

BESCHIKKING VAN DE PRESIDENT VAN HET GERECHT

13 juli 2006*

In zaak T-11/06 R,

Romana Tabacchi SpA, gevestigd te Rome (Italië), vertegenwoordigd door
M. Siragusa en G. C. Rizza, advocaten,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door É. Gippini
Fournier en F. Amato als gemachtigden,

verweerster,

betreffende enerzijds een verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van de
beschikking van de Commissie van 20 oktober 2005 betreffende een procedure op
grond van artikel 81, lid 1, EG (zaak COMP/C 38.281/B.2 — Ruwe tabak — Italië),

* Procestaal: Italiaans.

voor zover verzoekster daarbij een geldboete van 2,05 miljoen EUR wordt opgelegd, en anderzijds verzoek om ontheffing van de verplichting een bankgarantie te stellen ter voorkoming van de onmiddellijke invordering van die geldboete,

geeft

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG

de navolgende

Beschikking

Feiten, procesverloop en conclusies

- ¹ Op 20 oktober 2005 heeft de Commissie een beschikking gegeven inzake een procedure op grond van artikel 81, lid 1, EG (zaak COMP/C 38.281/B.2 — Ruwe tabak — Italië) (hierna: „beschikking”). Volgens artikel 1 van de beschikking heeft de Commissie vastgesteld dat zeven grote Italiaanse bewerkingsbedrijven van ruwe tabak, waaronder Romana Tabacchi SpA, overeenkomsten hebben gesloten of hebben deelgenomen aan onderling afgestemde feitelijke gedragingen met als doel de handelsvoorwaarden vast te stellen voor de inkoop van ruwe tabak in Italië, zowel wat betreft rechtstreekse inkoop bij telers als de inkoop bij derde partijen/verpakkers. De Commissie stelde in het bijzonder vast dat verzoekster had deelgenomen aan onderling afgestemde feitelijke gedragingen van oktober 1997 tot 5 november 1999 alsook van 29 mei 2001 tot 19 februari 2002.

- 2 Bij artikel 2 van de beschikking is verzoekster een geldboete van 2,05 miljoen EUR opgelegd, die binnen drie maanden te rekenen vanaf de kennisgeving van de beschikking op 10 november 2005 moet worden voldaan.

- 3 De beschikking is ter kennis van verzoekster gebracht bij brief van 9 november 2005, waarin erop werd gewezen dat, indien verzoekster beroep bij het Gerecht zou instellen, de Commissie voor de duur van de rechtszaak van invorderingsmaatregelen zou afzien, met dien verstande dat na afloop van de betalingstermijn rente over de vordering zou worden berekend, en op voorwaarde dat uiterlijk op dat tijdstip, namelijk 10 februari 2006, een aanvaardbare bankgarantie was gesteld.

- 4 Bij verzoekschrift, op 19 januari 2006 neergelegd ter griffie van het Gerecht, heeft verzoekster krachtens artikel 230, vierde alinea, EG beroep ingesteld tot gedeeltelijke nietigverklaring van de beschikking, wat de berekening van het bedrag van de geldboete betreft, en dus tot verlaging van geldboete zelf.

- 5 Bij op dezelfde dag ter griffie neergelegde afzonderlijke akte heeft verzoekster krachtens artikel 242 EG en artikel 104 van het Reglement van de procesvoering van het Gerecht het onderhavige verzoek ingediend enerzijds tot opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking en anderzijds tot vrijstelling van verzoekster van de verplichting als voorwaarde voor de niet-onmiddellijke invordering een bankgarantie voor de betaling van de geldboete te stellen.

- 6 Op 10 februari 2006 heeft de Commissie haar schriftelijke opmerkingen over het verzoek in kort geding ingediend.

- 7 Op verzoek van de kortgedingrechter heeft verzoekster op 3 maart 2006 nieuwe opmerkingen ingediend waarover de Commissie op 29 maart 2006 haar eigen opmerkingen heeft ingediend.

- 8 Op 8 mei 2006 heeft verzoekster extra documenten ingediend waaruit blijkt dat zij bij brief van 20 april 2006 de betaling van de geldboete in tranches had voorgesteld, hetgeen door de Commissie bij brief van 5 mei 2006 was geweigerd.

- 9 Op 15 mei 2006 heeft de president van het Gerecht de mondelinge opmerkingen van partijen gehoord.

- 10 Tijdens de hoorzitting hebben partijen zich ertoe verbonden na te gaan of de geldboete in overleg in tranches kon worden betaald, en de president van het Gerecht het resultaat van hun overleg mee te delen.

- 11 Bij op 26 mei 2006 ter griffie neergelegde afzonderlijke akte, zoals later gecorrigeerd op 30 mei 2006, heeft verzoekster de president van het Gerecht een voorstel van betaling in tranches meegedeeld, dat de Commissie bij op 6 juni 2006 ter griffie neergelegde akte heeft verworpen.

- 12 In haar verzoekschrift concludeert verzoekster dat het de kortgedingrechter behage:
 - de tenuitvoerlegging van de beschikking, voor zover verzoekster daarbij de verplichting wordt opgelegd de geldboete te betalen, op te schorten tot de uitspraak van het eindarrest in de hoofdzaak;

- verzoekster vrij te stellen van de verplichting uiterlijk op 10 februari 2006 een bankgarantie te stellen als voorwaarde voor de niet-onmiddellijke invordering van de geldboete;

- de Commissie te verwijzen in de kosten van de onderhavige kortgedingprocedure;

- elke andere maatregel te gelasten die hij nodig acht.

¹³ In haar opmerkingen concludeert verweerster dat het de kortgedingrechter behage:

- het verzoek in kort geding af te wijzen;

- verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

¹⁴ Ingevolge de artikelen 242 EG en 243 EG, juncto artikel 225, lid 1, EG, kan het Gerecht, indien de omstandigheden naar zijn oordeel zulks vereisen, opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden handeling bevelen of andere noodzakelijke voorlopige maatregelen gelasten.

- 15 Volgens artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering moeten verzoeken om voorlopige maatregelen een duidelijke omschrijving bevatten van het voorwerp van het geschil, van de omstandigheden waaruit het spoedeisend karakter van het verzoek blijkt, alsmede de middelen, zowel feitelijk als rechtens, op grond waarvan de maatregel waartoe wordt geconcludeerd, aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomt (*fumus boni juris*). Deze voorwaarden zijn cumulatief, zodat het verzoek in kort geding moet worden afgewezen wanneer aan een ervan niet wordt voldaan [beschikking president Hof van 14 oktober 1996, SCK en FNK/Commissie, C-268/96 P (R), Jurispr. blz. I-4971, punt 30]. De kortgedingrechter weegt in voorkomend geval ook de betrokken belangen af (beschikking president Gerecht van 21 januari 2004, FNSEA e.a./Commissie, T-245/03 R, Jurispr. blz. II-271, punt 13).

Ontvankelijkheid van het verzoek

Argumenten van partijen

- 16 Volgens de Commissie voldoet geen van de door verzoekster in haar verzoek aangevoerde middelen aan de voorwaarden van artikel 104 van het Reglement voor de procesvoering, met name doordat zij onvoldoende zijn onderbouwd en niet de wezenlijke feiten en omstandigheden weergeven waarop verzoekster zich baseert.
- 17 Volgens verzoekster daarentegen hoeft het verzoekschrift in kort geding niet alle bewijselementen te bevatten waarop het beroep in de hoofdzaak is gebaseerd. Bovendien strekt artikel 104 van het Reglement voor de procesvoering er haars inziens toe de rechtszekerheid en een goede rechtsbedeling te waarborgen, in het bijzonder om te garanderen dat verweerster haar opmerkingen kan indienen. In casu was er voor de Commissie geen beletsel om haar opmerkingen in te dienen, aangezien zij het verzoek in kort geding in bijzonderheden heeft beantwoord.

Beoordeling door de kortgedingrechter

- 18 Indien, zoals de Commissie stelt, de uiteenzetting door verzoekster van de middelen waarop haar beroep in de hoofdzaak berust, niet voldoet aan de voorwaarden van duidelijkheid van artikel 104 van het Reglement voor de procesvoering, zal het verzoek niet-ontvankelijk moeten worden verklaard (zie in die zin beschikking president Gerecht van 15 januari 2001, Stauner e.a./Parlement en Commissie, T-236/00 R, Jurispr. blz. II-15, punt 34).
- 19 De argumenten van de Commissie op dit punt zullen in het kader van het onderzoek van elk van de tot bewijs van fumus boni juris aangevoerde middelen worden onderzocht.
- 20 De ontvankelijkheid van het verzoek in kort geding moet dus worden onderzocht in het kader van het onderzoek van de ontvankelijkheid van de aangevoerde middelen.

Voorwerp van het verzoek

Argumenten van partijen

- 21 Volgens de Commissie moet verzoeksters verzoek aldus worden opgevat dat het er alleen toe strekt vrijstelling te verkrijgen van de verplichting een bankgarantie te stellen als voorwaarde voor de niet-onmiddellijke invordering van het bedrag van de bij de beschikking opgelegde geldboete en dus niet strekt tot opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking.

22 Verzoekster heeft geen opmerkingen dienaangaande ingediend.

Beoordeling door de kortgedingrechter

- 23 In haar verzoekschrift verzoekt verzoekster enerzijds de tenuitvoerlegging van de beschikking, wat de verplichting betreft de door de Commissie opgelegde geldboete te betalen, op te schorten tot de uitspraak van het Gerecht in de hoofdzaak en anderzijds verzoekster vrij te stellen van de verplichting als voorwaarde voor de niet-onmiddellijke invordering van de geldboete een bankgarantie te stellen.
- 24 Bij de betekening van de beschikking bij brief van 9 november 2005 heeft de Commissie verzoekster echter medegedeeld dat zij, indien verzoekster beroep bij het Gerecht zou instellen, voor de duur van de rechtszaak afzag van maatregelen tot invordering van de geldboete, met dien verstande dat na afloop van de betalings-termijn rente over de vordering zou worden berekend, en op voorwaarde dat uiterlijk op 10 februari 2006 een voor de Commissie aanvaardbare bankgarantie werd gesteld voor het bedrag van de hoofdschuld en de eventueel verschuldigde interesten en verhogingen.
- 25 Tijdens de hoorzitting heeft de Commissie voorts verklaard dat zij in afwachting van de beslissing van de kortgedingrechter op het onderhavige verzoek nog niet tot de gedwongen tenuitvoerlegging van de beschikking was overgegaan.
- 26 Uit het voorgaande volgt dat verzoeksters verzoek, zoals de Commissie stelt, slechts kan strekken tot de verkrijging van een vrijstelling van de verplichting een bankgarantie te stellen als voorwaarde voor de niet-onmiddellijke invordering van het bedrag van de bij de beschikking opgelegde geldboete.

Fumus boni juris

Argumenten van partijen

- 27 Volgens verzoekster is voldaan aan de voorwaarde van *fumus boni juris*.
- 28 In de eerste plaats, aldus verzoekster, is de beschikking wegens ontoereikend onderzoek incoherent gemotiveerd en schendt zij bovendien het gelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel daar de Commissie bij de berekening van het basisbedrag van de geldboete er geen rekening mee heeft gehouden dat het kartel geen of slechts een zeer geringe werkelijke weerslag op de markt heeft gehad.
- 29 In de tweede plaats, aldus verzoekster, is de beschikking incoherent gemotiveerd en schendt zij het gelijkheidsbeginsel. Enerzijds had de Commissie het basisbedrag van de geldboete moeten aanpassen op basis van het verschil tussen verzoeksters marktaandelen en die van haar concurrenten zodat het evenredig was aan het specifieke gewicht van de betrokken onderneming. Anderzijds had de Commissie rekening moeten houden met verzoeksters gemiddeld marktaandeel in de tijd dat zij aan de inbreuk deelnam en niet alleen met haar marktaandeel in het laatste jaar dat zij aan de inbreuk deelnam. Volgens verzoekster heeft de Commissie hoe dan ook geen rekening gehouden met de periodes waarin zij haar deelneming aan de inbreuk heeft onderbroken.
- 30 In de derde plaats berust de beschikking op een gebrekkige motivering en op ontoereikend onderzoek, voldoet zij niet aan de bewijsregeling en worden de feiten erin duidelijk verkeerd beoordeeld doordat de Commissie bij de vaststelling van het basisbedrag van de geldboete de duur van verzoeksters deelneming aan de inbreuk heeft berekend zonder rekening te houden met het bewijs waaruit bleek dat zij in

februari 1999 haar deelneming aan het kartel volledig had afgebroken en er vervolgens niet meer aan had deelgenomen. De duur van verzoeksters deelneming aan de inbreuk moet derhalve van twee jaar en zes maanden op 19 maanden worden gebracht.

- 31 In de vierde plaats is de Commissie haar motiveringsplicht niet nagekomen en heeft zij haar plicht de zaak zorgvuldig en onpartijdig te instrueren kennelijk geschonden daar zij enerzijds verzachtende omstandigheden wegens de door de andere ondernemingen op verzoekster uitgeoefende dwang en haar zuiver passieve rol buiten beschouwing heeft gelaten en anderzijds er onvoldoende rekening mee heeft gehouden dat de beginselen van het kartel in feite niet systematisch zijn toegepast.
- 32 In de vijfde plaats ten slotte heeft de Commissie misbruik van bevoegdheid gemaakt daar de beschikking gelet op verzoeksters organisatie- en vermogensstructuur en haar daadwerkelijke draagkracht onbillijk en onevenredig was, en zelfs haar voortbestaan ernstig bedreigde daar de aan verzoekster opgelegde geldboete nagenoeg het dubbele van haar maatschappelijk kapitaal bedroeg.
- 33 Volgens de Commissie zijn verzoeksters middelen niet-ontvankelijk en zouden zij, al waren zij ontvankelijk, niet de conclusie wettigen dat er sprake is van *fumus boni juris*.
- 34 Wat het eerste middel betreft, is de Commissie van mening dat verzoekster verzuimt de feiten te vermelden die haar tot de overtuiging brengen dat het kartel geen enkele — of slechts een zeer geringe — weerslag op de markt heeft gehad. Zonder onderzoek van het beroep in de hoofdzaak kan dus niet worden nagegaan of dit middel voldoet aan de minimumvoorwaarden om aan te nemen dat er sprake is van *fumus boni juris*. Derhalve voldoet dit middel niet aan de voorwaarden van artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering; het is dus niet-ontvankelijk en kan niet in aanmerking worden genomen om na te gaan of er sprake is van *fumus boni juris*.

- 35 Ook al was het eerste middel ontvankelijk, het zou hoe dan ook ongegrond zijn. Volgens vaste rechtspraak, aldus de Commissie, vormen prijskartels, zoals het onderhavige, door hun aard steeds zware inbreuken op artikel 81 EG en heeft zij met betrekking tot dergelijke inbreuken een ruime beoordelingsbevoegdheid voor de vaststelling van het bedrag van de geldboete voor zover de criteria die zijn vastgesteld in de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd (PB 1998, C 9, blz. 3) (hierna: „richtsnoeren”) worden nageleefd.
- 36 Wat het tweede middel betreft, verzuimt verzoekster, aldus de Commissie, de wezenlijke feiten te vermelden aan de hand waarvan, zonder onderzoek van het beroep in de hoofdzaak, kan worden beoordeeld of het betrokken middel voldoet aan de minimumvereisten om te kunnen spreken van fumus boni juris. In het bijzonder preciseert verzoekster niet wat haars inziens haar marktaandeel of dat van haar twee concurrenten in de loop van het laatste jaar van de inbreuk of aan de hand van het gemiddelde van de marktaandelen gedurende de jaren van het bestaan van het kartel is of zou zijn. Dit middel moet dus voor het onderzoek of er sprake is van fumus boni juris, niet-ontvankelijk worden geacht.
- 37 Het tweede middel, ook al was het ontvankelijk, is hoe dan ook ongegrond. Volgens vaste rechtspraak, aldus de Commissie, vormt de toepassing van hetzelfde basisbedrag van de geldboete op ondernemingen die een marktaandeel hebben die binnen een niet te grote bandbreedte ligt, namelijk geen schending van het gelijkheidsbeginsel. In casu ligt deze bandbreedte tussen 9 en 11 % en is zij dus niet te groot.
- 38 Het derde middel, inzake de duur van verzoeksters deelneming aan het kartel, is volgens de Commissie niet-ontvankelijk of althans kennelijk ongeschikt als bewijs van de aanwezigheid van fumus boni juris, daar verzoekster geen enkel bewijs daarvoor heeft aangevoerd.

- 39 Wat het vierde middel betreft, bewijst verzoekster volgens de Commissie enerzijds niet de dwang die de andere ondernemingen die aan het kartel hebben deelgenomen, op haar zouden hebben uitgeoefend, en verklaart zij anderzijds niet waarom de beschikking haars inziens niet het gewenste belang heeft gehecht aan het passieve of storende gedrag dat zij in het kader van het kartel aan de dag heeft gelegd. Het middel is dus niet-ontvankelijk of althans kennelijk ongegrond.
- 40 Volgens de Commissie berust het vijfde middel op te algemeen geformuleerde bezwaren om de ernst of de gegrondheid ervan te kunnen beoordelen. Het is dus niet-ontvankelijk voor het onderzoek van de *fumus boni juris*.
- 41 Verzoekster repliceert op de door de Commissie aangevoerde middelen van niet-ontvankelijkheid dat een verzoek in kort geding slechts ontvankelijk is wanneer de wezenlijke elementen, feitelijke en rechtens, waarop het beroep is gebaseerd, op zijn minst summier, maar coherent en begrijpelijk zijn weergegeven in de tekst van het verzoekschrift zelf. Anders dan de Commissie stelt, is het daarentegen niet noodzakelijk onmiddellijk de aangevoerde middelen te bewijzen, aangezien verzoekster in het kader van de procedure in de hoofdzaak volledig aan de bewijsvereisten zal moeten voldoen.
- 42 Verzoekster stelt dat, wanneer de Commissie opmerkingen indient en de kortgedingrechter zijn onderzoek kan verrichten, het verzoek alleen maar ontvankelijk kan worden geacht. De opmerkingen van de Commissie zijn eigenlijk het bewijs dat de in het verzoekschrift aangevoerde middelen voldoen aan de voorwaarden van artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering en dat dit verzoek ontvankelijk is. Dienaangaande, aldus verzoekster, heeft de Commissie ondanks haar exceptie van niet-ontvankelijkheid het verzoek beantwoord door nauwkeurige en ter zake dienende opmerkingen in te dienen, waardoor zij bewijst dat verzoeksters argumenten ter ondersteuning van de middelen tot bewijs van de *fumus boni juris* van het beroep coherent en begrijpelijk zijn.

Beoordeling door de kortgedingrechter

43 Erkend moet worden dat althans een aantal van verzoeksters middelen op het eerste gezicht relevant en in elk geval niet volledig ongegrond lijken.

44 Dat geldt met name voor het eerste middel en een gedeelte van het tweede.

— Het eerste middel: schending van het gelijkheidsbeginsel

45 Volgens verzoekster heeft de Commissie bij de berekening van het basisbedrag van de geldboete geen rekening gehouden met de werkelijke weerslag van het kartel op de markt die haars inziens nihil of toch zeer gering was.

46 De Commissie stelt enerzijds dat het middel niet-ontvankelijk is voor zover het niet de feiten vermeldt waarop verzoekster haar overtuiging baseert dat het kartel geen weerslag op de markt heeft gehad, en lijkt anderzijds van mening dat wanneer de inbreuken van dien aard zijn dat zij als zeer zwaar moeten worden beschouwd, de weerslag van het kartel op de markt niet hoeft te worden beoordeeld.

47 Wat de ontvankelijkheid van het middel betreft, dient eraan te worden herinnerd dat het inleidend verzoekschrift krachtens artikel 104, lid 3, en artikel 44, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering een summier uiteenzetting van de aangevoerde middelen moet bevatten. Deze aanduidingen moeten voldoende duidelijk en nauwkeurig zijn om de verweerder in staat te stellen zijn verweer voor te bereiden,

en om het Gerecht in staat te stellen, in voorkomend geval zonder nadere gegevens, uitspraak te doen op het beroep. Om de rechtszekerheid en een goede rechtsbedeling te waarborgen, wordt voor de ontvankelijkheid van een beroep geëist, dat de wezenlijke elementen, feitelijk en rechtens, waarop het beroep is gebaseerd, op zijn minst summier, maar coherent en begrijpelijk zijn weergegeven in de tekst van het verzoekschrift zelf (beschikking president Gerecht van 17 februari 2006, Nijs/Rekenkamer, T-171/05 R II, — niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 23).

- 48 In casu dient te worden opgemerkt dat verweerster niet stelt dat zij niet in staat was haar verweer voor te bereiden omdat het verzoekschrift in kort geding onvoldoende duidelijk en begrijpelijk was. Zoals verzoekster beklemtoont, heeft de Commissie opmerkingen ingediend die het betrokken middel gedetailleerd beantwoorden.
- 49 Vastgesteld dient dus te worden dat het verzoekschrift het voorwerp van het geschil omschrijft en een summiere uiteenzetting van verzoeksters argumenten bevat, op basis waarvan op het verzoek zelf kan worden beslist.
- 50 De door de Commissie aangevoerde middelen van niet-ontvankelijkheid moeten dus worden afgewezen.
- 51 Voorts volgt uit het voorgaande alsook uit de overwegingen in de punten 16 tot en met 20 hierboven dat het verzoek op zich ontvankelijk moet worden geacht.
- 52 Wat het onderzoek van dit middel ten gronde betreft, baseert verzoekster zich op de rechtspraak van het Gerecht, volgens welke bij de vaststelling van de zwaarte van de inbreuk bij prijskartels moet worden vastgesteld dat de overeenkomsten de betrokken ondernemingen werkelijk in staat hebben gesteld hogere transactieprizen

te bereiken dan zonder kartel tot stand waren gekomen (arrest Gerecht van 9 juli 2003, Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie, T-224/00, Jurispr. blz. II-2597, punt 151).

- 53 De Commissie daarentegen baseert zich op de rechtspraak van het Gerecht volgens welke de indicatieve beschrijving in de richtsnoeren van inbreuken die in aanmerking komen voor de kwalificatie zeer zwaar geen eisen stelt aangaande de weerslag of de gevolgen voor een bepaald geografisch gebied (zie in die zin arrest Gerecht van 25 oktober 2005, Groupe Danone/Commissie, T-38/02, Jurispr. blz. II-4407, punt 150). Anderzijds rechtvaardigt zij de niet-inachtneming van de weerslag van het kartel bij de berekening van het bedrag van de geldboete onder verwijzing naar haar richtsnoeren volgens welke de Commissie met de weerslag van de inbreuk slechts rekening hoeft te houden wanneer deze meetbaar is. In casu, aldus de Commissie, beschikte zij niet over gegevens om deze weerslag te meten, zodat hij niet meetbaar was.
- 54 Volgens de richtsnoeren (punt 1 A, eerste alinea) dient „[b]ij de beoordeling van de zwaarte van een inbreuk [...] rekening te worden gehouden [...] met de concrete weerslag ervan op de markt wanneer die meetbaar is [...]”.
- 55 Ook in de rechtspraak is bepaald dat de Commissie een dergelijk onderzoek dient uit te voeren wanneer blijkt dat deze weerslag meetbaar is (arrest Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie, punt 52 supra, punten 45 en 143, en arrest Gerecht van 18 juli 2005, Scandinavian Airlines System AB/Commissie, T-241/01, Jurispr. blz. II-2917, punt 122).
- 56 Vast te stellen is evenwel dat de kortgedingrechter in dit stadium niet op het eerste gezicht kan verklaren enerzijds dat de betrokken onderneming in het kader van de administratieve procedure moet aantonen dat de weerslag van de inbreuk meetbaar is en de Commissie daarmee dus rekening moet houden, en anderzijds dat de weerslag in casu al dan niet meetbaar was.

57 Daaruit volgt dat het onderhavige middel niet zonder meer ongegrond is en een grondig onderzoek door het Gerecht in het beroep in de hoofdzaak verdient.

— Het tweede middel: schending van het gelijkheidsbeginsel

58 Verzoekster betwist het door de Commissie bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete gehanteerde criterium voor de berekening van de marktaandelen.

59 Volgens verzoekster zou bij onderbrekingen in de deelneming aan een inbreuk het marktaandeel dat dient als criterium voor de vaststelling van de geldboete, niet dat van het volledige laatste jaar van de inbreuk mogen zijn. Veeleer zou moeten worden uitgegaan van een gemiddelde waarde, waarbij rekening wordt gehouden met alle variaties van de marktaandelen in de loop van de jaren van deelneming aan het kartel alsook met de vastgestelde onderbrekingen in de deelneming aan de inbreuk.

60 Volgens verzoekster had de Commissie in casu bij de vaststelling van het basisbedrag van de geldboete op basis van de zwaarte van de inbreuk moeten uitgaan van haar gemiddelde marktaandeel in de periode 1997-2001 en niet alleen van dat van het boekjaar 2001, en de onderbrekingen in de loop van de jaren 1999-2000 in acht moeten nemen. Doordat op verzoekster en de andere deelnemers aan het kartel die anders dan zij ononderbroken aan het kartel hadden deelgenomen, dezelfde berekeningswijze diende te worden toegepast, is de beschikking ongeldig wegens ongelijke behandeling en incoherente motivering wat de betrokken partij betreft.

61 Aangezien de Commissie tegen dit middel dezelfde middelen van niet-ontvankelijkheid aanvoert als tegen het eerste middel, dienen zij om de in de punten 47 tot en met 50 hierboven uiteengezette redenen te worden afgewezen.

- 62 Wat de gegrondheid van dit middel betreft, dient bovendien te worden vastgesteld dat de Commissie dit argument in haar opmerkingen over het verzoek in kort geding niet betwist. De Commissie gaat eerst in haar opmerkingen van 29 maart 2006 op deze vraag in. Daarin merkt zij alleen op dat verzoekster niet heeft aangetoond dat de marktaandelen in de jaren waarin de inbreuk plaatsvond, een merkbaar lagere gemiddelde waarde hadden dan verzoeksters marktaandeel in 2001.
- 63 De Commissie heeft dus geen standpunt bepaald over de vraag of de beschikking het gelijkheidsbeginsel schendt, aangezien zij dezelfde berekeningswijze meende te moeten toepassen op verzoekster en op de andere deelnemers aan het kartel, die er ononderbroken aan hebben deelgenomen.
- 64 Bovendien moet er rekening mee worden gehouden dat de Commissie met het oog op transparantie en een grotere rechtszekerheid voor de betrokken ondernemingen richtsnoeren bekend heeft gemaakt, waarin zij uiteenzet welke berekeningsmethode zij concreet zal hanteren. Dienaangaande heeft het Hof vastgesteld dat de Commissie, door dergelijke gedragsregels vast te stellen en via de publicatie ervan te doen weten dat zij die voortaan op de betrokken gevallen zal toepassen, de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheid beperkt en van die regels niet kan afwijken zonder dat hieraan in voorkomend geval een sanctie wordt verbonden wegens schending van algemene rechtsbeginselen als het gelijkheids- en het vertrouwensbeginsel. Bovendien vormen de richtsnoeren weliswaar niet de rechtsgrondslag van de beschikking, maar zij bepalen toch op algemene en abstracte wijze de methode die de Commissie bij de vaststelling van het bedrag van bij bedoelde beschikking opgelegde geldboeten dient te volgen, en waarborgen derhalve de rechtszekerheid van de ondernemingen (arrest Hof van 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punten 211 en 213).

- 65 Dienaangaande moet volgens punt 1 A van de richtsnoeren rekening worden gehouden met de daadwerkelijke economische macht van de inbreukmakers om andere marktdeelnemers, met name de consumenten, aanzienlijk te schaden, en de geldboete op een zodanig niveau worden gesteld dat daarvan een voldoende afschrikkende werking uitgaat.
- 66 In deze omstandigheden kan de kortgedingrechter niet verzoeksters argument uitsluiten dat de daadwerkelijke economische macht om schade te berokkenen treffender kan worden beoordeeld op basis van de gemiddelde marktaandeelen van de betrokken ondernemingen tijdens de duur van de inbreuk met inachtneming van eventuele onderbrekingen, dan door alleen het marktaandeel van deze onderneming in het laatste jaar van de inbreuk in aanmerking te nemen.
- 67 Daaruit volgt dat dit middel niet elke grond ontbeert.
- 68 Voorgaande overwegingen volstaan voor de conclusie dat althans een deel van verzoeksters middelen op het eerste gezicht relevant en in elk geval niet volledig ongegrond zijn. In deze omstandigheden dient een *fumus boni juris* aanwezig te worden geacht (zie in die zin beschikking FNSEA e.a./Commissie, punt 15 supra, punt 55).

Spoedeisendheid

Argumenten van partijen

- 69 Volgens verzoekster is in casu voldaan aan de voorwaarde van spoedeisendheid.

- 70 Om te beginnen stelt verzoekster dat zij geen eigendom is van een grote groep, maar van twee natuurlijke personen, M. D'Ottavi en P. Baiani (hierna: „echtelieden Baiani”), en dat haar omvang gering is: haar maatschappelijk kapitaal bedraagt slechts 1,1 miljoen EUR en haar omzet in 2004 bedroeg ongeveer 20 miljoen EUR.
- 71 In de eerste plaats stelt verzoekster dat zij twee banken, namelijk UniCredit Banca d'Impresa SpA en Sanpaolo IMI SpA, tevergeefs om een bankgarantie heeft verzocht.
- 72 De redenen voor die weigering zijn vrij duidelijk: 1) daar de geldboete ongeveer tweemaal zo hoog is als verzoeksters maatschappelijk kapitaal, volstaat het inschrijven zelf van de geldboete in de boeken van de onderneming voor haar liquidatie, en 2) de betrokken banken weten dat verzoekster wegens de daling van haar marktaandeel met 33 % in slechts twee boekjaren (van 12,15 % in 2002 naar 8,1 % in 2004) het al enkele jaren moeilijk heeft. Deze moeilijke periode verklaart de negatieve resultaten van de laatste drie afgesloten boekjaren met 361 642 EUR verlies in 2004, 93 030 EUR verlies in 2003 en 66 709 EUR verlies in 2002.
- 73 In de tweede plaats merkt verzoekster op dat de echtelieden Baiani als verzoeksters aandeelhouders dezelfde banken afzonderlijk om een soortgelijke garantie hebben verzocht. De banken hebben andermaal geweigerd.
- 74 In de derde plaats ten slotte zou de onmiddellijke invordering van de geldboete, aldus verzoekster, haar ernstige en onherstelbare schade berokkenen. Door deze invordering zou zij van de markt verdwijnen.

- 75 De Commissie herinnert eraan dat volgens vaste rechtspraak een verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van de verplichting een bankgarantie te stellen als voorwaarde voor de niet-onmiddellijke invordering van de geldboete slechts in uitzonderlijke omstandigheden mag worden ingewilligd. Volgens de Commissie kunnen deze uitzonderlijke omstandigheden in beginsel aanwezig worden geacht, wanneer de partij die verzoekt te worden vrijgesteld van het stellen van de vereiste bankgarantie, enerzijds aantoot deze garantie objectief niet te kunnen stellen of anderzijds dat het stellen ervan haar voortbestaan in gevaar brengt.
- 76 Wat de tweede voorwaarde betreft, voert verzoekster geen argument of bewijs ter ondersteuning van haar stellingen aan.
- 77 Wat de eerste voorwaarde betreft, is de Commissie van mening dat verzoekster niet heeft aangetoond dat zij objectief geen dergelijke garantie kon stellen.
- 78 In de eerste plaats, wat de brieven van de twee banken betreft, heeft verzoekster om te beginnen niet uitgelegd waarom zij zich slechts tot twee banken heeft gewend. Vervolgens heeft zij niet gepreciseerd of zij een vaste klant van deze twee banken was. Voorts heeft zij geen passende garanties verstrekt. Ten slotte heeft zij geen stukken over haar economische en financiële situatie overgelegd.
- 79 In de tweede plaats gelden dezelfde opmerkingen voor de brieven over verzoeksters twee aandeelhouders. Enerzijds blijkt in het bijzonder niet duidelijk of zij vaste klanten van de twee banken zijn en anderzijds is geen enkel stuk over hun economische en financiële situatie overgelegd.

- 80 In de derde plaats, aldus de Commissie, onderbouwt verzoekster niet haar bewering dat de geldboete tweemaal zo hoog is als haar maatschappelijk kapitaal. Volgens de Commissie is verzoeksters verlies gering ten opzichte van haar omzet, vooral wat 2002 en 2003 betreft.
- 81 In de vierde plaats onderbouwt verzoekster niet haar bewering dat de inschrijving van de geldboete in de boeken van de vennootschap haar liquidatie zou veroorzaken.
- 82 In de vijfde plaats ten slotte merkt de Commissie op dat verzoekster tot december 2005 deel uitmaakte van een Nederlandse multinational die zijn deelneming van 80 % in verzoeksters kapitaal onmiddellijk na de kennisgeving van de beschikking aan de echtelieden Baiani heeft verkocht.
- 83 In haar opmerkingen van 3 maart 2006 betwist verzoekster de argumenten van de Commissie.
- 84 In de eerste plaats stelt verzoekster dat volgens de rechtspraak van het Gerecht de weigering van twee kredietinstellingen om een bankgarantie te verstrekken, volstaat om de onmogelijkheid te bewijzen om een dergelijke garantie te verkrijgen. Bovendien legt zij afschriften van haar rekeningen bij de twee betrokken banken over, waaruit blijkt dat de door verzoekster bij Sanpaolo IMI geopende rekening van 1991 dateert en die bij UniCredit Banca d'Impresa van 1995, zodat verzoekster als een vaste klant van de twee banken moet worden beschouwd.
- 85 In de tweede plaats legt verzoekster uit dat de twee banken verzoeksters economische en financiële situatie zeer goed kennen en wegens de verslechtering van haar situatie haar kredietlijn reeds hadden afgesloten.

- 86 In de derde plaats legt verzoekster stukken over die bij de indiening van het verzoekschrift nog niet beschikbaar waren, met name haar balans per 31 december 2005 (hierna: „balans 2005”), een verslag van de accountants van 10 januari 2006 en de notulen van de gewone aandeelhoudersvergadering van 20 januari 2006.
- 87 Uit de balans 2005 volgt dat het negatieve saldo van 962 870 EUR rekening houdt met de voorziening ter dekking van het risico van de betaling van een geldboete ten bedrage van 1 000 000 EUR. Hoewel dit saldo zonder deze voorziening positief zou zijn en 37 130 EUR zou bedragen, preciseert verzoeksters dat zij om dit resultaat te verkrijgen een fabriek te Cerratina (Italië) heeft moeten verkopen, zodat de waarde van haar vastgoedactiva voortaan slechts 563 874 EUR bedraagt, dus een bedrag dat lager is dan het bedrag van de geldboete. Zo ook zijn verzoeksters schuldverdringen ten bedrage van 4 534 558 EUR geringer dan haar schulden ten bedrage van 11 569 438 EUR. Ten slotte is verzoeksters omzet gedaald van 20 568 101 EUR in 2004 tot 14 674 014 EUR in 2005.
- 88 Wat de gevolgen van de inschrijving van de geldboete in haar boekhouding betreft, preciseert verzoekster dat volgens de artikelen 2447 en 2484, vierde alinea, van het Italiaans Burgerlijk Wetboek de inschrijving op de balans van een passiefpost, gelijk aan tweemaal het maatschappelijke kapitaal, zoals bij de hier opgelegde geldboete, dit kapitaal tot nul reduceert. Wanneer het kapitaal onder het wettelijk minimum daalt, moet behoudens herkapitalisatie de algemene vergadering bijeen worden geroepen om te beslissen over de liquidatie van de vennootschap en staat dus een faillissementsprocedure voor de deur.
- 89 Wat de betrekkingen van verzoeksters aandeelhouders met de banken betreft die hebben geweigerd hun een bankgarantie te geven, stelt verzoekster dat zij ten minste sinds 1999 rekeningen bij UniCredit Banca d’Impresa hadden geopend en dus als vaste klanten moesten worden beschouwd.

- 90 Wat de uittreding uit verzoeksters kapitaal van de Nederlandse groep betreft die haar tot december 2005 controleerde, zet verzoekster uiteen dat de Nederlandse vennootschap Nicotiana Holding BV in 2002 van de echtelieden Baiani hun deelneming in verzoeksters kapitaal had gekocht. Na de kennisgeving van de beschikking hebben de echtelieden Baiani besloten de deelneming terug te kopen tegen dezelfde prijs als de verkoopprijs ervan drie jaar voordien, omdat zij een geschil met Nicotiana Holding, die voor hen een belangrijke handelspartner was, zeer waarschijnlijk achtten.
- 91 In haar opmerkingen van 29 maart 2006 heeft de Commissie om te beginnen twijfel geuit aan de in de balans 2005 vermelde waarde van de fabriek van Cerratina. Vervolgens merkt zij op dat verzoekster ondanks haar verplichting de geldboete te betalen bij voorkeur andere schulden heeft voldaan, die evenwel nog niet opeisbaar waren. Ten slotte wijst de Commissie erop dat verzoekster nooit heeft voorgesteld de geldboete in tranches te betalen.
- 92 Wat ten slotte de wederaankoop van de aandelen door de echtelieden Baiani betreft, merkt de Commissie voorts op dat verzoekster om te beginnen niet de in 2002 daartoe getekende overeenkomst van aankoop van aandelen heeft overgelegd. Vervolgens heeft zij tijdens de juridische audit vóór de ondertekening van de overeenkomst de koper op het gevaar van een geldboete gewezen. Ten slotte verklaart zij niet waarom de wederaankoop onmiddellijk na de kennisgeving van de beschikking moest plaatsvinden of waarom de uitkomst van een eventueel geschil met Nicotiana Holding zo riskant zou zijn als zij stelde.
- 93 Na de hoorzitting heeft verzoekster op verzoek van de president van het Gerecht enerzijds de overeenkomst betreffende de aandelenverkoop van 2002 overgelegd, waarbij de echtelieden Baiani hun deelneming in verzoeksters kapitaal aan Nicotiana Holding hadden verkocht, en anderzijds een aantal bijkomende inlichtingen verstrekt ter beoordeling van de economische en financiële situatie van verzoeksters aandeelhouders.

- 94 Volgens verzoekster volgt uit deze stukken dat de financiële situatie van haar aandeelhouders hen niet in staat stelt de geldboete volledig te betalen of de door de Commissie verlangde bankgarantie te stellen.
- 95 Volgens de Commissie daarentegen volstaan de door verzoekster overgelegde stukken niet als bewijs van de financiële situatie van haar aandeelhouders en kunnen de echtelieden Baiani gelet op de daaruit volgende situatie hun voorstel van gedeeltelijke betaling in elk geval verbeteren.
- 96 De Commissie komt tot de conclusie dat verzoekster niet heeft aangetoond dat zij objectief in de onmogelijkheid was een bankgarantie te stellen of deze haar voortbestaan in gevaar brengt.

Beoordeling door de kortgedingrechter

- 97 Volgens vaste rechtspraak kan een verzoek om opschorting van de verplichting om een bankgarantie te stellen als voorwaarde voor uitstel van de onverwijlde invordering van een geldboete, slechts in buitengewone omstandigheden worden toegewezen (beschikking president Hof van 6 mei 1982, AEG/Commissie, 107/82 R, Jurispr. blz. 1549, punt 6). De mogelijkheid om het stellen van een financiële zekerheid te eisen, is voor korte gedingen uitdrukkelijk geregeld in de Reglementen voor de procesvoering van het Hof en van het Gerecht, en de eis van zekerheidstelling is een algemene en redelijke gedragslijn van de Commissie (beschikking president Gerecht van 5 augustus 2003, IRO/Commissie, T-79/03 R, Jurispr. blz. II 3027, punt 25, en FNSEA e.a./Commissie, punt 15 supra, punt 77).

- 98 Dergelijke buitengewone omstandigheden kunnen in beginsel aanwezig worden geacht, wanneer de partij die om ontheffing van de verplichting tot het stellen van een bankgarantie verzoekt, aantoont dat het voor haar objectief onmogelijk is die garantie te stellen (FNSEA e.a./Commissie, punt 15 supra, punt 78), of dat het stellen ervan haar voortbestaan in gevaar brengt (beschikking IRO/Commissie, punt 97 supra, punt 26).
- 99 In casu stelt verzoekster niet dat het stellen van een bankgarantie haar voortbestaan in gevaar brengt. Zij stelt daarentegen dat zij deze garantie objectief niet kan stellen.
- 100 Nagegaan moet dus worden of verzoekster genoegzaam heeft aangetoond dat zij deze garantie objectief niet kon stellen.
- 101 Verzoeksters hoofdargument is, dat geen enkele kredietinstelling zich garant wil stellen voor haar schuld jegens de Commissie, daar zij wegens haar financiële situatie de betaling ervan niet kan verzekeren.
- 102 Wat om te beginnen het betoog van de Commissie inzake de verhouding tussen verzoekster en de betrokken kredietinstellingen betreft, dient in de eerste plaats te worden opgemerkt dat, zoals verzoekster terecht stelt, de relevantie van de brieven waarbij is geweigerd de bankgarantie te stellen, moet worden getoetst aan verzoeksters objectieve economische situatie (zie in die zin beschikking president Gerecht van 28 juni 2000, Cho Yang Shipping/Commissie, T-191/98 R II, Jurispr. blz. II-2551, punt 43). De relevantie van deze brieven kan dus niet op de enkele grond van hun gering aantal worden uitgesloten.

- 103 Het argument van de Commissie dat niet kan worden volstaan met slechts twee weigeringsbrieven om te bewijzen dat verzoekster geen bankgarantie kan stellen, kan dus niet slagen.
- 104 In de tweede plaats stelt de Commissie dat verzoekster enerzijds niet duidelijk heeft aangetoond dat zij een vaste klant van de betrokken banken was en anderzijds geen documenten over haar economische en financiële situatie heeft overgelegd.
- 105 Enerzijds dient evenwel te worden vastgesteld dat verzoekster afschriften van haar rekeningen bij de betrokken twee banken heeft overgelegd; deze rekeningen bestaan al verschillende jaren. Verzoekster moet dus worden beschouwd als een vaste klant van deze twee banken die zij om een bankgarantie had verzocht.
- 106 Anderzijds heeft verzoekster na goedkeuring ervan door haar accountants haar jaarrekeningen voor 2005 overgelegd.
- 107 In casu dient om te beginnen te worden vastgesteld dat de balans 2005 een negatief saldo van 962 870 EUR toont, dat ondanks de erin begrepen voorziening van 1 000 000 EUR slechts rekening houdt met de helft van het bedrag van de daadwerkelijk aan verzoekster opgelegde geldboete. Vervolgens is de positieve tendens van verzoeksters saldo tegenover het vorige jaar te beoordelen met inachtneming van het feit dat zij althans gedeeltelijk het gevolg is van de verkoop van vastgoed veeleer dan van een omzetverhoging en dat het totaalbedrag van de geldboete hoe dan ook met dit saldo niet kan worden gedekt. Ten slotte bedragen verzoeksters vastgoedactiva slechts 563 874 EUR, dus minder dan het totaalbedrag van de geldboete, en blijven verzoeksters schulden aanzienlijk net als de vermindering van haar omzet tegenover 2004.

- 108 In casu heeft verzoekster UniCredit Banca d'Impresa en Sanpaolo IMI bij gelijklopende brieven van 28 december 2005 en 9 januari 2006 verzocht om een bankgarantie. De eerste bank heeft uitdrukkelijk geweigerd op basis van een negatieve beoordeling van verzoeksters economische en financiële situatie. De tweede bank vermeldt deze situatie weliswaar niet uitdrukkelijk, maar het dossier laat geen twijfel dat zij ook aan deze weigering ten grondslag ligt.
- 109 Gelet op het voorgaande dient ervan te worden uitgegaan dat de twee banken gelet op verzoeksters economische en financiële situatie hebben geweigerd haar de door de Commissie verlangde garantie toe te kennen.
- 110 Verzoekster moet dus worden geacht genoegzaam te hebben aangetoond dat zij zelf de door de Commissie verlangde bankgarantie niet kon verkrijgen.
- 111 Om te beoordelen of verzoekster de betrokken garantie kon stellen, dient evenwel volgens vaste rechtspraak ook rekening te worden gehouden met de groep ondernemingen waarvan zij direct of indirect afhangt, met name wat de mogelijkheid betreft de zekerheden te stellen die de banken kunnen verlangen. Een dergelijke eis houdt enerzijds verband met het openbaar belang dat de beschikkingen van de Commissie worden uitgevoerd en de financiële belangen van de Gemeenschap worden beschermd, en anderzijds met de voordelen die voor haar aandeelhouders kunnen voortvloeien uit eventuele mededingingsbeperkende gedragingen van een vennootschap. Door de situatie van de groep waartoe verzoekster behoort, in acht te nemen, wordt de geldboete of de aansprakelijkheid voor de inbreuk geenszins bij derden gelegd (zie beschikking president Gerecht van 21 juli 1999, DSR-Senator Lines/Commissie, T-191/98 R, Jurispr. blz. II-2531, punt 64, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 112 Onbetwist is dat verzoeksters enige aandeelhouders, toen verzoekster stappen zette om een bankgarantie te stellen, de echtelieden Baiani waren, die samen al verzoeksters aandelen in handen hadden. De echtelieden Baiani zijn nog steeds verzoeksters enige aandeelhouders. Volgens verzoekster konden zij echter geen bankgarantie te haren gunste stellen.
- 113 Om te beginnen dient te worden opgemerkt dat het feit dat Nicotiana Holding haar deelneming onmiddellijk na de kennisgeving van de beschikking heeft overgedragen, in casu niet beslissend is.
- 114 Daar hij geen aandeelhouder van verzoekster meer was, kon namelijk van hem geen enkele steun worden geëist, en voorts kon zijn verplichting de aan verzoekster opgelegde geldboete te betalen slechts gegrond zijn indien hij voor de inbreuk kon worden aangesproken (zie in die zin arrest Hof van 16 november 2000, Cascades/ Commissie, C-279/98 P, Jurispr. blz. I-9693, punt 78).
- 115 Op dit laatste punt dient evenwel te worden opgemerkt dat Nicotiana Holding zijn deelneming in verzoeksters kapitaal in augustus 2002 had verworven, dat wil zeggen op een tijdstip waarop verzoekster, zoals de Commissie heeft vastgesteld, niet langer aan het kartel deelnam.
- 116 Vervolgens heeft de Commissie de in artikel 23, lid 2, van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB L 1, blz. 1) gestelde grens van 10 % alleen op basis van verzoeksters omzet en niet op basis van de omzet van Nicotiana Holding berekend.
- 117 Ten slotte is de beschikking niet aan Nicotiana Holding gericht.

- 118 Gelet op het voorgaande moet worden nagegaan of de economische en financiële situatie van verzoeksters huidige aandeelhouders van dien aard is dat zij objectief geen bankgarantie te haren voordele kunnen stellen.
- 119 Dienaangaande dient te worden vastgesteld dat verzoekster brieven van 28 december 2005 en 9 januari 2006 heeft overgelegd waarbij haar aandeelhouders de banken UniCredit Banca d'Impresa en Sanpaolo IMI om een bankgarantie voor de betaling van de geldboete hebben verzocht. Blijkens deze brieven waren de aandeelhouders duidelijk bereid de betrokken banken alle persoonlijke of zakelijke garanties te bieden op de goederen waarvan zij eigenaar waren.
- 120 Vervolgens heeft verzoekster afschriften van de rekeningen van haar twee aandeelhouders overgelegd, waaruit blijkt dat zij ten minste reeds sinds september 2005 klant van UniCredit Private Banking SpA waren.
- 121 Ten slotte heeft verzoekster afschriften van de inkomstenaangiften van haar aandeelhouders voor 2004 overgelegd, waaruit blijkt dat het vermogen van de echtelieden Baiani ontoereikend was voor de volledige betaling van de geldboete.
- 122 Op basis daarvan dient verzoekster te worden geacht afdoende te hebben aangetoond dat haar aandeelhouders de door de Commissie verlangde bankgarantie objectief niet konden stellen.
- 123 Wat in de tweede plaats verzoeksters betoog betreft dat zij ernstige en onherstelbare schade dreigt te lijden, indien de verplichting een bankgarantie te stellen als voorwaarde voor de niet-onmiddellijke invordering van de geldboete niet werd opgeschort, dient allereerst te worden vastgesteld dat de geldboete in totaal meer bedraagt dan verzoeksters maatschappelijk kapitaal, dat, zoals uit de balans 2005

blijkt, slechts 1,1 miljoen EUR bedraagt, hetgeen de Commissie niet betwist. Voorts schrijft het Italiaanse Burgerlijk Wetboek, behoudens herkapitalisatie, de ontbinding en liquidatie van de vennootschap voor, wanneer het maatschappelijk kapitaal beneden het wettelijk minimum daalt. Ten slotte blijkt uit het voorgaande dat verzoeksters huidige aandeelhouders geen bankgarantie voor het volledige bedrag van de geldboete kunnen stellen en dus evenmin voldoende tot het kapitaal van de vennootschap kunnen bijdragen om de liquidatie ervan te voorkomen.

- 124 Uit al het voorgaande volgt dat verzoekster genoegzaam heeft aangetoond dat uitzonderlijke omstandigheden aanwezig zijn daar zij ernstige en onherstelbare schade dreigt te lijden indien zij de verlangde bankgarantie daadwerkelijk moet stellen.

De belangenafweging

Argumenten van partijen

- 125 Volgens verzoekster slaat de schaal door ten gunste van de opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking.
- 126 Zij wijst erop dat haar verdwijning van de markt vóór de uitspraak van het Gerecht in de hoofdzaak de mededingingsstructuur van de Italiaanse markt voor ruwe tabak alsook de gemeenschapsindustrie in het algemeen ernstig zou schaden. Door de gedwongen tenuitvoerlegging van de beschikking, voor zover zij de onmiddellijke invordering van de geldboete gelast, zou verzoekster namelijk verdwijnen en zou de Italiaanse tabaksuitvoer naar verschillende landen van Oost-Europa, het Midden Oosten en Zuid-Amerika significant dalen.

- 127 Bovendien worden de financiële belangen van de Commissie niet beter beschermd door de tenuitvoerlegging van de beschikking die, doordat verzoekster dan onmiddellijk zou worden geliquideerd, de volledige invordering van de geldboete zou bemoeilijken ja zelfs onmogelijk maken, aangezien de Commissie haar schuldvordering dan zou moeten inschrijven op de passiefzijde van de faillissementsprocedure, zonder in dat kader een voorrecht te genieten.
- 128 Indien verzoekster werd vrijgesteld van het stellen van een garantie, zou daarentegen althans tijdelijk worden vermeden dat zij verdwijnt. Bij inwilliging van het onderhavige verzoek in kort geding wordt, aldus verzoekster, tot de uitspraak van het Gerecht in de hoofdzaak namelijk uitgesloten dat het bedrag van de geldboete volledig moet worden betaald. Een beschikking die het verzoek toewijst, zou verzoeksters enige bestuurder een rechtsgrondslag kunnen bieden om met een voorzichtig beleid en met de toestemming van het college van accountants een provisie voor een lager bedrag dan dat van de geldboete aan te leggen, waardoor verzoekster tot de uitspraak van het Gerecht in het hoofdgeding de onderneming zou kunnen voortzetten.
- 129 Volgens de Commissie daarentegen slaat de schaal door te haren gunste met name gelet enerzijds op haar financieel belang bij de invordering van de geldboete en anderzijds op het openbaar belang bij de handhaving van de doeltreffendheid van de communautaire mededingingsregels en bij de betaling van de geldboeten met het oog op hun afschrikkende werking.
- 130 Wat in het bijzonder haar financieel belang betreft, is de Commissie van mening dat verzoeksters activa op de dag van de eventuele afwijzing van het beroep in de hoofdzaak niet meer toereikend dreigen te zijn om de betaling van de geldboete mogelijk te maken; dit gevaar is althans niet met zekerheid uit te sluiten. Bijgevolg lijkt de kans het bedrag van de geldboete na de beslissing op het beroep in de hoofdzaak zelfs gedeeltelijk in te kunnen vorderen nog veel kleiner dan dit bedrag door gedwongen en onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beschikking in te kunnen vorderen.

- 131 Bovendien, aldus de Commissie, lijken de door verzoekster ter ondersteuning van haar verzoek aangevoerde belangen ongegrond of wegen zij althans niet op tegen voormelde belangen van de Commissie.
- 132 In de eerste plaats antwoordt de Commissie op verzoeksters betoog dat haar verdwijning de mededingingsstructuur van de Italiaanse markt voor ruwe tabak zou aantasten, dat het mededingingsrecht niet tot doel heeft ondernemingen te beschermen die zich op de markt niet kunnen handhaven, zodat de eventuele verdwijning van een marktdeelnemer op zich niet in strijd is met de belangen van de mededinging.
- 133 In de tweede plaats repliceert de Commissie op verzoeksters betoog dat door haar verdwijning de Italiaanse tabaksuitvoer naar verschillende landen van Oost-Europa, het Midden Oosten en Zuid-Amerika significant zou dalen, dat de belangen van derde landen het niet mogen halen van de financiële belangen van de Gemeenschap of meer in het algemeen van het openbaar belang bij de handhaving van de doeltreffendheid van de communautaire mededingingsregels.
- 134 In de derde plaats, aldus de Commissie, wordt verzoeksters betoog dat haar verdwijning de markt van Italiaanse bruine tabak een zware slag zou toebrengen, enerzijds tegengesproken door de aard van de betrokken activiteit, die voor derden toegankelijk is, en anderzijds doordat verzoeksters bedrijf bij eventuele liquidatie wegens een eventueel faillissement niet noodzakelijkerwijze verloren zou gaan. In feite dienen de voor de liquidatie of de faillissementsprocedure bevoegde instanties met de hun naar Italiaans recht ter beschikking staande middelen te zorgen voor het behoud van verzoeksters bedrijf.

Beoordeling door de kortgedingrechter

- 135 Verzoeksters belang de onverwijlde invordering van de geldboete te voorkomen wanneer zij geen bankgarantie kan stellen, moet worden afgewogen tegen het financiële belang van de Gemeenschap bij invordering van de geldboete en, meer algemeen, tegen het openbare belang bij handhaving van de doeltreffendheid van de communautaire mededingingsvoorschriften en de afschrikkende werking van de door de Commissie opgelegde geldboeten (zie in die zin, beschikking president Hof van 13 juni 1989, Publishers Association/Commissie, 56/89 R, Jurispr. blz. 1693, punt 35, en beschikking FNSEA e.a./Commissie, punt 15 supra, punt 119).
- 136 Wat de financiële belangen van de Gemeenschap betreft, is verzoeksters vermogen volgens voorgaande vaststelling niet toereikend om de geldboete volledig te betalen of de vereiste bankgarantie te stellen. Indien de Commissie tot executie zou overgaan, zal zij dus naar alle waarschijnlijkheid het met de opgelegde geldboete overeenkomende bedrag niet krijgen. Verder staat vast, dat in geval van faillissement van verzoekster de Commissie voor haar vordering geen voorrecht op de andere schuldeisers heeft. In deze omstandigheden lijken de financiële belangen van de Commissie niet beter beschermd door onmiddellijke gedwongen tenuitvoerlegging dan door voortzetting van verzoeksters activiteit zodat zij winst kan maken die dan voor de betaling van de geldboete kan worden gebruikt.
- 137 Wat de gevolgen van verzoeksters verdwijning voor de mededingingsstructuur van de markt betreft, heeft het mededingingsrecht weliswaar niet tot doel ondernemingen te beschermen die zich op de markt niet kunnen handhaven, maar het doel van voorlopige maatregelen is ernstige en onherstelbare schade te voorkomen voor de partij die erom verzoekt in afwachting van de beslissing in de hoofdzaak (beschikkingen president Hof van 18 oktober 1991, Abertal e.a./Commissie, C-213/91 R, Jurispr. blz. I-5109, punt 18, en president Gerecht van 4 april 2002,

Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie, T-198/01 R, Jurispr. blz. II-2153, punt 96).

- 138 Voorts heeft de Commissie zich reeds in haar opmerkingen van 29 maart 2006, maar vooral tijdens de hoorzitting, althans in beginsel bereid verklaard om, ingeval geen bankgarantie kan worden gesteld, alternatieven voor de onmiddellijke betaling van de geldboete te overwegen.
- 139 Verzoekster had bij brief van 8 mei 2006 een eerste voorstel van gespreide betaling ingediend, dat door de Commissie werd afgewezen.
- 140 Partijen hebben zich op de hoorzitting ertoe verbonden na te gaan of de geldboete in overleg gespreid kon worden betaald. Verzoekster heeft, gelet op de voorzieningen die reeds in haar balansen voor 2003 en 2005 ten bedrage van 25 000 EUR respectievelijk een miljoen EUR zijn opgenomen, toegegeven dat zij kon overwegen meer te betalen dan zij bij brief van 8 mei 2006 had voorgesteld.
- 141 Bij brief van 26 mei 2006 heeft verzoekster de Commissie vervolgens dus een gespreide betaling van de geldboete voorgesteld, meer bepaald volgens het volgende schema:
- uiterlijk op 30 juni 2006 stellen van een op eerste verzoek opeisbare bankgarantie voor een bedrag van 400 000 EUR, toe te rekenen op het hoofdbedrag en de rente van de geldboete;

- op 1 juli 2006 eerste gedeeltelijke betaling van een bedrag van 200 000 EUR;

- vervolgens vanaf 1 juli 2006 om het halfjaar betaling van een minimumbedrag van 100 000 EUR tot de beslissing in de hoofdzaak;

- betaling aan de Commissie van de op ongeveer 330 000 EUR geraamde prijs die de verkoop aan derden van de uitrusting in het bedrijf in Cerratina zou moeten opbrengen, zodra verzoekster de bedragen heeft ontvangen.

¹⁴² De Commissie heeft op basis van haar beoordeling van verzoeksters economische en financiële situatie verzoeksters voorstel afgewezen.

¹⁴³ Enerzijds dient te worden vastgesteld dat de financiële belangen van de Commissie ook door verzoeksters verbintenis om een bankgarantie te stellen voor een niet te gering gedeelte van de geldboete, beschermd zouden zijn.

¹⁴⁴ Anderzijds dient met betrekking tot het openbare belang bij de handhaving van de doeltreffendheid van de communautaire mededingingsregels en de afschrikkende werking van de door de Commissie opgelegde geldboeten te worden vastgesteld dat de Commissie niet heeft aangetoond hoe de verlening van een opschorting als door verzoekster voorgesteld in casu afbreuk zou doen aan dit belang.

145 Enerzijds wijst de Commissie er in haar brief van 6 juni 2006 evenwel terecht op dat de middelen ter beschikking van de echtelieden Baiani weliswaar niet volstaan om de geldboete volledig te voldoen, maar verzoekster in staat stellen op zijn minst grotere tranches te betalen dan zij voorstelt. Anderzijds, daar verzoeksters negatieve economische en financiële situatie blijkbaar verbetert, zal zij naar verwachting in de komende maanden bepaalde winsten kunnen maken, waarmee zij, al staat niet vast dat zij de geldboete daarmee volledig zal kunnen voldoen, toch een gedeelte ervan zal kunnen betalen.

146 Gelet op het voorgaande, met name verzoeksters laatste voorstel en het feit dat de Commissie geen spreiding heeft voorgesteld die zij aanvaardbaar achtte, dient verzoekster de gevraagde vrijstelling te worden verleend op voorwaarde dat:

— zij binnen twee weken vanaf de betekening van de onderhavige beschikking:

— een bankgarantie voor 400 000 EUR stelt;

— de Commissie 200 000 EUR betaalt;

— zij de Commissie binnen drie maanden vanaf de betekening van de onderhavige beschikking 330 000 EUR betaalt;

- zij de Commissie met ingang van 1 januari 2007 om de drie maanden 100 000 EUR betaalt, totdat is voldaan aan een van de volgende twee voorwaarden:
 - betaling van het saldo van het boetebedrag, vermeerderd met de rente vermeld in de brief van de Commissie van 9 november 2005 waarmee de beschikking haar is betekend;
 - beslissing in de hoofdzaak.

¹⁴⁷ Voorts kan de kortgedingrechter krachtens artikel 108 van het Reglement voor de procesvoering zijn beschikking te allen tijde op grond van een wijziging in de omstandigheden wijzigen of intrekken [beschikking Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie, punt 137 supra, punt 123, in hogere voorziening bevestigd bij beschikking president Hof van 18 oktober 2002, Commissie/Technische Glaswerke Ilmenau, C-232/02 P(R), Jurispr. blz. I-8977]. Blijkens die rechtspraak verstaat de kortgedingrechter onder „wijziging in de omstandigheden” met name feitelijke omstandigheden die tot een andere beoordeling van de spoedeisendheid kunnen leiden. Volgens het Hof brengt die mogelijkheid tot uitdrukking dat de door de kortgedingrechter getroffen maatregelen in het gemeenschapsrecht een fundamenteel voorlopig karakter hebben [beschikking Hof van 14 februari 2002, Commissie/Artegodan, C-440/01 P(R), Jurispr. blz. I-1489, en beschikking FNSEA e.a./Commissie, punt 15 supra, punt 129].

¹⁴⁸ Partijen kunnen het Gerecht, indien een wijziging in de omstandigheden daartoe grond oplevert, dus zo nodig verzoeken de onderhavige beschikking te wijzigen, met name gelet op verzoeksters volgende goedgekeurde rekeningen.

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT

beschikt:

- 1) **De verplichting voor Romana Tabacchi SpA om ten gunste van de Commissie een bankgarantie te stellen ter voorkoming van de onmiddellijke invordering van de geldboete die haar is opgelegd bij artikel 2 van de beschikking van de Commissie van 20 oktober 2005 betreffende een procedure op grond van artikel 81, lid 1, EG (zaak COMP/C 38.281/B.2 — Ruwe tabak — Italië), wordt opgeschort op voorwaarde dat:**

- a) **verzoekster binnen twee weken vanaf de betekening van de onderhavige beschikking:**

— een bankgarantie voor 400 000 EUR stelt;

— de Commissie 200 000 EUR betaalt ;

- b) verzoekster de Commissie binnen drie maanden vanaf de betekening van de onderhavige beschikking 330 000 EUR betaalt;**
- c) verzoekster de Commissie met ingang van 1 januari 2007 om de drie maanden 100 000 EUR betaalt, totdat is voldaan aan een van de volgende twee voorwaarden:**
- betaling van het saldo van het boetebedrag, vermeerderd met de rente vermeld in de brief van de Commissie van 9 november 2005 waarmee de beschikking haar is betekend;**
 - beslissing in de hoofdzaak.**

2) De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.

Luxemburg, 13 juli 2006.

De griffier

E. Coulon

De president

B. Vesterdorf