FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT GEORGES COSMAS

föredraget den 15 juli 1997 *

I detta mål skall domstolen ta ställning till ett överklagande som Shell International Chemical Company Ltd (nedan kallat Shell) har gjort enligt artikel 49 i EEG-stadgan för domstolen och som avser upphävande av en dom som meddelades av förstainstansrätten den 10 mars 1992.[1] Genom den överklagade domen ogillade förstainstansrätten den talan som Shell enligt artikel 173 i EEG-fördraget (nedan kallat fördraget) hade fört mot det så kallade polypropenbeslutet, vilket kommissionen antog den 23 april 1986.[2] Beslutet gällde tillämpning av artikel 85 i fördraget inom området för produktion av polypropen.

I — Faktiska omständigheter och förfarandet vid förstainstansrätten

1. Såvitt avser de faktiska omständigheterna och förfarandet vid förstainstansrätten framgår följande av den överklagade domen. Den västeuropeiska marknaden för polypropen tillgodosågs före år 1977 så gott som uteslutande av tio producenter, däribland Shell (som var en av "de fyra stora"), vars marknadsandel uppgick till mellan 10,7 och 11,7 procent. Efter utgången av företaget Montedisons patent uppträdde år 1977 sju nya producenter med stor produktionskapacitet. Efterfrågan ökade emellertid inte i motsvarande grad, varför det först år 1982 förelåg en ungefärlig jämvikt mellan utbud och efterfrågan. Allmänt sett kännetecknades polypropenmarknaden under tiden 1977—1983 av antingen dålig lönsamhet eller betydande förluster.

2. Den 13 och den 14 oktober 1983 genomförde tjänstemän från kommissionen i enlighet med artikel 14.3 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962[3] (nedan kallad förordning nr 17), samtidiga undersökningar hos en rad företag som producerar polypropen. Efter undersökningarna riktade kommissionen en begäran om upplysningar i enlighet med artikel 11 i förordning nr 17 inte bara till dessa företag utan också till andra företag som utövar en liknande verksamhet. Med ledning av det bevismaterial som erhölls inom ramen för dessa undersökningar och denna begäran om upplysningar kom kommissionen fram till att vissa producenter av polypropen, däribland Shell, mellan åren 1977 och 1983

* Originalspråk: grekiska.

1 — Mål T-11/89, Shell mot kommissionen (REG 1992, s. II-757; svensk specialutgåva, volym 12).

2 — IV/31.149 — Polypropen (EGT L 230, s. 1. [beslutet är inte tillgängligt på svenska]).

3 — Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT L 13, 1962, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8).

hade överträtt bestämmelserna i artikel 85 i fördraget. Den 30 april 1984 beslöt kommissionen därför att inleda ett förfarande enligt artikel 3.1 i förordning nr 17, och de berörda företagen underrättades skriftligen om kommissionens anmärkningar.

3. Detta förfarande avslutades med att kommissionen den 23 april 1986 antog ovan nämnda beslut i vilket följande föreskrevs:

"Artikel 1

[Företagen].... Shell International Chemical Ltd... har överträtt bestämmelserna i artikel 85.1 i EEG-fördraget genom att

...

— vad avser Hoechst, ICI, Montepolimeri och Shell, från mitten av år 1977 till åtminstone november 1983,

...

delta i ett avtal och ett samordnat förfarande som gick tillbaka till mitten av 1977 och enligt vilka de producenter som förser den gemensamma marknaden med polypropen

a) tog kontakt med varandra och regelbundet träffades (sedan början av 1981 två gånger i månaden) inom ramen för hemliga sammanträden för att diskutera och slå fast sin affärsstrategi,

b) periodiskt fastställde 'målpriser' (eller minimipriser) för försäljningen av sina produkter i var och en av gemenskapens medlemsstater,

c) kom överens om diverse åtgärder för att underlätta genomförandet av sådana målpriser, inklusive (och huvudsakligen) tillfälliga begränsningar av produktionen, utbyte av detaljerade upplysningar om sina leveranser, hållande av lokala sammanträden och från och med slutet av år 1982 införa 'account management' i syfte att genomföra prishöjningar gentemot vissa kunder,

d) företog samtidiga prishöjningar för att genomföra de nämnda målen,

e) delade upp marknaden genom att ge varje producent ett årligt försäljningsmål eller en årlig 'försäljningskvot' (1979, 1980 och under åtminstone en del av 1983) eller, i brist på ett slutligt avtal för hela året, genom att kräva att producenterna begränsade sin månatliga försäljning genom hänvisning till en föregående period (1981, 1982).

...

Artikel 3

Med anledning av den i artikel 1 fastställda överträdelsen åläggs de i detta beslut angivna företagen följande böter:

...

xiii) Shell International Chemical Co. Ltd, 9 000 000 écu eller 5 803 173 GBP i böter.

..."

4. Fjorton av de femton företag till vilka det ovannämnda polypropenbeslutet riktades, däribland Shell, väckte talan om ogiltigförklaring av beslutet. Under det muntliga förfarandet vid förstainstansrätten, som ägde rum från och med den 10 till och med den 15 december 1990, utvecklade parterna muntligen sin talan och besvarade frågor från rätten.

5. I en särskild skrivelse, som kom in till förstainstansrättens kansli den 6 mars 1992, alltså efter det att både det skriftliga och det muntliga förfarandet avslutats, men innan rätten meddelat dom, yrkade Shell vid förstainstansrätten att det muntliga förfarandet skulle återupptas. Som grund för yrkandet åberopade Shell vissa faktiska omständigheter, som enligt Shell blivit kända först efter det att det muntliga förfarandet avslutats och särskilt efter det att förstainstansrätten avslutat det muntliga förfarandet och meddelat dom i målen BASF med flera mot kommissionen (PVC-målen).[4] Shell gjorde gällande att det av dessa omständigheter framgick att polypropenbeslutet var behäftat med så väsentliga formfel att det var en nullitet. Dessutom förelåg det enligt Shell starka skäl att anta att beslutet även var behäftat med andra väsentliga formfel. Shell begärde därför att förstainstansrätten skulle återuppta det muntliga förfarandet och förordna om ny bevisupptagning.

Efter att ha inhämtat nytt yttrande från generaladvokaten över den sålunda upp-

4 — Dom av den 27 februari 1992 i de förenade målen 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 och T-104/89 (REG 1992, s. II-315; svensk specialutgåva, volym 12). Det muntliga förfarandet i dessa mål avslutades den 10 december 1991.

komna frågan avvisade förstainstansrätten i domen av den 10 mars 1992 yrkandet om återupptagande av det muntliga förfarandet, men biföll delvis Shells talan i sak och nedsatte bötesbeloppet.

6. Shell har överklagat denna dom och yrkat att domstolen skall

"1) upphäva den överklagade domen, särskilt i den del förstainstansrätten har avslagit yrkandet om återupptagande av det muntliga förfarandet och förordnande om ny bevisupptagning,

— i andra hand antingen förklara att kommissionens beslut på grund av bristande behörighet eller åsidosättande av väsentliga formföreskrifter är en nullitet eller förklara beslutet ogiltigt,

— eller, om inget av dessa yrkanden bifalles, återförvisa målet till förstainstansrätten;

2) förordna om den bevisupptagning som domstolen anser behövlig för att avgöra tvisten, samt

3) förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna".

Kommissionen har yrkat att överklagandet skall ogillas och att Shell skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

Företaget DSM NV har i egenskap av intervenient biträtt Shells yrkanden i målet.

II — Tillåtligheten av interventionen

7. Såvitt avser frågan om DSM har rätt att intervenera i detta mål gäller i princip samma överväganden som de jag har gjort i motsvarande avsnitt i mitt förslag till avgörande i det likartade målet Hüls mot kommissionen. [5]

III — Prövning av överklagandet i sak

A — *Parternas argument*

8. Enligt Shells uppfattning har förstainstansrätten gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning till den del den i den överklagade domen har prövat och avslagit

5 — Punkterna 10—16 i mitt denna dag föredragna förslag till avgörande i mål C-199/92 P.

Shells yrkande i skrivelsen av den 6 mars 1992. Shell åberopade vid förstainstansrätten mycket tungt vägande bevis som ingen domstol hade rätt att negligera. Bevisningen hänförde sig till den omständigheten att polypropenbeslutet inte var bestyrkt enligt artikel 12 i kommissionens arbetsordning, med påföljd att det överklagade beslutet var en nullitet. Följaktligen behövdes det enligt Shell ingen ytterligare bevisning för att ordalydelsen i beslutet hade ändrats i efterhand. Oavsett hur det förhåller sig med detta har Shell emellertid, som bevis för att ändringar har skett, åberopat ordalydelsen i den version av polypropenbeslutet som Shell har delgetts och har företett vid domstolen. Shell har anfört att en mera fullständig bevisning inte kunnat framläggas tidigare just därför att förstainstansrätten vägrat att vidta nödvändiga processledande åtgärder för att infordra denna bevisning. Shell anser att förstainstansrätten varit skyldig att återuppta det muntliga förfarandet och besluta att det överklagade beslutet var en nullitet samt att i slutändan avvisa kommissionens huvudyrkande som otillåtligt. Eftersom rätten inte har gjort detta skall domen enligt Shell upphävas av följande skäl:

1) Förstainstansrätten var inte behörig att avgöra de frågor som omfattas av punkterna 1—4 i domslutet i den överklagade domen.

2) Förstainstansrätten begick rättegångsfel när den avslog yrkandet av den 6 mars 1992 utan giltig motivering.

3) Förstainstansrätten åsidosatte gemenskapsrätten genom att avslå yrkandet och genom att inte förklara polypropenbeslutet vara en nullitet.

9. I andra hand har Shell gjort gällande att bolaget i sin skrivelse av den 6 mars 1992 åberopade bevisning som visade att det fanns betydande stöd för antagandet att åtskilliga brister i förfarandet förekommit när beslutet antogs. Genom att inte beakta denna Shells sannolikhetsbevisning och förordna om bevisupptagning har förstainstansrätten enligt Shell åsidosatt gemenskapens materiella och processuella rätt.

10. Slutligen har Shell gjort gällande att domstolen ex officio kan konstatera att det överklagade beslutet är en nullitet och vidta alla processledande åtgärder i detta syfte. Domstolen är enligt Shell skyldig att göra detta för att skydda allmänintresset.

11. Vad kommissionen genmält på Shells överklagande motsvarar vad den har anfört i sitt svaromål i det likartade målet ICI mot kommissionen. För att undvika upprepningar hänvisar jag här till mitt förslag till avgörande i det målet, där kommissionens argument har behandlats i detalj. [6]

6 — Punkt 19 ff i mitt denna dag föredragna förslag till avgörande i mål C-200/92 P, ICI mot kommissionen.

B — *Bedömning*

a) Begränsningen av domstolens kontroll av överklagandet och domstolens befogenheter

12. Yrkandet i överklagandeskrivelsen att domstolen kan eller måste vidta lämpliga processledande åtgärder för att infordra bevis för att polypropenbeslutet är en nullitet, får inte framställas vid domstolen, eftersom en prövning av det skulle överskrida gränserna för den kontroll som domstolen skall göra vid ett överklagande. Jag vill här hänvisa till mina överväganden i motsvarande avsnitt i mitt förslag till avgörande i målet Hüls mot kommissionen. [7]

Shell har inte rätt att vid ett överklagande åberopa bevisning som inte har prövats i den överklagade domen. Shell har inte heller påstått att ifrågavarande omständigheter på rätt sätt åberopades vid den instans som skall bedöma sakförhållandet. [8]

b) Påståendet att förstainstansrättens inte var behörig

13. Denna grund får inte åberopas, eftersom den endast är obestämt formulerad. Shell har i överklagandeskrivelsen inte anfört några sakliga eller rättsliga argument till stöd för påståendet att förstainstansrätten inte var behörig att avgöra de frågor som omfattas av den överklagade domen.

c) Förstainstansrättens avvisning av yrkandet att polypropenbeslutet är en nullitet

14. Förstainstansrätten har gjort en riktig bedömning när den i den överklagade domen konstaterat att de brister som påståtts i skrivelsen av den 6 mars inte är tillräckliga för att leda till att polypropenbeslutet skall betraktas som en nullitet. Enligt domstolens uttalande i domen i PVC-målen, [9] som enligt min mening är tillämpligt också i detta mål, medför den omständigheten att kommissionen inte har iakttagit förfarandet enligt artikel 12 i sin arbetsordning — om det skulle slutligt bevisas att så är fallet — inte att det beslut som är behäftat med bristen i fråga blir en nullitet, utan utgör en ogiltighetsgrund.

15. Även om man bortser från att Shell har gjort en felaktig rättslig bedömning av de formfel som bolaget åberopade vid förstainstansrätten [10] kan den överklagade domen inte upphävas. Av domen framgår

7 — Punkterna 26 och 27 i mitt denna dag föredragna förslag till avgörande i mål C-199/92 P, Hüls mot kommissionen.

8 — Punkterna 19 och 20 i mitt denna dag föredragna förslag till avgörande i mål C-227/92 P, Hoechst mot kommissionen.

9 — Dom av den 15 juni 1994 i mål C-137/92 P, kommissionen mot BASF m.fl. (REG 1994, s. I-2555; svensk specialutgåva, volym 15). Se också punkt 20 ff i mitt förslag till avgörande i målet Hüls mot kommissionen.

10 — Den bevisning som Shell vid förstainstansrätten åberopade som avgörande rörde inte sannolikheten för att det överklagade polypropenbeslutet var en nullitet, utan möjligheten att det var behäftat med formfel, nämligen att det inte var vederbörligen bestyrkt, att dess innehåll ändrats i efterhand och att språkreglerna åsidosatts. Förstainstansrätten skall med andra ord inte bedöma hur parternas rättsligt klassificerat de faktiska omständigheterna, utan de faktiska omständigheter som parterna åberopat. Särskilt när dessa omständigheter, om de bevisas, visserligen inte kan föranleda att beslutet blir en nullitet men likväl visar att någon väsentlig formföreskrift åsidosatts när beslutet antogs måste förstainstansrätten ex officio pröva om de kan leda till en ogiltigförklaring av beslutet.

nämligen inte att förstainstansrätten, som skall bedöma de faktiska omständigheterna, funnit några bevis för att det förelåg några sådana fel. Såväl Shells ifrågavarande påstående som allt vad intervenienten har anfört saknar följaktligen grund. (Jag hänvisar i detta hänseende till min utredning i punkt 31 ff i mitt förslag till avgörande i målet Hoechst mot kommissionen).

d) Påståendet att det överklagade beslutet är behäftat med väsentliga formfel

16. Shell har gjort gällande att den bevisning som åberopades i skrivelsen av den 6 mars 1992 utgjorde tillräckliga skäl för antagande att en väsentlig formföreskrift åsidosatts när polypropenbeslutet antogs. Förstainstansrätten gjorde enligt Shell följaktligen fel när den avvisade yrkandet om återupptagande av det muntliga förfarandet och om vidtagande av åtgärder för en ytterligare utredning om de faktiska omständigheterna i fråga om detta och andra formella brister.

17. Jag vill först påpeka att denna grund är av rättslig natur och följaktligen, i motsats till vad kommissionen har hävdat, får åberopas vid ett överklagande. Frågan huruvida förstainstansrätten, vid en riktig tolkning och tillämpning av reglerna om bevisbördan jämförda med artiklarna 48, 62 och 64 i förstainstansrättens rättegångsregler, varit skyldig att återuppta det muntliga förfarandet enbart på grundval av de indicier som Shell åberopade i skrivelsen av den 6 mars 1992, är med andra ord en rättsfråga som rör tillämpning av de relevanta rättsnormerna på de faktiska omständigheterna och som därför kan prövas av domstolen. [11]

18. Den motivering med vilken förstainstansrätten avvisat Shells yrkande om återupptagande av det muntliga förfarandet är enligt min mening juridiskt felaktig. [12] Oberoende av innehållet i motiveringen i den överklagade domen i denna del är dock det resultat som förstainstansrätten kommit till riktigt. Vad Shell åberopat uppfyllde inte de rättsliga villkoren för ett bifall till yrkandet och rätten var inte heller enligt reglerna om vad den ex officio skall beakta skyldig att på eget inititativ återuppta det muntliga förfarandet. [13] Överklagandet kan därför inte bifallas på denna grund.

11 — Se punkt 9 i mitt förslag till avgörande i målet Hüls mot kommissionen.

12 — Eftersom skälen för den överklagade domen exakt överensstämmer med dem som anges i punkt 401 i dom av den 10 mars 1992 i mål T-13/89, ICI mot kommissionen (REG 1992, s. II-1021; svensk specialutgåva, volym 12) anser jag det för att undvika upprepningar ändamålsenligt att här, beträffande frågan om rättsenligheten av ifrågavarande motivering, hänvisa till punkt 26 i mitt förslag till avgörande i mål C-200/92 P, ICI mot kommissionen.

13 — Jämför utredningen i punkterna 57—79 i mitt förslag till avgörande i målet Hüls mot kommissionen som jag här hänvisar till.

IV — Förslag till avgörande

19. På grund av vad ovan anförts föreslår jag att domstolen skall

1) ogilla överklagandet i dess helhet,

2) avvisa intervenientens yrkanden,

3) förplikta intervenienten att bära sina egna kostnader, och

4) förplikta Shell att ersätta övriga rättegångskostnader.