

ΕΕμπΔ

Επιθεώρηση του Εμπορικού Δικαίου

ΜΕΛΕΤΕΣ

Α. ΓΡΗΓΟΡΙΑΔΗΣ

*Κάθετοι περιορισμοί του ανταγωνισμού
στο ηλεκτρονικό εμπόριο προϊόντων
επιλεκτικής διανομής*

Π. ΝΙΚΟΥ

*Μία πρώτη ματιά στις διατάξεις του νέου
π.δ. 7/2018 για τα οργανωμένα ταξίδια
και τους συνδεδεμένους ταξιδιωτικούς
διακανονισμούς*

Κ. ΣΙΔΕΡΗ

*Συγκριτική μελέτη της ερμηνείας των
εκπτώσεων πίστωσης στην ΕΕ και στις ΗΠΑ
με βάση το δίκαιο του ανταγωνισμού*

ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΕΙΣ

Ι. ΡΟΚΑΣ

*Ζητήματα εφαρμογής της εξαίρεσης από την
υποχρέωση του αγοραστή πακέτων μετοχών
εισηγμένης εταιρίας να προβεί σε δημόσια
πρόταση*

Ι. ΒΕΝΙΕΡΗΣ

*Η έννοια και το περιεχόμενο των αξιώσεων
ελβετικού τύπου σε ευρωπαϊκό δίπλωμα
ευρεσιτεχνίας*

ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ

Κοινός λογαριασμός και νόμιμη μοίρα,
μεσιτεία ασφαλίσεων, αντιουμβετική
συμπεριφορά τράπεζας, πτωχευτική
ανάκληση, απαλλαγή πτωχού

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ - ΝΟΜΟΘΕΣΙΑ

ΕΥΡΕΤΗΡΙΑ

ΟΚΤΩΒΡΙΟΣ - ΔΕΚΕΜΒΡΙΟΣ • ΤΕΥΧΟΣ 4^ο

Γ. ΔΙΑΦΟΡΑ

ΣΥΓΚΡΙΤΙΚΗ ΜΕΛΕΤΗ ΤΗΣ ΕΡΜΗΝΕΙΑΣ ΤΩΝ ΕΚΠΤΩΣΕΩΝ ΠΙΣΤΕΩΣ ΣΤΗΝ ΕΕ ΚΑΙ ΣΤΙΣ ΗΠΙΑ ΜΕ ΒΑΣΗ ΤΟ ΔΙΚΑΙΟ ΤΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ

Κωνσταντίνα Ε. Σιδέρη
Δικηγόρος, Μ.Α.

Αντί προλόγου

Ο θεσμός του ανταγωνισμού αποτελεί τον πυρήνα γύρω από τον οποίο κινείται και λειτουργεί η αγορά. Ο υγιής ανταγωνισμός είναι αυτός που συντελεί ώστε οι παράγοντες της αγοράς να λειτουργούν με τον πιο αποδοτικό τρόπο, αφού μόνο τότε τα αντίθετα συμφέροντα των οικονομικών μονάδων δεν δημιουργούν σύγχυση στην αγορά. Δεν είναι τυχαίο άλλωστε, ότι στα πλαίσια ανόθευτου ανταγωνισμού επιτυγχάνονται χαμηλότερες τιμές, βελτιώνεται η ποιότητα των προϊόντων ή/και υπηρεσιών και οι επιχειρήσεις στοχεύουν στη μεγαλύτερη δυνατή αποδοτικότητα. Περαιτέρω, η σημασία του δικαίου του ανταγωνισμού είναι τόσο μεγάλη που επιφυλάσσεται στο δίκαιο αυτό ο χαρακτηρισμός του ως «καταστατικού χάρτη των δικαιωμάτων και υποχρεώσεων των επιχειρήσεων»¹.

Α. Η δημιουργία δεσπόζουσας θέσης

Η δημιουργία οικονομικής δύναμης έφερε στο προσκήνιο πολλές αντιρρήσεις, σχετικά με το αν και σε ποιον βαθμό θα πρέπει να ασκείται πίεση στη δεσπόζουσα επιχείρηση από τους ανταγωνιστές και τελικά αν η αυτονομία της οδηγεί σε αρνητικά αποτελέσματα για τον ανταγωνισμό², τόσο από την πλευρά των ανταγωνιστών (αποκλείοντάς τους από την αγορά) όσο και από την πλευρά των καταναλωτών (προσφέροντάς τους προϊόντα ή/και υπηρεσίες χαμηλότερης ποιότητας αλλά σε υψηλότερες τιμές).

Η απαγόρευση δεσπόζουσας θέσης αποτέλεσε βασική διάταξη των ιδρυτικών συνθηκών της Ευρωπαϊκής Ένωσης, καθώς ένας από τους πρωταρχικούς στόχους των ιδρυτών της Ένωσης ήταν να εξασφαλιστεί ένα καθεστώς ανόθευτου ανταγωνισμού εντός της εσωτερικής αγοράς. Αποτελώντας η απαγόρευση αυτή μέρος του πρωτογενούς δικαίου διατηρεί अपαράλλακτο περιεχόμενο, παρά τις αναριθμήσεις που έχει υποστεί λόγω των τροποποιήσεων των συνθηκών (πρώην αρ. 86 ΕΟΚ, πρώην αρ. 82 ΣΕΚ, πλέον αποτυπώνεται στο ισχύον αρ. 102 ΣΛΕΕ) αποσκοπώντας

1. Τριανταφυλλάκης Γ., Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού, 2η έκδοση, 2012, 15.

2. Bishop S. & Mardsen Ph., “The Article 82 Discussion Paper: A Missed Opportunity”, ECJ 2006, 1, όπου αναφέρει πως, όταν διαπιστωθεί (μέσου κυρίως του μεριδίου της αγοράς) ότι μια επιχείρηση κατέχει δεσπόζουσα θέση, η διαπίστωση αυτή λειτουργεί στην πράξη ως ένδειξη κατάχρησης με τρόπο αυτόματο, λαμβάνοντας υπόψη μόνο τη μορφή της συμπεριφοράς, χωρίς περαιτέρω ανάλυση των αποτελεσμάτων της συγκεκριμένης επιχειρηματικής πρακτικής, και Neils G & Jenkins H., “Reform of Article 82: Where the Link Between Dominance and Effects Breaks Down?”, ECLR 2005, 606.

στον έλεγχο της πολιτικής ή στρατηγικής των δεσποζουσών επιχειρήσεων στην αγορά. Ειδικότερα, μια επιχείρηση θεωρείται ότι έχει δεσπόζουσα θέση κατά την έννοια του προαναφερόμενου άρθρου, όταν κατέχει θέση οικονομικής ισχύος που της επιτρέπει, αφενός μεν να εμποδίζει τη διατήρηση αποτελεσματικού ανταγωνισμού στη σχετική αγορά στην οποία δραστηριοποιείται, αφετέρου δε να διαμορφώνει την επιχειρηματική της συμπεριφορά με πλήρη ανεξαρτησία.

Εν συνεχεία, πρέπει να διευκρινιστεί ότι η δημιουργία κυρίαρχης θέσης στην αγορά δεν είναι παράνομη, το αρ. 102 ΣΛΕΕ θέτει απλά ένα όριο στην κατοχή ή την απόκτηση δεσπόζουσας θέσης, απαγορεύοντας την καταχρηστική εκμετάλλευσή της από μία ή περισσότερες επιχειρήσεις εντός της κοινής αγοράς ή σημαντικού τμήματος αυτής. Ο όρος «καταχρηστική εκμετάλλευση» είναι αντικειμενικός, καθώς κρίσιμο στοιχείο αξιολόγησης είναι η επίδικη συμπεριφορά αυτή καθεαυτή και όχι τα κίνητρα ή οι επιδιωκόμενοι στόχοι της δεσπόζουσας επιχείρησης.

Μάλιστα, στην απόφαση Hoffmann-LaRoche³ το ΔΕΚ έκρινε ότι η έννοια της καταχρηστικής εκμετάλλευσης είναι αντικειμενική και συνδέεται με τη συμπεριφορά μια επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση, που είναι τέτοια ώστε να επηρεάζει τη δομή της αγοράς όπου, σαν αποτέλεσμα ακριβώς παρουσίας της δεσπόζουσας επιχείρησης, ο βαθμός ανταγωνισμού είναι ασθενής και έχει το αποτέλεσμα να εμποδίσει τη διατήρηση ενός βαθμού ανταγωνισμού, που ακόμη υπάρχει στην αγορά ή την αύξηση αυτού του ανταγωνισμού.

Περαιτέρω, οι διατάξεις του αρ. 102 ΣΛΕΕ επιχειρούν να ελέγξουν (ex post), και όχι να αποτρέψουν (ex ante) την ήδη υπάρχουσα μονοπωλιακή ή σχεδόν μονοπωλιακή ισχύ στην αγορά, που ασκείται ατομικά ή συλλογικά. Η δεσπόζουσα θέση δεν είναι λοιπόν per se απαγορευμένη, θεωρείται όμως εν δυνάμει επικίνδυνη για τον ανταγωνισμό και γι' αυτό το λόγο δημιουργεί ειδικό καθεστώς ευθύνης έναντι τρίτων («special responsibility»)⁴.

B. Το νομικό πλαίσιο σχετικά με τις εκπτώσεις πίστωσης τόσο στην ΕΕ όσο και στις ΗΠΑ

Η εκπτωτική πολιτική αποτελεί μια τιμολογιακή πρακτική που οδηγεί σε ελκυστικότερους όρους πώλησης. Οι τιμές αποτελούν μία από τις σημαντικότερες παραμέτρους για τη διαμόρφωση ανταγωνιστικών δομών αγοράς. Ακόμη και οι δεσπόζουσες επιχειρήσεις όχι μόνο δικαιούνται αλλά και πρέπει να ενθαρρύνονται να ανταγωνίζονται σε επίπεδο τιμών⁵. Σύμφωνα με πάγια ευρωπαϊκή νομολογία, η δέσμευση των

3. ΔΕΚ, C- 85/76, Hoffmann-LaRoche v. European Commission, Συλλογή 1979, 00461.

4. Niels G. & Jenkins H., “Reform of Article 82: Where the Link Between Dominance and Effects Breaks Down”, ECLR 2005, 605, και ΠΕΚ, T-203/01 Manufacture française des pneumatiques Michelin v. European Commission (Michelin II), Συλλογή 2003, II-04071.

5. Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Fennelly της 29ης Οκτωβρίου 1998, συνεκδικασθείσες υπο-

αγοραστών από μια επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά έστω και κατόπιν αιτήματος των πελατών συνδυασμένο με την υποχρέωση ή την υπόσχεση προμήθειας από την πλευρά τους του συνόλου ή σημαντικού μέρους των αναγκών τους αποκλειστικά από την εν λόγω επιχείρηση συνιστά καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης της, σύμφωνα με το αρ. 102 ΣΛΕΕ, είτε η υποχρέωση αυτή συμφωνήθηκε άνευ ετέρου, είτε με αντάλλαγμα τη χορήγηση εκπτώσεως⁶. Πράγματι, οι εκπτώσεις που χορηγούν οι δεσπόζουσες επιχειρήσεις στους πελάτες τους είναι δυνατόν να επιφέρουν την εκτόπιση ή την περιθωριοποίηση ανταγωνιστών που δραστηριοποιούνται είτε στην ίδια αγορά με τη δεσπόζουσα επιχείρηση είτε σε γειτονική αγορά είτε σε αγορά κάθετη προς εκείνη της δεσπόζουσας επιχείρησης.

Συνεπώς, πέραν της ρητής επιβολής υποχρεώσεων αποκλειστικότητας, παράβαση των διατάξεων περί καταχρηστικής εκμετάλλευσης δεσπόζουσας θέσης δύνανται να συνιστούν και οι εκπτώτικες πρακτικές που συνδέουν ως *quid pro quo* τη χορηγούμενη έκπτωση με την παραχώρηση εκ μέρους του πελάτη αποκλειστικότητας στον εφοδιασμό του με προϊόντα ή υπηρεσίες της δεσπόζουσας επιχείρησης, εν όλω ή εν μέρει. Ειδικότερα, οι δεσπόζουσες επιχειρήσεις χρησιμοποιώντας πολύπλοκα και ποικίλα εκπτώτικα συστήματα επιδιώκουν να «δέσουν» τους πελάτες τους (το λεγόμενο «*fidelity-enhancing effect*»). Αυτού του είδους οι εκπτώσεις – που χορηγούνται από επιχείρηση κατέχουσα δεσπόζουσα θέση – είναι ασύμβατες με τον σκοπό της διατήρησης ανόθευτου ανταγωνισμού στην κοινή αγορά, διότι δεν στηρίζονται σε οικονομική παροχή που να δικαιολογεί τη χορήγηση τους, αλλά αποσκοπούν στην εξάλειψη ή τον περιορισμό της δυνατότητας του αγοραστή να επιλέγει τις πηγές εφοδιασμού του και στην παρεμπόδιση της εισόδου άλλων παραγωγών στην αγορά⁷. Με τον τρόπο αυτό δεν αφαιρείται μόνο η ελευθερία επιλογής τροφοδότη στην κάθετη αγορά αλλά υπάρχει πιθανότητα (υπό προϋποθέσεις) να εξοντώσει και όσους δραστηριοποιούνται παράλληλα με τη δεσπόζουσα επιχείρηση στην ίδια γραμμή παραγωγής.

Ο λόγος για τον οποίο η εφαρμογή συστημάτων εκπτώσεων ελέγχεται ως μορφή καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως δεσπόζουσας θέσης, είναι το γεγονός ότι η χορήγηση τους υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις, λειτουργεί σαν κίνητρο για τον πελάτη να παραμείνει πιστός στη δεσπόζουσα επιχείρηση, δηλαδή να διατηρήσει ή να

θέσεις ΔΕΚ, C-395/96 P και C-336/96 P *Compagnie maritime belge transports κ.ά. v. European Commission*, Συλλογή 2000, I-01365, σκέψη 117.

6. Ενδεικτικά ΔΕΚ, C-40/73 έως 48/73, 50/73, 54/73 έως 56/73, 111/73, 113/73 και 114/73 *Suiker Unie κ.λπ. v. European Commission*, Συλλογή 1975, 01663, σκέψη 518, ΔΕΚ, C-85/76 *Hoffmann La Roche v. European Commission*, Συλλογή 1979, 00461, σκέψη 89, ΔΕΚ C-62/86 *AKZO v. European Commission*, Συλλογή 1991, I-03359, σκέψη 149, ΠΕΚ, T-65/89 *BPB Industries Plc & British Gypsum Ltd v. European Commission*, Συλλογή 1993, II-00389, σκέψη 68, ΠΕΚ, T-155/06 *Tomra Systems ASA v. European Commission*, Συλλογή 2010, II-004361, σκέψη 208.

7. *Eilmansberger Th.*, “How to distinguish good from bad competition under Article 82 EC: In search of clearer and more coherent standards for anti-competitive abuses”, CMLR 2005, 129.

αυξήσει τις αγορές του σε προϊόντα της δεσπόζουσας, διαφορετικά να υποστεί την απώλεια της έκπτωσης και για το λόγο αυτό τείνει να εμποδίσει (να περιορίσει ή να εξαλείψει), μέσω της χορήγησης ενός οικονομικού πλεονεκτήματος που δεν αντισταθμίζεται από οικονομικώς δικαιολογημένη αντιπαροχή, τον εφοδιασμό των πελατών από ανταγωνιστές της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση και να αποτρέψει την είσοδο νέων δυναμικών ανταγωνιστών στην αγορά⁸.

Με βάση τα ανωτέρω, οι εκπτώσεις, όταν χορηγούνται ως επιβράβευση σε πελάτες υπό την προϋπόθεση τήρησης εκ μέρους τους μιας αγοραστικής συμπεριφοράς – «πίστης» – προς την κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρησης, αντιστρατεύονται το σκοπό της διατηρήσεως ανόθευτου ανταγωνισμού στην αγορά, καθώς δύνανται να λειτουργήσουν, με τη δημιουργία δεσμού εξαρτήσεως των πελατών έναντι της δεσπόζουσας επιχείρησης, ως εργαλείο στεγανοποίησης της αγοράς δια του αποκλεισμού των ανταγωνιστών ή της αποτροπής νέας εισόδου, προς ενίσχυση της δεσπόζουσας θέσης τεχνητά, κατά τρόπο που δεν συνάδει με τις μεθόδους που είναι διαθέσιμες στα πλαίσια της συνήθους ανταγωνιστικής διαδικασίας, και, συνακόλουθα, προς βλάβη της ευημερίας του καταναλωτή⁹.

Συγκριτικά, στην άλλη άκρη του Ατλαντικού, στις ΗΠΑ, γεννιέται το δίκαιο του ανταγωνισμού το 1890 όταν υιοθετήθηκε η νομοθεσία του Sherman Act με σκοπό να απαγορεύει κάθε είδους συμφωνίες που περιορίζουν το εμπόριο και να απαγορεύει τη μονοπώληση, τις προσπάθειες για μονοπώλιο και τις συνεργασίες για μονοπώλιο. Το 1914 παρουσιάστηκε η νομοθεσία του Clayton Act και το Federal Trade Commission Act όπου περιλαμβάνονταν ρυθμίσεις για συγχωνεύσεις επιχειρήσεων.

Αργότερα, η Σχολή του Σικάγο τη δεκαετία 1970-1980 αναφέρθηκε σε όρους αποτελεσματικότητας των πρακτικών των επιχειρήσεων, αποδοκιμάζοντας την τότε παρέμβαση των αρχών ανταγωνισμού που είχαν αρχίσει να επιβάλουν μια *per se* προσέγγιση με την οποία καταδικαζόταν η όποια συμπεριφορά ή εγχείρημα των δεσποζουσών επιχειρήσεων, χωρίς να αποδειχθεί η βλάβη στην οικονομία¹⁰. Η νέα προσέγγιση της Σχολής του Σικάγο και η παρατηρούμενη μείωση της ανταγωνιστικότητας προκάλεσαν μια αλλαγή στον τρόπο αντιμετώπισης των πρακτικών από το Δίκαιο Ανταγωνισμού στις ΗΠΑ. Έτσι λοιπόν, κατά τα χρόνια Reagan (1981-1988) εισήχθηκε μία *rule of reason* (ο κανόνας της λογικής) προσέγγιση, με την πεποίθηση πως οι δυνάμεις της αγοράς θα πρέπει να είναι ελεύθερες ώστε να υπάρξουν αποδοτικές επιχειρήσεις και διεκδικήσιμες αγορές.

8. ΔΕΚ, C-85/76 “Hoffmann-LaRoche v. European Commission”, Συλλογή 1979, 00461, σκέψη 90, ΠΕΚ, T-155/06, Tomra Systems ASA v. European Commission, Συλλογή 2010, II-04361, σκέψεις 209-210.

9. ΠΕΚ, T-203/01 Manufacture française des pneumatiques Michelin v. European Commission (MichelinII), Συλλογή 2003, II-04071, σκέψεις 57, 65-66, ΠΕΚ, T-155/06, Tomra Systems ASA v. European Commission, Συλλογή 2010, II-04361, σκέψεις 209-211.

10. *Motta M.*, “Competition Policy: Theory and Practice”, International Salt, 1947: καθιερώθηκε μία *per se* προσέγγιση που απαγόρευε την χρήση τακτικών *tie-in sales*.

Τα πρόσφατα χρόνια, το Δίκαιο Ανταγωνισμού επιτάσσει λεπτομερή έλεγχο των πρακτικών των επιχειρήσεων με αποτέλεσμα να βρίσκεται κάπου μεταξύ της παρέμβασης και της αποδοχής των συμπεριφορών αυτών και των επιπτώσεών τους, εκτός από εμφανείς περιπτώσεις οι οποίες κρίνονται *per se* καταχρηστικές.

Φυσικά και στο αμερικανικό δίκαιο ανταγωνισμού υπάρχουν εκπτώσεις οι οποίες μπορεί να οδηγήσουν σε αντιανταγωνιστικά αποτελέσματα. Μια τέτοια μορφή είναι και εκεί οι εκπτώσεις πίστωσης. Για παράδειγμα, ένας πωλητής προσφέρει έκπτωση πίστωσης στον αγοραστή εάν αγοράσει όλο το ποσοστό των αναγκών του ή το μεγαλύτερο μέρος αυτών από τον συγκεκριμένο πωλητή. Οι εκπτώσεις πίστωσης μπορεί να προσφέρονται είτε για ένα προϊόν είτε για περισσότερα. Το στοιχείο του αποκλεισμού συνίσταται στο γεγονός ότι ο αγοραστής πρέπει να απέχει από την αγορά περισσότερων του ενός προϊόντος από τους αντιπάλους του προκειμένου να λάβει την έκπτωση, χωρίς όμως να δεσμεύεται ότι θα συμφωνήσει μόνο με τον συγκεκριμένο πωλητή, όπως συμβαίνει σε μια συμφωνία αποκλειστικότητας. Αν η έκπτωση είναι αρκετά υψηλή, ο αγοραστής μπορεί να αισθάνεται ότι η συμφωνία τόσο με τον εν λόγω πωλητή όσο και με τους αντιπάλους του δεν είναι βιώσιμη επιλογή¹¹. Για το λόγο αυτό, οι εκπτώσεις πίστης είναι παρόμοιες με τις συμφωνίες αποκλειστικότητας και μπορεί σε ορισμένες περιπτώσεις να αποτελούν συμφωνίες αποκλειστικότητας¹². Οι εκπτώσεις πίστωσης μπορούν να αντιτίθενται στις διατάξεις του Sherman Act παρ. 1, Sherman Act παρ. 2, ή Clayton Act παρ. 3.

Γ. Η αντιμετώπιση των εκπτώσεων πίστωσης στις ΗΠΑ μέσα από τη νομολογία

Ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει ο τρόπος αντιμετώπισης των εκπτώσεων στις ΗΠΑ όχι μόνο από θεωρητικής άποψης, αλλά και πρακτικής, καθώς τα Δικαστήρια των ΗΠΑ και η Ευρωπαϊκή Ένωση ακολούθησαν διαφορετική προσέγγιση και ερμήνευσαν με αρκετά διαφορετικό τρόπο την εκπωτική πρακτική δύο ανταγωνιστριών επιχειρήσεων σε μία από τις σημαντικότερες υποθέσεις στα θέματα εκπτώσεων, στην υπόθεση *Virgin Airways v. British Airways*.

Ειδικότερα, ένας από τους ισχυρισμούς της *Virgin Airways* ήταν ότι η ανταγωνίστρια εταιρία *British Airways* είχε προβεί σε τιμές κάτω του κόστους μέσω των προμηθειών που παρείχε στους πράκτορες, αναφορικά με τις υπερατλαντικές διαδρομές.

11. *Areeda, Kaplow, Edlin*, Antitrust Analysis, Problems, Text, and Cases, 7th Edition, Wolters Kluwer, Law & Business, 2013, 726.

12. *Kobayashi B.*, The Economics of Loyalty Discounts and Antitrust Law in the United States, *Competition Policy International*, Vol. 1, No. 115, Autumn 2005 και *George Mason Law & Economics Research Paper No. 05-26, Epstein R.*, Monopoly Dominance or Level Playing Field? The New Antitrust Paradox, 72 *U. Chi. L. Rev* 49 (2005) (όπου αναφέρει ότι η χρήση εκπτώσεων κινείται ανάμεσα στην εξάρτηση, στη διακριτική τιμολόγηση και στις συμβάσεις αποκλειστικότητας), *Greenlee P. - Reitman D. - Sibley D.*, An Antitrust Analysis of Bundled Loyalty Discounts, U.S. Department of Justice, EAG. Discussion Paper EAG-04-13 (2004, revised October 2004) (όπου αναφέρει ότι η έκπτωση είναι μια μορφή *de facto* εξάρτησης).

Η Virgin τόνισε ότι αυτή θα καθυστερούσε στην ανάπτυξη της, αφού η British Airways θα κάλυπτε τις αναμενόμενες απώλειες (το λεγόμενο «recoupment») τιμολογώντας μονοπωλιακά σε άλλες εναέριες διαδρομές («σταυροειδής χρηματοδότηση»). Το Δικαστήριο στις ΗΠΑ απέρριψε τον ανωτέρω ισχυρισμό, καθώς θεωρήθηκε ότι η Virgin Airways δεν τον είχε θεμελιώσει επαρκώς. Η Virgin Airways, θέλοντας να αποδείξει ότι η ανταγωνίστρια British Airways είχε προβεί σε παράνομη συμπεριφορά επιχείρησε να συγκρίνει το κόστος των επιπρόσθετων πτήσεων που πραγματοποιούνταν αποκλειστικά λόγω σχημάτων εκπτώσεων με το επιπλέον εισόδημα που αυτές προσέφεραν στην εταιρία. Το Δικαστήριο και σε αυτή την περίπτωση απέρριψε τον εν λόγω ισχυρισμό, εκτιμώντας ότι δεν σχετίζεται με την πραγματικότητα.

Βέβαια, η κρίση του Δικαστηρίου που έκρινε σε δεύτερο βαθμό είναι αυτή που γέννησε ερωτήματα σχετικά με την αντιμετώπιση των εκπτώσεων στις ΗΠΑ, καθώς το δευτεροβάθμιο Δικαστήριο επισήμανε ότι σε κάθε περίπτωση η Virgin δεν κατάφερε να αποδείξει αν και με ποιον τρόπο η πρακτική της British Airways προκαλούσε ζημία στους καταναλωτές. Αυτή ακριβώς η κρίση του Δικαστηρίου, αναφορικά με την ύπαρξη ή όχι ζημίας στους καταναλωτές και συναφώς στον ανταγωνισμό, ήταν που δημιούργησε ερωτηματικά, καθώς στις ΗΠΑ δεν ακολουθήθηκε η ίδια την τακτική με την Ευρωπαϊκή Ένωση, που θεωρεί αυτού τους είδους τις πρακτικές *per se* καταχρηστικές.

Είναι προφανές ότι στις ΗΠΑ δεν ακολουθούν μια *per se* προσέγγιση απαγόρευσης για τις πρακτικές που πιθανό να οδηγούν σε χαμηλότερες τιμές για τους καταναλωτές. Τέτοιου είδους απαγόρευση σε πρακτικές εκπτώσεων δεν έχει εμφανιστεί ιδιαίτερα στην πράξη και όταν συνέβη αφορούσε εκπτώσεις επί ενός μόνο προϊόντος που εμφανίζονταν ως τιμολόγηση κάτω του κόστους και με αυτόν τον τρόπο δημιουργούταν πραγματική (και όχι πιθανή ή δυνατή) βλάβη στον ανταγωνισμό. Ακόμα, δηλαδή, και στην περίπτωση που η υπό κρίσιν επιχείρηση κατέχει σημαντική θέση στην αγορά, τα Δικαστήρια δεν αλλάζουν την προσέγγισή τους αυτή, καθώς δεν θέλουν να παροτρύνουν τις επιχειρήσεις με μονοπωλιακή δύναμη να τιμολογούν υψηλά. Ο διαφορετικός αυτός τρόπος προσέγγισης (εκτιμώντας την τελική ζημία και όχι τον τρόπο δράσης της επιχείρησης) δικαιολογείται από το γεγονός ότι στις ΗΠΑ ακολουθείται η Scherman Act Section 2, που περιλαμβάνει τον «κανόνα της λογικής» (“rule of reason”) στην κρίση για μια πιθανώς παράνομη πρακτική εκπτώσεων που στην Ευρώπη φαίνεται να απαγορεύεται στις περισσότερες περιπτώσεις *per se*. Μάλιστα, σύμφωνα με μια έρευνα πάνω από το 99% των υποθέσεων κερδήθηκαν από εναγομένους που επικαλέστηκαν τον «κανόνα της λογικής», καθώς οι ανταγωνιστές/ενάγοντες δεν μπορούσαν να αποδείξουν τον ανταγωνιστικό αποτέλεσμα της συμπεριφοράς τους σε μια συγκεκριμένη αγορά¹³.

13. *Carrier M.*, “The Rule of Reason: An Empirical Update for the 21st Century”, 16 *Geo. Mason L. Rev.* 827, 829 (2009).

Μέχρι τη δεκαετία του 1990 στις ΗΠΑ σημασία είχε το ποσοστό της αγοράς που κάλυπταν οι ρήτρες αποκλειστικότητας και η διάρκεια αυτών των συμφωνιών. Αργότερα, στην υπόθεση *Omega Environmental Inc v. Gilbarco Inc*¹⁴ δόθηκε έμφαση στα αποτελέσματα των πρακτικών αυτών και στην επικείμενη βλάβη των καταναλωτών. Ειδικότερα, παρόλο που το Δικαστήριο αναγνωρίζει έναν θεωρητικό αποκλεισμό κατά 38%, ορίζει ότι ο αποκλεισμός από τους διανομείς δεν είναι πανομοιότυπος με τον αποκλεισμό από την αγορά και ότι αυτό το επίπεδο αποκλεισμού είναι πολύ χαμηλότερο από αυτό που φαίνεται. Με τον τρόπο αυτό μειώθηκε η σημασία του ποσοστού της αγοράς, καθώς θεωρήθηκε ότι ακόμα και ένα μεγάλο ποσοστό μπορεί να μην έχει αρνητικές επιπτώσεις στους καταναλωτές (π.χ. αν υπάρχουν εναλλακτικές μέθοδοι διανομής) ούτε να έχουν άμεσο αποκλεισμό της αγοράς¹⁵. Επίσης, τονίσθηκε η δυνατότητα των πελατών να αλλάξουν προμηθευτή, καθώς τα αποδεικτικά στοιχεία της *Omega* ότι οι συμφωνίες αποκλειστικής διανομής κατέλαβαν όντως ολόκληρο το πεδίο προφανώς δεν λήφθηκαν υπόψη.

Τα Δικαστήρια στις ΗΠΑ θεωρούν ότι βλάβη στους καταναλωτές εκτός από το βασικό κριτήριο βλάβης υπό τη μορφή της υψηλότερης τιμής ή της χαμηλότερης ποιότητας μπορεί να προκληθεί και όταν περιορίζεται η δυνατότητα των ανταγωνιστών να ασκήσουν πίεση στην δεσπόζουσα επιχείρηση¹⁶. Φυσικά ιδιαίτερα σημαντική είναι η σχέση της παρεμπόδισης των ανταγωνιστών με προκύπτουσα τυχόν αύξηση της τιμής ή μείωση στην ποιότητα.

Χαρακτηριστική υπόθεση του απασχόλησε τα Δικαστήρια των ΗΠΑ ήταν η υπόθεση *Concord Boat v. Brunswick Corp*¹⁷ που αφορούσε την αγορά μηχανών για πλοία αναψυχής στην οποία η *Brunswick* είχε μερίδιο αγοράς 75% όταν ξεκίνησε να προσφέρει εκπτώσεις, το 1983. Η εν λόγω επιχείρηση προσέφερε εκπτώσεις διαφόρων τύπων αλλά αντίστοιχες εκπτώσεις προσέφεραν και οι ανταγωνιστές. Κάποιοι κατασκευαστές πλοιαρίων κατήγγειλαν την *Brunswick*, και ένας από τους λόγους καταγγελίας ήταν ότι αυτές οι εκπτώσεις εκτόπιζαν τους άλλους παραγωγούς μηχανών, καθώς αποτελούσαν «χρυσές χειροπέδες» ή ένα «φόρο» που θα έπρεπε να πληρώσουν (χάνοντας τις εκπτώσεις) αν ήθελαν οι ίδιοι να αλλάξουν προμηθευτή. Το Εφετείο κρίνοντας σε δεύτερο βαθμό αποφάσισε ότι η ανωτέρω πρακτική δεν παραβίαζε ούτε το Section 1 ούτε το Section 2 του *Sherman Act*, εξηγώντας ότι δεν υπήρξε καμία σαφής απόδειξη ότι οι εκπτώσεις αυτές απαιτούσαν ρήτρα αποκλειστικότητας με την *Brunswick* και ότι οι εν λόγω εκπτώσεις δεν οδήγησαν σε τιμές κάτω του κόστους. Μάλιστα υποστήριξε την άποψη ότι διατυπώνο-

14. United States Court of Appeals, *Omega Environmental Inc v Gilbarco Inc*, 9th Cir. 1997.

15. *Jacobson J.*, «Exclusive Dealing, Foreclosure and Consumer Harm», *Antitrust Law Journal*, 311-349.

16. *Hovenkamp H.t.*, «Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice», *HORN-BOOK SERIES STUDENT EDITION*, 3th Edition, West Publishing Co, February 2005.

17. United States Court of Appeals, *Concord Boat v. Brunswick Corp*, 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000).

ντας ότι οι τιμές πάνω από το κόστος είναι νόμιμες και αντιπροσωπεύουν τον κανονικό ανταγωνισμό. Μάλιστα, ο ισχυρισμός αυτός δεν μπορούσε να ανατραπεί, αφού οι αγοραστής μπορούσαν να προμηθεύονται το 40% των αναγκών τους από ανταγωνιστές της δεσπόζουσας επιχείρησης χωρίς όμως να χάνουν την έκπτωση, και γι' αυτό το λόγο δεν μπορούσαν να χαρακτηρισθούν οι συμφωνίες αυτές ως συμφωνίες αποκλειστικής προμήθειας. Το δικαστήριο, βρήκε επίσης ότι αν και οι ανταγωνιστές μπορούσαν να προσφέρουν μεγάλες εκπτώσεις, οι κατασκευαστές των πλοιαρίων μπορούσαν με κάθε ελευθερία να μην ακολουθήσουν το σχήμα και πράγματι κάποιοι πήραν καλύτερες προσφορές όταν αυτές έγιναν από ανταγωνιστές.

Δεδομένης της πρόσφατης τροχιάς των υποθέσεων του Ανώτατου Δικαστηρίου που επεκτείνουν το πλαίσιο του Group Brooke¹⁸ στις πρακτικές τιμολόγησης όπως οι εικαζόμενες υπερβολικές προσφορές και η συμπίεση των τιμών, δεν θα εκπλήσσει το αν η προσέγγιση του Concord Boat κερδίζει τελικά στο Ανώτατο Δικαστήριο. Αλλά υπάρχουν εναλλακτικές προσεγγίσεις. Στην περίπτωση των εκπτώσεων πίστωσης που προσέφερε η Intel η FTC και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή διαφώνησαν με τα αμερικανικά δικαστήρια και υποστήριξαν ότι ακόμα και στην περίπτωση τιμών πάνω του κόστους μπορεί να υπάρξει αποκλεισμός των ανταγωνιστών. Κατά την άποψή τους, αν ένας κυρίαρχος πωλητής όπως η Intel είχε τον αποτελεσματικό έλεγχο επί ενός αναμφισβήτητου τμήματος της αγοράς και προσέφερε εκπτώσεις πίστωσης που κάλυπταν τα αμφισβητήσιμα τμήματα της αγοράς, ανταγωνιστές όπως η Advanced Micro Devices (AMD) ενδέχεται να αποκλειστούν από την αγορά επειδή δεν θα μπορούσαν να ανταγωνιστούν τις εκπτώσεις στο αναμφισβήτητο τμήμα¹⁹.

Δ. Η προσέγγιση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής

Η προσπάθεια της Επιτροπής να διευρύνει το πλαίσιο ερμηνείας των εκπτώσεων δεν είναι ξεκάθαρο ότι οδηγείται σε κατάργηση της άποψης των *per se* καταχρηστικών εκπτώσεων πίστωσης, αλλά φαίνεται να επιμένει στην ύπαρξη τεκμηρίων καταχρηστικής συμπεριφοράς. Σε κάθε περίπτωση παρουσιάζεται ένα σύνολο κανόνων που φανερώνει ότι η Επιτροπή έχει κατανοήσει την ανάγκη ύπαρξης τουλάχιστον της πιθανότητας αποκλεισμού σημαντικού τμήματος της αγοράς προτού παρέμβει αλλά και της ανάγκης διεύρυνσης τη δυνατότητας των μερών να δικαιολογήσουν την πρακτική τους.

Επηρεαζόμενη η Ευρώπη από το rule of reason των ΗΠΑ προκειμένου να διαπιστώσει τον καταχρηστικό χαρακτήρα των εκπτώσεων πίστωσης συνεκτιμά το σύνολο των περιστάσεων, και ιδίως τα κριτήρια και τις λεπτομέρειες που προβλέπο-

18. United States Court of Appeal, Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (4th Cir.1993): κρίθηκε στην υπόθεση Brooke Group, ότι για την ύπαρξη επιθετικής τιμολόγησης είναι απαραίτητη προϋπόθεση η ύπαρξη λογικής προοπτικής ή σημαντικής πιθανότητας της ανάκτησης των απωλειών που υπέστη η επιχείρηση πωλώντας κάτω του κόστους.

19. Crane D., Antitrust, Wolters Kluwer, Law & Business, 2014, 126.

νται για τη χορήγηση των εκπτώσεων, καθώς και εξετάζει εάν οι συγκεκριμένες εκπτώσεις αποβλέπουν στη χορήγηση πλεονεκτήματος που δεν στηρίζεται σε καμία οικονομική παροχή που να το δικαιολογεί, στην αφαίρεση ή περιορισμό του αγοραστή της δυνατότητας επιλογής όσον αφορά τις πηγές εφοδιασμού του, στην παρεμπόδιση της εισόδου των ανταγωνιστών στην αγορά, στην εφαρμογή στους εμπορικώς συναλλασσόμενους άνισους όρους για ισοδύναμες παροχές ή στην ενίσχυση της δεσπόζουσας θέσης.

Συνακόλουθα, για να εξακριβωθεί εάν είναι σύμφωνη ή αντίκειται προς το αρ. 102 ΣΛΕΕ η εκπτωτική πολιτική μιας δεσπόζουσας επιχείρησης, πρέπει πρώτα να εξετασθεί εάν οι χορηγούμενες εκπτώσεις συντελούν ή είναι ικανές να περιορίσουν τον ανταγωνισμό στην οικεία αγορά, αφού πρώτα αξιολογηθούν τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά και το είδος της χορηγούμενης έκπτωσης, αλλά και το σύνολο των περιστάσεων εντός των οποίων λειτουργεί, και γενικά τις συνθήκες της αγοράς στο πλαίσιο της οποίας εντάσσονται οι κρίσιμες πρακτικές.

Με την πάροδο του χρόνου εμφανίζονταν όλο και περισσότεροι, οι οποίοι υποστήριζαν ότι μια πρακτική εκπτώσεων δεν πρέπει να κρίνεται καταχρηστική απλά και μόνο από τον τρόπο που παρουσιάζεται στην αγορά, αλλά θα πρέπει να αξιολογείται η δυνατότητα να πληγεί ο ανταγωνισμός ή να προκληθεί βλάβη στους καταναλωτές, συνεπώς να εξετάζεται η εκάστοτε περίπτωση ανάλογα με τα χαρακτηριστικά της.

Η Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων της Ευρωπαϊκής Επιτροπής το 2009 θέλησε να εισάγει έναν νέο τρόπο ερμηνεία της εκπτωτικής πολιτικής, αναφερόμενη σε υπό προϋποθέσεις εκπτώσεις, προτείνοντας μια εκτίμηση βασισμένη περισσότερο στην οικονομική ανάλυση («effect based approach») ²⁰. Είναι φανερό ότι η ερμηνεία που προτείνει η Ευρωπαϊκή Επιτροπή για το αρ. 102 κινείται γύρω από την προστασία του ανταγωνισμού καθεαυτόν. Εκλαμβάνει όμως την έννοια αυτή όχι ως την ανταγωνιστική διαδικασία μεταξύ των συμμετεχόντων σε μια αγορά αλλά ως ένα μηχανισμό βελτιστοποίησης της κατανομής των πόρων και μεγιστοποίησης της ευημερίας των καταναλωτών ²¹. Με βάση τα ανωτέρω, μπορεί να υποστηριχθεί ότι η δεσπόζουσα επιχείρηση έχει «ειδική ευθύνη» να διατηρεί τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό με σκοπό να επιτυγχάνεται η ευημερία των καταναλωτών. Δηλαδή, η ίδια η επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση δεν πρέπει να θέτει σε διακινδύνευση τον ανταγωνισμό που είναι αποδοτικός και αποτελεσματικός, έχοντας θετικές συνέπειες για τον καταναλωτή ²².

Σαφώς επηρεασμένη η Επιτροπή από το αμερικανικό δίκαιο και το rule of reason που προτάσσει η Sherman Act, προσπαθεί να μεταβεί από τη φορμαλιστική εφαρμο-

20. *Giulio F.*, The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts in Europe: Towards a More Economic Approach, *Journal of European Competition Law and Practice*, Vol. 2, No. 3, 2011.

21. *Αθανασίου Α.*, Εννοιολογική οριοθέτηση της παρεμποδιστικής κατάχρησης - Σκέψεις επί της πρότασης της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την οικονομική ερμηνεία του αρ. 82 ΣυνθΕΚ, ΔΕΕ 2006, 1241.

22. *Bavasso A.*, The Role of Intent Article 82 EC: From “Flushing the Turkeys” to “Spotting Lions in Regent’s Park”, *ECLR* 2005, 616, ειδικότερα 619.

γή του αρ. 102 ΣΛΕΕ σε μια εφαρμογή που θα προσδιορίζεται από την οικονομική ανάλυση των αποτελεσμάτων των πρακτικών των δεσποζουσών επιχειρήσεων. Επιχειρείται μια σύγκλιση μεταξύ των «per se rules» και του «rule of reason», καθώς προτείνεται μια μέθοδος ερμηνείας που θα εξετάζει ad hoc αν οι πρακτικές των δεσποζουσών επιχειρήσεων είναι επιβλαβείς για τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό.

Σύμφωνα με την Επιτροπή τέσσερις προϋποθέσεις πρέπει να πληρούνται ώστε να μην κρίνεται καταχρηστική μια prima facie αντι-ανταγωνιστική πρακτική. Ειδικότερα, η πρακτική αυτή θα πρέπει να συμβάλει ή να δύναται να συμβάλει στην οικονομική αποτελεσματικότητα, να είναι αναγκαία για την επίτευξη του εν λόγω στόχου της επιχείρησης, ο καταναλωτής να επωφελείται από αυτή την ωφέλεια ή άλλως να μην ζημιώνεται, και τέλος να μην εξαλείφεται ο ανταγωνισμός σε σημαντικό τμήμα της οικείας αγοράς²³. Αυτή η ερμηνεία της κατάχρησης ενδέχεται να είναι νομικά εφικτή, καθώς η ερμηνεία του δικαίου πρέπει να είναι σύμφωνη με τις οικονομικοπολιτικές συνθήκες. Άλλωστε, τόσο η οικονομική όσο και η πρακτική θεωρία αφήνουν να εννοηθεί ότι η παρουσία λίγων και μεγάλων παικτών στην αγορά δεν θέτει τον ανταγωνισμό σε αδυναμία και ότι ορισμένες (per se απαγορευμένες) πρακτικές μπορεί να είναι αποτελεσματικές για την κοινωνική ολότητα ακόμη και όταν εφαρμόζονται από επιχειρήσεις με ουσιώδη οικονομική ισχύ²⁴.

Οι ανωτέρω προϋποθέσεις θυμίζουν όχι μόνο την εφαρμογή του αμερικανικού rule of reason, αλλά και την παράγραφο 3 του αρ. 101 ΣΛΕΕ. Στην ουσία η Επιτροπή επιχειρεί να εισάγει ερμηνευτικά ένα οιονεί σύστημα απαλλαγής αντίστοιχο με το αρ. 101, το οποίο δεν είχε προβλεφθεί από τον κοινοτικό νομοθέτη. Η βασική διαφορά μεταξύ του αρ. 101 και 102 είναι ότι το 102 δεν προβλέπει τη δυνατότητα νομιμοποίησης συμπεριφορών που καταρχήν υπάγονται στον απαγορευτικό κανόνα. Με άλλα λόγια, δεν κάνει διάκριση σε καλές και κακές καταχρήσεις, διευκρινίζει μόνο ότι είτε μια πρακτική είναι καταχρηστική διότι θέτει σε διακινδύνευση τη δυναμική ικανότητα του ανταγωνισμού και άρα απαγορεύεται, είτε δεν είναι καταχρηστική και επιτρέπεται. Η προσπάθεια απαλλαγής που επιχειρείται συνιστά ίσως μια *contra legem* και συνεπώς μη αποδεκτή ερμηνεία της διάταξης.

Αντί επιλόγου

Μια διευκρίνιση είναι αναγκαία στο σημείο αυτό. Στις ΗΠΑ είναι λογικό να δημιουργηθεί ένας rule of reason, γιατί τα αντίστοιχα με τα αρ. 101 και 102 ΣΛΕΕ

23. «Κατευθύνσεις σχετικά με τις Προτεραιότητες της Επιτροπής κατά τον έλεγχο της εφαρμογής του αρ. 82 της Συνθήκης ΕΚ σε καταχρηστικές συμπεριφορές αποκλεισμού που υιοθετούν δεσπόζουσες επιχειρήσεις», 9.2.2009, E (2009) 864 τελικό, διαθέσιμο στον ιστότοπο: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2009/EL/3-2009-864-EL-F-0.Pdf>, και *Faull & Nikray*, *The EU Law of Competition*, 3rd Edition, Oxford University Press, 2014.

24. *Neils G & Jenkins H.*, “Reform of Article 82: Where the Link Between Dominance and Effects Breaks Down”, *ECLR* 2005, 606.

το Section 1 και 2 του Scherman Act, απλά κάνουν αναφορά στην απαγόρευση. Μέσα από τη νομολογία προέκυψε ότι υπάρχουν στοιχεία της αγοράς που μπορούν να οδηγήσουν σε απαλλαγή της *per se* καταχρηστικότητας και για το λόγο αυτό ο *rule of reason* ήταν για τις ΗΠΑ η προσήκουσα ερμηνευτική προσέγγιση. Από την άλλη πλευρά του Ατλαντικού, υπάρχει διαφορετικό κανονιστικό πλαίσιο, αφού στο αντίστοιχο άρθρο για τις συμπράξεις επιχειρήσεων (101 ΣΛΕΕ) υπάρχει η παράγραφος 3 κείμενη από τον κοινοτικό νομοθέτη, η οποία δίνει τη δυνατότητα απαλλαγής από τον χαρακτηρισμό της απαγορευτικής σύμπραξης. Η κρατούσα γνώμη στη θεωρία και στη νομολογία τάσσεται υπέρ της γνώμης ότι δεν μπορεί να υιοθετηθεί ένας κανόνας λογικής (*rule of reason*) στα πλαίσια του αρ. 101 ΣΛΕΕ, γιατί με αυτόν τον τρόπο θα αδρανοποιούνταν η παράγραφος 3 του αρ. 101 ΣΛΕΕ²⁵, χωρίς ωστόσο να αγνοείται και ο αντίλογος που δέχεται πως μπορεί να λειτουργήσει ένας *rule of reason* στα πλαίσια του αρ. 101 ΣΛΕΕ²⁶.

Ωστόσο, στο αρ. 102 ΣΛΕΕ το κανονιστικό πλαίσιο είναι διαφορετικό από το αρ. 101 ΣΛΕΕ και ίσως αυτό να ομοιάζει και με το Section 2 Sherman Act. Η μέχρι τώρα εξέλιξη της αγοράς και των συνθηκών που επικρατούν αναδεικνύουν όλο και περισσότερο την ανάγκη να ξεφύγουν τόσο η Ευρωπαϊκή Επιτροπή όσο και τα Δικαστήρια από τη φορμαλιστική προσέγγιση των *per se* καταχρήσεων και για αυτό το λόγο εισάγεται μια οικονομική προσέγγιση (*effect based approach*) που αποτυπώνει τον κανόνα της λογικής (*rule of reason*) στην Ευρώπη. Βέβαια, η μετατόπιση της αξιολόγησης των κάθετων περιορισμών από τον κανόνα της *per se* απαγόρευσης στην αντιμετώπισή τους με βάση το *rule of reason* είχε ως συνέπεια τη χαλάρωση του ελέγχου στις ΗΠΑ σε σημείο που πλέον να γίνεται λόγος για *per se* legality των κάθετων περιορισμών²⁷.

Τα Ενωσιακά Δικαστήρια, όπως φανερώνει η πρόσφατη νομολογία παραμένουν επιφυλακτικά στην υιοθέτηση μιας οικονομικής προσέγγισης (*effect based approach*), παρά το γεγονός ότι αυτή συστήνεται από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή με την Ανακοίνωση Προτεραιοτήτων. Ωστόσο, τα Ενωσιακά Δικαστήρια δεν αρνούνται ότι το τεστ του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή μπορεί να δείξει κατά πόσο μια εκπτωτική πολιτική μπορεί να βλάψει ή όχι τον ανταγωνισμό. Η επιφύλαξη των Δικαστηρίων στο να απολέσουν μια *per se* προσέγγιση ίσως δικαιολογείται

25. *Monti, G.*, “Article 81 EC and public policy”, CMLR 2002, 1057 και *Whish R. & Sufrin B.*, “Article 85 and the Rule of Reason”, Yearbook of European Law 1987, 1.

26. *Korah V.*, “The Rise and Fall of Provisional Validity - The Need for a Rule of Reason in EEC Antitrust”, Northwestern Journal of International Law & Business, 1981, 320, διαθέσιμο και στον ιστότοπο: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1096&context=njilb>.

27. *Κομνηνός Α. - Λιανός Ι.*, επιμ. ύλης: Τζουγανάντος Δ., «Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού», 2013, 680 με τις εκεί παραπομπές σε *Ginsburg*, Vertical Restraints: De facto Legality Under the Rule of Reason, 60 Antitrust Law Journal 1991, 67, *Gellhorn/Kovacic/Calkins*, Antitrust Law and Economics, 5η εκδ. 2004, 369, *Hovenkamp H.*, Federal Antitrust Policy, 2η εκδ. 1999, 480.

από τον φόβο μήπως μειωθεί η ανταγωνιστικότητα στην αγορά, καταστρατηγηθούν οι αρχές του ανταγωνισμού, ζημιωθούν οι καταναλωτές και εν τέλει κλονισθεί η ισορροπία εντός μιας κοινής εσωτερικής αγοράς.

Το Δίκαιο του Ανταγωνισμού είναι φανερό ότι παίζει καθοριστικό ρόλο στη λειτουργία της αγοράς και αναμένονται κρίσιμες εξελίξεις, οι οποίες είναι αναπόφευκτες λόγω την τροχιάς που έχει πάρει η σύγχρονη οικονομία, καθώς πλέον πρωταγωνιστεί ένα ασταθές οικονομικό και πολιτικό περιβάλλον σε Ευρωπαϊκό Πολιτικό επίπεδο και πρωτεύει η ανάγκη και ουσιαστικές αλλαγές και αποφάσεις. Η επιρροή από τις ΗΠΑ είναι δικαιολογημένη, αλλά η πρακτική μέχρι στιγμής έχει δείξει ότι δεν μπορεί να εφαρμοστεί το ίδιο μοτίβο στην Ευρώπη, αλλά και αν μπορέσει να εφαρμοσθεί δεν είναι σίγουρο ότι τα αποτελέσματα θα ωφελήσουν τους παράγοντες της αγοράς ή ότι θα οδηγήσουν σε κατακερματισμό.