CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL J. MISCHO

van 18 mei 2000 *

1. Bij op 29 juli 1998 neergelegd verzoekschrift heeft SCA Holding Ltd (hierna: „SCA Holding") hogere voorziening ingesteld tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 14 mei 1998, SCA Holding/Commissie [1] (hierna: „bestreden arrest").

2. Bij dit arrest heeft het Gerecht het beroep verworpen dat SCA Holding had ingesteld tegen beschikking 94/601/EG van 13 juli 1994 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (IV/C/33.833 — Karton) [2] (hierna: „beschikking"), waarbij de Commissie aan negentien producenten die in de Gemeenschap karton leveren, een geldboete had opgelegd wegens inbreuken op artikel 85, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 81, lid 1, EG).

3. Voor het Gerecht vorderde SCA Holding nietigverklaring van de beschikking, zowel voor zover haar daarbij een inbreuk ten laste werd gelegd, als voor zover haar wegens die inbreuk een geldboete van 2 200 000 ECU werd opgelegd. Subsidiair verzocht zij het Gerecht de geldboete aanzienlijk te verlagen. Voor een nadere uiteenzetting van de door SCA Holding tegen de beschikking aangevoerde middelen en de redenen waarom het Gerecht meende geen van deze middelen te kunnen aanvaarden, verwijs ik naar het bestreden arrest.

4. In hogere voorziening concludeert SCA Holding dat het het Hof behaagt:

a) het bestreden arrest te vernietigen;

b) artikel 1 van de beschikking, voor zover dit op rekwirante betrekking heeft, nietig te verklaren en, subsidiair, de in artikel 3 van de beschikking aan rekwirante opgelegde geldboete in te trekken of aanzienlijk te verlagen;

c) de Commissie in de kosten te verwijzen.

* Oorspronkelijke taal: Frans.

1 — T-327/94, Jurispr. blz. II-1373.

2 — PB L 243, blz. 1.

5. De Commissie, geïntimeerde in hogere voorziening en verweerster in eerste aanleg, concludeert dat het het Hof behaagt:

1) de hogere voorziening niet-ontvankelijk, althans ongegrond te verklaren;

2) subsidiair, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht opdat dit de geldboete in het kader van de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht opnieuw beoordeelt;

3) hoe dan ook rekwirante te verwijzen in de kosten van de hogere voorziening.

6. Tot staving van haar conclusies voert SCA Holding twee middelen aan, namelijk

— dat het Gerecht ten onrechte haar betoog heeft verworpen, dat de beschikking niet tot haar had mogen worden gericht, en

— dat het Gerecht niet zonder het gemeenschapsrecht te schenden de door de Commissie aan haar opgelegde geldboete — zowel het feit op zich dat die boete is opgelegd als het bedrag ervan — kon bekrachtigen.

7. Deze middelen zullen, om onnodige herhaling te voorkomen, nader worden uiteengezet bij de behandeling ervan.

Eerste middel: de adressaat van de beschikking

8. Voor het Gerecht voerde rekwirante als middel tegen de beschikking aan, dat zij niet aansprakelijk had mogen worden gesteld voor het gedrag van de kartonfabriek Colthrop Mill (hierna: „Colthrop") en dat zij dus niet de juiste adressaat was van de beschikking waarbij een geldboete werd opgelegd wegens met artikel 85 van het Verdrag strijdige praktijken van deze onderneming. Het Gerecht wees dit middel in de volgende bewoordingen van de hand:

„61 Vaststaat, dat Colthrop de fabriek was waarin karton werd geproduceerd, en dat deze fabriek eigendom was van de vennootschap Reed P & B, vervolgens van SCA Aylesford Ltd en ten slotte van SCA Holding gedurende de hele periode van de inbreuk.

62 Vervolgens moet worden vastgesteld, dat Reed P & B, SCA Aylesford Ltd en SCA Holding [rekwirante] de achtereenvolgende vennootschappelijke namen van een en dezelfde rechtspersoon zijn.

63 De omstandigheden van de onderhavige zaak doen derhalve geen enkel probleem van opvolging rijzen. Uit de rechtspraak van het Gerecht [3] blijkt namelijk, dat de rechtspersoon die verantwoordelijk was voor de exploitatie van de onderneming op het ogenblik waarop de inbreuk is gepleegd, aansprakelijk moet worden gesteld voor het onrechtmatige gedrag van deze onderneming. Zolang deze rechtspersoon bestaat, volgt de aansprakelijkheid voor het onrechtmatige gedrag van de onderneming deze rechtspersoon, zelfs indien de materiële en menselijke factoren met behulp waarvan de inbreuk is gepleegd, na de periode van de inbreuk aan derden zijn overgedragen.

64 Bijgevolg heeft de Commissie de beschikking terecht gericht tot de rechtspersoon die gedurende de periode van de inbreuk aansprakelijk was voor de vastgestelde mededingingsverstorende gedragingen en die is blijven bestaan tot de vaststelling van de beschikking.

65 Gesteld al dat Colthrop als een onderneming in de zin van artikel 85 van het Verdrag kan worden beschouwd en dat deze onderneming op de dag waarop de beschikking is gegeven, in handen was van de rechtspersoon Colthrop Board Mill Ltd, kunnen [de] conclusies [van rekwirante] derhalve hooguit aantonen dat de Commissie kon kiezen tot wie zij de beschikking zou richten. De door de Commissie gemaakte keuze kan onder dergelijke omstandigheden dus niet rechtsgeldig worden aangetast.

66 Bovendien kwam Reed P & B voor op de lijst van de leden van de PG Paperboard.

67 Volgens punt 143 van de considerans van de beschikking heeft de Commissie de beschikking in beginsel geadresseerd aan de entiteit die in de ledenlijsten van de PG Paperboard werd vermeld, met de volgende uitzonderingen:

„1) wanneer meer dan één onderneming in een groep aan de inbreuk [had deelgenomen]

of

2) indien er uitdrukkelijk bewijs [bestond] dat de moederonderneming van de groep bij de deelneming van de dochteronderneming aan het kartel betrokken [was],

3 — Arrest van 17 december 1991, Enichem Anic/Commissie (T-6/89, Jurispr. blz. II-1623, punten 236-238).

[in welke gevallen] de beschikking tot de groep is gericht (vertegenwoordigd door de moederonderneming).'

68 Aangezien de Commissie niet van mening was, dat aan een van deze beide voorwaarden voor een uitzondering op het in punt 143 vermelde beginsel was voldaan, heeft zij geldig kunnen beslissen om de beschikking niet tot de achtereenvolgende moedermaatschappijen van de vennootschap Reed P & B/SCA Aylesford/SCA Holding te richten.

69 Het onderhavige middel moet derhalve worden afgewezen."

9. Voor een goed begrip van punt 65 van het bestreden arrest wijs ik erop, dat Colthrop op 19 april 1991 onder de naam Colthrop Board Mill Ltd als rechtspersoon werd ingeschreven en dat volgens artikel 1 van de beschikking de inbreukperiode tot ten minste eind april 1991 duurde.

10. In haar verzoekschrift in hogere voorziening vat rekwirante haar kritiek op deze passage van het bestreden arrest als volgt samen:

„a) Een probleem van opvolging rijst wanneer een inbreuk wordt gepleegd door een onderneming die, ook al is zij tijdens of na de inbreukperiode een of meer keren in andere handen overgegaan, gedurende de inbreukperiode en tot de datum van de beschikking ‚functionele en economische continuïteit' laat bestaan, op de datum van de beschikking nog ‚in haar essentiële vorm' bestaat, en op die datum rechtspersoonlijkheid bezit. Het oordeel van het Gerecht, dat in de omstandigheden van het onderhavige geval geen probleem van opvolging rees, is ontoereikend gemotiveerd en in strijd met rechtsbeginselen en met de communautaire rechtspraak;

b) het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te concluderen, dat de Commissie uit entiteiten die tot verschillende groepen behoren, de entiteit kon kiezen tot welke de kartonbeschikking zou worden gericht;

c) het onderzoek of de Commissie die keuzemogelijkheid correct had gebruikt, was inadequaat. Gesteld al dat de Commissie een dergelijke keuzemogelijkheid had, wat rekwirante betwist, dan nog heeft het Gerecht met zijn oordeel, dat de door de Commissie gemaakte keuze niet rechtsgeldig kon worden aangetast, een onjuiste rechtsopvatting vertolkt."

11. Is deze kritiek gefundeerd?

12. Laat ik vooropstellen, dat de punten 61 en 62 van het bestreden arrest, die de aan de redenering van het Gerecht ten grondslag liggende premisse vormen, betrekking hebben op door het Gerecht als vaststaand aangenomen feiten die als zodanig in hogere voorziening niet ter discussie kunnen worden gesteld. Die feiten worden trouwens door rekwirante ook niet betwist. Haar kritiek geldt punt 63 van het arrest, waarin het Gerecht opmerkt dat die feiten het ontstaan van een opvolgingsprobleem uitsluiten.

13. Aangezien het Gerecht in dit verband een verwijzing naar de in de punten 236 tot en met 238 van het reeds aangehaalde arrest Enichem Anic/Commissie geformuleerde beginselen voldoende acht, lijkt het mij zinvol die punten hier in herinnering te brengen:

„236 Wanneer het bestaan van een dergelijke inbreuk is bewezen, moet worden bepaald, welke natuurlijke of rechtspersoon de onderneming exploiteerde op het ogenblik waarop de inbreuk is begaan, ten einde deze aansprakelijk te stellen.

237 Wanneer de exploitant van deze onderneming evenwel tussen het ogenblik van de inbreuk en het ogenblik waarop verantwoording wordt gevraagd, juridisch heeft opgehouden te bestaan, moet eerst worden uitgemaakt met behulp van welk samenstel van materiële en menselijke factoren de inbreuk is begaan, om vervolgens te bepalen wie de exploitatie van dit samenstel heeft overgenomen, ten einde te vermijden dat de onderneming aan elke aansprakelijkstelling ontsnapt door de omstandigheid dat degene die haar op het moment van de inbreuk exploiteerde, niet meer bestaat.

238 In verzoeksters geval bestond de rechtspersoon die de onderneming op het ogenblik van de inbreuk exploiteerde, nog steeds op de datum waarop de beschikking is gegeven. De Commissie heeft de inbreuk derhalve terecht aan die rechtspersoon toegerekend."

14. Deze beginselen komen erop neer dat, ervan uitgaande dat onderscheid moet worden gemaakt tussen een onderneming, dat wil zeggen het bedrijf dat op de markt actief is, en degene die verantwoordelijk is voor de exploitatie van die onderneming, twee situaties denkbaar zijn.

15. In de eerste situatie bestaat de persoon die ten tijde van de mededingingsverstorende praktijken voor de onderneming verantwoordelijk was, juridisch nog steeds op het moment van vaststelling van de beschikking waarbij die praktijken worden bestraft, zodat die persoon ter verantwoording moet worden geroepen en dus ook de

adressaat van de beschikking moet zijn. Er is dan dus geen probleem van opvolging in de zin van een overgang van de uit aansprakelijkheid voortvloeiende verplichtingen van de ene op de andere rechtspersoon.

16. In de tweede situatie heeft de voor de exploitatie van de onderneming verantwoordelijke persoon juridisch opgehouden te bestaan op het moment waarop de sanctie wordt opgelegd. Om te voorkomen dat de inbreuk onbestraft blijft, moet dan worden nagegaan door wie die persoon is opgevolgd. Daartoe moet het spoor van de onderneming als economische — en dus niet juridische — realiteit worden gevolgd, teneinde vast te stellen welke persoon thans verantwoordelijk is voor de exploitatie ervan. Via een mechanisme van toerekening, dat gemakshalve als „opvolging" wordt aangeduid, zal deze persoon dan de adressaat van de beschikking worden en voor de sanctie moeten opdraaien.

17. In deze benadering, die zou kunnen worden samengevat met de woorden „wie de macht heeft, moet de verantwoordelijkheid dragen", wordt de onderneming niet zelf aansprakelijk gesteld voor haar gedragingen. De benadering is bedoeld om vast te stellen, aan welke persoon de sanctie moet worden opgelegd, met dien verstande dat deze persoon in zekere zin „bij gebreke van andere personen" kan worden aangewezen, indien de persoon die de onderneming leidde toen de inbreuk werd gepleegd, heeft opgehouden te bestaan en dus niet meer kan worden bestraft.

18. Het lijdt geen twijfel dat wij in casu te maken hebben met de eerste situatie, aangezien SCA Holding slechts de nieuwe naam is van Reed Paper & Board Ltd (hierna: „P & B"), die ten tijde van de feiten verantwoordelijk was voor de exploitatie van Colthrop. Het is dan ook volstrekt logisch dat het Gerecht op basis van de in het arrest Enichem Anic/Commissie geformuleerde beginselen tot de conclusie kwam, dat van een opvolgingsprobleem geen sprake was en dat SCA Holding de adressaat van de beschikking moest zijn.

19. Waar gaat deze redenering in rekwirantes ogen mank?

20. Voor zover het al mogelijk is een duidelijk standpunt af te leiden uit de uitvoerige beschouwingen die rekwirante in haar verzoekschrift aan deze kwestie wijdt, komt het mij voor dat rekwirante de redenering van het Gerecht niet aanvecht op grond dat de in het arrest Enichem Anic/Commissie geformuleerde beginselen — die zij, zoals zij zelf aangeeft, niet ter discussie wil stellen — onjuist zouden zijn, maar omdat deze beginselen volgens haar niet van toepassing zijn op de onderhavige zaak. Het bijzondere aan deze zaak is volgens haar, dat op de datum van de beschikking de onderneming die de inbreuk had gepleegd, niet alleen voor haar exploitatie niet langer onder de verantwoordelijkheid viel van de rechtspersoon die daarvoor verantwoordelijk was van ten tijde van die inbreuk, maar ook zelf rechtspersoonlijkheid had verkregen, voor zover de fabriek Colthrop vóór haar overdracht een afzonderlijke vennootschap was geworden.

21. Op het eerste gezicht valt moeilijk in te zien waarom deze omstandigheden — die door niemand worden betwist — aan toepassing van de beginselen uit het arrest

Enichem Anic/Commissie in de weg zouden staan. Op basis van die omstandigheden kan immers niet worden gesteld, dat het hier niet zou gaan om de hiervoor bedoelde eerste situatie, waarbij de rechtspersoon die tijdens de inbreukperiode verantwoordelijk was voor de exploitatie van de onderneming, nog steeds bestaat op de dag waarop de Commissie haar beschikking geeft.

22. Dit betekent dat SCA Holding, al zegt zij dit niet met zoveel woorden, in feite de in meergenoemd arrest gevolgde benadering zelf tracht aan te vechten of, subtieler, te wijzigen, teneinde aan te tonen dat er een opvolgingsprobleem bestaat waardoor zij zou kunnen ontkomen aan de consequenties van haar gedrag in de periode waarin zij verantwoordelijk was voor de exploitatie van Colthrop.

23. Haar fundamentele bezwaar is, dat de Commissie noch het Gerecht heeft erkend dat zij, zodra zij zich van Colthrop had losgemaakt, werd ontslagen van de aansprakelijkheid die op haar rustte als de rechtspersoon die voor de exploitatie van Colthrop verantwoordelijk was gedurende de periode waarin de mededingingsverstorende gedragingen plaatsvonden.

24. Rekwirante maakt weliswaar geen korte metten met de aan de redenering in het arrest Enichem Anic/Commissie ten grondslag liggende premisse (namelijk dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de onderneming en de rechtspersoon die verantwoordelijk is voor haar exploitatie), maar zet in feite een redenering op die uiteindelijk de aansprakelijkheid bij de onderneming zelf legt.

25. In deze subtiele gedachtegang is de rechtspersoon die voor de exploitatie van de onderneming verantwoordelijk is, niet langer degene die werkelijk aansprakelijk is voor de met de mededingingsregels strijdige praktijken, maar nog slechts de representant van de onderneming, de entiteit die echt aansprakelijk is. Wanneer die onderneming in andere handen overgaat, zal zij uiteraard aansprakelijk blijven — zij zal zich dus niet van die aansprakelijkheid kunnen ontdoen —, en wanneer de Commissie, na de mededingingsverstorende praktijken te hebben ontdekt, naar aanleiding van die praktijken sancties wil opleggen, zal zij zich moeten richten tot de nieuwe representant van de onderneming, met dien verstande dat wanneer de onderneming in zekere zin is geëmancipeerd doordat zij de vorm van een vennootschap heeft aangenomen — zoals een minderjarige die meerderjarig is geworden, om nog maar eens een beeld uit het familierecht te gebruiken, net zoals bij opvolging —, zij zelf voor haar gedragingen zal moeten instaan. Toegepast op de onderhavige zaak zou deze redenering erop neerkomen, dat Colthrop Board Mill Ltd moet instaan voor de mededingingsverstorende gedragingen van Colthrop in de periode waarin deze fabriek door SCA Holding werd geëxploiteerd.

26. Overigens komt in deze constructie het gebruik van het begrip opvolging nogal kunstmatig voor, aangezien Colthrop in feite van het begin tot het eind aansprakelijk zou zijn geweest voor haar eigen gedragingen.

27. Ik ben echter hoe dan ook van mening, dat een dergelijke redenering moet worden verworpen en dat wij ons moeten houden aan de volstrekt ondubbelzinnige oplossing van het arrest Enichem Anic/Commissie, die het Gerecht gewoon heeft toegepast op het onderhavige geval, aangezien het mij fundamenteel juist lijkt om de aansprakelijkheid te koppelen aan de macht.

28. Colthrop werd tijdens de gehele duur van de inbreuk door SCA Holding geleid en het is niet meer dan normaal dat deze vennootschap haar verantwoordelijkheid voor het vroegere gedrag van Colthrop niet uit de weg gaat.

29. Ik zou mijn bespreking van dit middel hiermee kunnen afronden, ware het niet dat het Gerecht tot staving van zijn conclusie ook andere argumenten heeft aangevoerd, die door rekwirante eveneens worden aangevochten, en, laat ik dit meteen zeggen, met meer reden.

30. SCA Holding betoogt, dat punt 65 van het bestreden arrest niet alleen in tegenspraak is met punt 63, maar ook op zichzelf onjuist is, voor zover daarin wordt erkend dat de Commissie in bepaalde omstandigheden een keuzemogelijkheid heeft waar het gaat om de adressaat van haar beschikking waarbij met de mededinging strijdige praktijken worden bestraft, en bovendien wordt gezegd dat een eenmaal gemaakte keuze niet rechtsgeldig kan worden aangetast.

31. Ik moet toegeven, dat punt 65 van het bestreden arrest inderdaad in verschillende opzichten bevreemdt. Allereerst wekt het verbazing dat het Gerecht slechts veronderstellenderwijs ervan uitgaat, dat Colthrop de hoedanigheid van onderneming heeft. In de voorgaande punten wordt stellig niet met zoveel woorden gezegd, dat Colthrop een onderneming is, voor zover in punt 61 enkel staat te lezen dat zij „de fabriek was waarin karton werd geproduceerd".

32. De redenering in punt 63 van het bestreden arrest, die aanknoopt bij het arrest Enichem Anic/Commissie, is echter helemaal gebaseerd op Colthrops hoedanigheid van onderneming, aangezien daarin onderscheid wordt gemaakt tussen de onderneming en de voor haar exploitatie verantwoordelijke rechtspersoon. Zo het Gerecht zich op het standpunt had willen stellen, dat Colthrop geen onderneming was, maar slechts een onderdeel vormde van de activa van P & B, later SCA Holding, had het een verwijzing naar het arrest Enichem Anic/Commissie achterwege kunnen laten. In dat geval zou de enige identificeerbare onderneming P & B zijn geweest en zou zich geen toerekeningsprobleem hebben voorgedaan: de beschikking zou dan namelijk gewoon zijn gericht tot de „vennootschap-onderneming" die zelf de mededingingsregels had geschonden en de latere verkoop van de tot de activa behorende fabriek Colthrop zou volstrekt irrelevant zijn.

33. Het feit nu dat in punt 65 van het bestreden arrest Colthrop slechts veronderstellenderwijs als onderneming wordt aangemerkt, biedt uiteraard geen steun aan de voorgaande overwegingen.

34. Nog afgezien van deze tegenstrijdigheid lijkt het mij bovendien uiterst laakbaar om in hypothetische termen te spreken van Colthrops hoedanigheid van onderneming in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, nu het erom gaat te bepalen welke entiteit de adressaat moet zijn van een beschikking waarbij de Commissie een inbreuk op de mededingingsregels bestraft. Ik meen namelijk dat bij de toepassing van de mededingingsregels duidelijkheid moet heersen en niet de vaagheid die punt 65 van het bestreden arrest laat bestaan.

35. Ten aanzien van de consequenties die Colthrop's hoedanigheid van onderneming volgens het Gerecht zou meebrengen, kan ik niet anders dan dezelfde bedenkingen uiten. Het lijkt mij absoluut niet wenselijk dat de Commissie zou kunnen kiezen tot wie zij haar beschikking richt. Natuurlijk kunnen er in sommige zaken, zoals de onderhavige, problemen rijzen wanneer moet worden bepaald, tot wie de beschikking moet worden gericht. Dit is echter stellig nog geen reden om de Commissie een keuzemogelijkheid te geven. Het feit dat een probleem complex is, betekent nog niet dat om het even welke oplossing voor dit probleem juist is. De identificatie van de adressaat moet geschieden volgens rechtsregels, zoals die welke zijn geformuleerd in meergenoemd arrest Enichem Anic/Commissie; de adressaat moet door toepassing van die regels en na een zorgvuldig onderzoek worden vastgesteld, en dus niet op basis van een keuze, omdat het altijd uiterst moeilijk zal zijn de belanghebbenden ervan te overtuigen, dat de gemaakte keuze niet op willekeur berust.

36. Naar mijn mening is er dus geen keuze. Maar zelfs indien er wel ruimte zou zijn voor een keuze, dat wil zeggen dat de rechtsregel het mogelijk maakt om een beschikking waarbij een sanctie wordt opgelegd wegens met artikel 85, lid 1, van het Verdrag strijdig gedrag van een marktdeelnemer, zowel tot A als tot B te richten, kan dan de door de Commissie gemaakte keuze, zoals het Gerecht stelt, niet worden betwist door degene op wie de keuze is gevallen?

37. Men zou geneigd kunnen zijn te antwoorden, dat dit inderdaad het geval is. Wanneer eenmaal is aanvaard, dat de beschikking zowel tot A als tot B kon worden gericht, zal A, indien de keuze op hem is gevallen, misschien kunnen aantonen, dat B evengoed de adressaat had kunnen zijn, maar dit zal niets veranderen aan het feit dat de keuze voor A niet met de rechtsregel in strijd was. Dit is volgens mij het antwoord dat het Gerecht SCA Holding heeft willen geven.

38. Maar is het aanvaardbaar, dat als enige reden om voor A te kiezen wordt aangevoerd, dat niets aan die keuze in de weg stond, of dat die keuze zelfs helemaal niet wordt gemotiveerd? In dat geval zou aan de Commissie een aan willekeur grenzende discretionaire bevoegdheid wordt toegekend.

39. Wanneer aan de andere kant wordt verlangd, dat de keuze voor A werkelijk wordt gemotiveerd, zal aan A ook het recht

moeten worden toegekend om deze motivering voor de rechter te betwisten. Indien de rechter deze motivering afkeurt, zal dit dan niet automatisch tot gevolg hebben dat B had moeten worden gekozen, en, in dat geval, wat blijft er dan nog over van de vermeende keuzemogelijkheid van de Commissie?

40. Ook uit dit oogpunt is het dus duidelijk niet wenselijk dat de Commissie, zij het ook in zeer bijzondere gevallen, zou kunnen kiezen tot wie zij haar beschikking richt, wanneer men althans wil vermijden verstrikt te raken in de tegenstrijdigheden die inherent zijn aan het naast elkaar bestaan van een keuzemogelijkheid en een minimum aan rechterlijke toetsing.

41. De bestraffing van inbreuken op de mededingingsregels is een te serieuze aangelegenheid om approximatieve benaderingen toe te staan. Het is mogelijk dat de Commissie aarzelingen heeft, maar zij moet een beslissing nemen, dat wil zeggen kiezen tussen de oplossingen die haar mogelijk lijken. Het is uiteindelijk aan de rechter om uit te maken of zij de juiste keuze heeft gemaakt, wat er eigenlijk op neerkomt dat er op het niveau van de Commissie geen sprake is van een werkelijke keuze, maar enkel van opties, waarvan er slechts één in overeenstemming is met de rechtsregel.

42. Moet derhalve worden aangenomen, dat de overweging in punt 65 van het bestreden arrest niet alleen onjuist is, maar ook de conclusie in het voorgaande punt tenietdoet? Ik heb grote aarzelingen om het Hof in overweging te geven, zich op dit standpunt te stellen.

43. In de eerste plaats omdat afkeuring van dit punt van het bestreden arrest geenszins zou betekenen, dat SCA Holding niet de juiste adressaat van de beschikking was. Integendeel: naar mijn mening valt op de punten 61 tot en met 64 op zichzelf beschouwd niets aan te merken.

44. In de tweede plaats omdat het Gerecht in de punten 66 en volgende van het bestreden arrest nog een andere reden geeft voor de afwijzing van het beroep dat SCA Holding heeft ingesteld tegen de beschikking, voor zover deze tot haar is gericht, namelijk het feit dat P & B, dat wil zeggen SCA Holding onder haar vroegere benaming, voorkwam op de lijst van de PG Paperboard, de organisatie waarbinnen het kartel was georganiseerd.

45. Dit gegeven lijkt mij beslissend, aangezien het het betoog in de punten 61 tot en met 64 van het bestreden arrest versterkt. Het laat zien dat het wel degelijk SCA Holding was die ervoor zorgde dat Colthrop bij het kartel betrokken werd, die de partner van de overige leden van het kartel was, en die zich uit eigen naam committeerde. Het feit dat SCA Holding aan de activiteiten van de PG Paperboard heeft deelgenomen, sluit uit dat zij thans de verantwoordelijkheid voor Colthrop's mededingingsverstorende praktijken op de

markt afwijst, en rechtvaardigt dus dat de beschikking tot haar werd gericht.

46. Al met al ben ik van mening, dat het Gerecht rekwirantes middel terecht heeft afgewezen en dat punt 65 van het bestreden arrest gewoon moet worden beschouwd als een ongelukkig obiter dictum, dat als zodanig niet kan afdoen aan de juistheid van de door het Gerecht gekozen oplossing.

Tweede middel: het bedrag van de geldboete

47. SCA Holding klaagt erover, dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht op het punt van de aan haar opgelegde geldboete. Dit middel valt uiteen in drie onderdelen. In de eerste plaats zou het Gerecht blijk hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door vast te stellen, dat rekwirantes houding gedurende de administratieve procedure geen verlaging van de geldboete rechtvaardigde. In de tweede plaats zou het een onjuiste rechtsopvatting hebben vertolkt door te oordelen, dat de beschikking niet zodanig gebrekkig was gemotiveerd, dat intrekking of verlaging van de geldboete gerechtvaardigd was. In de derde plaats zou het Gerecht niet hebben kunnen instemmen met de door de Commissie gemaakte keuze om de beschikking betreffende Colthrop tot SCA Holding te richten, terwijl het tegelijkertijd heeft geweigerd bij de toetsing van het niveau van de geldboete rekening te houden met die keuze. Ik zal deze drie onderdelen een voor een onderzoeken.

Eerste onderdeel van het tweede middel

48. Voor het Gerecht stelde SCA Holding, dat haar houding gedurende de administratieve procedure, waarbij zij geen standpunt innam met betrekking tot de feiten die de haar ten laste gelegde inbreuk vormden, aangezien zij niets van de kartonsector afwist omdat zij Colthrop al na een heel korte periode weer had overgedragen aan een andere vennootschap, haar evenals andere adressaten van de beschikking recht gaf op een verlaging van de geldboete. Het Gerecht wees dit betoog van de hand door te overwegen:

„156 Terecht heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld, dat [rekwirante], door aldus te antwoorden, zich niet op een wijze heeft gedragen die een verlaging van de geldboete wegens medewerking tijdens de administratieve procedure rechtvaardigt. Een verlaging om die reden is namelijk slechts gerechtvaardigd, indien

het gedrag de Commissie in staat heeft gesteld om een inbreuk met minder moeilijkheden vast te stellen en daaraan in voorkomend geval een einde te maken (zie arrest Gerecht van 10 maart 1992, ICI/Commissie, T-13/89, Jurispr. blz. II-1021, punt 393).

ting van de taak van de Commissie, bestaande in het vaststellen en bestraffen van de inbreuken op de communautaire mededingingsregels."

157 Een onderneming die uitdrukkelijk verklaart, dat zij de gestelde feiten waarop de Commissie haar punten van bezwaar baseert, niet ontkent, kan als een onderneming worden beschouwd die heeft bijgedragen tot een verlichting van de taak van de Commissie, bestaande in het vaststellen en het bestraffen van inbreuken op de communautaire mededingingsregels. In haar beschikkingen houdende vaststelling van een inbreuk op deze regels, mag de Commissie een dergelijk gedrag als een erkenning en dus als een bewijs van de juistheid van de gestelde feiten beschouwen. Een dergelijk gedrag kan derhalve een verlaging van de geldboete rechtvaardigen.

49. SCA Holding bestrijdt dit betoog. Haars inziens kan een onderneming die uit tactische overwegingen besluit geen standpunt in te nemen, terwijl zij dit zeer goed zou kunnen doen daar zij over alle noodzakelijke gegevens beschikt, niet over één kam worden geschoren met een onderneming die, zoals zijzelf, geen standpunt inneemt omdat zij daartoe niet in staat is, aangezien zij over geen enkel gegeven beschikt aan de hand waarvan zij kan uitmaken, of de verklaringen van de Commissie met de werkelijkheid stroken. Rekwirante stelt ook, dat zij door haar houding de taak van de Commissie heeft verlicht.

158 Dit is niet het geval wanneer een onderneming in haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar de kern van de daarin door de Commissie gestelde feiten ontkent, geen enkel antwoord geeft of, zoals [rekwirante], enkel verklaart geen standpunt in te nemen met betrekking tot de door de Commissie gestelde feiten. Door een dergelijke houding tijdens de administratieve procedure draagt de onderneming namelijk niet bij tot een verlich-

50. Anders dan de Commissie stelt, is deze grief wel ontvankelijk. Rekwirante betwist namelijk geen eenvoudige feitelijke vaststellingen van het Gerecht, maar stelt dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld, dat haar houding niet kon worden gelijkgesteld met die van ondernemingen die de feiten waarop de Commissie haar punten van bezwaar had gebaseerd, niet hebben ontkend en die uit dien hoofde een verlaging — waarvan de juistheid niet ter discussie staat — hebben verkregen van de

geldboete die hun wegens hun deelneming aan het kartel was opgelegd.

51. Dit betoog kan niet worden aanvaard. Men kan immers niet anders dan het Gerecht gelijk geven waar het in punt 157 van het bestreden arrest uiteenzet, hoe de taak van de Commissie echt wordt verlicht indien de gestelde feiten niet worden ontkend, terwijl zulks absoluut niet het geval is wanneer de onderneming zich in stilzwijgen hult.

52. In het eerste geval heeft de onderneming het zichzelf definitief onmogelijk gemaakt bepaalde bezwaren naar voren te brengen — de *venire contra factum*-regel staat daaraan namelijk in de weg —, terwijl in het tweede geval de onderneming de vrijheid behoudt om te zijner tijd alle verweermiddelen die haar nuttig lijken, aan te wenden.

53. Zoals de Commissie beklemtoont, wordt dit perfect geïllustreerd door het feit dat SCA Holding zich tijdens de mondelinge behandeling voor het Gerecht heeft willen aansluiten bij een gemeenschappelijk pleidooi waarbij bepaalde door de Commissie in aanmerking genomen feiten werden betwist, dat wil zeggen heeft getracht voor de rechter voordeel te halen uit het feit dat zij tijdens de administratieve procedure wijselijk had nagelaten de juistheid van de door de Commissie gestelde feiten te erkennen. De enige reden waarom zij niet in haar opzet slaagde, was dat zij had nagelaten de betrokken feiten in haar inleidend verzoekschrift te betwisten.

54. Zoals de Commissie ook opmerkt, kon SCA Holding niet op twee paarden wedden. Zij kon niet enerzijds trachten zich ten opzichte van het kartel voor te doen als een onschuldige toeschouwer, en anderzijds voordeel halen uit het minimum aan medewerking met de Commissie in de vorm van de erkenning van bepaalde feiten. Zij heeft een keuze gemaakt die uiteindelijk onverstandig is gebleken, maar deze tactische fout kan geen middel in hogere voorziening opleveren.

55. Zelfs indien SCA Holding zich niet de rol van onschuldige toeschouwer had aangemeten, dat wil zeggen niet had geweigerd feiten die zij heel goed kende, te erkennen, zou er nog geen reden zijn om de redenering van het Gerecht af te keuren. Het Gerecht heeft haar middel immers niet afgewezen op grond dat zij zich niet werkelijk tot medewerking bereid heeft getoond. Het heeft niet een negatieve houding harerzijds willen bestraffen, maar enkel vastgesteld dat haar houding, objectief beschouwd en los van enig waardeoordeel, niet bijdroeg tot een verlichting van de taak van de Commissie, en dat er derhalve geen objectieve rechtvaardiging bestond voor een verlaging van de aan haar

opgelegde geldboete, aangezien een dergelijke verlaging enkel aan de orde was indien de taak van de Commissie echt was verlicht.

56. SCA Holding is niet „bestraft" voor haar houding. Alleen kan haar houding, wat de consequenties ervan betreft, niet worden gelijkgesteld met die van de ondernemingen wier geldboete wel is verlaagd. De weigering van het Gerecht om in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht rekwirantes geldboete te verlagen, is volgens mij in geen enkel opzicht willekeurig of in strijd met een rechtsregel. Ik geef het Hof dan ook in overweging, dit onderdeel van het tweede middel af te wijzen.

Tweede onderdeel van het tweede middel

57. Met het tweede onderdeel van haar tweede middel verwijt rekwirante het Gerecht dat het, door zich op het standpunt te stellen dat het ontbreken van een specifieke motivering in de beschikking betreffende de wijze van berekening van de geldboeten in casu niet behoefde te worden beschouwd als een schending van de in artikel 190 EG-Verdrag (thans artikel 253 EG) neergelegde motiveringsverplichting die een gehele of gedeeltelijke intrekking van de opgelegde geldboeten rechtvaardigde (punt 207 van het bestreden arrest), blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Aangezien deze grief ook in het kader van acht andere hogere voorzieningen is aangevoerd, behandel ik hem enkel in mijn conclusie in de zaak Mo och Domsjö/Commissie (C-283/98 P), waarin ik concludeer tot afwijzing ervan.

Derde onderdeel van het tweede middel

58. Over het derde onderdeel van het middel dat is gericht tegen de weigering van het Gerecht om de aan rekwirante opgelegde geldboete in te trekken of te verlagen, kan ik kort zijn. In de eerste plaats heb ik immers reeds uiteengezet, waarom er in mijn ogen geen sprake is van een werkelijke keuze van de Commissie, waarmee het Gerecht zou hebben ingestemd, zodat de premisse die aan dit onderdeel ten grondslag ligt, onjuist is.

59. In de tweede plaats is het, gesteld al dat er ruimte was geweest voor een keuze, volkomen duidelijk, dat de rechtspersoon die als adressaat van de beschikking werd aangemerkt, moest worden bestraft wegens de zwaarte en de duur van de inbreuk die was gepleegd door de onderneming wier gedrag aan haar werd toegerekend, zonder dat daarbij mocht worden gediscrimineerd ten opzichte van de overige adressaten van de beschikking die moesten instaan voor de inbreuken van andere bij het kartel aangesloten ondernemingen, en dus zonder enige wijziging van het bedrag van haar geldboete. Deze laatste grief van SCA Holding kan dus evenmin als de voorgaande slagen.

Conclusie

60. Aangezien ik van mening ben dat geen van de door SCA Holding Ltd tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 14 mei 1998, SCA Holding/ Commissie (T-327/94), aangevoerde middelen gegrond is, kan ik niet anders dan het Hof in overweging geven:

1) de hogere voorziening in haar geheel af te wijzen;

2) rekwirante in de kosten te verwijzen.