

7. GWB-NOVELLE: Η ΡΙΖΙΚΗ ΑΝΑΔΙΑΡΘΡΩΣΗ ΤΟΥ ΓΕΡΜΑΝΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΠΕΡΙ ΕΛΕΥΘΕΡΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ

Δημήτρη-Παναγιώτη Λ. Τζάκα, Δικηγόρου, LL.M. (Hamburg)
Αριστείδη Χ. Καλαφάτη, Δικηγόρου, LL.M. (Hamburg)

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Το γερμανικό δίκαιο περί ελεύθερου ανταγωνισμού εμπεριέχεται στο Νόμο κατά περιορισμών του ανταγωνισμού (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, στο εξής: *GWB*), που θεσπίστηκε για πρώτη φορά από το Ομοσπονδιακό Κοινοβούλιο (*Bundestag*) στις 27.7.1957¹. Έκτοτε ο νόμος τροποποιήθηκε έξι φορές, προκειμένου να ανταποκριθεί στις μεταβαλλόμενες απαιτήσεις της γερμανικής οικονομίας και στα δεδομένα του κοινοτικού δικαίου ανταγωνισμού. Ο έβδομος Νόμος προς τροποποίηση του Νόμου κατά περιορισμών του ανταγωνισμού (*siebtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, στο εξής: *7. GWB-Novelle*)², ο οποίος τέθηκε σε ισχύ από την 1.7.2005³, επιφέρει την εναρμόνιση του γερμανικού δικαίου προς το νέο σύστημα του κοινοτικού δικαίου ανταγωνισμού, που εγκαινιάστηκε με τον Κανονισμό 1/2003⁴ την 1.5.2004.

Ο πρόσφατος Κανονισμός σηματοδοτεί σε επίπεδο ευρωπαϊκού δικαίου ανταγωνισμού την εγκατάλειψη της προϊσχύσασας „απαγόρευσης με την επιφύλαξη αδειάς“ (*Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*) για συμπράξεις του άρθρου 81 ΣυνθΕΚ, όπως αυτή ρυθμιζόταν στον Κανονισμό 17/1962⁵, καθιερώνοντας το σύστημα „εξαιρέσεων αμέσου εφαρμογής“ ή „εξαιρέσεων εκ του νόμου“ (*System der Legalausnahme*)⁶. Συνέπεια αυτής της μεταβολής είναι ότι η εγκυρότητα συμφωνιών, που εμπεριέχουν περιορισμούς του ανταγωνισμού, δεν τελεί πλέον υπό την αίρεση της προγενέστερης κοινοποίησης και χορήγησης απαλλαγής από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή, αλλά κρίνεται άμεσα από τις εθνικές αρχές και δικαστήρια υπό τον όρο συνδρομής των προϋποθέσεων του άρθρου 81 παρ. 3 ΣυνθΕΚ. Το γεγονός αυτό συνεπάγεται την επαύξηση της ευθύνης και των κινδύνων για τις επιμέρους επιχειρήσεις, οι οποίες οφείλουν πλέον να εκτιμούν οι ίδιες το νόμιμο ή παράνομο χαρακτήρα των συμφωνιών, που συνάπτουν⁷.

Υπό το πρίσμα αυτό κατέστη για το γερμανό νομοθέτη επιτακτική η ανάγκη να εναρμονίσει τις ρυθμίσεις του εθνικού δικαίου ανταγωνισμού με το κοινοτικό δίκαιο, προκειμένου να αποφευχθεί η διαφοροποιημένη αντιμετώπιση βιοτικών περιστατικών εξαιτίας της εφαρμογής άλλοτε της εθνικής και άλλοτε της κοινοτικής έννομης τά-

¹ BGBl. 1957 I (Nr. 41 vom 9.8.1957) 1081 επ.

² BGBl. 2005 I (Nr. 42 vom 12.7.2005) 1954 επ.

³ Βλ. άρθρο 4 της 7. GWB-Novelle.

⁴ Κανονισμός (ΕΚ) 1/2003 του Συμβουλίου, της 16.12.2002 για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού, που προβλέπονται στα άρθρα 81 και 82 ΣυνθΕΚ, ΕΕ L 1 (4.1.2003), σελ. 1 επ.

⁵ Κανονισμός (ΕΟΚ) 17/1962 του Συμβουλίου, Πρώτος κανονισμός εφαρμογής των άρθρων 85 και 86 ΣυνθΕΟΚ, ΕΕ ειδ. έκδ. Κεφ. 8 τ. 1, σελ. 25 επ.

⁶ Έντονη κριτική στο νέο σύστημα άσκησε η Monopolkommission, Sondergutachten 32, Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform, Baden-Baden 2002, σελ. 15 επ., αρ. 10 επ. Ως προς το έντονα αμφισβητούμενο ζήτημα της συμφωνίας της μεταβολής του συστήματος με το πρωτεύον ευρωπαϊκό δίκαιο και κατά συνέπεια της νομιμότητας του Καν. 1/2003, βλ. Heutz, Legalausnahme und Gruppenfreistellungsverordnungen im System der VO (EG) Nr. 1/2003, WuW 2004, 1255-1263; Mestmäcker, Versuch einer kartellpolitischen Wende in der EU, EuZW 1999, 523, 525-7; Pace, Die Dezentralisierungspolitik im EG-Kartellrecht, EuZW 2004, 301 επ.

⁷ Βλ. σχετικά Schwintowski/Klaue, Kartellrechtliche und gesellschaftsrechtliche Konsequenzen des Systems der Legalausnahme für die Kooperationspraxis der Unternehmen, WuW 2005, 370, 376-9.

ξης, ανάλογα με την ικανότητα της εκάστοτε συμπράξεως να επηρεάσει το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών⁸. Παράλληλα, αξιοποιήθηκε η ευκαιρία εκσυγχρονισμού του εθνικού δικαίου μέσω της εισαγωγής αποτελεσματικότερων μέσων για την προστασία του ανταγωνισμού σε επίπεδο τόσο αρμοδιοτήτων των διοικητικών αρχών, όσο και ενίσχυσης των αξιώσεων ιδιωτών λόγω παράβασης των διατάξεων περί ελεύθερου ανταγωνισμού (*privater Rechtsschutz, private Durchsetzung des Kartellrechts*).

Η νομοπαρασκευαστική ιστορία ανατρέχει στο έτος 2003, οπότε το Ομοσπονδιακό Υπουργείο Οικονομικών και Εργασίας (*Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit*) με τη συνδρομή ομάδας εμπειρογνομόνων για την τροποποίηση της νομοθεσίας περί ανταγωνισμού (*Expertengruppe 7. GWB-Novelle*) δημοσίευσε ένα σχέδιο θεμελιωδών σημείων για την επικείμενη μεταρρύθμιση⁹ και κάλεσε προς ακρόαση όλους τους σχετικούς οικονομικούς φορείς, τις αρμόδιες ομοσπονδιακές αρχές, καθώς και τα κρατίδια. Στις 18.12.2003 παρουσιάστηκε από το Ομοσπονδιακό Υπουργείο το εισηγητικό σχέδιο και δόθηκε στους ίδιους φορείς εκ νέου η δυνατότητα τοποθέτησης επ' αυτού. Το τροποποιημένο σχέδιο νόμου υποβλήθηκε από την Ομοσπονδιακή Κυβέρνηση (*Bundesregierung*) την 28.5.2004 στο Ομοσπονδιακό Συμβούλιο (*Bundesrat*)¹⁰ και την 12.8.2004 στο Ομοσπονδιακό Κοινοβούλιο¹¹. Μετά τη νομοτεχνική επεξεργασία από το 9^ο Συμβούλιο του Κοινοβουλίου¹², που είναι αρμόδιο για ζητήματα Οικονομικών και Εργασίας, το σχέδιο νόμου υπερψηφίστηκε από το Κοινοβούλιο την 11.3.2005¹³ εν μέσω έντονης αντιπαράθεσης μεταξύ Κυβέρνησης και Αντιπολίτευσης, με κυριότερο σημείο αιχμής τις προβλεφθείσες τροποποιήσεις στον τομέα των συγχωνεύσεων εταιριών Τύπου. Επειδή όμως η εν λόγω αντιπαράθεση καθιστούσε προβληματική την έγκριση του σχεδίου νόμου από το Ομοσπονδιακό Συμβούλιο¹⁴, αποφασίστηκε¹⁵ η κρίση επί των επιμέρους ρυθμίσεων του από την Επιτροπή Διαμεσολάβησης (*Vermittlungsausschuss*). Η τελευταία, διαγράφοντας σειρά διατάξεων του αρχικού σχεδίου, υπέβαλε νέα πρόταση νόμου¹⁶, η οποία εγκρίθηκε στις 17.6.2005 από το Ομοσπονδιακό Συμβούλιο¹⁷ και αποτελεί πλέον το τελικό κείμενο του νομοθετήματος.

Η παρούσα μελέτη διαρθρώνεται σε δυο μέρη. Στο πρώτο (υπό Α) παρουσιάζονται οι μεταβολές στον τομέα των απαγορευμένων συμπράξεων και της καταχρηστικής εκμετάλλευσης δεσπόζουσας θέσης, καθώς και οι καινοτομίες, τόσο σε επίπεδο αρμοδιοτήτων και επιβολής κυρώσεων από τις διοικητικές αρχές, όσο και αναφορικά με τις αξιώσεις ιδιωτών λόγω παραβίασης είτε του εθνικού γερμανικού, είτε του ευρωπαϊκού δικαίου ανταγωνισμού. Στο δεύτερο σκέλος (υπό Β) εκτίθενται οι νομοθετικές παλινδρομήσεις και μεταβολές αναφορικά με τις συγκεντρώσεις επιχειρήσεων στον τομέα αφενός του ουσιαστικού δικαίου (κριτήριο ελέγχου, συγκεντρώσεις επιχειρήσεων Τύπου), και αφετέρου της διοικητικής διαδικασίας.

⁸ Βλ. σχετικά Deutscher Bundestag Drucksache, στο εξής: BT-Drucks. 15/3640, σελ. 21-2, 73; Deutscher Bundesrat Drucksache, στο εξής: BR-Drucks. 441/04, σελ. 35-6, 38; Pohlmann, 7. GWB-Novelle: Eine neue Chance für die Europäisierung des GWB, WuW 2003, 1007.

⁹ Entwurf von Eckwerten einer 7. GWB-Novelle, WuW 2003, 379-382. Να σημειωθεί ότι το εν λόγω σχέδιο δεν εμπεριείχε προβλέψεις για τη συγχώνευση εταιριών τύπου, ζήτημα που έμελλε να αποτελέσει το πιο αμφιλεγόμενο και ακανθώδες πρόβλημα της μεταρρύθμισης.

¹⁰ Βλ. BR-Drucks. 441/04, σελ. 1-3.

¹¹ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 1-3.

¹² BT-Drucks. 15/5049, σελ. 1 επ.

¹³ Βλ. Plenarprotokoll 15/164 (vom 11.3.2005), σελ. 15347 (B) επ.

¹⁴ BR-Drucks. 210/05, σελ. 1 επ.

¹⁵ Βλ. BR-Drucks. 210-05 (Beschl.), σελ. 1 επ.; BT-Drucks 15/5430, σελ. 1 επ.

¹⁶ Πρόταση, που έγινε δεκτή από το Κοινοβούλιο βλ. BT-Drucks 15/5735, σελ. 1 επ.

¹⁷ BR-Drucks. 497/05 (Beschl.), σελ. 1 επ.

Α/ ΑΠΑΓΟΡΕΥΜΕΝΕΣ ΣΥΜΠΡΑΞΕΙΣ ΚΑΙ ΚΑΤΑΧΡΗΣΤΙΚΗ ΕΚΜΕΤΑΛΛΕΥΣΗ ΔΕ-ΣΠΟΖΟΥΣΑΣ ΘΕΣΗΣ

Ι/ ΑΠΑΓΟΡΕΥΜΕΝΕΣ ΣΥΜΠΡΑΞΕΙΣ

α/ Γενικές παρατηρήσεις

Η αιτία της μεταρρύθμισης σε επίπεδο απαγορευμένων συμπράξεων θα πρέπει να αναζητηθεί στο άρθρο 3 Καν. 1/2003¹⁸, το οποίο παρότι εκκινεί από την αρχή της παράλληλης εφαρμογής εθνικού και ευρωπαϊκού δικαίου ανταγωνισμού, καθιερώνει τη διευρυμένη υπεροχή (*erweiterter Vorrang*) του τελευταίου για βιοτικά περιστατικά, που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 81 ΣυνθΕΚ¹⁹. Με τον τρόπο αυτό, οι διατάξεις του άρθρου 81 ΣυνθΕΚ ουσιαστικά παραμερίζουν αντίθετες διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας (με την επιφύλαξη του άρθρου 3 παρ. 3 Καν. 1/2003), υπό τον όρο ότι οι υπό κρίση απαγορευμένες συμπράξεις δύνανται να επηρεάσουν το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών (*Zwischenstaatlichkeitsklausel*)²⁰. Η αρχή αυτή διατυπώνεται και στη νέα § 22 παρ. 2 εδ. α GWB, η οποία επαναλαμβάνει ουσιαστικά την πρόβλεψη του άρθρου 3 παρ. 2 εδ. α Καν. 1/2003. Το κοινοτικό δίκαιο θέτει επομένως τα ανώτατα και κατώτατα όρια κρίσεως της κάθε περιοριστικής του ανταγωνισμού συμπεριφοράς, από τα οποία οι εθνικές αρχές και τα εθνικά δικαστήρια δε δύνανται να αποκλίνουν²¹. Με μια συντομότερη διατύπωση: „*Επιεικέστερο ή αυστηρότερο του άρθρου 81 ΣυνθΕΚ εθνικό δίκαιο δεν επιτρέπεται να εφαρμοστεί, εφόσον η σύμπραξη δύναται να επηρεάσει το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών*“. Αντίθετα, το εθνικό δίκαιο μπορεί να προβλέψει αποκλίνοσες από το άρθρο 81 ΣυνθΕΚ ρυθμίσεις, οι οποίες θα τύχουν εφαρμογής μόνο σε συμπράξεις, που δεν είναι ικανές να περιορίσουν το διασυνοριακό εμπόριο²². Η υπεροχή του κοινοτικού δικαίου, σε συνδυασμό με την ευρεία ερμηνεία από το ΔΕΚ²³ του κριτηρίου της ικανότητας προς επηρεασμό του διασυνοριακού εμπορίου καθιστούν σαφές ότι δημιουργείται ένα καθεστώς νομικής ανασφάλειας για τις επιχειρήσεις, οι οποίες θα πρέπει να εκτιμήσουν κατά περίπτωση το εφαρμοστέο εθνικό ή κοινοτικό δίκαιο ανταγωνισμού στις εκάστοτε συμφωνίες τους.

¹⁸ Για το άρθρο 3 Καν. 1/2003 βλ. Hossenfelder/Lutz, Die neue Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag, WuW 2003, 118, 120-1; Mestmäcker/Schweizer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2^η Έκδοση, Μόναχο 2004, § 5, σελ. 148-151, αρ. 17-30; Rehbindler, Zum Verhältnis zwischen nationalem und EG-Kartellrecht nach der VO Nr. 1/2003, in Festschrift für U. Immenga (Μόναχο 2004), σελ. 303 επ.; Schwarze/Weitbrecht, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, Baden-Baden 2004, § 3, σελ. 42-4, αρ. 7-18.

¹⁹ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 22; BR-Drucks. 441/04, σελ. 37-8.

²⁰ Για την ερμηνεία του κριτηρίου της ικανότητας προς περιορισμό του διασυνοριακού εμπορίου στο πλαίσιο των άρθρων 81, 82 ΣυνθΕΚ βλ. Ανακοίνωση της Επιτροπής-Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου των άρθρων 81 και 82 της Συνθήκης, EE C 101 (27.4.2004), σελ. 81 επ. Στη γερμανική επιστήμη βλ. Koenigs, Die Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten als Abgrenzungskriterium zwischen dem EWG-Kartellrecht und dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten, in Festschrift für G. Pfeiffer (1988), σελ. 569 επ.; Mestmäcker/Schweizer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 4, σελ. 125 επ., αρ. 1 επ.; Schwarze/Weitbrecht, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, § 3, σελ. 44-8, αρ. 19-32.

²¹ Bechtold, Grundlegende Umgestaltung des Kartellrechts: Zum Referentenentwurf einer 7. GWB-Novelle, DB 2004, 235, 236-7; Kahlenberg/Haellmigk, Referentenentwurf der 7. GWB-Novelle: Tief greifende Änderungen des deutschen Kartellrechts, BB 2004, 389-390; Karl/Reichelt, Die Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch die 7. GWB-Novelle, DB 2005, 1436-7; Pohlmann, WuW 2003, 1007.

²² Bechtold, DB 2004, 237.

²³ ΔΕΚ, Απόφαση της 30.6.1966, στην υπόθεση 56/65 Société Technique Minière (LTM) κατά Maschinenbau Ulm GMBH (MBU), Συλλ. 1966, 313, 337. Πρβλ. και Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου, σημ. 23-4.

Ο γερμανός νομοθέτης εντοπίζει για συμπράξεις δυνάμενες να επηρεάσουν το διασυνοριακό εμπόριο δύο δυνατές λύσεις, την εφαρμογή είτε αποκλειστικά ευρωπαϊκού δικαίου, είτε παράλληλως εθνικού και ευρωπαϊκού δικαίου ανταγωνισμού, υπό τον όρο ότι το εθνικό δίκαιο δε θα αποκλίνει κατ' αποτέλεσμα από το ευρωπαϊκό²⁴. Προκειμένου να εξασφαλιστεί ένα ομοιόμορφο περιβάλλον ανταγωνισμού (*level playing field*) μεταξύ μεγάλων και μικρών ή μεσαίων επιχειρήσεων, καθώς και να αποφευχθούν προβλήματα από ενδεχόμενες αποκλίνουσες εθνικές ρυθμίσεις, προκρίνεται η δεύτερη λύση²⁵. Η αρχή της παράλληλης εφαρμογής εθνικών και κοινοτικών κανόνων περί απαγορευμένων συμπράξεων καθιερώνεται πλέον ρητά στο εθνικό δίκαιο (§ 22 παρ. 1 GWB). Με τον τρόπο αυτό, δημιουργείται στο χώρο των απαγορευμένων συμπράξεων ένα ενιαίο πλέγμα εθνικών διατάξεων, που διακρίνεται από τον σχεδόν ομοιόμορφο χαρακτήρα του προς το κοινοτικό δίκαιο ανταγωνισμού. Για το λόγο αυτό, η μεταρρύθμιση χαρακτηρίζεται από τη διαμόρφωση αφενός ενός κεντρικού (για οριζόντιες και κάθετες συμπράξεις) απαγορευτικού κατά το πρότυπο του άρθρου 81 παρ. 1 ΣυνθΕΚ κανόνα (§ 1 GWB) και αφετέρου μιας γενικής ρήτρας κατά το πρότυπο του άρθρου 81 παρ. 3 ΣυνθΕΚ, που καλείται να ρυθμίσει τις προϋποθέσεις απαλλαγής των εμπορευμάτων στην απαγορευτική διάταξη συμπράξεων (§ 2 GWB).

β/ Οριζόντιες συμπράξεις

Ήδη η προηγούμενη μεταρρύθμιση του γερμανικού δικαίου ανταγωνισμού (6. GWB-Novelle) είχε εναρμονίσει την § 1 GWB²⁶, η οποία εμπειρείχε τον απαγορευτικό κανόνα για οριζόντιες συμπράξεις, με τη ρύθμιση του άρθρου 81 παρ. 1 ΣυνθΕΚ. Στο επίπεδο λοιπόν του απαγορευτικού κανόνα επί οριζοντίων συμπράξεων δεν επιφέρει η εξεταζόμενη τροποποίηση καμία μεταβολή.

Αντίθετα, η αναδιάρθρωση του συστήματος απαλλαγών από τον απαγορευτικό κανόνα²⁷ επιφέρει την κατάργηση μιας σειράς περιπτώσιολογικών απαλλακτικών διατάξεων, οι οποίες έχουν ως αντικείμενο συμπράξεις, που κατά κανόνα δύνανται να επηρεάσουν το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών και άρα θα πρέπει να κριθούν ενιαία σύμφωνα με τα σταθμά του άρθρου 81 παρ. 3 ΣυνθΕΚ²⁸. Οι κυριότερες από αυτές είναι:

Η § 2 παρ. 1 GWB με αντικείμενο οριζόντιες συμφωνίες ή αποφάσεις σχετικά με την ομοιόμορφη εφαρμογή κανόνων και τύπων για τις ιδιότητες, τεχνικές προδιαγραφές, καθώς και την κατασκευή ή ποιότητα προϊόντων και εμπορικών παροχών (*Normen-, Typenkartelle*).

Η § 2 παρ. 2 GWB, που αφορούσε τη δυνατότητα απαλλαγής των καρτέλ στην περίπτωση ομοιόμορφης διαμόρφωσης των όρων συναλλαγής, παράδοσης και πληρωμής (*Konditionenkartelle*), στο βαθμό που δεν εμπειρείχαν ρυθμίσεις σχετικές με τις τιμές ή με συστατικά στοιχεία των τιμών.

²⁴ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 22.

²⁵ Λύση, που χαιρετίστηκε υπό το πρίσμα των μεταβολών σε ευρωπαϊκό επίπεδο από τη Monopolkommission, Sondergutachten 41/42, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Baden-Baden 2004, σελ. 17-8, αρ. 12, καθώς και από τη βαυαρική αρχή ανταγωνισμού βλ. Anmerkungen der Landeskartellbehörde Bayern zur 7. GWB-Novelle, στην ιστοσελίδα: http://www.bayerische-landeskartellbehoerde.de/aenderungen/Anmerkungen_7GWB_Novelle.pdf. Ομοίως και Bechtold, DB 2004, 235; Kahlenberg/Haellmigk, BB 2004, 390; Pohlmann, WuW 2003, 1007. Αντίθετα Möschel, Die 7. GWB-Novelle ante portas, WuW 2003, 571.

²⁶ Η § 1 GWB πριν την πρόσφατη μεταρρύθμιση όριζε τα εξής: „Συμφωνίες ανάμεσα σε επιχειρήσεις ευρισκόμενες σε σχέση ανταγωνισμού μεταξύ τους, αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων και εναρμονισμένες μεταξύ τους πρακτικές, οι οποίες αποσκοπούν ή επιφέρουν την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού, είναι απαγορευμένες“.

²⁷ Βλ. αναλυτικότερα κατωτέρω Α Ιδ.

²⁸ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 26-8; BR-Drucks. 441/04, σελ. 43-7.

Η § 3 GWB, που προέβλεπε τη δυνατότητα απαλλαγής των καρτέλ με αντικείμενο την ορθολογική οργάνωση οικονομικών διαδικασιών μέσω της εξειδίκευσης (*Spezialisierungskartelle*), στο βαθμό που δεν οδηγούσαν στη δημιουργία ή την ενίσχυση δεσπόζουσας θέσης²⁹.

Η § 4 παρ. 2 GWB, η οποία επέτρεπε υπό όρους συνεργασίες μεσαίων και μικρών επιχειρήσεων προς το σκοπό προμήθειας προϊόντων ή εμπορικών υπηρεσιών με ευνοϊκότερους όρους (*Einkaufsgemeinschaften, Einkaufskooperationen*)³⁰.

Η § 5 GWB, η οποία όριζε τους όρους απαλλαγής οριζόντιων συμπράξεων προς το σκοπό ορθολογικής οργάνωσης οικονομικών διαδικασιών (*Rationalisierungskartelle*).

Η § 6 GWB, η οποία ρύθμιζε τους όρους απαλλαγής καρτέλ μεταξύ επιχειρήσεων προς το σκοπό αντιμετώπισης της μείωσης των πωλήσεων εξαιτίας μιας διαρκούς μεταβολής της ζήτησης (*Strukturkrisenkartelle*).

Η § 8 GWB, που παρείχε στον Ομοσπονδιακό Υπουργό Οικονομικών και Εργασίας τη δυνατότητα να απαλλάσσει απαγορευμένες οριζόντιες συμπράξεις, εφόσον κατ' εξαίρεση ο περιορισμός του ανταγωνισμού ήταν αναγκαίος χάριν επικρατέστερων λόγων της συνολικής οικονομίας και του κοινωνικού συμφέροντος. Η διάταξη αυτή δεν είχε αποκτήσει ιδιαίτερη σημασία στην πράξη, αφού η σχετική απαλλαγή χορηγήθηκε μόνο σε τέσσερις επί συνόλου έξι περιπτώσεων, με τελευταία το έτος 1984³¹.

Ομοίως έχασε κάθε σημασία και καταργήθηκε η γενική ρήτρα της § 7 GWB περί απαλλαγής των καρτέλ, αφού πλέον καθιερώνεται νέα συνολική γενική ρήτρα κατά το πρότυπο του άρθρου 81 παρ. 3 ΣυνθΕΚ, η οποία καταλαμβάνει τόσο οριζόντιες, όσο και κάθετες συμπράξεις³². Το ίδιο ισχύει και για τις §§ 9-13 GWB, που ρύθμιζαν τη διαδικασία απαλλαγής των προεκτεθεισών συμπράξεων, δεδομένου ότι η εγκατάλειψη τόσο σε ευρωπαϊκό, όσο και σε εθνικό επίπεδο του συστήματος των διοικητικών απαλλαγών τις καθιστά άνευ αντικειμένου³³.

Αντιθέτως διατηρήθηκε η παλαιά ρύθμιση αναφορικά με την απαλλαγή καρτέλ μικρομεσαίων επιχειρήσεων (*Mittelstandskartelle*), η οποία εμπεριέχεται πλέον στη § 3 παρ. 1 GWB³⁴. Με τον τρόπο αυτό επιδιώκεται αφενός να αξιοποιηθεί το ελεύθερο ρυθμιστικό πεδίο, το οποίο καταλείπει το ευρωπαϊκό δίκαιο³⁵ στον εθνικό νομοθέτη για συμφωνίες, που σπανίως δύνανται να επηρεάσουν το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών, και αφετέρου να ενθαρρυνθούν μικρομεσαίες επιχειρήσεις σε μεταξύ τους συνεργασίες προς το σκοπό ενίσχυσης του ανταγωνισμού³⁶.

²⁹ Βλ. και τον Κανονισμό (ΕΚ) 2658/2000 της Επιτροπής, της 29.11.2000, σχετικά με την εφαρμογή του άρθρου 81 παράγραφος 3 της συνθήκης σε κατηγορίες συμφωνιών εξειδίκευσης, ΕΕ L 304 (5.12.2000), σελ. 3 επ.

³⁰ Πρβλ. Ανακοίνωση της Επιτροπής – Κατευθυντήριες Γραμμές για την εφαρμογή του άρθρου 81 της συνθήκης ΕΚ στις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας, ΕΕ C 3 (6.1.2001), σελ. 2 επ. και ειδικότερα σημ. 115-138.

³¹ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 27; BR-Drucks. 441/04, σελ. 46; Bunte, in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. II, § 8, Lfg. 46 (September 2000), σελ. 8-9, αρ. 12-9.

³² Για τη νέα γενική ρήτρα βλ. κατωτέρω Α Ιδ.

³³ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 28; BR-Drucks. 441/04, σελ. 47-9. Βλ. και Bechtold, DB 2004, 237; Kahlenberg/Haellmigk, Neues Deutsches Kartellgesetz, BB 2005, 1509, 1511; Kahlenberg/Haellmigk, BB 2004, 391-2.

³⁴ Η § 3 παρ. 1 GWB ορίζει: „Συμφωνίες ανάμεσα σε επιχειρήσεις ευρισκόμενες σε σχέση ανταγωνισμού μεταξύ τους και αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων, οι οποίες έχουν ως αντικείμενο την ορθολογική οργάνωση οικονομικών διαδικασιών μέσω της διεπιχειρησιακής συνεργασίας, πληρούν τις προϋποθέσεις της § 2 παρ. 1, εφόσον: 1. με τον τρόπο αυτό ο ανταγωνισμός στην αγορά δεν περιορίζεται ουσιαστικά και 2. η συμφωνία ή η απόφαση χρησιμεύει στην βελτιστοποίηση της ανταγωνιστικής ικανότητας μικρών ή μεσαίων επιχειρήσεων“.

³⁵ Πρβλ. Ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με τις συμφωνίες ήσσονος σημασίας, οι οποίες δεν περιορίζουν σημαντικά τον ανταγωνισμό σύμφωνα με το άρθρο 81 παράγραφος 1 της συνθήκης για την ίδρυση της Ευρωπαϊκής Κοινότητας (*de minimis*), ΕΕ C 368 (22.12.2001), σελ. 13 επ. και ειδικότερα σημ. 3.

³⁶ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 27-8, 44-5; BR-Drucks. 441/04, σελ. 46-7, 76-7. Βλ. και Kahlenberg/Haellmigk, BB 2005, 1510-1; Karl/Reichelt, DB 2005, 1438-9.

γ/ Κάθετες συμπράξεις

Χαρακτηριστικό της εξεταζόμενης μεταρρύθμισης είναι η υπαγωγή και των καθέτων συμπράξεων στο νέο απαγορευτικό κανόνα της § 1 GWB. Νομοτεχνικά επιτυγχάνεται τούτο με τη διαγραφή του όρου „*eurisikόμενες σε σχέση ανταγωνισμού μεταξύ τους*“ (*miteinander im Wettbewerb stehenden*) από την προγενέστερη § 1 GWB. Για το λόγο αυτό, το πρώτο μέρος του GWB επιγράφεται πλέον ως „περιορισμοί του ανταγωνισμού“, ενώ το πρώτο τμήμα αυτού φέρει στο εξής τον τίτλο „περιοριστικές του ανταγωνισμού συμφωνίες, αποφάσεις και εναρμονισμένες πρακτικές“. Με τον τρόπο αυτό αποκτά η εν λόγω διάταξη το ίδιο ρυθμιστικό πεδίο με το άρθρο 81 παρ. 1 ΣυνθΕΚ, γεγονός που δικαιολογείται κυρίως από την προεκτεθείσα αρχή της διευρυμένης υπεροχής του κοινοτικού δικαίου. Εξάλλου, δε θα πρέπει να παραγνωρίζεται και η προσέγγιση της γερμανικής με την ευρωπαϊκή αντίληψη περί καθέτων συμπράξεων³⁷, γεγονός που σε μεγάλο βαθμό οφείλεται στην άμεση εφαρμογή του Κανονισμού 2790/1999³⁸.

Η ενιαία ρύθμιση οριζοντίων και καθέτων συμπράξεων συνεπάγεται την κατάργηση του συνόλου των ειδικών διατάξεων³⁹, οι οποίες αφορούσαν κάθετες συμπράξεις. Ειδικότερα, διαγράφεται η § 14 GWB με αντικείμενο την απαγόρευση καθέτων συμφωνιών, που περιορίζουν την ελευθερία ενός των συμβαλλομένων ως προς την διαμόρφωση των τιμών και των όρων συναλλαγών, καθώς και η § 16 GWB περί εμποπτείας των λοιπών κάθετων συμπράξεων από πλευράς της αρχής ανταγωνισμού⁴⁰. Το ίδιο συμβαίνει και για τις §§ 17, 18 GWB, που αφορούσαν τους περιορισμούς των εμπορικών συναλλαγών μέσω συμβάσεων διάθεσης ή εκμετάλλευσης ευρεσιτεχνιών και λοιπών (προστατευομένων και μη) δικαιωμάτων βιομηχανικής ιδιοκτησίας. Η κατάργησή των τελευταίων⁴¹ κρίθηκε σκόπιμη, δεδομένου ότι οι εν λόγω διατάξεις είχαν χάσει σε πρακτική σημασία ήδη υπό το καθεστώς του παλαιότερου Κανονισμού 240/1996⁴².

Στο χώρο των κάθετων συμπράξεων συμπεριέλαβε το αρχικό σχέδιο νόμου, που υποβλήθηκε στο Ομοσπονδιακό Κοινοβούλιο, μια περαιτέρω απαγορευτική διάταξη. Η προταθείσα § 4 GWB προέβλεπε μια *per se* απαγόρευση για κάθετες συμφωνίες, οι οποίες άμεσα ή έμμεσα, από μόνες τους ή σε συνδυασμό με άλλες περιστάσεις αποσκοπούσαν να περιορίσουν τις δυνατότητες του αγοραστή προς ίδιο προσδιορισμό των τιμών. Αντιθέτως, η δυνατότητα του προμηθευτή να καθορίζει ανώτατες τιμές ή να προτείνει τιμές, θα κρινόταν βάσει των γενικών διατάξεων των §§ 1, 2 GWB, εφόσον τα συγκεκριμένα μέτρα δεν αποτελούσαν στην πραγματικότητα λόγω της άσκησης πίεσης ή της παροχής κινήτρων πάγιες ή ελάχιστες τιμές⁴³. Παρό-

³⁷ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 24, 43-4; BR-Drucks. 441/04, σελ. 39-40.

³⁸ Κανονισμός (ΕΚ) 2790/1999 της Επιτροπής, της 22.12.1999, για την εφαρμογή του άρθρου 81 παράγραφος 3 της συνθήκης σε ορισμένες κατηγορίες καθέτων συμφωνιών και εναρμονισμένων πρακτικών, ΕΕ L 336 (29.12.1999), σελ. 21 επ.

³⁹ Αντίθετος σε μια τέτοια ρύθμιση ο Rittner, *Vertikalvereinbarungen und Kartellverbote nach der 7. GWB-Novelle*, WuW 2003, 451.

⁴⁰ Αναλυτικότερα ως προς τις συνέπειες της μεταβολής του συστήματος για συμφωνίες της § 16 GWB βλ. Bahr, *Die Behandlung von Vertikalvereinbarungen nach der 7. GWB-Novelle*, WuW 2004, 259, 261.

⁴¹ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 26; BR-Drucks. 441/04, σελ. 43. Έτσι και Bechtold, DB 2004, 235.

⁴² Κανονισμός (ΕΚ) 240/1996 της Επιτροπής, της 31.1.1996 σχετικά με την εφαρμογή του άρθρου 81 παράγραφος 3 της συνθήκης σε κατηγορίες συμφωνιών μεταφοράς τεχνολογίας, ΕΕ L 31 (9.2.1996), σελ. 2 επ. Βλ. πλέον Κανονισμό (ΕΚ) 772/2004 της Επιτροπής, της 27.4.2004, για την εφαρμογή του άρθρου 81 παράγραφος 3 της συνθήκης σε ορισμένες κατηγορίες συμφωνιών μεταφοράς τεχνολογίας, ΕΕ L 123 (27.4.2004), σελ. 11 επ., ο οποίος αντικατέστησε τον προαναφερθέντα Κανονισμό (άρθρο 9 Καν. 772/2004).

⁴³ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 8, 28, 45; BR-Drucks. 441/04, σελ. 6, 47, 77-8. Βλ. και Bahr, WuW 2004, 263-5; Bechtold, DB 2004, 238; Kahlenberg/Haellmigk, BB 2004, 391.

τι νομοθετικός σκοπός ήταν η καταπολέμηση των σοβαρών κινδύνων για τον ανταγωνισμό από τη δέσμευση των τιμών και παρόλο που ως πρότυπο για τη ρύθμιση αυτή χρησιμοποιήθηκε το άρθρο 4 στοιχ. α Καν. 2790/1999, η διάταξη διαγράφηκε από το 9^ο Συμβούλιο του Ομοσπονδιακού Κοινοβουλίου πριν την υποβολή του σχεδίου προς ψήφιση. Σύμφωνα με το σκεπτικό του Συμβουλίου, η εν λόγω πρόβλεψη ήταν περιττή, δεδομένου ότι η ρύθμιση καλυπτόταν επαρκώς από τις γενικές διατάξεις περί απαγορευμένων συμπράξεων και τον Κανονισμό 2790/1999⁴⁴.

Στο γενικό πλαίσιο των κανόνων περί καθέτων συμπράξεων εντάσσεται και ο ένας από τους τρεις πυλώνες⁴⁵ αναφορικά με την μεταρρύθμιση του δικαίου ανταγωνισμού στον τομέα των επιχειρήσεων Τύπου⁴⁶. Έτσι, επιχειρήθηκε με ειδική διάταξη να εξαιρεθούν της εφαρμογής του γενικού απαγορευτικού κανόνα της § 1 GWB συμπράξεις επιχειρήσεων, που παράγουν εφημερίδες ή τμήματα αυτών, εφόσον οι κρινόμενες συμφωνίες έχουν ως αντικείμενο τη συνεργασία στο χώρο των αγγελιών⁴⁷. Ωστόσο η ρύθμιση αυτή, παρότι ψηφίστηκε από το Ομοσπονδιακό Κοινοβούλιο, δε συμπεριλήφθηκε στη μεταρρύθμιση, επειδή απορρίφθηκε στο πλαίσιο του πολιτικού συμβιβασμού εντός των κόλπων του Συμβουλίου Διαμεσολάβησης. Αντιθέτως διατηρήθηκε η παλαιά πρόβλεψη της § 15 GWB (νυν § 30 GWB), που επέτρεπε υπό προϋποθέσεις τη δέσμευση τιμών σε κάθετες συμφωνίες με αντικείμενο εφημερίδες και περιοδικά⁴⁸.

δ/ Δυνατότητες απαλλαγής

Ως προς τη δυνατότητα απαλλαγής των απαγορευμένων κατά την § 1 GWB συμπράξεων διαμορφώνεται στην § 2 παρ. 1 GWB μια γενική ρήτρα, η οποία είναι λεκτικά πανομοιότυπη με το άρθρο 81 παρ. 3 ΣυνθΕΚ, όσον αφορά τις προϋποθέσεις εφαρμογής της. Το γεγονός αυτό σηματοδοτεί μια σημαντική μεταβολή για το μέχρι πρότινος ισχύσαν σύστημα απαλλαγών, που χαρακτηριζόταν από τη συνύπαρξη περιπτωσιολογικών κανόνων και μιας γενικής ρήτρας. Το σύστημα αυτό παρείχε το πλεονέκτημα του συνδυασμού, τόσο νομικής βεβαιότητας και ασφάλειας μέσω των περιπτωσιολογικών απαλλαγών, όσο και ελαστικότητας στη θεώρηση σύγχρονων πολύπλοκων βιοτικών περιστατικών μέσω της ισχύος της γενικής ρήτρας⁴⁹. Υπό το πρίσμα της μεταβολής του κοινοτικού συστήματος ανταγωνισμού, με αποτέλεσμα το άρθρο 81 παρ. 3 ΣυνθΕΚ να είναι άμεσα εφαρμοστέο από τις εθνικές αρχές και δικαστήρια και μάλιστα να απολαμβάνει απόλυτης υπεροχής έναντι αντιτιθέμενων εθνικών κανόνων, κατέστη επιτακτική η εγκατάλειψη του προγενέστερου ρυθμιστικού πλαισίου⁵⁰.

Ιδιαίτερη σημασία προσδίδεται με τη μεταρρύθμιση στους Κανονισμούς ομαδικών απαλλαγών (*Gruppenfreistellungsverordnungen*)⁵¹. Παρότι οι Κανονισμοί αυτοί απολαμβάνουν κατά το άρθρο 249 παρ. 2 ΣυνθΕΚ γενικής και άμεσης ισχύος, καθώς

⁴⁴ BT-Drucks. 15/5049, σελ. 10, 46. Την ίδια άποψη είχε υποστηρίξει και το Ομοσπονδιακό Συμβούλιο βλ. BT-Drucks. 15/3640, σελ. 74.

⁴⁵ Για τους άλλους δύο πυλώνες, που εντάσσονται συστηματικά στις συγκεντρώσεις επιχειρήσεων βλ. κατωτέρω Β ΙΙ.

⁴⁶ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 37; BR-Drucks. 441/04, σελ. 61-3.

⁴⁷ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 10, 38, 50-1; BT-Drucks. 15/5049, σελ. 13-4, 46-8; BR-Drucks. 441/04, σελ. 10, 63-4, 87-8. Έντονη αντίθεση στην εν λόγω ρύθμιση είχε ήδη εκφράσει το Ομοσπονδιακό Συμβούλιο βλ. BT-Drucks. 15/3640, σελ. 76-7.

⁴⁸ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 50; BT-Drucks. 15/5049, σελ. 13; BR-Drucks. 441/04, σελ. 41, 86. Βλ. και Bahr, WuW 2004, 265.

⁴⁹ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 24; BR-Drucks. 441/04, σελ. 41.

⁵⁰ Για τις οικονομικές δυσκολίες κατά την εφαρμογή του άρθρου 81 παρ. 3 ΣυνθΕΚ βλ. Kirchhoff, Sachverhaltsaufklärung und Beweislage bei der Anwendung des Art. 81 EG-Vertrag, WuW 2004, 745, 748-753.

⁵¹ Για το ρόλο των εν λόγω Κανονισμών στο νέο σύστημα εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου ανταγωνισμού, βλ. Heutz, WuW 2004, 1263-4.

και δεσμευτικότητας ως προς όλα τα μέρη τους, δεν είναι αυτονόητη η εφαρμογή τους σε περιοριστικές συμπράξεις, που δε δύνανται να επηρεάσουν το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών. Για το λόγο αυτό, η νέα § 2 παρ. 2 GWB⁵² επεκτείνει κατά τρόπο συστατικό την εφαρμογή τους και σε τέτοιες περιπτώσεις. Με τον τρόπο αυτό, ενσωματώνεται το ρυθμιστικό περιεχόμενο των Κανονισμών ομαδικών απαλλαγών στην εθνική έννομη τάξη μέσω μιας δυναμικής παραπομπής (*dynamische Verweisung*), η οποία συνίσταται στην κατάλληλη εφαρμογή τους ανάλογα με τις ιδιαιτερότητες της εκάστοτε περίπτωσης⁵³.

III/ ΚΑΤΑΧΡΗΣΤΙΚΗ ΕΚΜΕΤΑΛΛΕΥΣΗ ΔΕΣΠΟΖΟΥΣΑΣ ΘΕΣΗΣ

Παρότι οι μεταρρυθμίσεις σε επίπεδο απαγορευμένων συμπράξεων ήταν αναπόφευκτες για το γερμανό νομοθέτη υπό το πρίσμα της ευρύτατης υπεροχής του κοινοτικού δικαίου (άρθρο 81 ΣυνθΕΚ) έναντι του εθνικού, δε συμβαίνει το ίδιο και στο χώρο της καταχρηστικής εκμετάλλευσης δεσπόζουσας θέσης. Αξίζει να σημειωθεί ότι ήδη το άρθρο 3 Καν. 1/2003 προβαίνει σε μια διαφοροποιημένη μεταχείριση της σχέσης των άρθρων 81, 82 ΣυνθΕΚ με το εθνικό δίκαιο. Έτσι, ενώ το άρθρο 3 παρ. 1 εδ. β Καν. 1/2003 εκκινεί από την παράλληλη εφαρμογή του άρθρου 82 ΣυνθΕΚ με τις αντίστοιχες εθνικές ρυθμίσεις, το άρθρο 3 παρ. 2 εδ. β Καν. 1/2003 παρέχει στα κράτη μέλη την ευχέρεια να θεσπίζουν και να εφαρμόζουν στο έδαφός τους αυστηρότερες διατάξεις, που απαγορεύουν ή επιβάλλουν κυρώσεις στη μονομερή συμπεριφορά επιχειρήσεων. Ήδη, η νέα § 22 παρ. 2 εδ. β, παρ. 3 GWB επαναλαμβάνοντας την αρχή της παράλληλης εφαρμογής εθνικού και ευρωπαϊκού δικαίου και σε βιοτικά περιστατικά που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 82 ΣυνθΕΚ, αφήνει άθικτη την εφαρμογή των προβλέψεων του δευτέρου μέρους του GWB (περί καταχρηστικής εκμετάλλευσης δεσπόζουσας θέσης) από την υπεροχή των άρθρων 81, 82 ΣυνθΕΚ⁵⁴.

Συνεπώς, σε μονομερή μέτρα των επιχειρήσεων, τα οποία δύνανται να επηρεάσουν το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών, με αποτέλεσμα να έρχεται σε εφαρμογή το ευρωπαϊκό δίκαιο ανταγωνισμού, αδυνατεί το εθνικό δίκαιο (που έρχεται σε παράλληλη εφαρμογή) να επιτρέψει ό,τι το άρθρο 82 ΣυνθΕΚ απαγορεύει. Σε αντίθεση, όμως, με το καθεστώς για το άρθρο 81 ΣυνθΕΚ, δεν ισχύει και το αντίστροφο, με αποτέλεσμα *το αυστηρότερο εθνικό δίκαιο να επικρατεί του κοινοτικού κανόνα*⁵⁵. Αυτή η διαφοροποιημένη αντιμετώπιση, η οποία οφείλεται στις αντιδράσεις της γερμανικής Ομοσπονδιακής Κυβέρνησης, σημαίνει κατ' αποτέλεσμα ότι το άρθρο 82 ΣυνθΕΚ θέτει μόνο το κατώτατο (όχι όμως και το ανώτατο) όριο των δυνάμενων να θεσπιστούν απαγορεύσεων. Αντιθέτως, σε μέτρα που δε δύνανται να επηρεάσουν το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών, διατηρεί ο εθνικός νομοθέτης την ευχέρεια να διαμορφώσει ελεύθερα το ρυθμιστικό καθεστώς για την καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης.

⁵² Η § 2 παρ. 2 GWB ορίζει: „Κατά την εφαρμογή της παραγράφου 1 ισχύουν αντίστοιχα οι Κανονισμοί του Συμβουλίου ή της Επιτροπής της Ευρωπαϊκής Κοινότητας περί της εφαρμογής του άρθρου 81 παρ. 3 της Συνθήκης για την ίδρυση της Ευρωπαϊκής Κοινότητας σε συγκεκριμένες ομάδες συμφωνιών, αποφάσεων ενώσεων επιχειρήσεων και εναρμονισμένων μεταξύ τους πρακτικών (Κανονισμοί ομαδικών απαλλαγών). Το ίδιο ισχύει επίσης, στο βαθμό που οι εκεί κατονομαζόμενες συμφωνίες, αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων και πρακτικές δεν είναι ικανές να περιορίσουν το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών της Ευρωπαϊκής Κοινότητας“.

⁵³ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 25, 44; BR-Drucks. 441/04, σελ. 41-3, 75-6; Kahlenberg/Haellmigk, BB 2004, 390-1; Karl/Reichelt, DB 2005, 1438.

⁵⁴ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 31-2, 46-7; BR-Drucks. 441/04, σελ. 51-3, 79-81; Karl/Reichelt, DB 2005, 1436-7.

⁵⁵ Mestmäcker/Schweizer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 5, σελ. 150-1, αρ. 27-30; Rehbinder, in Festschrift für Immenga, σελ. 311; Schwarze/Weitbrecht, Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts, § 3, σελ. 49, αρ. 33-4.

Αμφισβητείται ωστόσο έντονα στη γερμανική επιστήμη το ζήτημα, ποια νομική φύση πρέπει να έχουν τα αναφερθέντα αυστηρότερα εθνικά μέτρα. Ερίζεται, δηλαδή, αν αρκούν μέτρα, που επιβάλλουν απαγορεύσεις και κυρώσεις σε μονομερείς συμπεριφορές επιχειρήσεων, ή αν αντιθέτως το πεδίο εφαρμογής των αυστηρότερων εθνικών κυρώσεων εκτείνεται σε περιπτώσεις κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης. Υπέρ της πρώτης θεώρησης συνηγορεί η γραμματολογική ερμηνεία του άρθρου 3 παρ. 2 εδ. β Καν. 1/2003⁵⁶, ενώ υπέρ της δεύτερης ο λόγος αρ. 8 της αιτιολογικής έκθεσης του Καν. 1/2003. Το ζήτημα, που παραμένει ακόμη αδιευκρίνιστο⁵⁷, έχει ιδιαίτερη σημασία, αφού η μονομερής συμπεριφορά κάποιας επιχείρησης και η κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης δεν ταυτίζονται, αλλά αποτελούν „κύκλους“, που μόνο μερικώς συμπίπτουν. Για παράδειγμα, καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης μπορεί να εντοπιστεί και σε συμβάσεις (πχ. κάθετες συμφωνίες), ενώ από την άλλη πλευρά υφίστανται απαγορεύσεις για μονομερείς ενέργειες επιχειρήσεων, που δεν έχουν δεσπόζουσα θέση στη σχετική αγορά⁵⁸.

Σε κάθε περίπτωση, η προεκτεθείσα διαφοροποίηση επιτρέπει στο γερμανό νομοθέτη να διατηρήσει μια σειρά από εθνικές διατάξεις⁵⁹, με αντικείμενο τόσο τη δεσπόζουσα θέση στην αγορά, όσο και τη μονομερώς περιοριστική του ανταγωνισμού συμπεριφορά. Ειδικότερα διατηρείται η πρόβλεψη της § 19 GWB περί καταχρηστικής εκμετάλλευσης δεσπόζουσας θέσης. Ωστόσο, καθίσταται με την προσθήκη ενός περαιτέρω εδαφίου στην παρ. 2 σαφές ότι η γεωγραφικά σχετική αγορά μπορεί να είναι ευρύτερη από το χώρο ισχύος του GWB, δηλαδή να ξεπερνά τα όρια της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας. Με τον τρόπο αυτό επιδιώκεται η διευκόλυνση της συνεργασίας στο ευρωπαϊκό δίκτυο των διοικητικών αρχών ανταγωνισμού⁶⁰. Επίσης, διατηρείται η § 20 GWB, που ρυθμίζει την απαγόρευση διακριτικής μεταχείρισης (*Diskriminierungsverbot*), ακόμα και για τις περιπτώσεις ύπαρξης σχέσεως εξάρτησης. Ομοίως δε θίγεται και η § 21 GWB, που αφορά την άρνηση συναλλαγών (*Boykottverbot*).

Αντιθέτως καταργούνται ορισμένες διατάξεις, οι οποίες παρότι συμπεριλαμβάνονταν σε αυτό το τμήμα του GWB, θα πρέπει κατά το νομοθέτη να κρίνονται βάσει του άρθρου 81 ΣυνθΕΚ και των αντιστοίχων νέων γενικών διατάξεων του εθνικού δικαίου⁶¹. Πρόκειται για τις:

§ 22 GWB, με αντικείμενο την απαγόρευση αφενός συστάσεων, που μέσω ομοιόμορφης συμπεριφοράς αποσκοπούν ή επιφέρουν την καταστρατήγηση είτε απαγορεύσεων του GWB, είτε διοικητικών αποφάσεων των αρχών ανταγωνισμού, και αφετέρου συστάσεων μιας επιχείρησης προς τους αγοραστές των προϊόντων της αναφορικά με τις τιμές μεταπώλησης αυτών (*Empfehlungsverbot*).

⁵⁶ Τη θεώρηση αυτή φαίνεται να υιοθετεί και ο γερμανός νομοθέτης βλ. BT-Drucks. 15/3640, σελ. 31; BR-Drucks. 441/04, σελ. 53.

⁵⁷ Βλ. σχετικά Harte-Bavendamm/Kreutzmann, Neue Entwicklungen in der Beurteilung selektiver Vertriebssysteme, WRP 2003, 682, 688-9; Reh binder, in Festschrift für Immenga, σελ. 311-6; Wagner-von Papp, Empfiehlt sich das Empfehlungsverbot?, WuW 2005, 379, 380-2; Weitbrecht, Das neue EG-Kartellverfahrensrecht, EuZW 2003, 69, 72; Wirtz, Anwendbarkeit von § 20 GWB auf selektive Vertriebssysteme nach Inkrafttreten der VO 1/2003, WuW 2003, 1039, 1042-4.

⁵⁸ Πχ. συστάσεις επιχειρήσεων, που δεν έχουν ούτε δεσπόζουσα, ούτε ισχυρή θέση στην αγορά και οι οποίες ελέγχονταν με την παλαιά ρύθμιση της § 22 GWB.

⁵⁹ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 29; BR-Drucks. 441/04, σελ. 49-50.

⁶⁰ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 30, 45; BR-Drucks. 441/04, σελ. 50, 78. Βλ. και Kahlenberg/Haellmigk, BB 2005, 1511; Kahlenberg/Haellmigk, BB 2004, 392.

⁶¹ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 30, 46; BR-Drucks. 441/04, σελ. 50-1, 79. Βλ. και Bechtold, DB 2004, 238-9. Αντίθετος με την κατάργηση Wagner-von Papp, WuW 2005, 379 επ.

§ 23 GWB, αναφορικά με τις μη δεσμευτικές συστάσεις τιμών για προϊόντα εφοδιασμένα με διακριτικά της προέλευσής τους γνωρίσματα (*unverbindliche Preisempfehlung für Markenwaren*).

III/ ΑΡΜΟΔΙΟΤΗΤΕΣ ΤΩΝ ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΩΝ ΑΡΧΩΝ

Σημαντικό ζήτημα της μεταρρύθμισης αποτελεί και η ενίσχυση των αρμοδιοτήτων των αρμοδίων για θέματα ανταγωνισμού διοικητικών αρχών. Ένα πρώτο πλέγμα τέτοιων διατάξεων εντοπίζεται στις §§ 32-32e GWB, οι οποίες συνιστούν ανάληψη σε εθνικό επίπεδο επιμέρους ρυθμίσεων του Καν.1/2003. Ειδικότερα παρέχεται ρητή εξουσιοδότηση στις αρχές ανταγωνισμού (Ομοσπονδιακή Αρχή και Αρχές των κρατιδίων), να διατάσσουν την παράλειψη συμπεριφορών, που συνιστούν παράβαση είτε του εθνικού, είτε του ευρωπαϊκού δικαίου ανταγωνισμού. Επίσης, δύνανται οι εν λόγω αρχές να ορίζουν κάθε μέτρο, που είναι αναγκαίο για την εξάλειψη της παράβασης, στο βαθμό που το μέτρο αυτό τελεί σε σχέση αναλογικότητας (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) με τη διαπιστωθείσα παράβαση⁶². Περαιτέρω, ρυθμίζεται κατά το πρότυπο του άρθρου 8 Καν. 1/2003 η δυνατότητα αυτεπάγγελτης λήψης σε περιπτώσεις επείγοντος προσωρινών μέτρων, η διάρκεια των οποίων δε μπορεί να υπερβεί το ένα έτος. Αντίστοιχα προς το άρθρο 9 Καν. 1/2003 παρέχεται επίσης η ευχέρεια προσφυγής στο μέτρο της ανάληψης δεσμεύσεων (*Verpflichtungszusagen*) από την πλευρά των εμπλεκόμενων σε μια παράβαση εταιριών. Μετά την ανάληψη των σχετικών δεσμεύσεων και την κήρυξή τους ως δεσμευτικών, διαπιστώνεται στη σχετική απόφαση της αρμόδιας διοικητικής αρχής ότι δεν υφίσταται λόγος δράσης της.

Ως εξειδίκευση του άρθρου 5 εδ. γ Καν. 1/2003 προβλέπεται η δυνατότητα για τις γερμανικές αρχές να αποφανθούν ότι δεν συντρέχει λόγος δράσης αυτών, επειδή βάσει των υπαρχόντων στοιχείων δεν υφίσταται παράβαση ούτε του εθνικού, ούτε του κοινοτικού δικαίου ανταγωνισμού. Η απόφαση αυτή πάντως δε συνιστά απαλλαγή του άρθρου 81 παρ. 3 ΣυνθΕΚ ή της § 2 GWB, γεγονός που σημαίνει ότι τρίτοι δε δεσμεύονται από αυτή, ενώ τα δικαστήρια δύνανται, αλλά δεν υποχρεούνται να την λάβουν υπόψη⁶³. Επίσης, κατ' αντιστοιχία με το άρθρο 29 παρ. 2 Καν. 1/2003 καθίσταται δυνατή η ανάκληση του πλεονεκτήματος απαλλαγής (*Entzug der Freistellung*), που παρέχεται για ορισμένες συμφωνίες, αποφάσεις ή εναρμονισμένες πρακτικές από Κανονισμούς ομαδικών απαλλαγών. Τέλος, παρέχεται κατά το πρότυπο του άρθρου 17 Καν. 1/2003 η δυνατότητα για την Ομοσπονδιακή Αρχή Ανταγωνισμού (*Bundeskartellamt*) και τις ανώτατες αρχές των κρατιδίων (*oberste Landeskartellbehörden*) να διεξάγουν έρευνες σε συγκεκριμένους κλάδους της οικονομίας ή σε συγκεκριμένους τύπους συμφωνιών, εφόσον η ύπαρξη σταθερών τιμών ή άλλων περιστάσεων δημιουργεί την υπόνοια ότι ο ανταγωνισμός στο εσωτερικό έχει περιοριστεί ή νοθευτεί⁶⁴.

Ένα δεύτερο ιδιαίτερος σημαντικό πλέγμα διατάξεων είναι οι §§ 50a – 50c GWB, που αφορούν τις σχέσεις και τη συνεργασία των εθνικών αρχών μέσα στο προβλεφθέν από τον Καν. 1/2003 δίκτυο των ευρωπαϊκών αρχών ανταγωνισμού. Προς πραγματοποίηση του άρθρου 12 Καν. 1/2003 προβλέπεται η εξουσιοδότηση

⁶² BT-Drucks. 15/3640, σελ. 33, 51; BR-Drucks. 441/04, σελ. 56, 88-9. Βλ. και Kahlenberg/Haellmigk, BB 2004, 393; Karl/Reichelt, DB 2005, 1441.

⁶³ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 34, 52; BR-Drucks. 441/04, σελ. 57-8, 90. Βλ. και Kahlenberg/Haellmigk, BB 2005, 1512; Kahlenberg/Haellmigk, BB 2004, 393; Karl/Reichelt, DB 2005, 1439.

⁶⁴ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 34-5, 52; BR-Drucks. 441/04, σελ. 50, 90-1. Να σημειωθεί ότι ενώ το αρχικό σχέδιο προέβλεπε αποκλειστική αρμοδιότητα της Ομοσπονδιακής Αρχής προς διεξαγωγή των εν λόγω ερευνών, υπερίσχυσε η άποψη του Ομοσπονδιακού Συμβουλίου περί διεύρυνσης της αρμοδιότητας και προς όφελος των διοικητικών Αρχών των κρατιδίων, βλ. BT-Drucks. 15/3640, σελ. 77.

προς τις γερμανικές αρχές ανταγωνισμού τόσο να ζητούν, όσο και να παρέχουν στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή ή στις άλλες εθνικές αρχές οποιοδήποτε νομικό ή οικονομικό στοιχείο (ακόμη και πληροφορίες εμπιστευτικού χαρακτήρα), προκειμένου να εξασφαλιστεί η αποτελεσματική εφαρμογή των άρθρων 81, 82 ΣυνΘΕΚ⁶⁵. Η ανταλλαγή πληροφοριών από και προς τις αρχές ανταγωνισμού των κρατιδίων διεκπεραιώνεται μέσω της Ομοσπονδιακής Αρχής.

Ο νομοθέτης επίσης προβαίνει σε πρόβλεψη ειδικότερης ρύθμισης για τις περιπτώσεις ανταλλαγής πληροφοριών και πέραν του δικτύου του άρθρου 12 Καν. 1/2003 (ανταλλαγές πληροφοριών εντός και εκτός δικτύου σε περιπτώσεις συγκέντρωσης επιχειρήσεων, ανταλλαγές πληροφοριών με αρχές τρίτων κρατών). Έτσι, εμπιστευτικές πληροφορίες, που εξήχθησαν από τη διαδικασία ελέγχου συγκεντρώσεως επιχειρήσεων, μπορούν μόνο με έγκριση της επιχείρησης να διαβιβαστούν περαιτέρω. Στις λοιπές περιπτώσεις κοινοποίησης πληροφοριών τίθενται επίσης αυστηρές προϋποθέσεις, όπως η προστασία των εμπιστευτικών πληροφοριών από την αιτούσα αρχή και η κοινοποίησή τους σε περαιτέρω τρίτους μόνο με τη συγκατάθεση της Ομοσπονδιακής Αρχής⁶⁶. Αξίζει να σημειωθεί ότι η Ομοσπονδιακή Αρχή διαθέτει τη διακριτική ευχέρεια να παράσχει ή όχι τις εν λόγω (εκτός δικτύου) πληροφορίες, όπου βαρύνοντα ρόλο για μια θετική απόφαση θα παίζει και η ετοιμότητα της αιτούσας αρχής για συνεργασία σε αντίστοιχες περιπτώσεις⁶⁷.

Στον τομέα των κυρώσεων ενδεχόμενων παραβάσεων πρέπει καταρχήν να επισημανθεί η αύξηση των ανωτάτων ορίων των δυνάμενων να επιβληθούν προστίμων σε 1.000.000 € (με όριο για κάθε επιχείρηση το 10% του συνολικού κύκλου εργασιών της κατά το προηγούμενο οικονομικό έτος⁶⁸) για σοβαρές παραβάσεις και σε 100.000 € για τις λοιπές περιπτώσεις. Τα ποσά αυτά αρχίζουν να είναι τοκοφόρα δύο εβδομάδες μετά την κοινοποίηση της σχετικής απόφασης (§ 81 GWB)⁶⁹. Ιδιαίτερη σημασία έχει επίσης η ενίσχυση του θεσμού της απορρόφησης των αποκομισθέντων οικονομικών πλεονεκτημάτων (*Vorteilsabschöpfung*). Σύμφωνα με την § 34 GWB δύνανται οι αρχές, εφόσον διαπιστώσουν παράβαση είτε του εθνικού, είτε του κοινοτικού δικαίου ανταγωνισμού, να διατάξουν (εντός πενταετίας από το πέρας αυτής) την απορρόφηση των οικονομικών αποδόσεων και πλεονεκτημάτων, που αποκόμισαν οι εμπλεκόμενες επιχειρήσεις από την κριθείσα παράβαση. Τούτο επιτυγχάνεται με την υποχρέωση καταβολής χρηματικού ποσού, για τον υπολογισμό του οποίου λαμβάνονται υπόψη τόσο τα επιβληθέντα διοικητικά πρόστιμα, όσο και οι καταβληθείσες σε ιδιώτες αποζημιώσεις⁷⁰.

IV/ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΤΩΝ ΙΔΙΩΤΩΝ

Σημαντικότερο αντικείμενο της μεταρρύθμισης αποτέλεσε το αίτημα ενίσχυσης των αγωγών ιδιωτών για άρση και παράλειψη της προσβολής, καθώς και για αποζη-

⁶⁵ Επίσης επαναλαμβάνονται στο εθνικό δίκαιο και οι διατάξεις του άρθρου 12 παρ. 2, 3 Καν. 1/2003. Βλ. όμως και την κριτική της Επιτροπής Μονοπωλίων ως προς τη συγκεκριμένη διαμόρφωση του δικτύου των αρχών ανταγωνισμού: Monopolkommission, Sondergutachten 41/42, σελ. 24-6, αρ. 30-4; Monopolkommission, Sondergutachten 32, σελ. 28-37, αρ. 29-44..

⁶⁶ Επίσης προσαπαιτείται η χρήση των πληροφοριών στο πλαίσιο εφαρμογής διατάξεων του δικαίου ανταγωνισμού (απαγόρευση συγκεκριμένων συμπράξεων και καταχρηστικής εκμετάλλευσης δεσπόζουσας θέσης), καθώς και η χρήση τους ως αποδεικτικών μέσων για το ίδιο αντικείμενο έρευνας, με εκείνο που οδήγησε την Ομοσπονδιακή Αρχή στη συλλογή των εν λόγω πληροφοριών.

⁶⁷ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 40, 62; BR-Drucks. 441/04, σελ. 67-8, 109.

⁶⁸ Πρβλ. άρθρο 23 παρ. 2 Καν. 1/2003.

⁶⁹ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 42, 67; BT-Drucks. 15/5049, σελ. 30, 49-50; BR-Drucks. 441/04, σελ. 71-2, 118. Βλ. και Kahlenberg/Haellmigk, BB 2005, 1513-4.

⁷⁰ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 36, 55; BR-Drucks. 441/04, σελ. 60-1, 95-6. Βλ. και Bechtold, DB 2004, 240; Kahlenberg/Haellmigk, BB 2005, 1513; Kahlenberg/Haellmigk, BB 2004, 394-5; Karl/Reichelt, DB 2005, 1443.

μίωση λόγω παραβάσεων του δικαίου (εθνικού ή ευρωπαϊκού) του ελεύθερου ανταγωνισμού, προκειμένου να διαμορφωθεί ένα πρόσθετο, ευέλικτο και με ικανή αποτρεπτική ισχύ σύστημα ιδιωτικής προστασίας⁷¹. Πρώτο μέλημα του νομοθέτη ήταν να ενοποιήσει τη νομική βάση αυτών των αγωγών. Πιο συγκεκριμένα, κατά το προϊσχύσαν καθεστώς, ενώ οι αγωγές λόγω παράβασης του εθνικού δικαίου ρυθμιζόνταν από την § 33 GWB, οι αξιώσεις εξαιτίας παραβάσεων των άρθρων 81, 82 ΣυνθΕΚ κρίνονταν σε συνδυασμό με την § 823 παρ. 2 γερμΑΚ (στο εξής: BGB). Η νέα § 33 GWB αποτελεί πλέον τον κεντρικό κανόνα για τη ρύθμιση του πραγματικού αδικοπρακτικών αξιώσεων, που γεννώνται από παραβάσεις είτε του κοινοτικού, είτε του εθνικού δικαίου ελεύθερου ανταγωνισμού.

Εξαιρετικής σημασίας είναι και οι μεταρρυθμίσεις, που αφορούν τις προϋποθέσεις άσκησης των σχετικών αγωγών και την επιμέτρηση της ζημίας. Ως προς τον προστατευτικό υπέρ των ιδιωτών χαρακτήρα τόσο των άρθρων 81, 82 ΣυνθΕΚ, όσο και των απαγορευτικών διατάξεων του GWB επικρατεί στη γερμανική επιστήμη απόλυτη ομοφωνία. Εκείνο που ερίζεται, είναι το κριτήριο, βάσει του οποίου θα προσδιοριστεί ο κύκλος των δυνάμενων να ζητήσουν έννομη προστασία ιδιωτών. Η κρατούσα στη νομολογία άποψη⁷² υιοθετεί το κριτήριο της σκοπιμότητας (*Zielgerichtetheit*), με αποτέλεσμα να περιορίζεται αισθητά ο κύκλος των δικαιούχων σε εκείνους, σε βάρος των οποίων σκοπίμως απευθύνεται η διενεργηθείσα παράβαση. Η άποψη αυτή επικρίθηκε έντονα ως ανεπιεικής, με αποτέλεσμα να υποστηρίζεται ευρέως στη θεωρία⁷³ η αναγκαιότητα ευρύτερου προσδιορισμού των νομιμοποιούμενων να εγείρουν αξιώσεις αποζημίωσης ή άρσης και παράλειψης της προσβολής βάσει αντικειμενικά κριτήρια. Κατά την άποψη αυτή, δικαιούχος της σχετικής αξίωσης είναι οποιοσδήποτε ιδιώτης θίγεται από την κρινόμενη παράβαση (*Kriterium der objektiven Betroffenheit*). Ο νομοθέτης υιοθέτησε στη νέα § 33 παρ. 1 GWB την τελευταία άποψη⁷⁴. Ωστόσο παραμένει ασαφές και αμφισβητούμενο, αν θα νομιμοποιούνται ως δικαιούχοι μόνο οι άμεσα θιγόμενοι (άμεση βαθμίδα στην αγορά)⁷⁵ ή και οι έμμεσα θιγόμενοι (έμμεσες και πιο απομακρυσμένες βαθμίδες της αγοράς, ενδεχομένως και καταναλωτές)⁷⁶. Υπό το φως της νομολογίας Courage/Crehan του ΔΕΚ⁷⁷, όπου γίνεται ρητά λόγος περί εξασφάλισης της δυνατότητας αποκατάστασης της ζημίας, που

⁷¹ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 35, 52-3; BR-Drucks. 441/04, σελ. 59, 91-2.

⁷² BGH, Urt. v. 25.1.1983, WuW/E BGH 1985-8 (Familienzeitschrift); BGH, Urt. v. 23.10.1979, WuW/E BGH 1643-6 (BMW-Importe); BGH, Urt. v. 4.4.1975, WuW/E BGH 1361-5 (Krankenhaus-Zusatzversicherung); LG Mainz, Urt. v. 15.1.2004, NJW-RR 2004, 478-481; LG Mannheim, Urt. v. 11.7.2003, GRUR 2004, 182-4. Σύμφωνος και ο Lübbig, Die zivilprozessuale Durchsetzung etwaiger Schadensersatzansprüche durch die Abnehmer eines kartellbefangenen Produktes, WRP 2004, 1254, 1255-6.

⁷³ Bechtold, DB 2004, 239; Bulst, Private Kartellrechtsdurchsetzung durch die Marktgegenseite – deutsche Gerichte auf Kollisionskurs zum EuGH, NJW 2004, 2201-2; Emmerich, in Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar, 3¹ Έκδοση, Μόναχο 2001, § 33, σελ. 1202, αρ. 16; Hempel, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, Baden-Baden 2002, σελ. 41-4; Köhler, Kartellverbot und Schadensersatz, GRUR 2004, 99, 100-1; Schütt, Individualrechtsschutz nach der 7. GWB-Novelle, WuW 2004, 1124, 1126-7. Έτσι και OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.8.1998, NJW-RR 2000, 193-7; OLG Stuttgart, Urt. v. 22.5.1998, WuW/E DE-R 161-5 (Carpenter II).

⁷⁴ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 35, 53; BT-Drucks. 15/5049, σελ. 16, 48; BR-Drucks. 441/04, σελ. 59-60, 92. Τη μεταβολή αυτή χαιρετίζει και η Επιτροπή Μονοπωλίων, βλ. Monopolkommission, Sondergutachten 41/42, σελ. 27-8, αρ. 38-9.

⁷⁵ Bechtold, DB 2004, 239; Kahlenberg/Haellmigk, BB 2005, 1514; Köhler, GRUR 2004, 101-2.

⁷⁶ Monopolkommission, Sondergutachten 41/42, σελ. 28-9, αρ. 39; Bulst, Private Kartellrechtsdurchsetzung nach der 7. GWB-Novelle: Unbeabsichtigte Rechtsschutzbeschränkungen durch die Hintertür?, EWS 2004, 62, 64-5; Hempel, Privater Rechtsschutz im deutschen Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle, WuW 2004, 362, 368-9; Schütt, WuW 2004, 1128-1130.

⁷⁷ ΔΕΚ, Απόφαση της 20.9.2001, στην υπόθεση C-453/99 Courage Ltd κατά Bernard Crehan, Συλλ. 2001, I-6297 επ. = ΔΕΕ 2002, 183 επ. παρατ. Μαρίνου.

υπέστη κάθε υποκείμενο δικαίου (*Jedermann-Erfordernis*)⁷⁸, θα πρέπει να προκριθεί η τελευταία άποψη.

Ιδιαίτερος περίπλοκο σε αγωγές αποζημίωσης λόγω παραβίασης του δικαίου ελεύθερου ανταγωνισμού είναι το πρόβλημα του υπολογισμού της ζημίας. Στο επίπεδο αυτό πρέπει να σημειωθεί ότι η Επιτροπή Μονοπωλίων (*Monopolkommission*) είχε προτείνει, ακολουθώντας το πρότυπο του αμερικανικού δικαίου ανταγωνισμού, την επιδίκαση διπλάσιας από την επελθείσα ζημία αποζημίωσης (*zweifacher Schadensersatz*)⁷⁹. Ο νομοθέτης διστάζει ωστόσο να υιοθετήσει μια τέτοια ριζοσπαστική ρύθμιση και αρκείται σε δύο προβλέψεις προς το σκοπό διευκόλυνσης της έννομης θέσης και του βάρους απόδειξης του ενάγοντος (§ 33 παρ. 3 GWB)⁸⁰. Καταρχήν θεσπίζεται ρητά ο αποκλεισμός της ένστασης του εναγομένου ότι ο ενάγων δεν υπέστη καμία ζημία από την αγορά υπερτιμημένων (εξαιτίας παράνομης σύμπραξης) προϊόντων, αφού ο τελευταίος κατάφερε να τα μεταπωλήσει (*passing on defense*). Ομοίως προβλέπεται κατά το πρότυπο του δικαίου του αθέμιτου ανταγωνισμού⁸¹ ότι το δικαστήριο δύναται κατά την εκτίμησή του για τον υπολογισμό του ύψους της επελθείσας ζημίας να λάβει υπόψη το αναλογούν τμήμα του κέρδους (*anteiliger Gewinn*)⁸², που επέτυχε η παρανόμως δρώσα επιχείρηση. Αξίζει να επισημανθεί ότι η εν λόγω χρηματική ενοχή αποζημίωσης τοκοφορεί από το χρονικό σημείο επέλευσης της ζημίας, καθώς επίσης η νέα ρύθμιση περί αναγνώρισης δεσμευτικής ισχύος (*Tatbestandswirkung*) στις αποφάσεις της Ευρωπαϊκής Επιτροπής και των διοικητικών αρχών άλλων κρατών μελών, που αποφαινόμενα οριστικά για παραβάσεις των άρθρων 81, 82 ΣυνθΕΚ. Ο δεσμευτικός χαρακτήρας αφορά αποκλειστικά το ζήτημα της διαπίστωσης της παράβασης στο έδαφος της αποφασίσασας διοικητικής αρχής. Η προβολή της δεσμευτικής ισχύος γίνεται δεκτή μόνο στο πλαίσιο αγωγών αποζημίωσης (*Follow-on-Klagen*) και μόνο αναφορικά με τις επελθείσες ζημίες στη χώρα της εν λόγω αρχής. Ίδια ισχύς προσδίδεται επίσης και στις τελεσίδικες δικαστικές αποφάσεις, που εκδόθηκαν στο πλαίσιο προσφυγής κατά των εν λόγω διοικητικών αποφάσεων (§ 33 παρ. 4 GWB)⁸³. Η διάταξη αυτή παρόλο που αποτελεί σημαντικότατο βήμα στην ενίσχυση των εν λόγω αξιώσεων, επικρίνεται ως ελλιπής και ανεπαρκής λόγω των νομοτεχνικών της αδυναμιών⁸⁴.

Στο θέμα επέκτασης της δυνατότητας άσκησης συλλογικών αγωγών, η μεταρρύθμιση δεν επέφερε τα αναμενόμενα αποτελέσματα. Το αρχικό σχέδιο νόμου⁸⁵ προέβλεπε τη δυνατότητα έγερσης αγωγών άρσης και παράλειψης της προσβολής ακόμη και από ενώσεις καταναλωτών, ανταποκρινόμενο έτσι στο σχετικό αίτημα της

⁷⁸ Βλ. σημ. 26 Απόφασης Courage/Crehan.

⁷⁹ Monopolkommission, Sondergutachten 41/42, σελ. 42-6, αρ. 75-83.

⁸⁰ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 53-4; BT-Drucks. 15/5049, σελ. 17, 48; BR-Drucks. 441/04, σελ. 60, 93-4.

⁸¹ Βλ. Koos, in Fezer, UWG-Kommentar, Μόναχο 2005, τ. 2, § 9, σελ. 579-584, αρ. 28-32; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 8^η Έκδοση (2002), Κεφ. 34, σελ. 387 επ., αρ. 18 επ.

⁸² Ασαφής είναι ο ειδικότερος προσδιορισμός του κέρδους αυτού, αν δηλαδή αφορά το πλήρες κέρδος (συμπεριλαμβανομένου και εκείνου που θα επιτύγχανε η επιχείρηση άνευ της παράνομης συμπεριφοράς) ή μόνο το παρανόμως επιτευχθέν κέρδος. Υπέρ της πρώτης άποψης Hempel, WuW 2004, 370-1; Schütt, WuW 2004, 1130-1.

⁸³ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 35-6, 54; BR-Drucks. 441/04, σελ. 60, 94-5. Βλ. και Bechtold, DB 2004, 239-240; Kahlenberg/Haellmigk, BB 2004, 394; Schütt, WuW 2004, 1131-2.

⁸⁴ Για παράδειγμα δεν αναφέρεται κατά ποίων προσώπων αναπτύσσεται αυτή η δεσμευτική ισχύς (δηλ. εκείνων σε βάρος των οποίων στρέφεται και αποφαίνεται απόφαση ή και εκείνων, που κατονομάζονται ως συμμετοχοί στην παράνομη συμπεριφορά). Επίσης δεν αναφέρονται οι προϋποθέσεις και τα εμπόδια αναγνώρισης της αλλοδαπής απόφασης. Προβληματικός τέλος είναι και ο περιορισμός της δεσμευτικής ισχύος μόνο σε διαφορές αποζημίωσης και όχι στο σύνολο των σχετικών με την παράνομη συμπεριφορά αγωγών μεταξύ ιδιωτών. Βλ. Monopolkommission, Sondergutachten 41/42, σελ. 29-36, αρ. 41-55; Bechtold, DB 2004, 239-204; Schütt, WuW 2004, 1131-2.

⁸⁵ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 11, 35, 53; BT-Drucks. 15/5049, σελ. 16-7; BR-Drucks. 441/04, σελ. 12-3, 59, 93. Υπέρ της λύσης αυτής και η Monopolkommission, Sondergutachten 41/42, σελ. 47-51, αρ. 84-93.

γερμανικής θεωρίας⁸⁶. Ωστόσο, η ρύθμιση αυτή διαγράφηκε στο πλαίσιο του πολιτικού συμβιβασμού, που επήλθε στην Επιτροπή Διαμεσολάβησης. Έτσι, η άσκηση των εν λόγω αξιώσεων παρέχεται, όπως και κατά το προϊσχύσαν καθεστώς, μόνο σε συνδέσμους με ικανότητα δικαίου, οι οποίοι επιδιώκουν την προώθηση εμπορικών ή ανεξαρτήτων επαγγελματικών συμφερόντων. Ωστόσο ενισχύεται ο θεσμός της απορρόφησης οικονομικών πλεονεκτημάτων, αφού παρέχεται στους αναφερθέντες συνδέσμους η δυνατότητα να ενάγουν τις παρανόμως δρώσες επιχειρήσεις προς απόδοση των αποκομισθέντων πλεονεκτημάτων στον ομοσπονδιακό προϋπολογισμό (§ 34a GWB)⁸⁷.

B. Ο ΕΛΕΓΧΟΣ ΣΥΓΚΕΝΤΡΩΣΕΩΝ ΣΤΗ 7. GWB-NOVELLE

Κύριο μέλημα του γερμανού νομοθέτη στο πεδίο του ελέγχου των συγκεντρώσεων ήταν ο εκτεταμένος επαναπροσδιορισμός διατάξεων δικονομικής φύσεως προς το σκοπό της ενίσχυσης της νομικής ασφάλειας και αποτελεσματικότητας. Από το σύνολο των μεταβολών, που επήλθαν, πρέπει να ξεχωρίσει κανείς εκείνη, που εντοπίζεται στον «ευαίσθητο» τομέα της παροχής σε τρίτους προσωρινής ενδίκου προστασίας. Εξίσου, όμως, μεγάλης σπουδαιότητας υπήρξε και η προβληματική, η οποία αναπτύχθηκε γύρω από την προταθείσα ελαστικοποίηση των ειδικών ρυθμίσεων, που αφορούν στις συγκεντρώσεις ανάμεσα σε επιχειρήσεις του τομέα του Τύπου. Ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσίασε, παράλληλα, και ο προβληματισμός εκείνος, βάσει του οποίου έπρεπε να αξιολογηθεί υπό το πρίσμα της αλλαγής του ουσιαστικού κριτηρίου σε ευρωπαϊκό επίπεδο, η διατήρηση της δεσπόζουσας θέσης στο GWB. Παρά το γεγονός ότι η νομοθετική πρωτοβουλία δεν επεκτάθηκε και σε αυτά τα ζητήματα, θα πρέπει για την πληρότητα της παρουσίασης να σκιαγραφηθούν οι ιδιαιτερότητές τους.

I/ Η Δεσπόζουσα Θέση έναντι της «σημαντικής παρεμπόδισης του αποτελεσματικού ανταγωνισμού» στο GWB

Η 7. GWB-Novelle διατήρησε χωρίς μεταβολές το ουσιαστικό κριτήριο της δεσπόζουσας θέσης (εφεξής: δ.θ.) ως βάση αξιολόγησης των συγκεντρώσεων επιχειρήσεων. Σύμφωνα, λοιπόν, με την § 36 παρ. 1 GWB, η έγκριση μίας συγκέντρωσης θα εξακολουθήσει να εξετάζεται και στο μέλλον, με βάση το αν αυτή «αναμένεται να οδηγήσει στη θεμελίωση ή ενίσχυση μίας δεσπόζουσας θέσης», ενώ στην περίπτωση κατάφασης της τελευταίας, το σχέδιο συγκέντρωσης δύναται να εκφύγει της απαγόρευσης, μόνο εφόσον οι συμμετέχουσες επιχειρήσεις αποδείξουν ότι η συγκέντρωση επιφέρει βελτιώσεις των συνθηκών ανταγωνισμού, οι οποίες υπερिशύουν των μειονεκτημάτων της δ.θ. (ρήτρα στάθμισης- «*Abwägungsklausel*»)⁸⁸. Καμία τρο-

⁸⁶ Βλ. ενδεικτικά K. Schmidt, Zivilprozess und Europakartellrecht, in Festschrift für E. Schumann, Tübingen 2001, σελ. 405, 420-2; Hempel, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, σελ. 311-321.

⁸⁷ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 36, 55-6; BT-Drucks. 15/5049, σελ. 18; BR-Drucks. 441/04, σελ. 61, 96-8. Αντίθεση στη σχετική ρύθμιση είχε εκφράσει το Ομοσπονδιακό Συμβούλιο, βλ. BT-Drucks. 15/3640, σελ. 78.

⁸⁸ Η στάθμιση των πλεονεκτημάτων και μειονεκτημάτων μίας συγκέντρωσης στον GWB δε θα πρέπει να συγχέεται με εκείνη της αξιολόγησης των πλεονεκτημάτων «αποτελεσματικότητας», την οποία προβλέπει πλέον ρητά ο ευρωπαϊκός ΚΕΣ στο λόγο 29 της αιτιολογικής έκθεσης. Ενώ η «αποτελεσματικότητα» έγκειται στις θετικές συνέπειες μιας συγκέντρωσης στην ίδια σχετική αγορά, η γερμανική «*Abwägungsklausel*» αφορά στις θετικές επιδράσεις, που έχει η συγκέντρωση σε τρίτη αγορά, δηλ. σε αγορά άλλη από αυτή, στην οποία ανακύπτει ή ενισχύεται η δ.θ., βλ. σχετικά BKartA, Diskussionspapier της 27/09/04 für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht, Wettbewerbsschutz & Verbraucherinteressen im Lichte neuerer ökonomischer Methoden, Bonn, σελ. 12, στην ιστοσελίδα: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/04_AKK.pdf.

ποποίηση δεν επήλθε επίσης στην περίπτωση της συλλογικής δεσπόζουσας θέσης, όπως προκύπτει άλλωστε από τη συνδυασμένη ανάγνωση της § 19 παρ. 2 εδ. β, παρ. 3 GWB, όπου παραπέμπει σιωπηρά η § 36 GWB και όπου θεμελιώνονται το πραγματικό και τα μαχητά τεκμήρια της συλλογικής δεσπόζουσας θέσης αντίστοιχα.

Η εν τέλει διατήρηση της δ.θ. ως μέτρου αξιολόγησης των συγκεντρώσεων επιχειρήσεων δε σημαίνει όμως ότι δεν υπήρξαν σκέψεις ακόμη και για αντικατάστασή της. Στο πνεύμα της εκτενούς προσαρμογής του γερμανικού δικαίου ανταγωνισμού στο αντίστοιχο ευρωπαϊκό, το Ομοσπονδιακό Υπουργείο Οικονομικών και Εργασίας (εφεξής: Ο.Υ.Ο.) έφερε αρχικά προς εξέταση⁸⁹ το ενδεχόμενο εισαγωγής στη θέση του κριτηρίου της δ.θ., του αντιστοίχου της «σημαντικής παρεμπόδισης του αποτελεσματικού ανταγωνισμού», που υιοθετήθηκε πρόσφατα στο άρθρο 2 παρ. 2 του ευρωπαϊκού Κανονισμού⁹⁰ για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων (εφεξής: ΚΕΣ). Σύντομα, όμως, έπρεπε να εγκαταλειφθεί οποιαδήποτε σκέψη για αντικατάσταση του τελευταίου μετά την έντονη αντίθεση, που εκφράστηκε σε αυτήν την προοπτική από την πλειονότητα του νομικού, αλλά και επιχειρηματικού κόσμου.⁹¹ Η υλοποίηση μίας τέτοιας πρότασης σήμαινε για τις επιχειρήσεις εκτεταμένη έλλειψη νομικής ασφάλειας, η οποία απέρρευε από τη διαγραφή του «οικείου» -μετά την πολυετή εφαρμογή του- κριτηρίου της δ.θ. και την εισαγωγή μίας νέας, εντελώς άγνωστης προς αυτές νομικής βάσης.⁹² Για τη γερμανική νομική επιστήμη και θεωρία, εξάλλου, η πρόταση αυτή επανέφερε στο προσκήνιο τις έντονες επιφυλάξεις, οι οποίες είχαν εκφραστεί μετά την εισαγωγή του νέου κριτηρίου στον ευρωπαϊκό κανονισμό και αφορούσαν στην «ασάφεια» και στον υπέρμετρα «οικονομικό» του χαρακτήρα.⁹³ Παράλληλα, υποστηρίχθηκε και η πιο μετριοπαθής άποψη, που δεν απέκλειε εξ αρχής οποιαδήποτε σκέψη για αντικατάστασή του, αλλά μετέθετε τη σχετική συζήτηση για την επόμενη αναθεώρηση, αφού πρώτα διερευνούνταν τα αποτελέσματα, τα οποία θα παρούσιαζε η εφαρμογή του νέου κριτηρίου στην ευρωπαϊκή πράξη.⁹⁴ Σύμφωνα δε με την ανωτέρω θεώρηση, η υιοθέτηση του νέου κριτηρίου σε μεταγενέστερο χρονικό στάδιο θα είχε ως αποτέλεσμα, μέσω της αξιοποίησης της πολύτιμης ευρωπαϊκής εμπειρίας, να αποφευχθούν στην πράξη συμπτώματα «παιδικής ασθένειας», τα οποία προκαλεί η εμφάνιση κάθε νεωτερισμού.

Ο τρόπος, με τον οποίο τέθηκε εξ αρχής η αλλαγή του ουσιαστικού κριτηρίου, αλλά και η άμεση απόσυρση του ζητήματος από το Ο.Υ.Ο., απέδειξαν ότι δεν υπήρχε ουσιαστική πολιτική βούληση για αναθεώρησή του, αλλά απλά μία προσπάθεια ανίχνευσης των απόψεων των εμπλεκόμενων φορέων απέναντι σε αυτήν την προοπτική εξέλιξης.⁹⁵ Χάθηκε, όμως, έτσι μία αξιόλογη ευκαιρία να επανεξεταστεί σε βάθος ο έντονα «διαρθρωτικός» χαρακτήρας του γερμανικού δικαίου ελέγχου των συγκεντρώσεων, να ερευνηθεί δηλαδή εκτεταμένα στην επιστήμη και στην πράξη το ερώτημα, κατά πόσο η αυστηρή προσήλωση του τελευταίου στην εξέταση των μεταβολών, που προκαλούνται μετά από μία συγκέντρωση στη διάρθρωση της σχετικής α-

⁸⁹ Bundeswirtschaftsministerium (εφεξής: BWM), Diskussionspapier vom 21.06.2004, μη δημοσιευμένο.

⁹⁰ Κανονισμός (ΕΚ) 139/2004 του Συμβουλίου, της 20.1.2004 για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων (Κοινοτικός κανονισμός συγκεντρώσεων), ΕΕ L 24 (29.1.2004), σελ. 1 επ.

⁹¹ Για συνολική αποτίμηση των γνωμοδοτήσεων που δόθηκαν στο BWM βλ. BT-Drucks. 15/5049, σελ. 40 επ.

⁹² Βλ. Stellungnahme der ASU (Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmen) zum XV. Hauptgutachten der Monopolkommission, σελ. 6, στην ιστοσελίδα: <http://www.asu.de/www/doc/c54ee454bbd5dc51a72ba78a58ba5bb0.pdf>.

⁹³ Kapp/Messmer/Menold, Reform der EU- Fusionskontrolle: Herrscht nun unbeschränkte Willkür in Brüssel?, EuZW 2005, 161; Böge, Reform der Europäischen Fusionskontrolle, WuW 2004, 143 επ.; Tilmann, Neue Maßstäbe bei der EU-Fusionskontrolle?, WuW 2004, 3; Bergmann/Burholt, Nicht Fisch und nicht Fleisch, EuZW 2004, 161.

⁹⁴ Schwalbe, Marktbeherrschungs- oder SIEC Test im GWB?, WuW 2004, 997.

⁹⁵ Πρβλ. όμως Säcker, Angleichung der deutschen Fusionskontrolle an Art. 2 Abs.3 FKVO, WuW 2004, 1038 επ., ο οποίος εκφράζεται υπέρ της αντικατάστασης του κριτηρίου της δ.θ.

γοράς, θα έπρεπε να υποχωρήσει έναντι μίας πιο «δυναμικής» διερεύνησής της, όπως επιτάσσουν οι σύγχρονες θεωρίες⁹⁶ στην οικονομική επιστήμη. Από τη στιγμή, μάλιστα, που το ευρωπαϊκό δίκαιο επέλεξε τη δεύτερη οδό, οι διαφορές στη φιλοσοφία, αλλά και στην πρακτική εφαρμογή των δύο δικαϊκών συστημάτων θα γίνονται όλο και πιο εμφανείς.⁹⁷ Αρκεί να σκεφτεί κανείς, λόγου χάρη, ότι ενώ πλέον κατά το ευρωπαϊκό δίκαιο μπορεί να απαγορευθεί μία συγκέντρωση σε ολιγοπωλιακή αγορά, ακόμη και στην περίπτωση που η νέα επιχείρηση είναι σε θέση να αυξήσει τις τιμές των προϊόντων της, χωρίς να συντονίζει τη συμπεριφορά της με τους υπόλοιπους ολιγοπωλητές (*nicht koordinierte Effekte*)⁹⁸, αντίστοιχη πρόβλεψη στο GWB δεν υπάρχει. Στην περίπτωση δε που μία υπόθεση παραπεμφθεί κατά το άρθρο 9 παρ. 1 ΚΕΣ από την ευρωπαϊκή επιτροπή στην Ομοσπονδιακή Αρχή, η τελευταία δεν υποχρεούται⁹⁹ και δεν προτίθεται¹⁰⁰ να επιχειρήσει στάθμιση των μειονεκτημάτων της δ.θ. με τα οικονομικά πλεονεκτήματα «αποτελεσματικότητας»¹⁰¹, που ενδεχομένως προκύπτουν από τη συγκέντρωση, τη στιγμή ιδίως που η δυνατότητα αυτή, εφόσον υπακούει σε κάποιες αρχές, αναγνωρίζεται πλέον ρητά στο ευρωπαϊκό δίκαιο.¹⁰²

Η προβληματική όμως δε θα πρέπει να εστιάζεται τόσο στις προαναφερθείσες διαφορές, όσο κυρίως στην αυστηρά «διαρθρωτική» φυσιογνωμία του ελέγχου των συγκεντρώσεων, που επιχειρείται στα πλαίσια του GWB. Προκειμένου να γίνει σαφής ο ως άνω χαρακτηρισμός, αρκεί να αναλογιστεί κανείς ότι στην περίπτωση της συλλογικής δ.θ. η *ad hoc* διάκριση μεταξύ «εσωτερικού» και «εξωτερικού ανταγωνισμού», καθώς και η απαρίθμηση των κριτηρίων¹⁰³, που κατά την πρακτική της Ομοσπονδιακής Αρχής θεωρούνται ότι ευνοούν μετά από μία συγκέντρωση την εναρμόνιση της συμπεριφοράς μεταξύ των μελών ενός ολιγοπωλίου, αδυνατούν να απαντήσουν στο κρίσιμο κατά την οικονομική θεωρία ερώτημα, κατά πόσο είναι *κερδοφόρο* για κάθε μία επιχείρηση χωριστά να εμμένει στην «κοινή» στρατηγική, που έχει χαραχτεί από την ολιγοπωλιακή ομάδα.¹⁰⁴ Όλα αυτά, βέβαια, προϋποθέτουν μία δυνα-

⁹⁶ Βλ. Motta, EC Mergers Policy and the Airtours case, E.C.L.R., 2000, 199-207; Lopatka, Solving the Oligopoly problem: Turner's try, The Antitrust Bulletin, 1996, 843-908.

⁹⁷ Nitsche/Thielert, Die ökonomische Analyse auf dem Vormarsch- Europäische Reform und deutsche Wettbewerbspolitik, WuW 2004, 250 επ., όπου, αφού γίνεται μία αναφορά στα σημεία που διαφοροποιούνται τα δύο δίκαια, εκφράζεται η άποψη ότι σταδιακά το γερμανικό θα υιοθετήσει τις αντίστοιχες μεταρρυθμίσεις του ευρωπαϊκού δικαίου. Πρβλ. όμως Staebe/Denzel, Die neue Europäische FKVO, EWS 2004, 201, οι οποίοι είναι αντίθετοι στην προοπτική προσαρμογής του γερμανικού δικαίου στις ευρωπαϊκές μεταρρυθμίσεις,

⁹⁸ Λόγος 25 της αιτιολογικής έκθεσης για τον Κανονισμό 139/2004, Κατευθυντήριες γραμμές για την αξιολόγηση των οριζόντιων συγκεντρώσεων σύμφωνα με τον κανονισμό του Συμβουλίου για τον έλεγχο συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων, EE C 31 (5.2.2004), σελ. 5, σημ. 24 επ. Για την αναγκαιότητα του συνυπολογισμού αυτών των αποτελεσμάτων, Völcker, Mind the Gap: Unilateral Effects Analysis arrives in EC Merger Control, E.C.L.R. 2004, 395 επ.

⁹⁹ Ωστόσο, ο συνυπολογισμός τέτοιων επιχειρημάτων θα μπορούσε να πραγματοποιηθεί μόνο στο πλαίσιο της εξαιρετικής διαδικασίας ενώπιον του Υπουργού Οικονομικών κατά την § 42 GWB.

¹⁰⁰ BKartA, Wettbewerbsschutz & Verbraucherinteressen im Lichte neuerer ökonomischer Methoden, σελ. 12: «Oberhalb der Marktbeherrschungsschwelle ist eine Effizienzeinrede hingegen nicht möglich».

¹⁰¹ Για τη θέση των πλεονεκτημάτων «αποτελεσματικότητας» στο γερμανικό δίκαιο, Böge/Jakobi, Die Berücksichtigung von Effizienzen in der Fusionskontrolle, BB 2005, 116 επ.

¹⁰² Λόγος 29 της αιτιολογικής Έκθεσης για τον Κανονισμό 139/2004, Κατευθυντήριες γραμμές για την αξιολόγηση οριζόντιων συγκεντρώσεων, σημ. 76-88, De la Mano, Enterprise paper no 11 for the European Commission, For the customer's Sake, The competitive effects of efficiencies in European Merger Control, 2002, σελ. 1 επ.

¹⁰³ BKartA, Auslegungsgrundsätze zur Prüfung von Marktbeherrschung in der deutschen Fusionskontrolle, 2000, σελ. 47-60, στην ιστοσελίδα www.bundeskartellamt.de/Auslegungsgrundsätze.pdf; BKartA, Beschl. v. 3.07.2000 WuW/E DE-V, 301 επ. (RWE/VEW).

¹⁰⁴ Διότι στην περίπτωση που το τελευταίο δεν είναι δυνατό, ακόμη και αν πληρούνται τα κριτήρια που αναγνωρίζονται στη γερμανική νομολογία, η υιοθέτηση «κοινής πορείας» από τα μέλη του ολιγοπωλίου θα διασπάται από τις προσπάθειες κάποιας επιχείρησης να αποκλίνει, προκειμένου να μεγιστοποιήσει τα κέρδη της, βλ. σχετικά Kloosterhuis, «Joint Dominance and the Interaction between Firms», E.C.L.R. 2001, 79.

μική ανάλυση των στοιχείων της αγοράς, την οποία τα μερίδια αγοράς του τεκμηρίου της § 19 παρ. 2 GWB από μόνα τους δεν μπορούν να εγγυηθούν, ακόμη και αν οι ενστάσεις της πλειοψηφίας της γερμανικής θεωρίας για την «ανασφάλεια», που προκύπτει από την τάση για «*more economic approach*»¹⁰⁵ δε στερούνται βασιμότητας. Τούτο δε θα πρέπει να σημαίνει ότι στο βωμό της ασφαλούς νομικής πρόγνωσης, η γερμανική θεωρία θα πρέπει να παραμείνει για πολύ καιρό ακόμα περιχαρακωμένη απέναντι σε οποιαδήποτε σκέψη εισόδου πιο «δυναμικών προσεγγίσεων» στον ουσιαστικό έλεγχο, που γίνεται στα πλαίσια του GWB. Το τελευταίο βέβαια θα μπορούσε κάλλιστα να επιτευχθεί μέσω μίας ελαστικοποίησης του αυστηρά «στατικού» χαρακτήρα της δ.θ., εφόσον κρίνεται *ab initio* -και ως ένα βαθμό δίκαια- παράτολμη οποιαδήποτε σκέψη για μεταβολή του κριτηρίου.

II/ Η προβληματική σχετικά με τις συγκεντρώσεις επιχειρήσεων Τύπου

Στο επίκεντρο των διαβουλεύσεων, που έλαβαν χώρα σε κοινοβουλευτικό επίπεδο, αλλά και της σχετικής κριτικής της θεωρίας, βρέθηκαν οι προτάσεις του Σχεδίου Νόμου αναφορικά με τις ειδικές διατάξεις, που ισχύουν για τις συγκεντρώσεις επιχειρήσεων του τομέα του Τύπου.¹⁰⁶ Η ενσωμάτωση ειδικών προβλέψεων στο GWB για τις εν λόγω επιχειρήσεις έχει ως πρωταρχικό μέλημα να αποφευχθούν φαινόμενα αυξανόμενης συγκέντρωσης σε ένα χώρο, όπου η θωράκιση του ανταγωνισμού είναι άμεσα συνυφασμένη αφενός με την προστασία του ατομικού δικαιώματος στην ενημέρωση, αφετέρου με τον αποτελεσματικό έλεγχο των δημοκρατικών διαδικασιών.¹⁰⁷ Για την αποτίμηση των τροποποιήσεων, που προτάθηκαν επί των ρυθμίσεων αυτών, θα πρέπει καταρχήν να γίνει αντιπαραβολή τους με το *status quo*, αλλά και με το πλέγμα των γενικών διατάξεων, το οποίο βρίσκει εφαρμογή στις υπόλοιπες επιχειρήσεις.

α/ Οι γενικές διατάξεις για την υπαγωγή ενός σχεδίου συγκέντρωσης στο γερμανικό δίκαιο

Η εφαρμογή του Ελέγχου Συγκεντρώσεων περιορίζεται, σύμφωνα με τις γενικές διατάξεις, σε συγκεντρώσεις ανάμεσα σε επιχειρήσεις, οι οποίες από κοινού έχουν σημειώσει κατά την προηγούμενη εταιρική χρήση τζίρο άνω των 500 εκ. Ευρώ παγκοσμίως (§ 35 παρ. 1 εδ. α GWB). Παράλληλα, απαιτείται τουλάχιστον μία από αυτές να έχει πραγματοποιήσει 25 εκ. Ευρώ του κύκλου εργασιών της στο εσωτερικό της γερμανικής Επικράτειας.¹⁰⁸ Ακόμη όμως και στην περίπτωση, κατά την οποία ένα σχέδιο συγκέντρωσης εμπίπτει στις παραπάνω διατάξεις, είναι δυνατόν αυτό να εξαιρεθεί του ελέγχου, είτε όταν μία από τις συμμετέχουσες επιχειρήσεις έχει σημειώσει κύκλο εργασιών μικρότερο από 25 εκ. Ευρώ παγκοσμίως (*Anschlussklausel*)¹⁰⁹, είτε όταν η συγκέντρωση αφορά μία αγορά, η οποία υπάρχει εδώ και τουλάχιστον πέντε έτη και στο προηγούμενο έτος ο συνολικός κύκλος εργασιών των επιχειρήσε-

¹⁰⁵ Βλ. σχετικά Böge, *Der more economic approach und die deutsche Wettbewerbspolitik*, WuW 2004, 726 επ.

¹⁰⁶ Ως τέτοιες νοούνται οι επιχειρήσεις, οι οποίες πραγματοποιούν το σύνολο του κύκλου εργασιών τους, στους τομείς της έκδοσης και πώλησης εφημερίδων, περιοδικών ή συστατικών στοιχείων τους.

¹⁰⁷ Mestmäcker, *Medienkonzentration und Meinungsvielfalt*, Baden-Baden, 1978, σελ. 69 επ.; Möschel, *Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz*, Tübingen, 1978, σελ. 164 επ.; Trappel, *Die gesellschaftlichen Folgen der Medienkonzentration*, Opladen, 2002; Böge, *Vortrag «zur Diskussion über Änderungen der geltenden Fusionskontrolle» bei der Friedrich-Ebert-Stiftung*, 2004, σελ. 3 επ., στην ιστοσελίδα <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/publikationen/Diskussionsbeiträge/vortrag/shtml>.

¹⁰⁸ § 35 παρ. 1 εδ. β GWB.

¹⁰⁹ § 35 παρ. 2 εδ. α GWB.

ων, που δραστηριοποιούνταν σε αυτήν, δεν ξεπερνούσε τα 15 εκ. Ευρώ (*Bagatellmarktklausel*).¹¹⁰

Κατ' απόκλιση από τις διατάξεις αυτές, η § 38 παρ. 3 GWB προβλέπει αποκλειστικά για τις επιχειρήσεις του Τύπου ότι για τον υπολογισμό του κύκλου εργασιών τους, θα πρέπει ο τελευταίος να πολλαπλασιάζεται κάθε φορά με το συντελεστή 20. Έτσι, μία συγκέντρωση ανάμεσα σε δύο επιχειρήσεις αυτού του είδους υπόκειται στον Έλεγχο της § 36 παρ. 1 GWB, όταν αυτές έχουν πραγματοποιήσει από κοινού κατά το προηγούμενο έτος τζίρο, που ξεπερνά τα 25 εκ. Ευρώ παγκοσμίως και παράλληλα μία τουλάχιστον από αυτές έχει σημειώσει τα 1,25 εκ. Ευρώ του κύκλου εργασιών της εντός της γερμανικής αγοράς. Εντούτοις, ακόμη και αν ένα σχέδιο εμπίπτει στις παραπάνω διατάξεις, αυτό εξαιρείται του ελέγχου κάθε φορά που η συγκέντρωση αφορά μία αγορά, η οποία υπήρχε εδώ και τουλάχιστον πέντε έτη και στο προηγούμενο έτος ο συνολικός κύκλος εργασιών των επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνταν σε αυτήν, δεν ξεπερνούσε τα 0,75 εκ. Ευρώ. Αξιοσημείωτο είναι μάλιστα, ότι στις συγκεντρώσεις αυτού του είδους δεν βρίσκει εφαρμογή η προαναφερθείσα *Anschlussklausel*.¹¹¹

β/ Οι προτάσεις του Σχεδίου Νόμου για τις επιχειρήσεις του Τύπου

Το Σχέδιο Νόμου διαφοροποιούσε τις σχετικές διατάξεις σε δύο βασικές παραμέτρους, οι οποίες αποτελούσαν το δεύτερο και τρίτο πυλώνα, αντίστοιχα, της σχεδιαζόμενης μεταρρύθμισης για τις επιχειρήσεις του Τύπου:

Πρώτον, περιοριζόταν το πεδίο εφαρμογής του Ελέγχου Συγκεντρώσεων για τις επιχειρήσεις του Τύπου μέσω της *αύξησης των κατώτατων ορίων* (δεύτερος πυλώνας). Ενώ, δηλαδή, για τον υπολογισμό του κύκλου εργασιών τους έπρεπε αυτός να πολλαπλασιάζεται με το συντελεστή 20, πλέον ο τελευταίος περιοριζόταν σύμφωνα με την § 38 παρ. 3 GWB-E¹¹² στο 10, γεγονός που ουσιαστικά σήμαινε το διπλασιασμό των ορίων, πάνω από τα οποία μία συγκέντρωση μεταξύ επιχειρήσεων αυτού του είδους υπάγεται στον έλεγχο της Ομοσπονδιακής Αρχής.¹¹³ Περαιτέρω, εισαγόταν και για τις επιχειρήσεις αυτές η εφαρμογή της «*Anschlussklausel*»¹¹⁴ και μάλιστα μέχρι του ύψους των 2 εκ. Ευρώ.¹¹⁵ Η περιορισμένη διεύρυνση των κατωτάτων ορίων είχε σκοπό να διευκολύνει τις μικρομεσαίες επιχειρήσεις να ρευστοποιήσουν ελεύθερα την αγοραία αξία τους, στην προσπάθειά τους για αναζήτηση διάδοχης κατάστασης.¹¹⁶

Δεύτερον, το σχέδιο νόμου εισήγαγε μία νέα και άκρως αμφιλεγόμενη διάταξη, η οποία εν αντιθέσει με την προηγούμενη, που αναφερόταν σε όλες τις επιχειρήσεις του Τύπου, θα ίσχυε μόνο¹¹⁷ για συγκεντρώσεις μεταξύ *εκδοτικών οίκων εφημερί-*

¹¹⁰ § 35 παρ. 2 εδ. β GWB.

¹¹¹ § 35 παρ. 2 εδ. β GWB.

¹¹² Σχέδιο ενός 7^{ου} Νόμου προς τροποποίηση του νόμου κατά περιορισμών του ανταγωνισμού (Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen), βλ. BT- Drucks. 15/3640, σελ. 1 επ.

¹¹³ Ειδικότερα, για την εφαρμογή του ελέγχου συγκεντρώσεων σε επιχειρήσεις του Τύπου, θα έπρεπε πλέον αυτές να είχαν επιτύχει από κοινού κατά το προηγούμενο έτος τζίρο, που ξεπερνούσε τα 50 εκ. Ευρώ παγκοσμίως και παράλληλα, μία τουλάχιστον από αυτές να είχε σημειώσει τα 2,5 εκ. Ευρώ του κύκλου εργασιών της στη γερμανική αγορά.

¹¹⁴ Βλ. § 35 παρ. 2 εδ. α GWB.

¹¹⁵ § 35 παρ. 2 εδ. β GWB-E, BT-Drucks. 15/3640, σελ. 12, 56.

¹¹⁶ Clement, Meinungsvielfalt und Wettbewerb, WuW 2004, 724. Αντίθετος όμως με το επιχείρημα περί ωφέλειας των μικρομεσαίων επιχειρήσεων ο Πρόεδρος του Bundeskartellamt, βλ. Böge, «Vortrag zur Diskussion über Änderungen der geltenden Fusionskontrolle» bei der Friedrich-Ebert-Stiftung, σελ. 14 επ.

¹¹⁷ Κατ' επέκταση, συγκεντρώσεις μεταξύ εκδοτικών οίκων εφημερίδων και επιχειρήσεων με άλλο αντικείμενο δραστηριότητας, όπως οι χονδρέμποροι τυπογραφικών προϊόντων, δεν μπορούσαν να καταληφθούν από την εξαίρεση της § 36 παρ. 1 GWB-E.

δων¹¹⁸ (Zeitungsverlage). Σύμφωνα, λοιπόν, με την § 36 παρ.1α GWB-E (τρίτος πυλώνας), ήταν δυνατό να εγκριθεί μία συγκέντρωση μεταξύ αυτών, ακόμη και στην περίπτωση που αυτή θα οδηγούσε στη θεμελίωση ή ενίσχυση μίας δ.θ. στην αγορά των αναγνωστών ή των αγγελιών, εφόσον όμως διασφαλιζόταν μέσω μίας σειράς μέτρων η μακροπρόθεσμη διατήρηση των εξαγοραζόμενων εφημερίδων ή περιοδικών ως «ανεξάρτητων δημοσιογραφικών μονάδων» (selbständige publizistische Einheiten).

Μάλιστα, τεκμαιρόταν η λειτουργία μίας εξαγοραζόμενης εφημερίδας ως «ανεξάρτητης δημοσιογραφικής μονάδας», εφόσον πληρούνταν *σωρευτικά* οι παρακάτω προϋποθέσεις:

Α. Ο πωλητής ή ένας τρίτος, στον οποίο ο αγοραστής δεν μπορεί να ασκήσει σημαντική επιρροή ούτε μέσω κατοχής μετοχικών μεριδίων ή δικαιωμάτων ψήφου, ούτε μέσω άλλων συμφωνιών, παραμένει ή γίνεται κάτοχος δικαιωμάτων ψήφου στην εξαγοραζόμενη επιχείρηση σε ποσοστό άνω του 25 %.

Β. Στον πωλητή ή τρίτο ανήκει επίσης το δικαίωμα επί του τίτλου για τις αποκτούμενες εφημερίδες ή περιοδικά (Titelrechte).

Γ. Σε ένα από τα εν λόγω πρόσωπα κατοχυρώνεται και δικαίωμα συναπόφασης ή άλλως δικαίωμα «βέτο» για αποφάσεις, οι οποίες είναι ουσιώδεις για τη διατήρηση της εξαγοραζόμενης εφημερίδας ως «ανεξάρτητης δημοσιογραφικής μονάδας». Στις αποφάσεις αυτές συγκαταλέγονται ιδιαίτερα εκείνες, που σχετίζονται με (α) τη μεταβολή της «στάσης» ή της κοινωνικοπολιτικής θεώρησης της εφημερίδας, (β) το διορισμό και την ανάκληση των μελών της διεύθυνσης σύνταξης και (γ) την αναστολή λειτουργίας της εξαγοραζόμενης εφημερίδας ή εκείνης που την εξαγοράζει, καθώς και των εξόδων σύνταξης τους.

Για την κατοχύρωση μάλιστα των ως άνω προϋποθέσεων αρκούσε η σύναψη συμβάσεων ιδιωτικού δικαίου μεταξύ της πωλήτριας εταιρείας και της αγοράστριας, ενώ το περιεχόμενο των συμβάσεων αυτών θα έπρεπε να περιληφθεί με τη μορφή όρων¹¹⁹ στην απόφαση έγκρισης της συγχώνευσης.¹²⁰

Στην αρχική διατύπωση της ιδιάζουσας αυτής εξαίρεσης προστέθηκε μετέπειτα η «ρήτρα κατάχρησης» (Missbrauchsklausel)¹²¹, μέσω της οποίας επιδιωκόταν (με το σαφή περιορισμό του κύκλου των επιχειρήσεων, που μπορούσαν να επικαλεστούν την απόκλιση) να αποφευχθούν καταστρατηγήσεις του σκοπού θέσπισής της. Σύμφωνα λοιπόν με αυτήν, οι συγχωνευόμενοι εκδοτικοί οίκοι εφημερίδων, που θα επιθυμούσαν να κάνουν χρήση αυτής της δυνατότητας, θα έπρεπε να αποδείξουν ότι η συγκέντρωση ήταν αναγκαία για τη μακροπρόθεσμη διασφάλιση της οικονομικής βάσης της εξαγοραζόμενης ή εξαγοράζουσας εφημερίδας ως ανεξάρτητης δημοσιογραφικής μονάδας. Η «αναγκαιότητα» τεκμαιρόταν, εάν τα μηνιαία κέρδη από τις αγγελίες ή τα ένθετα κάποιος από τις άνω εφημερίδες ήταν τα τελευταία τρία έτη πριν τη συγκέντρωση πτωτικά ή κυμαίνονταν σε σημαντικό βαθμό κάτω από το μέσο όρο συγκρίσιμων εφημερίδων.¹²² Η επανειλημμένη επίκληση, όμως, της τελευταίας διάτα-

¹¹⁸ Σε αυτές συγκαταλέγονται, σύμφωνα με παγία νομολογία του Ανώτατου Ακυρωτικού, πέρα από τις ημερήσιες, εβδομαδιαίες και κυριακάτικες εφημερίδες, καθώς και εκείνες, των οποίων αποκλειστικό αντικείμενο είναι η δημοσίευση αγγελιών. Βλ. BGH, Beschl. v. 10.11.1987, BGHZ 102, 180 = NJW 1988, 1850 (Südkurier/Singener Wochenblatt).

¹¹⁹ Για τη νομική υφή αυτών στο δίκαιο των συγκεντρώσεων, βλ. Heithecker, Wettbewerbssicherung in der europäischen Fusionskontrolle durch Zusagen, Berlin, 2002. Ενδιαφέρουσα πρόταση έκανε η Επιτροπή Μονοπωλίων για τη διάκριση των όρων και διορθωτικών μέτρων, που αναφέρονται στη *συμπεριφορά της νέας επιχείρησης*, από εκείνα, που αποσκοπούν στην αλλαγή της δομής μίας αγοράς στο γερμανικό δίκαιο, βλ. σχετικά Monopolkommission, Sondergutachten 41/42, σελ. 61-3, αρ. 114-9.

¹²⁰ Συνεπεία τούτου, διαλύεται αυτοδικαίως η εγκριθείσα συγκέντρωση, στην περίπτωση που διαπιστωθεί μελλοντικά ότι οι συμβατικές υποχρεώσεις που είχαν αναληφθεί, έχουν καταργηθεί ή έστω τροποποιηθεί μέσω νέων συμβάσεων.

¹²¹ § 36 παρ. 1b GWB-E.

¹²² § 36 παρ. 1b αρ. 1 GWB-E.

ξης από τις ίδιες επιχειρήσεις θα έπρεπε να κριθεί απαγορευμένη, εφόσον οδηγούσε στη δημιουργία πολλαπλών δ.θ. σε γειτονικές αγορές.¹²³

Η φιλοσοφία της προταθείσας μεταρρύθμισης έγκειτο στο ότι οι συγκεντρώσεις θα χρησιμοποιούνταν εφεξής ως μέσο ενίσχυσης της οικονομικής βάσης των εφημερίδων ή περιοδικών, των οποίων η μελλοντική παρουσία *χωρίς την πραγματοποίηση της συγκέντρωσης* θα κρινόταν αμφίβολη εξαιτίας διαρκών οικονομικών προβλημάτων.¹²⁴ Λαμβάνοντας υπόψη τις σημαντικές απώλειες, που καταγράφονται στα έσοδα¹²⁵ των εφημερίδων και των περιοδικών από τις πωλήσεις και τις αγγελίες μέσω της εξάπλωσης της ηλεκτρονικής ενημέρωσης και όχι μόνο, η κυβέρνηση διέβλεπε με την απειλούμενη αποχώρηση από την αγορά ζημιολόγων εφημερίδων ή περιοδικών ένα σημαντικό κίνδυνο για τη διατήρηση του «πλουραλισμού της δημοσιογραφίας» και κατ' επέκταση της πολυφωνίας στην εκφορά των απόψεων. Για αυτό και έκρινε ότι μέσω της συγκεκριμένης ρύθμισης θα δινόταν μεν η δυνατότητα στις σχετικές εφημερίδες να επωφεληθούν από τα οικονομικά πλεονεκτήματα της μεγέθυνσης και της μείωσης των εξόδων παραγωγής, χωρίς δε να τις εξαναγκάζει -με τη διαφύλαξη της ανεξαρτησίας τους στη σύνταξη του περιεχομένου- να παραιτούνται της «ταυτότητας», που είχαν διαμορφώσει όσον αφορά στην ενημέρωση και αξιολόγηση των εξελίξεων.¹²⁶

Αντίθετα με τον ομοσπονδιακό σύνδεσμο εκδοτών εφημερίδων, που αποτέλεσε το βασικό σύμμαχο των προθέσεων του κυβερνητικού συνασπισμού,¹²⁷ η ομολογούμενως ρηξικέλευθη αυτή πρόταση αντιμετώπιστηκε με μεγάλη καχυποψία από την επιστήμη¹²⁸, τις τάξεις των δημοσιογράφων¹²⁹ και όχι μόνο. Για τους αντιπολιτευόμενους κύκλους¹³⁰, μάλιστα, η προτεινόμενη διάταξη αποσκοπούσε κυρίως στη διευκόλυνση των επιχειρηματικών σχεδίων, που δεν είχαν ευοδωθεί το προηγούμενο διάστημα στην υπόθεση Holtzbrinck/Berliner Zeitungsverlag¹³¹ ενώπιον της Ομοσπονδιακής Αρχής.

Ενδεικτικό της έκτασης της διχογνωμίας είναι ότι η Επιτροπή Μονοπωλίων, παράλληλα με την πρώτη γνωμοδότηση περί 7. GWB-Novelle, εξέδωσε και δεύτερη, ειδικά για τις προτεινόμενες ρυθμίσεις στον τομέα του τύπου.¹³² Σε αυτήν αρνήθηκε να αντιμετωπίσει τη γενικότερη κρίση, που παρατηρείται στο χώρο του τύπου, σαν εφιαλτήριο για τη θέσπιση περαιτέρω πιο ελαστικών εξαιρέσεων από τις ήδη ισχύουσες. Η συνολική θεώρηση της εμφορείται από την αρχή ότι ο σκοπός της διατήρησης

¹²³ § 36 παρ. 1b αρ. 2 GWB-E.

¹²⁴ BT- Drucks. 15/3640, σελ. 38.

¹²⁵ BT- Drucks. 15/3640, σελ. 37, όπου παρουσιάζονται εκτενή στοιχεία για την πτωτική τάση των εσόδων από το 2001 ως σήμερα.

¹²⁶ Clement, WuW 2004, 725. Πρβλ. όμως και την αντίστοιχη διάταξη στο αμερικανικό δίκαιο, άρθρο 1802 (5) of Newspaper Preservation Act (1970), του οποίου, όμως, η εφαρμογή περιορίζεται αποκλειστικά στη δημιουργία κοινών επιχειρήσεων (joint ventures).

¹²⁷ BT- Drucks. 15/5049, σελ. 43.

¹²⁸ Immenga, Pressefusion als „Kinder der Not“?, WuW 2004, 717. Βλ. επίσης τη σύνοψη των γνωμοδοτήσεων των Fuchs/Hellwig, σε BT-Drucks. 15/5049, σελ. 43. Αντίθετος, όμως, Bechtold, DB 2004, 241, ο οποίος κρίνει την πρόταση ρεαλιστική και δικαιολογημένη.

¹²⁹ Βλ. Stellungnahme des Deutschen Journalisten-Verbandes e.V. zur Modifizierung der Vorschläge zur Änderung der pressenspezifischen GWB-Regelungen vom 15.04.04, προς το BMW., σελ. 4 επ., στην ιστοσελίδα: <http://www.djv.de/downloads/djv-stellungnahme.pdf>, όπου απορρίπτονται και οι δύο προτάσεις, ενώ υποστηρίζεται ότι δεν είναι αναγκαίες νομοθετικές παρεμβάσεις για την κρίση στον τομέα του τύπου.

¹³⁰ Βλ. Schauerte, in Plenarprotokoll 15/164 (v. 11.03.2005), σελ. 15387.

¹³¹ BKartA, Beschl. v. 2.2.2004, WuW/E DE-V 871 (Tagesspiegel/Berliner Zeitung II). Για συνολική θεώρηση των φάσεων εξέλιξης της διαμάχης στην υπόθεση, βλ. Kurp, Chronik des Berliner Zeitungsstreits, στην ιστοσελίδα: http://www.medienmaerkte.de/artikel/print/040105_chronik.html.

¹³² Monopolkommission, Sondergutachten 41/42, Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle, in das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Baden-Baden 2004, σελ. 72 επ.

του «πλουραλισμού της δημοσιογραφίας» εξυπηρετείται κυρίως και αποτελεσματικότερα από τη διασφάλιση του οικονομικού ανταγωνισμού, παρά από δυσπρόστατες διατάξεις, οι οποίες είναι δυνατόν κάτω από συγκεκριμένες προϋποθέσεις να επιτρέπουν τη διάσπαση του κριτηρίου της δ.θ. και να οδηγούν σε αυξανόμενη συγκέντρωση στην αγορά του τύπου.¹³³ Ανεξάρτητα από τα όποια κωλύματα συνταγματικής υφής θα επέρχονταν με την αφαίρεση από την «ιδιοκτησία» της εφημερίδας της ευθύνης για τη σύνταξή της¹³⁴, ο προβληματισμός ενισχύεται ιδιαίτερα από το γεγονός ότι η «ανεξάρτητη δημοσιογραφική μονάδα», στην προστασία της οποίας αποσκοπούσε η παραπάνω εξαίρεση, δεν οριοθετείται καθόλου ούτε στο σχέδιο νόμου, ούτε στο γενικό δίκαιο περί Τύπου. Κατά συνέπεια, δεν μπορεί περαιτέρω να καταστεί σαφές, ποιος βαθμός ανεξαρτησίας πρέπει κάθε φορά να επιτυγχάνεται ή να διασφαλίζεται, προκειμένου να ελεγχθεί η τήρηση της διάταξης.¹³⁵

Η κριτική για την προτεινόμενη μεταρρύθμιση δεν πρέπει να επικεντρώνεται μόνο στο θεωρητικό της υπόβαθρο. Πρέπει να εστιάζεται και στην αποτελεσματικότητα των προϋποθέσεων, η πλήρωση των οποίων οδηγούσε στη θεώρηση της εξαγοραζόμενης επιχείρησης ως «ανεξάρτητης δημοσιογραφικής μονάδας». Ειδικότερα, πρέπει να αμφισβητηθεί έντονα η καταλληλότητα των «ειδικών δικαιωμάτων» της μειοψηφίας να εγγωγηθούν στην πράξη τη διάκριση της ευθύνης για την οικονομική διαχείριση της εφημερίδας από την ευθύνη για τη σύνταξή της¹³⁶, καθώς η λειτουργικότητα της προταθείσας εξαίρεσης βασίζεται εξ ολοκλήρου στο «δεδομένο» ενδιαφέρον της μειοψηφίας για διατήρηση της αυτονομίας της εξαγοραζόμενης εφημερίδας. Έτσι, όμως, παραγνωρίζεται το υπέρτερο «κοινό συμφέρον» των δύο πλευρών για αύξηση της κυκλοφορίας ή κερδοφορίας, γεγονός που θα μπορούσε κάλλιστα να οδηγήσει μελλοντικά στην από κοινού λήψη αποφάσεων, οι οποίες δύνανται να στοχεύουν ακόμη και στον *de facto* περιορισμό της επιδιωκόμενης ανεξαρτησίας της εφημερίδας.

Απορίας άξιο είναι, εξάλλου, γιατί θα έπρεπε να εισαχθεί στο *GWB* μία διάταξη, η οποία ουσιαστικά -όπως υποδεικνύεται από τη ρήτρα κατάχρησης της § 36 παρ. 1b *GWB-E*- αποτελούσε ειδική έκφανση της «*failing firm defense*»¹³⁷, τη στιγμή δε που η τελευταία είχε γίνει προ πολλού δεκτή στη νομολογία¹³⁸ και αναφέρεται σε συγκεκριμένες επιχειρήσεις, οι οποίες παρά τους όποιους περιορισμούς του ανταγωνισμού θα πρέπει για λόγους οικονομικής εξυγίανσης να τυγχάνουν υπό προϋποθέσεις¹³⁹ της έγκρισης της Ομοσπονδιακής Αρχής (*Sanierungsfusionen*). Επιπρόσθετα, η σύνδεση των συμβατικών υποχρεώσεων με τους όρους και τις υποχρεώσεις, που προέβλεπε η ρύθμιση, προϋπέθετε τη συνεχή παρακολούθηση της τήρησης τους μέ-

¹³³ Monopolkommission, Sondergutachten 41/42, σελ. 91-93, αρ. 54-63.

¹³⁴ Για τη συμφωνία της διάκρισης μεταξύ οικονομικής και συντακτικής ευθύνης με τις επιταγές του συνταγματικού δικαίου, βλ. Säcker, Der Fall Tagesspiegel & Berliner Zeitung, BB 2003, 2245 επ., όπου εγείρονται σοβαρές αμφιβολίες.

¹³⁵ Monopolkommission, Sondergutachten 41/42, σελ. 99-101, αρ. 81-8, όπου διακρίνεται μεταξύ της ανεξαρτησίας, η οποία αποτυπώνεται, στο βαθμό που υιοθετούνται συντακτικά κείμενα από άλλες εφημερίδες (π.χ. του ίδιου ομίλου) και εκείνης, που αξιολογείται με βάση την προέλευση των «δημοσιογραφικών» πληροφοριών, ανάλογα δηλαδή με το αν οι πληροφορίες βασίζονται σε ίδιες πηγές ή αντλούνται από άλλα δημοσιογραφικά πρακτορεία.

¹³⁶ «Das ist die Strohmännlösung in Gesetzesform» (= η λύση του «αχυράνθρωπου» σε μορφή νόμου), in Anmerkungen der Landeskartellbehörde Bayern zur 7. *GWB* Novelle, σελ. 4.

¹³⁷ Βλ. Bergau, Die Sanierungsfusion im europäischen Kartellrecht, Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V. Köln, 2004; Emmerich, Kartellrecht, München 2001, 305-306; Mestmäcker/Veelken, in Immenga/Mestmäcker, *GWB* Kommentar, § 36, σελ. 1425 επ., αρ. 297 επ. και ειδικά για τις επιχειρήσεις Τύπου σελ. 1426-7, αρ. 300-1; Rieger/Paschke, in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Bd. III, § 36, Lfg. 48 (Juli 2001), σελ. 60-1, αρ. 73.

¹³⁸ Βλ. προσφάτως BKartA, Beschluss vom 21.10.03, WuW/E 2004 DE-V 848 (Immation/Emtec).

¹³⁹ BKartA, Auslegungsgrundsätze zur Prüfung von Marktbeherrschung in der deutschen Fusionskontrolle, σελ. 42.

σω της Ομοσπονδιακής Αρχής, γεγονός που από τη μία συνεπάγεται τη σημαντική επιβάρυνση της τελευταίας, ενώ από την άλλη ενέχει και τον κίνδυνο της διαρκούς προσπάθειας πολιτικού επηρεασμού της από την εκδοτική επιχείρηση.¹⁴⁰

Άξιο σχολιασμού είναι ακόμη ότι η διάταξη δεν παρείχε εγγυήσεις και για την αυτονομία της εφημερίδας της εξαγοράζουσας εκδοτικής επιχείρησης, καθώς τίποτα δε θα εμπόδιζε τη νέα εταιρεία να εξαρτήσει τη σύνταξή της από το περιεχόμενο της εξαγοραζόμενης εφημερίδας, της οποίας την προστασία επιδιώκει αποκλειστικά η διάταξη.¹⁴¹ Στην περίπτωση αυτή το αποτέλεσμα θα ήταν το ίδιο και ο σκοπός της διάταξης θα καταστρατηγούνταν αισθητά μέσω της «αντίθετης μάλιστα κατεύθυνσης», από τη στιγμή που η δημοσιογραφική πολυφωνία θα περιοριζόταν δραστικά.

Από τις προτεινόμενες ρυθμίσεις δεν ενσωματώθηκε τελικώς στο νομοθέτημα ούτε εκείνη, που αφορά στη μείωση του συντελεστή για τον υπολογισμό του κύκλου εργασιών και στην εισαγωγή της Anschlussklausel¹⁴², αλλά ούτε και η αμφιλεγόμενη εξαίρεση της § 36 παρ. 1a GWB-E. Αμφότερες έπρεπε να αποκλειστούν, δεδομένου ότι η σταδιακή αλλαγή του πολιτικού σκηνικού στη Γερμανία καθιστούσε αδύνατο το σχηματισμό της απαραίτητης πλειοψηφίας των 2/3 στο Ομοσπονδιακό Συμβούλιο. Πολιτικοί λοιπόν και όχι δογματικοί ήταν οι λόγοι που εμπόδισαν τη θέσπισή τους. Για αυτό και ο προβληματισμός παρά τη μη είσοδο τους στο GWB παραμένει και επαναφέρει στο προσκήνιο μία αρκετά παλαιά διχογνωμία, σχετικά με το αν και σε ποιο βαθμό δικαιολογούνται σε αγορές, που διέρχονται διαρθρωτικές αλλαγές, κρατικές παρεμβάσεις προς το σκοπό ενίσχυσης των υφισταμένων δομών.¹⁴³

III/ Προστασία των δικαιωμάτων τρίτων

α/ Το δικαίωμα προσφυγής τρίτου

Η προστασία των δικαιωμάτων των τρίτων (*Drittrechtsschutz*) διασφαλίζεται και μετά τη μεταρρύθμιση, κυρίως με το δικαίωμα προσφυγής¹⁴⁴ ενώπιον του εφετείου (*Oberlandesgericht*) κατά της εγκριτικής απόφασης της Ομοσπονδιακής Αρχής ή του Υπουργού Οικονομικών και Εργασίας στην εξαιρετική περίπτωση της § 42 GWB. Η δυνατότητα αυτή (§ 63 παρ. 1 GWB) συναρτάται άμεσα δύο προϋποθέσεων:

Πρώτον, αναγνωρίζεται στον τρίτο το δικαίωμα προσβολής της απόφασης, εφόσον αυτός έχει *προσεπικληθεί* κατόπιν αιτήσεως του στην ειδική διαδικασία, που διεξάγεται ενώπιον της Ομοσπονδιακής Αρχής (§§ 63 παρ. 2, 76 παρ. 1 GWB). Πέραν δηλαδή των ουσιαστικών πλεονεκτημάτων¹⁴⁵, που συνεπάγεται η προσεπίκληση, η τελευταία ανάγεται και σε δικονομικής φύσεως προϋπόθεση για την άσκηση του δικαιώματος προσφυγής, καθώς αποστέρει τους μη προσεπικληθέντες τρίτους από την παραπάνω δυνατότητα.¹⁴⁶ Η αίτηση προσεπίκλησης πρέπει να είναι αιτιολο-

¹⁴⁰ Βλ. Böge, «Vortrag zur Diskussion über Änderungen der geltenden Fusionskontrolle», bei der Friedrich-Ebert-Stiftung, σελ. 16; Säcker, BB 2003, 2247.

¹⁴¹ Έτσι εϋστοχα η Monopolkommission, Sondergutachten 41/42, σελ. 107, αρ. 112-3.

¹⁴² Υπολογίζεται ότι βάσει της πρώτης δυνατότητας θα μπορούσαν να συγχωνευθούν 50 εκδοτικοί οίκοι εφημερίδων, χωρίς να υπαχθούν στην κρίση της Ομοσπονδιακής Αρχής, ενώ στην περίπτωση που είχε γίνει αποδεκτή η εισαγωγή της Anschlussklausel θα είχαν εξαγοραστεί 30 ακόμη εκδοτικοί οίκοι άνευ ελέγχου βάσει του GWB, BR-Drucks. 441/04, σελ. 64.

¹⁴³ Βλ. Herdzina, Wettbewerbspolitik, Stuttgart 1999, σελ.111.

¹⁴⁴ Στον τομέα της προστασίας δικαιωμάτων τρίτων ανήκει επίσης δογματικά και το δικαίωμα «προσεπίκλησης» στη διοικητική διαδικασία, ως προς την οποία η 7. GWB-Novelle δεν επέφερε καμία αξιοσημείωτη μεταβολή.

¹⁴⁵ Αυτά έγκεινται στη δυνατότητα ακρόασης (§ 56 παρ. 3 εδ. α GWB), εκφοράς γνώμης (§ 56 παρ.1 εδ. α GWB) και λήψης γνώσης των εγγράφων της διαδικασίας (§ 29 VwVfG = Verwaltungsverfahrensgesetz, νόμος περί της διοικητικής διαδικασίας).

¹⁴⁶ Άξιο προσοχής, όμως, είναι ότι η δυνατότητα προσεπίκλησης αναγνωρίζεται βάσει της γραμματικής ερμηνείας της § 54 παρ. 2 εδ. γ GWB μόνο κατά αποφάσεων, οι οποίες εκδόθηκαν στην πρώτη φάση της διαδικασίας

γημένη και να αξιολογείται κάθε φορά, βάσει του αν «τα έννομα συμφέροντα του τρίτου θίγονται ουσιωδώς μέσω της προς έκδοση απόφασης».¹⁴⁷ Η γερμανική νομολογία¹⁴⁸, προσδιορίζοντας το χαρακτήρα των «εννόμων συμφερόντων», έκρινε ότι αυτά πρέπει αφενός να σχετίζονται με την ελευθερία του ανταγωνισμού ή τη δομή της σχετικής αγοράς και αφετέρου να θίγονται από τη διοικητική απόφαση είτε άμεσα είτε έμμεσα. Συνεπεία αυτής της ευρείας ερμηνευτικής διάστασης, το δικαίωμα προσεπικλήσης και κατ' επέκταση προσφυγής κατά της σχετικής απόφασης, παρέχεται σε όλες τις επιχειρήσεις, οι οποίες δραστηριοποιούνται στην ίδια αγορά με τις συγχωνευόμενες.

Δεύτερον, θα πρέπει να αποδείξει ο *προσεπικληθείς* τρίτος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι «επιζήμια για τα οικονομικά του συμφέροντα».¹⁴⁹ Η συγκεκριμένη προϋπόθεση, που αποτέλεσε προϊόν νομολογιακής επεξεργασίας και ήρθε να καλύψει το αντίστοιχο κενό του *GWB* σχετικά με το *παραδεκτό* της προσφυγής, δεν απαιτεί σε καμία περίπτωση την απόδειξη εκ μέρους του προσφεύγοντος τρίτου της προσβολής προσωπικού και άμεσου εννόμου συμφέροντος. Κυρίαρχη στη θεωρία άποψη είναι ότι ο τρίτος δεν επικαλείται με την προσφυγή ίδια δικαιώματα, αλλά ότι μέσω αυτής ενισχύει την αποτελεσματικότητα της κρατικής εποπτείας του ανταγωνισμού.¹⁵⁰ Για αυτό και αρκεί από την πλευρά του ο ισχυρισμός ότι «η παραβίαση των δικαιωμάτων του απορρέει από την επαπειλούμενη επιδείνωση των συνθηκών ανταγωνισμού και ότι για αυτό το λόγο η ενδεχόμενη έγκριση του σχεδίου συγκέντρωσης θα έθετε σε κίνδυνο το επιχειρηματικό και ανταγωνιστικό του πεδίο δράσης».¹⁵¹

β/ Η παροχή προσωρινής ένδικης προστασίας

β1/ Το προϊσχύσαν καθεστώς

Η πρακτική χρησιμότητα της προσφυγής παρέμεινε, ωστόσο, για αρκετό διάστημα μειωμένη, μέχρις ότου κατέστη σαφές ότι επί τη βάσει αυτής μπορεί να κατατεθεί και αίτηση αναστολής κατά της εκτέλεσης της εγκριθείσας συγκέντρωσης. Η § 64 παρ. 1 *GWB*, απαριθμεί τις περιπτώσεις, όπου η παροχή προσωρινής ένδικης προστασίας απορρέει αυτοδικαίως από την κατάθεση της προσφυγής, χωρίς ωστόσο να αναφέρεται και σε εκείνη, που μπορεί να ασκηθεί στο πλαίσιο του ελέγχου των συγκεντρώσεων. Ως εκ τούτου, η επέκτασή του εν λόγω δικαιώματος και στην περίπτωση της πραγματοποίησης μίας συγκέντρωσης παρέμεινε αμφίβολη, έως ότου το Εφετείο Düsseldorf αναγνώρισε ρητά τη δυνατότητα αυτή στην υπόθεση *Net Cologne*¹⁵². Το σκεπτικό της απόφασης στηρίχτηκε στη συνδυασμένη εφαρμογή των παλαιών § 65 παρ. 3 εδ. γ και εδ. α αρ. 2 *GWB*, βάσει των οποίων το δικαστήριο της

και όχι στην περίπτωση των «άτυπων εγκρίσεων», όπου σύμφωνα με την § 40 παρ. 2 εδ. β *GWB* μία συγκέντρωση θεωρείται λόγω άπρακτης παρέλευσης της προθεσμίας των τεσσάρων μηνών ως εγκριθείσα.

¹⁴⁷ Σε περίπτωση θετικής αξιολόγησης δίδεται η δυνατότητα στον τρίτο να οδηγήσει την υπόθεση για περαιτέρω εξέταση στην κυρία διαδικασία (§ 40 παρ. 1 εδ. β *GWB*).

¹⁴⁸ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 5.7.2000, WuW/E DE-R 523, 525 (SPNV).

¹⁴⁹ BGH, Beschl. v. 24.6.2003, WuW/E DE-R 1163, 1165 (HABET/Lekkerland).

¹⁵⁰ Steinberger, *Klagebefugnis Dritter gegen Freigaben von Zusammenschlüssen durch das Bundeskartellamt*, WuW 2000, 345; Boekhoff/Franßen, *Zur Beschwerdebefugnis eines Dritten, insb. eines Verbandes, bei Beschwerden gegen Fusionsfreigaben*, WuW 2002, 668 επ.; Harmjanz, *Auflagen und Bedingungen: eine vergleichende Darstellung des EG- und US- amerikanischen Antitrustrechts zu consent degrees*, Baden-Baden 1999, σελ.106.

¹⁵¹ Το Ομοσπονδιακό Δικαστήριο διαμόρφωσε, όμως, πιο αυστηρά κριτήρια για την αποδοχή της προσφυγής, κρίνοντας ότι η εγκριτική απόφαση πρέπει να αίρεται από το εφετείο, μόνο εφόσον αποδεικνύεται ότι το σχέδιο συγκέντρωσης θα έπρεπε να είχε απαγορευτεί από την Ομοσπονδιακή Αρχή Ανταγωνισμού βάσει των εκτεθειμένων πραγματικών περιστατικών, BGH, Beschl. v. 24.06.03, WuW/E DE-R 1163, 1165 (HABET/Lekkerland).

¹⁵² OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.4.2001, WuW/E DE-R 665, 667 (NetCologne).

προσφυγής δικαιούται να επανιδρύσει¹⁵³ ολικά ή εν μέρει την αναστολή της εκτέλεσης μίας εγκριτικής απόφασης, εφόσον «υπάρχουν σοβαρές αμφιβολίες σχετικά με τη νομιμότητα της προσβληθείσας απόφασης».¹⁵⁴

Συνεπώς, η κατάθεση προσφυγής κατά απόφασης, μέσω της οποίας γίνεται δεκτό ένα σχέδιο συγκέντρωσης, δεν αναπτύσσει αυτομάτως ανασταλτικό αποτέλεσμα, όπως συμβαίνει στις περιπτώσεις της § 64 παρ. 1 GWB.¹⁵⁵ Τέτοια ισχύς αναπτύσσεται, μόνο εφόσον ο προσφεύγων με την αίτηση αναστολής αποδείξει την ύπαρξη σοβαρών αμφιβολιών για τη νομιμότητα της ληφθείσας απόφασης. Η κρίση αυτή συνεπάγεται ότι το δικαστήριο πρέπει να προβαίνει σε ουσιαστικό και νομικό έλεγχο της εγκριτικής απόφασης και δεν επιβάλλει, όπως στην περίπτωση του γενικού διοικητικού δικαίου¹⁵⁶, την αξιολόγηση της επελεύσεως ή μη ανεπανόρθωτης ή δυσεπανόρθωτης οικονομικής βλάβης.¹⁵⁷ Πολύ εύστοχα, λοιπόν, υποστηρίχτηκε¹⁵⁸ ότι αντικείμενο της προσωρινής ένδικης προστασίας δεν πρέπει να είναι η απαγόρευση της συγκέντρωσης, την οποία ούτως ή άλλως ο τρίτος επιδιώκει μέσω της προσφυγής, αλλά η αποτροπή της εκτέλεσης της εγκριτικής απόφασης.

Συνολικά, η παροχή προσωρινής ένδικης προστασίας αποτέλεσε αντικείμενο εξέτασης μέχρι την εισαγωγή της 7. GWB-Novelle σε πέντε υποθέσεις, όπου σε τρεις¹⁵⁹ έγινε δεκτή, ενώ σε δύο¹⁶⁰ δεν ευοδώθηκε. Το ξαφνικά αυξανόμενο ενδιαφέρον για κατάθεση προσφυγής και συνακόλουθα αίτησης αναστολής κατά της εκτέλεσής μίας εγκριθείσας συγκέντρωσης, δεν μπορεί και δεν πρέπει να ερμηνευθεί μόνο υπό το πρίσμα του ενδιαφέροντος του τρίτου για την προστασία του «πληγέντος» ανταγωνισμού στην αγορά. Όπως προκύπτει από την υπόθεση *E.ON/Ruhrigas*¹⁶¹, η προσωρινή ένδικη προστασία αντιμετωπίστηκε εκ μέρους των δικαιούχων ως εφελτήριο για την εξυπηρέτηση ιδιαίτερα ιδιοτελών σκοπιμοτήτων. Πιο συγκεκριμένα, άνω των δέκα επιχειρήσεων άσκησαν προσφυγή κατά της εν προκειμένω χορηγηθείσας από τον Υπουργό αδείας για την υλοποίηση της συγκέντρωσης μεταξύ των ενδιαφερομένων επιχειρήσεων¹⁶², ενώ παράλληλα, έγινε δεκτή και αίτηση αναστολής, που ασκήθηκε κατά της υπουργικής απόφασης.¹⁶³ Ωστόσο, το δικαστήριο της προσφυγής δεν απεφάνθη ποτέ για το κύριο αίτημά της, λόγω εξωδικαστικής συμφωνίας των αντιμαχόμενων πλευρών. Η εταιρεία E.ON δέχτηκε να ικανοποιήσει τους κυρίους της προσφυγής έναντι ποσού, που ξεπερνούσε τα 90 εκ. Ευρώ.¹⁶⁴ Τόσο κοστολογήθηκε

¹⁵³ Η επανίδρυση του ανασταλτικού αποτελέσματος βασίζεται δογματικά στην ιδέα επαναφοράς της προτέρας νομικής κατάστασης, δηλαδή εκείνης προ της εγκρίσεως της συγκέντρωσης από την Ομοσπονδιακή Αρχή, οπότε υφίστατο η κατάσταση αναστολής της εκτέλεσης της. Βλ. και παλαιά § 65 παρ. 3 εδ. α αρ. 2 GWB.

¹⁵⁴ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.4.2001, WuW/E DE-R 665, 667 (NetCologne).

¹⁵⁵ Βλ. επίσης Dormann, *Drittklagen im Recht der Zusammenschlusskontrolle*, Köln, 2000, 57 επ.; Körber, *Die Konkurrentenklage im Fusionsrecht der USA, Deutschlands und der Europäischen Union*, Göttingen, 1996.

¹⁵⁶ §§ 80 παρ. 5 εδ.1 VwGO (= Verwaltungsgerichtsordnung – γερμΚΔΔ).

¹⁵⁷ Η αναστολή, μάλιστα, της συγκέντρωσης έχει κριθεί ότι μπορεί να γίνει δεκτή, ακόμη και στην περίπτωση, όπου «υπάρχει ο κίνδυνος μετά την αποδοχή της να ακυρωθεί το σχέδιο συγκέντρωσης για λόγους χρονικής ισχύος», βλ. σχετικά OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.7.2002, WuW/E DE-R 926, 931 (E.ON/Ruhrigas II).

¹⁵⁸ Jaeger, *Einstweiliger Rechtsschutz bei Beschwerden beigeladener Dritter gegen Freigaben von Zusammenschlüssen*, in *Festschrift für W. Tilmann*, Köln 2003, σελ. 657 επ.

¹⁵⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.7.2002, WuW/E DE-R 885 (E.ON/Ruhrigas I); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.4.2001, WuW/E DE-R 665, 667 (NetCologne); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.6.2001, WuW/E DE-R 681 (Trienekens).

¹⁶⁰ KG Düsseldorf, Beschl. v. 24.8.1999, WuW/E DE-R 386 (Tobaccoland I); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.9.2002, WuW/E DE-R 945 (Rethmann).

¹⁶¹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.7.2002, WuW/E DE-R 885 (E.ON/Ruhrigas I); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.7.2002, WuW/E DE-R 926 (E.ON/Ruhrigas II).

¹⁶² Zöttl, *Drittrechtsschutz ohne Rechte?*, WuW 2004, 474.

¹⁶³ Zöttl, WuW 2004, 475.

¹⁶⁴ Pressemitteilung der E.ON AG vom 30.01.2003, στην ιστοσελίδα: <http://www.eon.com/de/presse/news-show.do?id=485>.

η «βλάβη», που προξενήθηκε από την υπουργική απόφαση στον ανταγωνισμό, με αποτέλεσμα η τελευταία -μετά την απόσυρση της προσφυγής- να τεθεί οριστικά σε ισχύ.

β2/ Η είσοδος των δικαιωμάτων «υποκειμενικής σφαίρας» στην προσωρινή ένδικη προστασία

Υπό τη σκιά των γεγονότων, που διαδραματίστηκαν κατά την Υπόθεση *E.ON / Ruhrgas*, ο νομοθέτης θέλησε να αποτρέψει για το μέλλον τέτοιου είδους νοσηρά φαινόμενα, που θα μπορούσαν μεταξύ άλλων να αποθαρρύνουν και επενδύσεις στη γερμανική αγορά.¹⁶⁵ Η «εξαγορά των πλεονεκτημάτων», που παρέχει στον τρίτο η απονομή προσωρινής προστασίας κατά της εγκριτικής απόφασης, ουδεμία σχέση έχει με την αποστολή του ως υπερασπιστή των συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού. Για αυτό και στο νέο νόμο αποσυνδέεται η προσωρινή ένδικη προστασία από το μέχρι πρότινος εφαρμοσθέν κριτήριο της νομιμότητας της προσβληθείσας απόφασης και προστίθεται ειδική πρόβλεψη, σύμφωνα με την οποία: «Εάν τρίτος έχει προσφύγει κατά απόφασης της § 40 παρ. 2 GWB, γίνεται δεκτή σύμφωνα με το εδάφιο γ η αίτησή (αναστολής) του, εάν αυτός αποδείξει ότι προσβάλλονται με την απόφαση τα δικαιώματά του».¹⁶⁶

Η εξάρτηση της χορήγησης προσωρινής ενδίκου προστασίας από την προσβολή εννόμων συμφερόντων, που ανάγονται «στην υποκειμενική σφαίρα» (*subjective Rechte*), περιορίζει σαφέστατα τον κύκλο των δικαιούχων επιχειρήσεων σε εκείνες, που επηρεάζονται άμεσα από την πραγματοποίηση της συγκέντρωσης.¹⁶⁷ Παράλληλα, διαφοροποιείται η νομική βάση αξιολόγησής σε σχέση με αυτή, που ισχύει για την κρίση της προσφυγής στην κυρία διαδικασία.¹⁶⁸ Το ερώτημα είναι, κατά πόσο ένας τέτοιος περιορισμός, που κλίνει σαφώς υπέρ της προστασίας των επιχειρηματικών σχεδίων¹⁶⁹, είναι σύμφωνος με το χαρακτήρα του ελέγχου των συγκεντρώσεων ως δικαιοκού συστήματος, που δεν αποσκοπεί μόνο στην προστασία των ατομικών συμφερόντων, αλλά συνολικά, σε αυτήν της διάρθρωσης της αγοράς και του ανταγωνισμού σε αυτήν.¹⁷⁰

Η νεοεισαχθείσα διάταξη, παρότι περιορίζει τον κύκλο των νομικών προσώπων, που θα μπορούσαν να καταχραστούν το σκοπό της προσωρινής ένδικης προστασίας, αδυνατεί να εξαλείψει την εμφάνιση τέτοιων φαινομένων και στο μέλλον.¹⁷¹ Επιπρόσθετα, αποσταθεροποιεί συνολικά το οικοδόμημα της ένδικης προστασίας, από τη στιγμή που μειώνοντας την προοπτική του τρίτου να επιτύχει και αναστολή της πραγματοποίησης της συγκέντρωσης, αποδυναμώνονται αντίστοιχα και τα κίνητρα ή

¹⁶⁵ Entwurf von Eckwerten einer 7. GWB Novelle, WuW 2003, 382; BT-Drucks. 15/3640, σελ. 41; BR-Drucks. 441/04, σελ. 69.

¹⁶⁶ § 65 παρ. 3 εδ. α αρ. 2 GWB. Αξιοσημείωτο είναι ότι, ενώ στο σχέδιο νόμου η δυνατότητα αυτή καταλάμβανε και την περίπτωση, που είχε εκδοθεί εγκριτική απόφαση του Υπουργού, αυτό τελικά δεν περιελήφθη στην τελική διατύπωση της § 65 GWB. Βλ. σχετικά BT-Drucks. 15/3640, σελ. 16; BR-Drucks. 441/04, σελ. 23; Meyer/Lindemann, Kartellnovelle bringt Annäherung an europäisches Recht, vom 22.06.05, in Börsen Zeitung.

¹⁶⁷ Με αυτόν τον τρόπο, εναρμονίζεται η προσωρινή ένδικη προστασία στο δίκαιο των συγκεντρώσεων με εκείνη του διοικητικού δικαίου, βλ. άρθρο 42 παρ. 2 VwGO.

¹⁶⁸ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 65; BR-Drucks. 441/04, σελ. 113.

¹⁶⁹ Kahlenberg/Haellmigk, BB 2005, 1509, 1515.

¹⁷⁰ Θετικά διάκειται απέναντι στη συγκεκριμένη εξέλιξη ο επιχειρηματικός κόσμος, βλ. BT-Drucks. 15/5049, σελ. 41. Το ασυμβίβαστο, όμως, οποιοδήποτε τέτοιου περιορισμού με το χαρακτήρα του ελέγχου των συγκεντρώσεων, αλλά και με τις συνταγματικές επιταγές επικαλείται ο Ομοσπονδιακός Δικηγορικός Σύλλογος, Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zum Entwurf von Eckwerten einer 7. GWB Novelle, 2003, σελ. 8, στην ιστοσελίδα: <http://www.brak.de/seiten/pdf/Stellungnahmen/GWB-Novelle.pdf>.

¹⁷¹ Αντίθετο, όμως, Deutscher Industrie- & Handelskammertag, Stellungnahme zum Entwurf eines 7. Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 20.09.04, σελ. 6, στην ιστοσελίδα: http://www.dihk.de/inhalt/themen/rechtundfairplay/stellungnahmen/GWB_Novelle.pdf.

το γενικότερο ενδιαφέρον του για επανέλεγχο της διοικητικής απόφασης μέσω της προσφυγής.¹⁷² Παράλληλα, η έλλειψη δυνατότητας αναστολής δυσχεραίνει ακόμη περισσότερο την «αποσύνδεση»¹⁷³ μελλοντικά ήδη συγχωνευθέντων επιχειρήσεων, στην περίπτωση που κριθεί a posteriori ότι πρέπει να διαλυθεί η συγκέντρωση, η οποία είχε στο μεσοδιάστημα πραγματοποιηθεί, λόγω π.χ. μη τηρήσεως κάποιας αναληφθείσας εκ μέρους τους δέσμευσης.

Πολύ εύστοχα, λοιπόν, πρότεινε η Επιτροπή Μονοπωλίων -χωρίς όμως θετική ανταπόκριση- ότι αν ο νομοθέτης επιμένει τελικώς στη σχετική πρόβλεψη, καλό θα ήταν να εισαχθεί μία εξαίρεση αποκλειστικά για «νομιμοποιούμενους φορείς» (qualifizierte Einrichtungen), όπως είναι οι ενώσεις καταναλωτών.¹⁷⁴ Βάσει αυτής, θα μπορούσαν οι τελευταίες να προσφύγουν κατά της απόφασης της Ομοσπονδιακής Αρχής και παράλληλα να επιδιώξουν την αναστολή της εκτέλεσής της συγκέντρωσης, χωρίς ωστόσο να χρειάζεται να αποδείξουν την παραβίαση δικαιωμάτων, που ανάγονται στην υποκειμενική σφαίρα. Σε αντίθεση με τα λοιπά νομικά πρόσωπα, τέτοιες ενώσεις δε θα προέβαιναν λόγω του επιδιωκόμενου σκοπού τους σε έναν εξωδικαστικό συμβιβασμό με τις συγχωνευόμενες επιχειρήσεις, πράγμα που σημαίνει ότι σε κάθε περίπτωση θα προχωρούσε ο έλεγχος της διοικητικής απόφασης, ακόμη και αν οι υπόλοιποι αιτούντες απέσυραν έναντι χρηματικής ικανοποίησης την προσφυγή τους.¹⁷⁵ Με αυτόν τον τρόπο, θα επιτυγχανόταν μία εξισορρόπηση μεταξύ της ανάγκης για την πρόληψη καταχρηστικών φαινομένων από τη μία και της διατήρησης του σκοπού της ένδικης προστασίας του τρίτου από την άλλη.¹⁷⁶

IV/ Τροποποιήσεις δικονομικού χαρακτήρα

Πέρα από την αλλαγή στη θεμελίωση του δικαιώματος προσωρινής ένδικης προστασίας, ο νομοθέτης θέλησε να ενισχύσει και τη λειτουργικότητα της διαδικασίας μέσω μίας σειράς τροποποιήσεων δικονομικής υφής. Υπό αυτό το πνεύμα, προβλέπεται πλέον ότι είναι υποχρεωτική και για την επιχείρηση, της οποίας εξαγοράζονται ποσοστά ή περιουσιακά στοιχεία με έδρα στο εξωτερικό, η δήλωση του τύπου της εταιρείας, του τόπου εγκατάστασης της ή ενός αντικλήτου (*Zustellungsbevollmächtigte*) στη γερμανική επικράτεια.¹⁷⁷ Αποτέλεσμα της αλλαγής αυτής είναι ότι μπορούν να επιδίδονται εμπρόθεσμα και σε αυτήν τα ουσιαστικά έγγραφα της ακροαματικής διαδικασίας ή οι αποφάσεις της εθνικής Αρχής.¹⁷⁸ Επίσης, στην περίπτωση της παραπομπής μίας υπόθεσης, σύμφωνα με το άρθρο 9 ΚΕΣ, από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή στην Ομοσπονδιακή Αρχή Ανταγωνισμού πρέπει να ενημερώνονται οι συμμετέχουσες επιχειρήσεις σχετικά με τη συνδρομή των απαραίτητων στοιχείων στη γερμανική γλώσσα.¹⁷⁹ Στόχος της νέας προϋπόθεσης είναι να διευκολυνθούν οι τελευταίες στην εκτίμησή τους, ως προς το αν έχει αρχίσει να τρέχει η σχετική προθεσμία του άρθρου 9 ΚΕΣ μέσω της εισόδου της παραπεμπτικής απόφασης στην εθνική επιτροπή ανταγωνισμού και ως προς το ποια έγγραφα πρέπει -σε περίπτωση μη προσήκουσας ή ολοκληρωμένης κατάθεσής τους- ακόμη να προσκομιστούν.¹⁸⁰

¹⁷² Monopolkommission, Sondergutachten 41/42, σελ. 56-7, αρ. 104.

¹⁷³ Kerber, Die Unternehmensentflechtung nach dem GWB, 1987, σελ. 42 επ.

¹⁷⁴ Monopolkommission, Sondergutachten 41/42, σελ. 57-58, αρ. 105-6.

¹⁷⁵ Βλ. Monopolkommission, Sondergutachten 41/42, σελ. 58, αρ. 106.

¹⁷⁶ Αντίθετος Zöttl, WuW 2004, 474, 483.

¹⁷⁷ § 39 παρ. 3 εδ. β GWB. Karl/Reichelt, DB 2005, 1443.

¹⁷⁸ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 58; BR-Drucks. 441/04, σελ. 102.

¹⁷⁹ § 39 παρ. 4 εδ. β GWB. Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο 40 παρ. 5 GWB δεν αρχίζει να τρέχει η προθεσμία του άρθρου 40 παρ. 1, παρ. 2 εδ. β GWB, αν δεν συντρέχουν όλα τα στοιχεία του άρθρου 39 παρ. 3 GWB στη γερμανική γλώσσα.

¹⁸⁰ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 58; BR-Drucks. 441/04, σελ. 102.

Προκειμένου να αποτραπεί στο μέλλον ο κίνδυνος σε υποθέσεις με πολλούς συμμετέχοντες της αναγκαστικής άρσης μίας απόφασης, επειδή αυτή δεν επιδόθηκε εμπρόθεσμα σε κάποιο από τα μέρη της διαδικασίας, αρκεί πλέον σύμφωνα με την επαναδιατύπωση της § 40 παρ. 2 εδ. β GWB η επίδοσή της μόνο στις επιχειρήσεις, που έχουν δηλώσει την πρόθεσή τους να συγχωνευθούν.¹⁸¹ Για να μπορούν, όμως, παράλληλα όλοι οι μετέχοντες της διαδικασίας να κρίνουν, τότε ξεκινά η προθεσμία της προσβολής της απόφασης, πρέπει να γνωστοποιείται άμεσα σε αυτούς το χρονικό σημείο, στο οποίο πραγματοποιήθηκε η επίδοση της απόφασης στις άνω επιχειρήσεις.¹⁸² Όσον αφορά περαιτέρω στις περιπτώσεις, όπου μία εγκριτική απόφαση πρέπει να ανακαλείται ή να τροποποιείται, προβλέφθηκε ειδικά για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων ότι «η απόφαση έγκρισης μπορεί να ακυρωθεί ή να τροποποιηθεί, εάν αυτή βασίζεται σε αναληθή στοιχεία, έχει πραγματοποιηθεί για δόλιο σκοπό ή οι μετέχουσες επιχειρήσεις παραβιάζουν όρο, σύμφωνα με τον οποίο ελήφθη η απόφαση».¹⁸³

ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

Προβαίνοντας σε μια συνολική αποτίμηση της μεταρρύθμισης, θα πρέπει καταρχήν να υπογραμμισθεί η επιτακτική αναγκαιότητα της υιοθετηθείσας λύσης πλήρους εναρμόνισης με το ευρωπαϊκό δίκαιο ανταγωνισμού, γεγονός που δικαιολογείται από τη μεταβολή του συστήματος ελέγχου και κατίσχυσης του τελευταίου. Παράλληλα όμως ο νομοθέτης αξιοποιεί τα υπάρχοντα περιθώρια κρίσεως, διατηρώντας σε ισχύ και κάποιες από τις „παραδοσιακές“ ρυθμίσεις του γερμανικού δικαίου στον τομέα της καταχρηστικής εκμετάλλευσης δεσπόζουσας θέσης ή της απαλλαγής οριζοντίων συμπράξεων μικρομεσαίων επιχειρήσεων. Περαιτέρω πρέπει να τονιστεί και η σπουδαιότητα της μεταρρύθμισης στην ενίσχυση του ρόλου τόσο των διοικητικών αρχών, όσο και των ιδιωτών ως θεματοφυλάκων της ύπαρξης, διατήρησης και λειτουργίας ενός αποτελεσματικού ανταγωνισμού στην αγορά.

Αναφορικά με το δίκαιο των συγκεντρώσεων επιχειρήσεων, η βαρύτητα των αλλαγών, που τελικώς υιοθετήθηκαν από το νομοθέτη, δεν είναι ανάλογη της σημαντικής προβληματικής, που αναπτύχθηκε κατά τη διάρκεια της επεξεργασίας του GWB. Το σίγουρο είναι ότι πέρα από τις όποιες δικονομικές βελτιώσεις επιχειρήθηκαν, τέθηκαν παράλληλα οι βάσεις για επαναξιολόγηση στο μέλλον ουσιαστών ζητημάτων, όπως αυτά του ουσιαστικού κριτηρίου ελέγχου και της προσωρινής ένδικης προστασίας. Για αυτό και η συντελεσθείσα μεταρρύθμιση στο πεδίο του ελέγχου των συγκεντρώσεων δε θα πρέπει να ιδωθεί μεμονωμένα, αλλά ως τμήμα μίας δυναμικής διαδικασίας εξέλιξης, η οποία δεν έχει ακόμη ολοκληρωθεί.

¹⁸¹ BT-Drucks. 15/3640, σελ. 58-59; BR-Drucks. 441/04, σελ. 102.

¹⁸² § 40 παρ. 2 εδ. γ GWB.

¹⁸³ § 40 παρ. 3α GWB. Βλ. επίσης BT-Drucks. 15/3640, σελ. 59; BR-Drucks. 441/04, σελ. 103.