FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GEORGES COSMAS

fremsat den 15. juli 1997 *

I den foreliggende sag skal Domstolen træffe afgørelse vedrørende den af Shell International Chemical Company Ltd (herefter »Shell«) iværksatte appel i henhold til artikel 49 i EØF-statutten for Domstolen af en dom afsagt af Retten i Første Instans den 10. marts 1992 [1]. Den appellerede dom frifandt sagsøgte i den efter EØF-traktatens (herefter »traktaten«) artikel 173 anlagte annullationssøgsmål vedrørende Kommissionens beslutning af 23. april 1986 (herefter »polypropylen-beslutningen«) [2]. Denne beslutning vedrørte anvendelsen af traktatens artikel 85 i forbindelse med produktion af polypropylen.

I — Sagens faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne for Retten i Første Instans

1. Med hensyn til sagens faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne for Retten i Første Instans fremgår følgende af den appellerede dom: Det vesteuropæiske polypropylen-marked blev før 1977 næsten udelukkende forsynet af ti producenter, hvoraf den ene var Shell (som tillige var en af »de fire store«), hvis markedsandel svingede mellem 10,7 og 11,7%. Efter at firmaet Montedison's patenter var udløbet, fremkom der fra 1977 syv nye producenter med en betydelig produktionskapacitet. Dette modsvaredes ikke af en tilsvarende stigning i efterspørgslen, således at der i det mindste indtil 1982 ikke var nogen ligevægt mellem udbud og efterspørgsel. Generelt var polypropylen-markedet i perioden fra 1977 til 1983 kendetegnet ved en lav rentabilitet eller endda betydelige tab.

2. Den 13. og 14. oktober 1983 foretog tjenestemænd fra Kommissionen i medfør af artikel 14, stk. 3, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962 [3] (herefter »forordning nr. 17«) samtidige kontrolundersøgelser hos en række virksomheder, der fremstillede polypropylen. I tilslutning til disse kontrolundersøgelser fremsatte Kommissionen i henhold til artikel 11 i forordning nr. 17 anmodning om oplysninger, ikke blot over for disse virksomheder, men også over for andre virksomheder med tilsvarende forretningsområde. På grundlag af bevismateriale, der blev tilvejebragt i forbindelse med kontrolundersøgelserne og anmodningen om oplysninger, nåede Kommissionen til den konklusion, at visse polypropylen-producenter, herunder Shell, fra 1977 til 1983 havde tilsidesat traktatens artikel 85. Kommissionen besluttede derfor

* Originalsprog: græsk.

1 — Sag T-11/89, Shell mod Kommissionen, Sml. II, s. 757.

2 — Vedrørende en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/31.149 — Polypropylen), EFT L 230, s. 1.

3 — Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86, EFT 1959-1962, s. 81.

den 30. april 1984 at iværksætte en procedure i henhold til artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17, og den fremsendte en skriftlig meddelelse om klagepunkterne til de pågældende virksomheder.

3. På grundlag af denne procedure vedtog Kommissionen den 23. april 1986 den ovennævnte beslutning, der lyder således:

»*Artikel 1*

(Virksomhederne)... Shell International Chemical Co. Ltd... har overtrådt EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, ved:

...

— for Hoechst's, ICI's, Montepolimeri's og Shell's vedkommende, fra omkring midten af 1977 og mindst til november 1983...

at have deltaget i en aftale og samordnet praksis, der havde sin oprindelse i 1977, og hvorved de producenter, der leverer polypropylen på Fællesskabets område:

a) kontaktede hinanden og regelmæssigt (fra begyndelsen af 1981 to gange om måneden) mødtes på en række hemmelige møder for at drøfte og fastlægge deres forretningspolitik

b) fra tid til anden fastsatte 'målpriser' (eller minimumspriser) for salg af produktet i hver af EF's medlemsstater

c) vedtog forskellige foranstaltninger med det formål at lette iværksættelsen af sådanne målpriser, omfattende (hovedsagelig) midlertidige produktionsbegrænsninger, udveksling af detaljerede oplysninger om deres leverancer, afholdelse af lokale møder og fra udgangen af 1982 et 'kundeledelsessystem' med henblik på gennemførelse af prisforhøjelser over for bestemte kunder

d) indførte samtidige prisforhøjelser for at virkeliggøre disse mål

e) delte markedet ved at tildele hver producent et årligt salgsmål eller en årlig 'kvote' (1979, 1980 og i det mindste en del af 1983) eller, i mangel af en endelig aftale for hele året, krævede, at producenterne begrænsede deres salg i hver måned på basis af salget i en foregående periode (1981, 1982).

...

Artikel 3

For den i artikel 1 fastslåede overtrædelse pålægges nedenstående virksomheder følgende bøder:

...

xiii) Shell International Chemical Co. Ltd en bøde på 9 000 000 ECU, eller 5 803 173 GBP...«

4. Fjorten af de femten virksomheder, til hvem den omhandlede beslutning var rettet, herunder appellanten, rejste annullationssøgsmål vedrørende Kommissionens beslutning. Under den mundtlige forhandling, der fandt sted for Retten i Første Instans fra den 10. december 1990 til den 15. december 1990, blev parternes anbringender behandlet mundtligt, og parterne besvarede Rettens spørgsmål.

5. Ved skrivelse indgivet til Rettens Justitskontor den 6. marts 1992, og således efter at den skriftlige og mundtlige forhandling var afsluttet, men dog inden dommens afsigelse, begærede Shell for Retten i Første Instans genåbning af den mundtlige forhandling. Til støtte for begæringen anførte Shell visse faktiske oplysninger, som selskabet hævdede ikke at have haft kendskab til før efter den mundtlige forhandling, især nærmere efter afsigelsen af Rettens dom i de beslægtede sager BASF m.fl. mod Kommissionen (herefter »PVC-sagerne«)[4]. Efter Shell's opfattelse kunne det af disse oplysninger udledes, at den anfægtede beslutning var behæftet med alvorlige formelle mangler, og at den derfor var en nullitet. Der var endvidere alvorlig grund til at antage, at den omhandlede beslutning var behæftet med andre væsentlige formelle mangler. Derfor anmodede Shell Retten i Første Instans om at genåbne den mundtlige forhandling og foranstalte bevisoptagelse.

Efter på ny at have hørt generaladvokaten afslog Retten ved sin ovennævnte afgørelse

4 — Dom af 27.2.1992, forenede sager 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 og T-104/89, BASF m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 315. Den mundtlige forhandling i disse sager blev afsluttet den 10.12.1991.

af 10. marts 1992 denne begæring. Samtidig gav Retten til dels sagsøgeren medhold og nedsatte bøden.

6. Shell har derefter appelleret sagen og nedlagt følgende påstande:

»1) Den appellerede dom ophæves, navnlig for så vidt Retten afslog at genåbne den mundtlige forhandling og at foranstalte bevisoptagelse, og

— fastslå, at enten er Kommissionens beslutning en nullitet, eller beslutningen annulleres på grund af manglende kompetence eller tilsidesættelse af væsentlige procedurekrav

— eller at hjemvise sagen til Retten.

2) Der anordnes sådanne yderligere foranstaltninger med henblik på bevisoptagelse og sagens tilrettelæggelse.

3) Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.«

Kommissionen har påstået appellen afvist, henholdsvis forkastet, og appellanten pålagt sagens omkostninger.

DSM NV har interveneret under appellen til støtte for Shell's påstande.

II — Spørgsmålet, om interventionen kan admitteres

7. Med hensyn til, om DSM's intervention i denne sag kan admitteres, er min bedømmelse nøjagtig den samme som i mit forslag til afgørelse i den tilsvarende sag Hüls mod Kommissionen [5].

III — Undersøgelse af anbringenderne til støtte for appellen

A — *Parternes argumenter*

8. Efter appellantens opfattelse er den appellerede dom behæftet med en retlig fejl, for så vidt angår prøvelsen og forkastelsen af de anbringender, der blev gjort gældende

5 — Jf. punkt 10-16 i mit forslag til afgørelse, ligeledes af dags dato, i sag C-199/92 P.

i begæringen af 6. marts 1992. Shell anfører, at man havde fremlagt overbevisende dokumentation, som ingen domstol med rette burde have tilsidesat. Denne dokumentation vedrørte manglende stadfæstelse af polypropylen-beslutningen i henhold til artikel 12 i Kommissionens forretningsorden, hvilket medfører, at den anfægtede beslutning retligt var en nullitet. Som følge heraf var det ikke nødvendigt at fremlægge yderligere bevis for, at teksten i beslutningen var blevet ændret efter vedtagelsen. Shell henviser imidlertid for en sikkerheds skyld til teksten i den polypropylen-beslutning, der blev meddelt selskabet, og som selskabet har fremlagt for Domstolen som bevis for disse ændringer. Shell gør endvidere opmærksom på, at selskabet ikke kunne fremskaffe mere fuldstændig dokumentation, netop fordi Retten i Første Instans afslog at tilrettelægge sagens behandling således, at denne dokumentation kunne fremlægges. Appellanten konkluderer, at Retten burde have genåbnet den mundtlige forhandling og underkendt den anfægtede beslutning som nullitet, hvorefter den til sidst burde have afvist hovedsagen. Eftersom Retten ikke gjorde det, bør dommen ophæves af følgende grunde:

1) Retten manglede kompetence til at afsige dom som nævnt i punkt 1-4 i domskonklusionen til den appellerede dom.

2) Der foreligger rettergangsfejl, idet Retten uden behørig begrundelse afviste appellantens begæring af 6. marts 1992.

3) Retten tilsidesatte fællesskabsretten ved at afslå denne begæring og ved at afvise at underkende polypropylen-beslutningen som nullitet.

9. Subsidiært har appellanten fremhævet, at selskabet i begæringen var fremkommet med beviser, hvorefter den anfægtede beslutning kunne formodes at være behæftet med væsentlige formelle mangler. Ved at nægte at tage hensyn til disse indicier og foranstalte bevisoptagelse tilsidesatte Retten fællesskabsretlige bestemmelser (såvel materielle som formelle).

10. Endelig anfører appellanten, at Domstolen ex officio kan underkende den anfægtede beslutning som nullitet, idet den kan træffe enhver relevant processuel foranstaltning med henblik herpå. Efter Shell's opfattelse har Domstolen pligt hertil for at beskytte offentlighedens interesser.

11. Kommissionens anbringender til imødegåelse af appellantens påstande er de samme som de, der blev anført i den tilsvarende sag ICI mod Kommissionen. En detaljeret redegørelse for Kommissionens argumentation er givet i mit forslag til afgørelse i den sag, hvortil jeg — for at undgå gentagelse — skal henvise [6].

6 — Jf. punkt 19 ff. i mit forslag til afgørelse af dags dato i sag C-200/92 P.

B — *Min stillingtagen til de ovennævnte anbringender*

a) Begrænsning af prøvelsen under appel og af appelinstansens kompetence

12. Den under appellen nedlagte påstand om, at Domstolen kan eller skal tilrettelægge sagen således, at der kan fremskaffes beviser for den anfægtede beslutnings nullitet, bør afvises af Domstolen, eftersom den ikke er omfattet af prøvelsen i en appelsag. I den henseende vil jeg henvise til de relevante steder i mit forslag til afgørelse i den tilsvarende sag Hüls mod Kommissionen [7].

Shell's henvisning til bevismateriale, som ikke er omfattet af den appellerede dom, må afvises, og Shell gør ikke gældende, at tilsvarende anbringender vedrørende de faktiske omstændigheder lovligt blev gjort gældende for førsteinstansen [8].

b) Rettens kompetence

13. Dette anbringende må afvises, da det er uklart formuleret. Appellanten har i appelskriftet ikke fremsat anbringender om faktiske eller retlige omstændigheder til støtte for synspunktet om, at Retten i Første Instans manglede beføjelse til at træffe den afgørelse, som er appelleret.

c) Retten i Første Instans' undladelse af at underkende polypropylen-beslutningen som nullitet

14. Begrundelsen i den appellerede dom, hvorefter de mangler, der var gjort gældende i begæringen af 6. marts 1992, ikke var tilstrækkelige til at sikre, at polypropylen-beslutningen blev anset for en nullitet, er korrekt. I virkeligheden gør en manglende overholdelse af proceduren i medfør af artikel 12 i Kommissionens forretningsorden — i henhold til den opfattelse, Domstolen gav udtryk for i PVC-sagerne [9], og som bør følges i den foreliggende sag — hvis denne manglende overholdelse endelig bevises, ikke den beslutning, der berøres heraf, til en nullitet, men den danner grundlag for annullation.

15. Selv om sagsøgerens fejlagtige retlige kvalifikation af de formelle mangler, som sagsøgeren påberåber sig i sin begæring til Retten, til dels kunne finde anvendelse [10],

7 — Jf. punkt 26 og 27.

8 — Jf. punkt 19 og 20 i mit forslag til afgørelse af dags dato i sag C-227/92 P, Hoechst mod Kommissionen.

9 — Dom af 15.6.1994, sag C-137/92 P, Kommissionen mod BASF m.fl., Sml. I, s. 2555. Jf. tillige punkt 20 ff. i mit forslag til afgørelse af dags dato i sag C-199/92 P, Hüls mod Kommissionen.

10 — Den afgørende faktor, som sagsøgeren fremlagde for Retten i Første Instans, består ikke i muligheden for, at den anfægtede beslutning var en nullitet, men i sandsynligheden for formelle mangler, nemlig undladelsen af at bekræfte beslutningens ægthed, senere ændring af dens indhold og tilsidesættelse af sprogordningen. Med andre ord er den retlige kvalifikation, parterne tillægger de faktiske omstændigheder, ikke afgørende for Fællesskabets retsinstanser, men derimod selve de faktiske omstændigheder, som de lægger til grund. Navnlig når disse faktiske omstændigheder, såfremt de godtgøres, ikke kan gøre beslutningen til en nullitet, men alligevel udgør en tilsidesættelse af et væsentligt formkrav i forbindelse med vedtagelsen af den omhandlede beslutning, skal de ex officio undersøges af retsinstansen, hvilket kan medføre ugyldighed.

kan Rettens dom ikke ophæves. Det skyldes, at det ikke af den appellerede dom fremgår, at Retten, som skulle foretage en realitetsbedømmelse, fandt, at sådanne mangler var blevet godtgjort. Som følge deraf er appellantens antagelser i den henseende, samt interventionen som helhed, uden grundlag. (Med hensyn til dette punkt skal jeg henvise til den analyse, jeg har givet i punkt 31 ff. i mit forslag til afgørelse i sagen Hoechst mod Kommissionen.)

d) Spørgsmålet, om den anfægtede beslutning er behæftet med væsentlige formelle mangler

16. Appellanten har gjort gældende, at der på grundlag af den dokumentation, man fremlagde med skrivelse af 6. marts 1992, var tilstrækkelige indicier for, at polypropylen-beslutningen blev vedtaget under tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter. Som følge heraf begik Retten en fejl, idet den afslog at genåbne den mundtlige forhandling og at foranstalte ny bevisoptagelse med henblik på at fastslå, om disse tilsidesættelser forelå.

17. Jeg skal først præcisere, at det spørgsmål, der er rejst af appellanten, er et retsspørgsmål og derfor kan påkendes under appellen, hvilket Kommissionen ikke mener. Mere præcist er spørgsmålet, om en korrekt fortolkning og anvendelse af bevisbyrdereglerne, sammenholdt med bestemmelserne i artikel 48, 62 og 64 i Rettens procesreglement, krævede, at Retten genåbnede den mundtlige forhandling udelukkende på grundlag af de oplysninger, som blev fremsat i processkriftet fra Shell af 6. marts 1992, et retsspørgsmål om subsumptionen af fastslåede fakta under de relevante retsregler, hvorfor det kan prøves under appelsagen [11].

18. Endvidere finder jeg, at Rettens begrundelse for at afslå appellantens begæring om genåbning af den mundtlige forhandling retligt er urigtig [12]. Det resultat, Retten nåede frem til, er imidlertid korrekt, uanset indholdet af den pågældende argumentation i den appellerede dom. Shell's begæring opfyldte ikke de i lovgivningen fastsatte betingelser for at blive imødekommet af Retten, som heller ikke efter reglerne om domsprøvelse ex officio [13] havde pligt til at genåbne den mundtlige forhandling. Disse anbringender bør følgelig forkastes.

11 — Jf. punkt 9 i mit forslag til afgørelse i sagen Hüls mod Kommissionen.

12 — Eftersom grundlaget for den appellerede dom er nøjagtig det samme som det, der er anført i præmis 401 i dom af 10.3.1992, sag T-13/89, ICI mod Kommissionen, Sml. II, s. 1021, finder jeg det hensigtsmæssigt — for at undgå gentagelse — at henvise spørgsmålet om den pågældende argumentations lovlighed til punkt 26 i mit forslag til afgørelse i sag C-200/92 P, ICI mod Kommissionen.

13 — Se den analyse, der er givet i punkt 57-79 i mit forslag til afgørelse i sagen Hüls mod Kommissionen, som jeg her skal henvise til.

IV — Forslag til afgørelse

19. Jeg skal herefter foreslå Domstolen,

1) i det hele at forkaste den af Shell International Chemical Company Ltd iværksatte appel

2) at afvise begæringen om intervention

3) at pålægge intervenienten at betale sine egne omkostninger

4) at dømme appellanten til at betale appelsagens omkostninger.