

Αριθμός 1410/2022

ΤΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΗΣ ΕΠΙΚΡΑΤΕΙΑΣ

ΤΜΗΜΑ Β΄

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του στις 13 Φεβρουαρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Μ. Πικραμένος, Αντιπρόεδρος, Προεδρεύων, σε αναπλήρωση της Προέδρου του Τμήματος, που είχε κώλυμα, Κ. Νικολάου, Ι. Σύμπλης, Σύμβουλοι, Μ.-Α. Τσακάλη, Γ. Φλίγγου, Πάρεδροι. Γραμματέας η Κ. Κεχρολόγου.

Για να δικάσει την από 5 Οκτωβρίου 2017 αίτηση:

της εταιρείας με την επωνυμία «ΠΡΟΚΤΕΡ & ΓΚΑΜΠΛ ΕΛΛΑΣ ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΕΡΙΟΡΙΣΜΕΝΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ», που εδρεύει στο Αμαρούσιο Αττικής (Αγίου Κωνσταντίνου 49), η οποία παρέστη με τον δικηγόρο Ξενοφώντα Παπαρρηγόπουλο (Α.Μ. 9833), που τον διόρισε με ειδικό πληρεξούσιο,

κατά των: 1. Επιτροπής Ανταγωνισμού, που εδρεύει στην Αθήνα (Κότσικα 1Α), η οποία παρέστη με τον δικηγόρο Νικόλαο Τέλλη (Α.Μ. 2717 Δ.Σ. Θεσσαλονίκης), που τον διόρισε με ειδικό πληρεξούσιο και ο οποίος κατέθεσε δήλωση, σύμφωνα με το άρθρο 26 του ν. 4509/2017, περί μη εμφανίσεώς του και 2. ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «ΜΕΓΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ΑΤΟΜΙΚΗΣ ΥΓΙΕΙΝΗΣ Α.Ε.», που εδρεύει στις Αχαρνές Αττικής (Λ. Δεκελείας 148), η οποία δεν παρέστη.

Με την αίτηση αυτή η αναιρεσείουσα εταιρεία επιδιώκει να αναιρεθεί η υπ' αριθμ. 2458/2017 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών.

Η εκδίκαση άρχισε με την ανάγνωση της εκθέσεως του εισηγητή, Συμβούλου Ι. Σύμπλη.

Κατόπιν το δικαστήριο άκουσε τον πληρεξούσιο της αναιρεσείουσας εταιρείας, ο οποίος ανέπτυξε και προφορικά τους προβαλλόμενους λόγους αναιρέσεως και ζήτησε να γίνει δεκτή η αίτηση.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση το δικαστήριο συνήλθε σε διάσκεψη σε αίθουσα του δικαστηρίου κ α ι

Α φ ο ύ μ ε λ έ τ η σ ε τ α σ χ ε τ ι κ ά έ γ γ ρ α φ α

Σ κ έ φ θ η κ ε κ α τ ά τ ο ν Ν ό μ ο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινομένης αιτήσεως έχει κατατεθεί παράβολο (1567205/4.10.2017 σειράς Θ΄ διπλότυπο είσπραξης ΔΟΥ Ψυχικού).

2. Επειδή, με την αίτηση αυτή ζητείται η αναίρεση της 2458/2017 αποφάσεως του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, με την οποία έγινε εν μέρει δεκτή προσφυγή της αναιρεσείουσας εταιρείας κατά της 581/VII/2013 αποφάσεως της Επιτροπής Ανταγωνισμού, με την οποία είχαν επιβληθεί σε αυτήν κυρώσεις για παραβάσεις των άρθρων 1 και 2 του ν. 703/1977, του άρθρου 2 του ν. 3959/2011, και των άρθρων 82 ΣυνΘΕΚ (102 ΣΛΕΕ) και 101 ΣΛΕΕ, και μεταρρυθμίσθηκε η ένδικη πράξη, κατά το μέρος που αφορούσε την επιμέτρηση της κύρωσης· υπέρ του κύρους της ένδικης πράξης είχε ασκήσει παρέμβαση η εταιρεία «ΜΕΓΑ ΠΡΟΪΟΝΤΑ ΑΤΟΜΙΚΗΣ ΥΓΙΕΙΝΗΣ ΑΕ», η οποία έγινε ομοίως εν μέρει δεκτή.

3. Επειδή, για το παραδεκτό της αιτήσεως αναιρέσεως πρέπει, μεταξύ άλλων, σύμφωνα με την παράγραφο 3 του άρθρου 53 του π.δ. 18/1989 (Α΄ 8), όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 12 παρ. 1 του ν. 3900/2010 (Α΄ 213), και στη συνέχεια με το άρθρο 15 παρ. 2 του ν. 4446/2016 (Α΄ 240), να προβάλλεται από τον αναιρεσείοντα με το εισαγωγικό δικόγραφο και με συγκεκριμένους, ειδικούς ισχυρισμούς ότι με καθέναν από τους προβαλλόμενους λόγους τίθεται συγκεκριμένο νομικό ζήτημα, κρίσιμο για την επίλυση της ένδικης διαφοράς, επί του οποίου είτε δεν υπάρχει νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας είτε η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση έρχεται σε αντίθεση προς μη ανατραπέισα νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας ή άλλου

ανωτάτου δικαστηρίου ή προς ανέκκλητη απόφαση διοικητικού δικαστηρίου επί του αυτού (και όχι απλώς παρόμοιου) νομικού ζητήματος (ΣτΕ 1366/2017, 7μ., 266/2014, 2115/2013 κ.ά.). Νομικό δε ζήτημα κατά την έννοια της εν λόγω διατάξεως θέτουν μόνο λόγοι αναιρέσεως που αφορούν ερμηνεία κανόνα δικαίου, -διατάξεως νόμου ή γενικής αρχής του ουσιαστικού ή του δικονομικού δικαίου-, με δυνατότητα, ως εκ τούτου, γενικότερης νομολογιακής εφαρμογής· άσχετα να το ζήτημα ανακύπτει από τη μείζονα πρόταση ή προκύπτει από την υπαγωγή του οικείου δικανικού συλλογισμού, όπως όταν πρόκειται για τον νομικό χαρακτηρισμό των πραγματικών περιστατικών που έγιναν ανελέγκτως δεκτά ή για τη νόμιμη βάση ορισμένης παραγωγικής κρίσης· γιατί και τέτοιων ζητημάτων η επίλυση μπορεί να δημιουργήσει νομολογιακό προηγούμενο με κατευθυντήρια λειτουργία ή γενικότερη εφαρμογή κατά την ερμηνεία κανόνων και την επίλυση άλλων διαφορών· στην τελευταία δε αυτή περίπτωση νομολογία θεωρείται ότι υπάρχει μόνον όταν το ζήτημα έχει επιλυθεί υπό τα ίδια ή ουσιωδώς παρεμφερή πραγματικά περιστατικά, γιατί τότε μόνο πρόκειται για το ίδιο νομικό ζήτημα (ΣτΕ 550/2015, 7μ., 585-7/2015, 7μ. κ.ά.). Κατ' επέκταση ζήτημα νομικό μπορεί να θέτει και λόγος αναιρέσεως περί μη απαντήσεως σε ουσιώδη ισχυρισμό, αν προβάλλεται ότι ο ισχυρισμός αυτός αναγόταν σε συγκεκριμένο νομικό ζήτημα υπό την προεκτεθείσα έννοια (και όχι αν προβάλλεται γενικώς ότι οι ουσιώδεις ισχυρισμοί πρέπει να απαντώνται) ή ότι οι δικαστικές αποφάσεις πρέπει να αιτιολογούνται. Αντιθέτως, ισχυρισμοί που, χωρίς να αναδεικνύουν με τον επιβαλλόμενο ως άνω τρόπο ζήτημα ερμηνείας κανόνα δικαίου, πλήσσουν κατ' ουσίαν την *in concreto* επάρκεια της αιτιολογίας της αναιρεσιβαλλόμενης σε σχέση με το πραγματικό της συγκεκριμένης υπόθεσης, δεν θέτουν νομικό ζήτημα, υπό την έννοια της εν λόγω διατάξεως· όπως αντιστοίχως, δεν θέτουν νομικό ζήτημα ούτε και λόγοι που απλώς πλήσσουν ευθέως την ουσιαστική κρίση ή την εκτίμηση των αποδείξεων από το δικαστήριο της ουσίας. Τέτοιοι λόγοι δεν προβάλλονται παραδεκτώς (ΣτΕ 2267/2016, 2942-2954/2014 κ.ά.). Εξ άλλου, δεν προβάλλονται, κατά τ' ανωτέρω, παραδεκτώς ούτε και λόγοι που, ακόμη και αν θέτουν νομικό ζήτημα, πάντως αυτό δεν είναι κρίσιμο για την επίλυση της ένδικης διαφοράς, όπως είναι ιδίως οι προβαλλόμενοι αλυσιτελώς ή οι λόγοι που ερείδονται σε εσφαλμένη προϋπόθεση.

4. Επειδή, βασίμως προβάλλεται ότι δεν υπάρχει νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας σχετικά με τα νομικά ζητήματα ερμηνείας των άρθρων 1 και 2 των ν. 703/1977 και 3959/2011 και των αντιστοίχων άρθρων 101 και 102 ΣΛΕΕ που τίθενται με τον 1ο, 2ο, 4ο, και 6ο λόγο αναιρέσεως, ειδικότερα δε για το ζήτημα (i) αν και υπό ποιες προϋποθέσεις έκπτωση στόχου για δέσμη («καλάθι») προϊόντων συνιστά κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης και (ii) αν και υπό ποιες προϋποθέσεις μια συμφωνία με αντικείμενο τον καθορισμό της ελάχιστης επιφάνειας που θα καταλαμβάνουν τα προϊόντα μιας δεσπόζουσας επιχείρησης στα σημεία λιανικής πώλησης (σε σχέση με τα ανταγωνιστικά προς αυτά προϊόντα) παραβιάζει, και δη σωρευτικά, τις προαναφερθείσες διατάξεις των αντιστοίχων άρθρων 101 και 102 ΣΛΕΕ. Ως εκ τούτου, οι λόγοι αυτοί αναιρέσεως προβάλλονται παραδεκτώς, συνεφέλκουν δε και τους 3ο και 5ο λόγους αναιρέσεως, κατά το μέρος που οι λόγοι αυτοί ανάγονται σε ειδικότερα ζητήματα νομικού χαρακτηρισμού ή νόμιμης βάσης. Οι τελευταίοι αυτοί λόγοι αναιρέσεως είναι απαράδεκτοι μόνο κατά το μέρος που θέτουν αμιγώς ζητήματα αιτιολογίας, δηλαδή ζητήματα ανεπιτήδεια να δημιουργήσουν νομολογιακό προηγούμενο με κατευθυντήρια λειτουργία για την επίλυση άλλων διαφορών.

5. Επειδή, προκαταρκτικά, ενδείκνυται επισκόπηση των γενικών ζητημάτων ερμηνείας των ανωτέρω διατάξεων. Με τις διατάξεις του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, που εφαρμόζονται και από τις εθνικές αρχές ανταγωνισμού και τα εθνικά δικαστήρια, σύμφωνα με το άρθρο 1 του Κανονισμού 1/2003, καθώς και τις αντίστοιχες εθνικές διατάξεις του άρθρου 2 του ν. 703/1977 και ήδη του άρθρου 2 του ν. 3959/2011, οι οποίες, όπως συνάγεται από το δεύτερο εδάφιο της παρ. 2 του άρθρου 3 του αυτού κανονισμού δεν επιτρέπεται να έχουν περιεχόμενο ηπιότερο από αυτό του άρθρου 102 ΣΛΕΕ (αντιθέτως, κατά το ενωσιακό δίκαιο, ρητά επιτρέπεται αυστηρότερη εθνική ρύθμιση ή ερμηνεία), απαγορεύεται η καταχρηστική εκμετάλλευση από μια ή περισσότερες επιχειρήσεις της δεσπόζουσας θέσης τους στην οικεία (κατά περίπτωση ενωσιακή ή εθνική) αγορά ή μέρος αυτής.

6. Επειδή, από την σκοπιά των ανωτέρω διατάξεων, όπως προκύπτει άλλως τε και από την ιστορία τους, η δεσπόζουσα θέση αφορά την δυναμική των σχέσεων μεταξύ συναλλασσομένων (πρβλ. F Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf: Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung, 1933, W. Eucken, Die Grundlagen der Nationalökonomie, 1950) και όχι απλώς την ενδεχόμενη οικονομικά μετρήσιμη επίπτωση στην τιμή ή την ποσότητα προϊόντος. Επομένως, η οικονομική προσέγγιση του φαινομένου δεν μπορεί να περιορίζεται σε μικροοικονομική ανάλυση με έμφαση στην θεωρία των τιμών. Επίσης, η δεσπόζουσα θέση δεν προϋποθέτει συνθήκες

μονοπωλίου ή οιονεί μονοπωλίου, ούτε αποκλείει την ύπαρξη κάποιου ανταγωνισμού, ακόμη και αν αυτός είναι έντονος (πρβλ. απόφαση ΔΕΚ της 13.2.1979, 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG κατά Επιτροπής, σκ. 39, αποφάσεις ΠΕΚ της 14.12.2005, T-210/01, General Electric κατά Επιτροπής, ιδίως σκ. 116-117, της 30.1.2007, T-340/03, France Télécom κατά Επιτροπής, σκ. 99-118), απόφαση ΓΔΕΕ της 25.6.2010, T 66/01, Imperial Chemical Industries Ltd κατά Επιτροπής, σκ. 254), σκληρός ή «άγριος», αν παρά ταύτα δεν αρκεί να μεταβάλει ουσιωδώς τα χαρακτηριστικά (και ιδίως τα μερίδια) της οικείας αγοράς (πρβλ. απόφαση ΔΕΚ της 14.2.1978, 27/76, United Brands κατά Επιτροπής, σκ. 114-121). Για τη στοιχειοθέτηση δεσπόζουσας θέσης αρκεί να υφίστανται συνθήκες που έστω και αν δεν δίνουν σε μια επιχείρηση την ισχύ να αποφασίζει εκείνη μονομερώς, ή να καταπολεμά ή παρεμποδίζει την είσοδο ανταγωνιστών και την ανάπτυξη του ανταγωνισμού στην οικεία αγορά, πάντως, της δίνουν επαρκή ισχύ για να επηρεάζει σημαντικά τις συνθήκες, την έκταση, και την ένταση του ανταγωνισμού αυτού ή, εν πάση περιπτώσει, τουλάχιστον της παρέχουν σε μεγάλο βαθμό την ελευθερία να καταστρώνει τα επιχειρηματικά της σχέδια και εν γένει να συμπεριφέρεται χωρίς να είναι αναγκασμένη να λάβει υπόψη της τις συνθήκες αυτές ή να συνυπολογίσει ως εξωτερικό αντικειμενικό περιορισμό στους σχεδιασμούς της τα επιχειρηματικά σχέδια και τις αντιδράσεις των άλλων (των ανταγωνιστών, των πελατών της και, τελικά, των καταναλωτών), τούτα δε χωρίς να υφίσταται καμία υπολογίσιμη ζημία από τη συμπεριφορά αυτή (βλ. ιδίως ΔΕΚ, 85/76, Hoffmann-La Roche, σκ. 38-39, βλ. επίσης T-340/03, France Télécom, κ.ά.).

7. Επειδή, η δεσπόζουσα θέση είναι δυνατόν να απορρέει και από απλώς την σωρευτική συνδρομή πλειόνων παραγόντων, που ο καθένας τους αυτοτελώς δεν θα ήταν καθοριστικός, κρίσιμος, ή ουσιώδης (πρβλ. αποφάσεις ΠΕΚ της 8.10.1996, T-24-26, 28/93, Compagnie maritime belge transports e.a. κατά Επιτροπής, σκ. 76, της 12.12.1991, T-30/89, Hilti κατά Επιτροπής, σκ. 90-92, της 7.10.1999, T-228/97, Irish Sugar, κατά Επιτροπής, σκ. 70, κ.ά.). Οι παράμετροι αυτές (πρβλ. ιδίως ΔΕΚ, 27/76, United Brands σκ. 67 και περαιτέρω ανάλυση στις σκ. 69-128) αφορούν κατά κύριο λόγο την δομή και λειτουργία της επιχείρησης (έρευνα και ανάπτυξη, ευρεσιτεχνίες, τεχνολογία, κεφάλαια και χρηματοδότηση, δυναμικό παραγωγής και οικονομίες φάσματος και κλίμακας, πόροι και μέθοδοι παραγωγής, διανομής, και διάθεσης των προϊόντων της επιχείρησης, φάσμα προϊόντων, διαφήμιση και προώθηση πωλήσεων, ισχύς και αναγνωρισιμότητα σήματος) και την ανταγωνιστική της θέση στην οικεία αγορά, εν όψει της δομής, των γνωρισμάτων, και των συνθηκών της αγοράς αυτής (βαθμός συγκέντρωσης, αριθμός, μέγεθος και ισχύς ανταγωνιστών, νομικά, οικονομικά, εμπορικά, χρηματοδοτικά, ή άλλα εμπόδια εισόδου). Επίσης, ισχύ στην αγορά προσδίδει σε μια επιχείρηση αυτή και μόνη η κατοχή και διατήρηση σημαντικού μεριδίου αγοράς, καθ' ο μέρος, αν τυχόν αυτή μείωνε την προσφορά, οι ανταγωνιστές της δεν θα μπορούσαν να καλύψουν άμεσα την πλεονάζουσα ζήτηση (πρβλ. απόφαση ΠΕΚ της 22.11.2001, T-139/98, AAMS κατά Επιτροπής, σκ. 51). Εξ άλλου, η κατοχή σημαντικών μεριδίων αγοράς αποτελεί την ισχυρότερη εξωτερική ένδειξη δεσπόζουσας θέσης, ώστε, εκτός και αν η κατοχή τέτοιων μεριδίων είναι όλως παροδική, να τεκμαίρεται, κατ' αρχήν, η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης, χωρίς να απαιτείται, κατά το στάδιο αυτό, περαιτέρω ανάλυση της δομής και λειτουργίας της επιχείρησης ή της δομής και των συνθηκών της οικείας αγοράς· είναι διαφορετικό το ζήτημα ότι η ανάλυση αυτή των ποιοτικών χαρακτηριστικών της ισχύος της επιχείρησης δεν αποκλείεται να απαιτηθεί σε επόμενο στάδιο, προκειμένου να αξιολογηθεί ο καταχρηστικός ή μη χαρακτήρας μιας πρακτικής. Δεσπόζουσα θέση τεκμαίρεται, κατ' αρχήν, οπωσδήποτε όταν μια επιχείρηση κατέχει μερίδιο αγοράς της τάξεως του 50% ή ανώτερο (αποφάσεις ΔΕΚ της 3.7.1991, C-62/86, AKZO κατά Επιτροπής σκ. 60, ΠΕΚ της 7.10.1999, T-228/97, Irish Sugar κατά Επιτροπής, σκ. 70, της 14.12.2005, T-210/01, General Electric κατά Επιτροπής, σκ. 115, της 30.1.2007, T-340/03, France Télécom κατά Επιτροπής, σκ. 99-118). Κατά τις περιστάσεις, μπορεί να αρκεί και μερίδιο αγοράς που απλώς υπερβαίνει (πρβλ. ιδίως ΔΕΚ, 27/76, United Brands, σκ. 108) ή προσεγγίζει (πρβλ. British Airways κατά Επιτροπής, απόφαση ΠΕΚ της 17.12.2003, T-219/99 και ΔΕΚ της 15.3.2007, C-95/04 P) το 40%. Αντιθέτως, χαμηλότερα μερίδια αγοράς, αν δεν συντρέχουν άλλες ιδιαίτερες περιστάσεις, πρέπει, κατ' αρχήν, να εκλαμβάνονται ως ένδειξη ότι δεν υπάρχει δεσπόζουσα θέση (πρβλ. απόφαση ΔΕΚ της 15.12.1994, C-250/92, Gøttrup-Klim Grovwareforeninger κ.λπ. κατά Dansk Landbrugs Grovvarereselskab AmbA, σκ. 48: μερίδια αγοράς 32-36%). Αντιθέτως, τα μεν περιθώρια κέρδους, δεν συνιστούν αξιόπιστη ένδειξη ισχύος γιατί ακόμη και παροδικές ζημίες δεν είναι ασυμβίβαστες προς τη δεσπόζουσα θέση, όπως ακριβώς υψηλά κέρδη μπορούν να συμβιβάζονται με κατάσταση πραγματικού ανταγωνισμού (πρβλ. ιδίως ΔΕΚ, 27/76, United Brands, σκ. 126), η δε ικανότητα επιβολής υψηλών τιμών ή αυξήσεων τιμών συνιστά επαρκή, όχι όμως αναγκαία ένδειξη δεσπόζουσας θέσης (πρβλ. ιδίως απόφαση ΠΕΚ της 30.9.2003, T-191, 212-214/98, Atlantic Container Line κ.α. κατά Επιτροπής, σκ. 1084). Εξ άλλου, η δεσπόζουσα επιχείρηση δεν μπορεί λυσιτελώς να αντιτάξει ότι η αγοραστική ισχύς των αντισυμβαλλομένων της αντισταθμίζει την δική της, αν δεν αποδείξει ότι οι πελάτες της έχουν την ικανότητα να

καταφεύγουν, μέσα σε εύλογο χρόνο, σε αξιόπιστες εναλλακτικές πηγές εφοδιασμού (πρβλ. απόφαση ΠΕΚ της 23.2.2006, T-282/02, Cementbouw Handel & Industrie κατά Επιτροπής, σκ. 230-232)· άλλως τε τέτοια δυνατότητα δεν νοείται αν η δεσπόζουσα επιχείρηση είναι αναγκαίως εμπορικός εταίρος των αντισυμβαλλομένων της.

8. Επειδή, εξ άλλου, κατά τις διατάξεις αυτές δεν απαγορεύεται αυτή καθ' εαυτήν η δεσπόζουσα θέση, παρά μόνο η καταχρηστική της εκμετάλλευση. Η απαγόρευση αυτή, από την σκοπιά της ελληνικής συνταγματικής τάξης, συνιστά κατ' ουσίαν νομοθετική εξειδίκευση της θεμελιώδους διατάξεως του άρθρου 5 παρ. 1 του Συντάγματος, που προστατεύει την οικονομική ελευθερία ως στοιχείο (ελευθέρως) ανάπτυξης της προσωπικότητας και δικαίωμα συμμετοχής στην οικονομική ζωή «εφ' όσον δεν προσβάλλει τα δικαιώματα των άλλων και δεν παραβιάζει το Σύνταγμα ή τα χρηστά ήθη»· από την άποψη δε αυτή και ο ν. 3951/2011, αντιστοίχως, συνιστά, κατ' ουσίαν εκτελεστικό νόμο του Συντάγματος και πρέπει, παράλληλα προς το ενωσιακό δίκαιο, να ερμηνεύεται υπό το φως και των διατάξεων αυτών, οι οποίες όπως συνάγεται από την μορφή υπό την οποία κατοχυρώνουν την οικονομική ελευθερία (ως ελευθερία συμμετοχής), αλλά και από τα όρια, τους περιορισμούς, και τις προϋποθέσεις υπό τα οποία κατοχυρώνουν την ελευθερία αυτή, δεν καθιερώνουν σύστημα ελεύθερης (δηλαδή αρρύθμιστης), αλλά σύστημα κοινωνικής οικονομίας της αγοράς. Υπό το φως λοιπόν των διατάξεων αυτών, αλλά και του ενωσιακού δικαίου, που πρέπει να θεωρηθεί ότι εμφορείται από τις ίδιες αρχές, οι οποίες απορρέουν από τις κοινές συνταγματικές παραδόσεις των κρατών μελών της Ένωσης, το αγαθό που προστατεύουν οι διατάξεις για τον ελεύθερο ανταγωνισμό, και κατ' εξοχήν τα άρθρα 102 ΣΛΕΕ και 2 ν. 3951/2011 είναι αυτή καθ' εαυτήν η ανταγωνιστική δομή της αγοράς, δηλαδή, το ατομικό δικαίωμα ισότιμης πρόσβασης και συμμετοχής στην οικονομική ζωή. Για αυτό και δεν απαγορεύεται αυτή καθ' εαυτήν η απόκτηση και διατήρηση δεσπόζουσας θέσης, αν αυτή απορρέει από την εγγενή αξία της παροχής, αφού σε αυτό ακριβώς, δηλαδή στον ανταγωνισμό ως προς την ουσία της παροχής, έγκειται η ελευθερία (ισότιμης) συμμετοχής στην οικονομική ζωή. Αυτό που είναι, αντιθέτως, συνταγματικά ανεπίτρεπτο, είναι το να επωφελείται (με οποιοδήποτε τρόπο, και ακόμη και στον ελάχιστο βαθμό) μια επιχείρηση όχι από την αναγνώριση στην αγορά της αξίας της παροχής της, αλλά από αυτή καθ' εαυτήν την ισχύ στην αγορά που αποκτά χάρις ακριβώς στην δεσπόζουσα θέση της· γιατί κατ' εξοχήν αυτό - η ισχύς να γεννά ισχύ (πρβλ United States v. Borden Company, 370 U.S. 460 (1962) , Douglas J, σελ. 476) - είναι που συνιστά κατά το Σύνταγμα παραβίαση των δικαιωμάτων των άλλων και προσβολή των «χρηστών ηθών» (δηλαδή της «χρηστότητας» ή «ακριβοδικίας» [fairness]).

9. Ειδικότερα, ειδικότερα κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης (η οποία μπορεί να είναι είτε εκμεταλλευτική, είτε παρεμποδιστική), υπάρχει όταν η δεσπόζουσα επιχείρηση, αξιοποιώντας την ισχύ της ως εφελτήριο, υιοθετεί πρακτικές που δεν θα μπορούσε να υιοθετήσει επωφελώς μια μη δεσπόζουσα επιχείρηση, είτε γιατί δεν θα ήσαν ή δεν θα ήσαν επαρκώς (σε σχέση με τον αντίστοιχο επιχειρηματικό κίνδυνο) αποδοτικές, είτε γιατί καθ' εαυτές θα ενείχαν υπερβάλλοντα (εν όψει των συνθηκών μιας συνηθισμένης επιχείρησης) επιχειρηματικό κίνδυνο είτε απλώς γιατί θα έβλαπταν την φήμη της (που είναι και αυτή άυλο αγαθό της επιχείρησης), είτε για οποιοδήποτε άλλο λόγο. Ομοίως καταχρηστική όμως μπορεί να είναι μια πρακτική ακόμη και αν η ίδια πρακτική θα ήταν συνήθης και επιτρεπτή σε μια μη δεσπόζουσα επιχείρηση, αν η επενέργεια αυτής της πρακτικής στην ελευθερία των άλλων είναι υπολογίσιμη όταν την υιοθετεί μια δεσπόζουσα επιχείρηση, ενώ αντιθέτως είναι αμελητέα όταν την υιοθετεί μικρή επιχείρηση [αποφάσεις ΠΕΚ της 17.7.1998, T-111/96, ITT Promedia κατά Επιτροπής, σκ. 139, T-340/03, France Télécom, σκ. 186]· σε αυτήν μάλιστα ακριβώς την απαγόρευση συνίσταται κατ' εξοχήν η «ιδιαίτερη ευθύνη» την οποία επέχει η δεσπόζουσα επιχείρηση, σύμφωνα με το ενωσιακό δίκαιο, να απέχει από συμπεριφορές που επιτρέπει να θίξουν τον ανταγωνισμό σε μία αγορά όπου, ως εκ της παρουσίας της, είναι ήδη αδυνατισμένος (απόφαση ΔΕΚ της 9.11.1983, 322/81, Nederlandsche Banden - Industrie - Michelin κατά Επιτροπής, σκ. 57, 70, αποφάσεις ΔΕΕ της 6.12.2012, C-457/10 P, AstraZeneca κατά Επιτροπής, σκ. 149-150, της 6.10.2015, C-23/14, Post Danmark, σκ. 71-72). Εξ άλλου, αν οι σχέσεις και οι συνθήκες που διαμορφώνονται στην αγορά είναι απόρροια της ισχύος της δεσπόζουσας επιχείρησης, είναι, κατ' αρχήν, απολύτως αδιάφορο για το δίκαιο του ανταγωνισμού - όπως και για το Σύνταγμα - αν με τον τρόπο αυτό ενδέχεται να επέλθει και βελτίωση υπό την έννοια των λεγομένων «οικονομικών της ευημερίας» (δηλαδή βελτίωση αποδοτικότητας, σύμφωνα με τα κριτήρια του Παρέτο)· γιατί, κατά τα προεκτεθέντα, σκοπός του δικαίου του ανταγωνισμού είναι η προστασία της οικονομικής ελευθερίας από τους κινδύνους που εγκυμονεί η ιδιωτική οικονομική ισχύς και όχι η βελτίωση αποδοτικότητας. Έτσι, κατ' εξοχήν δεν μπορεί να προβληθεί λυσιτελώς, από την σκοπιά του δικαίου του ανταγωνισμού, ούτε και ότι το ιδιωτικό όφελος που απορρέει από βελτιώσεις αποτελεσματικότητας υπερκαλύπτει την βλάβη της κοινωνίας ή ότι η τελευταία είναι ασήμαντη. Γιατί, κατ' αντίθεση προς την αρχή της αποδοτικότητας του Παρέτο το Σύνταγμα δεν είναι αξιολογικά ουδέτερο,

πως θα κατανεμηθούν τα κέρδη και οι ζημίες μεταξύ των κοινωνιών. Επίσης όμως, σκοπός του δικαίου του ανταγωνισμού δεν είναι ούτε και μόνη ή καθ' εαυτήν η βελτίωση της λεγόμενης «ευημερίας του καταναλωτή», υπό την μικροοικονομική έννοια του όρου (όπου ο όρος «καταναλωτής» είναι απλώς συνώνυμο του «αγοραστή»). Άλλωστε, κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης μπορεί να υπάρχει και όταν η δεσπόζουσα επιχείρηση είναι «καταναλωτής» (μονοψώνιο). Αυτό που καθιστά επίμομφη την μεταβίβαση πλούτου, ανεξάρτητα από το αν αυξάνεται το «πλεόνασμα παραγωγού» εις βάρος του «πλεονάσματος του καταναλωτή» (το σύννηθες) ή το αντίστροφο (επί μονοψώνιων) είναι ακριβώς το ότι αυτή επέρχεται ως απόρροια ιδιωτικής οικονομικής ισχύος και επιβολής, ενώ, κατά το Σύνταγμα, μονοπώλιο μονομερούς επιβολής διαθέτει μόνο η δημοκρατικά νομιμοποιημένη δημόσια εξουσία και ουδέποτε ο ιδιώτης, έτσι ώστε η άσκηση ιδιωτικής οικονομικής ισχύος να συνιστά αυτή καθ' εαυτήν βλάβη της κοινωνίας και των επί μέρους κοινωνιών. Έτσι, τυχόν επιβουλή (πολλών μάλλον απτή, επαπειλούμενη ή και ευλόγως ενδεχόμενη βλάβη) της «καταναλωτικής ευημερίας» [και δη του «πλεονάσματος καταναλωτού»] από δεσπόζουσα επιχείρηση είναι μεν επαρκής, όχι όμως και αναγκαία συνθήκη για να στοιχειοθετηθεί παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού· παράβαση υπάρχει και όταν η επιβουλή ή ο κίνδυνος βλάβης αφορά την ανταγωνιστική δομή της αγοράς. Ο δε εν δυνάμει κίνδυνος αξιολογείται, κατ' αρχήν, σύμφωνα με τις γενικές συνταγματικές αρχές της πρόληψης και της προφύλαξης. Γιατί το περιεχόμενο της επιχειρηματικής ελευθερίας, έτσι όπως αυτή κατοχυρώνεται στο Σύνταγμα, δεν περιλαμβάνει, πάντως, ευχέρεια των επιχειρήσεων να καθορίζουν την συμπεριφορά τους ακωλύτως και κατά το δοκούν, επιρρίπτοντας τον κίνδυνο «αρνητικών εξωτερικοτήτων» στην κοινωνία (πρβλ. ΣΕ 2342/2018, 7μ.). Αν κατά εύλογο εκτίμηση η επίμαχη συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης είναι επιτήδεια, είτε in abstracto, είτε in concreto, να απειλήσει τον ανταγωνισμό, είτε εγγενώς, λαμβάνοντας υπ' όψη χαρακτηριστικά και την οικονομική λειτουργία της συγκεκριμένης πρακτικής, είτε εν όψει των συγκεκριμένων συνθηκών και περιστάσεων, είτε και απλώς κατά την πρόθεση, τους σκοπούς ή τις επιδιώξεις της δεσπόζουσας επιχείρησης (γιατί και αυτά, πάντως, φωτίζουν ή χρωματίζουν την εν όψει των όλων περιστάσεων συμπεριφορά της), σε αυτήν απόκειται πλέον να αποδείξει πλήρως ότι, υπό τις συγκεκριμένες περιστάσεις, πρώτον, ότι δεν εξαλείφεται ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός και, δεύτερον, ότι είτε συντρέχουν υπερέχοντες θεμιτοί λόγοι που δικαιολογούν αντικειμενικώς την συμπεριφορά της, και ότι η συμπεριφορά αυτή είναι αναγκαία και σύμμετρη προς τον σκοπό που επιδιώκει, είτε η συμπεριφορά της είναι αναγκαία και πρόσφορη για την επίτευξη ωφελημάτων, που μετακυλίνουν στον (τελικό) καταναλωτή (δηλαδή στην κοινωνία) και υπερακοντίζουν ουσιαδώς και καταδήλως, ποσοτικά και ποιοτικά, την όποια βλάβη εκ του περιορισμού του ανταγωνισμού. Από την άποψη αυτή, τότε μόνο υπάρχει στάδιο να θεωρηθεί ότι η συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης δεν εξαλείφει τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό, αν αποδεικνύεται πλήρως ότι η συμπεριφορά αυτή δεν θα ήταν σε θέση να απειλήσει ότι θα μπορούσε να αναπτύξει μια δυναμική ανάσχεσης ενός εν δυνάμει επαρκώς αποτελεσματικού (πραγματικού) ανταγωνιστή που είτε είναι και ο ίδιος πάντως εξ ίσου αποτελεσματικός με την δεσπόζουσα επιχείρηση (ανεξάρτητα από το αν η τελευταία είναι αποτελεσματική ή μη), είτε είναι έστω κατ' αρχήν τουλάχιστον εν δυνάμει επαρκώς αποτελεσματικός (έστω και αν η δεσπόζουσα επιχείρηση είναι, για λόγους συναπτόμενους με την ισχύ της, εν τοις πράγμασι ακόμη αποτελεσματικότερη), αποστερώντας του την όποια εύλογη προσδοκία κέρδους ικανού να στηρίξει την είσοδο, παραμονή ή επέκτασή τους στην οικεία αγορά (πρβλ. Commission Decision adopting interim measures concerning the Natiolal Coal Board, National Smokeless Fuels Ltd and the National Carbonising Company Ltd [1976] Oj L 35/6), αποφάσεις ΔΕΕ της 14.10.2010, C-280/08 P, Deutsche Telekom κατά Επιτροπής, σκ. 177, της 17.2.2011, C-52/09, TeliaSonera Sverige, σκ. 33, 39-40, 61-64, 73, C-23/14, Post Danmark, σκ. 53-62)· ο δυνητικός ανταγωνισμός μπορεί και αυτός να ληφθεί υπ' όψη, μόνο όμως αν αποδεικνύεται (από την δεσπόζουσα επιχείρηση) ότι πρόκειται για σοβαρή, υπαρκτή, ρεαλιστική απειλή, την οποία είναι αναγκασμένη να συνυπολογίσει όταν καταστρώνει τα επιχειρηματικά της σχέδια. Εξ άλλου, για να κριθεί αν η επίμαχη συμπεριφορά λειτουργεί παρεμποδιστικά για ένα είτε εξ ίσου είτε εν δυνάμει επαρκώς αποτελεσματικό ανταγωνιστή πρέπει να ληφθούν υπ' όψη ιδίως τα εμπόδια εισόδου, κατ' εξοχήν δε ο χρονικός και οικονομικός ορίζοντας για την κατάκτηση της ελάχιστης απαιτούμενης εμπειρίας, μεγέθους, και φήμης για την εδραίωση των νεοεισερχομένων στην αγορά. Και πάλι όμως, επειδή κάθε ανταγωνιστής, κατ' αρχήν, ασκεί πάντως, έστω και στο όριο, κάποια πίεση στην δεσπόζουσα επιχείρηση, εν δυνάμει ικανή να την εξαναγκάσει να θυσιάσει έστω και τμήμα της μονοπωλιακής προσόδου, η κρίση αν οι επιχειρήσεις αυτές είναι σε θέση να ασκήσουν επαρκή πίεση ανάγεται σε εκτιμήσεις γενικής πολιτικής ανταγωνισμού, μετά από σύνθετες τεχνικοοικονομικές εκτιμήσεις για τις τάσεις και την δυναμική της αγοράς και, ως εκ τούτου, η απόρριψη από την Επιτροπή Ανταγωνισμού των ισχυρισμών της δεσπόζουσας επιχείρησης, ότι η συμπεριφορά της δεν θα ήταν επιτήδεια να βλάψει τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό, υπόκειται σε οριακό μόνο δικαστικό έλεγχο. Εν πάση δε περιπτώσει, για την αξιολόγηση της συμπεριφοράς της δεσπόζουσας επιχείρησης ουδόλως απαιτείται προσφυγή στις οικονομετρικές μεθόδους που έχουν γίνει γνωστές ως «as efficient competitor test», η δε απόρριψη από την ΕΑ αμυντικών

ισχυρισμών που στηρίζονται σε αυτές (τις οικονομετρικές μεθόδους) υπόκειται σε οριακό μόνο έλεγχο από τον δικαστή της ουσίας.

10. Επειδή, υπό το φως των ανωτέρω αρχών πρέπει να εξετάζονται τόσο οι μη τιμολογιακές, όσο και οι τιμολογιακές πρακτικές της δεσπόζουσας επιχείρησης, μεταξύ αυτών και η πολιτική εκπτώσεων που ακολουθεί. Πράγματι, οι εκπτώσεις, δηλαδή η μείωση τιμής (ή η παροχή άλλων ωφελημάτων οικονομικά αποτιμητών, πρβλ. αποφάσεις ΠΕΚ της 1.4.1993, T-65/89, British Gypsum, της 23.10.2003, T-65/98, Van den Bergh Foods) που συνοδεύεται από ή αντισταθμίζει όρους, προϋποθέσεις, ή ανταλλάγματα, δεν είναι πάντοτε γνησίως εργαλείο ανταγωνισμού τιμών, ακριβώς επειδή η παροχή του ωφελήματος τελεί υπό όρους, οι οποίοι, ανάλογα με το περιεχόμενό τους, όταν επιβάλλονται από δεσπόζουσα επιχείρηση, είναι δυνατόν να είναι ικανοί να αναπτύξουν, ως εκ του αντικειμένου ή των αποτελεσμάτων τους, ευθέως ή εμμέσως, δυναμική στεγανοποίησης της αγοράς. Εργαλείο ανταγωνισμού τιμών συνιστούν κατ' αρχήν οι εκπτώσεις όγκου (εκτός αν, εν όψει της χρονικής περιόδου που αφορούν και της ποσότητας σε σχέση με τις προεκτιμώμενες ανάγκες του αγοραστή, υποκρύπτουν έκπτωση αποκλειστικότητας - πρβλ. αποφάσεις ΠΕΚ της 30.9.2003, T-203/01, Michelin κατά Επιτροπής, σκ. 59, της 9.10.2010, T-155/06, Tomra κατά Επιτροπής, σκ. 213), γιατί με αυτές ο πωλητής απλώς μετακυλίζει στον αγοραστή, εν όλω ή εν μέρει, τις ωφέλειες από τις οικονομίες κλίμακος που γεννά το μέγεθος της συναλλαγής (ΠΕΚ, T-203/01, Michelin II, σκ. 58, T-155/06, Tomra, σκ. 212). Αντιθέτως, συμφωνίες αποκλειστικότητας και εν γένει εκπτώσεις που κατατείνουν στην δημιουργία πιστής πελατειακής σχέσης - και τέτοιες είναι, κατ' αρχήν, όχι μόνο οι συμφωνίες με τις οποίες μια επιχείρηση δεσμεύεται να καλύπτει το σύνολο ή το σημαντικότερο ποσοτικά ή ποιοτικά τμήμα των αναγκών της (πρβλ. ΔΕΚ, 85/76, Hoffman-Laroche, σκ. 89, απόφαση ΔΕΕ της 6.9.2017, C-413/14 P, Intel κατά Επιτροπής, σκ. 137) αλλά και εκείνες με τις οποίες δεσμεύεται να καλύπτει σημαντική επιφάνεια του οικείου τμήματος των εγκαταστάσεών της (πρβλ. αποφάσεις ΠΕΚ της 8.6.1995, T-7/93, Langnese-Iglo κατά Επιτροπής, σκ. 94, T-65/98, Van den Bergh Foods κατά Επιτροπής, σκ. 159-160) με προϊόντα μιας άλλης - εξ ορισμού και από την φύση τους λειτουργούν αποκλειστικά, γιατί, στην περίπτωση αυτή η έκπτωση δεν είναι τίποτε άλλο παρά το οικονομικό ανταλλαγμα που παρέχει η επιχείρηση προκειμένου να ιδιοποιηθεί ένα τμήμα της αγοράς και να αποκλείσει από αυτό τους ανταγωνιστές της. Βεβαίως, αν το τμήμα αυτό είναι ασήμαντο, ποσοτικά και ποιοτικά, η ιδιοποίηση αυτή δεν έχει καμία επενέργεια ούτε στην αγορά, στο σύνολό της, η οποία παραμένει πράγμα κοινό και κοινά διεκδικήσιμο, ούτε στους ανταγωνιστές (πρβλ. απόφαση ΔΕΕ 14.12.2004 Swedish Match AB C-210/03 σκ. 73). Άλλως όμως έχει το πράγμα όταν οι κατ' ιδίαν συμφωνίες αποκλειστικότητας που συνάπτει μια ή περισσότερες επιχειρήσεις απολήγουν σωρευτικά να καταλαμβάνουν τμήμα της αγοράς το οποίο, συνολικά εξεταζόμενο, είναι (ποιοτικά, ή ποσοτικά, ή χρονικά) αρκετά σημαντικό, είτε καθ' εαυτό, είτε αν ληφθεί υπ' όψη ο βαθμός κορεσμού της αγοράς και τα λοιπά εμπόδια εισόδου (πρβλ. απόφαση ΔΕΚ της 28.2.1991, C-234/89, Delimitis, σκ. 14, ΠΕΚ, T-7/93, Langnese-Iglo, σκ. 100). Στην περίπτωση αυτή, η οποία από την φύση του πράγματος συντρέχει, αν τους όρους αποκλειστικότητας επιβάλλει δεσπόζουσα επιχείρηση (εκτός αν εφαρμόζει τέτοιου περιεχομένου πρακτικές παροδικά και αποκλειστικά και μόνο σε όλως περιθωριακό και ασήμαντο - ποιοτικά και ποσοτικά - τμήμα της αγοράς, περιστάσεις που αυτή βαρύνεται να αποδείξει), η πρακτική καθίσταται καταχρηστική (ΔΕΚ, 85/76, Hoffman-Laroche, σκ. 89-90, ΠΕΚ, T-203/01, Michelin, σκ. 56-57, T-155/06, Tomra, σκ. 208-209). Την ίδια όμως μεταχείριση επιβάλλεται να έχει και κάθε άλλη πρακτική λειτουργικά ισοδύναμη προς έκπτωση πίστης· η ισοδυναμία δε αυτή κρίνεται προεχόντως με βάση την δομή της έπτωσης λαμβάνοντας υπ' όψη, αν κατά τις περιστάσεις παρίσταται αναγκαίο ή ουσιώδες, κατά τα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ισχύος της δεσπόζουσας επιχείρησης, εν όψει και της δομής της οικείας αγοράς (πρβλ. ΔΕΕ, C-23/14, Post Danmark, σκ. 30), εκτός βέβαια αν η παράμετρος αυτή έχει ήδη ληφθεί υπ' όψη προκειμένου να στοιχειοθετηθεί δεσπόζουσα θέση, οπότε απλώς αξιοποιούνται τα πορίσματα της ανάλυσης αυτής. Έτσι, εκπτώσεις στόχου [βλ. ΔΕΚ, 322/81, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin, σκ. 81-83, C-95/04 P, British Airways, σκ. 72-74, ΠΕΚ, T-203/01, Michelin, σκ. 69-71] πρέπει, κατά την φύση, την οικονομική λειτουργία, και την δυναμική τους, κατ' αρχήν, να αντιμετωπίζονται ως λειτουργικά ισοδύναμες προς εκπτώσεις πίστωσης, γιατί, εξεταζόμενες σε βάθος χρόνου άγουν εγγενώς σε αποκλειστικότητα, εκτός αν οι στόχοι είναι εξαιρετικά μετριοπαθείς και η σχετική αγορά ραγδαία αναπτυσσόμενη (και για όσο χρόνο διατηρούνται αυτά τα χαρακτηριστικά). Ισοδύναμες προς έκπτωση πίστης μπορεί να είναι και οι κλιμακούμενες εκπτώσεις που εφαρμόζονται αναδρομικά για το σύνολο των αγορών μιας σχετικά μακράς περιόδου αναφοράς, γιατί τότε ακόμη και σχετικά μικρή αύξηση στην ποσότητα, αν συνεπάγεται μετάπτωση σε διαφορετικό κλιμάκιο έκπτωσης, προσπορίζει σε απόλυτες τιμές δυσανάλογα αυξημένη ωφέλεια για τον αντισυμβαλλόμενο, (ΔΕΚ, 322/81, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin σκ. 81-84, ΔΕΕ, C-23/14 Post Danmark σκ. 34, ΠΕΚ, T-203/01, Michelin, σκ. 88, T-155/06, Tomra, σκ. 300) την οποία είναι αναγκασμένος να αντισταθμίσει στο σύνολό της ο ανταγωνιστής που επιδιώκει να

κερδίσει εκείνος την συναλλαγή για αυτές τις οριακές ποσότητες. Έτσι, ακόμη και αν η τιμή που είναι αναγκασμένος να προσφέρει δεν είναι χαμηλότερη από το κόστος, πάντως η θυσία κέρδους (ανά μονάδα προϊόντος) που πρέπει να υποστεί είναι υπολογίσιμα υψηλότερη από αυτή της δεσπόζουσας επιχείρησης· αυτό λειτουργεί εγγενώς αποτρεπτικά, και, ως εκ τούτου, εκτοπιστικά (για αυτό άλλως τε η προσφυγή στο λεγόμενο «τεστ του εξ ίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή», καθ' ο μέρος το κριτήριο αυτό αποβλέπει μόνο στην σχέση της τιμής πωλήσεως με το κόστος και όχι στην έκταση της θυσίας κέρδους ενέχει σοβαρό κίνδυνο ψευδώς αρνητικού αποτελέσματος και πρέπει να αντιμετωπίζεται με εξαιρετική περίσκεψη). Όσο σημαντικότερο, ποσοτικά ή και ποιοτικά, το τμήμα των παραγγελιών ή το τμήμα της αγοράς για το οποίο η δεσπόζουσα συνιστά αναγκαίο εμπορικό εταίρο, τόσο ισχυρότερη η μόχλευση που παρέχει η ισχύς της και η εγγενής τάση να απομυζά και το τμήμα των παραγγελιών που θα μπορούσαν να διεκδικήσουν οι ανταγωνιστές της (ΔΕΕ, C-23/14, Post Danmark, σκ 35). Τότε μόνο είναι οι ανταγωνιστές της δεσπόζουσας επιχείρησης σε θέση να την αντιμετωπίσουν επ' ίσοις όροις στην αγορά, αν, είτε η συνολική ποσότητα και κόστος είναι ασήμαντα και η ταυτότητα του προμηθευτή αδιάφορη για τον αγοραστή (CRV Holding B.V., 7.10.2010, LjN:BN9947 College van Beroep voor het bedrijfsleven), είτε η δεσπόζουσα επιχείρηση δεν αποτελεί αναγκαίο εμπορικό εταίρο των αντισυμβαλλομένων της, γιατί τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες της δεν είναι από αυτά που πρέπει υποχρεωτικά να διαθέτουν και οι ανάγκες τους μπορούν να καλυφθούν πλήρως από τους ανταγωνιστές (πρβλ. ΔΕΚ, C-85/76, Hoffmann-La Roche, σκ. 41, ΔΕΕ, C-23/14, Post Danmark, σκ. 40), περιστάσεις τις οποίες βαρύνεται να αναδείξει η επιχείρηση που ισχυρίζεται ότι η πρακτική της είναι in concreto κατ' εξαίρεσιν ανεπιτήδεια να αναπτύξει εκτοπιστική δυναμική.

11. Επειδή, όταν η έκπτωση αφορά δέσμη προϊόντων, το εύρος και η ποικιλία του φάσματος προϊόντων που περιλαμβάνει η δέσμη, δηλαδή τα διαγώνια αποτελέσματα και τα αποτελέσματα χαρτοφυλακίου, λειτουργούν ως αλληλοενισχυόμενοι πολλαπλασιαστές ισχύος, και η δεσμοποίηση ως εργαλείο μόχλευσης και μάλιστα μεταφοράς της ισχύος αυτής από την μία σχετική αγορά στην άλλη, που οικοδομεί πολυεπίπεδα εμπόδια εισόδου, καθ' ο μέρος οι ανταγωνιστές που δεν είναι σε θέση να προσφέρουν αντίστοιχη δέσμη καλούνται να αντισταθμίσουν την επένεργεια του σωρευτικού απομυζητικού αποτελέσματος όχι μόνο στις σχετικές αγορές όπου η επιχείρηση κατέχει δεσπόζουσα θέση, αλλά στο σύνολο των προϊόντων της δέσμης. Έτσι, επί εκπτώσεων δέσμης, ανάλογα με το εύρος και την ποιοτική σύνθεση της δέσμης, δεσπόζουσα θέση μπορεί να εξασφαλίζουν ακόμη και μερίδια αγοράς μικρότερα απ' ότι θα απαιτούνταν επί μονοπροϊοντικών εκπτώσεων· γιατί τα διαγώνια αποτελέσματα και τα αποτελέσματα χαρτοφυλακίου αποτελούν ουσιώδες ποιοτικό χαρακτηριστικό της ισχύος της δεσπόζουσας επιχείρησης.

12. Επειδή, εξ άλλου, και στην προαναφερθείσα περίπτωση, όπως και στην περίπτωση πρακτικών που αφορούν ένα μόνο προϊόν, για την στοιχειοθέτηση του καταχρηστικού χαρακτήρα της συμπεριφοράς της δεσπόζουσας επιχείρησης αρκεί, κατ' εύλογη εκτίμηση κινδύνου, λαμβάνοντας υπ' όψη τα δομικά χαρακτηριστικά και την οικονομική λειτουργία της επίμαχης πρακτικής, μέσα στο οικονομικό της πλαίσιο (λαμβάνοντας δηλαδή υπ' όψη την δομή και την δυναμική της αγοράς) η πρακτική να είναι πρόσφορη να αναπτύξει αντιαναγωνιστική επένεργεια σε επίπεδο δέσμης· δεν προσαπαιτείται απόδειξη ή σφοδρή πιθανολόγηση συγκεκριμένου αντιαναγωνιστικού αποτελέσματος είτε στην σχετική αγορά όπου εμφανίζεται δεσπόζουσα θέση, είτε εν γένει σε κάθε μια από τις κατ' ιδίαν σχετικές αγορές αυτοτελώς. Τούτο δε διότι επί συνδεδεμένων πωλήσεων εν γένει, ανεξάρτητα από το αν πρόκειται για «καθαρή» δεσμευμένη πώληση ή για «μικτή» δεσμοποιημένη πώληση (δηλαδή για έκπτωση δέσμης), είναι αδιάφορο αν η επίμαχη πρακτική κατατείνει στην προστασία (ή ενίσχυση) της δεσπόζουσας θέσεις ή σε επέκταση και ενίσχυση της θέσης της επιχείρησης στις οικείες αγορές των συνδεδεμένων προϊόντων (πρβλ. απόφαση ΔΕΚ της 14.11.1996, C-333/94 P, Tetra Pak κατά Επιτροπής, σκ. 30-32).

13. Επειδή, εν προκειμένω, κατά τα εκτιθέμενα στην προσβαλλόμενη απόφαση, η ΓΔΑ πραγματοποίησε αυτεπάγγελτη έρευνα για την εξέταση των συμφωνιών συνεργασίας των παραγωγών προϊόντων βρεφικής πάνας (ή εμπορικών τους αντιπροσώπων) με τα σούπερ μάρκετ, κανάλι διανομής μέσω του οποίου πραγματοποιείται άνω του 90% των πωλήσεων των προϊόντων αυτών. Σε αυτούς περιλαμβάνεται και η αναιρεσείουσα, η οποίας θυγατρική του ομίλου "The Procter & Gamble Company", με κύκλο εργασιών ύψους 81,14 δισ. δολάρων σε παγκόσμιο επίπεδο κατά το έτος 2011, ύψους δε 465,7 εκ ευρώ το 2010 και 419,7 εκ. ευρώ το 2011 στην Ελλάδα, όπου δραστηριοποιείται από το 1960 με την εισαγωγή προϊόντων βρεφικής φροντίδας, καθαρισμού, απορρυπαντικών, ειδών ατομικής υγιεινής και άλλων ειδών, όπως αλμυρά σνακς. Στον κατάλογο των προϊόντων της περιλαμβάνονται και διάφορα προϊόντα της

κατηγορίας του «χαρτιού υγιεινής» (tissue), μεταξύ δε αυτών παιδικές πάνες υπό το εμπορικό σήμα Pampers, αγορά στην οποία κατέχει δεσποζούσα θέση. Οι εμπορικές συμφωνίες που είχε συνάψει με τις αλυσίδες σ/μ καθ' όλη τη χρονική περίοδο 2003-2011 προέβλεπαν εκπτώσεις, η βασική από τις οποίες εχορηγείτο επί του συνόλου των αγορών τους από την αναιρεσείουσα, ανάλογα με την αύξηση τους σε σχέση με το αντίστοιχο εξάμηνο του προηγούμενου έτους (δηλαδή είχε τον χαρακτήρα εκπτώσεως στόχου δέσμης). Η κλίμακα εκπτώσεων ήταν ενιαία, αλλά ο στόχος «ανάπτυξης» εξατομικευμένος και πάντως, μέχρι το α' εξάμηνο του 2007 κατά κανόνα τουλάχιστον 1% (και σπανιότερα 5+1%) για την απόδοση του ελάχιστου ποσοστού έκπτωσης (0,1%), εν συνεχεία δε και μέχρι το τέλος του 2010 τουλάχιστον 5+1% για την απόδοση αυτού του ελάχιστου ποσοστού (που αυξήθηκε σε 0,2%). Μέχρι το 2007 το μέγιστο ποσοστό έκπτωσης 1% προϋπέθετε αύξηση τζίρου 10% έως 15%, ποσοστό το οποίο γενικεύθηκε σε 10% κατά τα έτη 2007 έως και 2010. Η απόδοση της έκπτωσης προϋπέθετε και την τήρηση από τα σ/μ ενός ετήσιου προγράμματος (με κάποιες διαφοροποιήσεις ανά έτος και σ/μ) που αφορούσε τις ενέργειες των τελευταίων για την προώθηση και τοποθέτηση των προϊόντων της και περιελάμβανε, μεταξύ άλλων, ως βασικό στόχο, το μερίδιο κωδικών και ραφιού για τα προϊόντα βρεφικής φροντίδας της αναιρεσείουσας να είναι τουλάχιστον ίσο προς το κατ' όγκον εθνικό μερίδιο αγοράς τους κατά το προηγούμενο έτος. Κατά τα έτη 2007/2008 προσετέθη στις εμπορικές συμφωνίες η φράση μέχρι του ποσοστού 60%, όμως σε εσωτερικά έγγραφα που συλλέχθηκαν κατά τον επιτόπιο έλεγχο στην προσφεύγουσα, αναφέρονταν συχνά ως στόχος μερίδιο ποσοστού 65%, από δε τις απαντήσεις των σ/μ προέκυψε ότι κατά περίπτωση και ανάλογα με το μέγεθος κάθε καταστήματος κυμάνθηκε μεταξύ 55% και 75%. Μάλιστα, σε πολλά καταστήματα αναλάμβανε να υλοποιήσει η ίδια την αρχιτεκτονική ραφιού για τα επίμαχα προϊόντα, ώστε να επιτυγχάνεται -μεροληπτικά υπέρ των προϊόντων της ο ανωτέρω στόχος. Ακούσε δε εποπτεία επί των σ/μ για την τήρησή του. Καθ' όσον αφορά τα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ισχύος της αναιρεσείουσας στην αγορά παιδικής πάνας, από την έρευνα της ΓΔΑ προέκυψε ότι η αγορά αυτή χαρακτηρίζεται από ολιγοπωλιακή δομή και εξαιρετικά υψηλό δείκτη συγκεντρώσεως, με την αναιρεσείουσα να κατέχει σταθερά στον οικείο διάλογο διανομής (μετά από συνυπολογισμό και του συνολικού μεριδίου αγοράς των προϊόντων ιδιωτικής ετικέτας), ποσοστό άνω του 57% σε αξία και 48% σε όγκο, ή και υψηλότερο, ανάλογα με την έρευνα αγοράς, έναντι μεριδίου αγοράς (σε αξία) της δεύτερης σε μέγεθος εταιρείας (SCA) μεταξύ 10,1% (2005) και 14,7% (2003), και της τρίτης σε μέγεθος (ΜΕΓΑ) μεταξύ 4,9% (2003) και 6,9% (2007), ενώ κατά την ίδια περίοδο εξήλθε από την αγορά της πάνας η τέταρτη σε μέγεθος εταιρεία (ΛΙΝΕΤ), η οποία το 2003 κατείχε μερίδιο αγοράς αντίστοιχο της τρίτης, ενώ το 2010 το μερίδιό της ουσιαστικά ήταν μηδενικό. Επί πλέον οι κύριες ανταγωνίστριες της αναιρεσείουσας δραστηριοποιούνται κατά βάση μόνο στις σχετικές αγορές «χαρτιού υγιεινής» (tissue paper), αντίθετα από αυτήν, που, κατά τα προεκτεθέντα δραστηριοποιείται σε ένα ευρύ φάσμα αγορών. Ως κύρια εμπόδια εισόδου ή επέκτασης ανταγωνιστών στην αγορά παιδικής πάνας η ΕΑ εντόπισε αφ' ενός το ευρύ φάσμα κωδικών, το εκτεταμένο δίκτυο πωλήσεων, και ιδίως τις αισθητά υψηλότερες διαφημιστικές δαπάνες, και την εδραιωμένη φήμη και τα ισχυρά σήματα της αναιρεσείουσας (ιδιαίτερα το σήμα "Pampers", που αποτελεί αναγκαίο προϊόν ["must have/must stock"] για τους λιανοπωλητές), και αφ' ετέρου την δυσκολία των μικρότερων επιχειρήσεων να τοποθετήσουν τα προϊόντα τους στο ράφι, ειδικά στα μεσαία και μικρά καταστήματα, εν όψει και του μεγάλου όγκου των συσκευασιών των παιδικών πανών και τις υψηλές παροχές και εκπτώσεις που είναι αναγκασμένες να παράσχουν στους λιανοπωλητές για να αποκτήσουν πρόσβαση. Σε απόλυτες τιμές τις μεγαλύτερες εκπτώσεις παρείχε η αναιρεσείουσα, οι ανταγωνιστές της όμως παρείχαν τα υψηλότερα ποσοστά εκπτώσεων (η ΜΕΓΑ 34% έως 43% επί των συνολικών πωλήσεων, η SCA 24% έως 40%, με την αναιρεσείουσα να ακολουθεί με ποσοστά εκπτώσεων 22% έως 32%). Αξιολογώντας τα ανωτέρω στοιχεία, η ΕΑ έκρινε (κατά πλειοψηφία), ότι το σύστημα εκπτώσεων που είχε υιοθετήσει η αναιρεσείουσα λειτουργούσε ως εργαλείο δημιουργίας κύκλου πιστών πελατών και είχε τη δυνατότητα να περιορίσει όσο το δυνατόν περισσότερο τον ανεφοδιασμό των σ/μ από ανταγωνιστές της, καθ' ο μέρος οι εκπτώσεις αυτές χορηγούνταν αναδρομικά, για το σύνολο των δεσμοποιημένων αγαθών και με κριτήριο όχι τον όγκο, αλλά την αύξηση των πωλήσεων (με συνέπεια να χορηγούνται για τους ίδιους όγκους πωλήσεων διαφορετικές εκπτώσεις σε κάθε επιχείρηση, ανάλογα με το ύψος των πωλήσεων προς κάθε μια από αυτές κατά το παρελθόν). Έγινε επίσης δεκτό ότι ο κίνδυνος στεγανοποίησης της αγοράς επιτείνεται εκ του ότι η περίοδος αναφοράς εξαμήνου ήταν σχετικά μεγάλη (και συνακόλουθα το απομυζητικό αποτέλεσμα της έκπτωσης ιδιαίτερα έντονο όσο η περίοδος αυτή πλησίαζε στο τέλος της), εν όψει του υψηλού μεριδίου αγοράς της αναιρεσείουσας και του εύρους των προϊόντων της δέσμης (ιδίως σε σχέση με τα μερίδια αγοράς και το φάσμα προϊόντων των ανταγωνιστών της), της στρατηγικής σημασίας (ποιοτικά και ποσοτικά) που είχε το κανάλι διανομής στο οποίο εφάρμοζόταν αυτή η εκπτωτική πολιτική, και της ιδιότητας της αναιρεσείουσας ως αναγκαίου εμπορικού εταίρου των σ/μ. Για τους λόγους αυτούς κρίθηκαν αλυσιτελείς οι ισχυρισμοί της αναιρεσείουσας, ότι οι στόχοι ανάπτυξης ήσαν, πάντως, κοινοί για όλους τους πελάτες. Ομοίως στεγανοποιητικά, κατά

την (κατά πλειοψηφία) κρίση της ΕΑ λειτούργησαν οι συμφωνίες που αφορούσαν την έναντι ανταλλαγμάτων δέσμευση χώρου στα τελικά σημεία πώλησης, αφού είχαν ως αποτέλεσμα την δέσμευση σε ποσοστό σχεδόν 2/3 του συνολικά διαθέσιμου χώρου στα τελικά σημεία πώλησης όπου εκδηλώνεται το 90% περίπου των συνολικών πωλήσεων, γεγονός που επιβεβαιώθηκε από το ότι καθ' όλο το κρινόμενο χρονικό διάστημα παρατηρήθηκε μόνο έξοδος ενός ανταγωνιστή από την αγορά, αλλά καμία είσοδος νέου. Τις κρίσεις αυτές επεκύρωσε το διοικητικό εφετείο, με την ήδη προσβαλλόμενη απόφασή του. Ο ισχυρισμός της αιτούσας ότι η παροχή της έκπτωσης δεν εξητάτο αποκλειστικά από την αγορά παιδικής πάνας απορρίφθηκε με την σκέψη ότι, πρώτον, ο υπολογισμός της έκπτωσης επί του συνόλου των πωληθέντων προϊόντων της δέσμης καθιστούσε το κίνητρο ακόμη μεγαλύτερο και, δεύτερον, οι πάνες αποτελούσαν το 17-20% του συνολικού κύκλου εργασιών, ποσοστό πολύ υψηλό ενόψει της πολύ μεγάλης γκάμας των προϊόντων με τα οποία προμήθευε τα σ/μ. Καθ' όσον αφορά την δέσμευση χώρου στα σημεία τελικής πώλησης, το διοικητικό εφετείο έκρινε ότι οι σχετικές συμφωνίες δεν έτειναν μεν να είναι ισοδύναμες προς συμβάσεις αποκλειστικότητας, σε συνδυασμό όμως με τη δεσπόζουσα θέση της, το ευρύ φάσμα των προϊόντων της, και την ισχυρή φήμη του σήματός της ως "must stock" επέτειναν τη διαπραγματευτική της δύναμη και κατέτειναν στην παρεμπόδιση της διείσδυσης, εδραίωσης και επέκτασης άλλων προμηθευτών σε ένα αποτελεσματικό σημείο διανομής, με άμεσο στόχο παγίωση ή ακόμη και αύξηση του δικού της μεριδίου αγοράς.

14. Επειδή, με την κρινόμενη αίτηση η αναιρεσείουσα προβάλλει, πρώτον, ότι, κατ' ορθή ερμηνεία του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, η εκπτώτικη πολιτική μιας δεσπόζουσας επιχείρησης δεν μπορεί να κριθεί καταχρηστική εκ μόνου του λόγου ότι μπορεί να τείνει σε στρέβλωση του ανταγωνισμού. Απαιτείται επί πλέον να αποδειχθεί ότι παράγει στην συγκεκριμένη περίπτωση πραγματικό ή σφόδρα πιθανολογούμενο (in all likelihood) αποτέλεσμα αποκλεισμού ειδικώς των ανταγωνιστών του δεσπόζοντος προϊόντος και δεν αρκεί καν η επέλευση του αποκλεισμού να εμφανίζεται πιθανότερη σε σχέση με την μη επέλευση τέτοιου αποτελέσματος.

15. Επειδή, ο πιο πάνω λόγος αναιρέσεως, καθ' ο μέρος με αυτόν προβάλλεται ότι μια εκπτώτικη πρακτική παραβιάζει το άρθρο 102 ΣΛΕΕ μόνο αν αποδειχθεί σφοδρή πιθανολόγηση επέλευσης αντιανταγωνιστικού αποτελέσματος υπό τις ειδικές και συγκεκριμένες εκάστοτε περιστάσεις πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Τούτο δε γιατί, όπως έγινε δεκτό σε προηγούμενη σκέψη, αρκεί να από την ανάλυση της δομής και της οικονομικής λειτουργίας της έκπτωσης, εν όψει της δομής και της δυναμικής της οικείας αγοράς να προκύπτει, κατ' εύλογη εκτίμηση κινδύνου, ότι αυτή είναι επιτήδεια να αναπτύξει εκτοπιστική δυναμική.

16. Επειδή, η αναιρεσείουσα προβάλλει συναφώς ότι το διοικητικό εφετείο παρέλειψε να λάβει υπ' όψη του τον ουσιώδη ισχυρισμό της ότι στην συγκεκριμένη περίπτωση ήταν απίθανη η επέλευση αντιανταγωνιστικού απομυζητικού αποτελέσματος, καθ' όσον ο στόχος της αύξησης αγορών αφορούσε το σύνολο των προϊόντων της δέσμης και μπορούσε να επιτευχθεί χωρίς αύξηση ή ακόμη και με μείωση αγορών του δεσπόζοντος προϊόντος, οι πωλήσεις του οποίου δεν υπερέβαιναν το 20% του συνόλου της δέσμης. Κατά το μέρος που με τον λόγο αυτό τίθεται το νομικό ζήτημα αν επί εκπτώσεων δέσμης το αντιανταγωνιστικό αποτέλεσμα πρέπει να αφορά το δεσπόζον προϊόν, αυτός ο λόγος αναιρέσεως πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος προεχόντως γιατί, όπως έγινε δεκτό σε προηγούμενη σκέψη, για την στοιχειοθέτηση παράβασης δεν απαιτείται τα εκτοπιστικά αποτελέσματα να αφορούν την αγορά του δεσπόζοντος προϊόντος.

17. Επειδή, η αναιρεσείουσα προβάλλει επίσης ότι το δικαστήριο έχει την υποχρέωση να λάβει υπόψη στοιχεία για να προβεί σε ex ante συγκεκριμένη αξιολόγηση της πιθανότητας επελεύσεως αντιανταγωνιστικών αποτελεσμάτων και ότι εν προκειμένω το διοικητικό εφετείο παρέλειψε να λάβει υπ' όψη τον ισχυρισμό της ότι από προσκομισθείσα οικονομική ανάλυση αποδεικνύεται ότι το επίμαχο εκπτώτικό πρόγραμμα λειτουργούσε εν τοις πράγμασι ως γραμμική έκπτωση και ότι για τον λόγο αυτό δεν ήταν πιθανό να παραγάγει αντιανταγωνιστικά αποτελέσματα. Όμως, όπως εκτίθεται στην προσβαλλόμενη απόφαση, κατά την κρίση της ΕΑ, η εν λόγω μελέτη πάσχει από μια σειρά μεθοδολογικών παραλείψεων και αδυναμιών που καθιστούν τις διαπιστώσεις της μη αξιόπιστες. Ο δε δικαστής της ουσίας δεν έχει εξουσία να αξιολογήσει εξ υπαρχής και πρωτοτύπως την εν λόγω μελέτη, γιατί κάτι τέτοιο θα συνιστούσε λειτουργική υποκατάσταση της διοικήσεως· την συνεκτιμά ελεύθερα μόνο αφού μορφώσει πλήρη δικανική πεποίθηση επί των ειδικών πραγματικών ισχυρισμών της προσφεύγουσας που αφορούν συγκεκριμένες ουσιαστικές πλημμέλειες της κρίσεως της ΕΑ σχετικά με τη μελέτη αυτή (προβλ. ΣτΕ 166/2018 7μ., 1695/2017). Έτσι, αν η επιχείρηση με την προσφυγή της δεν προβάλλει και αποδεικνύει τέτοιες πλημμέλειες, ισχυρισμοί που στηρίζονται αμιγώς σε ξηρή επίκληση αυτής της μελέτης, ακόμη και αν θα έθεταν νομικά ζητήματα καθίστανται, κατά το μέρος αυτό, μη ουσιώδεις, η δε αναιρεσείουσα με την κρινόμενη αίτηση δεν ισχυρίζεται ότι με την προσφυγή της είχε προβάλλει

συγκεκριμένες αιτιάσεις για τον τρόπο που αξιολογήθηκε η μελέτη από την ΕΑ· επομένως, ακόμη και αν ήθελε θεωρηθεί ότι κάθε «εν τοις πράγμασι γραμμική» έκπτωση πρέπει να κρίνεται ως εξ ορισμού νόμιμη, ο ισχυρισμός που, κατά την αναιρεσείουσα, δεν απαντήθηκε έτσι όπως είχε προβληθεί, δεν ήταν ουσιώδης και συνακόλουθα, προεχόντως για τον λόγο αυτό, ούτε και ο προβαλλόμενος λόγος αναιρέσεως θέτει κρίσιμο ζήτημα. Πρέπει, συνεπώς, και αυτός να απορριφθεί.

18. Επειδή, περαιτέρω, η αναιρεσείουσα προβάλλει ότι εφ' όσον, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά από το διοικητικό εφετείο, οι ανταγωνιστές της στην αγορά παιδικής πάνας παρείχαν πολύ μεγαλύτερες εκπτώσεις (και επομένως είχαν την οικονομική δυνατότητα να την ανταγωνίζονται), τα απόλυτα ποσά εκπτώσεων που εχορηγούντο για το σύνολο των δεσμοποιημένων πωλήσεων δεν μπορούν να χρησιμοποιηθούν ως σημείο αναφοράς προκειμένου να κριθεί κατά πόσον οι ανταγωνιστές της ήταν σε θέση να προσφέρουν εξ ίσου ελκυστικές προσφορές. Και αυτός όμως ο λόγος αναιρέσεως πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος, γιατί ο συλλογισμός της αναιρεσείουσας δεν στηρίζει λογικώς το συμπέρασμα που επιδιώκει να συναγάγει. Αντιθέτως, το γεγονός ότι οι ανταγωνιστές της ήσαν αναγκασμένοι να θυσιάσουν ουσιωδώς υψηλότερο τμήμα του κέρδους τους για να την ανταγωνισθούν επιτυχώς επιστηρίζει την διαπίστωση ότι η εκπτωτική της πρακτική, που απαιτούσε πολύ μικρότερη θυσία κέρδους, για λόγους που ανάγονταν στην ισχύ και όχι στην αποτελεσματικότητά της, ανέπτυσε αντανταγωνιστικά εκτοπιστική δυναμική.

19. Επειδή η αναιρεσείουσα προβάλλει τέλος ότι εφ' όσον η κλίμακα εκπτώσεων ήταν τυποποιημένη, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι συνεπάγεται διακριτική μεταχείριση εκ μόνου του λόγου ότι το ίδιο ποσοστό προσθέτων αγορών απολήγει σε «διαφορετικά απόλυτα ποσά εκπτώσεων». Και αυτός ο λόγος αναιρέσεως πρέπει να απορριφθεί προεχόντως ως ερειδόμενος επί εσφαλμένης προϋποθέσεως, γιατί, εν προκειμένω, δεν αποδόθηκε στην αναιρεσείουσα (και δη αυτοτελώς) εκμεταλλευτική πρακτική (άνισοι όροι συναλλαγής), αλλά παρεμποδιστική πρακτική, η οποία απλώς διαπιστώθηκε ότι είχε και παράπλευρη εκμεταλλευτική συνέπεια.

20. Επειδή, καθ' όσον αφορά την παροχή κινήτρων για «δίκαιη εκπροσώπηση» στο ράφι, η αναιρεσείουσα προβάλλει ότι κατ' ορθή ερμηνεία του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, η πρακτική αυτή τυγχάνει καταχρηστική μόνο αν συντρέχουν σωρευτικά δύο περιστάσεις: (α) δέσμευση χώρου κατά ποσοστό τουλάχιστον 80% και (β) πλήρης ή σε σημαντικό βαθμό αποκλεισμός των ανταγωνιστών· το δε αντανταγωνιστικό αποτέλεσμα πρέπει να αποδεικνύεται, ιδίως όταν η δεσπόζουσα επιχείρηση προσκομίζει αποδεικτικά στοιχεία που καταδεικνύουν ότι η πρακτική της δεν ηδύνατο να έχει τα αποδιδόμενα σε αυτήν αποτελέσματα αποκλεισμού. Προβάλλει, επίσης, ότι κρίσιμο για την στοιχειοθέτηση παράβασης δεν είναι το μερίδιο χώρου που θέτει η δεσπόζουσα επιχείρηση ως εσωτερικό της στόχο να καταλάβει (εν προκειμένω: ίσο ή ανώτερο προς το κατ' αξία μερίδιο αγοράς της), αλλά μόνο εκείνο για την δέσμευση του οποίου παρέχει οικονομικά ανταλλάγματα στον λιανοπωλητή, κατά τους όρους της οικείας συμβάσεως (εν προκειμένω: 60% κατ' ανώτατο όριο). Προβάλλει περαιτέρω ότι δεν μπορεί να στοιχειοθετηθεί παράβαση, εφ' όσον οι ανταγωνιστές της εξασφάλιζαν μερίδιο χώρου υψηλότερο από το εθνικό μερίδιο αγοράς τους. Οι λόγοι αυτοί αναιρέσεως πρέπει να απορριφθούν ως νόμω αβάσιμοι, διότι η ανέλεγκτη αναιρετικά διαπίστωση του δικαστηρίου της ουσίας ότι ο μεν χώρος που δέσμευε η αναιρεσείουσα στο ράφι δεν ήταν αναγκαίος για να διασφαλισθεί ότι δεν θα εμφανίζονται ελλείψεις στα προϊόντα της, ο δε χώρος που απέμενε διαθέσιμος για τους ανταγωνιστές της δεν επαρκούσε για να αντιπροσωπεύονται και τα δικά τους προϊόντα στα σημεία λιανικής πώλησης, λόγω του πλήθους των κωδικών (μεγέθη παιδικής πάνας) και του όγκου των συσκευασιών, αρκεί, κατά νόμον, για να χαρακτηριστεί η πρακτική της ως εκτοπιστική.

21. Επειδή, τέλος, προβάλλεται ότι οι κάθετες συμφωνίες δέσμευσης χώρου στο ράφι που συνάπτει μια δεσπόζουσα επιχείρηση με τους λιανοπωλητές της δεν συνιστούν περιορισμό του ανταγωνισμού κατ' αντικείμενο, σύμφωνα με το άρθρο 101 ΣΛΕΕ, ερμηνευόμενο υπό το φως του Κανονισμού 330/2010 ΕΕ και των οικείων κατευθυντηρίων οδηγιών της Επιτροπής ΕΕ, παρά μόνο αν συνεπάγονται άμεση ή έμμεση υποχρέωση του αγοραστή να πραγματοποιεί άνω του 80% των αγορών του από συγκεκριμένο προμηθευτή ή αποδεικνύεται η επέλευση αντανταγωνιστικού αποτελέσματος. Ανεξάρτητα από το ότι αλυσιτελώς επικαλείται η αναιρεσείουσα τις εν λόγω κατευθυντήριες οδηγίες (γιατί αυτές αφορούν, πάντως, συμφωνίες μεταξύ επιχειρήσεων με μερίδιο αγοράς κατώτερο του 30%), ο πιο πάνω λόγος αναιρέσεως πρέπει, πάντως να απορριφθεί, ως αβάσιμος, για τους ίδιους λόγους που εξετάθησαν στην προηγούμενη σκέψη.

22. Επειδή, συμφώνως προς τα ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί η κρινόμενη αίτηση.

