

ενέργεια

& ΔΙΚΑΙΟ

Τεύχος 24ο - Έτος 13ο
Α' εξάμηνο 2016

Μελέτες - Νομολογία - Νομοθεσία

Τιμή: 45 ευρώ
Συνδρομή (εσωτερικού): 75 ευρώ



Φθηνότερη ενέργεια
για τις ενεργοβόρες επιχειρήσεις(;)
Η προβληματική από τη σκοπιά του Δικαίου
των Κρατικών Ενισχύσεων

Το νομικό καθεστώς
των ρυθμιζόμενων τιμολογίων στην αγορά
προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας

Η ανισότητα ευκαιριών στον ανταγωνισμό
ως περίπτωση «αυτοματοποιημένης» κατάχρησης
- Σκέψεις με αφορμή την ΔΕΕ C-553/12 P,
Επιτροπή κατά ΔΕΗ

Διακοψιμότητα: πλαίσιο, απόψεις, εξελίξεις



ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΣΑΚΚΟΥΛΑ
ΑΘΗΝΑ - ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ

Η ΑΝΙΣΟΤΗΤΑ ΕΥΚΑΙΡΙΩΝ ΣΤΟΝ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟ ΩΣ ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ «ΑΥΤΟΜΑΤΟΠΟΙΗΜΕΝΗΣ» ΚΑΤΑΧΡΗΣΗΣ

(σκέψεις με αφορμή την ΔΕΕ, C-553/12 P, επιτροπή κατά ΔΕΗ)

Βασίλης Σ. Καραγιάννης

Δρ. Νομικής Πανεπιστημίου Βρυξελλών (ULB)
Εντεταλμένος διδασκαλίας (Πάντειο Πανεπιστήμιο)
Εταίρος, δικηγορική εταιρία KLC

Διάγραμμα

- I. Εισαγωγικά - Οριοθέτηση των ζητημάτων
- II. Το status quo ante
 - 1. Από την απλή εξώθηση (ή προτροπή) στην «αυτοματοποιημένη» κατάχρηση
 - 2. Το αποτυχημένο μονοπώλιο (monopole défaillant)
 - 3. Δημιουργία κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων
 - 4. Η επέκταση σε γειτονική (άλλη) αγορά
- III. Η εισφορά της C-553/12 P
- IV. Καταληκτικές παρατηρήσεις

I. Εισαγωγικά - Οριοθέτηση των ζητημάτων

Το άρθρο 106 παρ. 1 της ΣΛΕΕ συνιστά μια διάταξη διττής χρησιμότητας. Αφενός, θέτει τον κανόνα της ισοδυναμίας των δημόσιων επιχειρήσεων με τις ιδιωτικές, γεγονός που σημαίνει ότι οι δύο αυτές κατηγορίες πρέπει να υπάγονται στο ίδιο καθεστώς ενόψει της εφαρμογής των διατάξεων της Συνθήκης και ιδιαίτερα, ενόψει των διατάξεων¹ περί ανταγωνισμού. Αφετέρου, επιχειρεί μια υποκειμενική διεύρυνση της εξομοιωτικής αυτής αρχής, επιτάσσοντας στα κράτη μέλη να μην θεσπίζουν και να μην διατηρούν μέτρα αντίθετα προς τη Συνθήκη, όχι μόνο απέναντι στις δημόσιες επιχειρήσεις, αλλά και απέναντι στις επιχειρήσεις, οι οποίες απολαμβάνουν αποκλειστικών και ειδικών δικαιωμάτων. Αναπόδραστα, η τελευταία αυτή διεύρυνση συνεπάγεται ότι η ειδική ευθύνη του Κράτους για την διαφύλαξη της πρακτι-

κής αποτελεσματικότητας των διατάξεων περί ανταγωνισμού είναι δυνατό να καταλαμβάνει και αμιγώς ιδιωτικές επιχειρήσεις, υποκειμένες όμως κατά τεκμήριο, εξαιτίας του ειδικού καθεστώτος τους σε έντονη κρατική επιρροή².

Η έννοια των αποκλειστικών δικαιωμάτων είναι σχετικά ευχερής στην προσέγγισή της. Πρόκειται για την απονομή με υποχρεωτική κρατική πράξη της δυνατότητας σε μια και μόνη επιχείρηση να προβαίνει στην μετέλευση συγκεκριμένης οικονομικής δραστηριότητας εντός της επικράτειας ενός κράτους μέλους ή συγκεκριμένης εδαφικής υποδιαιρέσεώς της³. Από την πλευρά τους, τα ειδικά δικαιώματα που ομοίως προϋποθέτουν την απονομή τους με αντίστοιχη κυριαρχική πράξη, είναι δυνατό να παρέχουν την ευχέρεια άσκησης δεδομένης οικονομικής δραστηριότητας σε περισσότερες επιχειρήσεις, αρκεί η επιλογή αυτών των επιχειρήσεων να μην πραγματοποιείται με διαφανή και αντικειμενικά κριτήρια⁴.

2. Βλ. Michel Waelbroeck - Aldo Frignani, Commentaire Migret, Volume 4, Le droit de la CE - Concurrence, Bruxelles, 1997, σελ. 292, παρ. 283.

3. Πρβλ. ΔΕΕ, 5.10.1994, υποθ. C-323/93, *Société Civile Agricole du Centre d'insimination de la Crespelle κατά Coopérative d'élevage et d'insimination artificielle du département de la Mayenne*, Συλλ. Νομολ. 1993, σελ. 5077.

4. Πρβλ. Οδηγία 2008/63/ΕΚ σχετικά με τον ανταγωνισμό στα τηλεπικοινωνιακά τεμαχικά, ΕΕ L 162 της 21.6.2008 σελ. 20 και Ανακοίνωση σχετικά με την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού στον ταχυδρομικό τομέα και σχετικά με την εκτίμηση ορισμένων κρατικών μέτρων στον τομέα των ταχυδρομικών υπηρεσιών, ΕΕ C 39/2, 6.2.1998 και Αδαμαντίδου σε Β.

1. Βλ. Ν. Ε. Φαραντούρη, σε Δικ Ελ Αντ, σελ. 737-747 και Α. Μεταξά σε Συνθ ΕΕ & ΣΛΕΕ - Κατ' άρθρο ερμηνεία, σελ. 585.

Η συνδυαστική εφαρμογή του άρθρου 106 παρ. 1 ΣΛΕΕ και του άρθρου 102 ΣΛΕΕ (απαγόρευση κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης) έδωσε λαβή σε πληθώρα Ενωσιακών αποφάσεων. Η νομολογία αυτή γνώρισε διακυμάνσεις και ως προς τον βαθμό αμεσότητας της απαιτούμενης αιτιώδους συνάφειας μεταξύ του εκάστοτε επίμαχου κρατικού μέτρου και της καταχρηστικής συμπεριφοράς της επιχείρησης – αποδέκτη του μέτρου, αλλά και ως προς το ζήτημα εάν για την προκαλούμενη νόθευση του ανταγωνισμού απαιτείται συγκεκριμένη (ενεργητική) εισφορά (συμπεριφορά) της αποδέκτης επιχείρησης. Το τελευταίο αυτό ζήτημα θα απασχολήσει ιδιαίτερα την παρούσα συνοπτική μελέτη.

II. Το status quo ante

1. Από την απλή εξώθηση (ή προτροπή) στην «αυτοματοποιημένη» κατάχρηση

Ήδη στην απόφαση *INNO/ATAB*, που αφορούσε σε μια Βέλγικη ρύθμιση της εποχής εκείνης που απαγόρευε την πώληση προϊόντων καπνού σε τιμή ανώτερη από την αναγραφόμενη στην φορολογική ταινία, το Δικαστήριο κινούμενο στο πλαίσιο της αρχής της καλόπιστης συνεργασίας που διακήρυττε το τότε άρθρο 5 παρ. 2 ΣΕΟΚ (νυν 4 παρ. 3 της ΣΕΕ) αποδέχθηκε εξαγγελτικά, χωρίς να προχωρήσει σε περαιτέρω διευκρινίσεις, ότι η συνδυαστική εφαρμογή αυτής της διάταξης με το τότε άρθρο 86 ΣΕΟΚ απαγόρευε στα κράτη μέλη να λαμβάνουν μέτρα που διευκολύνουν την κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης που μπορεί να κατέχει μια επιχείρηση⁵. Επαλλήλως, σχετικά με την εφαρμογή του νυν άρθρου 106 παρ. 1 ΣΛΕΕ που αποτελεί ειδική διάταξη ως προς το άρθρο 4 παρ. 3 ΣΕΕ, σχετικά με τις δημόσιες επιχειρήσεις και τις επιχειρήσεις που απολαμβάνουν αποκλειστικών και ειδικών δικαιωμάτων, επιβάλλουσα όμως αντίστοιχης κανονιστικής εμβέλειας υποχρέωση των κρατών μελών για

αποχή λήψης αντι-ανταγωνιστικών μέτρων σε όφελος αυτών των επιχειρήσεων, επικρατούσε αρχικά συσταλτική προσέγγιση. Έτσι, στο βαθμό που αυτή η διάταξη προϋποθέτει την ύπαρξη αποκλειστικών και ειδικών δικαιωμάτων γίνονταν δεκτό ότι *per se* η απονομή αυτών δεν μπορεί να συνιστά απαγορευμένη κρατική συμπεριφορά⁶, ασχέτως εάν ο συγκεκριμένος τρόπος άσκησης τους από την ωφελούμενη επιχείρηση μπορεί να παραβιάζει αυτοτελώς το νυν άρθρο 102 ΣΛΕΕ.

Ωστόσο, έγινε δεκτό ότι όταν μια καταχρηστική συμπεριφορά δεσπόζουσας επιχείρησης επικυρώνεται από την Δημόσια αρχή και ενσωματώνεται στην κρατική ρύθμιση, ούτως ώστε αυτή να εφαρμόζεται πλέον *erga omnes*, το Κράτος παραβιάζει συνδυαστικά τα άρθρα 106 παρ. 1 και 102 ΣΛΕΕ (η προσέγγιση αυτή εφαρμόστηκε στην περίπτωση κρατικής επικύρωσης τιμολογιακών καταχρηστικών πρακτικών)⁷. Πάντως, η τελευταία αυτή περίπτωση δεν παρουσιάζει ιδιαίτερες υπαγωγικές δυσχέρειες στο βαθμό που υφίσταται διακριτή και εκδηλωμένη καταχρηστική συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης (η πρόταση προς την εκτελεστική εξουσία των καταχρηστικών τιμολογίων)⁸ και συγκεκριμένο μέτρο εξώθησης (η πρόσδωση σε αυτά ισχύος έναντι όλων με κανονιστικού περιεχομένου κρατική ρύθμιση).

Πάντως σταδιακά, η νομολογία σχετικά με την Ενωσιακή νομιμότητα της απονομής αποκλειστικών και ειδικών δικαιωμάτων «άνοιξε», με αποτέλεσμα να γίνει δεκτό ότι σε ορισμένες περιπτώσεις η ίδια η απονομή τέτοιων δικαιωμάτων μπορεί να συνιστά *per se* παραβίαση των άρθρων 106 παρ. 1 και 102 ΣΛΕΕ (προσέγγιση της «αυτοματοποιημένης» κατάχρησης – γαλλ. *abus automatique*). Η περιπτώσιολο-

5. *Σκουρή*, Εφημερίδα Συνθηκών για την Ευρωπαϊκή Ένωση και την Ευρωπαϊκή Κοινότητα, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2003, σελ. 739.

6. ΔΕΕ, 16.11.1977, υποθ. 13/77, Συλλ. Νομολ. 1977, σελ. 2115, σημείο 2 του διατακτικού. Βλ. σχετικά *B. Dhaeyer*, JTDE 1978, (156-157) και *Nestor, Stilpon S.*, «Το κοινοτικό δίκαιο του ανταγωνισμού και ο κρατικός παρεμβατισμός. Στοιχεία για την οριοθέτηση της κρατικής εξουσίας σε θέματα ρύθμισης της λειτουργίας της αγοράς», ΕΕΕυρΔ 1987, σελ. 61-87.

6. Βλ. ΔΕΕ, 30.4.1974, υποθ. 155/73, *Sacchi*, Συλλ. Νομολ. 1974, σελ. 409, σκέψη 14. Υπό αυτή την έννοια *K. Α. Στεφάνου*, Το καθεστώς των δημοσίων επιχειρήσεων στην Ευρωπαϊκή Κοινότητα, Αθήνα, 1980, σελ. 73 και *M. -Θ. Μαρίνο*, «Κρατικοί περιορισμοί του ανταγωνισμού με κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως δημόσιας επιχείρησης ή επιχείρησης εξοπλισμένης με αποκλειστικά ή ιδιαίτερα δικαιώματα – Μια κριτική ανάλυση της κοινοτικής νομολογίας», ΝοΒ, 2011, 1131 επ.

7. ΔΕΕ, 29.3.2001, υποθ. C-163/99, Πορτογαλία κατά Επιτροπής, Συλλ. Νομολ. 2001, σελ. I-2613 και σχετικώς *L. Idot*, *Europe* 2001/5 *Comm.*π'Ι 177, σελ. 23-24.

8. Αν και είναι δυνατό να τεθεί θέμα συρρέουσας ή μη ευθύνης της επιχείρησης βάσει του άρθρου 102 ΣΛΕΕ.

για αυτή μπορεί κατά την άποψή μας, να ομαδοποιηθεί με τον ακόλουθο τρόπο.

2. Το αποτυχημένο μονοπώλιο (γαλλ. *le monopole défaillant*)

Η απονομή αποκλειστικού δικαιώματος (μονοπώλιου) με κρατική πράξη είναι δυνατό να οδηγήσει σε δεσπόζουσα θέση, εκτός εάν η γεωγραφική περιοχή για την οποία απονέμεται είναι τόσο μικρή, ώστε συνιστά υπο-τιμήμα της σχετικής γεωγραφικής αγοράς⁹ ή εάν η απονομή του συνδυάζεται με επιβολή υποχρεώσεων στην ωφελούμενη επιχείρηση να κρατά την πρόσβαση σε αυτό ανοικτή στους τρίτους, πράγμα όμως που θα είναι γενικά σπάνιο¹⁰.

Στην υπόθεση *Höfner/Macrotan*¹¹, το ΔΕΕ δέχθηκε ότι και μόνη η απονομή αποκλειστικού δικαιώματος στο Γερμανικό γραφείο εργασίας για την παροχή διαμεσολαβητικών υπηρεσιών για την εύρεση εξειδικευμένων στελεχών για επιχειρήσεις συνιστούσε παραβίαση των νυν άρθρων 106 παρ. 1 και 102 ΣΛΕΕ. Τούτο, διότι αποδεδειγμένα το γραφείο δεν ήταν σε θέση να ανταποκριθεί στη ζήτηση που υπήρχε σε αυτή την αγορά¹². Το ΔΕΕ επανέλαβε αυτή τη θέση του πάλι σε σχέση με τα γραφεία ευρέσεως εργασίας σε μεταγενέστερη περίπτωση¹³. Αξιοσημείωτο εν προκειμένω, είναι το γεγονός ότι η απονομή του αποκλειστικού δικαιώματος όχι μόνο δεν συνοδεύονταν από συναφή με αυτό δραστηριότητα του δικαιούχου του αποκλειστικού δικαιώματος στην αγορά, αλλά ότι επιπλέον το γραφείο «ανέχονταν» την παράλληλη δραστηριότητα που είχε αναπτυχθεί από ιδιωτικές επιχειρήσεις, χωρίς ως επί το πλείστον να κάνει χρήση των προνομίων που απέρρεαν από το αποκλειστικό δικαίωμά του.

Είναι ξεκάθαρο συνεπώς ότι σε αυτές τις υποθέσεις, το ΔΕΕ δεν απαιτήσε ως προϋπόθεση της κρα-

τικής ευθύνης την ύπαρξη συναφούς με το κρατικό μέτρο ιδιωτικής συμπεριφοράς, αλλά αρκείστηκε στην «κατάσταση καταχρήσεως» που μπορούσε να δημιουργήσει στην αγορά η αντικειμενική αδυναμία της δικαιούχου επιχείρησης να ανταποκριθεί στην υπάρχουσα ζήτηση.

3. Δημιουργία κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων

Μια δεύτερη περίπτωση στην οποία το Δικαστήριο θεώρησε ότι προκαλείται «αυτοματοποιημένη» κατάχρηση είναι αυτή κατά την οποία η απονομή του αποκλειστικού ή ειδικού δικαιώματος περιέφερε την δικαιούχο επιχείρηση σε κατάσταση αναπόφευκτης σύγκρουσης συμφερόντων. Τέτοια κατάσταση μπορεί να προκύψει ιδίως όταν η δικαιούχος επιχείρηση δραστηριοποιείται σε αγορές προηγούμενου σταδίου ή/και όταν σε αποτέλεσμα του αποκλειστικού ή ειδικού δικαιώματος δημιουργείται σφύρευση εμπορικών (επιχειρηματικών) και ρυθμιστικών δραστηριοτήτων. Αυτό έκρινε το Δικαστήριο στην περίπτωση των υποθέσεων των τηλεπικοινωνιακών τερματικών¹⁴, αλλά και στην υπόθεση της *EPT* ήδη στις αρχές της δεκαετίας του 1990¹⁵, όπου θεώρησε ότι το τότε αποκλειστικό δικαίωμα της ΕΡΤ για την αναμετάδοση τηλεοπτικών εκπομπών στην Ελληνική επικράτεια σε συνδυασμό με το γεγονός ότι η ΕΡΤ ήταν η ίδια παραγωγός τηλεοπτικών εκπομπών την οδηγούσε σε κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων (υπό την έννοια ότι θα είχε την αυτονόητη τάση επίδειξης εύνοιας προς την αναμετάδοση των δικών της προγραμμάτων).

Όμοια κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων διέγινωσε το Δικαστήριο και στην απόφαση *Raso*¹⁶, θεωρώντας ότι τα τότε άρθρα 86 και 90 της ΣΕΚ απαγορεύουν εθνικές διατάξεις οι οποίες επιφυλάσ-

9. Βλ. *N. E. Φαραντούρη*, ό.π., σε *ΔικΕλΑντ*, σελ. 732.
 10. *Michel Waelbroeck - Aldo Frignani*, *Commentaire Migret*, ό.π., σελ. 248.
 11. Βλ. ΔΕΕ, 23.4.1991, υποθ. C-41/90, Συλλ. Νομολ. 1991, σελ. I-1979 και σχετικώς *Hermitte, Marie-Angèle*, *Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Concurrence*, *Journal du droit international* 1992, σελ. 467-470.
 12. Βλ. σχετικώς, *Χ. Συνοδινό*, «Δίκαιο Ανταγωνισμού και Συμβάσεις του Δημοσίου», Αθήνα, 2002, Εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 152-157 (156).
 13. Βλ. ΔΕΕ. 11.12.1997, υποθ. C-55/96, *JobCenter*, Συλλ. Νομολ. 1997, σελ. I-7119.

14. ΔΕΕ, 13.12.1991, υποθ. 18/88, *RTT/GB-Inno-BM*, Συλλ. Νομολ. 1991, σελ. I-5941, σκέψεις 14-28 και ΔΕΕ, 19.3.1991, υποθ. 202/88, *Γαλλία κατά Επιτροπής*, Συλλ. Νομολ. 1991, σελ. I-1223.
 15. ΔΕΕ, 18.6.1991, υποθ. C-260/89, *EPT κατά Δημοτικής Εταιρείας Πληροφόρησης και Σωτηρίου Κούβελα*, Συλλ. Νομολ. 1991, σελ. I-2952 και σχετικώς *Simon M. Taylor*, *Article 90 and Telecommunications Monopolies*, *ECLR* 1994, σελ. 322-334 και *Γ. Τσερκέζης*, *Αρμ.* 1991, σελ. 1052-1053.
 16. ΔΕΕ, 12.2.1998, υποθ. C-163/96, *Raso*, Συλλ. Νομολ. 1998, σελ. 1533 και σχετικώς *Oonagh Breen*, «The Road From Genoa - Direct Causal Links and The Case of Raso», *Commercial Law Practitioner* 1999, σελ. 239-244.

σουν σε λιμενεργατική συντεχνία το δικαίωμα να θέτει έκτακτο εργατικό δυναμικό στη διάθεση των άλλων επιχειρήσεων που ασκούν δραστηριότητα στον λιμένα όπου αυτή είναι εγκατεστημένη, όταν η συντεχνία αυτή έχει επίσης άδεια εκτελέσεως λιμενικών εργασιών¹⁷. Εντούτοις, από αυτή τη νομολογία δεν προκύπτει με σαφήνεια ότι η δεσπόζουσα επιχείρηση μετρήχεται και στην πράξη καταχρηστικής συμπεριφοράς. Μάλιστα, στην περίπτωση της απονομής ρυθμιστικών δραστηριοτήτων προβλήθηκε το επιχείρημα – αν και χωρίς επιτυχία – ότι δεν είχε αποδειχθεί πως η δεσπόζουσα επιχείρηση κατά την άσκηση των ρυθμιστικών αρμοδιοτήτων της προέβαινε σε διακρίσεις υπέρ του εαυτού της ή των συνδεδεμένων με αυτή επιχειρήσεων¹⁸. Πάντως, το Δικαστήριο έκρινε ότι η απονομή ρυθμιστικών αρμοδιοτήτων σε δεσπόζουσα επιχείρηση δεν αντιβαίνει στα άρθρα 106 παρ. 1 και 102 ΣΛΕΕ, στην περίπτωση που διασφαλίζεται νομικά ότι η άσκηση αυτών των δραστηριοτήτων θα γίνεται με αντικειμενικά κριτήρια¹⁹.

Στην πιο πρόσφατη απόφαση *MOTO, E* το Δικαστήριο έκρινε ότι συνιστούσε παραβίαση των άρθρων 106 παρ. 1 και 102 ΣΛΕΕ συνδυαστικά το να ανατίθεται σε νομικό πρόσωπο όπως η ΕΛΠΑ, η οποία διοργανώνει και εκμεταλλεύεται εμπορικά η ίδια αγώνες μοτοσικλέτας, η παροχή στην αρμόδια διοικητική αρχή σύμφωνης γνώμης επί των υποβαλλομένων αιτήσεων χορηγήσεως αδειας για τη διοργάνωση τέτοιων αγώνων, καθόσον ισοδυναμούσε με παραχώρηση σε αυτήν της εξουσίας επιλογής των προσώπων στα οποία επιτρέπεται η διοργάνωση των εν λόγω αγώνων καθώς και της εξουσίας καθορισμού των προϋποθέσεων υπό τις οποίες διοργανώνονται

οι αγώνες αυτοί και, συνεπώς, «με παροχή και' αυτών τον τρόπο στον ανωτέρω φορέα προφανούς πλεονεκτήματος έναντι των ανταγωνιστών του». Ένα τέτοιο δικαίωμα μπορεί επομένως να οδηγήσει την επιχείρηση που το διαθέτει στο να παρεμποδίσει την πρόσβαση των άλλων επιχειρηματιών στην οικεία αγορά²⁰. Πάντως, επιφυλακτικότερο στάθηκε το Δικαστήριο στην περίπτωση που η γνώμη της δεσπόζουσας επιχείρησης, βάσει του εφαρμοστέου εθνικού νομικού πλαισίου, δεν δέσμευε τη διοίκηση²¹, χωρίς όμως να αποκλείσει ένα τέτοιο ενδεχόμενο.

4. Η επέκταση σε γειτονική (άλλη) αγορά

Ήδη από την απόφαση των τηλεπικοινωνιακών τερματικών²² και την απόφαση των υπηρεσιών τηλεπικοινωνιών²³, το Δικαστήριο είχε αποφανθεί ότι η δια κρατικού μέτρου επέκταση δεσπόζουσας επιχείρησης σε γειτονική (άλλη αγορά) συνιστά παραβίαση των άρθρων 106 παρ. 1 και 102 ΣΛΕΕ συνδυαστικά (*θεωρία της επέκτασης ή θεωρία των συνεπειών*). Τη θέση του αυτή επανέλαβε το Δικαστήριο και στην υπόθεση *Connect Austria*²⁴. Η θέση αυτή του Δικαστηρίου είναι αξιόπαινη στο βαθμό που δεν θα ήταν συνεπές η θεωρία των συνεπειών να εφαρμόζεται σε αμιγώς ιδιωτικές συμπεριφορές και όχι στην περίπτωση που αυτές προκαλούνται από κρατική παρέμβαση²⁵.

III. Η εισφορά της απόφασης του ΔΕΕ στην υπόθεση C-553/12 P

Η απόφαση του Δικαστηρίου στην υπόθεση του ελληνικού λιγνίτη παρέχει αποσαφηνίσεις σε σχέση με το ζήτημα κατά πόσο μπορεί να καταφάσκει η συνδυαστική εφαρμογή των άρθρων 106 παρ. 1 και 102 ΣΛΕΕ σε μια περίπτωση που, χωρίς

17. Βλ. Προηγούμενος ΔΕΕ, 10.12.1991, υποθ. C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, Συλλ. Νομολ. 1991, σελ. I-5889

18. Βλ. ΔΕΕ, 13.12.1991, υποθ. 18/88, ό.π., σκέψεις 23-24.

19. Βλ. ΔΕΕ, 27.10.1993, υποθ. C-46/90 και C-93/91, *Procureur du Roi κατά Lagache κ.λπ.*, Συλλ. Νομολ. 1993 σελ. I-5267, σκέψη 49. Στην περίπτωση αυτή το Δικαστήριο έκρινε ότι το αποκλειστικό δικαίωμα έγκρισης τηλεφωνικών συσκευών της RTT δεν αντέβαινε στα άρθρα 106(1) και 102 ΣΛΕΕ, στο βαθμό που η RTT όφειλε να ελέγχει τη συμφωνία των συσκευών με τις τεχνικές προδιαγραφές που καθορίζονταν από τον υπουργό και όχι από την ίδια. Βλ. σχετικά *E. Μαναρίδου*, «Η νομική ευθύνη του Κράτους για κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης εκ μέρους δημόσιας ή προνομίουχας επιχείρησης», *Ενέργεια & Δίκαιο* 22/2015, σελ. 78-83 (81).

20. ΔΕΕ, 1.7.2008, υποθ. C 49/07, *MOTOE*, Συλλ. Νομολ. 2008, σελ. I-4863 και σχετικώς *X. Συνοδινός*, ΘΠΔΔ 10-11/2008, σελ. 166-174.

21. ΔΕΕ, 25.10.2001, υποθ. C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Συλλ. Νομολ. 2001, σελ. I-8089, σκέψεις 39-50.

22. ΔΕΕ, 13.12.1991, υποθ. 18/88, ό.π., σκέψη 24.

23. ΔΕΕ, 17.11.1992, *Ισπανία κ.λπ. κατά Επιτροπής*, Συλλ. Νομολ. 1992, σελ. I-5833, σκέψη 33.

24. ΔΕΕ, 22.5.2003, υποθ. C-462/99, Συλλ. Νομολ. 2003, σελ. 15197, σκέψη 87.

25. Βλ. *B. Σ. Καραγιάννη*, «Κρατικά Μέτρα Νόθευσης του Ανταγωνισμού – Η εκ πλαγίον εφαρμογή των άρθρων 101 & 102 ΣΛΕΕ», Αθήνα, 2015, Εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 44-45.

τα δεδομένα να εμπίπτουν στις προπεριγραφείσες περιπτώσεις «αυτοματοποιημένης» κατάχρησης [ανωτέρω Π.2. έως και 4.], το κρατικό μέτρο δημιουργεί μια *γενική κατάσταση ανισότητας ευκαιριών* στην επηρεαζόμενη σχετική αγορά, χωρίς περαιτέρω συγκεκριμενοποίηση της παρακινούμενης καταχρηστικής συμπεριφοράς εκ μέρους της δεσπόζουσας επιχείρησης.

Είναι γεγονός ότι προηγουμένως, σε αρκετές περιπτώσεις²⁶, το Δικαστήριο είχε στιγματίσει την δημιουργία γενικής κατάστασης ανισότητας στις αγορές τονίζοντας ότι η ισότητα ανταγωνισμού μεταξύ των επιχειρήσεων συνιστά βασικό δικαιοπολιτικό θεμέλιο των διατάξεων περί ανταγωνισμού και υπό τον ειδικότερο αντικατοπτρισμό του στην αρχή της ισότητας μεταξύ δημόσιων και ιδιωτικών επιχειρήσεων, από την οποία εμφορείται το άρθρο 106 παρ. 1 ΣΛΕΕ²⁷.

Εντούτοις, η εισφορά της απόφασης στην υπόθεση του λιγνίτη έγκειται στο γεγονός ότι πλέον με ξεκάθαρο τρόπο, το Δικαστήριο εντάσσει στο ρυθμιστικό πεδίο των άρθρων 106 παρ. 1 και 102 ΣΛΕΕ μια περίπτωση όπου δεν είχε αποδειχθεί η μετέλευση οποιασδήποτε καταχρηστικής συμπεριφοράς εκ μέρους της δεσπόζουσας επιχείρησης. Πάντως, τονίζεται ότι δεν είναι η πρώτη φορά που το Δικαστήριο δέχθηκε τη δυνατότητα εφαρμογής των άρθρων 106 παρ. 1 και 102 ΣΛΕΕ, χωρίς να έχει αποδειχθεί οποιαδήποτε κατάχρηση – έστω και δυνητική – εκ μέρους της δεσπόζουσας επιχείρησης²⁸.

Η θέση αυτή του Δικαστηρίου υπέστη κριτική, κυρίως υπό την έννοια ότι κατέληγε σε υπερβολική διαστολή του ρυθμιστικού πεδίου του άρθρου 106 παρ. 1 ΣΛΕΕ σε καταστάσεις απουσίας οποιασδήποτε καταχρηστικής συμπεριφοράς, μετατρέποντας

στην ουσία τη διάταξη σε μέσο άσκησης πολιτικής (*εργαλειοποίηση* – αγγλ. *instrumentalisation*) απελευθέρωσης συγκεκριμένων αγορών²⁹.

Ωστόσο, δεν μπορούμε να συμφωνήσουμε με αυτή την κριτική: η χρήση των περί ανταγωνισμού διατάξεων ως μέσο άσκησης πολιτικής ανταγωνισμού όχι μόνο δεν πρέπει να εκπιλήσσει, αλλά συνιστά εκδήλωση του τελεολογικού θεμελίου αυτού του δικαίου και της βαθιάς όσμωσης μεταξύ δικαίου και πολιτικής ανταγωνισμού. Άλλωστε και στο παρελθόν το νυν άρθρο 106 παρ. 3 ΣΛΕΕ χρησιμοποιήθηκε για την απελευθέρωση αγορών³⁰ και μάλιστα το Δικαστήριο επικύρωσε πλήρως τη θέση (που αφορά εν τέλει και το εύρος του ρυθμιστικού πεδίου της παρ. 1 του άρθρου 106) ότι η παρ. 3 του ίδιου άρθρου μπορεί να χρησιμεύσει εγκύρως ως νομική βάση όχι μόνο ατομικών πράξεων, αλλά και πράξεων με κανονιστικό περιεχόμενο (οδηγιών)³¹.

Ετσι, η «μετατροπή» του άρθρου 102 ΣΛΕΕ σε *αδίκημα αφηρημένης διακινδύνευσης*³² στο πλαίσιο της κρατικής ευθύνης νόθευσης του ελεύθερου ανταγωνισμού δεν είναι ξένη προς το σύστημα του άρθρου 106 ΣΛΕΕ και σχετίζεται με την ιδιαίτερη ικανότητα του κράτους να νοθεύει τον ανταγωνισμό, ικανότητα που συνδέεται με τον εξουσιαστικό χαρακτήρα της δράσης του και την ιδιαίτερη επιρροή που είναι σε θέση να ασκεί έναντι των δημοσίων επιχειρήσεων και των επιχειρήσεων στις οποίες χορηγεί αποκλειστικά ή ειδικά δικαιώματα. Άλλο παράδειγμα «εργαλειοποίησης» του δικαίου του ανταγωνισμού που συνδέεται με την κρατική δράση αποτελούν οι διατάξεις για τις περιφερειακές ενισχύσεις

26. Βλ. την παρατιθέμενη από το Δικαστήριο νομολογία στη σκέψη 51 της απόφασης *ΜΟΤΟΕ*, ό.π. και αποφάσεις «Τεματικές συσκευές τηλεπικοινωνιών», ό.π., σκέψη 51, *GB - Ιππο-ΒΜ*, 51, ό.π., σκέψη 25 και, στο ίδιο πνεύμα, *ΕΡΤ*, ό.π., σκέψη 37, καθώς και *Raso κ.λπ.*, ό.π., σκέψεις 29 έως 31.

27. Βλ. *Μ. - Θ. Μαρίνο*, «Κρατικοί περιορισμοί του ανταγωνισμού με κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως δημόσιας επιχείρησης ή επιχείρησης εξοπλισμένης με αποκλειστικά ή ιδιαίτερα δικαιώματα - Μια κριτική ανάλυση της κοινοτικής νομολογίας», ό.π., σελ. 1134.

28. Βλ. ΔΕΕ, 17.5.2001, υποθ. C-340/99, *TNT-Traco*, Συλλ. Νομολ. 2001, σελ. I-4109.

29. Βλ. *A. Komninos*, *Chilling Competition*, *Mirage* ή *trois*, part III, *Makis Komninos*, T-169/08, PPCv. Commission και υπό το ίδιο πνεύμα *A. Μικρουλέα*, «Επιχειρηματικός Ανταγωνισμός μεταξύ Δημοσίων και Ιδιωτικών Επιχειρήσεων (Όταν το Κράτος βλάπτει τον Ανταγωνισμό)», *Ενέργεια & Δίκαιο* 22/2015, σελ. 28-55 (44).

30. Βλ. αίτησης Οδηγία 88/301/ΕΟΚ της Επιτροπής, της 16ης Μαΐου 1988, σχετικά με τον ανταγωνισμό στις αγορές τηλεπικοινωνιακών τεματιικών, ΕΕ L 131, σελ. 73 και Οδηγία 90/388/ΕΟΚ της Επιτροπής, της 28ης Ιουνίου 1990, σχετικά με τον ανταγωνισμό στις αγορές τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών, ΕΕ L192, σελ. 10.

31. Βλ. ΔΕΕ, 19.3.1991, υποθ. 202/88, σκέψεις 19-27 («τηλεπικοινωνιακά τεματιικά») και ΔΕΕ, 17.11.1992, συνεκδ. υποθ. C-271/90, C-281/90 και C-289/90, σκέψεις 11-12 («τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες»).

32. Πρβλ. *Μ. Μαργαρίτη*, *Ποινικός Κώδικας*, Ερμηνεία-Εφαρμογή, 2η έκδοση, 2009, σελ. 66, παρ. 20.

ως μέσο άσκησης περιφερειακής (οιονεί αναδιανεμητικής) πολιτικής εντός της Ένωσης³³.

Διάφορο οπωσδήποτε είναι το ζήτημα ότι η κρίση της σχολιαζόμενης απόφασης έρχεται, κατά τη γνώμη μας, σε τριβή με τα ισχύοντα στο πλαίσιο των άρθρων 4 παρ. 3 ΣΕΕ και 101 ΣΛΕΕ, στο πλαίσιο των οποίων απαιτείται πάντοτε από το Δικαστήριο η ύπαρξη ιδιωτικής συμπεριφοράς και μάλιστα συντελεσμένης³⁴. Στο πλαίσιο εφαρμογής των ως άνω διατάξεων, αυτή η απαίτηση κατά την άποψή μας, δεν δικαιολογείται³⁵, δεδομένου ότι το Κράτος θα πρέπει να ευθύνεται, όταν αποδεδειγμένα παρακινεί με συγκεκριμένα μέτρα τις επιχειρήσεις να προβούν σε μια αντι-ανταγωνιστική σύμπραξη, ακόμη και όταν αυτές – για τον έναν ή τον άλλο λόγο – δεν ακολουθούν τελικά αυτές τις προτροπές.

33. Βλ. Κανονισμός (ΕΕ) αριθ. 651/2014 για την κήρυξη ορισμένων κατηγοριών ενισχύσεων ως συμβατών με την εσωτερική αγορά κατ' εφαρμογή των άρθρων 107 και 108 της Συνθήκης, Κεφ. ΙΙΙ, Τμήμα 1, άρθρα 13-16, ΕΕ L 187, 26.6.2014, σελ. 1 και Κατευθυντήριες γραμμές για τις ενισχύσεις περιφερειακού χαρακτήρα 2014-2020, 2013/C 209/01.

34. Βλ. Β. Σ. Καραγιάννη, *ό.π.*, σελ. 32-34 με τις εκεί διαλαμβανόμενες αναφορές στη θεωρία.

35. Για τις σχετικές κριτικές της θεωρίας, βλ. αντί άλλων Μ. Waelbroeck, « The Extent to which Government Interference Can Constitute Justification under Article 85 or 86 of the Treaty of Rome », *International Business Lawyer*, 1980, σελ. 113. Βλ. επίσης, Van Bael & Bellis, « Competition Law of the European Community » 4th Edition, 2005, σελ. 987-990.

IV. Καταληκτικές παρατηρήσεις

Συμπερασματικά, θεωρούμε θετική την εισφορά της απόφασης του Δικαστηρίου για τον Ελληνικό λιγνίτη κατά το ότι αποσαφηνίζει και ολοκληρώνει την προηγούμενη νομολογία του σχετικά με τα κρατικά μέτρα εκείνα που χωρίς να ωθούν την δεσπόζουσα επιχείρηση σε συγκεκριμένη κατάχρηση – υπαρκτή ή δυνητική – δημιουργούν μια γενική κατάσταση ανισότητας ευκαιριών μεταξύ αυτής και των λοιπών ανταγωνιστών της στις επηρεαζόμενες σχετικές αγορές. Αξιέπαινη είναι η θέση του Δικαστηρίου στο βαθμό που η ισότητα ανταγωνισμού μεταξύ των επιχειρήσεων συνιστά πρωταρχικής σημασίας δικαιοπολιτικό θεμέλιο των διατάξεων περί ανταγωνισμού της Συνθήκης. Όχι μόνο δεν θεωρούμε την θέση που υιοθέτησε το Δικαστήριο προβληματική, αλλά αντίθετα πιστεύουμε ότι παρέχει μια ευκαιρία, προκειμένου να «ανοίξει» η νομολογία του Δικαστηρίου και σχετικά με την εφαρμογή των άρθρων 4 παρ. 3 ΣΕΕ και 101 ΣΛΕΕ, ώστε για λόγους αυτονόητης ευθυγράμμισης, να καταλάβει στο ρυθμιστικό πεδίο της – αναγνωρίζοντας τη σχετική ευθύνη του Κράτους – και τις περιπτώσεις που οι Δημόσιες αρχές αποδεδειγμένα παροτρύνουν τις επιχειρήσεις να μετέλθουν μια περιοριστική σύμπραξη, ακόμη και εάν οι τελευταίες «ανθίστανται» ή δεν προβαίνουν σε αυτή για τους δικούς τους λόγους.