

# Ο έλεγχος του ολιγοπωλίου στο κοινοτικό δίκαιο συγκεντρώσεων επιχειρήσεων υπό το φως της απόφασης Airtours και του νέου Κανονισμού Συγκεντρώσεων\*

ΝΙΚΟΥ Σ. ΚΟΣΜΙΔΗ, Δικηγόρου, LL.M.

*Με την απόφαση Airtours αποσαφηνίστηκαν, έστω εν μέρει, οι προϋποθέσεις εφαρμογής της θεωρίας της συλλογικής δεσπόζουσας θέσης στο κοινοτικό σύστημα ελέγχου συγκεντρώσεων. Παράλληλα, κατέστη σαφές ότι οι ρυθμίσεις του Κανονισμού 4064/89 δεν προσφέρουν ένα επαρκές πλαίσιο για τον έλεγχο συγκεντρώσεων σε ολιγοπωλιακές αγορές, που δεν οδηγούν μεν σε συνθήκες ευνοϊκές για σιωπηρό συντονισμό -δηλαδή σε συλλογική δεσπόζουσα θέση- προκαλούν, ωστόσο, μονομερή αντιανταγωνιστικά αποτελέσματα. Αυτός ήταν ο σημαντικότερος λόγος που ο νέος Κανονισμός Συγκεντρώσεων τροποποιεί πλέον το ουσιαστικό κριτήριο ελέγχου, καθιερώνοντας το κριτήριο της σημαντικής παρακώλυσης του αποτελεσματικού ανταγωνισμού.*

## I. Εισαγωγή

Με την απόφαση της 22ας Σεπτεμβρίου 1999, η Επιτροπή είχε κηρύξει ως *ασυμβίβαστη με την εσωτερική αγορά* την επιθετική εξαγορά της βρετανικής επιχείρησης οργάνωσης ταξιδιών First Choice από την ανταγωνίστριά της Airtours.<sup>1</sup> Η Επιτροπή έκρινε ότι η συγκέντρωση θα δημιουργούσε συλλογική δεσπόζουσα θέση (εφεξής οδθ) ανάμεσα στις τρεις μεγάλες επιχειρήσεις που θα απέμεναν στη βρετανική αγορά οργανωμένων διακοπών στο εξωτερικό προς κοντινούς προορισμούς. Επρόκειτο για την πρώτη απαγόρευση συγκέντρωσης που θα οδηγούσε σε οδθ τριών επιχειρήσεων.<sup>2</sup> Η απόφαση του Πρωτοδικείου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, με την οποία έγινε δεκτή η προσφυγή της Airtours,<sup>3</sup> αποτέλεσε σταθμό για περισσότερους λόγους. Κατ' αρχάς, ήταν η πρώτη φορά στα χρονικά του Κανονισμού 4064/89<sup>4</sup> που το Δικαστήριο ανέτρεπε απαγορευτική απόφαση της Επιτροπής.<sup>5</sup> Παράλληλα, αποσαφηνίστηκαν, έστω εν μέρει, οι προϋποθέσεις εφαρμογής της θεωρίας της οδθ. Το κυριότερο, η Airtours ήταν η πρώτη από μία σειρά αποφάσεων του ΠΕΚ,<sup>6</sup> οι οποίες με την αυστηρή κριτική που άσκησαν στην Επιτροπή αλλά και με την επιβεβαίωση ότι το υπάρχον θεσμικό πλαίσιο έχει συναντήσει τα όριά του, κατέστησαν επιτακτική, συνεπώς και επιτάχυναν την πρωτοβουλία αναμόρφωσης του κοινοτικού συστήματος ελέγχου συγκεντρώσεων επιχειρήσεων.<sup>7</sup>

Στην παρούσα μελέτη θα παρουσιαστεί αρχικά η θεωρία του ολιγοπωλίου. Στη συνέχεια θα γίνει αναφορά στην εξέλιξη της έννοιας της οδθ στο κοινοτικό δίκαιο ανταγωνισμού και ιδίως στα πλαίσια του συστήματος ελέγχου συγκεντρώσεων επιχειρήσεων, έχοντας ως βάση εργασίας την απόφαση Airtours. Τέλος, θα παρατεθούν σκέψεις για τις επενέργειες της ανωτέρω απόφασης υπό το φως και της Πρότασης της Επιτροπής για αναμόρφωση του Κανονισμού συγκεντρώσεων.

\* Θα ήθελα να εκφράσω τις θερμές ευχαριστίες μου στον καθηγητή κ. Δ. Τζουγανάτο για τις πολύτιμες παρατηρήσεις του.

1. Υπόθεση IV/M.1524- Airtours/First Choice, ΕΕ 2000 L 93/1. Για σχολιασμό βλέπε, ενδεικτικά, *Christensen and Rabassa*, «The Airtours decision: Is there a new Commission approach to collective dominance», ECLR 2001, 227 επ., *Motta*, «EC Merger Policy and the Airtours Case», ECLR 2000, 199 επ., *Karύδη*, «Εννοιολογική οριοθέτηση της συλλογικής δεσπόζουσας θέσης στην κοινοτική έννομη τάξη του Ανταγωνισμού», ΝοΒ 2003, 2029 επ.» και *Tzouganatos*, «The control of collective dominance under the EC Competition Law», σε υπό δημοσίευση συλλογικό τόμο εις μνήμην Μιχάλη Μηνούδη.
2. Η Επιτροπή είχε ήδη εφαρμόσει την θεωρία της οδθ για να απαγορεύσει τη δημιουργία δυσοπωλίου στην υπόθεση Gencor/Lonrho (IV/M.619, ΕΕ 1996 L 11/30), απόφαση που ουσιαστικά επικύρωσε το ΠΕΚ (απόφαση του Πρωτοδικείου της 25ης Μαρτίου 1999, υπόθεση T-102/96, Gencor κατά Επιτροπής Συλλ.1999, οελ. II-753).
3. Απόφαση του Πρωτοδικείου της 6ης Ιουνίου 2002, υπόθεση T-342/99, Airtours κατά Επιτροπής, Συλλ.2002, II-2585.
4. Επισημαίνεται ότι λίγες ημέρες πριν τη δημοσίευση της παρούσας υποβλήθηκε από το Συμβούλιο ο νέος Κανονισμός (ΕΚ) αριθ. 139/2004 για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων (ΕΕ 2004, L 24/1), ο οποίος αντικαθιστά τον Κανονισμό 4064/1989 από την 1.5.2004. Για τις νέες ρυθμίσεις που εισάγει ο Κανονισμός σχετικά με το ζήτημα της οδθ βλ. συνοπτικά στο Επίμετρο.
5. Με προηγούμενες αποφάσεις είχαν ακυρωθεί αποφάσεις της Επιτροπής που επέβαλλαν «όρους και υποχρεώσεις» στις συμμετέχουσες επιχειρήσεις (βλ., ενδεικτικά, απόφαση του Δικαστηρίου της 31ης Μαρτίου 1998, C-68/94 και C-30/95, Γαλλία κατά Επιτροπής (γνωστότερη ως υπόθεση Kali & Salz), Συλλ. 1998, οελ. I-1375).
6. Λίγο καιρό μετά την Airtours, το ΠΕΚ, ακύρωσε άλλες δύο αποφάσεις της Επιτροπής με τις οποίες είχαν απαγορευθεί οι συγκεντρώσεις Schneider/Legrand, Tetra Laval/Sidel (βλ. τις μη δημοσιευμένες επισήμως αποφάσεις στις υποθέσεις T-310/01 και T-77/02, T-5/02 και T-80/02 αντίστοιχα).
7. Βλ. Πράσινο Βιβλίο σχετικά με την αναθεώρηση του Κανονισμού του Συμβουλίου 4064/89 (COM 745/2001), Ευρωπαϊκή Επιτροπή: Πρόταση Κανονισμού του Συμβουλίου για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων (ΕΕ 2003, C 20/4) και Κανονισμό 139/2004.

## II. Το πρόβλημα του ολιγοπωλίου

Ένα από τα πλέον σύνθετα προβλήματα στο δίκαιο του ανταγωνισμού είναι αυτό του *ολιγοπωλίου*. Ολιγοπώλιο<sup>8</sup> είναι η αγορά στην οποία δραστηριοποιούνται λίγες επιχειρήσεις. Υπό προϋποθέσεις, η ύπαρξη μικρού αριθμού ανταγωνιστών οδηγεί στην αναγνώριση της *αμοιβαίας αλληλεξάρτησης*, ότι δηλαδή η όποια συμπεριφορά θα προκαλέσει ανάλογη αντίδραση από τους ανταγωνιστές.<sup>9</sup> Κατ' επέκταση, τα μέλη του ολιγοπωλίου διαπιστώνουν ότι η βέλτιστη επιχειρηματική δράση εξαρτάται από και συνεκτιμά τις επιλογές των ανταγωνιστών.<sup>10</sup> Σε μια ολιγοπωλιακή αγορά οι ανταγωνιστές, χωρίς απαραίτητα να συνάπτουν μια απαγορευμένη κατά το δίκαιο συμφωνία, τείνουν να αντιστοιχίζουν τη στρατηγική τους με απώτερο αποτέλεσμα ο ανταγωνισμός στην τιμή να είναι ελάχιστος ή εξαιρετικά περιορισμένος. Λαμβάνοντας δε υπόψη ότι οι επιχειρήσεις εκ φύσεως επιδιώκουν την διαμόρφωση τιμής που θα αποδώσει το μέγιστο κέρδος, η τιμή στο ολιγοπώλιο δύναται να πλησιάσει τα μονοπωλιακά επίπεδα.<sup>11</sup>

Η οικονομική θεωρία χαρακτηρίζει αυτή την κατάσταση ως «σιωπηρή συμπαιγνία» (*tacit collusion*), που περιγράφεται ως η απόλαυση των πλεονεκτημάτων μιας συγκεκριμένης δομής αγοράς χωρίς να χρειάζεται η ύπαρξη συμφωνίας ή εναρμονισμένης πρακτικής.<sup>12</sup> Τα μέλη δηλαδή του ολιγοπωλίου, λόγω ακριβώς της δομής της αγοράς, λαμβάνουν μεν τις αποφάσεις τους ατομικά, ανεξάρτητα και ορθολογικά, ωστόσο καταλήγουν σε μια συντονισμένη συμπεριφορά με αρνητικές για τον ανταγωνισμό συνέπειες.<sup>13</sup> Το γεγονός ότι το συντονισμένο αποτέλεσμα στο ολιγοπώλιο δεν προϋποθέτει την ύπαρξη συμφωνίας δημιουργεί το πρώτο πρόβλημα, ότι η σιωπηρή συμπαιγνία, σε αντίθεση με την ρητή συμπαιγνία (π.χ. καρτέλ), δεν είναι πάντοτε παράνομη, παρά το γεγονός ότι και οι δύο περιπτώσεις συνδέονται με τη συλλογική άσκηση δύναμης στην αγορά με ανάλογα συνήθως αποτελέσματα.<sup>14</sup> Για το λόγο αυτό και προκειμένου να αποφευχθούν αρνητικοί συνειρμοί η νομική επιστήμη χρησιμοποιεί τον όρο «σιωπηρός συντονισμός» (*tacit co-ordination*).<sup>15</sup> Ένα επιπλέον πρόβλημα είναι ότι, ενώ στα μοντέλα του τέλειου ανταγωνισμού και του μονοπωλίου το θετικό και αρνητικό αντίστοιχα αποτέλεσμα αναφορικά με την «ευημερία του καταναλωτή» είναι δεδομένα, δεν είναι απαραίτητο ότι όλες οι αγορές με ολιγοπωλιακή δομή θα παράγουν καταστάσεις σιωπηρού συντονισμού. Ενδεικτικά, τα κόστη παραγωγής των ολιγοπωλητών μπορεί να διαφέρουν αλλά και τα περισσότερα αποτελεσματικά μέλη του ολιγοπωλίου θα έχουν κάθε κίνητρο να αποστούν από τον συντονισμό, ώστε να αυξήσουν τα μερίδια αγοράς τους.<sup>16</sup> Επιπλέον, η προαναφερθείσα συνεχής προσπάθεια πρόβλεψης και εκτίμησης των κινήσεων ενός εκάστου μέλους του ολιγοπωλίου σημαίνει ότι ανάλογα με τις επιχειρηματικές επιλογές μπορεί να υπάρξουν θεωρητικά άπειρα αποτελέσματα σε μια ολιγοπωλιακή αγορά, κυμαινόμενα μεταξύ τέλειου ανταγωνισμού και απόλυτα συντονισμένης συμπεριφοράς.<sup>17</sup>

Ασφαλώς, η αφετηρία είναι ότι για να υπάρξει μια συντονισμένη ισορροπία (*coordinated equilibrium*) θα πρέπει τα μακροπρόθεσμα κέρδη του συντονισμού να είναι μεγαλύτερα από τα βραχυπρόθεσμα κέρδη που θα αποκομίσει το μέλος του ολιγοπωλίου αν υιοθετήσει ανταγωνιστική πρακτι-

κή.<sup>18</sup> Ωστόσο, αυτή η θέση δεν προάγει τη γνώση μας σχετικά με το ποιες συνθήκες καθιστούν μια αγορά επιρρεπής σε σιωπηρό συντονισμό. Αρχικά, η θεωρία<sup>19</sup> στράφηκε στα στατικά,<sup>20</sup> ολιγοπωλιακά μοντέλα των Γάλλων μαθηματικών *Cournot* και *Bertrand*. Η σύγχρονη τάση αναλύει πλέον το φαινόμενο του ολιγοπωλίου στη βάση της «θεωρίας των παιγνίων» και του «διλήμματος του φυλακισμένου», τα

8. Η νομική και οικονομική βιβλιογραφία για το ζήτημα του ολιγοπωλίου είναι τεράστια. Βλ. ενδεικτικά *Whish*, «Competition Law» 2001, 459 επ, *Gellhorn and Kovacic*, «Antitrust Law and Economics in a Nutshell», ch.3 και ch.7, *Europe Economics*, Study on Assessment Criteria for Distinguishing between Competitive and Dominant Oligopolies in Merger Control, 2001, *Rey*, «Collective Dominance and the Telecommunication Industry» σε [europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/telecom/collective\\_dominance.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/telecom/collective_dominance.pdf), *Scherer and Ross*, «Industrial Market Structure and Economic Performance», Ch 6-8, *Κατσουλάκος*, «Έλεγχος συγκεντρώσεων σε ολιγοπωλιακές αγορές», στο συλλογικό έργο «Ο έλεγχος συγκεντρώσεων επιχειρήσεων στο δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού», σελ. 67-80.
9. *Tzouganatos*, 2, ο οποίος αναφέρει το παράδειγμα μιας μείωσης της τιμής ή αύξησης του όγκου παραγωγής από ένα μέλος του ολιγοπωλίου με στόχο την αύξηση του μεριδίου αγοράς. Σε αυτή την περίπτωση τα υπόλοιπα μέλη θα ακολουθήσουν με αποτέλεσμα η τιμή να σταθεροποιηθεί σε χαμηλότερα επίπεδα.
10. *Niels*, «Collective Dominance: More than just Oligopolistic Interdependence», *ECLR*, 2001, 168,169.
11. *Whish*, 461.
12. *Ibid*, 462.
13. *Christensen and Rabassa*, 228.
14. *Neven*, «Collusion under Art.81 and the Merger Regulation», δημοσιευμένο στην ιστοσελίδα [www.unige.ch](http://www.unige.ch).
15. Βλέπε π.χ. την απόφαση του ΠΕΚ *Airtours*, παρ. 62. Βλ. και *Whish*, 462.
16. *Gellhorn and Kovacic*, 75. Βλέπε και *Whish*, 463-465, που συνοψίζει τα βασικά κενά της θεωρίας του ολιγοπωλίου που έχουν προκαλέσει την κριτική, ιδίως από τους εκπρόσωπους της σχολής του Σικάγο (βλ., ενδεικτικά, *Bork*, «The Antitrust Paradox», ch. 8). Αυτά τα κενά είναι: α) η υπερβολική έμφαση στην αλληλεξάρτηση των μελών του ολιγοπωλίου, β) η υπεραπλούστευση της δομής μιας ολιγοπωλιακής αγοράς, γ) η αδυναμία εξήγησης γιατί σε κάποιες ολιγοπωλιακές αγορές παρατηρείται έντονος ανταγωνισμός και δ) η μη ικανοποιητική εξήγηση του πώς οι επιχειρήσεις μπορούν να συντονίζουν τη δράση τους χωρίς να προβαίνουν σε συμπαιγνία.
17. *Niels*, 169.
18. *Christensen and Rabassa*, 228.
19. Για μια συνοπτική παρουσίαση της εξέλιξης στην οικονομική θεωρία βλέπε *Gellhorn and Kovacic*, 75 επ. και *Europe Economics*, 10 επ.
20. Δηλ., υπάρχει μόνο μία περίοδος (*single period games*) όπου οι επιχειρήσεις λαμβάνουν τις αποφάσεις τους συνεκτιμώντας τις αντιδράσεις των ανταγωνιστών. Αυτό είναι και το μειονέκτημα των συγκεκριμένων μοντέλων, αφού στην πράξη οι επιχειρήσεις σπάνια συναντώνται μόνο μία φορά σε μια αγορά. Συνεπώς η συμπεριφορά τους διαμορφώνεται με γνώμονα και το γεγονός ότι μια ανταγωνιστική συμπεριφορά σήμερα θα αποτελέσει δεδομένο για τη διαμόρφωση της αντίστοιχης συμπεριφοράς των ανταγωνιστών στο μέλλον (βλέπε και *Gellhorn and Kovacic*, 81).

οποία περιλαμβάνουν πολύπλοκα μαθηματικά μοντέλα για την ανάλυση των ενδεχόμενων αποφάσεων που λαμβάνουν περισσότεροι «συμμετέχοντες» σε μια αγορά.<sup>21</sup> Τα δυναμικά αυτά μοντέλα βασίζονται σε επαναλαμβανόμενες αλληλεπιδράσεις που παρουσιάζονται ως «παίγνια» (super-games) και προσπαθούν να αναγνωρίσουν πιθανές εναλλακτικές μορφές ορθολογικής δράσης των μελών του ολιγοπωλίου, υπό διάφορες συνθήκες αγοράς με το δεδομένο ότι οι παίκτες, εξαιτίας του κινδύνου αντιποίνων (retaliation), αναγκάζονται την αλληλεξάρτησή τους και κατ' επέκταση έχουν κίνητρο να συντονίζονται τη συμπεριφορά τους.<sup>22</sup>

Το μειονέκτημα των ανωτέρω «παιχνιδιών» είναι ότι παρουσιάζουν έναν άπειρο αριθμό δυναμικών αποτελεσμάτων και ως εκ τούτου δεν απαντούν με ασφάλεια στο ερώτημα πότε θα υπάρξει συντονισμός. Κατά συνέπεια, η θέση ότι «στο ολιγοπώλιο τα πάντα μπορούν να συμβούν»,<sup>23</sup> δεν αποτελεί αφορισμό αλλά απόρροια της διαπίστωσης ότι η οικονομική θεωρία δεν έχει αναπτύξει οικονομετρικά μοντέλα που να προβλέπουν με ασφάλεια το πώς θα κινηθεί μια ολιγοπωλιακή αγορά.<sup>24</sup> Από το άλλο μέρος, ενώ η οικονομική θεωρία δεν μας διδάσκει τα κριτήρια που επαρκούν για συντονισμό,<sup>25</sup> μας δίνει τουλάχιστον τα κριτήρια που είναι απαραίτητα για συντονισμό.<sup>26</sup> Συγκεκριμένα, πρώτος ο *Stigler*<sup>27</sup> επισήμανε τα τρία κριτήρια που είναι απαραίτητα, προκειμένου μια αγορά να δώσει συντονισμένο ισοζύγιο: **α)** δυνατότητα υιοθέτησης κοινής πολιτικής, **β)** επαρκής διαφάνεια στην αγορά, ώστε οι επιχειρήσεις να μπορούν να διακρίνουν τη συμπεριφορά των ανταγωνιστών τους και **γ)** ύπαρξη ενός μηχανισμού αντιποίνων<sup>28</sup> που θα αποτρέπει την παρέκκλιση από την συντονισμένη πολιτική. Η διαπίστωση των παραπάνω κριτηρίων προϋποθέτει σε βάθος ανάλυση των πραγματικών δεδομένων και της δομής της αγοράς. Κατά συνέπεια, η ανάλυση για το αν τελικά η συμπεριφορά των μελών του ολιγοπωλίου θα καταλήξει σε σιωπηρό συντονισμό εξαρτάται σε μεγάλο βαθμό και από τα χαρακτηριστικά της αγοράς όπως, ενδεικτικά, τα εμπόδια εισόδου, η συχνότητα των αλληλεπιδράσεων, ο αριθμός, η συμμετρικότητα στα μερίδια αγοράς, στα κόστη και στα επίπεδα παραγωγικής ικανότητας των μελών του ολιγοπωλίου, η ελαστικότητα της ζήτησης, η ομοιογένεια ή μη στα προϊόντα, η αντισταθμιστική δύναμη των αγοραστών, η υψηλή συγκέντρωση, η υψηλή διαφάνεια της αγοράς, η ώριμη τεχνολογία παραγωγής.<sup>29</sup> Εξεταζόμενα μεμονωμένα, κανένα από τα χαρακτηριστικά της αγοράς δεν επαρκεί για να οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι υπάρχει μεγάλο ενδεχόμενο συντονισμού.<sup>30</sup> Παράλληλα, σπάνια θα υπάρξει αγορά όπου το σύνολο των χαρακτηριστικών θα ευνοεί τον συντονισμό. Την προαναφερθείσα αδυναμία καθορισμού με απόλυτη ασφάλεια του πότε θα υπάρξει συντονισμός, ενισχύει το γεγονός ότι κάποια από τα χαρακτηριστικά αυτά, όπως οι περιορισμοί στην παραγωγική ικανότητα ή τα ανομοιογενή προϊόντα, μπορούν να λειτουργήσουν και προς τις δύο κατευθύνσεις, αυξάνοντας ή περιορίζοντας τις πιθανότητες συντονισμού.<sup>31</sup> Τα παραπάνω σημαίνουν ότι η εκτίμηση των πιθανών αποτελεσμάτων στον ανταγωνισμό μιας ολιγοπωλιακής αγοράς αποτελεί μία δυσκολότατη άσκηση όπου η εις βάθος οικονομική ανάλυση είναι μεν απαραίτητη, ωστόσο ποτέ δεν οδηγεί σε απόλυτα ασφαλή συμπεράσματα.

Το περιγραφέν πρόβλημα του ολιγοπωλίου απασχολεί τους ειδικούς της αντιμονοπωλιακής νομοθεσίας εδώ και δεκαε-

τίες, περισσότερο δε σήμερα που ο βαθμός συγκέντρωσης πολλών αγορών έχει αυξηθεί σημαντικά. Στη συνέχεια θα παρουσιάσουμε τον τρόπο αντιμετώπισης του φαινομένου στην κοινοτική έννομη τάξη.

### III. Η έννοια της συλλογικής δεσπόζουσας θέσης μέσα από την κοινοτική νομολογία

#### A. Η περιορισμένη δυνατότητα προσφυγής στα άρθρα 81 και 82 ΣυνθΕΚ για τον έλεγχο του ολιγοπωλίου

Η διαμόρφωση στη θεωρία και την κοινοτική νομολογία της έννοιας της σδθ στα πλαίσια εφαρμογής του άρθρου 82 ΣυνθΕΚ και του Κανονισμού 4064/89 αποτελεί το κατ' εξοχήν νομικό εργαλείο αντιμετώπισης του προβλήματος του ολιγοπωλίου.<sup>32</sup> Αυτή ήταν η φυσική εξέλιξη μιας σειράς αποφάσεων του ΔΕΚ, οι οποίες καθιερώνοντας πολύ αυ-

21. *Haupt*, «Collective Dominance under article 82 EC and EC Merger Control in the light of the Airtours Judgement», ECLR 2002, 434, 435.

22. *Ibid*, 435. Αντίθετα, στα στατικά μοντέλα η απουσία επαναλαμβανόμενων αλληλεπιδράσεων σημαίνει ότι ο σιωπηρός συντονισμός δεν αποτελεί ορθολογική επιλογή (Europe Economics, 22).

23. *Scherer and Ross*, 199.

24. *Tzouganatos*, 2.

25. *Kolasky*, «Coordinated effects in Merger Review: from dead Frenchmen to beautiful minds and mavericks», ομιλία δημοσιευμένη στην ιστοσελίδα [www.usdoj.gov/atr/public/speeches/11050.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/11050.htm).

26. Βλέπε *Rey*, 6 επ., ο οποίος προβαίνει στον διαχωρισμό ανάμεσα σε α) απαραίτητα συστατικά του σιωπηρού συντονισμού, β) σε σημαντικούς παράγοντες και γ) σε άλλους σχετικούς παράγοντες. Βλ. και Europe Economics, 20 επ.

27. *Stigler*, «A Theory of Oligopoly», *Journal of Political Economy*, 1964, 44-61.

28. Ο πιο εύκολα αντιληπτός μηχανισμός αντιποίνων είναι η έναρξη ενός πολέμου τιμών.

29. Για μια εκτενή ανάπτυξη του ζητήματος βλέπε *Rey*, 7-20.

30. OECD Oligopoly 1999, δημοσιευμένο στην ιστοσελίδα [www.oecd.org/./-dataoecd/35/34/1920526.pdf](http://www.oecd.org/./-dataoecd/35/34/1920526.pdf).

31. Βλέπε *Rey*, ο οποίος αναφέρει ότι οι περιορισμοί στην παραγωγική ικανότητα μιας επιχείρησης μειώνουν μεν το κίνητρο απόκλισης από τη συντονισμένη συμπεριφορά (καθώς η επιχείρηση θα κερδίσει λιγότερα αν συναγωνιστεί πουλώντας φθηνότερα), ωστόσο μειώνουν και την ικανότητα τιμωρίας τέτοιων αποκλίσεων. Επίσης και το χαρακτηριστικό της διαφορετικότητας στο προϊόν περιορίζει μεν τα αναμενόμενα κέρδη της πώλησης σε φθηνότερες τιμές -συνεπώς ενισχύει τη διατήρηση του συντονισμού-, από το άλλο μέρος όμως περιορίζει την ικανότητα αποτελεσματικών αντιποίνων σε περίπτωση απόκλισης από τη συντονισμένη συμπεριφορά.

32. Επισημαίνεται (βλ. *Tzouganatos*, 2) ότι η έννοια της σδθ είναι ουσιαστικά ευρύτερη αυτής του ολιγοπωλίου καθώς περιλαμβάνει περιπτώσεις όπου η δεσπόζουσα θέση δημιουργείται από συμφωνία επιχειρήσεων ο αριθμός των οποίων μπορεί να υπερβαίνει τον αριθμό που συνήθως γίνεται αποδεκτός ότι συνιστά ολιγοπώλιο.

στηρές προϋποθέσεις για την απόδειξη ύπαρξης εναρμονισμένης πρακτικής, ουσιαστικά περιόρισαν σημαντικά την δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 81 ΣυνθΕΚ στις ολιγοπωλιακές αγορές.<sup>33</sup> Συγκεκριμένα, το Δικαστήριο σε πρώτη φάση έκρινε ότι η *παράλληλη συμπεριφορά* επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται σε μια ολιγοπωλιακή αγορά συνιστά σημαντική ένδειξη αλλά δεν ισοδυναμεί με εναρμονισμένη πρακτική.<sup>34</sup> Επιπλέον, σημειώνοντας ότι οι επιχειρήσεις δύνανται «να προσαρμόζουν ευφυώς την στρατηγική τους στην διαπιστωθείσα ή αναμενόμενη συμπεριφορά των ανταγωνιστών τους», εφόσον δεν υπάρχει άμεση ή έμμεση επαφή μεταξύ τους,<sup>35</sup> το Δικαστήριο ουσιαστικά επιβεβαίωσε ότι η ολιγοπωλιακή αλληλεξάρτηση δεν αντιβαίνει στο άρθρο 81 per se.<sup>36</sup> Με την απόφασή του στην υπόθεση Wood Pulp, το Δικαστήριο έθεσε εξαιρετικά υψηλές απαιτήσεις στην Επιτροπή για την απόδειξη εναρμονισμένης πρακτικής αναφέροντας ότι «η ύπαρξη παράλληλης συμπεριφοράς δεν μπορεί να θεωρηθεί ως απόδειξη εναρμονισμένης πρακτικής, παρά μόνο όταν η ύπαρξη εναρμονισμένης πρακτικής αποτελεί τη μόνη βάσιμη εξήγηση για τη συμπεριφορά αυτή».<sup>37</sup> Δεδομένου ότι στο ολιγοπώλιο η ίδια η δομή της αγοράς αποτελεί μια βάσιμη εναλλακτική εξήγηση της παράλληλης συμπεριφοράς, η δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 81 για τον έλεγχο της φαίνεται πολύ περιορισμένη.<sup>38</sup>

Από το άλλο μέρος, με την απόφαση Hoffman-La Roche το ΔΕΚ έδειξε αρχικά μια αρνητική στάση αναφορικά με τη δυνατότητα χρήσης του άρθρου 82, προκειμένου να ελεγχεται αν μέλη ενός ολιγοπωλίου καταχρώνται τη σθθ τους, κρίνοντας ότι η δεσπόζουσα θέση πρέπει να διαχωριστεί από την παράλληλη συμπεριφορά που προσιδιάζει στα ολιγοπώλια, καθώς στα ολιγοπώλια οι τρόποι συμπεριφοράς αλληλεπιδρούν, ενώ στην περίπτωση επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση η συμπεριφορά αυτής καθορίζεται κατά κύριο λόγο μονομερώς.<sup>39</sup> Το ΠΕΚ, ωστόσο, στην υπόθεση Italian Flat Glass,<sup>40</sup> αν και επί της ουσίας ανέτρεψε την απόφαση της Επιτροπής,<sup>41</sup> υιοθέτησε την αρχή ότι «δεν μπορεί, κατ'αρχήν, να αποκλειστεί το ενδεχόμενο δύο ή περισσότερες ανεξάρτητες οικονομικές ενότητες να συνδέονται, σε μία συγκεκριμένη αγορά, με τέτοιους **οικονομικούς δεσμούς** ώστε, εκ του λόγου αυτού, να κατέχουν από κοινού δεσπόζουσα θέση σε σχέση με άλλους επιχειρηματίες στην ίδια αγορά».<sup>42</sup> Αυτό που δεν ήταν ξεκάθαρο είναι αν οι «δεσμοί» είναι προαπαιτούμενο της σθθ και η ακριβής έννοια αυτών. Κυρίως, αν πρέπει να έχουν τη μορφή συμφωνιών ή άλλου είδους συμπεριφορών που ελέγχονται βάσει του άρθρου 81 ή αν, αντίθετα, η ίδια η ύπαρξη ολιγοπωλιακής αλληλεξάρτησης συνιστά έναν επαρκή δεσμό.<sup>43</sup> Το ΠΕΚ στην υπόθεση Gencor,<sup>44</sup> που αφορούσε συγκέντρωση επιχειρήσεων, αποσαφήνισε ότι η ύπαρξη δεσμών διαρθρωτικού τύπου, δεν είναι αναγκαίο κριτήριο για την διαπίστωση της ύπαρξης συλλογικής δεσπόζουσας θέσης (παρ. 275).

Πολύ σημαντική ήταν η απόφαση CMBT,<sup>45</sup> όπου το ΔΕΚ ανέφερε ότι «δεσπόζουσα θέση μπορούν να κατέχουν δύο ή περισσότερες οικονομικές οντότητες, νομικώς ανεξάρτητες ή μία της άλλης, υπό την προϋπόθεση ότι, από οικονομική άποψη, εμφανίζονται και ενεργούν από κοινού σε μια ειδική αγορά, ως συλλογική οντότητα».<sup>46</sup> Με την CMBT λοιπόν καθίσταται σαφές ότι η ανάλυση για το αν υφίσταται σθθ πρέπει να επικεντρώνεται όχι στη φύση των δεσμών αλλά στην ύπαρξη «από κοινού ενέργειας».<sup>47</sup> Επιπλέον, στην προϋπόθεση

απουσίας «εξωτερικού ανταγωνισμού» για την θεμελίωση ατομικής δεσπόζουσας θέσης, προστίθεται ρητά η ανυπαρξία ή έστω ο περιορισμένος «εσωτερικός ανταγωνισμός»<sup>48</sup>

33. Αντίστοιχη είναι και η θέση του αμερικανικού Supreme Court. Ενώ αρχικά [βλέπε υποθέσεις Interstate Circuit (1939) και American Tobacco (1946)] φάνηκε να επιλέγει τη θέση ότι το άρθρο 1 του Sherman Act καταλαμβάνει και την παράλληλη τιμολόγηση που οφείλεται στην αλληλεξάρτηση των μελών ενός ολιγοπωλίου, τελικά, με την απόφαση Theatre Enterprises (1954), τόνισε ότι «η παράλληλη συμπεριφορά επιχειρήσεων ... δεν συνιστά από μόνη της παραβίαση του Sherman Act».
34. Απόφαση του Δικαστηρίου της 14ης Ιουλίου 1972, υπόθεση 48/69, ICI κατά Επιτροπής, Συλλ. 1972, σελ. 0619, παρ. 66.
35. Απόφαση του Δικαστηρίου της 16ης Δεκεμβρίου 1975, υπόθεση 40/73 κ.λπ., Suiker Unie και άλλοι κατά Επιτροπής, Συλλ. 1975, 1663, παρ. 174.
36. Βλέπε και Tzouganatos ό.π., 2.
37. Απόφαση του Δικαστηρίου της 31ης Μαρτίου 1993, υπόθεση C-89/85 κ.λπ., A. Ahlstrom Osakeyhtiö και λοιποί κατά Επιτροπής, Συλλ. 1993, σελ. I-01307, παρ. 71.
38. Ωστόσο, το άρθρο 81 καταλαμβάνει πρακτικές που διευκολύνουν την άσκηση παράλληλης συμπεριφοράς, όπως π.χ. την ανταλλαγή πληροφοριών αναφορικά με την τιμή (Whish, 469, με παραπομπές σε σχετική νομολογία).
39. Απόφαση του Δικαστηρίου της 13ης Φεβρουαρίου 1979, υπόθεση 85/76 Hoffmann-La Roche κατά Επιτροπής, Συλλ. 1979, 461, παρ. 39.
40. Απόφαση του Πρωτοδικείου της 1ης Μαρτίου 1992, υπόθεση T-68,77 και 78/89, Societa Italiana Vetro (SIV) SpA και λοιποί κατά Επιτροπής.
41. ΕΕ 1989, L 33/44, όπου η Επιτροπή είχε κρίνει ότι τρεις παραγωγοί επιπέδου υάλου κατείχαν σθθ, την οποία και καταχράστηκαν. Το ΠΕΚ ακύρωσε εν μέρει την απόφαση αναφέροντας ότι η Επιτροπή δεν μπορεί να ανακυκλώνει τα ίδια πραγματικά περιστατικά που χρησιμοποιήθηκαν για την θεμελίωση της παράβασης του άρθρου 81, με σκοπό να θεμελιωθεί και η παράβαση του άρθρου 82.
42. Παρ. 358 της απόφασης.
43. Whish, 475-477, με παραπομπή σε μεταγενέστερες αποφάσεις του Δικαστηρίου και της Επιτροπής, στις οποίες εφαρμόστηκε μεν η θεωρία της σθθ, χωρίς όμως να αποσαφηνίζεται ο ρόλος των «δεσμών».
44. Για σχόλια, βλ. Diaz, «Recent Developments in EC Merger Control Law», World Competition, 1999, 3.
45. Απόφαση της 16ης Μαρτίου 2000, υπόθεση C-395 & 396/96, Compagnie Maritime Belge Transports κατά Επιτροπής, Συλλ. 2000, I-1365. Η υπόθεση αφορούσε την επιβολή προστίμου για παράβαση του άρθρου 82 στη ναυτιλιακή διάσκεψη Cewal και σε επιχειρήσεις μέλη της. Οι προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Fennelly περιέχουν μία εξαιρετική παράθεση της εξέλιξης της έννοιας της σθθ στην κοινοτική νομολογία.
46. Ibid., παρ. 36.
47. Whish, 478. Για την υιοθέτηση πάντως της «κοινής πολιτικής» η ύπαρξη κάποιου είδους δεσμών παραμένει απαραίτητο κριτήριο (Nikpay and Houwen, «Tour de Force or a little local Turbulence? A heretical view on the Airtours Judgement», ECLR 2003, 193, 197).
48. Haupt, 437-438. Σύμφωνα με την κρατούσα άποψη (Tzouganatos, 5, απόφαση της Επιτροπής «TACA», ΕΕ 1999 L95/1, παρ. 522) δεν απαιτείται πλήρης απουσία ανταγωνισμού για να θεωρηθεί ότι οι επιχειρήσεις υιοθετούν κοινή πολιτική.

των επιχειρήσεων, που τις οδηγεί στην υιοθέτηση κοινής πολιτικής, δηλαδή στον «σιωπηρό συντονισμό». Παράλληλα, το ΔΕΚ επιβεβαίωσε τα κριθέντα στην Gencor, αναφέροντας ότι «η ύπαρξη συμφωνίας ή άλλων νομικών δεσμών δεν είναι απαραίτητη για την διαπίστωση ότι συντρέχει συλλογική δεσπόζουσα θέση, διαπίστωση που θα μπορούσε να προκύψει από άλλες διασυνδέσεις και θα εξαρτώνταν από οικονομική εκτίμηση και, ιδίως, από εκτίμηση της διαρθρώσεως της οικείας αγοράς» (παρ. 45).<sup>49</sup> Το dictum ότι η ολιγοπωλιακή αλληλεξάρτηση δύναται να αποτελέσει έναν επαρκή «δεσμό» για τη θεμελίωση σθθ θεωρητικά επιτρέπει την εκτεταμένη χρήση του άρθρου 82 για τον έλεγχο της συμπεριφοράς των ολιγοπωλητών, καλύπτοντας έτσι το κενό που άφησε η απόφαση Wood Pulp αναφορικά με τη δυνατότητα υπαγωγής της παράλληλης συμπεριφοράς στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 81.<sup>50</sup> Στην πράξη όμως δεν υπάρχει απόφαση της Επιτροπής ή του Δικαστηρίου που να στηρίζεται αποκλειστικά στην ύπαρξη ολιγοπωλιακής αλληλεξάρτησης για να θεμελιώσει την παράβαση του 82,<sup>51</sup> κάτι μάλλον ορθό, για τους ακόλουθους λόγους.<sup>52</sup> Πράγματι, ο χαρακτηρισμός της παράλληλης συμπεριφοράς ως καταχρηστικής θα αντέφασκε προς την προαναφερθείσα νομολογία που αναγνωρίζει στους ολιγοπωλητές το δικαίωμα «να προσαρμόζον ευφυώς την στρατηγική τους στην διαπιστωθείσα ή αναμενόμενη συμπεριφορά των ανταγωνιστών τους» χωρίς αυτό να αντιβαίνει στο άρθρο 81.<sup>53</sup> Θα αποτελούσε στρεβλωση της αντιμονοπωλιακής πολιτικής ο ουσιαστικός εξαναγκασμός επιχειρήσεων να συμπεριφέρονται ανορθολογικά για να αποφύγουν τον κίνδυνο υπαγωγής στο άρθρο 82.<sup>54</sup> Εξάλλου, το άρθρο 82 εφαρμόζεται<sup>55</sup> για να ελέγξει την ατομική ή συλλογική κατάχρηση σθθ,<sup>56</sup> αλλά μόνο όταν πρόκειται για συμπεριφορές που θα υπάγονταν στον έλεγχο του άρθρου 82 αν προέρχονταν από επιχείρηση κατέχουσα ατομική δεσπόζουσα θέση.<sup>57</sup> Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι ούτε η προσφυγή στο άρθρο 82 παρέχει ένα ικανοποιητικό νομικό πλαίσιο αντιμετώπισης του φαινομένου του ολιγοπωλίου, τουλάχιστον αναφορικά με το πρόβλημα της ολιγοπωλιακής αλληλεξάρτησης που οδηγεί στην υιοθέτηση παράλληλης συμπεριφοράς. Η τελευταία, εφόσον η υπό εξέταση αγορά παρουσιάζει συγκεκριμένη δομή και χαρακτηριστικά, δύναται μιν να θεμελιώσει την ύπαρξη σθθ, όχι όμως και την καταχρηστική εκμετάλλευσή αυτής.

## Β. Ο έλεγχος του ολιγοπωλίου στο πλαίσιο εφαρμογής του Κανονισμού 4064/89

Η περιορισμένη δυνατότητα προσφυγής στις γενικές διατάξεις της αντιμονοπωλιακής νομοθεσίας για την αντιμετώπιση του προβλήματος του ολιγοπωλίου φέρνει στο επίκεντρο τον Κανονισμό 4064/89. Το αρχικά αμφισβητούμενο ζήτημα της εφαρμογής του Κανονισμού 4064/89 για τον έλεγχο συγκεντρώσεων που ενδέχεται να οδηγήσουν στη δημιουργία ή την ενίσχυση σθθ,<sup>58</sup> λύθηκε οριστικά με την απόφαση Kali & Salz.<sup>59</sup> Στην υπόθεση Gencor το ΠΕΚ επικύρωσε απόφαση της Επιτροπής με την οποία για πρώτη φορά απαγορεύτηκε συγκέντρωση που θα οδηγούσε στη δημιουργία σθθ. Το Δικαστήριο ερμηνεύοντας την απόφαση Flat Glass όρισε ότι «δεν μπορεί καταρχήν να αποκλειστεί το ενδεχόμενο δύο ή περισσότερες ανεξάρτητες οικονομικές ενότητες να συνδέονται σε μια συγκεκριμένη αγορά με οικονομικούς δεσμούς και

εκ του λόγου αυτού να κατέχουν από κοινού δεσπόζουσα θέση σε σχέση με άλλους επιχειρηματίες στην ίδια αγορά» (παρ. 274). Αναφορικά με την απαιτούμενη φύση των δεσμών το ΠΕΚ έκρινε, ορίζοντας με ευρύτερο τρόπο την έννοια της σθθ, ότι «στο νομικό ή στο οικονομικό επίπεδο δεν υπάρχει κανένας λόγος να αποκλειστεί από την έννοια του οικονομικού δεσμού η σχέση αλληλεξάρτησης που υπάρχει μεταξύ των μελών ενός περιορισμένου ολιγοπωλίου, στο πλαίσιο του οποίου και σε μια αγορά που έχει τα κατάλληλα χαρακτηριστικά, ιδίως από τη σκοπιά της συγκεντρώσεως της αγοράς, της διαφάνειας και της ομοιογένειας του προϊόντος,<sup>60</sup> αυτά είναι σε θέση να προ-

49. Πρέπει να σημειωθεί ότι το ΔΕΚ, εξετάζοντας την έννοια των «δεσμών» παραπέμπει και σε αποφάσεις που αφορούν τον Κανονισμό, ενώ αντίστοιχη παραπομπή σε υπόθεση του άρθρου 82 έκανε και το ΠΕΚ στην Gencor, γεγονός που υποδηλώνει ότι για το Δικαστήριο η έννοια της σθθ είναι η ίδια στον Κανονισμό και στο άρθρο 82. Αυτό φαίνεται λανθασμένο, καθώς επιχειρήσεις που χαρακτηρίστηκαν δεσπόζουσες στα πλαίσια της δυναμικής ανάλυσης του Κανονισμού θα υπάγονται και στον έλεγχο του 82, του οποίου έτσι το πεδίο εφαρμογής διευρύνεται (*Whish*, «Substantive Analysis under the EC Merger Regulation», 45, 61, σε συλλογικό έργο «EU Competition Law and Policy», Πρακτικά Συνεδρίου: «Δίκαιο και Πολιτική Ανταγωνισμού στην ΕΕ - Εξελίξεις και προτεραιότητες», που έλαβε χώρα στην Αθήνα στις 19 Απριλίου 2002, υπό την αιγίδα της Ελληνικής Επιτροπής Ανταγωνισμού, έκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2002.)

50. Βλ. ενδεικτικά *Diaz*, 17.

51. *Haupt*, 438.

52. Βλ. γενικότερα *Norler*, «Collective Dominance under ar.82-an effective tool to control oligopolies?», [http://www.jur.lu.se/internet/biblioteket/examensarbeten.nsf/0/EE32EED327F4D44DC1256AE000483E13/\\$File/xsmall.pdf?OpenElement](http://www.jur.lu.se/internet/biblioteket/examensarbeten.nsf/0/EE32EED327F4D44DC1256AE000483E13/$File/xsmall.pdf?OpenElement).

53. *Tzouganatos*, 6.

54. *Whish*, 480.

55. Βλ. *Whish*, 480-482, όπου και παραπομπή σε σχετικές αποφάσεις της Επιτροπής και του Δικαστηρίου.

56. Αυτό έκρινε το Πρωτοδικείο στην απόφαση της 7ης Οκτωβρίου 1999, υπόθεση T-228/97, *Irish Sugar* κατά Επιτροπής, Συλλ. 1999, II- 2969, παρ. 66, απορρίπτοντας προσφυγή κατά αποφάσεως της Επιτροπής, με την οποία είχε επιβληθεί πρόστιμο για την ατομική παραβίαση συλλογικής (κάθετης) δεσπόζουσας θέσης.

57. *Tzouganatos*, 6.

58. Η Επιτροπή είχε ήδη προσφύγει στη θεωρία της σθθ για να επιβάλει δεσμεύσεις στην συγκέντρωση Nestle/Perrier (IV/M.190, ΕΕ 1992 L 356/1), ωστόσο η υπόθεση δεν έφτασε στο Δικαστήριο.

59. Απόφαση του Δικαστηρίου της 31ης Μαρτίου 1998, υπόθεση C-68/94 και C-30/95, Γαλλία κατά Επιτροπής, Συλλ. 1998, I-1375, παρ. 171 και 221. Ο Γενικός Εισαγγελέας Tesauro στις προτάσεις του υποστήριξε ότι ο Κανονισμός δεν μπορεί αλλά και δεν θα έπρεπε να εφαρμόζεται σε περιπτώσεις σθθ.

60. Η Επιτροπή, ήδη από την απόφαση Nestle/Perrier χρησιμοποίησε έναν κατάλογο διαρθρωτικής κυρίως φύσης χαρακτηριστικών αγοράς (βλ. ανωτέρω, σελ. 3) που λαμβάνονται υπόψη για την εξέταση της σθθ. Η προσφυγή στα χαρακτηριστικά της αγοράς προκειμένου να διαπιστωθεί αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις που ευνοούν τον σιωπηρό συντονισμό είναι χρήσιμη αλλά απλά ως σημείο εκκίνησης, για τους λόγους που αναφέρθηκαν ανωτέρω. Ειδικά για τον τομέα συγκεντρώσεων ο *Kuhn* προσθέτει ότι τα περισσότερα από τα χαρακτηριστικά αυτά παραμένουν τα ίδια

βλέπουν το ένα τη συμπεριφορά του άλλου και επομένως έχουν ισχυρό κίνητρο να ευθυγραμμίσουν τη συμπεριφορά τους στην αγορά έτσι ώστε, ιδίως, να μεγιστοποιήσουν το κοινό κέρδος, περιορίζοντας την παραγωγή με προοπτική την αύξηση των τιμών» (παρ. 276).

Η αρχή της απόφασης Gencor ότι, υπό ορισμένες προϋποθέσεις που σχετίζονται με τα χαρακτηριστικά της αγοράς, η ολιγοπωλιακή αλληλεξάρτηση συνιστά επαρκή δεσμό για τη θεμελίωση συλλογικής δεσπόζουσας θέσης,<sup>61</sup> αρχή που επιβεβαίωσε το ΔΕΚ στην υπόθεση CMBT, ανοίγει ένα ευρύτατο πεδίο για την απαγόρευση συγκεντρώσεων που οδηγούν σε αγορές με ολιγοπωλιακή δομή. Η αντίφαση που προκαλεί η δυνατότητα απαγόρευσης μιας συγκεντρώσεως λόγω της προοπτικής σιωπηρού συντονισμού μεταξύ των ολιγοπωλητών, όταν είδαμε πως ο σιωπηρός συντονισμός δεν αντιβαίνει στα άρθρα 81 και 82 per se είναι φαινομενική: είναι ακριβώς η δυσκολία αντιμετώπισης του ανωτέρω φαινομένου που καθιστά σκόπιμη την παροχή αρμοδιότητας στις αρχές ανταγωνισμού να επεμβαίνουν προληπτικά, μέσω των συστημάτων ελέγχου συγκεντρώσεων, εμποδίζοντας την δημιουργία δομών αγοράς στις οποίες ενδέχεται να αναπτυχθεί αυτή η βλαπτική για τον ανταγωνισμό κατάσταση.<sup>62</sup>

Μάλιστα, η πράξη δείχνει ότι ο Κανονισμός 4064/89 έχει εφαρμοστεί συχνά για την αντιμετώπιση συγκεντρώσεων που δημιουργούσαν ολιγοπωλιακές καταστάσεις.<sup>63</sup> Ασφαλώς, έχουν διατυπωθεί και αιτιάσεις ότι ο έλεγχος από την Επιτροπή των χαρακτηριστικών που δυνητικά ευνοούν τον συντονισμό δεν οδηγεί πάντοτε σε μια επαρκή βάση θεμελίωσης σθθ, ιδίως όταν αυτός ο έλεγχος γίνεται μηχανιστικά και όταν σε ορισμένα από τα χαρακτηριστικά που εκτιμώνται αποδίδεται βαρύτητα που δεν στηρίζεται στα πορίσματα της οικονομικής επιστήμης.<sup>64</sup> Η υπόθεση Airtours έδωσε την αφορμή να τεθεί σε νέο ή τουλάχιστον σαφέστερο νομικό πλαίσιο το ζήτημα της εφαρμογής του Κανονισμού στο ολιγοπώλιο.

## IV. Η υπόθεση Airtours

### A. Η απόφαση της Επιτροπής

Η υπόθεση Airtours αφορούσε την επιθετική εξαγορά της βρετανικής επιχείρησης οργάνωσης ταξιδιών First Choice από την Airtours. Η συγκεντρωση θα οδηγούσε στη δημιουργία τριοπωλίου ανάμεσα στη νέα οντότητα και τις Thomson Travel Group και Thomas Cook στη βρετανική αγορά οργανωμένων διακοπών στο εξωτερικό προς κοντινούς προορισμούς.<sup>65</sup> Το τριοπώλιο θα ήλεγχε το 80%, ενώ το υπόλοιπο μερίδιο θα κατείχαν εκατοντάδες μικρές επιχειρήσεις, καμία από τις οποίες δεν ξεπερνούσε το 3%.<sup>66</sup> Η αγορά αυτή λειτουργεί με ιδιαίτερο τρόπο,<sup>67</sup> καθώς ο ανταγωνισμός αναπτύσσεται σε δύο στάδια: καθορισμός συνολικού αριθμού πακέτων διακοπών (αεροπορικές θέσεις και κλίνες) και πώλησή τους. Τα δύο στάδια απέχουν μεταξύ τους χρονικά 12-18 μήνες, συνεπώς το επίπεδο προσφοράς διαμορφώνεται βάσει εκτιμήσεων του επιπέδου ζήτησης διακοπών μετά από ένα σημαντικό χρονικό διάστημα. Για να υπάρξει κερδοφορία πρέπει να πωλείται περίπου το 95% της προσφοράς. Αυτό συνεπάγεται και την σταδιακή παρο-

χή εκπτώσεων όσο πλησιάζουν οι ημερομηνίες αναχωρήσεων. Ο καθορισμός λοιπόν του αριθμού των πακέτων που θα διατεθεί πρέπει να είναι εξαιρετικά προσεκτικός, λόγω και της σύντομης προθεσμίας ανάλωσης του προϊόντος.

Η αγορά οργανωμένων ταξιδιών είχε αποτελέσει αντικείμενο έρευνας από την βρετανική MMC το 1997,<sup>68</sup> τα πορίσματα της οποίας κάνουν λόγο για μια δυναμική αγορά, με χαμηλά εμπόδια εισόδου και διακυμάνσεις στα μερίδια αγοράς. Η Επιτροπή έκρινε ότι από τότε που συνετάχθη η έκθεση της MMC ο τομέας έχει αναδιαρθρωθεί σε σημαντικό βαθμό με κύριο χαρακτηριστικό την καθετοποίηση των 4 μεγάλων επιχειρήσεων, την υψηλή συγκεντρωση<sup>69</sup> και τα μεγά-

και μετά την πραγματοποίηση της συγκεντρώσεως. Επιπλέον, η προσήλωση στον κατάλογο χαρακτηριστικών εν μέρει παραγνωρίζει ότι βασικό στοιχείο της ανάλυσης είναι ο βαθμός στον οποίο τα κίνητρα σιωπηρού συντονισμού αλλάζουν συνεπεία της συγκεντρώσεως (Kuhn, «Reforming European Merger Review: targeting problem areas in policy outcomes», 7επ. δημοσιευμένο στο: <http://www.law.umich.edu/centersandprograms/olin/abstracts/discussionpapers/2002/KUKuhn%2002012.pdf>).

61. Diaz, 16.

62. Whish, 480. Βλέπε και την παρ. 277 της Gencor, όπου το ΠΕΚ ανέφερε ότι σκοπός του Κανονισμού «είναι να αποτραπεί η εμφάνιση ή ενίσχυση διαρθρώσεων της αγοράς που εμποδίζουν τον ανταγωνισμό».

63. Η Επιτροπή έχει ελέγξει περισσότερες από 80 υποθέσεις συγκεντρώσεων που αφορούσαν σθθ. Σε πολλές περιπτώσεις επέβαλλε δεσμεύσεις στα μέρη ενώ σε 4 περιπτώσεις απαγόρευσε την πραγματοποίηση της συγκεντρώσεως (Haupt, 439).

64. Βλ. ενδεικτικά, Kuhn, 7 και υποσ. 31 και 60.

65. Σύμφωνα με την απόφαση της Επιτροπής (παρ. 10-28) οι αγορές οργανωμένων διακοπών διακρίνονται σε αγορές κοντινού και μακρινού προορισμού. Οι πρώτες περιλαμβάνουν προορισμούς στην Ηπειρωτική Ευρώπη και τη Βόρειο Αφρική, όπου η πτήση από το Ηνωμένο Βασίλειο δεν υπερβαίνει τις τέσσερις ώρες.

66. Απόφαση, παρ. 72-76.

67. Βλ. και Scott, «An immovable feast? Tacit collusion and collective dominance in merger control after Airtours», δημοσιευμένο στην ιστοσελίδα <http://www.ccr.uea.ac.uk/workingpapers/ccr02-6.pdf>.

68. «Foreign Package Holidays», Monopolies and Mergers Commission, 1997.

69. Βάσει του γνωστού δείκτη συγκεντρώσεως Herfindahl-Hirschman Index (ο δείκτης προκύπτει από την άθροιση των τετραγώνων των επιμέρους μεριδίων αγοράς των επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται στη σχετική αγορά), η εξαγορά θα είχε ως αποτέλεσμα την αύξηση του δείκτη από 1700 σε 2150 μονάδες (απόφαση, παρ. 139). Αυτός ο βαθμός συγκεντρώσεως θα προκαλούσε παρέμβαση και από τις αμερικανικές αρχές ανταγωνισμού (Kolasky, 3). Η Επιτροπή σε κάποιες αποφάσεις της υπολόγισε τον ΗΗΙ, ωστόσο δεν στηρίχτηκε ποτέ σε αυτόν (Christensen and Rabassa, 230). Στην παρ. 16 του Σχεδίου Ανακοίνωσης της Επιτροπής σχετικά με την εκτίμηση των οριζόντιων συγκεντρώσεων (δημοσιευμένο στην ιστοσελίδα [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)) αναφέρεται ότι η Επιτροπή θα εφαρμόζει τον ΗΗΙ ως μία πρώτη ένδειξη για την ανταγωνιστική πίεση στην αγορά μετά τη συγκεντρωση. Ωστόσο, ο Kuhn, («Closing Pandora's Box? Joint Dominance after the Airtours Judgement», δημοσιευμένο στην <http://www.law.umich.edu/CentersAndPrograms/olin/abstracts/discussionpapers/2002/Kuhn%202002->

λα εμπόδια εισόδου. Παράλληλα, η Επιτροπή υποστήριξε ότι πολλά χαρακτηριστικά της αγοράς όπως η ομοιογένεια των προϊόντων, η μικρή αύξηση της ζήτησης, η μικρή επιρροή που ασκεί η ζήτηση στις τιμές, οι παρόμοιες διαρθρώσεις του κόστους των κυριοτέρων επιχειρήσεων, η μεγάλη διαφάνεια, οι διευρυμένες επαγγελματικές σχέσεις μεταξύ των κύριων προμηθευτών, τα σημαντικά εμπόδια εισόδου και η ασήμαντη δύναμη των αγοραστών ευνοούν την εμφάνιση ενός κυρίαρχου μονοπωλίου και η συγκέντρωση θα ενισχύσει το σύνολο αυτών των χαρακτηριστικών, εκτός από τα δύο πρώτα.<sup>70</sup> Επίσης, η συγκέντρωση, θα αύξανε την ήδη υπάρχουσα αλληλεξάρτηση και διαφάνεια στην αγορά και θα περιθωριοποιούσε περαιτέρω τις μικρές επιχειρήσεις και τους δυνητικούς ανταγωνιστές, καθώς η First Choice θα σταματούσε να τους προσφέρει αεροπορικές θέσεις και να τους πωλεί τα προϊόντα της.<sup>71</sup> Τέλος, συνεκτιμήθηκε και η αποτρεπτική λειτουργία των οικονομικών απωλειών μιας υπερ-προσφοράς.<sup>72</sup> Η Επιτροπή, θεωρώντας ανεπαρκές το πακέτο δεσμεύσεων που προσέφερε η Airtours,<sup>73</sup> απαγόρευσε τη συγκέντρωση συμπεραίνοντας ότι λόγω της διάρθρωσης της αγοράς οι ολιγοπωλητές θα έχουν κάθε κίνητρο να συντονίσουν σιωπηρά τη συμπεριφορά τους στο επίπεδο καθορισμού της συνολικής προσφοράς, περιορίζοντας την σε επίπεδα χαμηλότερα από αυτά που επιβάλλει η εξέλιξη της αγοράς, δηλαδή αποφεύγοντας ή περιορίζοντας τον μεταξύ τους ανταγωνισμό.

## Β. Η θεωρητική διαμάχη - Μονομερή και συντονισμένα αποτελέσματα

Η απόφαση Airtours σχολιάστηκε αρνητικά από σημαντικό μέρος της θεωρίας τόσο σε επίπεδο αρχών όσο και σε σχέση με την επιμέρους οικονομική τεκμηρίωση των πορισμάτων της Επιτροπής. Η απαγόρευση δημιουργίας τριοπωλίου σε μία αγορά που εκ πρώτης όψεως δεν φαίνεται να ευνοεί τον σιωπηρό συντονισμό<sup>74</sup> και, κυρίως, το σκεπτικό της απόφασης κρίθηκε ότι σηματοδοτούσαν μία προσπάθεια της Επιτροπής να επεκτείνει το πεδίο εφαρμογής της θεωρίας της σδθ.<sup>75</sup> Μάλιστα ορισμένοι έγραψαν ακόμα και για άνοιγμα του κουτιού της Πανδώρας εκτιμώντας ότι η Επιτροπή αποκτούσε ευρύτατη διακριτική ευχέρεια απαγόρευσης συγκεντρώσεων που δημιουργούν απλά ενδείξεις απόκτησης δύναμης σε μια ολιγοπωλιακή αγορά.<sup>76</sup>

Σε επίπεδο αρχών δύο αλληλένδετα ζητήματα αποτέλεσαν τα βασικά σημεία αμφισβήτησης. Το πρώτο αφορούσε το dictum της Επιτροπής ότι «οι ολιγοπωλητές δεν χρειάζεται πάντα να συμπεριφέρονται σαν να υπήρχαν μια ή περισσότερες περιπτώσεις συμφωνίες ανάμεσά τους. Αρκεί το γεγονός ότι η συγχώνευση ωθεί τα μέλη του ολιγοπωλίου να προσαρμολοστούν στις συνθήκες της αγοράς, να συμπεριφέρονται **ατομικά**<sup>77</sup> κατά τρόπο που μειώνει σημαντικά τον ανταγωνισμό ανάμεσά τους και ως αποτέλεσμα αυτού να ενεργούν σε σημαντικό βαθμό ανεξάρτητα από τους ανταγωνιστές, τους πελάτες και τους καταναλωτές» (παρ. 54). Η Επιτροπή φάνηκε λοιπόν να δίνει βάση στην «ατομική» και όχι την «κοινή πολιτική» των ολιγοπωλητών, που είναι και το βασικό χαρακτηριστικό της ολιγοπωλιακής αλληλεξάρτησης. Το δεύτερο ζήτημα αφορούσε τη θέση ότι δεν είναι από νομικής απόψεως υποχρεωτικό να αποδειχθεί η ύπαρξη ενός αυστηρού μηχανισμού επιβολής κυρώσεων για τη θεμελίωση σδθ, αν και όπως προαναφέρθηκε, η οικονομική επιστήμη διδάσκει ότι

για να διατηρηθεί ο σιωπηρός συντονισμός χρειάζεται η δυνατότητα μηχανισμού που να αποτρέπει την παρέκκλιση από την συντονισμένη πολιτική.

Οι ανωτέρω διατυπώσεις της απόφασης Airtours πυροδότησαν την διαμάχη σχετικά με το αν η Επιτροπή, αδυνατώντας να ικανοποιήσει τα υψηλά κριτήρια της ατομικής δεσπόζουσας θέσης, δεν βασίστηκε στον μετά τη συγκέντρωση σιωπηρό συντονισμό των ολιγοπωλητών αλλά στα «μονομερή αποτελέσματα» (unilateral effects) στον ανταγωνισμό.<sup>78</sup> Αυτό, πέραν από την σαφή απομάκρυνση από την προηγούμενη κοινοτική πρακτική, θεωρήθηκε ότι δεν θα ήταν συμβατό με το κείμενο του Κανονισμού, αλλά και με την οικονομική επιστήμη.<sup>79</sup> Η τελευταία διδάσκει κατ' αρχάς ότι οι οριζόντιες συγκεντρώσεις μπορεί να προκαλέσουν γενικά δύο ειδών βλαπτικά για τον ανταγωνισμό αποτελέσματα, τα «μονομερή» και τα «συντονισμένα». Συγκεκριμένα, μια συγκέντρωση μπορεί να διευκολύνει μια επιχείρηση να ασκήσει δύναμη στην αγορά μονομερώς, αυξάνοντας τις τιμές ή περιορίζοντας την παραγωγή ατομικά,<sup>80</sup> δηλαδή χωρίς συντονισμό με άλλες επιχειρήσεις. Δεύτερον, μία συγκέντρωση μπορεί να δημιουργήσει δομή αγοράς που διευκολύνει τον ρητό ή σιωπηρό συντονισμό.<sup>81</sup>

013.pdf υποστηρίζει ότι ο δείκτης ΗΗ δεν πρέπει να χρησιμοποιείται σε συγκεντρώσεις που δημιουργούν το ενδεχόμενο σιωπηρού συντονισμού, καθώς ο δείκτης θα μετρήσει μια αύξηση στην ασυμμετρία των επιχειρήσεων ως αύξηση της δύναμης στην αγορά, κάτι που είναι εσφαλμένο καθώς η ασυμμετρία των επιχειρήσεων δυσκολεύει τον συντονισμό.

70. Απόφαση, παρ. 87. Τα χαρακτηριστικά αυτά αναλύονται στις επόμενες παραγράφους της απόφασης.

71. Απόφαση, παρ. 170-171.

72. Η Επιτροπή τόνισε ότι αν και δεν είναι ανάγκη να αποδειχθεί η ύπαρξη ενός αυστηρού μηχανισμού επιβολής κυρώσεων, σε κάθε περίπτωση η απλή απειλή αποκατάστασης του ανταγωνισμού θα λειτουργούσε αποτρεπτικά για τους ολιγοπωλητές (παρ. 150-151).

73. Απόφαση, παρ. 181-193.

74. Motta, 205.

75. Whish, 491. Ο Lesguillons, «Airtours: the Aftermath», Int.Bus.L.J, 477, 486, κάνει λόγο για συνήθη στρατηγική της Επιτροπής, όταν επιθυμεί να τροποποιήσει την πρακτική της: αντί για διαφάνεια και νομική ασφάλεια, υιοθετώντας π.χ. ένα νέο κείμενο, προσπαθεί να προωθήσει την τροποποίηση σταδιακά, μέσω ad hoc αποφάσεών της. Αν δεν υπάρξει επέμβαση του Δικαστηρίου σε σειρά όμοιων αποφάσεων, η τροποποίηση πλέον εισάγεται ρητά, έχοντας νομιμοποιηθεί ως καθιερωμένη πρακτική με την έμμεση αποδοχή και του Δικαστηρίου.

76. Kuhn, «Closing...», 11.

77. Υπογραμμισμένη η απόδοση της λέξης «individually» που, περιέργως, δεν υπάρχει στην ελληνική μετάφραση της απόφασης.

78. Βλ. ενδεικτικά, Motta, Kuhn, contra οι Christensen and Rabassa, Tzouganatos, Nikray and Houwen. Οι τελευταίοι παραπέμπουν και στην Έκθεση Επι' Ακροατηρίω, όπου η Επιτροπή υποστήριξε πως η απόφασή της δεν στηρίχθηκε στα μονομερή αποτελέσματα αλλά στα συντονισμένα.

79. Βλ., ενδεικτικά, Niels, 169.

80. Europe Economics, 50.

81. Για μια αναλυτικότερη παρουσίαση των μονομερών και των συντονισμένων αποτελεσμάτων βλ. Europe Economics, 49-62.

Ο Κανονισμός 4064/89, αντίθετα με όσα ισχύουν στις ΗΠΑ, όπου οι Αμερικανικές Αρχές Ανταγωνισμού (Department of Justice, Federal Trade Commission) ρητά ενσωματώνουν στην ανάλυσή τους τις οικονομικές έννοιες των μονομερών και συντονισμένων αποτελεσμάτων,<sup>82</sup> δεν χρησιμοποιεί αυτή την ορολογία, αλλά αναφέρεται στη νομική έννοια της δεσπόζουσας θέσης. Η πριν την *Airtours* πρακτική δείχνει ότι η ατομική δεσπόζουσα θέση αντιστοιχεί με τα μονομερή και η συλλογική με τα συντονισμένα αποτελέσματα.<sup>83</sup> Υποστηρίζεται όμως ότι έτσι μένει ένα σημαντικό κενό στο κοινοτικό σύστημα ελέγχου συγκεντρώσεων. Ειδικότερα, υπάρχουν θεωρητικά περιπτώσεις συγκεντρώσεων που δεν οδηγούν μεν σε συνθήκες ευνοϊκές για συντονισμό -δηλ. σε οδθ- προκαλούν, ωστόσο, μονομερή αντιανταγωνιστικά αποτελέσματα, επιτρέποντας στις εμπλεκόμενες επιχειρήσεις να ασκήσουν δύναμη στην αγορά μονομερώς, αυξάνοντας τις τιμές, χωρίς απαραίτητα να καλύπτουν τα υψηλά κατώφλια της «ατομικής» δεσπόζουσας θέσης.<sup>84</sup> Χαρακτηριστικό είναι το παράδειγμα της υπόθεσης *Babyfoods*.<sup>85</sup> Η αμερικανική FTC απαγόρευσε βάσει της θεωρίας των μονομερών αποτελεσμάτων τη συγκέντρωση μεταξύ της δεύτερης και τρίτης εταιρίας παραγωγής παιδικών τροφών που θα οδηγούσε σε δυσωπώλιο, με τη νέα οντότητα να κατέχει μεν μόνο το 30%, έχοντας, ωστόσο, τη δυνατότητα, λόγω της δομής της αγοράς, να ασκήσει δύναμη στην αγορά αυξάνοντας μονομερώς τις τιμές. Ανάλογα πραγματικά περιστατικά υπό τον Κανονισμό δύσκολα θα θεμελιώναν ατομική, λόγω της ύπαρξης άλλης επιχείρησης με μερίδιο 70%<sup>86</sup> ή οδθ λόγω της ασυμμετρίας στα μερίδια αγοράς.<sup>87</sup> Το ζήτημα λοιπόν που τέθηκε στην υπόθεση *Airtours* είναι αν η Επιτροπή, διαπιστώνοντας ότι υπάρχουν περιπτώσεις συγκεντρώσεων που θα προκαλέσουν βλαπτικά για τον ανταγωνισμό αποτελέσματα, χωρίς να οδηγούν σε δομή αγοράς που ευνοεί τον συντονισμό ούτε και στη δημιουργία ατομικής δεσπόζουσας θέσης, επεδίωξε να καλύψει το κενό νόμου επεκτείνοντας την έννοια της οδθ, ώστε η τελευταία να εφαρμόζεται και σε περιπτώσεις μονομερών αποτελεσμάτων.

Τέτοιες περιπτώσεις φαίνεται ότι μπορούν να αντιμετωπιστούν αποτελεσματικότερα στα συστήματα συγκεντρώσεων, όπως το αμερικανικό, το καναδικό, πλέον και το βρετανικό, που καθιερώνουν το κριτήριο του «ουσιαστικού περιορισμού του ανταγωνισμού», (substantially lessening of competition), χωρίς να υπάρχει η προϋπόθεση απόδειξης δεσπόζουσας θέσης.<sup>88</sup> Το αν η Επιτροπή στην *Airtours* εφήρμοσε τη θεωρία των μονομερών αποτελεσμάτων και το αν αυτή η θεωρία μπορεί να επεκταθεί στα πλαίσια της οδθ, καλύπτοντας έτσι το παρκόσιο για ορισμένους κενό στον Κανονισμό, ήταν τα βασικά ερωτήματα που θα αντιμετωπίζε το ΠΕΚ. Οι απαντήσεις του Δικαστηρίου αναμένονταν να συμβάλουν και στη συζήτηση που είχε ήδη ανοίξει για την σκοπιμότητα αντικατάστασης του ουσιαστικού κριτηρίου του άρθρου 2 του Κανονισμού από το προαναφερθέν κριτήριο των αγγλοσαξονικών συστημάτων.<sup>89</sup>

## Γ. Η απόφαση του Πρωτοδικείου

Η προσφυγή της *Airtours* στηρίχθηκε σε τέσσερις λόγους: εσφαλμένος ορισμός της σχετικής αγοράς προϊόντων, εφαρμογή νέας και εσφαλμένης έννοιας της οδθ κατά παράβαση της αρχής της ασφάλειας δικαίου, εσφαλμένη διαπίστωση

ότι θα δημιουργηθεί οδθ και παράβαση της αρχής της αναλογικότητας λόγω μη αποδοχής των προτεινόμενων δεσμεύσεων.<sup>90</sup> Το ΠΕΚ απέρριψε τον πρώτο λόγο ως αβάσιμο, κρίνοντας ότι η Επιτροπή δεν διέπραξε προφανές σφάλμα εκτιμήσεως. Αυτό που διαφαίνεται είναι η θέση ότι, εφόσον έχουν ληφθεί υπόψη τα στοιχεία που πρέπει,<sup>91</sup> ο δικαστικός έλεγχος θα σέβεται «τα όρια της εξουσίας εκτιμήσεως» (παρ. 44) στην ανάλυση της Επιτροπής. Ως προς τον δεύτερο λόγο, το ΠΕΚ απέφυγε να καθορίσει ρητά το πεδίο εφαρμογής της οδθ αναφέροντας ότι «οφείλει να περιοριστεί στην εξέταση του τρόπου με τον οποίο το δίκαιο εφαρμόστηκε στα πραγματικά περιστατικά» (παρ. 53).

Το Δικαστήριο, προχωρώντας στην εξέταση του τρίτου λόγου ακυρώσεως, έκρινε κατ' αρχήν ότι για να απαγορευτεί μία συγκέντρωση πρέπει η Επιτροπή να αποδείξει ότι η δημιουργία ή ενίσχυση μιας οδθ θα είναι η απευθείας και άμεση συνέπεια της (παρ. 58). Για την θεμελίωση αυτής της θέσης τρεις είναι οι απαραίτητες προϋποθέσεις: **α)** επαρκής διαφάνεια στην αγορά, ώστε κάθε μέλος του ολιγοπωλίου να μπορεί να γνωρίζει με τρόπο ακριβή και άμεσο τη συμπεριφορά των άλλων, προκειμένου να εξακριβώνει αν ακολουθούν την ίδια γραμμή δράσης. Η συνείδηση ότι η αλληλένδετη συμπεριφορά θα είναι ωφέλιμη για όλους δεν αρκεί, αλλά χρειάζεται ένα μέσο για να γνωρίζει κάθε μέλος αν οι άλλοι επιχειρηματίες υιοθετούν και διατηρούν την ίδια στρατηγική, **β)** ικανότητα διατήρησης του σιωπηρού συντονισμού. Αυτό απαιτεί την ύπαρξη επαρκών παραγόντων αποτροπής, δηλαδή αντιποίνων, για να εξασφαλιστεί ένα μακροπρόθεσμο κίνητρο για να μην αποστούν από την κοινή γραμμή τα μέλη του ολιγοπωλίου. Το κίνητρο είναι η γνώση ότι ενδεχόμενη ανταγωνιστική δράση θα προκαλούσε παρόμοια συμπεριφορά των άλλων, με αποτέλεσμα αυτή η δράση να μην αποφέρει κανένα πλεονέκτημα και **γ)** η προβλεπόμενη αντίδραση των τωρινών και μελλοντικών ανταγωνιστών, όπως και των καταναλωτών, να μην

82. DOJ and FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, 1997, δημοσιευμένες στο [www.usdoj.gov](http://www.usdoj.gov).

83. *Christensen and Rabassa*, 229.

84. *Motta*, 202, *Europe Economics* 122 και *O' Donoghue and Feddersen* σε *CMLRev* 2002, 1171, 1180.

85. *FTC v. H.J. Heinz Co and Milnot Holding*, 246 F.3d 708 (27 April 2001).

86. Ο *Kuhn* («Closing..», 11) αναφέρει ότι και υπό τον ισχύοντα Κανονισμό θα μπορούσε να απαγορευτεί μια περίπτωση με τα ανωτέρω πραγματικά δεδομένα, υποστηρίζοντας ότι η έννοια της ατομικής δεσπόζουσας θέσης συντρέχει όταν μία επιχείρηση μπορεί να ασκήσει δύναμη στην αγορά, ακόμα και αν δεν έχει το μεγαλύτερο μερίδιο. Ουσιαστικά λοιπόν ο *Kuhn* αποδέχεται τη δυνατότητα ύπαρξης δύο ατομικών δεσπόζουσων θέσεων στην ίδια αγορά.

87. *Donoghue and Feddersen*, 1180.

88. *Whish*, 491.

89. Βλ. Πράσινο Βιβλίο.

90. Για μια εκτεταμένη παρουσίαση της απόφασης στην ελληνική βιβλιογραφία, βλ. *Ρούσο*, ΕΕμπΔ, 2003, 176 επ.

91. Βλ. παρ. 25, όπου αναφέρονται τα στοιχεία που έλαβε υπόψη η Επιτροπή για τον ορισμό της αγοράς, ενώ στις επόμενες παραγράφους ακολουθεί σχετικά λεπτομερής εξέταση αυτών των στοιχείων.



θέτει σε κίνδυνο τα αναμενόμενα αποτελέσματα από την κοινή πολιτική των ολιγοπωλητών (παρ. 62). Επιπλέον, το ΠΕΚ έκρινε ότι η σε προοπτική ανάλυση που απαιτείται από την Επιτροπή στις υποθέσεις οδθ καθιστά αναγκαία την προσεκτική εξέταση όλων των περιστάσεων και σ' αυτήν απόκειται η παροχή πειστικών αποδείξεων (παρ. 63). Τέλος, το Δικαστήριο αναγνώρισε ότι ο έλεγχος πρέπει να γίνεται υπό το φως του περιθωρίου εκτίμησης της Επιτροπής σε θέματα οικονομικής φύσης (παρ. 64).

Στην πράξη όμως το ΠΕΚ προχώρησε σε πλήρη και λεπτομερέστατη επανεξέταση των πραγματικών δεδομένων της υπόθεσης, σε μια απόφαση που αποτελεί υπόδειγμα αποτελεσματικού δικαστικού ελέγχου. Ειδικότερα, το Δικαστήριο, αντίθετα με την Επιτροπή, έκρινε ότι ο βαθμός ανταγωνισμού που υπάρχει κατά τη στιγμή της κοινοποίησης είναι καθοριστικός για να διαπιστωθεί αν με τη συγκέντρωση δημιουργείται οδθ (παρ. 82). Η Επιτροπή λοιπόν, μην έχοντας αμφισβητήσει τον ανταγωνιστικό, σύμφωνα και με την έκθεση της MMC, χαρακτήρα της αγοράς, δεν μπορούσε να χαρακτηρίσει τον συνετό προγραμματισμό προσφοράς θέσεων και τις πρόσφατες κινήσεις οριζόντιας και κάθετης διαρθρώσεως στην αγορά ως ενδείξεις ότι υπήρχε ήδη μια τάση οδθ (παρ. 92-108). Ένα ακόμα χαρακτηριστικό της αγοράς που αποδεικνύει τον ανταγωνιστικό χαρακτήρα της ήταν η διακύμανση και η μεταβλητότητα των μεριδίων αγοράς. Το ΠΕΚ έκρινε ότι η Επιτροπή εσφαλμένα θεώρησε ότι τα μερίδια αγοράς των ολιγοπωλητών ήταν σταθερά, αφού δεν συνυπολόγισε τα μερίδια που προέκυψαν από εξαγορές (παρ. 109-119). Το Δικαστήριο ήταν πιο αυστηρό αναλύοντας το μέρος της απόφασης της Επιτροπής σχετικά με τα χαρακτηριστικά της αγοράς που ευνοούν τον σιωπηρό συντονισμό, όπως την εκτίμηση της παρελθούσας και της προβλεπτής εξελίξης της ζήτησης, την διακύμανση της ζήτησης και του βαθμού διαφάνειας στην αγορά. Συγκεκριμένα, το συμπέρασμα της Επιτροπής περί της μικρής αύξησης της ζήτησης στηρίχτηκε κατά πρώτον σε απόσπασμα μελέτης, της οποίας το σύνολο ουδέποτε διεθετε η Επιτροπή. Από τη δε μελέτη του αποσπάσματος προκύπτει μία «στρεβλή και εσφαλμένη ανάγνωση του», αφού στην πραγματικότητα ο συντάκτης τόνιζε τη μαζική αύξηση των πωλήσεων στον τομέα των διακοπών στο εξωτερικό τα τελευταία 20 χρόνια. Δεύτερον, η Επιτροπή στηρίχτηκε σε οικονομική μελέτη που προέβλεπε μηδενική αύξηση της ζήτησης για την επόμενη διετία, οι συντάκτες, η φύση και το πλαίσιο εντός του οποίου συντάχθηκε δεν προέκυπταν (παρ. 123-133). Ως προς την ήδη υπάρχουσα στην αγορά ελαστικότητα της ζήτησης, η οποία σύμφωνα με την οικονομική θεωρία δυσχεραίνει τον συντονισμό λόγω της δυσκολίας διαπίστωσης αν υφίστανται αποκλίσεις από την κοινή πολιτική των ολιγοπωλητών, το ΠΕΚ έκρινε ότι η Επιτροπή δεν προσκόμισε επαρκή στοιχεία για το ανεφάρμοστο της θεωρίας στη συγκεκριμένη υπόθεση (παρ. 134-147).<sup>92</sup> Τέλος, ο προγραμματισμός της προσφοράς δεν συνίσταται απλά στη μηχανική επανάληψη της προσφοράς από το ένα έτος στο άλλο, που μπορούν ευχερώς να προβλέψουν οι ολιγοπωλητές. Αντίθετα, συνεπάγεται ένα σύνθετο έργο που γίνεται κυρίως βάσει της υποκειμενικής κρίσης των επιχειρηματιών σύμφωνα με πολλές μεταβλητές και παράγοντες, όπως οι διαθέσιμες θέσεις και καταλύματα σε διάφορες ημερομηνίες του έτους. Η δε Επιτροπή απέτυχε να αποδείξει ότι οι διαπραγματεύσεις με τα ίδια ξενοδοχεία και η διαπραγμα-

τευση των ολιγοπωλητών για αγορά ή ανταλλαγή θέσεων στα αεροπλάνα συμβάλλουν σημαντικά στη μεγαλύτερη διαφάνεια. Συνεπώς, το Δικαστήριο ύστερα από λεπτομερέστατη ανάλυση, έκρινε ότι η διαφάνεια στην αγορά δεν είναι μεγάλη (παρ. 148-180).

Εξίσου επικριτικό για την Επιτροπή ήταν το μέρος της απόφασης που αφορούσε τον μηχανισμό αντιποίνων (παρ. 183-207). Το ΠΕΚ σημειώνει την διφορούμενη θέση της Επιτροπής, ότι αφενός η ύπαρξη ενός αυστηρού μηχανισμού αντιποίνων που θα στηριζόταν στον καταναγκασμό δεν είναι απαραίτητη, αφετέρου υπάρχουν σημαντικές δυνατότητες αντιποίνων στην αγορά. Παράλληλα, λύνοντας και τη θεωρητική διαμάχη για τον ρόλο των αντιποίνων στη οδθ, έκρινε ότι «η Επιτροπή δεν πρέπει υποχρεωτικά να αποδείξει την ύπαρξη ενός συγκεκριμένου μηχανισμού αντιποίνων, ωστόσο, πρέπει να αποδείξει την ύπαρξη επαρκών παραγόντων αποτροπής, οπότε κάθε μέλος του δεσπόζοντος ολιγοπωλίου να μην έχει συμφέρον να παρεκκλίνει από την κοινή συμπεριφορά» (παρ. 195). Μετά δε από εκτενή ανάλυση των παραγόντων αποτροπής στους οποίους στηρίχτηκε η Επιτροπή, το ΠΕΚ έκρινε ότι τα χαρακτηριστικά και ο τρόπος λειτουργίας της αγοράς διακοπών δυσχεραίνουν τη γρήγορη και αποτελεσματική λήψη μέτρων ώστε αυτά να φαίνονται επαρκώς αποτρεπτικά. Στη συνέχεια το ΠΕΚ εξέτασε την τρίτη απαραίτητη προϋπόθεση για τη οδθ, δηλαδή αν η προβλεπτή αντίδραση των σημερινών και μελλοντικών ανταγωνιστών και των καταναλωτών μπορούσε να θέσει σε κίνδυνο τα αναμενόμενα αποτελέσματα της κοινής πολιτικής των ολιγοπωλητών (παρ. 211-276). Το Δικαστήριο έκρινε ότι αναφορικά με τα ανωτέρω η Επιτροπή ήταν περίπου «εκτός θέματος».<sup>93</sup> Ειδικότερα για τους σημερινούς και τους μελλοντικούς ανταγωνιστές, ζητούμενο δεν είναι, όπως υποστηρίζει η Επιτροπή, το κατά πόσο μια μικρή επιχείρηση ή ένας δυναμικός ανταγωνιστής μπορούν να επιτύχουν το αναγκαίο μέγεθος για να ανταγωνιστούν τους ολιγοπωλητές, αλλά αν μπορούν να αντιδράσουν αποτελεσματικά εκμεταλλευόμενοι την αναμενόμενη υποπροσφορά θέσεων, ερώτημα στο οποίο το ΠΕΚ, με μία εξαιρετικά εκτενή οικονομική ανάλυση, απάντησε θετικά. Επίσης και η εκτίμηση της Επιτροπής για την πιθανή αντίδραση των καταναλωτών κρίθηκε εσφαλμένη, καθώς δεν έπρεπε να επικεντρωθεί στην ασήμαντη αγοραστική τους δύναμη, αλλά στο γεγονός της, όπως αποδείχτηκε, πραγματικής δυνατότητας τους να αντιδράσουν σε ενδεχόμενη άνοδο των τιμών των ολιγοπωλητών επιλέγοντας τις φτηνότερες μικρές επιχειρήσεις. Τέλος, εξετάζοντας την επίπτωση της συγκέντρωσης στον ανταγωνισμό (παρ. 278-293), το ΠΕΚ έκρινε ότι, αντίθετα με τις θέσεις της Επιτροπής, η διαφάνεια στην αγορά είναι ανεπαρκής, ενώ και η κάθετη διάρθρωση των ολιγοπωλητών, ελλείψει αντίθετης αποδείξεως, αυξάνει την ανεξαρτησία τους. Επιπλέον, το Δικαστήριο έκρινε ότι οι εμπορικοί δεσμοί μεταξύ των ολιγοπωλητών δεν μπορεί να θεωρεί ότι συνιστούν αποκλειστικά τους ισχυρούς οικονομικούς δεσμούς που ευνοούν τον συντονισμό. Ελλείψει αντι-

92. Το ΠΕΚ έτοι επιβεβαιώνει τη θέση ότι τα χαρακτηριστικά της αγοράς δεν αποτελούν στοιχεία που εξετάζονται μηχανιστικά και οδηγούν σε απόλυτα συμπεράσματα. Αναλύονται ad hoc, προκειμένου να διαπιστωθεί αν υπό τις συγκεκριμένες περιστάσεις ευνοούν ή όχι τον συντονισμό.

93. *Lesguillons*, 498.

θετης αποδείξεως, οι εμπορικοί δεσμοί απλά απεικονίζουν τη λειτουργία της σχετικής αγοράς, όπου η διατήρησή τους είναι μια αποδοτική και ορθολογική επιχειρηματική επιλογή. Με άλλα λόγια, το ΠΕΚ όρισε ότι στην περίπτωση που οι όποιοι δεσμοί μεταξύ των μελών του ολιγοπωλίου είναι προϊόν ορθολογικής επιχειρηματικής επιλογής που τα καθιστά περισσότερο ανταγωνιστικά, αυτοί οι δεσμοί δεν μπορεί να θεωρηθούν στοιχεία που συμβάλλουν στη θεμελίωση οδθ. Το ΠΕΚ ακύρωσε την απόφαση συμπεραίνοντας ότι η Επιτροπή απαγόρευσε τη συγκέντρωση χωρίς να αποδείξει επαρκώς ότι θα δημιουργούσε οδθ.

## V. Κριτική και συνέπειες της απόφασης Airtours

Η απόφαση του ΠΕΚ αποτελεί σταθμό τόσο για την εξέλιξη της θεωρίας του ολιγοπωλίου, όσο και για το κοινοτικό σύστημα ελέγχου συγκεντρώσεων εν γένει. Αναφορικά με το δεύτερο η Airtours ενίσχυσε την άποψη ότι το υπάρχον πλαίσιο έχει σημαντικά προβλήματα που καθιστούν αναγκαία μια ουσιαστική αναμόρφωση. Ενδεικτικά, πρέπει να επισημανθεί ότι η Airtours δικαιώθηκε 3 χρόνια από την ημερομηνία κοινοποίησης της συγκέντρωσης, όταν πια ήταν αργά για αναβίωση της συμφωνίας, γεγονός που μακράν απέχει από τον στόχο της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας.<sup>94</sup> Ήδη το ΠΕΚ εφαρμόζει μια «fast-track» διαδικασία που έχει μειώσει σημαντικά τον χρόνο έκδοσης των αποφάσεων,<sup>95</sup> ενώ και στην Πρόταση της Επιτροπής για τον Κανονισμό Συγκεντρώσεων επιδιώκεται να αντιμετωπιστεί το ζήτημα με διατάξεις που καθιερώνουν μεγαλύτερη ελαστικότητα στα χρονοδιαγράμματα του ελέγχου της Επιτροπής.<sup>96</sup>

Παράλληλα, η ακύρωση απόφασης της Επιτροπής που συνοδεύεται από πολύ σκληρή γλώσσα για τη σωρεία λαθών και τις ελλείψεις στην ανάλυση δεν είναι ασφαλώς πρωτοφανής.<sup>97</sup> Ωστόσο, η Airtours, σε συνδυασμό με τις μεταγενέστερες υποθέσεις απαγορευμένων συγκεντρώσεων Schneider/Legrand, Tetra/Sidel, όπου το ΠΕΚ ακύρωσε επίσης τις αποφάσεις της Επιτροπής, αγγίζουν το θεσμικό ζήτημα που απορρέει από την ταυτότητα στο πρόσωπο της Επιτροπής του οργάνου που συλλέγει το αποδεικτικό υλικό και παράλληλα αποφασίζει επί μιας συγκεντρώσεως. Συγκεκριμένα, υποστηρίζεται ότι είναι φυσιολογικό ή παραπάνω ταυτότητα να περιορίζει τα κίνητρα για πληρέστερο έλεγχο, καθώς, αντίθετα π.χ. με το αμερικανικό σύστημα,<sup>98</sup> τα στελέχη του Merger Task Force δεν έχουν να πείσουν κάποιον τρίτο για την ορθότητα των συμπερασμάτων τους.<sup>99</sup> Στα πλαίσια αναμόρφωσης του κοινοτικού συστήματος ελέγχου συγκεντρώσεων προβλέπεται η ενίσχυση σε ανθρώπινο δυναμικό του ΜΤΦ, αλλά και η καθιέρωση ενός Panel από εξειδικευμένα στελέχη της Επιτροπής, το οποίο θα αναλαμβάνει τη Φάση II του σε βάθος ελέγχου των συγκεντρώσεων εξασφαλίζοντας έτσι ότι τα προκαταρκτικά συμπεράσματα θα επανεξετάζονται από «ένα δεύτερο ζευγάρι ματιών».<sup>100</sup> Υποστηρίζεται όμως με πειστικότητα και η άποψη της δημιουργίας μιας πλήρους ανεξάρτητης διοικητικής αρχής για την λήψη αποφάσεων της Φάσης II, ώστε να υπάρχει αυτονομία από την άμεση ή έμμεση επιρροή της Επιτροπής.<sup>101</sup>

Η θετικότερη συμβολή της απόφασης είναι η αποσαφήνιση των τριών απαραίτητων νομικών προϋποθέσεων για την

θεμελίωση οδθ. Η αποσαφήνιση αυτή απομακρύνει την ανάλυση από το ζητήματα της ύπαρξης «δεσμών», ιδίως όμως φέρνει εγγύτερα το κοινοτικό δίκαιο με την οικονομική θεωρία, αλλά και με την πρακτική των αμερικανικών αρχών, γεγονός που συμβάλλει στη σταδιακή σύγκλιση των συστημάτων ανταγωνισμού.<sup>102</sup> Μάλιστα, αν και το Δικαστήριο απέφυγε να πάρει ρητή θέση, η κρατούσα άποψη<sup>103</sup> υποστηρίζει ότι η καθιέρωση των ανωτέρω προϋποθέσεων, ιδίως αυτή που αφορά την ύπαρξη επαρκών παραγόντων αποτροπής, σημαίνει ότι ο έλεγχος της οδθ υπό τον Κανονισμό 4064/89 πρέπει να περιορίζεται στα συντονισμένα αποτελέσματα της συγκέντρωσης στον ανταγωνισμό, δεδομένου ότι οι παράγοντες αποτροπής αναγνωρίζονται και στην οικονομική επιστήμη ως απαραίτητο στοιχείο του σιωπηρού συντονισμού. Ωστόσο, μέρος της θεωρίας,<sup>104</sup> αλλά και η ίδια η Επιτροπή υποστηρίζουν ότι η Airtours δεν έκλεισε τον δρόμο στην εφαρμογή της θεωρίας των μονομερών αποτελεσμάτων. Είναι χαρακτηριστικό ότι στην Πρόταση Κανονισμού η Επιτροπή εισηγείται την «αποσαφήνιση»<sup>105</sup> του ουσιαστικού κριτηρίου του άρθρου 2 με την

94. *O' Donoghue and Feddersen*, 1183.

95. Οι προσφυγές στις συγκεντρώσεις Schneider/Legrand και Tetra Laval/Sidel υπήχθησαν σε αυτή τη διαδικασία.

96. Βλ. ήδη το άρθρο 10 του νέου Κανονισμού, που εισάγει νέες περισσότερες ευέλικτες προθεσμίες για την κίνηση της διαδικασίας και τη λήψη αποφάσεων κατά τον ουσιαστικό έλεγχο των γνωστοποιούμενων συγκεντρώσεων.

97. Βλ. π.χ. την απόφαση του Πρωτοδικείου της 1ης Ιανουαρίου 1998, *European Night Services* κατά Επιτροπής T-374/94, Συλλ. II-1111, 11.

98. Στις ΗΠΑ αρμόδια να απαγορεύσουν μια συγκέντρωση είναι τα δικαστήρια, συνεπώς οι αρχές ανταγωνισμού προσαθούν να προετοιμάσουν πειστικά κάθε εισήγηση για απαγόρευση μιας συγκέντρωσης.

99. *Kuhn*, «Reforming...», 18 επ. Ακόμα και το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο επισημαίνει ότι η έλλειψη διαχωρισμού μεταξύ οργάνου που ερευνά και οργάνου που αποφασίζει και δεν συμβιβάζεται με την ανάγκη νομικής ασφάλειας (Απόφαση της 4.7.2002 σχετικά με την Πράσινη Βίβλο για τις συγκεντρώσεις).

100. *Ryan*, «Reform of the EU Merger Control System- a comprehensive package of proposals», *Competition Policy Newsletter*, 2003, 9, 12. Πράγματι έχει ήδη επιλεγεί η καθιέρωση αυτού του panel, στο πλαίσιο της προσπάθειας βελτίωσης του εσωτερικού ελέγχου της λειτουργίας της Επιτροπής (βλ. και σχετική Ανακοίνωση Τύπου της Επιτροπής της 20.1.2004 με τίτλο «New Merger Regulation frequently asked questions»).

101. *Lesguillons*, 507, *Kuhn*, 41. Τέτοια συστήματα ακολουθούνται ενδεικτικά στη Μ.Βρετανία, την Ιρλανδία, τη Γερμανία, την Ιταλία.

102. *O' Donoghue and Feddersen*, 1176. Βλ. και *Horizontal Merger Guidelines*, section 2.1. Για το ευρύτερο ζήτημα της ανάγκης σύγκλισης των συστημάτων ελέγχου συγκεντρώσεων επιχειρήσεων, βλ. *Κοσμίδη* «Διεθνείς συγκεντρώσεις επιχειρήσεων», 2002.

103. *Tzouganatos*, 15, *O' Donoghue and Feddersen*, 1180, *Haupt*, 434, *Lesguillons*, 504, *Whish* («Comments» σε ICN, First Annual Conference στην [http://www.internationalcompetitionnetwork.org/whish\\_icn\\_naples\\_full\\_version.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/whish_icn_naples_full_version.pdf)).

104. Βλ. *Nikpay and Houwen*, 200.

105. Ορθότερο θα ήταν να μιλήσουμε για τροποποίηση.

προσθήκη ότι αυτό καλύπτει και τα μονομερή αποτελέσματα που δύνανται να παραχθούν σε ένα ολιγοπώλιο. Η υιοθέτηση της Πρότασης της Επιτροπής θα καταστήσει ασφαλώς ακαδημαϊκή τη διαμάχη, αν υπό το ισχύον κείμενο μπορεί η οδθ να εφαρμοστεί και σε συγκεντρώσεις που θα έχουν μονομερή αποτελέσματα.<sup>106</sup> Επιπλέον, θα εκλείψει το σημαντικότερο ίσως επιχείρημα υπέρ της εισαγωγής του κριτηρίου της «ουσιαστικής μείωσης του ανταγωνισμού»,<sup>107</sup> δηλ. το κενό που καταλείπει η αδυναμία του ισχύοντος κριτηρίου να αντιμετωπίσει ορισμένες περιπτώσεις μονομερών αποτελεσμάτων. Αυτή η εξέλιξη επιβεβαιώνει τη λειτουργία της αρχής της διάκρισης των εξουσιών: η δικαστική εξουσία προσδιορίζει τα όρια εφαρμογής του ισχύοντος δικαίου, αλλά η «τελευταία λέξη» ανήκει στον νομοθέτη (εν προκειμένω το Συμβούλιο) να μεταβάλει τους κανόνες, εφόσον αυτοί δεν ανταποκρίνονται στις ανάγκες της ζωής.

Μεγάλο μέρος της θεωρίας ορθά υποστήριξε ότι η ανάγκη για δυναμική και σε βάθος εξέταση της αγοράς<sup>108</sup> σε συνδυασμό με τη ρητή καθιέρωση των τριών απαραίτητων προϋποθέσεων, πέρα από την επιβεβαίωση του ρόλου της οικονομικής ανάλυσης, σήμαινε και μια αύξηση του βάρους απόδειξης της Επιτροπής στις υποθέσεις συλλογικής δεσπόζουσας θέσης.<sup>109</sup> Η αναφορά του ΠΕΚ ότι η σε προοπτική ανάλυση της Επιτροπής πρέπει να στηρίζεται σε «ισχυρά αποδεικτικά στοιχεία» (παρ. 63 και 294), δεν αλλάζει κάτι σε επίπεδο ορολογίας σε σχέση με παλαιότερες υποθέσεις. Ωστόσο, εκεί που μπορεί να διαφανεί η μεταβολή της Airtours στο βάρος απόδειξης είναι στο επίπεδο δικαστικού ελέγχου. Δεδομένου ότι αυτά συνδέονται, μία εντατικοποίηση από το Δικαστήριο στο επίπεδο ελέγχου σημαίνει ότι αυξάνονται αντίστοιχα και οι απαιτήσεις από την Επιτροπή αναφορικά με την έκταση και την πειστικότητα των αποδείξεων. Πράγματι, στην Airtours (όπως άλλωστε και στις μεταγενέστερες υποθέσεις Schneider/Legrand, Tetra/Sidel), το ΠΕΚ, ενώ αναγνώρισε «ορισμένη διακριτική εξουσία της Επιτροπής σε εκτιμήσεις οικονομικής φύσης» (παρ. 64), δεν περιορίστηκε στον έλεγχο αν η Επιτροπή υπερέβη τα όρια της διακριτικής της εξουσίας, αλλά προχώρησε σε πλήρη και λεπτομερή επανεξέταση πραγματικών δεδομένων και οικονομικής φύσης πορισμάτων.<sup>110</sup> Αυτό, παρόλο που το άρθρο 230 ΣυνθΕΚ δεν θέτει ρητά όρια στον δικαστικό έλεγχο, δημιούργησε για ορισμένους<sup>111</sup> ζητήματα θεσμικής τάξης, καθώς το ΠΕΚ, αντίθετα με προηγούμενη πρακτική,<sup>112</sup> ουσιαστικά παραμέρισε σε κάποια σημεία πλήρως την ανάλυση της Επιτροπής και στηρίχτηκε αποκλειστικά σε δική του εκτίμηση.<sup>113</sup> Αν το ΠΕΚ εισάγει νέα πρακτική αναφορικά με την έκταση του ελέγχου θα αποφασιστεί τελικά από το ΔΕΚ στην προσφυγή της Επιτροπής στην υπόθεση Tetra/Sidel, όπου η τελευταία ισχυρίζεται ότι το ΠΕΚ απαίτησε ένα δυσανάλογο επίπεδο απόδειξης, αντικαθιστώντας τις εκτιμήσεις της Επιτροπής με τις δικές του.<sup>114</sup> Ορθότερη όμως φαίνεται η θέση ότι το ΠΕΚ στην Airtours πράγματι προχώρησε σε ουσιαστική επανεκτίμηση της απόφασης μόνο στις περιπτώσεις όπου τα στοιχεία στα οποία στηρίχτηκε η Επιτροπή ήταν ανεπαρκή ή εσφαλμένα, προσθέτοντας ακριβώς στην ανάλυσή του τα δεδομένα εκείνα που έπρεπε να είχαν εκτιμηθεί. Αντίθετα, όπου η Επιτροπή συμπεριέλαβε στην ανάλυσή της τα στοιχεία που

οφείλε, το ΠΕΚ σεβάστηκε τη διακριτική εξουσία στην εκτίμηση της Επιτροπής, κάτι που φαίνεται κυρίως στο μέρος της απόφασης που αφορά τον ορισμό της αγοράς (παρ. 25).

## VI. Συμπέρασμα

Συνοψίζοντας, η υπόθεση Airtours αποτελεί σταθμό για την εξέλιξη της θεωρίας της οδθ στα πλαίσια του συστήματος ελέγχου συγκεντρώσεων, καθώς αποσαφηνίζονται, έστω μερικά, οι απαραίτητες νομικές προϋποθέσεις και ο έλεγχος επικεντρώνεται στην δυναμική εκτίμηση της αγοράς μετά τη συγκέντρωση. Η σκληρή κριτική του ΠΕΚ για την ανεπάρκεια στην ανάλυση της Επιτροπής, αλλά και η διαπίστωση των εγγενών προβλημάτων του ισχύοντος πλαισίου λειτούργησαν καταλυτικά προς την κατεύθυνση της αναμόρφωσης του κοινοτικού συστήματος ελέγχου συγκεντρώσεων. Η απόφαση έχει μεγάλη αξία και για την ελληνική έννομη τάξη. Οι αποφάσεις του Δικαστηρίου αποτελούν ερμηνευτικό οδηγό για τα ελληνικά δικαστήρια και την Επιτροπή Ανταγωνισμού. Συνεπώς, η αποσαφήνιση των νομικών προϋποθέσεων θεμελίωσης οδθ, συνιστά μια θετική εξέλιξη για την έννομη τάξη της χώρας μας, όπου πολλές αγορές χαρακτηρίζονται ως ολιγοπωλιακές. Επιπλέον, στην προτεινόμενη μεταρρύθμιση του Κανονισμού 4064/89, προβλέπεται η καθιέρωση ενός «βελτιωμένου συστήματος παραπομπών»<sup>115</sup> στη βάση της αρχής της επικουρικότητας, γεγονός που αναμένεται να οδηγήσει σε αύξηση του αριθμού των συγκεντρώσεων που θα παραπέμπονται για έλεγχο στις αρχές των κρατών μελών. Μεγάλο δε μέρος των υποθέσεων θα αφορά ασφαλώς συγκεντρώσεις που ενδέχεται να δημιουργήσουν ή να ενισχύσουν οδθ.

106. Βλ. στο Επίμετρο για το νέο ουσιαστικό κριτήριο που εισάγει ο Κανονισμός 139/2004.

107. Βλ. *Whish*, «Substantive..», για μία παράθεση των επιχειρημάτων υπέρ και κατά της υιοθέτησης του κριτηρίου αυτού. Επίσης, με την υιοθέτηση της Πρότασης θα γίνει πλέον σαφές ότι η έννοια της οδθ δεν είναι η αυτή στα πλαίσια του άρθρου 82 και του Κανονισμού.

108. Βλ. παρ. 192 της απόφασης του ΠΕΚ.

109. Βλ. ενδεικτικά, *Haupt*, 443, *Lesguillons*, 481.

110. Βλ. και *O' Donoghue and Feddersen*, 1182.

111. *Scott*, 15.

112. Βλέπε χαρακτηριστικά τις παρ. 319-320 της απόφασης *Italian Flat Glass*, όπου το Δικαστήριο έκρινε ότι δεν έχει αρμοδιότητα να «επανεκδόσει» μια προσβληθείσα απόφαση της Επιτροπής καθώς αυτό θα κλόνιζε την ισορροπία μεταξύ των θεσμών της Κοινότητας και θα διακινδύνευε τα δικαιώματα άμυνας. Συνεπώς, το Δικαστήριο έκρινε πως δεν μπορεί να κάνει αναλυτική επανεκτίμηση των πραγματικών δεδομένων.

113. Βλ. ενδεικτικά το μέρος της απόφασης που αφορούσε τη θέση της Επιτροπής ότι η διαδικασία προγραμματισμού συνίσταται στην αύξηση ή μείωση της συνολικής προσφοράς του περασμένου έτους (παρ. 167).

114. Βλ. Ανακοίνωση Τύπου της Επιτροπής, της 20ης Δεκεμβρίου 2002 για την προσφυγή της Επιτροπής κατά της απόφασης του ΠΕΚ στην υπόθεση Tetra/Sidel.

115. Βλέπε ήδη άρθρα 4 και 9 του νέου Κανονισμού.

## VII. Επίμετρο

Λίγες ημέρες πριν τη δημοσίευση της παρούσας μελέτης υιοθετήθηκε με ομόφωνη απόφαση του Συμβουλίου Υπουργών ο νέος Κοινοτικός Κανονισμός ελέγχου συγκεντρώσεων.<sup>116</sup> Ο νέος Κανονισμός, προϊόν συστηματικής προεργασίας και διεξοδικού διαλόγου, εισάγει σημαντικές καινοτομίες σε ζητήματα διαδικασίας, δικαιοδοσίας αλλά και ουσίας. Αναφορικά με τα τελευταία, καθιερώνεται ένα καινούριο κριτήριο ουσιαστικής εκτίμησης του συμβατού με την κοινή αγορά των συγκεντρώσεων που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Κανονισμού. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με το αναμορφωμένο άρθρο 2 παρ. 3 «Οι συγκεντρώσεις που ενδέχεται να παρακώλυνουν σημαντικά τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό στην κοινή αγορά ή σε σημαντικό τμήμα αυτής, ιδίως ως αποτέλεσμα της δημιουργίας ή της ενίσχυσης μιας δεσπόζουσας θέσης, κηρύσσονται ασυμβίβαστες με την κοινή αγορά».

Το νέο λοιπόν ουσιαστικό κριτήριο, που είναι παρόμοιο με αυτό που ισχύει στη Γαλλία αλλά και στη χώρα μας, αποτελεί τομή μεταξύ του παλαιού κριτηρίου της «δημιουργίας ή της ενίσχυσης δεσπόζουσας θέσης» και αυτού της «ουσιαστικής μείωσης του ανταγωνισμού» που ακολουθείται στα αγγλοσαξωνικά συστήματα ελέγχου συγκεντρώσεων. Ασφαλώς, οι βασικοί λόγοι υιοθέτησης του κριτηρίου «της σημαντικής παρακώλυσης του αποτελεσματικού ανταγωνισμού» είναι δύο: Αφενός η διαπίστωση από τον Κοινοτικό νομοθέτη ότι, υπό ορισμένες συνθήκες, συγκεντρώσεις που αφορούν αγορές με ολιγοπωλιακή διάρθρωση μπορούν να οδηγήσουν σε σημαντική παρακώλυση του ανταγωνισμού, ακόμα και αν δεν υπάρχει ενδεχόμενο «σιωπηρού συντονισμού». Αφετέρου, η αναγνώριση ότι τα κοινοτικά δικαστήρια, ιδί-

ως μετά και την απόφαση *Airtours*, «...δεν έχουν ερμηνεύσει ρητά τον Κανονισμό 4064/89 ως απαιτούντα να κηρύσσονται ασυμβίβαστες με την κοινή αγορά οι συγκεντρώσεις που προκαλούν μη συντονισμένα (άλλως μονομερή) αποτελέσματα» (Προοίμιο, παρ. 25).<sup>117</sup> Μάλιστα, για να καταστεί ακόμα περισσότερο σαφές ότι, τουλάχιστον για τον ιστορικό νομοθέτη, η τροποποίηση του ουσιαστικού κριτηρίου αποσκοπεί απλά στην ένταξη στο πεδίο εφαρμογής του Κανονισμού περιπτώσεων όπου φάνηκαν να μένουν αρρυθμιστες από την απόφαση *Airtours*, ρητά αναφέρεται στο Προοίμιο (παρ. 25) ότι «η έννοια της “σημαντικής παρακώλυσης του αποτελεσματικού ανταγωνισμού” στο άρθρο 2 παράγραφοι 2 και 3, θα πρέπει να ερμηνευθεί ως εκτεινόμενη, πέρα από την έννοια της δεσπόζουσας θέσης, μόνο στις αντιανταγωνιστικές επιπτώσεις μιας συγκέντρωσης που προκύπτουν από τη μη συντονισμένη συμπεριφορά των επιχειρήσεων που δεν έχουν δεσπόζουσα θέση στην εν λόγω αγορά». Ωστόσο, είναι η πρακτική της Επιτροπής και του Δικαστηρίου που θα αναδείξει το εύρος και τη σημασία αυτής της τροποποίησης για το κοινοτικό σύστημα ελέγχου συγκεντρώσεων.

116. Επίσης, στις 28.1.2004 δημοσιεύτηκε στην ιστοσελίδα της Επιτροπής ([www.euroopa.eu.int](http://www.euroopa.eu.int)) Ανακοίνωση αναφορικά με «Κατευθυντήριες Γραμμές για την εκτίμηση των οριζόντιων συγκεντρώσεων υπό τον Κοινοτικό Κανονισμό ελέγχου συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων».

117. Ωστόσο, όπως προαναφέρθηκε, η μάλλον ορθότερη ερμηνεία της απόφασης *Airtours*, είναι ότι το ΠΕΚ απέκλεισε τα μονομερή αποτελέσματα που παράγονται σε ολιγοπωλιακές αγορές, από το πεδίο εφαρμογής του Κανονισμού 4064/89.