



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ  
Εθνικόν και Καποδιστριακόν  
Πανεπιστήμιον Αθηνών

ΝΟΜΙΚΗ ΣΧΟΛΗ  
ΤΟΜΕΑΣ ΔΙΕΘΝΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ  
ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ  
‘ΔΙΕΘΝΕΙΣ ΝΟΜΙΚΕΣ ΣΠΟΥΔΕΣ’  
ΚΑΤΕΥΘΥΝΣΗ ΕΥΡΩΠΑΪΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ  
ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑΚΟ ΕΤΟΣ: 2015-2016

## ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ

### «Η ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΣΗ ΤΩΝ ΑΝΤΙΑΝΤΑΓΩΝΙΣΤΙΚΩΝ ΠΡΑΚΤΙΚΩΝ ΤΗΣ ΔΕΣΠΟΖΟΥΣΑΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ»

Μαρία-Ρωξάνη Καρύδη  
Α. Μ.: 838

#### Επιβλέποντες,

Ρ.Ε. Παπαδοπούλου

Μ. Κουσκουνά

Α. Γουργουρίνης

Αθήνα 2016

Copyright © [Μαρία-Ρωζάνη Καρύδη], 2016

Με επιφύλαξη παντός δικαιώματος. All rights reserved.

Απαγορεύεται η αντιγραφή, αποθήκευση και διανομή της παρούσας εργασίας, εξ ολοκλήρου ή τμήματος αυτής, για εμπορικό σκοπό. Επιτρέπεται η ανατύπωση, αποθήκευση και διανομή για σκοπό μη κερδοσκοπικό, εκπαιδευτικής ή ερευνητικής φύσης, υπό την προϋπόθεση να αναφέρεται η πηγή προέλευσης και να διατηρείται το παρόν μήνυμα.

Οι απόψεις και θέσεις που περιέχονται σε αυτήν την εργασία εκφράζουν τον συγγραφέα και δεν πρέπει να ερμηνευθεί ότι αντιπροσωπεύουν τις επίσημες θέσεις του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών.

## *Ευχαριστίες*

Η παρούσα διπλωματική εργασία εκπονήθηκε στα πλαίσια της ολοκλήρωσης των σπουδών μου στο μεταπτυχιακό πρόγραμμα «Διεθνείς Νομικές Σπουδές: Κατεύθυνση Ευρωπαϊκού Δικαίου» της Νομικής Σχολής του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών.

Θα ήθελα να ευχαριστήσω την επιβλέπουσα καθηγήτρια κ. Ρεβέκκα-Εμμανουέλλα Παπαδοπούλου για τις πολύτιμες συμβουλές και το ενδιαφέρον της κατά την εκπόνηση της διπλωματικής μου. Η καθοδήγηση που μου παρείχε ήταν εύστοχη και απαραίτητη για την συνεκτική και καθαρή ανάλυση ενός απαιτητικού θέματος.

Επίσης ευχαριστώ όλους τους διδάσκοντες του προγράμματος και ιδιαίτερος την καθηγήτρια κ. Μεταξία Κουσκουνά για την βοήθειά τους καθόλη την διάρκεια των σπουδών μου. Μου προσέφεραν τις απαραίτητες γνώσεις και ερμηνευτικές τεχνικές, ώστε να είμαι σε θέση να ανταποκριθώ τόσο στην παρούσα εργασία, όσο και στην επαγγελματική μου ζωή.

## Αναλυτικός Πίνακας Περιεχομένων

I. Εισαγωγή.....σελ. 1-3	
II. Αντικειμενικοί Λόγοι Δικαιολόγησης των Αντιανταγωνιστικών Πρακτικών της Δεσπόζουσας Επιχείρησης (Objective Justifications)	
II.1. Θέση του Προβλήματος - Δογματικό Υπόβαθρο - Παραδοχές και Προβληματισμοί.....σελ. 4-13	
II.2. Περιπτώσεις Θεμιτής Εμπορικής Συμπεριφοράς	
II.2.α. Ο κύκλος των θεμιτών λόγων δικαιολόγησης μη αμιγώς οικονομικής φύσεως: θεμιτό εμπορικό συμφέρον, αντικειμενική αναγκαιότητα (objective necessity), επιβαλλόμενη από το κράτος συμπεριφορά .....σελ. 14-25	
II.2.β. Η προστασία υπέρτερου δημοσίου ή γενικού συμφέροντος συνιστά λόγο άρσης της κατάχρησης εντός του άρθρου 102 ΣΛΕΕ; Σύγκριση με την ρητή εξαίρεση του άρθρου 106 (2) ΣΛΕΕ.....σελ.26-34	
II.2.γ. Δικαιολογημένη άρνηση παροχής πρόσβασης και η περίπτωση των “essential facilities”.....σελ. 34-39	
II.3. Αντικειμενική Οικονομική Δικαιολόγηση της Αντιανταγωνιστικής Πρακτικής	
II.3.α. Η απουσία οικονομικής δικαιολόγησης στις εκπτώσεις πίστεως (“fidelity/loyalty inducing rebates”). Αντιπαραβολή με τις εκπτώσεις ποσότητας και τις εκπτώσεις αμοιβής της αποδοτικότητας.....σελ.40-43	
II.3.β. Οικονομικοί λόγοι δικαιολόγησης της διαφοροποιημένης τιμολόγησης.....σελ.44-46	
II.3.γ. Πότε και για ποιούς λόγους μπορεί να δικαιολογηθεί αντικειμενικά η χαμηλή τιμολόγηση;.....σελ. 46-54	

### III. Η Σημασία των Επιχειρημάτων Οικονομικής Αποτελεσματικότητας για την Εκτίμηση της Κατάχρησης

III.1. Η οικονομική αποτελεσματικότητα ως μέσο ex post δικαιολόγησης της αντι-ανταγωνιστικής πρακτικής στην πρακτική της Επιτροπής και στη νομολογία - Κριτική θεώρηση

III.1.α. Εισαγωγικές Παρατηρήσεις.....σελ. 55-57

III.1.β. Επί της Αρχής Ενστάσεις.....σελ. 57-67

III.1. γ. Η απόρριψη των επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας εξαιτίας αδυναμίας ανταπόκρισης στο βάρος απόδειξης.....σελ.67-81

III.2. Από το τεστ του “εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή” στον παραγκωνισμό του λιγότερου αποτελεσματικού: ένα κριτήριο κατάχρησης μετατρέπεται σε επιχείρημα οικονομικής αποτελεσματικότητας ;.....σελ. 82-90

IV. Γενικό Συμπέρασμα.....σελ. 91-95

V. Πίνακας Νομολογίας - Λίστα Άρθρων και Βιβλίων - Νομολογιακές Αναφορές  
.....σελ.96-106

## **I. Εισαγωγή**

Η οριοθέτηση των λόγων “αντικειμενικής δικαιολόγησης” της κατάχρησης υπηρετεί την γενική αρχή της ασφάλειας δικαίου κατά την εφαρμογή του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, την ομοιόμορφη ερμηνεία και εφαρμογή της διάταξης αυτής στα κράτη-μέλη και την δυνατότητα εφαρμογής ενός προληπτικού compliance test από τις επιχειρήσεις, ώστε οι καταχρηστικές συμπεριφορές να είναι προβλέψιμες και να αποφεύγονται ex ante. Η εν λόγω οριοθέτηση αποτελεί τον σκοπό της παρούσας μελέτης. Η επιδίωξη της γίνεται κυρίως στη βάση της συστηματικής θεώρησης της νομολογίας.

Μετά από μια ανάλυση του δογματικού υποβάθρου της μελέτης (υπό II.1.), στο πρώτο κεφάλαιο του Πρώτου Μέρους (υπό II.), εκτίθενται οι περιπτώσεις αντικειμενικής δικαιολόγησης που γίνονται επί της αρχής δεκτές από τη νομολογία και δεν έχουν δυναμικό χαρακτήρα. Στο πρώτο κεφάλαιο (υπό II.2.), εξετάζονται εκείνες που εμπίπτουν στην κατηγορία της θεμιτής εμπορικής συμπεριφοράς. Ειδική αναφορά γίνεται στον κύκλο των θεμιτών εμπορικών συμφερόντων, στην περίπτωση της αντικειμενικής αναγκαιότητας και της επιβαλλόμενης από το κράτος συμπεριφοράς (υπό II.2.α.). Ακολουθεί η ανάλυση των λόγων δικαιολόγησης, οι οποίοι στηρίζονται σε επιχειρήματα δημοσίου συμφέροντος (υπό II.2.β.), για τους οποίους διαπιστώνεται αδυναμία υιοθέτησής τους στην νομολογία. Εμφανής καθίσταται η αντίθεση με την ρητή εξαίρεση του άρθρου 106(2) ΣΛΕΕ, χάριν της παροχής Υ.Γ.Ο.Σ. Στην συνέχεια, ιδιαίτερη μνεία γίνεται στο ιδιαίτερο καθεστώς των “essential facilities”, το οποίο χρωματίζει τους όρους δικαιολόγησης της παροχής άρνησης πρόσβασης (υπό II.2.γ.).

Στο επόμενο κεφάλαιο του Πρώτου Μέρους (υπό II.3.), γίνεται λόγος για την αντικειμενική δικαιολόγηση οικονομικού χαρακτήρα. Τονίζεται η αδυναμία οικονομικής δικαιολόγησης των εκπτώσεων πίστωσης, κατ’αντιπαράβολη με τις εκπτώσεις ποσότητας και τις εκπτώσεις αμοιβής αποδοτικότητας (υπό II.3.α.). Ακολουθεί, στην συνέχεια, η ανάπτυξη των προϋποθέσεων διακιολόγησης της διαφοροποιημένης τιμολόγησης (υπό II.3.β.) και η έκθεση των λόγων δικαιολόγησης της χαμύλης τιμολόγησης (υπό II.3.γ.).

Στο δεύτερο Μέρος (υπό III.), αναλύονται το πρώτον τα αποκαλούμενα στα πλαίσια της παρούσας μελέτης “δυναμικά” επιχειρήματα οικονομικής αποτελεσματικότητας (“economic efficiency”) (υπό III.1) και οι ενστάσεις που τα συνοδεύουν. Στο δεύτερο κεφάλαιο, γίνεται λόγος για το ζήτημα του αν και κατά πόσον το άρθρο 102 ΣΛΕΕ προστατεύει ή όχι μόνο τον εξίσου αποτελεσματικό ανταγωνιστή. Φαίνεται ότι εάν κάτι τέτοιο ισχύει, ένα κριτήριο κατάχρησης μεταμορφώνεται, εμμέσως, σε επιχείρημα οικονομικής αποτελεσματικότητας (υπό III.2.)

Διαπιστώνεται η απολύτως εύλογη απροθυμία της νομολογίας να αποδεχτεί επί της ουσίας τα δυναμικά επιχειρήματα οικονομικής αποτελεσματικότητας, αλλά και η ανεπάρκεια μέρους της θεωρίας να εντοπίσει τις λεπτές διακρίσεις που δικαιολογούν αυτήν την διαφορετική αντιμετώπιση. Εκείνο που δύναται να παρατηρηθεί σε πρώτη φάση, είναι ότι η νομολογία του Δικαστηρίου φαίνεται να περιορίζει τον κύκλο των επιχειρημάτων “economic efficiency”, τα οποία γίνονται δεκτά ως αντικειμενικές δικαιολογήσεις, μόνο στα “στατικά” εξ αυτών, τα οποία επί της ουσίας αναλύονται ως αντικειμενικοί οικονομικοί λόγοι δικαιολόγησης στα πλαίσια του αντίστοιχου κεφαλαίου (υπό II.3.).

Υιοθετείται κατά βάση το αρχικό τρίπτυχο συστηματικής κατάταξης, όπως αυτό προσδιορίστηκε από τον πρώην Γενικό Διευθυντή της DG Competition Löwe στο 30ο Ετήσιο Συνέδριο για το Διεθνές Δίκαιο του Antitrust(ως απορρέον από τη νομολογία του Δικαστηρίου)<sup>1</sup>: θεμιτή επιχειρηματική συμπεριφορά (i) θεμιτό δημόσιο συμφέρον (ii) επιχειρήματα “economic efficiency” (iii). Για λόγους όμως συστηματικούς διακρίνουμε τα επιχειρήματα οικονομικής αποτελεσματικότητας από την αντικειμενική οικονομική δικαιολόγηση της συμπεριφοράς της δεσπόζουσας επιχείρησης. Τα πρώτα λαμβάνονται υπόψη *ex post*, ήτοι μετά την διαπίστωση των αντι-ανταγωνιστικών αποτελεσμάτων της συμπεριφοράς της δεσπόζουσας, προκειμένου να εξετασθεί η πιθανή αντιστάθμισή τους και συναφώς να επιβεβαιωθεί ή να αποκλειστεί η κατάχρηση. Λειτουργούν δηλαδή ως εξαιρέσεις, διότι δικαιολογούν την αντι-ανταγωνιστική πρακτική *ex post* και δεν την συγκαθορίζουν *ex ante*. Αντιθέτως, η αντικειμενική οικονομική δικαιολόγηση της ελεγχόμενης πρακτικής της δεσπόζουσας επιχείρησης εξετάζεται σε προγενέστερο στάδιο και, εάν συντρέχει, αποκλείει *a priori* την κατάχρηση.

Κλείνοντας, πρέπει να σημειωθεί, ότι η έννοια της “αντικειμενικής δικαιολόγησης” της καταχρηστικής συμπεριφοράς της δεσπόζουσας επιχείρησης δεν έχει τύχει της αναγκαίας διαλεύκανσης, τόσο από την Επιτροπή, όσο και από το Δικαστήριο. Οι περιπτώσεις δεν είναι σαφώς οριοθετημένες και η εύρεση των αρχών που στηρίζουν το όλο οικοδόμημα συνιστά δυσχερές εγχείρημα. Αυτό οφείλεται, εν μέρει, στο γεγονός ότι η Επιτροπή έχει πρώτα επιλέξει τις υποθέσεις για τις οποίες θα κινήσει διαδικασία παραβάσεως, κατά τρόπο ώστε συνήθως οι προφανείς περιπτώσεις κατάχρησης είναι και αυτές που καταλήγουν στο Δικαστήριο (μετά από προσφυγή κατά αποφάσεως της Επιτροπής). Δεν υπάρχουν επομένως μεγάλα περιθώρια κατάφασης αντικειμενικών λόγων δικαιολόγησης. Εκτός αυτού, δεν υπάρχει μεγάλη κινητικότητα από τα εθνικά δικαστήρια, υπό την μορφή προδικαστικών ερωτημάτων ως προς το ζήτημα, διότι οι υποθέσεις που συνεχίζουν δικαστικά -πέρα από την διαδικασία παραβάσεως από τις Εθνικές Αρχές Ανταγωνισμού- είναι ελάχιστες.

Η παρούσα μελέτη επιχειρεί να συστηματοποιήσει τα πορίσματα της νομολογίας του Δικαστηρίου και της επιστήμης. Σκοπός είναι να καταστεί δυνατή η απαρίθμηση διακριτών κατηγοριών

---

<sup>1</sup>Loewenthal, The Defence of “Objective Justification” in the Application of Article 82 EC, World Competition (2005), σελ. 455-477, Kluwer Law International, σελ. 464 και την εκεί υποσημείωση

“αντικειμενικής δικαιολόγησης” και να αποσαφηνιστούν τα κριτήρια, σύμφωνα με τα οποία ορισμένα επιχειρήματα με “επίφαση αντικειμενικότητας” -στην βάση τους υποκειμενικά και αβέβαια- τείνουν να μην γίνονται δεκτά.



## II. Αντικειμενικοί Λόγοι Δικαιολόγησης των Αντιανταγωνιστικών Πρακτικών της Δεσπόζουσας Επιχείρησης (Objective Justifications)

### II. 1. Θέση του Προβλήματος - Δογματικό υπόβαθρο - Παραδοχές και Προβληματισμοί

Είναι φυσιολογικό να αναρωτηθεί κανείς, πώς είναι δυνατόν να δικαιολογείται νομικά η κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης (άρθρο 102 ΣΛΕΕ). Ο όρος “κατάχρηση”, πράγματι, περιέχει οριστική αρνητική νομική αξιολόγηση<sup>2</sup>. Έτσι, αντίθετα με το άρθρο 101 ΣΛΕΕ, όπου η συμπεριφορά που απαγορεύει η πρώτη παράγραφος είναι αξιολογικά ουδέτερη, η δικαιολόγηση της συμπεριφοράς στα πλαίσια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ δεν μπορεί να λάβει την μορφή -σιωπηρής εν προκειμένω- εξαίρεσης<sup>3</sup>. Είναι όμως δυνατόν να συντρέξει δικαιολόγηση, εφόσον αυτή λαμβάνει χώρα *ex ante*, ώστε να αίρει προκαταβολικά τον καταχρηστικό χαρακτήρα της συμπεριφοράς και η συμπεριφορά να μην είναι το πρώτον καταχρηστική. Με άλλα λόγια, δεν πρόκειται για δικαιολόγηση με την έννοια της εξαίρεσης ή της απαλλαγής από την απαγόρευση, αλλά για οριοθέτηση του ίδιου του πεδίου εφαρμογής της κατάχρησης (του άρθρου 102 ΣΛΕΕ). Η συμπεριφορά δεν μπορεί να απαλλαγεί από την απαγόρευση του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, παρ’ότι καταχρηστική. Είτε θα είναι καταχρηστική και θα απαγορεύεται, είτε δεν θα είναι καταχρηστική και θα εκφεύγει εντελώς του άρθρου 102 ΣΛΕΕ.

Η δικαιολόγηση των αντιανταγωνιστικών πρακτικών της δεσπόζουσας επιχείρησης δεν μπορεί παρά να είναι αντικειμενικού χαρακτήρα, όπως αντικειμενική είναι και η έννοια της κατάχρησης. Είναι απολύτως εύλογο, κατά την γνώμη μας, μια συμπεριφορά απαγορευμένη λόγω του αντικειμενικού αποτελέσματος που δημιουργεί στην δομή του ανταγωνισμού, να επιτρέπεται εφόσον και στο μέτρο που υπαγορεύεται από λόγους αντικειμενικής φύσεως. Ο αντικειμενικός χαρακτήρας της δικαιολόγησης διαπιστώνεται σε δύο επίπεδα: πρώτον, θεμιτός σκοπός και δεύτερον, τήρηση της αρχής της αναλογικότητας. Η αρχή της αναλογικότητας αποτελεί δηλαδή για άλλη μια φορά γνώμονα και φίλτρο διάκρισης της δικαιολογημένης συμπεριφοράς από την κατάχρηση, σε δεύτερο επίπεδο -εφόσον προηγηθεί η κατάφαση από το Δικαστήριο του αντικειμενικού και θεμιτού χαρακτήρα του λόγου δικαιολόγησης της *prima facie* καταχρηστικής συμπεριφοράς-.

---

<sup>2</sup> AG Jacobs, Glaxo-Smith-Kline, C-53/03, σκ. 72

<sup>3</sup> Ahmed Saed Flugreisen, C-62/82, σκ. 32. Πρβλ. επίσης, στην ίδια κατεύθυνση, Atlantic Container v Commission, T-191/98, T-212/98 έως T-214/98, σκ. 1109, Compagnie maritime belge transports and others v Commission, T-24/93 έως T-26/93 και T-28/93, σκ. 152. Πρβλ. και Loewenthal, The Defence of “Objective Justification” in the Application of Article 82 EC, World Competition 2005, 28(4), σελ. 455-477, Kluwer Law International, p. 459, 462

Πρέπει, πράγματι, να σημειωθεί, πώς η κατάφαση της αντικειμενικής δικαιολόγησης της συμπεριφοράς δεν στέκεται μόνο στην αναγνώριση της ύπαρξης θεμιτού σκοπού, δυνάμενου να δικαιολογήσει αντικειμενικά την συμπεριφορά. Δεν υφίσταται αντικειμενική δικαιολόγηση, εφόσον τα μέσα επιδίωξης του εν λόγω θεμιτού σκοπού -ο οποίος νομιμοποιεί την συμπεριφορά- παραβαίνουν τις αρχές της καταλληλότητας, της αναγκαιότητας και της αναλογικότητας *stricto sensu*. Σε αυτήν την περίπτωση, η συμπεριφορά καταλήγει πάλι να αποκλίνει από το μέτρο του “ομαλού ανταγωνισμού”. Ο σεβασμός της αρχής της αναλογικότητας αποτελεί επομένως συστατικό στοιχείο της αντικειμενικής δικαιολόγησης, αποτελεί το μέτρο διάκρισης μεταξύ των επιχειρημάτων που τελικώς γίνονται δεκτά και αυτών που απορρίπτονται από το Δικαστήριο. Για μια επισκόπηση της λειτουργίας της αρχής της αναλογικότητας στα πλαίσια αντικειμενικής δικαιολόγησης της συμπεριφοράς του άρθρου 102 ΣΛΕΕ παραπέμπω στις αναφορές που διατρέχουν την μελέτη στο σύνολό της.

Ο αντικειμενικός χαρακτήρας των λόγων δικαιολόγησης υπονοεί την μη αποδοχή επιχειρημάτων, τα οποία στηρίζονται κατά οποιονδήποτε τρόπο στην απουσία πρόθεσης αποκλεισμού εκ μέρους της δεσπόζουσας επιχείρησης. Όπως επισημάνθηκε, κατά πάγια νομολογία, η έννοια της κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης είναι έννοια αντικειμενική<sup>4</sup>. Είναι δηλαδή απαγορευμένη, λόγω του αποτελέσματος που μπορεί δυνητικά να επιφέρει στην δομή της ανταγωνιστικής διαδικασίας και όχι λόγω της υποκειμενικής πρόθεσης της δεσπόζουσας επιχείρησης. Είναι βέβαιο πως η δεσπόζουσα επιχείρηση δεν μπορεί να επικαλεστεί την έλλειψη πρόθεσης αποκλεισμού, προκειμένου να δικαιολογήσει την *prima facie* καταχρηστική συμπεριφορά<sup>5</sup>. Αντιστρόφως, ακόμα και η πρόθεση ανταγωνισμού στη βάση των παροχών, ήτοι η ομαλή ανταγωνιστική πρόθεση, δεν δύναται να δικαιολογήσει αντικειμενικά την συμπεριφορά, εφόσον αυτή είναι κατάλληλη αντικειμενικά να περιορίσει την ανάπτυξη του ανταγωνισμού στην σχετική αγορά<sup>6</sup>. Εύλογο αφού, στην ίδια λογική, δεν είναι αναγκαία η απόδειξη πταίσματος της δεσπόζουσας επιχείρησης, προκειμένου να στοιχειοθετηθεί κατάχρηση. Επομένως, η *prima facie* κατάχρηση επιδέχεται δικαιολόγηση μόνο στη βάση αντικειμενικών λόγων, στην βάση καταστάσεων, οι οποίες επί της ουσίας βρίσκονται εκτός σφαίρας ελέγχου και επιρροής από μέρους της δεσπόζουσας επιχείρησης.

Πώς όμως έχει εξειδικεύσει το Δικαστήριο την έννοια της κατάχρησης *in globo*? Κατά τον πάγιο νομολογιακό ορισμό, η κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης συνίσταται (α) στην εν δυνάμει παρεμπόδιση της διατήρησης του υφιστάμενου ανταγωνισμού ή της ανάπτυξης του ανταγωνισμού στην εν λόγω σχετική αγορά, (β) με “μη ομαλά” μέσα, ήτοι μέσα παρεκκλίνοντα από αυτά της φυσιολογικής ανταγωνιστικής

<sup>4</sup> Hoffmann-La Roche, C-85/76, σκ. 91

<sup>5</sup> Clearstream Banking v. Commission, T-301/04, σκ. 142-144 και BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd v Commission, T-65/89, σκ. 70

<sup>6</sup> Tomra Systems ASA v European Commission, C-549/10 P. σκ. 22

διαδικασίας, η οποία εδράζεται στην υπερίσχυση του/της ποιοτικά ανώτερου-ης προϊόντος ή υπηρεσίας<sup>7</sup>. Απαιτείται συνεπώς η κατάφαση δύο προϋποθέσεων για την ύπαρξη κατάχρησης. Πρόκειται για την γνωστή “two tier approach” του καθηγητή Ulmer<sup>8</sup>, ο οποίος είχε εντοπίσει την εν λόγω συλλογιστική δομή, προτού αυτή κατοχυρωθεί νομολογιακά. Ο ορισμός της έννοιας της κατάχρησης κρίνεται αναγκαίος, διότι συνιστά την αφετηρία οριοθέτησης του πεδίου των αντικειμενικών λόγων δικαιολόγησης των αντι-ανταγωνιστικών πρακτικών της δεσπόζουσας επιχείρησης.

Συνιστά την αφετηρία της οριοθέτησης, διότι η συμπεριφορά, η οποία πληροί τα κριτήρια του νομολογιακού ορισμού, ενεργοποιεί την επίκληση λόγων αντικειμενικής δικαιολόγησής της, προκειμένου να διαπιστωθεί εάν όντως είναι και οριστικά καταχρηστική. Η συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης, η οποία πληροί τα εν λόγω στοιχεία του ορισμού δεν είναι *per se* καταχρηστική, παρότι συμπεριφορά “μη ομαλή στον ανταγωνισμό”. Όσο παράδοξο κι αν μοιάζει αυτό, πρέπει πρώτα να διαπιστωθεί ότι η συμπεριφορά δεν δύναται να δικαιολογηθεί αντικειμενικά. Σε πολλές περιπτώσεις, το Δικαστήριο επισημαίνει ρητά, πώς η έννοια της κατάχρησης ενσωματώνει την αρνητική προϋπόθεση της έλλειψης αντικειμενικής δικαιολόγησης για την συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης<sup>9</sup>. Αυτό επιβεβαιώνει την ως άνω παραδοχή, σχετικά με τη διάκριση της αντικειμενικής δικαιολόγησης (*ex ante* οριοθέτηση του πεδίου εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ) από τις -κατ’αρχήν μη γινόμενες δεκτές- εξαιρέσεις (*ex post* απαλλαγή από την απαγόρευση).

Πράγματι, το γεγονός ότι το άρθρο 102 ΣΛΕΕ δεν είναι δεκτικό εξαιρέσεων δεν αποκλείει την ύπαρξη αντικειμενικής δικαιολόγησης μιας *prima facie* καταχρηστικής συμπεριφοράς, ώστε αυτή να εκφεύγει του πεδίου εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ<sup>10</sup>. Όπως προκύπτει από την απόφαση Ahmed Saed<sup>11</sup>, η αντικειμενική δικαιολόγηση της συμπεριφοράς δεν αποκλείεται από την μη πρόβλεψη εξαιρέσεων στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ. Και αυτό, διότι η αντικειμενική δικαιολόγηση δεν συνιστά εξαίρεση. Η πρόβλεψη εξαιρέσεων θα είχε διαφορετική λειτουργία: θα απάλλαζε από την απαγόρευση μια συμπεριφορά κατά τα άλλα εμπίπτουσα στο πεδίο εφαρμογής της διάταξης. Αυτό είναι χαρακτηριστικό των επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας, τα οποία, ως εκ τούτου, αντιμετωπίζονται με επιφύλαξη από την νομολογία (πρβλ. Μέρος II της παρούσης).

---

<sup>7</sup> Πρβλ. αποφάσεις France Telecom, C-202/07P, σκ.104, Hoffman-La Roche κατά Επιτροπής, σκ. 91, C-322/81, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin κατά Επιτροπής (Michelin I), C-322/81, σκ. 70, AKZO κατά Επιτροπής, C-62/86, σκ. 69, British Airways κατά Επιτροπής, C-95/04 P σκ. 66, Irish Sugar, T-228/97, σκ. 111

<sup>8</sup> Peter Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1977.

<sup>9</sup> IMS Health, C-418/01, σκ. 52, AstraZeneca, C-457/10, σκ. 130, EPT, C-260/89, σκ. 37, CBEM (Telemarketing), C-311/84, σκ. 26. Σημαντική σε αυτήν την κατεύθυνση η άποψη του AG Kirschner στην υπόθεση Tetra Pak, C-51/89, σκ. 21 των Προτάσεων. Πρβλ. επίσης AG Kosmas, Masterfoods, C-344/98, σκ. 101 των Προτάσεων

<sup>10</sup> AG Kirschner, *ibid*, σκ. 21, Atlantic Container, T-191/98, T-212/98-214/98, σκ. 1112

<sup>11</sup> Ahmed Saed, C-62/86, σκ. 32, AG Lenz στην ίδια απόφαση, σκ. 41

Το εξαιρετικά ενδιαφέρον στο πεδίο της αντικειμενικής δικαιολόγησης είναι ότι, σε κάποιες περιπτώσεις, το ίδιο το γεγονός της κατοχής δεσπόζουσας θέσης καθιστά μια, καθόλα “ομαλή στον ανταγωνισμό συμπεριφορά”, αντικειμενικά αδικαιολόγητη. Η δεσπόζουσα επιχείρηση ενδέχεται να μην μπορεί να δικαιολογήσει αντικειμενικά την συμπεριφορά στην βάση του επιχειρήματος ότι συνιστά “ομαλή συμπεριφορά στον ανταγωνισμό”, εφόσον αυτή καταλήγει στην εξάλειψη του ανταγωνισμού στην σχετική αγορά.

Πράγματι, κατάχρηση μπορεί να συντρέχει και στην περίπτωση χρησιμοποίησης “ομαλών/ φυσιολογικών μέσων ανταγωνισμού”. Αυτό το συμπέρασμα προκύπτει αβίαστα από την πάγια νομολογία περί της “ειδικής ευθύνης” της δεσπόζουσας επιχείρησης, η οποία μπορεί να καταλήγει στην απαγόρευση συμπεριφορών καθόλα νόμιμων για μη δεσπόζουσες επιχειρήσεις<sup>12</sup>. Αυτό συμβαίνει επειδή, εκ των πραγμάτων, η συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης, είναι ικανή να επηρεάσει τη δομή μιας αγοράς, στην οποία ο ανταγωνισμός είναι ήδη εξασθενημένος -λόγω της ύπαρξης δεσπόζουσας επιχείρησης-. Ως εκ τούτου, η δεσπόζουσα επιχείρηση υπέχει την θετική υποχρέωση να μην εξασθενήσει έτι περαιτέρω τον ανταγωνισμό στην σχετική αγορά, ενισχύοντας την δεσπόζουσα θέση της, αποσπώντας την πελατεία του ανταγωνιστή της. Με αυτήν την έννοια, κάθε μορφή ανταγωνισμού επί των τιμών -και όχι μέσω των παροχών- είναι καταχρηστική. Πρόκειται επί της ουσίας για τον γνώμονα, ο οποίος οδηγεί στην γενικότερη διάκριση μεταξύ “competition on the merits” και “beating competition”<sup>13</sup>, η οποία είναι θεμελιώδης στην έννοια της κατάχρησης. Είναι θεμελιώδης, καθώς -όπως θα διαπιστώσουμε στην συνέχεια- αποτελεί το κριτήριο σε τέτοιες, οριακές περιπτώσεις.

Επιχειρήματα οικονομικής αποτελεσματικότητας ενδέχεται επίσης να γίνουν επί της αρχής δεκτά ως λόγοι αντικειμενικής δικαιολόγησης της συμπεριφοράς. Στην πιο πρόσφατη απόφαση Post Danmark I, το Δικαστήριο άφησε να εννοηθεί πως η βλάβη των συμφερόντων του καταναλωτή συνιστά πρόσθετο στοιχείο της εννοιας της κατάχρησης, με αποτέλεσμα να μην συντρέχει κατάχρηση, εφόσον διαπιστωθεί η αντιστάθμιση των αρνητικών επιπτώσεων της κατάχρησης στα συμφέροντα αυτά από τα πλεονεκτήματα της συμπεριφοράς<sup>14</sup>. Η εν λόγω απόφαση, συνιστά, όπως θα δούμε στην συνέχεια, την νομική βάση επίκλησης επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας (“economic efficiency”), προκειμένου να δικαιολογηθεί αντικειμενικά η συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης. Εάν η συμπεριφορά παράγει περισσότερα οφέλη απ’οτι αρνητικές επιπτώσεις για τον καταναλωτή, τότε, σύμφωνα με την εν λόγω επιχειρηματολογία, δεν είναι καταχρηστική.

---

<sup>12</sup> Πρβλ ενδεικτικά τις αποφάσεις IFT Promedia v Commission, T-111/96, σκ. 139, Michelin I, C-322/81, σκ. 57, Irish Sugar, T-228/97, σκ. 112, Microsoft, T-201/01, σκ. 229, France Telecom, C-202/07 P, σκ. 105, TeliaSonera, C-52/09, σκ. 24

<sup>13</sup> Πρβλ. ενδεικτικά Loewenthal, The Defence of “Objective Justification” in the Application of Article 82 EC, World Competition 28(4): p. 455- 477, Kluwer Law International 2005, p. 473

<sup>14</sup> Post Danmark I, C-209/10, σκ. 24

Νομική βάση της αντικειμενικής δικαιολόγησης με την επίκληση επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας αποτελεί η πρόταξη της προστασίας του καταναλωτή στα πλαίσια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, η οποία προκύπτει από μια σύνθετη νομολογιακή θεώρηση των μορφών κατάχρησης. Πράγματι, ο προαναφερθείς πάγιος νομολογιακός ορισμός της κατάχρησης δεν καταλαμβάνει παρά μόνο μια κατηγορία συμπεριφοράς, την “καταχρηστική συμπεριφορά αποκλεισμού” (“exclusionary abuse”). Γίνεται όμως δεκτό από το Δικαστήριο, ότι υπάρχει και η δεύτερη κατηγορία κατάχρησης, γνωστή ως “exploitative abuse”, στο εξής “καταχρηστική εκμετάλλευση stricto sensu”<sup>15</sup>.

Συντρέχει τέτοια μορφή κατάχρησης, όταν η ενίσχυση ή επέκταση της δεσπόζουσας θέσης σε μια (άλλη) σχετική αγορά επιχειρείται μέσω ευθείας/άμεσης δέσμευσης της ευχέρειας επιλογής του καταναλωτή μεταξύ εναλλακτικών πηγών προμήθειας ή μέσω εκμετάλλευσης της απουσίας μιας τέτοιας ευχέρειας επιλογής. Η “κατάχρηση αποκλεισμού” λειτουργεί διαφορετικά. Προκαλεί ζημία στον καταναλωτή με έμμεσο τρόπο, θίγοντας μια πραγματική διάρθρωση/δομή ανταγωνισμού στην αγορά. Συγκριτικά διαπιστώνεται, ότι και η “καταχρηστική συμπεριφορά αποκλεισμού” καταλήγει αντανakλαστικά να προκαλεί αποτελέσματα “καταχρηστικής εκμετάλλευσης stricto sensu”. Πράγματι, η δεσπόζουσα επιχείρηση δύναται, αφού πρώτα αποκλείσει τον-ους ανταγωνιστή-ές να επιβάλλει σε βάρος του καταναλωτή εξαιρετικά υψηλές τιμές. Είναι σαφές επομένως, πως η προστασία των συμφερόντων του καταναλωτή θα μπορούσε, να θεωρηθεί ο κοινός παρονομαστής των περιπτώσεων απαγορευμένης, καταχρηστικής συμπεριφοράς.

Από αυτήν την ευρεία θεώρηση των περιπτώσεων κατάχρησης από το Δικαστήριο δόθηκε ήδη μια πρώτη αφορμή για στενότερη θεώρηση του αντικειμένου προστασίας του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, στη βάση του “consumer welfare” και εξ αυτής αναπτύχθηκε η θεωρία των επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας, ως δικαιολογητικών λόγων αντιανταγωνιστικών πρακτικών εκ μέρους της δεσπόζουσας επιχείρησης. Έτσι, και η κατάχρηση αποκλεισμού, η βάλλουσα έμμεσα κατά των συμφερόντων του καταναλωτή, θεωρείται, στην λογική της ως άνω απόφασης Post Danmark I, ότι λαμβάνει χώρα μόνο εάν πιθανολογείται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση βλάβη των συμφερόντων του καταναλωτή. Η εν λόγω θεώρηση έχει δύο συνέπειες: πρώτον, οδηγεί στην αποδοχή των επιχειρημάτων “economic efficiency”. Δεύτερον, επαγωγικά, οδήγησε μερίδα της θεωρίας και της νομολογίας στην ανάπτυξη της “θεωρίας του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή” και στην προσπάθεια δικαιολόγησης

---

<sup>15</sup> Loewenthal, The Defence of “Objective Justification” in the Application of Article 82 EC, World Competition 2005, 28(4), σελ. 455-477, Kluwer Law International, σελ. 457: Από το γράμμα του άρθρου 102 ΣΛΕΕ (σε σύγκριση με αυτό του άρθρου 101 ΣΛΕΕ) προκύπτει ότι ο νομοθέτης ενσωματώνει και την περίπτωση της εν στενή έννοια (exploitative) καταχρηστικής εκμετάλλευσης στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ. Διαφορετικά θα υπήρχε και στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ η αναφορά “έχουσα ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή την νόθευση του ανταγωνισμού”. Πρβλ. για την αποδοχή δύο μορφών κατάχρησης από το Δικαστήριο Sot. Léloucas και Sia and Others, C-468-478/06, σκ. 68, Deutsche Telekom AG v Commission, C-280/08P, σκ. 176, France Telecom, C-202/07P, σκ. 105, Europemballage και Continental Can κατά Επιτροπής, C- 6/72, σκ. 26, Post Danmark, C-209/10, σκ. 20, TeliaSonera, C-52/09, σκ. 24 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία, Suiker Unie κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκ. 526 και 527.

της κατάχρησης, εφόσον τείνει να αποκλείσει λιγότερο αποτελεσματικούς ανταγωνιστές -σε σχέση με την δεσπόζουσα επιχείρηση-. Όπως θα αναπτυχθεί στο δεύτερο Μέρος της παρούσης, η θεωρία του “consumer welfare”, όπως τείνει να ερμηνεύεται, εγείρει ενστάσεις, τόσο αυτοτελώς, όσο και για τις ως άνω δύο συνέπειές της. Οι ενστάσεις αυτές συνδέονται με την ίδια την λογική της αντικειμενικής δικαιολόγησης.

Κρίνεται σκόπιμο να τονιστεί ήδη σε αυτό το σημείο, ότι σε μια αγορά, στην οποία ο ανταγωνισμός είναι ήδη εξασθενημένος λόγω της δεσπόζουσας επιχείρησης, το μακροπρόθεσμο συμφέρον του καταναλωτή (“consumer welfare”) δεν μπορεί να διαχωριστεί από την προστασία της ανταγωνιστικής δομής και, κατ’έκταση, του κάθε μεμονωμένου ανταγωνιστή. Ακόμα και στην περίπτωση, που ήθελε γίνει δεκτό ότι ο καταναλωτής -και όχι ο ανταγωνιστής- συνιστά το κύριο αντικείμενο προστασίας του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, η προστασία του καταναλωτή φαίνεται άρρηκτα συνδεδεμένη με την προστασία του μεμονωμένου ανταγωνιστή.

Εκτός του θεμιτού χαρακτήρα του λόγου που υπαγορεύει την συμπεριφορά και της ανυπαρξίας σκοπού αποκλεισμού, η τρίτη προϋπόθεση κατάφασης μιας αντικειμενικής δικαιολόγησης είναι -όπως προαναφέρθηκε- η τήρηση της αρχής της αναλογικότητας<sup>16</sup>. Σύμφωνα με τον ΓΕ Kirschner στην υπόθεση Tetra Pak I, κοινό χαρακτηριστικό όλων των περιπτώσεων κατάχρησης, οι οποίες ενδεικτικά απαριθμούνται στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ, είναι τελικά η επιδίωξη του καθόλα θεμιτού σκοπού της μεγιστοποίησης του κέρδους της δεσπόζουσας επιχείρησης, με δυσανάλογα μέσα<sup>17</sup>.

Κατά την γενική θεωρία του δικαίου, η αρχή της αναλογικότητας διασπάται περαιτέρω σε τρεις διακριτές προϋποθέσεις (οι οποίες θα πρέπει να συντρέχουν αθροιστικά). Η συμπεριφορά θα πρέπει να υπακούει στους γνώμονες της καταλληλότητας/προσφορότητας<sup>18</sup>, της αναγκαιότητας και της stricto sensu αναλογικότητας. Διαφορετικά δεν θα μπορεί να τύχει αντικειμενικής δικαιολόγησης. Η προσφορότητα έχει την έννοια της αντικειμενικής, in abstracto δυνατότητας της συμπεριφοράς να φέρει, υπό κανονικές συνθήκες, το σκοπούμενο αποτέλεσμα. Η αναγκαιότητα περιορίζει την συμπεριφορά της επιχείρησης στα ηπιότερα των εξίσου πρόσφορων μέσων για την επίτευξη του σκοπούμενου αποτελέσματος. Τέλος, η stricto sensu αναλογικότητα επιβάλλει να διατηρείται άθικτος ο πυρήνας του συμφέροντος, το οποίο αναγκαστικά θίγεται από την συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης. Με άλλα λόγια να μην

---

<sup>16</sup>Για την εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας στο πλαίσιο των δικαιολογήσεων στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ, πρβλ. και Loewenthal, p. 465. Πρβλ. ενδεικτικά Sot. Lelos v. GlaxoSmithKline, C-468/06 έως C-478/06, σκ.69, British Airways κατά Επιτροπής, C-95/04 P σκ. 243. Πρβλ. επίσης τις Προτάσεις του ΓΕ Κοσμά στην υπόθεση Masterfoods, σκ.101

<sup>17</sup> Tetra Pak Rausing κατά Επιτροπής, T-51/89, σκ. 67-71 των Προτάσεων του ΓΕ Kirschner

<sup>18</sup> Για παραδείγματα προσφορότητας και αναγκαιότητας πρβλ. ενδεικτικά RTT v GB-Inno-BM, C-18/88, σκ. 21-22, United Brands, ibid, σκ.189-191, Tetra Pak International SA v. Commission (Tetra Pak II), T-83/91, σκ. 84, 115-119, 140, British Airways κατά Επιτροπής, C-95/04 P, σκ. 86

εξαλείφεται πλήρως ο ανταγωνισμός στην σχετική αγορά (α) και να μην παρεμποδίζεται το ελεύθερο εμπόριο εντός της ενιαίας ενωσιακής αγοράς (β).

Ως προς την τελευταία παράμετρο, ο βαθμός οικονομικής ισχύος της δεσπόζουσας επιχείρησης φαίνεται, σε ορισμένες περιπτώσεις στην νομολογία, να επηρεάζει το εύρος της δικαιολογημένης συμπεριφοράς<sup>19</sup>. Αυτό εγείρει προβληματισμούς και ενστάσεις, διότι συνδέει την αξιολόγηση της συμπεριφοράς της δεσπόζουσας επιχείρησης με τον βαθμό της σχετικής οικονομικής ισχύος των αντικρουόμενων επιχειρήσεων. Κατά τον τρόπο αυτόν, επί της ουσίας, η κατάχρηση παύει να αποτελεί αντικειμενική έννοια, όπως δεχθήκαμε ως άνω -στην βάση της απόφασης Hoffmann La Roche-, διότι προσ απαιτεί αιτιώδη συνάφεια μεταξύ της “μη ομαλής στον ανταγωνισμό συμπεριφοράς” και της δυνατότητας περιορισμού του ανταγωνισμού -δια του αποκλεισμού ανταγωνιστών- (δυνατότητα ανάλογη του μεριδίου αγοράς της δεσπόζουσας επιχείρησης). Πρόκειται, κατά την εδώ υποστηριζόμενη άποψη, για μια ερμηνεία, η οποία στρεβλώνει το χρήσιμο αποτέλεσμα του άρθρου 102 ΣΛΕΕ.

Προς επίρρωση της εν λόγω διαπίστωσης, η παραπάνω θεώρηση οδηγεί στο συμπέρασμα, ότι η άνω του συνολικού κόστους τιμολόγηση ενδέχεται να συνιστά κατάχρηση, εάν η επιχείρηση είναι “υπερδεσπόζουσα”, ήτοι πλησιάζει ισχύ μονοπωλίου<sup>20</sup>. Εκτός του ότι μια τέτοια παραδοχή οδηγεί σε υπερβολική δέσμευση της επιχειρηματικής ελευθερίας, τείνει να αποπροσανατολίζει την θεωρία από τους πραγματικούς ενδείκτες *prima facie* κατάχρησης. Και κύριο ενδείκτη αποτελεί, όπως θα διαπιστώσουμε, η πρόθεση αποκλεισμού. Ως προς τις όποιες ενστάσεις προκαλούνται σχετικώς -δεδομένου του αντικειμενικού χαρακτήρα της έννοιας της κατάχρησης- παραπέμπω στα διαλαμβανόμενα στο κύριο μέρος της παρούσας μελέτης. Το βέβαιο πάντως είναι, ότι θα ήταν ασυνεπές να θεωρηθεί ότι η αναλογικότητα της συμπεριφοράς εξαρτάται από την οικονομική ισχύ της δεσπόζουσας επιχείρησης.

Μια περαιτέρω σύγκριση παρατηρείται στην θεωρία, όσον αφορά την ερμηνεία της *stricto sensu* αναλογικότητας. Κατά τον Osterud<sup>21</sup>, η *stricto sensu* αναλογικότητα καλύπτεται εφόσον το καθαρό όφελος για τον καταναλωτή υπερβαίνει την ζημία στα συμφέροντά του. Αυτή η άποψη, παραμερίζει, κατά την γνώμη μου, τον αυτοτελή -και ρητό στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ- στόχο προστασίας της ενιαίας αγοράς, δια της ελεύθερης κυκλοφορίας αγαθών και υπηρεσιών. Αυτός ο σκοπός υπαγορεύει ένα επίπεδο ελεύθερου ανταγωνισμού, ώστε να μην τίθενται εμπόδια με την μορφή αντικινήτρων στις επιχειρήσεις. Η αναγόρευση του καταναλωτή ως του μόνου προστατευτέου αντικειμένου του άρθρου 102 ΣΛΕΕ διολισθαίνει στην αλλοίωση του χρήσιμου αποτελέσματος της διάταξης. Το τεστ αντιστάθμισης των κατά

<sup>19</sup> United Brands, *ibid*, σκ. 190

<sup>20</sup> Πρβλ. την άποψη του ΓΕ Fenelly στην απόφαση *Compagnie Maritime Belge Transports SA and Others v Commission*, C-395/96 P and C-396/96 P, σκ. 132 των Προτάσεων

<sup>21</sup> E. Osterud, “The concept of objective justification”, in E. Osterud: “Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law, The Spectrum of Tests”, Alphen Aan Den Rijn: Kluwer Law International (2010), p.279

από τα υπέρ για τον καταναλωτή, το οποίο επικαλείται ο Osterud, πρέπει να περιορίζεται στην αξιολόγηση των επιχειρήσεων οικονομικής αποτελεσματικότητας (πρβλ. Μέρος II), προστιθέμενο στο τεστ της *stricto sensu* αναλογικότητας<sup>22</sup>, και όχι αντικαθιστώντας το.

Ειδικά στις περιπτώσεις “εξωτερικής αναγκαιότητας”, εφόσον αυτή επιβάλλει ορισμένη συμπεριφορά εν είδει “*force majeure*”, τότε η εξέταση της *stricto sensu* αναλογικότητας της συμπεριφοράς θα πρέπει μάλλον να είναι πιο επιεικής. Στις περισσότερες όμως περιπτώσεις, η “εξωτερική αναγκαιότητα” δεν θα έχει τα χαρακτηριστικά της μη προβλεψιμότητας και της απόλυτης αδυναμίας της επιχείρησης να ελέγξει τους παράγοντες διαμόρφωσης της πραγματικότητας, κατά τρόπο ώστε να μην μπορεί να ενεργήσει με διαφορετικό τρόπο. Συναφώς, όπως θα καταστεί σαφές στην συνέχεια, τα επιχειρήματα “εξωτερικής αναγκαιότητας” δεν ταυτίζονται με επιχειρήματα ανωτέρας βίας, και, ως εκ τούτου υπόκεινται σε ίσης αυστηρότητας τεστ αναλογικότητας από την νομολογία.

Ειδικά ως προς το τεστ της αναγκαιότητας, θα μπορούσε να υποθεθεί ότι αρκεί μια σύγκριση με την συμπεριφορά άλλων, συγκρίσιμης ισχύος επιχειρήσεων, υπό ανάλογες συνθήκες, ευρισκόμενων, επί παραδείγματι, σε διαφορετική γεωγραφική αγορά. Εάν, από την εν λόγω σύγκριση, αναδεικνύεται η δυνατότητα μεταχείρισης ηπιότερων μέσων για την επίτευξη του ίδιου αποτελέσματος, τότε θα πρέπει η συμπεριφορά να μην δικαιολογείται αντικειμενικά. Δεν είναι βέβαιο ότι κάτι τέτοιο ισχύει. Από την απόφαση Wouters<sup>23</sup> προκύπτει η αυτόνομη κρίση κάθε συγκεκριμένης περίπτωσης, παρά το γεγονός ότι η σύγκριση μπορεί να λειτουργήσει ως ενδείκτης κατάχρησης. Αν και η απόφαση αφορά το άρθρο 101 ΣΛΕΕ, η εν λόγω αρχή μπορεί να μεταφερθεί και στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ. Πράγματι, τα συγκριτικά επιχειρήματα συνεκτιμώνται μεν, δεν προδικάζουν όμως το αποτέλεσμα του τεστ της αναγκαιότητας.

Η τελευταία προϋπόθεση -της *stricto sensu* αναλογικότητας- συνιστά -εκτός των ανωτέρω- και την γενεσιουργό ιδέα της θεωρίας της “ειδικής ευθύνης” της δεσπόζουσας επιχείρησης, η οποία αναλύεται στη συνέχεια. Πράγματι, η ύπαρξη της δεσπόζουσας επιχείρησης στην σχετική αγορά, επειδή εξασθενεί τον ανταγωνισμό, συνεπάγεται την απαγόρευση συμπεριφορών, οι οποίες για μια μη δεσπόζουσα επιχείρηση δεν θα είχαν κάτι το μεμπτό. Σε κάθε περίπτωση η συμπεριφορά δεν θα πρέπει να καταλήγει στην επί της ουσίας “εξάλειψη του εναπομείναντος ανταγωνισμού στην σχετική αγορά”.

Μερίδα της θεωρίας φαίνεται να υποστηρίζει ότι η έλλειψη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ της της συμπεριφοράς και του αντι-ανταγωνιστικού αποτελέσματος, καθιστά την συμπεριφορά αντικειμενικά δικαιολογημένη και μη καταχρηστική<sup>24</sup>. Πρόκειται μάλλον για παρανόηση. Το άρθρο 102 ΣΛΕΕ δεν

<sup>22</sup>Πρβλ. σε αυτήν την κατεύθυνση, IMS Health, C-418/01, σκ. 52. Μια ολιστική θεώρηση φαίνεται να υιοθετεί, αντίθετα, η Post Danmark A/S v Konkurrenceradet, C-209/10, σκ. 42

<sup>23</sup> Wouters κ.λ.π., C-309/99, σκ. 109-110

<sup>24</sup> Eilmansberger, “How to distinguish good from bad competition under article 82 EC: In search of clearer and more coherent standards for anti-competitive abuses” 2005, 42 Common Market Law Review 129, p.140



απαιτεί την πραγματική διαπίστωση *in concreto* αντι-ανταγωνιστικού αποτελέσματος. Αρκείται στην πιθανολόγηση ενός δυνητικού αντι-ανταγωνιστικού αποτελέσματος, προκειμένου να διαπιστώσει την ύπαρξη κατάχρησης. Αυτό αποδεικνύεται από την νομολογία<sup>25</sup>. Πράγματι, το Δικαστήριο έχει κρίνει, ότι μια συμπεριφορά δεν εντάσσεται στον κύκλο της θεμιτής εμπορικής συμπεριφοράς (“*legitimate business behaviour*”) της δεσπόζουσας επιχείρησης από μόνο το γεγονός ότι -ενώ έθεσε εν κινδύνω την παραμονή των ανταγωνιστών στην αγορά- τελικά δεν είχε αυτό το αποτέλεσμα.

Τέλος, προβλήματα έχει δημιουργήσει το ζήτημα της κατανομής του βάρους απόδειξης στην περίπτωση δικαιολόγησης της αντιανταγωνιστικής πρακτικής της δεσπόζουσας επιχείρησης. Σύμφωνα με το άρθρο 2 του Καν. 1/2003, το βάρος απόδειξης της παράβασης του άρθρου 101(1) ΣΛΕΕ ή του άρθρου 102 ΣΛΕΕ φέρει το μέρος που ισχυρίζεται ότι η συμπεριφορά συνιστά παράβαση των εν λόγω διατάξεων. Από την άλλη, το βάρος απόδειξης των στοιχείων, που συναποτελούν την εξαίρεση της τρίτης παραγράφου του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, φέρει η επιχείρηση που αιτάται την ενεργοποίηση της εξαίρεσης. Καμία αναφορά δεν γίνεται στην κατανομή του βάρους απόδειξης στην περίπτωση επίκλησης κάποιας δικαιολόγησης στα πλαίσια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Και εν προκειμένω τίθεται ένα σοβαρό ερώτημα.

Από την στιγμή που -κατά τις ως άνω γινόμενες δεκτές παραδοχές- η έλειψη αντικειμενικής δικαιολόγησης συνιστά αρνητικό στοιχείο του ορισμού της κατάχρησης, εύλογα θα μπορούσε να υποτεθεί ότι το σχετικό βάρος απόδειξης φέρει το μέρος που κινεί την διαδικασία παράβασης. Όπως όμως θα διαπιστωθεί, στην πράξη, η δεσπόζουσα επιχείρηση φέρει το βάρος απόδειξης των πραγματικών περιστατικών, τα οποία στοιχειοθετούν αντικειμενική δικαιολόγηση. Αυτό μοιάζει δικαιολογημένο από την στιγμή που πρόκειται για στοιχεία ευρισκόμενα στην σφαίρα ελέγχου της δεσπόζουσας ή επειδή, σε κάθε περίπτωση, εκείνη βρίσκεται πλησιέστερα στο κρίσιμο αποδεικτικό υλικό. Η Επιτροπή είναι υπεύθυνη στην συνέχεια να υπαγάγει ή μη την συμπεριφορά στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, εστιάζοντας στην τήρηση της αρχής της αναλογικότητας.

Κλείνοντας, ως προς τους επι μέρους λόγους αντικειμενικής δικαιολόγησης, η επίκληση κάποιου θεμιτού εμπορικού συμφέροντος ή ενός επιχειρήματος “αντικειμενικής αναγκαιότητας” λειτουργούν οριζόντια, σε όλες τις μορφές κατάχρησης, κυρίως όμως στην άρνηση προμήθειας. Το ίδιο ισχύει και για τα επιχειρήματα περί δικαιολογημένης προστασίας “βασικής διευκόλυνσης” ή δικαιώματος βιομηχανικής ή εμπορικής ιδιοκτησίας και τα επιχειρήματα δημοσίου συμφέροντος. Και στις τρεις περιπτώσεις βέβαια, προκειμένου η δικαιολόγηση να λειτουργήσει, θα πρέπει να γίνεται σεβαστή η αρχή της αναλογικότητας. Από την άλλη, ο κύκλος των αντικειμενικών λόγων οικονομικής δικαιολόγησης δεν έχει άλλο σκοπό από το να προσδιορίσει πότε οι *prima facie* καταχρηστικές συμπεριφορές, οι οποίες δεν δικαιολογούνται οικονομικά, εκφεύγουν τελικά του πεδίου εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Όπως θα διαπιστώσουμε, η μόνη περίπτωση αποκλεισμού της δυνατότητας αντικειμενικής δικαιολόγησης συντρέχει όταν η πρόθεση

<sup>25</sup> Πρβλ. τις αναφορές στο Μέρος II του παρόντος

αποκλεισμού αποδεικνύεται άμεσα, όχι όταν τεκμαίρεται, οιονεί *ex rem*, από τα χαρακτηριστικά της συμπεριφοράς.

Στις παραγράφους που προηγήθηκαν έγινε προσπάθεια διαλεύκανσης ερωτημάτων, τα οποία είναι βέβαιο πως εγείρονται σε όλη την έκταση της παρούσας μελέτης. Επιλέχθηκαν τα πλέον γκρίζα σημεία της θεωρίας και της νομολογίας, προκειμένου να δοθούν, ήδη από την αρχή, τα πρώτα θεωρητικά εργαλεία αντιμετώπισης των ζητημάτων που ακολουθούν.

## II.2. Περιπτώσεις Θεμιτής Εμπορικής Συμπεριφοράς

### II.2.α. Ο κύκλος των θεμιτών λόγων δικαιολόγησης μη αμιγώς οικονομικής φύσεως: θεμιτό εμπορικό συμφέρον, αντικειμενική αναγκαιότητα (objective necessity), επιβαλλόμενη από το κράτος συμπεριφορά

Όσον αφορά την προστασία των εμπορικών συμφερόντων της δεσπόζουσας επιχείρησης, η νομολογία έχει οριοθετήσει τον κύκλο των συμφερόντων, τα οποία λογίζονται ως θεμιτά επί της αρχής (θετική οριοθέτηση). Συγχρόνως, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας, αποδέχεται ή απορρίπτει κατά περίπτωση και *in concreto* την αντικειμενική δικαιολόγηση στη βάση των εν λόγω θεμιτών συμφερόντων (αρνητική οριοθέτηση). Πράγματι, όπως σημειώνει ο ΓΕ Kirschner στην υπόθεση Tetra Pak I, η δεσπόζουσα επιχείρηση ενεργεί κατ' αρχήν στα πλαίσια θεμιτού συμφέροντος σε κάθε περίπτωση που επιχειρεί να μεγιστοποιήσει τα κέρδη της, να βελτιώσει την θέση της στην αγορά ή να προστατεύσει τα εμπορικά της συμφέροντα εν γένει. Τα όρια του θεμιτού όμως, βρίσκονται στην καταλληλότητα, την αναγκαιότητα και την *stricto sensu* αναλογικότητα της συμπεριφοράς, ήτοι στην μη παρεμπόδιση του ανταγωνισμού πέραν του αυστηρώς αναγκάιου για την αποτελεσματική επίτευξη των όποιων, κατ' αρχήν θεμιτών, σκοπών της δεσπόζουσας επιχείρησης<sup>26</sup>.

Ως προς την προσφορότητα της αντι-ανταγωνιστικής συμπεριφοράς της δεσπόζουσας επιχείρησης να επιτύχει το -υποτεθέσθω θεμιτό- εμπορικό της συμφέρον, ιδιαίτερα χαρακτηριστικό παράδειγμα προσφέρει η υπόθεση Syfait και λοιποί κατά GlaxoSmithKline. Όπως πολύ εύστοχα επεσήμανε ο ΓΕ Jacobs στις Προτάσεις του, η άρνηση της προμήθειας φαρμάκων στους χονδρεμπόρους που δραστηριοποιούνται στις εξαγωγές, εκ των πραγμάτων δεν ήταν πρόσφορη να εμποδίσει τις παράλληλες εξαγωγές στα κράτη-μέλη υψηλότερης -εκ του κράτους καθοριζόμενης- τιμής. Πράγματι, οι χονδρέμποροι διατηρούν το κίνητρο να εξάγουν εξ ολοκλήρου την προμήθειά τους στα εν λόγω κράτη-μέλη. Αυτό που θα τους εμποδίσει να το πράξουν κατά ορισμένες ποσότητες είναι η υποχρέωση δημοσίου συμφέροντος που υπέχουν εκ του νόμου ή πράξεων των εθνικών αρχών, να διαφυλάττουν επαρκές απόθεμα για την ικανοποίηση της ζήτησης σε εθνικό επίπεδο<sup>27</sup>. Η εν λόγω θέση δεν αναπτύχθηκε εμπεριστατωμένα από το Δικαστήριο, καθότι έκρινε εαυτόν αναρμόδιο να απαντήσει στο προδικαστικό ερώτημα που έθεσε η Επιτροπή Ανταγωνισμού, η οποία δεν συνιστά “εθνικό δικαστήριο”

<sup>26</sup>Tetra Pak Rausing SA v. Commission, T-51/89, σκ. 68, Προτάσεις ΓΕ Kirschner στην ίδια υπόθεση, σκ. 70, 71

<sup>27</sup> Προτάσεις του ΓΕ Jacobs, Syfait και λοιποί κατά GlaxoSmithKline, C-53/03, σκ. 85

κατά τον αυτόνομο ενωσιακό ορισμό<sup>28</sup>. Υιοθετήθηκε, όπως θα δούμε, στην μεταγενέστερη, συναφή απόφαση *Sot. Lelos kai Sia*, όπου επετράπη ο περιορισμός των προμηθειών μόνο κατά το μέτρο που υπερβαίνουν τις συνήθεις παραγγελίες, ήτοι -πράγματι- αυτές που προορίζονται να ικανοποιήσουν κατ' αρχήν την εγχώρια ζήτηση.

Είναι το πρώτον σημαντικό να οριοθετηθεί ο κύκλος των θεμιτών εμπορικών συμφερόντων αρνητικά, δηλαδή να προσδιοριστεί *a contrario* το πότε ο επιδιωκόμενος σκοπός είναι αθέμιτος. Με την προστασία της ανταγωνιστικής διαδικασίας και του καταναλωτή να συνιστούν τον βασικό στόχο του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, θα πρέπει να θεωρείται κατάχρηση, ο,τιδήποτε ανάγεται στον σκόπιμο αποκλεισμό ανταγωνιστών ή στην “*stricto sensu* καταχρηστική εκμετάλλευση” των καταναλωτών (δια της επιβολής επί της ουσίας μη δίκαιων τιμών σε εκμετάλλευση της έλλειψης εφάμιλλων εναλλακτικών πηγών προμήθειας).

Συχνά, η διατύπωση της νομολογίας<sup>29</sup> αφήνει ερωτηματικά ως προς το αν η δεσπόζουσα επιχείρηση επιτρέπεται ή όχι να ενισχύσει την δεσπόζουσα θέση της κατά την επιδίωξη ενός θεμιτού κατά τα άλλα εμπορικού συμφέροντος. Η απάντηση θα πρέπει να είναι καταφατική, εφόσον τα μέσα τα οποία μεταχειρίζεται συνιστούν κατ' αποκλειστικότητα ανταγωνισμό επί των παροχών και όχι επιθετική τιμολογιακή (ή εκπτωτική) πολιτική (πρβλ. παρακάτω, II.2.) ή άρνηση προμήθειας. Με άλλα λόγια όταν δεν υποδηλώνουν αναγκαία -ως εκ των χαρακτηριστικών τους- πρόθεση αποκλεισμού ανταγωνιστή δια της απόσπασης πελατείας ή της παρεμπόδισής του να εισέλθει στην αγορά<sup>30</sup>.

Πράγματι, δεν θα πρέπει να υφίσταται επί της αρχής απαγόρευση ενίσχυσης της δεσπόζουσας θέσης. Κάτι τέτοιο θα ήταν εντελώς αντιφατικό, καθώς θα ισοδυναμούσε στην πράξη με δια της πλαγίου απαγόρευση της κατοχής δεσπόζουσας θέσης. Το Δικαστήριο, σε πολλές περιπτώσεις, είχε την ευκαιρία να διατυπώσει την -πάγια πλέον- νομολογιακή αρχή, ότι η δεν είναι η κατοχή δεσπόζουσας θέσης απαγορευμένη, αλλά η κατάχρησή της<sup>31</sup>. Παρ' όλ' αυτά, όπως θα καταδειχθεί στην συνέχεια, η νομολογία -με έρεισμα την “ειδική ευθύνη” της δεσπόζουσας επιχείρησης να μην περιορίσει τον ήδη εξασθενημένο ανταγωνισμό στην σχετική αγορά-, τείνει να αποκλίνει από την συγκεκριμένη λογική, περιορίζοντας μάλλον υπέρμετρα την επιχειρηματική ελευθερία της δεσπόζουσας επιχείρησης.

Όσον αφορά τα συμφέροντα, τα οποία -εν γένει- έχουν κριθεί θεμιτά επί της αρχής από το Δικαστήριο ή την Επιτροπή, αυτά μπορεί να είναι ποικίλης φύσεως. Περιλαμβάνουν την άρνηση προμήθειας ενός αντισυμβαλλόμενου, ο οποίος δεν είναι συνεπής στις οικονομικές του υποχρεώσεις απέναντι στην

<sup>28</sup> *Syfait* και λοιποί κατά *GlaxoSmithKline*, C-53/03, σκ. 37,38

<sup>29</sup> Πρβλ. *Michelin*, T-203/01, *ibid*, σκ. 239-241, *British Airways* κατά Επιτροπής, C-95/04 P, σκ. 243

<sup>30</sup> *United Brands*, C-27/76, σκ. 189

<sup>31</sup> *Michelin I*, *Michelin v Commission*, C-322/81, σκ. 57, *TeliaSonera*, *ibid*, C-52/09, σκ. 24. Πρβλ. στην ίδια κατεύθυνση, *Albors Lorens*, *The role of objective justifications and efficiencies in the application of article 82 EC*, *Common Market Law Review* 44, Issue 6, *Kluwer Law International* 2007, p.1744-1745

δεσπόζουσα επιχείρηση, με αποτέλεσμα να της προκαλεί ζημιές<sup>32</sup>. Παρά το γεγονός ότι στην υπόθεση BBI Boosey/Hawkes η Επιτροπή δεν πείστηκε ως προς το εν λόγω επιχείρημα της BBI/Boosey and Hawkes, θα πρέπει να θεωρηθεί ότι μια δεσπόζουσα επιχείρηση δεν οφείλει να υποστηρίζει εις βάρος των συμφερόντων της τον ανταγωνισμό. Την αρχή αυτή επεσήμανε με άλλη αφορμή η Επιτροπή, στην ίδια απόφαση και για την ταυτότητα του νομικού λόγου πρέπει να ισχύει και στην περίπτωση των κακοπληρωτών αντισυμβαλλομένων.

Πράγματι, η συγκεκριμένη απόφαση της Επιτροπής αναγνωρίζει επί της αρχής ως θεμιτό εμπορικό συμφέρον της δεσπόζουσας επιχείρησης να αναθεωρεί τις εμπορικές της σχέσεις και, ενδεχομένως, να τις διακόπτει, εφόσον ο αντισυμβαλλόμενος μεταφέρει τον πυρήνα των δραστηριοτήτων του στην προώθηση ανταγωνιστικού σήματος, με την έννοια της υποδραστηριοποίησης του για την προώθηση του σήματος της δεσπόζουσας επιχείρησης (πράγματι, ο διανομέας της B and H συνεταιρίστηκε με εταιρία παρέχουσα υπηρεσίες service στην επιχείρηση, προκειμένου να παράγει το ίδιο προϊόν)<sup>33</sup>. Και σε αυτήν την περίπτωση όμως, η αυτόματη άρνηση προμήθειας, χωρίς την προηγούμενη θέση εύλογης προθεσμίας, υπερβαίνει την *stricto sensu* αναλογικότητα μέτρου-απειλής και συνιστά κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης. Η ίδια απάντηση πρέπει να δοθεί και σε περίπτωση κακοπληρωτή αντισυμβαλλομένου.

Ακόμη πιο χαρακτηριστικά, στην απόφαση *British Midland v. Aer Lingus*<sup>34</sup>, η Επιτροπή σημείωσε ότι το μόνο -οριακά- αναγνωρισμένο θεμιτό συμφέρον της δεσπόζουσας επιχείρησης Aer Lingus να διακόψει την εξυπηρέτηση διασυνδεδεμένων δρομολογίων με την *British Midland* συνίσταται στο οικονομικά ασύμφορο της δραστηριότητας, λόγω των προβλημάτων ισοτιμίας συναλλάγματος και/ή τις αμφιβολίες περί της φερεγγυότητας της επωφελούμενης αεροπορικής εταιρίας. Στην συγκεκριμένη όμως περίπτωση δεν φάνηκε να ήταν αντίστοιχος ο λόγος διακοπής των δρομολογίων, οπότε η διακοπή των δρομολογίων θεωρήθηκε καταχρηστική.

Το Δικαστήριο έχει κρίνει καταχρηστική την πρακτική με την οποία μία δεσπόζουσα επιχείρηση επιδιώκει να περιορίσει το παράλληλο εμπόριο των προϊόντων που εμπορεύεται, προβαίνοντας σε καταμερισμό των αγορών. Αυτό το πραγματοποιεί, είτε περιορίζοντας τις προμήθειες που προορίζονται για εξαγωγική δραστηριότητα, είτε εμποδίζοντας δια υπερβολικής τιμολόγησης τις παράλληλες εισαγωγές<sup>35</sup> ή όταν επιδιώκει να εμποδίσει τις επανεισαγωγές που είναι ανταγωνιστικές προς το δίκτυο διανομής της, επί παραδείγματι δια της θέσεως προσκομάτων στην ταξινόμηση οχήματος με την μη

<sup>32</sup> Απόφαση της Επιτροπής BBI/Boosey & Hawkes: Interim Measures, 87/500/EEC, OJ L286, 9/10/1987, p. 36-43, σκ. 11

<sup>33</sup> Απόφαση της Επιτροπής BBI/Boosey & Hawkes: Interim Measures, 87/500/EEC, OJ L286, 9/10/1987, p. 36-43, σκ. 19. Πρβλ. A. Jones, B. Sufriin, EU Competition Law, Texts, Cases and Materials, Sixth Edition, Oxford, p. 376.

<sup>34</sup> Απόφαση της Επιτροπής *British Midland v. Aer Lingus*, 92/213/EEC, OJ L 096, 10/04/1992, p. 34 - 45, σκ. 25-26

<sup>35</sup> *General Motors Continental κατά Επιτροπής*, C-26/75, σκ. 12

χορήγηση πιστοποιητικού καταλληλότητας από τον κατασκευαστή<sup>36</sup>. Η απαγόρευση αυτών των συμπεριφορών όμως δεν είναι απόλυτη, αντίθετα ενδέχεται να αίρεται λόγω της συνδρομής αντικειμενικού λόγου δικαιολόγησης της συμπεριφοράς και εντός των ορίων της αναλογικότητας.

Πράγματι, οι παράλληλες εξαγωγές επί παραδείγματι, είναι μεν εύλογο να τυγχάνουν προστασίας στα πλαίσια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, διότι ευνοούν την ανάπτυξη των συναλλαγών και ενισχύουν τον ανταγωνισμό, σε επίπεδο τιμών και ποιότητας, υλοποιώντας τους στόχους της ενιαίας αγοράς (27ο Πρωτόκολλο ΣΛΕΕ, άρθρο 102 εδ.α ΣΛΕΕ). Η δεσπόζουσα επιχείρηση δύναται όμως να αρνηθεί την προμήθεια κατά τις υπερβάλλουσες ποσότητες -αυτές που δεν ανταποκρίνονται στις εμπορικές συνήθειες ή τις συνήθειες προμήθειες του αντισυμβαλλομένου-, απλά εμποδίζεται να αρνηθεί στο σύνολό τους τις προμήθειες που προορίζονται για εξαγωγική δραστηριότητα<sup>37</sup>. Επομένως, μένει ελεύθερο ένα πεδίο αντικειμενικής δικαιολόγησης της άρνησης προμήθειας στην βάση των “εμπορικών συνθηκών”.

Στην υπόθεση *Sot. Lelos kai Sia* τα επιχειρήματα δημοσίου συμφέροντος (σχετικά με τα προβλήματα στον σχεδιασμό της παρασκευής και της διανομής των φαρμάκων) και θέσεως αντικινήτρων στην παραγωγή καινοτόμων φαρμάκων, δεν έγιναν δεκτά ή δεν εξετάστηκαν αντιστοίχως. Αντίθετα, το Δικαστήριο αναγνώρισε επί της αρχής ως θεμιτό συμφέρον της δεσπόζουσας επιχείρησης να περιορίσει τις προμήθειες φαρμάκων, όταν υπερβαίνουν τις ανάγκες της εγχώριας αγοράς -όπως εκφράζονται από τις συνήθειες παραγγελίες-, προοριζόμενες επομένως αποκλειστικά για εξαγωγές, καθόσον διαφορετικά η δεσπόζουσα επιχείρηση θα αναγκαζόταν να απέχει εντελώς από την διάθεση φαρμάκων στα κράτη-μέλη, στα οποία οι τιμές καθορίζονται σε σχετικά χαμηλά επίπεδα. Πράγματι, η εμπορική της δραστηριότητα θα απέβαινε οικονομικά ασύμφορη και η άρνηση προμήθειας κατά το υπερβάλλον είναι αντικειμενικά δικαιολογημένη, μη συνιστώντας κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης κατά το 102 ΣΛΕΕ.

Η προστασία του σήματος, της εμπορικής φήμης, του γοήτρου και της ποιότητας των προϊόντων της δεσπόζουσας επιχείρησης συνιστά κατ'αρχήν θεμιτό εμπορικό συμφέρον. Η συμπεριφορά όμως δεν δικαιολογείται αντικειμενικά, εφόσον υπερβαίνει το μέτρο του αναγκαίου. Στην υπόθεση *United Brands*<sup>38</sup>, το Δικαστήριο φαίνεται να δέχεται επί της αρχής το δικαίωμα της δεσπόζουσας επιχείρησης να προστατεύσει τα εμπορικά της συμφέροντα, στην περίπτωση που ο αντισυμβαλλόμενός της κατέστη αποκλειστικός αντιπρόσωπος του κύριου ανταγωνιστή της και έκτοτε σταμάτησε να προωθεί με ζήλο τις μπανάνες σήματος *Chiquita*, επιδεικνύοντας αντιεμπορική συμπεριφορά. Απέρριψε όμως επί της ουσίας την δυνατότητα της δεσπόζουσας επιχείρησης να αρνηθεί τις προμήθειες για τον λόγο αυτόν, διότι το

<sup>36</sup> *British Leyland* κατά Επιτροπής, C-226/84, σκ. 24

<sup>37</sup> *United Brands v. Commission*, C-27/76, σκ. 182, *Sot. Lelos kai Sia*, C-468/06, σκ. 44, 49, 68, 70, 75. Επίσης Προτάσεις AG Jacobs στην ίδια υπόθεση, σκ. 70,71

<sup>38</sup> *United Brands v. Commission*, C-27/76, σκ. 177, 190-193 και 158 για την άρνηση προμήθειας και την απαγόρευση μεταπώλησης των άγουρων μπανανών αντιστοίχως

μέτρο αυτό ήταν δυσανάλογο. Υπήρχε διαθέσιμο το ηπιότερο μέσο της νομικής λύσης της σύμβασης ή της προηγούμενης προειδοποίησης.

Με την ίδια λογική, το Δικαστήριο, αν και δέχτηκε επί της αρχής το εμπορικό συμφέρον της United Brands να εξασφαλίζει την ποιότητα των προϊόντων της και την εμπορική φήμη/γόητρο του σήματος Chiquita, απέρριψε την πρακτική της απαγόρευσης μεταπώλησης των μπανανών, όσο ήταν ακόμη πράσινες. Το μέτρο ήταν δυσανάλογο για την επίτευξη του σκοπού, αφού αρκούσε η πιστοποίηση, ο έλεγχος των υποδομών και η θέση προτύπων ποιότητας στους ωριμαντές και μεταπωλητές, ώστε να διατηρείται η ποιότητα του προϊόντος. Δεν υπήρχε λόγος περιορισμού των ωριμαντών μόνο στις επαφές με λιανοπωλητές. Πολύ περισσότερο, κρίθηκε ότι εκ των πραγμάτων, δεν μπορεί παρά να είχε ως στόχο τον αποκλεισμό των ωριμαντών από την αγορά μεταπώλησης μπανανών. Ως εκ τούτου, διαπιστώθηκε ο καταχρηστικός χαρακτήρας τόσο της άρνησης προμήθειας, όσο και της απαγόρευσης μεταπώλησης των άγουρων μπανανών από τους ωριμαντές.

Έχει κριθεί, ότι η δεσπόζουσα επιχείρηση δικαιολογείται αντικειμενικά, λόγω ανεπάρκειας προμηθειών, να αρνηθεί την παροχή προμήθειας στους περιστασιακούς πελάτες. Καθίσταται πράγματι σαφές από την απόφαση BP κατά Επιτροπής, ότι οι “παραδοσιακοί πελάτες” έχουν -σε αυτήν την περίπτωση- προτεραιότητα έναντι των “περιστασιακών πελατών”<sup>39</sup>. Στην εν λόγω υπόθεση, στις απαρχές της πετρελαϊκής κρίσης του '70 και λόγω ανεπάρκειας του πετρελαίου να καλύψει τις ανάγκες της ζήτησης, η BP μείωσε την προμήθεια πετρελαϊκών προϊόντων στην ABG σε πολύ μεγαλύτερο βαθμό συγκριτικά με τους μόνιμους και σταθερούς της πελάτες. Είναι απολύτως φυσιολογικό, φαίνεται εμμέσως ότι έκρινε το Δικαστήριο, σε περίπτωση τέτοιων ελλείψεων, η δεσπόζουσα επιχείρηση να αναγκαστεί να θέσει προτεραιότητες στην εξυπηρέτηση των πελατών της. Αρκεί το κριτήριο που θα υιοθετήσει για την τήρηση της αναγκαίας προτεραιότητας (εφόσον η ζήτηση είναι de facto αδύνατον να καλυφθεί στο σύνολό της) να είναι αντικειμενικό. Από την στιγμή δε που έπραξε τα μέγιστα, προκειμένου να μην διακόψει εντελώς τις προμήθειες στον μη τακτικό της πελάτη, η BP δεν προέβη σε κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης.

Εξάλλου, σύμφωνα με την γνώμη του ΓΕ Wagner<sup>40</sup> στην ίδια υπόθεση, εναπόκειται στην οικονομική ελευθερία και συνιστά κυρίως ζήτημα εμπορικής ηθικής της δεσπόζουσας επιχείρησης το να δώσει προτεραιότητα στους πιστούς της πελάτες, οι οποίοι ήταν διατεθειμένοι να αγοράσουν σε υψηλότερες τιμές στις ομαλές περιόδους, προκειμένου να εξασφαλίσουν διαρκή προμήθεια σε ανάλογες περιόδους κρίσης. Διαφορετικά ενεργεί αντίθετα προς τα εμπορικά της συμφέροντα, κινδυνεύοντας να χάσει την σταθερή της πελατεία. Ενδεχομένως θα μπορούσε να εξαχθεί το γενικότερο συμπέρασμα, ότι ή τήρηση

<sup>39</sup> BP v. Commission, C-77/77, σκ. 43, 32, 33, 39

<sup>40</sup> Προτάσεις AG Wagner, BP v. Commission, *ibid*, σελ. 503, αν και μάλλον δεν συμφωνούμε με την χρήση του επιχειρήματος αυτού για την άρνηση της κατοχής δεσπόζουσας θέσης από την BP

συμβατικών υποχρεώσεων, οι οποίες είναι κατά την γένεση και το ληξιπρόθεσμό τους προγενέστερες της ανεπάρκειας προμηθειών, ήτοι του γενεσιουργού λόγου της κατάχρησης, συνιστά αυτόνομο λόγο αντικειμενικής δικαιολόγησης της κατάχρησης.

Στην υπόθεση αυτή, μπορεί να υποστηριχθεί, ότι το εύρος της δικαιολόγησης συγκαθορίζεται και από την “ειδική ευθύνη” της δεσπόζουσας επιχείρησης. Η αντικειμενική δικαιολόγηση συμπλέκεται για άλλη μια φορά με την θεωρία περί “ειδικής ευθύνης” της δεσπόζουσας επιχείρησης. Θα συνιστούσε κατάχρηση η άρνηση προμήθειας στους τακτικούς πελάτες, διότι εκείνοι βρίσκονται σε διαρκή σχέση εξάρτησης από την δεσπόζουσα επιχείρηση, με αποτέλεσμα η ανταγωνιστική τους θέση να διακυβεύεται άμεσα από την εξασφάλιση προμήθειας από την δεσπόζουσα επιχείρηση. Εάν η δεσπόζουσα επιχείρηση αρνηθεί την προμήθεια, τους θέτει στην πραγματικότητα εκτός αγοράς. Συνακόλουθα, η άρνηση προμήθειας στους περιστασιακούς πελάτες είναι όχι μόνο αντικειμενικά δικαιολογημένη, αλλά και επιβεβλημένη, προκειμένου η δεσπόζουσα επιχείρηση να ανταποκριθεί στην “ειδική ευθύνη” της απέναντι στην τακτική της πελατεία.

Η *prima facie* καταχρηστική συμπεριφορά ενδέχεται να δικαιολογείται αντικειμενικά, εφόσον είναι αναλογική και παράγει πλεονεκτήματα στον ανταγωνισμό. Στην απόφαση *Belgische Radio and Televisie v. SV SABAM*, ένωση απολαμβάνουσα *de facto* μονοπώλειο στην διαχείριση δικαιωμάτων αναπαραγωγής, απαιτούσε την παγκόσμια ανάθεση των παρόντων και μελλοντικών δικαιωμάτων, περιορίζοντας την οικονομική ελευθερία των μελών της. Σε παρόμοια λογική, στην υπόθεση *Tournier*, οργανισμός συλλογικής διαχείρισης αρνείτο να χορηγήσει άδεια αναπαραγωγής για μεμονωμένα έργα ή είδη ρεπερτορίου, επιβάλλοντας στους ενδιαφερόμενους την πληρωμή τελών για το σύνολο του ρεπερτορίου, δεσμοποιώντας επί της ουσίας τα λιγότερο με τα περισσότερα δημοφιλή έργα. Όπως το Δικαστήριο τόνισε στην υπόθεση *Gøttrup-Klim*<sup>41</sup>, η εν λόγω συμπεριφορά είχε σκοπό την εξισορρόπηση της ισχυρής διαπραγματευτικής θέσης των μεγάλων παραγωγών, δίνοντας χώρο και στους λιγότερο δημοφιλείς καλλιτέχνες.

Και στις τρεις περιπτώσεις ο θεμιτός σκοπός του οργανισμού συλλογικής διαχείρισης υπήρξε η αποτελεσματική λειτουργία του<sup>42</sup>, η αποφυγή αύξησης του κόστους διαχείρισης<sup>43</sup> και η ικανότητα άσκησης ανταγωνιστικών πιέσεων<sup>44</sup>. Δεν επρόκειτο για επιχειρήματα μεγιστοποίησης των κερδών, αλλά υποστήριξης μιας ελάχιστης υποδομής κόστους και τεχνικών προώθησης, ικανών να ικανοποιήσουν τα εν

---

<sup>41</sup> *Gøttrup-Klim and Others Grovwareforeninger v Dansk Landbrugs Grovareselskab*, C-250/92, σκ.32

<sup>42</sup> *BRT v SABAM*, C-127/73, σκ. 8

<sup>43</sup> *Tournier*, C-395/87, σκ. 31

<sup>44</sup> *Gøttrup-Klim and Others Grovwareforeninger v Dansk Landbrugs Grovareselskab*, C-250/92, σκ.32



λόγω θεμιτά συμφέροντα. Θα ήταν σφάλμα επομένως, να γίνει λόγος για επιχειρήματα οικονομικής αποτελεσματικότητας.

Όσον αφορά τις πρακτικές της δέσμευσης και της δεσμοποίησης εν γένει (“tying and bundling”), η δεσπόζουσα επιχείρηση δύναται να προβάλλει ποικίλους εμπορικούς λόγους, ικανούς να δικαιολογήσουν αντικειμενικά τα αντιανταγωνιστικά αποτελέσματά τους. Κατανέμουν το ρίσκο κατά την είσοδο σε μια νέα αγορά, επιτυγχάνουν την ανάπτυξη οικονομιών κλίμακας και χρησιμεύουν ως τεχνικές προώθησης προϊόντων σε ένα ελκυστικό πακέτο. Ενδέχεται επίσης να είναι τεχνικά απαραίτητες για την βέλτιστη λειτουργία του προϊόντος και ως εκ τούτου για την διατήρηση της φήμης της δεσπόζουσας επιχείρησης<sup>45</sup>.

Το τελευταίο επιχείρημα δεν γίνεται συνήθως δεκτό από την νομολογία, ακόμη και γινόμενης δεκτής της ύπαρξης φυσικού συνδέσμου μεταξύ των προϊόντων ή συνδέσμου κατά τις εμπορικές συνήθειες (102 ΣΛΕΕ περίπτωση δ΄) -καθόσον η απαρρίθμηση των περιπτώσεων κατάχρησης είναι ενδεικτική<sup>46</sup>. Φαίνεται πως η δεσπόζουσα επιχείρηση πρέπει να δικαιολογεί αντικειμενικά σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση την κρατούσα εμπορική συνήθεια, στην βάση της λειτουργικής δομής και παραπληρωματικότητας των προϊόντων. Αν αυτό δεν είναι εφικτό, τότε μόνη η ύπαρξη της εμπορικής συνήθειας δεν συνιστά επαρκή αντικειμενική δικαιολογία της συμπεριφοράς.

Από την άλλη, η *prima facie* καταχρηστική συμπεριφορά μπορεί να δικαιολογηθεί αντικειμενικά και στην βάση κάποιας εξωτερικής αναγκαιότητας (“objective necessity”). Στην πραγματικότητα, σε αυτές τις περιπτώσεις δεν πρόκειται για αυτόνομο καθορισμό της εμπορικής συμπεριφοράς, αλλά για την μόνη εφικτή συμπεριφορά, ενόψει των συνθηκών της αγοράς ή του προϊόντος ή της υπηρεσίας ή εν γένει παραγόντων εκτός σφαίρας ελέγχου της δεσπόζουσας επιχείρησης. Στην υπόθεση *Post Danmark I*, το Δικαστήριο κάνει αναφορά στην δυνατότητα της αντικειμενικής δικαιολόγησης στην βάση αντικειμενικής αναγκαιότητας<sup>47</sup>, δεν αναπτύσσει όμως περαιτέρω την έννοια, καθώς η απόφαση εστιάζει στα επιχειρήματα οικονομικής αποτελεσματικότητας.

Η υπόθεση *Telemarketing (CBEM)*<sup>48</sup> προσφέρει ένα χαρακτηριστικό παράδειγμα. Το Δικαστήριο αναγνώρισε ότι η άρνηση διάθεσης χρόνου εκπομπής σε υπηρεσίες πωλήσεων δια τηλεφώνου, οι οποίες δεν χρησιμοποιούσαν τον αριθμό τηλεφώνου του αποκλειστικού υπευθύνου διαφημίσεων της RTL, εδύνατο να δικαιολογηθεί αντικειμενικά, λόγω των τεχνικών ή/και εμπορικών προδιαγραφών της τηλεόρασης ως μέσου επικοινωνίας και της φύσεως της συγκεκριμένης υπηρεσίας. Κάτι τέτοιο δεν

<sup>45</sup> A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law, Text, Cases, and Materials*, Sixth Edition, Oxford, p. 475

<sup>46</sup> *Tetra Pak International SA v Commission*, C-333/94 P, σκ. 36 και ιδίως 37

<sup>47</sup> *Post Danmark A/S v Konkurrenceradet*, C-209/10, σκ. 41. Την περίπτωση της “αντικειμενικής αναγκαιότητας” επισημαίνει ως διακριτή κατηγορία δικαιολόγησης και η Επιτροπή, πρβλ. Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων 2009/C 45/02, OJ C45, 24.2.2009, p. 7-20, σημείο 28

<sup>48</sup> *Centre Belge d’Etudes du Marché - Télémarketing v Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion SA and Information Publicité Benelux SA*, C-311/84, σκ. 26

συνέτρεχε, με αποτέλεσμα η συμπεριφορά να κριθεί καταχρηστική κατά το άρθρο 102 ΣΛΕΕ. Η δεσπόζουσα επιχείρηση δεν εδικαιούτο να εξασφαλίσει αποκλειστικότητα στην παραπλήσια και βοηθητική, αλλά διακριτή αγορά των πωλήσεων δια τηλεφώνου.

Σε ανάλογη λογική, στην υπόθεση *AstraZeneca*, το Δικαστήριο σημείωσε ότι η δεσπόζουσα επιχείρηση δύναται να αιτηθεί την ανάκληση της άδειας κυκλοφορίας φαρμάκου, καθόσον αυτή συνεπάγεται αυξημένες υποχρεώσεις φαρμακοεπαγρύπνησης, παρόλο που η εν λόγω δικαιολόγηση δεν βρήκε έρεισμα στα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης<sup>49</sup>. Η αποφυγή των εν λόγω υποχρεώσεων εδύνατο να συνιστά αντικειμενική δικαιολόγηση της *prima facie* καταχρηστικής συμπεριφοράς, η καταχρηστικότητα της οποίας έγκειται στο γεγονός ότι η εν λόγω άδεια κυκλοφορίας συνιστά την βάση του ανοίγματος της αγοράς στα γενόσημα φάρμακα αντίστοιχης δραστικής ουσίας.

Στην υπόθεση *FAG-Flughafen-Frankfurt/Main*<sup>50</sup>, η Επιτροπή αναγνώρισε το επί της αρχής παραδεκτό ενός επιχειρήματος αντικειμενικής δικαιολόγησης -της άρνησης εξυπηρέτησης δι'ιδίων μέσων στην περιοχή στάθμευσης αεροσκαφών- στην βάση της ελλείψεως χώρου. Απέρριψε όμως επί της ουσίας το επιχείρημα, διότι υπήρχαν δυνατότητες διόρθωσης του εν λόγω προβλήματος. Και πάλι επρόκειτο για έγερση επιχειρήματος αντικειμενικής δικαιολόγησης στην βάση της αντικειμενικής αναγκαιότητας.

Η συμπεριφορά της επιχείρησης θεωρείται αντικειμενικά δικαιολογημένη και στην περίπτωση που η κατάχρηση είναι οφειλόμενη στην δημόσια αρχή, συνήθως στη βάση νομοθεσίας. Τίθεται εν προκειμένω ζήτημα αντικειμενικής δικαιολόγησης της συμπεριφοράς για την δεσπόζουσα επιχείρηση, η οποία συνδέεται, αλλά δεν ταυτίζεται, με τον καταλογισμό της παραβάσεως στο κράτος κατά το άρθρο 106(1) ΣΛΕΕ. Στις περιπτώσεις στις οποίες η καταχρηστική συμπεριφορά προκύπτει από νομικό πλαίσιο, το οποίο την καθιστά αναπόφευκτη *de facto*, επί παραδείγματι δια της απονομής αποκλειστικών δικαιωμάτων σε συνδυασμό με την εκ των πραγμάτων αδυναμία της δεσπόζουσας επιχείρησης να καλύψει την ζήτηση, βρισκόμαστε εκτός πεδίου εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ.

Τέτοια περίπτωση περιγράφει η υπόθεση *Höfner and Elser v. Macrotron*<sup>51</sup>, όπου η -κατέχουσα εκ του νόμου αποκλειστικό δικαίωμα- δεσπόζουσα επιχείρηση στην υπηρεσία της διαμεσολάβησης για την ανεύρεση εργασίας δεν εδύνατο να καλύψει την ζήτηση, ενώ ταυτοχρόνως οι ανταγωνιστές της αποκλείονταν από την αγορά επί ποινή ακυρότητας των σχετικών συμβάσεων. Πρόκειται για περιπτώσεις, κατά τις οποίες η παράβαση καταλογίζεται αποκλειστικά στο κράτος, και -εφόσον συνδέεται με δημόσια επιχείρηση ή επιχείρηση στην οποία απονέμονται αποκλειστικά προνόμια- καλείται σε εφαρμογή το άρθρο 106(1) ΣΛΕΕ.

<sup>49</sup> *AstraZeneca*, C-457/10 P, σκ. 134-135

<sup>50</sup> *FAG-Flughafen-Frankfurt/Main*, 98/190/EC, OJ L72, 11/3/1998, p. 30-50, σκ. 86 επ.

<sup>51</sup> *Höfner and Elser v. Macrotron* C-41/90, σκ. 29- 31

Η δεσπόζουσα επιχείρηση θα πρέπει να εξαναγκάστηκε στην συμπεριφορά, χωρίς περιθώριο αυτόνομης επιχειρηματικής συμπεριφοράς, το οποίο -εάν υφίσταται- καθιστά την συμπεριφορά καταχρηστική, εφόσον δεν αξιοποιήθηκε στο έπακρο. Στην υπόθεση *General Motors*<sup>52</sup>, η κατάχρηση δεν θεωρήθηκε αντικειμενικά δικαιολογημένη, λόγω των πρόσθετων υποχρεώσεων ελέγχου των εισαγόμενων αυτοκινήτων ως προς την συμβατότητα με τους εθνικούς κανόνες ασφαλείας, που επιβλήθηκαν στην δεσπόζουσα επιχείρηση από το κράτος. Οι αυξημένες τιμές έκδοσης του πιστοποιητικού καταλληλότητας για τα εισαγόμενα εκ της E.E. αυτοκίνητα υπήρξαν προσωρινές και οι θιγόμενοι αποζημιώθηκαν, διαφορετικά η συμπεριφορά θα ήταν καταχρηστική και ορθώς θα είχε κινηθεί η διαδικασία από την Επιτροπή.

Εν προκειμένω λοιπόν, πρέπει να γίνει διάκριση των περιπτώσεων στις οποίες αφήνεται πεδίο αυτόνομης εμπορικής δράσης στην δεσπόζουσα επιχείρηση, διότι η νομοθεσία απλώς κινητροδοτεί, διευκολύνει ή εξωθεί στην καταχρηστική συμπεριφορά. Στην δεύτερη κατηγορία περιπτώσεων, η κατάχρηση θα πρέπει να θεωρείται δεδομένη και η συμμόρφωση προς την εθνική νομοθεσία δεν δικαιολογεί αντικειμενικά την συμπεριφορά. Η δεσπόζουσα επιχείρηση δεν δικαιολογείται να προβεί στην κατάχρηση, διότι έχει περιθώριο να ενεργήσει αυτόνομα. Πράγματι, στις αποφάσεις *Deutsche Telekom AG v Commission* και *ERT v DEP*<sup>53</sup> η νομοθεσία αφήνει περιθώρια υγιούς ανταγωνισμού. Στην πρώτη υπόθεση, η έγκριση από την RegTP (ρυθμιστική αρχή) δεν επαρκεί για να δικαιολογήσει την συμπίεση των περιθωρίων κέρδους των ανταγωνιστών της Deutsche Telekom, ενώ υπήρχε περιθώριο τροποποίησης των τιμών λιανικής. Στην δεύτερη υπόθεση αντιστοίχως, δεν θα πρέπει να θεωρείται αναπόφευκτη η ευνοϊκή προώθηση της εκπομπής των προγραμμάτων της από την EPT. Πράγματι, η σύγκρουση συμφερόντων που προκύπτει από την συνύπαρξη των αποκλειστικών δικαιωμάτων μετάδοσης και αναμετάδοσης στον ίδιο φορέα, θεωρούμε, ότι πρέπει να θεωρείται διαχειρίσιμη. Επομένως, ως προς το ζήτημα του καταλογισμού, εάν συντρέχουν οι όροι του άρθρου 106(1) ΣΛΕΕ, η συμπεριφορά καταλογίζεται τόσο στο κράτος, όσο και στην δεσπόζουσα επιχείρηση.

Συνεπώς, η νομολογία παγίως απαιτεί από την δεσπόζουσα επιχείρηση να πράξει τα μέγιστα δυνατά προκειμένου να αποφύγει την υιοθέτηση καταχρηστικής συμπεριφοράς, ακόμη και όταν εξωθείται σε

---

<sup>52</sup>Για τη σημασία του αν υπάρχει περιθώριο ίδιας πρωτοβουλίας τόσο για την εφαρμογή του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, όσο και του άρθρου 101 ΣΛΕΕ πρβλ. ενδεικτικά *Atlantic Container Line v Commission*, T-191,212,214/98, σκ. 1130, Επιτροπή και Γαλλία κατά *Ladbroke Racing*, C-359/95P/C-379/95P, σκ. 33, *ITT Promedia v Commission*, T-111/96, σκ. 96, *Irish Sugar*, T-228/97, σκ. 130. Το Δημόσιο ενδέχεται να “διευκολύνει ή να ενθαρρύνει” την συμπεριφορά, ώστε η εφαρμογή των άρθρων 102, αλλά και 101 ΣΛΕΕ, να μην εμποδίζεται: πρβλ. ενδεικτικά *Centre Belge d’Etudes du Marché - Télémarketing v Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion SA and Information Publicité Benelux SA*, C-311/84, σκ. 16, *General Motors*, C-26/75, σκ. 21-22.

<sup>53</sup>*Deutsche Telekom v. Commission*, C-280/08P, σκ. 81, 84 και *ERT v DEP*, C-260/89, εμμέσως συναγόμενο συμπέρασμα εκ των σκ. 37, 38

αυτό από την εθνική νομοθεσία, απαίτηση συνδεδεμένη με την θετική ειδική ευθύνη της δεσπόζουσας επιχείρησης να μην εξασθενεί έτι περαιτέρω τον ανταγωνισμό στην σχετική αγορά<sup>54</sup>.

Στην περίπτωση εθνικής νομοθεσίας, η οποία καθιστά την κατάχρηση αναπόφευκτη -δεν εξωθεί απλώς προς αυτήν-, μια δεύτερη υπό-διάκριση θα μπορούσε να λάβει χώρα, μεταξύ της περιορίζουσας τον ανταγωνισμό εθνικής νομοθεσίας που δεν προσκρούει προφανώς στο ενωσιακό δίκαιο και αυτής που προφανώς προσκρούει σε αυτό. Σύμφωνα με την γενική αρχή της ασφάλειας δικαίου, οι δεσπόζουσες επιχειρήσεις δεν πρέπει να φέρουν το βάρος πρόγνωσης της συμβατότητας της εθνικής νομοθεσίας με το ενωσιακό δίκαιο, δεσμευόμενες έτσι άνευ ετέρου από την εθνική νομοθεσία, η οποία καθιστά -υπό τους ως άνω αναφερθέντες όρους- την *prima facie* καταχρηστική συμπεριφορά αντικειμενικά δικαιολογημένη.

Σύμφωνα με το Δικαστήριο στην υπόθεση CIF, η δεσπόζουσα επιχείρηση υποχρεούται να απέσχει από την συμπεριφορά, για λόγους ασυμβατότητας με το ενωσιακό δίκαιο, μόνο εάν η Εθνική Αρχή Ανταγωνισμού έχει προηγουμένως κηρύξει ανεφάρμοστο τον εν λόγω κανόνα (ως προσκρούοντα στο ενωσιακό δίκαιο), ενώ η προηγούμενη συμπεριφορά της δικαιολογείται αντικειμενικά στην βάση επίκλησης της -θέτουσας εμπόδια στον ανταγωνισμό- εθνικής νομοθεσίας<sup>55</sup>. Στην ίδια λογική, στην υπόθεση Επιτροπή και Γαλλία κατά Ladbroke Racing, το Δικαστήριο θεώρησε ότι το Πρωτοδικείο υπέπεσε σε νομικό σφάλμα θεωρώντας ότι η Επιτροπή θα έπρεπε να εξετάσει την συμβατότητα της εθνικής περιοριστικής νομοθεσίας με το ενωσιακό δίκαιο, προκειμένου να κρίνει το αν η δεσπόζουσα επιχείρηση έπρεπε ή όχι να την τηρήσει.

Κατά άλλη άποψη, σύμφωνα με την αρχή της υπεροχής<sup>56</sup>, το ενωσιακό δίκαιο υπερισχύει αυτόθροα του αντίθετου εθνικού κανόνα. Ως εκ τούτου δεν υφίσταται αντικειμενικός λόγος προστασίας της δεσπόζουσας επιχείρησης -και άρσης της κατάχρησης- με την επίκληση αντίθετης προς το ενωσιακό δίκαιο εθνικής νομοθεσίας, από την στιγμή που η επιχείρηση δεν δεσμεύεται από την εν λόγω νομοθεσία, πολύ περισσότερο δε, υποχρεούται να μην την εφαρμόσει. Πράγματι, κατά πάγια νομολογία, στην οποία παραπέμπει ο ΓΕ Κοσμάς στις Προτάσεις του επί της υποθέσεως Επιτροπή και Γαλλία κατά Ladbroke Racing, τα άρθρα 101 και 102 ΣΛΕΕ παράγουν και ορίζοντιο άμεσο αποτέλεσμα, ως περιέχοντα τέλειους κανόνες δικαίου<sup>57</sup>. Η δεσπόζουσα επιχείρηση δεσμεύεται από το άμεσο αποτέλεσμα του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Θα πρέπει πάντως να σημειώσουμε, ότι -εάν γίνει δεκτή αυτή η άποψη- η Επιτροπή θα πρέπει να

---

<sup>54</sup> Για την ειδική ευθύνη της δεσπόζουσας επιχείρησης πρβλ. *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin NV v. Commission (Michelin I)*, C-22/81, σκ. 57. Για τον περιορισμό της ειδικής ευθύνης στην αποφυγή προσφυγής σε συμπεριφορά μη ομαλή στον ανταγωνισμό πρβλ. *Hoffmann La Roche & Co AG v. Commission*, C-85/75, σκ. 91

<sup>55</sup> CIF, C-198/01, σκ.53,54,55 και Επιτροπή και Γαλλία κατά Ladbroke Racing, C-359/95P/C-379/95P, σκ. 28,30,32. Πρβλ. επίσης Slot Johnston, *An Introduction to Competition Law*, Hart Publishing 2006, p. 275

<sup>56</sup> *Costa v. E.N.E.L.*, C-6/64, σελ. 1198, σκ. 6,7

<sup>57</sup> Πρβλ. προς αυτήν την κατεύθυνση την άποψη του ΓΕ Κοσμά στην υπόθεση Επιτροπή και Γαλλία κατά Ladbroke Racing, C-359/95P/C-379/95P, σκ. 57 επ., 62 και την παραπομπή στις αποφάσεις *De Geus en Uitdenbogerd v Bosch and Others*, C-13/61, BRT κατά Sabam, C-127/73

δύναται να απαιτήσει την παράλειψη της συμπεριφοράς στο μέλλον, όχι όμως και να επιβάλλει πρόστιμο στην επιχείρηση ή, τουλάχιστον, θα πρέπει αυτό να είναι μειωμένο, με την έννοια της άρσης ή του περιορισμού του καταλογισμού της παράβασης. Και αυτό, με την επιφύλαξη της προφανούς παραβίασης του ενωσιακού δικαίου από την δεσπόζουσα επιχείρηση.

Εναπόκειται επομένως, κατά την εν λόγω -μη κρατούσα- άποψη, στην δεσπόζουσα επιχείρηση να κρίνει *ex ante* τον ενδεχόμενο καταχρηστικό χαρακτήρα της επιβαλλόμενης συμπεριφοράς. Πρέπει να αναγνωριστεί η δυσχέρεια της εν λόγω εκτίμησης της συμβατότητας της συμπεριφοράς με το άρθρο 102 ΣΛΕΕ και η αβεβαιότητα των αποτελεσμάτων της. Πρόκειται για ζητήματα που δημιουργούν ανασφάλεια δικαίου για τις δεσπόζουσες επιχειρήσεις, λόγω της αβεβαιότητας ως προς το αν νομιμοποιούνται ή όχι να υιοθετήσουν την επιβαλλόμενη από την εθνική νομοθεσία συμπεριφορά. Ως εκ τούτου, η θεώρηση αυτή μάλλον προσκρούει στην γενική αρχή της ασφάλειας δικαίου, η οποία αποτελεί μέρος του ενωσιακού δικαίου και υπαγορεύει την θέση εθνικών κανόνων, οι οποίοι εξασφαλίζουν βεβαιότητα των υποκειμένων δικαίου ως προς τις υποχρεώσεις και τα δικαιώματά τους κατά το ενωσιακό δίκαιο<sup>58</sup>. Η αποδοχή αυτής της άποψης θα επέρριπτε -κατά τρόπο μη γινόμενο δεκτό- τις κυρώσεις της ασυνέπειας του εθνικού νομοθέτη στις επιχειρήσεις.

Τέλος, πρέπει να διευκρινιστεί το αν και κατά πόσον η αθέμιτη ή παράνομη συμπεριφορά ανταγωνιστή μπορεί να συνιστά αντικειμενική δικαιολογητική βάση της αντι-ανταγωνιστικής πρακτικής της δεσπόζουσας επιχείρησης. Και πρέπει να τεθεί σαφής διαχωριστική γραμμή μεταξύ αυτής της περίπτωσης και των ως άνω περιπτώσεων, στις οποίες η πρακτική της δεσπόζουσας επιχείρησης υπαγορεύεται από την προστασία κάποιου θεμιτού εμπορικού συμφέροντος. Στις περιπτώσεις αυτές, η πρακτική -αυτοτελώς θεωρούμενη- είναι αμυντική και κατά κανόνα δεν θα θωρηθεί καταχρηστική, εκτός εάν συντρέχουν ειδικές περιστάσεις, οι οποίες υπό το φώς της αρχής της αναλογικότητας και συνδυαζόμενες με την ειδική ευθύνη της δεσπόζουσας επιχείρησης καθιστούν τα *in concreto* αντι-ανταγωνιστικά αποτελέσματα μη ανεκτά. Αντίθετα, στην πρώτη περίπτωση, η συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης είναι άνευ ετέρου επιθετική. Η δεσπόζουσα επιχείρηση σφετερίζεται την δικαστική εξουσία και “παίρνει τον νόμο στα χέρια της”.

Το επιχείρημα της άμυνας κατά του κακόπιστου ανταγωνιστή αμφισβητείται επί της αρχής. Είναι πάγια η νομολογία του Δικαστηρίου, ότι η τήρηση της νομιμότητας δεν είναι αρμοδιότητα των ιδιωτικών επιχειρήσεων, αλλά των δημοσίων αρχών. Χαρακτηριστική η υπόθεση *Irish Sugars*, όπου οι απώλειες κερδών, εξαιτίας του παρανόμου εμπορίου ζάχαρης δεν έγιναν δεκτές ως αντικειμενικοί λόγοι

---

<sup>58</sup> Για την σημασία της γενικής αρχής της ασφάλειας δικαίου πρβλ. ενδεικτικά την απόφαση Επιτροπή κατά Ιταλίας, C-257/86, σκ. 12 και την εκεί παρατιθέμενη πάγια νομολογία. Επίσης, *Tetra Pak Rausing v. Commission*, T-51/89, σκ. 36, *Deutsche Telekom v. Commission*, T-271/03, σκ. 192

δικαιολόγησης της πρακτικής καταμερισμού των αγορών από την δεσπόζουσα επιχείρηση<sup>59</sup>. Πράγματι, στην περίπτωση της τιμωρητικής συμπεριφοράς της δεσπόζουσας έναντι τυχόν αθέμιτων ή παράνομων πρακτικών των ανταγωνιστών, εκ των πραγμάτων η δεσπόζουσα επιχείρηση θα διαθέτει -πέραν της καταχρηστικής-εκδικητικής συμπεριφοράς- τη νομική οδό προστασίας των συμφερόντων της, η οποία είναι εξάλλου η πλέον πρόσφορη να οδηγήσει στη συμμόρφωση του ανταγωνιστή, και δει με ηπιότερα μέσα. Η συμπεριφορά της είναι εξ ορισμού απρόσφορη και μη αναλογική για την συμμόρφωση της ανταγωνίστριας επιχείρησης, και ως εκ τούτου θεωρείται καταχρηστική. Αυτό ισχύει ακόμα και αν τα εμπορικά συμφέροντα της δεσπόζουσας επιχείρησης βλάσσονται από παράνομη συμπεριφορά -και όχι απλώς αθέμιτη-.

Κλείνοντας, και προκειμένου να επανέλθουμε στην συνεκτίμηση της τεκμαιρόμενης πρόθεσης αποκλεισμού του ανταγωνιστή, επιβεβαιώνεται ότι η συνδρομή της εν λόγω πρόθεσης δεν θα μπορούσε παρά να υποδηλώνει *prima facie* κατάχρηση -εγείρουσα το ερώτημα της ύπαρξης ή μη αντικειμενικού λόγου δικαιολόγησης της συμπεριφοράς-. Πράγματι, εάν η συμπεριφορά εθεωρείτο και *per se* καταχρηστική, ήτοι αποκλείουσα εξ ορισμού την δυνατότητα αντικειμενικής δικαιολόγησης, τότε η επιδίωξη ενός θεμιτού εμπορικού συμφέροντος θα ήταν εξ ορισμού αδύνατη για την δεσπόζουσα επιχείρηση. Και αυτό, διότι η επιδίωξή του συνεπάγεται την πρόθεση αποκλεισμού του ανταγωνιστή σε κάποιες περιπτώσεις. Επί παραδείγματι, ο καταμερισμός των αγορών, είναι αναγκαία συνέπεια της προστασίας των εμπορικών συμφερόντων της δεσπόζουσας επιχείρησης, όταν αρνείται την προμήθεια φαρμάκων κατά το μέτρο που η ποσότητα υπερβαίνει τις εμπορικές συνήθειες, δηλαδή περιορίζεται εξ αρχής μόνο για εξαγωγές. Κρίσιμη είναι επομένως η αμεσότητα του σκοπού αποκλεισμού<sup>60</sup>. Με άλλα λόγια, εάν ο σκοπός αποκλεισμού συνιστά απλώς -με την χρήση ποινικής ορολογίας- αναγκαίο ή ενδεχόμενο δόλο, ήτοι αποδεκτή συνέπεια της επιδίωξης του θεμιτού εμπορικού συμφέροντος, τότε η ύπαρξη αντικειμενικής δικαιολόγησης δεν πρέπει να αποκλείεται.

---

<sup>59</sup> *Irish Sugar v Commission*, T-228/97, σκ. 192 και *Rousseva*, *The Concept of "Objective Justification" of an Abuse of a Dominant Position: Can it help to Modernise the Analysis under Article 82 EC?*, *The Competition Law Review*, Volume 2, Issue 2, March 2006, p. 54 etc.

<sup>60</sup> Προτάσεις ΓΕ Jacobs, Syfait και λοιποί κατά *GlaxoSmithKline*, C-53/03, σκ. 71

## **Π.2.β. Η προστασία υπέρτερου δημοσίου ή γενικού συμφέροντος συνιστά λόγο άρσης της κατάχρησης του άρθρου 102 ΣΛΕΕ; Σύγκριση με την ρητή εξαίρεση του άρθρου 106 (2) ΣΛΕΕ.**

De lege ferenda, θα μπορούσε να υποστηριχθεί πώς οι διατάξεις περί ανταγωνισμού, και συγκεκριμένα το άρθρο 102 ΣΛΕΕ, θα πρέπει να μπορούν να ενσωματώσουν συμφέροντα δημόσιου χαρακτήρα, τα οποία -με την επιφύλαξη τήρησης της αναλογικότητας- να δύνανται να δικαιολογήσουν αντικειμενικά την αντιανταγωνιστική συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης<sup>61</sup>. Όπως και οι διατάξεις για τις οικονομικές ελευθερίες, έτσι και οι περί ανταγωνισμού διατάξεις δεν δύνανται να παραγνωρίζουν την συντακτική δομή στόχων των Συνθηκών. Η λήψη υπόψη στόχων δημοσίου συμφέροντος στα πλαίσια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ είναι συνέπεια των διατομεακών ρητρών (cross sectional clauses) της ΣΛΕΕ, οι οποίες απαιτούν ρητά από τα θεσμικά όργανα της Ε.Ε. να διασφαλίζουν συνοχή μεταξύ των πολιτικών της (ιδίως τα άρθρα 7,9 ΣΛΕΕ)<sup>62</sup>. Το Δικαστήριο εξάλλου επιβεβαιώνει αυτήν την παραδοχή<sup>63</sup>. Το δημόσιο συμφέρον ως μια κατηγορία αντικειμενικής δικαιολόγησης έχει αναγνωριστεί και από τον Γενικό Διευθυντή της DG Competition, Löwe<sup>64</sup>.

Οι Συνθήκες, σε πολλές διατάξεις δίνουν προτεραιότητα σε στόχους, μη αμιγώς οικονομικής φύσεως. Πολύ σημαντική διάταξη εν προκειμένω, πρέπει να θεωρηθεί το άρθρο 3(1) ΣΕΕ, κατά το οποίο η Ένωση επιδιώκει “την ευημερία των λαών της”, όπου η διάκριση μεταξύ οικονομικής ευμάρειας και συνολικής ευημερίας καθίσταται ιδιαίτερα εμφανής, και θα μπορούσε να αποτελέσει νομικό έρεισμα συνεκτίμησης στόχων προστασίας του καταναλωτή στα πλαίσια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Στον κύκλο των επιχειρημάτων γενικού συμφέροντος, εκτός από την υγεία και ασφάλεια του καταναλωτή, ιδιαίτερη θέση κατέχει η προστασία του περιβάλλοντος, η οποία υπαγορεύεται από το άρθρο 3(3,5) ΣΕΕ, το οποίο κάνει λόγο για “αιεφόρο ανάπτυξη” και “υψηλό επίπεδο προστασίας και βελτίωσης της ποιότητας του περιβάλλοντος”. Πράγματι, στην απόφαση Preussen Elektra<sup>65</sup>, το Δικαστήριο επιβεβαίωσε την θέση αυτή.

Πράγματι, η μεγιστοποίηση της οικονομικής ευμάρειας δεν συνιστά τον μόνο στόχο της αγοράς. Σε αυτό το συμπέρασμα καταλήγει η συστηματική ερμηνεία των περί ανταγωνισμού διατάξεων. Το άρθρο

---

<sup>61</sup> Πρβλ. στην αντίθετη κατεύθυνση, Odudu, “The boundaries of EC Competition Law: The scope of article 81”, Oxford 2006, όπου -σε διάφορα σημεία- υποστηρίζει ότι οι διατάξεις περί ανταγωνισμού -όχι μόνο το άρθρο 101 ΣΛΕΕ, αλλά και το άρθρο 102 ΣΛΕΕ- ενσωματώνουν μόνο στόχους μεγιστοποίησης της οικονομικής ευημερίας του καταναλωτή και της οικονομικής αποτελεσματικότητας

<sup>62</sup> Witt C. A., “Public policy goals under EU Competition law- now is the time to set the house in order”, European Competition Journal 2012, σελ. 468

<sup>63</sup> Continental Can v Commission, C-6/72, σκ. 25

<sup>64</sup> Loewenthal, The Defence of “Objective Justification” in the Application of Article 82 EC, World Competition 28(4): p. 455- 477, Kluwer Law International 2005, p. 464

<sup>65</sup> Preussen Elektra, C-379/98, σκ. 76

3(3β) ΣΕΕ κάνει λόγο για “κοινωνική οικονομία της αγοράς” -για πρώτη φορά μετά την Συνθήκη της Λισσαβόνας-. Πρέπει να σημειωθεί ότι ο όρος “κοινωνική οικονομία της αγοράς” προέρχεται από τον γερμανικό φιλελευθερισμό, ο οποίος -κατά μία άποψη- ενσωματώνει εγγενώς την ισορροπία οικονομικών -εν προκειμένω του ελεύθερου ανταγωνισμού- και κοινωνικών στόχων<sup>66</sup>.

Προς αυτήν την κατεύθυνση υποδεικνύει και η νομολογία του Δικαστηρίου, η οποία παγίως εξαιρεί από το πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του ανταγωνισμού το δικαίωμα των συλλογικών διαπραγματεύσεων και την σύναψη συλλογικών συμβάσεων εργασίας<sup>67</sup>. Εάν, όπως προαναφέρθηκε, η ανυπαρξία λόγων αντικειμενικής δικαιολόγησης συνιστά αρνητική προϋπόθεση της κατάχρησης, τότε η εν λόγω θέση του Δικαστηρίου επιρρώνει τον συσχετισμό γενικών συμφερόντων, μη αμιγώς οικονομικής φύσεως, με την λογική των αντικειμενικών δικαιολογήσεων.

Καθίσταται, κατά την εδώ υποστηριζόμενη άποψη, σαφές από την θεώρηση της νομολογίας στα πλαίσια του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, ότι η συνεκτίμηση γενικών συμφερόντων δεν απαιτεί την ύπαρξη ρητής εξαίρεσης, αλλά γίνεται ήδη στο πλαίσιο οριοθέτησης του πεδίου εφαρμογής των περί ανταγωνισμού διατάξεων. Είναι, ως εκ τούτου, απολύτως συμβατή με την λογική των αντικειμενικών δικαιολογήσεων, στα πλαίσια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ<sup>68</sup>. Πράγματι, στην υπόθεση Wouters<sup>69</sup>, το Δικαστήριο συνεκτίμησε λόγους γενικού συμφέροντος στα πλαίσια της πρώτης παραγράφου του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, και σημείωσε ότι -με την επιφύλαξη της τήρησης της αρχής της αναλογικότητας- η διασφάλιση της πείρας, της δεοντολογίας και της ακεραιότητας των δικηγόρων -χάριν της εύρυθμης λειτουργίας της δικαιοσύνης- δύναται να θέσει εκτός πεδίου εφαρμογής του άρθρου 101 ΣΛΕΕ ρύθμιση, η οποία απαγορεύει την σύμπραξη δικηγόρων και ορκωτών λογιστών στην ίδια οντότητα.

Πρόκειται για την -οικεία από το πεδίο των ελευθεριών- προσέγγιση “rule of reason” στο πρότυπο της Cassis de Dijon<sup>70</sup>, η οποία εναρμονίζει οικονομικούς και μη οικονομικούς στόχους στο πλαίσιο του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, και η οποία μπορεί, θεωρούμε, χωρίς προβλήματα να μεταφερθεί και στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ. Η απόφαση Wouters είναι κομβική για την εξαγωγή συμπερασμάτων στα πλαίσια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, διότι συνιστά τομή, καθώς το Δικαστήριο για πρώτη φορά έλαβε υπόψη δημοσίου συμφέροντος

---

<sup>66</sup> Πρβλ. ενδεικτικά L. Azoulai, *The Court of Justice and the social market economy : The emergence of an ideal and the conditions for its realisation*, *Common Market Law Review* 2008, 1335-1356, ειδικά σελίδα 1337

<sup>67</sup> Albany International, C-67/96, σκ. 52-60

<sup>68</sup> Η αντικειμενική δικαιολόγηση δεν συνιστά εξαίρεση από την απαγόρευση της κατάχρησης, αλλά αρνητική προϋπόθεση αυτής. Πρβλ., Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebüro GmbH v. Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs eV, C-62/86, σκ. 32, Προτάσεις ΓΕ Kirschner, Tetra Pak Rausing SA v. Commission, T-51/89, σκ. 21

<sup>69</sup> Wouters κ.λ.π., C-309/99, σκ. 97, 99- 108, 109. Μια πρόσφατη απόφαση, στην ίδια κατεύθυνση, Meca-Medina και Majcen κατά Επιτροπής, C-519/04 P, ιδίως σκ. 45

<sup>70</sup> Πρβλ γενικά συμπεράσματα από Monti, *Article 81 and Public Policy*, *Common Market Law Review* 39 (2002), Issue 5, p. 1057-1099



επιχείρημα στα πλαίσια της πρώτης και όχι της τρίτης παραγράφου του άρθρου 101 ΣΛΕΕ<sup>71</sup>. Ευθυγραμμίζεται έτσι πλήρως με τις ανάγκες της αντικειμενικής δικαιολόγησης στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ, όπως εκτέθηκαν σε προηγούμενο κεφάλαιο. Ο R. Whish διαπιστώνει αναλογίες με την θεωρία των “ancillary restraints”, κατά την οποία οι αναγκαία παρεπόμενες, περιοριστικές του ανταγωνισμού συνέπειες μιας καθολα νόμιμης σύμβασης γίνονται ανεκτές<sup>72</sup>. Εν προκειμένω, ο περιορισμός ήταν παρεπόμενος της προστασίας του δημοσίου συμφέροντος -της εύρυθμης λειτουργίας της δικαιοσύνης-.

Στην υπόθεση Wouters βέβαια, δεν επρόκειτο για ιδιωτική επιχείρηση, αλλά για επαγγελματικό σύλλογο (εκ του καταστατικού απορρέουν ρυθμιστικές αρμοδιότητες υπέρ της προστασίας των συμφερόντων των μελών του). Ενδέχεται επομένως, η διαπίστευση του εν λόγω φορέα με ρυθμιστικές αρμοδιότητες να επηρέασε την κρίση του Δικαστηρίου. Κατά την εδώ υποστηριζόμενη άποψη πάντως, προϋπόθεση δεν είναι το δημόσιο συμφέρον να συμπίπτει ταυτόχρονα με το ιδιωτικό συμφέρον του φορέα που το επικαλείται.

Πρέπει, εξάλλου, να σημειωθεί, ότι το Δικαστήριο διαθέτει -ήδη από το πεδίο των οικονομικών ελευθεριών- τα εργαλεία για την συνεκτίμηση στόχων δημοσίου ή γενικού συμφέροντος στα πλαίσια των περί ανταγωνισμού διατάξεων. Η λογική της ανοικτής λίστας επιτακτικών λόγων γενικού συμφέροντος, δύναται να μεταφερθεί και στο πεδίο του ανταγωνισμού. Πράγματι είναι, κατά την εδώ υποστηριζόμενη άποψη, ορθή η θέση ότι οι επιτακτικοί λόγοι γενικού συμφέροντος αντανακλούν μια συνθετική, αυτόνομη ή ενωσιακή προσέγγιση των κοινών στα κράτη-μέλη αξιών<sup>73</sup>, η οποία χαίρει γενικής ισχύος.

Κατά καιρούς έχουν διατυπωθεί επιχειρήματα, κυρίως πολιτικής του ανταγωνισμού, σύμφωνα με τα οποία η ένταξη στόχων μη οικονομικής φύσεως στα άρθρα 101 και 102 ΣΛΕΕ ενέχει κινδύνους αλλοίωσης των στόχων και του χρήσιμου αποτελέσματος των διατάξεων. Η λήψη υπόψη αντικειμενικής δικαιολόγησης στην βάση σκοπών γενικού ή δημοσίου συμφέροντος, κινδυνεύει να καθιστά τις διατάξεις ρευστές και ατελείς, αλλοιώνοντας έτσι το άμεσο αποτέλεσμα και δημιουργώντας ανασφάλεια δικαίου. Μια απάντηση ικανή να αμβλύνει τις εν λόγω ενστάσεις είναι η σημείωση ότι η στάθμιση των συνταγματικών αξιών/πολιτικών της Συνθήκης δεν αλλοιώνει την ουσία της απαγόρευσης του άρθρου 102 ή 101 ΣΛΕΕ, αν θεωρηθεί ότι επί της ουσίας λαμβάνει χώρα σε προγενέστερο στάδιο, στα πλαίσια της αρχής της αναλογικότητας ή της “praktische Konkordanz”, οριοθετώντας το πεδίο εφαρμογής των διατάξεων, λόγω στάθμισης συνταγματικών σκοπών<sup>74</sup>. Αυτή η προσέγγιση ίσως επαρκεί να δώσει λύση

<sup>71</sup> Rousseva, The Concept of “Objective Justification” of an Abuse of a Dominant Position: Can it help to Modernise the Analysis under Article 82 EC?, The Competition Law Review, Volume 2, Issue 2, p. 41

<sup>72</sup> Whish, Competition Law, Fifth Edition, LexisNexis, 2003, p. 120-121

<sup>73</sup> Πρβλ. V. Hatzopoulos, Exigences essentielles, impératives ou impérieuses une théorie, des théories ou pas de théorie du tout, RTDE 1998, σελ. 203,204

<sup>74</sup> A.P. Komninos, Non-competition Concerns: Resolution of Conflicts in the Integrated Article 81 EC, Working Paper (L) 08/05, The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy, p. 6-7, 10-11, 13

στην ανασφάλεια που ενδέχεται να δημιουργήσει η απόφαση Wouters. Ακόμα και σε αυτήν την περίπτωση όμως, κατά μια άποψη, ο ενωσιακός νομοθέτης έχει ρητώς προβλέψει εξαιρέσεις, όπου το έκρινε σκόπιμο, όπως συμβαίνει στην περίπτωση των άρθρων 101(3) και 106(2) ΣΛΕΕ, με αποτέλεσμα να μην δύναται να γίνει δεκτή μια ipso facto εξαίρεση στη βάση γενικού συμφέροντος<sup>75</sup>.

Και οι δύο αυτές εξαιρέσεις εξάλλου, έχουν το χαρακτηριστικό της προώθησης οικονομικών σκοπών, της οικονομικής αποτελεσματικότητας (economic efficiency) αφενός, και της παροχής Υ.Γ.Ο.Σ. αφετέρου. Το δε συμφέρον του καταναλωτή είναι παρεπόμενο, ήτοι άμεσα συνδεδεμένο με μετρήσιμα, οικονομικά μεγέθη. Υποστηρίζεται έτσι από μερίδα της θεωρίας, ότι οι μόνοι σκοποί γενικού συμφέροντος που μπορούν να ληφθούν υπόψη στα πλαίσια των άρθρων 101 και 102 ΣΛΕΕ είναι οι ικανοί να μεταφραστούν σε οικονομικούς όρους<sup>76</sup>. Πράγματι, αυτή η λογική ενδέχεται να βρίσκεται στην βάση της εξαίρεσης του άρθρου 106 (2) ΣΛΕΕ. Όπως συντόμως θα καταδειχθεί στην συνέχεια, οι σκοποί αυτοί είναι επί της ουσίας οικονομικού συμφέροντος, εξού και ο χαρακτηρισμός Υ.Γ.Ο.Σ., παρά το γεγονός ότι σχετίζονται με την εξασφάλιση δημόσιας υπηρεσίας. Από την μελέτη των χαρακτηριστικών της εξαίρεσης του άρθρου 106(2) ΣΛΕΕ εξάγονται χρήσιμα συμπεράσματα, τα οποία είναι ικανά να εξηγήσουν την διστακτικότητα της νομολογίας στην αποδοχή επιχειρημάτων γενικού συμφέροντος στα πλαίσια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ.

Δικαιολόγηση της prima facie καταχρηστικής συμπεριφοράς της δεσπόζουσας επιχείρησης συντρέχει στην περίπτωση που η συμπεριφορά παρίσταται πρόσφορη, αναγκαία και αναλογική για την εκπλήρωση αποστολής Υ.Γ.Ο.Σ. Το άρθρο 106(2) ΣΛΕΕ εισάγει γενική και οριζόντια εξαίρεση στις διατάξεις του ανταγωνισμού, εξαίρεση, η οποία κατά την νομολογία πρέπει να ερμηνεύεται συσταλτικά<sup>77</sup>. Οι επιχειρήσεις παροχής Υ.Γ.Ο.Σ. κατ' αρχήν υπάγονται κανονικά στις απαγορεύσεις των άρθρων 101 και 102 ΣΛΕΕ, εκτός εάν αυτό εμποδίζει, de jure ή de facto, την εκπλήρωση της ιδιαίτερης αποστολής που τους έχει ανατεθεί<sup>78</sup>. Εντοπίζονται τρία χαρακτηριστικά στο άρθρο 106(2) ΣΛΕΕ, τα οποία αναδεικνύουν, εξ αντιδιαστολής, του λόγους μη νομιμοποίησης των επιχειρήσεων να επικαλούνται - χωρίς έρεισμα στο άρθρο 106(2) ΣΛΕΕ- λόγους γενικού συμφέροντος, προκειμένου να δικαιολογήσουν αντικειμενικά την καταχρηστική τους συμπεριφορά.

Πρώτον, οι επιχειρήσεις του άρθρου 106(2) ΣΛΕΕ είναι επιφορτισμένες από το κράτος με την παροχή Υ.Γ.Ο.Σ., κάτι το οποίο δεν ισχύει στις άλλες περιπτώσεις. Δεύτερον, η παροχή των Υ.Γ.Ο.Σ. είναι

---

<sup>75</sup> Προτάσεις ΓΕ Jacobs, Albany International, C-67/96, σκ. 130

<sup>76</sup> C. Semmelmann, The future role of the non-competition goals in the interpretation of Article 81 EC, Global Antitrust Review - Journal Issue 1, 2008, p. 38

<sup>77</sup> Επιτροπή κατά Ολλανδίας, C-157/94, σκ. 37

<sup>78</sup> Höfner and Elser v Macrotron, C-41/90, σκ. 24, Merzi Convenzionali Porto di Genova v Siderurgica Gabrielli, C-179/90, σκ. 27

συνήθως οικονομικά ασύμφορη, ώστε οι διατάξεις περί ανταγωνισμού να συνιστούν πράγματι εμπόδιο στην παροχή τους. Με άλλα λόγια, είναι οικονομική η δικαιολόγηση της εξαίρεσης του άρθρου 106(2) ΣΛΕΕ. Αντιθέτως, το μη ικανό να μεταφρασθεί σε οικονομικούς όρους, γενικό συμφέρον, δεν φαίνεται - εκ πρώτης όψεως- να δύναται να εμποδιστεί από τις περί ανταγωνισμού διατάξεις. Είναι χαρακτηριστικό ότι, κατά την Πράσινη Βίβλο της Επιτροπής για τις Υπηρεσίες Κοινής Ωφέλειας, ΥΓΟΣ δεν συνιστούν οι αμιγώς κοινωνικές υπηρεσίες, οι υπηρεσίες υγείας και εκπαίδευσης, ο πολιτισμός<sup>79</sup>. Τρίτον, η νομολογία έχει ορίσει, χάριν ομοιόμορφης εφαρμογής, τα ελάχιστα, ενωσιακά χαρακτηριστικά της έννοιας των Υ.Γ.Ο.Σ., εξασφαλίζοντας ασφάλεια δικαίου, μην αφήνοντας ελεύθερο πεδίο καταχρηστικής επίκλησης της εξαίρεσης του άρθρου 106(2) ΣΛΕΕ. Τα χαρακτηριστικά της Υ.Γ.Ο.Σ. είναι συγκεκριμένα και αντικειμενικώς επαληθεύσιμα, καθιστώντας τον κύκλο συμφερόντων που εγκλείει πεπερασμένο και μη ρευστό.

Πέραν του πρώτου και τρίτου επιχειρήματος, τα οποία εστιάζουν στην έλλειψη νομιμοποίησης μιας επιχείρησης, ενός φορέα οικονομικής δραστηριότητας, να δικαιολογεί παραβίαση των διατάξεων του ανταγωνισμού στο όνομα του γενικού συμφέροντος αφενός, και στο ζήτημα της ασφάλειας δικαίου αφετέρου, ιδιαίτερη έμφαση πρέπει να δοθεί στο δεύτερο επιχείρημα. Πράγματι, ο βασικότερος λόγος απόρριψης των λόγων δικαιολόγησης που σχετίζονται με την υγεία και ασφάλεια του καταναλωτή στα πλαίσια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, συνίσταται στην μη οικονομική φύση των συμφερόντων, γεγονός που τα καθιστά κατ'αρχήν απρόσβλητα, ανεμπόδιστα, από την διαδικασία του ελεύθερου ανταγωνισμού, οπότε δεν υπάρχει λόγος εξαίρεσης. Αντίθετα, η εξασφάλιση ελάχιστων standards ποιότητας, σε εύλογες και ενιαίες τιμές, ανεξαρτήτως της οικονομικής αποδοτικότητας/κερδοφορίας της Υ.Γ.Ο.Σ.<sup>80</sup> καθιστά την παροχή Υ.Γ.Ο.Σ. συνήθως οικονομικά ασύμφορη, υπό κανονικές συνθήκες αγοράς, με αποτέλεσμα η απόκλιση από τους κανόνες του ανταγωνισμού να παρουσιάζεται αντικειμενικά δικαιολογημένη. Έχει έτσι κριθεί επιτρεπτός ο συμψηφισμός (cross-subsidisation) των αποτελεσμάτων των λιγότερο κερδοφόρων με τα κέρδη των πιο αποδοτικών τομέων δραστηριότητας, ώστε να εξασφαλίζεται η παροχή Υ.Γ.Ο.Σ. υπό όρους οικονομικής ισορροπίας<sup>81</sup>.

Στην λογική των ανωτέρω, μάλλον είναι εύλογο το ότι το Δικαστήριο, παγίως απορρίπτει ισχυρισμούς των δεσποζουσών επιχειρήσεων περί προστασίας του δημοσίου συμφέροντος (επί παραδείγματι υγεία, ασφάλεια του καταναλωτή), με το επιχείρημα ότι δεν αποκείται στην δεσπόζουσα επιχείρηση να προσδιορίζει μονομερώς το δημόσιο συμφέρον και να αντλεί αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα με την επίφαση της προάσπισης του γενικού συμφέροντος. Το ζήτημα φαίνεται πάντως να τίθεται αυστηρά επί

<sup>79</sup> ΠΡΑΣΙΝΗ ΒΙΒΛΟΣ ΓΙΑ ΤΙΣ ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΚΟΙΝΗΣ ΩΦΕΛΕΙΑΣ, 2003/270 COM, OJ C 76, 25.03.2004, σημείο 45

<sup>80</sup> *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, σκ. 55

<sup>81</sup> *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, σκ. 57, *Corbeau*, C-320/91, σκ. 16-17

της αρχής, ήτοι επί της νομιμοποίησης ενός ιδιώτη να αυτοανακυρύσσεται, τρόπον τινά, προστάτης του δημοσίου συμφέροντος. Πράγματι, η νομολογία του Δικαστηρίου στο πλαίσιο του άρθρου 102 ΣΛΕΕ μοιάζει να αποκλίνει από την αποδοχή της δυνατότητας ενός ιδιώτη να επικαλείται δημοσίας φύσεως ρυθμίσεις (δημόσια ασφάλεια, δημόσια τάξη, δημόσια υγεία), σε αντίθεση με ό,τι ισχύει στο πεδίο των οικονομικών ελευθεριών<sup>82</sup>. Προτιμότερο θα ήταν να αιτιολογείται η στάση του Δικαστηρίου στην λογική των ανωτέρω διακρίσεων (συμφέροντα οικονομικής και μη φύσεως), ώστε η εν λόγω απόκλιση να μην μοιάζει παράδοξη.

Πράγματι, στην υπόθεση Hilti<sup>83</sup>, η Hilti ισχυρίστηκε ότι καθυστερούσε να χορηγήσει τις άδειες εκμετάλλευσης δικαιώματος ευρεσιτεχνίας και πωλούσε δεσμοποιημένα τα φυσίγγια με τα ανταλλακτικά Hilti, προκειμένου να προστατεύσει την δημόσια υγεία και ασφάλεια, καθόσον τα προϊόντα των ανταγωνιστών ψευδώς διαφημίζονταν ότι πληρούσαν προδιαγραφές ποιότητας, αντίστοιχες αυτών του σήματος Hilti. Αντ' αυτού, το Δικαστήριο έκρινε ότι η δεσπόζουσα επιχείρηση έχει στην διάθεσή της ηπιότερα και πλέον πρόσφορα μέσα για την επίτευξη τέτοιας φύσεως σκοπών. Όφειλε να απευθυνθεί στις αρμόδιες αρχές, προκειμένου να τις ωθήσει να παρέμβουν προς αυτήν την κατεύθυνση, με την κήρυξη ως επικίνδυνων των ανταλλακτικών προέλευσης άλλων εταιρειών και την απαγόρευση κυκλοφορίας τους. Μπορούσε εξάλλου να ενημερώσει τους καταναλωτές για τους κινδύνους που ενδέχομένως επιφυλάσσει η χρήση των μη συμβατών ανταλλακτικών για την ασφάλεια ή την ίδια την λειτουργικότητα κατά την χρήση των δικών της προϊόντων. Σε κάθε περίπτωση δεν νομιμοποιείται μονομερώς να θέτει εκτός ανταγωνισμού τα προϊόντα, τα οποία θεωρεί λιγότερο ασφαλή ή κατώτερης ποιότητας από τα δικά της. Πρόκειται επί της ουσίας για απόρριψη του επιχειρήματος στην βάση της μη τήρησης της αρχής της αναλογικότητας.

Στην ίδια λογική, στην απόφαση Tetra Pak II<sup>84</sup>, το Δικαστήριο έκρινε ότι η δεσπόζουσα επιχείρηση δεν εδύνατο να αρνηθεί την πρόσβαση στις πληροφορίες συμβατότητας και να πωλεί δεσμοποιημένα, ως αχώριστη ενότητα, τα χάρτινα κουτιά με τις μηχανές συσκευασίας, στη βάση της προστασίας της δημόσιας υγείας, διότι κάτι τέτοιο θα ήταν, για τους ίδιους λόγους, υπερβολικό. Θα αρκούσε να ενημερωθούν οι χρήστες των συστημάτων ασηπτικής πληρώσεως για τις απαιτήσεις συμβατότητας, ενώ είναι αποκλειστικά ζήτημα της εθνικής νομοθεσίας να προσδιορίσει το αν η λειτουργία του συστήματος παραβιάζεται από τα χάρτινα κουτιά τρίτων κατασκευαστών. Αν κάτι τέτοιο ισχύει, εναπόκειται στην δεσπόζουσα επιχείρηση να κινήσει την διαδικασία παραπόνων στις δημόσιες αρχές, προκειμένου να

<sup>82</sup> Πρβλ. την απόφαση *Union royale belge des sociétés de football association and Others v Bosman and Others*, C-415/93, σκ. 86

<sup>83</sup> *Hilti AG v. Commission*, T-30/89, σκ.105-107, 115,117, 118

<sup>84</sup> *Tetra Pak International SA v. Commission (Tetra Pak II)*, T-83/91, σκ. 79, 83-84, 139-140, όπως μετ'αναίρεση επιβεβαίωσε το ΔΕΕ, πρβλ. *Tetra Pak International SA v. Commission*, C-333/94 P, σκ. 36-37

θεσπιστεί ή να εφαρμοστεί η σχετική νομοθεσία και να απαγορευθεί η κυκλοφορία των επικίνδυνων προϊόντων.

Στην υπόθεση *Sot. Leelos*<sup>85</sup> αντίστοιχα, το Δικαστήριο απεφάνθη, ότι εναπόκειται στις δημόσιες αρχές, και όχι στις ιδιωτικές επιχειρήσεις, να λάβουν τα κατάλληλα και αναλογικά μέτρα για την προστασία του δημοσίου συμφέροντος. Οι απαγορεύσεις στο παράλληλο εμπόριο συνιστούν καταχρηστική πρακτική, και δεν δικαιολογούνται από την ανάγκη αποφυγής της έλλειψης φαρμάκων σε κάποιες εθνικές αγορές. Η εξασφάλιση επάρκειας σε φάρμακα αποτελεί υποχρέωση του κράτους, όχι των ιδιωτών. Εξάλλου, η εν λόγω έλλειψη στα νεώτερης βιοτεχνολογίας φάρμακα -στα κράτη-μέλη με κρατικό καθορισμό σχετικά χαμηλότερης τιμής στα φάρμακα- θα ήταν αποτέλεσμα επιλογής της δεσπόζουσας επιχείρησης, ήτοι συνδεδεμένη αιτιωδώς με την καταχρηστική πρακτική, και όχι αντικειμενικός λόγος δικαιολόγησης της κατάχρησης. Η αντιστροφή του αιτώδους συνδέσμου αποδεικνύει στην προκειμένη περίπτωση και την ακαταλληλότητα της κατάχρησης, τον απρόσφορο χαρακτήρα της όσον αφορά την προστασία του δημοσίου συμφέροντος.

Όπως προκύπτει από την ως άνω αναφορά στις πλέον χαρακτηριστικές αποφάσεις, το Δικαστήριο δεν αποδέχεται την επίκληση επιχειρημάτων δημοσίου συμφέροντος από τις δεσπόζουσες επιχειρήσεις. Αντιθέτως, παραπέμπει στην δημοκρατική διαδικασία του “lobbying”, ήτοι στην ενεργοποίηση των κρατικών μηχανισμών, προκειμένου να θεσπιστεί ή να εφαρμοστεί σχετική νομοθεσία εξασφαλίζουσα την προάσπιση της υγείας και της ασφάλειας των καταναλωτών. Μετά την ενεργοποίηση του εν λόγω μηχανισμού, εναπόκειται αποκλειστικά στις δημόσιες αρχές να προσδιορίσουν το δημόσιο συμφέρον<sup>86</sup>. Επειδή δε, οι εν λόγω εναλλακτικές είναι, κατά μια άποψη, πάντοτε διαθέσιμες, η αντικειμενική δικαιολόγηση στην βάση δημοσίου συμφέροντος απορρίπτεται από την νομολογία επί της αρχής, και όχι επί της ουσίας (λόγω μη απόδειξης των πραγματικών περιστατικών)<sup>87</sup>.

Κατά την εδώ υποστηριζόμενη άποψη πάντως, εφόσον η αναλογικότητα αναφέρεται στην προηγούμενη προσπάθεια ανεύρεσης λύσης δια της προσφυγής στην δημόσια αρχή, θα μπορούσε να εξαχθεί το συμπέρασμα ότι, *in concreto*, εφόσον η συνδρομή των αρχών δεν θα ήταν εξ ορισμού πρόσφορη για την επίλυση του προβλήματος, η δεσπόζουσα επιχείρηση θα πρέπει να έχει το δικαίωμα να αυτενεργήσει, χωρίς η συμπεριφορά της να θεωρηθεί καταχρηστική. Ένα τέτοιο παράδειγμα προσφέρει η περίπτωση κατά την οποία η επιχείρηση αρνείται την πρόσβαση σε μια “βασική υποδομή” (*essential facility*) λειτουργούσα υπέρ του δημοσίου συμφέροντος, διότι η πρόσβαση θα έθετε υπό διακινδύνευση την

<sup>85</sup> *Sot. Lélos kai Sia EE and Others v. GlaxoSmithKline AVEE Farmakeftikon Proionton*, C-468/06 to C-478/06, ιδίως σκ. 75

<sup>86</sup> *AG Jacobs, Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioen- fonds Textielindustrie*, C-67/96, σκ. 293

<sup>87</sup> Σε αυτήν την κατεύθυνση πρβλ. V. Brisimi, *Abuse of a Dominant Position and Public Policy Justifications: A Question of Attribution*, *EUROPEAN BUSINESS LAW REVIEW*, Volume 24 (2013), Issue 2, p. 265. Στην αντίθετη κατεύθυνση πρβλ. E. Rousseva, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law: Rethinking Art. 82 of the EC Treaty*, Oxford: Hart Publishing, 2010.

ασφάλεια ή τα τεχνικά standards και standards αποτελεσματικότητας της υποδομής, προκαλώντας επί παραδείγματι υπερφόρτωση ενός συστήματος<sup>88</sup>. Πράγματι, οι ως άνω νομολογιακές αναφορές δεν εμποδίζουν την εξαγωγή αυτού του συμπεράσματος.

Όσον αφορά την ανάγνωση της νομολογίας από την Β. Μπρισίμη, ενδέχεται να παραλείπει να εξετάσει μια πλευρά του ζητήματος. Το γεγονός ότι, πράγματι, το Δικαστήριο δεν αποδέχεται επιχειρήματα δημοσίου συμφέροντος δεν οφείλεται αναγκαστικά σε απόρριψη τους επί της αρχής. Τίποτα δεν αποκλείει μια διαφορετική, μέση ανάγνωση -ελλείπει ρητής, αντίθετης αναφοράς στην νομολογία - : το επιχείρημα, αν και βάσιμο επί της αρχής, ενδέχεται να μην γίνεται δεκτό, διότι -με βάση τα πραγματικά περιστατικά κάθε υπόθεσης- δεν αποδεικνύεται ότι η δεσπόζουσα επιχείρηση ενεργοποίησε πρώτα τον ηπιότερο μηχανισμό του “lobbying” υπέρ της εφαρμογής ή της θέσπισης νομοθεσίας. Αν η προσφυγή στις αρχές αποδεικνύεται και η δεσπόζουσα επιχείρηση αναγκάστηκε να καταφύγει στην καταχρηστική συμπεριφορά, λόγω αδράνειας του κρατικού μηχανισμού, ενδέχεται η συμπεριφορά της να μπορεί να δικαιολογηθεί αντικειμενικά. Τέτοιες ενέργειες της δεσπόζουσας επιχείρησης δεν αποδείχθηκαν στις υποθέσεις Hilti και Tetra Pak. Αν αποδεικνύονταν, ενδέχεται να ήταν διαφορετικό το αποτέλεσμα της κρίσης του Δικαστηρίου<sup>89</sup>.

Εξάλλου, κατά καιρούς και η Επιτροπή έχει εξετάσει, στα πλαίσια αντικειμενικής δικαιολόγησης της συμπεριφοράς, λόγους δημοσίου συμφέροντος. Ένα παράδειγμα αποτελούν η απόφαση Port of Genoa<sup>90</sup> σε σχέση με περιβαλλοντικές ανησυχίες και η απόφαση Spanish Airports <sup>91</sup>σχετικά με την μείωση των θορύβων εξαιτίας της κίνησης των αεροπλάνων.

Πράγματι υπάρχουν περιπτώσεις, όπου μάλλον η ευθύνη για την καταχρηστική συμπεριφορά θα πρέπει να βαρύνει και το κράτος-μέλος. Αυτό μοιάζει - κατ’ αναλογία με τα ως άνω λεχθέντα σχετικά με την συμμόρφωση προς νομοθεσία, η οποία εγκρίνει ή ωθεί στην κατάχρηση- εύλογο στις περιπτώσεις στις οποίες ήθελε θεωρηθεί ότι η δεσπόζουσα επιχείρηση εξωθήθηκε στην καταχρηστική συμπεριφορά, λόγω αδράνειας του κρατικού μηχανισμού. Και πάντα τηρουμένης της αρχής της αναλογικότητας.

Παρ’ ολ’ αυτά, μπορούν να προβληθούν και πρόσθετα επιχειρήματα κατά της λήψεως υπόψη από την Επιτροπή και τα Δικαστήρια στόχων μη σχετιζόμενων με την προστασία του ανταγωνισμού, στα πλαίσια της οριοθέτησης του πεδίου εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Από την στιγμή που οι επιχειρήσεις επιδιώκουν κατά βάση την μεγιστοποίηση των κερδών τους, η παροχή της δυνατότητας αντικειμενικής

---

<sup>88</sup> Loewenthal, The Defence of “Objective Justification” in the Application of Article 82 EC, World Competition 2005, 28(4), σελ. 455-477, Kluwer Law International, σελ. 464

<sup>89</sup> Πρβλ. στην αντίθετη όμως κατεύθυνση Lorens, The role of objective justifications and efficiencies in the application of article 82 EC, Common Market Law Review 44, Issue 6, Kluwer Law International 2007, p. 1743

<sup>90</sup> Απόφαση 97/745/EC, OJ L 301/27 1997, σκ. 21

<sup>91</sup> Απόφαση 2000/521/EC, OJ L 208/36, 2000, σκ. 52

δικαιολόγησης της κατάχρησης στην βάση επιχειρημάτων δημοσίου συμφέροντος θα ενεργοποιούσε κίνητρα παρελκυστικής επίκλησης των επιχειρημάτων αυτών<sup>92</sup>. Ακόμη περισσότερο, θα παρείχε την απόλυτη σχεδόν εξουσία στις δεσπόζουσες επιχειρήσεις να αποκλείουν τους ανταγωνιστές από την αγορά, στην βάση στόχων δημοσίου συμφέροντος, τους οποίους οι ίδιες θα προσδιόριζαν.

## **II.2. γ. Δικαιολογημένη άρνηση παροχής πρόσβασης και η περίπτωση των “essential facilities”**

Σύμφωνα με την διατύπωση του ΓΕ Jacobs στην υπόθεση Oscar Bronner<sup>93</sup>, μια επιχείρηση κατέχουσα δεσπόζουσα θέση ως προς την παροχή ουσιωδών διευκολύνσεων ή υποδομών -με την έννοια της sine qua non αναγκαιότητάς τους για την προμήθεια αγαθών ή υπηρεσιών σε συγγενή, αλλά διακριτή αγορά- οφείλει κατ' αρχήν να μην αρνείται την πρόσβαση σε αυτές. Εάν το πράττει, τότε η συμπεριφορά της συνιστά κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης, εκτός κι αν υπάρχει αντικειμενική δικαιολογία για την άρνηση πρόσβασης. Σύμφωνα με την νομολογία υπάρχουν ορισμένα κριτήρια που θα πρέπει να πληρούνται, προκειμένου να καλείται σε εφαρμογή ο κανόνας των “βασικών διευκολύνσεων”.

Σύμφωνα με την υπόθεση Ladbroke<sup>94</sup>, η διευκόλυνση πρέπει να είναι “βασική”, ήτοι να συνιστά απαραίτητη υποδομή ανάπτυξης νέου/καινοτόμου προϊόντος ή υπηρεσίας, για το/την οποίο/α υπάρχει εν δυνάμει ζήτηση στην αγορά. Στην προκειμένη περίπτωση η παροχή άδειας αναπαραγωγής εικόνων των ιππικών αγώνων από την PMU στην Ladbroke δεν ήταν -υπό την έννοια αυτή- “βασική”. Το μόνο στο οποίο θα συνέβαλλε θα ήταν η περαιτέρω ενίσχυση της θέσης της Ladbroke στην αγορά στοιχημάτων, χωρίς να προωθεί την ανάπτυξη νέου προϊόντος. Ούτως ή άλλως, εκ των πραγμάτων, η μετάδοση της εικόνας θα ήταν μεταγενέστερη του χρονικού σημείου λήψης των στοιχημάτων. Σε αυτήν τη βάση, εάν ο ανταγωνιστής δεν προσβλέπει εν τοις πράγμασι στην παραγωγή ενός νέου προϊόντος, τότε η άρνηση παροχής πρόσβασης είναι δικαιολογημένη.

Επιπλέον, η υποχρέωση πρόσβασης σε “βασική διευκόλυνση” δεν δεσμεύει παρά μόνο δεσπόζουσες επιχειρήσεις. Πρόκειται για παράγωγο της αρχής της “ειδικής ευθύνης” της δεσπόζουσας επιχείρησης να μην εξασθενεί έτι περαιτέρω τον ανταγωνισμό στην σχετική αγορά, αρχή για την οποία έχει γίνει λόγος σε διάφορα σημεία της παρούσας μελέτης. Αυτό το σημείωσε το Δικαστήριο στην υπόθεση European

---

<sup>92</sup> Lavrijssen S., “What role for National Competition Authorities in protecting non-competition interests after Lisbon?”, *European Law Review* 2010 35 (5), p. 653

<sup>93</sup> Προτάσεις ΓΕ Jacobs, Oscar Bronner, C-7/97, σκ. 34

<sup>94</sup> Tiercé Ladbroke v Commission, T-504/93, ιδίως σκ. 131

Night Services<sup>95</sup>. Στην ίδια υπόθεση, το Δικαστήριο τόνισε και την δεύτερη προϋπόθεση, ήτοι την μη ύπαρξη πραγματικού ή δυνητικού υποκατάστατου του προϊόντος ή της υπηρεσίας, προκειμένου αυτά να μπορούν να χαρακτηρισθούν ως “βασική διευκόλυνση” (διελαστικότητα ή cross-elasticity). Έτσι, η εταιρία δεν υποχρεούτο να δίνει πρόσβαση στην υποδομή των ήδη υπάρχουσών αμαξοστοιχιών και του υπάρχοντος προσωπικού, διότι θεωρήθηκαν υποκαταστατές παροχές. Παρατηρείται πως η ύπαρξη δυνητικού ή πραγματικού υποκατάστατου της “βασικής διευκόλυνσης” συνιστά ήδη, τρόπον τινά, αντικειμενική δικαιολόγηση της μη παροχής πρόσβασης.

Στην απόφαση αυτή, το Δικαστήριο έκανε επίσης μια σημαντική νύξη στον αντικειμενικό οικονομικό λόγο για τον οποίο μια δεσπόζουσα επιχείρηση θα πρέπει να δικαιούται απαλλαγής από την υποχρέωση παροχής πρόσβασης στην “βασική διευκόλυνση” -αν μη τι άλλο για κάποιο εύλογο χρονικό διάστημα-. Με δεδομένο το σημαντικό ύψος αρχικής επένδυσης, το οποίο προϋποθέτει η ανάπτυξη της διευκόλυνσης -και το οποίο εξ ολοκλήρου επωμίζεται η δεσπόζουσα επιχείρηση- και την ανάγκη επιβράβευσης της επιχειρηματικότητας, σκόπιμη κρίνεται η ενεργοποίηση της υποχρέωσης μετά από εύλογο χρόνο απόσβεσης και καρποφορίας της επένδυσης. Πράγματι, μη υφιστάμενου του εν λόγω αντικειμενικού λόγου δικαιολόγησης της άρνησης πρόσβασης, η λογική των “βασικών διευκολύνσεων” θα δημιουργούσε υπέρμετρα αντικίνητρα στην ανάπτυξη της καινοτομίας ή της επιχειρηματικότητας εν γένει (“free riding problem”).

Τέλος, όπως καθίσταται σαφές και από την υπόθεση Microsoft, το προϊόν ή η υπηρεσία στο οποίο αποβλέπει ο ανταγωνιστής θα πρέπει να ανήκει σε συγγενή μεν, αλλά σαφώς διακριτή αγορά<sup>96</sup>. Με άλλα λόγια, θα πρέπει να παρουσιάζει στοιχεία αυτονομίας από την “βασική διευκόλυνση”, κατά τρόπο ώστε να αποτελεί κάτι παραπάνω από απλώς νέο-α προϊόν ή υπηρεσία. Θα πρέπει να είναι καινοτόμο σε σχέση με την “βασική διευκόλυνση”. Δεν θα πρέπει να περιορίζεται σε απλή αναπαραγωγή της. Αν κάτι τέτοιο ισχύει, τότε η δεσπόζουσα επιχείρηση δύναται βασίμως να προβάλλει την κατάσταση αυτήν ως αντικειμενική δικαιολογία της άρνησης πρόσβασης. Αυτή η προϋπόθεση προσθέτει κάτι επιπλέον σε σχέση με την απόφαση Ladbroke. Αναγκαίο είναι το προϊόν ή η υπηρεσία στο-ην οποίο-α προσβλέπει ο ανταγωνιστής να στοιχειοθετεί πρόοδο (τεχνολογική ή παραγωγική). Έτσι, στην υπόθεση Microsoft κρίθηκε ότι το ίδιο τεχνικό χαρακτηριστικό ή ίδια τεχνική λειτουργία δύνανται να τροποποιηθούν με πολλούς, καινοτόμους τρόπους, ώστε εν τέλει να προσφέρουν μια όλως νέα εμπειρία στον χρήστη. Κατά τον Γ. Φαρουδάκη πάντως, απλώς η βελτίωση του προϊόντος της “βασικής διευκόλυνσης” -όπως στην υπόθεση Microsoft- είναι αμφίβολο εαν μπορεί να θεωρηθεί και καινοτόμο προϊόν<sup>97</sup>. Δεν τείνουμε να

<sup>95</sup>European Night Services and Others v Commission, T-374/94, σκ. 208-209, 222

<sup>96</sup> Microsoft v Commission, T-201/04, σκ. 655, 656

<sup>97</sup>Γ. Φαρουδάκη, Ο «κανόνας των θεμελιωδών υποδομών» στο κοινοτικό δίκαιο ανταγωνισμού: πρόσφατη εφαρμογή και συσχετισμός με την προστασία της πνευματικής ιδιοκτησίας, ΔΕΕ, Τεύχος 5/2009, σελ. 5



συμφωνούμε με την θέση αυτή, ιδίως στον τομέα της πληροφορικής, όπου η παραμικρή διαφοροποίηση συνιστά και καινοτομία. Ως εκ τούτου, ευλόγως το Δικαστήριο αρνήθηκε το επιχείρημα αντικειμενικής δικαιολόγησης της Microsoft.

Όπως συνάγεται από τα ανωτέρω, με τη στενή οριοθέτηση της έννοιας του “essential facility”, η νομολογία διασφάλισε ήδη επαρκή προστασία στη δεσπόζουσα έναντι του κινδύνου να υποχρεωθεί να παράσχει πρόσβαση. Η προστασία αυτή έχει ασφαλώς ως δικαιολογητικό λόγο την ανάγκη προστασίας των επενδύσεων, την επιβράβευση της καινοτόμου προσπάθειας και της ικανότητας της επιχείρησης να αναπτύξει -σε ανταγωνιστικό περιβάλλον- την εν λόγω “βασική διευκόλυνση/υποδομή”. Ο κανόνας επομένως στο πεδίο των “βασικών διευκολύνσεων” είναι η υποχρέωση παροχής πρόσβασης.

Οι “βασικές διευκολύνσεις” δεν συνίστανται αποκλειστικά σε κοινωφελείς υποδομές, όπως αεροδρόμια, λιμάνια ή σιδηροδρομικοί σταθμοί. Πράγματι, στην υπόθεση Bronner η βασική υποδομή συνίστατο στο μοναδικό σύστημα κατ’οίκον διανομής εφημερίδων σε εθνικό επίπεδο που υφίστατο στο εν λόγω κράτος<sup>98</sup>. Αντιστοίχως, στην υπόθεση Magill, η βασική διευκόλυνση συνίστατο στον εβδομαδιαίο κατάλογο προγραμμάτων ορισμένων καναλιών τηλεόρασης, επί των οποίων (προγραμμάτων) η δεσπόζουσα επιχείρηση απολάμβανε δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας<sup>99</sup>. Αυτό είχε ως αποτέλεσμα να αρνείται στους ανταγωνιστές, οι οποίοι ήθελαν να δραστηριοποιηθούν στην έκδοση γενικού περιοδικού τηλεόρασης, την δυνατότητα συμπερίληψης των επίμαχων προγραμμάτων. Στην υπόθεση IMS Health, η βασική διευκόλυνση συνίστατο στην (προστατευόμενη με δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας) μέθοδο “δομής μωσαϊκού” για την συλλογή δεδομένων στον τομέα των πωλήσεων φαρμακευτικών προϊόντων<sup>100</sup>. Η εν λόγω μέθοδος ήταν καθιερώμενη στην αγορά, με αποτέλεσμα να την υιοθετήσει και ανταγωνιστής της IMS Health. Στην υπόθεση Microsoft η βασική διευκόλυνση συνίστατο στις πληροφορίες διαλειτουργικότητας, οι οποίες ήταν αναγκαίες για την ανάπτυξη προγραμμάτων διαμετακομιστών ομαδικής εργασίας συμβατών με το σύστημα Windows<sup>101</sup>.

Όπως το Δικαστήριο έχει επισημάνει, η υποχρέωση παροχής πρόσβασης στην “βασική διευκόλυνση” αίρεται, εφόσον υφίσταται αντικειμενικός λόγος άρνησης της εν λόγω πρόσβασης. Εκτός από την ως άνω αναφορά στον αναγκαίο χρόνο απόσβεσης και καρποφορίας της επένδυσης της δεσπόζουσας επιχείρησης, υπάρχουν περιπτώσεις, όπου τεχνικοί ή εμπορικοί παράγοντες<sup>102</sup> μπορεί, τρόπον τινά, να μην αφήνουν επιλογή στην επιχείρηση από το να υιοθετήσει την *prima facie* καταχρηστική συμπεριφορά

<sup>98</sup> Oscar Bronner, C-7/97, σκ. 23

<sup>99</sup> RTE and ITP v Commission (Magill), C-241/91-242/91P, σκ. 24-26

<sup>100</sup> IMS Health, C-418/01, σκ. 3-7

<sup>101</sup> Microsoft v Commission, T-201/04, σκ. 651

<sup>102</sup> CBEM v CLT and IPB, C-311/84, σκ.26-27 για τεχνικούς λόγους οφειλόμενους στην φύση της τηλεόρασης ως μέσου επικοινωνίας. RTT v GB-Inno-BM, C-18/88, σκ. 18.

(αρνούμενη την πρόσβαση). Αυτά τα επιχειρήματα συνιστούν τους πιο συνήθεις αντικειμενικούς λόγους δικαιολόγησης της άρνησης παροχής πρόσβασης σε “βασική διευκόλυνση/υποδομή”.

Από μια γενική θεώρηση της νομολογίας, προκύπτει το συμπέρασμα, ότι μόνο λόγοι που καταλήγουν στην απόλυτη αδυναμία παροχής πρόσβασης μπορούν να έχουν περιθώρια αποδοχής. Χαρακτηριστική η υπόθεση Port of Rodby ενώπιον της Επιτροπής<sup>103</sup>, κατά την οποία η Επιτροπή αναζήτησε την ύπαρξη αντικειμενικών λόγων, ικανών να επιτρέψουν στην διαχειρίστρια δεσπόζουσα επιχείρηση να αρνηθεί σε ανταγωνιστή την πρόσβαση σε βασικό λιμένα. Τεχνικής φύσεως περιορισμοί, όπως κυρίως η ανεπαρκής χωρητικότητα του λιμένος, θα μπορούσαν να ευδοκιμήσουν, επί της αρχής, ως επιχειρήματα. Η Επιτροπή απέρριψε πάντως τους ισχυρισμούς επί της ουσίας. Σε κάθε περίπτωση πάντως, ο κάτοχος της “βασικής διευκόλυνσης” δεν υποχρεούται να μειώσει ο ίδιος την χρήση της, προκειμένου να εξασφαλίσει πεδίο για τους ανταγωνιστές, με μόνο ενδεχόμενο την υποχρέωσή του να εκλογικεύσει την χρήση του και να συντηρεί δεόντως την υποδομή<sup>104</sup>.

Επιπλέον υπάρχουν πρόσθετοι λόγοι αντικειμενικής δικαιολόγησης της άρνησης πρόσβασης σε “βασική διευκόλυνση”. Το δικαίωμα πρόσβασης μπορεί να περιοριστεί όταν η επιβάρυνση της “βασικής διευκόλυνσης” είναι ικανή να εγείρει ζητήματα ασφαλείας, όπως επί παραδείγματι η υπερφόρτωση ενός ηλεκτρικού δικτύου ή ενός λιμένα. Ενδέχεται, εξάλλου, ο δικαιούχος να έχει ήδη αναλάβει υποχρεώσεις παροχής υπηρεσιών δημοσίου συμφέροντος, με αποτέλεσμα να προέχει η ικανοποίησή τους. Τέλος, ο κάτοχος της “βασικής διευκόλυνσης” δικαιολογείται αντικειμενικά να αρνηθεί την παροχή πρόσβασης, εφόσον ο αιτών την πρόσβαση ανταγωνιστής δεν πληροί τις προϋποθέσεις για την σωστή χρήση της ή δεν τηρεί τις συμβατικές του υποχρεώσεις. Αυτό μπορεί να συμβαίνει όταν δεν διαθέτει τον κατάλληλο εξοπλισμό, προσωπικό ή τεχνογνωσία ή δεν καταβάλλει το συμφωνηθέν τίμημα. Σύμφωνα δε με την απόφαση Oscar Bronner ενδέχεται να υφίσταται αντικειμενική δικαιολόγηση της άρνησης παροχής πρόσβασης όταν ο αιτών δεν είναι εξίσου αποτελεσματικός ανταγωνιστής<sup>105</sup>.

Μόνη η κατοχή πνευματικού δικαιώματος δεν συνιστά αντικειμενική δικαιολόγηση της μη παροχής πρόσβασης σε “βασική διευκόλυνση”<sup>106</sup>. Ευρύτερη είναι πάντως εκ των πραγμάτων η προστασία της δεσπόζουσας επιχείρησης, όταν η “βασική διευκόλυνση” συνάπτεται με δικαίωμα βιομηχανικής ή πνευματικής ιδιοκτησίας. Μόνο “υπό εξαιρετικές περιστάσεις”<sup>107</sup> απαγορεύεται η άρνηση παραχώρησης άδειας εκμετάλλευσης. Αυτή η ιδιαίτερη προστασία οφείλεται στην ίδια την φύση των δικαιωμάτων

<sup>103</sup> Port of Rodby 94/119/EC, OJ (1994), L 55/52, σκ. 12,15

<sup>104</sup> B.P. v Commission, C-77/77

<sup>105</sup> Πρβλ. και Β. Χατζόπουλο, Ο κανόνας των βασικών διευκολύνσεων (essential facilities) στο ευρωπαϊκό και εθνικό δίκαιο του ανταγωνισμού, Μελέτες Δικαίου των Επιχειρήσεων -22, Αντ. Ν. Σακκουλας, Αθήνα-Κομοτηνή, σελ. 130

<sup>106</sup> Microsoft v Commission, T-201/04, σκ. 689, 690

<sup>107</sup> Microsoft v Commission, T-201/04, σκ. 690

αυτών, η οποία καθιστά την εφαρμογή του κανόνα των “essential facilities” οιονεί εξαιρετική, ήτοι συστατικά ερμηνευόμενη.

Πράγματι, η αποστολή του δικαιώματος εμπορικής-βιομηχανικής και εν γένει πνευματικής ιδιοκτησίας συγκλίνει κατ’αρχήν με τον σκοπό των διατάξεων περί ανταγωνισμού, καθώς αυτά τα δικαιώματα θεσμοθετούνται για την ενίσχυση της καινοτομίας και της τεχνικής προόδου. Πέραν τούτου, η ίδια η Συνθήκη προβλέπει ρητά νόμιμη απόκλιση από την θεμελιώδη ελευθερία της κυκλοφορίας των εμπορευμάτων χάριν της προστασίας του «ειδικού αντικειμένου» (“objet spécifique”) του δικαιώματος βιομηχανικής και εμπορικής ιδιοκτησίας (άρθρο 36 ΣΛΕΕ).

Η ύπαρξη του πνευματικού δικαιώματος αντιδιαστέλλεται έτσι παγίως από την νομολογία προς την άσκηση του<sup>108</sup>. Κατά την εδώ υποστηριζόμενη άποψη, η θεωρία αυτή δύναται να μεταφερθεί από το πεδίο των ελευθεριών και στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ, ενόψει της συρροής πνευματικού δικαιώματος και “βασικής διευκόλυνσης”. Συμβατή συναφώς, με το άρθρο 102 ΣΛΕΕ, είναι η άρνηση παροχής άδειας εκμετάλλευσης ή πληροφοριών διαλειτουργικότητας εκ μέρους του δικαιούχου του δικαιώματος βιομηχανικής-εμπορικής και πνευματικής εν γένει ιδιοκτησίας, μόνο όταν η πρόσβαση θίγει στον πυρήνα του τον σκοπό και την αποστολή του δικαιώματος. Κάτι τέτοιο δεν είναι όμως εύκολο να γίνει δεκτό από την στιγμή που, προκειμένου να γίνει δεκτή η ύπαρξη “βασικής διευκόλυνσης”, θα πρέπει το προϊόν να μην συνιστά απλή αναπαραγωγή και, επιπλέον, να έχει μεσολαβήσει ουσιώδης κατ’αποκλειστικότητα απόλαυση των οικονομικών καρπών του δικαιώματος με την αναστολή της υποχρέωσης παροχής πρόσβασης για εύλογο χρονικό διάστημα.

Η άρνηση παραχώρησης άδειας εκμετάλλευσης, μπορεί να δικαιολογηθεί αντικειμενικά στην βάση ενός επιχειρήματος οικονομικής αποτελεσματικότητας” (πρβλ. και Μέρος III του παρόντος). Τέτοιας φύσεως είναι το επιχείρημα της Microsoft, το οποίο απορρίπτει τελικά το Δικαστήριο<sup>109</sup>. Δεν το απορρίπτει επί της αρχής, αλλά επί της ουσίας. Πράγματι, η Microsoft ισχυρίζεται ότι η παραχώρηση άδειας εκμετάλλευσης θα της αφαιρούσε κίνητρα καινοτομίας και θα την καθιστούσε λιγότερο αποτελεσματική στην αγορά. Το Δικαστήριο, μετά από στάθμιση, απέρριψε το εν λόγω επιχείρημα, καταλήγοντας στο συμπέρασμα ότι η εν λόγω αφαίρεση κινήτρων από την Microsoft αντισταθμίζεται πλήρως από την πραγματική, θετική επιρροή στα επίπεδα καινοτομίας για όλη την σχετική αγορά. Με αυτήν την λογική το επιχείρημα κρίθηκε μη επαρκές να απαλλάξει την Microsoft από την υποχρέωση να παράσχει άδεια εκμετάλλευσης, με δεδομένες τις “εξαιρετικές περιστάσεις” που συνέτρεχαν.

---

<sup>108</sup> Ενδεικτικά στις αποφάσεις *Consten and Grundig v Commission of the EEC*, C-56/64, *Deutsche Grammophon v Metro SB*, C-78/70

<sup>109</sup> *Microsoft*, Commission Decision of 24 March 2004, COMP/C-3/37.792, σκ. 783 και *Microsoft*, T-201/04, σκ. 700-701, 709-712

Γίνεται επομένως αντιληπτό, ότι στην περίπτωση συνδρομής των ανωτέρω “εξαιρετικών περιστάσεων”, λαμβάνει χώρα μια στάθμιση μεταξύ της ζημίας στον ανταγωνισμό και στα συμφέροντα του καταναλωτή από την αφαίρεση κινήτρων καινοτομίας από την δεσπόζουσα επιχείρηση και του γενικού οφέλους από την ενίσχυση της καινοτόμου δράσεως των ανταγωνιστών. Πρόκειται στην ουσία για μια στάθμιση μεταξύ βραχυπρόθεσμου και μακροπρόθεσμου οφέλους. Στην περίπτωση που η δεσπόζουσα επιχείρηση δεν εξωθείται να εγκαταλείψει την αγορά, τότε η πλάστιγγα κλίνει προς την κατοχύρωση του μακροπρόθεσμου συμφέροντος (δηλαδή την επιβολή υποχρέωσης παροχής πρόσβασης). Πρόκειται για μια λεπτή στάθμιση, αφού στην ουσία, η δεσπόζουσα επιχείρηση αναγκάζεται έτσι να συνάψει σύμβαση και να μοιραστεί τα κέρδη της επένδυσής της με τους ανταγωνιστές της<sup>110</sup>.

Συμπερασματικά, οι αντικειμενικοί λόγοι δικαιολόγησης της άρνησης πρόσβασης σε “βασική διευκόλυνση” ενδέχεται να είναι τεχνικής ή οικονομικής φύσεως ή να συνάπτονται με την ίδια την οριοθέτηση της έννοιας της βασικής διευκόλυνσης. Φαίνεται πάντως, ότι τα επιχειρήματα οικονομικής αποτελεσματικότητας (economic efficiency), εμφανή στην περίπτωση της συρροής “βασικής διευκόλυνσης” και δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας, δεν αποτελούν δόκιμη αντικειμενική δικαιολόγηση της καταχρηστικής συμπεριφοράς.

---

<sup>110</sup> Προτάσεις ΓΕ Jacobs, Oscar Bronner, C-7/97, σκ. 57

### Π.3. Αντικειμενική Οικονομική Δικαιολόγηση της Αντιανταγωνιστικής Πρακτικής

#### Π.3.α. Η απουσία οικονομικής δικαιολόγησης στις εκπτώσεις πίστεως (“fidelity/loyalty inducing rebates”). Αντιπαραβολή με τις εκπτώσεις ποσότητας και τις εκπτώσεις αμοιβής της αποδοτικότητας.

Από την στιγμή που οι εκπτώσεις συνιστούν επί της ουσίας πρακτική επί των τιμών, ο αντικειμενικός λόγος δικαιολόγησής τους δεν μπορεί παρά να συνίσταται σε οικονομικές παραμέτρους και επιχειρήματα κόστους, ικανές/ά να παρέχουν λογική βάση στο εκπτώσιακό καθεστώς.

Οι εκπτώσεις πίστεως έχουν παγίως κριθεί *per se* καταχρηστικές<sup>111</sup>. Δεν μπορούν να δικαιολογηθούν αντικειμενικά, ακριβώς επειδή, από τα χαρακτηριστικά της συμπεριφοράς, τεκμαίρεται αμάχητα η πρόθεση εξοβελισμού ανταγωνιστή. Σε αντίθεση με τις περιπτώσεις τιμολόγησης κάτω του μέσου μεταβλητού κόστους, η πρόθεση αποκλεισμού είναι άμεση και μοναδική αιτία της έκπτωσης, και δεν συνάγεται απλώς ως η μόνη οικονομικά εύλογη εξήγηση της συμπεριφοράς. Ως εκ τούτου, η επίκληση οικονομικών λόγων ή λόγων θεμιτού εμπορικού συμφέροντος δεν είναι ικανή να ανατρέψει τον καταχρηστικό χαρακτήρα της συμπεριφοράς. Έτι περισσότερο εάν η πρόθεση αυτή επιβεβαιώνεται ως ρητά εκπεφρασμένη στρατηγική της δεσπόζουσας επιχείρησης. Οι εκπτώσεις πίστεως συνοδεύουν -ή ομολογούν ατύπως- συμφωνία αποκλειστικότητας ή προμήθειας του μεγαλύτερου μέρους των αναγκών μιας επιχείρησης από την δεσπόζουσα επιχείρηση. Διακρίνονται από τις άλλες κατηγορίες εκπτώσεων (ποσοτικές και “αμοιβής αποδοτικότητας”), οι οποίες, αξιολογούμενες *in concreto* εντός του νομικού και οικονομικού πλαισίου στο οποίο εντάσσονται, δύνανται υπό προϋποθέσεις να επιτραπούν ως οικονομικά δικαιολογημένες. Οι εκπτώσεις πίστεως υποκρύπτουν εξ ορισμού την πρόθεση περιορισμού των επιλογών του ενδιάμεσου ή τελικού καταναλωτή. Κατά τούτο, έχουν αντίστοιχο αποτέλεσμα με τις ρητές συμβάσεις αποκλειστικής προμήθειας, διότι εξωθούν τον αντισυμβαλλόμενο στην κάλυψη του μεγαλύτερου μέρους των αναγκών του από την δεσπόζουσα επιχείρηση.

Το χαρακτηριστικό των εκπτώσεων πίστεως είναι ότι δεν δικαιολογούνται οικονομικά. Σύμφωνα με την απόφαση Hoffmann-LaRoche<sup>112</sup>, αυτό που τις διακρίνει από τις εκπτώσεις ποσότητας, οι οποίες είναι ανάλογες του όγκου των πωλήσεων, είναι η έλλειψη οικονομικής δικαιολόγησης. Το χορηγούμενο πλεονέκτημα δεν δικαιολογείται οικονομικά στην βάση συντελεσμένης οικονομικής απόδοσης. Η δεσπόζουσα επιχείρηση δεν μετακυλιεί στον αντισυμβαλλόμενο οφέλη οικονομίας κλίμακας

<sup>111</sup>Πρβλ. ενδεικτικά *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin v Commission*, C-322/81, σκ. 71-72, *Tomra Systems and Others v Commission*, C-549/10 P, σκ. 70

<sup>112</sup> *Hoffmann-La Roche*, C-85/76, σκ. 89-91. Πρβλ. και *Suiker Unie κ.λπ. κατά Επιτροπής*, C-40/73, σκ. 513

συνδεδεμένα αποκλειστικά με τον όγκο των αγορών<sup>113</sup>, δηλαδή την εξοικονόμηση κόστους συναλλαγής που απολαμβάνει, με την εξυπηρέτηση μεγάλης ποσότητας προμηθειών σε μια συναλλαγή (έξοδα μεταφοράς και αποθήκευσης ιδίως). Αντίθετα, αποσκοπεί -κατά τρόπο άμεσο και αποκλειστικό- στην απόσπαση πελατείας ανταγωνιστή ή στη θέση εμποδίων στην είσοδο νέου ανταγωνιστή στην αγορά, περιορίζοντας τις επιλογές εφοδιασμού του πελάτη.

Δεν πρέπει να παραγνωρίζεται το γεγονός ότι, οι εκπτώσεις πίστεως, ως εκ της δομής και των χαρακτηριστικών τους, συνιστούν *per se* περιπτώσεις διακριτικής τιμολόγησης (102γ ΣΛΕΕ). Πράγματι, αν συγκρίνει κανείς την τιμή των προϊόντων, ισοδύναμες παροχές, ενδεχομένως δε και σε μεγαλύτερη ποσότητα, κοστολογούνται κατ'αποτέλεσμα φθηνότερα για τους πιστούς ή τακτικούς πελάτες, με συνέπεια οι υπόλοιποι καταναλωτές να περιέρχονται σε μειονεκτική θέση.

Να σημειωθεί, ότι οι και εκπτώσεις ποσότητας ενδέχεται, και πάλι λόγω έλλειψης οικονομικής δικαιολόγησης, να κριθούν καταχρηστικές, εφόσον καταταχθούν σε μια εκ των κατηγοριών επιθετικής τιμολόγησης της απόφασης ΑΚΖΟ (πρβλ. κατωτέρω). Επιπλέον, οι εκπτώσεις εκφεύγουν του χαρακτηρισμού ως “οικονομικά δικαιολογημένων εκπτώσεων ποσότητας” εφόσον δεν αντιστοιχούν σε πραγματικό οικονομικό αντιστάθμισμα. Αυτό θα συμβαίνει όταν δεν έχουν αντικειμενικό και ενιαίο χαρακτήρα, χορηγούνται δηλαδή βάσει πίνακα εκπτώσεων, ο οποίος παρουσιάζει δυσαναλογίες στην κλίμακα ποσοστών έκπτωσης, όσο αυξάνεται η ποσότητα των αγοραζόμενων προϊόντων.

Όπως προκύπτει από την πάγια αποδοχή των εκπτώσεων ποσότητας από την νομολογία<sup>114</sup>, η οικονομική δικαιολόγηση συνιστά την βάση της δικαιολόγησης εξατομικευμένων εκπτώσεων. Επομένως, θα μπορούσε να υποτεθεί εύλογα, ότι και οι εκπτώσεις πίστεως δύνανται να δικαιολογηθούν στην βάση της επιχειρηματικής/οικονομικής ελευθερίας των μερών. Το Δικαστήριο όμως δεν αποδέχεται αντικειμενική δικαιολόγηση εκπτώσεων πίστεως στην βάση της ελευθερίας των συμβάσεων των μερών ή της αποδοχής πρόσκλησης προς υποβολή προτάσεως από τον αποδέκτη της έκπτωσης.

Στην απόφαση Hoffman La Roche (πρβλ. ανωτέρω), το Δικαστήριο επεσήμανε τον αντικειμενικό χαρακτήρα της έννοιας της κατάχρησης. Από την στιγμή που η έκπτωση πίστεως είναι ικανή να επηρεάσει την δομή μιας αγοράς, όπου ο ανταγωνισμός είναι ήδη εξασθενημένος, και αυτό συμβαίνει με μέσα διαφορετικά από αυτά που διέπουν τον φυσιολογικό ανταγωνισμό βάσει των παροχών, συνιστά κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως. Η κατάχρηση επομένως, δεν προϋποθέτει την χρήση της οικονομικής ισχύος της επιχείρησης ως μέσου άσκησης πίεσης στον αντισυμβαλλόμενο να αποδεχθεί όρους αποκλειστικής προμήθειας (του μεγαλύτερου μέρους) των αναγκών του από την δεσπόζουσα έναντι έκπτωσης. Έτσι το Δικαστήριο, έχει αποφανθεί παγίως για τον καταχρηστικό χαρακτήρα των εκπτώσεων

<sup>113</sup> Michelin v Commission (Michelin II), T-203/01, σκ. 58, Intel κατά Επιτροπής, T-286/09, σκ. 75

<sup>114</sup> Παγίως, οι εκπτώσεις ποσότητας δεν έχει κριθεί ότι παραβιάζουν το άρθρο 102 ΣΛΕΕ, πρβλ. ενδεικτικά Post Danmark v Konkurrenceradet, (Post Danmark II), C-23/14, σκ. 27

πίστεως, είτε αυτές συμφωνούνται με την πρωτοβουλία ή συμφωνία του αποδέκτη της υποχρέωσης, είτε όχι<sup>115</sup>.

Υπάρχει και μια ενδιάμεση κατηγορία εκπτώσεων, οι οποίες ούτε τελούν υπό τον όρο αποκλειστικότητας, ούτε όμως δικαιολογούνται οικονομικά ως εκπτώσεις ποσότητας. Χαρακτηρίζονται “loyalty inducing”<sup>116</sup>, διότι κατά το αποτέλεσμά τους αποτρέπουν τον αγοραστή από την στροφή σε εναλλακτικές πηγές προμήθειας. Στην περίπτωση των αναδρομικών εκπτώσεων στόχων, όσο πλησιάζει τον στόχο ο πελάτης, τόσο αποτρέπεται από την στροφή σε εναλλακτική πηγή προμήθειας, λόγω της αναδρομικής ζημίας που θα υποστεί, χάνοντας την έκπτωση<sup>117</sup>. Είναι σαφές πως, εν προκειμένω, η έκπτωση δεν είναι ανάλογη της αγοραζόμενης ποσότητας -και συναφώς της εξοικονόμησης κόστους για την δεσπόζουσα επιχείρηση-, επομένως δεν δικαιολογείται οικονομικά. Στην απόφαση Post Danmark<sup>118</sup>, αποτυπώθηκε με ενάργεια η απουσία οικονομικής λογικής στις εν λόγω εκπτώσεις, οι οποίες δεν αφορούσαν εξατομικευμένες παραγγελίες, αλλά το άθροισμα των παραγγελιών εντός συγκεκριμένης περιόδου. Η εξοικονόμηση κόστους για την δεσπόζουσα επιχείρηση προκύπτει ανά συναλλαγή. Δεν είναι επομένως λογικό να μετακυλιέται αναδρομικά για άθροισμα συναλλαγών, γεγονός που φανερώνει την διαφορετική -και καταχρηστική- φύση της έκπτωσης.

Από την απόφαση Michelin<sup>119</sup> προκύπτουν τα χαρακτηριστικά των αναδρομικών εκπτώσεων στόχων ή επιθυμητών όγκων πωλήσεων, τα οποία προδίδουν την απουσία οικονομικής δικαιολόγησής τους. Πράγματι, κατά οικονομικά ανεξήγητο τρόπο, για την χορήγηση έκπτωσης αντίστοιχου ύψους, η δεσπόζουσα επιχείρηση απαιτούσε μεγαλύτερη ποσότητα προμηθειών -σε σύγκριση με την προηγούμενη περίοδο αναφοράς-. Επιπλέον, έθετε διαφορετικό στόχο προμήθειας για κάθε πελάτη, προφανώς ανάλογα με την επιρρέπειά του στην στροφή σε εναλλακτικές πηγές προμήθειας<sup>120</sup>. Δεν επρόκειτο μεν για ευθεία έκπτωση πίστεως, διότι η χορήγηση της έκπτωσης δεν ήταν συνδεδεμένη με την προμήθεια του συνόλου ή σημαντικού μέρους των αναγκών από την δεσπόζουσα επιχείρηση. Το εν λόγω εκπωτικό καθεστώς όμως, είχε ως συνέπεια την αυξημένη πίεση του αγοραστή στο τέλος της περιόδου αναφοράς, διότι εάν δεν πραγματοποιούσε τον αναγκαίο αριθμό αγορών θα έπρεπε να υποστεί αναδρομική ζημία -την απώλεια της έκπτωσης για το σύνολο των αγορών-.

---

<sup>115</sup>Hoffmann-La Roche, *ibid*, σκ. 89, 120, BPB Industries and British Gypsum κατά Επιτροπής, T-65/89, σκ. 68, Imperial Chemical Industries v Commission T-66/01, σκ. 305

<sup>116</sup> Intel κατά Επιτροπής, T-286/09, σκ. 78

<sup>117</sup> British Airways v Commission, C-95/04 P, σκ. 74

<sup>118</sup> Post Danmark A/S v. Konkurrenceradet (Post Danmark II), C-23/14, σκ. 28

<sup>119</sup> Michelin v Commission, C-322/81, σκ. 64, 72, 73, 81-86

<sup>120</sup> Jones, Sufrin, EU Competition Law, Texts, Cases, and Materials, Sixth Edition, Oxford, p. 448

Πράγματι, τόσο οι εκπτώσεις πίστεως, όσο και οι αναδρομικές εκπτώσεις στόχων, παρεμποδίζουν τους μεταπωλητές από την ευχέρεια επιλογής προμηθευτή, συνδέοντάς την με ανυπέρβλητες, δυσμενείς οικονομικές συνέπειες. Στερούν τον μεταπωλητή από την οικονομική και επιχειρηματική ελευθερία επιλογής του αντισυμβαλλομένου του κατά περίπτωση, ανάλογα με τις *in concreto* συνθήκες της αγοράς και τις τυχόν ευνοϊκότερες προσφορές των ανταγωνιστών της δεσπόζουσας επιχείρησης. Εξάλλου, πρέπει να σημειωθεί ότι τα -συγκριτικά- χαμηλά κόστη της δεσπόζουσας επιχείρησης εκ των πραγμάτων δυσχεραίνουν την είσοδο νέων ανταγωνιστών στην αγορά, από την στιγμή που συνήθως θα αδυνατούν να προτείνουν πραγματικά ανταγωνιστικές εκπτώσεις, ικανές να αντισταθμίσουν το όφελος -και πολλώ μάλλον τη ζημία- των μεταπωλητών από τις εκπτώσεις της δεσπόζουσας επιχείρησης.

Αντικειμενικά δικαιολογημένες βάσει οικονομικού αντισταθμίματος είναι οι εκπτώσεις λόγω καταβολής του τιμήματος τοις μετρητοίς, χωρίς να είναι, σε αυτήν την περίπτωση, αναγκαία η σύγκριση με την δομή κόστους της δεσπόζουσας επιχείρησης ή η αναλογία με τον όγκο των πωλήσεων. Δικαιολογούνται από την εξασφάλιση άμεσης ρευστότητας στην δεσπόζουσα επιχείρηση.<sup>121</sup>

Από την άλλη, οι εκπτώσεις “αμοιβής αποδοτικότητας” συνιστούν μια διακριτή κατηγορία εκπτώσεων, οι οποίες κατ’ αρχήν δικαιολογούνται οικονομικά. Χορηγούνται ως ανταμοιβή για τις προσπάθειες που καταβάλλει ο μεταπωλητής για την προώθηση και καθιέρωση ενός (νέου) προϊόντος ή υπηρεσίας, με την ανάληψη από μέρος του των συναφών εμπορικών κινδύνων<sup>122</sup>. Η απόφαση *British Airways* προσφέρει ένα χαρακτηριστικό νομολογιακό παράδειγμα, από το οποίο μπορεί να προσδιοριστεί το πότε οι εν λόγω εκπτώσεις συγκαλύπτουν εκπτώσεις “loyalty inducing” και έτσι, εξ αντιδιαστολής να προσδιοριστεί το βασικό χαρακτηριστικό το οποίο δεν πρέπει να απουσιάζει από τις γνήσιες εκπτώσεις “αμοιβής αποδοτικότητας”. Καθίσταται σαφές ότι η αποδοτικότητα του μεταπωλητή συνίσταται στην αύξηση του τζίρου σε σχέση με τον προηγούμενο κύκλο εργασιών, ήτοι στην υπέρβαση του τεθέντος στόχου πωλήσεων εισητηρίων. Αντιθέτως, η *British Airways* χορηγούσε τις εκπτώσεις στους ταξιδιωτικούς πράκτορες σε αναλογία με τις συνολικές πωλήσεις, ήτοι λαμβάνοντας υπόψη όχι την αύξηση, αλλά τον συνολικό τζίρο<sup>123</sup>. Ως εκ τούτου, το Δικαστήριο αρνήθηκε να δικαιολογήσει το εν λόγω καθεστώς εκπτώσεων ως οικονομικό αντισταθμισμα του οφέλους από την βελτίωση της αποδοτικότητας των μεταπωλητών.

---

<sup>121</sup> *Michelin v Commission*, C-322/81, σκ. 85

<sup>122</sup> Η. Σουφλερός, “Καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης”, σε “Προστασία του Ελεύθερου Ανταγωνισμού”, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 1992, σελ. 185-242, σελ. 222

<sup>123</sup> *British Airways κατά Επιτροπής*, C-95/04 P, σκ. 73-75



### **Π.3.β. Οικονομικοί λόγοι δικαιολόγησης της διαφοροποιημένης τιμολόγησης**

Η επιβολή μη δίκαιων τιμών ταυτίζεται με την επιβολή τιμών, οι οποίες δεν δικαιολογούνται αντικειμενικά από την οικονομική αξία της αντιπαροχής<sup>124</sup>. Στην απόφαση *Sirena S.r.l. v Eda S.r.l. and others*<sup>125</sup>, αφού τόνισε ότι το αποκλειστικό δικαίωμα στο σήμα δεν ταυτίζεται με την κατοχή δεσπόζουσας θέσης, το Δικαστήριο έκρινε ότι -γινόμενης δεκτής της ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης- το ύψος των τιμών που χρεώνει ο δικαιούχος σήματος δεν αρκεί απαραίτητως καθεαυτό για την κατάφαση της κατάχρησης. Εάν όμως δεν δικαιολογείται από αντικειμενικά οικονομικά κριτήρια και είναι εξαιρετικά υψηλό -δεδομένης της αντιπαροχής-, αυτό συνιστά σοβαρό ενδείκτη καταχρηστικής συμπεριφοράς.

Για την αντικειμενική δικαιολόγηση της τιμολόγησης απαραίτητη κρίνεται η συγκριτική έρευνα της αγοράς, προκειμένου να προσδιοριστεί αρνητικώς το εύρος της επιτρεπόμενης τιμολογιακής διακύμανσης. Σύμφωνα με την απόφαση *Parke Davis*<sup>126</sup>, αν και όχι καθοριστική, κρίσιμη για την αντικειμενική δικαιολόγηση της τιμολόγησης θα είναι η σύγκριση με την τιμή των μη προστατευόμενων προϊόντων της ίδιας κατηγορίας. Αντιστοίχως, ενδείκτη κατάχρησης κατά την απόφαση *Deutsche Grammophon*<sup>127</sup> αποτελεί η μεγάλη διαφορά τιμής πωλήσεως του επανεισαγόμενου από άλλο κράτος-μέλος, ομοίως προστατευόμενου προϊόντος. Το Δικαστήριο πάντως δεν εξειδίκευσε στις εν λόγω αποφάσεις, τι θα μπορούσε να θεωρηθεί ως αντικειμενική οικονομική δικαιολόγηση της διαφορετικής τιμής ανά κράτος-μέλος. Με άλλα λόγια, δεν προέβη σε θετική οριοθέτηση των κριτηρίων, τα οποία καθιστούν την διαφοροποιημένη τιμολόγηση αντικειμενικά δικαιολογημένη και, επομένως, μη διακριτική και μη καταχρηστική. Αυτό κατέστη όμως σαφές μέσα από μεταγενέστερες αποφάσεις, σε υποθέσεις διακριτικής τιμολόγησης και υποθέσεις υπερβολικής τιμολόγησης.

Στην απόφαση *United Brands*<sup>128</sup>, το Δικαστήριο φαίνεται να δέχεται επί της αρχής ότι οι διαφορετικές τιμές που χρεώνει η δεσπόζουσα επιχείρηση στους διανομείς ανάλογα με το κράτος-μέλος, μπορεί να δικαιολογούνται αντικειμενικά και ως εκ τούτου να μην συνιστούν διακριτική τιμολόγηση κατά

---

<sup>124</sup> *United Brands*, C-27/76, σκ. 250

<sup>125</sup> *Sirena S.r.l. v Eda S.r.l. and others*, C-40/70, σκ. 16-17

<sup>126</sup> *Parke Davis κατά Probel κ.λπ.*, C-24/67, σελ. 692, §7

<sup>127</sup> *Deutsche Grammophon κατά Metro SB*, C-78/70, σκ. 19

<sup>128</sup> *United Brands κατά Επιτροπής*, C-27/76, σκ. 218-227, 228

κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης. Οι αντικειμενικοί οικονομικοί λόγοι ενδέχεται να συνίστανται στις διαφορετικές συνθήκες ανταγωνισμού στα κράτη-μέλη και την συναφή σχέση προσφοράς και ζήτησης, η οποία προσδιορίζει την μέση προσδωκόμενη τιμή στην εκάστοτε σχετική αγορά. Παράγοντες, οι οποίοι συνδιαμορφώνουν την σχέση προσφοράς-ζήτησης αποτελούν επίσης ο καιρός, η εναλλακτική κάλυψη της ζήτησης από άλλα εποχιακά φρούτα, οι αργίες, οι απεργίες και οι ισοτιμίες συναλλάγματος. Ιδιαίτερη σημασία λαμβάνουν τα κυβερνητικά μέτρα, όπως οι διαφορετικοί εισαγωγικοί δασμοί και φορολογικές επιβαρύνσεις και οι δαπάνες μεταφοράς από τους λιμένες. Παρ'όλ'αυτά όμως, οι εν λόγω παράγοντες, έκρινε το Δικαστήριο, δικαιολογούν αποκλειστικά και μόνο διαφορετική τιμή λιανικής πώλησεως. Οι ωριμαντές-διανομείς φέρουν τον κίνδυνο των εν λόγω παραμέτρων της αγοράς, και όχι η United Brands, η οποία δραστηριοποιείται στην αγορά χονδρικής.

Κριτική ασκείται στην θέση που λαμβάνει το Δικαστήριο, καθότι επί της ουσίας κινητροδοτεί τις δεσπόζουσες επιχειρήσεις να προτιμούν την καθετοποιημένη διανομή αντί της διανομής με την δραστηριοποίηση μεσαζόντων. Πράγματι, η εν λόγω δομή κινήτρων οδηγεί στην κατάληψη της αγοράς λιανικής από την δεσπόζουσα επιχείρηση, σε βάρος της ανάπτυξης ανταγωνιστικών πιέσεων, οδηγώντας, εν τέλει, στην ενίσχυση της δεσπόζουσας θέσης και στην περαιτέρω εξασθένιση του ανταγωνισμού, σε αντιθεση με την τελεολογία του άρθρου 102 ΣΛΕΕ και την νομολογία περί “ειδικής ευθύνης” της δεσπόζουσας επιχείρησης. Παρά το γεγονός ότι, επί της αρχής, η εν λόγω κριτική χαιρεί ισχυρού νομικού θεμελίου, εν τις πράγμασι η αιτιώδης συνάφεια αντικειμενικού λόγου δικαιολόγησης και κατάχρησης απουσιάζει στο επίπεδο του χονδρικού εμπορίου. Με άλλα λόγια, η UBC δεν δικαιολογείται να διαφοροποιεί την τιμή χονδρικής, στηριζόμενη στα ως άνω επιχειρήματα.

Στην ίδια κατεύθυνση, στην απόφαση *Tournier*<sup>129</sup>, το Δικαστήριο επισημαίνει, ότι η χρέωση αισθητά υψηλότερων τιμών για την αναπαραγωγή ακουστικών έργων πνευματικής ιδιοκτησίας από τις κρατούσες στα άλλα κράτη-μέλη συνιστά κατάχρηση, αν δεν δύναται να δικαιολογηθεί αντικειμενικά. Αυτή η απόφαση αφορούσε τις χρεώσεις της Sacem, του οργανισμού συλλογικής διαχείρισης των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας στην Γαλλία, ο οποίος κατείχε θέση μονοπωλείου στην σχετική αγορά. Το Δικαστήριο προέβη σε σύγκριση με τις τιμές που χρεώνονται, για την αναπαραγωγή των έργων σε καταστήματα, σε άλλα κράτη-μέλη. Έκρινε ότι η διαφορετική τιμολόγηση δύναται να δικαιολογηθεί αντικειμενικά στην βάση του διαφορετικού κόστους λειτουργίας των Οργανισμών Συλλογικής Διαχείρισης σε κάθε κράτος-μέλος. Το κόστος αυτό συνίσταται στο κόστος του προσωπικού, αλλά και στα έξοδα εισπράξεως, διοικήσεως και επιμερισμού, τα οποία κυμαίνονται σε επίπεδα διαφορετικά στα κράτη-μέλη.

Από την νομολογία καθίσταται επομένως σαφές, ότι η αντικειμενική οικονομική δικαιολόγηση της διαφοροποιημένης τιμολόγησης περιορίζεται σε παράγοντες εκτός σφαίρας ελέγχου της δεσπόζουσας

<sup>129</sup> *Tournier*, C-395/87, σκ. 42

επιχείρησης, οι οποίοι ευθέως προσδιορίζουν το κόστος παραγωγής του προϊόντος ή παροχής της υπηρεσίας. Ταυτόχρονα, μόνη η ύπαρξη προστατευόμενου πνευματικού δικαιώματος δεν θα πρέπει να δικαιολογεί αντικειμενικά αισθητή διαφοροποίηση της τιμής, διότι η τιμολόγηση οφείλει να συνδέεται πρωτίστως με την ποιότητα και το είδος του προϊόντος.

### **Π.3.γ. Πότε και για ποιούς λόγους μπορεί να δικαιολογηθεί αντικειμενικά η χαμηλή τιμολόγηση;**

Η αδυναμία οικονομικής δικαιολόγησης της χαμηλής τιμολογιακής πολιτικής της δεσπόζουσας επιχείρησης αποκαλύπτει τον *prima facie* καταχρηστικό της χαρακτήρα και εγείρει το ζήτημα της αναζήτησης άλλων λόγων αντικειμενικής δικαιολόγησης της συμπεριφοράς. Όπως προαναφέρθηκε, η αντικειμενική δικαιολόγηση της συμπεριφοράς συνιστά αρνητική προϋπόθεση της κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης.

Οικονομικά αδικαιολόγητη θεωρείται η τιμολόγηση, είτε διότι ζημιώνει την δεσπόζουσα επιχείρηση, είτε διότι περιορίζει τα κέρδη της. Η απόφαση AKZO είναι καθοριστικής σημασίας, διότι σε αντιστοιχία με αυτές τις δύο οικονομικά ασύμφορες συμπεριφορές, θέσπισε ως μέτρο νομιμότητας της τιμολόγησης κάτω του κόστους την πρόθεση της δεσπόζουσας επιχείρησης. Συναφώς, όπως προκύπτει από την απόφαση AKZO, η πώληση κάτω του κόστους είναι καταχρηστική, και εμπίπτει στην απαγόρευση του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, όταν συντρέχουν διαζευκτικά οι ακόλουθες δύο συνθήκες<sup>130</sup>: είτε η τιμή βρίσκεται κάτω του μέσου μεταβλητού κόστους<sup>131</sup> και δεν υπάρχει αντικειμενική δικαιολόγηση (1), είτε βρίσκεται μεν άνω του μέσου μεταβλητού κόστους, αλλά παραμένει κάτω του μέσου συνολικού κόστους (2.α.) και υπάρχουν άμεσα αποδεικτικά στοιχεία για την ύπαρξη σκοπού αποκλεισμού (επί παραδείγματι, ρητή έκφραση πρόθεσης εξοβελισμού της χ ανταγωνίστριας επιχείρησης) (2.β.).

Στην πρώτη περίπτωση η πρόθεση αποκλεισμού των ανταγωνιστών τεκμαίρεται, ενώ στην δεύτερη περίπτωση θα πρέπει να αποδεικνύεται. Στην πρώτη περίπτωση, η πρόθεση αποκλεισμού τεκμαίρεται, διότι ο σκοπός αποκλεισμού του ανταγωνιστή είναι η μόνη λογική οικονομικά εξήγηση, διαφορετικά η δεσπόζουσα επιχείρηση δεν έχει περιθώρια απόσβεσης της ζημίας της από την τιμολογιακή πολιτική που

<sup>130</sup>AKZO κατά Επιτροπής, C-62/86, σκ. 71, 72, 74, 101, Tetra Pak κατά Επιτροπής (Tetra Pak II), C-333/94 P, σκ. 41

<sup>131</sup>Το μέσο μεταβλητό κόστος ορίζεται ως το μεταβλητό κόστος παραγωγής μιας μονάδας προϊόντος. Το μέσο συνολικό κόστος περιλαμβάνει το μέσο μεταβλητό κόστος και τα πάγια έξοδα της επιχείρησης. Πρβλ. Jones, Sufrin, EU Competition Law, Texts, Cases, and Materials, Sixth Edition, Oxford, p. 382

ακολουθεί. Η δεσπόζουσα επιχείρηση επωμίζεται μεσοπρόθεσμη ζημία -τα έσοδα δεν αντισταθμίζουν το κόστος παραγωγής ανά μονάδα προϊόντος και τα πάγια κόστη-, προκειμένου στην συνέχεια να επωφεληθεί από την κυρίαρχη διαμόρφωση των τιμών σε υψηλά επίπεδα, αφού πρώτα αποκλείσει από την αγορά τον ανταγωνιστή της. Διαφορετικά ποιάς ο λόγος να επωμίζεται ζημία, αν δεν αποσκοπεί στην μελλοντική κάλυψή της με αυτόν τον τρόπο; Στην δεύτερη περίπτωση δεν τεκμαίρεται πρόθεση αποκλεισμού, αφού η επιχείρηση καλύπτει το κόστος παραγωγής ανά μονάδα προϊόντος, επομένως δεν είναι δεδομένο ότι θα έχει ζημίες. Πράγματι, η ευνοϊκή τιμολογιακή πολιτική που ακολουθεί η δεσπόζουσα επιχείρηση ενδέχεται να οδηγήσει σε αύξηση των κερδών, ικανή να υπερκαλύψει τα πάγια έξοδα της επιχείρησης, τα οποία συνιστούν την βασική διαφορά μεταξύ μέσου συνολικού και μέσου μεταβλητού κόστους. Για τον λόγο αυτόν, σε αυτήν την περίπτωση, η πρόθεση αποκλεισμού πρέπει να αποδεικνύεται, προκειμένου να κριθεί η συμπεριφορά ως καταχρηστική.

Παρατηρείται από την απόφαση AKZO, ότι η πρόθεση διαδραματίζει πρωτεύοντα ρόλο στην διαπίστωση της κατάχρησης. Κρίνεται σκόπιμο να σημειωθεί, εν είδει παρενθέσεως, ότι η βαρύτητα που δίνει το Δικαστήριο στην πρόθεση της δεσπόζουσας επιχείρησης δεν είναι μεμπτή, ούτε και συνιστά αντίφαση προς τα όσα έγιναν δεκτά για τον αντικειμενικό χαρακτήρα της έννοιας της κατάχρησης. Πράγματι, όπως προαναφέρθηκε, κατά πάγια νομολογία<sup>132</sup>, η έννοια της κατάχρησης είναι έννοια αντικειμενική. Η διαπίστωση της πρόθεσης αποκλεισμού είναι όμως κρίσιμη για την κατάφαση της συνδρομής των δύο προϋποθέσεων κατάχρησης, όπως αυτές έχουν θεμελιωθεί στην απόφαση Hoffmann La-Roche. Πράγματι, η πρόθεση της δεσπόζουσας επιχείρησης, είτε τεκμαιρόμενη, είτε αποδεικνύομενη, έχει την έννοια ότι η συμπεριφορά είναι κατάλληλη να εμποδίσει την ανάπτυξη του ανταγωνισμού ή την είσοδο νέων ανταγωνιστών στην αγορά<sup>133</sup>. Συγχρόνως, από την στιγμή που στερείται οικονομικής λογικής, εάν δεν αποβλέπει στην κάλυψη των μεσοπρόθεσμων ζημιών δια του μονοπωλιακού καθορισμού των τιμών μετά τον εξοβελισμό του ανταγωνιστή, συνιστά “μη ομαλο ανταγωνισμό”. Ομοίως “μη ομαλή στον ανταγωνισμό” είναι η συμπεριφορά εφόσον ευθέως αποδεικνύεται ότι επιδιώκει τον αποκλεισμό του ανταγωνιστή, ως μέρος ρητής, στοχευμένης στρατηγικής.

Στην περίπτωση που η πρόθεση αποδεικνύεται ως στρατηγική της δεσπόζουσας, η εξέταση λόγων αντικειμενικής δικαιολόγησης παρέλκει, δηλαδή η συμπεριφορά είναι *per se* καταχρηστική. Αντίθετα, η τεκμαιρόμενη πρόθεση αποκλεισμού, λόγω της τιμολόγησης κάτω του μέσου μεταβλητού κόστους, ρητώς ιδρύει μαχητό τεκμήριο κατάχρησης. Η πώληση κάτω του μέσου μεταβλητού κόστους ως οικονομικά μη δικαιολογημένη, είναι καταχρηστική “ελλείπει άλλης αντικειμενικής δικαιολόγησης”<sup>134</sup>. Α

<sup>132</sup> Hoffmann-La Roche κατά Επιτροπής, C-85/76, σκ. 89-91

<sup>133</sup> Στην ίδια κατεύθυνση Loewenthal, *ibid*, p. 468

<sup>134</sup> AKZO κατά Επιτροπής, C-62/86, σκ. 71

contrario συνάγεται λοιπόν το συμπέρασμα, ότι στην δεύτερη περίπτωση καταχρηστικής τιμολόγησης (άνω του μέσου μεταβλητού -εφεξής Μ.Μ.Κ.- και κάτω του μέσου συνολικού κόστους -εφεξής Μ.Σ.Κ.-), η οποία συντρέχει εφόσον αποδειχθεί στρατηγική αποκλεισμού, η εξέταση της ύπαρξης αντικειμενικού λόγου δικαιολόγησης παρέλκει.

Πράγματι, η πώληση κάτω του Μ.Μ.Κ. δύναται να δικαιολογείται αντικειμενικά<sup>135</sup> εάν η επιχείρηση πρέπει να βρει αγοραστές για προϊόντα μειωμένης ζήτησης, όπως, επί παραδείγματι, για προϊόντα παλαιότερης τεχνολογίας<sup>136</sup>, για τρόφιμα ή προϊόντα με αυξημένο κόστος αποθήκευσης. Επιπλέον, αντικειμενική δικαιολόγηση της τιμολόγησης κάτω του Μ.Μ.Κ. δύναται να συνιστά η στρατηγική προώθησης νέας σειράς προϊόντων, εφόσον η εν λόγω τιμολογιακή στρατηγική έχει προσωρινό χαρακτήρα και διατηρείται μόνο για το αναγκαίο χρονικό διάστημα<sup>137</sup>. Σε αυτές τις περιπτώσεις παρίσταται οικονομικά εύλογη η πώληση με ζημία, εν όψει της εναλλακτικής της μη δυνατότητας συνάντησης της προσφοράς και της ζήτησης των εν λόγω προϊόντων στην αγορά (αδυναμία συναλλαγής) ή του δυσανάλογα υψηλού κόστους αποθήκευσης. Πράγματι, προτιμότερη καθίσταται η πραγματοποίηση της συναλλαγής σε λιγότερο συμφέρουσα για την δεσπόζουσα επιχείρηση τιμή, ενόψει του ενδεχομένου της μη πραγματοποίησής της.

Η πώληση κάτω του Μ.Μ.Κ. δικαιολογείται εξάλλου αντικειμενικά και στις αγορές της “νέας οικονομίας”<sup>138</sup>. Αυτές οι αγορές, επί παραδείγματι οι τηλεπικοινωνίες, το διαδίκτυο, η βιοτεχνολογία ή τα κοινωνικά δίκτυα, παρουσιάζουν το χαρακτηριστικό της πολύπλευρης ζήτησης (“multisided markets”). Σε αυτές τις αγορές, οι επιχειρήσεις ανταγωνίζονται για περισσότερες από μία, αλληλεξαρτώμενες ομάδες ζήτησης. Και συχνά, λόγω των λεγόμενων αποτελεσμάτων δικτύου (“network effects”), η ζήτηση στην μία πλευρά, τροφοδοτεί την ζήτηση στην άλλη, διότι υπάρχει διασταυρώμενο οικονομικό όφελος. Σε αυτές τις περιπτώσεις, μεγαλύτερη αξία πρέπει να δίνεται στα επαυξητικά έσοδα, η ενίσχυση των οποίων μπορεί να υπεραντισταθμίζει τις ζημίες από την τιμολόγηση κάτω του μέσου μεταβλητού κόστους ανά μονάδα παραγωγής. Επί παραδείγματι, η μηχανή αναζήτησης της Google, παρέχεται δωρεάν στους καταναλωτές, διότι χρηματοδοτείται από τις διαφημίσεις, οι οποίες, με την σειρά τους, απευθύνονται σε μεγαλύτερο κοινό -και αυξάνουν τα κέρδη τους- όσο αυξάνεται ο αριθμός χρηστών της μηχανής αναζήτησης. Σε αυτήν την περίπτωση, είναι φανερό ότι η δεσπόζουσα επιχείρηση καλύπτει τα

---

<sup>135</sup> Πρβλ. στην ίδια κατεύθυνση C. O’ Grady, *The Role of Exclusionary Intent in the Enforcement of Article 102 TFEU*, *World Competition* 37, no 4, (2014), p. 475, Kluwer Law International BV, The Netherlands

<sup>136</sup> Loewenthal, *ibid*, σελ. 464

<sup>137</sup> A. Jones and B. Sufirin, *EU Competition Law, Text, Cases and Materials*, Oxford, Sixth Edition, p. 48, 49, 390-391, 401-402.

<sup>138</sup> Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων της Επιτροπής για την εφαρμογή του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, *ibid*, σημείο 26 (3). Πρβλ. όμως την μη λήψη υπόψη των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών της αναπτυσσόμενης αγοράς ADSL στη υπόθεση Wanadoo Interactive, COMP/38.233

κόστη της από τις διαφημίσεις και την εμπορευματοποίηση των προσωπικών δεδομένων, επομένως δεν ζημιούται από την χαμηλή τιμολόγηση ή την δωρεάν παροχή της υπηρεσίας<sup>139</sup>.

Εξάλλου, το κρίσιμο μέγεθος στις αγορές αυτές (και σε άλλες αγορές) είναι το υψηλό αρχικό κόστος επένδυσης στις πάγιες υποδομές -εν πολλοίς λόγω της επένδυσης στην καινοτομία και στην παραγωγή πνευματικής ιδιοκτησίας εν γένει-, ενώ το μεταβλητό κόστος ενδέχεται να είναι συγκριτικά αμελητέο και, συναφώς, ακατάλληλο μέτρο καταχρηστικότητας της τιμολόγησης. Πράγματι, ένα δεύτερο χαρακτηριστικό των εν λόγω αγορών συνίσταται στο ότι ο ανταγωνισμός πραγματοποιείται, το πρώτον και κυρίως, για την αγορά και όχι μέσα στην αγορά. Ως εκ τούτου, η τιμολόγηση κάτω του M.M.K. ενδέχεται να είναι η μόνη οικονομικά εύλογη συμπεριφορά στις εν λόγω αγορές, προκειμένου να κατοχυρωθεί ο κρίσιμος αριθμός πελατών, ώστε η επιχείρηση να εδραιωθεί στην αγορά και να μην εκτοπιστεί αυτομάτως από τις ήδη καθιερωθείσες. Ο ανταγωνιστής, ο οποίος θα καταφέρει να κερδίσει το μεγαλύτερο κοινό, στην συνέχεια, αξιοποιώντας τα αποτελέσματα δικτύου (“network effects”), καθιερώνεται στην αγορά. Διαφορετικά, ήτοι εάν δεν τιμολογήσει κάτω του M.M.K, κατά πάσα πιθανότητα θα συναντήσει ανυπέρβλητα εμπόδια εισόδου στην αγορά. Πράγματι, στο μεσοδιάστημα, τα πάγια έξοδα και το κόστος παραγωγής της επιχείρησης δύνανται να καλύπτονται προσωρινά με αποθεματικά ή χρηματοπιστωτικές διευκολύνσεις.

Στην απόφαση France Telecom<sup>140</sup> εξάλλου, το Δικαστήριο επεσήμανε ρητώς, ότι από την στιγμή που η τιμολόγηση κάτω του M.M.K. συνιστά συνήθη πρακτική στην υπό εξέταση σχετική αγορά, λόγω των χαρακτηριστικών που λαμβάνει η ανταγωνιστική διαδικασία σε αυτήν, τείνει να υιοθετείται και από τους ανταγωνιστές και, ως εκ τούτου, δεν πιθανολογείται ο αποκλεισμός τους από την αγορά. Συνεπώς, η τιμολόγηση είναι αντικειμενικά δικαιολογημένη, αφού σε άλλη περίπτωση θα συνέβαινε το παράδοξο να μην έχει κίνητρο παραμονής στην αγορά η δεσπόζουσα επιχείρηση.

Πιο προσεκτική μελέτη της νομολογίας αποδεικνύει, ότι ακόμα και όταν δεν αποδεικνύεται -εγγράφως ή με άλλο άμεσο τρόπο- στρατηγική αποκλεισμού, η τιμολόγηση κάτω του μέσου συνολικού κόστους δεν είναι άνευ ετέρου επιτρεπτή για μια δεσπόζουσα επιχείρηση. Αντιθέτως, η δεσπόζουσα επιχείρηση θα πρέπει να έχει αντικειμενικό λόγο τιμολόγησης κάτω του μέσου συνολικού κόστους και να τηρείται η αρχή της αναλογικότητας. Δικαιολογείται αντικειμενικά, εφόσον η δεσπόζουσα επιχείρηση βρίσκεται ενώπιον συγκεκριμένου κινδύνου απόσπασης της πελατείας της από ανταγωνιστή -όχι προκειμένου να προσεταιριστεί την πελατεία του-, και μόνο κατά το μέτρο του αναγκαίου, προκειμένου να αμυνθεί. Σε αυτήν την περίπτωση, η τιμολόγηση κάτω του μέσου συνολικού κόστους συνιστά εύλογη απάντηση στις προκλήσεις των ανταγωνιστών. Διαφορετικά, συνιστά κατάχρηση.

<sup>139</sup>M. Rato and N. Petit, “Abuse of Dominance in Technology-enabled Markets: Established Standards Reconsidered?”, European Competition Journal, 2013 (9), p. 50-51

<sup>140</sup> France Telecom κατά Επιτροπής, T-340/03, σκ. 107-109

Η AKZO επιχειρηματολογεί σε αυτήν την λογική, ότι η διατήρηση των τιμών κάτω του μέσου συνολικού κόστους είχε σκοπό την μη απόσπαση της πελατείας της από τον βασικό της ανταγωνιστή. Το Δικαστήριο απέρριψε το επιχείρημα, διότι η AKZO δεν προχώρησε σε απλή ευθυγράμμιση των τιμών, αλλά χρέωνε τιμές κατώτερες από αυτές του ανταγωνιστή<sup>141</sup>. Συνεπώς, κρίθηκε ότι σε αυτήν την περίπτωση τεκμαίρεται η πρόθεση αποκλεισμού. Και αυτό, διότι η AKZO υπερέβη το μέτρο του αναγκαίου για την διατήρηση της πελατείας της και εφάρμοσε στρατηγική, της οποίας μόνος λογικός στόχος δεν μπορεί παρά να είναι η απόσπαση πελατείας από τον ανταγωνιστή. Είναι φανερό ότι η συμπεριφορά πρέπει να διέλθει το “φίλτρο” της αναλογικότητας, προκειμένου να αποκλειστεί ο καταχρηστικός της χαρακτήρας. Η αρχή της αναλογικότητας συνιστά οριζόντιο γνώμονα του αντικειμενικά δικαιολογημένου της συμπεριφοράς.

Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συγκεκριμένη ανταγωνιστική προσφορά και κίνδυνος απόσπασης πελατείας, προκειμένου να δικαιολογείται αντικειμενικά η τιμολόγηση κάτω του μέσου συνολικού κόστους της δεσπόζουσας επιχείρησης (και άνω του μέσου μεταβλητού κόστους). Και μάλιστα, η τιμολόγηση θα θεωρηθεί ως αντιβαίνουσα στην αρχή της αναγκαιότητας (και ως εκ τούτου καταχρηστική), εφόσον η απλή ευθυγράμμιση της τιμής με αυτήν του ανταγωνιστή θα αρκούσε για την αντιστάθμιση της ζημίας της επιχείρησης. Απλή τιμολογιακή ευθυγράμμιση αρκεί, ότι βαίνει πέραν αυτής, συνιστά κατάχρηση (“beating competition”).

Πάντως, ούτε και το δικαίωμα της δεσπόζουσας επιχείρησης να ευθυγραμμίζει τις τιμές της με αυτές του ανταγωνιστή φαίνεται να είναι απόλυτο<sup>142</sup>. Το Δικαστήριο έχει επανειλημμένως κρίνει, ότι, μολονότι η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης δεν είναι δυνατό να στερήσει από μια επιχείρηση που κατέχει τέτοια θέση το δικαίωμα να προστατεύει τα εμπορικά της συμφέροντα, όταν αυτά θίγονται, και ότι πρέπει να της παρέχεται σε εύλογο βαθμό η ευχέρεια να λαμβάνει τα μέτρα που αυτή κρίνει πρόσφορα για την προστασία των εν λόγω συμφερόντων, η συμπεριφορά της δεν μπορεί να γίνει δεκτή όταν ο σκοπός της φαίνεται εκ των πραγμάτων να είναι ακριβώς η ενίσχυση της δεσπόζουσας αυτής θέσης<sup>143</sup>. Αυτό συμβαίνει όταν η συμπεριφορά βαίνει πέραν του αναγκαίου για την διατήρηση της δεσπόζουσας θέσης και αποβλέπει στην ενίσχυσή της, πράγμα που ενδεχομένως ισχύει και σε περίπτωση απλής ευθυγράμμισης των τιμών με αυτές του ανταγωνιστή.

Όπως αποδεικνύεται από τα ανωτέρω, είναι πιθανό να απαγορεύεται για την δεσπόζουσα επιχείρηση μια συμπεριφορά καθόλα ομαλή στον ανταγωνισμό και επιτρεπτή για οποιαδήποτε μη δεσπόζουσα

---

<sup>141</sup> AKZO κατά Επιτροπής, C-62/86, σκ. 101, 102, 107, 110, 112, 114, 115, 129-130, 146.

<sup>142</sup> France Telecom, C-202/07P, σκ. 45-47 και στο Πρωτοδικείο, T-340/03, σκ. 186

<sup>143</sup> United Brands και United Brands Continentaal κατά Επιτροπής, σκ. 189, BPB Industries και British Gypsum κατά Επιτροπής, T-65/89, σκέψη 117, France Telecom, T-340/03, σκ. 185, Michelin κατά Επιτροπής, *ibid*, σκ. 57

επιχείρηση<sup>144</sup>. Πρόκειται για την ίδια λογική με αυτήν στην απόφαση Tetra Pak, στην οποία η πρακτική της δεσμοποίησης κρίθηκε καταχρηστική για την δεσπόζουσα επιχείρηση, ενώ μια αντίστοιχη πρακτική δεν απαγορεύεται στις μη δεσπόζουσες επιχειρήσεις. Πρόκειται για απόρροια της γενικής αρχής της “ειδικής ευθύνης της δεσπόζουσας επιχείρησης” να μην εμποδίζει την διατήρηση του ήδη εξασθενημένου ανταγωνισμού στην σχετική αγορά και την είσοδο νέων ανταγωνιστών. Η εν λόγω ειδική ευθύνη είναι άρρηκτα συνδεδεμένη με τον στόχο της ενιαίας αγοράς, όπως αυτός επαναλαμβάνεται και στο πρώτο εδάφιο του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, υπό την μορφή της απαγόρευσης των συμπεριφορών που δύνανται να περιορίσουν το μεταξύ των κρατών-μελών εμπόριο. Κατά την εδώ υποστηριζόμενη άποψη, η διεύρυνση της “ειδικής ευθύνης” καταλήγει ορισμένες φορές να καθιστά εξ αρχής άνευ αντικειμένου και αλυσιτελή τα όποια επιχειρήματα “competition on the merits” προβάλλει η δεσπόζουσα επιχείρηση. Αμφισβητείται εάν κάτι τέτοιο είναι επιθυμητό, ενώ μάλλον περιορίζει υπερβολικά την επιχειρηματική ελευθερία της δεσπόζουσας επιχείρησης.

Το Πρωτοδικείο έκρινε ρητά, με την απόφαση ITT Promedia κατά Επιτροπής<sup>145</sup>, ότι από τη φύση των επιβαλλόμενων από το άρθρο 102 ΣΛΕΕ υποχρεώσεων προκύπτει ότι, υπό τις ειδικές συνθήκες αγοράς - λόγω της παρουσίας της δεσπόζουσας επιχείρησης-, οι δεσπόζουσες επιχειρήσεις μπορεί να μην έχουν το δικαίωμα να προβούν σε ενέργειες, οι οποίες δεν είναι αφ' εαυτές καταχρηστικές και δεν θα ήταν επικριτέες αν είχαν πραγματοποιηθεί από επιχειρήσεις που δεν κατέχουν δεσπόζουσα θέση. Η εν λόγω ειδική ευθύνη της δεσπόζουσας επιχείρησης δικαιολογείται από το γεγονός ότι, ακριβώς λόγω της παρουσίας της στην σχετική αγορά, ο ανταγωνισμός είναι ήδη εξασθενημένος<sup>146</sup>.

Επομένως, ακόμη και το ποσοτικό κριτήριο της AKZO δεν είναι απόλυτο. Ακόμα και οι τιμές άνω του μέσου συνολικού κόστους, οι οποίες δικαιολογούνται οικονομικά στις μη δεσπόζουσες επιχειρήσεις, συνιστούν κατάχρηση, εάν η συμπεριφορά είναι κατάλληλη να αποκλείσει τους ανταγωνιστές ή να θέσει εμπόδια στο μεταξύ των κρατών-μελών εμπόριο. Στην απόφαση Irish Sugars<sup>147</sup>, η εν λόγω δεσπόζουσα επιχείρηση προέβη σε επιλεκτική τιμολόγηση άνω του μέσου συνολικού κόστους, κατώτερη της τιμής που επέβαλλε για το ίδιο προϊόν σε άλλους πελάτες. Συγκεκριμένα, οι εν λόγω χαμηλότερες τιμές απευθύνονταν μόνο στους μεταπωλητές, τους ευρισκόμενους στα σύνορα με την Βόρεια Ιρλανδία. Και αυτό, προκειμένου να αντιμετωπίσει τον ανταγωνισμό από την εισαγωγή της φθηνότερης ζάχαρης της Βορείου Ιρλανδίας, συμπεριλαμβανομένης της επανεισαγόμενης δικής της ζάχαρης.

---

<sup>144</sup> BPB Industries and British Gypsum v Commission, T-65/89, σκ. 67. Tetra Pak, T-83/91, σκ. 73

<sup>145</sup> ITT Promedia κατά Επιτροπής, T-111/96, σκ.139-140. Στην ίδια κατεύθυνση πρβλ. Tetra Pak, T-83/91, σκ. 23, 186

<sup>146</sup> Deutsche Telekom, C-280/08 P, σκ..182

<sup>147</sup> Irish Sugars, T-228/97, σκ. 175, 185-187



Από την στιγμή που επρόκειτο για πολιτική καταμερισμού των αγορών, το Δικαστήριο θεώρησε την συμπεριφορά καταχρηστική, αρνούμενο να εξετάσει λόγους αντικειμενικής δικαιολόγησής της. Συγκεκριμένα, δεν ενδιέφερε το γεγονός ότι, λόγω ζημιών που υπέστη, η επιχείρηση αδυνατούσε να εφαρμόσει τις ίδιες τιμές σε όλους τους πελάτες. Ούτε το ότι η συμπεριφορά της ήταν αμυντική, έτεινε στην διατήρηση της πελατείας της και όχι στην επιθετική διεκδίκηση της πελατείας του ανταγωνιστή. Ούτε και το γεγονός ότι το παράνομο εμπόριο ασκούσε αυξημένες ανταγωνιστικές πιέσεις στην δεσπόζουσα. Ο επιλεκτικός χαρακτήρας των εκπτώσεων αρκούσε για την κατάφαση της κατάχρησης, χωρίς να εξεταστούν λόγοι αντικειμενικής δικαιολόγησής της.

Σε ανάλογο συμπέρασμα κατέληξε το Δικαστήριο στην απόφαση *Compagnie Maritime Belge*<sup>148</sup>. Εκεί μια ναυτιλιακή διάσκεψη, η οποία κατείχε συνολική δεσπόζουσα θέση άνω του 90% της σχετικής αγοράς, οργάνωσε τον προγραμματισμό των δρομολογίων των πλοίων σε ημέρες κοντά σε αυτές του ανταγωνιστή και προέβη στην ευθυγράμμιση των τιμών της με αυτές του ανταγωνιστή (“fighting ships”). Η τιμολόγηση δεν ήταν κάτω του μέσου συνολικού κόστους, επομένως δεν κλήθηκε σε εφαρμογή ο κανόνας της AKZO. Ήταν όμως σαφές, ότι η δεσπόζουσα επιχείρηση σκόπευε να αποσπάσει πελατεία από τον μοναδικό της ανταγωνιστή. Όπως εγγράφως αποδεικνύετο, ο σκοπός ήταν ο εξοβελισμός του ανταγωνιστή σε μια μάχη επί των τιμών. Καμία αντικειμενική δικαιολόγηση δεν μπορεί να ανατρέψει αυτό το συμπέρασμα. Ισχυρισμοί ότι η πρακτική υιοθετείται σε προστασία του εκ του νόμου μονοπωλείου της διάσκεψης ή για την κάλυψη της ζημίας από την διακριτική μεταχείριση από μέρους των αρχών κρίθηκαν αδιάφοροι. Πράγματι, τα δρομολόγια οργανώθηκαν χρονικά κατά τέτοιο τρόπο, ώστε να θέσουν τις επιχειρήσεις σε κατάσταση τεχνητού ανταγωνισμού, ενώ, με διαφορετική οργάνωση, ο πόλεμος επί των τιμών θα μπορούσε να είχε αποφευχθεί. Επρόκειτο για σχέδιο και οιονεί κατασκευή των πραγματικών συνθηκών, κατά τρόπο που η αντικειμενική δικαιολόγηση εξ αρχής στερείτο γνησιότητας.

Προβλήματα δημιουργεί όμως η θεωρία της “ειδικής ευθύνης”, όταν διακρίνει μεταξύ δεσποζουσών επιχειρήσεων, ανάλογα με τον βαθμό οικονομικής ισχύος. Κατά την εδώ υποστηριζόμενη άποψη, η θεωρία της “ειδικής ευθύνης” της δεσπόζουσας επιχείρησης, εάν διακρίνει τις δεσπόζουσες επιχειρήσεις ανάλογα με τον βαθμό οικονομικής ισχύος, ενέχει τον κίνδυνο της δημιουργίας αντικινήτρων. Υπάρχουν όμως στοιχεία στην νομολογία του Δικαστηρίου, τα οποία υποδεικνύουν προς αυτήν την κατεύθυνση. Πράγματι, κατά το Δικαστήριο, στην απόφαση *United Brands*, η αρχή της αναλογικότητας φαίνεται να απαιτεί την λήψη υπόψη του βαθμού της οικονομικής ισχύος της επιχείρησης<sup>149</sup>. Σύμφωνα με τον ΓΕ Fennelly στην υπόθεση *Compagnie Maritime Belge*, μια “υπερδεσπόζουσα” επιχείρηση (που τείνει προς

<sup>148</sup> *Compagnie Maritime Belge Transports SA and Others v. Commission*, T-24-26&28/93, σκ. 117-119, 146, 147-148.

<sup>149</sup> *United Brands*, *ibid*, σκ.190.

την ισχύ μονοπωλείου) έχει αυξημένη “ειδική ευθύνη” σε σχέση με μια απλώς δεσπόζουσα επιχείρηση. Κατά τον Γενικό Εισαγγελέα, η “υπερδεσπόζουσα” επιχείρηση δεν νομιμοποιείται να προβαίνει σε διακριτική τιμολόγηση για την διατήρηση της πελατείας της στην οποία στοχεύει ανταγωνιστής -έστω και μη ευρισκόμενη κάτω του μέσου συνολικού της κόστους-, παρά το γεγονός ότι η συμπεριφορά υιοθετείται σε αντίκρουση επιθετικής τιμολογιακής πολιτικής από νεοεισερχόμενο ανταγωνιστή και εν κινδύνω απόσπασης πελατείας<sup>150</sup>.

Πρέπει να σημειωθεί ότι μεταγενέστερη νομολογία μοιάζει να σχετικοποιεί έτι περαιτέρω τον κανόνα του *per se* αντι-ανταγωνιστικού χαρακτήρα της τιμολόγησης κάτω του μέσου μεταβλητού κόστους. Με άλλα λόγια, πλην των επιχειρημάτων αντικειμενικής δικαιολόγησης στην βάση θεμιτών συμφερόντων, γίνονται επό της αρχής δεκτά και επιχειρήματα οικονομικής αποτελεσματικότητας. Αυτό συμβαίνει, εφόσον κριθεί ότι κατά το αποτέλεσμα της, η συμπεριφορά παράγει οφέλη για τον καταναλωτή, τα οποία αντισταθμίζουν τις αρνητικές επιπτώσεις της κατάχρησης. Πράγματι, από την απόφαση *Post Danmark*<sup>151</sup> προκύπτει η δυνατότητα αντικειμενικής δικαιολόγησης της τιμολόγησης κάτω του μέσου μεταβλητού κόστους στη βάση επιχειρημάτων αποτελεσματικότητας.

Όπως προκύπτει από τις ως άνω αναφορές στη νομολογία, το Δικαστήριο έχει θεσπίσει -πλάι στον κανόνα της AKZO- και την διάκριση “meeting competition” και “beating competition”<sup>152</sup>. Ανεξάρτητα από το αν η συμπεριφορά πληροί ένα εκ των δύο τεστ της απόφασης AKZO, σε καμία περίπτωση δεν θα θεωρηθεί αντικειμενικά δικαιολογημένη ως αντίδραση στις προκλήσεις των ανταγωνιστικών πιέσεων, εφόσον τεκμαίρεται *ex rem* ή αποδεικνύεται ευθέως η πρόθεση καταμερισμού των αγορών ή αποδυνάμωσης του υφιστάμενου ανταγωνισμού. Πράγματι, όποια πρακτική συνίσταται σε στυγνό πόλεμο επί των τιμών συνιστά κατάχρηση. Και αυτό διότι είναι ακραία δυσανάλογη. Πρώτον, δεν ανταποκρίνεται σε υγιή ανταγωνισμό επί των παροχών, ο οποίος εξυπηρετεί τους στόχους της Συνθήκης (αύξηση βιοτικού επιπέδου, βελτίωση της παραγωγής). Δεύτερον, πολύ περισσότερο, τέτοιες πρακτικές βαίνουν ευθέως αντίθετα στην ουσία του υγιούς ανταγωνισμού, διότι μακροπρόθεσμα διώχνουν από την αγορά τις παροχές ποιότητας, αφού οι επιχειρήσεις που τις προσφέρουν δεν θα είναι διατεθειμένες να ρίξουν τις τιμές σε τέτοια επίπεδα (έστω και άνω του συνολικού τους κόστους)<sup>153</sup>.

---

<sup>150</sup> Προτάσεις AG Fennelly, *Compagnie Maritime Belge Transports SA κατά Επιτροπής*, C-395/96P- C-396/96P, σκ. 137

<sup>151</sup> *Post Danmark*, C-209/10, σκ. 27, 41: “η τιμολόγηση κάτω του M.M.K. είναι *κατ'αρχήν* απαγορευμένη” και *France Telecom*, C-202/07P, σκ. 109

<sup>152</sup> Η διάκριση αυτή συνιστά βασικό γνώμονα της καταχρηστικότητας της συμπεριφοράς πρβλ. *Loewenthal*, *ibid*, p. 471

<sup>153</sup> G. Akerlof, *The market for “Lemons”: Quality, Uncertainty and the Market Mechanism*, *The Quarterly Journal of Economics*, Volume 84, Issue 3, 1970, p. 488-500, available at: <http://staff.bath.ac.uk/ecsjgs/Teaching/Advanced%20Microeconomics/Articles/akerlof.PDF>

Οι δύο κανόνες μπορούν να συνοψισθούν στην αρχή “competition on the merits”, η οποία έχει καθιερωθεί νομολογιακά<sup>154</sup>. Πρόκειται για μια ευρύτερη αρχή, η οποία διακρίνει γενικά και σε κάθε περίπτωση το αν η συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης μπορεί ή όχι να δικαιολογηθεί αντικειμενικά. Οποιαδήποτε πρακτική είναι ικανή να θέσει σε μειονεκτική θέση τον ανταγωνιστή, χωρίς να στηρίζεται στην ποιοτική υπεροχή του παρεχόμενου προϊόντος ή υπηρεσίας, δεν μπορεί να τύχει αντικειμενικής δικαιολόγησης. Η ενίσχυση της δεσπόζουσας θέσης μπορεί να επιχειρηθεί μόνο με μέσα που υπακούουν σε αυτή την αρχή. Αν η δεσπόζουσα θέση τείνει να ενισχυθεί με επιθετική (τιμολογιακή ή εκπτωτική) πολιτική, τότε η συμπεριφορά θα είναι αδύνατον να δικαιολογηθεί αντικειμενικά.

---

<sup>154</sup> Ενδεικτικά Deutsche Telekom, C-280/08 P, σκ. 177, AKZO, ibid, σκ. 70

### III. Η Σημασία των Επιχειρημάτων Οικονομικής Αποτελεσματικότητας για την Εκτίμηση της Κατάχρησης (“economic efficiency”)

#### III.1. Η οικονομική αποτελεσματικότητα ως μέσο ex post δικαιολόγησης της αντι-ανταγωνιστικής πρακτικής στην πρακτική της Επιτροπής και στη νομολογία - Κριτική θεώρηση

##### III.1.a. Εισαγωγικές Παρατηρήσεις

Το Δικαστήριο, ενώ φαίνεται να κάνει δεκτά επί της αρχής τα επιχειρήματα “economic efficiency” στα πλαίσια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, τείνει να τα απορρίπτει επί της ουσίας. Εκκινώντας από την μη πρόβλεψη αντίστοιχης εξαίρεσης με αυτήν του άρθρου 101(3) ΣΛΕΕ στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ, η νομολογία αποκαλύπτει την νομική οδό ενσωμάτωσης των εν λόγω επιχειρημάτων στο άρθρο αυτό, μέσα στα πλαίσια της οριοθέτησης της ίδιας της έννοιας της κατάχρησης. Η λογική, η οποία θεμελιώνει την επί της αρχής αποδοχή των επιχειρημάτων αυτών από το Δικαστήριο βασίζεται στην πρόταξη του “consumer welfare” στην τελολογική ερμηνεία του άρθρου 102 ΣΛΕΕ και υλοποιείται δια της υιοθέτησης μιας “πιο οικονομικής προσέγγισης” της διάταξης (“effects based/more economic approach”).

Αυτών γενομένων δεκτών, αναδεικνύονται οι πρακτικοί λόγοι απόρριψής τους επί της ουσίας. Τα επιχειρήματα αυτής της φύσεως απορρίπτονται επί της ουσίας, διότι δεν επιτυγχάνουν στο τεστ της στάθμισης, την οποία εφαρμόζει η νομολογία, ακολουθώντας το πρότυπο της τρίτης παραγράφου του άρθρου 101 ΣΛΕΕ -όπως και η Επιτροπή στην Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων του 2009-<sup>155</sup>. Υποστηρίζεται, ότι η ίδια η φύση των επιχειρημάτων “economic efficiency” καθιστά την αναγκαία στάθμιση αδύνατη ή πάντως το αποτέλεσμα της αβέβαιο (με ό,τι αυτό συνεπάγεται για την ασφάλεια δικαίου). Για τον λόγο αυτό θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι πρόκειται για επιχειρήματα προσανατολισμένα στο “total welfare” και όχι στο “consumer welfare”<sup>156</sup>.

Κατ’αρχάς όμως, τίθεται το ερώτημα εάν τα επιχειρήματα αυτά μπορούν όντως να ενσωματωθούν στην έννοια της κατάχρησης ή λειτουργούν απαραίτητως ως εξαιρέσεις, με αποτέλεσμα να μην δύνανται να γίνουν δεκτά στα πλαίσια του ορισμού της έννοιας της κατάχρησης, παρά μόνο εάν γίνει δεκτή η πιο

<sup>155</sup> Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων της Επιτροπής στην εφαρμογή του άρθρου 82 ΕΚ, 2009/C 45/02, OJ C45, 24.2.2009, p. 7-20, σημείο 30

<sup>156</sup> πρβλ. Chirita, Undistorted, (Un)fair Competition, Consumer Welfare and the Interpretation of Article 102 TFEU, World Competition 33, 3 (2010): p. 417-436, Kluwer Law International BV, σελ. 427.

οικονομική προσέγγιση της διάταξης -όπως θα εκτεθεί η έννοια αυτή στην συνέχεια-. Γενόμενης δεκτής της λειτουργίας τους ως εξαιρέσεων και της συνακόλουθης εξάρτησής τους από την υιοθέτηση της εν λόγω προσέγγισης, αμφισβητείται η επικράτηση αυτής της “πιο οικονομικής προσέγγισης” (“effects based/more economic approach”) στην νομολογία. Αναδεικνύονται έτσι τα αποδεικτικά προβλήματα που δημιουργούνται από τον συνδυασμό της φορμαλιστικής προσέγγισης και της προσπάθειας δικαιολόγησης της συμπεριφοράς στην βάση επιχειρήματος οικονομικής αποτελεσματικότητας. Επιπλέον, υποστηρίζεται, ότι η μεγιστοποίηση της ωφέλειας του καταναλωτή δεν συνιστά αυτοτελές προστατευόμενο αγαθό του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, ικανό να αποσπαστεί από την ανάγκη προστασίας του ανταγωνισμού ως θεσμού και διαδικασίας, και συναφώς της προστασίας του ανταγωνιστή. Σε αυτήν την βάση, αμφισβητείται και το δεύτερο έρεισμα των επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας στην ανάλυση του άρθρου 102 ΣΛΕΕ.

Όπως προαναφέρθηκε, τα επιχειρήματα οικονομικής αποτελεσματικότητας έχουν τον λειτουργικό χαρακτήρα εξαίρεσης. Προκειμένου να αναδειχθεί ο χαρακτήρας εξαίρεσης των επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας, κρίθηκε σκόπιμη η αντιδιαστολή με τα επιχειρήματα αντικειμενικής οικονομικής δικαιολόγησης, τα οποία αναπτύχθηκαν στα πλαίσια του δευτέρου κεφαλαίου του πρώτου μέρους. Υπάρχουν δύο όψεις της οικονομικής αποτελεσματικότητας. Είτε είναι συντελεσμένη, είτε εν δυνάμει. Τα αντίστοιχα επιχειρήματα δύνανται να χαρακτηριστούν ως “στατικά” και “δυναμικά” αντιστοίχως. Μόνο η δεύτερη κατηγορία εξετάζεται στην παρούσα ενότητα, ενώ η πρώτη εξετάστηκε στο δεύτερο κεφάλαιο της προηγούμενης ενότητας, στο πλαίσιο της αντικειμενικής οικονομικής δικαιολόγησης.

Εφεξής, όταν γίνεται λόγος για επιχειρήματα οικονομικής αποτελεσματικότητας ή “economic efficiency”, θα πρόκειται αποκλειστικά για “δυναμικά” επιχειρήματα. Ας σημειωθεί προκαταρκτικά, προς αποφυγή συγχύσεων, ότι η διάκριση μεταξύ “στατικών” και “δυναμικών” επιχειρημάτων, όπως υιοθετείται στα πλαίσια της παρούσας μελέτης, δεν ανταποκρίνεται στην συνήθη χρήση των όρων. Τα δυναμικά επιχειρήματα, μπορεί να συνίστανται τόσο σε μείωση τιμών (allocative efficiencies), όσο και στην ανάπτυξη της καινοτομίας (stricto sensu dynamic efficiencies). Αυτό που τα διαφοροποιεί από τα στατικά επιχειρήματα είναι ο μελλοντικός και αβέβαιος χαρακτήρας τους και το γεγονός ότι, στα πλαίσια της ανάλυσης του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, λειτουργούν ex post, στην λογική εξαίρεσης.

Ως δυναμικά εννοούνται στα πλαίσια της παρούσης και τα μετρήσιμα επιχειρήματα, τα οποία όμως εστιάζουν στην μελλοντική αύξηση της παραγωγικότητας της δεσπόζουσας επιχείρησης (“productive efficiencies”). Και αυτό, διότι όταν αναφέρονται στο μέλλον (prospective) η ωφέλεια του καταναλωτή είναι εξίσου μελλοντική και αβέβαιη, διότι είναι ρευστή η σύγκριση με το υποθετικό μέγεθος της παραγωγικότητας της δεσπόζουσας και των ανταγωνιστών της εάν δεν είχε λάβει χώρα η κατάχρηση. Η αύξηση της παραγωγικότητας της δεσπόζουσας επιχείρησης δεν φαίνεται, ως εκ τούτου, να θεωρείται

θεμιτό συμφέρον, το οποίο να στοιχειοθετεί επιχείρημα αντικειμενικής δικαιολόγησης της κατάχρησης. Αυτό μοιάζει να επιβεβαιώνεται από το Δικαστήριο στην υπόθεση ICI κατά Επιτροπής<sup>157</sup>. Πρόκειται συναφώς για έναν πρώτο υπαινιγμό ως προς την αδυναμία αποδοχής των επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας στην νομολογία.

### **III.1.β. Επί της Αρχής Ενστάσεις**

Όπως προαναφέρθηκε, η ανάγνωση της προστασίας του καταναλωτή μεταξύ των στόχων του άρθρου 102 ΣΛΕΕ συνιστά προϋπόθεση της λήψης υπόψη επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας. Το άρθρο 119(1) ΣΛΕΕ, συνδυαζόμενο με το άρθρο 120 εδ. β' ΣΛΕΕ, το οποίο αναφέρεται στην “αποτελεσματική κατανομή των πόρων” δύνανται να αποτελέσουν μια πρώτη νομική βάση επίκλησης των επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας στα πλαίσια της ανάλυσης του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Πράγματι, η πολιτική της ανοικτής αγοράς με ελεύθερο ανταγωνισμό έχει ως βασική τελεολογική της παράμετρο την αποτελεσματική κατανομή των πόρων, δηλαδή το αιώτερο συμφέρον του καταναλωτή από την προαγωγή των πλέον αποτελεσματικών επιχειρήσεων. Να σημειωθεί πάντως, ότι το άρθρο 120 ΣΛΕΕ παραλείπει να αναφερθεί σε αποτελεσματικότητες καινοτομίας, περιοριζόμενο στην “αποτελεσματική κατανομή των πόρων”. Παρ'ολ'αυτά, κατά την ορθότερη μάλλον θεώρηση του “consumer welfare”, ο καταναλωτής δεν ωφελείται αποκλειστικά από την μείωση των τιμών και την βέλτιστη κατανομή των πόρων (allocative efficiency), αλλά πρωτίστως από την βελτίωση της ποιότητας και την προώθηση της καινοτομίας. Το συμφέρον του καταναλωτή δεν περιορίζεται σε μαξιμαλιστικούς υπολογισμούς.

Ήδη όμως, σε αντίφαση με την προηγούμενη παραδοχή της δυνατότητας ενσωμάτωσης επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ με έρεισμα την προστασία του καταναλωτή, πρέπει να σημειωθεί ότι ως επιχειρήματα “efficiency” δεν φαίνεται να γίνονται δεκτά τα επιχειρήματα εξοικονόμησης για την έρευνα και την καινοτομία, όπως φαίνεται μεταξύ άλλων, από την απόφαση *Sot. Lelos v. GlaxoSmithKline*<sup>158</sup>. Πράγματι, το Δικαστήριο τείνει, όπως θα αναπτυχθεί στην συνέχεια, προς την φορμαλιστική προσέγγιση του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Ενόψει της πρακτικής καταμερισμού των αγορών, η οποία υιοθετήθηκε από την δεσπόζουσα επιχείρηση, και η οποία παραβιάζει στον πυρήνα του το άρθρο

---

<sup>157</sup> ICI κατά Επιτροπής T-66/01, σκ. 306

<sup>158</sup> *Sot. Léllos kai Sia*, C-468/06, σκ. 44,45,57,70

102 ΣΛΕΕ, το Δικαστήριο αρνήθηκε να εξετάσει τα όποια επιχειρήματα οικονομικής αποτελεσματικότητας προέβαλλε η GlaxoSmithKline. Ούτε η θέση αντικινήτρων στην έρευνα και την καινοτομία -λόγω της εκ των πραγμάτων μείωσης των εσόδων, τα οποία θα μπορούσαν να επενδυθούν προς τον σκοπό αυτόν-, αλλά ούτε και η απουσία τελικής ωφέλειας του καταναλωτή από τις μειωμένες τιμές -τα οφέλη του παράλληλου εμπορίου καρπούνταν ιδίως οι μεταπωλητές- δεν στάθηκαν ικανά να δικαιολογήσουν την καταχρηστική συμπεριφορά. Επί των προβλημάτων που εγείρει η προώθηση των συμφερόντων του καταναλωτή στην αποδοχή των επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας θα επανέλθουμε στην συνέχεια.

Προτάσσεται η προβληματική της λειτουργικής φύσης των επιχειρημάτων αυτών. Το χρονικό σημείο αναφοράς των επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας, τα καθιστά φύσει εξαιρέσεις, με αποτέλεσμα να μην μπορούν να ληφθούν εύκολα υπόψη στην οριοθέτηση της έννοιας της κατάχρησης. Έρχονται να νομιμοποιήσουν μια *prima facie* καταχρηστική συμπεριφορά, ένα άδικο οικονομικό πλεονέκτημα, το οποίο δεν υπαγορεύεται από αντικειμενική αναγκαιότητα ή θεμιτό εμπορικό συμφέρον. Στα “στατικά” επιχειρήματα, όπως είδαμε, η δικαιολόγηση της πρακτικής δεν εξαρτάται από το αποτέλεσμα αποκλεισμού που θα επιφέρει. Υπάρχουν αντικειμενικοί οικονομικοί λόγοι, οι οποίοι υπαγορεύουν *ex ante* και υπό όρους αναλογικότητας την συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης, δίνοντάς της αυτόνομη οικονομική λογική. Τα “στατικά” επιχειρήματα εκφράζουν οικονομικώς μετρήσιμα μεγέθη οικονομικής απόδοσης και λειτουργούν *ex ante*, αίροντας την κατάχρηση. Στις περιπτώσεις αυτές είναι εύκολο να γίνει δεκτό ότι δεν υπάρχει *prima facie* κατάχρηση, δηλαδή ότι βρισκόμαστε εκτός πεδίου εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ.

Η οικονομική αποτελεσματικότητα είναι ήδη συντελεσθείσα δια της υγιούς ανταγωνιστικής διαδικασίας ή μπορεί να ποσοτικοποιηθεί. Υπάρχουν κέρδη, και μέρος του πλεονάσματος μετακυλιέται στον καταναλωτή ή στον ικανό μεταπωλητή (αμοιβή αποδοτικότητας για την επιτυχή προώθηση προϊόντων/αύξηση τζίρου της δεσπόζουσας επιχείρησης). Σε άλλη περίπτωση, η τιμολόγηση κάτω του μέσου μεταβλητού κόστους δικαιολογείται για την αποφυγή μεγαλύτερης ζημίας, την οποία θα είχε η δεσπόζουσα επιχείρηση αν δεν πουλούσε καν το παραχθέν προϊόν, όπως επί παραδείγματι στην περίπτωση τεχνολογικά παρωχημένων προϊόντων. Διαφορετικά, τιμολογεί κάτω του συνολικού κόστους προσωρινά, προκειμένου να προωθήσει ένα νέο προϊόν στην σχετική αγορά και να αρχίσει να αποσβαίνει την επένδυσή της. Ο δε αποκλεισμός του μη εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή αποτελεί απλή αντανάκλαστική συνέπεια, παράγωγο της ανταγωνιστικής διαδικασίας. Μη έχων αντίστοιχη δομή κόστους, δεν δύναται να προσφέρει εξίσου ανταγωνιστικές εκπτώσεις ή τιμές.

Στην περίπτωση των “δυναμικών” επιχειρημάτων (εφεξής επιχειρήματα οικονομικής αποτελεσματικότητας) αντίθετα, η οικονομική λογική της πρακτικής εξαρτάται από το αποτέλεσμα αποκλεισμού που θα επιφέρει και δεν υφίσταται *ex ante*. Η συμπεριφορά δεν υπαγορεύεται από

αντικειμενικούς οικονομικούς λόγους, οι οποίοι προϋπάρχουν και είναι ανεξάρτητοι αυτής. Αντίθετα, η οικονομική αποτελεσματικότητα που επικαλείται η δεσπόζουσα επιχείρηση προκύπτει λόγω και δια της κατάχρησης<sup>159</sup>. Πρόκειται, ως εκ τούτου, για συμπεριφορά οριστικά καταχρηστική. Μπορεί, σύμφωνα με τα εκτεθέντα στην προηγούμενη παράγραφο, να συνίσταται σε εκπτώτικη ή τιμολογιακή πρακτική, η οποία οδηγεί σε μεσοπρόθεσμες ζημιές. Αυτές θα μπορούν να καλυφθούν παρά μόνο επειδή η συμπεριφορά καθιστά δυνατό τον εκτοπισμό ανταγωνιστή, επιτρέποντάς της να επιβάλλει υψηλότερες τιμές στην συνέχεια. Διαφορετικά, μπορεί να συνίσταται σε ευθεία πρακτική αποκλεισμού δια συμφωνίας αποκλειστικής προμήθειας.

Χαρακτηριστικό παράδειγμα της εγγενούς λήψης του ζητουμένου και της αβεβαιότητας που χαρακτηρίζουν τα επιχειρήματα οικονομικής αποτελεσματικότητας συνιστά η υπόθεση Microsoft κατά Επιτροπής<sup>160</sup>. Πράγματι, σε αυτήν την υπόθεση καταδεικνύεται, πρώτον, ότι τα επιχειρήματα efficiency είναι επικίνδυνα, καθότι δεν συνιστούν γνήσια δικαιολόγηση της κατάχρησης, αντιθέτως, προσβλέπουν στην εκ των υστέρων νομιμοποίηση μονομερών αποφάσεων της δεσπόζουσας επιχείρησης να αποκλείσει τους ανταγωνιστές της. Όπως επεσήμανε το Δικαστήριο, η Microsoft, προτού αποφασίσει να εισέλθει στην δευτερογενή αγορά διαμετακομιστών ομαδικής εργασίας, δεν είχε επιλέξει την μυστικότητα και κοινοποιούσε τις πληροφορίες διαλειτουργικότητας, χωρίς αυτό να έχει δυσμενείς συνέπειες στα κίνητρα καινοτομίας. Η πραγματικότητα επομένως αποδεικνύει τον καταχρηστικό χαρακτήρα της άρνησης και την αβασιμότητα των επιχειρημάτων της. Επιπλέον, το Δικαστήριο τόνισε ότι η δεσμοποίηση του βασικού λογισμικού με τον Windows Media Player, αν και παρέχει διευκολύνσεις στους παραγωγούς software, δεν θα πρέπει να επιτραπεί, διότι πατερναλιστικά στερεί από τους καταναλωτές την ευχέρεια επιλογής μεταξύ εναλλακτικών προγραμμάτων. Τέλος, ρητώς το Δικαστήριο επεσήμανε τον αίολο χαρακτήρα και την γενικότητα των επιχειρημάτων της Microsoft, υποδηλώνοντας μάλλον την αποδεικτική αδυναμία στην οποία περιήλθε. Είναι εκ των πραγμάτων αβέβαιο το αποτέλεσμα μιας υποθετικής στάθμισης μεταξύ, αφενός των κινήτρων καινοτομίας των ανταγωνιστών και αφετέρου, αυτών της Microsoft. Εν αμφιβολία δε κρίθηκε, ότι ο υγιής ανταγωνισμός παράγει περισσότερα οφέλη καινοτομίας απ'ότι η μονοπώληση των πνευματικών δικαιωμάτων.

Καθίσταται επομένως σαφές, ότι η δικαιολόγηση που προτάσσεται στα επιχειρήματα “economic efficiency” δεν στηρίζεται στην οικονομική λογική, αλλά επιχειρείται ex post στη βάση της υποτιθέμενης μεγιστοποίησης της ωφέλειας του καταναλωτή. Γίνεται δεκτός ο εκτοπισμός του ανταγωνιστή, εάν η ενίσχυση της δεσπόζουσας επιχείρησης μπορεί να εξυπηρετήσει καλύτερα τον σκοπό αυτό. Τα επιχειρήματα αυτά εστιάζουν στην οικονομική αποτελεσματικότητα που πρόκειται εν δυνάμει να

---

<sup>159</sup>Microsoft κατά Επιτροπής, T-201/04, σκ. 697-699, 1151

<sup>160</sup>Microsoft κατά Επιτροπής, T-201/04, σκ. 697-699, 1151



πραγματοποιηθεί, αφού και επειδή η δεσπόζουσα επιχείρηση καταχράστηκε την δεσπόζουσα θέση. Κοινή γραμμή των επιχειρημάτων αποτελεί η ενίσχυση της έρευνας και της καινοτομίας<sup>161</sup> ή η επίτευξη οικονομιών κλίμακας και η συνακόλουθη μείωση του κόστους για την δεσπόζουσα επιχείρηση, πράγματα τα οποία μπορούν να οδηγήσουν εν δυνάμει στην ανάπτυξη νέων προϊόντων, στην βελτίωση της ποιότητας ή στην μείωση των τιμών για τον τελικό καταναλωτή<sup>162</sup>.

Τα επιχειρήματα “economic efficiency” δεν πληρούν, επομένως, το κριτήριο της αντικειμενικότητας, το οποίο δεχτήκαμε ως απαραίτητο για την δικαιολόγηση της αντι-ανταγωνιστικής πρακτικής της δεσπόζουσας επιχείρησης. Εμφορούνται από μια πατερναλιστική λογική προώθησης του στόχου της μέγιστης δυνατής ευμάρειας για τον καταναλωτή, το περιεχόμενο της οποίας μονομερώς προσδιορίζεται από την δεσπόζουσα επιχείρηση-. Κτάται και κεφαλαιοποιείται ένα μη αντικειμενικά δικαιολογημένο όφελος, ως προς το οποίο η δεσπόζουσα επιχείρηση απολαύει, όπως θα δούμε, διακριτικής ευχέρειας να το επιστρέψει στην συνέχεια ή όχι στον καταναλωτή. Το συμφέρον του καταναλωτή δεν εξυπηρετείται παρά μόνο έμμεσα, αντανακλαστικά και εφόσον η επιχείρηση θελήσει να μετακυλίσει την ωφέλεια, έχοντας πλήρη διακριτική ευχέρεια προς τούτο.

Καθίσταται σαφές επομένως, πως τα “δυναμικά” επιχειρήματα οικονομικής αποτελεσματικότητας λειτουργούν στην πραγματικότητα ως εξαιρέσεις στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ, ενώ εξαίρεση δεν προβλέπεται. Η δεσπόζουσα επιχείρηση δεν αρνείται την κατάχρηση. Αντιθέτως, αποδέχεται την μομφή της κατάχρησης, επικαλούμενη απλώς λόγους που θα πρέπει να την καταστήσουν, εκ των υστέρων, ανεκτή.

Το άρθρο 102 ΣΛΕΕ δεν επιδέχεται όμως εξαιρέσεις<sup>163</sup>. Σύμφωνα με το Δικαστήριο στην υπόθεση Ahmed Saed<sup>164</sup>, σε αντίθεση με το άρθρο 101 ΣΛΕΕ, η κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης απαγορεύεται από την Συνθήκη, χωρίς να είναι δυνατόν η συμπεριφορά να τύχει εξαίρεσης από την εν λόγω απαγόρευση, η οποία είναι απόλυτη. Το ίδιο επιβεβαίωσε και ο ΓΕ Kirschner στην υπόθεση Tetra Pak<sup>165</sup>. Η κατάφαση της απαγόρευσης δεν γίνεται σε δύο διακριτά στάδια: ύπαρξη κατάχρησης (1) και ανυπαρξία δικαιολόγησης (2). Η έλλειψη αντικειμενικής δικαιολόγησης, άρα το ίδιο πρέπει να ισχύει και για την οικονομική αποτελεσματικότητα -προκειμένου να γίνει δεκτή-, πρέπει να εννοηθεί ως αρνητική

---

<sup>161</sup> Microsoft κατά Επιτροπής, *ibid*, σκ. 709

<sup>162</sup> British Airways κατά Επιτροπής, C-95/04 P, σκ. 267, 284-285

<sup>163</sup> Loewenthal, The Defence of “Objective Justification” in the Application of Article 82 EC, *World Competition* 2005, 28(4), σελ. 455-477, Kluwer Law International, p. 459, 462

<sup>164</sup> Ahmed Saed Flugreisen, C-62/82, σκ. 32. Πρβλ. επίσης, στην ίδια κατεύθυνση, *Atlantic Container v Commission*, T-191/98, T-212/98 έως T-214/98, σκ. 1109, *Compagnie maritime belge transports and others v Commission*, T-24/93 έως T-26/93 και T-28/93, σκ. 152.

<sup>165</sup> AG Kirschner, *Tetra Pak I*, T-51/89, σκ. 21. Την θέση αυτή υιοθέτησε και το Γενικό Δικαστήριο, *Tetra Pak I*, T-51/89, σκ. 25

προϋπόθεση της ίδιας της έννοιας της κατάχρησης<sup>166</sup>, και, εφόσον συντρέχει, η συμπεριφορά δεν θα είναι καν καταχρηστική και θα βρίσκεται εκτός πεδίου εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Δεν μπορεί να υφίσταται λόγος απαλλαγής από την απαγόρευση, εφόσον η συμπεριφορά κριθεί καταχρηστική, με άλλα λόγια δεν μπορεί να γίνει δεκτή μια αντικειμενική δικαιολόγηση υπό λειτουργική μορφή εξαίρεσης. Σε συνδυασμό με τις ανωτέρω αναλύσεις συνάγεται επομένως η δομική ασυμβατότητα των επιχειρημάτων “economic efficiency” με την λογική της δικαιολόγησης των καταχρηστικών πρακτικών της δεσπόζουσας επιχείρησης.

Πράγματι, το άρθρο 102 ΣΛΕΕ, σε αντίθεση με το 101 ΣΛΕΕ, δεν προβλέπει εξαίρεση. Και αυτό, επειδή η ίδια η κατάφαση της κατάχρησης υποδηλώνει αρνητική νομική αξιολόγηση. Η συμπεριφορά ή θα είναι καταχρηστική ή αντικειμενικά δικαιολογημένη, ποτέ και τα δύο ταυτόχρονα.<sup>167</sup> Αντίθετα, η συμπεριφορά του άρθρου 101 ΣΛΕΕ είναι ουδέτερη. Οι συμφωνίες, οι αποφάσεις και η εναρμονισμένη πρακτική δεν απαγορεύονται κατά το γράμμα της πρώτης παραγράφου του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, παρά μόνο όταν έχουν ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή την νόθευση του ανταγωνισμού. Από την διατύπωση προκύπτει το συμπέρασμα ότι η πιθανολόγηση αντιανταγωνιστικού αποτελέσματος δεν είναι πάντα δεδομένη στις συμπεριφορές του άρθρου 101 ΣΛΕΕ. Αντίθετα, το γράμμα του άρθρου 102 ΣΛΕΕ είναι απόλυτο ως προς την κατάχρηση. Απαγορεύεται η καταχρηστική συμπεριφορά *per se*, διότι πρόκειται για συμπεριφορά φύσει και θέσει ικανή να αποκλείσει τους ανταγωνιστές, αμέσως ή εμμέσως (περιορίζοντας τις επιλογές του καταναλωτή). Η πιθανολόγηση των αντιανταγωνιστικών αποτελεσμάτων είναι σύμφυτη με την έννοια της κατάχρησης.

Η άποψη της A. Albers-Llorens<sup>168</sup>, ότι η πρόταξη της αναφοράς “δύναται να συνίσταται ιδίως” πριν την ενδεικτική απαρίθμηση περιπτώσεων κατάχρησης στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ μπορεί να ερμηνευθεί ως αναγνωρίζουσα την δυνατότητα εξαιρέσεων από την απαγόρευση δεν μας βρίσκει σύμφωνους. Το ρήμα “δύναται”, σε συνδυασμό με το “ιδίως”, απλώς τονίζει τον ενδεικτικό χαρακτήρα της απαρίθμησης και δεν θα μπορούσε να ερμηνευθεί διαφορετικά. Δεν θεωρούμε συνεπώς, ότι -στην βάση ενός τέτοιου επιχειρήματος- δύναται να χωρέσουν τα όποια επιχειρήματα οικονομικής αποτελεσματικότητας στην λογική του άρθρου 102 ΣΛΕΕ.

---

<sup>166</sup> Albers-Llorens, The role of objective justifications and efficiencies in the application of article 82 EC, Common Market Law Review 44, Issue 6, Kluwer Law International 2007, p.1747,1755. Για την ενσωμάτωση των επιχειρημάτων “efficiency” στην κρίση για το αν η συμπεριφορά συνίσταται σε “ομαλά μέσα ανταγωνισμού” ή “competition on the merits” πρβλ. Rousseva, The concept of “objective justification” of an Abuse of a Dominant Position: Can it Help to Modernise the Analysis under Article 82 EC?, The Competition Law Review, 2006, 2(2), p. 68-69

<sup>167</sup> Στην ίδια κατεύθυνση ο ΓΕ Jacobs στην απόφαση SyFAit v. GlaxoSmithKline, C-53/03, σκ. 72. Την ίδια θέση προτάσσει και η ΓΕ Kokkot στις Προτάσεις επί της υπόθεσης British Airways, C-95/04 P, σκ. 42-43 των Προτάσεων.

<sup>168</sup> Albertina Albers-Llorens, The role of objective justifications and efficiencies in the application of article 82 EC, Common Market Law Review 44, Issue 6, Kluwer Law International 2007, p. 1727

Πράγματι, τα άρθρα 101 και 102 ΣΛΕΕ, καλούνται να ρυθμίσουν διαφορετικές καταστάσεις αγοράς<sup>169</sup>. Το άρθρο 102 ΣΛΕΕ δεν περιέχει ρητή εξαίρεση χάριν της οικονομικής αποτελεσματικότητας - αντίστοιχη της τρίτης παραγράφου του άρθρου 101 ΣΛΕΕ-, ακριβώς διότι αυτή η παράλειψη είναι σκόπιμη από πλευράς του ενωσιακού νομοθέτη. Σε μια σχετική αγορά, στην οποία ο ανταγωνισμός είναι ήδη εξασθενημένος -λόγω της παρουσίας της δεσπόζουσας επιχείρησης-, δεν είναι εξ ορισμού νοητή η ενίσχυση της οικονομικής αποτελεσματικότητας προς όφελος των καταναλωτών. Και αυτό διότι, όπως θα εκτεθεί στην συνέχεια, είναι εξόχως αβέβαιη η μετακύλιση δίκαιου τμήματος του οφέλους στον καταναλωτή.

Πέραν του προβλήματος της λειτουργίας τους ως εξαιρέσεων, τα επιχειρήματα οικονομικής αποτελεσματικότητας προϋποθέτουν, όπως προαναφέρθηκε, την πρόταξη του στόχου του “consumer welfare” στην ανάλυση του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Πρόκειται, στην απόλυτα αφαιρετική θεώρηση, για μια νομική στάθμιση μεταξύ δύο κομβικών διατάξεων, του άρθρου 119 (1) και του άρθρου 12 ΣΛΕΕ, για μια στάθμιση μεταξύ στόχων του συστήματος της Συνθήκης. Το άρθρο 119 (1) ΣΛΕΕ αποτελεί το Οικονομικό Σύνταγμα της Ε.Ε. και πρέπει να αναγνωσθεί σε συνδυασμό με τις επιταγές του άρθρου 3 (3α) ΣΕΕ σχετικά με την “κοινωνική οικονομία της αγοράς”, ήτοι να λάβει υπόψη τα συμφέροντα του καταναλωτή<sup>170</sup>. Σύμφωνα με το άρθρο 12 ΣΛΕΕ, οι απαιτήσεις προστασίας του καταναλωτή λαμβάνονται υπόψη κατά τον καθορισμό και την εφαρμογή άλλων πολιτικών και δραστηριοτήτων της Ένωσης, επομένως και της πολιτικής του ανταγωνισμού. Η ερμηνεία και εφαρμογή του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, θα πρέπει συναφώς να εναρμονίζεται με τον στόχο της επίτευξης ενός “υψηλού επιπέδου προστασίας του καταναλωτή”. Η ερμηνεία του στόχου της προστασίας του καταναλωτή στα πλαίσια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, υπό τις δύο πτυχές που θα αναπτυχθούν στην συνέχεια, αποτελεί -κατά την εδώ υποστηριζόμενη άποψη- και τον πρώτο λόγο της επί της ουσίας απόρριψης των επιχειρημάτων “economic efficiency” στην νομολογία.

Δύο πρακτικά ζητήματα έχει, κατά βάση, προκαλέσει η ερμηνεία του στόχου της προστασίας του καταναλωτή στις προϋποθέσεις των επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας στα πλαίσια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Ως προς το πρώτο ζήτημα, δεδομένης της προϋπόθεσης μετακύλισης δίκαιου τμήματος του οφέλους στον καταναλωτή στην τρίτη παράγραφο του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, μια ανάλογη στενή ερμηνεία του άρθρου 12 ΣΛΕΕ αρμόζει για την ανάγνωση της ίδιας προϋπόθεσης και στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ. Η οικονομική αποτελεσματικότητα θα πρέπει κατά δίκαιο τμήμα της να μετακυλιέται στον καταναλωτή. Διαφορετικά, το όποιο επιχείρημα “economic efficiency” είναι απορριπτέο επί της ουσίας.

---

<sup>169</sup> Στην ίδια κατεύθυνση V. Mertikopoulou, “Evolution of the objective justification concept in European competition law and the unchartered waters of efficiency defences”, *Concurrences* (2014), No. 2-2014.

<sup>170</sup> Το πρώην άρθρο 4 ΕΚ έχει την αξία συνταγματικής αρχής, Schröter, “Institutioneller Rahmen”, in *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*, ed. H. Schröter, T. Jakob & W. Mederer (Baden-Baden: Nomos, 2003), §§ 27, 66

Το σύστημα ελεύθερου ανταγωνισμού της Συνθήκης, όπως προκύπτει από το υπόδειγμα της τρίτης παραγράφου του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, δεν υιοθετεί δηλαδή την “total welfare” θεώρηση ως προς την ωφέλεια του καταναλωτή<sup>171</sup>. Η ωφέλεια πρέπει να είναι άμεση, όχι ενδεχόμενη και αντανακλαστική ως εκ της ενίσχυσης της αποτελεσματικότητας της δεσπόζουσας επιχείρησης. Η οικονομική αποτελεσματικότητα είναι κρίσιμη μόνον εφόσον είναι άμεσα αισθητή στον καταναλωτή. Συχνά, τα επιχειρήματα “economic efficiency” απορρίπτονται, διότι η δεσπόζουσα επιχείρηση απέτυχε να αποδείξει -μεταξύ άλλων- αυτήν την μετακύλιση οφέλους στον καταναλωτή<sup>172</sup>.

Σχετικώς, και όσον αφορά το δεύτερο πρακτικό ζήτημα, κατά την ορθότερη άποψη, στα πλαίσια της προστασίας του καταναλωτή στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ, δεν ενδιαφέρει η καθαρή αποτελεσματικότητα (“net benefit”) ή η in abstracto μεγιστοποίηση της αποτελεσματικότητας για τον καταναλωτή<sup>173</sup>. Η μόνη κρίσιμη βλάβη στα συμφέροντα του καταναλωτή είναι η ευρισκόμενη σε άμεση αιτιώδη συνάφεια με την καταχρηστική συμπεριφορά. Η δεσπόζουσα επιχείρηση δεν μπορεί να επικαλεστεί επιχείρημα εδραζόμενο στην ανυπαρξία οφέλους οικονομικής αποτελεσματικότητας από την ελεύθερη δράση του ανταγωνιστή της. Πιο συγκεκριμένα, δεν δύναται να ισχυριστεί ότι ο ανταγωνιστής καλώς αποκλείστηκε, διότι η δράση του, ούτως ή άλλως, δεν απέφερε οφέλη στον καταναλωτή.

Συχνά έτσι απορρίπτονται στην νομολογία τα επιχειρήματα “efficiency” στην βάση αυτής της προϋπόθεσης. Σε αυτήν την κατεύθυνση, υπενθυμίζεται ότι το Δικαστήριο στην υπόθεση *Sot. Lelos v. GlaxoSmithKline*, δεν υιοθέτησε την επιχειρηματολογία του ΓΕ Colomer. Έκρινε ότι το παράλληλο εμπόριο αποφέρει οφέλη, διευρύνοντας τις επιλογές τιμής και ποιότητας για τον καταναλωτή. Αρνήθηκε να συνεκτιμήσει το ενδεχόμενο μειωμένου οφέλους από τις παράλληλες εξαγωγές, το οποίο οφείλεται στην μη μετακύλιση μέρους της μείωσης των τιμών, λόγω της παρακράτησης κέρδους από τους εξαγωγείς<sup>174</sup>.

Ενδεχομένως αυτή η απόφαση αποτελεί ήδη ένα πρώτο στοιχείο και κατά της θεωρίας του “εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή” και της προσπάθειας μετατροπής ενός κριτηρίου καταχρηστικότητας σε έμμεσο, δια της πλαγίου, μαξιμαλιστικό επιχείρημα οικονομικής αποτελεσματικότητας (πρβ. κεφάλαιο III.2.).

---

<sup>171</sup> Akman, *The Concept of Abuse in EU Competition Law, Law and Economic Approaches*, Hart Publishing 2012, Oxford and Portland, Oregon, p. 113-114

<sup>172</sup> Το Δικαστήριο μοιάζει να απαιτεί την αντιστάθμιση των κατά από τα υπέρ για τον καταναλωτή -και άρα την μετακύλιση δίκαιου τμήματος της ωφέλειας- και στην περίπτωση του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, ευθυγραμμιζόμενο με το άρθρο 101(3) ΣΛΕΕ. Πρβλ. ενδεικτικά *British Airways*, C-95/04P, σκ. 86, *TeliaSonera*, C-52/09, σκ. 76

<sup>173</sup> Σε αυτήν την κατεύθυνση, πρβλ. Chirita, *Undistorted, (Un)fair Competition, Consumer Welfare and the Interpretation of Article 102 TFEU*, *World Competition* 33, 3 (2010): p. 417-436, Kluwer Law International BV, σελ. 427. Για την μετακύλιση δίκαιου τμήματος του οφέλους στον καταναλωτή στα πλαίσια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ πρβλ. σελ. 433,434

<sup>174</sup> *Sot. Le' los v. GlaxoSmithKline*, C-468/06 to C-478/06, σκ. 57, 67-69. Προτάσεις ΓΕ Colomer, σκ. 79, 123 εδάφιο β’.

Κατά την ορθότερη άποψη επομένως, τα επιχειρήματα οικονομικής αποτελεσματικότητας απορρίπτονται, διότι δεν μπορούν να παραγκωνίσουν, στο όνομα του συμφέροντος του καταναλωτή, την βλάβη που προκαλείται στην δομή του ανταγωνισμού. Η προστασία του καταναλωτή δύναται να αναγνωστεί ως στόχος του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, δεν είναι όμως ο μοναδικός. Και αυτό, διότι κοινός παρονομαστής της προστασίας του καταναλωτή (12 ΣΛΕΕ) και του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, είναι ο στόχος της ενιαίας εσωτερικής αγοράς (3 ΣΕΕ), η οποία προϋποτίθεται για την επίτευξη και των δύο.

Όπως διατύπωσε το Δικαστήριο στην υπόθεση *Euroemballage and Continental Can*, τα άρθρα 101 και 102 ΣΛΕΕ εξυπηρετούν τον ίδιο βασικό σκοπό<sup>175</sup>. Διευκρινίζει δε παγίως, ότι ο σκοπός αυτός δεν είναι αποκλειστικά η προστασία -ή μεγιστοποίηση πολλών μάλλον- της ωφέλειας του καταναλωτή<sup>176</sup>, αλλά η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού ως θεσμού και ως διαδικασίας, η νόθευση του οποίου ακριβώς βλάπτει με βεβαιότητα τον καταναλωτή<sup>177</sup>. Δια μέσω της προστασίας της υγιούς δομής ανταγωνισμού προστατεύεται ο καταναλωτής<sup>178</sup>. Φαίνεται, πώς το Δικαστήριο, αλλά και η Επιτροπή, προτάσσουν την μακροπρόθεσμη ωφέλεια του καταναλωτή δια του υγιούς, ελεύθερου ανταγωνισμού/της άμιλλας μεταξύ των ανταγωνιστών, έναντι της μεσοπρόθεσμης οικονομικής αποτελεσματικότητας. Πρόκειται για ερμηνεία εδραζόμενη στο 27ο Πρωτόκολλο της ΣΛΕΕ.

Προς επίρρωση των ανωτέρω, και η ίδια η Επιτροπή, φαίνεται να θεωρεί απίθανη την αποδοχή επιχειρημάτων “efficiency”, αν οδηγούν σε κτήση μονοπωλιακής θέσης στην αγορά. Αυτή η διαπίστωση συνδέεται με τις υφιστάμενες και δυνητικές ανταγωνιστικές πιέσεις από την είσοδο νέων ανταγωνιστών στην αγορά, οι οποίες καθορίζουν τελικά και τα κίνητρα της δεσπόζουσας επιχείρησης να μετακυλίσει την ωφέλεια της οικονομικής αποτελεσματικότητας στον καταναλωτή. Επομένως, προϋποθέτει συνεκτίμηση διαφόρων παραμέτρων της σχετικής αγοράς, όπως της ύπαρξης σημαντικών φραγμών εισόδου, οφειλόμενων επί παραδείγματι σε οικονομίες κλίμακας της δεσπόζουσας σε συνδυασμό με υψηλό αρχικό κόστος επένδυσης (πρβλ. αγορές τεχνολογίας, έρευνας και καινοτομίας εν γένει)<sup>179</sup>. Εάν επομένως υπάρχει ενδεχόμενο κτήσης μονοπωλείου, τότε, εκ των πραγμάτων, επειδή η μετακύλιση δίκαιου τμήματος της ωφέλειας είναι σχεδόν απίθανη, τα επιχειρήματα αποτελεσματικότητας τείνουν να

<sup>175</sup> *Euroemballage and Continental Can*, C-6/72, σκ. 25,26, 251

<sup>176</sup> Akman, *The European Commission's Guidance on Article 102 TFEU: From Inferno to Paradiso?*, *The Modern Law Review*, Vol. 73, No. 4 (JULY 2010), pp. 605-630, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα: <http://www.jstor.org/stable/40865467>, σελ. 622

<sup>177</sup> ΓΕ Kokott, *T-Mobile Netherlands BV and Others*, C-8/08, σκ. 58, *British Airways v. Commission* C-95/04, σκ. 68

<sup>178</sup> Sot. *Lélos kai Sia and Others*, C-468/06 έως C-478/06, σκ. 68, *British Airways v Commission*, C-95/04, σκ. 110, *Telia Sonera*, C-52/09, σκ. 76. Πρβλ. και Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων της Επιτροπής, 2009/C 45/02, OJ C45, 24.2.2009, p. 7-20, σημεία 5 και 6.

<sup>179</sup> Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων της Επιτροπής στην εφαρμογή του άρθρου 82 ΕΚ, 2009/C 45/02, OJ C45, 24.2.2009, p. 7-20, σημείο 30, τέταρτη προϋπόθεση εδ. γ'. Κατευθυντήριες για την εφαρμογή του άρθρου 81(3) ΕΚ, 2004/C 101/08, σημείο 92. Στους τομείς όμως της τεχνολογίας, της έρευνας και εν γένει της καινοτομίας, η μονοπωλιακή κατάσταση στην αγορά είναι συνήθως μεταβατική και προσωρινή, είναι δε παράγωγο του υγιούς ανταγωνισμού σε αυτές τις αγορές. Πρβλ. στην ίδια κατεύθυνση Απόφαση της Επιτροπής 4/7/2007, COMP/38.784 *Wanadoo España/Telefónica*, σκ. 655-657.

απορρίπτονται. Στο ίδιο σημείο, η Επιτροπή σημειώνει, ότι η άμιλλα, ήτοι ο υγιής ανταγωνισμός των επιχειρήσεων τείνει να υπεραντισταθμίζει (ως προς την οικονομική αποτελεσματικότητα) τα οφέλη της “αποτελεσματικής” κατάχρησης. Καθίσταται εν προκειμένω σαφές το υπέρμετρο αποδεικτικό βάρος για την δεσπόζουσα επιχείρηση να ανατρέψει το εν λόγω τεκμήριο.

Ένα επιπλέον πρόβλημα των επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας, το οποίο τα καθιστά - κατά την εδώ υποστηριζόμενη άποψη- ασυμβίβαστα με το άρθρο 102 ΣΛΕΕ, είναι το ότι φαίνεται να προϋποθέτουν πιθανολογούμενη και όχι τεκμαιρόμενη βλάβη στα συμφέροντα του καταναλωτή από την προς δικαιολόγηση συμπεριφορά. Με άλλα λόγια, μάλλον προϋποθέτουν την πιθανολόγηση ζημίας ως διακριτό στοιχείο της κατάχρησης. Και αυτό διότι διαφορετικά, όπως θα αναλυθεί στην συνέχεια, η δεσπόζουσα επιχείρηση είναι αδύνατον να ανταποκριθεί στο βάρος απόδειξης. Η βλάβη στα συμφέροντα του καταναλωτή πρέπει όμως να θεωρηθεί ότι τεκμαίρεται σε κάθε περίπτωση κατάχρησης αποκλεισμού, μη συνιστώντας επομένως διακριτό στοιχείο, το οποίο θα πρέπει να πιθανολογηθεί *in concreto* κατά περίπτωση. Εξάλλου, η τρίτη παράγραφος του άρθρου 101 ΣΛΕΕ προϋποθέτει την μη εξάλειψη του ανταγωνισμού επί σημαντικού τμήματος των σχετικών προϊόντων ή υπηρεσιών. Αυτό μάλλον θεωρείται δεδομένο σε περίπτωση μονομερούς συμπεριφοράς, όπου μια δεσπόζουσα επιχείρηση εξασθενίζει έτι περαιτέρω τον ανταγωνισμό στην σχετική αγορά. Κατά τους αυστηρούς επικριτές της ενσωμάτωσης επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ, η παράλειψη αντίστοιχης εξαίρεσης στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ είναι και εξ αυτής της αιτίας σκόπιμη και δεν επιτρέπει την ανάγνωση τέτοιων επιχειρημάτων -ως αρνητικών προϋποθέσεων- στην ίδια την έννοια της κατάχρησης.

Η γραμματική διατύπωση του άρθρου 102 ΣΛΕΕ δεν επιτρέπει εξάλλου την εξαγωγή ανάλογων συμπερασμάτων. Πράγματι, η προϋπόθεση της ζημίας του καταναλωτή που προβλέπεται στο άρθρο 102 στοιχείο β' ΣΛΕΕ δεν πρέπει μάλλον να θεωρηθεί παρά ως μία επισήμανση. Δεν πρέπει να εννοηθεί ότι υποδηλώνει την ύπαρξη περιπτώσεων, κατά τις οποίες ο περιορισμός της παραγωγής, της διαθέσεως ή της τεχνολογικής αναπτύξεως από τη δεσπόζουσα επιχείρηση μπορεί να μη ζημιώνει εν τέλει τον καταναλωτή (με το επιχείρημα ότι η αύξηση της αποδοτικότητας της δεσπόζουσας θα αντισταθμίσει στο μέλλον την όποια ζημία). Τείνει αντίθετα να επιβεβαιώσει τον καταχρηστικό χαρακτήρα τέτοιων συμπεριφορών, ακόμη κι αν, *prima facie*, εμφανίζονται επωφελείς για τον καταναλωτή. Και αυτό διότι εν τέλει αποβαίνουν μακροπρόθεσμα ζημιογόνες. Η πώληση κάτω του μέσου μεταβλητού κόστους επί παραδείγματι, αρχικά ωφελεί τον καταναλωτή με εξαιρετικά χαμηλές τιμές. Μακροπρόθεσμα όμως, όταν η δεσπόζουσα επιχείρηση έχει εξοβελίσει τον-ους ανταγωνιστή-ές και έχει απαλλαγεί από τις ανταγωνιστικές πιέσεις, μπορεί να διαμορφώσει κυρίαρχα τις τιμές σε υψηλό επίπεδο, ώστε να αντισταθμίσει τις ζημίες που υπέστη προηγουμένως.

Τέλος, κατά της θεώρησης του καταναλωτή ως κύριου αντικειμένου προστασίας του άρθρου 102 ΣΛΕΕ φαίνεται να τίθεται η νομολογία και λόγω του στόχου προστασίας του μεταξύ των κρατών-μελών

εμπορίου. Οι απαγορεύσεις των άρθρων 101 και 102 ΣΛΕΕ πρέπει να ερμηνεύονται και να εφαρμόζονται υπό το πρίσμα του άρθρου 3 (1β) ΣΛΕΕ<sup>180</sup>. Ρητώς το άρθρο 102 ΣΛΕΕ απαγορεύει τις συμπεριφορές, οι οποίες “δυνατούν να επηρεάσουν το εμπόριο μεταξύ κρατών-μελών”. Επομένως η διαφύλαξη και προώθηση της ενιαίας αγοράς συνιστά αυτοτελές αντικείμενο προστασίας της εν λόγω διάταξης. Γι’ αυτό εξάλλου -όπως επισημάνθηκε- το άρθρο 102 ΣΛΕΕ αφορά όχι μόνο τις πρακτικές που μπορούν να προκαλέσουν άμεση ζημία στους καταναλωτές, αλλά και αυτές που τους προκαλούν έμμεση ζημία, προσβάλλοντας αποτελεσματικές δομές ανταγωνισμού, και θίγουσες την λειτουργία της εσωτερικής αγοράς. Με άλλα λόγια, η ζημία του καταναλωτή πρέπει να θεωρείται δεδομένη εφόσον η συμπεριφορά οδηγεί στον αποκλεισμό ανταγωνιστή-ών, χωρίς να χρειάζεται να πιθανολογείται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση.

Το Δικαστήριο έχει επανειλημμένως χαρακτηρίσει συμφωνίες που αποσκοπούν στη στεγανοποίηση των εθνικών αγορών στα εθνικά σύνορα ή παρακωλύουν την οικονομική αλληλοδιείσδυση των εθνικών αγορών, και ιδίως εκείνες που έχουν σκοπό την απαγόρευση ή τον περιορισμό των παράλληλων εξαγωγών, ως συμφωνίες που έχουν ως αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού κατά την έννοια του άρθρου 101 ΣΛΕΕ<sup>181</sup>. Στην ίδια λογική, πρακτικές στεγανοποίησης των αγορών των κρατών-μελών, είναι *per se* απαγορευμένες στα πλαίσια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Αυτό επιβεβαιώνεται από το Δικαστήριο, μεταξύ άλλων, στην απόφαση *Sot. Lelos v. GlaxoSmithKline*. Ο πλήρης αποκλεισμός των προμηθειών σε χονδρεμπόρους φαρμάκων, εφόσον αυτοί δραστηριοποιούνται στο παράλληλο εξαγωγικό εμπόριο σε κράτη μέλη υψηλότερης τιμολόγησης των φαρμάκων, κρίθηκε αντίθετος στο σύστημα και την οικονομία των διατάξεων περί ανταγωνισμού και ολόκληρης της Συνθήκης<sup>182</sup>.

Μια επιπλέον, επί της αρχής, ένσταση κατά της συνεκτίμησης των επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ εδράζεται στην θεωρία του ορντολιμπεραλισμού. Ο ορντολιμπεραλισμός βρίσκεται στην βάση του ευρωπαϊκού οικοδομήματος<sup>183</sup>. Κατά τον ορντολιμπεραλισμό, ο ελεύθερος ανταγωνισμός προστατεύει πρωτίστως την οικονομική ελευθερία των παικτών της αγοράς και την ίδια την δομή του ανταγωνισμού ως διαδικασία, θεωρώντας τα άξια αυτοτελούς προστασίας, και όχι απλώς μέσο μεγιστοποίησης της ευμάρειας του καταναλωτή<sup>184</sup>. Κατ’

<sup>180</sup> Hoffmann-La-Roche, C-85/76, σκ. 125

<sup>181</sup> Πρβλ. ενδεικτικά IAZ International Belgium κ.λπ. κατά Επιτροπής, C-96/82 έως 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 και 110/82, σκ. 23 έως 27, General Motors κατά Επιτροπής, C-551/03 P, σκ. 67 έως 69

<sup>182</sup> *Sot. Lelos v. GlaxoSmithKline*, C-468/06 to C-478/06, σκ. 67–69.

<sup>183</sup> Γενικά για τον ορντολιμπεραλισμό πρβλ. GERBER, “Constitutionalising the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the ‘New’ Europe”, (1994) 42 Am. J. Comp. L. 25, 73. Πρβλ. επίσης EUROPEAN COMMISSION, “I Report on Competition Policy”, 11 (1972). Επίσης, Talbot, Ordoliberalism and Balancing Competition Goals in the Development of the European Union, *The Antitrust Bulletin*, 2016 Vol. 61(2), σελ.264-289

<sup>184</sup> COMPETITION LAW FORUM ARTICLE 82 EC REVIEW GROUP, “The Reform of Article 82 EC: Recommendation on Key Policy Objectives”, (2005) 1 European Competition Journal 179, σελ. 180 επ.

αποτέλεσμα, τα άρθρα 101 και 102 ΣΛΕΕ εστιάζουν στην διατήρηση μιας ελάχιστης δομής αγοράς, η οποία να εξασφαλίζει την παρουσία επαρκών πιέσεων δια της ανεξάρτητης οικονομικής δράσης των ανταγωνιστών. Το συμφέρον του καταναλωτή είναι συνδεδεμένο απόλυτα με την διαφύλαξη της ίδιας της δομής του ανταγωνισμού και των συμφερόντων του ανταγωνιστή.

Η θέσπιση του νομολογιακού κανόνα της ειδικής ευθύνης της δεσπόζουσας επιχείρησης να μην εξασθενεί έτι περαιτέρω τον ανταγωνισμό στην σχετική αγορά, αποτελεί επίσης χαρακτηριστικό λόγο μη αποδοχής των επιχειρημάτων “economic efficiency” στην ανάλυση του άρθρου 102 ΣΛΕΕ<sup>185</sup>. Πράγματι, ακόμη και μια καθόλα νόμιμη συμπεριφορά για μη δεσπόζουσες επιχειρήσεις δύναται σε αυτήν την λογική να απαγορεύεται για την δεσπόζουσα επιχείρηση. A *minore ad maius*, αμφισβητείται η ύπαρξη ρεαλιστικών οικονομικών πλεονεκτημάτων από τον -κριθέντα ως καταχρηστικό- αποκλεισμό ανταγωνιστών εκ μέρους της δεσπόζουσας επιχείρησης.

### **III.1.γ. Η απόρριψη των επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας εξαιτίας αδυναμίας ανταπόκρισης στο βάρος απόδειξης**

Έτσι, η νομολογία δεν μοιάζει θετικά διακείμενη στην αναγνώριση επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας. Στο παρελθόν, το Δικαστήριο απέκλειε απολύτως την δυνατότητα προβολής επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας από τις δεσπόζουσες επιχειρήσεις, στις περιπτώσεις που η συμπεριφορά ήταν περιοριστική του ανταγωνισμού. Από την στιγμή που το άρθρο 102 ΣΛΕΕ δεν προβλέπει εξαίρεση, τέτοια εξαίρεση δεν γινόταν δεκτή, διότι απαιτεί τροποποίηση της Συνθήκης<sup>186</sup>.

Στην απόφαση *Michelin I*, το Δικαστήριο έκρινε ότι ούτε η πρόθεση της αύξησης των πωλήσεων, ούτε ο στόχος της καλύτερης κατανομής της παραγωγής (*allocative efficiency*) μπορούσαν να δικαιολογήσουν σύστημα εκπτώσεων ικανό να εμποδίσει την παραμονή (ή την είσοδο) των (νέων) ανταγωνιστών στην σχετική αγορά<sup>187</sup>. Αντιστοίχως, στην υπόθεση *Atlantic Containers*, το Γενικό Δικαστήριο έκρινε, ότι -από την στιγμή που το άρθρο 102 ΣΛΕΕ δεν προβλέπει εξαίρεση- οι καταχρηστικές πρακτικές απαγορεύονται ανεξάρτητα από τα πλεονεκτήματα οικονομικής αποτελεσματικότητας που μπορεί να έχουν για την δεσπόζουσα επιχείρηση ή τρίτους<sup>188</sup>. Στην ίδια κατεύθυνση, στην υπόθεση *France Télécom*, το Γενικό

<sup>185</sup> *Michelin v. Commission*, C-322/81, σκ. 57

<sup>186</sup> *Europemballage και Continental Can κατά Επιτροπής*, C- 6/72, σκ. 25

<sup>187</sup> *Michelin v Commission*, C-322/81, σκ. 85.

<sup>188</sup> *Atlantic Containers*, T-191/98, T-212/98 και T-214/98, σκ. 1112



Δικαστήριο απέρριψε επιχειρήματα αναφερόμενα στην ενίσχυση της οικονομικής αποτελεσματικότητας μέσω επίτευξης οικονομιών κλίμακας και αποτελεσμάτων τεχνογνωσίας. Πράγματι, κρίθηκε ότι τα αποτελέσματα αυτά προέκυπταν ακριβώς από την καταχρηστική πρακτική των πωλήσεων κάτω του κόστους (*predatory pricing*) και ως εκ τούτου δεν μπορούσαν να δικαιολογήσουν την πρακτική<sup>189</sup>.

Στις αποφάσεις *Michelin II*, *British Airways* και *Microsoft*, παρατηρείται μια δειλή εξέλιξη της νομολογίας προς την κατεύθυνση της επί της αρχής αποδοχής επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας στην ανάλυση του άρθρου 102 ΣΛΕΕ<sup>190</sup>. Και πάλι όμως, δεν γίνονται δεκτά επί της ουσίας. Αυτό που ομοφώνως τονίζεται<sup>191</sup> είναι η ανάγκη μετακύλισης δίκαιου τμήματος του οφέλους στον καταναλωτή και τήρησης των αρχών της καταλληλότητας, της αναγκαιότητας και της *stricto sensu* αναλογικότητας. Ειδικά η τελευταία προϋπόθεση της *stricto sensu* αναλογικότητας είναι, όπως προαναφέρθηκε, δύσκολο να επιτευχθεί, διότι η ενίσχυση της δεσπόζουσας επιχείρησης είναι βέβαιο ότι εξαλείφει τον εναπομείναντα ανταγωνισμό και εμποδίζει την είσοδο νέων ανταγωνιστών στην αγορά. Επι παραδείγματι, στις υποθέσεις άρνησης προμήθειας η άρνηση συνιστά *prima facie* κατάχρηση (ώστε να εγείρεται ζήτημα δικαιολόγησής της) ακριβώς λόγω του τεκμαιρόμενου, δυνητικού αποκλεισμού ανταγωνιστή<sup>192</sup>. Είναι εμφανές το αποδεικτικό παράδοξο που δημιουργείται, καθώς η δεσπόζουσα επιχείρηση καλείται επί της ουσίας να ανατρέψει το τεκμήριο, στο οποίο η Επιτροπή στήριξε την κίνηση της όλης διαδικασίας.

Το 2009, η Επιτροπή, στην Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων, προσδιόρισε -πράγματι σε μια προσπάθεια ευθυγράμμισης με την τρίτη παράγραφο του άρθρου 101 ΣΛΕΕ- τέσσερις προϋποθέσεις που πρέπει να συντρέχουν αθροιστικά προκειμένου να γίνει δεκτό ένα επιχείρημα οικονομικής αποτελεσματικότητας<sup>193</sup>. Μεταξύ άλλων, η Ανακοίνωση προσθέτει μια επιπλέον προϋπόθεση. Θα πρέπει να εξασφαλίζεται ότι δεν προκύπτει καθαρή ζημία για τους καταναλωτές (σημείο 30 εδ. α'). Η διατύπωση μοιάζει -εκ του αποτελέσματος που προκαλεί σε αποδεικτικό επίπεδο- να έρχεται κατά κάποιον τρόπο σε αντίθεση τόσο με την προϋπόθεση της μετακύλισης δίκαιου τμήματος του οφέλους στον καταναλωτή, όπως αυτή αποτυπώνεται στο άρθρο 101(3) ΣΛΕΕ, όσο και με την τέταρτη προϋπόθεση της Ανακοίνωσης

---

<sup>189</sup> *France Télécom v Commission*, T-340/03, σκ. 217. Απόρριψη της αιτήσεως αναίρεσεως, *France Télécom v Commission*, C-202/07P.

<sup>190</sup> *Manufacture française des pneumatiques Michelin v Commission*, T- 203/01, σκ. 59, 98, 100, 242-244, *British Airways v Commission*, C- 95/04, σκ. 84-86, *Microsoft*, T-201/04, σκ. 1114. Ομοίως στην *Irish Sugars*, T-288/97, σκ. 187, 189. Το επιχείρημα οικονομικής αποτελεσματικότητας αρνείται στα πλαίσια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ η απόφαση *Tetra Pak I*, T-51/89, σκ. 25

<sup>191</sup> Πρβλ. *TeliaSonera*, C-52/09, σκ. 76

<sup>192</sup> Πρβλ. A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law, Texts, Cases and Materials*, Sixth Edition, Oxford, p. 375

<sup>193</sup> Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων της Επιτροπής για την εφαρμογή του άρθρου 82 ΕΚ, 2009/C 45/02, *ibid*, σημείο 30

Προτεραιοτήτων (πρβλ. *infra*), αυτήν της αντιστάθμισης των αρνητικών επιπτώσεων από τα πλεονεκτήματα αποτελεσματικότητας. Θα επανέλθουμε όμως σε αυτό το ζήτημα στην συνέχεια.

Σκοπός της Επιτροπής, όπως τον αποτύπωσε η Επίτροπος Neelie Kroes το 2005, είναι η ενσωμάτωση των επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ<sup>194</sup>. Σύμφωνα με την Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων, πρέπει να συντρέχουν ταυτοχρόνως τα ακόλουθα: πρώτον, οι βελτιώσεις αποτελεσματικότητας να έχουν ήδη υλοποιηθεί ή πρόκειται να υλοποιηθούν ως αποτέλεσμα της συμπεριφοράς. Για παράδειγμα τεχνικές βελτιώσεις της ποιότητας ή μείωση του κόστους παραγωγής ή διανομής. Δεύτερον, η συμπεριφορά να είναι αναγκαία ως η πλέον ήπια μεταξύ των περισσότερων, εξίσου πρόσφορων για το ίδιο αποτέλεσμα, εναλλακτικών. Τρίτον, οι βελτιώσεις αποτελεσματικότητας να αντισταθμίζουν τις αρνητικές επιπτώσεις στον ανταγωνισμό και στην ευημερία του καταναλωτή. Τέταρτον, η συμπεριφορά να μην καταλήγει να εξαλείφει τον “αποτελεσματικό” ανταγωνισμό, καταργώντας όλες ή τις περισσότερες υφιστάμενες ή δυνητικές πηγές ανταγωνισμού. Ως προς το νόημα του “αποτελεσματικού” ανταγωνισμού θα επανέλθουμε στο δεύτερο κεφάλαιο, αναλύοντας την έννοια του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή στα πλαίσια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ.

Έτσι, στην απόφαση *Post Danmark I*<sup>195</sup>, το Δικαστήριο ρητώς αναφέρθηκε στις τέσσερις αυτές προϋποθέσεις. Ήδη όμως από την απόφαση *Laurent Piau*, το Δικαστήριο τόνισε ότι επιχειρήματα οικονομικής αποτελεσματικότητας μπορούν να ληφθούν υπόψη και στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ, τηρουμένων απακριβώς των προϋποθέσεων της τρίτης παραγράφου του άρθρου 101 ΣΛΕΕ<sup>196</sup>. Σύμφωνα και με την ρήση του πρώην Γενικού Διευθυντή της DG Competition Löwe<sup>197</sup>, η μη πρόβλεψη εξαίρεσης στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ δεν αποκλείει εξ ολοκλήρου την αναγνώριση επιχειρημάτων “economic efficiency” με άλλον τρόπο. Στην λογική αυτή, υπήρξε η ανωτέρω μεταστροφή της νομολογίας και το Δικαστήριο αντιμετωπίζει πλέον τα επιχειρήματα “economic efficiency” ως εκ των έσω οριοθέτησεις του πεδίου εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, μέσα από την πρόταξη του στόχου του “consumer welfare”, η οποία καθίσταται δυνατή με την υιοθέτηση της “effects based approach”.

Με άλλα λόγια, ακόμη και χωρίς την έκδοση της Ανακοίνωσης Προτεραιοτήτων το 2009, φαίνεται πως η νομολογία είχε ήδη στην διάθεσή της τα αναγκαία θεωρητικά εργαλεία για την εκτίμηση των επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας. Πρέπει να τονιστεί εξάλλου, ότι η Ανακοίνωση της

---

<sup>194</sup> Neelie Kroes, Commissioner, Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82, Speech at the Fordham Corporate Law Institute (Sept. 23, 2005), <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/537>.

<sup>195</sup> *Post Danmark*, C-209/10 σκ.40-43. Στην ίδια κατεύθυνση η *Post Danmark v Konkurrenseråde*, C-23/14, σκ. 47-49

<sup>196</sup> *Laurent Piau*, T-193/02, σκ. 119

<sup>197</sup> Philip Lowe, DG Competition's Review of the Policy on Abuse of Dominance, in: B.E. Hawk, (Ed.), *International Antitrust & Policy: Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 2003*, Juris Publishing, New York, 2004, pp. 163, 164, 171

Επιτροπής δεν συνιστά νομικά δεσμευτική πράξη<sup>198</sup> και τυχόν διαφορετική αντιμετώπιση της νομολογίας συνιστά την μόνη αυθεντική ερμηνεία του άρθρου 102 ΣΛΕΕ.

Όπως σημειώθηκε ανωτέρω, παρά την επί της αρχής αποδοχή τους, τα επιχειρήματα οικονομικής αποτελεσματικότητας εξακολουθούν να μην γίνονται δεκτά επί της ουσίας. Και αυτό οφείλεται, όπως υποστηρίζεται στην παρούσα μελέτη, στην αδυναμία πλήρωσης των αθροιστικών προϋποθέσεων που διατυπώθηκαν ως άνω<sup>199</sup>. Σε τι ακριβώς συνίσταται η εν λόγω αδυναμία; Πέραν των ως άνω προβληματισμών, οι οποίοι αφορούν την τελεολογία του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, αυτές καθεαυτές οι προϋποθέσεις αποδοχής των επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας, καθιστούν δυσχερές το αποδεικτικό έργο της δεσπόζουσας επιχείρησης. Αυτό οφείλεται, αφενός, στην φορμαλιστική θεώρηση της κατάχρησης αποκλεισμού από την νομολογία και αφετέρου, στην ίδια την φύση των επιχειρημάτων “economic efficiency”. Δεύτερον, στο ότι -σε αντίθεση με την τρίτη παράγραφο του άρθρου 101 ΣΛΕΕ- η αποτελεσματικότητα, όταν η επίτευξή της εξαρτάται από μονομερή ενέργεια -και όχι από τα *in rem* χαρακτηριστικά μιας συμφωνίας ή σύμπραξης- είναι εξ ορισμού δυνητική, υποθετική και στην διακριτική ευχέρεια της επιχείρησης.

Ως προς την προβληματική της φορμαλιστικής θεώρησης της κατάχρησης, αυτή οδηγεί αναγκαστικά σε *probatio diabolica*. Αυτό το αδιέξοδο βρίσκει, κατά την εδώ υποστηριζόμενη άποψη, την αιτιολόγησή του στο γεγονός ότι, η εν λόγω θεώρηση συνδυάζεται με το ότι, λειτουργικώς, τα επιχειρήματα αυτά αντιμετωπίζονται με προϋποθέσεις ταυτόσημες με αυτές της τρίτης παραγράφου του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, δηλαδή ως εξαιρέσεις ενώπιον μιας ήδη προειλημμένης απόφασης περί του καταχρηστικού χαρακτήρα της συμπεριφοράς. Πράγματι, πέραν της κατ’αυτόν τον τρόπο συνομολόγησης ότι δεν μπορούν παρά να αποτελούν εξαιρέσεις (στοιχείο ήδη ενδεικτικό της ασυμβατότητάς τους με το άρθρο 102 ΣΛΕΕ), η συνύπαρξη με την φορμαλιστική θεώρηση του άρθρου 102 ΣΛΕΕ δημιουργεί ένα συγκεκριμένο και άλυτο αποδεικτικό δίπολο.

Πράγματι, όπως προαναφέρθηκε, η ενσωμάτωση των επιχειρημάτων “economic efficiency” στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ προϋποθέτει, με βάση τις ως άνω παραδοχές για την ένταξη του στόχου προστασίας του καταναλωτή στην διάταξη, ότι η πιθανολόγηση της ζημίας του καταναλωτή πρέπει να θεωρηθεί ως διακριτό στοιχείο του ορισμού της κατάχρησης. Ως εκ τούτου, η κατάφαση της *prima facie* κατάχρησης δεν δύναται κανονικά να λαμβάνει χώρα, προτού συνεκτιμηθούν τα οικονομικά πλεονεκτήματα της συμπεριφοράς.

---

<sup>198</sup> Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων της Επιτροπής κατά τον έλεγχο της εφαρμογής του άρθρου 82 ΕΚ σε καταχρηστικές συμπεριφορές αποκλεισμού, 2009/C 45/02, σημείο 3. Για τις τέσσερις προϋποθέσεις που πρέπει σωρευτικά να συντρέχουν για την αποδοχή επιχειρήματος οικονομικής αποτελεσματικότητας πρβλ. σημείο 30

<sup>199</sup> Στην ίδια κατεύθυνση, BELLIS-KASTEN, Will efficiencies play an increasingly important role in the assessment of conduct under Article 102 TFEU?, THE ANTITRUST BULLETIN, Vol. 55, No. 4/Winter 2010 : 915-927, ιδίως σελ. 919,920,923-924

Υπάρχουν όμως -όπως αναλύθηκε στο πρώτο μέρος της παρούσης- πολλές περιπτώσεις κατάχρησης αποκλεισμού, όπου ήδη εκ της *τεκμαιρόμενης πρόθεσης* αποκλεισμού, η κατάχρηση έχει διαπιστωθεί *prima facie*, χωρίς την όποια πιθανολόγηση αντιανταγωνιστικών αποτελεσμάτων ή/και βλάβης στα συμφέροντα του καταναλωτή. Η φορμαλιστική/νομική προσέγγιση υπερισχύει, όταν είναι εφικτό, της “effects based approach” ή άλλως γνωστής ως πιο οικονομικής προσεγγίσης, εκτός και αν από τα χαρακτηριστικά της συμπεριφοράς είναι αδύνατον να εξαχθεί τεκμήριο. Είναι δε η κυρίαρχη προσέγγιση στην νομολογία για τις εκπτώσεις και την άρνηση πώλησης. Και είναι λογικό από την στιγμή που, γενικότερα, η κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης δεν προϋποθέτει την απόδειξη πραγματικού αντιανταγωνιστικού αποτελέσματος<sup>200</sup>. Σε άλλες περιπτώσεις βέβαια, ιδίως τις περιπτώσεις *margin squeeze*<sup>201</sup>, το Δικαστήριο υιοθετεί την πιο οικονομική προσέγγιση και εστιάζει στα αποτελέσματα της συμπεριφοράς. Όμως και σε αυτές τις περιπτώσεις, η υιοθέτηση της “effects based approach” από την νομολογία δεν απαιτεί παρά πιθανολόγηση και όχι απόδειξη, *in concreto*, των αντιανταγωνιστικών αποτελεσμάτων<sup>202</sup>.

Από την άλλη πλευρά, αν επανέλθουμε στις προϋποθέσεις της Ανακοίνωσης Προτεραιοτήτων, η δεσπόζουσα επιχείρηση οφείλει να αποδείξει ότι είναι “αρκούντως πιθανό και βάσει επαληθεύσιμων αποδεικτικών στοιχείων” να πληρούνται οι προϋποθέσεις που στοιχειοθετούν την οικονομική αποτελεσματικότητα<sup>203</sup>. Ακόμη περισσότερο, αυτό ακριβώς επισημαίνει το Δικαστήριο στην χαρακτηριστική υπόθεση *Post Danmark*<sup>204</sup>. Με αυτά τα δεδομένα, η ανάλυση του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, διασπάται “τεχνητά”<sup>205</sup> σε δύο επίπεδα, με διαφορετικό αποδεικτικό μέτρο για το καθένα, πιθανολογούμενη κατάχρηση και αποδεικνυόμενη αποτελεσματικότητα. Είναι εξαιρετικά δυσχερές να ανατραπεί ένα τεκμήριο βασισμένο στην πιθανολόγηση δια της απόδειξης μιας μελλοντικής και αβέβαιης οικονομικής αποτελεσματικότητας. Αυτός είναι, κατά την εδώ υποστηριζόμενη άποψη, ο πυρήνας των προβλημάτων στην επί της ουσίας αποδοχή των επιχειρημάτων “economic efficiency” στα πλαίσια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ.

<sup>200</sup>*British Airways v. Commission*, T-219/99, σκ. 293, *Manufacture Francaise des Pneumatiques Michelin v. Commission*, T-203/01, σκ. 239

<sup>201</sup>“Margin squeeze” καλείται η τιμολογιακή πρακτική, κατά την οποία η δεσπόζουσα επιχείρηση έχει καθετοποιημένη δομή, με αποτέλεσμα να προμηθεύει το προϊόν σε επιχειρήσεις, οι οποίες την ανταγωνίζονται στην μεταπώληση. Έχοντας την δυνατότητα να ελέγχει την τιμή, κατά τρόπο ώστε να ελαχιστοποιεί τα κέρδη των ανταγωνιστών από την μεταπώληση, τείνει να αποκλείει ακόμη και τους εξίσου αποτελεσματικούς ανταγωνιστές από την αγορά. Πρβλ. ενδεικτικά τις υποθέσεις *Deutsche Telekom AG v. Commission*, C-280/08P, σκ. 254-255 και *TeliaSonera*, C-52/09, ιδίως σκ. 43, 63, 66, 67

<sup>202</sup>Σε αυτήν την κατεύθυνση πρβλ. Gormsen, *Are Anti-competitive Effects Necessary for an Analysis under Article 102 TFEU?*, *World Competition* 36, no. 2 (2013): 223–246, Kluwer Law International, The Netherlands, p. 244

<sup>203</sup>Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων της Επιτροπής στην εφαρμογή του άρθρου 82 ΕΚ, 2009/C 45/02, OJ C45, 24.2.2009, p. 7-20, σημείο 30 εδ.α

<sup>204</sup>*Post Danmark*, *ibid*, C-209/10, σκ. 43

<sup>205</sup>Στην ίδια κατεύθυνση ο ΓΕ *Jacobs* στην απόφαση *SyFAit v. GlaxoSmithKline*, C-53/03, σκ. 72

Τέλος, ο δυναμικός χαρακτήρας των επιχειρημάτων “economic efficiency” καθιστά την κατάφασή τους από την αρχή δυσχερή. Κατ’αρχάς, η ίδια η διαπίστωση της ύπαρξης βελτιώσεων οικονομικής αποτελεσματικότητας στο μέλλον, αποτελεί μια υποθετική άσκηση<sup>206</sup>. Αυτό καθίσταται ιδιαίτερα εμφανές, όπως συνομολόγησε το Δικαστήριο στην ως άνω απόφαση Microsoft, στην περίπτωση ισχυρισμών περί αφαίρεσης των κινήτρων καινοτομίας. Σειρά αποφάσεων, με αποκορύφωμα την απόφαση Microsoft, καταδεικνύουν τον αίολο χαρακτήρα αυτών των επιχειρημάτων, ο οποίος αποτελεί και τον βασικότερο ίσως λόγο απόρριψής τους επί της ουσίας. Ακόμα και σε θεωρητικό επίπεδο, μη λαμβανομένου υπόψη του προβλήματος ποσοτικοποίησης, τα επιχειρήματα αυτά είναι αβέβαια και γενικά<sup>207</sup>. Η καινοτομία είναι εξ ορισμού παράμετρος μακροπρόθεσμη και απρόβλεπτη. Ακόμη και εάν επισυμβεί, είναι δύσκολη η τεκμηρίωση της αμέσου αιτιώδους συνάφειας με την καταχρηστική συμπεριφορά, εν μέρει και λόγω της χρονικής απόστασης μεταξύ των δύο. Καθίσταται εμφανές, ότι διαπλέκονται και προβληματισμοί ως προς την προϋπόθεση της αναγκαιότητας, καθώς τα ίδια αποτελέσματα θα μπορούσαν -εν δυνάμει- να επιτευχθούν (από την δεσπόζουσα ή/και τους ανταγωνιστές της) ελλείψει της καταχρηστικής συμπεριφοράς.

Ταυτοχρόνως, από την απόφαση Microsoft, το Δικαστήριο επισημαίνει, ότι η Επιτροπή διολίσθησε στο αδιέξοδο της λήψης του ζητουμένου (στο οποίο έγινε αναφορά ανωτέρω), το οποίο είναι εγγενές στην ενσωμάτωση των επιχειρημάτων “efficiency” στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ. Πράγματι, το Δικαστήριο επέκρινε την, αποκλίνουσα από τοτέστ της απόφασης IMS Health, μέθοδο ανάλυσης της Επιτροπής<sup>208</sup>. Δεδομένης της επάρκειας της πιθανολόγησης των αντιανταγωνιστικών αποτελεσμάτων σε βάρος του καταναλωτή για την κατάφαση της κατάχρησης *prima facie*, η Επιτροπή υποκατέστησε τελικά την στάθμιση μεταξύ των αρνητικών επιπτώσεων της κατάχρησης και των πλεονεκτημάτων που επιφέρει (θεωρώντας την υπερίσχυση των μειονεκτημάτων δεδομένη), με μια στάθμιση μεταξύ των οικονομικών πλεονεκτημάτων εκ της διατήρησης των κινήτρων καινοτομίας της Microsoft αφενός και προώθησης της καινοτόμου δράσης των ανταγωνιστών αφετέρου. Πράγματι, αφού η κατάχρηση είχε *prima facie* διαπιστωθεί, λόγω της τεκμαιρόμενης πρόθεσης αποκλεισμού (επρόκειτο για άρνηση παροχής πρόσβασης σε “βασική διευκόλυνση”), η Επιτροπή προχώρησε στην σύγκριση αμφοτέρων των *δυννητικών πλεονεκτημάτων*. Έτσι θεώρησε αναγκαία την παροχή των πληροφοριών διαλειτουργικότητας μετά από την σύγκριση των πλεονεκτημάτων *υφιστάμενης και ελλείψει της κατάχρησης*.

---

<sup>206</sup> Πρβλ. στην ίδια κατεύθυνση, PIERRE LAROUCHE, THE EUROPEAN MICROSOFT CASE AT THE CROSSROADS OF COMPETITION POLICY AND INNOVATION, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα: [socrates.berkeley.edu/~scotch/.../Larouche.pdf](http://socrates.berkeley.edu/~scotch/.../Larouche.pdf), σελ. 614 επ.

<sup>207</sup> Microsoft, T-201/04, σκ. 698

<sup>208</sup> Microsoft, *ibid*, σκ. 705-710

Προκειμένου η άσκηση του αποκλειστικού δικαιώματος πνευματικής ή βιομηχανικής ιδιοκτησίας να συνιστά κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης, πρέπει, κατά τα κριτήρια της IMS Health<sup>209</sup>, η πρόσβαση στο προϊόν ή την υπηρεσία να είναι αναγκαία για την άσκηση ορισμένης δραστηριότητας. Οι εξαιρετικές περιστάσεις που πρέπει να συντρέχουν είναι, κατά την ως άνω αναφερόμενη νομολογία, αθροιστικά τρεις: η άρνησή πρόσβασης πρώτον, εμποδίζει την ανάπτυξη καινοτόμου προϊόντος ή υπηρεσίας, για το/την οποίο/α υπάρχει δυνητική ζήτηση στην αγορά, δεύτερον είναι αδικαιολόγητη, και τρίτον μπορεί να αποκλείσει κάθε μορφή ανταγωνισμού στην συναφή, αλλά διακριτή αγορά. Εφόσον συντρέχουν αυτά τα στοιχεία, η παροχή πρόσβασης επιβάλλεται, όπως κρίθηκε στην υπόθεση Microsoft σχετικά με την παροχή των πληροφοριών διαλειτουργικότητας (οι οποίες συνιστούσαν προστατευόμενη, μυστική τεχνολογία<sup>210</sup>). Κρίσιμο μέτρο στην απόφαση αυτήν δεν φαίνεται να αποτελεί το αν και κατά πόσον η δεσπόζουσα επιχείρηση εξαναγκάζεται ή όχι να εγκαταλείψει την σχετική αγορά, λόγω της ωφέλειας των ανταγωνιστών με δικό της επενδυτικό κόστος (free-rider problem), δηλαδή η αφαίρεση κινήτρων καινοτομίας, αντίθετα η αναγκαιότητα πρόσβασης για την ενίσχυση της καινοτομίας.

Η στάθμιση που θα έπρεπε επομένως να λάβει χώρα είναι μεταξύ των εξαιρετικών περιστάσεων που, επιβάλλουν την παροχή άδειας εκμετάλλευσης, προκειμένου να μην παρεμποδιστεί η τεχνική πρόοδος δια της δημιουργίας νέων προϊόντων (για τα οποία υπάρχει ζήτηση στην αγορά) και των πλεονεκτημάτων από την καινοτόμο δράση της Microsoft (την οποία αποθαρρύνει το φαινόμενο free-riding). Αυτή η στάθμιση είναι η ανταποκρινόμενη στην σύγκριση πλεονεκτημάτων και αρνητικών επιπτώσεων εκ της κατάχρησης και μόνο. Αντ' αυτής έλαβε χώρα μια σύγκριση πλεονεκτημάτων in abstracto, εστιάζοντας στην καθαρή αποτελεσματικότητα υφιστάμενης της κατάχρησης αφενός, και δια του ομαλού ανταγωνισμού αφετέρου. Αυτή η προσέγγιση αλλοιώνει την λογική του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, διότι η διάταξη δεν αποβλέπει στην μεγιστοποίηση των πλεονεκτημάτων για τον καταναλωτή, αλλά το πρώτον στην διατήρηση μιας ελάχιστης δομής υγιούς ανταγωνισμού ικανής να προστατεύσει τα συμφέροντα του καταναλωτή. Στην ανάλυση των “economic efficiencies” στα πλαίσια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ δεν πρέπει επομένως να επιδιώκεται η μεγιστοποίηση των οικονομικών πλεονεκτημάτων, αλλά η προστασία των συμφερόντων του καταναλωτή.

Ο στόχος του “consumer welfare” πρέπει να ερμηνεύεται στενά. Δεν ενδιαφέρει η μεγιστοποίηση της ωφέλειας του καταναλωτή, αλλά η μη βλάβη των συμφερόντων του δια και λόγω της αντιανταγωνιστικής συμπεριφοράς. Η βλάβη ή η ωφέλεια των συμφερόντων που μας απασχολεί στα πλαίσια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ είναι η ευρισκόμενη σε άμεση αιτιώδη συνάφεια με την κατάχρηση. Δεν ενδιαφέρει η καθαρή αποτελεσματικότητα, το “net benefit” του καταναλωτή. Κατ'αντιστοιχία επομένως δεν δικαιολογείται ο

---

<sup>209</sup> IMS Health, C-418/01, σκ. 35, 37. Στην ίδια κατεύθυνση, Magil (RTE και ITP κατά Επιτροπής), C-241/91 P και C-242/91P, σκ. 50,55

<sup>210</sup> Microsoft, T-201/04, σκ. 1333

εξοβελισμός ανταγωνιστή, επειδή η δράση του αποδίδει λιγότερα οφέλη αποτελεσματικότητας στον καταναλωτή (κατά την κρίση της δεσπόζουσας επιχείρησης). Θα μπορούσε, ενόψει του εν λόγω νομολογιακού παραδείγματος, να εξαχθεί το συμπέρασμα ότι η συμπερίληψη επιχειρημάτων “economic efficiency” στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ δεν οδηγεί απλώς σε αποδεικτικά προβλήματα. Ακόμη περισσότερο, τείνει να αφαιρέσει από το άρθρο 102 ΣΛΕΕ το χρήσιμο αποτέλεσμά του, αλλοιώνοντας τον προορισμό του.

Μια άλλη απόφαση εξάλλου, σχετική και πάλι με κίνητρα καινοτομίας, αποδεικνύει την απροθυμία του Δικαστηρίου να εξετάσει επιχειρήματα οικονομικής αποτελεσματικότητας αυτής της μορφής και επιβεβαιώνει την προσήλωση στα κίνητρα παραμονής στην αγορά, δηλαδή στην σφαίρα των θεμιτών εμπορικών συμφερόντων. Στην απόφαση *Sot. Lelos v. GlaxoSmithKline*<sup>211</sup>, η Glaxo υποστήριξε ότι το παράλληλο εμπόριο των φαρμάκων μειώνει τα κέρδη που μπορούν να επενδύουν οι φαρμακευτικές εταιρίες στις δραστηριότητες έρευνας και ανάπτυξης. Με άλλα λόγια αφαιρεί κίνητρα καινοτομίας από τις φαρμακευτικές βιομηχανίες. Αντιθέτως, οι διανομείς, που επωφελούνται από το παράλληλο εμπόριο, δεν συνεισφέρουν στη φαρμακευτική καινοτομία.

Επομένως, ιδίως στα κράτη μέλη στα οποία οι τιμές των φαρμάκων καθορίζονται σε χαμηλό επίπεδο, αν οι φαρμακευτικές εταιρίες στερηθούν τη δυνατότητα να μειώνουν τον εφοδιασμό -προκειμένου να περιορίσουν το παράλληλο εμπόριο από τα κράτη αυτά σε κράτη όπου οι τιμές είναι υψηλότερες- ενδέχεται να περιοριστεί η προώθηση των νέων φαρμάκων στα κράτη, όπου οι τιμές είναι χαμηλές. Πράγματι, σε μια τέτοια περίπτωση, οι εταιρίες αυτές έχουν συμφέρον να καθυστερήσουν την προώθηση νέων προϊόντων. Και αυτό διότι η καινοτομία καθίσταται οικονομικά ασύμφορη για την δεσπόζουσα επιχείρηση. Στα δε κράτη, στα οποία η τιμή των φαρμάκων δεν καθορίζεται από το κράτος, και πάλι, η δεσπόζουσα επιχείρηση θα αναγκαζόταν να αυξήσει τις τιμές σε βάρος, εν τέλει, του τελικού καταναλωτή.

Το Δικαστήριο απεφάνθη χαρακτηριστικά, ότι δεν είναι αναγκαίο να εξεταστεί το επιχείρημα της Glaxo ότι οι φαρμακευτικές εταιρίες είναι αναγκασμένες να περιορίζουν τις παράλληλες εξαγωγές για να αποσοβήσουν τον κίνδυνο μείωσης των επενδύσεών τους στην έρευνα και την ανάπτυξη φαρμάκων. Δεν εξέτασε το επιχείρημα οικονομικής αποτελεσματικότητας. Αρκέστηκε να υπενθυμίσει την υποχρέωση εκτέλεσης των παραγγελιών τακτικού πελάτη, οι οποίες δεν υπερβαίνουν το σύνηθες, κατά τις κρατούσες εμπορικές συνήθειες<sup>212</sup>. Έτσι, στην λογική του θεμιτού εμπορικού συμφέροντος, η ανάλυση περιορίστηκε στην τήρηση της αρχής της αναλογικότητας. Προκειμένου να εκτιμηθεί αν η άρνηση της φαρμακευτικής εταιρίας να εφοδιάσει χονδρεμπόρους δραστηριοποιούμενους στις

<sup>211</sup> *Sot. Lelos v. GlaxoSmithKline*, C-468/06 έως C-478/06, σκ. 44, 68, 70

<sup>212</sup> *United Brands και United Brands Continenteaal κατά Επιτροπής*, C-66/72, σκέψη 182

παράλληλες εξαγωγές συνιστά μέσο κατάλληλο και ανάλογο της απειλής που αποτελούν οι εξαγωγές αυτές για τα νόμιμα εμπορικά της συμφέροντα, σημασία έχει μόνο το αν οι παραγγελίες που της απηύθυναν οι χονδρέμποροι αυτοί παρουσιάζουν ασυνήθη χαρακτήρα.

Ένα πρόσθετο πρόβλημα των επιχειρημάτων “efficiency” εντοπίζεται, όπως υπαινιχθήκαμε, στην μετακύλιση δίκαιου τμήματος της ωφέλειας στον καταναλωτή. Πρέπει να σημειωθεί ότι η μετακύλιση δίκαιου τμήματος του οφέλους στον καταναλωτή είναι απαίτηση έμμεσα συναγόμενη από την τέταρτη προϋπόθεση της Ανακοίνωσης Προτεραιοτήτων<sup>213</sup>. Πράγματι, εαν ήθελε γίνει δεκτή μια σιωπηρή εξαίρεση στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ, πρέπει -συμφώνως και προς την θεωρία περί εναρμόνισης με το άρθρο 101 ΣΛΕΕ στη βάση των ως άνω εκτεθέντων κοινών σκοπών των δύο διατάξεων- να τηρεί τις προϋποθέσεις της τρίτης παραγράφου του εν λόγω άρθρου<sup>214</sup>. Η Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων ορθώς προβλέπει την ανάγκη μετακύλισης δίκαιου τμήματος της ωφέλειας, κατά τρόπο άμεσο στον καταναλωτή (μείωση τιμών, βελτίωση της ποιότητας, καινοτόμα προϊόντα).

Η μετακύλιση δίκαιου τμήματος του οφέλους στον καταναλωτή είναι όμως αβέβαιη στην περίπτωση της κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης. Κατά πάγια νομολογία, η δεσπόζουσα θέση επιτρέπει στην επιχείρηση να δρά σε μεγάλο βαθμό ανεξάρτητα από τους ανταγωνιστές, τους ενδιάμεσους και τους τελικούς καταναλωτές<sup>215</sup>. Αυτό γίνεται δεκτό και στην Ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με την εφαρμογή του άρθρου 101(3)<sup>216</sup>. Εξ ορισμού επομένως, είναι αμφίβολη η ύπαρξη των αναγκαίων πιέσεων και κινήτρων, ώστε μια δεσπόζουσα επιχείρηση να μετακυλίσει την ωφέλεια στον καταναλωτή. Ειδικά ως προς τα οφέλη από την καινοτομία, το Δικαστήριο έκρινε, ότι οι ανταγωνιστές της Microsoft είναι βέβαιο ότι δεν θα αναπαράγουν απλώς το προϊόν της, αλλά θα καινοτομήσουν, ικανοποιώντας την ζήτηση για προϊόντα με νέες προδιαγραφές<sup>217</sup>. Με άλλα λόγια, οιονεί τεκμαίρει την επίτευξη καινοτομίας εκ μέρους των ανταγωνιστών. Και αυτό, διότι θεωρεί ότι -σε αντίθεση με την δεσπόζουσα Microsoft- έχουν μεγαλύτερα κίνητρα να το πράξουν. Αν δεν διαφοροποιήσουν το προϊόν τους, δεν έχουν περιθώρια κερδοφόρου παρουσίας στην σχετική αγορά. Έτσι, το επιχείρημα της Microsoft, σχετικά με την αφαίρεση των κινήτρων καινοτομίας της -εάν αναγκαστεί να μοιράζεται τα κέρδη της επένδυσής της στην τεχνογνωσία με τους ανταγωνιστές της- απερρίφθη.

---

<sup>213</sup> Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων της Επιτροπής, *ibid*, σημείο 30, τέταρτη προϋπόθεση, εδ. γ': “...και να μεταβιβάσει τα κέρδη αποδοτικότητας”.

<sup>214</sup> Whish, *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford, 2008, p. 208, όπου επιχειρηματολογεί ότι η τρίτη παράγραφος του άρθρου 101 ΣΛΕΕ είναι η σωστή βάση και για την εξέταση επιχειρημάτων “economic efficiency” στα πλαίσια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ

<sup>215</sup> Πρβλ. ενδεικτικά *United Brands*, C-26/72, σκ. 65

<sup>216</sup> Κατευθυντήριες γραμμές για την εφαρμογή του άρθρου 81 παράγραφος 3 της συνθήκης, 2004/C 101/08, OJ C 101, 27.4.2004, p. 97–118, σημείο 92

<sup>217</sup> *Microsoft*, T-201/04, σκ. 656, 658. Για την απόρριψη των ανάλογων επιχειρημάτων της Microsoft, πρβλ. σκ. 636-637



Ειδικά ως προς την επίκληση επιχειρημάτων μείωσης των τιμών για τον τελικό καταναλωτή, αυτά στερούνται ρεαλισμού. Αν ληφθεί ως παράδειγμα η πρακτική των εκπτώσεων αποκλειστικότητας, ακόμα και μεσοπρόθεσμα, ο καταναλωτής δεν έχει κανένα όφελος από το καθεστώς αυτό, διότι η μετά την έκπτωση, χαμηλή τιμή που απολαμβάνει, είναι μόνο φαινομενικά συμφέρουσα. Και αυτό διότι, ελλείψει ανταγωνιστικών πιέσεων, στην πραγματικότητα η τιμή επί της οποίας θα υπολογίζεται η έκπτωση θα είναι ίδια ή και υψηλότερη σε σχέση με την τιμή που θα χρέωνε η δεσπόζουσα, σε συνθήκες ομαλού ανταγωνισμού. Επομένως, κάθε μεμονωμένος καταναλωτής ενδέχεται να ωφελείται σήμερα από ένα τέτοιο καθεστώς εκπτώσεων, μεσοπρόθεσμα όμως όλοι ζημιώνονται<sup>218</sup>. Στην περίπτωση εκπτώσεων που χορηγούνται εξάλλου σε μεταπωλητές της δεσπόζουσας επιχείρησης, αυτή η μετακύλιση του οφέλους καθίσταται ακόμη πιο αβέβαιη (από την στιγμή που μέρος των κερδών από την μειωμένη τιμή θα επιλέξουν να καρπωθούν οι μεταπωλητές). Ως εκ τούτου, αυτή η προϋπόθεση δύσκολα μπορεί να ικανοποιηθεί. Η παρουσία επαρκών ανταγωνιστικών πιέσεων στην σχετική αγορά είναι τελικά εκείνη η οποία επιτρέπει μακροπρόθεσμα την ισόρροπη επίτευξη τόσο των μειωμένων τιμών, όσο και της καινοτομίας.

Παρ'ολ'αυτά, ως προς την ανεξαρτησία της συμπεριφοράς από τις πιέσεις ανταγωνιστών και καταναλωτών, θα μπορούσε να διατυπωθεί μια ένσταση. Προκειμένου το αντικειμενικό αυτό δεδομένο να επηρεάσει την συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης, κινητροδοτώντας την μη μετακύλιση του οφέλους στον καταναλωτή, θα πρέπει η δεσπόζουσα επιχείρηση να είναι εν γνώσει της δυνατότητάς της να δρα ανεξάρτητα. Και αυτό δεν είναι άνευ ετέρου αδιαμφισβήτητο. Αυτό το επιχείρημα επικαλέστηκε η Intel, τονίζοντας, ότι ανεξαρτήτως του μεριδίου της στην σχετική αγορά, γνώριζε ότι από την πλευρά της ζήτησης, οι καταναλωτές είχαν ισχυρή διαπραγματευτική δύναμη με αποτέλεσμα η αγορά να χαρακτηρίζεται από ταχείες μειώσεις στις τιμές<sup>219</sup>. Ενδέχεται επομένως να υπάρχουν περιθώρια βάσιμης πιθανολόγησης της μετακύλισης δίκαιου τμήματος του οφέλους στον καταναλωτή, εφόσον συντρέχουν οι αναγκαίες περιστάσεις στην αγορά.

Πρέπει να σημειωθεί στο σημείο αυτό ότι η Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων συγχέει έτι περαιτέρω τα πράγματα, δημιουργώντας ανασφάλεια δικαίου. Το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 30 της Ανακοίνωσης Προτεραιοτήτων της Επιτροπής μοιάζει εκ πρώτης όψεως να αρκείται σε κάτι λιγότερο από την μετακύλιση δίκαιου τμήματος του οφέλους στον καταναλωτή. Αν δεν υπήρχε η προαναφερθείσα αναφορά περί “μεταβίβασης της οικονομικής απόδοσης στον καταναλωτή” στην τέταρτη προϋπόθεση της παραγράφου 30, τότε θα μπορούσε να υποστηριχθεί πως η Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων διολισθαίνει

<sup>218</sup> Για το “prisoner’s dilemma” πρβλ. ενδεικτικά N. Economides, 'Tying, bundling and loyalty requirement rebates' in E.R. Elhauge, Research Handbook on the Economics of Antitrust Law (Edward Elgar, 2012), σελ. 121επ., ιδίως σελ. 130-131.

<sup>219</sup> Commission v. Intel, COMP/C-3/37.990, Περίληψη σε OJ C 227, 22.9.2009, p. 13–17. Στην ίδια κατεύθυνση Bellis, Kasten, Will efficiencies play an increasingly important role in the assessment of conduct under Article 102 TFEU?, THE ANTI-TRUST BULLETIN: Vol. 55, No. 4/Winter 2010 : 915-927, σελ. 919

από την θεμιτή προστασία του “consumer welfare” στην επιδίωξη αορίστως του “total welfare”. Αυτή η προσέγγιση είναι η κρατούσα στις Η.Π.Α. (“aggregate welfare standard”), όχι όμως και στο Ευρωπαϊκό Δίκαιο Ανταγωνισμού<sup>220</sup>. Η διάκριση μεταξύ των εν λόγω ερμηνευτικών εκδοχών της προστασίας του καταναλωτή, καθώς και η κρατούσα στην θεωρία άποψη, αναπτύχθηκαν ανωτέρω.

Πράγματι, ο καταναλωτής είναι ένα εκ των προστατευτέων αντικειμένων του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Οι διατάξεις του ανταγωνισμού εξυπηρετούν τελεολογικά και την βελτίωση του βιοτικού επιπέδου, την αύξηση και βελτίωση της ποιότητας της παραγωγής και την σταθερότητα των τιμών για τον καταναλωτή. Δεν είναι δυνατόν επομένως να επιδοκιμάζεται μια στάσιμη κατάσταση, στην οποία τα όποια οφέλη της ανταγωνιστικής διαδικασίας απλώς καλύπτουν και αντισταθμίζουν αορίστως τις ζημίες για τον καταναλωτή. Πρέπει να μετακυλίεται δίκαιο τμήμα του οφέλους. Το “total welfare” πρέπει να αντιδιαστέλλεται από το “consumer welfare”. Η δεύτερη έννοια συνάπτεται με την ασυλία συμπεριφοράς, μόνο εφόσον μετακυλίζει άμεσο, καθαρό όφελος στον καταναλωτή, το οποίο υπερβαίνει την ζημία που αυτός υφίσταται από τον εξοβελισμό ανταγωνιστή. Κατά συνέπεια των ανωτέρω, ορθότερο είναι να θεωρηθεί, ότι η απόδειξη της μη ύπαρξης καθαρής ζημίας για τον καταναλωτή έχει την έννοια της απόδειξης της αντιστάθμισης (ή και υπεραντιστάθμισης) των κατά από τα υπέρ για τον καταναλωτή.

Η Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων της Επιτροπής μάλλον δημιουργεί περισσότερα προβλήματα απ’όσα επιλύει και για έναν επιπλέον λόγο. Το βάρος απόδειξης της αντιστάθμισης των αρνητικών επιπτώσεων από τα οφέλη οικονομικής αποτελεσματικότητας εναποτίθεται στην δεσπόζουσα επιχείρηση<sup>221</sup>. Πρέπει να είναι σε θέση να αποδείξει ότι η συμπεριφορά δεν συνεπάγεται καθαρή ζημία για τους καταναλωτές<sup>222</sup>. Με τον ίδιο τρόπο αντιλαμβάνεται και το Δικαστήριο την κατανομή του βάρους απόδειξης, ακριβώς επειδή, όπως προαναφέρθηκε, τείνει προς την υιοθέτηση της φορμαλιστικής, πιο νομικής ανάλυσης του άρθρου 102 ΣΛΕΕ.

Επί της ουσίας, αυτή και μόνη η κατανομή του βάρους απόδειξης δημιουργεί πολλά προβλήματα. Πρόκειται επί της ουσίας για την επιβολή ενός αρνητικού βάρους απόδειξης στην δεσπόζουσα επιχείρηση. Και αυτό μάλιστα, ενώ η Επιτροπή αρκείται στην πιθανολόγηση του αντιανταγωνιστικού αποτελέσματος της συμπεριφοράς για την κατάφαση της κατάχρησης, η οποία προηγείται της εξέτασης των επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας (αφού, τόσο η νομολογία, όσο και η Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων τους αναγνωρίζουν την χρονική τάξη εξαίρεσης). Με αυτόν τον τρόπο, η δεσπόζουσα

---

<sup>220</sup>Πρβλ. Riziotis, Efficiency Defence in Article 82 EC, Springer Berlin-Heidelberg, MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law 5 (2008), p.89-115, p. 93

<sup>221</sup>Για τον ενδιαφέροντα προβληματισμό σχετικά με την επί της ουσίας δυνατότητα της δεσπόζουσας επιχείρησης να ανταποκριθεί στο βάρος απόδειξης, πρβλ. προς την ίδια κατεύθυνση, Akman, The European Commission's Guidance on Article 102 TFEU: From Inferno to Paradiso?, The Modern Law Review, Vol. 73, No. 4 (JULY 2010), pp. 605-630, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα: <http://www.jstor.org/stable/40865467>, ιδίως σελ.620 επ.

<sup>222</sup> Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων της Επιτροπής, *ibid*, σημείο 30, εδ.α’

επιχείρηση καλείται να ανατρέψει εκ των υστέρων ένα τεκμήριο κατάχρησης, επωμιζόμενη το βάρος απόδειξης περιστατικών, τα οποία η Επιτροπή θα έπρεπε να αποδείξει για την κατάφαση της κατάχρησης<sup>223</sup>. Είναι εξαιρετικά δύσκολο -αν όχι αδύνατον- να ανατραπεί ένα τεκμήριο (στηριζόμενο εξ ορισμού στην πιθανολόγηση) δια της απόδειξης της μη συνδρομής των περιστάσεων στην πιθανολόγηση των οποίων ακριβώς εδράζεται το εν λόγω τεκμήριο. Αυτά καθιστούν εξαιρετικά απίθανη την επί της ουσίας αποδοχή των επιχειρημάτων “efficiency”, ακριβώς επειδή η δεσπόζουσα επιχείρηση δεν μπορεί να ανταποκριθεί στο βάρος απόδειξης.

Επομένως, η λήψη υπόψη δυναμικών, μελλοντικών οικονομικών πλεονεκτημάτων φαίνεται ξένη προς την λογική του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, σε αντίθεση με τον μηχανισμό στον προληπτικό έλεγχο των συγκεντρώσεων επιχειρήσεων<sup>224</sup>. Στην περίπτωση της εκτίμησης της συμβατότητας μιας συγκέντρωσης με την κοινή αγορά, η ανάλυση λαμβάνει χώρα *ex ante*, οπότε είναι εύλογο και συνεπές τα ενδεχόμενα πλεονεκτήματα της συγκέντρωσης να σταθμίζονται με την ενδεχόμενη βλάβη στα συμφέροντα του καταναλωτή από την συγκέντρωση. Αντίθετα, στα πλαίσια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, από την στιγμή που μέτρο της κατάχρησης αποτελεί το “consumer welfare”, η πιθανολόγηση της βλάβης στα συμφέροντα του καταναλωτή προηγείται αναγκαστικά της εξέτασης επιχειρημάτων αποτελεσματικότητας. Πρέπει να διαπιστωθεί *prima facie* κατάχρηση προκειμένου να ενεργοποιηθεί η εξέταση των λόγων δικαιολόγησής της.

Μετά την εξέταση των εγγενών προβλημάτων της ενσωμάτωσης των επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ, κρίνεται σκόπιμη η πρόταση μιας λύσης. Η λύση αυτή δεν καθίσταται μεν επαρκής για την ανατροπή των εν λόγω προβλημάτων, καλείται όμως να τα μετριάσει. Στην πραγματικότητα, τα επιχειρήματα αυτά πρέπει να μην υποταχθούν στις προϋποθέσεις του άρθρου 101(3) ΣΛΕΕ, αλλά να αναγνωσθούν ως γνήσιες, αρνητικές προϋποθέσεις της κατάχρησης. Έτσι, ναι μεν το βάρος απόδειξης των πραγματικών περιστατικών που στοιχειοθετούν “efficiency”, εκ των πραγμάτων, πρέπει να το φέρει η επιχείρηση (προσβασιμότητα στο αποδεικτικό υλικό, έννομο συμφέρον). Η Επιτροπή όμως πρέπει να φέρει τελικά το βάρος να αποδείξει, ότι η συμπεριφορά που υιοθετήθηκε υπερβαίνει το μέτρο της αναλογικότητας και είναι πιθανό να οδηγήσει σε βλάβη των συμφερόντων του καταναλωτή<sup>225</sup>. Με αυτόν τον τρόπο η ανάλυση δεν διολισθαίνει στην σύγκριση των μελλοντικών πλεονεκτημάτων της κατάχρησης με αυτά της παραμονής του ανταγωνιστή στην αγορά. Και η Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων φαίνεται να αφήνει τέτοια δυνατότητα, παρά την απαίτηση για απόδειξη

<sup>223</sup> Καν. 1/2003, OJ L1/1, p. 1–25, άρθρο 2 εδ. α' για το βάρος απόδειξης

<sup>224</sup> Καν. 139/2004 για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων (2004) OJ L24, σκ. 29 του Προοιμίου σε συνδυασμό με το άρθρο 2(1β)

<sup>225</sup> O' Donoghue and Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 233

των προϋποθέσεων της παραγράφου 30<sup>226</sup>. Η Επιτροπή παραμένει ο κριτής του αν συντρέχει ή όχι κατάχρηση και, συναφώς, εαν η συμπεριφορά εντάσσεται ή όχι στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Εκείνη πρέπει να αποδείξει ότι τα πλεονεκτήματα δεν αντισταθμίζουν τις αρνητικές επιπτώσεις σε βάρος του καταναλωτή.

Ακόμη όμως και αν παραγνωριστούν τα ανωτέρω προβλήματα, αυτή καθεαυτή η στάθμιση των αρνητικών επιπτώσεων με τα πλεονεκτήματα της κατάχρησης δημιουργεί ζητήματα, όποιος κι αν φέρει το βάρος απόδειξης. Πρόκειται για μια στάθμιση υποθετική και αβέβαιη, το οποίο αποτέλεσμα της οποίας είναι εκ των πραγμάτων ανεπαρκές να ανατρέψει την πιθανολόγηση της βλάβης των συμφερόντων του καταναλωτή από την ίδια την καταχρηστική συμπεριφορά. Και αυτό διότι η οικονομική αποτελεσματικότητα αναφέρεται στο μέλλον, δεν είναι βέβαιο ότι θα συντελεστεί. Αυτό είναι ιδιαίτερα εμφανές στην περίπτωση των επιχειρημάτων, τα οποία επικαλούνται οφέλη έρευνας και καινοτομίας. Ο σχηματισμός δικανικής πεποίθησης παρουσιάζεται δυσχερής.

Δεν πρέπει να αγνοείται επίσης το γεγονός ότι, τα επιχειρήματα οικονομικής αποτελεσματικότητας, δύσκολα μπορούν να περάσουν το τεστ της αναγκαιότητας. Είναι μάλλον βέβαιο, πώς η δεσπόζουσα επιχείρηση θα έχει και άλλα, ηπιότερα μέσα στην διάθεσή της, προκειμένου να αυξήσει την οικονομική της αποτελεσματικότητα και είτε να μειώσει τις τιμές, είτε να επενδύσει στην έρευνα και την καινοτομία. Ο αποκλεισμός του ανταγωνιστή ή η θέση εμποδίων στην ανάπτυξη του ανταγωνισμού δεν συνιστούν τις *sine qua non* προϋποθέσεις επίτευξης των εν λόγω πλεονεκτημάτων. Επιπλέον, η τέταρτη προϋπόθεση, της μη εξάλειψης του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, είναι εξαιρετικά δύσκολο να ικανοποιηθεί στις συμπεριφορές αποκλεισμού από δεσπόζουσα επιχείρηση.

Συμπερασματικά, τα επιχειρήματα “economic efficiency” δεν επαρκούν για την διατήρηση αμφιβολιών, με αποτέλεσμα η πιθανολόγηση της ζημίας του καταναλωτή να συντηρείται και ο σχηματισμός δικανικής πεποίθησης να κλίνει πάντα προς την απόρριψη τους επί της ουσίας. Αυτό οφείλεται σε τρία βασικά χαρακτηριστικά των επιχειρημάτων αυτής της κατηγορίας. Πρώτον, η βελτίωση της ποιότητας, η περαιτέρω μείωση των τιμών ή η προσφορά καινοτόμου προϊόντος ή υπηρεσίας βρίσκονται στην απόλυτη διακριτική ευχέρεια της δεσπόζουσας επιχείρησης, αφού πρώτα προσποριστεί το ανταγωνιστικό πλεονέκτημα. Τελούν επομένως υπό μιας μορφής εξουσιαστική αίρεση. Δεύτερον, η ωφέλεια πρόκειται να συντελεστεί στο μέλλον, σε χρονικό σημείο έτερο από εκείνο της διενέργειας της στάθμισης από το Δικαστήριο. Ως εκ τούτου δεν μπορεί να συνεκτιμηθεί αξιόπιστα. Τρίτον, πρέπει να ληφθεί υπόψη και η παράμετρος του-ων ανταγωνιστή-ών που εξοβελίστηκε-αν από την δεσπόζουσα επιχείρηση. Πώς είναι βέβαιο ότι τα ίδια ή και μεγαλύτερα οφέλη (καινοτομία συν μειωμένο κόστος) δεν θα προέκυπταν για τον καταναλωτή από την διατήρηση του υφιστάμενου ανταγωνισμού ή την είσοδο νέων ανταγωνιστών στη σχετική αγορά;

<sup>226</sup> Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων της Επιτροπής, *ibid*, σημείο 31

Το πρόβλημα μοιάζει τελικά να οφείλεται στην απουσία αντικειμενικότητας σε αυτού του είδους τα επιχειρήματα. Φαίνεται να επιβραβεύουν μια επικίνδυνη για τον ανταγωνισμό συμπεριφορά, επειδή η δεσπόζουσα επιχείρηση επικαλείται εκ των υστέρων το γενικό όφελος για τον καταναλωτή, το οποίο δεν δύναται να ποσοτικοποιηθεί ή έστω να αποτιμηθεί αξιόπιστα. Εν τέλει δεν είναι καθόλου βέβαιο αν το συμφέρον του καταναλωτή υπηρετείται καλύτερα μέσω των εν λόγω επιχειρημάτων “economic efficiency” και όχι δια της απαγόρευσης της αντι-ανταγωνιστικής πρακτικής της δεσπόζουσας επιχείρησης. Από τα ανωτέρω συνάγεται η αδυναμία των εν λόγω επιχειρημάτων να ενταχθούν με συνέπεια στην λογική της αντικειμενικής οικονομικής δικαιολόγησης και να καταστούν λειτουργικά στα πλαίσια της ανάλυσης του άρθρου 102 ΣΛΕΕ.

Πράγματι, η ίδια η έννοια της κατάχρησης ενέχει αρνητική νομική αξιολόγηση της συμπεριφοράς της δεσπόζουσας επιχείρησης. Συνεπώς, εν είδει δικαιολόγησης, δεν μπορεί παρά να παραπέμπει στην αναζήτηση των αντικειμενικών κριτηρίων και περιστάσεων, που θα μπορούσαν να οριοθετήσουν την κατάχρηση εκ των έσω και συνεπώς a priori να την αποκλείσουν. Με άλλα λόγια, περιστάσεις, οι οποίες θέτουν την συμπεριφορά εκτός πεδίου εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Εξαιρέσεις, δηλαδή περιστάσεις οι οποίες δικαιολογούν και νομιμοποιούν ex post μια συμπεριφορά εμπόρου κατά τα άλλα στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, δεν μπορούν να γίνουν εύκολα δεκτές. Πρώτον, διότι αν ήταν αυτή η βούληση του νομοθέτη θα έπρεπε να προβλέπεται ρητώς εξαίρεση στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ-εν είδει μιας δεύτερης παραγράφου στο πρότυπο ή σε παρεμφερές μοτίβο με αυτό της τρίτης παραγράφου του άρθρου 101 ΣΛΕΕ-. Αυτή η βούληση του νομοθέτη να θεσπίσει εξαίρεση είναι, επί παραδείγματι, ρητώς εκπεφρασμένη στην δεύτερη παράγραφο του άρθρου 106 ΣΛΕΕ, το οποίο εισάγει οριζόντια εξαίρεση στις διατάξεις του ανταγωνισμού. Δεύτερον, διότι μια συμπεριφορά αρνητικά φορτισμένη αξιολογικά δεν είναι -λογικώς- δεκτική εξαιρέσεων.

Η γενικότερη ασάφεια, η οποία αποτυπώθηκε ανωτέρω, φαίνεται ότι οδηγεί σε ανασφάλεια δικαίου για τις επιχειρήσεις, ως προς το ποιά συμπεριφορά είναι επιτρεπτή και ποιά όχι<sup>227</sup>. Είναι δύσκολο για την δεσπόζουσα επιχείρηση να εκτιμήσει εκ των προτέρων εάν η εμπορική στρατηγική της εμπίπτει στην απαγόρευση του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Ενδέχεται να μην διαθέτει a priori τις αναγκαίες πληροφορίες προκειμένου να εντοπίσει και να ποσοτικοποιήσει το όφελος για τον καταναλωτή. Στην περίπτωση της καινοτομίας άλλωστε, εξ ορισμού είναι αβέβαιη αυτή καθεαυτή η επίτευξή της.

Όλη η προβληματική γύρω από την στάθμιση των υπέρ και των κατά, οδηγεί μέρος της θεωρίας<sup>228</sup> να υποστηρίζει ότι είναι προτιμότερη η καθολική επιστροφή στην πιο νομική προσέγγιση του άρθρου 102

---

<sup>227</sup> Για την σημασία της ασφάλειας δικαίου στην νομολογία του Δικαστηρίου πρβλ. Tetra Pak Rausing, T-51/89, σκ. 36, Deutsche Telekom, T-271/03, σκ. 192, 202

<sup>228</sup> D. Waelbroeck, The Assessment of Efficiencies under Article 102 TFEU and the Commission’s Guidance Paper, in F. Etro and I. Kokkoris, Competition Law and the Enforcement of Article 102, Oxford University Press, 2010, σελ. 125

ΣΛΕΕ (“formalistic approach”). Κατά την άποψη αυτή, η σταθμισή δεν είναι χρήσιμη, αλλά ούτε και αναγκαία, από την στιγμή που μια συμπεριφορά είναι είτε “on the merits” και, συνεπώς, μη καταχρηστική, είτε συμπεριφορά αποκλεισμού. Στην δεύτερη περίπτωση, η κατάχρηση διαπιστώνεται *per se* και δεν δύναται να ανατραπεί στην βάση επιχειρημάτων αποτελεσματικότητας, διότι εξ ορισμού ο αποκλεισμός του ανταγωνιστή είναι οικονομικά αναποτελεσματικός.

### **ΠΙ.2. Από το τεστ του “εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή” στον παραγκωνισμό του λιγότερου αποτελεσματικού: ένα κριτήριο κατάχρησης μετατρέπεται σε επιχείρημα οικονομικής αποτελεσματικότητας ;**

Το εύρος και ο τρόπος αξιοποίησης του “κριτηρίου του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή” από την νομολογία συνδέονται με την θεώρηση περί του αντικειμένου προστασίας του ενωσιακού δικαίου του ανταγωνισμού. Συναφώς, η νομολογία αποκαλύπτει εάν η κυρίαρχη ερμηνευτική προσέγγιση του άρθρου 102 ΣΛΕΕ είναι μια περισσότερο οικονομική προσέγγιση, η οποία εστιάζει στα αποτελέσματα της ελεγχόμενης πρακτικής (“effects based”/“more economic approach”) ή μια πιο νομική προσέγγιση, η οποία εστιάζει στον τύπο της συμπεριφοράς (“formalistic approach”).

Η πρώτη προσέγγιση ενέχει τον κίνδυνο να μην μπορεί να υπαγάγει στο πεδίο ελέγχου του άρθρου 102 ΣΛΕΕ συμπεριφορές καθόλα επιζήμιες για τον καταναλωτή, καθώς βάλλουν κατά της ίδιας της δομής του ανταγωνισμού, ανεξαρτήτως του αν οι ανταγωνιστές που βάλλονται είναι εξίσου αποτελεσματικοί ή όχι. Τέτοιες είναι επί παραδείγματι οι εκπτώσεις πίστεως και οι συμφωνίες αποκλειστικότητας, οι οποίες μοιάζουν να ωφελούν τον καταναλωτή, στην πραγματικότητα όμως τον βλάπτουν.

Πέραν τούτου, η πρώτη προσέγγιση, συνδυαζόμενη με την εμμονή στην μεγιστοποίηση της ευμάρειας του καταναλωτή (με την προαναφερόμενη έννοια του “total welfare”) τείνει να διολισθαίνει στην μεταμόρφωση του κριτηρίου του “εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή” από απλό γνώμονα κατάχρησης, σε ένα έμμεσο επιχείρημα οικονομικής αποτελεσματικότητας, το οποίο δίνει υπερεξουσίες στην δεσπόζουσα επιχείρηση.

Η πιο οικονομική προσέγγιση του άρθρου 102 ΣΛΕΕ συνδέεται με την μετά Chigago οικονομική σχολή περί της μεγιστοποίησης της ευμάρειας του καταναλωτή. Αντίθετα, η πιο τυπική ή νομική προσέγγιση προέρχεται από τον οικονομικό ορντολιμπεραλισμό<sup>229</sup>. Είναι λοιπόν μάλλον εσφαλμένη η άποψη ότι η πιο νομική/φορμαλιστική προσέγγιση στερείται παντελώς οικονομικής βάσεως, όπως υποστηρίζουν οι πολέμιοι της. Απλώς υιοθετεί διαφορετική οπτική γωνία. Κατά την πιο οικονομική προσέγγιση, προκειμένου να διαπιστωθεί η κατάχρηση, πρέπει να εξετάζεται κάθε φορά, in concreto, το αν πιθανολογείται βλάβη στα συμφέροντα του καταναλωτή από την συμπεριφορά μιας δεσπόζουσας επιχείρησης. Ο ανταγωνισμός δε προστατεύεται μόνο στο μέτρο που η προστασία του συγκεκριμένου ανταγωνιστή μεγιστοποιεί την ωφέλεια του καταναλωτή, πράγμα που ισχύει μόνο εφόσον ο εν λόγω ανταγωνιστής είναι εξίσου αποτελεσματικός με την δεσπόζουσα επιχείρηση. Αυτή η προσέγγιση φαίνεται να παραγνωρίζει τα μακροπρόθεσμα αρνητικά αποτελέσματα για τον καταναλωτή στην περίπτωση της

---

<sup>229</sup> Γενικά για τον ορθολιμπεραλισμό στο ενωσιακό δίκαιο του ανταγωνισμού, πρβλ. ενδεικτικά Conor Talbot, “Ordoliberalism and Balancing Competition Goals in the Development of the European Union”, σελ. 264-290

νόθευσης του ανταγωνισμού ως διαδικασίας. Αντίθετα, ο ορντολιμπεραλισμός εστιάζει στην προστασία, αυτής καθαυτής, της δομής της ανταγωνιστικής διαδικασίας προς όφελος της ενιαίας εσωτερικής αγοράς, αφού θεωρεί την επιχειρηματική ελευθερία, αλλά και την προστασία του ανταγωνιστή (έστω και του μη εξίσου αποτελεσματικού με τη δεσπόζουσα επιχείρηση) ως κύρια στοιχεία του αντικειμένου προστασίας των ενωσιακών κανόνων του ανταγωνισμού.

Οι πολέμιοι της τυπικής, νομικής προσέγγισης συχνά υποστηρίζουν ότι αυτή ενέχει τον κίνδυνο να απαγορεύει συμπεριφορές δικαιολογημένες ή και ωφέλιμες ακόμα για τον ανταγωνισμό. Αυτό είναι ανακριβές. Από τη στιγμή που το Δικαστήριο έχει οριοθετήσει κύκλο επιχειρημάτων αντικειμενικής δικαιολόγησης, τα οποία, υπό την προϋπόθεση της αναλογικότητας της συμπεριφοράς, μπορούν να άρουν την *prima facie* -εκ της τεκμαιρόμενης προθέσεως αποκλεισμού συναγόμενη- κατάχρηση, το πρόβλημα αυτό δεν υπάρχει. Πράγματι, όπως επιβεβαιώνουν οι αποφάσεις Intel και Hofmann-La-Roche<sup>230</sup>, ακόμα και η ακραία πρακτική των εκπτώσεων αποκλειστικής προμήθειας μπορεί να δικαιολογηθεί στη βάση επιχειρήματος οικονομικής αποτελεσματικότητας (όταν τα πλεονεκτήματα για τον καταναλωτή αντισταθμίζουν ή υπερβαίνουν τα μειονεκτήματα). Το ότι έναντι των επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας μπορούν, όπως αναπτύχθηκε προηγουμένως, να εγερθούν πολλές ενστάσεις, δεν αλλάζει την ισχύουσα νομολογία. Επιπλέον, το ότι για τους λόγους που προαναφέρθηκαν, τα επιχειρήματα αυτά δεν έχουν γίνει δεκτά επί της ουσίας, είναι επίσης αδιάφορο. Αρκεί το γεγονός ότι το Δικαστήριο τα αποδέχεται επί της αρχής.

Ο “εξίσου αποτελεσματικός ανταγωνιστής”<sup>231</sup> είναι ένας υποθετικός ανταγωνιστής, έχων παρόμοια δομή κόστους με την δεσπόζουσα επιχείρηση στην σχετική αγορά. Το τεστ του δυνητικού αποκλεισμού του “εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή” (“as efficient competitor test”) στην νομολογία κατέχει πιο περιορισμένη θέση σε σχέση με αυτήν που κατέχει στο πλαίσιο της Ανακοίνωσης Προτεραιοτήτων της Επιτροπής. Συνίσταται στην *in concreto* σύγκριση των επιβαλλόμενων από την δεσπόζουσα επιχείρηση τιμών με το κόστος της, προκειμένου να διαπιστωθεί ο καταχρηστικός χαρακτήρας της τιμολογιακής πολιτικής της. Πράγματι, με τον τρόπο αυτό διαπιστώνεται το εάν η δεσπόζουσα επιχείρηση εξακολουθεί να υφίσταται αξιόλογες/αισθητές πιέσεις από τους ανταγωνιστές ή δρα κατά πολύ ανεξάρτητα. Όπως έχει αναφερθεί προηγουμένως, η κατά πολύ ανεξάρτητη συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης από ανταγωνιστές και καταναλωτές συνιστά αξιόπιστο δείκτη της κατοχής δεσπόζουσας θέσης<sup>232</sup>. Φαίνεται όμως, ότι συνιστά και δείκτη κατάχρησης όταν η εν λόγω δυνατότητα μετατρέπεται σε πραγματική

<sup>230</sup> Intel κατά Επιτροπής, T-286/09, σκ. 75 και Hoffmann La Roche & Co AG v. Commission, C-85/75, σκ. 90

<sup>231</sup> Γενικά για το τεστ του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή πρβλ. ενδεικτικά Akman, *The Concept of Abuse in EU Competition Law, Law and Economic Approaches*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012, p. 274 and following

<sup>232</sup> Πρβλ. ενδεικτικά United Brands, C-26/72, σκ. 65



συμπεριφορά, όπως σκιαγραφεί η υιοθέτηση του τεστ του αποκλεισμού του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή από την νομολογία.

Το “τεστ του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή” δεν πρέπει να θεωρείται ως μια μορφή επιχειρήματος οικονομικής αποτελεσματικότητας. Στη νομολογία, το τεστ του “εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή” χρησιμεύει για τον χαρακτηρισμό της πρακτικής αποκλεισμού δια των τιμών ως αντι-ανταγωνιστικής. Πρόκειται επί της ουσίας για ένα τεκμήριο εξαγόμενο από έναν συγκριτικό γνώμονα κόστους. Δεν κατατείνει δηλαδή άμεσα (αλλά μόνο έμμεσα και αντανακλαστικά) στην προστασία των συμφερόντων της δεσπόζουσας επιχείρησης, ούτε και αναφέρεται στα κέρδη που μπορεί να προκύψουν σε επίπεδο αποδοτικότητας από την αντι-ανταγωνιστική συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης. Δεν χρησιμοποιείται σε όλες τις μορφές κατάχρησης, διότι εξ ορισμού είναι πρόσφορο στις τιμολογιακές και εκπτώτικες πρακτικές<sup>233</sup>, όχι δε στην περίπτωση της άρνησης προμήθειας. Έχει χρησιμοποιηθεί για τον χαρακτηρισμό των, επιλεκτικών ή μη, επιθετικών τιμολογιακών πρακτικών, όχι όμως άνευ ετέρου στις εκπτώτικες πρακτικές, ορισμένες από τις οποίες χαρακτηρίζονται *prima facie* ή και *per se* (στην περίπτωση των εκπτώσεων πίστεως) καταχρηστικές εκ της τεκμαιρόμενης προθέσεως αποκλεισμού<sup>234</sup>.

Το “τεστ του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή” χρησιμοποιείται επικουρικά, δηλαδή όταν από μόνη την τιμολογιακή πρακτική δεν τεκμαίρεται πρόθεση αποκλεισμού. Εμφανίζεται δε για πρώτη φορά στην υπόθεση AKZO. Πράγματι, σύμφωνα με την απόφαση AKZO, ειδικά η τιμολόγηση κάτω του μέσου μεταβλητού κόστους (το κόστος ανά παραγόμενη μονάδα προϊόντος, το οποίο βαίνει μειούμενο, αντιστρόφως ανάλογα προς την αύξηση της παραγωγικότητας) είναι *prima facie* καταχρηστική κατά τεκμήριο. Δεν χρειάζεται να αποδειχθεί (πάντοτε αναφερόμαστε σε αποδεικτική ένταση πιθανολόγησης) η δυνατότητα αποκλεισμού “εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή”, διότι η εν λόγω πρακτική *ex rem* τεκμαίρει πρόθεση αποκλεισμού. Η δεσπόζουσα επιχείρηση δεν μπορεί να εμφορείται από υγιή οικονομικά κίνητρα, διότι χρεώνεται ζημίες, από την στιγμή που ούτε τα πάγια κόστη, ούτε το κόστος ανά μονάδα παραγωγής μπορούν να καλυφθούν. Προφανώς, η δεσπόζουσα επιχείρηση αποβλέπει στην κάρπωση υπερκέρδους, αφού εκδιώξει τον ανταγωνιστή και δύναται εν συνεχεία να χρεώσει τιμές μονοπωλίου. Από τη στιγμή δε, που η πρόθεση αποκλεισμού τεκμαίρεται, τότε η κατάχρηση έχει ήδη στοιχειοθετηθεί, με την επιφύλαξη -κατά τα ανωτέρω- της ύπαρξης αντικειμενικής δικαιολόγησης.

Σύμφωνα με τις αποφάσεις AKZO και Post Danmark, το τεστ του “εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή” καλείται να εφαρμοστεί στη περίπτωση της τιμολόγησης άνω του μέσου μεταβλητού, αλλά κάτω του μέσου συνολικού κόστους. Στην περίπτωση αυτήν η τιμή καλύπτει το κόστος παραγωγής και

---

<sup>233</sup> Πρβλ. όμως και την άποψη ότι το τεστ είναι συμβατό και με τις μη τιμολογιακές συμπεριφορές σε Akman, *The Concept of Abuse in EU Competition Law, Law and Economic Approaches*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012, *op. cit.*, pp. 274,275

<sup>234</sup> Post Danmark I, C-209/10, σκ. 25-29, 35-38 και 23, AKZO, C-62/86, *ibid*, σκ. 70-74, France Telecom, C-202/07, σκ. 107-109. Υπέρ της γενικής εφαρμογής του κριτηρίου όμως η Επιτροπή, Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων, *ibid*, σημείο 23, 41,67.

μέρος των παγίων. Επομένως η επιχείρηση μπορεί να ακολουθήσει την πρακτική αυτή, προσωρινά βέβαια, προκειμένου να εγκαθιδρύσει στην αγορά ένα νέο προϊόν ή να ευθυγραμμιστεί προς τις τιμές ανταγωνιστών. Η πρόθεση αποκλεισμού δεν τεκμαίρεται, η κατάχρηση δεν μπορεί να διαπιστωθεί παρά μόνο με την εκτίμηση των αποτελεσμάτων της συμπεριφοράς, και το Δικαστήριο την συνάγει πιθανολογώντας την δυνατότητα αποκλεισμού ενός “εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή”, ήτοι ενός ανταγωνιστή παρόμοιας ισχύος με την δεσπόζουσα επιχείρηση. Πράγματι, εκείνος δεν θα μπορεί να ανταποκριθεί εάν βρίσκεται σε περίοδο χρηματοπιστωτικής στενότητας. Αξίζει να σημειωθεί ότι το τεστ εισάγει εκ νέου τεκμήριο και, συνεπώς, καθίσταται ήδη σαφές -σε σύγκριση με τα αναφερθέντα στο προηγούμενο κεφάλαιο αναφορικά με το αποδεικτικό μέτρο στα επιχειρήματα οικονομικής αποτελεσματικότητας- ότι δεν θα πρέπει να εκλαμβάνεται ως επιχείρημα “economic efficiency”.

Αντίθετα, οι εκπτώσεις πίστεως<sup>235</sup>, οι οποίες συνιστούν συγκεκριμένη μορφή συμφωνιών αποκλειστικής προμήθειας (έστω του μεγαλύτερου μέρους των αναγκών) από την δεσπόζουσα επιχείρηση ή τις συνοδεύουν, είναι *per se* καταχρηστικές, ανεξαρτήτως της σύγκρισής τους με την διάρθρωση κόστους της δεσπόζουσας επιχείρησης<sup>236</sup>. Το τεστ το “εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή” δεν καλείται να εφαρμοστεί σε αυτές τις περιπτώσεις. Οι εκπτώσεις πίστεως μπορεί να λαμβάνουν και την μορφή εκπτώσεων χορηγούμενων με την υπέρβαση ενός στόχου προμήθειας. Διακρίνονται από τις εκπτώσεις ποσότητας, επειδή δεν είναι ανάλογες της προμηθευόμενης ποσότητας, αλλά αντίθετα δεσμεύουν την ευχέρεια επιλογής προμηθευτή για τον αποδέκτη, αφού κερδίζονται ή χάνονται αναδρομικά, αναλόγως εάν ο στόχος επετεύχθη ή όχι. Το ίδιο ισχύει για τις -δυνάμενες να χαρακτηριστούν ως “μη γνήσιες”- εκπτώσεις αποδοτικότητας, οι οποίες εμφανίζουν επίσης αναδρομικότητα, δηλαδή χορηγούνται -μόλις επιτευχθεί ο στόχος πωλήσεων- για το σύνολο των πωλήσεων και όχι για το τμήμα εκείνο, το οποίο συνιστά την υπέρβαση του στόχου (και άρα υποδηλώνει την αποδοτικότητα).

Αυτού του είδους οι εκπτώσεις είναι *per se* καταχρηστικές, διότι εξ αντικειμένου δύνανται να έχουν βλαπτικά αποτελέσματα για τον καταναλωτή (ενδιάμεσο ή τελικό), αφού περιορίζουν τις επιλογές του. Δεν χρειάζεται να αξιολογηθούν τα αποτελέσματα με εκτίμηση της επίδρασης σε έναν εξίσου αποτελεσματικό ανταγωνιστή. *A fortiori* δεν χρειάζεται να αποδειχθεί ή να πιθανολογηθεί άμεση ζημία των καταναλωτών ή αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της ζημίας αυτής και της πρακτικής της δεσπόζουσας επιχείρησης. Αυτό απορρέει ήδη από την απόφαση Hoffmann-La-Roche.

Το τεστ του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή έχει επίσης χρησιμοποιηθεί στην περίπτωση της συμπίεσης των περιθωρίων κέρδους (“margin squeeze”) του πελάτη/ανταγωνιστή στην δευτερογενή

<sup>235</sup> Γενικά για τις εκπτώσεις πίστεως πρβλ. ενδεικτικά Hoffmann-La Roche, C-85/76, σκ. 89 και ιδίως τα όσα αναπτύχθηκαν στο οικείο κεφάλαιο

<sup>236</sup> Tomra Systems, C-549/10, σκ. 73, 80

αγορά της μεταπώλησης προϊόντων βασιζόμενων στην πρώτη ύλη που παρέχει η δεσπόζουσα επιχείρηση -η οποία δραστηριοποιείται και στις δύο αγορές-<sup>237</sup>. Το κριτήριο είναι πάντως λυσιτελές μόνο στις τιμολογιακές πρακτικές<sup>238</sup>, από την στιγμή που εδράζεται στην διάρθρωση κόστους της δεσπόζουσας επιχείρησης, ενώ δεν φαίνεται να αποκτά κάποιο νόημα στην περίπτωση της άρνησης πωλήσεως ή, όπως είδαμε, στην περίπτωση των εκπτώσεων πίστεως. Εκ των πραγμάτων δηλαδή, δεν φαίνεται να είναι δεκτικό γενικής εφαρμογής.

Η υπόθεση Intel, έχει θεωρηθεί το stress test ως προς την ισχύ ή μη της πλέον οικονομικής προσέγγισης του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, γνωστής ως “more economic/effects based approach”, αλλά και του ίδιου του τεστ του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή -αποδεικνύοντας την συνάφεια μεταξύ των δύο<sup>239</sup>. Και αυτό διότι άπτεται των εκπτώσεων αποκλειστικότητας, για τις οποίες -πλέον και ρητώς- το Γενικό Δικαστήριο έκρινε ότι δεν υπάρχει ανάγκη προσφυγής στο τεστ του “εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή”<sup>240</sup>. Το Δικαστήριο δεν προχώρησε σε αναλύσεις κόστους, διότι οι εκπτώσεις αποκλειστικότητας δεν βάζουν κατά του όποιου ανταγωνιστή λόγω των υπερβολικά χαμηλών τιμών, αλλά λόγω της ίδιας της αποκλειστικότητας. Ακριβώς επειδή δεν τίθεται ζήτημα σύγκρισης κόστους-τιμής, το κριτήριο του “εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή” δεν έχει εν προκειμένω κανένα νόημα.

Η απόφαση Intel αποτελεί σταθμό στην νομολογία, διότι αποδεικνύει ότι τελικά το Δικαστήριο δεν υιοθετεί κατά απόλυτο ή αυτόματο τρόπο την μια ή την άλλη προσέγγιση, αντιθέτως, διακρίνει -και ορθώς πράττει- μεταξύ διαφορετικών περιπτώσεων καταχρηστικής τιμολόγησης. Πρόκειται για υπόθεση κριθείσα λίγο μετά την έκδοση της Ανακοίνωσης Προτεραιοτήτων της Επιτροπής, σύμφωνα με την οποία η Επιτροπή θα δίνει προτεραιότητα στις υποθέσεις, όπου υπάρχουν πειστικά αποδεικτικά στοιχεία που καθιστούν έγκυρη την πιθανολόγηση αποκλεισμού ενός “εξίσου αποτελεσματικού” ανταγωνιστή (α), η οποία είναι προς βλάβη των συμφερόντων του καταναλωτή (β)<sup>241</sup>. Κατά την Επιτροπή, εάν η τιμολογιακή πρακτική -είτε πρόκειται ευθέως για χαμηλή τιμολόγηση, είτε για έκπτωση- μπορεί να αντικρουσθεί από έναν υποθετικό, εξίσου αποτελεσματικό ανταγωνιστή, ο οποίος έχει ανάλογη διάρθρωση κόστους, τότε η συμπεριφορά δεν βλάπτει τον “αποτελεσματικό ανταγωνισμό”. Το Δικαστήριο στην απόφαση Intel,

<sup>237</sup>TeliaSonera Sverige, C-52/09, σκ. 40-46

<sup>238</sup>AG Kokkot, Post Danmark II, C- 23/14, σκ.63

<sup>239</sup> Intel, T-286/09. Πρβλ. σε αυτήν την κατεύθυνση Η. Zenger, 'Intel and the future of Article 102 (CRA Competition Memo, 17 June 2014), σ. 1, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα <http://ssrn.com/abstract=2429138>

<sup>240</sup> Intel, T-286/09, σκ. 102-104, 105, 185-186 και για την μη αναγκαιότητα του τεστ του “εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή” σκ. 140-166. Προς απογοήτευση μέρους της θεωρίας, το οποίο τίθεται υπέρ της γενικευμένης εφαρμογής του, πρβλ. ενδεικτικά P. Ibáñez Colomo, 'Intel v Commission and the problem with wrong economic assumptions', Chilling' Competition blog, [www.chillingcompetition.com](http://www.chillingcompetition.com) (16/6/2014)

<sup>241</sup>Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων της Επιτροπής κατά την εφαρμογή του άρθρου 102 ΣΛΕΕ στις καταχρηστικές συμπεριφορές αποκλεισμού των δεσποζουσών επιχειρήσεων, [2009] OJ C45/7, σημεία 19, 20, 23, 27. Σχετικά με την προσέγγιση της Επιτροπής πρβλ. ενδεικτικά, P. Lowe, 'The European Commission Formulates its Enforcement priorities as Regards Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings', GCP, [www.globalcompetitionpolicy.org](http://www.globalcompetitionpolicy.org) (February 2009)

ακυρώνει αυτήν την λογική -ειδικά στην περίπτωση των εκπτώσεων αποκλειστικότητας-. Αυτές οι πρακτικές είναι *per se* καταχρηστικές, και δεν χρειάζεται να εκτιμηθούν τα *in concreto* αποτελέσματά τους.

Προς επίρρωση των επιχειρημάτων περί της αδυναμίας του “τεστ του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή” να λειτουργήσει ως επιχείρημα οικονομικής αποτελεσματικότητας (αλλά και ως κριτήριο εκτίμησης της κατάχρησης) χρήσιμη παρίσταται η επισήμανση της Επιτροπής στην Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων. Σύμφωνα με την Επιτροπή, σε ορισμένες περιστάσεις, ο μη εξίσου αποτελεσματικός ανταγωνιστής δύναται επίσης να ασκήσει σημαντικές ανταγωνιστικές πιέσεις στην δεσπόζουσα επιχείρηση, ακόμη και στην περίπτωση της πρακτικής επί των τιμών<sup>242</sup>. Και αυτό, διότι -μη υφιστάμενης της καταχρηστικής πρακτικής- θα μπορούσε εν δυνάμει να ενισχύσει την αποτελεσματικότητά του, επωφελούμενος από αποτελέσματα δικτύου και εκμάθησης. Με άλλα λόγια, η δεσπόζουσα επιχείρηση δεν δύναται να δικαιολογήσει την κατάχρηση στην βάση του επιχειρήματος ότι ο ανταγωνιστής, που κινδυνεύει να αποκλειστεί, ούτως ή άλλως δεν είναι εξίσου αποτελεσματικός. Αντιθέτως μάλιστα, θα μπορούσε να γίνει λόγος για επιθετικό επιχείρημα κατά της δεσπόζουσας επιχείρησης (“efficiency offence”)<sup>243</sup>.

Όπως εξάλλου αναφέρει η Ανακοίνωση, το τεστ αυτό δεν προορίζεται να αποτελέσει τεστ νομιμότητας της συμπεριφοράς ως προς το άρθρο 102 ΣΛΕΕ, αλλά τεστ προτεραιοτήτων της Επιτροπής, ως προς το πότε θα παρεμβαίνει<sup>244</sup>. Εξάλλου, το Δικαστήριο είναι το μόνο αρμόδιο να παρέχει την αυθεντική ερμηνεία του άρθρου 102 ΣΛΕΕ (άρθρο 17(1) ΣΕΕ). Το Δικαστήριο, δια της θέσεως που λαμβάνει υπέρ του προαιρετικού χαρακτήρα του τεστ του “εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή” ευθυγραμμίζεται με την προσέγγισή του ως προς την “effects based approach”, στην οποία δεν προσφεύγει παρά μόνον όπου και στο μέτρο που κρίνεται αναγκαίο (πρβλ. ανωτέρω).

Το Δικαστήριο έχει εξάλλου επανειλημμένως δεχτεί, ότι το άρθρο 102 ΣΛΕΕ -και εν γένει οι περί του ελεύθερου ανταγωνισμού διατάξεις- προστατεύουν μεν τον καταναλωτή (άμεσα μάλιστα στην *stricto sensu* καταχρηστική εκμετάλλευση), δεν συνιστά όμως αυτός το αποκλειστικό αντικείμενο προστασίας<sup>245</sup>. Ακόμα και στην τρίτη παράγραφο του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, ο καταναλωτής συνιστά το μέτρο διαπίστωσης της οικονομικής αποτελεσματικότητας και όχι αφ’ εαυτού αντικείμενο προστασίας. Ο ανταγωνιστής, αλλά και ο ρητός στόχος της μη θέσης εμποδίων στο εμπόριο μεταξύ των κρατών-μελών,

<sup>242</sup> Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων της Επιτροπής, *ibid*, σημείο 24

<sup>243</sup> D. Waelbroeck, *The Assessment of Efficiencies under Article 102 TFEU and the Commission’s Guidance Paper*, in F. Etro and I. Kokkoris: *Competition Law and the Enforcement of Article 102*, Oxford University Press, 2010, p. 123

<sup>244</sup> Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων της Επιτροπής, *op.cit*, σημεία 2 και 3

<sup>245</sup> *Sot. Lelos v. GlaxoSmithKline*, C-468/06 έως C-478/06, σκ. 63, *Continental Can*, C-6/72, σκ. 26. Αντίθετα, η Επιτροπή δεν αναγνωρίζει ρητώς την ανάγκη προστασίας του ανταγωνιστή, Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων, *ibid*, σημείο 6

συνιστούν αυτοτελή και μάλλον κυρίαρχα αντικείμενα προστασίας στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ. Τελικά, όλοι αυτοί οι υπό-στόχοι συνοψίζονται στην προστασία της δομής του ανταγωνισμού εν γένει, ως θεσμού, προστασία η οποία έμμεσα υπαγορεύει την προστασία και του μη εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή. Και αυτό, επειδή σε έτερο χρονικό σημείο δύναται να καταστεί εξίσου ή και περισσότερο αποτελεσματικός. Εξάλλου, από την στιγμή που ο Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης απέκτησε ίσο νομικό κύρος με τις Συνθήκες (άρθρο 6(1) ΣΕΕ), η επιχειρηματική ελευθερία του εξίσου ή λιγότερου αποτελεσματικού ανταγωνιστή πρέπει να προστατεύεται και αυτοτελώς (άρθρο 16 ΧΘΔΕΕ).

Δεν θα πρέπει επομένως να θεωρηθεί ότι το τεστ του “εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή” υποδηλώνει και την αδιαφορία για τον δυνητικό εκτοπισμό του λιγότερο αποτελεσματικού ανταγωνιστή. Κάτι τέτοιο θα συνιστούσε στρέβλωση της ως άνω νομολογίας, η οποία απλώς το χρησιμοποιεί ως κριτήριο χαρακτηρισμού των τιμολογιακών πρακτικών ή του “margin squeeze”. Με αυτήν την άποψη δεν φαίνεται να συμφωνεί πάντως η πρόσφατη νομολογία, υποπίπτουσα σε αντιφάσεις. Μοιάζει να υποστηρίζει την διεύρυνση του κριτηρίου, μάλλον υπονοώντας ότι μόνο ο εξοβελισμός του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή καταλήγει να είναι προς ζημία του καταναλωτή, διότι ο εξίσου αποτελεσματικός ανταγωνιστής παρίσταται μάλλον ως ο μόνος ικανός να επηρεάσει την διαμόρφωση των τιμών.

Στην υπόθεση *Post Danmark II*<sup>246</sup>, το Δικαστήριο φαίνεται να υποστηρίζει ότι ο εκτοπισμός του λιγότερο αποτελεσματικού ανταγωνιστή είναι αδιάφορος, από την στιγμή που ούτως ή άλλως δεν είναι ικανός να παράξει τις δέουσες ανταγωνιστικές πιέσεις επί των τιμών, προκειμένου να θέσει υπό διακινδύνευση την διατήρηση της δεσπόζουσας θέσης στην αγορά. Ο μη εξίσου αποτελεσματικός ανταγωνιστής είναι σημαντικός και λαμβάνεται υπόψη μόνο εφόσον οι συνθήκες της αγοράς είναι τέτοιες, ώστε η δεσπόζουσα θέση να είναι ιδιαίτερα προστατευμένη (πρβλ. εμπόδια εισόδου -ιδίως υπαρκτά στις αγορές καινοτόμου τεχνολογίας και στις χρήζουσες υψηλού αρχικού κόστους επένδυσης-, ανάπτυξη οικονομιών κλίμακας από την δεσπόζουσα, ώστε το χαμηλό κόστος της να αποθαρρύνει νέους ανταγωνιστές να εισέλθουν στην αγορά, με τον φόβο της αδυναμίας απόσβεσης της επένδυσής τους). Και αυτό, διότι τότε μόνο μπορεί να ασκήσει κάποια καθοριστική πίεση στην δεσπόζουσα επιχείρηση.

Θεωρώ ότι η θέση αυτή συγγέει την κατοχή δεσπόζουσας θέσης (βαθμός ανεξαρτησίας της δεσπόζουσας από ανταγωνιστές και καταναλωτές) με την κατάχρησή της, η οποία είναι διακριτή έννοια και δεν σχετίζεται με τις πιέσεις που δέχεται η δεσπόζουσα επιχείρηση, αλλά αντίθετα με τις πιέσεις που

---

<sup>246</sup>*Post Danmark II*, C-23/15, σκ. 59,60 και *AG Kokkot*, σκ. 73. Πρβλ. σχετικά την υπόθεση *INTEL*, T-286/09, όπου τα εμπόδια εισόδου ήταν σημαντικά, διότι η απόσβεση των επενδύσεων στην έρευνα και την ανάπτυξη καινοτόμου τεχνολογίας, στην πνευματική ιδιοκτησία και τις παραγωγικές υποδομές καθιστούσαν την απόσβεση της επένδυσης (και την έναρξη της κερδοφορίας) βραδεία και αβέβαιη.

ασκεί. Επιπλέον, παραγνωρίζει την “ειδική ευθύνη” της δεσπόζουσας επιχείρησης να μην εξασθενεί περαιτέρω τον ανταγωνισμό στην οικεία σχετική αγορά.

Δημιουργεί δε τον κίνδυνο, το τεστ του “εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή” να μπορεί να εκληφθεί ως εν δυνάμει βάση άρνησης ή δικαιολόγησης της κατάχρησης. Κατά την εδώ υποστηριζόμενη άποψη όμως, ο “εξίσου αποτελεσματικός ανταγωνιστής” δεν συνιστά παρά έναν δείκτη καταχρηστικότητας/πλασματικό μέτρο σύγκρισης, αφού, αν η δεσπόζουσα επιχείρηση δρα κατά πολύ ανεξάρτητα από τους “εξίσου αποτελεσματικούς ανταγωνιστές” και μπορεί να τους αποκλείσει, αυτό θα ισχύει πολύ περισσότερο σε σχέση με τους λιγότερο αποτελεσματικούς. Με άλλα λόγια, θα μπορούσε να υποστηριχθεί η θέση, ότι το κριτήριο του “εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή” επιδιώκει να προστατεύσει, a maiore ad minus και τον λιγότερο αποτελεσματικό ανταγωνιστή. Δεν θα πρέπει να επαφίεται στην πρωτοβουλία και διακριτική ευχέρεια της δεσπόζουσας επιχείρησης να ορίσει μονομερώς τους “λιγότερο αποτελεσματικούς” ανταγωνιστές και να τους αποκλείσει, νοθεύοντας το σύστημα της αγοράς. Κάτι τέτοιο θα στερούσε το άρθρο 102 ΣΛΕΕ από το χρήσιμο αποτέλεσμά του (effet utile).

Η ίδια η λειτουργία του υγιούς ανταγωνισμού, και όχι μονομερώς η δεσπόζουσα επιχείρηση, είναι εκείνη που θα πρέπει να καθορίζει ποιοί ανταγωνιστές αποδεικνύονται αποτελεσματικοί -και καταλήγουν να παραμένουν στην αγορά- και ποιοί όχι<sup>247</sup>. Δεν θα πρέπει να διολισθήσουμε σε ένα πατερναλιστικό καθεστώς, στο οποίο η δεσπόζουσα επιχείρηση θα νομιμοποιείται να αποκλείει, κατά βούληση, όποιον ανταγωνιστή κρίνει λιγότερο αποτελεσματικό, στο όνομα μιας “αποδοτικής αγοράς”<sup>248</sup>. Πράγματι, ένας λιγότερο αποτελεσματικός -κατά το χρονικό σημείο διαπίστωσης της παράβασης- ανταγωνιστής θα μπορούσε να εξελιχθεί στην αποδοτικότητά του, εάν δεν ελάμβανε χώρα η παραβατική συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης. Σε αυτό το σημείο ειδικά, η απόφαση Post Danmark II εγείρει ενστάσεις. Ο λιγότερο αποτελεσματικός ανταγωνιστής πρέπει να προστατεύεται όχι μόνο εφόσον οι περιστάσεις της αγοράς καθιστούν την δεσπόζουσα επιχείρηση ιδιαίτερα προστατευμένη (φραγμοί εισόδου, οικονομίες κλίμακας), αλλά σε κάθε περίπτωση.

Υπάρχει συγχρόνως και ο κίνδυνος νοθευμένων συμπερασμάτων. Το “τεστ του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή” εγείρει καθεαυτό, ακόμα και όταν πρέπει αναγκαστικά να χρησιμοποιηθεί, προβλήματα αξιοπιστίας. Όπως και η ίδια η Επιτροπή παραδέχεται εξάλλου<sup>249</sup>, το τεστ του “εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή”, μπορεί να εφαρμοστεί μόνον εφόσον υπάρχουν αξιόπιστα

---

<sup>247</sup> Πρβλ. σε αυτήν την κατεύθυνση, Γ. Καρύδης, “Επιχειρήματα οικονομικής αποτελεσματικότητας κατά την εφαρμογή του άρθρου 102 της ΣΛΕΕ: Οικονομική προσέγγιση versus ασφάλεια δικαίου”, σε ΕΕΕυρΔ 1:2016, σ. 15-26., σελ. 20

<sup>248</sup> M. Adam, F. Maier-Rigaud, 'The Law and Economics of Article 82 EC and the Commission Guidance Paper on Exclusionary Conduct', Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 2009, σελ. 139: "Following an equally efficient competitor test [...] would amount to the paternalistic assumption that consumers are wrongly buying from less efficient competitors and that dominant firms therefore need to be called in to restore market efficiency"

<sup>249</sup> Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων, *ibid*, σημείο 25

δεδομένα, ενώ δεν οδηγεί πάντα σε αδιαμφισβήτητα αποτελέσματα. Από τη στιγμή που τα οικονομικά δεδομένα για το μέσο συνολικό κόστος της επιχείρησης προέρχονται το πρώτον από την ίδια, υπάρχει κίνδυνος διαβλητού της διαδικασίας και νόθευσης των στοιχείων (πλασματική συμπίεση του κόστους, μεταφορά κόστους σε άλλη περίοδο από αυτήν της παράβασης). Συχνά δε κάτι τέτοιο θα είναι δύσκολο να αποδειχθεί. Δεν πρέπει μάλιστα να παραγνωρίζεται το γεγονός ότι, σε πολλά εθνικά δίκαια, οι πληροφορίες επί της δομής κόστους θεωρούνται επιχειρηματικό απόρρητο<sup>250</sup>, με αποτέλεσμα όποιος έχει έννομο συμφέρον να μην δύναται να αποκτήσει πρόσβαση στο αποδεικτικό υλικό.

Πέραν αυτού, στην Ανακοίνωση προτεραιοτήτων της, η Επιτροπή κάνει λόγο για ενδεχόμενη σύγκριση με το κόστος άλλων επιχειρήσεων ή άλλα δημοσίως διαθέσιμα στοιχεία, σε περίπτωση που οι πληροφορίες σχετικά με την δομή κόστους της δεσπόζουσας επιχείρησης δεν είναι προσβάσιμες<sup>251</sup>. Σύμφωνα όμως και με την κρίση του Δικαστηρίου στην υπόθεση Deutsche Telekom<sup>252</sup>, αυτήν η τακτική, πέραν του ότι δεν βρίσκει την αναγκαία νομιμοποίηση, συγχρόνως εγείρει ζήτημα ανασφάλειας δικαίου για τις δεσπόζουσες επιχειρήσεις. Δεν θα είναι σε θέση να προβλέψουν την νομιμότητα ή μη της συμπεριφοράς τους, με αποτέλεσμα, αφενός να μην δομείται η επιθυμητή βάση αντικινήτρων και αφετέρου, να μην μπορούν να συμμορφωθούν εγκαίρως. Διαφορετική στάση τήρησε όμως το Δικαστήριο στην υπόθεση TeliaSonera<sup>253</sup>.

Συμπερασματικά, όπως προκύπτει από τα ανωτέρω, το «τεστ του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή» δεν βρίσκει γενική εφαρμογή σε όλες τις μορφές κατάχρησης, όντας δόκιμο μόνο στις πρακτικές επί των τιμών, και πάλι όχι πάντα. Επιπλέον, αυτή καθεαυτή, η θεμελίωσή του σε -συχνά μη δημοσιευμένα- στοιχεία κόστους εγείρει ζητήματα ασφάλειας δικαίου. Αγνοεί δε το ενδεχόμενο της μελλοντικής ενίσχυσης της αποτελεσματικότητας άλλων ανταγωνιστών, οι οποίοι -ελλείψει της κατάχρησης- θα επωφελούνταν από αποτελέσματα δικτύου και εκμάθησης. Επιπλέον, αγνοεί τις ισχυρές ανταγωνιστικές πιέσεις που ασκεί ένας -έστω μη εξίσου αποτελεσματικός- ανταγωνιστής σε αδρανείς δεσπόζουσες επιχειρήσεις. Σε κάθε περίπτωση, πρόκειται περί ενός γνώμονα καταχρηστικότητας της συμπεριφοράς, μη όντας ικανό να μεταμορφωθεί σε εκ της πλαγίου επιχείρημα οικονομικής αποτελεσματικότητας, όπλο στην φαρέτρα της δεσπόζουσας επιχείρησης.

---

<sup>250</sup> Akman, *The Concept of Abuse in EU Competition Law, Law and Economic Approaches*, op.cit, p. 275

<sup>251</sup> Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων, *ibid*, σημείο 25

<sup>252</sup> Deutsche Telekom AG v Commission, T-271/03, σκ. 192, 202

<sup>253</sup> Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige, C-52/09, σκ.45

#### IV. Γενικό Συμπέρασμα

Ο όρος “κατάχρηση” εμπεριέχει ήδη αρνητική νομική αξιολόγηση. Κατά συνέπεια, στα πλαίσια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, δεν είναι νοητή η συμπερίληψη εξαιρέσεων. Η έλλειψη αντικειμενικής δικαιολόγησης συνιστά αρνητική προϋπόθεση της κατάχρησης, με αποτέλεσμα να θέτει την *prima facie* καταχρηστική συμπεριφορά εκτός πεδίου εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Συνεπώς, επιχειρήματα, τα οποία λειτουργούν αναγκαστικά *ex post*, ήτοι επιδιώκουν την απαλλαγή από την απαγόρευση συμπεριφορών οριστικά καταχρηστικών, αντιμετωπίζουν εγγενείς δυσχέρειες ως προς την ενσωμάτωσή τους στην διάταξη. Σε αυτό εντοπίζεται η πρώτη ένσταση κατά των επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας. Μια δεύτερη ένσταση εστιάζει στην έλλειψη αντικειμενικότητας των εν λόγω επιχειρημάτων, από την στιγμή που η υλοποίηση της αποτελεσματικότητας είναι μελλοντική, υποθετική και αβέβαιη. Τελεί δε υπό την διακριτική ευχέρεια της δεσπόζουσας επιχείρησης, η οποία και τα επικαλείται.

Όσον αφορά δε τους λοιπούς λόγους δικαιολόγησης, οφείλουν επίσης να παρουσιάζουν το χαρακτηριστικό της αντικειμενικότητας. Ως εκ τούτου, δικαιολόγηση της αντιανταγωνιστικής πρακτικής της δεσπόζουσας επιχείρησης δεν δύναται να συντρέξει λόγω απουσίας πρόθεσης αποκλεισμού. Ως προς την πρόθεση αποκλεισμού, εφόσον τεκμαίρεται από τα χαρακτηριστικά της συμπεριφοράς, τότε στοιχειοθετείται *prima facie* κατάχρηση, δηλαδή συμπεριφορά της οποίας ο καταχρηστικός χαρακτήρας δύναται να αρθεί με την επίκληση κάποιας αντικειμενικής δικαιολόγησης. Σε ορισμένες όμως περιπτώσεις (πρβλ. εκπτώσεις πίστεως) η συμπεριφορά κρίνεται *per se* καταχρηστική, ήτοι μη επιδεκτική αντικειμενικής δικαιολόγησης. Πέραν τούτων, η ειδική ευθύνη της δεσπόζουσας επιχείρησης να μην εξασθενεί περαιτέρω τον ανταγωνισμό στην σχετική αγορά ενδέχεται να καθιστά και “ομαλές στον ανταγωνισμό” συμπεριφορές απαγορευμένες για την δεσπόζουσα επιχείρηση. Παρατηρείται, ως εκ τούτου, το φαινόμενο της αδυναμίας αντικειμενικής δικαιολόγησης συμπεριφορών, οι οποίες παρίστανται καθόλα νόμιμες για μη δεσπόζουσες επιχειρήσεις.

Εκτός από το χαρακτηριστικό της αντικειμενικότητας, οι λόγοι δικαιολόγησης πρέπει να είναι θεμιτοί και η συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης να τηρεί τις αρχές της προσφορότητας, της αναγκαιότητας και της *stricto sensu* αναλογικότητας. Η εκτίμηση της *stricto sensu* αναλογικότητας της συμπεριφοράς δεν θα πρέπει, κατά την ορθότερη άποψη, να συνεκτιμά την οικονομική ισχύ της δεσπόζουσας επιχείρησης. Με άλλα λόγια, καμιά διαφοροποίηση δεν πρέπει να λαμβάνει χώρα, ως προς το δικαιολογητό ή μη της συμπεριφοράς, ανάλογα με το αν η δεσπόζουσα επιχείρηση τείνει προς ισχύ μονοπωλίου ή όχι. Κάτι τέτοιο θα συνιστούσε υπέρμετρο περιορισμό της επιχειρηματικής ελευθερίας.



Επιπροσθέτως, η ανυπαρξία αιτιώδους συνάφειας μεταξύ συμπεριφοράς και αντιανταγωνιστικού αποκλεισμού ή η μη συνδρομή αποκλεισμού ανταγωνιστή δεν παρίστανται ικανές να δικαιολογήσουν, εκ των υστέρων, την αντιανταγωνιστική πρακτική της δεσπόζουσας επιχείρησης. Και αυτό, διότι, κατά πάγια νομολογία, το άρθρο 102 ΣΛΕΕ απαγορεύει συμπεριφορές δυνητικά ικανές να οδηγήσουν σε αποκλεισμό του ανταγωνιστή, ανεξαρτήτως του πραγματικού αποτελέσματός τους.

Όσον αφορά τα συμφέροντα, τα οποία έχουν κριθεί θεμιτά επί της αρχής από το Δικαστήριο ή την Επιτροπή, αυτά μπορεί να είναι ποικίλης φύσεως. Περιλαμβάνουν την άρνηση προμήθειας ενός αντισυμβαλλόμενου, ο οποίος δεν είναι συνεπής στις οικονομικές του υποχρεώσεις απέναντι στην δεσπόζουσα επιχείρηση, με αποτέλεσμα να της προκαλεί ζημιές. Θεμιτό εμπορικό συμφέρον δύναται, επίσης, να εντοπιστεί στην διακοπή των συναλλακτικών σχέσεων με ανταγωνιστή, τηρουμένης της αρχής της αναλογικότητας, εφόσον εκείνος δίνει προτεραιότητα στην προώθηση προϊόντων ανταγωνιστικού σήματος. Σε κάθε όμως περίπτωση, η αυτόματη και ολοκληρωτική, δίχως προειδοποίηση, άρνηση προμήθειας παρίσταται μη αναλογική και, συνεπώς, αδικαιολόγητη. Έτερο θεμιτό συμφέρον άρνησης παροχής παρίσταται στην περίπτωση οικονομικά ασύμφορης δραστηριότητας ή υπέρβασης των εμπορικών συνηθειών ως προς την ποσότητα των παραγγελιών.

Επιπροσθέτως, η άρνηση προμήθειας ενδέχεται να παρίσταται επιβεβλημένη λόγω εξωτερικής αναγκαιότητας. Σε περίπτωση έλλειψης παραγωγής ή προμήθειας, η δεσπόζουσα επιχείρηση δικαιούται να εξυπηρετήσει κατά προτεραιότητα τους τακτικούς της πελάτες. Πέραν τούτου, η συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης δεν της καταλογίζεται, εφόσον αποτελεί αναγκαστική συνέπεια πράξης της δημόσιας αρχής -κυρίως νομοθετικής πράξης-. Η δικαιολόγηση περιορίζεται στις περιπτώσεις, στις οποίες δεν υπήρχε περιθώριο αυτόνομης επιχειρηματικής συμπεριφοράς. Αντιθέτως, εάν η νομοθεσία απλώς εξωθεί στην καταχρηστική συμπεριφορά, χωρίς και να την επιβάλλει, τότε η αντιανταγωνιστική πρακτική δεν δύναται να τύχει δικαιολόγησης. Κατά τα άλλα, στην πρώτη των περιπτώσεων, η ασυμβατότητα της εθνικής νομοθεσίας με το ενωσιακό δίκαιο δεν ανατρέπει την δικαιολόγηση της συμπεριφοράς. Κατά την κρατούσα άποψη, η δικαιολόγηση αίρεται μόνο για την συνέχιση της συμπεριφοράς από το χρονικό σημείο κήρυξης ως ανεφάρμοστου του εθνικού κανόνα από την Εθνική Αρχή Ανταγωνισμού και για το μέλλον.

Η άμυνα κατά κακόπιστου ανταγωνιστή, ήτοι παράνομης ή αθέμιτης συμπεριφοράς, βάλλουσας κατά των συμφερόντων της δεσπόζουσας επιχείρησης, δεν δικαιολογεί, κατά την κρατούσα άποψη, την προσφυγή σε καταχρηστική συμπεριφορά. Παγίως δε απορρίπτονται επιχειρήματα προστασίας του δημοσίου συμφέροντος ή της υγείας και της ασφάλειας του καταναλωτή, διότι η προστασία του δημοσίου ή γενικού συμφέροντος συνιστά αρμοδιότητα των δημοσίων αρχών. Μόνον η ρητή εξαίρεση του άρθρου 106(2) ΣΛΕΕ, χάριν ικανοποίησης Υ.Γ.Ο.Σ., φαίνεται να συνιστά δικαιολόγηση στην βάση του δημοσίου συμφέροντος. Αυτό μάλλον οφείλεται, αφενός στα συγκεκριμένα, ενωσιακά χαρακτηριστικά της έννοιας

των Υ.Γ.Ο.Σ. -τα οποία αποτρέπουν την ανασφάλεια δικαίου σε τέτοιας φύσεως επιχειρήματα- και αφετέρου, στο γεγονός ότι το δημόσιο συμφέρον μεταφράζεται σε οικονομικούς όρους. Υποστηρίζεται έτσι από μερίδα της θεωρίας, ότι οι μόνοι σκοποί γενικού συμφέροντος που μπορούν να ληφθούν υπόψη στα πλαίσια δικαιολόγησης των αντιανταγωνιστικών πρακτικών της δεσπόζουσας επιχείρησης είναι οι ικανοί να μεταφραστούν σε οικονομικούς όρους.

Κατά μία άποψη βέβαια, εφόσον προηγηθεί σχετικό αίτημα, αλλά η συνδρομή των δημοσίων αρχών παρίσταται αλυσιτελής ή καθυστερεί, ενδέχεται η συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης να δικαιολογείται στην βάση προστασίας της υγείας και της ασφάλειας του καταναλωτή.

Όσον αφορά τις “βασικές διευκολύνσεις”, η άρνηση πρόσβασης δεν δύναται να δικαιολογηθεί παρά μόνον σε εξαιρετικές περιστάσεις. Μεταξύ άλλων, οι περιστάσεις αυτές θα συνδέονται με την ίδια την φύση της υποδομής, το πεπερασμένο της χωρητικότητας ή άλλες, δεσμευτικές, τεχνικές προδιαγραφές. Επιπλέον, εύλογο διάστημα αναστολής της υποχρέωσης παροχής πρόσβασης δικαιολογείται στην βάση προστασίας των κινήτρων ανάπτυξης της επιχειρηματικότητας. Ενόψει του εγγενούς προβλήματος free-riding στην περίπτωση των “βασικών διευκολύνσεων”, κρίνεται σκόπιμη η δικαιολόγηση της άρνησης πρόσβασης έως ότου αποσβεσθεί ένα τμήμα της επένδυσης και ο δικαιούχος απολαύσει τους καρπούς των προσπαθειών του. Σημειωτέον όμως, ότι μόνη η κατοχή δικαιώματος βιομηχανικής ή εμπορικής ιδιοκτησίας επί της “βασικής διευκόλυνσης”, δεν παρίσταται επαρκής να δικαιολογήσει την άρνηση παροχής πρόσβασης σε αυτήν.

Οι αντικειμενικές δικαιολογήσεις οικονομικού χαρακτήρα αποτελούν την πιο ευρεία κατηγορία. Η δεσπόζουσα επιχείρηση ενδέχεται να ανταμοίβει τον αντισυμβαλλόμενο της για την συντελεσθείσα οικονομική αποδοτικότητα, μετακυλίνοντας του τμήμα της ωφέλειας από την επίτευξη οικονομιών κλίμακας (“εκπτώσεις ποσότητας”). Σε άλλη περίπτωση, μετακυλίζει στον αντισυμβαλλόμενο ωφέλειες από την συμβολή του στην προώθηση ενός νέου προϊόντος της ή εν γένει στην αύξηση των πωλήσεών της (“εκπτώσεις αποδοτικότητας”). Επομένως, η έκπτωση μπορεί εξ αντικειμένου να έχει τέτοια χαρακτηριστικά, ώστε να δικαιολογείται αντικειμενικά, με οικονομικούς όρους.

Αυτό θα συμβαίνει, όταν η έκπτωση δεν είναι τέτοιας φύσεως, ώστε να χαρακτηρίζεται ανταγωνισμός “με μη φυσιολογικά μέσα”. Εάν κάτι τέτοιο δεν συμβαίνει, τότε δεν θα συνιστά απαγορευμένη κατάχρηση, διότι δεν θα πληρούται το ένα εκ των δύο στοιχείων του νομολογιακού ορισμού της απόφασης Hoffmann-LaRoche<sup>254</sup>. Και αυτό, παρά το γεγονός ότι μπορεί δυνητικά να εξοβελίσει από την αγορά έναν ανταγωνιστή, ο οποίος βρίσκεται σε χρηματοπιστωτική στενότητα ή δεν είναι εξίσου αποτελεσματικός στην δομή κόστους, με αποτέλεσμα να αδυνατεί να χορηγήσει το ίδιο ποσοστό έκπτωσης σε ανάλογες περιπτώσεις. Δεν υπάρχει αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της συμπεριφοράς της δεσπόζουσας επιχείρησης και της μειονεκτικής θέσης του ανταγωνιστή, η οποία προϋπάρχει και δεν

<sup>254</sup> Hoffmann-La Roche, C-85/76, σκ. 91

οφείλεται στον προσπορισμό άδικου ανταγωνιστικού πλεονεκτήματος εκ μέρους της δεσπόζουσας επιχείρησης. Το αντίθετο ισχύει στην περίπτωση των εκπτώσεων πίστεως, όπου η έκπτωση δεν μπορεί να δικαιολογηθεί οικονομικά και φανερώνει πρόθεση περιορισμού των επιλογών του πελάτη, εις βάρος των ανταγωνιστών. Στην περίπτωση των εκπτώσεων πίστεως πρόκειται για κατάχρηση *per se*, δηλαδή η συμπεριφορά δεν είναι δεκτική αντικειμενικής δικαιολόγησης.

Αντιστοίχως, η διαφοροποιημένη τιμολόγηση ενδέχεται να δικαιολογείται αντικειμενικά, λόγω του διαφορετικού κατά περίπτωση κόστους -κατά τα άλλα ισοδύναμων- παροχών. Και σε αυτήν την περίπτωση, όπως και στις προναφερθείσες, δεν υφίσταται καν *prima facie* κατάχρηση, διότι η συμπεριφορά δεν παρουσιάζει χαρακτηριστικά, από τα οποία να συνάγεται πρόθεση αποκλεισμού ανταγωνιστή.

Στην περίπτωση της τιμολόγησης κάτω του μέσου μεταβλητού κόστους, η θεωρία, αλλά και η νομολογία, δέχονται την δυνατότητα αντικειμενικής οικονομικής δικαιολόγησης της συμπεριφοράς. Αυτή μπορεί να συνίσταται -ενδεικτικά- στην προώθηση τεχνολογικά παρωχημένων προϊόντων, στην υπεραντιστάθμιση των ζημιών εξαιτίας των “network effects” κατά την διείσδυση στις αγορές της νέας οικονομίας ή στην προσπάθεια διείσδυσης και καθιέρωσης της δεσπόζουσας επιχείρησης σε μια νέα αγορά.

Από την άλλη, η ειδική ευθύνη της δεσπόζουσας επιχείρησης φαίνεται πως ερμηνεύεται κατά τρόπο, ώστε να περιορίζει τις δυνατότητες της επιχείρησης να ανταποκρίνεται στις τιμολογιακές προκλήσεις των ανταγωνιστών ακόμη και όταν η τιμολόγηση βρίσκεται σε επίπεδα μεταξύ μέσου μεταβλητού και μέσου συνολικού κόστους και δεν αποδεικνύεται πρόθεση αποκλεισμού του ανταγωνιστή. Η ευθυγράμμιση των τιμών επιτρέπεται, όχι όμως και η επιβολή κατώτερων τιμών από αυτές του ανταγωνιστή, καθώς τότε τεκμαίρεται σκοπός απόσπασης πελατείας. Ακόμα και αυτή η ίδια η ευθυγράμμιση των τιμών θα πρέπει να δικαιολογείται αντικειμενικά στην βάση συγκεκριμένου κινδύνου απόσπασης πελατείας από τον ανταγωνιστή.

Ως προς την δικαιολόγηση της συμπεριφοράς στην βάση επιχειρημάτων οικονομικής αποτελεσματικότητας παρατηρούνται συνοπτικά τα ακόλουθα. Τα επιχειρήματα αυτά γίνονται μάλλον δεκτά επί της αρχής, απορρίπτονται όμως επί της ουσίας. Αυτό οφείλεται, πρώτον, στον μελλοντικό, αστάθμητο και αβέβαιο χαρακτήρα τους (πρβλ. και ανωτέρω). Αυτό το χαρακτηριστικό καθιστά την αναγκαία στάθμιση μεταξύ αρνητικών επιπτώσεων και πλεονεκτημάτων για τον καταναλωτή μια όλως υποθετική άσκηση. Παράλληλα, ενισχύει την ανασφάλεια δικαίου για τις επιχειρήσεις, διότι, ιδίως στην περίπτωση της καινοτομίας, τα οφέλη αποτελεσματικότητας είναι εξ ορισμού αβέβαιο αν θα υλοποιηθούν.

Δεύτερον, η επί της ουσίας απόρριψη των εν λόγω επιχειρημάτων, οφείλεται στο γεγονός ότι, λειτουργικώς, αποτελούν εξαιρέσεις, ενώ εξαίρεση στα πλαίσια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ δεν προβλέπεται.

Τρίτον, το ενδεχόμενο μετακύλισης δίκαιου τμήματος της ωφέλειας στον καταναλωτή αμφισβητείται, από την στιγμή που η δεσπόζουσα επιχείρηση δεν υφίσταται επαρκείς ανταγωνιστικές πιέσεις (ώστε να έχει κίνητρο να μετακυλίσει τα οφέλη αποτελεσματικότητας).

Το κυριότερο όμως πρόβλημα εντοπίζεται στην αδυναμία της δεσπόζουσας επιχείρησης να ανταποκριθεί στο βάρος απόδειξης. Κατά την -κρατούσα σε πολλές μορφές καταχρηστικής συμπεριφοράς- φορμαλιστική προσέγγιση του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, το Δικαστήριο αρκείται στην πιθανολόγηση αντιανταγωνιστικών αποτελεσμάτων για την κατάφαση της *prima facie* κατάχρησης. Αντίθετα, η δεσπόζουσα επιχείρηση οφείλει να αποδείξει με επαληθεύσιμο τρόπο την ύπαρξη πλεονεκτημάτων από την συμπεριφορά της. Καθίσταται σαφές ότι, εκ των πραγμάτων, η ανταπόκριση στο βάρος απόδειξης παρίσταται αδύνατη, με αποτέλεσμα η πλάστιγγα να γέρνει πάντα προς την πιθανολόγηση των αντιανταγωνιστικών αποτελεσμάτων. Κατά συνέπεια, τα επιχειρήματα αυτά καταλήγουν να απορρίπτονται επί της ουσίας.

Κλείνοντας, όσον αφορά το «τεστ του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή», αυτό δεν βρίσκει γενική εφαρμογή σε όλες τις μορφές κατάχρησης, όντας δόκιμο μόνο στις πρακτικές επί των τιμών, και πάλι όχι πάντα. Επιπλέον, αυτή καθεαυτή, η θεμελίωσή του σε -συχνά μη δημοσιευμένα- στοιχεία κόστους εγείρει ζητήματα ασφάλειας δικαίου. Αγνοεί δε το ενδεχόμενο της μελλοντικής ενίσχυσης της αποτελεσματικότητας άλλων ανταγωνιστών, οι οποίοι -ελλείψει της κατάχρησης- θα επωφελούνταν από αποτελέσματα δικτύου και εκμάθησης-. Επιπλέον, αγνοεί τις ισχυρές ανταγωνιστικές πιέσεις που ασκεί ένας -έστω μη εξίσου αποτελεσματικός- ανταγωνιστής σε αδρανείς δεσπόζουσες επιχειρήσεις. Σε κάθε περίπτωση, πρόκειται περί ενός γνώμονα καταχρηστικότητας της συμπεριφοράς, μη όντας ικανό να μεταμορφωθεί σε εκ της πλαγίου επιχείρημα οικονομικής αποτελεσματικότητας, όπλο στην φαρέτρα της δεσπόζουσας επιχείρησης.

## **V. Βιβλιογραφία - Αρθρογραφία- Πηγές**

### **Βιβλιογραφία**

#### **A. Ελληνική**

Γ. Καρύδης, Ευρωπαϊκό Δίκαιο Επιχειρήσεων και Ανταγωνισμού, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2004

Η. Σουφλερός, “Καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης”, σε “Προστασία του Ελεύθερου Ανταγωνισμού”, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή 1992, σελ. 185-242

Β. Χατζόπουλος, Ο κανόνας των βασικών διευκολύνσεων (essential facilities) στο Ευρωπαϊκό και Εθνικό Δίκαιο του Ανταγωνισμού, Μελέτες Δικαίου Επιχειρήσεων -22, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή (2002)

Β. Χριστιανός, Εισαγωγή στο Δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, Νομική Βιβλιοθήκη, 2010

Β. Χριστιανός, Μ. Κουσκουνά, Ρ.Ε. Παπαδοπούλου, Μ. Περάκης, Το Δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης μέσα από τη νομολογία, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2011

#### **B. Ξένα**

P. Akman, The Concept of Abuse in EU Competition Law, Law and Economic Approaches, Hart Publishing 2012, Oxford and Portland, Oregon

F. Etro and I.Kokkoris, Competition Law and the Enforcement of Article 102, Oxford University Press, 2010

A.Jones, B. Sufrin, EU Competition Law, Text, Cases, and Materials, Sixth Edition, Oxford

Schröter, “Institutioneller Rahmen”, in Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, ed. H. Schröter, T. Jakob & W. Mederer (Baden-Baden: Nomos, 2003)

O’ Donoghue and Padilla, The Law and Economics of Article 82 EC, Oxford, Hart Publishing, 2006

O. Odudu, “The boundaries of EC Competition Law: The scope of article 81”, Oxford Studies in European Law, Oxford 2006

E. Østerud, “Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law, The Spectrum of Tests”, in Alphen Aan Den Rijn: International Competition Law Series, Volume 45, Kluwer Law International, 2010

E. Rouseva, Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law, Oxford: Hart Publishing, 2010

P.J. Slot, A. Johnston, An Introduction to Competition Law, Hart Publishing 2006

P. Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1977

R. Whish, Competition Law, Fifth Edition, LexisNexis 2003

## **Αρθρογραφία και Πηγές**

### **A. Ελληνόγλωσση**

Γ. Ψαρουδάκης, Ο «κανόνας των θεμελιωδών υποδομών» στο κοινοτικό δίκαιο ανταγωνισμού: πρόσφατη εφαρμογή και συσχετισμός με την προστασία της πνευματικής ιδιοκτησίας, ΔΕΕ, Τεύχος 5/2009

Γ. Καρύδης, “Επιχειρήματα οικονομικής αποτελεσματικότητας κατά την εφαρμογή του άρθρου 102 της ΣΛΕΕ: Οικονομική προσέγγιση versus ασφάλεια δικαίου”, σε ΕΕΕυρΔ 1:2016, σελ. 15-26.

### **B. Ξενόγλωσση-ες**

M. Adam, F. Maier-Rigaud, 'The Law and Economics of Article 82 EC and the Commission Guidance Paper on Exclusionary Conduct', Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 1/2009, p.131-146

G. Akerlof, The market for “Lemons”: Quality, Uncertainty and the Market Mechanism, The Quarterly Journal of Economics, Volume 84, Issue 3, 1970, p. 488-500, available at: <http://staff.bath.ac.uk/ecsigs/Teaching/Advanced%20Microeconomics/Articles/akerlof.PDF>

P. Akman, The European Commission's Guidance on Article 102 TFEU: From Inferno to Paradiso?, The Modern Law Review, Vol. 73 (2010), Issue 4, pp. 605-630, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα: <http://www.jstor.org/stable/40865467>

A. Albers Lorens, The role of objective justifications and efficiencies in the application of article 82 EC, Common Market Law Review Volume 44 (2007), Issue 6, P. 1727-1761, Kluwer Law International

L. Azoulai, The Court of Justice and the social market economy : The emergence of an ideal and the conditions for its realisation, Common Market Law Review, Volume 45 (2008), Issue 5, p. 1335-1356

BELLIS-KASTEN, Will efficiencies play an increasingly important role in the assessment of conduct under Article 102 TFEU?, THE ANTITRUST BULLETIN, Vol. 55 (2010), Issue 4, p. 915-927

V. Brisimi, Abuse of a Dominant Position and Public Policy Justifications: A Question of Attribution, EUROPEAN BUSINESS LAW REVIEW, Volume 24 (2013), Issue 2. p. 261-174, Kluwer Law International

D. Chirita, Undistorted, (Un)fair Competition, Consumer Welfare and the Interpretation of Article 102 TFEU, World Competition Volume 33 (2010), Issue 3, p. 417-436, Kluwer Law International

P. Ibáñez Colomo, 'Intel v Commission and the problem with wrong economic assumptions', Chilling Competition blog, <https://chillingcompetition.com/2014/06/16/intel-v-commission-and-the-problem-with-wrong-economic-assumptions/>

N. Economides, 'Tying, bundling and loyalty requirement rebates' in E.R. Elhauge, Research Handbook on the Economics of Antitrust Law (Edward Elgar, 2012), available at: [http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1255&context=nyu\\_lewp](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1255&context=nyu_lewp)

T. Eilmansberger, How to distinguish good from bad competition under article 82 EC: In search of clearer and more coherent standards for anti-competitive abuses, Common Market Law Review, Volume 42 (2005), Issue 1, p. 129-177, Kluwer Law International

L. Gormsen, Are Anti-competitive Effects Necessary for an Analysis under Article 102 TFEU?, World Competition, Volume 36 (2013), Issue 2, p. 223–246, Kluwer Law International

V. Hatzopoulos, Exigences essentielles, impératives ou impérieuses une théorie, des théories ou pas de théorie du tout, RTDE 1998

A.P. Komninos, Non-competition Concerns: Resolution of Conflicts in the Integrated Article 81 EC, Working Paper (L) 08/05, The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy

Neelie Kroes, Commissioner, Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82, Speech at the Fordham Corporate Law Institute (Sept. 23, 2005), <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/537>

C. O' Grady, The Role of Exclusionary Intent in the Enforcement of Article 102 TFEU, World Competition, Volume 37(2014), Issue 4, p. 459-486, Kluwer Law International

PIERRE LAROUCHE, THE EUROPEAN MICROSOFT CASE AT THE CROSSROADS OF COMPETITION POLICY AND INNOVATION, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα: [socrates.berkeley.edu/~scotch/.../Larouche.pdf](http://socrates.berkeley.edu/~scotch/.../Larouche.pdf)

Lavrijssen S., "What role for National Competition Authorities in protecting non-competition interests after Lisbon?", European Law Review, Volume 35 (2010), Issue 5, p. 636 etc.



P. J. Loewenthal, The Defence of "Objective Justification" in the Application of Article 82 EC, World Competition, Volume 28 (2005), Issue 4, p. 455-477, Kluwer Law International

Philip Lowe, DG Competition's Review of the Policy on Abuse of Dominance, in: B.E. Hawk, (Ed.), International Antitrust & Policy: Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 2003, Juris Publishing, New York, 2004

P. Lowe, 'The European Commission Formulates its Enforcement priorities as Regards Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings' (February 2009), διαθέσιμο στην ιστοσελίδα: <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-european-commission-formulates-its-enforcement-priorities-as-regards-exclusionary-conduct-by-dominant-undertakings/>

V. Mertikopoulou, "Evolution of the objective justification concept in European competition law and the unchartered waters of efficiency defences", Concurrences (2014), No. 2-2014, available at: <http://www.concurrences.com/revue/numeros/no-2-2014/Les-gains-d-efficience-dans-les>

G. Monti, Article 81 and Public Policy, Common Market Law Review, Volume 39 (2002), Issue 5, p. 1057-1099

M. Rato and N. Petit, "Abuse of Dominance in Technology-enabled Markets: Established Standards Reconsidered?", European Competition Journal, Volume 9 (2013), no 1, as available at: <https://leconcurrentialiste.files.wordpress.com/2014/02/abuse-of-dominance-in-technology-enabled-markets-established-standards-reconsidered.pdf>

E. Rousseva, The Concept of "Objective Justification" of an Abuse of a Dominant Position: Can it help to Modernise the Analysis under Article 82 EC?, The Competition Law Review, Volume 2, Issue 2, p. 27-72

D. Riziotis, Efficiency Defence in Article 82 EC, σε MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law, Volume 5 (2008), p.89-115, Springer-Verlag Berlin Heidelberg

C. Semmelmann, The future role of the non-competition goals in the interpretation of Article 81 EC, Global Antitrust Review - Journal Issue 1, 2008, available at: <http://www.icc.qmul.ac.uk/docs/gar2008/144724.pdf>

C.C. Talbot, Ordoliberalism and Balancing Competition Goals in the Development of the European Union, The Antitrust Bulletin, Vol. 61(2), 2016, p.264-289

A.Witt , “Public policy goals under EU Competition law- now is the time to set the house in order”, European Competition Journal, Volume 8 (2012), Issue 3, p. 443-471

## **ΛΙΣΤΑ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΩΝ ΑΝΑΦΟΡΩΝ (αλφαβητική)**

Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebüro GmbH v. Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs eV, C-62/86

AKZO κατά Επιτροπής, C-62/86

Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioen- fonds Textielindustrie, C-67/96

Ambulanz Glöckner, C-475/99

AstraZeneca, C-457/10

Atlantic Containers Line κ.λπ. κατά Επιτροπής, T-191/98, T-212/98 και T-214/98

British Airways κατά Επιτροπής, C-95/04 P

British Leyland κατά Επιτροπής, C-226/84

BPB Industries και British Gypsum κατά Επιτροπής, T-65/89

BP v. Commission, C-77/77

BRT v SABAM, C-127/73

CBEM v CLT and IPB, C-311/84

Centre Belge d'Etudes du Marché - Télémarketing v Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion SA and Information Publicité Benelux SA, C-311/84

CIF, C-198/01

Clearstream Banking v. Commission, T-301/04

Compagnie maritime belge transports and others v Commission, T-24/93 έως T-26/93 και T-28/93

Compagnie Maritime Belge Transports SA and Others v Commission, C-395/96 P and C-396/96P

Consten and Grundig v Commission, C-56/64

Corbeau, C-320/91

DEPE - Europemballage Corporation and Continental Can Company v Commission, C-6/72

Deutsche Grammophon κατά Metro SB, C-78/70

Deutsche Telekom AG v Commission, T-271/03 και Deutsche Telekom AG v. Commission, C-280/08P

ERT v DEP, C-260/89

European Night Services and Others v Commission, T-374/94

France Telecom κατά Επιτροπής, T-340/03 και C-202/07P

General Motors Continental κατά Επιτροπής, C-26/75

General Motors κατά Επιτροπής, C-551/03 P

Gøttrup-Klim and Others Grovwareforeninger v Dansk Landbrugs Grovvareselskab, C-250/92

Hilti AG v. Commission, T-30/89

Höfner and Elser v Macrotron, C-41/90

Hoffmann La Roche & Co AG v. Commission, C-85/76

IAZ International Belgium κ.λπ. κατά Επιτροπής, C-96/82 έως 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 και 110/82

Imperial Chemical Industries κατά Επιτροπής, T-66/01

IMS Health, C-418/01

Intel κατά Επιτροπής, T-286/09

Irish Sugar v Commission, T-228/97

ITT Promedia κατά Επιτροπής, T-111/96

Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige, C-52/09

Laurent Piau κατά Επιτροπής, T-193/02

Master foods και HB C-344/98

Meca-Medina και Majcen κατά Επιτροπής, C-519/04 P

Merci Convenzionali Porto di Genova v Siderurgica Gabrielli, C-179/90

Microsoft κατά Επιτροπής, T-201/04

Michelin κατά Επιτροπής, C-322/81

Michelin v Commission, T- 203/01

Oscar Bronner, C-7/97

Parke Davis κατά Probel κ.λπ., C-24/67

Post Danmark, C-209/10

Post Danmark v Konkurrencerådet, C-23/14

Preussen Elektra, C-379/98

RTE και ITP κατά Επιτροπής (Magill), C-241/91 P και C-242/91P

RTT v GB-Inno-BM, C-18/88

Sirena S.r.l. v Eda S.r.l. and others, C-40/70

Sot. Lelos v. GlaxoSmithKline, C-468/06 έως C-478/06

Suiker Unie κ.λπ. κατά Επιτροπής, C-40/73

Syfait και λοιποί κατά GlaxoSmithKline, C-53/03

T-Mobile Netherlands BV and Others, C-8/08

Tetra Pak Rausing κατά Επιτροπής, T-51/89

Tetra Pak International SA v. Commission, T-83/91

Tetra Pak International SA v Commission, C-333/94 P

Tiercé Ladbroke v Commission, T-504/93

Tomra κ.λπ. κατά Επιτροπής, C-549/10

Tournier, C-395/87

Union royale belge des sociétés de football association and Others v Bosman and Others, C-415/93

United Brands και United Brands Continentaal κατά Επιτροπής, C-27/76

Wouters κ.λ.π., C-309/99

Επιτροπή και Γαλλία κατά Ladbroke Racing, C-359/95P, C-379/95P

Επιτροπή κατά Ιταλίας, C-257/86

Επιτροπή κατά Ολλανδίας, C-157/94