ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ NIAL FENNELLY

της 29ης Οκτωβρίου 1998 *

Περιεχόμενα

I — Εισαγωγή I-1373

II — Νομικό και πραγματικό πλαίσιο I-1373

A — Η αναιρεσιβαλλομένη απόφαση I-1373

B — Ο κανονισμός του 1986 ..... I-1376

III — Επισκόπηση της αιτήσεως αναιρέσεως I-1378

IV — Η διαπίστωση περί συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως I-1378

A — Εισαγωγή I-1378

B — Η επιχειρηματολογία των αναιρεσειουσών I-1379

Γ — Η φύση της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως I-1380

Δ — Η επάρκεια της αιτιολογήσεως I-1386

E — Συμπέρασμα I-1390

V — Οι περιπτώσεις καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως που προσάπτονται στην Cewal . I-1390

A — Η καταχρηστική εκμετάλλευση που αφορά την Ogefrem I-1390

i) Ιστορικό I-1390

ii) Συνοπτική έκθεση των παρατηρήσεων που κατατέθηκαν στο πλαίσιο της αναιρέσεως. I-1393

iii) Ανάλυση των επιχειρημάτων των αναιρεσειουσών I-1394

α) Το δικαίωμα για δίκαιη δίκη I-1394

β) Ο ισχυρισμός περί παροτρύνσεως για την ανάληψη κυβερνητικής δράσεως I-1394

— Εισαγωγή I-1394

— Η σημασία του δόγματος της «πράξεως κρατικής κυριαρχίας» I-1395

— Η πραγματική φύση της συμφωνίας Ogefrem I-1399

γ) Η φερόμενη αντίφαση που περιέχει η αναιρεσιβαλλομένη απόφαση .. I-1401

δ) Το θεμιτό της συμπεριφοράς του Ogefrem κατά το άρθρο 86 ..... I-1401

B — Η χρησιμοποίηση «μαχητικών πλοίων» I-1401

i) Εισαγωγή I-1401

ii) Οι αναφερόμενοι στη διαδικασία λόγοι αναιρέσεως I-1402

α) Ιστορικό I-1402

* Γλώσσα του πρωτοτύπου: η αγγλική.

β) Η αναιρεσιβαλλομένη απόφαση ..... I - 1405

γ) Τα επιχειρήματα που προβάλλονται αναιρετικώς ..... I - 1405

δ) Ανάλυση ..... I - 1406

iii) Ο καταχρηστικός χαρακτήρας της επίδικης συμπεριφοράς ..... I - 1409

α) Τα ανακύπτοντα ζητήματα ..... I - 1409

β) Ανάλυση ..... I - 1411

— Ο πολυμερής χαρακτήρας της καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως ... I - 1411

— Η πρόθεση αποκλεισμού ..... I - 1412

— Παρέκκλιση από τις τιμές της διασκέψεως ..... I - 1413

— Κατανομή της απώλειας εσόδων ..... I - 1413

— Η σχετική με τις «ληστρικές τιμές» νομολογία ..... I - 1414

— Η καταχρηστική φύση της μεθόδου των «μαχητικών πλοίων» .... I - 1417

Γ — Υποχρέωση συνάψεως συμβάσεων πίστεως κατά 100 % ..... I - 1421

i) Εισαγωγή ..... I - 1421

ii) Το περιεχόμενο ..... I - 1422

iii) Πρώτο σκέλος: εσφαλμένη ερμηνεία του κανονισμού του 1986 — «επιβολή» πίστεως ..... I - 1423

α) Πρώτο επικουρικώς προβαλλόμενο επιχείρημα — πωλήσεις fob ..... I - 1424

β) Δεύτερο επικουρικώς προβαλλόμενο επιχείρημα — μαύροι πίνακες .. I - 1425

iv) Δεύτερο σκέλος: η Επιτροπή δεν μπορεί να επιβάλει πρόστιμο πριν ανακαλέσει την εξαίρεση ..... I - 1428

VI — Τα πρόστιμα ..... I - 1431

Α — Εισαγωγή ..... I - 1431

Β — Η νομολογία του Δικαστηρίου ..... I - 1431

Γ — Οι ισχυρισμοί των αναιρεσειουσών ..... I - 1432

Δ — Ανάλυση ..... I - 1433

i) Προσβολή του δικαιώματος άμυνας ..... I - 1433

ii) Άλλοι ισχυρισμοί ..... I - 1437

iii) Το επιτόκιο ..... I - 1438

Ε — Σύνοψη των πορισμάτων μου που προτείνω στο Δικαστήριο ..... I - 1439

VII — Η ΕΣΔΑ ..... I - 1440

VIII — Δικαστικά έξοδα ..... I - 1440

IX — Πρόταση ..... I - 1441

I — Εισαγωγή

1. Η υπό κρίση αίτηση αναιρέσεως παρέχει για πρώτη φορά στο Δικαστήριο την ευκαιρία να κρίνει την εφαρμογή των περί ανταγωνισμού άρθρων της Συνθήκης σε ναυτιλιακές εταιρίες που είναι μέλη διασκέψεων. Η αίτηση αναιρέσεως αφορά τη διαπίστωση καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως δεσπόζουσας θέσεως από μέλη μιας ναυτιλιακής διασκέψεως, της Central and West African Conference (στο εξής: Cewal), η οποία ασκεί δραστηριότητες μεταξύ του Ζαΐρ και ορισμένων λιμένων της Βόρειας Ευρώπης. Οι αναιρεσείουσες βάλλουν κατά της κρίσεως που αφορά τον συλλογικό χαρακτήρα της δεσπόζουσας θέσεως που διαπίστωσε η Επιτροπή. Η αίτηση αναιρέσεως θέτει επίσης ζητήματα που αφορούν τον αμυντικό ισχυρισμό περί παροτρύνσεως για τη λήψη κρατικών μέτρων, τις διαδικασίες που έπρεπε να ακολουθηθούν βάσει της εφαρμοστέας ρυθμίσεως περί εφαρμογής των κανόνων του ανταγωνισμού στον τομέα των θαλάσσιων μεταφορών και την εφαρμογή του άρθρου 86 της Συνθήκης ΕΚ στην πρακτική καθορισμού τιμών που είναι γνωστή με την έκφραση «μαχητικά πλοία». Οι αναιρεσείουσες προβάλλουν επίσης ορισμένες διαδικαστικές αιτιάσεις που αφορούν τον τρόπο με τον οποίο η υπόθεση αντιμετωπίστηκε από την Επιτροπή και το Πρωτοδικείο.

II — Νομικό και πραγματικό πλαίσιο

Α — *Η αναιρεσιβαλλομένη απόφαση*

2. Το άρθρο 1, παράγραφος 3, στοιχείο β', του κανονισμού ΕΟΚ) 4056/86 του Συμβουλίου, της 22ας Δεκεμβρίου 1986, για τον καθορισμό του τρόπου εφαρμογής των άρθρων 85 και 86 της Συνθήκης ΕΟΚ στις θαλάσσιες μεταφορές [1] (στο εξής: κανονισμός του 1986), ορίζει τη «ναυτιλιακή διάσκεψη» ως «ομάδα δύο τουλάχιστον φορέων — εφοπλιστών που εκτελεί διεθνείς τακτικές εμπορευματικές μεταφορές σε συγκεκριμένη γραμμή ή συγκεκριμένες γραμμές μέσα σε καθορισμένα γεωγραφικά όρια και έχει συνάψει οποιασδήποτε μορφής συμφωνία ή διακανονισμό στα πλαίσια του οποίου τα μέλη της ομάδας προβαίνουν από κοινού στην εκμετάλλευση της γραμμής ή των γραμμών με κοινούς ή ίσους τους ναύλους και κάθε άλλη προϋπόθεση που έχει σχέση με την παροχή των τακτικών αυτών υπηρεσιών».

3. Η παρούσα αίτηση αναιρέσεως στρέφεται κατά της αποφάσεως 93/82/ΕΟΚ της Επιτροπής, της 23ης Δεκεμβρίου 1992, περί διαδικασίας του άρθρου 85 της Συνθήκης ΕΟΚ (IV/32.448 και IV/32.450: Cewal, Cowac, Ukwal) και του άρθρου 86 Συνθήκης ΕΟΚ (IV/32.448 και IV/32.450: Cewal) [2] (στο εξής: απόφαση). Η απόφαση εκδόθηκε σύμφωνα με τον κανονισμό 1986. Στην απόφαση αυτή, η Επιτροπή περιγράφει τη Cewal ως μία ναυτιλιακή διάσκεψη τα μέλη της οποίας εκτελούν «τακτικές εμπορευματικές μεταφορές μεταξύ των λιμένων του Ζαΐρ [3] και της Αγκόλας και των αντίστοιχων λιμένων της Βόρειας Θάλασσας (με εξαίρεση το Ηνωμένο Βασίλειο)» [4]. Ενεργώντας βάσει καταγγελιών που έλαβε τον Ιούλιο του 1997, η Επιτροπή προέβη σε έρευνα ως προς ορισμένους ισχυρισμούς για αντίθετη προς τον ανταγωνισμό συμπεριφορά των μελών της Cewal και άλλων ναυτιλιακών διασκέψεων που ασκούν δραστηριότητες μεταξύ της Ευρώπης και της Δυτικής και Κεντρικής Αφρικής. Με την απόφαση διαπίστωσε ότι τρεις ναυτιλιακές διασκέψεις είχαν παραβεί

1 — ΕΕ L 378, σ. 4.

2 — ΕΕ 1993, L 34, σ. 20.

3 — Νυν Δημοκρατία του Κογκό.

4 — Αιτιολογική σκέψη 1 της αποφάσεως. Υπάρχουν συνολικώς 119 αιτιολογικές σκέψεις στην απόφαση αυτή οι οποίες, χάριν ευκολίας, αναφέρονται στο εξής απλώς ως αιτιολογικές σκέψεις της αποφάσεως.

το άρθρο 85 και ότι τα μέλη της διασκέψεως Cewal εκμεταλλεύτηκαν καταχρηστικώς συλλογική δεσπόζουσα θέση σε αντίθεση προς το άρθρο 86. Πρόστιμα επιβλήθηκαν σε τέσσερα από τα μέλη της διασκέψεως Cewal (ήτοι στις εταιρίες Compagnie maritime belge, Dafra-Lines, Deutsche Afrika-Linien και Nedlloyd Lijnen), ενώ το σημαντικότερο πρόστιμο (9,6 εκατ. ECU, ήτοι το 95 % του συνόλου του προστίμου) επιβλήθηκε στην Compagnie maritime belge (στο εξής: CMB).

4. Τα τέσσερα αυτά μέλη της διασκέψεως Cewal (στο εξής: στο πλαίσιο της διαδικασίας ενώπιον του Πρωτοδικείου, οι προσφεύγουσες) άσκησαν ενώπιον του Πρωτοδικείου προσφυγές ακυρώσεως της αποφάσεως βάσει του άρθρου 173 της Συνθήκης ΕΚ. Το Πρωτοδικείο, με απόφαση της 8ης Οκτωβρίου 1996 (στο εξής: αναιρεσιβαλλομένη απόφαση), καίτοι μείωσε τα τέσσερα επιβληθέντα πρόστιμα κατά 10 % σε κάθε υπόθεση [5], απέρριψε τις προσφυγές τους [6]. Μολονότι οι προσφυγές σκοπούσαν στην ακύρωση των διαπιστώσεων της Επιτροπής που αφορούσαν παραβάσεις αμφοτέρων των άρθρων 85 και 86 Συνθήκης, η CMB και η Dafra-Lines (στο εξής: Dafra) περιόρισαν το αίτημα των υπό κρίση αιτήσεών τους αναιρέσεως ενώπιον του Δικαστηρίου στα σημεία της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως με τα οποία επικυρώθηκαν οι διαπιστώσεις της Επιτροπής που αφορούν την καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσεως σε αντίθεση προς το άρθρο 86 και κατ' ουσίαν διατηρήθηκαν τα πρόστιμα που επέβαλε η Επιτροπή σε σχέση με την καταχρηστική αυτή εκμετάλλευση [7].

5. Σύμφωνα με τον κώδικα συμπεριφοράς για τις ναυτιλιακές διασκέψεις που υιοθετήθηκε στη συνδιάσκεψη των Ηνωμένων Εθνών για το εμπόριο και την ανάπτυξη (στο εξής: κώδικας Unctad), η κατανομή φορτίων μεταξύ ναυτιλιακών διασκέψεων υπόκειται στον κανόνα «40: 40: 20» (στο εξής: ο κανόνας Unctad 40: 40: 20), κατά τον οποίο σε εθνικές εφοπλιστικές εταιρίες των χωρών εκατέρωθεν δεδομένης ναυτιλιακής διασυνδέσεως κατανέμεται το 40 % των φορτίων που μεταφέρει η διάσκεψη, ενώ το υπόλοιπο 20 % παραχωρείται σε εφοπλιστικές εταιρίες τρίτων χωρών που συμμετέχουν στην ίδια διάσκεψη. Ορισμένες αφρικανικές χώρες ζήτησαν, όπως θα εκτεθεί λεπτομερέστερα κατωτέρω, την εφαρμογή του κανόνα Unctad 40: 40: 20 σε όλα τα φορτία και όχι μόνο σ' αυτά που μεταφέρονται από τις διασκέψεις. Όσον αφορά τις ναυτιλιακές διασυνδέσεις μεταξύ Βόρειας Ευρώπης και Ζαΐρ, η κατανομή των φορτίων σύμφωνα με τον κανόνα Unctad 40: 40: 20 εφαρμόστηκε από τα μέσα έως τα τέλη της δεκαετίας του '80 με διάφορα μέτρα, από τα οποία το σημαντικότερο για τους σκοπούς της υπό κρίση αιτήσεως αναιρέσεως είναι η σύναψη το 1985 μιας συμφωνίας συνεργασίας (στο εξής: συμφωνία Ogefrem) μεταξύ του ζαϊρινού Office Zaïrois de Gestion du Fret Maritime (οργανισμού διαχειρίσεως θαλάσσιων ναυλώσεων, στο εξής: Ogefrem) και της Cewal. Βάσει του πρώτου εδαφίου του άρθρου 1 της συμφωνίας Ogefrem, η Cewal και ο Ogefrem όφειλαν να διασφαλίσουν ότι «το σύνολο των προς μεταφορά εμπορευμάτων στο πλαίσιο του πεδίου των δραστηριοτήτων της διασκέψεως Cewal ανατίθεται σε εταιρίες που είναι μέλη αυτής της ναυτιλιακής διασκέψεως», ενώ, δυνάμει του δεύτερου εδαφίου, παρεκκλίσεις είναι δυνατές μόνο «με ρητή συμφωνία των δύο ενδιαφερομένων μερών». Παρά τις διατάξεις αυτές, ο Ogefrem αποφάσισε μονομερώς κατά το 1986 να παραχωρήσει σε έναν ανταγωνιστικό ναυτιλιακό όμιλο, το κονσόρτσιουμ Grimaldi και Cobelfret (στο εξής: G & C), περίπου το 2 % του μεριδίου μεταφορών προς και από το

5 — Το πρόστιμο της CMB μειώθηκε κατά 960 000 ECU, τα δε άλλα πρόστιμα κατά 20 000 ECU στην περίπτωση της Dafra-Lines και της Deutsche Afrika-Linien και κατά 10 000 ECU στην περίπτωση της Nedlloyd Lijnen.

6 — Συνεκδικασθείσες υποθέσεις T-24/93 έως T-26/93 και T-28/93, Compagnie maritime belge transports κ.λπ. κατά Επιτροπής (Συλλογή 1996, σ. II-1201).

7 — Στο εξής, όλες οι αναφορές στα «άρθρα 85 και 86» αφορούν τα άρθρα 85 και 86 της Συνθήκης περί ιδρύσεως της Ευρωπαϊκής Κοινότητας.

Ζαΐρ, μεριδίου το οποίο φαίνεται να αυξήθηκε κατά τα επόμενα έτη, αλλά όχι μέχρι του σημείου να θιγεί η δεσπόζουσα θέση της Cewal [8].

6. Μόνον οι κρίσεις της Επιτροπής που αφορούν το άρθρο 86 και τα επιβληθέντα πρόστιμα έχουν σημασία για τους σκοπούς των αιτήσεων αναιρέσεως που άσκησαν η CMB και η Dafra (στο εξής: αναιρεσείουσες, αλλά και, όπως διευκρινίστηκε ανωτέρω στο σημείο 4, όπου χρειάζεται, προσφεύγουσες) [9]. Η Επιτροπή έκρινε ότι «το σύνολο των θαλάσσιων διαδρομών μεταξύ του Ζαΐρ και των λιμένων της Βόρειας Ευρώπης που εξυπηρετούνται (εξυπηρετούνταν) από τα μέλη της Cewal συνιστά (συνιστούσε) συγκεκριμένη αγορά» [10]. Η Επιτροπή αναφέρθηκε επίσης στα οφέλη που αποκόμισε η Cewal από τη συμφωνία Ogefrem, στις εκτεταμένες της ναυτιλιακές ζώνες, στην ικανότητα του στόλου της και στη συχνότητα των υπηρεσιών που θα μπορούσε να παρέχει, καθώς και στην κτηθείσα πείρα στο πλαίσιο των υπηρεσιών που διεκπεραιώνει εδώ και πολλές δεκαετίες. Η Επιτροπή διαπίστωσε ότι τα μέλη της Cewal είχαν συλλογικώς πολύ σημαντική δεσπόζουσα θέση στην αγορά αυτή τόσο λόγω του πολύ μεγάλου μεριδίου τους αγοράς όσο και λόγω άλλων παραγόντων.

7. Η Επιτροπή διαπίστωσε ότι «η Cewal εκμεταλλεύτηκε καταχρηστικά τη δεσπόζουσα θέση της χρησιμοποιώντας τρία διαφορετικά μέσα (...) με στόχο τον εξοβελισμό του κυριότερου ανταγωνιστή της (G & C)» [11]. Τα μέλη της Cewal χρησιμοποίησαν καταχρηστικά την κοινή δεσπόζουσα θέση τους όπως διατυπώνεται στο άρθρο 2 της αποφάσεως:

— «συμμετέχοντας στην υλοποίηση της [συμφωνίας Ogefrem] και αξιώνοντας επανειλημμένα, με ποικίλα διαβήματά τους, την αυστηρή της τήρηση»,

— «τροποποιώντας τους ναύλους, μέσω παρεκκλίσεων από τις ισχύουσες τιμές, προκειμένου να προσφέρουν ναύλους ίδιους ή κατώτερους από τους ναύλους του κυριότερου ανεξάρτητου ανταγωνιστή, για πλοία που αναχωρούν την ίδια ημερομηνία ή σε κοντινές ημερομηνίες (πρακτική γνωστή ως "fighting ships/ μαχητικά πλοία")»

και

— «καταρτίζοντας διακανονισμούς πίστεως επιβαλλόμενες κατά 100 % (συμπεριλαμβανομένων των εμπορευμάτων τα οποία πωλούνται fob) [12], οι οποίες υπερβαίνουν τα όρια του άρθρου 5, παράγραφος 2 (του κανονισμού του

8 — Στην αιτιολογική σκέψη 14 του δημοσιευθέντος κειμένου της αποφάσεως (υποσημείωση 2 ανωτέρω), η Επιτροπή δεν προέβη στη δημοσίευση, σύμφωνα με το άρθρο 24, παράγραφος 2, του κανονισμού του 1986, που αφορά τη μη γνωστοποίηση στοιχείων, σχετικά με το επαγγελματικό απόρρητο, των στοιχείων που αντιστοιχούν στο μερίδιο μεταφορών που παρέθεσε η Cewal ως προς το 1989 και το 1991 αντιστοίχως. Με την αίτησή τους αναιρέσεως, οι ίδιες οι αναιρεσείουσες αναφέρονται στα μη γνωστοποιηθέντα στοιχεία χωρίς να τα αμφισβητούν.

9 — Θα πρέπει, πάντως, να σημειωθεί ότι στο άρθρο 1 της αποφάσεως η Επιτροπή έκρινε ότι οι συμφωνίες κατανομής της αγοράς μεταξύ της Δυτικής Αφρικής και της Βόρειας Ευρώπης που εμπλέκουν τρεις ναυτιλιακές διασκέψεις, ήτοι την Cewal, την Cowac και την Ukwal, κατά τις οποίες κάθε διάσκεψη ασκεί δραστηριότητες σε ξεχωριστές ναυτιλιακές ζώνες, είχαν ως συνέπεια παράβαση του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης και δεν μπορούσαν να τύχουν εξαιρέσεως ούτε βάσει του άρθρου 85, παράγραφος 3, ούτε βάσει του άρθρου 3 του κανονισμού του 1986.

10 — Αιτιολογική σκέψη 56 της αποφάσεως.

11 — Αιτιολογική σκέψη 62 της αποφάσεως.

12 — Στις πωλήσεις fob, ο πωλητής ευθύνεται μόνο για το κόστος που συνεπάγεται η παράδοση των εμπορευμάτων στο πλοίο.

1986) με την ειδική χρήση των μαύρων λιστών όπως περιγράφεται στην παρούσα απόφαση» [13].

Στο άρθρο 3, δεύτερο εδάφιο, της αποφάσεως, η Επιτροπή διέταξε τα μέλη της Cewal «να πάψουν τις παραβάσεις που διαπιστώνονται στο άρθρο 2», ενώ, κατά το άρθρο 5, «συστήνεται» στα μέλη να προσαρμόσουν τους όρους των συμβάσεων πίστεως «σύμφωνα με το άρθρο 5, παράγραφος 2, του [κανονισμού του 1986]». Στο άρθρο 6 αναφέρονται τα επιβληθέντα πρόστιμα, τα οποία ήδη μνημονεύθηκαν (βλ. ανωτέρω το σημείο 3).

B — *Ο κανονισμός του 1986*

8. Ο κανονισμός 17 [14] δεν έχει εφαρμογή στις μεταφορές. Επομένως, ο κανονισμός του 1986 καθορίζει «τον τρόπο εφαρμογής των άρθρων 85 και 86 της Συνθήκης στις θαλάσσιες μεταφορές» [15]. Όπως εκτίθεται στη δεκάτη έβδομη αιτιολογική σκέψη, προβλέπει «τις διαδικασίες, τις εξουσίες λήψεως αποφάσεων και τις κυρώσεις, που είναι αναγκαίες προκειμένου να διασφαλιστεί η τήρηση των απαγορεύσεων που προβλέπονται στο άρθρο 85, παράγραφος 1, και στο άρθρο 86, καθώς και των προϋποθέσεων εφαρμογής του άρθρου 85, παράγραφος 3».

9. Το άρθρο 3 του κανονισμού του 1986 προβλέπει «εξαίρεση των συμφωνιών μεταξύ μεταφορέων με αντικείμενο την εκμετάλλευση τακτικών γραμμών θαλάσσιων μεταφορών» (στο εξής: εξαίρεση) κατά το οποίο:

«εξαιρούνται από την απαγόρευση του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, υπό τους όρους που προβλέπονται στο άρθρο 4 του παρόντος κανονισμού, οι συμφωνίες, αποφάσεις και εναρμονισμένες πρακτικές του συνόλου ή μέρους των μελών μιας ή περισσοτέρων ναυτιλιακών διασκέψεων που επιδιώκουν τον καθορισμό των ναύλων και όρων μεταφοράς καθώς και, ανάλογα με την περίπτωση, έναν ή περισσότερους από τους παρακάτω στόχους:

α) τον συντονισμό των ωραρίων των πλοίων ή των ημερομηνιών ταξιδίων και προσέγγισής τους στους λιμένες·

β) τον καθορισμό της συχνότητας των ταξιδίων ή της προσέγγισης σε λιμένες·

γ) τον συντονισμό ή την κατανομή των ταξιδίων και των εξυπηρετουμένων λιμένων μεταξύ των μελών της διάσκεψης·

δ) τη ρύθμιση της μεταφορικής ικανότητας που προσφέρει κάθε μέλος·

ε) την κατανομή του μεταφερομένου φορτίου ή των εσόδων μεταξύ των μελών».

13 — Δηλαδή καταλόγων ναυλωτών που προσέφευγαν, έστω και ευκαιριακά, στην εναλλακτική δυνατότητα υπηρεσιών που παρείχαν οι G & C· βλ. ειδικότερα, την αιτιολογική σκέψη 29 της αποφάσεως και την εν προκειμένω δεύτερη υποσημείωση της αποφάσεως.

14 — Κανονισμός του Συμβουλίου, της 6ης Φεβρουαρίου 1962, πρώτος κανονισμός εφαρμογής των άρθρων 85 και 86 της Συνθήκης (ΕΕ ειδ. έκδ. 08/001, σ. 25).

15 — Άρθρο 1, παράγραφος 1.

Η εφαρμογή της εξαιρέσεως εξαρτάται ρητώς, κατά το άρθρο 4, από την «προϋπόθεση» ότι η συμφωνία ή κάθε άλλη κατ' αυτόν τον τρόπο εξαιρούμενη πρακτική «δεν προξενεί εντός της κοινής αγοράς ζημία σε ορισμένες λιμένες, φορτωτές ή μεταφορείς λόγω της εφαρμογής, κατά τη μεταφορά των ίδιων εμπορευμάτων και στην περιοχή που καλύπτεται από τη συμφωνία, την απόφαση ή την εναρμονισμένη πρακτική, τιμολογίων και όρων μεταφοράς που διαφέρουν ανάλογα με τη χώρα καταγωγής ή προορισμού ή των λιμένων φόρτωσης ή εκφόρτωσης, αν αυτά τα τιμολόγια και αυτοί οι όροι δεν είναι δυνατόν να δικαιολογηθούν από οικονομική άποψη». Η συνέπεια της μη τηρήσεως αυτής της προϋποθέσεως συνίσταται στο ότι η συμφωνία ή το αντίθετο προς την προϋπόθεση μέρος της, εφόσον μπορεί να διαχωριστεί, «είναι άκυρη αυτοδικαίως βάσει των διατάξεων του άρθρου 85, παράγραφος 2, της Συνθήκης».

10. Εξάλλου, το άρθρο 5 συνδέει την εφαρμογή της εξαιρέσεως με ορισμένες «υποχρεώσεις». Ως προς τους «διακανονισμούς πίστεως» το άρθρο 5, παράγραφος 2, προβλέπει ότι οι ναυτιλιακές εταιρίες που είναι μέλη διασκέψεως «δικαιούνται να προτείνουν στους χρήστες και να εφαρμόζουν διακανονισμούς πίστης, το είδος και το περιεχόμενο των οποίων καθορίζονται κατόπιν διαβουλεύσεων μεταξύ της ναυτιλιακής διάσκεψης και των οργανώσεων των χρηστών». Πάντως, αυτοί οι διακανονισμοί πίστεως πρέπει να πληρούν ορισμένες προϋποθέσεις, στις οποίες περιλαμβάνεται, κατά το άρθρο 5, παράγραφος 2, στοιχείο β', περίπτωση i, ο όρος ότι «διακανονισμοί πίστης κατά 100 % μπορούν να προσφέρονται, όχι όμως να επιβάλλονται». Κατά το άρθρο 5, παράγραφος 4, που φέρει τον τίτλο «δημοσιότητα των τιμολογίων», τα τιμολόγια των διασκέψεων πρέπει να «τίθενται, μετά από αίτηση, στη διάθεση των χρηστών σε λογική τιμή» ή να «είναι διαθέσιμα για να τα συμβουλεύονται οι χρήστες στα γραφεία των ναυτιλιακών εταιριών και των πρακτόρων τους».

11. Το άρθρο 7 αφορά τα αποτελέσματα της «μη τήρησεως υποχρεώσεως που συνοδεύει, βάσει του άρθρου 5, τη χορήγηση της εξαίρεσης του άρθρου 3». Το άρθρο 7, παράγραφος 1, εξουσιοδοτεί την Επιτροπή, σύμφωνα με τους διαδικαστικούς κανόνες που προβλέπονται στο τμήμα II του κανονισμού του 1986, να:

«— απευθύνει συστάσεις στους ενδιαφερομένους,

— σε περίπτωση μη συμμόρφωσης των ενδιαφερομένων προς τις συστάσεις αυτές και ανάλογα με τη σοβαρότητα της εν λόγω παράβασης, να λάβει απόφαση με την οποία είτε να τους απαγορεύει ή αντίθετα να τους επιβάλλει να προβούν σε ορισμένες ενέργειες, είτε να άρει το ευεργέτημα της εξαίρεσης κατά κατηγορία και να τους παραχωρήσει ατομική εξαίρεση σύμφωνα με το άρθρο 11, παράγραφος 4, είτε ακόμα να τους αφαιρέσει το ευεργέτημα της εξαίρεσης κατά κατηγορία».

12. Τέλος, το άρθρο 8 του κανονισμού του 1986 φέρει τον τίτλο «Αποτελέσματα ασυμβίβαστα προς το άρθρο 86 της Συνθήκης». Κατά το άρθρο 8, παράγραφος 1, «η κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως κατά την έννοια του άρθρου 86 της Συνθήκης απαγορεύεται χωρίς να απαιτείται προηγούμενη απόφαση για τον σκοπό αυτόν». Το άρθρο 8, παράγραφος 2, αφορά ειδικές περιπτώσεις στις οποίες η Επιτροπή διαπιστώνει ότι «η συμπεριφορά ναυτιλιακών διασκέψεων εξαιρουμένων δυνάμει του άρθρου 3 έχει, παρόλα αυτά, αποτελέσματα ασυμβίβαστα προς το άρθρο 86 της Συνθήκης (...)». Το

άρθρο αυτό προβλέπει ότι η Επιτροπή «μπορεί να αποσύρει το ευεργέτημα της εξαίρεσης κατά κατηγορία και να λάβει (...) όλα τα κατάλληλα μέτρα για να πάψουν οι παραβάσεις του άρθρου 86 της Συνθήκης».

III — Επισκόπηση της αιτήσεως αναιρέσεως

13. Η υπό κρίση αίτηση αναιρέσεως περιορίζει το αντικείμενό της, πρώτον, στον συλλογικό χαρακτήρα της δεσπόζουσας θέσεως που υποστηρίζεται ότι κατέχουν τα μέλη της Cewal, δεύτερον, σε κάθε μία από τις τρεις διαπιστώσεις καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως της θέσεως αυτής και, τρίτον, στα επιβληθέντα πρόστιμα. Οι αναιρεσείουσες υποστηρίζουν ότι τα επιβληθέντα σ' αυτές πρόστιμα έπρεπε να μειωθούν και ότι η διαδικασία επιβολής προστίμου που εφάρμοσε η Επιτροπή είναι ποινικής φύσεως και, εν προκειμένω, συνεπάγεται παράβαση των άρθρων 6, παράγραφος 3, και 7, παράγραφος 1, της Ευρωπαϊκής Συμβάσεως για την Προάσπιση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και των Θεμελιωδών Ελευθεριών (στο εξής: ΕΣΔΑ). Τέλος, προβάλλεται επίσης ο ισχυρισμός ότι το Πρωτοδικείο, προβαίνοντας σε εκ νέου χαρακτηρισμό ορισμένων από τις καταχρηστικές συμπεριφορές που περιγράφονται στην απόφαση, παρέβη το άρθρο 7, παράγραφος 1, της ΕΣΔΑ.

14. Η Επιτροπή, υποστηριζόμενη από τους παρεμβαίνοντες G & C, υποστηρίζει ότι η αίτηση αναιρέσεως πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της. Πάντως, καθόσον οι G & C υποστηρίζουν επίσης ότι η αίτηση αναιρέσεως είναι, ως προς ορισμένες πτυχές της, απαράδεκτη, η παρέμβασή τους πρέπει, κατά τη γνώμη μου, να θεωρηθεί απαράδεκτη, σύμφωνα με το άρθρο 93, παράγραφος 5, στοιχείο α', του Κανονισμού Διαδικασίας του Δικαστηρίου, καθόσον το αντικείμενό της είναι ευρύτερο από το αντικείμενο των αιτημάτων της Επιτροπής.

IV — Η διαπίστωση περί συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως

A — *Εισαγωγή*

15. Η Επιτροπή έκρινε ότι τα μέλη της Cewal κατέχουν από κοινού δεσπόζουσα θέση «κατά την έννοια του άρθρου 86, στο ενιαίο σύνολο των θαλάσσιων διαδρομών που [η Cewal] εξυπηρετεί μεταξύ Βόρειας Ευρώπης και Ζαΐρ» (αιτιολογική σκέψη 61 της αποφάσεως). Καίτοι δεν διακρίνω εν προκειμένω καμία εννοιολογική διαφορά μεταξύ των λέξεων «από κοινού» και «συλλογικής», θα χρησιμοποιήσω τη δεύτερη λέξη, καθόσον είναι όρος που συνήθως χρησιμοποιείται από το Δικαστήριο. Ούτε ο καθορισμός της οικείας αγοράς ούτε οι σχετικές διαπιστώσεις που αφορούν τα μερίδια αγοράς αποτελούν αντικείμενο της υπό κρίση αιτήσεως αναιρέσεως. Οι αναιρεσείουσες αμφισβητούν απλώς τον συλλογικό χαρακτήρα που προσδίδεται στη θέση τους στην αγορά.

Β — *Η επιχειρηματολογία των αναιρεσειουσών*

16. Σύμφωνα με τις αναιρεσείουσες, οι τρεις προϋποθέσεις για τη στοιχειοθέτηση συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως μεταξύ ανεξαρτήτων επιχειρήσεων είναι:

— οι οικείες επιχειρήσεις πρέπει να συνδέονται επαρκώς με οικονομικούς δεσμούς·

— οι δεσμοί αυτοί πρέπει να είναι τέτοιας φύσεως ώστε οι οικείες επιχειρήσεις να υιοθετούν την ίδια συμπεριφορά στην αγορά·

— οι εν λόγω επιχειρήσεις πρέπει να βρίσκονται συλλογικώς σε τέτοια θέση οικονομικής ισχύος ώστε να μπορούν να εμποδίζουν τη διατήρηση αποτελεσματικού ανταγωνισμού στην αγορά.

Επιπροσθέτως, οι αναιρεσείουσες υποστηρίζουν ότι οι απαιτούμενοι οικονομικοί δεσμοί δεν μπορούν να αποδεικνύονται βάσει απλώς γεγονότων που συνιστούν παράβαση του άρθρου 85.

17. Οι αναιρεσείουσες υποστηρίζουν κατ' ουσίαν ότι:

— η απόφαση της Επιτροπής και η αναιρεσιβαλλομένη απόφαση εσφαλμένως στηρίχθηκαν στην ύπαρξη εναρμονισμένης συμπεριφοράς των μελών της Cewal που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 85, η οποία όμως δεν μπορεί απλώς να «ανακυκλωθεί» προκειμένου να αποτελέσει το έρεισμα για την συναγωγή συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως κατά το άρθρο 86·

— η απόφαση δεν περιείχε επαρκή αιτιολογία για να δικαιολογείται η δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 86 στα μέλη της Cewal συλλογικώς και το Πρωτοδικείο ανεπιτρέπτως συμπλήρωσε την απρόσφορη αιτιολογία της Επιτροπής.

18. Οι αναιρεσείουσες παραπονούνται ότι το Πρωτοδικείο δεν απάντησε στο πρώτο απ' αυτά τα σημεία. Είναι αληθές ότι η αναιρεσιβαλλομένη απόφαση, ενώ σημειώνει (στη σκέψη 54) ότι ο ισχυρισμός των αναιρεσειουσών ότι η Επιτροπή «περιορίστηκε στην "ανακύκλωση" των πραγματικών περιστατικών που φέρονται να συνιστούν παράβαση του άρθρου 85, αλλά εξαιρούνται δυνάμει του κανονισμού 4056/86, για να τα καταδικάσει βάσει του άρθρου 86», δεν ασχολείται ρητώς με τον ισχυρισμό αυτόν όταν εξετάζει (σκέψεις 59 έως 68) το ζήτημα της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως. Το Πρωτοδικείο εντούτοις — αξίζει να υπομνησθεί — εξέτασε, πράγματι, και, ορθότατα, απέρριψε τον κύριο ισχυρισμό των αναιρεσειουσών ότι «η έννοια της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως

καλύπτει μόνο τη συλλογική καταχρηστική εκμετάλλευση από επιχειρήσεις *εκάστη των οποίων* κατέχει δεσπόζουσα θέση» (σκέψη 60 με δική μου υπογράμμιση). Η διαπίστωση αυτή δεν βάλλεται με την αίτηση αναιρέσεως.

Γ — Η φύση της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως

19. Το μόνο ουσιώδες ζήτημα εν προκειμένω που τίθεται με την αίτηση αναιρέσεως είναι αν μπορεί να ληφθεί ως βάση μια εναρμονισμένη ή συμπεφωνημένη συμπεριφορά και, επομένως, απαγορευόμενη από το άρθρο 85 (εκτός αν εξαιρείται) προκειμένου να αποδειχθεί η ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως για τους σκοπούς του άρθρου 86. Οι αναιρεσείουσες ισχυρίζονται ότι, σε αντίθεση προς τη νομολογία, η Επιτροπή και το Πρωτοδικείο προέβησαν απλώς σε «ανακύκλωση» ορισμένων συμφωνιών ή εναρμονισμένων πρακτικών μεταξύ των μελών της Cewal, καίτοι οι οικονομικοί δεσμοί που απαιτούνται για τη διαπίστωση συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως πρέπει να είναι «άλλης φύσεως». Η Επιτροπή, εξάλλου, ισχυρίζεται ότι, καταρχήν, η ίδια συμπεριφορά επιχειρήσεων μπορεί να συνιστά τόσο εναρμονισμένη πρακτική για τους σκοπούς του άρθρου 85 όσο και εκμετάλλευση, δεσπόζουσας θέσεως αντίθετη προς το άρθρο 86. Ωστόσο, το πραγματικό ζήτημα, επί του παρόντος, δεν είναι η καταχρηστική εκμετάλλευση αλλά η ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως.

20. Το ζήτημα της αποκαλούμενης «ανακυκλώσεως» δεν μπορεί να λυθεί χωρίς να εξετασθεί η φύση της συλλογικής ή από κοινού δεσπόζουσας θέσεως όπως έχει προοδευτικά προσδιοριστεί με τη νομολογία. Αυτό, αντιθέτως, θέτει το ζήτημα της διακρίσεως μεταξύ των άρθρων 85 και 86 και του βαθμού μέχρι του οποίου, όπως έκρινε το Δικαστήριο, «σε διαφορετικά επίπεδα, τα άρθρα 85 και 86 έχουν το ίδιο αντικείμενο, δηλαδή τη διατήρηση ενός πραγματικού ανταγωνισμού εντός της κοινής αγοράς» [16].

21. Το άρθρο 85 αφορά εναρμονισμένη ή συμπεφωνημένη συμπεριφορά μεταξύ οικονομικώς ανεξαρτήτων επιχειρήσεων και είναι εν δυνάμει εφαρμοστέο σε όλες τις αγορές, συμπεριλαμβανομένων αυτών όπου υφίστανται ομαλές συνθήκες ανταγωνισμού. Το άρθρο 86, εντούτοις, αφορά μόνον τις αγορές όπου υφίστανται ανώμαλες συνθήκες ανταγωνισμού συνεπεία δεσπόζουσας θέσεως που κατέχουν μία ή περισσότερες επιχειρήσεις. Η δραστηριότητα που απαγορεύεται από το άρθρο 86 με τον χαρακτηρισμό «καταχρηστική» είναι κατ' εξοχήν μονομερής [17].

22. Πάντως, τα άρθρα αυτά, καθένα από τα οποία έχει άμεσο αποτέλεσμα [18], επιδιώκουν τον ίδιο σκοπό που συνίσταται στο να διασφαλιστεί «ένα καθεστώς που εξασφαλίζει ανόθευτο ανταγωνισμό μέσα στην εσωτερική αγορά» [19]. Τα άρθρα 85 και 86 δεν αποτελούν στεγανά. Όπως αποφάνθηκε το

16 — Απόφαση της 21ης Φεβρουαρίου 1973, 6/72, Europemballage και Continental Can κατά Επιτροπής (Συλλογή τόμος 1972-1973, σ. 449, σκέψη 25, στο εξής: απόφαση Continental Can).

17 — Απόφαση της 13ης Φεβρουαρίου 1979, 85/76, Hoffmann-La Roche κατά Επιτροπής (Συλλογή τόμος 1979, σ. 215, σκέψη 39, στο εξής: απόφαση Hoffmann-La Roche).

18 — Ήδη το 1974, το Δικαστήριο έκρινε στην πρώτη υπόθεση BRT (απόφαση της 30ής Ιανουαρίου 1974, 127/73, Συλλογή τόμος 1974, σ. 35, σκέψη 16) ότι, «δεδομένου ότι οι απαγορεύσεις των άρθρων 85, παράγραφος 1, και 86 προσφέρονται από την ίδια τη φύση τους για να παράγουν άμεσο αποτέλεσμα στις μεταξύ ιδιωτών σχέσεις, τα εν λόγω άρθρα γεννούν απ' ευθείας δικαιώματα υπέρ των υποκειμένων δικαίου που τα εθνικά δικαιοδοτικά όργανα οφείλουν να προστατεύουν».

19 — Άρθρο 3, στοιχείο ζ', της Συνθήκης ΕΚ.

Δικαστήριο με την απόφαση Ahmed Saeed Flugreisen και Silver Line Reisebüro, «η ταυτόχρονη εφαρμογή των άρθρων 85 και 86 δεν μπορεί να αποκλειστεί» [20]. Κατά συνέπεια, το Δικαστήριο έκρινε ότι όταν μία αεροπορική εταιρία που κατέχει δεσπόζουσα θέση έχει τη δυνατότητα, σε δεδομένη οικονομική πραγματικότητα, να επιβάλλει μέσω συμφωνίας ναύλους εφαρμοζόμενους από άλλες επιχειρήσεις, τόσο το άρθρο 86 όσο και το άρθρο 85 μπορούν να εφαρμόζονται, τουλάχιστον υπό την έννοια ότι η συμμετοχή σε μία συμφωνία που απαγορεύεται από το άρθρο 85 μπορεί, συγχρόνως, να έχει ως αποτέλεσμα καταχρηστική εκμετάλλευση αντίθετη προς το άρθρο 86.

23. Είναι, επιπλέον, ενδιαφέρον να σημειωθεί ότι ο γενικός εισαγγελέας M. Lenz, στις προτάσεις για την έκδοση της αποφάσεως Ahmed Saeed, αφού εξέφρασε την άποψη ότι, απλώς και μόνο βάσει του γράμματος του άρθρου.86, δεσπόζουσα θέση μπορούν να έχουν «από κοινού περισσότερες επιχειρήσεις», προσέθεσε ότι «τα μέλη μιας συμπράξεως ή οι μετέχοντες σε συμφωνίες που είναι αντίθετες προς το κοινοτικό δίκαιο, κατά την έννοια του άρθρου 85 της Συνθήκης ΕΟΚ, μπορούν να κατέχουν από κοινού δεσπόζουσα θέση» [21]. Πάντως, το άρθρο 86 δεν αναφέρεται ρητώς σε δεσπόζουσα θέση που κατέχει μία ή περισσότερες επιχειρήσεις, αλλά σε «(...) καταχρηστική εκμετάλλευση από μία ή περισσότερες επιχειρήσεις της δεσπόζουσας θέσεώς τους». Η διατύπωση της διατάξεως αυτής, επομένως, ελάχιστα ασκεί επιρροή [22]. Προφανώς, ο γενικός εισαγγελέας Lenz δεν εννοούσε ότι αρκεί απλώς η ύπαρξη μιας συμπράξεως με σημαντικό μερίδιο αγοράς προκειμένου να αποδειχτεί η ύπαρξη από κοινού δεσπόζουσας θέσεως. Στην απόφαση SIV κ.λπ. κατά Επιτροπής [23], το Πρωτοδικείο απέρριψε ένα επιχείρημα που ανέπτυξε ο εκπρόσωπος της Επιτροπής κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση κατά το οποίο αρκεί «η "ανακύκλωση" των πραγματικών περιστατικών που συνιστούν παράβαση του άρθρου 85 και η στηριζόμενη σ' αυτά διαπίστωση ότι τα μέρη μιας συμφωνίας ή μιας αθέμιτης πρακτικής κατέχουν από κοινού ένα σημαντικό μερίδιο της αγοράς [και] ότι από μόνο το γεγονός αυτό κατέχουν συλλογική δεσπόζουσα θέση (...)» [24]. Σ' αυτή ακριβώς τη διαπίστωση οφείλεται η γένεση του όρου «ανακύκλωση». Επομένως, είναι σαφές ότι η συναγωγή συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως ανεξαρτήτων επιχειρήσεων πρέπει να στηρίζεται σε κάτι περισσότερο από μία απλή συμφωνία υπό μορφή συμπράξεως, είτε η συμφωνία αυτή έχει ως αντικείμενο τον καθορισμό τιμών είτε άλλη συμπεφωνημένη συμπεριφορά στην αγορά. Η απόφαση για το ιταλικό επίπεδο γυαλί αποτελεί την πρώτη σαφή απόπειρα για τον καθορισμό των στοιχείων μιας συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως μεταξύ ανεξαρτήτων επιχειρήσεων.

24. Σε διαμετρικώς αντίθετη θέση βρίσκεται η εναρμονισμένη ή συντονισμένη συμπεριφορά στο πλαίσιο ενός ομίλου. Η συμπεριφορά αυτή υπό τον έλεγχο μιας μητρικής εταιρίας δεν εμπίπτει κανονικά στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 85. Οι διάφορες οντότητες θα θεωρηθούν μάλλον ότι αποτελούν μία επιχείρηση «(...) όταν οι επιχειρήσεις αποτελούν οικονομική μονάδα στο εσωτερικό της οποίας η θυγατρική δεν απολαύει πραγματικής αυτονομίας κατά τον καθορισμό της γραμμής δράσεώς της στην αγορά και όταν αυτές οι συμφωνίες ή πρακτικές έχουν ως σκοπό τον καθορισμό εσωτερικής

20 — Απόφαση της 11ης Απριλίου 1989, 66/86 (Συλλογή 1989, σ. 803, σκέψη 37, στο εξής: απόφαση Ahmed Saeed).

21 — Απόφαση παρατεθείσα στην υποσημείωση 20 ανωτέρω, σ. 824 σημείο 27 των προτάσεων.

22 — Βλ. το κύριο άρθρο του καθηγητή Arnull (1998) 23 *E.L. Rev.*, Ιούνιος 1988, σ. 199.

23 — Απόφαση της 10ης Μαρτίου 1992, T-77/89 και T-78/89 (Συλλογή 1992, σ. II-1403, στο εξής: απόφαση επί του ιταλικού επιπέδου γυαλιού).

24 — Όπ.π., σκέψη 360.

κατανομής των δραστηριοτήτων μεταξύ των επιχειρήσεων» [25]. Εντούτοις, η διάκριση αυτή δεν είναι πάντοτε σαφής. Το Δικαστήριο αναφέρθηκε στην απόφασή του Bodson [26] ως βασική απόφαση για τη συλλογική δεσπόζουσα θέση, καίτοι η έκφραση αυτή δεν περιέχεται στην απόφαση. Στην απόφαση Bodson, το γεγονός και μόνον ότι οι δικαιούχοι των εκ μέρους των δημοτικών αρχών αποκλειστικών παραχωρήσεων των υπηρεσιών γραφείων τελετών ανήκαν στον ίδιο όμιλο δεν θεωρήθηκε καθοριστικό προκειμένου να αποδειχθεί η ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως. Θα έπρεπε «να λαμβάνεται υπόψη η φύση των σχέσεων μεταξύ των επιχειρήσεων του εν λόγω ομίλου» και, ειδικότερα, αν οι επιχειρήσεις ακολουθούσαν «την ίδια γραμμή δράσεως στην αγορά, η οποία [καθοριζόταν] από τη μητρική επιχείρηση» [27].

25. Τα δύο συστατικά στοιχεία, δηλαδή η ύπαρξη αφενός σχέσεως μεταξύ επιχειρήσεων και αφετέρου κοινής στρατηγικής στην αγορά, που εκτίθενται σ' αυτό το χωρίο απαντούν σταθερώς στη νομολογία που αφορά τον ορισμό της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως. Ήδη το 1975, το Δικαστήριο με την απόφαση Suiker Unie [28] έλαβε υπόψη «τους προσωπικούς ή οικονομικούς δεσμούς» μεταξύ ορισμένων παραγωγών ζάχαρης και του σημαντικότερου παραγωγού ζάχαρης στη βελγική βλ;αγορά καθώς και το γεγονός ότι οι παραγωγοί αυτοί είχαν ακολουθήσει «την πολιτική πωλήσεως που καθορίστηκε από» τους παραγωγούς αυτούς, καταλήγοντας στο συμπέρασμα ότι τα μερίδια αγοράς όλων των παραγωγών έπρεπε να αθροισθούν προκειμένου να προσδιορισθεί ο βαθμός της δεσπόζουσας θέσεως που κατείχε ο σημαντικότερος απ' αυτούς.

26. Εντούτοις, η απόφαση Almelo κ.λπ. [29] περιέχει την πλέον σαφή μέχρι τούδε κρίση του ζητήματος της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως. Το Δικαστήριο έκρινε ότι «μια τέτοια συλλογική δεσπόζουσα θέση (...) απαιτεί οι επιχειρήσεις του εν λόγω ομίλου να είναι επαρκώς συνδεδεμένες μεταξύ τους ώστε να ακολουθούν μία και την αυτή γραμμή δράσεως στην αγορά» [30]. Τόσο με την απόφαση Centro Servizi Spediporto όσο και με την απόφαση DIP, το Δικαστήριο σημείωσε επίσης ότι η ανυπαρξία ανταγωνισμού μεταξύ των επιχειρήσεων που φέρονται να κατέχουν συλλογικώς δεσπόζουσα θέση αποτελεί σημαντικό στοιχείο [31]. Πλέον προσφάτως, με την απόφαση France κ.λπ. κατά Επιτροπής, το Δικαστήριο εξέτασε αν μία σχεδιαζόμενη συγκέντρωση θα είχε ως αποτέλεσμα συλλογική δεσπόζουσα θέση στην κοινοτική αγορά προϊόντων που έχουν ως βάση ορυκτά άλατα ανθρακικού καλίου για γεωργική χρήση [32]. Το κριτήριο που εφάρμοσε το Δικαστήριο συνίστατο στον έλεγχο αν η συγκέντρωση «οδηγεί σε μια κατάσταση στην

25 — Απόφαση της 31ης Οκτω-βρίου 1974, 15/74, Centrafarm και De Peijper (Συλλογή 1974, σ. 1147, σκέψη 41). Στην απόφαση της 24ης Οκτωβρίου 1996, C-73/95 P, Viho κατά Επιτροπής (Συλλογή 1996, σ. I-5457), το Δικαστήριο αναφερόμενο (σκέψη 16) αποκλειστικά στο ζήτημα αν θυγατρικές «διαθέτουν πραγματική αυτονομία κατά τη χάραξη της πολιτικής τους στην αγορά», εμμέσως απέκρουσε την άποψη που υποστηρίζεται από ένα μέρος της επιστήμης και κατά την οποία, υπό το φως της αποφάσεως Centrafarm και De Peijper, πρέπει να πληρούνται και οι δύο προϋποθέσεις που διατυπώνονται στη σκέψη 41 της αποφάσεως αυτής προκειμένου να μπορεί ένας όμιλος επιχειρήσεων να θεωρηθεί ως μία μόνον επιχείρηση.

26 — Απόφαση της 4ης Μαΐου 1988, 30/87 (Συλλογή 1988, σ. 2479).

27 — Όπ.π. σκέψη 20.

28 — Απόφαση της 16ης Δεκεμβρίου 1975, 40/73 έως 48/73, 50/73, 54/73 έως 56/73, 111/73 και 113/73 έως 114/73, Suiker Unie and Others κατά Επιτροπής (Συλλογή τόμος 1975, σ. 507, σκέψεις 377 και 378, στο εξής: απόφαση Suiker Unie).

29 — Απόφαση της 27ης Απριλίου 1994, C-393/92 (Συλλογή 1994, σ. I-1477, σκέψεις 41 και 42).

30 — Όπ.π., σκέψη 42. Το κριτήριο αυτό εφαρμόστηκε και πάλι στις αποφάσεις της 5ης Οκτωβρίου 1995, C-96/94, Centro Servizi Spediporto (Συλλογή 1995, σ. I-2883, σκέψη 33), και της 17ης Οκτωβρίου 1995, C-140/94 έως C-142/94, DIP κ.λπ. (Συλλογή 1995, σ. I-3257, σκέψη 26, στο εξής: απόφαση DIP).

31 — Βλ., αντιστοίχως, τις σκέψεις 34 και 27 των αποφάσεων αυτών. Όπως είχα την ευκαιρία να επισημάνω με τις προτάσεις μου στην υπόθεση DIP (σημείο 65), δεν προσκομίστηκε κανένα αποδεικτικό στοιχείο ενώπιον του Δικαστηρίου από το οποίο να προέκυπτε ότι ορισμένοι ή όλοι από τους φερομένους να κατέχουν συλλογικώς δεσπόζουσα θέση εμπόρους «ενεργού[σαν] ή εμφάνιζ[αν] κάποια ιδιαίτερη οργάνωση στις οικείες αγορές που κατά κάποιο τρόπο τους δίνει τη δυνατότητα να συμπεριφέρονται έναντι των προμηθευτών, ανταγωνιστών ή πελατών τους ως ενιαία οικονομική οντότητα».

32 — Απόφαση της 31ης Μαρτίου 1998, C-68/94 και C-30/95 (Συλλογή 1998, σ. I-1375).

οποία ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός στην οικεία αγορά παρακωλύεται σε σημαντικό βαθμό από τις μετέχουσες στη συγκέντρωση επιχειρήσεις και από μία ή περισσότερες τέτοιες επιχειρήσεις που έχουν ομού, ιδίως λόγω *των διασυνδέσεων* που υφίστανται μεταξύ τους, την εξουσία να υιοθετούν κοινή γραμμή δράσης στην αγορά και να ενεργούν σε σημαντικό βαθμό ανεξάρτητα από τους λοιπούς ανταγωνιστές, από την πελατεία τους και, τελικώς, από τους καταναλωτές» [33]. Το Δικαστήριο, εφαρμόζοντας στο κριτήριο αυτό, έκρινε ότι ορισμένες από τις επικρίσεις των προσφευγουσών ως προς την προβαλλόμενη από την Επιτροπή «δέσμη των διαρθρωτικών δεσμών» [34] ήταν βάσιμες.

27. Εντούτοις, νομίζω ότι όλα όσα προσφάτως έχει πει το Δικαστήριο συνοψίζονται σε μια κατ' ουσίαν υιοθέτηση της αποφάσεως του Πρωτοδικείου στην απόφαση για το ιταλικό επίπεδο γυαλί, κατά την οποία: [35]

«Δεν μπορεί, καταρχήν να αποκλειστεί το ενδεχόμενο δύο ή περισσότερες ανεξάρτητες οικονομικές ενότητες να συνδέονται, σε μία συγκεκριμένη αγορά, με τέτοιους οικονομικούς δεσμούς ώστε, εκ του λόγου αυτού, να κατέχουν από κοινού δεσπόζουσα θέση σε σχέση με άλλους επιχειρηματίες στην ίδια αγορά.»

Εντούτοις, η φράση «συνδέονται με τέτοιους οικονομικούς δεσμούς» του χωρίου αυτού θα πρέπει τώρα να νοείται υπό την έννοια της διατυπώσεως που περιέχει η απόφαση Γαλλία κ.λπ. κατά Επιτροπής, [36] δηλαδή «που αφορά τις *διασυνδέσεις* που υφίστανται μεταξύ [των επιχειρήσεων]» και που δεν νομίζω ότι σημαίνουν κάτι διαφορετικό από τους «οικονομικούς δεσμούς».

28. Εντούτοις, οι αναιρεσείουσες ισχυρίζονται ότι, προκειμένου να διαπιστωθεί η ύπαρξη των «οικονομικών δεσμών» που απαιτούνται για να συντρέχει το κριτήριο αυτό δεν επιτρέπεται να λαμβάνονται υπόψη γεγονότα τα οποία συνίστανται σε συμφωνίες ή εναρμονισμένες πρακτικές για τους σκοπούς του άρθρου 85. Δεν συμφωνώ με την άποψη αυτή. Νομίζω ότι το διπλό κριτήριο — ύπαρξη επαρκών οικονομικών δεσμών που συνεπάγονται πράγματι μία ενιαία οντότητα που δραστηριοποιείται στην αγορά — αποτελεί κατ' ουσίαν ένα και μόνο κριτήριο, το δε δεύτερο αποτελεί το πρωτεύον στοιχείο. Πρέπει να αποδεικνύεται η ύπαρξη ενιαίας δεσπόζουσας θέσεως, δηλαδή ότι διάφορες επιχειρήσεις δραστηριοποιούνται ως μία ενιαία οντότητα και, επομένως, μονομερώς στην αγορά. Δεν είναι αναγκαίο να διευκρινίζεται λεπτομερώς ουδέ καν η φύση των υφισταμένων σχέσεων ή των οικονομικών δεσμών. Μπορεί να πρόκειται για τη χρησιμοποίηση τυποποιημένων όρων εφοδιασμού που έχουν καταρτισθεί από μία κοινή επιχείρηση (Almelo), για σταυροειδείς συμμετοχές, για κοινά διευθυντικά όργανα ή ακόμη και για οικογενειακούς δεσμούς με οικονομικές συνέπειες. Μπορεί επίσης να πρόκειται για την επιδίωξη μιας κοινής στρατηγικής στην αγορά ή πολιτικής πωλήσεων (Bodson, Suiker Unie). Οι σχέσεις αυτές δεν χρειάζεται να προσδιορίζονται, πλην μέσω αναφοράς στα αποτελέσματά τους, δηλαδή στη δημιουργία μιας

33 — Όπ.π. σκέψη 221 (δική μου η υπογράμμιση). Οι υπογραμμιζόμενες λέξεις αποδόθηκαν στην αγγλική μετάφραση της αποφάσεως ως «(...) correlative factors which exist between them (...)». Το αυθεντικό κείμενο στη γαλλική, τη γλώσσα της διαδικασίας, είναι: «(...) des facteurs de corrélation existant entre elles (...)».

34 — Σκέψη 232.

35 — Προπαρατεθείσα ανωτέρω στην υποσημείωση 23 απόφαση, σκέψη 358.

36 — Προπαρατεθείσα απόφαση στην υποσημείωση 32.

καταστάσεως στην οποία ένας όμιλος ανεξαρτήτων επιχειρήσεων δραστηριοποιείται στην αγορά ως μία ενιαία οντότητα.

29. Επιπλέον, επαναλαμβάνω ότι η έλλειψη ισχυρών αποδείξεων περί της υπάρξεως εναρμονισμένης πρακτικής δεν μπορεί να αντιμετωπισθεί μέσω αναφοράς στο άρθρο 86. Αναγνώρισα ήδη ότι απλώς και μόνον εναρμονισμένη συμπεριφορά δεν αρκεί για να ικανοποιείται το κριτήριο της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως. Εντούτοις, δεν δέχομαι ότι είτε η Συνθήκη είτε οποιαδήποτε αρχή του δικαίου ή της λογικής εμποδίζει να ληφθεί ως βάση μια τέτοιου είδους *απόδειξη*.

30. Προσεκτική ανάγνωση της αποφάσεως Almelo κ.λπ. φαίνεται να επιβεβαιώνει αυτή την άποψη. Οι Ολλανδοί περιφερειακοί διανομείς ηλεκτρικού ρεύματος των οποίων οι σχέσεις αποτελούσαν το επίδικο ζήτημα συνδέονταν με τοπικούς διανομείς με το ίδιο είδος καθέτων συμβάσεων αποκλειστικής αγοράς που όλες κρίθηκαν αντίθετες προς το άρθρο 85. Ο γενικός εισαγγελέας Darmon επέστησε την προσοχή ως προς τις συμβάσεις αυτές όσον αφορά το ζήτημα των «δεσμών μεταξύ των επιχειρήσεων που να τους εξασφαλίζουν συλλογική κυριαρχία στην αγορά» [37]. Καίτοι τόσον ο γενικός εισαγγελέας όσο και το Δικαστήριο έλαβαν πρόνοια να αφήσουν στο εθνικό δικαστήριο την μέριμνα να αποφανθεί τελικά επί του ζητήματος, το Δικαστήριο φαίνεται να δέχθηκε σιωπηρώς την άποψη του γενικού εισαγγελέα ως προς τη σημασία που μπορούν να έχουν ενδεχομένως οι οικονομικοί δεσμοί που δημιουργούν με τέτοιες συμβάσεις.

37 — Προπαρατεθείσα απόφαση στην υποσημείωση 29, σημεία 117 και 118 των προτάσεων.

31. Στην υπό κρίση υπόθεση, το Πρωτοδικείο, αρχίζοντας την εξέταση του ζητήματος της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως που κατέχουν τα μέλη της Cewal, ορθώς έκρινε ότι πρέπει να εφαρμοστεί το κριτήριο κατά το οποίο «πρέπει οι εμπλεκόμενες επιχειρήσεις να είναι επαρκώς συνδεδεμένες μεταξύ τους ώστε να ακολουθούν την ίδια γραμμή δράσεως στην αγορά» (σκέψη 62). Στη συνέχεια, στην αναιρεσιβαλλομένη απόφαση εκτίθενται (σκέψεις 63 έως 65) οι λόγοι «με βάση το σύνολο της αποφάσεως» που το ώθησαν στο συμπέρασμα ότι «έπρεπε να εκτιμήσει συλλογικά τη θέση των μελών της Cewal στη σχετική αγορά» (σκέψη 66). Οι σκέψεις 63 έως 65 έχουν ως εξής:

«63 Στην υποκείμενη στον έλεγχο του Πρωτοδικείου απόφαση, η Επιτροπή αναφέρθηκε ρητά στον κανονισμό 4056/86. Το Πρωτοδικείο παρέθεσε στη συνέχεια τον ορισμό της "ναυτιλιακές διασκέψεις" από τον κανονισμό του 1986, που επεκτάθηκε στο σημείο 2 ανωτέρω. Το Πρωτοδικείο λαμβάνει υπόψη του ότι οι προσφεύγουσες, οι οποίες επικαλούνται κατ' επανάληψη τον κανονισμό 4056/86, δεν αμφισβητούν ότι η Cewal είναι ναυτιλιακή διάσκεψη κατά την έννοια της διατάξεως αυτής.

64 Το Πρωτοδικείο υπογραμμίζει εξάλλου ότι το άρθρο 8 του κανονισμού 4056/86 προβλέπει ότι εξακολουθεί να υφίσταται δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 86 της Συνθήκης. Συγκεκριμένα, μέσω των στενών σχέσεων που διατηρούν οι ναυτιλιακές εταιρίες μεταξύ τους στα πλαίσια μιας ναυτιλιακής διασκέψεως, μπορούν μαζί, στη σχετική αγορά, να θέσουν από κοινού σε εφαρμογή πρακτικές που συνιστούν μονομερείς πράξεις.

Τέτοιες πράξεις μπορούν να έχουν τον χαρακτήρα παραβάσεων του άρθρου 86, εφόσον επιπλέον συντρέχουν οι λοιπές προϋποθέσεις εφαρμογής της διατάξεως αυτής.

65 Στην προκειμένη περίπτωση, ενόψει των στοιχείων που περιέχονται στην προσβαλλομένη απόφαση, το Πρωτοδικείο διαπιστώνει ότι οι ναυτιλιακές εταιρίες έχουν συστήσει κοινή ένωση, τη ναυτιλιακή διάσκεψη Cewal. Από την απόφαση προκύπτει ότι η διάρθρωση αυτή ήταν το πλαίσιο διαφόρων επιτροπών στις οποίες ανήκαν τα μέλη της διασκέψεως, όπως η Zaïre Pool Committee και η Special Fighting Committee (επιτροπή μαχητικών μέτρων) που μνημονεύονται επανειλημμένα στην απόφαση, ιδίως στα σημεία 26, 29, 31 και 32, και η Zaïre Action Committee στην οποία αναφέρεται το σημείο 74. Επιπλέον, όπως προκύπτει από το άρθρο 1 του κανονισμού 4056/86, η κοινή αυτή διάρθρωση έχει, λόγω της φύσεώς της, ως αντικείμενο τον καθορισμό και την εφαρμογή ομοιόμορφων ναύλων και άλλων κοινών όρων μεταφοράς, των οποίων την ύπαρξη ρητά επισημαίνει η Επιτροπή στο σημείο 61. Επομένως, η Cewal εμφανίζεται στην αγορά ως ενιαίο πρόσωπο. Τέλος, το Πρωτοδικείο επισημαίνει, χωρίς να χρειάζεται στο στάδιο αυτό να εξετασθεί το ζήτημα του χαρακτηρισμού τους, ότι οι αποδιδόμενες στα μέλη της Cewal πρακτικές, όπως αυτές περιγράφονται στην απόφαση, εκφράζουν τη βούλησή τους να ακολουθούν από κοινού την ίδια γραμμή δράσεως στην αγορά προκειμένου να αντιμετωπίσουν μονομερώς εξελίξεις, οι οποίες κρίνονται απειλητικές, του ανταγωνισμού στην αγορά στην οποία ασκούν τις δραστηριότητές τους. Οι πρακτικές αυτές, οι οποίες περιγράφονται με ακρίβεια στην απόφαση, αποτέλεσαν τα στοιχεία συνολικής στρατηγικής, για την υλοποίηση της οποίας τα μέλη της Cewal έχουν συνενώσει τις δυνάμεις τους.»

32. Κατά τη γνώμη μου, κάθε ένα από τα αναφερθέντα στις σκέψεις αυτές στοιχεία *μπορεί* να συνιστά «οικονομικό δεσμό». Ειδικότερα, το Πρωτοδικείο ορθώς αναφέρθηκε στον ορισμό της ναυτιλιακής διασκέψεως για να κρίνει τη «συνολική στρατηγική» και τις προθέσεις των μελών της Cewal και επέμεινε, όπως κατ' επανάληψη έπραξε, με διαφορετική διατύπωση, στη σύσταση μιας «κοινής ενώσεως». Αν υποτεθεί ότι το Πρωτοδικείο μπορούσε κατά νόμο να θεωρήσει ότι τα στοιχεία αυτά συνιστούν οικονομικούς δεσμούς, το συμπέρασμά του επί του τελευταίου αυτού ζητήματος ορθώς, κατά τη γνώμη μου, δεν βάλλεται με τις υπό κρίση αιτήσεις αναιρέσεως. Το συμπέρασμα αυτό είναι το αποτέλεσμα της εκτιμήσεως των πραγματικών περιστατικών από το Πρωτοδικείο και, δεδομένου ότι δεν υφίστανται πλάνη που συνεπάγεται στρέβλωση των περιστατικών αυτών, δεν μπορεί να προσβληθεί ενώπιον του Δικαστηρίου.

33. Επιπλέον, οι αναιρεσείουσες έδειξαν ορισμένη έλλειψη ρεαλισμού επιχειρώντας να αμφισβητήσουν την εφαρμογή της έννοιας της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως στις ναυτιλιακές διασκέψεις. Πλειστάκις υποστήριξαν, για να δικαιολογήσουν τον φερόμενο μη καταχρηστικό χαρακτήρα των εκπτώσεων τους πίστεως, ότι οι εταιρίες μέλη ναυτιλιακής διασκέψεως έχουν συνήθως δεσπόζουσα θέση.

34. Τέλος, υποστηρίχθηκε, εξ ονόματος των αναιρεσειουσών ότι η αναιρεσιβαλλομένη απόφαση και η απόφαση της Επιτροπής πρέπει να ακυρωθούν εφόσον δέχονται την ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, διότι ούτε το Πρωτοδικείο ούτε η Επιτροπή, στην απόφαση, κατέδειξαν την έλλειψη εσωτερικού ανταγωνισμού αφορώντος άλλους παράγοντες εκτός από τις τιμές μεταξύ των μελών της Cewal. Το επιχείρημα αυτό, το οποίο προβλήθηκε για πρώτη φορά κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, είναι προφανώς απαράδεκτο, ενόψει των άρθρων 42, παράγραφος 2, και 113, παράγραφος 2, του Κανονισμού Διαδικασίας του Δικαστηρίου. Εν πάση περιπτώσει, καίτοι από την αναλυθείσα ανωτέρω νομολογία, ειδικότερα από τις αποφάσεις Centro Servizi Spediporto, DIP και Γαλλία κ.λπ. κατά Επιτροπής, προκύπτει ότι έλλειψη ανταγωνισμού μεταξύ ορισμένου αριθμού επιχειρήσεων που εκλαμβάνονται ότι έχουν συλλογική δεσπόζουσα θέση αποτελεί χαρακτηριστικό στοιχείο αυτής της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, δεν αρκεί, κατά τη γνώμη μου, οι επιχειρήσεις αυτές, σε απάντηση προς τις αιτιάσεις της Επιτροπής, ότι είχαν υιοθετήσει ενιαία εμπορική στρατηγική ως προς τον ανταγωνισμό των τιμών, για να υποστηριχθεί ότι από την παρούσα ή από άλλες μορφές ανταγωνισμού μεταξύ τους, όπως ανταγωνισμού αφορώντος την ποιότητα της παρεχόμενης υπηρεσίας, διαψεύδεται η διαπίστωση περί συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως στηριζόμενης σε δεσμούς που έχουν δημιουργηθεί για την αμοιβαία στρατηγική τους τιμών, εκτός αν η έκταση και η ένταση των εναλλακτικών μορφών ανταγωνισμού ήταν τέτοιας φύσεως ώστε να εμποδίσουν τη δυνατότητα χρησιμοποιήσεως των κοινών πολιτικών τους περί τιμών ως λογικής βάσεως για να διαπιστωθεί η ύπαρξη μιας και μόνον οντότητας στην αγορά. Δεδομένου ότι τα ίδια τα μέλη του ομίλου έχουν άνετη πρόσβαση στα στοιχεία που μπορούν να στηρίξουν έναν τέτοιο ισχυρισμό, οφείλουν να προσκομίσουν αποδείξεις για την ανατροπή της διαπιστώσεως της υπάρξεως δεσπόζουσας θέσεως στηριζόμενης στην από κοινού πολιτική τους περί τιμών. Κανένα αποδεικτικό στοιχείο δεν προσκομίστηκε ενώπιον του Πρωτοδικείου ή, σήμερα, ενώπιον του Δικαστηρίου από το οποίο να προκύπτει ότι υπήρχε ενεργός ανταγωνισμός μεταξύ των μελών της Cewal όσον αφορά την ποιότητα των υπηρεσιών που παρέχονται στους ναυλωτές.

35. Επομένως, θα απέρριπτα το επιχείρημα ότι η Επιτροπή ή το Πρωτοδικείο, μνημονεύοντας γεγονότα που μπορούν επίσης να συνιστούν εναρμονισμένη συμπεριφορά κατά το άρθρο 85, στηρίχθηκαν σε αποδεικτικά στοιχεία που δεν μπορούσαν να χρησιμοποιηθούν καθεαυτά προκειμένου να θεμελιωθεί η ύπαρξη από κοινού δεσπόζουσας θέσεως για τους σκοπούς του άρθρου 86. Εντούτοις, είναι αναγκαίο να εξετασθεί η ορθότητα της αιτιολογίας της αποφάσεως και ο ισχυρισμός ότι το Πρωτοδικείο ανεπιτρέπτως συμπλήρωσε την αιτιολογία αυτή.

Δ — Η επάρκεια της αιτιολογήσεως

36. Οι αναιρεσείουσες δεν έθεσαν ρητώς ενώπιον του Πρωτοδικείου το ζήτημα της επαρκούς αιτιολογήσεως, είτε αναφερόμενες στο άρθρο 190 της Συνθήκης ΕΚ είτε κατ' άλλο τρόπο. Υποστήριξαν μάλλον ότι οι αιτιολογικές σκέψεις που διατυπώνονται στην απόφαση, που στην πραγματικότητα στηρίζονται στην ύπαρξη της συμφωνίας διασκέψεως, ήσαν ανεπαρκείς προς στήριξη της διαπιστώσεως περί υπάρξεως συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως. Το Πρωτοδικείο, επ' αυτής της βάσεως, θεώρησε τις προσφεύγουσες ως προβάλλουσες ως λόγο την «ανεπαρκή αιτιολογία» (σκέψη 59).

37. Ο λόγος που προβάλλουν οι αναιρεσείουσες με την υπό κρίση αίτηση αναιρέσεως συνίσταται στο ότι το Πρωτοδικείο δεν απάντησε στα επιχειρήματά τους, αλλά συμπλήρωσε την αιτιολογία της Επιτροπής, δηλαδή ότι παρέσχε ερείσματα για τη διαπίστωση της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως διαφορετικά απ' αυτά στα οποία στηρίχθηκε η Επιτροπή. Ειδικότερα, παραπονούνται για το ότι το Πρωτοδικείο στηρίχθηκε στο «σύνολο της αποφάσεως» (σκέψη 66) και για το ότι έκρινε ότι «εκτός από τις συμφωνίες που έχουν συναφθεί μεταξύ των ναυτιλιακών εταιριών και έχουν ιδρύσει τη διάσκεψη Cewal (...) υπήρχαν μεταξύ τους τέτοιοι δεσμοί ώστε ακολούθησαν ομοιόμορφη γραμμή δράσεως στην αγορά» (σκέψη 67).

38. Η Επιτροπή ισχυρίζεται ότι το Πρωτοδικείο δεν στηρίχθηκε σε κανένα άλλο στοιχείο εκτός απ' αυτά που περιέχει η απόφαση, ότι η χρησιμοποίηση των λέξεων «εκτός από» σημαίνει ότι οι συμφωνίες της διασκέψεως ήταν τέτοιας φύσεως ώστε η συμπεριφορά των μελών της Cewal έπρεπε να εξεταστεί συλλογικώς και ότι δεν κωλυόταν το Πρωτοδικείο να επισημάνει τα άλλα χωρία της αποφάσεως προκειμένου να καταδείξει ότι άλλα πραγματικά στοιχεία που επικαλέστηκε η Επιτροπή επιρρωννύουν το συμπέρασμα στο οποίο κατέληξε.

39. Ενδείκνυται να περιγράψω με συντομία τη δομή των χωρίων της αποφάσεως που αφορούν τη συλλογική δεσπόζουσα θέση, πριν αναφερθώ στη σχετική νομολογία. Οι αιτιολογικές σκέψεις 49 έως 51 αναφέρονται στη δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 86 στις ναυτιλιακές διασκέψεις. Στην αιτιολογική σκέψη 49 εκτίθενται τα ακόλουθα:

«Στο άρθρο 8 του κανονισμού (ΕΟΚ) 4056/86 προβλέπεται η δυνατότητα κατάχρησης της δεσπόζουσας θέσεως από τις ναυτιλιακές διασκέψεις. Το Πρωτοδικείο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων ανέφερε, εξάλλου, τις ναυτιλιακές διασκέψεις ως παράδειγμα για τις συμφωνίες που συνάπτονται μεταξύ οικονομικά ανεξάρτητων οντοτήτων, με τις οποίες επιτρέπεται η σύναψη τέτοιων οικονομικών δεσμών ώστε, εξαιτίας των δεσμών αυτών, οι εν λόγω οντότητες να είναι σε θέση να κατέχουν από κοινού δεσπόζουσα θέση σε σύγκριση με τους υπόλοιπους φορείς που λειτουργούν στην αυτή αγορά [38]. Η συμφωνία μεταξύ των μελών της Cewal συνιστά συμφωνία της μορφής αυτής.»

Στην αιτιολογική σκέψη 52 εκτίθεται ότι οι υπηρεσίες γραμμών (με αναφορά στις αιτιολογικές σκέψεις 8 έως 12 της αποφάσεως) «αποτελούν την εξεταζόμενη αγορά υπηρεσιών». Οι αιτιολογικές σκέψεις 53 έως 56 αναλύουν τη γεωγραφική αγορά και καταλήγουν στο συμπέρασμα ότι το «σύνολο των θαλάσσιων διαδρομών μεταξύ του Ζαΐρ και των λιμένων της Βόρειας Ευρώπης που εξυπηρετούνται από τα μέλη της Cewal συνιστά συγκεκριμένη αγορά». Στις αιτιολογικές σκέψεις 57 έως 60 αναλύεται η δεσπόζουσα θέση της Cewal με αναφορά στο μερίδιό της αγοράς. Στην αιτιολογική σκέψη 61 εκτίθεται περαιτέρω:

«Λαμβάνοντας υπόψη τα στοιχεία αυτά, η Επιτροπή συμπέρανε ότι η Cewal κατέχει

38 — Η απόφαση παραθέτει την προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 23 απόφαση για το ιταλικό επίπεδο γυαλί.

δεσπόζουσα θέση κατά την έννοια του άρθρου 86 στο ενιαίο σύνολο των θαλάσσιων διαδρομών που εξυπηρετεί μεταξύ Βόρειας Ευρώπης και Ζαΐρ. Η εν λόγω δεσπόζουσα θέση κατέχεται από κοινού από τα μέλη της Cewal, εξαιτίας του γεγονότος ότι τα μέλη αυτά συνδέονται βάσει της συμφωνίας των διασκέψεων η οποία δημιουργεί εξαιρετικά στενούς οικονομικούς δεσμούς μεταξύ αυτών, όπως στοιχειοθείται για παράδειγμα από την ύπαρξη κοινών ναύλων.»

40. Επομένως, μόνο στην αιτιολογική σκέψη 61 (και μέχρι ορισμένου σημείου στη αιτιολογική σκέψη 49) αναλύεται ευθέως ο από κοινού ή συλλογικός χαρακτήρας της δεσπόζουσας θέσεως της Cewal, το δε συμπέρασμα συνάγεται στην πρώτη από τις αιτιολογικές σκέψεις από το γεγονός ότι τα μέλη της Cewal «συνδέονται βάσει της συμφωνίας των διασκέψεων (...)».

41. Θεωρούμενη αυτοτελώς, η αιτιολογία αυτή προς στήριξη του συμπεράσματος περί συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως είναι λακωνική. Δεν λαμβάνει ρητώς υπόψη τα στοιχεία που παρέθεσε το Πρωτοδικείο στη σκέψη 67 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως και δεν εκθέτει ότι τα μέλη της Cewal συμπεριφέρθηκαν ως μόνη ή κοινή οντότητα στην αγορά. Εντούτοις, προκύπτει απολύτως σαφώς από τα σημεία της αποφάσεως που αφορούν την ανάλυση της αγοράς ότι η Cewal θεωρήθηκε, π.χ., ικανή «να δρα με ανεξάρτητο τρόπο *έναντι* των ανταγωνιστών, αλλά και των πελατών της (...)» [39]. Τα πρόσθετα σημεία στα οποία αναφέρεται το Πρωτοδικείο έχουν κατά το πλείστον ληφθεί από τα τελευταία χωρία της αποφάσεως (αιτιολογικές σκέψεις 63 επ.) τα οποία αναφέρονται στη διαπίστωση της καταχρηστικής ασκήσεως.

42. Εξετάσεως χρήζει το ζήτημα αν είναι δυνατή η συμπλήρωση της διαπιστώσεως περί υπάρξεως από κοινού δεσπόζουσας θέσεως με αναφορά στα στοιχεία που εκτίθενται στην ίδια την απόφαση και αναφέρονται στη διαπίστωση περί καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως αυτής της θέσεως. Ενεργώντας κατ' αυτόν τον τρόπο, δεν μπορώ να μη σχολιάσω ότι θα ήταν χρησιμότερο να είχε η ίδια η Επιτροπή εξετάσει διεξοδικότερα το ζήτημα των οικονομικών δεσμών, όταν κατέληγε στο συμπέρασμα ότι υφίσταται μία κοινή ή μόνη οντότητα στην αγορά.

43. Η κλασική διατύπωση για την υποχρέωση των κοινοτικών οργάνων να θεμελιώνουν τις αποφάσεις τους αναφέροντας τα κύρια πραγματικά και νομικά σημεία στα οποία στηρίζεται η απόφαση υπάρχει στην απόφαση Remia κ.λπ. κατά Επιτροπής: [40]

«καίτοι δυνάμει του άρθρου 190 της Συνθήκης η Επιτροπή υποχρεούται να αναφέρει τα πραγματικά περιστατικά τα οποία στηρίζουν την αιτιολογία της αποφάσεως καθώς και τη νομική συλλογιστική που την οδήγησαν να λάβει την εν λόγω απόφαση, η διάταξη αυτή δεν υποχρεώνει την Επιτροπή να πραγματεύεται όλα τα πραγματικά και νομικά σημεία που συζητήθηκαν κατά τη διοικητική διαδικασία. Η αιτιολογία μιας βλαπτικής αποφάσεως πρέπει να επιτρέπει στο Δικαστήριο να ασκεί τον έλεγχό του ως προς τη νομιμότητα και να παρέχει στον ενδιαφερόμενο τα αναγκαία στοιχεία για να γνωρίζει κατά πόσον η απόφαση είναι αιτιολογημένη».

39 — Αιτιολογική σκέψη 60 της αποφάσεως.

40 — Απόφαση της 11ης Ιουλίου 1985, 42/84 (Συλλογή 1985, σ. 2545, σκέψη 26). Βλ. την ανάλυση στις προτάσεις μου για την έκδοση της αποφάσεως της 29ης Φεβρουαρίου 1996, C-56/93, Βέλγιο κατά Επιτροπής (Συλλογή 1996, σ. I-723, σημεία 107 έως 109).

44. Από την επισκόπηση της νομολογίας προκύπτει ότι επιχειρήματα που αναφέρονται στην ανεπαρκή αιτιολογία των αποφάσεων, καίτοι συχνά προβαλλόμενα, σπάνια ευδοκιμούν [41]. Όποτε ευδοκίμησαν, η αιτίαση που αφορούσε την αιτιολογία συνίστατο, πράγματι, συχνά στη διαπίστωση ότι η απόφαση ήταν ουσιαστικώς ελαττωματική. Ένα πρόδειγμα επιτυχούς προβολής τέτοιου επιχειρήματος ανευρίσκεται στην υπόθεση Κάτω Χώρες και Leeuwarder Papierwarenfabriek κατά Επιτροπής [42], όπου το Δικαστήριο έκρινε ότι η αιτιολογία της αποφάσεως ήταν σε σοβαρό βαθμό ελαττωματική όσον αφορά την ανάλυση της αγοράς.

45. Η λειτουργία της παραθέσεως αιτιολογίας διευκρινίζεται στη δεύτερη πρόταση του αποσπάσματος από την απόφαση Remia κ.λπ. κατά Επιτροπής. Πρόκειται για προϋπόθεση με συγκεκριμένο σκοπό και όχι «μόνο τυπική» [43]. Σκοπεί να διασφαλίσει ότι τα οικεία μέρη, και κατ' επέκταση το Δικαστήριο, είναι επαρκώς πληροφορημένα για την πραγματική και νομική βάση της προσβαλλομένης αποφάσεως προκειμένου να μπορούν να προασπίσουν τα συμφέροντά τους. Στην απόφαση Βέλγιο κατά Επιτροπής, παραδείγματος χάρη, το Δικαστήριο έκρινε ότι ένα πραγματικό στοιχείο που αμελήθηκε από την υπό κρίση απόφαση της Επιτροπής μνημονεύθηκε τόσο στην απόφαση του Δικαστηρίου όσο και στις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα στα πλαίσια προσφυγής ακυρώσεως που αφορούσε την προηγούμενη απόφαση της Επιτροπής επί του ιδίου ζητήματος καθώς και σε μία ανακοίνωση της Επιτροπής με την οποία κινήθηκε εκ νέου η διοικητική διαδικασία. Επ' αυτής της βάσεως, το Δικαστήριο κατέληξε στο συμπέρασμα ότι «οι ενδιαφερόμενοι ήσαν σε θέση να γνωρίζουν τα στοιχεία αυτά και να προβάλουν συναφώς την άποψή τους ενώπιον του Δικαστηρίου» [44]. Το Δικαστήριο μπορεί να δεχθεί ότι τα συμφέροντα ενός ενδιαφερομένου προστατεύονται επαρκώς όταν αυτός γνωρίζει εξ ιδίων τα στοιχεία στα οποία στηρίχθηκε η Επιτροπή [45], παραδείγματος χάρη, έχοντας συμμετάσχει στη διοικητική διαδικασία [46].

46. Ακόμη και αν η απόφαση της Επιτροπής δυνατόν να μην αντέχει σε αυστηρό λογικό έλεγχο, το θεμελιώδες ζήτημα αφορά την ευθύτητα. Οι αναιρεσείουσες δεν μπορούν όντως να ισχυρίζονται ότι υπέστησαν ζημία συνεπεία του γεγονότος ότι το Πρωτοδικείο στηρίχθηκε σε στοιχεία που περιέχει η απόφαση και αναφέρονται στην καταχρηστική εκμετάλλευση προκειμένου να στηριχθεί το συμπέρασμα της συλλογικής δεσπόζο-

41 — Βλ., παραδείγματος χάρη, τις αποφάσεις της 9ης Νοεμβρίου 1983, 322/81, Michelin κατά Επιτροπής (Συλλογή 1983, σ. 3461, σκέψη 14, στο εξής: απόφαση Michelin)· της 17ης Ιανουαρίου 1984, 43/82 και 63/82, VBVB και VBBB κατά Επιτροπής (Συλλογή 1984, σ. 19)· της 22ας Ιανουαρίου 1986, 250/84, Eridania κ.λπ. κατά Cassa Conguaglio Zucchero (Συλλογή 1986, σ. 117, σκέψη 17), και της 2ας Φεβρουαρίου 1988, 67/85, 68/85 και 70/85, Van der Kooy κ.λπ. κατά Επιτροπής (Συλλογή 1988, σ. 219, σκέψη 71).

42 — Απόφαση της 13ης Μαρτίου 1985, 296/82 και 318/82 (Συλλογή 1985, σ. 809, σκέψεις 19 έως 26), ειδικότερα δε σκέψη 24, όπου το Δικαστήριο έκρινε ότι, όσον αφορά την υποχρέωση αποδείξεως ότι η επίμαχη κρατική ενίσχυση επηρέαζε τις συναλλαγές μεταξύ κρατών μελών, η επίδικη στην υπόθεση αυτή απόφαση της Επιτροπής, μεταξύ άλλων, «δεν περιέχει κανένα στοιχείο όσον αφορά την κατάσταση της συγκεκριμένης αγοράς».

43 — Απόφαση της 4ης Ιουλίου 1963, 24/62, Γερμανία κατά Επιτροπής (Συλλογή τόμος 1954-1964, σ. 909, συγκεκριμένα σ. 914).

44 — Απόφαση Βέλγιο κατά Επιτροπής (προπαρατεθείσα απόφαση στην υποσημείωση 40, σκέψη 89). Με το ίδιο πνεύμα, βλ. το σημείο 109 των προτάσεών μου για την έκδοση της αποφάσεως αυτής.

45 — Απόφαση της 28ης Οκτωβρίου 1981, 275/80 και 24/81, Krupp κατά Επιτροπής (Συλλογή 1981, σ. 2489, ιδίως σκέψη 13).

46 — Απόφαση της 4ης Ιουλίου 1996, C-50/94, Ελλάδα κατά Επιτροπής (Συλλογή 1996, σ. I-3331, σκέψη 9).

υσας θέσεως, όταν η απόφαση περιέχει όλα τα σχετικά στοιχεία και, εν πάση περιπτώσει, συζητήθηκαν κατά τη διοικητική διαδικασία [47].

Ε — *Συμπέρασμα*

47. Κατά συνέπεια, προτείνω να απορριφθεί ο λόγος αναιρέσεως που αφορά τη διαπίστωση περί υπάρξεως συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως.

V — **Οι περιπτώσεις καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως που προσάπτονται στην** Cewal

48. Θα εξετάσω τώρα κατά σειρά τα επιχειρήματα των αναιρεσειουσών όσον αφορά την καταχρηστική εκμετάλλευση που φέρεται ότι διαπράχθηκε από τα μέλη της Cewal.

Α — *Η καταχρηστική εκμετάλλευση που αφορά την Ogefrem*

i) Ιστορικό

49. Στο άρθρο 2 της αποφάσεως, η Επιτροπή διαπίστωσε ότι τα μέλη της Cewal, προκειμένου να εξοβελίσουν τον ανταγωνιστή τους, χρησιμοποίησαν, μεταξύ άλλων, καταχρηστικώς την από κοινού δεσπόζουσα θέση τους «συμμετέχοντας στην υλοποίηση της συμφωνίας συνεργασίας με την Ogefrem και αξιώνοντας [48] επανειλημμένα, με ποικίλα διαβήματά τους, την αυστηρή της τήρηση». Η διαπίστωση αυτή πρέπει να νοηθεί υπό το φως των αιτιολογικών σκέψεων 20 έως 27 και 63 έως 72 της αποφάσεως, από τις οποίες προκύπτει ότι η Επιτροπή θεώρησε ότι η συμπεριφορά της Cewal, όσον αφορά τη συμφωνία Ogefrem, σκοπούσε στην παρεμπόδιση και/ή την εξασθένιση της αναπτύξεως του ανταγωνισμού στην αγορά των ναύλων μεταξύ Ζαΐρ και Βόρειας Ευρώπης. Πρώτον, στην αιτιολογική σκέψη 63 της αποφάσεως, η Επιτροπή επικαλείται την αρχή ότι οι δεσπόζουσες επιχειρήσεις δεν πρέπει να συμπεριφέρονται κατά τρόπο που διακυβεύει τη διατήρηση του υφιστάμενου ανταγωνισμού ή την ανάπτυξη νέου ανταγωνισμού στην αγορά στην οποία κατέχουν δεσπόζουσα θέση [49]. Δεύτερον, στην αιτιολογική σκέψη 64, η Επιτροπή διατυπώνει την άποψη, που αντανακλάται στο άρθρο 2 της αποφάσεως, ότι η αποτελούσα καταχρηστική εκμετάλλευση συμπεριφορά της Cewal συνίστατο στο ότι συμμετείχε ενεργά στην υλοποίηση της συμφωνίας Cewal και στο ότι ζήτησε

47 — Επομένως, η υπόθεση αυτή δεν πρέπει να ενταχθεί στην κατηγορία που ανέλυσε ο γενικός εισαγγελέας Léger στις προτάσεις του για την έκδοση της αποφάσεως της 6ης Απριλίου 1995, C-310/93 P, BPB Industries και British Gypsum κατά Επιτροπής (Συλλογή 1995, σ. I-865, στο εξής απόφαση British Gypsum), τον συλλογισμό του οποίου εν προκειμένω, μεταξύ άλλων, υιοθέτησε το Δικαστήριο (βλ. σκέψη 11). Η απόφαση αυτή αφορούσε περιπτώσεις όπου η αιτιολόγηση «επιβεβαιώθηκε» με «διευκρινίσεις» που παρέσχε η Επιτροπή κατά τη γραπτή και προφορική διαδικασία ενώπιον του κοινοτικού δικαστή. Ο γενικός εισαγγελέας εξέφρασε την άποψη ότι η «"διευκρίνιση" ενός σημείου προϋποθέτει σαφώς ότι το σημείο αυτό *περιλαμβάνεται* στην απόφαση, αυτό δε συμβαίνει ακριβώς εν προκειμένω» (σημείο 24).

48 — Η λέξη «requesting» (αξιώνοντας) παραλείφθηκε πράγματι εκ παραδρομής στη δημοσιευθείσα αγγλική απόδοση του άρθρου 2. Εντούτοις, από τα κείμενα που δημοσιεύθηκαν στις άλλες αυθεντικές γλωσσικές αποδόσεις της αποφάσεως προκύπτει ότι το αγγλικό κείμενο πρέπει να νοείται σαν να περιείχε τη λέξη αυτή. Επιπλέον, στην αγγλική απόδοση της αποφάσεως που κοινοποιήθηκε στις αναρεσείουσες [βλ. το έγγραφο της Επιτροπής C(92) 3253 τελικό, της 23ης Δεκεμβρίου 1992], το οποίο προσκομίστηκε ως παράρτημα στις παρατηρήσεις τους ενώπιον του Πρωτοδικείου, η λέξη «requesting» υπάρχει στο άρθρο 2.

49 — Η απόφαση αναφέρεται στην απόφαση του Δικαστηρίου Hoffmann-La Roche (προαναφερθείσα απόφαση στην υποσημείωση 17).

επανειλημμένα από την Ogefrem να τηρήσει το άρθρο 1 της συμφωνίας αυτής, σκοπούσα γενικώς να διασφαλίσει «την εξάλειψη του μοναδικού της ανταγωνιστή στο μεταφορικό εμπόριο». Η Επιτροπή, σημειώνοντας ότι η προϋφιστάμενη δεσπόζουσα θέση της Cewal «ενισχύθηκε» με τη συμφωνία Ogefrem (αιτιολογική σκέψη 65), αναφέρει στην αιτιολογική σκέψη 66 ότι η Cewal «δεν σταμάτησε ποτέ να ασκεί πίεση στην Ogefrem, προκειμένου αυτή να τηρεί την εν λόγω συμφωνία, ούτως ώστε να επιτευχθεί η εξάλειψη του μοναδικού ανταγωνιστή της».

50. Η Επιτροπή απέρριψε τον αμυντικό ισχυρισμό της Cewal ότι ήταν αναγκασμένη να προβεί στις ενέργειες αυτές συνεπεία υποχρεώσεων που της επιβλήθηκαν από τις δημόσιες αρχές. Ομοίως, απέρριψε τον αμυντικό ισχυρισμό που προέβαλε η Cewal ότι η προσαπτόμενη συμπεριφορά δεν ενέπιπτε στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 86, διότι η συμφωνία Ogefrem πρέπει να θεωρηθεί ότι περιλαμβάνει υποχρεώσεις που επιβλήθηκαν από δημόσια αρχή ή, κατ' ουσίαν, με κρατικό μέτρο. Κατά την Επιτροπή, η συμφωνία συνιστούσε συμβατικής φύσεως συμφωνία για «τον έλεγχο του εν λόγω μεταφορικού εμπορίου», στην οποία τα μέρη μπορούν να θέσουν πέρας, «εάν τηρήσουν τη σχετική προειδοποιητική προθεσμία» (αιτιολογική σκέψη 70). Τέλος, υπογραμμίζει ότι «βάσει της ισχύουσας νομοθεσίας στο Ζαΐρ δεν επιβάλλεται ούτε στις εφοπλιστικές εταιρίες που συμμετέχουν ως μέλη στις διασκέψεις η υποχρέωση να συγκροτήσουν συγκεκριμένους μηχανισμούς προκειμένου να διασφαλιστεί ότι τα φορτία κατευθύνονται προς τα δικά τους πλοία, με παράλληλο αποκλεισμό των ανεξάρτητων εταιριών», και καταλήγει στη συνέχεια ότι «η σύναψη της συμφωνίας και οι σχετικές υπομνήσεις της Cewal όσον αφορά την τήρησή της δεν απορρέουν από τις υποχρεώσεις που επιβάλλουν οι δημόσιες αρχές» (αιτιολογικές σκέψεις 71 και 72).

51. Στην προσφυγή που άσκησαν ενώπιον του Πρωτοδικείου, οι προσφεύγουσες προέβαλαν ότι η συμπεριφορά που της προσήπτε η Επιτροπή δεν μπορεί να συνιστά παράβαση του άρθρου 86 της Συνθήκης. Υποστήριξαν, μεταξύ άλλων, ότι η συμφωνία Ogefrem ήταν μια συμφωνία παραχωρήσεως βάσει της οποίας τους παραχωρήθηκε ένα αποκλειστικό δικαίωμα από τις αρχές του Ζαΐρ, ότι το άρθρο 86 της Συνθήκης δεν τις εμπόδιζε να προβούν στα δέοντα για τη διασφάλιση του δικαιώματος αυτού και, εν πάση περιπτώσει, ότι απλή παρότρυνση για τη λήψη κυβερνητικών μέτρων δεν μπορούσε να συνιστά καταχρηστική εκμετάλλευση για τους σκοπούς του άρθρου 86. Επίσης, προέβαλαν, με το υπόμνημά τους απαντήσεως, ότι η απόφαση προσέβαλε το δικαίωμά τους άμυνας, δεδομένου ότι η Επιτροπή τους είχε επίσης αρχικώς προσάψει, με τη γνωστοποίηση των αιτιάσεων, ότι είχαν εκμεταλλευθεί καταχρηστικώς τη δεσπόζουσά τους θέση επιτυγχάνοντας μέσω της συνάψεως της συμφωνίας Ogefrem το υπό κρίση αποκλειστικό δικαίωμα, αιτίαση που δεν δέχθηκε η απόφαση της Επιτροπής.

52. Η Επιτροπή, με το υπόμνημα αντικρούσεως που κατέθεσε ενώπιον του Πρωτοδικείου, υποστήριξε ότι η συμφωνία Ogefrem ήταν αμφοτεροβαρής, δηλαδή συμβατικής φύσεως, και υπογράμμισε ότι η μόνη καταχρηστική πράξη που διαπίστωσε σε βάρος της Cewal περιελάμβανε τις εσκεμμένες προσπάθειές της να διατηρήσει το αποκλειστικό δικαίωμα που της είχε παραχωρηθεί βάσει της συμφωνίας. Στο υπόμνημα ανταπαντήσεως, η Επιτροπή ισχυρίστηκε ότι τα επιχειρήματα των προσφευγουσών όσον αφορά την υποτιθέμενη άρνηση αναγνωρίσεως του δικαιώματος της άμυνας κρίσεως ήταν απαράδεκτα, καθόσον συνιστούσαν νέον ισχυρισμό κατά την έννοια του άρθρου 48, παράγραφος 2, του Κανονισμού Διαδικασίας του Πρωτοδικείου και, επιπλέον, αβάσιμα, διότι δεν υπήρχε ουσιώδης διαφορά μεταξύ της γνωστοποιήσεως των αιτιάσεων και της αποφάσεως, καθόσον με την απόφαση διαπιστώθηκε η εν μέρει μόνο ενοχή των προσφευγουσών για τις

παραβάσεις που τους αποδίδονταν με τη γνωστοποίηση των αιτιάσεων.

53. Στην αναιρεσιβαλλομένη απόφαση, το Πρωτοδικείο επισημανε αρχικώς ότι η υπόθεση αφορούσε την προβαλλόμενη καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσεως από τα μέλη της Cewal και ότι, «εφόσον το μόνον που ενδιαφέρει είναι η μονομερής συμπεριφορά της Cewal, η ακριβής φύση της συναφθείσας μεταξύ αυτής και του Ogefrem συμφωνίας δεν είναι καθοριστική και για την εφαρμογή του άρθρου 86 της Συνθήκης» (σκέψη 103). Αναφερόμενο στην απόφαση Bodson, [50] εξέθεσε ότι, ακόμη και αν έπρεπε να θεωρηθεί η συμφωνία Ogefrem ως συνιστώσα παραχώρηση στη Cewal, «αυτό δεν αρκεί για να αποκλειστεί η καταχρηστική συμπεριφορά της [Cewal]». Ο λόγος για τον οποίο προέβη στην κρίση αυτή ήταν ότι είχε σχηματίσει την πεποίθηση, με αναφορά στην πρώτη και δεύτερη παράγραφο της συμφωνίας Ogefrem, ότι η Cewal μπορούσε να συναινεί σε παρεκκλίσεις από το αποκλειστικό δικαίωμα που της παρείχε η συμφωνία αυτή. Επομένως, ακόμη και αν η συμφωνία αυτή έπρεπε να θεωρηθεί ότι συνιστούσε παραχώρηση δημοσίου δικαίου, εφόσον «προέβλεπε μηχανισμό ανοίγματος στον ανταγωνισμό», οπότε τα μέλη της Cewal μπορούσαν «να προσαρμό[ζουν] την εφαρμογήν της στις απαιτήσεις του άρθρου 86», δεν υπήρχε σύγκρουση «ανάμεσα στη Συνθήκη και στη συμφωνία» (σκέψη 104).

54. Κατά συνέπεια, το Πρωτοδικείο έκρινε ότι «ορθώς η απόφαση αποδίδει σημασία στην ανάλυση της στάσεως της Cewal στα πλαίσια της εκτελέσεως της συμφωνίας» (σκέψη 105). Σημειώνοντας ότι οι προσφεύγουσες δεν αμφισβήτησαν ότι «προέβησαν σε διαβήματα προς τον Ogefrem με σκοπό να πετύχουν τον εξοβελισμό των G & C από την αγορά» προέβη στην εξέταση του χαρακτηρισμού που θα έπρεπε να δοθεί στα διαβήματα αυτά. Καταρχάς, αναφέρθηκε στη «ειδική ευθύνη» μιας επιχειρήσεως που κατέχει δεσπόζουσα θέση «να μη βλάπτει με τη συμπεριφορά της την ύπαρξη πραγματικού και ανόθευτου ανταγωνισμού στην κοινή αγορά», [51] προτού παρατηρήσει ότι, αν και μία τέτοια επιχείρηση μπορεί, «σε λογικό μέτρο, να προβαίνει σε πράξεις που κρίνει πρόσφορες» για «να διαφυλάσσει τα εμπορικά της συμφέροντα, οσάκις αυτά απειλούνται» [52], δεν μπορεί με αυτόν τον τρόπο να επιδιώκει την ενίσχυση της δεσπόζουσας θέσεώς της. Εφαρμόζοντας τις αρχές αυτές στη συμπεριφορά της Cewal, το Πρωτοδικείο έκρινε ότι «επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση η οποία διαθέτει αποκλειστικό δικαίωμα σε συνδυασμό με δυνατότητα παρεκκλίσεως εξαρτώμενη από τη συναίνεσή της υποχρεούται να χρησιμοποιεί ορθολογικώς το δικαίωμα αρνησικυρίας που της έχει αναγνωριστεί με τη συμφωνία όσον αφορά την πρόσβαση τρίτων στην αγορά». Βάσει των πραγματικών στοιχείων που διέθετε, το Πρωτοδικείο σχημάτισε την πεποίθηση ότι «αυτό δεν συμβαίνει όσον αφορά τα μέλη της Cewal» (σκέψη 108). Επομένως, το Πρωτοδικείο δέχτηκε ότι «η Επιτροπή ορθώς έκρινε ότι τα μέλη της Cewal, μετέχοντας ενεργά στη εφαρμογή της συμφωνίας με τον Ogefrem και ζητώντας κατ' επανάληψη την αυστηρή τήρηση της συμφωνίας αυτής, στο πλαίσιο σχεδίου με σκοπό τον εξοβελισμό της μοναδικής ανεξάρτητης εφοπλιστικής επιχειρήσεως της οποίας η πρόσβαση στην αγορά είχε επιτραπεί από τον Ogefrem, παρέβησαν τις διατάξεις του άρθρου 86 της Συνθήκης» (σκέψη 109). Το Πρωτοδικείο απέρριψε επίσης το επιχείρημα των προσφευγουσών ότι η απευθυνόμενη προς μία κυβέρνηση παρότρυνση να προβεί σε ορισμένη ενέργεια δεν μπορεί να συνιστά κατάχρηση, κρίνοντας ότι προβλήθηκε «αλυσιτελώς», «καθόσον στην προκειμένη περίπτωση δεν προσάπτεται στα μέλη της Cewal τέτοια πρακτική» (σκέψη 110). Τέλος, έκρινε απαράδεκτο το επιχείρημα των προσφευγουσών που αφορούσε τη διαφορά μεταξύ της γνωστοποιήσεως των

50 — Προαναφερθείσα απόφαση στην υποσημείωση 26.

51 — Σκέψη 106 με αναφορά στην απόφαση της 6ης Οκτωβρίου 1994, T-83/91, Tetra Pak κατά Επιτροπής (Συλλογή 1994, σ. II-755, σκέψη 114).

52 — Σκέψη 107, με αναφορά στην απόφαση British Gypsum (προαναφερθείσα απόφαση στην υποσημείωση 47, σκέψη 69).

αιτιάσεων και της αποφάσεως που αφορούσε τη φερόμενη καταχρηστική φύση της συνάψεως της συμφωνίας Ogefrem, θεώρησε όμως επίσης ότι η εν λόγω διαφορά δεν μπορούσε να θίξει τα δικαιώματα των προσφευγουσών (σκέψη 113).

ii) Συνοπτική έκθεση των παρατηρήσεων που κατατέθηκαν στο πλαίσιο της αναιρέσεως.

55. Με τον λόγο αυτόν αναιρέσεως, οι αναιρεσείουσες προβάλλουν τέσσερα κύρια σημεία. Πρώτον, ισχυρίζονται, κυρίως, ότι το Πρωτοδικείο προσέβαλε τα δικαιώματά τους για δίκαιη δίκη αντικαθιστώντας την αιτίαση που αφορούσε τον Ogefrem και η οποία περιέχεται στην απόφαση με μία τελείως νέα αιτίαση που αφορά τη φερόμενη παράλειψή τους να ενεργήσουν λογικά κατά την άσκηση του δικαιώματός τους αρνησικυρίας. Κατά την άποψή τους, υφίσταται θεμελιώδης διαφορά μεταξύ του να ζητείται από μια δημόσια αρχή να ενεργήσει και της ρητής αντιτάξεως «αρνησικυρίας» στις ενέργειες της αρχής αυτής, δεδομένου ότι η ύπαρξη δικαιώματος αρνησικυρίας αναφέρεται σε μια κατάσταση κατά την οποία το πρόσωπο που έχει το δικαίωμα αυτό έχει «εξουσία παρεμποδίσεως». Δεύτερον, οι αναιρεσείουσες ισχυρίζονται ότι η αναδιατύπωση αυτή της αιτιάσεως κατέστησε στο Πρωτοδικείο δυνατό να αγνοήσει τη διττή φύση της αιτιάσεως που προσάφθηκε σ' αυτές αρχικώς με τη γνωστοποίηση των αιτιάσεων και δέχθηκε η απόφαση της Επιτροπής (αν και με διαφορετική μορφή), καθώς και να κριθεί εσφαλμένως ως αλυσιτελής ο ισχυρισμός τους ότι η παρότρυνση απλώς και μόνο μιας κυβερνήσεως να ενεργήσει συνιστά καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσεως. Τρίτον, οι αναιρεσείουσες ισχυρίζονται ότι, δεδομένου ότι το Πρωτοδικείο θεώρησε ότι στα μέλη της Cewal δεν προσάρθηκε ότι παρέλειψαν να θέσουν τέλος στη συμφωνία ή ότι παρότρυναν μια κυβέρνηση να ενεργήσει, δεν μπορούσε, χωρίς να περιέλθει σε αντίφαση προς εαυτό, να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι η Επιτροπή βασίμως μπορούσε να θεωρήσει ότι η ενεργός συμμετοχή τους στην υλοποίηση της συμφωνίας συνιστούσε καταχρηστική εκμετάλλευση. Τέταρτον, οι αναιρεσείουσες ισχυρίζονται ότι το γεγονός ότι δεν παραιτήθηκαν από την άσκηση αποκλειστικών δικαιωμάτων δεν μπορεί να συνιστά καταχρηστική εκμετάλλευση για τους σκοπούς του άρθρου 86.

56. Η Επιτροπή αρνείται ότι υπήρξε οποιαδήποτε προσβολή του δικαιώματος των αναιρεσειουσών για δίκαιη δίκη. Ισχυρίζεται ότι η αναφορά του Πρωτοδικείου στη «χρήση του δικαιώματος αρνησικυρίας» συνιστά απλώς και μόνο μια άλλη επεξήγηση της περιεχόμενης στην απόφαση διαπιστώσεως ότι η καταχρηστική εκμετάλλευση περιελάμβανε τις δραστήριες προσπάθειες της Cewal να εξασφαλιστεί ότι θα τηρούνταν από τον Ogefrem οι όροι της συμφωνίας Ogefrem. Η Επιτροπή εκθέτει ότι ούτε η σύναψη της συμφωνίας ούτε η παράλειψη της Cewal να καταγγείλει τη συμφωνία αποτελούσαν στοιχείο της φερομένης καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως. Το δόγμα της «πράξεως κρατικής κυριαρχίας» που επικαλούνται οι αναιρεσείουσες είναι αλυσιτελές, διότι η συμφωνία παρείχε, όπως διαπίστωσε το Πρωτοδικείο, στα μέλη της Cewal τη δυνατότητα να συμμορφώνονται προς τους κοινοτικούς κανόνες ανταγωνισμού, ενώ το δόγμα «Noerr-Pennington» [53] ήταν επίσης αλυσιτελές, καθόσον ουδεμία είχε διατυπωθεί αιτίαση περί παροτρύνσεως κυβερνήσεως να προβεί σε ενέργειες.

53 — Ένα άλλο δόγμα που ισχύει στις Ηνωμένες Πολιτείες της Αμερικής και κατά το οποίο προστατεύεται η απλή παροχή πληροφοριών στις κρατικές αρχές προς τον σκοπό επηρεασμού της δράσεως της νομοθετικής ή εκτελεστικής εξουσίας.

iii) Ανάλυση των επιχειρημάτων των αναιρεσειουσών

α) Το δικαίωμα για δίκαιη δίκη

57. Νομίζω ότι οι αναιρεσείουσες ερμηνεύουν εσφαλμένως την αναιρεσιβαλλομένη απόφαση, καθόσον ισχυρίζονται ότι μ' αυτή διατυπώθηκε μια νέα αιτίαση περί του ότι δεν ενήργησαν λογικώς κατά την άσκηση του δικαιώματος αρνησικυρίας. Στη σκέψη 109 (που παρατίθεται ανωτέρω στο σημείο 54) το Πρωτοδικείο ρητώς επιβεβαίωσε τις βασικές διαπιστώσεις της Επιτροπής όσον αφορά καταχρηστικές ενέργειες σε συνάρτηση με τη συμφωνία Ogefrem. Στο πλαίσιο της αναλύσεως που προηγείται, ειδικότερα στη σκέψη 105, το Πρωτοδικείο συνόψισε τη συμπεριφορά της Cewal κατά την υλοποίηση της συμφωνίας Ogefrem, όπως εκτίθεται στην απόφαση της Επιτροπής, και στη συνέχεια υπενθύμισε τις αδιαμφισβήτητες αρχές που θέτουν περιορισμούς στη συμπεριφορά επιχειρήσεων με δεσπόζουσα θέση.

58. Οι αναφορές του Πρωτοδικείου στο «δικαίωμα αρνησικυρίας» δεν επηρεάζουν τον χαρακτηρισμό της καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως, που εξακολουθεί να συνίσταται στη συνεχή εμμονή για αυστηρή τήρηση της αποκλειστικότητας του δικαιώματος της Cewal. Το Πρωτοδικείο ήταν, εντούτοις, διατεθειμένο να υποθέσει, χωρίς να το πει ρητώς, ότι η συμφωνία Ogefrem ισοδυναμούσε με παραχώρηση από το Δημόσιο και, βάσει αυτής της υποθέσεως, να επισημάνει ότι εμπεριείχε ένα μηχανισμό κατάλληλο για την άρση κάθε συγκρούσεως μεταξύ της Συνθήκης και της συμφωνίας, θεωρούμενης ως παραχώρηση από το δημόσιο. Επομένως, η αναφορά στο «δικαίωμα αρνησικυρίας» δεν αποτελεί περιγραφή μιας καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως, αλλά μάλλον απάντηση στα επιχειρήματα που προέβαλαν οι προσφεύγουσες ότι η συμπεριφορά τους είχε κατά κάποιο τρόπο επιβληθεί με τους όρους της υποτιθέμενης παραχωρήσεως από το Δημόσιο.

59. Κατά συνέπεια, νομίζω ότι πρέπει να απορριφθεί το πρώτο επιχείρημα των αναιρεσειουσών, ότι δηλαδή το Πρωτοδικείο τους στέρησε το δικαίωμα για δίκαιη δίκη εισάγοντας μία αιτίαση περί του ότι δεν ενήργησαν λογικώς κατά την άσκηση του δικαιώματος αρνησικυρίας.

β) Ο ισχυρισμός περί παροτρύνσεως για την ανάληψη κυβερνητικής δράσεως

— Εισαγωγή

60. Το γεγονός και μόνον ότι δεν υπήρξε προσβολή των δικαιωμάτων των αναιρεσειουσών για δίκαιη δίκη δεν αρκεί, εντούτοις, για να απορριφθεί η αίτηση τους αναιρέσεως, δεδομένου ότι αμφισβήτησαν επίσης την από νομικής απόψεως ορθότητα του χαρακτηρισμού της συμπεριφοράς τους ως καταχρηστικής. Η προσέγγιση του Πρωτοδικείου θέτει, σε συνδυασμό με τον δεύτερο ισχυρισμό, το ζήτημα αν ορθώς θεωρήθηκε ως άνευ σημασίας η ακριβής φύση της συμφωνίας και, κατά συνέπεια, αν ορθώς θεωρήθηκε ότι δεν ήταν δυνατόν η προσαπτόμενη συμπεριφορά να μπορεί

απλώς να ισοδυναμεί με άσκηση πιέσεως επί της κυβερνήσεως εκ μέρους της Cewal.

61. Η αναιρεσιβαλλομένη απόφαση αγνοεί πλήρως τη φύση της συμφωνίας Ogefrem. Το Πρωτοδικείο σχημάτισε την πεποίθηση ότι, ανεξάρτητα από την ακριβή νομική της φύση, τα μέλη της Cewal είχαν κάποια διακριτική ευχέρεια και αυτοτέλεια όσον αφορά την υλοποίησή της.

62. Γίνεται παγίως δεκτό ότι δεσπόζουσες επιχειρήσεις, δεδομένου ότι η παρουσία τους και μόνο στην αγορά συνεπάγεται εξασθένιση του ανταγωνισμού, δεν μπορούν να υιοθετούν ορισμένη συμπεριφορά που ενδεχομένως δεν θα ήταν επικριτέα στην περίπτωση μη δεσποζουσών επιχειρήσεων [54]. Αυτό συμβαίνει κατά μείζονα λόγο όταν, όπως εν προκειμένω, οι αναιρεσείουσες απολάμβαναν καταστάσεως οιονεί μονοπωλίου [55]. Εντούτοις, το καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της ειδικής αυτής ευθύνης «πρέπει να εκτιμάται ενόψει των ειδικών συνθηκών της κάθε περιπτώσεως, που αποδεικνύουν την εξασθένιση του ανταγωνισμού» [56].

54 — Βλ. τις αποφάσεις Hoffmann-La Roche (προπαρατεθείσα απόφαση στην υποσημείωση 17, σκέψη 120) και Michelin (προπαρατεθείσα απόφαση στην υποσημείωση 41, σκέψη 57).

55 — Απόφαση Hoffmann-La Roche (προπαρατεθείσα απόφαση στην υποσημείωση 17, σκέψη 39).

56 — Απόφαση 14ης Νοεμβρίου 1996, C-333/94 P, Tetra Pak κατά Επιτροπής (Συλλογή 1996, σ. I-5951, σκέψη 24, στο εξής: απόφαση Tetra Pak II).

— Η σημασία του δόγματος της «πράξεως κρατικής κυριαρχίας»

63. Οι αναιρεσείουσες ισχυρίζονται ότι η συμπεριφορά τους θα πρέπει να θεωρηθεί ότι δεν συνιστά τίποτα περισσότερο από μια προσπάθεια ασκήσεως πιέσεως επί των αρχών του Ζαΐρ όσον αφορά την εκπλήρωση των σχετικών με την παραχώρηση από το Δημόσιο υποχρεώσεων. Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, η Επιτροπή δεν αμφισβήτησε ότι μια συμπεριφορά που συνίσταται στην απλή παρότρυνση προς την κυβέρνηση ενός μη κράτους μέλους να ενεργήσει κάποιος με ορισμένο τρόπο δεν μπορεί να θεωρηθεί ως κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως. Εντούτοις, η Επιτροπή επέμεινε κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση ότι εν προκειμένω οι αναιρεσείουσες ήταν συμβαλλόμενες σε μία εμπορική σύμβαση συνεπαγόμενη αμοιβαίες υποχρεώσεις και οφέλη και ότι η επιμονή για τη συμμόρφωση προς τους όρους της υπερέβαινε την απλή άσκηση πιέσεως.

64. Το Πρωτοδικείο εξέθεσε στη σκέψη 110 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως ότι:

«Το ότι, κατά τις προσφεύγουσες, η απευθυνομένη προς μία κυβέρνηση παρότρυνσης να προβεί σε ορισμένη ενέργεια δεν μπορεί να συνιστά κατάχρηση προβάλλεται αλυσιτελώς, καθόσον στην προκειμένη περίπτωση δεν προσάπτεται στα μέλη της Cewal τέτοια πρακτική.»

Δεν νομίζω ότι το ζήτημα μπορεί να λυθεί τόσο απλά. Η καταχρηστική εκμετάλλευση

για την οποία η Cewal κρίθηκε ένοχη συνίστατο σε προσπάθειες εφαρμογής της συμφωνίας Ogefrem. Οι αναιρεσείουσες (πρώην προσφεύγουσες) απαντούν ότι οι προσπάθειες αυτές δεν μπορούν να συνιστούν καταχρηστική εκμετάλλευση, διότι συνίστανται απλώς στην παρότρυνση για την ανάληψη κυβερνητικής δράσεως. Το γεγονός ότι η Επιτροπή δεν χαρακτήρισε την παρότρυνση κατά αυτόν τον τρόπο δεν μπορεί να επηρεάσει τον πραγματικό της χαρακτήρα.

65. Κατά συνέπεια, προτίθεμαι, καθόσον είναι αναγκαίο, να εξετάσω τον ισχυρισμό ότι το Πρωτοδικείο δεν εξέτασε το επιχείρημά τους ότι η συμφωνία Ogefrem ήταν, σύμφωνα με την ασυνήθιστη διατύπωση της Επιτροπής, αμφοτεροβαρής, δηλαδή συμβατικής φύσεως, συμφωνία. Οι ουσιώδεις διαπιστώσεις περιέχονται στις αιτιολογικές σκέψεις 70 έως 72 της αποφάσεως, οι οποίες έχουν ως εξής:

« 70 Η συμφωνία του Ogefrem και της Cewal, που αναφέρεται στην αιτιολογική σκέψη 24 δεν μπορεί να θεωρηθεί ως εθνική ρύθμιση που υποχρεώνει τα μέλη της Cewal να δράσουν όπως έπραξαν. Αντιθέτως, όπως καταδεικνύεται τόσο από την ονομασία όσο και από το περιεχόμενό της η συμφωνία αυτή δεν αποτελεί αφ' εαυτής κρατικό μέτρο, εφόσον πρόκειται για συμφωνία με την οποία επιβάλλονται στις δύο συνυπογράφουσες πλευρές υποχρεώσεις ως προς τον έλεγχο του εν λόγω μεταφορικού εμπορίου και τους επιτρέπεται να θέσουν τέλος στη συμφωνία, εάν τηρήσουν τη σχετική προειδοποιητική προθεσμία. Ούτως ή άλλως, η Cewal παραδέχθηκε ότι ώθησε επίμονα τον Ogefrem σε τήρηση της συμφωνίας, ούτως ώστε να επιτευχθεί η εξάλειψη του κυριότερου ανταγωνιστή της.

71 Θα πρέπει, εξάλλου, να υπογραμμιστεί και το γεγονός ότι, βάσει της ισχύουσας νομοθεσίας στο Ζαΐρ, δεν επιβάλλεται ούτε στις εφοπλιστικές εταιρίες που συμμετέχουν ως μέλη στις διασκέψεις η υποχρέωση να συγκροτήσουν συγκεκριμένους μηχανισμούς προκειμένου να διασφαλιστεί ότι τα φορτία κατευθύνονται προς τα δικά τους πλοία, με παράλληλο αποκλεισμό των ανεξάρτητων εταιριών.

72 Προκύπτει, ως εκ τούτου, ότι η σύναψη της συμφωνίας και οι σχετικές υπομνήσεις της Cewal όσον αφορά την τήρησή της δεν απορρέουν από τις υποχρεώσεις που επιβάλλουν οι δημόσιες αρχές.»

66. Οι αναιρεσείουσες επικαλούνται, ειδικότερα, ορισμένες αρχές που έχουν διαμορφωθεί στην αντιτράστ νομολογία των Ηνωμένων Πολιτειών της Αμερικής. Παραδέχονται ότι τέτοιες αρχές δεν υφίστανται στο κοινοτικό δίκαιο. Κατ' ουσίαν, το μέρος αυτό της επιχειρηματολογίας των αναιρεσειουσών εξαρτάται από την εκ μέρους τους απόδειξη ότι η συμφωνία Ogefrem συνιστά πράξη ασκήσεως της κυριαρχικής εξουσίας της Κυβερνήσεως του Ζαΐρ.

67. Οι αναιρεσείουσες προέβαλαν ενώπιον του Πρωτοδικείου ότι η παρότρυνση και

μόνο για την ανάληψη κυβερνητικής δράσεως δεν μπορούσε να συνιστά κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως. Κατά το δόγμα της «πράξεως κρατικής κυριαρχίας», σε συνδυασμό με την αρχή της διεθνούς αβροφροσύνης, είναι σαφές ότι τα δικαστήρια των Ηνωμένων Πολιτειών θεωρούν ότι πράξεις παρότρυνσεως ή αποτροπής (έστω και παράνομες) έναντι αλλοδαπής κυριαρχικής εξουσίας δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των αντιτράστ κανόνων [57]. Όπως αντιλαμβάνομαι τη φύση της συμφωνίας Ogefrem, θεωρώ περιττό να εξετάσω περαιτέρω αυτό το δόγμα. Βεβαίως, είναι σαφές ότι το γεγονός και μόνον ότι ένα κράτος μέλος δημιουργεί με νόμο μονοπώλιο, παρέχοντας αποκλειστικά δικαιώματα, δεν συνιστά παράβαση του άρθρου 86 [58]. Αναμφίβολα, αυτό έχει ως επακόλουθο ότι οι ενέργειες προς αποτροπή κράτους μέλους από το να δημιουργήσει ένα τέτοιο μονοπώλιο ομοίως δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 86. Το Δικαστήριο, εντούτοις, διευκρίνισε επίσης ότι «οι επιχειρήσεις αυτές εξακολουθούν να υπόκεινται στους κανόνες του ανταγωνισμού της Συνθήκης και, ειδικότερα, στους κανόνες που περιέχονται στο άρθρο 86» [59]. Μπορεί να υποτεθεί ότι, κατ' επέκταση, οι αρχές αυτές έχουν επίσης εφαρμογή στη δημιουργία μονοπωλίων με νόμο από ξένες κυβερνήσεις. Το άρθρο 9 του κανονισμού του 1986 θα μπορούσε τότε να έχει σημασία για την άρση οποιασδήποτε συγκρούσεως με τους κοινοτικούς κανόνες ανταγωνισμού.

68. Εντούτοις, η αρχή της «πράξεως κρατικής κυριαρχίας» δεν έχει εφαρμογή, αν η συμφωνία Ogefrem δεν αποτελεί τη μονομερή πράξη κυριαρχικής εξουσίας, αλλά, όπως διαπίστωσε η Επιτροπή, κατ' ουσίαν και στην πραγματικότητα είναι μία συμφωνία συμβατικής φύσεως. Συναφώς, δεν νομίζω ότι ασκεί επιρροή το ότι, όπως χωρίς αμφιβολία ορθώς τόνισαν οι αναιρεσείουσες, ο Ogefrem δεν είναι επιχείρηση κατά την έννοια των άρθρων 85 και 86. Πρώτον, η φερόμενη καταχρηστική εκμετάλλευση συνίσταται σε πράξεις παροτρύνσεως για την υλοποίηση της αποκλειστικότητας που παρασχέθηκε με τη συμφωνία και όχι στη σύναψή της. Δεύτερον, η εφαρμογή του άρθρου 86 σε επιχείρηση που βρίσκεται σε μία θέση όπως αυτή της Cewal δεν εξαρτάται από το αν η συμφωνία Ogefrem είναι συμφωνία κατά την έννοια του άρθρου 85.

69. Με αυτά τα δεδομένα, θα συνοψίσω τα επιχειρήματα των αναιρεσειουσών όσον αφορά τον χαρακτήρα της συμφωνίας ως «πράξεως κρατικής κυριαρχίας», όπως εκτέθηκε διεξοδικώς ενώπιον του Πρωτοδικείου και ενώπιον του Δικαστηρίου.

70. Πρώτον, οι αναιρεσείουσες αποδίδουν μεγάλη σημασία στον κώδικα Unctad του 1974, ο οποίος άρχισε να ισχύει το 1983 και στον οποίο αναφέρθηκα ανωτέρω στο σημείο 5. Ο κανονισμός (ΕΟΚ) 954/79 [60], της 15ης Μαΐου 1979, αφορά την επικύρωση του κώδικα από τα κράτη μέλη. Ο κώδικας προβλέπει, στο άρθρο 2, την κατανομή των φορτίων της ναυτιλιακής διασκέψεως μεταξύ

57 — Παρατίθενται, παραδείγματος χάρη, η υπόθεση American Banana κατά United Fruit Co 213 US 347, 358 (1909), και μία απόφαση του Federal Court of California στην υπόθεση Occidental Petroleum Corp. κατά Battes Gas & Oil Co 331 F Supp. 92, 109-13 (C.D. CAL. 1971) που επικυρώθηκε με per curiam (αμετάκλητη) απόφαση, 461 F.2d1261 (9th CIR), όπου δεν επιτράπηκε certiorari [αναίρεση], 409 US 950 (1972).

58 — Βλ., μεταξύ άλλων τις αποφάσεις της 3ης Οκτωβρίου 1985, 311/84, CBEM (Συλλογή 1985, σ. 3261, σκέψη 17, στο εξής: απόφαση Télémarketing), και της 18ης Ιουνίου 1998, C-266/96, Corsica Ferries France (Συλλογή 1998, σ. I-3949, σκέψη 40).

59 — Απόφαση Télémarketing (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 58, σκέψη 17).

60 — Κανονισμός Συμβουλίου, της 15ης Μαΐου 1979, περί επικυρώσεως από τα κράτη μέλη της συμβάσεως των Ηνωμένων Εθνών περί του κώδικα συμπεριφοράς των τακτικών γραμμών ή της προσχωρήσεως των κρατών μελών στη σύμβαση (ΕΕ ειδ. εκδ. 11/013, σ. 228).

δύο οποιωνδήποτε κρατών που εξυπηρετούνται από τη διάσκεψη βάσει του κανόνα 40: 40: 20. Οι μεταφορές αυτές θα έπρεπε να κατανεμηθούν κατά τρόπο ώστε οι εθνικές ναυτιλιακές εταιρίες των δύο χωρών εκατέρωθεν της δεδομένης θαλάσσιας σύνδεσης να λαμβάνουν το 40 % των μεταφερομένων φορτίων, ενώ το υπόλοιπο 20 % παραχωρείται στις εταιρίες των τρίτων χωρών που συμμετέχουν στην ίδια διάσκεψη. Είναι βέβαιον ότι, από πολύ νωρίς, υπήρχαν σοβαρές διιστάμενες απόψεις ως προς την ορθή ερμηνεία του κώδικα μεταξύ των υπογραψάντων κρατών που είναι μέλη του Οργανισμού Οικονομικής Συνεργασίας και Αναπτύξεως (ΟΟΣΑ) και ορισμένων αφρικανικών κρατών, μεταξύ των οποίων είναι το Ζαΐρ. Τα μεν υποστήριζαν ότι τόσο από το σαφές γράμμα του κώδικα όσο και από το περιεχόμενό του προκύπτει ότι ο κώδικας εφαρμόζεται μόνο στις τακτικές μεταφορές της διασκέψεως, ενώ τα δε ισχυρίζονταν ότι ο κώδικας εκτείνεται σε όλες τις τακτικές μεταφορές.

71. Οι προσφεύγουσες εξέθεσαν διά μακρών τα μέτρα τα οποία έλαβαν ορισμένα αφρικανικά κράτη και ειδικότερα το Ζαΐρ για να επιβάλλουν την ερμηνεία τους προκειμένου να προστατεύσουν τις εθνικές τους ναυτιλιακές εταιρίες. Το Ζαΐρ ίδρυσε τον Ogefrem ως δημόσιο οργανισμό το 1980. Άρχισε να λειτουργεί το 1983 σύμφωνα με την «Ordonnance Presidentielle No 80-256». Στα καθήκοντά του περιελαμβάνετο ο έλεγχος των φορτίων και η διαπραγμάτευση των ποσοστών ναύλων, η εξασφάλιση της αποδοτικότητας της εθνικής ναυτιλιακής εταιρίας, δηλαδή της Compagnie Maritime Zaïroise (στο εξής: CMZ), και η προάσπιση των ναυτιλιακών συμφερόντων του Ζαΐρ.

72. Με μεταγενέστερη νομοθετική πράξη, δηλαδή με το arrêté d'exécution No 001-83 της 17ης Ιανουαρίου 1983, εφαρμόστηκε ο κανόνας της Unctad 40: 40: 20 στην κατανομή όλων των φορτίων. Η Cewal και άλλοι ενδιαφερόμενοι ευρωπαϊκοί ναυτιλιακοί κύκλοι, τα κράτη μέλη και η Επιτροπή κατέβαλαν έντονες αλλά χωρίς αποτέλεσμα προσπάθειες, σε πολιτικό και άλλα επίπεδα, προκειμένου να επιτύχουν την αναθεώρηση ή τροποποίηση της πολιτικής αυτής.

73. Ο Ogefrem επέβαλε από το 1984 ορισμένες πρόσθετες χρηματοοικονομικές και διοικητικές επιβαρύνσεις στην Cewal, περιλαμβανομένης της καταβολής από κάθε μέλος της Cewal 10 000 δολαρίων ΗΠΑ (USD) στον Ogefrem, ως εγγυήσεως, και της καταβολής προμηθείας 3 % επί του συντελεστή του ναύλου χάριν της φερομένης διασφαλίσεως της συμμετοχής σε 40 % της CMZ στις μεταφορές.

74. Υπό τις περιστάσεις αυτές, η Cewal ισχυρίζεται ότι η συμφωνία Ogefrem της «επιβλήθηκε». Παραθέτει τους όρους της συμφωνίας προκειμένου, ειδικότερα, για να αποδείξει ότι αυτό «προκύπτει από», μεταξύ άλλων, την «Ordonnance 80-256» και ισχυρίζεται ότι δεν μπορούσε να αντισταθεί στην επιβολή εκ μέρους μιας κυβερνήσεως, της οποίας η πολιτική ήταν ζωτική για τις επιχειρηματικές της δραστηριότητες, μιας συμφωνίας που συνιστούσε υλοποίηση της πολιτικής αυτής.

75. Η Επιτροπή, καίτοι δεν αμφισβητεί κανένα από τα περισσότερα των αναφερθέντων περιστατικών, εμμένει στο ότι η

συμφωνία Ogefrem δεν έχει τον χαρακτήρα επιβληθείσας «πράξεως κρατικής κυριαρχίας», αλλά συνιστά συμφωνία που επιβάλλει αμοιβαίες υποχρεώσεις και παρέχει κοινά οφέλη.

— Η πραγματική φύση της συμφωνίας Ogefrem

76. Πρώτον, η Επιτροπή εκθέτει ότι οι αναιρεσείουσες διαπράττουν ένα θεμελιώδες σφάλμα λογικής όσον αφορά τον κώδικα. Υπογραμμίζει ότι η εφαρμογή του κανόνα 40: 40: 20 της Unctad στο σύνολο των τακτικών μεταφορών και η αναλογία των τακτικών μεταφορών που πραγματοποιείται από τις διασκέψεις αποτελούν τελείως διαφορετικά ζητήματα, οπότε δεν υπάρχει λογικός σύνδεσμος μεταξύ της συμμετοχής των αφρικανικών ναυτιλιακών εταιριών στην πλήρη έκταση του μεριδίου της αγοράς που τους αντιστοιχεί και οποιασδήποτε αποκλειστικότητας που απολαύουν οι διασκέψεις. Με άλλα λόγια, η εγγύηση του 40 % όλων των μεταφορών που έχει παρασχεθεί σ' αυτές τις εταιρίες δεν σημαίνει ότι όλο το υπόλοιπο 60 % θα πρέπει να χορηγηθεί στα μέλη των ναυτιλιακών διασκέψεων.

78. Πρέπει να γίνει δεκτό ότι αποτελούσε πολιτική της Κυβερνήσεως του Ζαΐρ, όπως και διαφόρων άλλων αφρικανικών κρατών, η εφαρμογή του κανόνα 40: 40: 20 της Unctad, νομοθετικώς, εφόσον ήταν αναγκαίο σε όλα τα φορτία και όχι μόνο στις μεταφορές που πραγματοποιούν οι διασκέψεις. Προς τον σκοπό αυτό, ίδρυσε τον Ogefrem παρέχοντάς του ευρείες εξουσίες για τη ρύθμιση και την επιτήρηση των θαλασσίων μεταφορών προς και από το Ζαΐρ. Πάντως, συμφωνώ με την Επιτροπή ότι ο τρόπος με τον οποίο αντιλαμβάνεται το Ζαΐρ τον κανόνα 40: 40: 20 της Unctad δεν δικαιολογεί την προσπάθεια της Cewal να αποκλείσει τις μεταφορές που δεν πραγματοποιούνται από μέλη της διασκέψεως. Τα επιχειρήματα των αναιρεσειουσών εν προκειμένω είναι όλως ανακόλουθα. Επιμένουν στην πλάνη στην οποία υπέπεσε η Κυβέρνηση του Ζαΐρ επιχειρώντας να εφαρμόσει τον κανόνα σε όλες τις μεταφορές. Εντούτοις, επιμένουν επίσης στο να επιβάλουν την ερμηνεία αυτή προς όφελός τους. Πράγματι, οι πράξεις τους συνεπάγονταν μία προσπάθεια εκ μέρους τους να αποκλείσουν εταιρίες από την αγορά του Ζαΐρ που δεν ήταν μέλη διασκέψεως.

77. Όσον αφορά τους όρους της συμφωνίας Ogefrem, η Επιτροπή αναφέρεται στη διάταξη περί μονομερούς καταγγελίας από κάθε μέρος κατόπιν προειδοποιήσεως ενός έτους, στη διάταξη περί υποβολής των διαφορών σε διαιτησία και στην προφανή επιτυχία της Cewal κατά τη διαπραγμάτευση του ποσοστού προμηθείας από 3 % σε 0,5 %. Περαιτέρω, η Επιτροπή αρνείται τον χαρακτηρισμό της συμφωνίας ως παραχωρήσεως από το Δημόσιο. Αυτό θα προϋπέθετε νομοθεσία προβλέπουσα τη χορήγηση αποκλειστικού δικαιώματος κατόπιν διοικητικής διαδικασίας.

79. Ούτε οι περιγραφείσες από τις αναιρεσείουσες δυσκολίες στις συναλλαγές τους με τον Ogefrem αποδεικνύουν τίποτα περισσότερο από κάποια ανισότητα στην ικανότητα διαπραγματεύσεως. Παρά τα πολλά προβλήματα που εκτέθηκαν, η Cewal ήθελε να συνεχίσει τη λειτουργία της γραμμής της

διασκέψεως στην οποία, όπως παραδέχθηκε, είχε de facto μονοπώλιο. Είχε ήδη συμφωνήσει, αν και απρόθυμα, να παραχωρήσει το 40 % των μεταφορών στην CMZ, η οποία κατέστη μέλος της διασκέψεως της Cewal.

80. Στη συνέχεια είναι αναγκαίο να ληφθεί υπόψη το κείμενο της συμφωνίας Ogefrem, που είναι διατυπωμένο στη γαλλική. Δεν συμφωνώ ότι το προοίμιο της συμφωνίας που αναφέρεται σε διάφορες νομοθετικές πράξεις και μέτρα του Zaΐr αρκεί για να της προσδώσει τον χαρακτήρα κυριαρχικής πράξεως του κράτους του Zaΐr. Παραδείγματος χάρη, αναφέρει ένα ψήφισμα της συνδιασκέψεως των υπουργών της Κεντρικής και Δυτικής Αφρικής, με το οποίο καλούνται οι εφοπλιστικές εταιρίες των κρατών μελών της συνδιασκέψεως αυτής να αναλάβουν εναρμονισμένη δράση με τις ναυτιλιακές διασκέψεις που εξυπηρετούν την Κεντρική και Δυτική Αφρική προς τον σκοπό σταθεροποιήσεως των συντελεστών των ναύλων και προσαρμογής των καταστατικών τους προκειμένου να συνάδουν αυτά με τον κώδικα συμπεριφοράς των ναυτιλιακών διασκέψεων. Ούτε η αναφορά του προοιμίου στους κύριους στόχους του Ogefrem χαράζει τα όρια του χαρακτήρα της ίδιας της συμφωνίας. Το προοίμιο διευκρινίζει τη θέση και τους στόχους του Ogefrem. Δεν ορίζει ότι το περιεχόμενο της συμφωνίας «συνεργασίας» είναι πράξη κρατικής εξουσίας με χαρακτήρα νομοθετικής πράξεως παρέχουσας δικαίωμα μονοπωλίου.

81. Στο τμήμα που περιέχει τις διατάξεις της, η συμφωνία Ogefrem φαίνεται ακριβώς αυτό που είναι, δηλαδή μια συμφωνία. Η αποκλειστική ρήτρα στο άρθρο 1 αποτελεί το κέντρο βάρους. Δεν σκοπεί στην άσκηση οποιασδήποτε εξουσίας νομοθετικής ή διοικητικής φύσεως. Συμφωνώ με την Επιτροπή ότι δεν προσδιορίζει κανένα ιδιαίτερο έρεισμα για τη χορήγηση, μέσω παραχωρήσεως από το Δημόσιο, δικαιώματος κατά νόμο. Στην πραγματικότητα, έχει διατυπωθεί υπό τη μορφή απλώς μιας από κοινού ή αμοιβαίας υποχρεώσεως. Το υπόλοιπο μέρος του τμήματος που περιέχει τις διατάξεις της συμφωνίας επιβάλλει αντίστοιχες υποχρεώσεις γενικού χαρακτήρα που αφορούν την τήρηση και ανταλλαγή στατιστικών (άρθρο 6), την αφαίρεση ορισμένου συμφωνηθέντος ποσοστού από τον ναύλο που θα καταβληθεί στον Ogefrem (άρθρο 7), την τήρηση λογιστικών εγγράφων (άρθρα 8 και 9) και την τήρηση των συντελεστών ναύλου που αποτέλεσαν αντικείμενα διαπραγματεύσεως (άρθρο 10). Δυνάμει του άρθρου 11, η συμφωνία έχει συναφθεί για τη διάρκεια ενός έτους, που παρατείνεται όμως αυτομάτως, εκτός αν ένα από τα δύο μέρη εκδηλώσει, μέσω προειδοποιήσεως ενός έτους, τη βούληση να τεθεί τέρμα σ' αυτήν. Τέλος, το άρθρο 12 περιέχει διάταξη που προβλέπει ότι οι διαφορές θα υποβάλλονται υποχρεωτικώς σε τριμελές διαιτητικό όργανο, όπου κάθε ένα από τα δύο μέρη ορίζουν ένα διαιτητή, ο δε τρίτος ορίζεται από αυτούς.

82. Κατά την άποψή μου, ούτε το γράμμα της συμφωνίας Ogefrem ούτε το νομικό πλαίσιο που περιέγραψαν οι αναιρεσείουσες ούτε οι περιστάσεις υπό τις οποίες συνήφθη η συμφωνία της προσδίδουν τον χαρακτήρα πράξεως κυριαρχικής εξουσίας που χορηγεί υπ' οποιαδήποτε μορφή παραχώρηση εκ μέρους του Δημοσίου όπως ισχυρίζονται οι αναιρεσείουσες. Επομένως, δεν είναι αναγκαίο για τους σκοπούς της παρούσας αιτήσεως αναιρέσεως να καθορισθεί η σημασία που πρέπει να αποδοθεί στο δόγμα της κρατικής δράσεως στο πλαίσιο του κοινοτικού δικαίου.

83. Κατά συνέπεια, προτείνω να απορριφθεί το δεύτερο κεφάλαιο του λόγου αναιρέσεως που αναφέρεται στη συμφωνία Ogefrem.

γ) Η φερόμενη αντίφαση που περιέχει η αναιρεσιβαλλομένη απόφαση

84. Είναι αναπόφευκτο να μην ευσταθούν το τρίτο και το τέταρτο επιχείρημα των αναιρεσειουσών κατόπιν της απόψεως που υιοθέτησα όσον αφορά τη φύση της συμφωνίας Ogefrem. Οι αναιρεσείουσες προσάπτουν στο Πρωτοδικείο αντιφατική συλλογιστική, καθόσον έκρινε συγχρόνως ότι δεν προσάπτεται στην Cewal ότι παρότρυνε μια κυβέρνηση να προβεί σε ενέργειες (σκέψη 110 της αποφάσεως) και ότι η Επιτροπή «ορθώς έκρινε ότι τα μέλη της Cewal, μετέχοντας ενεργά στην εφαρμογή της συμφωνίας με τον Ogefrem και ζητώντας κατ' επανάληψη την αυστηρή τήρηση της συμφωνίας αυτής (...), παρέβησαν τις διατάξεις του άρθρου 86 της Συνθήκης» (σκέψη 109 της αποφάσεως). Η απόφαση δεν είναι αντιφατική. Το Πρωτοδικείο, στη δεύτερη απ' αυτές τις σκέψεις, δεν θεώρησε την τείνουσα σε εξοβελισμό συμπεριφορά της Cewal ως «απευθυνομένη προς μία κυβέρνηση παρότρυνση να προβεί σε ορισμένη ενέργεια» κατά την έννοια που προβάλλουν οι προσφεύγουσες. Περαιτέρω, η ανάλυση στην οποία προέβην ως προς τη φύση της συμφωνίας Ogefrem καθιστά σαφές, κατά τη γνώμη μου, ότι η συμφωνία δεν είχε τον χαρακτήρα κρατικής ενέργειας, πράγμα που εξαλείφει οποιανδήποτε υποθετική ανακολουθία.

δ) Το θεμιτό της συμπεριφοράς του Ogefrem κατά το άρθρο 86

85. Την ίδια τύχη πρέπει να έχει το τέταρτο επιχείρημα των προσφευγουσών, δηλαδή ότι το άρθρο 86 δεν απαγορεύει σε μία επιχείρηση στην οποία έχει συννόμως χορηγηθεί προβλεπόμενο από τον νόμο δικαίωμα αποκλειστικότητας να ζητεί επιμόνως την τήρησή του. Οι αναιρεσείουσες στηρίζονται στην πάγια νομολογία του Δικαστηρίου κατά την οποία «η ύπαρξη μονοπωλίου υπέρ ορισμένης επιχειρήσεως, στην οποία το κράτος μέλος έχει χορηγήσει αποκλειστικά δικαιώματα κατά την έννοια του άρθρου 90 της Συνθήκης, δεν είναι αυτή καθαυτή αντίθετη προς το άρθρο 86» [61]. Δεδομένου ότι δεν πρόκειται για τέτοιο μονοπώλιο, το ζήτημα απλώς δεν τίθεται. Επιπλέον, ενδείκνυται εδώ να υπομνησθεί η κρίση του Πρωτοδικείου (σκέψεις 104 και 108) ότι τα μέλη της Cewal είχαν, κατά το γράμμα της συμφωνίας Ogefrem, ένα μηχανισμό ανοίγματος στον ανταγωνισμό. Η επιλογή τους ήταν να μη χρησιμοποιήσουν αυτή τη δυνατότητα.

86. Κατά συνέπεια, προτείνω ομοίως να απορριφθεί το τέταρτο επιχείρημα και, επομένως, ολόκληρος ο πρώτος λόγος αναιρέσεως που αφορά τη διαπίστωση καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως σε σχέση με τη συμφωνία Ogefrem.

Β — *Η χρησιμοποίηση «μαχητικών πλοίων»*

i) Εισαγωγή

87. Η αίτηση αναιρέσεως κατά της διαπιστώσεως που αφορά την καταχρηστική

61 — Απόφαση Télémarketing (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 58, σκέψη 17). Οι αναιρεσείουσες παραθέτουν επίσης την απόφαση της 30ής Απριλίου 1974, 155/73, Sacchi (Συλλογή τόμος 1974, σ. 217).

εκμετάλλευση η οποία συνίσταται στη χρησιμοποίηση «μαχητικών πλοίων» έχει μία διαδικαστική και μία ουσιαστική πτυχή.

88. Υπάρχουν δύο, εναλλακτικώς, πτυχές της διαδικασίας διατυπώσεως της αιτιάσεως. Οι αναιρεσείουσες ισχυρίζονται, πρώτον, ότι παραβιάστηκε το δικαίωμα τους άμυνας στη διοικητική διαδικασία, διότι η Επιτροπή, με την απόφασή της, προέβη σε μία διαπίστωση, όσον αφορά την ακολουθούμενη πρακτική των «μαχητικών πλοίων», η οποία παρεκκλίνει από την πρακτική που είχε ανακοινωθεί με τη γνωστοποίηση των αιτιάσεων και διότι το Πρωτοδικείο υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο μη δεχόμενο την αιτίαση αυτή.

89. Η Επιτροπή αντιτείνει ότι το επιχείρημα αυτό είναι και ήταν απαράδεκτο, διότι δεν διατυπώθηκε με την αρχική προσφυγή ενώπιον του Πρωτοδικείου, αλλά μόλις με το υπόμνημα απαντήσεως των προσφευγουσών.

90. Η απάντηση των αναιρεσειουσών σ' αυτήν την αντίρρηση είναι ότι, βάσει της ενστάσεως που προβλέπεται στο πρώτο εδάφιο του άρθρου 48, παράγραφος 2, του Κανονισμού Διαδικασίας του Πρωτοδικείου, μόλις με το υπόμνημα αντικρούσεως που κατέθεσε η Επιτροπή ενώπιον του Πρωτοδικείου κατέστη σαφές ότι *υφίστατο* ουσιαστική διαφορά μεταξύ της γνωστοποιήσεως των αιτιάσεων και της αποφάσεως της. Επομένως, πρόκειται για στοιχείο που προέκυψε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας.

91. Εντούτοις, το Πρωτοδικείο έκρινε (σκέψη 140) ότι το υπόμνημα αντικρούσεως δεν παρέσχε κανένα νέο στοιχείο και ήταν σε απόλυτη αντιστοιχία προς την απόφαση.

92. Εναλλακτικώς, οι αναιρεσείουσες ισχυρίζονται ότι το Πρωτοδικείο προσέβαλε το δικαίωμά τους για δίκαιη δίκη, διότι, κρίνοντας ότι δεν υπήρχε διαφορά μεταξύ της αποφάσεως και του υπομνήματος αντικρούσεως της Επιτροπής, προσέθεσε ένα νέο στοιχείο στην αιτίαση που δεν είχαν θεωρήσει ότι περιελαμβάνετο στη γνωστοποίηση των αιτιάσεων. Επομένως, ισχυρίζονται ότι δικαιολογημένα διατύπωσαν την αιτίαση αυτή για πρώτη φορά με το υπόμνημά τους απαντήσεως.

ii) Οι αναφερόμενοι στη διαδικασία λόγοι αναιρέσεως

α) Ιστορικό

93. Στο σημείο 12 της γνωστοποιήσεως των αιτιάσεων, η Επιτροπή περιέγραψε την αποδιδόμενη στην Cewal πρακτική των «μαχητικών πλοίων» και η οποία θεωρείται ότι άρχισε να εφαρμόζεται την άνοιξη του 1988, ως σκοπούσα στον εξοβελισμό της ανεξάρτητης επιχειρήσεως (δηλαδή G & C)

από τον ανταγωνισμό τους στις σχετικές θαλάσσιες διαδρομές. Τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της πρακτικής αυτής, όπως περιγράφονται, είναι τα ακόλουθα:

— η γραμματεία της Cewal πληροφορούσε τα μέλη της Cewal για τις προβλεπόμενες προσεχείς αναχωρήσεις των G & C·

— κάθε δύο περίπου μήνες πραγματοποιούνταν συνεδριάσεις μιας ειδικής «Fighting Ship Committee» για τον καθορισμό των μελών της διασκέψεως των οποίων τα πλοία θα έπρεπε να αναχωρήσουν κατά τον ίδιο ή παραπλήσιο χρόνο προς τις αναχωρήσεις των πλοίων των G & C καθώς και για τον καθορισμό των «μαχητικών ναύλων» που θα προσφέρονταν, κατά παρέκκλιση από τους κανονικούς ναύλους της διασκέψεως, σε σχέση με τις αναχωρήσεις αυτές, οι οποίοι ναύλοι καθορίζονταν σε συνάρτηση με τους ναύλους που προσέφεραν οι G & C·

— οι απώλειες που προέκυπταν από την εφαρμογή αυτών των ναύλων κατανέμονταν μεταξύ των μελών της διασκέψεως.

Στο σημείο 23 της γνωστοποιήσεως των αιτιάσεων, η Επιτροπή αναφέρθηκε στη χρησιμοποίηση της μεθόδου των «μαχητικών πλοίων», η οποία συνίστατο στον προγραμματισμό των αναχωρήσεων της Cewal σε χρονικά σημεία εκατέρωθεν των ημερομηνιών αναχωρήσεως των G & C και στη δημιουργία ενός συστήματος εναλλαγής προκειμένου «να εξασφαλιστεί κατανομή των απωλειών που συνδέονται με την εφαρμογή της μεθόδου» [62], υποστήριξε ότι οι «μαχητικοί ναύλοι» δεν καθορίζονταν με γνώμονα οικονομικά κριτήρια (δηλαδή μέσω αναφοράς στο κόστος), αλλά μόνο για να είναι *χαμηλότεροι* απ' αυτούς που ανήγγειλαν οι G & C, και περιέγραψε τη συμπεριφορά αυτή ως συνιστώσα «τον καθορισμό *ληστρικών τιμών* προκειμένου να εξοβελισθεί ο ανταγωνιστής από την αγορά» [63].

94. Στην αιτιολογική σκέψη 73 της αποφάσεως, η Επιτροπή εκθέτει ότι η Cewal χρησιμοποιούσε τη μέθοδο των μαχητικών πλοίων προκειμένου να εξαλειφθεί ο κυριότερος ανταγωνιστής της στην οικεία θαλάσσια διαδρομή. Η εφαρμοζόμενη πρακτική συνίστατο:

«στον χαρακτηρισμό ως "μαχητικών πλοίων" ή "fighting ships", εκείνων των πλοίων της Cewal, ο απόπλους των οποίων ήταν χρονικά πλησιέστερος στον απόπλου των σκαφών των G & C, και στον καθορισμό των ειδικών "μαχητικών ναύλων" για τα προκαθορισμένα πλοία. Οι από κοινού καθοριζόμενοι "μαχητικοί ναύλοι" παρεξέκλιναν από τους ναύλους που εφάρμοζε υπό κανονικές συνθήκες η Cewal και προσδιορίζονταν όχι σε συνάρτηση με οικονομικά κριτήρια (με άλλα λόγια δηλαδή σε σχέση με το κόστος), αλλά αποκλειστικά και μόνο κατά τέτοιον τρόπο ώστε να είναι *ίσοι ή και κατώτεροι* από τους ναύλους που είχαν εξαγγείλει οι G & C. Η αντίστοιχη *μείωση των εσόδων* που συνιστούσε απόρροια αυτού

62 — Η περιγραφή στο αυθεντικό γαλλικό κείμενο έχει ως εξής: «un partage des pertes liées à l'opération».

63 — Η περιγραφή στο αυθεντικό γαλλικό κείμενο έχει ως εξής: «fixation des prix prédatoires en vue d'éliminer un concurrent du marché».

του συστήματος καθορισμού των ναύλων, σε σύγκριση με τους ναύλους που χρεώνονταν από τη διάσκεψη, ισοφαριζόταν από όλα τα μέλη της Cewal. Τα μέλη της Cewal είχαν σαφώς αποδεχθεί το γεγονός ότι το σύστημα των μαχητικών πλοίων ήταν, κατά βάση, δυνατόν να οδηγήσει σε *απώλεια εσόδων* την οποία έπρεπε να επωμισθούν» (η υπογράμμιση δική μου).

Στην αιτιολογική σκέψη 74 της αποφάσεως, η Επιτροπή παραθέτει τον κρατούντα στην επιστήμη ορισμό της πρακτικής των «μαχητικών πλοίων», η οποία, μεταξύ άλλων, αναφέρεται στον ειδικό προγραμματισμό αναχωρήσεως των μαχητικών πλοίων την ίδια ημέρα με τις αναχωρήσεις του παρείσακτου. Η Επιτροπή επισημαίνει, πάντως, ότι στην παρούσα υπόθεση, δεδομένης της συχνότητας των αναχωρήσεών της, η Cewal, καθορίζοντας τα μαχητικά πλοία, δεν χρειαζόταν να μεταβάλει τις προγραμματισμένες αναχωρήσεις της.

95. Επομένως, δεν υπάρχει αναφορά σε «ληστρικές τιμές» [64], καθόσον η Επιτροπή διακρίνει την υπό κρίση πρακτική από τον μονομερή καθορισμό «καταχρηστικώς χαμηλών τιμών». Αυτή ακριβώς η διατύπωση αντανακλάται στη ρητή διαπίστωση που περιέχει το άρθρο 2 ότι τα μέλη της Cewal είχαν «τροποποι[ήσει] τους ναύλους, μέσω παρεκκλίσεων από τις ισχύουσες τιμές, προκειμένου να προσφέρουν ναύλους ίδιους ή κατώτερους από τους ναύλους του κυριότερου ανεξάρτητου ανταγωνιστή, για πλοία που αναχωρούν την ίδια ημερομηνία ή σε κοντινές ημερομηνίες [πρακτική αποκαλούμενη fighting ships (μαχητικά πλοία)] (...)».

64 — Η απόφαση παραθέτει την απόφαση του Δικαστηρίου της 3ης Ιουλίου 1991, C-62/86, AKZO κατά Επιτροπής (Συλλογή 1991, σ. I-3359, στο εξής: απόφαση AKZO).

96. Στο υπόμνημά τους απαντήσεως που κατέθεσαν ενώπιον του Πρωτοδικείου, οι προσφεύγουσες εξέθεσαν αρχικώς ότι δεν υπήρχε διαφορά μεταξύ της γνωστοποιήσεως των αιτιάσεων και της αποφάσεως, ισχυρίστηκαν όμως ότι στο υπόμνημά της αντικρούσεως η Επιτροπή προέβη σε εκ νέου χαρακτηρισμό της φερόμενης καταχρηστικής τους συμπεριφοράς, αναφερόμενη μάλλον στον *καθορισμό* παρά στον *προγραμματισμό* των «μαχητικών πλοίων», σε μάλλον «απώλειες εισοδήματος» παρά σε ζημίες και παραλείποντας να λάβει ως βάση τη σαφώς καθορισμένη έννοια των «ληστρικών τιμών». Οι προσφεύγουσες προέβαλαν δύο νομικά επιχειρήματα όσον αφορά τις υποτιθέμενες αυτές διαφορές. Πρώτον, ισχυρίστηκαν ότι, αν η απόφαση είχε ορθώς στηριχθεί σ' αυτό που θεωρούν ως τον «νέο» ορισμό των «μαχητικών πλοίων», τότε τα σχετικά χωρία της αποφάσεως θα έπρεπε να είχαν ακυρωθεί, καθόσον έκριναν ότι η Cewal ενείχετο σε μια πρακτική για την οποία δεν είχε κατηγορηθεί με τη γνωστοποίηση των αιτιάσεων. Επικουρικώς, υποστήριξαν ότι, αν η απόφαση είχε πράγματι στηριχθεί στο «νέο» ορισμό, θα έπρεπε και πάλι να ακυρωθεί αφού παραβιάστηκε η υποχρέωση αιτιολογήσεως κατά το άρθρο 190 της Συνθήκης.

97. Στο υπόμνημά της ανταπαντήσεως, η Επιτροπή, πρώτον, αμφισβήτησε το παραδεκτό του ισχυρισμού περί υπάρξεως διαστάσεως μεταξύ της γνωστοποιήσεως των αιτιάσεων και της αποφάσεως ως προβληθέντος (σε αντίθεση με το άρθρο 48 του Κανονισμού Διαδικασίας του Πρωτοδικείου) για πρώτη φορά με το υπόμνημα απαντήσεως. Επιπλέον, ο προγραμματισμός ειδικών αναχωρήσεων που συμπίπτουν με αυτές του ανεξάρτητου ανταγωνιστή, η εφαρμογή χαμηλοτέρων ναύλων ή η καταγραφή ζημιών αποτελούν ουσιώδη στοιχεία είτε της πρακτικής των «μαχητικών πλοίων» είτε της συμπεριφοράς που συνιστά καταχρηστική εκμετάλλευση αντίθετη προς

το άρθρο 86 της Συνθήκης. Όσον αφορά την έλλειψη αντιστοιχίας μεταξύ της πρακτικής των μαχητικών πλοίων και των μεθόδων καθορισμού τιμών που κρίθηκαν αθέμιτες με την απόφαση AKZO, η Επιτροπή αναφέρθηκε στην αιτιολογική σκέψη 80 της αποφάσεώς της, όπου γίνεται διάκριση μεταξύ της παρούσας περιπτώσεως και αυτής που αφορούσε εκείνη η δικαστική απόφαση.

β) Η αναιρεσιβαλλομένη απόφαση

98. Το Πρωτοδικείο εξέτασε το περιεχόμενο της αποφάσεως και το υπόμνημα αντικρούσεως της Επιτροπής (σκέψεις 138 έως 140) και έκρινε ότι η Επιτροπή δεν «(...) εισ[ήγαγε] νέον ορισμό της πρακτικής των μαχητικών πλοίων σε σχέση με την απόφαση», οπότε τα στοιχεία «είναι πλήρως σύμφωνα με αυτή» (σκέψη 140). Στη συνέχεια, κατέληξε ότι, «δεδομένου ότι η σκέψη της συλλογιστικής των προσφευγουσών είναι αβάσιμη, *αμφότεροι* οι λόγοι που επικαλούνται οι προσφεύγουσες κατά της εννοίας των μαχητικών πλοίων πρέπει να απορριφθούν» (σκέψη 140, η υπογράμμιση δική μου).

γ) Τα επιχειρήματα που προβάλλονται αναιρετικώς

99. Ο πρώτος λόγος αναιρέσεως που προβάλλεται ενώπιον του Δικαστηρίου αφορά τη φερόμενη διαφορά μεταξύ της γνωστοποιήσεως των αιτιάσεων και της αποφάσεως. Κατά συνέπεια, είναι αναγκαίο να εξεταστεί πρώτον το παραδεκτό αυτού του λόγου αναιρέσεως.

100. Η Επιτροπή, στο υπόμνημά της απαντήσεως, υπογραμμίζει, υποστηριζόμενη από τους παρεμβαίνοντες, ότι το Πρωτοδικείο σαφώς απέρριψε τον ρητό ισχυρισμό των προσφευγουσών ότι ο ορισμός της επίδικης συμπεριφοράς, που χρησιμοποίησε στο υπόμνημα αντικρούσεως που κατέθεσε ενώπιον του Πρωτοδικείου, διέφερε από τον ορισμό που εκτίθεται στην απόφαση. Επομένως, η Επιτροπή αμφισβητεί το παραδεκτό οποιουδήποτε ισχυρισμού ενώπιον του Πρωτοδικείου και, κατά συνέπεια, στο πλαίσιο της υπό κρίση αιτήσεως αναιρέσεως, κατά τον οποίο υφίσταται ανακολουθία μεταξύ της αποφάσεως και της γνωστοποιήσεως των αιτιάσεων. Η Επιτροπή ισχυρίζεται ότι καμία δικαιολογία δεν υφίστατο, υπό το φως του άρθρου 48, παράγραφος 2, του Κανονισμού Διαδικασίας του Πρωτοδικείου, για την προβολή ενός τέτοιου ισχυρισμού στο στάδιο του υπομνήματος ανταπαντήσεως ενώπιον του Πρωτοδικείου, δεδομένου ότι δύσκολα μπορεί να λεχθεί ότι η προβαλλόμενη ασυμφωνία μεταξύ της γνωστοποιήσεως των αιτιάσεων και της αποφάσεως ανέκυψε μόλις κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ενώπιον του Πρωτοδικείου. Κατά συνέπεια, η Επιτροπή ισχυρίζεται ότι, κατά το άρθρο 113, παράγραφος 2, του Κανονισμού Διαδικασίας του Δικαστηρίου, κατά το οποίο «η αναίρεση δεν μπορεί να μεταβάλει το αντικείμενο της διαφοράς ενώπιον του Πρωτοδικείου», πρέπει επίσης να θεωρηθεί απαράδεκτος ενώπιον του Δικαστηρίου.

101. Οι αναιρεσείουσες ισχυρίζονται ότι *μόνο κατόπιν της αναγνώσεως του υπομνήματος αντικρούσεως της Επιτροπής που κατατέθηκε ενώπιον του Πρωτοδικείου κατέστη σαφές σ' αυτές ότι η Επιτροπή είχε μεταβάλει τον αρχικό ισχυρισμό περί κάτω*

του κόστους ναύλου τον οποίο περιείχε η γνωστοποίηση των αιτιάσεων. Γίνεται φανερό γιατί υπογραμμίζω αυτό το επιχείρημα. Οι αναιρεσείουσες αναφέρονται καταρχάς στην αρχική τους προσφυγή ενώπιον του Πρωτοδικείου, όπου, προκειμένου να καταδειχθεί ότι δεν είχαν πραγματοποιήσει ζημίες, ισχυρίζονταν ότι η Επιτροπή εγκατέλειψε με την απόφασή της τη μομφή που είχε διατυπωθεί στο σημείο 23 της γνωστοποιήσεως των αιτιάσεων, ότι τα μέλη της Cewal είχαν υποστεί ζημίες. Αναφέρονται επίσης στο επικουρικό επιχείρημα που προέβαλαν με το υπόμνημά τους απαντήσεως ενώπιον του Πρωτοδικείου, ότι η απόφαση, αν έπρεπε να θεωρηθεί ότι στηριζόταν σ' αυτό που περιγράφουν ως τον «νέο» ορισμό, θα έπρεπε να ακυρωθεί, ως προς τα σχετικά μέρη της, επειδή επέρριπτε ευθύνες στα μέλη της Cewal για μία πρακτική που δεν τους είχε προσαρθεί με τη γνωστοποίηση των αιτιάσεων. Κατά συνέπεια, υποστηρίζουν ότι, δεδομένου ότι ο εναλλακτικώς προβαλλόμενος ισχυρισμός αναφέρεται σε παράβαση ουσιώδους τύπου εκ μέρους της Επιτροπής, θα έπρεπε να είχε τεθεί αυτεπαγγέλτως από το Πρωτοδικείο ως ζήτημα δημοσίας τάξεως [65]. Ισχυρίζονται ότι το Πρωτοδικείο, εντούτοις, ούτε καν εξέτασε το παραδεκτό αυτού του ισχυρισμού.

δ) Ανάλυση

102. Θεωρώ ότι θα πρέπει πρώτα να εξετάσω την αιτίαση που αφορά την απόρριψη από το Πρωτοδικείο του κυρίου διαδικαστικού επιχειρήματος των προσφευγουσών που αφορά τη φερόμενη εκ νέου ερμηνεία της αποφάσεως, στην οποία, όπως ισχυρίζονται, προέβη η Επιτροπή με το υπόμνημά της αντικρούσεως. Με άλλα λόγια, αφίσταται η περιεχόμενη στην απόφαση αναφορά σε απώλειες εσόδων από τον περιεχόμενο στη γνωστοποίηση των αιτιάσεων ισχυρισμό περί ζημίων μέχρι τέτοιου σημείου ώστε να θίγει κατ' ουσίαν τα συμφέροντα των προσφευγουσών;

103. Κατά τη γνώμη μου, το Πρωτοδικείο αναμφισβήτητα ερμήνευσε ορθώς, στη σκέψη 141 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, την απόφαση θεωρώντας ότι στηρίζεται σε απώλειες εσόδων παρά σε καθαρές ζημίες. Αυτό προκύπτει από τις αιτιολογικές σκέψεις 73 και 74 της αποφάσεως, όπου η Επιτροπή αναφέρεται, αντιστοίχως, σε «μείωση των εσόδων» και στην αποδοχή από τα μέλη της Cewal της πιθανότητας «απωλείας εσόδων» και σε «financial losses of the "fighting vessel"» [χρηματοοικονομικές ζημίες από το μαχητικό πλοίο]. Η Επιτροπή βασίμως με το υπόμνημά της αντικρούσεως ενώπιον του Πρωτοδικείου αρνήθηκε ότι η απόφαση στηρίχθηκε στους υπό κρίση μαχητικούς ναύλους που θα μπορούσαν πράγματι να προκαλέσουν ζημίες.

104. Εντούτοις, οι αναιρεσείουσες συνδέουν σήμερα τον ισχυρισμό αυτό με μία προβαλλόμενη σημαντική διαφορά μεταξύ της γνωστοποιήσεως των αιτιάσεων και του υπομνήματος αντικρούσεως, πράγμα που αποτελούσε τον επικουρικό τους ισχυρισμό ενώπιον του Πρωτοδικείου, ενώ η αρχική τους θέση ήταν ότι δεν υπήρχε καμία τέτοια διαφορά. Σύμφωνα με την άποψη που διατύπωσε η Επιτροπή με το υπόμνημά της ανταπαντήσεως ενώπιον του Πρωτοδικείου και επανέλαβε ενώπιον του Δικαστηρίου, ότι, καθόσον οι προσφεύγουσες είχαν προβάλει με τον υπόμνημα ανταπαντήσεως ενώπιον του Πρωτοδικείου ότι είχε προσβληθεί το δικαίωμά τους άμυνας συνεπεία της προβαλλόμενης διαφοράς μεταξύ της γνωστοποιήσεως των αιτιάσεων και του υπο-

65 — Οι αναιρεσείουσες παραθέτουν, μεταξύ άλλων, την απόφαση της 20ής Φεβρουαρίου 1997, C-166/95 P, Επιτροπή κατά Daffix (Συλλογή 1997, σ. I-983).

μνήματος αντικρούσεως, ο ισχυρισμός αυτός αποτελούσε απαράδεκτο «νέο νομικό ισχυρισμό», δυνάμει του άρθρου 48, παράγραφος 2, του Κανονισμού Διαδικασίας του Πρωτοδικείου, κατά το οποίο «κατά τη διάρκεια της δίκης απαγορεύεται η προβολή νέων ισχυρισμών, εκτός αν στηρίζονται σε νομικά και πραγματικά στοιχεία που ανέκυψαν κατά τη διαδικασία». Κατά συνέπεια, συμφωνώ με την Επιτροπή ότι ο ισχυρισμός αυτός είναι επίσης απαράδεκτος ενώπιον του Δικαστηρίου, δυνάμει του άρθρου 113, παράγραφος 2, του Κανονισμού Διαδικασίας του Δικαστηρίου. Εντούτοις, δεδομένου ότι το Πρωτοδικείο, παρά το άρθρο 48, παράγραφος 2, του Κανονισμού Διαδικασίας που προβλέπει ότι «το Πρωτοδικείο επιφυλάσσει την κρίση του για το παραδεκτό του ισχυρισμού στην απόφαση με την οποία τερματίζεται η δίκη», δεν εξέτασε το παραδεκτό αυτού του ισχυρισμού, εναπόκειται, κατ' εμέ, στο Δικαστήριο να διευκρινίσει τους λόγους που θεμελιώνουν αυτό το απαράδεκτο.

105. Συμφωνώ επίσης με την Επιτροπή ότι οι αναιρεσείουσες δεν μπορούν να ισχυρίζονται ότι αντιλήφθηκαν την υποτιθέμενη διαφορά μεταξύ της γνωστοποιήσεως των αιτιάσεων και της αποφάσεως μόνον αφού ανέγνωσαν το υπόμνημα αντικρούσεως της Επιτροπής ενώπιον του Πρωτοδικείου.

106. Εντούτοις, εναπόκειται στο Δικαστήριο να κρίνει αν «νομικά και πραγματικά στοιχεία (...) ανέκυψαν κατά τη διαδικασία», πράγμα που θα μπορούσε να δικαιολογήσει το ότι οι αναιρεσείουσες έθεσαν το ζήτημα της διαφοράς ενώπιον του Πρωτοδικείου μόλις με το υπόμνημά τους απαντήσεως. Είμαι βέβαιος ότι αυτό δεν συμβαίνει. Είναι σαφές πέραν οποιασδήποτε αμφισβητήσεως βάσει της αιτιολογικής σκέψεως 80 ότι η Επιτροπή στήριξε την απόφασή της σε διαφορετικό νομικό χαρακτηρισμό συμπεριφοράς των αναιρεσειουσών σε σχέση προς την κατάσταση που εξέτασε το Δικαστήριο με την απόφαση AKZO. Οι αναιρεσείουσες είχαν κάθε δικαίωμα να προσβάλουν την απόφαση αυτή καθώς και να προβάλουν ότι προσβλήθηκε το δικαίωμά τους της άμυνας στο πλαίσιο της διοικητικής διαδικασίας ενώπιον της Επιτροπής με την αρχική τους προσφυγή ενώπιον του Πρωτοδικείου.

107. Κατά τη γνώμη μου, τα επιχειρήματα των αναιρεσειουσών δεν είναι πειστικά και στερούνται λογικής. Τα επιχειρήματα που αφορούν προσβολή των δικαιωμάτων άμυνας διατυπώθηκαν για πρώτη φορά με το υπόμνημα απαντήσεως ενώπιον του Πρωτοδικείου και, επομένως, είναι εκ πρώτης όψεως απαράδεκτα. Απαντώντας σχετικώς, οι αναιρεσείουσες ισχυρίζονται ότι δεν είχαν εκτιμήσει, πριν λάβουν γνώση του περιεχομένου του υπομνήματος αντικρούσεως της Επιτροπής, τη φύση της καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως που διαπιστώθηκε σε βάρος τους εξαιτίας των διαφορών που υφίσταντο μεταξύ του υπομνήματος αντικρούσεως και της αποφάσεως. Το Πρωτοδικείο διαπίστωσε και συμφωνώ μαζί του, ότι δεν υπήρχε καμία τέτοια διαφορά. Επομένως, οι αναιρεσείουσες δεν μπορούν να εξακολουθούν να επικαλούνται μία τέτοια υποτιθέμενη διαφορά προκειμένου να δικαιολογήσουν την όψιμη προβολή ενός ισχυρισμού που διατυπώθηκε για πρώτη φορά με το υπόμνημα απαντήσεως και κατά το οποίο η διαφορά υπήρχε όχι μεταξύ της αποφάσεως και του υπομνήματος αντικρούσεως, όπως είχαν ισχυριστεί, αλλά μεταξύ της γνωσ-

τοποιήσεως των αιτιάσεων και της αποφάσεως. Ο ισχυρισμός αυτός είναι προφανώς απαράδεκτος.

108. Οι αναιρεσείουσες ισχυρίστηκαν με το υπόμνημα απαντήσεως ενώπιον του Δικαστηρίου, αναφερόμενες στην αμφισβήτηση της Επιτροπής ότι ο ισχυρισμός τους που αφορά την ενδεχομένως ασυμφωνία μεταξύ της γνωστοποιήσεως των αιτιάσεων και της αποφάσεως είναι απαράδεκτος, ότι οι ισχυρισμοί που αφορούν την έλλειψη ή ανεπάρκεια αιτιολογίας, η οποία εμποδίζει τον εν λόγω δικαστικό έλεγχο, «(...) αποτελούν λόγους δημοσίας τάξεως τους οποίους ο κοινοτικός δικαστής όχι μόνο μπορεί αλλά και οφείλει να εξετάζει αυτεπαγγέλτως» [66]. Το Δικαστήριο έκρινε στη συνέχεια ότι «οι λόγοι αυτοί μπορούν να εξετάζονται σε κάθε στάδιο της δίκης» και «δεν είναι δυνατόν να απολέσει ο προσφεύγων το δικαίωμά του να τους επικαλεστεί για τον λόγο και μόνο ότι δεν τους προέβαλε με τη διοικητική του ένσταση» [67].

109. Στην παρούσα υπόθεση, εξάλλου, η ζημία που ισχυρίζονται οι αναιρεσείουσες ότι υπέστησαν κατά τη διάρκεια της διοικητικής διαδικασίας απορρέει από το γεγονός ότι η απόφαση δεν στηριζόταν σ' αυτό που θεωρούσαν ως τη μόνη ορθή νομική αντίληψη της έννοιας των «ληστρικών τιμών», διατύπωση που χρησιμοποιήθηκε στη γνωστοποίηση των αιτιάσεων. Η ζημία θα μπορούσε, το πολύ, να απορρέει από το γεγονός ότι οι αναιρεσείουσες θεωρούσαν ότι η χρησιμοποίηση της εκφράσεως «ληστρικές τιμές» στη γνωστοποίηση των αιτιάσεων αναφερόταν μόνο στις κάτω του κόστους τιμές, διότι επικέντρωσαν την προσοχή τους, κατά την προετοιμασία της απαντήσεώς τους στο έγγραφο αυτό, μόνο στη διατύπωση νομικών επιχειρημάτων στηριζομένων στον ισχυρισμό τους ότι οι μαχητικοί ναύλοι τους δεν ήταν κάτω του κόστους. Εντούτοις, δεν υποστηρίχθηκε ότι η Επιτροπή προσκόμισε κανένα νέο στοιχείο βλαπτικό για τις αναιρεσείουσες το οποίο δεν μπορούσαν να αντικρούσουν. Αντιθέτως, όλες οι προβληθείσες διαφορές (καθορισμός και όχι προγραμματισμός αναχωρήσεων· τιμές ίσες ή κατώτερες και όχι απλώς κατώτερες· απώλεια εσόδων και όχι ζημίες· παράλειψη διατυπώσεως του όρου «ληστρικός») συνεπάγονται περιορισμένη έκταση της συνιστώσας καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως συμπεριφοράς. Με αυτή τη βάση, οι αναιρεσείουσες ισχυρίστηκαν κατά τη διοικητική διαδικασία ότι δεν μπορούσε να τους προσαφθεί η μομφή της καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως. Το γεγονός ότι, παρά ταύτα, τους προσάφθηκε η μομφή αυτή δεν συνιστά προσβολή των δικαιωμάτων της άμυνας. Στην πραγματικότητα, οι αναιρεσείουσες δεν απέδειξαν ότι υπέστησαν βλάβη προβάλλοντας λεπτομερέστατα τα κύρια νομικά τους επιχειρήματα ενώπιον του Πρωτοδικείου και του Δικαστηρίου ως προς το ότι η συμπεριφορά τους δεν έπρεπε να θεωρηθεί ως καταχρηστική, δεδομένου ότι δεν συνεπήγετο κάτω του κόστους ναύλου.

110. Υπό τις περιστάσεις αυτές, δεν πρόκειται για μία υπόθεση στην οποία το Δικαστήριο θα μπορούσε ευλόγως να θέσει αυτεπαγγέλτως το ζήτημα της προβαλλομένης ζημίας που θα μπορούσε να είχε ως συνέπεια για τις αναιρεσείουσες η χρησιμοποίηση της εκφράσεως «ληστρικές τιμές», όταν βρίσκονταν στο στάδιο της προετοιμασίας της αρχικής τους άμυνας κατά της γνωστοποιήσεως των αιτιάσεων της Επιτροπής.

66 — Απόφαση Επιτροπή κατά Daffix (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 65, σκέψη 24).

67 — Όπ.π. σκέψη 25.

iii) Ο καταχρηστικός χαρακτήρας της επίδικης συμπεριφοράς

α) Τα ανακύπτοντα ζητήματα

111. Σύμφωνα με την αναιρεσιβαλλομένη απόφαση (σκέψη 139), «Το Πρωτοδικείο επισημαίνει ότι, στα σημεία 73 και 74 της αποφάσεώς της, η Επιτροπή έλαβε υπόψη της τρία στοιχεία στοιχειοθετούντα την πρακτική των μαχητικών πλοίων που ακολούθησαν τα μέλη της Cewal με σκοπό τον εξοβελισμό των ανταγωνιστών G & C, ήτοι τον ορισμό ως μαχητικών πλοίων σκαφών των μελών της διασκέψεως των οποίων ο απόπλους ήταν ο χρονικά πλησιέστερος σε σχέση με τον απόπλου των σκαφών των G & C, χωρίς μεταβολή των προβλεπομένων ωραρίων· τον από κοινού καθορισμό μαχητικών τιμών οι οποίες απέκλιναν από τις κανονικές τιμές που εισέπρατταν τα μέλη της Cewal, ούτως ώστε να είναι ίσες ή χαμηλότερες από τις τιμές που είχαν αναγγείλει οι G & C· την προκύπτουσα από αυτό μείωση των εσόδων, η οποία επιβάρυνε τα μέλη της Cewal».

112. Ενδεχομένως, το σημαντικότερο γενικώς ζήτημα που ανακύπτει στην υπό κρίση αίτηση αναιρέσεως αφορά την ορθότητα της απόψεως της Επιτροπής, όπως έγινε δεκτή από το Πρωτοδικείο, ότι η πρακτική των «μαχητικών πλοίων» που εφάρμοσαν τα μέλη της Cewal, αν και δεν συνεπήγετο καθαρές ζημίες, εντούτοις, αποτελούσε καταχρηστική εκμετάλλευση αντίθετη προς το άρθρο 86 της Συνθήκης και όχι, όπως προέβαλαν οι αναιρεσείουσες, εύλογη αντίδραση δεσπόζουσας επιχειρήσεως στον ανταγωνισμό που συνιστούσε η είσοδος στην αγορά ενός νέου ανταγωνιστή. Η Επιτροπή στήριξε την απόφαση (βλ. τις αιτιολογικές σκέψεις 72 και 73) όχι στις ζημίες, αλλά στις μειώσεις εσόδων που υπέστησαν τα μέλη της Cewal συνεπεία της επίδικης συμπεριφοράς. Η ουσιώδης πτυχή της αιτήσεως αναιρέσεως των αναιρεσειουσών μπορεί, επομένως, να εξεταστεί με γνώμονα το ότι, σε αντίθεση προς τις κάτω του κόστους πωλήσεις που εξετάστηκαν στο πλαίσιο της υποθέσεως AKZO, οι μαχητικοί ναύλοι που εφάρμοσε η Cewal ήταν άνω του κόστους, πλην όμως συνεπάγονταν «μείωση των εσόδων» των μελών της διασκέψεως [68].

113. Οι σχετικές σκέψεις της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως είναι οι σκέψεις 146 έως 148:

«146 Όπως έχει ήδη ειπωθεί, κατά πάγια νομολογία, ναι μεν η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσεως δεν αφαιρεί από την επιχείρηση που βρίσκεται στη θέση αυτή το δικαίωμα να διαφυλάσσει τα εμπορικά της συμφέροντα, όταν αυτά απειλούνται, η επιχείρηση δε αυτή έχει την ευχέρεια, σε λογικό μέτρο, να εκτελεί πράξεις που κρίνει πρόσφορες για την προστασία των συμφερόντων της, πλην όμως δεν μπορούν να γίνουν δεκτές τέτοιες ενέργειες όταν αποσκοπούν στην ενίσχυση αυτής της δεσπόζουσας θέσεως και στην καταχρηστική εκμετάλλευσή της (ιδίως απόφαση BPB Industries και British Gypsum κατά Επιτροπής, όπ.π., σκέψη 69) [69].

68 — Σκέψη 139 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως.

69 — Το Πρωτοδικείο παραπέμπει στην απόφαση του British Gypsum, προαναφερθείσα στην υποσημείωση 47.

147 Συναφώς, το Πρωτοδικείο φρονεί ότι, ενόψει ιδίως των πρακτικών του Special Fighting Committee, που παρατίθενται σε υποσημείωση της σελίδος 2, κάτω από το σημείο 32 της αποφάσεως, και ιδίως των πρακτικών της 18ης Μαΐου 1989 στα οποία γίνεται λόγος περί "απαλλαγής" από την ανεξάρτητη εφοπλιστική επιχείρηση, η Επιτροπή απέδειξε επαρκώς από νομική άποψη ότι η πρακτική αυτή είχε ακολουθηθεί με σκοπό τον εξοβελισμό του μοναδικού ανταγωνιστή της Cewal από τη σχετική αγορά. Επιπλέον, το Πρωτοδικείο φρονεί ότι, μολονότι μόνο η ονομασία της πρακτικής που ακολούθησαν τα μέλη της Cewal δεν αρκεί για να χαρακτηρισθεί μια παράβαση του άρθρου 86, εντούτοις ορθώς έκρινε η Επιτροπή ότι η χρησιμοποίηση, από τους επαγγελματίες των θαλασσίων διεθνών μεταφορών, μιας ονομασίας πολύ γνωστής σ' αυτόν τον τομέα δραστηριοτήτων και η δημιουργία στα πλαίσια της διασκέψεως μιας Special Fighting Committee αποδεικνύουν την ύπαρξη προθέσεως να εφαρμοσθεί πρακτική με σκοπό τη νόθευση του ανταγωνισμού.

148 Δεδομένου ότι η πρακτική είχε ως σκοπό τον εξοβελισμό του μοναδικού ανταγωνιστή, το Πρωτοδικείο φρονεί ότι οι προσφεύγουσες δεν μπορούν λυσιτελώς να ισχυρίζονται ότι περιορίστηκαν στο να αντιδράσουν σε παραβίαση από τις G & C του νομίμως παραχωρηθέντος στη Cewal μονοπωλίου, στο να αντισταθμίσουν τη δυσμενή διάκριση που υπέστησαν εκ μέρους του Ogefrem, στο να ακολουθήσουν τον πόλεμο τιμών που άρχισε ο ανταγωνιστής ή ακόμη στο να ανταποκριθούν στις προσδοκίες της πελατείας τους. Οι περιστάσεις αυτές, ακόμη και αν υποτεθεί ότι αποδείχθηκαν, δεν καθιστούν πράγματι εύλογη και ανάλογη την απάντηση που έθεσαν σε εφαρμογή τα μέλη της Cewal.»

114. Οι αναιρεσείουσες προβάλλουν κυρίως ότι το Πρωτοδικείο υπέπεσε σε νομική πλάνη, καθόσον δεν δέχτηκε ότι μια δεσπόζουσα επιχείρηση μπορεί, αντιδρώντας στον ανταγωνισμό τιμών που ασκεί ένας νεοεισερχόμενος στην αγορά, να επινοήσει ένα σχέδιο για τον εξοβελισμό του νεοεισελθέντος μέσω επιλεκτικής μειώσεων τιμών, αφ' ης στιγμής οι τιμές που προσφέρει δεν αποτελούν καταχρηστική ενέργεια κατά την έννοια που καθορίστηκε από το Δικαστήριο με την απόφαση AKZO. Κατά την άποψή τους, το Πρωτοδικείο εσφαλμένως επικύρωσε την απόφαση της Επιτροπής στηριζόμενο αποκλειστικά σε ενοχοποιητικά έγγραφα που ανεύρε η Επιτροπή και από τα οποία προέκυπτε ότι τα μέλη της Cewal επιθυμούσαν να εξοβελίσουν τον ανταγωνιστή τους, πράγμα που καθαυτό δεν συνιστά αντίθετη προς τον ανταγωνισμό πράξη.

115. Η Επιτροπή θεωρεί ότι η πρακτική των «μαχητικών πλοίων», της οποίας, όπως διαπίστωσε, έκαναν χρήση οι αναιρεσείουσες, διαφέρει από την πρακτική των «κλασικών» ληστρικών τιμών, όρος που πράγματι δεν χρησιμοποιείται από το Δικαστήριο, την οποία η Επιτροπή θεωρεί ότι συνεπάγεται την πρόκληση ζημιών όπως στην υπόθεση AKZO. Η Επιτροπή, στην πραγματικότητα, ισχυρίζεται ότι μια δεσπόζουσα επιχείρηση η οποία παρεκκλίνει από τον κατάλογο των τιμών της, προβαίνοντας επιλεκτικώς σε μειώσεις των τιμών στο πλαίσιο μιας στρατηγικής εξοβελισμού του ανταγωνιστή από την αγορά, δεν επιδίδεται σε συνήθη ανταγωνισμό. Το γεγονός ότι οι μαχητικοί ναύλοι που πρόσφερε η Cewal αποτελούσαν απλώς και μόνον αντίδραση στον ανταγωνισμό τιμών εκ μέρους ενός νέου ανταγωνιστή δεν τους δικαιολογεί, ιδίως όταν δεσπόζουσες επιχειρήσεις, όπως η Cewal, έχουν κατ' ουσία μονοπωλιακή θέση στην αγορά. Κατά την άποψη της Επιτροπής, συνήθης ανταγωνισμός τιμών θα συνίστατο για τα μέλη της Cewal στη γενική μείωση των δημοσιευθέντων ναύλων της διασκέψεως.

β) Ανάλυση

— Ο πολυμερής χαρακτήρας της καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως

116. Στην αιτιολογική σκέψη 80 της αποφάσεως η Επιτροπή εξέθεσε ότι «ο πολυμερής και εσκεμμένος χαρακτήρας καταδεικνύει την καταχρηστική φύση μιας τέτοιας συμπεριφοράς που συνίσταται στον καθορισμό έκτακτης εναρμονισμένης τιμής με στόχο τον εξοβελισμό ενός ανταγωνιστή». Εντούτοις, η εν προκειμένω σημασία της εναρμονισμένης πρακτικής περιορίζεται στη λειτουργία της στο πλαίσιο της δημιουργίας της συλλογικώς δεσπόζουσας θέσεως που παρέχει στη Cewal τη δυνατότητα να ενεργεί μονομερώς. Ο «πολυμερής» χαρακτήρας του επίμαχου τρόπου καθορισμού τιμών δεν επηρεάζει τη διαπίστωση της καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως. Επομένως, κατ' εμέ, ορθώς το Πρωτοδικείο αγνόησε την αναφορά της Επιτροπής στην αιτιολογική σκέψη 80 της αποφάσεως.

117. Η παρούσα αίτηση αναιρέσεως παρουσιάζει ορισμένα καινοφανή χαρακτηριστικά από απόψεως κανόνων ανταγωνισμού. Είναι η πρώτη φορά όπου ζητείται από το Δικαστήριο να εξετάσει την πρακτική των «μαχητικών πλοίων», αλλά και ειδικότερα τις περιστάσεις υπό τις οποίες μία στρατηγική καθορισμού τιμών η οποία διαπιστώθηκε ότι δεν κινείται κάτω του κόστους μπορεί, παρά ταύτα, να θεωρηθεί ότι συνιστά κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως. Είναι φυσικό η προσέγγιση στο τελευταίο αυτό πρόβλημα να γίνεται με επιφύλαξη. Ανταγωνισμός τιμών αποτελεί την ουσία του ελεύθερου και ανοικτού ανταγωνισμού η εγκαθίδρυση του οποίου στην εσωτερική αγορά αποτελεί τον σκοπό της κοινοτικής πολιτικής. Ευνοεί τις περισσότερο αποτελεσματικές επιχειρήσεις και αποβαίνει προς όφελος των καταναλωτών τόσο βραχυπροθέσμως όσο και μακροπροθέσμως. Οι δεσπόζουσες επιχειρήσεις όχι μόνο δικαιούνται αλλά και πρέπει να ενθαρρύνονται να ανταγωνίζονται σε επίπεδο τιμών. Συνηθέστερα, η ισχύς τους στην αγορά τείνει να τους παρέχει τη δυνατότητα να διατηρούν τιμές πάνω από το ανταγωνιστικό επίπεδο. Επομένως, είναι αναγκαίο να εξεταστούν, πρώτον, τα περιστατικά που αποτέλεσαν την αφορμή για τη διαπίστωση καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως και, δεύτερον, ο τρόπος με τον οποίο εφαρμόστηκαν οι σχετικές νομικές αρχές.

118. Είναι αναγκαίο να εξεταστούν προσεκτικά η δομή και τα νομικά και οικονομικά χαρακτηριστικά της οικείας αγοράς, χωρίς, φυσικά, να λησμονείται ότι αυτή καθαυτή η διαπίστωση δεσπόζουσας θέσεως δεν αποτελεί αντικείμενο της δίκης. Όπως εξέθεσε ο εκπρόσωπος της Επιτροπής κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, πρόκειται για μία περίπτωση μιας ναυτιλιακής διασκέψεως, όπου η μέθοδος καθορισμού τιμών μεταξύ των επί μέρους ναυτιλιακών εταιριών έτυχε, όλως εξαιρετικώς, της κατά κατηγορία εξαιρέσεως (που προβλέπεται με κανονισμό του Συμβουλίου) από την απαγόρευση που ορίζεται στο άρθρο 85, παράγραφος 1. Οι ναυτιλιακές διασκέψεις, εξ ορισμού, συνεπάγονται κάποιας εκτάσεως συνεννοήσεις μεταξύ ορισμένων ναυτιλιακών εταιριών. Επομένως, η Επιτροπή μπορούσε να αναφερθεί σε συνεδριάσεις επιτροπών που είχαν ιδρυθεί από τη διάσκεψη προκειμένου να αποδείξει τον σκοπό ορισμένης μορφής συμπεριφοράς ή σε μία συμφωνία για την από κοινού συγκέντρωση εσόδων προκειμένου να καταστεί εναργές ότι πραγματοποιήθηκε σταυροειδής επιδότηση των ναύλων. Εξάλλου, οι αναιρεσείουσες αναφέρονται στο γενικώς αποδεκτό σταθεροποιητικό αποτέλεσμα, από την άποψη των ναυλωτών, της υπάρξεως ναυτιλιακών διασκέψεων στις διεθνείς θαλάσσιες μεταφορές και στην ανάγκη να ληφθούν

υπόψη οι δυσμενείς επιπτώσεις που υπέστησαν κατά τον ανταγωνισμό τους με ναυτιλιακές εταιρίες που δεν ήσαν μέλη της διασκέψεως, όπως η υποχρέωση παροχή τακτικών υπηρεσιών. Έρχομαι τώρα στην εξέταση των στοιχείων της πρακτικής των «μαχητικών πλοίων» όπως διαπιστώθηκε από την Επιτροπή και συνοψίστηκε από το Πρωτοδικείο. Δεν αμφισβητούνται τα πραγματικά περιστατικά, αλλά μόνον το νομικό συμπέρασμα.

— Η πρόθεση αποκλεισμού

119. Το ουσιώδες της καταχρηστικής συμπεριφοράς των μελών της Cewal, όπως διαπιστώθηκε από την Επιτροπή, συνίσταται σε μία επιλεκτική και με συγκεκριμένους στόχους στρατηγική εφαρμογής χαμηλών ναύλων προς αντιμετώπιση της νέας απειλής που συνιστούσε ο ανταγωνισμός των G & C, *στρατηγική* η οποία είχε ως ομολογημένο σκοπό τον εξοβελισμό αυτού του ανταγωνιστή. Μολονότι οι αναιρεσείουσες προσάπτουν τόσο στην απόφαση της Επιτροπής όσο και στην αναιρεσιβαλλομένη απόφαση ότι στηρίζουν το συμπέρασμα που αφορά την πρόθεση αποκλεισμού από τον ανταγωνισμό σε περιγραφές της συμπεριφοράς τους από μέλη της Cewal κατά τη διάρκεια διαφόρων συνεδριάσεων της «Special Fighting Committee», η οποία επέβλεπε στην υλοποίηση της πρακτικής των «μαχητικών πλοίων» από την Cewal, δεν επιχείρησαν να αμφισβητήσουν την πρόθεση αποκλεισμού που τους αποδιδόταν. Πράγματι, αν έκαναν κάτι τέτοιο, θα ήταν ασυνεπείς προς το προβαλλόμενο από αυτές δικαίωμά τους να στηριχθούν στη συμφωνία Ogefrem προς τον σκοπό ενός τέτοιου αποκλεισμού. Αντ' αυτού, ισχυρίζονται ότι, δεδομένου ότι δεν υφίσταται καθορισμός ληστρικών τιμών κατά την έννοια της αποφάσεως AKZO, μία τέτοια πρόθεση δεν θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι αρκεί προκειμένου να στοιχειοθετηθεί καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσεως, αλλά μάλλον ότι συνιστά φυσιολογική ανταγωνιστική αντίδραση σε έναν πόλεμο τιμών τον οποίο άρχισε ένας νέος ανταγωνιστής.

120. Οι αναιρεσείουσες θεωρούν ότι κακώς το Πρωτοδικείο κατέληξε, με τη σκέψη 147 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, στο συμπέρασμα ότι τα πρακτικά της «Special Fighting Committee» της 8ης Μαΐου 1989, στα οποία γίνεται λόγος περί «απαλλαγής» από τους G & C, σε συνδυασμό με τη χρήση και μόνον της εκφράσεως «μαχητικών πλοίων», όρου πολύ γνωστού στον τομέα των διεθνών θαλάσσιων μεταφορών, αρκούσαν για να δικαιολογηθεί η διαπίστωση της Επιτροπής ότι ο εξοβελισμός των G & C αποτελούσε την πρόθεση των μελών της Cewal. Καταχρηστική εκμετάλλευση μπορεί να συναχθεί μόνον κατόπιν της σαφούς αποδείξεως των περιστατικών[70]. Εντούτοις, ούτε η αναιρεσιβαλλομένη απόφαση ούτε η επίδικη απόφαση στηρίζονταν απλώς και μόνο στην ονομασία που δόθηκε στην εν λόγω συμπεριφορά. Όπως δέχθηκε το Πρωτοδικείο, οι αναιρεσείουσες δεν αμφισβήτησαν τα τρία κριτήρια στα οποία στήριξε η Επιτροπή την απόφασή της και τα οποία αποδεικνύουν τη συνέχιση της πρακτικής των «μαχητικών πλοίων» — ήτοι τον προσδιορισμό των μαχητικών πλοίων, τον καθορισμό μαχητικών ναύλων χαμηλότερων από τους κανονικούς ναύλους της Cewal και την κατανομή των συνακόλουθων απωλειών εσόδων. Κατά συνέπεια, αβασίμως οι αναιρεσείουσες βάλλουν κατά της διαπιστώσεως που περιέχει η σκέψη 147 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως όσον αφορά την εκ

70 — Οι αναιρεσείουσες αναφέρονται στις αποφάσεις της 5ης Δεκεμβρίου 1963, 23/63, 24/63 και 52/63, Usines Émile Henricot κ.λπ. κατά Ανωτάτης Αρχής της ΕΚΑΧ (Συλλογή τόμος 1954-1964, σ. 999) και Suiker Unie (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 28, σκέψεις 203, 482 και 541).

μέρους τους «ύπαρξη προθέσεως να εφαρμοστεί πρακτική με σκοπό τη νόθευση του ανταγωνισμού».

— Παρέκκλιση από τις τιμές της διασκέψεως

121. Ο επιλεκτικός χαρακτήρας των μειώσεων τιμών αποτελεί σημαντικό στοιχείο της διαπιστώσεως καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως. Σε συνδυασμό με την εκ μέρους της Cewal πρόθεση αποκλεισμού από τον ανταγωνισμό, σήμαινε ότι προκρίνονταν για μειώσεις τιμών *μόνον* οι αναχωρήσεις οι οποίες θα αντιμετώπιζαν τον ανταγωνισμό των G & C. Στο σημείο 81 της αποφάσεως, η Επιτροπή, αναφερόμενη στον καταχρηστικό χαρακτήρα της «προσφυγής» δεσποζουσών επιχειρήσεων «σε μορφές συμπεριφοράς που συνεπάγονται τη χρήση διαφορετικών μέσων από εκείνα που συνήθως διέπουν τις κανονικές συνθήκες του ανταγωνισμού σε αξιοκρατική βάση», ευλόγως εξέθεσε ότι «τούτο ισχύει εν προκειμένω όσον αφορά τα "μαχητικά πλοία", πολύ περισσότερο μάλιστα εφόσον τα μέλη της Cewal, που αποτελεί ναυτιλιακή διάσκεψη, υποχρεούνται σε τήρηση των κοινών ναύλων». Η Cewal, κατά παράβαση των υποχρεώσεων που υπέχει από το άρθρο 5, παράγραφος 4, του κανονισμού του 1986, παρέλειψε να διασφαλίσει τη δημοσιότητα των τιμολογίων της. Εντούτοις, η Επιτροπή, επισημαίνοντας το γεγονός αυτό, απλώς επιβεβαίωσε μία βασική πτυχή της πρακτικής που θεωρούσε ως καταχρηστική, δηλαδή, τις επιλεκτικές μειώσεις τιμών που διακρίνονται από τις γενικές. Αν είχε υιοθετηθεί μια μάλλον γενική παρά επιλεκτική πολιτική μειώσεως τιμών, υποτιθεμένου ότι οι μειωμένοι ναύλοι δεν θα ήταν πάντως κατώτεροι του κόστους, θα ήταν πολύ δύσκολο να διαπιστωθεί καταχρηστική εκμετάλλευση. Ο σχεδιασμός ή η πρόθεση της δεσπόζουσας επιχειρήσεως θα συνοδευόταν τότε με μειωμένες, αλλά όχι κάτω του κόστους, τιμές και δεν θα ήταν αναγκαίος ένα ειδικός προγραμματισμός για την κατανομή των απωλειών εσόδων. Χωρίς κάποιο πρόσθετο στοιχείο, όπως μεγάλων εμποδίων για την είσοδο στην αγορά, δεν θα ήταν προφανές γιατί μια τέτοια αντίδραση στην είσοδο ενός νέου ανταγωνιστή θα έπρεπε να αντιμετωπιστεί διαφορετικά από ό,τι ως ανταγωνισμός επί αξιοκρατικής βάσεως.

— Κατανομή της απώλειας εσόδων

122. Η διαπίστωση της Επιτροπής ότι «η μείωση των εσόδων που συνιστούσε απόρροια» της εφαρμογής των μαχητικών ναύλων «ισοφαριζόταν από τα μέλη της Cewal» (αιτιολογική σκέψη 73 της αποφάσεως) ουδέποτε αντικρούστηκε από τις αναιρεσείουσες, οι οποίες ισχυρίστηκαν απλώς ότι η κατανομή αυτή των κινδύνων καλυπτόταν από την εξαίρεση. Φυσικά, δεν μπορεί να υπάρξει καμία εξαίρεση για την κατανομή του κόστους που προκαλείται από καταχρηστική συμπεριφορά. Κατά την άποψη της Επιτροπής, η καταχρηστική φύση της συμπεριφοράς των μελών της Cewal απέρρεε όχι μόνον από την πρόθεση εξαλείψεως της απειλής ανταγωνισμού που συνιστούσαν οι G & C, αλλά, κυρίως, από το γεγονός ότι τα μέλη της Cewal μπορούσαν να εξασφαλίσουν «την επιδότηση του κόστους των μαχητικών ναύλων μέσω των κανονικών ναύλων της διάσκεψης που επιτυγχάνονταν κατά την εκτέλεση των άλλων ταξιδίων» και από το ότι μια τέτοια αντίθετη προς τον ανταγωνισμό συμπεριφορά, ακόμη και αν οι G & C ήταν τόσο αποτελεσματικοί όσο και η Cewal, θα μπορούσε να έχει ως συνέπεια να εκδιωχθεί από «την αγορά μια επιχείρηση, που είναι, ενδεχομένως, εξίσου αποτελεσματική με τη δεσπόζουσα διάσκεψη, η οποία όμως, λόγω των πλέον περιορισμένων οικονομικών δυνατοτήτων της, δεν είναι σε θέση

να αντισταθεί στον ανταγωνισμό που της αντιπαρατάσσεται με συντονισμένο και καταχρηστικό τρόπο από έναν πανίσχυρο όμιλο ναυτιλιακών επιχειρήσεων που συνασπίζονται στο πλαίσιο της ναυτιλιακής διάσκεψης» [71].

— Η σχετική με τις «ληστρικές τιμές» νομολογία

123. Ανεξαρτήτως της προσπάθειας της Επιτροπής να διαχωρίσει πλήρως την περίπτωση αυτή από τις κλασικές περιπτώσεις τού κάτω του κόστους καθορισμού «ληστρικών τιμών», όπως ήταν η περίπτωση που αφορούσε η υπόθεση AKZO, είναι αναγκαίο να εκτιμηθεί αν το Πρωτοδικείο ορθώς επικύρωσε το συμπέρασμα της Επιτροπής ότι η πρακτική των «μαχητικών πλοίων» ήταν καταχρηστική παρά το ότι δεν υφίσταντο κάτω του κόστους πωλήσεις. Ο συνήθως χρησιμοποιούμενος όρος «ληστρικές τιμές» δεν έχει, βεβαίως, συγκεκριμένο νομικό περιεχόμενο. Το μόνο κριτήριο που δικαιολογείται βάσει του άρθρου 86 είναι η εξέταση του ζητήματος αν υφίσταται καταχρηστική εκμετάλλευση.

124. Αφετηρία στην εξέταση του ζητήματος της καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως δεσπόζουσας θέσεως αποτελεί η απόφαση του Δικαστηρίου στην υπόθεση Hoffmann-La Roche: [72]

«Η έννοια της καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως είναι αντικειμενική έννοια, η οποία αφορά τη συμπεριφορά επιχειρήσεως που κατέχει δεσπόζουσα θέση, η οποία (...) εμποδίζει τη διατήρηση του ανταγωνισμού που υπάρχει ακόμη στην αγορά ή την ανάπτυξη του ανταγωνισμού αυτού».

125. Η Επιτροπή τόνισε στην υπόθεση AKZO [73] ότι κατά το άρθρο 86 «το κριτήριο του κόστους δεν αποτελεί το βασικό κριτήριο για τον προσδιορισμό του καταχρηστικού χαρακτήρα των μειώσεων τιμών στην οποία προβαίνει επιχείρηση κατέχουσα δεσπόζουσα θέση», εφόσον πρέπει επίσης να λαμβάνεται υπόψη η «ανάγκη διατηρήσεως μιας αποτελεσματικής δομής του ανταγωνισμού εντός της κοινής αγοράς» [74]. Μείωση τιμών θα μπορούσε να είναι αντίθετη προς τον ανταγωνισμό «ανεξάρτητα από το αν ο επιτιθέμενος καθορίζει τις τιμές του υπεράνω ή κάτω του κόστους, οποιοσδήποτε και αν είναι ο τρόπος ορισμού της έννοιας κόστος» [75]. Κατά την Επιτροπή, «επισταμένη ανάλυση του κόστους της δεσπόζουσας επιχειρήσεως» θα ήταν «ιδιαίτερα σημαντική» μόνον αν δεν είναι προφανής η συνεπεία της πολιτικής των τιμών πρόθεση αποκλεισμού [76].

126. Είναι χαρακτηριστικό, όπως υπογραμμίζουν οι αναιρεσείουσες, ότι το Δικαστήριο στην απόφαση AKZO δεν υιοθέτησε την προσέγγιση της Επιτροπής. Ούτε, εντούτοις — πρέπει να λεχθεί — την απέρριψε ρητώς. Αναφερόμενο στην απόφαση Hoffmann-La Roche, το Δικαστήριο έκρινε ότι το άρθρο 86 απαγορεύει σε μία δεσπόζουσα επιχείρηση να εκτοπίσει έναν α-

71 — Βλ. την αιτιολογική σκέψη 82 της αποφάσεως.

72 — Προαναφερθείσα απόφαση στην υποσημείωση 17, σκέψη 91.

73 — Απόφαση 85/609/ΕΟΚ της Επιτροπής, της 14ης Δεκεμβρίου 1985, σχετικά με μία διαδικασία εφαρμογής του άρθρου 86 της Συνθήκης ΕΟΚ (IV/30.698 — ECS/AKZO Chemie) (ΕΕ 1985, L 374, σ. 1).

74 — Βκ. aisiokocijñ rjéwg 77 sgz apouárexz 85/609 jai rjéwg 64 sgz apouárexz AKZO.

75 — Βλ. αιτιολογική σκέψη 79 της αποφάσεως 85/609 και σκέψη 64 της αποφάσεως AKZO.

76 — Βλ. αιτιολογική σκέψη 80 της αποφάσεως 85/609 και σκέψη 65 της αποφάσεως AKZO.

νταγωνιστή και να ενισχύσει με τον τρόπο αυτό τη θέση της χρησιμοποιώντας μέσα διαφορετικά απ' αυτά που εντάσσονται στα πλαίσια ενός ανταγωνισμού στηριζόμενου στην ποιότητα και, κατά συνέπεια, ότι «δεν μπορεί να θεωρηθεί θεμιτός κάθε είδους ανταγωνισμός τιμών» [77]. Στις επόμενες δύο σκέψεις (σκέψεις 71 και 72), το Δικαστήριο διατύπωσε τις ακόλουθες αρχές όσον αφορά την εφαρμογή κάτω του κόστους τιμών από μία δεσπόζουσα επιχείρηση:

« 71 Τιμές υπολειπόμενες του μέσου όρου του κυμαινόμενου κόστους (δηλαδή του κόστους που μεταβάλλεται ανάλογα με τις παραγόμενες ποσότητες), με τις οποίες επιχείρηση κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχειρεί να εκτοπίσει ανταγωνίστρια επιχείρηση, πρέπει να θεωρούνται ως καταχρηστικές. Πράγματι, η δεσπόζουσα επιχείρηση δεν έχει κανένα συμφέρον από την προσφορά τέτοιων τιμών, εκτός βέβαια αν αποβλέπει στην εκδίωξη από την αγορά των ανταγωνιστριών επιχειρήσεων προκειμένου να μπορέσει κατόπιν να αυξήσει τις τιμές της αποκομίζοντας κέρδος από τη μονοπωλιακή της κατάσταση, διότι κάθε πώληση συνεπάγεται γι' αυτήν ζημία, δηλαδή την απώλεια του συνόλου του σταθερού της κόστους (δηλαδή του κόστους που παραμένει σταθερό ανεξάρτητα από τις παραγόμενες ποσότητες) και μέρους τουλάχιστον του κυμαινόμενου κόστους της που αντιστοιχεί στην παραχθείσα ποσότητα.

72 Εξάλλου, τιμές κατώτερες από τον μέσο όρο του συνολικού κόστους, οι οποίες περιλαμβάνουν τόσο το σταθερό όσο και το κυμαινόμενο κόστος, αλλά είναι ανώτερες από τον μέσο όρο του κυμαινόμενου κόστους μπορούν να θεωρηθούν ως καταχρηστικές όταν καθορίζονται στο πλαίσιο σχεδίου που αποβλέπει στην εκδίωξη από την αγορά ανταγωνιστικής επιχειρήσεως. Πράγματι, η προσφορά τέτοιων τιμών μπορεί να εκτοπίσει από την αγορά επιχειρήσεις οι οποίες είναι, ίσως, το ίδιο αποτελεσματικές με τη δεσπόζουσα επιχείρηση, αλλά, λόγω της περιορισμένης χρηματοπιστωτικής τους ικανότητας δεν έχουν τη δυνατότητα να αντισταθούν στον ανταγωνισμό που τους επιβάλλεται.»

127. Επομένως, πωλήσεις σε τιμές υπολειπόμενες του μέσου όρου του κυμαινόμενου κόστους (ή του βραχυπρόθεσμου οριακού κόστους· απόφαση AKZO, σκέψη 70) φέρονται πράγματι ότι πραγματοποιούνται καταχρηστικώς. Καίτοι είναι εύλογο να πωλεί κανείς πάνω από το μέσο κυμαινόμενο κόστος, διότι αυτό καθιστά δυνατή ορισμένη απόδοση του κεφαλαίου, όταν η αγορά δεν επιδέχεται υψηλότερη τιμή, δεν είναι συνήθως λογικό να πωλεί κανείς κάτω από το μέσο κυμαινόμενο κόστος. Δεν είναι αναγκαίο να υφίσταται κανείς το οριακό κόστος και μία επιχείρηση δεν έχει συμφέρον να το υφίσταται κατά τρόπον ώστε να πραγματοποιεί ζημίες. Εντούτοις, μια δεσπόζουσα επιχείρηση θα είναι σε θέση να ανατρέψει το τεκμήριο αυτό, αποδεικνύοντας ότι ένας τέτοιος καθορισμός τιμών δεν αποτελούσε μέρος προγραμματισμού για την εξάλειψη του ανταγωνιστή της.

128. Επιπλέον, ακόμη και τιμές άνω του μέσου κυμαινόμενου κόστους (αλλ' ακόμη κάτω του μέσου συνολικού ή του μέσου μακροπρόθεσμου οριακού κόστους, βλ. απόφαση AKZO, σκέψη 17), καίτοι μη θεωρούμενες ληστρικές, «πρέπει» να θεωρηθούν καταχρηστικές, όταν αποδεικνύεται ότι αποτελούν μέρος σχεδίου εξοβελισμού ενός ανταγωνιστή. Ενόψει των περιστατικών, το Δικαστήριο, στη συνέχεια της αποφάσεώς

77 — Σκέψη 70.

του, έλαβε υπόψη το γεγονός ότι η μείωση των τιμών υπερέβαινε αυτό που ήταν αναγκαίο για να επιτευχθούν παραγγελίες και ότι οι μειώσεις αυτές εφαρμόστηκαν επιλεκτικώς μόνο στους πελάτες του ανταγωνιστή, πράγμα που κατέστησε δυνατή την αντιστάθμιση των πωλήσεων με ζημία μέσω πωλήσεων με κέρδος, προκειμένου να διαπιστώσει την απαιτούμενη ύπαρξη προθέσεως [78]. Μολονότι μια δεσπόζουσα επιχείρηση είναι ελεύθερη για την αντιμετώπιση του ανταγωνισμού «να προβαίνει σε αμυντικού χαρακτήρα ευθυγραμμίσεως, ακόμα και προς τιμές [του ανταγωνιστή της], προκειμένου να διατηρήσει πελάτες που ήταν δικοί της εξ αρχής», [79] δεν της επιτρέπεται να προσπαθεί να διατηρήσει, προσφέροντας επιλεκτικώς μειώσεις τιμών, την πελατεία που είχε αποσπάσει από τους ανταγωνιστές εφαρμόζοντας κατώτερες του κόστους τιμές, «χωρίς (...) να προσφέρει το όφελος [των ευθυγραμμίσεων αυτών] στους δικούς της πελάτες» [80].

129. Με την απόφαση Tetra Pak II το Δικαστήριο ακύρωσε την απόφαση του Πρωτοδικείου με την οποία η υιοθετηθείσα με την άποφαση AKZO προσέγγιση εφαρμόστηκε σε περιστάσεις όπου οι καταχρηστικές εκμεταλλεύσεις διαπιστώθηκαν όχι στην αγορά στην οποία η Tetra Pak είχε δεσπόζουσα θέση, αλλά σε αγορά στην οποία είχε ηγετική θέση [81]. Οι αναιρεσείουσες στην υπόθεση εκείνη έβαλαν — αναφερόμενες διεξοδικώς στη νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου των Ηνωμένων Πολιτειών [82] — κατά της αρνήσεως του Πρωτοδικείου να ζητήσει από την Επιτροπή να αποδείξει «(...) ότι η Tetra Pak μπορούσε ευλόγως να προσδοκά ότι θα καλύψει τις ζημίες τις οποίες υπέστη» [83]. Το Δικαστήριο επικύρωσε το συμπέρασμα ότι η αναιρεσείουσα είχε εφαρμόσει ληστρικές τιμές κάτω του κόστους, δέχθηκε όμως ότι «*υπό τις περιστάσεις της παρούσας υποθέσεως* δεν θα ήταν σκόπιμο να κριθεί αναγκαίο να αποδειχθεί επιπροσθέτως ότι η Tetra Pak μπορούσε πράγματι να προσδοκά ότι θα καλύψει τις ζημίες της» [84]. Θα επανέλθω (κατωτέρω στο σημείο 136) στη σημασία που έχει η διατύπωση αυτή σε περιστάσεις όπως της υπό κρίση αιτήσεως αναιρέσεως.

130. Με την απόφαση AKZO δεν προσδιορίστηκαν πλήρως οι κατηγορίες καταχρηστικών μεθόδων καθορισμού τιμών προς τον σκοπό αποκλεισμού από τον ανταγωνισμό. Με την απόφαση AKZO, το Δικαστήριο δεν απέκλεισε οριστικώς την εφαρμογή του άρθρου 86 σε περιπτώσεις όπου δεσπόζουσα επιχείρηση προβαίνει επιλεκτικώς σε μειώσεις τιμών με συγκεκριμένους στόχους, διατηρώντας πάντως τις τιμές της σε επίπεδο άνω του συνολικού της κόστους. Συμφωνώ με την άποψη που διατύπωσε ο γενικός εισαγγελέας Ruiz-Jarabo Colomer στις προτάσεις του για την έκδοση της αποφάσεως Tetra Pak II, ότι στην απόφαση AKZO «το Δικαστήριο [έκρινε] ότι ο ανταγωνισμός που στηρίζεται στις τιμές δεν είναι πάντοτε θεμιτός και στη συνέχεια [διαπίστωσε] δύο περιπτώσεις τιμών που αποσκοπούν στον εξοβελισμό των ανταγωνιστών, ασυμβίβαστων προς το άρθρο 86» [85]. Πράγματι, πριν από την απόφαση AKZO, το Δικαστή-

78 — Απόφαση AKZO, σκέψεις 102 και 115.

79 — Απόφαση AKZO, σκέψη 156.

80 — Απόφαση AKZO, σκέψη 155.

81 — Προπαρατεθείσα απόφαση στην υποσημείωση 56.

82 — Brooke Group κατά Brown & Williamson Tobacco 509 US 209 (1993).

83 — Απόφαση Tetra Pak II, προαναφερθείσα στην υποσημείωση, σκέψη 39.

84 — Απόφαση Tetra Pak II, προπαρατεθείσα απόφαση στην υποσημείωση 56, σκέψη 44 (δική μου η υπογράμμιση). Το Δικαστήριο δεν φαίνεται να προχωρησε τόσο μακριά όσο ο γενικός εισαγγελέας Ruiz-Jarabo Colomer, ο οποίος πρότεινε (σημείο 78 των προτάσεων του) στο Δικαστήριο να μην αναγάγει «τη δυνατότητα ανακτήσεως των απολεσθέντων σε νέα προϋπόθεση για τη διαπίστωση τιμών που αποσκοπούν στον εξοβελισμό των ανταγωνιστών, ασυμβιβάστων προς το άρθρο 86», ιδίως διότι, κατ' αυτόν, «η ανάκτηση των απολεσθέντων είναι το αποτέλεσμα που ζητεί η κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρηση, αλλά οι τιμές προς άγραν πελατείας καθεαυτές συνιστούν πρακτική αντίθετη προς τον ανταγωνισμό, ανεξάρτητα από το αν επιτυγχάνουν ή όχι τον στόχο τους».

85 — Σημείο 73 των προτάσεων (δική μου η υπογράμμιση).

ριο είχε δεχτεί, παραδείγματος χάρη, με την απόφαση Ahmed Saeed ότι το γεγονός ότι επιβάλλονται από έναν αερομεταφορέα με δεσπόζουσα θέση σε δεδομένη γραμμή σε άλλους αερομεταφορείς που εξυπηρετούν την ίδια γραμμή ναύλοι που «είτε (...) είναι υπερβολικά υψηλοί είτε (...) είναι *υπερβολικά μειωμένοι*, αποβλέποντες να εκτοπίσουν από την αγορά [ανταγωνίστριες] επιχειρήσεις που δεν μετέχουν στη συμφωνία [καθορισμού τιμών]», συνιστά κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως [86]. Μεταξύ των κριτηρίων που παρατέθηκαν προκειμένου να εκτιμηθεί αν ο εφαρμοσθείς ναύλος ήταν υπερβολικός περιλαμβανόταν το αν οι ναύλοι παρουσιάζαν «εύλογη αναλογία με το συνολικό μακροπρόθεσμο κόστος που βαρύνει τον μεταφορέα, λαμβάνοντας παραλλήλως υπόψη τις ανάγκες των καταναλωτών, την ανάγκη ικανοποιητικής αποδόσεως του κεφαλαίου, την κατάσταση του ανταγωνισμού στην αγορά, περιλαμβανομένων των ναύλων των άλλων αερομεταφορέων που εξυπηρετούν το ίδιο δρομολόγιο, καθώς και την ανάγκη αποτροπής της πρακτικής ντάμπινγκ» [87]. Η Επιτροπή υποστήριξε ρητώς εν προκειμένω (βλ., ιδίως, την αιτιολογική σκέψη 73 της αποφάσεως) ότι οι μαχητικοί ναύλοι της Cewal δεν καθορίζονταν από τη διάσκεψη σε συνάρτηση με το κόστος της, αλλά, στην πραγματικότητα, αποκλειστικά σε συνάρτηση με τους ναύλους που προσέφερε η G & C. Επομένως, είναι αναγκαίο να δούμε αν οι περιστάσεις της παρούσας υποθέσεως, όπου δεν διαπιστώθηκαν πωλήσεις κάτω του κόστους και, επιπλέον, οι επιλεκτικώς μειωμένοι ναύλοι ήταν (πλην μιας περιπτώσεως) καθορισμένοι κατά τρόπο ώστε να είναι οι ίδιοι, αλλά όχι χαμηλότεροι, με αυτούς του ανταγωνιστή, προσφέρονται για να στηρίξουν το συμπέρασμα περί καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως.

— Η καταχρηστική φύση της μεθόδου των «μαχητικών πλοίων»

131. Είναι σαφές ότι η καταχρηστική εκμετάλλευση που προσάφθηκε στις αναιρεσείουσες δεν περιλαμβάνεται στις μη συνιστώσες αποκλειστική απαρίθμηση περιπτώσεις του άρθρου 86, στοιχεία α' έως δ' [88]. Με την απόφαση Continental Can το Δικαστήριο επιβεβαίωσε (στο πλαίσιο της αποκτήσεως μιας ανταγωνίστριας επιχειρήσεως) ότι οι απαγορευόμενες από το άρθρο 86 πρακτικές δεν είναι μόνον αυτές που «μπορούν να προκαλέσουν άμεση ζημία στους καταναλωτές (...) θίγοντας μια αποτελεσματική διάρθρωση ανταγωνισμού», αλλά και οι πρακτικές που έχουν ως συνέπεια την ενίσχυση της δεσπόζουσας θέσεως της οικείας επιχειρήσεως, «ώστε ο βαθμός επικρατήσεως που επιτυγχάνεται έτσι να εμποδίζει ουσιωδώς τον ανταγωνισμό, δηλαδή να επιτρέπει τη διατήρηση μόνο των επιχειρήσεων που εξαρτώνται, ως προς τη συμπεριφορά τους, από τη δεσπόζουσα επιχείρηση» [89]. Στην απόφαση AKZO το Δικαστήριο παρατήρησε (σκέψη 70) ότι «δεν μπορεί να θεωρηθεί θεμιτός κάθε είδους ανταγωνισμός», ενόψει των ειδικών υποχρεώσεων των δεσποζουσών επιχειρήσεων. Εντούτοις, κατά την άποψή μου, θα μπορούσε ενδεχομένως να διακυβευθεί σημαντικά η επίτευξη του σκοπού του άρθρου 3, στοιχείο ζ', της Συνθήκης — που συνίσταται στη δημιουργία εσωτερικής αγοράς όπου ο ανταγωνισμός είναι ανόθευτος — αν το Δικαστήριο κατέληγε να θεωρήσει ως το συνολικό μέσο (ή μακροπρόθεσμο οριακό) κόστος ως απόλυτο μέτρο συγκρίσεως βάσει του οποίου θα έπρεπε να εκτιμώνται όλες οι

86 — Προπαρατεθείσα απόφαση στην υποσημείωση 20, σκέψη 43 (δική μου η υπογράμμιση).

87 — Όπ.π. σκέψη 43. Στην απόφαση Ahmed Saeed το Δικαστήριο ήταν, πάντως, σε θέση να στηριχθεί εν προκειμένω στην οδηγία 87/601/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Δεκεμβρίου 1987, για τους ναύλους των τακτικών αεροπορικών γραμμών μεταξύ κρατών μελών (ΕΕ 1987, L 374, σ. 12). Δεν υφίσταται παρόμοιο νομοθέτημα όσον αφορά τους ναύλους διασκέψεων που εφαρμόζονται στον τομέα των διεθνών θαλασσίων μεταφορών.

88 — Απόφαση Continental Can (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 16, σκέψη 26).

89 — Όπ.π.

ενδεχόμενες πρακτικές καθορισμού τιμών που συνιστούν κατάχρηση ή σκοπούν τον αποκλεισμό από τον ανταγωνισμό. Το Δικαστήριο, με την απόφαση Tetra Pak II, επικύρωσε την κρίση που διατύπωσε το Πρωτοδικείο στην υπόθεση αυτή «ότι το καθ' όλην πεδίο εφαρμογής της ειδικής ευθύνης που βαρύνει μία επιχείρηση η οποία κατέχει δεσπόζουσα θέση πρέπει να εκτιμάται ενόψει των ειδικών συνθηκών της κάθε περιπτώσεως, που αποδεικνύουν την εξασθένιση του ανταγωνισμού» [90].

132. Εξάλλου, δέχομαι ότι, κανονικά, μειώσεις τιμών που δεν συνιστούν δυσμενή διάκριση εκ μέρους μιας δεσπόζουσας επιχειρήσεως, οι οποίες δεν συνεπάγονται κάτω του κόστους πωλήσεις, δεν θα πρέπει να θεωρούνται αντίθετες προς τον ανταγωνισμό [91]. Πρώτον, ακόμη και αν ισχύουν για μικρό μόνο χρονικό διάστημα, αποβαίνουν προς όφελος των καταναλωτών και, δεύτερον, αν οι ανταγωνιστές της δεσπόζουσας επιχειρήσεως είναι το ίδιο με αυτή ή και περισσότερο αποτελεσματικοί, θα είναι σε θέση να την ανταγωνίζονται με ίσους όρους. Το κοινοτικό δίκαιο του ανταγωνισμού δεν θα πρέπει, επομένως, να παρέχει σε λιγότερο αποτελεσματικές επιχειρήσεις ασφαλή λιμένα έναντι του ισχυρού ανταγωνισμού ακόμη και δεσποζουσών επιχειρήσεων [92]. Διαφορετικές εκτιμήσεις μπορεί, πάντως, να ισχύουν όταν μία επιχείρηση η οποία απολαύει δεσπόζουσας θέσεως που προσεγγίζει την κατάσταση μονοπωλίου, ιδίως σε αγορά όπου μειώσεις τιμών μπορούν να πραγματοποιούνται με σχετική αυτοτέλεια έναντι του κόστους, εφαρμόζει μία πολιτική επιλεκτικής μειώσεως τιμών προς τον αποδεδειγμένο σκοπό της εξαλείψεως κάθε ανταγωνισμού. Υπό τις περιστάσεις αυτές, το να θεωρηθεί ότι κάθε πώληση άνω του κόστους γίνεται αυτομάτως αποδεκτή μπορεί να παράσχει στην οικεία επιχείρηση τη δυνατότητα να εξαλείψει κάθε ανταγωνισμό εφαρμόζοντας μία επιλεκτική πολιτική καθορισμού τιμών η οποία μακροχρονίως θα της επέτρεπε να αυξήσει τις τιμές και να αποτρέψει την ενδεχόμενη μελλοντικώς είσοδο επιχειρήσεων στην αγορά οι οποίες φοβούνται ότι θα τύχουν της ίδιας επικεντρωμένης μεταχειρίσεως [93].

90 — Προπαρατεθείσα απόφαση στην υποσημείωση 56, σκέψη 24.

91 — Συζητείται ευρέως στην επιστήμη το ζήτημα αν οι ληστρικές τιμές είναι κατ' ανάγκη κάτω του κόστους, πολλές δε από τις διατυπωθείσες απόψεις συνοψίζονται στο Mastromanolis: «Predatory Pricing Strategies in the European Union: A Case for Legal Reform», 1998, *ECLR*, 211· βλ. ειδικότερα τις σ. 216 έως 218. Έτσι, παραδείγματος χάρη, οι Areeda & Turner: «Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act», 1975, 88, *Harv. L. Rev.*, 697, σε ένα άρθρο που προκάλεσε διεξοδικές επιστημονικές συζητήσεις και επηρέασε την εξέλιξη της νομολογίας στις Ηνωμένες Πολιτείες, διατύπωσαν την άποψη ότι «ο αποκλεισμός που επιτυγχάνεται μέσω της εφαρμογής τιμών ίσων προς το μέσο κόστος αποτελεί επίσης ανταγωνισμό επί αξιοκρατικής βάσεως — μόνον οι ανταγωνιστές που δεν μπορούν να επιβιώσουν σε μια τιμή που συναρτάται με την αποτελεσματικότητα παραμένει στο περιθώριο» (σ. 706). Την άποψη αυτή επανέλαβαν πλέον πρόσφατα οι Areeda & Hovenkamp: *Antitrust Law*, vol. III, παράγραφος 748, «ακόμη και δραστικές μειώσεις τιμών που δεν αγγίζουν το επίπεδο των ληστρικών τιμών δεν είναι εκ πρώτης όψεως αθέμιτες» (σ. 462). Η άποψη αυτή αμφισβητήθηκε· βλ. ιδίως, Scherer: «Predatory Pricing and the Sherman Act: A Comment», 1976, 89, *Harv. L. Rev.*, σ. 868, όπου υποστήριξε ότι «(...) καθορισμός τιμών άνω του κόστους, αλλά υπερβολικά χαμηλών για να επιτρέπουν σε μικρού μεγέθους ανταγωνιστές να επεκταθούν στην αγορά και κατά αυτό τον τρόπο να επιτύχουν οικονομίες κλίμακας» πρέπει να θεωρείται ότι «μπορεί ενδεχομένως να αποκλείσει τον ανταγωνισμό» (σ. 880 και 881). Στο Ηνωμένο Βασίλειο, οι Monopolies and Mergers Commission υιοθέτησε την άποψη ότι όταν μία δεσπόζουσα επιχείρηση «είναι σε θέση να εμποδίζει την είσοδο νέων επιχειρήσεων στην αγορά και τον συνακόλουθο ανταγωνισμό τιμών με σχετικα χαμηλό κόστος έναντι αυτών χάρη σε μία πολιτική επιλεκτικών εκπτώσεων», καθίσταται σαφές πόσο «μία πολιτική δραστικών επιλεκτικών εκπτώσεων μπορεί να χρησιμοποιηθεί από εγκατεστημένες στην αγορά επιχειρήσεις ως μέσο διατηρήσεως της δεσπόζουσας θέσεώς τους» και, κατά την άποψή της, μια τέτοια συμπεριφορά θα μπορούσε να λειτουργήσει ως «φραγμός στην είσοδο» και αντίθετα προς τη δημόσια τάξη· βλ. *Report of the Monopolies and Mergers Commission on the Supply of Concrete and Roofing Tiles*, 1981-1982, H.C., παράγραφος 10.57.

92 — Βλ. Korah, An: *Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Λονδίνο, 1994, 5η εκδ., σ. 106, που προειδοποιεί για τον κίνδυνο χρησιμοποιήσεως των περί ανταγωνισμού κανόνων «(...) προκειμένου να προστατευθούν μικρού και μέσου μεγέθους επιχειρήσεις σε βάρος αποτελεσματικών ή μεγαλύτερων επιχειρήσεων».

93 — Βλ., συναφώς, με ανάλυση των κινδύνων από την επιλεκτική μείωση τιμών στο Andrews: «Is Meeting Competition a Defence to Predatory Pricing? — The Irish Sugar Decision Suggests a New Approach», 1998, *ECLR*, 49.

133. Ιδιαίτερα χαρακτηριστικά παρουσιάζουν ορισμένες αγορές, όπως των θαλασσίων μεταφορών, όπου το κόστος μπορεί να αποτελεί ανασφαλές έρεισμα ως προς τον λογικό χαρακτήρα της ανταγωνιστικής στρατηγικής που υιοθετούν δεσπόζουσες επιχειρήσεις. Πρώτον, αφ' ης ένα πλοίο έχει ορισθεί να αναχωρήσει μια συγκεκριμένη ημέρα, τότε, υπό την προϋπόθεση ότι υφίσταται χωρητικότητα, το κόστος μεταφοράς ενός πρόσθετου εμπορευματοκιβωτίου που φορτώνεται λόγω της προσφοράς μειωμένου ναύλου μπορεί να είναι περίπου μηδενικό [94]. Γενικότερα, οι ναύλοι καθορίζονται συνήθως με βάση όχι το οριακό κόστος που υφίσταται η ναυτιλιακή εταιρία για την παροχή συγκεκριμένης υπηρεσίας, αλλά από την ελαστικότητα της ζητήσεως του φορτωθέντος προϊόντος σε σχέση με την τιμή [95].

134. Το θεμελιώδες ζήτημα που τίθεται στην παρούσα υπόθεση είναι αν, κατά τον χρόνο των υπό κρίση περιστατικών, τα ενδεχομένως, συνεπεία της αντιδράσεως στην απειλή για τον ανταγωνισμό που συνιστούσε η είσοδος της G & C, αρνητικά αποτελέσματα της συμπεριφοράς των μελών της Cewal στη δομή του ανταγωνισμού επί της οικείας αγοράς ήταν τέτοια ώστε, ενόψει του μεγέθους της ισχύος στην αγορά που απήλαυαν αυτά, να αρκούν για να συνιστούν καταχρηστική εκμετάλλευση.

135. Είναι χρήσιμο να υπομνησθούν ορισμένα ειδικά χαρακτηριστικά της πρακτικής των «μαχητικών πλοίων» και της εν προκειμένω εφαρμογής της. Η Cewal δεν είχε απλώς δεσπόζουσα θέση, αλλά, όπως λέγει, de facto μονοπώλιο. Η πρακτική αυτή αποτελούσε απόρροια της αδικαιολόγητης απαιτήσεως της Cewal να διατηρήσει μονοπωλιακή θέση στην οικεία αγορά, πράγμα που επιδίωξε να ενισχύσει μέσω της συμφωνίας Ogefrem και που αναμφισβητήτως δεν προοριζόταν απλώς να πλήξει τον ανταγωνισμό, αλλά και να εξαφανίσει τον ανταγωνιστή. Συγχρόνως, η Cewal ήταν σε θέση να καταρτίσει ένα σχέδιο επιλεκτικού καθορισμού αναχωρήσεων για τις οποίες προβλέπονταν μειώσεις ναύλων. Η συνακόλουθη απώλεια εσόδων κατανεμόταν μεταξύ των μελών της διασκέψεως. Τόσο λόγω του επιλεκτικού χαρακτήρα των μειώσεων όσο και του πολύ μεγάλου μεριδίου τους αγοράς, τα μέλη θα μπορούσαν να κλιμακώνουν και να απορροφούν την απώλεια εσόδων. Επιπλέον, όπως εκθέτει η Επιτροπή (αιτιολογική σκέψη 82 της αποφάσεως), το γεγονός και μόνον ότι η Cewal ήταν σε θέση να καθορίζει τους

94 — Temple Lang: «European Community Antitrust Law: Innovation Markets and High Technology Industries», 1996, *Fordham Corporate Law Institute*, 519, που υπογραμμίζει ότι «αν δεν προστεθεί τίποτε στα κριτήρια που προκύπτουν από την απόφαση AKZO, δεσπόζουσες επιχειρήσεις που πωλούν προϊόντα ή υπηρεσίες των οποίων το μεταβλητό κόστος είναι περίπου μηδενικό, πράγμα που είναι σχετικώς σύνηθες σε βιομηχανίες υψηλής τεχνολογίας, έχουν μεγάλη ευχέρεια να εξοβελίζουν ανταγωνιστές από την επιχειρηματική δράση εφαρμόζοντας αυτό που γενικώς θεωρείται ως ληστρική συμπεριφορά». βλ. σ. 575, υποσημείωση 117. Προτείνει το ακόλουθο κριτήριο: «Σε βιομηχανίες όπου το οριακό κόστος κάθε επιπλέον παραγωγής είναι περίπου μηδενικό θεωρώ ότι το εφαρμοστέο κριτήριο συνίσταται στο εάν η εταιρία εφαρμόζει για τα αγαθά ή τις υπηρεσίες μια τιμή η οποία, καίτοι είναι άνω του μέσου μεταβλητού κόστους της διαθέσεως των συγκεκριμένων αγαθών ή υπηρεσιών για τα οποία ή τις οποίες καταβάλλεται η εν λόγω τιμή, είναι τόσο χαμηλό ώστε τα συνολικά της έσοδα που αντιστοιχούν στο σύνολο των εν λόγω αγαθών ή υπηρεσιών θα ήταν μικρότερα από το μέσο μεταβλητό κόστος που συνέπαγεται η διάθεσή τους, αν πωλούσε την ίδια αναλογία της παραγωγής της στην ίδια τιμή επί μονίμου βάσεως, ακόμη και αν δεν αποδεικνύεται καμία πρόθεση αποκλεισμού ενός ανταγωνιστή».

95 — Βλ., παραδείγματος χάρη, Rakovsky: «Sea Transport under EEC Competition Law», 1992, *Fordham Corp. Law Institute*, 845, 847, και Pirrong: «An Application of Core Theory to the Analysis of Ocean Shipping Markets», 1992, 35, *J. Law & Econ.*, 89, 107.

μαχητικούς ναύλους στο επίπεδο του κόστους ή και πάνω από αυτό φαίνεται να υποδηλώνει αφ' εαυτού ότι οι συνήθεις ναύλοι ήταν ουσιωδώς άνω του κόστους ή, θα έλεγα, ότι το οριακό κόστος ήταν, εν πάση περιπτώσει, πολύ χαμηλό.

136. Η κατανομή της απώλειας εσόδων με κάνει να επανέλθω με συντομία στην ενδεχόμενη αναγκαιότητα να αποδειχθεί πρόθεση ή δυνατότητα ανακτήσεως των απολεσθέντων. Η διαδικασία της κατανομής των απωλειών εσόδων αποτελεί κατ' ουσίαν μία μορφή ανακτήσεως απολεσθέντων. Ο στρατηγικός στόχος των μαχητικών ναύλων συνεπάγεται σιωπηρώς ότι δεν υφίσταται μείωση ναύλων για όλες τις αναχωρήσεις, τρέχουσες ή μελλοντικές, όταν αυτό δεν είναι αναγκαίο για την αντιμετώπιση του ανταγωνισμού. Περαιτέρω, άπαξ ο ανταγωνιστής εξουδετερωθεί, είναι προφανές ότι οι μειώσεις αυτές δεν δικαιολογούνται πλέον. Επομένως, καθόσον είναι αναγκαίο, νομίζω ότι στην παρούσα υπόθεση μπορεί να εφαρμοστεί το κριτήριο της ανακτήσεως των απολεσθέντων. Συγχρόνως, θα έλεγα ότι ένας τέτοιος όρος θα αποτελούσε στοιχείο του κριτηρίου που αφορά τον καταχρηστικό τρόπο καθορισμού χαμηλών τιμών από δεσπόζουσες επιχειρήσεις. Ο όρος αυτός διατυπώνεται εμμέσως στην πρώτη σκέψη του παρατεθέντος χωρίου της αποφάσεως AKZO (βλ. ανωτέρω σημείο 126). Εμπεριέχεται στο κριτήριο της απόφασης Hoffmann-La Roche (βλ. ανωτέρω σημείο 124). Ο λόγος για τον οποίο πρέπει να εμποδίζονται δεσπόζουσες επιχειρήσεις στην προσπάθειά τους να παρακωλύουν τη διατήρηση του ανταγωνισμού εξουδετερώνοντας, ειδικότερα, έναν ανταγωνιστή συνίσταται στο ότι οι επιχειρήσεις θα μπορούσαν τότε να εφαρμόζουν καταχρηστικώς *υψηλές* τιμές. Κατ' αυτόν τον τρόπο, θα εγκαθίστατο εκ νέου ένα αναποτελεσματικό μονοπώλιο και οι καταναλωτές θα αποκόμιζαν μόνο βραχυχρονίως όφελος. Αν το αποτέλεσμα αυτό δεν αποτελεί μέρος της στρατηγικής μιας δεσπόζουσας επιχειρήσεως, η επιχείρηση αυτή είναι πιθανό να επιδίδεται σε συνήθη ανταγωνισμό.

137. Ενόψει όλων αυτών των περιστάσεων, το Πρωτοδικείο δεν υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο καταλήγοντας ότι η αντίδραση των μελών της Cewal στην είσοδο στην αγορά των G & C δεν ήταν «εύλογη και ανάλογη» [96]. Κατ' εμέ, το άρθρο 86 δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι έχει την έννοια ότι επιτρέπει σε μονοπώλια ή οιονεί μονοπώλια να εκμεταλλεύονται την εξαιρετικά σημαντική ισχύ τους στην αγορά που τους παρέχει η υπεροχή τους ώστε να αποκλείουν την ανάδυση οποιουδήποτε νέου ή πρόσθετου ανταγωνιστή. Όταν μια επιχείρηση, ή όμιλος επιχειρήσεων του οποίου η συμπεριφορά πρέπει να εκτιμηθεί συλλογικώς, απολαύει μιας τόσο συντριπτικής δεσπόζουσας θέσεως που αγγίζει το μονοπώλιο, παρόμοιας με αυτή που υφίστατο στο πλαίσιο της παρούσας υποθέσεως σε χρονικό σημείο κατά το οποίο οι G & C εισήλθαν στην οικεία αγορά, η ιδιαίτερα βαριά υποχρέωση που έχει μία τέτοια δεσπόζουσα επιχείρηση να μη βλάψει περισσότερο τη δομή του ήδη υφιστάμενου ασθενούς ανταγωνισμού δεν της επιτρέπει να αντιδράσει, ακόμη και έναντι επιθετικού ανταγωνισμού τιμών εκ μέρους μιας νέας εισερχόμενης στην αγορά επιχειρήσεως, εφαρμόζοντας επιλεκτικώς και με συγκεκριμένους στόχους μια πολιτική μειώσεως τιμών προς τον σκοπό εξοβελισμού του ανταγωνιστή αυτού. Σε αντίθεση προς τον ισχυρισμό των αναιρεσειουσών, το γεγονός και μόνον ότι οι τιμές δεν έχουν καθορισθεί σε κατώτερο (ή που μπορεί να αποδειχθεί ότι είναι κατώτερο) του συνολικού μέσου (ή

96 — Στη σκέψη 148 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως.

μακροπρόθεσμου οριακού) κόστους δεν καθιστά, κατά τη γνώμη μου, θεμιτή την εφαρμογή μιας τέτοιας πολιτικής τιμών.

138. Εν προκειμένω, το Πρωτοδικείο ορθώς, κατά τη γνώμη μου, επιβεβαίωσε τη διαπίστωση της Επιτροπής ότι τα μέλη της Cewal επινόησαν μια στρατηγική αποκλειστικά και μόνον προς τον σκοπό εξοβελισμού των G & C, που ήταν ο μόνος τους ανταγωνιστής. Η Επιτροπή απέδειξε ότι οι αναιρεσείουσες επιδίωκαν, αντιτάσσοντας στους G & C αναχωρήσεις με μαχητικούς ναύλους αντίστοιχους ή χαμηλότερους απ' αυτούς που πρόσφερε οι G & C για τις αναχωρήσεις τους, να προκαλέσουν τη μέγιστη δυνατή ζημία στους G & C, ελαχιστοποιώντας ταυτόχρονα τις απώλειες εσόδων που προέκυπταν εν προκειμένω από τη λειτουργία του συστήματός τους κατανομής των εσόδων. Κατά τη γνώμη μου, η Επιτροπή ορθώς προφανώς υιοθέτησε την άποψη ότι, ακόμη και αν οι G & C αποτελούσαν μια τόσο αποτελεσματική ναυτιλιακή εταιρία όσο και τα μέλη της Cewal, δεν μπορούσε να αναμένεται ότι θα «αντιστέκονταν» στον «ανταγωνισμό που τους αντιπαρατάσσεται με συντονισμένο και καταχρηστικό τρόπο από ένα πανίσχυρο όμιλο ναυτιλιακών επιχειρήσεων που συνασπίζονται στο πλαίσιο της ναυτιλιακής διάσκεψης» (αιτιολογική σκέψη 82). Με άλλα λόγια, η πρακτική των «μαχητικών πλοίων» προοριζόταν να εξοβελίσει τους G & C από την αγορά με το ελάχιστο κόστος για τα μέλη της Cewal, προκειμένου να επανέλθουν στην προηγούμενη θέση τους του ουσιαστικού μονοπωλίου και, κατά συνέπεια, να αποκτήσουν τη δυνατότητα να καθορίσουν και πάλι τους ναύλους τους στο επίπεδο των τιμών της διασκέψεως που έχουν δημοσιευθεί.

139. Κατά συνέπεια, προτείνω την εξ ολοκλήρου απόρριψη της αιτήσεως αναιρέσεως που ασκήθηκε κατά της αποφάσεως του Πρωτοδικείου με την οποία αυτό επιβεβαίωσε τον εκ μέρους της Επιτροπής χαρακτηρισμό ως καταχρηστικής της πρακτικής των «μαχητικών πλοίων» στην οποία επιδίδονταν τα μέλη της Cewal.

Γ — *Υποχρέωση συνάψεως συμβάσεων πίστεως κατά 100 %*

i) Εισαγωγή

140. Η επιχειρηματολογία που διατυπώνουν οι αναιρεσείουσες κατά της αποφάσεως του Πρωτοδικείου με την οποία αυτό επιβεβαίωσε τα συμπεράσματα της Επιτροπής όσον αφορά την τρίτη αυτή περίπτωση καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως έχει δύο σκέλη. Πρώτον, οι αναιρεσείουσες ισχυρίζονται ότι το Πρωτοδικείο πλανήθηκε περί το δίκαιο, διότι, καταλήγοντας ότι οι συμβάσεις πίστεως αποτελούσαν προϊόν επιβολής, ερμήνευσε εσφαλμένα στο άρθρο 5, παράγραφος 2, του κανονισμού του 1986, το οποίο εξαιρεί τέτοιου είδους διακανονισμούς. Δεύτερον, ισχυρίζονται ότι η Επιτροπή δεν έχει τη δυνατότητα βάσει του κανονισμού του 1986, ιδίως δε του άρθρου 8, να προχωρήσει στην επιβολή προστίμων λόγω καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως, χωρίς προηγουμένως να ανακαλέσει την εξαίρεση.

ii) Το περιεχόμενο

141. Πριν εξετάσω λεπτομερέστερα αυτούς τους λόγους αναιρέσεως, είναι αναγκαίο να υπομνήσω τα σχετικά στοιχεία της αποφάσεως της Επιτροπής.

142. Το άρθρο 2 της αποφάσεως διαπιστώνει ότι τα μέλη της Cewal «χρησιμοποίησαν καταχρηστικά την κοινή δεσπόζουσά τους θέση (...) καταρτίζοντας διακανονισμούς πίστης επιβαλλόμενους κατά 100 % (συμπεριλαμβανομένων των εμπορευμάτων των οποίων η πώληση γινόταν με όρους fob), οι οποίοι υπερβαίνουν τα όρια των ρυθμίσεων που προβλέπονται στο άρθρο 5, παράγραφος 2, του [κανονισμού του 1986] με την ειδική χρήση των μαύρων λιστών όπως περιγράφεται στην παρούσα απόφαση». Δύο γενικές παρατηρήσεις πρέπει να γίνουν ως προς τη διαπίστωση αυτή. Πρώτον, στα μέλη της Cewal δεν προσάπτονται τρία διαφορετικά είδη καταχρηστικής συμπεριφοράς· μάλλον τα στοιχεία που συνίστανται στην «κατάρτιση» των διακανονισμών, στο ότι περιελήφθησαν τα εμπορεύματα που πωλούνταν fob και στη χρήση των μαύρων λιστών θεωρούνται από κοινού ότι ισοδυναμούν με «μονομερή επιβολή διακανονισμών πίστης» (αιτιολογική σκέψη 85 της αποφάσεως). Δεύτερον και σπουδαιότερον, ο ουσιώδης χαρακτήρας της καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως συνίσταται, από κοινού με τα δύο άλλα στοιχεία, στη διαπίστωση ότι σκοπούσε στο να «εξοβελίσουν τον κυριότερο ανεξάρτητο ανταγωνιστή τους κατά τις εμπορευματικές μεταφορές» (άρθρο 2 της αποφάσεως). Τα περιστατικά και η συλλογιστική στην οποία στηρίζεται το συμπέρασμα αυτό περιέχονται στις αιτιολογικές σκέψεις 28, 29 και 84 έως 88 της αποφάσεως.

143. Σύμφωνα με την απόφαση, οι ναυλωτές που εκτελούν εμπορευματικές μεταφορές μεταξύ Ευρώπης και Ζαΐρ μπορούσαν μόνον περιστασιακά να προσφεύγουν στις υπηρεσίες εταιριών που δεν ανήκαν στη διάσκεψη. Δεδομένου ότι δεν είχαν άλλη δυνατότητα επιλογής από το να χρησιμοποιούν τη Cewal και τις περισσότερες από τις μεταφορές τους, η προσφορά εκπτώσεων μόνον υπό τον όρο 100 % πίστεως (που κάλυπτε μάλιστα τις πωλήσεις fob) ισοδυναμούσε με επιβολή των συμβάσεων αυτών (αιτιολογικές σκέψεις 84 έως 86 της αποφάσεως). Η Επιτροπή διαπίστωσε επίσης ότι η Cewal επιδείνωσε τους όρους που επιβάλλονταν χρησιμοποιώντας μαύρες λίστες προκειμένου να επιβάλει στους ναυλωτές κυρώσεις «συνδεόμενες με την προσφορά ή την ποιότητα των υπηρεσιών» (αιτιολογική σκέψη 86). Η Επιτροπή αναφέρθηκε εν προκειμένω σε αποσπάσματα πρακτικών του Zaïre Pool Committee από τα οποία καταδεικνύεται ότι η Cewal χρησιμοποιούσε μαύρες λίστες ως μέρος μιας αμυντικής στρατηγικής προκειμένου να διασφαλιστεί ότι οι ναυλωτές που χρησιμοποιούσαν τις υπηρεσίες του μοναδικού ανταγωνιστή δεν θα μπορούσαν να αξιώσουν τα πλεονεκτήματα που απορρέουν από τη σύμβαση πίστεως ή να υπολογίζουν σε κανονικές και κατάλληλες υπηρεσίες από τη Cewal (αιτιολογική σκέψη 29). Η Επιτροπή διαπίστωσε ότι η όλη συμπεριφορά της Cewal ήταν καταχρηστική, οπότε η Cewal δεν μπορούσε να επικαλεσθεί εξαίρεση βάσει του κανονισμού 1986 «για να αποφύγει την εφαρμογή του άρθρου 86» (αιτιολογική σκέψη 87).

144. Το Πρωτοδικείο διευκρίνισε ότι η Επιτροπή διαπίστωσε ότι η καταχρηστική εκμετάλλευση συνίστατο «στο ότι η Cewal επέβαλε συμβάσεις πίστεως σε ποσοστό 100 %, συμπεριέλαβε τα πωλούμενα fob εμπορεύματα και χρησιμοποίησε μαύρες λίστες ναυλωτών που δεν τηρούσαν τις συμφωνίες, με σκοπό να τους τιμωρήσει» [97]. Το Πρωτοδικείο συμφώνησε με την άποψη της Επι-

97 — Σκέψη 173.

τροπής ότι «το γεγονός ότι τα μέλη της Cewal, τα οποία κατά τον χρόνο των κρίσιμων πραγματικών περιστατικών κατείχαν άνω του 90 % της αγοράς, πρότειναν στους ναυλωτές μόνο συμβάσεις πίστεως σε ποσοστό 100 % δεν άφηνε καμία επιλογή ανάμεσα στη χορήγηση εκπτώσεως, εάν ο ναυλωτής δεχόταν τη μεταφορά του συνόλου των εμπορευμάτων αυτών από τη Cewal, και στη μη χορήγηση καμιάς εκπτώσεως σε όλες τις άλλες περιπτώσεις, οπότε στην πραγματικότητα κατέληγε στην επιβολή τέτοιων συμβάσεων» [98]. Κατ' αυτόν τον τρόπο, το Πρωτοδικείο δέχθηκε ότι η πρακτική της Cewal δεν μπορούσε να θεωρηθεί ως εξαιρούμενη από πλευράς άρθρου 85 της Συνθήκης, δεδομένου ότι το άρθρο 5, παράγραφος 2, στοιχείο β', περίπτωση i, του κανονισμού του 1986 επέτρεπε την προσφορά, όχι όμως και την επιβολή, διακανονισμών πίστεως σε ποσοστό 100 %. Επίσης, δέχθηκε το συμπέρασμα της Επιτροπής ότι οι ρήτρες περιελάμβαναν πωλήσεις fob, πράγμα που αναγκάζει «τον πωλητή στην τήρηση της υποχρεώσεως πίστεως, μολονότι δεν έχει την ευθύνη αποστολής των εμπορευμάτων» [99]. Τέλος, διαπίστωσε ότι η Cewal διέθετε μαύρες λίστες παραβατών ναυλωτών οι οποίες «δεν είχαν απλώς καταρτιστεί (...) για στατιστικούς σκοπούς» και ότι η κατάρτιση αυτών των λιστών δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι εξαιρείται «με βάση κάποια από τις διατάξεις του [κανονισμού του 1986]» [100]. Κατά συνέπεια, έκρινε, αναφερόμενο στην απόφαση Hoffmann-La Roche, ότι η Επιτροπή ορθώς «κατέληξε στο ότι η πρακτική αυτή, στο σύνολό της, έχει ως αποτέλεσμα τον περιορισμό της ελευθερίας των ναυλωτών και, επομένως, επηρέαζε την ανταγωνιστική θέση του μοναδικού ανταγωνιστή της Cewal στην αγορά» [101].

98 — Σκέψη 183.
99 — Σκέψη 184.
100 — Σκέψη 185.
101 — Σκέψη 186.

iii) *Πρώτο σκέλος: εσφαλμένη ερμηνεία του κανονισμού του 1986 — «επιβολή» πίστεως*

145. Οι αναιρεσείουσες θεωρούν ότι η αναιρεσιβαλλομένη απόφαση καταλήγει ότι, ελλείψει αποδείξεως απειλών κατά ναυλωτών ή οποιασδήποτε άλλης παρόμοιας πιέσεως επ' αυτών, οι διακανονισμοί πίστεως επιβλήθηκαν απλώς και μόνο λόγω της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως της Cewal. Δεδομένου ότι εταιρίες μέλη της διασκέψεως απολαύουν σχεδόν απαράλλακτα δεσπόζουσας θέσεως, ο κανονισμός του 1986 πρέπει να θεωρηθεί ότι επιτρέπει και ενθαρρύνει τη χρησιμοποίηση συμβάσεων πίστεως σε ποσοστό 100 % στις ιδιαίτερες περιστάσεις των θαλάσσιων μεταφορών, ακόμη και μέχρι του σημείου να επιτρέπεται ο εξαναγκασμός της τηρήσεως αυτών των διακανονισμών, όπως εκτίθεται στη δέκατη αιτιολογική σκέψη του κανονισμού του 1986, πράγμα που καθιστά αναγκαία την ανταλλαγή πληροφοριών ως προς τους ναυλωτές, δηλαδή την κατάρτιση μαύρων πινάκων ναυλωτών. Επιπλέον, αμφισβητούν την ορθότητα του συμπεράσματος ότι οι όροι αυτοί επιβλήθηκαν στην περίπτωση των αποστολών fob.

146. Δεν νομίζω ότι χρειάζεται να εξεταστεί με κάθε λεπτομέρεια το επιχείρημα αυτό. Κατά την άποψή μου, στηρίζεται σε θεμελιωδώς πεπλανημένη ερμηνεία της αποφάσεως της Επιτροπής και της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως. Παραλείπει να λάβει υπόψη τα δύο κύρια σημεία της αποφάσεως, όπως τα διευκρίνισα ανωτέρω στο σημείο 142. Οι αναιρεσείουσες υπογραμμίζουν, χωρίς να χρειάζεται, ότι από τη γραμματική, τελολογική και δογματική ερμηνεία του άρθρου 5, παράγραφος 2, του κανονισμού του 1986 καθίσταται σαφές ότι οι σε ποσοστό

100 % διακανονισμοί πίστεως επιτρέπονται, ακόμη και στην περίπτωση δεσπόζουσας ναυτιλιακής εταιρίας που ανήκει στη διάσκεψη, πράγμα όμως που δεν αμφισβητείται. Το συμπέρασμα ότι οι διακανονισμοί επιβλήθηκαν, πράγμα που επιβεβαίωσε το Πρωτοδικείο στο χωρίο της αποφάσεώς του που παρέθεσα ανωτέρω στο σημείο 144, δεν απορρέει, όπως ισχυρίζονται οι αναιρεσείουσες, από τη δεσπόζουσα θέση της Cewal. Το αποφασιστικό σημείο δεν είναι η δεσπόζουσα θέση, αλλά η παροχή σε ποσοστό 100 % εκπτώσεων πίστεως χωρίς *οποιαδήποτε εναλλακτική δυνατότητα*, οπότε ο ναυλωτής θα έχανε ολόκληρη την έκπτωση σε περίπτωση έστω και μίας μόνο πράξεως «απιστίας». Οι αναιρεσείουσες δεν αναφέρθηκαν σ' αυτήν την πτυχή της συλλογιστικής. Η εν λόγω παρανόηση της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως αρκεί για να απορριφθεί το πρώτο σκέλος αυτού του λόγου αναιρέσεως. Λόγος αναιρέσεως στηριζόμενος σε εσφαλμένη ερμηνεία της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως πρέπει να απορρίπτεται. Εντούτοις, θα εξετάσω δύο επιχειρήματα που προβάλλονται επικουρικώς ως προς αυτό το σκέλος του λόγου αναιρέσεως.

α) Πρώτο επικουρικώς προβαλλόμενο επιχείρημα — πωλήσεις fob

147. Ως πρώτο επικουρικό επιχείρημα κατά του συμπεράσματος ότι οι διακανονισμοί πίστεως επιβλήθηκαν, οι αναιρεσείουσες προβάλλουν ότι είναι εσφαλμένη η κρίση του Πρωτοδικείου (σκέψη 184) ότι ο πωλητής ήταν αναγκασμένος να τηρήσει την επιβληθείσα υποχρέωση πίστεως, καίτοι δεν είχε την ευθύνη αποστολής των εμπορευμάτων. Οι αναιρεσείουσες ισχυρίζονται ότι, όταν μεταφέρονται εμπορεύματα με καθεστώς fob, ο ναυλωτής δεν είναι ο πωλητής ή ο εξαγωγέας, αλλά ο εισαγωγέας και ότι δεν αντιλήφθηκαν ότι η επέκταση των διακανονισμών στις πωλήσεις fob αποτελούσε μέρος των αιτιάσεων που διατυπώθηκαν κατ' αυτών. Το επιχείρημα αυτό πρέπει να απορριφθεί για διαφόρους λόγους.

148. Πρώτον, σε αντίθεση προς τον ισχυρισμό των αναιρεσειουσών, το γεγονός ότι περιελήφθησαν οι μεταφορές εμπορευμάτων fob δεν αναφέρθηκε απλώς και μόνο μία φορά στην αιτιολογική σκέψη 85, όπως προβάλλουν, αλλά τρεις φορές στην απόφαση, καθώς και στο άρθρο 2. Επιπλέον, οι αναιρεσείουσες (τότε προσφεύγουσες) πρέπει να αντιλήφθηκαν τη φράση «και τα οποία διέφευγαν, εξαιτίας αυτού, από τον έλεγχο των εξαγωγέων» υπό την έννοια ότι η επέκταση στις πωλήσεις fob σκοπούσε να στερήσει τους ναυλωτές από την έκπτωση, εκτός αν εξασφάλιζαν ότι οι εισαγωγείς θα επιδείκνυαν την ίδια πίστη προς τη διάσκεψη. Παρά ταύτα, η επιχειρηματολογία που ανέπτυξαν ενώπιον του Πρωτοδικείου συνίστατο στο ότι οι διακανονισμοί αυτοί ήταν αναπόφευκτοι και όχι ότι δεν υφίσταντο. Επομένως, όπως τόνισε η Επιτροπή, το επιχείρημα αυτό είναι απαράδεκτο, δεδομένου ότι διατυπώθηκε για πρώτη φορά κατά το στάδιο της αναιρέσεως. Δεύτερον, το επιχείρημα αυτό δεν λαμβάνει υπόψη την ουσία του συμπεράσματος της Επιτροπής, το οποίο επιβεβαιώθηκε από το Πρωτοδικείο. Δεν πρόκειται, όπως ισχυρίζονται οι αναιρεσείουσες, για αυτοτελή αναφορά σε καταχρηστική εκμετάλλευση. Αποτελεί στοιχείο του γενικού συμπεράσματος ότι οι διακανονισμοί πίστεως επιβλήθηκαν και, επιπλέον, της διαπιστώσεως ότι η πρακτική αυτή, «στο σύνολο της», (σκέψη 186 της αναιρεσι-

βαλλομένης αποφάσεως) είχε ως αποτέλεσμα τον περιορισμό της ελευθερίας των χρηστών και τον επηρεασμό της θέσεως του μοναδικού ανταγωνιστή της Cewal. Τρίτον, τα συμπεράσματα αυτά του Πρωτοδικείου στηρίζονται στα αποτελέσματα που συνεπάγονται για τον ανταγωνισμό οι πρακτικές αυτές στην αγορά και όχι στη δυνατότητα να επιβληθεί νομικώς οποιαδήποτε ιδιαίτερη ερμηνεία των συμβάσεων πίστεως. Επομένως, καταρχήν, το συμπέρασμα του Πρωτοδικείου αποτελεί διαπίστωση πραγματικού, και όχι νομικού, γεγονότος και δεν μπορεί να εξεταστεί στο πλαίσιο της παρούσας αιτήσεως αναιρέσεως. Για τους λόγους αυτούς, προτείνω στο Δικαστήριο να απορρίψει το επιχείρημα αυτό ως απαράδεκτο.

β) Δεύτερο επικουρικώς προβαλλόμενο επιχείρημα — μαύροι πίνακες

149. Οι αναιρεσείουσες, διατυπώνοντας ένα δεύτερο επικουρικό επιχείρημα, βάλλουν κατά της διαπιστώσεως του Πρωτοδικείου ότι η εκ μέρους της Cewal τήρηση μαύρων πινάκων ναυλωτών που δεν τηρούσαν την υποχρέωσή τους πίστεως δεν μπορούσε να τύχει εξαιρέσεως με τον κανονισμό του 1986.

150. Οι αναιρεσείουσες ισχυρίζονται επίσης ότι το Πρωτοδικείο αγνόησε το επιχείρημα που ανέπτυξαν ενώπιόν του και κατά το οποίο όλοι οι πελάτες που είχαν συνάψει συμβάσεις πίστεως εξακολουθούσαν, παρά το ότι διενεργούσαν μεταφορές φορτίων μέσω των G & C, να απολαύουν της εκπτώσεως. Αυτό αποτελούσε την απάντηση στην άποψη της Επιτροπής ότι η τήρηση μαύρων πινάκων (αιτιολογική σκέψη 88 της αποφάσεως) αντέφασκε ευθέως προς τους ισχυρισμούς της Cewal. Η Επιτροπή ισχυρίζεται με το υπόμνημά της αντικρούσεως ότι το Πρωτοδικείο, παραθέτοντας στη σκέψη 185 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως τα πρακτικά του Zaïre Pool Committee, όπου αναφερόταν ότι «το σύστημα αυτό του μαύρου πίνακα εφαρμόζεται» επιβεβαίωσε πράγματι την άποψη που διατυπώθηκε στην απόφαση. Συμφωνώ με την ερμηνεία αυτή της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως. Είμαι βέβαιος ότι το Πρωτοδικείο δεν είχε κατά νου μόνο την αντίφαση που σημείωσε η Επιτροπή στην αιτιολογική σκέψη 88 της αποφάσεως, αλλά και την εκ μέρους της Επιτροπής εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών στην αιτιολογική σκέψη 29 της αποφάσεως, εκτίμηση στηριχθείσα στα προαναφερθέντα πρακτικά, κατά την οποία οι ναυλωτές που χρησιμοποιούσαν τις υπηρεσίες των G & C «δεν μπορούσαν, πλέον, να απολαύουν των πλεονεκτημάτων που παρέχουν οι συμβάσεις πίστεως» ή «να επωφελούνται από την παροχή επαρκών κανονικών υπηρεσιών από τη Cewal». Κατά τη γνώμη μου, η άποψη αυτή επιρρωννύεται από την ακόλουθη φράση της σκέψεως 185 της προσβαλλομένης αποφάσεως, όπου το Πρωτοδικείο έκρινε ότι οι μαύροι πίνακες δεν είχαν καταρτισθεί απλώς και μόνο «για στατιστικούς σκοπούς». Αυτό αποτελεί κρίση αφορώσα πραγματικά περιστατικά. Επιπλέον, είναι αδιάφορο το αν η Cewal τελικά παραχώρησε την έκπτωση σε όλους τους ναυλωτές που χρησιμοποιούσαν τις υπηρεσίες των G & C, άπαξ διαπιστώθηκε ότι η μέθοδος των μαύρων πινάκων υιοθετήθηκε ως στοιχείο μιας στρατηγικής που σκοπούσε να τους αποτρέψει από το να κάνουν κάτι τέτοιο.

151. Οι αναιρεσείουσες ισχυρίζονται επίσης ότι η χρησιμοποίηση τέτοιων πινάκων δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι συνιστά καταχρη-

στική συμπεριφορά. Αναφέρονται στη δέκατη αιτιολογική σκέψη του κανονισμού του 1986, κατά την οποία ρητά επιτρέπεται στη διάσκεψη «να επιβάλλει κυρώσεις σε όσους αθετούν καταχρηστικά την υποχρέωση πίστεως η οποία αποτελεί το αντάλλαγμα των επιστροφών [εκπτώσεων]». Κατά την άποψή τους, υφίσταται τέτοια καταχρηστική συμπεριφορά, όταν γίνεται αποδεκτή σε ποσοστό 100 % μία ρήτρα πίστεως στα πλαίσια συμφωνίας με εταιρία μέλος της διασκέψεως προκειμένου να επιτευχθεί έκπτωση, ενώ ταυτόχρονα χρησιμοποιούνται οι υπηρεσίες ανεξάρτητων εταιριών για τη μεταφορά ορισμένων φορτίων. Κατά συνέπεια, δεν υπάρχει κανένα στοιχείο που να συνιστά καταχρηστική συμπεριφορά όταν επιδιώκεται η επίβλεψη της τηρήσεως ακόμη και μιας σε ποσοστό 100 % υποχρεώσεως πίστεως. Κατά τη γνώμη μου, ο χαρακτηρισμός αυτός αγνοεί ορισμένα βασικά χαρακτηριστικά των μαύρων λιστών που σημειώνονται τόσο στην απόφαση όσο και στην αναιρεσιβαλλομένη απόφαση. Στην αιτιολογική σκέψη 86 της αποφάσεως, η Επιτροπή σαφώς υιοθέτησε την άποψη ότι τα εν τοις πράγμασι αποτελέσματα για τους ναυλωτές από την απαίτηση σε ποσοστό 100 % πίστεως «επιδεινώ[θηκαν]» από τη χρήση μαύρων πινάκων που επέβαλαν «σ' αυτούς ακόμη και κυρώσεις συνδεόμενες με την προσφορά ή την ποιότητα των υπηρεσιών». Η Επιτροπή παρέθεσε, σε μία υποσημείωση της αιτιολογικής σκέψεως 29 της αποφάσεως, στοιχεία που αποδεικνύουν ότι οι μαύροι πίνακες είχαν ως άμεσο σκοπό τον αποκλεισμό του ανταγωνισμού. Το Πρωτοδικείο ρητώς επιβεβαίωσε το συμπέρασμα της Επιτροπής (όπως συνοψίζεται στη σκέψη 182 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως), μέχρι του σημείου μάλιστα να παραθέσει την εν λόγω υποσημείωση (σκέψη 185).

152. Οι αναιρεσείουσες ισχυρίζονται ότι εσφαλμένως το Πρωτοδικείο (σκέψη 185 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως) έκρινε ότι η κατάρτιση μαύρων πινάκων «δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι εξαιρείται με βάση κάποια από τις διατάξεις του [κανονισμού του 1986]». Εντούτοις, όπως ορθώς η Επιτροπή τόνισε στο υπόμνημά της αντικρούσεως, η κατάρτιση πινάκων με μη τηρώντες την υποχρέωση πίστεως ναυλωτές μπορεί το πολύ να θεωρηθεί ως εμπίμπουσα στο πεδίο εφαρμογής της εξαιρέσεως των συμφωνιών πίστεως σε ποσοστό 100 % που προβλέπεται από τον κανονισμό 1986, αν, σύμφωνα με τη διατύπωση της 10ης αιτιολογικής σκέψεως, «καταρτίζονται με τρόπο που δεν περιορίζει μονομερώς την ελευθερία των χρηστών και κατά συνέπεια τον ανταγωνισμό στον τομέα των [θαλασσίων] μεταφορών». Δεδομένου ότι συμφωνώ με την άποψη της Επιτροπής, που υιοθετήθηκε από το Πρωτοδικείο, ότι οι διακανονισμοί πίστεως της Cewal επιβάλλονταν πράγματι στους ναυλωτές, θεωρώ ότι το Πρωτοδικείο δεν υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο, δεχόμενο ότι η κατάρτιση τέτοιων πινάκων δεν εξαιρούνταν από οποιαδήποτε διάταξη του κανονισμού του 1986. Κατά τη γνώμη μου, τα αποτελέσματα από την κατά καταχρηστικό τρόπο επιβολή εκ μέρους μιας ναυτιλιακής διασκέψεως διακανονισμών πίστεως μπορούν σαφώς να ενισχυθούν από την τήρηση μαύρων πινάκων πελατών που δεν τηρούν την υποχρέωση πίστεως, δεδομένου ότι, αν δεν υφίστανται τέτοιοι πίνακες, οι εν λόγω πελάτες θα μπορούσαν εν τοις πράγμασι, αν όχι και κατά νόμο, να επωφεληθούν από τη δυνατότητα επιλογής ως προς τη χρησιμοποίηση, τουλάχιστον ευκαιριακώς, των υπηρεσιών ανεξαρτήτων ναυτιλιακών εταιριών. Κατά συνέπεια, όπως φρονώ, η Επιτροπή και το Πρωτοδικείο ορθώς έκριναν ότι τα συνολικά αποτελέσματα της καταρτίσεως μαύρων πινάκων συμβάλλουν στην καταχρηστική εκμετάλλευση που απορρέει από την ουσιαστική επιβολή των συμβάσεων πίστεως εκ μέρους των μελών της Cewal.

153. Τέλος, καθόσον οι αναιρεσείουσες ισχυρίζονται για πρώτη φορά με το υπόμνη-

μά τους απαντήσεως ενώπιον του Δικαστηρίου ότι η Επιτροπή προσέβαλε το δικαίωμά τους ακροάσεως, όσον αφορά τη σημασία που είχαν ενδεχομένως οι μαύροι πίνακες ως προς τη διευκόλυνση της επιβολής μη οικονομικών κυρώσεων, δεδομένου ότι η δυνατότητα αυτή δεν αναφερόταν στη γνωστοποίηση των αιτιάσεων, ο ισχυρισμός αυτός είναι απαράδεκτος βάσει του άρθρου 42, παράγραφος 2, του Κανονισμού Διαδικασίας του Δικαστηρίου, καθόσον συνιστά σαφώς νέο νομικό ισχυρισμό που μπορούσε να προβληθεί ενώπιον του Πρωτοδικείου.

154. Συμπεραίνοντας, προτείνω στο Δικαστήριο να επικυρώσει την απόφαση του Πρωτοδικείου, καθόσον αυτό έκρινε ότι ή σε ποσοστό 100 % συμβάσεις πίστεως είχαν επιβληθεί (σκέψη 183). Θεωρώ επίσης ότι τόσο η Επιτροπή όσο και το Πρωτοδικείο ορθώς εξέτασαν την πρακτική αυτή «στο σύνολό της» (σκέψη 186), καταλήγοντας στο συμπέρασμα ότι δεν μπορούσε να εξαιρεθεί «του άρθρου 85 της Συνθήκης» (σκέψη 183).

155. Στο σημείο αυτό έχει σημασία να γίνει διάκριση μεταξύ των διαφόρων επί μέρους παραβάσεων της «υποχρεώσεως» που συνδέεται με την εξαίρεση κατά κατηγορία, που αποτελεί το αντικείμενο της συστάσεως που απηύθυνε η Επιτροπή (άρθρο 5 της αποφάσεως) σύμφωνα με το άρθρο 7 του κανονισμού του 1986, η οποία επιβεβαιώθηκε από το Πρωτοδικείο και η οποία δεν βάλλεται στο πλαίσιο της υπό κρίση αιτήσεως αναιρέσεως.

156. Η επιβολή συμβάσεων πίστεως σε ποσοστό 100 %, όπως διαπιστώθηκε με το άρθρο 2 της αποφάσεως της Επιτροπής, υπερέβαινε τα όρια του άρθρου 5, παράγραφος 2, του κανονισμού του 1986. Διακανονισμοί πίστεως επιτρέπονται όταν αποτελούν μέρος ενός συστήματος αμέσων ή μελλοντικών εκπτώσεων. Όπως καθίσταται σαφές από τη αιτιολογική σκέψη 10 του κανονισμού 1986, επιτρέπονται «μόνον όταν καταρτίζονται με τρόπο που δεν περιορίζει μονομερώς την ελευθερία των χρηστών και κατά συνέπεια τον ανταγωνισμό στον τομέα των [θαλασσίων] μεταφορών». Καθόσον στην ίδια την αιτιολογική σκέψη αναφέρεται η δυνατότητα να επιβάλλονται «κυρώσεις σε όσους [χρήστες] αθετούν καταχρηστικά την υποχρέωση πίστεως», είναι σαφές ότι η υποχρέωση αυτή αποτελεί το αντάλλαγμα «των επιστροφών, μειωμένων ναύλων ή προμηθειών που τους παρέχονται από τη διάσκεψη». Υπογραμμίζεται μετ' επιτάσεως ότι δεν επιτρέπεται η χρησιμοποίηση των εκπτώσεων προς τον σκοπό εξοβελισμού ανταγωνιστών από την αγορά, σκοπός θεμελιώδους σημασίας ο οποίος, όπως ήδη υπογράμμισα, αποτελεί τον πυρήνα της εκ μέρους της Επιτροπής διαπιστώσεως και των τριών ειδών καταχρηστικής συμπεριφοράς. Ο σκοπός αυτός πιστοποιείται αναλυτικότατα από τα αποσπάσματα των πρακτικών του Zaïre Pool Committee, που παρατέθηκαν στη δεύτερη υποσημείωση της αιτιολογικής σκέψεως 29 της αποφάσεως, όπου γίνεται λόγος για «την αμυντική στρατηγική [η οποία] πρέπει να στηρίζεται στην αποθάρρυνση των πελατών μέσω της καταρτίσεως μαύρου πίνακα ναυλωτών/φορτωτών—παραληπτών που δεν τηρούν την υποχρέωση πίστεως και των οποίων τα άλλα φορτία που αποστέλλονται προς τον Βορρά με πλοία της διασκέψεως δεν θα τυγχάνουν πλέον επαρκών κανονικών υπηρεσιών εκ μέρους της διασκέψεως». Επομένως, η επιβολή των συμφωνιών πίστεως δεν μπορεί να τύχει οποιασδήποτε εξαιρέσεως βάσει του κανονισμού του 1986.

iv) *Δεύτερο σκέλος: η Επιτροπή δεν μπορεί να επιβάλει πρόστιμο πριν ανακαλέσει την εξαίρεση*

157. Οι αναιρεσείουσες ισχυρίζονται ότι, αν οι διακανονισμοί τους πίστεως είχαν «επιβληθεί» κατά την έννοια του άρθρου 5, παράγραφος 2, στοιχείο β', περίπτωση i, του κανονισμού του 1986, η συμπεριφορά αυτή θα συνιστούσε απλώς παράβαση «υποχρεώσεως που συνοδεύει (...) τη χορήγηση της εξαίρεσης του άρθρου 3». Στην περίπτωση αυτή, η Επιτροπή θα έπρεπε να ακολουθήσει τη διαδικασία που προβλέπεται στο άρθρο 7, παράγραφος 1. Επομένως, θα όφειλε να άρει το ευεργέτημα της εξαιρέσεως κατά κατηγορία που προβλέπεται στο άρθρο 3, πριν επιβάλλει οποιοδήποτε πρόστιμο. Κατά την άποψη των αναιρεσειουσών, το Πρωτοδικείο αγνόησε τη διάκριση μεταξύ παραβάσεως ενός «όρου», που καθιστά αυτομάτως ανεφάρμοστο το ευεργέτημα της εξαιρέσεως κατά κατηγορία, και της παραβάσεως «υποχρεώσεως». Ισχυρίζονται ότι ο κανονισμός του 1986 αποτελούσε μέτρο που θεσπίστηκε βάσει του άρθρου 87, παράγραφος 2, στοιχείο γ', της Συνθήκης προκειμένου να καθορισθεί το πεδίο εφαρμογής τόσο του άρθρου 85 όσο και του άρθρου 86 στον τομέα των θαλασσίων μεταφορών και ότι τα δύο αυτά είδη καταχρηστικής συμπεριφοράς αναγνωρίζονται πράγματι από τον κανονισμό αυτόν: καταχρηστικές εκμεταλλεύσεις που απορρέουν από συμπεριφορά για την οποία οι ναυτιλιακές διασκέψεις απολαύουν του ευεργετήματος της εξαιρέσεως κατά κατηγορία και άλλες καταχρηστικές εκμεταλλεύσεις. Στην πρώτη των περιπτώσεων αυτών, το άρθρο 8, παράγραφος 2, του κανονισμού υποχρεώνει την Επιτροπή να ανακαλέσει την εξαίρεση πριν επιβάλλει οποιοδήποτε πρόστιμο.

158. Η Επιτροπή υπογραμμίζει ότι κατά το άρθρο 8, παράγραφος 1, του κανονισμού του 1986 απαγορεύεται «η κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως, κατά την έννοια του άρθρου 86 της Συνθήκης (...), χωρίς να απαιτείται προηγούμενη απόφαση για τον σκοπό αυτό». Κατά συνέπεια, το άρθρο 8, παράγραφος 2, του κανονισμού του 1986 πρέπει να θεωρηθεί ότι παρέχει διακριτική ευχέρεια ως προς τα μέτρα που μπορεί να λάβει η Επιτροπή, όταν μια συμπεριφορά που εκ πρώτης όψεως εξαιρείται διαπιστώνεται ότι συνιστά καταχρηστική εκμετάλλευση [102]. Επικουρικώς, η Επιτροπή επαναλαμβάνει την άποψη που διατυπώθηκε στην αιτιολογική σκέψη 87 της αποφάσεως ότι, ακόμη και αν η συμπεριφορά των μελών της Cewal όσον αφορά τις συμβάσεις τους πίστεως καλυπτόταν «από την εξαίρεση κατά κατηγορίες του άρθρου 6 του [κανονισμού του 1986]» [103], παρά τις παραβάσεις των διαφόρων «υποχρεώσεων» που επιβάλλει το άρθρο 5, παράγραφος 2, του κανονισμού του 1986, ο κανονισμός αυτός «δεν μπορούσε να εμποδίσει την εφαρμογή του άρθρου 86 της Συνθήκης σε συμφωνίες και πρακτικές που έχουν επιτραπεί με εξαίρεση κατά κατηγορία» ώστε να «εμποδίζεται η εφαρμογή του άρθρου 86». Η Επιτροπή αναφέρθηκε επομένως στην παγιωθείσα αρχή, που επιβεβαιώθηκε από το Πρωτοδικείο, ότι δεν μπορεί να υφίσταται εξαίρεση αφορώσα συγχρόνως το άρθρο 85 και το άρθρο 86.

159. Η κρίση του Πρωτοδικείου ότι ο κανονισμός του 1986 δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι παρέχει τη δυνατότητα εξαιρέσεως για συμπεριφορά που συνιστά παράβαση του άρθρου 86 της Συνθήκης ή του άρθρου 8, παράγραφος 1, του κανονισμού του 1986

102 — Συναφώς, ο εκπρόσωπος της Επιτροπής υπογράμμισε κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση ότι η Επιτροπή θεωρούσε την άρση του ευεργετήματος της εξαιρέσεως κατά κατηγορία ως την «επιλογή χρησιμοποιήσεως του πυρηνικού όπλου», ενώ την επιβολή προστίμων ως λιγότερο σοβαρό μέτρο.

103 — Κατά τις αγορεύσεις ενώπιον του Πρωτοδικείου και του Δικαστηρίου διατυπώθηκε η υπόθεση ότι, παρά την αναφορά της Επιτροπής στην «εξαίρεση κατά κατηγορία *του άρθρου 6* του [κανονισμού 1986» (δική μου η υπογράμμιση), δεν θα έπρεπε να γίνει καμία διάκριση μεταξύ της εξαιρέσεως του άρθρου 3 και 6 του κανονισμού καθόσον αφορά τις εξουσίες που έχουν παρασχεθεί στην Επιτροπή με το άρθρο 8, παράγραφος 2, του κανονισμού.

είναι προδήλως ορθή. Το Δικαστήριο έκρινε με την απόφαση Ahmed Saeed ότι «σε περίπτωση κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως δεν είναι δυνατή η χορήγηση καμίας απαλλαγής, με οποιονδήποτε τρόπο» [104]. Όπως ορθώς η Επιτροπή τονίζει στο υπόμνημά της ανταπαντήσεως, η αρχή αυτή επιβεβαιώθηκε πρόσφατα χωρίς περιθώρια παρερμηνείας με την απόφαση British Gypsum, [105] όπου το Δικαστήριο υιοθέτησε την άποψη που διατύπωσε ο γενικός εισαγγελέας ότι η παροχή εξαιρέσεως δυνάμει του άρθρου 85, παράγραφος 3, της Συνθήκης δεν αποτελεί «συγχρόνως εξαίρεση της απαγορεύσεως καταχρήσεως δεσπόζουσας θέσεως». Επομένως, ακόμα και αν οι διακανονισμοί πίστεως της Cewal ετύγχαναν της εξαιρέσεως κατά κατηγορία, δεν θα προφυλάσσονταν από την άμεση εφαρμογή του άρθρου 86 της Συνθήκης [106].

160. Καθόσον οι αναιρεσείουσες ισχυρίζονται ότι το γεγονός ότι η εν προκειμένω υπό κρίση εξαίρεση παρασχέθηκε με κανονισμό του Συμβουλίου που εκδόθηκε βάσει του άρθρου 87, παράγραφος 2, στοιχείο γ', της Συνθήκης μπορεί να επηρεάσει την εφαρμογή της ανωτέρω αρχής, η άποψή τους οφείλεται σε παρανόηση. Ο κανονισμός του 1986 στηρίζεται τόσο στο άρθρο 84, παράγραφος 2, όσο και στο άρθρο 87, της Συνθήκης. Ως προς το πρώτο απ' αυτά τα άρθρα, το Δικαστήριο έκρινε με την απόφαση Επιτροπή κατά Γαλλίας [107] ότι κάθε άλλο παρά αποκλείει την εφαρμογή της Συνθήκης στις θαλάσσιες (και αεροπορικές μεταφορές), ενώ προβλέπει απλώς ότι οι ειδικές διατάξεις του τίτλου που αφορά τις μεταφορές δεν εφαρμόζονται αυτομάτως σ' αυτές και, κατά συνέπεια, οι μεταφορές αυτές «εξακολουθούν να διέπονται από τους γενικούς κανόνες της Συνθήκης όπως και οι άλλες κατηγορίες μεταφορών» [108], στους οποίους φυσικά περιλαμβάνονται οι κανόνες της Συνθήκης που αφορούν τον ανταγωνισμό [109]. Από την απόφαση Ahmed Saeed, όπου το Δικαστήριο έκρινε ότι, παρά την έλλειψη οποιασδήποτε ρυθμίσεως βάσει του άρθρου 87, «η απαγόρευση του άρθρου 86 της Συνθήκης έχει πλήρη εφαρμογή σε ολόκληρο τον τομέα των αεροπορικών μεταφορών» [110], προκύπτει σαφώς ότι το άρθρο 87, και ειδικότερα η εξουσία που παρέχεται στο Συμβούλιο από την παράγραφο 2, στοιχείο γ', να ορίσει «εφόσον είναι ανάγκη το πεδίο εφαρμογής των άρθρων 85 και 86 των διαφόρων οικονομικών κλάδων», δεν σκοπεί να επιτρέψει στο Συμβούλιο να καθορίσει το ουσιαστικό πεδίο εφαρμογής του άρθρου 86, αλλά, μάλλον, να του παράσχει τη δυνατότητα να καθορίσει τους λεπτομερείς διαδικαστικούς κανόνες για την εφαρμογή αυτών των κανόνων ανταγωνισμού. Κατά τη γνώμη μου, από την προσεκτική ανάγνωση του κανονισμού 1986 καθίσταται σαφές ότι αυτός είναι ακριβώς ο σκοπός που επιδίωξε το Συμβούλιο.

161. Θα εξετάσω τώρα το εάν, όπως ισχυρίζονται οι αναιρεσείουσες, η Επιτροπή δεν μπορούσε να επιβάλει πρόστιμα για

104 — Προπαρατεθείσα απόφαση στην υποσημείωση 20, σκέψη 32.

105 — Προπαρατεθείσα απόφαση στην υποσημείωση 47.

106 — Βλ. σημείο 67 των προτάσεων του γενικού εισαγγελέα Léger, του οποίου τον συλλογισμό υιοθέτησε εν προκειμένω, μεταξύ άλλων, ρητώς το Δικαστήριο στη σκέψη 11 της αποφάσεώς του. Ο γενικός εισαγγελέας στήριξε την άποψή του στη σκέψη 25 της αποφάσεως του Πρωτοδικείου της 10ης Ιουλίου 1990, T-51/89, Tetra Pak Rausing κατά Επιτροπής (Συλλογή 1990, σ. II-309, στο εξής: απόφαση Tetra Pak I).

107 — Απόφαση της 4ης Απριλίου 1974, 167/73 (Συλλογή τόμος 1974, σ. 179).

108 — Όπ.π., σκέψη 31. Το Δικαστήριο επιβεβαίωσε στη συνέχεια την άποψη αυτή με την απόφασή του της 30ής Απριλίου 1986, 209/84 έως 213/84 Asjes κ.λπ. (Συλλογή 1986, σ. 1425, ειδικότερα σκέψη 42, στο εξής: απόφαση Nouvelles Frontières).

109 — Απόφαση Nouvelles Frontières (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 108, σκέψη 45).

110 — Προπαρατεθείσα απόφαση στην υποσημείωση 20, σκέψη 33.

καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσεως, χωρίς να ανακαλέσει την εξαίρεση της οποίας ετύγχανε η Cewal βάσει του άρθρου 3.

162. Είναι σημαντικό να υπομνησθεί η φύση της καταχρηστικής συμπεριφοράς που διαπιστώθηκε σε βάρος των αναιρεσειουσών, δηλαδή η επιβολή σε ποσοστό 100 % εκπτώσεων πίστεως (περιλαμβανομένης της εφαρμογής στις πωλήσεις fob), χωρίς καμία εναλλακτική δυνατότητα έναντι του ποσοστού των 100 %, που ενισχύθηκε από την τήρηση μαύρων πινάκων *«προκειμένου να επιτύχουν να εξοβελίσουν τον κυριότερο ανεξάρτητο ανταγωνιστή»* (δική μου η υπογράμμιση) της Cewal.

163. Κατά τη γνώμη μου, η συμπεριφορά αυτή δεν εξαιρέθηκε, ούτε και μπορούσε να εξαιρεθεί, από το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 86. Επιπλέον, και καθόσον έχει σημασία, η συμπεριφορά αυτή δεν μπορούσε να χαρακτηρισθεί ως παράβαση απλώς της κατά το άρθρο 5 του κανονισμού υποχρεώσεως της ίδιας σημασίας με τις παραβάσεις που αναφέρονται στη σκέψη 178 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως. Αποτελεί στρεψοδικία το να λεχθεί ότι η απαγόρευση της μονομερούς επιβολής σε ποσοστό 100 % απεικονίζει μια υποχρέωση. Απεικονίζει το τι δεν επιτρέπεται από το άρθρο 5, παράγραφος 2, στοιχείο β', περίπτωση i.

164. Εντούτοις, το άρθρο 8, τόσο κατά την άμεση και σαφή του διατύπωση όσο και κατά τη δομή του, παρέχει αφ' εαυτού την απάντηση στον ισχυρισμό των αναιρεσειουσών. Το άρθρο 8, παράγραφος 1, είναι τόσο σαφές ορίζοντας ότι η κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως απαγορεύεται χωρίς «να απαιτείται προηγούμενη απόφαση για τον σκοπό αυτό», ώστε θα ήταν αναγκαία μια άλλη σαφής διάταξη περί του αντιθέτου. Περαιτέρω, η καθαρή αυτή διατύπωση βρίσκεται σε απόλυτη αρμονία με τις αρχές που αφορούν την αποτελεσματικότητα του άρθρου 86 και την έλλειψη δυνατότητας εξαιρέσεως.

165. Ούτε και το άρθρο 8, παράγραφος 2, του κανονισμού του 1986 αντιφάσκει προς το άρθρο 8, παράγραφος 1, ή προσδιορίζει το περιεχόμενό του κατά οποιονδήποτε τρόπο. Η διάταξη αυτή επιτρέπει στην «Επιτροπή είτε με δική της πρωτοβουλία είτε ύστερα από αίτημα κράτους μέλους ή φυσικών ή νομικών προσώπων (...)» να λάβει το ειδικό μέτρο της ανακλήσεως της εξαιρέσεως που παρέχεται ρητώς από το άρθρο 3. Δεν θέτει περιορισμούς στις εξουσίες της Επιτροπής για την επιβολή προστίμων στις περιστάσεις που περιγράφονται ειδικότερα στο άρθρο 19, παράγραφος 2, του κανονισμού του 1986. Η καταχρηστική συμπεριφορά που διαπιστώθηκε σε βάρος των αναιρεσειουσών συνίσταται στην καταχρηστική *επιβολή* σε ποσοστό 100 % συμβάσεων πίστεως και όχι στην απόλαυση της εξαιρέσεως που παρέχει το άρθρο 3. Δεν βλέπω κανένα λόγο για να συναχθεί το συμπέρασμα ότι ο χαρακτηρισμός των πρώτων ως αθέμιτων εξαρτάται από το έσχατο μέσο της ανακλήσεως της δεύτερης.

166. Προτείνω να απορριφθεί εξ ολοκλήρου αυτός ο λόγος αναιρέσεως που αφορά την επιβολή σε ποσοστό 100 % συμβάσεων πίστεως.

VI — Τα πρόστιμα

Α — *Εισαγωγή*

167. Οι αναιρεσείουσες προβάλλουν, επικουρικώς, μια μακρά σειρά ισχυρισμών υπό διαφορετικούς τίτλους που αφορούν την απόφαση του Πρωτοδικείου με την οποία επικυρώθηκαν κατ' ουσίαν τα πρόστιμα που τους είχαν επιβληθεί. Δεδομένου ότι το κατ' εξοχή βαρύτερο πρόστιμο επιβλήθηκε στη CMB (βλ. ανωτέρω σημεία 3 και 4), η Dafra δεν προβάλλει όλους τους ισχυρισμούς που προέβαλε η CMB.

Β — *Η νομολογία του Δικαστηρίου*

168. Οι αναιρεσείουσες ισχυρίζονται ότι το Δικαστήριο, αναιρώντας την αναιρεσιβαλλομένη απόφαση, μπορεί, κάνοντας χρήση της εξουσίας που του παρέχει το άρθρο 54, πρώτο εδάφιο, του Οργανισμού ΕΚ του Δικαστηρίου, «το ίδιο να αποφανθεί οριστικά επί της διαφοράς, εφόσον είναι ώριμη προς εκδίκαση», να ασκήσει την πλήρη δικαιοδοσία, όσον αφορά τα εν λόγω πρόστιμα, που του παρέχει το άρθρο 172 της Συνθήκης και το άρθρο 21 του κανονισμού του 1986. Αν το Δικαστήριο δεχθεί την πρότασή μου να απορρίψει όλους τους λόγους αναιρέσεως που αφορούν τα ζητήματα της καταχρηστικής συμπεριφοράς, θα πρέπει, κατ' εμέ, να ακυρώσει και τα πρόστιμα στο σύνολό τους βάσει ενός από τους προβληθέντες λόγους.

169. Όσον αφορά τους επικουρικούς ισχυρισμούς των αναιρεσειουσών αναφορικά με τα πρόστιμα, πρέπει, πρώτον, να υπογραμμισθεί ότι της «πλήρους δικαιοδοσίας» που προβλέπεται από το άρθρο 172 της Συνθήκης και παρείχετο αρχικά στο Δικαστήριο με το άρθρο 21 του κανονισμού του 1986, όσον αφορά πρόστιμα επιβαλλόμενα βάσει αυτού του κανονισμού, απολαύει ήδη το Πρωτοδικείο. Η δικαιοδοσία αυτή παρασχέθηκε στο Πρωτοδικείο σύμφωνα με το άρθρο 168 Α της Συνθήκης και το άρθρο 3, παράγραφος 1, στοιχείο γ', της αποφάσεως 88/591/ΕΚΑΧ, ΕΟΚ, Ευρατόμ του Συμβουλίου, της 24ης Οκτωβρίου 1988, περί ιδρύσεως Πρωτοδικείου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων [111]. Κατόπιν, θα πρέπει να υπομνησθεί ότι η εξουσία του Δικαστηρίου να ελέγχει τις διαπιστώσεις στις οποίες προέβη το Πρωτοδικείο κατά την άσκηση της δικαιοδοσίας αυτής περιορίζεται σαφώς τόσο από το άρθρο 168 Α της Συνθήκης όσο και από το άρθρο 51 του Οργανισμού ΕΚ του Δικαστηρίου στον έλεγχο οποιουδήποτε νομικού σφάλματος που μπορεί να συνιστά η επικύρωση ή ακύρωση των συμπερασμάτων της Επιτροπής ως προς τα πρόστιμα. Έτσι, με την απόφαση Ferriere Nord κατά Επιτροπής, το Δικαστήριο έκρινε, απαντώντας σε ισχυρισμό περί του ότι το πρόστιμο στην υπόθεση εκείνη ήταν άδικο, ότι, όταν αποφαίνεται επί νομικών ζητημάτων, δεν πρέπει «να υποκαθιστά, για λόγους επιείκειας, το Πρωτοδικείο, όταν αποφαίνεται κατά πλήρη δικαιοδοσία επί του ύψους των προστίμων που επιβάλλονται σε επιχειρήσεις, οι οποίες

111 — ΕΕ 1988, L 319, σ. 1.

παραβιάζουν το κοινοτικό δίκαιο» [112]. Επιπλέον, έκρινε ότι η αρμοδιότητα περιορίζεται στο «να εξετάζει αν το Πρωτοδικείο απάντησε επαρκώς κατά νόμο στο σύνολο των επιχειρημάτων που προέβαλε η αναιρεσείουσα όσον αφορά την ακύρωση ή τη μείωση του προστίμου» [113].

170. Στην περίπτωση, εντούτοις, κατά την οποία το Δικαστήριο διαπιστώσει ότι υπήρξε νομικό σφάλμα που καθιστά εν μέρει μόνο πλημελή την αναιρεσιβαλλομένη απόφαση, τίθεται το περαιτέρω ζήτημα της εκτάσεως και της φύσεως αυτής της τελικής αρμοδιότητας του Δικαστηρίου. Κατά το άρθρο 54, πρώτο εδάφιο, του Οργανισμού ΕΚ του Δικαστηρίου, το Δικαστήριο, αν κρίνει την αναίρεση βάσιμη, οφείλει να αναιρέσει την απόφαση του Πρωτοδικείου, μπορεί όμως, επιπλέον, «το ίδιο να αποφανθεί οριστικά επί της διαφοράς, εφόσον είναι ώριμη προς εκδίκαση». Επομένως, κατά τη γνώμη μου, υπ' αυτές τις περιστάσεις, η πλήρης δικαιοδοσία που προβλέπει το άρθρο 172 της Συνθήκης όσον αφορά τα πρόστιμα, που αρχικώς είχε παρασχεθεί στο Δικαστήριο, αλλά μεταβιβάστηκε στο Πρωτοδικείο, αναβιώνει. Επομένως, αν το Πρωτοδικείο διαπράξει νομικό σφάλμα κατά την άσκηση της κατά το άρθρο 172 της Συνθήκης αρμοδιότητάς του, έχει ουσιώδη σημασία το Δικαστήριο, όταν θεωρεί ότι ενδείκνυται να αποφανθεί το ίδιο επί της υποθέσεως, προς το συμφέρον τόσο της οικονομίας της δίκης όσο και των δικαιωμάτων των αναιρεσειουσών, να μπορεί να ασκεί πλήρη δικαιοδοσία όσον αφορά τα πρόστιμα.

112 — Απόφαση της 17ης Ιουλίου 1997, C-219/95 P (Συλλογή 1997, σ. I-4411, σκέψη 31, στο εξής: απόφαση Ferriere Nord).

113 — Όπ.π.

Γ — *Οι ισχυρισμοί των αναιρεσειουσών*

171. Οι αναιρεσείουσες προβάλλουν από κοινού τους ακόλουθους ισχυρισμούς:

i) παραπονούνται ότι η φύση (ή σοβαρότητα) των παραβάσεων δεν ήταν τέτοια ώστε να μπορούσαν να χαρακτηρισθούν σημαντικές ή ακόμη και ως τελεσθείσες εκ προθέσεως·

ii) παραπονούνται ότι η Επιτροπή, επιβάλλοντας το πρόστιμο σ' αυτές αντί στη Cewal προσέβαλε το δικαίωμά τους άμυνας·

iii) για διαφόρους λόγους, ισχυρίζονται ότι τα πρόστιμα στηρίχθηκαν σε εσφαλμένη εκτίμηση του βαθμού αναμίξεώς τους στις μεταφορές στη γραμμή που εξυπηρετεί η Cewal·

iv) παραπονούνται ότι η συνεργασία τους με την Επιτροπή δεν ελήφθη υπόψη ως ελαφρυντική περίσταση·

v) ισχυρίζονται ότι δεν ελήφθη δεόντως υπόψη η σχετικώς σύντομη διάρκεια των παραβάσεων·

vi) προβάλλουν ότι, σε αντίθεση προς την άποψη της Επιτροπής, η προσαφθείσα συμπεριφορά δεν τους επέτρεψε να διατηρήσουν σημαντικό μερίδιο αγοράς·

vii) παραπονούνται ότι δεν ελήφθη επαρκώς υπόψη ως ελαφρυντική περίσταση το γεγονός ότι για πρώτη φορά σημειώθηκαν οι παραβάσεις αυτές·

viii) τέλος, υποστηρίζουν ότι το ρυθμιστικό πλαίσιο της Ogefrem έπρεπε επίσης να ληφθεί υπόψη.

Περαιτέρω, η CMB ισχυρίζεται επίσης ότι το πρόστιμο που της επιβλήθηκε ήταν άνευ προηγουμένου υψηλό, διότι της επιβλήθηκε κακώς προκειμένου να επιτευχθεί μια αναγόμενη σε άσκηση πολιτικής ισορροπία με το πρόστιμο που επιβλήθηκε με άλλη απόφαση της Επιτροπής σε άλλη εταιρία μέλος της διασκέψεως. Τέλος, οι αναιρεσείουσες ισχυρίζονται, πράγμα που αποτελεί κατ' ουσίαν αυτοτελή ισχυρισμό, ότι το επιτόκιο (13,25 %) που επιβλήθηκε με το άρθρο 7 της αποφάσεως, σε περίπτωση μη καταβολής των προστίμων εντός τριών μηνών από της κοινοποιήσεως της Επιτροπής, ήταν υπερβολικά υψηλό.

Δ — *Ανάλυση*

172. Δεδομένου ότι συμφωνώ με την Επιτροπή ότι πολλά από τα επιχειρήματα που ανέπτυξαν οι αναιρεσείουσες ως προς τους διαφόρους ισχυρισμούς που αφορούν τα πρόστιμα σκοπούν κατ' ουσία στην επανεξέταση των εκ μέρους του Πρωτοδικείου διαπιστώσεων των πραγματικών περιστατικών ή είναι προδήλως αβάσιμα, δεν θα εξετάσω λεπτομερώς όλα αυτά τα σημεία.

i) Προσβολή του δικαιώματος άμυνας

173. Οι αναιρεσείουσες ισχυρίζονται ότι το Πρωτοδικείο υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο δεχόμενο ότι ορθώς η Επιτροπή τους επέβαλε πρόστιμα παρά το ότι η γνωστοποίηση των αιτιάσεων απειλούσε την επιβολή προστίμων μόνο στη Cewal, όχι όμως σε οποιοδήποτε από τα μέλη της. Στη σκέψη 232 της αποφάσεώς του το Πρωτοδικείο έκρινε ως εξής:

«Δεύτερον, ως προς τον υπολογισμό του προστίμου, το Πρωτοδικείο φρονεί ότι, ελλείψει νομικής προσωπικότητας της διασκέψεως, η Επιτροπή είχε τη δυνατότητα να επιβάλει πρόστιμο στα μέλη της Cewal αντί στην ίδια τη διάσκεψη. Συναφώς, πρέπει να υπογραμμισθεί ότι, πλην της Cewal, κάθε μέλος της διασκέψεως ήταν αποδέκτης της

γνωστοποιήσεως των αιτιάσεων. Υπ' αυτές τις συνθήκες, και ενόψει της ελλείψεως νομικής προσωπικότητας της Cewal, το Πρωτοδικείο φρονεί ότι, ακόμη και αν η γνωστοποίηση των αιτιάσεων δεν ανέφερε τη δυνατότητα επιβολής προστίμου στη Cewal για τις καταχρηστικές πρακτικές, οι προσφεύγουσες δεν μπορούσαν να αγνοούν ότι διέτρεχαν τον κίνδυνο να επιβληθεί ενδεχομένως πρόστιμο σ' αυτές αντί στη διάσκεψη.»

174. Οι αναιρεσείουσες ισχυρίζονται ότι, αν η Επιτροπή δεν σκόπευε να επιβάλει πρόστιμα στη Cewal επειδή αυτή δεν είχε νομική προσωπικότητα, θα έπρεπε να τους είχε πει ότι τα πρόστιμα θα επιβάλλονταν σ' αυτές. Αναφέρονται στην ακόλουθη ζημία η οποία, κατ' αυτές, προκλήθηκε από την παράλειψη αυτή:

— αν το πρόστιμο είχε επιβληθεί στη Cewal, θα μπορούσε να στηριχθεί μόνο στον κύκλο εργασιών της Cewal και όχι στον κύκλο εργασιών των μελών της. Ο πρώτος, δεδομένου ότι αφορούσε μόνο τις θαλάσσιες διαδρομές του Ζαΐρ, ήταν μικρότερος από τον δεύτερο·

— ενώ το πρόστιμο θα καταβαλλόταν τελικώς από κάθε ένα από τα μέλη της Cewal, οι συνεισφορές τους θα ήταν ανάλογες προς το μερίδιό τους στην κοινοπραξία [114].

— η CMB δεν είχε ειδοποιηθεί ότι θα εξατομικευόταν προκειμένου να υποστεί ένα δυσανάλογο μέρος του προστίμου λόγω του ιδιαίτερου ενεργού ρόλου της στο πλαίσιο της καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως.

Οι αναιρεσείουσες καταλήγουν ότι η Επιτροπή δεν τήρησε τη βασική επιταγή κατά την οποία η γνωστοποίηση των αιτιάσεων πρέπει να πληροφορεί τα μέρη για τις αιτιάσεις που διατυπώνονται κατ' αυτών και, ειδικότερα, ποιο απ' αυτά φέρει το χρηματοοικονομικό βάρος του επιβαλλομένου προστίμου [115].

175. Η Επιτροπή δεν ισχυρίζεται ότι τα μέλη της Cewal έλαβαν γνώση για τα πρόστιμα, αλλά υποστηρίζει ότι θα έπρεπε να είναι σαφές στις αναιρεσείουσες «ότι σε όλα τα σημεία της γνωστοποιήσεως των αιτιάσεων η "Cewal" θεωρούνταν ως όμιλος των επιχειρήσεων που αποτελούν τη διάσκεψη», δεδομένου ότι κατάλογος των μελών της ήταν προσαρτημένος στη γνωστοποίηση των αιτιάσεων. Η Επιτροπή προβάλλει επίσης ότι το Πρωτοδικείο ορθώς δέχτηκε ότι δεν θα είχε νόημα η επιβολή προστίμου στη Cewal, καθόσον αυτή δεν είχε νομική προσωπικότητα. Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι είναι «εξαιρετικά απίθανο» να ήταν «τόσο απλοϊκοί ώστε να αιφνιδιαστούν από την επιβολή προστίμου (...)». Επιπροσθέτως, η Επιτροπή υποστηρίζει ότι, επειδή αντιμετωπιζόταν η

114 — Στην αίτησή της αναιρέσεως η CMB υπογραμμίζει ότι το πρόστιμο που της επιβλήθηκε δεν μπορούσε κατά συνέπεια να αντιστοιχεί στο 95 % του συνόλου.

115 — Παραθέτουν μεταξύ άλλων, τις αποφάσεις της 23ης Απριλίου 1994, T-39/92 και T-40/92, CB και Europay κατά Επιτροπής (Συλλογή 1994, σ. II-49), και της 28ης Απριλίου 1994, T-38/92, AWS Benelux κατά Επιτροπής (Συλλογή 1994, σ. II-211).

επιβολή προστίμων στα μέλη της Cewal έναντι των αναφερόμενων στη γνωστοποίηση των αιτιάσεων παραβάσεων του άρθρου 85, τα μέλη της Cewal γνώριζαν ότι θα επιβαλλόταν πρόστιμο σε καθένα απ' αυτά.

176. Κατά τη γνώμη μου, το Πρωτοδικείο κακώς εξέλαβε ότι η Επιτροπή μπορούσε να επιβάλει πρόστιμο στα μέλη της Cewal επειδή η Cewal δεν είχε νομική προσωπικότητα και επειδή κάθε ένα από τα μέλη ήταν αποδέκτης της γνωστοποιήσεως των αιτιάσεων. Αυτό το νομικό σφάλμα απορρέει από την πεπλανημένη του κρίση ότι οι προσφεύγουσες δεν μπορούσαν να μη γνωρίζουν ότι διέτρεχαν τον κίνδυνο επιβολής προστίμου.

177. Είναι βέβαιον ότι αντίγραφο της γνωστοποιήσεως των αιτιάσεων εστάλη στις αναιρεσείουσες, αν και μόνον τρεις μήνες αφότου εστάλη στην Cewal. Το πραγματικό ζήτημα, πάντως, είναι αν οι αναιρεσείουσες ειδοποιήθηκαν προσηκόντως, μέσω του αντιγράφου της γνωστοποιήσεως των αιτιάσεων, την οποία τελικά παρέλαβαν μαζί με ένα συνοδευτικό έγγραφο το οποίο δεν προσέθετε τίποτε στο περιεχόμενο της γνωστοποιήσεως αυτής, ότι θα μπορούσαν να υποστούν ατομικώς την επιβολή προστίμων τα οποία κατά τη γνωστοποίηση των αιτιάσεων θα επιβάλλονταν μόνο στην Cewal, με όλες τις συνέπειες που θα απέρρεαν ως προς τον υπολογισμό του ύψους των προστίμων.

178. Πρώτον, δεν δέχομαι ότι η Επιτροπή έπρεπε να κάνει υποθέσεις ως προς ένα τόσο σημαντικό ζήτημα. Το Δικαστήριο κρίνει παγίως ότι «στη γνωστοποίηση αιτιάσεων πρέπει να αναφέρονται σαφώς όλα τα ουσιώδη στοιχεία, επί των οποίων στηρίζεται η Επιτροπή σ' αυτό το στάδιο της διαδικασίας» [116]. Η ουσιώδης διαδικαστική εξασφάλιση που παρέχει η γνωστοποίηση των αιτιάσεων αποτελεί εφαρμογή «μια[ς] θεμελιώδ[ους] αρχή[ς] και κοινοτικού δικαίου που απαιτεί τον σεβασμό των δικαιωμάτων του αμυνομένου σε κάθε διαδικασία» [117]. Καίτοι δεν έχουν ποινικό χαρακτήρα [118], τα πρόστιμα δρουν ως κύρωση. Κατά συνέπεια, η Επιτροπή υποχρεούται αυστηρώς να γνωστοποιεί σαφώς στις επιχειρήσεις ότι μπορεί να υποστούν την επιβολή προστίμων.

179. Δεύτερον, πρέπει να υπομνησθεί ότι το άρθρο 19, παράγραφος 2, του κανονισμού του 1986, όπως και το αντίστοιχό του άρθρο 15, παράγραφος 2, του κανονισμού του 17, παρέχει στην Επιτροπή την εξουσία να επιβάλλει πρόστιμα τόσο σε επιχειρήσεις όσο και σε «ενώσεις επιχειρήσεων». Μια ναυτιλιακή διάσκεψη, όπως η Cewal, αποτελεί σαφώς μια τέτοια ένωση. Ομοίως, είναι σαφές ότι οι αφορώντες τον ανταγωνισμό κανόνες της Συνθήκης έχουν γενικώς εφαρμογή σε ενώσεις επιχειρήσεων [119] και ότι οι ενώσεις αυτές ρητώς υπόκεινται στην ελεγ-

116 — Απόφαση της 7ης Ιουνίου 1983, 100/80 και 103/80, Musique Diffusion française κ.λπ. κατά Επιτροπής (Συλλογή 1983, σ. 1825, σκέψη 14).

117 — Όπ.π., σκέψη 10.

118 — Βλ., συναφώς, το άρθρο 19, παράγραφος 4, του κανονισμού του 1986.

119 — Βλ., παραδείγματος χάρη, την απόφαση της 8ης Νοεμβρίου 1983, 96/82 έως 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 και 110/82, IAZ κ.λπ. κατά Επιτροπής (Συλλογή 1983, σ. 3369, σκέψη 20).

κτική εξουσία της Επιτροπής, η οποία περιλαμβάνει και την επιβολή προστίμων [120]. Η Επιτροπή ανέφερε ως έναν από τους λόγους για την επιβολή προστίμου στα μέλη της Cewal ότι δεν έχει νομική προσωπικότητα. Ούτε η Επιτροπή ούτε το Πρωτοδικείο είπαν ότι τα πρόστιμα δεν μπορούν να επιβάλλονται σε ενώσεις που δεν έχουν την εταιρική μορφή, διότι φυσικά αυτό είναι δυνατό [121]. Από την άποψη των μελών της Cewal, αρκεί να λεχθεί ότι δεν υπήρχε λόγος να μην πάρουν κατά γράμμα τη γνωστοποίηση των αιτιάσεων, υπό την έννοια ότι εξέφραζε την πρόθεση επιβολής προστίμου στη Cewal, και δεν βλέπω να υφίσταται κανένας λόγος για τον οποίο η Επιτροπή θα απαλλασσόταν απ' αυτό που θεωρώ ως μια αυστηρή υποχρέωση. Το Πρωτοδικείο, με την απόφαση AWS Benelux κατά Επιτροπής, ακύρωσε πρόστιμα διότι «η Επιτροπή δεν διευκρίνισε, παρά την ενώπιόν της αμφισβήτηση, τη θέση της επί του ζητήματος του καταλογισμού της φερομένης παραβάσεως» [122], καίτοι η απόφασή του αυτή στηριζόταν στη διαπίστωση ανεπαρκούς αιτιολογίας της αποφάσεως παρά στην προσβολή των δικαιωμάτων άμυνας.

180. Τρίτον, η έλλειψη γνωστοποιήσεως στα επί μέρους μέλη της Cewal της πιθανότητας αυτής επιβολής προστίμου δεν αποτελεί τυπικό απλώς ελάττωμα. Η CMB, ειδικότερα, είναι σε θέση να αποδείξει συγκεκριμένη ζημία. Οι αναιρεσείουσες τόνισαν με το υπόμνημά τους απαντήσεως, χωρίς να αντικρουστούν στο σημείο αυτό από την Επιτροπή, ότι, αν ο κύκλος εργασιών των μελών της Cewal στις εν λόγω θαλάσσιες διαδρομές (22 171 εκατομμύρια ECU το 1991) είχε ληφθεί υπόψη ως σημείο αναφοράς για τον υπολογισμό του μέγιστου ύψους του προστίμου (10 %) που μπορούσε να επιβληθεί βάσει του άρθρου 19, παράγραφος 2, του κανονισμού του 1986, το συνολικό πρόστιμο θα ήταν πολύ χαμηλότερο. Πράγματι, δεν θα είχε υπερβεί το ένα τέταρτο του υφισταμένου προστίμου. Καθόσον η Επιτροπή είχε την πρόθεση να κατανείμει τα πρόστιμα με βάση την ατομική ευθύνη, οι επιχειρήσεις αυτές θα έπρεπε, τουλάχιστον, να έχουν ειδοποιηθεί ότι, ως διαφορετικά της Cewal πρόσωπα, δεν θα μπορούσαν να υποστούν την επιβολή προστίμου.

181. Δεδομένου ότι η Επιτροπή παρέβη μία θεμελιώδη επιταγή, προτείνω να αναιρεθεί η απόφαση του Πρωτοδικείου με την οποία επικύρωσε την απόφαση της Επιτροπής, καθόσον αφορά τα επιβληθέντα στις αναι-

120 — Βλ. το άρθρο 18, παράγραφος 1, του κανονισμού του 1986, και παραδείγματος χάρη, την απόφαση της 22ας Οκτωβρίου 1997, T-213/95 και T-18/96, SCK και FNK κατά Επιτροπής (Συλλογή 1997, σ. II-1739, σκέψεις 253 και 254). Συναφώς, βλ. επίσης την πρόσφατη ανακοίνωση της Επιτροπής «Κατευθυντήριες γραμμές για τον υπολογισμό των προστίμων που επιβάλλονται δυνάμει του άρθρου 15, παράγραφος 2, του κανονισμού του 17 και του άρθρου 65, παράγραφος 5, της Συνθήκης ΕΚΑΧ» (ΕΕ 1998, C 9, σ. 3, ειδικότερα σημείο 5, στοιχείο γ').

121 — Στην απόφαση IAZ κ.λπ. κατά Επιτροπής (προπαρατεθείσα απόφαση στην υποσημείωση 119), το Δικαστήριο έκρινε ότι μία ένωση μη κερδοσκοπικού σκοπού (ANSEAU), που περιελάμβανε 31 βελγικές επιχειρήσεις διανομής ύδατος και είχε ως σκοπό «να υπερασπίζει τα κοινά συμφέροντα [των επιχειρήσεων αυτών]» (σκέψη 3), μπορούσε πράγματι να υποστεί την επιβολή προστίμου όσον αφορά τις συστάσεις στις οποίες προέβαινε προκειμένου οι επιχειρήσεις μέλη της ενώσεως να μη συνδέουν στο δίκτυο διανομής ύδατος παρά μόνον «εγκεκριμένα» πλυντήρια. Πράγματι, το κύριο πρόστιμο επιβλήθηκε στην ένωση. Με την απόφαση της 11ης Ιουλίου 1989, 246/86, Belasco κ.λπ. κατά Επιτροπής (Συλλογή 1989, σ. 2117), η Belasco, μία ένωση Βέλγων παραγωγών ασφαλτούχων επενδύσεων, και επτά από τα μέλη της τιμωρήθηκαν με πρόστιμο επειδή προέβησαν στην εκτέλεση μιας συμβάσεως που αφορούσε τις τιμές και τους όρους πωλήσεως. Το πρόστιμο των 15 000 ECU που επιβλήθηκε στην Belasco υπολογίστηκε βάσει του ετήσιου κύκλου εργασιών της (σκέψη 65 και 66).

122 — Προπαρατεθείσα απόφαση στην υποσημείωση 115, σκέψη 27.

ρεσείουσες πρόστιμα, και, επιπλέον, να ακυρωθεί η απόφαση της Επιτροπής όσον αφορά τα πρόστιμα αυτά.

ii) Άλλοι ισχυρισμοί

182. Εκτός από τα προεκτεθέντα, οι αναιρεσείουσες διατύπωσαν πολλούς ισχυρισμούς, υπό διαφορετικούς τίτλους, προς στήριξη της αιτήσεώς τους αναιρέσεως όσον αφορά τα επιβληθέντα πρόστιμα. Τα σημεία αυτά αποτελούν ως επί το πλείστον επανάληψη των επιχειρημάτων που είχαν διατυπωθεί ενώπιον του Πρωτοδικείου και λεπτομερή επιχειρήματα για τα πραγματικά περιστατικά. Η λεπτομερής εξέταση όλων αυτών των σημείων θα επιμήκυνε τις ήδη μακρές αυτές προτάσεις. Έχοντας δεχθεί το βάσιμο του επιχειρήματος που διατύπωσαν οι αναιρεσείουσες υπό τον δεύτερο τίτλο, νομίζω ότι δεν χρειάζεται να διευκρινίσω σημείο προς σημείο κάθε ένα από τα άλλα επιχειρήματα, ιδίως εφόσον, αφού τα έχω εξετάσει, θεωρώ ότι, ανεξαιρέτως, στερούνται ερείσματος.

183. Κατά τη γνώμη μου, η σωστή προσέγγιση είναι να εξετασθεί αν υφίσταται οποιοδήποτε νομικό σφάλμα στην αναιρεσιβαλλομένη απόφαση. Διαφορετικά, το Δικαστήριο θα πρέπει να εφαρμόσει το κριτήριο που διατύπωσε στην απόφαση Ferriere Nord [123]. Δεν χρειάζεται να επαναληφθεί λεπτομερώς η εξέταση καθενός από τα επιχειρήματά τους.

123 — Προπαρατεθείσα απόφαση στην υποσημείωση 112.

184. Θα πρέπει να θεωρηθεί αφεαυτού επαρκές ότι το Πρωτοδικείο άσκησε την πλήρη δικαιοδοσία που του παρέχει η Συνθήκη και εξέτασε προσηκόντως όλα τα πραγματικά και νομικά ζητήματα που ανέκυψαν στο πλαίσιο των ισχυρισμών που διατυπώθηκαν κατά των προστίμων. Νομίζω ότι είναι σαφές, όπως προκύπτει από τις σκέψεις 208 έως 251 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, ότι το Πρωτοδικείο εξέτασε προσεκτικά, στο απαιτούμενο μέτρο, την επιβολή, το ύψος και την κατανομή των προστίμων. Προτίθεμαι να εξετάσω με μεγάλη συντομία δύο μόνο ζητήματα, δηλαδή τη σοβαρότητα και το καινοφανές της παραβάσεως που αναγνωρίστηκαν ότι, αντιστοίχως, κατέστησαν αυστηρότερη ή επιεικέστερη την επιβολή των προστίμων. Κατά τα λοιπά, τα επιχειρήματα αφορούν κατά το πλείστον την κατά διακριτική ευχέρεια επιβολή των προστίμων βάσει εκτιμήσεως πραγματικών περιστατικών (π.χ. της προβαλλόμενης δυσμενούς διακρίσεως κατά την κατανομή των προστίμων μεταξύ των μελών της Cewal).

185. Πρώτον, οι αναιρεσείουσες βάλλουν κατά της κρίσεως ότι οι παραβάσεις ήταν ιδιαίτερα σοβαρού χαρακτήρα. Η αναιρεσιβαλλομένη απόφαση ορθώς απέρριψε το επιχείρημα αυτό (σκέψη 231) λόγω του ότι «οι πρακτικές αυτές τέθηκαν σε εφαρμογή με σκοπό τον εξοβελισμό του μοναδικού ανταγωνιστή που υπήρχε στην αγορά». Οι αναιρεσείουσες δεν αμφισβητούν το εσκεμμένο της συμπεριφοράς τους, πλην όμως επικαλούνται και πάλι τον προβαλλόμενο μη καταχρηστικό χαρακτήρα της ασκήσεως πιέσεως στον Ogefrem, της πρακτικής των μαχητικών πλοίων και των εκπτώσεων πίστεως. Κατά τη γνώμη μου, ο λόγος αυτός αναιρέσεως είναι αβάσιμος.

186. Δεύτερον, οι αναιρεσείουσες ισχυρίζονται ότι το Πρωτοδικείο δεν έδωσε την πρέ-

πουσα σημασία στον φερόμενο καινοφανή χαρακτήρα κάθε μιας από τις προσαπτόμενες καταχρηστικές ενέργειες ενόψει των πτυχών που συνδέονται με τα ουσιαστικά επιχειρήματα που διατυπώνονται κάτω από κάθε τίτλο. Στις πτυχές αυτές περιλαμβάνεται ειδικότερα: η συνδεόμενη με τον Ogefrem καταχρηστική συμπεριφορά είναι η πρώτη περίπτωση καταχρηστικής συμπεριφοράς υπό τη μορφή ασκήσεως πιέσεως σε μια ξένη κυβέρνηση· η πρακτική των «μαχητικών πλοίων» συνεπάγεται διεύρυνση της έννοιας των ληστρικών τιμών· οι εκπτώσεις πίστεως συνεπάγονται ένα νέο πρόβλημα ερμηνείας του κανονισμού του 1986.

187. Όσον αφορά το ζήτημα του καινοφανούς των καταχρηστικών ενεργειών, το Πρωτοδικείο ορθώς υπογραμμίζει ότι «ο στόχος των προσαπτομένων καταχρηστικών πρακτικών, ήτοι ο εξοβελισμός του μοναδικού ανταγωνιστή στην αγορά, δεν αποτελεί κάτι το καινούργιο στο δίκαιο ανταγωνισμού» (σκέψη 248). Οι αναιρεσείουσες δεν απέδειξαν ότι το συμπέρασμα αυτό είναι νομικώς εσφαλμένο. Νομίζω ότι το Πρωτοδικείο, αφού υπενθύμισε την «πλήρη δικαιοδοσία», απάντησε επί επαρκούς νομικής βάσεως στα σχετικά επιχειρήματα. Επιπλέον, νομίζω το Πρωτοδικείο ορθώς θεώρησε άνευ σημασίας κάθε στοιχείο αναφορικά με το καινοφανές σε σχέση με τις επί μέρους καταχρηστικές ενέργειες υπό το φως του σαφώς αντιθέτου προς τον ανταγωνισμό και επιδιώκοντας τον αποκλεισμό του σκοπού αυτού [124].

124 — Ιδιαίτερο έρεισμα για το συμπέρασμα αυτό ανευρίσκω στην απόφαση Tetra Pak II (προαναφερθείσα απόφαση στην υποσημείωση 56). Η απόφαση αυτή αφορούσε την εφαρμογή του άρθρου 86 σε καταχρηστικές εκμεταλλεύσεις εκ μέρους δεσπόζουσας επιχειρήσεως στην οικεία αγορά στην οποία είχε κυριαρχη αλλά όχι δεσπόζουσα θέση. Η Tetra Pak ισχυρίστηκε ότι το καινοφανές της εφαρμογής αυτής θα συνιστούσε ελαφρυντικό λόγο. Εντούτοις, το Δικαστήριο επικύρωσε την απόρριψη του επιχειρήματος αυτού από το Πρωτοδικείο, καθόσον αυτό ορθώς στήριξε την απόφασή του στο γεγονός ότι η Tetra Pak «δεν ήταν δυνατό να αγνοεί ότι οι επίμαχες πρακτικές ήταν αντίθετες προς τους κανόνες Συνθήκης» και στον «πρόδηλο [(...) χαρακτήρα (...)] και [την] ιδιαίτερη βαρύτητα των περιορισμών του ανταγωνισμού, που προέκυψαν από τις επίμαχες καταχρηστικές εκμεταλλεύσεις», σκέψη 48.

188. Είχα ορισμένους δισταγμούς ως προς το περαιτέρω συμπέρασμα του Πρωτοδικείου (σκέψη 248) ότι δεν μπορεί να προσδοθεί στην έννοια της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως ο χαρακτηρισμός του καινοφανούς. Η απόφαση της Επιτροπής που αφορούσε το ιταλικό επίπεδο γυαλί [125], που παρατέθηκε προς απόρριψη του καινοφανούς χαρακτήρα αυτής της έννοιας, δημοσιεύθηκε πολύ μετά τη συσσώρευση των καταχρηστικών πρακτικών που αποτελούσαν το αντικείμενο της υπό κρίση υποθέσεως. Εξάλλου, η ελπίδα ή η υπόθεση ενός ομίλου επιχειρήσεων που επιδίδεται σε συμπεριφορά ληστρικών τιμών προς τον σκοπό αποκλεισμού του ανταγωνισμού ως προς το ότι το κοινοτικό δίκαιο είναι δυνατό να μην έχει εφαρμογή συλλογικώς σ' αυτές ελάχιστη σημασία έχει έναντι της σημαντικότατης φύσεως της εν λόγω καταχρηστικής δραστηριότητας. Κατά συνέπεια, δεν νομίζω ότι το Πρωτοδικείο υπέπεσε εν προκειμένω σε νομικό σφάλμα και προτείνω την απόρριψη αυτού του λόγου αναιρέσεως.

iii) Το επιτόκιο

189. Οι αναιρεσείουσες βάλλουν κατά της απορρίψεως από το Πρωτοδικείο του ισχυρισμού τους ότι η Επιτροπή εσφαλμένως, στο άρθρο 7 της αποφάσεως, καθόρισε το επιτόκιο για τους τόκους που θα έπρεπε να πληρωθούν σε περίπτωση καθυστερημένης καταβολής των προστίμων που επιβλήθηκαν με την απόφαση, λαμβάνοντας ως σημείο αναφοράς το «επιτόκιο που εφαρμόζεται από το Ευρωπαϊκό Ταμείο Νομισματικής Συνεργασίας στις πράξεις που εκτελεί σε

125 — Απόφαση 89/93/ΕΟΚ της Επιτροπής, της 7ης Δεκεμβρίου 1988, σχετική με μια διαδικασία εφαρμογής των άρθρων 85 και 86 της Συνθήκης ΕΟΚ (IV/31.906, Verre plat) (ΕΕ 1989, L 33, σ. 44).

ECU την πρώτη εργάσιμη ημέρα του μήνα κατά τη διάρκεια του οποίου εκδόθηκε η παρούσα απόφαση, προσαυξημένο κατά 3,5 ποσοστιαίες μονάδες, δηλαδή 13,25 %». Κατά τις αναιρεσείουσες, το ποσοστό αυτό είναι ασυνήθιστα υψηλό. Ενώπιον του Πρωτοδικείου ισχυρίστηκαν ότι, ενόψει των επιτοκίων (προφανώς για καταθέσεις) που μπορούσαν ενδεχομένως να επιτευχθούν για το ECU κατά τον χρόνο των υπό κρίση περιστατικών, η επιλογή του επιτοκίου στην οποία θα προέβαινε το Πρωτοδικείο θα ήταν καταλληλότερη. Το Πρωτοδικείο έκρινε (σκέψη 250) ότι «οι προσφεύγουσες δεν προσκόμισαν κανένα στοιχείο που να αποδεικνύει ότι η Επιτροπή (...) διέπραξε κάποιο σφάλμα».

190. Δεν είμαι βέβαιος ότι με την προσέγγιση αυτή λαμβάνεται επί επαρκούς νομικής βάσεως θέση έναντι των επιχειρημάτων που προέβαλαν οι προσφεύγουσες όσον αφορά τις πρόσθετες τρισήμισι ποσοστιαίες μονάδες. Η Επιτροπή σαφώς διαθέτει περιθώρια εκτιμήσεως κατά τον καθορισμό του κατάλληλου επιτοκίου. Κατάλληλο επιτόκιο εξασφαλίζει το ότι οι επιχειρήσεις δεν επιδίδονται σε παρελκυστικές μεθόδους. Εξάλλου, το καθοριζόμενο επιτόκιο δεν πρέπει να είναι τόσο υψηλό ώστε πράγματι να αναγκάζει επιχειρήσεις να καταβάλλουν πρόστιμα, ακόμα και όταν θεωρούν ότι έχουν σοβαρούς νομικούς λόγους για να προσβάλλουν το κύρος της αποφάσεως της Επιτροπής [126]. Νομίζω ότι η Επιτροπή, όταν καθορίζει το επιτόκιο των καθυστερούμενων τόκων, μπορεί να υιοθετήσει ένα σημείο αναφοράς σε υψηλότερο επίπεδο, αναγκαίο προς αποθάρρυνση μιας παρελκυστικής συμπεριφοράς, από το μέσο επιτόκιο χορηγήσεως δανείου που ισχύει στην αγορά. Πάντως, η αύξηση κατά τρισήμισι ποσοστιαίες μονάδες ενός ήδη υψηλού επιτοκίου, χωρίς καμία διευκρίνιση, είναι ανεπίτρεπτη.

191. Θεωρώ ότι το Πρωτοδικείο, επικυρώνοντας επί του σημείου αυτού την απόφαση της Επιτροπής, χωρίς να εξετάσει αν η Επιτροπή είχε οποιοδήποτε νόμιμο ή άλλον πειστικό λόγο για την εφαρμογή του πρόσθετου αυτού ποσού, πλανήθηκε περί το δίκαιο και η απόφασή του πρέπει να αναιρεθεί ως προς το σημείο αυτό.

Ε — *Σύνοψη των πορισμάτων μου που προτείνω στο Δικαστήριο*

192. Για τους λόγους που εξέθεσα (σημεία 173 έως 181), έχω τη γνώμη ότι τα πρόστιμα που επιβλήθηκαν στη CMB και στην Dafra σύμφωνα με το άρθρο 6 της αποφάσεως πρέπει να ακυρωθούν, δεδομένου το Πρωτοδικείο εσφαλμένως απέρριψε τον ισχυρισμό ότι η Επιτροπή δεν σεβάστηκε το δικαίωμα άμυνας των αναιρεσειουσών όσον αφορά την επιβολή των προστίμων αυτών. Επιπλέον, αν και προτείνω την απόρριψη όλων των άλλων ισχυρισμών που διατυπώθηκαν σε σχέση με τα πρόστιμα, θεωρώ ότι το Πρωτοδικείο επίσης πλανήθηκε περί το δίκαιο διατηρώντας το επίπεδο του επιτοκίου που επιβλήθηκε με το άρθρο 7 της αποφάσεως σε περίπτωση καθυστερημένης καταβολής των επιβληθέντων προστίμων.

126 — Με την απόφαση της 25ης Οκτωβρίου 1983, 107/82, AEG κατά Επιτροπής (Συλλογή 1983, σ. 3151, σκέψη 141), το Δικαστήριο, απέρριψε το επιχείρημα της προσφεύγουσας ότι «υποχρέωση καταβολής τόκων υπερημερίας δεν βρίσκει κανένα έρεισμα στο κοινοτικό δίκαιο» και έκρινε ότι οι τόκοι αυτοί ήταν αναγκαίοι για να αποθαρρύνουν «την άσκηση προφανώς αβάσιμων προσφυγών των οποίων ο αποκλειστικός σκοπός θα συνίσταται στην καθυστέρηση της πληρωμής του προστίμου». Βλ. επίσης την απόφαση CB και Europay κατά Επιτροπής (προπαρατεθείσα απόφαση στην υποσημείωση 115, σκέψεις 48 και 49).

VII — Η ΕΣΔΑ

193. Οι αναιρεσείουσες ισχυρίζονται επίσης, με δύο αυτοτελείς λόγους αναιρέσεως, ότι «οι πολυάριθμες αβεβαιότητες και οι μεταβολές στη διατύπωση των αιτιάσεων» που διατυπώθηκαν κατ' αυτών και για τις οποίες, όπως υποστηρίζουν, ευθύνονται εν προκειμένω τόσο το Πρωτοδικείο όσο και η Επιτροπή, καθώς και το γεγονός ότι το Πρωτοδικείο στηρίχθηκε σ' αυτό που οι αναιρεσείουσες περιγράφουν ως καινοφανείς καταχρηστικές εκμεταλλεύσεις, ισοδυναμούν με παραβίαση εκ μέρους του Πρωτοδικείου των αρχών που αναγνωρίζονται με τα άρθρα 6, παράγραφος 3, και 7 παράγραφος 1, της ΕΣΔΑ [127].

194. Για τους λόγους που έχω ήδη εκθέσει ανωτέρω στα τμήματα V και VI και βάσει των οποίων δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι προσβλήθηκε ποικιλοτρόπως το δικαίωμα άμυνας, όπως ισχυρίζονται οι αναιρεσείουσες, δεν δέχομαι (διαφορετικά από ό,τι ως προς την παράλειψη της Επιτροπής να γνωστοποιήσει την πρόθεσή της να επιβάλει πρόστιμα στα μέλη της Cewal) ότι η Επιτροπή ή το Πρωτοδικείο παρέβησαν την υποχρέωση — που παραδέχομαι ότι απορρέει τόσο από τις γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου όσο και από το άρθρο 6, παράγραφος 3, της ΕΣΔΑ — κατά την οποία ο κατηγορούμενος για συμπεριφορά η οποία, καίτοι όχι ποινικού χαρακτήρα, ενδεχομένως συνεπάγεται για αυτόν τον κίνδυνο επιβολής κυρώσεων, πρέπει να πληροφορείται σαφώς τη φύση των αιτιάσεων που διατυπώνονται κατ' αυτού.

195. Όσον αφορά την αρχή *nullum crimen, nulla poena sine lege*, θεωρώ, για τους λόγους που εξέθεσα ανωτέρω στο τμήμα VI και βάσει των οποίων πρέπει να απορριφθούν οι διάφοροι ισχυρισμοί των αναιρεσειουσών, ότι ο χαρακτηρισμός της συμπεριφοράς τους ως καταχρηστικής αποτελούσε καινοφανές στοιχείο και, επομένως, δεν μπορούσε λογικά να προβλεφθεί από αυτές ότι ουδόλως το Πρωτοδικείο παραβίασε την αρχή αυτή και ούτε, κατά συνέπεια, το άρθρο 7, παράγραφος 1, της ΕΣΔΑ.

VIII — Δικαστικά έξοδα

196. Εν προκειμένω, δεδομένου ότι, κατά τη γνώμη μου, πρέπει να απορριφθούν όλοι οι ισχυρισμοί των αναιρεσειουσών που αφορούν την ορθότητα της αποφάσεως του Πρωτοδικείου που επικύρωσε την απόφαση της Επιτροπής καθώς και το μεγαλύτερο μέρος των ισχυρισμών τους που αφορούν τα πρόστιμα, θεωρώ, για τους σκοπούς των άρθρων 69 και 122 του Κανονισμού Διαδικασίας του Δικαστηρίου, ότι είναι πράγματι οι διάδικοι ηττηθέντες και, κατά συνέπεια, προτείνω στο Δικαστήριο να καταδικαστούν στα δικαστικά έξοδα της αναιρεσίβλητης καθώς και των παρεμβαινόντων.

127 — Το άρθρο 6, παράγραφος 3, προβλέπει ότι «παν πρόσωπον κατηγορουμενον επί αδικήματι» έχει δικαίωμα «όπως πληροφορηθεί, εν τη βραχυτέρα προθεσμία (...) την φύση και τον λόγον της εναντίον του κατηγορίας», ενώ κατά το άρθρο 7, παράγραφος 1, «Ουδείς δύναται να καταδικασθεί διά πράξιν ή παράλειψιν, η οποία καθ' ην στιγμήν διεπράχθη δεν απετέλει αδίκημα συμφώνως προς το εθνικό ή διεθνές δίκαιο (...)».

IX — Πρόταση

197. Ενόψει του συνόλου των προεκτεθέντων προτείνω, πρώτον, στο Δικαστήριο:

— να αναιρέσει την απόφαση του Πρωτοδικείου, καθόσον με αυτήν επικυρώθηκαν τα πρόστιμα που επιβλήθηκαν στις αναιρεσείουσες καθώς και το συνακόλουθο επιτόκιο για τους καθυστερούμενους τόκους·

— να ακυρώσει τα άρθρα 6 και 7 της αποφάσεως 93/82/ΕΟΚ της Επιτροπής, της 23ης Δεκεμβρίου 1992, περί διαδικασίας εφαρμογής του άρθρου 85 της Συνθήκης ΕΟΚ (IV/32.448 και IV/32.450: Cewal, Cowac και Ukwal) και του άρθρου 86 της Συνθήκης ΕΟΚ (IV/32.448 και IV/32.450: Cewal), καθόσον τα άρθρα αυτά αφορούν τις αναιρεσείουσες.

Κατά τα λοιπά, προτείνω στο Δικαστήριο:

— να απορρίψει τις αιτήσεις αναιρέσεως στο σύνολό τους·

— να καταδικάσει τις αναιρεσείουσες στα δικαστικά έξοδα της αναιρεσίβλητης και των Grimaldi & Cobelfret, παρεμβαινόντων.