

Πλαίσιο ανάλυσης των εκπτώσεων υπό προϋποθέσεις υπό το πρίσμα του άρθρου 102 ΣΛΕΕ

Στην παρούσα μελέτη παρουσιάζεται με μία κριτική προσέγγιση το πλαίσιο ανάλυσης που έχει υιοθετηθεί από την ενωσιακή νομολογία αναφορικά με τις εκπτώσεις υπό προϋποθέσεις που χορηγούνται από δεσπόζουσες επιχειρήσεις, πρακτική η οποία έχει δικάσει τη θεωρία και τη νομολογία. Η μελέτη εκτείνεται χρονικά μέχρι και την έκδοση των προτάσεων του Γενικού Εισαγγελέα Wahl επί της υπόθεσης Intel. Η απόφαση του ΔΕΕ (τμήμα μείζονος σύνθεσης) επί της υπόθεσης Intel και τα πρώτα συμπεράσματα επί της απόφασης της Ευρωπαϊκής Επιτροπής στην υπόθεση Qualcomm, οι οποίες εκδόθηκαν μετά την παρούσα μελέτη, φαίνεται να συνάδουν με τη θέση που αποτυπώνεται στις συμπερασματικές παρατηρήσεις της παρούσας, η οποία υποστηρίζει την υιοθέτηση ενός πλαισίου ανάλυσης με έμφαση στα αντιανταγωνιστικά αποτελέσματα που δύνανται να επιφέρει η υπό εξέταση πρακτική.

Ευθυμία Αρματά*,
Δικηγόρος LL.M (UCL),
MA (King's College London)

Περιεχόμενα

Εισαγωγή

- I. Η θέση της νομολογίας πριν την έκδοση των Κατευθύνσεων
 - II. Κριτική
 - III. "Effects-based" προσέγγιση
 - IV. Η γραμμή της νομολογίας μετά την έκδοση των Κατευθύνσεων
- Συμπερασματικές παρατηρήσεις

Εισαγωγή

Η επιχειρηματική ελευθερία αναγνωρίζεται σε κάθε φυσικό και νομικό πρόσωπο που δραστηριοποιείται στην ενωσιακή αγορά και κατοχυρώνεται στο Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης¹. Εκφάνσεις της επιχειρηματικής ελευθερίας αποτελούν η ελευθερία άσκησης οικονομικής ή εμπορικής δραστηριότητας, η ελευθερία των συμβάσεων και ο ελεύθερος ανταγωνισμός². Στο πλαίσιο αυτής της ελευθερίας, κάθε επιχείρηση δικαιούται να επιλέγει τους εμπορικούς

εταίρους της και να διαμορφώνει την εμπορική πολιτική της με σκοπό την αύξηση της κερδοφορίας της.

Το δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού και ειδικότερα το άρθρο 102 ΣΛΕΕ, στο πεδίο εφαρμογής του οποίου emπίπτουν οι καταχρηστικές πρακτικές μιας δεσπόζουσας επιχείρησης, θέτει ορισμένους περιορισμούς ως προς την ελεύθερη άσκηση της οικονομικής και εμπορικής δραστηριότητας μιας δεσπόζουσας επιχείρησης. Πιο συγκεκριμένα, μολονότι η ενωσιακή νομολογία αναγνωρίζει το δικαίωμα μιας δεσπόζουσας επιχείρησης να προστατεύει τα εμπορικά συμφέροντά της, όταν τα τελευταία προσβάλλονται, καθώς και να λαμβάνει τα μέτρα που αυτή κρίνει πρόσφορα για την προστασία των εν λόγω συμφερόντων³, εντούτοις ορισμένες τιμολογιακές πρακτικές που εφαρμόζονται από μία τέτοια επιχείρηση, μεταξύ των οποίων και οι αποκαλούμενες εκπτώσεις υπό προϋποθέσεις, αντιμετωπίζονται με επιφυλακτικότητα από την ενωσιακή νομολογία και τη διοικητική πρακτική.

* Η γράφουσα θα ήθελε να εκφράσει τις ευχαριστίες της προς την Ευανθία Τσίρη, Partner της δικηγορικής εταιρείας Σταυρόπουλος και Συνεργάτες, για τις χρήσιμες επισημάνσεις της κατά τη συγγραφή του παρόντος άρθρου. Διευκρινίζεται πάντως ότι η ευθύνη των απόψεων που διαλαμβάνονται στο παρόν βαρύνουν μόνο τη γράφουσα.

1. [2012] EE C 326/02, άρθρο 16.
2. Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα N. Wahl της 9.6.2016 στην υπόθεση C-201/15, ΑΓΕΤ ΗΡΑΚΛΗΣ κατά Υπουργού Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης, σκέψη 49.

3. Υποθ. C-27/76, United Brands κατά Επιτροπής, Συλλογή 1978, 207, σκέψη 189.

Ως εκπτώσεις υπό προϋποθέσεις νοούνται εκείνες οι εκπτώσεις, οι οποίες χορηγούνται από μία δεσπόζουσα επιχείρηση και επιβραβεύουν τον αγοραστή για μία συγκεκριμένη αγοραστική συμπεριφορά που επιδεικνύει. Οι εκπτώσεις αυτές συνιστούν διαδεδομένες εμπορικές πρακτικές, οι οποίες εφαρμόζονται από τις επιχειρήσεις για την αποτελεσματική προαγωγή των επιχειρηματικών συμφερόντων τους στην ενωσιακή αγορά. Ωστόσο, τα ενωσιακά δικαστήρια τηρούν επιφυλακτική στάση στις περιπτώσεις που οι εκπτώσεις αυτές χορηγούνται από δεσπόζουσες επιχειρήσεις. Η στάση αυτή έχει προκαλέσει την κριτική της νομικής και οικονομικής θεωρίας του δικαίου του ανταγωνισμού. Σύμφωνα με αυτήν την κριτική, τα ενωσιακά δικαστήρια αξιολογούν τις εκπτώσεις αυτές ως *per se* καταχρηστικές, βασιζόμενα στη φύση ή άλλως στα χαρακτηριστικά αυτών των εκπτώσιμων συστημάτων. Η μορφολογική (*form-based*) προσέγγιση συνεπάγεται την απουσία οποιασδήποτε αξιολόγησης από τα δικαιοδοτικά όργανα των αποτελεσμάτων που δύνανται να επιφέρουν τα υπό εξέταση εκπτώσιμα συστήματα στον ανταγωνισμό. Συναφώς, η στάθμιση των θετικών αποτελεσμάτων και των αρνητικών επιπτώσεων στον ανταγωνισμό των υπό εξέταση συστημάτων παρέλκει.

Απόρροια της ανωτέρω προσέγγισης είναι η αποστέρηση μιας δεσπόζουσας επιχείρησης από την εφαρμογή τέτοιων συστημάτων με αποτέλεσμα να περιορίζεται η αποτελεσματική προώθηση και προώθηση των εμπορικών συμφερόντων της, ιδίως δε εάν ληφθεί υπόψη ότι η ελεύθερη για κάθε επιχείρηση διαμόρφωση της εμπορικής πολιτικής της αποτελεί ζήτημα κεφαλαιώδους σημασίας, καθώς αποτελεί βασική ανταγωνιστική παράμετρο και το σημαντικότερο μέσο προσέλευσης πελατείας.

Στην παρούσα μελέτη παρουσιάζεται η θέση της ενωσιακής νομολογίας επί των εκπτώσεων υπό προϋποθέσεις υπό το πρίσμα του άρθρου 102 ΣΛΕΕ και πιο συγκεκριμένα εξετάζεται το πλαίσιο ανάλυσης που έχει υιοθετηθεί από τα ενωσιακά δικαστήρια κατά την εξέταση αυτών των εκπτώσεων. Στο πρώτο κεφάλαιο παρατίθεται συνοπτικά η ενωσιακή νομολογία επί των εκπτώσεων υπό προϋποθέσεις με έμφαση στο πλαίσιο ανάλυσης που εφάρμοσαν τα ενωσιακά δικαστήρια ως προς τα υπό εξέταση συστήματα. Η επισκόπηση της ενωσιακής νομολογίας εκτείνεται χρονικά μέχρι την έκδοση από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή («Επιτροπή») Ανακοίνωσης για τις κατευθύνσεις σχετικά με τις προτεραιότητες της κατά τον έλεγχο της εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ σε καταχρηστικές συμπεριφορές αποκλεισμού που υιοθετούν δεσπόζουσες επιχειρήσεις («Κατευθύνσεις»)⁴. Στη συνέχεια (II), παρουσιάζεται η κριτική της νομικής θεωρίας επί του εφαρμοσθέντος πλαισίου ανάλυσης μέχρι εκείνη την περίοδο. Στο τρίτο κεφάλαιο αναλύονται οι Κατευθύνσεις, οι οποίες υποδηλώνουν τη μεταστροφή της θέσης της Επιτροπής ως προς το πλαίσιο ανάλυσης που πρέπει να εφαρμόζεται επί ορισμένων πρακτικών που εμπίπτουν στο

4. Ανακοίνωση της Επιτροπής - Κατευθύνσεις σχετικά με τις προτεραιότητες της Ευρωπαϊκής Επιτροπής κατά τον έλεγχο της εφαρμογής του άρθρου 82 της Συνθήκης ΕΚ σε καταχρηστικές συμπεριφορές αποκλεισμού που υιοθετούν δεσπόζουσες επιχειρήσεις, [2009] ΕΕ C-45/7.

άρθρο 102 ΣΛΕΕ, μεταξύ των οποίων και οι εκπτώσεις υπό προϋποθέσεις. Ακολούθως (IV), αποτυπώνονται οι αποφάσεις των ενωσιακών δικαστηρίων που δημοσιεύτηκαν μετά την έκδοση των Κατευθύνσεων προκειμένου να διερευνηθεί εάν η νεώτερη νομολογία επικύρωσε τις θέσεις της Επιτροπής, όπως διατυπώνονται στις Κατευθύνσεις. Συμπερασματικά, θα καταδειχθεί ότι μολονότι έχουν παρέλθει σχεδόν 40 έτη από τις πρώτες ενωσιακές αποφάσεις που αξιολόγησαν τέτοια εκπτώσιμα συστήματα, ωστόσο, ακόμη και σήμερα ο εφαρμοστής του δικαίου δεν μπορεί να υποδείξει με ασφάλεια το πλαίσιο ανάλυσης που πρέπει να εφαρμόζεται επί τέτοιων συστημάτων με συνέπεια οι δεσπόζουσες επιχειρήσεις να παραμένουν έκθετες σε μακρά περίοδο ανασφάλειας δικαίου.

I. Η θέση της νομολογίας πριν την έκδοση των Κατευθύνσεων

A. Υπόθεση *Hoffmann - La Roche*

Η θεμελιώδης υπόθεση *Hoffmann-La Roche*⁵, η οποία αποτελεί σημείο αναφοράς από τη μεταγενέστερη συναφή ενωσιακή νομολογία, συνιστά μία από τις πρώτες υποθέσεις όπου εξετάστηκαν εκπτώσιμα συστήματα υπό προϋποθέσεις από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης («ΔΕΕ»)⁶. Στην υπόθεση αυτή, η επιχείρηση *Hoffmann La Roche* η οποία κατείχε δεσπόζουσα θέση στην αγορά των βιταμινών, συνήψε με είκοσι δύο σημαντικούς αγοραστές βιταμινών συμβάσεις πώλησης, με τις οποίες οι αγοραστές υποχρεώνονταν να προμηθεύονται αποκλειστικά από τη δεσπόζουσα επιχείρηση το σύνολο ή το σημαντικότερο μέρος των αναγκών τους σε βιταμίνες. Το ΔΕΕ κατά την εξέταση των επίμαχων συμβατικών όρων διαπίστωσε ότι η υποχρέωση αποκλειστικότητας είχε επιτευχθεί με ποικίλους τρόπους⁷, μεταξύ των οποίων και μέσω της χορήγησης εκπτώσεων υπό την προϋπόθεση αποκλειστικού εφοδιασμού από τη Roche.

Έχοντας προβεί στην ανωτέρω διαπίστωση, το ενωσιακό δικαστήριο διατύπωσε την εξής σκέψη - ορόσημο για τη μετέπειτα ενωσιακή νομολογία⁸: «Για μια επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά, η δέσμευση των αγοραστών [...] με υποχρέωση ή υπόσχεση προμήθειας του συνόλου ή σημαντικού μέρους των αναγκών τους αποκλειστικά από την εν λόγω επιχείρηση συνιστά καταχρηστική εκμετάλλευση δεσποζούσης θέσεως [...] Το ίδιο συμβαίνει όταν η εν λόγω επιχείρηση, χωρίς να δεσμεύει τους αγοραστές με ρητή υποχρέωση, εφαρμόζει [...] σύστημα εκπτώσεων υπέρ πιστών πελατών, δηλαδή εκπτώσεων που εξαρτώνται

5. Υποθ. C-85/76, *Hoffmann-La Roche* κατά Επιτροπής, Συλλογή 1979, 461.

6. Σημειώνεται ότι τέτοια συστήματα εξετάστηκαν και στην προγενέστερη υπόθεση C-40/73, *Suiker Unie* κατά Επιτροπής, Συλλογή 1975, 1663. Ωστόσο, η τεκμηριωμένη συλλογιστική που ακολούθησε το ΔΕΕ στην υπόθεση *Hoffmann-La Roche* είχε ως αποτέλεσμα η υπόθεση αυτή να αναγνωρίζεται ως θεμελιώδης αναφορικά με τις εκπτώσεις έναντι αποκλειστικότητας που εφαρμόζονται από δεσπόζουσα επιχείρηση.

7. Σκέψεις 83-87.

8. Σκέψη 89.

από τον όρο ότι ο πελάτης [...] προμηθεύεται το σύνολο ή σημαντικό μέρος των αναγκών του αποκλειστικά από την επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση».

Στη συνέχεια, το ΔΕΕ συνήγαγε ότι η Roche είχε καταχραστεί τη δεσπόζουσα θέση της, βασιζόμενο στον αποκλειστικό χαρακτήρα που έφεραν οι επίμαχες εκπτώσεις που χορηγούσε η Roche στο πελατολόγιο της. Σύμφωνα με το ΔΕΕ, τέτοιες εκπτώσεις, αποκαλούμενες και ως εκπτώσεις υπέρ πιστών πελατών δεν στηρίζονται σε μία οικονομική παροχή, η οποία δικαιολογεί τη χορήγηση της έκπτωσης αλλά αντίθετα αναπτύσσουν τα εξής περιοριστικά αποτελέσματα για τον ανταγωνισμό: (i) αφαιρούν από τον αγοραστή ή/και περιορίζουν τη δυνατότητα επιλογής του όσον αφορά τις πηγές εφοδιασμού του, (ii) φράσσουν την είσοδο άλλων παραγωγών στην αγορά, και (iii) τείνουν να ενισχύσουν τη θέση της δεσπόζουσας επιχείρησης.

Τέλος, πρέπει να υπομνησθεί ότι στην υπόθεση αυτή το ΔΕΕ διέκρινε τα ανωτέρω εκπτωτικά συστήματα από τις εκπτώσεις ποσοτήτων που συνδέονται αποκλειστικά με τον όγκο των πραγματοποιηθεισών αγορών. Τέτοιες εκπτώσεις αξιολογούνται ως σύννομες, καθώς η αύξηση της παρεχόμενης ποσότητας συνεπάγεται μείωση του κόστους για τον προμηθευτή με αποτέλεσμα ο τελευταίος να δικαιούται να μετακυλήσει τη μείωση αυτή στον πελάτη του μέσω ευνοϊκότερης τιμολογήσεως. Οι εκπτώσεις ποσοτήτων αντανακλούν τα κέρδη σε απόδοση και τις οικονομίες κλίμακας που πραγματοποιήσει η κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρησης.

Β. Υπόθεση *Michelin I*

Στην υπόθεση *Michelin I*⁹, το ΔΕΕ εξέτασε εκπτωτικά συστήματα, η μορφή των οποίων διαφοροποιούνταν από τα αντίστοιχα συστήματα που εξετάστηκαν στην υπόθεση *Hoffmann-La Roche*. Η εταιρία *Nederlandsche Bande-Industrie Michelin* (“NBIM”), κατείχε δεσπόζουσα θέση στην αγορά των καινούριων ελαστικών αντικαταστάσεως για φορτηγά, λεωφορεία και ανάλογα οχήματα στην Ολλανδική αγορά. Η NBIM εφάρμοσε έναντι των μεταπωλητών της ένα σύνθετο εκπτωτικό σύστημα, το οποίο προέβλεπε τη χορήγηση εκπτώσεων, οι οποίες καθορίζονταν ατομικά για κάθε μεταπωλητή, βάσει ενός επιθυμητού ατομικού αριθμού αγορών που χρησίμευε ως βάση για τον καθορισμό των εκπτώσεων. Οι εκπτώσεις χορηγούνταν σε ετήσια βάση, οι δε στόχοι από την επίτευξη των οποίων εξαρτιόταν η χορήγηση της έκπτωσης, καθορίζονταν σε σχέση με τις αγορές που είχαν πραγματοποιήσει οι μεταπωλητές το προηγούμενο έτος.

Προκειμένου να αξιολογήσει εάν το υπό εξέταση σύστημα έφερε εκτοπιστικό χαρακτήρα, το ενωσιακό δικαστήριο αποφάνθηκε ότι για την εξέταση του συγκεκριμένου εκπτωτικού συστήματος πρέπει, να εκτιμηθεί το σύνολο των περιστάσεων και ιδίως τα κριτήρια και οι λεπτομέρειες χορηγήσεως της εκπτώσεως¹⁰.

Από την εξέταση των χαρακτηριστικών του συστήματος προέκυψε ότι η χορήγηση εκπτώσεων με αυτά τα χαρακτηριστικά κατέτεινε στη δημιουργία δεσμών εξάρτησης των μεταπωλητών από τη NBIM, λόγω της ισχυρής πίεσης που αυτή ασκούσε στους μεταπωλητές της να υπερβαίνουν τον αριθμό των πωλήσεων που είχαν επιτύχει το προηγούμενο έτος. Η ετήσια περίοδος αναφοράς, στην οποία στηριζόταν το επίδοκο σύστημα εκπτώσεων, επέτεινε περαιτέρω την πίεση στον μεταπωλητή κατά το τέλος της περιόδου αναφοράς, καθώς ο τελευταίος όφειλε να πραγματοποιήσει τις αναγκαίες αγορές ώστε να χορηγηθεί η έκπτωση επί του συνόλου των πραγματοποιηθεισών αγορών που είχε πραγματοποιήσει κατά την περίοδο αναφοράς. Επιπλέον, το υπό εξέταση σύστημα, έπασχε από έλλειψη διαφάνειας, καθώς, ούτε η κλίμακα των εκπτώσεων, ούτε οι στόχοι πωλήσεων και οι συναφείς με αυτούς εκπτώσεις γνωστοποιούνταν εγγράφως στους μεταπωλητές, με αποτέλεσμα οι τελευταίοι να βρίσκονται σε καθεστώς ανασφάλειας και αβεβαιότητας ως προς την επίτευξη ή την μη επίτευξη των στόχων τους. Τα προαναφερθέντα κριτήρια χορήγησης των επίμαχων εκπτώσεων προκαλούσαν στους μεταπωλητές σημαντική πίεση για να πραγματοποιήσουν τους στόχους πωλήσεων της NBIM, προκειμένου να μην υποστούν ζημιά, ενώ περαιτέρω η ύπαρξη δικτύου εμπορικών αντιπροσώπων της NBIM της επέτρεπε να υπενθυμίζει οποτεδήποτε την κατάσταση αυτή στους μεταπωλητές, προκειμένου να τους παρακινήει να δίδουν παραγγελίες¹¹.

Το ΔΕΕ επικαλούμενο τα χαρακτηριστικά του υπό εξέταση εκπτωτικού συστήματος και πιο συγκεκριμένα τον αναδρομικό και εξατομικευμένο χαρακτήρα και λαμβάνοντας υπόψη την έλλειψη διαφάνειας που χαρακτήριζε αυτό το σύστημα, διαπίστωσε ότι η NBIM είχε καταχραστεί τη δεσπόζουσα θέση της. Μάλιστα, το ενωσιακό δικαστήριο αποφάνθηκε ότι το εν λόγω σύστημα αναπτύσσει τα ίδια αντιανταγωνιστικά αποτελέσματα που είχαν διαπιστωθεί κατά την εξέταση των εκπτωτικών συστημάτων στο πλαίσιο της υπόθεσης *Hoffmann-La Roche*.

Τέλος, το ΔΕΕ έκρινε ότι οι ανώτεροι περιορισμοί που επέρχονται από τα εκπτωτικά συστήματα με αυτά τα χαρακτηριστικά δεν μπορούν να δικαιολογηθούν ούτε από την επιθυμία μιας δεσπόζουσας επιχείρησης για περισσότερες πωλήσεις, ούτε για καλύτερο προγραμματισμό της παραγωγής¹².

Γ. Υπόθεση *British Airways*

Στην υπόθεση *British Airways*¹³, τα ενωσιακά δικαστήρια αξιολόγησαν τα εκπτωτικά συστήματα που έθεσε σε εφαρμογή η δεσπόζουσα επιχείρηση *British Airways* επί των ταξιδιωτικών πρακτόρων που δραστηριοποιούνταν στη βρετανική αγορά των υπηρεσιών πρακτορείου αεροπορικών ταξιδιών.

9. Υποθ. C-322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin κατά Επιτροπής, Συλλογή 1983, 3461.

10. Σκέψη 73.

11. Για μία ανάλυση της υπόθεσης αυτής βλ. και J. Goldsmith, Rebate and Bonus Systems after Michelin: Article 86 EEC, Int'l Bus. Law, 1984 (12), 431.

12. Σκέψη 85.

13. Υποθ. C-95/04 P, British Airways κατά Επιτροπής, Συλλογή 2007, I-2331.

Η British Airways, εφάρμοσε ένα σύστημα ανταμοιβής επιδόσεων σύμφωνα με το οποίο παρείχε τη δυνατότητα στους ταξιδιωτικούς πράκτορες της να εισπράττουν μία συγκεκριμένη αμοιβή βάσει των επιδόσεων τους στις πωλήσεις εισιτηρίων της British Airways. Η επίδοση του κάθε πράκτορα μετριόταν συγκριτικά ανάμεσα στα συνολικά έσοδα από τα αεροπορικά εισιτήρια που εξέδιδε ο πράκτορας για λογαριασμό της British Airways κατά τη διάρκεια συγκεκριμένου μήνα και τα έσοδα του αντίστοιχου μήνα του προηγούμενου έτους. Για την επιβράβευση της επίδοσης του ταξιδιωτικού πράκτορα, ο τελευταίος υποχρεούταν να πετύχει ή/και να υπερβεί τον κύκλο εργασιών σε εισιτήρια της British Airways κατά τον αντίστοιχο μήνα του προηγούμενου έτους. Σε περίπτωση επίτευξης του στόχου, η British Airways χορηγούσε στον πράκτορα ποσοστό προμήθειας, όχι μόνο για τα εισιτήρια που είχε διαθέσει πέραν της πραγματοποίησης του στόχου, αλλά και για το σύνολο των εισιτηρίων της British Airways που είχε διαθέσει κατά την εκάστοτε περίοδο αναφοράς¹⁴.

Κατά την εξέταση του επίμαχου συστήματος, το ΔΕΕ διαπίστωσε ότι τα χαρακτηριστικά αυτών των εκπτώσεων προσιδίαζαν με τα εκπτωτικά συστήματα που είχαν εξεταστεί στην υπόθεση *Michelin I*¹⁵, καθώς έφεραν εξατομικευμένο και αναδρομικό χαρακτήρα. Τα κλιμακούμενα ποσοστά προμήθειας που χορηγούσε η British Airways στους πράκτορες ανέπτυσαν ένα πάρα πολύ ευαίσθητο οριακό αποτέλεσμα, καθώς η επίτευξη των στόχων αύξησε των πωλήσεων επέφερε αύξηση της προμήθειας για το σύνολο των εισιτηρίων της British Airways που πωλούνταν από τον αντίστοιχο ταξιδιωτικό πράκτορα και όχι μόνο για εκείνα πέραν του επιδιωκόμενου στόχου. Ως εκ τούτου, όπως και στην υπόθεση *Michelin I*, το ΔΕΕ διαπίστωσε ότι το επίμαχο εκπτωτικό σύστημα κατένειε στη δημιουργία πιστής πελατειακής σχέσης και ανέπτυσσε αποτελέσματα αντανταγωνιστικού αποκλεισμού, παρόμοια με αυτά που είχαν διαπιστωθεί στις προαναφερθείσες υποθέσεις.

Εντούτοις, σε αντίθεση με τη θέση που είχε υιοθετηθεί μέχρι τότε από την προπαρατεθείσα νομολογία¹⁶, στην υπόθεση

αυτή το ΔΕΕ πρόκρινε ένα διττό πλαίσιο ανάλυσης επί των επίμαχων εκπτωτικών συστημάτων, το οποίο μπορεί να συνοψισθεί ως εξής: πρώτον για την εξέταση των επίμαχων εκπτωτικών συστημάτων πρέπει να εκτιμηθεί το σύνολο των περιστάσεων και ιδίως τα κριτήρια και οι λεπτομέρειες χορήγησης της έκπτωσης, προκειμένου να εξεταστεί αν καταρχάς οι επίμαχες εκπτώσεις μπορούν να αναπτύξουν περιοριστικό αποτέλεσμα για τον ανταγωνισμό και δεύτερον, εφόσον οι επίμαχες εκπτώσεις αναπτύσσουν εκ πρώτης όψεως τέτοια αποτελέσματα, η δεσπόζουσα επιχείρηση φέρει το βάρος να δικαιολογήσει τη συμπεριφορά της επικαλούμενη μία αντικειμενική οικονομική δικαιολογία¹⁷. Ωστόσο, στην υπό εξέταση υπόθεση μία τέτοια δικαιολογία δεν έγινε αποδεκτή από τα ενωσιακά δικαστήρια με την αιτιολογία ότι τα χαρακτηριστικά του συστήματος ανταμοιβής επιδόσεων και ιδίως ο αναδρομικός χαρακτήρας δεν μπορούσαν να θεωρηθούν ότι αντικατοπτρίζουν κέρδη αποδοτικότητας.

Δ. Υπόθεση *Michelin II*

Στην υπόθεση *Michelin II*¹⁸, το Γενικό Δικαστήριο εξέτασε την εκπτωτική πολιτική που εφάρμοσε η δεσπόζουσα επιχείρηση Michelin στους πωλητές της στην αγορά των καινούριων ελαστικών αντικατάστασης και αναγομωμέ-

νταγωνιστικά) πλεονεκτήματα που οδηγούν έτσι in globo τον εφαρμοστή του δικαίου σε απαλλακτική υπαγωγική κατεύθυνση, βλ. και Α. Κομνηνός, Αντικειμενικοί δικαιολογητικοί λόγοι στην κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης - Η Ελληνική πρακτική και νομολογία, σε «ΧΑΡΙΣΤΗΡΙΟΝ» ΣΥΜΜΕΙΚΤΑ, προς τιμήν Ιωάννη Δρυλλεράκη, Νομική Βιβλιοθήκη, 51 επ. Στη μελέτη αυτή επισημαίνεται ότι η ανυπαρξία επί του άρθρου 102 διάταξης εξαιρέσης αντίστοιχης με τη διάταξη του άρθρου 101(3) ΣΛΕΕ οφείλεται στην επιλογή από τη Συνθήκη της Ρώμης του συστήματος ελέγχου κατάχρησης. Ως εκ τούτου, εφόσον η Συνθήκη επέλεξε έναν ενοποιημένο κανόνα δικαίου που βασίζεται στην έννοια της κατάχρησης και όχι της απαγόρευσης της δεσπόζουσας θέσης, αυτό σημαίνει ότι η τυχόν ύπαρξη αντικειμενικών δικαιολογητικών λόγων ή ειδικότερα σημαντικών μορφών αποδοτικότητας καθιστά τη μονομερή συμπεριφορά εξυπαρχής νόμιμη και μη καταχρηστική, βλ. και Α. Μικρουλέα, Η κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης του άρθρου 2 του Ν 703/1977, ΧρΙΔ 2006, 28, η οποία αναφέρει ότι τόσο η αντικειμενικά δικαιολογημένη συμπεριφορά όσο και η θεωρία της οικονομικής αποτελεσματικότητας ήταν μια προσπάθεια τόσο από τη θεωρία όσο και από την κοινοτική νομολογία στην ουσία τελεολογικής συστολής της έννοιας της κατάχρησης προκειμένου να αποφευχθούν ακραίες περιστάσεις.

14. Για μία εκτενή ανάλυση της υπόθεσης *British Airways*, βλ. και Ο. Odudu, Case C-95/04P, *British Airways plc. v. Commission*, Judgment of the Court of Justice (Third Chamber) of 15 March 2007, *Common Market Law Review* 2007, (44), 6, 1781-1815.

15. Σκέψεις 65-66.

16. Για μία κριτική αποτίμηση της εν λόγω μεθοδολογίας βλ. Β. Καραγιάννη, Συμφωνίες ανταμοιβής πελατειακής πίστης και κοινοτικό δίκαιο του ανταγωνισμού, σκέψεις με αφορμή την απόφαση C-95/2004P “*British Airways*” του ΔΕΚ, ΔΕΕ, 2007, 171-1281. Στη μελέτη αυτή επισημαίνεται ότι η ανωτέρω μεθοδολογία συνηγορεί υπέρ της δυνατότητας εφαρμογής ενός *rule of reason* στην υλοποίηση και εξειδίκευση των απαγορεύσεων που απορρέουν από την διάταξη του άρθρου 82 ΣυνθΕΚ (νυν 102 ΣΛΕΕ) σχετικά τις επίμαχες ρήτρες εκπτώσεων, ο οποίος κρίνεται αναγκαίος λαμβανομένης υπόψη της ακαμψίας της απαγόρευσης του άρθρου 82 ΣυνθΕΚ (νυν 102 ΣΛΕΕ), υπό την έννοια της ανυπαρξίας δυνατότητας απαλλαγής ανάλογης με αυτής του άρθρου 81(3) ΣυνθΕΚ (νυν 101 ΣΛΕΕ). Η εφαρμογή ενός *rule of reason* προϋποθέτει την δυνατότητα αντιστάθμισης μιας αντανταγωνιστικής συμπεριφοράς, σύμπραξης ή πρακτικής από συγκεκριμένα ανταγωνιστικά (ή και εξω-

17. Σκέψεις 67-69. Στην εν λόγω υπόθεση διατυπώθηκε με σαφήνεια ότι οι αντικειμενικοί δικαιολογητικοί λόγοι διαπνέονται από την αρχή της αναλογικότητας. Πιο συγκεκριμένα στη σκέψη 86 το ΔΕΕ επισημαίνει: «*Επιβάλλεται να προσδιοριστεί αν το αποτέλεσμα αποκλεισμού που απορρέει από αυτό το περιοριστικό του ανταγωνισμού σύστημα μπορεί να αντισταθμιστεί ή ακόμη και να ξεπεραστεί με πλεονεκτήματα ως προς την αποτελεσματικότητα τα οποία ωφελούν επίσης τον καταναλωτή. Αν το αποτέλεσμα αποκλεισμού του συστήματος αυτού δεν έχει σχέση με τα πλεονεκτήματα για την αγορά και τους καταναλωτές ή αν βαίνει πέραν του αναγκαίου για την επίτευξη των πλεονεκτημάτων αυτών, το εν λόγω σύστημα πρέπει να θεωρηθεί ως καταχρηστικό*». Βλ. και Α. Κομνηνός, 51 επ.

18. Υποθ. T-203/01, *Manufacture francaise des pneumatiques Michelin* κατά Επιτροπής, Συλλογή 2003, II-4071.

νων ελαστικών για φορτηγά και λεωφορεία στη Γαλλία. Η Michelin χορηγούσε εκπτώσεις ποσοτήτων, οι οποίες υπολογίζονταν επί του συνολικού κύκλου εργασιών που είχαν πραγματοποιηθεί με τη Michelin περίπου ένα έτος μετά την έναρξη των πρώτων αγορών. Για να είναι επιλέξιμος ένας πωλητής έπρεπε να φθάσει το ελάχιστο όριο κύκλου εργασιών που προβλεπόταν στις κλίμακες εκπτώσεων. Χαρακτηριστικό του συστήματος αυτού ήταν ότι οι πωλητές ήταν υποχρεωμένοι να μεταπωλούν με ζημία τα ελαστικά Michelin, καθώς το περιθώριο κέρδους επί των προϊόντων αυτών αποκαθίστατο μόνο τη στιγμή της καταβολής των επιστροφών, η οποία λάμβανε χώρα μέχρι και 13 μήνες μετά την ημερομηνία συναλλαγής, ήτοι το Φεβρουάριο του επόμενου έτους. Οι εκπτώσεις βάσει ποσοτήτων βασιζόνταν σε ένα πολύπλοκο σύστημα εκπτώσεων, σύμφωνα με το οποίο εφαρμόζονταν ταυτόχρονα διάφορα συστήματα παροχών, όπως πριμ για υπηρεσίες, πριμ προόδου, πριμ που συνδέονταν με σύναψη σύμβασης για βέλτιστη απόδοση και σύναψη διμερούς σύμβασης επαγγελματικής συνεργασίας και τεχνικής βοήθειας.

Όπως και στην υπόθεση *British Airways*, το Γενικό Δικαστήριο υιοθέτησε το διττό πλαίσιο ανάλυσης για τις υπό εξέταση εκπτώσεις, αναφέροντας ότι για να διαπιστωθεί ο ενδεχόμενος καταχρηστικός χαρακτήρας του επίμαχου εκπτώτικου συστήματος, θα πρέπει αφενός να εκτιμηθεί το σύνολο των περιστάσεων και ιδίως τα κριτήρια και οι λεπτομέρειες χορηγήσεως της εκπτώσεως και αφετέρου να εξεταστεί εάν το υπό εξέταση σύστημα στηρίζεται σε αντικειμενικό οικονομικό λόγο που να το δικαιολογεί¹⁹.

Κατά την αξιολόγηση του εν λόγω συστήματος, το Γενικό Δικαστήριο αποφάνθηκε ότι το συγκεκριμένο εκπτώτικό σύστημα εξ αιτίας της μεγάλης περιόδου αναφοράς επί της οποίας υπολογιζόταν η χορήγηση της έκπτωσης είχε ως αποτέλεσμα την αύξηση της πίεσης στον πωλητή, να φθάσει στον απαραίτητο κύκλο εργασιών ώστε να τύχει του αντίστοιχου πλεονεκτήματος ή να μην υποστεί την προβλεπόμενη ζημία για το σύνολο της περιόδου. Ως εκ τούτου, το Γενικό Δικαστήριο βασιζόμενο στον αναδρομικό χαρακτήρα των εκπτώσεων σε συνδυασμό με την ετήσια περίοδο αναφοράς, συνήγαγε ότι το επίμαχο εκπτώτικό σύστημα ενίσχυε την πελατειακή πίστη, παρότι δεν ήταν εξατομικευμένο και δεν έπασχε από έλλειψη διαφάνειας²⁰, όπως το σύστημα που είχε εξεταστεί στην υπόθεση *Michelin I*. Συναφώς, διαπίστωσε ότι το επίμαχο εκπτώτικό σύστημα περιόριζε τις πηγές εφοδιασμού των πωλητών, καθιστούσε δυσχερέστερη την είσοδο στην αγορά για τους ανταγωνιστές και ενίσχυε τη δεσπόζουσα θέση της Michelin. Τέλος, το Γενικό Δικαστήριο έκρινε ότι το συγκεκριμένο εκπτώτικό σύστημα μολονότι ήταν σύστημα ποσοτήτων δεν μπορούσε να δικαιολογηθεί οικονομικά από πλευράς επίτευξης οικονομικών κλίμακας εξ αιτίας των ανωτέρω χαρακτηριστικών του τα οποία κατέτειναν στην επαύξηση πελατειακής πίστης²¹.

II. Κριτική

Η επισκόπηση της προπαρατεθείσας νομολογίας καταδεικνύει ότι τα ενωσιακά δικαστήρια αξιολογούν τη φύση ή άλλως τα χαρακτηριστικά που φέρουν ορισμένα εκπτώτικά συστήματα προκειμένου να προσδώσουν καταχρηστικό χαρακτήρα στις πρακτικές αυτές. Οι εκπτώσεις έναντι αποκλειστικότητας εξομοιώνονται με τις εκπτώσεις στόχων, υπό την έννοια ότι αμφότερα τα συστήματα εξ αιτίας των χαρακτηριστικών τους αναπτύσσουν τα ίδια περιοριστικά αποτελέσματα για τον ανταγωνισμό. Ως εκ τούτου, τα ανωτέρω εκπτώτικά συστήματα αξιολογούνται από τα ενωσιακά δικαστήρια ως *per se* καταχρηστικά, φράσσουν την είσοδο των ανταγωνιστών, περιορίζουν ή ακόμη και εξαλείφουν τις πηγές εφοδιασμού των πελατών και κατατείνουν στην ενίσχυση της δεσπόζουσας θέσης της επιχείρησης.

Επιπλέον, στην υπόθεση *Michelin II*, η αυστηρή θέση των ενωσιακών δικαστηρίων επεκτάθηκε και στις εκπτώσεις ποσοτήτων, μολονότι κατά την προγενέστερη ενωσιακή νομολογία, οι συγκεκριμένες εκπτώσεις είχαν χαρακτηριστεί ως σύννομες επειδή μπορούν να δικαιολογηθούν αντικειμενικά²². Μετά και την απόφαση *Michelin II*, τα περιθώρια για την παροχή νόμιμων εκπτώσεων από επιχειρήσεις με δεσπόζουσα θέση διαγράφονταν ακόμη πιο στενά²³.

Η προαναφερθείσα γραμμή της ενωσιακής νομολογίας αποδοκιμάστηκε από τη θεωρία²⁴. Η ασκηθείσα κριτική

22. Βλ. υπόθεση *Hoffmann-La Roche* ανωτέρω.

23. Βλ. σχολιασμό *E. Κινινί, ΔΕΕ 2007, 10, 1068* στην υπόθεση *British Airways*, ό.π.

24. Η υπό εξέταση ενωσιακή νομολογία έχει επισύρει την κριτική και της οικονομικής θεωρίας του δικαίου του ανταγωνισμού. Η πάγια θέση των ενωσιακών δικαστηρίων κατά την οποία μόνο οι εκπτώσεις ποσοτήτων που συνδέονται γραμμικά με τον όγκο των αγορών είναι οικονομικά δικαιολογημένες διότι επιφέρουν οικονομίες κλίμακας, δεν ευθυγραμμίζεται απόλυτα με την οικονομική θεωρία, καθώς οι οικονομίες κλίμακας σπανίως είναι απόλυτα γραμμικές. Οι οικονομίες κλίμακας επιτυγχάνονται με την μείωση του μέσου κόστους που επέρχεται λόγω αύξησης της παραγωγής, καθώς το σταθερό κόστος διαμοιράζεται σε ολοένα και περισσότερες παραγόμενες ποσότητες (μέχρι να εξαντληθεί η παραγωγική δυνατότητα της επιχείρησης). Συνεπώς, ο ρυθμός της μείωσης του μέσου κόστους για μια δεδομένη αύξηση του επιπέδου παραγωγής μειώνεται καθώς αυξάνεται η παραγωγή, γεγονός που αποδεικνύει ότι οι οικονομίες κλίμακας δεν είναι γραμμικές. Εξάλλου, οι εκπτώσεις υπό προϋποθέσεις μπορούν να επιφέρουν αποτελέσματα που προάγουν τον ανταγωνισμό και τα οποία μπορούν να αντισταθμίσουν τα αρνητικά αποτελέσματα. Τούτο αναγνωρίζεται από την Επιτροπή στις Κατευθυντήριες Γραμμές που έχει εκδώσει στο πλαίσιο του άρθρου 101 ΣΛΕΕ για τους κάθετους περιορισμούς, όπου υπογραμμίζει ότι οι συμφωνίες αποκλειστικότητας μπορούν να επιφέρουν αποτελέσματα που προάγουν τον ανταγωνισμό. Πράγματι, οι συμφωνίες αποκλειστικότητας ενθαρρύνουν τον αγοραστή να επικεντρώσει την επιχειρηματική προσπάθειά του στην προώθηση των προϊόντων του προμηθευτή, μειώνουν το κόστος συναλλαγών, παρέχουν προστασία στα συμβαλλόμενα μέρη στην περίπτωση διακύμανσης των τιμών και τα βοηθούν ώστε να προβούν σε έναν μακροπρόθεσμο σχεδιασμό, ενώ επιπλέον διασφαλίζουν σταθερό εφοδιασμό για τον αγοραστή και σταθερές πωλήσεις για τον προμηθευτή. Συναφώς, κατά την οικονομική θεωρία οι εκπτώσεις υπό προϋποθέσεις δύνανται να προάγουν τον ανταγωνισμό, καθώς

19. Σκέψη 107.

20. Σκέψη 111.

21. Σκέψη 110.

επικεντρώνεται στο γεγονός ότι τα ευρωπαϊκά δικαστήρια κατά την εξέταση των ανωτέρω εκπαιδευτικών συστημάτων υιοθέτησαν μία φορμαλιστική προσέγγιση, με αποτέλεσμα να εστιάζουν στη μορφή ή άλλως στα χαρακτηριστικά των εκπαιδευτικών συστημάτων. Τα ανωτέρω εκπαιδευτικά συστήματα ερμηνεύθηκαν από τα ενωσιακά δικαιοδοτικά όργανα με μια λογική νομικισμού/“rule of law”, σύμφωνα με την οποία σε μία δημοκρατικά συντεταγμένη πολιτεία ο νομοθέτης πρέπει να θέτει τους κανόνες του ανταγωνισμού και όχι η οικονομική θεωρία²⁵. Μία τέτοια προσέγγιση συνεπάγεται την απουσία οικονομικής ανάλυσης και αξιολόγησης των αποτελεσμάτων που δύνανται να επιφέρουν αυτές οι πρακτικές στον ανταγωνισμό και εντέλει αποσκοπεί στην προστασία των ανταγωνιστών και όχι στην προαγωγή της ευημερίας του καταναλωτή. Συναφώς, κατατείνει στην πρόκληση «ψευδώς θετικών» αποτελεσμάτων (false positives) και στην αποθάρρυνση της καινοτομίας²⁶.

A. Η επιρροή της σχολής του Freiburg (Ordoliberalismus)

Σύμφωνα με την κρατούσα άποψη στη θεωρία, η εφαρμογή του προαναφερθέντος φορμαλιστικού πλαισίου ανάλυσης αποδίδεται στην πολιτική φιλοσοφία του συντεταγμένου φιλελευθερισμού (“Ordoliberalismus”), η οποία αναπτύχθηκε από τη σχολή του Freiburg²⁷. Σύμφωνα με αυτή την φιλοσοφία²⁸, ο σκοπός που πρέπει να επιδιώκει μια πολιτική αντα-

γωνισμού είναι η προστασία της οικονομικής ελευθερίας. Στο πλαίσιο αυτό η παρέμβαση του κράτους με σκοπό τον περιορισμό της ιδιωτικής πρωτοβουλίας κρίνεται αναγκαία, καθώς διασφαλίζεται η προστασία των μικρομεσαίων επιχειρήσεων. Η οικονομική ισχύς και η ιδιωτικοοικονομική αυτονομία αντιμετωπίζονται ως αντίφαση²⁹. Τα μονοπώλια πρέπει να απαγορεύονται, καθώς νοθεύουν την ανταγωνιστική τάξη. Η φιλοσοφία του συντεταγμένου φιλελευθερισμού εντάσσει τον ανταγωνισμό σε ένα ευρύτερο κοινωνικοπολιτικό πλαίσιο, καθώς ο περιορισμός της ιδιωτικής πρωτοβουλίας εξυπηρετεί μία ελεύθερη και δίκαιη πολιτική και κοινωνική τάξη. Η προστασία του ανταγωνισμού ως θεσμού πρέπει να αποτελεί το προστατευόμενο αγαθό μιας πολιτικής ανταγωνισμού.

Η πολιτική επιρροή της σχολής του Freiburg αποτυπώθηκε στη σύνταξη των κανόνων ανταγωνισμού της Συνθήκης της Ρώμης³⁰. Συναφώς, ο αντίκτυπος της ανωτέρω φιλοσοφίας ήταν εμφανής ήδη από το πρώιμο στάδιο της ενωσιακής νομολογίας. Στην υπόθεση *Continental Can*, το ΔΕΕ ερμηνεύοντας το σκοπό και το πνεύμα του άρθρου 102 ΣΛΕΕ επεσήμανε ότι οι ενωσιακοί κανόνες ανταγωνισμού αποσκοπούν στη διατήρηση ενός ανόθευτου ανταγωνισμού εντός της κοινής αγοράς. Το ΔΕΕ υπογράμμισε ότι το κεφάλαιο της Συνθήκης της ΕΟΚ (νυν ΣΛΕΕ) το οποίο ρυθμίζει την πολιτική της ένωσης στον τομέα του ανταγωνισμού απορρέει από το άρθρο 3 στοιχείο στ΄ της Συνθήκης, σύμφωνα με το οποίο η δράση της Κοινότητας προβλέπει την εγκαθίδρυση καθεστώτος που εξασφαλίζει ανόθευτο ανταγωνισμό εντός της κοινής αγοράς. Στο πλαίσιο αυτό, το άρθρο 102 ΣΛΕΕ δεν μπορεί να αφορά μόνο πρακτικές που μπορούν να προκαλέσουν άμεση ζημία στους καταναλωτές αλλά και πρακτικές που προκαλούν ζημία θίγοντας μία πραγματική διάθροση του ανταγωνισμού, όπως αυτή που αναφέρεται στο άρθρο 3 στοιχείο στ΄ της Συνθήκης ΕΟΚ³¹.

Ωστόσο, μία πολιτική ανταγωνισμού που δεν αποσκοπεί αποκλειστικά στη βελτίωση της ευημερίας των καταναλωτών αλλά προασπίζεται και πρακτικές που θίγουν τον ανταγωνισμό ως θεσμό προστατεύει εντέλει και τους ανταγωνιστές μιας δεσπόζουσας επιχείρησης ανεξαρτήτως των επιδόσεών τους. Εξάλλου, η προστασία των ανταγωνιστών ως ανατακλαστική συνέπεια της προστασίας του αντα-

συμβάλλουν στην επίλυση του προβλήματος του παρασιτισμού σύμφωνα με το οποίο ένας προμηθευτής μπορεί να δρέπει ανέξοδα τα οφέλη από τις προσπάθειες προώθησης κάποιου άλλου προμηθευτή. Η επιβολή υποχρέωσης αποκλειστικού εφοδιασμού μειώνει την ανωτέρω καιροσκοπική συμπεριφορά και ενθαρρύνει τον προμηθευτή να πραγματοποιήσει επενδύσεις για την προώθηση των προϊόντων του στις εγκαταστάσεις του αγοραστή, βλ. και *D. Waelbroeck, Michelin II: A per se rule against rebates by dominant companies*, *Journal of Competition Law and Economics*, 2005, (1), 1, 149-171, *D. Ridyard, Exclusionary pricing and price discrimination abuses under Article 82 - an economic analysis*, *ECLR*, 2002, (23), 286, βλ. και *OECD Policy Roundtables: Fidelity and Bundled Rebates and Discounts*, διαθέσιμο: <https://www.oecd.org/competition/abuse/41772877.pdf>.

25. Δ. Τζουγανάτος, εις ΔικΕΛΑντ παρ. 1, 44.

26. Ως false positives νοούνται οι λάθος καταδικαστικές αποφάσεις. Βλ. και *I. Λιανός*, Η μεταρρύθμιση του Ευρωπαϊκού και Ελληνικού Δικαίου του Ελεύθερου Ανταγωνισμού, Νομική Βιβλιοθήκη, 2008, 199.

27. Ως προς το αντικείμενο προστασίας του ανταγωνισμού και τις διάφορες σχολές που αναπτύχθηκαν βλ. Δ. Τζουγανάτος, Προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού στο δίκαιο της ΕΕ: Τι, γιατί και πώς προστατεύεται; Σε τιμητικό τόμο *Νικόλαου Κ. Ροκα*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2012, 1120-1140. Επισημαίνεται ότι το πλαίσιο ανάλυσης συνδέεται με το αντικείμενο προστασίας του ανταγωνισμού αλλά διαφέρει εννοιολογικά από αυτό. Ανάλογα με το αντικείμενο προστασίας των κανόνων του ανταγωνισμού που προκρίνεται από τις διάφορες σχολές και θεωρήσεις, (Freiburg, Harvard, Chicago κ.λπ.) προσαρμόζεται συναφώς και το πλαίσιο ανάλυσης βλ. και *Κομνηνός-Ι. Λιανός*, εις ΔικΕΛΑντ παρ. 13, 8-9.

28. *L. Gormsen*, The Conflict Between Economic Freedom and Consumer Welfare in the Modernization of Article 82 EC, *European Competition Journal*, 2007, (3), 2, 329-344.

29. Βλ. Δ. Τζουγανάτος, ό.π., 1122 με περαιτέρω παραπομπές.

30. Ως προς τη θέση αυτή βλ. και *P. Lowe*, Consumer Welfare and Efficiency-New Guiding Principles of Competition Policy, διαθέσιμο: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2007_02_en.pdf. Ωστόσο, βλ. και αντίθετη θέση, *P. Akman*, Searching for the Long-Lost Soul of Article 82EC, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2009, (29), 2, 267-303.

31. Συναφώς στην υπόθεση *British Airways*, η Γενική Εισαγγελέας *J. Kokott*, επαναλαμβάνοντας το σκεπτικό της απόφασης *Continental Can*, συνήγαγε ότι το άρθρο 82ΕΚ (νυν 102 ΣΛΕΕ) δεν προορίζεται μόνο και πρωτίστως για να προστατεύει τα άμεσα συμφέροντα των ανταγωνιστών ή των καταναλωτών, αλλά τη δομή της αγοράς και, επομένως, τον ανταγωνισμό αυτόν καθ' εαυτόν (ως θεσμό), ο οποίος οπωσδήποτε, ήδη με την παρουσία της κατέχουσας δεσπόζουσα θέση στην αγορά επιχειρήσεως έχει ελαττωθεί, Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέας *J. Kokott* της 23.2.2006 στην υπόθεση C-95/04P, *British Airways* κατά Επιτροπής, σκέψη 68.

γωνισμού ως θεσμού αντικατοπτρίζεται και στη σταθερά επαναλαμβανόμενη θέση της προπαρατεθείσας νομολογίας αναφορικά με τα περιοριστικά αποτελέσματα των εκπτώτικων συστημάτων³². Πράγματι, ο περιορισμός των πηγών εφοδιασμού των πελατών της δεσπόζουσας επιχείρησης, η πρόκληση φραγμών στην είσοδο των ανταγωνιστών και η ενίσχυση της δεσπόζουσας θέσης συνιστούν εναλλακτικές διατυπώσεις ενός και μόνο αποτελέσματος που συνίσταται στον αποκλεισμό των ανταγωνιστών, ιδωμένο από τη σκοπιά των πελατών, ανταγωνιστών και της δεσπόζουσας επιχείρησης³³. Τούτο διαπιστώνεται εφόσον κανείς διερωτηθεί κατά πόσο είναι πιθανό να επέλθει ο αποκλεισμός των ανταγωνιστών χωρίς συγχρόνως να περιορίζονται οι δυνατότητες των πελατών να επιλέγουν τις πηγές εφοδιασμού τους. Συναφώς, είναι πιθανόν να αποκλειστούν οι ανταγωνιστές χωρίς ταυτόχρονα να ενισχύεται η θέση μιας δεσπόζουσας επιχείρησης;

Β. Η έννοια της ειδικής ευθύνης

Περαιτέρω, η φορμαλιστική προσέγγιση των ενωσιακών δικαστηρίων προκάλεσε την κριτική μέρους της θεωρίας επί της πάγιας θέσης της ενωσιακής νομολογίας³⁴ κατά την οποία αποδίδεται ειδική ευθύνη σε μία δεσπόζουσα επιχείρηση³⁵. Στο πλαίσιο της εν λόγω ευθύνης μια δεσπόζουσα επιχείρηση δεν μπορεί να θίγει με τη συμπεριφορά της την άσκηση πραγματικού και ανόθευτου ανταγωνισμού στην κοινή αγορά και δεν μπορεί να εφαρμόσει συγκεκριμένες πρακτικές, οι οποίες, οσάκις υιοθετούνται από μη δεσπόζουσες επιχειρήσεις αξιολογούνται ως ανεκτές και συμμορφούμενες με τις επιταγές του δικαίου του ανταγωνισμού. Η ευθύνη αυτή αποδίδεται σε όλες ανεξαιρέτως τις επιχειρήσεις που έχουν σημαντική ισχύ σε μία αγορά, ανεξαρτήτως εάν η ισχύς που κατέχουν σε μια σχετική αγορά είναι απόρροια των επιδόσεων και των ικανοτήτων τους ή αποτέλεσμα νόμιμου μονοπωλίου³⁶. Δικαιολογητική βάση αυτής της ευθύνης αποτελεί η σταθερή γραμμή της ενωσιακής νομολογίας³⁷ κατά την οποία ο βαθμός ανταγωνισμού στη σχετική αγορά στην οποία δραστηριοποιείται μία δεσπόζουσα επιχείρηση είναι ήδη εξασθενημένος και ως εκ τούτου οποιαδήποτε παρέμβαση στη δομή της αγοράς μπορεί να εξαλείψει όλο τον ανταγωνισμό.

Σύμφωνα με την κριτική αυτή, η επιρροή της πολιτικής φιλοσοφίας του συντεταγμένου φιλελευθερισμού είναι εμφανής και ως προς αυτήν την θέση της ενωσιακής νομολογίας. Στην πραγματικότητα, η ειδική ευθύνη αντικατοπτρίζει την έννοια του “*as if*” ανταγωνισμού, όπως αναπτύχθηκε από την προαναφερθείσα φιλοσοφία, σύμφωνα με την οποία,

όποιος έχει ισχύ στην αγορά δεν δικαιούται να δραστηριοποιείται ανεμπόδιστα, ενώ αντίθετα, όποιος επιθυμεί να δραστηριοποιείται σε μία αγορά χωρίς περιορισμούς, δεν πρέπει να κατέχει ισχύ στην αγορά αυτή³⁸. Στο πλαίσιο αυτής της θέσης, οι επιχειρήσεις με σημαντική ισχύ σε μία αγορά πρέπει να συμπεριφέρονται σαν να (*as if*) μην κατέχουν τέτοια ισχύ και η συμπεριφορά τους θα πρέπει να προσιδιάζει στη συμπεριφορά μιας επιχείρησης που δρα σε συνθήκες τέλειου ανταγωνισμού³⁹.

Υποστηρίζεται ότι η έννοια της ειδικής ευθύνης συνιστά μία αόριστη νομική έννοια, η οποία δεν παρέχει οποιαδήποτε χρήσιμη κατεύθυνση σε μία δεσπόζουσα επιχείρηση ώστε να μπορεί να προσδιορίσει με ασφάλεια ποιες πρακτικές είναι περιοριστικές για τον ανταγωνισμό και ποιες συνάδουν με τις επιταγές του άρθρου 102 ΣΛΕΕ⁴⁰. Η ειδική ευθύνη συμπληρώνει το φορμαλιστικό πλαίσιο ανάλυσης που εφαρμόζεται στις εκπτώσεις υπό προϋποθέσεις και υποκαθιστά την υποχρέωση των δικαιοδοτικών οργάνων να διερευνήσουν εάν οι εκάστοτε πρακτικές μιας δεσπόζουσας επιχείρησης έχουν προκαλέσει περιοριστικά αποτελέσματα στον ανταγωνισμό⁴¹. Η έννοια αυτή επαναλαμβάνεται μηχανικά από την πρακτική των αποφάσεων της Επιτροπής και την ενωσιακή νομολογία προκειμένου να καταδειχθεί ο καταχρηστικός χαρακτήρας των πρακτικών, μολονότι σε πολλές περιπτώσεις, οι εξετασθείσες πρακτικές αποτελούν εύλογες και διαδεδομένες πρακτικές της εκάστοτε αγοράς, εφαρμοζόμενες από ανταγωνιστές της δεσπόζουσας επιχείρησης⁴². Όπως εύστοχα επισημαίνεται, οσάκις τα ενωσιακά δικαστήρια διατυπώνουν ότι μία δεσπόζουσα επιχείρηση φέρει ειδική ευθύνη, ακολούθως προσδίδουν καταχρηστικό χαρακτήρα στις εξεταζόμενες πρακτικές της⁴³. Τούτο καθίσταται πρόδηλο από την επισκόπηση των οικείων σκέψεων της συναφούς ενωσιακής νομολογίας.

III. “Effects-based” προσέγγιση

A. Η πορεία προς μια “effects-based” προσέγγιση

Η προαναφερθείσα κριτική καθιστούσε ολοένα και πιο επιτακτική την αναγκαιότητα μεταστροφής σε μια *effects-based* προσέγγιση⁴⁴, δηλαδή σε μία προσέγγιση που θα αξιολογεί

32. Βλ. προαναφερθείσες υποθέσεις Hoffmann-La Roche, Michelin I κ.λπ.

33. A. Rousseva, Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law, Hart Publishing, 2010, 194-195.

34. Η έννοια αυτή διατυπώθηκε για πρώτη φορά στην υπόθεση Michelin I.

35. Βλ. υπόθεση Michelin I, ό.π., σκέψη 57.

36. A. Jones and B. Sufrin, EU Competition Law, Oxford, 4th Edition, 366.

37. Βλ. υπόθεση Hoffmann La Roche, ό.π., σκέψη 120.

38. Gerber, Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus, Clarendon Press Oxford, 1998, VII.

39. Για την έννοια του τέλειου ανταγωνισμού, βλ. Ν. Βέττα-Γ. Κατσουλάκο, Πολιτική Ανταγωνισμού & Ρυθμιστική Πολιτική, για τέλειο ανταγωνισμό, Τυπωθήτω-Δαρδάνος, 2004, 42-48.

40. R. Corcho, Can we finally say farewell to the “special responsibility” of dominant companies, European Competition Law Annual in European Competition Law Annual 2007: A reformed approach to article 82EC, Ed. Ehlermann & Marquis, 2008, 319-325.

41. Βλ. A. Jones and B. Sufrin, ό.π., 366.

42. Βλ. R. Corcho, ό.π.

43. Βλ. A. Jones and B. Sufrin, ό.π., 366.

44. Σημειώνεται ότι πέραν των δύο ακραίων μεθοδολογιών (*form-based & effects-based*) έχουν προταθεί και ενδιάμεσες μεθοδολογίες, όπως η *structured rule of reason* και η *qualified per se legality*. Ως προς αυτές τις μεθοδολογίες, βλ. και P. Papandropoulos, Implementing an effects-based approach

τις αντιανταγωνιστικές επιπτώσεις που δύναται να επιφέρει μία πρακτική που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των ενωσιακών κανόνων του ανταγωνισμού. Μια τέτοια προσέγγιση απαιτεί την εξέταση ποσοτικών και ποιοτικών δεδομένων, όπως ενδεικτικά τη δομή της αγοράς, τα εμπόδια (δυναμικά και πραγματικά) εισόδου στην αγορά, το ποσοστό δέσμευσης της αγοράς από τις πρακτικές μιας δεσπίζουσας επιχείρησης, προκειμένου να εξεταστεί εάν τα συστήματα αυτά είναι ικανά να επιφέρουν εκτοπισμό. Εκτός των ανωτέρω δεδομένων, δεν θα πρέπει να αγνοείται και η οικονομική ανάλυση, η οποία αποτελεί σημαντικό εργαλείο για τη διαπίστωση του αντιανταγωνιστικού αποκλεισμού που δύναται να επιφέρει μια πρακτική δεσπίζουσας επιχείρησης⁴⁵.

Πράγματι, περί τα τέλη της δεκαετίας του 1990, εμφανίστηκε μια τάση για μία προσέγγιση με βάση τις αντιανταγωνιστικές επιπτώσεις⁴⁶. Η ανωτέρω τάση αποτυπώθηκε στο αποκαλούμενο και ως «πακέτο εκσυγχρονισμού»⁴⁷ των κανόνων του ανταγωνισμού, το οποίο περιελάμβανε την έκδοση κανόνων παράγωγου δικαίου και λοιπών πράξεων ήπιου δικαίου (soft law) στο πλαίσιο εκσυγχρονισμού του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, την υιοθέτηση του εκτελεστικού κανονισμού 1/2003⁴⁸, καθώς και συναφών κανόνων στο πεδίο των συγχωνεύσεων.

Ο εκσυγχρονισμός του άρθρου 102 ΣΛΕΕ ακολούθησε τελευταίως. Η τότε Επίτροπος για την Πολιτική Ανταγωνισμού Neelie Kroes στο πλαίσιο ομιλίας της στο πανεπιστήμιο του Fordham το 2005 για την αναθεώρηση του άρθρου 82 ΣυνΘΕΚ (νυν 102 ΛΕΕ) δήλωσε ότι ο κύριος και ο απώτατος σκοπός αυτού του άρθρου είναι η προστασία των καταναλωτών, η οποία προϋποθέτει την προστασία της ανταγωνιστικής διαδικασίας και τη διατήρηση ενός ανόθευτου ανταγωνισμού⁴⁹. Εν συνεχεία, το ίδιο έτος δημοσιεύτηκε με πρωτοβουλία της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού της Επιτροπής έγγραφο διαβούλευσης για την εφαρμογή του άρθρου 82 ΣυνΘΕΚ (νυν 102 ΣΛΕΕ) σε εκτοπιστικές καταχρηστικές πρακτικές. Στο έγγραφο αυτό η Επιτροπή προέβλεπε την εισαγωγή περισσότερων στοιχείων οικονομικής

ανάλυσης και μιας πιο ολοκληρωμένης προσέγγισης με βάση τις αντιανταγωνιστικές επιπτώσεις στην εφαρμογή του άρθρου 102 ΣΛΕΕ⁵⁰.

Β. Οι κατευθύνσεις της Επιτροπής

Ως απόρροια της ανωτέρω διαβούλευσης, το έτος 2009, η Επιτροπή εξέδωσε τις Κατευθύνσεις. Πρόκειται για ένα μη δεσμευτικό έγγραφο, το οποίο δεν θίγει την ερμηνεία του άρθρου 102 ΣΛΕΕ από τα ενωσιακά δικαστήρια⁵¹. Σκοπός του εγγράφου αυτού είναι να αυξηθεί η σαφήνεια και προβλεψιμότητα όσον αφορά το γενικό πλαίσιο ανάλυσης που χρησιμοποιεί η Επιτροπή για να προσδιορίσει εάν πρέπει να παρέμβει σε υποθέσεις που αφορούν διάφορες μορφές συμπεριφορών αποκλεισμού και να βοηθήσει τις επιχειρήσεις να αξιολογούν καλύτερα αν μια συγκεκριμένη συμπεριφορά είναι πιθανό να οδηγήσει σε παρέμβαση της Επιτροπής βάσει του άρθρου 102 ΣΛΕΕ⁵². Οι θέσεις της Ευρωπαϊκής Επιτροπής μπορούν να συνοψισθούν εξής:

Πρώτον, η Επιτροπή κατά την εφαρμογή του άρθρου 102 ΣΛΕΕ επικεντρώνεται στις μορφές των συμπεριφορών που είναι περισσότερες επιζήμιες για τους καταναλωτές⁵³. Στο πλαίσιο αυτό, επιδιώκει να διαφυλάξει την ανταγωνιστική διαδικασία στην εσωτερική αγορά και να εξασφαλίσει ότι οι επιχειρήσεις που κατέχουν δεσπίζουσα θέση δεν αποκλείουν τους ανταγωνιστές τους με μη αξιοκρατικά μέσα όσον αφορά τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που προσφέρουν⁵⁴. Καθοριστικό στοιχείο για τη δράση της συνιστά η διαύλαξη του ουσιαστικού ανταγωνισμού και όχι απλώς η προστασία των ανταγωνιστών και επομένως οι ανταγωνιστές που προσφέρουν λιγότερα στους καταναλωτές από πλευράς τιμών, φάσματος επιλογής, ποιότητας και καινοτομίας, θα χρειαστεί να αποχωρήσουν από την αγορά.

Δεύτερον, ο έλεγχος τυχόν αντιανταγωνιστικού αποκλεισμού που μπορεί να προκαλέσει μια επιχειρηματική συμπεριφορά με αποτέλεσμα την πιθανή ζημία του καταναλωτή στηρίζεται σε ποιοτικά και ποσοτικά αποδεικτικά στοιχεία.

under Article 82, Concurrences No 1-2008, με περαιτέρω παραπομπές.

45. Δ. Τζουγανάτος, εις ΔικΕΛΑντ, παρ. 1, 40.

46. Για μία εκτεταμένη ανάλυση της *effects-based approach* βλ. L. Peepers, Conditional Pricing: Why the General Court is wrong in *Intel* and what the Court of Justice can do to rebalance the assessment of rebates, Concurrences No 1-2015, 43-63. Σύμφωνα με τον L. Peepers, η *effects based approach* πρέπει να διακριθεί από την *more economic approach*. Η πρώτη αξιολογεί διάφορα ποιοτικά και ποσοτικά στοιχεία προκειμένου να εξετάσει τις αντιανταγωνιστικές επιπτώσεις μιας πρακτικής στον ανταγωνισμό, ενώ η δεύτερη εστιάζει στην οικονομική ανάλυση του δικαίου.

47. Βλ. και J. Venit, Brave New World: The Modernization and Decentralization of Enforcement under Articles 81 και 82 of the EC Treaty, Common Market LAW Review, 2003, (40), 545.

48. Για τον Κανονισμό 1/2003, βλ. Η. Σουφλερός, Κανονισμός 1/2003 για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού της ΕΕ (άρθρα 101-102 ΣΛΕΕ) - Κατ' άρθρο ερμηνεία, Νομική Βιβλιοθήκη, 2015.

49. Διαθέσιμη στην ιστοσελίδα: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-537_en.htm?locale=en.

50. Διαθέσιμο στην ιστοσελίδα: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>. Ωστόσο, το έγγραφο αυτό υπέστη κριτική από τη θεωρία, καθώς ορισμένες από τις θέσεις που διατύπωσε η Γενική Διεύθυνση δεν προωθούσαν την *effects-based approach* αλλά επαναδιατύπωναν τη φορμαλιστική θέση των ενωσιακών δικαστηρίων, ως ίσχυε την περίοδο εκείνη. Βλ. ενδεικτικά S. Bishop and P. Marsden, The Article 82 Discussion Paper, A Missed Opportunity, European Competition Journal, 2006, (2), 1.

51. Σκέψη 3, βλ. και Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα J. Mazak της 2.9.2010 στην υπόθεση C-52/09, Konkurrensverket κατά TeliaSonera AB, υποσημείωση 21, όπου αναφέρει: «[...] Κατά συνέπεια, μολονότι είναι αληθές ότι οι ενδεικτικοί αυτοί κανόνες, οι οποίοι ορίζουν τις κατευθυντήριες γραμμές που προτίθεται να εφαρμόζει η Επιτροπή, συμβάλλουν στη διασφάλιση της διαφάνειας, της προβλεψιμότητας και της ασφάλειας δικαίου, όσον αφορά τη δράση της Επιτροπής, ωστόσο οι κανόνες αυτοί δεν δεσμεύουν το Δικαστήριο. Πάντως, οι κανόνες αυτοί συνιστούν ένα χρήσιμο σημείο αναφοράς».

52. Σκέψη 2.

53. Σκέψη 5.

54. Σκέψη 6.

Ως τέτοια στοιχεία αξιολογούνται η θέση της επιχείρησης που κατέχει δεσπόζουσα θέση, οι συνθήκες της εκάστοτε σχετικής αγοράς, η θέση των ανταγωνιστών της επιχείρησης που κατέχει δεσπόζουσα θέση, η θέση των πελατών ή των προμηθευτών, ο βαθμός της εικαζόμενης καταχρηστικής συμπεριφοράς, η ύπαρξη πιθανών αποδεικτικών στοιχείων πραγματικού αποκλεισμού, καθώς και άμεσων αποδεικτικών στοιχείων αποκλεισμού.

Τρίτον, στις περιπτώσεις που μία δεσπόζουσα επιχείρηση επιχειρεί να αποκλείσει τους ανταγωνιστές της δια της εφαρμογής εκπωτικών συστημάτων υπό προϋποθέσεις, λαμβάνει χώρα κοστολογική ανάλυση, η οποία συνίσταται στην εφαρμογή του κριτηρίου του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή. Ειδικότερα, η Επιτροπή ελέγχει τα οικονομικά στοιχεία που συνδέονται με το κόστος και τις τιμές πωλήσεως μιας δεσπόζουσας επιχείρησης προκειμένου να διερευνηθεί κατά πόσο η εκπωτική πολιτική της αποκλείει εξίσου αποτελεσματικούς ανταγωνιστές. Η Επιτροπή αναζητά την πραγματική τιμή που πρέπει να προσφέρει ένας ανταγωνιστής στο πελάτη προκειμένου να τον αποζημιώσει για την έκπτωση που θα χάσει εάν καλύψει μέρος των αναγκών του από αυτόν. Η τιμή αυτή συνίσταται στην κανονική τιμή του τιμοκαταλόγου μείον της έκπτωσης που ο πελάτης χάνει με την αλλαγή του προμηθευτή, υπολογιζόμενη επί του φάσματος πωλήσεων για ορισμένη χρονική περίοδο. Εφόσον η τιμή αυτή, αν και χαμηλή, υπερβαίνει ένα συγκεκριμένο κοστολογικό μέτρο⁵⁵, η εκπωτική πολιτική δεν είναι ικανή να επιφέρει αντιανταγωνιστικό αποκλεισμό και ως εκ τούτου δεν αντιβαίνει στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ⁵⁶.

Τέταρτον, εφόσον από την εξέταση του συνόλου των προαναφερθέντων στοιχείων συναχθεί ότι η συμπεριφορά μιας δεσπόζουσας επιχείρησης επιφέρει περιοριστικά αποτελέσματα για τον ανταγωνισμό, εν συνεχεία, η επιχείρηση μπορεί και οφείλει να επικαλεστεί λόγους που δικαιολογούν την εκ πρώτης όψεως καταχρηστική συμπεριφορά της. Οι λόγοι αυτοί διακρίνονται μεταξύ: (i) γενικών αντικειμενικών δικαιολογητικών λόγων που αφορούν το δημόσιο συμφέρον ή τον πυρήνα κάποιου ιδιωτικού συμφέροντος άξιου προστασίας (π.χ. λόγοι υγείας, ασφάλειας), και (ii) ειδικών δικαιολογητικών λόγων που άπτονται της οικονομική αποδοτικότητα/αποτελεσματικότητας⁵⁷. Ως προς τους

ειδικούς δικαιολογητικούς λόγους, η Επιτροπή προκρίνει μία μεθοδολογία αντίστοιχη με αυτή που προβλέπεται στο άρθρο 101(3) ΣΛΕΕ⁵⁸.

Από τη σύνοψη των ανωτέρω σκέψεων καταδεικνύεται η μεταστροφή της Επιτροπής από μία φορμαλιστική προσέγγιση προς μία ανάλυση των επιπτώσεων που δύνανται να επιφέρουν οι πρακτικές μιας δεσπόζουσας επιχείρησης στον ανταγωνισμό. Πλέον, προστατευόμενο αγαθό του άρθρου 102 ΣΛΕΕ συνιστά ο ανταγωνισμός ως θεσμός με απώτερο σκοπό την επίτευξη της ευημερίας των καταναλωτών. Συναφώς, η συμπεριφορά των ανταγωνιστών χρήζει προστασίας μόνο εφόσον, στο πλαίσιο ενός ανταγωνισμού με αξιοκρατικά μέσα, συμμετέχουν εξίσου αποτελεσματικά με μια δεσπόζουσα επιχείρηση στην ανταγωνιστική διαδικασία. Στο πλαίσιο αυτό, η Επιτροπή αξιολογεί πλήθος ποιοτικών και ποσοτικών δεδομένων προκειμένου να εξετάσει εάν η συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης είναι ικανή να επιφέρει αντιανταγωνιστικό αποκλεισμό, ενώ σε δεύτερο στάδιο, μία δεσπόζουσα επιχείρηση δύναται να προβάλλει συγκεκριμένους λόγους, το περιεχόμενο των οποίων αποσαφηνίζεται πλήρως στις Κατευθύνσεις. Η οικονομική ανάλυση, δια της εφαρμογής του κριτηρίου του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή διαδραματίζει σημαντικό στην εν λόγω αξιολόγηση.

Γ. Κριτική

Αν και η πλειοψηφία της θεωρίας επιδοκίμασε τις Κατευθύνσεις, ωστόσο οι υποστηρικτές της φορμαλιστικής προσέγγισης άσκησαν κριτική στο έγγραφο αυτό. Σύμφωνα με την κριτική αυτή, οι Κατευθύνσεις αποτελούν ένα εργαλείο το οποίο συνδράμει την Επιτροπή στην προτεραιοποίηση των υποθέσεων που πρέπει να εξεταστούν από αυτήν. Δεν ενσωματώνουν ένα τεστ νομιμότητας ως προς την αξιολόγηση της εκάστοτε συμπεριφοράς μιας δεσπόζουσας επιχείρησης, κατά μείζονα δε λόγο δεν συνιστούν έρεισμα ικανό για τη μεταστροφή της ενωσιακής νομολογίας⁵⁹. Στο ίδιο

55. Στις Κατευθύνσεις γίνεται μνεία στο μέσο μακροπρόθεσμο επαγγελματικό κόστος και στο μέσο αποφεύξιμο κόστος. Στην υπόθεση *Akzo* (υποθ. C-62/86, *Akzo* κατά Επιτροπής, Συλλογή 1991, I-03359) γίνεται αναφορά στο μέσο συνολικό και στο μέσο μεταβλητό κόστος. Από τις προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα στην υπόθεση *Post Danmark I*, η οποία αναλύεται κατωτέρω, προκύπτει ότι ανάλογα με τα δεδομένα κάθε υπόθεσης (δομή αγοράς, χαρακτηριστικά δεσπόζουσας επιχείρησης (π.χ. αν της έχει ανατεθεί αποστολή γενικού οικονομικού συμφέροντος)) κρίνεται το κατάλληλο εφαρμοστέο κοστολογικό κριτήριο.

56. Για μία πρακτική εφαρμογή του κριτηρίου του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή, βλ. *S. Albaek and A. Chaici*, *The Velux case - an in-depth look at rebates and more*, 2009, (2) *Competition Policy Newsletter*, 44.

57. Βλ. *A. Κομνηνός*, ό.π., 51-72. Αναφορικά με την κατανομή του βάρους απόδειξης και το απαιτούμενο μέτρο απόδειξης προκειμένου να σχηματισθεί πλήρης δικανική πεποίθηση περί της ύπαρξης ενός δικαιολογητικού λόγου βλ. και *T. Van*

der Vijver, Article 102 TFEU: How to claim the application of objective justifications in the case of prima facie dominance abuses, *Journal of European Competition Law and Practice*, 2013, (4), 2, 121-133.

58. Σύμφωνα με τη σκέψη 30 των Κατευθύνσεων: «Σε αυτό το πλαίσιο, η επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση οφείλει να αποδείξει ότι είναι αρκούντως πιθανό, και βάσει επαληθεύσιμων αποδεικτικών στοιχείων, ότι πληρούνται οι ακόλουθες σωρευτικές προϋποθέσεις: (i) οι βελτιώσεις της αποτελεσματικότητας έχουν ήδη υλοποιηθεί ή είναι πιθανό να υλοποιηθούν ως αποτέλεσμα της συμπεριφοράς, (ii) η συμπεριφορά είναι απαραίτητη για την υλοποίηση αυτών των βελτιώσεων της αποτελεσματικότητας, ήτοι δεν πρέπει να υπάρχουν άλλες λιγότερο αντιανταγωνιστικές εναλλακτικές δυνατότητες που είναι ικανές να οδηγήσουν στις ίδιες βελτιώσεις της αποτελεσματικότητας, (iii) οι πιθανές βελτιώσεις της αποτελεσματικότητας που προκύπτουν από την συμπεριφορά αντισταθμίζουν τυχόν αρνητικές επιπτώσεις στον ανταγωνισμό και στην ευημερία του καταναλωτή στις επηρεαζόμενες αγορές, και (iv) η συμπεριφορά δεν εξαλείφει τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό, καταργώντας όλες ή τις περισσότερες υφιστάμενες πηγές πραγματικού ή δυνητικού ανταγωνισμού».

59. Βλ. και *W. Wils*, *The Judgement of the EU General Court in Intel and the so-called "more economic approach" to abuse of*

πλαίσιο, η Γενική Εισαγγελέας Kokott, διαγράφοντας τα όρια των Κατευθύνσεων, επισημαίνει: «Πράγματι, αφενός, ενδεχόμενοι νέοι τόνοι κατά την εφαρμογή του άρθρου 82 ΕΚ (νυν 102 ΣΛΕΕ) μπορούν να έχουν σημασία μόνο για μελλοντικές αποφάσεις της Επιτροπής, όχι όμως για τη νομική εκτίμηση ήδη εκδοθείσας αποφάσεως. Αφετέρου, η Επιτροπή θα πρέπει και στην περίπτωση τροποποίησης της διοικητικής της πρακτικής να εξακολουθήσει να κινείται στο πλαίσιο που της παρέχει το άρθρο 82 ΕΚ (νυν 102 ΣΛΕΕ) όπως ερμηνεύθηκε από το Δικαστήριο».⁶⁰

Περαιτέρω, η εφαρμογή μιας προσέγγισης με έμφαση στα αποτελέσματα, στην οποία σημαντικό ρόλο διαδραματίζει η οικονομική ανάλυση, δεν είναι προβλέψιμη και δεν δημιουργεί ασφάλεια δικαίου. Εξάλλου, το λειτουργικό κόστος μιας δεσπόζουσας επιχείρησης αυξάνεται, καθώς η διεξαγωγή μιας οικονομικής ανάλυσης προϋποθέτει είτε την πρόσληψη οικονομολόγων εξειδικευμένων στην οικονομική ανάλυση του δικαίου του ανταγωνισμού, είτε εναλλακτικά την εξωτερική ανάθεση της οικονομικής ανάλυσης της εκάστοτε πρακτικής σε τρίτες εξειδικευμένες εταιρίες. Επιπροσθέτως, ο κίνδυνος υποεπιβολής των κανόνων ανταγωνισμού και συναφώς η πρόκληση σφαλμάτων τύπου I αυξάνεται από την εφαρμογή μιας *effects-based approach*.

Άλλωστε, ορισμένες θέσεις της Επιτροπής αποδοκίμαστηκαν και από τους υποστηρικτές της *effects-based* προσέγγισης εξαιτίας του αντιφατικού και αμφίσημου χαρακτήρα τους⁶¹. Πιο συγκεκριμένα, αν και η Επιτροπή επισημαίνει ότι θα επικεντρώνεται σε εκείνες τις συμπεριφορές που είναι περισσότερο επιζήμιες για τον καταναλωτή και ως εκ τούτου οι ανταγωνιστές που προσφέρουν λιγότερα από πλευράς τιμών, φάσματος επιλογής, ποιότητας και καινοτομίας θα χρειαστεί να αποχωρήσουν από την αγορά, ωστόσο η θέση των ανταγωνιστών εξακολουθεί να αποτελεί ένα από τα στοιχεία που συνεκτιμά η Επιτροπή κατά την αξιολόγηση της συμπεριφοράς μιας δεσπόζουσας επιχείρησης. Συναφώς, ένας ανταγωνιστής πρέπει να προστατεύεται μόνο εάν η επίδοσή του είναι εξίσου αποτελεσματική με μιας δεσπόζουσας επιχείρησης. Εντούτοις, η Επιτροπή αναγνωρίζει ότι σε ορισμένες περιπτώσεις ένας λιγότερο αποτελεσματικός ανταγωνιστής ενδέχεται να ασκήσει πίεση, η οποία θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψη, όταν θα εξετάζεται εάν μία συμπεριφορά που βασίζεται στις τιμές οδηγεί στον αντιανταγωνιστικό αποκλεισμό. Επιπροσθέτως, η εφαρμογή του κριτηρίου του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή στο πλαίσιο ανάλυσης των εκπτώσεων υπό προϋποθέσεις είναι δυσχερής και ειδικά η ανεύρεση του διεκδικήσιμου μεριδίου καθίσταται δύσκολη και εγκυμονεί λάθη⁶².

dominance, διαθέσιμο: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2498407.

60. Βλ. προτάσεις J. Kokott στην υπόθεση *British Airways*, ό.π., σκέψη 28.
61. Βλ. και D. Geradin, *Is the Guidance Paper on the Commission's Enforcement Priorities in Enforcing Article 102 TFEU Useful?*, διαθέσιμο: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1569502.
62. Βλ. και W. Wils, ό.π., ο οποίος αναφέρει χαρακτηριστικά ότι η Επιτροπή αφιέρωσε στο πλαίσιο εξέτασης της υπόθεσης *Intel*,

IV. Η γραμμή της νομολογίας μετά την έκδοση των Κατευθύνσεων

A. Υπόθεση *Tomra*

Στην υπόθεση *Tomra*⁶³, τα ενωσιακά δικαστήρια εξέτασαν τα εκπτωτικά συστήματα που εφάρμοσε ο όμιλος Tomra στο πελατολόγιό του (αλυσίδες εμπορικών υπεραγορών) μέσω των θυγατρικών του που δραστηριοποιούνταν στην αγορά των μηχανημάτων αυτόματης συλλογής συσκευασιών σε διάφορα κράτη-μέλη της ενωσιακής αγοράς. Πιο συγκεκριμένα, ο προαναφερθείς όμιλος σχεδίασε εκπτωτικά συστήματα, τα οποία έφεραν εξατομικευμένο και αναδρομικό χαρακτήρα, σύμφωνα με τα οποία οι πελάτες του ανωτέρω ομίλου δικαιούνταν ορισμένης έκπτωσης⁶⁴, εφόσον πεύχαιναν ή υπερέβαιναν έναν συγκεκριμένο στόχο αγορών σε μηχανήματα αυτόματης συλλογής συσκευασιών, εντός μιας περιόδου αναφοράς, η οποία ήταν συνήθως ετήσια.

Πρέπει να υπομνησθεί ότι η υπόθεση αυτή είχε εξεταστεί από την Επιτροπή πριν την έκδοση των Κατευθύνσεων. Ως εκ τούτου, όπως επεσήμανε ο Γενικός Εισαγγελέας Mazak στις Προτάσεις του⁶⁵, οι Κατευθύνσεις δεν είχαν καταρχήν επιρροή στην επίμαχη υπόθεση, καθώς αποτύπωναν τον τρόπο με τον οποίο η Επιτροπή θα ασκήσει την μελλοντική πολιτική ανταγωνισμού της σε σχέση με το άρθρο 102 ΣΛΕΕ. Ωστόσο, ο αντίκτυπος των Κατευθύνσεων και δη η εφαρμογή μιας προσέγγισης με έμφαση στα αντιανταγωνιστικά αποτελέσματα ήταν εμφανής στην υπόθεση αυτή⁶⁶.

Πιο συγκεκριμένα, το Γενικό Δικαστήριο συνήγαγε ότι για την αξιολόγηση του τυχόν εκτοπιστικού χαρακτήρα των επίμαχων εκπτωτικών συστημάτων πρέπει να εξεταστεί το σύνολο των περιστάσεων⁶⁷, ιδίως τα κριτήρια και ο τρόπος χορήγησης των εκπτώσεων, καθώς και οι γενικές συνθήκες

150 σελίδες για την ανάλυση του κριτηρίου του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή.

63. Υποθ. C-549/10P, *Tomra Systems* και λοιποί κατά Επιτροπής και υποθ. T-155/06, *Tomra Systems* και λοιποί κατά Επιτροπής, Συλλογή 2010-II, 4361.
64. Οι εκπτώσεις καταβάλλονταν στο τέλος της περιόδου αναφοράς και συνήθως είχαν τη μορφή χρηματικών επιστροφών. Σε ορισμένες περιπτώσεις οι εκπτώσεις χορηγούνταν σε είδος, ήτοι δωρεάν μηχανήματα αυτόματης συλλογής συσκευασιών κ.λπ.
65. Προτάσεις της 2.2.2012 του Γενικού Εισαγγελέα J. Mazak στην υπόθεση C-549/10P, *Tomra Systems* και λοιποί κατά Επιτροπής, σκέψη 37.
66. Υποστηρίζεται και η αντίθετη άποψη στη θεωρία σύμφωνα με την οποία τα ενωσιακά δικαστήρια στην υπόθεση αυτή αγνόησαν τις Κατευθύνσεις και θεμελίωσαν την κρίση τους επικαλούμενα τις θέσεις της μέχρι τότε αποκρυσταλλωθείσας νομολογίας, όπως παρατίθεται ανωτέρω στην παρούσα μελέτη, βλ. A. de Crayencour and J. Lang, *Tomra: The Assessment of Retroactive Rebates by the Court of Justice after the Guidance Paper*, *Journal of European Competition Law and Practice*, 2013, (4), 1, 51-52.
67. Όπως και στις υποθέσεις *Michelin II* και *British Airways*, το Γενικό Δικαστήριο αναφέρθηκε στο διττό πλαίσιο ανάλυσης των επίμαχων εκπτωτικών συστημάτων, υπογραμμίζοντας ότι η Tomra είχε κάθε δυνατότητα να επικαλεστεί μια δικαιολογία των πρακτικών της η οποία να είναι αντικειμενική από οικονομικής απόψεως και σύμφωνη προς τους κανόνες του ανταγωνισμού.

της αγοράς στο πλαίσιο της οποίας εντάσσονται οι επίμαχες συμφωνίες⁶⁸. Από την ανωτέρω σκέψη διακρίνεται μία σημαντική προσθήκη ως προς το πλαίσιο ανάλυσης που πρέπει να εφαρμόζεται κατά την εξέταση των εκπαιδωτικών συστημάτων συγκριτικά με την προπαρατεθείσα ενωσιακή νομολογία⁶⁹. Πέραν των κριτηρίων και του τρόπου χορήγησης των εκπτώσεων, στις περιστάσεις συμπεριλαμβάνονται πλέον και οι γενικές συνθήκες της αγοράς στο πλαίσιο των οποίων εντάσσονται οι επίμαχες συμφωνίες. Ως τέτοιες συνθήκες αξιολογούνται η δομή των σχετικών αγορών, η θέση της δεσπόζουσας επιχείρησης και των ανταγωνιστών, ο αριθμός των πελατών, η διάρκεια των συμφωνιών και το ποσοστό της αγοράς που δεσμεύεται από αυτές.

Έχοντας προβεί στην ανωτέρω διαπίστωση, το Γενικό Δικαστήριο επικύρωσε την απόφαση της Επιτροπής, αφού πρώτα διαπίστωσε ότι η τελευταία είχε πράγματι εξετάσει όλα τα ανωτέρω δεδομένα και είχε διαπιστώσει ότι οι πρακτικές του ομίλου Tompa εμπόδιζαν τον ανταγωνισμό σε ουσιαδώς τμήμα -τα δύο πέμπτα- της συνολικής ζήτησης κατά τη διάρκεια της σχετικής περιόδου στις επίμαχες αγορές που δραστηριοποιούνταν οι θυγατρικές εταιρίες του εν λόγω ομίλου.

Β. Υπόθεση *Post Danmark I*

Στην υπόθεση αυτή⁷⁰, το ΔΕΕ κλήθηκε να αποφανθεί, κατόπιν αιτήματος από το Ανώτατο Δικαστήριο της Δανίας για την έκδοση προδικαστικής απόφασης, αναφορικά με τις περιστάσεις εκείνες κατά τις οποίες μία επιλεκτική πολιτική χαμηλών τιμών εφαρμοζόμενη από τη δεσπόζουσα επιχείρηση *Post Danmark* σε ορισμένους πρώην πελάτες ανταγωνιστή της, στην αγορά διανομής ταχυδρομείου χωρίς διεύθυνση παραλήπτη, συνιστά καταχρηστική πρακτική εκτοπίσεως ανταγωνιστή αντίθετη στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ. Μολονότι, το αντικείμενο εξέτασης του προδικαστικού αιτήματος δεν αφορούσε τις εκπτώσεις υπό προϋποθέσεις, η υπόθεση αυτή έχει θεμελιώδη σημασία για τους σκοπούς της παρούσας μελέτης, καθώς το ΔΕΕ, σε τμήμα μείζονος σύνθεσης, διατύπωσε ορισμένες σκέψεις οι οποίες έχουν ευρύτερο αντίκτυπο για τις καταχρηστικές εκτοπιστικές πρακτικές που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ⁷¹.

Πρώτον, το ΔΕΕ αναφέρθηκε στο γράμμα και το πνεύμα του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Αφού επανέλαβε την πάγια θέση της ενωσιακής νομολογίας, σύμφωνα με την οποία στο πεδίο εφαρμογής του εν λόγω άρθρου δεν εμπίπτουν μόνο πρακτικές που δύνανται να προκαλέσουν άμεση ζημία στους καταναλωτές⁷² αλλά και πρακτικές που τους προκαλούν ζημία, πλήττοντας τη λειτουργία του ανταγωνισμού, στη

συνέχεια παρατήρησε ότι η διάταξη αυτή δεν αποσκοπεί στο να εξασφαλίσει ότι θα παραμείνουν στην αγορά οι λιγότερο αποτελεσματικοί ανταγωνιστές της επιχείρησης που κατέχει δεσπόζουσα θέση⁷³.

Δεύτερον, το ΔΕΕ επαναδιατύπωσε την έννοια της καταχρηστικής εκμετάλλευσης, όπως είχε οριστεί για πρώτη φορά στην υπόθεση *Hoffmann-La Roche*⁷⁴. Πιο συγκεκριμένα, επισημαίνει⁷⁵: «*Συναφώς πρέπει επίσης να υπομνησθεί ότι το άρθρο 82ΕΚ (νυν 102 ΣΛΕΕ) καλύπτει, ειδικότερα, τη συμπεριφορά επιχειρήσεως που κατέχει δεσπόζουσα θέση η οποία έχει ως αποτέλεσμα, επί ζημία των καταναλωτών, να κωλύεται η διατήρηση του υφιστάμενου στην αγορά ανταγωνισμού ή η ανάπτυξή του, λόγω της χρησιμοποίησεως διαφορετικών μέσων από εκείνα που διέπουν τον κανονικό ανταγωνισμό μεταξύ των προσφερόμενων από τους επιχειρηματίες προϊόντων ή υπηρεσιών*». Η προσθήκη της φράσης «*επί ζημία καταναλωτών*» υποδηλώνει ότι η συμπεριφορά μιας δεσπόζουσας επιχείρησης δεν πρέπει να ελέγχεται με βάση τις τυχόν δυσχέρειες που προκαλεί στη διατήρηση του υφιστάμενου ανταγωνισμού ή στην ανάπτυξή του αλλά πλέον αντικείμενο αξιολόγησης συνιστά κατά πόσο η συμπεριφορά μιας επιχείρησης κωλύει τη διατήρηση ή/και την ανάπτυξη του ανταγωνισμού με αποτέλεσμα να προκαλείται καταναλωτική ζημία.

Τρίτον, για πρώτη φορά αποσαφηνίζεται η έννοια του αποκαλούμενου «*ανταγωνισμού με αξιοκρατικά μέσα*» (“*competition on the merits*”), σύμφωνα την οποία: «*ο υγιής ανταγωνισμός μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα την εξαφάνιση από την αγορά ή την περιθωριοποίηση ανταγωνιστών λιγότερων αποτελεσματικών και ως εκ τούτου λιγότερων ελκυστικών για τους καταναλωτές από άποψη τιμών, επιλογών, ποιότητας ή καινοτομίας*»⁷⁶.

Τέταρτον, το ΔΕΕ υιοθετεί τη διττή μέθοδο ανάλυσης των επίμαχων εκπαιδωτικών συστημάτων, όπως διατυπώθηκε για πρώτη φορά στην υπόθεση *British Airways* και συστηματοποιήθηκε μεταγενέστερα στις Κατευθύνσεις της Επιτροπής. Ως εκ τούτου, μία δεσπόζουσα επιχείρηση μπορεί να αποδείξει ότι η καταρχήν περιοριστική για τον ανταγωνισμό συμπεριφορά της, δικαιολογείται, είτε αντικειμενικά, είτε επειδή επιφέρει κέρδη αποδοτικότητας.

Τέλος, η εφαρμογή του κριτηρίου του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή δια της ανάλυσης των τιμών και κόστους της δεσπόζουσας επιχείρησης κρίνεται ως αναγκαία προκειμένου να καταδειχθεί ο θεμιτός ή μη χαρακτήρας των τιμών.

Από τις προπαρατεθείσες σκέψεις καταδεικνύεται ότι στην υπόθεση αυτή το ανώτατο ενωσιακό δικαστήριο επικύρωσε τις θέσεις Επιτροπής, όπως διατυπώνονται στις Κατευθύνσεις. Συνεπώς, η απόφαση αυτή έχει θεμελιώδη σημασία για την εφαρμογή του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, καθώς καθίσταται πλέον σαφές ότι οι αρχές ανταγωνισμού και τα δικαιοδοτικά όργανα οφείλουν να εφαρμόσουν ένα πλαίσιο

68. Σκέψη 215.

69. L. Peeperkorn and E. Rouseva, Article 102TFEU: Exclusive Dealing and Rebates, *Journal of European Competition Law Practice*, 2011, (2), 1, 36-38.

70. Υποθ. C-209/10, *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet*.

71. E. Rouseva and M. Marquis, Hell Freezes Over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct under Article 102TFEU, *Journal of European Competition Law and Practice* 2013, (4), 1, 32-50.

72. Σκέψη 20.

73. Σκέψη 21.

74. Βλ. υποθ. *Hofmann-La Roche*, ό.π., σκέψη 91.

75. Σκέψη 23.

76. Σκέψη 22.

ανάλυσης με επίκεντρο τη ζημία του καταναλωτή, προστατεύοντας μόνο ανταγωνιστές που είναι εξίσου αποτελεσματικοί με μία δεσπόζουσα επιχείρηση. Είναι προφανές ότι μία τέτοια ανάλυση απομακρύνεται από την πολιτική φιλοσοφία του συντεταγμένου φιλελευθερισμού και το αντικείμενο προστασίας του ανταγωνισμού που αυτή προκρίνει. Συναφώς, η θέση του ενωσιακού δικαστηρίου εστιάζει στην ανάλυση των αποτελεσμάτων που δύνανται να επιφέρουν οι πρακτικές μιας δεσπόζουσας επιχείρησης. Τέλος, η οικονομική ανάλυση δια της εφαρμογής του κριτηρίου του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή κατέχει σημαντικό ρόλο στην αξιολόγηση αυτών αποτελεσμάτων⁷⁷.

Γ. Υπόθεση Intel

Στην υπόθεση Intel⁷⁸, εξετάστηκαν οι πρακτικές που εφάρμοσε η δεσπόζουσα επιχείρηση Intel στην παγκόσμια αγορά των επεξεργαστών x86. Στις εξετασθείσες πρακτικές περιλαμβανόταν η χορήγηση εκπτώσεων και χρηματικών ποσών σε κατασκευαστές ηλεκτρονικών υπολογιστών και σε μία επιχείρηση λιανικής πώλησης μικροηλεκτρονικών συσκευών. Η Επιτροπή επικαλούμενη εσωτερικά έγγραφα της Intel αλλά και τις θέσεις που διατύπωσαν οι πελάτες της ενώπιόν της, κατά την άσκηση των ελεγκτικών αρμοδιοτήτων της, διαπίστωσε ότι οι εκπτώσεις και τα χρηματικά ποσά που χορηγούσε η Intel στο πελατολόγιό της χορηγούνταν υπό τον όρο ότι οι πελάτες της θα προμηθεύονται το σύνολο ή το μεγαλύτερο τμήμα των αναγκών τους σε επεξεργαστές x86 από την Intel και θα πωλούν αποκλειστικά υπολογιστές εξοπλισμένους με επεξεργαστές x86 της Intel⁷⁹.

Κατά την αξιολόγηση των εκπτώσεων της Intel, η Επιτροπή επεσήμανε ότι δεν δεσμευόταν από την εφαρμογή της μεθοδολογίας επί των εκπτώσεων υπό προϋποθέσεις που αποτυπώνονταν στις Κατευθύνσεις, καθώς η υπόθεση αυτή είχε εκκινήσει προς διερεύνηση πριν την έκδοση των Κατευθύνσεων. Ως εκ τούτου, η Επιτροπή, επικαλούμενη την υπόθεση *Hoffmann-La Roche* συνήγαγε ότι η Intel είχε καταχραστεί

τη δεσπόζουσα θέση της δια της χορήγησης στο πελατολόγιο της εκπτώσεων έναντι αποκλειστικότητας.

Ωστόσο, εν αντιθέσει με τη φορμαλιστική θεώρηση του ΔΕΕ στην υπόθεση *Hoffmann-La Roche*, η Επιτροπή αξιολόγησε ορισμένες περιστάσεις προκειμένου να προσδώσει καταχρηστικό χαρακτήρα στις παροχές της Intel. Πιο συγκεκριμένα, εξέτασε τη ζημία που προκάλεσαν οι πρακτικές της Intel στον ανταγωνισμό και στους καταναλωτές, διαπιστώνοντας ότι περιοριζόνταν οι επιλογές του καταναλωτή και αποθαρρυνόταν η καινοτομία. Επιπλέον, αν και δεν ήταν υποχρεωμένη, εφάρμοσε το κριτήριο του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή προκειμένου να καταδείξει ότι οι εκπτώσεις που χορηγούσε η Intel εμπόδιζαν τους πελάτες της να καλύπτουν τις ανάγκες τους σε επεξεργαστές x86 από εναλλακτικές πηγές εφοδιασμού. Τέλος, εφάρμοσε το διττό πλαίσιο ανάλυσης των εκπτώσεων υπό προϋποθέσεις που προκρίνεται από τις Κατευθύνσεις. Στο πλαίσιο αυτό εξέτασε και εντέλει απέρριψε τους γενικούς αντικειμενικούς λόγους αλλά και τους λόγους βελτίωσης αποτελεσματικότητας που επικαλέστηκε η Intel προκειμένου να δικαιολογήσει τις πρακτικές της.

Η Intel άσκησε προσφυγή ενώπιον του Γενικού Δικαστηρίου κατά της απόφασης της Επιτροπής. Το Γενικό Δικαστήριο επικύρωσε την απόφαση της Επιτροπής, υιοθετώντας ωστόσο μια προσέγγιση που προκάλεσε την έντονη κριτική της θεωρίας⁸⁰.

Καταρχάς, διαπίστωσε ότι ως προς το χαρακτηρισμό των εκπτώσεων που χορηγεί μια δεσπόζουσα επιχείρηση, μπορούν να διακριθούν οι εξής τρεις κατηγορίες εκπτώσεων:

(i) εκπτώσεις λόγω ποσοτήτων που συναρτώνται αποκλειστικά με τον όγκο των πραγματοποιούμενων αγορών. Τέτοιες εκπτώσεις τεκμαίρονται ως σύννομες, καθώς αντανακλούν το όφελος που αποκόμισε η κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρηση λόγω αποδοτικότητας και οικονομικών κλίμακας,

(ii) εκπτώσεις λόγω αποκλειστικότητας, οι οποίες χορηγούνται υπό την προϋπόθεση ότι ο πελάτης θα καλύψει το σύνολο ή το μεγαλύτερο τμήμα των αναγκών του από τη δεσπόζουσα επιχείρηση. Τέτοιες εκπτώσεις αποσκοπούν στην εξάλειψη ή τον περιορισμό της δυνατότητας του αγοραστή να επιλέγει τις πηγές εφοδιασμού του και στην παρεμπόδιση της εισόδου άλλων παραγωγών στην αγορά. Οι εκπτώσεις λόγω αποκλειστικότητας θεωρούνται ασύμβατες με τον σκοπό διατήρησης του ανόθευτου ανταγωνισμού και μπορούν εκ φύσεως να περιορίσουν τον ανταγωνισμό. Οι εκπτώσεις αυτές δεν προϋποθέτουν την ανάλυση του συνόλου των περιστάσεων προκειμένου να καταδειχθεί ο εκτοπιστικός χαρακτήρας αλλά συνιστούν κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης, εφόσον η χορήγησή τους δεν είναι αντικειμενικά δικαιολογημένη,

77. Αξίζει να σημειωθεί ότι στην υπόθεση αυτή το ΔΕΕ έκανε μία πολύ ενδιαφέρουσα, πλην μεμονωμένη, τοποθέτηση, η οποία ήταν σε απόλυτη συμμόρφωση με την *effects-based* προσέγγιση που διαπνέει όλη την απόφαση. Πιο συγκεκριμένα, στην σκέψη 23 το ΔΕΕ τονίζει: «κατά πάγια επίσης νομολογία, η κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρηση υπέχει ειδική υποχρέωση να μη θίγει με τη συμπεριφορά της, τον αποτελεσματικό και ανόθευτο ανταγωνισμό στην εσωτερική αγορά [...]». Όταν η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης αποτελεί συνέπεια πρώην νόμιμου μονοπωλίου, το γεγονός αυτό πρέπει να λαμβάνεται υπόψη». Από την προαναφερθείσα σκέψη το ΔΕΕ φαίνεται να διαχωρίζει τις δεσπόζουσες επιχειρήσεις ανάλογα με την αιτία δυνάμει της οποίας έχουν αποκτήσει δεσπόζουσα θέση και να αποδίδει ειδική ευθύνη μόνο σε όσες επιχείρησης έχουν αποκτήσει τέτοια θέση συνεπεία κρατικού μονοπωλίου. Η θέση αυτή συμπλέει και με τη σκέψη 21 όπου διατυπώνεται: «συγκεκριμένα το άρθρο 82ΕΚ ουδόλως αποσκοπεί στο να εμποδίσει μία επιχείρηση να κατατάξει με τις δικές της ικανότητες δεσπόζουσα θέση σε μία επιχείρηση».

78. Απόφαση της Επιτροπής της 13ης Μαΐου 2009, (υποθ. COMP/C-3/37.990-Intel/C (2009) 3726).

79. Ως προς τον πελάτη Media Saturn.

80. Υποθ. T-286/09, Intel κατά Επιτροπής. Βλ. κριτική επί της απόφασης N. Petit, Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102TFEU, διαθέσιμο: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2567628 με περαιτέρω παραπομπές σε πλούσια βιβλιογραφία (υποσημείωση 2). Βλ. και αντίθετη άποψη R. Whish, Intel v. Commission: Keep Calm and Carry On!, *Journal of European Competition Law and Practice*, 2015, (6), 1, 1-2.

(iii) άλλα συστήματα εκπτώσεων που αν και δεν χορηγούνται λόγω αποκλειστικότητας, εξ αιτίας του μηχανισμού χορήγησης της έκπτωσης, μπορεί να έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία πιστών πελατειακών σχέσεων. Στις αποκαλούμενες και ως εκπτώσεις τρίτης κατηγορίας περιλαμβάνονται μεταξύ άλλων τα συστήματα εκπτώσεων που εξαρτώνται από την επίτευξη επιμέρους στόχων ως προς τις πωλήσεις. Προκειμένου να διαπιστωθεί εάν η προσφορά τέτοιων εκπτώσεων συνιστά κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως, πρέπει να εξεταστεί το σύνολο των περιστάσεων, ιδίως τα κριτήρια και ο τρόπος χορηγήσεως της εκπτώσεως και να εξεταστεί εάν η έκπτωση αποσκοπεί, μέσω πλεονεκτήματος που δεν στηρίζεται σε καμία οικονομική παροχή που να το δικαιολογεί, στην αφαίρεση από τον αγοραστή ή στον περιορισμό της δυνατότητας επιλογής των πηγών εφοδιασμού, στην παρεμπόδιση της προσβάσεως των ανταγωνιστών στην αγορά ή στην ενίσχυση της δεσπόζουσας θέσεως διά της νοθεύσεως του ανταγωνισμού.

Περαιτέρω, σύμφωνα με το Γενικό Δικαστήριο, οι εκπτώσεις λόγω αποκλειστικότητας διακρίνονται από τις υπόλοιπες τιμολογιακές πρακτικές (συμπίση περιθωρίων κέρδους, επιθετική τιμολογιακή πολιτική), καθώς ο προβληματισμός γύρω από αυτές τις εκπτώσεις δεν εστιάζει στο ακριβές ποσό των εκπτώσεων αλλά στο γεγονός ότι οι εκπτώσεις αυτές χορηγούνται υπό τον όρο αποκλειστικού εφοδιασμού. Συναφώς, στις εκπτώσεις αυτές η εξέταση του ύψους των εκπτώσεων δεν κρίνεται αναγκαία.

Τέλος, αναφορικά με το κριτήριο του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή, το Γενικό Δικαστήριο συνήγαγε ότι η εφαρμογή ενός τέτοιου κριτηρίου επί των εκπτώσεων λόγω αποκλειστικότητας παρέλκει, καθώς δεν απαιτείται η ανάλυση του συνόλου των περιστάσεων σε αυτήν την κατηγορία εκπτώσεων. Εξάλλου, κατά το Γενικό Δικαστήριο, ακόμη και στις εκπτώσεις της τρίτης κατηγορίας, όπου απαιτείται η εξέταση του συνόλου των περιστάσεων, η εφαρμογή του κριτηρίου του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή δεν είναι απαραίτητη. Πιο συγκεκριμένα, δεν απαιτείται να καταδειχθεί δια της εφαρμογής τέτοιου κριτηρίου ότι το σύστημα εκπτώσεων υποχρεώνει τους ανταγωνιστές να χρεώνουν αρνητικές τιμές, δηλαδή τιμές κάτω του κόστους, πωλώντας επί ζημία. Αρκεί και ως προς αυτές τις εκπτώσεις να αποδειχθεί η ύπαρξη μηχανισμού πιστών πελατών προκειμένου να διαπιστωθεί το αντίθετο προς τους κανόνες ανταγωνισμού δυναμικό αποτέλεσμα⁸¹.

Ενόψει των ανωτέρω, το Γενικό Δικαστήριο υιοθετώντας μία *modified per se* προσέγγιση⁸² συνήγαγε ότι η Intel κατα-

χράστηκε τη δεσπόζουσα θέση της δια της εφαρμογής εκπτώσεων λόγω αποκλειστικότητας. Σύμφωνα με το Γενικό Δικαστήριο, η εγγενής στις εκπτώσεις λόγω αποκλειστικότητας δυνατότητα πρόκλησης δυσχερειών στην πρόσβαση ενός ανταγωνιστή σε συνδυασμό με το γεγονός ότι δεν υφίστανται αντικειμενικοί λόγοι ούτε βελτίωση αποτελεσματικότητας επαρκούν προκειμένου να προσδοθεί καταχρηστικός χαρακτήρας στις επίμαχες πρακτικές της Intel.

Δ. Υπόθεση *Post Danmark II*

Περί τα τέλη του 2015, το ΔΕΕ αποφάνθηκε επί της προδικαστικής αίτησης που είχε υποβληθεί ενώπιον του από το δικαστήριο ναυτικών και εμπορικών διαφορών της Δανίας ("*So-og Handelsretten*")⁸³. Η αίτηση αυτή ήταν απόρροια της διαφοράς μεταξύ της δανικής εταιρίας *Post Danmark* και του δανικού Συμβουλίου του Ανταγωνισμού ("*Konkurrenceradet*") αναφορικά με το εκπαιδευτικό σύστημα που εφάρμοζε η προαναφερθείσα εταιρία, η οποία κατείχε δεσπόζουσα θέση στην δανική αγορά των μαζικών αποστολών διαφημιστικού υλικού.

Ειδικότερα, η *Post Danmark* εφάρμοζε τυποποιημένες και προκαθορισμένες εκπτώσεις, οι οποίες κυμαίνονταν μεταξύ 6% και 16% επί των κανονικών ταχυδρομικών τελών και χορηγούνταν σε όλους τους πελάτες ανάλογα με το άθροισμα των παραγγελιών τους, για μία περίοδο αναφοράς η οποία αναγόταν σε ένα έτος. Απαραίτητη προϋπόθεση για να υπαχθεί ο πελάτης στο πρώτο εκπαιδευτικό κατώφλι και να επωφεληθεί την έκπτωση της πρώτης βαθμίδας ήταν να πραγματοποιήσει έναν καθορισμένο όγκο αγорών (τουλάχιστον 30.000 επιστολές) ή να επιτύχει ένα συγκεκριμένο τζίρο (τουλάχιστον 300.000 δανικές κορώνες) κατά τη διάρκεια του έτους αναφοράς. Στο πλαίσιο αυτό, η *Post Danmark* συνήπτε με τους πελάτες της στην αρχή κάθε έτους συμφωνίες όπου αναφερόταν ο εκτιμώμενος όγκος παραγγελιών για την επικείμενη περίοδο αναφοράς και προσδιοριζόταν προσωρινώς η τιμή για κάθε πελάτη με βάση τον εκτιμώμενο όγκο των παραγγελιών του για ολόκληρη την ετήσια περίοδο αναφοράς. Στο τέλος της περιόδου αναφοράς, η *Post Danmark* προέβαινε σε προσαρμογή αν οι ποσότητες που είχαν παραδοθεί εντέλει δεν συνέπιπταν με την αρχική εκτίμηση.

Το *Konkurrenceradet* αποφάνθηκε ότι η *Post Danmark* είχε καταχραστεί τη δεσπόζουσα θέση της λόγω της εφαρμογής του παραπάνω εκπαιδευτικού συστήματος. Η δανική Επιτροπή Προσφυγών σε θέματα ανταγωνισμού επικύρωσε την απόφαση του *Konkurrenceradet* και εν συνεχεία, η *Post Danmark* άσκησε προσφυγή ενώπιον του *So-og Handelsretten* το οποίο, αφού ανέστειλε τη διαδικασία, υπέβαλε ορισμένα προδικαστικά ερωτήματα στο ΔΕΕ. Μεταξύ άλλων, το προαναφερθέν δικαστήριο ζήτησε από το ΔΕΕ να διευκρινίσει ποια κριτήρια θα πρέπει να εξεταστούν προκειμένου να διαπιστωθεί εάν το επίμαχο σύστημα έχει εκποιστικό χαρακτήρα, καθώς και πόσο σημαντικό είναι το κριτήριο του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή, στο πλαίσιο εκτίμησης του υπό εξέταση συστήματος.

81. Μετά την απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου υποστηρίχθηκε (βλ. *W. Wils*, ό.π.) ότι το κριτήριο του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή δεν θα πρέπει πλέον να εφαρμόζεται από την Επιτροπή.

82. Υπό την έννοια ότι αν και οι εκπτώσεις αποκλειστικότητας έχουν εκ φύσεως εκποιστικό χαρακτήρα, η κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρηση μπορεί να δικαιολογήσει τη χρήση τέτοιων εκπτώσεων, αποδεικνύοντας, ιδίως, είτε ότι η συμπεριφορά της είναι αντικειμενικά αναγκαία και εύλογη είτε ότι το αποτέλεσμα αποκλεισμού που προκύπτει μπορεί να αντισταθμιστεί ή ακόμη και να ξεπεραστεί λόγω πλεονεκτημάτων ως προς την αποτελεσματικότητα, τα οποία ωφελούν επίσης τον καταναλωτή.

83. Υποθ. C23/14, *Post Danmark A/S v Konkurrenceradet*.

Πρωτίστως, το ΔΕΕ διαπίστωσε ότι το υπό εξέταση σύστημα δεν μπορεί να θεωρηθεί ως σύννομο σύστημα εκπτώσεων ποσοτήτων συνδεόμενο αποκλειστικά με τον όγκο των αγορών, καθώς οι εκπτώσεις δεν χορηγούνταν ανά ξεχωριστή παραγγελία ώστε να αντικατοπτρίζουν την εξοικονόμηση κόστους την οποία επιτύγχανε ο προμηθευτής αλλά χορηγούνταν για το σύνολο των παραγγελιών στη διάρκεια μιας περιόδου αναφοράς. Εν συνεχεία, επανέλαβε την πάγια θέση της ενωσιακής νομολογίας, η οποία προκρίνει μια διττή μέθοδο ανάλυσης για τα υπό εξέταση συστήματα. Συνεπώς, η ανάλυση του συνόλου των περιστάσεων αποτελεί το πρώτο στάδιο διερεύνησης του τυχόν εκτοπιστικού χαρακτήρα του υπό εξέταση συστήματος. Εφόσον η προαναφερθείσα ανάλυση καταδεικνύει τον εκτοπιστικό χαρακτήρα του συστήματος, η Post Danmark μπορεί να δικαιολογήσει τη συμπεριφορά της, επικαλούμενη οφέλη αποδοτικότητας, τα οποία αντισταθμίζουν ή υπερβαίνουν το εκτοπιστικό αποτέλεσμα και ωφελούν τους καταναλωτές.

Στο πλαίσιο αυτό, το ΔΕΕ εξέτασε τα κριτήρια και τον τρόπο χορήγησης των εκπτώσεων, τη δεσπόζουσα θέση της Post Danmark και τις συνθήκες ανταγωνισμού στην αγορά. Το υπό εξέταση σύστημα έφερε αναδρομικό χαρακτήρα με ετήσια περίοδο αναφοράς, με αποτέλεσμα να θεωρηθεί ότι κατατείνει στη δημιουργία πιστής πελατειακής σχέσης και ότι παράγει ένα αποτέλεσμα απορρόφησης. Ειδικότερα, ένα εκπτώτικό σύστημα με τέτοια χαρακτηριστικά διευκολύνει τη δεσπόζουσα επιχείρηση να δεσμεύσει τους πελάτες της, καθώς και να προσελκύσει την πελατεία των ανταγωνιστών της και να καρπωθεί εντέλει το διεκδικήσιμο τμήμα της ζήτησης στην οικεία αγορά, ήτοι εκείνο το τμήμα εκείνο για το οποίο υπήρχε ανταγωνισμός στην αγορά.

Περαιτέρω, το ΔΕΕ συνήγαγε ότι η Post Danmark εξ αιτίας του πολύ υψηλού μεριδίου που κατείχε, το οποίο ανερχόταν στο 95%, συνιστούσε αναπόφευκτο εμπορικό εταίρο στην αγορά του διαφημιστικού ταχυδρομείου, ενώ έχαιρε και διαρθρωτικών πλεονεκτημάτων, καθώς κατείχε νόμιμο μονοπώλιο επί της διανομής των επιστολών μέγιστου βάρους 50 γραμμαρίων, στην οποία υπαγόταν το 70% όλων των μαζικών ταχυδρομικών επιστολών. Τέλος, η επίμαχη αγορά ήταν δύσκολα προσβάσιμη λόγω σημαντικών προσκομμάτων και ύπαρξης οικονομικών κλίμακας.

Ενόψει όλων των ανωτέρω περιστάσεων, το ΔΕΕ διαπίστωσε ότι το υπό εξέταση σύστημα είχε εκτοπιστικό χαρακτήρα. Αναφορικά με τη σημασία του κριτηρίου του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή, υπογράμμισε ότι το κριτήριο αυτό δεν αποτελεί απαραίτητη προϋπόθεση προκειμένου να διαπιστωθεί ο καταχρηστικός χαρακτήρας των εκπτώτικών συστημάτων. Ωστόσο, επεσήμανε ότι μπορεί να αποτελεί ένα μεταξύ των περισσότερων εργαλείων στο πλαίσιο της εξέτασης της ενδεχόμενης ύπαρξης καταχρηστικής εκμετάλλευσης μέσω της εφαρμογής συστήματος εκπτώσεων. Εντούτοις, τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της υπό εξέταση υπόθεσης δεν καθιστούσαν αναγκαία την εφαρμογή του κριτηρίου αυτού, καθώς η παρουσία ενός λιγότερου αποτελεσματικού ανταγωνιστή θα μπορούσε να εντείνει τη ανταγωνιστική πίεση στην αγορά και ως εκ τούτου να λειτουργήσει περιοριστικά σε σχέση με τη συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης.

Ε. Υπόθεση *Intel* - Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα *Wahl*

Περί τα τέλη του 2016, δημοσιεύτηκαν οι Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα *Wahl* επί της αναίρεσης που άσκησε η Intel ενώπιον του ΔΕΕ κατά της απόφασης του Γενικού Δικαστηρίου⁸⁴. Η Intel υποστήριξε ότι το Γενικό Δικαστήριο υπέπεσε, μεταξύ άλλων, σε νομική πλάνη αναφορικά με το νομικό χαρακτηρισμό των επίμαχων εκπτώσεων ως εκπτώσεις λόγω αποκλειστικότητας. Ειδικότερα, ισχυρίστηκε ότι το Γενικό Δικαστήριο εσφαλμένα δέχθηκε ότι σε αντίθεση με άλλες εκπτώσεις και τιμολογιακές πρακτικές οι επίμαχες εκπτώσεις είναι εγγενώς ικανές να περιορίσουν τον ανταγωνισμό και ως εκ τούτου είναι αντίθετες στους σχετικούς κανόνες χωρίς να απαιτείται να εξετασθούν ούτε οι περιστάσεις υπό τις οποίες χορηγήθηκαν οι επίμαχες εκπτώσεις, ούτε αν οι εκπτώσεις αυτές περιορίζουν τον ανταγωνισμό.

Στο πλαίσιο αυτό, ο Γενικός Εισαγγελέας *Wahl* υπογράμμισε ότι οι κανόνες ανταγωνισμού επικεντρώνονται στα αποτελέσματα και όχι στη μορφή. Σύμφωνα με την άποψη αυτή, τόσο οι εκπτώσεις λόγω αποκλειστικότητας όσο και οι άλλες εκπτώσεις, οι οποίες αν και από τυπικής άποψης δεν χορηγούνται λόγω αποκλειστικότητας κατατείνουν στην εξασφάλιση πιστών πελατών, είναι κατά τεκμήριο παράνομες. Ωστόσο, σύμφωνα με το Γενικό Εισαγγελέα, η τεκμαιρόμενη καταχρηστικότητα δεν μπορεί να εξισωθεί με παράλειψη εξέτασης του συνόλου των περιστάσεων της συγκεκριμένης υπόθεσης. Ακόμη δηλαδή και αν πρόκειται για κατά τεκμήριο παράνομες πρακτικές, τα ενωσιακά δικαστήρια πάντοτε εξέταζαν το οικονομικό και νομικό πλαίσιο της προσαπτόμενης συμπεριφοράς.

Ενόψει των ανωτέρω, ο Γενικός Εισαγγελέας διαπίστωσε ότι υπάρχουν δύο κατηγορίες εκπτώσεων. Οι εκπτώσεις ποσοτήτων συνιστούν την πρώτη κατηγορία και θεωρούνται κατά τεκμήριο νόμιμες. Στη δεύτερη κατηγορία υπάγονται οι εκπτώσεις υπέρ πιστών πελατών, οι οποίες αξιολογούνται κατά τεκμήριο παράνομες. Η εξέταση του συνόλου των περιστάσεων κρίνεται ως αναγκαία προκειμένου να κριθεί εάν είναι ικανές να περιορίσουν τον ανταγωνισμό. Τέτοιες περιστάσεις αποτελούν η κάλυψη του τμήματος της αγοράς επί του οποίου αποκλείεται η πρόσβαση στους ανταγωνιστές, καθώς και η διάρκεια της προσαπτόμενης συμπεριφοράς. Συναφώς, το κριτήριο του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή δεν μπορεί να αγνοηθεί, καθώς συμβάλλει στη διαπίστωση συμπεριφορών, οι οποίες ενδέχεται να έχουν επιπτώσεις στον ανταγωνισμό.

Περαιτέρω, σύμφωνα με το Γενικό Εισαγγελέα, το Γενικό Δικαστήριο εσφαλμένα διαφοροποίησε τις εκπτώσεις λόγω αποκλειστικότητας από τις υπόλοιπες τιμολογιακές πρακτικές, όπως τις πρακτικές συμπίεσης του περιθωρίου κέρδους και την επιθετική τιμολόγηση. Πρόκειται για μία αδικαιολόγητη διάκριση μεταξύ διαφόρων τιμολογιακών πρακτικών με κοινό γνώρισμα ότι αποτελούν «αποκλεισμούς βάσει τιμής». Η αυθαίρετη κατηγοριοποίηση του Γενικού Δικαστηρίου και η εφαρμογή διαφορετικών νομικών κρι-

84. Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα *N. Wahl* της 20.10.2016 στην υποθ. C-413/14 P, Intel κατά Επιτροπής.

τήριων επί συγκρίσιμων πρακτικών δυσχεραίνει τόσο τις επιχειρήσεις, όσο αφορά την ασφάλεια δικαίου, όσο και τις αρχές ανταγωνισμού, ως προς την επιβολή κανόνων δικαίου.

Στο πλαίσιο αυτό, ο Γενικός Εισαγγελέας κατέληξε στο συμπέρασμα ότι το Γενικό Δικαστήριο υπέπεσε σε νομική πλάνη, καθώς διαπίστωσε ότι οι εκπώσεις λόγω αποκλειστικότητας αποτελούν χωριστή και αυτοτελή κατηγορία εκπώσεων, για τις οποίες δεν απαιτείται η εξέταση του συνόλου των περιστάσεων, προκειμένου να στοιχειοθετηθεί η κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως.

Συμπερασματικές παρατηρήσεις

Από την προαναφερθείσα ανάλυση καταδεικνύεται ότι αν και έχουν παρέλθει σχεδόν 40 έτη από τις πρώτες ενωσιακές αποφάσεις, δεν μπορεί εντούτοις να συναχθεί ευχερώς το πλαίσιο ανάλυσης που προκρίνεται προκειμένου να αξιολογηθεί εάν ένα σύστημα εκπώσεων είναι ικανό να στρεβλώσει την ανταγωνιστική διαδικασία και να προκαλέσει ζημία στον καταναλωτή. Η ανασφάλεια δικαίου που προκαλεί η ανωτέρω διαπίστωση σε μία δεσπόζουσα επιχείρηση είναι αδιαμφισβήτητη. Ωστόσο, μπορούν να εξαχθούν τα εξής συμπεράσματα:

Πρώτον, η μεταστροφή της Επιτροπής προς μία *effects-based προσέγγιση* αποτελεί πραγματικότητα. Τούτο είναι προφανές, καθώς μετά την έκδοση των Κατευθύνσεων, η Επιτροπή έχει εκκινήσει σε μία μόνο περίπτωση διοικητική διαδικασία διερεύνησης τέτοιων εκπωτικών συστημάτων⁸⁵. Η Επιτροπή σε απόλυτη συμμόρφωση με τις Κατευθύνσεις φαίνεται να παρεμβαίνει μόνο όταν επί τη βάση αδιάσειστων και πειστικών στοιχείων αξιολογεί ότι τα εκπωτικά συστήματα μιας δεσπόζουσας επιχείρησης είναι πιθανό να επιφέρουν αντιανταγωνιστικό αποκλεισμό.

Δεύτερον, η απομάκρυνση της ενωσιακής νομολογίας από μια φορμαλιστική προσέγγιση των εκπώσεων υπό προϋποθέσεις είναι εμφανής. Η προσέγγιση των ενωσιακών δικαστηρίων στις αποφάσεις *Tomra* και *Post Danmark II* δεν καταλείπει καμία αμφιβολία για το αντίθετο συμπέρασμα. Εξάλλου, η θέση του ΔΕΕ στην υπόθεση *Post Danmark I*, η οποία επικυρώνει την *effects-based* προσέγγιση ως προς την επιλεκτική πολιτική χαμηλών τιμών, ενισχύει την ανωτέρω διαπίστωση. Όπως άλλωστε επισημαίνει ο Γενικός Εισαγγελέας *Wahl*, η εφαρμογή των ενωσιακών κανόνων του ανταγωνισμού πρέπει να είναι ομοιόμορφη σε συγκρίσιμες πρακτικές.

Ακόμη και από την απόφαση *Intel* του Γενικού Δικαστηρίου διαπιστώνεται ότι τα ενωσιακά δικαστήρια αποδέχονται τουλάχιστον μια *qualified per se προσέγγιση*. Ως εκ τούτου, αναγνωρίζουν ότι οι υπό εξέταση εκπώσεις δεν είναι *per se* καταχρηστικές αλλά έχουν διφυή αποτελέσματα, δηλαδή μπορούν αφενός να επιφέρουν επωφελείς συνέπειες για τον καταναλωτή και αφετέρου να προκαλέσουν

αντιανταγωνιστικό αποκλεισμό. Ωστόσο, μία *qualified per se προσέγγιση* δεν επαρκεί προκειμένου να διαπιστωθεί ότι πράγματι τα ενωσιακά δικαστήρια κινούνται προς μία *effects-based* προσέγγιση. Πιο συγκεκριμένα, από την υφιστάμενη γραμμή της νομολογίας συνάγεται ότι οι λόγοι που μπορεί να επικαλεστεί μία δεσπόζουσα επιχείρηση προκειμένου να δικαιολογήσει τα εκπωτικά συστήματά της είναι περιορισμένοι και συνδέονται μόνο με την εξοικονόμηση του κόστους που προέρχεται από την αύξηση των πωλούμενων ποσοτήτων. Στο πλαίσιο αυτό, σε καμία υπόθεση δεν έχει γίνει αποδεκτή οποιαδήποτε τέτοια δικαιολογία από δεσπόζουσα επιχείρηση. Πρακτικά, εφόσον μία αρμόδια αρχή αξιολογήσει ότι μια δεσπόζουσα επιχείρηση έχει εφαρμόσει ένα καταχρηστικό εκπωτικό σύστημα, καθίσταται αδύνατο για τη δεσπόζουσα επιχείρηση να δικαιολογήσει τη συμπεριφορά της. Συνεπώς, μια *qualified per se* προσέγγιση φαίνεται να εξομοιώνεται με τη φορμαλιστική προσέγγιση και κατατείνει να χαρακτηρίζει εντέλει τα συστήματα αυτά ως *per se* απαγορευμένα.

Είναι αδιαμφισβήτητο ότι η κρίση του ΔΕΕ επί της υπόθεσης *Intel* είναι κρίσιμη για το μέλλον των υπό εξέταση πρακτικών. Η επικύρωση από το ΔΕΕ των θέσεων του Γενικού Εισαγγελέα *Wahl* θα σηματοδοτήσει την στροφή προς μια *effects-based* προσέγγιση και ως προς τα υπό εξέταση συστήματα. Η επικράτηση μιας τέτοιας προσέγγισης, ενδεχομένως⁸⁶, δεν θα δώσει τέλος στο καθεστώς ανασφάλειας στο οποίο βρίσκονται οι δεσπόζουσες επιχειρήσεις. Ωστόσο μία τέτοια ανασφάλεια είναι το αναγκαίο τίμημα που απορρέει από μία τέτοια προσέγγιση.

Δεν πρέπει εξάλλου να παραβλέπεται ότι η συμπεριφορά μιας δεσπόζουσας επιχείρησης κρίνεται συνολικά. Η κάρτιση προγραμμάτων συμμόρφωσης αλλά και η συνεχής εκπαίδευση και εξοικείωση του προσωπικού μιας δεσπόζουσας επιχείρησης με το δίκαιο του ανταγωνισμού, η διενέργεια πρακτικών που αποσκοπούν στην ευημερία του καταναλωτή και ο προσεκτικός σχεδιασμός διαφανών εκπωτικών συστημάτων περιορίζει αρκετά το καθεστώς της ανασφάλειας δικαίου.

Αντίθετα, η επικύρωση από το ΔΕΕ των θέσεων του Γενικού Δικαστηρίου στην υπόθεση *Intel* πιθανόν να περιορίσει την προαναφερθείσα ανασφάλεια δικαίου. Ωστόσο, κρίσιμο είναι εάν μια πολιτική ανταγωνισμού είναι προτιμότερο να προσφεύγει σε αναχρονιστικές μεθόδους ή εντέλει εάν θα πρέπει να εφαρμόζει σύγχρονα εργαλεία και μεθόδους που συνάδουν με τις πρακτικές της αγοράς και την οικονομική θεωρία, επιβραβεύουν μόνο τους αποτελεσματικούς ανταγωνιστές, ενισχύουν την ανταγωνιστική διαδικασία και εντέλει προάγουν την ευημερία του καταναλωτή.

85. Πρόκειται για την υπόθεση *Qualcomm*. Βλ. Δελτίο Τύπου της Επιτροπής: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5383_en.htm.

86. Ωστόσο βλ. και *N. Petit*, *The Advocate General's Opinion in Intel v Commission: Eight Points of Common Sense for Consideration by the CJEU*, διαθέσιμο https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2875422, ο οποίος υποστηρίζει ότι μία *effects-based* προσέγγιση ενισχύει την ασφάλεια δικαίου.