

## ΠΕΡΙΠΤΩΣΕΙΣ ΚΑΤΑΧΡΗΣΤΙΚΗΣ ΤΙΜΟΛΟΓΗΣΗΣ ΣΤΟ ΚΟΙΝΟΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ<sup>1</sup>

### Α. Εισαγωγικά

Στο δίκαιο του ανταγωνισμού η ελεύθερη και ανεξάρτητη για κάθε επιχείρηση διαμόρφωση της τιμής αποτελεί ζήτημα κεφαλαιώδους σημασίας. Και τούτο είναι ευνόητο, αφού η τιμή είναι για τις περισσότερες αγορές, και πάντως για εκείνες με ομοιογενή προϊόντα, η βασικότερη ανταγωνιστική παράμετρος – το σημαντικότερο μέσο προσέλκυσης πελατείας.

Επιδίωξη κάθε αντιμονοπωλιακής νομοθεσίας είναι να διασφαλίσει την ελευθερία του καταναλωτή να επιλέγει μεταξύ περισσότερων ανταγωνιστικών τιμών. Η ελευθερία αυτή μπορεί να περιορίζεται με επιχειρηματική συμπεριφορά είτε άμεσα (με συμπεριφορά που κατευθύνεται στη διαμόρφωση των τιμών) είτε έμμεσα (δια του αποκλεισμού των ανταγωνιστών που προσφέρουν ή θα μπορούσαν να προσφέρουν εναλλακτικές λύσεις στον καταναλωτή). Ακόμη, η ελευθερία επιλογής μπορεί να περιορίζεται είτε με διμερή είτε και με μονομερή συμπεριφορά.

Στο μέτρο που ο περιορισμός της ελευθερίας επιλογής οφείλεται σε διμερή ή πολυμερή συμπεριφορά, αυτή εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της απαγόρευσης του άρθρου 81 ΕΚ, κατά το οποίο απαγορεύονται συμφωνίες και εναρμονισμένες πρακτικές που έχουν ως αντικείμενο ή αποτέλεσμα τον περιορισμό του ανταγωνισμού. Μάλιστα, σύμφωνα με την μέχρι σήμερα νομοθετική και νομολογιακή πρακτική του κοινοτικού δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού οι τιμολογιακές συμφωνίες και εναρμονισμένες πρακτικές είναι (καταρχήν) απαγορευμένες “*per se*”, χωρίς δηλ. να εξετάζεται η επίδραση που ασκούν κατά περίπτωση στον ανταγωνισμό.

---

<sup>1</sup> Το κείμενο αποδίδει (επικαιροποιημένη στο μέτρο που έχει λάβει υπόψη την πρόσφατη Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, κατωτέρω υπό Γ) εισήγηση στην επιστημονική συζήτηση για το «Καταχρηστικό τίμημα στις εμπορικές συμβάσεις» που διοργάνωσε η Ένωση Αποφοίτων Γαλλικών Πανεπιστημίων και Σχολών σε συνεργασία με τον Β' Τομέα Ιδιωτικού Δικαίου της Νομικής Αθηνών (Γαλλικό Ινστιτούτο, 23.11.2007) σε ενότητα, στην οποία προηδρνε ο τιμώμενος Καθηγητής Μιχ. Σταθόπουλος. Η έκταση του κειμένου αντιστοιχεί στη χρονική διάρκεια της εισήγησης και επομένως αποτελεί μια πολύ συνοπτική (και επιλεκτική ως προς τις θιγόμενες όψεις) παρουσίαση ενός θέματος, του οποίου η πλήρης αντιμετώπιση θα απαιτούσε εκτενή μονογραφική επεξεργασία.

Αν, αντιθέτως, η τιμολογιακή συμπεριφορά είναι μονομερής, ελέγχεται καταρχήν μόνο στην περίπτωση που προέρχεται από επιχείρηση (ή επιχειρήσεις) με δεσπόζουσα θέση κατά το άρθρο 82 ΕΚ. Στην τελευταία αυτή περίπτωση γίνεται λόγος για καταχρηστική τιμολόγηση. Καταχρηστική μπορεί να είναι η τιμολόγηση, όταν η τιμή είναι υπερβολικά υψηλή και χρησιμοποιείται ως μέσο για την εκμετάλλευση των αντισυμβαλλομένων της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση («εκμεταλλευτική κατάχρηση») ή όταν η τιμή είναι υπερβολικά χαμηλή και αποσκοπεί στον αποκλεισμό ή στην εκτόπιση πραγματικών ή δυνητικών ανταγωνιστών της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση («παρεμποδιστική κατάχρηση»). Η παρεμπόδιση των ανταγωνιστών μπορεί εξ άλλου να εκδηλώνεται ως προσπάθεια της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση να δεσμεύσει υπέρμετρα τους πελάτες της ή ως αδικαιολόγητη διακριτική μεταχείρισή τους. Στις περιπτώσεις παρεμποδιστικής κατάχρησης ενδέχεται από τη συμπεριφορά της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση να προκύπτουν βραχυπρόθεσμα οφέλη για τους πελάτες ή/και τους τελικούς καταναλωτές.

Στα επόμενα θα επιχειρηθεί μια σύντομη εξέταση των κυριότερων ίσως μορφών εμφάνισης της τιμολογιακής κατάχρησης και του τρόπου αντιμετώπισής της με τη γενική ρήτρα του άρθρου 82 ΕΚ.

## **B. Καταχρηστική τιμολόγηση κατά το άρθρο 82 ΕΚ**

### **1. Καταχρηστική υπερτιμολόγηση**

Το ΔΕΚ αντιμετώπισε το ζήτημα των καταχρηστικά υψηλών τιμών ήδη στη δεκαετία του '70 στην απόφαση "*United Brands*"<sup>2</sup>, στην οποία δεν διαπίστωσε παράβαση του άρθρου 82 (τότε 86) ΕΚ, δέχθηκε, ωστόσο, επί της αρχής, ότι συνιστά καταχρηστική συμπεριφορά η επιβολή υπερβολικά υψηλών τιμών, δηλ. τιμών που δεν βρίσκονται σε λογική σχέση με την οικονομική αξία του πωλούμενου προϊόντος. Κατά πόσο η τιμή είναι ή όχι υπερβολική, θα μπορούσε, κατά το Δικαστήριο, να προσδιορισθεί με τρόπο αντικειμενικό, συγκρίνοντας την τιμή πώλησης με το κόστος παραγωγής του προϊόντος. Υπό ποιες ακριβώς προϋποθέσεις το υψηλό περιθώριο κέρδους θεμελιώνει κατάχρηση, δεν προέκυψε από την απόφαση.

Ελλείπει κατευθυντηρίων και ενόψει της αναμφισβήτητης δυσκολίας να στοιχειοθετηθεί κατά περίπτωση η ακριβής τιμή που θα καλύπτει το κόστος και ένα εύλογο περιθώριο κέρδους, αλλά και ελλείπει κυρώσεων που θα μπορούσαν να αποτρέψουν την επανάληψη της κατάχρησης (: η υπαγωγή σε καθεστώς τιμολογιακής επιτήρησης είναι προφανές ότι δεν μπορεί να γίνει δεκτή, με ελάχιστες εξαιρέσεις),

<sup>2</sup> ΔΕΚ, υπόθεση 27/76 "*United Brands κατά Επιτροπής*", Συλλογή 1978, 207 που ακύρωσε την απόφαση της Επιτροπής που διαπίστωνε παράβαση του (τότε) άρθρου 86 ΕΚ (ΕΕ 1976, L 95/1). Είχε προηγηθεί η απόφαση "*General Motors*" (υπόθεση 26/75, Συλλογή 1975, 1367), με την οποία το ΔΕΚ είχε επίσης ακυρώσει την απόφαση της Επιτροπής λόγω ανεπαρκών αποδείξεων.

δεν είναι παράδοξο ότι ο έλεγχος καταχρηστικά υψηλών τιμών έχει ουσιαστικά περιπέσει σε αχρησία, με εξαίρεση, βεβαίως τους κλάδους που βρίσκονται υπό καθεστώς ρύθμισης, όπως οι ηλεκτρονικές επικοινωνίες.<sup>3</sup>

Ενόψει αυτών δεν προκαλεί έκπληξη το γεγονός ότι οι Αρχές ανταγωνισμού συνειδητοποιώντας ότι δεν μπορούν να λειτουργήσουν αποτελεσματικά (ούτε και νόμιμα άλλωστε) ως αγορανομικά όργανα και ότι ο έλεγχος αυτός δεν είναι εναρμονίζεται πλήρως με το σκοπό του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού,<sup>4</sup> έχουν στρέψει το ενδιαφέρον τους στον έλεγχο των παρεμποδιστικών πρακτικών των επιχειρήσεων με δεσπόζουσα θέση<sup>5</sup>

## 2. Καταχρηστική υποτιμολόγηση / Επιθετική τιμολόγηση

Στον αντίποδα των καταχρηστικά υψηλών τιμών βρίσκεται η καταχρηστική υποτιμολόγηση ή επιθετική τιμολόγηση. Η συμπεριφορά αυτή απαντάται και με τον μάλλον ατυχή όρο «κληστρική τιμολόγηση» (επίσης πρόσφατα με τον όρο «τακτική εξόντωσης, βλ. παρακάτω υπό Γ.3.) κατά μετάφραση του αντίστοιχου αγγλικού “*predatory pricing*”.<sup>6</sup> Πρόκειται για πώληση από την επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση σε υπερβολικά χαμηλή τιμή. Ο χαρακτηρισμός αυτής της τιμολογιακής συμπεριφοράς ως καταχρηστικής επιδιώκει να ελέγξει την επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση που πωλεί σε τιμές ακόμη και κάτω από το κόστος της, προκειμένου να εκδιώξει κάποιον ή κάποιους ανταγωνιστές της από την αγορά, έτσι ώστε να αυξήσει

<sup>3</sup> Βλ. *Whish*, *Competition Law*, 6<sup>η</sup> έκδ. 2008, 709 επ., 713, *Bellamy/Child*, *European Community Law of Competition*, 6<sup>η</sup> έκδ. 2008, 10.105, *Korah*, *An Introductory Guide to the EC Competition Law and Practice*, 9<sup>η</sup> έκδ. 2007, 203. Βλ. επίσης *Kuhn*, *Preishöhenmissbrauch (excessive pricing) im deutschen und europäischen Kartellrecht*, *WuW* 2006, 578. Στην ελληνική βιβλιογραφία (με παραπομπές στην πρακτική της Επιτροπής Ανταγωνισμού) βλ. *Βέττα/Κατσουλάκο*, *Πολιτική Ανταγωνισμού & Ρυθμιστική πολιτική*, 2004, 419 επ., *Μικρουλέα*, *Η κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης του άρθρου 2 ν.703/77*, *ΧρΠΔ* 2006, 5, 18-19.

<sup>4</sup> Βλ. σχετικά *Howarth*, *Unfair and Predatory Pricing under Article 82 EC: From Cost-price Comparisons to the Search for Strategic Standards* in: *Amato/Ehlermann* (eds.), *EC Competition Law – A Critical Assessment*, 2007, 248, 279.

<sup>5</sup> Για τις αδυναμίες ελέγχου τιμών κατ’ εφαρμογή της αντιμονοπωλιακής νομοθεσίας βλ. αντί πολλών *Whish*, *ό.π.*, 709-710. Βλ. επίσης *Motta*, *Competition policy – Theory and practice*, 2004, 69 (: “use of price controls and price caps in general is in contrast with competition policy”), *Ritter/Braun/Rawlinson*, *EC Competition Law*, 2<sup>nd</sup> ed. 2000, 360 (: “Commission Not a Price Control Agency”).

<sup>6</sup> Βλ. ενδεικτικά *Motta*, *ό.π.*, 412 επ., *Whish*, *ό.π.*, 729 επ., *Bellamy/Child*, *ό.π.*, 10.070 επ., *v.Bael/Bellis*, *ό.π.*, 936 επ., *Korah*, *ό.π.*, 189 επ. και ειδικότερα *Baumol*, *Principles relevant to predatory pricing* in: *Konkurrensverket* (: Σουηδική Αρχή Ανταγωνισμού), *The Pros and Cons of Low Prices*, 2003, 15 επ., *Howarth*, *ό.π.*, 280 επ., *Schumacher*, *Altes und Neues zur Kampfpreisunterbietung*, *ZWeR* 2007, 352, *Monti*, *EC Competition Law*, 2007, 177 επ., *Goteyn/Mavroghenis/Piergiovanni/Reed/Ridyard*, *Predatory Pricing* in: *College of Europe, GCLC Research Papers on Article 82 EC*, July 2005 (<http://gclc.coleurop.be>), 65, *Mastromanolis*, *Predatory Pricing in the European Union: A Case for Legal Reform*, *ECLR* 1998, 211, *Σωτηρόπουλος*, *Η επιθετική τιμολόγηση στο δίκαιο προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού*, *Τιμητικός Τόμος στη Μνήμη Μιχαήλ Μηνούδη*, 2004, 679, *Βέττα/Κατσουλάκο*, *ό.π.*, 393 επ., *Μικρουλέα*, *ό.π.*, 19-21 .

ακολουθώς τις τιμές της ανενόχλητη πάνω από το επίπεδο, στο οποίο αυτές θα διαμορφώνονταν υπό συνθήκες ανταγωνισμού.

Πότε η υπερβολικά χαμηλή τιμή είναι καταχρηστική εξαρτάται, στο κοινοτικό δίκαιο, από τη σχέση της με το κόστος της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση καθώς και από την ύπαρξη ή μη πρόθεσης εκτοπισμού των ανταγωνιστών.

Ορόσημο στη νομολογία του ΔΕΚ για το ζήτημα αυτό αποτελεί η απόφαση “AKZO”, στην οποία το Δικαστήριο, αποκλίνοντας από τις Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Lenz (ο οποίος είχε προτείνει να εξετασθεί η κοστολογική διάρθρωση όχι μόνο της AKZO αλλά και των ανταγωνιστών της, ώστε να διαπιστωθεί ποιό επίπεδο τιμών ήταν το οικονομικά δικαιολογημένο), δέχθηκε ότι η τιμολόγηση κάτω του μέσου μεταβλητού κόστους (δηλ. του κόστους που ποικίλλει ανάλογα με τις παραγόμενες ποσότητες), με την οποία η επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση επιδιώκει την εκτόπιση ανταγωνιστή, πρέπει να θεωρείται καταχρηστική. Και τούτο διότι η πώληση σε τιμές που δεν καλύπτουν το κόστος παραγωγής της, αποτελεί ανορθολογική συμπεριφορά, εκτός και αν αποβλέπει σε μελλοντικά μονοπωλιακά κέρδη. Ακόμη όμως και αν η επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση πωλεί σε τιμές άνω του μέσου μεταβλητού αλλά κάτω του μέσου συνολικού κόστους (σταθερό+μεταβλητό), η τιμολόγηση πρέπει να θεωρείται καταχρηστική, μόνο όμως στην περίπτωση που αποδεικνύεται ότι αυτή αποτελεί μέρος σχεδίου για εκτοπισμό ανταγωνιστή<sup>7</sup>. Τέτοιες τιμές είναι δυνατόν να εκτοπίσουν ανταγωνιστές, οι οποίοι ενδεχομένως είναι τόσο αποτελεσματικοί, όσο και η επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση, αλλ’ εξαιτίας των πιο περιορισμένων χρηματοοικονομικών τους δυνατοτήτων, αδυνατούν να αντισταθούν στην επίθεση που δέχονται.<sup>8</sup>

Πάντως, παρά τη θέση του ότι η τιμολόγηση άνω του μέσου μεταβλητού κόστους είναι καταχρηστική, μόνο αν συνδυάζεται με πρόθεση εκτοπισμού ανταγωνιστών,<sup>9</sup> το ΔΕΚ έκρινε ότι η πρόθεση αυτή μπορεί να συνάγεται από την

<sup>7</sup> Στο σημείο αυτό, δηλ. στην συνεκτίμηση των προθέσεων της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση, διαφοροποιείται η στάση των κοινοτικών οργάνων από το τεστ *Areeda-Turner* (: *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, 88 *Harvard Law Review* 697 [1975]), το οποίο συνδέει με τεκμήριο νομιμότητας την τιμολόγηση άνω του μέσου μεταβλητού κόστους (“*average variable cost*”, AVC), ενώ θεωρεί ότι η τιμολόγηση κάτω του AVC δυνατόν να είναι παράνομη. Όπως παρατηρείται από τους *Gellhorn/Kovacic/Calkins*, *Antitrust Law and Economics*, 5<sup>η</sup> έκδ. 2004, 166, παρά τις διαφοροποιήσεις του τεστ, ανάλογα με την Περιφέρεια, στην οποία ανήκαν τα δικαστήρια που το εφάρμοσαν, κοινό αποτέλεσμα ήταν ότι οι εναγόμενοι συνήθως δικαιώνονται.

<sup>8</sup> Υπόθεση C-62/86 “*AKZO Chemie BV κατά Επιτροπής*”, Συλλογή 1991, I-3359, σκέψεις 71-72.

<sup>9</sup> Όπως αποδείχθηκε π.χ. στην ΠΕΚ, υπόθεση T-83/91 “*Tetra Pak International SA κατά Επιτροπής*”, Συλλογή 1994, II-755, σκέψεις 151, 171, υπόθεση T-340/04 “*France Telecom κατά Επιτροπής*”, Συλλογή 2007, II-3359, σκέψεις 198-215.

έλλειψη αντικειμενικής δικαιολογίας για τη διαμόρφωση χαμηλών τιμών σε μακρύτερα χρονικά διαστήματα.<sup>10</sup>

Σε αντίθεση προς τη νομολογία του αντιμονοπωλιακού δικαίου των ΗΠΑ, το ΔΕΚ, προκειμένου να χαρακτηρίσει την τιμολόγηση κάτω από το κόστος καταχρηστική, δεν απαιτεί να αποδειχθεί ότι η τιμολογιακή πολιτική της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση θα είναι επιτυχής, ότι δηλ. η δεσπόζουσα επιχείρηση θα έχει πραγματική δυνατότητα να καλύψει τις ζημιές της τιμολογιακής πολιτικής της μετά τον εκτοπισμό από την αγορά των ανταγωνιστών της («αποκατάσταση των απωλειών», “*recoupment*”).<sup>11</sup> Όπως έκρινε το Δικαστήριο στην “*Tetra Pak II*”, όταν υπάρχει κίνδυνος εκτοπισμού ανταγωνιστών, πρέπει να διατηρηθεί η ευχέρεια επιβολής κυρώσεων κατά της καταχρηστικής υποτιμολόγησης. Η διατήρηση καθεστώτος ανόθευτου ανταγωνισμού δεν επιτρέπει αδράνεια, έως ότου η τιμολογιακή στρατηγική πράγματι οδηγήσει στον εκτοπισμό των ανταγωνιστών.<sup>12</sup>

Τις θέσεις που διατυπώθηκαν στην “*AKZO*” και στην “*Tetra Pak II*” επιβεβαίωσε το ΠΕΚ στην “*France Telecom κατά Επιτροπής*”.<sup>13</sup> Ενδιαφέρον στην απόφαση αυτή παρουσιάζει η απάντηση του δικαστηρίου στο επιχείρημα της προσφεύγουσας, ότι υιοθέτησε την τιμολογιακή αυτή πρακτική προκειμένου να ευθυγραμμισθεί με τις τιμές των ανταγωνιστών της: «Μολονότι είναι γεγονός ότι η ευθυγράμμιση της κατέχουσας δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεως με τις τιμές των ανταγωνιστών της δεν είναι αφ’ εαυτής καταχρηστική ή επικριτέα, δεν μπορεί να αποκλειστεί το ενδεχόμενο να αποκτήσει τέτοιο χαρακτήρα όταν δεν σκοπεί μόνο στην προάσπιση των συμφερόντων της, αλλά και στην ενίσχυση της εν λόγω δεσπόζουσας θέσεως καθώς και στην κατάχρησή της».<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Βλ. σχετικά την κριτική των *Bloch/Kamann/Brown/Schmidt*, A Comparative Analysis of Art. 82 of the EC Treaty and Sec. 2 of the Sherman Act, *ZWeR* 2005, 325, 342-343 (: η άποψη του ΔΕΚ αγνοεί ή υποβαθμίζει τη σημασία της επικείμενης εισόδου ανταγωνιστών στην αγορά, η οποία δυνατόν να ωθεί την επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση να διατηρεί χαμηλές τιμές ακριβώς για να αποτρέψει αυτήν την είσοδο).

<sup>11</sup> Βλ. “*Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*”, 509 U.S. 209 (1993). Με την εισαγωγή του κριτηρίου της «αποκατάστασης των απωλειών» ουσιαστικά επιβεβαιώνεται ότι ακόμη και μετά από την εισαγωγή των κριτηρίων που βασίζονται στην εξέταση της σχέσης τιμής-κόστους κάποιες περιπτώσεις αντανταγωνιστικής τιμολογιακής συμπεριφοράς παραμένουν ατιμώρητες, κυρίως διότι διατυπώνεται ο φόβος ότι μια αυστηρότερη νομική μεταχείριση έναντι της επιθετικής τιμολογιακής συμπεριφοράς θα είχε ως συνέπεια θα αποθάρρυνε την δραστική μείωση τιμών (βλ. *Gellhorn/Kovacic/Calkins*, ό.π., 170-171). Σύντομη σύγκριση της αντιμετώπισης της υποτιμολόγησης σε κοινοτικό και αμερικανικό δίκαιο στους *Bloch/Kamann/Brown/Schmidt*, ό.π., 342-345.

<sup>12</sup> ΔΕΚ, υπόθεση C-333/94P “*Tetra Pak International SA κατά Επιτροπής*”, Συλλογή 1996, I-5951, σκέψη 44.

<sup>13</sup> Ό.π., σκέψη 228 (ιδιαίτερα για την απόρριψη του επιχειρήματος ότι η διαπίστωση της κατάχρησης προϋποθέτει απόδειξη της αποκατάστασης των απωλειών που υπέστη η επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση από την υποτιμολόγηση).

<sup>14</sup> *Id.*, σκέψη 187. Βλ. σχετικά *Gal*, Below-Cost Price Alignment: Meeting or Beating Competition? The France Telecom Case, *ECLR* 2007, 382.

Μολονότι το Δικαστήριο δεν είχε την ευκαιρία να αποφασίσει, υπό ποιες συνθήκες η τιμολόγηση κάτω από το μέσο μεταβλητό κόστος δικαιολογείται αντικειμενικά, υποστηρίζεται ότι η επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση θα μπορούσε να προβεί σε τέτοια τιμολόγηση π.χ. όταν έχει πλεονάζουσα δυναμικότητα και επιδιώκει να διαθέσει την πλεονάζουσα παραγωγή, όταν ασκεί προωθητική πολιτική νέων προϊόντων, όταν επιθυμεί να αποκτήσει εμπειρία σε ορισμένη αγορά καθώς και όταν τα προϊόντα έχουν απαξιωθεί λόγω τεχνολογικών εξελίξεων ή λόγω τέλους εποχής.<sup>15</sup>

### 3. Καταχρηστική εκπτωτική πολιτική

Ποια είναι τα περιθώρια, εντός των οποίων μια επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση μπορεί να διαμορφώσει την εκπτωτική πολιτική της, χωρίς να βρίσκεται σε αντίθεση προς το άρθρο 82 ΕΚ, είναι ένα ζήτημα ιδιαίτερα σύνθετο.<sup>16</sup>

(α) Οι εκπτώσεις που καθορίζονται αποκλειστικά από τις πωλούμενες ποσότητες («εκπτώσεις ποσοτήτων»), αυξάνουν σε συνάρτηση με τις ποσότητες αυτές, διαμορφώνονται αντικειμενικά και εφαρμόζονται κατά τρόπο γενικό στο σύνολο των πελατών της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση, δεν αμφισβητείται ότι είναι καταρχήν σύννομες. Πράγματι, αν η αύξηση της πωλούμενης ποσότητας συνεπάγεται μείωση του κόστους για τον προμηθευτή, αυτός δικαιούται να μετακυλίσει τη μείωση αυτή στον πελάτη του με τη μορφή ευνοϊκότερης τιμολόγησης. Επομένως οι εκπτώσεις ποσοτήτων θεωρούνται ότι αντικατοπτρίζουν τα κέρδη αποδοτικότητας και τις οικονομίες κλίμακας που πραγματοποιεί η επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση.<sup>17</sup>

(β) Στον αντίποδα βρίσκονται οι λεγόμενες «εκπτώσεις πίστης», οι οποίες χορηγούνται υπό την προϋπόθεση ότι ο πελάτης θα καλύψει για ορισμένη χρονική περίοδο το σύνολο ή σημαντικό μέρος των αναγκών του από την επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση.<sup>18</sup> Οι εκπτώσεις πίστης αποκλείουν τους ανταγωνιστές της

<sup>15</sup> Βλ. *Whish*, ό.π., 732-733, *v.Bael/Bellis*, *Competition Law of the European Community*, 4<sup>η</sup> έκδ. 2005, 937.

<sup>16</sup> Βλ. ενδεικτικά *Whish*, ό.π., 719 επ., *Bellamy/Child*, ό.π., 10.091 επ., *v.Bael/Bellis*, ό.π., 922 επ., *Korah*, ό.π., 146 επ., και ειδικότερα *Gyselen*, *Rebates: Competition on the merits or Exclusionary Practice?*, [http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2003\\_017\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2003_017_en.pdf), που απηχεί τις θέσεις της Επιτροπής, *Kallaugher/Sher*, *Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82*, ECLR 2004, 263, *Padilla/Slater*, *Rebates as an Abuse of Dominance under Article 82 EC*, GCLC Research Papers, ό.π., 84, *Kallaugher*, *Rebates Revisited (Again)* (<http://www.coleurop.be/content/gclc/documents/Paper%20Kallauger.doc>). Στην ελληνική βιβλιογραφία βλ. *Βέττα/Κατσουλάκο*, ό.π., 411 επ., *Μικρουλέα*, ό.π., 21-23 και πρόσφατα *Καραγιάννη*, *Συμφωνίες ανταμοιβής πελατειακής πίστης και κοινοτικό δίκαιο ανταγωνισμού*, ΔΕΕ 2007, 1271.

<sup>17</sup> ΠΕΚ, T-219/99 “*British Airways κατά Επιτροπής*”, Συλλογή 2003, II-5917, σκέψη 246, υπόθεση T-203/01 “*Manufacture francaise des pneumatiques Michelin κατά Επιτροπής*” (: “*Michelin II*”), Συλλογή 2003, II-4071, σκέψη 58.

<sup>18</sup> ΔΕΚ, υπόθεση 85/76 “*Hoffmann-La Roche κατά Επιτροπής*”, Συλλογή 1979, 461, σκέψη 89. Βλ. ήδη ΔΕΚ, υποθέσεις 40/73 κλπ. “*Suiker Unie κατά Επιτροπής*”, Συλλογή 1975 1663, σκέψη

επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση και έχουν αντίστοιχη επίδραση στον ανταγωνισμό προς τις συναπτόμενες από την επιχείρηση αυτή συμβάσεις αποκλειστικής προμήθειας, γι' αυτό και αντιμετωπίζονται από τα κοινοτικά όργανα ως “*per se*” καταχρηστικές.<sup>19</sup>

(γ) Ωστόσο, ακόμη και αν δεν συμφωνείται ρητά ότι κάποιες εκπτώσεις θα χορηγούνται εις ανταπόδοση της «πίστης» του πελάτη προς τον προμηθευτή, είναι εντούτοις ενδεχόμενο να λειτουργούν κατ' αυτόν τον τρόπο. Αυτό συμβαίνει συνήθως με τις λεγόμενες «εκπτώσεις στόχου», ο οποίες σε αντίθεση προς τις εκπτώσεις ποσοτήτων δεν χορηγούνται υπό τους αυτούς όρους στο σύνολο των πελατών της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση, αλλ' η χορήγησή τους εξαρτάται από την πραγματοποίηση ατομικώς καθοριζόμενων στόχων πωλήσεων του κάθε πελάτη της. Οι εκπτώσεις στόχου δεν είναι αφεαυτών αντίθετες προς την απαγόρευση του άρθρου 82 ΕΚ. Δυνατόν όμως, όπως άλλωστε και οι εκπτώσεις ποσοτήτων να προσλάβουν καταχρηστικό χαρακτήρα, αν (α) χωρίς αντικειμενική οικονομική δικαιολογία (β) αναπτύσσουν αποτελέσματα αποκλεισμού, δηλ. μπορεί να καταστήσουν δυσκολότερη ή ακόμη και αδύνατη αφενός την πρόσβαση στην αγορά των ανταγωνιστών της κατέχουσας τη δεσπόζουσα θέση επιχείρησης και αφετέρου την επιλογή των αντισυμβαλλομένων της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση μεταξύ περισσοτέρων πηγών εφοδιασμού.<sup>20</sup> Δυνατόν όμως και οι εκπτώσεις ποσοτήτων να είναι διαρθρωμένες με τρόπο, ώστε να αποκλείουν ανταγωνιστές χωρίς αντικειμενικό λόγο.

Οι πιο σημαντικές από τις πρόσφατες αποφάσεις των κοινοτικών δικαστηρίων επί συστημάτων εκπτώτικης πολιτικής είναι η “*British Airways*” και η “*Michelin II*”:

(i) Υπό εξέταση στην πρώτη ήταν εκπτώσεις στόχου (: «σύστημα ανταμοιβής επιδόσεων» - “*performance reward scheme*”)<sup>21</sup> που είχε θέσει η British Airways (BA) στους ταξιδιωτικούς πράκτορες. Αφενός οι στόχοι έβαιναν αυξητικά (σε σχέση προς τις πωλήσεις της προηγούμενης περιόδου αναφοράς)<sup>22</sup> και η επίτευξή τους συνεπαγόταν αύξηση του ποσοστού προμήθειας. Αφετέρου, η επίτευξη του στόχου της αύξησης των πωλήσεων εισιτηρίων της BA συνεπαγόταν αύξηση του ποσοστού προμήθειας που αυτή κατέβαλλε, όχι μόνο για τα εισιτήρια που διέθεσαν οι

518. Βλ. επίσης ΠΕΚ, υπόθεση T-65/89 “*BPB Industries & British Gypsum κατά Επιτροπής*”, Συλλογή 1993, II-389, η οποία επικυρώθηκε με την απόφαση του ΔΕΚ, υπόθεση C-310/93, Συλλογή 1995, I-865.

<sup>19</sup> Βλ. σχετικά *Whish*, ό.π., 721.

<sup>20</sup> ΔΕΚ, C-95/04 P “*British Airways κατά Επιτροπής*”, Συλλογή 2007, I-2331, σκέψεις 68-69.

<sup>21</sup> Βλ. περιγραφή του «συστήματος ανταμοιβής επιδόσεων» στην απόφαση της Επιτροπής (IV/D-2/34.780 “*Virgin/British Airways*”), ΕΕ 2000 L30/1, παρ. 21 επ.

<sup>22</sup> Η επίδοση του κάθε πράκτορα υπολογιζόταν με σύγκριση μεταξύ των συνολικών εσόδων από αεροπορικά εισιτήρια της BA που αυτός εξέδιδε κατά τη διάρκεια συγκεκριμένου ημερολογιακού μήνα και των εσόδων του αντίστοιχου μήνα του προηγούμενου έτους (απόφαση “*Virgin/British Airways*”, ό.π., παρ. 24).

πράκτορες πέραν της πραγματοποίησης του στόχου (“*incremental sales*”), αλλά και για το σύνολο εισιτηρίων ΒΑ που διέθεσαν κατά την εκάστοτε περίοδο αναφοράς. Με άλλα λόγια, εφόσον είχε επιτευχθεί ο επόμενος στόχος, η έκπτωση δεν εφαρμοζόταν μόνο στις εφεξής πραγματοποιούμενες πωλήσεις αλλ’ ανέτρεχε και στις πωλήσεις που είχαν πραγματοποιηθεί για την επίτευξη του προηγούμενου στόχου εντός της περιόδου αναφοράς. Έτσι το ακολουθούμενο από την ΒΑ σύστημα ανταμοιβής επιδόσεων μπορούσε να συνεπάγεται διαφορετικά ποσοστά προμήθειας για δυο ταξιδιωτικούς πράκτορες, οι οποίοι εμφάνιζαν τις ίδιες πωλήσεις εισιτηρίων ΒΑ αλλά είχαν πραγματοποιήσει διαφορετικά αντίστοιχα στοιχεία πωλήσεων και, κατά συνέπεια, διαφορετικό ποσοστό αύξησης κατά την προγενέστερη περίοδο αναφοράς.<sup>23</sup>

Εξ αυτού του λόγου θεωρήθηκε ότι τα επίμαχα συστήματα δημιουργούσαν δυσμενή διάκριση έναντι ορισμένων πρακτόρων, ενώ συγχρόνως δημιουργούσαν πιστή πελατειακή σχέση. Και τούτο διότι λόγω του κλιμακούμενου χαρακτήρα τους που ανέπτυξε ένα πολύ ευαίσθητο οριακό αποτέλεσμα, τα αυξανόμενα ποσοστά προμήθειας μπορούσαν να δημιουργήσουν εκθετική αύξηση από μια περίοδο αναφοράς σε άλλη, κατά το μέτρο που αυξανόταν ο αριθμός των εισιτηρίων ΒΑ που διέθεταν τα πρακτορεία κατά τις διαδοχικές περιόδους αναφοράς.<sup>24</sup>

Εξ άλλου, έγινε δεκτό ότι η πίεση που ασκείται στους αντισυμβαλλόμενους από ένα εκπτώτικό σύστημα με τα παραπάνω χαρακτηριστικά ενισχύεται, όταν η επιχείρηση που το εφαρμόζει κατέχει πολύ σημαντικότερα μερίδια αγοράς από αυτά των ανταγωνιστών της.<sup>25</sup>

(ii) Αποτελέσματα αποκλεισμού δέχθηκε το ΠΕΚ και στο σύστημα εκπτώσεων ποσοτήτων της Michelin, το οποίο είχε διαμορφωθεί έτσι ώστε να «(α) περιλαμβάνει σημαντική διακύμανση στα ποσοστά εκπτώσεων μεταξύ των ανώτερων και των κατώτερων βαθμίδων και να χαρακτηρίζεται από (β) περίοδο αναφοράς ενός έτους και (γ) καθορισμό της εκπτώσεως βάσει του συνολικού κύκλου εργασιών που πραγματοποιήθηκε κατά τη διάρκεια της περιόδου αναφοράς».<sup>26</sup>

Ειδικότερα, το δικαστήριο διαπίστωσε ότι η έκπτωση στις ανώτερες βαθμίδες ήταν ουσιαστικά αυξημένη, αφού η τελευταία παραγγελία, έστω και μικρής σημασίας επηρεάζει το περιθώριο κέρδους του αντισυμβαλλόμενου επί του συνόλου των αγορών που πραγματοποίησε στην περίοδο αναφοράς.<sup>27</sup> Εξ άλλου, όταν η έκπτωση υπολογίζεται όχι επί των ποσοτήτων που πραγματοποιήθηκαν πάνω από την εκάστοτε

<sup>23</sup> ΠΕΚ, T-219/99 “*British Airways κατά Επιτροπής*”, σκέψεις 234-235.

<sup>24</sup> Id., σκέψη 272.

<sup>25</sup> ΔΕΚ, C-95/04 “*British Airways κατά Επιτροπής*”, σκέψη 75.

<sup>26</sup> ΠΕΚ, υπόθεση T-203/01 “*Michelin II*”, σκέψη 95.

<sup>27</sup> Id., σκέψη 91 με παραπομπή στη “*Michelin I*” (ΔΕΚ, υπόθεση 322/81 “*Michelin κατά Επιτροπής*”, Συλλογή 1983, σκέψη 81).



βαθμίδα της εκπτωτικής κλίμακας αλλά επί του συνολικού κύκλου εργασιών, δηλ. και επί ποσοτήτων που είχαν πραγματοποιηθεί προηγουμένως εντός της περιόδου αναφοράς, ο αντισυμβαλλόμενος δεν είναι διατεθειμένος να απευθυνθεί σε εναλλακτική πηγή εφοδιασμού, αν αυτό μπορεί να θέσει σε κίνδυνο την δυνατότητά του να φθάσει το ελάχιστο όριο για τη χορήγηση της έκπτωσης και, συνεπώς, να επηρεάσει σημαντικά το συνολικό κόστος των προϊόντων που προμηθεύτηκε κατά την περίοδο αναφοράς.<sup>28</sup>

Η διαμόρφωση ενός τέτοιου εκπτωτικού συστήματος έχει ως συνέπεια την αδιαφάνεια και δημιουργεί κατάσταση αβεβαιότητας και εξάρτησης του αντισυμβαλλόμενου, εκ του λόγου ότι αυτός είναι αδύνατο να υπολογίσει την ακριβή τιμή των προϊόντων της σύμβασης κατά τη στιγμή πραγματοποίησης των αγορών, η οποία προκύπτει στο τέλος της περιόδου αναφοράς.<sup>29</sup> Τη σημασία της διαφάνειας για την αξιολόγηση ενός εκπτωτικού συστήματος είχε τονίσει το ΔΕΚ ήδη στην απόφαση “*Michelin I*”.<sup>30</sup>

Η διάρκεια της χρονικής περιόδου αναφοράς (που στη συγκεκριμένη υπόθεση ήταν ένα έτος) έχει ιδιαίτερη σημασία, αφού είναι αναπόφευκτο, η πίεση στον αγοραστή να αυξάνεται κατά το τέλος της περιόδου αναφοράς προκειμένου να επιτευχθεί ο όγκος των αγορών που είναι αναγκαίος για τη χορήγηση της έκπτωσης.<sup>31</sup> Το ΔΕΚ στη “*Michelin I*” είχε δεχθεί ότι τέτοια πίεση ασκείται, όταν οι εκπτώσεις χορηγούνται για ποσότητες που πωλήθηκαν κατά τη διάρκεια μιας «σχετικώς μεγάλης χρονικής περιόδου»,<sup>32</sup> που εν προκειμένω ήταν ένα έτος. Δεν εξειδίκευσε, ωστόσο, τότε για συντομότερες περιόδους αναφοράς η πίεση που ασκείται στον πελάτη δικαιολογεί την αξιολόγηση του εκπτωτικού συστήματος ως καταχρηστικού. Στη “*Michelin II*” το ΠΕΚ, αντικρούοντας σχετική θέση της Επιτροπής στην προσβαλλόμενη απόφαση, εξέφρασε την άποψη ότι «το Δικαστήριο δεν αποφάνθηκε ρητώς ότι η περίοδος αναφοράς δεν μπορεί να υπερβεί το τρίμηνο».<sup>33</sup> Μάλιστα στην υπόθεση “*British Gypsum*” η Επιτροπή δεν αντιτάχθηκε σε συνολική διάρκεια περιόδου αναφοράς ενός έτους.<sup>34</sup> Έτσι, παραμένει ασαφές, ποια χρονική διάρκεια περιόδου αναφοράς είναι ανεκτή από τα κοινοτικά όργανα. Σε κάθε περίπτωση πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι η χρονική διάρκεια της περιόδου αναφοράς δεν προσδιορίζει

<sup>28</sup> Id., σκέψη 78.

<sup>29</sup> Id., σκέψη 111.

<sup>30</sup> ΔΕΚ, “*Michelin I*”, σκέψη 83.

<sup>31</sup> ΠΕΚ, “*Michelin II*”, σκέψεις 81 επ., 85.

<sup>32</sup> ΔΕΚ, “*Michelin I*”, σκέψη 81.

<sup>33</sup> ΠΕΚ, “*Michelin II*”, σκέψη 85.

<sup>34</sup> ΕΕ 1992, C 321/9-12.

αφραυτής τον σύννομο ή μη χαρακτήρα των εκπτώτικών συστημάτων αλλ' αποτελεί έναν από τους παράγοντες που συμβάλλουν στη συνολική αξιολόγησή τους.<sup>35</sup>

(iii) Επιπλέον στοιχεία που μπορεί να καταστήσουν τις εκπτώσεις καταχρηστικές είναι η διαμόρφωση της εκπτώτικής κλίμακας (ή του στόχου) με βάση την αγοραστική ικανότητα ή «απορροφητική» ικανότητα του πελάτη,<sup>36</sup> αφού (όταν η παροχή συνδέεται με το μέγιστο – ή πλησιάζουν το μέγιστο – της «απορροφητικής ικανότητας του πελάτη) αυτή η βάση υπολογισμού των εκπτώσεων ουσιαστικά ισοδυναμεί με υποχρέωση αποκλειστικής προμήθειας, καθώς και ο υπολογισμός των εκπτώσεων “*across the board*”, δηλ. με βάση τις συνολικές αγορές περισσοτέρων προϊόντων της δεσπόζουσας επιχείρησης που ανήκουν σε διαφορετικές κατηγορίες, αφού στην περίπτωση αυτή η έκπτωση δημιουργεί συνθήκες συνδεδεμένης πώλησης (“*tie-in*”), δηλ. λειτουργεί αποτρεπτικά για τον πελάτη να προμηθευτεί κάποια από τα προϊόντα, που συμπεριλαμβάνονται στον υπολογισμό της έκπτωσης, από άλλη πηγή.<sup>37</sup>

(iv) Σε καμιά από τις παραπάνω αποφάσεις δεν έγινε δεκτό ότι το εκπτώτικό σύστημα είχε οικονομική δικαιολογία. Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή και τα κοινοτικά δικαστήρια, παρά την κριτική της επιστήμης, εξακολουθούν να ερμηνεύουν πολύ συντηρητικά την έννοια της «οικονομικά δικαιολογημένης αντιπαροχής» και ουσιαστικά να απαιτούν, η μεγαλύτερη λόγω της έκπτωσης ωφέλεια κάποιου πελάτη να αντιστοιχεί με σχετική ακρίβεια σε απόκτηση ανάλογου οικονομικού αντισταθμίσιματος της δεσπόζουσας επιχείρησης από τη συγκεκριμένη συναλλαγή (π.χ. η έκπτωση να αποτελεί αντάλλαγμα για ανάλογη οικονομία κλίμακας που πραγματοποίησε η δεσπόζουσα επιχείρηση λόγω των παραγγελιών μεγάλων ποσοτήτων).<sup>38</sup> Ενόψει αυτού η δυνατότητα μιας επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση να υπερασπισθεί ένα εκπτώτικό σύστημα με λειτουργία αντίστοιχη προς εκπτώσεις πίστης, επικαλούμενη το επιχείρημα της «οικονομικά δικαιολογημένης αντιπαροχής», φαίνεται πολύ περιορισμένη.

#### **4. Καταχρηστική διακριτική τιμολόγηση**

Ως καταχρηστική διακριτική τιμολόγηση<sup>39</sup> μπορεί να ορισθεί η τιμολογιακή αντιμετώπιση όμοιων περιπτώσεων με διαφορετικό τρόπο (ή η αντιμετώπιση

<sup>35</sup> Βλ. *v. Bael/Bellis*, ό.π., 926.

<sup>36</sup> ΔΕΚ, “*Hoffmann-La Roche*”, σκέψη 100.

<sup>37</sup> *Id.*, σκέψεις 110-111.

<sup>38</sup> ΠΕΚ, T-219/99 “*British Airways κατά Επιτροπής*”, σκέψεις 246-247, υπόθεση T-203/01 “*Michelin II*”, σκέψη 98.

<sup>39</sup> Βλ. ενδεικτικά *Whish*, ό.π., 748 επ., *Bellamy/Child*, ό.π., 10.080 επ. και ειδικότερα *Gerard*, *Price Discrimination under Article 82 (c) EC: Clearing up the Ambiguities*, GCLC Research Papers, ό.π., 105, *Motta*, ό.π., 491 επ., *Ridyard*, *Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82 – An Economic Analysis*, ECLR 2002, 286, *Βέττα/Κατσουλάκο*, ό.π., 422 επ., *Μικροβλέα*, ό.π., 25-26..

διαφορετικών περιπτώσεων με όμοιο τρόπο). Η καταχρηστική συμπεριφορά δυνατόν να αφορά τόσο τους πελάτες όσο και τους ανταγωνιστές της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση. Έτσι, όταν αυτή εφαρμόζει έναντι των πελατών της αδικαιολόγητη διαφοροποίηση, τότε επιβαρύνει κάποιους από αυτούς σε σχέση με τους ανταγωνιστές τους, στρεβλώνοντας έτσι τον ανταγωνισμό και σε μια άλλη αγορά, δηλ. αυτή στην οποία διαθέτει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες τους οι πελάτες της. Όταν όμως εφαρμόζει επιθετική υποτιμολόγηση (π.χ. προς το σκοπό να αποτρέψει την είσοδο νέων ανταγωνιστών) έναντι μιας ομάδας πελατών, ενώ διατηρεί υψηλές τις τιμές έναντι άλλων, η συμπεριφορά αυτή είναι αφενός παρεμποδιστική (έναντι υποψηφίων ανταγωνιστών) και αφετέρου εκμεταλλευτική (έναντι εκείνων που αγοράζουν σε υψηλότερες τιμές).

Μολονότι κατά τη διατύπωση του άρθρου 82 περ. γ' ΕΚ η καταχρηστική εφαρμογή άνισων όρων επί ισοδυνάμων παροχών έχει ως αποτέλεσμα να περιέρχονται κάποιες επιχειρήσεις σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό, το αποτέλεσμα αυτό δεν λαμβάνεται σοβαρά υπόψη από τη νομολογία ως προϋπόθεση εφαρμογής της διάταξης, ίσως επειδή θεωρείται αυτονόητο ότι η επιχείρηση που υποχρεούται π.χ. να καταβάλει στον προμηθευτή της αδικαιολόγητα υψηλότερο τίμημα από ό,τι οι ανταγωνιστές της, περιέρχεται σε ανταγωνιστικά μειονεκτική θέση. Αυτό ίσως εξηγεί, γιατί το ΔΕΚ αρκείται στην απόδειξη ότι η διακριτική μεταχείριση «τείνει να νοθεύσει αυτή τη σχέση ανταγωνισμού, ήτοι να βλάψει την ανταγωνιστική θέση μέρους των εμπορικώς συναλλασσομένων της επιχειρήσεως αυτής σε σχέση με τους άλλους».<sup>40</sup>

Κατά πόσο η εφαρμογή διακρίσεων είναι πράγματι καταχρηστική εξαρτάται από την ομοιότητα ή μη των συγκρινόμενων περιπτώσεων. Η αξιολόγηση αυτή μπορεί να είναι περίπλοκη, δεδομένου ότι προϋποθέτει να ληφθούν υπόψη οι διαφορετικές συνθήκες πώλησης φαινομενικά όμοιων συναλλαγών και να αποτιμηθούν, έτσι ώστε να διαπιστωθεί, αν δικαιολογείται αντικειμενικά η διαφορετική τιμολόγηση.

Αντιπροσωπευτική για την αντιμετώπιση της διακριτικής τιμολόγησης στο κοινοτικό δίκαιο είναι η υπόθεση “*Irish Sugar*”, που αφορούσε εκπτώσεις παρεχόμενες σε πελάτες που προόριζαν τη βιομηχανική ζάχαρη για εξαγωγή, με συνέπεια αυτοί να πληρώνουν χαμηλότερη τιμή σε σχέση με τους πελάτες που επρόκειτο να μεταπωλήσουν τη ζάχαρη στην ιρλανδική αγορά.<sup>41</sup> Πρόσφατα, στην απόφαση “*British Airways*” το ΔΕΚ επικύρωσε την απόφαση της Επιτροπής (και την απόφαση του ΠΕΚ), που έκρινε ότι το «σύστημα ανταμοιβής επιδόσεων» ήταν καταχρηστικό, αφού οδηγούσε σε αδικαιολόγητες διακρίσεις στο δίκτυο των

<sup>40</sup> ΔΕΚ, C-95/04 “*British Airways κατά Επιτροπής*”, σκέψη 144.

<sup>41</sup> Ευρωπαϊκή Επιτροπή, απόφαση 97/624, ΕΕ 1997 L258/1, ΠΕΚ, υπόθεση T-228/97, Συλλογή 1999, II-2969, ΔΕΚ υπόθεση C-497/99P, Συλλογή 2001, I-5333.

ταξιδιωτικών πρακτόρων στο Ηνωμένο Βασίλειο και επέφερε ανταγωνιστικό μειονέκτημα σε ορισμένους από αυτούς.<sup>42</sup>

Η άμυνα της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση συνίσταται κυρίως στην αμφισβήτηση ότι οι συνθήκες πώλησης των προϊόντων ή υπηρεσιών προς τους πελάτες τους είναι όμοιες. Επιπλέον μπορεί να προβληθεί το επιχείρημα ότι η διακριτική τιμολογιακή μεταχείριση αποτελεί «απάντηση» της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση στην τιμολογιακή συμπεριφορά ανταγωνιστών της (“*meeting competition defense*”). Ωστόσο, από τη νομολογία των κοινοτικών δικαστηρίων<sup>43</sup> προκύπτει ότι – τουλάχιστον σε περιπτώσεις που αφορούν επιχειρήσεις με ιδιαίτερα ισχυρή δεσπόζουσα θέση (“*superdominance*”) – το επιχείρημα αυτό δεν μπορεί να γίνει δεκτό, όταν πρόκειται για επιλεκτική μείωση τιμών, η οποία εντάσσεται σε σχέδιο κατάργησης ή αποτροπής της δημιουργίας αποτελεσματικού ανταγωνισμού.<sup>44</sup>

### Γ. Η νέα προσέγγιση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής

Ο έλεγχος των τιμολογιακών πρακτικών των επιχειρήσεων με δεσπόζουσα θέση δέχθηκε κριτική ως αναποτελεσματικός, αδικαιολόγητα αυστηρός ή εν πάση περιπτώσει ασυνεπής προς τα πορίσματα της οικονομικής θεωρίας και κατ’ επέκταση αντίθετος προς τα συμφέροντα του καταναλωτή. Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή στο πλαίσιο της αναθεώρησης της εφαρμογής του άρθρου 82 ΕΚ αναζήτησε λύσεις που προσανατολίζονται σε συστηματικότερη οικονομική ανάλυση και σε αξιολόγηση των πρακτικών που προέρχονται από επιχειρήσεις με δεσπόζουσα θέση βάσει των αποτελεσμάτων της στον ανταγωνισμό (“*effects based approach*”). Έτσι το Δεκέμβριο 2005 έθεσε σε δημόσια διαβούλευση έγγραφο θέσεων για την εφαρμογή του άρθρου 82 ΕΚ σε παρεμποδιστικές καταχρηστικές πρακτικές.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> Ο.π., σκέψεις 133 επ.

<sup>43</sup> ΠΕΚ, υπόθεση T-228/97 “*Irish Sugar*”, σκέψη 186, ΔΕΚ, υποθέσεις C-395&396/96P “*Compagnie Maritime Belge*”, Συλλογή 2000, I-1365, σκέψεις 117-119.

<sup>44</sup> ν. *Bael/Bellis*, ό.π., 922. Βλ. και *Bellamy/Child*, 10.082 που συμπεραίνουν ότι η “*meeting competition defense*” θα γίνει δεκτή, αν δεν συντρέχει περίπτωση “*superdominance*”. Η θέση αυτή δεν είναι αντιφατική με την προαναφερθείσα θέση του ΠΕΚ στη “*France Telecom κατά Επιτροπής*”, σκέψη 187, η οποία απέρριψε γενικώς την πώληση κάτω του κόστους από επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση, έστω και αν αυτή αποσκοπεί στην ευθυγράμμιση των τιμών της τελευταίας με τις τιμές των ανταγωνιστών της. Και τούτο διότι η διακριτική τιμολόγηση, η οποία δεν σημαίνει πώληση κάτω του κόστους, είναι εύλογο να τυγχάνει επιεικέστερης μεταχείρισης.

<sup>45</sup> Βλ. DG Competition Discussion Paper, December 2005 και τα επ’ αυτού σχόλια, σχετικά έγγραφα και τη δημόσια διαβούλευση του Ιουνίου 2006 στην ιστοσελίδα της Ευρωπαϊκής Επιτροπής ([http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/article\\_82\\_review.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/article_82_review.html)). Βλ. επίσης σχετικά την Έκθεση του EAGCP “An Economic approach to Article 82” ([http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp\\_july\\_21\\_05.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf)) και *Albers*, Der „*more economic approach*“ bei Verdrängungsmisbräuchen: Zum Stand der Überlegungen der Europäischen Kommission (<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/albers.pdf>). Στην ελληνική βιβλιογραφία βλ. *Αθανασίου*, Εννοιολογική οριοθέτηση της παρεμποδιστικής κατάχρησης – Σκέψεις επί της πρότασης της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για οικονομική ερμηνεία του άρθρου 82 ΣυνθΕΚ, ΔΕΕ 2006, 1241.

Πολύ πρόσφατα, μετά από τριετή κυοφορία, η Επιτροπή δημοσίευσε Ανακοίνωση,<sup>46</sup> η οποία φιλοδοξεί να καταστήσει περισσότερο διαφανές και προβλέψιμο το γενικό πλαίσιο ανάλυσης που η Επιτροπή θα χρησιμοποιεί, προκειμένου να κρίνει, αν θα πρέπει να ελέγξει διάφορες μορφές παρεμποδιστικής συμπεριφοράς και έτσι να διευκολύνει τις επιχειρήσεις να αξιολογήσουν, αν η συμπεριφορά τους είναι ενδεχόμενο να προκαλέσει παρέμβαση της Επιτροπής βάσει του άρθρου 82 ΕΚ (παρ. 2). Εκτός πεδίου της Ανακοίνωσης βρίσκονται οι περιπτώσεις «εκμεταλλευτικής» τιμολογιακής κατάχρησης (: καταχρηστικής υπερτιμολόγησης), κατά των οποίων η Επιτροπή, πάντως, δεν αποκλείει να στραφεί, ιδιαίτερα όταν δεν διασφαλίζεται επαρκώς με άλλο τρόπο η προστασία των καταναλωτών και η λειτουργία της εσωτερικής αγοράς (παρ. 7).

Από τις μορφές τιμολογιακής κατάχρησης που εκτέθηκαν παραπάνω, η Ανακοίνωση λαμβάνει θέση κυρίως στο θέμα των καταχρηστικών εκπτώσεων και της καταχρηστικής υποτιμολόγησης. Ειδικότερα:

1. Όσον αφορά τη γενικότερη αντιμετώπιση της καταχρηστικής τιμολογιακής συμπεριφοράς, η Επιτροπή εκφράζει την πρόθεση παρέμβασης κατά κανόνα σε περιπτώσεις, στις οποίες η υπό εξέταση συμπεριφορά έχει ήδη επιφέρει ή είναι σε θέση να επιφέρει τον αποκλεισμό από την αγορά ανταγωνιστών, οι οποίοι θεωρούνται εξίσου αποτελεσματικοί με την επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση (παρ. 22 – η Επιτροπή, πάντως, αναγνωρίζει ότι ακόμη και ένας όχι τόσο αποτελεσματικός ανταγωνιστής δυνατόν να ασκεί ανταγωνιστική πίεση στην επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση, η οποία θα πρέπει να λαμβάνεται υπόψη, όταν εξετάζεται η δυνατότητα της τιμολογιακής συμπεριφοράς της δεσπόζουσας επιχείρησης να παρεμποδίζει τους ανταγωνιστές της, παρ. 23).

Προκειμένου να αξιολογήσει, κατά πόσον ένας τέτοιος ανταγωνιστής θα αποκλειόταν από μια συγκεκριμένη συμπεριφορά, η Επιτροπή εξετάζει το κόστος και τις τιμές πώλησης και ιδιαίτερα, αν η επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση προβαίνει σε πωλήσεις κάτω του κόστους. Ειδικότερα, αν η επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση πωλεί κάτω από το μέσο αποφεύξιμο (!) ή αποτρεπτό κόστος (“*average avoidable cost*”, *AAC*), σημαίνει ότι θυσιάζει βραχυχρόνια κέρδη και ότι ένας εξίσου αποτελεσματικός ανταγωνιστής δεν θα μπορούσε να εφοδιάζει τους συγκεκριμένους πελάτες, χωρίς να πραγματοποιεί ζημιές. Επίσης, αν η επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση πωλεί κάτω από το (συνήθως υψηλότερο) μακροπρόθεσμο μέσο επαυξητικό κόστος (“*long-run average incremental cost*”, *LRAIC*), σημαίνει ότι δεν καλύπτει το συνολικό πάγιο

<sup>46</sup> «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», 9.2.2009, E (2009) 864 τελικό.

κόστος παραγωγής των υπό εξέταση προϊόντων ή υπηρεσιών και ότι ο εξίσου αποτελεσματικός ανταγωνιστής δυνατόν να αποκλεισθεί από την αγορά.<sup>47</sup>

Αν από τα διαθέσιμα στοιχεία, η Επιτροπή διαπιστώσει ότι ένας εξίσου αποτελεσματικός ανταγωνιστής μπορεί να αντιμετωπίσει την τιμολογιακή συμπεριφορά της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση, τότε ανταγωνισμός δεν τίγεται και η Επιτροπή δεν έχει λόγο παρέμβασης. Αντιθέτως, αν οι τιμές της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση είναι δυνατόν να αποκλείσουν εξίσου αποτελεσματικούς ανταγωνιστές, τότε η Επιτροπή θα εντάξει το στοιχείο αυτό στο γενικό πλαίσιο αξιολόγησης της συμπεριφοράς της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση, όπου για τον χαρακτηρισμό της συμπεριφοράς ως προκαλούσας αποκλεισμό ανταγωνιστών εξετάζεται μια σειρά από παράγοντες, όπως η ισχύς της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση, οι συνθήκες της αγοράς, η θέση των ανταγωνιστών και των πελατών, η έκταση της υπό εξέταση συμπεριφοράς, οι τυχόν αποδείξεις περί αποκλεισμού ανταγωνιστών καθώς και η άμεση απόδειξη στρατηγικής αποκλεισμού ανταγωνιστών (παρ. 26 σε συνδυασμό με 20).

2. Σχετικά με τις εκπτώσεις, η Επιτροπή επικεντρώνει την προσοχή της σε αυτές που υπό προϋποθέσεις (*“conditional rebates”*), δηλ. αυτές που συνδέονται με συγκεκριμένη αγοραστική συμπεριφορά του πελάτη της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση. Οι εκπτώσεις αυτές διακρίνονται σε «εξατομικευμένες», όταν παρέχονται βάσει ποσοστού των συνολικών αναγκών του πελάτη ή βάσει ατομικώς προσδιορισμένων στόχων, και «τυποποιημένες», όταν το όριο χορήγησης της έκπτωσης είναι κοινό για όλους τους πελάτες. Ανάλογα με τη διαμόρφωσή τους τα δύο αυτά είδη εκπτώσεων μπορούν να προκαλούν παρεμποδιστικά αποτελέσματα. Ωστόσο, οι εξατομικευμένες εκπτώσεις είναι καταρχήν πιο προβληματικές, υπό την έννοια ότι είναι πιο πρόσφορες για την ενίσχυση της πίστης του πελάτη (παρ. 45).

Οι ειδικότεροι παράγοντες, τους οποίους η Επιτροπή θα εξετάζει, για να αξιολογήσει τα αποτελέσματα αποκλεισμού των ανταγωνιστών της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση, είναι οι εξής: (α) στις περιπτώσεις αποκλειστικής προμήθειας, η πιθανότητα αποκλεισμού ανταγωνιστών της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση είναι μεγαλύτερη, όταν αυτοί δεν μπορούν να διεκδικήσουν με ίσους όρους το σύνολο της ζήτησης του κάθε πελάτη. Αυτό μπορεί να συμβαίνει, αν ο προμηθευτής χρησιμοποιεί το «μη διεκδικήσιμο» από ανταγωνιστές του μερίδιο της ζήτησης του πελάτη του, ως «μοχλό» προκειμένου να μειώσει την τιμή στο «διεκδικήσιμο» μερίδιο, (β) στις περιπτώσεις αναδρομικών εκπτώσεων, ο αποκλεισμός είναι εντονότερος στην τελευταία μονάδα που αγοράζεται πριν την υπέρβαση του προβλεπόμενου ορίου. Όσο υψηλότερη είναι η έκπτωση ως ποσοστό της συνολικής τιμής και όσο υψηλότερο είναι το όριο, τόσο μεγαλύτερο είναι το κίνητρο για την

<sup>47</sup> Όπως σημειώνει η Επιτροπή το AAC συνήθως αντιστοιχεί προς το μέσο μεταβλητό κόστος (AVC). Αντιστοιχία υπάρχει ακόμη μεταξύ του LRAIC και του μέσου συνολικού κόστους (ATC) (παρ. 26 υποσ.18).

επίτευξή του και επομένως τόσο εντονότερη είναι η πιθανότητα αποκλεισμού πραγματικών και δυνητικών ανταγωνιστών (παρ. 39-40).

Προκειμένου να διαπιστώσει, κατά πόσο η εκπτωτική πολιτική της επιχείρησης με δεσπίζουσα θέση αποκλείει εξίσου αποτελεσματικούς ανταγωνιστές, η Επιτροπή αναζητεί την τιμή που ο ανταγωνιστής θα έπρεπε να προσφέρει στον πελάτη, προκειμένου να τον «αποζημιώσει» για την έκπτωση που θα χάσει, αν κατευθύνει σε εκείνον ένα μέρος της ζήτησής του (: «το σχετικό περιθώριο» (!), “*the relevant range*”) αντί να την καλύψει από την επιχείρηση με δεσπίζουσα θέση. Η πραγματική τιμή, την οποία θα πρέπει να συναγωνιστεί η άλλη επιχείρηση είναι η κανονική τιμή (τιμή καταλόγου) μείον την έκπτωση, που ο πελάτης χάνει με την αλλαγή προμηθευτή, υπολογιζόμενη επί του «σχετικού φάσματος πωλήσεων» (: “*the relevant range*”) κατά τη χρονική περίοδο αναφοράς (σχετική χρονική περίοδο). Όσο χαμηλότερη είναι η εκτιμώμενη πραγματική τιμή αυτή σε σύγκριση με τη μέση τιμή της δεσπίζουσας επιχείρησης, τόσο ισχυρότερη είναι η πίστη του πελάτη έναντι της επιχείρησης αυτής.<sup>48</sup> Ωστόσο, στο μέτρο που η πραγματική τιμή παραμένει σταθερά ανώτερη του μακροχρόνιου μέσου επαυξητικού κόστους (LRAIC) της δεσπίζουσας επιχείρησης, ένας εξίσου αποτελεσματικός ανταγωνιστής μπορεί κατά κανόνα να λειτουργεί με κέρδος παρά την έκπτωση. Επομένως, υπ’ αυτές τις συνθήκες, η παρεχόμενη έκπτωση από τη δεσπίζουσα επιχείρηση δεν είναι σε θέση να έχει ως συνέπεια τον αποκλεισμό κατά τρόπο αντιανταγωνιστικό (παρ. 41-43).

<sup>48</sup> Ο υπολογισμός της πραγματικής τιμής που πρέπει να συναγωνισθεί η ανταγωνίστρια της δεσπίζουσας επιχείρησης γίνεται σαφέστερος με το ακόλουθο παράδειγμα: Ο Α (αγοραστής) προμηθεύεται 1.100 μονάδες προϊόντος από τον Π1 (προμηθευτή). Κάθε μονάδα προϊόντος κοστίζει 100 €. Για τις αγορές του Α από τον Π1 έχει συμφωνηθεί η ακόλουθη εκπτωτική κλίμακα: για αγορές 0-500 μονάδων 10%, 501-750 μονάδων 12%, 751-1.000 μονάδων 15%, και 1001-1200 μονάδων 20%. Αν ο Α προμηθευθεί μέρος των αναγκών του από τον Π2, θα χάσει ένα μέρος των εκπτώσεων που του παρέχει ο Π1, άρα, τότε μόνο θα μπορεί να αλλάξει προμηθευτή για κάποιο τμήμα των αναγκών του, όταν η τιμή που του προσφέρει ο Π2 μπορεί να αναπληρώσει την έκπτωση που ο Α θα χάσει με την αλλαγή προμηθευτή. Αν, συνεπώς, ο Α είναι διατεθειμένος να αγοράσει π.χ. 300 μονάδες από τον Π2, θα το πράξει, αν ο Π2 του προσφέρει το προϊόν με έκπτωση 200 μονάδες X 100 – 15% + 100 μονάδες X 100 – 20%. Η τιμή δηλ. που ο Π2 θα πρέπει να προσφέρει είναι 17.000 + 8.000 = 25.000 : 300 = 83,3 €/μονάδα.

Αν οι εκπτώσεις είναι αναδρομικές, τότε για τις 300 μονάδες η τιμή πρέπει να υπολογισθεί ως εξής: οι 300 μονάδες συμβάλλουν, ώστε η έκπτωση που παρέχεται στον Α να φθάσει το 20% για το σύνολο των αγορών του. Συνεπώς, ο Α πληρώνει στον Π1 για 1.100 μονάδες X 100 € - 20% = 1.100 X 80 €/μονάδα. Αν όμως μέρος της ζήτησης του Α μετακινηθεί στον Π2, τότε η τιμή που ο Α θα πρέπει να πληρώσει στον Π1 για τις (1.100 – 300) 800 μονάδες που αγοράζει από εκείνον είναι 800 X 100 – 15% = 800 X 85 €/μονάδα. Επομένως, ο Α θα αγοράσει από τον Π2, αν ο τελευταίος του πωλήσει σε τιμή 80€/μονάδα και επιπλέον τον αποζημιώσει για τα 5 €/μονάδα που θα επιβαρυνθεί για τις 800 μονάδες που εξακολουθεί να αγοράζει από τον Π1 (αφού η τιμή μονάδος από 80 € φθάνει στα 85, όταν από τις αγορές του Α αφαιρεθούν οι 300 μονάδες). Δηλ. ο Π2 πρέπει να προσφέρει στον Α τα προϊόντα σε τιμή 300 X 80 € = 24.000 € - (5 € X 800 = 4.000 €) = 20.000 : 300 = 66,6 €. Η αντίστοιχη τιμή του Π1 είναι 80 €.

Όταν όμως η πραγματική τιμή είναι κάτω του μέσου αποφεύξιμου κόστους (AAC), κατά κανόνα το εκπτωτικό σύστημα είναι ικανό να αποκλείσει ακόμη και εξίσου αποτελεσματικούς ανταγωνιστές. Σε περίπτωση που η τιμή είναι μεταξύ LRAIC και AAC, η Επιτροπή ερευνά, αν άλλοι παράγοντες οδηγούν στο συμπέρασμα ότι η πραγματική τιμή ενδέχεται να επηρεάσει την είσοδο ή την επέκταση εξίσου αποτελεσματικών ανταγωνιστών. Στο πλαίσιο αυτό θα εξετασθεί, κατά πόσο οι ανταγωνιστές έχουν ρεαλιστικές και αποτελεσματικές στρατηγικές αντεπίθεσης. Εν πάση περιπτώσει, η ανάλυση θα ενταχθεί στη γενική αξιολόγηση της συμπεριφοράς της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση, όπου λαμβάνεται υπόψη η σειρά των αναφερθέντων στην παρ. 27 παραγόντων (παρ. 44-45).

Όσον αφορά, ειδικότερα, τις εκπτώσεις που παρέχονται για αγορά πολλαπλών προϊόντων ή δέσμης προϊόντων ("*multi-product rebates*"), η Επιτροπή τις θεωρεί αντανταγωνιστικές τόσο στη δεσμευμένη όσο και στη δεσμεύουσα αγορά, όταν εξίσου αποτελεσματικοί ανταγωνιστές, που διαθέτουν μόνο ένα ή κάποια από τα προϊόντα, δεν μπορούν να ανταγωνισθούν τη δέσμη προϊόντων της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση (παρ. 59). Αν η επιπρόσθετη τιμή που οι πελάτες πληρώνουν για κάθε προϊόν που περιλαμβάνεται στη δέσμη της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση, είναι ανώτερη του LRAIC της τελευταίας από την ένταξη του προϊόντος στη δέσμη, η Επιτροπή καταρχήν δεν παρεμβαίνει, αφού ένας εξίσου αποτελεσματικός ανταγωνιστής που διαθέτει ένα μόνο προϊόν, είναι κατά κανόνα σε θέση να ανταγωνίζεται με κέρδος τη δέσμη. Εξάλλου, στην περίπτωση που οι ανταγωνιστές της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση διαθέτουν όμοιες δέσμες προϊόντων, το κρίσιμο ερώτημα είναι, αν η τιμή της δέσμης στο σύνολό της είναι «εξοντωτική» (παρ. 60-61).

3. Η επιθετική τιμολόγηση ή «τακτική εξόντωσης» ("*predation*") γενικώς ενδιαφέρει την Επιτροπή, όταν αποδεικνύεται ότι μια επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση είναι διατεθειμένη να πραγματοποιήσει ζημιές ή να αδιαφορήσει για βραχυπρόθεσμα κέρδη, δηλ. είναι διατεθειμένη να υποβληθεί σε «θυσία» (: "*sacrifice*"), προκειμένου να αποκλείσει ή να έχει πιθανότητες να αποκλείσει έναν ή περισσότερους πραγματικούς ή δυνητικούς ανταγωνιστές του με συνέπεια την ενίσχυση ή τη διατήρηση της οικονομικής του δύναμης, βλάπτοντας κατ' αυτόν τον τρόπο τους καταναλωτές (παρ. 63).

(α) Η πώληση σε τιμή κάτω του μέσου αποφεύξιμου κόστους αντιμετωπίζεται κατά κανόνα από την Επιτροπή ως σαφής ένδειξη «θυσίας». Ωστόσο, το γεγονός αυτό δεν είναι το μόνο που εξετάζεται για τη διαπίστωση «θυσίας». Η Επιτροπή, προκειμένου να θεμελιώσει την ύπαρξη επιθετικής τιμολόγησης εξετάζει επιπλέον, αν η επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση υπέστη ζημιές που θα μπορούσε να είχε αποφύγει. Η έννοια της ζημιάς περιλαμβάνει και την παράλειψη πραγματοποίησης βραχυπρόθεσμων καθαρών εσόδων χαμηλότερων από αυτά που θα προσπόριζε μια σώφρονα εναλλακτική συμπεριφορά. Στο πλαίσιο αυτό η υπό εξέταση τιμή δεν θα συγκριθεί με κάποια υποθετική ή θεωρητική εναλλακτική αλλά με οικονομικά



ορθολογικές και πρακτικές εναλλακτικές τιμές, οι οποίες μπορούν ρεαλιστικά να θεωρηθούν επικερδέστερες (παρ. 64-66).

(β) Σε ένα δεύτερο βήμα, η Επιτροπή εξετάζει, αν η υπό κρίση συμπεριφορά είναι σε θέση να αποκλείσει τους ανταγωνιστές της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση και να βλάψει τους καταναλωτές. Γενικώς οι καταναλωτές βλάπτονται, όταν η επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση ενισχύει την θέση της στην αγορά με την επιθετική τιμολόγηση. Αυτό δεν συμβαίνει μόνο στην περίπτωση που η δεσπόζουσα επιχείρηση ενδέχεται να είναι σε θέση να αυξήσει τις τιμές της σε επίπεδο ανώτερο εκείνου που επικρατούσε στην αγορά πριν από την επιθετική συμπεριφορά. Αρκεί π.χ. ότι η συμπεριφορά είναι σε θέση να αποτρέψει ή να επιβραδύνει πτώση τιμών που θα είχε παρουσιασθεί χωρίς αυτή. Πάντως, η βλάβη του καταναλωτή δεν διαπιστώνεται με κάποιο μηχανικό υπολογισμό αλλά με αξιολόγηση του αποτελέσματος αποκλεισμού τρίτων σε συνδυασμό άλλων παραγόντων, όπως των εμποδίων εισόδου στην αγορά (παρ. 67-71).

4. Η Επιτροπή διευκρινίζει ότι είναι διατεθειμένη να εξετάσει ισχυρισμούς της δεσπόζουσας επιχείρησης ότι η συμπεριφορά της είτε είναι αντικειμενικά αναγκαία είτε προκύπτουν λόγοι αποτελεσματικότητας, οι οποίοι αντισταθμίζουν τις αντανταγωνιστικές επιπτώσεις εις βάρος των καταναλωτών. Στο πλαίσιο αυτό ερευνάται, κατά πόσο η υπό κρίση συμπεριφορά είναι απαραίτητη και βρίσκεται σε σχέση αναλογικότητας σε σχέση με τον σκοπό, τον οποίο υποτίθεται ότι επιδιώκει η επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση (παρ. 28).

Σχετικά με τους λόγους αποτελεσματικότητας, πρέπει να πιθανολογηθεί, επί τη βάση αποδείξεων που πρέπει να προσκομίσει η δεσπόζουσα επιχείρηση, ότι (α) η αποτελεσματικότητα αποτελεί συνέπεια της υπό κρίση συμπεριφοράς, (β) η συμπεριφορά είναι απαραίτητη για την πραγματοποίηση των λόγων αποτελεσματικότητας και ότι δεν υπάρχουν εναλλακτικές λύσεις με λιγότερο αντανταγωνιστικές συνέπειες, (γ) η αναμενόμενη βελτίωση της αποτελεσματικότητας αντισταθμίζει αρνητικές επιπτώσεις στον ανταγωνισμό και την ευημερία των καταναλωτών και (δ) η συμπεριφορά δεν καταργεί τον πραγματικό ή τον δυνητικό ανταγωνισμό. Δεδομένου ότι ελλείψει πραγματικού ή δυνητικού ανταγωνισμού η επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση δεν έχει κίνητρο για να μετακυλίσει στους καταναλωτές την ωφέλεια από τη βελτίωση της αποτελεσματικότητας, η Επιτροπή θεωρεί ότι παρεμποδιστική συμπεριφορά που θα ενισχύει τη δεσπόζουσα θέση σε βαθμό που αυτή θα πλησιάζει το μονοπώλιο, δεν μπορεί κατά κανόνα να δικαιολογηθεί (παρ. 30).<sup>49</sup>

<sup>49</sup> Έτσι και οι Κατευθυντήριες γραμμές της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την αξιολόγηση των οριζόντιων συγκεντρώσεων σύμφωνα με τον κανονισμό του Συμβουλίου για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων, ΕΕ C 031/5 της 05/02/2004, παρ. 84.

Ειδικότερα, όσον αφορά τα εκπτωτικά συστήματα, η Επιτροπή θεωρεί ότι πλεονεκτήματα αποτελεσματικότητας που σχετίζονται με το κόστος συναλλαγών είναι πιθανότερο να προκύψουν μάλλον από εκπτώσεις με τυποποιημένους παρά από εξατομικευμένους στόχους. Επίσης, οι επαυξητικές εκπτώσεις είναι μάλλον πιο πρόσφορες από ό,τι οι αναδρομικές για τη δημιουργία κινήτρων σε μεταπωλητές να μεταπωλούν μεγαλύτερο όγκο προϊόντων (παρ. 46).

Αναφορικά με την επιθετική τιμολόγηση η Επιτροπή δηλώνει μεν ότι θα εξετάσει επιχειρήματα περί δημιουργίας οικονομιών κλίμακας ή βελτίωσης της αποτελεσματικότητας σε σχέση με την επέκταση της αγοράς, ωστόσο θεωρεί ότι από την επιθετική τιμολόγηση δεν είναι καταρχήν πιθανό να προκύπτουν λόγοι αποτελεσματικότητας (παρ. 74).

#### **Δ. Επίμετρο**

Η νέα πολιτική εφαρμογής του άρθρου 82 ΕΚ, που η Ευρωπαϊκή Επιτροπή σκοπεύει να ακολουθήσει για τον έλεγχο της καταχρηστικής τιμολόγησης, ουσιαστικά βασίζεται σε πρόταση του *Posner*, κατά την οποία η υπό εξέταση συμπεριφορά γίνεται δεκτή ως καταχρηστική, αν είναι πρόσφορη να αποκλείσει έναν εξίσου αποτελεσματικό ή ακόμη αποτελεσματικότερο από εκείνον ανταγωνιστή. Η αποδοχή της συμπεριφοράς ως καταχρηστικής μπορεί να ανατραπεί, εφόσον αποδεικνύεται συμβολή της εν λόγω συμπεριφοράς στη βελτίωση της οικονομικής αποτελεσματικότητας.<sup>50</sup> Η βασική διαφορά έγκειται στο γεγονός ότι κατά τον *Posner* ο ενάγων πρέπει να αποδείξει ότι η υπό κρίση συμπεριφορά είναι σε θέση να εκδιώξει από την αγορά έναν εξίσου ή περισσότερο αποτελεσματικό ανταγωνιστή. Αντιθέτως, η Επιτροπή στην Ανακοίνωση εισάγει κοστολογικά όρια (σχέση τιμής με το μέσο αποφεύξιμο και το μακροχρόνιο μέσο επαυξητικό κόστος), κάτω από τα οποία η τιμολόγηση τεκμαίρεται καταχρηστική. Έτσι, η αποστολή το ενάγοντος ή της Αρχής ανταγωνισμού διευκολύνεται.

Τα κριτήρια της Επιτροπής για την αξιολόγηση της δυνατότητας της τιμολογιακής συμπεριφοράς μιας επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση να αποκλείσει εξίσου αποτελεσματικούς ανταγωνιστές της είναι περισσότερο σαφή και λειτουργικά για την εξέταση περιπτώσεων επιθετικής τιμολόγησης από ό,τι για την εξέταση εκπτωτικών συστημάτων, όπου θα πρέπει να ληφθούν υπόψη μεγέθη, όπως το «σχετικό περιθώριο» ή το «σχετικό φάσμα πωλήσεων» (“*relevant range*”), το «διεκδικήσιμο» και το «μη διεκδικήσιμο μερίδιο» ή τμήμα των αγοραστικών αναγκών μιας επιχείρησης (“*contestable/non contestable share*”) και η «πραγματική τιμή» “*effective price*”. Έτσι, δεν είναι σαφές, ποιο μερίδιο αγοραστικών αναγκών του πελάτη θα πρέπει να είναι σε θέση να διεκδικεί ο εξίσου αποτελεσματικός ανταγωνιστής, προκειμένου να γίνει ή να μη γίνει δεκτή η δυνατότητα αποκλεισμού του από τη δεσπόζουσα επιχείρηση. Εν πάση περιπτώσει, ακόμη και υπ’ αυτές τις

<sup>50</sup> *Posner*, *Antitrust Law*, 2<sup>η</sup> έκδ. 2001, 194-195.

συνθήκες, η αξιολόγηση των εκπαιδευτικών συστημάτων υπό το σημερινό καθεστώς φαίνεται μάλλον περισσότερο προβλέψιμη.

Πόσο αποτελεσματική θα είναι η αντιμετώπιση της καταχρηστικής τιμολογιακής συμπεριφοράς με την υιοθέτηση των νέων κατευθυντηρίων της Επιτροπής; Όσον αφορά την επιθετική τιμολόγηση, η παράλειψη του κριτηρίου της «αποκατάστασης των απωλειών» (“*recoupment*”) φαίνεται να διευκολύνει το έργο της Επιτροπής ως προς την απόδειξη καταχρηστικής τιμολόγησης. Επίσης, ο τρόπος, με τον οποίο αντιλαμβάνεται η Επιτροπή το κριτήριο του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή φαίνεται να λαμβάνει υπόψη αδυναμίες, για τις οποίες έχει υποστεί κριτική η πρόταση του *Rosner*.<sup>51</sup> Πάντως, ο «εξίσου αποτελεσματικός ανταγωνιστής», ως μέτρο σύγκρισης της συμπεριφοράς της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση, ικανοποιεί μεν την ανάγκη αποφυγής των λαθών που προκύπτουν από υπερβολική αυστηρότητα στην εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού (: “*false positives*”), ενδεχομένως όμως υπερακοντίζει τον σκοπό, αφού παραβλέπει ότι η επιθετική υποτιμολόγηση δεν είναι απαραίτητη για την εκτόπιση από την αγορά επιχειρήσεων λιγότερο αποτελεσματικών από την δεσπόζουσα επιχείρηση – μια τιμολογιακή πολιτική άνω του κόστους θα ήταν αρκετή για να οδηγήσει εκτός αγοράς τους λιγότερο αποτελεσματικούς ανταγωνιστές.<sup>52</sup>

Η μετάβαση της πολιτικής της Επιτροπής από τη φορμαλιστική εφαρμογή του άρθρου 82 ΕΚ προς μια εφαρμογή που θα προσδιορίζεται από την οικονομική ανάλυση των αποτελεσμάτων της συμπεριφοράς της δεσπόζουσας επιχείρησης,<sup>53</sup> θα αναδεικνύει το βαθμό πρακτικής αποτελεσματικότητας της νέας προσέγγισης και

<sup>51</sup> Βλ. σχετικά *Gavil*, *Exclusionary Distribution Strategies by Dominant Firms: Striking a Better Balance*, 72 *Antitrust L.J.* 3, 58 επ. (2004), ο οποίος σημειώνει επίσης ότι ακόμη και ένας λιγότερο αποτελεσματικός ανταγωνιστής μπορεί να συμβάλλει στην ευμάρεια του καταναλωτή. Επιπλέον, το κριτήριο του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή δείχνει μεγάλη επιεικεία στη συμπεριφορά που στρέφεται κατά ανταγωνιστών, οι οποίοι μόλις εισήλθαν στην αγορά και δεν είχαν το χρόνο να βελτιώσουν την αποτελεσματικότητά τους, ώστε αυτή να γίνει συγκρίσιμη με εκείνη της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση (ό.π., 59). Η Επιτροπή αναγνωρίζει στην Ανακοίνωση ότι ένας λιγότερο αποτελεσματικός ανταγωνιστής μπορεί να ασκεί ανταγωνιστική πίεση και εξηγεί ότι προτίθεται να αντιμετωπίσει με δυναμική αντίληψη την παρεμποδιστική συμπεριφορά (παρ. 23).

<sup>52</sup> *Gavil*, ό.π., 60-61.

<sup>53</sup> Σχετικά με τα ζητήματα που προκύπτουν από τη νέα προσέγγιση του άρθρου 82 ΕΚ βλ. *Drexl/Conde Gallego/Enchelmaier/Mackenrodt* (eds.), *Art. 82 EC: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?* 2007, *Dreher/Adam*, *The more economic approach to Art. 82 EC and the legal process*, *ZWeR* 2006, 259, *Immenga*, *Ökonomie und Recht in der europäischen Wettbewerbspolitik*, *ZWeR* 2006, 346, *τον ίδιο*, *Der “more economic approach” als Wettbewerbspolitik*, *WuW* 2006, 397, *Schmidtchen*, *Der “more economic approach” in der Wettbewerbspolitik*, *WuW* 2006, 6, *τον ίδιο*, *Fehlurteile über den “more economic approach” in der Wettbewerbspolitik*, *WuW* 2006, 625, *Albers*, *“More economic approach”*, *WuW* 2006, 3, *Hildebrandt*, *Der “more economic approach” in der Wettbewerbspolitik*, *WuW* 2005, 513, *Schmidt*, *More economic approach versus Justiziabilität*, *WuW* 2005, 877.

ταυτόχρονα τη σχέση των “*per se rules*” προς τον “*rule of reason*”,<sup>54</sup> που ουσιαστικά πρόκειται για τις δύο όψεις του ίδιου νομίσματος. Στο δίκαιο των ΗΠΑ η μετατόπιση της αξιολόγησης των κάθετων περιορισμών από τον κανόνα της “*per se*” απαγόρευσης στην αντιμετώπιση βάσει του “*rule of reason*” είχε ουσιαστικά ως συνέπεια τη χαλάρωση του ελέγχου σε σημείο που να γίνεται πλέον λόγος για “*per se legality*” των κάθετων περιορισμών.<sup>55</sup> Θα είναι ανάλογα τα αποτελέσματα της εφαρμογής του άρθρου 82 ΕΚ; Μήπως ο φόβος των “*false positives*” δεν είναι πάντοτε δικαιολογημένος; Μήπως για κάποιες συμπεριφορές, οι κανόνες “*per se*”, πέραν της ασφάλειας δικαίου που παρέχουν, διασφαλίζουν υψηλότερο βαθμό προστασίας του ανταγωνισμού; Πόση ασφάλεια δικαίου μπορεί να παρέχει ο προσανατολισμός της εφαρμογής του άρθρου 82 ΕΚ στην οικονομική ανάλυση των ανταγωνιστικών αποτελεσμάτων μιας επιχειρηματικής συμπεριφοράς, όταν η ανάλυση αυτή εξαρτάται μεταξύ άλλων από τις εξελίξεις της οικονομικής θεωρίας καθώς και από τις αντιλήψεις περί του αντικειμένου προστασίας του δικαίου του ανταγωνισμού, οι οποίες, όπως στην πράξη έχει αποδειχθεί, δεν χαρακτηρίζονται από ιδιαίτερη σταθερότητα; Ποια θα είναι η στάση του ΔΕΚ και του ΠΕΚ απέναντι στις νέες θέσεις της Επιτροπής, οι οποίες, όπως είναι γνωστό, δεν δεσμεύουν τη δικαστική κρίση;

Τα ερωτήματα αυτά είναι εύλογα. Όμως, οι όποιες επιφυλάξεις απέναντι στη νέα προσέγγιση της Επιτροπής δεν δικαιολογούν εμμονή σε ένα τρόπο εφαρμογής του δικαίου του ανταγωνισμού, ο οποίος βασίζεται σε τυποποιημένες αντιλήψεις που δεν ανταποκρίνονται στην αποτελεσματική λειτουργία του ανταγωνισμού και δεν υποστηρίζονται από τις σύγχρονες θέσεις την οικονομικής θεωρίας. Άλλωστε, αυτό ακριβώς που μπορεί να χαρακτηριστεί ως παράγων ανασφάλειας δικαίου, ότι δηλ. η αξιολόγηση της επιχειρηματικής συμπεριφοράς επηρεάζεται από τις εξελίξεις της οικονομικής θεωρίας, μπορεί να είναι ταυτόχρονα και πλεονέκτημα, αφού σημαίνει δυνατότητα προσαρμογής σε νέα δεδομένα.

Στο δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού οι αλλαγές πλεύσης τόσο σε νομοθετικό όσο και σε νομολογιακό επίπεδο δεν είναι μόνο συχνές αλλά και περίπου αναπόφευκτες. Ζητούμενο, επομένως, δεν είναι τόσο η σταθερότητα του πλαισίου εφαρμογής του όσο η παροχή επαρκών διευκρινίσεων από τις Αρχές ανταγωνισμού προς τις επιχειρήσεις για τον τρόπο, με τον οποίο αυτές σκοπεύουν να εφαρμόσουν τους κανόνες ανταγωνισμού, έτσι ώστε η εκάστοτε νέα προσέγγιση να οδηγεί σε προβλέσιμο τρόπο εφαρμογής. Πάντως, επιπλέον ζητούμενο για μια Αρχή

<sup>54</sup> Ειδικά για το ζήτημα της αποδοχής ή μη κανόνων “*per se*” καταχρηστικής συμπεριφοράς κατά την εφαρμογή του άρθρου 82 ΕΚ βλ. *Whish*, ό.π., 195 επ., *τον ίδιο*, Should there be *per se* abuses under Article 82 EC? WuW 2001, 919.

<sup>55</sup> Βλ. π.χ. *Ginsburg*, Vertical Restraints: De Facto Legality Under the Rule of Reason, 60 Antitrust L.J. 67 (1991), *Gellhorn/Kovacic/Calkins*, ό.π., 369, *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, 2<sup>η</sup> έκδ. 1999, 480).

ανταγωνισμού, πέραν της διαφάνειας στην εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού, είναι η νηφαλιότητα απέναντι στη γοητεία του νέου.