CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. COSMAS

van 15 juli 1997 *

In de onderhavige zaak dient het Hof te beslissen op de door Shell International Chemical Company Ltd (hierna: „Shell") 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[2] (hierna: „polypropyleenbeschikking") 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 Shell (die tevens tot de „grote vier" behoort) met een marktaandeel van ongeveer 10,7 tot 11,7 %. 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] 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 bij die verificaties en verzoeken om inlichtingen verzamelde materiaal kwam de Commissie tot de conclusie, dat sommige polypropyleenproducenten, waaronder Shell, tussen 1977 en 1983 in strijd met artikel 85 van het Verdrag hadden gehandeld. Derhalve besloot de Commissie op 30 april 1984 de

* Oorspronkelijke taal: Grieks.

1 — Shell/Commissie (T-11/89, Jurispr. blz. II-757).

2 — 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, blz. 204).

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] (...) Shell International Chemical Co. Ltd (...) hebben inbreuk gemaakt op artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag, door deel te nemen

(...)

— in het geval van Hoechst, ICI, Montepolimeri en Shell, vanaf omstreeks halverwege 1977 tot tenminste 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 Lid-Staat 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 tenminste 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:

(...)

xiii) Shell International Chemical Company Ltd, 9 000 000 ECU, dat is 5 803 173 UKL.

(...)"

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 afzondelijke memorie, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 6 maart 1992, toen de schriftelijke en mondelinge behandeling al was voltooid, doch vóór de uitspraak van het arrest, verzocht Shell 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 de sluiting van de mondelinge behandeling, en in het bijzonder na de terechtzitting en de uitspraak van het arrest van het Gerecht in de gevoegde zaken BASF e.a./Commissie[4] (hierna: „PVC-zaken"). Naar Shell stelt, komen uit deze gegevens ernstige vormverzuimen in de beschikking van de Commissie naar voren, waardoor deze non-existent is. Daarnaast zouden er belangrijke aanwijzingen zijn, dat er nog andere wezenlijke vormgebreken aan de betrokken beschikking kleven. Om deze redenen heeft Shell het Gerecht verzocht, de mondelinge behandeling te heropenen en instructiemaatregelen te gelasten.

Na de advocaat-generaal opnieuw te hebben gehoord, heeft het Gerecht deze ver-

4 — Arrest van 27 februari 1992 (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). De mondelinge behandeling in deze zaken is op 10 december 1991 gesloten.

zoeken bij voornoemd arrest van 10 maart 1992 afgewezen. Tegelijkertijd verklaarde het Gerecht het beroep gedeeltelijk gegrond en verlaagde het de opgelegde geldboeten.

6. Shell heeft tegen dit arrest hogere voorziening ingesteld, waarin zij het Hof verzoekt:

1) het bestreden arrest te vernietigen, met name in zoverre het Gerecht heeft geweigerd de mondelinge behandeling te heropenen en instructiemaatregelen te gelasten, en

— hetzij de beschikking van de Commissie non-existent te verklaren ofwel nietig te verklaren wegens onbevoegdheid of schending van wezenlijke vormvoorschriften,

— hetzij de zaak naar het Gerecht terug te verwijzen;

2) verdere instructiemaatregelen te gelasten die nodig zijn voor een beslissing van het geschil;

3) de Commissie in de kosten te verwijzen.

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 Shell.

II — De ontvankelijkheid van de tussenkomst

7. Ten aanzien van de ontvankelijkheid van de tussenkomst van DSM in de onderhavige zaak zou ik exact hetzelfde willen opmerken als in mijn conclusie in de verwante zaak Hüls/Commissie. [5]

III — Onderzoek van de middelen in hogere voorziening

A — *Argumenten van partijen*

8. Volgens rekwirante berust het bestreden arrest, voor zover daarin de door haar in haar verzoek van 6 maart 1992 aangevoerde middelen zijn onderzocht en ver-

5 — Zie punten 10-16 van mijn conclusie van vandaag in zaak C-199/92 P.

worpen, op een rechtsfout. Shell is van oordeel, dat zij dwingend bewijs heeft verstrekt dat door geen enkele rechterlijke instantie had mogen worden veronachtzaamd. Dit bewijs betreft het ontbreken van de waarmerking van de polypropyleenbeschikking, zoals voorgeschreven in artikel 12 van het reglement van orde van de Commissie, zodat de bestreden beschikking juridisch non-existent is. Derhalve behoefde geen aanvullend bewijs te worden geleverd, dat de tekst van de beschikking na de vaststelling ervan was gewijzigd. Wat hiervan ook zij, Shell baseert zich in elk geval op de tekst van de aan haar betekende polypropyleenbeschikking, die zij ten bewijze van die wijzigingen aan het Hof heeft overgelegd. Zij stelt voorts, dat het haar niet mogelijk is om vollediger bewijs te leveren, aangezien het Gerecht nu juist weigerde de ter verkrijging van dat bewijs noodzakelijke maatregelen tot organisatie van de procesgang te gelasten. Rekwirante concludeert, dat het Gerecht de heropening van de mondelinge behandeling had moeten bevelen en de bestreden beschikking non-existent had moeten verklaren, wat uiteindelijk in niet-ontvankelijkverklaring van het beroep zou hebben geresulteerd. Nu het dit heeft nagelaten, moet het arrest worden vernietigd op de volgende gronden:

1) Het Gerecht was niet bevoegd te beslissen als het in de punten 1 tot en met 4 van het dictum van het bestreden arrest heeft gedaan;

2) door het verzoek van 6 maart 1992 zonder geldige reden af te wijzen, heeft het Gerecht de procesregels geschonden;

3) het Gerecht heeft het gemeenschapsrecht geschonden door dat verzoek af te wijzen en door te weigeren de polypropyleenbeschikking non-existent te verklaren.

9. Subsidiair betoogt rekwirante, dat zij in haar verzoek gegevens had verstrekt die erop duidden, dat er naar alle waarschijnlijkheid wezenlijke vormfouten aan de bestreden beschikking kleefden. Door te weigeren deze relevante aanwijzingen in aanmerking te nemen en instructiemaatregelen te gelasten, heeft het Gerecht de (formele en materiële) regels van gemeenschapsrecht geschonden.

10. Tot slot brengt rekwirante naar voren, dat het Hof de non-existentie van de bestreden beschikking ambtshalve kan vaststellen na zelf de daartoe geëigende instructiemaatregelen te hebben gelast. Volgens Shell is het Hof uit het oogpunt van bescherming van het openbaar belang verplicht aldus te handelen.

11. De argumenten van de Commissie ter weerlegging van rekwirantes betoog zijn identiek aan die welke zij in haar verweer in de verwante zaak ICI/Commissie heeft aangevoerd. Een uitvoerige weergave hiervan is te vinden in mijn conclusie in die zaak; om niet in herhalingen te vervallen, volsta ik met een verwijzing daarnaar. [6]

6 — Zie punten 19 e.v. van mijn conclusie van vandaag in zaak C-200/92 P.

B — *Mijn standpunt ten aanzien van de voorgaande argumenten*

a) Grenzen van de toetsing in hogere voorziening en aan de bevoegdheid van de rechter in hogere voorziening

12. Het middel volgens hetwelk het Hof passende instructiemaatregelen kan of moet gelasten teneinde bewijs voor de non-existentie van de bestreden beschikking te verzamelen, is niet-ontvankelijk voor het Hof, aangezien het de grenzen van de toetsing in hogere voorziening te buiten gaat. Ik verwijs op dit punt naar mijn conclusie in de verwante zaak Hüls/Commissie, reeds aangehaald. [7]

De verwijzing van Shell naar niet in het bestreden arrest opgenomen bewijselementen is ontoelaatbaar, en Shell betoogt niet, dat overeenkomstige feitelijke argumenten op geldige wijze zijn aangevoerd voor de feitenrechter. [8]

b) Bevoegdheid van het Gerecht van eerste aanleg

13. Dit middel is wegens zijn vage karakter niet-ontvankelijk. In haar verzoekschrift in hogere voorziening voert rekwirante nergens de feitelijke en juridische argumenten aan waarop zij haar standpunt baseert, dat het Gerecht niet bevoegd was een arrest met een dictum als dat van het bestreden arrest te wijzen.

c) Verzuim van het Gerecht om de non-existentie van de polypropyleenbeschikking vast te stellen

14. De redenering in het bestreden arrest, dat de in het verzoek van 6 maart 1992 aangevoerde gebreken niet van zodanig gewicht waren dat zij de non-existentie van de polypropyleenbeschikking konden rechtvaardigen, is correct. Immers, overeenkomstig het standpunt van het Hof in de PVC-zaken [9], dat mijns inziens navolging verdient in de onderhavige zaak, leidt de niet-naleving van de procedure van artikel 12 van het reglement van orde van de Commissie, indien bewezen, niet tot non-existentie van de betrokken beschikking, doch levert dit een grond voor nietigverklaring op.

15. En ook al zou de onjuiste juridische kwalificatie door rekwirante van de vormgebreken waarop zij zich voor het Gerecht heeft beroepen, tot op zekere hoogte van waarde zijn [10], dan nog dient het arrest van

7 — Zie punten 26 en 27.

8 — Zie punten 19 en 20 van mijn conclusie van vandaag in zaak (C-227/92 P), Hoechst/Commissie.

9 — Arrest van 15 juni 1994, Commissie/BASF e.a. (C-137/92 P, Jurispr. blz. I-2555). Zie ook punt 20 e.v. van mijn conclusie van vandaag in de zaak Hüls/Commissie.

10 — Het beslissende element dat rekwirante voor het Gerecht heeft aangevoerd, is niet de waarschijnlijkheid dat bestreden beschikking non-existent is, doch de mogelijkheid dat er verschillende vormfouten aan die beschikking kleven, te weten het ontbreken van de waarmerking van de beschikking, de wijziging achteraf van de tekst ervan en de niet-inachtneming van de taalregeling. Met andere woorden, niet de door partijen aan de feiten gegeven juridische kwalificatie, maar de aangevoerde feiten zelf zijn van belang voor de rechter; dit geldt met name wanneer die feiten, zo ze bestaan, weliswaar niet tot non-existentie van de handeling kunnen leiden, maar desondanks schending van een wezenlijk vormvoorschrift in de ambtshalve te toetsen procedure van totstandkoming van het betrokken besluit opleveren en derhalve de nietigverklaring ervan meebrengen.

het Gerecht niet te worden vernietigd. Uit het bestreden arrest blijkt namelijk niet, dat deze feitenrechter heeft vastgesteld, dat er aanwijzingen voor dergelijke gebreken bestonden. Bijgevolg is het betoog van rekwirante op dit punt, alsmede de tussenkomst in haar geheel, ongegrond (dienaangaande zou ik willen verwijzen naar de analyse in de punten 31 e.v. van mijn conclusie in de zaak Hoechst/Commissie).

d) Eventuele aanwezigheid van wezenlijke vormgebreken in de bestreden beschikking

16. Rekwirante betoogt, dat het bewijsmateriaal dat zij in haar verzoek van 6 maart 1992 heeft aangedragen, voldoende aanwijzingen bevatte dat de polypropyleenbeschikking in strijd met een wezenlijk vormvoorschrift was gegeven; bijgevolg heeft het Gerecht ten onrechte geweigerd de mondelinge behandeling te heropenen en verdere instructiemaatregelen te gelasten om de aanwezigheid van die vormgebreken vast te stellen.

17. Om te beginnen wil ik opmerken, dat het door rekwirante opgeworpen vraagpunt van juridische aard is en dus ontvankelijk in hogere voorziening, zulks in tegenstelling tot hetgeen de Commissie beweert. Meer in het bijzonder de vraag, of bij een correcte uitlegging en toepassing van de regels inzake de bewijslastverdeling in samenhang met de bepalingen van de artikelen 48, 62 en 64 van het Reglement voor de procesvoering het Gerecht de mondeling procedure had moeten heropenen op grond van enkel de aanwijzingen waarop Shell zich in haar verzoek van 6 maart 1992 beriep, is een rechtsvraag betreffende de toepassing op de feiten van de toepasselijke rechtsregels, en dus vatbaar voor toetsing in hogere voorziening. [11]

18. Bovendien ben ik van mening, dat de motivering waarmee het Gerecht rekwirantes verzoek om heropening van de mondelinge behandeling heeft afgewezen, een rechtsfout bevat. [12] Dit neem echter niet weg, dat de in eerste aanleg bereikte oplossing juist is, los van de specifieke motivering van het bestreden arrest. Het verzoek van Shell voldeed niet aan de wettelijke voorwaarden om door het Gerecht te kunnen worden ingewilligd, noch was het krachtens de voorschriften betreffende ambtshalve toetsing [13] verplicht, de mondelinge behandeling te heropenen. Mitsdien moeten de desbetreffende middelen worden verworpen.

11 — Zie punt 9 van mijn conclusie in de zaak Hüls/Commissie.

12 — Gelet op het feit dat de motivering van het bestreden arrest volkomen identiek is aan die in punt 401 van het arrest van 10 maart 1992, ICI/Commissie, (T-13/89, Jurispr. blz. II-1021), zou ik om herhalingen te voorkomen, ten aanzien van het punt van de wettigheid van deze motivering naar punt 26 van mijn conclusie in zaak ICI/Commissie (C-200/92 P), willen verwijzen.

13 — Zie de analyse in de punten 57-79 van mijn conclusie in de zaak Hüls/Commissie, waarnaar hier zij verwezen.

IV — Conclusie

19. In het licht van het voorgaande geef ik het Hof in overweging:

1) De hogere voorziening van Shell International Chemical Company Ltd in haar geheel af te wijzen.

2) Het verzoek om tussenkomst af te wijzen.

3) Interveniënte in haar eigen kosten te verwijzen.

4) Rekwirante in de overige kosten te verwijzen.