

ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ



ΥΠΗΡΣ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΣ
ΒΙΩΣΙΜΗ ΑΝΑΠΤΥΞΗ

**ΣΧΕΔΙΟ ΥΠΗΡΕΣΙΑΚΟΥ ΕΓΓΡΑΦΟΥ ΣΥΖΗΤΗΣΗΣ ΣΕ ΘΕΜΑΤΑ
ΒΙΩΣΙΜΟΤΗΤΑΣ ΚΑΙ ΔΙΚΑΙΟΥ ΤΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ**

Υπηρεσιακό Έγγραφο Συζήτησης

1	Εισαγωγή.....	4
1.1	Βιωσιμότητα και δίκαιο του ανταγωνισμού: διαχείριση των συγκρούσεων	4
1.2	Προς ένα δίκαιο και μια πολιτική του ανταγωνισμού που θα έχει ως γνώμονα τη βιωσιμότητα;	13
2	Εκτιμήσεις σχετικά με τη βιώσιμη ανάπτυξη με βάση το άρθρο 101 ΣΛΕΕ και το άρθρο 1 ν. 3959/2011	21
2.1	Συμφωνίες βιωσιμότητας με βάση το άρθρο 101 (1) ΣΛΕΕ και το άρθρο 1 ν. 3959/2011.....	24
2.1.1	Δυνατότητα εξαίρεσης των συμφωνιών βιωσιμότητας από το πεδίο εφαρμογής της απαγόρευσης του άρθρου 101(1) ΣΛΕΕ.....	24
2.1.2	Οι συμφωνίες βιωσιμότητας δεν αναμένεται να περιορίσουν τον ανταγωνισμό.....	25
2.1.3	Οι συμφωνίες βιωσιμότητας ενδέχεται να μην εμπίπτουν στο άρθρο 101 (1) ΣΛΕΕ ή/και το άρθρο 1(1) ν. 3959/2011 είτε ως παρεπόμενοι ρυθμιστικοί περιορισμοί είτε υπό το πρίσμα της θεωρίας της αντικειμενικής αναγκαιότητας.....	28
2.1.4	Διατύπωση συμφωνιών βιωσιμότητας ως συμφωνίες τυποποίησης	30
2.2	Η βιωσιμότητα με βάση το άρθρο 101(3) ΣΛΕΕ και το άρθρο 1(3) ν. 3959/2011.....	32
2.2.1	Προϋποθέσεις του άρθρου 101(3) ΣΛΕΕ ή/και του άρθρου 1(3) ν. 3959/2011	32
2.2.2	Ευρύτερα ζητήματα δημόσιας πολιτικής στην εφαρμογή του άρθρου 1(3) του Ελληνικού ν. 3959/2011	41
3	Εκτιμήσεις για τη βιώσιμη ανάπτυξη με βάση το άρθρο 102 ΣΛΕΕ ή/και το άρθρο 2 ν. 3959/2011	42

4	Βιωσιμότητα και Έλεγχος Συγκεντρώσεων	48
5	Συζήτηση και Προτάσεις.....	57

1 Εισαγωγή

1. Το παρόν έγγραφο συζήτησης αποσκοπεί στην ενημέρωση και πληροφόρηση σχετικά με την έννοια της βιώσιμης ανάπτυξης στο πλαίσιο του δικαίου και της πολιτικής ανταγωνισμού. Διατυπώνει προτάσεις σχετικά με τους διαφορετικούς τρόπους με τους οποίους μπορούν να ληφθούν υπόψη τα ζητήματα βιωσιμότητας κατά την εφαρμογή του δικαίου του ανταγωνισμού και παρουσιάζει πιθανές προσεγγίσεις για την αντιμετώπιση ζητημάτων βιωσιμότητας βάσει των άρθρων 101(1), 101(3), 102 και 106 της ΣΛΕΕ με σκοπό την προώθηση των στόχων της βιώσιμης ανάπτυξης, με παράλληλο περιορισμό τυχόν αντι-ανταγωνιστικών πρακτικών. Για το σκοπό αυτό, ερευνά την πρόσφατη βιβλιογραφία και σχετικές υποθέσεις σε εθνικό και ευρωπαϊκό επίπεδο και εισφέρει ορισμένες συστάσεις για δημόσια συζήτηση.

1.1 Βιωσιμότητα και δίκαιο του ανταγωνισμού: διαχείριση των συγκρούσεων

Η αρχή της βιώσιμης ανάπτυξης

2. Όπως ορίζεται στην «Έκθεση Brundtland»¹, (Το Κοινό Μέλλον μας), που δημοσιεύθηκε το 1987 από την Παγκόσμια Επιτροπή Περιβάλλοντος και Ανάπτυξης (WCED), «βιώσιμη ανάπτυξη είναι η ανάπτυξη που ικανοποιεί τις ανάγκες του παρόντος χωρίς να περιορίζει την ικανότητα των μελλοντικών γενεών να καλύπτουν τις δικές τους ανάγκες». Η έκθεση «Το Κοινό Μέλλον μας» ανέπτυξε τις κατευθυντήριες αρχές για βιώσιμη ανάπτυξη και έγινε σημείο αναφοράς για τις μελλοντικές συζητήσεις σχετικά με τη βιωσιμότητα. Η έννοια της αειφόρου (ή βιώσιμης) ανάπτυξης συνίσταται στο ότι πρέπει να επιδιώκεται μια ισορροπία μεταξύ των αναγκών των σημερινών γενεών και εκείνων των μελλοντικών γενεών, λαμβάνοντας υπόψη τους περιβαλλοντικούς, κοινωνικούς και οικονομικούς περιορισμούς που αντιμετωπίζουμε.

3. Το 2007, τα κράτη μέλη της ΕΕ συμφώνησαν να μειώσουν τις εκπομπές αερίων θερμοκηπίου κατά τουλάχιστον 20% και να επιτύχουν μερίδιο 20% των ανανεώσιμων πηγών ενέργειας στην κατανάλωση ενέργειας της ΕΕ έως το 2020. Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή² θέτει ως στόχο στην επίτευξη των αποκαλούμενων «στόχων 20-20-20», οι οποίοι συμπεριλαμβάνουν: μείωση κατά 20% των εκπομπών αερίων θερμοκηπίου στην ΕΕ από τα επίπεδα του 1990, με ταυτόχρονη αύξηση του μεριδίου της κατανάλωσης ενέργειας της ΕΕ που παράγεται από ανανεώσιμες πηγές σε 20%, καθώς και βελτίωση κατά 20% της ενεργειακής

¹ Η έκθεση έλαβε τον τίτλο «Το Κοινό Μέλλον μας» και έγινε γνωστή ως «Έκθεση Brundtland» προς τιμήν της προέδρου της Επιτροπής, Gro Harlem Brundtland.

² Τότε, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (2008). Ανακοίνωση της Επιτροπής στο Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, το Συμβούλιο, την Ευρωπαϊκή Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή και την Επιτροπή των Περιφερειών – 20-20 έως το 2020 – Η ευκαιρία της Ευρώπης για την κλιματική αλλαγή, COM 2008 30 τελικό. Διαθέσιμο στη διεύθυνση <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0030&from=EN>.

απόδοσης της ΕΕ3. Οι Στόχοι Βιώσιμης Ανάπτυξης (ΣΒΑ)⁴ που εγκρίθηκαν από τη Γενική Συνέλευση των Ηνωμένων Εθνών (ΗΕ), τον Σεπτέμβριο του 2015, καθόρισαν ευρύτερους αναπτυξιακούς στόχους τόσο για τις ανεπτυγμένες όσο και για τις αναπτυσσόμενες χώρες, που αφορούν όλες τις εκφάνσεις της βιωσιμότητας (οικονομικές, χρηματοπιστωτικές, θεσμικές, κοινωνικές και περιβαλλοντικές). Αυτή η δέσμη των 17 στόχων σκοπεί να αντιμετωπίσει προκλήσεις σε παγκόσμιο επίπεδο, όπως τη φτώχεια, την ανισότητα, την κλιματική αλλαγή, την υποβάθμιση του περιβάλλοντος, την ειρήνη και τη δικαιοσύνη, που όλα αποτελούν μέρος της «Ατζέντας του 2030 για τη Βιώσιμη Ανάπτυξη»⁵. Οι ΣΒΑ, σε συνδυασμό με τη Συμφωνία των Παρισίων για την Κλιματική Αλλαγή⁶, έχουν θέσει τα θεμέλια για ένα παγκόσμιο πλαίσιο διεθνούς συνεργασίας για τη βιώσιμη ανάπτυξη.

4. Όπως περιγράφεται στο έγγραφο προβληματισμού με τίτλο 'Towards a Sustainable Europe by 2030' («Προς μια Βιώσιμη Ευρώπη έως το 2030»), το οποίο δημοσιεύτηκε το 2019⁷, η ΕΕ έχει δεσμευτεί πλήρως για την εφαρμογή της ατζέντας του 2030 μέσω διαφόρων πολιτικών, τόσο εσωτερικών και εξωτερικών. Το σχέδιο δράσης της ΕΕ περιλαμβάνει τη μετάβαση σε μια κυκλική οικονομία, διασφαλίζοντας τη βιωσιμότητα «από το χωράφι ως το ράφι», δηλαδή τη θεμελίωση μιας βιώσιμης οικονομίας χαμηλών εκπομπών άνθρακα και χαμηλού κόστους, με αύξηση της αποδοτικότητας των πόρων, μείωση της ενεργειακής κατανάλωσης, περιορισμό της μείωσης της βιοποικιλότητας και των φυσικών πόρων, περιορισμό της κλιματικής αλλαγής και, γενικότερα, την εξασφάλιση μιας κοινωνικά δίκαιης μετάβασης.

5. Τα τελευταία χρόνια η ΕΕ κατέβαλε σημαντικές προσπάθειες για να μετουσιώσει το «κεντρικό πλάνο» της βιωσιμότητας σε ένα συγκεκριμένο νομικό πλαίσιο, που θα επιτρέπει την υλοποίηση στόχων βιωσιμότητας σε όλες τις πολιτικές και δράσεις της ΕΕ, επηρεάζοντας τόσο το δημόσιο όσο και τον ιδιωτικό τομέα. Από αυτές τις δράσεις θα μπορούσε να συναχθεί η δημιουργία μιας γενικότερης «αρχής βιώσιμης ανάπτυξης», η οποία να πρέπει να λαμβάνεται υπόψη κατά την εφαρμογή διαφόρων τομέων του δικαίου της ΕΕ.

³ Βλ. και P. Fotis & M. Polemis, 'Sustainable development, environmental policy and renewable energy use: A dynamic panel data approach', *Sustainable Development*, 2018, 26, 726-740.

⁴ ΣΒΑ: 1: Χωρίς φτώχεια, 2: Χωρίς Πείνα, 3: Καλή υγεία και Ευεξία, 4: Ποιότητα Εκπαίδευσης, 5: Ισότητα των Φύλων, 6: Καθαρό Νερό και Υγιεινή, 7: Προσιτή και Καθαρή Ενέργεια, 8: Αξιοπρεπής Εργασία και Οικονομική Ανάπτυξη, 9: Βιομηχανία, Καινοτομία και Υποδομές, 10 : Μειωμένη Ανισότητα, 11: Βιώσιμες Πόλεις και Κοινότητες, 12: Υπεύθυνη Κατανάλωση και Παραγωγή, 13: Δράση για το Κλίμα, 14: Ζωή Κάτω από το Νερό, 15: Ζωή στη Γη, 16: Ισχυρά Όργανα Ειρήνης και Δικαιοσύνης, 17: Συνεργασίες για την επίτευξη του Στόχου .

⁵ Βλ. <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>. Για τα βασικά μέτρα της «Ατζέντας του 2030 για την Βιώσιμη Ανάπτυξη» βλ. επίσης, M. Polemis & P. Fotis, 'European Commission's Energy and Climate Policy Framework' in M. Shahbaz & D. Balsalobre (eds) *Energy and Environmental Strategies in the Era of Globalization, Green Energy and Technology* (Springer Editions, 2019).

⁶ Για την αντιμετώπιση της κλιματικής αλλαγής, οι χώρες υιοθέτησαν τη Συμφωνία των Παρισίων για τον περιορισμό της αύξησης της παγκόσμιας θερμοκρασίας σε επίπεδα κάτω από τους 2 βαθμούς Κελσίου.

⁷ Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Έγγραφο Προβληματισμού προς μια Βιώσιμη Ευρώπη έως το 2030 (Μάρτιος 2019), διαθέσιμο στη διεύθυνση: https://ec.europa.eu/info/publications/towards-sustainable-europe-2030_en.

6. Ειδικότερα όσον αφορά τον ιδιωτικό τομέα, η ΕΕ παρείχε κίνητρα για τη διοχέτευση κεφαλαίων προς πιο βιώσιμες επενδύσεις («βιώσιμη χρηματοδότηση») μέσω της θέσπισης κριτηρίων για τον προσδιορισμό του κατά πόσον μια οικονομική δραστηριότητα χαρακτηρίζεται ως «περιβαλλοντικά βιώσιμη»⁸. Παρόλο που αυτά τα κριτήρια ακολουθούν μια αντίληψη ως προς τη βιωσιμότητα, η οποία είναι πολύ πιο περιορισμένη σε σχέση με τους ευρύτερους στόχους βιωσιμότητας που προτείνονται από την Ατζέντα της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για τη «Βιώσιμη Ευρώπη», καθώς επικεντρώνονται κυρίως στην περιβαλλοντική βιωσιμότητα, μπορούν ωστόσο να χρησιμεύσουν για τον προσδιορισμό κάποιων ζητημάτων βιωσιμότητας στο δίκαιο του ανταγωνισμού. Επίσης δείχνουν ότι είναι δυνατό να αναπτυχθούν λειτουργικοί ορισμοί στο πλαίσιο της έννοιας της βιωσιμότητας, οι οποίοι μπορούν να εφαρμοστούν και σε άλλους τομείς δημόσιας πολιτικής και όχι μόνο σε ιδιωτικά επενδυτικά έργα.

7. Η υγειονομική κρίση που προκλήθηκε από την πανδημία του Covid-19, η κλιματική αλλαγή και περιβαλλοντικές καταστάσεις έκτακτης ανάγκης, οι αυξανόμενες ανισότητες, το γεγονός ότι «ο κόσμος κινείται γρήγορα προς διάφορα σημεία καμπής»⁹, καθιστά τη συνολική επίτευξη των ΣΒΑ έως το 2020 μια σημαντική πρόκληση για δημόσιους φορείς παγκοσμίως. Δεδομένου του ότι «οι ΣΒΑ έχουν σχεδιαστεί έτσι ώστε να είναι αδιαίρετοι»¹⁰, καθίσταται απαραίτητη η ανάληψη ταυτόχρονης δράσης σε πολλά επίπεδα της οικονομίας και της κοινωνίας.

8. Αυτό με τη σειρά του τονίζει την ανάγκη για άσκηση «συνεκτικής πολιτικής», η οποία «αποτελεί καθοριστική προϋπόθεση για να διασφαλιστεί ότι μπορούμε να υλοποιήσουμε τους ΣΒΑ και να εξασφαλίσουμε μακροπρόθεσμη, πράσινη και χωρίς αποκλεισμούς ανάπτυξη για την ΕΕ».¹¹ Υπάρχουν διάφοροι τρόποι «διασύνδεσης των διαφόρων προκλήσεων βιωσιμότητας και των ευκαιριών», και η ύπαρξη συνοχής μεταξύ των διαφόρων πεδίων πολιτικής και των κέντρων λήψης αποφάσεων είναι ουσιώδης¹². Αυτό μπορεί να λειτουργήσει καλύτερα μέσω της πραγματοποίησης «διεξοδικών εκτιμήσεων επιπτώσεων», που μπορούν να ανοίξουν δρόμους για τυχόν «συμβιβασμούς μεταξύ των στόχων της οικονομικής, κοινωνικής και περιβαλλοντικής πολιτικής, οι οποίοι πρέπει να ελαχιστοποιηθούν και να αμβλυνθούν»¹³. Όπως συμβαίνει με όλους τους άλλους τομείς δικαίου, το δίκαιο ανταγωνισμού της ΕΕ θα πρέπει να λάβει υπόψη αυτές τις εξελίξεις και να συμβάλλει και το ίδιο σε αυτήν την οικονομική και οργανωτική μετάβαση¹⁴.

9. Οι γενικότεροι στόχοι της βιώσιμης ανάπτυξης κατοχυρώνονται σταθερά στις Συνθήκες της ΕΕ. Οι οικονομικές, κοινωνικές και περιβαλλοντικές πτυχές της

⁸Κανονισμός (ΕΕ) 2020/852 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 18ης Ιουνίου 2020 για τη θέσπιση πλαισίου για τη διευκόλυνση των βιώσιμων επενδύσεων και για την τροποποίηση του Κανονισμού (ΕΕ) 2019/2088, [2020] OJ L 198/13, αιτιολογική σκέψη 12.

⁹ Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Έγγραφο Προβληματισμού προς μια Βιώσιμη Ευρώπη έως το 2030 (Μάρτιος 2019), σ. 10.

¹⁰Ο. π., 29.

¹¹Ο. π., 16.

¹²Ο. π., 29.

¹³Ο. π.

¹⁴ Όπως τόνισε η Επίτροπος Vestager στη Διάσκεψη Βιωσιμότητας των Βρυξελλών που πραγματοποιήθηκε το 2019, και συνδιοργανώθηκε από τον πρόεδρο της ΕΕΑ Ι. Λιανό με την ακαδημαϊκή του ιδιότητα, «καθένας από εμάς – συμπεριλαμβανομένων των αρχών ανταγωνισμού – θα κληθεί να συμβάλει στην αλλαγή αυτή».

βιώσιμης ανάπτυξης επισημαίνονται στο άρθρο 3, παρ. 3 της Συνθήκης για την Ευρωπαϊκή Ένωση (ΣΕΕ)¹⁵. Το άρθρο 11 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ), αναφέρεται στην αποτελεσματική ενσωμάτωση των απαιτήσεων προστασίας του περιβάλλοντος σε πολιτικές και μέτρα με στόχο την προώθηση της βιώσιμης ανάπτυξης¹⁶. Το άρθρο 7 της ΣΛΕΕ¹⁷ ορίζει ένα πλαίσιο για τη «συνοχή» μεταξύ των πολιτικών και των δραστηριοτήτων της ΕΕ και του συνόλου των στόχων της, το οποίο συνδέεται άρρηκτα με την αρχή της συνοχής της πολιτικής που είναι απαραίτητη για την επίτευξη των ΣΒΑ¹⁸. Το άρθρο 13, παρ. 1 ΣΕΕ προβλέπει επίσης ότι το θεσμικό πλαίσιο της ΕΕ «αποσκοπεί στην προώθηση των αξιών της, στην επιδίωξη των στόχων της, στην εξυπηρέτηση των συμφερόντων της, των συμφερόντων των πολιτών της και των συμφερόντων των κρατών μελών, καθώς και στη διασφάλιση της συνοχής, της αποτελεσματικότητας και της συνέχειας των πολιτικών και των δράσεών της», παρέχοντας μια ευρύτερη ερμηνευτική καθοδήγηση για την εφαρμογή όλων των τομέων του ενωσιακού δικαίου, συμπεριλαμβανομένου του δικαίου του ανταγωνισμού. Θα μπορούσε κάποιος να διακρίνει μεταξύ των συγκρούσεων που ενδέχεται να προκύψουν σε περιπτώσεις όπου η εφαρμογή του δικαίου του ανταγωνισμού μπορεί να θέσει σε κίνδυνο τους επιδιωκόμενους στόχους των προαναφερθέντων ρυθμιστικών εργαλείων, από αυτές που θα χαρακτηρίζαμε ως

¹⁵ Άρθρο 3(3) ΣΕΕ: «*Η Ένωση εγκαθιδρύει εσωτερική αγορά. Εργάζεται για την αειφόρο ανάπτυξη της Ευρώπης με γνώμονα την ισόρροπη οικονομική ανάπτυξη και τη σταθερότητα των τιμών, την κοινωνική οικονομία της αγοράς με υψηλό βαθμό ανταγωνιστικότητας, με στόχο την πλήρη απασχόληση και την κοινωνική πρόοδο, και το υψηλό επίπεδο προστασίας και βελτίωσης της ποιότητας του περιβάλλοντος. Προάγει την επιστημονική και τεχνολογική πρόοδο...*»

¹⁶ Άρθρο 11 ΣΛΕΕ: «*Οι απαιτήσεις της περιβαλλοντικής προστασίας πρέπει να ενταχθούν στον καθορισμό και την εφαρμογή των πολιτικών και δράσεων της Ένωσης, ιδίως προκειμένου να προωθηθεί η αειφόρος ανάπτυξη*». Αυτό το άρθρο παράγει κάποια δεσμευτικά αποτελέσματα. Βλ., για παράδειγμα, σχετικά με το άρθρο 6 ΣΕΚ (νυν άρθρο 11 ΣΛΕΕ), τις Προτάσεις του ΓΕ Jacobs στην υπόθεση C-379/98, *Preussen Elektra* [2001] ECR I- 2099, παράγραφος 231: «*Όπως δηλοί το γράμμα του, το άρθρο 6 ΕΚ δεν περιορίζεται στην κατάρτιση προγράμματος, αλλά επιβάλλει νομικές υποχρεώσεις*.» και τις Προτάσεις του ΓΕ Gelhoed στην υπόθεση C-161/04, *Austria v Parliament and Council* [2006] ECR I- 7183, παράγραφοι 59- 60, επισημαίνοντας ότι το άρθρο 6 ΣΕΚ «*δεν μπορεί να θεωρηθεί ως πρότυπο σύμφωνα με το οποίο κατά τον καθορισμό των κοινοτικών πολιτικών, η προστασία του περιβάλλοντος πρέπει πάντοτε να θεωρείται το κυρίαρχο συμφέρον*», αλλά «*η ευρύτερη δυνατή ερμηνεία που μπορεί να δοθεί στη διάταξη αυτή είναι ότι υποχρεώνει τα κοινοτικά όργανα να λαμβάνουν δεόντως υπόψη τους σχετικούς με την προστασία του περιβάλλοντος σκοπούς κατά τον καθορισμό της κοινοτικής πολιτικής σε τομείς εκτός της stricto sensu προστασίας του περιβάλλοντος*». Συγκρίνετε με τη θέση του ΓΕ Cosmas στην υπόθεση Case C- 321/95 *Greenpeace* [1998] ECR I- 1651, υποδηλώνοντας ότι η αρχή της ολοκλήρωσης θα πρέπει να έχει κάποια μορφή άμεσου αποτελέσματος. Για συζήτηση βλ. T Schumacher, 'The Environmental Integration Clause in Article 6 of the EU Treaty: Prioritising Environmental Protection' (2001) 3 *Environmental Law Review* 29.

¹⁷ Άρθρο 7 ΣΛΕΕ: «*Η Ένωση μεριμνά για τη συνοχή μεταξύ των διαφόρων πολιτικών και δράσεών της, λαμβάνοντας υπόψη το σύνολο των στόχων της και σύμφωνα με την αρχή της δοτής αρμοδιότητας*».

¹⁸ Όπως τονίστηκε στην παράγραφο 7 της Ετήσιας Έκθεσης για την Πολιτική Ανταγωνισμού (2018/2102 (INI) από την Επιτροπή Οικονομικής και Νομισματικής Πολιτικής του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου: «*το γεγονός ότι οι κανόνες ανταγωνισμού βασίζονται σε συνθήκες και, όπως κατοχυρώνεται στο άρθρο 7 της ΣΛΕΕ, πρέπει να εξετάζονται υπό το φως των ευρύτερων ευρωπαϊκών αξιών που στηρίζουν τη νομοθεσία της Ένωσης σχετικά με τις κοινωνικές υποθέσεις, την κοινωνική οικονομία της αγοράς, τα περιβαλλοντικά πρότυπα, την πολιτική για το κλίμα και την προστασία των καταναλωτών· θεωρούμε ότι η εφαρμογή του δικαίου ανταγωνισμού της ΕΕ πρέπει να αντιμετωπίζει όλες τις στρεβλώσεις της αγοράς, συμπεριλαμβανομένων εκείνων που δημιουργούνται από αρνητικούς κοινωνικούς και περιβαλλοντικούς εξωτερικούς παράγοντες*».

καταστάσεις ρυθμιστικής σύγκλισης, δηλαδή της απορρόφησης των ρυθμιστικών στόχων κατά την εφαρμογή του δικαίου του ανταγωνισμού. Αυτή η διαδικασία μπορεί να προκύψει όταν υφίσταται πίεση να ερμηνεύονται και να εφαρμόζονται οι κανόνες του ανταγωνισμού σύμφωνα με τους στόχους και τη δομή ολόκληρου του νομικού συστήματος, του οποίου το δίκαιο του ανταγωνισμού αποτελεί μέρος. Οι αρχές ανταγωνισμού ή οι δικαστές που εφαρμόζουν τους κανόνες περί ανταγωνισμού πρέπει να προσπαθούν να ερμηνεύσουν τον νόμο σύμφωνα με τις ευρύτερες ηθικές και νομικές αρχές που διέπουν το νομικό σύστημα.

10. Το ενωσιακό δίκαιο του ανταγωνισμού ενσωματώνεται συνεπώς άμεσα σε ένα συνταγματικό πλαίσιο. Για παράδειγμα, όπως αναφέρθηκε προηγουμένως, το άρθρο 11 επιβάλλει υποχρεώσεις σε όλα τα θεσμικά όργανα της ΕΕ να «ενσωματώνουν» περιβαλλοντικά ζητήματα κατά την εφαρμογή των πολιτικών και των δραστηριοτήτων της ΕΕ (συμπεριλαμβανομένης της πολιτικής ανταγωνισμού) αναβαθμίζοντας τις ειδικές τομεακές και περιβαλλοντικές διατάξεις της Συνθήκης του Άμστερνταμ σε οριζόντια ισχύουσες διατάξεις¹⁹. Το άρθρο 37 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ ορίζει ότι «*Το υψηλό επίπεδο προστασίας του περιβάλλοντος και η βελτίωση της ποιότητάς του πρέπει να ενσωματώνονται στις πολιτικές της Ένωσης και να διασφαλίζονται σύμφωνα με την αρχή της αειφόρου ανάπτυξης*». Το ευρύτερο πλαίσιο της αρχής της «οικονομίας της κοινωνικής αγοράς» παρέχει επίσης κάποιες ευρείες ερμηνευτικές κατευθυντήριες γραμμές που ενδέχεται να άπτονται ορισμένων πτυχών της αρχής της βιωσιμότητας, ιδίως την κοινωνική της διάσταση. Πράγματι, το άρθρο 3 παρ. 3 της ΣΕΕ ορίζει ότι η Ένωση δημιουργεί μια εσωτερική αγορά με στόχο την επίτευξη «*κοινωνικής οικονομίας της αγοράς με υψηλό βαθμό ανταγωνιστικότητας*», με στόχο την πλήρη απασχόληση και την κοινωνική πρόοδο²⁰. Το ενωσιακό δίκαιο του ανταγωνισμού συνδέεται αναπόφευκτα με το στόχο της δημιουργίας μιας «*κοινωνικής οικονομίας της αγοράς*».

11. Η Ελλάδα έχει δεσμευτεί να εφαρμόσει την Ευρωπαϊκή Πράσινη Συμφωνία και όλους τους Στόχους Βιώσιμης Ανάπτυξης των ΗΕ²¹. Σύμφωνα με τις εκτιμήσεις της ενδιάμεσης έκθεσης της Επιτροπής εμπειρογνομόνων («Επιτροπή Πισσαρίδη») που ανέλαβε να καταρτίσει ένα σχέδιο ανάπτυξης για την ελληνική οικονομία, το οποίο δημοσιεύθηκε τον Ιούλιο του 2020, η Ελλάδα υστερεί σε σχέση με τα περισσότερα κράτη μέλη της ΕΕ όσον αφορά στην εφαρμογή των Στόχων της Ευρωπαϊκής Πράσινης Συμφωνίας για την ανακύκλωση και την κυκλική οικονομία, καθώς και την ενεργειακή απόδοση²² και πρέπει να σημειωθεί σημαντική πρόοδος για την επίτευξη των στόχων του Εθνικού Σχεδίου για την Ενέργεια και το Κλίμα (Εθνικό Σχέδιο για την Ενέργεια και το Κλίμα), που

¹⁹ Για το πεδίο εφαρμογής του Άρθρου 11 βλ. J. Nowag, 'The Sky is the Limit. On the Drafting of Article 11 TFEU's Integration Obligations and its Intended Reach' in Sjaafjell and A Wiesbrock (eds), *The Greening of European Business Under EU Law: Taking Article 11 TFEU Seriously* (Routledge 2014).

²⁰ Η έννοια της «*κοινωνικής οικονομίας της αγοράς*» αντικατέστησε την έκφραση «οικονομία της ανοικτής αγοράς με ελεύθερο ανταγωνισμό» στο πρώην άρθρο 4 παράγραφος 1 της ΣΕΚ.

²¹ Επιτροπή Πισσαρίδη, Σχέδιο Ανάπτυξης για την Ελληνική Οικονομία (Ενδιάμεση Έκθεση, Ιούλιος 27, 2020), διαθέσιμο στη διεύθυνση: <https://government.gov.gr/schedio-anaptixis-gia-tin-elliniki-ikonomia-endiamesi-ekthesi/>, σελ. 32.

²² Ό. π., σελ. 33-34.

δημοσιεύθηκε τον Δεκέμβριο του 2019²³. Ειδικότερα, η Επιτροπή Πισσαρίδη προτείνει μια πορεία Πράσινης Ανάπτυξης για τη μετάβαση της οικονομίας, ιδίως με την επέκταση της κυκλικής οικονομίας, τη λήψη δράσεων για την αντιμετώπιση της κλιματικής αλλαγής και τη διασφάλιση της βιοποικιλότητας και ενός βιώσιμου περιβάλλοντος²⁴. Η προστασία του περιβάλλοντος στην Ελλάδα είναι πράγματι συνταγματική υποχρέωση του Κράτους. Το άρθρο 24 του Ελληνικού Συντάγματος ορίζει ότι «η προστασία του φυσικού και πολιτιστικού περιβάλλοντος αποτελεί υποχρέωση του Κράτους και δικαίωμα του καθενός. Για τη διαφύλαξή του το Κράτος έχει υποχρέωση να παίρνει ιδιαίτερα προληπτικά ή κατασταλτικά μέτρα στο πλαίσιο της αρχής της αειφορίας». Μια κατάσταση κλιματικής έκτακτης ανάγκης, ιδίως επειδή μπορεί να επηρεάσει την κοινωνική ειρήνη αλλά το γενικό συμφέρον, θα μπορούσε επίσης να εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 106 του Συντάγματος, σύμφωνα με τις οποίες το κράτος σχεδιάζει και συντονίζει την οικονομική δραστηριότητα στη χώρα, με στόχο τη διαφύλαξη της οικονομικής ανάπτυξης όλων των τομέων της εθνικής οικονομίας, και λαμβάνει όλα τα απαραίτητα μέτρα για την αξιοποίηση όλων των πηγών εθνικού πλούτου. Παρόμοιες συνταγματικές υποχρεώσεις δράσης είναι νομικά δεσμευτικές και σε άλλες έννομες τάξεις της ΕΕ, και η εκάστοτε κυβέρνηση μπορεί να κριθεί ως υπεύθυνη για τη μη λήψη επαρκών μέτρων για την πρόληψη των προβλεπόμενων ζημιών, και μακροπρόθεσμα, ενόψει της απειλής της κλιματικής αλλαγής²⁵.

12. Έχει υποστηριχθεί ότι το δίκαιο του ανταγωνισμού μπορεί να σταθεί εμπόδιο στην «κοινωνικά υπεύθυνη συνεργασία» μεταξύ ανταγωνιστών, ιδίως για την αντιμετώπιση παγκόσμιων περιβαλλοντικών προβλημάτων. Τέτοια παραδείγματα συνεργασίας είναι η περιβαλλοντική πιστοποίηση ή η υιοθέτηση δεοντολογικών προτύπων παραγωγής, καθώς και συμφωνίες για τη διατήρηση των φυσικών πόρων από υπερεκμετάλλευση/απόβλητα²⁶. Αυτοί οι ισχυρισμοί περί εγγενούς σύγκρουσης μεταξύ του δικαίου του ανταγωνισμού και συλλογικών επιχειρηματικών πρωτοβουλιών με στόχο την προστασία του δημόσιου συμφέροντος είναι, βεβαίως, τόσο παλιοί όσο και το ίδιο το δίκαιο

²³Εθνικό Σχέδιο για την Ενέργεια και το Κλίμα, ΦΕΚ, Β 4893/31.12.2019. Διαθέσιμο στη διεύθυνση: https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/el_final_necp_main_en.pdf.

²⁴Επιτροπή Πισσαρίδη, σελ. 45.

²⁵ Βλ., για παράδειγμα, την πρόσφατη απόφαση του Ανώτατου Δικαστηρίου των Κάτω Χωρών στην απόφαση Urgenda: Ανώτατο Δικαστήριο των Κάτω Χωρών, 20 Δεκεμβρίου 2019, ecli: NL: HR: 2019: 2006, αγγλική μετάφραση ecli: NL: HR: 2019: 2007. Το Ανώτατο Δικαστήριο των Κάτω Χωρών επικαλέστηκε την υποχρέωση του κράτους να προστατεύσει το δικαίωμα στη ζωή των κατοίκων του (άρθρο 2 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων - ΕΣΔΑ) και το δικαίωμα στην οικογενειακή ζωή (άρθρο 8 της ΕΣΔΑ). Σημείωσε επίσης ότι υπάρχει σοβαρός κίνδυνος πως η απειλή της κλιματικής αλλαγής θα επηρεάσει τη σημερινή γενιά κατοίκων των Κάτω Χωρών που ενδέχεται να υποστούν απώλεια ζωής ή διακοπή της οικογενειακής ζωής ή και τα δύο.

²⁶ Βλ., πιο πρόσφατα, I Scott, I Scott, 'Antitrust and Socially Responsible Collaboration: A Chilling Combination?' [2016] 53 American Business Law Journal 97. Ο ιδιωτικός τομέας συμμορφώνεται με διάφορους εθνικούς και διεθνείς κανονισμούς σχετικά με την προστασία των καταναλωτών, την ασφάλεια και την ποιότητα των τροφίμων, επιβάλλοντας, για παράδειγμα, την ιχνηλάτηση των τροφίμων, των ζωοτροφών, σε όλα τα στάδια παραγωγής, επεξεργασίας και διανομής με τη θέσπιση προτύπων (π.χ. βιολογική γεωργία ISO-9000) και συγκεκριμένους κώδικες συμπεριφοράς που διαχειρίζονται οι βιομηχανικές ενώσεις που σχηματίζονται από ανταγωνιστικούς προμηθευτές.

ανταγωνισμού²⁷. Σε κάθε περίπτωση, έχουν οδηγήσει στην ανάπτυξη διαφόρων θεωριών και θεωρητικών εργαλείων στο πλαίσιο του δικαίου του ανταγωνισμού, που επιτρέπουν την ύπαρξη της απαραίτητης ευελιξίας για την επίτευξη ανάλογων στόχων δημοσίου συμφέροντος, διατηρώντας ταυτόχρονα έναν βαθμό ανταγωνισμού στις αγορές, προς όφελος των καταναλωτών και της κοινωνίας.

13. Η συζήτηση αυτή επεκτάθηκε πρόσφατα με σκοπό να συμπεριλάβει τον τρόπο με τον οποίο το δίκαιο του ανταγωνισμού μπορεί να αντιμετωπίσει ζητήματα βιωσιμότητας²⁸. Στο πλαίσιο αυτό, τα σχετικά θέματα που θα πρέπει να λαμβάνονται υπόψη περιλαμβάνουν τα εξής:

- i) το βαθμό στον οποίο θα μπορούσαν να εγκρίνονται συμφωνίες μεταξύ ανταγωνιστών ή εταιρειών σε ολόκληρη την αλυσίδα αξίας για την ενίσχυση της κοινωνικής και περιβαλλοντικής βιωσιμότητας, είτε ως μη εμπόττες στο πλαίσιο του άρθρου 101, παρ. 1 είτε ως επωφελούμενες της εξαίρεσης του άρθρου 101, παρ. 3 ΣΛΕΕ,
- ii) το βαθμό στον οποίο θα μπορούσαν να ληφθούν υπόψη ζητήματα βιωσιμότητας κατά την αξιολόγηση συγχωνεύσεων και εξαγορών και,
- iii) το κατά πόσον οι καταχρηστικές πρακτικές μιας δεσπόζουσας εταιρείας δυνάμει του άρθρου 102 ΣΛΕΕ μπορούν επίσης να επεκτείνονται και σε πρακτικές που θεωρούνται αθέμιτες από περιβαλλοντική, κοινωνική ή ηθική σκοπιά ή εάν πρέπει να προκρίνεται με άλλο τόπο η προστασία βιωσιμότητας σε σχέση με συμπεριφορές που διαφορετικά θα συνιστούσαν κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης.

²⁷ Παρόμοια επιχειρήματα διατυπώθηκαν σχετικά με τα καθαρά κοινωνικά οφέλη ενός μονοπωλίου που περιορίζει την παραγωγή με την παρουσία αρνητικών εξωτερικών παραγόντων, όπως η εξαφάνιση ζωικών ειδών: βλ., C W Park, 'Profit Maximization and the Extinction of Animal Species' [1973] 81 *The Journal of Political Economy* 950.

²⁸ Βλ., μεταξύ άλλων, M.W. Gehring, *Competition for Sustainability: Sustainable Development Concerns in National and EC Competition Law*, (2006) 15(2) *Review of European Community & International Environmental Law* 172· S. Kingston, *Greening EU Competition Law and Policy* (Cambridge University Press, 2011)· J. Nowag, *Environmental Integration in Competition and Free-Movement Laws* (OUP, 2016)· A. Gerbrandy, *Solving a Sustainability-Deficit in EU Competition Law*, (2017) 40(4) *World Competition* 539· G. Monti & J. Mulder, *Escaping the Clutches of EU Competition Law Pathways to Assess Private Sustainability Initiatives*, (2017) 42(5) *European Law Review* 635· M. P. Schinkel and Y. Spiegel, 'Can collusion promote sustainable consumption and production?' (2017) 53 *International Journal of Industrial Organization* 371· E. Loozen, *Strict competition enforcement and welfare: A constitutional perspective based on Article 101 TFEU and sustainability*, (2019) 56(5) *Common Market Law Review* 1265· K. Coates & D. Middelshulte, *Getting Consumer Welfare Right: the competition law implications of market-driven sustainability initiatives*, (2019) 15(2-3) *European Competition Journal* 318· J. Nowag, *Competition Law's Sustainability Gap? Tools for an Examination and a Brief Overview* (November 1, 2019). Lund University Legal Research Paper Series, October 2019, διαθέσιμο στο SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3484964> ή <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3484964>· T. Ferrando & C. Lombardi, *EU Competition Law and Sustainability in Food Systems – Addressing the Broken Links* (FairTrade, 2019)· S. Holmes, *Climate change, sustainability, and competition law*, (2020) 8(2) *Journal of Antitrust Enforcement* 354· E. Zee, *Quantifying Benefits of Sustainability Agreements under Article 101 TFEU in terms of Human Well-Being*, ILE Working Paper Series, No. 31, 2020, University of Hamburg, Institute of Law and Economics (ILE), Hamburg· M.C. Iacovides & C. Vrettos, *Falling through the cracks no more? Environmental degradation and social injustice as abuses of dominance under Article 102 TFEU*, διαθέσιμο στη διεύθυνση: https://law.haifa.ac.il/images/ASCOLA/Iacovides_Vrettos.pdf· και τις πρόσφατες συνεισφορές στο ειδικό τεύχος του *Competition Policy International* που διατίθενται στη διεύθυνση <https://www.competitionpolicyinternational.com/antitrust-chronicle-sustainability/>

14. Στη συζήτηση αυτή θα πρέπει να ληφθεί υπόψη η παράλληλη μετάβαση σε νέα επιχειρηματικά μοντέλα, προσανατολισμένα στους στόχους της βιωσιμότητας (ως μέρος μιας ευρύτερης μεταστροφής των επιχειρήσεων προς την εταιρική κοινωνική ευθύνη), σε μια περίοδο που χαρακτηρίζεται από καινοτομία, σημαντικές αλλαγές στη συμπεριφορά καταναλωτών και επιχειρήσεων ως συνέπεια της πανδημίας του Covid-19 και της διαφαινόμενης νέας οικονομικής κρίσης. Έχει αναφερθεί ότι το δίκαιο του ανταγωνισμού μπορεί να αποτελέσει ανασταλτικό παράγοντα στις πρωτοβουλίες για τη βιωσιμότητα στον τομέα των ειδών σουπερμάρκετ στο Ηνωμένο Βασίλειο, αν και δεν είναι βέβαιο εάν οι δυσκολίες αυτές οφείλονταν περισσότερο στην αντίληψη των εμπλεκόμενων φορέων για το τι επιτάσσει στην πραγματικότητα το δίκαιο του ανταγωνισμού παρά στο πραγματικό πεδίο εφαρμογής των εν λόγω κανόνων²⁹. Σε κάθε περίπτωση, ακόμα και οι εσφαλμένες αντιλήψεις και η αβεβαιότητα γύρω από το βαθμό της διακριτικής ευχέρειας για νόμιμη επιχειρηματική συνεργασία, μπορεί εντέλει να επηρεάσουν τα κίνητρα των επιχειρήσεων σε σχέση με την ανάληψη συνεργατικών πρωτοβουλιών με γνώμονα τη βιωσιμότητα. Στις παραπάνω δυσκολίες, μπορεί κανείς να προσθέσει κάποιες πρόσφατες αλλαγές, οι οποίες ενδέχεται να διευρύνουν πιθανές εντάσεις μεταξύ του δικαίου του ανταγωνισμού και επιχειρηματικών δραστηριοτήτων. Η συνεργατική καινοτομία ωθεί τις επιχειρήσεις να πειραματιστούν σε νέα μοντέλα συνεργασίας, ενώ αναλαμβάνουν ρόλο ως «μέρη ενός ρευστού οικοσυστήματος δημιουργίας αξίας»³⁰. Οι εταιρίες μεταπηδούν από τις ιεραρχικές δομές τους, που λειτουργούν κατά κάποιο τρόπο σαν «μαύρα κουτιά» για το δίκαιο του ανταγωνισμού³¹, σε μοντέλα που είναι πιο συνεργατικά και αποτελούν μέρος ενός δικτύου, με κοινή χρήση ενεργητικού και δημιουργία πλατφορμών που εν μέρει λειτουργούν ως συνεργατικά οικοσυστήματα, και στα οποία μπορεί συμβάλλουν επίσης και ορισμένοι ανταγωνιστές τους³². Η σύγκλιση της βιομηχανίας μέσω της ψηφιακής μετάλλαξης της οικονομίας και η θύλωση των ορίων μεταξύ της ψηφιακής, της φυσικής και της βιολογικής διάστασης, θα έχει ως αναπόφευκτο αποτέλεσμα τον μετασχηματισμό και της ανταγωνιστικής θέσης των εταιριών, φέρνοντάς τες σε έντονο ανταγωνισμό με πρώην προμηθευτές ή πελάτες τους, ιδίως στην προσπάθειά τους να αναπτύξουν οικονομικά βιώσιμα επιχειρηματικά σχέδια και να ανταποκριθούν στις νέες προκλήσεις της κλιματικής αλλαγής και της κυκλικής οικονομίας, καθώς και άλλων στόχων βιωσιμότητας.

Η βιωσιμότητα ως ανταγωνιστικό πλεονέκτημα

15. Η μετάβαση προς μια βιώσιμη οικονομία και η ατζέντα της «Πράσινης Ανάπτυξης» μπορούν να λειτουργήσουν ως μια σημαντική πηγή ευκαιριών για την αγορά, αλλά και οικονομικής ανάπτυξης για το μέλλον, με αποδέσμευση οικονομικής αξίας άνω των 10 τρισεκατομμυρίων ευρώ σε διάφορους τομείς της

²⁹ Fairtrade Foundation, Competition Law and Sustainability A study of industry attitudes towards multi-stakeholder collaboration in the UK grocery sector (2019), διατίθεται στη διεύθυνση: <https://www.fairtrade.org.uk/wp-content/uploads/legacy/doc/Competition%20Law%20and%20Sustainability%20-%20Fairtrade%20Report.pdf>.

³⁰ K Schwab, *The Fourth Industrial Revolution* (World Economic Forum, 2016), 56.

³¹ Υπόθεση 15/ 74, *Centrafarm BV and Adriaan de Peijper v Sterling Drug Inc* [1974] ECR 1147 [*Centrafarm I*]; Υπόθεση 16/ 74, *Centrafarm BV and Adriaan De Peijper v. Winthrop BV* [1974] ECR 1183 [*Centrafarm II*]. Υπόθεση C- 73/ 95 P, *Viho Europe BV v Commission* [1996] ECR I 5457.

³² K Schwab, *The Fourth Industrial Revolution* (World Economic Forum, 2016), 58.

οικονομίας, όπως τρόφιμα και αγροτικά προϊόντα, ενέργεια, υλικά, υγεία και ευεξία, και δημιουργία εκατομμυρίων νέων θέσεων εργασίας³³. Η νέα «Ευρωπαϊκή Βιομηχανική Στρατηγική» στηρίζεται σε δύο πυλώνες, στην «Ψηφιακή μετάβαση» και στην «Πράσινη μετάβαση», με την τελευταία να περιλαμβάνει πρωτοβουλίες για τη στήριξη μιας κλιματικά ουδέτερης βιομηχανίας και την περαιτέρω ανάπτυξη της κυκλικής οικονομίας³⁴. Αυτό το νέο πλαίσιο βιομηχανικής πολιτικής αντιλαμβάνεται τη βιωσιμότητα όχι ως βάρος ή ως ρυθμιστικό κόστος, αλλά ως ευκαιρία απόκτησης ενός «ανταγωνιστικού πλεονεκτήματος» που μπορεί να προσφέρει στις βιομηχανίες της Ευρώπης ένα σημαντικό προβάδισμα έναντι των ανταγωνιστών τους παγκοσμίως³⁵. Η επένδυση στον ιδιωτικό τομέα για την επίτευξη των ΣΒΑ πρέπει να είναι πολύ σημαντική και υπολογίζεται σε τρισεκατομμύρια ευρώ, προκειμένου τα βιώσιμα προϊόντα και οι υπηρεσίες «να γίνουν περισσότερο προσιτά σε όλους»³⁶. Κατά συνέπεια, οι επιχειρήσεις θα πρέπει να συμπεριλάβουν στόχους βιωσιμότητας στη στρατηγική τους σχετικά με την ανταγωνιστικότητα και την ανάπτυξη, διαδραματίζοντας έτσι ένα καίριο ρόλο στη μετάβαση προς τη βιωσιμότητα³⁷. Οι δημόσιες πολιτικές θα πρέπει να παρέχουν τον κατάλληλο συνδυασμό κινήτρων για την πραγματοποίηση αυτών των πρόσθετων ιδιωτικών επενδύσεων. Συγκεκριμένα, οι διάφορες εθνικές στρατηγικές που θα πρέπει να ακολουθηθούν θα εξαρτώνται τόσο από τους πόρους όσο και τις δυνατότητες – τεχνικές και οικονομικές – των υφιστάμενων επιχειρήσεων, αλλά και από το άνοιγμα της εκάστοτε οικονομίας σε άμεσες ξένες επενδύσεις.

16. Η ελληνική οικονομία χαρακτηρίζεται από την ύπαρξη σχετικά μικρών επιχειρήσεων με χαμηλή παραγωγικότητα, γεγονός που τους στερεί την ευκαιρία να επωφεληθούν από οικονομίες κλίμακας και την ικανότητα να επενδύουν σε νέες (πιο βιώσιμες) τεχνολογίες. Ως εκ τούτου, η οργανική τους ανάπτυξη ή συνεργασία σε συγκεκριμένες πρωτοβουλίες που σχετίζονται με τους ΣΒΑ μπορεί να καταστούν απαραίτητες, τόσο από άποψη χρηματοδότησης/σχεδιασμού, όσο και από άποψη λειτουργίας, εάν η Ελλάδα θέλει να επιτύχει τους στόχους της για βιωσιμότητα. Η δημόσια και ιδιωτική χρηματοδότηση πρέπει να διοχετεύεται μεν σε επιχειρήσεις που προωθούν ήδη τη βιωσιμότητα, αλλά πρέπει κυρίως να διοχετευτεί προς τη μεγάλη πλειοψηφία των επιχειρήσεων που δεν προωθούν ακόμα τέτοιους στόχους, μα οι οποίες είναι πρόθυμες να επενδύσουν στην

³³ Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Έγγραφο Προβληματισμού προς μια Βιώσιμη Ευρώπη έως το 2030 (Μάρτιος 2019), 14· Μια Ευρωπαϊκή Πράσινη Συμφωνία (Δεκέμβριος 11, 2019), διαθέσιμη στη διεύθυνση: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/el/ip_19_6691· Ανακοίνωση της Επιτροπής προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο, το Συμβούλιο, την Ευρωπαϊκή Οικονομική Επιτροπή και την Επιτροπή των Περιφερειών, η Ευρωπαϊκή Πράσινη Συμφωνία, COM(2019)640 τελικό· Το Σχέδιο Ανάκαμψης για την Ευρώπη, διαθέσιμο στη διεύθυνση: https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/recovery-plan-europe_el.

³⁴ Ανακοίνωση της Επιτροπής προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, το Ευρωπαϊκό Συμβούλιο, το Συμβούλιο, την Ευρωπαϊκή και Κοινωνική Επιτροπή και την Επιτροπή των Περιφερειών, Μια Νέα Βιομηχανική Στρατηγική για την Ευρώπη, COM/2020/102 τελικό.

³⁵ Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Έγγραφο Προβληματισμού προς μια Βιώσιμη Ευρώπη έως το 2030 (Μάρτιος 2019), 16.

³⁶Ο.π., 25.

³⁷Ο.π., 26.

πράσινη μετάλλαξή τους³⁸. Είναι επίσης σημαντικό να αναγνωρίσουμε το γεγονός ότι «ο ανταγωνισμός είναι ένα σημαντικό μέρος του ευρύτερου συνδυασμού πολιτικών και μετάβασης στη βιωσιμότητα», όχι μόνο επειδή «οδηγεί σε μια αποτελεσματικότερη κατανομή των πόρων» και ωθεί την καινοτομία, αλλά επίσης λόγω της κοινωνικής του διάστασης, καθώς «συμβάλλει στον οικονομικό εκδημοκρατισμό και την ισότητα» και «επιτρέπει προσιτές τιμές, ποιότητα και επιλογές», ενώ επίσης περιορίζει «την παγιωμένη οικονομική ισχύ που δεν διατηρείται στην πράξη»³⁹. Αυτή η «κοινωνική» διάσταση του δικαίου του ανταγωνισμού ενισχύεται από το γεγονός ότι «ευνοεί σχετικά περισσότερο τα φτωχότερα νοικοκυριά έναντι των ευπορότερων»⁴⁰. Επομένως, στο βαθμό που οι ΣΒΑ ενσωματώνουν και μια κοινωνική διάσταση, το δίκαιο του ανταγωνισμού είναι απόλυτα συμβατό με την αρχή της βιωσιμότητας και δεν μπορεί να θεωρηθεί κατ' αρχήν ότι συγκρούεται με επιχειρηματικές πρωτοβουλίες προσανατολισμένες στη βιωσιμότητα.

17. Οι ανωτέρω εκτιμήσεις δικαιολογούν την ανάγκη για την ανάπτυξη του δικαίου και των σχετικών πολιτικών με γνώμονα τη βιωσιμότητα.

1.2 Προς ένα δίκαιο και μια πολιτική του ανταγωνισμού που θα έχει ως γνώμονα τη βιωσιμότητα;

18. Οι διάφορες διαστάσεις της βιωσιμότητας ενδέχεται να οδηγούν σε διαφορετικές προσεγγίσεις ως προς τα πρότυπα και τον τρόπο εφαρμογής του δικαίου του ανταγωνισμού. Πρώτον, οι περιβαλλοντικές ανησυχίες μπορεί να θεωρηθούν ως παράγοντες ή κοινωνικά κόστη που μπορούν να ληφθούν υπόψη στην εφαρμογή του δικαίου του ανταγωνισμού. Δεύτερον, οι προβληματισμοί για τη βιωσιμότητα μπορεί να έχουν αντίκτυπο στους σκοπούς που επιδιώκουν να διαφυλάξουν οι κανόνες και οι πολιτικές ανταγωνισμού. Τρίτον, μπορούν να αποτελέσουν πλαίσιο για τα διάφορα πρότυπα και κριτήρια που εφαρμόζονται στο πλαίσιο της εφαρμογής του δικαίου του ανταγωνισμού.

Ενσωμάτωση περιβαλλοντικών προβληματισμών ως ευρύτερων εξωτερικών παραγόντων που θα πρέπει να λαμβάνονται υπόψη στην εφαρμογή του δικαίου του ανταγωνισμού

19. Στο πλαίσιο της εκπλήρωσης των ΣΒΑ, οι συλλογικές συμβάσεις που σχετίζονται με περιβαλλοντικά συστήματα, με συμμετοχή εταιριών και άλλων ενδιαφερομένων, μπορούν να έχουν σημαντικά οφέλη από περιβαλλοντική άποψη, ενώ ταυτόχρονα μπορεί να έχουν ως αποτέλεσμα τον περιορισμό του ανταγωνισμού (τέτοια παραδείγματα περιλαμβάνουν συμφωνίες αύξησης της συλλογής πλαστικών απορριμμάτων, συμφωνίες βελτίωσης της

³⁸ P. Koundouri, N. Pittis, P. Samartzis, 'Never Waste a Good Crisis: COVID-19, Macroeconomic Effects and the Way Forward, Perspectives on the Economics of the Environment in the Shadow of Coronavirus' (2020) 76 Environmental and Resource Economics 447.

³⁹ Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Έγγραφο Προβληματισμού προς μια Βιώσιμη Ευρώπη έως το 2030 (Μάρτιος 2019).

⁴⁰ Ο.π. Βλ. ακόμα, I. Lianos, Competition Law as a Form of Social Regulation, (2020) 65(1) The Antitrust Bulletin 3.

αποτελεσματικότητας πλυντηρίων⁴¹, προσπάθειες προώθησης μεθόδων βιώσιμης παραγωγής και «καλής διαβίωσης των ζώων»⁴², ανάπτυξη συστημάτων από επιχειρήσεις σουπερμάρκετ για αύξηση της ανακύκλωσης). Σε τέτοιες περιπτώσεις, το ερώτημα που τίθεται είναι εάν είναι δυνατή η προσαρμογή των προβλημάτων που εγείρουν ανησυχίες για τον ανταγωνισμό με τέτοιο τρόπο ώστε να μην υπάρχουν δυσμενείς συνέπειες στους στόχους βιωσιμότητας. Κοινές δεσμεύσεις ή άλλες συλλογικές πρωτοβουλίες παραγόντων του κλάδου μπορεί να είναι απαραίτητες για την επίτευξη ουσιαστικής αλλαγής σε βασικούς τομείς βιωσιμότητας, και δύνανται να εξετάζονται τόσο υπό το πρίσμα του άρθρου 101(1) και του άρθρου 101(3) ΣΛΕΕ.

20. Σε αυτή την περίπτωση, θα μπορούσε κανείς να συνδυάσει δύο προσεγγίσεις: η πρώτη είναι αυτή της «περιβαλλοντικής» οικονομίας, που δίνει έμφαση στην ευρύτερη κοινωνική ευημερία, και όχι, όπως στην περίπτωση των οικονομικών του ανταγωνισμού, στην ευημερία των καταναλωτών στις σχετικές αγορές, και επιδιώκει να διορθώσει τις στρεβλώσεις της αγοράς που προκύπτουν από την έλλειψη ύπαρξης οικονομικών κινήτρων, τα οποία να ενισχύουν τους στόχους βιωσιμότητας και τη διαγενεακή ευημερία. Η επικρατούσα άποψη προκρίνει την εσωτερικευση των αρνητικών επιπτώσεων, λαμβάνοντας πλήρως υπόψη τα κοινωνικά κόστη και τη χρηματική τους αποτίμηση στην ανάλυση κόστους-οφέλους για την εξομάλυνση των κοινωνικών προτιμήσεων και την επίτευξη κοινωνικά βέλτιστων αποτελεσμάτων⁴³. Η δεύτερη προσέγγιση είναι αυτή των «οικολογικών» οικονομικών, η οποία επικεντρώνεται στις αλληλεπιδράσεις μεταξύ οικοσυστημάτων και ανθρώπινων οικονομιών, αντιμετωπίζοντας τις ατομικές προτιμήσεις ως ένα μόνο στοιχείο των διαφόρων κριτηρίων που θα πρέπει να λαμβάνονται υπόψη⁴⁴.

21. Το βιβλίο “Tragedy of Commons”⁴⁵ περιγράφει τα εγγενή προβλήματα στο σχεδιασμό κατάλληλων κινήτρων για τη διατήρηση των φυσικών πόρων. Δεν μπορούμε πάντοτε να στηριζόμαστε στις αγορές για την εξασφάλιση μιας «βέλτιστης λύσης κατά Παρέτο» (*Pareto optimum*)⁴⁶ όταν δεν υπάρχουν σαφώς

⁴¹ Βλ. CECED (Υπόθεση COMP IV.F.1/36.718) Απόφαση της Επιτροπής 2000/475/EC (2000) OJ L 187/47. Στην υπόθεση αυτή, η Επιτροπή έλαβε υπόψη τα «συλλογικά περιβαλλοντικά οφέλη» που προέκυψαν από μια συμφωνία μεταξύ των κατασκευαστών πλυντηρίων για να σταματήσουν την παραγωγή και την εισαγωγή λιγότερο ενεργειακά αποδοτικών μηχανών.

⁴² Η υπόθεση που είναι γνωστή ως «Κοτόπουλο του Αύριο» (Chicken on Tomorrow) αναφέρεται σε μια κοινή πρωτοβουλία οργανώσεων του τομέα των πουλερικών και των σουπερμάρκετ για τη θέσπιση μιας τομεακής πολιτικής βιωσιμότητας. Αυτή η πρωτοβουλία διακόπηκε από την Ολλανδική Αρχή Ανταγωνισμού (ACM). Βλ. ‘ACM’s analysis of the sustainability arrangements concerning the ‘Chicken of Tomorrow’ με ημερομηνία 26 Ιανουαρίου 2015.

⁴³ G. Geoffrey, *The Rule of Ecological Law: The Legal Complement to Degrowth Economics, Sustainability* 2013, 5, 316-337.

⁴⁴ C. Michael & S. Sigrid, *Ecological Economics* (Cambridge University Press, 2012).

⁴⁵ G. Hardin, “The Tragedy of the Commons”, (1968) *Science* 162 (3859), 1243. Η «τραγωδία των κοινών» (tragedy of the commons) αναφέρεται σε καταστάσεις υπερβολικής συμφόρησης λόγω της υπερβολικής κατανάλωσης σε ένα σύστημα κοινών πόρων, και τελικά την εξάντληση μιας κοινής δεξαμενής, λόγω έλλειψης επενδύσεων, καθώς κάθε μεμονωμένος χρήστης ενεργεί ανεξάρτητα, σύμφωνα με το δικό του προσωπικό συμφέρον και σε αντίθεση με το κοινό συμφέρον όλων των χρηστών, με των οποίων την συλλογική δράση μπορεί να είχε αποφευχθεί η εξάντληση των πόρων.

⁴⁶ Με απλά λόγια, το «Pareto optimum» αναφέρεται σε μια διμερώς κερδοφόρα (win-win) αλλαγή, όταν καμία περαιτέρω αλλαγή στην οικονομία δεν μπορεί να κάνει την κατάσταση ενός ατόμου καλύτερη χωρίς την ίδια στιγμή η κατάσταση κάποιου άλλου να γίνεται χειρότερη.

καθορισμένα ιδιοκτησιακά δικαιώματα. Μπορεί να προκύπτουν άλλα ζητήματα από προϋπάρχουσες ανισότητες ή μια άνιση αρχική κατανομή ιδιοκτησιακών δικαιωμάτων που καθιστούν άδικο ακόμα και το πλαίσιο διαπραγμάτευσης του Coase⁴⁷. Ποικίλα είδη φόρων εξασφαλίζουν ότι τα κοινά αγαθά, όπως το καθαρό περιβάλλον, προσλαμβάνουν μια οικονομική αξία προκειμένου να εξισώνονται τα ιδιωτικά και κοινωνικά κόστη και, επομένως, να διατηρούνται αυτά τα κοινά αγαθά μακροπρόθεσμα. Για τους σκοπούς της ρύθμισης τέτοιων αγορών, η ανάλυση κόστους-οφέλους επιχειρεί να καλύψει και να αναδείξει παρόμοιους εξωτερικούς παράγοντες.

22. Για την αξιολόγηση του μη εμπορεύσιμου περιβαλλοντικού ενεργητικού, οι «περιβαλλοντικοί» οικονομολόγοι μετρούν τη Συνολική Οικονομική Αξία (ΣΟΑ) του ενεργητικού αυτού, συμπεριλαμβάνοντας ένα βιολογικό οικοσύστημα. Στα περιβαλλοντικά οικονομικά η ΣΟΑ εμφανίζεται ως συγκέντρωση των αξιών που παρέχει ένα οικοσύστημα, που περιλαμβάνει τόσο τις αξίες χρήσης όσο και τις αξίες μη χρήσης⁴⁸. Η Συνολική Οικονομική Αξία αποτελείται από τρία στοιχεία, την *πραγματική αξία χρήσης* ή απλά την *αξία χρήσης* που αντιπροσωπεύει την άμεση χρήση των περιβαλλοντικών πόρων, την *αξία επιλογής* που αντανακλά την αξία που αποδίδουν οι άνθρωποι σε μια μελλοντική δυνατότητα χρήσης του περιβάλλοντος και την *αξία μη χρήσης* η οποία περιγράφει την αξία που είναι διατεθειμένοι οι άνθρωποι να πληρώσουν για τη διατήρηση πόρων που δεν θα χρησιμοποιήσουν ποτέ. Η μέθοδος διάκρισης των προτιμήσεων προκύπτει από μια διαδικασία κατά την οποία οι ατομικές προτιμήσεις μπορούν να προκύπτουν με την παρατήρηση της ατομικής αγοραστικής συμπεριφοράς. Η προσέγγιση αυτή εστιάζει στην παρατηρούμενη συμπεριφορά των ατόμων στις αγορές, η οποία προϋποτίθεται ότι καταδεικνύει την προτίμηση του ατόμου, όπως επίσης και η αρχή της συνέπειας, όπου μία μόνο παρατηρούμενη επιλογή αποκαλύπτει μια σταθερή προτίμηση⁴⁹.

23. Η εφαρμογή του δικαίου του ανταγωνισμού βασίζεται στο μοντέλο των εκάστοτε προτιμήσεων με βάση τις τιμές, όπου οι τιμές εμφανίζονται στην αγορά, ή εναλλακτικά, στην περίπτωση απουσίας ή στρέβλωσης αγορών, με εκτίμηση της τεκμαιρόμενης αξίας με βάση τη συμπεριφορά του ατόμου σε πραγματικές συνθήκες, στις οποίες το άτομο καλείται να ζυγίσει δύο ανταγωνιστικές εναλλακτικές επιλογές κατανάλωσης. Εάν οι τιμές της αγοράς δεν είναι διαθέσιμες, η ενδεχόμενη μέθοδος εκτίμησης⁵⁰ αποσκοπεί στον υπολογισμό της αξίας του καταναλωτικού κέρδους ή ζημίας, μέσω έρευνας σε ένα δείγμα καταναλωτών σε σχέση με την «*προθυμία τους να πληρώσουν*» (*willingness to pay*,

⁴⁷ Το πλαίσιο διαπραγμάτευσης του Coase αναφέρεται στην κατάσταση μιας διαδικασίας διαπραγμάτευσης μεταξύ των σχετικών κατόχων ακινήτων, με την προϋπόθεση ότι τα δικαιώματα ιδιοκτησίας είναι καλά καθορισμένα και ότι δεν υπάρχει κόστος συναλλαγής. Σύμφωνα με τον Ronald Coase, ένα τέτοιο πλαίσιο ιδιωτικών διαπραγματεύσεων μπορεί να ξεπεράσει το πρόβλημα των εξωτερικών παραγόντων: R.H. Coase, *The Problem of Social Costs*, (1960) 3(1) *Journal of Law and Economics* 1.

⁴⁸ M. L. Pant, A. Lehtinen, L. Uusitalo, & R. Venesiarvi, 'How to value biodiversity in environmental management', *Ecological indicators*, 2015, 55, 1-11.

⁴⁹ P. A. Samuelson, 'A note on the pure theory of consumer's behaviour', (1938) 5(17) *Economica*, New Series, 61; P. A. Samuelson, 'Consumption Theory in Terms of Revealed Preference', (1950) 15 *Economica*, 243.

⁵⁰ M. Hanley, D. MacMillan, E. R. Wright, G. Bullock, I. Simpson, D. Parsisson & B. Crabtree, (2008) 'Contingent valuation versus choice experiments: Estimating the benefits of environmentally sensitive areas in Scotland', *Journal of Agricultural Economics*, 2008, 49(1), 1-15.

WTP) όταν βρίσκονται αντιμέτωποι με ένα υποθετικό σύνολο καταναλωτικών επιλογών. Η ανάλυση WTP μετατρέπει ακόμα και την πολύπλοκη αξιολόγηση επιλογών σε μια μονοδιάστατη χρηματική αποτίμηση. Πρωταρχικό όφελος αυτής της διαδικασίας είναι η διευκόλυνση της λήψης αποφάσεων.

24. Ένα κοινό χαρακτηριστικό αυτών των προσεγγίσεων είναι ότι εστιάζουν στην παράμετρο «τιμή», γεγονός που εξηγεί την επιτυχία που γνωρίζουν μεταξύ των αρχών ανταγωνισμού. Αυτές οι προσεγγίσεις όμως παραβλέπουν άλλες διαστάσεις της διαδικασίας λήψης αποφάσεων, όπως τις αισθητικές, κοινωνικές ή δεοντολογικές αξίες, οι οποίες δύσκολα «εκτιμώνται» με τη χρήση μιας προσέγγισης βασιζόμενης στην τιμή όπως η WTP. Οι μέθοδοι δηλωμένης προτίμησης και άλλες μέθοδοι, όπως, μεταξύ άλλων, η «Μέθοδος της Ηδονιστικής Τιμολόγησης» (*Hedonic Pricing Method*)⁵¹, έχουν επίσης δημιουργηθεί για να αποδώσουν οικονομική αξία σε μη εμπορεύσιμα αγαθά και υπηρεσίες. Μπορούν να επινοηθούν και άλλα οικονομικά εργαλεία που αντλούνται από τη χρηματοοικονομική επιστήμη για τη μέτρηση αξιών επιλογής⁵², αλλά θα πρέπει να τονιστεί ότι υπάρχουν τρόποι χρηματικής αποτίμησης των περιβαλλοντικών οφελών προϊόντων και υπηρεσιών, μέσω προσεκτικά σχεδιασμένων μελετών WTP, οι οποίες περιλαμβάνουν δυναμικές διεργασίες και καλύπτουν όλα τα επηρεαζόμενα συμφέροντα. Οι μέθοδοι αξιολόγησης αγοράς και μη αγοράς των υπηρεσιών ενός οικοσυστήματος και του φυσικού κεφαλαίου μπορούν να ενσωματωθούν στις έννοιες της οικονομικής δυναμικής αποτελεσματικότητας, περιλαμβάνοντας μετρήσιμα στοιχεία κινδύνου που σχετίζονται με ασυμμετρία πληροφοριών μεταξύ των ενδιαφερομένων αλλά και μεταξύ της προηγούμενης και της επόμενης γενιάς.

25. Ωστόσο, είναι εξίσου σημαντικό να αναγνωριστούν οι δυσκολίες του πλαισίου WTP. Έχει υποστηριχθεί ότι «μία από τις σιωπηρές παραδοχές της θεωρίας των αποκαλυφθεισών προτιμήσεων είναι ότι η συμπεριφορά ενός παράγοντα είναι συνεπής όταν ασκεί την επιλογή του/της στην αγορά». Η παραδοχή αυτή «έχει ευρέως αμφισβητηθεί από πρόσφατες εργασίες των συμπεριφορικών οικονομικών», καθώς και από «εργασίες που επισημαίνουν τους «χάρτες σύγκρουσης προτιμήσεων» που ακολουθούν οι περισσότεροι από εμάς, όταν ενεργούμε ως καταναλωτές στην αγορά και ως πολίτες στη σφαίρα της πολιτικής»⁵³. Ως εκ τούτου, οι «περιβαλλοντικοί» οικονομολόγοι έχουν αναδείξει εδώ και καιρό την διάσταση μεταξύ της προσέγγισης «βάσει χρηστικής προτίμησης» που χρησιμοποιείται από την προσέγγιση που βασίζεται στις αποκαλυφθείσες προτιμήσεις και στην ανάλυση ενδεχόμενης εκτίμησης, η οποία εστιάζει στα θέλω του καταναλωτή ως μεγιστοποιητές χρησιμότητας, και στην «Καντιανή (στηριζόμενη σε αρχές)» προσέγγιση του τι «θα έπρεπε να πράξουμε ως κοινωνία»⁵⁴.

26. Θα μπορούσε, επίσης, κάποιος να επικρίνει την υπερβολική εμπιστοσύνη σε προσεγγίσεις με βάση τις αποκαλυφθείσες ή δηλωθείσες προτιμήσεις βάσει

⁵¹S. Rosen, 'Hedonic prices and implicit markets: product differentiation in pure competition', *Journal of Political Economy*, 1974, 82(1), 34-55.

⁵²Για τέτοια οικονομικά εργαλεία βλ., μεταξύ άλλων, P. Fotis, 'Financial Analysis Social-Economic Investment Appraisal', Ch. 12 (Propobos Editions, 2014).

⁵³ I. Lianos, 'Polycentric Competition Law', (2018) *Current Legal Problems* 161.

⁵⁴ M. Sagoff, 'Aggregation and deliberation in valuing environmental public goods: a look beyond contingent pricing', (1998) *Ecological Economics* 213.

νομικών ερμηνευτικών και συνταγματικών επιχειρημάτων. Είναι πιθανή μια αμφισβήτηση της καταλληλότητας της προσέγγισης των αποκαλυφθεισών προτιμήσεων στην εκτίμηση των προτιμήσεων των πολιτών, σε αντίθεση με τα συμφέροντα των καταναλωτών, και το πεδίο εφαρμογής της μεθόδου ανάλυσης κόστους-οφέλους.⁵⁵ Όπως κάθε άλλος τομέας του δικαίου, το δίκαιο του ανταγωνισμού έχει, βάσει σκοπού και σχεδιασμού, κανονιστικό περιεχόμενο, και δεν είναι σαφές γιατί θα πρέπει να περιορίζεται μόνο στις προτιμήσεις που προκύπτουν στην αγορά από τη συμπεριφορά των καταναλωτών. Γιατί δεν πρέπει, λ.χ., να λαμβάνει υπόψη τις προτιμήσεις που εκφράζουν οι πολίτες, ιδίως όταν σχεδιάζουν το συνταγματικό πλαίσιο που ρυθμίζει τις κοινωνικές τους αλληλεπιδράσεις;⁵⁶ Αναμφίβολα, οι κοινωνικές κρίσεις και οι δημόσιες αποφάσεις πρέπει να εξαρτώνται από τη συγκέντρωση των ατομικών προτιμήσεων, που είναι σε γενικές γραμμές κατανοητές, καθώς αυτές εκφράζονται σε μια διαφανή κοινωνική διαδικασία – αλλά δεν υπάρχει λόγος να θεωρείται ότι η αγορά είναι η μόνη τέτοια διαθέσιμη διαφανής κοινωνική διαδικασία.⁵⁷

27. Είναι επομένως απαραίτητο να εξεταστεί το ευρύτερο συνταγματικό και κανονιστικό πλαίσιο που σε ένα δημοκρατικό σύστημα καθιστά σαφείς τις συλλογικές προτιμήσεις της εκάστοτε πολιτείας σε σχέση με ορισμένες αξίες. Στον περιβαλλοντικό ρυθμιστικό πλαίσιο της ΕΕ, επικρατούν τρεις βασικές αρχές, η *πρόληψη*, η *προφύλαξη* και η αρχή «ο ρυπαίνων πληρώνει». Η πρώτη υπαγορεύει την ανάγκη λήψης προληπτικών μέτρων για την αποφυγή δραστηριοτήτων που συνεπάγονται σαφώς προσδιορισμένο κίνδυνο για το περιβάλλον ή την ανθρώπινη υγεία. Η αρχή της προφύλαξης απαιτεί τη λήψη μέτρων κατά των απροσδιόριστων, αβέβαιων κινδύνων. Πολιτικές προσαρμοσμένες στην αρχή της προφύλαξης συχνά επικρίνονται επειδή οδηγούν σε ρυθμιστικά αποτελέσματα που είναι κοινωνικά ανεπιθύμητα. Ωστόσο, η αβεβαιότητα για τις περιβαλλοντικές επιπτώσεις μπορεί να διαμορφώνεται ως αβεβαιότητα και σε άλλους τομείς της βασικής οικονομικής θεωρίας, όπως οι χρηματοπιστωτικές αγορές, και θα μπορούσε να προσαρμοστεί σε θέματα οικονομικής αποτελεσματικότητας.

28. Βεβαίως, μένουν να υλοποιηθούν ακόμη ορισμένες σημαντικές πολιτικές. Όσον αφορά στην ενσωμάτωση οικονομικών, κλιματικών μοντέλων και μοντέλων φυσικών πόρων, υπάρχει ακόμη η συνεχιζόμενη συζήτηση σχετικά με το ποιο είναι το κατάλληλο προεξοφλητικό επιτόκιο⁵⁸, για το ποια είναι η σημασία της διακυβέρνησης και των θεσμών για τη βιώσιμη χρήση των πόρων κοινής

⁵⁵ Βλ. τη συζήτηση, μεταξύ άλλων, S. W. Orr, 'Values, preference, and the citizen-consumer distinction in cost-benefit analysis', (2007) 6(1) Politics, Philosophy & Economics 377.

⁵⁶ Η έννοια των «αλληλοεπικαλυπτόμενων παιχνιδιών» (overlapping games) προτάθηκε από τους Bowles και Gintis με σκοπό την κατανόηση της σχέσης μεταξύ διαφορετικών σφαιρών της κοινωνικής ζωής και της «μη μειωμένης ετερογένειας» (irreducible heterogeneity) διαφορετικών τομέων της κοινωνίας, όπως η οικογένεια, το κράτος, η οικονομία και μπορεί να προσθέσει κάποιος την οικονομική, πολιτική και πολιτιστική σφαίρα: S Bowles and H Gintis, *Democracy and Capitalism* (Basic Books 1986).

⁵⁷ I. Lianos, 'Polycentric Competition Law', (2018) Current Legal Problems 161.

⁵⁸ Βλ. W.D. Nordhaus, 'Critical assumptions in the stern Review on Climate Change', (2007) 317 Science 201. S., C. Taylor, 'Climate change: Risk, ethics, and the Stern Review', (2007) 317 Science 203. M.L. Weitzman, 'On modeling and interpreting the economics of climate change', (2009) 91 Rev. Econ. Stud. 1.

ιδιοκτησίας⁵⁹ και για το πώς μπορεί κάποιος να ορίσει και να μετρήσει τον πλούτο χωρίς αποκλεισμούς⁶⁰. Επιπλέον, πρόσθετα ερωτήματα μπορεί να αφορούν τη μέτρηση του συνολικού πλούτου της κοινωνίας, συμπεριλαμβανομένης τελικά της αξίας του φυσικού κεφαλαίου μαζί με τις αξίες του ανθρώπινου κεφαλαίου, του κατασκευασμένου κεφαλαίου και του κοινωνικού κεφαλαίου. Αυτό εγείρει ζητήματα κατανομής ως προς το ποιος ωφελείται και ποιος όχι από την πρόσθετη οικονομική ανάπτυξη.

29. Παραμένει επίσης η πρόκληση του συνδυασμού που υπαγορεύουν οι φυσικές επιστήμες για την επίτευξη στόχων βιωσιμότητας όσον αφορά τη διατήρηση των φυσικών πόρων, την εξοικονόμηση ενέργειας και τη διάθεση αποβλήτων⁶¹. Ο ρόλος του ευρύτερου νομικού συστήματος, συμπεριλαμβανομένου του δικαίου περί ανταγωνισμού, καθίσταται απαραίτητο κομμάτι σε αυτό το περίπλοκο παζλ.

Συμβάντα χαμηλής πιθανότητας, υψηλού αντίκτυπου και η αναζήτηση συστημικής ανθεκτικότητας ως στόχου του δικαίου και της πολιτικής ανταγωνισμού

30. Οι στόχοι του δικαίου του ανταγωνισμού πρέπει επίσης να επανεξεταστούν λαμβάνοντας υπόψη τις αρχές της βιωσιμότητας. «Συμβάντα υψηλού αντίκτυπου, χαμηλής πιθανότητας» (HILP)⁶² ή «μαύροι κύκνοι»⁶³, είναι ένα σημαντικό στοιχείο που πρέπει να ληφθεί υπόψη, δεδομένης της αυξανόμενης διασυνδεσιμότητας μεταξύ κοινωνικών, οικονομικών, πολιτικών και περιβαλλοντικών σφαιρών της ζωής. Σε μια δικτυωμένη παγκοσμιοποιημένη κοινωνία, οι σημαντικές «αλυσιδωτές επιπτώσεις» μπορούν εύκολα να επεκταθούν σε διάφορους τομείς της οικονομικής δραστηριότητας, αλλά και ευρύτερα στον κοινωνικό, πολιτικό και πολιτιστικό στίβο, καθώς και γεωγραφικά⁶⁴.

31. Δεν πρέπει να λησμονούμε ότι πολύπλοκα συστήματα, όπως η παγκόσμια οικονομία, είναι επιρρεπή σε διαταραχές, καθώς αποσταθεροποιούνται εύκολα τόσο από εσωτερικές όσο και από εξωγενείς κρίσεις. Αυτά χαρακτηρίζονται συχνά από αρνητικές αλυσιδωτές επιπτώσεις («φαινόμενο ντόμινο») που προκαλείται από τη μη γραμμική αλληλεπίδραση των διαφόρων μερών και

⁵⁹ E. Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action* (Cambridge Univ. Press, 1990); E. Ostrom, 'Beyond markets and states: Polycentric governance of complex economic systems', (2010) 100 Am. Econ. Rev. 641.

⁶⁰ World Bank (2011) *The Changing Wealth of Nations: Measuring Sustainable Development in the New Millennium* (World Bank, Washington, DC). K. Arrow et al., 'Sustainability and the measurement of wealth', (2012) 17 Environmental Development Economics 317; P. Dasgupta 'Measuring the wealth of nations', (2014) 6 Annu. Rev. Resour Econ 17; S. Polasky et al, 'Inclusive wealth as a metric of sustainable development', (2015) 40 Annual Review of Environment & Resources 445.

⁶¹ K. Raworth, *Doughnut Economics* (Random House, 2017).

⁶² B. Lee, F. Preston & G. Green, 'Preparing for High-Impact, Low Probability Events' (Chatham House, 2012) διαθέσιμο στη διεύθυνση: https://www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/public/Research/Energy,%20Environment%20and%20Development/r0112_highimpact.pdf

⁶³ N. Taleb, *The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable* (Penguin, 2008).

⁶⁴ G. Zucarro, D. De Gregorio & M. F. Leone, Theoretical model for cascading effects analyses, (2018) 30 International Journal of Disaster Risk Reduction 199.

υποσυστημάτων ενός πολύπλοκου συστήματος⁶⁵. Η οικονομική αλληλεξάρτηση που δημιουργείται από το παγκόσμιο εμπόριο και τις παγκόσμιες αλυσίδες εφοδιασμού μπορεί να αποτελέσει παράγοντες που αυξάνουν τη σοβαρότητα του αντίκτυπου αυτών των συμβάντων. Οι σύγχρονες αλυσίδες εφοδιασμού επιδιώκουν την αποτελεσματικότητα και τείνουν να μειώσουν το κόστος με την εφαρμογή έγκαιρων πολιτικών (“just-in-time” policies), αλλά ταυτόχρονα είναι πιο ευαίσθητες σε εξωγενείς κρίσεις. Ο μέγιστος χρόνος στα συστήματα εφοδιασμού που λειτουργούν σύμφωνα με την αρχή του just-in-time είναι μία εβδομάδα. Οι απροσδόκητες διαταραχές στην παγκόσμια παραγωγή βασικών αγροτικών προϊόντων και στην αλυσίδα εφοδιασμού μπορούν επομένως να οδηγήσουν σε ελλείψεις του εφοδιασμού (τόσο σε περιφερειακό όσο και σε παγκόσμιο επίπεδο), αυξάνοντας έτσι τις τιμές και προκαλώντας χρηματοπιστωτικούς κραδασμούς και κοινωνικές αναταραχές. Αυτό φέρνει στο προσκήνιο τη συστημική ανθεκτικότητα ως σημαντικό στόχο της δημόσιας πολιτικής, συμπεριλαμβανομένου του δικαίου του ανταγωνισμού⁶⁶, ιδίως σε περιόδους κρίσης, όπως η τρέχουσα πανδημία.

Προσαρμογή προτύπων και εργαλείων του δικαίου του ανταγωνισμού

32. Στο πλαίσιο της πρόσφατης πανδημίας του COVID-19, οι αρχές ανταγωνισμού έπρεπε να ενεργήσουν προληπτικά για να αντιμετωπίσουν ζητήματα ανταγωνισμού που σχετίζονται με την επιχειρηματική συνεργασία ως απάντηση στο αυξανόμενο κόστος συντονισμού στις παγκόσμιες αλυσίδες αξίας, καθώς και να αντιμετωπίσουν καταχρήσεις από επιχειρήσεις που εκμεταλλεύονταν τους καταναλωτές που ήταν σε ευάλωτη θέση⁶⁷. Στο πλαίσιο αυτό, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή εξέδωσε Προσωρινή Ανακοίνωση-Πλαίσιο⁶⁸, καθορίζοντας τα βασικά κριτήρια που θα πρέπει να ακολουθούνται κατά την αξιολόγηση έργων συνεργασίας που στοχεύουν στην αντιμετώπιση της έλλειψης εφοδιασμού με βασικά προϊόντα και υπηρεσίες κατά τη διάρκεια της πανδημίας του COVID-19. Το έγγραφο προβλέπει τη δυνατότητα παροχής σε εταιρίες *ad hoc* διαβεβαιώσεων σχετικά με συγκεκριμένα έργα συνεργασίας που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Προσωρινού Πλαισίου. Σημειώνεται ότι, σε αυτή τη βάση, η Επιτροπή εξέδωσε στις 8 Απριλίου 2020 μια διαβεβαίωση προς τη «Medicines for Europe», μια ένωση παρασκευαστών φαρμακευτικών προϊόντων, και προς συμμετέχουσες εταιρείες σε σχέση με ένα σχέδιο εθελοντικής συνεργασίας για την αντιμετώπιση του κινδύνου ελλείψεων κρίσιμων νοσοκομειακών φαρμάκων για τη θεραπεία ασθενών με κορωνοϊό⁶⁹.

33. Μια τέτοια «καθοδήγηση» θα μπορούσε ενδεχομένως να θεωρηθεί χρήσιμη, προκειμένου να βοηθήσει τις επιχειρήσεις να αξιολογήσουν από μόνες τους τους κινδύνους που σχετίζονται με συλλογικές συμβάσεις οι οποίες αντιμετωπίζουν ζητήματα βιωσιμότητας, επίσης ενόψει της ευρύτερης ρυθμιστικής πυξίδας που

⁶⁵ C. Perrow, *Normal accidents: Living with high risk technologies-Updated edition*, (Princeton University press, 2011).

⁶⁶ Για ένα τέτοιο επιχείρημα, βλ., I. Lianos, *The Poverty of Competition Law: The Short Story* in D. Gerard & I. Lianos (eds.), *Reconciling Efficiency and Equity: A Global Challenge for Competition Policy* (CUP, 2019), 45, 85.

⁶⁷ See, https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf.

⁶⁸ Διαθέσιμο στη διεύθυνση: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=uriserv:OJ.CI.2020.116.01.0007.01.FRA&toc=OJ:C:2020:116I:TOC>.

⁶⁹ Βλ.: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_618.

έχει τεθεί σε εφαρμογή σε ενωσιακό, καθώς και εθνικό, επίπεδο για την επίτευξη των ΣΒΑ. Οι ανησυχίες για τη βιωσιμότητα, όπως αυτές καθορίζονται από το υφιστάμενο κανονιστικό πλαίσιο, μπορούν συνεπώς να θεωρηθούν ότι αποτελούν μέρος ενός ευρύτερου στόχου συστημικής ανθεκτικότητας του δικαίου του ανταγωνισμού, όπως και βελτιώσεων της αποτελεσματικότητας και άλλων μορφών αντικειμενικών αιτιολογήσεων της εκ πρώτης όψεως αντι-ανταγωνιστικής συμπεριφοράς.

34. Αυτή η ευρύτερη ερμηνευτική καθοδήγηση μπορεί να σχετίζεται αρκετά με την ερμηνεία των μη οικονομικά μετρήσιμων στοιχείων του ανταγωνισμού, όπως ποιότητα προϊόντων, ποικιλία προϊόντων και καινοτομία⁷⁰, που μπορεί να προσφέρει ευελιξία στην διαμόρφωση πολιτικής στις αρχές ανταγωνισμού προκειμένου να ληφθούν υπόψη αυτές οι ευρύτερες κοινωνικές επιπτώσεις. Για παράδειγμα, οι αρχές ανταγωνισμού επικεντρώνονται ήδη σε ζητήματα καινοτομίας και δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας, ιδίως όσον αφορά την αξιολόγηση των πιθανών επιπτώσεων των συγκεντρώσεων στην καινοτομία. Η Επιτροπή εξετάζει τον ανταγωνισμό στην καινοτομία τόσο στο επίπεδο των «χώρων καινοτομίας», όπου τα ερευνητικά προγράμματα των συγχωνευόμενων μερών και τα προϊόντα σε πρώιμο αναπτυξιακό στάδιο αλληλεπικαλύπτονται, όσο και στο επίπεδο της συνολικής βιομηχανίας. Η αρχή της βιωσιμότητας μπορεί να παίζει ρόλο στον τρόπο με τον οποίο αξιολογείται τελικά η «βέλτιστη» καινοτομία. Συγκεκριμένα, «η λήψη υπόψη της (προτιμώμενης) κατεύθυνσης της καινοτομίας και όταν αυτό είναι κοινωνικά πολύτιμο» μπορεί να προσφέρει περισσότερη ουσία στην έννοια του ανταγωνισμού της καινοτομίας.⁷¹ Στην πρόσφατη απόφαση για τη συγκέντρωση *Dow/Dupont*⁷², η Επιτροπή προσπάθησε να εξηγήσει γιατί η καινοτομία στην προστασία των καλλιεργειών είναι ζωτικής σημασίας «τόσο κατά την άποψη των αγροτών όσο και των καλλιεργητών», των καταναλωτών που επηρεάζονται από τη συγκέντρωση, καθώς και «από την άποψη της δημόσιας πολιτικής» ενόψει της αυξημένης αποτελεσματικότητας της προστασίας των καλλιεργειών και των θετικών της επιπτώσεων στην ασφάλεια των τροφίμων, την περιβαλλοντική ασφάλεια και την ανθρώπινη υγεία.⁷³ Μολονότι η Επιτροπή δεν εξήγησε επί ποίας νομικής βάσης οι ανησυχίες αυτές για τη δημόσια πολιτική ενσωματώθηκαν στην ανάλυση της συγκέντρωσης και δεν αναφέρθηκε στις ρήτρες οριζόντιας ολοκλήρωσης των Συνθηκών της ΕΕ, όπως του άρθρου 11 της ΣΛΕΕ, ακολούθησε αποτελεσματικά αυτές τις συστάσεις και διατύπωσε ανάλογα τη θεωρία της βλάβης σε αυτήν την υπόθεση⁷⁴. Θα μπορούσε να υιοθετηθεί παρόμοια προσέγγιση στη διαμόρφωση της παραμέτρου της ποιότητας του ανταγωνισμού για προϊόντα που συμμορφώνονται με τους ΣΒΑ.

⁷⁰Ανακοίνωση της Επιτροπής — Ανακοίνωση — Κατευθυντήριες Γραμμές για την Εφαρμογή του Άρθρου 81 παράγραφος 3 της Συνθήκης, [2004] OJ C 101/97, παράγραφος 16.

⁷¹I. Lianos, 'Polycentric Competition Law', (2018) *Current Legal Problems* 161.

⁷²Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Υπόθεση M.7932 *Dow/Dupont*(2017).

⁷³Ο.π., παράγραφοι 1977, 1979 & 1980.

⁷⁴I. Lianos, 'Polycentric Competition Law', (2018) *Current Legal Problems* 161.

2 Εκτιμήσεις σχετικά με τη βιώσιμη ανάπτυξη με βάση το άρθρο 101 ΣΛΕΕ και το άρθρο 1 ν. 3959/2011

35. Συνήθως, οι αρχές ανταγωνισμού δεν υποχρεούνται να παρεμβαίνουν για την εξέταση ανησυχιών βιωσιμότητας, συχνότερα μάλιστα τους ζητείται να μη παρέμβουν για την αποτροπή συμφωνιών που προωθούν στόχους βιωσιμότητας. Η ΕΕ και τα κράτη μέλη της προωθούν ενεργά την επίτευξη των ΣΒΑ με διαφορετικά μέσα: (i) άμεση (μέσω ελέγχου και χειρισμού) ρύθμιση βασισμένη σε αναγκαστικά μέτρα όπως άδειες, ζώνες, ρυθμιστικά πρότυπα, (ii) κανονιστική ρύθμιση παροχής κινήτρων με τη χρήση φόρων ή/και χρεώσεων για την πρόκληση φιλικής προς τη βιωσιμότητα εταιρικής συμπεριφοράς, (iii) προώθηση της αυτορρύθμισης από τις επιχειρήσεις, (iv) μικτή παρέμβαση, όπως εθελοντικές συμφωνίες, δηλαδή, επίσημες, διμερείς δεσμεύσεις μεταξύ των αρχών και της βιομηχανίας που καθορίζουν στόχους βιωσιμότητας και τα μέσα για την επίτευξή τους και (v) διεπιχειρησιακές συμφωνίες που συνάπτονται από επιχειρήσεις, χωρίς εξαναγκασμό ή προτροπή από το κράτος. Το άρθρο 101 ΣΛΕΕ (και το άρθρο 1 του ν. 3959/2011) μπορεί, αυτοτελώς, να εντοπίζει αντι-ανταγωνιστικές πρακτικές που προκύπτουν από τις κατηγορίες (iii), (iv) και (v), καθώς οι επιχειρήσεις που εμπλέκονται σε εθελοντικές συμφωνίες δεν εξαναγκάζονται από το κράτος σε περιορισμό του ανταγωνισμού, αλλά ενεργούν ως αυτόνομες οντότητες στην αγορά.

36. Ένα ευρύτερο κριτήριο δημοσίου συμφέροντος για παρέμβαση θα επέτρεπε στις αρχές ανταγωνισμού να εξετάζουν ένα ευρύτερο φάσμα πλεονεκτημάτων που σχετίζονται με τη βιωσιμότητα, από άποψη δικαίου του ανταγωνισμού. Ωστόσο, είναι δυνατόν να λαμβάνονται επίσης υπόψη οι ανησυχίες περί βιωσιμότητας στο πλαίσιο του άρθρου 101 ΣΛΕΕ. Υπό το πρίσμα της τρέχουσας διαδικασίας αξιολόγησης από την Επιτροπή δύο κανονισμών απαλλαγής και των κατευθυντήριων γραμμών για τις οριζόντιες συμφωνίες συνεργασίας⁷⁵, ένα πλαίσιο οριζόντιας συνεργασίας για την επίτευξη περιβαλλοντικών και κοινωνικών στόχων παραμένει κρίσιμος τομέας για μεταρρύθμιση. Ορισμένες εθνικές αρχές ανταγωνισμού έχουν ήδη αναλάβει πρωτοβουλίες προς αυτή την κατεύθυνση. Για παράδειγμα, η Ολλανδική Αρχή για Καταναλωτές και Αγορές (Netherlands Authority for Consumers and Markets, ACM) πρόκειται να εισαγάγει κατευθυντήριες γραμμές για τη βιωσιμότητα και τον ανταγωνισμό. Αυτές θα παρέχουν καθοδήγηση σχετικά με την εφαρμογή του δικαίου του ανταγωνισμού στις συμφωνίες βιωσιμότητας μεταξύ επιχειρήσεων, διευκρινίζοντας ποιες κοινές πρωτοβουλίες βιωσιμότητας του ιδιωτικού τομέα επιτρέπονται βάσει του άρθρου 101 παράγραφοι 1 και 3 της ΣΛΕΕ.

37. Η σχέση μεταξύ της βιωσιμότητας και του δικαίου και της πολιτικής του ανταγωνισμού μπορεί να είναι αμοιβαία επωφελής⁷⁶. Το δίκαιο του ανταγωνισμού εστιάζει κατά βάση στην ευημερία των καταναλωτών, μέσω της κατανομής της αποτελεσματικότητας και ειδικότερα στο πλεόνασμα των

⁷⁵ Κανονισμοί της Επιτροπής (ΕΕ) αριθ. 1217/2010 (Κανονισμός Απαλλαγής Συμφωνιών Έρευνας και Ανάπτυξης - 'R&D BER') και 1218/2010 (Κανονισμός Απαλλαγής κατά Κατηγορίες - 'Specialisation BER'), από κοινού αναφερόμενοι ως «Οριζόντιοι Κανονισμοί Απαλλαγής» ('Horizontal block exemption regulations' ή 'HBERs')· και Κατευθυντήριες Γραμμές της Επιτροπής στις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας ('HGL').

⁷⁶ Βλ. S. Holmes, Climate change, sustainability, and competition law, (2020) 8(2) Journal of Antitrust Enforcement 354.

καταναλωτών (και των παραγωγών) που προκύπτει κυρίως από ανταγωνιστικές τιμές και παραγωγή (η ποιότητα και η ποικιλομορφία θεωρούνται συνήθως δευτερεύουσες μεταβλητές), ενώ η καινοτομία έχει αξιολογηθεί αυτοτελώς μόνο σε πρόσφατες υποθέσεις συγκεντρώσεων, ενώ σχεδόν πάντα αγνοεί και επιτρέπει μόνο περιστασιακά έναν περιθωριακό ρόλο για τις μη τιμολογιακές διαστάσεις του ανταγωνισμού.

38. Τα ζητήματα βιωσιμότητας ενδέχεται να φέρουν την εφαρμογή του δικαίου του ανταγωνισμού πέρα από τα συνήθη όριά του, πιο κοντά σε ένα «πολυκεντρικό μοντέλο»⁷⁷. Το μοντέλο αυτό λαμβάνει υπόψη πρόσθετες διαστάσεις του ανταγωνισμού που επηρεάζουν την κοινωνική ευημερία, όπως η προστασία του περιβάλλοντος, η προώθηση της κοινωνικής κινητικότητας, η αξιοποίηση κοινωνικά πολύτιμων ρηξικέλευθων καινοτομιών ή ο μετριασμός των τεχνολογικών και φυσικών κινδύνων, στο βαθμό που έχουν μετατραπεί σε παραμέτρους του ανταγωνιστικού παιχνιδιού στη συγκεκριμένη αγορά ή τομέα της οικονομικής δραστηριότητας.

39. Σε μεγάλο βαθμό, ο ιδιωτικός τομέας, στο πλαίσιο της εταιρικής κοινωνικής ευθύνης, καλείται να δράσει για αυτούς τους ευρύτερους κοινωνικοοικονομικούς στόχους και αυτό μπορεί να διευκολυνθεί περαιτέρω μέσω εταιρειών που συνεργάζονται ή συμφωνούν σε διάφορα πρότυπα⁷⁸. Προβλήματα παρασιτισμού, όταν δηλαδή μια επιχείρηση επενδύει σε μια βιώσιμη στρατηγική από την οποία οι ανταγωνιστές επωφελούνται χωρίς κόστος, και το μειονέκτημα της πρωτοπορίας, όταν δηλαδή μια επιχείρηση αποσύρει ένα μη βιώσιμο προϊόν ή διαδικασία παραγωγής, αφήνοντας τους ανταγωνιστές της να επωφεληθούν από ένα αυξανόμενο μερίδιο αγοράς για μη βιώσιμα προϊόντα, είναι προβλήματα που θα μπορούσαν να επιλυθούν με μια προσεκτικά σχεδιασμένη συμφωνία μεταξύ των ανταγωνιστών.

40. Οι εταιρείες μπορεί να θεωρούν αποτελεσματική τη συνεργασία τους με ανταγωνιστές, καθώς και με οργανώσεις της κοινωνίας των πολιτών, προκειμένου να επιτύχουν πιο βιώσιμες γραμμές παραγωγής. Αυτό μπορεί να οδηγήσει σε οριζόντιες πρωτοβουλίες σε ολόκληρη τη βιομηχανία για την επίτευξη των στόχων βιωσιμότητας. Τέτοιες συμφωνίες ενδέχεται να οδηγήσουν σε υψηλότερες τιμές (μεταξύ άλλων), αλλά με δίκαιη κατανομή του αυξημένου κόστους ή μέσω της προώθησης πιο βιώσιμων αλλά πιο δαπανηρών τρόπων παραγωγής. Τέτοιες συμφωνίες βιωσιμότητας κατ' αρχήν δεν στοχεύουν και δεν πρέπει να στοχεύουν μόνο στην αύξηση των βραχυπρόθεσμων κερδών των επιχειρήσεων. Αντίθετα, προορίζονται για την επιδίωξη «ηθικά ορθών» στόχων, οι οποίοι ενισχύουν παράλληλα την οικονομική αποτελεσματικότητα μεσοπρόθεσμα και μακροπρόθεσμα, και συχνά απολαμβάνουν ευρεία λαϊκή και ακόμη και κυβερνητική στήριξη. Επιδιώκουν, κατά την ορολογία του δικαίου του ανταγωνισμού, μη οικονομικούς στόχους.

⁷⁷ I. Lianos, *Polycentric Competition Law*, (2018) *Current Legal Problems* 161.

⁷⁸ Όπως παρατήρησε η Επίτροπος Vestager στη Διάσκεψη Βιωσιμότητας των Βρυξελλών, (Οκτώβριος 24, 2019), διαθέσιμο στη διεύθυνση: https://wayback.archive-it.org/12090/20191129200524/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-and-sustainability_en «οι επιχειρήσεις έχουν ζωτικό ρόλο συμβάλλοντας στη δημιουργία βιώσιμων αγορών με πολλούς τρόπους... και... μερικές φορές οι επιχειρήσεις μπορούν να ανταποκριθούν σε αυτήν τη ζήτηση [για πιο βιώσιμα προϊόντα], εάν συναντηθούν».

41. Το δίκαιο του ανταγωνισμού πρέπει να είναι εξοπλισμένο με τα οργανικά αλλά και τα θεσμικά εργαλεία για τη διάκριση μεταξύ περιορισμών του ανταγωνισμού για την επιδίωξη ορισμένων εδραιωμένων στόχων δημοσίου συμφέροντος και άλλων περιορισμών. Η επιδίωξη στόχων δημόσιας πολιτικής από ιδιωτικούς οικονομικούς παράγοντες είναι ένας δύσκολος γρίφος και πρέπει να αντιμετωπίζεται ως τέτοιος, με διάφορες διαδικασίες λήψης αποφάσεων στο δίκαιο του ανταγωνισμού.

42. Η νομολογία σχετικά με αυτή τη νέα γενιά ιδιωτικών συμφωνιών που επιδιώκουν μη οικονομικούς στόχους είναι διάσπαρτη μέσα στο χρόνο και χαρακτηρίζεται ως μάλλον μη πάγια ως προς τον ακριβή καθορισμό του τρόπου με τον οποίο συμβιβάζονται μη οικονομικά συμφέροντα, όπως η κοινωνική και περιβαλλοντική βιωσιμότητα, με τα συνήθη οικονομικά συμφέροντα, όπως οι επιπτώσεις στις τιμές.

43. Μέχρι τώρα έχουν ακολουθηθεί δύο στρατηγικές. Πρώτον, ένα κρίσιμο ερώτημα είναι σε ποιο βαθμό οι συμφωνίες μεταξύ εταιρειών –και ενδεχομένως άλλων ενδιαφερομένων μερών– για την ενίσχυση της κοινωνικής και περιβαλλοντικής βιωσιμότητας των αλυσίδων εφοδιασμού τους, μπορούν ή πρέπει να **εξαιρούνται** από το πεδίο εφαρμογής της αρχής της απαγόρευσης για αντι-ανταγωνιστικές συμφωνίες. Δεν είναι πάντοτε ξεκάθαρο τι επιτρέπεται και τι όχι όταν πρόκειται για συλλογικές συμβάσεις για την ενίσχυση της βιωσιμότητας. Δεύτερον, είναι σημαντικό να διερευνηθεί εάν τα οφέλη μιας συγκεκριμένης συμφωνίας για τη βιωσιμότητα αντισταθμίζουν το κόστος της, από άποψη μειωμένου ανταγωνισμού και υψηλότερων τιμών. Αυτή η αξιολόγηση εξαρτάται σε μεγάλο βαθμό από τον τρόπο με τον οποίο η Ευρωπαϊκή Επιτροπή και οι εθνικές αρχές ανταγωνισμού εκτιμούν τις βελτιώσεις βιωσιμότητας και τις σταθμίζουν με την πιθανή μείωση του ανταγωνισμού. Το πρώτο εμπόδιο που θα πρέπει να υπερσκελιστεί, προκειμένου να συμπεριληφθούν οι στόχοι βιωσιμότητας στην εφαρμογή του δικαίου του ανταγωνισμού, είναι η διατύπωση και οι σχετικές ερμηνείες των διατάξεων της νομοθεσίας περί ανταγωνισμού, τόσο σε επίπεδο ΕΕ όσο και σε εθνικό επίπεδο. Η δεύτερη δυσκολία είναι η μεθοδολογία αξιολόγησης και η στάθμιση αυτών των διαφορετικών προβληματισμών.

44. Η αλληλεπίδραση των παραγράφων 1 και 3 του άρθρου 101 ΣΛΕΕ είναι επίσης ιδιαίτερα ενδιαφέρουσα για το σχεδιασμό βέλτιστων νομικών κριτηρίων για την περίπτωση. Ενώ το βάρος απόδειξης για το άρθρο 101 ΣΛΕΕ βαρύνει τον ενάγοντα, τη συγκεκριμένη εθνική αρχή ανταγωνισμού ή την Επιτροπή, το αποδεικτικό και νομικό βάρος μετακυλιέται στον εναγόμενο σύμφωνα με το άρθρο 101 παράγραφος 3 της ΣΛΕΕ. Το ίδιο ισχύει και για την αλληλεπίδραση μεταξύ του Άρθ. 1(1) και Άρθ. 1(3) του ν. 3959/2011. Ο σχεδιασμός των νομικών κριτηρίων, δεδομένου ότι ορισμένοι περιορισμοί είναι από τη φύση τους αντι-ανταγωνιστικοί, ενώ άλλοι απαιτούν μια πιο λεπτομερή ανάλυση με βάση τα αποτελέσματα, συχνά εξαρτάται επίσης από προσεκτική εξέταση του κόστους σφαλμάτων, για υπέρμετρη ή ανεπαρκή εφαρμογή του νόμου. Ωστόσο, το βάρος κάθε τύπου σφάλματος, το οποίο θα πρέπει επίσης να αποτελεί μέρος του σκεπτικού, μπορεί ωστόσο να διαφοροποιείται σημαντικά, εάν θεωρηθεί ότι υπάρχει ένα στατικό πλαίσιο που εστιάζει μόνο σε ορισμένες πτυχές της ευημερίας των καταναλωτών που σχετίζονται με τις τιμές, από ένα πιο δυναμικό πλαίσιο που ενσωματώνει ευρύτερες κατηγορίες κοινωνικών δαπανών μέσα στο

χρόνο. Το γεγονός πως ορισμένες επιπτώσεις είναι γραμμικές μπορεί να έχει και διαφορετικές επιπτώσεις ως προς το σχεδιασμό των νομικών κριτηρίων.

2.1 Συμφωνίες βιωσιμότητας με βάση το άρθρο 101 (1) ΣΛΕΕ και το άρθρο 1 ν. 3959/2011

45. Η υφιστάμενη νομολογία για το άρθρο 101 ΣΛΕΕ [και το άρθρο 1 ν. 3959/2011] προσφέρει κάποιο βαθμό ευελιξίας για συλλογικές δράσεις του ιδιωτικού τομέα για την εφαρμογή των ΣΒΑ.

2.1.1 Δυνατότητα εξαίρεσης των συμφωνιών βιωσιμότητας από το πεδίο εφαρμογής της απαγόρευσης του άρθρου 101(1) ΣΛΕΕ

46. Οι συμφωνίες βιωσιμότητας με τη δυνατότητα περιορισμού του ανταγωνισμού ενδέχεται να εκφεύγουν από την απαγόρευση του άρθρου 101 παράγραφος 1 της ΣΛΕΕ, εάν επιβάλλονται από κάποιο κανόνα δικαίου. Ο κανονισμός ή όταν το κράτος «ενεργεί κατά την άσκηση επίσημης εξουσίας» δεν αποτελεί κατ' αρχήν οικονομική δραστηριότητα και, επομένως, ενδέχεται να εξαιρείται από την εφαρμογή των άρθρων 101 και 102 ΣΛΕΕ, καθώς η εν λόγω οντότητα δεν θα θεωρείται «επιχείρηση».⁷⁹ Έχει διαπιστωθεί επίσης ότι οι καθαρά περιβαλλοντικής προστασίας δραστηριότητες δεν πληρούν τους όρους μιας οικονομικής δραστηριότητας, με την επιφύλαξη των διατάξεων της νομοθεσίας του ανταγωνισμού, αλλά ως δραστηριότητες αποκλειστικής κοινωνικής φύσης και, ως εκ τούτου μη οικονομικές.⁸⁰ Επιπλέον, το δίκαιο ανταγωνισμού της ΕΕ έχει αναπτύξει το επιχείρημα του καταναγκασμού εκ μέρους του κράτους για την εξεύρεση συμφωνίας δυνάμει του άρθρου 101 παρ. 1 της ΣΛΕΕ, σύμφωνα με το οποίο, εάν «απαιτείται αντι-ανταγωνιστική συμπεριφορά από επιχειρήσεις από την εθνική νομοθεσία ή εάν η τελευταία δημιουργεί νομικό πλαίσιο το οποίο αυτοτελώς εξαλείφει οποιαδήποτε δυνατότητα ανταγωνιστικής δραστηριότητας από την πλευρά τους, τα άρθρα [101] και [102] δεν ισχύουν». Πράγματι, σε μια τέτοια κατάσταση, ο περιορισμός του ανταγωνισμού δεν αποδίδεται, όπως προϋποθέτουν εμμέσως αυτές οι διατάξεις, στην αυτόνομη συμπεριφορά των επιχειρήσεων.⁸¹ Ωστόσο, εάν μία εθνική νομοθεσία απλώς ενθαρρύνει ή διευκολύνει τις επιχειρήσεις να ασκούν αυτόνομη αντι-ανταγωνιστική συμπεριφορά, οι εν λόγω επιχειρήσεις εξακολουθούν να υπόκεινται στα άρθρα 101 ΣΛΕΕ (και 102 ΣΛΕΕ).⁸² Ως εκ τούτου, η δυνατότητα αποκλεισμού της εφαρμογής των διατάξεων της νομοθεσίας περί ανταγωνισμού σε αυτό το πλαίσιο αφορά μόνο περιορισμούς

⁷⁹ Υπόθεση C- 343/ 95, *Diego Cali & FigliSrL v ServiziEcologici Porto di Genova Spa* [1997] ECR I- 1547 (σημειώνοντας ότι η επιτήρηση κατά της ρύπανσης για την οποία ήταν υπεύθυνη η συγκεκριμένη οντότητα στο λιμένα πετρελαίου της Γένοβας είναι καθήκον δημοσίου συμφέροντος που αποτελεί μέρος των ουσιαδών λειτουργιών του κράτους όσον αφορά την προστασία του περιβάλλοντος στις θαλάσσιες περιοχές)

⁸⁰ Υπόθεση T-347/09, *Federal Republic of Germany v European Commission*, ECLI:EU:T:2013:418, paras 31-32. For a discussion, see J. Nowag, *Environmental Integration in Competition and Free-Movement Laws* (OUP, 2016), 63-64.

⁸¹ Συνεκδικασθείσες υποθέσεις Cases C- 359 and C- 379/ 95 P, *Commission of the European Communities and French Republic v Ladbroke Racing Ltd* [1997] ECR I- 6265, παράγραφοι 33- 4. Βλ. ακόμα την Υπόθεση T- 513/ 93, *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali v Commission* [2000] ECR II- 1807, παράγραφος 42.

⁸² Υπόθεση C- 280/ 08 P, *Deutsche Telekom AG v European Commission* [2010] ECR I- 9555, παράγραφος 82.

που δεν προκύπτουν άμεσα από τον κανονισμό διοίκησης και ελέγχου. Οι ίδιες αρχές ισχύουν και για το άρθρο 1 του ν. 3959/2011.

47. Σημειώνεται, ωστόσο, ότι η εθνική νομοθεσία που αφορά τον «υγιή ανταγωνισμό» ενδέχεται να εμπίπτει στην κοινή εφαρμογή του άρθρου 4 παρ. 3 της ΣΕΕ και των άρθρων 101/102 ΣΛΕΕ.⁸³ Η νομολογία των δικαστηρίων της ΕΕ έχει καταδικάσει κυβερνητικά μέτρα που απαιτούν, ευνοούν ή ενισχύουν συμφωνίες που παραβιάζουν το άρθρο 101.⁸⁴ Το Δικαστήριο προχώρησε περαιτέρω και καταδίκασε εθνικά μέτρα που μεταβιβάζουν σε ιδιωτική εταιρεία ή εμπορική ένωση τον καθορισμό των όρων υπό τους οποίους μπορούν να συναλλάσσονται.⁸⁵ Ωστόσο, το άρθρο 4 παρ. 3 της ΣΕΕ και το άρθρο 101 ΣΛΕΕ δεν μπορούν να εφαρμοστούν όταν υφίστανται περιορισμοί του ανταγωνισμού «λαμβάνοντας δεόντως υπόψη τα κριτήρια δημοσίου συμφέροντος που ορίζονται από το νόμο και οι δημόσιες αρχές δεν μεταβιβάζουν τα δικαιώματα και τις εξουσίες τους σε ιδιωτικούς οικονομικούς φορείς».⁸⁶ Ως εκ τούτου, όταν ο εικαζόμενος περιορισμός του ανταγωνισμού επιβάλλεται από το Κράτος βάσει σύμφωνης γνώμης του κλάδου, αυτό δεν ισοδυναμεί εξ ορισμού με αθέμιτη σύμπραξη μεταξύ επιχειρήσεων και είναι σημαντική η εξέταση του εάν το μέλημα των γνωμοδοτών ήταν τα τεθέντα από το κράτος κριτήρια και όχι το δικό τους συμφέρον. Περαιτέρω δράση κατά της αντι-ανταγωνιστικής ρύθμισης πρέπει πιθανώς να δίδεται στα μέτρα εναρμόνισης σύμφωνα με το άρθρο 114 ΣΛΕΕ και στο άρθρο 106 ΣΛΕΕ, το οποίο εξουσιοδοτεί την Επιτροπή να λάβει μέτρα κατά των κρατικών μονοπωλίων. Σημειώνεται, επίσης, ότι οι Εθνικές Αρχές Ανταγωνισμού υποχρεούνται από το άμεσο αποτέλεσμα και την υπεροχή της νομοθεσίας της ΕΕ να μην εφαρμόζουν εθνική νομοθεσία που απαιτεί από τις επιχειρήσεις να ενεργούν προς την κατεύθυνση του περιορισμού του ανταγωνισμού όταν αυτό μπορεί να επηρεάσει το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών.⁸⁷ Η δυνατότητα αυτή δεν έχει χρησιμοποιηθεί ευρέως από τις αρχές ανταγωνισμού στην ΕΕ και υπόκειται φυσικά, στον καθορισμό των προτεραιοτήτων τους.

48. Η αλληλεπίδραση αυτών των κανόνων μπορεί να δημιουργεί μια «ζώνη ασφαλείας» για συμφωνίες βιωσιμότητας που επιβάλλονται από το κράτος, ακόμη και για συμφωνίες τύπου αυτορρύθμισης.

2.1.2 Οι συμφωνίες βιωσιμότητας δεν αναμένεται να περιορίσουν τον ανταγωνισμό

49. Δεν περιορίζουν όλες οι συμφωνίες βιωσιμότητας τον ανταγωνισμό. Η Επιτροπή έχει ήδη αποδεχθεί ότι ορισμένες συμφωνίες βιωσιμότητας ενδέχεται να μην εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της απαγόρευσης του άρθρου 101 παράγραφος 1 της ΣΛΕΕ. Θα μπορούσαν να αναφερθούν οι συμφωνίες JAMA και

⁸³Υπόθεση 13/ 77, *INNO v ATAB* [1977] ECR 2115.

⁸⁴ Βλ., για παράδειγμα, Υπόθεση 136/ 86, *BNIC v Aubert* [1987] ECR 4789· Υπόθεση C- 198/ 01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* [2003] ECR I- 8055· Συνεκδικασθείσες υποθέσεις C- 94/ 04 & C- 202/ 04, *Cipolla* [2006] ECR I- 11421.

⁸⁵ Βλ., για παράδειγμα, Υπόθεση C- 35/ 96, *Commission v Italy* [1998] ECR I- 3851· Υπόθεση C- 35/ 99, *Arduino* [2002] ECR I- 1529.

⁸⁶Συνεκδικασθείσες υποθέσεις C- 427/ 16 & C- 428/ 16, *CHEZ Elektro Bulgaria v YordanKotsev*, ECLI:EU:C:2017:890 παρ. 43.

⁸⁷Υπόθεση C- 198/ 01, *ConsorzioIndustrieFiammiferi (CIF) v AutoritàGarantedellaConcorrenza e del Mercato* [2003] ECR I- 8055.

KAMA σχετικά με τη μείωση των εκπομπών μεταξύ των κατασκευαστών αυτοκινήτων, οι οποίες ωστόσο δεν επέβαλαν σαφή υποχρέωση ως προς τις μεθόδους επίτευξης αυτού του στόχου⁸⁸. Ένα άλλο παράδειγμα δίνεται από την πρακτική του Ηνωμένου Βασιλείου για το δίκαιο εμπόριο σχετικά με τη μη εφαρμογή του άρθρου 101 παράγραφος 1 της ΣΛΕΕ σχετικά με μια συμφωνία μεταξύ μεγάλης εταιρίας παραγωγής γιαουρτιού, η οποία συμφώνησε με μεγάλους προμηθευτές συσκευασιών στην ανάπτυξη και εφαρμογή μιας εθελοντικής πρωτοβουλίας για την παραγωγή δοχείων γιαουρτιού από ανακυκλωμένο πλαστικό⁸⁹. Ένας μη δεσμευτικός κώδικας συμπεριφοράς που προάγει επιχειρηματικές πρακτικές με γνώμονα τη βιωσιμότητα, για παράδειγμα, αναφορικά με περιβαλλοντικά ή κλιματικά πρότυπα πιστοποίησης, μπορεί να εκφεύγει από την απαγόρευση του άρθρου 101 παράγραφος 1 της ΣΛΕΕ ή/και του άρθρου 1 του ν. 3959/2011. Είναι πιθανό ότι πολλές άλλες συμφωνίες βιωσιμότητας έχουν αυτοαξιολογηθεί ως μη εμπίπτουσες στην απαγόρευση του άρθρου 101 παράγραφος 1 της ΣΛΕΕ.⁹⁰

50. Σύμφωνα με τις Οριζόντιες Κατευθυντήριες Γραμμές της Ευρωπαϊκής Επιτροπής του 2001, μια περιβαλλοντική συμφωνία⁹¹ δεν θα ήταν πιθανό να περιορίσει τον ανταγωνισμό εφόσον: α) δεν επιβάλλει συγκεκριμένη μεμονωμένη υποχρέωση στα μέρη «ή εάν δεσμεύονται χαλαρά να συμβάλουν στην επίτευξη ενός περιβαλλοντικού στόχου ολόκληρου του τομέα»⁹², β) η συμφωνία ορίζει «τις περιβαλλοντικές επιδόσεις προϊόντων ή διαδικασιών που δεν επηρεάζουν αισθητά την ποικιλομορφία προϊόντων και παραγωγής στη σχετική αγορά ή των οποίων η σημασία είναι οριακή για τον επηρεασμό των αποφάσεων αγοράς»⁹³, ή γ) οδηγεί στη δημιουργία μιας πραγματικής αγοράς⁹⁴. Ωστόσο, οι κατευθυντήριες γραμμές της Επιτροπής περί οριζόντιας συνεργασίας του 2011 δεν περιλαμβάνουν ξεχωριστό τμήμα για τις «περιβαλλοντικές συμφωνίες».

51. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, το Σχέδιο Κατευθυντήριων Γραμμών της Ολλανδικής ACM σχετικά με τις ρυθμίσεις βιωσιμότητας επιτρέπει τρεις τύπους συμφωνιών βιωσιμότητας που δεν περιορίζουν, στρεβλώνουν ή εξαλείφουν τον

⁸⁸JAMA and KAMA XXVIII the Report on Competition Policy (1998).

⁸⁹ OECD, Horizontal Agreements in the Environmental Context, DAF/COMP(2010)39, σελ. 100.

⁹⁰ Βλ. ακόμα την ανάλυση της ACM, Draft Sustainability agreements (July 2020), <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/sustainability-agreements%5B1%5D.pdf>, παράγραφοι 14-23.

⁹¹ Οι Οριζόντιες Κατευθυντήριες Γραμμές 2001 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, παράγραφος 179, όρισαν τις περιβαλλοντικές συμφωνίες ως «εκείνες με τις οποίες τα συμβαλλόμενα μέρη δεσμεύονται να επιτύχουν την καταπολέμηση της ρύπανσης, όπως αυτή ορίζεται στην περιβαλλοντική νομοθεσία, ή συγκεκριμένους περιβαλλοντικούς στόχους, ιδιαίτερα αυτούς που μνημονεύονται στο άρθρο 174 της Συνθήκης [της ΕΚ].» Η διάταξη αυτή [νυν Άρθρο 191 της ΤFEU] αναφέρει ότι η πολιτική της Ένωσης για το περιβάλλον θα συμβάλει στην επίτευξη των ακόλουθων στόχων:

- διατήρηση, προστασία και βελτίωση της ποιότητας του περιβάλλοντος·
- προστασία της ανθρώπινης υγείας·
- συνετή και ορθολογική χρήση των φυσικών πόρων·
- προώθηση μέτρων σε διεθνές επίπεδο για την αντιμετώπιση περιφερειακών ή παγκόσμιων περιβαλλοντικών προβλημάτων, και ιδίως την καταπολέμηση της κλιματικής αλλαγής

⁹²Ο.π., παράγραφος 185.

⁹³Ο.π., παράγραφος 186.

⁹⁴Ο.π., παράγραφος 187.

ανταγωνισμό⁹⁵. Οι κατευθυντήριες γραμμές ορίζουν ότι οι συμφωνίες βιωσιμότητας που εμπίπτουν σε αυτήν την κατηγορία είναι εκείνες που α) ενθαρρύνουν τις επιχειρήσεις να συμβάλλουν θετικά σε έναν στόχο βιωσιμότητας, χωρίς να είναι υποχρεωτικές για τις επιμέρους επιχειρήσεις, β) αφορούν κώδικες για περιβαλλοντικά ή κλιματικά συνειδητοποιημένη συμπεριφορά της αγοράς (συνήθως σχετίζεται με κοινά πρότυπα, σήματα ποιότητας, διαφάνεια σχετικά με τη χρήση πρώτων υλών, μεθόδους παραγωγής κ.λπ.) γ) στοχεύουν στη βελτίωση της βιωσιμότητας των προϊόντων που πρόκειται να παραχθούν ή να πωληθούν ανεπηρέαστα, δ) δημιουργούν νέα βιώσιμα προϊόντα ή αγορές, καθώς και περιπτώσεις όπου απαιτείται κοινή πρωτοβουλία για την ύπαρξη επάρκειας υλικών παραγωγής ή για επαρκή επίτευξη κλίμακας και ε) προσρίζονται μόνο για να διασφαλίζουν ότι οι ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις, οι προμηθευτές τους ή/και οι διανομείς συμμορφώνονται με τη νομοθεσία των χωρών στις οποίες δραστηριοποιούνται⁹⁶.

52. Ωστόσο, δεν είναι σαφές ποια είναι τα συγκεκριμένα αναλυτικά βήματα για την αξιολόγηση οριζόντιων συμφωνιών με ευρύτερους στόχους βιωσιμότητας βάσει του άρθρου 101 παράγραφος 1 της ΣΛΕΕ και εάν υπάρχει κάποια μορφή εξισορρόπησης των βλαβών με τα οφέλη μιας τέτοιας συμφωνίας στην παρούσα φάση.

53. Αυτό μπορεί να σχετίζεται περισσότερο με μια μορφή εκτελούμενης αντίστροφης δοκιμής. Αυτή η δοκιμή αξιολογεί τις δυνατότητες ανταγωνισμού, ελλείψει της εν λόγω φερόμενης συμφωνίας. Μόνο εάν διαπιστωθεί ότι, ελλείψει της εν λόγω συμφωνίας, θα υπήρχαν πιθανότητες πραγματικού ή δυνητικού ανταγωνισμού, θα διερευνηθεί περαιτέρω η πιθανότητα παραβίασης της νομοθεσίας περί ανταγωνισμού (δυνητικό αντιπαράδειγμα ανταγωνισμού).⁹⁷ Μια άλλη εκδοχή της αντίστροφης δοκιμής συγκρίνει την ανταγωνιστική κατάσταση που προκύπτει από τον ειδικό συμβατικό περιορισμό και την κατάσταση που θα υπήρχε απουσία αυτού, όσον αφορά συγκεκριμένα αποτελέσματα σε σχέση με την κατάσταση των καταναλωτών (αντιπαράδειγμα περιορισμού). Ο πρώτος τύπος αντίστροφης δοκιμής (δυνητικός ανταγωνισμός) εξετάζει την ικανότητα μιας άλλης επιχείρησης να εισέλθει στην αγορά, ενώ ο δεύτερος (αντιπαράδειγμα περιορισμού) διερευνά επίσης το κίνητρό της να το πράξει υπό συγκεκριμένες συνθήκες. Επίσης, θα μπορούσε κανείς να προβεί σε διάκριση μεταξύ μιας πιο στατικής ανάλυσης, που εστιάζει στο υπάρχον ανταγωνιστικό αποτέλεσμα, παρουσία (και απουσία) της συγκεκριμένης συμφωνίας ή περιορισμού, για παράδειγμα, του επιπέδου τιμολόγησης στη σχετική αγορά και μιας πιο δυναμικής ανάλυσης που διερευνά λεπτομερέστερα πώς θα είχε εξελιχθεί η κατάσταση μεσοπρόθεσμα και μακροπρόθεσμα, κάτι που μπορεί να ταιριάζει καλύτερα με το είδος των ζημιών που αντιμετωπίζουν οι ΣΒΑ. Η ανάλυση μπορεί επομένως να εξελιχθεί από μια διαισθητική εξισορρόπηση που θα λαμβάνει υπόψη πιθανές ζημιές και οφέλη, πραγματικά ή/και πιθανά, για τους καταναλωτές της σχετικής αγοράς, σε μια ευρύτερη ανάλυση προοπτικής /

⁹⁵ Βλ., ACM, Draft Sustainability Agreements (July 2020), <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/sustainability-agreements%5B1%5D.pdf> [στο εξής ACM Sustainability Agreements Guidelines]

⁹⁶ Βλ. κεφάλαιο 4 του ACM Draft Sustainability Agreements Guidelines.

⁹⁷ Βλ., για παράδειγμα, Υπόθεση T- 360/ 09, *E.ON Ruhrgas and E.ON v Commission*, ECLI:EU:T:2012:332.

πρόβλεψης, λαμβάνοντας υπόψη τα συμφέροντα όλων των ενδιαφερομένων (συμπεριλαμβανομένων των διαγενεακών συμφερόντων).

54. Η εφαρμογή του δικαίου του ανταγωνισμού στοχεύει σε συμφωνίες μεταξύ επιχειρήσεων, που είναι πραγματικοί ή δυνητικοί ανταγωνιστές, οι οποίες με τις ενέργειές τους «αντικαθιστούν τους κανόνες που είναι εγγενείς στη συνήθη ανταγωνιστική διαδικασία»⁹⁸ και κατά συνέπεια «μειώνουν ή εξαλείφουν το βαθμό αβεβαιότητας ως προς τη λειτουργία της εν λόγω αγοράς»⁹⁹. Οι γνήσιες ρυθμίσεις βιωσιμότητας στοχεύουν πρωτίστως στην επίλυση διαφόρων ειδών κινδύνου και αβεβαιότητας, που σχετίζονται με το ευρύτερο κοινωνικό κόστος υψηλού αντίκτυπου (και, ενίοτε, χαμηλής πιθανότητας) γεγονότων που μπορεί να προκύψουν από διαρθρωτικές αλλαγές στη βιόσφαιρα. Από αυτή την άποψη, η αξιολόγηση των ενδεχόμενων αντιπαραδειγμάτων, αν κανείς επικεντρωθεί στην ευημερία και όχι στη διαδικασία του ανταγωνισμού, καθίσταται εξαιρετικά περίπλοκη. Ως εκ τούτου, μπορεί να αποτελέσει επιχείρημα ότι η διαχείριση του κινδύνου και της αβεβαιότητας σε αυτό το πλαίσιο συστημικής αλλαγής μέσω διεπιχειρησιακών συμφωνιών ενδέχεται να μην τεκμαίρεται, *ipso facto*, ως προβληματική, από μια ευνοϊκή στοχευμένη προοπτική του δικαίου του ανταγωνισμού. Ωστόσο, στο βαθμό που υπάρχουν άλλες επιλογές συνεργασίας για τη μείωση αυτής της πραγματικά συστημικής αβεβαιότητας, όπως η αυτορρύθμιση, οι εθελοντικές συμφωνίες ή, όπως προτείνουμε στην Ενότητα 5, ένα «περιβάλλον βιωσιμότητας», στο οποίο υπόκεινται όλες σε κάποιο βαθμό ρυθμιστικής εποπτείας, αυτές οι διεπιχειρησιακές ρυθμίσεις ενδέχεται να μην είναι η πιο αποτελεσματική επιλογή, καθώς μπορεί να υπάρχουν και άλλα μέσα για την προώθηση της βιωσιμότητας, αποφεύγοντας ταυτόχρονα την κατάργηση ή τη σημαντική μείωση του ανταγωνισμού που συνοδεύει αυτόν τον τύπο συμφωνιών.¹⁰⁰

2.1.3 Οι συμφωνίες βιωσιμότητας ενδέχεται να μην εμπίπτουν στο άρθρο 101 (1) ΣΛΕΕ ή/και το άρθρο 1(1) ν. 3959/2011 είτε ως παρεπόμενοι ρυθμιστικοί περιορισμοί είτε υπό το πρίσμα της θεωρίας της αντικειμενικής αναγκαιότητας

55. Στην υπόθεση «Albany», το Δικαστήριο της ΕΕ (ΔΕΕ) αποφάνθηκε ότι το άρθρο 101 ΣΛΕΕ δεν εφαρμόζεται στις συλλογικές συμβάσεις διαπραγμάτευσης, ενόψει των «ευρύτερων στόχων που επιδιώκουν η ΕΕ και τα κράτη μέλη της

⁹⁸ Βλ., για παράδειγμα, Υπόθεση T- 472/ 13, *H Lundbeck A/ S and Lundbeck Ltd v Commission*, ECLI:EU:T:2016:449, παράγραφος 429 (έμφαση).

⁹⁹ Υπόθεση C- 238/ 05, *Asnef- Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)* [2006] ECR I- 11125, παράγραφος 51.

¹⁰⁰ Αν και είναι σημαντικό να αξιολογηθούν αυτές οι ρυθμίσεις στο νομικό και οικονομικό τους πλαίσιο, καθίσταται σημαντικό να γίνει μια στοχοθετημένη εφαρμογή ενδεχόμενων εξαιρέσεων από την αρχή της απαγόρευσης για ρυθμίσεις που μπορεί πράγματι να επιτύχουν στόχους βιωσιμότητας με το χαμηλότερο κόστος για την ανταγωνιστική διαδικασία και τους καταναλωτές. Βλ. τα ευρήματα των M. P. Schinkel and Y. Spiegel, 'Can collusion promote sustainable consumption and production?' (2017) 53 *International Journal of Industrial Organization* 371 (παρατηρώντας ότι ο συντονισμός των επενδύσεων στη βιωσιμότητα γενικά οδηγεί σε χαμηλότερες επενδύσεις και βλάπτει τους καταναλωτές, ενώ εάν οι εταιρείες επιλέγουν επενδύσεις στη βιωσιμότητα πριν επιλέξουν την παραγωγή ή τις τιμές, «ο συντονισμός των επιλογών παραγωγής ή των τιμών ενισχύει τις επενδύσεις στη βιωσιμότητα και μπορεί ακόμη και να ενισχύσει το πλεόνασμα των καταναλωτών όταν τα προϊόντα είναι κοντινά υποκατάστατα και το οριακό κόστος της επένδυσης στη βιωσιμότητα είναι σχετικά χαμηλό»).

σχετικά με τη βελτίωση της διαβίωσης και συνθήκες εργασίας, την κατάλληλη κοινωνική προστασία, το διάλογο μεταξύ διοίκησης και εργαζόμενων, την ανάπτυξη ανθρωπίνων πόρων με σκοπό τη διαρκή υψηλή απασχόληση και την καταπολέμηση του αποκλεισμού»¹⁰¹. Το Δικαστήριο έκρινε ότι «συνεπώς, προκύπτει από μια ερμηνεία των διατάξεων της Συνθήκης στο σύνολό της, η οποία είναι τόσο αποτελεσματική όσο και συνεπής, ότι οι συμφωνίες που συνάπτονται στο πλαίσιο συλλογικών διαπραγματεύσεων μεταξύ διοίκησης και εργαζόμενων για την επίτευξη τέτοιων στόχων πρέπει, λόγω της φύσης και του σκοπού τους, να θεωρηθεί ότι δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου [101] παράγραφος 1 της Συνθήκης».¹⁰² Παρόμοια προσέγγιση μπορεί να υιοθετηθεί όσον αφορά ορισμένους ΣΒΑ ενόψει της ύπαρξης των ρητρών οριζόντιας ολοκλήρωσης της Συνθήκης, όπως του άρθρου 11 της ΣΛΕΕ, και της παρουσίας επίσης μιας διάταξης της Συνθήκης που θεσπίζει τουλάχιστον μια ελάχιστη αρμοδιότητα της ΕΕ σε αυτόν τον τομέα.

56. Οι λόγοι δημοσίου συμφέροντος, όπως αυτοί που σχετίζονται με τους ΣΒΑ μπορούν επίσης να αιτιολογήσουν τους φερόμενους περιορισμούς του ανταγωνισμού βάσει του άρθρου 101 παράγραφος 1 της ΣΛΕΕ. Το Δικαστήριο απέκλεισε την εφαρμογή του άρθρου 101 (1) ΣΛΕΕ στην υπόθεση *Wouters*¹⁰³, η οποία αφορά μια απόφαση του Ολλανδικού Δικηγορικού Συλλόγου για απαγόρευση των διεπιστημονικών πρακτικών, έναν περιορισμό του ανταγωνισμού που κρίθηκε απαραίτητος για την ορθή άσκηση του νομικού επαγγέλματος. Το Δικαστήριο έκρινε ότι το άρθρο 101 παράγραφος 1 της ΣΛΕΕ δεν έχει εφαρμογή για περιοριστικές πρακτικές, εφόσον υπάρχει ένας «νόμιμος στόχος» που έχει χαρακτήρα δημοσίου δικαίου και στοχεύει στην προστασία ενός δημόσιου αγαθού¹⁰⁴. Εκτός από την επιδίωξη ενός νόμιμου στόχου, πρέπει να πληρούται το πρότυπο της αναλογικότητας, δηλαδή ο περιορισμός πρέπει να είναι εύλογα απαραίτητος για τη διασφάλιση του συγκεκριμένου νόμιμου συμφέροντος. Σε αυτές τις περιπτώσεις είναι το κράτος εκείνο που εξουσιοδοτεί επαγγελματικές ενώσεις να διαφυλάσσουν το δημόσιο αγαθό που παρέχουν τα μέλη τους, το οποίο ωστόσο περιορίζει περαιτέρω το πεδίο του αντικειμενικού ελέγχου αναγκαιότητας.

57. Εφόσον υπάρχουν νομικά δεσμευτικές υποχρεώσεις που σχετίζονται με τους στόχους της βιωσιμότητας, η προαναφερθείσα νομολογία θα μπορούσε να συνεπάγεται την έγκριση των συμφωνιών βιωσιμότητας. Δεδομένης της ρητής αναφοράς στην «προστασία και βελτίωση της ποιότητας του περιβάλλοντος» και στη «βιώσιμη ανάπτυξη» στη ΣΛΕΕ, καθώς και στη σχετική εθνική νομοθεσία, υπάρχει περιθώριο αντιμετώπισης τέτοιων συμφωνιών, στο βαθμό φυσικά που αυτές δεν επιβάλλουν περιορισμούς στον δυναμικό ανταγωνισμό όσον αφορά τα εμπόδια εισόδου και εξόδου, την καινοτομία και άλλες σημαντικές παραμέτρους

¹⁰¹Υπόθεση C- 67/ 96, *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*[1999] ECR I- 5751, παράγραφος 57.

¹⁰²Ό.π., παράγραφος 60.

¹⁰³Υπόθεση C- 309/ 99, *JCJ Wouters, JW Savelbergh and Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, intervenier: *Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap*[2002] ECR I- 1577.

¹⁰⁴Βλ. ακόμα, Υπόθεση T-23/09, *Conseil National de l' Ordre national des pharmaciens v Commission*, EU:T:2014:1049· Υπόθεση C-519/04P, *Meca-Medina v Commission*, EU:C:2006:492· Υπόθεση C-1/12, *Ordem dos Tecnicos Oficiais de Contas (OTOC) v Autorida de la Concorrenca*, EU:C:2013:127.

του ανταγωνισμού. Αυτή η αξιολόγηση πραγματοποιείται στο πλαίσιο του άρθρου 101 παράγραφος 1 ΣΛΕΕ ή/και του άρθρου 1 του Ν. 3959/2011.

58. Κατά συνέπεια, δεν υπάρχει κανένας λόγος για τον οποίο αυτή η ανεκτική προσέγγιση για την επιβολή του άρθρου 101 παράγραφος 1 της ΣΛΕΕ ή/και του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 να μην εφαρμόζεται και στην περίπτωση συμφωνιών βιωσιμότητας με εγγενώς αναλογικούς περιορισμούς, χωρίς τους οποίους η συμφωνία δεν θα είχε ολοκληρωθεί, και με περιορισμούς απαραίτητους για την υλοποίηση των ΣΒΑ.

2.1.4 Διατύπωση συμφωνιών βιωσιμότητας ως συμφωνίες τυποποίησης

59. Μια άλλη δυνατότητα να ξεπεραστεί ο περιττός έλεγχος σύμφωνα με το άρθρο 101 παράγραφος 1 της ΣΛΕΕ ή/και το άρθρο 1 ν. 3959/2011 είναι να διατυπώνεται η συμφωνία βιωσιμότητας ως συμφωνία τυποποίησης.¹⁰⁵ Οι συμφωνίες τυποποίησης ενδέχεται να περιορίζουν τον ανταγωνισμό εξ αντικειμένου, ιδίως εάν το πρότυπο χρησιμοποιείται ως μέρος μιας ευρύτερης περιοριστικής συμφωνίας που αποσκοπεί στον αποκλεισμό πραγματικών ή δυνητικών ανταγωνιστών, ιδίως με τη χρήση κανόνων και προτύπων προκειμένου να αποφευχθεί ή να καθυστερήσει η εισαγωγή νέας τεχνολογίας¹⁰⁶. Ο καθορισμός προτύπου και η άσκηση πίεσης σε τρίτους να μην εμπορεύονται προϊόντα που δεν συμμορφώνονται με το πρότυπο μπορεί επίσης να συνιστά παράβαση του δικαίου του ανταγωνισμού.¹⁰⁷ Ωστόσο, η εκτίμηση των περιοριστικών επιπτώσεων του καθορισμού προτύπων θα πρέπει να λαμβάνει υπόψη το νομικό και οικονομικό τους πλαίσιο όσον αφορά την πραγματική και πιθανή επίδρασή τους στον ανταγωνισμό. Προέχει σε αυτό το πλαίσιο να μπορούν να ενταχθούν στην εικόνα οι ανησυχίες για τη βιωσιμότητα. Επιπλέον, οι κατευθυντήριες γραμμές της ΕΕ για τους οριζόντιους περιορισμούς προσφέρουν έναν ασφαλή λιμένα, διαπιστώνοντας ότι οι συμφωνίες καθορισμού προτύπων μπορούν επίσης να εκφύγουν από την απαγόρευση εάν «η συμμετοχή στη ρύθμιση προτύπων είναι *απεριόριστη* [...] η διαδικασία θέσπισης του εν λόγω προτύπου είναι *διαφανής*, οι συμφωνίες τυποποίησης [...] *δεν περιλαμβάνουν καμία υποχρέωση συμμόρφωσης* με το πρότυπο και παρέχουν *πρόσβαση στο πρότυπο με δίκαιους, εύλογους και αμερόληπτους όρους*».¹⁰⁸ Αυτές θεωρούνται ως «κανονικά» μη περιορίζουσες τον ανταγωνισμό κατά την έννοια του άρθρου 101 παράγραφος 1. Εάν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 101 παράγραφος 1 της ΣΛΕΕ, οι συμφωνίες τυποποίησης μπορούν να αιτιολογούνται βάσει του άρθρου 101 παράγραφος 3 της ΣΛΕΕ.¹⁰⁹

60. Όσον αφορά την αξιολόγηση μιας συμφωνίας καθορισμού προτύπων σύμφωνα με το άρθρο 101 παράγραφος 3 της ΣΛΕΕ, σε περίπτωση που δεν ισχύει

¹⁰⁵ Κατευθυντήριες Γραμμές για την εφαρμογή του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης σε συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας [2011] OJ C 11/ 1, παράγραφος 257 επ.

¹⁰⁶ *Προ-μονωμένοι σωλήνες (Pre- insulated pipes)* (Υπόθεση COMP IV/ 35.691) Απόφαση Επιτροπής 1999/ 60/ EC [1999] OJ L 24/ 1, παράγραφος 147.

¹⁰⁷ Κατευθυντήριες Γραμμές για την εφαρμογή του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης σε συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας [2011] OJ C 11/ 1, παράγραφος 273.

¹⁰⁸ Ο.π., 280.

¹⁰⁹ Βλ., Ενότητα 2.2.

ο πρώτος προαναφερθείς ασφαλής λιμένας, οι Κατευθυντήριες Γραμμές επισημαίνουν επίσης τις θετικές επιπτώσεις της ανάπτυξης προτύπων στις ποιοτικές, τις σχετικές με την ασφάλεια και τις περιβαλλοντικές πτυχές ενός προϊόντος στην επιλογή των καταναλωτών και την ποιότητα των προϊόντων, καθώς και το ρόλο τους στην καινοτομία, ιδίως με τη μείωση του χρόνου που απαιτείται για την εισαγωγή μιας νέας τεχνολογίας στην αγορά και με το ότι επιτρέπουν στις εταιρείες να αξιοποιούν τις αποδεκτές λύσεις.¹¹⁰ Προκειμένου να επιτευχθούν αυτές οι βελτιώσεις αποτελεσματικότητας, οι απαραίτητες για την εφαρμογή του προτύπου πληροφορίες πρέπει να είναι πραγματικά διαθέσιμες σε όσους επιθυμούν να εισέλθουν στην αγορά. Σημειώνεται, ωστόσο, ότι οι περιορισμοί σε μια συμφωνία τυποποίησης που καθιστά ένα πρότυπο δεσμευτικό και υποχρεωτικό για τον κλάδο δεν είναι κατ' αρχήν απαραίτητοι και επομένως δεν καλύπτονται από το άρθρο 101 παράγραφος 3 της ΣΛΕΕ.¹¹¹ Η αξιολόγηση της κατάστασης της πιθανής μετακύλισης των βελτιώσεων αποτελεσματικότητας στους καταναλωτές συνεπάγεται, στο πλαίσιο αυτό, εξέταση του κατά πόσον οι διαδικασίες χρησιμοποιούνται για τη διασφάλιση της προστασίας των συμφερόντων των χρηστών των προτύπων και των τελικών καταναλωτών. Η μετακύλιση τεκμαίρεται για ορισμένους τύπους προτύπων, όπως εκείνους που διευκολύνουν την τεχνική διαλειτουργικότητα¹¹², ενώ για άλλους, είναι απαραίτητο να πραγματοποιείται κατά περίπτωση αξιολόγηση και με βάση το οικονομικό πλαίσιο για το εάν αυτά είναι πιθανό να περάσουν στους καταναλωτές.¹¹³ Στο βαθμό που υιοθετείται μια ευρεία άποψη του «χρήστη» για την κάλυψη όχι μόνο των καταναλωτών της συγκεκριμένης σχετικής επηρεαζόμενης αγοράς, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι το τεκμήριο μετακύλισης θα πρέπει επίσης να ισχύει για συμφωνίες καθορισμού προτύπων που υλοποιούν ΣΒΑ.

61. Ένα αξιοσημείωτο και πρόσφατο παράδειγμα επιχείρησης που επιδιώκει να αντιμετωπίσει την κλιματική αλλαγή μέσω της χρήσης προτύπων αποτελεί η ιδιωτική συμφωνία μεταξύ τεσσάρων αυτοκινητοβιομηχανιών, των Ford, Honda, BMW και VW και της πολιτείας της Καλιφόρνια περί συμμόρφωσης με υψηλότερα πρότυπα για τις εκπομπές καυσαερίων από εκείνα που υποστηρίζει η κυβέρνηση των ΗΠΑ.¹¹⁴ Είναι ένα κλασικό παράδειγμα του «μειονεκτήματος της πρωτοπορίας», καθώς κανένας από τους προαναφερόμενους κατασκευαστές αυτοκινήτων δεν θα είχε μειώσει μονομερώς τις εκπομπές καυσαερίων του, με αποτέλεσμα να βρίσκεται με ανταγωνιστικό μειονέκτημα έναντι των άλλων κατασκευαστών αυτοκινήτων. Αυτά τα πρότυπα αυξάνουν τα κόστη των συμμορφούμενων εταιρειών, όχι απαραίτητα τις τιμές τους.

62. Η προσήλωση των αρχών ανταγωνισμού σε ένα στενά σχεδιασμένο κριτήριο «ευημερίας των καταναλωτών» χωρίς να λαμβάνουν υπόψη τις προαναφερθείσες εκτιμήσεις ενδέχεται να θέτει σε κίνδυνο την εξέταση ευρύτερων ανησυχιών «μη οικονομικού χαρακτήρα», δημοσίου συμφέροντος ή

¹¹⁰Κατευθυντήριες Γραμμές για την εφαρμογή του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης σε συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας [2011] OJ C 11/ 1, παράγραφος 308.

¹¹¹Ο.π., παράγραφος 318.

¹¹²Ο.π., παράγραφος 321.

¹¹³Ο.π., παράγραφος 323.

¹¹⁴ Βλ., <https://www.wsj.com/articles/justice-department-launches-antitrust-probe-into-four-auto-makers-11567778958>.

ανησυχιών «ανεξάρτητων με τον ανταγωνισμό» εάν η συγκεκριμένη συμφωνία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 101 παράγραφος 1 της ΣΛΕΕ και πρέπει να αξιολογηθεί βάσει του άρθρου 101 παράγραφος 3 της ΣΛΕΕ ή/και της αντίστοιχης εθνικής διάταξης (άρθρο 1 παράγραφος 1 και παράγραφος 1 του ν. 3959/2011). Μολονότι το αυτονόητο κριτήριο της εξισορρόπησης σύμφωνα με το άρθρο 101 παράγραφος 1 της ΣΛΕΕ μπορεί να λάβει ευρύ περιεχόμενο ώστε να καλύπτει θέματα βιωσιμότητας, το άρθρο 101 παράγραφος 3 της ΣΛΕΕ επιβάλλει αυστηρότερα κριτήρια. Σε αυτό το πλαίσιο αναφέρεται πιο συχνά το κενό βιωσιμότητας. Το βασικό ζήτημα είναι εάν τα οφέλη βιωσιμότητας καθαυτά μπορεί να αρκούν για την ικανοποίηση των προϋποθέσεων του άρθρου 101 παράγραφος 3 της ΣΛΕΕ ή/και του άρθρου 1 (3) ν. 3959/2011, χωρίς απαραίτητως η εν λόγω συμφωνία να παρέχει οφέλη στον καταναλωτή της σχετικής αγοράς προϊόντος (ή στον «χρήστη» του εν λόγω προϊόντος). Αυτό εγείρει το ερώτημα πόσο ευρεία πρέπει να είναι η ερμηνεία των «ωφελημάτων για τους καταναλωτές» ή εναλλακτικά εάν η έννοια του όρου «χρήστης» πρέπει να θεωρείται ευρύτερη από την έννοια του όρου «καταναλωτής».

2.2 Η βιωσιμότητα με βάση το άρθρο 101 (3) ΣΛΕΕ και το άρθρο 1(3) ν. 3959/2011

63. Το άρθρο 101 παράγραφος 3 και το άρθρο 1 παράγραφος 3 του νόμου 3959/2011 ορίζουν μια συμφωνία που να πληροί σωρευτικά τέσσερις προϋποθέσεις προκειμένου για την εξαίρεσή της. Ορισμένες από αυτές τις προϋποθέσεις μπορεί να καταστήσουν δυσχερέστερη, και ενίοτε αδύνατη, την εξαίρεση ορισμένων συμφωνιών βιωσιμότητας. Ως εκ τούτου, πρέπει να ερμηνευθούν εκ νέου ενόψει του ευρύτερου συνταγματικού πλαισίου στο ενωσιακό δίκαιο που απορρέει από τις ρήτρες οριζόντιας ολοκλήρωσης της Συνθήκης και του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων.

2.2.1 Προϋποθέσεις του άρθρου 101 (3) ΣΛΕΕ ή/και του άρθρου 1(3) ν. 3959/2011

α) Βελτιώσεις και οικονομική πρόοδος

64. Η πρώτη προϋπόθεση του άρθρου 101 παράγραφοι 3 ή/και του άρθρου 1 ν. 3959/2011 είναι ότι η συμφωνία πρέπει να συμβάλλει στη βελτίωση της παραγωγής ή της διανομής αγαθών ή στην προώθηση της τεχνικής ή οικονομικής πρόοδου. Σε ορισμένες υποθέσεις που χρονολογούνται πριν από την έκδοση του Κανονισμού 1/2003, τα δικαστήρια της ΕΕ αναγνώρισαν τη διακριτική ευχέρεια της Επιτροπής να λαμβάνει υπόψη τους στόχους δημοσίου συμφέροντος κατά την εφαρμογή του άρθρου 101 παράγραφος 3.¹¹⁵ Βάσει αυτής της νομολογίας, η Επιτροπή έλαβε υπόψη της το δημόσιο συμφέρον κατά την εφαρμογή του άρθρου 101 παράγραφος 3 της ΣΛΕΕ. Σε ορισμένα άλλα έγγραφα, η Επιτροπή

¹¹⁵Υπόθεση C- 26/ 76, *Metro v Commission* [1977] ECR 1875, παράγραφος 21· Συνεκδικασθείσες Υποθέσεις T- 538, 542, 543 & 546/ 93, *MétropoleTélévision v Commission* [1996] ECR II- 649, παράγραφος 118: «Στο πλαίσιο μιας συνολικής αξιολόγησης, η Επιτροπή δικαιούται να στηριχθεί σε ζητήματα που σχετίζονται με την επίδωξη του δημοσίου συμφέροντος προκειμένου να χορηγήσει εξαίρεση βάσει του άρθρου [101 παράγραφος 3]».

αντιλαμβάνεται τα «θετικά οικονομικά αποτελέσματα» της συμφωνίας ως «βελτιώσεις αποτελεσματικότητας», υιοθετώντας έτσι μια στενή αντίληψη του είδους των βελτιώσεων που περιλαμβάνονται στην αξιολόγηση.¹¹⁶ Αυτά πρέπει να είναι αντικειμενικά, υπό την έννοια ότι δεν εξαρτώνται από τις υποκειμενικές γνώμες των εμπλεκόμενων μερών και να βασίζονται σε επαληθεύσιμα στοιχεία.¹¹⁷

65. Οι συμφωνίες βιωσιμότητας ενδέχεται να εμπίπτουν στη συγκεκριμένη προϋπόθεση του άρθρου 101 παράγραφος 3 της ΣΛΕΕ. Η Επιτροπή έχει ήδη λάβει υπόψη περιβαλλοντικούς λόγους κατά την ερμηνεία και την εφαρμογή του άρθρου 101 παράγραφος 3 της ΣΛΕΕ.¹¹⁸

66. Ειδικότερα, στην υπόθεση *CECED*, η Επιτροπή έλαβε κατ' εξαίρεση υπόψη ως βελτιώσεις αποτελεσματικότητας βελτιώσεις που δεν δημιουργήθηκαν στη συγκεκριμένη σχετική αγορά, όπου έγιναν αισθητές οι αντι-ανταγωνιστικές επιπτώσεις, αλλά και «συλλογικά περιβαλλοντικά οφέλη» που δεν περιορίζονταν απαραίτητα στη συγκεκριμένη σχετική αγορά.¹¹⁹ Ο ΟΟΣΑ έχει επίσης αναγνωρίσει «την εξοικονόμηση κόστους, την καινοτομία, τη βελτιωμένη ποιότητα και την αποτελεσματικότητα» ως «άμεσα οικονομικά οφέλη» που «αναγνωρίζονται συνήθως στην ανάλυση του ανταγωνισμού ως βελτιώσεις αποτελεσματικότητας¹²⁰. Αρκετά, ή ακόμα και τα περισσότερα, οφέλη βιωσιμότητας είναι πιθανό να εμπίπτουν σε έναν ή περισσότερους από τους παραπάνω χαρακτηρισμούς.¹²¹

67. Σύμφωνα με μια πάγια αρχή της νομολογίας του ΔΕΕ, «το ερώτημα για το εάν αν υπάρχει βελτίωση στην παραγωγή της διανομής των εν λόγω προϊόντων, η οποία απαιτείται για τη χορήγηση απαλλαγής, θα πρέπει να απαντηθεί σύμφωνα

¹¹⁶Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Ανακοίνωση - Ανακοίνωση - Κατευθυντήριες γραμμές για την εφαρμογή του άρθρου 81 παράγραφος 3 της συνθήκης, [2004] OJ C 101/97, παράγραφοι 33 & 42 (παρατηρώντας ότι «οι στόχοι που επιδιώκονται από άλλες διατάξεις της Συνθήκης μπορούν να ληφθούν υπόψη στο βαθμό που μπορούν να υπαχθούν υπό τις τέσσερις προϋποθέσεις του άρθρου [101 παράγραφος 3]»).].

¹¹⁷Ο.π., παράγραφοι 49 & 56.

¹¹⁸ Βλ., *Philips/ Osram* (Υπόθεση IV/ 34.252) Απόφαση της Επιτροπής 94/ 986/ EC [1994] OJ L 378/ 37, παράγραφος 27: «[Η] χρήση καθαρότερων εγκαταστάσεων θα έχει ως αποτέλεσμα λιγότερη ατμοσφαιρική ρύπανση και, κατά συνέπεια, άμεσα και έμμεσα οφέλη για τους καταναλωτές από τη μείωση των αρνητικών εξωτερικών παραγόντων · *CECED* (Υπόθεση IV.F.1/ 36.718) Απόφαση της Επιτροπής 2000/ 475/ EC [1999] OJ L 187/ 47, παράγραφοι 55– 7; *DSD* (Υποθέσεις COMP/ 34493 etc) Απόφαση της Επιτροπής 2001/ 837/ EC [2001] L 319/ 1, παράγραφος 148: «Οι καταναλωτές θα επωφεληθούν επίσης ως αποτέλεσμα της βελτίωσης της περιβαλλοντικής ποιότητας που επιδιώκεται, ουσιαστικά της μείωσης του όγκου των συσκευασιών.»

¹¹⁹Βλ. *CECED* (Υπόθεση IV.F.1/ 36.718) Απόφαση Επιτροπής 2000/ 475/ EC [1999] OJ L 187/ 47, παράγραφοι 55– 7. Βλ. ακόμα *P&I Clubs* (Υποθέσεις IV/ D- 1/ 30.373 and IV/ D- 1/ 37.143) Απόφαση της Επιτροπής 1999/ 329/ EC [1999] OJ L 125/ 12, επισημαίνοντας ότι οι εν λόγω συμφωνίες που αφορούν την άμεση αγορά θαλάσσιας ασφάλισης δεν θα ωφεληθούν μόνο τους πλοιοκτήτες (τους άμεσους πελάτες των συλλόγων προστασίας και αποζημίωσης) και τους τελικούς καταναλωτές των πλοιοκτητών, είτε πρόκειται για επιβάτες είτε για μεταφορείς αγαθών, οι οποίοι επωφελούνται επίσης από την παροχή ενός τέτοιου επιπέδου ασφάλισης, αλλά και «οποιοδήποτε άλλου τρίτου προσώπου που θα μπορούσε να υποστεί εξωσυμβατικές ζημιές που προκλήθηκαν από πλοιοκτήτη (όπως θαλάσσια ρύπανση)».

¹²⁰ Βλ. 2010 OECD Report, OFT – OECD, OFT Contribution to the OECD Policy Roundtable on Horizontal Agreements on the Environmental Context 2010 (24 November 2011), σελ. 11.

¹²¹ Βλ. ενότητα 1.2, παράγραφος. 18-28.

με το πνεύμα του άρθρου [101 ΣΛΕΕ]».122 Η λειτουργία εξισορρόπησης της βελτίωσης αποτελεσματικότητας οδηγεί επίσης την Επιτροπή στο να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι «είναι απαραίτητο να επαληθευτεί ποιος είναι ο σύνδεσμος μεταξύ της συμφωνίας και της επικαλούμενης βελτίωσης της αποτελεσματικότητας» (η απαίτηση μιας αιτιώδους σχέσης, αν και η Επιτροπή δεν θα αποκλείσει από την εξέταση ευρύτερες επιρροές που ενισχύουν την αποδοτικότητα).123 Υπό αυτήν την έννοια, είναι στην πραγματικότητα σφάλμα να χαρακτηρίζεται η βιωσιμότητα ή οποιαδήποτε άλλα οφέλη ως «έμμεσα οικονομικά οφέλη» ή ως ζητήματα «μη ανταγωνισμού». Θα πρέπει να εξετάζονται τα συγκεκριμένα οφέλη και να εφαρμόζεται το δίκαιο αναλόγως. Σε αυτό το πλαίσιο, πρέπει να λαμβάνεται υπόψη το σύνολο των πλεονεκτημάτων μιας συμφωνίας για όλους τους χρήστες124. Το ζητούμενο δεν είναι τι είδους οφέλη και κόστη βιωσιμότητας πρέπει να λαμβάνονται υπόψη, αλλά πώς θα καταστεί δυνατή η χρηματική αποτίμηση με τα παρεχόμενα εργαλεία, για παράδειγμα, από την περιβαλλοντική και οικολογική οικονομική, καθώς και από τη βαρύτητα που θα πρέπει να δοθεί σε καθένα από αυτά.

64. Σε αυτό το πλαίσιο, το Σχέδιο Κατευθυντήριων Γραμμών της Ολλανδικής ACM σχετικά με τη βιωσιμότητα παρέχει περισσότερες πληροφορίες σχετικά με τις ρυθμίσεις που εμπίπτουν στο άρθρο 101 παράγραφος 3 και τη σχετική διάταξη του ολλανδικού νόμου περί ανταγωνισμού, ο οποίος μπορεί να προσφέρει βελτιώσεις αποτελεσματικότητας, συμπεριλαμβανομένων των «αντικειμενικών οφελών βιωσιμότητας». Τα αντικειμενικά οφέλη βιωσιμότητας ορίζονται ως οφέλη που είναι πολύτιμα όχι μόνο για τους χρήστες αλλά και για την κοινωνία (ή τμήματα αυτής) γενικά. Τα εμπλεκόμενα μέρη μπορούν να τεκμηριώνουν τα οφέλη των πρωτοβουλιών βιωσιμότητας ποιοτικά ή ποσοτικά, ενώ οι κατευθυντήριες γραμμές περικλείουν επίσης τις έννοιες του «πραγματικού κόστους» και των «πραγματικών τιμών» που χρησιμοποιούνται στις αναλύσεις του αντίκτυπου της ειδικής συμφωνίας στην παραγωγή.125

β) Δίκαιο μερίδιο των προκυπτώντων οφελών για τους Καταναλωτές.

68. Ένα βασικό εμπόδιο για μια ευρύτερη προσέγγιση στην εφαρμογή του άρθρου 101 παράγραφος 3 είναι ότι η συμφωνία θα πρέπει να επιτρέπει στους «χρήστες» ένα δίκαιο μερίδιο των προκυπτώντων οφελών, το οποίο συχνά ερμηνεύεται ως η απαίτηση ότι ένα δίκαιο μερίδιο του συγκεκριμένου οφέλους πρέπει να περιέρχεται στην ομάδα χρηστών της σχετικής αγοράς που επηρεάστηκαν από τον περιορισμό του ανταγωνισμού κατά κύριο λόγο. Αλλά ποιοι είναι οι σχετικοί χρήστες εν προκειμένω και τι αποτελεί ένα «δίκαιο» μερίδιο από τα προκύπτοντα οφέλη;

69. Μια στενή αντίληψη της έννοιας του «χρήστη» θα λάμβανε υπόψη έναν αντιπροσωπευτικό καταναλωτή, τελικό ή ενδιάμεσο, σε μια συγκεκριμένη σχετική αγορά. Η έννοια των καταναλωτών δεν θα έπρεπε να νοείται ως αναφερόμενη μόνο στους υφιστάμενους πελάτες των εν λόγω επιχειρήσεων στη

122]Joined Cases 56 & 58/ 64, *ConstenSaRL&GrundigVerkaufs- GmbH v Commission* [1966] ECR 299. Συνεκδικασθείσες Υποθέσεις 56 & 58/ 64, *ConstenSaRL&GrundigVerkaufs- GmbH v Commission* [1966] ECR 299

123Κατευθυντήριες Γραμμές του Άρθρου 101(3) (πρώην 81(3)), παράγραφος 50.

124Βλ. 2010 OECD Report, OFT – OECD, OFT Contribution to the OECD Policy Roundtable on Horizontal Agreements on the Environmental Context 2010 (24 November 2011), σελ. 98.

125 Βλ. ενότητα 5a του ACM Draft Sustainability Agreements Guidelines.

σχετική αγορά, αλλά και στους «μελλοντικούς αγοραστές», και πάλι στην ίδια σχετική αγορά. Αυτό, ωστόσο, δεν συνάδει με την έμφαση που δίνεται στα οφέλη της βιωσιμότητας για την οικονομία και το μακροπρόθεσμο συμφέρον των καταναλωτών. Μια τέτοια προσέγγιση κινδυνεύει να υπονομεύσει τις συμφωνίες βιωσιμότητας ζωτικής σημασίας, όπως αυτές για την καταπολέμηση της κλιματικής αλλαγής.

70. Θα μπορούσε κάποιος να ισχυριστεί ότι η αξιολόγηση δεν πρέπει να περιορίζεται στο όφελος για τους πραγματικούς (ή μελλοντικούς) καταναλωτές της συγκεκριμένης σχετικής αγοράς, αλλά θα πρέπει να επεκτείνεται προκειμένου να εκτιμώνται όλα τα οφέλη της συμπεριφοράς η οποία διαπιστώθηκε ότι περιορίζει τον ανταγωνισμό σύμφωνα με το άρθρο 101 (1) ΣΛΕΕ, χωρίς να περιορίζεται η αξιολόγηση μόνο σε εκείνα που σχετίζονται με τη συγκεκριμένη σχετική αγορά.¹²⁶ Η υιοθέτηση ενός «ευρέος» ορισμού των οφελών για τους «καταναλωτές», ο οποίος επεκτείνει την αξιολόγηση του άρθρου 101 παράγραφος 3 της ΣΛΕΕ σε άλλες αγορές πέραν της σχετικής, θα απαιτούσε, ωστόσο, κάποια αρχή οριοθέτησης, ακόμη και αν η αξιολόγηση αφορά μόνο τα οφέλη για τους «καταναλωτές» και όχι οφέλη για όλους τους άλλους εμπλεκόμενους παράγοντες.

71. Θα μπορούσε να ληφθεί μια πιο ρεαλιστική διάσταση των συμφερόντων των χρηστών. Οι χρήστες δραστηριοποιούνται ταυτόχρονα σε διάφορους κοινωνικούς τομείς και έχουν ευρύτερα συμφέροντα από τα στενά οικονομικά τους στη συγκεκριμένη σχετική αγορά. Η τρέχουσα προσέγγιση, η οποία απλώς εκτιμά την επίδραση μιας συγκεκριμένης συμφωνίας στις τιμές σε μια σχετική αγορά, δεν λαμβάνει υπόψη την πολυπλοκότητα των κοινωνικών αλληλεπιδράσεων και τα αλληλεπικαλυπτόμενα παιχνίδια στα οποία συμμετέχει καθένας από αυτούς τους χρήστες, έχοντας έτσι μια πιο ακριβή εικόνα των γενικότερων συμφερόντων και στρατηγικών τους σε διάφορους κοινωνικούς τομείς, ως καταναλωτές, πολίτες, εργαζόμενοι¹²⁷.

72. Ωστόσο, θα πρέπει να αναγνωριστεί ότι χρειάζεται να υπάρχουν ορισμένα όρια στην έννοια του «χρήστη», λαμβανομένου υπόψη του πλαισίου της αξιολόγησης του ανταγωνισμού σύμφωνα με το άρθρο 101 παράγραφος 3 της ΣΛΕΕ. Η αξιολόγηση βάσει του άρθρου 101 παράγραφος 3 των οφελών που απορρέουν από περιοριστικές συμφωνίες πραγματοποιείται κατ' αρχήν εντός των ορίων κάθε σχετικής αγοράς και η προϋπόθεση ότι οι καταναλωτές πρέπει να λαμβάνουν ένα δίκαιο μερίδιο των οφελών συνεπάγεται γενικά ότι η αποτελεσματικότητα που δημιουργείται από την περιοριστική συμφωνία εντός μιας σχετικής αγοράς πρέπει να είναι επαρκής προκειμένου να αντισταθμίσει τα αντι-ανταγωνιστικά αποτελέσματα που προκύπτουν από τις συμφωνίες στην ίδια σχετική αγορά. Οι αρνητικές επιπτώσεις στους καταναλωτές σε σχέση με ένα

¹²⁶ Βλ., για παράδειγμα, Υπόθεση T- 86/ 95, *Compagnie Générale Maritime v Commission of the European Communities* [2002] ECR II- 1011· [2002] 4 CMLR 29, παράγραφος 343. Βλ. ακόμα Υπόθεση T- 213/00, *CMA CGM SA v Commission of the European Communities* [2003] ECR II- 913, παράγραφος 227.

¹²⁷ Βλ. I. Lianos, *Polycentric Competition Law*, (2018) *Current Legal Problems* 161, 173 (σημειώνοντας ότι «τα άτομα κατανέμονται σε διαφορετικές διαρθρωτικές θέσεις με διαφορετικά στρατηγικά σύνολα χωρίς να λαμβάνουν απαραίτητα υπόψη το ευρύτερο κοινωνικό πλαίσιο της θέσης τους, και την παρουσία και την αλληλεπίδρασή τους σε άλλους τομείς κοινωνικής δραστηριότητας»).

προϊόν ή σε μια γεωγραφική αγορά δεν μπορούν κανονικά να σταθμίζονται και να αντισταθμίζονται από θετικές επιπτώσεις σε κάποιο άλλο μη σχετικό προϊόν ή γεωγραφική αγορά. Ωστόσο, όταν δύο αγορές συνδέονται, μπορεί να λαμβάνεται υπόψη η αποτελεσματικότητα που επιτυγχάνεται στην καθμία χωριστά «υπό την προϋπόθεση ότι η ομάδα πελατών που επηρεάζεται από τον περιορισμό και επωφελείται από τη βελτίωση αποτελεσματικότητας είναι ουσιαστικά η ίδια».¹²⁸

73. Σε ορισμένες περιπτώσεις, ωστόσο, η Επιτροπή έλαβε υπόψη «την αποτελεσματικότητα της αγοράς» ενόψει «αντικειμενικών πραγματικών στοιχείων» ειδικά για τις υπό εξέταση συνθήκες.¹²⁹ Η νομολογία των δικαστηρίων της ΕΕ έχει επίσης υιοθετήσει μια πιο χαλαρή προσέγγιση όσον αφορά τη σύνδεση μεταξύ της «κατηγορίας» χρηστών που επηρεάζονται από την αντι-ανταγωνιστική συμπεριφορά και εκείνων που επωφελούνται από τις φερόμενες βελτιώσεις ή την οικονομική πρόοδο. Στην υπόθεση *Compagnie Générale Maritime κατά Επιτροπής*, κρίθηκε ότι «πρέπει φυσικά να ληφθούν υπόψη τα πλεονεκτήματα που απορρέουν από την εν λόγω συμφωνία, όχι μόνο για τη σχετική αγορά [. . .] αλλά επίσης, όπου χωρεί, για κάθε άλλη αγορά στην οποία η εν λόγω συμφωνία μπορεί να έχει ευεργετικά αποτελέσματα, ακόμα και, γενικότερα, για οποιαδήποτε υπηρεσία ή ποιότητα ή η αποτελεσματικότητα της οποίας θα μπορούσε να βελτιωθεί από την ύπαρξη αυτής της συμφωνία [. . .] χωρίς να απαιτείται συγκεκριμένη σύνδεση με τη σχετική αγορά».¹³⁰

74. Κατά την αξιολόγηση του αποτελέσματος των αντι-ανταγωνιστικών συμφωνιών σε αμφίδρομες αγορές στην υπόθεση Mastercard, το Δικαστήριο έκρινε ότι «είναι απαραίτητο να ληφθεί υπόψη το σύστημα στο οποίο εντάσσεται το μέτρο αυτό, συμπεριλαμβανομένων, κατά περίπτωση, όλων των αντικειμενικών πλεονεκτημάτων που απορρέουν από το μέτρο αυτό όχι μόνο στην αγορά για την οποία έχει διαπιστωθεί ο περιορισμός, αλλά και στην αγορά που περιλαμβάνει την έτερη ομάδα καταναλωτών που συνδέονται με το εν λόγω σύστημα, ιδίως όταν, όπως εν προκειμένω, δεν αμφισβητείται ότι υπάρχει αλληλεπίδραση μεταξύ των δύο πλευρών του εν λόγω συστήματος».¹³¹ Ωστόσο, το Δικαστήριο παρέμεινε ανοιχτό στο ενδεχόμενο κάθε ομάδα καταναλωτών (σε κάθε σχετική αγορά) να μην επωφεληθεί απαραιτήτως από το ίδιο μερίδιο αυτού του οφέλους, αλλά απλώς θα πρέπει όλοι να απολαμβάνουν αισθητά αντικειμενικά πλεονεκτήματα, ακόμη και αν αυτά δεν έχουν «την ίδια έκταση».¹³² Λόγω αυτής της ευρείας διατύπωσης, δεν είναι σαφές εάν αυτό σημαίνει ότι η νομολογία αποδέχεται πλέον την προϋπόθεση ότι η κατηγορία καταναλωτών που καρπώνονται τα οφέλη της συμφωνίας πρέπει να είναι ουσιαστικά ίδια με εκείνη που επηρεάζεται από τα περιοριστικά της αποτελέσματα.

¹²⁸Ο.π., παράγραφος 43.

¹²⁹*Star Alliance* (Υπόθεση COMP/ AT.39595) Απόφαση της Επιτροπής, παράγραφοι 57– 8 (όπως «μια ορισμένη απόκλιση μεταξύ του ορισμού της αγοράς από την πλευρά της ζήτησης και της προσφοράς, αμφίδρομης ροής αποτελεσματικότητας και σημαντική ομοιότητα μεταξύ των ομάδων επιβατών που ταξιδεύουν στη διαδρομή ενδιαφέροντος και σχετίζονται με τα δρομολόγια πίσω και πέρα από αυτή»).

¹³⁰Υπόθεση T- 86/ 95, *Compagnie Générale Maritime v Commission of the European Communities* [2002] ECR II- 1011, παράγραφος 343. Βλ. ακόμα, Υπόθεση T- 213/ 00 *CMA CGM SA v Commission of the European Communities* [2003] ECR II- 913· [2003] 5 CMLR 4, παράγραφος 227.

¹³¹Υπόθεση C- 382/ 12 P, *MasterCard Inc and Others v Commission*, ECLI:EU:C:2014:2201, παράγραφος 237.

¹³²Ο.π., παράγραφος 248. Βλ. ακόμα τις Προτάσεις του ΓΕ Mengozzi, παράγραφος 161.

75. Η προσέγγιση που ακολουθήθηκε δεν διαφέρει πολύ από την εκτίμηση της δυναμικής αποτελεσματικότητας, καθώς μια συγκεκριμένη καινοτομία μπορεί να αποτελέσει πηγή οικονομικής ανάπτυξης σε διάφορους οικονομικούς τομείς, και κατά συνέπεια σχετικές αγορές, ιδίως εάν σχετίζεται με μια Τεχνολογία Γενικού Σκοπού. Στην υπόθεση *GlaxoSmithKline*¹³³, τόσο το Γενικό Δικαστήριο όσο και το ΔΕΕ αναγνώρισαν ότι οι δυναμικές αποτελεσματικότητες που προκύπτουν μέσω πρωτοβουλιών καινοτομίας μπορούν να θεωρηθούν ως σχετικά οφέλη, αναγνωρίζοντας ότι τα οφέλη μιας συμφωνίας δεν πρέπει κατ' ανάγκη να προκύπτουν στην ίδια αγορά όπου εμφανίζονται οι επιβλαβείς επιπτώσεις. Επομένως, είναι απολύτως εύλογο να ισχυριστούμε ότι «οι υψηλότερες τιμές που αντιμετωπίζουν σήμερα οι καταναλωτές μπορούν να ανταλλάσσονται με μακροπρόθεσμα οφέλη για την κοινωνία».¹³⁴

76. Δεδομένου ότι οι συμφωνίες βιωσιμότητας έχουν ευρεία εφαρμογή, δεν θα πρέπει να είναι απαραίτητο η ομάδα πελατών που επηρεάζεται από τον περιορισμό και η ομάδα που επωφελείται από τα κέρδη απόδοσης να είναι ουσιαστικά η ίδια, αρκεί να αλληλοεπικαλύπτονται. Το 101(3) των Κατευθυντήριων Γραμμών της Επιτροπής¹³⁵ ορίζει «ότι το καθαρό αποτέλεσμα της συμφωνίας πρέπει να είναι ουδέτερο από την άποψη των καταναλωτών που επηρεάζονται άμεσα ή έμμεσα από τη συμφωνία».¹³⁶ Αυτό μπορεί να εξακολουθεί να λειτουργεί εφόσον πραγματώνεται εστιάζοντας στο σύνολο των επηρεαζόμενων χρηστών και όχι μόνο σε ένα υποσύνολο αυτών, δηλ. εκείνων που επηρεάζονται άμεσα από τους περιορισμούς του ανταγωνισμού.

77. Σε κάθε περίπτωση, δεν αποτελεί προϋπόθεση να επωφελούνται οι ίδιοι καταναλωτές από κάθε βελτίωση και οικονομική πρόοδο που διαπιστώνεται υπό την πρώτη προϋπόθεση. Αρκεί να μετακυλιούνται επαρκή οφέλη στην ευρύτερη κοινωνιολογική κατηγορία καταναλωτών, ώστε να αντισταθμίζουν, στο σύνολό τους, τις αρνητικές επιπτώσεις της περιοριστικής συμφωνίας. Σε αυτήν την περίπτωση, οι καταναλωτές λαμβάνουν ένα δίκαιο μερίδιο των συνολικών οφελών.¹³⁷ Η Επιτροπή εξηγεί στις Κατευθυντήριες Γραμμές της ότι «ο καθοριστικός παράγοντας είναι ο συνολικός αντίκτυπος στους καταναλωτές των προϊόντων εντός της σχετικής αγοράς και όχι ο αντίκτυπος στα μεμονωμένα μέλη αυτής της ομάδας καταναλωτών»¹³⁸. Τα δικαστήρια της ΕΕ το αποδέχονται αυτό πλήρως.¹³⁹ Ως εκ τούτου, δεν μπορεί να αποκλειστεί ότι η κατάσταση ορισμένων μεμονωμένων καταναλωτών ενδέχεται να επιδεινωθεί συνεπεία μιας συμφωνίας που δικαιολογείται από το άρθρο 101 παράγραφος 3 της ΣΛΕΕ. Επιπλέον, παρόλο

¹³³ Υπόθεση C-501/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission*, EU:C:2009:610; [2010].

¹³⁴ Βλ., G. Monti & J. Mulder, *Escaping the Clutches of EU Competition Law Pathways to Assess Private Sustainability Initiatives*, (2017) 42(5) *European Law Review* 635.

¹³⁵ C Ανακοίνωση της Επιτροπής - Ανακοίνωση - Κατευθυντήριες γραμμές για την εφαρμογή του άρθρου 81 παράγραφος 3 της συνθήκης, [2004] OJ C 101/97 [στο εξής (2004) Κατευθυντήριες Γραμμές 101 (3) της Επιτροπής].

¹³⁶ Ο.π., παράγραφος 85.

¹³⁷ I. Lianos, V. Korah with P. Siciliani, *Competition Law: Analysis, Cases and Materials* (OUP, 2019), 106.

¹³⁸ (2004) Κατευθυντήριες Γραμμές 101 (3) της Επιτροπής, παράγραφος 87.

¹³⁹ Υπόθεση C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito SL v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)* [2006] E.C.R. I-11125, παράγραφος 70, «Είναι η ευεργετική φύση της επίδρασης σε όλους τους καταναλωτές στις σχετικές αγορές που πρέπει να ληφθεί υπόψη και όχι η επίδραση σε κάθε μέλος αυτής της κατηγορίας καταναλωτών».

που η Επιτροπή αποδέχεται ότι η ζημία των καταναλωτών που εκτιμάται βάσει του άρθρου 101 (1) ΣΛΕΕ μπορεί να αντισταθμίζεται από ορισμένα οφέλη που παρέχει η αντι-ανταγωνιστική συμφωνία η οποία αξιολογείται υπό το πρίσμα του άρθρου 101 παράγραφος 3 («βελτίωση αποτελεσματικότητας»), απαιτείται τα οφέλη αυτά να είναι *πραγματικά* (και όχι μόνο υποθετικά) και να αντισταθμίζουν *πλήρως* τη ζημία των καταναλωτών με τον ένα ή τον άλλον τρόπο. Το αντιστάθμισμα πρέπει να λαμβάνει μια μορφή που να είναι αξιωματικά εκτιμητέα από τους χρήστες, όπως η καινοτομία ή η ανώτερη ποιότητα. Ο τύπος του αντισταθμίσιματος και άλλες μεθοδολογικές πτυχές δεν καθορίζονται επακριβώς. Αυτό μπορεί πράγματι να σχετίζεται με ανησυχίες για τη βιωσιμότητα εφόσον υπάρχουν κάποιες ενδείξεις ότι οι χρήστες της αποδίδουν κάποια αξία. Όπως εξηγήσαμε στην προηγούμενη συζήτηση, αυτά τα αποδεικτικά στοιχεία ενδέχεται να μη σχετίζονται κατ' ανάγκη με την εκτίμηση της προθυμίας τους να πληρώσουν αλλά με ένα ευρύτερο συνταγματικό πλαίσιο ανάγνωσης των συμφερόντων των χρηστών. Σε κάθε περίπτωση, η τελευταία προϋπόθεση του άρθρου 101 παράγραφος 3 διατηρεί την επιλογή των λοιπών χρηστών και επιτρέπει στους καταναλωτές να δηλώνουν τις προτιμήσεις τους, καθώς ο ανταγωνισμός δεν πρέπει να εξαλείφεται ουσιαστικά. Ως εκ τούτου, είναι πάντα δυνατό για τους καταναλωτές να δηλώνουν ότι εκτιμούν περισσότερο τις χαμηλότερες τιμές από ότι την ανώτερη ποιότητα, την καινοτομία ή ευρύτερες ανησυχίες σχετικά με τη βιωσιμότητα.

78. Αναφορικά με την έννοια του «δίκαιου μεριδίου» για τους χρήστες (μπορούν να ληφθούν υπόψη οι τρέχοντες, οι μελλοντικοί, άμεσοι ή έμμεσοι χρήστες), το Σχέδιο Κατευθυντήριων Γραμμών της Ολλανδικής ACM σχετικά με τις ρυθμίσεις βιωσιμότητας, προτείνει ότι πρέπει να λαμβάνεται ένα δίκαιο μερίδιο οφελών από τους άμεσους και έμμεσους καταναλωτές, το οποίο μπορεί να θεωρηθεί ως πλήρες αντιστάθμισμα για τις απώλειες που θα υποστούν οι καταναλωτές ως αποτέλεσμα της συμφωνίας βιωσιμότητας¹⁴⁰. Η Ολλανδική ACM θεωρεί πως συντρέχει σοβαρός λόγος να αποκλίνουμε από την αρχή της πλήρους αντιστάθμισης (ή της τουλάχιστον πλήρους αντιστάθμισης) των χρηστών στη σχετική αγορά εφόσον πληρούνται σωρευτικά δύο προϋποθέσεις: (i) η ρύθμιση να αποσκοπεί στην πρόληψη ή τον περιορισμό προφανών περιβαλλοντικών ζημιών, και (ii) η ρύθμιση να συμβάλλει αποτελεσματικά στη συμμόρφωση με ένα διεθνές ή εθνικό πρότυπο για την πρόληψη περιβαλλοντικών ζημιών στην οποία δεσμεύεται η δημόσια αρχή¹⁴¹. Εάν η συμφωνία βιωσιμότητας δημιουργεί αρνητικά εξωτερικά αποτελέσματα, ένα δίκαιο μερίδιο δεν σημαίνει απαραίτητα πλήρη αντιστάθμιση της ζημίας που προκαλείται από τη συμφωνία. Πράγματι, όπως προβλέπει το Σχέδιο Κατευθυντήριων Γραμμών της Ολλανδικής ACM σχετικά με την αξιολόγηση αυτής της κατάστασης στο πλαίσιο ρυθμίσεων σχετικά με την περιβαλλοντική ζημία, «μπορεί να είναι δίκαιο οι χρήστες να μην αποζημιώνονται πλήρως για τα μειονεκτήματα της συμφωνίας, διότι η ζήτησή τους για τα εν λόγω προϊόντα ουσιαστικά επιτείνει το πρόβλημα για το οποίο η κοινωνία καλείται να βρει λύσεις»¹⁴². Εφόσον τα οφέλη της συμφωνίας βιωσιμότητας για ολόκληρη την κοινωνία αντισταθμίζουν την απώλεια για τους άμεσους και έμμεσους καταναλωτές (όπως μπορεί να προσδιοριστεί μέσω μιας

¹⁴⁰ Βλ. ACM Sustainability Agreements Guidelines.

¹⁴¹ Βλ. ενότητα 5b του ACM Draft Sustainability Agreements Guidelines.

¹⁴² Ο.π., παράγραφος 41

ανάλυσης κοινωνικού κόστους-οφέλους), μπορεί να θεωρηθεί ότι αυτοί οι καταναλωτές λαμβάνουν ένα δίκαιο μερίδιο των οφελών¹⁴³. Οι Οδηγίες παρέχουν καθοδήγηση για την αξιολόγηση των πλεονεκτημάτων και των μειονεκτημάτων στις ρυθμίσεις που σχετίζονται με περιβαλλοντική ζημία και κατά πόσον απαιτείται ποσοτικός προσδιορισμός ή όχι.

79. Η έννοια των καταναλωτών δεν θα πρέπει επίσης να νοείται ως αναφερόμενη μόνο στους υφιστάμενους πελάτες των εν λόγω επιχειρήσεων στη συγκεκριμένη σχετική αγορά, αλλά και στους «μελλοντικούς αγοραστές»¹⁴⁴. Οι Κατευθυντήριες Γραμμές 101 (3) της Επιτροπής ορίζουν την ενδεδειγμένη μέθοδο αξιολόγησης αυτών των οφελών για τους μελλοντικούς καταναλωτές¹⁴⁵:

«Κατά την αξιολόγηση αυτή πρέπει να λαμβάνεται υπόψη ότι η αξία ενός μελλοντικού οφέλους για τους καταναλωτές δεν είναι ίδια με αυτή του οφέλους που αποκομίζουν στον παρόντα χρόνο. Η αξία της εξοικονόμησης 100 ευρώ σήμερα είναι μεγαλύτερη από την αξία της εξοικονόμησης του ίδιου ποσού ένα έτος αργότερα. Επομένως, ένα μελλοντικό όφελος για τους καταναλωτές δεν αντισταθμίζει πλήρως μια ζημία ίσης ονομαστικής αξίας που υφίστανται άμεσα. Προκειμένου να γίνει η προσήκουσα σύγκριση μιας παρούσας ζημίας των καταναλωτών με ένα μελλοντικό όφελος, πρέπει να γίνεται αναγωγή στην παρούσα αξία. Το τυχόν επιτόκιο προεξόφλησης που εφαρμόζεται πρέπει να αντικατοπτρίζει το ποσοστό πληθωρισμού και τους απολεσθέντες τόκους, ως ένδειξη της κατώτερης αξίας των μελλοντικών οφελών».¹⁴⁶

80. Αυτή η προσέγγιση υποτιμά τα μελλοντικά οφέλη και κόστη και μπορεί να θεωρηθεί ότι στρέφει την ανάλυση υπέρ του παρόντος έναντι των επόμενων γενεών ¹⁴⁷, εκτός εάν δοθεί όλη η έμφαση στις επιπτώσεις στην καινοτομία (με γνώμονα τη βιωσιμότητα).¹⁴⁸ Παρ' όλα αυτά, το «δίκαιο μερίδιο του προκύπτοντος οφέλους» είναι μια ευέλικτη έννοια που μπορεί να λαμβάνει υπόψη ευρέα ζητήματα βιωσιμότητας. Τίποτα εδώ δεν υποδηλώνει ανάγκη ποσοτικοποίησης και μείωσής τους για τον περιορισμό των οικονομικών εκτιμήσεων.¹⁴⁹

γ) Μια συμφωνία δεν πρέπει να είναι περισσότερο περιοριστική από όσο χρειάζεται

81. Η συμφωνία δεν πρέπει να «επιβάλλει στις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις περιορισμούς μη αναγκαίους για την επίτευξη των στόχων αυτών». Στην παράγραφο 73 των Κατευθυντήριων Γραμμών Εξαίρεσης του 2004, η Επιτροπή ορίζει ότι *«Η προϋπόθεση αυτή συνεπάγεται την εφαρμογή ενός διττού κριτηρίου. Πρώτον, η περιοριστική συμφωνία αυτή καθαυτή πρέπει να είναι ευλόγως αναγκαία για την επίτευξη της βελτίωσης της αποτελεσματικότητας. Δεύτερον, οι μεμονωμένοι περιορισμοί του ανταγωνισμού που απορρέουν από τη συμφωνία*

¹⁴³ Βλ. ενότητα 5 του ACM Draft Sustainability Agreements Guidelines..

¹⁴⁴ (2004) Κατευθυντήριες Γραμμές 101 (3) της Επιτροπής, παράγραφος 81.

¹⁴⁵ Σε αυτό το τεύχος, βλ. ακόμα C. Townley, *Inter-generational Impacts in Competition Analysis: Remembering Those Not Yet Born*, (2011) 11 ECLR 580.

¹⁴⁶(2004) Κατευθυντήριες Γραμμές 101 (3) της Επιτροπής, παράγραφος 88.

¹⁴⁷Βλ. S. Holmes, *Climate change, sustainability, and competition law*, (2020) 8(2) *Journal of Antitrust Enforcement* 354.

¹⁴⁸ I. Lianos, *Polycentric Competition Law*, (2018) *Current Legal Problems* 161, 176,

¹⁴⁹ Βλ. (2004) Κατευθυντήριες Γραμμές 101 (3) της Επιτροπής, παράγραφοι 94, 103-104.

πρέπει επίσης να είναι ευλόγως αναγκαίοι για την επίτευξη της βελτίωσης της αποτελεσματικότητας». Αυτό προσομοιάζει με μια αντίστροφη δοκιμή στην οποία ο υπεύθυνος λήψης αποφάσεων διερευνά εάν η περιοριστική συμφωνία και οι ατομικοί περιορισμοί καθιστούν δυνατή την αποτελεσματικότερη εκτέλεση της εν λόγω δραστηριότητας από ό,τι θα συνέβαινε εάν δεν υπήρχε η συμφωνία ή ο σχετικός περιορισμός. Η «λιγότερο περιοριστική του ανταγωνισμού αντίστροφη δοκιμή» όχι μόνο επιτρέπει στις αρχές ανταγωνισμού να καθορίζουν εάν η αποτελεσματικότητα αφορά ειδικά την εν λόγω συμφωνία, αλλά και να αποφαίνεται εάν οι μεμονωμένοι περιορισμοί του ανταγωνισμού που απορρέουν από τη συμφωνία είναι αναγκαίοι. Σε κάθε περίπτωση, «είναι απαραίτητο να λαμβάνεται δεόντως υπόψη το χρονικό διάστημα που απαιτείται για να επιτύχουν τα μέρη την αποτελεσματικότητα που δικαιολογεί την εφαρμογή της εξαίρεσης», η οποία, σε περιπτώσεις όπου τα οφέλη δεν μπορούν να επιτευχθούν χωρίς σημαντική επένδυση, πρέπει να περιλαμβάνει το χρονικό διάστημα που απαιτείται για την εξασφάλιση επαρκούς απόδοσης της επένδυσης.¹⁵⁰ Η απαίτηση της αναγκαιότητας του άρθρου 101 παράγραφος 3 της ΣΛΕΕ πρέπει να διακρίνεται από το «κριτήριο της αντικειμενικής αναγκαιότητας» που εφαρμόζεται στο πλαίσιο βοηθητικών περιορισμών βάσει του άρθρου 101 παράγραφος 1 της ΣΛΕΕ, διότι μπορεί να αποδεχθεί ως συμβατούς με το άρθρο 101 παράγραφος 3 της ΣΛΕΕ ακόμη και περιορισμούς του ανταγωνισμού που δεν θα εξαλείψουν, αλλά απλώς θα μειώσουν σημαντικά τις αντι-ανταγωνιστικές συνέπειες, από εκείνους που απαιτούνται για την εφαρμογή του «κριτηρίου αντικειμενικής αναγκαιότητας» βάσει της θεωρίας των δευτερευόντων περιορισμών στο πλαίσιο του άρθρου 101 παράγραφος 1 της ΣΛΕΕ, όπου το ΔΕΕ φαίνεται ακόμα και να καθιστά απαιτητό ότι, ελλείψει του περιορισμού, η αποτελεσματική κύρια λειτουργία ή δραστηριότητα «είναι πιθανό να μην εφαρμόζεται ή να μην προχωρά».¹⁵¹

82. Κατόπιν τούτου, οι επιχειρήσεις πρέπει να αποδεικνύουν ότι η προτεινόμενη συμφωνία βιωσιμότητάς τους είναι απαραίτητη για την επίτευξη των σχετικών οφελών βιωσιμότητας, δηλαδή, πρέπει να αποδεικνύουν ότι χωρίς τη συμφωνία τα οφέλη δεν μπορούν να επιτευχθούν στον ίδιο βαθμό. Οποιαδήποτε σημαντική συμβολή στο συγκεκριμένο εικαζόμενο ΣΒΑ θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι είναι εύλογα απαραίτητο για την επίτευξη του στόχου βιωσιμότητας που ικανοποιεί την προϋπόθεση της «τεχνικής και οικονομικής προόδου».

δ) Καμία κατάργηση του ανταγωνισμού στη σχετική αγορά

83. Η τέταρτη προϋπόθεση του άρθρου 101 παράγραφος 3 ή/και του άρθρου 1 (3) ν. 3959/2011 είναι ότι η συμφωνία δεν πρέπει «να παρέχει στην επιχείρηση τη δυνατότητα κατάργησης του ανταγωνισμού για σημαντικό μέρος των εν λόγω προϊόντων». Αυτή η προϋπόθεση διασφαλίζει ότι κάποιο εναπομένον περιθώριο ανταγωνισμού θα υπάρχει πάντα σε μια συγκεκριμένη αγορά, ανεξάρτητα από την έκταση των βελτιώσεων αποτελεσματικότητας ή, εν προκειμένω, των οφελών βιωσιμότητας. Συνεπώς, η διατήρηση κάποιου βαθμού επιλογής των καταναλωτών αποτελεί βασικό μέλημα. Σύμφωνα με αυτήν την ανάγνωση, η συγκεκριμένη προϋπόθεση θα μπορούσε να είναι προβληματική, από άποψη

¹⁵⁰Κατευθυντήριες Γραμμές του Άρθρου 101(3) (πρώην 81(3)), παράγραφος 75.

¹⁵¹Υπόθεση C- 382/ 12 P, *MasterCard Inc and Others v Commission*, ECLI:EU:C:2014:2201, παράγραφος 93.

συμβατότητας με το άρθρο 101 παράγραφος 3 της ΣΛΕΕ, εάν για παράδειγμα η δι-εταιρική συμφωνία για την εφαρμογή ΣΒΑ επεκτείνεται σε ολόκληρο τον κλάδο και είναι δεσμευτική. Σε αυτό το πλαίσιο, θα ήταν σημαντικό να διασφαλίζεται ότι οι εταιρείες που μετέχουν στη συμφωνία εξακολουθούν να είναι σε θέση να ανταγωνίζονται σε σημαντικές παραμέτρους του ανταγωνισμού για τη συγκεκριμένη αγορά, και σε περίπτωση που αυτό δεν είναι δυνατό, να προβλέπεται η κάποια κρατική επιβαλλόμενη συμπεριφορά που θα επέτρεπε στις εταιρείες να επικαλούνται τον κρατικό καταναγκασμό και συνεπώς να μην θεωρούνται υπεύθυνες σύμφωνα με το άρθρο 101 ΣΛΕΕ ή/και το άρθρο 1 ν. 3959/2011.

2.2.2 Ευρύτερα ζητήματα δημόσιας πολιτικής στην εφαρμογή του άρθρου 1(3) του Ελληνικού ν. 3959/2011

84. Το άρθρο 10 παρ. 2 του ν. 3959/2011 παρέχει στην Ελληνική Επιτροπή Ανταγωνισμού (ΕΑ) την εξουσία να εκδίδει απόφαση εξαίρεσης βάσει του άρθρου 1 παρ. 3. Μολονότι η ΕΑ δεν έχει ακόμη επικαλεστεί λόγους βιωσιμότητας σε χορήγηση εξαίρεσης, υπάρχει κάποια παλαιότερη νομολογία που δείχνει ότι μπορεί ενδεχομένως να εξετάζει ζητήματα δημόσιας πολιτικής. Για παράδειγμα, στην Απόφαση 457/V/2009, η ΕΑ χορήγησε εξαίρεση στη Δημόσια Εταιρεία Ηλεκτρισμού (ΔΕΗ) για συμφωνία αποκλειστικής προμήθειας 15ετούς διάρκειας με λιγνιτωρυχείο για την παραγωγή ηλεκτρικής ενέργειας, μεταξύ άλλων, με το σκεπτικό ότι η διασφάλιση του ενεργειακού εφοδιασμού θα ήταν προς όφελος των άμεσων καταναλωτών¹⁵². Στην Απόφαση 627/V/2016¹⁵³ η ΕΑ ενέκρινε ομόφωνα κατόπιν δεσμεύσεων την απόκτηση του Οργανισμού Λιμένος Πειραιά ΑΕ (ΟΛΠ) από την COSCO (HONG KONG) GROUP LIMITED (COSCO), με το σκεπτικό, μεταξύ άλλων, ότι το καθαρό οικονομικό όφελος από την προαναφερθείσα έγκριση θα ωφελήσει τον δημόσιο τομέα και, ακολούθως, τους «χρήστες» του ελληνικού λιμένα, κατά 368,5 εκ. ευρώ (παρ. 250 της απόφασης). Για τους ίδιους λόγους, το Ίδρυμα Οικονομικών και Βιομηχανικών Ερευνών (ΙΟΒΕ) δηλώνει, μεταξύ άλλων, ότι η ιδιωτικοποίηση του ΟΛΠ από την COSCO είναι μέρος ενός ευρύτερου έργου που στοχεύει στην αποκατάσταση των παραγωγικών δραστηριοτήτων της Ελλάδας¹⁵⁴.

85. Ωστόσο, η ΕΑ έχει επίσης υιοθετήσει στο παρελθόν μια πιο περιοριστική ερμηνεία των προϋποθέσεων εφαρμογής μιας εξαίρεσης, κατά την αξιολόγηση των οφελών αποτελεσματικότητας που σχετίζονται με την ποιότητα. Για παράδειγμα, στην Απόφαση 512/VI/2010¹⁵⁵ απέρριψε το επιχείρημα του Τεχνικού Επιμελητηρίου Ελλάδος (ΤΕΕ) ότι οι ελάχιστες αμοιβές, οι οποίες καθορίστηκαν από το ΤΕΕ για συγκεκριμένη παροχή υπηρεσιών από μηχανικούς, ήταν δικαιολογημένες καθώς αποσκοπούσαν στη διατήρηση των ποιοτικών προτύπων των παρεχόμενων υπηρεσιών, δεδομένου ότι αυτά θεωρούνται αγαθά εμπιστοσύνης και υπάρχουν ασύμμετρες πληροφορίες στην αγορά που δημιουργούν συνθήκες ηθικού κινδύνου και δυσμενών επιλογών, με το σκεπτικό ότι υπήρχαν λιγότερο περιοριστικές εναλλακτικές λύσεις για τη διατήρηση

¹⁵² Βλ., <https://www.epant.gr/apofaseis-gnomodotiseis/item/244-apofasi-457-2009.html> .

¹⁵³ Βλ., <https://www.epant.gr/apofaseis-gnomodotiseis/item/70-apofasi-627-2016.html>.

¹⁵⁴ Βλ., <http://www.olp.gr/el/press-releases/item/3165-oikonomikes-epidraseis-apo-tin-idiotikopoiisi-tou-organismou-limenos-peiraios-meleti-iove>.

¹⁵⁵ Βλ., <https://www.epant.gr/apofaseis-gnomodotiseis/item/138-apofasi-512-2010.html> .

τέτοιων ποιοτικών προτύπων, όπως συμβατικές εγγυήσεις ποιοτικής απόδοσης, εγγυητικές επιστολές και διαπίστευση τρίτων - βαθμολόγηση ποιότητας. Επιπλέον, η ΕΑ αρνήθηκε να συνεκτιμήσει ευρύτερα οφέλη που εκδηλώνονται σε αγορές στις οποίες οι καταναλωτές δεν ταυτίζονται με εκείνους που επηρεάζονται άμεσα από τη συμφωνία. Υπό το φως των προηγούμενων εκτιμήσεων, η αξιολόγηση από την ΕΑ πρέπει να προχωρήσει προς την κατεύθυνση μιας πιο ενεργού συνεκτίμησης των λόγων βιωσιμότητας.

3 Εκτιμήσεις για τη βιώσιμη ανάπτυξη με βάση το άρθρο 102 ΣΛΕΕ ή/και το άρθρο 2 ν. 3959/2011

86. Μπορούν επίσης να προκύπτουν ζητήματα βιωσιμότητας κατά την εξέταση κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης κατά το άρθρο 102 ΣΛΕΕ ή/και το άρθρο. 2 ν. 3959/2011. Το άρθρο 102 ΣΛΕΕ έχει από καιρό ερμηνευθεί ως περιλαμβάνον τη δυνατότητα της δεσπόζουσας επιχείρησης να δικαιολογήσει τη συμπεριφορά της και, επομένως, να αποφύγει τη διαπίστωση κατάχρησης. Η έννοια της «αντικειμενικής οικονομικής αιτιολόγησης» έχει χρησιμοποιηθεί από το Δικαστήριο στο παρελθόν για να δείξει την ύπαρξη συγκεκριμένων επιχειρημάτων αντίκρουσης εκ μέρους μιας δεσπόζουσας επιχείρησης. Ορισμένοι υποστηρίζουν ότι οι αντικειμενικές αιτιολογήσεις δεν πρέπει να θεωρούνται ως «υπεράσπιση», καθώς αυτό που καταφέρνουν είναι απλώς να αποτρέπουν τη διαπίστωση παράβασης βάσει του άρθρου 102 ΣΛΕΕ .¹⁵⁶

87. Οι Κατευθύνσεις του 2009 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής σχετικά με τις προτεραιότητες της Επιτροπής κατά τον έλεγχο της εφαρμογής του άρθρου 102 της συνθήκης ΕΕ αναγνωρίζει την αποτελεσματικότητα ως πιθανή άμυνα, δηλώνοντας ότι, *“Η Επιτροπή θεωρεί ότι μια δεσπόζουσα επιχείρηση μπορεί επίσης να δικαιολογήσει συμπεριφορά που οδηγεί σε αποκλεισμό των ανταγωνιστών προβάλλοντας ως λόγο βελτιώσεις της αποτελεσματικότητας που αποτελούν επαρκή εγγύηση ότι δεν θα προκύψει καθαρή ζημία για τους καταναλωτές.”* Ομοίως με τα οριζόμενα του άρθρου 101 παράγραφος 3 της ΣΛΕΕ, είναι δυνατή η επίκληση της αποτελεσματικότητας ως άμυνας σε υποθέσεις κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης όταν πληρούνται σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις:

- Οι βελτιώσεις της αποτελεσματικότητας έχουν ήδη υλοποιηθεί ή είναι πιθανό να υλοποιηθούν ως αποτέλεσμα της συμπεριφοράς,
- Η φερόμενη καταχρηστική συμπεριφορά είναι απαραίτητη για την υλοποίηση αυτών των βελτιώσεων της αποτελεσματικότητας, δηλ. δεν πρέπει να υπάρχουν άλλες λιγότερο αντι-ανταγωνιστικές εναλλακτικές δυνατότητες που είναι ικανές να οδηγήσουν στις ίδιες βελτιώσεις της αποτελεσματικότητας,
- Οι πιθανές βελτιώσεις της αποτελεσματικότητας που προκύπτουν από την συμπεριφορά αντισταθμίζουν τυχόν αρνητικές επιπτώσεις στον ανταγωνισμό και στην ευημερία του καταναλωτή στις επηρεαζόμενες αγορές, και,

¹⁵⁶ R. O’Donoghue and J Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU* (Hart, 2nd ed, 2013), 283.

- Η συμπεριφορά δεν εξαλείφει τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό, καταργώντας όλες ή τις περισσότερες υφιστάμενες πηγές πραγματικού ή δυνητικού ανταγωνισμού.¹⁵⁷

88. Αποδεικνύοντας ότι η συμπεριφορά της παράγει ουσιαστική αποτελεσματικότητα, έτσι ώστε τα θετικά αποτελέσματα να υπερσχύουν των αρνητικών αποτελεσμάτων, μια εταιρεία μπορεί να αποφύγει τη διαπίστωση παράβασης κατά το άρθρο 102 ΣΛΕΕ ή/και το άρθρο 2 ν. 3959/2011.¹⁵⁸ Εάν τα οφέλη βιωσιμότητας αναλυθούν, από οικονομική άποψη,¹⁵⁹ ως οφέλη αποτελεσματικότητας, τα οφέλη αυτά θα μπορούσαν ενδεχομένως να αντισταθμίσουν το κοινωνικό κόστος των αντι-ανταγωνιστικών αποτελεσμάτων.

89. Μια επιχείρηση μπορεί επίσης να αποδείξει ότι η συμπεριφορά της δικαιολογείται αντικειμενικά βάσει ελέγχου αναλογικότητας¹⁶⁰. Η ασφάλεια και η υγεία των καταναλωτών μπορεί να είναι έννομα συμφέροντα που μπορούν να λειτουργήσουν ως αντικειμενική δικαιολόγηση για τη διαπίστωση μιας κατάχρησης.¹⁶¹ Ωστόσο, όπως επισημαίνουν οι Κατευθυντήριες Γραμμές σχετικά με τις προτεραιότητες της Επιτροπής κατά τον έλεγχο καταχρηστικών καταχρήσεων αποκλεισμού, «η απόδειξη του κατά πόσο μια συμπεριφορά της μορφής αυτής είναι αντικειμενικά απαραίτητη πρέπει να λαμβάνει υπόψη ότι είναι κανονικά καθήκον των δημοσίων αρχών να θεσπίζουν και να θέτουν σε εφαρμογή πρότυπα σχετικά με τη δημόσια υγεία και την ασφάλεια. Δεν είναι καθήκον της δεσπόζουσας επιχείρησης να λαμβάνει μέτρα με δική της πρωτοβουλία για τον αποκλεισμό προϊόντων τα οποία, δικαίως ή αδικώς, θεωρεί ως επικίνδυνα ή κατώτερα από το δικό της προϊόν».¹⁶² Ως εκ τούτου, οι λόγοι δημοσίου συμφέροντος μπορούν θεωρητικά να εκτιμηθούν ως προσφέροντες μια αντικειμενική δικαιολογία για υποτιθέμενη αντι-ανταγωνιστική συμπεριφορά, ιδίως εάν υπάρχει μία δέσμη συναφών κρατικών μέτρων και κατευθύνσεων που προωθούν αυτούς τους στόχους και, ακόμα και εάν δεν τους το επιβάλλουν, να αναθέτουν ρητά στις επιχειρήσεις την υποχρέωση να λαμβάνουν υπόψη αυτούς τους λόγους στις εμπορικές στρατηγικές τους. Ως εκ τούτου, μπορεί να υποστηριχθεί στη συγκεκριμένη υπόθεση ότι η επιχείρηση δεν έλαβε μέτρα «με δική της πρωτοβουλία», αλλά εφάρμοσε ευρέως αποδεκτούς στόχους δημοσίου συμφέροντος. Το γεγονός ότι υπάρχει συνεχής συμμετοχή του κράτους, για παράδειγμα μέσω κάποιας μορφής ρύθμισης διαφάνειας, στην εποπτεία του

¹⁵⁷ Ανακοίνωση - Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με τις προτεραιότητες επιβολής της Επιτροπής κατά την εφαρμογή [του άρθρου 102 ΣΛΕΕ] στην καταχρηστική συμπεριφορά αποκλεισμού από δεσπόζουσες επιχειρήσεις [2009] OJ C 45/ 7, παράγραφος 30.

¹⁵⁸ Υπόθεση C- 95/ 04 P, *British Airways plc v Commission* [2007] ECR I- 2331, παράγραφος 69.

¹⁵⁹ Βλ., για παράδειγμα, σχετικά με την περιβαλλοντική βιωσιμότητα, N. Stern, *The Economics of Climate Change* (CUP, 2014), γνωστό επίσης και ως Stern Review (2006).

¹⁶⁰ Υπόθεση C- 209/ 10, *Post Danmark A/ S v Konkurrencerådet (Post Danmark I)*, ECLI:EU:C:2012:172, παράγραφος 41· Υπόθεση C- 52/ 09, *Konkurrenverket v TeliaSonera Sverige AB* [2009] ECR I- 527, παράγραφος 76.

¹⁶¹ Υπόθεση T- 30/ 89, *Hilti AG v Commission* [1990] ECR II- 163· Υπόθεση C- 53/ 92 P, *Hilti AG v Commission* [1994] ECR I- 667· Υπόθεση T- 83/ 91, *Tetra Pak International SA v Commission* [1994] ECR II- 755· Υπόθεση C- 333/ 94 P, *Tetra Pak International SA v Commission* [1996] ECR I- 5951.

¹⁶² Ανακοίνωση - Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με τις προτεραιότητες επιβολής της Επιτροπής κατά την εφαρμογή [του άρθρου 102 ΣΛΕΕ] στην καταχρηστική συμπεριφορά αποκλεισμού από δεσπόζουσες επιχειρήσεις [2009] OJ C 45/ 7, παράγραφος 29.

τρόπου με τον οποίο οι επιχειρήσεις υλοποιούν αυτούς τους στόχους, μπορεί να πληροί την προϋπόθεση ότι η δεσπόζουσα επιχείρηση δεν ενήργησε με δική της πρωτοβουλία. Σύμφωνα με αυτήν την ανάγνωση των προϋποθέσεων για «αντικειμενικές δικαιολογίες», θα μπορούσαν να υπάρξουν ορισμένες περιορισμένες δυνατότητες για μια δεσπόζουσα επιχείρηση στο να προβάλλει λόγους βιωσιμότητας, για παράδειγμα, για την άρνησή της να προμηθεύει επιχειρήσεις που δεν συμμορφώνονται με τους ΣΒΑ. Ωστόσο, όσον αφορά το άρθρο 101 παράγραφος 3 της ΣΛΕΕ, «αποτελεί υποχρέωση της δεσπόζουσας επιχείρησης να παρέχει όλα τα απαραίτητα αποδεικτικά στοιχεία για την απόδειξη της αντικειμενικής δικαιολόγησης της κρινόμενης συμπεριφοράς. Στη συνέχεια, εναπόκειται στην Επιτροπή, στις ΕΑΑ και στα δικαστήρια να προβούν στην τελική αξιολόγηση του κατά πόσον η κρινόμενη συμπεριφορά δεν είναι αντικειμενικά απαραίτητη και, βάσει μιας στάθμισης τυχόν φαινομενικών αντιανταγωνιστικών επιπτώσεων με τυχόν βελτιωμένα και τεκμηριωμένα αποτελέσματα, είναι πιθανό να οδηγήσει σε καταναλωτική ζημία».¹⁶³

90. Σε περιπτώσεις όπου μια δεσπόζουσα επιχείρηση ασκεί συμπεριφορά που μπορεί να συμβάλλει σημαντικά στην αντιμετώπιση προβλημάτων βιωσιμότητας και δεν υπάρχουν άλλες λιγότερο περιοριστικές του ανταγωνισμού εναλλακτικές λύσεις για την επίτευξη των στόχων της, θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι ο περιορισμός του ανταγωνισμού είναι ίσως *εκ πρώτης όψεως* δικαιολογήσιμος. Η εκτίμηση αυτή πρέπει να λαμβάνει υπόψη τις ρήτρες οριζόντιας ολοκλήρωσης, και ιδίως το άρθρο 11 της ΣΛΕΕ, σύμφωνα με την οποία οι στόχοι προστασίας του περιβάλλοντος «πρέπει να ενσωματωθούν» σε όλες τις πολιτικές και δραστηριότητες της ΕΕ. Παραδείγματα τέτοιας συμπεριφοράς από δεσπόζουσα επιχείρηση που μπορεί να δικαιολογηθεί περιλαμβάνουν, μεταξύ άλλων, τον καθορισμό υψηλότερης τιμής για την κάλυψη περιβαλλοντικών και ευρύτερων δαπανών βιωσιμότητας ή για επανεπένδυση στην προστασία του περιβάλλοντος και την επίτευξη στόχων βιωσιμότητας χωρίς αυτά να θεωρούνται υπερβολικά, την χρέωση διαφορετικών τιμών σε διαφορετικούς πελάτες για προϊόντα με βάση τον αντίκτυπο στους στόχους της βιωσιμότητας, τη δέσμευση επιλογών φιλικών προς το περιβάλλον προϊόντων, την άρνηση παροχής στοιχείων σε επιχείρηση που δεν πληροί ορισμένα πρότυπα βιωσιμότητας.¹⁶⁴ Παρόλο που ανάλογα ζητήματα θα μπορούσαν να εγείρουν ανησυχίες σχετικά με την υπερβολική τιμολόγηση, την τιμολόγηση που εισάγει διακρίσεις, τις απαιτήσεις δέσμευσης και την άρνηση εφοδιασμού, εφόσον αυτά ασκούνται από δεσπόζουσα επιχείρηση, υπό τον όρο ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις μιας αντικειμενικής αιτιολόγησης και, ως εκ τούτου, δεν υπάρχουν λιγότερο περιοριστικές εναλλακτικές λύσεις για την επίτευξη του στόχου, μετά από εξέταση των συγκεκριμένων περιστάσεων της υπόθεσης, θα μπορούσαν να θεωρηθούν ως μέρος μιας ευρύτερης άμυνας στηριζόμενης στην αποτελεσματικότητα της βιωσιμότητας.

91. Εκτός από τη δυνατότητα να υποστηριχθούν αντικειμενικές αιτιολογήσεις, το ισχύον δίκαιο παρέχει κάποια ευελιξία στην ενσωμάτωση των ζητημάτων βιωσιμότητας στον τρόπο με τον οποίο τα διάφορα κριτήρια εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ σε διαφορετικές κατηγορίες πρακτικών μπορούν να

¹⁶³Ο.π., παράγραφος 30.

¹⁶⁴Βλ. S. Holmes, *Climate change, sustainability, and competition law*, (2020) 8(2) *Journal of Antitrust Enforcement* 354.

ερμηνευτούν και να αξιολογηθούν. Για παράδειγμα, σύμφωνα με το άρθρο 102(α) της ΣΛΕΕ, μιας μορφή κατάχρησης από επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση συνίσταται στην επιβολή «μη δίκαιων τιμών αγοράς ή πώλησης ή άλλων αθέμιτων όρων διαπραγμάτευσης». Μια ευρύτερη προσέγγιση σχετικά με τον ορισμό των μη δίκαιων τιμών ή των αθέμιτων συνθηκών διαπραγμάτευσης μπορεί να οδηγήσει στην εξέταση οικονομικών, κοινωνικών, περιβαλλοντικών ή ηθικών πτυχών σε αυτήν την ανάλυση αξιολόγησης. Σύμφωνα με το άρθρο 102(α), το δίκαιο του ανταγωνισμού μπορεί επίσης να εφαρμόζεται για την αντιμετώπιση μη βιώσιμων πρακτικών, όπως υπερβολικά χαμηλές τιμές εκ μέρους των λιανοπωλητών ή άλλων μεσαζόντων στους αγρότες για την παραγωγή τους, θέτοντας σε κίνδυνο τη στρατηγική της βιωσιμότητας από το χωράφι στο ράφι. Μια προσέγγιση βιωσιμότητας θα προέβλεπε τον ισχυρισμό ότι οι χαμηλές τιμές, ιδίως με την παρουσία αποδεικτικών στοιχείων για το ότι δεν μετακυλίσονται σημαντικά στους τελικούς καταναλωτές, μπορεί να ενθαρρύνουν την υπερβολική χρήση ανεπαρκών πόρων και οι χαμηλές τιμές (όπως για τον καφέ, το κακάο και τις μπανάνες) μπορεί να αποθαρρύνουν πρακτικές βιώσιμης χρήσης της γης. Ωστόσο, μια τέτοια ανάλυση δημιουργεί δυσκολίες όσον αφορά τον ορισμό του τι θα μπορούσε να θεωρηθεί ως «δίκαιη» τιμή από τις αρχές ανταγωνισμού και τα δικαστήρια, καθώς και τον καθορισμό του «πραγματικού κόστους» της παραγωγής, λαμβανομένων υπόψη των εξωτερικών εξόδων στο κόστος ανάλυση ενός προϊόντος¹⁶⁵. Ωστόσο, μια τέτοια ανάλυση δημιουργεί δυσκολίες όσον αφορά τον ορισμό του τι θα μπορούσε να θεωρηθεί ως «δίκαιη» τιμή από τις αρχές ανταγωνισμού και τα δικαστήρια, καθώς και στον καθορισμό του «πραγματικού κόστους» της παραγωγής, λαμβανομένων υπόψη των εξωτερικών παραγόντων¹⁶⁶ στην κοστολογική ανάλυση ενός προϊόντος.

92. Σε αυτό το πλαίσιο, εκφράστηκαν ανησυχίες από την Επιτροπή Οικονομικής και Νομισματικής Πολιτικής του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου σχετικά με μη δίκαιες και μη βιώσιμες χαμηλές τιμές. Ειδικότερα η Επιτροπή: «*Τονίζει ότι «δίκαιη τιμή» δεν πρέπει να θεωρείται η χαμηλότερη δυνατή τιμή για τον καταναλωτή, αλλά ότι, αντίθετα, πρέπει να είναι μια λογική τιμή η οποία δίνει τη δυνατότητα για δίκαιη αμοιβή σε όλα τα μέρη της αλυσίδας εφοδιασμού τροφίμων· τονίζει ότι οι καταναλωτές έχουν και άλλα συμφέροντα, εκτός από τις χαμηλές τιμές, όπως η καλή μεταχείριση των ζώων, η περιβαλλοντική βιωσιμότητα, η ανάπτυξη της υπαίθρου, οι πρωτοβουλίες για τη μείωση της χρήσης των αντιβιοτικών, η καταπολέμηση της μικροβιακής αντοχής, κ.λπ.· ενθαρρύνει τις αρχές ανταγωνισμού των κρατών μελών να λάβουν υπόψη τη ζήτηση των καταναλωτών για βιώσιμη παραγωγή τροφίμων, πράγμα που απαιτεί να ληφθεί περισσότερο υπόψη η αξία των «δημόσιων αγαθών» στην τιμολόγηση των τροφίμων· ζητεί, εν προκειμένω, η πολιτική ανταγωνισμού της ΕΕ να υπερβαίνει τον χαμηλότερο κοινό παρονομαστή των «φθηνών τροφίμων»· θεωρεί ότι το κόστος παραγωγής πρέπει να λαμβάνεται πλήρως υπόψη κατά τη συμφωνία τιμών για συμφωνίες μεταξύ εμπόρων λιανικής/μεταποιητών και παραγωγών με σκοπό την εξασφάλιση τιμών που να καλύπτουν τουλάχιστον το κόστος»¹⁶⁷.*

¹⁶⁵ Ό.π.

¹⁶⁶ Τα εξωτερικά κόστη (external costs) αφορούν κοινωνικές ή περιβαλλοντικές επιπτώσεις χωρίς αντιστάθμιση (π.χ. το κόστος απόρριψης του προϊόντος στο τέλος της ωφέλιμης ζωής του, η περιβαλλοντική υποβάθμιση που προκαλείται από τις εκπομπές, τους ρύπους και τα απόβλητα από την παραγωγή, το κόστος προβλημάτων υγείας που προκαλούνται από επιβλαβή υλικά και συστατικά).

¹⁶⁷ Επιτροπή Οικονομικής και Νομισματικής Πολιτικής του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου, Ετήσια Έκθεση για την Πολιτική Ανταγωνισμού 2018 (31 Ιανουαρίου 2018), παράγραφος 78..

93. Σύμφωνα με μια πλέον πάγια νομολογία των δικαστηρίων της ΕΕ, μια επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση δεν μπορεί να χρησιμοποιεί «κανονιστικές διαδικασίες» κατά τρόπο που να εμποδίζει ή να δυσχεραίνει την είσοδο ανταγωνιστών στην αγορά, ελλείψει λόγων που άπτονται της προάσπισης των έννομων συμφερόντων της ως επιχειρήσεως ασκώσας θεμιτό ανταγωνισμό, ελλείψει αντικειμενικής δικαιολόγησης.¹⁶⁸ Αυτή η νομολογία μπορεί επίσης να συνδεθεί με κάποια πρόσφατη νομολογία που περιλαμβάνει, μεταξύ των κατηγοριών των εξ αντικειμένου περιορισμών του ανταγωνισμού σύμφωνα με το άρθρο 101 ΣΛΕΕ, τις συμφωνίες μεταξύ δύο ανταγωνιστών που παραβιάζουν τους κανόνες της ΕΕ και συνεπάγονται κυρώσεις, εάν αυτό οδηγεί στη μείωση της ανταγωνιστικής πίεσης σε μια σχετική αγορά.¹⁶⁹ Αυτή η νομολογία φαίνεται να προσεγγίζει εννοιολογικά ορισμένα νομικά προηγούμενα σε σχέση με την εφαρμογή των άρθρων 101 και 102 ΣΛΕΕ σε συμπεριφορές που περιορίζουν τον ανταγωνισμό, ενώ ταυτόχρονα αποθαρρύνουν τους στόχους άλλων (κανονιστικών) κανόνων.¹⁷⁰ Ορισμένοι συγγραφείς βασίστηκαν σε αυτήν τη νομολογία για να υποστηρίξουν ότι η συμπεριφορά «που προκαλεί περιβαλλοντική υποβάθμιση και, ως εκ τούτου, κοινωνική αδικία πρέπει να θεωρηθεί ως «ανεξάρτητη κατάχρηση» όταν ασκείται από επιχειρήσεις που κατέχουν δεσπόζουσα θέση σε σχετική αγορά».¹⁷¹ Η διατύπωση μιας τέτοιας θεωρίας της βλάβης και της κατάχρησης φαίνεται αρκετά ευρεία, αλλά μπορεί εύλογα να υποστηριχθεί ότι εάν, λόγω της δεσπόζουσας θέσης από την οποία επωφελείται, μια επιχείρηση είναι σε θέση να παρεμποδίσει άμεσα την επίτευξη των στόχων βιωσιμότητας που επιδιώκονται από τη ρύθμιση και, επίσης, πληροί τις προϋποθέσεις για τη διαπίστωση παράβασης, βάσει του ειδικού ρυθμιστικού καθεστώτος, τότε η συμπεριφορά της μπορεί επίσης να επισύρει κυρώσεις ως κατάχρηση σύμφωνα με το άρθρο 102 ΣΛΕΕ ή/και το άρθρο. 2 ν. 3959/2011.

Βιωσιμότητα και Άρθρο 106 ΣΛΕΕ

94. Το άρθρο 106, παρ. 1, απαγορεύει τα κρατικά μέτρα που παρέχουν σε επιχειρήσεις οι οποίες είναι δημόσιες ή στις οποίες τα κράτη μέλη χορηγούν ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα που αντιβαίνουν στις ενωσιακές Συνθήκες. και θα μπορούσαν να παραβιάζουν όχι μόνο τους κανόνες ανταγωνισμού (άρθρα 101, 102 ΣΛΕΕ) ή το άρθρο 28 (απαγόρευση διακρίσεων) αλλά και άλλες διατάξεις της εσωτερικής αγοράς της ΕΕ. Ένα κράτος μέλος δύναται να επιλέξει να

¹⁶⁸Υπόθεση T- 321/ 05, *Astra Zeneca v Commission* [2010] ECR II- 2805, παράγραφοι 672 & 817· Υπόθεση C- 457/ 10P *Astra Zeneca v Commission* [2012] ECLI:EU:C:2012:770, παράγραφος 134.

¹⁶⁹Υπόθεση C- 179/ 16, *F Hoffmann- La Roche Ltd and Others v Autorità Garantedella Concorrenza e del Mercato*, ECLI:EU:C:2018:25.

¹⁷⁰Υπόθεση C- 32/ 11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt and Others v Gazdasági Versenyhivatal*, ECLI:EU:C:2013:160, παράγραφοι 46-7· Υπόθεση C- 457/ 10, *AstraZeneca v Commission*, ECLI:EU:C:2012:770, παράγραφοι 105-12. Βλ. ακόμα, μεταξύ των Εθνικών Αρχών Ανταγωνισμού (ΕΑΑ), απόφαση 17-D-20 της Γαλλικής Επιτροπής Ανταγωνισμού *σχετικά με τις πρακτικές που εφαρμόζονται στον τομέα των σκληρών επιστρώσεων δαπέδων*, Οκτώβριος 2017), διαθέσιμη στη διεύθυνση <https://www.autoritedelaconcorrence.fr/en/communiqués-de-presse/19-october-2017-cartel-floor-coverings-sector> (επιβολή κυρώσεων στη συμπεριφορά σύμπραξης με την οποία τα μέλη του καρτέλ απέφυγαν σκόπιμα να προωθήσουν περιβαλλοντικές επιδόσεις που υπερβαίνουν ένα συγκεκριμένο βιομηχανικό «μέσο πρότυπο», βλάπτοντας έτσι τους καταναλωτές που ήταν όλο και πιο προσεκτικοί στις περιβαλλοντικές επιδόσεις των προϊόντων).

¹⁷¹ M.C. Iacovides & C. Vrettos, *Falling through the cracks no more? Environmental degradation and social injustice as abuses of dominance under Article 102 TFEU*, διαθέσιμο στη διεύθυνση https://law.haifa.ac.il/images/ASCOLA/Iacovides_Vrettos.pdf.

παραχωρήσει ειδικά δικαιώματα σε μια επιχείρηση για λόγους σχετικούς με τη βιωσιμότητα. Τα δικαιώματα αυτά πρέπει να πληρούν τέσσερις βασικές προϋποθέσεις για να εμπίπτει η συγκεκριμένη περίπτωση στο πεδίο εφαρμογής της απαγόρευσης του άρθρου 106 παρ. 1 της ΣΛΕΕ: (i) πρέπει να χορηγούνται από κράτη μέλη· (ii) πρέπει να χορηγούνται σε μία επιχείρηση ή σε περιορισμένο αριθμό επιχειρήσεων· (iii) πρέπει να επηρεάζουν την ανταγωνιστική ικανότητα άλλων επιχειρήσεων· και (iv) πρέπει να χορηγούνται κατ' άλλον τρόπο αντί της χορήγησής τους σύμφωνα με αντικειμενικά, αναλογικά και αμερόληπτα κριτήρια.

95. Οι περιορισμοί αυτοί μπορούν να δικαιολογούνται βάσει του άρθρου 106 παρ. 2 της ΣΛΕΕ «στο μέτρο που η εφαρμογή τέτοιων κανόνων δεν εμποδίζει την εκτέλεση, εκ του νόμου ή εκ των πραγμάτων, των συγκεκριμένων καθηκόντων που τους έχουν ανατεθεί» και δεν επηρεάζει το ενδοκοινοτικό εμπόριο «σε τέτοιο βαθμό ώστε να αντίκειται προς τα συμφέροντα της [ΕΕ]». Τα συγκεκριμένα μέτρα πρέπει να επιτρέπουν στην εν λόγω επιχείρηση να εκτελεί τα καθήκοντα που τις έχουν ανατεθεί υπό οικονομικά αποδεκτές συνθήκες. Για παράδειγμα, το άρθρο 106 παρ. 2 της ΣΛΕΕ μπορεί να δικαιολογήσει τη χορήγηση αποκλειστικού δικαιώματος σε μια επιχείρηση, εάν το δικαίωμα αυτό περιορίζεται χρονικά για το διάστημα κατά το οποίο οι επενδύσεις θα μπορούσαν να αποσβεσθούν, για περιβαλλοντικούς λόγους. Θα ήταν αδύνατο, για παράδειγμα, να πραγματοποιήσουν τις απαραίτητες επενδύσεις επιχειρήσεις που επεξεργάζονται τα απόβλητα, χωρίς να διαθέτουν αποκλειστικά δικαιώματα.¹⁷²

96. Το άρθρο 106 παρ. 1 της ΣΛΕΕ συνήθως εφαρμόζεται ταυτόχρονα με το 102 ΣΛΕΕ. Στις υποθέσεις *Dusseldorp*¹⁷³ και *Sydhavnens*¹⁷⁴, οι εθνικές αρχές έκριναν ότι η χορήγηση αποκλειστικού δικαιώματος επεξεργασίας ενός συγκεκριμένου τύπου αποβλήτων θα ήταν ο μόνος τρόπος για να εξασφαλιστεί επαρκής εισροή αποβλήτων σε μια εγκατάσταση ώστε να εξασφαλιστεί η κερδοφορία της. Στην υπόθεση *Dusseldorp*, η εγκατάσταση που λειτουργούσε από την κατέχουσα αποκλειστικό δικαίωμα επιχείρηση, περιλάμβανε έναν περιστροφικό κλίβανο υψηλής τεχνολογίας που απαιτούσε ένα συγκεκριμένο μείγμα διαφορετικών τύπων αποβλήτων για τη βέλτιστη λειτουργία του. Για να διασφαλιστεί ότι αυτή η εισροή θα ήταν επαρκής, οι ολλανδικές αρχές παραχώρησαν στην AVR το αποκλειστικό δικαίωμα επεξεργασίας ορισμένων κατηγοριών επικίνδυνων αποβλήτων. Αυτό το αποκλειστικό δικαίωμα συμπληρώθηκε με απαγόρευση εξαγωγής αυτών των αποβλήτων χωρίς άδεια από τον Υπουργό Περιβάλλοντος. Η άδεια αυτή θα μπορούσε να χορηγηθεί μόνο εάν υπήρχε ανεπαρκής δυναμικότητα στην Ολλανδία και εφόσον η επεξεργασία στο εξωτερικό θα ήταν τουλάχιστον εξίσου υψηλού επιπέδου με εκείνη που προσφέρει η κατέχουσα τα επιχείρηση στην Ολλανδία. Όταν η ολλανδική εταιρεία *Dusseldorp* προσπάθησε να εξάγει φίλτρα χρησιμοποιημένων ορυκτελαίων για επεξεργασία στη γερμανική εταιρεία *Factron*, η άδεια απορρίφθηκε επειδή δεν υπήρχε ανεπάρκεια δυναμικότητας στην επιχείρηση που απολάμβανε τα αποκλειστικά δικαιώματα. Η *Dusseldorp* προσέφυγε κατά της άρνησης χορήγησης άδειας και πρόβαλε το

¹⁷²Υπόθεση C- 209/ 98, *EntreprenørforeningensAffalds/Miljøsektion (FFAD) v KøbenhavnKommune*, ECLI:EU:C:2000:279.

¹⁷³Υπόθεση C- 203/ 96, *ChemischeAfvastoffenDusseldorp BV and Others v Minister* [1998] ECR I-4075.

¹⁷⁴Υπόθεση C- 209/ 98, *EntreprenørforeningensAffalds/ Miljøsektion (FFAD) v KøbenhavnKommune*, ECLI:EU:C:2000:279.

επιχείρημα, μεταξύ άλλων, ότι αυτή η άρνηση ήτα αντίθετη προς το άρθρο 86 σε συνδυασμό με το άρθρο 82 ΕΚ [γυν άρθρα 106 και 102 ΣΛΕΕ].

4 Βιωσιμότητα και Έλεγχος Συγκεντρώσεων

97. Μέσω των διαδικασιών των συγχωνεύσεων και εξαγορών («M&A»), οι εταιρείες είναι σε θέση να επεκτείνουν τα χαρτοφυλάκια προϊόντων τους, να εισέλθουν σε νέες αγορές, να αυξήσουν τη διαχειριστική ισχύ και την εξειδίκευση τους, να συμμετάσχουν σε «cross-selling», να επεκτείνουν γεωγραφικά τα κανάλια διανομής τους, να προωθήσουν την μεταφορά σημαντικών άυλων περιουσιακών στοιχείων, όπως για παράδειγμα τεχνογνωσίας, μεταξύ εταιριών-στόχων και πιθανών αγοραστών, να επιδιώξουν περισσότερη αποδοτικότητα ως προς τα κόστη (με την επίτευξη οικονομιών κλίμακας), καθώς και να δημιουργήσουν νέα έσοδα. Κατά συνέπεια, οι συγχωνεύσεις και οι εξαγορές έχουν σημαντικές επιπτώσεις στο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα που διαθέτει μια επιχείρηση καθώς και στην απόδοσή της και η βιωσιμότητα θεωρείται όλο και περισσότερο ως ένα σημαντικό ανταγωνιστικό πλεονέκτημα¹⁷⁵.

98. Διαφορετικές συμπεριφορές μπορεί να παρατηρηθούν από τις αλληλεπιδράσεις μεταξύ καθεστώτων περιβάλλοντος και πόρων που εξαρτώνται από την κλίμακά τους και από τις επιπτώσεις αυτών στη βιωσιμότητα¹⁷⁶. Οι συγχωνεύσεις είναι κάθετες μέθοδοι αλληλεπίδρασης που μπορούν να βοηθήσουν τις επιχειρήσεις να απορροφήσουν προβλήματα διασυνοριακών συγκρούσεων, αλλά αυτό δυστυχώς δεν είναι πάντοτε επωφελές από πλευράς βιωσιμότητας, καθώς μπορεί εύκολα να χρησιμοποιηθεί και ως δικαιολογία για να επιβάλουν οι κυρίαρχοι παίκτες τις προτιμήσεις τους σε άλλους παράγοντες της αγοράς. Οι συγχωνεύσεις κατατείνουν στη συγκέντρωση της δύναμης σε κάποιον συγκεκριμένο τομέα, γεγονός που μπορεί να οδηγήσει σε προβληματικές καταστάσεις που ενδεχομένως μπορεί να μην συμμορφώνονται με τις κοινωνικές διαστάσεις της βιωσιμότητας, ιδίως της δικαιοσύνης («fairness»).

99. Σύμφωνα με το ισχύον καθεστώς ελέγχου των συγκεντρώσεων στην ΕΕ, υπάρχουν διάφορες επιλογές για την αντιμετώπιση ζητημάτων βιωσιμότητας ευρύτερης σημασίας: α) η εις βάθος διερεύνηση συγχωνεύσεων βάσει του άρθρου 2 του κανονισμού συγκεντρώσεων της ΕΕ («Κανονισμός Συγκεντρώσεων»)¹⁷⁷, ιδίως λαμβάνοντας υπόψη ζητήματα βιωσιμότητας κατά τον ορισμό των σχετικών αγορών¹⁷⁸ ή, β) η ένταξη τέτοιων ζητημάτων στην ανάλυση των

¹⁷⁵ Βλ., Deloitte, How Green is the Deal? The Growing Role of Sustainability in M&A (2008), διαθέσιμο στη διεύθυνση: https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/il/Documents/risk/CCG/other_comittees/how_green_is_the_deal_deloitte_102408.pdf · T. Gonzalez-Torres, J.-L. Rodriguez-Sanchez, E. Pelechano-Barahona & F. E. Garcia – Muina, “A Systematic Review of Research on Sustainability in Mergers and Acquisitions”, (2020) 12 Sustainability 513.

¹⁷⁶ T. Gonzalez-Torres, J.-L. Rodriguez-Sanchez, E. Pelechano-Barahona & F. E. Garcia – Muina, ‘A Systematic Review of Research on Sustainability in Mergers and Acquisitions’, (2020) 12 Sustainability 513· O. Young, Vertical interplay among scale-dependent environmental and resource regimes. (2006) 11 Ecol. Soc. 27.

¹⁷⁷ Κανονισμός (ΕΚ) 139/2004 του Συμβουλίου για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων (κανονισμός περί συγκεντρώσεων ΕΚ) [2004] ΟJ L 24 (ΕΥΜΡ).

¹⁷⁸ Βλ., για παράδειγμα την προσέγγιση που ακολούθησε η Ευρωπαϊκή Επιτροπή στην Υπόθεση M.7292 - DEMB/ MONDELEZ/ CHARGER OPCO (May 5th, 2015), παράγραφος 57 (συζητώντας τον ορισμό μιας ξεχωριστής σχετικής αγοράς για τον «μη συμβατικό καφέ» από ό, τι για τον

βελτιώσεων της αποτελεσματικότητας («efficiencies») που εξετάζονται στο πλαίσιο του Κανονισμού Συγκεντρώσεων· (γ) η λήψη υπόψη τέτοιων παραγόντων κατά την εξέταση και αποδοχή δεσμεύσεων· δ) η εφαρμογή του άρθρου 21, παρ. 4 του Κανονισμού Συγκεντρώσεων· και (ε) η δυνατότητα αξιολόγησης ζητημάτων τοπικής σημασίας αναλύοντας τις συγκεντρώσεις βάσει της εκάστοτε εθνικής νομοθεσίας περί ανταγωνισμού¹⁷⁹.

100. Σύμφωνα με το άρθρο 2, παρ. 1, στοιχείο β του Κανονισμού Συγκεντρώσεων, η εξέλιξη της τεχνικής και οικονομικής προόδου, εφόσον η εξέλιξη αυτή είναι προς το συμφέρον των καταναλωτών και δεν αποτελεί εμπόδιο για τον ανταγωνισμό, είναι ένα στοιχείο που λαμβάνεται υπόψη. Κάτω από την «ομπρέλα» της έννοιας της «οικονομικής προόδου», μπορούν κατά την αξιολόγηση μιας συγχώνευσης να ληφθούν υπόψη (κατά περίπτωση) περιβαλλοντικά ζητήματα καθώς και ζητήματα βιωσιμότητας. Τέτοια ζητήματα μπορούν ωστόσο να εξεταστούν τόσο από θετική όσο και από αρνητική άποψη. Οι θετικές περιβαλλοντικές εξωτερικές συνέπειες μιας γνωστοποιηθείσας συγκέντρωσης μπορούν εύκολα να ληφθούν ως παράγοντας σε μια απόφαση έγκρισης μιας συγκέντρωσης λόγω των παρούσων ή μελλοντικών βελτιώσεων αποτελεσματικότητας (σχετιζόμενων με τη βιωσιμότητα), ενώ αντίθετα οι αρνητικές εξωτερικές συνέπειες σπάνια θα οδηγήσουν σε απαγόρευση μιας συγκέντρωσης¹⁸⁰, μολονότι θα μπορούσαν ενδεχομένως να χρησιμεύσουν ως επιχείρημα για την παροχή και αποδοχή δεσμεύσεων.

101. Για να αναλύσει τους θετικούς περιβαλλοντικούς παράγοντες ως «βελτιώσεις αποτελεσματικότητας» που αντισταθμίζουν τυχόν αντίθετες προς τον ανταγωνισμό επιβλαβείς επιπτώσεις στους καταναλωτές, η Ευρ. Επιτροπή έχει καθορίσει τις τρεις σωρευτικές προϋποθέσεις¹⁸¹: Η πρώτη είναι να ωφελούν τους καταναλωτές, η δεύτερη είναι ότι η βελτίωση της αποτελεσματικότητας πρέπει να αφορά την συγκεκριμένη συγκέντρωση μόνον, και η τρίτη είναι ότι η αποτελεσματικότητα πρέπει να είναι επαληθεύσιμη.

102. Πολλές συγκεντρώσεις εγκρίνονται υπό όρους, το οποίο σημαίνει ότι η έγκριση εξαρτάται από την παροχή διορθωτικών μέτρων (δεσμεύσεων) από τα μέρη¹⁸². Οι δεσμεύσεις μπορεί να χρησιμεύσουν για την αντιμετώπιση αρνητικών περιβαλλοντικών επιπτώσεων που εντοπίστηκαν κατά την ουσιαστική

«συμβατικό καφέ», λαμβάνοντας υπόψη την «ανάγκη για ένα βιολογικό προϊόν που θεωρείται υγιέστερο ή την ανάγκη να αισθανόμαστε πιο περιβαλλοντικά βιώσιμοι ή να συμβάλουμε στη βιώσιμη ανάπτυξη») και την Πορτογαλική Αρχή Ανταγωνισμού στην Ccent. 45/2017 Aviagen / Hubbard (Δεκέμβριος 21, 2017).

¹⁷⁹ Βλ., S. Holmes, Climate change, sustainability, and competition law, (2020) 8(2) Journal of Antitrust Enforcement 354

¹⁸⁰ Πρόσφατα, η Επιτροπή έλαβε υπόψη τους περιβαλλοντικούς και κλιματικούς παράγοντες ως βάση για την αμφισβήτηση της συμφωνίας Bayer / Monsanto. Υπήρξε εκτεταμένη εναντίωση στη συμφωνία Bayer / Monsanto από περιβαλλοντικές ΜΚΟ και από ένα ευρύτερο κοινό με βάση τις ανησυχίες σχετικά με το περιβάλλον και την κλιματική αλλαγή. Η Επίτροπος Vestager απάντησε ότι «ενώ αυτές οι ανησυχίες έχουν μεγάλη σημασία, δεν αποτελούν τη βάση μιας αξιολόγησης συγκεντρώσεων», υποστηρίζοντας ότι τέτοιες ανησυχίες «χειρίζονται οι συνάδελφοί μου και οι εθνικές αρχές και υπόκεινται σε ευρωπαϊκούς και εθνικούς κανόνες για την προστασία της ασφάλειας των τροφίμων, των καταναλωτών και του περιβάλλοντος και του κλίματος», Margrethe Vestager, «Επιστολή της Επιτροπής για τη Monsanto / Bayer» (Βρυξέλλες, 22 Αυγούστου 2017) στις 18 Ιανουαρίου 2020.

¹⁸¹ Βλ. παραγράφους 78-88 των Κατευθυντήριων Γραμμών των Οριζόντιων Συγκεντρώσεων.

¹⁸² Βλ. άρθρο 6(2) και άρθρο 8(2) του Κανονισμού Συγκεντρώσεων.

αξιολόγηση της συγκέντρωσης, και έτσι η δημιουργία ομοιόμορφων κανόνων για την αντιμετώπιση τέτοιων συνεπειών μέσω του σχεδιασμού κατάλληλων διορθωτικών μέτρων θα μπορούσε να αποδειχθεί χρήσιμη. Μια τέτοια προσέγγιση συνάδει μάλιστα με την γενικότερη προσπάθεια εξισορρόπησης αντίθετων συμφερόντων και με την αρχή της αναλογικότητας. Για να υπάρξουν τέτοιες κατευθυντήριες γραμμές, θα ήταν χρήσιμο να επιτευχθεί κάποιου είδους συναίνεση σχετικά με το εύρος της δυνατότητας παρέμβασης μιας αρχής ανταγωνισμού. Επί ποίας βάσης μπορούν να ενσωματωθούν ανησυχίες σχετικές με την βιωσιμότητα στην έννοια των αντι-ανταγωνιστικών επιπτώσεων και της αποτελεσματικότητας; Τι θα αποτελούσε μια «επαληθεύσιμη» αποτελεσματικότητα που σχετίζεται με τη βιωσιμότητα¹⁸³; Θα πρέπει μια αρχή ανταγωνισμού να περιορίζεται στην αποδοχή δεσμεύσεων μόνον συμπεριφορικού χαρακτήρα («behavioural remedies») όταν υπάρχουν λόγοι βιωσιμότητας ή θα πρέπει να ακολουθεί πιο επιθετική πολιτική εφαρμόζοντας δεσμεύσεις διαρθρωτικού χαρακτήρα («structural remedies») για την επίτευξη γενικότερων στόχων βιωσιμότητας;

103. Οι λόγοι δημοσίου συμφέροντος δεν αποτελούν μέρος της ουσιαστικής αξιολόγησης του ελέγχου των συγκεντρώσεων στην ΕΕ. Ωστόσο, το άρθρο 21, παρ. 4 του Κανονισμού Συγκεντρώσεων περιλαμβάνει ρήτρα σχετικά με την προστασία έννομων συμφερόντων, η οποία προβλέπει ότι τα κράτη μέλη μπορούν να λάβουν τα κατάλληλα μέτρα για την προστασία τριών συγκεκριμένων έννομων συμφερόντων: της δημόσιας ασφάλειας, της πολυφωνίας των μέσων μαζικής ενημέρωσης και των κανόνων χρηστής διαχείρισης, καθώς και άλλων ειδών δημοσίου συμφέροντος που δεν είναι προκαθορισμένα και μπορεί να αναγνωριστούν από την Ευρ. Επιτροπή μετά από σχετική ανακοίνωση κάποιου κράτους μέλους. Υπάρχουν τρεις τρόποι με τους οποίους μπορούν να ληφθούν υπόψη ευρύτεροι στόχοι βιωσιμότητας βάσει αυτής της διάταξης, παρόλο που αυτοί οι στόχοι δεν αναφέρονται ρητά:

- i) οι στόχοι βιωσιμότητας ενδέχεται να εμπίπτουν σε ένα από τα προαναφερθέντα είδη «εννόμου συμφέροντος» - κατά πάσα πιθανότητα στη «δημόσια ασφάλεια» ·
- ii) ένα ζήτημα βιωσιμότητας μπορεί να «αναγνωριστεί» από την Ευρ. Επιτροπή ως δημόσιο συμφέρον μετά από αίτηση ενός κράτους μέλους προς την Ευρ. Επιτροπή. Πράγματι, εάν ένα κράτος μέλος επιθυμεί να διεκδικήσει ένα πρόσθετο έννομο συμφέρον, εκτός από αυτά που αναφέρονται παραπάνω, το ανακοινώνει στην Επιτροπή, η οποία στη συνέχεια πρέπει να αποφασίσει, εντός είκοσι πέντε εργάσιμων ημερών, εάν το προτεινόμενο αυτό συμφέρον είναι συμβατό με το δίκαιο της ΕΕ, και μπορεί να χαρακτηριστεί ως έννομο συμφέρον του άρθρου 21, παρ. 4. Σημειώνεται ότι έχουν υπάρξει μέχρι στιγμής μόνο οκτώ αποφάσεις της Ευρ. Επιτροπής με τις οποίες έχει επιτραπεί σε

¹⁸³ Σημ. ότι στην Υπόθεση M.9409 - AURUBIS / METALLO GROUP HOLDING (4.5.2020), παράγραφος 844 η Ευρ. Επιτροπή δεν αποδέχθηκε κάποια αποτελεσματικότητα που προέβλεπε τα μέρη και αφορούσαν περιβαλλοντικά οφέλη, καθώς διαπίστωσε ότι αυτά δεν ήταν επαληθεύσιμα και ήταν απίθανο να προκύψουν εγκαίρως.

ένα κράτος μέλος να χρησιμοποιήσει επιτυχώς το άρθρο 21, παρ. 4, και καμία από το 2007 έως σήμερα¹⁸⁴.

- iii) Το άρθρο 21, παρ. 4 του Κανονισμού Συγκεντρώσεων θα μπορούσε να τροποποιηθεί ούτως ώστε να περιλαμβάνει ρητά τους στόχους βιωσιμότητας.

104. Τέλος, μια συγκέντρωση είναι δυνατόν να εξεταστεί βάσει των εθνικών κανόνων ελέγχου συγκεντρώσεων ενός ή περισσοτέρων κρατών μελών, όταν δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Κανονισμού Συγκεντρώσεων, και στην περίπτωση αυτή κάθε κράτος μέλος θα είναι υπεύθυνο για την επιδίωξη, σε μεγαλύτερο ή μικρότερο βαθμό, των δικών του στόχων βιωσιμότητας. Για παράδειγμα, η νομοθεσία περί συγκεντρώσεων στην Ισπανία περιέχει ρητή αναφορά σε περιβαλλοντικά θέματα¹⁸⁵. Ένα άλλο παράδειγμα είναι η απόφαση του Γερμανικού Υπουργείου Οικονομικών τον Αύγουστο του 2019 να επιτρέψει την συγκέντρωση Miba/ Zollern, την οποία είχε προηγουμένως απαγορεύσει η Γερμανική Αρχή Ανταγωνισμού. Ο Υπουργός έκρινε ότι οι θετικές επιπτώσεις εκείνης της συμφωνίας στο περιβάλλον και στην προστασία του κλίματος (όπως λ.χ. η μείωση του θορύβου, η μειωμένη κατανάλωση καυσίμου και, γενικότερα, η προστασία του κλίματος και η βιώσιμη περιβαλλοντική πολιτική) αντισταθμίζουν τα ανταγωνιστικά μειονεκτήματα της συγκέντρωσης¹⁸⁶.

105. Προβληματισμοί σχετικά με την βιωσιμότητα μπορούν επίσης να εξεταστούν και εμμέσως κατά την αξιολόγηση των επιπτώσεων μιας συγκέντρωσης στην καινοτομία¹⁸⁷. Μια συγχώνευση με τον μικρότερο δυνητικό ανταγωνιστή μπορεί και αυτή να περιορίσει την καινοτομία, ιδίως όταν ο μικρότερος παίκτης διαθέτει πολλά υποσχόμενα καινοτόμα προϊόντα, καθώς κάτι τέτοιο μπορεί να οδηγήσει σε περιορισμό των επιλογών για τους καταναλωτές και στην μείωση της καινοτομίας εκ μέρους των ανταγωνιστών της νέας οντότητας¹⁸⁸. Αυτό μπορεί να ισχύει και όσον αφορά την προστασία του πραγματικού και δυνητικού ανταγωνισμού σε τύπους τεχνολογίας που είναι σημαντικές για την επίτευξη των Στόχων για την Βιώσιμη Ανάπτυξη (ΣΒΑ). Πρέπει επίσης να τονιστεί ο ρόλος της διάδοσης καινοτομιών σχετικών με τη βιωσιμότητα καθώς και της ανάπτυξης νέων αγορών για είδη που βοηθούν τις καινοτόμες επιχειρήσεις να δημιουργήσουν οικοσυστήματα καινοτομίας. Όπως αναλύθηκε παραπάνω, στην πρόσφατη απόφασή της σχετικά με τη συγκέντρωση Dow/ Dupont¹⁸⁹, η Ευρ. Επιτροπή εξέτασε τον ανταγωνισμό στην καινοτομία,

¹⁸⁴ Βλ., I. Lianos, V. Korah with P. Siciliani, *Competition Law: Analysis, Cases and Materials* (OUP, 2019), 1564.

¹⁸⁵ Νόμος 15/2007 που επιτρέπει να ληφθούν υπόψη ζητήματα μη ανταγωνισμού, συμπεριλαμβανομένης της προστασίας του περιβάλλοντος, σε υποθέσεις δεύτερης φάσης (phase II) στις οποίες το Συμβούλιο Υπουργών αποφασίζει να αξιολογήσει τη συγκέντρωση βάσει αυτών των κριτηρίων.

¹⁸⁶ Βλ., https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/V/verfuegung-verwaltungsverfahren-miba-zollern.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

¹⁸⁷ Κατευθυντήριες Γραμμές των Οριζόντιων Συγκεντρώσεων [2004] OJ C31/5, παράγραφος 8, παράγραφοι 8, 20, 38 & 81.

¹⁸⁸ Υπόθεση COMP/ M.5984 – *Intel/McAfee*, Απόφαση της Ευρ. Επιτροπής της 26 Ιανουαρίου 2011· Υπόθεση COMP/ M.6564 – *ARM/GIESECKE & DEVRIENT/GEMALTO JV*, Απόφαση της Ευρ. Επιτροπής της 6 Νοεμβρίου 2012· Υπόθεση No COMP/M.7688 – *Intel/Altera*, Απόφαση της Ευρ. Επιτροπής της 14 Οκτωβρίου 2015.

¹⁸⁹ Dow/Dupont (Υπόθεση M.7932) Απόφαση της Ευρ. Επιτροπής της 27 Μαρτίου 2017.

τόσο στο επίπεδο των λεγόμενων «χώρων καινοτομίας» (innovation spaces) εντός της αγοράς προϊόντων προστασίας καλλιεργειών, όσο και στο γενικότερο επίπεδο της βιομηχανίας¹⁹⁰, αναλύοντας την ενδεχόμενη ζημία που μπορούσε να προκαλέσει η συγκέντρωση στην καινοτομία, και λαμβάνοντας υπόψη κατά την αξιολόγηση της συγκέντρωσης την στροφή της καινοτομίας προς ζητήματα δημοσίου συμφέροντος, δίνοντας σημασία στην πορεία της καινοτομίας και πότε αυτή είναι σημαντική για την κοινωνία¹⁹¹.

106. Όσον αφορά τον έλεγχο των συγκεντρώσεων στην Ελλάδα, έχουν ήδη τεθεί ενώπιον της ΕΑ ζητήματα σχετικά με τη βιωσιμότητα σε προηγούμενες υποθέσεις, αν και σε καμία από τις περιπτώσεις αυτές η βιωσιμότητα δεν διαδραμάτισε εντέλει σημαντικό ρόλο στην τελική απόφαση.

107. Στην απόφαση υπ' αριθ. 577/VII/2013 η ΕΑ εξέτασε την απόκτηση κοινού ελέγχου επί της εταιρείας Waste Syclo Υπηρεσίες Διαχείρισης Αποβλήτων Α.Ε. από τις εταιρείες ΤΕΡΝΑ Ενεργειακή ΑΒΕΤΕ Α.Ε. και ΔΕΗ¹⁹². Η συγκέντρωση έθετε ορισμένα ζητήματα ανταγωνισμού ενόψει της σημαντικής θέσης της ΔΕΗ στη διαχείριση αποβλήτων και σε σχετικές υποδομές, και στην ικανότητα της νέας οντότητας να χρησιμοποιεί εγκαταστάσεις της ΔΕΗ, ιδίως λιγνιτικές μονάδες, για τη διαχείριση των αποβλήτων, συμπεριλαμβανομένης της εναπόθεσής αυτών (ή υποπροϊόντων τους) και της καύσης τους (μέσω της οποίας θα μπορούσε να παράγει ηλεκτρική ενέργεια). Όσον αφορά τις επιπτώσεις της συγκέντρωσης στην αγορά παραγωγής και προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας σε επίπεδο χονδρικής, η ΕΑ θεώρησε ότι η διαδικασία επεξεργασίας αποβλήτων έχει ως αποτέλεσμα διάφορα υπο-προϊόντα, τα κύρια είδη των οποίων είναι η ανάκτηση ενέργειας, η ανακύκλωση υλικών και το λίπασμα («compost»). Στη συνέχεια, εξέτασε τα επιχειρήματα των μερών, τα οποία ανέφεραν ότι η παραγωγή ηλεκτρικής ενέργειας θα αναλαμβάνεται μόνο μέσω της ανάκτησης ενέργειας από τη διαδικασία διαχείρισης αποβλήτων, και μόνο στις περιπτώσεις που οι διάφορες μέθοδοι διαχείρισης αποβλήτων που χρησιμοποιούνται επιτρέπουν την αποτελεσματική, οικονομικά βιώσιμη και περιβαλλοντικά αποδεκτή ανάκτηση ενέργειας από απόβλητα. Η ΕΑ δέχτηκε το επιχειρήμα που προέβαλαν τα μέρη σχετικά με τις οικονομίες κλίμακας, δεδομένου ότι η δραστηριότητα παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας ως μέρος της διαδικασίας διαχείρισης αποβλήτων ήταν πιθανό να επικεντρωθεί στην Αθήνα και τη Θεσσαλονίκη, και σε ορισμένες άλλες μεγάλες πόλεις της Ελλάδας, όπου οι όγκοι των αποβλήτων ήταν τέτοιοι που θα μπορούσαν να δικαιολογήσουν τις σημαντικές μακροπρόθεσμες επενδύσεις που απαιτούνται και ότι η ικανότητα παραγωγής ενέργειας μιας τυπικής μονάδας ανακύκλωσης αποβλήτων κυμαίνεται μεταξύ 35-50 MW.

108. Σε κάποιες συναλλαγές, οι γνωστοποιούσες επιχειρήσεις προέβαλαν επιχειρήματα σχετικά με την βιωσιμότητα, ωστόσο αυτά δεν εξετάστηκαν από την ΕΑ [βλ. κατωτέρω περιπτώσεις 1, 2, 3].

¹⁹⁰ Ό.π., παράγραφος 1957.

¹⁹¹ Ό.π., παράγραφος 1977, 1979 και 1980. Βλ. ακόμα, I. Lianos, Polycentric Competition Law, (2018) Current Legal Problems 161, 194.

¹⁹² Η ΔΕΗ είναι η μεγαλύτερη εταιρεία παραγωγής και προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας στην Ελλάδα. Η ΔΕΗ (άμεσα ή μέσω των θυγατρικών της) δραστηριοποιείται σε όλα τα στάδια της αλυσίδας παραγωγής και διανομής στον τομέα της ηλεκτρικής ενέργειας (εξόρυξη λιγνίτη, παραγωγή, μεταφορά, διανομή και προμήθεια ηλεκτρικής ενέργειας).

Περίπτωση 1: Απόφαση της ΕΑ υπ' αριθ. 615/2015¹⁹³

Η υπόθεση αφορούσε στη σύσταση κοινής επιχείρησης με την επωνυμία «ECORECOVERY Ανώνυμη Εταιρία Ανάκτησης Αποβλήτων» και το διακριτικό τίτλο «ECORECOVERY S.A.» από τις εταιρίες «INTEPMΠΕΤΟΝ ΔΟΜΙΚΑ ΥΛΙΚΑ Α.Ε.» και «ΠΟΛΥΕΚΟ Α.Ε.». Η INTEPMΠΕΤΟΝ δραστηριοποιείτο στην παραγωγή και εμπορία σκυροδέματος, αδρανών υλικών και λοιπών δομικών υλικών, καθώς και σε λατομικές εργασίες. Η ΠΟΛΥΕΚΟ αποτελούσε την πρώτη και μόνη πλήρως αδειοδοτημένη και πιστοποιημένη κάθετη μονάδα διαχείρισης και αξιοποίησης αποβλήτων στην Ελλάδα κατά την περίοδο της γνωστοποίησης.

Όπως αναφερόταν στη γνωστοποίηση, σκοπός των μητρικών της κοινής επιχείρησης είναι «ο συνδυασμός της οργανωτικής και διοικητικής τεχνογνωσίας του Ομίλου TITAN και της πολύχρονης εμπειρίας του Ομίλου ΤΠΠ στην διαχείριση και επεξεργασία αποβλήτων, για την παραγωγή στην Ελλάδα προϊόντων εναλλακτικών καυσίμων που σε άλλες Ευρωπαϊκές χώρες είναι περισσότερο διαδεδομένα. Στα πλαίσια της υλοποίησης των σχετικών Οδηγιών της Ευρωπαϊκής Ένωσης για περιβαλλοντικά πληρέστερη διαχείριση των αποβλήτων μέσω αύξησης της ανακύκλωσης και της ανάκτησης και μείωσης των αποβλήτων που οδηγούνται σε ταφή, η κοινή επιχείρηση στοχεύει στο να προσφέρει καλύτερης ποιότητας ή/και ειδικών προδιαγραφών εναλλακτικά καύσιμα σε ποσότητες ικανές να καλύψουν την ζήτηση, η οποία εκτιμάται ότι θα αυξηθεί σημαντικά κατά τα επόμενα χρόνια λόγω του υψηλού και διαρκώς αυξανόμενου κόστους των συμβατικών καυσίμων» (παρ. 5 της απόφασης υπ' αριθ. 615/2015).

Η ECORECOVERY θα δραστηριοποιείτο στη διαχείριση και επεξεργασία κατ' αρχήν μη επικίνδυνων στερεών απόβλητων για την παραγωγή και εμπορία στερεών εναλλακτικών (δευτερογενών) καυσίμων, όπως ενδεικτικά το καύσιμο SRF (Solid Recovered Fuel) ή RDF (Refuse Derived Fuel). Οι γνωστοποιούσες επιχειρήσεις ανέφεραν ότι ένας από τους σκοπούς της κοινής επιχείρησης σε μελλοντικό στάδιο, και ανάλογα με την επιτυχία της ανάπτυξής της, ήταν να δραστηριοποιηθεί στη διαχείριση και επεξεργασία ειδικών μορφών επικίνδυνων στερεών αποβλήτων, και συγκεκριμένα μόνο στην ειδική κατηγορία της παραγωγής και εμπορίας εναλλακτικών καυσίμων από ρυπασμένα ξύλα (στρωτήρες σιδηροδρόμων και στύλους ηλεκτροδότησης ή/και τηλεφωνίας), και στην παραγωγή, από τα ανωτέρω υλικά, και εμπορία στερεών εναλλακτικών (δευτερογενών) καυσίμων, όπως ενδεικτικά το καύσιμο WDF (Wood Derived Fuel)¹⁹⁴.

Η ΕΑ έλαβε υπόψη τις επιπτώσεις της συγκέντρωσης στο σύστημα διαχείρισης αποβλήτων, που ορίζεται ως «η συλλογή, μεταφορά, ανάκτηση και διάθεση αποβλήτων, συμπεριλαμβανομένης της εποπτείας των εργασιών αυτών, καθώς και της επίβλεψης των χώρων διάθεσης (disposal sites) και των ενεργειών, στις οποίες προβαίνουν οι έμποροι ή οι μεσίτες»¹⁹⁵. Τα απόβλητα διακρίνονταν επιπλέον σε διάφορες κατηγορίες, ανάλογα με τη μορφή (αέρια, στερεά, υγρά), την προέλευση (αστικά, βιομηχανικά κ.λπ.) και την επικινδυνότητά τους (επικίνδυνα, μη επικίνδυνα).

¹⁹³ Βλ. <https://www.epant.gr/apofaseis-gnomodotiseis/item/84-apofasi-615-2015.html>

¹⁹⁴ Το WDF (Wood Derived Fuel) είναι ένα δευτερεύον καύσιμο που παράγεται από απορρίμματα ξύλου, κυρίως από δάση, τη βιομηχανία ξύλου, καθώς και από δραστηριότητες κατασκευής και κατεδάφισης, βλ. Υπόθεση αριθ. 615/2015 της ΕΕΑ, υποσημείωση 39.

¹⁹⁵ Νόμος 4042/2012.

Οι γνωστοποιούσες επιχειρήσεις ανέφεραν ότι η κοινή επιχείρηση θα παράσχει μια επιπλέον ολοκληρωμένη λύση διαχείρισης αποβλήτων και τελικής διάθεσης για τους καταναλωτές, ήτοι τους παραγωγούς ή/ και κατόχους αποβλήτων. Ανέφεραν επίσης ότι «αποτελεί στόχο για την κοινή επιχείρηση η παροχή ολοκληρωμένης και τεχνικά άρτιας τεχνικής βιομηχανικής λύσης επεξεργασίας και διάθεσης στερεών μη επικίνδυνων αποβλήτων και μετατροπή τους σε δευτερογενή (εναλλακτικά) καύσιμα, ώστε να καταστεί ανταγωνιστική έναντι αφενός της λύσης της υγειονομικής ταφής αυτών και αφετέρου άλλων προσφερόμενων λύσεων της αγοράς, όπως των άλλων εγχώριων υφισταμένων, ή εν δυνάμει προς ίδρυση, εταιριών επεξεργασίας αποβλήτων που παραλαμβάνουν απόβλητα για παραγωγή δευτερογενών καυσίμων, καθώς και αντίστοιχων εταιριών του εξωτερικού που προσφέρουν εισαγόμενα δευτερογενή καύσιμα προς ενεργειακή αξιοποίηση σε κατάλληλα αδειοδοτημένες μονάδες της Ελλάδας».

Περαιτέρω, τα μέρη ανέφεραν στην γνωστοποίησή τους ότι ένας από τους στόχους της κοινής επιχείρησης ήταν να επιτύχει τους στόχους της κυκλικής οικονομίας, σύμφωνα με τους οποίους γίνεται προσπάθεια βέλτιστης αξιοποίησης κάθε υλικού πόρου που εισέρχεται στο σύστημα ώστε να μεγιστοποιηθεί η προστιθέμενη αξία που λαμβάνεται από αυτόν. Με αυτόν τον τρόπο δε, επιτυγχάνεται ο στόχος μη εξάντλησης των φυσικών πόρων (ορυκτών καυσίμων) του οικοσυστήματος, της καθυστέρησης κορεσμού των ΧΥΤΑ με αποτέλεσμα να εξοικονομούνται αντίστοιχοι υλικοί πόροι, τη μείωση των δαπανών χρήσης αδρανών υλικών για την κάλυψη των ΧΥΤΑ, τη βέλτιστη αξιοποίηση του ανθρωπίνου δυναμικού του κλάδου, τη δημιουργία τεχνογνωσίας και την ανάπτυξη του ανθρώπινου επιστημονικού κεφαλαίου κ.α. Τέλος, η αιτούμενη συγκέντρωση θα βοηθήσει στην υλοποίηση της περιβαλλοντικής πολιτικής της πολιτείας με βάση την οποία «ο ρυπαίνων πληρώνει» αναλογικά με την περιβαλλοντική επίπτωση που προκαλεί. (παρ. 174 της απόφασης υπ' αριθ. 615/2015)

Η ΕΑ προχώρησε σε μια πιο παραδοσιακή ανάλυση σχετικά με τα πιθανά αποτελέσματα αποκλεισμού της συγκέντρωσης, εστιάζοντας σε εναλλακτικές πηγές εφοδιασμού και νέα είσοδο στις επηρεαζόμενες αγορές, και διαπίστωσε ότι η συγκέντρωση δεν εγείρει προβλήματα ανταγωνισμού, χωρίς να χρειαστεί να γίνει κάποια συγκεκριμένη αναφορά στα επιχειρήματα σχετικά με τη βιωσιμότητα που προέβαλαν τα μέρη.

Περίπτωση 2: Απόφαση της ΕΑ υπ' αριθ. 682/2019

Η υπόθεση αφορούσε την απόκτηση ελέγχουσας συμμετοχής στην ανώνυμη εταιρία με την επωνυμία «ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑ ΑΛΟΥΜΙΝΙΟΥ ΜΕΤΑΛΛΟΒΙΟΜΗΧΑΝΙΑ ΕΠ.ΑΛ.ΜΕ» από την ανώνυμη εταιρία με την επωνυμία «ΜΥΤΙΛΗΝΑΙΟΣ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ – ΟΜΙΛΟΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ». Η ΜΥΤΙΛΗΝΑΙΟΣ είναι ένας όμιλος επιχειρήσεων που δραστηριοποιείται κυρίως στους τομείς της μεταλλουργίας, των έργων EPC (Engineering- Procurement – Construction), της ηλεκτρικής ενέργειας και της εμπορίας φυσικού αερίου, καθώς και στις συμμετοχές στο κεφάλαιο άλλων επιχειρήσεων. Η ΕΠ.ΑΛ.ΜΕ. δραστηριοποιείται κυρίως στη βιομηχανική παραγωγή, επεξεργασία και εμπορία μετάλλων και ιδιαίτερα του αλουμινίου, κραμάτων και προϊόντων αυτού.

Η συγκέντρωση είχε ως στόχο την αύξηση της συνολικής δυναμικότητας της ΜΥΤΙΛΗΝΑΙΟΣ στην παραγωγή προϊόντων αλουμινίου, με αποτέλεσμα την ενίσχυση της παρουσίας της εταιρίας στις αγορές της Ελλάδας και του εξωτερικού, με την παροχή ολοκληρωμένων λύσεων στους πελάτες της και την απόκτηση τεχνογνωσίας στη δραστηριότητα της ανακύκλωσης (scrap) αλουμινίου. Περαιτέρω, η γνωστοποιούσα επιχείρηση προέβαλε δύο ακόμα στρατηγικούς στόχους:

- τη μείωση της ενέργειας που απαιτείται σε όλα τα στάδια της παραγωγικής της διαδικασίας, μέσω της ανακύκλωσης προϊόντων αλουμινίου (scrap) από προϊόντα που η χρήση τους έχει ολοκληρωθεί,
- την επίτευξη του μακροχρόνιου σχεδιασμού της ΜΥΤΙΛΗΝΑΙΟΣ να γίνει σταδιακά μία πιο «πράσινη βιομηχανία», με σημαντικά μειωμένο το περιβαλλοντικό της αποτύπωμα και ουσιαστική εξοικονόμηση των φυσικών πόρων μέσω της μεγιστοποίησης της ζωής των προϊόντων αλουμινίου με την επαναχύτευσή τους,

Η δυνατότητα των διελαστών να αλλάξουν προμηθευτή στην αγορά της υπηρεσίας αναχύτευσης ήταν ιδιαίτερα περιορισμένη (έως ανύπαρκτη), καθώς η ΕΠΑΛΜΕ ήταν σχεδόν το μόνο ανεξάρτητο χυτήριο που μπορούσε να ανακυκλώσει τη φύρα τους και η εξεύρεση άλλου χυτηρίου στο εξωτερικό ήταν απαγορευτική λόγω του ιδιαίτερα υψηλού κόστους μεταφοράς και της μικρής ποσότητας σκραπ που παραγόταν από τον κάθε διελαστή.

Ωστόσο, η ΜΥΤΙΛΗΝΑΙΟΣ υποστήριξε ότι η συγκέντρωση θα της επέτρεπε να μειώσει σημαντικά το περιβαλλοντικό της αποτύπωμα και να πραγματοποιήσει σημαντική εξοικονόμηση φυσικών πόρων. Αυτή η στρατηγική ανταποκρινόταν στη σταθερή τάση των καταναλωτών για «πράσινα» προϊόντα και πρώτες ύλες, η διαδικασία παραγωγής των οποίων περιλαμβάνει την ανακύκλωση ως κύριο χαρακτηριστικό. Κατά την αξιολόγηση της συγκέντρωσης, η ΕΑ εξέτασε τις πιθανές μονομερείς επιπτώσεις της συγκέντρωσης που θα προέκυπταν από ενδεχόμενες στρατηγικές αποκλεισμού (όπως «πρακτικές δέσμευσης» («tying»)) από την ΜΥΤΙΛΗΝΑΙΟΣ και ενέκρινε τη συγκέντρωση υπό ορισμένες προϋποθέσεις, χωρίς να εξετάσει τα επιχειρήματα σχετικά με τη βιωσιμότητα που προέβαλαν οι γνωστοποιούσες επιχειρήσεις.

Περίπτωση 3: Απόφαση της ΕΑ υπ' αριθ. 694/2019

Η υπόθεση αφορούσε την απόκτηση κοινού ελέγχου από τις εταιρίες με την επωνυμία «ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΩΝ ΠΗΓΩΝ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ» και «VOLTERRA ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΑΡΑΓΩΓΗΣ ΚΑΙ ΕΜΠΟΡΙΑΣ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ» επί των εταιριών με την επωνυμία «VOLTERRA ΛΥΚΟΒΟΥΝΙ ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΑΡΑΓΩΓΗΣ ΚΑΙ ΕΜΠΟΡΙΑΣ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ» και «VOLTERRA Κ-Ρ ΜΟΝΟΠΡΟΣΩΠΗ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΠΑΡΑΓΩΓΗΣ ΚΑΙ ΕΜΠΟΡΙΑΣ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ», που προ της συγκέντρωσης τελούσαν υπό τον αποκλειστικό έλεγχο της VOLTERRA.

Η ΔΕΗ ΑΝΑΝΕΩΣΙΜΕΣ Α.Ε. ιδρύθηκε το 1998 από τον Όμιλο ΔΕΗ, μια κρατική εταιρεία παραγωγής, μεταφοράς και διανομής ηλεκτρικής ενέργειας σε όλη την Ελλάδα, με δραστηριότητα σε διάφορα τμήματα της αλυσίδας αξίας των Ανανεώσιμων Πηγών Ενέργειας (ΑΠΕ)¹⁹⁶. Η VOLTERRA ΛΥΚΟΒΟΥΝΙ δραστηριοποιείται επίσης στην ανάπτυξη, χρηματοδότηση, κατασκευή και λειτουργία συγκεκριμένων έργων ΑΠΕ και στην εμπορευματοποίηση της παραγόμενης ηλεκτρικής ενέργειας, ενώ η VOLTERRA ΑΕ δραστηριοποιείται στην κατασκευή, θέση σε λειτουργία, διαχείριση, επίβλεψη, συντήρηση και λειτουργία μονάδων παραγωγής ενέργειας από ανανεώσιμες πηγές ενέργειας.

Οι γνωστοποιούσες επιχειρήσεις υποστήριξαν ότι οι στρατηγικοί και οικονομικοί λόγοι που οδήγησαν στη συγχώνευση ήταν επενδύσεις στον τομέα της παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας από ΑΠΕ. Ο κύριος στόχος της τρέχουσας εθνικής πολιτικής, όπως αντικατοπτρίζεται στην ισχύουσα νομοθεσία (ειδικά στον ν. 4414/2016), ήταν η συμμετοχή και η ένταξη στην αγορά ηλεκτρικής ενέργειας μονάδων ΑΠΕ που είναι οικονομικά αποδοτικές και βασίζονται σε κριτήρια προσανατολισμένα στην αγορά και συνεπώς συνέβαλαν στο Εθνικό Σχέδιο Ενέργειας και την Εθνική Πολιτική για το Κλίμα. Η ΕΑ τόνισε την έμφαση που έδωσε ο Έλληνας νομοθέτης στην «αξιοποίηση του εγχώριου δυναμικού ΑΠΕ...», καθώς συμβάλλει τόσο στη διαφοροποίηση του εθνικού ενεργειακού μείγματος όσο και στην ασφάλεια του ενεργειακού εφοδιασμού, ενώ ταυτόχρονα ενισχύει την ανάπτυξη της εθνικής οικονομίας¹⁹⁷. Η συγκέντρωση θα μπορούσε επίσης να εγγυηθεί την εύκολη χρηματοδότηση των κεφαλαιουχικών δαπανών που απαιτούνται για την κατασκευή διαφόρων έργων ΑΠΕ, όπως τα αιολικά πάρκα για την παραγωγή ηλεκτρικής ενέργειας μέσω αιολικής ενέργειας¹⁹⁸. Ωστόσο, αυτοί οι παράγοντες δεν έπαιξαν άμεσο ρόλο στην αξιολόγηση της συγκέντρωσης από πλευράς ανταγωνισμού, καθώς η συγκέντρωση κρίθηκε ότι δεν ενέχει σημαντικούς κινδύνους για τον ανταγωνισμό.

5 Συζήτηση και Προτάσεις

109. Είμαστε αντιμέτωποι με μια «κατάσταση κλιματικής έκτακτης ανάγκης», στην οποία δεν έχουμε την δυνατότητα να συνεχίσουμε σαν να μην συμβαίνει τίποτα και όπου η μετάβαση σε μια βιώσιμη ανάπτυξη καθίσταται ζωτικής σημασίας, όχι μόνο ως ζήτημα προώθησης βιώσιμων πολιτικών προς όφελος των καταναλωτών και των πολιτών, αλλά και ως μέσο απόκτησης ανταγωνιστικού πλεονεκτήματος για τις επιχειρήσεις.

110. Αυτή η μετάβαση σε μια βιώσιμη οικονομία θα είναι επιτυχής εάν υποστηρίζεται από όλους τους δημόσιους και ιδιωτικούς φορείς. Οι τελευταίοι έχουν ανάγκη όχι μόνο νομική βεβαιότητα, αλλά και ένα σύνθετο σύστημα ώθησης και κινήτρων προκειμένου να ενσωματωθούν οι στόχοι βιωσιμότητας στις επιχειρηματικές τους στρατηγικές. Οι αρχές ανταγωνισμού θα πρέπει να διευκολύνουν αυτήν τη μετάβαση σε μια πράσινη οικονομία.

111. Πρώτον, θα πρέπει να επιδιώκουν να εφαρμόζουν τους κανόνες περί ανταγωνισμού με τρόπο που όχι μόνο δεν θα θέτει σε κίνδυνο τις ιδιωτικές και δημόσιες στρατηγικές βιωσιμότητας, αλλά θα μπορεί επίσης να συμβάλει ενεργά

¹⁹⁶ Βλ. Υπόθεση 694/2019, παράγραφος 21.

¹⁹⁷ Βλ. Υπόθεση 694/2019, παράγραφος 8.

¹⁹⁸ Βλ. Υπόθεση 694/2019, παράγραφος 8.

και άμεσα στην επίτευξη των στόχων βιωσιμότητας. Δεύτερον, οι αρχές ανταγωνισμού θα πρέπει να πραγματοποιήσουν τις απαραίτητες επενδύσεις για τον επαναπροσδιορισμό του ρόλου και του σκοπού τους σε ένα ευρύτερο πλαίσιο που λαμβάνει υπόψη όλες τις τυχόν εξωτερικές επιπτώσεις που υφίστανται από γενιά σε γενιά, αντί να επικεντρώνονται απλώς στις επιπτώσεις που έχει στις τιμές η ισχύς στην αγορά. Αυτό μπορεί επίσης να απαιτεί την χρήση άλλων εργαλείων, διαφορετικών από τις προσεγγίσεις WTP για την κατανόηση της συμπεριφοράς των καταναλωτών. Οι μειωμένες αξίες των κερδών θα πρέπει επίσης να σταθμίζονται διαχρονικά και με μειωμένες τιμές κόστους για περιβαλλοντικούς λόγους και άλλους στόχους βιωσιμότητας. Ωστόσο, η μείωση θα πρέπει να γίνεται με προσοχή: πρώτον, ακόμη και ένα φαινομενικά χαμηλό ποσοστό μείωσης μπορεί να περιορίσει τα οφέλη βιωσιμότητας σχεδόν στο μηδέν όταν το δει κάποιος μακροπρόθεσμα (όπως συμβαίνει για πολλά ζητήματα βιωσιμότητας - ειδικά για την κλιματική αλλαγή) ενώ, δεύτερον, εξακολουθούμε να υποτιμούμε κατά πολύ το μελλοντικό κόστος της κλιματικής αλλαγής. Οι παραδοχές στις οποίες βασίζονται οι θεωρίες βλάβης στον ανταγωνισμό πρέπει πλέον να συμπεριλαμβάνουν κάποιες έννοιες σχετικές με τις μακροπρόθεσμες επιπτώσεις στη βιωσιμότητα και τελικά με την ισότητα μεταξύ γενεών. Ο κανόνες ανταγωνισμού θα πρέπει να αφήσουν πίσω τους τον «αυτοτελή» χαρακτήρα τους και, σύμφωνα με τις αρχές της συνέπειας και της συνεκτικής πολιτικής, να εναρμονιστούν με τις ευρύτερες συνταγματικές αξίες και τους προγραμματικούς στόχους βιωσιμότητας, σε διεθνές, ευρωπαϊκό και εθνικό επίπεδο. Αυτό θα μπορούσε να πραγματοποιηθεί με την ενσωμάτωση σύνθετων προσαρμοστικών συστημάτων στο σκεπτικό του δικαίου του ανταγωνισμού, τα οποία λαμβάνουν υπόψη τη μη γραμμικότητα των εξεταζόμενων διαδικασιών και την αλληλεπίδραση διαφορετικών πεδίων ανθρώπινης (και μη ανθρώπινης) δραστηριότητας¹⁹⁹. Αυτή η μεθοδολογική αναβάθμιση των κανόνων περί ανταγωνισμού μπορεί να απαιτήσει κοινές προσπάθειες μεταξύ διαφόρων αρχών ανταγωνισμού με κοινές αντιλήψεις σε ευρωπαϊκό επίπεδο, ώστε να πειραματιστούν με κοινές προσεγγίσεις. Ωστόσο, πρέπει να καταβληθούν και περαιτέρω προσπάθειες.

112. Προτείνουμε ότι, ενόψει της νομικής αβεβαιότητας και της αναγνωρισμένης ανάγκης για ταχεία μετάβαση στην πράσινη οικονομία, πρέπει να καταβληθούν περισσότερες προσπάθειες προκειμένου να παρέχεται στις επιχειρήσεις η νομική ασφάλεια που χρειάζονται για να πραγματοποιήσουν τις απαραίτητες επενδύσεις. Αυτό απαιτεί επίσης πιο στοχευμένες παρεμβάσεις στον τομέα του ανταγωνισμού που θα παρέχουν ένα σαφές σύνολο των εφαρμοστέων κανόνων. Η συλλογή πληροφοριών σχετικά με τις διάφορες επιχειρηματικές στρατηγικές και τα ζητήματα που αντιμετωπίζουν οι επιχειρήσεις καθώς προχωρούν προς τη μετάβαση στην πράσινη οικονομία είναι επίσης κρίσιμη, προκειμένου να προσαρμόζεται η εφαρμογή των κανόνων περί ανταγωνισμού στις συγκεκριμένες συνθήκες που αντιμετωπίζει κάθε εθνική οικονομία κατά τη διαχείριση αυτής της διαδικασίας μείζονος οικονομικής αλλαγής.

113. Αυτό μπορεί να απαιτήσει στενή συνεργασία με άλλες ρυθμιστικές αρχές, ιδίως μέσω επαφών σχετικά με το προτεινόμενο εθνικό ρυθμιστικό δίκτυο για τον ανταγωνισμό και τη ρυθμιστική πολιτική, το οποίο προτάθηκε πρόσφατα να

¹⁹⁹ Βλ., J. R. Ehrenfeld, *Sustainability by Design* (Yale Univ. press, 2008)- W. B. Arthur, *Complexity and the Economy* (OUP, 2015).

προστεθεί στο άρθρο 24 του ν. 3959/2011, ενόψει της συνεργασίας μεταξύ της αρχής ανταγωνισμού και των τομεακών ρυθμιστικών αρχών σε άλλες χώρες²⁰⁰. Μπορεί ακόμη να δημιουργηθεί μια κοινή «Συμβουλευτική Μονάδα», που θα απαρτίζεται από υπαλλήλους από διάφορες ρυθμιστικές αρχές, με σκοπό να παρέχει άτυπες συμβουλές σχετικά με προτεινόμενα νέα μέτρα σχετιζόμενα με τη βιωσιμότητα, σε όλους τους τομείς της ρυθμιστικής δραστηριότητας, ώστε να καταστεί δυνατή η πιο άμεση επικοινωνία μεταξύ επιχειρήσεων, της κυβέρνησης και άλλων ενδιαφερομένων μερών. Η Μονάδα θα μπορούσε επίσης να οργανώσει μια σειρά θεματικών εβδομάδων, με σκοπό να ενθαρρύνει την εντονότερη συμμετοχή τρίτων που έχουν ενδιαφέρον για κάποιο συγκεκριμένο τομέα της βιώσιμης καινοτομίας. Αυτό μπορεί να βοηθήσει στην καθιέρωση, εάν κριθεί αναγκαίο, προσαρμοσμένων ρυθμιστικών πλαισίων που θα προωθούσαν τις επενδύσεις για την Πράσινη Ανάπτυξη, μετά από μια διαδικασία δημόσιας συνεργασίας με όλους τους ενδιαφερόμενους φορείς, συμπεριλαμβανομένων αντιπροσωπευτικών ομάδων πολιτών (κοινωνία των πολιτών, ΜΚΟ).

114. Αυτή η διαδικασία μπορεί να διευκολυνθεί με την ανάπτυξη ενός «sandbox»²⁰¹ για τη βιωσιμότητα στο πλαίσιο των κανόνων περί ανταγωνισμού, προκειμένου η βιομηχανία να πειραματιστεί με νέες μορφές επιχειρήσεων που επιδιώκουν την επίτευξη στόχων βιωσιμότητας πιο γρήγορα και αποτελεσματικά, και οι οποίες μπορεί να συνεπάγονται συνεργασία μεταξύ ανταγωνιστικών επιχειρήσεων ή ακόμη και πιο μόνιμες αλλαγές στη δομή της αγοράς, προκειμένου αυτοί να επιτευχθούν²⁰². Αυτό θα μπορούσε να γίνει υπό την αίρεση κάποιας μορφής χρονικά περιορισμένης αδειοδότησης, υπό την περιοδική και στοχευμένη εποπτεία της ΕΑ, αφού πρώτα έχουν αξιολογηθεί οι πιθανές αντι-ανταγωνιστικές επιπτώσεις σε σχέση με την ανάγκη παροχής κινήτρων για επενδύσεις βιωσιμότητας, και αφού έχει πραγματοποιηθεί κάποια διαδικασία δημόσιας διαβούλευσης, όπως είναι η βέλτιστη πρακτική για έργα περιβαλλοντικών υποδομών²⁰³. Περαιτέρω, ακόμη και αν τέτοιου είδους ενέργειες οδηγήσουν σε αντίθετα προς τον ανταγωνισμό αποτελέσματα, εάν οι ενέργειες αποτελούν μέρος του «sandbox», η ΕΑ δεν θα προχωρήσει στην επιβολή προστίμων και κυρώσεων, αλλά μπορεί να ορίσει άλλα διορθωτικά μέτρα.

115. Μια συστηματική εκ των υστέρων αξιολόγηση προηγούμενων συγκεντρώσεων ή/ και παραβάσεων του δικαίου του ανταγωνισμού, η οποία θα

²⁰⁰ Βλ., για παράδειγμα στη Γαλλία, <https://www.autoritedelaconurrence.fr/en/press-release/independent-public-and-administrative-authorities-develop-their-collaboration>.

²⁰¹ Ο όρος sandbox ορίζεται ως «ένας ασφαλής χώρος όπου τόσο οι ρυθμιζόμενες όσο και οι μη ρυθμιζόμενες εταιρείες μπορούν να πειραματιστούν με καινοτόμα προϊόντα, υπηρεσίες, επιχειρηματικά μοντέλα και μηχανισμούς παράδοσης χωρίς να υποστούν αμέσως όλες τις κανονικές κανονιστικές συνέπειες της συμμετοχής σε μια τέτοια δραστηριότητα»: Αρχή Χρηματοοικονομικής Συμπεριφοράς, «Regulatory Sandbox», (2015) Ερευνητική Εργασία.

²⁰² Υπάρχει εμπειρία με ρυθμιστικά περιβάλλοντα «sandboxes» στον τομέα της χρηματοπιστωτικής βιομηχανίας, ιδίως των Fintech. Βλ., Industry Sandbox, 'A Blueprint for an Industry-Led Virtual Sandbox for Financial Innovation' (2016) Consultation Guide. Η Αρχή Χρηματοοικονομικής Συμπεριφοράς του Ηνωμένου Βασιλείου συνέστησε επίσης τη δημιουργία, με την υποστήριξη του Project Innovate, ενός εικονικού sandbox με γνώμονα τη βιομηχανία για τις Fintech, το οποίο θα επέτρεπε στις εταιρείες να πειραματιστούν σε ένα εικονικό περιβάλλον χωρίς να εισέλθουν στην πραγματική αγορά, χρησιμοποιώντας τα δικά τους ή δημόσια διαθέσιμα δεδομένα και μια «sandbox umbrella company».

²⁰³ M. Lee, C. Armeni, J. de Cendra, S. Chaytor, S. Lock, M. Maslin, C. Redgwell & Y. Rydin, Public Participation and Climate Change Infrastructure, (2013) 25(1) Journal of Environmental Law 33.

περιλαμβάνει τόσο αξιολόγηση από πλευράς ανταγωνισμού όσο και βιωσιμότητας, θα μπορούσε επίσης να βοηθήσει τόσο τις αρχές ανταγωνισμού όσο και τον νομοθέτη να εντοπίσουν σημεία τριβής μεταξύ των στόχων βιωσιμότητας και των κανόνων ανταγωνισμού, καθώς και να τους ωθήσει να επανεξετάζουν τακτικά τις πολιτικές.

116. Μια άλλη εναλλακτική για τις Εθνικές Αρχές Ανταγωνισμού θα μπορούσε να είναι οι έκδοση κατευθυντηρίων γραμμών για να διευκρινίσουν υπό ποιες προϋποθέσεις ο ιδιωτικός τομέας μπορεί να προβεί σε συνεργασίες για την προώθηση της επίτευξης στόχων βιωσιμότητας, και τι είδους μηχανισμοί δημόσιας λογοδοσίας θα μπορούσαν να εφαρμοστούν, συμπεριλαμβανομένων των κανόνων περί ανταγωνισμού. Όπως έχει γίνει και από άλλες Εθνικές Αρχές Ανταγωνισμού, ιδίως με το ιδιαίτερα ενδιαφέρον σχέδιο κατευθυντήριων γραμμών για την βιωσιμότητα της Ολλανδικής Αρχής Ανταγωνισμού, η ΕΑ εξετάζει επί του παρόντος την υιοθέτηση κατευθυντήριων γραμμών για τη βιωσιμότητα, μετά από μια διαδικασία δημόσιας διαβούλευσης με τη βιομηχανία και άλλα ενδιαφερόμενα μέρη, και την προετοιμασία συγκεκριμένων προτάσεων σχετικά με το σχεδιασμό και την ανάπτυξη του «sandbox» για τη βιωσιμότητα στο πλαίσιο των κανόνων περί ανταγωνισμού, ενόψει και της επερχόμενης νομοθετικής αλλαγής και της συμπερίληψης διάταξης στον νόμο 3959/2011 σχετικά με επιστολές αρνητικής πιστοποίησης.

117. Αυτές οι πρωτοβουλίες σε εθνικό επίπεδο μπορούν να ανοίξουν επαρκή πεδία πειραματισμού σχετικά με τους κανόνες και τις πολιτικές ανταγωνισμού στην ΕΕ. Στο βαθμό που κάποιες υποθέσεις επηρεάζουν το ενδοκοινοτικό εμπόριο, θα μπορούσαν από εθνικές υποθέσεις να βρεθούν ενώπιον του Δικαστηρίου της ΕΕ, το οποίο μπορεί να χαράξει μια χρήσιμη νομολογία για το μέλλον, κάτι που θα είχε τη δυνατότητα να επηρεάσει επίσης και την εφαρμογή των κανόνων του ανταγωνισμού από τα πολιτικά δικαστήρια των κρατών-μελών.