CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. COSMAS van 15 juli 1997 *

In de onderhavige zaak dient het Hof te beslissen op de door Chemie Linz GmbH (hierna: „Chemie Linz") krachtens artikel 49 van 's Hofs Statuut-EEG ingestelde hogere voorziening tegen het arrest van het Gerecht van 10 maart 1992. [1] Bij dit arrest is het beroep van rekwirante ex artikel 173 EEG-Verdrag (hierna: „Verdrag") tegen de beschikking van de Commissie van 23 april 1986 (hierna: „polypropyleenbeschikking") [2] verworpen. Die beschikking betrof de toepassing van artikel 85 van het Verdrag in de sector polypropyleen.

I — De feiten en het procesverloop voor het Gerecht

1. De feiten van het geschil en het procesverloop voor het Gerecht worden in het bestreden arrest als volgt weergegeven. De West-Europese markt voor polypropyleen werd vóór 1977 bijna uitsluitend bevoorraad door tien producenten, waaronder rekwirante met een marktaandeel tussen 3,2 % en 3,9 %. Na 1977, toen de octrooien van Montedison verstreken, dienden zich zeven nieuwe producenten aan met een aanzienlijke productiecapaciteit. Dat ging niet gepaard met een overeenkomstige stijging van de vraag, waardoor vraag en aanbod niet in evenwicht waren, althans niet tot 1982. In het algemeen werd de polypropyleenmarkt in het grootste deel van de periode 1977-1983 gekenmerkt door een geringe rentabiliteit en/of aanzienlijke verliezen.

2. Op 13 en 14 oktober 1983 voerden ambtenaren van de Commissie krachtens artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 [3] (hierna: „verordening nr. 17") tegelijkertijd verificaties uit bij een groep ondernemingen die polypropyleen vervaardigen. Na de verificaties verzocht de Commissie die ondernemingen en enkele andere ondernemingen met verwante activiteiten krachtens artikel 11 van verordening nr. 17 om inlichtingen. Op grond van het in het kader van die verificaties en inlichtingenverzoeken verzamelde materiaal kwam de Commissie tot de conclusie, dat sommige polypropyleenpro-

* Oorspronkelijke taal: Grieks.

1 — Arrest Chemie Linz/Commissie (T-15/89, Jurispr. blz. II-1275).

2 — Beschikking inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/31.149 — Polypropyleen) (PB L 230, blz. 1).

3 — Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204).

ducenten, waaronder Chemie Linz, tussen 1977 en 1983 in strijd met artikel 85 van het Verdrag hadden gehandeld. Derhalve besloot de Commissie op 30 april 1984 de procedure als bedoeld in artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 in te leiden en deed zij een schriftelijke mededeling van punten van bezwaar toekomen aan de betrokken ondernemingen.

3. Aan het einde van deze procedure gaf de Commissie de bovengenoemde beschikking van 23 april 1986, waarvan het dispositief luidt als volgt:

„Artikel 1

[De ondernemingen] (...) Chemische Werke Linz (...) hebben inbreuk gemaakt op artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag, door deel te nemen:

(...)

— in het geval van Hercules, Linz, Saga en Solvay, vanaf omstreeks november 1977 tot ten minste november 1983

(...)

aan een midden 1977 gesloten overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedragingen krachtens welke de producenten die polypropyleen op het grondgebied van de EEG aanbieden:

a) met elkaar in contact traden en regelmatig (vanaf begin 1981, tweemaal per maand) in een reeks geheime vergaderingen bijeenkwamen om hun commercieel beleid te bespreken en te bepalen;

b) van tijd tot tijd voor de verkoop van het product in elke lidstaat van de EEG 'richt'- (of minimum)prijzen bepaalden;

c) verschillende maatregelen overeenkwamen waarmede de toepassing van dergelijke richtprijzen moest worden vergemakkelijkt, met inbegrip van (hoofdzakelijk) tijdelijke beperkingen van de productie, de uitwisseling van gedetailleerde informatie over hun leveringen, het houden van plaatselijke vergaderingen, en tegen het einde van 1982 een systeem van 'account management' bedoeld om prijsverhogingen voor individuele klanten toe te passen;

d) gelijktijdig hun prijzen verhoogden met het oog op de toepassing van de genoemde richtprijzen;

e) de markt verdeelden door aan elke producent een jaarlijks doel of 'quotum' voor de verkoop toe te kennen (1979, 1980 en voor ten minste een gedeelte van 1983) of bij gebreke van een definitieve zich over het gehele jaar uitstrekkende overeenkomst door van de producenten een beperking te eisen van hun verkoop in elke maand in vergelijking met een voorafgaande periode (1981, 1982).

(...)

Artikel 3

Aan de in deze beschikking genoemde ondernemingen worden wegens de in artikel 1 vastgestelde inbreuken de volgende geldboeten opgelegd:

(...)

ix) Chemische Werke Linz, 1 000 000 ECU, dat is 1 471 590 000 LIT;

(...)"

4. Veertien van de vijftien adressaten van de beschikking, waaronder rekwirante, stelden beroep in tot nietigverklaring van voornoemde beschikking van de Commissie. Tijdens de van 10 tot en met 15 december 1990 gehouden terechtzitting voor het Gerecht hebben partijen pleidooi gehouden en vragen van het Gerecht beantwoord.

5. Bij afzonderlijke memorie van 28 februari 1992, dus na afloop van de schriftelijke en mondelinge behandeling, doch vóór de uitspraak van het arrest, verzocht rekwirante het Gerecht om heropening van de mondelinge behandeling. Hiertoe beriep zij zich op bepaalde feitelijke omstandigheden die haar, zo stelde zij, eerst bekend waren geworden na afloop van de mondelinge behandeling, om precies te zijn na de uitspraak van het arrest van het Gerecht van 27 februari 1992, BASF e.a./Commissie[4] (hierna: „PVC-zaken"). Naar Chemie Linz stelt, komen uit deze gegevens ernstige vormverzuimen in de beschikking van de Commissie naar voren, voor het onderzoek waarvan nieuwe instructiemaatregelen nodig zouden zijn.

Na de advocaat-generaal opnieuw te hebben gehoord, heeft het Gerecht bij voornoemd arrest van 10 maart 1992 het verzoek om heropening van de mondelinge behandeling afgewezen en het beroep in zijn geheel verworpen.

4 — T-79/89, T-84/89, T-85/89, T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 en T-104/89, Jurispr. blz. II-315.

6. In hogere voorziening vordert Chemie Linz primair, het bestreden arrest te vernietigen en de polypropyleenbeschikking van de Commissie non-existent dan wel nietig te verklaren, en, subsidiair, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht. Daarnaast vordert zij veroordeling van verweerster in de kosten. In haar memorie van repliek van 14 april 1992 heeft rekwirante haar middelen met betrekking tot de non-existentie van de polypropyleenbeschikking ingetrokken, onder handhaving van haar overige middelen met betrekking tot de nietigheid van deze beschikking.

De Commissie vordert afwijzing van de hogere voorziening, met verwijzing van rekwirante in de kosten.

DSM NV is in de procedure tussengekomen ter ondersteuning van Chemie Linz.

II — De ontvankelijkheid van de hogere voorziening

7. In haar memorie van antwoord verzoekt de Commissie, de hogere voorziening in haar geheel niet-ontvankelijk te verklaren. Zij betoogt, dat rekwirante zich nergens in haar verzoekschrift in hogere voorziening op rechtsfouten in het arrest van het Gerecht beroept, doch in plaats daarvan voor het eerst in hogere voorziening een reeks feiten, argumenten en middelen voordraagt. Hierdoor zou rekwirante het voorwerp van het geding voor het Gerecht wijzigen, wat in strijd is met de artikelen 113, lid 2, en 116, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof. Rekwirante meent, dat deze stelling van de Commissie ongegrond is en niet tot niet-ontvankelijkverklaring van de hogere voorziening in haar geheel kan leiden.

8. Hogere voorziening kan volgens artikel 51 van 's Hofs Statuut-EEG „alleen rechtsvragen betreffen. Het moet gebaseerd zijn op middelen ontleend aan onbevoegdheid van het Gerecht, onregelmatigheden in de procedure voor het Gerecht, waardoor aan de belangen van de verzoekende partij afbreuk is gedaan, dan wel schending van het gemeenschapsrecht door het Gerecht." Voorts is het partijen ingevolge de artikelen 113, lid 2, en 116, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof niet toegestaan, het voorwerp van het geding voor het Gerecht in hogere voorziening of in de memorie van antwoord te wijzigen. Volgens artikel 119 van zijn Reglement voor de procesvoering kan het Hof de hogere voorziening bovendien op ieder moment bij met redenen omklede beschikking afwijzen, wanneer deze kennelijk niet-ontvankelijk is.

De hogere voorziening kan slechts in haar geheel niet-ontvankelijk zijn, wanneer geen van de voorgedragen middelen ontvankelijk is. Daarom moeten alle middelen worden onderzocht en moet voor elk ervan worden nagegaan, of het ontvankelijk is. [5] Vanuit dit gezichtspunt bezien is de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid niet gegrond, daar ten minste één van de voorgedragen middelen ontvankelijk is. Ik doel hier op het middel dat opkomt tegen de afwijzing van het verzoek om heropening van de procedure na afloop van de mondelinge behandeling. Ook al zouden de argumenten van de Commissie uiteindelijk slagen (wat ik hierna zal onderzoeken bij de bespreking van de afzonderlijke middelen en de tegenargumenten van rekwirante), dan nog kunnen zij dus niet leiden tot niet-ontvankelijkheid van de hogere voorziening in haar geheel.

III — De ontvankelijkheid van de tussenkomst

9. Ten aanzien van de inhoud en de ontvankelijkheid van het verzoek om tussenkomst van DSM in de onderhavige zaak geldt in principe hetzelfde als hetgeen ik in mijn conclusie in de verwante zaak Hüls/Commissie [6], heb uiteengezet, waarnaar hier zij verwezen.

Uit het daar gezegde volgt, dat de tussenkomst van DSM in de onderhavige zaak in theorie gedeeltelijk ontvankelijk kan worden geacht, namelijk voor zover zij strekt tot ondersteuning van het verzoek van rekwirante om na vernietiging van het arrest in eerste aanleg de non-existentie van de polypropyleenbeschikking vast te stellen. De overige vorderingen van interveniënte en de argumenten die zij aanvoert ter ondersteuning van de andere vorderingen van rekwirante behoeven niet op hun gegrondheid te worden onderzocht, omdat zij niet-ontvankelijk zijn.

10. Zoals echter reeds vermeld, heeft rekwirante in repliek haar middel met betrekking tot de non-existentie van de polypropyleenbeschikking ingetrokken, dat wil zeggen zij heeft haar vorderingen beperkt tot nietigverklaring van de beschikking, en vordert niet langer de non-existentverklaring ervan. Bijgevolg is het verzoek om tussenkomst van DSM wegens het

5 — Het verzoekschrift in hogere voorziening moet uitputtend en in zijn geheel op de ontvankelijkheid worden getoetst. Zoals uit verschillende uitspraken van het Hof blijkt, kan een hogere voorziening slechts in haar geheel niet-ontvankelijk worden verklaard, wanneer alle voorgedragen middelen zijn onderzocht en geen ervan ontvankelijk is gebleken. Zie beschikkingen Hof van 17 september 1996, San Marco/Commissie (C-19/95 P, Jurispr. blz. I-4435); 25 maart 1996, SPO e.a./Commissie (C-137/95 P, Jurispr. blz. I-1611); 24 april 1996, CNPAAP/Commissie (C-87/95 P, Jurispr. blz. I-2003), en 11 juli 1996, Goldstein/Commissie (C-148/96 P, Jurispr. blz. I-3883). Zie voorts arrest Hof van 2 maart 1994, Hilti/Commissie (C-53/92 P, Jurispr. blz. I-667).

6 — Punten 10-15 van mijn conclusie van vandaag in zaak Hüls/Commissie (C-199/92 P).

ontbreken van een gerechtvaardigd belang niet-ontvankelijk geworden.

IV — Het bestreden arrest

11. Het Gerecht heeft de in de memorie van 28 februari 1992 gedane verzoeken van rekwirante op de volgende, in punt 395 van het bestreden arrest weergegeven gronden afgewezen:

„Allereerst moet worden opgemerkt, dat het arrest van 27 februari 1992, reeds aangehaald, op zichzelf de heropening van de mondelinge behandeling in de onderhavige zaak niet rechtvaardigt. Bovendien heeft verzoekster er in de onderhavige zaak tot het op het einde van de mondelinge behandeling zelfs niet op gezinspeeld, dat de bestreden beschikking non-existent is wegens de in het reeds genoemde arrest van 27 februari 1992 vastgestelde gebreken. Een eerste vraag is dus, of verzoekster wel voldoende rechtvaardigingsgronden heeft aangevoerd voor de omstandigheid dat zij zich niet eerder heeft beroepen op die gebreken, die in ieder geval reeds vóór de indiening van het beroep bestonden. Al is de gemeenschapsrechter in het kader van een krachtens artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag ingesteld beroep tot nietigverklaring ambtshalve bevoegd om te onderzoeken of de bestreden handeling wel bestaat, dit betekent nog niet, dat in elk op artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag gebaseerd beroep ambtshalve moet worden onderzocht of de bestreden handeling bestaat. De rechter is slechts verplicht dit punt ambtshalve te onderzoeken wanneer partijen voldoende indiciën voor een eventuele non-existentie van de bestreden handeling verstrekken. In het onderhavige geval bevat het door verzoekster gevoerde betoog niet voldoende indiciën om aan de existentie van de bestreden handeling te gaan twijfelen. Uit de verklaring die de gemachtigden van de Commissie tijdens de mondelinge behandeling van de gevoegde zaken T-79/89, T-84/89 tot en met T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 en T-104/89 hebben afgelegd en waarop verzoekster zich beroept, zou blijken dat er ook in het onderhavige geval geen volgens de regels ondertekend origineel van de bestreden beschikking bestaat. Zelfs al zou dit inderdaad het geval zijn, dan volgt uit dit feit alleen nog niet dat de bestreden beschikking non-existent is. Verzoekster noemt immers geen enkele reden waarom de Commissie in 1986 — dat wil zeggen in een normale situatie, die aanzienlijk verschilt van de bijzondere situatie in de PVC-zaken, waar het mandaat van de Commissie eind januari 1988 verstreek — achteraf wijzigingen zou hebben aangebracht in de beschikking. Het volstaat in dit verband niet, zich het recht voor te behouden later middelen dienaangaande aan te voeren. In die omstandigheden zijn er geen redenen om aan te nemen, dat het beginsel van de onaantastbaarheid van de vastgestelde handeling na het geven van de bestreden beschikking zou zijn geschonden, en dat deze beschikking daardoor ten gunste van verzoekster het uiterlijke vermoeden van geldigheid zou hebben verloren. De enkele omstandigheid dat een volgens de regels voor echt verklaard origineel ontbreekt, brengt dus op zichzelf niet mee dat de bestreden handeling non-existent is. Er zijn derhalve geen termen aanwezig om de mondelinge behandeling te heropenen teneinde nieuwe maatregelen van instructie te treffen. Daar verzoeksters betoog een verzoek om herziening niet kan rechtvaardigen, dient geen gevolg te worden gegeven aan de suggestie om de mondelinge behandeling te heropenen."

V — De middelen in hogere voorziening

A — *Argumenten van partijen*

a) De middelen van rekwirante

12. Rekwirante voert twee middelen aan. Ten eerste zou het Gerecht het gemeenschapsrecht hebben geschonden, omdat het haar verzoek om heropening van de mondelinge behandeling en om aanvullende instructiemaatregelen ten onrechte heeft afgewezen. Ten tweede zou het bestreden arrest moeten worden vernietigd, omdat de polypropyleenbeschikking zelf, waarvan de wettigheid voorwerp van het geding voor het Gerecht was, moet worden nietigverklaard.

13. De toelichting op het eerste middel komt op alle punten overeen met hetgeen rekwiranten in de verknochte zaken Hüls/Commissie en ICI/Commissie hebben aangevoerd; hun argumenten heb ik in mijn conclusies in die zaken, naar de relevante passages waarvan ik hier verwijs [7], uitvoerig weergegeven. Volledigheidshalve wil ik echter nog het volgende opmerken. Rekwirante is het standpunt toegedaan, dat het Gerecht haar verzoek om heropening van de mondelinge behandeling ten onrechte heeft afgewezen. Zij betoogt, dat haar verzoek had moeten worden ingewilligd, omdat zij in haar memorie van 28 februari feiten van beslissende invloed had aangevoerd, die haar vóór de sluiting van de mondelinge behandeling niet bekend konden zijn. Als zodanige feiten beschouwt rekwirante de in de PVC-zaken voor het Gerecht afgelegde verklaringen van de gemachtigden van de Commissie. [8] Deze feiten zijn niet tardief voor het Gerecht aangevoerd, aangezien het procesrecht van de Gemeenschap geen uitdrukkelijke termijn ter zake stelt, terwijl de in artikel 125 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht voorziene termijn van drie maanden, die uitsluitend voor het verzoek om herziening geldt, niet analoog van toepassing is.

14. Voorts is het Gerecht volgens rekwirante niet zijn verplichting nagekomen, het nodige bewijsmateriaal te verzamelen teneinde het bij hem aanhangige geschil op juiste wijze te kunnen oplossen. Deze verplichting zou voortvloeien uit artikel 64 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht in samenhang met artikel 164 van het Verdrag. Rekwirante betoogt, dat het Gerecht haar in de memorie van 28 februari 1992 vervatte verzoek niet had mogen afwijzen op grond dat dit naar zijn oordeel geen „voldoende indiciën" bevatte voor de aangevoerde gebreken in de bestreden beschikking. De tot staving van het verzoek aangevoerde feiten zouden vanwege de onderlinge gelijkenis tussen de zaken hebben volstaan om dit

7 — Zie punten 40-42 van mijn conclusie in zaak Hüls/Commissie (C-199/92 P), en punten 9-18 van mijn conclusie in zaak ICI/Commissie (C-200/92 P) welke conclusies ik eveneens vandaag heb genomen.

8 — Zie voetnoot 4 hierboven.

verzoek naar analogie van de handelwijze van het Gerecht in de gelijksoortige PVC-zaken en „natriumcarbonaat"-zaken[9] te kunnen toewijzen.

15. In wezen betoogt rekwirante, dat indien achteraf een gebrek in de bestreden beschikking aan de dag treedt dat de nietigheid van die beschikking meebrengt, het Gerecht in elk geval de procedure moet heropenen en nieuwe instructiemaatregelen moet gelasten teneinde volledige helderheid te verkrijgen. Zij betoogt voorts, dat zij de mondelinge behandeling van de PVC-zaken, die op 10 december 1991 plaatsvond, niet heeft bijgewoond; bijgevolg heeft zij eerst na de uitspraak van het arrest van het Gerecht in deze zaak, dus op 27 februari 1992, kennis gekregen van de betrokken verklaringen van de gemachtigden van de Commissie. Voor het overige zou het Gerecht in het bestreden arrest niet hebben beslist, dat de memorie van 28 februari 1991 tardief is ingediend; het Hof zou in hogere voorziening dan ook niet kunnen onderzoeken, of het bij deze memorie gedane verzoek om heropening van de mondelinge behandeling al dan niet tijdig is ingediend.

16. Het tweede middel steunt op de volgende redenering: het Hof kan een arrest van het Gerecht vernietigen, wanneer het van oordeel is, dat de bestreden rechtshandeling van de Commissie moet worden nietig verklaard. De toetsing door de hogere-voorzieningsrechter van de wettigheid van de voor het Gerecht bestreden rechtshandeling betreft een rechtsvraag en valt binnen de grenzen van de toetsing in hogere voorziening. Bovendien leveren de aan de polypropyleenbeschikking klevende gebreken schendingen van dwingend recht op en moeten zij zowel in eerste aanleg als in hogere voorziening ambtshalve worden onderzocht.

17. Rekwirante betoogt verder, dat zij het recht heeft om bepaalde feiten die voor het bewijs van haar stellingen dienen, voor het eerst in hogere voorziening aan te voeren. Zij beroept zich te dien aanzien in de eerste plaats op de verklaringen van de Commissie in de LdPE-zaken[10], die haar op 10 april 1992 ter ore zijn gekomen, en in de tweede plaats op de door de Commissie ingestelde hogere voorziening tegen het PVC-arrest van het Gerecht[11] van 29 april 1992. Op grond van deze teksten komt rekwirante tot bepaalde conclusies over de algemene handelwijze van de Commissie, die volgens haar het vermoeden versterken dat de polypropyleenbeschikking in strijd met de vormvoorschriften is vastgesteld. De Commissie lijkt in het bijzonder de mening te zijn toegedaan, aldus rekwirante, dat de door artikel 12 van haar reglement van orde voorgeschreven verplichting tot waarmerking van haar handelingen een regel van interne aard is waaraan particulieren geen rechten kunnen ontlenen en die bovendien in onbruik is geraakt. Daarnaast veroorlooft de Commissie zich om eenmaal vastgestelde handelingen te wijzigen en besluiten in bepaalde authentieke talen goed te keuren onder machtiging van een

9 — Arresten van 29 juni 1995, Solvay/Commissie (T-32/91, Jurispr. blz. II-1825); ICI/Commissie (T-36/91, Jurispr. blz. II-1847), en ICI/Commissie (T-37/91, Jurispr. blz. II-1901).

10 — Arrest van 6 april 1995, BASF e.a./Commissie (T-80/89, T-81/89, T-83/89, T-87/89, T-88/89, T-90/89, T-93/89, T-95/89, T-97/89, T-99/89, T-100/89, T-101/89, T-103/89, T-105/89, T-107/89 en T-112/89, Jurispr. blz. II-729).

11 — Reeds aangehaald (voetnoot 4).

van de commissarissen om ze in de overige authentieke talen vast te stellen.

18. Rekwirante betoogt, dat de Commissie ook bij het vaststellen van de polypropyleenbeschikking op deze wijze te werk is gegaan. Dit meent zij althans te kunnen afleiden uit het voorgaande, uit nauwgezette lezing van de aan haar betekende beschikking [12] en uit de vertraging waarmee de beschikking is betekend. [13] Teneinde alle twijfel dienaangaande weg te nemen, verzoekt zij het Hof bovendien de Commissie te gelasten, het origineel van de polypropyleenbeschikking over te leggen, zodat kan worden nagegaan, of zij dezelfde vormgebreken bevat als die welke tot nietigverklaring van de qua inhoud identieke PVC-beschikking van de Commissie [14] hebben geleid. Wat hiervan ook zij, volgens rekwirante staat op grond van zowel de uiteenzetting in haar memorie van 28 februari 1992 als de gegevens die voor het eerst in hogere voorziening zijn gebleken, het volgende vast: ten eerste beschikten de commissarissen bij de besluitvorming slechts over drie van de vijf authentieke taalversies van de polypropyleenbeschikking; ten tweede heeft de Commissie de procedure van artikel 12 van haar reglement van orde niet nageleefd; ten derde is de inhoud van de goedgekeurde beschikking achteraf gewijzigd. Tot slot voert rekwirante aan, dat de beweerde gebreken tot nietigverklaring van de bestreden beschikking moeten leiden. Bij de totstandkoming van deze beschikking zijn de door het gemeenschapsrecht voorgeschreven procedureregels geschonden, die zijn opgesteld ter waarborging van een rechtmatige uitoefening van de Commissiebevoegdheden. De Commissie betoogt dan ook ten onrechte, dat de niet-naleving van de wezenlijke vormvoorschriften van artikel 12 van haar reglement van orde niet, en ingeval de inhoud van de beschikking achteraf is gewijzigd, slechts dan tot nietigheid van de beschikking moet leiden, indien er sprake is van een wezenlijke wijziging die niet overeenstemt met de wil van de auteur van de handeling. Volgens rekwirante staat dit standpunt van de Commissie haaks op de conclusies die uit de rechtspraak van het Hof, met name uit het PVC-*arrest* [15] en het „*legkippen*"-*arrest* [16], kunnen worden getrokken.

b) De middelen van verweerster in hogere voorziening

19. De argumenten die de Commissie tegen de middelen van rekwirante aanvoert, zijn exact dezelfde argumenten als die zij tegen de overeenkomstige middelen in de verknochte zaken Hüls/Commissie en Hoechst/Commissie heeft aangevoerd; deze argumenten zijn uitvoerig weergegeven in mijn conclusie in die zaken, waarnaar ik hier zou willen verwijzen om herhaling te voorkomen. [17]

12 — Rekwirante verwijst naar passages in de aan haar betekende beschikking die met een ander lettertype zijn geschreven dan de rest van de tekst, en betoogt, dat het origineel van de beschikking naar alle waarschijnlijkheid achteraf is gewijzigd.

13 — Volgens rekwirante doet alleen al de omstandigheid dat de beschikking eerst een maand na de goedkeuring ervan is betekend, vermoeden, dat de inhoud is gewijzigd.

14 — Zie voetnoot 4 hierboven.

15 — Arrest van 15 juni 1994, Commissie/BASF e.a. (C-137/92 P, Jurispr. blz. I-2555); zie punt 20 e.v. hieronder.

16 — Arrest van 23 februari 1988, Verenigd Koninkrijk/Raad (131/86, Jurispr. blz. 905).

17 — Zie mijn conclusie van vandaag in de zaken Hüls/Commissie (C-199/92 P, punten 29 en 43-45) en Hoechst/Commissie (C-227/92 P, punten 26-28 en 36-38).

B — *Onderzoek van de middelen in hogere voorziening*

a) Het tweede middel in hogere voorziening

20. Ik wil beginnen met het bespreken van het tweede middel. Zoals verweerster terecht aanvoert, is de ontvankelijkheid ervan hoogst twijfelachtig.

Allereerst zij opgemerkt, dat de bewijsmiddelen die rekwirante voor het eerst in hogere voorziening aanvoert, de grenzen van de toetsing in hogere voorziening te buiten gaan. De beroepsgang van de hogere voorziening is uitsluitend in het procesrecht van de Gemeenschap ingevoerd om de juridische regelmatigheid van het arrest in eerste aanleg te toetsen, uitgaande van de feitelijke en juridische elementen die het Gerecht bekend waren en op grond waarvan het tot zijn beslissing is gekomen. Een ontbrekende beoordeling van feiten die de feitenrechter niet kende, hetzij omdat ze niet in het procesdossier waren opgenomen, hetzij omdat ze eerst na de uitspraak van het arrest aan de dag zijn getreden, kan derhalve geen grond voor aantasting ervan opleveren. Het communautaire procesrecht voorziet in een rechtsmiddel, te weten het verzoek om herziening van een arrest, waarmee partijen voor de rechter die het geschil heeft beslist, een feit kunnen aanvoeren „dat van beslissende invloed kan zijn en dat, vóór de uitspraak van het arrest, onbekend was aan het Hof en aan de partij, die de herziening verzoekt". [18] Voor zover rekwirante zich wilde beroepen op de verklaringen van de Commissie in de LdPE-zaken, die haar op 10 april 1992 ter ore kwamen, en op de hogere voorziening tegen het PVC-arrest die de Commissie op 29 april 1992 [19] instelde, kon zij dus gebruik maken van de mogelijkheid van herziening. De genoemde omstandigheden kunnen in hogere voorziening niet worden getoetst en zijn dus niet geldig aangevoerd.

21. Dit middel, dat niet tegen het bestreden arrest is gericht, doch tegen de omstreden beschikking van de Commissie, is echter ook in zijn geheel niet-ontvankelijk, omdat het betrekking heeft op de beoordeling van feiten die niet uit het bestreden arrest naar voren komen, terwijl evenmin is gesteld dat die feiten geldig voor de feitenrechter zijn aangevoerd.

22. De niet-ontvankelijkheid van dit middel wordt niet opgeheven door de omstandigheid, dat de vormgebreken in de bestreden beschikking waarop rekwirante zich beroept, behoren tot de door de gemeenschapsrechter ambtshalve te toetsen punten. Rekwirante betoogt niet, dat het Gerecht een rechtsfout heeft begaan door een ambtshalve onderzoek van deze pre-

18 — Artikel 41 van 's Hofs Statuut-EEG, dat van overeenkomstige toepassing is op de procedure voor het Gerecht.

19 — Zie punt 17 hierboven.

tense gebreken achterwege te laten, wat een argument van juridische aard zou zijn geweest[20], doch dat de rechter in hogere voorziening ongeacht eventuele rechtsfouten in het bestreden arrest ambtshalve kan of moet onderzoeken, of de beschikking van de Commissie waartegen voor het Gerecht is opgekomen, in strijd met wezenlijke vormvoorschriften is vastgesteld. Deze redenering gaat lijnrecht in tegen artikel 51 van 's Hofs Statuut-EEG en kan derhalve niet worden aanvaard.

Het tweede middel moet dus worden afgewezen.

b) Het eerste middel in hogere voorziening

23. Met het eerste middel klaagt rekwirante over schending van een reeks procedurevoorschriften in verband met de afwijzing van het verzoek om heropening van de mondelinge behandeling en om gelasting van aanvullende instructiemaatregelen. Voor een uitvoerige bespreking van dit middel verwijs ik naar mijn conclusie in de zaak Hüls/Commissie.[21]

24. Terecht concentreert rekwirante haar kritiek op de gebrekkige redenering van het Gerecht in punt 395 van het bestreden arrest.[22] Bij het onderzoek van rekwirantes verzoek om heropening van de mondelinge behandeling heeft het Gerecht inderdaad niet de geëigende juridische weg bewandeld. Enerzijds heeft het de regels inzake de bewijslast niet juist toegepast door te oordelen, dat rekwirante geen „voldoende aanwijzingen" voor haar stellingen inzake vormgebreken in de polypropyleenbeschikking had verschaft. Rekwirante had geen toegang en kon geen toegang hebben tot de beslissende bewijselementen voor de juistheid van haar argumenten; dit bewijs bevond zich in de exclusieve beschikkingsmacht van de Commissie. In dergelijke gevallen moet de partij die een grief naar

20 — Een desbetreffende klacht zou echter falen. Zie punten 30 e.v. en 77-79 van mijn conclusie in de zaak Hüls/Commissie.

21 — Zie punten 39-79.

22 — Het middel van rekwirante met betrekking tot de non-existentie van de bestreden beschikking behoeft hier niet te worden onderzocht. Zoals gezegd, heeft rekwirante in repliek van dit middel afgezien. Bovendien is de vaststelling van het Gerecht, dat de beweerde vormgebreken in de polypropyleenbeschikking, gesteld dat ze bestaan, deze beschikking niet non-existent maken, qua conclusie correct; zoals het Hof later in het kader van de PVC-zaken heeft beslist, kunnen deze gebreken weliswaar tot nietigverklaring van de gebrekkige beschikking leiden, doch brengen zij niet de non-existentie daarvan met zich. Ik verwijs te dien aanzien naar mijn analyse van het PVC-arrest van het Hof in de punten 20-24 van mijn conclusie in de zaak Hüls/Commissie.
Volledigheidshalve wil ik er echter op wijzen, dat de motivering van het bestreden arrest juridisch niet steekhoudend is. Het vermoeden van wettigheid gaat niet op voor een non-existente handeling. De juridische beoordeling van de existentie van een handeling gaat logischerwijs vooraf aan de beoordeling, in hoeverre er al dan niet een vermoeden van wettigheid bestaat, waarvoor de existentie immers een noodzakelijke voorwaarde is. Het standpunt van het Gerecht, dat ten bewijze van de non-existentie van een handeling aanwijzingen moeten worden verschaft die „het uiterlijke vermoeden van geldigheid" van de handeling tenietdoen, is dan ook onlogisch en dus juridisch onjuist (zie punt 36 van mijn conclusie in de zaak Hüls)/ Commissie.
Bovendien brengt een correcte uitoefening van het rechterlijk toezicht naar mijn oordeel mee, dat wordt onderzocht, of het gestelde over vermoedelijke vormgebreken in de polypropyleenbeschikking, los van de juridische kwalificatie ervan door partijen, eventueel een schending van wezenlijke vormvoorschriften uitwijst. Indien een partij een reeks feiten voordraagt waaruit volgens haar blijkt, dat de bestreden handeling non-existent is, is het Gerecht niet gebonden aan de juridische kwalificatie van deze feiten door die partij. In het kader van een correcte uitlegging van de hem ter beoordeling voorgelegde memories moet het Gerecht, ongeacht of de verzoekende partij uit de door haar aangevoerde gebreken in de bestreden handeling de non-existentie dan wel de nietigheid ervan afleidt, nagaan, of de handeling daadwerkelijk door deze gebreken wordt gekenmerkt.

voren brengt, „aanwijzingen" verschaffen waaruit blijkt dat de haar onbekende gegevens van belang zijn voor haar verweer en moet zij ten minste „een begin van bewijs" leveren voor de vermoedens die zij uit die gegevens meent te kunnen afleiden.[23] Is aan deze voorwaarden voldaan, dan mag de gemeenschapsrechter het verzoek om heropening van de mondelinge behandeling niet afwijzen met het argument, dat er geen „geschikte" of „toereikende" aanwijzingen voor de gegrondheid van de betrokken grieven zijn.

25. Dit neemt niet weg, dat de beslissing van het Gerecht op rekwirantes verzoek om heropening van de procedure en om aanvullende maatregelen van instructie te gelasten, correct is en wel om de volgende redenen. Zoals reeds vermeld, zijn de feitelijke en juridische gronden waarop rekwirante zich in haar bedoelde memorie beriep, eerst na afloop van de mondelinge behandeling voorgedragen. Volgens het communautaire procesrecht hebben partijen in uitzonderingsgevallen inderdaad de mogelijkheid om na afloop van de schriftelijke fase van de procedure nieuwe middelen en excepties voor te dragen, voor zover de eraan ten grondslag liggende omstandigheden hen niet eerder bekend waren en zij deze om die reden niet tijdig konden aanvoeren. Deze mogelijkheid bestaat evenwel slechts bij hoge uitzondering en moet eng worden uitgelegd. In casu had rekwirante alleen al aan het denken moeten zijn gezet doordat het dossier van de zaak geen gegevens bevatte waaruit met zekerheid kon worden afgeleid, of de procedure van artikel 12 van het reglement van orde van de Commissie was nageleefd bij de goedkeuring van de polypropyleenbeschikking, of de commissarissen bij de besluitvorming beschikten over alle voorgeschreven taalversies van de ontwerpbeschikking, en of de tekst van de aan rekwirante betekende beschikking volledig overeenstemde met de door het college van commissarissen vastgestelde tekst. Aangezien Chemie Linz de desbetreffende middelen niet reeds in het stadium van de schriftelijke behandeling heeft voorgedragen — al waren zij maar op veronderstellingen gebaseerd — in combinatie met het verzoek aan het Gerecht om de Commissie te gelasten de beslissende stukken over te leggen, kon zij noch aanspraak erop maken, deze middelen na afloop van de mondelinge behandeling alsnog te mogen voordragen[24], noch verlangen, dat de mondelinge behandeling werd heropend. Bijgevolg heeft het Gerecht de door rekwirante in haar memorie van 28 februari 1992 gedane verzoeken terecht niet toegewezen.[25]

23 — *Zie punten 54-56 van mijn conclusie in de zaak Hüls/Commissie.*

24 — Zie punten 57 e.v. van mijn conclusie in de zaak Hüls.

25 — Voor zover het Gerecht haar memorie ten gronde heeft onderzocht, kan volgens rekwirante in hogere voorziening geen uitspraak worden gedaan over de al dan niet tijdige indiening van deze memorie. De betrokken beoordeling door het Gerecht ziet op de feiten van het geschil en vormt geen rechtsvraag in de zin van artikel 51 van 's Hofs Statuut-EEG, aldus rekwirante. Mijns inziens gaat dit argument niet op. Enerzijds heeft het Gerecht zich niet uitgesproken over de tijdige indiening van de memorie. In punt 395 wordt integendeel uitdrukkelijk gezegd: „Een eerste vraag is dus, of verzoekster wel voldoende rechtvaardigingsgronden heeft aangevoerd voor de omstandigheid dat zij zich niet eerder heeft beroepen op die gebreken, die in ieder geval reeds vóór de indiening van het beroep bestonden." Anderzijds vormt de vraag, of er inderdaad onbekende feiten van beslissende invloed zijn aangevoerd die een heropening van de mondelinge behandeling rechtvaardigden, een — voor toetsing in hogere voorziening vatbare — rechtsvraag (zie voor de inhoud van dit begrip, punten 8 e.v. van mijn conclusie in de zaak Hüls/Commissie (C-199/92 P) en punt 38 van mijn conclusie in de zaak DSM/Commissie (C-5/93 P).

26. Op grond van het voorgaande heeft het Gerecht het verzoek van rekwirante om heropening van de mondelinge behandeling en om aanvullende instructiemaatregelen derhalve terecht afgewezen. Het eerste middel moet dus falen.

VI — Conclusie

27. Ik geef het Hof in overweging:

1) De hogere voorziening van Chemie Linz GmbH in haar geheel af te wijzen.

2) Het interventieverzoek af te wijzen.

3) Interveniënte in haar eigen kosten te veroordelen.

4) Rekwirante in de overige kosten te verwijzen.