ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ GIUSEPPE TESAURO της 6ης Φεβρουαρίου 1997 *

Περιεχόμενα

Ο κανονισμός: γένεση και περιεχόμενο ..... I - 1383

Η διαδικασία και η απόφαση ..... I - 1387

Οι δύο προσφυγές: όροι υπό τους οποίους τίθεται το ζήτημα και διάγραμμα των προτάσεων ..... I - 1391

I — Το παραδεκτό (υπόθεση C-30/95) ..... I - 1394

α) Επί της μερικής ακυρώσεως ..... I - 1395

β) Επί της νομιμοποιήσεως προς άσκηση προσφυγής ..... I - 1396

γ) Επί της δυνατότητας προσβολής της αφορώσας την Potacan αιτιολογικής σκέψεως ..... I - 1399

δ) Επί της ελλείψεως εννόμου συμφέροντος των προσφευγουσών ..... I - 1400

II — Επί της ουσίας ..... I - 1401

α) Η μη τήρηση της υποχρεώσεως συνεργασίας με τις εθνικές αρχές (υπόθεση C-68/94) ..... I - 1401

β) Οι επιπτώσεις της συγκεντρώσεως επί της γερμανικής αγοράς (υπόθεση C-68/94) ..... I - 1404

γ) Επί των επιπτώσεων της συγκεντρώσεως επί της κοινοτικής, με εξαίρεση τη Γερμανία, αγοράς (υποθέσεις C-68/94 και C-30/95) ..... I - 1410

1) Η οριοθέτηση της επίδικης γεωγραφικής αγοράς ..... I - 1410

2) Η δυνατότητα παρεμβάσεως σε περίπτωση συλλογικών δεσποζουσών θέσεων κατ' εφαρμογή του κανονισμού σχετικά με τις συγκεντρώσεις . I - 1417

— Το γραμματικό στοιχείο ..... I - 1419

— Νομικές βάσεις και βούληση του νομοθέτη ..... I - 1420

— Οι διαδικαστικές εγγυήσεις ..... I - 1422

— Οικονομικές παράμετροι και σκοπός του κανονισμού ..... I - 1425

3) Η πεπλανημένη χρήση, στην προκειμένη περίπτωση, της εννοίας της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως ..... I - 1428

— Ο βαθμός συγκεντρώσεως της αγοράς ..... I - 1431

— Οι διαρθρωτικοί δεσμοί μεταξύ K+S και SCPA ..... I - 1432

— Τα χαρακτηριστικά γνωρίσματα του αποχωρούντος ανταγωνιστή .. I - 1436

— Η θέση των ανταγωνιστών ..... I - 1437

— Η σύγκριση μεταξύ της καταστάσεως της K+S/MdK και εκείνης της SCPA ..... I - 1438

— Η οικονομική ισχύς της πελατείας ..... I - 1440

— Οι φραγμοί κατά την είσοδο ..... I - 1441

— Τα χαρακτηριστικά γνωρίσματα της αγοράς και του προϊόντος .... I - 1442

— Η ύπαρξη παράλληλης συμπεριφοράς ..... I - 1442

δ) Η επιβολή των προϋποθέσεων και βαρών που μετακυλύονται σε τρίτους, ασχέτους προς την πράξη συγκεντρώσεως (υποθέσεις C-68/94 και C-30/95) ..... I - 1444

1) Η δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 8, παράγραφος 2, σε επιχειρήσεις άσχετες προς την πράξη συγκεντρώσεως ..... I - 1445

2) Επί της καταλληλότητας των προϋποθέσεων που επιβλήθηκαν εν προκειμένω για τη διατήρηση αποτελεσματικού ανταγωνισμού ..... I - 1446

— Η προϋπόθεση της αποχωρήσεως της K+S από τον συνασπισμό Kali-Export ..... I - 1447

— Η προϋπόθεση σχετικά με την καταγγελία των συμβάσεων διανομής μεταξύ K+S και SCPA ..... I - 1448

Συμπεράσματα ..... I - 1449

1. Τυγχάνουν ενδεχομένως εφαρμογής επί των ολιγοπωλίων οι διατάξεις του κανονισμού (ΕΟΚ) 4064/89 του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων (στο εξής: κανονισμός) [1]; Και ποια είναι τα όρια εντός των οποίων, υπό το φως των διατάξεων του κανονισμού, η Επιτροπή καλείται να εκτιμήσει τη νομιμότητα των πράξεων συγκεντρώσεως;

Οι υποθέσεις C-68/94 και C-30/95 παρέχουν στο Δικαστήριο την ευκαιρία να δώσει, μεταξύ άλλων, απάντηση στα ανωτέρω ερωτήματα, τα οποία αφορούν προφανώς την εφαρμογή του κανονισμού. Με την άσκηση δύο προσφυγών — της μιας εκ μέρους της Γαλλικής Κυβερνήσεως και της άλλης εκ μέρους της Société commerciale des potasses et de l'azote (στο εξής: SCPA) και της Entreprise minière et chimique (στο εξής: EMC) — αμφισβητείται, αλλά υπό εν μέρει διαφορετική οπτική γωνία, η νομιμότητα της αποφάσεως 94/449/ΕΚ της Επιτροπής, της 14ης Δεκεμβρίου 1993 [2] (στο εξής: απόφαση).

2. Με την εν λόγω απόφαση, η Επιτροπή ενέκρινε τη σχεδιαζόμενη συγχώνευση των

* Γλώσσα του πρωτοτύπου: η ιταλική.

1 — ΕΕ 1990, L 257, σ. 14.

2 — Απόφαση της Επιτροπής σχετικά με διαδικασία εφαρμογής δυνάμει του κανονισμού (ΕΟΚ) 4064/89 του Συμβουλίου (Υπόθεση IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand, ΕΕ 1994, L 186, σ. 38).

δραστηριοτήτων των εταιριών Kali und Salz AG (στο εξής: K+S) και Mitteldeutche Kali AG (στο εξής: MdK) στον τομέα του καλίου και του ορυκτού άλατος σε κοινή υπό σύσταση επιχείρηση των K+S και Treuhandanstalt. Πάντως, η αναγνώριση του συμβιβαστού εξαρτήθηκε από την τήρηση εκ μέρους των εν λόγω εταιριών ορισμένων προϋποθέσεων, συνισταμένων κατ' ουσίαν στη διακοπή των εμπορικών σχέσεων με τις SCPA και EMC.

Η προσφυγή των SCPA και EMC (υπόθεση C-30/95) έχει ακριβώς ως αντικείμενο την ακύρωση της αποφάσεως στον βαθμό που προβλέπει παρόμοιες προϋποθέσεις. Αντίθετα, η προσφυγή της Γαλλικής Κυβερνήσεως (υπόθεση C-68/94) αφορά και άλλες πτυχές και υπό την έννοια αυτή έχει ευρύτερο περιεχόμενο. Εντούτοις, εν όψει του ότι οι στόχοι των δύο προσφυγών διαφέρουν μόνον εν μέρει, καθώς και του ότι ορισμένοι λόγοι και επιχειρήματα συγκλίνουν σε μεγάλο βαθμό θεωρώ ότι είναι όχι μόνο δυνατόν αλλά και προτιμότερο, υπό την επιφύλαξη ορισμένων διακρίσεων που επιβάλλονται, να εκδικαστούν από κοινού.

3. Πάντως, προτού ακόμα υπενθυμίσω τα όσα διαλαμβάνει η απόφαση και προχωρήσω στην εξέταση μιας διαφοράς, η οποία, λόγω των ζητημάτων αρχής που εγείρει, ενδέχεται να συνιστά σημαντικό σταθμό στη νομολογία του Δικαστηρίου σε θέματα ανταγωνισμού, θεωρώ σκόπιμο να υπενθυμίσω το πώς προέκυψε ο κανονισμός, τα ουσιώδη χαρακτηριστικά γνωρίσματά του και το διαδικαστικό πλαίσιο εντός του οποίου πραγματοποιείται ο έλεγχος των πράξεων συγκεντρώσεως. Με τον τρόπο αυτό θα καταστεί ευχερέστερη η κατανόηση ορισμένων γενικών πτυχών που προτίθεμαι να επαναλάβω κατά την εξέταση των διαφόρων ζητημάτων που άπτονται του παραδεκτού και της ουσίας των δύο προσφυγών.

Ο κανονισμός: γένεση και περιεχόμενο

4. Σε αντίθεση με τη Συνθήκη ΕΚΑΧ (άρθρο 66), η Συνθήκη ΕΚ δεν περιλαμβάνει ειδική διάταξη για τις συγκεντρώσεις επιχειρήσεων. Το κενό αυτό είναι προϊόν συγκεκριμένης πολιτικής βουλήσεως προς ενθάρρυνση της ενισχύσεως των κοινοτικών επιχειρήσεων ακόμη και μέσω των συγκεντρώσεων. Με υπόμνημα της 1ης Δεκεμβρίου 1965, η ίδια η Επιτροπή διατύπωσε θέση αρχής υπέρ των συγκεντρώσεων επειδή θεωρήθηκε ότι συντείνουν λειτουργικώς στην ενίσχυση της ευρωπαϊκής βιομηχανίας, η οποία εξακολουθούσε να είναι εξαιρετικά ασθενής για να ασκεί ανταγωνισμό στις διεθνείς αγορές. Με το ίδιο υπόμνημα, η Επιτροπή διατύπωσε επίσης την πρόθεσή της να εφαρμόζει επί των συγκεντρώσεων το άρθρο 86 και όχι το άρθρο 85. Η άποψη αυτή έτυχε της στηρίξεως του Δικαστηρίου, το οποίο, με την απόφαση στην υπόθεση Continental Can κατά Επιτροπής αναγνώρισε ότι συντρέχει καταχρηστική εκμετάλλευση, κατά το άρθρο 86, οσάκις μια επιχείρηση, η οποία κατέχει ήδη δεσπόζουσα θέση, την ενισχύει, για παράδειγμα, μέσω συγχωνεύσεως, «σε σημείο τέτοιο, ώστε ο βαθμός επικρατήσεως που επιτυγχάνεται έτσι να εμποδίζει ουσιωδώς τον ανταγωνισμό» [3].

3 — Απόφαση της 21ης Φεβρουαρίου 1973 στην υπόθεση 6/72 (Συλλογή τόμος 1972-1973, σ. 445, σκέψη 26).

Πάντως, η εφαρμογή του άρθρου 86 δεν μπορούσε να θεωρηθεί ως απόλυτα ικανοποιητική απάντηση, αν μη τι άλλο επειδή η διάταξη αυτή επιτρέπει μόνο *ex post* παρέμβαση, ήτοι επί δεσποζουσών θέσεων που ήδη υφίστανται, ενώ η ρύθμιση των συγκεντρώσεων θα έπρεπε κυρίως να προλαμβάνει τις στρεφόμενες κατά του ανταγωνισμού συνέπειες. Έτσι, ήδη λίγο χρόνο μετά την έκδοση της αποφάσεως στην υπόθεση Continental Can κατά Επιτροπής, η Επιτροπή υπέβαλε ad hoc στο Συμβούλιο μία πρώτη πρόταση κανονισμού. Εξάλλου, η μεταγενέστερη πρακτική της υπήρξε ενδεικτική της βουλήσεως περί επανεκτιμήσεως της εφαρμογής του άρθρου 85 επί των συγκεντρώσεων μέσω του μηχανισμού της «προληπτικής αξιολογήσεως» [4]. Η τάση αυτή στηρίχθηκε προφανώς στην απόφαση Bat και Reynolds [5], με την οποία το Δικαστήριο έκανε δεκτό ότι η συμμετοχή μιας επιχειρήσεως, έστω και ως μειοψηφίας, στο κεφάλαιο ανταγωνιστικής εταιρίας μπορεί, υπό ορισμένες προϋποθέσεις, να οδηγήσει σε περιορισμό ασυμβίβαστο προς το άρθρο 85.

5. Η ανωτέρω απόφαση πυροδότησε τη συζήτηση επί του θέματος και παρέσχε εκ νέου κίνητρο στην Επιτροπή να υποβάλει το 1988 νέα πρόταση. Με βάση την πρόταση αυτή, το Συμβούλιο εξέδωσε τον κανονισμό, το τελικό κείμενο του οποίου αποκαλύπτει τις ενίοτε βαθιές αντιθέσεις που παρατηρήθηκαν κατά το στάδιο της επεξεργασίας του [6].

Η θετική στάση έναντι των μορφών συγκεντρώσεως μεταξύ επιχειρήσεων, ως μέσου ικανού να επιτρέψει στην ευρωπαϊκή βιομηχανία να αντιμετωπίσει αποτελεσματικά τον ανταγωνισμό στη διεθνή αγορά, δεν εγκαταλείφθηκε ούτε με την έκδοση του κανονισμού. Στο προοίμιό του, συγκεκριμένα, υπογραμμίζεται ότι οι πράξεις συγκεντρώσεως, οι οποίες πρόκειται να πολλαπλασιαστούν λόγω της καταργήσεως των εσωτερικών συνόρων εν όψει της πραγματοποιήσεως της ενιαίας αγοράς, πρέπει να αξιολογούνται θετικώς επειδή ανταποκρίνονται στις επιταγές ενός δυναμικού ανταγωνισμού και είναι σε θέση να τονώσουν την ανταγωνιστικότητα της ευρωπαϊκής βιομηχανίας, να βελτιώσουν τους όρους αναπτύξεως και να ανυψώσουν το βιοτικό επίπεδο στην Κοινότητα. Πάντως, η θετική στάση υπέρ της διαδικασίας συγκεντρώσεως και βιομηχανικής αναδιαρθρώσεως δεν πρέπει να θίγει επί μακρόν τον ανταγωνισμό και ως εκ τούτου το κοινοτικό δίκαιο πρέπει να έχει τη δυνατότητα παρεμβάσεως «όσον αφορά τις συγκεντρώσεις οι οποίες μπορεί να παρακωλύουν σημαντικά τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό στην κοινή αγορά ή σε μεγάλο τμήμα της» (πέμπτη αιτιολογική σκέψη).

6. Ο κανονισμός θεμελιώνεται κυρίως στο άρθρο 87, στο μέτρο που περιλαμβάνει λεπτομέρειες εφαρμογής των άρθρων 85

4 — Υπό την έννοια αυτή, βλ., επί παραδείγματι, Santamaria: *Diritto commerciale comunitario*, Μιλάνο, 1995, σ. 92 επ., όπου αναφέρεται ως πρώτο παράδειγμα της εν λόγω πρακτικής η απόφαση 87/78/ΕΟΚ της Επιτροπής, της 12ης Δεκεμβρίου 1984 (Υπόθεση Mecaniver — PPG) (ΕΕ 1985, L 35, σ. 54).

5 — Απόφαση της 17ης Νοεμβρίου 1987 στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις 142/84 και 156/84 (Συλλογή 1987, σ. 4487). Πάντως, αντίθετος στην αναγνώριση ευρύτερης από τη συγκεκριμένη περίπτωση σημασίας της αποφάσεως Bat και Reynolds είναι, μεταξύ άλλων, ο Bellamy: «Mergers outside the Scope of the New Merger Regulation. Implications of the Philip Morris Judgement», *Fordham Corp. Law Institute*, 1988, σ. 22.

6 — Βλ. το συνθετικό έργο των Frignani-Waelbroeck: *Disciplina della concorrenza nella CE*, Τορίνο, 1996, σ. 685-686.

και 86. Αλλά, εν όψει του ότι, σύμφωνα με την έκτη αιτιολογική σκέψη του, «τα άρθρα 85 και 86 (...) δεν επαρκούν για να συμπεριλάβουν όλες τις συγκεντρώσεις που ενδέχεται να αποδειχτούν ασυμβίβαστες με το σύστημα του ανόθευτου ανταγωνισμού που επιδιώκει η Συνθήκη», νομική βάση του αποτελεί και το άρθρο 235.

Οι πράξεις συγκεντρώσεων ορίζονται στο άρθρο 3, παράγραφος 1, μέσω πολύ ευρείας εννοίας, η οποία συμπεριλαμβάνει στην πραγματικότητα, πέραν των συγχωνεύσεων, περιπτώσεις όπου οι ενδιαφερόμενες πλευρές έχουν τη δυνατότητα να διατηρούν τόσο τη νομική όσο και την οικονομική αυτοτέλειά τους [7]. Αυτό που χαρακτηρίζει κατά κύριο λόγο τη συγκέντρωση, πέραν των περιπτώσεων συγχωνεύσεως από τεχνική άποψη, είναι η κτήση του ελέγχου, όπως αυτή ορίζεται στο άρθρο 3, παράγραφος 3, ήτοι «η δυνατότητα καθοριστικού επηρεασμού της δραστηριότητας μιας επιχειρήσεως», ιδίως μέσω «δικαιωμάτων κυριότητας ή επικαρπίας επί του συνόλου ή μέρους των περιουσιακών στοιχείων της επιχειρήσεως» ή μέσω «δικαιωμάτων ή συμβάσεων που παρέχουν τη δυνατότητα καθοριστικού επηρεασμού επί της συνθέσεως, των συσκέψεων ή των αποφάσεων των οργάνων μιας επιχειρήσεως». Οι εμπίπτουσες στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 3 πράξεις διέπονται από τον κανονισμό μόνον εφόσον έχουν «κοινοτική διάσταση» [8]. Αντίθετα, οι λοιπές περιπτώσεις συγκεντρώσεων εμπίπτουν στη σφαίρα της αρμοδιότητας των εθνικών αρχών.

7. Το άρθρο 2, παράγραφος 1, επιβάλλει στην Επιτροπή την υποχρέωση να λαμβάνει υπόψη, για τους σκοπούς της εκτιμήσεως του συμβιβαστού της συγκεκριμένης πράξεως συγκεντρώσεως, «την ανάγκη διατηρήσεως και αναπτύξεως αποτελεσματικού ανταγωνισμού μέσα στην κοινή αγορά, με γνώμονα μεταξύ άλλων τη διάρθρωση όλων των σχετικών αγορών και τον πραγματικό ή δυνητικό ανταγωνισμό εκ μέρους κοινοτικών και μη επιχειρήσεων», καθώς και ορισμένα στοιχεία που χρησιμοποιούνται προκειμένου να αποδειχθεί η πραγματική εξουσία των ενδιαφερομένων επιχειρήσεων επί της αγοράς [9]. Η διαλαμβανόμενη στην εν λόγω διάταξη κατάταξη αφήνει ευρύ περιθώριο διακριτικής ευχέρειας στην Επιτροπή και για τον πρόσθετο λόγο ότι δεν καθιερώνει οποιαδήποτε ιεραρχία μεταξύ των διαφόρων ληπτέων υπόψη παραμέτρων. Δεν στερείται σημασίας το γεγονός

7 — Αυτολεξεί: «α) εφόσον συγχωνεύονται δύο ή περισσότερες προηγουμένως ανεξάρτητες επιχειρήσεις ή β) εφόσον ένα ή περισσότερα πρόσωπα που ελέγχουν ήδη μία τουλάχιστον επιχείρηση ή μία ή περισσότερες επιχειρήσεις αποκτούν, άμεσα ή έμμεσα, με αγορά συμμετοχών στο κεφάλαιο ή στοιχείων του ενεργητικού, με σύμβαση ή με άλλο τρόπο, τον έλεγχο του συνόλου ή τμημάτων μιας ή περισσοτέρων άλλων επιχειρήσεων».

8 — Η προϋπόθεση αυτή πληρούται ούτως «ο συνολικός κύκλος εργασιών που πραγματοποιούν σε διεθνή κλίμακα όλες οι συμμετέχουσες επιχειρήσεις υπερβαίνει τα 5 δισεκατομμύρια ECU» ή όταν «δύο τουλάχιστον από τις συμμετέχουσες επιχειρήσεις πραγματοποιούν, κάθε μία χωριστά, εντός της Κοινότητας συνολικό κύκλο εργασιών άνω των 250 εκατομμυρίων ECU», εκτός αν «κάθε επιχείρηση πραγματοποιεί άνω των δύο τρίτων του συνολικού κοινοτικού κύκλου εργασιών της σε ένα και το αυτό κράτος μέλος» (άρθρο 1, παράγραφος 2).

9 — Πρόκειται για «τη θέση των συμμετεχουσών επιχειρήσεων στην αγορά και τη χρηματική και οικονομική δύναμή τους, τις δυνατότητες επιλογής των προμηθευτών και των αγοραστών, την πρόσβασή τους στις πηγές εφοδιασμού ή στις αγορές διαθέσεως των προϊόντων, την ύπαρξη νομικών ή πραγματικών εμποδίων κατά την είσοδο στην αγορά, την εξέλιξη της προσφοράς και της ζητήσεως των οικείων αγαθών και υπηρεσιών, τα συμφέροντα των ενδιαμέσων και τελικών καταναλωτών, καθώς και την εξέλιξη της τεχνικής και οικονομικής προόδου εφόσον η εξέλιξη αυτή είναι προς το συμφέρον των καταναλωτών και δεν αποτελεί εμπόδιο για τον ανταγωνισμό».

ότι ο κανονισμός δεν περιλαμβάνει ούτε τεκμήρια ελλείψεως νομιμότητας συνδεόμενα με τα τμήματα αγοράς που κατέχουν οι επιχειρήσεις ούτε μαθηματικά κριτήρια αξιολογήσεως, σε αντίθεση προς άλλες νομοθεσίες antitrust [10].

Το άρθρο 2 προβλέπει στις παραγράφους 2 και 3 ότι η εκτίμηση του συμβιβαστού, σύμφωνα με τα προαναφερθέντα κριτήρια, εξαρτάται σε τελευταία ανάλυση από το αν η πράξη συγκεντρώσεως που ελέγχεται δημιουργεί ή ενισχύει δεσπόζουσα θέση «με αποτέλεσμα να παρακωλύεται σε σημαντικό βαθμό ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός στην κοινή αγορά ή σε σημαντικό τμήμα της» [11].

8. Η διαδικασία ελέγχου διακρίνεται σε δύο φάσεις. Κατά την πρώτη, η οποία κινείται με την κοινοποίηση [12] και διαρκεί έναν μήνα, η Επιτροπή ελέγχει αν η πράξη συγκεντρώσεως εγείρει σοβαρές αμφιβολίες ως προς το συμβιβαστό της με την κοινή αγορά [13]. Σε αντίθετη περίπτωση ή αν η πράξη δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του κανονισμού, η διαδικασία τερματίζεται στο στάδιο της πρώτης φάσεως με την έκδοση αποφάσεως εκ μέρους της Επιτροπής (άρθρο 6, παράγραφος 1, στοιχεία α' και β', του κανονισμού). Ελλείψει αποφάσεως, η πράξη λογίζεται ότι συμβιβάζεται με την κοινή αγορά (άρθρο 10, παράγραφος 6).

Αν, αντίθετα, η πράξη εγείρει σοβαρές αμφιβολίες και η Επιτροπή αποφασίσει κατόπιν αυτού να κινήσει την τυπική διαδικασία (άρθρο 6, παράγραφος 1, στοιχείο γ', του κανονισμού), η απόφαση πρέπει να εκδοθεί εντός προθεσμίας τεσσάρων μηνών. Άλλως, η πράξη λογίζεται ως συμβιβαστή. Με την τυχόν (τελική) απόφαση η πράξη μπορεί να κηρύσσεται συμβιβαστή με την κοινή αγορά, εξαρτώμενη ενδεχομένως από την τήρηση προϋποθέσεων και επαχθών όρων (άρθρο 8, παράγραφος 2), ή να κηρύσσεται ασυμβίβαστη. Στην τελευταία αυτή περίπτωση, η Επιτροπή έχει τη δυνα-

10 — Στις Ηνωμένες Πολιτείες οι «Merger Guidelines» του 1984 εισήγαγαν τον αποκαλούμενο Herfindhal-Hirschman Index (HHI), ο οποίος προσδιδέτει, μετά τον τετραγωνισμό τους, τα τμήματα αγοράς κάθε εμπλεκόμενης στη συγκέντρωση επιχειρήσεως. Για τον προσδιορισμό της πραγματικής αυξήσεως του βαθμού συγκεντρώσεως της αγοράς μετά την πράξη συγκεντρώσεως, διπλασιάζεται το αποτέλεσμα των τμημάτων αγοράς των εμπλεκομένων επιχειρήσεων. Αν ο δείκτης HHI είναι, μετά τη συγκέντρωση, κατώτερος του 1 000 επιτρέπεται κατά κανόνα η διεξαγωγή της πράξεως. Αν κυμαίνεται μεταξύ 1 000 και 1 800, η πράξη ελέγχεται και μπορεί να απαγορευθεί εφόσον συνεπάγεται αύξηση υπερβαίνουσα το 100. Τέλος, αν ο HHI αποδεικνύεται ότι υπερβαίνει το όριο του 1 800, η συγκέντρωση μπορεί να απαγορευθεί έστω και αν συνεπάγεται αύξηση κατώτερη του 50.

11 — Η παρεμβολή της φράσεως «σε σημαντικό βαθμό» προκάλεσε ζωηρές θεωρητικές συζητήσεις: μεταξύ των πλέον εγκρίτων ερμηνειών καταλέγεται εκείνη που την ανάγει σε de minimis κριτήριο, υπό την έννοια ότι μπορούν να χαρακτηριστούν ως ασυμβίβαστες μόνον οι συγκεντρώσεις που έχουν σημαντικές επιπτώσεις στον ανταγωνισμό, οδηγώντας σε αξιόλογη και διαρκή συρρίκνωσή του. Υπό την έννοια αυτή, βλ. Langehcine: «Substantive Review under the EEC Merger Regulation», *Fordham Corporate Law Institute*, 1990, σ. 484 επ. Επί του σημείου αυτού βλ. και Bellamy και Child, *Common Market Law of Competition*, 1993, Λονδίνο, τέταρτη έκδοση, σ. 336 επ. Ως προς την έννοια του «αποτελεσματικού ανταγωνισμού», η νομολογία του Δικαστηρίου αναφέρεται στις πραγματικές συνθήκες υπό τις οποίες θα εξελισσόταν ο ανταγωνισμός αν έλειπε ο εν λόγω περιορισμός. Βλ., συναφώς, απόφαση της 10ης Δεκεμβρίου 1985 στην υπόθεση 31/85, ETA (Συλλογή 1985, σ. 3933, σκέψη 11). Βλ. επίσης Dechery: «Le règlement communautaire sur le contrôle des concentrations», *Revue trimestielle de droit européen*, 1990, σ. 317, ειδικότερα σ. 323.

12 — Η κοινοποίηση της πράξεως συγκεντρώσεως πρέπει να λαμβάνει χώρα εντός εβδομάδας από τη σύναψη της συμφωνίας ή τη δημοσίευση της προσφοράς εξαγοράσεως ή ανταλλαγής ή την απόκτηση συμμετοχής που εξασφαλίζει τον έλεγχο της επιχειρήσεως.

13 — Η εκτίμηση μιας συγκεντρώσεως «κοινοτικών διαστάσεων» προϋποθέτει προφανώς την οριοθέτηση του οικονομικού τομέα αναφοράς, τόσο ως προς το αντικείμενο όσο και ως προς τη ληπτέα υπόψη γεωγραφική εμβέλεια. Γίνεται χρήση συναφώς των δεικτών που περιλαμβάνει το έντυπο CO του παραρτήματος I του κανονισμού (ΕΟΚ) 2367/90 της Επιτροπής, της 25ης Ιουλίου 1990, σχετικά με τις κοινοποιήσεις, τις προθεσμίες και τις ακροάσεις σύμφωνα με τον κανονισμό 4064/89 (ΕΕ L 219, σ. 5), ο οποίος καταργήθηκε εν τω μεταξύ και αντικαταστάθηκε από τον κανονισμό 3384/94 της Επιτροπής, της 21ης Δεκεμβρίου 1994 (ΕΕ L 377, σ. 1). Συγκεκριμένα, το έντυπο αυτό απαριθμεί όλες τις πληροφορίες που πρέπει να κοινοποιούνται στην Επιτροπή.

τότητα, αν η συγκέντρωση έχει ήδη πραγματοποιηθεί, να διατάξει τη λήψη οποιουδήποτε μέτρου ικανού να αποκαταστήσει τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό (άρθρο 8, παράγραφος 4).

Η διαδικασία και η απόφαση

9. Σύμφωνα με το άρθρο 4, παράγραφος 1, του κανονισμού, στις 14 Ιουλίου 1993 η Επιτροπή έλαβε κοινοποίηση σχεδίου συγκεντρώσεως μεταξύ της γερμανικής εταιρίας K+S, θυγατρικής εταιρίας του ομίλου χημικών προϊόντων BASF, και της MdK, εταιρίας που ανέλαβε το σύνολο των δραστηριοτήτων της πρώην Λαϊκής Δημοκρατίας της Γερμανίας στον τομέα της εξορύξεως και μεταποιήσεως του καλίου και του ορυκτού άλατος, μοναδικός μέτοχος της οποίας είναι η Treuhand, νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου επιφορτισμένο με την αναδιάρθρωση των κρατικών επιχειρήσεων της πρώην ΛΔΓ.

Είναι σκόπιμο να διευκρινιστεί συναφώς ότι, κατά τον χρόνο κοινοποιήσεως του σχεδίου συγκεντρώσεως, η K+S ήταν ο μεγαλύτερος Ευρωπαίος παραγωγός καλίου, με παραγωγή πέραν των 2 000 000 τόνων ετησίως, ακολουθούμενη από την MdK με 1 430 000 τόνους ετησίως. Έτσι, κατά τη διάρκεια του αμέσως προηγουμένου της πράξεως συγκεντρώσεως έτους (1992) το σύνολο της γερμανικής παραγωγής καλίου ήγγιζε τους 3 500 000 τόνους. Την τρίτη θέση καταλάμβανε, με παραγωγή περίπου 1 000 000 τόνους ετησίως, η Mines de potasse d'Alsace (στο εξής: MPA), η οποία ανήκε στον γαλλικό δημόσιο οργανισμό EMC, ο οποίος με τη σειρά του κατέχει το σύνολο του κεφαλαίου της SCPA, εταιρίας εμπορευομένης τα επίδικα προϊόντα. Ακολουθούσαν, με ποσότητες κατώτερες του 1 000 000 τόνων ετησίως, τρεις ισπανικές επιχειρήσεις, οι οποίες συνενώθηκαν πρόσφατα υπό μορφή νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου με την επωνυμία INI και εμπορεύονται τα προϊόντα τους μέσω της εταιρίας Coposa. Τέλος, αναφέρω τη βρετανική εταιρία Cleveland Potash Limited (στο εξής: CPL).

10. Με βάση το σχέδιο συγκεντρώσεως, όλες οι δραστηριότητες εξορύξεως και μεταποιήσεως του καλίου και του ορυκτού άλατος της K+S και της MdK έπρεπε να μεταβιβαστούν στη Mitteldeutsche Kali AG GmbH (στο εξής: MdK GmbH), κοινή εταιρία των K+S και Treuhandanstalt. Η K+S θα συνεισέφερε στην κοινή επιχείρηση με το σύνολο των δραστηριοτήτων της στον συγκεκριμένο τομέα, ενώ η Treuhand θα συνεισέφερε κεφάλαιο ύψους πέραν του ενός δισεκατομμυρίου γερμανικών μάρκων. Η K+S και η Treuhand θα κατείχαν αντίστοιχα το 51 και 49 % του μετοχικού κεφαλαίου και των δικαιωμάτων ψήφου.

Αφού εξέτασε το σχέδιο, η Επιτροπή αποφάσισε στις 16 Αυγούστου 1993 να κινήσει την προβλεπόμενη στο άρθρο 6, παράγραφος 1, στοιχείο γ', του κανονισμού διαδικασία στον βαθμό που η συγκέντρωση ήγειρε σοβαρές αμφιβολίες ως προς το συμβιβαστό της με την κοινή αγορά. Κατόπιν αυτού, η Επιτροπή έλαβε στις 14 Δεκεμ-

βρίου 1993 την απόφαση, με την οποία εγκρίνεται μεν η συγκέντρωση [14], συναρτάται όμως, κατ' εφαρμογή του άρθρου 8, παράγραφος 2, του κανονισμού, με την ανάληψη συγκεκριμένων δεσμεύσεων.

11. Η αγορά του επιδίκου προϊόντος, το οποίο εξατομικεύεται στην απόφαση, αφορά κατ' ουσίαν τα προερχόμενα από ανθρακικό κάλιο προϊόντα προς γεωργική χρήση [15]. Πρόκειται για ανόργανα λιπάσματα που χρησιμοποιούνται αυτούσια ή προστίθενται στο έδαφος με άλλα στοιχεία, ιδίως το άζωτο και τα φωσφορικά άλατα υπό τη μορφή των αποκαλουμένων συνθέτων λιπασμάτων. Σε καμία από τις δύο περιπτώσεις το ανθρακικό κάλιο δεν μπορεί να αντικατασταθεί από άλλα στοιχεία. Κατά την άποψη της Επιτροπής, τα εν λόγω προϊόντα — ανεξάρτητα από το περιεχόμενο (διάφορες ποσότητες καλίου), τον τύπο (τυποποιημένο προϊόν ή σε κόκκους) ή τον προορισμό (γεωργία ή βιομηχανία για την παραγωγή συνθέτων λιπασμάτων) — είναι αντικειμενικώς και σε μεγάλο βαθμό εναλλάξιμα για τον αγοραστή, ώστε να μπορούν να εξεταστούν από κοινού [16].

Επίσης, η Επιτροπή εντόπισε και δεύτερη αγορά, πέραν εκείνης των προερχομένων από ανθρακικό κάλιο προϊόντων, η οποία αποτελείται από το σύνολο των προϊόντων μαγνησίου, ενώ διαπίστωσε ότι στον τομέα αυτό δρουν κατ' ουσίαν — στην κοινοτική αγορά θεωρούμενη σφαιρικώς — αποκλειστικά οι K+S και MdK [17]. Μολονότι κατέληξε στο συμπέρασμα ότι οι εν λόγω εταιρίες θα απολάμβαναν, μετά τη συγχώνευσή τους, μονοπωλιακής θέσεως εντός της Κοινότητας, όσον αφορά το θειικό μαγνήσιο και τον κιζερίτη, και ότι, συνακόλουθα, η υπό σύσταση κοινή επιχείρηση θα κατείχε στη συγκεκριμένη αγορά, με μερίδιο ανερχόμενο στο 92 %, δεσπόζουσα θέση [18], η Επιτροπή δεν εξεφράσθη ως προς τις απορρέουσες συναφώς συνέπειες.

12. Όσον αφορά τα προερχόμενα από ανθρακικό κάλιο προϊόντα προς γεωργική χρήση, επί των οποίων επικεντρώνεται σχεδόν εξ ολοκλήρου η απόφαση, η Επιτροπή προέβη, αντίθετα, σε διάκριση μεταξύ δύο γεωγραφικών αγορών: της Γερμανίας και της υπόλοιπης Κοινότητας [19].

Όσον αφορά τη γερμανική αγορά, η Επιτροπή διαπίστωσε ότι η σκοπούμενη συγκέντρωση θα ενίσχυε τη δεσπόζουσα θέση της K+S, δημιουργώντας κατάσταση de facto μονοπωλίου [20]. Λαμβάνοντας γνώση της αφερεγγυότητας της MdK, η

14 — Η κατά πλειοψηφία εκδοθείσα, στα πλαίσια της συνεδριάσεως της 3ης Δεκεμβρίου 1993, γνωμοδότηση της συμβουλευτικής επιτροπής συγκεντρώσεων, δημοσιεύεται στην ΕΕ 1994, C 199, σ. 5.

15 — Πράγματι, η Επιτροπή απέκλεισε το ενδεχόμενο η συγκέντρωση στους τομείς της βιομηχανικής ποτάσσας και του άλατος να οδηγήσουν στη δημιουργία ή στην ενίσχυση δεσπόζουσας θέσεως, ικανής να εμποδίσει σημαντικά τον πραγματικό ανταγωνισμό εντός της Κοινότητας ή εντός σημαντικού τμήματός της (ενδέκατη αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως).

16 — Βλ. αιτιολογικές σκέψεις 13 έως 29 της αποφάσεως.

17 — Βλ. αιτιολογικές σκέψεις 30 και 45 της αποφάσεως.

18 — Βλ. αιτιολογική σκέψη 69 της αποφάσεως.

19 — Βλ. αιτιολογικές σκέψεις 31 έως 44 της αποφάσεως.

20 — Εξαιρώντας τις ποσότητες που προορίζονται για την κάλυψη ιδίων αναγκών (οι οποίες αντιπροσωπεύουν σχεδόν στο σύνολό τους παραδόσεις της K+S στο εσωτερικό του ομίλου BASF), το μερίδιο της αγοράς της K+S είναι της τάξεως του 79 % περίπου, ενώ εκείνο της MdK της τάξεως του 19 %. Επομένως, το συνολικό μερίδιο αγοράς της MdK GmbH είναι της τάξεως του 98 % (αιτιολογική σκέψη 46 της αποφάσεως).

οποία θα όφειλε να τεθεί εκτός αγοράς αν δεν περιερχόταν σύντομα σε άλλη επιχείρηση, οπότε το μερίδιό της θα περιερχόταν ούτως ή άλλως στην K+S, η Επιτροπή συνήγαγε εξ αυτού ότι ακόμη και η απαγόρευση της μελετωμένης συγκεντρώσεως δεν θα απέτρεπε τη δημιουργία της δεσπόζουσας θέσεως [21].

Υπό τις συνθήκες αυτές, η Επιτροπή εκτίμησε ότι ήταν δυνατό να αποδεχθεί τις θέσεις των μερών που στηρίζονταν στην εφαρμογή της θεωρίας failing company defense (θεωρία της προστασίας της επιχειρήσεως που βρίσκεται σε κατάσταση αφερεγγυότητας), σύμφωνα με την οποία οι αρμόδιες αρχές αδυνατούν να απαγορεύσουν συγκέντρωση αν μία από τις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις βρίσκεται στο χείλος της πτωχεύσεως. Συγκεκριμένα, πάντοτε κατά την άποψη της Επιτροπής, το συμπέρασμα αυτό πρέπει να θεωρηθεί, υπό το φως της καταστάσεως που θα δημιουργούνταν στη Ανατολική Γερμανία μετά τη διακοπή λειτουργίας της MdK, ότι συνάδει με την απαιτούμενη ενίσχυση της οικονομικής και κοινωνικής συνοχής της Κοινότητας στην οποία αναφέρεται η δέκατη τρίτη αιτιολογική σκέψη του κανονισμού [22].

13. Όσον αφορά την εκτός της Γερμανίας αγορά όλων των άλλων κρατών μελών, η Επιτροπή υπογράμμισε ότι, λόγω της σχεδιαζομένης συγκεντρώσεως, δύο επιχειρήσεις θα κατείχαν δεσπόζουσα θέση: οι K+S/MdK και SCPA [23].

Η εκτίμηση της Επιτροπής θεμελιώνεται στην άποψη, αφενός, ότι η προσφορά των λοιπών, πλην των δύο κυρίων, παραγωγών είναι έντονα κατακερματισμένη και προέρχεται από επιχειρηματίες που δεν είναι σε θέση να θίξουν τα μερίδια αγοράς που κατέχει το δυοπώλιο [24], αφετέρου, ότι κατά τεκμήριο δεν υφίσταται πραγματικός ανταγωνισμός μεταξύ των K+S και SCPA τόσο λόγω των χαρακτηριστικών γνωρισμάτων της σχετικής αγοράς και της συμπεριφοράς των δύο εταιριών κατά το παρελθόν όσο και εξαιτίας των στενών εμπορικών δεσμών τους [25]. Οι δεσμοί αυτοί συνίστανται κατ' ουσίαν: α) στη συνεργασία, στα πλαίσια του οριζοντίου συνασπισμού (καρτέλ) εξαγωγών που συνέστησε η Kali-Export GmbH, εταιρία αυστριακού δικαίου εγκατεστημένη στη Βιέννη, η οποία συντονίζει την πώληση των προερχομένων από ανθρακικό κάλιο προϊόντων των εταίρων της στις τρίτες χώρες (στον εν λόγω συνασπισμό συμμετέχουν με ποσοστό 25 % του κεφαλαίου οι K+S, MdK, SCPA και Coposa), β) στον έλεγχο της κοινής επιχειρήσεως Potacan στον Καναδά, της οποίας η K+S και EMC/SCPA κατέχουν εκάστη το 50 % του κεφαλαίου, και γ) στους παλαιούς εμπορικούς δεσμούς, βάσει των οποίων η SCPA διανέμει στη Γαλλία τα προϊόντα της K+S.

21 — Βλ. αιτιολογική σκέψη 70 της αποφάσεως.

22 — Βλ. αιτιολογική σκέψη 95 της αποφάσεως.

23 — Πράγματι, όπως διευκρινίζεται στις αιτιολογικές σκέψεις 51 και 52 της αποφάσεως, η επιχείρηση που θα προέλθει από τη συγχώνευση των K+S/MdK και η γαλλική εταιρία SCPA θα αντιπροσωπεύουν το 80 % της παραγωγής ανθρακικού καλίου εντός της Κοινότητας (35 % η K+S, 25 % η MdK και 20 % η SCPA). Εξαιρώντας την εσωτερική κατανάλωση των ενδιαφερομένων επιχειρήσεων, προκύπτει, αποκλειστικά με βάση τις πωλήσεις, συνολικό μερίδιο της αγοράς της τάξεως του 50 % περίπου (17 % η K+S, 8 % η MdK και 25 % η SCPA). Πάντως, δεδομένου ότι η SCPA εμπορεύεται επίσης μεγάλες ποσότητες ανθρακικού καλίου άλλων παραγωγών, προερχομένων και από τρίτες χώρες, λαμβάνοντας υπόψη όλες τις πωλήσεις που ελέγχονται από τις K+S, MdK και SCPA στα κράτη μέλη εκτός Γερμανίας, το συνολικό μερίδιο αγοράς ανέρχεται σε 60 % (16 % η K+S, 7 % η MdK και 37 % η SCPA).

24 — Βλ. αιτιολογικές σκέψεις 54 έως 56 της αποφάσεως.

25 — Βλ. αιτιολογικές σκέψεις 57 έως 62 της αποφάσεως.

14. Για τους ανωτέρω λόγους, η Επιτροπή έκρινε ότι η συγκέντρωση θα οδηγούσε σε συλλογική δεσπόζουσα θέση επί της εκτός της Γερμανίας κοινοτικής αγοράς, ικανής να θίξει σημαντικά τον ανταγωνισμό. Προκειμένου να αποτρέψουν τις αρνητικές συνέπειες των συμπερασμάτων αυτών της Επιτροπής, τα μέρη δέχτηκαν να αναλάβουν ορισμένες δεσμεύσεις, οι οποίες αναφέρονται στην αιτιολογική σκέψη 63 της αποφάσεως, την οποία επαναλαμβάνω αυτολεξεί:

«— Kali Export GmbH, Βιέννη

Η K+S και η κοινή επιχείρηση θα αποχωρήσουν αμέσως από την Kali Export GmbH, Βιέννη (...).

Κατά τον ίδιο τρόπο, η K+S και η κοινή επιχείρηση θα καταγγείλουν τη σύμβαση εκπροσωπήσεως που έχουν συνάψει με την Kali-Export GmbH, σύμφωνα με τις ρήτρες περί καταγγελίας που προβλέπονται εκεί (...). Μετά την ημερομηνία αυτή, η κοινή επιχείρηση θα ασκεί ανταγωνισμό, μέσω δικού της δικτύου διανομής, έναντι της Kali-Export GmbH.

— Διανομή

Η K+S και η κοινή επιχείρηση θα οργανώσουν στην Κοινότητα — καθόσον αυτό δεν υπάρχει ήδη — δικό τους δίκτυο διανομής μέσω του οποίου θα διανέμουν τα προϊόντα τους σύμφωνα με τις συνήθεις εμπορικές πρακτικές. Στη Γαλλία θα οργανωθεί δίκτυο διανομής για προϊόντα ανθρακικού καλίου, συμπεριλαμβανομένων των ιδιοσκευασμάτων καλίου, που θα καλύπτει το σύνολο της γαλλικής αγοράς και θα λαμβάνει υπόψη τη φύση και την έκταση της γαλλικής αγοράς. Αυτό συμβαίνει σύμφωνα με την αρχή της αποδοτικότητας.

Τερματίζεται η μέχρι σήμερα συνεργασία με την SCPA ως συνεταίρου πωλήσεων για τη γαλλική αγορά (...). Με τον τρόπο αυτό, καθίσταται δυνατό, αφενός, για την SCPA να εκτελέσει όλες τις ήδη συναφθείσες συμβάσεις με δικούς της πελάτες, αφετέρου, είναι δυνατή η οργάνωση ιδίου δικτύου διανομής της κοινής επιχειρήσεως. Είναι δυνατή η πώληση προς την SCPA με τις ισχύουσες στην αγορά συνθήκες.»

15. Λαμβάνοντας υπόψη τις επιφυλάξεις της Επιτροπής ως προς τις αρνητικές επιπτώσεις της συγκεντρώσεως επί των συνθηκών ανταγωνισμού εντός της Κοινότητας, η K+S δεσμεύθηκε περαιτέρω, όπως προκύπτει από την 65η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως, «να μεταβάλει, μέχρι τις 30 Ιουνίου 1994, τη δομή της Potacan κατά τρόπον ώστε κάθε εταίρος να είναι σε θέση να διαθέσει στην αγορά της Κοινότητας το ανθρακικό κάλιο που αποκτά από την Potacan, ανεξάρτητα από τους λοιπούς εταίρους».

Πάντως, διευκρινίζεται συναφώς με την 67η αιτιολογική σκέψη ότι: «η Επιτροπή απέφυγε να καταστήσει την αφορώσα την

Potacan υπόσχεση αντικείμενο αναλήψεως επίσημης υποχρεώσεως. Έλαβε υπόψη της την αναληφθείσα δέσμευση και εικάζει ότι η K+S θα καταβάλει τη μέγιστη δυνατή προσπάθεια προκειμένου να επιτύχει με την EMC/SCPA συμφωνία μετατροπής της Potacan, ικανοποιούσα τις ανωτέρω επιταγές». Λαμβάνοντας υπόψη το γεγονός ότι η EMC/SCPA δεν είναι διάδικος και ότι οι K+S και EMC ανακοίνωσαν στην Επιτροπή, κατ' εφαρμογή του κανονισμού 17, τη σύσταση της κοινής επιχειρήσεως Potacan, η Επιτροπή προσθέτει ότι στην υποθετική περίπτωση και «αν παρ' όλες τις προσπάθειες η K+S δεν είναι σε θέση να συνάψει συμφωνία με την EMC, θα πρέπει να αναζητηθεί κατάλληλη λύση των προβλημάτων ανταγωνισμού που οφείλονται στη σημερινή μορφή της κοινής επιχειρήσεως Potacan στο πλαίσιο της εκκρεμούς δυνάμει του κανονισμού 17 διαδικασίας».

16. Εκτιμώντας ότι οι αναληφθείσες συναφώς δεσμεύσεις θα κατέληγαν στην κατάργηση των υφισταμένων μεταξύ K+S και EMC/SCPA θεσμών, η Επιτροπή εξέδωσε απόφαση υπέρ του συμβιβαστού, το άρθρο 1 της οποίας ορίζει: «Υπό την επιφύλαξη ότι θα τηρηθούν πλήρως οι όροι και οι υποσχέσεις [δεσμεύσεις] που περιέχονται στις δηλώσεις περί αναλήψεως δεσμεύσεων των μερών έναντι της Επιτροπής και παρατίθενται στην αιτιολογική σκέψη 63 της παρούσας αποφάσεως, η σχεδιαζόμενη συγκέντρωση μεταξύ Kali und Salz AG, Mitteldeutsche Kali AG και Treuhandanstalt κηρύσσεται συμβιβαστή με την κοινή αγορά.»

Οι δύο προσφυγές: όροι υπό τους οποίους τίθεται το ζήτημα και διάγραμμα των προτάσεων

17. Όπως προανέφερα, η απόφαση προσεβλήθη από τη Γαλλική Κυβέρνηση (υπόθεση C-68/94 [26]) και από τις SCPA και EMC (υπόθεση C-30/95 [27]). Οι προσφεύγουσες εταιρίες ζητούν τη μερική ακύρωση του άρθρου 1 στο μέτρο που η αναγνώριση του συμβιβαστού της συγκεντρώσεως εξαρτάται από τις εξαγγελλόμενες στην αιτιολογική σκέψη 63 προϋποθέσεις. Οι εν λόγω εταιρίες ζητούν επίσης την ακύρωση της αποφάσεως στο μέτρο που γίνεται δεκτή η δέσμευση (περί της οποίας γίνεται λόγος στην 65η αιτιολογική σκέψη) που ανέλαβε η K+S να τροποποιήσει μέχρι τις 30 Ιουνίου 1994 τη δομή της εταιρίας Potacan.

Προς στήριξη των προσφυγών τους, οι εν λόγω εταιρίες προέβαλαν έξι λόγους: με τους δύο πρώτους, ισχυρίζονται ότι οι περιλαμβανόμενες στην 63η αιτιολογική σκέψη προϋποθέσεις είναι άσχετες με τη διατήρηση πραγματικού ανταγωνισμού στην κοινοτική αγορά. Με τον τρίτο λόγο, αιτιώνται την Επιτροπή ότι δέχθηκε την αφορώσα την εταιρία Potacan δέσμευση, προσβάλλοντας τα δικαιώματά τους. Με τον τέταρτο και πέμπτο λόγο τους, διατείνονται ότι η Επιτροπή υπέπεσε σε πραγματική και νομική πλάνη, τόσο κατά τον προσδιορισμό της γεωγραφικής αγοράς που συντίθεται από τα κράτη μέλη, εξαιρουμένης της Γερμανίας, όσο και κατά την εκτίμηση περί της υπάρξεως φερομένης συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως στην εν λόγω αγορά. Τέλος, επικαλούνται τη μη εφαρμογή των διατάξεων του κανονισμού σε περίπτωση συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως.

26 — Στα πλαίσια της υποθέσεως αυτής, η Γερμανική Κυβέρνηση παρενέβη προς στήριξη των αιτημάτων της Επιτροπής.

27 — Στα πλαίσια της υποθέσεως αυτής, η Γαλλική Κυβέρνηση παρενέβη προς στήριξη των αιτημάτων των προσφευγουσών, ενώ επετράπη στις K+S και MdK να παρέμβουν προς στήριξη των αιτημάτων της Επιτροπής.

18. Κατά την άποψή μου, είναι σημαντικό να υπενθυμίσω ότι, ενόσω η υπόθεση εκκρεμούσε ενώπιον του Πρωτοδικείου [28], οι SCPA και EMC υπέβαλαν αίτηση αναστολής εκτελέσεως της προσβαλλομένης αποφάσεως, στον βαθμό που η απόφαση αυτή επιβάλλει στην K+S την υποχρέωση να πωλήσει τα μερίδιά της και/ή να αποχωρήσει από την Kali-Export, θέτοντας τέρμα στις συμβατικές σχέσεις διανομής που τη συνέδεαν με την SCPA, καθώς και αίτηση αναστολής της διαδικασίας που κίνησε η Επιτροπή, στο πλαίσιο του κανονισμού 17, σε σχέση με την εταιρία Potacan.

Αφού προηγουμένως εξέδωσε μία πρώτη προσωρινή διάταξη [29], ο Πρόεδρος του Πρωτοδικείου εξέδωσε στις 15 Ιουνίου 1994 διάταξη [30], αποδεχόμενος εν μέρει το αίτημα των προσφευγουσών εταιριών και αναστέλλοντας την εκτέλεση του άρθρου 1 της αποφάσεως, καθόσον επέβαλε την αποχώρηση της K+S και της κοινής επιχειρήσεως από την Kali-Export.

19. Σε αντίθεση προς τα αιτήματα των εταιριών SCPA και EMC, η Γαλλική Κυβέρνηση ζητεί την πλήρη ακύρωση της αποφάσεως (υπόθεση C-68/94). Ισχυρίζεται ότι η Επιτροπή παρέβη την υποχρέωση να τελεί σε στενή και διαρκή επαφή με τις αρχές των κρατών μελών, όπως επιβάλλει ο κανονισμός, ότι εξετίμησε πεπλανημένα τις συνέπειες της συγκεντρώσεως επί της γερμανικής αγοράς, ειδικότερα υπό το πρίσμα της εφαρμογής εν προκειμένως της θεωρίας failing company defense, και ότι εξετίμησε πεπλανημένα τη συγκέντρωση επί της εκτός της Γερμανίας κοινοτικής αγοράς.

Με τον τελευταίο αυτό λόγο της, ο οποίος απαρτίζεται με τη σειρά του από περισσότερα σκέλη, η Γαλλική Κυβέρνηση αμφισβητεί: α) την οριοθέτηση της επίδικης γεωγραφικής αγοράς, η οποία αποτελείται από τα κράτη μέλη, πλην της Γερμανίας, β) την εφαρμογή του κανονισμού σχετικά με τις συγκεντρώσεις επί των συλλογικών δεσποζουσών θέσεων, γ) την πεπλανημένη χρήση εν προκειμένω της εννοίας της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως και δ) την επιβολή προϋποθέσεων και βαρών σε τρίτους που δεν εμπλέκονται στη συγκέντρωση.

20. Όσον αφορά τη φερομένη εσφαλμένη εκτίμηση συγκεντρώσεως επί της εκτός της Γερμανίας κοινοτικής αγοράς, προφανώς τα επιχειρήματα των SCPA και EMC συμπίπτουν, σχεδόν εξ ολοκλήρου, με εκείνα της Γαλλικής Κυβερνήσεως. Το γεγονός αυτό επιτρέπει, όπως προανέφερα, την από κοινού εξέταση της ουσίας των δύο προσφυγών και την επισήμανση, όπου επιβάλλεται, της διαφορετικής κατά περίπτωση προβαλλομένης επιχειρηματολογίας.

28 — Πράγματι, η προσφυγή των εταιριών SCPA και EMC ασκήθηκε ενώπιον του Πρωτοδικείου, το οποίο την ανέπεμψε στο Δικαστήριο λόγω εκκρεμοδικίας, ενώπιόν του, της ασκηθείσας από τη Γαλλική Κυβέρνηση προσφυγής (υπόθεση C-68/94), με αντικείμενο την ίδια απόφαση. Δεδομένου ότι οι δύο προσφεύγουσες εταιρίες ζήτησαν την εκδίκαση των δύο υποθέσεων από το Δικαστήριο, το Πρωτοδικείο απεκδύθηκε, με διάταξη της 1ης Φεβρουαρίου 1995, της αρμοδιότητάς του, κατ' εφαρμογή του άρθρου 47, τρίτο εδάφιο, του Οργανισμού του Δικαστηρίου, και διαβίβασε τη δικογραφία στο Δικαστήριο.

29 — Διάταξη της 10ης Μαΐου 1994 στην υπόθεση T-88/94 R, Sociétés commerciales de potasses et de l'azote και Entreprise minière et chimique κατά Επιτροπής (Συλλογή 1994, σ. II-263).

30 — Υπόθεση T-88/94 R, SCPA και EMC κατά Επιτροπής (Συλλογή 1994, σ. II-401).

Πάντως, πριν εισέλθω στην εμπεριστατωμένη εξέταση των λόγων που επικαλούνται οι διάδικοι, θεωρώ σκόπιμο να διατυπώσω ορισμένες σύντομες παρατηρήσεις γενικής φύσεως, προτιθέμενος να αναδείξω, πέραν των σημαντικών διακυβευομένων συμφερόντων, τις καταρχήν προεκτάσεις της παρούσας δίκης.

21. Εκκινώ υπενθυμίζοντας ότι, λόγω της φύσεως του ρυθμιζομένου θέματος, οι κανόνες του ανταγωνισμού αφήνουν καταρχήν ευρεία αυτοτέλεια στις διοικητικές αρχές στις οποίες εναπόκειται η εκτίμηση των ιδιομορφιών που εμφανίζει κάθε περίπτωση, προκειμένου να λαμβάνονται κάθε φορά οι πλέον ενδεδειγμένες αποφάσεις. Εξάλλου, είναι προφανές ότι η αποστολή του κοινοτικού δικαστή in subiecta materia απαιτεί κάποιο περιθώριο εκτιμήσεως σχετικά με την οικονομική σημασία των κανόνων [31].

Οι επισημάνσεις αυτές ισχύουν a fortiori σε θέματα συγκεντρώσεων, ο έλεγχος των οποίων, κατ' ανάγκη προληπτικός, απαιτεί εκτίμηση ενέχουσα αφεαυτής διάκριση εκ μέρους του οργάνου που καλείται να ερμηνεύσει και εφαρμόσει τον κανονισμό. Πράγματι, σε όλα τα συστήματα antitrust, ακόμη και σε εκείνα που διαθέτουν μορφές ελέγχου στηριζόμενες σε διαρθρωτικά στοιχεία (μερίδιο αγοράς που κατέχουν οι ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις και συναφή τεκμήρια), παρατηρείται η τάση διατυπώσεως κρίσεων στηριζομένων και σε ποιοτικά κριτήρια, λαμβάνοντα υπόψη την ιδιομορφία της κατ' ιδίαν περιπτώσεως [32]. Πάντως, η χρήση «ποιοτικών» κριτηρίων δεν πρέπει να μετατραπεί σε απρόβλεπτη πρακτική, η οποία, δεν χρειάζεται καν να διαψευστεί, θα είχε ως άμεση συνέπεια τη δραστική συρρίκνωση του ελέγχου νομιμότητας [33]. Εξάλλου, ο συναφής έλεγχος καθίσταται ακόμα πιο αναγκαίος αν ληφθεί υπόψη ότι ο διπλός λειτουργικός ρόλος της Επιτροπής, η οποία, εκτός της εξουσίας να διεξάγει έρευνες και ανακρίσεις, διαθέτει και εξουσία λήψεως αποφάσεως, της επιβάλλει κατ' ανάγκη την ακόμη αυστηρότερη υποχρέωση σεβασμού των δικαιωμάτων άμυνας [34].

22. Διατυπώνω τις παρατηρήσεις αυτές ακριβώς επειδή τα συγκεκριμένα προβλήματα της παρούσας δίκης θέτουν ενώπιον του Δικαστηρίου ένα γενικό ζήτημα ως προς τα όρια της διακριτικής ευχέρειας της Επιτροπής [35] και των παρεπομένων

31 — Σχετικά με τον ρόλο του Δικαστηρίου σε θέματα ανταγωνισμού, παραμένουν πολύτιμες οι σκέψεις του Trabucchi: «Sviluppo della giurisprudenza e suo significato nella disciplina comunitaria sulla concorrenza», *Rivista di diritto civile*, 1973, I, σ. 497 επ.

32 — Βλ., όσον αφορά τις Ηνωμένες Πολιτείες, Leddy, «The 1992 US Horizontal Merger Guidelines and Some Comparisons with EC Enforcement Policy», *ECLR*, 1993, σ. 15.

33 — Υπό την έποψη της τυπικής νομιμότητας, ο ανωτέρω έλεγχος επιτρέπει την εξακρίβωση των συνδεομένων με την αρμοδιότητα, την αιτιολόγηση, τη δικονομική τάξη και τον σεβασμό των δικαιωμάτων άμυνας πτυχών. Αντίθετα, υπό το πρίσμα της ουσιαστικής νομιμότητας, ο έλεγχος αυτός συνίσταται στην επαλήθευση της ακρίβειας της οικονομικής αναλύσεως, της αγοράς, των στρεφομένων κατά του ανταγωνισμού συνεπειών και των εννόμων συνεπειών (από απόψεως χαρακτηρισμού των πραγματικών περιστατικών, επί παραδείγματι) που συνήχθησαν από τη συγκεκριμένη ανάλυση, χωρίς ασφαλώς να θίγεται το περιθώριο διακριτικής ευχέρειας που διαθέτει η Επιτροπή κατά την εφαρμογή των κανόνων περί ανταγωνισμού. Βλ. συναφώς τις εισηγήσεις των Canivet και Biancarelli στα πλαίσια του σεμιναρίου που οργάνωσε το Πρωτοδικείο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων στις 22 και 23 Νοεμβρίου 1993 (*Le contrôle juridictionnel en matière de droit de la concurrence et des concentrations*, Λουξεμβούργο, 1994, σ. 25 έως 38 και 55 έως 65).

34 — Απόφαση της 7ης Ιουνίου 1983 στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις 100/80, 101/80, 102/80 και 103/80, Musique Diffusion française κλπ. κατά Επιτροπής (Συλλογή 1983, σ. 1825).

35 — Παρατηρώ συναφώς ότι η ευνοϊκή αντιμετώπιση των πράξεων συγκεντρώσεως που προανέφερα επιβεβαιώνεται από την πραγματιστική προσέγγιση της Επιτροπής κατά την εφαρμογή του κανονισμού, συγκείμενη στην προτίμηση λύσεων που αποτελούν «προϊόν διαπραγματεύσεως», ήτοι ευνοϊκών προς τα εξετασθέντα σχέδια. Τελικά, η Επιτροπή ανατρέχει συχνά στην εξουσία εγκρίσεως των συγκεντρώσεων, υπό την επιφύλαξη της τηρήσεως των προϋποθέσεων και βαρών, ενώ, αντίθετα σπάνια κάνει χρήση της εξουσίας της περί μη εγκρίσεως. Συναφώς, βλ. Van Bael-Bellis, *Il diritto della concorrenza nella EC*, 1995, σ. 555 και 556.

εξουσιών παρεμβάσεως των δικαστικών αρχών.

Για τον λόγο αυτό απαιτείται το Δικαστήριο να εκτιμήσει με μεγάλη προσοχή τις ούτως ειπείν «συστηματικής φύσεως» συνέπειες που ενδέχεται να έχει η απόφασή του, in primis από απόψεως ασφαλείας δικαίου, ισότητας μεταχειρίσεως και εγγυήσεως των δικαιωμάτων των τρίτων, καθώς και τις συνέπειες της μελλοντικής πρακτικής επί του ελέγχου των συγκεντρώσεων. Συναφώς, φρονώ ότι δεν στερείται σημασίας η υπόμνηση ότι ο έλεγχος του δικαστή καθίσταται ουσιώδης για τον ορισμό των κανόνων επί των συγκεντρώσεων. Τούτο ισχύει ακόμη και στα πλαίσια των συστημάτων όπου, αντίθετα προς το δικό μας, υφίσταται ήδη ένα προκαθορισμένο στοιχείο αξιολογήσεως, το οποίο αποτελεί οδηγό της συμπεριφοράς των διοικητικών αρχών, καθιστώντας την πρακτική τους σαφή και προβλέψιμη [36].

23. Στη συνέχεια προτίθεμαι να αναλύσω τις ενστάσεις απαραδέκτου που προέβαλε η Επιτροπή έναντι των προσφυγών των γαλλικών εταιριών (υπόθεση C-30/95), οι οποίες αφορούν: α) τη δυνατότητα μερικής ακυρώσεως της αποφάσεως, όπως αξιώνουν οι προσφεύγουσες εταιρίες, β) τη νομιμοποίησή τους να ασκήσουν προσφυγή, γ) τη δυνατότητα προσβολής της αποφάσεως καθ' ό μέρος λαμβάνεται υπόψη η αναληφθείσα από την K+S υποχρέωση αναδιαρθρώσεως της Potacan (65η αιτιολογική σκέψη), τέλος, δ) το έννομο συμφέρον των προσφευγουσών.

Προτίθεμαι, συνακόλουθα, να εξετάσω την ουσία αμφοτέρων των υποθέσεων. Πρώτον, θα ασχοληθώ με τους δύο λόγους που προέβαλε αποκλειστικά η Γαλλική Κυβέρνηση, ήτοι τη μη τήρηση της υποχρεώσεως που υπέχει η Επιτροπή, δυνάμει του άρθρου 19 του κανονισμού, να παραμένει σε στενή και συνεχή επαφή με τις αρχές των κρατών μελών (α) και την ορθότητα της εκτιμήσεως της Επιτροπής επί των συνεπειών της συγκεντρώσεως στη γερμανική αγορά (β). Θα ακολουθήσει εξέταση των λόγων που προβάλλονται με τις δύο προσφυγές και αφορούν την εκτίμηση των συνεπειών συγκεντρώσεως επί της εκτός της Γερμανίας κοινοτικής αγοράς (γ). Συναφώς, προτίθεμαι να εξετάσω καταρχάς τις πτυχές που συνδέονται με την οριοθέτηση της επίδικης γεωγραφικής αγοράς (1), ώστε να έλθω στη συνέχεια στη δυνατότητα προσφυγής στις διατάξεις του κανονισμού που αφορούν την παρέμβαση επί των συλλογικών δεσποζουσών θέσεων (2), καθώς και στη δυνατότητα εφαρμογής τους εν προκειμένω (3), υπό το φως και των κριτηρίων που επεξεργάστηκε η Επιτροπή στις προγενέστερες αποφάσεις της. Τέλος, θα εξετάσω τις πτυχές που αφορούν το κατά πόσον είναι θεμιτή η επιβολή όρων σε τρίτους σε σχέση με τη συγκέντρωση (δ).

I — Το παραδεκτό (υπόθεση C-30/95)

24. Προέχει η εξέταση του βασίμου των ενστάσεων απαραδέκτου που ήγειρε η Επιτροπή σε σχέση με την προσφυγή των γαλλικών εταιριών.

36 — Βλ., όσον αφορά την κτηθείσα στις Ηνωμένες Πολιτείες πείρα, τις επισημάνσεις του Hawk: «Public Private Enforcement of Merger Law in the United States», *Le contrôle juridictionnel en matière de droit de la concurrence et des concentrations*, έργο που προανέφερα στην υποσημείωση 33, σ. 81 επ. ειδικότερα σ. 83 και 84, ο οποίος υπενθυμίζει ότι «The Legality of Mergers is ultimately determined in the Courts according to the judicial standards developed under Section 7 of the Clayton Act, although the Guidelines are increasingly consulted.»

α) *Επί της μερικής ακυρώσεως*

25. Η πρώτη ένσταση αφορά το αίτημα περί μερικής ακυρώσεως της αποφάσεως. Συγκεκριμένα, η Επιτροπή υποστηρίζει ότι, εξαφανίζοντας τα στοιχεία επί των οποίων στηρίζεται η δήλωση περί κηρύξεως του συμβιβαστού της συγκεντρώσεως με την κοινή αγορά, η ακύρωση μιας ή όλων των προϋποθέσεων θα την υποχρέωναν αναπόδραστα να ανακαλέσει ολόκληρη την προσβαλλομένη απόφαση.

Αντίθετα, οι προσφεύγουσες ισχυρίζονται ότι οι επίδικες προϋποθέσεις μπορούν να αποχωριστούν από την υπόλοιπη απόφαση, οπότε η ακύρωσή τους δεν θα συνεπαγόταν άλλον τι πέραν του να καταστεί η απόφαση άνευ αιρέσεων. Οι προσφεύγουσες προσθέτουν ότι το άρθρο 8, παράγραφος 5, του κανονισμού, το οποίο επιτρέπει στην Επιτροπή να ανακαλέσει την απόφασή της σε περίπτωση μη αναληφθείσας από τα μέρη δεσμεύσεως [37], δεν τυγχάνει εφαρμογής εν προκειμένω, οπότε η κατάσταση, την επέλευση της οποίας φοβείται η Επιτροπή, σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να πραγματοποιηθεί.

26. Θεωρώ ότι η ένσταση αυτή πρέπει να εξεταστεί παράλληλα με την ουσία της προσφυγής. Μόνον η λύση αυτή θα επιτρέψει να εξακριβωθεί αν πράγματι η ενδεχόμενη ακύρωση των προϋποθέσεων είναι σε θέση να έχει αντίκτυπο στην υπόλοιπη απόφαση, καθιστώντας αναγκαία την ολική ακύρωσή της.

Αφετέρου, θεωρητικώς, ο προβαλλόμενος από τις προσφεύγουσες «διαχωρισμός» είναι εφικτός και υπό το φως του άρθρου 10, παράγραφος 5, του κανονισμού, το οποίο αφορά ρητώς τη δυνατότητα μερικής ακυρώσεως. Προς τούτο, απαιτείται να αποδειχθεί αν πληρούνται οι προϋποθέσεις από τις οποίες η κοινοτική νομολογία εξαρτά την άσκηση της εξουσίας μερικής ακυρώσεως. Πρόκειται, όπως έκρινε το Δικαστήριο με την απόφασή του στην υπόθεση SIV κ.λπ. κατά Επιτροπής [38] (στο εξής: απόφαση περί της επιπέδου υάλου), περί της ανάγκης «να εξακριβωθεί αν το περιεχόμενο του διατακτικού της αποφάσεως, θεωρούμενο υπό το πρίσμα των αιτιολογικών σκέψεών του, μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο περιορισμού ως προς το καθ' ύλην, το προσωπικό ή τον διαχρονικό πεδίο εφαρμογής του, κατά τρόπον ώστε να περιοριστούν τα αποτελέσματά του, χωρίς εντούτοις να μεταβληθεί η υπόστασή του». Στο πλαίσιο της εξετάσεως αυτής, πρέπει να αναζητηθεί αν, όπως κρίνει το Δικαστήριο, «η μερική ακύρωση είναι δυνατή και δικαιολογείται από το γεγονός ότι πρόκειται για απόφαση η οποία, στο σύνολό της, ευνοεί τα συμφέροντα των ενδιαφερομένων επιχειρήσεων» [39].

27. Όπως ήδη προανέφερα, ο καθορισμός των προϋποθέσεων από τις οποίες εξαρτάται το συμβιβαστό της συγκεντρώσεως εδράζεται στο στοιχείο ότι, κατά την Επιτροπή, η συγκέντρωση θα μπορούσε να προκαλέσει στην εκτός της Γερμανίας κοινοτική αγορά την εγκαθίδρυση δυοπωλίου,

37 — Σύμφωνα με την εν λόγω διάταξη: «Η Επιτροπή μπορεί να ανακαλέσει την απόφαση που εξέδωσε βάσει της παραγράφου 2: α) αν η κήρυξη του συμβιβαστού βασίστηκε σε ανακριβή στοιχεία για τα οποία υπεύθυνη είναι μία από τις συμμετέχουσες επιχειρήσεις ή αν η έκδοση της αποφάσεως προκλήθηκε δολίως, β) αν οι συμμετέχουσες επιχειρήσεις παραβούν κάποιον από τους όρους που συνοδεύουν την απόφαση.»

38 — Απόφαση της 10ης Μαρτίου 1992 στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις Τ-68/89, Τ-77/89 και Τ-78/89 (Συλλογή 1992, σ. II-1403, σκέψη 320).

39 — Απόφαση της 23ης Οκτωβρίου 1974 στην υπόθεση 17/74, Transocean Marine Paint κατά Επιτροπής (Συλλογή τόμος 1974, σ. 441, σκέψη 21).

ικανού να θίξει τον ανταγωνισμό, την οποία θα μπορούσε να αποτρέψει μόνον η τήρηση των εν λόγω προϋποθέσεων. Επομένως, για τη μερική ακύρωση της αποφάσεως θα έπρεπε να αποδειχθεί το αβάσιμο της θέσεως αυτής, ήτοι ότι, επειδή η συγκέντρωση δεν συνεπάγεται το αποτέλεσμα που υποστηρίζει η Επιτροπή, δεν είναι αναγκαίο, προκειμένου η συγκέντρωση να κηρυχθεί συμβιβαστή, να επιβληθούν παρόμοιες προϋποθέσεις.

Η ένσταση μου φαίνεται προδήλως αβάσιμη. Εφόσον οι γαλλικές εταιρίες προσβάλλουν απόφαση της οποίας δεν είναι τυπικώς αποδέκτες, απαιτείται να ελεγχθεί αν τις αφορά άμεσα και ατομικά, όπως απαιτεί το άρθρο 173. Πρωτίστως, επισημαίνω ότι η προσβαλλομένη απόφαση αφορά ασφαλώς *άμεσα* τις προσφεύγουσες, δεδομένου ότι η φερομένη ζημία που υπέστησαν οι γαλλικές εταιρίες είναι συνάρτηση της αποφάσεως αυτής.

Αυτό επιβεβαιώνει το ότι η ένσταση δεν μπορεί παρά να εξεταστεί με την ουσία. Ευθύς εξαρχής, πρέπει να υπογραμμιστεί ότι η ενδεχόμενη μερική ακύρωση μπορεί επιπλέον να οδηγήσει στην εφαρμογή του άρθρου 10, παράγραφος 5, του κανονισμού [40], ήτοι ότι οι προθεσμίες αρχίζουν να τρέχουν εκ νέου και η Επιτροπή χωρεί σε νέα εξέταση.

29. Όσον αφορά το στοιχείο ότι πρέπει να τις αφορά ατομικώς, υπενθυμίζω ότι, κατά πάγια νομολογία, «πρόσωπα άλλα από τους αποδέκτες μιας αποφάσεως δεν μπορούν να ισχυριστούν ότι η απόφαση τα αφορά, κατά την έννοια του άρθρου 173, παρά μόνον αν τα θίγει λόγω ορισμένων ιδοτήτων που προσιδιάζουν σ' αυτά ή μιας πραγματικής καταστάσεως που τα διαφοροποιεί σε σχέση με κάθε άλλο πρόσωπο και, ως εκ τούτου, τα εξατομικεύει κατά τρόπον ανάλογο προς αυτόν του αποδέκτη» [41]. Εν προκειμένω, είναι πασιφανές ότι οι προσφεύγουσες βρίσκονται σε πραγματική κατάσταση τέτοια ώστε να διακρίνονται σαφώς από τα άλλα υποκείμενα δικαίου.

β) *Επί της νομμοποιήσεως προς άσκηση προσφυγής*

28. Η Επιτροπή υποστηρίζει ακολούθως ότι η προσβαλλόμενη απόφαση δεν αφορά άμεσα και ατομικά τις προσφεύγουσες. Ανάλογα επιχειρήματα ανέπτυξαν και οι εταιρίες K+S και MdK οι οποίες υποστηρίζουν ότι είναι οι μόνοι αποδέκτες των επιβαλλομένων με την απόφαση όρων.

Πρώτον, ενέχει σημασία το γεγονός ότι οι προσφεύγουσες έτυχαν ακροάσεως κατά την προ της ασκήσεως της προσφυγής διαδικασία. Πράγματι, όπως προκύπτει από πάγια νομολογία του Δικαστηρίου και του Πρωτοδικείου σχετικά με τη νομιμοποίηση

40 — Αυτολεξεί: «Όταν το Δικαστήριο εκδίδει απόφαση που ακυρώνει εν όλω ή εν μέρει απόφαση της Επιτροπής δυνάμει του παρόντος κανονισμού, οι προθεσμίες που ορίζονται στον παρόντα κανονισμό ισχύουν εκ νέου από την ημέρα απαγγελίας της αποφάσεως του Δικαστηρίου».

41 — Απόφαση της 15ης Ιουλίου 1963 στην υπόθεση 25/62, Plaumann κατά Επιτροπής (Συλλογή τόμος 1954-1964, σ. 937, ιδίως σ. 942), απόφαση της 19ης Μαΐου 1993 στην υπόθεση C-198/91, Cook κατά Επιτροπής (Συλλογή 1993, σ. I-2487, σκέψη 20), και απόφαση της 28ης Οκτωβρίου 1993 στην υπόθεση Τ-83/92, Zunis Holding κ.λπ. κατά Επιτροπής (Συλλογή 1993, σ. II-1169, σκέψη 36).

των τρίτων σε θέματα ανταγωνισμού, αντιντάμπινγκ και ενισχύσεων, τα πρόσωπα στα οποία ένας κανονισμός ή η ίδια η Συνθήκη αναγνωρίζουν το δικαίωμα να λαμβάνουν μέρος σε διοικητική διαδικασία διαθέτουν και ένδικο μέσο «προοριζόμενο να προστατεύει τα έννομα συμφέροντά τους» [42].

30. Δεύτερον, η κατάσταση ανταγωνισμού στη μία από τις δύο αγορές που θεωρήθηκαν ως οι σχετικές αγορές και οι συνέπειες της συγκεντρώσεως αποτέλεσαν αντικείμενο εκτιμήσεων της Επιτροπής, με γνώμονα κυρίως και συγκεκριμένα την κατάσταση της EMC/SCPA, ως μιας συνιστώσας του δυοπωλίου με την K+S [43].

31. Τρίτον, όλοι οι όροι που επιβλήθηκαν στις εμπλεκόμενες στη συγκέντρωση επιχειρήσεις ώστε η συγκέντρωση να μπορέσει να κηρυχθεί συμβιβαστή αφορούν άμεσα και σχεδόν αποκλειστικά τα συμφέροντα των προσφευγουσών και είναι σε θέση να θίξουν ουσιαστικά τη θέση τους στην αγορά [44]. Γίνεται αμέσως αντιληπτό ότι, με το να εξαρτάται η έκδοση αποφάσεως που αφορά μια επιχείρηση από την τροποποίηση, αν όχι τη διακοπή των συμβατικών ή εταιρικών σχέσεων με τρίτη εταιρία, επηρεάζεται σημαντικά η δράση των δύο ενδιαφερομένων εταιριών και όχι μόνον εκείνη της πρώτης.

32. Συναφώς, τα επιχειρήματα που προέβαλε η Επιτροπή δεν είναι πειστικά. Όσον αφορά την SCPA, ασφαλώς δεν αποτελεί έγκυρο λόγο μη αναγνωρίσεως του δικαιώματός της να ασκήσει προσφυγή το γεγονός ότι η άλλη εταιρία με την οποία συνέστησε τον συνασπισμό εξαγωγής Kali-Export, ήτοι η ισπανική Coposa, αποτελεί επίσης αντικείμενο της αποφάσεως.

Καταρχάς, η SCPA θίγεται άμεσα και συγκεκριμένα και από τις λοιπές προβλεπόμενες στην απόφαση προϋποθέσεις, οι οποίες, αντίθετα, δεν θίγουν άλλη εταιρία. Και τούτο αρκεί για τη διαφοροποίησή της σε σχέση με κάθε άλλο πρόσωπο και την εξατομίκευσή της κατά τρόπο ανάλογο προς αυτόν του αποδέκτη της πράξεως. Δεύτερον, δεν μπορεί να αποκλείεται η δυνατότητα ενός προσώπου το οποίο θίγεται αναμφισβήτητα (και ατομικά) από ληφθείσα απόφαση να ασκήσει προσφυγή προκειμένου να προστατεύσει τα συμφέροντά του, αποκλειστικά και μόνο επειδή ένα άλλο πρόσωπο βρίσκεται σε ανάλογη κατάσταση.

33. Η αποδοχή της θέσεως που επικρίνω θα υπήρχε κίνδυνος να θίξει το δικαίωμα προς παροχή δικαστικής προστασίας. Επιπλέον, η άποψη αυτή δεν νομίζω ότι βρίσκει έρεισμα στην ορθή ερμηνεία της νομο-

42 — Απόφαση της 25ης Οκτωβρίου 1977 στην υπόθεση 26/76, Metro κατά Επιτροπής (Συλλογή τόμος 1977, σ. 571, σκέψη 13), απόφαση της 4ης Οκτωβρίου 1983 στην υπόθεση 191/82, FEDIOL κατά Επιτροπής (Συλλογή 1983, σ. 2913, σκέψεις 28 επ.), και απόφαση της 28ης Ιανουαρίου 1986 στην υπόθεση 169/84, Cofaz κ.λπ. κατά Επιτροπής (Συλλογή 1986, σ. 391, σκέψη 23). Στην πλέον πρόσφατη νομολογία, εντοπίζω τις αποφάσεις της 18ης Μαΐου 1994 στην υπόθεση T-37/92, BEUC και NCC κατά Επιτροπής (Συλλογή 1994, σ. II-285, σκέψη 36), και της 24ης Ιανουαρίου 1995 στην υπόθεση T-114/92, BEMIM κατά Επιτροπής (Συλλογή 1995, σ. II-147, σκέψη 26).

43 — Απόφαση της 6ης Νοεμβρίου 1990 στην υπόθεση C-354/87, Weddel κατά Επιτροπής (Συλλογή 1990, σ. I-3847, σκέψεις 20 έως 23), και απόφαση της 19ης Μαΐου 1994 στην υπόθεση T-2/93, Air France κατά Επιτροπής (Συλλογή 1994, σ. II-323, σκέψη 45). Στη δεύτερη εκ των δύο αποφάσεων το Πρωτοδικείο έκρινε παραδεκτή την προσφυγή της εταιρίας Air France κατ' αποφάσεως της Επιτροπής, η οποία αφορούσε συγκέντρωση μεταξύ δύο ανταγωνιστριών εταιριών, και λόγω του γεγονότος ότι «η κατάσταση του ανταγωνισμού στις δύο αγορές οι οποίες θεωρήθηκαν ως σχετικές αγορές, κατόπιν της πράξεως συγκεντρώσεως, εκτιμήθηκε από την Επιτροπή με γνώμονα κυρίως την κατάσταση της Air France».

44 — Βλ. την προαναφερθείσα στην υποσημείωση 42 απόφαση στην υπόθεση Cofaz κ.λπ. κατά Επιτροπής, μολονότι επρόκειτο για διαφορετική περίπτωση (ειδικότερα σκέψεις 28 και 29).

λογίας σχετικά με το άρθρο 173, τέταρτο εδάφιο, της Συνθήκης. Πράγματι, κανένα στοιχείο, πλην μιας εξαιρετικά συσταλτικής ερμηνείας του γράμματος [45], δεν επιτρέπει τη συναγωγή του συμπεράσματος ότι η προϋπόθεση μια πράξη να αφορά «άμεσα και ατομικά» πρέπει να προσιδιάζει σε ένα και μόνο πρόσωπο και όχι σε περισσότερα υποκείμενα, η εξατομίκευση των οποίων μπορεί να είναι ακριβής και συγκεκριμένη στο μέτρο που η πράξη τα ενδιαφέρει άμεσα. Εκείνο που απαιτείται, προκειμένου να αναγνωριστεί δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής, είναι στην πραγματικότητα η τήρηση της προϋποθέσεως αυτής, ήτοι το συγκεκριμένο και διακριτικό χαρακτηριστικό γνώρισμα της καταστάσεώς του σε σχέση προς το σύνολο, χαρακτηριστικό γνώρισμα που στην προκειμένη περίπτωση δεν αμφισβητείται σοβαρά.

34. Παρατηρώ ότι στην προκειμένη περίπτωση υπάρχει και αιτιώδης συνάφεια, υπό την έννοια ότι η κατάσταση των προσφευγουσών ελήφθη συγκεκριμένα υπόψη σε τέτοιο σημείο ώστε να είναι καθοριστική για την απόφαση του θεσμικού οργάνου και να συνιστά την αιτιολογική βάση της ίδιας της πράξεως καθ' ό μέρος αυτή προσβάλλεται [46]. Με άλλους λόγους, τα πραγματικά στοιχεία της υποθέσεως επιτείνουν το γεγονός ότι η κατάσταση που χαρακτηρίζει τις προσφεύγουσες εταιρίες δεν είναι τυχαία.

35. Τέλος, η επίκληση από την Επιτροπή της αποφάσεως του Πρωτοδικείου στην υπόθεση Zunis Holding κατά Επιτροπής είναι προφανώς αλυσιτελής [47]. Κατά το καθού όργανο, το γεγονός απλώς και μόνο της ιδιότητας του μετόχου σε εμπλεκόμενη σε πράξη συγκεντρώσεως εταιρία δεν αρκεί για να χαρακτηριστεί, από απόψεως του δικαιώματος ασκήσεως προσφυγής, η πραγματική κατάσταση ως ανάλογη εκείνης του αποδέκτη μιας αποφάσεως.

Συναφώς, παρατηρώ καταρχάς ότι οι εξαγγελλόμενες στην υπόθεση Zunis Holding αρχές ίσχυαν για τις προσφεύγουσες εταιρίες, οι οποίες ήσαν μέτοχοι των εταιριών που εμπλέκονταν άμεσα στη συγκέντρωση, ήτοι ενώπιον μιας καταστάσεως όλως διαφορετικής από εκείνη των EMC και SCPA στα πλαίσια της παρούσας υποθέσεως. Επιπλέον, με την απόφασή του εκείνη, το Πρωτοδικείο ουδόλως έκρινε ότι η ιδιότητα του μετόχου δέσμης μετοχών δεν επαρκεί για τον νομικό χαρακτηρισμό της καταστάσεως ενός προσώπου, κατά την έννοια του άρθρου 173, όπως υποστηρίζει η Επιτροπή, αλλά περιορίστηκε στην υπογράμμιση ότι συναφώς η ενδεχόμενη επίπτωση μιας πράξεως επί των σχέσεων που υφίστανται μεταξύ των μετόχων μιας εταιρίας δεν είναι αρκετή και ότι, αντίθετα, πρέπει να συντρέχουν ειδικές περιστάσεις ώστε να μπορεί να θεωρηθεί ότι «αφορά άμεσα και ατομικά» τον ένα από τους μετόχους. Μεταξύ των περιστάσεων αυτών και με βάση την προσεκτικότερη ανάγνωση της προαναφερθείσας αποφάσεως, θα ήταν εύλογο να συμπεριληφθεί η συγκεκριμένη φύση της συμμετοχής [48].

36. Οι ανωτέρω παρατηρήσεις ισχύουν τόσο για την SCPA όσο και για την EMC. Εξάλλου, η Επιτροπή χαρακτήρισε την

45 — Όπως διευκρίνισε το Δικαστήριο στην προαναφερθείσα στην υποσημείωση 41 απόφαση στην υπόθεση Plaumann κατά Επιτροπής, «η διατύπωση και το γραμματικό νόημα της προαναφερθείσας διατάξεως δικαιολογούν την ευρύτερη δυνατή ερμηνεία. Εξάλλου, οι διατάξεις της Συνθήκης περί του δικαιώματος ασκήσεως προσφυγής των πολιτών δεν πρέπει να ερμηνεύονται συσταλτικά» (Συλλογή τόμος 1954-1964, σ. 941).

46 — Βλ. συναφώς, Barav και Vandersanden: *Contentieux communautaire*. Βρυξέλλες, 1977, σ. 172.

47 — Προαναφερθείσα στην υποσημείωση 41 απόφαση.

48 — Βλ. προαναφερθείσα απόφαση στην υπόθεση Zunis Holding κ.λπ. κατά Επιτροπής σκέψεις 34 έως 36, και Cook-Kerse, *EC Merger Control*, Λονδίνο, 1996, σ. 200 και 201.

τελευταία και ως αποδέκτη του αφορώντος την Kali-Export όρου. Πράγματι, μολονότι μόνον η SCPA συμμετέχει στην εν λόγω εταιρία, η απόφαση της Επιτροπής αφορά από κοινού τις EMC/SCPA, οι οποίες, συνακόλουθα, αντιμετωπίζονται, δικαίως ή αδίκως, ως μία επιχειρηματική ενότητα [49]. Συνεπώς, η απόπειρα της Επιτροπής να διαχωρίσει τη θέση της EMC από εκείνη της SCPA, προκειμένου να αποκλείσει τη νομιμοποίησή της να ασκήσει προσφυγή, φαίνεται τουλάχιστον υπερβολική, και τούτο ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι η EMC ισχυρίστηκε ότι υπέστη «αυτοτελείς» ζημίες σε σχέση με την SCPA, κυρίως μετά τη διάλυση του συνασπισμού εξαγωγών, η οποία, πράγματι, τη θέτει εκτός του δικτύου πωλήσεως προς τις τρίτες χώρες και εμποδίζει με τον τρόπο αυτό το «μέγα» κύμα εξαγωγών.

Νομίζω ότι θα ήταν εκ του περισσού να προσθέσω ότι το σύνολο των σκέψεων που ανέπτυξα μέχρις εδώ, όσον αφορά τη σχετικά με τις υποκειμενικές προϋποθέσεις προσβολής της πράξεως ένσταση απαραδέκτου, ισχύει και για την απόρριψη της επιχειρηματολογίας των παρεμβαινουσών εταιριών, η οποία επικεντρώνεται κυρίως στην έλλειψη ενεργητικής νομιμοποιήσεως των προσφευγουσών.

γ) *Επί της δυνατότητας προσβολής της αφορώσας την Potacan αιτιολογικής σκέψεως*

37. Με την τελευταία ένστασή της, η Επιτροπή εκτιμά ότι δεν μπορεί να προσβληθεί το μέρος της αποφάσεώς της που αφορά τη δομή της Potacan στον βαθμό που δεν παράγει δεσμευτικά έννομα αποτελέσματα, ικανά να θίξουν τα συμφέροντα των προσφευγουσών.

Συναφώς, υπενθυμίζω, κυρίως, ότι, σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου, μια πράξη μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο προσφυγής ακυρώσεως, κατά την έννοια του άρθρου 173, εφόσον αποδεικνύεται ότι, λαμβάνοντας υπόψη την ουσία της, αποδεικνύεται ότι σκοπεί στην παραγωγή υποχρεωτικών εννόμων αποτελεσμάτων, ικανών να θίξουν τα συμφέροντα του προσφεύγοντος, τροποποιώντας αισθητά τη νομική κατάστασή του [50].

38. Ασφαλώς, το γεγονός ότι η Επιτροπή αντιμετωπίζει, αν δεν προτείνει, μια λύση ήδη εντός του πλαισίου που μας απασχολεί, προτρέποντας στην πράξη μιας από τις εμπλεκόμενες στη συγκέντρωση επιχειρήσεις να «καταβάλει κάθε δυνατή προσπάθεια προκειμένου να επιτύχει με τις EMC/SCPA συμφωνία για μετατροπή της Potacan», κατά τρόπον ώστε να ικανοποιούνται οι τεθείσες από την Επιτροπή προϋποθέσεις, είναι μοναδικό, αν ληφθεί μάλιστα υπόψη το ότι η Επιτροπή κίνησε ad hoc διαδικασία προκειμένου να ελέγξει κατά πόσον η Potacan συμβιβάζεται με την κοινή

49 — 60ή αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως της Επιτροπής.

50 — Σε θέματα ανταγωνισμού, βλ. αποφάσεις της 24ης Ιουνίου 1986 στην υπόθεση 53/85, AKZO Chemie κατά Επιτροπής (Συλλογή 1986, σ. 1965), και της 11ης Νοεμβρίου 1981 στην υπόθεση 60/81, IBM κατά Επιτροπής (Συλλογή 1981, σ. 2639). Υπό ευρύτερη έννοια, επί της δυναμένης να προσβληθεί, κατά την έννοια του άρθρου 173, πράξεως, βλ. αποφάσεις της 16ης Ιουνίου 1993 στην υπόθεση C-325/91, Γαλλία κατά Επιτροπής (Συλλογή 1993, σ. I-3283, σκέψη 9), και της 23ης Νοεμβρίου 1995 στην υπόθεση C-476/93 P, Nutral κατά Επιτροπής (Συλλογή 1995, σ. I-4125, σκέψη 28).

αγορά κατά το άρθρο 85 της Συνθήκης. Σχετικά με την ορθότητα της προσεγγίσεως αυτής, η οποία συγχέει προφανώς μεταξύ διαδικασιών οι οποίες, αν και έχουν διαφορετικό αντικείμενο και εμπλεκόμενα μέρη, καταλήγουν στην αλληλεπίδρασή τους, δεν μπορώ παρά να διακατέχομαι από ορισμένες αμφιβολίες.

Τούτου δοθέντος, οφείλω, πάντως, να αναγνωρίσω ότι το εξεταζόμενο εν προκειμένω μέρος της πράξεως προφανώς δεν πληροί τις απαιτούμενες από το άρθρο 173 προϋποθέσεις ώστε μια πράξη να μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο προσφυγής, υπό την έννοια, ακριβέστερα, ότι εκ φύσεως δεν παράγει υποχρεωτικά έννομα αποτελέσματα έναντι των προσφευγουσών εταιριών.

39. Στην de qua απόφαση, όσον αφορά το υπό εξέταση τμήμα της, η Επιτροπή λαμβάνει απλώς «υπόψη της» την αναληφθείσα από την K+S δέσμευση να επιλύσει το πρόβλημα Potacan συνάπτοντας συμφωνία με την EMC, έστω και αν τη σχετική δέσμευσή της την υπαγόρευσε ρητώς η Επιτροπή. Εξάλλου, η EMC δεν ανέλαβε καμία υποχρέωση διεξαγωγής διαπραγματεύσεων και ακόμη λιγότερο αποδοχής των προτάσεων της K+S. Το τμήμα της επίδικης αποφάσεως της Επιτροπής θα μπορούσε να συνεπαχθεί, έστω και εμμέσως, ένα τέτοιο αποτέλεσμα, όπως προανέφερα, σε σχέση με την κατά τον κανονισμό 17 [51] διαδικασία. Πρόκειται, όμως, για συνέπειες, οι οποίες, ακόμη και αν αποδεικνύονταν στην πράξη, θα ήσαν αλυσιτελείς ως προς την εκτίμηση του κατά πόσον δύναται να προσβληθεί η αποτελούσα αντικείμενο της υπό κρίση προσφυγής πράξη.

Ομοίως, θεωρώ ότι είναι αλυσιτελής εν προκειμένω η επίκληση της λύσεως που υιοθετήθηκε στην απόφαση «χαρτοπολτού» [52], με την οποία το Δικαστήριο εξομοίωσε δήλωση των προσφευγουσών επιχειρήσεων περί αναλήψεως δεσμεύσεως προς συστάσεις με σκοπό την παύση παραβάσεως, δυνάμει του άρθρου 3 του κανονισμού 17, ώστε να καταστεί δυνατή η προσβολή της ενώπιον της δικαιοσύνης. Ακόμη και αν επιθυμούσα να αγνοήσω τις διαφορές μεταξύ των δύο περιπτώσεων, παρατηρώ ότι η απαραίτητη προϋπόθεση για τη δεδομένη λύση, ήτοι η αποδοχή εκ μέρους των προσφευγουσών αποφάσεως που η Επιτροπή θα μπορούσε να λάβει μονομερώς, δεν συντρέχει στην προκειμένη περίπτωση.

40. Για τον λόγο αυτό, προτείνω να γίνει δεκτή η ένσταση της Επιτροπής και των παρεμβαινουσών εταιριών και να κριθεί απαράδεκτη επί του συγκεκριμένου αυτού σημείου η ασκηθείσα από τις γαλλικές εταιρίες προσφυγή.

δ) *Επί της ελλείψεως εννόμου συμφέροντος των προσφευγουσών*

41. Τέλος, οι παρεμβαίνουσες εταιρίες προέβαλαν την ένσταση απαραδέκτου της προσφυγής των γαλλικών εταιριών λόγω ελλείψεως εννόμου συμφέροντος, στο μέτρο

51 — Κανονισμός 17 του Συμβουλίου, της 6ης Φεβρουαρίου 1962 (ΕΕ ειδ. έκδ. 08/001, σ. 25).

52 — Απόφαση της 31ης Μαρτίου 1993 στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-89/85, C-114/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85, C-126/85, C-127/85, C-128/85 και C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö κ.λπ. κατά Επιτροπής (Συλλογή 1993, σ. I-1307, σκέψη 181).

που εκπλήρωσαν ήδη πλήρως τις αναληφθείσες δεσμεύσεις, αντικείμενο των προϋποθέσεων που έθετε η απόφαση της Επιτροπής.

Συναφώς, παρατηρώ, καταρχάς, ότι σε διαδικαστικό επίπεδο η ένσταση είναι απαράδεκτη εφόσον το ζήτημα δεν τίθεται καν στην επιχειρηματολογία της Επιτροπής. Εν πάση περιπτώσει, η ένσταση αυτή αναιρείται από τη στάση του Δικαστηρίου ότι, κατά το άρθρο 176, ακόμη και σε περίπτωση που η εκτέλεση της συναφούς υποχρεώσεως θα ήταν αδύνατη, «διατηρείται το έννομο συμφέρον ασκήσεως της προσφυγής ακυρώσεως εφόσον αποτελεί τη βάση τυχόν αγωγής αποζημιώσεως» [53].

II — Επί της ουσίας

42. Ερχόμενος στην ουσία της διαφοράς, προτίθεμαι να εξετάσω καταρχάς τους λόγους που επικαλέστηκε η Γαλλική Κυβέρνηση, ήτοι εκείνους της υποθέσεως C-68/94. Συγκεκριμένα, προτίθεμαι να εκκινήσω με την εκτίμηση του βασίμου του ισχυρισμού περί παραβιάσεως της υποχρεώσεως συνεργασίας με τις εθνικές αρχές (α), ερχόμενος στη συνέχεια στην εξέταση των αιτιάσεων που αφορούν την αξιολόγηση της συγκεντρώσεως επί της γερμανικής αγοράς (β). Τέλος, προτίθεμαι να εξετάσω τις πτυχές της φερομένης κακής εκτιμήσεως της συγκεντρώσεως επί της κοινοτικής, πλην της γερμανικής, αγοράς (γ), συμπεριλαμβανομένου του ζητήματος της νομιμότητας των επιβληθέντων όρων και βαρών που έχουν αντίκτυπο επί τρίτων ασχέτων προς την πράξη της συγκεντρώσεως (δ), πτυχές που διαγράφονται σε αμφότερες τις προσφυγές και που θα τύχουν, συνεπώς, κοινής εκτιμήσεως στον βαθμό που πρόκειται για κοινή επιχειρηματολογία.

α) *Η μη τήρηση της υποχρεώσεως συνεργασίας με τις εθνικές αρχές* (υπόθεση C-68/94)

43. Με τον λόγο αυτό, η Γαλλική Κυβέρνηση αιτιάται την Επιτροπή ότι παραβίασε πολλαπλώς την προβλεπόμενη στο άρθρο 19 του κανονισμού αρχή περί στενής και διαρκούς επαφής με τις αρχές των κρατών μελών. Ειδικότερα, προβάλλεται ο ισχυρισμός ότι τα στοιχεία που αφορούν την κατανομή των πωλήσεων των διαφόρων επιχειρηματιών σε κάθε κράτος μέλος και, όσον αφορά την SCPA, τη διάκριση μεταξύ των πωλήσεων των ιδίων προϊόντων της και των πωλήσεων των προϊόντων τρίτων — στοιχεία που η Γαλλική Κυβέρνηση θεωρεί ουσιώδη για την εγνωσμένη εκτίμηση τόσο των ενστάσεων της Επιτροπής έναντι των μερών που προέβησαν στην κοινοποίηση όσο και του σχεδίου αποφάσεως — κοινοποιήθηκαν στα κράτη μέλη μόλις κατά τη συνεδρίαση της συμβουλευτικής επιτροπής της 3ης Δεκεμβρίου 1993. Συγκεκριμένα, η Γαλλική Κυβέρνηση έλαβε μερική μόνον απάντηση, τηλεφωνικώς, στις 5 Νοεμβρίου 1993, ύστερα από επανειλημμένα αιτήματά της. Τέλος, προβάλλεται ο ισχυρισμός ότι ο εσφαλμένος αριθμός των πωλήσεων της SCPA στο Βέλγιο και στο Λουξεμβούργο, ο οποίος κοινοποιήθηκε από την Επιτροπή στη συμβουλευτική επιτροπή, δεν επέτρεψε στους εκπροσώπους

53 — Απόφαση της 5ης Μαρτίου 1980 στην υπόθεση 76/79, Könecke κατά Επιτροπής (Συλλογή τόμος 1980/1, σ. 349, σκέψη 9).

των κρατών να εκτιμήσουν ορθά την πράξη συγκεντρώσεις [54].

Η Επιτροπή υπενθυμίζει, πρώτον, ότι η αρχή της στενής και διαρκούς συνεργασίας με τα κράτη μέλη, όπως προβλέπει το άρθρο 19, παράγραφοι 1 και 2, του κανονισμού, δεν συνιστά γενική και απόλυτη αρχή, αλλά πρέπει να συνδυάζεται με την τήρηση τόσο των ιδιαίτερα συντόμων προθεσμιών που τάσσει η διαδικασία ελέγχου (άρθρο 10 του κανονισμού) όσο και του επαγγελματικού απορρήτου, επίκληση του οποίου έγινε εν προκειμένω σε σχέση με τις πραγματοποιηθείσες στις διάφορες χώρες πωλήσεις. Δεύτερον, εναπέκειτο στην Επιτροπή, κατ' εφαρμογή του κανονισμού, να αποφασίσει ποια ήσαν τα σπουδαιότερα έγγραφα προκειμένου να τα διαβιβάσει στις αρχές των κρατών μελών. Εν πάση περιπτώσει, στη συγκεκριμένη περίπτωση τόσον οι αρχές των κρατών μελών όσο και η συμβουλευτική επιτροπή διέθεταν, κατά την άποψη της Επιτροπής, όλες τις αναγκαίες πληροφορίες προκειμένου να σταθμίσουν προσεκτικά τον αντίκτυπο της υπό μελέτη συγκεντρώσεως επί του ανταγωνισμού. Τέλος, ο εσφαλμένος αριθμός που επικαλέστηκε η Γαλλική Κυβέρνηση, ο οποίος εξάλλου και προφανώς δεν οφειλόταν σε τίποτε άλλο παρά σε χονδροειδές λάθος κατά τη δακτυλογράφηση, σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να θεωρηθεί ως ικανός να αλλοιώσει την ανάλυση της συμβουλευτικής επιτροπής.

44. Θεωρώ σκόπιμο καταρχάς να υπενθυμίσω ότι το άρθρο 19 του κανονισμού επιβάλλει στην Επιτροπή την υποχρέωση να διαβιβάζει στις αρμόδιες αρχές των κρατών μελών «εντός προθεσμίας τριών εργασίμων ημερών, αντίγραφο των κοινοποιήσεων καθώς και, το συντομότερο δυνατό, τα σπουδαιότερα έγγραφα, τα οποία της διαβιβάζονται ή εκδίδει η ίδια, βάσει του παρόντος κανονισμού» (άρθρο 19, παράγραφος 1). Επιπλέον, η διάταξη απαιτεί από την Επιτροπή να κινεί τις προβλεπόμενες από τον κανονισμό διαδικασίες «διατηρώντας στενή και μόνιμη [διαρκή] επαφή με τις αρμόδιες αρχές των κρατών μελών, οι οποίες δικαιούνται να υποβάλλουν παρατηρήσεις επί των εν λόγω διαδικασιών» (άρθρο 19, παράγραφος 2). Η ίδια διάταξη προβλέπει, στο μέτρο που ενδιαφέρει εν προκειμένω, τη συμμετοχή εκπροσώπων των εθνικών αρχών σε ad hoc συμβουλευτική επιτροπή, η οποία είναι επιφορτισμένη με την έκδοση γνώμης με βάση τη «σύνοψη της υποθέσεως με αναφορά των σημαντικοτέρων εγγράφων και ένα προσχέδιο αποφάσεως για κάθε υπό εξέταση περίπτωση» (άρθρο 19, παράγραφος 5).

Δεν αμφισβητείται εν προκειμένω ότι η Επιτροπή διαβίβασε στους ενδιαφερομένους έγκαιρα, όπως επιτάσσει το άρθρο 19, παράγραφος 1, τόσο τις ενστάσεις που απηύθυνε στους κοινοποιήσαντες το σχέδιο ενδιαφερομένους (14 Οκτωβρίου 1993), όσο και το σχέδιο αποφάσεως σχετικά με την σκοπούμενη πράξη συγκεντρώσεως (26 Νοεμβρίου 1993), σχέδιο το οποίο περιελάμβανε μεταξύ άλλων τα στοιχεία σχετικά με τα μερίδια που κατείχαν οι επιχειρηματίες του τομέα της κοινοτικής αγοράς. Επιπλέον, στις 5 Νοεμβρίου 1993 ορισμένα στοιχεία αφορώντα τον όγκο των πωλήσεων διαφόρων επιχειρηματιών σε κάθε κράτος μέλος κοινοποιήθηκαν, ύστερα από αίτησή της είναι αληθές, τηλεφωνικώς στη Γαλλική Κυβέρνηση. Δεν αμφισβητείται επίσης ότι τα αιτηθέντα από την Επιτροπή στοιχεία κοινοποιήθηκαν στο σύνολο των κρατών μελών και στο ακέραιο μόλις κατά τη συνεδρίαση της συμβουλευτικής επιτροπής της 3ης Δεκεμβρίου 1993, ενώ ένα από

54 — Το σύνολο των πωλήσεων της SCPA στο Βέλγιο και στο Λουξεμβούργο ανερχόταν στην πραγματικότητα σε 22 000 τόνους, ενώ τα κοινοποιηθέντα από την Επιτροπή έγγραφα έκαναν λόγο για 221 000 τόνους.

τα εν λόγω στοιχεία, το οποίο αφορούσε τις πωλήσεις της SCPA στο Βέλγιο και στο Λουξεμβούργο, ήταν εσφαλμένο.

45. Ούτως εχόντων των πραγμάτων, επιβάλλεται να διαπιστωθεί αν, όπως υποστηρίζει η προσφεύγουσα κυβέρνηση, η εκπρόθεσμη κοινοποίηση των στοιχείων σχετικά με τον όγκο των πωλήσεων σε κάλιο, προστιθέμενο στον εσφαλμένο χαρακτήρα του ενός εξ αυτών, ισοδυναμεί με παράβαση της υποχρεώσεως της Επιτροπής να συνεργάζεται με τις εθνικές αρχές.

Συναφώς, εκκινώ υπογραμμίζοντας ότι η εκπρόθεσμη κοινοποίηση των στοιχείων αυτών δεν δικαιολογείται εν προκειμένω ούτε εκ λόγων εμπιστευτικότητας που θα μπορούσαν να είχαν επικαλεστεί οι εμπλεκόμενες στη συγκέντρωση επιχειρήσεις, οπότε δεν θα υπήρχε περίπτωση ούτε καν εκπρόθεσμης κοινοποιήσεως των στοιχείων [55], ούτε εκ της μνείας αορίστως της διακριτικής ευχέρειας που απολαύει η Επιτροπή όταν πρόκειται να αποφασίσει ποια είναι τα κατά την έννοια του άρθρου 19, παράγραφος 1, του κανονισμού σπουδαιότερα έγγραφα. Γεγονός είναι ότι η εμπρόθεσμη κοινοποίηση δεν είναι μεν αυτοσκοπός, αλλ' είναι αναγκαία προκειμένου να διασφαλίζεται η ορθή εξέλιξη της διαδικασίας. Υπό την οπτική αυτή γωνία, ενέχει σημασία η επαλήθευση αν τα εξεταζόμενα εν προκειμένω στοιχεία ήσαν ουσιώδη για τους σκοπούς της εκτιμήσεως των στρεφομένων κατά του ανταγωνισμού συνεπειών της πράξεως συγκεντρώσεως και αν η εκπρόθεσμη κοινοποίησή τους ήταν ικανή να στρεβλώσει τη διαδικασία.

55 — Η ίδια η Επιτροπή άλλωστε βεβαίωσε με τα υπομνήματά της ότι επρόκειτο κατά το πλείστον για στατιστικά στοιχεία, ευκόλως προσπελάσιμα, και ότι εν πάση περιπτώσει το άρθρο 19 του κανονισμού εγγυάται στα κράτη μέλη την πρόσβαση στον φάκελο.

46. Ομολογώ ότι διατηρώ αμφιβολίες ως προς το ότι τα αφορώντα τον όγκο και την κατανομή των πωλήσεων των διαφόρων επιχειρηματιών του τομέα στοιχεία, τα οποία είναι ασφαλώς σημαντικά για τη σφαιρική εκτίμηση των συνεπειών της συγκεντρώσεως, πρέπει να περιληφθούν μεταξύ των σπουδαιοτέρων εγγράφων κατά την έννοια του άρθρου 19, παράγραφος 1, του κανονισμού. Επί του σημείου αυτού, εκτιμώ ότι δεν στερείται ερείσματος ο ισχυρισμός της Επιτροπής ότι τα αφορώντα τα μερίδια της αγοράς που κατέχει κάθε επιχειρηματίας στοιχεία, τα οποία περιλαμβάνονται στο σχέδιο αποφάσεως, ήσαν επαρκή για την εγνωσμένη αξιολόγηση της σχεδιαζομένης πράξεως συγκεντρώσεως.

Εν πάση περιπτώσει, λαμβάνοντας υπόψη τις ιδιαίτερα βραχείες προθεσμίες εντός των οποίων πρέπει να εκδίδεται η απόφαση της Επιτροπής, καθώς και το γεγονός ότι τα συναφή στοιχεία κοινοποιήθηκαν στη Γαλλική Κυβέρνηση τηλεφωνικώς από τις 5 Νοεμβρίου, εκτιμώ ότι δεν μπορεί να προσάπτεται στην Επιτροπή ότι παρέβη, έναντι της Γαλλικής Δημοκρατίας, τις υποχρεώσεις που υπέχει από το άρθρο 19, παράγραφοι 1 και 2, του κανονισμού. Επιπροσθέτως, η εκπρόθεσμη κοινοποίηση των πληροφοριακών αυτών στοιχείων δεν μπορεί να θεωρηθεί αφεαυτής ικανή να θίξει το κύρος της αποφάσεως, δεδομένου ότι, αντιθέτως, είναι αναγκαίο προς τούτο η προβαλλόμενη παρατυπία να συνεπάγεται παράβαση των ουσιωδών τύπων. Συναφώς, υπενθυμίζω ότι, σύμφωνα με πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, «για να συνεπάγεται (...) η προσβολή των δικαιωμάτων υπερασπίσεως ακυρότητα, πρέπει (...), εφόσον δεν συντρέχει η πλημμέλεια αυτή, η διαδικασία να έχει καταλήξει σε διαφορετικό αποτέλε-

σμα» [56]. Στην προκειμένη όμως περίπτωση η προσφεύγουσα κυβέρνηση ουδόλως κατέδειξε ότι η απόφαση της Επιτροπής θα ήταν διαφορετική αν δεν συνέτρεχε η φερομένη παράβαση της υποχρεώσεως για διαρκή συνεργασία με τις εθνικές αρχές, περιοριζόμενη στον ισχυρισμό ότι δεν μπορούσε να αποκλειστεί το ενδεχόμενο αυτό.

47. Απομένει προς εξέταση το γεγονός, το οποίο προέβαλε επίσης η Γαλλική Κυβέρνηση, ότι η συμβουλευτική επιτροπή είχε λάβει όλα τα συναφή στοιχεία, μεταξύ των οποίων και το εσφαλμένο, μόλις κατά τη σύνοδο της 5ης Δεκεμβρίου, ήτοι την ημέρα κατά την οποία κλήθηκε να γνωμοδοτήσει. Αντίθετα, το άρθρο 19, παράγραφος 5, του κανονισμού απαιτεί το σχέδιο αποφάσεως και όλα τα σημαντικότερα έγγραφα να έχουν κοινοποιηθεί στη συμβουλευτική επιτροπή κατά τον χρόνο της συγκλήσεώς της, ήτοι τουλάχιστον 14 ημέρες πριν από την πραγματοποίηση της συνεδριάσεως κατά την οποία εκφέρει τη γνώμη της [57].

Η εν λόγω αιτίαση, η οποία, όπως υπογράμμισε η Επιτροπή, αφορά κυρίως τον τρόπο συγκλήσεως της συμβουλευτικής επιτροπής και διεξαγωγής των συναφών διαβουλεύσεων, δεν φαίνεται να μπορεί να έχει ουσιαστικές συνέπειες επί της προσβαλλομένης αποφάσεως. Πρώτον, συγκεκριμένα, δεν μπορεί να υποτιμάται το γεγονός ότι η απαρτιζόμενη από εμπειρογνώμονες του τομέα συμβουλευτική επιτροπή δεν διατύπωσε συναφώς καμία αντίρρηση. Δεύτερον, η προσφεύγουσα κυβέρνηση ουδόλως κατέδειξε ότι η συμβουλευτική επιτροπή θα κατέληγε σε διαφορετική γνώμη σε περίπτωση εμπρόθεσμης κοινοποιήσεως των δεδομένων και χωρίς το εσφαλμένο στοιχείο. Ακόμη λιγότερο πιθανόν θα ήταν η Επιτροπή να καταλήξει σε διαφορετική τελικά απόφαση [58]. Αντίθετα, τα επιχειρήματα που προέβαλε η Επιτροπή συναφώς και δεν αμφισβητούνται φαίνονται να αποκλείουν το ενδεχόμενο αυτό.

β) *Οι επιπτώσεις της συγκεντρώσεως επί της γερμανικής αγοράς* (υπόθεση C-68/94)

48. Η Γαλλική Κυβέρνηση διατυπώνει δύο αιτιάσεις αναφορικά με την αξιολόγηση της συγκεντρώσεως επί της γερμανικής αγοράς: προσάπτει στην Επιτροπή ότι, αφενός, εφήρμοσε εν προκειμένο κατά τρόπο πεπλανημένο την αποκαλούμενη θεωρία

56 — Απόφαση της 21ης Μαρτίου 1990 στην υπόθεση C-142/87, Βέλγιο κατά Επιτροπής (Συλλογή 1990, σ. I-959, σκέψη 48). Ομοίως, βλ. μεταξύ άλλων, απόφαση της 10ης Ιουλίου 1980 στην υπόθεση 30/78, Distillers Company κατά Επιτροπής (Συλλογή τόμος 1980/II, σ. 465, σκέψη 26), και απόφαση της 10ης Ιουλίου 1986 στην υπόθεση 234/84, Βέλγιο κατά Επιτροπής (Συλλογή 1986, σ. 2263, σκέψη 30).

57 — Πάντως, το αυτό άρθρο 19, παράγραφος 5, προβλέπει ότι η Επιτροπή μπορεί να συντομεύσει την προθεσμία «ώστε να αποφευχθεί σοβαρή ζημία σε μία ή περισσότερες συμμετέχουσες στη συγκέντρωση επιχειρήσεις».

58 — Συναφώς θεωρώ χρήσιμο να υπενθυμίσω ότι «η Επιτροπή λαμβάνει όσο είναι δυνατόν υπόψη της τη γνώμη που διατύπωσε η συμβουλευτική επιτροπή και την ενημερώνει για τον τρόπο με τον οποίο ελήφθη υπόψη η γνώμη αυτή» (άρθρο 19, παράγραφος 6). Άρα, η Επιτροπή έχει την ευχέρεια να μην ακολουθήσει τη γνώμη της επιτροπής ή να αναθεωρήσει τη δική της θέση και να εκδώσει τελική απόφαση διαφορετική από το σχέδιο αποφάσεως που υπέβαλε στην κρίση της επιτροπής. Επί του θέματος, φρονώ ότι είναι υποδειγματική η περίπτωση που οδήγησε στην έκδοση της αποφάσεως 94/208/ΕΚ της Επιτροπής, της 31ης Ιανουαρίου 1994, για την κήρυξη μιας συγκεντρώσεως συμβιβάσιμης με την κοινή αγορά (Υπόθεση IV/M.315 — Mannesmann/Vallourec/Ilva) (ΕΕ L 102, σ. 15). Πράγματι, στην υπόθεση εκείνη το σχέδιο αποφάσεως επί του οποίου εξέφρασε τη γνώμη της η συμβουλευτική επιτροπή προσανατολιζόταν προς το ασυμβίβαστο της συγκεντρώσεως με την κοινή αγορά (βλ. τη γνώμη της συμβουλευτικής επιτροπής στην ΕΕ C 111 του 1994, σ. 6), ενώ η τελική απόφαση της Επιτροπής κατέληξε στη συνέχεια στο αντίθετο συμπέρασμα, χωρίς να γνωρίζουμε αν ήταν προϊόν της απόψεως της μειοψηφίας των μελών της συμβουλευτικής επιτροπής. Επί του επιμάχου θέματος συζητήσεως, βλ. περαιτέρω, σε σχέση με τη συσταθείσα βάσει του κανονισμού 17 συμβουλευτική επιτροπή, απόφαση της 10ης Ιουλίου 1991 στην υπόθεση T-69/89, Radio Telefis Eireann κατά Επιτροπής (Συλλογή 1991, σ. II-485, σκέψεις 21 έως 27).

της failing company defense, δυνάμει της οποίας η εξαγορά επιχειρήσεως σε κατάσταση (προ)πτωχεύσεως πρέπει να επιτρέπεται υπό ορισμένες προϋποθέσεις δεδομένου ότι δεν δημιουργεί προβλήματα ανταγωνισμού, αφετέρου, δεν εξήρτησε από καμία προϋπόθεση, όσον αφορά την επίδικη αγορά, την έγκριση της συγκεντρώσεως, μολονότι οδηγεί στη δημιουργία αληθούς μονοπωλίου (98 %) της κοινής επιχειρήσεως επί της αγοράς.

49. Ως προς την πρώτη αιτίαση, υπενθυμίζω καταρχάς ότι η αμερικανική antitrust νομοθεσία δέχεται, έστω και εντός αυστηρών ορίων ώστε να αποφεύγεται η κατάχρηση, τη δυνατότητα εγκρίσεως της εξαγοράς επιχειρήσεως σε κατάσταση αφερεγγυότητας υπό τον όρο ότι οι συμμετέχουσες στη συγκέντρωση επιχειρήσεις είναι σε θέση να αποδείξουν, όπως συμβαίνει και στην περίπτωση εκτιμήσεως της αναλογικότητας, ότι: α) η επιχείρηση που αποτελεί αντικείμενο της αγοράς βρίσκεται σε κατάσταση ώστε να καθιστά προφανή την προσεχή πτώχευσή της, β) βρίσκεται σε αδυναμία να προχωρήσει σε αναδιάρθρωση με πιθανότητες επιτυχίας, κατά την έννοια του κεφαλαίου 11 του Bankruptcy Act [νόμου περί πτωχεύσεως], γ) δεν υφίστανται άλλες λιγότερο ζημιογόνες λύσεις για τις συνθήκες του ανταγωνισμού από εκείνη της συγκεντρώσεως, και δ) η «αφερέγγυα» επιχείρηση θα εξαφανιζόταν από την αγορά σε περίπτωση πραγματοποιήσεως της συγκεντρώσεως [59].

Η Επιτροπή, όπως διευκρινίζει ρητώς στην ίδια της την απόφαση, δεν εφήρμοσε *στο ακέραιο*, την εν λόγω θεωρία αλλά συμπεριέλαβε τις δικές της εκτιμήσεις. Ειδικότερα, μολονότι η εν λόγω θεωρία αποτέλεσε την πηγή εμπνεύσεώς της, στην προκειμένη περίπτωση η Επιτροπή στηρίχθηκε στα επόμενα τρία κριτήρια: 1) η MdK θα εξαφανιζόταν από την αγορά σε περίπτωση μη εξαγοράς της από άλλη εταιρία, 2) η K+S θα είχε απορροφήσει εν πάση περιπτώσει το μερίδιο της MdK, μετά την αποχώρησή της από την αγορά, και 3) δεν υφίσταντο άλλες δυνατότητες λιγότερο ζημιογόνες για τον ανταγωνισμό.

50. Η Γαλλική Κυβέρνηση αμφισβητεί κατ' ουσίαν την επιλογή της Επιτροπής να προσφύγει σε μια θεωρία που διατυπώθηκε εντός ενός άλλου συστήματος και για λογαριασμό του, τροποποιώντας εν μέρει τα κριτήρια εφαρμογής της. Ειδικότερα, η Γαλλική Κυβέρνηση ισχυρίζεται ότι η Επιτροπή ουδόλως έλαβε υπόψη τα υπό α' και β' κριτήρια της αμερικανικής θεωρίας, ότι εισήγαγε αυθαιρέτως το κριτήριο της απορροφήσεως των μεριδίων της αγοράς, τέλος, ότι δεν κατέληξε στηριζόμενη σε επαρκή στοιχεία ότι η MdK ήταν υποχρεωμένη εν πάση περιπτώσει να αποχωρήσει από την αγορά, ούτε ότι δεν υφίσταντο άλλες δυνατότητες.

Επιπλέον, μολονότι δέχεται τη σκοπιμότητα να ληφθεί υπόψη, κατά την εκτίμηση μιας συγκεντρώσεως, ο στόχος της οικονομικής και κοινωνικής συνοχής των άρθρων I.2 και I.3 της Συνθήκης, ο οποίος παρατίθεται και στη δέκατη τρίτη αιτιολογική σκέψη του κανονισμού [60], η Γαλλική Κυβέρνηση υποστηρίζει ότι τούτο δεν μπορεί σε τελευταία ανάλυση να μεταφράζεται σε απεμπό-

59 — Επί των «Guidelines» του 1992, βλ. Leddy, ανωτέρω υποσημείωση 32.

60 — Υπενθυμίζω ότι η εν λόγω αιτιολογική σκέψη προβλέπει ότι «η Επιτροπή οφείλει να τοποθετεί τις εκτιμήσεις της στα γενικά πλαίσια της επιτεύξεως των βασικών στόχων που αναφέρονται στο άρθρο 2 της Συνθήκης, συμπεριλαμβανομένου του στόχου της ενισχύσεως της οικονομικής και κοινωνικής συνοχής της Κοινότητας τον οποίο προβλέπει το άρθρο 130 Α της Συνθήκης».

ληση του πρωταρχικού σκοπού του ελέγχου των συγκεντρώσεων, συνισταμένου στην προστασία του ανταγωνισμού.

51. Είναι σαφές ότι τα κριτήρια, υπό το φως των οποίων πρέπει να εκτιμηθεί το συμβιβαστό των συγκεντρώσεων με την κοινή αγορά, όπως αυτά καθορίζονται στον κανονισμό, δίδουν το προβάδισμα σε μία αυστηρά «οικονομικιστική» αντίληψη, η οποία έχει ως άξονα — και κυρίως — παραμέτρους προστασίας του ανταγωνισμού [61]. Μολοντούτο, είναι εξίσου βέβαιο ότι η δέκατη τρίτη αιτιολογική σκέψη είναι δηλωτική της μεγάλης προσοχής που αποδίδεται στην απαιτούμενη οικονομική και κοινωνική συνοχή, δικαιολογώντας με τον τρόπο αυτό το ότι λαμβάνονται υπόψη, αν και εντός των ορίων που δεν θίγουν τον ανταγωνισμό, στόχοι θεωρούμενοι εξίσου θεμελιώδεις από την ίδια τη Συνθήκη.

Ακολούθως, είναι αυτονόητο ότι το γεγονός ότι η Επιτροπή ενεπνεύσθη από θεωρία διατυπωθείσα στα πλαίσια άλλου συστήματος, αλλά τροποποιώντας εν μέρει τα κριτήρια εφαρμογής της, δεν μπορεί να αποτελέσει λόγο ακυρότητας της αποφάσεώς της. Εκείνο που ενδιαφέρει εν προκειμένω είναι η εν λόγω θεωρία να μην αντίκειται στον κανονισμό, η ανάλυση που απαντά στην απόφαση να μην είναι εσφαλμένη και σε τελευταία ανάλυση τα κριτήρια που επελέγησαν να έτυχαν ορθής εφαρμογής.

52. Όπως συνάγεται από την απόφαση, η Επιτροπή έκρινε ότι «στο πλαίσιο του άρθρου 2, παράγραφος 2, του κανονισμού για τον έλεγχο των επιχειρήσεων υπό το πρίσμα *της αιτιώδους συναφείας μεταξύ συγκεντρώσεως και υφισταμένης ή ενισχυθείσας δεσπόζουσας θέσεως*» [62] μπορεί πράγματι να ληφθεί υπόψη επιχειρηματολογία επικεντρωμένη στη θεωρία της failing company defense.

Υπό την οπτική αυτή, η αμφισβητούμενη θέσπιση του κριτηρίου, σύμφωνα με το οποίο πρέπει να επαληθεύεται αν η επιχείρηση που προβαίνει στην εξαγορά λαμβάνει ούτως ή άλλως το μερίδιο της αγοράς της κτωμένης επιχειρήσεως, αποσκοπεί ακριβώς στο να καταδείξει ότι η ενίσχυση της δεσπόζουσας θέσεως είναι αναπόφευκτη, υπό την έννοια ότι θα ελάμβανε χώρα έστω και αν απαγορευόταν η συγκέντρωση.

53. Συναφώς, υπενθυμίζω καταρχάς ότι η αποδειχθείσα στεγανότητα της γερμανικής αγοράς και το γεγονός στο οποίο γίνεται επίσης αναφορά με την απόφαση, ότι δηλαδή η K+S είναι σε θέση να αυξήσει την παραγωγή χωρίς αύξηση του κόστους και να επιτύχει την ανάδειξή της σε μοναδικό προμηθευτή της γερμανικής αγοράς,

61 — Βλ. άρθρο 2, παράγραφος 3. Η πρακτική της Επιτροπής ακολούθησε προφανώς την κατεύθυνση αυτή. Συγκεκριμένα, μέχρι την προσβαλλομένη εν προκειμένω απόφαση, δεν υφίστανται αποφάσεις στα πλαίσια των οποίων οι προαναφερθείσες κοινωνικές παράμετροι να υπερτερούν της ανάγκης διατηρήσεως του ανταγωνισμού. Υπενθυμίζω συναφώς την απόφαση Aérospatiale-Alenia/de Havilland, με την οποία η Επιτροπή απέρριψε το επιχείρημα των ενδιαφερομένων, η βάση του οποίου συνίστατο στην προφανή εξαφάνιση της Havilland από την αγορά, κρίνοντάς την στην πράξη ως απίθανη, σε περίπτωση κατά την οποία δεν εγκρινόταν η συγκέντρωση (απόφαση 91/619/ΕΟΚ της Επιτροπής, της 2ας Οκτωβρίου 1991, υπόθεση IV/M.053 — Aérospatiale-Alenia/de Havilland, ΕΕ L 334, σ. 42).

62 — Βλ. 71η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως. Η έμφαση δική μου.

οδηγούν αναπόφευκτα στο συμπέρασμα ότι το μερίδιο αγοράς της MdK θα περιερχόταν, σε περίπτωση αποχωρήσεώς της από την αγορά, στην K+S. Άλλωστε, αυτό δεν αμφισβητήθηκε σοβαρά ούτε από την ίδια τη Γαλλική Κυβέρνηση.

Η Γαλλική Κυβέρνηση αμφισβητεί κυρίως την εφαρμογή του εν λόγω κριτηρίου, υποστηρίζοντας ότι με τον τρόπο αυτό θα διδόταν η δυνατότητα σε επιχειρήσεις που κατέχουν ήδη δεσπόζουσα θέση να την ενισχύσουν, αποκλειστικά και μόνο με το αιτιολογικό ότι στο προσεχές μέλλον θα αποκτούσαν τελικά το μερίδιο αγοράς της άλλης επιχειρήσεως που είναι παρούσα στην αγορά, γεγονός που θα ήταν υπερβολικό και αντίθετο προς τον στόχο της προστασίας του ανταγωνισμού. Ο ισχυρισμός αυτός, ο οποίος είναι αδιάψευστος αφεαυτού, δεν λαμβάνει, πάντως, υπόψη το γεγονός ότι το επίδικο κριτήριο προϋποθέτει ότι συντρέχουν δύο άλλες προϋποθέσεις: ότι η εν λόγω επιχείρηση πρόκειται εν πάση περιπτώσει να αποχωρήσει από την αγορά και ότι δεν υφίστανται άλλες εναλλακτικές λύσεις εξαγοράς λιγότερο ζημιογόνες για τον ανταγωνισμό.

54. Όσον αφορά τα δύο τελευταία κριτήρια, η Γαλλική Κυβέρνηση υποστηρίζει, πάντως, όπως προανέφερα, ότι δεν έτυχαν εν προκειμένω ορθής εφαρμογής. Όσον αφορά ιδίως την προφανή αποχώρηση της MdK από την αγορά, ισχυρίζεται ότι η Επιτροπή ουδόλως κατέδειξε την αδυναμία διατηρήσεως εν ζωή της MdK ως δημόσιας επιχειρήσεως, επί παραδείγματι χάρη στην καταβολή ενισχύσεων που συμβιβάζονται με τα άρθρα 92 και 93 της Συνθήκης.

Το επιχείρημα αυτό δεν μπορεί να γίνει δεκτό. Πράγματι, γεγονός είναι ότι η Treuhand, δημόσιος οργανισμός επιφορτισμένος με την ιδιωτικοποίηση των επιχειρήσεων της πρώην Ανατολικής Γερμανίας και κύριος της MdK, είναι παρούσα στην επιχείρηση που συστάθηκε λόγω της συγκεντρώσεως με την κατοχή του 49 % του κεφαλαίου και ότι, συνεπώς, η Treuhand (επομένως και το Δημόσιο) κατέβαλε και θα καταβάλει στην εν λόγω επιχείρηση σημαντική ενίσχυση. Πάντως, είναι εξίσου γεγονός ότι η ανάλυση της Επιτροπής στηρίζεται στα ακόλουθα πραγματικά στοιχεία: α) οι τεράστιες απώλειες της MdK δεν μπορούν να καλύπτονται στο διηνεκές από την Treuhand μέσω κρατικών ενισχύσεων, εφόσον θα επρόκειτο για λύση ασυμβίβαστη προς τους κανόνες της Συνθήκης περί των κρατικών ενισχύσεων, β) το κόστος της πιθανής αναδιαρθρώσεως θα υπερέβαινε εν πάση περιπτώσει τις προβλεπόμενες με τη συγκέντρωση ενισχύσεις, και γ) υφίσταται δήλωση της Treuhand στο πλαίσιο των πραγματοποιουμένων ιδιωτικοποιήσεων, σύμφωνα με την οποία προτίθεται να διακόψει όλες τις δραστηριότητες της MdK σε περίπτωση που καμία ιδιωτική επιχείρηση δεν είναι διατεθειμένη να τις αναλάβει. Επομένως, με γνώμονα τις ειδικές περιστάσεις που συντρέχουν εν προκειμένω (ιδιωτικοποίηση κρατικής επιχειρήσεως, η οποία δεν μπορεί να θεωρηθεί ως βιώσιμη με βάση τις εφαρμοζόμενες επί των εταιρών συνήθεις αρχές αξιολογήσεως), η Επιτροπή έκρινε ότι διέθετε επαρκείς αποδείξεις για να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι η MdK επρόκειτο να αποχωρήσει μεσοπρόθεσμα από την αγορά.

55. Τέλος, εκτιμώ ότι η ανάλυση της Επιτροπής πρέπει να γίνει δεκτή και υπό το πρίσμα της αδυναμίας εξευρέσεως εναλλακτικών λύσεων εξαγοράς, λιγότερο ζημιογόνων για τον ανταγωνισμό. Πράγματι, δεν αμφισβητείται, όπως αποδεικνύει η τεκμηρίωση που μεταβίβασε η Treuhand στην Επιτροπή, σχετικά με τη διαδικασία των

ιδιωτικοποιήσεων, ότι όλες οι επιχειρήσεις που εξεδήλωσαν ενδιαφέρον εξαγοράς της MdK στη συνέχεια παραιτήθηκαν. Επιπλέον, η Επιτροπή διενήργησε πρόσθετη έρευνα και γνωστοποίησε συγκεκριμένα στις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις το ακριβές ύψος των ενισχύσεων που θα ετύγχανε η συγκέντρωση, ενισχύσεων που θα καταβάλλονταν δηλαδή και στην περίπτωση εξαγοράς από ιδιωτική επιχείρηση. Μολονοτούτο, καμία επιχείρηση δεν εξέφρασε την πρόθεσή της να εξαγοράσει την MdK.

Υπό τις περιστάσεις αυτές, το συμπέρασμα στο οποίο κατέληξε η Επιτροπή νομίζω ότι πρέπει να γίνει δεκτό. Πάντως, απομένει να εξεταστεί το σημείο ότι η Επιτροπή δεν έκρινε ως δυνατή εναλλακτική λύση την υποβληθείσα, μετά τη σύναψη της συμφωνίας περί συγχωνεύσεως, που υπέβαλε ο όμιλος Peine για την εξαγορά του ορυχείου Bischofferode, ήτοι ενός από τα τέσσερα ορυχεία που εκμεταλλεύεται η MdK. Τούτο οφείλεται στο γεγονός ότι το Bischofferode δεν αποτελεί σημαντικό τμήμα της MdK, καθώς και σε λόγους που άπτονται της απασχολήσεως.

56. Η τελευταία αυτή πτυχή, η οποία βάρυνε τελικά σημαντικά κατά την εφαρμογή της θεωρίας της failing company defense ακόμη και στις Ηνωμένες Πολιτείες [63], είναι κατ' εμέ αποφασιστικής σημασίας, ειδικότερα σε σχέση με τις απαιτήσεις οικονομικής και κοινωνικής συνοχής στις οποίες αναφέρθηκα επανειλημμένα.

Η ιδιομορφία του πλαισίου εντός του οποίου εντάσσονται οι συγκεντρώσεις, συνεπαγομένη αναπόφευκτα προβλήματα βιομηχανικής πολιτικής, επιτρέπει κάλλιστα, υπό το φως και των στόχων ενισχύσεως της κατά τα άρθρα 2 και 130 Β της Συνθήκης οικονομικής και κοινωνικής συνοχής, να λαμβάνονται υπόψη κατά τον ενδεδειγμένο τρόπο τα εργασιακά και γενικώς τα κοινωνικά ζητήματα κατά την αξιολόγηση των συγκεντρώσεων. Τούτο ισχύει τουλάχιστον για τις περιπτώσεις όπου, όπως εν προκειμένω, οι διάφορες λύσεις αποκλίνουν σημαντικά και ειδικότερα σε θέματα δυνατοτήτων απασχολήσεως [64].

57. Συναφώς, υπενθυμίζω επίσης ότι με δύο πρόσφατες αποφάσεις του και το Πρωτοδικείο έκρινε ότι, μολονότι το πλαίσιο και οι σκοποί διέφεραν επειδή επρόκειτο ακριβέστερα για την ερμηνεία του δικαιώματος ασκήσεως προσφυγής των εκπροσώπων των συνδικαλιστικών οργανώσεων των εργαζομένων στις εμπλεκόμενες στη συγκέντρωση επιχειρήσεις, κατά την εφαρμογή του κανονισμού η προσοχή που πρέπει να αποδίδεται στην προστασία του ανταγωνισμού στα πλαίσια της εκτιμήσεως του συμβιβαστού μιας συγκεντρώσεως μπορεί κάλλιστα να συγκεραστεί με την ενδεδειγμένη προσοχή επί των κοινωνικών συνεπειών της, εν όψει του άρθρου 2 της Συνθήκης. Υπό την έννοια αυτή, η Επι-

63 — Πράγματι, η θεωρία της failing company defense είναι η συνιστώσα παραμέτρων οικονομικής πολιτικής και επιχειρηματικής ικανότητας. Πάντως, στη συνέχεια, κατά την εφαρμογή της, ανεφύησαν πολιτικές και κοινωνικές παράμετροι συνδεόμενες μεταξύ άλλων προς την ανάγκη προστασίας της απασχολήσεως. Βλ. συναφώς απόφαση United States/General Dynamics Corp., 415, US 486, 507 (1974), καθώς και προαναφερθείσα απόφαση Arceda Turner, vol. IV, 1980, σ. 941.

64 — Στην υπό εξέταση περίπτωση, ενώ η συγκέντρωση αναφέρεται σε άσκηση δραστηριότητας όπου εμπλέκονται συνολικά 3 000 θέσεις εργασίας, η προσφορά του ομίλου Peine περιοριζόταν στην εξαγορά δραστηριότητας που αφορούσε 536 μόνον θέσεις εργασίας, ήτοι το 18 % των θέσεων για τις οποίες η συγκέντρωση αποτελούσε εγγύηση. Η εξισορρόπηση μεταξύ των στόχων πολιτικής ανταγωνισμού και άλλων σκοπών της Συνθήκης, μολονότι εμπίπτει στην αρμοδιότητα του νομοθέτη, δεν αγνοείται από τη νομολογία του Δικαστηρίου: για παράδειγμα, βλ. ήδη την απόφαση της 21ης Φεβρουαρίου 1973 στην υπόθεση Continental Can Company Inc. κατά Επιτροπής (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 3), καθώς και την απόφαση της 18ης Μαρτίου 1980 στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις 154/78, 205/78, 206/78, 226/78, 227/78, 228/78, 263/78, 264/78, 31/79, 39/79, 83/79 και 85/79, Valsabbia κ.λπ. κατά Επιτροπής (Συλλογή τόμος 1980/1, σ. 489).

τροπή μπορεί, κατά το Πρωτοδικείο, να ελέγξει αν η συγκέντρωση ενδέχεται να έχει συνέπειες επί της καταστάσεως των εργαζομένων εντός των οικείων επιχειρήσεων, «ικανές να επηρεάσουν το επίπεδο ή τις συνθήκες απασχολήσεως εντός της Κοινότητας ή εντός σημαντικού τμήματος αυτής» [65]. Το Πρωτοδικείο δεν παρέλειψε να αναφερθεί με τις εν λόγω αποφάσεις του στην προπαρατεθείσα δέκατη τρίτη αιτιολογική σκέψη του κανονισμού.

Τέλος, έχει σημασία το γεγονός ότι στην υπό κρίση υπόθεση η προστασία της απασχολήσεως εντάσσεται σε ευρύτερο πλαίσιο, χαρακτηριζόμενο από την ανάγκη υπερβάσεως των διαρθρωτικών ελλείψεων της Ανατολικής Γερμανίας όπου είναι εγκατεστημένη η MdK. Επομένως, και υπό το πρίσμα αυτό η απόφαση συνάδει ασφαλώς προς τον στόχο της οικονομικής και κοινωνικής συνοχής στην οποία αποβλέπει η δέκατη τρίτη αιτιολογική σκέψη.

58. Η δεύτερη αιτίαση της Γαλλικής Κυβερνήσεως, η οποία συνδέεται στενά με την αιτίαση που μόλις εξέτασα, αφορά, όπως προανέφερα, τη μη επιβολή προϋποθέσεων και/ή βαρών για την έγκριση της πράξεως συγκεντρώσεως σχετικά με τη γερμανική αγορά, παρά το γεγονός ότι πρόκειται στην πράξη για μονοπώλιο επί της εν λόγω αγοράς (98 % της αγοράς). Ειδικότερα, η Επιτροπή όφειλε, κατά την άποψη της Γαλλικής Κυβερνήσεως, να εξαρτήσει την εκτίμηση του συμβιβαστού από συγκεκριμένη ανάληψη δεσμεύσεως των επιχειρήσεων να αφεθεί η γερμανική αγορά ελεύθερη στον ανταγωνισμό κατά το πρότυπο της αποφάσεως Nestlé/Perrier [66].

Η Επιτροπή αντικρούει ότι η απόφαση Nestlé/Perrier είναι όλως αλυσιτελής στον βαθμό που στην προκειμένη περίπτωση το άνοιγμα της αγοράς στον ανταγωνισμό δεν εξαρτάται από τη διάρθρωσή της, όπως συνέβαινε στα πλαίσια της υποθέσεως εκείνης, αλλά από τη συμπεριφορά των αγοραστών, ήτοι από τη ζήτηση και όχι από την προσφορά. Επίσης, υπογραμμίζει ότι η Γαλλική Κυβέρνηση δεν διευκρίνισε ποιες δεσμεύσεις θα μπορούσαν να είχαν επιβληθεί στις K+S και MdK ώστε «να ανοίξει η αγορά στον ανταγωνισμό».

59. Δεν χωρεί αμφιβολία ότι δεν εναπόκειται στη Γαλλική Κυβέρνηση, όπως αυτή ισχυρίζεται, να προτείνει λύσεις συναφώς, οσάκις η αρμοδιότητα είναι της Επιτροπής λόγω της ιδιότητά της ως θεσμικού οργάνου επιφορτισμένου με την εφαρμογή της antitrust κανονιστικής ρυθμίσεως. Πάντως, η έλλειψη προτάσεων εκ μέρους της δεν μπορεί παρά να είναι ενδεικτική της δυσχερείας που αντιμετώπισε στην ανεύρεση των όρων από τους οποίους έπρεπε να εξαρτήσει τη συγκέντρωση επί της γερμανικής αγοράς, προτάσεων οι οποίες θα ήσαν κατάλληλες για την επίτευξη του επιδιωκομένου στόχου, ήτοι του ανοίγματός της στον ανταγωνισμό.

Συναφώς, αρκεί να παρατηρηθεί ότι, ακόμη και αν θεωρηθεί ότι για το άνοιγμα της

65 — Αποφάσεις της 27ης Απριλίου 1995 στην υπόθεση T-96/92, CCE de la Société générale des grandes sources κ.λπ. κατά Επιτροπής (Συλλογή 1995, σ. II-1213, σκέψεις 28 και 29), και στην υπόθεση T-12/93, CCE de Vittel κ.λπ. κατά Επιτροπής (Συλλογή 1995, σ. II-1247, σκέψεις 38 και 39).

66 — Απόφαση 92/553/ΕΟΚ της Επιτροπής, της 22ας Ιουλίου 1992, σχετικά με διαδικασία δυνάμει του κανονισμού 4064/89 του Συμβουλίου (Υπόθεση IV/M.190 — Nestlé/Perrier) (ΕΕ L 356, σ. 1).

γερμανικής αγοράς στον ανταγωνισμό, παρ' όλες τις ιδιομορφίες που επικαλέστηκε η Επιτροπή, πρέπει εν πάση περιπτώσει οι σχετικές κινήσεις να γίνουν επί της υφισταμένης διαρθρώσεώς της, γεγονός παραμένει ότι δεν μπορούσε να εφαρμοστεί λύση όπως αυτή που υιοθετήθηκε στην υπόθεση Nestlé/Perrier. Πράγματι, όπως διευκρίνισα, στην υπόθεση που ενδιαφέρει εν προκειμένω δεν ανευρέθησαν άλλες εναλλακτικές λύσεις εξαγοράς. Ούτως εχόντων των πραγμάτων, θεωρώ ότι οι ενστάσεις της προσφεύγουσας κυβερνήσεως δεν είναι ικανές να αντικρούσουν τις εκτιμήσεις της Επιτροπής.

60. Εν τέλει, λαμβάνοντας υπόψη και τις σκέψεις που προανέπτυξα σε σχέση με τις οικονομικοκοινωνικές ιδιομορφίες της υπό κρίση υποθέσεως, προτείνω στο Δικαστήριο να απορρίψει τον λόγο αυτό και να επικυρώσει στο σύνολό της την αξιολόγηση εκ μέρους της Επιτροπής των επιπτώσεων της συγκεντρώσεως επί της γερμανικής αγοράς.

γ) *Επί των επιπτώσεων της συγκεντρώσεως επί της κοινοτικής, με εξαίρεση τη Γερμανία, αγοράς* (υποθέσεις C-68/94 και C-30/95)

61. Τόσο η Γαλλική Κυβέρνηση (υπόθεση C-68/94) όσο και οι εταιρίες SCPA και EMC (υπόθεση C-30/95) αμφισβητούν την απόφαση σε σχέση με την αξιολόγηση της συγκεντρώσεως έναντι της δεύτερης σχετικής γεωγραφικής αγοράς, ήτοι εκείνης που περιλαμβάνει όλα τα κράτη μέλη με εξαίρεση τη Γερμανία. Στην πραγματικότητα, οι αιτιάσεις των προσφευγουσών αφορούν την οριοθέτηση της αγοράς αυτής, τη δυνατότητα εφαρμογής του κανονισμού επί των συλλογικών δεσποζουσών θέσεων, την κακή εν προκειμένω χρήση της εννοίας της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, τέλος, την επιβολή προϋποθέσεων και βαρών σε τρίτους, ασχέτους προς τη συγκέντρωση.

Είναι σκόπιμο να διευκρινιστεί ότι, εφόσον τα επιχειρήματα των SCPA και EMC εμπεριέχονται κατά το πλείστον στα επιχειρήματα που επικαλέστηκε η Γαλλική Κυβέρνηση (η οποία, πάντως, τα διάρθρωσε κατά τρόπο ευρύτερο και περισσότερο εμπεριστατωμένο), προτίθεμαι στη συνέχεια να αναφερθώ ειδικότερα στα επιχειρήματα της τελευταίας. Ασφαλώς, δεν θα παραλείψω να υπογραμμίσω τις ιδιομορφίες κάθε μιας από τις ασκηθείσες προσφυγές.

1) *Η οριοθέτηση της επίδικης γεωγραφικής αγοράς*

62. Η εξατομίκευση της Κοινότητας (εξαιρουμένης της Γερμανίας) ως δεύτερης σχετικής γεωγραφικής αγοράς για τους σκοπούς της αξιολογήσεως της συγκεντρώσεως δεν υπήρξε, κατά την άποψη της Γαλλικής Κυβερνήσεως και των προσφευγουσών επιχειρήσεων, επαρκώς αιτιολογημένη και θεμελιώνεται σε πεπλανημένη ανάλυση και εν πάση περιπτώσει σε μερική εκτίμηση των ληπτέων υπόψη στοιχείων. Ειδικότερα, η Γαλλική Κυβέρνηση παρατηρεί ότι τα κριτήρια που χρησιμοποίησε η Επιτροπή προκειμένου να οριοθετήσει την υπό κρίση γεωγραφική αγορά έπρεπε να την εξωθήσουν, αν ήσαν σύμφωνα προς τα συνήθως

χρησιμοποιούμενα κατά την εφαρμογή του κανονισμού, στην άρνησή της ότι υφίσταται ενιαία αγορά αποτελούμενη από τα λοιπά κράτη μέλη της Κοινότητας. Συγκεκριμένα, επρόκειτο για πολύ ετερόκλητη, για διαφόρους λόγους, αγορά. Η Επιτροπή αντικρούει, υποστηρίζοντας ότι προσδιόρισε κατά τον νόμιμο και ορθό τρόπο το σύνολο της Κοινότητας, εξαιρουμένης της Γερμανίας, ως διακεκριμένης γεωγραφικής αγοράς, και ότι το έπραξε με γνώμονα την ιδιάζουσα περίπτωση, ειδικότερα δε με γνώμονα τη φύση και τα χαρακτηριστικά γνωρίσματα του επιδίκου προϊόντος. Κατά την Επιτροπή, τούτο εξηγεί και το ότι σπανίζει λόγω ασυναφείας η αναφορά στα κριτήρια που χρησιμοποιήθηκαν σε άλλες περιπτώσεις.

63. Παρατηρώ καταρχάς ότι ο ορισμός της σχετικής γεωγραφικής αγοράς, ο οποίος αποτελεί αναγκαία και προκαταρκτική προϋπόθεση για τον έλεγχο συμπεριφοράς που φέρεται ως προσβάλλουσα τον ανταγωνισμό, αποκτά ακόμη μεγαλύτερη σημασία όταν επιδιώκεται, όπως στην προκειμένη περίπτωση, να καταδειχθεί η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσεως [67].

Μολονότι είναι αδιαμφισβήτητο ότι η Επιτροπή διαθέτει επί του θέματος ευρεία εξουσία εκτιμήσεως, είναι αυτονόητο ότι εναπόκειται ούτως ή άλλως στον κοινοτικό δικαστή να ελέγξει την ορθότητα και τον πρόσφορο χαρακτήρα της αναλύσεως που έλαβε χώρα στα πλαίσια της αποφάσεως και στην οποία στηρίζεται η διαπίστωση της υπάρξεως, επί της κοινοτικής με εξαίρεση τη Γερμανία αγοράς, συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως [68].

64. Πρέπει να διευκρινίσω ότι ο κανονισμός δεν παρέχει σαφή ενδεικτικά στοιχεία για τον ορισμό της επίδικης γεωγραφικής αγοράς και μόνο το άρθρο 9, παράγραφος 7, αναφέρεται στα κριτήρια που είναι αναγκαία προκειμένου να εκτιμηθεί αν υφίσταται διακεκριμένη αγορά εντός κράτους μέλους και αν, συνακόλουθα, συντρέχουν οι προϋποθέσεις ώστε η Επιτροπή να αναπέμψει στις αρμόδιες αρχές του οικείου κράτους την εξέταση μιας κοινοποιηθείσας συγκεντρώσεως. Τα εν λογω κριτήρια επαναλαμβάνονται στο τμήμα 5 του εντύπου CO [69]: «Η γεωγραφική αγορά αναφοράς περιλαμβάνει την περιοχή στην οποία οι ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις πωλούν προϊόντα ή παρέχουν υπηρεσίες υπό επαρκώς ομοιογενείς συνθήκες ανταγωνισμού και η οποία μπορεί να διακριθεί από άλλες γειτονικές περιοχές βάσει, ιδίως, των διαφορετικών συνθηκών ανταγωνισμού που επικρατούν σ' αυτές. Οι παράγοντες που επιτρέπουν τον προσδιορισμό της γεωγραφικής αγοράς αναφοράς περιλαμβάνουν τη φύση και τα χαρακτηριστικά των σχετικών προϊόντων ή υπηρεσιών, την ύπαρξη εμποδίων στην είσοδο στην αγορά, τις προτιμήσεις των καταναλωτών, τις ουσιαστικές διαφορές των μεριδίων της αγοράς της επιχειρήσεως μεταξύ γειτονικών περιοχών ή τις σημαντικές διαφορές τιμών μεταξύ περιοχών.»

67 — Σε σχέση με την έννοια *αυτής ταύτης* της σχετικής αγοράς, το Πρωτοδικείο έδωσε έμφαση, με την απόφαση της 21ης Φεβρουαρίου 1995 στην υπόθεση T-29/92, SPO κ.λπ. κατά Επιτροπής (Συλλογή 1995, σ. II-289), στο ότι η εν λόγω πτυχή είναι σημαντικότερη για τους σκοπούς εφαρμογής του άρθρου 86 από ό,τι για τους σκοπούς εφαρμογής του άρθρου 85. Οι επισημάνσεις που διατυπώθηκαν με την ευκαιρία εκείνη νομίζω ότι μπορούν να τύχουν εφαρμογής και στην περίπτωση της δεσπόζουσας θέσεως ως απόρροιας της συγκεντρώσεως.

68 — Απόφαση της 10ης Μαρτίου 1992 (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 38), σκέψη 360.

69 — Προβλεπόμενο από τον κανονισμό (ΕΟΚ) 2367/90 έντυπο CO, στο οποίο αναφέρθηκα στην υποσημείωση 13.

Μεταξύ των ληπτέων υπόψη στοιχείων, σύμφωνα με την προαναφερθείσα διάταξη του εντύπου CO, δεν υφίσταται λοιπόν καμία σειρά σπουδαιότητας, έτσι ώστε να θεωρηθεί ότι κάποιο από αυτά μπορεί να υπερισχύσει ή εν πάση περιπτώσει να έχει μεγαλύτερη σημασία από τα υπόλοιπα. Κατά συνέπεια, μολονότι δεν μπορεί να γίνει δεκτός ο ισχυρισμός της Επιτροπής ότι εν προκειμένω δεν ασκούν επιρροή τα κριτήρια που εφαρμόστηκαν στις προγενέστερες αποφάσεις, πρέπει να συναχθεί ότι οι αποφάσεις αυτές συνιστούν απλώς μια παράμετρο αναφοράς, ενώ ο πρόσφορος χαρακτήρας και η συνοχή των αποφάσεων της Επιτροπής πρέπει να εκτιμώνται υπό το πρίσμα του συγκεκριμένου πλαισίου εντός του οποίου εντάσσεται κάθε επιμέρους περίπτωση.

65. Με το δεδομένο αυτό, έρχομαι στην εξέταση των διαφόρων προβληθέντων επιχειρημάτων. Πρώτον, κατά την άποψη των προσφευγουσών, η Επιτροπή θεώρησε ομοιογενή μια αγορά συγκείμενη από χώρες που δεν διαθέτουν καμία εγχώρια παραγωγή (Βέλγιο, Κάτω Χώρες, Δανία, Ελλάδα), από παραγωγούς χώρες όπου η παραγωγή υπερβαίνει διαρθρωτικά την κατανάλωση (Ισπανία, Ηνωμένο Βασίλειο) και από άλλες όπου η κατανάλωση υπερβαίνει διαρθρωτικά την παραγωγή (Γαλλία). Στα ανωτέρω προσθέτω ότι οι στρατηγικές αγοράς που ισχύουν στα κράτη μέλη εισαγωγής διαφέρουν ουσιωδώς κατά τρόπον ώστε στο σύνολο σχεδόν του ενδοκοινοτικού εμπορίου να παρατηρούνται εισροές, χωρίς αντίστοιχες εκροές, που χαρακτηρίζουν συνήθως μια αληθώς ομοιογενή αγορά.

Κατά τη Γαλλική Κυβέρνηση, η Επιτροπή συγχέει με τον τρόπο αυτό όλως διαφορετικές καταστάσεις, τη στιγμή κατά την οποία δεν είναι σε θέση να στηρίξει το επιχείρημα ότι συντρέχει ομοιογένεια παρά μόνον όσον αφορά τις μη παραγωγούς χώρες. Μία άλλη απόδειξη της ελλείψεως ομοιογενείας της αγοράς αναφοράς προκύπτει, κατά τη γαλλική άποψη, από την εξέταση των μεριδίων αγοράς των προμηθευτών που ποικίλλουν σημαντικά από χώρα σε χώρα, καθώς και από τη συγκέντρωση της προσφοράς. Κατά την προσφεύγουσα κυβέρνηση, ακόμη και από την ανάλυση των χαρακτηριστικών της ζητήσεως επιβεβαιώνεται η ανυπαρξία εν προκειμένω γεωγραφικής αγοράς αναφοράς, αποτελουμένης από το σύνολο των χωρών μελών με εξαίρεση τη Γερμανία. Συγκεκριμένα, η εκτίμηση της Επιτροπής περί της δυνατότητας υποκαταστάσεως των προϊόντων είναι εσφαλμένη, δεδομένου ότι η επιλογή των προϊόντων καλίου εξαρτάται από τη γεωλογική σύσταση του εδάφους, από τη γεωργική επιφάνεια, από τις συνήθειες των καταναλωτών και τις γεωργικές πολιτικές, καθώς και από τις επί τόπου υφιστάμενες βιομηχανίες καλίου [70].

66. Η Επιτροπή αντιτάσσει το επιχείρημα ότι το γεγονός ότι η αυτή αγορά περιλαμβάνει παραγωγούς και μη παραγωγούς χώρες ουδόλως συνεπάγεται εσφαλμένη οριοθέτηση της γεωγραφικής αγοράς αναφοράς, όπως στερείται ακριβώς αποφασιστικής σημασίας η παρουσία ενός και μόνο παραγωγού σε ένα κράτος μέλος. Εξάλλου, η ύπαρξη εμπορικών εισροών δεν αποκλείει την ομοιογένεια της οικείας αγοράς με την οποία, σύμφωνα με την οικονομική θεωρία, συμβιβάζεται απολύτως. Κατά την άποψη της Επιτροπής, είναι αδιανόητη η συναγωγή διαφορετικού συμπεράσματος εν όψει των διαφορετικών στρατηγικών αγο-

70 — Αντίθετα, οι προσφεύγουσες επιχειρήσεις φαίνεται να συμφωνούν με την Επιτροπή επί της δυνατότητας υποκαταστάσεως των προϊόντων, ισχυρίζονται όμως ότι τούτο εξαρτάται από τον τρόπο με τον οποίο προσδιορίζεται η αγορά του σχετικού προϊόντος και ότι συνεπώς ουδόλως επηρεάζει τον προσδιορισμό της γεωγραφικής αγοράς αναφοράς.

ράς εκ μέρους των κρατών μελών εισαγωγής, ακόμη δε λιγότερο εν όψει των μεριδίων αγοράς που κατέχουν στις διάφορες χώρες οι κυριότεροι επιχειρηματίες, γεγονός που δεν συνιστά αποφασιστικής σημασίας παράγοντα για την οριοθέτηση της σχετικής αγοράς, εφόσον ενδέχεται, για παράδειγμα, τα μερίδια αυτά να εξαρτώνται από προϋφιστάμενα εμπορικά εμπόδια ή από συνήθειες των καταναλωτών.

Ως προς τα στοιχεία που χαρακτηρίζουν τη ζήτηση των επιδίκων προϊόντων, η Επιτροπή εκτιμά ότι τα έλαβε επαρκώς υπόψη και διαπίστωσε, αφενός, υψηλό βαθμό δυνατότητας υποκαταστάσεως, δεδομένου ότι σε καμία χώρα, με εξαίρεση τη Γερμανία, οι ενδιαφερόμενοι δεν έχουν σαφή προτίμηση για τα τοπικά προϊόντα, αφετέρου, την ικανότητα όλων των κοινοτικών παραγωγών καλίου να παράγουν διάφορες μορφές του προϊόντος. Επομένως, δεν συντρέχει κανένα στοιχείο ικανό να μας ωθήσει στο συμπέρασμα ότι, όπως είναι δομημένη, η ζήτηση είναι δηλωτική της υπάρξεως διακεκριμένων εθνικών αγορών· και τούτο σε αντίθεση με άλλες περιπτώσεις όπου είχε διαπιστωθεί προτίμηση των καταναλωτών για γνωστές επωνυμίες [71] ή για εγχώρια προϊόντα [72] ή μηδαμινή ζήτηση εντός αγοράς σε φάση εκκινήσεως [73].

67. Δεύτερον, κατά τις προσφεύγουσες, η εκ μέρους της Επιτροπής εξέταση του κόστους μεταφοράς και της τιμής εντός της αγοράς αναφοράς είναι εντελώς αναξιόπιστη. Όσον αφορά το κόστος, στην πραγματικότητα η Επιτροπή δεν προέβη σε καμιά ανάλυση συναφώς, περιοριζόμενη στη δίκην αποδείξεως διατύπωση της απόψεως ότι το κόστος μεταφοράς δεν παρεμποδίζει τις εμπορικές ροές.

Ως προς την έρευνα επί των τιμών του καλίου εντός της Κοινότητας, αυτή υπήρξε επίσης ανεπαρκής: η Επιτροπή παρέλειψη να προβεί, ως όφειλε, σε συγκριτική εξέταση τιμών που εφαρμόζουν οι διάφοροι επιχειρηματίες σε κάθε κράτος μέλος. Για να αποδείξει την ανυπαρξία ουσιωδών διαφορών στο επίπεδο των τιμών στις διάφορες χώρες, προσκόμισε στατιστικά στοιχεία που χρονολογούνται από πενταετίας και στερούνται, επομένως, αξίας.

68. Η Επιτροπή απορρίπτει τις στρεφόμενες κατά της αναλύσεώς της αιτιάσεις, αντικρούοντας ότι η έλλειψη αμοιβαίων ροών μεταξύ χωρών παραγωγής και εισαγωγής δεν οφείλεται πάντοτε κατ' ανάγκη στο κόστος μεταφοράς. Εξάλλου, το υφιστάμενο εμπόριο μεταξύ ορισμένων μη συνορευουσών χωρών (Γερμανίας και Πορτογαλίας, Ισπανίας και Βελγίου, Γερμανίας και Ιρλανδίας) και, αντίθετα μάλιστα, η ανυπαρξία ροών μεταξύ γειτονικών κρατών (Μεγάλης Βρετανίας και Κάτω Χωρών) καταδεικνύει, κατά την άποψή της, ότι το κόστος μεταφοράς ουδόλως αποτελεί ανασχετικό παράγοντα. Συναφώς, η Επιτροπή υπενθυμίζει τις παρατηρήσεις που ανέπτυξε στην προσβαλλομένη απόφαση (αιτιολογική σκέψη 42), όπου τονίζεται, κατά τα λεγόμενά της, ότι το επίπεδο κόστους δεν μπορεί να παρεμποδίσει τις εμπορικές ροές σε σχέση με τη γεωγραφική αγορά αναφοράς. Ως προς τις εφαρμοζόμενες

71 — Απόφαση 91/403/ΕΟΚ της Επιτροπής, της 29ης Μαΐου 1991 (Υπόθεση IV/M.043 — Magneti Marelli/CEAc) (ΕΕ L 222, σ. 38).

72 — Απόφαση της Επιτροπής, της 6ης Νοεμβρίου 1990 (Υπόθεση IV/M.004 — Renault-Volvo) (ΕΕ C 281, σ. 2).

73 — Προαναφερθείσα στην υποσημείωση 66 απόφαση Nestlé/Perrier.

εντός των κρατών μελών, πλην της Γερμανίας, τιμών, η Επιτροπή τονίζει ότι δεν διαφέρουν ουσιωδώς. Συγκεκριμένα, η ανώτατη διαφορά τιμών εντός της Κοινότητας ανέρχεται σε 10 %, ενώ για τη Γερμανία αγγίζει το 20 %.

69. Τέλος, σύμφωνα με τη Γαλλική Κυβέρνηση και τις προσφεύγουσες επιχειρήσεις, η Επιτροπή όφειλε τουλάχιστον να εξετάσει μεμονωμένως, κατά την αξιολόγηση του σχεδίου συγκεντρώσεως, τη γαλλική και ισπανική αγορά, οι οποίες εμφανίζουν, λόγω των ιδίων χαρακτηριστικών τους, ανομοιογενείς συνθήκες ανταγωνισμού σε σχέση με τους λοιπούς κοινοτικούς εταίρους. Ειδικότερα, σύμφωνα με τη Γαλλική Κυβέρνηση, η ισπανική αγορά εμφανίζει χαρακτηριστικά γνωρίσματα ανάλογα με εκείνα της γερμανικής αγοράς, ενώ η γαλλική αγορά αποτελεί πολύ ιδιόμορφη κατάσταση, χαρακτηριζόμενη από παραγωγή κατώτερη της καταναλώσεως και από την παρουσία ενός και μόνο μεγαλοεπιχειρηματία.

Το ίδιο το γεγονός ότι δεν «διαχωρίστηκε» η αγορά των δύο αυτών κρατών από εκείνη της υπόλοιπης Κοινότητας καταλήγει, κατά την άποψη των προσφευγουσών, σε απόλυτη διαστρέβλωση της αναλύσεως των συνθηκών ανταγωνισμού πριν και μετά τη συγκέντρωση, προσφέροντας διαστρεβλωμένη εικόνα του πραγματικού συσχετισμού δυνάμεων μεταξύ K+L και SCPA.

70. Η Επιτροπή υπενθυμίζει ότι η ύπαρξη σημαντικών εμπορικών ροών, έστω και χωρίς αντίστοιχες εκροές, η ανυπαρξία αισθητών διαφορών μεταξύ των τιμών και η δυνατότητα υποκαταστάσεως των διαφόρων προϊόντων καλίου οδηγούσαν κατ' ανάγκη στο ότι έπρεπε να συμπεριληφθούν και η Ισπανία και Γαλλία στην κοινοτική πλην της Γερμανίας αγορά, τοσούτω μάλλον καθόσον οι μέθοδοι διανομής εντός των δύο αυτών χωρών δεν διαφέρουν από εκείνες που χρησιμοποιούνται στην υπόλοιπη Κοινότητα (με εξαίρεση τη Γερμανία).

Όσον αφορά τη Γαλλία, η Επιτροπή αμφισβητεί περαιτέρω ότι οι συνθήκες ανταγωνισμού στην αγορά της χώρας αυτής διαφέρουν από εκείνες της υπόλοιπης Κοινότητας, διευκρινίζοντας ότι δεν μπορεί να αποδοθεί σημασία συναφώς στο γεγονός ότι οι K+L και SCPA/EMC διατήρησαν τεχνηέντως τον διαχωρισμό της γαλλικής από την κοινοτική αγορά. Συγκεκριμένα, το γεγονός αυτό ουδόλως μεταβάλλει την ομοιογένεια των δύο αγορών, όπως αυτή συνάγεται από αντικειμενικούς παράγοντες.

71. Εκκινώ υπογραμμίζοντας ότι ο μονομερής χαρακτήρας των εμπορικών ροών, τον οποίο αποδέχεται και η ίδια η Επιτροπή, συνιστά αναμφίβολα σημαντικό παράγοντα για τους σκοπούς του προσδιορισμού της γεωγραφικής αγοράς αναφοράς, υπό την έννοια ότι θα μπορούσε να θεωρηθεί ως τεκμήριο της υπάρξεως εμποδίων κατά την είσοδο σε διάφορες χώρες σε βαθμό ώστε να παρεμποδίζεται η εμπορία των

προϊόντων και να αποδεικνύεται με τον τρόπο αυτό η ύπαρξη εθνικών αγορών [74]. Άρα, το ζήτημα αυτό έχρηζε περαιτέρω εμβαθύνσεως εκ μέρους της Επιτροπής, η οποία, αντίθετα, περιορίστηκε στο να υπογραμμίσει την ύπαρξη σημαντικών εμπορικών ροών μεταξύ των εν λόγω κρατών μελών.

Επίσης, νομίζω ότι δεν είναι καθόλου πειστική η μη εξέταση εκ μέρους της Επιτροπής του γεγονότος ότι οι πλέον σημαντικοί επιχειρηματίες του τομέα είχαν και έχουν σημαντικά μερίδια αγοράς στις χώρες τους και αισθητά διαφορετικά στις υπόλοιπες, καθώς και η ελάχιστη σημασία που αποδόθηκε στον βαθμό συγκεντρώσεως της προσφοράς.

72. Τα κενά που μόλις επισήμανα δεν είναι, πάντως, ικανά να μειώσουν το κύρος των εκτιμήσεων της Επιτροπής που στηρίζονται προφανώς σε αντικειμενικά και μη αμφισβητηθέντα κατ' ουσίαν στοιχεία.

Καταρχάς, στην προκειμένη περίπτωση δεν νομίζω ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις για να θεωρηθεί ότι, όπως είναι δομημένη, η ζήτηση είναι δηλωτική της υπάρξεως διακεκριμένων εθνικών αγορών, τοσούτω μάλλον καθόσον στο σύνολο της Κοινότητας, με εξαίρεση τη Γερμανία, ο βαθμός της δυνατότητας υποκαταστάσεως των προϊόντων καλίου είναι υψηλός και δεν υφίστανται ειδικές προτιμήσεις των καταναλωτών για συγκεκριμένα προϊόντα δυνάμενα να κτηθούν μόνον από τοπικούς παραγωγείς.

73. Ως προς την εκτίμηση του κόστους μεταφοράς, στοιχείο το οποίο θεωρείται κοινώς ως ένας από τους πλέον σημαντικούς παράγοντες για τον ορισμό της εννοίας της σχετικής αγοράς, όπως αναγνώρισε το ίδιο το Δικαστήριο με την απόφασή του στην υπόθεση Suiker Unie κ.λπ. κατά Επιτροπής [75], γεγονός είναι ότι η Επιτροπή περιορίστηκε συχνά σε γενικολογίες [76]. Πάντως, φρονώ ότι οι ενστάσεις της προσφεύγουσας κυβερνήσεως δεν είναι ικανές να καταδείξουν ότι οι διαφορές κόστους ισοδυναμούν με «φραγμούς στην είσοδο»: πράγματι, ως γνωστόν, σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου, τα διαφορετικά έξοδα μεταφοράς δεν έχουν σημασία για τους συγκεκριμένους σκοπούς εφόσον «δεν εισάγουν δυσμενείς διακρίσεις» [77].

Ανάλογη επισήμανση μπορεί να ισχύσει και για την ανάλυση των τιμών των επιδίκων προϊόντων που, κατά την άποψη που εξέφρασε η Επιτροπή σε προγενέστερες υποθέσεις [78], αποτελούν έναν άλλο σημαντικό και ληπτέο υπόψη παράγοντα. Πράγματι, γεγονός είναι ότι τα μοναδικά πληροφο-

74 — Αφετέρου, επιχειρηματολογώντας a contrario, η αμοιβαιότητα των εμπορικών ρευμάτων θεωρήθηκε πάντοτε από την Επιτροπή ως σημαντικός, αν όχι αποφασιστικής σημασίας, δείκτης της υπαγωγής στην ίδια γεωγραφική αγορά: βλ. την προαναφερθείσα στην υποσημείωση 58 απόφαση Mannesmann/Vallourec/Ilva, αιτιολογικές σκέψεις 33 έως 37. Επί του σημείου αυτού και υπό την ιδία έννοια, βλ. την προαναφερθείσα στην υποσημείωση 48 εργασία των Cook και Kerse, σ. 145 επ.

75 — Απόφαση της 16ης Δεκεμβρίου 1975 στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις 40/73 έως 48/73, 50/73, 54/73, 55/73, 56/73, 111/73, 113/73 και 114/73 (Συλλογή τόμος 1975, σ. 507, σκέψη 372).

76 — Με την απόφασή της, βεβαιώνει για παράδειγμα ότι «το κόστος μεταφοράς έχει την τάση να διαφοροποιείται (...). Φαίνεται όμως ότι το κόστος μεταφοράς δεν διαμορφώνεται σε τέτοια επίπεδα που θα μπορούσαν να εμποδίσουν τις εμπορικές ροές στην Κοινότητα, εκτός της Γερμανίας» (42η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως).

77 — Βλ. απόφαση της 14ης Φεβρουαρίου 1978 στην υπόθεση 27/76, United Brands κατά Επιτροπής (Συλλογή τόμος 1978, σ. 75, σκέψεις 52 και 53).

78 — Βλ. επί παραδείγματι, την προαναφερθείσα στην υποσημείωση 71 απόφαση Magneti Marelli/CEAC.

ριακά στοιχεία που προσκόμισε το θεσμικό όργανο προκειμένου να αποδείξει ότι δεν υφίστανται αισθητές διαφορές τιμών μεταξύ κρατών συνίστανται σε στατιστικά στοιχεία προερχόμενα από την Οργάνωση Τροφίμων και Γεωργίας (FAO), αφορώντα την περίοδο 1987-1989, καθώς και σε ενδεικτικές τιμές που εφήρμοζε η K+L το 1992 στο Βέλγιο, στις Κάτω Χώρες και τη Γερμανία, είναι, όμως, εξίσου αληθές ότι επί των εκτιμήσεων της Επιτροπής ούτε η Γαλλική Κυβέρνηση ούτε οι προσφεύγουσες επιχειρήσεις αντέτειναν στοιχεία αποδεικνύοντα το αντίθετο. Μάλιστα, οι προσφεύγουσες επιχειρήσεις ισχυρίστηκαν ότι δεν υφίσταται ουσιώδης διαφορά μεταξύ των τιμών, αποδίδοντας, όμως, το γεγονός στη διαφάνεια της αγοράς και όχι στην ομοιογένειά της.

74. Αν στις προηγούμενες παρατηρήσεις προστεθεί και το ότι οι προσφεύγουσες δεν αμφισβήτησαν το ουσιωδώς ενιαίο των μεθόδων διανομής που ακολουθούν τα διάφορα κράτη, ενιαίο που αποκλείει την ύπαρξη φραγμών εισόδου ομοίων προς τους υφισταμένους στη Γερμανία, η ανάλυση της Επιτροπής δεν μπορεί παρά να θεωρηθεί ως κατ' ουσίαν ορθή και επαρκώς αιτιολογημένη.

Η συναγωγή διαφορετικού συμπεράσματος θα ήταν αδύνατη με βάση την επιχειρηματολογία της Γαλλικής Κυβερνήσεως προς απόδειξη του ότι η Γαλλία και η Ισπανία συνιστούν αυτοτελείς αγορές, μη δυνάμενες να αναμειγνύονται με την υπόλοιπη αγορά των κοινοτικών χωρών, μολονότι η στάση της Επιτροπής δεν στερείται ορισμένων αντιφάσεων.

75. Συναφώς, πρέπει όντως να αναγνωριστεί ότι, στα πλαίσια της εκτιμήσεως των ούτως αποκαλουμένων «φραγμών εισόδου» [79], το ότι υφίσταται νομίμως το μονοπώλιο της SCPA (έστω και αν περιορίζεται στη διαμετακόμιση των εισαγωγών που προέρχονται από τις τρίτες χώρες), γεγονός το οποίο η Επιτροπή θεώρησε ως σημαντικό φραγμό εισόδου στο γαλλικό έδαφος [80], δεν λαμβάνεται ακολούθως σε καμία περίπτωση υπόψη προκειμένου να διαπιστωθεί αν η Γαλλία μπορεί ή όχι να αποτελεί διακεκριμένη αγορά. Η ανακολουθία αυτή δεν μπορεί περαιτέρω να εξηγηθεί, όπως ισχυρίζεται η Επιτροπή, με τη διάκριση μεταξύ φραγμών που εμποδίζουν το ενδοκοινοτικό εμπόριο και φραγμών στις συναλλαγές με τις τρίτες χώρες. Πράγματι, είναι τουλάχιστον αμφίβολο κατά πόσον το μονοπώλιο διανομής της SCPA συνεπάγεται αποτελέσματα σε επίπεδο εισόδου των προϊόντων των τρίτων χωρών στην αγορά των λοιπών κρατών μελών στον βαθμό που ορισμένα στοιχεία που προσκόμισε η Γαλλική Κυβέρνηση και δεν αμφισβήτησε η Επιτροπή αποδεικνύουν το αντίθετο [81].

Πάντως, οι αντιφάσεις στις οποίες ήδη αναφέρθηκα δεν αρκούν αφεαυτών για να δικαιολογήσουν την αποδοχή της απόψεως της Γαλλικής Κυβερνήσεως: πράγματι, τόσο η Ισπανία όσο και η Γαλλία, για να περιοριστώ στις εκτιμήσεις της Επιτροπής που δεν αμφισβητήθηκαν, εμφανίζουν χαρακτηριστικά γνωρίσματα ανταγωνισμού ανάλογα με εκείνα της υπόλοιπης κοινοτικής αγοράς από απόψεως δυνατότητας υποκαταστάσεως των προϊόντων, ανοίγματος των αγορών (όπως επιβεβαιώνουν οι σημαντι-

79 — Μεταξύ των φραγμών εισόδου, τα κρατικά μονοπώλια διανομής κατέχουν περίοπτη θέση: βλ. για παράδειγμα απόφαση της Επιτροπής, της 29ης Απριλίου 1991 (Υπόθεση IV/M.063 — ELF/Ertoil (ΕΕ C 124, σ. 13).

80 — Βλ. σημείο 53 του υπομνήματος αντικρούσεως.

81 — Παρατίθενται στο σημείο 78 του υπομνήματος απαντήσεως.

κές εισαγωγές), επιπέδου τιμών και συστημάτων διανομής. Επομένως, ακόμη και σε σχέση με τις δύο αυτές χώρες, υφίστανται επαρκή στοιχεία ότι η επιλογή της Επιτροπής να τις συμπεριλάβει στην αγορά όλων των κρατών μελών, με εξαίρεση τη Γερμανία, είναι θεμελιωμένη.

76. Υπό το φως των προηγουμένων παρατηρήσεων, εκτιμώ ότι η οριοθέτηση της γεωγραφικής αγοράς, στα πλαίσια της προσβαλλομένης αποφάσεως, πρέπει να γίνει δεκτή τόσο ως προς τα ουσιώδη σημεία της, κυρίως όμως ως προς τα συμπεράσματά της.

Η Επιτροπή θα μπορούσε, και ίσως θα όφειλε, να επιχειρηματολογήσει περισσότερο συγκεκριμένα επί των εκτιμήσεών της, οι οποίες, αν εξεταστούν αναλυτικότερα, αποδεικνύονται, αντίθετα, κατά προσέγγιση υπολογισμοί. Πάντως, φρονώ ότι δεν μπορεί να αμφισβητηθεί βασίμως κάποια ομοιογένεια των όρων ανταγωνισμού επί της αγοράς που αποτελείται από όλα τα κράτη μέλη, με εξαίρεση τη Γερμανία, κυρίως όμως, ότι οι ενστάσεις της Γαλλικής Κυβερνήσεως δεν μπορούν να πείσουν περί του αντιθέτου. Εξάλλου, δεν πρέπει να λησμονείται ότι, κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, η «ομοιογένεια» των όρων ανταγωνισμού για τους σκοπούς που ενδιαφέρουν εν προκειμένω δεν σημαίνει απόλυτη ισότητα των όρων στα διάφορα τμήματα του συγκεκριμένου εδάφους όπως είναι η επίδικη αγορά. Το σημαντικότερο είναι οι όροι του ανταγωνισμού να είναι επαρκώς ομοιογενείς ώστε να παρίστανται ως μη εισάγοντες δυσμενή διάκριση [82], ήτοι να είναι τέτοιοι, ώστε να επιτρέπουν στους επιχειρηματίες να ανταγωνίζονται επί ίσοις όροις.

77. Στην προκειμένη περίπτωση, θεωρώ ότι τα επιχειρήματα της προσφεύγουσας κυβερνήσεως δεν επιτρέπουν να συναχθεί ότι οι όροι του ανταγωνισμού εντός της αγοράς που έχει χαρακτηρίσει ως σχετική η Επιτροπή δεν είναι ομοιογενείς κατά την προαναφερθείσα έννοια. Υπό τις περιστάσεις αυτές, προτείνω στο Δικαστήριο να απορρίψει τον λόγο που επικαλέστηκε η Γαλλική Κυβέρνηση.

2) *Η δυνατότητα παρεμβάσεως σε περίπτωση συλλογικών δεσποζουσών θέσεων κατ' εφαρμογή του κανονισμού σχετικά με τις συγκεντρώσεις*

78. Υπενθυμίζω ότι οι προϋποθέσεις από τις οποίες η επίδικη απόφαση εξαρτά την έγκριση της συγκεκριμένης συγκεντρώσεως είχαν ακριβώς ως σκοπό, με βάση την ανάλυση της Επιτροπής, να περιορίσουν την τεκμαιρόμενη ολιγοπωλιακού χαρακτήρα κυριαρχία των K+L και SCPA στη σχετική αγορά.

Τόσο η Γαλλική Κυβέρνηση όσο και οι SCPA και EMC, οι οποίες αμφισβητούν εν πάση περιπτώσει την ύπαρξη εν προκειμένω συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, ισχυρίζονται ότι ο κανονισμός δεν εφαρμόζεται ούτε στην υποθετική αυτή περίπτωση.

82 — Προαναφερθείσα στην υποσημείωση 77 απόφαση United Brands κατά Επιτροπής, σκέψεις 44, 52 και 53.

79. Συγκεκριμένα, οι προσφεύγουσες υποστηρίζουν ότι είναι αδύνατο, τόσο θεωρητικώς όσο και ευρύτερα, να γίνεται επίκληση της εννοίας της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως στο πλαίσιο της εφαρμογής των κανόνων που αφορούν τον έλεγχο των συγκεντρώσεων. Οι λόγοι είναι πλείονες:

— Πρώτον, προσκρούει σε ένα γραμματικό στοιχείο: το άρθρο 2 του κανονισμού, σε αντίθεση προς το άρθρο 86 της Συνθήκης «(...) μία ή περισσότερες επιχειρήσεις (...)» δεν προβλέπει ρητώς την περίπτωση της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως.

— Δεύτερον, ούτε οι νομικές βάσεις του κανονισμού — άρθρα 235 και 87 της Συνθήκης — ούτε η πρόθεση του νομοθέτη επιτρέπουν την εφαρμογή των κανόνων περί συγκεντρώσεων σε καταστάσεις δεσπόζουσας θέσεως ολιγοπωλιακού χαρακτήρα.

— Τέλος, οι δικονομικές εγγυήσεις που παρέχει στους τρίτους ο κανονισμός συνιστούν μια ακόμη επιβεβαίωση· συγκεκριμένα, οι επιχειρήσεις που μετέχουν στη συλλογική δεσπόζουσα θέση, αλλ' όχι στη συγκέντρωση, διαθέτουν ανεπαρκή μέσα προστασίας.

80. Επί τούτου, η Επιτροπή απαντά ως εξής:

— Το περιεχόμενο του κανονισμού, ειδικότερα δε το γεγονός ότι δεν προβλέπεται ρητώς η περίπτωση δεσπόζουσας θέσεως «περισσοτέρων επιχειρήσεων», δεν αποκλείει την εφαρμογή του στις περιπτώσεις δημιουργίας ή ενισχύσεως συλλογικών δεσποζουσών θέσεων. Συναφώς, δεν στερείται σημασίας το γεγονός ότι το άρθρο 2, παράγραφος 3, συνδέει τη δεσπόζουσα θέση με τη συγκέντρωση και όχι με τις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις, λαμβάνοντας υπόψη τις επιπτώσεις επί της ασκήσεως αποτελεσματικού ανταγωνισμού.

— Οι νομικές βάσεις του κανονισμού είναι ενδεικτικές του ότι στόχος του είναι η πλήρωση του κενού που άφησαν οι κανόνες περί ανταγωνισμού των άρθρων 85 και 86 σε σχέση με τον έλεγχο της δεσπόζουσας θέσεως ολιγοπωλιακού χαρακτήρα. Κανένα στοιχείο από τις προπαρασκευαστικές εργασίες ούτε από τις δηλώσεις στις οποίες αναφέρθηκε η Γαλλική Κυβέρνηση δεν επιτρέπει να θεωρηθεί ότι το Συμβούλιο είχε την πρόθεση να αποκλείσει την εφαρμογή του κανονισμού για να αποθαρρύνει και περιορίσει συλλογικές δεσπόζουσες θέσεις.

— Απόφαση εγκριτική μιας συγκεντρώσεως δεσμεύει αποκλειστικά και μόνο τις επιχειρήσεις οι οποίες προέβησαν στην κοινοποίηση. Αφ' ης στιγμής η πράξη με την οποία τερματίζεται η

κινηθείσα, κατά την έννοια του κανονισμού, διαδικασία δεν μπορεί να προκαλεί ζημίες σε τρίτους, έστω και αν συμμετέχουν στην επίδικη συλλογική δεσπόζουσα θέση, είναι αλυσιτελές να γίνεται λόγος για αμέλεια ή ανεπαρκείς εγγυήσεις υπέρ των τρίτων. Εν πάση περιπτώσει, οι διαδικαστικές λεπτομέρειες εφαρμογής του κανονισμού προστατεύουν ευρέως τα δικαιώματα και τα συμφέροντα των τρίτων.

— Η δυνατότητα απαγορεύσεως συγκεντρώσεως που ενισχύει το ολιγοπωλιακού χαρακτήρα πλαίσιο της αγοράς προκύπτει από την οικονομική θεωρία, σύμφωνα με την οποία θίγεται σε κάθε περίπτωση ο ανταγωνισμός, εφόσον πληρούνται ορισμένες προϋποθέσεις εντός μιας ολιγοπωλιακής αγοράς. Επομένως, η επίκληση του κανονισμού ως θεμελίου για την επέμβαση σε περίπτωση συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως είναι απαραίτητη για τη διασφάλιση ενός αποτελεσματικού ανταγωνισμού.

— Το γραμματικό στοιχείο

81. Εκκινώ επισημαίνοντας ότι η άποψη των προσφευγουσών είναι δυσχερώς αμφισβητήσιμη: ο κανονισμός, και ειδικότερα το άρθρο 2 αυτού, ουδόλως αναφέρεται, ούτε καν εμμέσως, στην έννοια της δεσπόζουσας θέσεως ολιγοπωλιακού χαρακτήρα. Η παράλειψη αυτή προσλαμβάνει ακόμη μεγαλύτερη σημασία αν ληφθεί υπόψη το γεγονός, όπως τόνισαν οι ίδιες οι προσφεύγουσες, ότι το άρθρο 86 της Συνθήκης προβλέπει, αντίθετα, ρητώς το ασυμβίβαστο προς την κοινή αγορά της καταχρηστικής, εκ μέρους «μιας ή περισσοτέρων επιχειρήσεων» εκμεταλλεύσεως της δεσπόζουσας θέσεώς της/τους.

Προφανώς, το άρθρο 2, παράγραφος 3, το οποίο συνδέει, όπως υποστηρίζει η Επιτροπή, τη δεσπόζουσα θέση προς την πράξη της συγκεντρώσεως και όχι προς τις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις, αναφέρεται στη δεσπόζουσα θέση της συγκεντρώσεως και όχι στη δεσπόζουσα θέση που εμπλέκει τρίτες επιχειρήσεις σε σχέση με την πράξη της συγκεντρώσεως. Υπό τις συνθήκες αυτές, θα ήταν εξαιρετικά ευχερές να γίνει επίκληση του γνωστού αξιώματος ubi lex voluit, dixit, ubi noluit tacuit.

82. Πάντως, ναι μεν το γραμματικό στοιχείο δεν μπορεί να οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι ο κανονισμός στοχεύει αποκλειστικά στην αποθάρρυνση των συγκεντρώσεων που δημιουργούν ή ενισχύουν τη δεσπόζουσα θέση μιας μόνο επιχειρήσεως, χωρίς να αναφέρεται στις περιπτώσεις που καταλήγουν σε επικράτηση περισσοτέρων επιχειρήσεων [83], αλλ' είναι εξίσου αληθές ότι το γράμμα του άρθρου 2 του κανονισμού δεν μπορεί να θεωρηθεί ως αποφασιστικής σημασίας και πρέπει να ερμηνευθεί υπό το φως του κανονισμού στο σύνολό του και της ratio του.

83 — Προς την κατεύθυνση αυτή, βλ. για παράδειγμα, Siragusa-Subiotto, «Il controllo delle concentrazioni a livello CEE: una prima analisi critica delle decisioni della Commissione», στο *Giurisprudenza Commerciale* 1992, I, 233, ειδικότερα, σ. 271 και 272. Η θέση ορισμένων συγγραφέων είναι λιγότερο απόλυτη υπό την έννοια ότι περιορίζεται στο να υπογραμμίσει τις δυσχέρειες αποδοχής της αντίθετης απόψεως: έτσι, μεταξύ άλλων, βλ. προαναφερθέν στην υποσημείωση 48 έργο των Cook και Kerse, σ. 134 επ., Korah, *EC Competition Law and Practice*, Λονδίνο, 1994, σ. 242· και Bellamy και Child: *Common Market Law of Competition*, Λονδίνο, 1993, σ. 343 και 344.

Έτσι, φτάνω στα υπόλοιπα επιχειρήματα που προέβαλαν οι προσφεύγουσες και αφορούν τις νομικές βάσεις, τη βούληση του νομοθέτη (όπως αυτή προκύπτει από τις προπαρασκευαστικές εργασίες και όπως εκφράζεται στο κείμενο του κανονισμού) και τις διαδικαστικές εγγυήσεις, καθώς και τις οικονομικού χαρακτήρα παραμέτρους που επικαλέστηκε η Επιτροπή και συνδέονται στενά με τους σκοπούς των κανόνων περί ανταγωνισμού.

— Νομικές βάσεις και βούληση του νομοθέτη

83. Διευκρινίζω ευθύς εξαρχής ότι η ίδια η επιλογή των νομικών βάσεων συνηγορεί υπέρ του ότι ο κανονισμός δεν εφαρμόζεται επί των συλλογικών δεσποζουσών θέσεων. Πράγματι, καταρχήν, τα άρθρα 87 και 235 μπορούν κάλλιστα να χρησιμοποιηθούν προς τούτο. Αντίθετα, νομίζω ότι δεν μπορεί να γίνει επίκληση ούτε του γεγονότος ότι ο κανονισμός στηρίζεται κατ' ουσίαν στο άρθρο 235 κυρίως και όχι στο άρθρο 87, ούτε της δηλώσεως του Συμβουλίου και της Επιτροπής επί του άρθρου 22 του κανονισμού, στον βαθμό που αποκλείεται η εφαρμογή των άρθρων 85 και 86 επί των συγκεντρώσεων [84].

84 — Πέραν του ότι, κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, οι προφορικές δηλώσεις έχουν περιορισμένη σημασία (βλ., επί παραδείγματι, την απόφαση της 26ης Φεβρουαρίου 1991 στην υπόθεση C-292/89, Antonissen, Συλλογή 1991, σ. I-745, σκέψη 18) και ότι η επίδικη δήλωση δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να ερμηνευθεί κατά τρόπον ώστε να περιοριστεί το πεδίο εφαρμογής των άρθρων 85 και 86, γεγονός παραμένει ότι παρόμοια δήλωση δεν μπορεί ασφαλώς να χρησιμοποιηθεί προκειμένου να συναχθεί το συμπέρασμα ότι η νομική βάση που παρέχει το άρθρο 87 της Συνθήκης έχει στην πραγματικότητα περιορισμένη σημασία, με συνέπεια να μην είναι δυνατόν να συνδέεται η έννοια της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως με το άρθρο 86.

Περιττεύει να προσθέσω, ακολούθως, ότι δεν αντιλαμβάνομαι ποια άλλη υπόθεση θα ήταν ικανή να οδηγήσει στην επίτευξη του σκοπού της προληπτικής παρεμβάσεως επί των συλλογικών δεσποζουσών θέσεων που δημιουργήθηκαν ή ενισχύθηκαν λόγω συγκεντρώσεων, εκτός και αν θεωρηθεί, πράγμα το οποίο θα ήταν παράλογο, ότι η ίδια η Συνθήκη είναι εκείνη που αποκλείει παρόμοια υπόθεση.

84. Πλην όμως, από το συμπέρασμα αυτό δεν μπορώ να συναγάγω, σε αντίθεση με την Επιτροπή, ότι ο κανονισμός επιτρέπει στην πραγματικότητα, όπως είναι διατυπωμένος σήμερα, την παρέμβαση επί των συλλογικών δεσποζουσών θέσεων. Συναφώς, αρκούμαι στην παρατήρηση ότι το γεγονός ότι η προεπιλεγείσα νομική βάση είναι ασφαλώς ικανή να απονείμει συγκεκριμένες εξουσίες δεν συνεπάγεται αφεαυτού ότι όντως απονεμήθηκαν οι οικείες εξουσίες. Πράγματι, με αφετηρία την εν λόγω νομική βάση, γεγονός είναι ότι ορισμένες εξουσίες προεβλέφθησαν και άλλες όχι.

Εν τέλει, σημασία έχει αν από το γράμμα του κανονισμού επιβεβαιώνεται, ρητώς ή έστω και σιωπηρώς, ότι απονεμήθηκε στην Επιτροπή η εξουσία παρεμβάσεως επί συλλογικών δεσποζουσών θέσεων. Άποψή μου είναι ότι από το κείμενο του κανονισμού στο σύνολό του περισσότερο υποστηρίξιμη είναι μια περιοριστική ερμηνεία του άρθρου 2.

85. Υπέρ της απόψεως αυτής συνηγορεί για παράδειγμα, όπως ισχυρίστηκαν οι προσφεύγουσες επιχειρήσεις, η διατύπωση

της δέκατης πέμπτης αιτιολογικής σκέψεως του κανονισμού, σύμφωνα με την οποία «οι συγκεντρώσεις, οι οποίες, λόγω του περιορισμένου μεριδίου αγοράς των συμμετεχουσών επιχειρήσεων, δεν μπορούν να παρακωλύσουν τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό, θεωρούνται ότι συμβιβάζονται με την κοινή αγορά», τούτο δε τεκμαίρεται «όταν το μερίδιο αγοράς των συμμετεχουσών επιχειρήσεων δεν υπερβαίνει το 25 %». Κατά την άποψη των προσφευγουσών επιχειρήσεων, η επιλογή του συγκεκριμένου μεριδίου θα ήταν ατυχής αν ο κανονισμός εφαρμοζόταν και επί των συλλογικών δεσποζουσών θέσεων [85].

Γεγονός είναι ότι το τεκμαιρόμενο ασυμβίβαστο μιας δεσπόζουσας θέσεως σε σχέση με μερίδιο επί της συνολικής αγοράς υπερβαίνον το 25 %, όπως προβλέπεται στην εν λόγω αιτιολογική σκέψη, δεν περιλαμβάνεται, αντίθετα, στις διατάξεις του κανονισμού [86]. Επίσης, γεγονός είναι ότι τα μερίδια αγοράς αποτελούν, στα πλαίσια των αποφάσεων που εκδίδονται βάσει του κανονισμού, μόνο το σημείο αφετηρίας για την εκτίμηση των επιπτώσεων της πράξεως, ενώ πρέπει να λαμβάνονται υπόψη και πολλοί άλλοι παράγοντες [87]. Αν, παρά ταύτα, θέλουμε να αποδώσουμε στη δέκατη πέμπτη αιτιολογική σκέψη κάποιο περιεχόμενο, δεν θα ήταν παράλογο να τη θεωρήσουμε ως ενδεικτική της βουλήσεως του νομοθέτη να μη συμπεριλάβει στον κανονισμό τις υποθετικές περιπτώσεις συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως δεδομένου ότι το ποσοστό ύψους 25 % είναι ασφαλώς χαμηλό για να μπορεί να αφορά ένα ολιγοπώλιο [88].

86. Προσθέτω ακόμη ότι από τις προπαρασκευαστικές εργασίες επιβεβαιώνεται μάλλον η βούληση του νομοθέτη να *μην* εφαρμόζεται ο κανονισμός επί των συλλογικών δεσποζουσών θέσεων. Πράγματι, καίτοι είναι καλώς γνωστή η βούληση της Επιτροπής, η οποία εκδηλώθηκε κατά τη διάρκεια επεξεργασίας της πράξεως και επανειλημμένα, να εφαρμόζει το de qua σύστημα επί των ολιγοπωλίων [89], είναι εξίσου αληθές ότι η Επιτροπή τόνισε ότι η παρούσα διατύπωση του άρθρου 2, παράγραφος 3, είναι προϊόν ενός δυσχερώς επιτευχθέντως συμβιβασμού επί του ζητήματος των συλλογικών δεσποζουσών θέσεων [90].

Συναφώς, θα ήταν χρήσιμο να τονιστεί ότι από τη σύγκριση μεταξύ της τελευταίας τροποποιημένης προτάσεως που υπέβαλε η

85 — Υπό την έννοια αυτή βλ. και προαναφερθείσα στην υποσημείωση 48 εργασία των Cook και Kerse, σ. 134.

86 — Η Επιτροπή το υπογράμμισε για παράδειγμα στην απόφαση της 18ης Δεκεμβρίου 1991 (Υπόθεση IV/M.165 — Alcatel/AEG Kabel) (ΕΕ 1992, C 6, σ. 23, 22η αιτιολογική σκέψη).

87 — Βλ. για παράδειγμα την απόφαση 94/359/ΕΚ της Επιτροπής, της 21ης Δεκεμβρίου 1993 (Υπόθεση IV/M.358 — Pilkington— Techint/SIV) (ΕΕ 1994, L 15, σ. 24). Υπενθυμίζω, επίσης ότι, και κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου επί του άρθρου 86, το μερίδιο αγοράς μπορεί ασφαλώς να αποτελεί σημαντική ένδειξη ως προς την ύπαρξη δεσπόζουσας θέσεως, εφόσον αντιστοιχεί ή υπερβαίνει το 80 %, δεν αποτελεί όμως κατ' ανάγκη καθοριστικό παράγοντα, αλλά πρέπει να εκτιμάται από κοινού με άλλους παράγοντες: υπό την έννοια αυτή βλ., μεταξύ άλλων, την απόφαση της 5ης Οκτωβρίου 1988 στην υπόθεση 247/86, Alsatel κατά Novasam (Συλλογή 1988, σ. 5987, σκέψη 19).

88 — Αναφέρω ενδεικτικά τον γερμανικό νόμο επί των περιορισμών του ανταγωνισμού, ο οποίος θεμελιώνεται ακριβώς σε μια δομική αντίληψη συνδεόμενη προς ένα σύστημα τεκμαιρομένων αποτελεσμάτων ανάλογα με τα ποσοστά αγοράς που κατέχουν οι επιχειρήσεις και προβλέπει κατώτατο όριο ύψους τουλάχιστον 50 %. Ακριβέστερα, το τμήμα 23, άρθρο 2, παράγραφος 2, του νόμου, ορίζει: «Για τους σκοπούς του ελέγχου των συγκεντρώσεων, ένα σύνολο επιχειρήσεων λογίζεται ως κατέχον δεσπόζουσα θέση εφόσον:
1.αποτελείται από τρεις επιχειρήσεις που κατέχουν το υψηλότερο μερίδιο αγοράς και συγκεντρώνουν συνολικά μερίδιο ύψους 50 %, ή
2.περιλαμβάνει πέντε ή λιγότερες επιχειρήσεις που κατέχουν το υψηλότερο μερίδιο της αγοράς και συγκεντρώνουν συνολικά μερίδιο ύψους δύο τρίτων, εκτός και αν οι επιχειρήσεις αποδεικνύουν ότι οι όροι του ανταγωνισμού επιτρέπουν την άσκηση σημαντικού ανταγωνισμού μεταξύ τους ακόμη και μετά τη συγκέντρωση ή εφόσον το σύνολο των εν λόγω επιχειρήσεων δεν κατέχει δεσπόζουσα θέση σε σχέση με τους εναπομένοντες ανταγωνιστές (...)».

89 — Αρκεί να υπενθυμίσω συναφώς την *XVI Έκθεση επί του ανταγωνισμού*, του 1986, ειδικότερα το σημείο 333.

90 — Βλ. σ. 36 του υπομνήματος ανταπαντήσεως.

Επιτροπή [91] και του τελικού κειμένου προκύπτει ότι η αναφορά στα εμπόδια για τη διατήρηση και ανάπτυξη ενός αποτελεσματικού ανταγωνισμού της πρώτης αντικαταστάθηκε στη συνέχεια από την έννοια «δεσπόζουσα θέση», η οποία δεν χωρεί αμφιβολία ότι θυμίζει τη διατύπωση του άρθρου 86. Υπό τις περιστάσεις αυτές, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι το τελικό κείμενο είναι καρπός εγνωσμένης επιλογής, την οποία υπαγόρευσε, όπως δέχεται η Επιτροπή, η δυσχέρεια επιτεύξεως συμφωνίας επί του θέματος.

87. Είναι λυπηρό ότι το Συμβούλιο εξέδωσε την απόφασή του ευθυγραμμιζόμενο με τη βούληση ορισμένων από τα μέλη του και διαφωνώντας με ορισμένα άλλα, τούτο όμως δεν μπορεί να αλλάξει παρά μόνον ο ίδιος ο νομοθέτης. Η άποψη της Επιτροπής ότι η εν λόγω κατάσταση συνεπάγεται, εν όψει της μη προβλέψεως διατάξεως που να αποκλείει ρητώς την εφαρμογή του κανονισμού επί των συλλογικών δεσποζουσών θέσεων, ότι το ζήτημα παρέμεινε ανοικτό δεν με πείθει. Εν πάση περιπτώσει, εκτιμώ ότι η Επιτροπή δεν μπορεί, όπως ισχυρίζεται, να θεωρήσει ότι διαθέτει την εξουσία επιλύσεως των ζητημάτων που τα κράτη μέλη άφησαν ηθελημένα σε εκκρεμότητα.

Για να είμαι σαφής, οποιαδήποτε άλλη υπόθεση θα ισοδυναμούσε με την αναγνώριση ενός sui generis κριτηρίου επικουρικότητας, δυνάμει του οποίου, κάθε φορά που η Επιτροπή θα το έκρινε σκόπιμο ή αναγκαίο, θα διέθετε τη δυνατότητα να ασκεί συμπληρωματικό ρόλο σε σχέση με άλλα θεσμικά όργανα και ειδικότερα σε σχέση με τον νομοθέτη. Ασφαλώς, υπό την έποψη αυτή, θα ήταν περισσότερο σύμφωνη προς τους κανόνες του παιχνιδιού μια πρωτοβουλία της Επιτροπής να ζητήσει τροποποίηση του κανονισμού προς την κατεύθυνση που προανέφερα. Ελλείψει μιας τέτοιας πρωτοβουλίας, έχω αρκετούς δισταγμούς να θεωρήσω ότι η Επιτροπή και το Δικαστήριο μπορούν, στο πλαίσιο της εφαρμογής και/ή ερμηνείας, να συμπληρώσουν κανονιστικά κενά οφειλόμενα σε ηθελημένη επιλογή του νομοθέτη [92].

88. Τελικώς, ακόμη και οι προπαρασκευαστικές εργασίες φαίνεται να επιβεβαιώνουν τη βούληση του νομοθέτη, όπως μεταφέρεται στο γράμμα του κανονισμού, περί μη εφαρμογής του επί των συλλογικών δεσποζουσών θέσεων. Η διαπίστωση αυτή, πάντως, δεν έχει αποφασιστική σημασία για τους σκοπούς που ενδιαφέρουν εν προκειμένω. Πράγματι, οι προπαρασκευαστικές εργασίες μπορούν το πολύ να παράσχουν ορισμένες ενδείξεις, δεν είναι όμως καθοριστικής σημασίας επειδή, προκειμένου να γίνει ορθή ερμηνεία μιας διατάξεως, πρέπει να γίνεται αναδρομή στο γράμμα και στον σκοπό του επιδίκου κειμένου.

— Οι διαδικαστικές εγγυήσεις

89. Εισέρχομαι λοιπόν στην εξέταση μιας πτυχής που δεν χωρεί αμφιβολία ότι παρουσιάζει στο συγκεκριμένο πλαίσιο κεφαλαιώδη σημασία. Τόσο η Γαλλική

91 — COM(88) 734 αναθεωρημένο τελικό.

92 — Ήδη ο Trabucchi (προαναφερθέν στην υποσημείωση 31), σ. 503, αναφερόμενος στη νομολογία επί θεμάτων ανταγωνισμού, έδιδε έμφαση στο ότι «η συχνή αναφορά σε νομικά δεδομένα και η σημασία που τους αποδίδεται στα πλαίσια των δικαστικών αποφάσεων ουδόλως αντίκεινται προς την *θεμελιώδη αποστολή του Δικαστηρίου, ήτοι εκείνη της τηρήσεως της Συνθήκης και του παραγώγου δικαίου* (...). Όπου υφίσταται κανόνας, πρέπει να τηρείται εξ ολοκλήρου (...)».

Κυβέρνηση όσο και οι προσφεύγουσες επιχειρήσεις υπογραμμίζουν συγκεκριμένα, όπως προανέφερα, ότι καθοριστική επιβεβαίωση του ότι ο κανονισμός δεν επιδιώκει και δεν μπορεί να εφαρμοστεί επί των συλλογικών δεσποζουσών θέσεων αποτελεί η μη πρόβλεψη διαδικαστικών εγγυήσεων καταλλήλων να προστατεύουν τα δικαιώματα των επιχειρήσεων, οι οποίες, μολονότι δεν εμπλέκονται στην πράξη της συγκεντρώσεως, συμμετέχουν σε συλλογική δεσπόζουσα θέση.

Εξετάζοντας το ζήτημα του παραδεκτού της προσφυγής των προσφευγουσών επιχειρήσεων, τόνισα ήδη το αβάσιμο της απόψεως της Επιτροπής ότι η πράξη περατώσεως της κινηθείσας στα πλαίσια του κανονισμού διαδικασίας δεσμεύει μόνον τα μέρη που εμπλέκονται στη συγκέντρωση, με συνέπεια να είναι αδύνατη η επέλευση ζημίας στους τρίτους σε οποιαδήποτε περίπτωση. Χωρίς να αναφερθώ σε άλλα παραδείγματα, η υπό κρίση υπόθεση είναι εκείνη ακριβώς που παρέχει εξαιρετικά σημαντικές ενδείξεις περί του αντιθέτου [93].

90. Τούτου δοθέντος, στην υπό κρίση υπόθεση το ζητούμενο είναι αν οι προβλεπόμενες από τον κανονισμό διαδικαστικές εγγυήσεις προς προστασία των τρίτων μπορούν να θεωρηθούν κατάλληλες ακόμα και στην περίπτωση κατά την οποία οι «τρίτοι» συμμετέχουν στο ολιγοπώλιο στο οποίο αναφέρεται η απόφαση της Επιτροπής.

Διευκρινίζω ευθύς εξαρχής ότι η συμμετοχή των τρίτων στη διαδικασία, όπως προβλέπει ο κανονισμός, δεν νομίζω ότι μπορεί να διασφαλίσει, σε σχέση με την εξεταζόμενη εν προκειμένω υποθετική περίπτωση, την ενδεδειγμένη προστασία των δικαιωμάτων άμυνας. Καταρχάς, οι επιχειρήσεις που τεκμαίρεται ότι συμμετέχουν στο ολιγοπώλιο και είναι άσχετες προς τη συγκέντρωση δεν είναι αποδέκτες μιας συγκεκριμένης πληροφορίας. Δεύτερον, σύμφωνα με το άρθρο 18, παράγραφος 4, του κανονισμού, οι ακροάσεις των τρίτων λαμβάνουν χώρα μόνον αν η Επιτροπή ή οι αρμόδιες αρχές των κρατών μελών θεωρούν αναγκαίο να ακούσουν και άλλα φυσικά ή νομικά πρόσωπα (μεταξύ των οποίων πρέπει προφανώς να συμπεριληφθούν οι άσχετες προς τη συγκέντρωση επιχειρήσεις) ή με δική τους πρωτοβουλία, οσάκις δικαιολογούν την ύπαρξη ευλόγου συμφέροντος. Επομένως, πρόκειται, όπως επιβεβαιώνει ο κανονισμός 2367/90 [94] (ο οποίος

93 — Πράγματι, είναι εξόφθαλμον ότι η ζημία που υπέστησαν οι προσφεύγουσες εταιρίες κατόπιν της εκδόσεως της αποφάσεως της Επιτροπής είναι ευθεία συνέπεια της συμπεριφοράς των εμπλεκομένων στην πράξη της συγκεντρώσεως επιχειρήσεων σε συμμόρφωση προς τις επιταγές της Επιτροπής. Αυτό, άλλωστε, έγινε δεκτό από τον Πρόεδρο του Πρωτοδικείου, ο οποίος επελήφθη στα πλαίσια της διαδικασίας λήψεως ασφαλιστικών μέτρων. Στη διάταξη της 15ης Ιουνίου 1994 που προανέφερα στην υποσημείωση 30, με την οποία ανεστάλη η εκτέλεση του άρθρου 1 της προσβαλλομένης αποφάσεως, κατά το μέρος που επεβλήθη υποχρέωση αποχωρήσεως της εταιρίας Kali-Export, ο Πρόεδρος έκρινε ότι δεν μπορεί να αποκλειστεί ότι ο όρος αυτός περί αποχωρήσεως «είναι ικανός να βλάψει τα δικαιώματα τρίτων, εν προκειμένω τα δικαιώματα των δύο άλλων εταίρων της Kali-Export (...), οι οποίοι δεν μετείχαν στη διαδικασία ενώπιον της Επιτροπής» (σκέψη 28).

94 — Τον οποίο προανέφερα στην υποσημείωση 13. Πράγματι, ο κανονισμός αυτός ρυθμίζει κατά τρόπο ανάλογο προς τον κανονισμό 99/63/ΕΟΚ της Επιτροπής, της 25ης Ιουλίου 1963, περί των ακροάσεων που προβλέπονται στο άρθρο 19, παράγραφοι 1 και 2, του κανονισμού 17 του Συμβουλίου (ΕΕ ειδ. έκδ. 08/001, σ. 37), αποκλειστικά τις ακροάσεις των μερών που συμμετέχουν στην πράξη της συγκεντρώσεως (άρθρα 13 και 14), ενώ, όσον αφορά τους τρίτους — όπως, κατά την άποψη της Επιτροπής, οι προσφεύγουσες εν προκειμένω επιχειρήσεις — προβλέπει καθεστώς ακροάσεων κατόπιν αιτήσεώς τους, χωρίς καμία διαδικαστική εγγύηση (άρθρο 15). Επ' αυτού, η Γαλλική Κυβέρνηση υπογράμμισε ότι οι εν λόγω ακροάσεις είναι στην πράξη απλές επαφές με τους υπαλλήλους της Επιτροπής, χωρίς ουδόλως να ικανοποιούν τις απαιτήσεις πληροφορήσεως και προστασίας των προσώπων που εμπλέκονται εξ ολοκλήρου στη διαδικασία, όπως είναι τα «μέρη» του ολιγοπωλίου που πρόκειται να δημιουργηθεί μετά τη συγκέντρωση. Πρέπει να διευκρινιστεί ότι ο κανονισμός 2367/90 αντικαταστάθηκε από τον κανονισμό 3384/94, τον οποίο προανέφερα στην υποσημείωση 13 και οι διατάξεις του οποίου παρέχουν από ορισμένες επόψεις μεγαλύτερη προστασία. Πάντως, όσον αφορά την προκειμένη περίπτωση, οι όροι υπό τους οποίους τίθεται το πρόβλημα παραμένουν κατ' ουσίαν αναλλοίωτοι. Πράγματι, γεγονός είναι ότι οι τρίτοι οι οποίοι υπέβαλαν γραπτές παρατηρήσεις μπορούν, κατά το άρθρο 16 του νέου κανονισμού, να συμμετάσχουν σε επίσημη ακρόαση, πλην όμως είναι εξίσου αληθές ότι η δυνατότητα αυτή ανήκει στη διακριτική εξουσία της Επιτροπής.

εφαρμόζεται ratione temporis, στην προκειμένη περίπτωση), για μη υποχρεωτική διαδικασία πληροφοριακού χαρακτήρα, δεδομένου ότι διεξάγεται χωρίς τη συμμετοχή των εκπροσώπων των αρχών των κρατών μελών και χωρίς τον επίσημο τύπο και τις εγγυήσεις που προβλέπονται για την ακρόαση των μερών. Εν κατακλείδι, πρόκειται για διαδικασία κατάλληλη να προστατεύει τα συμφέροντα όσων είναι πράγματι «τρίτοι» (υπό όλες τις έννοιες) αλλ' όχι όσων «συμμετέχουν» στη δεσπόζουσα θέση.

91. Η ανάλυση της Γαλλικής Κυβερνήσεως, η οποία συνέκρινε τις προβλεπόμενες στον κανονισμό 2367/90 διαδικαστικές λεπτομέρειες, κατ' εφαρμογή του άρθρου 18, παράγραφος 4, του κανονισμού, με τον προβλεπόμενο για τις κινούμενες βάσει των άρθρων 85 και 86 της Συνθήκης διαδικασίες μηχανισμό, επιβεβαιώνει απλώς την ανεπάρκεια των εγγυήσεων που διασφαλίζουν τα δικαιώματα άμυνας των επιχειρήσεων, μερών ενός ολιγοπωλίου, αλλ' ασχέτων προς την πράξη της συγκεντρώσεως [95].

Πράγματι, η ανάλυση αυτή αποδεικνύει ότι, σε αντίθεση προς τις επιχειρήσεις που κατέχουν συλλογική δεσπόζουσα θέση κατά την έννοια του άρθρου 86, οι επιχειρήσεις που συμμετέχουν σε ολιγοπώλιο, το οποίο φέρεται να έχει δημιουργηθεί ή ενισχυθεί από τη συγκέντρωση, στην οποία όμως δεν συμμετέχουν, αντιμετωπίζονται ως «τρίτοι», με αναπόφευκτα αρνητικές συνέπειες στο επίπεδο των δικαιωμάτων άμυνας.

92. Περιττεύει, νομίζω, να υπενθυμίσω ότι ο σεβασμός των δικαιωμάτων άμυνας στις διοικητικές διαδικασίες συνιστά απαρέγκλιτη αξία της κοινοτικής έννομης τάξεως. Πράγματι, όπως έκρινε επανειλημμένα το Δικαστήριο, «ο σεβασμός των δικαιωμάτων υπερασπίσεως, στο πλαίσιο παντός είδους διαδικασίας κατά ορισμένου προσώπου που μπορεί να καταλήξει σε βλαπτική για το πρόσωπο αυτό πράξη, αποτελεί θεμελιώδη αρχή του κοινοτικού δικαίου και πρέπει να διασφαλίζεται έστω και όταν ελλείπει οποιαδήποτε κανονιστική ρύθμιση σχετικά με την εν λόγω διαδικασία» [96].

Υπό το πρίσμα αυτό, θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι δεν στερείται παντελώς βάσεως η άποψη της Επιτροπής ότι, εφόσον ο σεβασμός των δικαιωμάτων άμυνας συνιστά θεμελιώδες δικαίωμα, η ενδεχόμενη παράλειψη παροχής ad hoc διαδικαστικών εγγυήσεων από τον κανονισμό δεν ενδιαφέρει για τους σκοπούς της εφαρμογής του επί των συλλογικών δεσποζουσών θέσεων. Συγκεκριμένα, εν πάση περιπτώσει, το δικαίωμα του τρίτου ή του ενδιαφερομένου

95 — Όπως υπενθυμίζει η Γαλλική Κυβέρνηση (σ. 20 έως 23 της προσφυγής), η δυνάμει του άρθρου 86 διαδικασία διεξάγεται στην πραγματικότητα σύμφωνα με τους κανονισμούς 17 (που προανέφερα στην υποσημείωση 51) και 99/63 (που ανέφερα στην προηγούμενη υποσημείωση), συνεχώς κατ' αντιμωλία με τις θεωρούμενες ότι κατέχουν δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεις, οι οποίες ενημερώνονται από την αρχή για τη διαδικασία που κινήθηκε εναντίον τους, ενώ τους παρέχεται η δυνατότητα να αμυνθούν.

96 — Απόφαση Επιτροπή κατά Βελγίου (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 56, σκέψη 27). Τούτο σημαίνει, όπως τονίζεται στην ίδια απόφαση, ότι «στο πρόσωπο κατά του οποίου η Επιτροπή κίνησε διοικητική διαδικασία δόθηκε η δυνατότητα, στο πλαίσιο της εν λόγω διαδικασίας, να διατυπώσει αποτελεσματικώς την άποψή του ως προς το αληθές και το βάσιμο των περιστατικών και περιστάσεων που προβάλλονται και ως προς τα έγγραφα που έχει στη διάθεσή της η Επιτροπή προκειμένου να στηρίξει τον ισχυρισμό της ότι συντρέχει παραβίαση του κοινοτικού δικαίου». Προς την ίδια κατεύθυνση βλ. και την παλαιότερη απόφαση της 13ης Φεβρουαρίου 1979 στην υπόθεση 85/76, Hoffmann-La Roche κατά Επιτροπής (Συλλογή τόμος 1979/Ι, σ. 215, σκέψεις 9 και 11).

μέρους να τύχουν της αναγκαίας προστασίας διασφαλίζεται στο ακέραιο.

93. Πρόκειται για προοπτική που είναι ασφαλώς ως ένα βαθμό ελκυστική αλλά που δεν δύναμαι να συμμεριστώ. Πράγματι, ναι μεν τα δικαιώματα άμυνας πρέπει να γίνονται οπωσδήποτε σεβαστά, πέραν των μεμονωμένων και ρητών προβλέψεων συναφώς έναντι οποιασδήποτε υποθετικής περιπτώσεως δυναμένης να επέλθει, γεγονός όμως είναι επίσης ότι θα ήταν παράδοξο να δοθεί η δυνατότητα στην Επιτροπή να οχυρωθεί πίσω από ένα τέτοιο προπέτασμα ενώ δεν προέβλεψε, μολονότι θέσπισε επί του θέματος ad hoc κανονιστική ρύθμιση, όπως είναι ασφαλώς ο κανονισμός 2367/90, τις αναγκαίες εγγυήσεις υπέρ εκείνων που μπορεί να θίγονται από την εφαρμογή της οικείας ρυθμίσεως.

Τούτου δοθέντος, αναγνωρίζω ότι το Δικαστήριο θα μπορούσε να αντιπαρέλθει το πρόβλημα αυτό διαπιστώνοντας ότι θα αρκούσε η επέκταση των προβλεπομένων για τα μέρη της συγκεντρώσεως εγγυήσεων και στα μέρη του φερομένου ολιγοπωλίου. Πάντως, η μη πρόβλεψη παρομοίας διατάξεως στον κανονισμό επιβεβαιώνει απλώς, όπως υποστήριξαν και οι προσφεύγουσες, ότι ο κανονισμός δεν επάγεται, ή τουλάχιστον δεν ήταν στην πρόθεση του νομοθέτη να επαχθεί, την εφαρμογή του επί των συλλογικών δεσποζουσών θέσεων. Τέλος, περιττεύει να προσθέσω ότι εν προκειμένω ο σεβασμός των δικαιωμάτων υπερασπίσεως, όπως θα δικαιούνταν σε κάθε περίπτωση (κατά την Επιτροπή) οι προσφεύγουσες επιχειρήσεις, ασφαλώς δεν διασφαλίστηκε [97].

— Οικονομικές παράμετροι και σκοπός του κανονισμού

94. Απομένει να ληφθούν υπόψη τα οικονομικής φύσεως επιχειρήματα που προέβαλε η Επιτροπή και συνδέονται στενά με τον στόχο διασφαλίσεως αποτελεσματικού ανταγωνισμού.

Κατ' ουσίαν, η άποψη της Επιτροπής έγκειται στο ότι είναι απαραίτητη η υπαγωγή σε έλεγχο των καταστάσεων ολιγοπωλιακού χαρακτήρα [98], στον βαθμό που μπορούν να οδηγήσουν σε ζημία του ανταγωνισμού, τουλάχιστον εξίσου σοβαρή με εκείνη που συνεπάγεται η ατομική δεσπόζουσα θέση. Η εφαρμογή του κανονισμού επί των συλλογικών δεσποζουσών

97 — Πράγματι, είναι χρήσιμο να υπομνηστεί ότι οι εκπρόσωποι των προσφευγουσών εταιριών έγιναν δεκτοί από υπαλλήλους της Επιτροπής, ύστερα από επανειλημμένα αιτήματά τους, μόλις την 1η Δεκεμβρίου, ήτοι δύο ημέρες πριν από τη σύσκεψη της συμβουλευτικής επιτροπής, όταν δηλαδή το παιχνίδι είχε ήδη παιχθεί. Και αν ακόμα ήταν αλη0ές, όπως υποστηρίζει η Επιτροπή αλλά διαψεύδουν οι προσφεύγουσες, ότι οι εκπρόσωποι της SCPA έγιναν δεκτοί από τους υπαλλήλους του οργάνου ήδη από τις 3 Νοεμβρίου 1993, η κατάσταση δεν αλλάζει, δεδομένου ότι εξακολουθεί να υφίσταται ουσιώδης «αδιαφάνεια» έναντι των τρίτων κα0' όλη τη διάρκεια της διαδικασίας. Τοσούτω μάλλον κα0όσον η Επιτροπή διαβεβαιώνει ότι μόλις κατά τις σύσκεψη της 1ης Δεκεμβρίου συζητήθηκε με τους εκπροσώπους της γαλλικής εταιρίας το ζήτημα των δεσμεύσεων που ανέλαβε η K+S.

98 — Η επιταγή αυτή επιβεβαιώνεται από το γεγονός ότι όλα τα κύρια συστήματα antitrust εφαρμόζουν τους κανόνες επί του ελέγχου των συγκεντρώσεων και σε θέματα δεσπόζουσας θέσεως ολιγοπωλίων: για μία συγκριτική ανάλυση, βλ. Briones: «Oligopolistic dominance: is there a common approach in different jurisdictions? A Review of the decisions adopted by the Commission under the Merger Regulation», *ECLR*, 1995, 6, σ. 334 επ.

θέσεων θεμελιώνεται εν τέλει στην αναγκαιότητα ελέγχου των ολιγοπωλίων προς διαφύλαξη του ανταγωνισμού [99].

95. Εκκινώ συναφώς υπογραμμίζοντας το βάσιμο των ανησυχιών της Επιτροπής, κυρίως αν ερμηνευθούν υπό το φως των απορρεουσών από τις καταστάσεις ολιγοπωλίου οικονομικών και νομικών συνεπειών. Πράγματι, θα ήταν εκ περισσού να παρατηρήσω ότι το ολιγοπώλιο, το αποκαλούμενο αγορά των ολίγων [100], μπορεί να έχει αρνητικές επιπτώσεις που προσομοιάζουν κατά πολύ με εκείνες που αποδίδονται στο ολιγοπώλιο [101]. Ας προστεθεί ότι αναμφισβήτητα, αφενός, η συγκέντρωση συνδέεται ως έναν βαθμό με την εξουσία επί της αγοράς, και συγκεκριμένα με τη δύναμη αυξήσεως των τιμών περιορίζοντας την παραγωγή και επιτυγχάνοντας πρόσθετο όφελος, αφετέρου, οι συγκεντρώσεις μπορεί να ευνοούν τη συμπαιγνία μεταξύ ανταγωνιστών και την υιοθέτηση παράλληλης, έστω και μη εναρμονισμένης, συμπεριφοράς.

Η Επιτροπή υπογράμμισε περαιτέρω ότι το ζήτημα δεν μπορεί να επιλυθεί μέσω των άρθρων 85 και 86 της Συνθήκης, δεδομένου ότι αυτά δεν παρέχουν τη δυνατότητα, πάντοτε και σε κάθε περίπτωση, αποτελεσματικής παρεμβάσεως επί των ολιγοπωλίων. Συγκεκριμένα, ενίοτε είναι αδύνατη η συρρίκνωση του ολιγοπωλίου σε επίπεδο απαγορεύσεως των περιοριστικών συμφωνιών, αφ' ής στιγμής, όπως διευκρίνισε το Δικαστήριο στην υπόθεση του «χαρτοπολτού», η παραλληλία της συμπεριφοράς, στην οποία έγκειται η ίδια η έννοια του ολιγοπωλίου, «δεν μπορεί να θεωρηθεί ως απόδειξη εναρμονισμένης πρακτικής παρά μόνον όταν η ύπαρξη εναρμονισμένης πρακτικής αποτελεί τη μόνη βάσιμη εξήγηση για τη συμπεριφορά αυτή. Πρέπει να ληφθεί υπόψη το γεγονός ότι το άρθρο 85 της Συνθήκης απαγορεύει μεν κάθε μορφή συμπαιγνίας που θα μπορούσε να νοθεύσει τον ανταγωνισμό, αλλά δεν αφαιρεί από τους επιχειρηματίες το δικαίωμα να προσαρμόζονται ευφυώς στη διαπιστωθείσα ή αναμενόμενη συμπεριφορά των ανταγωνιστών τους» [102]. Εξάλλου, η επίκληση του άρθρου 86 είναι ευχερής εντός των ορίων της φύσεως της διατάξεως αυτής ως δυναμένης να ασκεί επίδραση μόνο επί ήδη υφισταμένων καταστάσεων επικρατήσεως.

96. Πάντως, τα κενά που μόλις επισήμανα θεωρώ ότι δεν επαρκούν για να δικαιολογήσουν την εφαρμογή του κανονισμού στην περίπτωση της επικρατήσεως του ολιγοπωλίου. Ούτε η απόφαση της υποθέσεως του

99 — Υπό το πρίσμα ακριβώς αυτό ορισμένοι συγγραφείς ουδόλως αποκλείουν το ενδεχόμενο ο κανονισμός να μπορεί να τυγχάνει εφαρμογής και σε καταστάσεις επικρατήσεως ολιγοπωλίων, οπότε ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός παρεμποδίζεται σημαντικά από περισσότερες της μιας επιχειρήσεις, οι οποίες από κοινού είναι σε θέση να ενεργούν ανεξάρτητα από τις ανταγωνιστικές επιχειρήσεις και από την πελατεία. Βλ., για παράδειγμα, Jones, Gonzalcs-Diaz, *The EEC Merger Regulation*, Λονδίνο, 1992, σ. 168 επ., καθώς και Venit: «The Evaluation of Concentrations under Regulation 4064/89: The nature of the beast», *International Mergers and Joint Ventures, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1991, σ. 519, και συγκεκριμένα σ. 540 επ.

100 — Από την πρωτοποριακή μελέτη του θέματος του Cournot: *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, Παρίσι, 1848, η οικονομική θεωρία περί ολιγοπωλίου αποτέλεσε αντικείμενο μεγάλου αριθμού σημαντικών μελετών: βλ., ανακεφαλαιωτικώς, Pigassou: *Les oligopoles et le droit*, Παρίσι, 1983, κεφάλαιο ΙΙΙ, σ. 151 έως 260.

101 — Arceda και Turner: *Antitrust Law*, τόμος ΙΙΙ, Βοστώνη/Τορόντο, 1978, σ. 359: «oligopoly with monopoly-like results». Η προσέγγιση αυτή ευρίσκει έρεισμα στην οικονομική θεωρία ότι σε παρόμοιες καταστάσεις οι ίδιες προϋποθέσεις ασκήσεως της εξουσίας της αγοράς δικαιολογούν την εφαρμογή των antitrust κανονιστικών διατάξεων επί των περιπτώσεων μονοπωλίου. Σύμφωνα με την ίδια θεωρία, το ολιγοπώλιο μπορεί να αποτελέσει πηγή ακόμη μεγαλυτέρων κινδύνων για τον ανταγωνισμό από ό,τι η ατομική δεσπόζουσα θέση, υπό την έννοια ότι, ενώ η τελευταία έχει την τάση να μειώνεται με την πάροδο του χρόνου υπό την επίδραση του ανταγωνισμού των μικρότερης σημασίας επιχειρήσεων, ένα ισχυρό ολιγοπώλιο, αντίθετα, μπορεί, υπό ορισμένες προϋποθέσεις, να διαρκέσει επί μακρά χρονική περίοδο. Βλ., συναφώς, Scherer και Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Βοστώνη, 1990.

102 — Απόφαση στην υπόθεση του «χαρτοπολτού» (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 52), σκέψη 71.

«χαρτοπολτού» νομίζω ότι περιέχει στοιχεία όπως αυτά που επικαλείται η Επιτροπή: το γεγονός ότι υφίσταται παράλληλη συμπεριφορά για την οποία είναι αδύνατη η επιβολή κυρώσεως με βάση το άρθρο 85 [103] δεν σημαίνει αφ' εαυτού ότι η συμπεριφορά αυτή οφείλει εν πάση περιπτώσει να τύχει κυρώσεων και κυρίως δεν μπορεί να δικαιολογήσει την ευρεία ερμηνεία του κανονισμού που προτείνει η Επιτροπή. Εξάλλου, η προηγούμενη παρατήρηση καταδεικνύει σε σημαντικό βαθμό την έλλειψη συνοχής της θέσεως της Επιτροπής στην προκειμένη περίπτωση: όπως προανέφερα, επικαλείται την έλλειψη του ενδεδειγμένου χαρακτήρα των κανονιστικής φύσεως μέσων που παρέχουν τα άρθρα 85 και 86 για την παρέμβαση σε περίπτωση ολιγοπωλίων, γεγονός που, κατά την άποψή της, θα δικαιολογούσε την ευρεία ερμηνεία του άρθρου 2, παράγραφος 3, του κανονισμού. Πλην όμως, από προσεκτικότερη εξέταση, η παρέμβαση της Επιτροπής στο υποτιθέμενο δυοπώλιο των K+S/SCPA/EMC εκδηλώθηκε με «διαταγή» προς την πρώτη να διακόψει τις συμβατικές σχέσεις της με τις άλλες δύο εταιρίες. Ούτως εχόντων των πραγμάτων, ενώπιον δηλαδή προφανών ενδείξεων «συγκεντρώσεως», ποιος είναι ο λόγος για να μην χρησιμοποιηθεί το άρθρο 85 [104];

97. Τέλος, τονίζω ότι ούτε η εφαρμογή στην πράξη του κανονισμού, επίκληση της οποίας έγινε επανειλημμένα κατά τη διάρκεια της δίκης, προσφέρει επιχειρηματολογία ικανή να οδηγήσει σε διαφορετική λύση. Πράγματι, με την απόφαση Nestlé/Perrier, όπου η Επιτροπή δεν απέκρυψε την πρόθεσή της να επεξεργαστεί αυτοτελή έννοια της συλλογικής επικρατήσεως, η εφαρμογή του κανονισμού στα ολιγοπώλια στηρίχτηκε κατ' ουσίαν στο άρθρο 3, στοιχείο ζ', της Συνθήκης [105].

Γεγονός είναι ότι η εν λόγω διάταξη μνημονεύεται εν γένει στην πρώτη αιτιολογική σκέψη του κανονισμού και, καθώς έχει ως στόχο την προστασία ενός αποτελεσματικού ανταγωνισμού, δεν μπορεί παρά να αφορά κάθε υποθετική περίπτωση νοθεύσεως του ανταγωνισμού, ανεξάρτητα από το αν οφείλεται σε μία ή περισσότερες επιχειρήσεις. Είναι επίσης γεγονός, πάντως, ότι η εν λόγω διάταξη προβλέπει ότι η εφαρμογή της, ας μην το λησμονούμε, λαμβάνει χώρα μόνο «σύμφωνα με τους όρους και το χρονοδιάγραμμα που προβλέπει η παρούσα Συνθήκη».

98. Το σύνολο των στοιχείων στα οποία αναφέρθηκα μέχρι τώρα εγείρει ορισμένες

103 — Επί του ζητήματος αυτού, και όλων των πτυχών του, βλ. τις εμπεριστατωμένες προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Darmon στην υπόθεση του «χαρτοπολτού» (Συλλογή 1993, σ. I-1445). Βλ. επίσης, για μία σύγχρονη πλήρη μελέτη της νομολογίας επί του θέματος, Soames, «An Analysis of the Principles of Concerted Practice and Collective Dominance: A Distinction without a Difference», *ECLR*, 1996, σ. 24.

104 — Ενδέχεται η απάντηση στο ερώτημα αυτό να ανευρίσκεται στην απαιτούμενη ταχύτητα. Το επιβεβαιώνει για παράδειγμα το γεγονός ότι μία από τις αρχικώς προβλεφθείσες δεσμεύσεις που αφορούσε την εταιρία Poiacan, και που στη συνέχεια μετατράπηκε στην άτυπη πράξη περί λήψεως γνώσεως που ανέλυσα ανωτέρω (επ' ευκαιρία του παραδεκτού) συνιστά στην πραγματικότητα το αντικείμενο διαδικασίας κατά την έννοια του κανονισμού 17.

105 — Προαναφερθείσα στην υποσημείωση 66 απόφαση 92/553. Στην απόφαση αυτή προστίθεται ότι, αν ο κανονισμός δεν ίσχυε επί των καταστάσεων ολιγοπωλίου, το αποτέλεσμα θα ήταν ότι οι εθνικές αρχές, οι οποίες πριν από τη θέσπισή του είχαν τη δυνατότητα επιβολής κυρώσεων επί παρομοίων καταστάσεων κατ' εφαρμογή του εσωτερικού δικαίου, θα παραιτούνται ολοσχερώς από τον ελεγκτικό τους ρόλο συναφώς «χωρίς την ταυτόχρονη αντικατάσταση [των ελέγχων] σε κοινοτικό επίπεδο» (σημείο 115).

αμφιβολίες ως προς τη δυνατότητα επικλήσεως της εννοίας της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως στο πλαίσιο των διατάξεων του κανονισμού επί των συγκεντρώσεων. Εν τέλει, εκτιμώ ότι οι διατάξεις του κανονισμού δεν εφαρμόζονται επί των ολιγοπωλιακών δεσποζουσών θέσεων και ότι η ερμηνεία αυτή συνάδει περισσότερο όχι μόνο προς τη διατύπωσή τους αλλά και προς τη λογική που τις διαπνέει και, εν γένει, προς τη συνολική οικονομία του συστήματος. Η αντίθετη λύση, ακόμα και αν δικαιολογείται ως ένα βαθμό σε οικονομικό επίπεδο, θα οδηγούσε σε πλείονες αρνητικές συνέπειες, κυρίως όμως, εν όψει της απουσίας κανονιστικών και/ή ρυθμιστικών παραμέτρων αναφοράς, αναλόγων προς εκείνες που υφίστανται σε άλλα συστήματα antitrust, θα τροφοδοτούσε τη δημιουργία κλίματος αβεβαιότητας. Εξάλλου, αυτό αντίκειται προς την επανειλημμένα βεβαιωθείσα επιταγή ότι ο κοινοτικός κανόνας πρέπει να είναι σαφής και η εφαρμογή του προβλέψιμη για όλους όσοι υπάγονται σ' αυτόν [106].

Ασφαλώς, όπως υπογράμμισα προηγουμένως, οι ανησυχίες της Επιτροπής ως προς τις αρνητικές συνέπειες σε επίπεδο καταστολής της στρεφόμενης κατά του ανταγωνισμού συμπεριφοράς λόγω της μη εφαρμογής του κανονισμού επί των ολιγοπωλίων δεν μπορούν και δεν πρέπει να παραβλεφθούν. Πιστεύω ότι θα ήταν, πάντως, ορθότερη η υπαγωγή των ανησυχιών αυτών στο φυσικό πλαίσιό τους, ώστε να αποτελέσουν αντικείμενο προτάσεως περί τροποποιήσεως με σκοπό να συμπληρωθούν οι συναφείς κανόνες.

106 — Απόφαση της 22ας Φεβρουαρίου 1984 στην υπόθεση 70/83, Kloppenburg (Συλλογή 1984, σ. 1075, σκέψη 11).

3) *Η πεπλανημένη χρήση, στην προκειμένη περίπτωση, της εννοίας της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως*

99. Με τον λόγο αυτό, τόσο η Γαλλική Κυβέρνηση όσο και οι προσφεύγουσες εταιρίες επικαλούνται σειρά νομικών και πραγματικών πλανών κατά την αξιολόγηση της συγκεντρώσεως στην κοινοτική αγορά εκτός της Γερμανίας.

Γενικώς, η Γαλλική Κυβέρνηση προσάπτει στην Επιτροπή ότι δεν ακολούθησε, προκειμένου να εκτιμήσει την ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, ούτε τα κριτήρια νομολογιακής φύσεως σχετικά με το άρθρο 86 ούτε τα κριτήρια που καθόρισε η ίδια με προγενέστερες αποφάσεις της, τα οποία, άλλωστε, είναι περισσότερο ευέλικτα από εκείνα του κοινοτικού δικαστή. Προς στήριξη της θέσεώς της, η Γαλλική Κυβέρνηση διατυπώνει επίσης ορισμένες επικρίσεις επί τούτου έναντι όλων των ερμηνευτικών στοιχείων που ελήφθησαν υπόψη στην απόφαση, υπογραμμίζοντας παράλληλα τη σημασία των κριτηρίων που παρέλειψε να λάβει υπόψη της η Επιτροπή. Οι επικρίσεις αυτές τονίζουν τα πεπλανημένα στοιχεία που χαρακτηρίζουν την απόφαση ως προς την ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως και ως προς την ανεπαρκή εν πάση περιπτώσει αιτιολόγησή της.

Οι προσφεύγουσες εταιρίες, οι οποίες αμφισβητούν επίσης ορισμένα στοιχεία που ελήφθησαν υπόψη στην απόφαση, με επιχειρήματα ανάλογα με εκείνα της Γαλλικής Κυβερνήσεως, επικαλούνται ειδικότερα την έλλειψη αποδείξεως, εκ μέρους της Επιτροπής, της υπάρξεως αιτιώδους συναφείας μεταξύ της συγκεντρώσεως και της φερομένης δημιουργίας συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως.

100. Η Επιτροπή αντικρούει ότι τα κριτήρια που χρησιμοποίησε στην προσβαλλόμενη απόφασή της ουδόλως έρχονται σε αντίθεση προς εκείνα που χρησιμοποιήθηκαν σε προγενέστερες αποφάσεις της. Συγκεκριμένα, προκειμένου να αποδείξει ότι συντρέχει εν προκειμένω συλλογική δεσπόζουσα θέση, βεβαιώνει ότι στηρίχθηκε κατ' ουσίαν σε τρία κριτήρια: στον βαθμό συγκεντρώσεως της αγοράς, όπως προέκυπτε από την πράξη συγκεντρώσεως, στα διαρθρωτικά στοιχεία σχετικά με τη φύση της αγοράς και τα χαρακτηριστικά του προϊόντος, καθώς και στις διαρθρωτικές σχέσεις μεταξύ των ενδιαφερομένων επιχειρήσεων.

Επιπλέον, η Επιτροπή ισχυρίζεται ότι η προκειμένη περίπτωση διακρίνεται, λόγω ορισμένων ειδικών χαρακτηριστικών γνωρισμάτων, από άλλες υποθέσεις στις οποίες παρενέβη. Πρώτον, πριν από την πράξη της συγκεντρώσεως δεν υφίστατο ήδη αποτελεσματικός ανταγωνισμός μεταξύ των δύο σημαντικοτέρων προμηθευτών προϊόντων βάσεως ορυκτών αλάτων λόγω της απουσίας της K+S από τη γαλλική αγορά και των υφισταμένων δεσμών μεταξύ της τελευταίας και της SCPA. Δεύτερον, κατόπιν της ενισχύσεως του ασκουμένου ανταγωνισμού ως απορροίας της συγκεντρώσεως με την MdK, οι K+S και SCPA κατείχαν δεσπόζουσα θέση έναντι των λοιπών προμηθευτών ποτάσας.

101. Εν γένει, η Επιτροπή, απαντώντας στις ενστάσεις της Γαλλικής Κυβερνήσεως, υποστηρίζει ότι τα κριτήρια που θέσπισε σε σχέση με το άρθρο 86 δεν έχουν αποφασιστική σημασία σε θέματα ελέγχου των συγκεντρώσεων, μολονότι δεν απουσιάζουν από την απόφαση. Πράγματι, στη συγκεκριμένη αλληλουχία η ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως — σε αντίθεση με ό,τι συμβαίνει στο πλαίσιο του άρθρου 86, σύμφωνα με το οποίο η ύπαρξή της προσδιορίζεται καταρχήν βάσει των μεριδίων — δεν μπορεί παρά να αποτελεί καρπό αναλύσεως στηριζομένης στο μέλλον. Επομένως, τα μερίδια αγοράς που κατέχουν συνιστούν απλώς ένα σημείο εκκινήσεως. Κατά τα λοιπά, σημασία έχει η εξακρίβωση της δυνατότητας των πράγματι και δυνάμει ανταγωνιστών να αποτελέσουν αντίβαρο σε σχέση με την ενδεχομένως δεσπόζουσα θέση της νέας επιχειρήσεως. Ακριβώς μετά από μια τέτοια εκτίμηση αρκετές συγκεντρώσεις έτυχαν εγκρίσεως κατ' εφαρμογή του κανονισμού, μολονότι κατείχαν σημαντικά μερίδια αγοράς, τα οποία με απόλυτη σχεδόν βεβαιότητα έπρεπε να οδηγήσουν στην κήρυξη του ασυμβιβάστου προς το άρθρο 86.

Ακολούθως, όσον αφορά τα κριτήρια που θέσπισε με την πρακτική της επί των εκδιδομένων αποφάσεων, η Επιτροπή υπογραμμίζει, αφενός, ότι οι αποφάσεις στις οποίες στηρίζεται η Γαλλική Κυβέρνηση, με εξαίρεση την απόφαση στην περίπτωση Nestlé/Perrier [107], είναι στο σύνολό τους μεταγενέστερες από την προσβαλλόμενη απόφαση, αφετέρου, σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση εκείνα που προσδίδουν περισσότερο βάρος ή αποφασιστική σημασία σε ορισμένα από τα κριτήρια είναι τα χαρακτηριστικά τους. Εν πάση περιπτώσει, με βάση την ιδιομορφία της προκειμένης περιπτώσεως, η Επιτροπή απέδωσε μεγαλύτερα αξία στα προαναφερθέντα κριτήρια.

102. Εκκινώ υπενθυμίζοντας ότι η συλλογική δεσπόζουσα θέση, ως έννοια συνδεόμενη προς το άρθρο 86 της Συνθήκης, το γράμμα του οποίου υπαγορεύει την ερμηνεία ότι η ηγεμονική θέση, από την οποία μπορεί να προέλθει η κατάχρηση, ενδέχεται να οφείλεται είτε σε μία και μόνον είτε σε

107 — Προαναφερθείσα στην υποσημείωση 66 απόφαση 92/553/ΕΟΚ.

περισσότερες επιχειρήσεις [108], συγκεκριμενοποιήθηκε με την παρέλευση των ετών. Συγκεκριμένα, με την απόφαση περί της επιπέδου υάλου το Πρωτοδικείο διευκρίνισε ότι η συλλογική δεσπόζουσα θέση κατέχεται από περισσότερες επιχειρήσεις, οι οποίες, αν και ανεξάρτητες, εμφανίζονται επί της αγοράς ενωμένες με ιδιαίτερα αυξημένους οικονομικούς δεσμούς, διαθέτοντας για παράδειγμα κοινό τεχνολογικό προβάδισμα που τους επιτρέπει να έχουν «σε σημαντικό βαθμό ανεξάρτητη συμπεριφορά έναντι των ανταγωνιστών τους, των πελατών τους και εν τέλει έναντι των καταναλωτών» [109]. Το Δικαστήριο επιβεβαίωση κατ' ουσίαν την έννοια αυτή με την απόφαση στην υπόθεση Almelo κ.λπ., κρίνοντας ότι η συλλογική δεσπόζουσα θέση σημαίνει ότι οι ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις πρέπει «να είναι επαρκώς συνδεδεμένες μεταξύ τους ώστε να ακολουθούν ενιαία γραμμή δράσεως στην αγορά» [110].

Όσον αφορά τα κριτήρια που θεσπίστηκαν στα πλαίσια της πρακτικής λήψεως αποφάσεων επί του θέματος, γεγονός είναι ότι, όπως υποστηρίζουν οι προσφεύγουσες, κατά την εκτίμηση των συγκεντρώσεων, η Επιτροπή επεξεργάστηκε μία ευρύτερη έννοια συλλογικής κυριαρχίας, εν πάση δε περιπτώσει μερικώς διαφορετική από τη νομολογιακή έννοιά τους σε σχέση με το άρθρο 86. Συναφώς, πρέπει, πάντως, να αναγνωριστεί ότι, μολονότι αναφέρεται στα ίδια στοιχεία με εκείνα που χρησιμοποίησε το Δικαστήριο προκειμένου να προσδιοριστεί η κυριαρχία, ο κανονισμός αποφεύγει να δώσει τον ορισμό της και υπό την έννοια αυτή δεν αποκλείει τη δυνατότητα επικλήσεως των «διαρθρωτικών» εκτιμήσεων, ήτοι τη δυνατότητα επινοήσεως μιας εννοίας διακεκριμένης ως ένα βαθμό έναντι εκείνης του άρθρου 86 [111].

103. Είναι προφανές ότι, μολονότι μια νέα έννοια της συλλογικής κυριαρχίας, διαφορετική από τη νομολογιακή έννοιά της σε σχέση με το άρθρο 86, ενδέχεται να δικαιολογείται από την ιδιομορφία του ελέγχου επί των συγκεντρώσεων, διατρέχει τον κίνδυνο να καταστήσει ακόμη προβληματικότερη και περισσότερο απρόβλεπτη την εφαρμογή της στα πλαίσια του καθεστώτος των συγκεντρώσεων. Επιπλέον, μολονότι αληθεύει ότι το άρθρο 2, παράγραφος 1, του κανονισμού — πάντοτε υπό τον όρο ότι γίνεται δεκτή η άποψη ότι τα κριτήρια που απαριθμούνται για την αξιολόγηση του συμβιβαστού των πράξεων συγκεντρώσεως με την κοινή αγορά εφαρμόζονται και στην εξεταζόμενη εν προκειμένω υποθετική περίπτωση — σιωπά επί της ιεραρχίας μεταξύ των ληπτέων υπόψη παραγόντων, είναι εξίσου αληθές ότι η Επιτροπή δεν μπορεί να μη λάβει υπόψη τα προαναφερθέντα κριτήρια, η δε διακριτική ευχέρεια

108 — Παρ' όλον τούτο, το Δικαστήριο αντιμετώπισε αρχικά με επιφυλακτικότητα το ζήτημα της αναγνωρίσεως της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως λόγω και της δυσκολίας προσδιορισμού, εν όψει της σιωπής του κανόνα δικαίου, των αναγκαίων για τον συγκεκριμένο προσδιορισμό της στοιχείων. Έτσι, σε μια περίπτωση φαίνεται ότι επιφύλαξε την εφαρμογή του άρθρου 86 σε δύο ατομικές περιπτώσεις δεσπόζουσας θέσεως. Με την απόφαση της 13ης Φεβρουαρίου 1979, Hoffmann-La Roche (που προαναφέρεται στην υποσημείωση 96), σκέψη 39, το Δικαστήριο έκρινε όντως ότι «η δεσπόζουσα θέση πρέπει επίσης να διακρίνεται από την παράλληλη συμπεριφορά που χαρακτηρίζει τις καταστάσεις ολιγοπωλίων διότι σε ένα ολιγοπώλιο η συμπεριφορά επηρεάζεται αμοιβαία, ενώ στην περίπτωση της δεσπόζουσας θέσεως η συμπεριφορά της επιχειρήσεως που την κατέχει καθορίζεται, σε μεγάλη έκταση, μονομερώς». Βλ. συναφώς Korah: «Concept of a dominant position within the meaning of Article 86», *Common Market Law Review*, 1980, σ. 395, ιδίως σ. 398.

109 — Προαναφερθείσα στην υποσημείωση 38 απόφαση στην υπόθεση της επιπέδου υάλου, σκέψη 358. Προς την αυτήν κατεύθυνση, βλ. προαναφερθείσα στην υποσημείωση 96 απόφαση στην υπόθεση Hoffmann-La Roche, σκέψεις 38 και 48.

110 — Απόφαση της 27ης Απριλίου 1994 στην υπόθεση C-393/92 (Συλλογή 1994, σ. I-1477, σκέψη 42). Οι εξαγγελθείσες με την απόφαση αυτή αρχές επαναλαμβάνονται ακολούθως στην απόφαση της 17ης Οκτωβρίου 1995 στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-140/94, C-141/94 και C-142/94, DIP SpA κ.λπ., Συλλογή 1995, σ. I-3257, σκέψεις 24 έως 26). Επί του θέματος αυτού, βλ. επίσης τις προτάσεις που ανέπτυξε ο γενικός εισαγγελέας Fennelly, ο οποίος υπογράμμισε, μεταξύ άλλων, ότι δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί η έννοια της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως για να καλυφθεί η έλλειψη άμεσης αποδείξεως της υπάρξεως, και ακόμη λιγότερο της καταχρήσεως, δεσπόζουσας θέσεως (σημείο 64 των προτάσεων).

111 — Προς την κατεύθυνση αυτή, βλ. την προαναφερθείσα στην υποσημείωση 99 συμβολή του Venit, σ. 527 επ., ειδικότερα σελίδες 530 και 531. Η θέση αυτή ενισχύεται από την άποψη ότι η έννοια της «παρακωλύσεως του ανταγωνισμού», κατά το άρθρο 2, παράγραφος 3, του κανονισμού, επιτρέπει στην Επιτροπή να επεξεργαστεί νέα έννοια της «κυριαρχίας», στηριζόμενη σε μια ανάλυση πιθανοτήτων σε σχέση με τα χαρακτηριστικά της αγοράς. Βλ. Brillan: «The Law and Policy of Merger Control in the EEC», *European Law Review*, 1990, σ. 354.

που της αναγνωρίζει ο κανονισμός δεν μπορεί να φθάσει μέχρι την αυθαιρεσία. Εν κατακλείδι, δεν χωρεί αμφιβολία ότι πρέπει να αποκλειστεί η δυνατότητα της Επιτροπής να *επινοήσει* τα κριτήρια που εκτιμά ως προσφορότερα σε σχέση με κάθε συγκεκριμένη περίπτωση.

Υπό τις περιστάσεις αυτές, άλλωστε, η πρακτική της Επιτροπής, αναμφισβήτητα πολύπλοκη και κάπως αντιφατική, μπορεί μολοντούτο να αποδειχθεί λυσιτελές μέσον εντοπισμού τυχόν ελλείψεως συνοχής και αντιφάσεων που απαντούν στην απόφαση και στην άμυνα της Επιτροπής και μέσον επιτεύξεως της συναγωγής ενός συμπεράσματος επί της ορθότητας ή μη των κριτηρίων που χρησιμοποιήθηκαν στη συγκεκριμένη περίπτωση. Αν τεθεί έτσι το πρόβλημα, νομίζω ότι η Επιτροπή δεν νομιμοποιείται να ισχυρίζεται ότι δεν πρέπει να ληφθούν υπόψη τα κριτήρια και οι αξιολογήσεις που περιέχουν οι μεταγενέστερες της επίδικης αποφάσεις. Πράγματι, η πρακτική της Επιτροπής, είτε πρόκειται για προγενέστερες αποφάσεις — όπως είναι η υπόθεση Nestlé/Perrier, την οποία οι προσφεύγουσες επικαλέστηκαν επανειλημμένα [112] — είτε για μεταγενέστερες, δεν συνιστά ασφαλώς κριτήριο νομιμότητας της προσβαλλομένης αποφάσεως, αλλ' είναι τουλάχιστον ενδεικτική της ακολουθημένης μέχρι σήμερα εκ μέρους της Επιτροπής μεθόδου κατά την εφαρμογή του κανονισμού στις συλλογικές δεσπόζουσες θέσεις.

112 — Συναφώς, παρατηρώ επίσης ότι η διατύπωση και η μέθοδος που χρησιμοποιήθηκαν στην απόφαση Nestlé/Perrier είναι προφανώς δεκτικές επικρίσεων, κυρίως επειδή τείνουν στην επεξεργασία ενός ελεγκτικού μηχανισμού της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως στα πλαίσια ενός μάλλον αβεβαίου νομικού περιγύρου. Βλ. συναφώς τις παρατηρήσεις των Winckler και Hansen: «Collective dominance under the EC Merger Control Regulation», *Common Market Law Review*, 1993, σ. 787 επ., ειδικότερα σ. 828, σύμφωνα με τους οποίους «if the standard used in Nestlé/Perrier is, as suggested, one of "probability" or "facilitation", then the Commission has not explained in sufficient detail what types of economic conduct ("collective abuses") it wishes to avoid making "much easier"» (το χωρίο αυτό αναφέρεται στο σημείο 120 της αποφάσεως).

104. Τούτου δοθέντος, έρχομαι τώρα στην εξέταση των επικρίσεων της Γαλλικής Κυβερνήσεως, καθώς και των προσφευγουσών επιχειρήσεων, σε σχέση με τα εφαρμοσθέντα στην απόφαση κριτήρια προκειμένου να βεβαιωθεί η ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, δυναμένης, βάσει προβλέψεων, να οδηγήσει σε σημαντική αλλοίωση του ανταγωνισμού.

Θεωρώ σκόπιμο να θίξω, αμέσως μετά το προκαταρκτικό ζήτημα του βαθμού συγκεντρώσεως της αγοράς, το ζήτημα των διαρθρωτικών δεσμών, το οποίο, όπως δέχεται η Επιτροπή, αντιπροσωπεύει το ουσιώδες στοιχείο επί του οποίου στηρίχτηκε για να βεβαιώσει την ύπαρξη κοινής δεσπόζουσας θέσεως των K+S/MdK και SCPA. Στη συνέχεια, θα εξετάσω τα λοιπά κριτήρια των οποίων γίνεται χρήση στην απόφαση, καθώς και τη λυσιτέλεια κριτηρίων, των οποίων έγινε χρήση σε άλλες αποφάσεις, αλλά όχι στην προκειμένη περίπτωση.

— Ο βαθμός συγκεντρώσεως της αγοράς

105. Η εκτίμηση της Επιτροπής θεμελιώνεται κυρίως στην αύξηση του βαθμού συγκεντρώσεως της αγοράς (ήδη υψηλού), ο οποίος θεωρήθηκε ικανός να οδηγήσει στο μέλλον στην ενίσχυση συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, δυναμένης να παρεμποδίσει σημαντικά τον ανταγωνισμό.

Η Γαλλική Κυβέρνηση και οι προσφεύγουσες επιχειρήσεις αμφισβητούν την εκτίμηση αυτή, βεβαιώνοντας ότι η αύξηση δεν είναι σημαντική, δεδομένου ότι τα κατεχόμενα από τις K+S και SCPA μερίδια αγοράς ανήλθαν λόγω της συγκεντρώσεως από 54 σε 61 %. Επιπλέον, η Γαλλική Κυβέρνηση ισχυρίζεται ότι η ανάλυση της Επιτροπής είναι αυθαίρετη στον βαθμό που, αφενός, δεν λαμβάνεται υπόψη το γεγονός ότι, εν συνεχεία της συγκεντρώσεως, ο αριθμός των προμηθευτών καλίου περιορίστηκε από 10 σε 9, αφετέρου, δεν έλαβε δεόντως υπόψη τον ρόλο των δύο σημαντικών επιχειρηματιών, ήτοι των CPL και Coposa. Τέλος, η ανάλυση της Επιτροπής δεν είναι πειστική, δεδομένου ότι ο υπολογισμός των μεριδίων αγοράς γίνεται με δύο διαφορετικούς τρόπους και με γνώμονα το προς επίτευξη αποτέλεσμα: σύμφωνα με μία πρώτη μέθοδο, δεν λαμβάνεται υπόψη παρά ο όγκος των πωλήσεων των διαφόρων επιχειρηματιών εντός της Κοινότητας, ενώ σύμφωνα με τη δεύτερη μέθοδο, οι διενεργούμενες στη γαλλική αγορά πωλήσεις περιλαμβάνονται, αντίθετα, στον όγκο των πωλήσεων της SCPA και αφαιρούνται, ως εκ τούτου, από τον όγκο των πωλήσεων της K+S.

106. Πρέπει να διευκρινιστεί εκ προοιμίου ότι η απλή ποσοτική αύξηση των μεριδίων αγοράς που κατέχουν οι ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις, στοιχείο επί του οποίου η Επιτροπή επέμεινε μέχρις υπερβολής στην απόφασή της, δεν αρκεί αφεαυτής για να στοιχειοθετηθεί η δημιουργία συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, όπως άλλωστε υπενθύμισε το Πρωτοδικείο με την απόφασή του στην υπόθεση περί της επιπέδου υάλου όπου υπήρξε απόλυτα σαφές. Τούτο ισχύει κατά μείζονα λόγο στην προκειμένη περίπτωση όπου η συγκέντρωση οδήγησε απλώς σε αύξηση ύψους 7 %.

Επομένως, πρέπει να αναγνωριστεί ότι η αύξηση του βαθμού συγκεντρώσεως της αγοράς λόγω της εξαγοράς δεν είναι ιδιαίτερα υψηλή, εφόσον περιορίζεται τόσο στο επίπεδο του αριθμού των ανταγωνιστών που είναι παρόντες στην αγορά (οι οποίοι μειώθηκαν από 10 σε 9), όσο και σε επίπεδο αυξήσεως του μεριδίου της αγοράς που κατέχουν συνολικά οι K+S και SCPA στην ίδια αγορά. Υπό τις περιστάσεις αυτές, η σημασία που αποδίδει η απόφαση στο εν λόγω κριτήριο νομίζω ότι είναι υπερβολική [113]. Εν πάση περιπτώσει, η ανάλυση επί του σημείου αυτού είναι επιπλέον δηλωτική του ότι ο βαθμός συγκεντρώσεως της αγοράς δεν είναι ικανός να αποκλείσει a priori την ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως.

— Οι διαρθρωτικοί δεσμοί μεταξύ K+S και SCPA

107. Οι απόψεις των διαδίκων συγκλίνουν ως προς το ότι το κεντρικό στοιχείο της προσβαλλομένης αποφάσεως έγκειται στη διαπίστωση ότι μεταξύ των επιχειρήσεων K+S και SCPA υφίστανται «εξαιρετικά στενές διασυνδέσεις (...) οι οποίες διαρκούν από πολύ καιρό» [114], σε βαθμό ώστε να εικάζεται ότι δεν υφίσταται αποτελεσματικός ανταγωνισμός μεταξύ των δύο επιχειρήσεων. Οι σχέσεις ακριβώς αυτές αποτέλεσαν τον αποφασιστικής σημασίας παράγοντα στον οποίο στηρίχτηκε η Επιτροπή για να διαμορφώσει την αξιολόγησή της, τοσούτω μάλλον καθόσον η ίδια είχε κρίνει ότι η κατάργηση των δεσμών αυτών μέσω των επιβληθεισών προϋποθέσεων ήταν σε θέση να αποτρέψει την υποτιθέμενη συλλογική δεσπόζουσα θέση.

113 — Βλ. 52η και 56η αιτιολογική σκέψη.

114 — 57η αιτιολογική σκέψη της αποφάσεως.

108. Κατά τη Γαλλική Κυβέρνηση, η Επιτροπή υπέπεσε σε σειρά πλανών περί την εκτίμηση κατά την εξέταση των διαρθρωτικών δεσμών μεταξύ των K+S και SCPA, δεσμών οι οποίοι δεν είναι σε θέση στην πραγματικότητα να καταδείξουν την αιτιώδη συνάφεια μεταξύ της συγκεντρώσεως και της δημιουργίας ενός δυοπωλίου των K+S/SCPA, δεδομένου ότι δεν συνιστούν επαρκείς αποδείξεις ως προς το ότι μέσω της εν λόγω πράξεως δημιουργήθηκαν οι προϋποθέσεις για μία συμπαιγνιακή συμπεριφορά των δύο επιχειρήσεων. Ειδικότερα: 1) αν και η Επιτροπή χαρακτήρισε ως σχετική αγορά την Κοινότητα πλην της Γερμανίας, η επίδραση των επιδίκων δεσμών περιορίζεται στη Γαλλία, 2) η απόφαση έπρεπε να συμπεριλάβει στο ολιγοπώλιο την ισπανική επιχείρηση Coposa [115], 3) η ασήμαντη παρουσία της K+S στη γαλλική αγορά δεν αρκεί να αποδείξει την ύπαρξη κυριαρχίας της επιχειρήσεως αυτής από κοινού με την SCPA, και 4) δεν απεδείχθη ότι η εξαγορά της MdK από την K+S μπορούσε να οδηγήσει στη δημιουργία δυοπωλιακής δεσπόζουσας θέσεως εκ μέρους των K+S και SCPA.

Οι προσφεύγουσες εταιρίες εστιάζουν την προσοχή τους κυρίως επί της τελευταίας αυτής πτυχής, υπογραμμίζοντας την ύπαρξη ορισμένων αντιφάσεων επί της ουσίας στην στάση της Επιτροπής, ειδικότερα δε το γεγονός ότι η συγκέντρωση δημιούργησε, σύμφωνα με την άποψη του θεσμικού αυτού οργάνου, και δεν ενίσχυσε απλώς συλλογική δεσπόζουσα θέση επί της σχετικής αγοράς.

115 — Υπενθυμίζω ότι πρόκειται για την εταιρία η οποία εμπορεύεται το κάλιο που παράγουν ορισμένες ισπανικές εταιρίες που συνέστησαν πρόσφατα όμιλο υπό μορφή δημοσίου οργανισμού αποκαλουμένου INI.

109. Όσον αφορά το πρώτο από τα επιχειρήματα, παρατηρώ συναφώς ότι πράγματι οι σχέσεις μεταξύ των ενδιαφερομένων εταιριών αφορούν άμεσα ή έμμεσα μόνο τη γαλλική αγορά. Επομένως, η αγορά αυτή θα μπορούσε να ληφθεί αποκλειστικά ως δυναμένη να επηρεάσει τη σχέση αποτελεσματικού ανταγωνισμού μεταξύ των K+S και SCPA. Αυτό ισχύει καταρχάς για τον τερματισμό των σχέσεων διανομής μεταξύ των K+S και SCPA, οι οποίες εντοπίζονται αποκλειστικά στη γαλλική αγορά. Δεύτερον, ισχύει επίσης και όσον αφορά τη συμμετοχή στον συνασπισμό Kali-Export. Πράγματι, κατά την Επιτροπή, η συμμετοχή αυτή, μολονότι δεν αφορά τις πωλήσεις στην κοινοτική αγορά αλλά απλώς την εξαγωγή προς τις τρίτες χώρες, είναι ικανή να διαπλέκεται με τις πωλήσεις στη Γαλλία. Ελλείψει αποδεικτικών στοιχείων [116], ο ισχυρισμός αυτός δεν μπορεί να επιβεβαιωθεί. Αν, πάντως, αποδεικνυόταν, θα κατεδείκνυε στην καλύτερη περίπτωση την έλλειψη αποτελεσματικού ανταγωνισμού μεταξύ των K+S και SCPA στη γαλλική αγορά, ήτοι σε μια αγορά, η οποία, κατά την άποψή της ίδιας της Επιτροπής, δεν αποτελεί αυτοτελή σχετική αγορά. Έπεται ότι, αν η άποψη της Επιτροπής ήταν βάσιμη, ακόμη και η συμμετοχή στον συνασπισμό εξαγωγής θα είχε επίπτωση, από κοινοτικής απόψεως, μόνο στη γαλλική αγορά, η οποία, πάντως, επαναλαμβάνω, δεν συνιστά σχετική αγορά για τους σκοπούς της αποφάσεως.

Συναφώς, φαίνεται να θεμελιώνεται το συμπέρασμα στο οποίο κατέληξε η Γαλλική Κυβέρνηση ότι η Επιτροπή δεν κατέδειξε

116 — Πράγματι, η Επιτροπή ισχυρίστηκε με τα υπομνήματά της ότι οι αιτιολογικές σκέψεις 57, 59, 61 και 67 της αποφάσεώς της αποδεικνύουν επαρκώς την ύπαρξη της διαπλοκής αυτής. Πάντως, από την ανάγνωση των εν λόγω αιτιολογικών σκέψεων προκύπτει ότι η Επιτροπή περιορίστηκε να υπογραμμίσει τους υφισταμένους μεταξύ των K+S και SCPA διαρθρωτικούς δεσμούς.

με ποιο τρόπο η εξαγορά της MdK από την K+S ήταν καθοριστική για τη δημιουργία ενός δυοπωλίου ικανού να παρεμποδίσει τον ανταγωνισμό στην αγορά της Κοινότητας πλην της Γερμανίας. Πράγματι, προς τούτο δεν αρκεί να ληφθούν ως βάση οι υφιστάμενες μεταξύ K+S και SCPA σχέσεις στη Γαλλία, η οποία δεν αποτελεί αυτοτελή αγορά.

110. Αντίθετα, όσον αφορά την πτυχή που άπτεται της ισπανικής εταιρίας Coposa, η Γαλλική Κυβέρνηση ισχυρίζεται ότι η Επιτροπή απέκλεισε εσφαλμένα την εν λόγω εταιρία από το φερόμενο ολιγοπώλιο που συνέστησαν οι K+S και SCPA. Εν πάση περιπτώσει, η Επιτροπή δεν μπορεί, κατά την άποψη της Γαλλικής Κυβερνήσεως, να υποστηρίζει, προκειμένου να αποδείξει την ακρίβεια του προσδιορισμού της κοινοτικής γεωγραφικής αγοράς με εξαίρεση τη Γερμανία, ότι η Coposa εξάγει σε σημαντικό βαθμό στη Γαλλία, στη συνέχεια δε να διατείνεται, αλλά για να αποδείξει την ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, ότι η Coposa είναι ελάχιστα παρούσα στη Γαλλία και ότι εν πάση περιπτώσει οι πωλήσεις της διοχετεύονται μέσω δικτύου.

Συναφώς, διευκρινίζω ευθύς αμέσως ότι είναι ελάχιστα πειστική η αμυντική επιχειρηματολογία της Επιτροπής, η οποία στηρίζεται στο γεγονός ότι οι σχέσεις μεταξύ των K+S και SCPA διακρίνονται έναντι όλων των άλλων επιχειρηματιών, ενώ το να υποστηρίζεται ότι η Coposa συμπεριλαμβάνεται ενδεχομένως στο ολιγοπώλιο είναι εν πάση περιπτώσει άσχετο για τους σκοπούς της αποφάσεως, εφόσον το στοιχείο αυτό θα προκαλούσε στην περίπτωση αυτή απλώς και μόνο την ενίσχυση της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως. Πράγματι, είναι εξόφθαλμον ότι ο ακριβής προσδιορισμός όσων μετέχουν σε ολιγοπώλιο προηγείται της αξιολογήσεώς του, όπως και η εξακρίβωση των όρων ανταγωνισμού εκτός του ολιγοπωλίου [117]. Στην προκειμένη περίπτωση, λοιπόν, είναι προφανώς δυσχερές, με βάση τα διαθέσιμα στοιχεία και εφαρμόζοντας τα κριτήρια που χρησιμοποιήθηκαν για να συμπεριληφθούν στη συλλογική δεσπόζουσα θέση οι K+S και SCPA, να αποκλειστεί η Coposa από το εν λόγω ολιγοπώλιο. Συναφώς, αρκεί να υπενθυμίσω ότι και η Coposa συμμετέχει στον συνασπισμό Kali-Export, ενώ η ίδια εταιρία πραγματοποιεί πωλήσεις στη Γαλλία κυρίως μέσω της SCPA.

111. Ομοίως, θεωρώ ότι δεν είναι αποφασιστικής σημασίας, προκειμένου να διαπιστωθεί η έλλειψη ανταγωνισμού μεταξύ των K+S και SCPA, και άρα η ύπαρξη εκ μέρους τους συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, το γεγονός ότι, όπως ισχυρίζεται η Γαλλική Κυβέρνηση με το τρίτο επιχείρημά της, η K+S είναι ελάχιστα παρούσα στη Γαλλία και ότι χρησιμοποιεί για ένα μέρος των πωλήσεών της στη χώρα αυτή τα δίκτυα διανομής της SCPA. Συγκεκριμένα, το πρώτο σημείο θα μπορούσε να δικαιολογηθεί από διαφόρους λόγους: τη διάρθρωση της γαλλικής αγοράς, τις προτιμήσεις των καταναλωτών, την εμπορική στρατηγική της γερμανικής εταιρίας. Εξάλλου, αν υπήρχε πρόθεση να αποδοθεί μεγαλύτερη σημασία στην πτυχή αυτή, θα απαιτούνταν να τεθεί το ερώτημα για ποιο λόγο ανάλογες καταστάσεις, ήτοι η απουσία από σημαντικές εθνικές αγορές, αποτελεί πραγματικότητα για όλους τους μεγαλύτερους επιχειρηματίες του τομέα, ειδικότερα για ποιο λογο με την προσβαλλομένη απόφασή της, η οποία αφορά τη γερμανική αγορά, η Επιτροπή αποδίδει την απουσία της SCPA

117 — Υπενθυμίζω συναφώς, για παράδειγμα, ότι ο κατάλογος των προς επαλήθευση στοιχείων στο πλαίσιο του ελέγχου των συγκεντρώσεων που θέσπισε το 1990 το Ομοσπονδιακό Γραφείο των συνασπισμών στη Γερμανία (στην αγγλική γλώσσα δημοσιεύθηκε στο *Fordham Corporate Law Institute*, 1991, σ. 161 επ.), περιλαμβάνει την έλλειψη ανταγωνισμού μεταξύ των μελών ενός ολιγοπωλίου και των «εξωτερικών» ανταγωνιστών μεταξύ των βασικών παραμέτρων για τον χαρακτηρισμό του ολιγοπωλίου ως κυριάρχου.

όχι στις σχέσεις της με την K+S αλλά σε διαρθρωτικούς παράγοντες που χαρακτηρίζουν την αγορά αυτή.

Όσον αφορά τις πωλήσεις προϊόντων της K+S μέσω της SCPA, πρέπει να υπογραμμιστεί ότι, ναι μεν αληθεύει ότι ένα μεγάλο μέρος των γαλλικών εισαγωγών προϊόντων της K+S διέρχεται μέσω της SCPA, είναι, όμως, εξίσου γεγονός ότι το τμήμα αυτό ισοδυναμεί με τόσο ασήμαντο όγκο (1,4 % της επίδικης αγοράς), ώστε να μην μπορεί να αποτελεί επαρκές αποδεικτικό στοιχείο του βασίμου της απόψεως της Επιτροπής.

112. Τέλος, έρχομαι στο τελευταίο επιχείρημα της Γαλλικής Κυβερνήσεως σχετικά με τις συνέπειες της εξαγοράς της MdK εκ μέρους της K+S: ειδικότερα, η Γαλλική Κυβέρνηση υποστηρίζει ότι η Επιτροπή ουδόλως απέδειξε ότι η εξαγορά αυτή οδήγησε στη δημιουργία δυοπωλιακής δεσπόζουσας θέσεως, επιζημίας για τον ανταγωνισμό. Οι προσφεύγουσες εταιρίες προέβαλαν επίσης ανάλογο επιχείρημα, τονίζοντας ιδίως την αντίφαση που περικλείει η άποψη της Επιτροπής, η οποία, αφενός, εφήρμοσε τη θεωρία failing company defense, θεωρώντας εκ προοιμίου ότι η MdK επρόκειτο εν πάση περιπτώσει να εξαφανιστεί από την αγορά λόγω του ότι η κατάσταση κρίσεως που την χαρακτήριζε ήταν ήδη μη αναστρέψιμη, αφετέρου, υποστήριξε αντίθετα ότι η εξαγορά της MdK από την K+S — και ως εκ τούτου η συγκέντρωση που προέκυψε — υπήρξε τέτοια ώστε να δημιουργεί δυοπωλιακή δεσπόζουσα θέση, ικανή να παρεμποδίσει τον ανταγωνισμό.

Επί του σημείου αυτού, η Επιτροπή υπενθυμίζει ότι η δημιουργία κοινής δεσπόζουσας θέσεως των K+S/MdK και SCPA είναι όντως συνέπεια της πράξεως συγκεντρώσεως, δεδομένου ότι αποτέλεσμά της υπήρξε η ουσιαστική αλλαγή των διαρθρωτικών συνθηκών της αγοράς. Ειδικότερα, η Επιτροπή υπογραμμίζει τα ακόλουθα στοιχεία: α) η MdK διασφαλίζει το 25 % της συνολικής παραγωγής καλίου εντός της Κοινότητας, β) κατά τον χρόνο της εκδόσεως της αποφάσεως, η παραγωγική ικανότητα της MdK συρρικνώθηκε στο 50 %, και γ) τέλος, το μερίδιο της αγοράς ύψους 7 % αποτελεί κρίσιμο στοιχείο, λαμβάνοντας υπόψη το γεγονός ότι η εκτός του ομίλου των K+S/MdK και SCPA προσφορά εξανεμίζεται και το μερίδιο αγοράς του ομίλου αυτού, κατά την ανάλυση της Επιτροπής, προορίζεται να αυξηθεί.

113. Παρατηρώ, καταρχάς, ότι οι ισχυρισμοί της Επιτροπής δεν απαντούν στις ενστάσεις των προσφευγουσών. Τόσον η Γαλλική Κυβέρνηση όσο και οι επιχειρήσεις επικαλούνται στην πραγματικότητα την έλλειψη αιτιώδους συναφείας μεταξύ της *δημιουργίας* της ολιγοπωλιακής κυριαρχίας και της πράξεως συγκεντρώσεως, έλλειψη προκύπτουσα από το γεγονός ότι η MdK, σύμφωνα με την ανάλυση της ίδιας της Επιτροπής, προτίθεται εν πάση περιπτώσει να αποχωρήσει από την αγορά. Τελικά, με ποιο τρόπο η εξαγορά της MdK θα μπορούσε να προκαλέσει τη δημιουργία συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, τη στιγμή κατά την οποία το μερίδιο αγοράς της MdK — με ή χωρίς συγκέντρωση — θα περιήρχετο εν πάση περιπτώσει, μετά την έξοδό της από την αγορά, στους λοιπούς επιχειρηματίες του τομέα;

Ακόμη και αν υπέθετα ότι η ανάλυση της Επιτροπής είναι ακριβής, ότι δηλαδή δεν

είναι λογικό να εκτιμάται ότι το μερίδιο που κατέχει η MdK στην κοινοτική αγορά εκτός της Γερμανίας περιέρχεται σχεδόν με βεβαιότητα στην K+S [118] και ότι, επομένως, δεν πληρούται ένα από τα κριτήρια από τα οποία εξαρτάται η δυνατότητα εφαρμογής της θεωρίας failing company defense, γεγονός παραμένει ότι, υπό την εξαιρετικά σημαντική έποψη της αιτιώδους συναφείας μεταξύ συγκεντρώσεως και δημιουργίας κοινής δεσπόζουσας θέσεως των K+S και SCPA, η κατασκευή της Επιτροπής παρίσταται, στο σύνολό της, μάλλον αδύνατη. Έπεται ότι η σημασία που αποδίδεται υπό τις συνθήκες αυτές στο μερίδιο ύψους 7% που κατέχει η MdK στην επίδικη γεωγραφική αγορά αποδεικνύεται ότι στερείται παντελώς αποφασιστικής σημασίας.

— Τα χαρακτηριστικά γνωρίσματα του αποχωρούντος ανταγωνιστή

114. Κατά τη Γαλλική Κυβέρνηση, η Επιτροπή παρέλειψε να αναλύσει, σε αντίθεση με την απόφασή της στην υπόθεση Nestlé/Perrier, τα χαρακτηριστικά γνωρίσματα του εξαφανιζομένου από την αγορά λόγω της συγκεντρώσεως ανταγωνιστή, ήτοι της MdK. Κατά την άποψη της Γαλλικής Κυβερνήσεως, η εξέταση των χαρακτηριστικών αυτών γνωρισμάτων θα οδηγούσε κατ' ανάγκη στο συμπέρασμα ότι η εξαφάνιση της MdK από την αγορά δεν μπορούσε να έχει καμία επίπτωση στη συγκέντρωση, επειδή επρόκειτο, άλλωστε, κατά την ανάλυση της Επιτροπής, για επιχείρηση που προοριζόταν εν πάση περιπτώσει να αποχωρήσει, έστω και μεσοπρόθεσμα, από την αγορά.

Η επισήμανση της Γαλλικής Κυβερνήσεως δεν στερείται βάσεως. Με την απόφαση που εξέδωσε στην υπόθεση Nestlé/Perrier, όπου ο αποχωρών (Perrier) ανταγωνιστής κατείχε μερίδιο της αγοράς κυμαινόμενο μεταξύ 35,9 και 44,2 %, η Επιτροπή είχε εκτιμήσει ότι «η μείωση του αριθμού των προμηθευτών από τρεις σε δύο (δυοπώλιο) δεν αποτελεί μια άνευ σημασίας μεταβολή στη διάρθρωση της αγοράς. Θα οδηγήσει στην εξαφάνιση ενός σημαντικού ανταγωνιστή, δηλαδή της Perrier, η οποία διαθέτει τα μεγαλύτερα εκμεταλλεύσιμα αποθέματα νερού και τις υψηλότερες πωλήσεις στην αγορά. Τα εμπορικά σήματά της και οι πηγές της θα κατανεμηθούν μεταξύ των εναπομενόντων δύο προμηθευτών. Επιπλέον, η μείωση του αριθμού των εθνικών προμηθευτών από τρεις σε δύο θα διευκολύνει την ανάπτυξη παραλλήλων συμπεριφορών που αντίκεινται στον ανταγωνισμό και οδηγούν πολύ ευκολότερα σε συλλογικές καταχρήσεις» [119]. Με τον τρόπο αυτό, η Επιτροπή υπογράμμισε τη σημασία και τα αποτελέσματα της εξαγοράς της Perrier, η οποία λόγω του μεγέθους της και του μεριδίου της στην αγορά αποτελούσε σημαντικό παράγοντα αποτελεσματικού ανταγωνισμού.

115. Στην προκειμένη περίπτωση, αντίθετα, η ανάλυση της αποφάσεως αποδεικνύεται τουλάχιστον ελλιπής. Ακόμη και αν δεν υπάρχει πρόθεση να δοθεί υπερβολική σημασία στο κατεχόμενο στην κοινοτική αγορά μερίδιο της MdK (7 %) [120], είναι αδύνατον να μην διατυπωθούν κάποιες αμφιβολίες σε σχέση με την πραγματική επίπτωση της εξαφανίσεως της MdK επί του ισχύοντος στην αγορά ανταγωνισμού. Επιπλέον, στην προσβαλλόμενη απόφαση ουδεμία μνεία γίνεται των «εντυπωσιακών δυνατοτήτων παραγωγής» της MdK που είχε επικαλεστεί η Επιτροπή με το υπό-

118 — Βλ. αιτιολογική σκέψη 79 της αποφάσεως.

119 — Αιτιολογική σκέψη 120 της προαναφερθείσας στην υποσημείωση 66 αποφάσεως 92/553.

120 — Άλλωστε, το μερίδιο αυτό είναι ίσο με το κατεχόμενο από την εταιρία SIV, η εξαγορά της οποίας εκ μέρους των Pilkington και Techint εγκρίθηκε χωρίς προϋποθέσεις με την προαναφερθείσα στην υποσημείωση 87 απόφαση 94/359.

μνημα αντικρούσεώς της [121], δυνατοτήτων που συνδυάζονται προφανώς δυσχερώς με τον χαρακτηρισμό της εταιρίας ως οικονομικής μονάδας που δεν είναι πλέον βιώσιμη [122]. Τέλος, η απόφαση δεν περιλαμβάνει καμία ένδειξη από την οποία να είναι δυνατή η συναγωγή του συμπεράσματος ότι η MdK διαδραματίζει, και πέραν του πραγματικού βάρους της, σημαντικό ρόλο στη διατήρηση του ανταγωνισμού.

Εν τέλει, εκτιμώ ότι η Επιτροπή δεν απέδειξε ότι η αποχώρηση της MdK από την κοινοτική αγορά με εξαίρεση τη Γερμανία είναι ικανή, ή τουλάχιστον συντείνει, να έχει αποφασιστική σημασία στη δημιουργία δυοπωλίου εκ μέρους των K+S/MdK και SCPA και δύναται να παρεμποδίσει σημαντικά τον ανταγωνισμό.

— Η θέση των ανταγωνιστών

116. Ακολούθως, η Γαλλική Κυβέρνηση επικαλείται την αντιφατική και ανεπαρκή ανάλυση της αποφάσεως ως προς τη θέση των ανταγωνιστών που είναι παρόντες στην επίδικη αγορά. Ειδικότερα, υπογραμμίζεται η έλλειψη συνοχής της θέσεως της Επιτροπής, η οποία ελαχιστοποιεί τη θέση των CPL και Coposa στην αγορά, ενώ δίδει έμφαση, για τους σκοπούς του προσδιορισμού της επίδικης γεωγραφικής αγοράς, ακριβώς στις εξαγωγές της Ισπανίας και του Ηνωμένου Βασιλείου προς τα άλλα κράτη. Η Γαλλική Κυβέρνηση αμφισβητεί επίσης τη θέση της Επιτροπής ότι η διοχέτευση των προερχομένων από τρίτες χώρες εισαγωγών μέσω της SCPA αποδεικνύει ότι η ανταγωνιστική πίεση των χωρών αυτών επί του δυοπωλίου είναι σχεδόν μηδαμινή.

Και υπό την έποψη αυτή, η αιτίαση της Γαλλικής Κυβερνήσεως φαίνεται να αποδίδει σημασία σε ορισμένα αντικειμενικά κενά της αποφάσεως.

117. Πρώτον, δεν συμμερίζομαι τη μέθοδο που ακολούθησε η Επιτροπή, η οποία, προκειμένου να αποδείξει την έλλειψη ανταγωνιστικής πιέσεως επί του φερομένου ολιγοπωλίου, προβάλλει ως αποδεικτικό στοιχείο τη διοχέτευση των εισαγωγών των τρίτων χωρών στη Γαλλία μέσω της SCPA [123]. Πράγματι, προ πάσης άλλης επισημάνσεως, η Γαλλία δεν αποτελεί για τους σκοπούς που ενδιαφέρουν εν προκειμένω αυτοτελή αγορά. Επομένως, η ανάλυση των παραγόντων αξιολογήσεως της συγκεντρώσεως δεν μπορεί να λαμβάνει αποκλειστικώς υπόψη τη γαλλική αγορά, αλλά πρέπει μάλλον και εν πάση περιπτώσει να λαμβάνει υπόψη το προσδιοριζόμενο ως σχετική αγορά έδαφος, σύμφωνα με την απόφαση, ήτοι την αγορά η οποία αποτελείται από το σύνολο της Κοινότητας με εξαίρεση τη Γερμανία.

121 — Σ. 32 του εγγράφου.

122 — 76η αιτιολογική σκέψη της προσβαλλομένης αποφάσεως.

123 — Σ. 33 και 34 του υπομνήματος αντικρούσεως και σ. 54 του υπομνήματος ανταπαντήσεως.

Ομοίως, ανεπαρκείς και αντιφατικές φαίνονται να είναι οι παρατηρήσεις της Επιτροπής σχετικά με τη σημασία των εισαγωγών της CSI, οι οποίες, σύμφωνα με στοιχεία που προσκόμισε η Γαλλική Κυβέρνηση [124] και δεν αμφισβήτησε η Επιτροπή, αυξήθηκαν προοδευτικά για να εγγίσουν το 11 % των πωλήσεων εντός της Κοινότητας, επίπεδο το οποίο δεν είναι προφανώς ασήμαντο. Επίσης, πρέπει να θεωρηθεί ότι οι εννέα εναπομείναντες στην αγορά επιχειρηματίες μετά τη συγκέντρωση κατέχουν μερίδια δυνάμενα να δημιουργήσουν κατάσταση, στα πλαίσια της οποίας φαίνεται να μην είναι προφανώς αμελητέο [125] το βάρος των ανταγωνιστών του δυοπωλίου που φέρεται ότι συνέστησαν οι K+S/MdK και SCPA.

— Η σύγκριση μεταξύ της καταστάσεως της K+S/MdK και εκείνης της SCPA

118. Η Γαλλική Κυβέρνηση αμφισβητεί, επίσης, επικρίνοντας τα εφαρμοσθέντα εν προκειμένω κριτήρια ως προς την ύπαρξη ολιγοπωλιακής κυριαρχίας, τόσο την υπερβολική βαρύτητα που αποδίδει η Επιτροπή στο μερίδιο αγοράς που κατέχουν στο σύνολό τους οι K+S και SCPA, όσο και στο γεγονός ότι δεν ελήφθη υπόψη η ασυμμετρία μεταξύ των δύο επιχειρήσεων, η οποία, σε προγενέστερες αποφάσεις, αντίθετα, είχε αποτελέσει σημαντικό στοιχείο για τη μη αναγνώριση της υπάρξεως ολιγοπωλιακής δεσπόζουσας θέσεως.

Η Επιτροπή υπενθυμίζει ότι ένα μερίδιο αγοράς ύψους 60 % αποδεικνύει επαρκώς την ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, ιδίως, όταν, όπως εν προκειμένω, υφίσταται αισθητή διαφορά μεταξύ των μεριδίων αγοράς που κατέχουν οι ανταγωνιστές. Μολονότι δέχεται ότι μεταξύ των εν λόγω επιχειρήσεων υφίστανται σημαντικές διαφορές, η Επιτροπή αμφισβητεί τη θεωρία ότι νοείται δυοπώλιο μόνον εφόσον υφίστανται επιχειρήσεις με παρεμφερή χαρακτηριστικά γνωρίσματα.

119. Όσον αφορά την πρώτη πτυχή, παρατηρώ καταρχάς ότι η Επιτροπή απέκλεισε στο παρελθόν το ενδεχόμενο προσδιορισμού των κατωτάτων ορίων βάσει των οποίων να πιθανολογείται η συλλογική κυριαρχία και ότι εν πάση περιπτώσει ενέκρινε με πρόσφατες αποφάσεις της [126] συγκεντρώσεις, το άθροισμα των ποσοστών των οποίων ισοδυναμούσε με τα επίδικα μερίδια. Επομένως, αν θεωρητικώς είναι αδύνατο να αγνοηθεί η σημασία ενός μεριδίου ύψους 60 %, το μερίδιο αυτό δεν μπορεί, τουλάχιστον από μόνο του, να έχει αποφασιστική βαρύτητα και να αποτελεί αποδεικτικό στοιχείο περί της υπάρξεως ολιγοπωλιακής δεσπόζουσας θέσεως.

Ας προστεθεί ότι τα νομολογιακά προηγούμενα που επικαλέστηκε η Επιτροπή είναι αλυσιτελή, στον βαθμό που αφορούν ατομικές δεσπόζουσες θέσεις [127], γεγονός που δικαιολογεί την εικαζόμενη αξία που αναγνωρίζεται σε ποσοστό κυμαινόμενο μεταξύ 45 και 80 % της αγοράς. Εξάλλου, το

124 — Σ. 42 του υπομνήματος απαντήσεως.

125 — Βλ. τα στοιχεία που παρατίθενται στον πίνακα της σ. 43 του υπομνήματος απαντήσεως της Γαλλικής Κυβερνήσεως, στοιχεία τα οποία δεν αμφισβήτησε η Επιτροπή.

126 — Βλ., για παράδειγμα, την προαναφερθείσα στην υποσημείωση 87 απόφαση 94/359.

127 — Πρόκειται για την προαναφερθείσα στην υποσημείωση 96 απόφαση της 13ης Φεβρουαρίου 1979 στην υπόθεση Hoffmann-La Roche, την απόφαση της 9ης Νοεμβρίου 1983 στην υπόθεση 322/81, Michelin (Συλλογή 1983, σ. 3461), και την απόφαση της 3ης Ιουλίου 1991 στην υπόθεση 62/86, AKZO κατά Επιτροπής (Συλλογή 1991, σ. I-3359).

μερίδιο της αγοράς ερμηνεύεται στις ανωτέρω αποφάσεις πάντοτε σε συνδυασμό με άλλους παράγοντες, όπως η απόκλιση (τουλάχιστον ύψους 50 %) μεταξύ της πρώτης και της δεύτερης επιχειρήσεως που είναι παρούσες στην αγορά.

120. Δεν μπορώ περαιτέρω να συμμεριστώ την άποψη της Επιτροπής επί της δεύτερης πτυχής, ήτοι επί του ότι δεν ελήφθη υπόψη η ασυμμετρία μεταξύ των επιχειρήσεων οι οποίες εικάζεται ότι συμμετέχουν στη συλλογική κυριαρχία.

Παρατηρώ καταρχάς ότι η ασυμμετρία μεταξύ των ενδιαφερομένων επιχειρήσεων που δεν αμφισβητείται εν προκειμένω [128] θεωρήθηκε ως αποφασιστικής σημασίας εκ μέρους της Επιτροπής σε άλλες περιπτώσεις προκειμένου να αποκλειστεί η ύπαρξη δυοπωλίου [129], και τούτο τόσον από απόψεως μεριδίων της αγοράς, θεωρουμένων στο σύνολό τους και σε σχέση με τις αγορές των διαφόρων χωρών, όσο και υπό το πρίσμα της «οικονομικής ισχύος», τέλος δε, και από απόψεως παραγωγικής ικανότητας. Συναφώς, πρέπει να υπενθυμίσω ότι στην απόφαση Nestlé/Perrier η Επιτροπή αποσαφήνισε τις συνέπειες της συμμετρίας των ενδιαφερομένων επιχειρήσεων και τους λόγους για τους οποίους την έλαβε υπόψη της προκειμένου να εκτιμήσει τις επιπτώσεις της συγκεντρώσεως [130], υπογραμμίζοντας ιδίως ότι η συμμετρία των επιχειρήσεων έχει σαφώς αποτρεπτική συνέπεια για τον ανταγωνισμό και ότι διευκολύνει συντονισμένες και συμπαιγνιακές πρακτικές. Επομένως, εκτιμώ ότι η αμυντική επιχειρηματολογία της Επιτροπής, η οποία περιορίζεται στην επίκληση της αλυσιτελείας της διαφοράς μεταξύ K+S και SCPA για να συναγάγει την ύπαρξη δυοπωλίου, είναι ακατάλληλη. Εξάλλου, νομίζω ότι η Επιτροπή δεν νομιμοποιείται να θεωρεί ως όλως αλυσιτελή εν προκειμένω την πρακτική που ακολούθησε κατά την εφαρμογή του κανονισμού. Πράγματι, αν είναι αληθές ότι η πρακτική δεν συνιστά επιτακτικής φύσεως στοιχείο αναφοράς, αλλ' ότι μπορεί να προσαρμόζεται ανάλογα με τη συγκεκριμένη περίπτωση, είναι εξίσου αληθές ότι δεν μπορεί να θεωρηθεί, στην υπό εξέταση αλληλουχία, ότι στερείται παντελώς αξίας.

121. Από το σύνολο των προηγουμένων παρατηρήσεων προκύπτει σειρά κενών και αντιφάσεων κατά την αξιολόγηση και εφαρμογή των κριτηρίων που επεξεργάστηκε η Επιτροπή, ώστε να συνάγεται το συμπέρασμα ότι η αιτιολόγηση της αποφάσεως στερείται συνοχής. Πράγματι, η Επιτροπή δεν απέδειξε επιτυχώς και με τον ενδεδειγμένο τρόπο, ούτε με βάση την ίδια την πρακτική της, την ύπαρξη επί της σχετικής αγοράς συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως των K+S/MdK και SCPA ως προϊόντος της σχεδιαζομένης συγκεντρώσεως.

Το γεγονός αυτό με ωθεί να αντιμετωπίσω εν τάχει τα λοιπά επιχειρήματα που προέβαλε η Γαλλική Κυβέρνηση επί των άλλων στοιχείων που ελήφθησαν υπόψη στην απόφαση. Ακριβέστερα, θα σταθώ στον τρόπο με τον οποίο εξετάστηκαν οι συμφυείς προς την οικονομική ισχύ της πελατείας πτυχές, καθώς και εκείνες που αφορούν τους φραγμούς κατά την είσοδο και τα

128 — Σ. 37 έως 58 του υπομνήματος αντικρούσεως της Επιτροπής.

129 — Για παράδειγμα, με την προαναφερθείσα στην υποσημείωση 87 απόφαση Pilkington-Techint/SIV, 55η αιτιολογική σκέψη. Αντίθετα, με την προαναφερθείσα στην υποσημείωση 58 απόφαση Mannesmann/Vallourec/Ilva, η συμμετρία των εμπλεκομένων στη συγκέντρωση επιχειρήσεων, οι οποίες κατείχαν το 36 και 33 % των μεριδίων αντίστοιχα, θεωρήθηκε από την Επιτροπή ως κίνητρο για την υιοθέτηση παράλληλης συμπεριφοράς.

130 — Αιτιολογική σκέψη 123 της προαναφερθείσας στην υποσημείωση 66 αποφάσεως.

χαρακτηριστικά της αγοράς και του προϊόντος, τέλος δε στην παράλληλη συμπεριφορά.

— Η οικονομική ισχύς της πελατείας

122. Η Γαλλική Κυβέρνηση προσάπτει στην Επιτροπή ότι ουδόλως έλαβε υπόψη της το κριτήριο σχετικά με την οικονομική ισχύ της πελατείας, ειδικότερα ότι δεν ανέλυσε τη φύση και το βάρος των παραγωγών και των εισαγωγέων ορυκτού άλατος, γεγονός το οποίο θα μπορούσε (και θα έπρεπε) να οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι καθίσταται εξόχως απίθανη η δημιουργία ολιγοπωλιακής κυριαρχίας εκ μέρους των K+S/MdK και SCPA.

Η Επιτροπή παραδέχεται τη σημασία της οικονομικής ισχύος της πελατείας ως «αντιβάρους» στο δυοπώλιο, ικανού, συνεπώς, να αποθαρρύνει παράλληλη συμπεριφορά. Πάντως, προσθέτει ότι πρόκειται για έναν μεταξύ πλειόνων ληπτέων υπόψη παραγόντων μέχρι την οριστική αξιολόγηση των συνεπειών της πράξεως συγκεντρώσεως για την οποία πρόκειται.

123. Δεν χωρεί αμφιβολία ότι στην προκειμένη περίπτωση ουδόλως ελήφθη υπόψη το βάρος και τα χαρακτηριστικά γνωρίσματα των πάσης φύσεως πελατών των συγκεκριμένων προϊόντων. Αυτό καθιστά αδύνατη τη διαπίστωση αν όντως, όπως υποστηρίζει η Γαλλική Κυβέρνηση, οι μεγάλες πολυεθνικές εταιρίες που παράγουν σύνθετα λιπάσματα διαθέτουν τόση αγοραστική δύναμη ώστε να μπορούν να παρεμποδίζουν τα μέλη του ολιγοπωλίου να ενισχύουν τη θέση τους ή αν, αντίθετα, όπως υποστηρίζει η Επιτροπή, οι bulk-blenders, ήτοι οι επιχειρήσεις που αναμειγνύουν λιπάσματα, κατέχουν σημαντική θέση μεταξύ των πελατών. Αλλ' ούτε διευκρινίζεται αν οι εν λόγω bulk-blenders είναι στην πραγματικότητα μικρές και μεσαίες επιχειρήσεις μη δυνάμενες να ασκήσουν την ενδεικνυόμενη πίεση επί των παραγωγών ή αν, όπως υποστηρίζει η προσφεύγουσα κυβέρνηση, η δραστηριότητά τους ασκείται και από τις θυγατρικές των μεγάλων πολυεθνικών εταιριών. Είναι προφανές ότι η απάντηση επί του ερωτήματος αυτού είναι απαραίτητη προκειμένου να προσδιοριστεί αν η πελατεία έχει ή όχι πραγματική οικονομική ισχύ.

Η θέση της Επιτροπής παρίσταται, λοιπόν, σαθρή, και τούτο τοσούτω μάλλον καθόσον η διαπραγματευτική δύναμη των πελατών συνιστά αναμφιβόλως σημαντικό παράγοντα καθορισμού των όρων ασκήσεως του ανταγωνισμού, εφόσον μπορεί να αποθαρρύνει την τήρηση μη ανταγωνιστικής συμπεριφοράς. Άλλωστε, προς την κατεύθυνση αυτή πρέπει να ερμηνευθεί η ανάλυση της Επιτροπής τόσο στα πλαίσια της αποφάσεως Pilkington-Techint/SIV, όσο και της αποφάσεως Nestlé/Perrier [131].

131 — Στην τελευταία αυτή απόφαση, την οποία προανέφερα στην υποσημείωση 66, κρίθηκε ότι, μετά από επί τούτου ανάλυση η οποία δεν διενεργήθηκε στην προκειμένη περίπτωση, το βάρος της πελατείας δεν ήταν σε θέση να ασκήσει πραγματική πίεση επί των παραγωγών (βλ. ειδικότερα αιτιολογικές σκέψεις 77 έως 89).

124. Οι ανωτέρω καταγραφείσες αβεβαιότητες επιτρέπουν να αντιπαρέλθουμε άλλες πτυχές, μολονότι συμφυείς με τα χαρακτηριστικά γνωρίσματα της πελατείας, τις οποίες επικαλέστηκε η Γαλλική Κυβέρνηση. Ας μου επιτραπεί να προσθέσω απλώς για λόγους σαφήνειας ότι το Πρωτοδικείο έκρινε, στην απόφασή του περί της επιπέδου υάλου, ότι η Επιτροπή «δεν είναι βέβαια υποχρεωμένη να εξετάζει, στις αποφάσεις της, κάθε επιχείρημα που προβάλλουν οι ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις» [132], σε αντίθεση προς όσα υποστήριξε η ίδια η Επιτροπή κατά τη δίκη, κρίση που δεν συνηγορεί υπέρ της απόψεως της Επιτροπής.

Πράγματι, η οικονομική ισχύς της πελατείας δεν αποτέλεσε επιχείρημα των προσφευγουσών κατά τη διοικητική διαδικασία, ούτε επαναλήφθηκε με την απόφαση της Επιτροπής, αλλά σημαντικό στοιχείο ερμηνείας προκειμένου να προσδιοριστεί αν υφίσταται ή όχι ολιγοπωλιακή δεσπόζουσα θέση. Υπό την έννοια αυτή, πρέπει κατ' ανάγκη να εξεταστεί, εφόσον σε διαφορετική περίπτωση το σχετικό κενό μπορεί να ερμηνευθεί ως δυνάμενο να επηρεάσει το θεμέλιο της αποφάσεως. Εξάλλου, αναφερόμενο ακριβώς στο άρθρο 86, το Πρωτοδικείο έκρινε με την απόφαση που μόλις ανέφερα ότι η ανάλυση των πτυχών της αγοράς που δεν ελήφθησαν υπόψη, όπως επικαλέστηκαν οι προσφεύγουσες, «ήταν απαραίτητη για την εκτίμηση του ζητήματος της δεσπόζουσας θέσεως» [133], επιβεβαιώνοντας με τον τρόπο αυτό την ανάγκη η Επιτροπή να στηρίζει τις διαπιστώσεις της σε όσο γίνεται πληρέστερες και διεξοδικές έρευνες.

132 — 363η σκέψη της προαναφερθείσας στην υποσημείωση 38 αποφάσεως περί της επιπέδου υάλου.

133 — Ιdem, 363η σκέψη.

— Οι φραγμοί κατά την είσοδο

125. Προσάπτεται στην Επιτροπή ότι δεν προέβη σε καμία ανάλυση, όσον αφορά το μέρος της αποφάσεώς της που αφορά την ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, επί του ζητήματος της υπάρξεως φραγμών κατά την είσοδο, παράγοντα θεωρουμένου ως ενέχοντος μεγάλη σημασία στα πλαίσια της πρακτικής της Επιτροπής. Τούτο καθίσταται ακόμη περισσότερο ανεξήγητο αφ' ης στιγμής η απουσία εμποδίων της μορφής αυτής θα είχε καταστεί πρόδηλη με την ίδια την απόφαση για τους σκοπούς της οριοθετήσεως της σχετικής γεωγραφικής αγοράς.

Στην πραγματικότητα, η Επιτροπή δέχεται την απουσία φραγμών κατά την είσοδο εντός της Κοινότητας. Πάντως, προσθέτει ότι στην προκειμένη περίπτωση υφίστανται δύο μορφές φραγμών κατά την είσοδο, όσον αφορά τις επιχειρήσεις των τρίτων χωρών, και συγκεκριμένα: τα μέτρα αντιντάμπινγκ για τις εισαγωγές που προέρχονται από την CSI και το νόμιμο μονοπώλιο της SCPA, δυνάμει του οποίου όλες οι εισαγωγές στη Γαλλία από τρίτες χώρες διέρχονται μέσω της ανωτέρω επιχειρήσεως.

126. Ας μου επιτραπεί να τονίσω ευθύς εξαρχής ότι διατηρώ έντονες επιφυλάξεις ως προς το ότι τα στοιχεία που προαναφέρα μπορούν να αποτελέσουν φραγμούς κατά την είσοδο. Ασφαλώς, οι δασμοί αντιντάμπινγκ δεν περιλαμβάνονται μεταξύ των φραγμών αυτών, εφόσον, όπως ομολογεί η

ίδια η Επιτροπή, τείνουν να αποκαταστήσουν τον ανταγωνισμό και όχι να παρεμποδίσουν το εμπόριο [134]. Ας προστεθεί εδώ ότι ουδόλως αποδείχθηκε, και μάλιστα χωρίς καν την επίκληση αντικειμενικών δεδομένων, η πραγματική επίδρασή τους επί του επιπέδου των εισαγωγών. Αντίθετα μάλιστα, οι εκτιμήσεις σχετικά με τις διάφορες εθνικές αγορές, οι οποίες περιλαμβάνονται στην απόφαση (64η αιτιολογική σκέψη), προδιαθέτουν μάλλον για τη συναγωγή του αντιθέτου συμπεράσματος.

Όσον αφορά το μονοπώλιο της SCPA, παρατηρώ επίσης ότι επί του σημείου αυτού επαναλαμβάνεται το σφάλμα που ήδη επισήμανα επανειλημμένα, ήτοι η τάση της Επιτροπής να προβεί σε ανάλυση που αφορά μόνο τη Γαλλία, γεγονός που σημαίνει ταύτιση, για τους σκοπούς της αποφάσεως, της γαλλικής αγοράς με την επίδικη γεωγραφική αγορά. Επίσης, ακόμη και αν δεν σταθώ στη σημασία των αποτελεσμάτων ενός τέτοιου μονοπωλίου, υπογραμμίζω ότι το γεγονός ότι παρατηρούνται σε διάφορες χώρες της Κοινότητας, όπως αναγνώρισε η ίδια η Επιτροπή [135], ροές εισαγομένων από τρίτες χώρες προϊόντων τόσο σημαντικές ώστε να εκπροσωπούν το κύριο τμήμα της αγοράς, οδηγεί μάλλον στο συμπέρασμα ότι δεν αποδείχθηκε η ύπαρξη φραγμών κατά την είσοδο.

— Τα χαρακτηριστικά γνωρίσματα της αγοράς και του προϊόντος

127. Τέλος, επί των χαρακτηριστικών γνωρισμάτων της αγοράς και του προϊόντος, τα οποία θεωρούνται συνήθως ως σημαντικά στοιχεία αναλύσεως, περιορίζομαι να σημειώσω, όπως έπραξε η Γαλλική Κυβέρνηση, ότι μεταξύ των εκτιμήσεων της Επιτροπής, χαρακτηριζομένων άλλωστε από κάποια λακωνικότητα, ουδόλως απαντά εμπεριστατωμένη και επί τούτου ανάλυση ούτε των τιμών που εφαρμόζουν οι K+S και SCPA [136], στοιχείο απολύτως αναγκαίο για τη διαπίστωση της διαφανείας της αγοράς (η οποία, ως γνωστό, ευνοεί την ομοιόμορφη συμπεριφορά) και την εκτίμηση της ελαστικότητας της ζητήσεως, ούτε της διαρθρώσεως του κόστους των δύο επιχειρήσεων, το οποίο, μπορεί, αν είναι διαφορετικό σε κάθε περίπτωση, να αποτελέσει κίνητρο ανταγωνιστικής συμπεριφοράς.

Περιττεύει να υπενθυμίσω ότι παρόμοιες παραλείψεις αφορώσες καθοριστικής σημασίας πτυχές καθιστούν ευάλωτη την ανάλυση της Επιτροπής και τα σχετικά αποτελέσματά της. Επομένως, εκτιμώ ότι δεν συντρέχει λόγος εμβαθύνσεως επί των λοιπών μνημονευθέντων «διαρθρωτικών» στοιχείων, όπως εκείνων που αφορούν την ομοιογένεια του προϊόντος, επί των οποίων, άλλωστε, δεν συμμερίζομαι την άποψη της Γαλλικής Κυβερνήσεως, όπως ήδη διευκρίνισα εξετάζοντας το ζήτημα της οριοθετήσεως της επίδικης γεωγραφικής αγοράς.

— Η ύπαρξη παράλληλης συμπεριφοράς

128. Οι εκτιμήσεις της Επιτροπής επί του θέματος αυτού, όπως ορθώς επισήμανε η Γαλλική Κυβέρνηση, ουδόλως είναι πειστι-

134 — Σ. 61 του υπομνήματος ανταπαντήσεως.
135 — Σ. 61 του υπομνήματος ανταπαντήσεως.
136 — Βλ., όσον αφορά το σημείο αυτό, όσα ήδη ανέπτυξα επ' ευκαιρία του προσδιορισμού της επίδικης γεωγραφικής αγοράς.

κές. Στην πραγματικότητα, οι περιστάσεις από τις οποίες η Επιτροπή επιδιώκει να αντλήσει αποδεικτικά στοιχεία ως προς την ύπαρξη κοινής δεσπόζουσας θέσεως των K+S/MdK και SCPA αποδεικνύεται ότι στερούνται σημασίας, κυρίως αν τις συγκρίνουμε με εκείνες που έτυχαν της δέουσας προσοχής σε άλλες αποφάσεις.

Πράγματι, είναι εξόφθαλμον ότι η συμφωνία μεταξύ των K+S και SCPA, η οποία κηρύχθηκε ασυμβίβαστη με το άρθρο 85 το 1973 [137], δεν μπορεί να μην θεωρηθεί ως εξαιρετικά σαθρό ενδεικτικό στοιχείο προκειμένου να συναχθεί κατ' εικασία — ύστερα από διάστημα πέραν των 20 ετών — η απουσία ανταγωνισμού μεταξύ K+S και SCPA [138]. Ομοίως, στερούνται αποφασιστικής σημασίας, από την εξεταζόμενη εν προκειμένω έποψη, οι παρατηρήσεις ως προς την ασήμαντη παρουσία της K+S στη γαλλική αγορά, μπορούν δε κάλλιστα να οφείλονται σε διαφορετικό λόγο, όπως υπογράμμισα επ' ευκαιρία της εξετάσεως των διαρθρωτικών δεσμών μεταξύ των K+S και SCPA.

129. Τις επισημάνσεις αυτές ενισχύει άλλωστε το γεγονός ότι τα στοιχεία που ελήφθησαν συναφώς υπόψη σε προγενέστερες αποφάσεις υπήρξαν όλως διαφορετικής φύσεως. Επί παραδείγματι, στην απόφαση Nestlé/Perrier, αφού υπογράμμισε το εξαιρετικά χαμηλό επίπεδο ανταγωνισμού από απόψεως τιμών, η Επιτροπή διαπίστωσε την ύπαρξη υψηλού βαθμού παραλληλίας των τιμών που εφήρμοζαν οι τρεις ενδιαφερόμενοι για τη συγκέντρωση παραγωγοί, σε συνδυασμό με τα διαθέσιμα μέσα διαφανείας προς διευκόλυνση του συντονισμού των πολιτικών επί των τιμών και αμοιβαίου ελέγχου επ' αυτών [139]. Επιπλέον, στην ίδια αυτή απόφαση, η Επιτροπή έλαβε υπόψη ως δείκτη των σχέσεων μεταξύ των ενδιαφερομένων επιχειρήσεων την αντίδρασή τους στην απόπειρα εξαγοράς από εξωτερικό επιχειρηματία, αντίδραση η οποία θεωρήθηκε ως «κοινή ενέργεια για την αποτροπή της διεισδύσεως του φορέα αυτού στην αγορά» [140]. Αντίθετα, στην απόφαση Pilkington-Techint/SIV, η Επιτροπή εκτίμησε ότι συμφωνίες μεταξύ των ενδιαφερομένων επιχειρήσεων, οι οποίες καταδικάστηκαν το 1988, ήτοι πέντε έτη προ της εκδόσεως της αποφάσεως, και από το Bundeskartellamt μερικούς μόνο μήνες πριν από την έκδοση της αποφάσεως, ήσαν σε θέση να ευνοήσουν στρεφόμενη κατά του ανταγωνισμού παράλληλη συμπεριφορά [141].

Πρόκειται, ήδη εκ πρώτης όψεως, για στοιχεία σαφώς σημαντικότερα και αποκαλυπτικότερα από εκείνα που ελήφθησαν υπόψη στην προκειμένη περίπτωση.

130. Υπό το φως του συνόλου των σκέψεων που προηγήθηκαν, εκτιμώ ότι η Επιτροπή δεν εφήρμοσε κατά τρόπο συνεκτικό, στην προκειμένη περίπτωση, τα κριτήρια που επεξεργάστηκε η ίδια προκειμένου να διαπιστώνεται η ύπαρξη συλλογι-

137 — GU L 217 του 1973, σ. 3. Επί του σημείου αυτού βλ. την 57η αιτιολογική σκέψη της προσβαλλομένης αποφάσεως.

138 — Και τούτο ακόμη και χωρίς να ληφθεί υπόψη, σε συστηματικό επίπεδο, η αρχή που εξαγγέλλεται στην απόφαση περί της επιπέδου υάλου, όπου διευκρινίζεται ότι, «για να αποδειχθεί η παράβαση του άρθρου 86 της Συνθήκης, δεν αρκεί (...) η "ανακύκλωση" των πραγματικών περιστατικών που συνιστούν παράβαση του άρθρου 85 και η στηριζόμενη σε αυτά διαπίστωση ότι τα μέρη μιας συμφωνίας ή μιας αθέμιτης πρακτικής κατέχουν από κοινού σημαντικό μερίδιο της αγοράς, ότι από μόνο το γεγονός αυτό κατέχουν συλλογική δεσπόζουσα θέση και ότι η αθέμιτη συμπεριφορά τους αποτελεί κατάχρηση της θέσεως αυτής» (προαναφερθείσα στην υποσημείωση 38 απόφαση, σκέψη 360).

139 — Βλ. 59, 121η και 122η αιτιολογική σκέψη.

140 — 127η αιτιολογική σκέψη της εν λόγω αποφάσεως.

141 — Αιτιολογική σκέψη 32 της προαναφερθείσας στην υποσημείωση 87 αποφάσεως 94/359/ΕΚ. Δεν είναι άσκοπο να προσθέσω εδώ ότι το επίδικο στοιχείο δεν κρίθηκε ικανό να οδηγήσει στην επιβολή προϋποθέσεων, ακόμη δε λιγότερο να καταλήξει στη μη έγκριση της συγκεντρώσεως.

κής δεσπόζουσας θέσεως. Το ζήτημα δεν τελειώνει εδώ. Μολονότι γίνεται δεκτό, όπως ήδη υπέθεσα, ότι είναι δυνατή η προσαρμογή της εννοίας της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως στις ιδιομορφίες του ελέγχου επί των συγκεντρώσεων, καθώς και στα χαρακτηριστικά γνωρίσματα κάθε περιπτώσεως, εξακολουθεί εν πάση περιπτώσει να υφίσταται η ανάγκη η Επιτροπή να παρέχει, στα πλαίσια του ελέγχου των συγκεντρώσεων, επαρκή στοιχεία αποδεικνύοντα την αιτιώδη συνάφεια μεταξύ της συγκεντρώσεως και της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως [142].

Η επίδικη περίπτωση δεν περιέχει κανένα στοιχείο αυτής της μορφής. Αντίθετα μάλιστα, ορισμένα μη ευκαταφρόνητα ενδεικτικά στοιχεία συγκλίνουν στην απόρριψη της θέσεως της Επιτροπής. Εν τέλει, εκτιμώ ότι η Επιτροπή ουδόλως κατέδειξε ότι η εξετασθείσα συγκέντρωση δημιουργεί κοινή κυριαρχία των K+S/MdK και SCPA, δυνάμενη να παρεμποδίσει σημαντικά τον ανταγωνισμό.

δ) *Η επιβολή των προϋποθέσεων και βαρών που μετακυλύονται σε τρίτους, ασχέτους προς την πράξη συγκεντρώσεως* (υποθέσεις C-68/94 και C-30/95)

131. Η εξέταση του λόγου που αφορά τη νομιμότητα της επιβολής βαρών σε τρίτους, ασχέτους προς την πράξη συγκεντρώσεως, προϋποθέτει προφανώς, αφενός, ότι η συλλογική δεσπόζουσα θέση είναι λυσιτελής για τους σκοπούς της εφαρμογής του κανονισμού, αφετέρου, ότι η Επιτροπή κατέδειξε όντως την ύπαρξη εν προκειμένω συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως.

Λαμβάνοντας υπόψη τα συμπεράσματα στα οποία κατέληξα, ειδικότερα όσον αφορά τη χρήση εν προκειμένω της εννοίας της συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, περιττεύει η εξέταση του λόγου αυτού. Χάριν πληρότητας, εκτιμώ πάντως, σκόπιμο να σταθώ και στα επιχειρήματα που προέβαλαν οι προσφεύγουσες επί του θέματος αυτού.

132. Η Γαλλική Κυβέρνηση υποστηρίζει ότι, ακόμη και αν θεωρηθεί ότι τυγχάνει εφαρμογής επί των συλλογικών δεσποζουσών θέσεων, ο κανονισμός δεν επιτρέπει η δήλωση περί του συμβιβαστού να εξαρτηθεί από προϋποθέσεις και βάρη, τα οποία, όπως εν προκειμένω, έχουν ευθεία επίπτωση επί της θέσεως τρίτων, ασχέτων προς την πράξη συγκεντρώσεως. Συναφώς, ισχυρίζεται ότι το άρθρο 8, παράγραφος 2, του κανονισμού επιτρέπει στην Επιτροπή αποκλειστικά να δέχεται εκ μέρους των επιχειρήσεων που προέβησαν στην κοινοποίηση δεσμεύσεις αφορώσες αυστηρά τη συγκέντρωση και όχι δεσμεύσεις μετακυλυόμενες κατ' ουσίαν σε τρίτους.

Οι προσφεύγουσες επιχειρήσεις, οι οποίες συμφωνούν με τη Γαλλική Κυβέρνηση επί του ότι είναι αδύνατη, στο πλαίσιο εφαρμογής του κανονισμού, η επιβολή προϋπο-

142 — Σε διαφορετική περίπτωση, η διαπίστωση της υπάρξεως συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, επιζημίας για τον ανταγωνισμό, θα εξηρτάτο σε τελευταία ανάλυση από έρευνα στηριζόμενη σε απλές υποθέσεις, άσχετες από οποιοδήποτε συγκεκριμένο στοιχείο, και επομένως άκρως αναξιόπιστες.

θέσεων και βαρών που μετακυλύονται σε τρίτους, ισχυρίζονται κατ' ουσίαν ότι, έστω και αν θεωρηθεί ως αποδεδειγμένη εν προκειμένω η ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, γεγονός παραμένει ότι οι προβλεπόμενες προϋποθέσεις δεν είναι ούτε οι κατάλληλες ούτε οι ενδεδειγμένες για τους σκοπούς της διατηρήσεως αποτελεσματικού ανταγωνισμού στην επίδικη αγορά.

1) *Η δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 8, παράγραφος 2, σε επιχειρήσεις άσχετες προς την πράξη συγκεντρώσεως*

133. Ας μου επιτραπεί καταρχάς να διατυπώσω την άποψη ότι η θέση της Γαλλικής Κυβερνήσεως δεν μπορεί να γίνει δεκτή. Το άρθρο 8, παράγραφος 2, του κανονισμού επιτρέπει συγκεκριμένα στην Επιτροπή να εξαρτά αποκλειστικώς τη δήλωση περί του συμβιβαστού από «όρους και υποχρεώσεις για να εξασφαλιστεί ότι οι συμμετέχουσες επιχειρήσεις θα τηρήσουν τις δεσμεύσεις που έχουν αναλάβει έναντι της Επιτροπής όσον αφορά την τροποποίηση του αρχικού σχεδίου συγκεντρώσεως». Η διατύπωση αυτή αφήνει να εννοηθεί ότι ουδόλως περιλαμβάνεται μεταξύ των εξουσιών της Επιτροπής το δικαίωμα παρεμβάσεως σε επιχειρηματίες ξένους προς τη συγκέντρωση, έστω και αν η Επιτροπή εκτιμά ότι διαμορφώνουν ολιγοπώλιο με τις επιχειρήσεις που κοινοποίησαν το σχέδιο.

Με άλλους λόγους, το άρθρο 8, παράγραφος 2, περιορίζει ρητώς και σαφώς την εξουσία της Επιτροπής στην ευχέρεια αποσπάσεως εκ μέρους των ενδιαφερομένων επιχειρήσεων δεσμεύσεων προς «τροποποίηση του αρχικού σχεδίου συγκεντρώσεως». Επομένως, αποκλείει οποιαδήποτε δυνατότητα θεσπίσεως διαρθρωτικών αλλαγών του ανταγωνιστικού πλαισίου εντός του οποίου λαμβάνει χώρα η πράξη συγκεντρώσεως. Η εξουσία τροποποιήσεως του σχεδίου δεν μπορεί δηλαδή να μετατραπεί, ελλείψει ρητής προς τούτο διατάξεως, σε ευρύτερη εξουσία αναδιαρθρώσεως ολόκληρης αγοράς και/ή βιομηχανικού τομέα.

134. Το συμπέρασμα αυτό νομίζω ότι δεν μπορεί να αμφισβητηθεί σοβαρά με τα επιχειρήματα της Επιτροπής, σύμφωνα με τα οποία: α) η απόφαση δεν επέβαλε προϋποθέσεις και βάρη παρά μόνο στις συμμετέχουσες στη συγκέντρωση επιχειρήσεις, προϋποθέσεις και βάρη που προορίζονται να διασφαλίσουν την τήρηση των δεσμεύσεων που ανέλαβαν τα μέρη που κοινοποίησαν το σχέδιο, β) η απαγόρευση συγκεντρώσεως λόγω του γεγονότος ότι οι οικείες προϋποθέσεις είναι ικανές να θίξουν τα συμφέροντα των τρίτων αντίκειται στους στόχους που επιδιώκει ο κανονισμός και δεν συμβιβάζεται με την αρχή της αναλογικότητας.

Επί της τελευταίας αυτής πτυχής, παραπέμπω σε όσα ήδη ανέπτυξα επ' ευκαιρία της εξετάσεως της εφαρμογής του κανονισμού επί των συλλογικών δεσποζουσών θέσεων, λαμβάνοντας υπόψη στοιχεία οικονομικού χαρακτήρα και τους σκοπούς του κανονισμού [143]. Επί της πρώτης πτυχής, αρκεί να παρατηρήσω ότι, ναι μεν αληθεύει, όπως υποστήριξε η Επιτροπή, από την ίδια τη φύση του ελέγχου των συγκεντρώσεων, οι δεσμεύσεις που ανέλαβαν τα μέρη που προέβησαν στην κοινοποίηση μπορούν να έχουν επιπτώσεις, έστω έμμεσες, επί των τρίτων, αλλ' είναι εξίσου αληθές ότι εν προκειμένω το ζητούμενο ασφαλώς είναι περισσότερο από τις

143 — Βλ. ανωτέρω, σημεία 94 έως 98.

προϋποθέσεις που έχουν επίπτωση επί τρίτων οι προϋποθέσεις που αφορούν αντικειμενικά και υποκειμενικά τρίτους, ήτοι τουλάχιστον στον ίδιο βαθμό που αφορούν και τα μέρη. Η πρακτική που επικαλέστηκε η Επιτροπή δεν επιτρέπει τη μετατόπιση του ζητήματος: συγκεκριμένα, πρόκειται για αποφάσεις που δεν επιβάλλουν προϋποθέσεις αφορώσες ευθέως τους τρίτους και που δεν συγκρίνονται, συνακόλουθα, με την προσβαλλόμενη απόφαση [144]. Εν πάση περιπτώσει, γεγονός παραμένει ότι «η απλή πρακτική δεν μπορεί να υπερισχύσει των διατάξεων της Συνθήκης» [145], ούτε, ας μου επιτραπεί να προσθέσω, των διατάξεων πράξεως του παραγώγου δικαίου που έρχονται σαφώς σε αντίθεση με την πρακτική της Επιτροπής. Όπως ήδη υπογράμμισα με άλλη ευκαιρία, θα ήταν όντως παράδοξο να γίνει δεκτή η άποψη ότι η παράβαση των κανόνων καθίσταται νόμιμη και μόνο με την επανάληψή της!

2) *Επί της καταλληλότητας των προϋποθέσεων που επιβλήθηκαν εν προκειμένω για τη διατήρηση αποτελεσματικού ανταγωνισμού*

135. Το σημείο αυτό αποτέλεσε αντικείμενο ιδιαίτερης προσοχής εκ μέρους των προσφευγουσών επιχειρήσεων, οι οποίες ισχυρίζονται ότι οι προϋποθέσεις αυτές δεν είναι ούτε αναγκαίες ούτε ενδεδειγμένες για τη διατήρηση αποτελεσματικού ανταγωνισμού στην επίδικη αγορά. Υπό την έννοια αυτή, οι εν λόγω προϋποθέσεις δεν επιτρέπουν την επίτευξη του επιδιωκομένου με το άρθρο 2, παράγραφος 2, του κανονισμού στόχου.

Κατ' ουσίαν, οι SCPA και EMC υπογραμμίζουν τον αυθαίρετο χαρακτήρα των προϋποθέσεων που προβλέπει η προσβαλλομένη απόφαση και που δεν αφορούσαν και δεν αφορούν σε καμία περίπτωση τη σχεδιαζόμενη συγκέντρωση, αλλά θίγουν αποκλειστικώς συμβατικές και εταιρικές σχέσεις, άσχετες προς τη σχεδιαζόμενη συγκέντρωση αντικειμενικώς και υποκειμενικώς, επιπλέον δε εφαρμόζονται σε γεωγραφικό πλαίσιο διαφορετικό από εκείνο της επίδικης αγοράς [146].

136. Συναφώς, παρατηρώ καταρχάς ότι προφανώς είναι αμφίβολης αποτελεσματικότητας οι προβλεπόμενες σε επίπεδο ανταγωνισμού προϋποθέσεις, εξ αιτίας τόσον της παρατηρουμένης γεωγραφικής διαφοράς μεταξύ του αποδέκτη των προϋποθέσεων και της σχετικής αγοράς, όσον και της μη προσκομίσεως αποδεικτικών στοιχείων ότι οι οικείες προϋποθέσεις είναι ικανές να διασφαλίσουν το σύννομο της συγκεντρώσεως προς τις επιταγές του κανονισμού. Υπό την έποψη αυτή, συμμερίζομαι την άποψη των προσφευγουσών επιχειρήσεων ότι, καθορίζοντας τις προς επιβολή προϋποθέσεις του άρθρου 8, παράγραφος 2, του κανονισμού, η Επιτροπή οφείλει να στηρίζεται σε σοβαρές και εμπεριστατωμένες αξιολογήσεις και όχι σε υπο-

144 — Η Επιτροπή αναφέρεται συγκεκριμένα στις αποφάσεις της 4ης Μαΐου 1993, υπόθεση KNP/BT/VRG (ΕΕ L 217, σ. 35), της 19ης Δεκεμβρίου 1991, υπόθεση Courtaulds/SNIA (ΕΕ C 333, σ. 16), και της 31ης Ιουλίου 1991, υπόθεση Varta/Bosch (ΕΕ L 320, σ. 26)

145 — Απόφαση της 9ης Αυγούστου 1994 στην υπόθεση C-327/91, Γαλλία κατά Επιτροπής (Συλλογή 1994, σ. I-3641, σκέψη 36).

146 — Η σημασία των εν λόγω προϋποθέσεων αποδεικνύει μάλλον ότι η Επιτροπή μπορούσε να κινηθεί, αν το είχε θεωρήσει σκόπιμο, κατά των φερομένων ως συμμετεχόντων στο δυοπώλιο (SCPA/EMC και K+S) κάνοντας χρήση άλλων μέσων, και ιδίως του άρθρου 85, όπως άλλωστε το έπραξε, παράλληλα με την υπό κρίση υπόθεση, σε σχέση με την Polacan, καναδική κοινή θυγατρική, η οποία αποτελεί το αντικείμενο έρευνας δυνάμει του άρθρου 17 (όπως αναφέρθηκε στην υποσημείωση 51).

θετικές εκτιμήσεις, όπως είναι αυτές στις οποίες κατέφυγε για να δικαιολογήσει τις επιβληθείσες εν προκειμένω προϋποθέσεις.

Ενόψει του απαραδέκτου του σκέλους της προσφυγής των επιχειρήσεων που αφορά την ακύρωση των επιβληθεισών στην κοινή εταιρία Potacan προϋποθέσεων, σημείο στο οποίο αναφέρθηκα ήδη, περιορίζομαι σε μια σύντομη ανάλυση των προϋποθέσεων περί της αποχωρήσεως της Kali-Export και της καταγγελίας των συμβάσεων διανομής, υπενθυμίζοντας απλώς τα σημεία τα οποία εξέτασα εξαντλητικά επ' ευκαιρία του ζητήματος των διαρθρωτικών δεσμών μεταξύ K+S και SCPA [147].

— Η προϋπόθεση της αποχωρήσεως της K+S από τον συνασπισμό Kali-Export

137. Οι προσφεύγουσες επιχειρήσεις ισχυρίζονται, πρώτον, ότι η ύπαρξη του συνασπισμού Kali-Export και η συμμετοχή των K+S, MdK και SCPA στο κεφάλαιο της εν λόγω εταιρίας δεν έχουν την παραμικρή επίπτωση επί των όρων του ανταγωνισμού εντός της Κοινότητας. Εν πάση περιπτώσει, η Επιτροπή ουδόλως κατέδειξε το στρεφόμενο κατά του ανταγωνισμού αποτέλεσμα της συμμετοχής της K+S στον συνασπισμό Kali-Export.

147 — Βλ. ανωτέρω, σημεία 107 έως 113.

Η Επιτροπή αντικρούει ότι η δομή της επίδικης αγοράς ήταν τέτοια ώστε δεν μπορούσε να αποκλειστεί ότι η συνεργασία των K+S και SCPA εντός του συνασπισμού Kali-Export θα συνεπαγόταν έμμεσο αποτέλεσμα επί της στρεφομένης κατά του ανταγωνισμού συμπεριφοράς των μελών του συνασπισμού στην κοινοτική αγορά. Συγκεκριμένα, η Επιτροπή υπογραμμίζει ότι: α) η K+S είναι παρούσα τελείως περιθωριακά στη γαλλική αγορά, β) η CPL είχε πρόσβαση στη γαλλική αγορά, αυξάνοντας τις πωλήσεις της στην εν λόγω αγορά κατά 13 % σε μία εξαετία, μόνο μετά την έξοδό της από τον συνασπισμό Kali-Export, και γ) η Coposa είναι ελάχιστα παρούσα στη γαλλική αγορά, όπου, εξάλλου, σημαντικό τμήμα του παραγομένου με δική της φροντίδα καλίου πωλείται μέσω της SCPA.

138. Τα επιχειρήματα της Επιτροπής, όπως τα προεξέθεσα, νομίζω ότι δεν είναι ικανά να δώσουν απάντηση στις ενστάσεις των προσφευγουσών επιχειρήσεων. Πράγματι, η Επιτροπή παρέλειψε να αποδείξει ότι η αμελητέα παρουσία της K+S στη γαλλική αγορά οφείλεται στο ότι ανήκει στον συνασπισμό εξαγωγών Kali-Export, ενώ η κατάσταση αυτή, όπως υπογράμμισαν οι προσφεύγουσες επιχειρήσεις, μπορούσε κάλλιστα να εξηγηθεί από ιστορικούς και γεωγραφικούς λόγους. Εξάλλου, γεγονός είναι, όπως υποστήριξε η Επιτροπή, ότι δεν μπορούν να εφαρμόζονται επί των συγκεντρώσεων οι αφορώσες την εφαρμογή των άρθρων 85 και 86 αρχές, πλην όμως είναι εξίσου αληθές ότι η Επιτροπή δεν μπορεί ασφαλώς να στηρίζει την εκτίμησή της σε απλές εικασίες και πιθανολογήσεις. Εναπόκειται στην ίδια, εν πάση περιπτώσει, να αποδείξει ότι οι εν λόγω προϋποθέσεις είναι αναγκαίες για τη διασφάλιση της διατηρήσεως αποτελεσματικού ανταγωνισμού.

Εν προκειμένω, η Επιτροπή όχι μόνο δεν διευκρίνισε με πειστικότητα με ποιο τρόπο η έλλειψη συνεργασίας εντός του συνασπισμού που παράγει αποτελέσματα στην εξωκοινοτική αγορά είναι ικανή να διασφαλίζει αποτελεσματικό ανταγωνισμό στην κοινοτική αγορά με εξαίρεση τη Γερμανία, αλλά δεν απέδειξε ούτε ότι η αμελητέα παρουσία της K+S ή της Coposa στη γαλλική αγορά οφείλεται στο ότι ανήκουν στον εν λόγω συνασπισμό. Ως προς το γεγονός ότι η CPL αύξησε τις εξαγωγές της στη Γαλλία μόνο μετά την αποχώρησή της από το συνασπισμό Kali-Export, είναι αυτονόητο ότι το γεγονός αυτό θα μπορούσε ακριβώς να οφείλεται σε επιλογή της CPL να επικεντρωθεί στην κοινοτική αγορά ή, όπως ισχυρίστηκαν οι προσφεύγουσες χωρίς να διαψευστούν από την Επιτροπή, στις δυσχέρειες εκμεταλλεύσεως που αντιμετώπισε κατά τη διάρκεια της περιόδου που ανήκε στον συνασπισμό Kali-Export.

— Η προϋπόθεση σχετικά με την καταγγελία των συμβάσεων διανομής μεταξύ K+S και SCPA

139. Κατά την άποψη των προσφευγουσών επιχειρήσεων, η Επιτροπή ουδόλως απέδειξε με ποιο τρόπο και γιατί η καταγγελία των συμβάσεων διανομής μεταξύ K+S και SCPA θα ήταν ικανή να διασφαλίσει τη διατήρηση αποτελεσματικού ανταγωνισμού επί της κοινοτικής αγοράς με εξαίρεση τη Γερμανία. Κατά την άποψή τους, οι δεσμοί αυτοί δεν παράγουν στην πραγματικότητα αποτελέσματα παρά μόνο στη γαλλική αγορά.

Εξάλλου, οι εν λόγω δεσμοί συνίστανται σε σύμβαση της 28ης Ιουνίου 1985 με αντικείμενο τη διανομή των προϊόντων που δεν περιλαμβάνουν κάλιο, αλλά κιζερίτη. Κατά τα λοιπά, η SCPA θα περιοριζόταν στην αγορά καλίου που χρησιμοποιεί η EMC ή που προορίζεται προς πώληση εκτός της γαλλικής αγοράς. Τέλος, η SCPA αγοράζει από την K+S προϊόντα καλίου που περιέχουν μαγνήσιο και πωλούνται στη Γαλλία, τα προϊόντα όμως αυτά, όπως προκύπτει από την απόφαση, δεν περιλαμβάνονται στην αγορά του επιδίκου προϊόντος.

140. Λαμβάνοντας υπόψη την προπεριγραφείσα κατάσταση, η οποία, άλλωστε, δεν αμφισβητείται από την Επιτροπή, η οποία στην πραγματικότητα περιορίστηκε στην επίκληση της σημασίας της δημιουργίας, εκ μέρους της K+S, του ιδίου δικτύου διανομής επί της γαλλικής αγοράς, είναι εξόφθαλμον ότι οι K+S και SCPA δεν είχαν καμία προνομιακή σχέση για τη διανομή προϊόντων βάσεως καλίου. Εντούτοις, δεν θα ήταν άσκοπη η υπόμνηση του γεγονότος ότι η διατύπωση της αποφάσεως οδήγησε την K+S στο να τερματίσει τον μοναδικό δεσμό σε θέματα διανομής που διατηρούσε με την SCPA: την σύμβαση για τον κιζερίτη, ήτοι, επαναλαμβάνω, για ένα προϊόν που η απόφαση έκρινε ότι δεν περιλαμβάνεται στην επίδικη αγορά.

Το στοιχείο αυτό, πέραν οποιασδήποτε άλλης εκτιμήσεως, συντείνει στην επιβεβαίωση του βασίμου της απόψεως των προσφευγουσών ως προς την άμεση επίπτωση της αποφάσεως επί των συμφερόντων τους και επιβεβαιώνει επίσης τις αμφιβολίες ως προς τη χρησιμότητα των προϋποθέσεων που επιβλήθηκαν για τους σκοπούς της καταργήσεως της φερομένης ως οφειλομένης στη συγκέντρωση δυοπωλιακής δεσπόζουσας θέσεως.

Συμπεράσματα

141. Οι ανωτέρω σκέψεις υπογραμμίζουν, κατά την άποψή μου, ότι στην προκειμένη περίπτωση διαπράχθηκαν σφάλματα τόσο κατά την ερμηνεία όσο και κατά την εφαρμογή των διατάξεων του κανονισμού «περί συγκεντρώσεων».

Στο σημείο αυτό, ενδιαφέρει να διαπιστωθεί αν τα σφάλματα αυτά δικαιολογούν την ακύρωση ολόκληρης της αποφάσεως ή μέρους μόνον αυτής, ήτοι του μέρους που περιέχει τις προϋποθέσεις σχετικά με τις προσφεύγουσες εταιρίες. Για λόγους που προτίθεμαι να διευκρινίσω, εκτιμώ ότι η τελευταία αυτή λύση είναι η πλέον ενδεδειγμένη.

142. Ας μου επιτραπεί καταρχάς να τονίσω τον αβάσιμο χαρακτήρα της θέσεως της Επιτροπής ότι η μερική ακύρωση της αποφάσεως συνιστά ένα είδος μεταβολής της θεσμικής ισορροπίας, δεδομένου ότι ο κοινοτικός δικαστής δεν είναι αρμόδιος να μεταρρυθμίσει την απόφαση της Επιτροπής, υποκαθιστώντας αυτήν κατά την εκτίμηση της πράξεως συγκεντρώσεως.

Συναφώς, περιορίζομαι να παρατηρήσω ότι, όπως προκύπτει από τον ίδιο τον κανονισμό, καθώς και από πάγια νομολογία του Δικαστηρίου [148], το Δικαστήριο έχει την ευχέρεια να ακυρώνει μόνον εν μέρει τις εκδοθείσες in subiecta materia αποφάσεις. Εξάλλου, θα ήταν παράδοξο να υποστηριχτεί ότι η άσκηση εκ μέρους του Δικαστηρίου εξουσίας που του απονεμήθηκε ρητώς θίγει τις προνομίες και τις αρμοδιότητες της Επιτροπής. Αντ' αυτού, υπενθυμίζω ότι για τους σκοπούς της μερικής ακυρώσεως πρέπει να πληρούνται οι ισχύουσες επί του θέματος προϋποθέσεις που έθεσε η νομολογία, ότι δηλαδή σε τελευταία ανάλυση πρέπει να διασφαλίζεται το ότι με τη μερική ακύρωση η προσβαλλομένη απόφαση δεν καθίσταται κενή περιεχομένου [149].

143. Εν όψει των προηγηθεισών σκέψεων, εκτιμώ ότι μπορεί να χωρίσει η μερική ακύρωση της αποφάσεως και ότι η λύση αυτή μπορεί να εφαρμοστεί ανεξάρτητα από οποιονδήποτε λόγο, μεταξύ όσων υποστήριξαν οι διάδικοι και που κατά την άποψή μου είναι βάσιμοι, που το Δικαστήριο προτίθεται να

148 — Απόφαση της 20ής Μαρτίου 1957 στην υπόθεση 2/56, Κοινοπραξία πωλήσεως άνθρακα της περιοχής Ruhr κατά Ανωτάτης Αρχής (Συλλογή τόμος 1954-1964, σ. 119).

149 — Βλ. συναφώς απόφαση της 28ης Ιουνίου 1972 στην υπόθεση 37/71, Jamet κατά Επιτροπής (Racc. 1972, σ. 483, σκέψεις 11 και 12).

κάνει δεκτό. Πράγματι, είτε το Δικαστήριο τείνει υπέρ της μη εφαρμογής, καταρχήν, του κανονισμού επί των συλλογικών δεσποζουσών θέσεων, είτε κρίνει ως ανύπαρκτη ή εν πάση περιπτώσει ως μη επαρκώς αποδειχθείσα τη συλλογική δεσπόζουσα θέση, συνέπεια τούτου θα είναι η κατάρριψη του τεκμηρίου βάσει του οποίου η Επιτροπή επέβαλε τις επίδικες προϋποθέσεις στις προσφεύγουσες εταιρίες. Συγκεκριμένα, υπενθυμίζω ότι οι προϋποθέσεις αυτές προεβλέφθησαν προκειμένου να αποφευχθεί η εκ μέρους της συγκεντρώσεως δημιουργία καταστάσεως ολιγοπωλιακής κυριαρχίας, δυναμένης να παρεμποδίσει τον ανταγωνισμό στην κοινοτική αγορά.

Οι επισημάνσεις αυτές ισχύουν επίσης, κατά την άποψή μου, και στην περίπτωση όπου το Δικαστήριο, υπερβαίνοντας τα συνδεόμενα προς την εφαρμογή των διατάξεων του κανονισμού επί των ολιγοπωλίων προβλήματα και διαπιστώνοντας την ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσεως, θα κατέληγε στο συμπέρασμα ότι το άρθρο 8, παράγραφος 2, του κανονισμού δεν εξουσιοδοτεί την Επιτροπή να επιβάλλει προϋποθέσεις που έχουν άμεσο αντίκτυπο επί των συμφερόντων τρίτων, ασχέτων προς τις πράξεις συγκεντρώσεως. Το αποτέλεσμα θα ήταν προφανώς το ίδιο αν οι εν λόγω προϋποθέσεις κρίνονταν ως ακατάλληλες να διασφαλίσουν τη διατήρηση αποτελεσματικού ανταγωνισμού στην επίδικη αγορά. Ομοίως, αν οι εν λόγω προϋποθέσεις κρίνονταν ως ακατάλληλες να διασφαλίσουν τη διατήρηση αποτελεσματικού ανταγωνισμού στην επίδικη αγορά, η καλύτερη στην περίπτωση αυτή λύση, το επαναλαμβάνω ακόμη μία φορά, θα ήταν η ακύρωση των προϋποθέσεων, ήτοι η μερική ακύρωση της αποφάσεως.

144. Τελικά, σε όλες τις υποθετικές περιπτώσεις στις οποίες αναφέρθηκα, είναι δυνατή η ακύρωση των προϋποθέσεων, χωρίς αυτό να συνεπάγεται ότι η απόφαση στο σύνολό της στερείται οποιασδήποτε σημασίας [150]. Συναφώς, δεν είναι τελείως περιττό να υπογραμμίσω την πλήρη αντικειμενική αυτοτέλεια της εκτιμήσεως των αποτελεσμάτων της συγκεντρώσεως επί της κοινοτικής αγοράς — στο πλαίσιο της οποίας εντάσσονται οι επίδικες προϋποθέσεις — σε σχέση με την εκτίμηση της γερμανικής αγοράς, αυτοτέλεια λόγω της οποίας είναι νοητός ο ratione materiae περιορισμός του διατακτικού, δυνάμενος να ανταποκριθεί στις απαιτούμενες βάσει της επί του θέματος νομολογίας προϋποθέσεις.

Εξάλλου, η μερική ακύρωση της αποφάσεως δεν είναι ούτε σε θέση να στρεβλώσει το περιεχόμενό της. Προσθέτω ότι συναφώς η προσβαλλόμενη από-

150 — Άλλωστε, στην περίπτωση αυτή θα μπορούσε να αντιμετωπιστεί εκ μέρους της Επιτροπής, λόγω του ότι αρχίζουν να τρέχουν εκ νέου οι προβλεπόμενες στο άρθρο 10, παράγραφος 5, του κανονισμού προθεσμίες, ο καθορισμός νέων διαφορετικών προϋποθέσεων ή η κατά τρόπο περισσότερο εμπεριστατωμένο και τεκμηριωμένο αποτελεσματικότητα των αρχικών προϋποθέσεων σε επίπεδο προστασίας του ανταγωνισμού. Το ενδεχόμενο αυτό, μολονότι είναι απόλυτα εφικτό στη θεωρία, νομίζω, πάντως, ότι δεν είναι δυνατό, επειδή συνεπάγεται την επανεξέταση μιας πράξεως η οποία παρήγαγε ήδη τα αποτελέσματά της και η οποία θα καθιστούσε, συνακόλουθα, πολύ δυσχερή οποιαδήποτε εκτίμηση υπό το φως του status quo ante.

φαση είναι στο σύνολό της ευνοϊκή για τις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις, γεγονός που συνιστά, σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου, στοιχείο που επιτρέπει να γίνει δεκτή προσφυγή μερικής ακυρώσεως [151].

145. Επί των δικαστικών εξόδων, προτείνω, κατ' εφαρμογή του άρθρου 69, παράγραφος 3, του Κανονισμού Διαδικασίας, τον συμψηφισμό τους στην υπόθεση C-68/94. Όσον αφορά την υπόθεση C-30/95, φρονώ, αντίθετα, με βάση την ίδια διάταξη, ότι το γεγονός ότι η Επιτροπή ηττάται επί της ουσίας επιβάλλει την καταδίκη της στα δικαστικά έξοδα, συμπεριλαμβανομένων εκείνων των παρεμβαινουσών επιχειρήσεων. Αντίθετα, οι παρεμβαίνουσες στις εν λόγω υποθέσεις κυβερνήσεις φέρουν τα δικαστικά έξοδά τους.

146. Εν όψει των προηγουμένων παρατηρήσεων, προτείνω, συνεπώς:

— *στην υπόθεση C-68/94*:

α) την ακύρωση του άρθρου 1 της αποφάσεως 94/449/ΕΚ της Επιτροπής, της 14ης Δεκεμβρίου 1993, σχετικά με διαδικασία εφαρμογής δυνάμει του κανονισμού (ΕΟΚ) 4064/89 του Συμβουλίου (Υπόθεση VI/M.308 — Kali + Salz/Mdk/Treuhand), καθ' ο μέρος εξαρτά την κήρυξη του συμβιβαστού της πράξεως συγκεντρώσεως από την τήρηση των παρατιθεμένων στην αιτιολογική σκέψη 63 της αποφάσεως προϋποθέσεων και βαρών·

β) την απόρριψη της προσφυγής κατά τα λοιπά·

γ) τον συμψηφισμό των εξόδων μεταξύ των διαδίκων και την επιβάρυνση της Γερμανικής Κυβερνήσεως με τα έξοδα στα οποία εξετέθη λόγω της παρεμβάσεώς της·

— *στην υπόθεση C-30/95*:

α) την κήρυξη ως παραδεκτών των προσφυγών των εταιριών SCPA και EMC, με εξαίρεση τον λόγο που αφορά την ανάληψη δεσμεύσεως σχετικά με την καναδική εταιρία Potacan·

151 — Προαναφερθείσα στην υποσημείωση 39 απόφαση στην υπόθεση Transocean Marine Paint κατά Επιτροπής, σκέψη 21.

β) την ακύρωση του άρθρου 1 της αποφάσεως 94/449/ΕΚ της Επιτροπής, της 14ης Δεκεμβρίου 1993, σχετικά με διαδικασία εφαρμογής δυνάμει του κανονισμού (ΕΟΚ) 4064/89 του Συμβουλίου (Υπόθεση VI/M.308 — Kali + Salz/Mdk/Treuhand), καθ' ο μέρος εξαρτά την κήρυξη του συμβιβαστού της πράξεως συγκεντρώσεως από την τήρηση των παρατιθεμένων στην αιτιολογική σκέψη 63 της αποφάσεως προϋποθέσεων και βαρών·

γ) την καταδίκη της Επιτροπής στα δικαστικά έξοδα, συμπεριλαμβανομένων των εξόδων των παρεμβαινουσών επιχειρήσεων. Η Γαλλική Κυβέρνηση φέρει τα δικαστικά έξοδά της.