



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
Εθνικόν και Καποδιστριακόν
Πανεπιστήμιον Αθηνών
— ΙΔΡΥΘΕΝ ΤΟ 1837 —

ΝΟΜΙΚΗ ΣΧΟΛΗ

Π.Μ.Σ.: ΕΜΠΟΡΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ
ΕΙΔΙΚΕΥΣΗ: ΑΥΛΑ ΑΓΑΘΑ ΚΑΙ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΣ
ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑΚΟ ΕΤΟΣ: 2020-2021

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ Του Δημητρίου Ιωάννου Πατσώνη

A.M.: 7340010520018

**Παραχώρηση άδειας εκμετάλλευσης διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας και δίκαιο
ελεύθερου ανταγωνισμού: το παράδειγμα των standard essential patents.**

Επιβλέποντες:

- α) Έφη Κινινή (Επιβλέπουσα)
- β) Αλεξάνδρα Μικρουλέα
- γ) Εμμανουήλ Μαστρομανώλης

Αθήνα, Οκτώβριος 2021

Copyright © [Δημήτριος Πατσώνης, 2021]

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.

ΕΥΧΑΡΙΣΤΙΕΣ

Σε αυτό το σημείο, θα ήθελα να εκφράσω τις ευχαριστίες μου προς την καθηγήτρια μου, κα. Κινινή Έφη για την υποστήριξη και τη χρήσιμη καθοδήγησή της. Η βοήθεια και στήριξη που μου παρείχε σε όλα τα στάδια της εκπόνησης της παρούσας διπλωματικής εργασίας ήταν εξέχουσας σημασίας για την επιτυχή εκπλήρωση του παρόντος έργου. Για τον λόγο αυτό, την ευχαριστώ θερμά, καθώς και για την εμπιστοσύνη που υπέδειξε προς το πρόσωπό μου καθ' όλη τη διάρκεια επεξεργασίας και σύνταξης της παρούσας εργασίας.

ΔΗΛΩΣΗ ΠΕΡΙ ΜΗ ΠΡΟΣΒΟΛΗΣ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΩΝ ΠΝΕΥΜΑΤΙΚΗΣ ΙΔΙΟΚΤΗΣΙΑΣ

Έχοντας πλήρη επίγνωση του νομικού καθεστώτος και των κυρώσεων για την προσβολή δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας, δηλώνω υπεύθυνα ότι η παρούσα διπλωματική εργασία, την οποία υποβάλλω στο πλαίσιο της απόκτησης του Μεταπτυχιακού Διπλώματος Ειδίκευσης της Νομικής Σχολής του ΕΚΠΑ, δεν περιλαμβάνει στοιχεία προσβολής τέτοιων δικαιωμάτων, ήτοι δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας.

Δημήτριος Πατσώνης, 15/11/2021

Πίνακας Περιεχομένων

Εισαγωγή.....	8
Κεφάλαιο 1° : Άυλα αγαθά και προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού.....	10
§1.1 Ο ρόλος του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού στην επίτευξη καινοτομίας.....	10
§1.2 Η αποκλειστική φύση των άυλων αγαθών.....	13
§1.3 Το πρόβλημα των δημόσιων αγαθών.....	15
§1.4 Η ανακύπτουσα σύγκρουση δικαίου διανοητικής ιδιοκτησίας δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού και το μοντέλο του δυναμικού ανταγωνισμού.....	16
Κεφάλαιο 2° : Αποκλειστικότητα και Δεσπόζουσα Θέση	18
§2.1. Το περιεχόμενο του άρθρου 102 ΣΛΕΕ.....	18
§2.2 Δικαίωμα διανοητικής ιδιοκτησίας και κατοχή δεσπόζουσας θέσης: οι αποφάσεις <i>Volvo/Veng</i> και <i>Renault/Maxicar</i>	19
§2.3 Δευτερογενείς αγορές: ορισμός και ανακύπτοντα προβλήματα.....	22
§2.3.1 Η οριοθέτηση της σχετικής αγοράς στην υπόθεση <i>Kodak</i>	23
§2.4 Η συμβατική ελευθερία της δεσπόζουσας επιχείρησης και η άρνηση συναλλαγής.....	25
§2.5 Το Δόγμα των Βασικών Διευκολύνσεων: Η υπόθεση <i>Oscar Bronner</i>	29
§ 2.6 Η άρνηση παραχώρησης άδειας εκμετάλλευσης κατά την ενωσιακή νομολογία - Η πρωτόπορος απόφαση <i>Magil</i>	31
§ 2.6.1 Κριτική Προσέγγιση της απόφασης.....	34
§2.7 Η απόφαση <i>Ladbroke</i>	36
§2.8 Η απόφαση <i>IMS HEALTH</i>	38
§2.9 Η επισκόπηση του δόγματος των εξαιρετικών περιστάσεων.....	42
Κεφάλαιο 3° : Τα άυλα αγαθά ως πρότυπα	44
§3.1 Δίκαιο του ανταγωνισμού και αγορές της Νέας Οικονομίας (<i>New Economy Markets</i>).....	44
§3.2 Βιομηχανικά Πρότυπα και Τυποποίηση : Ορισμός και Διακρίσεις.....	49
§3.3 Τα πλεονεκτήματα της τυποποίησης.....	50
§ 3.4 Η αξιολόγηση της διαδικασίας της τυποποίησης κατά την Ευρωπαϊκή Επιτροπή.....	52
§ 3.5 Τα ουσιώδη για την λειτουργία του προτύπου διπλώματα ευρεσιτεχνίας (<i>Standard Essential Patents</i>).....	53
§3.6 Ειδικότερες συγκρούσεις μεταξύ των προτύπων και των άυλων αγαθών.....	55
Α. Η συσσώρευση δικαιωμάτων εκμετάλλευσης (<i>Royalty Stacking</i>).....	55
Β. Η ενέδρα των άυλων αγαθών (<i>intellectual property ambush</i>) – Η απόφαση <i>Rambus</i>	57
Γ. Το πρόβλημα της ομηρίας (<i>patent hold – up</i>).....	60
§3.7 Οι συγκρούσεις εντός των Οργανισμών Τυποποίησης.....	61

4. Οι δίκαιοι, εύλογοι και μη εισάγοντες διακρίσεις όροι (Faire, Reasonable and Non – Discriminatory Terms – FRAND).....	62
§4.1 Η ratio πίσω από το καθεστώς FRAND.....	62
§4.2 Κανόνες Σχετικοί με την αποκάλυψη των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησία.....	63
§ 4.3 Κανόνες σχετικοί με την αδειοδότηση.....	65
§4.4 Ο δίκαιος και εύλογος χαρακτήρας.....	66
§4.5 Η ex ante διαπραγμάτευση του ανταλλάγματος.....	66
§4.6 Το μοντέλο των ex ante δημοπρασιών.....	67
§4.7 Ο δίκαιος και εύλογος χαρακτήρας των όρων FRAND πέραν από το ύψος των ανταλλαγμάτων.....	69
§4.8 Οι μη εισάγοντες διακρίσεις όροι.....	69
§4.9 Η επιδίωξη έκδοσης απαγορευτικής διάταξης ως αντιανταγωνιστική συμπεριφορά – υπόθεση OrangeBook.....	70
§4.10 Η απόφαση Huawei.....	71
Α. Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα.....	72
Β. Οι προϋποθέσεις μη υπαγωγής μιας αίτησης για έκδοση απαγορευτικής διάταξης στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ.....	74
Γ. Η απόφαση του Δικαστηρίου.....	74
Δ. Η επισκόπηση της απόφασης.....	76
Επιλογικές σκέψεις και Συμπεράσματα.....	77
Βιβλιογραφία.....	81
Ελληνική.....	81
Ξενόγλωσση.....	82
Νομολογία.....	83
Ανακοινώσεις της Επιτροπής.....	84
Κανόνες Οργανισμών Τυποποίησης.....	84

Εισαγωγή

Αποτελεί κοινό τόπο το γεγονός ότι τα ραγδαία, ολοένα επιταχυνόμενα τεχνολογικά επιτεύγματα, έχουν επιφέρει σαρωτικές αλλαγές στην ζωή του καθενός και της καθεμίας από εμάς ξεχωριστά, αλλά και ως μελών ενός ευρύτερου συνόλου, το οποίο συμμετέχει στην οικονομική δραστηριότητα είτε ασκώντας επιχειρηματική δράση, είτε υπό την ιδιότητα του καταναλωτή. Οι αλλαγές αυτές είναι τέτοιας ταχύτητας και ορμής, ώστε καθίσταται αδύνατη η εκ των προτέρων γνώση τους, ως εκ τούτου το αποτύπωμα και τα αποτελέσματα τους στην καθημερινότητα βιώνονται εμπειρικά και αφότου επέλθουν, επιτάσσοντας για τον λόγο αυτό την όσο το δυνατόν ταχύτερη προσαρμογή σ' αυτά.

Το δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού αποτελεί τον κλάδο εκείνο του δικαίου, κύρια αποστολή του οποίου είναι η προστασία του θεσμού του ανταγωνισμού, ως του πλέον αποτελεσματικού τρόπου οργάνωσης της οικονομίας, αλλά και η εξασφάλιση ισότιμων όρων συμμετοχής για τις επιχειρήσεις, ως αναγκαίας προϋπόθεσης για την επίτευξη του πρώτου στόχου. Εντούτοις, τα γνωρίσματα της αγοράς, του πεδίου εκείνου στο οποίο εκδηλώνεται η ανταγωνιστική διαδικασία, δεν μένουν στατικά με την πάροδο του χρόνου, αλλά εξελίσσονται με ταχύ και προπάντων δυναμικό τρόπο, επιβάλλοντας πολλές φορές την υιοθέτηση μιας πιο ευέλικτης προσέγγισης από τις αρχές ανταγωνισμού και τα Δικαστήρια, χωρίς ωστόσο να παραγκωνίζονται - πολλώ δε μάλλον να καταργούνται - οι βασικές και θεμελιώδεις αρχές που έχουν διαπλασθεί κατά την πάροδο των χρόνων.

Σκοπός της παρούσας διπλωματικής εργασίας αποτελεί η εξέταση μιας τέτοιας πτυχής, η οποία πηγάζει από μια σύγκρουση δύο κλάδων του δικαίου που, εκ πρώτης όψεως, έχουν διαφορετικές στοχεύσεις, αυτόν του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού και τον αντίστοιχο του δικαίου της διανοητικής ιδιοκτησίας. Η διατήρηση μιας αποτελεσματικής δομής της αγοράς, μέσω της ελεύθερης και απρόσκοπτης συμμετοχής στην ανταγωνιστική διαδικασία οιοδήποτε επιθυμεί, δεν φαίνεται να συμβαδίζει με την αποκλειστικότητα που απονέμουν οι έννομες τάξεις στον δικαιούχο ενός δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας, η οποία επιμερίζεται σε επιμέρους εξουσίες, δυνάμενες να αποκλείσουν τους τρίτους από την εκμετάλλευση του εν λόγω δικαιώματος.

Η παραπάνω σύγκρουση μετριάζεται αρχικά, σε ένα θεωρητικό τουλάχιστον επίπεδο, με την αναγωγή της καινοτομίας και της προαγωγής αυτής σε έναν εκ των κεντρικών στόχων του δικαίου του ανταγωνισμού, το οποίο όμως σε καμία περίπτωση δεν μεταβάλλει το περιεχόμενο και την στοχοθεσία των κανόνων του, αλλά λαμβάνει υπόψη και υιοθετεί εναλλακτικές προσεγγίσεις, κατά την ανάλυση των δυναμικά εξελισσόμενων φαινομένων που ανακύπτουν ενώπιον του. Για παράδειγμα, όπως θα δούμε και στο οικείο κεφάλαιο για τις αγορές της νέας οικονομίας, η κατοχή εκ μέρους μιας επιχείρησης μιας μονοπωλιακής θέσης, δεν δύναται να συγκριθεί ευθέως με την περίπτωση κατά την οποία την αυτή μονοπωλιακή θέση κατείχε μια

επιχείρηση δραστηριοποιούμενη στους παραδοσιακούς κλάδους της οικονομίας, λόγω μιας εγγενούς ευθραυστότητας, η οποία νομοτελειακά θα οδηγήσει στην απώλεια της μονοπωλιακής αυτής θέσης με τον ίδιο ακριβώς τρόπο που κερδήθηκε. Αντίστοιχα, η αποκλειστικότητα που απονέμουν τα δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας, δεν αίρει τα προβλήματα που έπονται λόγω αυτής, από την σκοπιά του δικαίου του ανταγωνισμού, ωστόσο τα τελευταία είναι δυνατόν να ιδωθούν από μια διαφορετική σκοπιά, ως ένα «αναγκαίο και μικρότερο κακό» που εντέλει προωθεί και αυτό με την σειρά του την καινοτομία.

Η «όξυνση» και η «κορύφωση» της ως άνω σύγκρουσης εμφανίζεται στις περιπτώσεις εκείνες στις οποίες ένας τρίτος ζητεί από τον δικαιούχο άδεια εκμετάλλευσης του δικαιώματος του τελευταίου· οι αποκλειστικές εξουσίες που συνοδεύουν τα δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας, επιτρέπουν καταρχήν στον δικαιούχο να αρνηθεί, χωρίς καμία αιτιολογία, αυτήν την παραχώρηση άδειας. Ωστόσο, τα πραγματικά περιστατικά της εκάστοτε περίπτωσης επιτάσσουν πολλές φορές την παρέμβαση του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού, χωρίς βέβαια αυτό να υπερβαίνει τα όρια του, εισχωρώντας στην ουσία και το περιεχόμενο της σχέσης μεταξύ των μερών, αλλά εξακολουθώντας να επιτελεί τον υπέρτερο ρόλο του, ήτοι την προστασία της δομής της αγοράς και της ανταγωνιστικής διαδικασίας. Στο πλαίσιο του ενωσιακού δικαίου, το εν λόγω ζήτημα απασχόλησε έντονα την νομολογία, η οποία κατέληξε σε ένα συνεχές κεφαλαιωδών αποφάσεων, στις οποίες τα ευρωπαϊκά Δικαστήρια προέβησαν σε εξαιρετικά λεπτές σταθμίσεις που οδήγησαν με την σειρά τους στην καθιέρωση μιας σειράς κριτηρίων, τα οποία εφαρμόζονται μέχρι και σήμερα, κορωνίδα των οποίων υπήρξε το δόγμα των εξαιρετικών περιστάσεων της υπόθεσης Magil.

Σκοπούσα και αυτήν με την σειρά της στην προώθηση της καινοτομίας, μέσω της διάχυσης των τεχνολογιών που την αποτελούν σε περισσότερες επιχειρήσεις, ώστε να καταστεί δυνατό ένα ακόμα εξέχον χαρακτηριστικό των αγορών της νέας οικονομίας, η επίτευξη συμβατότητας και διαλειτουργικότητας μεταξύ των διάφορων προϊόντων και υπηρεσιών, η διαδικασία της τυποποίησης φαίνεται εκ πρώτης όψεως να μην εγείρει αντι - ανταγωνιστικές ανησυχίες, όπως φανερώνει και η αντιμετώπιση της από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή και τις κατευθυντήριες γραμμές για την εφαρμογή του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, στην οποία οριοθετούνται εναργώς τα ευεργετικά αποτελέσματα για τον ανταγωνισμό. Εντούτοις, η διαπίστωση αυτή παραβλέπει τα διαφορετικά συμφέροντα των συμμετεχόντων στην εν λόγω διαδικασία και την δυναμική που αυτά αναπτύσσουν, επιτρέποντας την ανάδυση αντι - ανταγωνιστικών προβλημάτων. Παράλληλα, τα ζητήματα που ανακύπτουν στις περιπτώσεις όπου τρίτος αιτείται άδειας εκμετάλλευσης παραμένουν, μόνο που στην προκειμένη περίπτωση η παροχή αυτής της άδειας είναι από την φύση της αναγκαία προϋπόθεση για την παροχή πρόσβασης στο πρότυπο και την άσκηση οικονομικής δραστηριότητας, για τους λόγους που θα εξετάσουμε. Ο μηχανισμός για την αντιμετώπιση και την ορθή περάτωση της διαδικασίας της τυποποίησης, σχετίζεται με την καθιέρωση μιας ιδιαίτερης υποχρέωσης, η οποία δεν έχει ως περιεχόμενο την καθαυτή παροχή άδειας, αλλά την δέσμευση για την τήρηση συγκεκριμένων όρων, αποδεικνύοντας την συνεχή μεταβλητότητα του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού για την οποία έγινε λόγος.

Κεφάλαιο 1^ο : Άυλα αγαθά και προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού.

§1.1 Ο ρόλος του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού στην επίτευξη καινοτομίας.

Οι διάφορες σχολές των οικονομικών του ανταγωνισμού διαχρονικά βλέπουν και εξετάζουν ως βασικές - αν όχι αποκλειστικές - παραμέτρους της ανταγωνιστικής διαδικασίας, αυτές που σχετίζονται με την ποσότητα και την τιμή, η δε σημασία της ποιότητας του προϊόντος ή της υπηρεσίας - καίτοι δεν αμφισβητείται - έρχεται τις περισσότερες φορές σε δεύτερη μοίρα. Οι θεωρητικές παραδοχές αυτές δεν αλλάζουν, αυτή ωστόσο που αλλάζει είναι η αγορά, η οποία δεν αποτελεί ένα στατικό πεδίο, αλλά προσομοιάζει περισσότερο με ένα δυναμικό φαινόμενο, βασικό γνώρισμα του οποίου είναι η εγγενής του πολυπλοκότητα, λόγω των άπειρων διαδραστικών διαδικασιών που αναπτύσσονται αυθόρμητα από την ατομική άσκηση της οικονομικής ελευθερίας.¹ Ειδικά στην σημερινή εποχή, όπου ραγδαίες και ταχύτητες τεχνολογικές εξελίξεις έχουν μεταβάλει δομικά το τοπίο, δημιουργώντας νέες πραγματικότητες και φέρνοντας στο προσκήνιο νέες μορφές αγορών, που σχηματικά ορίζονται ως «αγορές της νέας οικονομίας», οι μέχρι πρότινος κυρίαρχες και παραδεδεγμένες θεωρητικές τάσεις φαίνεται ότι στερούνται αναλυτικής επάρκειας, καθώς νέες μορφές ανταγωνισμού κάνουν συνεχώς την εμφάνιση τους. Όπως χαρακτηριστικά σημείωνε ο αυστριακός φιλόσοφος και οικονομολόγος Γιόζεφ Σουμπέτερ, «Στην καπιταλιστική πραγματικότητα, όπως αυτή διακρίνεται από την κλασική της εικόνα (..) η πλέον σημαντική μορφή ανταγωνισμού δεν αναδεικνύεται στο πλαίσιο ενός άκαμπτου μοτίβου αμετάβλητων συνθηκών, μεθόδων παραγωγής και τρόπων βιομηχανικής οργάνωσης, αλλά από το νέο προϊόν, την νέα τεχνολογία, την νέα μέθοδο παραγωγής, τον νέο τρόπο οργάνωσης (...), ένας ανταγωνισμός που απαιτεί ένα αποφασιστικό κόστος για την απόκτηση ποιοτικού πλεονεκτήματος και που χτυπά όχι στο περιθώριο κέρδους και την παραγωγική ικανότητα των επιχειρήσεων, αλλά στα ίδια τα θεμέλια τους, στην ίδια την υπόστασή τους».²

Υπό το φως των απόψεων και της διδασκαλίας του αυστριακού φιλοσόφου - οικονομολόγου, η οικονομική ανάπτυξη περιγράφεται ως μια ιστορική πορεία δομικών αλλαγών, οι οποίες προωθούνται και συντελούνται μέσω της καινοτομίας³ στο πλαίσιο ενός πρώτου, απλουστευτικού ορισμού, η καινοτομία, κατά τον Schumpeter, ορίζεται ως το «πράττειν διαφορετικά στο βασίλειο της οικονομίας».³ Η αλλαγή, η μεταβολή αυτή από το «συνηθισμένο» προς μια νέα κατεύθυνση, θα πρέπει να αποτελεί το πρώτο μέλημα του εκάστοτε παραγωγού και, ιδιαίτερα, του κάθε πρωτοπόρου επιχειρηματία (entrepreneur), καθώς είναι ο μόνος που διαθέτει

¹ Γεώργιος Δ. Τριανταφυλλάκης, Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2020, σελ. 31.

² J. A. Schumpeter, Capitalism, Socialism, and Democracy, εκδ. Harper Perennial Modern Thought, 1950, 3^η έκδοση, σελ. 84.

³ J. A. Schumpeter, Business Cycles: A Theoretical, Historical, and Statistical Analysis of the Capitalist Process, εκδ. McGraw-Hill Book Company, 1939, σελ. 84.

την ορμή που απαιτείται για να μεταβάλλει τις προτιμήσεις των καταναλωτών, εκπαιδύοντας και εξοικειώνοντάς τους στο να επιθυμούν το «νέο».⁴ Το «νέο», συνεχίζει, περιλαμβάνει πέντε τύπους αλλαγών: α) την δημιουργία νέων προϊόντων ή νέων συνδυασμών υπαρχόντων προϊόντων, με τα οποία οι καταναλωτές δεν έχουν έρθει ακόμα σε επαφή, β) την δημιουργία νέων μεθόδων παραγωγής ή νέων καναλιών πώλησεως προϊόντων, γ) την δημιουργία και ανάδυση καινούργιων αγορών, είτε αυτές προϋπήρχαν, είτε όχι, δ) την απόκτηση νέων πηγών προμήθειας πρώτων υλών και ε) την δημιουργία νέων δομών αγοράς, στις οποίες συμπεριλαμβάνονται τόσο η δημιουργία, όσο και η διάλυση μιας μονοπωλιακής θέσης⁵.

Το συμπέρασμα στο οποίο καταλήγει ο Schumpeter είναι πως ο καπιταλισμός αναπτύσσεται με την διαρκή αντικατάσταση των παλαιών τεχνολογιών με νέες, μια διαδικασία για την οποία εφηύρε τον - θεμελιώδη για την κατανόηση της σκέψης του - όρο της «δημιουργικής καταστροφής», η οποία είναι πιθανό να αναπτύσσει καλύτερα τα αποτελέσματα της σε μονοπωλιακές αγορές, παρά σε ανταγωνιστικές. Η οικονομική ανάλυση του δικαίου του ανταγωνισμού μας δίνει την δυνατότητα να καταλάβουμε πως ο προφανής λόγος πίσω απ' αυτήν την θέση προκύπτει εκ του γεγονότος ότι μια μονοπωλιακή επιχείρηση έχει μικρότερο ρίσκο να επενδύσει σε έρευνα και ανάπτυξη, αλλά και μεγαλύτερο κίνητρο, καθώς η δημιουργία οικονομικών κλίμακος εκ μέρους της ή η ύπαρξη εξωτερικότητας δικτύου από την πλευρά της ζήτησης, της επιτρέπουν μια αποτελεσματικότερη λειτουργία, όπου το μέσο κόστος της μειώνεται, όσο αυξάνεται η παραγωγή⁶. Η συγκεκριμένη θέση πάντως αμφισβητείται σε μεγάλο βαθμό στις μέρες μας, λόγω των εξαιρετικά ιδιόμορφων χαρακτηριστικών των αγορών που έχουν αρχίσει να αναδύονται και να εδραιώνονται και της αντιστροφής του ως άνω σχήματος, όπου οι συμμετέχουσες σ' αυτές τις αγορές επιχειρήσεις μπορούν να «καταλάβουν» το σύνολο της αγοράς, ακόμα και στην περίπτωση που κατέχουν χαμηλότατο μερίδιο αγοράς, εφόσον αναπτύξουν καινοτόμες τεχνολογίες. Παρότι δηλαδή η βάση της συλλογιστικής του Σουμπέτερ παραμένει ορθή, εφόσον η οικονομική επιστήμη την εξοπλίζει με μια καταρχήν εγκυρότητα, η δομική μεταβολή των χαρακτηριστικών των αγορών, από το δεύτερο μισό του εικοστού αιώνα μέχρι και τις μέρες μας, επιτάσσει μια διαφορετική, πολυπαραγοντική προσέγγιση της τριαδικής σχέσης ανταγωνισμός – καινοτομία – δομή της αγοράς: το είδος της εξεταζόμενης κάθε φορά καινοτόμου τεχνολογίας, η νομική θωράκιση ή μη της τελευταίας με δικαίωμα διανοητικής ιδιοκτησίας και, συγκεκριμένα, το είδος του δικαιώματος, το εύρος προστασίας που παρέχει και η χρονική διάρκεια αυτού, οι συνθήκες ανταγωνισμού που επικρατούσαν στην αγορά πριν την υιοθέτηση της νέας τεχνολογίας και οι αντίστοιχες που θα ανακύψουν μετά απ' αυτήν και τα εμπόδια εισόδου που υφίστανται, όλα τα παραπάνω, εξεταζόμενα συνολικά και σφαιρικά, θα πρέπει να ληφθούν υπόψη προκειμένου να αποφανθεί κανείς εάν η μονοπωλιακή ή η ανοιχτή στον ανταγωνισμό δομή της αγοράς παρέχει μεγαλύτερο κίνητρο σε μια επιχείρηση να επενδύσει σε νέες καινοτόμες τεχνολογίες, εάν δηλαδή τα κέρδη που θα αποκομίσει από την επένδυση αυτή υπερβαίνουν τις απώλειες που συνεπάγεται η υιοθέτηση αυτής της καινοτομίας⁷, με άλλα λόγια, εάν το κόστος ευκαιρίας στην πρώτη περίπτωση είναι μικρότερο, συγκρινόμενο με την δεύτερη.

⁴ J. A. Schumpeter, *The theory of economic development: an inquiry into profits, capital, credit, interest and the business cycle*, εκδ. Harvard Economic Studies, σελ. 65.

⁵ *Ibid*, σελ. 66.

⁶ Νίκος Βέττας, Γιάννης Κατσουλάκος, Πολιτική Ανταγωνισμού και Ρυθμιστική Πολιτική – Τα Οικονομικά των Παρεμβάσεων σε Μονοπώλια και Ολιγοπώλια, εκδόσεις Τυπωθήτω – Γιώργος Δαρδανός, 2004, σελ. 49.

⁷ Richard Gilbert, 'Looking for Mr. Schumpeter: Where Are We in the Competition – Innovation Debate', *Innovation Policy and Economy*, τ. 6, 2006, σελ. 162.

Τα παραπάνω συνιστούν την εμπειρική σύλληψη της σχέσης ανάμεσα στην δομή της αγοράς και την κινητροδότηση που αυτή παρέχει στις επιχειρήσεις ως προς το να καινοτομήσουν ή όχι η οποία, όπως σε κάθε ζήτημα που άπτεται των οικονομικών του ανταγωνισμού, παρουσιάζει μια εγγενή μεταβλητότητα και απαιτεί από τον μελετητή μια αποστασιοποίηση από απόλυτες θέσεις· παρόλα ταύτα, ενδιαφέρον παρουσιάζει και ο θεωρητικός διαξιφισμός ανάμεσα στον Σουμπέτερ και έναν άλλο οικονομολόγο, τον Κένεθ Άρου, ο οποίος τασσόταν κατά της άποψης του Σουμπέτερ, υποστηρίζοντας με την σειρά του, ότι η ανοιχτή στην ανταγωνιστική διαδικασία δομή της αγοράς οδηγεί στην βέλτιστη κατανομή των παραγωγικών συντελεστών, δεδομένου του αντικινήτρου της μονοπωλιακής επιχείρησης να υιοθετήσει οποιαδήποτε πρακτική που θα μεταβάλει το *status quo* της αγοράς και του δυνητικού κοινωνικού οφέλους που συνεπάγεται η υιοθέτηση καινοτόμων τεχνολογιών⁸. Κατά άλλους θεωρητικούς δε, το αντι – κίνητρο του μονοπωλίου να υιοθετήσει καινοτόμες τεχνολογίες και να κατευθύνει τα κεφάλαια του προς αυτήν την κατεύθυνση, οφείλεται στην προσωρινή μείωση της παραγωγής, που έπεται της παραπάνω υιοθέτησης της παραγωγής: δεδομένης δε της θέσης του, οι μονάδες των αγαθών τα οποία δεν πωλούνται υπερβαίνουν τα οφέλη που θα εκόμιζε η καινούργια τεχνολογία και το κόστος ευκαιρίας για την μονοπωλιακή επιχείρηση είναι τόσο μεγάλο, όσο οι χαμένες μονάδες των αγαθών, καθιστώντας έτσι πιο συμφέρουσα την διατήρηση του *status quo*, χωρίς την υιοθέτηση της καινούργιας τεχνολογίας.⁹

Η παραπάνω σταχυολόγηση του περιεχομένου του διαξιφισμού μεταξύ των διαφόρων θεωρητικών του ανταγωνισμού, ως προς το ποιο μοντέλο αγοράς είναι εντέλει το πλέον κατάλληλο για την επίτευξη του μεγαλύτερου βαθμού καινοτομίας, έχει και σημαίνουσα πρακτική σημασία, καθώς τα επίδικα που τίθενται ταυτίζονται και με τα βασικά διλήμματα που αντιμετωπίζουν οι αρχές ανταγωνισμού και τα Δικαστήρια στις μέρες μας. Αποτελεί άλλωστε γεγονός πως σε έναν δικαίκο κλάδο με τόσο έντονα στοιχεία διεπιστημονικότητας και λεπτών σταθμίσεων, οι οποίες φτάνουν έως το σημείο να επηρεάζουν τον πυρήνα της οικονομικής οργάνωσης, με ό,τι αυτό συνεπάγεται και για την ευρύτερη λειτουργία του φιλελευθέρου δημοκρατικού πολιτεύματος, οι διάφορες θεωρητικές προσεγγίσεις και η εξελικτική τους πορεία, πέραν του εγγενούς ενδιαφέροντος που παρουσιάζουν για τον εκάστοτε μελετητή, «χρωματίζουν» και τις πολιτικές που υιοθετούνται από τα κράτη και τους υπερεθνικούς οργανισμούς. Σε κάθε περίπτωση πάντως και ανεξαρτήτων των επιμέρους στοχεύσεων, ουδείς μπορεί να αμφισβητήσει ότι η προαγωγή της καινοτομίας και η εξέλιξη της σε ένα αδιατάρακτο πλαίσιο, οφείλει να αποτελεί εκ των βασικών παραμέτρων της στοχοθεσίας του δικαίου του ανταγωνισμού, ανταποκρινόμενη άλλωστε και στα όσα διακηρύσσει η ίδια η Συνθήκη για την λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, στο άρθρο 179, κατά το οποίο «η Ένωση έχει ως στόχο να ενισχύσει τις επιστημονικές και τεχνολογικές της βάσεις, με τη δημιουργία ευρωπαϊκού χώρου έρευνας στον οποίο οι ερευνητές, οι επιστημονικές γνώσεις και οι τεχνολογίες κυκλοφορούν ελεύθερα, να διευκολύνει την ανάπτυξη της ανταγωνιστικότητάς της, συμπεριλαμβανομένης της ανταγωνιστικότητας της βιομηχανίας, καθώς και να προωθήσει στους ερευνητικές δράσεις που κρίνονται αναγκαίες (...)».

⁸ Kenneth Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, σε *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, εκδ. Princeton University Press, 1962, σελ. 620.

⁹ Thomas J. Holmes, David K. Levine and James A. Schmitz Jr., 'Monopoly and the Incentive to Innovate When Adoption Involves Switchover Disruptions', *American Economic Journal: Microeconomics*, τ.4,2012, σελ. 1.

Εξάλλου, τα οφέλη από την προαγωγή της καινοτομίας δεν περιορίζονται μόνο στις επιχειρήσεις που αναπτύσσουν τις αντίστοιχες τεχνολογίες, αλλά εκτείνονται σε ολόκληρο το φάσμα στους οικονομικής δραστηριότητας και στους παραγωγικής αλυσίδας, καταλήγοντας στην δημιουργία ευεργετικών αποτελεσμάτων και για τους ίδιους τους καταναλωτές, βελτιώνοντας και αυξάνοντας την ποιότητα και το επίπεδο ζωής τους.¹⁰ Με άλλα λόγια, η ανάπτυξη της καινοτομίας διαγράφει μια γραμμική -upstream to downstream - πορεία, όπου την εφεύρεση ενός νέου προϊόντος, μιας μεθόδου βελτίωσης της παραγωγής ή μείωσης του κόστους, την ακολουθεί η διάχυση (diffusion), η πρακτική εφαρμογή της ιδέας αυτής, η συνεχής βελτιστοποίησή της, η διανομή και η εμπορία του προϊόντος ή της υπηρεσίας, στο οποίο/α ενσωματώνεται.¹¹ Συνεπώς, το δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού καλείται να εποπτεύσει και να ρυθμίσει όλα τα παραπάνω στάδια, σταθμίζοντας σε κάθε περίπτωση το ανακύπτον αντι - ανταγωνιστικό αποτύπωμα μιας συμπεριφοράς με την υπέρτερη ανάγκη για την ανάδυση νέων προϊόντων και υπηρεσιών, που θα ενσωματώνουν τις προσπάθειες των καινοτόμων επιχειρήσεων.

§1.2 Η αποκλειστική φύση των άυλων αγαθών.

Αποτελώντας έναν διακριτό σύνολο κανόνων δικαίου, το δίκαιο της διανοητικής ιδιοκτησίας καταλαμβάνει ένα μεγάλο εύρος δικαιωμάτων, αναφέρεται δε, σε έναν πρώτο βαθμό, σε δικαιώματα πάνω σε άυλα αγαθά.¹² Το βασικό γνώρισμα των εν λόγω δικαιωμάτων έγκειται στο ότι το αντικείμενο προστασίας τους δεν έχει υλική υπόσταση, καίτοι στον εξωτερικό κόσμο γίνεται αντιληπτό μόνο όταν ενσωματωθεί σε κάποιον υλικό φορέα ή υπόστρωμα. Σημαντικό να τονισθεί επίσης ότι δικαίωμα διανοητικής ιδιοκτησίας ενσωματώνουν τόσο τα αγαθά, όσο και οι υπηρεσίες, καθώς στην εποχή της ψηφιοποίησης, της ραγδαίας εξέλιξης των νέων τεχνολογιών και των νέων μορφών επικοινωνίας, είναι δύσκολο να διακρίνει κανείς μεταξύ αγαθού και υπηρεσίας, σε κάθε περίπτωση πάντως οι ψηφιακές υπηρεσίες συνιστούν και αυτές άυλα αγαθά και προστατεύονται ως δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας.¹³

Όπως προκύπτει από το δεύτερο συνθετικό του όρου, τα συγκεκριμένα δικαιώματα απονέμουν στον δικαιούχο τους ένα δικαίωμα κυριότητας, ένα δηλαδή απόλυτο δικαίωμα άμεσης και καθολικής εξουσίας πάνω σε ένα άυλο αγαθό. Ωστόσο, σε αντίθεση με τα υπόλοιπα απόλυτα δικαιώματα, όπως τα εμπράγματα, τα δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας δεν φέρουν ακριβώς τα ίδια χαρακτηριστικά, ακριβώς λόγω της άυλης φύσης τους, η οποία καθιστά εξόχως δύσκολο εγχείρημα την κατά τρόπο συνεκτικό νομική αποκρυστάλλωση και εννοιολόγηση τους· όπως για παράδειγμα έχει επισημανθεί εύστοχα για το σύστημα των ευρεσιτεχνιών στο αμερικανικό δίκαιο, *το δίκαιο που τις διέπει παραμένει στους τομείς τον οποίο αποκαλούμε ιδιοκτησία, χωρίς ωστόσο*

¹⁰ Jonathan B. Baker, 'Beyond Schumpeter Vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation', *Antitrust Law Journal*, τ. 3, 2007, σελ. 580.

¹¹ Ioannis Lianos, *Competition Law and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation*, σε Ioannis Lianos, Valentine Korah, Paolo Siciliani, *Competition Law: Analysis, Cases, & Materials*, εκδ. Oxford University Press, 2019, σελ. 5.

¹² Γεώργιος Κουμάντος, *Πνευματική Ιδιοκτησία*, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2002, σελ. 53.

¹³ Ειρήνη Α. Σταματούδη, *Κοινοτικό Δίκαιο του Ανταγωνισμού και Διανοητική Ιδιοκτησία*, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σελ.31.

να «συμπεριφέρεται» ως ιδιοκτησία.¹⁴ Παράλληλα, πέραν των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών με τα οποία εξοπλίζονται τα δικαιώματα που εντάσσονται στο πεδίο της διανοητικής ιδιοκτησίας, η τελευταία, ως διακριτό σύνολο κανόνων δικαίου, επεκτείνεται και στις συναλλαγές που πραγματοποιούνται επί των δικαιωμάτων αυτών, προστατεύοντας τον εμπορικό τρόπο εκμετάλλευσής τους, όπως ισχύει, για παράδειγμα, στον τομέα της πνευματικής ιδιοκτησίας με τα «συγγενικά δικαιώματα».¹⁵

Η ως άνω ιδιομορφία των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας, ήτοι η απονομή από τις έννομες τάξεις σε αυτά των γνωρισμάτων που φέρουν τα απόλυτα δικαιώματα με υλική υπόσταση, δεν μπορεί παρά να θεμελιωθεί στην βάση ενός συμπαγούς θεωρητικού πλαισίου, ικανού να εξοπλίσει την επιλογή αυτή με το απαραίτητο δικαιολογητικό υπόβαθρο. Όπως δηλαδή συμβαίνει και με το δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού, η στενή διαπλοκή της διανοητικής ιδιοκτησίας με άλλους επιστημονικούς κλάδους, λόγω της οποίας, όπως θα δούμε κατωτέρω, «ευνοείται» ο εκάστοτε δικαιούχος ενός τέτοιου δικαιώματος, έχει οδηγήσει σε μια σειρά θεωρητικών προσεγγίσεων για την καθιέρωση της αποκλειστικότητας, ως του ουσιώδους νομικού γνωρίσματος που απονέμεται από την έννομη τάξη στον κάτοχο ενός δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας, οι βασικότερες από τις οποίες είναι οι κάτωθι: α) Κατά την θεωρία του κινήτρου και προκειμένου να προωθηθεί η τεχνολογική ανάπτυξη, το δικαίωμα διανοητικής ιδιοκτησίας ισοδυναμεί με ένα μονοπωλιακό δικαίωμα, το οποίο ακριβώς αποτελεί και το κίνητρο. Όπως χαρακτηριστικά έχει αποφανθεί η αμερικανική νομολογία και στο πλαίσιο της ωφελιμιστικής προσέγγισης που αυτή ακολουθεί, η θεωρία του κινήτρου αποτελεί το αντάλλαγμα για τις «*ημέρες που θυσίασε κάποιος για τις δημιουργικές του προσπάθειες, οι οποίες απαιτούν μια επιβράβευση αντίστοιχη με τις υπηρεσίες που προσφέρει*».¹⁶ Η θεωρία του κινήτρου, τέλος, αποτελεί και την πλέον στέρεη απάντηση του δικαίου της διανοητικής ιδιοκτησίας απέναντι στο πρόβλημα των δημοσίων αγαθών που εκδηλώνουν τα άυλα αγαθά, το οποίο θα αναλυθεί εκτενέστερα κατωτέρω. β) Κατά την θεωρία της ανταμοιβής, αποτελεί αυτονόητο χρέος και καθήκον του κοινωνικού συνόλου να ανταμείψει τον εφευρέτη για την συμβολή του στην προώθηση της τεχνικής προόδου,¹⁷ ενώ γ) κατά την θεωρία των φυσικών δικαιωμάτων - θεωρία της πνευματικής ιδιοκτησίας, η οποία έλκει την προέλευση της από την φυσικοδικαϊκή θέση του Τζον Λοκ, ότι κάθε συγγραφέας έχει ένα φυσικό δικαίωμα στο έργο του, αποτέλεσμα της διανοητικής του εργασίας, ο κάθε δημιουργός έχει και αυτός ένα αυτονόητο δικαίωμα στο προϊόν της εργασίας και της επινοητικότητας του. Τέλος, δ) κατά την συμβατική θεωρία, η απονομή του δικαιώματος αντιμετωπίζεται ως η δίκαιη αντιπαροχή του κοινωνικού συνόλου προς τον δικαιούχο για την δημοσιοποίηση της προστατευτέας εφεύρεσης.¹⁸ Άλλωστε, όπως αναφέρθηκε και ανωτέρω, η πλέον σημαντική πτυχή της καινοτομίας δεν είναι η επινόηση καθαυτή, αλλά η διάχυση της σε ολόκληρο το φάσμα στους παραγωγικής αλυσίδας, με τελική κατάληξη τους καταναλωτές.

Βάσει των όσων εξετάθησαν και ανεξαρτήτως ποιας εκ των ως άνω θεωριών υιοθετήσει κανείς, η χορήγηση ενός αποκλειστικού δικαιώματος στον δημιουργό, ενός δικαιώματος ιδιοκτησίας πάνω στο άυλο αγαθό που αυτός παρήγαγε, δημιούργησε ή εφηύρε, δεν αμφισβητείται

¹⁴ James Bessen, Michael J. Meurer, Patent Failure, How Judges, Bureaucrats and Lawyers put innovators at risk, εκδ. Princeton University Press, 2009, σελ. 47-72.

¹⁵ Ειρήνη Α. Σταματούδη, ο.π., υποσ. 10, σελ.32.

¹⁶ U.S. Supreme Court Mazer v. Stein, 347 U.S. 201 (1954).

¹⁷ Έφη Κινινή, Η άρνηση παραχώρησης άδειας εκμετάλλευσης άυλων αγαθών στο δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού, εκδ. Αντ. Σάκκουλα, 2004, σελ. 7.

¹⁸ *Ibid*, σελ. 8.

και αναγνωρίζεται απ' όλες τις φιλελεύθερες έννομες τάξεις. Η έννοια άλλωστε της ιδιοκτησίας, ανεξαρτήτως εάν αφορά ενσώματα αντικείμενα ή άυλα αγαθά, με το θετικό της περιεχόμενο που αφορά το δικαίωμα του κυρίου να διαθέτει και να μεταχειρίζεται το αγαθό του όπως ο ίδιος επιθυμεί και το αρνητικό της, ήτοι το δικαίωμα του να αποκλείει τον οποιονδήποτε από την χρήση του χωρίς την άδεια του, αποτελεί την θεμέλια λίθο του δυτικού νομικού πολιτισμού. Εντούτοις, αποτελεί αδήριτη πραγματικότητα πως τα ενσώματα αγαθά έχουν συγκεκριμένα φυσικά χαρακτηριστικά που εκ των πραγμάτων τα διαφοροποιούν σε σχέση με τα άυλα. Ενδεικτικό παράδειγμα αποτελεί μια πληροφορία ή μια μέθοδος, που εμπίπτει στην έννοια του επιχειρηματικού απορρήτου ή μια ιδέα, μια επιστημονική ανακάλυψη, η οποία προστατεύεται ως πνευματικό δημιούργημα. Στην περίπτωση που ο κάτοχος του απορρήτου ή ο πνευματικός δημιουργός μεταφέρει σε κάποιον άλλο την πληροφορία ή την ιδέα του, αμφότεροι καταλήγουν να την κατέχουν, εν αντιθέσει με ένα ενσώματο αντικείμενο που, άμα τη μεταβίβασή του, περνάει από την κυριότητα του ενός στην κυριότητα του άλλου.

§1.3 Το πρόβλημα των δημόσιων αγαθών.

Καίτοι βασική παράμετρος λειτουργίας του καπιταλιστικού συστήματος, η ανταγωνιστική διαδικασία κάμπτεται - έως και εξαφανίζεται - σε τομείς όπου οι διαφορετικές ανάγκες επιβάλλουν την οργάνωσή τους βάσει διαφορετικών, αντίστοιχα, μοντέλων. Στον τομέα της εθνικής άμυνας, για παράδειγμα, το κοινωνικό σύνολο δεν μπορεί να αφηθεί στις δυνάμεις της αγοράς, καθώς ενδεχόμενη κάμψη της παραγωγής, φαινόμενο σύνηθες στο πλαίσιο των οικονομικών κύκλων, θα αποδεικνύονταν - για ευνόητους λόγους - εξόχως προβληματική και επικίνδυνη. Για αυτόν τον λόγο, οι εκάστοτε κυβερνήσεις αναλαμβάνουν να καλύψουν τις απαιτούμενες δαπάνες, είτε συνολικά, είτε δρώντας «πυροσβεστικά», στην περίπτωση που κάτι τέτοιο απαιτηθεί. Το ίδιο ισχύει και σε πολλούς ακόμα τομείς, για αγαθά και υπηρεσίες που δεν είναι ανταγωνιστικά (non rivalrous), οπότε και κάνουμε λόγο για δημόσια αγαθά. Με βάση τη θεωρία των δημόσιων αγαθών, ανακύπτουν τρεις εναλλακτικές, κάτω από τις οποίες αυτά παράγονται και διατίθενται: α) αρχικά, η παραγωγή και η διάθεση τους δύναται να αναληφθεί αποκλειστικά από το κράτος, β) το κράτος μπορεί να αναθέτει σε τρίτους την παραπάνω διαδικασία ή να τους επιχορηγεί προς τούτο και, τέλος, γ) το κράτος μπορεί να αναθέσει εξ' ολοκλήρου στους ανεξάρτητους οικονομικούς παράγοντες την παραγωγή δημόσιων αγαθών, οι οποίοι και θα λάβουν την ανταμοιβή που τους αναλογεί από την αγορά και τους μηχανισμούς της.¹⁹

Όσον αφορά τα άυλα αγαθά, και αυτά με την σειρά τους φέρουν τα γνωρίσματα των δημόσιων αγαθών για δύο λόγους: Καταρχάς, μια μονάδα του εκάστοτε αγαθού είναι δυνατόν να καταναλωθεί από ένα πρόσωπο, χωρίς να αφαιρείται ή να περιορίζεται η δυνατότητα των τρίτων να πράξουν το ίδιο για την αυτή μονάδα του αγαθού, είναι δηλαδή δυνατή η ταυτόχρονη ανεμπόδιση χρήση του ίδιου αγαθού από περισσότερους χρήστες,²⁰ γεγονός που καθιστά το αγαθό μη ανταγωνιστικό (non rivalrous). Παράλληλα, είναι δύσκολο για τον δικαιούχο να εντοπίσει και να αναγκάσει τους τρίτους αυτούς χρήστες του αγαθού να καταβάλουν το αντίτιμο

¹⁹ David W. Barnes, 'Congestible Intellectual Property and impure Public Goods', *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, τ. 9, 2011, σελ. 536-537.

²⁰ Έφη Κινινή, ο.π. υποσ. 14, σελ.10.

για την χρήση του, γνώρισμα που με την σειρά του καθιστά το αγαθό μη αποκλειστικό (non excludable)²¹. Τα παραπάνω δύο εγγενή γνωρίσματα των άυλων αγαθών, δηλαδή η μη ανταγωνιστικότητα και η μη αποκλειστικότητα, δημιουργούν μια νομική και πραγματική ανακολουθία, αν λάβει κανείς υπόψη την συναλλακτική πραγματικότητα, όπου ιδιωτικοί οικονομικοί φορείς αναλαμβάνουν την παραγωγή προϊόντων και υπηρεσιών αποσκοπώντας στην επίτευξη κέρδους απ' αυτήν τους την δραστηριότητα, η οποία μάλιστα, λόγω της ιδιαίτερης τεχνικής φύσης πολλών εκ των άυλων αγαθών, απαιτεί πολλές φορές μεγάλες και κοστοβόρες επενδύσεις σε έρευνα και ανάπτυξη, καταλήγουν όμως να στερούνται της δυνατότητας αυτής. Για να το θέσουμε διαφορετικά, ο παραγωγός του άυλου αγαθού αδυνατεί να αποσβέσει την οριακή αξία των επενδύσεων του για την πρωτογενή κτήση του και συνακόλουθα εκλείπει το κίνητρο για επενδύσεις σε έρευνα και ανάπτυξη, με απώτερο στόχο την επίτευξη ορισμένης καινοτομίας.²² Συνεπώς, η *ex lege* χορήγηση αποκλειστικών δικαιωμάτων αντισταθμίζει και δρα διορθωτικά στο πρόβλημα των δημοσίων αγαθών. Αξίζει δε να σημειωθεί πως η αποκλειστικότητα αυτή δεν χορηγείται ανεξέλεγκτα· υπόκειται σε περιορισμούς, χρονικούς και νομικούς, και διέπεται από μια βασική αρχή: από την ανάγκη εξισορρόπησης και εξεύρεσης μιας χρυσής τομής ανάμεσα στην παροχή κινήτρων, που είναι εκ των ων ουκ άνευ συνθήκη για την παραγωγή των άυλων αγαθών και το κοινωνικό κόστος που συνεπάγεται η χορήγηση αυτής της αποκλειστικότητας, ιδίως σε σχέση με την διάχυση της εκάστοτε καινοτομίας σε όλα τα στάδια της οικονομικής και παραγωγικής αλυσίδας.²³ Όπως άλλωστε τονίσθηκε, η καινοτόμος δραστηριότητα από μόνη της δεν σημαίνει τίποτα, χωρίς την «μεταφορά» των θετικών αποτελεσμάτων της στους καταναλωτές, με σκοπό την βελτίωση του βιοτικού τους επιπέδου και της καθημερινότητας τους.

§1.4 Η ανακύπτουσα σύγκρουση δικαίου διανοητικής ιδιοκτησίας δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού και το μοντέλο του δυναμικού ανταγωνισμού.

Η αποκλειστικότητα αυτή που απονέμεται από την έννομη τάξη, σκοπούσα κυρίως στην κινητροδότηση για την επίτευξη καινοτομίας, μέσω της παραγωγής αγαθών που ενσωματώνουν προστατευόμενες με δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας τεχνολογίες, καθώς και την αντιμετώπιση του προβλήματος των δημοσίων αγαθών, παρουσιάζει μια *prima facie* ανακολουθία με τον διακηρυγμένο στόχο του δικαίου προστασίας του ανταγωνισμού, το οποίο αντιτάσσεται στην δημιουργία μονοπωλίων, τα οποία συνεπάγονται χειροτέρευση της δομής της αγοράς. Ωστόσο, ακόμα και στην περίπτωση που υφίσταται μονοπωλιακή θέση ή σημαντική ισχύς στην κρινόμενη αγορά, η ανάλυση από την σκοπιά του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού δεν εξικνείται στην εν λόγω διαπίστωση, αλλά πρέπει να ερευνηθούν περαιτέρω οι πηγές της, καθώς οι διαφορετικοί τρόποι απόκτησης της ισχύος αυτής, μπορεί να έχουν τελείως διαφορετικές συνέπειες στην κοινωνική ευημερία. Για παράδειγμα, η αποκλειστικότητα που συνοδεύει ένα δίπλωμα ευρεσιτεχνίας, μεταξύ άλλων, προφυλάσσει την νέα γνώση του δικαιούχου από

²¹ David W. Barnes, 'The Incentives/Access Tradeoff', *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, τ. 9, 2010, σελ. 99.

²² Έφη Κινινή, ο.π. υποσ. 14, σελ. 10.

²³ Mark A. Lemley, A New Balance Between IP and Antitrust, σε Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis and Mark A. Lemley, *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*, εκδ. Wolters Kluwer Legal, σελ. 10.

μιμητικές συμπεριφορές των ανταγωνιστών, νέα γνώση που ενδεχομένως να οδηγήσει σε σημαντική μείωση του οριακού κόστους της επιχείρησης και με δεδομένου ότι αυτό συνεπάγεται και μείωση της τιμής, είναι δυνατό στην νέα τιμή η ευημερία των καταναλωτών να είναι μεγαλύτερη, έχοντας παράλληλα στην διάθεση τους και μια ανώτερη ποιοτικά τεχνολογία.²⁴ Οι ωφέλειες και το ανταγωνιστικό πλεονέκτημα που αντλεί συνεπώς η καινοτόμος επιχείρηση, θα ενθαρρύνει τις ανταγωνίστριες επιχειρήσεις για την ανάληψη πρωτοβουλιών προκειμένου να καλύψουν το τελευταίο και θα τις «εξαναγκάσει» να κατευθυνθούν και αυτές με την σειρά τους στην έρευνα και την ανάπτυξη.

Η παραπάνω θέση έρχεται σε ευθυγράμμιση με τα όσα σημειώθηκαν σχετικά με τον κεφαλαιώδη ρόλο της καινοτομίας, προϋποθέτει όμως μια *a priori* τοποθέτηση της τελευταίας στο κέντρο των επιδιώξεων του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού. Παρά ταύτα, φαίνεται να αποτελεί και την ορθότερη προσέγγιση στο πλαίσιο της ραγδαίας τεχνολογικής ανάπτυξης, όπου οι διαθέσιμες κάθε φορά τεχνολογίες δεν είναι δεδομένες, αλλά αναπτύσσονται και αντικαθίστανται συνεχώς, καθιστώντας ανεπαρκή τα θεωρητικά εκείνα μοντέλα που εστιάζουν στην μεγιστοποίηση της παραγωγικής και της καταναλωτικής αποτελεσματικότητας, ως των βασικών παραμέτρων αύξησης της κοινωνικής ευημερίας. Το μοντέλο, αντίθετα, που προκρίνεται ως το πλέον κατάλληλο είναι αυτό του δυναμικού ανταγωνισμού, που εστιάζει στην δυναμική αποτελεσματικότητα, ήτοι στην αποτελεσματικότητα εκείνη που μετράται από την παραγωγή και ανάδυση νέων ιδεών, τεχνολογιών, μεθόδων παραγωγής και προϊόντων και κατευθύνει την συμπεριφορά των επιχειρήσεων στην εκ μέρους τους προσπάθεια πρόβλεψης των μελλοντικών συνθηκών ανταγωνισμού,²⁵ προσαρμόζοντας συνεχώς την επιχειρηματική τους πολιτική στα νέα δεδομένα.

Η θεωρία του αποτελεσματικού ανταγωνισμού καταλήγει στην εναρμόνιση των δύο δικαίων και στην αντιμετώπιση της αποκλειστικής φύσης των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας ως μιας απαραίτητης συνθήκης για την επίτευξη καινοτομίας και την βελτίωση των διαθέσιμων τεχνολογιών, προς τελικό όφελος των ίδιων των καταναλωτών. Και η εν λόγω προσέγγιση πάντως, δεν θα πρέπει να υιοθετείται κατά απόλυτο κα άκριτο τρόπο, αλλά κατόπιν σταθμίσεως και με αναφορά στο εξεταζόμενο κάθε φορά ύλο αγαθό, την διάρκεια προστασίας του, τον τομέα για τον οποίο προορίζεται, τον σκοπό που εξυπηρετεί και την δεδομένη συνεισφορά του στην προαγωγή της καινοτομίας. Σε τομείς, για παράδειγμα, που δεν χαρακτηρίζονται από την ύπαρξη καινοτόμων τεχνολογιών, η ευρεία προστασία που τυχόν απονέμει η έννομη τάξη σε μια τεχνολογία, ενδεχομένως να τιτρώσκει τον στατικό ανταγωνισμό, χωρίς όμως να προωθεί αντίστοιχα τον δυναμικό. Ο ανταγωνισμός, συνεπώς, δεν θα πρέπει να πλήττεται από την ύπαρξη δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας που λανθασμένα έχουν χορηγηθεί και η προστασία του στατικού ανταγωνισμού είναι προτιμητέα από το να μην προστατεύεται κανένα είδος ανταγωνισμού.²⁶ Ο εν λόγω προβληματισμός είναι σίγουρο ότι θα ενταθεί έτι περαιτέρω με την πάροδο του χρόνου, όπου μια σειρά νέων τεχνολογιών θα κάνει την εμφάνιση της και οι δικαιούχοι τους θα αξιώσουν και αυτοί με την σειρά τους από τις εκάστοτε έννομες τάξεις την προστασία τους, μέσω της απονομής δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας' όπως όμως θα εξεταστεί και στην συνέχεια, το συνεχές της τεχνολογικής εξέλιξης δεν

²⁴ Νίκος Βέττας, Γιάννης Κατσουλάκος, ο.π. υποσ 6., σελ. 38.

²⁵ Douglas H. Ginsburg, Joshua D. Wright, 'Dynamic Analysis and the Limits of Antitrust Institutions', *Antitrust Law Journal*, τ. 78, 2012, σελ. 1.

²⁶ Ioannis Lianos, ο.π. υποσ. 8, σελ.25.

περιλαμβάνει απαραίτητως μεγάλα άλματα, αλλά διαδοχικά βήματα, ήτοι βελτιώσεις και αναβαθμίσεις των δεδομένων κάθε φορά τεχνολογιών, η «υπερπροστασία» συνεπώς, μέσω της χορήγησης δικαιωμάτων, ιδιαιτέρως δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας, ενδέχεται να επιφέρει τα ακριβώς αντίθετα αποτελέσματα, επιβραδύνοντας την διαδικασία ανάπτυξης της καινοτομίας και στερώντας από τις επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στον τομέα ανάπτυξης τεχνολογιών την πρόσβαση σε έτερες τεχνολογίες, τις οποίες χρειάζονται.

Κεφάλαιο 2^ο : Αποκλειστικότητα και Δεσπόζουσα Θέση

§2.1. Το περιεχόμενο του άρθρου 102 ΣΛΕΕ.

Έχοντας ένα ευρύ πεδίο εφαρμογής, το άρθρο 102 ΣΛΕΕ απαγορεύει κάθε συμπεριφορά δεσπόζουσας επιχείρησης, ικανής να παρεμποδίσει την διατήρηση ή την ανάπτυξη του ήδη εξασθενημένου - λόγω ακριβώς της ύπαρξης της δεσπόζουσας επιχείρησης - ανταγωνισμού, ακόμα και αν δεν απειλείται η απόκτηση μονοπωλιακής θέσης.²⁷ Η μη ταύτιση της δεσπόζουσας θέσης με το μονοπώλιο, διαφοροποιεί το ενωσιακό δίκαιο από το αμερικανικό, με αποτέλεσμα το περιεχόμενο και η διάπλαση του όρου να έχει αφεθεί διαχρονικά στα δικαστικά όργανα της Ένωσης. Η ενωσιακή νομολογία έδωσε εξαρχής βαρύνουσα σημασία στην ικανότητα των επιχειρήσεων να δρουν ανεξάρτητα από τους ανταγωνιστές τους, δηλαδή στην απόλυτη ή σχεδόν απόλυτη ελευθερία οικονομικής και εμπορικής δράσης.²⁸ Όπως χαρακτηριστικά δέχθηκε το Δικαστήριο στην υπόθεση *United Brands*, «η δεσπόζουσα θέση σχετίζεται με μια θέση οικονομικής ισχύος (*economic strength*) που απολαμβάνει μια επιχείρηση, η οποία της επιτρέπει να εμποδίζει την διατήρηση του αποτελεσματικού ανταγωνισμού στην σχετική αγορά, δίνοντάς της την δύναμη να συμπεριφέρεται σε ένα σημαντικό ποσοστό ανεξάρτητα από τους ανταγωνιστές της, τους πελάτες της και τελικώς από τους καταναλωτές».²⁹

Η *prima facie* ανακολουθία μεταξύ της απονομής ενός μονοπωλιακού δικαιώματος στον δημιουργό και της ανάγκη διατήρησης συνθηκών αποτελεσματικού ανταγωνισμού, μέσω των οποίων θα προωθείται η δυναμική αποτελεσματικότητα προκειμένου να ενισχυθεί η καινοτόμος δραστηριότητα, βρίσκει την απόλυτη πρακτική εφαρμογή της στις περιπτώσεις όπου ο δικαιούχος αρνείται να παραχωρήσει άδεια εκμετάλλευσης δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας του σε τρίτον. Συγκεκριμένα, το βασικό ζήτημα που ανακύπτει στις περιπτώσεις αυτές σχετίζεται με το εάν η αποκλειστικότητα που χορηγείται από την έννομη τάξη δύναται να στοιχειοθετήσει άνευ ετέρου την ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης στην σχετική αγορά όπου, στην περίπτωση καταφατικής απάντησης, θα ενεργοποιηθεί ο έλεγχος βάσει του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Σχεδόν όλες οι σχετικές αποφάσεις που θα παρατεθούν παρακάτω, σε εναρμόνιση και με την θεωρία, κάνουν δεκτό ότι η κατοχή και η συνακόλουθη άσκηση της εξουσίας αποκλεισμού του δικαιούχου αποτελούν τον πυρήνα του δικαιώματος του πάνω στο άυλο αγαθό, χωρίς να του

²⁷ ΔΕΚ, απόφαση της 13.02.1979, υποθ. 85/76, Hoffman La Roche, σκ. 91.

²⁸ Γεώργιος Δ. Τριανταφυλλάκης, ο.π., υποσ. 1, σελ. 196-197.

²⁹ ΔΕΚ, απόφαση της 14.02.1978, υποθ. 27/76, *United Brands and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities*, σκ. 65.

προσδίδουν αυτόθροα τον βαθμό ισχύος που απαιτείται, ώστε να ενεργοποιηθεί ο έλεγχος από τις αρχές ανταγωνισμού για πιθανή παραβίαση του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Εντούτοις, οι εξουσίες αυτές δεν μπορούν να είναι απεριόριστες· η ratio πίσω από την απονομή της αποκλειστικότητας, ήτοι η παροχή κινήτρων για την προώθηση και την ανάπτυξη της καινοτομίας από επιχειρήσεις, δεν μπορεί να φτάνει έως το σημείο κατάργησης του περιεχομένου των κανόνων ανταγωνισμού και των στοχεύσεων πίσω απ' αυτούς. Τούτων δοθέντων, η νομολογία επιφορτίστηκε με το δύσκολο καθήκον της προσεκτικής στάθμισης και του συγκερασμού των δύο αυτών φαινομενικά αντίρροπων στοχεύσεων διαπλάθοντας, μέσω των πορισμάτων της, κανόνες και κριτήρια για την όσο το δυνατόν ορθότερη προσέγγιση, όταν ανακύπτει η παραπάνω σύγκρουση.

§2.2 Δικαίωμα διανοητικής ιδιοκτησίας και κατοχή δεσπόζουσας θέσης: οι αποφάσεις Volvo/Veng και Renault/Maxicar.

Αποτελούσες τις πρώτες υποθέσεις με τις οποίες ασχολήθηκε η κοινοτική νομολογία, μέσω των οποίων προσδιορίστηκε η σχέση μεταξύ της κατοχής ενός δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας και της ύπαρξης (ή όχι) δεσπόζουσας θέσης, οι παρομοίων πραγματικών περιστατικών υποθέσεις Renault/Maxicar και Volvo/Veng έδωσαν μια πρώτη αρνητική απάντηση στο ευλογοφανές ερώτημα του εάν η κατοχή ενός δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας και, ιδίως, η άσκηση των αποκλειστικών εξουσιών που απορρέουν απ' αυτό, συνεπάγεται άνευ άλλου τινός την ύπαρξη συμπεριφοράς, εμπίπτουσας στο άρθρο 86 (ήδη 102) της Συνθήκης.

Η πρώτη εκ των ως άνω δύο υποθέσεων που απασχόλησε το ΔΕΚ, αφορούσε προδικαστικό ερώτημα που απηύθυνε το Ανώτατο Δικαστήριο της Αγγλίας και της Ουαλίας, σε σχέση με την άρνηση της γνωστής αυτοκινητοβιομηχανίας Volvo να παράσχει σε τρίτες ανεξάρτητες εταιρίες άδεια εισαγωγής και πώλησης ανταλλακτικών αυτοκινήτων της, για τα οποία διέθετε αποκλειστικό δικαίωμα στο σχέδιο (design right), προστατευτέο από το εθνικό δίκαιο (Registered Designers Act).³⁰ Συγκεκριμένα, τα ερωτήματα που ετέθησαν ενώπιον του Δικαστηρίου και παρουσιάζουν ενδιαφέρον στο πλαίσιο της προβληματικής που αναπτύσσεται, ήταν τα κάτωθι: α) εάν μια σημαντική αυτοκινητοβιομηχανία, δικαιούχος κατατεθειμένων υποδειγμάτων αισθητικής μορφής, που της παρέχουν το αποκλειστικό δικαίωμα να κατασκευάζει και να εισάγει ανταλλακτικά αμαξωμάτων, αναγκαία για την πραγματοποίηση επισκευών στα αμαξώματα αυτοκινήτων κατέχει, λόγω της αποκλειστικότητας αυτής, δεσπόζουσα θέση και, β) εάν συνιστά καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης αυτής η άρνησή της να χορηγήσει σε τρίτους την άδεια να προμηθευτούν τα ανταλλακτικά αμαξωμάτων, ακόμα και αν αυτοί προτίθενται να καταβάλλουν εύλογα δικαιώματα εκμετάλλευσης.

Ελλείψει εναρμόνισης και δεδομένης της θεμελιώδους στο δίκαιο των άυλων αγαθών αρχής της εδαφικότητας, το Δικαστήριο έκρινε καταρχάς πως ο καθορισμός των προϋποθέσεων και του τρόπου προστασίας των σχεδίων και των προτύπων εμπίπτει στην εθνική νομοθεσία. Συνακολούθως, το Δικαστήριο οδηγήθηκε στο μέχρι και σήμερα κεφαλαιώδες συμπέρασμα του, ως προς το τί αποτελεί την ουσία και το περιεχόμενο του προστατευόμενου δικαιώματος στο σχέδιο και, γενικότερα, των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας, αποφαινόμενο ότι «η εξουσία του δικαιούχου του προστατευόμενου υποδείγματος να εμποδίζει τρίτους να κατασκευάζουν και να

³⁰ ΔΕΚ, απόφαση της 05.10.1988, υποθ. 238/87 AB Volvo v Erik Veng (UK) Ltd.

πωλούν, χωρίς την συναίνεσή του, προϊόντα που αποτελούν υλοποίηση του υποδείγματος, συνιστά την ίδια την ουσία του αποκλειστικού του δικαιώματος. Κατά συνέπεια, η επιβολή στον δικαιούχο του προστατευόμενου προτύπου της υποχρέωσης να παραχωρεί σε τρίτους, έστω και έναντι εύλογων δικαιωμάτων εκμετάλλευσης, την άδεια να προμηθεύουν προϊόντα που αποτελούν υλοποίηση του υποδείγματος, θα ισοδυναμούσε με στέρηση του δικαιώματος του από το αποκλειστικό δικαίωμα. Άρα, η άρνηση παραχώρησης τέτοιας άδειας δεν συνιστά, αυτή καθαυτή, καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης³¹. Συνακόλουθα, η άρνηση της εταιρίας Volvo να παραχωρήσει, ακόμα και έναντι εύλογου ανταλλάγματος, σε τρίτες επιχειρήσεις άδεια χρήσης του επίδικου δικαιώματός, κρίθηκε ότι δεν συνιστά καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης, εμπίπτουσα στο άρθρο 86 της Συνθήκης (ήδη 102 ΣΛΕΕ).

Παρά την παραπάνω ξεκάθαρη θέση όμως, το Δικαστήριο προχώρησε ένα βήμα παραπάνω τον συλλογισμό του μέσω ενός *obiter dictum*, αναγνώρισε πως η εκ μέρους του δικαιούχου υποδείγματος στοιχείων αμαξώματος αυτοκινήτων οχημάτων άσκηση του αποκλειστικού του δικαιώματος, ενδέχεται να αντίκειται το δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού και το άρθρο 86 (ήδη 102) της Συνθήκης, βασιζόμενο σε μια ενδεικτική παράθεση περιπτώσεων, όπως «(..)την αυθαίρετη άρνηση προμήθειας ανταλλακτικών σε ανεξάρτητα συνεργεία επισκευών, τον καθορισμό υπέρογκων τιμών των ανταλλακτικών ή την απόφαση παύσεως παραγωγής ανταλλακτικών για ορισμένο τύπο αυτοκινήτου, ενώ πολλά αυτοκίνητα αυτού του τύπου εξακολουθούν να κυκλοφορούν».³² Τα αυτά επεσήμανε με τις προτάσεις του και ο Γενικός Εισαγγελέας της υπόθεσης *Mischo*, σκιαγραφώντας παράλληλα την θεωρία των εξαιρετικών περιστάσεων που κατέστη κυρίαρχη στις υποθέσεις αναγκαστικών αδειών εκμετάλλευσης που ακολούθησαν.³³ Αντλώντας την επιχειρηματολογία του από το καθεστώς των αναγκαστικών αδειών που προβλέπεται σε πλείστες εθνικές έννομες τάξεις, ο Γενικός Εισαγγελέας κατέληξε στο ότι, μόνο με την συνδρομή πρόσθετων στοιχείων, η άσκηση του δικαιώματος «εκφυλίζεται» σε καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης του δικαιούχου.

Παρόμοιας φύσεως και χρονικά συμπίπτουσα με την υπόθεση *Volvo/Veng* ήταν και η υπόθεση *Renault/Maxicar*.³⁴ Εν προκειμένω, ιταλικό κονσόρτσιουμ κατασκευής και εμπορίας μεμονωμένων εξαρτημάτων αμαξώματος αυτοκινήτων και η εταιρία *Maxicar*, μέλος του εν λόγω κονσόρτσιουμ, αιτήθηκαν από το εθνικό δικαστήριο (*Tribunale civile e penale* του Μιλάνου) αφενός την ακύρωση των διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας για διακοσμητικά φύσεως πρότυπα, κάτοχος των οποίων ήταν η γνωστή αυτοκινητοβιομηχανία *Renault*, υποστηρίζοντας ότι τα τελευταία στερούνται από της φύσεως τους οποιασδήποτε αισθητικής αξίας, αφετέρου ζήτησαν να αναγνωριστεί ότι η παραγωγή και η εμπορία μη γνήσιων ανταλλακτικών δεν αποτελεί παράνομη ενέργεια, βάσει των εθνικών διατάξεων περί αθέμιτου ανταγωνισμού. Τα προδικαστικά ερωτήματα που ετέθησαν ενώπιον του ΔΕΚ, αφορούσαν το εάν συμβάδιζε με τις διατάξεις των άρθρων 30 έως 36 της Συνθήκης ΕΟΚ και την ελεύθερη κυκλοφορία εμπορευμάτων εθνική νομοθεσία που επιτρέπει, μέσω της απονομής διπλώματος ευρεσιτεχνίας, την προστασία διακοσμητικής φύσεως προτύπων και εάν η συνακόλουθη άσκηση του δικαιώματος αυτού συνιστά, κατά το άρθρο 86 (νυν 102 ΣΛΕΕ), καταχρηστική συμπεριφορά.

³¹ *Ibid*, σκ. 8.

³² *Ibid*, σκ. 9.

³³ Προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα *Mischo*, υποθ. 238/87 *AB Volvo v Erik Veng (UK) Ltd*, παρ. 26-28.

³⁴ ΔΕΚ, απόφαση της 05.10.1988, υποθ. 53/87 *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli (CICRA) και Maxicar v Renault*.

Οι θέσεις του Δικαστηρίου στην παρούσα απόφαση δεν μετεβλήθησαν σε σχέση με τις νομικές αξιολογήσεις της υπόθεσης *Volvo/Veng*, όσον αφορά την παραδοχή ότι, ελλείπει εναρμόνισης, τα σχέδια και τα πρότυπα διέπονται από το εθνικό δίκαιο και ότι το περιεχόμενο του αποκλειστικού δικαιώματος παρέχει στον δικαιούχο την εξουσία να «αντιτίθεται στην κατασκευή από τρίτους, προς πώληση στην εσωτερική αγορά ή προς εξαγωγή, προϊόντων που ενσωματώνουν το πρότυπο ή να εμποδίζει την εισαγωγή παρόμοιων προϊόντων που έχουν κατασκευαστεί χωρίς την συναίνεση του σε άλλα κράτη - μέλη, (...) το γεγονός και μόνο της απόκτησης αποκλειστικού δικαιώματος χορηγούμενου κατά νόμο (...) δεν μπορεί να θεωρηθεί ως καταχρηστική μέθοδος εξαλείψεως του ανταγωνισμού».³⁵

Το σημαντικό επιπλέον στοιχείο που εκομίσθη με την εν λόγω υπόθεση πάντως, έχει να κάνει με τα όσα αποφάνθηκε το Δικαστήριο σε σχέση με το ύψος του ανταλλάγματος για την παραχώρηση άδειας διπλώματος ευρεσιτεχνίας: με αναφορά στην υπόθεση *Parke, Davis and Co.*, σε σχέση με την διαφορά τιμής μεταξύ των εξαρτημάτων που πωλούνται από τον κατασκευαστή του αυτοκινήτου και αυτών που πωλούνται από ανεξάρτητους κατασκευαστές, το Δικαστήριο δέχθηκε πως «η υψηλότερη τιμή των πρώτων σε σχέση με αυτήν των δεύτερων δεν συνιστά κατ' ανάγκη καταχρηστική εκμετάλλευση, διότι ένας κάτοχος δικαιώματος ευρεσιτεχνίας για διακοσμητικής φύσης πρότυπο, δικαιούται να αξιώσει αμοιβή για τις δαπάνες στις οποίες υποβλήθηκε, προκειμένου να τελειοποιήσει το προστατευόμενο με δίπλωμα ευρεσιτεχνίας πρότυπο»³⁶. Με το συγκεκριμένο συμπέρασμα, το ΔΕΚ προχώρησε ένα βήμα παραπάνω ως προς το τί συνιστά την ουσία ενός δικαιώματος ευρεσιτεχνίας, εντάσσοντας σ' αυτό και το δικαίωμα του δικαιούχου να κρίνει και να προσδιορίσει ο ίδιος ποια είναι η αξία του επινοήματος του και το δίκαιο ύψος αυτού, αξιόνοντας από τον αιτούντα την παραχώρηση άδειας την καταβολή του αντίστοιχου ανταλλάγματος.

Τα κοινά συμπεράσματα των ως άνω αποφάσεων, ως προς το τί συνιστά την ουσία του δικαιώματος και την εδραίωση της θέσης ότι η κατοχή και η άσκηση των αποκλειστικών εξουσιών από τον δικαιούχο δεν συνεπάγεται αυτομάτως την ύπαρξη καταχρηστικής συμπεριφοράς, υπήρξαν σημαντικά, δεν έδωσαν όμως απάντηση στο υπό ποιες προϋποθέσεις μπορεί να προκύψει η υποχρέωση παροχής αναγκαστικής άδειας, παρότι ασφαλώς σκιαγραφήθηκε ένα γενικό πλαίσιο. Η περιπτωσιολογική πάντως αναφορά σε συγκεκριμένες συμπεριφορές, εν είδει *obiter dicta*, οι οποίες δύνανται να αντίκεινται στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ, είχαν ένα κοινό στοιχείο, συνιστάμενο στο ότι επρόκειτο για ενέργειες ξένες (*extraneous*) προς την άσκηση του δικαιώματος, και ότι, εφόσον αυτές εμπίπτουν στην διάταξη του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, κάθε άσκηση του δικαιώματος που εξυπηρετεί την κατάχρηση θα είναι επίσης απαγορευμένη.³⁷

Παράλληλα, από την στιγμή που τα πραγματικά περιστατικά και των δύο υποθέσεων αφορούσαν άρνηση παροχής αδειών εκμετάλλευσης σε τρίτες επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνταν στην ίδια πρωτογενή αγορά με τις δικαιούχους αυτοκινητοβιομηχανίες, έμεινε ανεξέταστο το ζήτημα εάν και πώς η συμπεριφορά μιας επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση στην πρωτογενή αυτή αγορά δύναται να επηρεάσει την συμπεριφορά άλλων επιχειρήσεων σε μια δευτερογενή αγορά. Η οριοθέτηση δύο ξεχωριστών αγορών, μιας πρωτογενούς που αφορά την εκμετάλλευση του δικαιώματος και μιας δευτερογενούς, που δημιουργείται και έπεται της

³⁵ *Ibid*, σκ.11 – 15.

³⁶ *Ibid*, σκ.17.

³⁷ Guy Tritton, *Intellectual Property in Europe*, εκδ. Sweet & Maxwell, 2002, σελ. 842.

διάθεσης από τον δικαιούχο της κύριας παροχής, δηλαδή της παραχώρησης άδειας εκμετάλλευσης του άυλου αγαθού, αποτέλεσε κοινό σημείο των αποφάσεων που ακολούθησαν, όπου και επιβλήθηκε εντέλει αναγκαστική άδεια.

§2.3 Δευτερογενείς αγορές: ορισμός και ανακύπτοντα προβλήματα.

Εκκινώντας από τον ορισμό του φαινομένου των δευτερογενών αγορών ή μεταγορών, αυτές αποτελούν αγορές για την προμήθεια προϊόντων ή υπηρεσιών που απαιτούνται για την χρήση ή την συνδεσιμότητα ενός ήδη κτηθέντος εξοπλισμού. Ο εξοπλισμός αυτός αποτελεί το πρωτογενές προϊόν (και, αντίστοιχα, η αγορά του αποτελεί την πρωτογενή αγορά). Το συμπληρωματικό προϊόν ή προϊόντα (συνήθως ανταλλακτικά ή αναλώσιμα) που χρησιμοποιούνται σε σχέση με τα πρωτογενή, αποτελούν τα δευτερογενή προϊόντα (και η αγορά τους την δευτερογενή αγορά ή μεταγορά)³⁸. Χαρακτηριστικό παράδειγμα για την κατανόηση του φαινομένου των μεταγορών αποτελεί η αγορά των εκτυπωτών, η οποία αποτελεί την πρωτογενή αγορά και η αγορά των μελανιών, που αποτελεί την δευτερογενή αγορά. Το ίδιο ισχύει και για την αγορά των πάσης φύσεως ανταλλακτικών και των υπηρεσιών επισκευής, που αποτελούν την δευτερογενή αγορά σε σχέση με το πρωτογενές προϊόν επί του οποίου θα εφαρμοστεί το ανταλλακτικό ή θα πραγματοποιηθεί η επισκευή. Στις περισσότερες περιπτώσεις, το προϊόν της δευτερογενούς αγοράς, όπως ένα ανταλλακτικό, θα είναι συμβατό μόνο με συγκεκριμένης προέλευσης και μάρκας προϊόν της πρωτογενούς αγοράς (brand specific) και όχι με πρωτογενή προϊόντα διαφορετικής μάρκας, ασχέτως αν μεταξύ των ως άνω προϊόντων της πρωτογενούς αγοράς υφίσταται σχέση υποκατάστασης.³⁹ Οι ως άνω περιπτώσεις φωτίζουν την ιδιομορφία και το βασικό γνώρισμα των δευτερογενών αγορών: χωρίς να ενδιαφέρει εάν αφορούν παράγωγα προϊόντα ή περαιτέρω βελτιώσεις των προϊόντων της πρωτογενούς αγοράς, η τελευταία είναι που δημιουργεί την ανάγκη για την δευτερογενή αγορά, η οποία έπεται, ακολουθεί χρονικά και αναπτύσσεται όχι για νομικούς, αλλά για λόγους τεχνικής ή οικονομικής φύσης.⁴⁰

Το ζήτημα λοιπόν που ανακύπτει δεν είναι άλλο από το πώς θα ορισθεί η σχετική αγορά στις ανωτέρω περιπτώσεις και εάν επαρκεί η κλασική μεθοδολογία που ακολουθείται από τις αρχές ανταγωνισμού και τα δικαστήρια. Για παράδειγμα, σε στενά συνδεδεμένες αγορές, η ελεγχόμενη επιχείρηση μπορεί να έχει ένα μικρό ή μεσαίο μερίδιο στην πρωτογενή αγορά, της τάξεως του 25%, το οποίο δεν πληροί τα κατώφλια για την στοιχειοθέτηση δεσπόζουσας θέσης, έχοντας ωστόσο υψηλό μερίδιο στην δευτερογενή αγορά. Όπως αναφέρει σχετικά και η Ανακοίνωση της Επιτροπής για τον ορισμό της σχετικής αγοράς *«στις περιπτώσεις που έχει σημασία η συμβατότητα με το πρωτογενές προϊόν, όπως όταν πρόκειται για ανταλλακτικά ή αναλώσιμα, ο ορισμός της αγοράς δευτερογενών προϊόντων μπορεί να γίνει στενότερος. Τα προβλήματα που συνδέονται με την εξεύρεση συμβατών δευτερογενών προϊόντων σε συνδυασμό με τις υψηλές τιμές και την μεγάλη διάρκεια ζωής των πρωτογενών προϊόντων, μπορούν να καταστήσουν συμφέρουσες τις αυξήσεις των σχετικών τιμών των δευτερογενών προϊόντων. Αν*

³⁸ OECD, Directorate For Financial And Enterprise Affairs Competition Committee, Competition Issues in Aftermarkets - Note from the European Union, 13 Ιουνίου 2007, σελ.2.

³⁹ European Commission, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005, σελ.68.

⁴⁰ Έφη Κινινή, ο.π., υποσ. 14, σελ. 173.

υπάρχει δυνατότητα σημαντικής υποκατάστασης μεταξύ των δευτερογενών προϊόντων ή αν τα χαρακτηριστικά των πρωτογενών προϊόντων καθιστούν εφικτή την ταχεία και άμεση αντίδραση των καταναλωτών στις αυξήσεις των σχετικών τιμών των δευτερογενών προϊόντων, ο ορισμός της σχετικής αγοράς μπορεί να είναι διαφορετικός».⁴¹

Οι δύο τελευταίες περιπτώσεις στην Ανακοίνωση της Επιτροπής, δεν παρουσιάζουν ιδιαίτερες δυσκολίες ως προς την προσέγγισή τους: η μεν πρώτη αφορά πελάτες του προϊόντος της πρωτογενούς αγοράς οι οποίοι δύνανται να προμηθευτούν υποκατάστατο προϊόν διαφορετικού προμηθευτή στην δευτερογενή αγορά, στην περίπτωση που οι τιμές του αρχικού προμηθευτή αυξηθούν στην τελευταία· τότε, ζητήματα σχετικά με την ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης και κατάχρησης της θα εξεταστούν αποκλειστικά στο πλαίσιο της δευτερογενούς αγοράς και των προϊόντων που την απαρτίζουν, με την γνωστή μεθοδολογία του SSNIP test. Η δεύτερη περίπτωση σχετίζεται με την δυνατότητα μεταπήδησης σε υποκατάστατο προϊόν διαφορετικού προμηθευτή στην πρωτογενή αγορά, στην περίπτωση αύξησης των τιμών στην δευτερογενή αγορά. Εάν κάτι τέτοιο καταστεί δυνατό και πάλι η ανάλυση θα περιοριστεί στην πρωτογενή αγορά, χωρίς να απαιτείται περαιτέρω εμβάθυνση επί των συνθηκών ανταγωνισμού στην δευτερογενή αγορά. Σε αντιστοιχία με την παραπάνω ανάλυση βρίσκονται και οι θέσεις των εμπλεκόμενων μερών στις διάφορες υποθέσεις που έχουν αχθεί ενώπιον της Επιτροπής. Συγκεκριμένα, οι παραγωγοί προϊόντων στην πρωτογενή αγορά τείνουν να υποστηρίζουν πως δεν μπορεί να γίνεται λόγος για ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης στην δευτερογενή, εάν στην πρώτη επικρατούν ανταγωνιστικές συνθήκες και οι υποψήφιοι αγοραστές μπορούν εγκαίρως να σταματήσουν την αγορά των πρωτογενών προϊόντων ή να μεταπηδήσουν σε ανταγωνιστικά, στην περίπτωση αύξησης των τιμών στην δευτερογενή αγορά. Από την άλλη, οι επιχειρήσεις που παρέχουν υπηρεσίες επισκευής και συντήρησης των προϊόντων της πρωτογενούς αγοράς, αντιπροτείνουν πως η εξέταση τυχόν ύπαρξης συνθηκών δεσπόζουσας θέσης πρέπει να λαμβάνει χώρα στην δευτερογενή αγορά, χωρίς να απαιτείται η αντίστοιχη εξέταση των συνθηκών ανταγωνισμού στην πρωτογενή αγορά.⁴² Στην πραγματικότητα βέβαια, το ζήτημα της οριοθέτησης των αγορών, για την εξέταση περί ύπαρξης ή μη δεσπόζουσας θέσης και καταχρηστικής εκμετάλλευσης αυτής, παρουσιάζει μεγαλύτερη πολυπλοκότητα, απαιτώντας να λαμβάνει χώρα μια πολυπαραγοντική εξέταση, λαμβανομένων υπόψη και των δύο αγορών και των ιδιαίτερων συνθηκών που επικρατούν σε αμφότερες, προσέγγιση που ακολουθήθηκε σε μια κεφαλαιώδη απόφαση από την αμερικάνικη νομολογία, την υπόθεση Kodak.

§2.3.1 Η οριοθέτηση της σχετικής αγοράς στην υπόθεση Kodak.

Η συγκεκριμένη υπόθεση⁴³ που απασχόλησε το Ανώτατο Δικαστήριο των ΗΠΑ, προσέφερε μια εναργή και πανοραμική εικόνα των ζητημάτων που ανακύπτουν κατά την οριοθέτηση των δευτερογενών αγορών, στις περιπτώσεις όπου ο βασικός, πρωτογενής εξοπλισμός δημιουργεί την ανάγκη για τα δευτερογενή προϊόντα και τις δευτερογενείς υπηρεσίες επισκευής.

⁴¹ Βλ. Ανακοίνωση της Επιτροπής όσον αφορά τον ορισμό της σχετικής αγοράς για τους σκοπούς του κοινοτικού δικαίου ανταγωνισμού, (97/C 372/03), § 56.

⁴² European Commission, XXVth REPORT on Competition Policy, Βρυξέλες-Λουξεμβούργο, 1995, σελ. 41.

⁴³ 504, U.S. 451 (1992), Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.

Η γνωστή πολυεθνική εταιρία Kodak δραστηριοποιούνταν στην παραγωγή και την εμπορία φωτοτυπικών μηχανημάτων και εξοπλισμού μικρογραφίας, παρέχοντας παράλληλα υπηρεσίες επισκευής του ως άνω εξοπλισμού, καθώς και ανταλλακτικά, τα οποία κατασκευάζονταν είτε από την ίδια, είτε από ανεξάρτητους, ειδικά εξουσιοδοτημένους προς τούτο κατασκευαστές - παραγωγούς πρωτότυπου εξοπλισμού (Original Equipment Manufacturers, OEMs). Αντίδικοι της εταιρίας ήταν ανεξάρτητοι επισκευαστές εξοπλισμού Kodak, που από τις αρχές της δεκαετίας του 1980 ξεκίνησαν την δραστηριοποίησή τους στην παροχή υπηρεσιών επισκευής πάνω στις συσκευές της τελευταίας. Την ίδια χρονική περίοδο, η εταιρία μετέβαλε την εμπορική της πολιτική, διακόπτοντας την προμήθεια ανταλλακτικών προς τους ανεξάρτητους επισκευαστές και περιορίζοντάς την μόνο σε όσους αγοραστές εξοπλισμού Kodak ανέθεταν ταυτόχρονα και τις υπηρεσίες επισκευής στην ίδια, καθώς και σε αγοραστές που θα αναλάμβαναν οι ίδιοι την επισκευή των προϊόντων Kodak, δεσμευόμενοι δηλαδή να μην προσφύγουν σε ανεξάρτητους κατασκευαστές, για οποιαδήποτε πράξη επισκευής των συσκευών Kodak ανακύψει, μετά την αγορά των τελευταίων. Η παραπάνω πολιτική είχε ως αποτέλεσμα να ελεγχθεί η εταιρία για πρακτική δέσμευσης των ανταλλακτικών και των υπηρεσιών επισκευής, κατά παράβαση του άρθρου 1 της Sherman Act και για παράνομο αποκλεισμό των ανταγωνιστών της, εκμεταλλευόμενη την μονοπωλιακή της θέση στην αγορά των ανταλλακτικών, προκειμένου να την επεκτείνει και στην αντίστοιχη αγορά παροχής υπηρεσιών επισκευής, όπου κατείχε εξίσου μεγάλο μερίδιο αγοράς, της τάξης του 80 - 95 %, κατά παράβαση του άρθρου 2 της Sherman Act.

Κατά την ακροαματική διαδικασία, το σημείο όπου εστίασε την επιχειρηματολογία της η εταιρία Kodak αφορούσε τις συνθήκες ανταγωνισμού που επικρατούσαν στην πρωτογενή αγορά, στην αγορά δηλαδή προμήθειας των φωτοτυπικών μηχανημάτων και του εξοπλισμού μικρογραφίας. Σύμφωνα με την εταιρία, οι συνθήκες ανταγωνισμού και το μερίδιο της στην συγκεκριμένη αγορά ήταν τέτοια που δεν ήγειραν αντι - ανταγωνιστικές ανησυχίες, καθώς υπήρχε η δυνατότητα για τους πελάτες της να μεταπηδήσουν σε εναλλακτικά προϊόντα ανταγωνιστών, στην περίπτωση της εκ μέρους της αύξησης των τιμών στα ανταλλακτικά ή τις υπηρεσίες επισκευής.⁴⁴ Η εν λόγω θέση ωστόσο απορρίφθηκε από το Δικαστήριο, το οποίο υιοθέτησε την επιχειρηματολογία των ανεξάρτητων επισκευαστών: για τους τελευταίους, αφετήριο σημείο της ανάλυσης θα έπρεπε να αποτελεί το γεγονός ότι τα προϊόντα της υπό εξέταση πρωτογενούς αγοράς ήταν μακράς διάρκειας και ανθεκτικότητας, γεγονός που συνεπαγόταν υψηλό κόστος πληροφόρησης, συνεπώς και κόστος μεταπήδησης σε άλλο προμηθευτή.⁴⁵ Πιο συγκεκριμένα, λόγω της ανθεκτικότητας των προϊόντων Kodak, ήταν αρκούτως δύσκολο για τον αγοραστή να υπολογίσει εξ αρχής το συνολικό κόστος που θα απαιτηθεί, συμπεριλαμβανομένου του κόστους των ανταλλακτικών και των υπηρεσιών επισκευής που θα συνοδεύσουν την αγορά του εξοπλισμού (life - cycle costing), ακόμα δε και στην περίπτωση που ένας τέτοιος υπολογισμός ήταν δυνατόν να γίνει, θα ήταν εξαιρετικά κοστοβόρος, καθώς απαιτούνταν ένας μεγάλος αριθμός δεδομένων και μια περίπλοκη υπολογιστική διαδικασία. Το κόστος πληροφόρησης δηλαδή δημιουργούσε ένα συνολικό κόστος μεταπήδησης (switching cost) που καθιστούσε την μετάβαση σε άλλο προμηθευτή απαγορευτική. Δευτερευόντως και, βασιζόμενη στην εκ μέρους των καταναλωτών ζήτηση και τα χαρακτηριστικά της, η Kodak ισχυρίστηκε ότι δεν υφίσταται αυτοτελής ζήτηση για τα ανταλλακτικά, καθώς τα τελευταία συνοδεύονταν πάντα από την παροχή υπηρεσιών επισκευής, δεν μπορούσε συνεπώς να γίνει λόγος για δύο διακριτές αγορές αλλά για

⁴⁴ 504 U.S. 451, 452 (1992).

⁴⁵ 504. U.S. 451, 473 (1992).

μία, την αγορά υπηρεσιών επισκευής, της οποίας η αγορά ανταλλακτικών αποτελούσε επιμέρους τμήμα. Καλούμενο να σχολιάσει την παραπάνω θέση, το Δικαστήριο προέβη, καταρχάς, στον εντοπισμό μιας λογικής ανακολουθίας, καθώς οι περισσότερες υπηρεσίες επισκευής εν γένει δεν χρειάζονται τα ανταλλακτικά για να πραγματοποιηθούν και, αντίστοιχα, υπάρχει μια μεγάλη μερίδα καταναλωτών που αγοράζουν ανταλλακτικά και τα χρησιμοποιούν μόνοι τους, χωρίς να απαιτείται η συνδρομή τρίτης επιχείρησης, πολιτική που άλλωστε υιοθέτησε και η ίδια η εταιρία Kodak.⁴⁶ Παράλληλα, ακόμα και στην περίπτωση που η θέση της Kodak περί της μη υπάρξεως δύο διακριτών σχετικών αγορών, βάσει του κριτηρίου της ανυπαρξίας αυτοτελούς ζήτησης, γινόταν δεκτή, αυτό θα απέκλειε αυτομάτως και την ύπαρξη ξεχωριστών αγορών για όλα τα λειτουργικά αλληλένδετα προϊόντα, όπως τα φιλμ και οι φωτογραφικές μηχανές, οι ηλεκτρονικοί υπολογιστές και το λογισμικό και τα αυτοκίνητα και τα λάστιχα.⁴⁷ Τέλος, από την στιγμή που και τα ανταλλακτικά και οι υπηρεσίες επισκευής του εξοπλισμού Kodak δεν ήταν συμβατά με αντίστοιχα άλλων προμηθευτών, συνεπώς δεν μπορούσαν να υποκατασταθούν από τα τελευταία, από την σκοπιά των κατόχων εξοπλισμού Kodak η σχετική αγορά περιορίζεται μόνο στις επιχειρήσεις που έχουν την δυνατότητα να επισκευάσουν τον εξοπλισμό αυτόν, προσφέροντας μια περιορισμένη εναλλαξιμότητα.

Η μεθοδολογική προσέγγιση που υιοθέτησε το Δικαστήριο αποτελείτο από δύο παραμέτρους, οι οποίες πρέπει να λαμβάνονται υπόψη κατά το στάδιο ορισμού της σχετικής αγοράς, στην περίπτωση όπου μια δευτερογενής αγορά αναδύεται και έπεται της πρωτογενούς: το πρώτο αφορά την ad hoc εξέταση των συνθηκών ανταγωνισμού και στις δύο αγορές, χωρίς να αρκεί από μόνη της η διαπίστωση περί ανταγωνιστικών συνθηκών στην πρωτογενή αγορά. Παράλληλα, κρίσιμος προσδιοριστικός παράγοντας προσδιορισμού της ισχύος μιας επιχείρησης στην δευτερογενή αγορά, αποτελούν τα κόστη μεταπήδησης σε μια πρωτογενή παροχή διαφορετικού σήματος, ιδίως σε σχέση με το κόστος πληροφόρησης που επωμίζεται ο καταναλωτής για τα έξοδα συντήρησης της πρωτογενούς παροχής καθ' όλη την διάρκεια της ζωής της.

§2.4 Η συμβατική ελευθερία της δεσπόζουσας επιχείρησης και η άρνηση συναλλαγής.

Θεμελιώδης αρχή του δυτικού νομικού πολιτισμού, διέπυσα όλες τις έννομες τάξεις, εθνικές και υπερεθνικές, η συμβατική ελευθερία αποτελεί αναμφιβόλως την σπουδαιότερη έκφανση της ιδιωτικής αυτονομίας και της αρχής του αυτοπροσδιορισμού του ατόμου, η δε σύμβαση το σημαντικότερο νομοτεχνικό μέσο για την πραγμάτωση αυτού του αυτοπροσδιορισμού.⁴⁸ Μέσω της σύμβασης, τα εκάστοτε μέρη μπορούν να διαμορφώνουν ελεύθερα και αυτόβουλα τις μεταξύ τους σχέσεις, όπως τις υπαγορεύουν οι επιθυμίες και τα συμφέροντα τους, χωρίς τον ετερόνομο καθορισμό τους από την κρατική εξουσία ή από τρίτους. Κατ' αυτόν τον τρόπο, καθίσταται η σύμβαση το θεμέλιο τόσο της οργάνωσης του οικονομικού μηχανισμού των πολυάριθμων συναλλαγών που λαμβάνουν χώρα καθημερινά, αλλά και η ηθική βάση για την προαγωγή του κοινωνικοοικονομικού ιδεώδους μιας ελεύθερης κοινωνίας, που

⁴⁶ 504 U.S. 451, 463 (1992).

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Παναγιώτης Παπανικολάου, Περί των ορίων της προστατευτικής παρέμβασης του δικαστή στην σύμβαση, εκδ. Αντ. Σάκκουλα, 1991, σελ. 54.

αναγνωρίζει στους συναλλασσόμενους την ευχέρεια να διαπλάθουν ελεύθερα τις κοινωνικοοικονομικές τους σχέσεις⁴⁹.

Η ασκούμενη στο πλαίσιο της ελευθερίας των συμβάσεων ιδιωτική εξουσία αυτοκαθορισμού δεν έχει ένα συγκεκριμένο μόνο περιεχόμενο και κατεύθυνση, αλλά εκδηλώνεται σε περισσότερα του ενός επίπεδα. Πρώτη και βασική έκφανση αυτής αποτελεί η ελευθερία σύναψης σύμβασης ή η ελευθερία απεύθυνσης πρότασης για σύναψη σύμβασης και, αντίστοιχα, η ελευθερία μη σύναψης σύμβασης και απόρριψης της πρότασης. Δευτερευόντως, οι συμβαλλόμενοι είναι ελεύθεροι να επιλέγουν το πρόσωπο του αντισυμβαλλομένου τους και, τέλος, το περιεχόμενο της μεταξύ τους συμβατικής σχέσης. Η τελευταία περίπτωση είναι και η σπουδαιότερη, διαφέρει ωστόσο από την δεύτερη, την δυνατότητα δηλαδή ελεύθερης επιλογής του προσώπου του αντισυμβαλλομένου, ως προς το πεδίο δράσης του προσώπου· συγκεκριμένα, η ελευθερία καθορισμού του περιεχομένου της σύμβασης, αποτελεί στην ουσία ελευθερία συγκαθορισμού, εφόσον στην διαμόρφωση των όρων συμμετέχουν δύο συμβαλλόμενοι, με την ίδια «ποσότητα ελευθερίας», αντίθετα, η ελευθερία επιλογής του αντισυμβαλλομένου αποτελεί προσωπική υπόθεση του καθενός ξεχωριστά.⁵⁰

Η συμβατική ελευθερία, πέραν από έναν διακηρυγμένο στόχο θεσμικής οργάνωσης του κοινωνικοοικονομικού γίνεσθαι, εξοπλίζει τα φυσικά και νομικά πρόσωπα και με ένα αρνητικό δικαίωμα, στρεφόμενο έναντι της κρατικής εξουσίας και συνιστάμενο στην απαίτηση να απέχει η τελευταία από οποιαδήποτε πράξη παρεμβολής, ανάμειξης και περιορισμού της ελευθερίας αυτής, απαίτηση που τριτενεργεί και δεσμεύει κάθε τρίτο. Ωστόσο, όπως και σε οποιονδήποτε τομέα εμπλέκεται ο ανθρώπινος παράγοντας, έτσι και στις συμβατικές σχέσεις, η πραγματικότητα τις περισσότερες φορές έρχεται σε αντίθεση με *a priori* ιεραρχήσεις και σκοπούς, με αποτέλεσμα να δημιουργείται η ανάγκη συνδρομής διορθωτικών μηχανισμών. Για παράδειγμα, καίτοι η φιλελεύθερη σκέψη και θεωρία, μέσα από μια μακρά ιστορική διαδρομή, έχει καταστεί σχεδόν κυρίαρχη όσον αφορά τον τρόπο οργάνωσης της σύγχρονης οικονομίας, με τον κεντρικό ρόλο της αγοράς και της ανταγωνιστικής διαδικασίας για την ικανοποίηση των μεμονωμένων αναγκών των ατόμων, ουδείς μπορεί να υποστηρίξει ευπρόσωπα και χωρίς να πέφτει σε λογικές αντιφάσεις την πρωτόλεια φυσικοδικαϊκή φιλελεύθερη θέση ότι ο ανταγωνισμός είναι μια έμφυτη τάση στον *de facto* ορθολογικά σκεπτόμενο άνθρωπο, παρά το ότι είναι η ενδεχομένως «λιγότερο κακή» ή απλώς μια χρήσιμη διαδικασία,⁵¹ που εκπληρώνει συγκεκριμένες λειτουργίες. Με το ίδιο σκεπτικό, η επί χάρτου υπόθεση ότι δύο μέρη, των οποίων η βούληση συναντάται προκειμένου να συνάψουν μια σύμβαση, βρίσκονται σε μια ιδεατή κατάσταση απόλυτης ελευθερίας και ισοδυναμίας, είναι επίσης εμπειρικά λανθασμένη· τις περισσότερες φορές, κάποιο από αυτά τα μέρη θα βρίσκεται σε δυσμενέστερη θέση λόγω εξωγενών παραγόντων, όπως το κοινωνικοοικονομικό του status, ή, όπως στην περίπτωση που θα εξετάσουμε, θα τελεί σε μια σχέση φυσικής ή νομικής εξάρτησης με τον αντισυμβαλλόμενο, καθώς η σύναψη συγκεκριμένου είδους σύμβασης, με συγκεκριμένο αντισυμβαλλόμενο και με ένα ορισμένο περιεχόμενο, θα αποτελεί τον μόνο τρόπο για την επίτευξη του σκοπού που επιθυμεί.

Τούτων δοθέντων και προκειμένου να διορθωθούν οι ως άνω ανισοροπίες, οι εκάστοτε έννομες τάξεις έχουν θεσπίσει πλήθος κανόνων δικαίου, οι οποίοι επεμβαίνουν ευθέως στην

⁴⁹ Δημήτρης Χ. Λιάπης, Ηλεκτρική ενέργεια και δίκαιο των συμβάσεων – Από το Μονοπώλιο στο Unbundling και στο Χρηματιστήριο Ενέργειας, εκδ. Π.Ν. Σάκκουλας, 2018, σελ. 237.

⁵⁰ Παναγιώτης Παπανικολάου, ο.π., υποσ. 42, σελ. 83.

⁵¹ Γεώργιος Δ. Τριανταφυλλάκης, ο.π., υποσ. 1, σελ. 6.

ιδιωτική αυτονομία, περιορίζοντας ή ακόμα και εξαφανίζοντάς την· χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί το άρθρο 179 του ελληνικού Αστικού Κώδικα, το οποίο προβλέπει την ακυρότητα σειράς δικαιπραξιών, υποπερίπτωση των οποίων είναι και αυτή με την οποία δεσμεύεται υπερβολικά ή ελευθερία του προσώπου, ή υπάρχει προφανής δυσαναλογία μεταξύ παροχής και αντιπαροχής. Αντίστοιχα, στο - συγγενές με το δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού - δίκαιο του αθέμιτου ανταγωνισμού, μια εξαρχής έγκυρη συνομολόγηση σύμβασης εργασίας δύναται να κηρυχθεί άκυρη, εάν ο εργοδότης σκοπεί στην αποδιοργάνωση, ιδίως μέσω της απόσπασης ειδικευμένων ή άλλων δυσαναπλήρωτων στελεχών, της ανταγωνίστριας επιχείρησης.⁵² Στην προκειμένη περίπτωση, η συμβατική ελευθερία των μερών δεν περιορίζεται χάριν του αδύναμου ενός, αλλά για υπέρτερους λόγους, για την προστασία του ανταγωνισμού ως θεσμού, αντανακλαστικά δε και των υποκειμένων της αγοράς, ήτοι των ανταγωνιστών και των καταναλωτών.⁵³ Κοινό χαρακτηριστικό δε των ανωτέρω περιπτώσεων αποτελεί το ότι η επέμβαση στον συμβατικό δεσμό και την ελευθερία των μερών πραγματοποιείται από τον δικαστή, μέσω μιας διαδικασίας σταθμίσεων και εξειδίκευσης και όχι βάσει προδιαμορφωμένων κριτηρίων. Αντίθετα, σε άλλους τομείς του δικαίου, η συμβατική ελευθερία κάμπτεται *de jure*, μέσω νομοτεχνικών μηχανισμών, χωρίς να απαιτείται η δικαστική διάπλαση προς τούτο, με χαρακτηριστικότερα παραδείγματα τις συλλογικές συμβάσεις εργασίας ή τις αναγκαστικές συμβάσεις για την πρόσβαση και χρήση των δικτύων ενέργειας.

Όπως λοιπόν προκύπτει από την προηγηθείσα ανάλυση, οι περιπτώσεις όπου η ιδιωτική αυτονομία περιορίζεται, εμφανίζονται εκεί όπου, ελλειπουσών της επαρκούς πληροφόρησης και της πραγματικά ελεύθερης στάθμισης μεταξύ των εναλλακτικών επιλογών, η συμβατική ελευθερία εμφανίζεται σημαντικά διαβρωμένη, οπότε και αδυνατεί να λειτουργήσει ως νομιμοποιητική βάση της συμβατικής δέσμευσης,⁵⁴ άρα σε αστικοδικαική κυρίως φύσεως σχέσεις. Το ερώτημα που γεννάται συνεπώς είναι κατά πόσο η συμβατική ελευθερία δύναται να περιοριστεί και σε άλλους νομικούς χώρους, για την προστασία όχι των μερών που συμμετέχουν στην συμβατική σχέση, αλλά για υπέρτερους σκοπούς. Όσον αφορά το δίκαιο κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού ειδικότερα, σε ποιο βαθμό οι αρμόδιες για την εφαρμογή του αρχές και Δικαστήρια, μπορούν αν επέμβουν στις συμβατικές σχέσεις των ιδιωτών, όχι μόνο για την δική τους προστασία, ως ανταγωνιστών, αλλά και για την διαφύλαξη του ανταγωνισμού, την ανάπτυξη μιας ανταγωνιστικής δομής της αγοράς και, τέλος, την ανάδυση νέων προϊόντων⁵⁵.

Αποτελεί αυτονόητη παραδοχή ότι η επιδίωξη μιας επιχείρησης να προτιμηθεί κατά την διαδικασία σύναψης συναλλακτικών σχέσεων έναντι των άλλων επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται στην ίδια αγορά, αποτελεί την πεμπτούσια της ανταγωνιστικής διαδικασίας. Συνακόλουθα, ουδεμία υποχρέωση υπέχει η επιχείρηση, δεσπόζουσα ή μη, ως προς το να αναπροσαρμόζει την παραγωγική και εμπορική της πολιτική, απλά και μόνο για να ικανοποιήσει

⁵² Ηλίας Σουφλερός, Αθέμιτη Εκμετάλλευση Ξένης Φήμης Και Οργάνωσης, σε Ν. Ρόκας, Αθέμιτος Ανταγωνισμός (ερμηνεία κατ' άρθρο), εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 1996, σελ. 188.

⁵³ Γεώργιος Σωτηρόπουλος, Η παρέμβαση τρίτων σε συμβατικές σχέσεις ανταγωνιστών στο δίκαιο του αθέμιτου ανταγωνισμού, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2014, σελ.29.

⁵⁴ Αντώνης Γ. Καραμπατζός, Ιδιωτική Αυτονομία και Προστασία του Καταναλωτή, εκδ. Π.Ν. Σάκκουλας, 2016, σελ. 283.

⁵⁵ Βασίλης Χ. Χατζόπουλος, Ο κανόνας των βασικών διευκολύνσεων (essential facilities) στο ευρωπαϊκό και εθνικό δίκαιο του ανταγωνισμού, εκδ. Αντ. Σάκκουλα, 2002, σελ. 22.

συγκεκριμένη ανάγκη άλλης επιχείρησης.⁵⁶ Τα αυτά άλλωστε δέχεται και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, η οποία, στην Ανακοίνωση προτεραιοτήτων σχετικά με την εφαρμογή του άρθρου 102 ΣΛΕΕ σε καταχρηστικές συμπεριφορές αποκλεισμού που υιοθετούν οι δεσπόζουσες επιχειρήσεις, αναφέρει ότι: «(...) κάθε επιχείρηση, δεσπόζουσα ή όχι, θα πρέπει να έχει δικαίωμα να επιλέγει τους εμπορικούς της εταίρους και να διαθέτει ελεύθερα τα περιουσιακά της στοιχεία(...) Εάν γνωρίζουν ότι ενδέχεται να έχουν καθήκον προμήθειας ακόμα και παρά την θέλησή τους, δεσπόζουσες επιχειρήσεις ή επιχειρήσεις που αναμένουν ότι μπορούν να καταστούν δεσπόζουσες, ενδέχεται να μην επενδύσουν ή να επενδύσουν λιγότερο στην συγκεκριμένη δραστηριότητα. Επιπλέον, αυτό ενδέχεται να δελεάσει τους ανταγωνιστές να χρησιμοποιήσουν δωρεάν τις επενδύσεις της δεσπόζουσας επιχείρησης αντί να επενδύσουν οι ίδιοι. Καμία από τις συνέπειες αυτές δεν θα ήταν μακροπρόθεσμα προς όφελος των καταναλωτών».⁵⁷ Καθίσταται έτσι απολύτως σαφές πως υποχρέωση προς σύναψη σύμβασης, βάσει του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού, μπορεί να επιβληθεί μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις και όπου διακυβεύονται υπέρτερα συμφέροντα, άξια διαφύλαξης και προστασίας.

Συνοψίζοντας λοιπόν και εκκινώντας την ανάλυση από την πάγια θέση ότι οι κατέχουσες δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεις υπέχουν μιας θετικής υποχρέωσης - καθήκοντος, ακριβώς λόγω της ισχύς τους και της αντικειμενικής δυνατότητας που αυτή τους παρέχει να «δρουν ανεξάρτητα έναντι των ανταγωνιστών, των πελατών και τελικά των καταναλωτών»,⁵⁸ καθήκον όμως που δεν μπορεί να εκτείνεται έως την προαγωγή των συμφερόντων των ανταγωνιστών προς βλάβη των ιδίων συμφερόντων, η χάραξη και ο προσδιορισμός των ορίων, πέραν των οποίων η άρνηση συναλλαγής εκ μέρους μιας δεσπόζουσας επιχείρησης έχει παρεμποδιστικά και, άρα, αντιανταγωνιστικά αποτελέσματα, αποτελεί μια εξαιρετικά περίπλοκη διεργασία για τις αρχές ανταγωνισμού και τα Δικαστήρια. Σε ακολουθία άλλωστε με τα όσα ελέγχθησαν, η ευρεία και ελαστική επιβολή υποχρέωσης συναλλαγής και προμήθειας σε οποιαδήποτε επιχείρηση, δεσπόζουσα ή μη, θα αποθάρρυνε αυτομάτως τις τελευταίες από το να επιδιώξουν την προαγωγή και την επίτευξη καινοτομίας.

Η δυσκολία εντείνεται έτι περαιτέρω από το ότι το άρθρο 102 ΣΛΕΕ δεν περιγράφει ως αυτοτελή καταχρηστική πρακτική εκ μέρους της δεσπόζουσας επιχείρησης την άρνηση συναλλαγής, παρότι γίνεται δεκτό πως αυτή εντάσσεται στην γενική ρήτρα του πρώτου εδαφίου του άρθρου 102, διακρινόμενη περαιτέρω σε διακοπή υφιστάμενων συμβατικών σχέσεων και σε άρνηση ανάληψης νέας σύμβασης. Εξόχως σημαντική ωστόσο, όπως θα καταδειχθεί ιδιαίτερος στις υποθέσεις όπου εφαρμόστηκε το δόγμα των βασικών διευκολύνσεων, είναι και η ακόλουθη διάκριση, ως προς το προϊόν ή την υπηρεσία που αποτελεί το αντικείμενο της συναλλαγής: συγκεκριμένα, στην συναλλακτική πρακτική, τα ζητήματα που άπτονται της άρνησης συναλλαγής - προμήθειας εκ μέρους μιας δεσπόζουσας επιχείρησης εμφανίζονται υπό δύο πιθανά σενάρια: είτε πρόκειται για ένα προϊόν ή μια υπηρεσία, το οποίο ή την οποία η δεσπόζουσα επιχείρηση διαφυλάσσει αποκλειστικά για ίδια, εσωτερική, ενδοεπιχειρησιακή χρήση, είτε πρόκειται για προϊόν ή υπηρεσία, ήδη διαθέσιμο στην αγορά. Στην πρώτη περίπτωση, η επιβολή υποχρέωσης συναλλαγής και προμήθειας στην δεσπόζουσα επιχείρηση, έχει ως αποτέλεσμα να μεταβληθεί όχι

⁵⁶ Θανάσης Λιακόπουλος, Ζητήματα Εμπορικού Δικαίου, εκδ. Π.Ν. Σάκκουλας, 1997, σελ. 265.

⁵⁷ Βλ. Ανακοίνωση της Επιτροπής – Κατευθύνσεις σχετικά με τις προτεραιότητες της Επιτροπής κατά τον έλεγχο της εφαρμογής του άρθρου 82 της Συνθήκης ΕΚ σε καταχρηστικές συμπεριφορές αποκλεισμού που υιοθετούν δεσπόζουσες επιχειρήσεις, (2009/C 45/02), § 75.

⁵⁸ ΔΕΚ, υποθ. 85/76, ο.π, υποσ. σκ. 38.

μόνο η εμπορική πολιτική της, αλλά και η υπάρχουσα δομή της αγοράς, καθώς δημιουργείται μια εντελώς καινούργια αγορά προϊόντων, γεγονός που δημιουργεί ένα ρυθμιστικό αδιέξοδο και επιφορτίζει τις αρχές ανταγωνισμού με το δύσκολο καθήκον ανεύρεσης ασφαλών κριτηρίων, προκειμένου να καταλογιστεί η καταχρηστική πρακτική στην δεσπόζουσα επιχείρηση, αντιθέτως, η ίδια υποχρέωση έχει πολύ μικρότερο αντίκτυπο στις αγορές όπου τρίτες επιχειρήσεις έχουν ήδη πρόσβαση στο προϊόν.⁵⁹

Αναφορικά με την διακοπή ήδη υφιστάμενων συμβατικών σχέσεων, μια επιμέρους διάκριση πρέπει να λάβει χώρα, σε προκαταρκτικό επίπεδο, ανάμεσα στις περιπτώσεις όπου η επιχείρηση αρνείται να συναλλαχθεί με ανταγωνιστικές επιχειρήσεις και, αντίστοιχα, με επιχειρήσεις που δεν τελούν σε ανταγωνιστική σχέση μαζί της. Και οι δύο υποπεριπτώσεις αυτές πάντως αντιμετωπίζονται ενιαία και θεωρούνται καταχρηστικές όταν δεν συντρέχουν αντικειμενικοί λόγοι που να δικαιολογούν την άρνηση, ιδίως όταν ο πελάτης υπήρξε μακροχρόνιος. Όπως χαρακτηριστικά δέχθηκε το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, « (...) πρέπει να σημειωθεί ευθύς εξαρχής, ότι η επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση ως προς την διανομή ενός προϊόντος (...) δεν επιτρέπεται να διακόψει την παράδοση προϊόντων της προς έναν παλιό πελάτη ο οποίος τηρεί τις εμπορικές συνήθειες, εφόσον οι παραγγελίες του τελευταίου δεν παρουσιάζουν καμιά ανωμαλία»⁶⁰. Εν προκειμένω, το Δικαστήριο είχε να κάνει με την δεύτερη υποπερίπτωση, της αρνήσεως προμήθειας σε μη ανταγωνιστή πελάτη, συγκεκριμένα ενός λιανοπωλητή από την Δανία, επί του οποίου η διακοπή προμήθειας επέφερε ισχυρότερο οικονομικό πλήγμα, οδηγώντας σε συνολικές απώλειες πωλήσεων ύψους 50%.⁶¹ Αξιοσημείωτη δε, από δικαιοπολιτική σκοπιά, υπήρξε η επίκληση εκ μέρους του Δικαστηρίου της ανάγκης προστασίας της οικονομικής ελευθερίας των μικρών και μεσαίων επιχειρήσεων,⁶² οι οποίες ακριβώς λόγω του μικρού μεγέθους τους και της διαπραγματευτικής ανισορροπίας σε σχέση με την δεσπόζουσα αντισυμβαλλόμενη τους, τελούν σε μια *de facto* σχέση εξάρτησης με την τελευταία, έχοντας προβεί σε επενδύσεις μεγάλου ύψους προκειμένου να διαμορφώσουν το επιχειρηματικό τους μοντέλο, ιδιαίτερα όταν σχέση τους με την δεσπόζουσα επιχείρηση είναι αποκλειστικής ή επιλεκτικής διανομής.

§2.5 Το Δόγμα των Βασικών Διευκολύνσεων: Η υπόθεση Oscar Bronner.

Έλκοντας καταγωγή από το αμερικανικό δίκαιο, το δόγμα των βασικών διευκολύνσεων μετεστεγάσθη στην κοινοτική πρακτική χρησιμεύοντας ως μέσο για την προώθηση των πολιτικών απελευθέρωσης των τέως κρατικών μονοπωλιακών αγορών, αλλά και καταπολέμησης συμπεριφορών ισοδύναμου αποτελέσματος, από ιδιωτικές επιχειρήσεις. Σύμφωνα με μερίδα θεωρητικών, η άρνηση παροχής πρόσβασης σε βασική υποδομή, όποια και αν είναι αυτή, αποτελεί μια υποπερίπτωση της άρνησης συναλλαγής. Κατά την αντίθετη άποψη, ο κανόνας των βασικών διευκολύνσεων αποτελεί έναν αυτόνομο κανόνα δικαίου, με περιεχόμενο πιο περιορισμένο, αλλά και πιο ευρύ παράλληλα σε σχέση με την απλή άρνηση συναλλαγής: πιο περιορισμένο, διότι

⁵⁹ Liyang Hou, Refusal to Deal Within Eu Competition Law, Ιούνιος 2010, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1623784> (τελευταία ημερομηνία επίσκεψης: 10-10-2021).

⁶⁰ ΔΕΚ, απόφαση της 14.02.1978, ο.π., υποσ. 23, σκ. 182.

⁶¹ *Ibid*, σκ. 166.

⁶² *Ibid*, σκ. 193.

προϋποθέτει την ύπαρξη μιας βασικής διευκόλυνσης ωστόσο, όταν η προϋπόθεση αυτή πληρούται, οι υποχρεώσεις της δεσπόζουσας είναι αυξημένες, έχοντας την υποχρέωση να δώσει πρόσβαση στους τρίτους, εκτός αν επικαλεστεί αντικειμενικούς λόγους που να δικαιολογούν την άρνησή της.⁶³

Καίτοι όχι η πρώτη υπόθεση όπου τα ευρωπαϊκά Δικαστήρια επιχείρησαν να εφαρμόσουν το δόγμα των βασικών διευκολύνσεων, η υπόθεση Bronner⁶⁴ οδήγησε στην απόφαση - σταθμό, ως προς την αποκρυστάλλωση των κριτηρίων που πρέπει να συντρέχουν προκειμένου μια δεσπόζουσα επιχείρηση, κάτοχος βασικής διευκόλυνσης, να υποχρεωθεί να προμηθεύσει πελάτες της. Η αυστριακή επιχείρηση Bronner, έχουσα ως αντικείμενο την έκδοση εφημερίδων, ζήτησε από την ανταγωνίστρια εταιρία Mediaprint, εκδότρια και διανομέα δύο εφημερίδων, με μερίδιο αγοράς ύψους 46,8% στην κυκλοφορία και 42% στα διαφημιστικά έσοδα, να συμπεριλάβει και την δικής της έκδοσης εφημερίδα *Der Standard* στο σύστημα διανομής της, με την αντίστοιχη καταβολή εκ μέρους της ενός εύλογου ανταλλάγματος, επικαλούμενη παράλληλα ότι η εξεύρεση ενός εναλλακτικού τρόπου διάθεσης, όπως οι ταχυδρομικές αποστολές ή οι πωλήσεις σε φυσικά καταστήματα, θα ήταν ασύμφορες, λόγω της περιορισμένης κυκλοφορίας της εν λόγω εφημερίδας. Καλούμενο να αποφανθεί επί του εάν η άρνηση της εταιρίας Mediaprint συνιστούσε συμπεριφορά που αντέκειτο στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ, το Δικαστήριο κατέληξε στα κάτωθι τρία κριτήρια, τα επονομαζόμενα έκτοτε κριτήρια - Bronner, η σωρευτική συνδρομή των οποίων αποτελούσε προϋπόθεση, προκειμένου να καταλογιστεί το παράνομο της συμπεριφοράς στην Mediaprint⁶⁵ : α) πρώτον, η άρνηση της εταιρίας Mediaprint να προμηθεύσει την Bronner, ήτοι να της επιτρέψει να κάνει χρήση του συστήματος κατ' οίκον διανομής των εφημερίδων, θα έπρεπε να ήταν ικανή να εξαφανίσει οποιονδήποτε ανταγωνισμό στην οικεία αγορά, δηλαδή την αγορά των ημερήσιων εφημερίδων, εκ μέρους του αιτούντος, β) δεύτερον, η άρνηση θα έπρεπε να μην μπορεί να δικαιολογηθεί αντικειμενικά και γ) η εξεταζόμενη υπηρεσία, δηλαδή η ένταξη στο σύστημα κατ' οίκον διανομής εφημερίδων, θα έπρεπε να είναι αναγκαία για την άσκηση της δραστηριότητας, με την έννοια ότι δεν μπορούσε να υφίσταται κανένα πραγματικό ή δυνητικό υποκατάστατο του συγκεκριμένου συστήματος της κατ' οίκον διανομής. Το τελευταίο κριτήριο, αυτό της αναγκαιότητας της εισροής, υπό την έννοια της ελλείψεως οποιουδήποτε υποκατάστατου, πραγματικού ή δυνητικού, αποτελεί και το πλέον ακανθώδες, εφόσον προϋποθέτει σε πρώτο βαθμό την υπεισέλευση του Δικαστηρίου σε μια διαδικασία εξέτασης όλων των πιθανών πηγών προμήθειας, στις οποίες δύναται να στραφεί η αιτούσα για να ικανοποιήσει τις ανάγκες της, σε περίπτωση άρνησης εκ μέρους της δεσπόζουσας επιχείρησης να παράσχει η ίδια την εισροή της προς χρήση και, κατόπιν, στην εξέταση του εάν αυτές οι εναλλακτικές πηγές μπορούν να λειτουργήσουν ως πραγματικά ή δυνητικά υποκατάστατα της βασικής διευκόλυνσης, χωρίς να αρκεί βέβαια απλώς και μόνο το γεγονός πως είναι λιγότερο πλεονεκτικές σε σχέση με την βασική διευκόλυνση.⁶⁶ Η αναγκαιότητα, όπως επεσήμανε το Δικαστήριο, συνίσταται σε εμπόδια τεχνικής, κανονιστικής ή οικονομικής φύσεως, που καθιστούν « (...) ούτε καν παράλογα δύσκολη, αλλά αδύνατη»⁶⁷ την (ανα)δημιουργία της εισροής. Εν προκειμένω λοιπόν το Δικαστήριο

⁶³ Βασίλης Γ. Χατζόπουλος, ο.π., υποσ. 49, σελ. 69.

⁶⁴ ΔΕΚ, απόφαση της 26.11.1998, υποθ. C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG κατά Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG.

⁶⁵ *Ibid*, σκ. 41.

⁶⁶ *Ibid*, σκ. 43.

⁶⁷ *Ibid*, σκ. 44.

δεν δέχθηκε τα παραπάνω και, ιδίως, το «αναγκαίο» του κατ' οίκον συστήματος διανομής εφημερίδων της Mediaprint, συντασσόμενο με τις προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Jacobs, κατά τον οποίο, παρότι η δημιουργία ενός εναλλακτικού συστήματος διανομής θα ήταν πράγματι ασύμφορη οικονομικά για την εταιρία Bronner βραχυπρόθεσμα, στο τέλος, η δημιουργία ενός ακόμα δικτύου διανομής εφημερίδων σε εθνικό επίπεδο, θα της επέτρεπε να ανταγωνιστεί την εταιρία Bronner, αλλά και να αυξήσει την κυκλοφορία της, καλύπτοντας ένα μεγαλύτερο γεωγραφικό εύρος και επιτυγχάνοντας επίσης μεγαλύτερη κυκλοφορία.⁶⁸

Όπως προκύπτει από την ανωτέρω ανάλυση, το σημαντικό αποτύπωμα της απόφασης *Bronner* πρέπει να αναζητηθεί στον εξαντλητικό έλεγχο στον οποίο προέβη το Δικαστήριο, προκειμένου να εξετάσει εάν η εισροή ήταν πράγματι αναγκαία για την άσκηση της συγκεκριμένης δραστηριότητας από την πλευρά της αιτούσας την παροχή πρόσβασης εταιρίας. Η ύπαρξη εναλλακτικών δυνατοτήτων, ακόμα και λιγότερο συμφερούσων, απέκλεισε τον «αναγκαίο» χαρακτήρα της εισροής, με αποτέλεσμα να μην εξεταστούν καν τα άλλα δύο κριτήρια, δηλαδή η εξαφάνιση του ανταγωνισμού στην οικεία αγορά και η ύπαρξη ή μη δικαιολογητικών λόγων, από την πλευρά της δεσπόμενης. Σ' αυτό συνέτεινε βέβαια και η φύση της εισροής, η οποία ανήκε στον «υλικό» χώρο και ήταν δυνατό να αναδημιουργηθεί εκ νέου από την ανταγωνίστρια της δεσπόμενης, χωρίς να προσκρούει η τελευταία σε κάποιο νομικό εμπόδιο. Ένα σύστημα διανομής εφημερίδων, ακόμα και αν υποθεθεί πως συγκεντρώνει ιδιαίτερα χαρακτηριστικά, δεν δύναται να προστατευτεί ως απόλυτο δικαίωμα, που παρέχει αποκλειστική εξουσία χρήσης στον δικαιούχο του, κάτι που δεν ισχύει με τα άυλα αγαθά, επί των οποίων η εφαρμογή του δόγματος των βασικών διευκολύνσεων παρουσιάζει ιδιομορφίες, που καθιστούν διαφορετική την προσέγγιση των αρμόδιων αρχών.

§ 2.6 Η άρνηση παραχώρησης άδειας εκμετάλλευσης κατά την ενωσιακή νομολογία - Η πρωτοπόρος απόφαση *Magil*.

Υπόθεση πρωτοποριακή και αμφισβητούμενη συνάμα, εν μέρει λόγω του ότι είχε να κάνει με ένα «ασυνήθιστο» δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας, η κριθείσα σε δεύτερο βαθμό από το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων υπόθεση *Magil*⁶⁹ διέπλεσε μια σειρά κριτηρίων, που μέχρι και σήμερα αποτελούν την βάση για τις υποθέσεις ομοίου περιεχομένου, φθάνοντας παράλληλα έως το σημείο να αμφισβητήσει και να «θολώσει» βασικές αρχές που το Δικαστήριο είχε ακολουθήσει μέχρι τότε, χωρίς ωστόσο να το πράξει ευθέως.⁷⁰ Παράλληλα, η προσέγγιση του Δικαστηρίου πάνω στα πραγματικά ζητήματα και τα πορίσματα που εξήγαγε, καθιστούν την *Magil* μια απόφαση βασικών διευκολύνσεων, παρότι δεν κατονομάστηκε ρητά ως τέτοια.

Στο Ηνωμένο Βασίλειο και στην Ιρλανδία, περί τα μέσα της δεκαετίας του 1980, οι λίστες των τηλεοπτικών προγραμμάτων προστατεύονταν ως δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας, βάσει της UK Copyright Act του 1956 και της Irish Copyright Act του 1963. Την αυτή χρονική περίοδο στην Ιρλανδία, εξέπεμπαν έξι τηλεοπτικά κανάλια, το BBC1, το BBC2, το ITV, το Channel4, το RTE1 και το RTE2, για τα οποία υπήρχαν μόνο τρεις εβδομαδιαίοι

⁶⁸ Προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα Jacobs, υπόθεση C-7/97, 28.05.1998, παρ. 68.

⁶⁹ ΔΕΚ, απόφαση της 06.04.1994, συνεκδ. υποθ. C-241/91 P και C-242/91 P, Radio Telefis Eireann (RTE), Independent Television Publications Ltd (ITP) κατά Επιτροπής Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (ΕΟΚ).

⁷⁰ Σταματούδη Ειρήνη, ο.π., υποσ. 10, σελ. 118

τηλεοπτικοί οδηγοί, με τον καθένα να περιέχει την λίστα δύο μόνο τηλεοπτικών προγραμμάτων από τα ως άνω έξι. Παράλληλα, τα παραπάνω κανάλια προσέφεραν τις λίστες των προγραμμάτων της επόμενης ημέρας σε ημερήσιες εφημερίδες δωρεάν, υπό την επιφύλαξη όμως της τήρησης ορισμένων όρων, ως προς την μορφή της δημοσίευσης. Ένας Ιρλανδός εκδότης, ο Magil, θέλησε να εκδώσει έναν ενιαίο και συνοπτικό εβδομαδιαίο τηλεοπτικό οδηγό με όλα τα προγράμματα που εξέπεμπαν στην Ιρλανδία και την Βόρειο Ιρλανδία, πράγμα που έπραξε, οδηγώντας τις τηλεοπτικές εταιρίες στην αίτηση λήψης ασφαλιστικών μέτρων ενώπιον του Δικαστηρίου, την οποία και κέρδισαν. Ακολούθως ο Magil προσέφυγε στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή, επικαλούμενος ότι η άρνηση των τηλεοπτικών εταιριών να του παρέχουν άδεια χρήσης των τηλεοπτικών λιστών με τα προγράμματά τους, συνιστά παραβίαση του άρθρου 102 ΣΛΕΕ.

Αποφαινόμενη επί της προσφυγής του Magil, η Επιτροπή κατέληξε στο συμπέρασμα ότι η συμπεριφορά των τηλεοπτικών εταιριών συνιστούσε παράβαση του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, διατάσσοντας τες να παρέχουν τις αναγκαίες πληροφορίες επί των λιστών τηλεοπτικών προγραμμάτων, χωρίς εισάγοντες διακρίσεις όρους, καθώς και να επιτρέψουν την αναπαραγωγή αυτών των πληροφοριών εκ μέρους της Magil.⁷¹ Κατόπιν της απόφασης της Επιτροπής, οι υποθέσεις αναφέρθηκαν στο Πρωτοδικείο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, το οποίο συντάχθηκε με τις θέσεις της Επιτροπής, με αποτέλεσμα η μια εκ των τηλεοπτικών εταιριών, το BBC, να σταματήσει οποιοσδήποτε περαιτέρω ενέργειες. Αντίθετα οι άλλες δύο, οι RTE και ITP, άσκησαν έφεση ενώπιον του ΔΕΚ, το οποίο προέβη στις ακόλουθες αξιολογήσεις.

Το πρώτο ζήτημα επί του οποίου κλήθηκε να απαντήσει το ΠΕΚ, αφορούσε την διαπίστωση περί ύπαρξης ή όχι δεσπόζουσας θέσης εκ μέρους των τηλεοπτικών εταιριών, κατόπιν του προσδιορισμού της σχετικής προϊοντικής και γεωγραφικής αγοράς. Κατά την ανάπτυξη των θέσεων τους ενώπιον του Πρωτοδικείου, οι τηλεοπτικές εταιρίες υποστήριζαν πως η προϊοντική αγορά έπρεπε να περιλαμβάνει το σύνολο των πληροφοριών επί των τηλεοπτικών προγραμμάτων, άρα να ενταχθούν σ' αυτήν τόσο οι ημερήσιοι, όσο και οι εβδομαδιαίοι τηλεοπτικοί οδηγοί, με την λογική ότι οι διάφορες μορφές πληροφοριών τελούσαν σε σχέση υποκατάστασης μεταξύ τους.⁷² Το Πρωτοδικείο, συντασσόμενο με τα πορίσματα της Επιτροπής και προβαίνοντας σε ανάλυση των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών της ζήτησης εκ μέρους των καταναλωτών, ενέταξε τα περιοδικά που περιείχαν εβδομαδιαίους οδηγούς σε μια διακριτή δευτερογενή αγορά, που έπεται της πρωτογενούς, η οποία με την σειρά της περιλαμβάνει το σύνολο των πληροφοριών επί των τηλεοπτικών προγραμμάτων. Δύο ήταν οι λόγοι που στήριζαν τον συλλογισμό του Πρωτοδικείου: αφενός η περιορισμένη δυνατότητα των ημερήσιων τηλεοπτικών οδηγών να καλύψουν τμήμα μιας μορφής ζήτησης των καταναλωτών με συγκεκριμένα χαρακτηριστικά, ήτοι της εκ των προτέρων πληροφόρησης για το περιεχόμενο κάθε τηλεοπτικού σταθμού, προκειμένου να διαμορφώσουν το πρόγραμμα και τον ελεύθερο χρόνο τους αντίστοιχα, αφετέρου το γεγονός ότι εβδομαδιαίοι τηλεοπτικοί οδηγοί υπήρχαν ήδη στο Ηνωμένο Βασίλειο και σε διάφορες χώρες της ηπειρωτικής Ευρώπης.⁷³ Με βάση το ανωτέρω πόρισμα, η ύπαρξη του αποκλειστικού δικαιώματος και μόνο αρκούσε για την τεκμηρίωση της δεσπόζουσας θέσης και στις δύο αγορές, στην αγορά των πληροφοριών για τις τηλεοπτικές λίστες και στην αγορά των περιοδικών, που περιέχουν περιεκτικούς εβδομαδιαίους οδηγούς και δημιουργούσε, κατά το Πρωτοδικείο, μια

⁷¹ Απόφαση της Επιτροπής 89/205/EC, Magil TV Guide / ITP, BBC and RTE (1988) OJ 1989, L 78/43, παρ. 26-27.

⁷² ΠΕΚ, απόφαση της 10.07.1991, υποθ. T – 69/89, RTE κατά Επιτροπής Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, παρ. 30.

⁷³ *Ibid*, παρ. 62.

σχέση οικονομικής εξάρτησης ανάμεσα στους τηλεοπτικούς σταθμούς και σε τρίτες επιχειρήσεις, σαν αυτή του Magil, ικανή να εμποδίσει την δημιουργία συνθηκών αποτελεσματικού ανταγωνισμού,⁷⁴ η οποία αποτελούσε και την καταχρηστική συμπεριφορά.

Οι παραπάνω θέσεις του Πρωτοδικείου σχολιάστηκαν ποικιλοτρόπως, αφού φάνηκε να αποκλίνουν από τις μέχρι τότε πάγιες θέσεις και τα συμπεράσματα που είχαν διαμορφωθεί στην νομολογία των ευρωπαϊκών Δικαστηρίων. Σε έναν πρώτο βαθμό, το Δικαστήριο φάνηκε να εγκαταλείπει την βασική αρχή ότι η κατοχή και μόνο ενός αποκλειστικού δικαιώματος και η άσκηση των εξουσιών που απορρέουν απ' αυτό, δεν συνεπάγεται κατ' ανάγκη την ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης,⁷⁵ ενώ επίσης φάνηκε πως οι έννοιες της ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης και της κατάχρησης αυτής είναι άρρηκτα συνδεδεμένες, δεδομένου ότι η μία λειτουργεί ως εφελτήριο και προϋπόθεση της άλλης⁷⁶.

Τούτων δοθέντων, όταν κλήθηκε να δικάσει σε επόμενο βαθμό, το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων έθεσε ως σημείο εκκίνησης της ανάλυσης του την πάγια νομολογιακή θέση, όπως αποκρυσταλλώθηκε στην υπόθεση *Volvo/Veng*, κατά την οποία η απλή κατοχή ενός δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι απονέμει άνευ άλλου τινός δεσπόζουσα θέση στον δικαιούχο του δικαιώματος αυτού.⁷⁷ Εντούτοις, καίτοι χρησιμοποίησε διαφορετική φρασεολογία, το συμπέρασμα στο οποίο κατέληξε δεν απέιχε πολύ από τα όσα έκανε δεκτά το Πρωτοδικείο, κρίνοντας ότι οι αυτούσιες πληροφορίες, αφορώσες « (...) την ένδειξη του καναλιού, της ημέρας, της ώρας μεταδόσεως και του τίτλου των εκπομπών (...)» αποτελούσαν ένα εν τοις πράγμασι (*de facto*) μονοπώλιο, μέσω του οποίου οι τηλεοπτικές εταιρίες μπορούσαν να εμποδίζουν την διατήρηση συνθηκών αποτελεσματικού ανταγωνισμού στην δευτερογενή αγορά των εβδομαδιαίων περιεκτικών τηλεοπτικών οδηγών.⁷⁸ Με άλλα λόγια, η λογική παρέμεινε η ίδια, παρά την διαφορετική φρασεολογία: το πρωτογενές υλικό – προϊόν και η δεσπόζουσα θέση στην αγορά του, αποτελεί το μέσο προκειμένου να τρωθεί ο ανταγωνισμός στην δευτερογενή αγορά των εβδομαδιαίων τηλεοπτικών οδηγών.

Η αναφορά ωστόσο στην υπόθεση *Volvo/Veng* δεν περιορίστηκε στην κεφαλαιώδη απόφαση της τελευταίας, ότι η κατοχή και μόνο ενός αποκλειστικού δικαιώματος και η άσκηση των εξουσιών που απορρέουν απ' αυτό δεν συνιστούν από μόνες τους θεμελιωτικά της ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης γεγονότα. Όπως αναλύθηκε στην οικεία ενότητα, στην υπόθεση αυτή το Δικαστήριο προχώρησε και σε ένα *obiter dictum*, σκιαγραφώντας συμπεριφορές που, κάτω υπό εξαιρετικές περιστάσεις, μπορούν να αποκτήσουν καταχρηστικό και παράνομο χαρακτήρα. Η αυτή σκέψη επαναλήφθηκε και στην υπόθεση *Magil* και αποτέλεσε την βάση για την διαμόρφωση μιας εξαιρετικά ενδιαφέρουσας, αλλά και αμφισβητούμενης συλλογιστικής, ως προς το ποια κριτήρια διαμόρφωσαν τις εξαιρετικές περιστάσεις, κάτω από τις οποίες η συμπεριφορά των τηλεοπτικών εταιριών υπήρξε καταχρηστική.

Το πρώτο κριτήριο που έλαβε υπόψη το ΔΕΚ, είχε να κάνει με το ότι η άρνηση των τηλεοπτικών εταιριών και αναιρεσειουσών να χορηγήσουν τις αυτούσιες πληροφορίες των

⁷⁴ *Ibid*, παρ. 63 (με αναφορά στην υπ' αριθμ. 322/82 υπόθεση της 09.11.1983, Michelin κατά Επιτροπής, παρ. 30).

⁷⁵ Έφη Κινινή, ο.π., υποσ. 14, σελ. 173.

⁷⁶ Σταματούδη Ειρήνη, ο.π., υποσ. 10, σελ. 122.

⁷⁷ ΔΕΚ, απόφαση της 06.04.1994, συνεκδ. υποθ. C-241/91 P και C-242/91 P, Radio Telefis Eireann (RTE), Independent Television Publications Ltd (ITP) κατά Επιτροπής Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (ΕΟΚ), σκ. 46.

⁷⁸ *Ibid*, σκ. 47.

τηλεοπτικών τους προγραμμάτων, εμπόδισε την εμφάνιση ενός νέου προϊόντος, του περιεκτικού εβδομαδιαίου τηλεοπτικού οδηγού, ο οποίος δεν διατίθεται στην αγορά και για τον οποίο υπήρχε δυναμική ζήτηση από την μεριά των καταναλωτών.⁷⁹ Η ζήτηση αυτή μάλιστα εκπορευόταν από δύο ανάγκες των καταναλωτών που δεν μπορούσαν να καλυφθούν από τους υφιστάμενους τηλεοπτικούς οδηγούς και συγκεκριμένα: α) από το ότι οι σχετικές πληροφορίες για την εκπομπή των προγραμμάτων δημοσιεύονταν στον οδηγό Magil, υπό την συνοδεία σχολίων και εικόνων και προέρχονταν από πηγή ανεξάρτητη, σε σχέση με τις τηλεοπτικές εταιρίες⁸⁰ και β) από το ότι οι καταναλωτές, σε περίπτωση που ο οδηγός Magil εξεδίδετο, θα διέθεταν πλέον την δυνατότητα να αγοράσουν έναν γενικό τηλεοπτικό οδηγό, αντί για τρεις ξεχωριστούς, όπως συνέβαινε μέχρι τότε.⁸¹ Δευτερευόντως, κατά το ΔΕΚ, η άρνηση να παραχωρηθεί η υπό κρίση άδεια εκμετάλλευσης δεν δικαιολογείται, «ούτε από την δραστηριότητα μετάδοσης ραδιοφωνικών και τηλεοπτικών προγραμμάτων, ούτε από εκείνη της εκδόσεως τηλεοπτικών οδηγών».⁸² Τέλος, με την κρινόμενη συμπεριφορά οι τηλεοπτικές εταιρίες, ασκώντας το αποκλειστικό δικαίωμα τους, διατήρησαν για τις ίδιες την παράγωγη αγορά των εβδομαδιαίων συνοπτικών οδηγών, αποκλείοντας οποιονδήποτε ανταγωνισμό στην αγορά αυτή.⁸³ Όσον αφορά την τελευταία περίπτωση ειδικότερα, μπορούμε να κάνουμε λόγο και για ένα τέταρτο κριτήριο, προκύπτον και από την γραμματική διατύπωση του Δικαστηρίου, κατά το οποίο «οι αυτούσιες πληροφορίες αποτελούν την αναγκαία πρώτη ύλη» για την δημιουργία ενός τέτοιου οδηγού, το κριτήριο του αναγκαίου χαρακτήρα της υπό κρίση εισροής, θέση που μας παραπέμπει αυτομάτως στο δόγμα των βασικών διευκολύνσεων, το οποίο πάντως δεν κατονομάστηκε.

§ 2.6.1 Κριτική Προσέγγιση της απόφασης.

Τα συμπεράσματα στα οποία οδηγήθηκε το Δικαστήριο με την απόφαση *Magil* προκάλεσαν ποικίλες αντιδράσεις. Όπως ήδη τονίστηκε, η συλλογιστική του Δικαστηρίου, η οποία κατέληξε στην επιβολή υποχρέωσης παροχής αναγκαστικής άδειας στις τηλεοπτικές εταιρίες, φάνηκε να αποκλίνει από τα μέχρι τότε δεδομένα της κοινοτικής νομολογίας και την θεμελιώδη αρχή πως η απλή άσκηση ενός δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας, ελλείψει κοινοτικής εναρμόνισης, δεν συνεπάγεται αυτόθροα την ύπαρξη και κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης. Προβληματική όμως φάνηκε και η επισκόπηση των τεσσάρων κριτηρίων που συνιστούσαν τις εξαιρετικές περιστάσεις της απόφασης⁸⁴ ιδιαίτερα όσον αφορά την παρεμπόδιση εμφάνισης ενός νέου προϊόντος, μεγάλη μερίδα θεωρητικών έσπευσε να τονίσει την νομική ευθραυστότητα της εν λόγω θέσης και να αμφισβητήσει την δυνατότητα εφαρμογής της σε παρόμοιες υποθέσεις στο μέλλον. Πράγματι, αν λάβουμε υπόψη την ραγδαία πρόοδο των τεχνολογικών εξελίξεων, όπου νέα αγαθά παράγονται και εφευρίσκονται συνεχώς, η ευρεία οριοθέτηση της έννοιας του «νέου» εγκυμονεί τον κίνδυνο εύκολης επιβολής αναγκαστικών αδειών, επιδρώντας αρνητικά στα κίνητρα για καινοτομία και υποβαθμίζοντάς τα απόλυτα και αποκλειστικά δικαιώματα σε άυλα αγαθά σε απλές ενοχικές αξιώσεις προς καταβολή αποζημίωσης.⁸⁴ Παράλληλα, το Δικαστήριο

⁷⁹ *Ibid*, σκ. 54.

⁸⁰ *Ibid*, σκ. 51.

⁸¹ *Ibid*, σκ. 53.

⁸² *Ibid*, σκ. 55.

⁸³ *Ibid*, σκ. 56.

⁸⁴ Έφη Κινινή, ο.π., υποσ. 14, σελ. 240.

διέπλασε το κριτήριο του νέου στηριζόμενο εν πολλοίς στα ιδιαίτερα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης, τα οποία όμως, όπως ισχύει με οποιαδήποτε υπόθεση, είναι μοναδικά και είναι δύσκολο έως αδύνατο να εμφανιστούν αυτούσια. Για παράδειγμα, αν σκεφτούμε την απλή παραλλαγή όπου οι τρεις εταιρίες προχωρούσαν στην παροχή σταυροειδών αδειών εκμετάλλευσης, αποκτώντας η καθεμία πρόσβαση στις λίστες των τηλεοπτικών προγραμμάτων των υπολοίπων δύο, δημιουργώντας έτσι τρεις εβδομαδιαίους περιεκτικούς τηλεοπτικούς οδηγούς, το στοιχείο του «νέου» θα εξέλιπε,⁸⁵ παρότι οι τηλεοπτικές εταιρίες θα εξακολουθούσαν να έχουν δεσπόζουσα θέση στην δευτερογενή αγορά. Διαφορετική προσέγγιση, σε σχέση με τα όσα υποστήριξε η Επιτροπή ενώπιον του ΔΕΚ, ως προς το στοιχείο του «νέου» ενός προϊόντος, είχε και ο Γενικός Εισαγγελέας της υπόθεσης, Claus Gulmann: σε αντίθεση με τα υποστηριζόμενα από την Επιτροπή, ότι προκειμένου να χαρακτηριστεί ως νέο ένα προϊόν πρέπει να είναι ανταγωνιστικό σε σχέση με αυτό του δικαιούχου, ο Γενικός Εισαγγελέας υιοθέτησε την απολύτως αντίθετη άποψη, σύμφωνα με την οποία νέο είναι το προϊόν εκείνο που δεν ανταγωνίζεται αυτό του δικαιούχου, καθώς η «ουσιώδης λειτουργία» των δικαιωμάτων επί των άυλων αγαθών επιτάσσει ακριβώς την αναγνώριση υπέρ του δικαιούχου της εξουσίας να εμποδίζει την εμφάνιση στην αγορά προϊόντων ανταγωνιστικών προς τα δικά του, διότι μόνο τότε είναι σε θέση να αντλήσει όλα τα πλεονεκτήματα που συνοδεύουν την εκμετάλλευση του δικαιώματός του.⁸⁶ Πέραν του ανωτέρω σημείου, ο Γενικός Εισαγγελέας πήρε μια ξεκάθαρα αρνητική θέση απέναντι στον πιθανό χαρακτηρισμό της υπόθεσης ως μιας υπόθεσης βασικών διευκολύνσεων, όπως και έγινε τελικά από το ΔΕΚ έστω και εμμέσως, διά της υιοθέτησης φρασεολογίας παραπέμπουσας στο συγκεκριμένο δόγμα. Σύμφωνα με την άποψή του, η συγκεκριμένη υπόθεση αφορούσε «*άρνηση παραχώρησης άδειας σε ανταγωνιστή, που επιθυμεί να κατασκευάσει και να πωλήσει προϊόντα που ενσωματώνουν το προστατευόμενο έργο*»,⁸⁷ συνιστώσα την ίδια την ουσία της πνευματικής ιδιοκτησίας και της εξουσίας του δικαιούχου να εμποδίζει τους ανταγωνιστές να χρησιμοποιήσουν το προστατευόμενο έργο, «*ασχέτως (...) της αγοράς στην οποία χρησιμοποιείται το προστατευόμενο έργο*».⁸⁸

Από την άλλη, ουδείς μπορεί να αμφισβητήσει ότι η αφετηρία και η κατάληξη του Δικαστηρίου υπήρξαν συνεπείς με την νομολογία *Volvo/Veng*, τουλάχιστον σε μεθοδολογικό επίπεδο· συγκεκριμένα, το Δικαστήριο διακήρυξε σχεδόν πανηγυρικά την αρχή ότι η κατοχή και η άσκηση των δικαιωμάτων που παρέχει το δικαίωμα πάνω σε άυλο αγαθό δεν συνεπάγεται αυτομάτως την ύπαρξη και κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης και, εν συνεχεία, προέβη στην εξεύρεση και την εξειδίκευση των εξαιρετικών περιστάσεων, που θεμελίωσαν τον καταχρηστικό χαρακτήρα της συμπεριφοράς των τηλεοπτικών εταιριών. Το νομολογιακό συνεχές μετά την απόφαση *Magil* επιβεβαιώνει το ανωτέρω, παρότι ασφαλώς δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί ως τεκμήριο ορθότητας της απόφασης. Επίσης, κανείς πρέπει να έχει υπόψη την εξαιρετικά ιδιόμορφη φύση του δικαιώματος στην εν λόγω υπόθεση, το οποίο, αν και προστατευόταν ως δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας, μικρή σχέση είχε με τα παραδοσιακά έργα λόγου και τέχνης. Στην ουσία, για να χρησιμοποιήσουμε τα λόγια του Γενικού Εισαγγελέα, «*η κατάρτιση*

⁸⁵ Alison Jones, Sufrin Brenda, Niamh Dunne, *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, εκδ. Oxford University Press, 2014, σελ. 530.

⁸⁶ Προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα Claus Gulmann, 01.06.1994, στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις C- 241/91 P και C – 242/91 P, παρ. 97

⁸⁷ *Ibid*, παρ. 110.

⁸⁸ *Ibid*, παρ. 112.

προγραμμάτων τηλεοπτικών εκπομπών δεν απαιτεί έμπνευση, δεδομένου ότι τα προγράμματα αυτά δεν αποτελούν τίποτα άλλο παρά αποτύπωση σε χαρτί σειράς πληροφοριών που πρέπει οπωσδήποτε να συγκεντρωθούν και να συντεθούν προκειμένου να ασκηθεί η δραστηριότητα μετάδοσης τηλεοπτικών προγραμμάτων». ⁸⁹ Θα μπορούσε άρα κανείς να υποστηρίξει ευπρόσωπα ότι αν και πράγματι κάθε έννομη τάξη αντιμετωπίζει τα επιμέρους δικαιώματα όπως η ίδια επιθυμεί, ελλείψει μάλιστα εναρμόνισης σε κοινοτικό επίπεδο, αν και το δημιουργικό ύψος δεν αποτελεί προϋπόθεση προστασίας ενός αγαθού ως πνευματικό δημιούργημα, το υπό κρίση δικαίωμα ομοιάζε περισσότερο με τα αντίστοιχα της βιομηχανικής ιδιοκτησίας και, συγκεκριμένα, με το δικαίωμα σε δίπλωμα ευρεσιτεχνίας, άποψη που ενισχύεται έτι περαιτέρω, εάν λάβουμε υπόψη τον αναγκαίο χαρακτήρα που είχε για την άσκηση επιχειρηματικής δραστηριότητας σε μια παράπλευρη αγορά. Βέβαια και η εν λόγω θέση επιδέχεται αντεπιχειρημάτων' συγκεκριμένα, στις αγορές της νέας οικονομίας και τεχνολογιών, υφίστανται αναρίθμητα δημιουργήματα που ναι μεν συμβάλλουν και σκοπούν στην βιομηχανική παραγωγή, επιτελώντας έναν καθαρά λειτουργικό ρόλο, προστατεύονται ωστόσο ως πνευματικά δημιουργήματα και όχι ως δικαιώματα βιομηχανικής ιδιοκτησίας - ευρεσιτεχνίες. Χαρακτηριστικά παραδείγματα αποτελούν τα προγράμματα ηλεκτρονικών υπολογιστών και οι βάσεις δεδομένων. Μια προσέγγιση συνεπώς κατά την οποία θα «άλλαζε» η νομική αντιμετώπιση κάθε δικαιώματος, ανάλογα με το πού «ομοιάζει» περισσότερο, είναι εξόχως προβληματική και δεν μπορεί να υποστηριχθεί.

Ασχέτως των ποικίλων σχολίων επί της απόφαση, γεγονός παραμένει πως αυτή αποτελεί μέχρι και σήμερα ένα ορόσημο στην νομολογία του Δικαστηρίου, επί ενός εξαιρετικά περίπλοκου ζητήματος, το οποίο χρήζει λεπτών σταθμίσεων από την μεριά του εφαρμοστή του δικαίου. Το σημαντικότερο αποτύπωμα της απόφασης *Magil*, όπως θα καταδειχθεί και με τις υποθέσεις παρόμοιου αντικείμενου που ακολούθησαν, πρέπει να αναζητηθεί στην ανάγκη διάπλαση των εξαιρετικών περιστάσεων με βάση τα συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά κάθε υπόθεσης, ως προϋπόθεσης για να επιβληθεί αναγκαστική άδεια εκμετάλλευσης στον δικαιούχο ενός δικαιώματος επί άυλου αγαθού.

§2.7 Η απόφαση *Ladbroke*.

Υπόθεση εξαιρετικού ενδιαφέροντος, λόγω της επίκλησης των κριτηρίων *Magil*, η εν λόγω προέκυψε κατόπιν αίτησης ακύρωσης της απόφασης της Επιτροπής, που απέρριπτε την καταγγελία που είχε κάνει ενώπιον της η εταιρία *Ladbroke*, στρεφόμενη κατά των γαλλικών εταιριών υποδρομιών, *Pari mutuel urbain* και *Pari mutuel international*. ⁹⁰

Η *Ladbroke* είναι βελγική εταιρία με αντικείμενο την συνολογία στο Βέλγιο στοιχημάτων υποδρομίας, που λαμβάνουν χώρα στην αλλοδαπή. Επιθυμώντας να παρέχει στα καταστήματα της στο Βέλγιο τηλεοπτική εικόνα και σχολιασμό των γαλλικών υποδρομιών, αιτήθηκε από τις εταιρίες *Pari mutuel urbain* (εφεξής: *PMU*) και *Pari mutuel international* (εφεξής: *PMI*), που διαχειρίζονταν την τηλεοπτική εικόνα και ήχο των υποδρομιών, την παροχή άδειας ηχητικής και οπτικής κάλυψης, την οποία οι δύο τελευταίες αρνήθηκαν. Κατά την *Ladbroke*, η άρνηση αυτή συνιστούσε κατάχρηση συλλογικής δεσπόζουσας θέσης κατά παράβαση του άρθρου

⁸⁹ *Ibid*, παρ. 123.

⁹⁰ Βλ. *Tierce Ladbroke SA κατά Paris mutuel urbain και Paris mutuel international*, 09.10.1990 (IV/33.699).

102 ΣΛΕΕ καθώς: α) τόσο η PMI, όσο και η PMU είχαν αντικειμενικά την δυνατότητα να παράσχουν ηχητική και οπτική κάλυψη, έναντι εύλογου ανταλλάγματος, β) οι ως άνω εταιρίες προθυμοποιήθηκαν να παράσχουν πρόσβαση σε ανταγωνίστριες εταιρίες στο Βέλγιο, γ) έχοντας παράλληλα επιτρέψει την μετάδοση της γαλλικής ηχητικής και τηλεοπτικής κάλυψης στην Γερμανία και την Γαλλία, δ) η άρνηση παροχής κάλυψης εις βάρος της Ladbroke, εμπόδιζε την εισαγωγή ενός νέου προϊόντος στην βελγική αγορά, σύμφωνα με τα όσα έγιναν δεκτά στην υπόθεση *Magil* και ε) οι εταιρίες ιπποδρομιών που είχαν στην κατοχή τους τα δικαιώματα επί της γαλλικής ηχητικής και τηλεοπτικής κάλυψης, ασκούσαν αυτά καταχρηστικά. Όσον αφορά τον υπό δ' λόγο και την συσχέτιση μεταξύ της παρούσας υπόθεσης με την *Magil*, ενδιαφέρον παρουσιάζει η θέση της Επιτροπής, κατά την οποία δεν μπορούσε να γίνει λόγος για νέο προϊόν εν προκειμένω, καθώς η μετάδοση της ηχητικής και τηλεοπτικής κάλυψης των ιπποδρομιών, δεν αποτελούσε διαφορετική υπηρεσία σε σχέση με αυτήν που παρέχονταν ήδη εκ μέρους της Ladbroke, δηλαδή την υπηρεσία συνομολόγησης των στοιχημάτων.⁹¹

Την αλυσιτέλεια μεταξύ των όσων έγινα δεκτά στην υπόθεση *Magil* και της δυνατότητας εφαρμογής τους στην κρινόμενη υπόθεση *Ladbroke* τόνισε ιδιαιτέρως το Πρωτοδικείο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων. Κατά το τελευταίο, οι σχετικές προϊόντικές αγορές που σχηματίζονταν στην συγκεκριμένη υπόθεση, ήταν η κύρια αγορά της συνομολόγησης στοιχημάτων και η αντίστοιχη δευτερεύουσα της μετάδοσης των ιπποδρομιών. Στην αγορά της συνομολόγησης στοιχημάτων λοιπόν, η προσφεύγουσα (*Ladbroke*) «όχι μόνο ήταν παρούσα, αλλά κατείχε και το μεγαλύτερο μερίδιο της κύριας αγοράς (...) ενώ οι εταιρίες ιπποδρομιών, δικαιούχοι των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας, ήταν απύσες από την αγορά αυτή. Επομένως, εφόσον οι εταιρίες ιπποδρομιών δεν εκμεταλλεύονται άμεσα ή έμμεσα τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας στην βελγική αγορά, η επίδικη άρνηση δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι επιφέρει οποιονδήποτε περιορισμό του ανταγωνισμού».⁹² Παράλληλα, «η τηλεοπτική μετάδοση των ιπποδρομιών μολονότι αποτελεί πρόσθετη και πρόσφορη υπηρεσία (..) δεν είναι αφ' αυτής απαραίτητη για την άσκηση της κύριας δραστηριότητας των *bookmakers*, δηλαδή της συνομολόγησης στοιχημάτων, όπως αποδεικνύει το γεγονός ότι η προσφεύγουσα είναι παρούσα στην βέλγικη αγορά συνομολόγησης στοιχημάτων, οπότε η έλλειψη της δεν θίγει καθαυτή την επιλογή των στοιχηματιζόντων και, επομένως, δεν μπορεί να εμποδίσει την άσκηση των εμπορικών δραστηριοτήτων των *bookmakers*».⁹³ Από τα παραπάνω, καθίσταται σαφές πως κατά το Δικαστήριο εξέλιπε εντελώς το κριτήριο της αναγκαιότητας, καθώς η τηλεοπτική και ηχητική μετάδοση των αγώνων δεν αποτελούσε μια αναγκαία εισροή, η πρόσβαση στην οποία συνιστούσε προϋπόθεση ώστε η *Ladbroke* να ασκήσει την δραστηριότητά της στην αγορά της συνομολόγησης στοιχημάτων.

Το πλέον σημαντικό όμως συμπέρασμα πρέπει να αναζητηθεί στην προσπάθεια αποκρυστάλλωσης περί της συνδρομής του κριτηρίου της εμφάνισης ή όχι ενός νέου προϊόντος, επί του οποίου το Δικαστήριο απεφάνθη αρνητικά. Πράγματι, η ηχητική και τηλεοπτική μετάδοση συνιστούσε αναμφίβολα μια βελτίωση της ήδη παρεχόμενης υπηρεσίας συνομολόγησης των στοιχημάτων, δεν έφτανε όμως μέχρι το σημείο που να μπορεί να γίνει λόγος για μια διαφορετική καινούργια υπηρεσία. Πέραν όμως της έλλειψης του στοιχείου του «νέου», το Δικαστήριο

⁹¹ ΠΕΚ, απόφαση της 12.06.1998, υποθ. T – 504/93, *Tierce Ladbroke SA κατά Επιτροπής Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων*, σκ. 22.

⁹² *Ibid*, σκ. 130.

⁹³ *Ibid*, σκ. 132.

απάντησε εμμέσως και σε ένα ακόμα ακανθώδες ζήτημα, που παρέμεινε αναπάντητο με την απόφαση *Magil*: το εάν τα τέσσερα κριτήρια που συνιστούσαν τις εξαιρετικές περιστάσεις της υπόθεσης έπρεπε να συντρέχουν σωρευτικά ή όχι και, συγκεκριμένα, εάν το «νέο» του προϊόντος αποτελεί εναλλακτικό κριτήριο, σε σχέση με αυτό της «αναγκαιότητας». Χρησιμοποιώντας στοχευμένη φρασεολογία, το Δικαστήριο έκρινε πως «η άρνηση που αντιμετώπισε η προσφεύγουσα θα μπορούσε να εμπίπτει στην απαγόρευση του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, μόνο αν αφορούσε προϊόν η υπηρεσία που εμφανίζεται *είτε* ως ουσιώδες στοιχείο για την άσκηση της εν λόγω δραστηριότητας (...) *είτε* ως νέο προϊόν, η εμφάνιση του οποίου εμποδίζεται, παρά την πιθανή ειδική διαρκή και τακτική ζήτηση εκ μέρους των καταναλωτών».⁹⁴ Η χρήση του διαζευκτικού συνδέσμου (είτε - είτε) υποδηλώνει πως η δημιουργία του νέου προϊόντος δεν αποτελεί ένα αυτοτελές κριτήριο, αλλά ένα εναλλακτικό, που δύναται να υποκαταστήσει αυτό της αναγκαιότητας και που σε κάθε περίπτωση δεν απαιτείται η σωρευτική συνδρομή τους.

Συνοπτικά, θα μπορούσαμε να υποστηρίξουμε πως η απόφαση *Ladbroke* ήρθε να «θολώσει» ακόμα περισσότερο τις εξαιρετικές περιστάσεις, όπως διαμορφώθηκαν στην απόφαση *Magil*, παρότι βέβαια τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης διέφεραν σε μεγάλο βαθμό με αυτά της τελευταίας. Το κριτήριο της αναγκαιότητας και της έλλειψης του δεν αποτέλεσε σημαντικό εμπόδιο στην συλλογιστική του Δικαστηρίου, καθώς το ήδη υψηλό μερίδιο της *Ladbroke* στην αγορά συνομολόγησης στοιχημάτων, απέκλειε οποιαδήποτε επιχείρημα περί αδυναμίας εισόδου στην αγορά αυτή. Το πλέον σημαντικό στοιχείο πάντως που εκομίσθη, πρέπει να αναζητηθεί στην όλη ανάλυση στην οποία προέβη το Δικαστήριο, προκειμένου να οριοθετηθεί ευκρινέστερα, σε νομικό και εννοιολογικό επίπεδο, το στοιχείο του «νέου». Η αυστηρή προσέγγιση απέναντι στην έλλειψη διαφοροποίησης ανάμεσα στην υπηρεσία συνομολόγησης στοιχημάτων και την συνομολόγηση στοιχημάτων, συνοδευόμενης από ηχητική και τηλεοπτική κάλυψη, καθώς και η εξέταση του «νέου» ως εναλλακτικού κριτηρίου απέναντι σ' αυτό της αναγκαιότητας, ήρθε να μετριάσει τις ανησυχίες που καλλιέργησε η απόφαση *Magil* για τον κίνδυνο ευρείας εφαρμογής του κριτηρίου του «νέου».

§2.8 Η απόφαση IMS HEALTH.

Όπως και στην περίπτωση της *Magil*, έτσι και στην εν λόγω υπόθεση, η ιδιαιτερότητα συνίστατο στην εξαιρετικά ιδιόμορφη φύση του άυλου αγαθού, για την εκμετάλλευση του οποίου ζητήθηκε άδεια εκμετάλλευσης. Η εταιρία IMS Health, δραστηριοποιείται στον τομέα της συλλογής δεδομένων για τις πωλήσεις φαρμακευτικών προϊόντων και προστασίας της υγείας. Για τα δεδομένα που αφορούσαν τις περιφερειακές πωλήσεις φαρμακευτικών προϊόντων στην Γερμανία, τα οποία διέθετε στα φαρμακευτικά εργαστήρια, η IMS είχε αναπτύξει μια «δομή μωσαϊκού» 1.860 τμημάτων (1.860 brick structure), καθένα εκ των οποίων αντιστοιχούσε σε μια ορισμένη γεωγραφική περιοχή και καθοριζόταν βάσει κριτηρίων όπως οι ταχυδρομικοί κωδικοί, οι διοικητικές περιφέρειες, η πυκνότητα του πληθυσμού, το συγκοινωνιακό δίκτυο, καθώς και η γεωγραφική κατανομή των φαρμακείων και των ιατρείων. Πέραν της εξειδικευμένης αυτής «δομής μωσαϊκού» που ανέπτυξε, η IMS συνεργάστηκε με εταιρίες του τομέα της φαρμακοβιομηχανίας, οι οποίες ήταν παράλληλα και πελάτες της, για την καλύτερη και

⁹⁴ *Ibid*, σκ. 131.

ποιοτικότερη ανάπτυξη της δομής ενώ, τέλος, δεν πώλησε, αλλά διένειμε δωρεάν τις δομές στα φαρμακεία και τα ιατρεία, τα οποία έκτοτε προσάρμοσαν αντιστοίχως τα συστήματα πληροφορικής και διανομής βάσει των δομών. Τα παραπάνω είχαν ως αποτέλεσμα να καταστεί η «δομή μωσαϊκού 1.860» ένα de facto πρότυπο, λόγω της δυναμικής και των εξωτερικότητων δικτύου που παρουσίαζε η συγκεκριμένη αγορά και λόγω ακριβώς της ευρείας υιοθέτησής της τεχνικής προδιαγραφής αυτής από τους πελάτες.⁹⁵ Τούτων δοθέντων, όταν η ανταγωνίστρια της IMS εταιρία NDC αποφάσισε να δημιουργήσει και αυτή με την σειρά της μια δομή μωσαϊκού, αποτελούμενη όμως από 2.201 τμήματα, συνάντησε την αρνητική αντίδραση των πελατών οι οποίοι ήταν εξοικειωμένοι με την «δομή μωσαϊκού 1.860», αναγκάζοντας την NDC να χρησιμοποιήσει δομές 1.860 τμημάτων, όμοιες με αυτές της IMS. Αυτό είχε ως αποτέλεσμα να αιτηθεί η τελευταία από το εθνικό Δικαστήριο την λήψη ασφαλιστικών μέτρων, με αντικείμενο την απαγόρευση χρησιμοποίησης εκ μέρους της NDC της «δομής μωσαϊκού «1.860», αίτημα που έγινε δεκτό από το Δικαστήριο, με την σκέψη ότι η υπό κρίση «δομή μωσαϊκού» αποτελεί βάση δεδομένων και προστατεύεται ως πνευματικό δημιούργημα από τις εθνικές διατάξεις περί πνευματικής ιδιοκτησίας. Έπειτα, η NDC υπέβαλε καταγγελία στην Επιτροπή, υποστηρίζοντας ότι η άρνηση χορήγησης άδειας εκμετάλλευσης από την IMS συνιστούσε παράβαση του άρθρου 102 ΣΛΕΕ.

Έχοντας το νομολογιακό προηγούμενο τόσο της απόφασης *Magil*, όσο και της απόφασης *Bronner*, η Επιτροπή, λαμβάνοντας προσωρινά μέτρα, διέταξε την IMS να χορηγήσει άδεια εκμετάλλευσης της «δομής μωσαϊκού 1.860» σε όλες τις ανταγωνίστριες επιχειρήσεις, οριοθετώντας τις εξαιρετικές περιστάσεις της εν λόγω υπόθεσης ως εξής: α) αφενός, η «δομή μωσαϊκού 1.860» ήταν αναγκαία, προκειμένου η NDC να μπορέσει να ασκήσει την εμπορική της δραστηριότητα, όχι γιατί δεν μπορούσαν να δημιουργηθούν εναλλακτικές δομές, αλλά διότι αυτές «δεν θα αποτελούσαν βιώσιμες υποδιαιρέσεις για την παρουσίαση δεδομένων για τις περιφερειακές πωλήσεις, διότι δεν θα ήταν εύχρηστες στους πελάτες»⁹⁶ και β) η άρνηση εκ μέρους της IMS ήταν άνευ αντικειμενικής αιτιολογίας.⁹⁷ Παράλληλα, το εθνικό Δικαστήριο, επί του οποίου εκκρεμούσε η υπόθεση, αποφάσισε να αναστείλει την διαδικασία και να υποβάλλει προδικαστικά ερωτήματα ενώπιον του ΔΕΚ, η παράθεση των οποίων παρουσιάζει ενδιαφέρον και είναι κρίσιμο να λάβει χώρα, καθώς εισήγαγαν ορισμένα νέα στοιχεία προς εκτίμηση από το ΔΕΚ, τα οποία δεν είχαν εξεταστεί σε προηγούμενες όμοιου περιεχομένου υποθέσεις. Συγκεκριμένα, πέραν του προφανούς, αν δηλαδή συνιστά κατάχρηση η εκ μέρους δεσπόζουσας επιχείρησης να χορηγήσει άδεια εκμετάλλευσης βάσης δεδομένων που προστατεύεται ως δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας, το εθνικό Δικαστήριο προσέθεσε και τα εξής δύο ερωτήματα: α) εάν έχει σημασία, σε σχέση με την διαπίστωση περί καταχρηστικής συμπεριφοράς της κατέχουσας δεσπόζουσας θέσης επιχείρησης, σε ποια έκταση αυτή συμπεριέλαβε συνεργάτες του ετέρου σκέλους της αγοράς στην ανάπτυξη της προστατευόμενης από το δικαίωμα του δημιουργού βάσης δεδομένων⁹⁸ και β) εάν έχει σημασία (...) ποιο θα ήταν το ύψος των δαπανών της προσαρμογής για τους αγοραστές (...), σε περίπτωση που θα προμηθεύονται μελλοντικά το προϊόν μιας ανταγωνίστριας επιχείρησης που

⁹⁵ Damien Geradin, Rato, Miguel, Can Standard-Setting Lead to Exploitative Abuse? A Dissonant View on Patent Hold-Up, Royalty Stacking and the Meaning of FRAND, Απρίλιος 2006, σελ. 3, < <https://ssrn.com/abstract=946792>> (τελευταία ημερομηνία επίσκεψης: 3-10-2021).

⁹⁶ Απόφαση της Επιτροπής 2001/165/EC, NDC Health/IMS Health : Interim Measures, σκ. 131.

⁹⁷ *Ibid*, σκ. 174.

⁹⁸ ΔΕΚ, απόφαση της 29.04.2004., στην υποθ. C – 418/01, IMS HEALTH GmbH and Co. κατά NDC Health GmbH and Co. KG, σκ. 17. 2.

δεν χρησιμοποιεί την προστατευόμενη από το δικαίωμα του δημιουργού βάση δεδομένων». ⁹⁹ Κατά την IMS, η μεν συμμετοχή των χρηστών δεν συνιστούσε τίποτα περισσότερο από την εκδήλωση θεμιτής ανταγωνιστικής συμπεριφοράς, προκειμένου να αποκτήσει ανταγωνιστικό πλεονέκτημα, οι δε δαπάνες προσαρμογής δικαιολογούνταν, αφού στο τέλος εξισορροπούσαν από τα πλεονεκτήματα του ανταγωνιστικού προϊόντος, με την NDC και την Επιτροπή να αντιτείνουν πως ο ρόλος που διαδραμάτισαν οι χρήστες συνέβαλε στην δημιουργία μιας σχέσης εξάρτησης μεταξύ αυτών και της δομής. ¹⁰⁰ Η ιδιαιτερότητα που εισέφερε στην υπόθεση η συμμετοχή των φαρμακευτικών εργαστηρίων στην ανάπτυξη και βελτίωση της δομής, φάνηκε εναργώς στις προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα της υπόθεση, Antonio Tizzano, ο οποίος κατά την ανάλυση του κριτηρίου της αναγκαιότητας της υπό κρίση εισροής επεσήμανε ότι από τεχνικής ή νομικής απόψεως η «δομή μωσαϊκού 1.860» δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως ανυπέρβλητο εμπόδιο στην υιοθέτηση μιας εναλλακτικής δομής. Εντούτοις, αποτελεί γεγονός πως δημιουργεί πράγματι εξάρτηση των φαρμακευτικών εργαστηρίων, τα οποία πρέπει να υποβληθούν σε υψηλές δαπάνες, ώστε να προμηθευτούν μελέτες μορφοποιούμενες βάσει άλλης δομής μωσαϊκού, προτείνοντας, στο τέλος της σκέψης του, αυτή η σχέση εξάρτησης να ληφθεί υπόψη κατά την εκτίμηση του εάν υφίστανται τεχνικά, κανονιστικά ή οικονομικά εμπόδια δυνάμενα να καταστήσουν αδύνατη ή εξαιρετικά δυσχερή την δημιουργία μιας εναλλακτικής δομής μωσαϊκού. ¹⁰¹, άποψη με την οποία συντάχθηκε εν συνεχεία και το ΔΕΚ. Με άλλα λόγια, η εξάρτηση των χρηστών στην «δομή μωσαϊκού 1.860» και η συνακόλουθη δυσκολία εξεύρεσης δυνητικών υποκατάστατων και εναλλακτικών δομών, δεν οφειλόταν στην ανάγκη για διαλειτουργικότητα μεταξύ τους, όπως συμβαίνει συνήθως με τα de facto πρότυπα, αλλά στο υψηλότατο κόστος επενδύσεων στο de facto πρότυπο (resource commitment). ¹⁰²

Και στην παρούσα υπόθεση, όπως και στην *Magil*, το ΔΕΚ ξεκίνησε την ανάλυση του διατρανώνοντας την πάγια νομολογιακή θέση που καθιέρωσε η απόφαση *Volvo/Veng*, ότι το αποκλειστικό δικαίωμα αναπαραγωγής και η άρνηση χορήγησης άδειας εκμετάλλευσης δεν συνιστά καθαυτή καταχρηστική συμπεριφορά εκ μέρους της δεσπόζουσας επιχείρησης, εκτός εάν συντρέχουν προς τούτο εξαιρετικές περιστάσεις. ¹⁰³ Ως προς την συνδρομή των εξαιρετικών αυτών περιστάσεων και το ερώτημα εάν αυτές πρέπει να υφίστανται σωρευτικά ή όχι, καθίσταται επίσης αναγκαία η παράθεση της φρασεολογίας που χρησιμοποίησε το Δικαστήριο· συγκεκριμένα, στην παράγραφο 38 της απόφασης, όπου εκτέθηκαν οι εξαιρετικές περιστάσεις, όπως αυτές διαπλάσθηκαν στις υποθέσεις *Bronner* και *Magil* προκειμένου η άρνηση χορήγησης άδειας εκμετάλλευσης να αποκτήσει καταχρηστικό χαρακτήρα, η χρησιμοποίηση της φράσης «*αρκεί να (it is sufficient to)*», φαίνεται να υποδηλώνει εμμέσως την απομάκρυνση από την θέση ότι τα κριτήρια των εξαιρετικών περιστάσεων πρέπει να υπάρχουν σωρευτικά ή ότι έχουμε να κάνουμε με μια «εξαντλητική λίστα, από την οποία δεν χωρεί απόκλιση, ενδεχομένως δε να αφήνει και το παράθυρο ανοιχτό για την εμφάνιση επιπλέον κριτηρίων στο μέλλον. Εντέλει, το Δικαστήριο σύμπτυξε τα κριτήρια που συνιστούν τις εξαιρετικές περιστάσεις σε τρία, διατηρώντας αυτό του «νέου» προϊόντος και της παρεμπόδισης ανάπτυξής του, ως λόγου που δικαιολογεί την επιβολή

⁹⁹ *Ibid*, σκ. 17.3.

¹⁰⁰ *Ibid*, σκ. 26, 27.

¹⁰¹ Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Antonio Tizzano, 02.10.2003, στην υποθ. C-418/01, παρ. 83-85.

¹⁰² Mark R. Patterson, 'Inventions, Industry Standards and Intellectual Property', *Berkeley Tech Law Journal*, τ. 17, 2002, σελ. 1077.

¹⁰³ ΔΕΚ, απόφαση της 29.04.2004., στην υποθ. C – 418/01, IMS HEALTH GmbH and Co. κατά NDC Health GmbH and Co. KG, σκ. 34, 35.

αναγκαστικής άδειας. Καλούμενο λοιπόν και αυτό με την σειρά του να αποφανθεί επί του ακανθώδους αυτού ζητήματος με βάση τα δεδομένα της υπόθεσης που παρουσιάστηκαν ενώπιον του, το Δικαστήριο έκρινε πως η αιτούσα επιχείρηση δεν πρέπει να περιορίζεται απλώς στην αναπαραγωγή (duplicate) προϊόντων ή υπηρεσιών που διατίθενται ήδη, αλλά να προσφέρει νέα προϊόντα ή υπηρεσίες, διαφορετικά απ' αυτά του δικαιούχου, καθώς και να υπάρχει για τα τελευταία εν δυνάμει ζήτηση εκ μέρους των καταναλωτών, ζήτημα που έμελλε να κριθεί από το αιτούν Δικαστήριο.¹⁰⁴ Βλέπουμε συνεπώς πως και στην συγκεκριμένη απόφαση, όπως και στην αντίστοιχη *Ladbroke*, μια προσπάθεια διασταλτικής ερμηνείας της υπόθεσης *Magil* και μια απόπειρα οριοθέτησης - ενδεχομένως και «υποβάθμισής» - του στοιχείου του «νέου», κατά τρόπο που να μην αποτελεί αναπόσπαστο στοιχείο των εξαιρετικών περιστάσεων. Ωστόσο, αποτελεί παράλληλα γεγονός πως το Δικαστήριο δεν υπεισήλθε σε μια ενδελεχή εξέταση του τί ακριβώς επιθυμούσε να προσφέρει στους πελάτες η NDC και, κυρίως, εάν ο λόγος πίσω από το αίτημα χορήγησης άδειας χρήσης της «δομής μωσαϊκού 1.860» ήταν να δημιουργήσει μια δική της μέθοδο παρουσίασης των δεδομένων πωλήσεων.

Ανακαλώντας την υπόθεση *Bronner* και τα δικά της πορίσματα, το Δικαστήριο επανέλαβε τον βασικό διαχωρισμό ανάμεσα σε μια κύρια - ανάντη αγορά, αποτελούμενη από την βασική εισροή και σε μια παράγωγη - κατάντη, στην οποία η αναγκαία εισροή της πρώτης χρησιμοποιείται προκειμένου να παραχθεί ένα νέο προϊόν ή μια καινούργια υπηρεσία.¹⁰⁵ Η πρωτογενής αυτή αγορά, ωστόσο, δεν ήταν απαραίτητο να υφίσταται στην πραγματικότητα, αλλά αρκούσε να είναι και υποθετική, στην περίπτωση όπου «τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες είναι αναγκαία για την άσκηση ορισμένης δραστηριότητας και υπάρχει ως προς αυτά πραγματική ζήτηση εκ μέρους των επιχειρήσεων που προτίθενται να ασκήσουν την δραστηριότητα για την οποία είναι αναγκαία»¹⁰⁶ Η παραπάνω θέση, μάλιστα, υιοθετήθηκε και από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή, η οποία στην Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων για τον έλεγχο της εφαρμογής του άρθρου 102, μετέφερε αυτούσια σχεδόν την κρίση του ΔΕΚ: «Η Επιτροπή δεν θεωρεί απαραίτητο το προϊόν που αποτελεί το αντικείμενο της άρνησης να έχει ήδη διατεθεί στο εμπόριο, αρκεί να υπάρχει ζήτηση από δυνητικούς αγοραστές και να μπορεί να προσδιοριστεί μία δυνητική αγορά για τη συγκεκριμένη εισροή».¹⁰⁷ Σε αυτές τις περιπτώσεις άρα, η εισροή δεν αποτελεί προϊόν, καθώς δεν διατίθεται στην αγορά, ωστόσο η δεσπόζουσα επιχείρησης έχει την δυνατότητα, μέσω του ελέγχου ενός bottleneck, να αποκλείσει τους ανταγωνιστές της κατάντη αγοράς.¹⁰⁸

Η απόφαση *IMS* έμεινε πιστή στην σταθερή νομολογιακή γραμμή, ότι προκειμένου να επιβληθεί αναγκαστική άδεια εκμετάλλευσης ενός άυλου αγαθού, θα πρέπει να συντρέχουν προς τούτο εξαιρετικές περιστάσεις. Σημαντική συνεισφορά της εν λόγω υπόθεσης, δεδομένου ότι χρονικά είχε προηγηθεί και η απόφαση *Bronner*, η οποία μετέφερε και αποκρυστάλλωσε στην ευρωπαϊκή νομολογία το δόγμα των βασικών διευκολύνσεων αποτελεί η συμφιλίωση της τελευταίας με την εξίσου κεφαλαιώδη υπόθεση *Magil*. Η επίκληση των συμπερασμάτων και των

¹⁰⁴ *Ibid*, σκ. 49.

¹⁰⁵ *Ibid*, σκ. 41-42.

¹⁰⁶ *Ibid*, παρ. 44

¹⁰⁷ Ανακοίνωση της Επιτροπής – Κατευθύνσεις σχετικά με τις προτεραιότητες της Επιτροπής κατά τον έλεγχο της εφαρμογής του άρθρου 82 της συνθήκης ΕΚ σε καταχρηστικές συμπεριφορές αποκλεισμού που υιοθετούν δεσπόζουσες επιχειρήσεις, 2009/ C- 45/02, παρ. 79.

¹⁰⁸ Jonathan Faull, Ali Nikpay, *The EC Law of Competition*, εκδόσεις Oxford University Press, 2^η έκδοση, 2007, σελ. 470.

δύο αποφάσεων, οδήγησε το Δικαστήριο σε μια συνθετική προσέγγιση, κατά την οποία η άρνηση παροχής άδειας εκμετάλλευσης ενός προϊόντος ή μιας υπηρεσίας, συνιστά κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης μόνο σε περίπτωση που αντιστοιχεί σε χρήση που επιδιώκει ο αιτών σε παρεπόμενη (δευτερεύουσα) αγορά και όχι στην αγορά της κύριας δραστηριότητας της επιχείρησης,¹⁰⁹ μια διάκριση όμως που μπορεί να είναι και υποθετική. Το στοιχείο του «νέου» του προϊόντος, το οποίο αποτέλεσε την μεγαλύτερη, αλλά και πλέον αμφισβητούμενη κληρονομιά της *Magil*, παραμένει καίριο, εφόσον όμως το νέο προϊόν ή υπηρεσία διαφέρει σε σχέση με το αντίστοιχο του δικαιούχου του άυλου αγαθού. Το Δικαστήριο δεν εξέτασε ενδελεχώς το εάν η NDC σκόπευε να δημιουργήσει μια νέα δομή, χρησιμοποιώντας στοιχεία της «δομής μωσαϊκού 1.860» ή εάν επρόκειτο να «μιμηθεί» απλώς την παραπάνω δομή. Παράλληλα, κατά την επισκόπηση των κριτηρίων που συνιστούν τις εξαιρετικές περιστάσεις, το ΔΕΚ χρησιμοποίησε συγκεκριμένη φρασεολογία (αρκεί να), δίδοντας την εντύπωση πως δεν αποκλείεται στο μέλλον να ανακύψουν και νέες εξαιρετικές περιστάσεις.

§2.9 Η επισκόπηση του δόγματος των εξαιρετικών περιστάσεων.

Οι ανωτέρω αποφάσεις, όπως εξετέθησαν και αναλύθηκαν, καταδεικνύουν πως αν κάτι χαρακτηρίζει το ενωσιακό νομολογιακό συνεχές στις υποθέσεις άρνησης χορήγησης άδειας εκμετάλλευσης άυλων αγαθών, δεν είναι παρά μια διαρκής προσπάθεια οριοθέτησης και διαλεύκανσης των προϋποθέσεων που συνιστούν τις εξαιρετικές περιστάσεις, όπου στο ένα άκρο βρίσκεται η συνέχεια, η διατήρηση δηλαδή αμετάβλητων κάποιων βασικών πορισμάτων και αρχών και στο άλλο η προσαρμογή, η περαιτέρω εμβάθυνση και η *ad hoc* εξέταση κάθε περίπτωσης ξεχωριστά. Η διατήρηση ενός αδιατάρακτου και σταθερού πλαισίου, που θα συμβάλλει στην ανάπτυξη και την προώθηση της καινοτομίας, δεν μπορεί να αποκλείσει τον *ex post* έλεγχο και την εφαρμογή του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού από τις αρχές, καθώς ο αντίκτυπος και οι μεταβολές στην δομή της αγοράς καθίστανται εναργείς όταν το δικαίωμα επί του άυλου αγαθού αρχίζει να ασκείται και όχι την στιγμή που χορηγείται.¹¹⁰ Άλλωστε, το δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού δεν είναι προσανατολισμένο προς κάποιο συγκεκριμένο αποτέλεσμα, αλλά στην διασφάλιση μιας διαδικασίας, της ελεύθερης και απρόσκοπτης λειτουργίας της ανταγωνιστικής διαδικασίας και της αγοράς.¹¹¹

Θα μπορούσαμε σχηματικά να θέσουμε ως βάση οποιασδήποτε ανάλυσης την υπόθεση *Volvo/Veng* και το συμπέρασμα ότι η άρνηση του δικαιούχου ενός άυλου αγαθού να παραχωρήσει άδεια εκμετάλλευσης δεν συνιστά καθαυτή καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης, αντιθέτως, αποτελεί την ουσία του αποκλειστικού του δικαιώματος¹¹² και την υπόθεση *Magil*, οι οποία εισήγαγε στην κοινοτική νομολογία των δόγμα των εξαιρετικών περιστάσεων, κάτω από την συνδρομή των οποίων ο δικαιούχος υποχρεούται να παραχωρήσει άδεια εκμετάλλευσης του άυλου αγαθού επί του οποίου έχει αποκλειστικό δικαίωμα. Παρότι δεν κατονομάστηκε ρητά από το Δικαστήριο, το δεύτερο σημαντικό αποτύπωμα της απόφασης *Magil* έγκειται και στο ότι

¹⁰⁹ Σταματούδη Α. Ειρήνη, ο.π., υποσ. 10, σελ. 159.

¹¹⁰ Cyril Ritter, Refusal to Deal and “Essential Facilities”: Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property? σελ. 288 < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=726683> (τελευταία ημερομηνία επίσκεψης: 1.10.2021).

¹¹¹ Βασίλης Γ. Χατζόπουλος, ο.π, υποσ. 49, σελ. 145.

¹¹² Έφη Κινινή, ο.π., υποσ. 14, σελ. 173.

μεθοδολογικά ακολούθησε το δόγμα των βασικών διευκολύνσεων, ανάγοντας τις πληροφορίες επί των τηλεοπτικών προγραμμάτων στην αναγκαία εισροή, επί της οποίας έπρεπε να είχε πρόσβαση ο εκδότης *Magil* ώστε να ασκήσει την δραστηριότητα του στην δευτερογενή αγορά των εβδομαδιαίων περιεκτικών τηλεοπτικών οδηγιών. Το σημείο, αντίστοιχα, που προκάλεσε την μεγαλύτερη αμφισημία και αμφισβητήθηκε από τις μεταγενέστερες αποφάσεις υπήρξε αυτό της παρεμπόδισης εμφάνισης ενός νέου προϊόντος και, συγκεκριμένα, το περιεχόμενο του στοιχείου του «νέου»: στην υπόθεση *Ladbroke* κατέστη σαφές, με την χρήση διαζευκτικού συνδέσμου από την μεριά του Δικαστηρίου, ότι το κριτήριο του «νέου» τίθεται και εξετάζεται ως εναλλακτικό, σε σχέση με το αντίστοιχο της αναγκαιότητας. Ως προς το «νέο», σημαντική υπήρξε η εκτίμηση του Δικαστηρίου στην απόφαση *IMS*, κατά την οποία η απλή αναπαραγωγή του άυλου αγαθού εκ μέρους του αιτούντος, δεν μπορεί να εξομοιωθεί με νέο προϊόν, που να δικαιολογεί την παραχώρηση άδειας εκμετάλλευσης, καίτοι το Δικαστήριο άφησε ανεξέταστη την φύση της υπηρεσίας που ήθελε να δημιουργήσει η ανταγωνίστρια της *IMS* επιχείρηση. Ένα κοινό δε σημείο ανάμεσα στις αποφάσεις *Magil* και *IMS* έχει να κάνει με την προσέγγιση του Δικαστηρίου σε σχέση με την φύση του άυλου αγαθού, το οποίο αν και στις δύο περιπτώσεις προστατευόταν ως πνευματικό δημιούργημα, εντέλει αντιμετωπίστηκε περισσότερο ως δικαίωμα βιομηχανικής ιδιοκτησίας, δίδοντας της εντύπωση πως όσο πιο χρηστικό και τεχνικό είναι ένα προϊόν, τόσο περισσότερο θα «θεριεύουν» οι επιδιώξεις του δικαίου κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού εις βάρος της πνευματικής ιδιοκτησίας.¹¹³ Η παραπάνω άποψη, βέβαια, αποτέλεσε περισσότερο μια πρώιμη ανησυχία μερίδας θεωρητικών. Κατά πρώτον, οι τελευταίοι δεν έλαβαν υπόψη τις ιδιαιτερότητες του προστατευόμενου άυλου αγαθού στις ως άνω αποφάσεις. Όπως άλλωστε τόνισε στις προτάσεις του ο Γενικός Εισαγγελέας *Jacobs* της υπόθεσης *Bronner* για την απόφαση *Magil*, « η απόφαση *Magil* μπορεί να εξηγηθεί υπό τις ειδικές περιστάσεις της υπόθεσης αυτής, η στάθμιση των οποίων είχε ως αποτέλεσμα την υποχρέωση χορήγησης άδειας». ¹¹⁴ Δευτερευόντως, η προστασία με δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας των λιστών των τηλεοπτικών προγραμμάτων αποτέλεσε μια νομοθετική επιλογή που πολλά κράτη – μέλη, δεν θα δικαιολογούσαν εξαρχής¹¹⁵ και που ενόψει της ολοένα και μεγαλύτερης εναρμόνισης σε επίπεδο ενωσιακού δικαίου, είναι σχεδόν απίθανο να ανακύψει στο μέλλον.

Θα συνιστούσε, τέλος, παράλειψη να μην ιδωθούν οι ως άνω αποφάσεις και τα συμπεράσματα στα οποία κατέληξαν, υπό το φως της γενικότερης προβληματικής ως προς το ποια είναι η σχέση ανάμεσα στο δίκαιο της διανοητικής ιδιοκτησίας και το δίκαιο κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού, τα όρια ανάμεσα στα δύο και το επιτρεπτό πεδίο δράσης των αρχών ανταγωνισμού, ειδικότερα αν λάβουμε υπόψη την υιοθέτηση του δόγματος των βασικών διευκολύνσεων από τα Δικαστήρια. Όπως σημειώθηκε, το μεταστεγασθέν από την αμερικανική νομολογία δόγμα των βασικών διευκολύνσεων, αποτέλεσε τον δούρειο ίππο για τις κοινοτικές αρχές ανταγωνισμού προκειμένου να επέλθει η απελευθέρωση μέχρι πρότινος κρατικών μονοπωλίων σε υποδομές όπως τα λιμάνια, τα αεροδρόμια και τα δίκτυα ενέργειας. Ο αυστηρός τρόπος με τον οποίο αντιμετωπίζεται ο δικαιούχος της αναγκαίας διευκόλυνσης, αποστερούμενος από το ιδιοκτησιακό του δικαίωμα, φαίνεται να μην συνάδει με την ανάγκη ευελιξίας και, κυρίως, με την διατήρηση ενεργών των *ex ante* κινήτρων του δικαιούχου δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας, προϋπόθεση εκ των ων ουκ άνευ για την απρόσκοπτη προσπάθεια επίτευξης και

¹¹³ Ειρήνη Α. Σταματούδη, ο.π., υποσ. 10, σελ. 164.

¹¹⁴ Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα F.G. JACOBS, 28.05.1998, υποθ. C-7/97, παρ. 63.

¹¹⁵ Cornish, Llewelyn, Aplin, *Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks and Allied Rights*, εκδ. Sweet & Maxwell, 2003, σελ. 755.

προαγωγής της καινοτομίας. Για αυτόν τον λόγο και ο Γενικός Εισαγγελέας Jacobs, στις προτάσεις του για την υπόθεση *Bronner*, ανέφερε πως «επιβάλλεται η επίδειξη ιδιαίτερης επιμέλειας, όταν τα αγαθά ή οι υπηρεσίες ή διευκολύνσεις στις οποίες ζητείται πρόσβαση συνιστούν το προϊόν σημαντικών επενδύσεων. Αυτό μπορεί να ισχύει, ειδικότερα, όσον αφορά την άρνηση χορηγήσεως αδείας αφορώσας δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας».¹¹⁶ Ενισχυτικοί λόγοι ως προς την ιδιαίτερη αυτή επιμέλεια σε σχέση με τα υλικά αγαθά, μπορεί να θεωρηθούν αφενός και η περιορισμένη διάρκεια ισχύος των δικαιωμάτων επί άυλων αγαθών, αφετέρου η μοναδική δημιουργική προσπάθεια που καταβάλλει ο εκάστοτε δημιουργός, η οποία συνιστά και το ηθικό του δικαίωμα.¹¹⁷ Η προστασία πάντως του ηθικού δικαιώματος του δημιουργού, ως το αποτύπωμα της ατομικής διανοητικής του προσπάθειας πάνω στο έργο, δεν μπορεί παρά να αφορά μονάχα τα πνευματικά δημιουργήματα και όχι αυτά της βιομηχανικής ιδιοκτησίας – και ιδίως τις ευρεσιτεχνίες- τα οποία επιτελούν περισσότερο έναν τεχνικό ρόλο.

Η ανάγκη βέβαια για μια «ιδιαίτερη επιμέλεια», κατά τα λόγια το Γενικού Εισαγγελέα Jacobs, δεν μπορεί να καταστεί χωρίς φραγμούς· για παράδειγμα, μια οριζόντια ευνοϊκή αντιμετώπιση των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας σε σχέση με τα υλικά αγαθά και, κυρίως, σε σχέση με αυτά που αποτελούν ουσιώδεις διευκολύνσεις, θα οδηγούσε πολλές δεσπόζουσες επιχειρήσεις στο να ενσωματώσουν κάποιο άυλο αγαθό, ιδίως κάποια ευρεσιτεχνία, στην ουσιώδη διευκόλυνση τους, ώστε να απολαύσουν ακριβώς αυτήν την ευνοϊκότερη μεταχείριση.¹¹⁸ Περαιτέρω και όπως ήδη τονίστηκε, τα άυλα αγαθά έχουν από την φύση τους τα χαρακτηριστικά των δημοσίων αγαθών, όπου η χρήση τους από το πρόσωπο του δικαιούχου, δεν αποκλείει την παράλληλη χρήση και από έναν τρίτο, με την έννοια της «χειροτέρευσης» του άυλου αγαθού. Είναι συνεπώς εξαιρετικά σύνηθες στην συναλλακτική καθημερινότητα να ζητούνται περισσότερες άδειες εκμετάλλευσης άυλων αγαθών, παρά υλικών, ειδικά αν λάβουμε υπόψη τις ανάγκες διαλειτουργικότητας και συμβατότητας σε πλείστους τομείς της οικονομίας. Αυτή η πραγματικότητα της αγοράς δεν μπορεί να παραγνωριστεί από τις αρχές ανταγωνισμού. Τέλος, η επιβολή υποχρέωσης παροχής άδειας εκμετάλλευσης στον δικαιούχο ενός άυλου αγαθού, δεν σημαίνει αυτομάτως πως ο τελευταίος στερείται εντελώς της κάρπωσης εσόδων από την δραστηριότητα του, καθώς εξακολουθεί να δικαιούται αμοιβή, βάσει δίκαιων, εύλογων και χωρίς διακρίσεις όρων (*fair, reasonable and non – discriminatory/ FRAND*).

Κεφάλαιο 3^ο : Τα άυλα αγαθά ως πρότυπα

§3.1 Δίκαιο του ανταγωνισμού και αγορές της Νέας Οικονομίας (New Economy Markets).

Οι κατακλυσμιαίες τεχνολογικές εξελίξεις, σε συνδυασμό με την παγκοσμιοποίηση και την κατάργηση των πάσης φύσεως φραγμών, έχουν συμβάλει στην διαμόρφωση ενός νέου οικονομικού περιβάλλοντος, τα χαρακτηριστικά του οποίου μικρή σχέση έχουν με αυτά του παρελθόντος. Η ανάπτυξη της τεχνολογίας είναι τέτοια που, με όχημα τις καινοτόμες επιχειρήσεις,

¹¹⁶ Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα F.G. JACOBS, 28.05.1998, υποθ. C-7/97, παρ. 62.

¹¹⁷ Estelle Derclaye, ‘Abuses of Dominant Position and Intellectual Property Rights: A Suggestion to Reconcile the Community Courts Case Law’, *World Competition*, τ.26, 2003, σελ. 700-701.

¹¹⁸ A. Douglas Melamed and Ali M. Stoepelwerth, ‘The CSU Case: Facts, Formalism and the Intersection of Antitrust and Intellectual Property Law’, *George Mason Law Review*, τ. 10, αρ. 3, 2002, σελ. 424.

ολόκληρες αγορές αναδύονται, καταστρέφονται και αναδημιουργούνται εκ νέου, προσομοιάζοντας σε μεγάλο βαθμό με την ιδανική κατάσταση που πρέσβευε ο Σουμπέτερ και η θεωρία του περί «δημιουργικής καταστροφής». Ως κατεξοχήν παραδείγματα τέτοιων αγορών, των αγορών της «νέας οικονομίας» όπως ονομάζονται, λογίζονται οι αγορές της πληροφορικής, οι αγορές παροχής υπηρεσιών στο διαδίκτυο, οι αγορές των τηλεπικοινωνιών, οι αγορές των βιοτεχνολογικών εφαρμογών και, σε μικρότερο βαθμό, οι αγορές των φαρμακευτικών προϊόντων.

Οι επιταχυνόμενες αυτές τεχνολογικές εξελίξεις συνιστούν το πρώτο βασικό γνώρισμα των αγορών της νέας οικονομίας· το δεύτερο, το αποτελούν οι εξωτερικότητες δικτύου, το φαινόμενο όπου η χρησιμότητα που έλκει ένας χρήστης από ένα αγαθό - άρα και η αξία του αγαθού αυτού - μεγαθύνεται, όσο αυξάνεται ο αριθμός των υπολοίπων χρηστών που καταναλώνουν ή χρησιμοποιούν καθ' οποιονδήποτε τρόπο το αγαθό.¹¹⁹ Η βασική διάκριση των εξωτερικοτήτων δικτύου είναι ανάμεσα στις άμεσες και στις έμμεσες: στην πρώτη περίπτωση, σε καθοριστικό παράγοντα ανάγεται ο αριθμός των χρηστών, το πόσοι δηλαδή αγοράζουν και χρησιμοποιούν ένα συγκεκριμένο προϊόν ή μια υπηρεσία. Όσο περισσότεροι είναι αυτοί, τόσο εντονότερες εξωτερικότητες δικτύου αναπτύσσονται. Κλασικά παραδείγματα άμεσων εξωτερικοτήτων δικτύου θεωρούνται το τηλέφωνο και το φαξ, αλλά και τα μέσα κοινωνικής δικτύωσης, τουλάχιστον κατά την βασική ιδέα που διέπει την λειτουργία τους, όπου περισσότεροι χρήστες χρησιμοποιούν τα τελευταία προκειμένου να αποκτήσουν πρόσβαση σε ένα περιβάλλον επικοινωνίας και διάδρασης με υπόλοιπους χρήστες. Αντιθέτως, στην περίπτωση των έμμεσων εξωτερικοτήτων δικτύου, ο κρίσιμος παράγοντας που λαμβάνει υπόψη ένας χρήστης-καταναλωτής ενός συγκεκριμένου προϊόντος ή μιας υπηρεσίας δεν είναι το μέγεθος του δικτύου καθαυτό, το πόσους δηλαδή χρήστες συγκεντρώνει, αλλά οι αποφάσεις που παίρνουν οι υπόλοιποι και το αποτέλεσμα που επιφέρουν οι αποφάσεις αυτές, ως προς την διάθεση συμπληρωματικών προϊόντων.¹²⁰ Για παράδειγμα, η χρησιμότητα του λειτουργικού συστήματος της Apple (macOS) αυξάνεται, όσο μεγαθύνεται ο αριθμός των εφαρμογών που αναπτύσσονται για να «τρέχουν» στο λειτουργικό αυτό σύστημα. Αντίστοιχα - και για να αναφερθούμε σε μια παλαιότερη τεχνολογία - η χρησιμότητα και η αξία μιας συσκευής αναπαραγωγής DVD, ήταν μεγαλύτερη για τον κάτοχό της όχι με βάση τον αριθμό των υπολοίπων κατόχων συσκευών DVD, αλλά με βάση το πόσες (και ποιες) ταινίες κυκλοφορούσαν υπ' αυτήν την μορφή και πόσα καταστήματα τις διέθεταν. Συνακόλουθα, από την στιγμή που ένα τεράστιο ποσοστό της κινηματογραφικής και τηλεοπτικής παραγωγής έχει μεταφερθεί και προορίζεται για τις πλατφόρμες streaming, η αξία των εν λόγω συσκευών υποβαθμίζεται, έως και εξαφανίζεται τελείως, για τον χρήστη ανεξαρτήτως, όπως ειπώθηκε του αριθμού των υπολοίπων κατόχων συσκευών αναπαραγωγής DVD.

Οι ραγδαίες τεχνολογικές εξελίξεις, σε συνδυασμό με τις εξωτερικότητες δικτύου, δημιουργούν με την σειρά το φαινόμενο της επικράτησης μιας μόνος τεχνολογίας στην αγορά (tipping), μεταβάλλοντας, όπως έχει εύστοχα γραφτεί, τον ανταγωνισμό εντός μιας συγκεκριμένης αγοράς σε ανταγωνισμό «για την ίδια την αγορά»¹²¹. Βέβαια, η κυρίαρχη θέση που αποκτά ο κάτοχος της τεχνολογίας αυτής είναι, σε ένα θεωρητικό επίπεδο τουλάχιστον, εύθραυστη· εφόσον

¹¹⁹ Michael L. Katz, Carl Shapiro, 'Network Externalities, Competition and Compatibility', *The American Economic Review*, τ. 75, 1985, σελ. 424.

¹²⁰ Jeffrey Church, Neil Gandal, David Krause, Indirect Network Effects and Adoption Externalities, Foerder Institute for Economic Research Working Paper No. 02-30, 2006, σελ. 1, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=369120> (τελευταία ημερομηνία επίσκεψης: 25.9.2021).

¹²¹ Faull, Nikray, ό.π., υποσ. 102, σελ. 386.

οι συνθήκες της αγοράς είναι τέτοιες που επιτρέπουν την επικράτηση μιας τεχνολογίας, είναι εξαιρετικά πιθανό ένας ανταγωνιστής, πραγματικός ή δυνητικός, να αναπτύξει και αυτός με την σειρά του μια καινοτόμο τεχνολογία, που θα αντικαταστήσει την κατεστημένη με τον ίδιο ακριβώς τρόπο.

Άμεσο αποτέλεσμα της επικράτησης μιας μόνο τεχνολογίας στην αγορά συνιστούν τα «φαινόμενα εγκλωβισμού» (lock – in effects) που δημιουργούνται και τα οποία δεν επιτρέπουν στους καταναλωτές να στραφούν σε εναλλακτικές τεχνολογίες, ακόμα και όταν το επιθυμούν. Ας πάρουμε ως παράδειγμα τα λειτουργικά συστήματα των ηλεκτρονικών υπολογιστών: στην προκειμένη περίπτωση, ένας καταναλωτής θα προτιμήσει εκείνο το λειτουργικό σύστημα που θα του εξασφαλίζει την μεγαλύτερη δυνατή ποικιλία συμπληρωματικών προϊόντων, όπως οι εφαρμογές. Η επιλογή αυτή αποτελεί στην ουσία προϊόν μιας ορθολογικής προσδοκίας ότι περισσότερα συμπληρωματικά προϊόντα θα είναι συμβατά με το λειτουργικό σύστημα που θα επιλέξει, επωφελούμενος κατ' αυτόν τον τρόπο από τις ισχυρές εξωτερικότητες δικτύου. Έχοντας κάνει την επιλογή του και έχοντας προβεί στην αγορά και του κύριου και της σειράς συμπληρωματικών προϊόντων, ο καταναλωτής «εγκλωβίζεται» στην εν λόγω τεχνολογία καθώς, ακόμα και επί τη εμφανίσει μιας ανώτερης ποιοτικά τεχνολογίας, η μεταπήδηση στην τελευταία συνεπάγεται υψηλότατα κόστη (switching costs), όχι αποκλειστικά οικονομικά, αλλά και κόστη προσαρμογής. Όλα τα παραπάνω λοιπόν, ήτοι οι ταχύτατες τεχνολογικές εξελίξεις, οι εξωτερικότητες δικτύου και τα φαινόμενα εγκλωβισμού, τα βασικά δηλαδή γνωρίσματα των αγορών της «νέας οικονομίας», δημιουργούν ένα μοτίβο, υπό το οποίο οι συμμετέχουσες στις αγορές αυτές επιχειρήσεις ανταγωνίζονται *ex ante*, έχοντας ως αποκλειστικό στόχο την *ex post* απόκτηση μονοπωλιακής θέσης.¹²²

Δεδομένης συνεπώς της μονοπωλιακής θέσης στην οποία τις περισσότερες φορές οδηγούν τις ηγέτιδες επιχειρήσεις των κλάδων της νέας οικονομίας τα φαινόμενα που χαρακτηρίζουν τους κλάδους αυτούς, θα μπορούσε ενδεχομένως να υποστηριχθεί ευπρόσωπα πως μια πρώτη προσπάθεια προσδιορισμού των τρόπων εφαρμογής των κανόνων του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού στις αγορές αυτές, θα πρέπει να εκκινεί με σημείο αναφοράς την εφαρμογή των τελευταίων στις αντίστοιχες μονοπωλιακές επιχειρήσεις άλλων κλαδών κατά το παρελθόν, προς άντληση συμπερασμάτων. Η «ιστορική ευθραυστότητα» ωστόσο των ηγέτιδων επιχειρήσεων στις αγορές της νέας οικονομίας καθιστά αδύνατη την δόμηση οποιασδήποτε βάσης ανάλυσης και σύγκρισης των επιχειρήσεων αυτών με τις παραδοσιακές ηγέτιδες επιχειρήσεις στους κλάδους της «παλαιάς οικονομίας», όπως για παράδειγμα τις επιχειρήσεις παραγωγής χάλυβα ή πετρελαίου, καθώς οι τελευταίες απολάμβαναν διαρκή μονοπωλιακή δύναμη, στηριζόμενη σε ιστορικούς και άλλους παράγοντες, προτού οι κανόνες ανταγωνισμού και ρύθμισης οδηγήσουν στην απελευθέρωση τους.¹²³ Επιπλέον, η ευθραυστότητα αυτή, όπως ήδη αναπτύξαμε, δημιουργεί το παράδοξο να κατέχουν οι επιχειρήσεις αυτές μονοπωλιακή δύναμη, αλλά να υπόκεινται ταυτόχρονα και σε εντονότερες πιέσεις από ανταγωνιστές, οι οποίοι μάλιστα, τις περισσότερες φορές, δεν είναι καν γνωστοί, δεν τελούν δηλαδή σε άμεση ανταγωνιστική σχέση μαζί τους. Το ερώτημα λοιπόν που τίθεται αφορά ποια κατεύθυνση πρέπει να ακολουθήσει το δίκαιο του

¹²² Joseph Farrell, Paul Klempner, Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects, 2006, σελ. 8, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=917785> (τελευταία ημερομηνία επίσκεψης: 2.10.2021).

¹²³ Νίκος Βέττας, Γιάννης Κατσουλάκος, ο.π., υποσ. 6, σελ. 342.

ελεύθερου ανταγωνισμού, προκειμένου να ελέγξει και να ρυθμίσει τις αγορές αυτές και εάν τα κλασικά εργαλεία και η μεθοδολογία που χρησιμοποιούν οι αρχές και τα Δικαστήρια επαρκούν και μπορούν να φέρουν τα ίδια αποτελέσματα στο σύνθετο αυτό οικονομικό περιβάλλον.

Έχοντας ήδη εξετάσει ορισμένα βασικά σημεία της σκέψης του Γιόζεφ Σουμπέτερ, αλλά και το μοντέλο του δυναμικού ανταγωνισμού, μπορούμε να διακρίνουμε μια πρώτη ομάδα υποστηρικτών που, αντλώντας επιχειρήματα από τον αυστριακό οικονομολόγο, αντιτάσσεται στην οποιαδήποτε παρέμβαση του δικαίου του ανταγωνισμού στις αγορές αυτές, καθώς ο οξύς τεχνολογικός ανταγωνισμός από τις καινοτόμες επιχειρήσεις οδηγεί νομοτελειακά σε διαρκείς ανατροπές των μονοπωλιακών θέσεων που υπάρχουν κάθε δεδομένη στιγμή. Παράλληλα, από την στιγμή που η επικράτηση στον ανταγωνισμό «για την αγορά» γεννά την βάσιμη προσδοκία κατάληψης μιας μονοπωλιακής θέσης, οι επιχειρήσεις έχουν ισχυρότατα κίνητρα για την περαιτέρω επένδυση σε καινοτόμες τεχνολογίες. Με εξαίρεση λοιπόν τις *per se* παράνομες πρακτικές, όπως ο καθορισμός τιμών, η μερίδα αυτή των θεωρητικών υποστηρίζει πως πρέπει να αποφεύγεται η εφαρμογή του δικαίου προστασίας του ανταγωνισμού, εφόσον οποιαδήποτε απόκτηση ή άσκηση ισχύος στην αγορά θα «διορθωθεί» ταχέως από την δυναμική διαδικασία του ανταγωνισμού.¹²⁴

Από την άλλη, από την στιγμή που η επικράτηση σ' αυτού του είδους τον δυναμικό ανταγωνισμό αποφέρει στις «νικήτριες» επιχειρήσεις μια εδραιωμένη μονοπωλιακή θέση, τα ισχυρά κίνητρα των τελευταίων δεν εξαντλούνται στην ανάπτυξη και την προαγωγή καινοτόμων τεχνολογιών, αλλά και στην διαρκή προσπάθεια για να διατηρηθεί αυτήν η θέση τους. Σ' αυτές τις περιπτώσεις όμως η συμπεριφορά της ηγέτιδας επιχείρησης αλλάζει και είναι πολύ πιθανό να εκμεταλλευτεί τα φαινόμενα που την οδήγησαν στην επικράτηση της, χρησιμοποιώντας τα ως μοχλό προκειμένου να ορθώσει εμπόδια εισόδου για τους ανταγωνιστές της. Σε μια αγορά, για παράδειγμα, με ισχυρές έμμεσες εξωτερικότητες δικτύου, η ηγέτιδα επιχείρηση είναι πολύ πιθανό να εκμεταλλευτεί την προστιθέμενη αξία που παράγεται για το αγαθό της, λόγω των συμπληρωματικών προϊόντων που αναπτύσσονται και να το διαμορφώσει κατά τέτοιο τρόπο ώστε να επιτυγχάνεται συμβατότητα μόνο με συμπληρωματικά προϊόντα της ίδιας, εμποδίζοντας ταυτόχρονα την εισαγωγή νέων προϊόντων. Αντίστοιχα, όπως εξετάστηκε ανωτέρω, μια επιχείρηση μπορεί να εκμεταλλευτεί την ισχυρή της θέση, για να αποτρέψει την διατήρηση αποτελεσματικών συνθηκών ανταγωνισμού σε μια δευτερογενή αγορά, που δημιουργείται και έπεται της κύριας. Μπορεί, τέλος, να υιοθετήσει πρακτικές όπως η σύναψη συμβάσεων αποκλειστικότητας ή η σύζευξη παροχών, οι οποίες θα επηρεάσουν την ισορροπία της αγοράς στο κρίσιμο χρονικό σημείο, στο οποίο ανταγωνίστριες επιχειρήσεις θα αποπειραθούν να μουν δυναμικά στην αγορά. Εκεί όμως που η ανταγωνιστική πίεση θα ήταν μεγάλη και θα «απειλούσε» το μονοπώλιο, οι εξωτερικότητες δικτύου θα προσδώσουν στο προσωρινό αποτέλεσμα, κατά τους υποστηρικτές των απόψεων του Σουμπέτερ, έναν πιο μόνιμο χαρακτήρα.¹²⁵ Βλέπουμε συνεπώς πως οι αντι - ανταγωνιστικές συμπεριφορές των κυρίαρχων στις αγορές της νέας οικονομίας επιχειρήσεων ναι μεν διαφοροποιούνται από το κλασικό μοτίβο του ελέγχου των τιμών ή των ποσοτήτων παραγωγής, δεν παύουν όμως να υπάρχουν και να έχουν ως σκοπό την παρεμβολή στην διαδικασία επιλογής του καταναλωτή, μεταβάλλοντας την προς την κατεύθυνση που επιθυμούν, ώστε να αποκλείσουν τους ανταγωνιστές τους. Ο «αντιανταγωνιστικός αποκλεισμός»,

¹²⁴ Έφη Κινινή, ο.π., υποσ. 14, σελ. 320.

¹²⁵ *Ibid*, σελ. 321.

όπως περιγράφεται και στην Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων της Επιτροπής για την εφαρμογή του άρθρου 102, «*χρησιμοποιείται για να περιγράψει μια κατάσταση στην οποία η αποτελεσματική πρόσβαση των πραγματικών ή δυνητικών ανταγωνιστών σε προμήθειες ή αγορές εμποδίζεται ή ματαιώνεται λόγω της συμπεριφοράς της δεσπόζουσας επιχείρησης*».¹²⁶

Τούτων δοθέντων, μπορούμε να εντοπίσουμε τις βασικές δυσκολίες που ανακύπτουν, εξετάζοντας τις συνθήκες ανταγωνισμού στις αγορές αυτές: το μείζον πρόβλημα ανευρίσκεται στην εγγενή μεταβλητότητα τους και στην χρονική διαίρεσή τους σε μια έντονη πρώτη φάση, στην οποία λαμβάνουν χώρα ταχύτατα τεχνολογικές μεταβολές που «καταστρέφουν» την υφιστάμενη δομή της αγοράς, αναδημιουργώντας την εκ νέου και σε μια δεύτερη, όπου η καινοτόμος επιχείρηση έχει αποκτήσει ήδη μονοπωλιακή θέση, η οποία όμως, λόγω των ανταγωνιστικών πιέσεων που αναπτύσσονται, είναι θεωρητικά εύθραυστη και μπορεί ανα πάσα στιγμή να ανατραπεί. Η πραγματικότητα αυτή, καθιστά δύσκολη την προσκόλληση στα παραδοσιακά κριτήρια θεμελίωσης της δεσπόζουσας θέσης που έχουν αναπτυχθεί από την ενωσιακή νομολογία. Το υψηλό μερίδιο αγοράς, για παράδειγμα, ενδεχομένως να μην αντικατοπτρίζει την πραγματική δύναμη της επιχείρησης, λόγω ακριβώς αυτών των πιέσεων από την μεριά των ανταγωνιστών. Όπως απεφάνθη σχετικά το ΓενΔΕΕ στην υπόθεση *Cisco*, «*ο τομέας των οικιακών επικοινωνιών είναι ένας πρόσφατος τομέας που αναπτύσσεται ραγδαία και χαρακτηρίζεται από σύντομης διάρκειας κύκλους καινοτομίας, στον οποίο το μεγάλο μερίδιο αγοράς μπορεί να αποδειχτεί εφήμερο. Σε ένα τόσο δυναμικό πλαίσιο ένα μεγάλο μερίδιο αγοράς δεν είναι κατ' ανάγκη ενδεικτικό ισχύος στην αγορά και, συνεπώς, βλάβης για τον ανταγωνισμό, στην διάρκεια του χρόνου*».¹²⁷ Με δεδομένο, επίσης, ότι στις εν λόγω αγορές η καινοτομία είναι αυτή που αποτελεί τον πρωταρχικό παράγοντα ανταγωνισμού και όχι η τιμή των προϊόντων, σε συνδυασμό με τις εξωτερικότητες δικτύου που αναπτύσσονται, δύσκολα μπορεί να γίνει λόγος για την ύπαρξη αντισταθμιστικής ισχύς εκ μέρους των πελατών, ως κριτηρίου που θα ληφθεί υπόψη για την θεμελίωση της ύπαρξης ή όχι δεσπόζουσας θέσης. Οι πελάτες - καταναλωτές, όπως είδαμε, είναι «αναγκασμένοι» να παραμείνουν στην αρχική τεχνολογία που επέλεξαν, λόγω των φαινομένων εγκλωβισμού που προκαλούν τα υψηλά κόστη μεταπήδησης σε άλλες τεχνολογίες.

Καταλληλότερη, ως προς την διαπίστωση περί ύπαρξης και κατάχρησης της δεσπόζουσας θέσης μιας επιχείρησης στις αγορές της νέας οικονομίας, φαίνεται η προσέγγιση εκείνη, η οποία εστιάζει στους φραγμούς επέκτασης ή εισόδου που ορθώνει η επιχείρηση, προκειμένου να αποκλείσει τους πραγματικούς και δυνητικούς ανταγωνιστές της αντίστοιχα, από το να δραστηριοποιηθούν στην αγορά. Κατά την Ευρωπαϊκή Επιτροπή, «*Οι φραγμοί εισόδου μπορούν να λάβουν διάφορες μορφές. (...) Μπορεί επίσης να περιλαμβάνουν κόστη και άλλα εμπόδια, που προέρχονται για παράδειγμα από αποτελέσματα δικτύου, τα οποία αντιμετωπίζουν οι πελάτες όταν αλλάζουν προμηθευτή*».¹²⁸

Καταληκτικά, το συμπέρασμα στο οποίο οδηγούμαστε είναι πως το δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού δεν μπορεί να μείνει αμέτοχο στις αγορές της νέας οικονομίας· το γεγονός πως οι

¹²⁶ Ανακοίνωση της Επιτροπής της 05.12.2008, Κατευθύνσεις σχετικά με τις προτεραιότητες της Επιτροπής κατά τον έλεγχο της εφαρμογής του άρθρου 82 της Συνθήκης ΕΚ σε καταχρηστικές συμπεριφορές αποκλεισμού που υιοθετούν δεσπόζουσες επιχειρήσεις, σελ. 9, § 19.

¹²⁷ ΓενΔΕΕ, απόφαση της 11.12.2013, υποθ. T – 79/12, Cisco Systems Inc. και Messagenet SpA κατά Επιτροπής, σκ. 69.

¹²⁸ Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, ο.π., υποσ. 119, παρ. 17.

τελευταίες χαρακτηρίζονται από φαινόμενα δυναμικώς εξελισσόμενα, τα οποία μάλιστα συμβάλλουν στην προώθηση ενός εκ των βασικότερων στόχων της πολιτικής ανταγωνισμού, αυτόν της επίτευξης καινοτομίας και της ανάδυσης νέων τεχνολογιών, δεν συνεπάγεται αυτόθροα την αποχή του δικαίου κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού και την «εγκατάλειψη» της αγοράς σε μια διαδικασία αυτορρύθμισης. Οι πιέσεις που ασκούνται από τις ανταγωνίστριες επιχειρήσεις, πραγματικές ή δυνητικές, δεν συνεπάγονται αυτομάτως περισσότερες επενδύσεις από την μεριά του μονοπωλίου για την διατήρηση της θέσεως του καθώς, τα ίδια φαινόμενα που οδήγησαν στην κατάληψη αυτής της θέσης, παρέχουν την δυνατότητα για την υιοθέτηση συμπεριφορών αποκλεισμού των ανταγωνιστών, μέσω της όρθωσης εμποδίων εισόδου. Από την άλλη, μια προσέγγιση όπου η εποπτεία και ο έλεγχος θα πραγματοποιείται με τον ίδιο τρόπο, όπως συνέβαινε στις πάλαι πότε κραταιές επιχειρήσεις των «παραδοσιακών» κλάδων της οικονομίας, φαίνεται επίσης προβληματική· η δυναμική εξέλιξη του ανταγωνισμού, η απουσία οποιασδήποτε προβλεψιμότητας, όσον αφορά την εξέλιξη ή την παγίωση των νέων γνωρισμάτων της ανταγωνιστικής διαδικασίας, επιτάσσει μια περισσότερο αποστασιοποιημένη στάση, τουλάχιστον σε ένα πρώιμο στάδιο, προκειμένου οι αρχές ανταγωνισμού και τα Δικαστήρια να μελετήσουν, να αποκρυσταλλώσουν τα ως άνω γνωρίσματα, προσαρμόζοντας, στην συνέχεια, τις πολιτικές τους.

§3.2 Βιομηχανικά Πρότυπα και Τυποποίηση : Ορισμός και Διακρίσεις.

Ως πρότυπο νοείται ένα σύνολο τεχνικών προδιαγραφών, που τίθενται με σκοπό την κοινή εφαρμογή τους σε ένα προϊόν ή μια διαδικασία - μέθοδο.¹²⁹ Τα πρότυπα διακρίνονται σε πρότυπα ποιότητας και ασφάλειας και σε πρότυπα συμβατότητας ή διασύνδεσης: τα μεν πρώτα καθορίζουν τις προϋποθέσεις και τις προδιαγραφές που πρέπει να έχουν συγκεκριμένα προϊόντα, είτε για να διατεθούν στην αγορά (για παράδειγμα οι εκπομπές καυσαερίων των αυτοκινήτων), είτε για να λάβουν πιστοποίηση από τους διάφορους Οργανισμούς Τυποποίησης. Τα δε πρότυπα διασύνδεσης τίθενται προκειμένου να εξειδικεύσουν και να προσδιορίσουν τον τρόπο σύνδεσης και επικοινωνίας ενός προϊόντος με διαφορετικά προϊόντα¹³⁰ και τυγχάνουν ευρείας εφαρμογής στις αγορές της υψηλής τεχνολογίας, όπως οι τηλεπικοινωνίες και οι αγορές της πληροφορικής. Στην παρούσα εργασία θα μας απασχολήσουν τα πρότυπα διασύνδεσης και συμβατότητας, καθώς αυτά είναι που παρουσιάζουν το μεγαλύτερο ενδιαφέρον για το δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού.

Η διαδικασία κατά την οποία ένα πρότυπο συμβατότητας καθίσταται κοινό και χρησιμοποιείται από το σύνολο των παραγωγών προϊόντων που το ενσωματώνουν, ονομάζεται τυποποίηση και λαμβάνει χώρα με τρεις διαφορετικούς τρόπους: Αρχικά, ένα συγκεκριμένο προϊόν ή μια τεχνολογία δύναται να αναχθεί σε *de facto* πρότυπο, λόγω της ευρείας - σχεδόν καθολικής - υιοθέτησής του από μια συγκεκριμένη αγορά. Τα *de facto* πρότυπα αναπτύσσονται σχεδόν αποκλειστικά σε αγορές με έντονες εξωτερικότητες δικτύου, όπου μια αρχική διείσδυση στην αγορά οδηγεί στην μαζική εφαρμογή του από το σύνολο των καταναλωτών. Χαρακτηριστικό παράδειγμα *de facto* προτύπου υπήρξε το υπολογιστικό φύλλο (spreadsheet) Lotus 1-2-3, το οποίο, λόγω των πρωτοποριακών για την εποχή γνωρισμάτων του, κατέστη κυρίαρχο, μέχρι να

¹²⁹ Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis, Mark A. Lemley, Christopher R. Leslie, Michael A. Carrier, *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*, εκδ. Wolters Kluwer Legal, 2004, § 35.1.

¹³⁰ James J. Anton, Dennis A. Yao, 'Standard – Setting Consortia, Antitrust and High – Technology Industries', *Antitrust Law Journal*, τ. 64, 1995, σελ. 247.

αντικατασταθεί από το Microsoft Excel, στις αρχές της δεκαετίας του 1990, το οποίο κατέστη με την σειρά του το de facto πρότυπο σε όλους σχεδόν τους τομείς όπου εφαρμόστηκε. Όπως διαπιστώνει κανείς, στις περιπτώσεις αυτές ουδεμία προσέγγιση μεταξύ ανταγωνιστών λαμβάνει χώρα, προκειμένου να συμφωνήσουν από κοινού στην αναγωγή ενός προϊόντος ή μιας τεχνολογίας σε πρότυπο, σε αντίθεση με την δεύτερη κατηγορία τυποποίησης, που πραγματοποιείται κατόπιν πολυμερών διασκέψεων, στο πλαίσιο ειδικών προς τούτο οργανισμών.

Οι εν λόγω οργανισμοί, οι Οργανισμοί Τυποποίησης (Standards Setting Organizations) και οι Οργανισμοί Ανάπτυξης Προτύπων (Standards Developing Organizations), επιφορτίζονται με την διενέργεια διασκέψεων, στις οποίες διάφοροι παραγωγοί μετέρχονται σε εθελοντική βάση προκειμένου να επιτευχθεί η καθιέρωση προτύπων στο πλαίσιο μιας συλλογικής διαδικασίας και μέσα σε ένα κλίμα συνεργασίας και συνεννόησης. Οι ομοιόμορφες τεχνικές λύσεις που διαμορφώνονται μέσω αυτών των οργανισμών, ονομάζονται πολυμερή πρότυπα (multi - firm standards). Βασικό γνώρισμα των ως άνω διασκέψεων στους Οργανισμούς Τυποποίησης αποτελεί ο εθελοντικός χαρακτήρας της συμμετοχής και η υιοθέτηση πολιτικών οι οποίες εγγυώνται πως η διαδικασία επιλογής μιας τεχνικής λύσης ως προτύπου θα λαμβάνει χώρα σε ένα ανοικτό περιβάλλον, στο οποίο όλοι οι συμμετέχοντες θα έχουν δικαίωμα συνεισφοράς, αλλά και δικαίωμα αντίρρησης. Για παράδειγμα, η Ένωση Βιομηχανίας Τηλεπικοινωνιών στις Ηνωμένες Πολιτείες, έχει προβλέψει ότι στην περίπτωση όπου δεν ληφθεί υπόψη η πρόταση κάποιου μέρους κατά την διαδικασία, το τελευταίο έχει δικαίωμα να υποβάλει παράπονο στην Ένωση, έως και να αιτηθεί αποζημίωσης.¹³¹ Βεβαίως, οι κανόνες των διαφόρων Οργανισμών Τυποποίησης δεν εξαντλούνται μόνο στην διασφάλιση του «ανοικτού» χαρακτήρα της διαδικασίας, αλλά και στην επιβολή υποχρεώσεων προς τα μέλη τους· το πλέον χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελούν οι κανόνες που ρυθμίζουν τα ζητήματα σχετικά με τα δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας, ιδίως με την υποχρέωση γνωστοποίησης περί ύπαρξης τέτοιου δικαιώματος που ενσωματώνεται σε ορισμένη τεχνολογία και τους κανόνες που διέπουν την παροχή άδειας στα υπόλοιπα μέλη του Οργανισμού.

Τέλος, υποκατηγορία των πολυμερών προτύπων αποτελούν τα επίσημα πρότυπα, τα οποία καθορίζονται στο πλαίσιο αναγνωρισμένων οργανισμών τυποποίησης, διεθνών, ευρωπαϊκών ή εθνικών. Τέτοιοι οργανισμοί είναι ο Διεθνής Οργανισμός Τυποποίησης (International Standards Organization), η Διεθνής Ένωση Τηλεπικοινωνιών (International Telecommunication Union), η Ευρωπαϊκή Επιτροπή Τυποποίησης (CEN), το Ευρωπαϊκό Ινστιτούτο Τηλεπικοινωνιακών Προτύπων (ETSI), ο Ελληνικός Οργανισμός Τυποποίησης (ΕΛΟΤ).

§3.3 Τα πλεονεκτήματα της τυποποίησης.

Έχουμε ήδη εξετάσει πως στις ολοένα και περισσότερο αναπτυσσόμενες τεχνολογικές αγορές του σήμερα, η ανάδυση προηγμένων και καινοτόμων τεχνολογιών αποτελεί τον κατεξοχήν παράγοντα επιτυχίας και το κρίσιμο εκείνο πεδίο στο οποίο διεξάγεται πλέον το ανταγωνιστικό παιχνίδι. Ωστόσο, η τεχνολογία αυτή που διαρκώς εξελίσσεται θα παρέμενε χωρίς αντίκρισμα, εάν δεν διασφαλιζόταν παράλληλα η ευρεία διάχυση της, προκειμένου να αντλήσουν όλοι τα πλεονεκτήματα που αυτή επιφέρει, κυρίως δε οι καταναλωτές. Οι τελευταίοι, ακόμα και στην

¹³¹ Βλ. Telecommunications Industry Association, Engineering Manual, 5^η εκδ., 2009, § 13.1.

περίπτωση που δεν είναι σε θέση να συνειδητοποιήσουν το κολοσσιαίο μέγεθος των επενδύσεων στο οποίο προβαίνουν οι καινοτόμες επιχειρήσεις, είναι αυτοί που επωφελούνται εντέλει περισσότερο, για τον απλούστατο λόγο ότι η τεχνολογική ανάπτυξη έχει πρακτικά και εφαρμόσιμα αποτελέσματα στην καθημερινότητά τους, βελτιώνοντας τον τρόπο ζωής και το βιοτικό τους επίπεδο. Αντίστοιχα λοιπόν, πέραν των οξέων διαπραγματεύσεων που λαμβάνουν χώρα εντός των Οργανισμών Τυποποίησης και της εξαιρετικά τεχνικής φύσης των προτεινόμενων λύσεων, η υιοθέτηση τεχνολογιών που εφαρμόζονται συνολικά σε έναν συγκεκριμένο τομέα, εξασφαλίζοντας συνδεσιμότητα μεταξύ των διαφόρων προϊόντων και υπηρεσιών, αποβαίνει και αυτή με την σειρά της προς όφελος των καταναλωτών και των αναγκών τους. Στις συγκεκριμένες περιπτώσεις των προτύπων συμβατότητας, η εγγενής αξία της τυποποίησης δεν έγκειται αναγκαστικά στο πρότυπο που θα επιλεγεί και στο εάν αυτό είναι το καλύτερο δυνατό ποιοτικά, όσο στην καθαυτή διαδικασία της τυποποίησης. Ένα εύστοχο και απλό παράδειγμα που αποδεικνύει το παραπάνω είναι οι ηλεκτρικές πρίζες: οι ηλεκτρικές πρίζες είναι κατασκευασμένες βάσει συγκεκριμένων προδιαγραφών, που αφορούν την ισχύ και την αντίσταση του ρεύματος και οι οποίες έχουν αναχθεί σε πρότυπο. Ασχέτως εάν το συγκεκριμένο πρότυπο είναι το καλύτερο από μια σειρά δυνητικών εναλλακτικών, στην περίπτωση που κάθε πρίζα είχε διαφορετικά χαρακτηριστικά, κανείς δεν θα μπορούσε να μείνει σε ένα ξενοδοχείο, έχοντας την σιγουριά ότι το ηλεκτρικό «πιστολάκι» για τα μαλλιά θα δούλευε κανονικά στην πρίζα του ξενοδοχείου.¹³² Εάν λοιπόν η συμβατότητα μεταξύ σχετικά απλών προϊόντων και τεχνολογιών, όπως οι πρίζες και οι ηλεκτρικές συσκευές, επιτυγχάνεται με την υιοθέτηση προτύπων, μπορεί εύκολα κανείς να φανταστεί τον κεφαλαιώδη ρόλο τους σε τομείς όπως η πληροφορική και οι τηλεπικοινωνίες.

Τα πλεονεκτήματα που παρέχει ωστόσο η υιοθέτηση προτύπων και η επίτευξη διασυνδεσιμότητας και συμβατότητας μεταξύ των διαφόρων προϊόντων, δεν εξαντλούνται στους καταναλωτές. Η ψηφιοποίηση της οικονομίας, η οποία αποτελεί την εμπροσθοφυλακή της 4^{ης} τεχνολογικής επανάστασης, για την οποία τόσος λόγος έχει γίνει στον δημόσιο διάλογο, παρουσιάζει ένα τεράστιο εύρος ευκαιριών μεγέθυνσης για τις ευρωπαϊκές επιχειρήσεις και την ευρωπαϊκή βιομηχανία. Εκτιμάται ότι έως το 2025, οι οικονομικές δυνατότητες που προσφέρουν οι εφαρμογές του διαδικτύου των πραγμάτων (ΔτΠ) σε συσκευές που προορίζονται για ανθρώπους, κατοικίες, γραφεία, εργοστάσια, χώρους εργασίας, περιβάλλοντα λιανικής πώλησης, πόλεις, οχήματα και υπαίθριους χώρους εκτιμάται ότι θα ανέρχονται σε 9 τρισ. ευρώ ετησίως στις ανεπτυγμένες χώρες.¹³³ Όλα τα παραπάνω θα καθίσταντο κενά νοήματος, ελλειπούσης της δυνατότητας συμβατότητας μεταξύ των διαφόρων συσκευών και συστημάτων, συγκεκριμένα, χωρίς διαλειτουργικότητα, το 40% από τα δυνητικά οφέλη των συστημάτων ΔτΠ δεν θα αποκομίζονταν.¹³⁴ Επιπλέον, οι προαναφερθείσες δυνατότητες έχουν οριζόντιο αποτύπωμα και, κυρίως, συμβάλλουν στην ανταγωνιστικότητα των μικρών και μεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ). Τα αυτά δέχεται και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, κατά την οποία «τα πρότυπα είναι σημαντικά εργαλεία για την ανταγωνιστικότητα των επιχειρήσεων, ιδίως των ΜΜΕ, των οποίων η συμμετοχή στην διαδικασία του συστήματος τυποποίησης είναι σημαντική για την τεχνική πρόοδο στην Ένωση.»¹³⁵ Στα πλεονεκτήματα που αποφέρουν τα πρότυπα, τέλος, πρέπει να εντάξει κανείς και την συμπίεση του κόστους για τις επιχειρήσεις, ιδίως τις νεοεισερχόμενες, σε μια αγορά, καθώς λόγω των κοινών

¹³² Mark Lemley, 'Intellectual Property Rights and Standard – Setting Organizations', *California Law Review*, τ. 90, 2002, σελ. 1896.

¹³³ McKinsey Global Institute, *The Internet of Things: Mapping the Value Beyond the Hype*, 2015, σελ. 4.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ Κανονισμός (ΕΕ) αριθ. 1025/2012 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, ο.π., σκ. 20.

τεχνικών προδιαγραφών, οι τελευταίες δεν αναγκάζονται να προβούν σε υψηλές δαπάνες σε υποκατάστατες, αλλά μη συμβατές τεχνολογίες. Έχοντας δηλαδή την δυνατότητα πρόσβασης στο πρότυπο που ισχύει και εφαρμόζεται στο σύνολο του οικείου τομέα, οι νεοεισερχόμενες επιχειρήσεις αποφεύγουν τις αναποτελεσματικές επενδύσεις, διευκολύνοντας την είσοδό τους στις παράπλευρες αγορές συμπληρωματικών προϊόντων.¹³⁶ Έτσι, οι προμηθευτές λογισμικού που έχουν πρόσβαση στο κυρίαρχο στην αγορά λειτουργικό σύστημα, για παράδειγμα αυτό της Microsoft, θα αναπτύξουν προγράμματα εφαρμογών συμβατά με το τελευταίο, εστιάζοντας όλες τους τις ενέργειες στην βελτίωση του προϊόντος τους, ώστε αυτό να υπερνικήσει τα αντίστοιχα στην σχετική αγορά των συμπληρωματικών προϊόντων, δηλαδή στην αγορά των εφαρμογών, αποφεύγοντας περιττές δαπάνες σε παραπλήσιες αγορές.

§ 3.4 Η αξιολόγηση της διαδικασίας της τυποποίησης κατά την Ευρωπαϊκή Επιτροπή.

Εξετάζοντας τις κατευθυντήριες γραμμές για την εφαρμογή του άρθρου 101 ΣΛΕΕ της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, το πρώτο συμπέρασμα στο οποίο καταλήγει κανείς είναι πως οριοθετούνται εναργώς τα κριτήρια που συνιστούν τον «ασφαλή λιμένα» και που όταν πληρούνται, κατά κανόνα δεν περιορίζεται ο ανταγωνισμός κατά την έννοια του άρθρου 101 ΣΛΕΕ. Τα κριτήρια αυτά είναι ο ανοιχτός χαρακτήρας, η δυνατότητα δηλαδή «απεριόριστης» συμμετοχής στην θέσπιση του προτύπου απ' όποιον το επιθυμεί, η διαφάνεια της διαδικασίας για την έγκριση του προτύπου, η δυνατότητα ανάπτυξης εναλλακτικών τεχνολογιών, ήτοι η μη επιβολή «υποχρέωσης συμμόρφωσης» προς το πρότυπο και η παροχή πρόσβασης σ' αυτό υπό δίκαιους, εύλογους και μη εισάγοντες διακρίσεις – μη μεροληπτικούς όρους (fair, reasonable and non – discriminatory terms – εφεξής: FRAND).¹³⁷ Η στόχευση των δύο τελευταίων κριτηρίων, της μη επιβολής υποχρέωσης συμμόρφωσης προς το πρότυπο και η αντίστοιχη υποχρέωση παροχής πρόσβασης υπό όρους FRAND, είναι ξεκάθαρη και έγκειται στην αποφυγή των φαινομένων του αντι - ανταγωνιστικού αποκλεισμού και της διακριτικής μεταχείρισης. Στην περίπτωση δε όπου τα κριτήρια αυτά δεν πληρούνται, αυτό δεν συνεπάγεται αυτόθροα εικασία περιορισμού του ανταγωνισμού, αλλά θα απαιτείται αυτοαξιολόγηση εκ μέρους των συμμετεχουσών στην τυποποίηση επιχειρήσεων για να διαπιστωθεί εάν η συμφωνία εμπίπτει στο άρθρο 101 παρ. 1 και στο άρθρο 101 παρ. 3, αντίστοιχα.¹³⁸ Βάσει των ανωτέρω, οι Οργανισμοί Τυποποίησης είναι σε θέση να καθιερώσουν τους δικούς τους κανόνες, ακόμα και αν αποκλίνουν από τα περιγραφόμενα στις κατευθυντήριες, υπό την προϋπόθεση πάντα ότι δεν παραβιάζουν τους κανόνες του ανταγωνισμού. Κατά την αξιολόγηση, τέλος, τυχόν ευνοϊκών αποτελεσμάτων για τον ανταγωνισμό, βάσει της παρ. 3 του άρθρου 101, η Επιτροπή εστιάζει στην βελτίωση της αποτελεσματικότητας που επιφέρουν οι συμφωνίες τυποποίησης, οι οποίες επιτρέπουν «την αύξηση της επιλογής των καταναλωτών και την μείωση των τιμών (...), την ενθάρρυνση του ανταγωνισμού, σχετικά με τα οφέλη μεταξύ των τεχνολογιών διαφορετικών εταιριών, την μείωση του κόστους συναλλαγής για τους πωλητές και τους αγοραστές και την μείωση του χρόνου που απαιτείται για την είσοδο μιας νέας τεχνολογίας στην αγορά».¹³⁹

¹³⁶ D. Leeds, 'Raising the Standard: Antitrust Scrutiny of Standard – Setting Consortia in High Technology Industries', Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J., σελ. 921, 923.

¹³⁷ Βλ. Ανακοίνωση της Επιτροπής – Κατευθυντήριες γραμμές για την εφαρμογή του άρθρου 101 της Συνθήκης για την λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας, (2011/C 11/01), §280.

¹³⁸ *Ibid.*, § 281.

¹³⁹ *Ibid.*, § 308.

Προς επίρρωση των παραπάνω, τα πιθανά αντι - ανταγωνιστικά αποτελέσματα των συμφωνιών τυποποίησης που εξετάζονται από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή, μπορούν να εκδηλωθούν με τρεις τρόπους: α) με την μείωση του ανταγωνισμού στις τιμές, β) με τον αποκλεισμό καινοτόμων τεχνολογιών και γ) με την παρεμπόδιση αποτελεσματικής πρόσβασης στο πρότυπο.¹⁴⁰

Όσον αφορά την πρώτη περίπτωση, αυτή αποτελεί μια κλασική περίπτωση συντονισμού, απόρροια των συζητήσεων και της συνεννόησης των επιχειρήσεων που συμμετέχουν στην διαδικασία τυποποίησης, με αντικείμενο την μείωση ή την εξάλειψη του ανταγωνισμού στις τιμές.¹⁴¹ Η δεύτερη περίπτωση, ο αποκλεισμός καινοτόμων τεχνολογιών, ανακύπτει λόγω μη εφαρμογής του τρίτου κριτηρίου που μόλις εξετάστηκε, δηλαδή σε περίπτωση επιβολής υποχρέωσης συμμόρφωσης προς το πρότυπο. Βέβαια, το εν λόγω αντι - ανταγωνιστικό αποτέλεσμα είναι δυνατόν να ανακύψει και λόγω των εγγενών χαρακτηριστικών της διαδικασίας τυποποίησης, η οποία σκοπεί στην ανάδειξη ενός προτύπου, μιας μόνο τεχνολογίας που θα διέπει την οικεία βιομηχανία. Συγκεκριμένα, όπως αναφέρεται και στις Κατευθυντήριες Γραμμές,¹⁴² ο ανταγωνισμός για την ένταξη στο πρότυπο, ο ανταγωνισμός εντός του προτύπου (intra – standard competition), όταν έχει ήδη ξεκινήσει η διαδικασία της τυποποίησης, μπορεί να συνιστά φραγμό εισόδου για ανταγωνιζόμενες τεχνολογίες που αποκλίνουν από το πρότυπο, οδηγώντας στον αντι - ανταγωνιστικό αποκλεισμό τους. Αυτό είναι πιθανό να συμβεί ιδιαίτερα στις περιπτώσεις που τα μέλη του Οργανισμού Τυποποίησης υποχρεούνται να αναπτύξουν και να χρησιμοποιούν ένα μόνο πρότυπο και είναι εξίσου πιθανό να οδηγήσει σε περιορισμό της καινοτομίας.

Την πιο σημαντική αντι - ανταγωνιστική συνέπεια, ωστόσο, την αποτελεί η παρεμπόδιση της αποτελεσματικής πρόσβασης στο πρότυπο. Δεδομένης της κεφαλαιώδους σημασίας των προτύπων και του εξέχοντος ρόλου τους για την παραγωγή συμβατών προϊόντων, η ύπαρξη ενός πλαισίου που θα διασφαλίζει στους συμμετέχοντες στις εργασίες ενός Οργανισμού Τυποποίησης την ως άνω δυνατότητα, κρίνεται επιτακτική. Το συγκεκριμένο ζήτημα και, ειδικότερα, το εξαιρετικά ρευστό περιεχόμενο των όρων FRAND, θα αναλυθεί εκτενώς στο οικείο κεφάλαιο που ακολουθεί.

§ 3.5 Τα ουσιώδη για την λειτουργία του προτύπου διπλώματα ευρεσιτεχνίας (Standard Essential Patents).

Έχουμε ήδη κάνει λόγο μια βασική ιδιαιτερότητα των αύλων αγαθών, συνιστάμενη στα εγγενή εκείνα χαρακτηριστικά τους, αυτά της μη-ανταγωνιστικότητας (non - rivalry) και της μη - αποκλειστικότητας (non exclusivity), που τους προσδίδουν τον χαρακτήρα των δημόσιων αγαθών, αγαθών δηλαδή μπορούν να καταναλωθούν και να χρησιμοποιηθούν από περισσότερους - πέραν του δικαιούχου - χρήστες, χωρίς να «εξασθενεί» το περιεχόμενο, η αξία και η χρησιμότητά τους. Είδαμε επίσης πως η αποκλειστικότητα με την οποία εξοπλίζονται οι δικαιούχοι από τις έννομες τάξεις σκοπεί, μεταξύ άλλων, στην αντιμετώπιση αυτού ακριβώς του προβλήματος και στην

¹⁴⁰ *Ibid*, § 264.

¹⁴¹ *Ibid*, § 265.

¹⁴² *Ibid*, § 266.

διατήρηση ζωντανών των κινήτρων για καινοτομία. Η αποκλειστικότητα αυτή, ωστόσο, δεν είναι ούτε απεριόριστη, ούτε ανεξέλεγκτη· πέραν της καθορισμένης νομοθετικά διάρκειας ζωής των άυλων αγαθών, σε περιορισμούς υπόκεινται και οι δικαιούχοι, ως προς τον τρόπο άσκησης της αποκλειστικής τους εξουσίας πάνω σ' αυτά. Τα παραδείγματα χορήγησης αναγκαστικών αδειών βάσει του άρθρου 102 ΣΛΕΕ που εξετάστηκαν ανωτέρω, χάριν προστασίας του ανταγωνισμού και των υπέρτερων σκοπών που επιτελεί ως θεσμός, αποδεικνύουν του λόγου το αληθές.

Επιπλέον, κατηγοριοποιώντας τις διαδικασίες με τις οποίες επιτυγχάνεται η τυποποίηση, οδηγηθήκαμε στο συμπέρασμα πως η πλέον συνηθισμένη, ειδικά όσον αφορά τα πρότυπα συμβατότητας και διασυνδεσιμότητας, είναι αυτή που λαμβάνει χώρα στους Οργανισμούς Τυποποίησης, στα συλλογικά εκείνα όργανα όπου περισσότεροι παραγωγοί συμμετέχουν και διαπραγματεύονται, με σκοπό την επίτευξη ενός consensus για την υιοθέτηση μιας κοινής τεχνικής λύσης. Οι τεχνολογίες που επιλέγονται ως πρότυπα στις περισσότερες περιπτώσεις καλύπτονται με δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας και, συγκεκριμένα, με δικαιώματα ευρεσιτεχνίας. Η «προτίμηση» αυτή των παραγωγών στις ευρεσιτεχνίες και η τάση να αποτελούν οι τελευταίες την κατεξοχήν κατηγορία δικαιώματος που ενσωματώνεται σε ένα πρότυπο, πρέπει να αναζητηθεί στους κάτωθι δύο λόγους: α) αφενός, στην μετατόπιση της οικονομίας και της παραγωγικής διαδικασίας από το μοντέλο της ατομικής επιχείρησης και του ατομικά εργαζόμενου εφευρέτη προς το αντίστοιχο των μεγάλων, διεθνοποιημένων επιχειρήσεων, οι οποίες απασχολούν εξαιρετικά ειδικευμένο και καταρτισμένο προσωπικό προς αυτόν ακριβώς τον σκοπό, δηλαδή την ανάπτυξη τεχνικών επινοημάτων που δύνανται να αποτελέσουν αντικείμενο ευρεσιτεχνίας και οι οποίες βασίζονται στην καινοτομία και την ανάπτυξη της τεχνολογίας για την επίτευξη κέρδους και για την είσοδο σε μια αγορά, εκμεταλλευόμενες τα παγκόσμια δίκτυα γνώσης και έρευνας,¹⁴³ β) αφετέρου, στις προϋποθέσεις χορήγησης διπλώματος ευρεσιτεχνίας οι οποίες, αν και διαφέρουν από κράτος σε κράτος, δεν περιλαμβάνουν το κριτήριο της πρωτοτυπίας, όπως αυτό ισχύει στα πνευματικά δημιουργήματα. Ένα δίπλωμα ευρεσιτεχνίας που προστατεύει τεχνολογία ουσιώδη για ένα πρότυπο ονομάζεται «ουσιώδες για τη λειτουργία του προτύπου δίπλωμα ευρεσιτεχνίας» («standard-essential patent» ή «SEP»)¹⁴⁴.

Η ύπαρξη ενός δικαιώματος ευρεσιτεχνίας, το οποίο ενσωματώνει ολόκληρη ή μέρος της τεχνολογίας που πρόκειται να αναχθεί σε πρότυπο αναγκάζει τους Οργανισμούς Τυποποίησης να προβλέψουν ειδικούς όρους, βάσει των οποίων τα προς υιοθέτηση πρότυπα διακρίνονται σε «ανοιχτά» ή «κλειστά». Στην πρώτη και πιο σπάνια εκδοχή, ο Οργανισμός Τυποποίησης υποχρεώνει τον δικαιούχο του ουσιώδους για την λειτουργία του προτύπου διπλώματος ευρεσιτεχνίας να παραιτηθεί από το αποκλειστικό δικαίωμα του επί της ευρεσιτεχνίας και, πιο συγκεκριμένα, από την βασική αξίωση του για την καταβολή ανταλλάγματος για την παροχή άδειας εκμετάλλευσης του (royalty – free), οπότε ο κάθε τρίτος είναι ελεύθερος να την χρησιμοποιήσει.¹⁴⁵ Εξ' αντιδιαστολής, η πολιτική του Οργανισμού Τυποποίησης, κατά την οποία ο δικαιούχος του ουσιώδους για την λειτουργία του προτύπου διπλώματος ευρεσιτεχνίας, δεν στερείται των αποκλειστικών του δικαιωμάτων, μετατρέπει το πρότυπο από «ανοικτό» σε

¹⁴³ OECD, Patents and Innovation: Trends and Policy Challenges, 2004, σελ. 7.

¹⁴⁴ Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Ανακοίνωση Της Επιτροπής Προς Το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, Το Συμβούλιο Και Την Ευρωπαϊκή Οικονομική Και Κοινωνική Επιτροπή - Καθορισμός της προσέγγισης της ΕΕ όσον αφορά τα ουσιώδη για τη λειτουργία προτύπων διπλώματα ευρεσιτεχνίας, 29.11.2017, COM (2017), σελ.1.

¹⁴⁵ Mark A. Lemley, ο.π., υποσ. 125, σελ. 1902.

«κλειστό». Συγκεκριμένα, ο τελευταίος μπορεί να επιλέξει να μην χορηγήσει άδειες εκμετάλλευσης, να υιοθετήσει μια επιλεκτική πολιτική χορήγησης αδειών ή να επιβάλει εδαφικούς ή άλλους περιορισμούς στους δικαιούχους,¹⁴⁶ ασκώντας απλώς το δικαίωμα του και την αποκλειστική εξουσία που αυτό του παρέχει. Σ' αυτό το σημείο λοιπόν είναι που ανακύπτει η βασική σύγκρουση μεταξύ των άυλων αγαθών και των προτύπων: ενώ στα πρώτα η χορήγηση της αποκλειστικότητας λειτουργεί, μεταξύ άλλων, ως ένα «αναγκαίο κακό» για την παροχή κινήτρων καινοτομίας, η ίδια η αποκλειστικότητα είναι που επιφέρει ταυτόχρονα το ακριβώς αντίθετο αποτέλεσμα, «κλειδώνοντας» το πρότυπο και στερώντας από τους τρίτους τα καθατά πλεονεκτήματα της διαδικασίας της τυποποίησης, ήτοι την ευρεία χρήση μιας τεχνολογίας, προκειμένου να επιτευχθεί η συμβατότητα των διαφόρων προϊόντων, προς το όφελος τόσο του συνόλου των ανταγωνιστών, κυρίως όμως, προς όφελος των καταναλωτών.

§3.6 Ειδικότερες συγκρούσεις μεταξύ των προτύπων και των άυλων αγαθών.

A. Η συσσώρευση δικαιωμάτων εκμετάλλευσης (Royalty Stacking).

Στην πραγματικότητα, οι πολιτικές που υιοθετούν οι Οργανισμοί Τυποποίησης τοποθετούνται στο μέσο των δύο «άκρων», που τα αποτελούν τα ανοικτά και τα κλειστά πρότυπα αντίστοιχα. Αναμφισβήτητα, η καθιέρωση μιας συγκεκριμένης τεχνολογίας ως πρότυπο αποσκοπεί, αλλά και επιτάσσει ταυτόχρονα, την καθολική χρησιμοποίησή του, γεγονός που παρέχει ένα ισχυρό επιχειρήμα υπέρ των ανοικτών προτύπων. Εντούτοις, εάν κάτι τέτοιο συνέβαινε, η διαδικασία της τυποποίησης εντός των Οργανισμών Τυποποίησης είτε θα περιέπιπτε σε αχρησία, καθώς καμία επιχείρηση δεν θα επιθυμούσε να αποστερηθεί ολοκληρωτικά των δικαιωμάτων της πάνω σε διπλώματα ευρεσιτεχνίας, η καθιέρωση των οποίων μάλιστα απαιτεί τις περισσότερες φορές εξαιρετικά κοστοβόρες επενδύσεις σε έρευνα και ανάπτυξη, είτε οι τεχνολογίες που υιοθετούνταν θα ήταν εξαιρετικά χαμηλής ποιότητας. Βάσει αυτών, η φαινομενικά θελκτική ιδέα των ανοικτών προτύπων καταλήγει να στερείται λογικής θεμελίωσης και οι δικαιούχοι ευρεσιτεχνιών εξακολουθούν να δικαιούνται την κάρπωση των εφευρετικών προσπάθειών τους στο πλαίσιο της διαδικασίας εντός των Οργανισμών Τυποποίησης. Αυτό ωστόσο δεν σημαίνει πως οι ιδιαίτερες συνθήκες και τα γνωρίσματα της τυποποίησης δεν πρέπει να λαμβάνονται υπόψη, ούτε πως οι όροι και οι προϋποθέσεις που θέτουν οι δικαιούχοι ουσιωδών για την λειτουργία του προτύπου διπλωμάτων ευρεσιτεχνιών κατά τις διαπραγματεύσεις με ενδιαφερόμενους για την παραχώρηση αδειών εκμετάλλευσης, πρέπει να αντιμετωπίζονται ομοίως με τις αντίστοιχες περιπτώσεις που λαμβάνουν χώρα εκτός των Οργανισμών Τυποποίησης.

Ένα από τα σημαντικότερα προβλήματα που εμφανίζονται και σχετίζονται με τις ευρεσιτεχνίες που ενσωματώνονται σε πρότυπα, κατά το στάδιο της αίτησης χορήγησης άδειας εκμετάλλευσης τους, είναι αυτό της συσσώρευσης δικαιωμάτων εκμετάλλευσης (royal stacking), το οποίο αποτελεί συνέπεια της υπάρξεως ενός πολύ υψηλού αριθμού διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας για την παραγωγή συγκεκριμένων προϊόντων ή, όπως λέγεται, μιας δέσμης διπλωμάτων

¹⁴⁶ Εφη Κινινή, ο.π., σελ υποσ. 14, σελ. 337.

ευρεσιτεχνίας (patent thicket).¹⁴⁷ Για μια πληρέστερη κατανόηση του προβλήματος της συσσώρευσης δικαιωμάτων εκμετάλλευσης, χρήσιμο είναι να έχει κανείς υπόψη την εξέλιξη του συστήματος των ευρεσιτεχνιών, κυρίως δε ότι αυτό προήλθε από μια πραγματικότητα εντελώς διαφορετική και ξένη σε σχέση με ό,τι ισχύει σήμερα, όπου με δίπλωμα ευρεσιτεχνίας καλύπτονταν ένα μηχάνημα μόνο, μια συσκευή ή μια μέθοδος παραγωγής.¹⁴⁸ Αυτό με την σειρά του καθιστούσε εναργές το περιεχόμενο του δικαιώματος ευρεσιτεχνίας, όσο και την έκταση προστασίας της, τόσο για τον δικαιούχο, όσο και για τον αιτούντα άδεια εκμετάλλευσης.

Όπως είναι εύλογο, κάτι τέτοιο δεν ισχύει σήμερα· ειδικά στους ταχύτατα εξελισσόμενους τομείς της πληροφορικής, των τηλεπικοινωνιών, της μηχανικής και του λογισμικού, το εκάστοτε προϊόν ενσωματώνει πολλές φορές δεκάδες διαφορετικές ευρεσιτεχνίες, απαιτείται συνεπώς η παροχή άδειας εκμετάλλευσης από τον εκάστοτε δικαιούχο κάθε ευρεσιτεχνίας ξεχωριστά, προκειμένου να μπορεί κάποιος δραστηριοποιούμενος στο επίπεδο της εμπορίας να το διαθέσει. *Mutatis mutandis*, τα αυτά ισχύουν και για τα πρότυπα· η τεχνολογία που καθιερώνεται ως πρότυπο, είναι πολύ πιθανό να προστατεύεται ως ένα σύνολο επιμέρους ευρεσιτεχνιών οπότε, προκειμένου να εξασφαλίσει πρόσβαση σε ολόκληρο το πρότυπο, ο ενδιαφερόμενος θα χρειαστεί να αιτηθεί τόσες άδειες, όσες και οι ευρεσιτεχνίες που το απαρτίζουν. Για να αναφέρουμε ένα μόνο παράδειγμα, τα τεχνικά πρότυπα κωδικοποίησης video MPEG - 2 και MPEG - 4 εκτιμάται ότι έχουν περίπου 800 δηλωμένα ουσιώδη για την λειτουργία του προτύπου διπλώματα ευρεσιτεχνίας.¹⁴⁹ Η δέσμη αυτή διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας (patent thicket) επιβραδύνει την τελική πρόσβαση σε μια ουσιώδη για την λειτουργία του προτύπου ευρεσιτεχνία, καθώς ο αιτών αναγκάζεται να μετέλθει ενός σταδίου πολλαπλών αιτήσεων για περισσότερες επιμέρους ευρεσιτεχνίες.

Η συνέπεια της ανωτέρω διαδικασίας, που συνιστά και το φαινόμενο της συσσώρευσης δικαιωμάτων εκμετάλλευσης, έγκειται στο δυσβάσταχτο κόστος που επωμίζεται ο κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος οφείλει αφενός να αναζητήσει και να γνωρίσει την ύπαρξη καθενός διπλώματος ευρεσιτεχνίας ξεχωριστά, επωμιζόμενος τα αντίστοιχα κόστη, αφετέρου υποχρεούται να καταβάλει αντάλλαγμα σε όλους τους δικαιούχους, για την εκμετάλλευση των ευρεσιτεχνιών τους. Αυτό πρέπει να ιδωθεί και υπό το πρίσμα του ότι είναι πρακτικώς αδύνατο για τον νομοθέτη να προβεί σε οποιονδήποτε διαχωρισμό ανάμεσα σε «καλές» ή «κακές» ευρεσιτεχνίες, προσδίδοντας υπερέχουσα θέση σε κάποιες έναντι άλλων, καθώς τα κριτήρια για την απονομή διπλώματος ευρεσιτεχνίας οφείλουν να είναι οριζόντια και, πρωτίστως, τυπικά. Ομοίως, κατά την εκδίκαση υποθέσεων σχετικών με το εύλογο και δίκαιο ύψος του τιμήματος για την παροχή άδειας εκμετάλλευσης, τα δικαστήρια σπανίως λαμβάνουν υπόψη την ύπαρξη των υπόλοιπων ευρεσιτεχνιών, που μαζί με αυτή που φέρεται ενώπιον τους διαμορφώνουν και συγκαθορίζουν την συνολική αξία, αντιθέτως, εξετάζοντας μόνο την τελευταία, επιτρέπουν πολλές φορές στον δικαιούχο της να αποκομίσει συνολικό τίμημα σαφώς μεγαλύτερο απ' αυτό που αφορά η συγκεκριμένη ευρεσιτεχνία του.¹⁵⁰ Εντούτοις, καίτοι υπαρκτό, το πρόβλημα της συσσώρευσης

¹⁴⁷ Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, Ανακοίνωση Της Επιτροπής Προς Το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο - Ενίσχυση του συστήματος των διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας στην Ευρώπη, 03.04.2007, (COM) 2017, σελ. 15.

¹⁴⁸ Robert P. Merges, 'As many as six impossible patents before breakfast: Property Rights for Business Concepts and Patent System Reform', *Berkeley Technology Law Journal*, 1999, τ.14, σελ. 577.

¹⁴⁹ Fraunhofer Institute, Study on the Interplay Between Standards and Intellectual Property Rights, 2011, σελ. 62

¹⁵⁰ Mark A. Lemley, 'Ten Things To Do About Patent Holdup of Standards (And One Not To)', *Boston College Law Review*, 2007, τ. 48, σελ. 152.

δικαιωμάτων εκμετάλλευσης δεν θα πρέπει να εξετάζεται *in vacuum*, αλλά υπό το πρίσμα της δεδομένης κάθε φορά τεχνολογίας, του προτύπου που σχηματίζεται και των ιδιαίτερων τεχνικών προδιαγραφών του τελευταίου. Όπως έχει άλλωστε ήδη αναλυθεί, η αλληλεπικάλυψη και η αλληλεπίδραση μεταξύ διαφόρων τεχνολογιών αποτελεί εγγενές γνώρισμα της ολοένα επιταχυνόμενης τεχνολογικής ανάπτυξης και της δημιουργίας πελώριων δικτύων, ένα συνεχές κατά το οποίο ακόμα και η πλέον εξελιγμένη τεχνολογική λύση υπόκειται σε διαδοχικές βελτιώσεις, που φτάνουν μέχρι το σημείο της αντικατάστασης από καινούργιες. Σύμφωνα με τους Geradin και Ratio, για συσσώρευση δικαιωμάτων εκμετάλλευσης μπορεί να γίνει λόγος στην περίπτωση όπου συντρέχουν σωρευτικά τέσσερις προϋποθέσεις¹⁵¹: α) Αρχικά, η καινοτομία που αναπτύσσεται θα πρέπει να αποτελεί προϊόν διαδοχικών τεχνολογικών εξελίξεων, καθεμιά εκ των οποίων έχει την δική της ξεχωριστή συμβολή και όλες μαζί διαμορφώνουν το τελικό αποτέλεσμα. β) Αντίστοιχα, θα πρέπει να υφίστανται περισσότερα διπλώματα ευρεσιτεχνίας που ενσωματώνονται στο τελικό πρότυπο και να απαιτείται η παροχή άδειας εκμετάλλευσης για το καθένα ξεχωριστά. Σε διαφορετική περίπτωση, η συσσώρευση δεν θα είναι ιδιαιτέρως μεγάλη και η διαπραγμάτευση μεταξύ των μερών για την παροχή άδειας εκμετάλλευσης δεν θα παρουσιάσει ιδιαίτερες δυσκολίες. γ) Τρίτον, τα διπλώματα ευρεσιτεχνίας αυτά θα πρέπει να ανήκουν σε περισσότερους του ενός δικαιούχους και όχι σε έναν μόνο, υποχρεώνοντας τον εκάστοτε αιτούντα παροχής άδειας εκμετάλλευσης να μετέλθει πολλαπλών διαπραγματεύσεων με τον καθένα εξ' αυτών ξεχωριστά. Αντιθέτως, εάν ένα μόνο πρόσωπο αποτελεί τον δικαιούχο των περισσότερων αυτών διπλωμάτων, θα λάβει χώρα μια και μόνο διαπραγμάτευση για όλες τις ευρεσιτεχνίες όπου και θα καθοριστεί ένα ενιαίο τίμημα. Δ) Τέλος, ο αιτών την παροχή άδεια εκμετάλλευσης δεν θα πρέπει να αποτελεί και αυτός με την σειρά του δικαιούχο ευρεσιτεχνίας που ενσωματώνεται στο πρότυπο, καθώς σ' αυτήν την περίπτωση θα υπάρχει η αντικειμενική δυνατότητα για σταυροειδείς παροχές άδειας εκμετάλλευσης μεταξύ των μερών, όπου το καθένα εξ' αυτών θα είναι σε θέση να «ανταλλάσσει» την ευρεσιτεχνία του με το άλλο.

B. Η ενέδρα των άυλων αγαθών (intellectual property ambush) – Η απόφαση Rambus.

Για την κατανόηση του φαινομένου της ενέδρας των άυλων αγαθών (intellectual property ambush), πρέπει να έχουμε κατά νου την περίπτωση μιας τεχνολογίας που ήδη προστατεύεται με δίπλωμα ευρεσιτεχνίας και η αναγωγή της σε ουσιώδες για την λειτουργία του προτύπου δίπλωμα ευρεσιτεχνίας έπεται. Το πρόβλημα θα δημιουργηθεί ακριβώς την στιγμή της αναγωγής και της συνακόλουθης συμπεριφοράς του δικαιούχου, ο οποίος θα απαγορεύσει στους τρίτους την χρήση του νεότερου επίσημου προτύπου.¹⁵² Το κρίσιμο εν προκειμένω στοιχείο της συμπεριφοράς του δικαιούχου δεν έγκειται στην καθαυτή απαγόρευση χρήσης του αποκλειστικού δικαιώματος, όσο στο γεγονός της απόκρυψης του, κατά παράβαση των κανόνων των Οργανισμών Τυποποίησης, οι οποίοι τις περισσότερες φορές καλούν τα μέλη τους να κοινοποιούν την ύπαρξη τέτοιων δικαιωμάτων για να λάβουν γνώση οι λοιποί συμμετέχοντες. Οι κανόνες αποκάλυψης αυτοί ωστόσο δεν είναι δεσμευτικοί, ούτε η παράκαμψή τους επιφέρει συγκεκριμένες κυρώσεις. Τούτων δοθέντων, το μοτίβο συμπεριφοράς που αποτελεί εκδήλωση του φαινομένου της ενέδρας των άυλων αγαθών ξεδιπλώνεται σε δύο διακριτά μεταξύ τους στάδια: σε ένα πρώτο, στο οποίο ο δικαιούχος, αποκρύπτοντας την κατοχή του διπλώματος ευρεσιτεχνίας,

¹⁵¹ Damien Geradin, Miguel Ratio, ο.π., υποσ. 89, σελ. 23- 24.

¹⁵² Έφη Κινινή, ο.π., υποσ. 14, σελ. 338.

είναι σε θέση να συγκεντρώσει τις απαραίτητες πληροφορίες, να χαρτογραφήσει την τάση που διαγράφεται στον Οργανισμό Τυποποίησης και να λάβει υπόψη τις ευρεσιτεχνίες των υπολοίπων μελών που κατέστησαν γνωστές, ώστε να είναι σε θέση να τροποποιήσει την δική του κατά τρόπο που να καλύπτει ολόκληρο το πρότυπο. Όταν ολοκληρωθεί η διαδικασία της τυποποίησης και υιοθετηθεί το πρότυπο, ακολουθεί το δεύτερο στάδιο, κατά το οποίο ο δικαιούχος, υπό την απειλή δικαστικής επιδίωξης των απαιτήσεών του, μπορεί αντικειμενικώς να υποχρεώσει τους ενδιαφερόμενους να καταβάλλουν ιδιαιτέρως υψηλά ανταλλάγματα, επιτυγχάνοντας υψηλότερα κέρδη.¹⁵³

Το πρόβλημα της ενέδρας των άυλων αγαθών ενδέχεται να αποβεί άκρως βλαπτικό για την διαδικασία της τυποποίησης και την περάτωση της: Αρχικά, η ανεπαρκής προστασία των λοιπών συμμετεχόντων, λόγω της απουσίας κυρώσεων από τους Οργανισμούς Τυποποίησης στην περίπτωση μη αποκάλυψης των δικαιωμάτων σε ευρεσιτεχνίες, είναι εξαιρετικά πιθανό να τους αποθαρρύνει από την ενεργή συμμετοχή στην διαδικασία ανάδειξης του προτύπου, κυρίως δε, από την κοινοποίηση των δικών τους τεχνολογιών. Ως αποτέλεσμα, η διαδικασία κατακερματίζεται και πολλές ευρεσιτεχνίες που θα μπορούσαν να συμβάλλουν στην ποιοτική αναβάθμιση του προϊόντος μένουν στην αφάνεια. Επίσης, οι παραγωγοί - «θύματα» της πρακτικής αυτής, θα αναζητήσουν κατά πάσα πιθανότητα τρόπους να ακυρώσουν το δίπλωμα ευρεσιτεχνίας του αποκρύπτοντος, την στιγμή όμως που αυτό κατέστη ουσιώδες για την λειτουργία του προτύπου, δημιουργώντας μια κατάσταση στασιμότητας, όπου οι ανακύπτουσες δικαστικές διαμάχες θα αναστείλουν την περαιτέρω ανάπτυξη και ποιοτική αναβάθμιση της υιοθετηθείσας τεχνολογίας.¹⁵⁴

Το φαινόμενο της ενέδρας των άυλων αγαθών, προσδιορίστηκε με εναργή τρόπο στην απόφαση Rambus. Η συγκεκριμένη απόφαση της Επιτροπής,¹⁵⁵ αποτέλεσε την πρώτη σημαντική προσπάθεια να χαρτογραφηθεί το φαινόμενο της ενέδρας των άυλων αγαθών και το αντι-ανταγωνιστικό του αποτύπωμα, αλλά και να λάβει χώρα παράλληλα μια βαθύτερη ανάλυση της περίπλοκης σχέσης ανάμεσα στο δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού, τα πρότυπα και τα δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας.

Η εταιρία Rambus, αμερικάνικη εταιρία τεχνολογίας με αντικείμενο, μεταξύ άλλων, τον σχεδιασμό, την ανάπτυξη και την εμπορία τεχνολογιών σύνδεσης μικροκυκλωμάτων υψηλού εύρους ζώνης για ηλεκτρονικούς υπολογιστές και ηλεκτρικές συσκευές οικιακής χρήσης, συμμετείχε σε έναν Οργανισμό Τυποποίησης και Ανάπτυξης ανοικτών προτύπων στον τομέα της μικροηλεκτρονικής, τον JEDEC (Joint Electron Device Engineering Council). Στο πλαίσιο των εργασιών του JEDEC, υιοθετήθηκαν πρότυπα συμβατότητας για τα ηλεκτρονικά κυκλώματα δυναμικής μνήμης τυχαίας προσπέλασης (Dynamic Random Access Memory – εφεξής: DRAM) κατά το έτος 1999, καλυπτόμενα από διπλώματα ευρεσιτεχνίας της Rambus, η οποία όμως δεν είχε προβεί στην αποκάλυψη τους, κατά το στάδιο της ανάπτυξης του προτύπου. Παράλληλα, μετά την υιοθέτηση του προτύπου, η Rambus εγκατέλειψε τον Οργανισμό και ξεκίνησε να στρέφεται δικαστικώς έναντι κάθε εταιρίας που χρησιμοποιούσε την τεχνολογία DRAM που

¹⁵³ Fuchs, Andreas, Patent Ambush Strategies and Article 102 TFEU, σε Drexl, Josef; Grimes, Warren, Jones, Clifford; Peritz, Rudolph, Swaine, Edward, More Common Ground for International Competition Law, εκδ. Edward Elgar Publishing, 2011, σελ. 177.

¹⁵⁴ Faull, Nikray, ο.π., υποσ. 102, σελ. 500.

¹⁵⁵ Απόφαση της Επιτροπής της 9^{ης} Δεκεμβρίου 2009, σχετικά με την διαδικασία βάσει του άρθρου 102 ΣΛΕΕ και του άρθρου 54 της Συμφωνίας ΕΟΧ, Υποθ. COMP/38.636 – RAMBUS.

καθιερώθηκε ως πρότυπο, αξιώνοντας παράλληλα αρκούντως υψηλά ανταλλάγματα για την παραχώρηση αδειών εκμετάλλευσης, σε όσες εταιρίες απευθύνονταν σ' αυτήν προς τούτο.

Με την κοινοποίηση αιτιάσεων και την προκαταρκτική της εκτίμηση τον Ιούλιο του 2007, η Επιτροπή έκρινε πως η εταιρία Rambus καταχράστηκε την δεσπόζουσα θέση της στην σχετική αγορά, την οποία αποτελούσε η παγκόσμια αγορά των προϊόντων τεχνολογίας συμβατών με την τεχνολογία DRAM, γεγονός που στοιχειοθέτησε και τον επηρεασμό του εμπορίου μεταξύ των κρατών - μελών, καθώς δεν αποκάλυψε τα διπλώματα ευρεσιτεχνίας της και, εν συνεχεία, αξίωσε υψηλά ανταλλάγματα για την παραχώρηση αδειών εκμετάλλευσης, παραβιάζοντας κατ' αυτόν τον τρόπο το άρθρο 102 ΣΛΕΕ¹⁵⁶. Παράλληλα, μέσω μιας ενδελεχούς ανάλυσης με αναφορά στα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης, η Επιτροπή οριοθέτησε εναργώς το φαινόμενο της ενέδρας των άυλων αγαθών και τις αντι - ανταγωνιστικές του συνέπειες: καταρχάς, δεχόμενη τα όσα σημειώθηκαν ανωτέρω ως προς τα γνωρίσματα των αγορών της νέας οικονομίας, η Επιτροπή στήριξε την συλλογιστική της όχι μόνο στο υψηλό μερίδιο της εταιρίας Rambus στην σχετική αγορά, προκειμένου να θεμελιώσει την δεσπόζουσα θέση της, αλλά και στα εμπόδια εισόδου που προκαλεί η τυποποίηση, τα οποία «εγκλωβίζουν» την οικεία βιομηχανία στην τεχνολογία που καθιερώθηκε ως πρότυπο, λόγω του υψηλού κόστους μεταπήδησης (switching cost) σε εναλλακτικές τεχνολογίες. Τα εν λόγω κόστη εξειδικεύτηκαν περαιτέρω, συνιστάμενα στον χρόνο που απαιτείται προκειμένου να επαναληφθεί η διαδικασία και να καθιερωθεί ένα καινούργιο πρότυπο, στις δαπάνες προώθησης που ακολουθούν, καθώς και στον χρόνο που θα απαιτηθεί από τους κατασκευαστές, από τους δραστηριοποιούμενος στην κατάντη αγορά κατασκευής των προϊόντων που ενσωματώνουν το πρότυπο, ώστε αυτοί να δοκιμάσουν την καινούργια τεχνολογία.¹⁵⁷ Κατόπιν τούτου, η Επιτροπή στάθηκε στην σημασία της αποκάλυψης των δικαιωμάτων ευρεσιτεχνίας· σύμφωνα λοιπόν με την Επιτροπή, η πιο σημαντική συνέπεια της αποκάλυψης έγκειται στην δυνατότητα που παρέχεται δι' αυτής στον Οργανισμό και τα μέλη του να επιλέξουν εναλλακτικές τεχνολογίες, οι οποίες και θα καθιερωθούν ως πρότυπα στην περίπτωση όπου ο αρχικός δικαιούχος επιλέξει να μην χορηγήσει άδειες εκμετάλλευσης υπό ικανοποιητικούς και εύλογους όρους.¹⁵⁸ Η στροφή σε εναλλακτικές τεχνολογίες βέβαια, δεν αποτελεί πάντοτε ένα ασφαλές κριτήριο, όπως θα αναλύσουμε και παρακάτω, καθώς η επιλεγείσα τεχνολογία συγκεντρώνει τις περισσότερες τεχνικά χαρακτηριστικά που εκ των πραγμάτων αποκλείουν την εναλλαξιμότητα. Γι' αυτόν τον λόγο και η Επιτροπή δεν εστίασε τόσο στην τεχνική φύση των προστατευόμενων τεχνολογιών της Rambus, όσο στα ιδιαίτερα γνωρίσματα της διαδικασίας τυποποίησης εντός του συγκεκριμένου Οργανισμού, η οποία σπανίως κατέληγε στην υιοθέτηση προτύπων που ενσωματώνουν ευρεσιτεχνίες, λόγω της αυξημένης σημασίας που απέδιδαν στην εξοικονόμηση κόστους οι συμμετέχοντες σ' αυτήν, εις βάρος ακόμα και της ποιότητας και της απόδοσης της τεχνολογίας.¹⁵⁹ Τέλος, καίτοι κατά την Επιτροπή η συμπεριφορά της Rambus υπήρξε αντίθετη στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ, δεν επιβλήθηκε πρόστιμο στην τελευταία, μετά την αποδοχή των δεσμεύσεων της εταιρίας για την παροχή αδειών εκμετάλλευσης μειωμένου ανταλλάγματος, σε σχέση με ό,τι ζητούσε μέχρι τότε.

Η απόφαση Rambus και τα συμπεράσματα στα οποία κατέληξε η Επιτροπή, φώτισαν για πρώτη φορά τις βασικές παραμέτρους που πρέπει να λαμβάνονται υπόψη για την

¹⁵⁶ *Ibid*, σκ. 27, 28.

¹⁵⁷ *Ibid*, σκ. 23, 24.

¹⁵⁸ *Ibid*, σκ. 37.

¹⁵⁹ *Ibid*, σκ. 43-46.

στοιχειοθέτηση του φαινομένου της ενέδρας των άυλων αγαθών ως αντι - ανταγωνιστικής πρακτικής, επιβεβαιώνοντας στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ: Η πρώτη σκέψη της Επιτροπής που παρουσιάζει ενδιαφέρον, επιβεβαιώνοντας την προηγηθείσα ανάλυση ως προς την κατεύθυνση των παρεμβάσεων του δικαίου κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού στις αγορές της νέας οικονομίας, συνίσταται στο ότι οι επιλεγείσες ως πρότυπα τεχνολογίες, που ενσωμάτωναν τα δικαιώματα ευρεσιτεχνίας της Rambus, «εγκλώβισαν» τους χρήστες στο πρότυπο, λόγω των υψηλών κοστών μεταπήδησης σε εναλλακτικές τεχνικές λύσεις. Η σημασία του εν λόγω πορίσματος έγκειται στο ότι, αν και η υπό κρίση αγορά δεν χαρακτηριζόταν από την ύπαρξη ισχυρών εξωτερικοτήτων δικτύου που ευνοούν την καθολική υιοθέτηση μιας τεχνολογίας από το σύνολο των χρηστών και την ανάδυση ενός *de facto* προτύπου, φαινόμενα εγκλωβισμού δύνανται να προκύψουν και στο πλαίσιο των Οργανισμών Τυποποίησης, όταν η υιοθέτηση μιας τεχνολογίας καθιστά αδύνατη την στροφή σε εναλλακτικές τεχνολογίες, γνώρισμα που συνιστά και τον «εγκλωβισμό». Συνακολούθως, στην εν λόγω αγορά υπήρχαν εμπόδια εισόδου, τα οποία ευνόησαν την πρακτική αντι - ανταγωνιστικού αποκλεισμό εκ μέρους της Rambus και στα οποία εστίασε την προσοχή της η Επιτροπή κατά την εξέταση των συνθηκών ανταγωνισμού. Παράλληλα, καίτοι η απόκρυψη, η μη έγκαιρη γνωστοποίηση του δικαιώματος ευρεσιτεχνίας, αποτελεί στην ουσία την πρακτική που εξετάζουμε, αυτήν δεν συνιστά από μόνη της το θεμελιωτικό της κατάχρησης της δεσπόζουσας θέσης γεγονός. Όπως δέχθηκε η Επιτροπή, «η καθαυτή παράβαση των κανόνων του Οργανισμού Τυποποίησης δεν αποτελεί απαραίτητη προϋπόθεση για την κατάφαση της κατάχρησης στο συγκεκριμένο πλαίσιο. Η κατάχρηση, αντιθέτως, θα πρέπει να στοιχειοθετηθεί από την συμπεριφορά εκείνη που ουσιωδώς επηρέασε την διαδικασία τυποποίησης (...)».¹⁶⁰ Εν προκειμένω, η συμπεριφορά αυτή υπήρξε η δυνατότητα της Rambus να αντλεί υψηλά και μη εύλογα ανταλλάγματα σε σχέση με αυτά που θα απεκόμιζε αν είχε αποκαλύψει τα δικαιώματα ευρεσιτεχνίας της, καθώς σ' αυτήν την περίπτωση, θα υιοθετείτο μια άλλη τεχνολογία από τον Οργανισμό.

Γ. Το πρόβλημα της ομηρίας (patent hold – up).

Οι κανόνες αποκάλυψης των δικαιωμάτων ευρεσιτεχνίας δεν πρέπει να εξετάζονται *in vacuuum*, αλλά ως πλέγμα, ως το στάδιο που προηγείται των κανόνων που επιτάσσουν την χορήγηση αδειών εκμετάλλευσης των ευρεσιτεχνιών υπό δίκαιους, εύλογους και μη εισάγοντες διακρίσεις όρους (Fair Reasonable and non-Discriminatory Terms ή «FRAND»), δημιουργώντας, καταρχήν, μια ασφάλεια στους συμμετέχοντες ότι τα ως άνω φαινόμενα, της συσσώρευσης δικαιωμάτων εκμετάλλευσης και της ενέδρας των άυλων αγαθών δεν θα εμφανιστούν. Η ασφάλεια αυτή όμως δεν λειτουργεί παρά σε ένα νομικό επίπεδο, μετριάζοντας την ισχύ του δικαιούχου ενός ουσιώδους για την λειτουργία του προτύπου διπλώματος ευρεσιτεχνίας και εξισορροπώντας στο μέτρο του δυνατού την διαπραγματευτική και την συμβατική θέση των δύο μερών. Η οικονομική πραγματικότητα όμως δεν αλλάζει σε αντίθεση με μια απλή περίπτωση χορήγησης άδειας εκμετάλλευσης άυλου αγαθού, στις ουσιώδεις για την λειτουργία του προτύπου ευρεσιτεχνίες, ο δικαιούχος βρίσκεται σε μια *de facto* ισχυρότερη θέση, καθώς μπορεί να αντλήσει όχι μόνο την αξία της εφευρετικής του προσπάθειας, ως δικαιούται, αλλά και την υπεραξία της

¹⁶⁰ *Ibid*, σκ. 39.

αναγωγής της ευρεσιτεχνίας του σε πρότυπο.¹⁶¹ Αν στο παραπάνω προσθέσουμε το γεγονός ότι τα πρότυπα συμβατότητας αναπτύσσονται κατεξοχήν για τις αγορές της νέας οικονομίας, όπου κυριαρχούν οι εξωτερικότητες δικτύου και τα φαινόμενα εγκλωβισμού, απορρέοντα από τα σχεδόν απαγορευτικά κόστη μεταπήδησης σε άλλη τεχνολογία, καταλήγουμε στο συμπέρασμα ότι και εν προκειμένω δημιουργείται μια σχέση εξάρτησης, μεταξύ του δικαιούχου του ουσιώδους για την λειτουργία του προτύπου διπλώματος ευρεσιτεχνίας και των ενδιαφερόμενων τρίτων. Το κλασικό λοιπόν μοτίβο που διαγράφεται στις περιπτώσεις αυτές είναι ότι ο δικαιούχος καταλήγει να αντλεί *ex post* ένα πολύ υψηλότερο τίμημα απ' αυτό που θα είχε συμφωνηθεί *ex ante*, ελλειπούσης της τυποποίησης, φαινόμενο γνωστό και ως το «πρόβλημα της ομηρίας» (patent hold-up).¹⁶²

§3.7 Οι συγκρούσεις εντός των Οργανισμών Τυποποίησης.

Οι βασικές πτυχές της σύγκρουσης μεταξύ των προτύπων και των άυλων αγαθών, εντείνονται έτι περαιτέρω από τα αντιτιθέμενα συμφέροντα μεταξύ των συμμετεχόντων σε έναν Οργανισμό Τυποποίησης. Η συμμετοχή στους εν λόγω Οργανισμούς γίνεται εκουσίως και σε εθελοντική βάση, με απώτερο σκοπό την καθιέρωση μιας κοινής τεχνικής προδιαγραφής που θα εφαρμόζεται στο σύνολο του οικείου τομέα, κατόπιν συνεργασίας και συνεννόησης μεταξύ των μελών του. Η πραγματικότητα αυτή ωστόσο δεν πρέπει να συσκοτίζει το γεγονός ότι οι διαφορετικές επιχειρήσεις που συμμετέχουν στις εργασίες τυποποίησης, έχουν πολλές φορές συμφέροντα εκτεινόμενα πέραν της απλής υιοθέτησης μιας δεδομένης τεχνολογίας ως πρότυπο. Όσον αφορά τα δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας και τον τρόπο με τον οποίο πρέπει να ασκούν την αποκλειστική τους εξουσία οι δικαιούχοι τους χάριν της τυποποίησης, η ανάλυση δεν θα πρέπει να τους αντιμετωπίζει άπαντες κατά τον ίδιο τρόπο, καθώς μεταξύ του υπάρχουν αντιτιθέμενα συμφέροντα και στρατηγικές. Το παραπάνω είναι αναγκαίο αφενός για τους ίδιους τους Οργανισμούς Τυποποίησης και την προσπάθειά τους να θέσουν τους κατάλληλους κανόνες για τα ζητήματα που άπτονται των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας, αφετέρου για τις αρχές ανταγωνισμού που καλούνται να εντοπίσουν τυχόν αντι- ανταγωνιστικές πρακτικές.

Με βάση λοιπόν την σχέση τους αναφορικά με τα δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας, οι βασικές κατηγορίες των επιχειρήσεων κατά την διαδικασία της τυποποίησης, όπως αναφέρονται στις κατευθυντήριες γραμμές της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για τις οριζόντιες συμπράξεις, είναι οι εξής:¹⁶³ Α) πρώτον, οι επιχειρήσεις, αντικείμενο της δραστηριότητας των οποίων είναι αποκλειστικά η ανάπτυξη και η εμπορία καινοτόμων τεχνολογιών (pure innovators). Τα συμφέροντα των εν λόγω επιχειρήσεων είναι σε μεγάλο βαθμό ξεκάθαρα καθώς, αναπτύσσοντας τεχνολογίες οι οποίες προστατεύονται με δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας, κυρίως ευρεσιτεχνίες, σκοπούν στην άντληση όσο το δυνατόν υψηλότερων ανταλλαγμάτων. Γι' αυτόν τον λόγο, οι κανόνες που περιορίζουν μια από τις βασικές εξουσίες που τους παρέχει η αποκλειστική φύση των δικαιωμάτων τους, ήτοι την εξουσία να καθορίζουν οι ίδιες τους όρους

¹⁶¹ Mark A. Lemley, ο.π., υποσ. 137, σελ. 152.

¹⁶² Thomas F. Cotter, Erik Hovenkamp, Norman Siebrasse, 'Demystifying Patent Holdup', *Washington and Lee Law Review*, τ. 76, 2019, σελ. 1522.

¹⁶³ Ανακοίνωση της Επιτροπής για την εφαρμογή του άρθρου 101 ΣΛΕΕ στις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας, (2011/ C 11/ 01), παρ. 267.

και τις προϋποθέσεις χορήγησης αδειών εκμετάλλευσης, τείνουν να τους αποθαρρύνουν από την ενεργή συμμετοχή τους στις εργασίες των Οργανισμών Τυποποίησης. Β) Δεύτερον, οι επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται αποκλειστικά στην κατάντη αγορά κατασκευής των προϊόντων που ενσωματώνουν τις ευρεσιτεχνίες (pure manufacturers), οι οποίες όμως δεν κατέχουν δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας. Όπως και με τις επιχειρήσεις της πρώτης κατηγορίας, τα συμφέροντα τους είναι επίσης ξεκάθαρα και συνίστανται στην όσο το δυνατόν μεγαλύτερη μείωση του ύψους των δικαιωμάτων εκμετάλλευσης που πρέπει να καταβάλλουν στις επιχειρήσεις της ανάντη αγοράς ανάπτυξης των τεχνολογιών, καθώς αυτά αποτελούν κόστος, πολλώ δε μάλλον στο πλαίσιο των προτύπων, τα οποία είναι πιθανό να ενσωματώνουν πολλές τεχνολογίες, επί των οποίων απαιτείται πρόσβαση στο σύνολό τους. Γ) Τρίτον, υπάρχουν οι καθετοποιημένες επιχειρήσεις (vertically integrated firms) που αναπτύσσουν τεχνολογίες, αλλά πωλούν παράλληλα και προϊόντα. Εν αντιθέσει με τις δύο προηγούμενες κατηγορίες, οι καθετοποιημένες επιχειρήσεις έχουν μικτά συμφέροντα, από την στιγμή που να μην αντλούν έσοδα από την χορήγηση αδειών εκμετάλλευσης των ευρεσιτεχνιών τους, καταβάλλουν εντούτοις και δικαιώματα εκμετάλλευσης σε άλλες εταιρίες για ευρεσιτεχνίες τις οποίες χρειάζονται για να αποκτήσουν πρόσβαση στο πρότυπο. Κατά βάση βέβαια, το μεγαλύτερο ποσοστό κέρδους των εν λόγω επιχειρήσεων εντοπίζεται στην κατάντη αγορά των πωλήσεων προϊόντων στους τελικούς καταναλωτές, με αποτέλεσμα να μετριάζεται η εξάρτηση τους από το ύψος των δικαιωμάτων εκμετάλλευσης που δύνανται να αντλούν στην ανάντη αγορά της ανάπτυξης τεχνολογιών, μέσω της χορήγησης αδειών εκμετάλλευσης. Στην πράξη και όσον αφορά τις διαδικασίες τυποποίησης, οι κάθετα ολοκληρωμένες επιχειρήσεις προβαίνουν τις περισσότερες φορές σε σταυροειδείς συμφωνίες εκμετάλλευσης, χορηγώντας άδειες για τις δικές τους ουσιώδεις ευρεσιτεχνίες, λαμβάνοντας ως αντάλλαγμα αντίστοιχα άδειες εκμετάλλευσης άλλων εταιριών.

Από τα όσα εξετέθησαν προκύπτει πως, αν και όχι η μοναδική αιτία γένεσης των συγκρούσεων που λαμβάνουν χώρα εντός των Οργανισμών Τυποποίησης, το ύψος των δικαιωμάτων εκμετάλλευσης που θα αξιώσουν οι δικαιούχοι των ουσιωδών για την λειτουργία του προτύπου ευρεσιτεχνιών, συνιστά αναμφισβήτητο το σημείο εκείνο στο οποίο αποδίδεται η μεγαλύτερη σημασία από τις επιχειρήσεις, είτε αυτές βρίσκονται στην μεριά του παραχωρούντος την άδεια εκμετάλλευσης, είτε στην μεριά του αιτούντος την χορήγηση αυτής, διαμορφώνοντας αντίστοιχα και τα συμφέροντα και τις επιδιώξεις καθενός εκ των συμμετεχόντων προς ορισμένη κατεύθυνση. Η συνθήκη αυτή είναι που επωμίζει τους Οργανισμούς Τυποποίησης με το βάρος ανεύρεσης των κατάλληλων εκείνων κανόνων, ώστε τα αντιτιθέμενα συμφέροντα και οι διαφορετικές στρατηγικές επιδιώξεις να μετριαστούν, χάριν της διαδικασίας της τυποποίησης.

4. Οι δίκαιοι, εύλογοι και μη εισάγοντες διακρίσεις όροι (Faire, Reasonable and Non – Discriminatory Terms – FRAND).

§4.1 Η ratio πίσω από το καθεστώς FRAND.

Η σύγκρουση αυτή μεταξύ των προτύπων και των άυλων αγαθών, τα αντιανταγωνιστικά αποτελέσματα που την ακολουθούν και οι στρατηγικές διαφοροποιήσεις μεταξύ των επιχειρήσεων που μετέχουν στις εργασίες των Οργανισμών Τυποποίησης ομοιάζουν σε μεγάλο βαθμό με τις δυσχέρειες που αντιμετωπίζει ο νομοθέτης, αλλά και οι αρχές ανταγωνισμού,

όταν καλούνται να εντοπίσουν τους κατάλληλους εκείνους κανόνες και να προβούν στις απαραίτητες σταθμίσεις, μέσω των οποίων θα επιτευχθούν οι δύο φαινομενικά αντιτιθέμενοι στόχοι για τους οποίους τόσος λόγος έγινε: αφενός η προαγωγή της καινοτομίας και, κυρίως, η διάχυση της, προς όφελος του ανταγωνισμού και, εντέλει, των ίδιων των καταναλωτών, αφετέρου, η διατήρηση ισχυρών κινήτρων, ώστε οι καινοτόμες επιχειρήσεις να συνεχίσουν να ερευνούν, να επενδύουν και να αναπτύσσουν συνεχώς καινούργιες τεχνολογίες. Το γεγονός ότι η διαδικασία εντός των Οργανισμών Τυποποίησης είναι κατά βάση συνεργατική, με την έννοια ότι περισσότεροι παραγωγοί μετέρχονται σ' αυτούς εθελοντικά προκειμένου να αναδειχθεί μια κοινώς αποδεκτή τεχνική λύση που θα εφαρμοστεί στον οικείο τομέα, συσκοτίζει πολλές φορές την αυτονόητη παράμετρο ότι οι δικαιούχοι των διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας εξακολουθούν να θέλουν να δρέψουν τους καρπούς των προσπαθειών τους, λαμβάνοντας τα ανταλλάγματα εκείνα που οι ίδιοι θεωρούν ότι ανταποκρίνονται στην αξία των αγαθών τους. Πράγματι, η εξέχουσα αξία της τυποποίησης στην σύγχρονη οικονομική πραγματικότητα δεν συνεπάγεται άνευ άλλου τινός πως τα δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας τίθενται σε παύση, ούτε πως μεταφερόμαστε αυτομάτως σε ένα καθεστώς αναγκαστικών αδειών των δικαιωμάτων ευρεσιτεχνίας που ενσωματώνονται ή αποτελούν εξ' ολοκλήρου ένα πρότυπο, άλλωστε, όπου έκρινε σκόπιμο κάτι τέτοιο ο νομοθέτης, έπραξε αναλόγως. Η αυτή προβληματική, όπως ήδη ειπώθηκε, αποτελεί και τον λόγο για τον οποίο η εκ πρώτης όψεως θελκτική ιδέα των ανοικτών προτύπων, έχει εγκαταλειφθεί και θεωρείται πρακτικώς ανεφάρμοστη

Από την άλλη, αποτελεί πραγματικότητα ότι η καθολική εφαρμογή μιας συγκεκριμένης τεχνολογίας που προστατεύεται ως ευρεσιτεχνία σε έναν τομέα, δημιουργεί για το σύνολο των δραστηριοποιούμενων στον τομέα αυτόν επιχειρήσεων μια πολύ πιο έντονη ανάγκη πρόσβασης σ' αυτήν, σε σχέση με ό,τι θα ίσχυε ελλειπούσης της τυποποίησης, ανάγκη που ενισχύεται και από την παντελή έλλειψη εναλλακτικών λύσεων στις οποίες μπορούν να στραφούν οι τελευταίες, λόγω του απαγορευτικού κόστους μεταπήδησης.

Καλούμενοι να αντιμετωπίσουν την ως άνω σύγκρουση, οι Οργανισμοί Τυποποίησης θεσπίζουν κανόνες σχετικούς με δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας, οι οποίοι, στην συντριπτική τους πλειοψηφία, διαιρούνται στις εξής δύο κατηγορίες: σε κανόνες σχετικούς με την αποκάλυψη (disclosure) των δικαιωμάτων ιδιοκτησίας εκ μέρους των συμμετεχόντων στις εργασίες των Οργανισμών Τυποποίησης και σε κανόνες αδειοδότησης, μέσω των οποίων εξασφαλίζεται ότι όλα τα μέλη του Οργανισμού θα έχουν αποτελεσματική πρόσβαση στο πρότυπο επί τη βάσει δίκαιων, εύλογων και μη εισαγουσών δυσμενή διάκριση (fair, reasonable and non – discriminatory – FRAND) όρων.¹⁶⁴

§4.2 Κανόνες Σχετικοί με την αποκάλυψη των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας.

Προκειμένου να επιταχυνθεί η διαδικασία της τυποποίησης και να αποφευχθούν το φαινόμενο της «ενέδρας των αύλων αγαθών» (intellectual property ambush), οι Οργανισμοί Τυποποίησης θεσπίζουν κανόνες μέσω των οποίων ενθαρρύνεται η αποκάλυψη εκ μέρους των συμμετεχόντων στις εργασίες του Οργανισμού τυχόν δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας επί

¹⁶⁴ Ι. Λιανός, Γ. Τσουλούφας, Καταχρήσεις μη τιμολογιακού χαρακτήρα: άρνηση προμήθειας, tying/bundling, κατάχρηση δικονομικών δικαιωμάτων, κανονιστικών και διοικητικών διαδικασιών, σε Δ. Τζουγανάτος, Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού (Συλλογικό), εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2^η Έκδοση, 2020, σελ. 789.

των οποίων είναι δικαιούχοι. Σύμφωνα με τους κανόνες διανοητικής ιδιοκτησίας της IETF (Internet Engineering Task Force), ενός Οργανισμού Τυποποίησης επιφορτισμένου με την ανάπτυξη και την προώθηση προτύπων στο Διαδίκτυο, ιδίως σε σχέση με το Πρωτόκολλο Ελέγχου Μετάδοσης/Πρωτόκολλο Διαδικτύου (Transmission Control Protocol/Internet Protocol – TCP/IP), «εάν ένας συμμετέχων έχει δικαίωμα διανοητικής ιδιοκτησίας, το οποίο είναι πιθανό να καλύπτει μια τεχνολογία σχετική με την διαδικασία τυποποίησης που λαμβάνει χώρα εντός του Οργανισμού (...) πρέπει να ενθαρρύνεται ως προς το να αποκαλύψει το δικαίωμα αυτό».¹⁶⁵ Η αποκάλυψη αυτή δε πρέπει να γίνεται έγκαιρα, «ώστε οι ομάδες εργασίας να έχουν όσο το δυνατόν περισσότερες πληροφορίες εύκαιρες, κατά την στιγμή που εξετάζουν εναλλακτικές τεχνολογίες»,¹⁶⁶ και, κατά την Ευρωπαϊκή Επιτροπή, « (...) επί συνεχούς βάσεως καθώς αναπτύσσεται το πρότυπο και σε εύλογες προσπάθειες εντοπισμού των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας που έχουν επίπτωση στο δυνητικό πρότυπο»¹⁶⁷. Παρομοίου περιεχομένου κανόνες εμπεριέχονται και στην Πολιτική Δικαιωμάτων Διανοητικής Ιδιοκτησίας του Ευρωπαϊκού Ινστιτούτου Τηλεπικοινωνιακών Προτύπων (European Telecommunications Standards Institute – ETSI), όπου προβλέπεται πως «κάθε μέλος του Οργανισμού πρέπει να καταβάλλει εύλογες προσπάθειες, ειδικότερα κατά την ανάπτυξη του προτύπου, ώστε να ενημερώσει τον Οργανισμό για ουσιώδη για την λειτουργία του προτύπου δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας (...) και, στο πλαίσιο της καλής πίστης, να επιστήσει την προσοχή στον Οργανισμό, για οποιοδήποτε από τα δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας μπορεί να καταστεί ουσιώδες».¹⁶⁸ Τόσο από την λεκτική διατύπωση, όσο και από το περιεχόμενο, το πρώτο συμπέρασμα που εξάγει κανείς από τους παραπάνω κανόνες έχει να κάνει με την μη δεσμευτική τους φύση. Η αποκάλυψη δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας που καλύπτουν τις τεχνολογίες δεν επιβάλλεται από τους Οργανισμούς Τυποποίησης, ούτε προβλέπεται ένα σύστημα κυρώσεων στην περίπτωση που ο εκάστοτε δικαιούχος δεν προβεί στην αποκάλυψη. Άλλωστε, όπως καταδείχθηκε, πολλοί εκ των συμμετεχόντων στις εργασίες των Οργανισμών αποτελούν εταιρίες που δραστηριοποιούνται αποκλειστικά στον τομέα της έρευνας και της ανάπτυξης καινοτόμων τεχνολογιών, διαθέτοντας ολόκληρα χαρτοφυλάκια ευρεσιτεχνιών, κάποιες εκ των οποίων είτε αναπτύσσονται ακόμα, είτε εκκρεμούν προς έγκριση ενώπιον των αρμόδιων αρχών. Θα ήταν εξαιρετικά επίπονο, αναποτελεσματικό αλλά και αποθαρρυντικό για την συμμετοχή των εν λόγω στους Οργανισμούς Τυποποίησης το να πραγματοποιούν την δραστηριότητά τους, έχοντας αποκλειστικά ως σημείο αναφοράς ένα συγκεκριμένο πρότυπο, δεδομένου μάλιστα πως, ακόμα και στην περίπτωση που μια τεχνολογία αναχθεί ως τέτοια, λαμβάνει την τελική της μορφή με την πάροδο του χρόνου και κατόπιν διαβουλεύσεων.¹⁶⁹ Το δεύτερο και σημαντικότερο όμως πόρισμα αφορά την εκτίμηση ως προς τον ουσιώδη χαρακτήρα των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας, η οποία πραγματοποιείται από τα ίδια τα μέλη που συμμετέχουν στις εργασίες της τυποποίησης και όχι από τον ίδιο τον Οργανισμό. Καίτοι άμεσα συνδεδεμένο με την ανάγκη για ταχύτερη και αποτελεσματικότερη ολοκλήρωση της διαδικασίας, η εκτίμηση του ουσιώδους χαρακτήρα ενός δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας από τον ίδιο τον δικαιούχο τυ, δεν μπορεί παρά να υπόκειται στην υποκειμενική του εκτίμηση, με αποτέλεσμα να προκύπτουν σημαντικά περιθώρια λαθών. Το πλέον προφανές έγκειται στην πιθανότητα τα διπλώματα ευρεσιτεχνίας που δηλώνονται ως

¹⁶⁵ Internet Engineering Task Force (IETF), Intellectual Property Rights in IETF Technology, 2017, παρ. 5.1.3.

¹⁶⁶ *Ibid*, παρ. 5.2.

¹⁶⁷ Βλ. Ανακοίνωση της Επιτροπής για την εφαρμογή του άρθρου 101 ΣΛΕΕ στις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας, (2011/ C 11/ 01), § 286.

¹⁶⁸ Βλ. ETSI Rules of Procedure, Απρίλιος 2021, παρ. 4.1.

¹⁶⁹ D. Teece, E. Sherry, 'Standards Setting and Antitrust', *Minnesota Law Review*, τ. 87, 2003, σελ.1947.

ουσιώδη να μην ενσωματωθούν στο τελικό πρότυπο που εντέλει εγκρίνεται από τον Οργανισμό ή, καίτοι θεωρήθηκε ουσιώδες στο αρχικό στάδιο της διαδικασίας τυποποίησης, να χάνει τον εν λόγω χαρακτήρα του στο τελικό στάδιο, έχοντας όμως γνωστοποιηθεί στους ανταγωνιστές. Παράλληλα, οι κάτοχοι διπλωμάτων ευρεσιτεχνιών δεν αποκλείεται να έχουν ισχυρά κίνητρα να προβούν εκουσίως σε «υπερβολική αποκάλυψη», λόγω της σημαντικής ευθύνης που θα επωμιστούν για παράβαση του δικαίου του ανταγωνισμού στην αντίθετη περίπτωση. Κατά συνέπεια, η απειλή ισχυρών νομικών κυρώσεων σε περίπτωση χαμηλού ποσοτικού επιπέδου δήλωσης ευρεσιτεχνιών και οι επιεικείς κανόνες αποκάλυψης, καταλήγουν στην δήλωση περισσότερων ευρεσιτεχνιών ως ουσιωδών σε ένα πρότυπο από αυτές που στην πραγματικότητα είναι ουσιώδεις.¹⁷⁰

§ 4.3 Κανόνες σχετικοί με την αδειοδότηση.

Αποτελώντας διαχρονικά το πλέον ακανθώδες και δύσκολο εγχείρημα που καλούνται να φέρουν εις πέρας οι Οργανισμοί Τυποποίησης, η διάπλαση του περιεχομένου των σχετικών κανόνων με την αδειοδότηση μιας ουσιώδους για την λειτουργία του προτύπου ευρεσιτεχνίας, συμπυκνώνει στο έπακρο τα όσα αναλύθηκαν έως τώρα σχετικά με την δυσκολία του εγχειρήματος της ανεύρεσης μιας χρυσής τομής ανάμεσα στην ανάγκη για διάχυση των καινοτόμων τεχνολογιών, με την παράλληλη διατήρηση ενεργών των κινήτρων για την επίτευξη αυτής της καινοτομίας. Τα δε κίνητρα αυτά δεν περιορίζονται μόνο στην καθαυτή ανάπτυξη της καινοτόμου τεχνολογίας, αλλά και στην συμμετοχή του δικαιούχου της στις εργασίες του Οργανισμού Τυποποίησης. Δεν πρέπει να ξεχνά κανείς πως η φύση των Οργανισμών Τυποποίησης ως συλλογικών οργάνων, εντός των οποίων οι συμμετέχοντες επιδιώκουν την θέσπιση προτύπων σε ένα πλαίσιο συνεργασίας, δημιουργεί έναν έντονο ανταγωνισμό μεταξύ τους, όπου κάθε μεμονωμένος Οργανισμός επιδιώκει την προσέλκυση των επιχειρήσεων που θα εισφέρουν τις τεχνολογίες εκείνες που θα συμβάλλουν στην υιοθέτηση του βέλτιστου προτύπου. Στην περίπτωση λοιπόν που οι δικαιούχοι διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας κρίνουν πως ένας συγκεκριμένος Οργανισμός Τυποποίησης δεν δύναται να προσφέρει επαρκή προστασία των συμφερόντων τους, θα τον εγκαταλείψουν, αναζητώντας την συμμετοχή τους σε άλλον.¹⁷¹

Τούτων δοθέντων, οι Οργανισμοί Τυποποίησης στην πλειονότητα τους, θεσπίζουν κανόνες αδειοδότησης που σκοπούν στην αποτελεσματική πρόσβαση όλων των ενδιαφερόμενων μερών στο πρότυπο βάσει δίκαιων, εύλογων και μη εισαγουσών δυσμενή διάκριση όρων (fair, reasonable and non – discriminatory – εφεξής: όροι FRAND), σε συμμόρφωση και με τις κατευθυντήριες γραμμές της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την εφαρμογή του άρθρου 101 ΣΛΕΕ στις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας.¹⁷² Προτού υπεισέλθουμε στην εξέταση καθενός από τα επιμέρους στοιχεία που συνδιαμορφώνουν την έννοια των όρων FRAND, απαραίτητη είναι η κάτωθι εισαγωγική διευκρίνιση: η υποχρέωση χορήγησης άδειας εκμετάλλευσης βάσει όρων FRAND, δεν εξισώνεται σε καμία περίπτωση με την παροχή άδειας *per se* στην περίπτωση αυτή, πέραν της εξάλειψης κάθε κινήτρου συμμετοχής των κατόχων διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας στις

¹⁷⁰ Ι. Λιανός, Γ. Τσουλούφας, ο.π., υποσ. 158, σελ. 793.

¹⁷¹ D. Teece, E. Sherry, ο.π., υποσ. 155, σελ. 3.

¹⁷² Βλ. Ανακοίνωση της Επιτροπής – Κατευθυντήριες γραμμές για την εφαρμογή του άρθρου 101 της Συνθήκης για την λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας, (2011/C 11/01), § 283, 285.

διαδικασίες τυποποίησης, μια τέτοια πρόβλεψη θα ισοδυναμούσε με αναγκαστική άδεια, αποστερώντας τον δικαιούχο της ευρεσιτεχνίας από το δικαίωμα του να διαπραγματευτεί ο ίδιος, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που επιθυμεί, την άδεια εκμετάλλευσης. Κάτι τέτοιο δεν συμβαίνει με τους όρους FRAND: ο δικαιούχος εξακολουθεί να μετέρχεται σε ατομικές διαπραγματεύσεις με τους εκάστοτε αιτούντες την χορήγηση άδειας εκμετάλλευσης, κυρίως δε, εξακολουθεί να έχει το δικαίωμα καθορισμού του ύψους του ανταλλάγματος, το οποίο δεν καθορίζεται εξωγενώς, όπως συμβαίνει με τις αναγκαστικές άδειες.

§4.4 Ο δίκαιος και εύλογος χαρακτήρας.

Σύμφωνα με την Ευρωπαϊκή Επιτροπή, «δεν είναι εφαρμόσιμο, ούτε κατάλληλο να εξειδικευθεί περαιτέρω τί συνιστά το «δίκαιο (fairness)» και το «εύλογο (reasonableness)», από την στιγμή που οι παραπάνω έννοιες αποτελούν υποκειμενικούς παράγοντες, που καθορίζονται από τις περιστάσεις που συνοδεύουν τις διαπραγματεύσεις.»¹⁷³ Παρά ταύτα, στις συντριπτικά περισσότερες περιπτώσεις, το ζήτημα του «εύλογου» σχετίζεται με το ύψος των ανταλλαγμάτων που καταβάλλονται στους δικαιούχους των διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας και, κυρίως, στον τρόπο με τον οποίο αυτό διαμορφώνεται, δεδομένου ότι μια εκ των βασικών αντι-ανταγωνιστικών συνεπειών που έπονται της καθιέρωσης μιας προστατευόμενης με δικαίωμα ευρεσιτεχνίας τεχνολογίας ως προτύπου αποτελεί το φαινόμενο της ομηρίας (patent holdup), η δυνατότητα δηλαδή του δικαιούχου να αντλεί ανταλλάγματα προκύπτοντα όχι από την καθαυτή αξία της τεχνολογίας, αλλά από την καθιέρωση της ως προτύπου και της συνακόλουθης αδυναμίας των συμμετεχόντων στις εργασίες του Οργανισμού να στραφούν σε εναλλακτικές τεχνολογίες, λόγω του υψηλότερου κόστους μεταπήδησης που θα συνεπαγόταν μια τέτοια ενέργεια. Για να το θέσουμε διαφορετικά, η καθιέρωση μιας τεχνολογίας ως προτύπου συνδέεται αιτιωδώς με την μεταβολή της διαπραγματευτικής θέσης των δύο μερών ex post, μεταβολή όμως που, θεωρητικά, δεν θα ελάμβανε χώρα ex ante, εάν δηλαδή οι διαπραγματεύσεις διενεργούνταν πριν την καθιέρωση της τεχνολογίας ως προτύπου. Σκιαγραφείται, κατ' αυτόν τον τρόπο, η πρώτη σημαντική άποψη ως προς το «εύλογο» αντάλλαγμα, η οποία αποτελεί και την βάση μιας σειράς προτάσεων για την βελτίωση της διαδικασίας εντός των Οργανισμών Τυποποίησης.

§4.5 Η ex ante διαπραγμάτευση του ανταλλάγματος.

Σύμφωνα λοιπόν με αυτήν την προσέγγιση, εύλογο είναι το αντάλλαγμα που ο δικαιούχος ενός ουσιώδους για την λειτουργία του προτύπου διπλώματος ευρεσιτεχνίας θα απεκόμιζε αφενός σε συνθήκες ανταγωνισμού με τους λοιπούς συμμετέχοντες, συνθήκες που εκ των πραγμάτων δεν επικρατούν μετά την υιοθέτηση μιας τεχνολογίας ως προτύπου, λόγω του εγκλωβισμού των λοιπών συμμετεχόντων στην τεχνολογία αυτή,¹⁷⁴ αφετέρου στο χρονικό σημείο πριν την καθιέρωση του προτύπου.¹⁷⁵ Τα αυτά δέχεται και η Επιτροπή, κατά την οποία, «(...)

¹⁷³ Commission of the European Communities, Communication from the Commission, Intellectual Property Rights and Standardization (Brussels, 1992), Com (92) 445 final, 4.3.3.

¹⁷⁴ Carl Shapiro, Hal Varian, Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy, Εκδόσεις Harvard Business School Press, 1999, σελ. 241.

¹⁷⁵ Daniel G. Swanson, William J. Baumol, 'Reasonable and Nondiscriminatory (RAND) Royalties, Standards Selection and Control of Market Power', *Antitrust Law Journal*, τ. 73, 2005, σελ. 10.

μπορεί να γίνει σύγκριση των δικαιωμάτων εκμετάλλευσης που χρέωνε η υπό εξέταση επιχείρηση για τα σχετικά διπλώματα ευρεσιτεχνίας σε ένα ανταγωνιστικό περιβάλλον, προτού ο κλάδος εγκλωβιστεί στο πρότυπο (εκ των προτέρων) με εκείνα που χρεώνει μετά τον εγκλωβισμό του κλάδου στο πρότυπο (εκ των υστέρων)»¹⁷⁶ Η παραπάνω θέση, καίτοι προσφέρει μια ικανοποιητική, αλλά και πρακτική καθοδήγηση, καθώς αρκεί ο - αφαιρετικός έστω - προσδιορισμός του ανταλλάγματος με αναφορά στις συνθήκες ανταγωνισμού πριν την επίτευξη της τυποποίησης, παρουσιάζει σειρά ανακολουθιών, καθώς βασίζεται σε μια σειρά παραδοχών, οι οποίες όμως δεν αντικατοπτρίζονται πάντα στην συναλλακτική πρακτική.

Αρχικά, πολλές είναι οι περιπτώσεις στις οποίες δεν μπορεί να γίνει λόγος για ύπαρξη εναλλακτικών τεχνολογιών, είτε γιατί αυτές δεν υπάρχουν, είτε διότι τα χαρακτηριστικά τους δεν τις καθιστούν εναλλάξιμες σε σχέση με αυτήν που καθιερώθηκε ως πρότυπο. Εν προκειμένω δηλαδή, εκλείπει εκ των πραγμάτων η δυνατότητα αντιπαραβολής μεταξύ των *ex ante* συνθηκών ανταγωνισμού και του ανταλλάγματος που θα καταβαλλόταν με τις αντίστοιχες *ex post* και το ύψος του ανταλλάγματος που ζητεί ο δικαιούχος. Δευτερευόντως, ακόμα και στις περιπτώσεις όπου υφίστανται εναλλακτικές, υποκατάστατες τεχνολογίες, οι οποίες θα εμπόδιζαν *ex ante* τον δικαιούχο να συμπεριφερθεί καιροσκοπικά, μετά την καθιέρωση της τεχνολογίας του ως προτύπου (*ex post opportunism*), ο προσδιορισμός ενός εύλογου ανταλλάγματος είναι αδύνατον να γίνει οριζόντια, με αναφορά στο σύνολο των μελών του Οργανισμού Τυποποίησης που επιθυμούν την πρόσβαση στο πρότυπο, καθώς κάτι τέτοιο θα παρέβλεπε τις στρατηγικές συγκρούσεις και τα αντιτιθέμενα συμφέροντα εντός των Οργανισμών, για τα οποία έγινε λόγος ανωτέρω. Για παράδειγμα, η περίπτωση όπου μεταξύ των μερών συμφωνείται πράγματι ένα χαμηλό αντάλλαγμα, ενδέχεται να είναι αποτέλεσμα σύναψης σταυροειδών συμφωνιών εκμετάλλευσης μεταξύ τους,¹⁷⁷ γεγονός που αποκλείει την εξαγωγή ασφαλών συμπερασμάτων ως προς το εάν η αδειοδότηση έγινε με όρους FRAND ή όχι.

Οι παραπάνω δυσχέρειες όσον αφορά την προσέγγιση του εύλογου ανταλλάγματος με αναφορά στις συνθήκες ανταγωνισμού πριν την υιοθέτηση του προτύπου και του τί θα κατέβαλλαν τα μέλη του Οργανισμού σ' αυτήν την περίπτωση, υποστηρίζεται ότι θα εξαλείφονταν, στην περίπτωση που οι Οργανισμοί Τυποποίησης έπαιζαν έναν πιο ενεργό ρόλο, διασφαλίζοντας οι ίδιοι μέσω μηχανισμών την τήρηση των FRAND όρων. Μια εξαιρετικά διαδεδομένη θέση, που αποδίδεται στους Daniel G. Swanson και William J. Baumol, στηριζόμενη επίσης στα πλεονεκτήματα του *ex ante* καθορισμού του ανταλλάγματος, αποτελεί η διενέργεια δημοπρασιών, υπό την αιγίδα των Οργανισμών Τυποποίησης, με την συμμετοχή όλων των μελών του.

§4.6 Το μοντέλο των *ex ante* δημοπρασιών.

Σύμφωνα λοιπόν με τους Swanson και Baumol,¹⁷⁸ κατά την φάση ανάπτυξης του προτύπου, άρα στο χρονικό σημείο που έπεται της αποκάλυψης των διπλωμάτων ευρεσιτεχνιών και του περιεχομένου τους, χωρίς όμως να έχει ολοκληρωθεί η διαδικασία της τυποποίησης, οι

¹⁷⁶ Βλ. Ανακοίνωση της επιτροπής, ο.π. υποσ. 168, § 289.

¹⁷⁷ Damien Geradin, Miguel Rato, ο.π., υποσ. 89, σελ. 13-14.

¹⁷⁸ Daniel G. Swanson, William J. Baumol, ο.π., υποσ. 167, σελ. 15-21.

Οργανισμοί Τυποποίησης δύνανται να διενεργούν δημοπρασίες, με αντικείμενο τις δεδομένες τον χρόνο αυτό τεχνολογίες, οι οποίες ανταγωνίζονται για την καθιέρωση τους ως πρότυπα. Οι δικαιούχοι, αντίστοιχα, θα υποβάλλουν προσφορές για την παροχή άδειας εκμετάλλευσης στις δραστηριοποιούμενες στην κατάντη αγορά επιχειρήσεις, το ύψος των οποίων θα διαμορφώνεται ανα μονάδα παραγωγής. Κατ' αυτόν τον τρόπο, η καλύτερη προσφορά θα αποτελέσει την τεχνολογία που θα επιλεγεί ως πρότυπο. Μέσω αυτού του συστήματος, υποστηρίζουν οι Swanson και Baumol, μπορεί να γίνει λόγος για ένα ασφαλές κατώφλι ως προς το ύψος του δίκαιου και εύλογου ανταλλάγματος, καθώς η καλύτερη προσφορά θα προκύψει μέσα από συνθήκες ανταγωνισμού μεταξύ των δικαιούχων, αλλά και πιέσεων από την πλευρά των δραστηριοποιούμενων στην κατάντη αγορά επιχειρήσεων.

Εντούτοις, και το εν λόγω μοντέλο καθορισμού του δίκαιου και εύλογου ανταλλάγματος έχει τρωτά σημεία. Αρχικά, εδράζεται και αυτό στην ίδια παραδοχή που εξετάστηκε ανωτέρω, αυτήν της υπάρξεως εναλλακτικών, υποκατάστατων μεταξύ τους τεχνολογιών, η οποία όμως δεν ανταποκρίνεται πάντα στην πραγματικότητα. Η εξέταση αυτή της εναλλαξιμότητας μεταξύ τεχνολογιών, που βασίζεται αποκλειστικά στο ύψος του ανταλλάγματος και στην καλύτερη προσφορά, φαίνεται επίσης προβληματική, καθώς προϋποθέτει την ευθυγράμμιση των εκτιμήσεων και των προτεραιοτήτων των μελών του Οργανισμού γύρω από έναν μόνο παράγοντα, αυτόν του ύψους του ανταλλάγματος. Όπως έγινε δεκτό στην αμερικανική νομολογία, «(...) όταν κανείς μεταβάλλει την ευρεσιτεχνία που καλύπτει ένα πρότυπο, αλλάζοντας την με κάποια άλλη, είναι πολύ πιθανό να επέλθουν και άλλες αλλαγές, καθώς η απόδοση του προτύπου είναι πολυπαραγοντική και διαφορετικοί άνθρωποι δύνανται να αποδίδουν αξία σε διαφορετικές παραμέτρους».¹⁷⁹ Επιπλέον, το μοντέλο των ex ante δημοπρασιών προϋποθέτει ότι από την στιγμή που η εκάστοτε τεχνολογία έλαβε την τελική της μορφή και αποκαλύφθηκε στα μέλη των Οργανισμών Τυποποίησης, οι έρευνες σε έρευνα και ανάπτυξη έχουν καταστεί ένα μη ανακτήσιμο κόστος, το οποίο δεν επηρεάζει τον καθορισμό του ύψους των ανταλλαγμάτων. Στην πραγματικότητα όμως, οι παραπάνω δαπάνες εξακολουθούν να βαρύνουν τους δικαιούχους και μετά την ολοκλήρωση της τυποποίησης, καθώς οι τελευταίοι πρέπει συνεχώς να προσαρμόζουν και να αναβαθμίζουν την τεχνολογία τους, επωμιζόμενοι διαρκώς πρόσθετες δαπάνες.¹⁸⁰ Αυτή η ιδιαιτερότητα των προτύπων, συνιστάμενη στην συνεχή τους αναβάθμιση και προσαρμογή στις τεχνολογικές εξελίξεις, φαίνεται να καθιστά εκ των πραγμάτων αδύνατο τον καθορισμό του ύψους του ανταλλάγματος ex ante, όπου το πρότυπο βρίσκεται ακόμα στο στάδιο της ανάπτυξης. Η πιο σοβαρή κριτική, τέλος, στο μοντέλο των Swanson και Baumol, σχετίζεται την δυνατότητα που δίδεται στους δικαιούχους να αποκλείσουν τους ανταγωνιστές τους από την συμμετοχή τους στο πρότυπο, χρησιμοποιώντας ως μέσο τις χαμηλές προσφορές. Όπως είδαμε, οι καθετοποιημένες επιχειρήσεις που συμμετέχουν στις διαδικασίες των Οργανισμών Τυποποίησης, έχουν ένα συγκριτικό πλεονέκτημα σε σχέση μ' αυτές που αντικείμενο τους είναι η αποκλειστικά η ανάπτυξη και η εμπορία καινοτόμων τεχνολογιών (pure innovators), καθώς τα έσοδά τους δεν βασίζονται αποκλειστικά στις άδειες εκμετάλλευσης που παραχωρούν, όπως συμβαίνει με τις τελευταίες. Αποκλείοντας τις ανταγωνίστριες τους, μέσω της προσφοράς χαμηλότερων ανταλλαγμάτων, από την διαδικασία της τυποποίησης, οι καθετοποιημένες επιχειρήσεις επωφελούνται με δύο τρόπους: α) αποδυναμώνουν την θέση των δραστηριοποιούμενων στην ανάπτυξη και εμπορία καινοτόμων τεχνολογιών επιχειρήσεων, στερώντας τους από την μοναδική

¹⁷⁹ Microsoft Corp. V Motorola Inc., 904 F.Supp.2d 1109, σκ. 79.

¹⁸⁰ Daniel G. Swanson, William J. Baumol, ο.π., υποσ. 167, σελ. 22.

πηγή εσόδων και αποθαρρύνοντας τες από το να συμμετάσχουν σε μελλοντικές διαδικασίες τυποποίησης και β) ενδυναμώνουν ακόμα περισσότερο την θέση τους στην κατάντη αγορά, κατασκευάζοντας προϊόντα βασισμένα στο πρότυπο που ενσωματώνει την δική τους τεχνολογία.¹⁸¹

§4.7 Ο δίκαιος και εύλογος χαρακτήρας των όρων FRAND πέραν από το ύψος των ανταλλαγμάτων.

Η επικέντρωση του μεγαλύτερου τμήματος της θεωρίας στο ύψος του ανταλλάγματος που απαιτείται για την παραχώρηση άδειας εκμετάλλευσης της ευρεσιτεχνίας και, συνακόλουθα, για την πρόσβαση στο πρότυπο, σε καμία περίπτωση δεν ξενίζει. Από την άλλη όμως, η προσκόλληση στο ύψος του ανταλλάγματος δεν θα πρέπει να γίνεται μυωπικά, καταλήγοντας να αποτελεί τον μοναδικό προσδιοριστικό παράγοντα για την κατάφαση παραχώρησης της άδειας εκμετάλλευσης υπό όρους FRAND. Επιπλέον, η προσπάθεια να προσδιοριστεί το δίκαιο και το εύλογο του ανταλλάγματος με αναφορά στις ex ante συνθήκες ανταγωνισμού, αυτές δηλαδή που επικρατούσαν προτού μια συγκεκριμένη τεχνολογία αναχθεί σε πρότυπο, είδαμε ότι βασίζεται σε σειρά εμπειρικά λανθασμένων παραδοχών, κυρίως λόγω των εγγενών ιδιαιτεροτήτων της διαδικασίας της τυποποίησης, που καθιστούν δύσκολη την εξέταση του εάν μπορεί να γίνει πράγματι λόγος για εναλλακτικές, υποκατάστατες τεχνολογίες και του εάν μπορεί να προσδιοριστεί η αξία του προτύπου κατά το στάδιο της ανάπτυξης του και προτού αυτό τεθεί σε εφαρμογή. Τέλος, τα παραπάνω μοντέλα, δεν λαμβάνουν υπόψη τα αντιτιθέμενα συμφέροντα εντός των Οργανισμών Τυποποίησης, τα οποία προσδίδουν στην διαδικασία της διαπραγμάτευσης μεταξύ των μερών χαρακτηριστικά που δεν προσομοιάζουν με αυτές που λαμβάνουν χώρα εκτός των Οργανισμών Τυποποίησης, όπου ο αιτών την χορήγηση άδειας εκμετάλλευσης βρίσκεται σε de facto ασθενέστερη θέση.

Τούτων δοθέντων, εξετάζοντας και αναλύοντας κανείς το περιεχόμενο των όρων FRAND, θα πρέπει να εκκινεί πιο αποστασιοποιημένα, σε αντίθεση με την μεροληπτική προσέγγιση που επιτάσσει το πρόβλημα της ομηρίας, δεδομένου ότι και τα δύο μέρη έχουν μη ανακτήσιμα κόστη κατά την στιγμή της διαπραγμάτευσης, ο δικαιούχος τις δαπάνες του σε έρευνα και ανάπτυξη και ο αιτών την παραχώρηση άδειας εκμετάλλευσης τις δαπάνες που συνεπάγεται η διαπραγμάτευση.¹⁸² Υπ' αυτήν την οπτική, κάθε συγκεκριμένη διαπραγμάτευση φέρει διακριτά χαρακτηριστικά και γι' αυτό τον λόγο θα πρέπει να εξετάζεται in concreto η συμπεριφορά των μερών.

§4.8 Οι μη εισάγοντες διακρίσεις όροι.

Από την στιγμή που ορισμένη ευρεσιτεχνία αναχθεί σε πρότυπο, καθιστάμενη κατ' αυτόν τον τρόπο ουσιώδης για την λειτουργία του προτύπου ευρεσιτεχνία, επί της οποίας άπαντες οι συμμετέχοντες στις εργασίες του Οργανισμού Τυποποίησης επιθυμούν πρόσβαση, το στοιχείο

¹⁸¹ Damien Geradin, Miguel Rato, ο.π., υποσ. 89, σελ. 29.

¹⁸² European Commission, Joint Research Center Science and Policy Report, Fair, Reasonable and Non – Discriminatory (FRAND) Licensing Terms, σελ.18.

των μη εισαγουσών διακρίσεων όρων φαίνεται εκ πρώτης όψεως να συνοψίζεται στην υποχρέωση των δικαιούχων να εφαρμόζουν ισοδύναμους όρους σε όλους τους ενδιαφερόμενους ή, τουλάχιστον, σε αυτούς που φέρουν παρόμοια χαρακτηριστικά ως προς την διαπραγματευτική τους θέση ή το ύψος του ανταλλάγματος που προσφέρουν. Βλέπουμε πως και στην προκειμένη περίπτωση, των μη εισαγουσών διακρίσεων όρων, το ύψος του ανταλλάγματος διαδραματίζει βασικό ρόλο. Το παραπάνω βέβαια δεν σημαίνει πως οι ίδιοι όροι και, συγκεκριμένα, το ίδιο ανάλλαγμα, θα πρέπει να εφαρμόζονται οριζόντια και συνολικά, καθώς η φύση των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας και των αδειών εκμετάλλευσης αυτών δικαιολογεί πολλές φορές την επιλεκτική παροχή αδειών εκμετάλλευσης για την αποφυγή φαινομένων αρμπιτράζ.

Το μεγαλύτερο πρόβλημα, στην προσπάθεια θεμελίωσης διακριτικής μεταχείρισης εκ μέρους των δικαιούχων και οριοθέτησης της, ανακύπτει στην περίπτωση των καθετοποιημένων επιχειρήσεων, όπου η σύγκριση αναγκαστικά γίνεται μεταξύ του ανταλλάγματος που χρεώνει ο δικαιούχος στους ενδιαφερόμενους και αυτού που «χρεώνει στον εαυτό του». Με όρους του δικαίου του ανταγωνισμού, αυτό που εξετάζεται είναι εάν ο δικαιούχος του δικαιώματος ευρεσιτεχνίας που ενσωματώνει το πρότυπο, το οποίο αποτελεί αναγκαία εισροή για την δραστηριοποίηση στην κατάντη αγορά κατασκευής προϊόντων συμβατών με το πρότυπο, χρησιμοποιεί το δικαίωμα του αυτό προκειμένου να ενισχύσει την θέση του στην δευτερογενή αγορά, αποκλείοντας την πρόσβαση στις ανταγωνίστριες επιχειρήσεις και εξαλείφοντας τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό στην αγορά αυτή.

Δεδομένης λοιπόν της αδυναμίας να εντοπιστεί το ανάλλαγμα που ο δικαιούχος του διπλώματος ευρεσιτεχνίας «χρεώνει στον εαυτό του», οι Swanson και Baumol προκρίνουν την εφαρμογή του αποτελεσματικού κανόνα τιμολόγησης (Efficient Component Pricing Rule - ECPR).¹⁸³ Σύμφωνα με τον εν λόγω κανόνα, η τιμή πρόσβασης πρέπει να ισούται με την διαφορά ανάμεσα στην τελική τιμή και το οριακό κόστος της επιχείρησης στο κατάντη στάδιο της αγοράς, με άλλα λόγια, το ποσοστό κέρδους της κάθετα ολοκληρωμένης επιχείρησης από την λειτουργία της στην κατάντη αγορά πρέπει να ισούται με το οριακό της κόστος εκεί.¹⁸⁴ Συνεπώς, για να θεωρηθεί πως το ανάλλαγμα που απαιτεί ο δικαιούχος του δικαιώματος ευρεσιτεχνίας δεν εισάγει διακριτική μεταχείριση απέναντι στους ανταγωνιστές του στην δευτερογενή αγορά, αυτό πρέπει να ισούται με την τιμή του τελικού προϊόντος που βασίζεται στο πρότυπο στην δευτερογενή αγορά, μείον το οριακό κόστος για την παραγωγή αυτού του τελικού προϊόντος.

§4.9 Η επιδίωξη έκδοσης απαγορευτικής διάταξης ως αντανταγωνιστική συμπεριφορά – υπόθεση *OrangeBook*.

Πολλές φορές, ο δικαιούχος ενός ουσιώδους για την λειτουργία του προτύπου διπλώματος ευρεσιτεχνίας, ενδέχεται να επιδιώξει δικαστικά την έκδοση απαγορευτικής διάταξης, εμποδίζοντας τρίτες εταιρίες από την παραγωγή προϊόντων συμβατών με το πρότυπο που ενσωματώνει την ευρεσιτεχνία. Στην περίπτωση που ευδοκιμήσει μια τέτοια αίτηση του δικαιούχου, οι παραβιάζοντες τα δικαιώματα του θα αναγκαστούν να αφαιρέσουν τα σχετικά

¹⁸³ Daniel G. Swanson και William J. Baumol, ο.π., υποσ. 167, σελ. 29

¹⁸⁴ Νίκος Βέττας, Γιάννης Κατσουλάκος, ο.π, υποσ. 6, σελ. 230-231.

προϊόντα από την αγορά και, μη έχοντας άλλη επιλογή, θα αποδεχθούν τους όρους παραχώρησης που προτείνει ο δικαιούχος, τους οποίους όμως δεν θα είχαν αποδεχθεί σε διαφορετική περίπτωση, καταλήγοντας σε μια κλασική περίπτωση ομηρίας των άυλων αγαθών.¹⁸⁵ Το ζήτημα που ανακύπτει εν προκειμένω, δεν επιλύεται απλώς με την δέσμευση χορήγησης αδειών εκμετάλλευσης υπό όρους FRAND, από την στιγμή που δεν μπορεί να γίνει λόγος για το ακριβές περιεχόμενο των όρων αυτών. Συνεπώς, ακόμα και επί ενός φαινομενικά μη εύλογου ανταλλάγματος, ο δικαιούχος εξακολουθεί να έχει το δικαίωμα να εμποδίσει τρίτες επιχειρήσεις από την χρήση της προστατευόμενης τεχνολογίας του, ασκώντας την εξουσία που του παρέχει το αποκλειστικό του δικαίωμα.

Μια εξαιρετικά ενδιαφέρουσα απόφαση που επιλήφθηκε του ανωτέρω νομικά ακανθώδους ζητήματος, προήλθε από την γερμανική νομολογία και την υπόθεση Philips κατά Master and More, σχετική με την παραβίαση μιας ουσιώδους για την λειτουργία του προτύπου «Orange Book» ευρεσιτεχνίας.¹⁸⁶ Σύμφωνα με το δικάσαν Γερμανικό Ομοσπονδιακό Ανώτατο Δικαστήριο (BGH), σε περίπτωση παραβίασης ενός ουσιώδους για την λειτουργία του προτύπου διπλώματος ευρεσιτεχνίας, ο καθ' ου η αίτηση – εναγόμενος, δύναται να προτείνει ως άμυνα την ένσταση ότι ο αιτών είχε αρνηθεί να παράσχει άδεια χρήσης επί τη βάση FRAND όρων και επομένως είχε παραβιάσει το άρθρο 102 ΣΛΕΕ (ένσταση υποχρεωτικής παραχώρησης άδειας ή «Orange Book Defense»). Κατά το BGH, προκειμένου να ευδοκιμήσει η παραπάνω ένσταση, ο καθ' ου οφείλει να αποδείξει την συνδρομή των κάτωθι δύο στοιχείων: α) την υποβολή εκ μέρους του πρότασης για παραχώρηση άδειας εκμετάλλευσης στον δικαιούχο, με όρους διαμορφωμένους κατά τέτοιον τρόπο που να μπορούν να γίνουν αποδεκτοί από τον δικαιούχο της ευρεσιτεχνίας και τους οποίους να μην μπορεί να αρνηθεί χωρίς να προβεί σε διακριτική μεταχείριση εις βάρος του καθ' ου, λαμβανομένων υπόψη των αδειών εκμετάλλευσης που έχει παραχωρήσει ήδη σε άλλες εταιρίες, καθώς και β) ότι, καίτοι εκμεταλλεύεται το πρότυπο και το δικαίωμα ευρεσιτεχνίας που αυτό ενσωματώνει, ενεργεί σαν ο δικαιούχος να έχει ήδη αποδεχθεί την πρότασή του, έχοντας ήδη καταβάλλει στον τελευταίο αμοιβή που υπερβαίνει την δική του εκτίμηση περί FRAND δικαιώματος εκμετάλλευσης ή καταβάλλοντας την προσήκουσα για την παραχώρηση της άδειας εκμετάλλευσης αμοιβή σε ανοικτό καταπιστευτικό λογαριασμό.

§4.10 Η απόφαση Huawei.

Η εταιρία Huawei Technologies, δραστηριοποιούμενη στον τομέα των τηλεπικοινωνιών, είχε στην κατοχή της και ήταν δικαιούχος ευρωπαϊκού διπλώματος ευρεσιτεχνίας, με τίτλο «Διαδικασία και εξοπλισμός για την κατασκευή ενός σήματος συγχρονισμού στο πλαίσιο συστήματος μεταδόσεως». Στο πλαίσιο των εργασιών του ETSI για την ανάπτυξη του προτύπου «Long Term Evolution», η Huawei Technologies κοινοποίησε την καταχώριση του διπλώματος στον εν λόγω Οργανισμό στις 4 Μαρτίου 2009, λόγω του ότι ήταν ουσιώδες για την λειτουργία του προτύπου δίπλωμα ευρεσιτεχνίας. Παράλληλα, σε συμμόρφωση με τους κανόνες του ETSI, ανέλαβε την υποχρέωση χορήγησης αδειών χρήσης σε τρίτους υπό

¹⁸⁵ Ι. Λιανός, Γ. Τσουλούφας, ο.π., υποσ. 151, σελ. 805.

¹⁸⁶ BGH, απόφαση της 6^{ης} Μαΐου 2009, KZR 39/06 (μετάφραση στα αγγλικά διαθέσιμη εις <https://www.ieforum.nl/backoffice/uploads/file/IEForum/IEForum%20Uitspraken/Octrooirecht/EN%20Translation%20BGH%20Orange%20Book%20Standard%20-%20eng.pdf>).

όρους FRAND. Κατά το χρονικό διάστημα μεταξύ του Νοεμβρίου του 2010 και του Μαρτίου του 2011, η Huawei Technologies και η ZTE Corp., εταιρία δραστηριοποιούμενη επίσης στον τομέα των τηλεπικοινωνιών, εισήλθαν σε καθεστώς διαπραγματεύσεων για την παραχώρηση άδειας εκμετάλλευσης της υπό κρίση ευρεσιτεχνίας, διαπραγματεύσεις οι οποίες δεν στέφθηκαν με επιτυχία. Συγκεκριμένα, η Huawei πρότεινε την καταβολή ανταλλάγματος, το ύψος του οποίου έκρινε ότι πληρούσε τις δεσμεύσεις FRAND που είχε αναλάβει, η δε ZTE Corp. αντιπρότεινε την εκατέρωθεν ανταλλαγή αδειών εκμετάλλευσης. Παρά ταύτα και δεδομένου ότι το δίπλωμα ευρεσιτεχνίας της Huawei Technologies ενσωματώθηκε στο πρότυπο «Long Term Evolution», η ZTE Corp. εξακολουθούσε να διαθέτει στο εμπόριο προϊόντα που λειτουργούσαν βάσει του προτύπου, χωρίς να καταβάλλει στην Huawei δικαιώματα εκμετάλλευσης. Ως εκ τούτου, η Huawei άσκησε ενώπιον του εθνικού Δικαστηρίου αγωγή, αιτούμενη όπως επιβληθεί στη ZTE Corp. απαγόρευση συνέχισης της παραβίασης του διπλώματος ευρεσιτεχνίας και όπως υποχρεωθεί η τελευταία να ανακαλέσει τα προϊόντα της, να προβεί στην παροχή λογιστικών στοιχείων και να καταβάλει αποζημίωση. Το βασικό προδικαστικό ερώτημα στο οποίο κλήθηκε να απαντήσει το ΔΕΕ, μετά την αναστολή της διαδικασίας και το οποίο παρουσιάζει και το μεγαλύτερο ενδιαφέρον, αφορούσε το εάν συντρέχει κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης από τον δικαιούχο ουσιώδους για την λειτουργία του προτύπου διπλώματος ευρεσιτεχνίας, ο οποίος έχει δηλώσει σε Οργανισμό Τυποποίησης του οποίου είναι μέλος, ότι είναι πρόθυμος να παράσχει σε κάθε τρίτο άδεια χρήσης του δικαιώματος του υπό όρους FRAND και ο οποίος ασκεί κατά του θίγοντος το δίπλωμα ευρεσιτεχνίας αγωγή παραλείψεως, μολονότι ο θίγων έχει δηλώσει ότι είναι πρόθυμος να προβεί σε διαπραγματεύσεις προκειμένου να του χορηγηθεί μια τέτοια άδεια.

A. Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα.

Κατά την ανάπτυξη των προτάσεων του¹⁸⁷, ο Γενικός Εισαγγελέας Melchior Wathelet εξέτασε καταρχάς την περίπτωση ενδεχόμενης συνδρομής των κριτηρίων της νομολογίας για το πρότυπο «Orange Book» και, κυρίως, του εάν η ZTE Corp. ήταν σε θέση να επικαλεστεί την ένσταση υποχρεωτικής παραχώρησης άδειας, αποφαινόμενος αρνητικά¹⁸⁸ συγκεκριμένα, κατά την σύγκριση και την επισκόπηση των πραγματικών περιστατικών των δύο υποθέσεων, ο Γενικός Εισαγγελέας εντόπισε μια ουσιώδη διαφορά, συνιστάμενη στο ότι στην υπό κρίση υπόθεση το δίπλωμα ευρεσιτεχνίας κατέστη ουσιώδες για την λειτουργία του προτύπου στο πλαίσιο των εργασιών του ETSI, κατά τον σχεδιασμό και την ανάπτυξη του προτύπου «Long Term Evolution», με την παράλληλη δέσμευση εκ μέρους της Huawei να παραχωρήσει άδειες εκμετάλλευσης των διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας της υπό FRAND όρους. Αντιθέτως, τέτοια δέσμευση δεν υπήρχε από την μεριά της Philips, της δικαιούχου εταιρίας του de facto προτύπου «Orange Book».¹⁸⁸

Το πρώτο σημείο στις προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα που συγκέντρωσε το μεγαλύτερο ενδιαφέρον, υπήρξε η προσπάθεια του να «ξεδιαλύνει» την σχέση μεταξύ της κατοχής ενός ουσιώδους για την λειτουργία του προτύπου διπλώματος ευρεσιτεχνίας και την ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης, ως αυτόθρονης συνέπεια του ανωτέρω. Ως βάση της συλλογιστικής του Γενικού Εισαγγελέα ετέθη η αδιαμφισβήτητη σύγκρουση ανάμεσα στην θεμελιώδη αρχή του

¹⁸⁷ Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Melchior Wathelet της 20^{ης} Νοεμβρίου 2014, υποθ. C – 170/13 Huawei Technologies Co. Ltd κατά ZTE Corp., ZTE Deutschland GmbH.

¹⁸⁸ *Ibid*, παρ. 48.

δικαίου κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού, σύμφωνα με την οποία η διαπίστωση περί κατοχής δεσπόζουσας θέσης πρέπει να στηρίζεται στις συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού που επικρατούν σε μια δεδομένη αγορά και όχι σε υποθέσεις και την πραγματική κατάσταση που δημιουργεί η διαδικασία της τυποποίησης, κατά την οποία ο εκάστοτε χρήστης του προτύπου πρέπει οπωσδήποτε να έχει πρόσβαση στο αναγκαίο για την λειτουργία του προτύπου δίπλωμα ευρεσιτεχνίας, για να ασκήσει την δραστηριότητα του. Δεχόμενος ότι και οι δύο αυτές παραδοχές δεν μπορούν να αγνοηθούν, ο Γενικός Εισαγγελέας τάχθηκε υπέρ της καθιέρωσης ενός μαχητού τεκμηρίου κατοχής δεσπόζουσας θέσης εκ μέρους του δικαιούχου αναγκαίου για την λειτουργία του προτύπου διπλώματος ευρεσιτεχνίας, το οποίο όμως είναι δυνατόν να ανατραπεί με συγκεκριμένες και εμπειριστατωμένες ενδείξεις.¹⁸⁹ Την «θέσπιση» του μαχητού αυτού τεκμηρίου, το οποίο δύναται να ανατραπεί, ακολούθησε η ορολογική διαφοροποίηση της έννοιας της καταχρηστικής εκμετάλλευσης δεσπόζουσας θέσης με την αντίστοιχη της «καταχρηστικής εκμετάλλευσης τεχνολογικής εξάρτησης», για την κατάφαση της οποίας πρέπει να λάβει χώρα μια πολυπαραγοντική ανάλυση, όπου θα ληφθούν υπόψη όλα τα επιμέρους συμφέροντα: καταρχάς, εκείνα του δικαιούχου της ευρεσιτεχνίας, τόσο επί της αποκλειστικής του εξουσίας πάνω στο δικαίωμά του, όσο και επί του δικαιώματος πρόσβασης του στα δικαστήρια, ο περιορισμός του οποίου μπορεί να γίνεται μόνο «υπό εξαιρετικές περιστάσεις»,¹⁹⁰ καθώς και η ανάγκη διεξαγωγής της ανταγωνιστικής διαδικασίας χωρίς στρεβλώσεις και περιορισμούς της επιχειρηματικής ελευθερίας των συμμετεχόντων.

Το δεύτερο άξιο αναφοράς σημείο των προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα, αφορούσε την αξιολόγηση του επιχειρήματος της Huawei, αντλούμενο από το ενωσιακό νομολογιακό συνεχές των υποθέσεων άρνησης παραχώρησης δικαιωμάτων εκμετάλλευσης άυλων αγαθών (υποθέσεις *Magil*, *Oscar Bronner*, *IMS Health*) και το δόγμα των εξαιρετικών περιστάσεων που καθιερώθηκε μέσω αυτών των υποθέσεων. Κατά την Huawei, προκειμένου να θεμελιωθεί υποχρέωση της προς παροχή άδειας χρήσης του δικαιώματος ευρεσιτεχνίας επί του οποίου ήταν δικαιούχος, θα έπρεπε η αντίδικος να αποδείξει πως η άρνηση παρεμποδίζει την εμφάνιση ενός νέου προϊόντος, δεν δικαιολογείται αντικειμενικά και είναι σε θέση να αποκλείσει τον ανταγωνισμό στην σχετική αγορά. Αναγνωρίζοντας καταρχάς μια *prima facie* ομοιότητα μεταξύ των πραγματικών περιστατικών των υποθέσεων, καθώς η παροχή της άδειας χρήσης του άυλου αγαθού ήταν απαραίτητη προϋπόθεση για την άσκηση επιχειρηματικής δραστηριότητας στην δευτερογενή αγορά, ο Γενικός Εισαγγελέας εστίασε στην σημασία των δεσμεύσεων για παραχώρηση άδειας εκμετάλλευσης υπό όρους FRAND, υποστηρίζοντας πως άπαξ και λάβει χώρα μια τέτοια δέσμευση, δεν μπορεί να γίνει λόγος για άρνηση παραχώρησης.¹⁹¹

Η ολοκλήρωση της νομικής ανάλυσης του Γενικού Εισαγγελέα, είχε ως σημείο αναφοράς την υπόθεση *Volvo/Veng* και τα *obiter dicta* στα οποία προέβη το Δικαστήριο, με τα οποία σκιαγράφησε συγκεκριμένες πρακτικές που, υπό εξαιρετικές περιστάσεις, μπορούν να λάβουν καταχρηστικό χαρακτήρα. Συγκεκριμένα, όπως χαρακτηριστικά ανέφερε, «οι ενδείξεις που παρέσχε το Δικαστήριο στην απόφαση εκείνη ως προς τις ενέργειες που μπορεί να στοιχειοθετούν καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσεως χαρακτηρίζονται, αφενός, από τη σχέση εξαρτήσεως μεταξύ του φορέα δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας που κατέχει

¹⁸⁹ *Ibid*, παρ. 58.

¹⁹⁰ *Ibid*, παρ. 62.

¹⁹¹ *Ibid*, παρ. 70.

δεσπόζουσα θέση και άλλων επιχειρήσεων και, αφετέρου, από την καταχρηστική εκμετάλλευση της θέσεως αυτής εκ μέρους του δικαιούχου με διαφορετικά μέσα από αυτά που διέπουν τον συνήθη ανταγωνισμό.»¹⁹² Η πρώτη, συνεπώς, παράμετρος που θα πρέπει να εξετάζεται κατά την προσπάθεια προσέγγισης της σχέσης ανάμεσα στην κατοχή ενός ουσιώδους για την λειτουργία του προτύπου διπλώματος ευρεσιτεχνίας και της υπάρξεως δεσπόζουσας θέσης, είναι η τεχνολογική εξάρτηση, η ανάγκη των συμμετεχόντων στην δευτερογενή αγορά κατασκευής των προϊόντων που ενσωματώνουν το πρότυπο να αποκτήσουν πρόσβαση σ' αυτό, προκειμένου να ασκήσουν την επιχειρηματική τους δραστηριότητα. Η δεύτερη παράμετρος, που αποτέλεσε και το καταληκτικό συμπέρασμα της νομικής ανάλυσης του Γενικού Εισαγγελέα, θα πρέπει να είναι η εξέταση της κάθε ξεχωριστής περίπτωσης υπό το πρίσμα των όρων FRAND υπό τους οποίους δεσμεύτηκε να παραχωρήσει την άδεια ο δικαιούχος. Συνεπώς, λαμβάνεται υπόψη η συμπεριφορά και των δύο μερών, του δικαιούχου και του αιτούντος, υπό τα συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά και τις περιστάσεις της κάθε υπόθεσης.

B. Οι προϋποθέσεις μη υπαγωγής μιας αίτησης για έκδοση απαγορευτικής διάταξης στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ.

Τα παραπάνω πορίσματα οδήγησαν τον Γενικό Εισαγγελέα να προτείνει ένα διαδικαστικό πλαίσιο οργάνωσης των διαπραγματεύσεων μεταξύ των μερών, προκειμένου μια αίτηση για έκδοση απαγορευτικής διάταξης να μην αντίκειται στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ, αποτελούμενο από μια σειρά ξεχωριστών ενεργειών: α) καταρχάς και υπό την προϋπόθεση ότι ο φερόμενος ως θίγων το δίπλωμα ευρεσιτεχνίας δεν είναι ήδη ενήμερος, ο δικαιούχος οφείλει να τον ενημερώσει εγγράφως και με πλήρη αιτιολογία για την επίμαχη παράβαση, διευκρινίζοντας ποιο είναι το κρίσιμο στην προκειμένη περίπτωση δίπλωμα ευρεσιτεχνίας και πώς αυτό παραβιάζεται.¹⁹³ β) Επιπροσθέτως, ο δικαιούχος οφείλει να διαβιβάσει στον φερόμενο ως θίγοντα το δίπλωμα ευρεσιτεχνίας έγγραφη προσφορά χορηγήσεως αδειάς υπό όρους FRAND, εμπεριέχουσα όλους τους όρους που συνήθως περιλαμβάνονται στις οικείες άδειες, καθώς και το ύψος του ανταλλάγματος και της μεθόδου υπολογισμού βάσει της οποίας προέκυψε¹⁹⁴. γ) Αντιστοίχως, ο φερόμενος ως θίγων, στην περίπτωση που δεν αποδέχεται την ανωτέρω προσφορά, οφείλει να υποβάλλει με την σειρά του εύλογη αντιπροσφορά, τονίζοντας τις ρήτρες με τις οποίες διαφωνεί.¹⁹⁵ Το χρονικό διάστημα, τέλος, εντός του οποίου πρέπει να περατωθεί η ως άνω διαδικασία, πρέπει να αξιολογείται υπό το πρίσμα των εμπορικών δυνατοτήτων που διαθέτει ο δικαιούχος για να αξιοποιήσει οικονομικά το δίπλωμα στον οικείο τομέα.¹⁹⁶

Γ. Η απόφαση του Δικαστηρίου.

¹⁹² *Ibid*, παρ. 73.

¹⁹³ *Ibid*, παρ. 84.

¹⁹⁴ *Ibid*, παρ. 85.

¹⁹⁵ *Ibid*, παρ. 88.

¹⁹⁶ *Ibid*, παρ.89.

Η απόφαση του ΔΕΕ¹⁹⁷ ακολούθησε σχεδόν το σύνολο των προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα, με ιδιαίτερη αναφορά στην αντιπαραβολή των υποθέσεων αρνήσεως παροχής άδειας δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας με την παρούσα. Παράλληλα, δεδομένου ότι στην απόφαση περί παραπομπής η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης δεν αμφισβητήθηκε από τους διαδίκους, η ανάλυση εκ μέρους του ΔΕΕ περιορίστηκε στην διαπίστωση περί ύπαρξης ή μη καταχρήσεως της δεσπόζουσας θέσης.

Εκκινώντας από τις υποθέσεις *Volvo/Veng*, *Magil* και *IMS*, το ΔΕΕ έκρινε πως η αγωγή παράλειψης στην περίπτωση απομίμησης/παραποίησης του διπλώματος ευρεσιτεχνίας, αποτελεί, καταρχάς, μια επιμέρους εκδήλωση της αποκλειστικής εξουσίας που συνδέεται με την κατοχή δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας και μόνο υπό εξαιρετικές περιστάσεις μπορεί να αποτελέσει καταχρηστική πρακτική.¹⁹⁸ Εντούτοις, τα πραγματικά περιστατικά της παρούσας υπόθεσης την διαφοροποιούσαν από τις παραπάνω, εκ του γεγονότος ότι το επίμαχο δίπλωμα ευρεσιτεχνίας ήταν ουσιώδες για την λειτουργία προτύπου τεθέντος από Οργανισμό Τυποποίησης, καθιστώντας το αναγκαίο για κάθε ανταγωνιστή που επιδίωκε να κατασκευάσει προϊόντα συμβατά με το πρότυπο, εν αντιθέσει με τα διπλώματα ευρεσιτεχνίας που δεν είναι ουσιώδη και επιτρέπουν στους τρίτους να κατασκευάζουν προϊόντα που αποκλίνουν απ' αυτά.¹⁹⁹ Επιπλέον, το επίμαχο δίπλωμα κατέστη ουσιώδες, στο πλαίσιο του Οργανισμού Τυποποίησης, με την κατηγορηματική δέσμευση του κατόχου πως θα παραχωρεί άδειες χρήσεως, υπό όρους FRAND.²⁰⁰ Τούτων δοθέντων, η παραπάνω δέσμευση δημιούργησε στους τρίτους «θεμιτές προσδοκίες» ότι ο δικαιούχος θα παραχωρήσει πράγματι άδειες υπό τέτοιους όρους, με αποτέλεσμα η ενδεχόμενη άρνηση του τελευταίου να συνιστά κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης, κατά το άρθρο 102 ΣΛΕΕ.²⁰¹

Καίτοι το εθνικό δικαστήριο υπέβαλλε προδικαστικά ερωτήματα καλώντας στην ουσία το ΔΕΕ να αποφανθεί περί της ύπαρξης ή μη της κατάχρησης, το τελευταίο, σε αντιστοιχία με τις προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα, επέλεξε να εξετάσει τις περιστάσεις εκείνες κάτω από τις οποίες η κατάχρηση αποκλείεται, αντιστρέφοντας κατ' αυτόν τον τρόπο την οπτική της υπόθεσης και διαμορφώνοντας μια σειρά κριτηρίων που αποβλέπουν στην διασφάλιση της «δίκαιης εξισορρόπησης των υφιστάμενων συμφερόντων».²⁰² Τα κριτήρια αυτά είναι τα ίδια με αυτά που ανέπτυξε ο Γενικός Εισαγγελέας, ώστε να μην υπαχθεί μια αίτηση για έκδοση απαγορευτικής διάταξης στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ, παρέλκει συνεπώς η επανάληψη τους, με την εξαίρεση δύο επιπλέον πιθανοτήτων που εξετάσθηκαν και προτάθηκαν αντίστοιχες λύσεις: η πρώτη αφορά την περίπτωση κατά την οποία ο θίγων το δίπλωμα ευρεσιτεχνίας χωρίς να έχει λάβει άδεια παραχώρησης χρήσης, απορρίπτει την πρόταση από την μεριά του δικαιούχου. Κατά το Δικαστήριο, από την στιγμή της απόρριψης της πρότασης, ο πρώτος οφείλει να παράσχει κατάλληλη ασφάλεια στον δεύτερο, σύμφωνα με τα συναλλακτικά ήθη του συγκεκριμένου τομέα και την καλή πίστη, όπως η προσκόμιση τραπεζικής εγγύησης, ο υπολογισμός της οποίας πρέπει να περιλαμβάνει το σύνολο των πράξεων που διενεργήθηκαν με την χρήση της προστατευόμενης

¹⁹⁷ ΔΕΕ, απόφαση της 16^{ης} Ιουλίου 2015, υποθ. C – 170/13, Huawei Technologies Co. Ltd κατά ZTE Corp., ZTE Deutschland GmbH.

¹⁹⁸ *Ibid*, σκ. 46,47.

¹⁹⁹ *Ibid*, σκ. 49,50.

²⁰⁰ *Ibid*, σκ. 51.

²⁰¹ *Ibid*, σκ. 53.

²⁰² *Ibid*, σκ.55.

τεχνολογίας.²⁰³ Η δεύτερη αφορά την περίπτωση όταν δεν επιτευχθεί συμφωνία ούτε κατόπιν της αντιπρότασης εκ μέρους του θίγοντος το δικαίωμα του δικαιούχου, οπότε και τα μέρη μπορούν να αναθέσουν με κοινή συμφωνία τον καθορισμό του ποσού των δικαιωμάτων εκμετάλλευσης από ανεξάρτητο τρίτο.²⁰⁴

Βάσει των ανωτέρω, το Δικαστήριο έκρινε πως οι αγωγές εκ μέρους της Huawei με αίτημα την παροχή λογιστικών στοιχείων σχετικών με διενεργηθείσες πράξεις χρήσεως της ευρεσιτεχνίας της ή την επιδίκαση αποζημιώσεως δεν έχουν άμεσο αντίκτυπο στην εμφάνιση ή τη διατήρηση στην αγορά προϊόντων σύμφωνων με το περί ου ο λόγος τεχνικό πρότυπο προϊόντων, τα οποία έχουν κατασκευασθεί από ανταγωνιστές.²⁰⁵

Δ. Η επισκόπηση της απόφασης.

Η υπόθεση *Huawei* και, κυρίως, τα συμπεράσματα και οι σκέψεις του Δικαστηρίου και του Γενικού Εισαγγελέα, επιχείρησαν για πρώτη φορά να εξετάσουν την πιθανότητα «μεταστέγασης» του δόγματος των εξαιρετικών περιστάσεων της υπόθεσης *Magil* στο πεδίο των προτύπων και της σχέσης που αναπτύσσεται μεταξύ αυτών και των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. Η πρώτη κρίσιμη διαπίστωση, εξετάζοντας κανείς την συλλογιστική του Δικαστηρίου, συνίσταται στο συμπέρασμα του πως η αναγωγή μιας ευρεσιτεχνίας σε πρότυπο, καθιστά την τελευταία απαραίτητη για κάθε ανταγωνιστή που επιθυμεί να κατασκευάσει συμβατά προϊόντα, προσομοιάζοντας κατ' αυτόν τον τρόπο, με το κριτήριο της «αναγκαιότητας» που εισήγαγε η υπόθεση *Magil*, αλλά και η υπόθεση *Bronner*. Από την άλλη, αυτό που διαφοροποιεί την εν λόγω υπόθεση από τις ανωτέρω, ανευρίσκεται στην δέσμευση εκ μέρους της Huawei να παραχωρήσει άδειες εκμετάλλευσης του διπλώματος ευρεσιτεχνίας της υπό όρους FRAND. Δεδομένου άρα ότι ο δικαιούχος έχει δεσμευθεί προς αυτή την κατεύθυνση, δεν μπορεί, καταρχάς, να γίνει λόγος για άρνηση, όπως θα συνέβαινε στην περίπτωση που το δίπλωμα ευρεσιτεχνίας δεν ήταν ουσιώδες. Η ανάληψη της υποχρέωσης για την χορήγηση των παραπάνω αδειών υπό όρους FRAND θέτει τον «πήχη προστασίας» σαφώς χαμηλότερα, σε καμία περίπτωση όμως δεν μπορεί να γίνει λόγος για οριστική απαλλαγή του δικαιούχου από την ιδιαίτερη ευθύνη που καθιερώνει ο κανόνας πρωτογενούς δικαίου του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Άλλωστε, όπως έχουμε ήδη καταδείξει, η δέσμευση για χορήγησης αδειών εκμετάλλευσης υπό όρους FRAND, δεν έχει ένα συγκεκριμένο, προδιαμορφωμένο και καθολικά εφαρμόσιμο περιεχόμενο, αντιθέτως, η κάθε περίπτωση πρέπει να εξετάζεται ad hoc, με βάση τα πραγματικά περιστατικά, τις προθέσεις και τα συμφέροντα των μερών.

Το κρίσιμο σημείο των όσων έγιναν δεκτά από το Δικαστήριο και στο οποίο πρέπει να εστιάσει κανείς, κατά την άποψη του γράφοντος, εντοπίζεται στις «θεμιτές προσδοκίες» που δημιουργεί στους τρίτους η δέσμευση για παραχώρηση αδειών εκμετάλλευσης υπό όρους FRAND. Η μεθοδολογική προσέγγιση και το σχήμα κανόνα - εξαίρεσης το οποίο εισήγαγαν οι υποθέσεις *Volvo/Veng* και *Magil*, εδράζεται στο ότι η άσκηση των αποκλειστικών εξουσιών που απονέμει ένα δικαίωμα διανοητικής ιδιοκτησίας, συμπεριλαμβανομένων των δικαιωμάτων

²⁰³ *Ibid*, σκ.67.

²⁰⁴ *Ibid*, σκ.68.

²⁰⁵ *Ibid*, σκ.74.

άρνησης συναλλαγής και έγερσης αγωγών παράλειψης, δεν συνιστά από μόνη της κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης, παρά μόνο στις περιπτώσεις όπου συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του δόγματος των εξαιρετικών περιστάσεων. Αντιθέτως, στην περίπτωση των ουσιωδών για την λειτουργία του προτύπου διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας, η κατοχή δεσπόζουσας θέσης τεκμαίρεται, όπως ανέφερε στις προτάσεις του ο Γενικός Εισαγγελέας, η δέσμευση ωστόσο του δικαιούχου για παραχώρηση αδειών εκμετάλλευσης υπό όρους FRAND, δημιουργεί την ανάγκη εξέτασης τόσο της δικής του συμπεριφοράς, όσο και αυτής του φερόμενου ως θίγοντος το δικαίωμα ευρεσιτεχνίας του, προκειμένου να γίνει λόγος για κατάχρηση. Η διάπλαση του πλαισίου διαπραγματεύσεων και των σταδίων εντός αυτού από τον Γενικό Εισαγγελέα και το Δικαστήριο, με την εγκαθίδρυση εκατέρωθεν υποχρεώσεων ανάμεσα στα δύο μέρη, φαίνεται να αποτελεί την «χρυσή τομή», η οποία να μεν είναι πιο απλή στην σύλληψη της, αλλά συγχρόνως και πιο πρακτική, καθώς απομακρύνεται από περίπλοκα μοντέλα, που εδράζονται αποκλειστικά στον ορθό τρόπο υπολογισμού του ύψους του ανταλλάγματος, δίνοντας έμφαση στην διαδικασία και δημιουργώντας έναν «ασφαλή λιμένα» για τον κάτοχο ουσιώδους για την λειτουργία του προτύπου διπλώματος ευρεσιτεχνίας.

Επιλογικές σκέψεις και Συμπεράσματα.

Η προσέγγιση των ευρωπαϊκών δικαστηρίων στο ζήτημα που εξετάστηκε στην παρούσα διπλωματική εργασία, ιδίως υπό την σκοπιά της ευρύτερης σύγκρουσης μεταξύ του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού με το δίκαιο της διανοητικής ιδιοκτησίας, έθεσε ως βάση, ήδη από την απόφαση *Volvo/Veng* και την σκέψη 9 αυτής, ότι η κατοχή ενός δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας και η άσκηση των εξουσιών που απορρέουν απ' αυτό, δεν συνεπάγεται αυτομάτως την ύπαρξη και την κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης εκ μέρους του δικαιούχου. Η συνέπεια που επέδειξαν οι υποθέσεις που ακολούθησαν με το παραπάνω συμπέρασμα, δεν αφήνει αμφιβολία ως προς το ότι σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να γίνει λόγος για *ex post* κατάργηση της νόμιμης εξουσίας αποκλεισμού του δικαιούχου, κατ' εφαρμογή των κανόνων του δικαίου προστασίας του ανταγωνισμού, κάτι που θα εγκυμονούσε σοβαρούς κινδύνους για τα κίνητρα για καινοτομία.²⁰⁶ Ο *ex post* έλεγχος, βέβαια, από την σκοπιά του δικαίου του ανταγωνισμού, εξακολουθεί να γίνεται, όχι όμως για κάθε συγκεκριμένη περίπτωση που ανακύπτει αλλά στις περιπτώσεις που διακυβεύονται συμφέροντα, τα οποία εντάσσονται στην στοχοθεσία του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού. Σε κάθε περίπτωση, η εδραίωση της εν λόγω θέσης ως αμετάβλητου κανόνα, υποχρέωσε την νομολογία να εντοπίσει η ίδια και την εξαίρεση και να προσδιορίσει τις προϋποθέσεις κάτω υπό τις οποίες η ως άνω εξουσία και, ειδικότερα, η εξουσία του δικαιούχου να αρνηθεί την παραχώρηση άδειας εκμετάλλευσης δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας, δύναται να καμφθεί. Το παραπάνω έγινε με το δόγμα των εξαιρετικών περιστάσεων της υπόθεσης *Magil* - η οποία συνιστά στην ουσία μια υπόθεση βασικών διευκολύνσεων- και τα κριτήρια που το συνοδεύουν, το περιεχόμενο των οποίων προσδιορίστηκε έτι περαιτέρω στις υποθέσεις παρόμοιου περιεχομένου που ακολούθησαν.

²⁰⁶ Έφη Κινινή, ο.π. υποσ. 14.

Το πλέον ακανθώδες από τα κριτήρια που συνιστούν τις εξαιρετικές περιπτώσεις, η συνδρομή των οποίων οδηγεί στην υποχρέωση αναγκαστικής άδειας κατά το άρθρο 102 ΣΛΕΕ, αποτελεί αυτό της εμφάνισης ενός νέου προϊόντος, για το οποίο υπάρχει ήδη ζήτηση εκ μέρους των καταναλωτών. Η εξαιρετικά ιδιόμορφη φύση των λιστών επί των τηλεοπτικών προγραμμάτων, σε συνδυασμό με την συνεχή ανάδυση νέων προϊόντων τα οποία, λόγω των ραγδαίων τεχνολογικών εξελίξεων, φέρουν εκ των πραγμάτων χαρακτηριστικά που τα διαφοροποιούν σε σχέση με τα υπάρχοντα, συνηγορεί υπέρ της άποψης ότι, από την σκοπιά της νομικής θεμελίωσης του, το κριτήριο αυτό παρουσιάζεται εξαιρετικά ασταθές αλλά και προβληματικό· όπως άλλωστε τονίστηκε, καίτοι η εναρμόνιση του δικαίου κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού με το δίκαιο της διανοητικής ιδιοκτησίας και την αποκλειστικότητα που αυτό χορηγεί γίνεται πρωτίστως χάριν της προώθησης του δυναμικού ανταγωνισμού, αυτό δεν συνεπάγεται πως δεν πρέπει να υπάρχει μια διαβάθμιση της προστασίας που απονέμεται στα διάφορα δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας, καθώς μια οριζόντια και εξισωτική αντιμετώπισή τους, απονέμουσα ίδιο βαθμό προστασίας σε διαφορετικής έντασης καινοτομίες, πιθανόν να βλάπτει τον στατικό ανταγωνισμό, χωρίς παράλληλα να προωθεί τον δυναμικό ανταγωνισμό. Η διαβάθμιση αυτή βέβαια πρέπει να γίνεται *a priori* και βάσει αποκρυσταλλωμένων, τυπικών κριτηρίων, καθώς η αναγωγή ενός άυλου αγαθού σε δικαίωμα διανοητικής ιδιοκτησίας παρέχει στον δικαιούχο του την αποκλειστική εξουσία πάνω σ' αυτό, χωρίς να μπορεί το Δικαστήριο να «ερμηνεύσει» κατά το δοκούν την φύση και το περιεχόμενο του δικαιώματος, κάτι για το οποίο επικρίθηκε η *Magil*, στην οποία το δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας φάνηκε να αντιμετωπίζεται περισσότερο ως ένα δικαίωμα ευρεσιτεχνίας. Σημαντική σ' αυτό το πλαίσιο, υπήρξε η υπόθεση *Ladbroke*, όπου το Δικαστήριο μετρίασε εν πολλοίς την εν λόγω προβληματική, δεχόμενο πως η ποιοτική αναβάθμιση μόνο μιας ήδη παρεχόμενης υπηρεσίας, δεν μπορεί να στοιχειοθετήσει από μόνη της προσδιοριστικό του «νέου» παράγοντα, αλλά απαιτείται και κάτι παραπάνω.

Επιπλέον, εξαιρετικά δύσκολο και απαιτητικό εγχείρημα αποτελεί η οριοθέτηση της σχετικής αγοράς, στην περίπτωση που την κύρια αγορά ενός προϊόντος ή μιας υπηρεσίας την ακολουθεί μια δευτερογενής αγορά, η οποία δημιουργείται και έπεται για λόγους τεχνικής ή οικονομικής φύσης. Η στενή αυτή σχέση μεταξύ των δύο αγορών επιτάσσει να λαμβάνει χώρα μια ανάλυση κατά την οποία ναι μεν θα εξετάζονται ξεχωριστά οι συνθήκες ανταγωνισμού που επικρατούν τόσο στην πρωτογενή, όσο και στην δευτερογενή αγορά, θα λαμβάνεται υπόψη όμως και η μεταξύ τους σχέση και, κυρίως, το πώς αυτή επηρεάζεται από την συμπεριφορά μιας επιχείρησης που δραστηριοποιείται και στις δύο. Ο ορθός προσδιορισμός της σχετικής αγοράς στις υποθέσεις άρνησης παροχής άδειας εκμετάλλευσης, αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση και για την κατάφαση του δεύτερου κριτηρίου των εξαιρετικών περιστάσεων, αυτό της εξάλειψης των συνθηκών ανταγωνισμού στην δευτερογενή αγορά. Κατά την άποψη του γράφοντος, το σημαντικότερο πόρισμα, από τις υποθέσεις που εξετάστηκαν, ανευρίσκεται στην υπόθεση *IMS*, όπου το Δικαστήριο δεν θεώρησε αναγκαίο τον εντοπισμό μιας υφιστάμενης πρωτογενούς αγοράς, αλλά αρκεί το γεγονός ότι η τελευταία απλώς δύναται να σχηματιστεί. Ο πήχης της ανάλυσης συνεπώς τίθεται ελαφρώς χαμηλότερα, στην περίπτωση των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας, καθώς όπου αυτά υφίστανται, θα σχηματίζεται πάντοτε μια δυναμική ή υποθετική πρωτογενής αγορά του άυλου αγαθού, στο οποίο θα επιθυμούν πρόσβαση οι δραστηριοποιούμενες επιχειρήσεις στην κατάντη αγορά.

Συμπερασματικά, οι υποθέσεις άρνησης χορηγήσεως αδειών εκμετάλλευσης και η εξέτασή τους υπό το πρίσμα του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, παρουσίασαν μια αυξημένη δυσκολία για τα

ευρωπαϊκά δικαστήρια, τα οποία όμως, ασχέτως επιμέρους αμφισβητούμενων πορισμάτων, προέβησαν σε μια λεπτή και αποστασιοποιημένη στάθμιση των αναγκών που συνόδευαν τα ζητήματα που παρουσιάστηκαν ενώπιόν τους, κυρίως δε, έμειναν σταθερά σε βασικές παραδοχές, γεγονός που παρέχει την δυνατότητα αυτό – αξιολόγησης της συμπεριφοράς των επιχειρήσεων στο μέλλον.

Η φαινομενική σύγκρουση ανάμεσα στο δίκαιο της διανοητικής ιδιοκτησίας με αυτό του ανταγωνισμού, κάνει την εμφάνιση της και στα πρότυπα, τις κοινές τεχνικές προδιαγραφές που τίθενται για προϊόντα ενός συγκεκριμένου κλάδου. Η διαφορά έγκειται στο ότι εκ πρώτης όψεως, αυτό που πρέπει «επικρατήσει» είναι το δίκαιο του ανταγωνισμού, καθώς εγγενές στοιχείο της τυποποίησης αποτελεί η χρησιμοποίηση της επιλεγείσας τεχνολογίας από το σύνολο των επιχειρήσεων ενός τομέα. Η θέση αυτή όμως παραβλέπει πως και εδώ, η ανάπτυξη των βέλτιστων τεχνολογιών επιβάλλει την διατήρηση της κινητροδότησης, η οποία επιτυγχάνεται με την αποκλειστικότητα που απονέμεται στα δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας και, κυρίως, στις ευρεσιτεχνίες. Σε αντίθεση λοιπόν με τις απλές περιπτώσεις αρνήσεως παροχής άδειας εκμετάλλευσης, όπου έχουμε μια «γραμμική» λογική, με έναν κανόνα και την εξαίρεση του, στην περίπτωση των ουσιωδών για την λειτουργία του προτύπου διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας η λογική γίνεται «κυκλική», καθώς μια διαδικασία που εκκινεί έχοντας ως στόχο την ευρεία υιοθέτηση μιας τεχνολογίας ως πρότυπο αλλάζει προσανατολισμό, όταν το τελευταίο ενσωματώνει μια ευρεσιτεχνία, καθώς σ' αυτήν την περίπτωση πρέπει να επιβραβευθεί ο δικαιούχος, ασκώντας όπως ο ίδιος επιθυμεί τις αποκλειστικές εξουσίες που συνοδεύουν το δικαίωμα του. Σ' αυτήν την περίπτωση όμως, επανέρχεται εντονότερα στο προσκήνιο η αρχική ανάγκη, της καθολικής πρόσβασης στο πρότυπο από όλους τους ενδιαφερόμενους, η οποία στρέφεται κατά του δικαιούχου, ο οποίος όμως εξακολουθεί – και δικαίως – να επιθυμεί την άντληση των ωφελειών από την καινοτομία του.

Ο γρίφος αυτός επιλύεται θεωρητικώς με τους όρους FRAND, οι οποίοι οφείλουν να διέπουν την πρόταση του δικαιούχου προς κάθε ενδιαφερόμενο για την παροχή άδειας εκμετάλλευσης. Το ρευστό ωστόσο περιεχόμενο των όρων αυτών, δεδομένης και της αδυναμίας των Οργανισμών Τυποποίησης να θέσουν δεσμευτικού περιεχομένου κανόνες, φαίνεται να περιπλέκει ακόμα περισσότερο το πρόβλημα, παρά να το επιλύει ουσιαστικά, εν αντιθέσει με το δόγμα των εξαιρετικών περιστάσεων. Η δυσκολία εντείνεται έτι περαιτέρω λόγω των αντιτιθέμενων συμφερόντων των συμμετεχόντων εντός των Οργανισμών Τυποποίησης, που διαφοροποιούν σε μεγάλο βαθμό κάθε συγκεκριμένη περίπτωση.

Η πλειονότητα των προτάσεων για τον προσδιορισμό του περιεχομένου των όρων FRAND, σχετίζεται σχεδόν αποκλειστικά με το ύψος του δίκαιου και εύλογου ανταλλάγματος και την ανάγκη αυτό να προσεγγίζεται με αναφορά στις συνθήκες ανταγωνισμού που επικρατούσαν πριν την υιοθέτηση του προτύπου. Παρά την λογικοφάνεια αυτής της θέσης, είδαμε πως συγκεκριμένες παραδοχές που την χαρακτηρίζουν στερούνται επιβεβαίωσης από την ίδια την πραγματικότητα, με την πιο χαρακτηριστική απ' αυτές να είναι η ύπαρξη εναλλακτικών τεχνολογιών, που θα λειτουργήσουν ανταγωνιστικά προς την επιλεγείσα ως πρότυπο, αποτρέποντας τυχόν καταχρηστικές συμπεριφορές του δικαιούχου. Οι διαφορετικές στρατηγικές επιδιώξεις των συμμετεχόντων επίσης δεν λαμβάνονται υπόψη από τους υποστηρικτές της συγκεκριμένης άποψης, ιδίως τα μικτά συμφέροντα των καθετοποιημένων επιχειρήσεων, οι οποίες δεν αποδίδουν ιδιαίτερη σημασία στο ύψος του ανταλλάγματος, αλλά στην ανταλλαγή τεχνολογιών, μέσω των σταυροειδών παραχωρήσεων αδειών εκμετάλλευσης. Συνεπώς, θα πρέπει

να εξετάζονται και άλλοι παράγοντες, πέραν του ύψους του ανταλλάγματος και, κυρίως, η κάθε περίπτωση θα πρέπει να αντιμετωπίζεται ξεχωριστά, υπό το πρίσμα των ιδιαίτερων πραγματικών περιστατικών που την διέπουν.

Την ασάφεια που διέπει το περιεχόμενο των FRAND όρων ήρθε να άρει η απόφαση *Huawei*, επιχειρώντας όχι τον προσδιορισμό των τελευταίων, αλλά δίδοντας έμφαση στο διαδικαστικό πλαίσιο των διαπραγματεύσεων μεταξύ των μερών, του δικαιούχου και του ενδιαφερόμενου για την παροχή άδειας εκμετάλλευσης. Το ενδιαφέρον της συγκεκριμένης υπόθεσης εντοπίζεται στην παραδοχή εκ μέρους του Δικαστηρίου ότι η δέσμευση για την χορήγηση άδειας εκμετάλλευσης ουσιώδους για την λειτουργία του προτύπου δικαιώματος ευρεσιτεχνίας, δεν αποτελεί απλώς μια τυπική διακήρυξη προθέσεων εκ μέρους του δικαιούχου, αλλά δημιουργεί «θεμιτές προσδοκίες» στον αιτούντα την παροχή πρόσβασης στο πρότυπο. Συνεπώς, για την κατάφαση εάν η άσκηση μιας εκ των αποκλειστικών εξουσιών του δικαιώματος ευρεσιτεχνίας αποτελεί κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης κατά το άρθρο 102 ΣΛΕΕ θα πρέπει να ληφθεί υπόψη η συμπεριφορά και των δύο μερών, πράγμα που καθίσταται δυνατό με την υιοθέτηση του πλαισίου διαπραγμάτευσης που πρότεινε ο Γενικός Εισαγγελέας της υπόθεσης.

Καταληκτικά θα λέγαμε πως η έλλειψη ορισμένου και επακριβούς περιεχομένου των δεσμεύσεων FRAND αναδεικνύεται ενδεχομένως στο βασικό τους πλεονέκτημα, διότι καθιστά τα μέρη αποκλειστικά υπεύθυνα για το περιεχόμενο και το αποτέλεσμα των μεταξύ τους διαπραγματεύσεων και βρίσκεται σε συμφωνία με την συνεργατική και εδραζόμενη στην συνεννόηση φύση των Οργανισμών Τυποποίησης. Τα πορίσματα της υπόθεσης *Huawei*, ιδίως η καθιέρωση ενός πλαισίου διαπραγμάτευσης με διακριτά στάδια και εκατέρωθεν υποχρεώσεις, μπορούν να αποτελέσουν έναν «ασφαλή λιμένα» για τους δικαιούχους ουσιωδών για την λειτουργία του προτύπου διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας, για τους οποίους μάλιστα η έρευνα και η αναζήτηση του περιεχομένου των FRAND όρων συνεπάγεται ένα υψηλό κόστος πληροφόρησης.

Βιβλιογραφία

Ελληνική

Βέττας, Ν., Κατσουλάκος, Γ., Πολιτική Ανταγωνισμού και Ρυθμιστική Πολιτική – Τα Οικονομικά των Παρεμβάσεων σε Μονοπώλια και Ολιγοπώλια, εκδόσεις Τυπωθήτω – Γιώργος Δαρδανός, 2004.

Καραμπατζός, Α., Ιδιωτική Αυτονομία και Προστασία του Καταναλωτή, εκδ. Π.Ν. Σάκκουλας, 2016.

Κιρινή, Ε., Η άρνηση παραχώρησης άδειας εκμετάλλευσης άυλων αγαθών στο δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού, εκδ. Αντ. Σάκκουλα, 2004.

Κουμάντος, Γ., Πνευματική Ιδιοκτησία, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2002.

Λιακόπουλος, Θ., Ζητήματα Εμπορικού Δικαίου, εκδ. Π.Ν. Σάκκουλας, 1997.

Λιανός, Ι., Τσουλούφας, Γ., Καταχρήσεις μη τιμολογιακού χαρακτήρα: άρνηση προμήθειας, tying/bundling, κατάχρηση δικονομικών δικαιωμάτων, κανονιστικών και διοικητικών διαδικασιών, σε Δ. Τζουγανάτος, Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού (Συλλογικό), εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2η Έκδοση, 2020, σελ. 100 – 134.

Λιάπης, Δ., Ηλεκτρική ενέργεια και δίκαιο των συμβάσεων – Από το Μονοπώλιο στο Unbundling και στο Χρηματιστήριο Ενέργειας, εκδ. Π.Ν. Σάκκουλας, 2018.

Παπανικολάου, Π., Περί των ορίων της προστατευτικής παρέμβασης του δικαστή στην σύμβαση, εκδ. Αντ. Σάκκουλα, 1991.

Σουφλερός, Η., Αθέμιτη Εκμετάλλευση Ξένης Φήμης Και Οργάνωσης σε Ν. Ρόκας, Αθέμιτος Ανταγωνισμός (ερμηνεία κατ' άρθρο), εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 1996, σελ. 100-134.

Σταματούδη, Ε, Κοινοτικό Δίκαιο του Ανταγωνισμού και Διανοητική Ιδιοκτησία, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2006.

Σωτηρόπουλος, Γ., Η παρέμβαση τρίτων σε συμβατικές σχέσεις ανταγωνιστών στο δίκαιο του αθέμιτου ανταγωνισμού, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2014.

Τριανταφυλλάκης, Γ., Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2020.

Χατζόπουλος, Β., Ο κανόνας των βασικών διευκολύνσεων (essential facilities) στο ευρωπαϊκό και εθνικό δίκαιο του ανταγωνισμού, εκδ. Αντ. Σάκκουλα, 2002.

Ξενόγλωσση

Anton, J., Yao, D., ‘Standard – Setting Consortia, Antitrust and High – Technology Industries’, *Antitrust Law Journal*, τ. 64, 1995.

Baker, J., ‘Beyond Schumpeter Vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation’, *Antitrust Law Journal*, τ. 3, 2007.

Barnes, D., ‘Congestible Intellectual Property and impure Public Goods’, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, τ. 9, 2011.

Barnes, D., ‘The Incentives/Access Tradeoff’, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, τ. 9, 2010.

Mark A. Lemley, A New Balance Between IP and Antitrust, σε Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis and Mark A. Lemley, *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*, εκδ. Wolters Kluwer Legal.

Bessen, J., Meurer, M., *Patent Failure, How Judges, Bureaucrats and Lawyers put innovators at risk*, εκδ. Princeton University Press, 2009.

Cornes, R., Sandler, T., *The Theory of Externalities, Public Goods and Club Goods*, εκδ. Cambridge University Press, 2η εκδ., 1996.

Cotter, T., Hovenkamp, E., Siebrasse, N., ‘Demystifying Patent Holdup’, *Washington and Lee Law Review*, τ. 76, 2019

Ginsburg D., Wright J., ‘Dynamic Analysis and the Limits of Antitrust Institutions’, *Antitrust Law Journal*, τ. 78, 2012.

Farrell, J., Klemperer, P., *Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects*, 2006, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=917785.

Fuchs, Andreas, *Patent Ambush Strategies and Article 102 TFEU*, σε Drexler, Josef; Grimes, Warren, Jones, Clifford; Peritz, Rudolph, Swaine, Edward, *More Common Ground for International Competition Law*, εκδ. Edward Elgar Publishing, 2011.

Hou, L., *Refusal to Deal Within Eu Competition Law*, Ιούνιος 2010, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1623784.

- Hovenkamp, H., Janis, M.M., Lemley, M., Leslie, C., Carrier, M., IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law, εκδ. Wolters Kluwer Legal, 2004.
- Jones, A., Sufrin Brenda, Niamh Dunne, EU Competition Law: Text, Cases and Materials, εκδ. Oxford University Press, 2014.
- Leeds, D., ‘Raising the Standard: Antitrust Scrutiny of Standard – Setting Consortia in High Technology Industries’, *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.*
- Lianos, I., Competition Law and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation, σε I. Lianos, V. Korah, P. Siciliani, Competition Law: Analysis, Cases, & Materials, εκδ. Oxford University Press, 2019.
- Merges, R., ‘As many as six impossible patents before breakfast: Property Rights for Business Concepts and Patent System Reform’, *Berkeley Technology Law Journal*, 1999.
- Lemley, M., ‘Ten Things To Do About Patent Holdup of Standards (And One Not To)’, *Boston College Law Review*, 2007, τ. 48.
- Lemley, M., ‘Intellectual Property Rights and Standard – Setting Organizations’, *California Law Review*, τ. 90, 2002.
- McKinsey Global Institute, The Internet of Things: Mapping the Value Beyond the Hype, 2015, σελ. 4.
- Patterson, M., ‘Inventions, Industry Standards and Intellectual Property’, *Berkeley Tech Law Journal*, τ. 17, 2002.
- Schumpeter, A. J., Capitalism, Socialism, and Democracy, εκδ. Harper Perennial Modern Thought, 1950, 3η έκδοση.
- Schumpeter, A. J., Business Cycles: A Theoretical, Historical, and Statistical Analysis of the Capitalist Process, εκδ. McGraw-Hill Book Company, 1939.
- Schumpeter, A. S., The theory of economic development: an inquiry into profits, capital, credit, interest and the business cycle, εκδ. Harvard Economic Studies.
- Shapiro, C., Varian, H., Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy, Εκδόσεις Harvard Business School Press, 1999.
- Swanson, D., Baumol, W., ‘Reasonable and Nondiscriminatory (RAND) Royalties, Standards Selection and Control of Market Power’, *Antitrust Law Journal*, τ. 73, 2005.
- Teece, D., Sherry, E., ‘Standards Setting and Antitrust’, *Minnesota Law Review*, τ. 87, 2003.
- Tritton, G., Intellectual Property in Europe, εκδ. Sweet & Maxwell, 2002

Νομολογία

ΠΕΚ, απόφαση της 12.06.1998, υποθ. T – 504/93, Tierce Ladbroke SA κατά Επιτροπής Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων.

ΔΕΚ, απόφαση της 13.02.1979, υποθ. 85/76, Hoffman La Roche.

ΔΕΚ, απόφαση της 14.02.1978, υποθ. 27/76, United Brands and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities.

Απόφαση της Επιτροπής 2001/165/EC, NDC Health/IMS Health: Interim Measures.

ΔΕΚ, απόφαση της 29.04.2004., στην υποθ. C – 418/01, IMS HEALTH GmbH and Co. κατά NDC Health GmbH and Co. KG.

ΔΕΚ, απόφαση της 26.11.1998, υποθ. C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG κατά Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG.

ΔΕΕ, απόφαση της 16ης Ιουλίου 2015, υποθ. C – 170/13, Huawei Technologies Co. Ltd κατά ZTE Corp., ZTE Deutschland GmbH.

ΔΕΚ, απόφαση της 06.04.1994, συνεκδ. υποθ. C-241/91 P και C-242/91 P, Radio Telefis Eireann (RTE), Independent Television Publications Ltd (ITP) κατά Επιτροπής Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (ΕΟΚ).

Απόφαση της Επιτροπής της 9ης Δεκεμβρίου 2009, σχετικά με την διαδικασία βάσει του άρθρου 102 ΣΛΕΕ και του άρθρου 54 της Συμφωνίας ΕΟΧ, Υποθ. COMP/38.636 – RAMBUS.

504, U.S. 451 (1992), Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.

Microsoft Corp. V Motorola Inc., 904 F.Supp.2d 1109.

Ανακοινώσεις της Επιτροπής

Ανακοίνωση της Επιτροπής – Κατευθύνσεις σχετικά με τις προτεραιότητες της Επιτροπής κατά τον έλεγχο της εφαρμογής του άρθρου 82 της Συνθήκης ΕΚ σε καταχρηστικές συμπεριφορές απ.

Ανακοίνωση της Επιτροπής – Κατευθυντήριες γραμμές για την εφαρμογή του άρθρου 101 της Συνθήκης για την λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας, (2011/C 11/01) κλεισμού που υιοθετούν δεσπόζουσες επιχειρήσεις, (2009/C 45/02).

Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, Ανακοίνωση Της Επιτροπής Προς Το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο - Ενίσχυση του συστήματος των διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας στην Ευρώπη, 03.04.2007, (COM) 2017.

Κανόνες Οργανισμών Τυποποίησης

Internet Engineering Task Force (IETF), Intellectual Property Rights in IETF Technology, 2017.

ETSI Rules of Procedure, Απρίλιος 2021.

