ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗ ΤΟΥ ΠΡΩΤΟΔΙΚΕΙΟΥ HEINRICH KIRSCHNER της 21ης Φεβρουαρίου 1990 *

Α — Τα πραγματικά περιστατικά 313

Β — Το βάσιμο της προσφυγής 316

I — Το ζήτημα αν η εφαρμογή του άρθρου 86 συμβιβάζεται με την εξαίρεση 316

1) Το νομικό πλαίσιο 317

α) Η Συνθήκη και η ερμηνεία της από το Δικαστήριο 317

β) Η ατομική εξαίρεση κατ' εφαρμογή του άρθρου 86 322

γ) Η εξαίρεση κατά κατηγορία κατ' εφαρμογή του άρθρου 86 326

2) Η απόκτηση της αδείας εκμεταλλεύσεως του διπλώματος ευρεσιτεχνίας ως κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης 330

α) Τα στοιχεία της κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης 330

β) Η διαπίστωση της παραβάσεως στην προσβαλλόμενη απόφαση 336

II — Παραβίαση της αρχής της ασφαλείας του δικαίου 338

1) Η δυνατότητα προβλέψεως της εφαρμογής του άρθρου 86 340

α) Η εφαρμογή του άρθρου 86 ήταν δυνατό να προβλεφθεί παρά την ύπαρξη εξαιρέσεως κατά κατηγορία 340

β) Πρόσθετη ασφάλεια δικαίου λόγω της δυνατότητας αρνητικής πιστοποιήσεως 342

2) Επιπτώσεις επί εννόμων σχέσεων οι οποίες έχουν καλοπίστως θεμελιωθεί επί της εξαιρέσεως 343

III — Απειλή για την ομοιόμορφη εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου 344

Γ — Συμπέρασμα 346

Κύριε Πρόεδρε,
Κύριοι δικαστές,

1. Κατά το άρθρο 2 της αποφάσεως του Συμβουλίου της 24ης Οκτωβρίου 1988 [1], το μέλος του Πρωτοδικείου που καλείται να ασκήσει καθήκοντα γενικού εισαγγελέα έχει ως έργο να εκθέσει σε δημόσια συνεδρίαση, με πλήρη αμεροληψία και ανεξαρτησία, αιτιολογημένες προτάσεις για να συνδράμει το Πρωτοδικείο στην εκπλήρωση του έργου του. Έχω σήμερα την τιμή να παρουσιάσω τις πρώτες προτάσεις που αναπτύσσονται ενώπιον του δικαστηρίου μας. Θα προσπαθήσω να εκπληρώσω το καθήκον αυτό με αμεροληψία και ευσυνειδησία, ώστε να βοηθήσω την ολομέλεια

* Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γερμανική.

1 — ΕΕ 1988, L 319, σ. 1· αναδημοσιεύθηκε κατόπιν διορθώσεων στην ΕΕ 1989, C 215, σ. 1.

του Πρωτοδικείου να λάβει την πρώτη απόφαση στην ιστορία του. Ενόψει της σπουδαιότητας της υπό κρίση υποθέσεως, αποφάσισα να μην παρουσιάσω τις προτάσεις μου γραπτώς, αλλά να τις αναπτύξω ενώπιόν σας κατά την παρούσα συνεδρίαση.

Α — Τα πραγματικά περιστατικά

Το ιστορικό της υποθέσεως σας είναι γνωστό και ως εκ τούτου θα υπενθυμίσω μόνο τα κύρια σημεία του, κατά το μέτρο που μπορούν να διευκολύνουν την κατανόηση ή να συμβάλουν στη επίλυση της παρούσας διαφοράς.

2. Η προσφεύγουσα, Tetra Pak Rausing SA, συντονίζει από την Ελβετία τις δραστηριότητες του ομίλου Tetra Pak. Πρόκειται, προφανώς, για ένα κατά το γερμανικό δίκαιο καλούμενο « Konzern ». Η Tetra παράγει και διαθέτει χάρτινα κουτιά και μηχανές πληρώσεως για τη συσκευασία υγρών τροφίμων, κατέχει δε παγκοσμίως την πρώτη θέση στον τομέα αυτό. Αυτό ισχύει ειδικώς όσον αφορά την ασηπτική συσκευασία υγρών, κυρίως του λεγομένου γάλακτος UHT, καθόσον η Tetra υπήρξε μία από τις πρώτες εταιρίες που ανέπτυξαν τέτοιες μεθόδους και διέθεταν αντίστοιχο εξοπλισμό και υλικά συσκευασίας.

3. Το 1985 το μερίδιο της Tetra επί της αγοράς εντός της Ευρωπαϊκής Κοινότητας ήταν 91,8 % για τις μηχανές ασηπτικής πληρώσεως και 89,1 % για τα αντίστοιχα χάρτινα κουτιά. Κατά την Επιτροπή, αποκτώντας την άδεια αποκλειστικής εκμεταλλεύσεως ενός διπλώματος ευρεσιτεχνίας που κατοχυρώνει μία άλλη μέθοδο αποστειρώσεως των χάρτινων κουτιών, η Tetra εμπόδισε την είσοδο νέων ανταγωνιστών στην αγορά των εγκαταστάσεων και του υλικού για την ασηπτική συσκευασία του γάλακτος και παρέβη έτσι το άρθρο 86 της Συνθήκης ΕΟΚ [2]. Η Tetra θεωρεί την αιτίαση αυτή αβάσιμη με την αιτιολογία ότι η άδεια εκμεταλλεύσεως διπλώματος ευρεσιτεχνίας περιλαμβάνεται μεταξύ των συμφωνιών που εξαιρούνται βάσει του κανονισμού (ΕΟΚ) 2349/84 [3]. Για να καταστεί σαφής η σημασία της εκ μέρους της Tetra αποκτήσεως της εν λόγω αδείας, πρέπει πρώτ' απ' όλα να περιγραφούν τα τεχνικά στοιχεία των σχετικών αγορών.

4. Η μέθοδος UHT συνίσταται στην επί σύντομο διάστημα θέρμανση του γάλακτος σε θερμοκρασία περίπου 140° C ώστε να αποστειρωθεί. Αμέσως μετά, το γάλα συσκευάζεται αυτομάτως, υπό αυστηρώς ασηπτικές συνθήκες, σε χάρτινα κουτιά που έχουν προηγουμένως αποστειρωθεί με την ίδια μηχανή. Το γάλα που έχει υποστεί αυτού του είδους την επεξεργασία μπορεί να διατηρηθεί για πολλούς μήνες και, αντίθετα προς το γάλα που έχει υποβληθεί στις συνήθεις μεθόδους αποστειρώσεως, η γεύση του δεν επηρεάζεται αισθητά. Αν όμως η αποστείρωση κατά τη συσκευασία δεν είναι απόλυτη, υπάρχει κίνδυνος το προϊόν να αλλοιωθεί και να καταστεί επικίνδυνο για την υγεία.

5. Τα τεχνικής φύσεως εμπόδια για την είσοδο στην αγορά των μηχανών ασηπτικής συσκευασίας είναι σημαντικά. Ναι μεν η βασική μέθοδος αποστειρώσεως την οποία εφαρμόζει η Tetra δεν προστατεύεται πλέον με διπλώματα ευρεσιτεχνίας, η κατασκευή όμως των μηχανών που εξασφαλίζουν την αναγκαία αποστείρωση προϋποθέτει ευρεία τεχνογνωσία και μακροχρόνια πείρα. Η κατασκευή του υλικού συσκευασίας είναι λιγότερο δύσκολη από τεχνική άποψη, αλλά η πώληση των χάρτινων κουτιών συνδυάζεται, κατά γενικό κανόνα, με την πώληση των μηχανών. Επομένως, το κλειδί της εισόδου στην αγορά των χάρτινων κουτιών βρίσκεται στην ικανότητα διαθέσεως και των αντιστοίχων μηχανών πληρώσεως.

2 — Τα κατωτέρω παρατιθέμενα άρθρα χωρίς περαιτέρω μνεία είναι άρθρα της Συνθήκης ΕΟΚ.

3 — ΕΕ 1984, L 219, σ. 15.

6. Το γάλα UHT διατίθεται ως επί το πλείστον στο εμπόριο μέσα σε ορθογώνια χάρτινα κουτιά. Οι μηχανές πληρώσεως που κυκλοφορούν στο εμπόριο αποστειρώνουν τα κουτιά αυτά με τη χρησιμοποίηση πυκνού διαλύματος υπεροξειδίου του υδρογόνου (οξυζενέ). Με τη θέρμανση εξατμίζονται τα κατάλοιπα της ουσίας αυτής πριν από την πλήρωση και διατηρείται η αποστείρωση των κουτιών.

Το σύστημα πληρώσεως που ανέπτυξε η Tetra συνίσταται στην προμήθεια του υλικού συσκευασίας σε ρολλά και στην αποστείρωσή του ενώ βρίσκεται σε επίπεδη μορφή, αφού ξετυλιχθεί. Μόλις κατά την πλήρωση παίρνουν το σχήμα τους τα χάρτινα κουτιά, οπότε και σφραγίζονται απ' όλες τις πλευρές. Αντίθετα, κατά το έτερο σύστημα που είναι εμπορικώς διαθέσιμο εντός της Κοινότητος χρησιμοποιούνται χάρτινα κουτιά σχηματισμένα εκ των προτέρων· το σύστημα αυτό έχει αναπτυχθεί από την PKL, θυγατρική της Reinmetall. Συγκρινόμενο με τη μέθοδο που εφαρμόζει η Tetra, το σύστημα αυτό παρουσιάζει το μειονέκτημα ότι το υπεροξείδιο του υδρογόνου εξατμίζεται δυσκολότερα στα εκ των προτέρων σχηματισμένα κουτιά απ' ό,τι στην επίπεδη επιφάνεια, με αποτέλεσμα να είναι μεγαλύτερος ο κίνδυνος παρουσίας καταλοίπων του αποστειρωτικού προϊόντος.

7. Τα μειονεκτήματα αυτά περιορίζονται με τη χρησιμοποίηση μιας μεθόδου αποστειρώσεως που έχει αναπτυχθεί στο Ηνωμένο Βασίλειο και την οποία αφορά η άδεια στην οποία αναφέρεται η παρούσα υπόθεση. Η μέθοδος αυτή ενισχύει την ενέργεια του υπεροξειδίου του υδρογόνου με τη χρήση υπεριωδών ακτίνων· αρκεί, έτσι, αραιό διάλυμα του εν λόγω προϊόντος για να εξασφαλιστεί η αποστείρωση. Για την τεχνολογία αυτή έχουν χορηγηθεί διπλώματα ευρεσιτεχνίας — των οποίων η ισχύς λήγει το έτος 2000 — στην Ιρλανδία, την Ισπανία, το Βέλγιο και ορισμένες τρίτες χώρες, όπως Ηνωμένες Πολιτείες, Καναδά και Ιαπωνία. Αιτήσεις για τη χορήγηση διπλώματος ευρεσιτεχνίας έχουν υποβληθεί στην Ιταλία και, βάσει της Συμβάσεως για το Ευρωπαϊκό Δίπλωμα Ευρεσιτεχνίας, στο Ηνωμένο Βασίλειο, τη Γαλλία, την Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας, τις Κάτω Χώρες, καθώς και την Αυστρία, την Ελβετία και τη Σουηδία. Δικαιούχος των διπλωμάτων ήταν αρχικώς το βρετανικό National Research and Development Council (NRDC). Από τις 27 Αυγούστου 1981 το NRDC παραχώρησε άδεια εκμεταλλεύσεως των διπλωμάτων και της σχετικής τεχνογνωσίας στη Novus Corporation, που ανήκε στον αμερικανικό όμιλο επιχειρήσεων Lipuipak. Επρόκειτο για άδεια αποκλειστικής εκμεταλλεύσεως που η ισχύς της θα έληγε στις 27 Αυγούστου 1988, με δυνατότητα παρατάσεως, υπό τον όρον όμως ότι δεν θα προσέκρουε στο άρθρο 85. Η σχετική με την άδεια συμφωνία εξαιρέθηκε από την απαγόρευση του άρθρου 85, παράγραφος 1, με τον κανονισμό 2349/84, περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία, από το 1985 — οπότε άρχισε να ισχύει ο εν λόγω κανονισμός.

8. Η Liquipak ειδικεύεται στην κατασκευή εγκαταστάσεων πληρώσεως για υγρά τρόφιμα. Ήδη πριν αποκτήσει την άδεια εκμεταλλεύσεως είχε κατασκευάσει με επιτυχία εγκαταστάσεις για τη συσκευασία νωπού γάλακτος (παστεριωμένου) σε χάρτινα κουτιά. Οι εν λόγω εγκαταστάσεις πρέπει, βεβαίως, να πληρούν και αυτές αυστηρές προδιαγραφές από άποψη υγιεινής, όχι όμως να εξασφαλίζουν απόλυτη αποστείρωση, αντίθετα προς τις μηχανές συσκευασίας του γάλακτος UHT.

9. Στο στάδιο στο οποίο βρισκόταν η τεχνική την εποχή εκείνη, το νωπό γάλα διετίθετο ως επί το πλείστον στο εμπόριο συσκευασμένο σε χάρτινα κουτιά γνωστά ως « Giebeldachkartons » (δηλαδή που το επάνω μέρος τους έχει σχήμα δίεδρης στέγης), τα οποία, αντίθετα προς τα ορθογώνια χάρτινα κουτιά που χρησιμοποιεί η Tetra, ανοίγονται εύκολα χωρίς χρησιμοποίηση βοηθητικών μέσων. Μετά την απόκτηση της αδείας η Liquipak άρχισε να ασχολείται με την ανάπτυξη μιας μηχανής για την ασηπτική πλήρωση αυτών των χάρτινων κουτιών. Παρά την πείρα της στον τομέα της συσκευασίας του νωπού γάλακτος η Liquipak δεν κατόρθωσε να κατασκευάσει αμέσως μηχανή ασηπτικής πληρώσεως ικανοποιητική από τεχνικής απόψεως. Η Liquipak προσπάθησε επί πολλά χρόνια να κατασκευάσει μια

τέτοια μηχανή. Τόσο για τις συσκευές που κατασκεύασε στο πλαίσιο της προσπαθείας αυτής όσο και για τα αντίστοιχα χάρτινα κουτιά τής χορηγήθηκαν διπλώματα ευρεσιτεχνίας.

10. Κατά την ανάπτυξη των μηχανών αυτών η Liquipak συνεργάστηκε με τον νορβηγικό όμιλο Elopak. Ο όμιλος Elopak παράγει και πωλεί χάρτινα κουτιά για τη συσκευασία προϊόντων διατροφής· διαθέτει επίσης στο εμπόριο εγκαταστάσεις πληρώσεως. Οι δραστηριότητές του επικεντρώνονται στη συσκευασία νωπού γάλακτος σε χάρτινα κουτιά του προαναφερθέντος τύπου « Giebeldachkartons ». Ο κύριος ανταγωνιστής του είναι η Tetra, η οποία κατέχει περί το 50 % της αγοράς των εγκαταστάσεων πληρώσεως και χάρτινων κουτιών για νωπό γάλα.

Η Elopak ήταν ο αποκλειστικός διανομέας, για την ΕΟΚ, των εξοπλισμών της Liquipak, δηλαδή των προοριζομένων για τη συσκευασία νωπού γάλακτος καθώς και των αναπτυσσομένων ακόμα μηχανών ασηπτικής συσκευασίας γάλακτος UHT. Η Elopak βοήθησε ιδίως τη Liquipak εγκαθιστώντας δοκιμαστικά σε διάφορα γαλακτοκομεία τη μηχανή ασηπτικής πληρώσεως που ανέπτυξε η Liquipak και προμηθεύοντάς της τα σχετικά χάρτινα κουτιά δωρεάν ή σε μειωμένη τιμή. Η Elopak ισχυρίζεται ότι ήδη το 1986 οι προσπάθειες αυτές κατέληξαν στην κατασκευή μιας μηχανής κατάλληλης να διατεθεί στο εμπόριο. Τον ισχυρισμό αυτό αμφισβητεί η προσφεύγουσα.

11. Το 1986 η Tetra απέκτησε τον όμιλο Liquipak και μαζί και την επίμαχη άδεια αποκλειστικής εκμεταλλεύσεως. Το British Technology Group — που υπήρξε ο διάδοχος του πρώτου χορηγήσαντος την άδεια, του National Research and Development Council — δεν προέβαλε καμία αντίρρηση κατά της μεταβιβάσεως της αδείας της Tetra.

Μετά την ανακοίνωση της αγοράς της Liquipak από την Tetra, η Elopak έπαυσε να συνεργάζεται στις δοκιμές της νέας μηχανής και ζήτησε από την Επιτροπή να διαπιστώσει ότι η Tetra είχε παραβεί τα άρθρα 85 και 86 της Συνθήκης ΕΟΚ.

12. Μετά την εκ μέρους της Επιτροπής κοινοποίηση των αιτιάσεων τον Μάρτιο του 1987 και την ακρόαση της 25ης Ιουλίου 1987, η Tetra παραιτήθηκε από την αποκλειστικότητα της άδειας. Καίτοι κατά την αντίληψή της δόθηκε με αυτόν τον τρόπο τέλος στην παράβαση των κανόνων περί ανταγωνισμού, η Επιτροπή έκρινε αναγκαίο, για να διευκρινιστεί προ παντός η νομική κατάσταση, να τερματίσει τη διαδικασία με την έκδοση αποφάσεως. Ενόψει, όμως, του σχετικού νεοφανούς χαρακτήρα της συναφούς πραγματικής καταστάσεως δεν επέβαλε πρόστιμο.

13. Στις 26 Ιουλίου 1988 η Επιτροπή εξέδωσε, έτσι, την προσβαλλόμενη απόφαση[4], της οποίας το διατακτικό,περιεχόμενο κατά βάση στο άρθρο 1, έχει ως εξής:

« Η απόκτηση, από ή για λογαριασμό της Tetra Pak Rausing SA, της αποκλειστικότητας της άδειας που έχει χορηγηθεί από τη NRDC στη Novus Corp. στις 27 Αυγούστου 1981 μέσω της εξαγοράς του ομίλου Liquipak, στο μέτρο που παράγει αποτελέσματα στην Κοινότητα, συνιστά παράβαση του άρθρου 86 από την ημερομηνία της απόκτησης και μέχρις ότου η αποκλειστικότητα αυτή πράγματι τερματίστηκε. »

Η Επιτροπή επιφυλάχθηκε ρητώς όσον αφορά το δικαίωμά της για περαιτέρω έρευνες σχετικά με την εμπορική συμπεριφορά, υπό ευρεία έννοια, της προσφεύγουσας στις αγορές των χάρτινων κουτιών για τη συσκευασία γάλακτος (τόσο νωπού όσο και υπό ασηπτικές συν-

4 — Απόφαση 88/501/ΕΟΚ (ΕΕ L 272, σ. 27).

θήκες), προκειμένου να εξακριβωθεί αν η προσφεύγουσα τέλεσε άλλες παραβάσεις του άρθρου 85 ή του άρθρου 86.

Προς αποφυγή επαναλήψεων, δεν θα επανέλθω επί των διαπιστώσεων των πραγματικών περιστατικών επί των οποίων εστήριξε την απόφασή της η Επιτροπή παρά μόνον κατά την εξέταση της υποθέσεως από νομική άποψη.

14. Στις 11 Νοεμβρίου 1988 η Tetra Pak προσέφυγε ενώπιον του Δικαστηρίου κατά της αποφάσεως της Επιτροπής. Το Δικαστήριο διεβίβασε την υπόθεση στο Πρωτοδικείο με Διάταξη της 15ης Νοεμβρίου 1989 την οποία εξέδωσε δυνάμει του άρθρου 14 της αποφάσεως του Συμβουλίου της 24ης Οκτωβρίου 1988· η εν λόγω διάταξη είναι δεσμευτική για το Πρωτοδικείο και επομένως επιβάλλεται η διαπίστωση ότι περιττεύει εν προκειμένω κάθε ανάπτυξη σχετικά με το ζήτημα της αρμοδιότητας του Πρωτοδικείου.

Η προσφεύγουσα στηρίζει την προσφυγή της για την ακύρωση της αποφάσεως της Επιτροπής στην παράβαση των άρθρων 85 και 86. Σχετικώς προβάλλει τρεις ισχυρισμούς: ότι αποκλείεται λογικώς η δυνατότητα μία συμπεριφορά επιτρεπομένη κατά το άρθρο 85, παράγραφος 3, να απαγορεύεται βάσει του άρθρου 86· περαιτέρω, ότι μία τέτοια απαγόρευση θα προσέκρουε στην αρχή της ασφαλείας του δικαίου και ότι θα έθετε σε κίνδυνο την ομοιόμορφη εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου από την Επιτροπή και τα εθνικά δικαστήρια. Η Επιτροπή αμφισβήτησε τους ισχυρισμούς αυτούς. Όσον αφορά τη λοιπή επιχειρηματολογία των διαδίκων κατά την έγγραφη διαδικασία, αναφέρομαι στην έκθεση για την επ' ακροατηρίου συζήτηση, προς αποφυγή διπλού κόπου από τη μεταφραστική υπηρεσία. Επί των συμπληρωματικών διευκρινίσεων των διαδίκων κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση θα λάβω θέση, εφόσον συντρέχει περίπτωση, στα οικεία μέρη των νομικών αναπτύξεων που ακολουθούν.

Β — Το βάσιμο της προσφυγής

15. Το βάσιμο της προσφυγής εξαρτάται από το αν η Επιτροπή ορθώς θεώρησε την εκ μέρους της προσφεύγουσας απόκτηση της αδείας αποκλειστικής εκμεταλλεύσεως ως κατάχρηση παρόλο που η σχετική με την άδεια εκμεταλλεύσεως του διπλώματος ευρεσιτεχνίας συμφωνία περιλαμβανόταν μεταξύ των εξαιρουμένων συμφωνιών βάσει του κανονισμού 2349/84 περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία.

Η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η εφαρμογή του άρθρου 86 στη συμπεριφορά της συνιστά παράβαση τόσο της διατάξεως αυτής όσο και του άρθρου 85. Θα εξετάσω με τη σειρά τους τρεις ισχυρισμούς που προβάλλει προς στήριξη της απόψεως αυτής.

I — *Το ζήτημα αν η εφαρμογή του άρθρου 86 συμβιβάζεται με την εξαίρεση*

16. Στο δικόγραφο της προσφυγής της η προσφεύγουσα υποστήριξε ότι αποκλείεται λογικώς η δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 86 σε συμπεριφορά που επιτρέπεται ρητώς βάσει του άρθρου 85, παράγραφος 3. Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση η προσφεύγουσα προσέθεσε ότι, λαμβανομένων υπόψη των αποφάσεων επί των υποθέσεων Ahmed Saeed και Hoffmann-La Roche, μόνη η σύναψη της συμφωνίας η οποία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής κανονισμού περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία δεν συνιστά παράβαση του άρθρου 86. Για να συμβαίνει κάτι τέτοιο, θα χρειαζόταν να συντρέχει ως συμπληρωματικό στοιχείο το γεγονός ότι η δεσπόζουσα επιχείρηση επέβαλε στην αντισυμβαλλομένη της τη σύναψη της συμφωνίας. Ο συμπληρωματικός αυτός ισχυρισμός προβάλλεται εν προκειμένω παραδεκτώς μια και δεν μεταβάλλεται ο λόγος ακυρώσεως (παράβαση των άρθρων 85 και 86).

17. Θα εξετάσω τον ισχυρισμό αυτό σε δύο μέρη. Κατ'αρχάς είναι, νομίζω, αναγκαίο να ερευνηθεί αν — όπως αναφέρεται στη νομική βάση της προσφυγής — αποκλείεται λογικώς (και επομένως είναι νομικώς εσφαλμένη) η εφαρμογή του άρθρου 86 σε συμπεριφορά που έχει υπαχθεί σε εξαίρεση. Θα εξετάσω το ζήτημα σε τρία στάδια: μετά από μια πρώτη ανάλυση των διατάξεων της Συνθήκης και της νομολογίας του Δικαστηρίου, θα ερευνηθεί, σε ένα δεύτερο στάδιο, αν το παράγωγο δίκαιο περιέχει ενδείξεις όσον αφορά τη σχέση μεταξύ της ατομικής εξαιρέσεως και του άρθρου 86. Θεωρώ την έρευνα αυτή απαραίτητη, καίτοι η υπό κρίση υπόθεση αφορά εξαίρεση κατά κατηγορία και όχι ατομική εξαίρεση. Τα ισχύοντα προκειμένου περί ατομικής εξαιρέσεως μπορούν να παράσχουν χρήσιμα στοιχεία σχετικά με τα αποτελέσματα της εξαιρέσεως κατά κατηγορία· μόνο κατόπιν συνολικής θεωρήσεως μπορεί να δημιουργηθεί σαφής αντίληψη ως προς τη συνδυασμένη λειτουργία των άρθρων 85 και 86. Σε ένα τρίτο στάδιο, πλέον, θα εξετάσω αν το παράγωγο δίκαιο περιέχει ενδείξεις — και ποιες — όσον αφορά τη σχέση της εξαιρέσεως κατά κατηγορία και του άρθρου 86.

Αν προκύψει το συμπέρασμα ότι η εξαίρεση κατά κατηγορία δεν κωλύει την ταυτόχρονη εφαρμογή του άρθρου 86, τότε ανακύπτει ένα δεύτερο ερώτημα: αν, εν πάση περιπτώσει, το άρθρο 86 εφαρμόζεται μόνον εφόσον συντρέχει ένα συμπληρωματικό στοιχείο σύμφωνα με όσα ανέπτυξε η προσφεύγουσα κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση.

1) *Το νομικό πλαίσιο*

α) Η Συνθήκη και η ερμηνεία της από το Δικαστήριο

18. Θα αρχίσω με την απλή, αλλ' αναγκαία, διαπίστωση ότι η δυνατότητα εξαιρέσεως αφορά μόνο την απαγόρευση συμφωνιών που περιορίζουν τον ανταγωνισμό κατά την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1, και όχι την απαγόρευση καταχρήσεως δεσπόζουσας θέσης κατά την έννοια του άρθρου 86. Αυτό προκύπτει από τη θέση της διατάξεως αυτής μέσα στη Συνθήκη, που τέθηκε ως παράγραφος 3 του άρθρου 85 και όχι μετά τους δύο απαγορευτικούς κανόνες, στη θέση του άρθρου 87. Όμως το τελευταίο ακριβώς αυτό θα έπρεπε να αναμένεται, αν η βούληση των συντακτών της Συνθήκης ήταν η εξαίρεση να αφορά όχι μόνο την απαγόρευση συμφωνιών περιοριστικών του ανταγωνισμού κατά το άρθρο 85, παράγραφος 1, αλλά και την κατά το άρθρο 86 απαγόρευση καταχρήσεως. Το ότι αυτό δεν συμβαίνει εξηγείται από τη διαφορετική υφή των δύο αυτών παραβάσεων.

Η κατά το άρθρο 85, παράγραφος 1, απαγόρευση των συμφωνιών που περιορίζουν τον ανταγωνισμό ισχύει για όλες τις αγορές και για όλες τις επιχειρήσεις. Είναι διατυπωμένη τόσο γενικά ώστε καλύπτει μεγάλο αριθμό συμφωνιών οι οποίες είναι σημαντικές από οικονομική άποψη και ως προς τις οποίες, λόγω των θετικών τους συνεπειών, αποκλείεται να τεθεί οποιοδήποτε ζήτημα επιτρεπτού. Λόγω της ευρύτητας αυτού του πεδίου εφαρμογής δικαιολογείται μία διόρθωση της απαγορεύσεως, την οποία ορισμένοι συγγραφείς παραλληλίζουν προς τον « rule of reason » του αμερικανικού δικαίου κατά των συμπράξεων.

19. Με αφορμή το τελευταίο αυτό ας μου επιτραπεί να κάνω μια παρατήρηση όσον αφορά την αναδρομή σε έννοιες και επιχειρήματα από το αμερικανικό δίκαιο. Οι συζητήσεις που γίνονται από την άλλη πλευρά του Ατλαντικού, καθώς και οι λύσεις στις οποίες καταλήγει η εκεί νομολογία, αποτελούν συχνά πολύτιμες πηγές εμπνεύσεως για την ερμηνεία του κοινοτικού δικαίου. Χρειάζεται, όμως,

προσοχή κατά τη μεταφορά εννοιών και θεωριών από τη μία έννομη τάξη στην άλλη. Μεταξύ των πραγματικών προϋποθέσεων εφαρμογής των κανόνων του αμερικανικού δικαίου, αφενός, και του κοινοτικού δικαίου, αφετέρου, υπάρχουν ουσιώδεις διαφορές, οπότε κάθε πρόβλημα που έχει να αντιμετωπίσει το ένα σύστημα δεν έχει κατ' ανάγκην το αντίστοιχό του στο πλαίσιο του άλλου συστήματος. Αυτό ισχύει και για το ζήτημα αν το άρθρο 86 μπορεί να εφαρμοστεί σε συμπεριφορά υπαγομένη σε εξαίρεση κατά το άρθρο 85, παράγραφος 3. Ως εκ τούτου στις παρούσες προτάσεις δεν θα κάνω συγκριτικές παρατηρήσεις σε σχέση με το αμερικανικό δίκαιο.

20. Ας επανέλθω στην ανάλυση του άρθρου 85. Το άρθρο 85, παράγραφος 1, περιέχει την απαγόρευση συμφωνιών περιοριστικών του ανταγωνισμού και το άρθρο 85, παράγραφος 3, τον απαραίτητο περιορισμό τους. Μόνον από τον συνδυασμό των δύο διατάξεων μπορεί να συναχθεί ποιες συμφωνίες ανέχεται το κοινοτικό δίκαιο και ποιες όχι [5].

Το άρθρο 86 έχει εντελώς διαφορετική δομή. Δεν καλύπτει όλες τις αγορές, αλλά μόνον εκείνες εντός των οποίων μία ή περισσότερες επιχειρήσεις κατέχουν δεσπόζουσα θέση. Η απαγόρευσή του απευθύνεται μόνο σ' αυτές τις δεσπόζουσες επιχειρήσεις και όχι στις άλλες, πράγμα που ήδη περιορίζει σημαντικά το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 86 σε σύγκριση με αυτό του άρθρου 85. Επιπλέον, το άρθρο 86 απαγορεύει μόνο την καταχρηστική συμπεριφορά. Συνεπώς, δεν μπορεί να εμπίπτει στην απαγόρευσή του μία συμπεριφορά την οποία το κοινοτικό σύστημα κανόνων περί ανταγωνισμού επιτρέπει ως οικονομικώς επωφελή. Δεν χωρεί, επομένως, περιορισμός του πεδίου εφαρμογής του άρθρου 86 υπό την έννοια ενός « rule of reason ».

21. Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, η προσφεύγουσα διατύπωσε την άποψη ότι, όπως και με το άρθρο 85, η δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 86 πρέπει να εξετάζεται σε δύο στάδια. Όπως προκύπτει από την απόφαση United Brands [6], πρέπει πρώτα να εξετάζεται αν — εκ πρώτης όψεως — υφίσταται κατάχρηση, εν συνεχεία δε μήπως η κατάχρηση αυτή δικαιολογείται από λόγους αντικειμενικούς. Έτσι έπρεπε, λέγει η προσφεύγουσα, να ενεργήσει και η Επιτροπή αναφορικά με την προσβαλλομένη απόφαση. Ο ισχυρισμός αυτός της προσφεύγουσας παραγνωρίζει ότι η εξέταση της ειδικώς ρυθμιζομένης δυνατότητας εξαιρέσεως είναι διαφορετικό πράγμα από την εξέταση μεμονωμένων αντικειμενικών στοιχείων στο πλαίσιο των πραγματικών προϋποθέσεων εφαρμογής της απαγορεύσεως. Είναι απλούστατα αδύνατον να ερμηνευθεί το άρθρο 86 σαν να προέβλεπε δυνατότητα εξαιρέσεως από την απαγόρευση που θέτει.

22. Το άρθρο 86 διακρίνεται, περαιτέρω, από το άρθρο 85 κατά το ότι μπορεί να εφαρμοστεί και επί μονομερούς συμπεριφοράς μιας μεμονωμένης επιχειρήσεως. Το άρθρο 85 δεν εφαρμόζεται σε τέτοιου είδους συμπεριφορές. Επομένως, επιχειρήσεις που δεν κατέχουν δεσπόζουσα θέση μπορούν να ενεργούν κατ' αυτόν τον τρόπο χωρίς να παραβαίνουν το κοινοτικό δίκαιο περί ανταγωνισμού. Αυτό δείχνει ότι, σε σύγκριση με τις άλλες επιχειρήσεις, η επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά υπόκειται σε αυστηρότερους κανόνες και σημαντικότερους περιορισμούς της οικονομικής της ελευθερίας.

Αν γινόταν δεκτό ότι το άρθρο 86 δεν εφαρμόζεται στις συμφωνίες που υπάγονται σε εξαίρεση κατά το άρθρο 85, παράγραφος 3, θα συνέβαινε το εξής αξιοπερίεργο: το άρθρο 86

5 — Βλέπε απόφαση της 6ης Απριλίου 1962, Bosch (13/61, Slg. 1962, σ. 97, συγκεκριμένα σ. 113), και απόφαση της 30ής Απριλίου 1986, Asjes (209/84 έως 213/84, Συλλογή 1986, σ. 1425, συγκεκριμένα σ. 1469).

6 — Απόφαση της 14ης Φεβρουαρίου 1978 (27/76, Slg. 1978, σ. 207, συγκεκριμένα σ. 298).

θα απαγόρευε, ενδεχομένως, σε μία επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση μία συμπεριφορά επιτρεπόμενη στις μικρές επιχειρήσεις κατά το δίκαιο του ανταγωνισμού, ενώ δεν θα μπορούσε να απαγορευθεί στη δεσπόζουσα επιχείρηση συμπεριφορά η οποία, και υπό κανονικές συνθήκες αγοράς, υπόκειται σε έλεγχο και επιτρέπεται μόνον υπό ορισμένες προϋποθέσεις, επειδή είναι επικίνδυνη για τον ανταγωνισμό.

23. Οι προεκτεθείσες διαφορές όσον αφορά τη δομή των δύο διατάξεων δικαιολογούνται και από οικονομική άποψη. Το άρθρο 85 εφαρμόζεται σε κάθε επιχείρηση υπό κανονικές συνθήκες ανταγωνισμού, απαγορεύοντας τη διατάραξη του ελευθέρου ανταγωνισμού με ορισμένες ενέργειες, δηλαδή σύναψη συμφωνιών ή εναρμονισμένη πρακτική. Αντίθετα, το άρθρο 86 προστατεύει τον ήδη εξασθενημένο, λόγω της δεσπόζουσας θέσης, ανταγωνισμό από περαιτέρω διαταράξεις[7]. Δεν μπορεί, επομένως, να αντιμετωπιστεί καν η δυνατότητα να επιτρέπεται μία συμπεριφορά που εμφανίζεται ως κατάχρηση και περιορίζει ακόμα περισσότερο τον μειωμένο αυτό ανταγωνισμό. Αντίθετα, πρέπει, προς προστασία του, να επιτρέπεται στις αρμόδιες αρχές να επεμβαίνουν και πέραν των μέτρων που επιβάλλονται και επιτρέπονται σε περίπτωση αγοράς χωρίς δεσπόζουσα επιχείρηση.

24. Η προσφεύγουσα θεωρεί, όμως, ότι η εφαρμογή του άρθρου 86 σε συμφωνίες υπαγόμενες σε εξαίρεση κατά το άρθρο 85 είναι αντίθετη προς την απόφαση του Δικαστηρίου επί της υποθέσεως Continental Can[8], κατά την οποία τα άρθρα 85 και 86 δεν πρέπει να ερμηνεύονται κατά τρόπο αντιφατικό, δεδομένου ότι αποβλέπουν στην πραγματοποίηση του ιδίου στόχου. Η απάντηση που προσήκει εν προκειμένω είναι ότι ο κοινός στόχος αμφοτέρων των διατάξεων συνίσταται — όπως προβλέπει το άρθρο 3, περίπτωση στ), της Συνθήκης — στην εγκαθίδρυση καθεστώτος που να εξασφαλίζει ανόθευτο ανταγωνισμό εντός της κοινής αγοράς. Οι εν λόγω διατάξεις πρέπει, επομένως, να ερμηνεύονται κατά τέτοιον τρόπο ώστε να επιταχύνεται αυτός ο στόχος. Προς τούτο μπορεί να αρκεί η εφαρμογή μόνο της μιας.

25. Επομένως, το γράμμα και η οικονομία των διατάξεων περί ανταγωνισμού της Συνθήκης συνηγορούν υπέρ της δυνατότητος εφαρμογής του άρθρου 86 και σε συμπεριφορές εξαιρούμενες της απαγορεύσεως του άρθρου 85, παράγραφος 1, βάσει του άρθρου 85, παράγραφος 3.

26. Ακόμα και η σύγκριση προς άλλες απαγορεύσεις της Συνθήκης ΕΟΚ επιβεβαιώνει ότι η κατά το άρθρο 85, παράγραφος 3, εξαίρεση αφορά μόνο την απαγόρευση του άρθρου 85, παράγραφος 1. Ας πάρουμε ως παράδειγμα τις συμφωνίες που περιέχουν δυσμενή διάκριση λόγω ιθαγενείας. Στην περίπτωση αυτή, το άρθρο 7 αποκλείει κάθε δυνατότητα εξαιρέσεως[9]. Κατά τον ίδιο τρόπο, η κατά το άρθρο 85, παράγραφος 3, εξαίρεση ουδέποτε καθιστά επιτρεπομένη μία συμπεριφορά αντίθετη προς το άρθρο 36, δεύτερο εδάφιο. Παρά την εξαίρεση, επομένως, οι ενδιαφερόμενοι δεν μπορούν να υιοθετήσουν μια τέτοια συμπεριφορά.

27. Στη συνέχεια θα εξετάσω αν τα συμπεράσματα στα οποία οδήγησε η μελέτη των διατά-

7 — Απόφαση της 13ης Φεβρουαρίου 1979, Hoffmann-La Roche κατά Επιτροπής (85/76, Slg. 1979, σ. 461, συγκεκριμένα σ. 541).

8 — Απόφαση της 21ης Φεβρουαρίου 1973, σκέψη 25 (6/72, Slg. 1973, σ. 215, συγκεκριμένα σ. 246).

9 — Το ζήτημα αυτό ερίζεται στη θεωρία· βλέπε, π. χ., Deringer: *EWG Wettbewerbsrecht, Kommentar*, αριθμός 8, περί του άρθρου 85, παράγραφος 3· αντίθετος Koch, εις Grabitz: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, αριθμός 66 προ του άρθρου 85.

ξεων της Συνθήκης είναι σύμφωνα προς τη νομολογία του Δικαστηρίου.

28. Ήδη σε απόφαση της 20ής Μαρτίου 1957 το Δικαστήριο ασχολήθηκε με την εξέταση της σχέσεως της κατά κατά το άρθρο 65 της Συνθήκης ΕΚΑΧ απαγορεύσεως συμφωνιών προς άλλες απαγορευτικές διατάξεις της Συνθήκης αυτής και συγκεκριμένα προς την απαγόρευση διακρίσεων βάσει του άρθρου 4, στοιχείο β). Στην υπόθεση εκείνη οι προσφεύγουσες είχαν ζητήσει, βάσει του άρθρου 65, παράγραφος 2, της Συνθήκης ΕΚΑΧ, να τους επιτραπεί η θέσπιση εμπορικών κανόνων για μία από τις εγκαταστάσεις πωλήσεως άνθρακος του Ruhr. Η Ανωτάτη Αρχή είχε δεχθεί την αίτηση κατά μέγα μέρος, απορρίπτοντας, όμως, ορισμένες ρήτρες της ρυθμίσεως με την αιτιολογία ότι προσέκρουαν τόσο στο άρθρο 65, παράγραφος 2, όσο και στην απαγόρευση των διακρίσεων του άρθρου 4, στοιχείο β), της Συνθήκης ΕΚΑΧ. Οι προσφεύγουσες θεωρούσαν το άρθρο 65 ως ειδική διάταξη αποκλείουσα την εφαρμογή του άρθρου 4, στοιχείο β), επί των αυτών πραγματικών δεδομένων. Αντιθέτως, το Δικαστήριο έκρινε — συμφωνώντας με τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Roemer — ότι η Ανωτάτη Αρχή ορθώς εξέτασε την επίδικη ρύθμιση υπό το φως και των δύο απαγορευτικών διατάξεων [10].

29. Όσον αφορά τη σχέση μεταξύ των άρθρων 85 και 86, η νομολογία του Δικαστηρίου επιβεβαιώνει ότι ναι μεν πρόκειται για διατάξεις με διαφορετικές πραγματικές προϋποθέσεις εφαρμογής, είναι όμως δυνατόν τα πεδία εφαρμογής τους να τέμνονται. Οι πρώτες σχετικές σκέψεις ανευρίσκονται στην απόφαση με την οποία το Δικαστήριο απέρριψε, το 1966, προσφυγή ακυρώσεως που άσκησε η Ιταλική Κυβέρνηση κατά του κανονισμού 19/65/ΕΟΚ [11]. Με τον κανονισμό αυτόν το Συμβούλιο εξουσιοδότησε, ως γνωστόν, την Επιτροπή να εκδώσει κανονισμούς περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία για συμφωνίες αποκλειστικής διανομής, αποκλειστικής προμηθείας και σχετικές με διπλώματα ευρεσιτεχνίας. Ως τρίτο λόγο ακυρώσεως η προσφεύγουσα είχε προβάλει ότι τέτοιου είδους κάθετες συμφωνίες μπορούσαν να κρίνονται μόνον βάσει του άρθρου 86 και όχι βάσει του άρθρου 85. Κατά την άποψή της, η εφαρμογή του άρθρου 85 με τον κανονισμό αυτό στηρίζεται στην αποδοχή, ως προϋποθέσεως, του ότι τέτοιες συμφωνίες δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 86, το οποίο κατ' αυτόν τον τρόπο παραβιάστηκε. Το Δικαστήριο απέρριψε ρητώς τον ισχυρισμό αυτό με την αιτιολογία ότι « ούτε το γράμμα του άρθρου 85 ούτε το γράμμα του άρθρου 86 δικαιολογεί μια τέτοια εξειδίκευση των πεδίων εφαρμογής τους αναλόγως της οικονομικής θέσεως των επιχειρήσεων ». Αντιθέτως, δέχτηκε ότι

« καθένα από τα άρθρα 85 και 86 — που επιδιώκουν, έτσι, ιδιαίτερους σκοπούς το καθένα — εφαρμόζεται αδιακρίτως σε διαφόρους τύπους συμφωνιών, εφόσον πληρούνται οι ειδικές προϋποθέσεις του ενός ή του άλλου εξ αυτών » [12].

Από τότε το Δικαστήριο έχει επιβεβαιώσει επανειλημμένως τη σωρευτική εφαρμογή των άρθρων 85 και 86. Έτσι, με την απόφαση Hoffmann-La Roche [13] έκρινε ότι η εφαρμογή του άρθρου 86 δεν αποκλείεται λόγω του ότι η συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης εμπίπτει στο άρθρο 85 και ειδικότερα στην παράγραφο 3. Πέρυσι, τέλος, επιβεβαίωσε ακόμα μία φορά, με τις αποφάσεις Ahmed Saeed [14] και Ministère public κατά

10 — Απόφαση της 20ης Μαρτίου 1957, Geitling κατά Haute Autorité (2/56, Slg. σ. 9, 44 ΕΠ.).

11 — ΕΕ ειδ. έκδ. 08/001, σ. 59.

12 — Απόφαση της 13ης Ιουλίου 1966, Ιταλία κατά Συμβουλίου και Επιτροπής (32/65, Slg. 1966, σ. 563, συγκεκριμένα σ. 592).

13 — Προαναφερθείσα απόφαση 85/76, σκέψη 116 (Slg. 1979, σ. 550)· υπέρ της αυτής απόψεως, βλέπε τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Reischl στην υπόθεση 7/82, GVL (Συλλογή 1983, σ. 483, συγκεκριμένα σ. 525).

14 — Απόφαση της 11ης Απριλίου 1989, σκέψεις 37 επ. (66/86, Συλλογή 1989, σ. 803, συγκεκριμένα σ. 849).

Tournier [15], ότι τα άρθρα 85 και 86 μπορούν να εφαρμόζονται συγχρόνως όταν μία επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά συνάπτει συμφωνίες ικανές να περιορίσουν τον ανταγωνισμό. Στην υπόθεση Ahmed Saeed το Δικαστήριο έφερε ως παράδειγμα καταχρήσεως την περίπτωση κατά την οποία η δεσπόζουσα επιχείρηση επιβάλλει στους αντισυμβαλλομένους της ανεπιεικείς αεροπορικούς ναύλους. Στη δεύτερη υπόθεση δεν έκανε καμία παρατήρηση ως προς τη σχέση μεταξύ των άρθρων 85 και 86, αλλά δέχθηκε ότι η παράλληλη εφαρμογή τους είναι αυτονόητη. Προκειμένου να απαντήσει στο προδικαστικό ερώτημα που του είχε υποβάλει γαλλικό δικαστήριο, εξέτασε αν μία και η αυτή συμπεριφορά, δηλαδή η πολιτική της SACEM — γαλλικής εταιρίας διαχειρίσεως δικαιωμάτων δημιουργού — πληρούσε τις προϋποθέσεις της παραβάσεως των δύο αυτών άρθρων.

30. Οι αποφάσεις Continental Can και Züchner δεν προσθέτουν τίποτε στη νομολογία αυτή. Στην απόφαση Continental Can το Δικαστήριο δεν απέκλεισε την εφαρμογή του άρθρου 86 στις συμβατικές συμπεριφορές μιας δεσπόζουσας επιχείρησης [16], το δε obiter dictum της αποφάσεως Züchner, κατά το οποίο οι περιπτώσεις εναρμονισμένης πρακτικής εμπίπτουν μόνο στο άρθρο 85 και όχι στο άρθρο 86 [17], δεν μπορεί να δικαιολογήσει τη συναγωγή κανενός συμπεράσματος αρχής όσον αφορά το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 86.

31. Η νομολογία του Δικαστηρίου επιβεβαιώνει, περαιτέρω, ότι η δυνατότητα εξαιρέσεως από την απαγόρευση καταχρήσεως δεσπόζουσας θέσης ανάλογης προς την κατά το άρθρο 85, παράγραφος 3, εξαίρεση, πρέπει να αποκλειστεί. Ήδη στην απόφαση Continental Can το Δικαστήριο αναφέρθηκε στη διαφορά μεταξύ των άρθρων 85 και 86, υπό την έννοια ότι, αντίθετα προς το άρθρο 85, παράγραφος 3, η κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης δεν έχει καμία εξαίρεση [18]. Το ότι δεν πρόκειται για αυθαίρετη απόφαση των συντακτών της Συνθήκης αλλά για συνέπεια του συστήματος του κοινοτικού δικαίου το έχει ήδη τονίσει σαφέστατα ο γενικός εισαγγελέας Lenz στην υπόθεση Ahmed Saeed. Παραθέτω το ακόλουθο απόσπασμα από τις προτάσεις του: « ... δεν μπορεί να επιτραπεί η κατάχρηση, τουλάχιστον σε μία κοινότητα η οποία αναγνωρίζει, ως ανωτάτη αρχή της, την υπεροχή του δικαίου » [19].

Σύμφωνα με τα ανωτέρω, στην υπόθεση Hoffmann-La Roche το Δικαστήριο αναγνώρισε στην Επιτροπή την ευχέρεια επιλογής μεταξύ της διαδικασίας του άρθρου 85 ή της διαδικασίας του άρθρου 86 [20] σε περίπτωση που πληρούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής και των δύο αυτών διατάξεων.

32. Τέλος, η εξαίρεση από την απαγόρευση της καταχρήσεως δεσπόζουσας θέσης είναι αδύνατη και για λόγους αναγομένους στην ιεραρχία των κανόνων δικαίου. Ουδόλως μπορεί να αναγνωριστεί στην Επιτροπή « η εξουσία να επιτρέπει, με απόφαση περί απαλλαγής που εκδόθηκε βάσει του άρθρου 85, παράγραφος 3, της Συνθήκης ΕΟΚ, δηλαδή με πράξη του παραγώγου δικαίου, στην οικεία επιχείρηση να παραβαίνει το άρθρο 86 της εν λόγω Συνθήκης, δηλαδή διάταξη του πρωτογενούς δικαίου » [21].

33. Από την ανάλυση αυτή μπορεί να συναχθεί το συμπέρασμα ότι η νομολογία του Δικαστηρίου δεν αντιτίθεται στην εφαρμογή του άρθρου 86 επί συμφωνιών υπαγομένων σε εξαίρεση βάσει του άρθρου 85, παράγραφος 3.

15 — Απόφαση της 13ης Ιουλίου 1989 (395/87, Συλλογή 1989, σ. 2521).

16 — Προαναφερθείσα απόφαση 6/72, σκέψη 25 (Slg. 1973, σ. 245).

17 — Απόφαση της 14ης Ιουλίου 1981, σκέψη 10 (172/80, Συλλογή 1981, σ. 2021, συγκεκριμένα σσ. 2030 επ.).

18 — Προαναφερθείσα απόφαση 6/72, σκέψη 25 (Slg. 1973, σ. 246)· υπέρ της αυτής απόψεως και οι προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Roemer (Slg. 1973, σ. 257).

19 — Προτάσεις της 28ης Απριλίου 1988 στην υπόθεση 66/86, σημείο 41.

20 — Προαναφερθείσα απόφαση 85/76, σκέψη 116 (Slg. 1979, σ. 550).

21 — Υπόθεση 66/86, δεύτερες προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Lenz, της 17ης Ιανουαρίου 1989, σημείο 18.

Αντιθέτως, η νομολογία περιέχει στοιχεία που επιτρέπουν — αν δεν επιβάλλουν — μια τέτοια ερμηνεία της Συνθήκης.

β) Η ατομική εξαίρεση κατ' εφαρμογή του άρθρου 86

34. Θα εξετάσουμε τώρα πώς έχει ρυθμίσει το παράγωγο κοινοτικό δίκαιο τη σχέση μεταξύ της εξαιρέσεως από την απαγόρευση των συμφωνιών και της καταχρήσεως δεσπόζουσας θέσης. Εξυπακούεται ότι το παράγωγο δίκαιο δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να τροποποιήσει τις διατάξεις της Συνθήκης ΕΟΚ, αλλ' αντιθέτως πρέπει πάντοτε να είναι σύμφωνο προς αυτές [22]. Εντούτοις, η ερμηνεία της Συνθήκης από τον κοινοτικό νομοθέτη προκειμένου περί ζητήματος μη ρυθμιζομένου ρητώς από αυτήν αποτελεί σημαντική ένδειξη όσον αφορά τον τρόπο κατά τον οποίο πρέπει να νοείται μία διάταξη. Η ίδια η Συνθήκη (άρθρο 87) εξουσιοδοτεί τον νομοθέτη να θεσπίζει τις αναγκαίες διατάξεις προς εφαρμογή των αρχών των άρθρων 85 και 86. Επομένως, ο νομοθέτης μπορεί, εν προκειμένω, να συγκεκριμενοποιεί τους κανόνες της Συνθήκης και, εφόσον ορισμένα ζητήματα δεν ρυθμίζονται από τους κανόνες αυτούς, να τους συμπληρώνει. Οι συμπληρωματικοί αυτοί κανόνες δεσμεύουν τα δικαστήρια της Κοινότητας υπό την προϋπόθεση ότι ευρίσκονται εντός του πλαισίου της Συνθήκης. Για τον λόγο αυτό το Δικαστήριο, στην υπόθεση Ahmed Saeed, εξέτασε την εφαρμογή των κανόνων περί ανταγωνισμού της Συνθήκης εν αναφορά και προς το παράγωγο δίκαιο [23].

Θα εξετάσουμε, λοιπόν, πρώτα πρώτα τον κανονισμό 17 [24] και τους κανονισμούς εφαρμογής των κανόνων περί ανταγωνισμού στον τομέα των μεταφορών για να δούμε αν παρέχουν ενδείξεις όσον αφορά την εφαρμογή του άρθρου 86 σε μία συμπεριφορά που έχει εξαιρεθεί με ατομική απόφαση.

35) αα) Ο κανονισμός 17 δεν περιέχει ρητές διατάξεις σχετικά με το ποιες συνέπειες έχει η εξαίρεση μιας συμφωνίας για την εφαρμογή του άρθρου 86 στη συμπεριφορά των ενδιαφερομένων επιχειρήσεων. Παρέχει, ωστόσο, ορισμένες ενδείξεις σχετικώς.

36. Στην περί αρμοδιότητας διάταξη του άρθρου 9, παράγραφος 1, του κανονισμού, η απόφαση περί εξαιρέσεως βάσει του άρθρου 85, παράγραφος 3, αφορά — όπως προκύπτει από τη διατύπωση της διατάξεως — αποκλειστικώς και μόνο το άρθρο 85, παράγραφος 1, και όχι το άρθρο 86. Πρόκειται για μια πρώτη ένδειξη. Με τις λοιπές συνέπειες της διατάξεως αυτής θα ασχοληθώ κατά την εξέταση του τρίτου ισχυρισμού της προσφεύγουσας.

37. Δεύτερη ένδειξη: το άρθρο 8, παράγραφος 1, του κανονισμού έχει σχέση με το περιεχόμενο της αποφάσεως περί εξαιρέσεως. Η εξαίρεση πρέπει να αποφασίζεται για ορισμένο χρόνο και μπορεί να συνοδεύεται από όρους και υποχρεώσεις. Η υποχρέωση προβλέψεως ορισμένης διαρκείας και η δυνατότητα προσθήκης όρων δείχνουν ότι η απόφαση περί εξαιρέσεως επιτρέπει περιορισμένο μόνο περιορισμό του ανταγωνισμού, μέχρι των ορίων δηλαδή που δικαιολογούνται από τον σκοπό του περιορισμού, την έκταση των συνεπειών του για τον ανταγωνισμό και τη διάρκειά του. Ενώ, όμως, ο περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω συμφωνίας μπορεί να οριοθετηθεί κατ' αυτόν τον τρόπο, δεν συμβαίνει το ίδιο και με τον περιορισμό που είναι αποτέλεσμα δεσπόζουσας θέσης: ούτε ο σκοπός ούτε η έκταση ούτε η διάρκεια ενός τέτοιου περιορισμού επιδέχονται αποτελεσματική ρύθμιση [25], πέραν από την απαγόρευση της δεσπόζουσας θέσης

22 — Βλέπε, επίσης, σημείο 41 των προτάσεων του γενικού εισαγγελέα Lenz, της 28ης Απριλίου 1988, επί της υποθέσεως 66/86: « Ακόμα και κανονισμός του Συμβουλίου που θα έκρινε ορισμένες πρακτικές ως σύμφωνες με το άρθρο 86 της Συνθήκης ΕΟΚ θα έπρεπε να εξετασθεί σε σχέση με το εν λόγω άρθρο. »

23 — Απόφαση της 11ης Απριλίου 1989, σκέψη 37 (66/86, Συλλογή 1989, σ. 803, συγκεκριμένα σ. 849).

24 — ΕΕ ειδ. έκδ. 08/001, σ. 25.

25 — Mestmäcker: *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 1974, σ. 357.

καθεαυτήν. Αντίθετα προς το άρθρο 85, το άρθρο 86 ρυθμίζει όχι τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες επιτρέπεται ένας περιορισμός του ανταγωνισμού, αλλά τις συνέπειες ενός ήδη υφισταμένου περιορισμού, κατά το μέτρο που καθιερώνει έλεγχο της συμπεριφοράς των δεσποζουσών επιχειρήσεων. Οι διαφορές αυτές μεταξύ των δύο διατάξεων δείχνουν για μία φορά ακόμα ότι η ρύθμιση της εξαιρέσεως από την απαγόρευση του άρθρου 85, παράγραφος 1, δεν αρμόζει στην περίπτωση του άρθρου 86. Η εξαίρεση — περιορισμένη από άποψη αντικειμένου, συνεπειών και διαρκείας — μιας συμφωνίας βάσει του άρθρου 85, παράγραφος 3, δεν μπορεί να έχει ως συνέπεια την απαλλαγή — επί τρία χρόνια, για παράδειγμα (!) — από κάθε έλεγχο βάσει του άρθρου 86 του κατά πολύ σημαντικοτέρου περιορισμού του ανταγωνισμού τον οποίο δημιουργεί η δεσπόζουσα θέση μιας επιχειρήσεως.

38. Η τρίτη ένδειξη είναι η ακόλουθη: το άρθρο 8, παράγραφος 3, στοιχείο δ), του κανονισμού 17 προβλέπει τη δυνατότητα ανακλήσεως της εξαιρέσεως με αναδρομική ισχύ όταν οι επιχειρήσεις οι οποίες απολαύουν της εξαιρέσεως κάνουν κατάχρηση αυτής. Επομένως, απαγορεύεται στα μέρη μιας επιτρεπομένης συμφωνίας που περιορίζει τον ανταγωνισμό να κάνουν κατάχρηση του περιορισμού αυτού. Βλέπετε τον παραλληλισμό μεταξύ του περιορισμού του ανταγωνισμού με συμφωνία υπαγομένη σε εξαίρεση κατά το άρθρο 85, παράγραφος 3, και του περιορισμού του ανταγωνισμού τον οποίο δημιουργεί η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης: και οι δύο είναι καθεαυτούς επιτρεπτοί, δεν πρέπει όμως να γίνεται κατάχρησή τους. Το άρθρο 8, παράγραφος 3, στοιχείο δ), δείχνει έτσι ότι η ατομική εξαίρεση δεν δικαιολογεί την κατάχρηση. Είναι αλήθεια ότι το λέγει ρητώς μόνον ως προς την κατάχρηση της εξαιρέσεως από την απαγόρευση των συμφωνιών. Αυτό εξηγείται, όμως, από το γεγονός ότι ρυθμίζει μόνο τις έννομες συνέπειες αυτής της καταχρήσεως. Το ότι χρειάστηκε να θεσπιστούν ειδικές διατάξεις ως προς τις συνέπειες της καταχρήσεως της εξαιρέσεως για τη διατήρηση σε ισχύ της αποφάσεως περί εξαιρέσεως δεν σημαίνει ότι το άρθρο 8 του κανονισμού 17 θέλει να αποκλείσει την υπό της Επιτροπής λήψη μέτρων βάσει των άρθρων 3 και 15 του κανονισμού αυτού κατά της ιδιαιτέρως επικίνδυνης καταχρήσεως στην οποία αναφέρεται το άρθρο 86.

39. Τέλος — τέταρτη ένδειξη — το άρθρο 15, παράγραφος 5, του κανονισμού 17 περιέχει έμμεση ρύθμιση της εφαρμογής του άρθρου 86 κατά τη διάρκεια της διαδικασίας εξαιρέσεως. Άπαξ και μία συμφωνία έχει κοινοποιηθεί σύμφωνα με το άρθρο 4 του κανονισμού, δεν μπορεί να επιβληθεί πρόστιμο για την κοινοποιηθείσα συμπεριφορά ούτε λόγω παραβάσεως του άρθρου 85, παράγραφος 1, ούτε λόγω παραβάσεως του άρθρου 86. Εκ τούτου έπεται, όμως, ότι το άρθρο 86 εξακολουθεί κατά τα λοιπά να εφαρμόζεται κατά τη διάρκεια της διαδικασίας εξαιρέσεως, την οποία μπορεί και να επηρεάσει, και ότι μόνον η εξουσία της Επιτροπής προς επιβολή προστίμου περιορίζεται με ειδική διάταξη.

40. Αντίθετα, ο κανονισμός 17 δεν περιέχει διάταξη σχετική με την εφαρμογή του άρθρου 86 κατά τον μετά την έκδοση αποφάσεως περί εξαιρέσεως χρόνο. Το πρόβλημα της εφαρμογής του άρθρου 86 στην περίπτωση αυτή δεν ανακύπτει πλέον εν γένει, διότι συμφωνία η οποία πληροί τις προϋποθέσεις της εξαιρέσεως βάσει του άρθρου 85, παράγραφος 3, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι συνιστά κατάχρηση κατά την έννοια του άρθρου 86. Πριν χορηγήσει εξαίρεση σε δεσπόζουσα επιχείρηση, η Επιτροπή πρέπει να εξετάσει αν πληρούνται όλες οι κατά το άρθρο 85, παράγραφος 3, απαιτούμενες προϋποθέσεις, δηλαδή ιδίως η συμμετοχή των καταναλωτών στο όφελος που προκύπτει από τη συμφωνία, ο μη δυσανάλογος χαρακτήρας των επιβαλλομένων περιορισμών προς τους επιδιωκομένους στόχους και η διατήρηση του ανταγωνισμού επί σημαντικού τμήματος των « σχετικών προϊόντων ». Επομένως, αν η Επιτροπή καταλήξει σε θετικό συμπέρασμα — δηλαδή εξαίρεση — για ορισμένη συμφωνία, δεν μπορεί να χαρακτηρίσει

την ίδια συμφωνία ως καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης ύστερα από δεύτερη διαδικασία κινηθείσα λόγω παραβάσεως του άρθρου 86. Εν προκειμένω, και όσον αφορά την ατομική εξαίρεση, η άποψη της προσφεύγουσας κατά την οποία είναι ανάγκη να αποφεύγονται οι αντιφάσεις κατά την εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου είναι οπωσδήποτε εν μέρει ορθή. Πράγματι, φαίνεται δίκαιο να αναγνωρίζονται σε μία απόφαση της Επιτροπής περί εξαιρέσεως υπέρ επιχειρήσεως που κατέχει δεσπόζουσα θέση συνέπειες παρόμοιες, εν αναφορά προς το άρθρο 86, προς τις συνέπειες της αρνητικής πιστοποιήσεως [26], που δεσμεύει βέβαια την Επιτροπή, όχι όμως και τα εθνικά δικαστήρια [27].

41. Αντίθετα, στις περιπτώσεις κατά τις οποίες ένα από τα μέρη της εξαιρουμένης συμφωνίας αποκτά δεσπόζουσα θέση εκ των υστέρων μόνο ή όταν μία δεσπόζουσα επιχείρηση καθίσταται μέρος μιας συμφωνίας μόνο μετά την εξαίρεσή της, η εκτίμηση στην οποία προέβη η Επιτροπή για να αποφασίσει την εξαίρεση δεν μπορεί να έχει καλύψει και το ζήτημα αν η συμφωνία εξακολουθεί να πληροί τις προϋποθέσεις του άρθρου 85, παράγραφος 3, ενόψει της νέας καταστάσεως της αγοράς. Το άρθρο 8, παράγραφος 3, στοιχείο α), του κανονισμού 17 επιτρέπει στην Επιτροπή να επανεξετάζει ex nunc — μεταξύ άλλων, στην περίπτωση αυτή της μεταβολής της πραγματικής καταστάσεως — αν η εξαίρεση από την απαγόρευση του άρθρου 85, παράγραφος 1, εξακολουθεί να δικαιολογείται [28]. Δεδομένου ότι εν προκειμένω δεν ήταν ακόμα σε θέση να λάβει υπόψη τη δεσπόζουσα θέση όταν έκανε τις εκτιμήσεις της βάσει του άρθρου 85, παράγραφος 3, η Επιτροπή δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι δεσμεύεται από την εξαίρεση που η ίδια αποφάσισε. Επομένως η εξαίρεση αυτή δεν εμποδίζει την Επιτροπή να εφαρμόσει το άρθρο 86 εκδίδοντας ανακλητική απόφαση.

42. ββ) Ας έλθουμε τώρα στους τρεις κανονισμούς περί εφαρμογής των κανόνων ανταγωνισμού στον τομέα των μεταφορών [29].

Εκτός από την ατομική εξαίρεση την οποία χορηγεί η Επιτροπή με απόφαση ιδρυτική δικαιωμάτων, οι τρεις αυτοί κανονισμοί καθιερώνουν απλουστευμένη διαδικασία, καλουμένη διαδικασία αντιρρήσεων [30]. Κατ' αυτήν, οι επιχειρήσεις που συμμετέχουν σε περιορισμό του ανταγωνισμού υποβάλλουν στην Επιτροπή αίτηση εξαιρέσεως η οποία δημοσιεύεται στην Επίσημη Εφημερίδα. Οι ενδιαφερόμενοι τρίτοι μπορούν να υποβάλουν τις παρατηρήσεις τους επί της αιτήσεως αυτής εντός προθεσμίας 30 ημερών. Μετά τη δημοσίευση, η Επιτροπή έχει στη διάθεσή της 90 ημέρες για να κινήσει κανονική διαδικασία εξαιρέσεως, ανακοινώνοντας στον αιτούντα ότι υπάρχουν σοβαρές αμφιβολίες σχετικά με τη δυνατότητα εξαιρέσεως. Αν η Επιτροπή παραλείψει να ενεργήσει κατ' αυτόν τον τρόπο, ισχύει εξαίρεση περιορισμένης διαρκείας, την οποία η Επιτροπή μπορεί να ανακαλέσει κατά πάντα χρόνο εφόσον προκύπτει ότι δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις της.

26 — Βλέπε Hönn: *Die Anwendbarkeit des Artikels 86 EWG-Vertrag bei Kartellen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen*, Diss. Frankfurt, 1969, σ. 67, που καταλήγει, όμως, σε διαφορετικό συμπέρασμα.

27 — Οι συνέπειες της αρνητικής πιστοποιήσεως ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων αμφισβητούνται. Υπέρ της απόψεως που υποστηρίζεται στο κείμενο, βλέπε, π. χ., Waelbroek, M.: « Judicial review of Commission action in competition matters », *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1983, σ. 179, συγκεκριμένα σσ. 203 επ., όπου και περαιτέρω παραπομπές.

28 — Η Επιτροπή πρέπει να λαμβάνει υπόψη την αύξηση του βαθμού συγκεντρώσεως της αγοράς και κατά την εξέταση αιτήσεως περί ανανεώσεως εξαιρέσεως. Απόφαση της 9ης Ιουλίου 1987, Ancides κατά Επιτροπής, σκέψη 13 (43/85, Συλλογή 1987, σ. 3131, συγκεκριμένα σ. 3154).

29 — Κανονισμός (ΕΟΚ) 1017/68 (ΕΕ ειδ. έκδ. 07/001, σ. 86), κανονισμός (ΕΟΚ) 4056/86 (ΕΕ L 378, σ. 4) και κανονισμός (ΕΟΚ) 3975/87 (ΕΕ L 374, σ. 1).

30 — Άρθρο 12 του κανονισμού 1017/68 (με εξαίρεση των συμπράξεων λόγω κρίσεως, κατά το άρθρο 6 του κανονισμού), άρθρο 12 του κανονισμού 4056/86 και άρθρο 5 του κανονισμού 3975/87.

43. Μόνον ο τελευταίος από τους τρεις αυτούς κανονισμούς, ο κανονισμός 3975/87, περί καθορισμού των λεπτομερειών εφαρμογής των κανόνων ανταγωνισμού που ισχύουν για τις επιχειρήσεις στον τομέα των αεροπορικών μεταφορών, περιέχει ρητές διατάξεις για τη σχέση μεταξύ της ατομικής αυτής εξαιρέσεως και του άρθρου 86. Το άρθρο 5, παράγραφος 3, του εν λόγω κανονισμού ορίζει ότι η εξαίρεση που έχει χορηγηθεί κατά τη διαδικασία αντιρρήσεων μπορεί να ανακληθεί αναδρομικώς αν « οι ενδιαφερόμενοι έδωσαν ανακριβή στοιχεία ή αν κάνουν κατάχρηση της εξαιρέσεως του άρθρου 85, παράγραφος 1, ή έχουν παραβεί το άρθρο 86 ». Αντιθέτως, οι κανονισμοί (ΕΟΚ) 1017/68 [31] και (ΕΟΚ) 4056/86 [32] αναφέρουν ως λόγους που δικαιολογούν την ανάκληση με αναδρομική ισχύ μόνο τους δύο πρώτους από τους λόγους αυτούς.

Η ανάκληση εξαιρέσεως η οποία έχει χορηγηθεί με απόφαση που δημιουργεί δικαιώματα ρυθμίζεται, αντίθετα, κατά τον ίδιο τρόπο και στους τρεις κανονισμούς. Ενώ η κατάσταση της εξαιρέσεως αναφέρεται ρητώς, όπως και στο άρθρο 8, παράγραφος 3, στοιχείο δ), του κανονισμού 17, ως λόγος που δικαιολογεί την αναδρομική ανάκληση, πουθενά δεν γίνεται μνεία του άρθρου 86 εν αναφορά προς το ζήτημα αυτό [33].

44. Ανακύπτει, λοιπόν, το ερώτημα αν από το άρθρο 5, παράγραφος 3, του κανονισμού 3975/87 μπορεί να συναχθεί εξ αντιδιαστολής το συμπέρασμα ότι η εφαρμογή του άρθρου 86 σε συμπεριφορές υπαγόμενες σε εξαίρεση πρέπει να αποκλείεται εφόσον δεν υπάρχει τέτοια ρητή διάταξη, δηλαδή σε όλες τις άλλες περιπτώσεις. Αυτό θα μπορούσε να γίνει δεκτό αν η διάταξη αυτή είχε ως αντικείμενο τη ρύθμιση της εφαρμογής του άρθρου 86, πράγμα που δεν συμβαίνει, όμως. Το άρθρο 5, παράγραφος 3, του κανονισμού 3975/87 μάλλον προσθέτει, στις κυρώσεις που επισύρει η παράβαση του άρθρου 86, την ανάκληση της εξαιρέσεως κατόπιν διαδικασίας αντιρρήσεων βάσει του κανονισμού αυτού. Η παράβαση του άρθρου 86 έχει, επομένως, ως περαιτέρω συνέπεια ότι το άρθρο 85, παράγραφος 1, εφαρμόζεται και αυτό αναδρομικώς επί της συμφωνίας. Στην περίπτωση αυτή οι ενδιαφερόμενοι παραβαίνουν όχι μόνο το άρθρο 86, αλλά και το άρθρο 85, παράγραφος 1. Η έννομη αυτή συνέπεια, ωστόσο, δεν προκύπτει αυτομάτως από την εφαρμογή του άρθρου 86, αλλ' επέρχεται μόνον — όπως εν προκειμένω — αν προβλέπεται ρητώς σε κάποια διάταξη.

Το εξ αντιδιαστολής επιχείρημα αυτό πρέπει να αποκλειστεί και ενόψει του γράμματος της διατάξεως: τις έννομες συνέπειες που προβλέπει τις συνδέει προς την παράβαση του άρθρου 86 της Συνθήκης ΕΟΚ, προϋποθέτοντας έτσι ότι το άρθρο αυτό εφαρμόζεται στη συμπεριφορά των ενδιαφερομένων.

45. Τα ανωτέρω μπορούν να συνοψιστούν ως εξής: από διάφορες ενδείξεις περιεχόμενες στον κανονισμό 17 και στο άρθρο 5, παράγραφος 3, του κανονισμού 3975/87 προκύπτει ότι η ατομική εξαίρεση δεν κωλύει την εφαρμογή του άρθρου 86, αλλά το πολύ πολύ να πρέπει να ληφθεί υπόψη από την Επιτροπή στο πλαίσιο ενδεχομένης αυτοδεσμεύσεώς της. Αντίθετα, το άρθρο 86 παράγει συνέπειες εντός του πεδίου εφαρμογής του άρθρου 85, παράγραφος 3, κατά το μέτρο που αποκλείει την εξαίρεση συμπεριφορών που εμπίπτουν στην έννοια της καταχρήσεως δεσπόζουσας θέσης. Αυτό δεν σημαίνει, ωστόσο, ότι οι δεσπόζουσες επιχειρήσεις αποκλείονται του ευεργετήματος των αποφάσεων περί εξαιρέσεως. Η Επιτροπή μπορεί να τους χορηγεί εξαίρεση εφόσον αυτό δεν συνεπάγεται κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης.

31 — Άρθρο 12, παράγραφος 3.

32 — Αυτόθι.

33 — Άρθρο 13 του κανονισμού (ΕΟΚ) 1017/68, άρθρο 6 του κανονισμού (ΕΟΚ) 3975/87 και άρθρο 13 του κανονισμού (ΕΟΚ) 4056/86.

γ) Η εξαίρεση κατά κατηγορία κατ' εφαρμογή του άρθρου 86

46. Φθάνω έτσι στο τρίτο στάδιο της έρευνάς μας, το οποίο αφορά τη σχέση μεταξύ της εξαιρέσεως κατά κατηγορία και του άρθρου 86, ενόψει των συμπερασμάτων της αναλύσεως που προηγήθηκε όσον αφορά την ατομική εξαίρεση.

Οι κανονισμοί που επιτρέπουν εξαίρεση κατά κατηγορία μπορούν να διακριθούν σε τρεις ομάδες, ανάλογα με την ανάπτυξη του ρυθμιστικού αυτού μέσου στην κοινοτική νομοθεσία. Τα στάδια της αναπτύξεως αυτής χαρακτηρίζονται από μία προοδευτική εκλέπτυνση των εξουσιοδοτικών βάσεων επί των οποίων στηρίζονται οι εξαιρέσεις κατά κατηγορία.

47. Είναι αλήθεια ότι όλοι οι κανονισμοί περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία έχουν το εξής κοινό: ότι, όπως και η ατομική εξαίρεση με απόφαση, αφορούν μόνο την απαγόρευση του άρθρου 85, παράγραφος 1. Κανένας κανονισμός περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία δεν προβλέπει το ανεφάρμοστο της απαγορεύσεως του άρθρου 86. Εντούτοις, οι κανονισμοί αυτοί διακρίνονται σαφώς από την ατομική εξαίρεση λόγω του ότι στηρίζονται σε γενική και αφηρημένη εκτίμηση ενός τύπου συμφωνιών, στην οποία ο νομοθέτης προβαίνει ex ante, λαμβάνοντας ως βάση, κατά γενικό κανόνα, τα αποτελέσματα των συμφωνιών αυτών υπό κανονικές συνθήκες ανταγωνισμού. Για την εφαρμογή των κανονισμών αυτών δεν εξετάζεται αν συντρέχουν in concreto οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 85, παράγραφος 3, οπότε θα ελαμβάνοντο υπόψη οι συνθήκες μιας από τις σχετικές αγορές, καθώς και η — ενδεχομένως δεσπόζουσα — θέση μιας συγκεκριμένης επιχειρήσεως[34]. Πρόκειται για μία σημαντική διαφορά η οποία — όπως θα αναπτυχθεί κατωτέρω — επηρεάζει τις έννομες συνέπειες της εξαιρέσεως κατά κατηγορία, εν συγκρίσει προς τις συνέπειες της ατομικής εξαιρέσεως.

48. Από άποψη περιεχομένου, οι κανονισμοί περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία διακρίνονται μεταξύ τους κατά το ότι ορισμένοι από αυτούς αναφέρονται στη διάρθρωση της αγοράς, ενώ οι περισσότεροι δεν περιέχουν τέτοιο περιορισμό. Όταν η εξαίρεση κατά κατηγορία δεν εξαρτάται από τη διάρθρωση της αγοράς, χορηγείται επί τη βάσει της αφηρημένης αποφάσεως του νομοθέτη και μόνον.

Αυτό ισχύει προ πάντων για τον πρώτο εξουσιοδοτικό κανονισμό του Συμβουλίου — τον κανονισμό 19/65, περί συμφωνιών παροχής αδείας εκμεταλλεύσεως και αποκλειστικής διανομής — καθώς και για τους βάσει αυτού εκδοθέντες κανονισμούς περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται ο εν προκειμένω εφαρμοζόμενος κανονισμός περί συμφωνιών παροχής αδείας εκμεταλλεύσεως διπλώματος ευρεσιτεχνίας[35]. Οι βάσει του κανονισμού 19/65 εξαιρέσεις κατά κατηγορία εφαρμόζονται — πλην μιας περιπτώσεως — χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η διάρθρωση της αγοράς.

Μόνον ο κανονισμός (ΕΟΚ) 1984/83 περιέχει και μία διάταξη κατά την οποία εξαίρεση συμφωνιών αποκλειστικής προμηθείας μεταξύ κατασκευαστών που είναι μεταξύ τους ανταγωνιστές μπορεί να χορηγηθεί μόνο στις μικρές και μεσαίες επιχειρήσεις[36]. Ο κοινο-

34 — Wertheimer: « Het adagium van artikel 86, EWG: " Quod licet bovi non licet jovi" », εις *Europees Kartelrecht Anno 1980*, σ. 143, συγκεκριμένα σ. 212.

35 — Κανονισμός 67/67/ΕΟΚ (ΕΕ ειδ. έκδ. 08/001, σ. 65), που έχει έκτοτε αντικατασταθεί από τους κανονισμούς (ΕΟΚ) 1983/83 (ΕΕ L 173, σ. 1) και (ΕΟΚ) 1984/83 (ΕΕ L 173, σ. 5)· κανονισμός (ΕΟΚ) 2349/84 (ΕΕ L 219, σ. 15), κανονισμός (ΕΟΚ) 123/85 (ΕΕ L 15, σ. 16), κανονισμός (ΕΟΚ) 4087/88 (ΕΕ L 359, σ. 46) και κανονισμός (ΕΟΚ) 556/89 (ΕΕ L 61, σ. 1).

36 — Δέκατη αιτιολογική σκέψη, άρθρο 3, στοιχείο β), και άρθρο 5.

τικός νομοθέτης αποκλείει, έτσι, τις δεσπόζουσες επιχειρήσεις εν γένει από το ευεργέτημα της εξαιρέσεως τέτοιων συμφωνιών.

49. Ως προς τη σχέση, εξάλλου, μεταξύ του άρθρου 86 και της εξαιρέσεως κατά κατηγορία, συνάγονται τα εξής: ο εξουσιοδοτικός κανονισμός δεν αναφέρεται στο άρθρο 86. Αντιθέτως, δύο κανονισμοί περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία, δηλαδή ο κανονισμός (ΕΟΚ) 1983/83, περί συμφωνιών αποκλειστικής διανομής, και ο κανονισμός 1984/83, περί συμφωνιών αποκλειστικής προμηθείας, αναφέρουν ρητώς, στις αιτιολογικές τους σκέψεις, ότι δεν αποκλείουν την εφαρμογή του άρθρου 86 [37].

50. Η δεύτερη «οικογένεια» κανονισμών εξαιρέσεως κατά κατηγορία οδηγεί ακόμα πιο πέρα προς την ίδια κατεύθυνση. Περιλαμβάνει τους κανονισμούς (ΕΟΚ) 417/85 και (ΕΟΚ) 418/85, περί συμφωνιών εξειδικεύσεως και συμφωνιών έρευνας και αναπτύξεως, καθώς και τον εξουσιοδοτικό κανονισμό (ΕΟΚ) 2821/71, τον οποίο έχουν ως βάση [38]. Οι «οριζόντιοι» κανονισμοί 417/85 και 418/85 εξαρτούν την εξαίρεση κατά κατηγορία από την προϋπόθεση ότι το μερίδιο επί της αγοράς και ο κύκλος εργασιών των ενδιαφερομένων επιχειρήσεων δεν υπερβαίνουν ορισμένο όριο [39]. Επομένως, οι δεσπόζουσες επιχειρήσεις δεν μπορούν, κατά κανόνα τουλάχιστον, να τύχουν εξαιρέσεως βάσει των δύο αυτών κανονισμών.

51. Με την πάροδο του χρόνου εξελίχθηκαν και οι διατάξεις περί ανακλήσεως της εξαιρέσεως κατά κατηγορία σε μεμονωμένες περιπτώσεις. Το άρθρο 7 του κανονισμού 19/65 προβλέπει ανάκληση όταν η εξαιρουμένη συμπεριφορά παράγει αποτελέσματα ασυμβίβαστα προς το άρθρο 85, παράγραφος 3. Δεν αναφέρει αν η ανάκληση αυτή έχει αναδρομική ισχύ ή παράγει αποτελέσματα μόνο για το μέλλον. Ο κανονισμός 2821/71, αντίθετα, ορίζει ρητώς, στην τελευταία αιτιολογική του σκέψη, ότι η εξαίρεση κατά κατηγορία μπορεί να ανακληθεί μόνον ex nunc. Το άρθρο 7 του κανονισμού αυτού, το οποίο επιτρέπει την ανάκληση της εξαιρέσεως, αντιστοιχεί, από άποψη διατυπώσεως, προς το άρθρο 7 του κανονισμού 19/65, που προηγήθηκε αυτού. Αυτό δείχνει ότι η ανάκληση της εξαιρέσεως επιτρέπεται μόνον ex nunc ακόμα και κατά την εφαρμογή της τελευταίας αυτής διατάξεως.

52. Η τρίτη — και πιο πρόσφατη — κατηγορία κανονισμών περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία αφορά τον τομέα των εναερίων μεταφορών. Τη σχετική εξουσιοδότηση παρέχει ο κανονισμός (ΕΟΚ) 3976/87 του Συμβουλίου [40]. Ο εν λόγω κανονισμός δεν αποκλείει τη δυνατότητα χορηγήσεως εξαιρέσεως σε δεσπόζουσες επιχειρήσεις. Η κατηγορία όμως αυτή παρουσιάζει το εξής νέο στοιχείο: ότι οι συνέπειες της παραβάσεως του άρθρου 86 προβλέπονται ήδη στον εξουσιοδοτικό κανονισμό. Κατά το άρθρο 7, παράγραφος 2, του κανονισμού, το ευεργέτημα της ομαδικής εξαιρέσεως μπορεί να ανακληθεί, σε ορισμένες περιπτώσεις, όταν η εξαιρουμένη συμφωνία «έχει... αποτελέσματα που απαγορεύονται από το άρθρο 86». Οι τρεις κανονισμοί περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία [41] οι οποίοι εκδόθηκαν βάσει αυτής της εξουσιοδοτήσεως υπογραμμίζουν ρητώς, στις αιτιολογικές τους σκέψεις, ότι δεν εμποδίζουν την εφαρμογή του άρθρου 86. Οι κανονισμοί αυτοί προβλέπουν όλοι τη δυνατότητα ανακλήσεως της εξαιρέσεως [42] για τις συμφωνίες των οποίων τα αποτελέσματα «απαγορεύονται από το άρθρο 86 της Συνθήκης».

Το άρθρο 7, παράγραφος 2, του εξουσιοδοτικού κανονισμού προβλέπει επίσης ότι η ανά-

37 — Δέκατη πέμπτη αιτιολογική σκέψη του κανονισμού 1983/83 και εικοστή τρίτη αιτιολογική σκέψη του κανονισμού 1984/83.

38 — Κανονισμός (ΕΟΚ) 2821/71 (ΕΕ ειδ. έκδ. 08/001, σ. 88)· κανονισμός (ΕΟΚ) 417/85 (ΕΕ L 53, σ. 1)· κανονισμός (ΕΟΚ) 418/85 (ΕΕ L 53, σ. 5).

39 — Άρθρο 3 του κανονισμού 417/85 και άρθρο 3, παράγραφοι 2 και 3, του κανονισμού 418/85 (που αφορά μόνο το μερίδιο επί της αγοράς).

40 — ΕΕ L 374, σ. 9.

41 — Κανονισμοί (ΕΟΚ) 2671/88, (ΕΟΚ) 2672/88 και (ΕΟΚ) 2673/88 (ΕΕ L 239, σσ. 9, 13 και 17).

42 — Άρθρο 7 του κανονισμού 2671/88, άρθρο 11 του κανονισμού 2672/88 και άρθρο 4 του κανονισμού 2673/88.

κληση της εξαιρέσεως δεν είναι η μόνη συνέπεια της παραβάσεως του άρθρου 86, αλλ' ότι η Επιτροπή μπορεί, περαιτέρω, « να λάβει, σύμφωνα με το άρθρο 13 του κανονισμού 3975/87, όλα τα κατάλληλα μέτρα προκειμένου να τεθεί τέρμα στις παραβάσεις αυτές ». Η τελευταία αυτή διάταξη παρέχει εξουσία στην Επιτροπή να επιβάλλει χρηματικές ποινές στις επιχειρήσεις που δεν συμμορφώνονται προς την εντολή της περί παύσεως της παραβάσεως του άρθρου 86[43]. Αντίθετα, δεν γίνεται παραπομπή στο άρθρο 12 του κανονισμού 3975/87, που παρέχει εξουσία στην Επιτροπή να επιβάλλει πρόστιμα σε περίπτωση παραβάσεως του άρθρου 86.

53. Στον τομέα των θαλασσίων μεταφορών το Συμβούλιο δεν έχει εξουσιοδοτήσει την Επιτροπή να εκδώσει κανονισμούς περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία. Με τα άρθρα 3 και 6 του κανονισμού 4056/86, περί θαλασσίων μεταφορών[44], θέσπισε το ίδιο εξαιρέσεις κατά κατηγορία, οι οποίες αφορούν και πάλι την απαγόρευση των συμφωνιών βάσει του άρθρου 85, παράγραφος 1. Όπως και οι κατά κυριολεξία κανονισμοί περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία, ο κανονισμός 4056/86 προβλέπει, στο άρθρο 8, τη δυνατότητα ανακλήσεως της εξαιρέσεως για τις συμφωνίες που έχουν αποτελέσματα ασυμβίβαστα προς το άρθρο 86. Η Επιτροπή παραμένει, πάντως, ελεύθερη, κατά τον γενικό κανόνα του άρθρου 10, να κινεί « τις διαδικασίες για να παύσει τυχόν παράβαση των διατάξεων του άρθρου 86 της Συνθήκης ».

54. Θα επιχειρήσω τώρα να συναγάγω ορισμένες γενικές αρχές από αυτή την πληθώρα κανόνων. Προς τούτο πρέπει να ληφθεί υπόψη το γεγονός ότι καθεμία από τις εξαιρέσεις κατά κατηγορία αποτελεί — παρά τις μεταξύ τους διαφορές — μέσο εφαρμογής του άρθρου 85, παράγραφος 3. Ως εκ τούτου, οι διατάξεις ενός κανονισμού περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία μπορούν κάλλιστα να λαμβάνονται υπόψη κατά την ερμηνεία άλλων κανονισμών. Η διάσπαση της ομοιόμορφης εφαρμογής των άρθρων 85 και 86 στους διαφόρους τομείς που καλύπτουν οι κανονισμοί περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία εξαιτίας τεχνητών διακρίσεων θα ήταν αντίθετη προς το σύστημα που καθιερώνει η Συνθήκη. Γι' αυτό και επεκτάθηκα σε μεγάλο βαθμό πέραν του κανονισμού 2349/84, ώστε να επιτύχω μια σφαιρική παρουσίαση των κανονισμών περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία.

55. Κατόπιν τούτων, θα ήθελα να διατυπώσω τα εξής συμπεράσματα: το άρθρο 86 μπορεί να εφαρμοστεί σωρευτικώς με το άρθρο 85 επί εξαιρέσεων κατά κατηγορία εφόσον ο νομοθέτης δεν έχει ήδη εξαρχής αποκλείσει τις δεσπόζουσες επιχειρήσεις από το ευεργέτημα αυτό της εξαιρέσεως καθορίζοντας όρια για τον αποκλεισμό αυτό. Ο νομοθέτης έχει αναγνωρίσει τη διαπίστωση αυτή στις αιτιολογικές σκέψεις δύο κανονισμών περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία χωρίς ωστόσο να θεσπίσει ρητή διάταξη όσον αφορά την εφαρμογή του άρθρου 86[45]. Εντούτοις, ενώ προκειμένου περί ατομικής εξαιρέσεως το άρθρο 86 μπορεί να έχει συνέπειες τόσο κατά τη χορήγηση όσο και κατά την ανάκλησή της, προκειμένου περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία μπορεί να έχει συνέπειες μόνο κατά τη διαδικασία ανακλήσεως της εξαιρέσεως, δεδομένου ότι στην περίπτωση αυτή η διαδικασία χορηγήσεως ατομικής εξαιρέσεως αντικαθίσταται από αφηρημένη απόφαση την οποία ο νομοθέτης εκδίδει ex ante σχετική με το περιεχόμενο του κανονισμού περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία τον οποίο προτίθεται να εκδώσει. Η απουσία ατομικής διαδικασίας ενέχει τον κίνδυνο υπαγωγής στην εξαίρεση κατά κατηγορία και συμφωνιών που δεν πληρούν καθεαυτές τις προϋποθέσεις του άρθρου 85, παράγραφος 3. Δεδομένου ότι δεν απαιτεί κανέναν ειδικό εκ των προτέρων έλεγχο εκ μέρους της Επιτροπής ως προς το αν οι προϋποθέσεις του άρθρου 85, παράγραφος 3, πληρούνται στη συγκεκριμένη

43 — Τέτοια απόφαση μπορεί να ληφθεί βάσει του άρθρου 4 του κανονισμού 3975/87.

44 — ΕΕ L 378, σ. 4.

45 — Κανονισμοί 1983/83 και 1984/83.

περίπτωση, η εξαίρεση κατά κατηγορία δεν μπορεί να ερμηνευθεί, εν αναφορά προς το άρθρο 86, ως «σιωπηρή αρνητική πιστοποίηση», η οποία δεσμεύει τον συντάκτη της — δηλαδή την Επιτροπή — κατά την εφαρμογή της τελευταίας αυτής διατάξεως. Το αποτέλεσμα της εξαιρέσεως κατά κατηγορία είναι, κατά τούτο, έλασσον σε σχέση με το της ατομικής εξαιρέσεως.

Οπωσδήποτε, πάντως, πρέπει να αποκλειστεί η δέσμευση των κοινοτικών οργάνων από τις αποφάσεις τους όταν, όπως εν προκειμένω, μία δεσπόζουσα επιχείρηση δεν υπάγεται στο ευεργέτημα της εξαιρέσεως κατά κατηγορία παρά εκ των υστέρων. Όπως είδαμε, ακόμα και η ατομική εξαίρεση δεν μπορεί να δεσμεύει την Επιτροπή, που τη χορήγησε, όταν η δεσπόζουσα επιχείρηση μόλις εκ των υστέρων καθίσταται μέρος της συμφωνίας.

56. Από την άλλη πλευρά, αποκλείεται η αναδρομική ανάκληση της εξαιρέσεως κατά κατηγορία. Αυτό φαίνεται να δικαιολογείται λόγω του ότι η εξαίρεση κατά κατηγορία στηρίζεται απευθείας σε κανόνα δικαίου και όχι, όπως η ατομική εξαίρεση, σε διοικητική πράξη. Κατά τούτο, επομένως, η εξαίρεση κατά κατηγορία παράγει σημαντικότερες έννομες συνέπειες απ' ό,τι η ατομική εξαίρεση.

Το γεγονός ότι ένας εξουσιοδοτικός κανονισμός και τέσσερις από τους πιο πρόσφατους κανονισμούς περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία αναφέρουν την παράβαση του άρθρου 86 μεταξύ των λόγων που δικαιολογούν την ανάκληση της εξαιρέσεως επιβεβαιώνει ότι το άρθρο 86 εξακολουθεί να εφαρμόζεται, ακόμα και κατά τη διάρκεια της ισχύος μιας εξαιρέσεως κατά κατηγορία.

Από τις ειδικές αυτές διατάξεις δεν μπορεί να συναχθεί εξ αντιδιαστολής ότι στους τομείς που διέπονται από τους άλλους κανονισμούς περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία το άρθρο 86 δεν μπορεί να εφαρμοστεί προ της ανακλήσεως της εξαιρέσεως. Όπως παρατήρησα ήδη σχετικά με την ατομική εξαίρεση, εν αναφορά προς την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 5, παράγραφος 3, του κανονισμού περί καθορισμού των λεπτομερειών εφαρμογής των κανόνων ανταγωνισμού που ισχύουν για τις επιχειρήσεις στον τομέα των αεροπορικών μεταφορών, η μόνη συνέπεια τέτοιων διατάξεων είναι η δυνατότητα επιβολής συμπληρωματικής κυρώσεως για την παράβαση του άρθρου 86, δηλαδή, εν προκειμένω, ανακλήσεως της εξαιρέσεως κατά κατηγορία. Η συμπληρωματική αυτή κύρωση δεν είναι περιττή, ούτε και σε περίπτωση ακυρότητας μιας συμφωνίας λόγω παραβάσεως του άρθρου 86 δυνάμει του εθνικού δικαίου, καθόσον η ανάκληση της εξαιρέσεως στο πλαίσιο του άρθρου 85 έχει ιδιαίτερη σημασία. Επομένως, οι ειδικές διατάξεις υπονοούν ότι το άρθρο 86 εξακολουθεί να εφαρμόζεται και όταν υπάρχει εξαίρεση κατά κατηγορία [46].

57. Η προσφεύγουσα, βέβαια, θεωρεί ότι οι κανονισμοί περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία αποτελούν για τον νομοθέτη μέσο προς ενθάρρυνση ορισμένων τύπων συμφωνιών. Στην πρόθεση αυτή του νομοθέτη αντιστρατεύεται η ενδεχόμενη εφαρμογή του άρθρου 86. Σε αυτό πρέπει, όπως και η Επιτροπή, να απαντήσουμε ότι η έκδοση κανονισμών περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία έχει ως μόνο σκοπό την απλούστευση της διοικητικής διαδικασίας. Δεν νομίζω ότι είναι ορθό οι συμφωνίες που εξαιρούνται από την απαγόρευση του άρθρου 85, παράγραφος 1, να θεωρούνται εν γένει σκόπιμες από άποψη πολιτικής ανταγωνισμού. Η εξαίρεση περιορίζεται στην επανεγκαθίδρυση της συμβατικής ελευθερίας των επιχειρήσεων

46 — Wiedemann, Aliter: *Kommentar zu den Gruppenfreistellungsverordnungen des EWG-Kartellrechts*, Bd. 1, 1989, Allgemeiner Teil, σσ. 120 επ., σημεία 371 και 373, σχετικά με την κατά την παρούσα δίκη προσβαλλόμενη απόφαση της Επιτροπής.

για τις οποίες πρόκειται, δεν λειτουργεί δε ως έκφραση οποιασδήποτε κατευθύνσεως όσον αφορά την πολιτική ανταγωνισμού[47].

58. Ως συμπέρασμα, λοιπόν, μετά την εξέταση του πρώτου ισχυρισμού διαπιστώνω ότι δεν αποκλείεται λογικώς, ούτε είναι αντιφατικό νομικώς, να κριθεί η συμπεριφορά της προσφεύγουσας εν αναφορά προς την απαγόρευση του άρθρου 86, παρόλο που η άδεια αποκλειστικής εκμεταλλεύσεως που απέκτησε ενέπιπτε στο πεδίο εφαρμογής του κανονισμού περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία 2349/84 της Επιτροπής.

2) *Η απόκτηση της αδείας εκμεταλλεύσεως του διπλώματος ευρεσιτεχνίας ως κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης*

59. Το δεύτερο ζήτημα που πρέπει να εξεταστεί στο πλαίσιο του παρόντος μέρους των προτάσεών μου αφορά το αν η Επιτροπή ορθώς χαρακτήρισε την απλή απόκτηση της αδείας αποκλειστικής εκμεταλλεύσεως εκ μέρους της προσφεύγουσας ως παράβαση του άρθρου 86. Βεβαίως, η προσφεύγουσα δεν αμφισβήτησε τις διαπιστώσεις περί των πραγματικών περιστατικών της Επιτροπής. Ισχυρίστηκε, όμως, κατά την προφορική διαδικασία, ότι τα διαπιστωθέντα πραγματικά περιστατικά ουδόλως συνιστούν παραβίαση του άρθρου 86. Ως εκ τούτου, η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να εξεταστεί και από την άποψη αυτή.

α) Τα στοιχεία της κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης

60. Καταρχάς, θα ήθελα να ασχοληθώ με ένα ζήτημα που τέθηκε κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση. Επρόκειτο για το αν το άρθρο 86 πρέπει να εφαρμόζεται κατά δύο τρόπους και με δύο σημασίες, αναλόγως του αν πρόκειται περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία ή όχι. Νομίζω ότι η μέχρι τούδε ανάλυση έδειξε ότι η εφαρμογή της απαγορεύσεως του άρθρου 86 είναι η ίδια και στις δύο περιπτώσεις. Όσον αφορά τις έννομες συνέπειες ενδεχομένης παραβάσεως της απαγορεύσεως, είδαμε ότι ο κοινοτικός νομοθέτης τις έχει ρυθμίσει διαφορετικά σε ορισμένους κανονισμούς περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία και έχει περιορίσει, ειδικότερα, την εξουσία της Επιτροπής προς επιβολή κυρώσεων[48]. Ο νομοθέτης μπορεί να προβαίνει σε τέτοιου είδους διαφοροποιήσεις, οι οποίες αφορούν μόνο τις κατά το παράγωγο δίκαιο συνέπειες της παραβάσεως του άρθρου 86, βάσει του άρθρου 87. Αν δεν το πράττει, όπως συμβαίνει εν προκειμένω με τον κανονισμό 2349/84 περί συμφωνιών σχετικών με άδειες εκμεταλλεύσεως, εξακολουθεί να εφαρμόζεται το άρθρο 86 σύμφωνα με τις γενικές διατάξεις εκτελέσεώς του, δηλαδή τον κανονισμό 17.

61. Εντούτοις, η προσφεύγουσα συνάγει από την απόφαση του Δικαστηρίου επί της υποθέσεως Ahmed Saeed[49] ότι η παρούσα υπόθεση εμφανίζει μία ιδιομορφία ως προς την εφαρμογή του άρθρου 86. Μία συμπεριφορά, λέγει, η οποία συνίσταται απλώς και μόνο στη σύναψη συμφωνίας υπαγομένης σε εξαίρεση βάσει του κανονισμού 2349/84 δεν αρκεί προς θεμελίωση της αιτιάσεως περί καταχρήσεως· προς τούτο απαιτείται να συντρέχει ένα πρόσθετο στοιχείο. Από την απόφαση επί της υποθέσεως Ahmed Saeed προκύπτει, κατά την άποψή της, ότι το στοιχείο αυτό είναι να έχει η δεσπόζουσα επιχείρηση επιβάλει στον αντισυμβαλλόμενό της την υπαγομένη σε εξαίρεση συμφωνία.

Ας μου επιτραπεί να διαπιστώσω, καταρχάς, ότι η προσφεύγουσα παρέθεσε ελλιπώς το από-

47 — Koch, εις Grabitz: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, σημεία 192 και 156, σχετικά με το άρθρο 85 της Συνθήκης ΕΟΚ.

48 — Βλέπε άρθρο 7, παράγραφος 2, του κανονισμού (ΕΟΚ) 3976/87.

49 — Απόφαση της 11ης Απριλίου 1989, σκέψεις 37 και 42 (66/86).

σπασμα της αποφάσεως στο οποίο στηρίζεται: το Δικαστήριο έκρινε, κατ' ακρίβεια, ότι καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης μπορεί, ιδίως, να διαπιστωθεί « όταν οι επιβληθέντες ναύλοι μπορούν να θεωρηθούν ως μη δίκαιοι όροι μεταφοράς, είτε έναντι των ανταγωνιστών είτε έναντι των επιβατών ». Με άλλα λόγια, το Δικαστήριο θεωρεί ότι το γεγονός ότι μία δεσπόζουσα επιχείρηση κατορθώνει να επιβάλει συμβατικώς όρους χάρη στην ισχύ της δεν είναι ούτε αναγκαίο ούτε ικανό στοιχείο ώστε να δικαιολογείται η διαπίστωση καταχρήσεως. Αντιθέτως, αποφασιστικής σημασίας είναι το αν το περιεχόμενο της κατ' αυτόν τον τρόπο επιβαλλομένης συμφωνίας είναι ή όχι ανεπιεικές. Επομένως, πίσω από την απαίτηση της υπάρξεως ενός « προσθέτου στοιχείου », την οποία διαβλέπει η προσφεύγουσα στην απόφαση του Δικαστηρίου επί της υποθέσεως Ahmed Saeed, υποκρύπτεται στην πραγματικότητα ένα γενικό πρόβλημα, το αναφερόμενο στις προϋποθέσεις υπό τις οποίες η συμπεριφορά μιας δεσπόζουσας επιχείρησης πρέπει να θεωρείται ως καταχρηστική εκμετάλλευση της θέσεώς της.

62. Όσον αφορά το θεμελιώδες αυτό πρόβλημα του άρθρου 86, το Δικαστήριο έχει αναπτύξει προοδευτικά κατευθυντήριες αρχές: πρώτα-πρώτα ερμήνευσε το άρθρο 86 υπό το φως του άρθρου 3, στοιχείο στ), κατά το οποίο η Κοινότητα έχει ως αποστολή « την εγκαθίδρυση καθεστώτος που να εξασφαλίζει ανόθευτο ανταγωνισμό εντός της κοινής αγοράς » [50]. Στην απόφαση Continetal Can ως πρώτο στοιχείο καθοριστικό της υπάρξεως καταχρηστικής συμπεριφοράς θεώρησε το να ενισχύει η συμπεριφορά αυτή τη δεσπόζουσα θέση της επιχειρήσεως και να περιορίζει σημαντικά τον — ήδη εξασθενημένο — ανταγωνισμό που εναπομένει. Κατά την απόφαση αυτή, στην οποία στηρίζεται η Επιτροπή στην προσβαλλομένη απόφαση [51], η διαπίστωση της καταχρήσεως εξαρτάται από το περιοριστικό αποτέλεσμα που έχει η συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχειρήσεως για τον ανταγωνισμό (επρόκειτο για απόκτηση συμμετοχής κατά 80 % σε ανταγωνίστρια επιχείρηση) [52].

63. Αν αρκούσε, όμως, το περιοριστικό αποτέλεσμα επί του ανταγωνισμού για να χαρακτηριστεί ως καταχρηστική η συμπεριφορά μιας δεσπόζουσας επιχειρήσεως, θα υπήρχε κίνδυνος το άρθρο 86 να καταλάβει όλες τις κερδοφόρες δραστηριότητες της επιχειρήσεως αυτής. Κάτι τέτοιο θα πλησίαζε τουλάχιστον προς μία απαγόρευση της δεσπόζουσας θέσης που δεν προβλέπεται από τη Συνθήκη. Επομένως, το άρθρο 86 πρέπει να αναλυθεί διεξοδικότερα από την άποψη αυτή.

Δεδομένου ότι το εν λόγω άρθρο δεν απαγορεύει την ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης καθεαυτήν, μία επιχείρηση ευρισκόμενη στην κατάσταση αυτή επιτρέπεται να ενεργεί με σκοπό το κέρδος και να επιδιώκει την επέκταση των εμπορικών της δραστηριοτήτων. Επιτρέπεται να ενισχύει τη δεσπόζουσα θέση της διά του ανταγωνισμού και να εκτοπίζει από την αγορά λιγότερο ανταγωνιστικές επιχειρήσεις, ακόμα και αν το μερίδιό της επί της αγοράς φθάνει, κατ' αυτόν τον τρόπο, το 100 % [53]. Η Συνθήκη ΕΟΚ δεν απαιτεί να συμπεριφέρεται η δεσπόζουσα επιχείρηση κατά τρόπο στερούμενο παντελώς σημασίας από οικονομική άποψη και αντίθετο προς τα νόμιμα συμφέροντά της. Διαφορετικά, το κοινοτικό δίκαιο θα περιείχε αντίφαση ενόψει άλλων υποχρεώσεων που υπέχει μία δεσπόζουσα επιχείρηση όπως και κάθε άλλη επιχείρηση. Σκέπτομαι, για παρά-

50 — Βλέπε προαναφερθείσα απόφαση της 21ης Φεβρουαρίου 1973 (6/72, Slg. 1973, σσ. 244 επ.)· απόφαση της 6ης Μαρτίου 1974, Commercial Solvents, σκέψη 25 (6/73 και 7/73, Slg. 1974, σ. 223, συγκεκριμένα σ. 253)· απόφαση της 16ης Νοεμβρίου 1977, Inno κατά ATAB, σκέψεις 28 επ· (13/77, Slg. 1977, σ. 2115, συγκεκριμένα σ. 2145)· προαναφερθείσα απόφαση της 14ης Φεβρουαρίου 1978, σκέψεις 63 επ. (27/76, Slg. 1978, σ. 286)· προαναφερθείσα απόφαση της 13ης Φεβρουαρίου 1979, σκέψεις 125 και 132 (85/76, Slg. 1979, σσ. 552 και 554).

51 — Σημείο 51 της προσβαλλομένης αποφάσεως.

52 — Όπ. π., σκέψη 26 (σ. 246). Η απόφαση της Επιτροπής, όμως, ακυρώθηκε λόγω εσφαλμένης οριοθετήσεως της σχετικής αγοράς.

53 — Lang, Temple: *Monopolisation and the definition of « abuse » of a dominant position under Article 86 EEC Treaty*, CMLR 1979, σ. 345, συγκεκριμένα σ. 351.

δειγμα, την υποχρέωση που επιβάλλει το δίκαιο των εταιριών στα όργανα διοικήσεως να χρησιμοποιούν το κεφάλαιο που τους έχουν εμπιστευθεί οι εταίροι ή μέτοχοι κατά τρόπον ώστε να αποφέρει κέρδη, καθώς και την ευθύνη των επιχειρήσεων για την εξασφάλιση των θέσεων εργασίας.

64. Η έννοια της καταχρήσεως είναι — κατά την απόφαση Hoffmann-La Roche — έννοια αντικειμενική[54], η οποία δεν προϋποθέτει ότι η οικονομική ισχύς που παρέχει η δεσπόζουσα θέση χρησιμοποιήθηκε ως μέσον για την πραγματοποίηση της καταχρήσεως[55]. Για τον λόγο αυτό, πράξεις στις οποίες μπορούν να προβαίνουν και επιχειρήσεις που δεν κατέχουν δεσπόζουσα θέση — όπως η απόκτηση αδείας εκμεταλλεύσεως διπλώματος ευρεσιτεχνίας, η απόκτηση συμμετοχής σε άλλη επιχείρηση ή η σύναψη συμφωνίας αποκλειστικής προμηθείας — δεν μπορούν να αποκλείονται από τον κύκλο των ενεργειών που εμπίπτουν στο άρθρο 86. Αντίθετα απ' ό,τι υποστηρίζει η προσφεύγουσα, για να χαρακτηριστεί η συμπεριφορά της ως κατάχρηση δεν χρειάζεται να χρησιμοποίησε την οικονομική της ισχύ για να εξαναγκάσει τον αντισυμβαλλόμενό της στη σύναψη της συμφωνίας παροχής αδείας εκμεταλλεύσεως[56]. Ακόμα και πράξεις επιχειρήσεων χωρίς καμιά θετική ή αρνητική αξία μπορούν να αντίκεινται στο άρθρο 86 όταν είναι ικανές να έχουν ανεπιθύμητες συνέπειες εν αναφορά προς το κοινοτικό καθεστώς ανταγωνισμού.

65. Έτσι, το άρθρο 86 επιφορτίζει τη δεσπόζουσα επιχείρηση με την ιδιαίτερη ευθύνη « να μη θίγει με τη συμπεριφορά της την άσκηση πραγματικού και ανόθευτου ανταγωνισμού στην κοινή αγορά »[57]. Επομένως, προκειμένου να αποφευχθεί το αντιφατικό φαινόμενο της αντιθέσεως μεταξύ των ιδιαιτέρων αυτών υποχρεώσεων της δεσπόζουσας επιχειρήσεως και της αρχής ότι η δεσπόζουσα θέση δεν απαγορεύεται καθεαυτήν, πρέπει να εφαρμοστούν πρόσθετα κριτήρια που θα καταστήσουν δυνατή τη διάκριση της καταχρηστικής συμπεριφοράς από τα μέσα του κανονικού ανταγωνισμού. Πού μπορούν να βρεθούν τα κριτήρια αυτά;

66. Μια πρώτη απάντηση παρέχει η ανάπτυξη της εννοίας της καταχρήσεως από το Δικαστήριο, όπως προκύπτει από τον ορισμό σε δύο σκέλη που περιέχεται στην απόφαση Hoffmann-La Roche. Κατά τον ορισμό αυτόν, εκτός από το περιοριστικό αποτέλεσμα για τον ανταγωνισμό,πρέπει η δεσπόζουσα επιχείρηση να έχει χρησιμοποιήσει μέσα « διαφορετικά από αυτά που διέπουν ένα φυσιολογικό ανταγωνισμό των προϊόντων ή υπηρεσιών βάσει των παροχών των επιχειρηματιών »[58]. Μεταξύ των ξένων αυτών προς τον ανταγωνισμό μέσων το Δικαστήριο έκρινε, για παράδειγμα, ότι περιλαμβάνονταν οι συμφωνίες αποκλειστικής προμηθείας τις οποίες είχε συνάψει η Hoffmann-La Roche με κάποιους από τους πελάτες της.

67. Τίθεται, ωστόσο, το ερώτημα αν ως πρόσθετο στοιχείο μπορούν να ληφθούν υπόψη μόνο ξένα προς τον ανταγωνισμό μέσα. Για να δοθεί απάντηση, πρέπει να επανέλθουμε στο περιεχόμενο του άρθρου 86.

Η διάταξη αυτή περιέχει τέσσερα τυπικά παραδείγματα καταχρήσεως δεσπόζουσας θέσης. Τα δύο πρώτα αφορούν κυρίως την προστασία των συμβαλλομένων και των κατανα-

54 — Προαναφερθείσα απόφαση της 13ης Φεβρουαρίου 1979, σκέψη 91 (85/76, Slg. 1979, σ. 541).

55 — Προαναφερθείσα απόφαση της 13ης Φεβρουαρίου 1979 (85/76)· μέρος, πάντως, της θεωρίας τάσσεται υπέρ της αντιθέτου απόψεως· π. χ. Koch, εις Grabitz: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, σημεία 45 επ. των σχολίων επί του άρθρου 86.

56 — Βλέπε επίσης προαναφερθείσα απόφαση της 13ης Φεβρουαρίου 1979, σκέψη 120 (85/76, Slg. 1979, σ. 551).

57 — Απόφαση της 9ης Νοεμβρίου 1983, Michelin, σκέψη 57 (322/81, Συλλογή 1983, σ. 3461, συγκεκριμένα σ. 3511).

58 — Προαναφερθείσα απόφαση της 13ης Φεβρουαρίου 1979, σκέψη 91 (85/76, Slg. 1979, σ. 541)· βλέπε, επίσης, απόφαση της 11ης Δεκεμβρίου 1980, L' Oréal, σκέψη 27 (31/80, Slg. 1980, σ. 3775, συγκεκριμένα σ. 3794), και προαναφερθείσα απόφαση της 9ης Νοεμβρίου 1983, σκέψη 70 (322/81, Συλλογή 1983, σ. 3514).

λωτών έναντι της ενδεχομένης εκμεταλλεύσεως της εξαρτήσεώς τους από τη δεσπόζουσα επιχείρηση, ενώ η υπό στοιχείο δ) απαγόρευση της εξαρτήσεως της συνάψεως συμβάσεων από την αποδοχή ασχέτων προσθέτων παροχών αποσκοπεί στην προστασία του αντισυμβαλλομένου και προδήλως και του ανταγωνιστού, το δε υπό στοιχείο γ) παράδειγμα απαγορεύει να θίγεται ο ανταγωνισμός με διακρίσεις μεταξύ των εμπορικώς συναλλασσομένων μετά της επιχειρήσεως που κατέχει δεσπόζουσα θέση. Τα τρία παραδείγματα που αναφέρθηκαν πρώτα έχουν το κοινό ότι η σχετική απαγόρευση αφορά μορφές πρακτικής που κατατείνουν σε νόμιμο σκοπό, δηλαδή την πραγματοποίηση κέρδους, με τη χρησιμοποίηση όμως δυσαναλόγων προς αυτόν μέσων. Με βάση τα τυπικά αυτά παραδείγματα μπορούν να προσδιοριστούν οι μη κατονομαζόμενες περιπτώσεις καταχρήσεως. Τα εν λόγω παραδείγματα θέτουν τα όρια — δηλαδή την αρχή της αναλογικότητας[59] και την απαγόρευση διακρίσεως — τα οποία η δεσπόζουσα επιχείρηση δεν πρέπει να υπερβαίνει ποτέ[60], ακόμα και στο πλαίσιο δραστηριοτήτων ξένων προς τις περιπτώσεις στις οποίες αναφέρονται τα παραδείγματα.

68. Στην παρούσα υπόθεση σημασία έχει κυρίως η αρχή της αναλογικότητας, δεδομένου ότι η αιτίαση η σχετική με την απόκτηση της αδείας αποκλειστικής εκμεταλλεύσεως (και μόνον αυτής) εμπεριέχει σιωπηρή αιτίαση περί αντιθέσεως ορισμένης συμπεριφοράς προς την αρχή αυτή. Εφαρμοζόμενη σε μία δεσπόζουσα επιχείρηση, η εν λόγω αρχή σημαίνει ότι η επιχείρηση αυτή μπορεί να επιδιώκει το κέρδος, να επιχειρεί να ενισχύσει την εμπορική της θέση με την ανταγωνιστικότητά της και να επιδιώκει τα νόμιμα συμφέροντά της, προς τούτο όμως δεν πρέπει να χρησιμοποιεί παρά μόνον τα αναγκαία προς επίτευξη των νομίμων αυτών στόχων μέτρα. Δεν επιτρέπεται, ιδίως, να συμπεριφέρεται κατά τρόπον ώστε, κατά πάσα πρόβλεψη, ο ανταγωνισμός να περιορίζεται περισσότερο απ' όσο είναι απαραίτητο.

69. Υπ' αυτή την έννοια έχει εφαρμόσει και το Δικαστήριο, με σειρά αποφάσεων, την αρχή της αναλογικότητας κατά την εκτίμηση της συμπεριφοράς δεσποζουσών επιχειρήσεων.

Έτσι, με την απόφαση BRT κατά SABAM[61], το Δικαστήριο έκρινε ότι ορισμένοι όροι τους οποίους περιελάμβανε στις συμβάσεις διαχειρίσεως που συνάπτει μία εταιρία εκμεταλλεύσεως δικαιωμάτων δημιουργού ήταν άδικοι και, κατά συνέπεια, καταχρηστικοί, διότι περιόριζαν την ελευθερία των προσχωρούντων προς διάθεση των δικαιωμάτων δημιουργού τους περισσότερο απ' όσο ήταν απαραίτητο για να μπορεί η εταιρία να διαχειρίζεται αποτελεσματικά τα δικαιώματα αυτά.

Ανάλογες σκέψεις περιλαμβάνει η απόφαση Suiker Unie[62], κατά την οποία μπορεί να συνιστά κατάχρηση το γεγονός ότι μία δεσπόζουσα επιχείρηση επιβάλλει στους εμπορικούς της αντιπροσώπους ρήτρα περί απαγορεύσεως του ανταγωνισμού και επεκτείνει την ισχύ της «πέραν του μέτρου που ανταποκρίνεται στη φύση της εν λόγω νομικής και οικονομικής σχέσεως» (δηλαδή της σχέσεως της επιχειρήσεως προς τους εμπορικούς της αντιπροσώπους).

70. Η αρχή της αναλογικότητας εφαρμόζεται με ιδιαίτερη σαφήνεια στην απόφαση United Brands. Στην απόφαση αυτή το Δικαστήριο στηρίχθηκε, ως γνωστόν, στην εν λόγω αρχή για να κρίνει καταχρηστική την απαγόρευση μεταπωλήσεως άγουρων μπανανών την οποία είχε επιβάλει η προσφεύγουσα στους πελάτες της. Το Δικαστήριο αναγνώρισε ότι η προσφεύγουσα εδικαιούτο να εφαρμόζει πολιτική ποιότητας κατά την επιλογή των μεταπωλητών

59 — Βασική εν προκειμένω η ανάλυση του Vogel στο *Droit de la concurrence et concentration économique*, Paris, 1988, σσ. 154 επ.

60 — Προαναφερθείσα απόφαση της 21ης Φεβρουαρίου 1973, σκέψη 26 (6/72, Slg. 1973, σ. 246).

61 — Απόφαση της 27ης Απριλίου 1974 (127/73, Slg. 1974, σ. 313, συγκεκριμένα σσ. 316 επ.), που αναφέρεται, όμως, στο τυπικό παράδειγμα του άρθρου 86, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο α).

62 — Απόφαση της 16ης Δεκεμβρίου 1975, σκέψη 486 (40/73 έως 48/73, 50/73, 54/73 έως 56/73, 111/73, 113/73 και 114/73, Slg. 1975, σ. 1663, συγκεκριμένα σ. 2002).

της, υπό τον όρον όμως ότι δεν θέτει « εμπόδια των οποίων οι συνέπειες υπερβαίνουν τον επιδιωκόμενο σκοπό » και τα οποία, κατά συνέπεια, απαγορεύονται από το άρθρο 86. Με την ίδια απόφαση, το Δικαστήριο αναγνώρισε στη δεσπόζουσα επιχείρηση το δικαίωμα να επιβάλλει κυρώσεις σε αντισυμβαλλομένους που ενεργούν εις βάρος των εμπορικών της συμφερόντων. Οι κυρώσεις όμως αυτές πρέπει να είναι ανάλογες προς την απειλή που δημιουργεί η συμπεριφορά του αντισυμβαλλομένου για τα συμφέροντα της δεσπόζουσας επιχειρήσεως [63]. Η επιχείρηση United Brands είχε υπερβεί το μέτρο αυτό αναστέλλοντας τις παραδόσεις της προς έναν πελάτη με την αιτιολογία ότι αυτός είχε συμμετάσχει σε διαφημιστική εκστρατεία υπέρ ενός από τους ανταγωνιστές της.

71. Μόλις πρόσφατα το Δικαστήριο έκρινε ότι η αναλογικότητα είναι το εφαρμοστέο κριτήριο προκειμένου να διαγνωστεί αν τα δικαιώματα που απαιτεί να της καταβάλλονται μία γαλλική εταιρία διαχειρίσεως δικαιωμάτων δημιουργού, η SACEM, συνιστούν κατάχρηση, επειδή η εν λόγω εταιρία παραχωρεί δικαίωμα χρήσεως μόνο για το σύνολο των προστατευομένων έργων επί των οποίων τα δικαιώματα διαχειρίζεται, χωρίς ο χρησιμοποιών το έργο να έχει τη δυνατότητα να περιοριστεί, έναντι καταβολής μειωμένου κατ' αναλογίαν δικαιώματος, στις κατηγορίες έργων που τον ενδιαφέρουν. Το Δικαστήριο παρατηρεί, σχετικώς, ότι η συμπεριφορά αυτή, η οποία έχει ως — νόμιμο — σκοπό την προστασία των δικαιωμάτων του δημιουργού, δεν μπορεί να επικριθεί παρά μόνον εφόσον ο ίδιος στόχος είναι δυνατόν να επιτευχθεί με άλλες μεθόδους, χωρίς να αυξηθούν οι δαπάνες διαχειρίσεως και ελέγχου οι οποίες βαρύνουν τη SACEM [64].

Κατά την ίδια απόφαση, οι ανωτέρω σκέψεις ισχύουν και προκειμένου να κριθεί αν οι υπ' αυτούς τους όρους συναπτόμενες συμφωνίες με τους χρησιμοποιούντες το έργο μπορούν να θεωρηθούν ότι περιορίζουν τον ανταγωνισμό κατά την έννοια του άρθρου 85, παράγραφος 1 [65]. Αυτό δείχνει τη σημασία που έχει το κριτήριο της αναλογικότητας προκειμένου να εκτιμηθεί μία συμπεριφορά εν αναφορά τόσο προς το άρθρο 85 όσο και προς το άρθρο 86.

72. Την ύπαρξη του στενού αυτού συνδέσμου μεταξύ του περιεχομένου των δύο διατάξεων επιβεβαιώνει και η απόφαση Hoffmann-La Roche. Είναι αλήθεια ότι στην απόφαση αυτή το Δικαστήριο δεν εξέτασε ρητώς αν η ως παράνομη θεωρηθείσα συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχειρήσεως ήταν σύμφωνη προς την αρχή της αναλογικότητας, αλλά — όπως έδειξε ο Vogel — αναφέρθηκε μάλλον έμμεσα στην αρχή αυτή [66]. Στο τμήμα της αποφάσεως όπου εξετάζονται οι συμφωνίες αποκλειστικής προμηθείας μεταξύ της δεσπόζουσας επιχειρήσεως και των πελατών της, αναφέρεται ότι « τέτοιου είδους συμφωνίες μπορούν ενδεχομένως να επιτραπούν μόνο στο πλαίσιο και υπό τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στο άρθρο 85, παράγραφος 3, της Συνθήκης ... » [67]. Μεταξύ των προϋποθέσεων αυτών περιλαμβάνεται η αναλογικότητα της συμφωνίας, η οποία σημαίνει, κατά το άρθρο 85, παράγραφος 3, στοιχείο α), ότι δεν πρέπει να επιβάλλονται στις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις « περιορισμοί μη απαραίτητοι για την επίτευξη των στόχων αυτών » (των στόχων του άρθρου 85, παράγραφος 3). Αντίθετα προς την άποψη της προσφεύγουσας, επομένως, το πρόσθετο στοιχείο δεν ανευρίσκεται κατ' ανάγκη σε περιστάσεις εκτός της συμφωνίας, αλλά μπορεί να εντοπίζεται στο ίδιο το περιεχόμενό της, όταν η συμφωνία οδηγεί σε συμπεριφορά της επιχειρήσεως που υπερβαίνει το προσήκον μέτρο.

63 — Προαναφερθείσα απόφαση της 14ης Φεβρουαρίου 1978 (27/76, Slg. 1978, σ. 298).

64 — Απόφαση της 13ης Ιουλίου 1989, σκέψη 45 (395/87), στο πλαίσιο του τυπικού παραδείγματος του άρθρου 86, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο α).

65 — Αυτόθι, σκέψη 31.

66 — *Droit de la concurrence et concentration économique*, σ. 155, υποσημείωση 1.

67 — Προαναφερθείσα απόφαση της 13ης Φεβρουαρίου 1979, σκέψη 120 (85/76, Slg. 1979, σ. 551).

73. Στην παρούσα υπόθεση ανακύπτει, βέβαια, ακόμα ένα ειδικό νομικό πρόβλημα, δεδομένου ότι η συμφωνία αφορά άδεια εκμεταλλεύσεως διπλώματος ευρεσιτεχνίας. Πρέπει, επομένως, να ερευνηθεί αν η νομολογία του Δικαστηρίου σχετικά με την εφαρμογή του άρθρου 86 επί των δικαιωμάτων βιομηχανικής ιδιοκτησίας επιτρέπει την εκτίμηση της συμπεριφοράς της προσφεύγουσας βάσει των ανωτέρω αναπτυχθέντων κριτηρίων.

Μόλις πρόσφατα — με την απόφαση Maxicar — το Δικαστήριο επιβεβαίωσε τη νομολογία του[68], κατά την οποία το γεγονός και μόνον της — πρωτότυπης — κτήσεως αποκλειστικού δικαιώματος (επρόκειτο για προστατευόμενο διακοσμητικό υπόδειγμα τμήματος αμαξώματος αυτοκινήτου) δεν μπορεί να θεωρηθεί ως καταχρηστική συμπεριφορά κατά την έννοια του άρθρου 86[69].

Αντιθέτως, το Δικαστήριο διακρίνει και εδώ την κτήση του δικαιώματος από την άσκησή του[70]. Μόνον η τελευταία μπορεί να εκτραπεί σε καταχρηστική εκμετάλλευση[71], για παράδειγμα σε περίπτωση αυθαίρετης αρνήσεως παραδόσεως, καθορισμού ανεπιεικών τιμών ή περιορισμού της παραγωγής[72]. Η κτήση του αποκλειστικού δικαιώματος συνοδεύεται εν προκειμένω πάντοτε από ένα πρόσθετο στοιχείο. Το στοιχείο αυτό, όμως, δεν μπορεί να συνίσταται απλώς και μόνον στην εξάλειψη του ανταγωνισμού άλλων παραγωγών όσον αφορά το προστατευόμενο προϊόν, καθόσον η εξάλειψη αυτή συνδέεται άρρηκτα προς την ίδια την ύπαρξη του αποκλειστικού δικαιώματος[73].

74. Εντούτοις, οι αρχές αυτές τις οποίες ανέπτυξε το Δικαστήριο για την αρχική κτήση δικαιώματος βιομηχανικής ιδιοκτησίας δεν μπορούν να εφαρμοστούν άνευ ετέρου επί των περαιτέρω παραχωρήσεων αδείας αποκλειστικής εκμεταλλεύσεως. Κατά την αρχική κτήση διπλώματος ευρεσιτεχνίας ή προστατευομένου διακοσμητικού υποδείγματος, η επιχείρηση προστατεύει τη δημιουργική εργασία που έχει κάνει από απομιμήσεις εκ μέρους τρίτων. Η δεσπόζουσα επιχείρηση έχει αυτό το δικαίωμα, ακόμα και αν κατ' αυτόν τον τρόπο εκτοπίζει — όπως στην υπόθεση Maxicar — επιχειρήσεις των οποίων οι μέχρι τούδε δραστηριότητες συνίσταντο στην απομίμηση τέτοιων προϊόντων[74].

Αντίθετα, ο αποκτών άδεια εκμεταλλεύσεως διπλώματος ευρεσιτεχνίας ιδιοποιείται το επίτευγμα τρίτου. Και ναι μεν αυτό είναι νόμιμο, διαφοροποιεί όμως τη θέση του, από νομική άποψη, σε σχέση με τη νομική θέση του πρώτου δικαιούχου του αποκλειστικού δικαιώματος. Ως προς τον τελευταίον αυτόν η αποκλειστικότητα ενυπάρχει στο ίδιο το δικαίωμα και πρέπει να του παρέχει τη δυνατότητα να λάβει αντάλλαγμα για την εφευρετική του προσπάθεια[75]. Αντίθετα, ο δικαιούχος της άδειας δεν επιδιώκει τη λήψη ανταλλάγματος για την προσπάθεια που κατέβαλε και τον κίνδυνο που ανέλαβε για τη δημιουργία του προστατευομένου αγαθού (το αντάλλαγμα αυτό καταβάλλει στον εφευρέτη), αλλά την κατά το δυνατόν επικερδέστερη εκμετάλλευση μιας επενδύσεως. Για τον λόγο αυτόν η άδεια εκμεταλλεύσεως δεν είναι κατ' ανάγκην αποκλειστική, αντίθετα προς το δικαίωμα βιομηχανικής ιδιοκτησίας αυτό καθαυτό. Οι διαφορές αυτές δικαιολογούν τη μη επέκταση της προνομιούχου θέσεως της οποίας απολαύει ο δικαιούχος, στο πλαίσιο του άρθρου 86, δικαιώματος βιομηχανικής ιδιοκτησίας στον δικαιούχο αδείας εκμεταλλεύσεως.

68 — Βλέπε απόφαση της 29ης Φεβρουαρίου 1968, Parke Davis κατά Probel (24/67, Slg. 1968, σ. 81, συγκεκριμένα σσ. 108 επ. — δίπλωμα ευρεσιτεχνίας), και απόφαση της 23ης Μαΐου 1978, Hoffmann-La Roche κατά Centrafarm (102/77, Slg. 1978, σ. 1139, συγκεκριμένα σ. 1168 — σήματα).

69 — Απόφαση της 5ης Οκτωβρίου 1988, σκέψη 15 (53/87, Συλλογή 1988, σ. 6039).

70 — Παρόμοια η παγία νομολογία του Δικαστηρίου όσον αφορά τη διάκριση μεταξύ της υπάρξεως και της ασκήσεως των δικαιωμάτων βιομηχανικής ιδιοκτησίας κατά την εφαρμογή του άρθρου 36· βλέπε, π. χ., απόφαση της 31ης Οκτωβρίου 1974, Centrafarm κατά Sterling Drug (15/74, Slg. 1974, σ. 1147).

71 — Προαναφερθείσα απόφαση της 29ης Φεβρουαρίου 1968 (24/67, Slg. 1968, σ. 110).

72 — Προαναφερθείσα απόφαση της 5ης Οκτωβρίου 1988, σκέψη 16 (53/87)· βλέπε, επίσης, απόφαση της 5ης Οκτωβρίου 1988, Volvo κατά Veng, σκέψη 9 (238/87, Συλλογή 1988, σ. 6211).

73 — Προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Mischo στην υπόθεση 53/87, Maxicar, σημείο 60.

74 — Το ίδιο συνέβη και στην προαναφερθείσα υπόθεση 238/87, Volvo κατά Veng.

75 — Απόφαση της 9ης Ιουλίου 1985, Pharmon κατά Hoechst, σκέψη 26 (19/84, Συλλογή 1985, σ. 2281, συγκεκριμένα σ. 2298).

Επομένως, το ότι ο εφευρέτης που κατέχει δεσπόζουσα θέση σε μία αγορά δικαιούται να αποκλείει τους τρίτους από τη χρησιμοποίηση της εφευρέσεώς του χωρίς αυτό να συνιστά κατάχρηση δεν σημαίνει ότι η δεσπόζουσα επιχείρηση δικαιούται πάντοτε να αποκλείει, μέσω της αποκτήσεως αδείας αποκλειστικής εκμεταλλεύσεως, τους δυνητικούς ανταγωνιστές της από την εκμετάλλευση των πορισμάτων ερευνών τρίτων προσώπων.

β) Η διαπίστωση της παραβάσεως στην προσβαλλόμενη απόφαση

75. Στο πρώτο μέρος των προτάσεων αυτών είδαμε ότι το άρθρο 86 μπορεί να εφαρμόζεται και σε συμφωνίες υπαγόμενες σε εξαίρεση κατά κατηγορία. Εν συνεχεία έδειξα ότι οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 86 πληρούνται όταν η συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχειρήσεως περιορίζει τον ανταγωνισμό, περαιτέρω δε προσκρούει στην αρχή της αναλογικότητας. Οι αρχές αυτές ισχύουν και για την αγορά αδείας εκμεταλλεύσεως διπλώματος ευρεσιτεχνίας εκ μέρους της δεσπόζουσας επιχειρήσεως. Εντός του νομικού αυτού πλαισίου πρέπει τώρα να εξεταστεί αν ορθώς η Επιτροπή διαπίστωσε την ύπαρξη παραβάσεως του άρθρου 86.

Στο σημείο 60 της αποφάσεώς της η Επιτροπή αναφέρει ότι η κατάχρηση συνίσταται στην απόκτηση της αδείας αποκλειστικής εκμεταλλεύσεως, πράγμα που είχε ως αποτέλεσμα την ενίσχυση της δεσπόζουσας θέσης της προσφεύγουσας, την περαιτέρω εξασθένηση του εναπομένοντος ανταγωνισμού και την ακόμα μεγαλύτερη δυσχέρανση της εισόδου νέων ανταγωνιστών στην αγορά. Σε τελική ανάλυση, η Επιτροπή ορθώς, από νομική άποψη, αιτιολόγησε κατ' αυτόν τον τρόπο την απόφασή της με την ύπαρξη συμπεριφοράς της προσφεύγουσας δυσανάλογης προς τον επιδιωκόμενο σκοπό και περιοριστικής του ανταγωνισμού, καίτοι επικαλέστηκε μόνο την απόφαση Continental Can και παρόλο που δεν αναφέρθηκε ρητώς στην αρχή της αναλογικότητας, όπως η αρχή αυτή αναπτύχθηκε κατόπιν στη νομολογία του Δικαστηρίου [76]. Ερωτάται, όμως, περαιτέρω αν οι διαπιστώσεις των πραγματικών περιστατικών που περιέχονται στα σημεία 18, 22 και 23 της αποφάσεως είναι ικανές να στηρίξουν τις έννομες συνέπειες στις οποίες καταλήγει η απόφαση.

76. αα) Καταρχάς πρέπει να εξεταστεί αν η συμπεριφορά της προσφεύγουσας είχε περιοριστικό αποτέλεσμα για τον ανταγωνισμό. Η απόκτηση της αδείας αποκλειστικής εκμεταλλεύσεως ενίσχυσε τη δεσπόζουσα θέση της προσφεύγουσας έναντι όλων των ανταγωνιστών της, δεδομένου ότι οι τελευταίοι δεν διέθεταν την επίμαχη τεχνολογία. Πριν αποκτήσει την άδεια αποκλειστικής εκμεταλλεύσεως, η προσφεύγουσα κατείχε ήδη περί το 91,8 % της αγοράς των μηχανών ασηπτικής πληρώσεως· η άδεια αποκλειστικής εκμεταλλεύσεως για την άλλη μέθοδο αποστειρώσεως ανήκε στη Liquipak, δυνάμει ανταγωνιστή της, που κατέβαλλε προσπάθειες για να εισχωρήσει στην αγορά στην οποία δέσποζε η προσφεύγουσα.

Αφού απέκτησε τη Liquipak, η προσφεύγουσα κατέστη δικαιούχος της αδείας αποκλειστικής εκμεταλλεύσεως· κατ' αυτόν τον τρόπο, όλοι οι δυνητικοί ανταγωνιστές της Tetra στερήθηκαν τη δυνατότητα εφαρμογής της εναλλακτικής τεχνολογίας την οποία προστάτευε το δίπλωμα ευρεσιτεχνίας. Το γεγονός ότι η προσφεύγουσα απέκτησε την άδεια στο πλαίσιο της εξαγοράς της Liquipak, η οποία δεν είναι αντικείμενο της παρούσας δίκης, ουδόλως επηρεάζει το αποτέλεσμα αυτό. Και μόνη η απόκτηση της αδείας εκμεταλλεύσεως θα εμπόδιζε τους δυνητικούς ανταγωνιστές της προσφεύγουσας να εφαρμόσουν την άλλη μέθοδο αποστειρώσεως για να αποκτήσουν πρόσβαση στην αγορά.

77. Εξάλλου, στο σημείο 18 (και στο σημείο 27) της αποφάσεώς της η Επιτροπή διαπίστωσε ότι η απόκτηση της αδείας αποκλειστικής εκμεταλλεύσεως είχε ως συνέπεια την εκτόπιση — τουλάχιστον πρόσκαιρη — της ανταγωνιστρίας επιχειρήσεως Elopak από την αγορά. Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση η

76 — Βλέπε την τεσσαρακοστή έκτη και την τεσσαρακοστή έβδομη σκέψη της αποφάσεως.

Επιτροπή δήλωσε ότι στο γεγονός αυτό συνίσταται η κατάχρηση στην οποία προέβη η προσφεύγουσα.

Κατά την αυτή συζήτηση, η προσφεύγουσα αντέτεινε στις περιεχόμενες στην απόφαση διαπιστώσεις σχετικά με την κατάσταση και τη συμπεριφορά της Elopak ότι είναι ασαφείς και δεν δικαιολογούν την αιτίαση περί παραβάσεως του άρθρου 86. Ως προς το ζήτημα αν, ενώ η έλλειψη αιτιολογίας δεν περιλαμβάνεται στους λόγους ακυρώσεως, επιτρέπεται, βάσει του άρθρου 42 του κανονισμού διαδικασίας του Δικαστηρίου, που εφαρμόζεται εν προκειμένω δυνάμει του άρθρου 11 της αποφάσεως του Συμβουλίου της 24ης Οκτωβρίου 1988 [77], προβολή της κατά της αποφάσεως για πρώτη φορά κατά την προφορική διαδικασία, διατηρώ αμφιβολίες, πράγμα που προκύπτει, εξάλλου, και από το ερώτημα που έθεσα κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση. Αν δεχθείτε, πάντως, να θεωρήσετε την παρατήρηση αυτή της προσφεύγουσας ως συμπληρωματικό ισχυρισμό προβαλλόμενο προς στήριξη του λόγου ακυρώσεως περί παραβάσεως του άρθρου 86, θα πρέπει να λάβετε υπόψη τα εξής.

Από τις διαπιστώσεις της Επιτροπής κατά τις οποίες η προσφεύγουσα ενίσχυσε τη δεσπόζουσα θέση της έναντι (όλων) των ανταγωνιστών της και τουλάχιστον καθυστέρησε σημαντικά την είσοδο της Elopak στην αγορά προκύπτει σαφώς η ύπαρξη συμπεριφοράς της προσφεύγουσας περιοριστικής για τον ανταγωνισμό. Το συμπέρασμα αυτό δεν μεταβάλλεται — και το θίγω αυτό επικουρικώς — αν δεχθείτε όσα αντιτάσσει η προσφεύγουσα στις σχετικές με τη συμπεριφορά της Elopak διαπιστώσεις περί των πραγματικών περιστατικών. Ακόμα και αν αγνοηθούν όλα αυτά τα επίμαχα και εν μέρει μόνο διευκρινισθέντα κατά τη δίκη στοιχεία, παραμένει η διαπίστωση ότι αποκτώντας την άδεια εκμεταλλεύσεως η προσφεύγουσα αύξησε την ισχύ της στην αγορά έναντι όλων των ανταγωνιστών της. Το περιοριστικό για τον ανταγωνισμό αποτέλεσμα αυτό αρκεί για το άρθρο 86, χωρίς να απαιτείται επιπλέον η ύπαρξη συγκεκριμένων συνεπειών επί της συμπεριφοράς ορισμένου ανταγωνιστή. Αρκεί ότι η προσφεύγουσα απέκτησε την αποκλειστικότητα της εναλλακτικής τεχνολογίας, εμποδίζοντας έτσι την εφαρμογή της απ' όλους τους δυνητικούς ανταγωνιστές της. Με αυτό και μόνο αύξησε τους φραγμούς εισόδου στην αγορά και κατέστησε δυσχερέστερη την ενδεχόμενη δημιουργία ανταγωνισμού.

78. ββ) Αποκτώντας την άδεια αποκλειστικής εκμεταλλεύσεως, η προσφεύγουσα χρησιμοποίησε μέσο δυσανάλογο προς τον επιδιωκόμενο σκοπό. Βεβαίως, η εκμετάλλευση της τεχνικής προόδου με την απόκτηση αδειών εκμεταλλεύσεως διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας αποτελεί στοιχείο του ανταγωνισμού, στον οποίο η προσφεύγουσα δικαιούται να συμμετέχει ως επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά. Εντούτοις, προκειμένου να επιτύχει τον νόμιμο στόχο της να αποκτήσει πρόσβαση σε νέες τεχνικές μεθόδους προς βελτίωση της ανταγωνιστικότητάς της, η προσφεύγουσα δεν ήταν ανάγκη να χρησιμοποιήσει μέσο που να περιορίζει κατά τόσο άμεσο και προφανή τρόπο τον ανταγωνισμό. Αντιθέτως, ορθώς η Επιτροπή θεώρησε ότι μία άδεια εκμεταλλεύσεως, όχι αποκλειστικής, θα επέτρεπε εξίσου στην προσφεύγουσα να χρησιμοποιήσει την προστατευομένη με το δίπλωμα ευρεσιτεχνίας μέθοδο για να βελτιώσει τα προϊόντα της χωρίς όμως να εμποδίζει την πρόσβαση νέων ανταγωνιστών στην αγορά στην οποία δεσπόζει.

Επομένως, το περιεχόμενο της συμφωνίας αρκεί προς απόδειξη της ελλείψεως αναλογικότητας στη συμπεριφορά της προσφεύγουσας, η οποία, ως δεσπόζουσα επιχείρηση, δεν είχε δικαίωμα να συμμετάσχει σε συμφωνία με τέτοιο περιεχόμενο. Αυτό είναι και ένα συγκεκριμένο παράδειγμα για το ότι, αντίθετα προς την άποψη της προσφεύγουσας, το « πρόσθετο

77 — ΕΕ 1988, L 319, σ. 1· αναδημοσιεύθηκε κατόπιν διορθώσεως στην ΕΕ 1989, C 215, σ. 1.

στοιχείο » ευρίσκεται απαραιτήτως και πάντοτε εκτός της συμφωνίας.

79. Το ότι η συμφωνία για την άδεια αποκλειστικής εκμεταλλεύσεως διπλώματος ευρεσιτεχνίας υπαγόταν σε κανονισμό περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία ουδόλως επηρεάζει τον χαρακτηρισμό της συμπεριφοράς της προσφεύγουσας ως αντίθετης προς την αρχή της αναλογικότητας: αν εξετάσει κανείς τις αιτιολογικές σκέψεις του κανονισμού 2349/84, διαπιστώνει ότι για την αφηρημένη εκτίμηση της αναλογικότητας ο νομοθέτης δεν έλαβε υπόψη καταστάσεις όπως η παρούσα. Υπό κανονικές συνθήκες αγοράς, οι άδειες αποκλειστικής εκμεταλλεύσεως πρέπει να εξυπηρετούν τη διάδοση νέων προϊόντων ή μεθόδων παραγωγής. Ο αποκλειστικός τους χαρακτήρας δικαιολογείται από το ότι, ενόψει των κινδύνων οι οποίοι συνήθως συνδέονται προς την εισαγωγή νέων προϊόντων ή μεθόδων παραγωγής, η επένδυση σε τέτοιου είδους νεωτερισμούς χρειάζεται ιδιαίτερη ενθάρρυνση. Η προστασία την οποία παρέχει η αποκλειστικότητα διευκολύνει τον δικαιούχο της άδειας να εισέλθει στην αγορά. Συμβάλλει έτσι στη βελτίωση της προσφοράς, στην αύξηση του αριθμού των κέντρων παραγωγής και στην προαγωγή της διαδόσεως της τεχνικής προόδου [78].

Οι σκέψεις αυτές δεν είναι ικανές να δικαιολογήσουν εν προκειμένω την απόκτηση της αδείας αποκλειστικής εκμεταλλεύσεως εκ μέρους της προσφεύγουσας. Η συμπεριφορά της έχει μάλλον συνέπειες αντίθετες προς τους σκοπούς του κανονισμού 2349/84, κατά το μέτρο που καθιστά δυσχερέστερη την είσοδο των άλλων επιχειρήσεων στην αγορά και εμποδίζει την αύξηση του αριθμού των κέντρων παραγωγής.

80. Τέλος, την αξιολόγηση της συμπεριφοράς της προσφεύγουσας ως αντίθετης προς την αρχή της αναλογικότητας δεν μεταβάλλει το γεγονός ότι το BTG, το οποίο είχε χορηγήσει την άδεια, ήταν σύμφωνο με τη μεταβίβαση της αδείας αποκλειστικής εκμεταλλεύσεως. Η ιδιαίτερη ευθύνη που υπέχει η Tetra ως δεσπόζουσα επιχείρηση της απαγορεύει συμπεριφορές που περιορίζουν δυσανάλογα τον ανταγωνισμό, ακόμα και αν εξυπηρετούν το συμφέρον των αντισυμβαλλομένων της [79].

81. Όσον αφορά, συνεπώς, τον πρώτο από τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, καταλήγω στο συμπέρασμα ότι η απόκτηση αδείας αποκλειστικής εκμεταλλεύσεως εκ μέρους μιας δεσπόζουσας επιχειρήσεως δεν συγκεντρώνει καθεαυτήν τις προϋποθέσεις της καταχρήσεως κατά την έννοια του άρθρου 86. Όταν όμως, όπως εν προκειμένω, η συμπεριφορά αυτή παραβλάπτει περαιτέρω τον ανταγωνισμό εντός της σχετικής αγοράς και υπερβαίνει το μέτρο που είναι αναγκαίο προς επίτευξη των νομίμων στόχων της δεσπόζουσας επιχειρήσεως, τότε πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 86.

II — *Παραβίαση της αρχής της ασφαλείας του δικαίου*

82. Ως δεύτερο ισχυρισμό η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η εφαρμογή του άρθρου 86 σε συμπεριφορά υπαγομένη σε κανονισμό περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία αντίκειται στην αρχή της ασφαλείας του δικαίου. Όπως η ανάκληση της εξαιρέσεως είναι δυνατή μόνο για το μέλλον, έτσι και το άρθρο 86 δεν μπορεί να εφαρμοστεί στη συμπεριφορά της παρά μόνον ex nunc. Διαφορετικά, οι δεσπόζουσες επιχειρήσεις και οι αντισυμβαλλόμενοί τους δεν θα μπορούσαν ποτέ να επωφεληθούν εξαιρέσεως κατά κατηγορία, της οποίας το βασικό πλεονέκτημα είναι η εξασφάλιση των μερών όσον αφορά το επιτρεπτό και το κύρος της συμφωνίας που το περιεχόμενό της υπάγεται στην εξαίρεση.

78 — Κανονισμός 2349/84, ενδέκατη και δωδέκατη αιτιολογική σκέψη.

79 — Βλέπε προαναφερθείσα απόφαση της 13ης Φεβρουαρίου 1979, σκέψη 115 (85/76, Slg. 1979, σ. 549).

83. Η αρχή της ασφαλείας του δικαίου, καθώς και η συγγενής προς αυτήν αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης, περιλαμβάνονται μεταξύ των γενικών αρχών του κοινοτικού δικαίου τις οποίες έχει αναγνωρίσει το Δικαστήριο με παγία νομολογία του [80]. Σύμφωνα με τις δύο αυτές αρχές, ο τρόπος κατά τον οποίο θα εφαρμοστεί το δίκαιο στη συγκεκριμένη περίπτωση πρέπει να μπορεί να προβλεφθεί [81]. Ο ρόλος της αρχής της ασφαλείας του δικαίου κατά την ερμηνεία του ισχύοντος δικαίου είναι σημαντικός: μπορεί να περιορίσει την απροσδόκητη εφαρμογή τους, προκειμένου να αποφευχθεί η εκ των υστέρων αμφισβήτηση καλοπίστως ιδρυθεισών εννόμων σχέσεων [82]. Η σημασία της αρχής αυτής για την εφαρμογή των κανόνων περί ανταγωνισμού της Συνθήκης φάνηκε ήδη από το 1962, όταν, με την απόφαση Bosch, το Δικαστήριο περιόρισε σημαντικά την απευθείας εφαρμογή του άρθρου 85, παράγραφοι 1 και 2, στηρίζοντας στην αρχή της ασφαλείας του δικαίου τη θεωρία της προσωρινής ισχύος των συμφωνιών που προϋπήρχαν ήδη της ενάρξεως της ισχύος της κοινοτικής νομοθεσίας περί ανταγωνισμού [83]. Στους κανόνες που είχε διατυπώσει τότε ανέτρεξε πάλι πρόσφατα το Δικαστήριο στο πλαίσιο υποθέσεως σχετικής με τον τομέα των εναερίων μεταφορών [84].

84. Η αρχή της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης αφορά προπαντός τις εκ μέρους των κοινοτικών οργάνων μεταβολές της νομικής καταστάσεως ή μιας υφισταμένης πρακτικής κατά την εφαρμογή του δικαίου· ιδιαίτερη σημασία έχει η εν λόγω αρχή όταν οι επιχειρήσεις, έχοντας πεποίθηση ως προς την ύπαρξη ορισμένης καταστάσεως, καταλήγουν σε ρυθμίσεις που αποδεικνύονται ασύμφορες κατόπιν μεταβολής των συνθηκών [85]. Ως προς τις δύο αυτές αρχές ισχύει ότι επιβάλλεται στάθμιση μεταξύ της προστασίας των συμφερόντων που καλύπτει η δικαιολογημένη εμπιστοσύνη και της αρχής της νομιμότητας της διοικήσεως [86] καθώς και των ορίων δράσεως των κοινοτικών οργάνων. Μόνο σε περιπτώσεις κατά τις οποίες η αυστηρή εφαρμογή των ανωτέρω θα ήταν ασύμφορη μπορεί κατ' εξαίρεση να δικαιολογηθεί η υποχώρηση της αρχής της νομιμότητας της διοικήσεως και των ορίων της νομοθετικής ενεργείας ενώπιον των αναγκών της ασφαλείας του δικαίου.

85. Το βάσιμο του δευτέρου ισχυρισμού της προσφεύγουσας εξαρτάται, συνεπώς, από το αν οι δεσπόζουσες επιχειρήσεις περιάγονται σε κατάσταση ανεπίτρεπτης ανασφαλείας δικαίου, όταν το άρθρο 86 εφαρμόζεται σε συμπεριφορά τους υπαγόμενη σε εξαίρεση κατά κατηγορία και ενώ η εξαίρεση δεν έχει ανακληθεί ακόμα για το μέλλον. Όπως θα εκθέσω, εν συνεχεία, σε δύο μέρη, δεν νομίζω ότι εν προκειμένω παραβιάστηκε η αρχή της ασφαλείας του δικαίου. Και τούτο, διότι πρώτον μεν η εφαρμογή του άρθρου 86 μπορεί γενικώς να προβλεφθεί σε περίπτωση όπως της προσφεύγουσας, δεύτερον δε στην περίπτωση αυτή ελλείπει το στοιχείο της προσβολής μιας έννομης σχέσης η οποία καλή τη πίστει στηρίχθηκε στην πεποίθηση ότι δεν θα εφαρμοζόταν το άρθρο 86.

80 — Λεπτομερή ανάλυση όσον αφορά την εφαρμογή των δύο αυτών αρχών στο δίκαιο του ανταγωνισμού βλέπε εις Edward, David: « Constitutional rules of Community law in EEC competition cases », υπό δημοσίευση στο *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1989, σσ. 28 επ. του δακτυλογραφημένου κειμένου.

81 — Βλέπε, π. χ., απόφαση της 12ης Νοεμβρίου 1981, Salumi, σκέψη 10 (212/80 έως 217/80, Συλλογή 1981, σ. 2735, συγκεκριμένα σ. 2751)· απόφαση της 28ης Απριλίου 1988, Mulder, σκέψεις 24 επ. (120/86, Συλλογή 1988, σ. 2321, συγκεκριμένα σσ. 2352 επ.)· David Edward, ένθ. αν.

82 — Βλέπε απόφαση της 2ας Φεβρουαρίου 1988, Blaizot, σκέψεις 25 επ. (24/86, Συλλογή 1988, σ. 379, συγκεκριμένα σσ. 405 επ.)· η βασική απόφαση είναι η της 8ης Απριλίου 1976, Defrenne, σκέψεις 69 επ. (43/75, Slg. 1976, σ. 455, συγκεκριμένα σ. 480).

83 — Προαναφερθείσα απόφαση της 6ης Απριλίου 1962 (13/61, Slg. 1962, σ. 89).

84 — Προαναφερθείσα απόφαση της 30ής Απριλίου 1986 (209/84 έως 213/84, Συλλογή 1986, σ. 1425, συγκεκριμένα σσ. 1466 επ.)· απόφαση της 11ης Απριλίου 1989, σκέψεις 20 επ. (66/86).

85 — Βλέπε, π. χ., Sharpston: « Legitimate expectations and economic reality », προβλέπει να δημοσιευθεί στο *European Law Review*, 1990, σ. 76 του δακτυλογραφημένου κειμένου· προαναφερθείσα απόφαση της 28ης Απριλίου 1988 στην υπόθεση 120/86.

86 — Απόφαση της 22ας Μαρτίου 1961, Snupat, (42/59 και 49/59, Slg. 1961, σ. 101, συγκεκριμένα σ. 159).

1) *Η δυνατότητα προβλέψεως της εφαρμογής του άρθρου 86*

α) Η εφαρμογή του άρθρου 86 ήταν δυνατόν να προβλεφθεί παρά την ύπαρξη εξαιρέσεως κατά κατηγορία

86. Η προσφεύγουσα ήταν, κανονικά, σε θέση να προβλέψει την εφαρμογή του άρθρου 86· αυτό προκύπτει από τις ακόλουθες τρεις σκέψεις.

Είδαμε ότι προς εισαγωγή εξαιρέσεως κατά κατηγορία ο νομοθέτης θεσπίζει γενική και αφηρημένη ρύθμιση που δεν λαμβάνει — ούτε και μπορεί να λάβει — υπόψη τις συγκεκριμένες συνθήκες της αγοράς. Επομένως, μία επιχείρηση δεν μπορεί να είναι βέβαιη ότι η στάθμιση στην οποία έχει προβεί ο νομοθέτης ισχύει και για την αγορά επί της οποίας δεσπόζει. Αν πρόκειται — όπως στην παρούσα υπόθεση — για συμφωνία σχετική με άδεια εκμεταλλεύσεως διπλώματος ευρεσιτεχνίας, η εν λόγω συμφωνία πρέπει να κριθεί με βάση τον κανονισμό 2349/84, συμπεριλαμβανομένης της εικοστής εβδόμης αιτιολογικής του σκέψης, η οποία έχει ως εξής:

« ότι οι συμφωνίες που πληρούν τους όρους των άρθρων 1 και 2 και οι οποίες δεν έχουν ως στόχο ή ως αποτέλεσμα την πρόκληση περαιτέρω περιορισμών του ανταγωνισμού, δεν χρειάζεται πλέον να κοινοποιούνται· ότι οι επιχειρήσεις διατηρούν ωστόσο το δικαίωμα να ζητούν ατομικά τη χορήγηση αρνητικής πιστοποιήσεως βάσει του άρθρου 2 του κανονισμού αριθ. 17 του Συμβουλίου... ή εξαίρεσης βάσει του άρθρου 85, παράγραφος 3 ».

Εφιστάται έτσι η προσοχή των συμβαλλομένων στο ότι η συμφωνία τους μπορεί να έχει και συνέπειες περιοριστικές του ανταγωνισμού μη καλυπτόμενες από την εξαίρεση κατά κατηγορία και ότι πρέπει να ελέγχουν αν, ενόψει τέτοιων συνεπειών, συντρέχει περίπτωση να ζητήσουν ατομική εξαίρεση ή αρνητική πιστοποίηση. Αφορμή για να σκεφθούν το ενδεχόμενο παραβάσεως του άρθρου 86 μπορεί, επίσης, να αποτελέσει η θέση τους εντός της αγοράς. Το συμπέρασμα της αναλύσεως στην οποία προβαίνουν οι επιχειρήσεις κατά τη σύναψη της συμβάσεως εξαρτάται εν μέρει από το μέγεθός τους και από τη θέση τους στην αγορά. Αν, λοιπόν, η άδεια μεταβιβαστεί εν συνεχεία σε άλλη επιχείρηση, η τελευταία δεν μπορεί να είναι βέβαιη ότι η συμφωνία θα είναι, όπως πριν, απαλλαγμένη παντός ελαττώματος· η αποκτώσα επιχείρηση βρίσκεται στην ίδια θέση με την επιχείρηση που για πρώτη φορά συνάπτει τέτοια συμφωνία και οφείλει, όπως εκείνη, να εξετάσει το κύρος της εν αναφορά προς το δίκαιο του ανταγωνισμού.

87. Δεύτερο επιχείρημα: ακόμα και το ότι η ανάκληση της εξαιρέσεως κατά κατηγορία είναι δυνατή μόνο για το μέλλον δεν μπορεί να ερμηνευθεί από τις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις υπό την έννοια ότι μέχρι τότε δεν έχουν κανένα λόγο να ανησυχούν μήπως εφαρμοστεί το άρθρο 86 στη συμπεριφορά τους.

Η προσφεύγουσα παρατηρεί, βέβαια, ότι η εξαίρεση κατά κατηγορία έχει ως σκοπό να καταστήσει δυνατή τη σύναψη νομικώς εγκύρων συμφωνιών οι οποίες, θεωρούμενες γενικώς και αφηρημένως, να ανταποκρίνονται στις επιταγές του άρθρου 85, παράγραφος 3, χωρίς να χρειάζεται να γίνει η — πάντοτε πολυδάπανη — εκτίμηση κάθε μεμονωμένης περιπτώσεως[87]. Τα μέρη μιας τέτοιας συμφωνίας πρέπει, κατά την προσφεύγουσα, να μπορούν, μέχρις ενδεχομένης ανακλήσεως της εξαιρέσεως, να πιστεύουν ότι η συμφωνία τους είναι έγκυρη. Ναι μεν, λέγει η προσφεύγουσα, το άρθρο 86 δεν ορίζει ρητώς ότι οι συμφωνίες που το παραβαίνουν είναι άκυρες, η συνέπεια όμως αυτή μπορεί να προβλέπεται από το

87 — Σύμφωνος ο Wiedermann: *Kommentar zu den Gruppenfreistellungs-verordnungen des EWG-Kartellrechts*, vol. 1, 1989, Allgemeiner Teil, σ. 122, σημείο 373.

εθνικό δίκαιο. Αυτό θα ήταν επαχθές μέχρι σημείου αδικίας όχι μόνο για τη συμμετέχουσα στη συμφωνία δεσπόζουσα επιχείρηση, αλλά και για τον αντισυμβαλλόμενό της, ο οποίος πολλές φορές δεν έχει παραβεί το άρθρο 86.

Είδαμε ότι η δεσπόζουσα επιχείρηση μπορεί να προβλέψει το ενδεχόμενο της εφαρμογής του άρθρου 86 ήδη πριν ανακληθεί η εξαίρεση. Επομένως, δεν μπορεί βάσει αυτού να θεωρήσει ότι οι έννομες συνέπειες ενδεχομένης παραβάσεως του άρθρου 86 με συμπεριφορά υπαγομένη σε εξαίρεση περιορίζονται στη δυνατότητα ανακλήσεως της εξαιρέσεως. Είναι, βεβαίως, αλήθεια ότι κατά γενικό κανόνα η παράβαση του άρθρου 86 με συμφωνία υπαγομένη σε εξαίρεση πληροί τις προϋποθέσεις ανακλήσεως της εξαιρέσεως[88]. Από την άλλη πλευρά, όμως, την ανάκληση αυτή μπορεί να δικαιολογήσουν όχι μόνον η κατάχρηση υπό την έννοια του άρθρου 86 αλλά και λιγότερο σοβαροί περιορισμοί του ανταγωνισμού. Επομένως, από το γεγονός ότι οι διατάξεις περί ανακλήσεως εφαρμόζονται σε διάφορες περιπτώσεις « ήσσονος σημασίας » δεν επιτρέπεται να συναχθεί ότι η παράβαση του άρθρου 86 δεν μπορεί να έχει έννομες συνέπειες ευρύτερης εκτάσεως. Η επιχείρηση δεν μπορεί, συνεπώς, να θεωρήσει ότι ο δρόμος για την εφαρμογή του άρθρου 86 είναι « φραγμένος »[89].

88. Τρίτο επιχείρημα: η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι, ενόψει της ασαφείας ως προς την οριοθέτηση της σχετικής αγοράς και τον ορισμό της δεσπόζουσας θέσεως, καμία επιχείρηση δεν μπορεί να είναι βέβαιη για τον χαρακτήρα της συμπεριφοράς της ως καταχρηστικής ή μη όταν συνάπτει συμφωνία που ανήκει σε κατηγορία υπαγομένη σε εξαίρεση. Οι δεσπόζουσες επιχειρήσεις, όμως, αντιμετωπίζουν πάντοτε αυτά τα προβλήματα οριοθετήσεως, ανεξαρτήτως της υπάρξεως εξαιρέσεως κατά κατηγορία· παρά ταύτα, η Συνθήκη τις υποχρεώνει να ευθυγραμμίζουν τη συμπεριφορά τους προς το άρθρο 86. Στο σημείο αυτό πρέπει να υπομνηστεί η ιδιαίτερη ευθύνη που υπέχουν οι δεσπόζουσες επιχειρήσεις να λαμβάνουν υπόψη τις επιταγές του ανταγωνισμού, την οποία το Δικαστήριο αναγνώρισε με την απόφαση Michelin[90]. Η ειδική αυτή θέση της δεσπόζουσας επιχειρήσεως, η οποία περιορίζει τα περιθώρια δράσεώς της σε σύγκριση με λιγότερο ισχυρές επιχειρήσεις, ουδόλως επηρεάζεται από μια εξαίρεση κατά κατηγορία.

89. Η έννοια της καταχρήσεως είναι επίσης επαρκώς καθορισμένη ώστε να μπορεί να χρησιμεύσει ως κατευθυντήρια γραμμή για τις δεσπόζουσες επιχειρήσεις κατά τη σύναψη συμφωνιών υπαγομένων σε εξαίρεση. Αυτό, βέβαια, θα μπορούσε ενδεχομένως να μην είναι πάντοτε ασφαλές αν το μόνο κριτήριο της καταχρήσεως ήταν οι βλαπτικές συνέπειες ορισμένης συμπεριφοράς για τον ανταγωνισμό[91].

Αν όμως μεταξύ των στοιχείων που συνιστούν την κατάχρηση συμπεριληφθεί ο δυσανάλογος χαρακτήρας της επικρινομένης συμπεριφοράς της δεσπόζουσας επιχειρήσεως προς τα νόμιμα οικονομικά συμφέροντά της που υπηρετεί η εν λόγω συμπεριφορά, πράγμα που υιοθετείται στην ανωτέρω αναλυθείσα νομολογία του Δικαστηρίου και στην πρακτική που εφαρμόζει η Επιτροπή κατά την έκδοση των αποφάσεών της[92], τότε οι δεσπόζουσες επιχειρήσεις έχουν στη διάθεσή τους ένα κριτήριο που τους επιτρέπει να διακρίνουν τις συμφωνίες που συνιστούν κατάχρηση από τις συμφωνίες που μπορούν να συνάπτουν χωρίς να παραβαίνουν τους κανόνες περί ανταγωνισμού.

88 — Βλέπε, π. χ., άρθρο 7 του κανονισμού 19/65.

89 — Διαφορετική άποψη δέχεται ο Wiedermann, ένθ. αν., σημείο 373, σ. 123.

90 — Προαναφερθείσα απόφαση της 9ης Νοεμβρίου 1983, σκέψη 57 (322/81, Συλλογή 1983, σ. 3511).

91 — Vogel, ένθ. αν., σ. 143· βλέπε, επίσης, τις προαναφερθείσες προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Roemer στην υπόθεση 6/72 (Slg. 1973, σ. 256).

92 — Λεπτομερής η σχετική ανάλυση του Gyselen: « Abuse of monopoly power within the meaning of Article 86 of the EEC Treaty: Recent developments », υπό δημοσίευση στο *Annual Proceeding of the Fordham Corporate Law Institute*, 1989, σ. 27 επ. του δακτυλογραφημένου κειμένου.

90. Ενόψει όλων αυτών η προσφεύγουσα δεν μπορούσε ευλόγως να βασιστεί στο ότι το άρθρο 86 δεν θα εφαρμοζόταν στη σύναψη της σχετικής με την άδεια εκμεταλλεύσεως διπλώματος ευρεσιτεχνίας συμφωνίας η οποία είχε υπαχθεί σε εξαίρεση.

Σχετικώς πρέπει να αναφερθεί ότι στην παρούσα δίκη η προσφεύγουσα δεν αμφισβήτησε τις διαπιστώσεις της Επιτροπής σχετικά με την οριοθέτηση της σχετικής αγοράς και τη δεσπόζουσα θέση της και ότι δεν ισχυρίζεται ότι αγνοούσε τα ουσιώδη δεδομένα στα οποία στηρίζεται η Επιτροπή. Επομένως, έπρεπε να αναμένει ότι η εμπορική της συμπεριφορά θα μπορούσε να κριθεί στο σύνολό της βάσει του άρθρου 86.

91. Η προσφεύγουσα όφειλε, επίσης, να υπολογίσει το ενδεχόμενο να θεωρηθεί η απόκτηση της αδείας αποκλειστικής εκμεταλλεύσεως ευρεσιτεχνίας ως κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης. Δεν μπορεί να της διέφευγε ότι το γεγονός αυτό είχε άμεσες συνέπειες περιοριστικές του ανταγωνισμού. Οι συνέπειες αυτές οφείλονταν — χωρίς να μεταβάλλεται το περιεχόμενο της συμφωνίας — στο ότι η προσφεύγουσα συμμετείχε σ' αυτήν ως δεσπόζουσα επιχείρηση. Υπ' αυτές τις συνθήκες, η εικοστή εβδόμη αιτιολογική σκέψη του κανονισμού περί εξαιρέσεως έπρεπε να την ωθήσει να ερευνήσει αν συνέτρεχαν πράγματι οι προϋποθέσεις της εξαιρέσεως.

Τέλος, ήταν προφανές ότι η απόκτηση της αδείας αποκλειστικής εκμεταλλεύσεως δεν ήταν απαραίτητη προκειμένου να διαφυλαχθούν τα νόμιμα συμφέροντα της προσφεύγουσας. Εφόσον μόνη πρόθεσή της ήταν να εκμεταλλευθεί τη μέθοδο αποστειρώσεως που ανέπτυξε το BTG κατά την κατασκευή των μηχανών της, είναι προφανές ότι μια απλή άδεια εκμεταλλεύσεως ήταν απολύτως αρκετή.

β) Πρόσθετη ασφάλεια δικαίου λόγω της δυνατότητα αρνητικής πιστοποιήσεως

92. Ακόμα και όταν η εφαρμογή του άρθρου 86 μπορεί επαρκώς να προβλεφθεί, η οπωσδήποτε γενική διατύπωση της διατάξεως αυτής καθιστά αναπόφευκτη την ύπαρξη αμφιβόλων περιπτώσεων. Στο πλαίσιο αυτό πρέπει να εξεταστεί ο ισχυρισμός της Επιτροπής ότι οι δεσπόζουσες επιχειρήσεις μπορούν να ζητούν τις απαραίτητες νομικές διευκρινίσεις υποβάλλοντας αίτηση για τη χορήγηση αρνητικής πιστοποιήσεως[93].

93. Η προσφεύγουσα αντιτάσσει ότι η επιβάρυνση που κάτι τέτοιο συνεπάγεται στερεί εντελώς την εξαίρεση κατά κατηγορία από τη χρησιμότητά της. Η διαδικασία της χορηγήσεως αρνητικής πιστοποιήσεως είναι χρονοβόρα και δεν καταλήγει στην εξασφάλιση της απαραίτητης ασφάλειας δικαίου· η αρνητική πιστοποίηση δεν δεσμεύει τα εθνικά δικαστήρια και δεν προστατεύει τους ενδιαφερομένους από την επιβολή προστίμου. Εφαρμόζοντας το άρθρο 86 σε συμπεριφορές υπαγόμενες σε εξαίρεση, η Επιτροπή υποσκάπτει το σύστημα της εξαιρέσεως κατά κατηγορία, που σκοπός του είναι να καταστήσει περιττή την ειδική εξέταση κάθε μεμονωμένης περιπτώσεως.

94. Πρέπει να αναγνωριστεί ότι, όπως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, η διαδικασία της χορηγήσεως αρνητικής πιστοποιήσεως αντιφάσκει, σε ορισμένο βαθμό,προς την απλούστευση της διοικητικής διαδικασίας στην οποία αποσκοπεί το σύστημα της εξαιρέσεως κατά κατηγορία. Παρά ταύτα, όπως είδαμε προηγουμένως, το σύστημα αυτό δεν έχει ως σκοπό να προστατεύσει τις συμφωνίες από την εφαρμογή του άρθρου 86 παρέχοντας έτσι τη σχετική ασφάλεια δικαίου στους ενδιαφερομένους. Το εν λόγω σύστημα, εξάλλου, ουδόλως αποκλείει τη χορήγηση αρνητικών πιστοποιήσεων, όπως δείχνει, ιδίως, το γεγονός ότι η εικοστή εβδόμη αιτιολογική σκέψη του κανονισμού περί αδειών εκμεταλλεύσεως διπλω-

93 — Σύμφωνη η προαναφερθείσα απόφαση της 13ης Φεβρουαρίου 1979, σκέψη 130 (85/76, Slg. 1979, σ. 554).

μάτων ευρεσιτεχνίας προβλέπει ρητώς τη δυνατότητα αυτή υπέρ των ενδιαφερομένων επιχειρήσεων.

95. Η σχετική με τη διάρκεια της διαδικασίας ένσταση είναι σοβαρότερη. Η επί αρκετά μακρό χρόνο αμφιβολία περί του αν η Επιτροπή θεωρεί ή όχι ότι η συμφωνία που έχουν συνάψει συνιστά κατάχρηση αποτελεί χωρίς αμφιβολία σημαντική δοκιμασία για τα μέρη. Παραμένει όμως γεγονός ότι κάθε αιτών πρέπει να αποδέχεται ότι όσο διαρκεί η διαδικασία χορηγήσεως αρνητικής πιστοποιήσεως θα επικρατεί επί αρκετό χρόνο νομική αβεβαιότητα. Αυτό ισχύει και για τις δεσπόζουσες επιχειρήσεις.

96. Οι διάδικοι θεωρούν ότι μια τέτοια αίτηση περί χορηγήσεως αρνητικής πιστοποιήσεως δεν θα είχε προστατεύσει την προσφεύγουσα από την επιβολή προστίμου. Το ζήτημα αυτό ερίζεται στη θεωρία. Πρέπει, ωστόσο, να υπομνηστεί ότι η Επιτροπή — ορθώς, κατ' εμέ — δεν επέβαλε πρόστιμο στην παρούσα περίπτωση. Επομένως, οι επιχειρήσεις μπορούν δικαιολογημένα να θεωρούν εκ των προτέρων ότι, σε περιπτώσεις παρόμοιες με την υπό κρίση, η Επιτροπή θα ασκεί με φειδώ την εξουσία της προς επιβολή προστίμων, εφόσον, εννοείται, η απόφαση που θα εκδώσει εν προκειμένω το Δικαστήριο εξαλείψει τη μέχρι τούδε υφισταμένη σχετικώς αβεβαιότητα. Το Πρωτοδικείο, εξάλλου, έχει πλήρη δικαιοδοσία όσον αφορά τον έλεγχο των προστίμων που επιβάλλονται στον τομέα αυτό.

Η τελευταία ένσταση της προσφεύγουσας στο πλαίσιο αυτό, κατά την οποία η αρνητική πιστοποίηση δεν εγγυάται την ασφάλεια του δικαίου διότι δεν δεσμεύει τα εθνικά δικαστήρια, θα εξεταστεί μαζί με τον τρίτο ισχυρισμό της.

2) *Επιπτώσεις επί των εννόμων σχέσεων οι οποίες έχουν καλοπίστως θεμελιωθεί επί της εξαιρέσεως*

97. Στο ερώτημα αν έλαβε χώρα εν προκειμένω, κατά παραβίαση γενικής αρχής του κοινοτικού δικαίου, προσβολή εννόμου σχέσεως καλοπίστως θεμελιωμένης επί της εξαιρέσεως απάντησα ήδη κατά μέγα μέρος με τα ανωτέρω αναπτυχθέντα. Θα περιοριστώ, συνεπώς, σε δύο πρόσθετες παρατηρήσεις: η αρχική συμφωνία για την άδεια εκμεταλλεύσεως μεταξύ του National Research and Development Council και της επιχειρήσεως Novus, της οποίας κατέστη μέρος η προσφεύγουσα, συνήφθη το 1981, δηλαδή πολύ πριν αρχίσει να ισχύει ο κανονισμός 2349/84. Επομένως, η συμφωνία άρχισε να τυγχάνει της εξαιρέσεως μετά τη σύναψή της και χωρίς να συμπράξουν προς τούτο οι συμβαλλόμενοι· ως εκ τούτου δεν μπορεί να γίνει λόγος για καλόπιστη θεμελίωση της έννομης σχέσης επί της εξαιρέσεως.

98. Όταν, ωστόσο, η προσφεύγουσα διαπραγματεύθηκε με το BTG και απέκτησε την άδεια το 1986, ο κανονισμός περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία ίσχυε ήδη, αλλ' αποκλειστικώς παράλληλα με το άρθρο 86. Η κατάχρηση, της οποίας την ύπαρξη υποστηρίζει η Επιτροπή, αφορά τη μεταξύ της προσφεύγουσας και του παραχωρήσαντος την άδεια έννομη σχέση μόνο κατά ένα μέρος, δηλαδή κατά τον αποκλειστικό χαρακτήρα της αδείας. Κατά το μέτρο αυτό, η προσφεύγουσα ήταν σε θέση να προβλέψει το ενδεχόμενο της εφαρμογής του άρθρου 86 και συνεπώς δεν τίθεται ζήτημα καλής πίστεως.

99. Βέβαια, οι αντισυμβαλλόμενοι μιας επιχειρήσεως δεν έχουν ανάγκη να γνωρίζουν ότι η επιχείρηση κατέχει δεσπόζουσα θέση και επομένως ότι είναι δυνατόν να εφαρμοστεί το άρθρο 86. Κατά το μέτρο αυτό, η προσφεύγουσα έθεσε ένα σημαντικό ζήτημα, που δεν

μπορεί όμως να οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι το άρθρο 86 μπορεί εν μέρει να μην εφαρμόζεται (όταν ο αντισυμβαλλόμενος είναι καλής πίστεως). Το άρθρο 86 αναφέρεται μόνο στη συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχειρήσεως. Η λύση σ' αυτή την περίπτωση εναπόκειται στο εκάστοτε εφαρμοστέο εθνικό δίκαιο, δεδομένου ότι το άρθρο 86 δεν ρυθμίζει τις συνέπειες που μπορεί να έχει η παράβασή του κατά το αστικό δίκαιο.

III — *Απειλή κατά της ομοιόμορφης εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου*

100. Με τον τρίτο ισχυρισμό της η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η ομοιόμορφη εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου θα ετίθετο σε κίνδυνο αν η εφαρμογή του άρθρου 86 ήταν δυνατή παρά την ύπαρξη εξαιρέσεως κατά κατηγορία. Επειδή το άρθρο 86 εφαρμόζεται απευθείας, τα εθνικά δικαστήρια θα μπορούσαν να απαγορεύουν την εξαιρούμενη συμπεριφορά στη δεσπόζουσα επιχείρηση, περιγράφοντας κατ' αυτόν τον τρόπο την απόφαση της Επιτροπής να επιτρέψει την εν λόγω συμπεριφορά, όπως η απόφαση αυτή εκφράζεται με τον κανονισμό περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία. Ότι αυτό δεν επιτρέπεται, προκύπτει, κατά την προσφεύγουσα, από την απόφαση του Δικαστηρίου επί της υποθέσεως Walt Wilhelm.

101. Με την απόφαση αυτή το Δικαστήριο έκρινε ότι το γεγονός ότι εκκρεμεί ενώπιον της Επιτροπής διαδικασία βάσει του κοινοτικού δικαίου περί του ανταγωνισμού δεν κωλύει την εκ μέρους των εθνικών αρχών ταυτόχρονη εξέταση των ιδίων πραγματικών περιστατικών βάσει της εθνικής νομοθεσίας περί αθεμίτου ανταγωνισμού. Τούτο, όμως; υπό την επιφύλαξη «ότι αυτή η θέση σε εφαρμογή του εθνικού δικαίου δεν μπορεί να βλάψει την πλήρη και ομοιόμορφη εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου και τα αποτελέσματα των πράξεων εκτελέσεώς του» [94]. Το Δικαστήριο αναγνώρισε, έτσι, την υπεροχή του κοινοτικού δικαίου περί του ανταγωνισμού σε περίπτωση συγκρούσεώς του με τις αντίστοιχες διατάξεις των κρατών μελών. Εντούτοις, η απόφαση αυτή αφορά μόνο τη σχέση μεταξύ της εκ μέρους των εθνικών αρχών εφαρμογής του εθνικού δικαίου περί του ανταγωνισμού, αφενός, και της εκ μέρους της Επιτροπής εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου, αφετέρου. Δεν λέγει τίποτε σχετικά με την εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου από τις εθνικές αρχές και τα εθνικά δικαστήρια, στην οποία αναφέρεται ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας. Το Δικαστήριο δεν χρειάστηκε να λάβει θέση επ' αυτού ούτε και με τη μεταγενέστερη απόφαση της 10ης Ιουλίου 1980 επί των συνεκδικασθεισών υποθέσεων 253/78 και 1/79 έως 3/79, που αφορούσαν την εφαρμογή του γαλλικού δικαίου περί ανταγωνισμού μετά την έκδοση αποφάσεως της Επιτροπής περί τερματισμού της διαδικασίας [95].

102. Αντίθετα, η αρμοδιότητα των εθνικών αρχών προς εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου ανταγωνισμού ρυθμίζεται, εν πάση περιπτώσει μερικώς, από το άρθρο 9 του κανονισμού 17.

Κατά τη διάταξη αυτή, η ιδρύουσα δικαιώματα απόφαση περί εξαιρέσεως κατά το άρθρο 85, παράγραφος 3, ανήκει στην αποκλειστική αρμοδιότητα της Επιτροπής. Προβλέπεται και συντρέχουσα αρμοδιότητα των εθνικών αρχών προς εφαρμογή του άρθρου 85, παράγραφος 1, και του άρθρου 86, εφόσον η Επιτροπή δεν έχει κινήσει καμία διαδικασία κατ' εφαρμογή των άρθρων 2, 3 ή 6 του κανονισμού 17 [96]. Άπαξ όμως και ενεργήσει η Επιτροπή, αποκτά και εδώ αποκλειστική αρμοδιότητα. Αυτό ισχύει, ωστόσο, μόνο για τις αρμόδιες επί θεμάτων αθεμίτου ανταγωνισμού εθνικές αρχές και για τα εθνικά δικαστήρια που είναι

94 — Απόφαση της 13ης Φεβρουαρίου 1969, σκέψη 9 (14/68, Slg. 1969, σ. 1, συγκεκριμένα σσ. 14 επ.).

95 — Απόφαση της 10ης Ιουλίου 1980, Giry και Guerlain, σκέψεις 15 επ. (253/78 και 1/79 έως 3/79, Slg. 1980, σ. 2327, συγκεκριμένα σσ. 2374 επ.).

96 — Άρθρο 9, παράγραφος 3.

επιφορτισμένα με την εφαρμογή του δικαίου περί αθεμίτου ανταγωνισμού και την άσκηση ελέγχου επί των αρμοδίων αρχών. Αντιθέτως, τα λοιπά εθνικά δικαστήρια και οι λοιπές εθνικές αρχές παραμένουν αρμόδιες προς εφαρμογή του άρθρου 85, παράγραφος 1, και του άρθρου 86, επί αστικών διαφορών, για παράδειγμα, ακόμα και αν η Επιτροπή έχει ήδη κινήσει σχετική διαδικασία. Οι απαγορεύσεις του άρθρου 85, παράγραφος 1, και του άρθρου 86 ιδρύουν απευθείας, στο πλαίσιο των μεταξύ ιδιωτών σχέσεων, δικαιώματα και υποχρεώσεις που τα εθνικά δικαστήρια οφείλουν να προστατεύουν. Η προστασία των δικαιωμάτων αυτών, τα οποία οι ιδιώτες αντλούν από την ίδια τη Συνθήκη, δεν μπορεί να περιορίζεται από το παράγωγο δίκαιο[97]. Ενόψει, όμως, της ανάγκης να εφαρμόζεται το κοινοτικό δίκαιο χωρίς αντιφάσεις, το εθνικό δικαστήριο μπορεί να αναστέλλει τη διαδικασία μέχρις ότου εκδώσει απόφαση η Επιτροπή[98].

103. Τα εθνικά δικαστήρια εξακολουθούν να οφείλουν να προστατεύουν τα δικαιώματα των ιδιωτών, ακόμα και μετά τον εκ μέρους της Επιτροπής τερματισμό της διαδικασίας. Έτσι έχει αποφανθεί το Δικαστήριο σε σειρά υποθέσεων σχετικών με αποφάσεις περί θέσεως στο αρχείο διατυπωθείσες σε έγγραφο της διοικήσεως. Αν η Επιτροπή ανακοινώσει με τέτοιο έγγραφο σε μια επιχείρηση ότι δεν βλέπει κανένα λόγο ώστε να αντιταχθεί σε ορισμένη συμφωνία, η κρίση αυτή δεν δεσμεύει τα εθνικά δικαστήρια, τα οποία μπορούν να λάβουν θέση αντίθετη προς την της Επιτροπής και να διαπιστώσουν ότι η συμφωνία προσκρούει στο άρθρο 85 και ότι είναι συνεπώς άκυρη[99]. Τα εθνικά δικαστήρια δεν δεσμεύονται ούτε από ενδεχομένη αρνητική πιστοποίηση της Επιτροπής[100]. Αυτό, βέβαια, αμφισβητείται από μερικούς· επιβάλλεται όμως να γίνει δεκτό λόγω του ότι και στην περίπτωση αυτή τα εθνικά δικαστήρια οφείλουν να προστατεύουν τα δικαιώματα των ιδιωτών που απορρέουν από τη Συνθήκη.

Επομένως, ούτε τα έγγραφα της διοικήσεως ούτε οι αρνητικές πιστοποιήσεις δεν εμποδίζουν τα εθνικά δικαστήρια να εκτιμήσουν ορισμένη συμπεριφορά βάσει των ιδίων κανόνων δικαίου που έχει εφαρμόσει και η Επιτροπή και να καταλήξουν σε διαφορετικό συμπέρασμα. Η άποψη που έχει διατυπώσει η Επιτροπή είναι απλώς και μόνον ένα πραγματικό στοιχείο το οποίο τα εθνικά δικαστήρια μπορούν να λάβουν υπόψη για την έκδοση της αποφάσεώς τους[101].

104. Στις περιπτώσεις, όμως, των εξαιρέσεων τα πράγματα είναι διαφορετικά. Η απόφαση της Επιτροπής περί εξαιρέσεως βάσει του άρθρου 6, παράγραφος 1, του κανονισμού 17 έχει ως συνέπεια ότι το άρθρο 85, παράγραφος 1, δεν καταλαμβάνει πλέον την εξαιρούμενη συμφωνία. Η απόφαση αυτή δεσμεύει όλα τα εθνικά δικαστήρια και όλες τις εθνικές αρχές, που δεν μπορούν να ενεργήσουν αντίθετα προς τις erga omnes συνέπειές της. Μόνο σε περίπτωση ανακλήσεως της αποφάσεως της Επιτροπής κατά το άρθρο 8, παράγραφος 3, του κανονισμού 17 παύει να ισχύει η εν λόγω δέσμευση.

Οι κανονισμοί περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία δεσμεύουν, ως κανόνες δικαίου, τα εθνικά δικαστήρια και τις εθνικές αρχές, που έχουν, όμως, πάντοτε τη δυνατότητα να τους ερμηνεύουν όταν τους εφαρμόζουν. Μπορούν, έτσι, να διαπιστώνουν ότι μια συμφωνία δεν καλύπτεται από κανονισμό περί εξαιρέσεως κατά κατηγορία και ότι επομένως εμπίπτει

97 — Προαναφερθείσα απόφαση της 30ής Ιανουαρίου 1974 (127/73, Slg. 1974, σ. 51, συγκεκριμένα σσ. 62 επ., όσον αφορά το άρθρο 86)· για το άρθρο 85, παράγραφος 1, βλέπε απόφαση της 10ης Ιουλίου 1980, Marty κατά Lauder (37/79, Slg. 1980, σ. 2481, συγκεκριμένα σ. 2500).

98 — Απόφαση της 6ης Φεβρουαρίου 1973, Haecht II, σκέψεις 10 επ. (48/72, Slg. 1973, σ. 77, συγκεκριμένα σ. 86)· προαναφερθείσα απόφαση της 10ης Ιουλίου 1980, σκέψη 14 (37/79, Slg. 1980, σ. 2500).

99 — Βλέπε προαναφερθείσα απόφαση της 10ης Ιουλίου 1980, σκέψη 10 (37/79, Slg. 1980, σ. 2499).

100 — Προαναφερθείσες προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Reischl στην υπόθεση 37/79, Slg. 1980, σ. 2507.

101 — Προαναφερθείσα απόφαση της 10ης Ιουλίου 1980 (37/79, Slg. 1980, σ. 2499).

στην απαγόρευση του άρθρου 85, παράγραφος 1. Ο κίνδυνος αντιφατικών εκτιμήσεων μπορεί να αντιμετωπιστεί με την κατά το άρθρο 177 διαδικασία εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως, όπως δείχνει η σχετική με τον προϊσχύσαντα κανονισμό 67/67/ΕΟΚ νομολογία του Δικαστηρίου [102].

105. Όλα αυτά, όμως, ισχύουν μόνο για την απαγόρευση του άρθρου 85, παράγραφος 1, και όχι για το άρθρο 86. Οι αναπτύξεις οι σχετικές με την αρμοδιότητα της Επιτροπής προς έκδοση της προσβαλλομένης αποφάσεως βάσει του άρθρου 86 εφαρμόζονται πλήρως και στην αντίστοιχη αρμοδιότητα των εθνικών δικαστηρίων και αρχών προς εφαρμογή του άρθρου 86. Η εξαίρεση κατά κατηγορία δεν εμποδίζει την εξουσία των εθνικών δικαστηρίων και αρχών να κρίνουν αν υπάρχει κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης με βάση το άρθρο 86. Έτσι, το Δικαστήριο αναγνώρισε, με την απόφασή του της 11ης Απριλίου 1989 επί της υποθέσεως Ahmed Saeed, ότι οι εθνικές αρχές μπορούν, ενδεχομένως, « κατά περίπτωση », να εφαρμόζουν και το άρθρο 86 [103].

106. Αντίθετα προς όσα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, το συμπέρασμα αυτό δεν αντίκειται στην ομοιόμορφη εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου. Τουναντίον: μόνον αν, εκτός από την Επιτροπή, έχουν και τα εθνικά δικαστήρια και οι εθνικές αρχές εξουσία να εφαρμόζουν το άρθρο 86 επί πραγματικών δεδομένων, όπως της παρούσας υπόθεσης, εξασφαλίζεται η ομοιόμορφη εφαρμογή της διατάξεως αυτής εντός της Κοινότητος.

Γ — Συμπέρασμα

107. Σας εξέθεσα τους λόγους για τους οποίους σχημάτισα την πεποίθηση ότι η προσβαλλόμενη απόφαση δεν αντίκειται στα άρθρα 85 και 86. Προτείνω, επομένως, στο δικαστήριο να αποφανθεί ως εξής:

« 1) Απορρίπτει την προσφυγή.

2) Καταδικάζει την προσφεύγουσα στα δικαστικά έξοδα. »

102 — Βλέπε, π.χ., απόφαση της 25ης Νοεμβρίου 1971, Béguelin, σκέψεις 19 έως 22 (22/71, Slg. σ. 949, συγκεκριμένα σ. 961)· απόφαση της 3ης Φεβρουαρίου 1976, Fonderies Roubaix, σκέψεις 10 επ. (63/75, Slg. 1976, σ. 111, συγκεκριμένα σ. 118)· τέλος, απόφαση της 28ης Ιανουαρίου 1986, Pronuptia, σκέψη 33 (161/84, Συλλογή 1986, σ. 353, συγκεκριμένα σ. 387).

103 — Απόφαση της 11ης Απριλίου 1989, σκέψη 32 (66/86).