstig” kan worden beschouwd, of zelfs dat de ernst van dergelijke schade als vanzelfsprekend kan worden beschouwd, zelfs wanneer informatie over de omvang van de onderneming ontbreekt. Bijgevolg volstaat de omstandigheid dat rekwirante in haar verzoek in kort geding geen informatie heeft verstrekt over de omvang van de onderneming waarvan zij deel uitmaakt, op zich niet als grondslag voor de afwijzing van dit verzoek op grond dat rekwirante niet het bewijs van de ernst van de gestelde schade heeft geleverd.

34 Daar waar de bestreden beschikking, in punt 22 ervan, is gebaseerd op het feit dat rekwirante met name niet heeft bewezen dat zij zich, overeenkomstig de vereisten gesteld in de in punt 16 van deze beschikking aangehaalde rechtspraak, bevond in een situatie waarin zonder de gevraagde voorlopige maatregel haar voortbestaan gevaar zou kunnen lopen of haar marktaandelen aanzienlijke wijzigingen zouden kunnen ondergaan, vallen deze vereisten naar hun aard onder het begrip onherstelbaarheid van de gestelde schade, en niet zozeer de ernst ervan. Aangezien de bestreden beschikking uitsluitend is gebaseerd op het feit dat niet is bewezen dat sprake is van ernstige schade, zonder dat tot het onderzoek van de onherstelbaarheid is overgegaan, zijn genoemde vereisten irrelevant voor de beoordeling of de in bedoelde beschikking gevolgde redenering gegrond is.

35 Daar het tweede onderdeel van het vierde middel slaagt, moet de bestreden beschikking dus worden vernietigd voor zover de kortgedingrechter blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting wat het begrip „ernstige schade” aangaat. Bijgevolg behoeven het derde en het vierde onderdeel van het vierde middel niet te worden onderzocht, evenmin als het eerste, het tweede, het derde en het vijfde middel.

36 Overeenkomstig artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie kan het Hof in geval van vernietiging van de beslissing van het Gerecht zelf de zaak afdoen wanneer deze in staat van wijzen is, dan wel haar voor afdoening naar het Gerecht terugverwijzen.

37 Eerdergenoemde bepaling is ook van toepassing op de hogere voorzieningen die krachtens artikel 57, tweede alinea, van het Statuut van het Hof worden ingesteld [zie beschikkingen van de president van het Hof van 29 januari 1997, Antonissen/Raad en Commissie, C-393/96 P(R), Jurispr. blz. I-441, punt 45, en 14 juni 2012, Qualitest FZE/Raad, C-644/11 P(R), punt 59].

38 Daar de zaak zich in staat van wijzen bevindt, moet op het verzoek om voorlopige maatregelen van EDF uitspraak worden gedaan.

Verzoek om voorlopige maatregelen

39 Artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht bepaalt dat verzoeken in kort geding een duidelijke omschrijving moeten bevatten van „het voorwerp van het geschil en van de omstandigheden waaruit het spoedeisend karakter van het verzoek blijkt, alsmede de middelen, zowel feitelijk als rechtens, op grond waarvan de voorlopige maatregel waartoe wordt geconcludeerd, aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomt". Voorts moet een verzoek in kort geding zo duidelijk en nauwkeurig zijn dat alleen op basis daarvan de verwerende partij haar opmerkingen kan voorbereiden en de kortgedingrechter zijn uitspraak op het verzoek kan doen, in voorkomend geval zonder nadere informatie, daar de wezenlijke elementen, zowel feitelijk als rechtens, waarop het is gebaseerd, coherent en begrijpelijk uit de tekst zelf van het verzoekschrift in kort geding moeten blijken [beschikking van de president van het Hof van 30 april 2010, Ziegler/Commissie, C-113/09 P(R), punt 13].

40 Het staat aan de verzoekende partij om het bewijs aan te dragen dat zij de uitkomst van de procedure in de hoofdzaak niet kan afwachten zonder ernstige en onherstelbare schade te lijden (zie in die zin beschikking van de president van het Hof van 4 december 1991, Matra/Commissie, C-225/91 R, Jurispr. blz. I-5823, punt 19, en beschikking SCK en FNK/Commissie, reeds aangehaald, punt 30). Het bewijs behoeft weliswaar geen absolute zekerheid te verschaffen omtrent het intreden van de gestelde schade, maar de schade moet wel met een zekere mate van waarschijnlijkheid voorzienbaar zijn [beschikking van 29 juni 1993, Duitsland/Raad, C-280/93 R, Jurispr. blz. I-3667, punten 32 en 34, en beschikking van de president van het Hof van 14 december 1999, HFB e.a./Commissie, C-335/99 P(R), Jurispr. blz. I-8705, punt 67].

41 In geval van een verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van een handeling van de Unie, is de toekenning van voorlopige maatregelen voorts slechts gerechtvaardigd indien de betrokken handeling de doorslaggevende oorzaak van de gestelde ernstige en onherstelbare schade is (reeds aangehaalde beschikkingen Akhras/Raad, punt 44, en Hassan/Raad, punt 28). Ofschoon het verzoek in kort geding in de onderhavige zaak formeel niet gericht is op de toekenning van de opschorting van de tenuitvoerlegging van een handeling, moet worden vastgesteld dat de gevraagde voorlopige maatregel met een dergelijke opschorting verwantschap vertoont, aangezien rekwirante een aanvullende termijn van meer dan twee jaar wenst om te kiezen tussen de beide opties die zijn voorgeschreven in de verbintenis die zij ten aanzien van het project Nest-Energie is aangegaan. Bijgevolg kan deze voorlopige maatregel slechts worden vastgesteld, indien de weigering van de Commissie om de door rekwirante gevraagde verlenging toe te staan, moet worden beschouwd als de doorslaggevende oorzaak van de gestelde ernstige en onherstelbare schade.

42 In dat verband moet om te beginnen worden opgemerkt dat het deel van het verzoek in kort geding over de beweerde ernstige en onherstelbare schade die rekwirante zou lijden, geen schatting van de omvang van de gestelde schade bevat en uitsluitend ingaat op de gevolgen die er volgens rekwirante zouden zijn indien het project Nest-Energie onmiddellijk zou worden verkocht. Zij gaat niet op de gevolgen die er in voorkomend geval zouden zijn, indien zij zou beslissen in dit project te investeren, terwijl rekwirante volgens de aangegane verbintenis de keuze tussen deze beide opties had. Bovendien stelt rekwirante ten aanzien van de spoedeisendheid in haar verzoek in kort geding dat „de spoedeisendheid waartoe het [litigieuze] besluit aanleiding geeft, welk besluit ertoe verplichtte de afstotingsprocedure vóór 16 oktober 2012 in te leiden, volgens EDF in de aard ervan besloten lag, aangezien dit haar verplichtte om bepaalde activa af te stoten ten gunste van een (potentiële) concurrent, een geschikte koper".

43 Uit het verzoek in kort geding, in zijn geheel gelezen, volgt niettemin dat de door rekwirante gestelde schade is gelegen in het feit dat zij vóór 30 juni 2012, welke vervaldatum bij het litigieuze besluit is uitgesteld tot 15 oktober 2012, moest kiezen tussen de twee opties die in haar tweede verbintenis waren voorzien, namelijk enerzijds het afstoten van het project Nest-Energie aan een geschikte koper of anderzijds het nemen van een definitieve beslissing om zelf in dit project te investeren. Elk van

deze opties impliceert beweerdelijk dat zij financieel verlies lijdt. Rekwirante stelt immers dat de investering in het project Nest-Energie, waarmee geschatte kosten van 800 miljoen EUR zijn verbonden, haar jaarlijkse vaste en variabele kosten zou kunnen dekken, maar zeker niet de aanvankelijke investering en niet boven het vereiste niveau van winstgevendheid uitkomt, terwijl een onmiddellijke afstoting van het project aan een concurrent een groot gevaar van verkoop met verlies in zich bergt en onomkeerbaar is, doordat rekwirante de kans verliest om zelf in het project te investeren.

44 Niettegenstaande deze lezing van het verzoek in kort geding, moet worden vastgesteld dat rekwirante niets heeft aangedragen dat bewijst dat sprake is van ernstige schade die zich met een voldoende mate van waarschijnlijkheid zal voordoen, overeenkomstig de vereisten die voortvloeien uit de rechtspraak die in de punten 39 en 40 van de onderhavige beschikking is aangehaald.

45 Rekwirante draagt in haar verzoek in kort geding immers geen enkele relevante aanwijzing aan ten aanzien van de aard en de omvang van de schade die zij in het ene of het andere geval zou leiden bij de twee opties waaruit zij vrij kon kiezen. Zoals de Commissie ter terechtzitting heeft opgemerkt, moet worden geoordeeld dat de contante waarde van het project in kwestie, die overigens grotendeels afhangt van de perspectieven op winstgevendheid ervan, in beginsel gelijk is aan de prijs die de koper bereid is te betalen in geval van afstoting ervan in het kader van een desinvesteringsprocedure, daar elke andere beoordeling van deze waarde noodzakelijkerwijs een zuiver speculatieve component omvat. Deze vaststelling impliceert dat rekwirante, wanneer zij onmiddellijk tot de verkoop van het project Nest-Energie zou overgaan, in beginsel geen enkele schade zou lijden, aangezien zij met deze verkoop een bedrag zal innen dat gelijk is aan de contante waarde van haar goed.

46 Voor zover rekwirante zich niettemin op het standpunt stelt dat in de eerste plaats de huidige marktvoorwaarden haar niet toestaan een positieve beslissing tot investering in het project te nemen vóór 30 juni 2012, of zelfs vóór 15 oktober 2012, en in de tweede plaats de verkoop van het project Nest-Energie in die omstandigheden met zich meebrengt dat verlies wordt geleden, berust haar betoog ten aanzien van het intreden van ernstige en onherstelbare schade dus, voor elk van deze handelingsmogelijkheden, op de vooronderstelling dat de perspectieven op winstgevendheid van het betrokken project zich alleen nog maar kunnen verbeteren en dat de contante waarde ervan abnormaal laag is.

47 Hieruit volgt dat bedoelde gestelde schade zich slechts voordoet, indien de voorwaarden op de Belgische elektriciteitsmarkt zich vanuit het oogpunt van de elektriciteitsproducenten vóór eind 2014 in positieve zin ontwikkelen, zodanig dat rekwirante in het project Nest-Energie kan investeren of het onder voor deze transacties gunstigere marktvoorwaarden kan verkopen. In het tegenovergestelde geval lijdt rekwirante geen enkele schade, aangezien het feit dat zij tot eind 2014 kan wachten alvorens haar keuze te maken, voor haar niets oplevert, nu zij verplicht zal zijn om deze in vergelijkbare, of zelfs minder gunstige, marktomstandigheden ten opzichte van de huidige te maken.

48 Indien de in punt 40 van de onderhavige beschikking in herinnering gebrachte beginselen uit de rechtspraak worden toegepast, kan schade zoals in de onderhavige zaak gesteld, en ook de omvang en de ernst ervan, slechts als voldoende voorzienbaar worden beschouwd, wanneer het bewijs wordt geleverd dat het intreden van de omstandigheden die tot deze schade zullen leiden, namelijk de verhoopte positieve ontwikkeling van de Belgische elektriciteitsmarkt, waarschijnlijk is. Indien rekwirante zich dus op de ernst van dergelijke schade wilde baseren om te bewijzen dat haar verzoek in kort geding spoedeisend was, stond het aan haar om de argumenten en de bewijzen aan te dragen die konden aantonen dat het waarschijnlijk was dat de Belgische elektriciteitsmarkt zich vanuit het oogpunt van de elektriciteitsproducenten vóór eind 2014 positief zou ontwikkelen, en dit tot op een zodanig punt dat zij de mogelijkheid zou hebben gehad om in beduidend gunstigere omstandigheden de commerciële keuze te maken waartoe de verbintenis in kwestie haar verplichtte, indien de gevraagde voorlopige maatregel zou worden toegekend.

49 Dienaangaande moet worden vastgesteld dat rekwirante noch dergelijke argumenten noch dergelijk bewijs heeft aangevoerd in haar verzoek in kort geding. Zij heeft integendeel de wijzigingen op de Belgische elektriciteitsmarkt tussen 2009 en 2012, die aan de huidige situatie op die markt ten oorsprong zouden liggen, als „aanzienlijk en duurzaam" gekwalificeerd.

50 Overigens heeft rekwirante in haar verzoek in kort geding evenmin de redenen uiteengezet waarom de vermeend negatieve gevolgen van het feit dat zij in de loop van 2012 de verplichte commerciële keuze moet maken tussen het afstoten van het project Nest-Energie en het nemen van een definitieve beslissing tot investering daarin, ernstige schade zou opleveren die op doorslaggevende wijze wordt veroorzaakt door de weigering van de Commissie om de termijn voor het maken van die keuze te verlengen.

51 Hoewel met een beslissing tot verlenging van de termijn die in de verbintenis in kwestie is vastgesteld, inderdaad die gevolgen hadden kunnen worden uitgesteld, of daarmee zelfs hadden kunnen worden vermeden, moet worden vastgesteld dat de ontwikkeling van de Belgische elektriciteitsmarkt tussen 2009 en 2012 alsook de aanvankelijk door rekwirante zelf gemaakte keuze in 2009 om deze verbintenis aan te gaan, even directe oorzaken zijn. Bovendien zou er, indien de aanvankelijk voorziene termijn een andere zou zijn geweest of de markt in kwestie zich anders zou hebben ontwikkeld, geen verzoek om uitstel zijn geweest en zou er dus ook niet het litigieuze besluit dat aan de onderhavige procedure ten grondslag ligt, zijn geweest. Bijgevolg kan de weigering van de Commissie om deze termijn te verlengen niet worden beschouwd als de doorslaggevende oorzaak van de gestelde schade, in de zin van de in punt 41 van de onderhavige beschikking aangehaalde rechtspraak.

52 Uit een en ander volgt dat rekwirante niet heeft bewezen dat zij ernstige schade zou kunnen lijden, indien de gevraagde voorlopige maatregelen niet zouden worden gelast.

53 Hieraan moet hoe dan ook worden toegevoegd, dat de gestelde schade in de onderhavige zaak niet als onherstelbaar kan worden gekwalificeerd.

54 Wanneer de aangevoerde schade financieel van aard is, zijn de gevraagde voorlopige maatregelen gerechtvaardigd, indien blijkt dat de verzoekende partij zich zonder deze maatregelen in een situatie zou bevinden die haar financiële voortbestaan in gevaar kan brengen voordat de beslissing waarmee de procedure in de hoofdzaak wordt afgedaan, wordt genomen, of wanneer haar marktaandelen belangrijke wijzigingen zouden ondergaan, gelet op met name de omvang en het omzetcijfer van haar onderneming en de kenmerken van de groep waartoe zij behoort [zie in die zin beschikking van de president van het Hof van 15 april 1998, Camar/Commissie en Raad, C-43/98 P(R), Jurispr. blz. I-1815, punt 36].

55 Daar in de onderhavige zaak het criterium van het verlies van marktaandeel niet relevant is, moet worden onderzocht of rekwirante zich zonder de gevraagde voorlopige maatregel in een situatie zou bevinden waarin haar financiële voortbestaan in gevaar kan worden gebracht.

56 De gestelde schade wordt becijferd in termen van verkoop met verlies en een verlaagde verwachting ten aanzien van de winstgevendheid van een investering die slechts 800 miljoen EUR beloopt, terwijl uit publieke bronnen blijkt, te weten het door de groep EDF op haar website gepubliceerde jaarverslag 2011, dat de totale omzet van deze groep in 2011 meer dan 65 miljard EUR bedroeg.

57 Gelet op de financiële macht van de groep EDF, moet worden opgemerkt dat de schade die aan rekwirante wordt veroorzaakt, hetzij door het afstoten van de activa van de vennootschap die met de ontwikkeling van het project Nest-Energie is belast, hetzij door de definitieve beslissing om de investering in dit project zelf door te zetten, het financiële voortbestaan van rekwirante niet in gevaar kan brengen.

58 Aan deze vaststelling kan niet worden afgedaan door het door rekwirante gehouden betoog in het kader van haar vijfde middel in hogere voorziening, dat in wezen inhoudt dat een vergelijking tussen het wereldwijde omzetcijfer van de groep EDF, namelijk 65 miljard EUR, en de betrokken investeringskosten, namelijk 800 miljoen EUR, irrelevant is voor de beoordeling van de ernst van de gestelde schade in de onderhavige zaak. Vastgesteld moet integendeel worden dat een dergelijke vergelijking in ieder geval relevant is in het kader van de beoordeling van de onherstelbaarheid van die schade. Immers, schade die beweerdelijk voortvloeit uit de verliezen die worden geleden in de context van een investering waarvan de kosten 800 miljoen EUR zouden belopen, kan het financiële voortbestaan van een onderneming met een omzet van meer dan 65 miljard EUR niet in gevaar brengen.

59 Wat ten slotte het argument aangaat dat eraan is ontleend dat de gestelde schade onmogelijk kan worden begroot en dus onherstelbaar is, kan dit niet slagen, omdat rekwirante, zoals volgt uit de punten 42 tot en met 49 van de onderhavige beschikking, in haar verzoek in kort geding niet naar behoren heeft uiteengezet wat de aard en de omvang van deze schade is.

60 Het is juist dat financiële schade in beginsel alleen dan als onherstelbaar is te beschouwen, indien zij niet geheel kan worden goedgemaakt, hetgeen onder meer het geval kan zijn wanneer de schade, indien zij intreedt, niet kan worden begroot (beschikking Comos-Tank e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 24).

61 Het is echter onmogelijk om te beoordelen of schade kan worden begroot, wanneer de aard en de omvang ervan niet, in de mate van het mogelijke, nader zijn aangegeven in het verzoek in kort geding. Het staat immers aan rekwirante om nauwkeurige en overtuigende argumenten en bewijzen dienaangaande aan te dragen, wanneer zij zich op deze rechtspraak wil beroepen, hetgeen zij in de onderhavige zaak niet heeft gedaan.

62 Bijgevolg is niet aangetoond dat de door EDF gestelde schade als onherstelbaar kan worden gekwalificeerd.

63 Uit een en ander volgt dat rekwirante niet de spoedeisendheid van de toekenning van de gevraagde voorlopige maatregelen heeft aangetoond. Bijgevolg moet haar verzoek in kort geding worden afgewezen.

Kosten

64 Krachtens artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof beslist het over de kosten, wanneer de hogere voorziening gegrond is en het Hof de zaak zelf afdoet.

65 Krachtens artikel 138, lid 3, van genoemd Reglement, dat krachtens artikel 184, lid 1, van datzelfde Reglement van overeenkomstige toepassing is op de procedure in hogere voorziening, draagt elk van de partijen haar eigen kosten indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld.

66 In de onderhavige zaak moet worden beslist dat elke partij haar eigen kosten die voor het Hof in het kader van de onderhavige procedure in hogere voorziening zijn opgekomen, draagt.

De vicepresident van het Hof beschikt:

1) Punt 1 van het dictum van de beschikking van de president van het Gerecht van de Europese Unie van 11 oktober 2012, Électricité de France/Commissie (T-389/12 R), wordt vernietigd.

2) Het verzoek in kort geding wordt afgewezen.

3) Électricité de France SA (EDF) en de Europese Commissie dragen hun eigen kosten die voor het Hof van Justitie van de Europese Unie in het kader van de onderhavige procedure in hogere voorziening zijn opgekomen.

ondertekeningen