

ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)

8 juli 1999 *

In zaak C-234/92 P,

Shell International Chemical Company Ltd, gevestigd te Londen (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door K. B. Parker, QC, geïnstrueerd door J. W. Osborne, Solicitor, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van J. Hoss, advocaat aldaar, Côte d'Eich 15,

rekwirante,

ondersteund door

DSM NV, gevestigd te Heerlen (Nederland), vertegenwoordigd door I. G. F. Cath, advocaat te 's-Gravenhage, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van L. Dupong, advocaat aldaar, Rue des Bains 14A,

interveniente in hogere voorziening,

betreffende hogere voorziening tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (Eerste kamer) van 10 maart 1992, Shell/ Commissie (T-11/89, Jurispr. blz. II-757), strekkende tot vernietiging van dat arrest,

* Procestaal: Engels.

andere partij bij de procedure:

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door J. Currall, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van die dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster in eerste aanleg,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: P. J. G. Kapteyn, kamerpresident, G. Hirsch, G. F. Mancini (rapporteur), J. L. Murray en H. Ragnemalm, rechters,

advocaat-generaal: G. Cosmas

griffiers: H. von Holstein, adjunct-griffier, en D. Louterman-Hubeau, hoofd-administrateur

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de pleidooien van partijen ter terechtzitting van 12 maart 1997,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 15 juli 1997,

het navolgende

Arrest

- 1 Bij op 20 mei 1992 ter griffie van het Hof neergelegd verzoekschrift heeft Shell International Chemical Company Ltd (hierna: „Shell”) krachtens artikel 49 van 's Hofs Statuut-EG hogere voorziening ingesteld tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 10 maart 1992, Shell/Commissie (T-11/89, Jurispr. blz. II-757; hierna: „bestreden arrest”).

De feiten en de procedure voor het Gerecht

- 2 Blijkens het bestreden arrest zijn de feiten die aan de hogere voorziening ten grondslag liggen, de volgende.
- 3 Verschillende ondernemingen uit de Europese petrochemische industrie hebben bij het Gerecht beroep tot nietigverklaring ingesteld tegen beschikking 86/398/EEG van de Commissie van 23 april 1986 inzake een procedure op grond van artikel 85 EEG-Verdrag (IV/31.149 — Polypropyleen) (PB L 230, blz. 1; hierna: „polypropyleenbeschikking”).
- 4 Volgens de door het Gerecht bevestigde bevindingen van de Commissie werd de markt van polypropyleen vóór 1977 bevoorraad door tien producenten, waarvan

er vier [Montedison SpA (hierna: „Monte”), Hoechst AG, Imperial Chemical Industries plc en Shell (hierna: „grote vier”)] tezamen 64 % van de markt vertegenwoordigden. Nadat de hoofdoctrooien van Monte waren verstreken, dienden zich in 1977 nieuwe producenten op de markt aan, hetgeen een aanzienlijke toename van de reële productiecapaciteit tot gevolg had, die evenwel niet gepaard ging met een overeenkomstige stijging van de vraag. Dit leidde tot een bezettingsgraad van de productiecapaciteit tussen 60 % in 1977 en 90 % in 1983. Elk van de destijds in de Gemeenschap gevestigde producenten verkocht in alle of nagenoeg alle lidstaten.

- 5 Shell behoorde tot de producenten die vóór 1977 de markt bevoorraadden en was één van de grote vier. Haar aandeel op de West-Europese markt lag tussen de 10,7 en 11,7 %.
- 6 Na verificaties die gelijktijdig bij verschillende ondernemingen van de sector plaatsvonden, verzocht de Commissie een aantal polypropyleenproducenten om inlichtingen krachtens artikel 11 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, blz. 204). Blijkens punt 6 van het bestreden arrest kwam de Commissie op grond van de verkregen inlichtingen tot de conclusie, dat de betrokken producenten tussen 1977 en 1983 in strijd met artikel 85 EG-Verdrag (thans artikel 81 EG) in het kader van een reeks prijsinitiatieven regelmatig richtprijzen hadden vastgesteld en een jaarlijks controlesysteem hadden opgezet voor de verkochte hoeveelheden, teneinde de beschikbare markt op basis van overeengekomen percentages of hoeveelheden onder elkaar te verdelen. Dit was voor de Commissie aanleiding de procedure van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 in te leiden en een aantal ondernemingen, waaronder Shell, een schriftelijke mededeling van punten van bezwaar toe te zenden.
- 7 Aan het einde van deze procedure gaf de Commissie de polypropyleenbeschikking, waarin zij vaststelde dat Shell inbreuk had gemaakt op artikel 85, lid 1, van

het Verdrag, door vanaf een tijdstip tussen medio 1977 tot ten minste november 1983 samen met andere ondernemingen deel te nemen aan een medio 1977 gesloten overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging, krachtens welke de producenten die polypropyleen op de gemeenschappelijke markt aanboden:

- 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;

- van tijd tot tijd voor de verkoop van het product in elke lidstaat van de Gemeenschap „richt“- (of minimum)prijzen bepaalden;

- 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;

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

- 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 uitstreckende overeenkomst door van de producenten een beperking te eisen van hun verkoop in elke maand in vergelijking met een voorafgaande periode (1981, 1982) (artikel 1 van de polypropyleenbeschikking).

- 8 De Commissie gelastte de verschillende betrokken ondernemingen, die inbreuken onmiddellijk te beëindigen en zich voortaan te onthouden van elke overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging die hetzelfde of een soortgelijk doel of gevolg kon hebben. De Commissie gelastte hun eveneens, een einde te maken aan enigerlei uitwisseling van informatie van het type dat gewoonlijk onder het zakengeheim valt, en elke regeling voor de uitwisseling van algemene informatie (zoals het Fides-systeem) zo toe te passen, dat daarvan elke informatie was uitgesloten waaruit het gedrag van individuele producenten kon worden afgeleid (artikel 2 van de polypropyleenbeschikking).

- 9 Shell kreeg een geldboete opgelegd van 9 000 000 ECU, ofwel 5 803 173 UKL (artikel 3 van de polypropyleenbeschikking).

- 10 Op 5 augustus 1986 stelde Shell bij het Hof beroep tot nietigverklaring in tegen deze beschikking. Bij beschikking van 15 november 1989 verwees het Hof de zaak naar het Gerecht krachtens besluit 88/591/EGKS, EEG, Euratom van de Raad van 24 oktober 1988 tot instelling van een Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (PB L 319, blz. 1).

- 11 Shell concludeerde voor het Gerecht tot nietigverklaring van de polypropyleen-beschikking voor zover zij haar betrof, tot opheffing dan wel aanzienlijke verlaging van de haar opgelegde geldboete, alsmede tot verwijzing van de Commissie in de kosten.

- 12 De Commissie concludeerde tot verwerping van het beroep en tot verwijzing van rekwirante in de kosten.

- 13 Bij op 6 maart 1992 ter griffie van het Gerecht neergelegd schrijven heeft Shell het Gerecht verzocht de mondelinge behandeling te heropenen en instructie-maatregelen te gelasten, dit in verband met hetgeen de Commissie had verklaard tijdens de terechtzitting voor het Gerecht in de zaak BASF e.a./Commissie (arrest van 27 februari 1992, zaken 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; hierna: „PVC-arrest van het Gerecht”) en tijdens de persconferentie die de Commissie op 28 februari 1992 had gehouden naar aanleiding van de uitspraak van het arrest in laatstgenoemde zaak.

Het bestreden arrest

- 14 Op het in punt 372 ter sprake gebrachte verzoek om heropening van de procedure besliste het Gerecht, na de advocaat-generaal opnieuw te hebben gehoord, in punt 373, dat er geen termen aanwezig waren om overeenkomstig

artikel 62 van zijn Reglement voor de procesvoering de heropening van de mondelinge behandeling te bevelen, noch om de door Shell gevraagde instructie-maatregelen te gelasten.

- 15 In punt 374 verklaarde het Gerecht:

„Het arrest van 27 februari 1992 (gevoegde zaken 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, BASF e.a./Commissie, Jurispr. blz. II-315) rechtvaardigt op zichzelf niet de heropening van de mondelinge behandeling in de onderhavige zaak. Het Gerecht stelt immers vast, dat een betekende en bekendgemaakte handeling moet worden vermoed geldig te zijn. Het staat derhalve aan degene die zich beroept op de formele ongeldigheid of de non-existentie van een handeling, het Gerecht redenen aan te geven waarom de schijn van geldigheid van de officieel betekende en bekendgemaakte handeling moet worden doorbroken. In de onderhavige zaak hebben verzoeksters geen aanwijzing geleverd, dat de betekende en bekendgemaakte handeling niet was goedgekeurd of vastgesteld door het college van Commissarissen. Met name hebben zij, anders dan in de PVC-zaken (arrest van 27 februari 1992, gevoegde zaken 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, reeds aangehaald, punten 32 e.v.) het geval was, geen elementen naar voren gebracht waaruit blijkt, dat het beginsel van de onaantastbaarheid van de vastgestelde handeling zou zijn geschonden door een wijziging in de tekst van de beschikking na de vergadering van het college van commissarissen tijdens welke deze is vastgesteld.”

- 16 Het Gerecht verklaarde artikel 1 van de polypropyleenbeschikking nietig voor zover daarin werd vastgesteld, dat Shell na september 1983 aan de inbreuk en aan het begin van het prijsinitiatief van januari-mei 1981 had deelgenomen, en verminderde dienovereenkomstig het bedrag van de in artikel 3 van deze beschikking aan rekwirante opgelegde geldboete tot 8 100 000 ECU ofwel 5 222 855,7 UKL. Voor het overige verwierp het het beroep en verwees het Shell in haar eigen kosten alsmede in twee derde van de kosten van de Commissie, die derhalve het restant diende te dragen.

De hogere voorziening

- 17 In haar hogere voorziening concludeert Shell dat het het Hof behage:
- het bestreden arrest te vernietigen, met name voor zover daarin is geweigerd:
 - de mondelinge behandeling te heropenen en/of
 - overeenkomstig haar verzoek van 6 maart 1992 instructiemaatregelen te gelasten; en
 - de polypropyleenbeschikking non-existent of nietig te verklaren wegens onbevoegdheid en/of niet-inachtneming van wezenlijke procedurevoorschriften;
 - de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht ter beslissing met inachtneming van het arrest van het Hof; en
 - zodanige aanvullende maatregelen van instructie of tot organisatie van de procesgang te gelasten als het Hof vermeent te behoren; en
 - de Commissie te verwijzen in de kosten die Shell in het kader van de hogere voorziening en de procedure voor het Gerecht heeft gemaakt.

18 Bij beschikking van het Hof van 30 september 1992 is DSM NV (hierna: „DSM”), toegelaten tot interventie aan de zijde van Shell. DSM concludeert dat het het Hof behage:

- het bestreden arrest te vernietigen;
- de polypropyleenbeschikking non-existent dan wel nietig te verklaren;
- de polypropyleenbeschikking voor alle adressaten, althans voor DSM, non-existent of nietig te verklaren, ongeacht of zij hogere voorziening tegen het voor hen relevante arrest hebben ingesteld en of hun hogere voorziening is afgewezen;
- subsidiair, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht ter beslissing van de vraag, of de polypropyleenbeschikking non-existent is of nietig moet worden verklaard;
- in elk geval de Commissie te verwijzen in de kosten van zowel de procedure voor het Hof als die voor het Gerecht, daaronder begrepen de kosten gevallen op DSM's interventie.

19 De Commissie concludeert dat het het Hof behage:

- de hogere voorziening niet-ontvankelijk te verklaren voor zover deze betrekking heeft op de beslissing van het Gerecht, dat Shell niet heeft

aangetoond dat de polypropyleenbeschikking, na de vaststelling ervan, was gewijzigd, en de hogere voorziening voor het overige af te wijzen;

- subsidiair, de hogere voorziening in haar geheel af te wijzen;

- in elk geval Shell in de kosten te verwijzen;

- de interventie in haar geheel niet-ontvankelijk te verklaren;

- subsidiair, niet-ontvankelijk te verklaren de petitie van de interventie die ertoe strekken, dat het Hof de polypropyleenbeschikking voor al haar adressaten, althans voor DSM, non-existent of nietig verklaart, ongeacht of de adressaten van die beschikking hogere voorziening tegen het voor hen relevante arrest hebben ingesteld en of hun hogere voorziening is afgewezen, en de interventie voor het overige ongegrond te verklaren;

- meer subsidiair, de interventie ongegrond te verklaren;

- in elk geval DSM te verwijzen in de kosten van de interventie.

20 De middelen die Shell aan haar hogere voorziening ten grondslag heeft gelegd, zijn: onbevoegdheid, procedurefouten en schending van het gemeenschapsrecht. Deze houden alle verband met de weigering van het Gerecht om de mondelinge behandeling te heropenen en instructiemaatregelen te gelasten teneinde na te gaan, of de totstandkomingsprocedure van de polypropyleenbeschikking mogelijk gebreken vertoonde welke tot de non-existent of de nietigverklaring van die beschikking konden leiden.

- 21 Op verzoek van de Commissie en niettegenstaande bezwaar van Shell is de behandeling van de zaak bij beschikking van de president van het Hof van 28 juli 1992 geschorst tot 15 september 1994, teneinde de eventuele consequenties te onderzoeken van het arrest van 15 juni 1994, Commissie/BASF e.a. (C-137/92 P, Jurispr. blz. I-2555; hierna: „PVC-arrest van het Hof”), gewezen op de hogere voorziening tegen het PVC-arrest van het Gerecht.

De ontvankelijkheid van de interventie

- 22 De Commissie is van mening, dat het interventieverzoek van DSM niet-ontvankelijk moet worden verklaard. DSM betoogt namelijk, dat zij als interveniënte belang heeft bij de vernietiging van het arrest in het geval van Shell. Volgens de Commissie kan een nietigverklaring echter niet voor alle individuele adressaten van een beschikking gelden, maar uitsluitend voor hen die een beroep in die zin hebben ingesteld; dit is nu juist een van de verschillen tussen nietigverklaring en non-existentie. Ontkenning van dit onderscheid komt erop neer, dat elke dwingende kracht wordt ontzegd aan de termijn waarbinnen beroep tot nietigverklaring moet worden ingesteld. DSM kan zich daarom niet op een eventuele nietigverklaring beroepen, aangezien zij het arrest van het Gerecht van 17 december 1991, DSM/Commissie (T-8/89, Jurispr. blz. II-1833), dat haar betrof, niet voor het Hof heeft betwist. Met haar interventie tracht DSM dus enkel te ontkomen aan een verval van recht.
- 23 Toen de interventie van DSM bij de reeds genoemde beschikking van 30 september 1992 was toegestaan, was het PVC-arrest van het Hof, waarin het zich heeft uitgesproken over het vraagstuk van de nietigverklaring en de non-existentie, nog niet gewezen. Als de gestelde gebreken al gefundeerd zijn, kunnen deze volgens de Commissie, gezien dat arrest, uitsluitend tot de nietigverklaring van de polypropyleenbeschikking en niet tot de vaststelling van de non-existentie ervan leiden. Zo gezien zou DSM dus geen belang meer hebben bij de interventie.
- 24 De Commissie verzet zich met name tegen de ontvankelijkheid van DSM's vordering, de polypropyleenbeschikking voor al haar adressaten, althans voor

DSM, non-existent of nietig te verklaren, ongeacht of die adressaten hogere voorziening tegen het voor hen relevante arrest hebben ingesteld en of hun hogere voorziening is afgewezen. Deze vordering is niet-ontvankelijk, aangezien DSM een kwestie wil aansnijden die uitsluitend haar betreft, terwijl zij het geding alleen kan aanvaarden in de stand waarin het zich bevindt. Krachtens artikel 37, vierde alinea, van 's Hofs Statuut-EG kan een interveniënt alleen de conclusies van een andere partij ondersteunen en geen eigen conclusies indienen. Deze vordering van DSM bevestigt, dat zij de interventie wil gebruiken om te ontkomen aan de consequenties van het verstrijken van de termijn voor het instellen van hogere voorziening tegen het arrest DSM/Commissie (reeds aangehaald), dat haar betrof.

- 25 Met betrekking tot de exceptie van niet-ontvankelijkheid die tegen de gehele interventie is opgeworpen, moet om te beginnen worden opgemerkt, dat de beschikking van 30 september 1992, waarbij het Hof DSM heeft toegelaten tot interventie aan de zijde van Shell, zich niet ertegen verzet, dat de ontvankelijkheid van haar interventie opnieuw wordt onderzocht (zie in die zin arrest van 29 oktober 1980, Roquette Frères/Raad, 138/79, Jurispr. blz. 3333).
- 26 In dit verband moet eraan worden herinnerd, dat het recht om zich te voegen in een voor het Hof aanhangig rechtsgeding krachtens artikel 37, tweede alinea, van 's Hofs Statuut-EG toekomt aan eenieder die aannemelijk maakt belang te hebben bij de beslissing van dat geding. Op grond van de vierde alinea van deze bepaling kunnen de conclusies van het verzoek tot voeging slechts strekken tot ondersteuning van de conclusies van een der partijen.
- 27 DSM vordert in hogere voorziening de vernietiging van het bestreden arrest echter met name op grond dat het Gerecht niet de non-existentie van de polypropyleenbeschikking heeft vastgesteld. Uit punt 49 van het PVC-arrest van het Hof blijkt, dat als uitzondering op het vermoeden van rechtsgeldigheid dat handelingen van instellingen genieten, handelingen waaraan een onregelmatigheid kleeft die van een zo klaarblijkelijke ernst is, dat zij door de communautaire rechtsorde niet kan worden getolereerd, worden geacht geen enkel — ook geen voorlopig — rechtsgevolg in het leven te hebben geroepen, dat wil zeggen dat zij als juridisch non-existent moeten worden beschouwd.

- 28 Anders dan door de Commissie gesteld, is het belang van DSM niet verdwenen na het arrest waarbij het Hof het PVC-arrest van het Gerecht vernietigde en oordeelde, dat de door het Gerecht vastgestelde gebreken niet van dien aard waren, dat zij de non-existentie van de in de PVC-zaken bestreden beschikking konden meebrengen. Het PVC-arrest van het Hof betrof immers niet de non-existentie van de polypropyleenbeschikking en heeft daarom niet tot gevolg, dat het belang van DSM bij vaststelling van die non-existentie is tenietgegaan.
- 29 Met betrekking tot de exceptie die de Commissie heeft opgeworpen tegen het petitumonderdeel waarin DSM non-existent- dan wel nietigverklaring van de polypropyleenbeschikking voor alle adressaten ervan, althans voor DSM, vordert, moet worden vastgesteld, dat dit onderdeel DSM in het bijzonder betreft en niet aansluit bij de vorderingen van Shell. Deze vordering voldoet daarom niet aan de voorwaarden van artikel 37, vierde alinea, van 's Hofs Statuut-EG en moet daarom niet-ontvankelijk worden verklaard.

De tot staving van de hogere voorziening aangevoerde middelen: onbevoegdheid, procedurefouten en schending van het gemeenschapsrecht

- 30 Onder verwijzing naar de punten 372 tot en met 374 van het bestreden arrest stelt Shell, dat voor zover het Gerecht daarin, in de eerste plaats, heeft geoordeeld dat de polypropyleenbeschikking niet non-existent was en niet nietig behoefde te worden verklaard, en, in de tweede plaats, het verzoek om heropening van de mondelinge behandeling en gelasting van de nodige maatregelen van instructie en tot organisatie van de procesgang heeft afgewezen, het niet de bevoegdheid had de beslissing in het dictum van het arrest te geven, procedurefouten heeft gemaakt waardoor haar belangen zijn geschaad, en het gemeenschapsrecht in de zin van artikel 51, eerste alinea, van 's Hofs Statuut-EG heeft geschonden.
- 31 Shell is van mening, dat zij in haar verzoek van 6 maart 1992 om heropening van de mondelinge behandeling en het gelasten van instructiemaatregelen dwingende bewijzen heeft aangevoerd, die geen enkele rechterlijke instantie had mogen afwijzen; er bleek uit, dat de vermeende polypropyleenbeschikking bijzonder ernstige en klaarlijkkelijke gebreken vertoonde en daarom non-existent was.

Daar er sprake was van bijzonder ernstige en klaarblijkelijke gebreken, was het volgens Shell niet nodig aan te tonen, dat de tekst van de beschikking na de vermeende vaststelling ervan was gewijzigd. In elk geval blijkt uit de tekst van de polypropyleenbeschikking deze aan Shell is betekend en bij de hogere voorziening is gevoegd, dat deze in een bepaald stadium is gewijzigd, ook al kan Shell bij gebreke van aanvullende instructiemaatregelen niet aangeven, of sommige wijzigingen vóór dan wel na de vermeende vaststelling van die beschikking zijn aangebracht. Daarom had het Gerecht haar verzoek om heropening van de mondelinge behandeling moeten inwilligen, de vermeende polypropyleenbeschikking non-existent en haar principale beroep niet-ontvanke-lijk moeten verklaren.

32 Subsidiair betoogt Shell, dat het Gerecht, gelet op het feit dat zij voldoende aanwijzingen had verstrekt, tot de conclusie had moeten komen, dat de beschikking andere vormfouten vertoonde. Bijgevolg had het redelijkerwijze de geschikte instructiemaatregelen moeten gelasten. Het Gerecht heeft dus een procedurefout gemaakt, waardoor de belangen van Shell zijn geschaad, en heeft daarmee het gemeenschapsrecht geschonden.

33 DSM zet uiteen, dat zich nieuwe ontwikkelingen hebben voorgedaan in andere zaken voor het Gerecht. Deze omstandigheden bevestigen, dat het aan de Commissie is aan te tonen, dat zij de zichzelf gestelde wezenlijke vormvoorschriften in acht heeft genomen, en dat het Gerecht, om over dit punt opheldering te verkrijgen, ambtshalve of op verzoek van een partij instructiemaatregelen behoorde te gelasten om het relevante schriftelijke bewijsmateriaal te onderzoeken. In de zaken die tot de arresten van 29 juni 1995, Solvay/Commissie (T-30/91, Jurispr. blz. II-1775), en ICI/Commissie (T-36/91, Jurispr. blz. II-1847) (hierna: „natriumcarbonaatzaken”), hebben geleid, had de Commissie betoogd, dat de aanvullende repliek die Imperial Chemical Industries plc (hierna: „ICI”) in die zaken na het PVC-arrest van het Gerecht had ingediend, geen bewijs bevatte van een schending van het reglement van orde van de Commissie en dat ICI's verzoek om instructiemaatregelen een nieuw middel vormde. Niettemin stelde het Gerecht de Commissie en ICI vragen over de consequenties die aan het PVC-arrest van het Hof moesten worden verbonden, en vroeg het de Commissie desondanks, of zij, gelet op punt 32 van het PVC-arrest van het Hof, afschriften van de notulen en de gewaarmerkte teksten van de bestreden beschikkingen kon overleggen. Na andere procedurele ontwikkelingen gaf de Commissie uiteindelijk toe, dat de als gewaarmerkte teksten overgelegde documenten pas waren gewaarmerkt, nadat het Gerecht de overlegging ervan had gevraagd.

- 34 Ook in de zogenoemde „polyethyleen van lage dichtheid”-zaken (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; hierna: „polyethyleenzaken”), gelastte het Gerecht de Commissie, een voor eensluidend gewaarmerkt afschrift van de bestreden beschikking over te leggen. De Commissie gaf daarop toe, dat geen waarmerking had plaatsgevonden tijdens de vergadering waarop deze beschikking door het college van commissarissen was goedgekeurd. DSM meent daarom, dat de procedure van waarmerking van handelingen van de Commissie na maart 1992 moet zijn ingevoerd. Hieruit volgt, dat het gebrek bestaande in het ontbreken van waarmerking ook aan de polypropyleenbeschikking moet kleven.
- 35 DSM voegt hieraan toe, dat het Gerecht in de arresten van 27 oktober 1994, Fiatagri en New Holland Ford/Commissie (T-34/92, Jurispr. blz. II-905, punten 24-27), en Deere/Commissie (T-35/92, Jurispr. blz. II-957, punten 28-31), een soortgelijke redenering als in de polypropyleenzaken heeft gevolgd voor zijn beslissing, dat verzoeksters niets hadden aangevoerd wat het vermoeden van geldigheid van de door hen bestreden beschikking kon aantasten. In het arrest van het Gerecht van 7 juli 1994, Dunlop Slazenger/Commissie (T-43/92, Jurispr. blz. II-441), was het betoog van de verzoeksters afgewezen, omdat de beschikking overeenkomstig het reglement van orde van de Commissie was vastgesteld en betekend. In geen van die zaken heeft het Gerecht de gestelde onregelmatigheden in de totstandkoming van de bestreden handeling op procedurele gronden afgewezen.
- 36 De enige uitzonderingen zijn de beschikkingen van 26 maart 1992, BASF/Commissie (T-4/89 Rev., Jurispr. blz. II-1591), en 4 november 1992, DSM/Commissie (T-8/89 Rev., Jurispr. blz. II-2399). Ook in die zaken was echter het PVC-arrest van het Gerecht niet als nieuw feit aangevoerd, maar waren andere feiten gesteld. In het arrest van 15 december 1994, Bayer/Commissie (C-195/91 P, Jurispr. blz. I-5619), heeft het Hof het argument betreffende schending door de Commissie van haar eigen reglement van orde afgewezen, omdat het niet voor het Gerecht was aangevoerd. In de polypropyleenprocedure is hetzelfde middel echter wel voor het Gerecht aangevoerd en afgewezen wegens het ontbreken van voldoende aanwijzingen.

- 37 DSM is van mening, dat het verweer van de Commissie in casu is gebaseerd op procedurele argumenten die, gelet op de inhoud van het bestreden arrest, dat in feite de vraag van de bewijslast betreft, irrelevant zijn. Indien de Commissie in de polypropyleenzaken niet zelf bewijs levert van de regelmatigheid van de procedures, dan is dit volgens DSM, omdat zij niet in staat is aan te tonen, dat zij haar eigen reglement van orde heeft geëerbiedigd.
- 38 De Commissie wijst er om te beginnen op, dat na het PVC-arrest van het Hof het vraagstuk van de non-existentie van de handeling niet langer aan de orde is, zodat de hogere voorziening thans beperkt is tot de vraag, of het Gerecht de polypropyleenbeschikking nietig had moeten verklaren. Dit brengt eveneens mee, dat partijen sluitend bewijs van de gestelde gebreken moeten leveren en dat zij dit tijdig, dat wil zeggen in het verzoekschrift, moeten doen, tenzij de betrokken gegevens pas in de loop van het geding aan het licht komen.
- 39 Volgens de Commissie verwijt Shell het Gerecht, dat het het PVC-arrest van het Hof niet heeft overgenomen alsof het een algemeen geldende maatstaf was. Anders dan in de polypropyleenzaken waren in de PVC-zaken de verschillende feiten die in de loop van het geding aan het licht kwamen, reeds door sommige partijen in het verzoekschrift gesignaleerd. Het Gerecht heeft die benadering reeds bevestigd in zijn arresten Fiatagri en New Holland Ford/Commissie en Deere/Commissie (reeds aangehaald).
- 40 De Commissie is van mening, dat er, gelet op het PVC-arrest van het Hof, in casu evenmin een reden voor nietigverklaring bestaat. In de procedure die tot het bestreden arrest heeft geleid, heeft rekwirante aan geen van de procedurele vereisten voldaan, die het Gerecht in dit arrest heeft genoemd en die het Hof in zijn PVC-arrest had bevestigd. De vermeende discrepanties bestonden per definitie reeds in april 1986, zodat rekwirante deze onmiddellijk en niet eerst in een laat stadium aan de orde had moeten stellen. Ofschoon artikel 62 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht dit niet uitdrukkelijk stelt, is heropening van de mondelinge behandeling, evenals herziening van een arrest, afhankelijk van de ontdekking van een nieuw en beslissend feit; ware dit anders, dan zou artikel 48, lid 2, van dit Reglement elke nuttige werking missen. Weliswaar stelt rekwirante, dat zij zich niet op het PVC-arrest van het Gerecht

beroept, maar op de — feitelijk al van november 1991 daterende — verklaringen van de Commissie ter terechtzitting in de PVC-zaak voor het Gerecht. Uit het feit dat zij haar verzoek om heropening van de mondelinge behandeling pas na het PVC-arrest van het Gerecht heeft ingediend, blijkt echter, dat zij zich in werkelijkheid op dit arrest beroept als nieuw feit en dat haar verzoek, zelfs als zij zich inderdaad beroept op de verklaringen die in november en december 1991 zijn afgelegd, te laat is ingediend.

- 41 De Commissie stelt vervolgens, dat de vraag of er sprake was van een nieuw feit, reeds is onderzocht in de beschikking DSM/Commissie (reeds aangehaald). Het Gerecht heeft in die beschikking terecht in het bijzonder opgemerkt, dat de vermeende discrepanties tussen de teksten reeds in 1986 bestonden en toen aan de orde konden worden gesteld. Bovendien kan het PVC-arrest van het Gerecht geen nieuw feit vormen, aangezien een arrest geen feit is, maar de toepassing van het recht op feiten die aan de rechterlijke instantie en aan partijen reeds bekend zijn. Op grond van diezelfde redenering faalt de stelling, dat het Gerecht de mondelinge behandeling had moeten heropenen.
- 42 Voor zover Shell het Gerecht verwijt, ten onrechte te hebben geoordeeld dat er geen bewijs was van een vormfout, is de hogere voorziening ten dele niet-ontvankelijk. Het bestreden arrest kan alleen worden beoordeeld op basis van de stukken waarover het Gerecht destijds beschikte, en niet op basis van stukken die voor het eerst, in strijd met artikel 113, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, in hogere voorziening zijn overgelegd. Het door Shell op 6 maart 1992 ingediende verzoek om heropening van de mondelinge behandeling bevatte echter geen enkele concrete aanwijzing, dat de polypropyleenbeschikking na haar vaststelling zou zijn gewijzigd. Daar in hogere voorziening het voorwerp van het geding voor het Gerecht niet mag worden gewijzigd, behoort het Hof het in bijlage bij de hogere voorziening geproduceerde document niet in aanmerking te nemen en het bestreden arrest te beoordelen op basis van de stukken zoals die destijds bij het Gerecht zijn ingediend.
- 43 De enige aanwijzing waarover het Gerecht destijds beschikte, was een vage en algemene verwijzing naar een verklaring van de gemachtigden van de Commissie tijdens de terechtzitting in de PVC-zaak voor het Gerecht en naar een aantal van derden afkomstige persberichten. Het Gerecht kon dus niet anders beslissen dan het heeft gedaan, en in geen geval heeft het een kennelijke beoordelingsfout gemaakt.

- 44 Voor zover het Gerecht wordt gekritiseerd met betrekking tot het bewijs van gebreken in de totstandkomingsprocedure van de polypropyleenbeschikking, is de hogere voorziening ongegrond. Zelfs in hogere voorziening is Shell niet in staat een conclusie te trekken uit de vermeende wijzigingen die in de polypropyleenbeschikking zijn aangebracht. Bovendien miskennen haar argumenten het door het Hof in zijn PVC-arrest bevestigde vermoeden van geldigheid van gemeenschapshandelingen en de noodzakelijke consequentie daarvan, namelijk dat uitsluitend ingeval een verzoeker ernstige twijfel over de regelmatigheid van de procedure kenbaar maakt, er sprake kan zijn van een onderzoek van dergelijke beweringen en de daartoe aangevoerde bewijzen.
- 45 Rekwirantes stelling ten slotte, dat het Gerecht niet bevoegd was de in het dictum van zijn arrest genoemde beslissing te geven, is eenvoudigweg aan artikel 51 van 's Hofs Statuut-EG ontleend en wordt tegengesproken door de wijze waarop Shell zich voor het Gerecht heeft gedragen. Hetzelfde zou dan moeten gelden voor die punten van het bestreden arrest waarop Shell in het gelijk is gesteld, namelijk de gedeeltelijke nietigverklaring van de polypropyleenbeschikking, de vermindering van de geldboete en de veroordeling van de Commissie in een deel van de kosten. De Commissie stelt daarom voor, dit punt buiten beschouwing te laten.
- 46 Met betrekking tot de argumenten van DSM stelt de Commissie, dat zij een fundamentele fout bevatten, aangezien zij geen rekening houden met de verschillen tussen de PVC-zaken en de onderhavige zaak en op een verkeerd begrip van het PVC-arrest van het Hof berusten.
- 47 De Commissie blijft overigens bij haar standpunt, dat de verzoeksters in de natriumcarbonaatzaken onvoldoende aanwijzingen hadden aangevoerd om een bevel van het Gerecht aan de Commissie tot het overleggen van stukken te kunnen rechtvaardigen. Zowel in die zaken als in de polyethyleenzaken, waarop DSM zich eveneens heeft beroepen, heeft het Gerecht beslist met inachtneming van de bijzondere omstandigheden van het geval. In de polypropyleenprocedure hadden de gestelde gebreken in de polypropyleenbeschikking al in 1986 kunnen worden gesignaleerd, doch niemand heeft dit gedaan.

- 48 Wanneer het Gerecht in de arresten Fiatagri en New Holland Ford/Commissie en Deere/Commissie (reeds aangehaald), de door de verzoeksters tijdig aangevoerde argumenten wegens gebrek aan bewijs heeft afgewezen, dan is voor een dergelijke afwijzing des te meer reden in de onderhavige zaak, waarin de vermeende formele onregelmatigheden in de polypropyleenbeschikking te laat en zonder bewijs zijn aangevoerd.
- 49 Alvorens de in hogere voorziening voorgestelde middelen te bespreken, moeten eerst de bezwaren worden onderzocht die door de Commissie zijn aangevoerd tegen de ontvankelijkheid van een deel van het middel, inhoudende dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld, dat er geen sprake was van procedurele onregelmatigheden.
- 50 Enerzijds is dit middel gericht tegen de beoordeling door het Gerecht van het door Shell ingediende verzoek om de mondelinge behandeling te heropenen en instructiemaatregelen te gelasten. Het wijzigt dus niet het voorwerp van het geding voor het Gerecht.
- 51 Anderzijds bevat het in de bijlage bij de hogere voorziening overgelegde document niets anders dan uittreksels van de tekst van de polypropyleenbeschikking die overeenkomstig artikel 19, tweede alinea, van 's Hofs Statuut-EG bij het verzoekschrift was gevoegd. Het gaat dus niet om een nieuw stuk.
- 52 Mitsdien is het door Shell voorgestelde middel niet in strijd met artikel 113, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, zodat de bezwaren van de Commissie moeten worden afgewezen.
- 53 De door Shell aangevoerde middelen dienen tezamen te worden besproken. Enerzijds wordt namelijk de vermeende onbevoegdheid van het Gerecht hieruit afgeleid, dat het in strijd met de geldende procesregels zou hebben beslist, zodat dit middel samenvalt met het middel inzake procedurefouten. Anderzijds bestaat

de door Shell aangevoerde schending van het gemeenschapsrecht uit twee onderdelen, waarvan het eerste, dat verband houdt met de voorwaarden waaronder een handeling non-existent kan worden verklaard, een autonome inhoud heeft, terwijl het tweede betrekking heeft op de fouten die het Gerecht zou hebben gemaakt door te weigeren de procedure te heropenen en instructiemaatregelen te gelasten, zodat het eveneens samenvalt met het middel inzake procedurefouten.

- 54 Hieruit volgt, dat in de eerste plaats moet worden onderzocht, of het Gerecht met zijn uitlegging van de voorwaarden waaronder een handeling non-existent kan worden verklaard, het gemeenschapsrecht heeft geschonden, en, in de tweede plaats, of zijn weigering om de mondelinge behandeling te heropenen en instructiemaatregelen te gelasten, op procedurefouten berust.
- 55 Wat het eerste punt betreft, blijkt met name uit de punten 48 tot en met 50 van het PVC-arrest van het Hof, dat handelingen van de gemeenschapsinstellingen, zelfs indien zij onregelmatig zijn, in beginsel worden vermoed rechtsgeldig te zijn en, bijgevolg, rechtsgevolgen in het leven roepen, zolang zij niet nietig zijn verklaard of zijn ingetrokken.
- 56 Als uitzondering op dit beginsel moeten evenwel handelingen waaraan een onregelmatigheid kleeft die van een zo klaarblijkelijke ernst is, dat zij door de communautaire rechtsorde niet kan worden getolereerd, worden geacht geen enkel — ook geen voorlopig — rechtsgevolg in het leven te hebben geroepen, dat wil zeggen zij moeten als juridisch non-existent worden beschouwd. Deze uitzondering beoogt een evenwicht te bewaren tussen twee fundamentele, zij het soms tegenstrijdige, vereisten waaraan een rechtsorde moet voldoen, te weten de stabiliteit van de rechtsverhoudingen en de eerbiediging van de legaliteit.
- 57 Gelet op de ernst van de consequenties die zijn verbonden aan de vaststelling dat een handeling van een gemeenschapsinstelling non-existent is, moet deze vaststelling om redenen van rechtszekerheid worden voorbehouden aan uiterst extreme gevallen.

- 58 Evenals in de PVC-zaken zijn de thans door Shell aangevoerde onregelmatigheden in de totstandkomingsprocedure van de polypropyleenbeschikking noch op zichzelf, noch ook in hun totaliteit beschouwd, van een dermate klaarblijkelijke ernst, dat die beschikking als juridisch non-existent moet worden beschouwd.
- 59 Wat de voorwaarden betreft, waaronder een handeling non-existent kan worden verklaard, heeft het Gerecht dus niet het gemeenschapsrecht geschonden.
- 60 Wat, in de tweede plaats, de vermeende procedurefouten betreft, moet eraan worden herinnerd, dat volgens artikel 168 A EG-Verdrag (thans artikel 225 EG) en artikel 51, eerste alinea, van 's Hofs Statuut-EG hogere voorziening slechts gebaseerd kan zijn op middelen inzake schending van rechtsregels, met uitsluiting van elke feitelijke waardering. De beoordeling door het Gerecht van het aan hem voorgelegde bewijs levert geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof, behoudens in geval van een verkeerde opvatting van dit bewijs (zie met name arrest van 2 maart 1994, Hilti/Commissie, C-53/92 P, Jurispr. blz. I-667, punten 10 en 42).
- 61 Hieruit volgt dat rekwirantes grieven, voor zover zij opkomen tegen de beoordeling door het Gerecht van het bewijsmateriaal dat hem in het kader van het verzoek om heropening van de mondelinge behandeling is voorgelegd, in hogere voorziening niet kunnen worden onderzocht.
- 62 Het Hof dient daarentegen wel na te gaan, of het Gerecht blijk heeft gegeven van een verkeerde rechtsopvatting door te weigeren, de mondelinge behandeling te heropenen en instructiemaatregelen te gelasten.
- 63 Wat het verzoek om instructiemaatregelen betreft, blijkt uit de rechtspraak van het Hof (zie met name arresten van 16 juni 1971, Prella/Commissie, 77/70,

Jurispr. blz. 561, punt 7, en 15 december 1995, Bosman, C-415/93, Jurispr. blz. I-4921, punt 53), dat aan een dergelijk verzoek, wanneer het wordt ingediend op een moment waarop de mondelinge behandeling reeds is gesloten, slechts gevolg kan worden gegeven, indien het betrekking heeft op feiten die van beslissende invloed kunnen zijn op de beslechting van het geschil en die de betrokkene vóór de sluiting van de mondelinge behandeling niet heeft kunnen aanvoeren.

- 64 Ditzelfde geldt voor het verzoek om heropening van de mondelinge behandeling. Ingevolge artikel 62 van zijn Reglement voor de procesvoering beschikt het Gerecht weliswaar over een discretionaire bevoegdheid op dit gebied. Het is evenwel slechts verplicht een dergelijk verzoek in te willigen, indien de betrokkene zich baseert op feiten die van beslissende invloed kunnen zijn en die hij voor de sluiting van de mondelinge behandeling niet heeft kunnen aanvoeren.
- 65 In casu was het bij het Gerecht ingediende verzoek om heropening van de mondelinge behandeling en maatregelen van instructie gebaseerd op het PVC-arrest van het Gerecht alsmede op verklaringen van de gemachtigden van de Commissie tijdens de terechtzitting in de PVC-zaken of tijdens een persconferentie na de uitspraak van dit arrest.
- 66 Vastgesteld moet worden, dat algemene, uit een arrest in andere zaken voortvloeiende aanwijzingen over een vermeende handelwijze van de Commissie of uit verklaringen naar aanleiding van andere procedures als zodanig niet als beslissend voor de beslechting van het geschil voor het Gerecht konden worden aangemerkt.
- 67 Voorts had rekwirante — zoals sommige van de verzoeksters in de PVC-zaken hebben gedaan — reeds in haar verzoekschrift het Gerecht ten minste een minimumaantal gegevens kunnen verstrekken die aannemelijk maakten, dat maatregelen tot organisatie van de procesgang of instructiemaatregelen voor de procedure van nut waren met het oog op het bewijs, dat de polypropyleen-beschikking na haar vaststelling door het college van commissarissen was

gewijzigd (zie in die zin arrest van 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie, C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punten 93 en 94).

- 68 Hieraan moet worden toegevoegd, dat het Gerecht niet tot heropening van de mondelinge behandeling gehouden was krachtens een vermeende verplichting om ambtshalve middelen betreffende de regelmatigheid van de totstandkomingsprocedure van de polypropyleenbeschikking te onderzoeken. Een eventuele verplichting tot ambtshalve onderzoek van middelen van openbare orde kan slechts bestaan op grond van de feitelijke gegevens van het dossier.
- 69 Het Gerecht heeft bijgevolg niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, door te weigeren de mondelinge behandeling te heropenen en instructiemaatregelen te gelasten.
- 70 Voor zover rekwirante het Hof ten slotte vraagt, instructiemaatregelen te gelasten teneinde te bepalen onder welke omstandigheden de Commissie de polypropyleenbeschikking heeft vastgesteld, volstaat de opmerking, dat dergelijke maatregelen buiten het kader van de hogere voorziening vallen, die is beperkt tot rechtsvragen.
- 71 Instructiemaatregelen houden immers noodzakelijkerwijs in, dat het Hof zich uitspreekt over feitelijke vragen, en zouden het voorwerp van het geding voor het Gerecht wijzigen, hetgeen in strijd is met het bepaalde in artikel 113, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof.
- 72 Voorts gaat het in de hogere voorziening enkel om het bestreden arrest en kan het Hof uitsluitend in geval van vernietiging van dit arrest zelf uitspraak doen, overeenkomstig artikel 54, eerste alinea, van 's Hofs Statuut-EG. Hieruit volgt, dat zolang het bestreden arrest niet is vernietigd, het Hof geen kennis kan nemen van eventuele gebreken van de polypropyleenbeschikking.

- 73 Uit het voorgaande volgt, dat de hogere voorziening in haar geheel moet worden afgewezen.

Kosten

- 74 Ingevolge artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 118 van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voor zover dit is gevorderd. Daar Shell in het ongelijk is gesteld, moet zij in de kosten worden verwezen. DSM zal haar eigen kosten dragen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

rechtdoende:

- 1) Wijst de hogere voorziening af.

- 2) Verwijst Shell International Chemical Company Ltd in de kosten.

3) Verstaat dat DSM NV haar eigen kosten zal dragen.

Kapteyn

Hirsch

Mancini

Murray

Ragnemalm

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 8 juli 1999.

De griffier

De president van de Zesde kamer

R. Grass

P. J. G. Kapteyn