



ΠΑΝΤΕΙΟ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ
ΚΟΙΝΩΝΙΚΩΝ ΚΑΙ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΕΠΙΣΤΗΜΩΝ

ΓΕΝΙΚΟ ΤΜΗΜΑ ΔΙΚΑΙΟΥ
ΠΜΣ ΔΙΚΑΙΟ ΚΑΙ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗ ΕΝΟΠΟΙΗΣΗ
ΚΑΤΕΥΘΥΝΣΗ ΙΔΙΩΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ
ΑΛΕΞΑΝΔΡΑΣ ΝΟΥΣΙΑ
(ΑΜ 0911Μ006)

ΘΕΜΑ:

«ΤΑ ΟΡΙΑ ΕΦΑΡΜΟΓΗΣ ΤΟΥ ΚΟΙΝΟΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΤΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΣΤΟ
ΠΕΔΙΟ ΤΗΣ ΔΙΑΝΟΗΤΙΚΗΣ ΙΔΙΟΚΤΗΣΙΑΣ: Ο ΚΑΝΟΝΑΣ ΤΗΣ «ΠΑΡΟΧΗΣ ΒΑΣΙΚΩΝ
ΔΙΕΥΚΟΛΥΝΣΕΩΝ» ΣΤΟΝ ΤΟΜΕΑ ΤΗΣ ΤΕΧΝΟΛΟΓΙΑΣ ΤΗΣ ΠΛΗΡΟΦΟΡΙΑΣ»

ΕΠΙΒΛΕΠΩΝ ΚΑΘΗΓΗΤΗΣ:

ΘΕΟΔΩΡΟΠΟΥΛΟΥ ΒΙΡΓΙΝΙΑ: ΛΕΚΤΟΡΑΣ

ΜΕΛΗ ΕΞΕΤΑΣΤΙΚΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ:

ΑΘΑΝΑΣΙΟΣ ΜΠΑΣΑΓΙΑΝΝΗΣ: ΕΠΙΚΟΥΡΟΣ ΚΑΘΗΓΗΤΗΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΗΞΟΥΡΙΩΤΗΣ: ΚΑΘΗΓΗΤΗΣ

ΑΚΑΔΗΜΑΙΚΟ ΕΤΟΣ 2012-2013

ΑΘΗΝΑ, ΝΟΕΜΒΡΙΟΣ 2013

ΕΥΧΑΡΙΣΤΙΕΣ

Με το πέρας της διπλωματικής μου εργασίας, θα ήθελα να ευχαριστήσω θερμά την επιβλέπουσα καθηγήτριά μου κα Θεοδωροπούλου Βιργινία, Λέκτορα του Παντείου Πανεπιστημίου καθώς και τα μέλη της τριμελούς Επιτροπής, κο Μπασαγιάννη Αθανάσιο και κο Ληξουριώτη Ιωάννη, Καθηγητές του Παντείου Πανεπιστημίου, για τη βοήθειά τους και τη στήριξή τους στα πλαίσια εκπόνησης της παρούσας εργασίας.

Νούσια Αλεξάνδρα

Αθήνα, Νοέμβριος 2013

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

ΣΥΝΤΟΜΟΓΡΑΦΙΕΣ.....	6
SUMMARY.....	9
ΕΙΣΑΓΩΓΗ.....	11
ΜΕΡΟΣ 1^ο ΚΕΦΑΛΑΙΟ Α: ΣΧΕΣΗ ΔΙΚΑΙΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΔΙΑΝΟΗΤΙΚΗΣ	15
ΙΔΙΟΚΤΗΣΙΑΣ.....	
1. Το αντικείμενο προστασίας του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού:.....	15
1.1 Οι στόχοι του ενωσιακού δικαίου του ανταγωνισμού.....	18
1.2 Έννοια διανοητικής ιδιοκτησίας.....	19
1.2.1 Η Ανακοίνωση της Επιτροπής.....	23
2. Σχέση Διανοητικής Ιδιοκτησίας και Δίκαιο ελεύθερου ανταγωνισμού.....	24
2.1 Διανοητική Ιδιοκτησία και Ελεύθερη Διακίνηση αγαθών και υπηρεσιών.....	24
2.2 Η Συμφωνία TRIPS.....	27
2.3 Παράγοντες που επηρεάζουν τις σχέσεις μεταξύ των δύο δικαίων.....	29
2.4 Φαινομενική σύγκρουση μεταξύ των δύο δικαίων.....	30
2.5 Δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ στα δικαιώματα διανοητικής	33
ιδιοκτησίας και η εφαρμογή της θεωρίας των αναγκαίων διευκολύνσεων.....	
ΚΕΦΑΛΑΙΟ Β: Η ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 102 ΣΛΕΕ ΣΤΟ ΔΙΚΑΙΟ ΤΗΣ	35
ΔΙΑΝΟΗΤΙΚΗΣ ΙΔΙΟΚΤΗΣΙΑΣ.....	
1. Ανάλυση του άρθρου 102 ΣΛΕΕ.....	35
1.1 Ύπαρξη Δεσπόζουσας Θέσης.....	36
1.1.1 Έννοια.....	36
1.1.2 Μορφές δεσπόζουσας θέσης.....	37
2. Κριτήρια-Τρόποι Εξέτασης της Δεσπόζουσας Θέσης.....	37
2.1 Θέση της επιχείρησης στην αγορά-Μερίδιο Αγοράς της επιχείρησης	38
2.2 Ποσοστό συμμετοχής άλλων ανταγωνιστών στην αγορά.....	39
2.3 Πρόσβαση στην αγορά – Εμπόδια/Φραγμοί εισόδου άλλων ανταγωνιστών.....	39
2.4 Σχετική Αγορά.....	40
2.4.1) Σχετική αγορά προϊόντων ή υπηρεσιών	41
2.4.1.α) Υποκατάσταση από την πλευρά της ζήτησης.....	42
2.4.1.β) Υποκατάσταση από την πλευρά της προσφοράς.....	43
2.5 Προσδιορισμός της Σχετικής Αγοράς και Διανοητική Ιδιοκτησία.....	45
2.6 Σχετική Γεωγραφική αγορά	49

2.7 Σχετική γεωγραφική αγορά και διανοητική ιδιοκτησία.....	50
3. Καταχρηστική Εκμετάλλευση Δεσπόζουσας Θέσης.....	52
3.1 Ατομική δεσπόζουσα θέση.....	52
3.2 Γενικά κριτήρια για τη στοιχειοθέτηση της δεσπόζουσας θέσης.....	53
3.3 Καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης και διανοητική ιδιοκτησία.....	54
ΜΕΡΟΣ 2^ο :ΚΕΦΑΛΑΙΟ Α: Η ΘΕΩΡΙΑ ΤΩΝ “ESSENTIAL FACILITIES” ΜΕΣΑ ΑΠΟ ΤΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΤΟΥ ΔΕΕ.....	57
1. Βασική αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων	57
2. Η άρνηση συναλλαγής ως καταχρηστική άσκηση δεσπόζουσας θέσης	57
3..Θεωρίες που αποπειρώνται να επεξηγήσουν πότε μια άρνηση συναλλαγής (εν προκειμένω άρνησης πρόσβασης σε βασική υποδομή) είναι παράνομη.....	59
3.1 Θεωρία της πρόθεσης (“intent test”).....	59
3.2 Θεωρία του μοχλού (monopoly leveraging).....	59
3.3 Θεωρία των βασικών διευκολύνσεων (essential facilities).....	59
4. Τα επί μέρους στοιχεία του κανόνα των βασικών υποδομών (essential facilities).....	62
4.1 Η ύπαρξη μιας βασικής διευκόλυνσης	62
4.2 Ο χαρακτήρας της διευκόλυνσης ως βασικής.....	63
4.3 Η αντικειμενική αδυναμία επανάληψης (duplication) της διευκόλυνσης	63
4.4 Η εξασφάλιση του ανταγωνισμού σε παράπλευρη αλλά σαφώς διαχωρισμένη αγορά.....	64
4.5 Απουσία αντικειμενικής δικαιολογίας που να δικαιολογεί την άρνηση	65
4.6 Η συμμόρφωση της εταιρείας στην οποία δίνεται η πρόσβαση με τις εύλογες απαιτήσεις του κατόχου της διευκόλυνσης.....	66
5. Νομολογία.....	66
5.1 Υπόθεση Magill.....	66
5.1.α) Πραγματικά περιστατικά.....	66
5.1.β) Ανάλυση της Υπόθεσης.....	68
5.1.β1) Η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης.....	68
5.1.β2) Το κατασκεύασμα των «εξαιρετικών συνθηκών».....	68
6. Υπόθεση IMS.....	70
6.1 Πραγματικά περιστατικά.....	70
6.2 Η απόφαση του ΔΕΚ.....	72

6.3 Κριτική επί της υπόθεσης IMS.....	74
6.4 Η προϋπόθεση παρεμπόδισης ενός νέου προϊόντος.....	75

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Β: Η ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΤΟΥ ΚΑΝΟΝΑ ΤΩΝ “ESSENTIAL FACILITIES” ΣΤΟΝ ΤΟΜΕΑ ΤΗΣ ΥΨΗΛΗΣ ΤΕΧΝΟΛΟΓΙΑΣ- Η ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΗΣ MICROSOFT.....	77
1. Προστασία Λογισμικού (SOFTWARE).....	77
1.1 Υποκείμενο και αντικείμενο προστασίας - Όρια εξουσίας δικαιούχου -Επιτρεπόμενες πράξεις	79
1.2 Αντίστροφη μεταγλώττιση.....	81
2. Ειδικότερα το ζήτημα της τυποποίησης –διαλειτουργικότητας.....	82
2.1 Ορισμός προτύπου.....	83
2.2 Κατηγορίες- είδη προτύπων.....	83
2.3 De facto πρότυπα.....	84
2.4 Θετικά οικονομικά αποτελέσματα προτύπων.....	85
2.5 Πρότυπα που περιλαμβάνουν δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας.....	85
2.6 Υποχρέωση σε Παροχή Πρόσβασης σε προστατευόμενα με δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας de facto πρότυπα.....	87
3. Η απόφαση της Microsoft	90
3.1. Πραγματικά περιστατικά.....	90
3.1.1. Σχετική αγορά – Καθορισμός – Κριτήρια.....	91
3.2 Δεσπόζουσα θέση – Κατάχρηση – Έννοια – Μορφές Καταχρηστικής Συμπεριφοράς.....	91
3.2.1 Άρνηση της Microsoft να παράσχει τις σχετικές με τη διαλειτουργικότητα πληροφορίες και να επιτρέψει τη χρήση τους.....	93
3.2.2 – Συνδυασμένη πώληση του λειτουργικού συστήματος Windows για προσωπικούς υπολογιστές πελάτη και του Windows Media Player.....	96
3.3 Άρνηση χορηγήσεως αδείας για τη χρήση προϊόντος που καλύπτεται από δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας.....	96
3.3.1 Οι εξαιρετικές περιστάσεις στην υπόθεση Microsoft.....	97
3.3.2 Η τροποποίηση των «εξαιρετικών περιστάσεων» στην Microsoft.....	101
3.4 Απόφαση της Επιτροπής διαπιστώνουσα παράβαση – Διορθωτικά μέτρα.....	102
3.5 Κριτική της υπόθεσης Microsoft.....	104
Συμπερασματικές Παρατηρήσεις.....	107
BIBΛΙΟΓΡΑΦΙΑ.....	110

ΣΥΝΤΟΜΟΓΡΑΦΙΕΣ

AIPPI	Association International de la Propriete Industrielle
Αποφ.	Απόφαση
Αριθ.	Αριθμός
Αρθρ.	Άρθρο
Αρμ.	Αρμενόπουλος
Βλ.	Βλέπε
Γνμδ.	Γνωμοδότηση
ΔΕΕ	Δικαστήριο Ευρωπαϊκής Ένωσης
ΔΕΕ	Δίκαιο Επιχειρήσεων και Εταιρειών
ΔΔΙ	Δικαιώματα Διανοητικής Ιδιοκτησίας
ΔΕΚ	Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων
δηλ	Δηλαδή
εδ	Εδάφιο
ΕΕ	Ευρωπαϊκή Ένωση
ΕΕμπΔ	Επιθεώρηση Εμπορικού Δικαίου
ΕΚ	Ευρωπαϊκή Κοινότητα
ΕλλΔνη	Ελληνική Δικαιοσύνη
επ	Επόμενα
ΕΠΑ	Επιτροπή Προστασίας Ανταγωνισμού
ΕπισκΕΔ	Επισκόπηση Εμπορικού Δικαίου
GATS	General Agreement on Trade in Services
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
ΗΠΑ	Ηνωμένες Πολιτείες Αμερικής
Η/Υ	Ηλεκτρονικός Υπολογιστής
κα	Και άλλα
κλπ	Και λοιπά

ΜΠρΑθ	Μονομελές Πρωτοδικείο Αθηνών
ν	Νόμος
οπ	Όπως παραπάνω
παρ	παράγραφος
ΠΕΚ	Πρωτοδικείο Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων
περ	Περίπτωση
ΠΙ	Πνευματική Ιδιοκτησία
ΠΟΕ	Παγκόσμιος Οργανισμός Εμπορίου
πχ	Παραδείγματος χάριν
σελ	Σελίδα
ΣΛΕΕ	Συνθήκη για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης
Συλλ.	Συλλογή
Συλλ.Νομ.ΔΕΚ	Συλλογή Νομολογίας του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων
ΣυνΘΕΚ	Συνθήκη της Ευρωπαϊκής Κοινότητας
SSNIP	small but significant and non transitory increase in prices
τευχ.	Τεύχος
TRIPS	Agreement on Trade Related aspects of Intellectual Property Rights
US	United States
WMP	Windows Media Player
Υποθ.	Υπόθεση
ΦΕΚ	Φύλλο Εφημερίδας της Κυβερνήσεως

ΧρΙΔ	Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου
------	---------------------------

SUMMARY

This Thesis goes through the relationship between the Antitrust Law and Intellectual Property (IP) Law which has perplexed antitrust scholars and practitioners for a long time. Intellectual property and antitrust regimes both seek to advance the economic well-being of society. However, whereas the IP laws are designed to create exclusive rights – rights that sometimes rise to the level of monopolies – in order to encourage innovation and creativity, Antitrust Law is designed to foster competition and to prevent the formation of monopolies. Finding the right balance between maintaining competition and creating incentives to innovate is no easy task. The general rule in European Union law is that a holder of an intellectual property right is not obliged to license the use of that right to others. However, situations exist where intellectual property rights suffer some limitations because of the prevalence of other conflicting interests. This thesis tries to find the coherent points from decisions made in EU's case law. It can be asked whether the competition law takes away what intellectual property laws are providing.

The essential facilities doctrine was first developed in cases where a dominant firm refused to supply a physical facility to other firms. In more recent cases, however, the European Court have also held a dominant firm's refusal to license intellectual property (IP) rights as infringing Article 102. One particular area of refusal to license concerns “interface information” within the information technology sector. Interface information is such information that providers of software need in order to create products which can operate with other programs and systems. This information is many times either protected by IP rights, such as patent or copyright, or kept as a non-patented know-how and thus only protected by its secret nature. In a recent judgment of the European Court of First Instance Microsoft was held to infringe Article 102 by refusing to license secret interface information. This case is highly interesting because it may clarify the relation between European competition law and IP rights in essential facilities cases.

The first chapter of the first part of this paper introduces us to European Union Competition Law Intellectual property Law trying to explain the relationship and interface between these two different fields of Law. In the second chapter of the first part of this paper the thesis will scrutiny the abuse of dominant market position under the

Article 102 (TFEU). The substantial parts of the Article 102 are the concept of dominant market position as well as the concept of abuse. The thesis surveys the intellectual property rights and the abuse of dominant position in some extent to help the reader to understand the factors behind the duty to license.

The first chapter of the second part will examine whether or not the essential facilities doctrine is applicable on IP law, and if there are any reasons for IP rights to be treated differently in such a situation. The essential facility doctrine is developed under case law concerning the refusal to supply in a dominant position, and this doctrine will be discussed to the large extent in this chapter. Under the same chapter, the important European case law around the subject will be presented. The European Union case law is stressed in this thesis as the duty to deal has been developed in case law.

Finally, in the last chapter of the paper, we examine the contracts of software supply and the practice of tying and bundling, through some cases of the European Court of Justice and the European Commission which concern Microsoft's abuse of its dominant market position. One particular area of refusal to license concerns "interface information" within the information technology sector. In a recent judgment of the European Court of First Instance Microsoft was held to infringe Article 102 by refusing to license secret interface information. This case is highly interesting because it may clarify the relation between European competition law and IP rights in essential facilities cases.

The legal source material used in this thesis reflects the definition of the scope of this thesis. Therefore the majority of source material concentrates on EU regulation and relevant case law as well as to the legal literature around the subject

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Η παρούσα διπλωματική εργασία εξετάζει τους χειρισμούς και τις αποφάσεις της Ευρωπαϊκής Ένωσης στα θέματα διανοητικής ιδιοκτησίας και ανταγωνισμού, κυρίως στα πλαίσια αποφάσεων της Επιτροπής και του ΔΕΕ. Η φύση της πνευματικής ιδιοκτησίας συνεπάγεται τη δημιουργία ενός *de iure* μονοπωλίου. Από την άλλη μεριά, η δημιουργία, ύπαρξη ή διατήρηση ενός περιβάλλοντος ελεύθερου ανταγωνισμού που θα προσέφερε τα απαραίτητα κίνητρα για οικονομική δραστηριότητα στις ανταγωνίστριες εταιρίες είναι θεμελιώδης προϋπόθεση οικονομικής αποτελεσματικότητας (*efficiency*) και ενοποίησης της αγοράς. Είναι λοιπόν εγγενής η αντίφαση μεταξύ των αποκλειστικών δικαιωμάτων που καθιερώνει η πνευματική ιδιοκτησία και της ελεύθερης αγοράς ή της ελεύθερης πρόσβασης που κυριαρχεί στις συναλλαγές. Απαραίτητη κατά συνέπεια κρίνεται η τελεολογική οριοθέτηση ανάμεσα στην προστασία της πνευματικής ιδιοκτησίας και στην ελεύθερη αγορά.

Ο γενικός κανόνας στο δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης είναι ότι ο κάτοχος του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας δεν υποχρεούται να χορηγήσει άδεια για την χρήση του εν λόγω δικαιώματος σε άλλους ανταγωνιστές ή μη. Ωστόσο, υπάρχουν περιπτώσεις όπου τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας υφίστανται κάποιους περιορισμούς λόγω της επικράτησης συγκρουόμενων συμφερόντων. Η διασύνδεση του δικαίου του ανταγωνισμού και των νόμων περί πνευματικής ιδιοκτησίας δεν είναι απλή υπόθεση, ωστόσο η παρούσα ανάλυση στοχεύει στην εξεύρεση της σωστής ισορροπίας μεταξύ της διατήρησης του ανταγωνισμού και τη δημιουργία κινήτρων για καινοτομία.

Η παρούσα εργασία χωρίζεται σε δύο βασικά μέρη. Στο πρώτο κεφάλαιο του πρώτου μέρους εξετάζονται οι βασικές αρχές του δικαίου της διανοητικής ιδιοκτησίας και του ανταγωνισμού στην Ευρωπαϊκή Ένωση, η μεταξύ τους σχέση και τα συμφέροντα που εξυπηρετούν στην Ενιαία Αγορά, ενώ παράλληλα εξετάζονται και οι σχετικές διατάξεις της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Το δεύτερο κεφάλαιο του πρώτου μέρους έχει ως αντικείμενο την οριοθέτηση της έννοιας της κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης από επιχείρηση δικαιούχο δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας. Αναλύονται οι επιμέρους προϋποθέσεις που πρέπει να συντρέχουν προκειμένου να στοιχειοθετηθεί η κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης και ακολουθεί μία αναφορά στην εφαρμογή του άρθρου 102 ΣΛΕΕ στα δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας.

Ωστόσο, το κρίσιμο ερώτημα που ανακύπτει σχετικά με την ανάγκη εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ στα δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας και που θα μας απασχολήσει στα πλαίσια της παρούσας, είναι το με ποια ακριβώς κριτήρια η άσκηση ενός δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας από μια επιχείρηση – φορέα δεσπύζουσας θέσης μπορεί να χαρακτηριστεί ως καταχρηστική και, επομένως, εμπόπτουσα στις προβλέψεις του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Η αναζήτηση των εν λόγω κριτηρίων έχει μεγάλη σημασία ενόψει του γεγονότος ότι κάθε μορφή άσκησης ενός δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας δε συνιστά από μόνη της *ipso iure* καταχρηστική συμπεριφορά εμπόπτουσα στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ.

Περιπτώσεις όπου η άσκηση ενός δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας συνιστά καταχρηστική συμπεριφορά και μπορεί να υπαχθεί στην περιπτωσιολογία των πρακτικών που απαγορεύει το άρθρο 102 ΣΛΕΕ, μελετώνται στο δεύτερο μέρος της παρούσας εργασίας, στο οποίο εξετάζεται κυρίως η περίπτωση της άρνησης συναλλαγής και υπό ποιες προϋποθέσεις αυτή συνιστά καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπύζουσας θέσης, κατ'εφαρμογή του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Η άρνηση παροχής πρόσβασης δεν είναι *per se* παράνομη. Ο χαρακτηρισμός της ως ειδικής περίπτωσης κατάχρησης δεσπύζουσας θέσης (υπό την έννοια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ) προϋποθέτει την ύπαρξη ορισμένων εξαιρετικών συνθηκών, οι οποίες θα εξετασθούν στην ενότητα αυτή.

Εν συνεχεία επιχειρείται η διερεύνηση της θεωρίας των αναγκαίων διευκολύνσεων (*essential facilities*) και εξετάζονται κάποιες από τις βασικότερες αποφάσεις του ΔΕΕ και της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, οι οποίες έθεσαν τις προϋποθέσεις εφαρμογής της συγκεκριμένης θεωρίας. Στα πλαίσια της ευρωπαϊκής αντιμονοπωλιακής πολιτικής εντοπίζουμε την ύπαρξη της θεωρίας των αναγκαίων διευκολύνσεων, σύμφωνα με την οποία *«μία επιχείρηση που κατέχει δεσπύζουσα θέση ως προς την παροχή διευκολύνσεων που είναι ουσιώδεις για την προμήθεια αγαθών ή την παροχή υπηρεσιών σε άλλη αγορά καταχράται της δεσπύζουσας θέσεώς της αρνούμενη, χωρίς αντικειμενική αιτιολογία, την πρόσβαση στις εν λόγω διευκολύνσεις. Έτσι, σε ορισμένες περιπτώσεις, μία επιχείρηση κατέχουσα δεσπύζουσα θέση δεν υποχρεούται μόνο να απέχει από οποιαδήποτε αντίθετη προς τον ανταγωνισμό συμπεριφορά, αλλά πρέπει ακόμη να προωθεί ενεργώς τον ανταγωνισμό παρέχοντας στους ενδεχόμενους*

ανταγωνιστές την πρόσβαση στις διευκολύνσεις που αυτή έχει αναπτύξει»¹. Βάσει της εν λόγω θεωρίας απαγορεύεται στη δεσπόζουσα εταιρία να στερήσει ή να εξαρτήσει από υπερβολικά επαχθείς όρους την πρόσβαση στην υποδομή της για να διασφαλίσει την κατάληψη της συναφούς αγοράς με αποκλεισμό των ανταγωνιστών της ή να προβεί σε αρνητική διάκριση εις βάρος εταιριών που λειτουργούν στην παράγωγη αγορά ακόμη κι αν δεν κατέχει δεσπόζουσα θέση σε αυτή.

Στο δεύτερο μέρος της παρούσας εργασίας και ειδικότερα στο πρώτο κεφάλαιο αυτού, προσεγγίζεται το ζήτημα των συμβάσεων παροχής λογισμικού. Ένας ιδιαίτερος τομέας της άρνησης παροχής πρόσβασης, αφορά στις «πληροφορίες διεπαφής» στον τομέα της τεχνολογίας της πληροφορίας. Ως τέτοιες χαρακτηρίζονται οι πληροφορίες που οι πάροχοι λογισμικού χρειάζονται για να δημιουργήσουν προϊόντα που να λειτουργούν με άλλα προγράμματα και συστήματα. Αυτές οι πληροφορίες πολλές φορές προστατεύονται από δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας. Σε μία πρόσφατη υπόθεση, η εταιρεία Microsoft αρνήθηκε να παράσχει σε τρίτο ανταγωνιστή αλλά και σε άλλους παροχείς λειτουργικών συστημάτων για προσωπικούς υπολογιστές πελάτη, επαρκείς πληροφορίες διεπαφής που θα επέτρεπαν την δημιουργία λειτουργικών συστημάτων. Όπως θα διαπιστώσουμε στο οικείο κεφάλαιο, η Microsoft θεωρήθηκε ότι προέβη σε κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης της, παραβιάζοντας το άρθρο 102 ΣΛΕΕ, με την άρνησή της να παράσχει τις πληροφορίες διεπαφής. Η υπόθεση αυτή είναι ιδιαίτερα ενδιαφέρουσα, επειδή επιχειρεί να χαράξει τα όρια στη σχέση μεταξύ της ευρωπαϊκής νομοθεσίας περί ανταγωνισμού και δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας, εφαρμόζοντας τον κανόνα των βασικών διευκολύνσεων στον τομέα της υψηλής τεχνολογίας.

Έτσι στο δεύτερο κεφάλαιο του δεύτερου μέρους της εργασίας λαμβάνει χώρα μία αναλυτική αναφορά στην υπόθεση της Microsoft που απασχόλησε τόσο την Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων όσο και τα δικαστήρια των ΗΠΑ. Η αναμφισβήτητη δεσπόζουσα θέση που κατέχει η Microsoft στην παραγωγή και διανομή λογισμικού την οδηγεί συχνά σε καταχρηστική χρήση της. Μελετώνται λοιπόν, οι εξαιρετικές περιστάσεις, υπό τις οποίες η άσκηση του αποκλειστικού δικαιώματος από τον κάτοχο του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας και η άρνηση χορήγησης άδειας, μπορεί να χαρακτηριστεί καταχρηστική και να επιτραπεί, ως εκ τούτου, η επιβολή στον εν λόγω

1. Προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Jacobs της 28.5.1998 στην υπόθεση Oscar Bronner, Συλλογή 1998, σελ. I-7794 (σημείο 34).

κάτοχο υποχρέωσης χορηγήσεως άδειας στους τρίτους που επιδιώκουν να εισέλθουν στην εν λόγω αγορά ή να διατηρηθούν σε αυτή, προς εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος διατηρήσεως ουσιαστικού ανταγωνισμού στην αγορά.

Τέλος, αναλύεται πώς το δίκαιο του ανταγωνισμού συμφιλιώνεται με αυτό της διανοητικής ιδιοκτησίας στην Ευρωπαϊκή Ένωση και ο βαθμός στον οποίο η συμφιλίωση αυτή είναι απαραίτητη για τη σωστή, αποτελεσματική και γόνιμη λειτουργία της Ενιαίας Αγοράς.

ΜΕΡΟΣ 1^ο

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Α:

ΣΧΕΣΗ ΔΙΚΑΙΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΔΙΑΝΟΗΤΙΚΗΣ ΙΔΙΟΚΤΗΣΙΑΣ

1. Το αντικείμενο προστασίας του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού:

Ο όρος «ανταγωνισμός των επιχειρήσεων» συνήθως υποδηλώνει την αντιπαλότητα για την κατάκτηση μιας θέσης υπεροχής ή την προσέλκυση ενός πελάτη. Ο ανταγωνισμός δηλαδή προϋποθέτει περισσότερα του ενός υποκείμενα που διεκδικούν την επιχειρηματική επιτυχία. Εκείνο λοιπόν που επιδιώκει ο ανταγωνισμός είναι η διατήρηση ενός επιχειρηματικού πλουραλισμού, υπό την έννοια της ύπαρξης περισσότερων επιχειρήσεων στην αγορά έτσι ώστε ο καταναλωτής να έχει τη δυνατότητα-ευχέρεια να επιλέξει μεταξύ περισσότερων προσφορών².

Κεντρική έννοια στο δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού αποτελεί η «επιχείρηση»³, η οποία είναι άλλωστε και υποκείμενο των απαγορευτικών κανόνων του βασικού νομοθετήματος (μέχρι την ψήφιση του Ν. 3959/2011⁴ για τον ελεύθερο ανταγωνισμό), δηλαδή του ν. 703/1977⁵ «περί ελέγχου μονοπωλίων και ολιγοπωλίων και προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού». Ο πυρήνας της έννοιας της επιχείρησης είναι οικονομικός και ερμηνεύεται ευρέως⁶. Κατά την παγιωμένη σήμερα νομολογία του ΔΕΕ, με τον όρο επιχείρηση υποδηλώνεται κάθε φορέας που ασκεί οικονομική δραστηριότητα ανεξάρτητα από το νομικό καθεστώς του και από τον τρόπο χρηματοδότησής του.

Το δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού θέτει το θεσμικό και ρυθμιστικό πλαίσιο για την προστασία της ανταγωνιστικής ελευθερίας, το ίδιο το φαινόμενο του οικονομικού

2. Τζουγανάτος, Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού, 2013, 5

3. ΔΕΚ, Υπόθεση C -51/92 P, απόφαση της 8.7.1999, Συλλογή 1999 I-4235, Huls AG κατά Επιτροπής Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων () αναφέρει ότι «... Η Επιτροπή διευκρίνισε την έννοια της επιχείρησης. Στην σκέψη 99, η Επιτροπή ανέφερε ότι τα υποκείμενα των κανόνων ανταγωνισμού της ΕΟΚ είναι επιχειρήσεις, μια έννοια που δεν ταυτίζεται με το ζήτημα της νομικής προσωπικότητας, που ενδιαφέρει το εταιρικό και φορολογικό δίκαιο. Ο όρος «επιχείρηση» δεν καθορίζεται στη συνθήκη. Μπορεί, ωστόσο, να αναφέρεται σε οποιοδήποτε πρόσωπο ασκεί εμπορική δραστηριότητα και, στην περίπτωση των συλλογικών μορφών, μπορεί να αναφέρεται είτε σε μια εταιρία είτε σε θυγατρική της ή και σε μια ένωση που αποτελείται από την κύρια και τη θυγατρική μαζί.»

4. ΦΕΚ Α/93/20-4-2011

5. ΦΕΚ 278/Α/26-9-1977

6. Κοτσίρης, Δίκαιο Ανταγωνισμού Αθέμιτου και ελεύθερου, (2011), 407 επ..

ανταγωνισμού, ο οποίος πρέπει να είναι ελεύθερος για να εξυπηρετεί οικονομικοπολιτικούς και κοινωνικοπολιτικούς σκοπούς : τη δημιουργία οικονομικού συστήματος ελεύθερης αγοράς και τη δυνατότητα καθενός για ελεύθερη συμμετοχή σε αυτή. Αυτά ακριβώς τα συμφέροντα, της ολότητας και του μεμονωμένα συμμετέχοντος στην αγορά, προστατεύει το δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού.

Το δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού θεσμοποιεί και ρυθμίζει την ανταγωνιστική ελευθερία. Συμπράξεις επιχειρήσεων που περιορίζουν ή νοθεύουν τον ανταγωνισμό και καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπίζουσας θέσης στην αγορά δεν επιτρέπονται τόσο κατά το εθνικό όσο και κατά το κοινοτικό δίκαιο. Η ελευθερία του ανταγωνισμού είναι αναγκαία για την ομαλή λειτουργία της ελεύθερης αγοράς και της ελεύθερης συμμετοχής σε αυτή. Τις βασικές αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού αποτελούν η αρχή διατήρησης της ισότητας των ευκαιριών στον ανταγωνισμό, η αρχή της καλύτερης απόδοσης και οι αρχές της αλήθειας και της αντικειμενικότητας των δηλώσεων. Τα άρθρα 1 και 2 του ν. 3959/2011⁷ αποτελούν απαγορευτικούς κανόνες που αποδίδουν τους αντίστοιχους των άρθρων 101 και 102 της ΣΛΕΕ. Αντικείμενα των εν λόγω απαγορευτικών κανόνων είναι οι συμπράξεις των επιχειρήσεων, οι αποφάσεις, η εναρμονισμένη πρακτική (άρ. 1) και η καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπίζουσας θέσης (άρ. 2).

Το δίκαιο του ανταγωνισμού έχει τις ρίζες του στο δίκαιο εναντίον των μονοπωλίων (antitrust) που αναπτύχθηκε στις ΗΠΑ. Εκεί τις τελευταίες δεκαετίες του 19ου αιώνα, παρατηρήθηκε μεγάλη ανάπτυξη και συνένωση των οικονομικών δυνάμεων (trusts). Ο αμερικανός νομοθέτης με τον περίφημο νόμο Sherman Act του 1890 και συμπληρωματικά με την federal trade commission act και την Clayton Act του 1914, επιδίωξε αφενός την καταπολέμηση των trusts, αφετέρου την εφαρμογή της αρχής του ανταγωνισμού ως επιταγής σύμφωνα με τις αρχές της σχολής του Freiburg (Ordoliberalismus).

Το νομολογιακό δίκαιο των ΗΠΑ (equity law) βασιζόμενο στις αρχές των θεμελιωδών αυτών νόμων διαμόρφωσε την έννοια του «unfair competition» που καλύπτει τόσο τις περιπτώσεις αθέμιτου ανταγωνισμού όσο και τις περιπτώσεις του ελεύθερου ανταγωνισμού. Στο αμερικανικό αυτό δίκαιο, το παράνομο μιας πράξεως ως αντίθετης στην αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού κρίνεται βάσει του κανόνα της λογικής, του δικαιολογημένου (rule of reason). Ωστόσο, ορισμένες πράξεις δεν

7. ΦΕΚ Α/93/20-4-2011

χρειάζεται να αξιολογηθούν με τον παραπάνω κανόνα γιατί θεωρούνται από τη φύση τους *per se* παράνομες : π.χ. η συμφωνία για μονοπωλιακό καθορισμό της τιμής ενός προϊόντος.

Στο επίκεντρο της συζήτησης για το αντικείμενο των αντιμονοπωλιακών κανόνων βρέθηκαν δύο βασικές τάσεις: α) η Σχολή του Harvard αφενός και β) η Σχολή του Chicago αφετέρου. Η βασική θέση της Σχολής του Harvard συνοψίζεται στην παραδοχή ότι η διάρθρωση της αγοράς προσδιορίζει την επιχειρηματική συμπεριφορά, η οποία με τη σειρά της προσδιορίζει τα αποτελέσματα της αγοράς (Structure, Conduct, Performance – SCP). Οι προτάσεις της Σχολής αυτής, για την πολιτική ανταγωνισμού είναι α) ο αυστηρός έλεγχος της επιχειρηματικής ισχύος για την αποτροπή υψηλής συγκέντρωσης και β) η ιδιαίτερη προσοχή στα εμπόδια εισόδου στην αγορά.

Από την άλλη μεριά, η «Σχολή του Σικάγο» εστιάζει στην επιχειρηματική συμπεριφορά. Με βάση τη Σχολή αυτή, βασικό ζητούμενο είναι η μεγέθυνση της ευημερίας του καταναλωτή μέσω της βελτίωσης της οικονομικής αποτελεσματικότητας, για το λόγο αυτό ο ανταγωνισμός είναι άξιος προστασίας μόνο όταν βελτιώνει την αποτελεσματικότητα. Η Σχολή του Σικάγο συνέβαλε α) στην αναμόρφωση των κανόνων ανταγωνισμού (ιδίως για τους κάθετους περιορισμούς, τις συγκεντρώσεις και την καταχρηστική υποτιμολόγηση (“predatory pricing”), β) στην αναθεώρηση της ανάλυσης βασικών συνθηκών ανταγωνισμού (ισχύς στην αγορά, είσοδος στην αγορά, αποτελεσματικότητα και γ) στην ανάδειξη σφαλμάτων, στα οποία είχε υποπέσει η νομολογία λόγω ανεπαρκούς οικονομικής ανάλυσης.

Ωστόσο, οι συχνές υπεραπλουστεύσεις της Σχολής του Σικάγο προκάλεσαν αντιδράσεις στη θεωρία κατά τις αρχές της δεκαετίας του '80. Σύμφωνα με τις «μετα-Σικάγο» αντιλήψεις τα οικονομικά υποδείγματα που χρησιμοποιεί η Σχολή του Σικάγο είναι στατικά και ως εκ τούτου απρόσφορα να λάβουν επαρκώς υπόψη τη δυναμική του Ανταγωνισμού. Προτάθηκε λοιπόν τότε, η χρησιμοποίηση σύνθετων μαθηματικών υποδειγμάτων που προέρχονται κυρίως από τη «θεωρία των παιγνίων» (“game theory”). Η μετα-Σικάγο θεωρία έχει λιγότερη εμπιστοσύνη στους μηχανισμούς αυτοαποκατάστασης του ανταγωνισμού και για το λόγο αυτό υποστηρίζει περισσότερο την παρεμβατική πολιτική.

1.1 Οι στόχοι του ενωσιακού δικαίου του ανταγωνισμού

Η Ευρωπαϊκή Ένωση (ΕΕ) είναι ο μεγαλύτερος οικονομικός και εμπορικός χώρος παγκοσμίως. Από τη δημιουργία της, η συνεχιζόμενη διαδικασία βελτίωσης και επέκτασης της ενιαίας αγοράς συμβαδίζει με την ανάπτυξη της πολιτικής ανταγωνισμού της ΕΕ. Έως τη δεκαετία του 1990, το δίκαιο του ανταγωνισμού της ευρωπαϊκής ένωσης διέπεται από την αρχή της οικονομικής ελευθερίας και της οικονομικής αποτελεσματικότητας στοχεύοντας στη δημιουργία της κοινής ευρωπαϊκής αγοράς. Από τα τέλη της δεκαετίας του 1990 γίνεται όλο και περισσότερο έντονος ο προσανατολισμός στην οικονομική ανάλυση του δικαίου. Η στροφή αυτή αποτυπώνεται σε νομοθετικό επίπεδο το πρώτον με την εισαγωγή του Κανονισμού 2790/1999⁸ της Επιτροπής για τους κάθετους περιορισμούς και τη μετατόπιση του κέντρου ενδιαφέροντος από τον ανταγωνισμό μεταξύ των μελών του ίδιου δικτύου διανομής ('intra-brand competition') στον ανταγωνισμό μεταξύ δικτύων διανομής των διαφόρων προμηθευτών ('inter-brand competition'). Συνεχίζει με τις Κατευθυντήριες που επιχειρούν να εξορθολογήσουν το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 101 ΣΛΕΕ (τότε άρθρου 81 παρ. 1 και 3 ΣυνΘΕΚ) στις οριζόντιες συμφωνίες και με τον Κανονισμό 139/2004⁹ του Συμβουλίου για τον έλεγχο των Συγκεντρώσεων επιχειρήσεων, αφενός με την εισαγωγή νέου κριτηρίου αξιολόγησης και την αντίστοιχη «υποχώρηση» του κριτηρίου της δεσπόζουσας θέσης και αφετέρου με την αναβάθμιση του στοιχείου της οικονομικής αποτελεσματικότητας. Τον τελευταίο μέχρι σήμερα βαθμό της αναθεωρητικής δραστηριότητας της Επιτροπής αποτελούν οι Κατευθυντήριες που καθορίζουν τις αντιλήψεις και προτεραιότητες της σχετικά με την εφαρμογή της γενικής ρήτρας του άρθρου 102 ΣΛΕΕ¹⁰.

Σύμφωνα λοιπόν με τη νέα τάση, η οποία είναι γνωστή και ως "more economic approach", η εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού πρέπει να επιδιώκει την ευημερία του καταναλωτή μέσω της διασφάλισης της παραγωγικής και κατανομικής

8. Κανονισμός (ΕΚ) αριθ. 2790/1999 της Επιτροπής, της 22ας Δεκεμβρίου 1999, για την εφαρμογή του άρθρου 81 παράγραφος 3 της συνθήκης σε ορισμένες κατηγορίες κάθετων συμφωνιών και εναρμονισμένων πρακτικών (Κείμενο που παρουσιάζει ενδιαφέρον για τον ΕΟΧ) ΕΕ L 336 της 29.12.1999, σ. 21 έως 25

9. Κανονισμός (ΕΚ) αριθ. 139/2004 του Συμβουλίου, της 20ής Ιανουαρίου 2004, για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων ("Κοινοτικός κανονισμός συγκεντρώσεων") (Κείμενο που παρουσιάζει ενδιαφέρον για τον ΕΟΧ) Επίσημη Εφημερίδα αριθ. L 024 της 29/01/2004 σ. 0001 - 0022

10. Τζουγανάτος, (2013),17

αποτελεσματικότητας. Η ανταγωνιστική διαδικασία μολονότι είναι σημαντική ως μέσο δεν αποτελεί καθεαυτή αντικείμενο προστασίας καθώς ο τελικός στόχος είναι η ευημερία του καταναλωτή¹¹.

Στόχος του “more economic approach” είναι η ευημερία του καταναλωτή με τη διασφάλιση παραγωγικής και καταναλωτικής αποτελεσματικότητας. Η αξιολόγηση επιχειρηματικής συμπεριφοράς δε γίνεται πλέον βάσει του είδους της επιχειρηματικής συμπεριφοράς αλλά βάσει της επίδρασής της στην οικονομική αποτελεσματικότητα (“effects based approach”), ενώ η παράβαση θεμελιώνεται, όταν η υπό εξέταση συμπεριφορά επηρεάζει αρνητικά την οικονομική αποτελεσματικότητα. Παρατηρείται λοιπόν, ότι η αξιολόγηση αυτή απομακρύνεται από τους “per se” κανόνες γενικής ισχύος και συνδέεται με «κανόνες λογικής» (“rules of reason”).

1.2 Έννοια διανοητικής ιδιοκτησίας

Ο «όρος διανοητική ιδιοκτησία» είναι ιδιαίτερα ευρύς και αναφέρεται σε «δικαιώματα πάνω σε άυλα αγαθά»¹². Κοινό χαρακτηριστικό του συγκεκριμένου δικαιώματος είναι ότι το αντικείμενο προστασίας του δεν έχει υλική υπόσταση. Το δικαίωμα στα άυλα αγαθά ξεπερνά τον υλικό φορέα που το ενσωματώνει και διευκολύνει απλώς τη φύλαξη, εκμετάλλευση, διανομή και κοινοποίηση του στο καταναλωτικό ή άλλο κοινό. Η χρήση του όρου «διανοητική ιδιοκτησία» αποτελεί έκφραση της αναγνώριση της συστηματικής ενότητας του κλάδου που έχει ως αντικείμενο τα απόλυτα δικαιώματα πάνω σε άυλα αγαθά- προϊόντα διανοίας¹³.

Τα τελευταία χρόνια η έννοια της διανοητικής ιδιοκτησίας έχει διευρυνθεί σε τέτοιο βαθμό ώστε να καταλαμβάνει όχι μόνο τις δημιουργίες ή τις ιδέες καθ'εαυτές αλλά και

11. Τζουγανάτος, (2013),20

12. Κουμάντος, Πνευματική Ιδιοκτησία, 2002, 53 επ

13. Απόδοση του αλλοδαπού όρου «propriete intellectuelle» ή «intellectual property» αποτελεί ο όρος «διανοητική ιδιοκτησία». Ο όρος ήταν σε χρήση από δεκαετίες πριν φανερωθεί το 1967 με τη Διεθνή Συνθήκη που ίδρυσε ο Ο.Μ.Ρ.Ι. (Organisation Mondiale de la Propriete Intellectuelle, αγγλικά : W.I.P.O. World Intellectual Property Organisation). Κουμάντος, (1994), 1464. Πάντως στον ν. 2557/1997 «Ρύθμιση θεμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας και συγγενικών δικαιωμάτων σε εναρμόνιση με την Οδηγία 93/83/Ε.Ο.Κ του Συμβουλίου της 27^{ης} Σεπτεμβρίου 1993 για τις δορυφορικές ραδιοηλεκτρονικές μεταδόσεις και την καλωδιακή αναμετάδοση, καθώς και με την Οδηγία 93/98/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 29^{ης} Σεπτεμβρίου 1993 για τη διάρκεια προστασίας και άλλες διατάξεις» ΦΕΚ/Α/271/24.12.1997 και δη στο άρθρο 8 παράγραφος 18 προβλέπεται ότι «Ο διεθνής όρος "propriete intellectuelle (intellectual property)" αποδίδεται στην ελληνική γλώσσα με τον όρο 'διανοητική ιδιοκτησία' και περιλαμβάνει τόσο την πνευματική ιδιοκτησία (propriete litteraire et artistique η droit d' auteur, copyright) και τα συγγενικά δικαιώματα, όσο και τη βιομηχανική ιδιοκτησία (propriete industrielle, industrial property), όπως εφευρέσεις και σήματα».

τον εμπορικό τρόπο εκμετάλλευσής τους όταν αυτός σχετίζεται με τη διάδοση τέτοιων έργων και προϋποθέτει διανοητική επένδυση¹⁴. Τα άυλα αγαθά για τα οποία ο λόγος, ενσωματώνουν οικονομική και εμπορική αξία. Από συστηματική άποψη το δίκαιο της διανοητικής ιδιοκτησίας είναι ο αυτόνομος κλάδος στον οποίο ανήκουν το δίκαιο της πνευματικής ιδιοκτησίας και το δίκαιο της βιομηχανικής ιδιοκτησίας. Η πτυχή αυτή της διανοητικής ιδιοκτησίας παρουσιάζει ορισμένες ιδιομορφίες σε σχέση με τις υπόλοιπες. Αντικείμενο προστασίας είναι το έργο αυτό καθ'εαυτό και όχι η ιδέα ή οι σκέψεις που ενσωματώνει σε αντίθεση με τη βιομηχανική ιδιοκτησία που σκοπό έχει να προστατεύσει την ιδέα και όχι απαραίτητα την έκφραση. Το πνευματικό δημιούργημα από τη φύση του είναι μοναδικό και ανεπανάληπτο δεδομένου ότι προϋπόθεση προστασίας του είναι η πρωτοτυπία¹⁵. Το δικαίωμα του δημιουργού αποτελεί ένα απόλυτο δικαίωμα που παρέχει στο δικαιούχο πλήρη εξουσία αναπαραγωγής, που αφορά στην αναπαραγωγή της έκφρασης και μορφής του έργου και εξουσία αποκλεισμού τρίτων από την εκμετάλλευσή της χωρίς τη συγκατάθεσή του. Από την ίδια τη φύση του πρόκειται για ένα νομικό μονοπώλιο.

Οι πρώτες διεθνείς συνθήκες ρύθμιζαν μεμονωμένα τα επιμέρους δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας, αλλά η πρακτική της ενιαίας ρυθμιστικής αντιμετώπισης του κλάδου εμφανίζεται αργότερα στα διεθνή κείμενα της Διεθνούς Συνθήκης της Στοκχόλμης της 4^{ης} Ιουλίου 1967 που ίδρυσε τον Παγκόσμιο Οργανισμό Διανοητικής Ιδιοκτησίας (WIPO), στη Συμφωνία για τα Δικαιώματα Πνευματικής Ιδιοκτησίας στον Τομέα του Εμπορίου, γνωστή και ως TRIPS (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS) που υπογράφηκε στις 15 Απριλίου 1994 και αποτελεί παράρτημα της τελικής πράξης για την ίδρυση του Παγκοσμίου Οργανισμού Εμπορίου (ΠΟΕ), η οποία κυρώθηκε στην Ελλάδα με τον ν.2290/1995¹⁶. Σε ευρωπαϊκό επίπεδο ο όρος χρησιμοποιείται στο πρωτογενές και το παράγωγο δίκαιο και πιο συγκεκριμένα στη Συνθήκη για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης στα άρθρα 118 και 262 γίνεται λόγος για τους «ευρωπαϊκούς τίτλους διανοητικής ιδιοκτησίας», ενώ στο άρθρο 207 παρ. 1 και 4 γίνεται αναφορά στις «εμπορικές πτυχές των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας». Ο Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ στο άρθρο 17 παρ. 2 προβλέπει ότι «Η διανοητική ιδιοκτησία προστατεύεται». Χρήση του όρου γίνεται στην Οδηγία 2004/48/ΕΚ της 29ης Απριλίου 2004 σχετικά με την επιβολή των δικαιωμάτων

14. Σταματούδη, Κοινωνικό Δίκαιο του Ανταγωνισμού και Διανοητική Ιδιοκτησία-Κατάχρηση Δεσπόζουσας Θέσης, 2006, 31 επ

15. Σταματούδη (2006), 32

16. ΦΕΚ/Α/28/9.2.2005

διανοητικής ιδιοκτησίας¹⁷. που προβλέπει ότι ο όρος «δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας» εμπεριέχει τα δικαιώματα βιομηχανικής ιδιοκτησίας και στην Οδηγία 2006/115 της 12ης Δεκεμβρίου 2006 σχετικά με το δικαίωμα εκμίσθωσης, το δικαίωμα δανεισμού και ορισμένα δικαιώματα συγγενικά προς την πνευματική ιδιοκτησία στον τομέα των προϊόντων της διανοίας κατά κακή μετάφραση του «on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property»¹⁸.

Ως πνευματική Ιδιοκτησία (ΠΙ) ή πνευματικά δικαιώματα στην παραδοσιακή τους μορφή ονομάζονται τα αποκλειστικά δικαιώματα των πνευματικών δημιουργών στο έργο τους. Παραχωρούνται από τον νόμο για ορισμένο χρόνο, για να απαγορεύσουν σε τρίτους τη χρήση των έργων χωρίς την άδεια του δημιουργού. Το πνευματικό δικαίωμα υφίσταται σε έργα λογοτεχνίας και τέχνης, όπως βιβλία, θέατρο, ζωγραφική, γλυπτική, φωτογραφία, αρχιτεκτονική αλλά και άλλες δημιουργίες όπως λογισμικό ή βάσεις δεδομένων (databases). Περιλαμβάνει το δικαίωμα της εκμετάλλευσης του έργου (περιουσιακό δικαίωμα) και το δικαίωμα της προστασίας του προσωπικού δεσμού του δημιουργού του προς αυτό (ηθικό δικαίωμα). Το πνευματικό δικαίωμα αποκτάται αυτοδικαίως χωρίς να απαιτείται αίτηση του δημιουργού ή καταχώριση του έργου σε κάποια υπηρεσία. Η Σύμβαση περί συστάσεως του Παγκόσμιου Οργανισμού Διανοητικής Ιδιοκτησίας που υπογράφηκε στη Στοκχόλμη στις 14-7-1967 και ενσωματώθηκε στο ελληνικό δίκαιο με το Ν.100/1975¹⁹, στο άρθρο 2 στοιχείο VIII ορίζει ότι η «ιδιοκτησία έργων διανοίας» περιλαμβάνει τα δικαιώματα σχετικά με τα α) φιλολογικά, καλλιτεχνικά και επιστημονικά έργα, β) τις ερμηνείες, τα φωνογραφήματα και τις ραδιοφωνικές εκπομπές, γ) τις εφευρέσεις, δ) τις επιστημονικές ανακαλύψεις, ε) τα βιομηχανικά σχέδια και υποδείγματα, ζ) τα εμπορικά σήματα, η) την προστασία κατά του παράνομου ανταγωνισμού καθώς και όλα τα άλλα τα δικαιώματα τα οποία απορρέουν από τη δραστηριότητα της διανοίας στο βιομηχανικό, επιστημονικό, φιλολογικό και καλλιτεχνικό τομέα²⁰.

Ο δημιουργός είναι το υποκείμενο του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας. Στο ηπειρωτικό ευρωπαϊκό σύστημα (droit d'auteur) (όπως και στο ελληνικό δίκαιο)

17. ΕΕ 30.4.2004, L. 157/45. Η οδηγία ενσωματώθηκε στην ελληνική νομοθεσία με το ν. 3524/2007 ΦΕΚ/Α/15/26.1.2007. Σημαντικό είναι ότι είχε ενσωματωθεί η οδηγία μόνο ως προς την πνευματική ιδιοκτησία δηλαδή το ν. 2121/1993 ΦΕΚ/Α/25/4.3.1993 αλλά με τον ν. 4072/2012 ΦΕΚ/Α/86/11.4.2012 ενσωματώθηκε και ως προς τη βιομηχανική ιδιοκτησία

18. ΕΕ 27.12.2006, L. 376/28

19. ΦΕΚ Α' 162/1975

20. Καλλινίκου, Πνευματική Ιδιοκτησία και Συγγενικά Δικαιώματα, 2008, 19

δημιουργός μπορεί να είναι μόνο φυσικό πρόσωπο, αφού μόνο άνθρωπος μπορεί να δημιουργεί πρωτότυπα πνευματικά έργα. Στο αμερικανικό δίκαιο (copyright) αντίθετα δημιουργός μπορεί να είναι και νομικό πρόσωπο, το οποίο έχει επενδύσει οικονομικά στη δημιουργία ενός έργου. Αυτό δε σημαίνει ότι κατά το ελληνικό δίκαιο νομικό πρόσωπο δεν μπορεί να είναι κύριος δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας, αφού ο δημιουργός μπορεί να μεταβιβάσει το (περιουσιακό) δικαίωμά του ελεύθερα.

Η σύγχρονη διανοητική ιδιοκτησία έχει στενή σχέση με το δίκαιο των Η/Υ, το δίκαιο της τεχνολογίας της Πληροφορίας και το δίκαιο του διαδικτύου. Η εμπορική αξιοποίηση του διαδικτύου στις εμπορικές συναλλαγές, τη διαφήμιση, η σύναψη συμβάσεων on line, το γεγονός ότι διακριτικά γνωρίσματα αξιοποιούνται μέσω του διαδικτύου με τη χρήση domain name, το γεγονός ότι πολλές ευρεσιτεχνίες απαρτίζονται από software, η προσβολή πνευματικών δικαιωμάτων από παράνομο «κατέβασμα» ταινιών, τραγουδιών, συνιστούν απόδειξη της στενής σχέσης και επαφής τους.

Πιο συγκεκριμένα οι κλάδοι αυτοί αλληλεπιδρούν με τους εξής τρόπους: τη γέννηση των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας μέσα στην Τεχνολογία της Πληροφορίας όπως για παράδειγμα τα προγράμματα ηλεκτρονικών υπολογιστών που προστατεύονται με το δίκαιο της πνευματικής ιδιοκτησίας δηλαδή το software που το δικαίωμα επί αυτού δε θα μπορούσε να λογιστεί αυθύπαρκτο χωρίς τους ηλεκτρονικούς υπολογιστές. Άλλος τρόπος αλληλεπίδρασης είναι όταν τα παραδοσιακά προϊόντα πνευματικής ιδιοκτησίας προσβάλλονται μέσα από την τεχνολογία όπως όταν ένα τραγούδι διακινείται μέσω του διαδικτύου παράνομα ή το εμπορικό σήμα χρησιμοποιείται ως domain name στο διαδίκτυο. Εδώ πρέπει να καταστεί σαφές ότι το αντίστοιχο δικαίωμα προστατευόταν ανέκαθεν, το διαδίκτυο όμως είναι ο χώρος όπου μπορεί να δοθεί η δυνατότητα εκμετάλλευσης και αυτό επιτάσσει προστασία του δικαιούχου. Όλα τα παραπάνω επιβεβαιώνουν την εξελικτική πορεία του δικαίου της διανοητικής ιδιοκτησίας, της ενιαίας προσέγγισης πνευματικής ιδιοκτησίας και βιομηχανικής ιδιοκτησίας καθώς και την τάση του να συνδέεται με το δίκαιο της τεχνολογίας της Πληροφορίας.

1.2.1 Η Ανακοίνωση της Επιτροπής

Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή στην Ανακοίνωση που έγινε στις 24.5.2011²¹ παρουσίασε έναν «οδηγό» για τα δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας με στόχο την τόνωση της δημιουργικότητας και της καινοτομίας. Στην Ανακοίνωση αυτή προβλέπεται ότι τα δικαιώματα ιδιοκτησίας προστατεύουν την προστιθέμενη αξία που παράγεται από την οικονομία της γνώσης στην Ευρώπη με θεμέλιο λίθο την προστασία των δημιουργών και των εφευρετών της. Ο ενάρετος κύκλος των ΔΔΙ βασίζεται σε μία πολιτική ΔΔΙ που παρέχει κίνητρα για καινοτομίες, οι οποίες με τη σειρά τους προσελκύουν επενδύσεις. Η ευρωπαϊκή νομοθεσία για τα ΔΔΙ πρέπει να συνιστά το κατάλληλο «πλαίσιο διευκόλυνσης» το οποίο θεσπίζει κίνητρα για τις επενδύσεις, επιβραβεύοντας το δημιουργικό πνεύμα, τονώνοντας τις καινοτομίες και διευκολύνοντας τη διάδοση των γνώσεων. Όσον αφορά τα άυλα αγαθά, αυτό που έρχεται πρώτο στο νου είναι η έρευνα, τα δικαιώματα ευρεσιτεχνίας και γενικότερα η τεχνολογική καινοτομία. Είναι αλήθεια ότι τα στοιχεία αυτά αποτελούν καθοριστικά πλεονεκτήματα για την ανταγωνιστικότητα, ωστόσο υπάρχει και μια άλλη κατηγορία άυλων αγαθών: το σύνολο των άυλων αγαθών που συνδέονται με τη φαντασία. Αυτό καλύπτει ποικίλες δραστηριότητες, έννοιες και τομείς που συμπεριλαμβάνουν την πολιτιστική και καλλιτεχνική δημιουργία με την ευρεία έννοια, το σχέδιο, τη διαφήμιση, τα εμπορικά σήματα, κλπ.

Όλα αυτά τα στοιχεία έχουν ένα κοινό χαρακτηριστικό: βασίζονται στις έννοιες της δημιουργίας και της δημιουργικότητας. Αυτή η ανακοίνωση παρουσιάζει τη συνολική στρατηγική της Επιτροπής για τη δημιουργία μιας αληθινής ενιαίας αγοράς "διανοητικής ιδιοκτησίας" που λείπει επί του παρόντος από την Ευρώπη, και πιο συγκεκριμένα για τη δημιουργία ενός ευρωπαϊκού καθεστώτος για τα ΔΔΙ που να είναι προσαρμοσμένο στην οικονομία του αύριο, να ανταμείβει τις προσπάθειες σε επίπεδο καινοτομίας και δημιουργικότητας, να παρέχει τα απαιτούμενα κίνητρα για την προώθηση της καινοτομίας στην ΕΕ και να επιτρέπει την ανάπτυξη της πολιτιστικής πολυμορφίας χάρη σε νέες ανοικτές και ανταγωνιστικές αγορές περιεχομένου.

21. Ανακοίνωση της Επιτροπής στο Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, το Συμβούλιο, την Ευρωπαϊκή Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή και την Επιτροπή των Περιφερειών - Η Ενιαία Αγορά για τα Δικαιώματα Διανοητικής Ιδιοκτησίας. Τόνωση της δημιουργικότητας και της καινοτομίας για τη δημιουργία οικονομικής ανάπτυξης, θέσεων απασχόλησης υψηλής ποιότητας και έξοχων προϊόντων και υπηρεσιών στην Ευρώπη, Βρυξέλλες, 24.5.2011, COM(2011) 287 τελικό

2. Σχέση Διανοητικής Ιδιοκτησίας και Δίκαιο ελεύθερου ανταγωνισμού

2.1 Διανοητική Ιδιοκτησία και Ελεύθερη Διακίνηση αγαθών και υπηρεσιών

Η συγχώνευση των εθνικών αγορών των κρατών μελών της σε μία κοινή αγορά (άρθρο 3 ΣΛΕΕ) καθίσταται ο κύριος και πρωταρχικός στόχος της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Ο ανωτέρω στόχος επιτυγχάνεται μέσω των άρθρων 34 και 35 ΣΛΕΕ, τα οποία απαγορεύουν τους ποσοτικούς περιορισμούς επί των εισαγωγών και των εξαγωγών και όλα τα μέτρα ισοδυνάμου αποτελέσματος μεταξύ των κρατών μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Ωστόσο, το άρθρο 36 ΣΛΕΕ επιτρέπει την υποχώρηση των κανόνων των άρθρων 34 και 35 για λόγους προστασίας ορισμένων ύψιστης σημασίας αγαθών, μεταξύ των οποίων και η «εμπορική και βιομηχανική ιδιοκτησία» (άρθρο 36 εδ. 1 ΣΛΕΕ), υπό την προϋπόθεση ότι οι απαγορεύσεις ή οι περιορισμοί στις εισαγωγές και στις εξαγωγές που θα θεσπίζονταν και θα εφαρμόζονταν από τα κράτη μέλη με επίκληση των προαναφερθέντων λόγων, δε θα συνιστούσαν στην πραγματικότητα μέσο αυθαίρετων διακρίσεων ή συγκαλυμμένο περιορισμό του ενδοκοινοτικού εμπορίου (άρθρο 36 εδ. 2 ΣΛΕΕ)²². Εξαιτίας της αρχικής απουσίας ειδικών περί της εμπορικής και βιομηχανικής ιδιοκτησίας (διανοητικής ιδιοκτησίας) κανόνων στο πλαίσιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης οι διατάξεις του άρθρου 36 ΣΛΕΕ απέκτησαν ιδιαίτερη σημασία ως πλαίσιο για την επίλυση της σύγκρουσης που ανέκυπτε μεταξύ της αρχής εδαφικότητας αναφορικά με την προστασία των δικαιωμάτων βιομηχανικής και πνευματικής ιδιοκτησίας και της αρχής της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων που θεμελιώνεται στις διατάξεις των άρθρων 34 και 35 ΣΛΕΕ.

Συγκεκριμένα, ήδη από τις αρχές της δεκαετίας του '70, το ΔΕΚ (ήδη ΔΕΕ), είχε την ευκαιρία να τονίσει, υπό το πρίσμα του άρθρου 36 ΣΛΕΕ, στη γνωστή και πλέον πολυσυζητημένη απόφαση *Deutsche Grammophon/Metro SB*²³, ότι προσκρούει στο βασικό σκοπό της Συνθήκης, που συνίσταται στη συγχώνευση των εθνικών αγορών σε

²². *Γρηγοριάδης*, Η ανάλωση του δικαιώματος του δημιουργού στην περίπτωση της υλικής αντιγραφής ενός έργου από χρήση υπηρεσίας ανοικτής γραμμής - Σκέψεις και προτάσεις με αφορμή την απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης "*UsedSoft GmbH κατά Oracle International Corp.*" της 3ης Ιουλίου 2012 (υπόθ. C-128/2011), ΔΕΕ 3/2013, 11 επ.

²³. ΔΕΚ C-78/1970, "*Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH κατά Metro-SB-Großmarkte GmbH & Co. KG.*", Συλλογή 1971, σελ. 487, σκέψη 12

ενιαία αγορά, η επίκληση δικαιώματος συγγενούς προς το δικαίωμα του δημιουργού προκειμένου να απαγορευθεί η εμπορία εντός ενός κράτους μέλους προϊόντων που τέθηκαν σε κυκλοφορία από το δικαιούχο, ή με τη συγκατάθεσή του, στο έδαφος άλλου κράτους μέλους, με τη μόνη δικαιολογία ότι η θέση αυτή σε κυκλοφορία δεν έγινε στο εθνικό έδαφος. Η ως άνω διαπίστωση, η οποία, σε επόμενες αποφάσεις του ΔΕΕ, επιβεβαιώθηκε και ως προς το δικαίωμα της πνευματικής ιδιοκτησίας και πιο συγκεκριμένα ως προς την εξουσία διανομής προστατευόμενων με δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας προϊόντων ενώ επιπλέον επεκτάθηκε και στον τομέα των δικαιωμάτων βιομηχανικής ιδιοκτησίας, καθιερώθηκε στη κοινοτική νομολογία αλλά και στη θεωρία ως κανόνας της «κοινοτικής ανάλωσης του δικαιώματος»²⁴. Μέσω του ως άνω κανόνα οι κάτοχοι δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας θα μπορούσαν να λάβουν μόνο μία ανταμοιβή για την οικονομική αξία του δικαιώματός τους ελέγχοντας την πρώτη πώληση των προϊόντων εντός της Κοινότητας (ήδη Ευρωπαϊκής Ένωσης). Άλλωστε, σύμφωνα με την απόφαση *Deutsche Grammophon/Metro SB*, το άρθρο 36 ΣΛΕΕ επιτρέπει παρεκκλίσεις από την αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων (άρθρο 34 ΣΛΕΕ) μόνο όμως στο μέτρο που αυτές δικαιολογούνται για λόγους διαφύλαξης των δικαιωμάτων που αποτελούν το ειδικό αντικείμενο της εμπορικής και βιομηχανικής ιδιοκτησίας. Το ΔΕΚ (ήδη ΔΕΕ) σε επόμενες αποφάσεις του έκανε δεκτό ότι το ειδικό αντικείμενο του δικαιώματος της πνευματικής ιδιοκτησίας περιλαμβάνει ιδίως τη διασφάλιση της δυνατότητας των δικαιούχων των οικείων δικαιωμάτων να εκμεταλλεύονται εμπορικώς τη (πρώτη) θέση σε κυκλοφορία ή τη διάθεση στο κοινό προστατευόμενων αντικειμένων, παραχωρώντας άδειες έναντι αμοιβής. Η ratio, λοιπόν, του κανόνα της κοινοτικής ανάλωσης της εξουσίας διανομής προστατευόμενου με δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας προϊόντος συνίσταται ακριβώς στο ότι ο κάτοχος του δικαιώματος έλαβε την εύλογη για την οικονομική αξία της εν λόγω εξουσίας αμοιβή με την πρώτη πώληση του προϊόντος εντός Ευρωπαϊκής Ένωσης από τον ίδιο τον εν λόγω κάτοχο ή με τη συγκατάθεση αυτού.

Υπό το πρίσμα λοιπόν του ισχύοντος άρθρου 36 ΣΛΕΕ, ως κανόνας της ενωσιακής, πλέον ανάλωσης του δικαιώματος της πνευματικής ιδιοκτησίας (ακριβέστερα: του δικαιώματος ή της εξουσίας διανομής προστατευόμενου με δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας προϊόντος/αντικειμένου) θα μπορούσε να οριστεί η αρχή ότι ο κάτοχος ενός δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας δεν μπορεί να εναντιωθεί στην

24. Γρηγοριάδης, (2013) 11 επ

εισαγωγή και διάθεση σε κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης προστατευόμενων με το δικαίωμά του προϊόντων, δηλαδή του πρωτοτύπου ή των αντιγράφων ενός έργου, τα οποία διατέθηκαν στο εμπόριο (:πωλήθηκαν) σε άλλο κράτος μέλος από τον ίδιο τον εν λόγω κάτοχο ή με τη συγκατάθεση αυτού. Άλλως, η εξουσία διανομής που παρέχει το δικαίωμα της πνευματικής ιδιοκτησίας εξαντλείται ή αναλώνεται ως προς συγκεκριμένα προστατευόμενα με τέτοιο δικαίωμα αντικείμενα (πρωτότυπο ή αντίγραφο ενός έργου) τα οποία διατέθηκαν στο εμπόριο (:πωλήθηκαν) εντός κράτους μέλους της Ευρωπαϊκής Ένωσης από τον κάτοχο του δικαιώματος ή με τη συγκατάθεση αυτού.

Ωστόσο, υπό το πρίσμα του ισχύοντος δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ο κανόνας της ενωσιακής ανάλωσης του δικαιώματος της πνευματικής ιδιοκτησίας (ακριβέστερα: του δικαιώματος ή της εξουσίας διανομής προστατευόμενου με δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας προϊόντος/αντικειμένου) δεν προκύπτει απλώς σιωπηρά, στη βάση των παραδοχών της νομολογίας του ΔΕΕ, από το άρθρο 36 ΣΛΕΕ, αλλά καθιερώνεται ρητά στις σχετικές με τα δικαιώματα της πνευματικής ιδιοκτησίας Οδηγίες του παράγωγου ενωσιακού δικαίου²⁵.

25. Το άρθρο 3 παρ. 1 στοιχ. δ του Ν.2121/1993 εισάγει τη λεγόμενη εξουσία θέσης σε κυκλοφορία που είναι γνωστή και ως εξουσία (δικαίωμα) διανομής. Σκοπός της διάταξης αυτής είναι να δοθεί η δυνατότητα στο δημιουργό να ελέγξει την κυκλοφορία του πρωτότυπου ή των αντιτύπων του έργου, ώστε να εισπράττει χωριστή αμοιβή κυρίως από τους νέους τρόπους εκμετάλλευσης του έργου. Το δικαίωμα εκμίσθωσης και δανεισμού δεν αναγνωρίζεται ως ξεχωριστό δικαίωμα, αλλά συμπεριλαμβάνεται στην εξουσία θέσης σε κυκλοφορία. Έτσι από το άρθρο αυτό του νόμου αναγνωρίζεται στο δημιουργό η εξουσία να επιτρέπει ή να απαγορεύει «τη θέση σε κυκλοφορία του πρωτότυπου ή αντιτύπων του έργου με μεταβίβαση της κυριότητας, με εκμίσθωση ή με δημόσιο δανεισμό, καθώς και την επιβολή περιοριστικών όρων στη μεταβίβαση, την εκμίσθωση ή το δημόσιο δανεισμό, ιδίως σε ότι αφορά τη χρήση των αντιτύπων». Ο νόμος δεν αναφέρεται στο θέμα της εξάντλησης (ανάλωσης) της εξουσίας θέσης σε κυκλοφορία. Εξαιρέση αποτελεί το άρθρο 41 για τα προγράμματα Η/Υ σύμφωνα με το οποίο η πρώτη πώληση αντιγράφου ενός προγράμματος Η/Υ μέσα στην Ευρωπαϊκή Κοινότητα (σε ένα κράτος μέλος της Ευρωπαϊκής Κοινότητας) από το δημιουργό ή με τη συγκατάθεσή του εξαντλεί το δικαίωμα διάθεσης του αντιτύπου αυτού μέσα στην Κοινότητα εξαιρουμένου του δικαιώματος ελέγχου των μεταγενέστερων εκμισθώσεων του προγράμματος ή των αντιγράφων του (βλ. επίσης άρθρο 4 στοιχ. γ της Οδηγίας 91/250). Για τις βάσεις δεδομένων η Οδηγία 96/9 στο άρθρο 5γ προβλέπει επίσης ότι «η πρώτη πώληση αντιγράφων της βάσης δεδομένων στην Κοινότητα από το δικαιούχο ή με τη συγκατάθεσή του, συνεπάγεται ανάλωση του δικαιώματος μεταπώλησης του εν λόγω αντιγράφου στην Κοινότητα» (βλ. επίσης νέα παρ. 3 του άρθρου 3 του Ν.2121/1993).

2.2 Η Συμφωνία TRIPS

Στο τέλος του 20^{ου} αιώνα παρατηρείται μία νέα τάση σύνδεσης της πνευματικής ιδιοκτησίας και των άλλων δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας με το εμπόριο. Από της συνάψεως της Συνθήκης της Λισαβόνας, η κοινή εμπορική πολιτική – η οποία εντάσσεται στην εξωτερική δράση της Ένωσης και αφορά τις εμπορικές συναλλαγές με τα τρίτα κράτη – αφορά και τις εμπορικές πτυχές της διανοητικής ιδιοκτησίας. Αν μια πράξη της Ένωσης έχει ως σκοπό να προάγει, να διευκολύνει ή να διέπει τις διεθνείς συναλλαγές, εμπίπτει στην κοινή εμπορική πολιτική. Η ως άνω συμφωνία εντάσσεται στο πλαίσιο της απελευθέρωσης των διεθνών συναλλαγών και ο σκοπός της είναι η ενίσχυση και η εναρμόνιση της προστασίας της πνευματικής ιδιοκτησίας σε παγκόσμια κλίμακα και η μείωση των στρεβλώσεων του διεθνούς εμπορίου στο έδαφος των κρατών μελών του ΠΟΕ. Η συμφωνία TRIPs είναι το αποτέλεσμα πολυμερών διαπραγματεύσεων του κύκλου της Ουρουγουάης και έχει ως αντικείμενο τη διεθνή προστασία των άυλων αγαθών²⁶. Μαζί με τις διεθνείς συμφωνίες σχετικά με το εμπόριο προϊόντων (GATT) και υπηρεσιών (GATS) αποσκοπεί στην προώθηση και στην ανάπτυξη του διεθνούς εμπορίου και εντάσσεται στο γενικότερο πλαίσιο της νέας συμφωνίας για τον παγκόσμιο οργανισμό εμπορίου (World Trade Organization), που κυρώθηκε στη χώρα μας με το Ν 2290/95²⁷. Στο προοίμιο ρητά αναφέρεται ότι ο σκοπός της TRIPS είναι η καθιέρωση νέων κανόνων όσον αφορά τη θεσμοθέτηση, έκταση και τη χρήση των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας στον τομέα του εμπορίου την καθιέρωση πρόσφορων μέσων για την επιβολή τους, την καθιέρωση αποτελεσματικών και μη χρονοβόρων διαδικασιών για την πολυμερή πρόληψη και επίλυση των διαφορών²⁸. Η συμφωνία TRIPs υιοθετεί κατά βάση τις διατάξεις για την προστασία των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας που προβλέπονται στις συμβάσεις της Βέρνης (άρθρο 10), της Ρώμης (άρθρα 3, 4) και των Παρισίων (άρθρο 2) και ταυτόχρονα προβαίνει σε εκσυγχρονισμό και διεύρυνση αυτών²⁹.

Η προστασία των άυλων αγαθών ενδέχεται εν τούτοις, υπό προϋποθέσεις, να λειτουργήσει ως ανασχετικός παράγων για το διεθνές εμπόριο. Η συμφωνία TRIPs θέτει κανόνες, που εξασφαλίζουν την προστασία των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας,

26. Σμιτ-Μπογκάτσκι/Τουντόπουλος, Η σημασία της συμφωνίας TRIPs για την προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού, ΔΕΕ 1998, 686 επ.

27. ΦΕΚ/Α/28/9.2.2005

28. Κοτσίρης, Δίκαιο Πνευματικής Ιδιοκτησίας και Κοινοτικό Κεκτημένο (2011⁶), 16

29. Σμιτ-Μπογκάτσκι/Τουντόπουλος, οπ. 1998, 686 επ.

ενώ παράλληλα προβλέπει δικλείδες ασφαλείας, ώστε η προστασία των άυλων αγαθών να μην οδηγήσει σε παρακώλυση ή περιορισμό του διεθνούς εμπορίου.

Η έμμεση προστασία του ανταγωνισμού μέσω της συμφωνίας TRIPs, μιας συμφωνίας δηλαδή που τείνει να εξασφαλίσει μία παγκόσμια εμπορική τάξη, αποτελεί καινοτομία για το δίκαιο των «καρτελλικών» συμπράξεων. Παράλληλα οι διαπραγματεύσεις για την προστασία του ανταγωνισμού μέσω της συμφωνίας TRIPs αποτέλεσαν το έναυσμα για σειρά συζητήσεων σχετικά με το σκόπιμο της προστασίας του ανταγωνισμού σε υπερεθνικό επίπεδο.

Οι διατάξεις που αφορούν στην προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού δεν αποτελούν ξεχωριστή ενότητα μέσα στη συμφωνία. Τα συμβαλλόμενα μέρη θεώρησαν ως νομοτεχνικά αρτιότερο τρόπο τη διασπορά των αντικαρτελλικών διατάξεων ανάλογα με την ευρύτερη θεματική ενότητα, στην οποία ανήκουν, και όχι την ενιαία έκθεσή τους στο κείμενο της συμφωνίας. Η πλέον αναλυτική ρύθμιση ζητημάτων του ελεύθερου ανταγωνισμού στη συμφωνία TRIPs εντοπίζεται στη διάταξη του άρθρου 40. Αντικείμενο της διάταξης του άρθρου 40 είναι η προστασία του ανταγωνισμού στις συμβατικές άδειες εκμετάλλευσης. Η παρ. 1 του εν λόγω άρθρου δεν περιέχει κάποιο πραγματικό ή έννομη συνέπεια. Αποτελεί κατά την κρατούσα γνώμη μία δήλωση της σημασίας της προστασίας του ανταγωνισμού στις συμβατικές άδειες εκμετάλλευσης για το διεθνές εμπόριο, η θέση της οποίας είναι στο προοίμιο. Το χωρίο 1 της παρ. 2 του άρθρου 40 προβλέπει ότι η συμφωνία TRIPs δεν εμποδίζει τα συμβαλλόμενα κράτη να απαγορεύσουν συγκεκριμένους όρους/πρακτικές χορήγησης αδειών εκμετάλλευσης που αποτελούν κατάχρηση δικαιώματος και επιφέρουν περιορισμό του ανταγωνισμού στη σχετική αγορά. Το εδάφιο 2 της παρ. 2 προβαίνει σε ενδεικτική απαρίθμηση πρακτικών που υπόκεινται σε απαγόρευση. Πρόκειται για τις περιπτώσεις συμφωνίας επαναχορήγησης αποκλειστικής αδειας εκμετάλλευσης, μη αμφισβήτησης του δικαιώματος ευρεσιτεχνίας και σύζευξης αδειών εκμετάλλευσης. Το κράτος μέλος δεν είναι υποχρεωμένο να απαγορεύσει *per se* τις αναφερόμενες πρακτικές. Υποχρέωση υπάρχει, μόνο στο μέτρο που οι αναφερόμενες πρακτικές έχουν αρνητική επίδραση για το διεθνές εμπόριο. Στην περίπτωση που οι αρνητικές επιδράσεις περιορίζονται στην εθνική οικονομία, ισχύουν οι εθνικές αντικαρτελλικές διατάξεις.

2.3 Παράγοντες που επηρεάζουν τις σχέσεις μεταξύ των δύο δικαίων

Το ερώτημα που γεννάται στο σημείο αυτό είναι πώς ένα μονοπωλιακό και αποκλειστικό δικαίωμα διανοητικής ιδιοκτησίας συνάδει με ένα σύστημα ελεύθερου και τέλειου ανταγωνισμού σύμφωνα με τη λογική και τη φιλοσοφία της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Καταρχάς, σε περίπτωση περιορισμού της προστασίας των άυλων αγαθών από το δίκαιο προστασίας του Ανταγωνισμού ενδέχεται να βελτιώνονται μεν βραχυπρόθεσμα οι συνθήκες Ανταγωνισμού σε ορισμένη αγορά προϊόντων, την ίδια στιγμή όμως περιορίζονται μακροπρόθεσμα τα κίνητρα για επενδύσεις σε καινοτομία και κατ' επέκταση ο ανταγωνισμός στην αγορά της έρευνας και ανάπτυξης νέων τεχνολογιών. Επιπλέον, θα πρέπει να υπογραμμίσουμε ότι η κατοχή ενός δικαιώματος επί άυλου αγαθού δεν συνεπάγεται δίχως άλλο και την δημιουργία δεσπόζουσας θέσης για τον δικαιούχο σε ορισμένη αγορά, αλλά θα πρέπει να συνεκτιμάται η ύπαρξη λειτουργικά υποκατάστατων τεχνολογιών ή προϊόντων τα οποία περιορίζουν την οικονομική ισχύ του δικαιούχου σε ορισμένη αγορά³⁰.

Αναλυτικότερα, το άυλο αγαθό δεν προσδίδει στη δικαιούχο επιχείρηση μονοπωλιακή ισχύ, αλλά απλά διασφαλίζει υπέρ αυτής ένα οικονομικό πλεονέκτημα. Επίσης, άλλος ένας παράγοντας που επηρεάζει τις σχέσεις των δύο δικαίων είναι τα ιδιαίτερα οικονομικά χαρακτηριστικά των άυλων αγαθών, ήτοι το υψηλό σταθερό κόστος πρωτογενούς κτήσης του άυλου αγαθού λόγω των αυξημένων εξόδων σε έρευνα και ανάπτυξη και το μηδενικό οριακό κόστος που απαιτεί η αναπαραγωγή και εκμετάλλευση του αντικειμένου του δικαιώματος μετά την πρωτογενή κτήση του. Κατ' αυτό τον τρόπο θα μπορούσε να δικαιολογηθεί η εφαρμογή μιας πολιτικής διαφοροποιημένων τιμών μεταξύ των αγοραστών στις αγορές υψηλής τεχνολογίας³¹.

30. *Schmidtchen D.*, Die Beziehung zwischen dem Wettbewerbsrecht und dem Recht geistigen Eigentums – Konflikt, Harmonie oder Arbeitsteilung? 2006, 27 επ Copy at http://www.researchgate.net/publication/46459028_Die_Bezeichnung_zwischen_dem_Wettbewerbsrecht_und_dem_Recht_geistigen_Eigentums_Konflikt_Harmonie_oder_Arbeitsteilung

31. *Κινινή*, Η άρνηση παραχώρησης άδειας εκμετάλλευσης άυλων αγαθών στο δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού 2004, 21 επ

2.4 Φαινομενική σύγκρουση μεταξύ των δύο δικαίων

Η αλήθεια είναι ότι εκ πρώτης όψεως, τα δύο δίκαια βρίσκονται σε σχέση σύγκρουσης καθώς φαίνεται ότι κινούνται σε εκ διαμέτρου αντίθετες κατευθύνσεις. Από τη μία, το δίκαιο των άυλων αγαθών αναγνωρίζει και απονέμει χρονικά περιορισμένα δικαιώματα αποκλεισμού που σαν κύριο στόχο έχουν την ενθάρρυνση για καινοτομία. Δηλαδή το κίνητρο για πραγματοποίηση της καινοτομίας υπάρχει από τη στιγμή που ο δικαιούχος έχει το δικαίωμα να αποκλείει τρίτους από το αντικείμενο προστασίας του άυλου αγαθού. Από την άλλη, το δίκαιο προστασίας του Ανταγωνισμού είναι αντίθετο ως προς την δημιουργία μονοπωλίων καθώς και ως προς τον περιορισμό της οικονομικής ελευθερίας των τρίτων επιχειρήσεων που συμμετέχουν στην αγορά. Το ερώτημα που ανακύπτει είναι ποια είναι η σχέση του δικαίου της πνευματικής ιδιοκτησίας και του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού και αν η εφαρμογή του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού αντιτίθεται με την ύπαρξη και τον σκοπό της πνευματικής ιδιοκτησίας.

Μία πρώτη λύση στην περίπτωση της ενδεχόμενης σύγκρουσης των δύο δικαιωμάτων, ήτοι του απολύτου και αποκλειστικού δικαιώματος του πνευματικού δημιουργού και της ελευθερίας ανταγωνισμού, προσπάθησε να δώσει η θεωρία του περιεχομένου στη γερμανική έννομη τάξη³² («Inhaltstheorie»). Δηλαδή το δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού εφαρμόζεται στο δίκαιο της πνευματικής ιδιοκτησίας υπό την αιγίδα της θεωρίας του περιεχομένου, με την ακόλουθη έννοια: Όσο περισσότερο ένας περιορισμός του ανταγωνισμού που περιέχεται σε σύμβαση περί δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας απέχει από το περιεχόμενο και το σκοπό του δικαίου της πνευματικής ιδιοκτησίας, τόσο περισσότερο βρίσκει εφαρμογή το δίκαιο περιορισμών του ανταγωνισμού.

Εν συνεχεία το ΔΕΚ (ήδη ΔΕΕ) προσπάθησε να άρει τα προβλήματα σύγκρουσης ανάμεσα στην αρχή της ελεύθερης κυκλοφορίας των εμπορευμάτων και την αναγνώριση και προστασία των άυλων αγαθών με την αρχή της διάκρισης μεταξύ υπόστασης του δικαιώματος και άσκησης αυτού. Βάσει της εν λόγω αρχής, έγινε δεκτό, ότι το δίκαιο του

32. *Fikentscher*, Urheberrechtsvertrag und Kartellrecht, in *Festschrift für Schrickler*, 1995, σελ. 149, 192 · [*Ο ίδιος*] *Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz*, σελ. 282 · *Μικρουλέα*, Η εφαρμογή του Δικαίου του Ελεύθερου Ανταγωνισμού στο δίκαιο της Πνευματικής Ιδιοκτησίας και ειδικότερα στους Οργανισμούς Συλλογικής Διαχείρισης Πνευματικών Δικαιωμάτων, ΕΕμπΔ (1999,454).

ανταγωνισμού δεν θίγει, ούτε μπορεί να θίξει την ουσία ή το ειδικό αντικείμενο ή τη βασική λειτουργία των δικαιωμάτων της βιομηχανικής και πνευματικής ιδιοκτησίας.³³

Δεδομένου ότι η διάκριση μεταξύ «ύπαρξης» και «άσκησης» δικαιώματος δεν βοηθούσε πολύ στο να καθορίσει κάποιος τα επιτρεπτά όρια χρήσης ενός δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας, σύμφωνα με το Κοινοτικό Δίκαιο, το ΔΕΚ (ήδη ΔΕΕ) προσέφυγε σε μία άλλη μέθοδο προκειμένου να καθορίσει ποιο είναι εκείνο το μέρος ενός δικαιώματος το οποίο ασκείται παραδεκτά από το δικαιούχο του, σύμφωνα κυρίως με τις διατάξεις της ελεύθερης διακίνησης των αγαθών στην Κοινότητα. Η μέθοδος αυτή εστιάστηκε στην ανακάλυψη της «βασικής λειτουργίας» ενός δικαιώματος, και συγκεκριμένα ξεχωριστά του κάθε δικαιώματος, προκειμένου να μπορέσει κάποιος να εντοπίσει τον πυρήνα του δικαιώματος. Μία από τις πρώτες αποφάσεις στην οποία έγινε αναφορά στη «βασική λειτουργία» ενός δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας ήταν η απόφαση του ΠΕΚ, Magill. Στην απόφαση αυτή, το ΠΕΚ όρισε ότι η βασική λειτουργία της πνευματικής ιδιοκτησίας συνίσταται στην *«προστασία των ηθικών δικαιωμάτων επί του έργου και την εξασφάλιση της ανταμοιβής του δημιουργού για τη δημιουργική του προσπάθεια, με τον ταυτόχρονο σεβασμό των στόχων συγκεκριμένα του άρθρου 82 ΣυνΘΕΚ»*³⁴. Η θεωρία της βασικής λειτουργίας του δικαιώματος συγκεκριμενοποιείται και αποκτά πρακτική μορφή με τον ορισμό του «ειδικού αντικείμενου» ενός δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας. Το ειδικό αντικείμενο ενός δικαιώματος μάζ επιτρέπει να κατανοήσουμε ποιες ακριβώς είναι οι πράξεις εκείνες οι οποίες συνιστούν πράξεις θεμιτές, ως εμπίπτουσες στη «βασική λειτουργία» ενός δικαιώματος, σύμφωνα με το κοινοτικό δίκαιο. Σε σχέση με το ειδικό αντικείμενο των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας έχει νομολογηθεί ότι περιλαμβάνει α) την παραγωγή των προϊόντων που αποτελούν τον υλικό φορέα ή υπόβαθρό τους και β) τη θέση για πρώτη φορά σε κυκλοφορία των προϊόντων αυτών είτε από τον ίδιο το δικαιούχο, είτε από τρίτο ο οποίος έχει εξουσιοδοτηθεί για το σκοπό αυτό από το δικαιούχο υπό συνθήκες εγκεκριμένες από αυτόν, ώστε ο δικαιούχος τελικά να αποκομίσει την πλήρη οικονομική αξία του δικαιώματος³⁵. Γενικά είναι νοητή η θέση σε κυκλοφορία υπό συνθήκες εγκεκριμένες από το δικαιούχο όταν έχει προηγηθεί και παραγωγή υπό προδιαγραφές, οι οποίες

33. Μικρουλέα Α., Η εφαρμογή του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού στο δίκαιο της πνευματικής ιδιοκτησίας και ειδικότερα στους οργανισμούς συλλογικής διαχείρισης πνευματικών δικαιωμάτων, Επιθεώρηση του Εμπορικού Δικαίου, 1999,452 επ.

34. Σταματούδη (2006) 67

35. Μαστρομανώλης σε Τζουγανάτο (2013), 380

επιτρέπουν αργότερα στο δικαιούχο την απόληψη της οικονομικής αξίας του δικαιώματός του κατά το στάδιο της κυκλοφορίας³⁶.

Ειδικό αντικείμενο στις τεχνικές και πνευματικές δημιουργίες είναι η εξουσία του δικαιούχου να θέσει πρώτος σε κυκλοφορία το προϊόν του ή ο ίδιος ή μέσω παραχώρησης αδειών εκμετάλλευσης. Μπορεί όμως να τεθούν περιορισμοί στην άσκηση των δικαιωμάτων της βιομηχανικής και πνευματικής ιδιοκτησίας, αν κριθεί ότι αποτελούν απαγορευμένη σύμπραξη ή καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης. Η διάκριση μεταξύ περιεχομένου ή ειδικού αντικειμένου του άυλου αγαθού και ενάσκησής του έχει αναπτύξει ιδιαίτερη σημασία στο δίκαιο της ευρεσιτεχνίας, της πνευματικής ιδιοκτησίας, του δικαίου περί σημάτων³⁷. Στο μέτρο που η πνευματική ιδιοκτησία επιτρέπει σε μεγαλύτερο βαθμό τη μονοπώληση πληροφοριών και μάλιστα όπως εν προκειμένω τεχνολογικών πληροφοριών, οδηγούμαστε σε μία κατάσταση, η οποία μπορεί να χρησιμοποιηθεί ως μέσο παρεμπόδισης της ελεύθερης πρόσβασης στις πληροφορίες και κατ' επέκταση να επηρεάσει τις συνθήκες ανταγωνισμού στη σχετική αγορά. Γι' αυτό και πρέπει να αντιμετωπίζονται αυστηρότερα οι άδειες χρήσης προγραμμάτων, ή περιπτώσεις όπως της IBM, όπου κατόπιν επέμβασης της Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, δεσμεύθηκε η εταιρία να διαθέσει στους ανταγωνιστές της στοιχεία και τυποποιημένες μη προστατεύσιμες πληροφορίες σημείων διασύνδεσης ως προς την λειτουργία του συστήματος της εταιρίας IBM για μεγάλους *computer*³⁸ ή αποφάσεις σχετικά με τις μονοπωλιακές δραστηριότητες της Microsoft, οι οποίες θα αναλυθούν κατωτέρω στα πλαίσια της παρούσας εργασίας³⁹.

36. *Μαστρομανώλης* σε Τζουγανάτο (2013), 380

37. *Μαρίνος*, Λογισμικό, Νομική Προστασία και Συμβάσεις, Αθήνα 1989, σελ. 207, ιδίου, Περιορισμοί παραγωγής σε άδειες εκμετάλλευσης διπλώματος ευρεσιτεχνίας-Μερικές Παρατηρήσεις στη σχέση δικαίου των εφευρέσεων και δικαίου κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού, ΕΕμπΔ 1985, 409.

38. 84/233/ΕΟΚ Απόφαση της Επιτροπής της 18ης Απριλίου 1984 σχετική με τη διαδικασία εφαρμογής του άρθρου 85 της συνθήκης ΕΟΚ (IV/30.849 - Προσωπικός υπολογιστής IBM) Επίσημη Εφημερίδα αριθ. L 118 της 04/05/1984 σ. 0024 – 0028

39. βλ. μέρος 2^ο – κεφάλαιο Β της παρούσας μελέτης

2.5 Δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ στα δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας και η εφαρμογή της θεωρίας των αναγκαίων διευκολύνσεων

Από όσα αναφέρθηκαν ανωτέρω καθίσταται φανερό ότι για την αναζήτηση ικανοποιητικών λύσεων στις περιπτώσεις που η άσκηση ενός δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας λειτουργεί ανασταλτικά προς το στόχο της οικοδόμησης της Ενιαίας αγοράς χρειάζεται η συνδυαστική επίκληση και εφαρμογή τόσο των διατάξεων για την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων όσο και των διατάξεων για την προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού. Την προσέγγιση αυτή ακολούθησε και το ΔΕΚ στην πλειονότητα των υποθέσεων που ήχθησαν ενώπιόν του και είχαν ως αντικείμενο δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας. Καρπός αυτής της συνδυαστικής εφαρμογής υπήρξε η διατύπωση ορισμένων θεμελιωδών αρχών, οι οποίες καλούνται σε εφαρμογή κάθε φορά που ανακύπτει ανάγκη επίτευξης συμβιβασμού ανάμεσα στις εξουσίες που παρέχει το δίκαιο διανοητικής ιδιοκτησίας στους δικαιούχους των εν λόγω δικαιωμάτων και στους περιορισμούς που επιβάλλει το Ενωσιακό δίκαιο για την εγκαθίδρυση της Ενιαίας Αγοράς. Το βασικό συμπέρασμα στο οποίο καταλήγει κανείς είναι ότι το δικαίωμα διανοητικής ιδιοκτησίας προσδίδει μια οιονεί μονοπωλιακή θέση στο δικαιούχο του, η οποία, όμως, δε συνεπάγεται, εκ προοιμίου, την κατοχή από τον τελευταίο μονοπωλιακής θέσης στην αγορά, με την έννοια που γνωρίζει τον όρο αυτό η κλασική οικονομική θεωρία. Στο σημείο αυτό, ήρθε, πλέον, η στιγμή να καταπιαστούμε με το θέμα που αποτελεί το βασικό αντικείμενο της παρούσας μελέτης, ήτοι τη δυνατότητα και τις προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ στο δίκαιο διανοητικής ιδιοκτησίας και επί άυλων αγαθών.

Μία απόπειρα εξισορρόπησης μεταξύ αντικρουόμενων έννομων αγαθών αποτελεί η εφαρμογή της θεωρίας των αναγκαίων διευκολύνσεων, βάσει της οποίας μία επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση υποχρεούται να παρέχει πρόσβαση σε τρίτους ανταγωνιστές ή μη μίας «βασικής διευκόλυνσης», που είναι απαραίτητη για τους ανταγωνιστές στην προσπάθειά τους να προάγουν την καινοτομία. Αξίζει να αναφερθεί πως η άρνηση παροχής πρόσβασης δεν είναι *per se* παράνομη: Ο χαρακτηρισμός της ως ειδικής περίπτωσης κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης (υπό την έννοια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ) προϋποθέτει την ύπαρξη ορισμένων εξαιρετικών συνθηκών, οι οποίες έχουν διαμορφωθεί νομολογιακά και θα εξετασθούν παρακάτω στα πλαίσια της παρούσας.

Ειδικότερα, η απόφαση του ΠΕΚ στην υπόθεση Microsoft αποτελεί το τελευταίο στάδιο εξέλιξης του *essential facilities* στο κοινοτικό δίκαιο ανταγωνισμού. Με την

απόφαση αυτή έγινε δεκτή η προηγούμενη κρίση της Επιτροπής, ότι η Microsoft παρέβη το άρθρο 82 ΣυνθΕΚ (ήδη άρθρο 102 ΣΛΕΕ) μη παραχωρώντας άδεια χρήσης για καλυπτόμενες από το δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας επί του λειτουργικού της προγράμματος πληροφορίες διαλειτουργικότητας, οι οποίες θα επέτρεπαν σε ανταγωνιστικές επιχειρήσεις να δημιουργήσουν λειτουργικά προγράμματα διαμετακομιστών ομαδικής εργασίας συμβατά τόσο με τα Windows όσο και με τα δικά τους βασικά λειτουργικά προγράμματα. Η απόφαση αυτή αποτελεί κατάλληλη αφορμή για να εξεταστεί το στάδιο εξέλιξης του δόγματος των essential facilities και μάλιστα η πιθανή θεώρηση ενός δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας ως essential facility υπό προϋποθέσεις.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Β:**Η ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 102 ΣΛΕΕ ΣΤΟ ΔΙΚΑΙΟ ΤΗΣ ΔΙΑΝΟΗΤΙΚΗΣ ΙΔΙΟΚΤΗΣΙΑΣ****1. Ανάλυση του άρθρου 102 ΣΛΕΕ**

Σύμφωνα με το 102 της Συνθήκης της Ευρωπαϊκής Ένωσης «Είναι ασυμβίβαστη με την κοινή αγορά και απαγορεύεται, κατά το μέτρο που δύναται να επηρεάσει το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών, η καταχρηστική εκμετάλλευση από μια ή περισσότερες επιχειρήσεις της δεσπόζουσας θέσης τους εντός της κοινής αγοράς ή σημαντικού τμήματός της. Η κατάχρηση αυτή δύναται να συνίσταται ιδίως:

- α) στην άμεση ή έμμεση επιβολή μη δίκαιων τιμών αγοράς ή πώλησης ή άλλων όρων συναλλαγής
- β) στον περιορισμό της παραγωγής, της διάθεσης ή της τεχνολογικής ανάπτυξης επί ζημία των καταναλωτών,
- γ) στην εφαρμογή άνισων όρων επί ισοδύναμων παροχών έναντι των εμπορικώς συναλλασσομένων, με αποτέλεσμα να περιέχονται αυτοί σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό,
- δ) στην εξάρτηση της σύναψης συμβάσεων από την αποδοχή, εκ μέρους των συναλλασσομένων, πρόσθετων παροχών που εκ φύσεως ή σύμφωνα με τις εμπορικές συνήθειες δεν έχουν σχέση με το αντικείμενο των συμβάσεων αυτών».

Συνεπώς, προϋποθέσεις εφαρμογής του αρ. 102 ΣΕΕ είναι πρώτον η διαπίστωση ότι μια ή περισσότερες επιχειρήσεις κατέχουν δεσπόζουσα θέση σε μια συγκεκριμένη αγορά, δεύτερον η καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας αυτής θέσης σε βαθμό ή με τρόπο που να αποκλείει τον ανταγωνισμό και τρίτον η δυνατότητα επηρεασμού του ενδοκοινοτικού εμπορίου από την καταχρηστική πρακτική.

Το άρθρο 102 ΣΛΕΕ απαγορεύει την κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης. Σύμφωνα με τη νομολογία, δεν είναι αυτό καθ' εαυτό παράνομο μια επιχείρηση να κατέχει δεσπόζουσα θέση, και μια δεσπόζουσα επιχείρηση δικαιούται να ανταγωνίζεται άλλες

επιχειρήσεις σε αξιοκρατική βάση. Ωστόσο μια δεσπόζουσα επιχείρηση φέρει ιδιαίτερη ευθύνη να μην παρεμποδίζει με τη συμπεριφορά της την άσκηση πραγματικά ανόθευτου ανταγωνισμού στην κοινή αγορά. Το άρθρο 102 αποτελεί τη νομική βάση για ένα καίριο συστατικό στοιχείο της πολιτικής ανταγωνισμού και η αποτελεσματική εφαρμογή του συμβάλλει στην καλύτερη λειτουργία των αγορών προς όφελος των επιχειρήσεων και των καταναλωτών. Αυτό είναι ιδιαίτερα σημαντικό στο πλαίσιο του ευρύτερου στόχου δημιουργίας μιας ολοκληρωμένης εσωτερικής αγοράς.

Η Επιτροπή και τα δικαστήρια της Ευρωπαϊκής Ένωσης για την εφαρμογή του άρθρου 102 χρησιμοποιούν την ανάλυση των τριών βημάτων η οποία περιλαμβάνει i) καθορισμό της σχετικής αγοράς ή αγορών, ii) καθορισμό του εάν μια ή περισσότερες εταιρείες κατέχουν δεσπόζουσα θέση σε μια ή περισσότερες αγορές και iii) καθορισμό του εάν η καταγγελλόμενη συμπεριφορά συνιστά κατάχρηση. Η ανάλυση των τριών βημάτων θα ακολουθηθεί και στην παρούσα.

1.1 Ύπαρξη Δεσπόζουσας Θέσης

1.1.1 Έννοια

Δεδομένου ότι για την έννοια της δεσπόζουσας θέσης, δεν υπάρχει σαφής ορισμός αυτής, το ΔΕΚ (ήδη ΔΕΕ) και η ΕΠΑ καθόρισαν με διάφορες αποφάσεις τους το περιεχόμενο αυτής, μεταβάλλοντας τη θέση τους για τα στοιχεία που την προσδιορίζουν με την πάροδο του χρόνου. Αρχικά είχε κριθεί⁴⁰ τόσο σε εθνικό επίπεδο όσο και σε κοινοτικό επίπεδο⁴¹, όπου καθοριστική υπήρξε η απόφαση «Continental Can Company», ότι βασικό κριτήριο για την διαπίστωση της δεσπόζουσας θέσης ήταν η δυνατότητα μιας επιχείρησης να αναπτύσσει ανεξάρτητη συμπεριφορά, δηλαδή η δυνατότητά της να επιβάλει τους όρους της στην αγορά, σε σχέση με τους ανταγωνιστές, πελάτες, καταναλωτές, προμηθευτές, με αποτέλεσμα να είναι σε θέση να ενεργεί χωρίς να υπολογίζει τα συμφέροντα αυτών.

40. Καλαβρός, Το Ευρωπαϊκό Κοινοτικό Δίκαιο του Ανταγωνισμού 2003, 75 · Σουφλερός Η εφαρμογή του άρθρου 2 του ν. 703/77 (Καταχρηστική Εκμετάλλευση δεσπόζουσας Θέσης) στην Πρακτική της Επιτροπής Προστασίας Ανταγωνισμού (ΕΠΑ) και της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΕΑ)» σε Συλλογικό Έργο «Προστασία του Ελεύθερου Ανταγωνισμού (Η πρακτική της ΕΠΑ/ΕΑ)» στη σειρά «Μελέτες Δικαίου των επιχειρήσεων» - 9 Διευθ. Ι. Σχινιάς, 1992, 190 · Καρύδης Ευρωπαϊκό Δίκαιο Επιχειρήσεων και Ανταγωνισμού, 2004, 134.

41. ΔΕΚ, απόφαση της 21.02.1973, Continental Can Company, Συλλ 1973,215

Αργότερα, το ΔΕΚ (ήδη ΔΕΕ) έκρινε αρχικά στην υπόθεση United Brands⁴², όπως και στις υποθέσεις Michelin και Hoffmann-La Roche⁴³, τη δεσπόζουσα θέση ως τη θέση οικονομικής ισχύος μιας επιχείρησης, η οποία της δίνει την δυνατότητα να παρεμποδίζει τη λειτουργία και διατήρηση ενός αποτελεσματικού ανταγωνισμού στην σχετική αγορά και της προσφέρει, σε σημαντικό βαθμό, την δυνατότητα ανεξάρτητης συμπεριφοράς έναντι των ανταγωνιστών της, των πελατών της και των καταναλωτών, ήτοι μια επιχείρηση θεωρείται ότι έχει δεσπόζουσα θέση όταν αφενός μεν έχει την δυνατότητα να αναπτύσσει ανεξάρτητη συμπεριφορά αφετέρου δε έχει την δυνατότητα μονομερούς επηρεασμού των όρων της αγοράς⁴⁴.

1.1.2 Μορφές δεσπόζουσας θέσης

Η δεσπόζουσα θέση μπορεί να είναι ατομική όταν μία μόνο επιχείρηση έχει τη δυνατότητα ανεξάρτητης συμπεριφοράς σε μια συγκεκριμένη αγορά ή συλλογική όταν τη δεσπόζουσα θέση κατέχουν από κοινού περισσότερες επιχειρήσεις (ολιγοπώλιο με δεσπόζουσα θέση- jointly held dominant position). Για να γίνει δεκτή η ύπαρξη συλλογικής δεσπόζουσας θέσης δεν αρκεί η ολιγοπωλιακή δομή της σχετικής αγοράς. Απαραίτητη είναι η σωρευτική συνδρομή των εξής δύο προϋποθέσεων: αφενός μεν έλλειψη αξιόλογου ανταγωνισμού μεταξύ των μελών του ολιγοπωλίου και αφετέρου έλλειψη αποτελεσματικής ανταγωνιστικής πίεσης προς το ολιγοπώλιο από τρίτες εκτός του ολιγοπωλίου επιχειρήσεις.

2. Κριτήρια-Τρόποι Εξέτασης της Δεσπόζουσας Θέσης

Προκειμένου να διαπιστώσουμε την ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης, πρέπει να λάβουμε υπόψη ορισμένους παράγοντες. Κατ' αρχήν το ποσοστό συμμετοχής της επιχείρησης στην αγορά, ήτοι το μερίδιο αγοράς είναι αποφασιστικό κριτήριο για την αναγνώριση δεσπόζουσας θέσης μιας επιχείρησης⁴⁵. Όμως το μερίδιο αγοράς δεν είναι και το μοναδικό κριτήριο, καθώς μπορεί η διαπίστωση ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης να

42. ΔΕΚ, απόφαση της 13^{ης} Φεβρουαρίου 1979, υπόθεση United Brands 27/76, Συλλ. 1978, σ. 75, σκέψη 65 · Faul and Nikray The EC Law of Competition. Παρ. 4.37.

43. ΔΕΚ απόφαση της 13^{ης} Φεβρουαρίου 1979, υπόθεση C-85/76, Hoffmann – La Roche κατά Επιτροπής, Συλλ. 1979 215, σκέψη 38 · ΔΕΚ απόφασης της 9ης Νοεμβρίου 1983, Michelin κατά Επιτροπής, Συλλ. 1983, σκέψη 30

44. Καλαβρός (2003) 75 · Κοσίρης Δίκαιο Ανταγωνισμού, 2001 508 · Λιακόπουλος, Βιομηχανική Ιδιοκτησία, 2000 548-549· Καρύδης 92004) 134.

45. Υπόθεση Hoffmann – La Roche κατά Επιτροπής (1979) οπ 215, παρ. 39

απορρέει από τον συνδυασμό διαφόρων παραγόντων, τους οποίους και αναλύουμε κατωτέρω, οι οποίοι αν και αυτοτελώς κρινόμενοι δεν αποτελούν προϋπόθεση για την ύπαρξη δεσπίζουσας θέσης, όταν συνδυάζονται όμως οδηγούν σε δημιουργία της. Τέτοιοι σημαντικοί παράγοντες, εκτός του μεριδίου αγοράς, είναι: α) η ύπαρξη και άλλων ανταγωνιστών στην ίδια σχετική αγορά, β) το μερίδιο αγοράς που κατέχουν, γ) η δυνατότητα πρόσβασης, αλλά και επιβίωσης νέων ανταγωνιστών στη σχετική αγορά με βάση το εύρος του φάσματος προϊόντων που προσφέρουν οι ανταγωνιστές, την οικονομική δύναμη και την τεχνολογική υπεροχή της επιχειρήσεως⁴⁶.

2.1 Θέση της επιχείρησης στην αγορά-Μερίδιο Αγοράς της επιχείρησης ⁴⁷

Το μέγεθος μιας επιχείρησης στην αγορά είναι ένας πολύ σημαντικός παράγοντας για την διαπίστωση ύπαρξης δεσπίζουσας θέσης και το οποίο προσδιορίζεται αφενός από το ποσοστό συμμετοχής της στην αγορά, δηλαδή από τον κύκλο εργασιών που πραγματοποιείται με τα προϊόντα και τις υπηρεσίες της στην αγορά των ομοειδών προϊόντων ή υπηρεσιών και αφετέρου από την δυνατότητα της να λειτουργεί ανεξάρτητα στη σχετική αγορά.

Πολύ υψηλά μερίδια αγοράς αποτελούν, εκτός από εξαιρετικές περιπτώσεις, κατ' αρχήν ουσιώδη και επαρκή ένδειξη για την ύπαρξη δεσπίζουσας θέσης⁴⁸. Έτσι έχει κριθεί από το ΔΕΚ (ήδη ΔΕΕ) ότι η κατοχή μεριδίου πάνω από 70% είναι επαρκής για την θεμελίωση ύπαρξης δεσπίζουσας θέσης⁴⁹ ενώ αντιθέτως μερίδιο αγοράς κάτω από 10% αποτελεί ένδειξη ανυπαρξίας δεσπίζουσας θέσης. Μερίδια δε 20-40% θεωρούνται ότι ανήκουν στην «γκρίζα περιοχή» του ανταγωνισμού, χωρίς να αποκλείεται η ύπαρξη δεσπίζουσας θέσης αλλά θα πρέπει να εξετάζεται και η ίδια η δομή της αγοράς για την κατάφαση ή όχι ύπαρξης δεσπίζουσας θέσης.

46. Βλ. υποθέσεις United Brands, Michelin, British Airways, · Σουφλερός ο.π 190 · Μικρούλα Η κατάχρηση δεσπίζουσας θέσης του άρθρου 2ν. 703/77, ΧρΙΔ ΣΤ/2006 8.

47. Μικρούλα (2006) 7 · Faul and Nikray παρ 4.44-4.55 · Bellamy and Child Common Market Law of Competition, par. 10.020 b, 10.028.

48. ΔΕΚ, απόφαση της 13ης Φεβρουαρίου 1979, υπόθεση C-85/76, Hoffmann – La Roche κατά Επιτροπής, Συλλ. 1979 παρ.41

49. ΔΕΚ υπόθεση C-85/76, Hoffmann La Roche κατά Επιτροπής (1979) οπ · ΔΕΚ απόφαση της 26ης Ιουλίου 1988, υπόθεση Tetra Pak παρ. 44

Τέλος, η ισχύς στην αγορά μιας επιχείρησης συνιστά δεσπόζουσα θέση μόνο εφόσον διατηρείται για μεγάλο χρονικό διάστημα. Μία επιχείρηση που διατηρεί το μερίδιο αγοράς της σε υψηλά επίπεδα για μεγάλο χρονικό διάστημα, βρίσκεται σε θέση ισχύος που της εξασφαλίζει ελευθερία συμπεριφοράς και τούτο αποτελεί, εκτός από εξαιρετικές περιπτώσεις, τεκμήριο για την ύπαρξη της δεσπόζουσας θέσης.

2.2 Ποσοστό συμμετοχής άλλων ανταγωνιστών στην αγορά.

Κριτήριο αποτελεί επιπροσθέτως και το μερίδιο αγοράς των υπολοίπων ανταγωνιστών στην σχετική αγορά⁵⁰. Αν όμως υπάρχει πληθώρα ανταγωνιστών, μια επιχείρηση θεωρείται ως δεσπόζουσα, ακόμα και με μικρό μερίδιο αγοράς, εφόσον κανένας από τους ανταγωνιστές της δεν κατέχει μερίδιο αγοράς ικανό για να αποτελεί απειλή για την επιχείρηση αυτή και συνεπώς μπορεί να επηρεάζει μονομερώς τους όρους της αγοράς αυτής και να λειτουργεί ανεξάρτητα⁵¹.

Έτσι έγινε δεκτό στην υπόθεση United Brands ότι η επιχείρηση United Brands που διέθετε ποσοστό 40%, κατείχε δεσπόζουσα θέση επειδή είχε διπλάσιο ποσοστό σε σχέση με τον πλησιέστερο ανταγωνιστή της. Επίσης, στην υπόθεση Michelin, κρίθηκε ότι το ποσοστό 57-65% που κατείχε η εταιρεία Michelin θεμελίωνε δεσπόζουσα θέση διότι οι υπόλοιποι ανταγωνιστές διέθεταν ο καθένας μερίδια 4-8% στην αγορά, ενώ στην υπόθεση British Airways θεωρήθηκε ότι η κατοχή μεριδίου 39,7% αποτελούσε σημαντική ένδειξη ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης, καθώς το μερίδιο αυτό ήταν πολλαπλάσιο των μεριδίων αγοράς εκάστου των πέντε κυριοτέρων ανταγωνιστών της, των οποίων τα μερίδια αγοράς κυμαίνονταν μεταξύ 3-5,5%.

2.3 Πρόσβαση στην αγορά – Εμπόδια/Φραγμοί εισόδου άλλων ανταγωνιστών.

Για την διαπίστωση της ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης πρέπει να λαμβάνεται υπόψη και ο δυνητικός ανταγωνισμός και να εξετάζονται πιθανά εμπόδια και περιορισμοί εισόδου νέων ανταγωνιστών στην αγορά, που ουσιαστικά εμποδίζουν την ανάπτυξη του

50. Μικρουλέα (2006) οπ Έτσι όταν το μερίδιο που κατέχει στην αγορά μια επιχείρηση είναι περίπου ισοδύναμο με μερίδια άλλων επιχειρήσεων που δρουν στην ίδια αγορά, εάν δηλαδή μία επιχείρηση έχει μερίδιο αγοράς 40% και οι άλλες δύο ανταγωνίστριες επιχειρήσεις έχει έκαστη ποσοστό 30%, τότε το μερίδιο αγοράς δεν αποτελεί επαρκή ένδειξη ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης, διότι καμία επιχείρηση δεν μπορεί να στηρίζεται στο μερίδιο της αποκλειστικά για να συμπεριφέρεται ανεξάρτητα

51. Μικρουλέα (2006) 7 · Καρύδης (2004) 137

δυναμικού ανταγωνισμού⁵². Τα εμπόδια αυτά μπορεί να έχουν τη μορφή συγκεκριμένων πλεονεκτημάτων που απολαμβάνει μια επιχείρηση με ισχυρό μερίδιο αγοράς, ήτοι:

α) δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας, όπως η κατοχή αδειών ευρεσιτεχνίας, δικαιώματα στο σήμα. Ειδικά τα σήματα μεγάλης φήμης που χρησιμοποιεί μία επιχείρηση με μεγάλο μερίδιο αγοράς συνιστούν φραγμό εισόδου και καθιστούν αδύνατη την ανάπτυξη του δυναμικού ανταγωνισμού,

β) η επιχειρηματική της οργάνωση, το οργανωμένο δίκτυο διανομής, η τεχνολογική υπεροχή, η τεχνογνωσία, η καθετοποίηση της που της επιτρέπει να έχει προνομιακή πρόσβαση σε μεταφορικά μέσα, προμήθειες, σημεία διανομής και προώθησης προϊόντων, η ύπαρξη ανεπτυγμένου δικτύου εμπορικών αντιπροσώπων, οι προτιμήσεις των καταναλωτών,

γ) η οικονομική και χρηματοδοτική δύναμη της επιχείρησης, η ύπαρξη δηλαδή οικονομικών πόρων, που της επιτρέπουν να εφαρμόζει πολιτικές πωλήσεων κάτω του κόστους (*predatory pricing*) και να πραγματοποιεί σε μεγάλη έκταση επενδύσεις σε προγράμματα έρευνας, ανάπτυξης και διαφήμισης, το υψηλό κόστος *marketing* και διαφήμισης των προϊόντων, που της δίνουν τη δυνατότητα να καταστήσει γνωστό ένα προϊόν συγκεκριμένου σήματος και να ισχυροποιήσει την παρουσία του σε μεγάλο βαθμό στην αγορά, ώστε οι καταναλωτές να συνεχίσουν να το προτιμούν ακόμη και όταν υπάρχουν φθηνότερα προϊόντα, που δεν φέρουν το συγκεκριμένο σήμα. Ένας λοιπόν δυναμικός ανταγωνιστής το βασικό πρόβλημα που θα πρέπει να αντιμετωπίσει είναι το κόστος με το οποίο θα επιβαρυνθεί για να ξεπεράσει αυτά τα εμπόδια εισόδου, ήτοι θα πρέπει να επενδύσει μεγάλα κεφάλαια για να χρηματοδοτήσει προγράμματα έρευνας, διαφήμισης και ανάπτυξης και το κόστος αυτό θεωρείται φραγμός εισόδου.

2.4 Σχετική Αγορά

Η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης δεν εξετάζεται κατά τρόπο γενικό και αόριστο αλλά πάντα σε συνάρτηση με ορισμένη αγορά εντός της οποίας έχει την θέση αυτή και είναι αναγκαίο να καθορισθεί αυτή προκειμένου να καθορισθούν τα όρια εντός των οποίων ασκείται ο ανταγωνισμός και ένα πλαίσιο εφαρμογής της πολιτικής του ανταγωνισμού. Ο στόχος είναι να προσδιοριστούν οι ανταγωνιστές που μπορούν να

52. Καλαβρός (2003) 95· Μικρουλέα (2006) 8· *Faul and Nikrey* παρ.. 4.60.

επηρεάσουν τη συμπεριφορά των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων και να τις εμποδίσουν να ενεργούν ανεξάρτητα από τις πιέσεις που επιβάλλει ο πραγματικός ανταγωνισμός⁵³. Η οριοθέτηση της σχετικής αγοράς μπορεί να γίνει κατά τους εξής τρόπους: α) ως προς τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες (σχετική αγορά προϊόντων ή υπηρεσιών) και β) γεωγραφικώς (σχετική γεωγραφική αγορά)⁵⁴.

2.4.1) Σχετική αγορά προϊόντων ή υπηρεσιών

Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, υιοθετώντας τις θέσεις του ΔΕΚ (ήδη ΔΕΕ) και προκειμένου να αποσαφηνίσει τον τρόπο οριοθέτησης της σχετικής αγοράς (relevant market) εξέδωσε την «Ανακοίνωση σχετικά με τον ορισμό της σχετικής αγοράς». Σύμφωνα με την ανωτέρω Ανακοίνωση⁵⁵ σχετική αγορά θεωρείται αυτή που περιλαμβάνει όλα τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που θεωρούνται ομοειδή και εναλλάξιμα από τη σκοπιά της ζήτησεως ή της προσφοράς λόγω των ιδιοτήτων, της τιμής και της χρήσεως για την οποία προορίζονται. Βασικό κριτήριο είναι η λειτουργική εναλλαξιμότητα των προϊόντων. Δηλαδή για την ένταξη δύο ή περισσότερων προϊόντων σε μία αγορά δεν είναι αναγκαίο να αποδεικνύεται δυνατότητα απόλυτης υποκατάστασης του ενός από το άλλο, αλλά αρκεί και η διαπίστωση σημαντικού βαθμού υποκατάστασης. Αντίθετα η ύπαρξη απλώς κάποιου μικρού βαθμού υποκατάστασης δεν επιτρέπει την ευρύτερη οριοθέτηση της σχετικής αγοράς.

Η έννοια της σχετικής αγοράς (relevant market) σημαίνει, συγκεκριμένα, ότι είναι δυνατόν να υφίσταται ουσιαστικός ανταγωνισμός μεταξύ των προϊόντων που αποτελούν μέρος της, πράγμα που προϋποθέτει επαρκή βαθμό εναλλαξιμότητας προκειμένου όλα τα προϊόντα που αποτελούν μέρος της ίδιας αγοράς να τυγχάνουν της ίδιας χρήσεως⁵⁶.

Κατά την Επιτροπή τρεις είναι κυρίως οι περιορισμοί στους οποίους υπόκεινται οι επιχειρήσεις λόγω του ανταγωνισμού: δυνατότητα υποκατάστασης από την πλευρά

53. Βλ. Ανακοίνωση Ευρωπαϊκής Επιτροπής, για τον καθορισμό της σχετικής αγοράς, 97/C372/03, κεφ. I, παρ. 2.

54. Κοτσίρης, (2001) 513, · Τζουγανάτος, Οι πρόσφατες τροποποιήσεις του Ν 703/1977 και η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού (Ν 1934/1991 και Ν 2000/1991), ΕΕμπΔ, ΜΓ, 517-551 · Μικρουλέα, (2006) 11.

55. Βλ. Ανακοίνωση Ευρωπαϊκής Επιτροπής, για τον καθορισμό της σχετικής αγοράς, 97/C372/03, κεφ. II, παρ. 7,

56. Βλ. Ανακοίνωση Ευρωπαϊκής Επιτροπής, για τον καθορισμό της σχετικής αγοράς, 97/C372/03, κεφ. I, παρ. 2.

της ζήτησης, δυνατότητα υποκατάστασης στο επίπεδο της προσφοράς και δυνητικός ανταγωνισμός. Από οικονομική άποψη, για τον καθορισμό της αγοράς του σχετικού προϊόντος, η υποκατάσταση από την πλευρά της ζήτησης αποτελεί το πλέον άμεσο και αποτελεσματικό μέσο ελέγχου των προμηθευτών ενός δεδομένου προϊόντος, ιδίως όσον αφορά τις αποφάσεις τους για τον καθορισμό των τιμών. Μια επιχείρηση ή ένας όμιλος επιχειρήσεων δεν μπορεί να επηρεάσει σημαντικά τους υφιστάμενους όρους πώλησης, όπως οι τιμές, αν είναι εύκολο για τους πελάτες της να στραφούν σε άλλα προϊόντα υποκατάστασης ή σε προμηθευτές που είναι εγκατεστημένοι αλλού. Βασικά, ο καθορισμός της αγοράς συνίσταται στον εντοπισμό των πραγματικών εναλλακτικών πηγών προμήθειας για τους πελάτες των εν λόγω επιχειρήσεων, τόσο από την άποψη των προϊόντων ή των υπηρεσιών όσο και από την άποψη της γεωγραφικής θέσης των προμηθευτών.

2.4.1 α) Υποκατάσταση από την πλευρά της ζήτησης

Κατά την Επιτροπή η εναλλαξιμότητα, ερευνάται αφενός από πλευράς αντικειμενικών χαρακτηριστικών των αγαθών (φύση, τιμή, χρήση αυτών) και αφετέρου με βάση τις ανταγωνιστικές συνθήκες, τη δομή της προσφοράς και ζήτησης στην αγορά.

Η Επιτροπή προκειμένου να διαπιστώσει εάν υπάρχει δυνατότητα υποκατάστασης μεταξύ δύο προϊόντων από την πλευρά της ζήτησης λαμβάνει υπόψη τους εξής παράγοντες, ήτοι: α) Στοιχεία που αποδεικνύουν την υποκατάσταση στο πρόσφατο παρελθόν, β) Ποσοτικούς δοκιμαστικούς ελέγχους στο πλαίσιο διαφόρων οικονομετρικών και στατιστικών προσεγγίσεων, γ) Απόψεις των πελατών και των ανταγωνιστών, δ) Προτιμήσεις των καταναλωτών. ζ) Διάφορες κατηγορίες πελατών και διακρίσεις ως προς τις τιμές. Η ύπαρξη διαφόρων ομάδων καταναλωτών μπορεί να οδηγήσει σε στενότερο ορισμό της αγοράς του σχετικού προϊόντος. Μια συγκεκριμένη ομάδα πελατών για το σχετικό προϊόν μπορεί να αποτελέσει από μόνη της μια μικρότερη, ξεχωριστή αγορά αν η ομάδα αυτή αποτελέσει αντικείμενο διακρίσεων όσον αφορά τις τιμές. Αυτό συμβαίνει συχνά όταν πληρούνται δύο προϋποθέσεις: α) είναι αδύνατον να προσδιοριστεί με σαφήνεια η ομάδα στην οποία ανήκει ένας μεμονωμένος πελάτης κατά τη στιγμή που πωλούνται σ' αυτόν τα σχετικά προϊόντα και β) η διενέργεια συναλλαγών μεταξύ πελατών ή διαιτησίας από τρίτους δεν είναι εφικτή⁵⁷.

⁵⁷. Βλ. Ανακοίνωση Ευρωπαϊκής Επιτροπής, για τον καθορισμό της σχετικής αγοράς, 97/C372/03, κεφ. Ι, παρ. 2.

Σύμφωνα με την Επιτροπή, η εκτίμηση της υποκατάστασης από την πλευρά της ζήτησης συνεπάγεται καθορισμό του φάσματος των προϊόντων που ο καταναλωτής θεωρεί ως υποκατάστατα. Ο ορισμός της αγοράς γίνεται κυρίως βάσει των τιμών για πρακτικούς λόγους και, πιο συγκεκριμένα, βάσει της υποκατάστασης από την πλευρά της ζήτησης την οποία ενδέχεται να επιφέρουν οι μικρές αλλά διαρκείς μεταβολές των σχετικών τιμών. Ένας τρόπος πραγματοποίησης του καθορισμού αυτού είναι να θεωρήσουμε ότι υφίσταται μια μικρή αλλά διαρκής διακύμανση των σχετικών τιμών και να αξιολογήσουμε τις πιθανές αντιδράσεις των πελατών.

Η Επιτροπή έχει υιοθετήσει την προερχόμενη από το αμερικάνικο δίκαιο δοκιμή SSNIP (small but significant and non transitory increase in prices= δηλαδή μικρή αλλά σημαντική και μη μεταβατική αύξηση στις τιμές. Όταν δηλαδή σε περίπτωση μικρής αλλά διαρκούς αύξησης (5-10%) της τιμής ενός προϊόντος η κατανάλωση θα μεταφερθεί εύκολα σε άλλο προϊόν (υψηλός βαθμός διασταυρούμενης ελαστικότητας), η εναλλαξιμότητα είναι μεγάλη. Όσο πιο μεγάλη είναι η εναλλαγή, δηλαδή η ύπαρξη υποκαταστάτων, τόσο πιο μεγάλη είναι η ένδειξη ότι αποτελούν μέρη μιας αγοράς στην οποία θα μετρηθεί η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης.

2.4.1β) Υποκατάσταση από την πλευρά της προσφοράς

Η εναλλαξιμότητα ελέγχεται και από άποψη προσφοράς. Σύμφωνα με την ανακοίνωση της επιτροπής η δυνατότητα υποκατάστασης από την πλευρά της προσφοράς μπορεί να λαμβάνεται επίσης υπόψη για τον καθορισμό των αγορών στις περιπτώσεις στις οποίες τα αποτελέσματα είναι ανάλογα με τα αποτελέσματα της υποκατάστασης από την πλευρά της ζήτησης όσον αφορά την αποτελεσματικότητα και την αμεσότητα. Αυτό προϋποθέτει ότι οι προμηθευτές είναι σε θέση να μετατοπίζουν την παραγωγή τους στα σχετικά προϊόντα και να τα εμπορεύονται βραχυπρόθεσμα, χωρίς σημαντικό πρόσθετο κόστος και χωρίς να διατρέχουν σημαντικό επιπλέον κίνδυνο λόγω των μικρών αλλά διαρκών μεταβολών των σχετικών τιμών. Όταν οι προϋποθέσεις αυτές πληρούνται, η πρόσθετη παραγωγή που διατίθεται στην αγορά θα επηρεάσει την ανταγωνιστική συμπεριφορά των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων. Οι επιπτώσεις αυτές

ισοδυναμούν, λόγω της αμεσότητας και της αποτελεσματικότητάς τους με τα αποτελέσματα της υποκατάστασης από την πλευρά της ζήτησης⁵⁸.

Αυτό συμβαίνει συχνά όταν οι επιχειρήσεις προσφέρουν μεγάλη ποιοτική ποικιλία για το ίδιο προϊόν. Ακόμη και αν για συγκεκριμένο τελικό καταναλωτή ή ομάδα καταναλωτών, δεν υπάρχει δυνατότητα υποκατάστασης μεταξύ των διαφόρων ποιοτήτων, οι διάφορες αυτές ποιότητες συγκεντρώνονται σε μια αγορά προϊόντων, υπό την προϋπόθεση ότι οι περισσότεροι προμηθευτές είναι σε θέση να παράγουν και να πωλούν τις διάφορες ποιότητες άμεσα και χωρίς να αυξάνεται σημαντικά το κόστος τους. Ο τομέας του χαρτιού αποτελεί χαρακτηριστικό παράδειγμα. Το χαρτί προσφέρεται συνήθως σε διάφορες ποιότητες, από το απλό χαρτί αλληλογραφίας μέχρι το χαρτί ανώτερης ποιότητας που χρησιμοποιείται, μεταξύ άλλων, για την έκδοση βιβλίων τέχνης. Από την άποψη της ζήτησης, οι διάφορες ποιοτικές κατηγορίες χαρτιού δεν μπορούν να χρησιμοποιηθούν για συγκεκριμένη χρήση. Για παράδειγμα, για ένα βιβλίο τέχνης ή μια έκδοση υψηλής ποιότητας δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί χαρτί χαμηλής ποιότητας. Ωστόσο, οι χαρτοποιίες είναι σε θέση να παράγουν διάφορες ποιότητες χαρτιού και η παραγωγή μπορεί να προσαρμοστεί βραχυπρόθεσμα και με αμελητέο κόστος. Αν δεν υπάρχουν ιδιαίτερες δυσχέρειες στο στάδιο της διανομής, οι χαρτοβιομηχανίες μπορούν να ασκούν μεταξύ τους ανταγωνισμό όσον αφορά τις παραγγελίες χαρτιού διαφόρων ποιοτήτων, ιδίως αν οι παραγγελίες αυτές δίνονται αρκετό χρόνο πριν έτσι ώστε να μπορεί να τροποποιηθεί το πρόγραμμα παραγωγής. Στις περιπτώσεις αυτές, η Επιτροπή δεν ορίζει χωριστή αγορά για κάθε ποιότητα χαρτιού και κάθε μια από τις χρήσεις τους. Οι διάφορες ποιότητες χαρτιού περιλαμβάνονται στη σχετική αγορά και οι πωλήσεις τους προστίθενται προκειμένου να εκτιμηθεί το συνολικό μέγεθος της αγοράς τόσο ως προς την αξία όσο και ως προς τον όγκο⁵⁹.

Όταν η δυνατότητα υποκατάστασης από την πλευρά της προσφοράς προϋποθέτει σημαντική προσαρμογή των υφιστάμενων ενσώματων και άυλων στοιχείων του ενεργητικού, σημαντικό χρόνο, πρόσθετες επενδύσεις, στρατηγικές αποφάσεις ή καθυστερήσεις, δεν λαμβάνεται υπόψη για την οριοθέτηση της αγοράς. Παραδείγματα περιπτώσεων στις οποίες η δυνατότητα υποκατάστασης από την πλευρά

58. Βλ. Ανακοίνωση Ευρωπαϊκής Επιτροπής, για τον καθορισμό της σχετικής αγοράς, 97/C372/03, κεφ. Ι, παρ. 2.

59. Βλ. Ανακοίνωση Ευρωπαϊκής Επιτροπής, για τον καθορισμό της σχετικής αγοράς, 97/C372/03, κεφ. Ι, παρ. 2.

της προσφοράς δεν οδήγησε την Επιτροπή να διευρύνει τον ορισμό της αγοράς προσφέρει ο τομέας των καταναλωτικών προϊόντων και πιο συγκεκριμένα ο τομέας των ποτών αναγνωρισμένου σήματος. Παρόλο που τα εργοστάσια εμφιάλωσης μπορούν, καταρχήν, να εμφιαλώνουν διαφορετικά ποτά, απαιτείται αρκετός χρόνος και δαπάνες (για τη διαφήμιση, τη δοκιμή των προϊόντων και τη διανομή τους) μέχρις ότου πωληθούν στην αγορά. Στις περιπτώσεις αυτές, οι επιπτώσεις της δυνατότητας υποκατάστασης από την πλευρά της προσφοράς και άλλες μορφές δυνητικού ανταγωνισμού θα εξετάζονται σε μεταγενέστερο στάδιο⁶⁰.

2.5 Προσδιορισμός της Σχετικής Αγοράς και Διανοητική Ιδιοκτησία

Στις περιπτώσεις των λεγόμενων «σύνθετων προϊόντων, δηλαδή, εκείνων τα οποία απαρτίζονται από δύο τουλάχιστον αυτοτελή συστατικά – προϊόντα, εκ των οποίων το ένα μόνο προστατεύεται από δικαίωμα διανοητικής ιδιοκτησίας, το εύλογο ερώτημα που ανακύπτει, είναι αν τα δύο αυτά επιμέρους συστατικά θα πρέπει για το καθορισμό της σχετικής αγοράς να αντιμετωπιστούν για τον καθορισμό της σχετικής αγοράς ως ενιαίο προϊόν ή ως δύο διαφορετικά προϊόντα. Η απόφαση «Tetra Pak II κατά Επιτροπής Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων», υπήρξε καθοριστικής σημασίας για την αντιμετώπιση αυτού του ζητήματος⁶¹.

Συγκεκριμένα, στην υπόθεση «Tetra Pak II κατά Επιτροπής Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων»⁶², καθορίστηκαν τέσσερα προϊόντα τα οποία συνιστούσαν τέσσερις χωριστές αγορές: α) εξοπλισμός παραγωγής ασηπτικών χάρτινων κιτίων, β) ασηπτικά χάρτινα κιτία, γ) εξοπλισμός παραγωγής μη ασηπτικών χάρτινων κιτίων και δ) μη ασηπτικά χάρτινα κιτία. Ουσιώδες ζήτημα που ανέκυψε στην υπόθεση αυτή ήταν η συμβατότητα με το άρθρο 86 της Συνθήκης (ήδη άρθρο 102 ΣΛΕΕ) των αλληλένδετων πωλήσεων χάρτινων κουτιών και μηχανών συσκευασίας στις οποίες προχωρούσε η Tetra Pak II επικαλούμενη αφενός την ύπαρξη φυσικού δεσμού μεταξύ των εν λόγω προϊόντων και αφετέρου το κατά πόσο οι αλληλένδετες αυτές πωλήσεις ήταν σύμφωνες

60. Βλ. Ανακοίνωση Ευρωπαϊκής Επιτροπής, για τον καθορισμό της σχετικής αγοράς, 97/C372/03, κεφ. I, παρ. 2.

61. Γρηγοριάδης, Η Εφαρμογή του άρθρου 82 ΣΕΚ στο Δίκαιο των άυλων αγαθών, Διπλωματική Εργασία στα πλαίσια του Μεταπτυχιακού Προγράμματος Τμήματος Εμπορικού και Οικονομικού Δικαίου, Θεσσαλονίκη 2007, σελ 57 επ

62. Απόφαση του Δικαστηρίου (πέμπτο τμήμα) της 14ης Νοεμβρίου 1996. Tetra Pak International SA κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων. Υπόθεση C-333/94 P, Συλλογή της Νομολογίας του Δικαστηρίου 1996 σελίδα I-05951

με το κοινοτικό δίκαιο. Η εν λόγω εταιρία, μάλιστα, προκειμένου να ενισχύσει την επιχειρηματολογία της περί της ανάγκης ενιαίας αντιμετώπισης των χάρτινων κουτιών και των μηχανών συσκευασίας επικαλέστηκε και λόγους αναγόμενους στην προστασία της καλής της φήμης και της δημόσιας υγείας. Και στην περίπτωση της απόφασης αυτής το ΔΕΚ (ήδη ΔΕΕ) συντάχθηκε με τη θέση της Επιτροπής και του Πρωτοδικείου επαναλαμβάνοντας τη σκέψη 83 της απόφασης του τελευταίου σύμφωνα με την οποία «κάθε ανεξάρτητος παραγωγός είναι εντελώς ελεύθερος, υπό το πρίσμα του κοινοτικού δικαίου του ανταγωνισμού, να κατασκευάζει αναλωτά προϊόντα (εν προκειμένω χάρτινα κυτία) προοριζόμενα να χρησιμοποιηθούν σε συσκευές κατασκευαζόμενες από άλλους, εκτός εάν, με τον τρόπο αυτό, προσβάλλει δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας του ανταγωνιστή του».

Το βασικό συμπέρασμα που συνάγεται από τη μελέτη της ανωτέρω απόφασης είναι η ανάγκη διαχωρισμού, στις περιπτώσεις των λεγόμενων σύνθετων προϊόντων, του επιμέρους συστατικού προϊόντος που προστατεύεται από δικαίωμα διανοητικής ιδιοκτησίας και του επιμέρους συστατικού προϊόντος, το οποίο δεν καλύπτεται από τέτοιο δικαίωμα και, ως εκ τούτου, μπορεί να παραχθεί ελεύθερα από οποιοδήποτε πρόσωπο ακόμα και αν πρόκειται να χρησιμοποιηθεί σε συνδυασμό με το προϊόν που καλύπτεται από δικαίωμα διανοητικής ιδιοκτησίας, υπό την προϋπόθεση, ασφαλώς, ότι δεν προσβάλλεται το δικαίωμα διανοητικής ιδιοκτησίας του παραγωγού του προστατευόμενου προϊόντος⁶³.

Ιδιαίτερα κρίσιμο στοιχείο για την κατάφαση χωριστής αγοράς προϊόντος είναι η ύπαρξη ιδιαίτερης ζήτησης εκ μέρους των καταναλωτών. Στην υπόθεση που σχολιάστηκε ανωτέρω, τόσο η Επιτροπή όσο και τα κοινοτικά δικαστήρια έδωσαν ιδιαίτερη έμφαση στο στοιχείο αυτό, που ενυπήρχε ασφαλώς στην αγορά χάρτινων κουτιών, στις αγορές δηλαδή των προϊόντων που προορίζονταν για ανάλωση στο πλαίσιο προϊόντων που προστατεύονταν από δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας. Από την άλλη μεριά, όμως, ο δικαιούχος ορισμένου δικαιώματος σε άυλο αγαθό δύναται να απαιτήσει την αντιμετώπιση των προϊόντων που προορίζονται για χρήση από το προϊόν

⁶³. Σταματούδη, ό.π., σελ. 101 με σχετική αναφορά στην παλαιότερη Απόφαση του Δικαστηρίου της 31ης Μαΐου 1979, Hugin Kassaregister AB και Hugin Cash Registers Ltd κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, Ανταλλακτικά για ταμιακές μηχανές, Υπόθεση 22/78, Συλλογή της Νομολογίας 1979 σελίδα 01869, Ελληνική ειδική έκδοση σελίδα 00951 · Γρηγοριάδης, (2007), σελ 57 επ

το οποίο αναλώνει το δικαίωμά του και του τελευταίου προϊόντος, ως ενός ενιαίου και αδιαίρετου οικονομικού αγαθού, για τον προσδιορισμό της σχετικής αγοράς στην οποία δραστηριοποιείται η επιχείρησή του, εφόσον η παραγωγή από τρίτους των προϊόντων που προορίζονται για χρήση από το προϊόν στο οποίο αναλώνεται το δικαίωμά του θα συνεπάγεται προσβολή του αποκλειστικού δικαιώματός του στο άυλο αγαθό⁶⁴.

Χαρακτηριστικό παράδειγμα μας προσφέρει η υπόθεση «Volvo κατά Veng». Στην υπόθεση αυτή κρίσιμος, μεταξύ των άλλων, ήταν ο προσδιορισμός της σχετικής αγοράς για ανταλλακτικά που προορίζονταν για χρήση σε συγκεκριμένους τύπους οχημάτων επί των οποίων οι κατασκευάστριες εταιρίες είχαν δικαίωμα στο σχέδιο. Ειδικότερα, στην υπόθεση «Volvo κατά Veng»⁶⁵ το ΔΕΚ (ήδη ΔΕΕ) εφαρμόζοντας τη θεωρία του «ειδικού αντικειμένου» του δικαιώματος, αποφάνθηκε κατ' ουσία, ότι τα ανταλλακτικά που προορίζονταν για ορισμένο μόνο τύπο οχήματος, ο οποίος προστατευόταν με δικαίωμα διανοητικής ιδιοκτησίας (εν προκειμένω δικαίωμα στο σχέδιο ή πρότυπο) συνιστούν από μόνα τους σχετική αγορά εντός της οποίας θα ελεγχθεί η ύπαρξη δεσπόμενης θέσης της επιχείρησης που παράγει το συγκεκριμένο τύπο οχήματος. Με άλλα λόγια οι επιχειρήσεις – παραγωγοί συγκεκριμένων τύπων οχημάτων μπορούν, βέβαια, με βάση την προστασία που τους παρέχει το δικαίωμά τους να εμποδίσουν την κατασκευή, πώληση και εισαγωγή – εξαγωγή στην Κοινότητα των ανταλλακτικών που προορίζονται για τους τύπους οχημάτων που κατασκευάζουν, χωρίς μάλιστα η συμπεριφορά αυτή να κρίνεται αυτή καθ' αυτή ως κατάχρηση δεσπόμενης θέσης.

64. Γρηγοριάδης, (2007), σελ 59

65. Υπόθεση 238/87, «Volvo κατά Veng», Συλλ. Νομ. ΔΕΚ 1988, σελ. I-6211 επ. το High Court of Justice της Αγγλίας και της Ουαλίας υπέβαλε στο ΔΕΚ το ακόλουθο προδικαστικό ερώτημα: «Συνιστά εκ πρώτης όψεως καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόμενης θέσης η άρνηση μιας αυτοκινητοβιομηχανίας, που είναι δικαιούχος κατατεθειμένων υποδείγματων αισθητικής μορφής, τα οποία, σύμφωνα με το δίκαιο κράτους μέλους της παρέχουν το αποκλειστικό δικαίωμα να κατασκευάζει και να εισάγει ανταλλακτικά αμαξωμάτων που είναι αναγκαία για την πραγματοποίηση επισκευών στα αμαξώματα αυτοκινήτων δικής της κατασκευής, να χορηγήσει σε τρίτους την άδεια να προμηθεύουν ανταλλακτικά αμαξωμάτων, και όταν ακόμα αυτοί διατίθενται να καταβάλλουν εύλογα δικαιώματα εκμεταλλεύσεως για κάθε είδος που πωλούν βάσει της άδειας (λαμβάνουμε ως δεδομένο ότι τα δικαιώματα εκμετάλλευσης αντιπροσωπεύουν αμοιβή δίκαιη και εύλογη με βάση την αξία του υποδείγματος και τις λοιπές συντρέχουσες περιστάσεις και ότι θα προσδιοριστούν με δαιτησία ή με οποιονδήποτε άλλο τρόπο ορίσει το εθνικό δικαστήριο); Επί του ερωτήματος αυτού το ΔΕΚ τόνισε ότι η εξουσία του δικαιούχου του προστατευόμενου υποδείγματος να εμποδίζει τρίτους να κατασκευάζουν και να πωλούν, χωρίς τη συναίνεσή του, προϊόντα που αποτελούν υλοποίηση του υποδείγματος συνιστά την ίδια την ουσία του αποκλειστικού του δικαιώματος. Κατά συνέπεια, η επιβολή στο δικαιούχο του προστατευόμενου προτύπου της υποχρέωσης να παραχωρεί σε τρίτους, έστω και έναντι εύλογων δικαιωμάτων εκμεταλλεύσεως, την άδεια να προμηθεύουν προϊόντα που αποτελούν υλοποίηση του υποδείγματος θα ισοδυναμούσε με στέρηση του δικαιούχου από το αποκλειστικό του δικαίωμα.

Από την άλλη, όμως, μεριά οι εν λόγω επιχειρήσεις αντιμετωπίζουν τον κίνδυνο να θεωρηθούν ότι κατέχουν δεσπόμενη θέση στην αγορά των εν λόγω ανταλλακτικών ιδίως εάν τα τελευταία καλύπτουν περιορισμένη ποικιλία αναγκών με συνέπεια να μην υπάρχουν υποκατάστατα ενώ, συγχρόνως, η ζήτηση των καταναλωτών να είναι υψηλή⁶⁶.

Σε περιπτώσεις, όπως αυτές που εξετάστηκαν στα πλαίσια των προαναφερθεισών αποφάσεων, πράγματι, θα θεωρηθεί ότι ο δικαιούχος του δικαιώματος στο άυλο αγαθό κατέχει ένα *de facto* μονοπώλιο στην αγορά των προϊόντων που προορίζονται για χρήση στους υλικούς φορείς – προϊόντα που ενσωματώνουν πρωταρχικά το αποκλειστικό του δικαίωμα. Η δημιουργία αυτού του μονοπωλίου και, κατ' επέκταση, η κατάφαση της δεσπόμενης θέσης, οφείλεται στην προστατευτική λειτουργία του δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας. Το δικαίωμα αυτό οδηγεί σε μια στενή οριοθέτηση της σχετικής αγοράς, η οποία παρά το γεγονός ότι δε συνεπάγεται, κατ' ανάγκη τη δημιουργία δεσπόμενης θέσης, εντούτοις εμποδίζει την ανάπτυξη υποκατάστατων προϊόντων που έχουν μορφή η οποία εμπίπτει στον προστατευτικό ιστό του δικαιώματος. Αν, λοιπόν, στην αγορά του υπό κρίση προϊόντος, το οποίο προστατεύεται με δικαίωμα διανοητικής ιδιοκτησίας, δεν υπάρχουν υποκατάστατα προϊόντα που να εξυπηρετούν τις ίδιες ανάγκες με αυτό, τότε ενόψει της νομικής αδυναμίας να τεθούν σε κυκλοφορία στην αγορά υποκατάστατα προϊόντα μορφής που εμπίπτει στον προστατευτικό ιστό του δικαιώματος, αδυναμία που οφείλεται σε αυτόν ακριβώς τον προστατευτικό ιστό του δικαιώματος, δημιουργούνται οι προϋποθέσεις για την κατάφαση δεσπόμενης θέσης εκ μέρους του δικαιούχου του δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας⁶⁷.

Ειδικότερα όμως για τον τομέα της τυποποιημένης τεχνολογίας, θα πρέπει κάθε φορά να λαμβάνονται υπόψιν κάποια ειδικότερα στοιχεία προκειμένου να προσδιοριστούν οι σχετικές αγορές. Συγκεκριμένα, το πρώτο στοιχείο που πρέπει να εξεταστεί, είναι το γεγονός ότι, στην πράξη, οι εφαρμογείς ενός προτύπου⁶⁸ συνήθως δεν ζητούν να λάβουν άδεια σε μεμονωμένα ΔΔΙ, αλλά επιδιώκουν να λάβουν άδεια για

66. Γρηγοριάδης, (2007), σελ 60,61

67. Γρηγοριάδης, (2007), σελ 62

68. Ως πρότυπο μπορεί να οριστεί ως «ένα σύνολο τεχνικών προδιαγραφών που επιδιώκει να παράσχει ένα κοινό σχεδιασμό για ένα προϊόν ή μια διεργασία», βλ. παρακάτω σελ 82, όπου γίνεται αναλυτική αναφορά στα πρότυπα και στα αποτελέσματα αυτών στην οικονομία γενικότερα

ολόκληρο το χαρτοφυλάκιο βασικών ΔΔΙ μιας εταιρίας. Δεύτερον, σε πολλές περιπτώσεις, τα βασικά ΔΔΙ για ένα δεδομένο πρότυπο ανήκουν σε περισσότερες διαφορετικές εταιρίες, έτσι ώστε το καθένα από αυτά να αποτελεί συμπληρωματική εισαγωγή για εκείνους που επιθυμούν να κατασκευάσουν και να πουλήσουν προϊόντα συμβατά με το πρότυπο. Συνεπώς, οι εν δυνάμει εφαρμογείς του προτύπου πρέπει να αποκτήσουν άδειες για όλα τα βασικά ΔΔΙ που είναι μεταξύ τους συμπληρωματικά από αυτές τις εταιρίες προκειμένου να καλύψουν όλες τις διαφορετικές όψεις του πρότυπο. Τρίτον, οι κάτοχοι βασικών ΔΔΙ τα οποία περιέχονται σε ένα πρότυπο υπόκεινται σε έναν αριθμό κάθετων, οριζόντιων και δυναμικών περιορισμών του ανταγωνισμού με ουσιαστικές επιπτώσεις τόσο στον ορισμό της αγοράς όσο και στην αξιολόγηση της δεσπόζουσας θέσης⁶⁹. Θα πρέπει επίσης να τονιστεί η σπουδαιότητα της ύπαρξης μιας αγοράς επόμενου σταδίου για την ενσωμάτωση της τυποποιημένης τεχνολογίας στο πρότυπο προκειμένου να οριοθετηθεί ορθά η σχετική αγορά τεχνολογίας προηγούμενων σταδίων. Για παράδειγμα, εάν ένας υποθετικός μονοπωλητής που χορηγεί άδεια βασικών ΔΔΙ, αύξανε την τιμή τους, μέρος τουλάχιστον της αύξησης του κόστους είναι πιθανό να περάσει από τον κατασκευαστή στους τελικούς καταναλωτές. Οι καταναλωτές τότε, ως απάντηση στην αύξηση τιμών, μπορούν να μεταβούν σε άλλα στενά υποκατάστατα προϊόντα (αν υπάρχουν) καθιστώντας την αρχική αύξηση των δικαιωμάτων εκμετάλλευσης ασύμφορη για τον κάτοχο ΔΔΙ. Από το ανωτέρω παράδειγμα συμπεραίνουμε εύκολα τον σημαντικό ρόλο που διαδραματίζει ο ανταγωνισμός στις αγορές επόμενων σταδίων, στον περιορισμό της ισχύος της αγοράς προηγούμενων σταδίων στις αγορές τεχνολογίας.

2.6 Σχετική Γεωγραφική αγορά

Η σχετική γεωγραφική αγορά ταυτίζεται με την περιοχή, μέσα στα όρια της οποίας δραστηριοποιούνται και ανταγωνίζονται οι επιχειρήσεις ως πωλητές ή αγοραστές των σχετικών προϊόντων ή υπηρεσιών υπό επαρκώς ομοιογενείς συνθήκες ανταγωνισμού. Η σχετική γεωγραφική αγορά περιλαμβάνει την περιοχή όπου οι ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις συμμετέχουν στην προμήθεια προϊόντων και υπηρεσιών και οι όροι του ανταγωνισμού είναι επαρκώς ομοιογενείς και η οποία μπορεί να διακριθεί από άλλες περιοχές στις οποίες οι όροι του ανταγωνισμού διαφέρουν σημαντικά. Για τον

69. Geradin, Pricing abuses by essential patent holders in a standard-setting context: A view from Europe, Paper prepared for the “The Remedies for Dominant Firm Misconduct” Conference June 4-5, 2008-University of Virginia, σελ. 6.

καθορισμό της σχετικής γεωγραφικής αγοράς λαμβάνονται υπόψη από την Επιτροπή⁷⁰ οι εθνικές προτιμήσεις ή η προτίμηση για εθνικά εμπορικά σήματα, η γλώσσα, ο πολιτισμός και ο τρόπος ζωής, τα φυσικοτεχνικά χαρακτηριστικά του προϊόντος συνδεδεμένα με την διάρκεια ζωής του, η τρέχουσα γεωγραφική διάρθρωση των πραγματοποιούμενων αγορών, στατιστικά στοιχεία σχετικά με ροές συναλλαγών, το κόστος μεταφοράς προϊόντων ή άλλοι περιορισμοί σχετιζόμενοι με την μεταφορά του οι συνήθειες και οι προτιμήσεις των καταναλωτών, οι απόψεις των πελατών και των καταναλωτών. Η πρόσβαση στο δίκτυο διανομής σε μια δεδομένη περιοχή, τα εναπομένοντα εμπόδια λόγω των κανονιστικών ρυθμίσεων σε ορισμένους τομείς, οι ποσοστώσεις ή οι τελωνειακοί δασμοί μπορούν επίσης να αποτελέσουν φραγμούς οι οποίοι απομονώνουν μια γεωγραφική περιοχή από τις πιέσεις του ανταγωνισμού που ασκούν οι επιχειρήσεις οι οποίες είναι εγκατεστημένες εκτός της περιοχής αυτής. Το σημαντικό κόστος που συνδέεται με την αλλαγή προμηθευτών, όταν οι προμηθευτές αυτοί βρίσκονται σε άλλες χώρες, αποτελεί ένα πρόσθετο εμπόδιο.

2.6 Σχετική γεωγραφική αγορά και διανοητική ιδιοκτησία

Από τα παραπάνω συνάγεται πως βασικό κριτήριο για τον καθορισμό της γεωγραφικής αγοράς είναι η ομοιογένεια των συνθηκών ανταγωνισμού που πρέπει να επικρατεί εντός της τελευταίας. Ο έλεγχος αυτός της ύπαρξης επαρκώς ομοιόμορφων συνθηκών ανταγωνισμού είναι, ασφαλώς, αποτέλεσμα επισταμένης οικονομικής ανάλυσης, ώστε να δημιουργούν εύλογα ερωτηματικά αποφάσεις της Επιτροπής και των Κοινοτικών Δικαστηρίων που σε περιπτώσεις δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας προχωρούν σε καθορισμό της σχετικής αγοράς με γνώμονα τα κράτη – μέλη στα οποία οι δικαιούχοι των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας κατείχαν αποκλειστικά δικαιώματα ή απόλυτο μονοπώλιο το οποίο τους είχε απονεμηθεί από την εθνική νομοθεσία. Ο έλεγχος της ομοιογένειας των συνθηκών ανταγωνισμού, πάντως, στο χώρο των δικαιωμάτων άυλων αγαθών σχετικοποιείται, πάντως, σημαντικά σήμερα εξαιτίας της εξέλιξης της σχετικής τεχνολογίας, της διευκόλυνσης των αποστολών προϊόντων και των μετακινήσεων, τη ψηφιακή τεχνολογία και την έντονη σμίκρυνση των

⁷⁰ Ανακοίνωση Ευρωπαϊκής Επιτροπής, για τον καθορισμό της σχετικής αγοράς, 97/C372/03, Κεφ. III παρ. 44

τεχνολογικών αγαθών, ώστε για ορισμένα είδη εμπορευμάτων, όπως π.χ. το λογισμικό Η/Υ να μπορεί να θεωρηθεί ως σχετική γεωγραφική αγορά ή αγορά όλου του κόσμου⁷¹.

Στο πλαίσιο των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας και, ειδικότερα, στις περιπτώσεις άρνησης παραχώρησης άδειας εκμετάλλευσης του δικαιώματος («refusal to license») έχει υποστηριχθεί πως ως σχετική (γεωγραφική) αγορά θα πρέπει να θεωρηθεί η αγορά που δημιουργείται από τις άδειες εκμετάλλευσης που παραχωρεί ο δικαιούχος διανοητικής ιδιοκτησίας. Η θεώρηση αυτή έχει ως αναγκαίο σύστοιχο ότι η άρνηση του δικαιούχου του δικαιώματος να παραχωρήσει άδεια εκμετάλλευσης του τελευταίου συνιστά κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης. Πράγματι αν χρησιμοποιηθεί ως κριτήριο για τον καθορισμό της σχετικής αγοράς οι άδειες που ενδεχομένως έχει παραχωρήσει ο δικαιούχος του δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας είναι βέβαιο ότι θα καταλήγουμε σε κάθε περίπτωση στην κατοχή δεσπόζουσας θέσης από τον τελευταίο αφού δεν τίθεται ζήτημα «δυνατότητας υποκατάστασης» των εν λόγω αδειών καθαυτών (παράγοντας αγορά προϊόντος) ούτε και ζήτημα σύγκρισης των όρων ανταγωνισμού που επικρατούν σε διαφορετικές περιοχές του κοινοτικού χώρου, αφού η παραχώρηση άδειας εκμετάλλευσης του δικαιώματος σε ορισμένο κράτος μέλος δημιουργεί εκ προοιμίου και σύμφωνα την νομική φύση της άδειας εκμετάλλευσης διαφορετικές συνθήκες ανταγωνισμού ανάμεσα στην αγορά του κράτους μέλους στο οποίο παραχωρήθηκε και στην αγορά άλλων κρατών μελών στα οποία δεν επεκτείνεται η ισχύς της. Η άρνηση παραχώρησης άδειας εκμετάλλευσης μπορεί να συνιστά, όπως θα δούμε παρακάτω, μόνο κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης, μπορεί, δηλαδή, να εξεταστεί σε επόμενο στάδιο και μετά τη διαπίστωση κατοχής δεσπόζουσας θέσης εκ μέρους του δικαιούχου δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας, δεν μπορεί όμως να χρησιμοποιηθεί ως κριτήριο για την κατάφαση της δεσπόζουσας θέσης καθαυτής.

71. Γρηγοριάδης (2007), 66

3. Καταχρηστική Εκμετάλλευση Δεσπόζουσας Θέσης

3.1 Ατομική δεσπόζουσα θέση

Το άρθρο 2 3959/2011⁷² καθώς και το άρθρο. 102 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης απαγορεύουν την καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης και όχι τη δεσπόζουσα θέση καθεαυτή, δίνοντας τις κυριότερες περιπτώσεις υπό μορφή παραδειγμάτων σε τι συνίσταται η καταχρηστική εκμετάλλευση, ιδίως (α) στην άμεση ή έμμεση επιβολή μη δίκαιων τιμών αγοράς ή πώλησης ή άλλων όρων συναλλαγής· (β) στον περιορισμό της παραγωγής, της διάθεσης ή της τεχνολογικής ανάπτυξης με ζημία των καταναλωτών· (γ) στην εφαρμογή άνισων όρων επί ισοδύναμων παροχών έναντι των εμπορικώς συναλλασσομένων, με αποτέλεσμα να περιέρχονται αυτοί σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό· και (δ) στην εξάρτηση της σύναψης συμβάσεων από την αποδοχή, εκ μέρους των συναλλασσομένων, πρόσθετων παροχών που δεν έχουν σχέση με το αντικείμενο των συμβάσεων αυτών. Στη θεωρία του ανταγωνισμού γίνεται διάκριση μεταξύ της παρεμποδιστικής και της εκμεταλλευτικής κατάχρησης. Κριτήριο είναι ο τρόπος με τον οποίο εκδηλώνεται η κατάχρηση. Η εκμεταλλευτική κατάχρηση αφορά τις σχέσεις της δεσπόζουσας επιχείρησης με τους προμηθευτές και τους πελάτες της. Αυτή η κατηγορία καταχρηστικής συμπεριφοράς διαπιστούται όταν μια επιχείρηση χρησιμοποιεί τη δεσπόζουσα θέση της προκειμένου να επιτύχει οικονομικά πλεονεκτήματα. Τέτοια είναι η επίτευξη χαμηλών τιμών ή άλλων ευνοϊκών όρων συναλλαγής από τους προμηθευτές ή η απαίτηση υψηλών τιμών από τους αγοραστές. Αντίθετα η παρεμποδιστική κατάχρηση αφορά όλες τις πρακτικές μιας επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση που βλάπτουν τους τρίτους υπό την έννοια ότι είτε εκτοπίζουν τον τρίτο από τη σχετική αγορά είτε παρεμποδίζουν την πρόσβαση του τρίτου στη σχετική αγορά.

Η έννοια της κατάχρησης δεν προσδιορίζεται από τη Συνθήκη Ευρωπαϊκής Ένωσης αλλά από τη νομολογία και τις αποφάσεις της Επιτροπής. Σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου⁷³, η κατάχρηση είναι μια έννοια αντικειμενική (δεν

72. ΦΕΚ Α/93/20-4-2011

73. Ήδη το ΔΕΚ στην υπόθεση Continental Can δέχθηκε ότι άρθρο 102 ΣΛΕΕ δεν αποβλέπει μόνο σε πρακτικές που άμεσα ζημιώνουν τους καταναλωτές αλλά και σε αυτές που είναι επιβλαβείς μέσω της επίδρασής τους στη δομή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Συνεπώς κατάχρηση δύναται να προκύψει εάν μια επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση ενισχύει αυτή τη θέση με τέτοιο τρόπο ώστε ο επιτευχθείς βαθμός κυριαρχίας να δεσμεύει σημαντικά τον ανταγωνισμό, δηλαδή μόνο εκείνες οι επιχειρήσεις να παραμένουν στην αγορά των οποίων η συμπεριφορά εξαρτάται από τη δεσπόζουσα επιχείρηση. Στο σκεπτικό του ΔΕΚ αναφέρεται η

προϋποθέτει δηλαδή υπαιτιότητα της επιχείρησης) και συνδέεται με τη συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης που επιδρά στη δομή της αγοράς, αποδυναμώνοντας με την παρουσία της τον ήδη εξασθενημένο ανταγωνισμό, με τη χρήση μεθόδων που δεν αρμόζουν σε καθεστώς υγιούς ανταγωνισμού και με τη συμπεριφορά της αυτή παρακωλύει τη διατήρηση ή ανάπτυξη του επιπέδου ανταγωνισμού που υπάρχει στην αγορά .

3.2 Γενικά κριτήρια για τη στοιχειοθέτηση της δεσπόζουσας θέσης

1) Η καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης μιας επιχείρησης κρίνεται με βάση την αντικειμενική συμπεριφορά της, εφόσον αυτή της επιτρέπει να επηρεάζει τη διάρθρωση της αγοράς και να πετύχει ένα ανταγωνιστικό προβάδισμα , το οποίο δε θα μπορούσε να πετύχει σε καθεστώς υγιούς ανταγωνισμού. Η συμπεριφορά δε αυτή συνδέεται με την υιοθέτηση και χρήση διαφορετικών μεθόδων από αυτές που εφαρμόζονται υπό κανονικές συνθήκες ανταγωνισμού σε προϊόντα ή υπηρεσίες που αποτελούν το αντικείμενο της εμπορικής δραστηριότητάς της. Οι πρακτικές αυτές μπορεί να συνίστανται είτε στην παρεμπόδιση της διατήρησης του επιπέδου του εναπομένου ανταγωνισμού και της ανάπτυξής του, είτε στην επιδίωξη και διεκδίκηση όλο και μεγαλύτερου μεριδίου αγοράς, με ταυτόχρονη συρρίκνωση του επιπέδου του ανταγωνισμού και αποκλεισμό των ανταγωνιστών από τη συμμετοχή και διεκδίκηση του εναπομένου μεριδίου. Στα πλαίσια αυτά η επιχείρηση προσπαθεί να δημιουργήσει καταστάσεις εγκαθίδρυσης πλήρους μονοπωλιακού ελέγχου στην αγορά προς ίδιον όφελος και σε βάρος του ελεύθερου ανταγωνισμού, ενισχύοντας ακόμη περισσότερο τη δεσπόζουσα θέση που κατέχει, δια της χειραγώγησης και ελέγχου της αγοράς και της εν τέλει εγκαθίδρυσης συνθηκών μονοπωλίου. Και αυτή ακριβώς η προοπτική αποτελεί τον μεγαλύτερο κίνδυνο για τον ελεύθερο ανταγωνισμό. Η έννοια της κατάχρησης εν

τελολογική προσέγγιση των διατάξεων του ανταγωνισμού και ο συσχετισμός του με τις θεμελιώδεις διατάξεις της Συνθήκης. Στην απόφαση «Hoffmann-La Roche» το Δικαστήριο έδωσε για πρώτη φορά ένα **γενικό ορισμό της καταχρηστικής εκμετάλλευσης** λέγοντας ότι πρόκειται για μια αντικειμενική έννοια, η οποία αφορά τις συμπεριφορές μιας επιχείρησης που κατέχει δεσπόζουσα θέση, οι οποίες μπορούν να επηρεάσουν τη δομή μιας αγοράς μέσα στην οποία, ακριβώς λόγω της παρουσίας της εν λόγω επιχείρησης, ο βαθμός ανταγωνισμού είναι ήδη εξασθενημένος, και οι οποίες εμποδίζουν τη διατήρηση του υπάρχοντος ακόμη ανταγωνισμού ή την ανάπτυξή του. Η Επιτροπή και το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης θεωρούν ως καταχρηστική εκμετάλλευση το γεγονός ότι μια επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση ενδυναμώνει αυτή τη θέση διά της **συγκέντρωσης** ή της **εξάλειψης των ανταγωνιστών**, με αποτέλεσμα ότι ο ανταγωνισμός, που υπήρχε ακόμη παρά την ύπαρξη της δεσπόζουσας θέσης, εξαφανίζεται στην πράξη για ορισμένα προϊόντα σε σημαντικό τμήμα της κοινής αγοράς.

προκειμένω προσεγγίζει την κλασσική έννοια της κατάχρησης δικαιώματος⁷⁴.

2) Η δεύτερη κατηγορία κριτηρίων αφορά περισσότερο στη δομική έννοια της κατάχρησης. Εδώ το βάρος για τη στοιχειοθέτηση της κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης δεν δίδεται τόσο στη συμπεριφορά της επιχείρησης, ούτε στους σκοπούς που επιδιώκει, ούτε στα αποτελέσματα που πέτυχε αλλά στην επιρροή της στην αγορά, στη δομή του ανταγωνισμού. Έτσι η έννοια της κατάχρησης κατονομάζεται ως αντικειμενική, για την οποία δεν ενδιαφέρουν υποκειμενικά κριτήρια, όπως απόδειξη πρόθεσης ή συνδρομή πταίσματος. Αυτό που κατά συνέπεια χαρακτηρίζει και συνιστά την κατάχρηση απαγορευμένη από το άρθρο 102 της ΣΛΕΕ (και από το άρθρο 2 του ν.3959/2011⁷⁵) είναι το περιοριστικό αποτέλεσμα στην αγορά.

3.3 Καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης και διανοητική ιδιοκτησία

Η αναγνώριση ενός δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας σε ορισμένο πρόσωπο συνεπάγεται τη δημιουργία ενός νόμιμου μονοπωλίου («legal monopoly») με δικαιούχο το φορέα του εν λόγω δικαιώματος. Το νόμιμο μονοπώλιο που δημιουργείται εξαιτίας της πρόσδοσης ορισμένου δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας σε κάποιο πρόσωπο διαφέρει από την κλασσική έννοια του μονοπωλίου που γνωρίζει η οικονομική θεωρία. Κύρια διαφοροποίηση μεταξύ των δύο αυτών μονοπωλίων είναι πως ενώ το κλασσικό μονοπώλιο συνιστά – κατά γενική παραδοχή στην οικονομική θεωρία – εχθρό του ελεύθερου ανταγωνισμού, το νόμιμο μονοπώλιο ενός δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας μπορεί μεν να περιορίζει σε ορισμένο βαθμό τον ανταγωνισμό στην αγορά του προϊόντος ή της υπηρεσίας που προστατεύονται από το εν λόγω δικαίωμα, εμποδίζοντας την ανάπτυξη νέων προϊόντων ή υπηρεσιών των οποίων η μορφή προσβάλλει το δικαίωμα διανοητικής ιδιοκτησίας του κατασκευαστή του αρχικού προϊόντος ή του αρχικού παροχέα της υπηρεσίας, πλην όμως τα εν λόγω δικαιώματα ευνοούν σε τελική ανάλυση τον ανταγωνισμό με την ενθάρρυνση στην καινοτομία, η οποία γεννάται λόγω, ακριβώς, της αναγνώρισής τους από την έννομη τάξη. Η

74. Αθανασίου, Ενοιολογική οριοθέτηση της παρεμποδιστικής κατάχρησης. Σκέψεις επί της πρότασης της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για οικονομική ερμηνεία του άρθρου 82 ΣυνθΕΚ, ΔΕΕ 2006,1241 επ · Σουφλερός Η, Καταχρηστική εκμετάλλευση της σχέσης οικονομικής εξάρτησης (πρώην άρθρο 2α Ν 703/1977 και τώρα άρθρο 18α Ν 146/1914) - Το ζήτημα της ύπαρξης ή προϋπαρξης εμπορικών σχέσεων ως προϋπόθεσης για την εφαρμογή της σχετικής απαγόρευσης, ΔΕΕ 2010, 408 επ.

75. ΦΕΚ Α/93/20-4-2011

ενθάρρυνση της καινοτομίας αποτελεί, συνθήκη αν όχι απαραίτητη, τουλάχιστον ενισχυτική της λειτουργίας του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Από την άλλη πλευρά κανείς δεν μπορεί να αποκλείσει την περίπτωση που ο δικαιούχος ορισμένου δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας θα προχωρήσει σε άσκηση – εκμετάλλευση του δικαιώματός του κατά τρόπο που να επέρχονται συνέπειες δυσμενείς για την λειτουργία του ελεύθερου ανταγωνισμού στη σχετική αγορά του προϊόντος ή της υπηρεσίας που προστατεύονται από το εν λόγω δικαίωμα. Δεν μπορεί, δηλαδή, να αποκλειστεί το ενδεχόμενο ορισμένο δικαίωμα διανοητικής ιδιοκτησίας να χρησιμοποιείται σε συγκεκριμένη περίπτωση – αφού σε επίπεδο αφηρημένο τα δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας λειτουργούν, εν τέλει, ενισχυτικά στην λειτουργία του ελεύθερου ανταγωνισμού - ως μέσο για την εξαφάνιση του αποτελεσματικού ανταγωνισμού σε ορισμένη αγορά και, κατ' επέκταση για την νομιμοποίηση δραστηριοτήτων που λειτουργούν βλαπτικά για τη δομή της αγοράς και το συμφέρον των καταναλωτών.

Το ερώτημα που ανακύπτει στις περιπτώσεις αυτές είναι το αν η συμπεριφορά του φορέα του δικαιώματος – εφόσον, βεβαίως, ο τελευταίος κριθεί πως κατέχει δεσπόζουσα θέση στη σχετική αγορά - μπορεί να υπαχθεί στην έννοια της καταχρηστικής εκμετάλλευσης δεσπόζουσας θέσης του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Το νόμιμο μονοπώλιο που δημιουργείται εξαιτίας της απονομής ενός δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας θα πρέπει να αντιμετωπιστεί υπό το πρίσμα των διατάξεων του ελεύθερου ανταγωνισμού – συνεπώς και του άρθρου 102 ΣΛΕΕ - όπως κάθε άλλο μονοπώλιο που σχηματίζεται εξαιτίας της συγκέντρωσης οικονομικής δύναμης στα χέρια μιας επιχείρησης, η οποία εξαιτίας της εν λόγω οικονομικής δύναμης κατέχει δεσπόζουσα θέση στη σχετική αγορά. Διαφορετικά, αν δηλαδή αρνούμασταν την εφαρμογή των περιορισμών που θέτουν στην άσκηση ενός δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας από μια επιχείρηση – φορέα δεσπόζουσας θέσης οι προβλέψεις του άρθρου 102 ΣΛΕΕ και αρκούμασταν στους γενικούς περιορισμούς που θέτουν για την χρήση – άσκηση των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας οι διατάξεις των εκάστοτε εθνικών δικαίων διανοητικής ιδιοκτησίας θα ήταν σαν να παρείχαμε ασυλία στους φορείς των εν λόγω δικαιωμάτων και να νομιμοποιούσαμε, με τον τρόπο αυτό, από την «πίσω πόρτα» συμπεριφορές που αποδοκιμάζονται από τις προβλέψεις άλλων δικαιοκλών κλάδων. Παράλληλα, θα οδηγούμασταν σε διαστρέβλωση και της αποστολής του δικαίου διανοητικής ιδιοκτησίας, καθώς ο πρωταρχικός σκοπός του εν λόγω δικαίου είναι η ανταμοιβή του δικαιούχου δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας για τη δημιουργική

προσπάθεια που κατέβαλε και η μέσω αυτής ενθάρρυνση της καινοτομίας και όχι ασφαλώς η νομιμοποίηση πρακτικών που καταστρατηγούν τους θεμελιώδεις στόχους και αρχές άλλων δικαιικών κλάδων⁷⁶.

Το κρίσιμο, ωστόσο, ερώτημα που ανακύπτει μετά τις ανωτέρω παραδοχές περί της ανάγκης εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ στα δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας είναι το με ποια ακριβώς κριτήρια η άσκηση ενός δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας από μια επιχείρηση – φορέα δεσπόζουσας θέσης μπορεί να χαρακτηριστεί ως καταχρηστική και, επομένως, ως εμπόπτουσα στις προβλέψεις του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Η αναζήτηση των εν λόγω κριτηρίων έχει μεγάλη σημασία ενόψει του γεγονότος ότι κάθε μορφή άσκησης ενός δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας δε συνιστά από μόνη της *ipso iure* καταχρηστική συμπεριφορά εμπόπτουσα στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ. Στις επόμενες παραγράφους θα προσπαθήσουμε να μελετήσουμε – με τη βοήθεια της νομολογίας του ΔΕΚ (ήδη ΔΕΕ)- περιπτώσεις όπου η άσκηση ενός δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας ιδίως μέσω της άρνησης συναλλαγής/πρόσβασης σε βασική υποδομή συνιστά καταχρηστική συμπεριφορά και μπορεί να υπαχθεί στην απαγόρευση του ά. 102 ΣΛΕΕ. Ειδικότερα θα εξετασθεί η εφαρμογή της θεωρίας των αναγκαίων διευκολύνσεων σε νομολογιακό επίπεδο, βάσει της οποίας μία επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση υποχρεούται να παρέχει πρόσβαση σε τρίτους ανταγωνιστές ή μη μίας «βασικής διευκόλυνσης», που είναι απαραίτητη για τους ανταγωνιστές στην προσπάθειά τους να προάγουν την καινοτομία.

76. Γρηγοριάδης (2007), 81 επ

ΜΕΡΟΣ 2^ο

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Α:

Η ΘΕΩΡΙΑ ΤΩΝ “ESSENTIAL FACILITIES” ΜΕΣΑ ΑΠΟ ΤΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΤΟΥ ΔΕΕ

1. Βασική αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων

Καταρχάς, θα πρέπει να τονιστεί ότι σύμφωνα με την βασική αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων, οι επιχειρήσεις με δεσπόμενη θέση κατά κανόνα είναι ελεύθερες να αποφασίσουν αν θα συνάψουν ορισμένη σύμβαση αλλά και να προσδιορίσουν τόσο το πρόσωπο του αντισυμβαλλομένου τους όσο και το περιεχόμενο της σύμβασης. Η επιβολή, δηλαδή, μιας αναγκαστικής σύμβασης κατ' εφαρμογή του δικαίου προστασίας του Ανταγωνισμού έχει εξαιρετικό χαρακτήρα. Ωστόσο, στο κοινοτικό δίκαιο του ανταγωνισμού η αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων υποχωρεί προκειμένου να εκπληρωθεί ο βασικός όρος της Συνθήκης της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ήτοι η διασφάλιση συνθηκών ανόθευτου ανταγωνισμού. Καθώς η άρνηση συναλλαγής δεν μνημονεύεται ρητά στην παράθεση των ειδικότερων μορφών καταχρηστικής συμπεριφοράς της δεσπόμενης θέσης του αρ. 102 ΣΕΕ, ορθότερο είναι κατ' αρχήν να εξετάζεται υπό το φως της ρήτρας του α' εδαφίου του αρ. 102 ΣΕΕ έτσι ώστε να καθίσταται αποτελεσματικότερη και η στάθμιση ανάμεσα στα συγκρουόμενα συμφέροντα, δηλαδή της συμβατικής ελευθερίας της δεσπόμενης επιχείρησης από τη μία και της προστασίας του ανταγωνισμού από την άλλη.

Το αρ. 102 ΣΛΕΕ, παραθέτει μία σειρά καταχρηστικών πρακτικών που εφαρμόζουν οι εκάστοτε επιχειρήσεις με δεσπόμενη θέση στην αγορά όπου δραστηριοποιούνται, προκειμένου να περιορίσουν τον ανταγωνισμό για την ενίσχυση της δίκης τους θέσης στην αγορά. Οι εν λόγω καταχρηστικές πρακτικές εμφανίζουν μεγάλη ποικιλία, στα πλαίσια της παρούσας όμως θα μας απασχολήσει ειδικότερα η άρνηση συναλλαγής/πρόσβασης σε βασική υποδομή και υπό ποιες προϋποθέσεις αυτή συνιστά καταχρηστική συμπεριφορά υπαγόμενη στην απαγόρευση του ά. 102 ΣΛΕΕ.

2. Η άρνηση συναλλαγής ως καταχρηστική άσκηση δεσπόμενης θέσης

Τα αρ. 102 ΣΛΕΕ και 2 του ν. 3959/2011⁷⁷ δεν επιβάλλουν υποχρέωση σε μία επιχείρηση που κατέχει δεσπόμενη θέση να προβαίνει σε συναλλαγή και προμήθεια προϊόντων με άλλες επιχειρήσεις ούτε απαγορεύουν ρητώς την άρνηση συναλλαγής.

77. ΦΕΚ Α/93/20-4-2011

Ωστόσο, η άρνηση συναλλαγής μπορεί να είναι παράνομη, εφόσον δεν δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους και η εν λόγω πρακτική θα μπορούσε να οδηγήσει σε εξαφάνιση κάθε ανταγωνισμού (στοιχείο του κινδύνου) εκ μέρους της επιχείρησης εναντίον της οποίας προβάλλεται⁷⁸.

Χαρακτηριστική είναι η υπόθεση **“Commercial Solvents”**⁷⁹. Εν προκειμένω, κατά το ΔΕΚ μια δεσπύζουσα στην αγορά πρώτων υλών επιχείρηση που, με σκοπό την χρησιμοποίηση αυτών των υλών για την παρασκευή δικών της προϊόντων, αρνείται να προμηθεύσει πελάτη της-παρασκευαστή τέτοιων παραγώγων, επιχειρεί να απαλείψει κάθε ανταγωνισμό από μέρους του πελάτη της κι επομένως, η άρνησή της αποτελεί καταχρηστική πρακτική. Ακολούθως, στην υπόθεση **“United Brands”**⁸⁰ το Δικαστήριο έκρινε ότι η άρνηση πώλησης προϊόντων από τον προμηθευτή στο διανομέα αποτελεί κατάχρηση δεσπύζουσας θέσης, διότι δεν δικαιολογείται αντικειμενικά από μόνο τον λόγο ότι ο διανομέας εμπορεύεται ανταγωνιστικά προϊόντα και συμμετέχει σε καμπάνια διαφήμισής τους. Ομοίως, στην υπόθεση **“Hugin”**⁸¹ το ΔΕΚ χαρακτήρισε ως καταχρηστική πρακτική την άρνηση δεσπύζουσας επιχείρησης παραγωγής ταμειακών μηχανών να συνεχίσει την προμήθεια επιχείρησης συντήρησης ταμειακών μηχανών με ανταλλακτικά, προκειμένου να δραστηριοποιηθεί η πρώτη στην αγορά δραστηριοποίησης της δεύτερης κι έτσι, να αποκλειστεί από τον ανταγωνισμό η τελευταία.

Από τα ως άνω, γίνεται κατανοητό ότι η δεσπύζουσα επιχείρηση υποχρεούται να προμηθεύει τόσο τους παλαιούς όσο και τους νέους της πελάτες. Η απαγόρευση της άρνησης συναλλαγής προϋποθέτει ότι η άρνηση δεν δικαιολογείται αντικειμενικά και αποτελεί συνάμα κίνδυνο εξαφάνισης του ανταγωνισμού εκ μέρους της επιχείρησης – αποδέκτη της άρνησης. Αντιθέτως, εάν η αγορά διαθέτει επαρκή υποκατάστατα ή δέχεται ασυνήθιστα μεγάλη παραγγελία που δεν αρμόζει στις συνήθεις εμπορικές συναλλαγές, τότε, ενδεχομένως η άρνηση συναλλαγής θα μπορούσε να θεωρηθεί θεμιτή. Αν, όμως, η δεσπύζουσα επιχείρηση προβάλλει ως λόγο της άρνησης την

78. Καρύδης, Ευρωπαϊκό Δίκαιο Επιχειρήσεων και Ανταγωνισμού, 2004, 142, 143· Κοσίρης, 2011, 540.

79. Απόφαση ΔΕΚ, 6-3-1974, «Commercial Solvents – Instituto Chemioterapico», υποθέσεις 6 και 7/73, Συλλ. 1974, σκέψη 25- Επρόκειτο για μια επιχείρηση («Commercial Solvents») με δεσπύζουσα θέση στην αγορά παρασκευής και προμήθειας συστατικού απαραίτητου για την παρασκευή φαρμάκου από την καταγγέλουσα επιχείρηση. Η «Commercial Solvents» αρνήθηκε την προμήθεια, διότι η ίδια επιθυμούσε να δραστηριοποιηθεί στην ίδια αγορά με την καταγγέλουσα και να παραγκωνίσει την τελευταία από τον ανταγωνισμό.

80. Απόφαση ΔΕΚ, 14-2-1978, «United Brands», υπόθεση 27/76, Συλλ. 1978

81. Απόφαση ΔΕΚ, 31-5-1979, «Hugin», υπόθεση 22/78, Συλλ. Νομολ. ΔΕΚ 1979

ανάγκη προστασίας των δικών της εμπορικών συμφερόντων, τότε πρέπει να αποδεικνύεται ότι δεν υπήρχε ηπιότερο μέτρο από την άρνηση συναλλαγής, ώστε να δικαιολογείται όσο κατά το δυνατόν αντικειμενικά.

3. Θεωρίες που αποπειρώνται να επεξηγήσουν πότε μια άρνηση συναλλαγής (εν προκειμένω άρνησης πρόσβασης σε βασική υποδομή) είναι παράνομη

Σχετικά με τον εν λόγω ζήτημα έχουν αναπτυχθεί τρεις βασικές μεθοδολογικές προσεγγίσεις οι οποίες αποπειρώνται να επεξηγήσουν πότε μια άρνηση συναλλαγής είναι νόμιμη και πότε παράνομη.

3.1 Θεωρία της πρόθεσης (“intent test”)

Σύμφωνα με το κριτήριο της πρόθεσης, στο Αμερικανικό Δίκαιο κάθε επιχείρηση - ακόμη και μονοπωλιακή - είναι ελεύθερη να επιλέγει τους αντισυμβαλλομένους της, εκτός και αν η άρνηση σύναψης της σύμβασης οφείλεται στην πρόθεση της επιχείρησης για απόκτηση ή διατήρηση του μονοπωλίου. Ωστόσο, στην εν λόγω θεωρία ασκήθηκε έντονη κριτική καθώς το κριτήριο της υποκειμενικής πρόθεσης θεωρήθηκε απρόσφορο. Αντιθέτως, σε αποφασιστικής σημασίας παράγοντες για την κατάφαση ύπαρξης παράνομης άρνησης συναλλαγής ανάγονται η ύπαρξη αντικειμενικών λόγων που δικαιολογούν την διακοπή μιας συνεργασίας και τα αποτελέσματα που έχει η άρνηση συναλλαγής στον ανταγωνισμό⁸².

3.2 Θεωρία του μοχλού (monopoly leveraging)

Σύμφωνα με την θεωρία του μοχλού η οποία είναι και αυτή Αμερικανικής προέλευσης, μια επιχείρηση παραβιάζει την απαγορευτική διάταξη του αρ. 2 του Sherman Act όταν εκμεταλλεύεται την μονοπωλιακή θέση που έχει σε μια πρώτη αγορά προκειμένου να μονοπωλήσει ή να διατηρήσει την μονοπωλιακή της θέση ή ένα ανταγωνιστικό πλεονέκτημα σε μια άλλη δεύτερη αγορά⁸³.

3.3 Θεωρία των βασικών διευκολύνσεων (essential facilities doctrine)

Η διαλεκτική μεταξύ των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας και της απαγόρευσης κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης υπό τη μορφή της άρνησης παραχώρησης άδειας εκμετάλλευσης αϋλου αγαθού (είδος άρνησης συναλλαγής) του άρθρου 102 ΣΛΕΕ οδήγησε και στη διαμόρφωση (ακριβέστερα, εισδοχή από την

82. Κινινή (2004) 86

83. Κινινή (2004) 88

αμερικανική έννομη τάξη) του λεγόμενου «δόγματος των βασικών διευκολύνσεων», με εφαρμογή του οποίου ο κάτοχος δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας υποχρεώνεται υπό προϋποθέσεις να παραχωρήσει δικαίωμα εκμετάλλευσής του χάριν προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού⁸⁴.

Λόγω της ευρείας υιοθέτησής της από την Επιτροπή, έστω και με κάποιες παραλλαγές, είναι αυτή η οποία θα μας απασχολήσει στη συνέχεια της παρούσας και βάσει της οποίας θα αποπειραθούμε να διαπιστώσουμε πότε η μη χορήγηση πρόσβασης σε μία βασική υποδομή κρίνεται καταχρηστική. Έτσι, στο κοινοτικό δίκαιο, η πρώτη εφαρμογή της θεωρίας πραγματοποιήθηκε το 1992 στην απόφαση της Επιτροπής *B&I Line v. Sealink Harbours and Sealink Stena*⁸⁵. Σύμφωνα με την εν λόγω απόφαση «*μια επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση κατά την παροχή βασικής διευκόλυνσης και χρησιμοποιεί η ίδια τη διευκόλυνση αυτή (π.χ. μια υπηρεσία ή εγκατάσταση, στην οποία εάν δεν έχουν πρόσβαση οι ανταγωνιστές δεν μπορούν να παράσχουν τις υπηρεσίες στους πελάτες τους), και η οποία αρνείται χωρίς αντικειμενική αιτιολογία ή παρέχει πρόσβαση μόνον υπό όρους λιγότερο ευνοϊκούς από εκείνους που θέτει στις δικές της υπηρεσίες, παραβαίνει το αρ. 102 ΣΕΕ, εάν πληροί τις άλλες προϋποθέσεις του εν λόγω άρθρου*».

Καταρχάς θα πρέπει να αναφερθεί πως η άρνηση της δεσπόζουσας επιχείρησης να συνάψει μια σύμβαση συναλλαγής δεν είναι πάντα καταχρηστική. Ωστόσο, αν η υπό σύναψη συναλλαγή έχει ως αντικείμενο την παροχή βασικής ευκολίας ή υποδομής και η άρνηση δεν αιτιολογείται αντικειμενικά, τότε πρόκειται για *per se* καταχρηστική πρακτική. Με τον όρο «*essential facilities*» εννοούμε ουσιώδεις διευκολύνσεις – υποδομές (π.χ. λιμάνια, αεροδρόμια, σιδηροδρομικές εγκαταστάσεις, τηλεπικοινωνιακό και ενεργειακό δίκτυο, κτλ), η πρόσβαση στις οποίες είναι αναγκαία για τους ανταγωνιστές, ώστε να δύνανται να προσφέρουν τις υπηρεσίες τους στους πελάτες⁸⁶.

84. Κλεισούρας, *Εμπορικό και βιομηχανικό απόρρητο στο κοινοτικό δίκαιο του ανταγωνισμού-Σκέψεις με αφορμή την απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής στην Υπόθεση Microsoft*, ΔΕΕ 2006, 370 επ.)

85. Απόφαση **94/19/ΕΚ** της Επιτροπής της 21ης δεκεμβρίου 1993 σχετικά με διαδικασία εφαρμογής δυνάμει του άρθρου 86 της συνθήκης εκ (iv/34.689 - Sea Containers κατά Stena Sealink Επίσημη Εφημερίδα αριθ. L 015 της 18/01/1994 σ. 0008 - 0019

86. Καθ' ότι, ειδάλως, η κατασκευή εκ νέου υποδομών από τον εκάστοτε ανταγωνιστή είναι χρονοβόρα και πολυδάπανη. Η έννοια της βασικής υποδομής διαμορφώθηκε μέσα από τη διοικητική πρακτική της επιτροπής και τη νομολογία του ΔΕΚ.

Εν προκειμένω, η δεσπόζουσα επιχείρηση υποχρεούται να μην αρνείται την πρόσβαση στους ανταγωνιστές της και να μην προσφέρει την πρόσβαση με λιγότερο ευνοϊκούς όρους από εκείνους που ισχύουν για τις δικές της υπηρεσίες (αντικειμενικότητα και αμεροληψία), εκτός αν η άρνηση δικαιολογείται αντικειμενικά⁸⁷.

Ο χρήστης υποχρεούται να καταβάλλει το αντίτιμο χρήσης, να φροντίζει για την ορθή χρήση της και να τηρεί τις απαραίτητες προδιαγραφές ασφαλείας⁸⁸. Επομένως, προϋποθέσεις του καταχρηστικού της εν λόγω πρακτικής είναι: α) ο έλεγχος μιας βασικής υποδομής από μια επιχείρηση που κατέχει μονοπωλιακή θέση, β) η αδυναμία ή το δυσχερές της δημιουργίας εκ νέου της υποδομής και το αναντικατάστατο αυτής, γ) η δυνατότητα διάθεσης της βασικής διευκόλυνσης, δ) η άρνηση πρόσβασης σε ανταγωνιστές και ε) η έλλειψη αντικειμενικού λόγου άρνησης πρόσβασης⁸⁹. Η θέση που μπορεί να κατέχει η δεσπόζουσα επιχείρηση στη συνδεδεμένη αγορά⁹⁰ είναι αδιάφορη.

Αξίζει εδώ να αναφερθεί ότι η θεωρία των βασικών διευκολύνσεων έχει συναντήσει έντονη αμφισβήτηση τόσο στο αμερικάνικό όσο και στο κοινοτικό δίκαιο. Η αμφισβήτηση αυτή εντοπίζεται τόσο ως προς τη νομιμοποίησή της θεωρίας όσο και ως προς τις ειδικότερες προϋποθέσεις εφαρμογής. Συγκεκριμένα υποστηρίζεται ότι η επιβολή υποχρέωσης παροχής πρόσβασης δε συμβιβάζεται με τους στόχους του δικαίου προστασίας του ανταγωνισμού διότι δε συμβάλλει στην ευημερία των καταναλωτών. Επιπλέον βασικές αντιρρήσεις εδράζονται και στον κίνδυνο δημιουργίας φαινομένων παρασιτικού ανταγωνισμού με αρνητικές επιδράσεις στα κίνητρα για επενδύσεις και στις δυσκολίες προσδιορισμού των όρων της παροχής πρόσβασης.

87. Π.χ. κακή εμπορική συμπεριφορά του ανταγωνιστή, έλλειψη αναγκαίου εξοπλισμού του ανταγωνιστή για ορθή χρήση της υποδομής, τεχνικά προβλήματα (περιορισμένη χωρητικότητα, κλπ.). Αντίθετα, η άρνηση πώλησης είναι καταχρηστική, εφόσον υπάρχει πρόθεση βλάβης των ανταγωνιστών. Αυτό έχει ως συνέπεια την αντιστροφή του βάρους απόδειξης. Στην άρνηση συναλλαγής ο ανταγωνιστής που θίγεται οφείλει να αποδείξει ότι η πρακτική είναι καταχρηστική, ενώ στον θεσμό των βασικών διευκολύνσεων, η άρνηση πρόσβασης τεκμαίρεται μαχητά ότι είναι καταχρηστική και η δεσπόζουσα επιχείρηση καλείται να αποδείξει τους αντικειμενικούς λόγους άρνησης.

88. Χατζόπουλος, Ο κανόνας των βασικών διευκολύνσεων (essential facilities) στο ευρωπαϊκό και εθνικό δίκαιο του ανταγωνισμού, 2002, 114, 115.

89. Χατζόπουλος, 2002, 1· Μικρουλέα, Η κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης του άρθρου 2 ν. 703/77, Χρ.Δ. ΣΤ/2006, 24· Καρύδης, 2004, 138.

90. Δηλαδή, την αγορά δράσης του ανταγωνιστή

Παρά τις αντιδράσεις, οι οποίες υφίστανται ακόμη, αξίζει να επισημανθεί πως αρχικά, η θεωρία αυτή χρησιμοποιήθηκε στο κοινοτικό δίκαιο προστασίας του ανταγωνισμού ως μέσο για την υλοποίηση της κοινοτικής πολιτικής απελευθέρωσης των μέχρι πρόσφατα μονοπωλιακών αγορών. Σήμερα η θεωρία αυτή φαίνεται ότι έχει αποκτήσει μεγάλη σημασία στο κοινοτικό δίκαιο και αυτό οφείλεται αφενός στην ευρεία εφαρμογή της θεωρίας από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή και αφετέρου στις λιγότερο αυστηρές προϋποθέσεις υπό τις οποίες επιβάλλεται η υποχρέωση παροχής πρόσβασης.

4. Τα επί μέρους στοιχεία του κανόνα των βασικών υποδομών (essential facilities)

4.1 Η ύπαρξη μιας βασικής διευκόλυνσης

Η εφαρμογή του κανόνα των βασικών διευκολύνσεων προϋποθέτει ότι μία ή περισσότερες επιχειρήσεις σε δεσπόζουσα θέση ελέγχουν την πρόσβαση σε κάποια βασική διευκόλυνση. Κατά την πιο περιοριστική άποψη στην Ευρώπη, ως διευκόλυνση με την έννοια του κανόνα θα έπρεπε να λογίζεται μόνο η υποδομή παροχής κοινωφελών υπηρεσιών. Σύμφωνα με την άποψη αυτή ο κανόνας θα εφαρμοζόταν αποκλειστικά σε υποδομές μοναδικές, όπως αεροδρόμια, λιμάνια, σιδηροδρομικοί σταθμοί κοκ και σε δίκτυα. Όμως σε μία εποχή προχωρημένης απορρύθμισης των φυσικών μονοπωλίων, η ως άνω στενή θεώρηση της έννοιας της διευκόλυνσης, ουσιαστικά στερεί τον κανόνα από κάθε άλλη εφαρμογή και τον καθιστά χωρίς αντικείμενο. Σήμερα κατεξοχήν πεδίο πρόσφορο για την εφαρμογή του κανόνα των βασικών διευκολύνσεων αποτελεί ο τομέας των νέων τεχνολογιών. Στον τομέα αυτό οι βασικές υποδομές συνίστανται σε βασικά λειτουργικά προγράμματα, όπου είναι απαραίτητη η πρόσβαση στον πηγαίο κώδικα τους, προκειμένου να δημιουργηθούν πλήρως συμβατές και λειτουργικές εφαρμογές. Αυτά τα λειτουργικά συστήματα έχουν αναπτυχθεί από ιδιωτικές εταιρείες, λόγω έγκαιρης και πετυχημένης έρευνας και ανάπτυξης (research and development), αλλά έχουν επικρατήσει κυρίως λόγω των αναγκών της ίδιας της αγοράς στην οποία απευθύνονται⁹¹.

91. Χατζόπουλος (2002) 53

4.2 Ο χαρακτήρας της διευκόλυνσης ως βασικής

Σύμφωνα με την Ευρωπαϊκή Επιτροπή μία διευκόλυνση είναι βασική όταν χωρίς πρόσβαση σε αυτή, δημιουργείται στην πράξη ένα αξεπέραστο εμπόδιο εισόδου για τους ανταγωνιστές της δεσπόζουσας επιχείρησης ή χωρίς πρόσβαση οι ανταγωνιστές θα υφίστανται ένα σοβαρό, μόνιμο και αναπόδραστο μειονέκτημα, το οποίο θα καθιστούσε τις δραστηριότητες τους αντικοινωνικές. Από τα παραπάνω προκύπτει ότι για να είναι βασική μία διευκόλυνση πρέπει να πληρούνται δύο σειρές όρων, αφενός σχετικά με την ίδια τη διευκόλυνση και αφετέρου σχετικά με τον ανταγωνιστή που ζητά πρόσβαση. Ειδικότερα:

- 1) Η διευκόλυνση οφείλει να είναι
 - η μοναδική εφικτή λύση και
 - απολύτως απαραίτητη για την είσοδο του ανταγωνιστή στη σχετική παράπλευρη αγορά
- 2) Ο ανταγωνιστής που ζητά πρόσβαση οφείλει να αποδεικνύει ότι είναι ο εν δυνάμει ιδανικός ανταγωνιστής και ότι
 - η ανάγκη πρόσβασης στην αιτούμενη υποδομή δεν οφείλεται σε δικές του ελλείψεις αλλά σε αντικειμενική αδυναμία και ότι
 - η είσοδός του στη σχετική παράπλευρη αγορά έχει σημαντικές πιθανότητες να βελτιώσει αισθητά την ανταγωνιστική δομή της αγοράς αυτής⁹².

4.3 Η αντικειμενική αδυναμία επανάληψης (duplication) της διευκόλυνσης

Οι ανταγωνιστές πρέπει να βρίσκονται σε αντικειμενική αδυναμία να δημιουργήσουν αντίστοιχη ή εναλλακτική διευκόλυνση ώστε να ενεργοποιηθούν στην παράπλευρη αγορά. Η αδυναμία αυτή μπορεί να είναι τεχνικής, οικονομικής ή νομικής φύσης. Το ΔΕΚ ακολουθεί αντικειμενική προσέγγιση για την εκτίμηση της οικονομικής αδυναμίας αναδημιουργίας, τονίζοντας ότι η δημιουργία της διευκόλυνσης πρέπει να είναι αδύνατη για οποιαδήποτε άλλη επιχείρηση μόνη της ή σε συνεργασία με άλλες επιχειρήσεις. Πέραν αυτού η οικονομική αδυναμία πρέπει να έχει διαρκή και όχι εφήμερο χαρακτήρα⁹³.

⁹². Χατζόπουλος (2002) 57,58

⁹³. Χατζόπουλος (2002) 58

4.4 Η εξασφάλιση του ανταγωνισμού σε παράπλευρη αλλά σαφώς διαχωρισμένη αγορά

Ο ανταγωνιστής που ζητά πρόσβαση στη βασική διευκόλυνση επιδιώκει να ενεργοποιηθεί σε παράπλευρη αγορά, συγγενή ή συνδεδεμένη με εκείνη της βασικής διευκόλυνσης αλλά σαφώς διαχωρισμένη. Η διευκόλυνση είναι βασική διότι ακριβώς είναι απαραίτητη για τη δημιουργία κάποιου αγαθού ή υπηρεσίας διαφόρου από την ίδια τη διευκόλυνση. Παράλληλη παράπλευρη αγορά υφίσταται στις περιπτώσεις κατά τις οποίες μία επιχείρηση παράγει ένα βασικό και ένα παράπλευρο προϊόν ή υπηρεσία, τα οποία όμως οφείλουν να χρησιμοποιηθούν μαζί, όπως για παράδειγμα ένας τύπος ηλεκτρονικού υπολογιστή μαζί με το μοναδικό συμβατό λογισμικό. Σύμφωνα με μία πιο πραγματιστική ανάλυση, ο διαχωρισμός σε κύρια και δευτερεύουσα αγορά αντιστοιχεί συχνά σε πλάσμα δικαίου και δεν έχει καμία ουσιαστική πρακτική συνέπεια. Αυτό παρατηρείται για τους εξής τρεις λόγους: α) Σε ορισμένες περιπτώσεις η κύρια αγορά στην οποία βρίσκεται η βασική διευκόλυνση είναι οικονομικά μικρής έως ανύπαρκτης σημασίας, β) Σε πολλές αποφάσεις των κοινοτικών θεσμικών οργάνων ο εντοπισμός δύο αγορών είναι εντελώς πλασματικός και δεν ανταποκρίνεται στην πραγματικότητα και γ) ως προέκταση του υπό στοιχείου β επιχειρήματος, προβάλλεται το επιχείρημα ειδικά σε σχέση με τις πληροφορίες διαλειτουργικότητας (interface information) των προγραμμάτων Η/Υ. Οι σχετικές πληροφορίες μπορούν βέβαια να αποτελέσουν το αντικείμενο οικονομικής συναλλαγής, δεν έχουν όμως καμία απολύτως αξία μεμονωμένες αν αποσπαστούν από το πρόγραμμα Η/Υ στο οποίο αναφέρονται. Στις περιπτώσεις αυτές η απαίτηση για το σαφή διαχωρισμό μεταξύ κύριας και δευτερεύουσας συνδεδεμένης αγοράς, δε μπορεί να αποτελεί το λειτουργικό κριτήριο εφαρμογής του κανόνα⁹⁴.

Έτσι κατά μία άποψη, ο διαχωρισμός μεταξύ μιας κύριας και μιας δευτερεύουσας αγοράς δεν αποτελεί στοιχείο του πραγματικού της εφαρμογής του κανόνα των βασικών διευκολύνσεων. Αντιθέτως αυτό που μετράει είναι ότι, αν ο αιτών έχει πρόσβαση στη διευκόλυνση του καθου θα τον ανταγωνιζόταν στην ίδια τελική αγορά, ανεξάρτητα από το αν η αγορά αυτή είναι η ίδια της διευκόλυνσης ή άλλη παράπλευρη αγορά⁹⁵.

94. Χατζόπουλος (2002) 62

95. Χατζόπουλος (2002) 63

Πρακτικά ωστόσο, οι υποθέσεις των essential facilities-κατά κανόνα- αφορούν δύο αγορές: την αγορά της παραχώρησης της χρήσης της διευκόλυνσης και την αγορά προηγούμενου ή επόμενου σταδίου, στην οποία προσφέρονται τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες για την παροχή των οποίων είναι απαραίτητη η χρήση της διευκόλυνσης. Με άλλα λόγια η τυπική διάρθρωση της αγοράς στις περιπτώσεις των essential facilities περιλαμβάνει μία καθετοποιημένη επιχείρηση, η οποία εκμεταλλεύεται τη βασική διευκόλυνση και παράλληλα δραστηριοποιείται σε μία αγορά επόμενου ή προηγούμενου σταδίου χρησιμοποιώντας τη βασική διευκόλυνση. Το ερώτημα που ανακύπτει είναι σε ποια αγορά θα διαπιστωθεί η δεσπόζουσα θέση της επιχείρησης κατόχου της διευκόλυνσης. Στο κοινοτικό δίκαιο (όπως προκύπτει και νομολογιακά) η δεσπόζουσα θέση πρέπει να υφίσταται στην παράπλευρη αγορά, στην οποία επιθυμεί να εισέλθει η επιχείρηση που ζητάει την πρόσβαση στη διευκόλυνση. Η συγκεκριμένη προσέγγιση απαλλάσσει από την οριοθέτηση πλασματικών αγορών, εφόσον σε αντίθεση με την αγορά της παροχής της διευκόλυνσης, στην παράπλευρη αγορά υφίσταται πραγματική συνάντηση της προσφοράς και της ζήτησης⁹⁶.

4.5 Απουσία αντικειμενικής δικαιολογίας που να δικαιολογεί την άρνηση

Η επιχείρηση- κάτοχος της βασικής διευκόλυνσης δεν υποχρεούται να παρέχει πρόσβαση σε οποιονδήποτε ή σε συγκεκριμένους ανταγωνιστές, όταν μπορεί να επικαλεστεί αντικειμενικούς λόγους που να στηρίζουν την άρνηση αυτή. Οι δικαιολογίες μπορεί να είναι κυρίως λόγοι τεχνικής φύσεως όπως λχ. Ανεπάρκεια δυναμικού, βλάβη στην ίδια τη λειτουργία της διευκόλυνσης ή πρόκληση σημαντικής δυσχέρειας στην παροχή αγαθών ή υπηρεσιών από τη δεσπόζουσα επιχείρηση. Η εφαρμογή του όρου αυτού προϋποθέτει την αντιστροφή του βάρους απόδειξης. Με άλλα λόγια εναπόκειται στην επιχείρηση –κάτοχο της διευκόλυνσης να αποδείξει ότι συντρέχουν λόγοι άρνησης⁹⁷.

96. Κατ'εφαρμογή της αμερικανικής θεωρίας των essential facilities οι δύο επιχειρήσεις πρέπει να είναι ανταγωνιστές σε συγκεκριμένη αγορά και ταυτόχρονα η μονοπωλιακή επιχείρηση πρέπει να μονοπωλεί την παράπλευρη της διευκόλυνσης αγορά στην οποία επιδιώκει να δραστηριοποιηθεί η αιτούσα την πρόσβαση επιχείρηση.

97. Χατζόπουλος (2002) 65

4.6 Η συμμόρφωση της εταιρείας στην οποία δίνεται η πρόσβαση με τις εύλογες απαιτήσεις του κατόχου της διευκόλυνσης

Ο ανταγωνιστής στον οποίον δίνεται πρόσβαση στη βασική διευκόλυνση οφείλει, αφενός μεν να καταβάλλει το αντίστοιχο τίμημα, αφετέρου δε να συμμορφώνεται με όλες τις απαραίτητες τεχνικές προδιαγραφές και προδιαγραφές ασφαλείας, ώστε να εξασφαλίζεται η εύρυθμη λειτουργία και χρήση της διευκόλυνσης όσο και από άλλους ενδεχόμενους ανταγωνιστές⁹⁸.

5. Νομολογία

Στις επόμενες παραγράφους θα προσπαθήσουμε να μελετήσουμε – με τη βοήθεια της νομολογίας του ΔΕΚ (ήδη ΔΕΕ) - περιπτώσεις όπου η άρνηση συναλλαγής μέσω της άρνησης παροχής πρόσβασης σε μία βασική υποδομή συνιστά καταχρηστική συμπεριφορά και μπορεί να υπαχθεί στην περιπτωσιολογία των πρακτικών που απαγορεύει το άρθρο 102 ΣΛΕΕ.

5.1 Υπόθεση Magill⁹⁹

Η εν λόγω υπόθεση θεωρήθηκε μια από τις πιο πρωτοποριακές και αμφισβητούμενες αποφάσεις του ΔΕΚ (ήδη ΔΕΕ) στην οποία και στηρίχθηκε η μεταγενέστερη νομολογία. Η Magill θεωρείται μια υπόθεση παροχής άδειας με βάση το κοινοτικό δίκαιο του ανταγωνισμού καθώς και μια υπόθεση «βασικών διευκολύνσεων» παρόλο που ουδέποτε αναφέρθηκε ρητά από το Δικαστήριο ο όρος αυτός.

5.1.α) Πραγματικά περιστατικά

Στα μέσα του 1980, η Ιρλανδία είχε πρόσβαση σε έξι τηλεοπτικά κανάλια (BBC1, BBC2, ITV, Channel4, RTE1, RTE2) για τα οποία υπήρχαν μόνο τρεις εβδομαδιαίοι τηλεοπτικοί οδηγοί (TV Times, Radio Times, RTE Guide). Κάθε τηλεοπτικός οδηγός περιείχε τη λίστα των δύο μόνο τηλεοπτικών προγραμμάτων από τα έξι

98. Χατζόπουλος (2002) 66

99. Απόφαση του Δικαστηρίου της 21^{ης} Δεκεμβρίου 1998, «Magill TV Guide/ITP, BBC, RTE», Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, Αριθ. L 78/43

προαναφερόμενα. Αρχικά, το περιοδικό αυτό περιείχε μόνο πληροφορίες για τα προγράμματα του Σαββατοκύριακου της RTE, του BBC, της ITV και του Channel4 καθώς και τα επίκεντρα των εβδομαδιαίων προγραμμάτων τους. Κατόπιν της δημοσίευσής τον Μάιο του 1986, ενός τεύχους του «Magill TV Guide», που αναπαρήγαγε ολόκληρο το εβδομαδιαίο πρόγραμμα εκπομπών όλων των τηλεοπτικών καναλιών, των οποίων η λήψη ήταν δυνατή στην Ιρλανδία και τη Βόρεια Ιρλανδία, το ιρλανδικό δικαστήριο υποχρέωσε την Magill, με προσωρινές διαταγές εκδοθείσες κατόπιν αιτήσεως της RTE, του BBC και της ITP, να διακόψει τη δημοσίευση των εβδομαδιαίων προγραμμάτων των τριών αυτών εταιριών, με το αιτιολογικό ότι η εν λόγω δημοσίευση συνιστούσε προσβολή του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας των εταιριών αυτών. Η απόφαση αυτή επικυρώθηκε από το ιρλανδικό Ανώτατο Δικαστήριο. Ακολούθως ο Magill προσέφυγε στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή. Ισχυρίστηκε ότι η άρνηση των τηλεοπτικών σταθμών RTE, ITV και BBC, οι οποίοι κατείχαν δεσπόζουσα θέση στην αγορά, να παρέχουν άδειες για αναπαραγωγή και χρήση της λίστας των προγραμμάτων τους, παραβιάζει το άρθρο 102 ΣΕΚ¹⁰⁰. Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή εξέδωσε την απόφασή της στις 21 Δεκεμβρίου του 1988 με την οποία δεχόταν τα επιχειρήματα του Magill και όριζε ότι οι τρεις τηλεοπτικοί σταθμοί με την τακτική τους αυτή παραβίαζαν το άρθρο 102 ΣΕΚ «...στον βαθμό που απέτρεπαν την έκδοση και πώληση πλήρων τηλεοπτικών οδηγών στην Ιρλανδία και την Βόρεια Ιρλανδία». Απαιτήθηκε από τις εταιρείες αυτές να σταματήσουν την εν λόγω παραβίαση (η οποία συνιστούσε κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης τους στην αγορά), ήτοι τη μη παροχή αδειών για τις λίστες των τηλεοπτικών προγραμμάτων τους. Οι τηλεοπτικοί σταθμοί BBC, RTE και ITP απευθύνθηκαν στο ΔΕΚ προκειμένου να ακυρώσουν την απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής.

Το Νοέμβριο του 1989 οι υποθέσεις αυτές παραπέμφθηκαν στο Πρωτοδικείο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων. Το ΠΕΚ εξέδωσε τις αποφάσεις του οι οποίες συμφωνούσαν με τις θέσεις της Επιτροπής. Το BBC επέλεξε στο σημείο εκείνο να σταματήσει τις ενέργειες του ενώ οι RTE και ITP άσκησαν έφεση ενώπιον του ΔΕΚ. Ο Γενικός Εισαγγελέας στην υπόθεση αυτή, Gulmann, πρότεινε στο ΔΕΚ να αναιρέσει την απόφαση του ΠΕΚ. Το ΔΕΚ το 1995 εξέδωσε την απόφασή του η οποία δεν

¹⁰⁰. Σταματούδη, Κοινοτικό Δίκαιο του Ανταγωνισμού και Διανοητική Ιδιοκτησία, Κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης, Νομική Βιβλιοθήκη, Αθήνα, 2006, σελ. 120.

ακολουθούσε τη θέση του Gulmann και η οποία έκρινε ότι η συμπεριφορά των τηλεοπτικών σταθμών συνιστούσε παραβίαση του άρθρου 102 ΣΕΚ.

5.1.β) Ανάλυση της Υπόθεσης

5.1.β1) Η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης

Το πρώτο βήμα στο οποίο προέβη το ΔΕΚ (ήδη ΔΕΕ) για να κρίνει αν η συμπεριφορά των τηλεοπτικών σταθμών ήταν καταχρηστική σύμφωνα με το αρ. 102 ΣΕΕ ήταν η εξέταση του κατά πόσο οι εν λόγω τηλεοπτικοί σταθμοί κατείχαν δεσπόζουσα θέση στην αγορά. Ως σχετική δε αγορά προϊόντος καθώς και ως γεωγραφική αγορά, θεωρήθηκαν η αγορά στους περιεκτικούς τηλεοπτικούς οδηγούς του καθενός εκ των τηλεοπτικών καναλιών στην Ιρλανδία και την Βόρεια Ιρλανδία, για τους οποίους δεν υπήρχε ανάλογο υποκατάστατο, εκτός των καθημερινών προγραμμάτων τηλεόρασης, τα οποία περιείχαν κάποιες εφημερίδες και περιοδικά. Στην αρχή της νομικής του σκέψης το ΔΕΚ (ήδη ΔΕΕ) κατέστησε σαφές ότι η κατοχή από μόνη της δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας δεν επιφέρει δεσπόζουσα θέση στον δικαιούχο του. Ωστόσο ανέφερε ότι παρόλο που ένα δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας, δεν καθιστά αυτόματα μια επιχείρηση δεσπόζουσα, κάτω από συγκεκριμένες συνθήκες και λαμβάνοντας υπόψιν το γεγονός ότι η μόνη πηγή παροχής βασικής πληροφορίας σχετικά με το κανάλι, την ημέρα, την ώρα και τον τίτλο μιας εκπομπής ήταν οι συγκεκριμένοι τηλεοπτικοί σταθμοί, έχει προσδοθεί σε αυτούς οικονομική δύναμη η οποία συνίσταται στο ότι έχουν κάτω από την εξουσία και τον έλεγχο τους το εν λόγω πρωτογενές υλικό και συνεπώς μπορούν να αποτρέψουν τον ανταγωνισμό στη δευτερεύουσα αγορά των εβδομαδιαίων τηλεοπτικών οδηγών.

5.1.β2) Το κατασκευάσμα των «εξαιρετικών συνθηκών»

Το ΔΕΚ (ήδη ΔΕΕ) ξεκίνησε από το δεδομένο ότι *«το αποκλειστικό δικαίωμα αναπαραγωγής αποτελεί μέρος των δικαιωμάτων του δημιουργού, έτσι ώστε η άρνηση παροχής άδειας, ακόμη και αν συνιστά πράξη μιας επιχείρησης που κατέχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά, δεν μπορεί από μόνη της να συνιστά κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης»*. Η πρώτη εξαιρετική συνθήκη σχετιζόταν με το ότι δεν υπήρχε υποκατάστατο στην αγορά για αυτού του τύπου το προϊόν και με το ότι υπήρχε *«μια συγκεκριμένη, επίμονη και διαρκής ενδεχόμενη ζήτηση από την πλευρά των καταναλωτών»* ¹⁰¹.

101. Υπόθεση Magill, σκέψεις 47-49

Αναλυτικότερα, οι ημερήσιοι τηλεοπτικοί οδηγοί που εξέδιδαν ορισμένες εφημερίδες και περιοδικά, έχοντας εξασφαλίσει άδειες από τα σχετικά κανάλια, καθώς και οι εβδομαδιαίοι τηλεοπτικοί οδηγοί οι οποίοι περιλάμβαναν το πρόγραμμα των δύο το πολύ εκ των έξι καναλιών που εξέπεμπαν, δεν κάλυπταν τις ανάγκες των τηλεθεατών, οι οποίοι επιζητούσαν προηγούμενη ενημέρωση για το πρόγραμμα όλης της εβδομάδας. Συνεπώς η μόνη πηγή προκειμένου να προμηθευτεί κάποιος τις βασικές αυτές πληροφορίες ήταν οι τηλεοπτικοί σταθμοί, οι οποίοι με την άρνησή τους να παράσχουν το πρωτογενές αυτό υλικό, απέτρεπαν τη γέννηση ενός νέου προϊόντος. *«Η άρνησή τους αυτή συνιστούσε κατάχρηση σύμφωνα με το εδάφιο β της δεύτερης παραγράφου του άρθρου 86 (σημερινό 102) της Συνθήκης»*¹⁰².

Η δεύτερη εξαιρετική συνθήκη συνίστατο στο γεγονός ότι η άρνηση των τηλεοπτικών εταιρειών προκειμένου να παράσχουν τις πληροφορίες αυτές δεν δικαιολογείτο ούτε λόγω της δραστηριότητάς τους ως τηλεοπτικών σταθμών ούτε αυτής ως εκδοτών τηλεοπτικών οδηγών, δεν υπήρχε δηλαδή αντικειμενική δικαιολογία για την εν λόγω άρνηση. Αυτό που υπονοείται στην συγκεκριμένη εξαιρετική περίπτωση είναι ότι η κατοχή ενός ΔΔΙ δεν αποτελεί αντικειμενική δικαιολογία για την εκδήλωση μιας συμπεριφοράς αποκλεισμού¹⁰³.

Η τρίτη και τελευταία εξαιρετική συνθήκη συνίστατο στην εκτίμηση ότι η άρνηση των τηλεοπτικών σταθμών να παράσχουν στον Magill τις λίστες προγραμμάτων τους αποτελούσε στην ουσία άρνηση πρόσβασης σε βασικές πληροφορίες, οι οποίες ήταν απαραίτητες για τη δημιουργία εβδομαδιαίων περιεκτικών τηλεοπτικών οδηγών και με αυτόν τον τρόπο επεφύλασσαν για τις ίδιες μια δευτερεύουσα αγορά αποκλείοντας στην αγορά αυτή κάθε άλλο ανταγωνισμό. Δηλαδή, χρησιμοποίησαν αποτελεσματικά μια de facto μονοπωλιακή θέση στην αγορά των περιεκτικών τηλεοπτικών οδηγών καθενός εκ των τηλεοπτικών καναλιών που συνίσταντο σε ένα απαραίτητο στοιχείο ή εγκατάσταση, προκειμένου να διατηρήσουν το μονοπώλιο σε μια δευτερεύουσα, αγορά, ήτοι την αγορά των εβδομαδιαίων τηλεοπτικών οδηγών. Στην συγκεκριμένη βέβαια περίπτωση η δευτερεύουσα αυτή αγορά ήταν υποθετική καθώς μέχρι και τότε κανένας δεν δραστηριοποιούνταν σε αυτήν.

¹⁰². Υπόθεση Magill, παράγραφος 63

¹⁰³. *Andermann St./Schmidt He.*, EU Competition Law and Intellectual Property Rights, the Regulation of Innovation, Oxford University Press, 2011.104

Αυτό που βλέπουμε ξεκάθαρα στην υπόθεση Magill είναι ότι οι εξαιρετικές συνθήκες που απαιτείται να συντρέχουν προκειμένου να μην συνιστά η άρνηση χορήγησης άδειας εκμετάλλευσης από μια επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση καταχρηστική συμπεριφορά υπό το αρ. 102 ΣΛΕΕ, ουσιαστικά επαναλαμβάνουν την θεωρία των βασικών διευκολύνσεων. Το επιπλέον στοιχείο που προστίθεται είναι ο κανόνας του νέου προϊόντος σύμφωνα με τον οποίο ένας έλεγχος των εξαιρετικών συνθηκών θα πρέπει να περιλαμβάνει και το αν ένας κάτοχος ενός ΔΔΙ κατέχει μια απαραίτητη πρώτη ύλη για ένα νέο προϊόν με ξεκάθαρη καταναλωτική ζήτηση. Αν i) αυτή η πρώτη ύλη αποτελεί de facto μονοπώλιο, δεν υπάρχουν δηλαδή πραγματικά ή δυνητικά υποκατάστατα για αυτή, αν ii) τη χρησιμοποιεί χωρίς αντικειμενική δικαιολογία για να εμποδίσει την εμφάνιση νέου προϊόντος και αν iii) δεν την προσφέρει ο ίδιος, τότε η άρνηση για παροχή ή αδειοδότηση της πρώτης ύλης μπορεί να συνιστά κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης. Το προστατευόμενο συμφέρον από αυτή την παράβαση είναι προφανώς η καταναλωτική ζήτηση.

6. Υπόθεση IMS¹⁰⁴

6.1 Πραγματικά περιστατικά

Η IMS Health (εφεξής IMS) δραστηριοποιείται στον τομέα της συλλογής και της διάθεσης δεδομένων που αφορούν περιφερειακές πωλήσεις φαρμακευτικών προϊόντων στη Γερμανία. Η IMS δημιούργησε σε συνεργασία με μια ομάδα στην οποία συμμετείχαν φαρμακευτικές εταιρίες που ήταν πελάτες της IMS, μια συγκεκριμένη βάση δεδομένων, βάσει της οποίας διατίθεντο τα εν λόγω δεδομένα πωλήσεων στα διάφορα φαρμακεία και ιατρεία. Μάλιστα, δεν πώλησε απλώς αλλά διένειμε δωρεάν στα φαρμακεία και ιατρεία την εν λόγω βάση δεδομένων ή διαφορετικά δομή μωσαϊκού, η οποία αποτελείτο από ένα «μωσαϊκό» 1860 τμημάτων και η οποία με τον τρόπο αυτό καταστάθηκε ο κανόνας στην οικεία αγορά δεδομένου ότι οι πελάτες προσάρμοσαν τα συστήματα πληροφορικής και διανομής τους σε αυτή τη βάση δεδομένων. Η NDC Health (εφεξής NDC) η οποία δραστηριοποιείτο στον ίδιο τομέα προσπάθησε να χρησιμοποιήσει παρόμοιες δομές μωσαϊκού στη σχετική αγορά χωρίς ωστόσο να έχει επιτυχία διότι οι

104. Απόφαση του Δικαστηρίου (πέμπτο τμήμα) της 29ης Απριλίου 2004, IMS Health GmbH & Co. OHG κατά NDC Health GmbH & Co. KG, Υπόθεση C-418/01. Συλλογή της Νομολογίας του Δικαστηρίου 2004 σελίδα I-05039

πελάτες είχαν συνηθίσει τη δομή μωσαϊκού των 1860 τμημάτων. Στην προσπάθεια της η NDC να διαθέσει στην αγορά δομές που στηρίζονταν σε αυτή της IMS, η τελευταία τη σταμάτησε με βάση το δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας που είχε στη συγκεκριμένη δομή μωσαϊκού, η οποία προστατευόταν ως βάση δεδομένων.

Το 2000 η NDC υπέβαλε καταγγελία στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή με την αιτιολογία ότι η άρνηση της IMS να της χορηγήσει άδεια εκμετάλλευσης της δομής μωσαϊκού των 1860 τμημάτων συνιστά κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης που η εταιρία αυτή έχει στη σχετική αγορά. Η Επιτροπή το 2001 με την απόφαση 2002/165/EK διέταξε την IMS να χορηγήσει άδεια εκμετάλλευσης της εν λόγω βάσης δεδομένων σε όλες τις επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνταν στην αγορά των υπηρεσιών παροχής δεδομένων για τις περιφερειακές πωλήσεις στη Γερμανία. Η αιτιολογία που προέβαλε η Επιτροπή στη συγκεκριμένη περίπτωση ήταν ότι υπήρχαν «εξαιρετικές περιστάσεις», οι οποίες συνίστατο στο ότι η συγκεκριμένη βάση δεδομένων είχε καταστεί ο κανόνας στη σχετική αγορά (industry standard). Συγκεκριμένα, η Επιτροπή έκρινε ότι η εν λόγω βάση δεδομένων αποτελούσε βασική διευκόλυνση καθώς είχε καταστεί de facto πρότυπο στην αγορά. Η άρνηση παροχής πρόσβασης σε τρίτους στη βάση αυτή από την IMS άνευ αντικειμενικής αιτιολογίας ενδέχεται να καταργήσει κάθε μορφή ανταγωνισμού στη σχετική αγορά δεδομένου ότι χωρίς τη βάση αυτή ο ανταγωνισμός στη σχετική αγορά δεν ήταν δυνατός¹⁰⁵.

Τα ερωτήματα που απευθύνθηκαν στο ΔΕΚ (ήδη ΔΕΕ) αναφέρονται ως επί το πλείστον στις εξαιρετικές συνθήκες της υπόθεσης Magill. Οι νέες παράμετροι που προστέθηκαν εν προκειμένω, έχουν να κάνουν με τη συμμετοχής τρίτων - και μάλιστα πελατών - στη δημιουργία ενός προϊόντος καθώς και με το κόστος της προσαρμογής των συστημάτων των πελατών σε ένα πιθανό νέο προϊόν που να εξυπηρετεί τις ίδιες ανάγκες. Με αυτόν τον τρόπο φαίνεται να εξετάζεται κατά πόσο οι εξαιρετικές συνθήκες της υπόθεσης Magill εφαρμόζονται μόνον σωρευτικά και όχι επιλεκτικά καθώς και αν είναι δυνατόν να εμπλουτιστούν με νέες εξαιρετικές περιστάσεις.

105. *Andermann/Schimdt*, (2011) 80 επτ

6.2 Η απόφαση του ΔΕΚ

Το δικαστήριο επανέλαβε τις βασικές του θέσεις όπως αυτές είχαν εκφραστεί σε προηγούμενες υποθέσεις. Αρχικά διαπίστωσε για άλλη μια φορά ότι το αποκλειστικό δικαίωμα αναπαραγωγής του δημιουργού συγκαταλέγεται στις εξουσίες του με αποτέλεσμα η άρνηση παροχής άδειας σε τρίτους να μην συνιστά κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης¹⁰⁶. Ωστόσο συνέχισε αποφαινόμενο ότι η εκ μέρους του δικαιούχου άσκηση του αποκλειστικού αυτού δικαιώματός του ενδέχεται σε εξαιρετικές περιστάσεις να συνιστά καταχρηστική συμπεριφορά¹⁰⁷.

Στη συνέχεια, το ΔΕΚ (ήδη ΔΕΕ) απάντησε στο δεύτερο και το τρίτο προδικαστικό ερώτημα που του είχε απευθυνθεί από το εθνικό δικαστήριο ακολουθώντας το σκεπτικό του Γενικού Εισαγγελέα Tizzano. Συγκεκριμένα παρατήρησε ότι: *«αν θεωρηθεί αποδεδειγμένος ο υψηλός βαθμός συμμετοχής των φαρμακευτικών εργαστηρίων στην ανάπτυξη της προστατευόμενης από το δικαίωμα του δημιουργού δομής μωσαϊκού 1860 τμημάτων, τότε δημιούργησε μιας τεχνικής φύσεως εξάρτηση των χρηστών από την εν λόγω δομή, ιδίως σε επίπεδο τεχνικής οργάνωσης. Υπό τις συνθήκες αυτές είναι πιθανό ότι τα εργαστήρια θα έπρεπε να υποβληθούν σε ιδιαίτερα μεγάλες δαπάνες από τεχνικής και οικονομικής άποψης προκειμένου να μπορέσουν να προμηθευτούν μελέτες επί των περιφερειακών πωλήσεων φαρμακευτικών προϊόντων βασιζόμενες σε άλλη δομή πέραν της προστατευόμενης από δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας. Κατά συνέπεια, ο προμηθευτής της εναλλακτικής αυτής δομής ενδέχεται να υποχρεωθεί να προσφέρει οικονομικούς όρους που αποκλείουν κάθε περιθώριο οικονομικής απόδοσης για δραστηριότητα ανάλογης κλίμακας με εκείνη της επιχείρησης που ελέγχει την προστατευόμενη δομή»*¹⁰⁸.

Το ΔΕΚ (ήδη ΔΕΕ) διερεύνησε μία προς μία τις απαραίτητες εξαιρετικές περιστάσεις, όπως αυτές διαμορφώθηκαν στην υπόθεση Magill προκειμένου να διαπιστώσει τυχόν κατάχρηση από μέρους της IMS. Τις περιστάσεις αυτές τις ανήγαγε σε τρεις:

1. η άρνηση να εμποδίζει την εμφάνιση ενός νέου προϊόντος για το οποίο υπάρχει εν δυνάμει ζήτηση εκ μέρους των καταναλωτών,

¹⁰⁶. Υπόθεση C-418/01, IMS Health GmbH Co. OHG κατά NDC Health GmbH & Co. KG, Παραγρ. 34 με αναφορά στις υποθέσεις Volvo, παραγρ. 8 και Magill παραγρ. 49

¹⁰⁷. Υπόθεση C-418/01, IMS Health GmbH Co. OHG κατά NDC Health GmbH & Co. KG, Παράγρ. 35 με αναφορά στις Υποθέσεις Volvo παραγρ. 9 και Magill παραγρ. 50

¹⁰⁸. Υπόθεση C-418/01, IMS Health GmbH Co. OHG κατά NDC Health GmbH & Co. KG, Παραγρ. 29

2. η άρνηση αυτή να είναι αδικαιολόγητη, και
3. να μπορεί να αποκλείσει κάθε μορφή ανταγωνισμού σε μία παράγωγη αγορά.

Σε σχέση με την ύπαρξη της πρώτης εξαιρετικής περίπτωσης το Δικαστήριο ακολούθησε την άποψη του Γενικού Εισαγγελέα. Η άρνηση ενός επιχειρηματία που κατέχει δεσπόμενη θέση στη σχετική αγορά θεωρείται καταχρηστική μόνον στην περίπτωση που ο αιτών την άδεια δεν προτίθεται να περιοριστεί στην αναπαραγωγή των προϊόντων ή υπηρεσιών που διατίθενται ήδη στην παράγωγη αγορά από τη δεσπόμενη επιχείρηση αλλά σκοπεύει να προσφέρει νέα προϊόντα ή υπηρεσίες πέραν αυτών του δικαιούχου, για τα οποία ή για τις οποίες υπάρχει εν δυνάμει ζήτηση εκ μέρους των καταναλωτών¹⁰⁹. Δηλαδή ο δικαιούχος δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας έχει την δυνατότητα να αρνηθεί σε τρίτους να χρησιμοποιήσουν το προϊόν ή την υπηρεσία του «ως έχουν» προκειμένου να τον ανταγωνιστούν στην δευτερεύουσα αγορά στην οποία ο ίδιος δραστηριοποιείται, ήτοι υπάρχει υποχρέωση για τον αιτούντα την άδεια να παράξει ένα νέο προϊόν πέραν αυτού του δικαιούχου.

Σε σχέση με τη δεύτερη εξαιρετική περίπτωση, το ΔΕΚ (ήδη ΔΕΕ) αποφάνθηκε ότι εναπόκειται στο εθνικό δικαστήριο να εκτιμήσει κατά πόσο η συγκεκριμένη άδεια εκμετάλλευσης δικαιολογείται με βάση αντικειμενικές εκτιμήσεις.

Αναφορικά με την τρίτη εξαιρετική περίπτωση, ήτοι τον κίνδυνο αποκλεισμού κάθε μορφής ανταγωνισμού σε μια παράγωγη αγορά, το ΔΕΚ (ήδη ΔΕΕ) αποφάνθηκε ότι έχει σημασία να γίνει διάκριση μεταξύ μιας πρωτογενούς αγοράς, η οποία συνίσταται στο εν λόγω προϊόν ή υπηρεσία και μιας δευτερογενούς (παράγωγης-συμπληρωματικής), εν δυνάμει ενδεχομένως και υποθετικής αγοράς, στην οποία το επίμαχο προϊόν ή η επίμαχη υπηρεσία χρησιμοποιείται για την παραγωγή ενός άλλου προϊόντος ή την παροχή μιας άλλης υπηρεσίας. Συμπεραίνουμε συνεπώς, ότι η άρνηση παροχής άδειας εκμετάλλευσης ενός προϊόντος ή υπηρεσίας, η οποία συμπίπτει με την άρνηση παροχής άδειας δικαιώματος αναπαραγωγής, συνιστά κατάχρηση δεσπόμενης θέσης μόνον σε περίπτωση που αντιστοιχεί σε χρήση που επιδιώκει ο αιτών σε παρεπόμενη (δευτερεύουσα) αγορά και όχι στην αγορά της κύριας δραστηριότητας της δεσπόμενης επιχείρησης. Η διάκριση μεταξύ κύριας και παρεπόμενης αγοράς ενδέχεται να μην είναι

109. Υπόθεση C-418/01, IMS Health GmbH Co. OHG κατά NDC Health GmbH & Co. KG, Παραγρ. 49

πραγματική αλλά απλώς υποτιθέμενη. Σε κάθε περίπτωση στη δευτερεύουσα αυτή αγορά μπορεί να δραστηριοποιείται και η δεσπόζουσα επιχείρηση.

6.3 Κριτική επί της υπόθεσης IMS

Η απόφαση του ΔΕΚ (ήδη ΔΕΕ) επί της IMS κατ' αρχήν βοήθησε στο να διαλευκανθεί ο ρόλος της πνευματικής ιδιοκτησίας σε μια αγορά ελεύθερου ανταγωνισμού. Ένα δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας μπορεί να θεωρηθεί ως βασική διευκόλυνση για ανταγωνιστές που δραστηριοποιούνται στη σχετική αγορά βάσει όμως πιο αυστηρών προϋποθέσεων από αυτές που εφαρμόζονται σε δικαιώματα ενσώματης (υλικής) ιδιοκτησίας¹¹⁰. Έτσι η πνευματική ιδιοκτησία τίθεται σε πλεονεκτικότερη θέση έναντι των άλλων υλικών αγαθών ενώ φαίνεται να αναγνωρίζεται ο ρόλος και τα οφέλη της στην ελεύθερη αγορά καθώς και στην προώθηση της έρευνας, της ανάπτυξης, της καινοτομίας και κατά συνέπεια της κοινωνικής ευημερίας. Αν και στην απόφαση δεν γίνεται σχετική ανάλυση, η προκείμενη περίπτωση μονοπώλησης της αγοράς (η στην απόφαση αναφερόμενη «αποκλειστικότητα») φαίνεται ότι προήλθε από εξωτερικότητες δικτύου (network externalities). Συγκεκριμένα, η επιβολή της δομής ως εν τοις πράγμασι προτύπου της αγοράς οδήγησε στην εμφάνιση αποτελέσματος δικτύου (network effect)¹¹¹.

Στην οικονομική ανάλυση, οι εξωτερικότητες δικτύου υφίστανται όταν η αξία κατανάλωσης ενός προϊόντος για έναν καταναλωτή εξαρτάται (με θετικό ή και αρνητικό τρόπο) από τον αριθμό άλλων καταναλωτών που αγοράζουν το εν λόγω προϊόν. Οι εξωτερικότητες δικτύου αποτελούν εξωγενείς παράγοντες που δεν εξαρτώνται από την πραγματική επιχειρηματική αξία και αποτελεσματικότητα του κατέχοντος τη δεσπόζουσα θέση. Έτσι η ύπαρξή τους, σε συνδυασμό με το παρεμποδιστικό αποτέλεσμα μιας πρακτικής, καλεί σε εφαρμογή το άρθρο 102 ΣΛΕΕ. Εάν δηλαδή η άσκηση ενός αποκλειστικού δικαιώματος α) γίνεται με τρόπο που να παρεμποδίζει και να αποκλείει κάθε ανταγωνισμό και β) δεν αντανakλά υπέρτερη αξία του κατόχου του αλλά αντίθετα εξωγενείς παράγοντες είναι αυτοί που καθιστούν αυτό το δικαίωμα απαραίτητο και μη αναπαράξιμο και προσδίδουν στον κάτοχό του την ισχύ να μονοπωλεί την αγορά, τότε οι

¹¹⁰. Σταματούδη, (2006),158

¹¹¹. Μερτικοπούλου, Η προδικαστική απόφαση του ΔΕΚ στην IMS Health κ. NDC Health και η -εξαιρετική-αναγκαστική παραχώρηση άδειας εκμετάλλευσης αποκλειστικού δικαιώματος υπό το άρθρο 82 ΕΚ, σημείωση στην ΔΕΚ Υπόθ. C- 418 /2001, απόφ. της 29.4.2004, ΔΕΕ 2004,754 επ

εξαιρετικές αυτές περιστάσεις καθιστούν καταχρηστική την άρνηση χορήγησης άδειας χρήσης του δικαιώματος¹¹².

6.4 Η προϋπόθεση παρεμπόδισης ενός νέου προϊόντος

Το ΔΕΚ (ήδη ΔΕΕ) στην υπόθεση IMS δεν διευκρινίζει αν ως νέο προϊόν θεωρεί ένα προϊόν με ειδοποιούς διαφορές από αυτό που προσφέρει ο κάτοχος του ΔΠΙ ή για ένα απλώς βελτιωμένο προϊόν¹¹³. Απαιτείται δηλαδή εξειδίκευση των χαρακτηριστικών που πρέπει να διακρίνουν ένα προϊόν προκειμένου αυτό να ορισθεί ως «νέο». Περίπτωση ενός πραγματικά νέου προϊόντος θα συντρέχει αν ο δικαιούχος δεν δραστηριοποιείται στην εν δυνάμει παράγωγη αγορά -εάν ήδη παρέχει το προϊόν που και οι αιτούντες σκοπούν να παράσχουν (όπως στην περίπτωση της IMS) θα πρόκειται για ένα απλώς βελτιωμένο προϊόν. Η διατήρηση πάντως ανενεργού της αγοράς του ουσιαστικά νέου προϊόντος από τον κάτοχο του πνευματικού δικαιώματος πρέπει να θεωρηθεί ότι συνιστά υπέρβαση της ουσίας του πνευματικού δικαιώματος (όχι απλώς ένα νόμιμο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα) και ότι τίθεται έτσι εκποδών του προστατευτικού πεδίου του δικαίου πνευματικού δικαιώματος όταν αυτό συγκρούεται με το δίκαιο κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού.

Σε κάθε περίπτωση, η χρήση του επισφαλούς και ανεπαρκώς οριοθετημένου κριτηρίου παρεμπόδισης της εμφάνισης ενός νέου, καινοτόμου προϊόντος στην αγορά φαίνεται να λειτουργεί ως κυματοθραύστης για το «compulsory licensing» αποσκοπώντας στο μετριασμό της σφοδρότητας σύγκρουσης των ΔΠΙ με τους κανόνες του αντιτράστ. Αν και ελέγχεται η αποτελεσματικότητα του κριτηρίου, αν θεωρηθεί

¹¹². Μερτικοπούλου (2004), 754 επ. «Η δομή μωσαϊκού δεν έχει ιδιαίτερη αξία υπό το πρίσμα της δημιουργικότητας, πλην αυτής που της προσδίδει το γεγονός ότι αναπτύχθηκε με τη συνεργασία των χρηστών στους οποίους απευθυνόταν (εταιρίες φαρμακοβιομηχανίας) και οι οποίοι, ως πλέον κατάλληλοι να αποφανθούν περί του τρόπου καθορισμού των τμημάτων του «μωσαϊκού», φαίνεται ότι προσέδωσαν στο προϊόν καθοριστική προστιθέμενη αξία. Επίσης, οι εν λόγω δομές διαδόθηκαν τόσο αποτελεσματικά διότι η κάτοχός τους τις διένειμε δωρεάν σε ορισμένους από τους ενδιαφερομένους (φαρμακεία-ιατρεία), με αποτέλεσμα οι πελάτες να προσαρμόσουν τα συστήματά τους σε αυτές και έτσι η πρακτική αυτή να συμβάλει στο να καταστεί η δομή αυτή εν τοις πράγμασι πρότυπο της αγοράς. Έτσι, οι χρήστες αυξήθηκαν σε βαθμό που η δομή μωσαϊκού να γίνει μη εναλλάξιμη λόγω των δαπανών που η προσαρμογή σε μία νέα δομή θα συνεπαγόταν, της απροθυμίας των χρηστών να υιοθετήσουν ένα νέο σύστημα και του χρόνου που κάτι τέτοιο θα απαιτούσε. Η δυσκολία εξοικείωσης των χρηστών με ανταγωνιστικά προϊόντα ή το κόστος που συνεπάγεται κάτι τέτοιο συνιστούν χαρακτηριστικά των industry standards αλλά και εν προκειμένω στοιχεία ενισχυτικά της αναγκαιότητας της δομής».

¹¹³. Υπόθεση C-418/01, IMS Health GmbH Co. OHG κατά NDC Health GmbH & Co. KG, Παραγρ. 49

νομολογιακός κανόνας από τη φύση του περιορίζεται στις υποθέσεις όπου η κατάσταση bottleneck προκαλείται από δικαίωμα πνευματικής ή βιομηχανικής ιδιοκτησίας. Εξάλλου, ο βαθμός καινοτομίας που θα πρέπει να επιτυγχάνεται κάθε φορά μέσω του παράγωγου προϊόντος σκόπιμο θα ήταν να είναι ανάλογος με τη δημιουργική αξία του προστατευομένου αποκλειστικού δικαιώματος. Πάντως, ως προς την υποχρεωτική άδεια εκμετάλλευσης άλλων δικαιωμάτων επιβεβαιώνεται η ανάγκη συνδρομής του παράγοντα των «εξαιρετικών συνθηκών» της Magill, ο οποίος παίρνει τη μορφή ενός πιο προβλέψιμου ίσως τεστ, χωρίς αυτό να σημαίνει ότι οι παράμετροί του έχουν πλήρως αποσαφηνισθεί. Επιπλέον, η συγκεκριμένη υπόθεση κατέδειξε ότι αν και κατέστη εμφανές από την υπόθεση Magill ότι οι εξαιρετικές προϋποθέσεις που προέβλεψε εκεί το Δικαστήριο πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά προκειμένου να διαπιστωθεί κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης, δεν αποκλείεται στο μέλλον η προσθήκη επιπλέον περιστάσεων. Αυτές ενδέχεται να εμφανισθούν και ως διαφορετικές πτυχές των υπαρχόντων περιστάσεων, όπως συνέβη με τη συμμετοχή χρηστών στη συγκεκριμένη βάση δεδομένων και το υψηλό κόστος προσαρμογής των συστημάτων των χρηστών προκειμένου να δεχθούν ένα πιθανώς νέο προϊόν, τα οποία και εξετάστηκαν ως πτυχή της εξαιρετικής περίπτωσης της «αναγκαιότητας» ενός προϊόντος. Ουσιαστικά, πάντως, η υπόθεση IMS επανέλαβε τις «εξαιρετικές περιστάσεις» της υπόθεσης Magill και δεν προέβη στην πρόσθεση νέων.

Για την κρίση του Δικαστηρίου σχετικά με την ύπαρξη ή μη κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης φαίνεται να παίζει ιδιάζοντα ρόλο η φύση του προϊόντος ή της υπηρεσίας που εμπλέκεται στην κάθε περίπτωση έτσι ώστε όσο πιο χρηστικό και τεχνικό είναι ένα προϊόν, τόσο πιο εύκολα εμπίπτει στο φίλτρο του ανταγωνισμού. Έτσι, στην παρούσα υπόθεση δεν επετράπη η αναπαραγωγή και εκμετάλλευση του προϊόντος αυτού καθ' εαυτού καθώς και η θέση του από τον αιτούντα την άδεια στην αγορά «ως έχει». Στην υπόθεση Magill ενώ γίνεται λόγος για ένα νέο προϊόν, στην ουσία το νέο αυτό προϊόν περιέχει και εκμεταλλεύεται αυτούσιο το προϊόν των τηλεοπτικών σταθμών. Εκεί έχουμε ένα προϊόν το οποίο δεν αξίζει καμία προστασία ενώ στην υπόθεση IMS Health έχουμε ένα προϊόν άξιο προστασίας αλλά και με έντονο χρηστικό και λειτουργικό χαρακτήρα. Συνεπώς το δεύτερο προϊόν αξίζει πιο ευνοϊκή μεταχείριση από το πρώτο.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ Β:

Η ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΤΟΥ ΚΑΝΟΝΑ ΤΩΝ “ESSENTIAL FACILITIES” ΣΤΟΝ ΤΟΜΕΑ ΤΗΣ ΥΨΗΛΗΣ ΤΕΧΝΟΛΟΓΙΑΣ- Η ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΗΣ MICROSOFT

1. Προστασία Λογισμικού (SOFTWARE)

Στην εποχή μας το Διαδίκτυο έχει αναδειχθεί σε ένα ιδιαίτερα δυναμικό επικοινωνιακό μέσο που τείνει να ξεπεράσει τα άλλα παραδοσιακά μέσα, όπως είναι η τηλεόραση και ο τύπος. Αυτό συμβαίνει για τον εξής απλούστατο λόγο: το Διαδίκτυο παρέχει στους χρήστες του τη δυνατότητα πρόσβασης σε έναν απεριόριστο όγκο πληροφοριών παγκοσμίως, αλλά και τη δυνατότητα ενεργού συμμετοχής σε αυτό, είτε με τη δημοσιοποίηση περιεχομένου σε σελίδες Διαδικτύου, είτε με τη συμμετοχή σε ομάδες ενδιαφέροντος (newsgroups, mailing lists, forums συζητήσεων, chatrooms κλπ.), είτε, τέλος, με τη συγγραφή ψηφιακών ημερολογίων (blogs) κ.ο.κ.¹¹⁴ Στην ψηφιακή εποχή η πειρατεία λογισμικού¹¹⁵ αποτελεί ένα διαρκώς αυξανόμενο παρασιτικό φαινόμενο στο χώρο της πνευματικής ιδιοκτησίας με αντίκτυπο σε κοινωνικό και οικονομικό επίπεδο¹¹⁶.

Η πειρατεία προγραμμάτων η/υ, στο μέτρο που συνεπάγεται τη χωρίς δικαίωμα, εκ του νόμου ή από σύμβαση, αντιγραφή τους, πλήττει ευθέως την εξουσία αναπαραγωγής του έργου, η οποία γεννιέται στο πρόσωπο του δημιουργού, αποτελώντας την πεμπουσία του αποκλειστικού του δικαιώματος στην εκμετάλλευση του έργου¹¹⁷. Ορόσημο αποτέλεσε η υιοθέτηση του δικαίου πνευματικής ιδιοκτησίας για την προστασία προγραμμάτων η/υ από την Οδηγία 91/250/ΕΟΚ¹¹⁸ με την οποία

114. *Ιγγλεζάκης*, Επιτρεπόμενες πράξεις στο Διαδίκτυο εκ μέρους των χρηστών από τη σκοπιά του δικαίου της πνευματικής ιδιοκτησίας, ΔΕΕ 2007, 670 επ

115. *Μαρίνος*, Λογισμικό (software): Νομική προστασία και συμβάσεις, 1989

116. *Andrés/ Goel*, Does software piracy affect economic growth? Evidence across countries, Journal of Policy Modeling 2012, 284.

117. *Αλεξανδροπούλου-Αιγυπιάδου*, Πειρατεία προγραμμάτων ηλεκτρονικών υπολογιστών και προστασία του δικαιώματος αναπαραγωγής τους (ενόψει και του πρόσφατου νόμου 3524/2007), ΕΛΛΔνη 2007, 1315.

118. Οδηγία 1991/250/ΕΟΚ της 14^{ης} Μαΐου 1991, για τη νομική προστασία των προγραμμάτων ηλεκτρονικών υπολογιστών, ΕΕ 17.5.1991, L. 122/42 όπως τροποποιήθηκε από την Οδηγία 1993/98/ΕΟΚ της 29^{ης} Οκτωβρίου 1993, ΕΕ 24.11.1993, L. 290/9, η οποία κωδικοποιήθηκε με την Οδηγία 2006/116/ΕΚ της 12^{ης} Δεκεμβρίου 2006, ΕΕ 27.12.2006, L 372/12

θεσπίστηκε η υποχρέωση των κρατών μελών της Ε.Ε. να προστατεύσουν τα προγράμματα η/υ με δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας ως λογοτεχνικά έργα, μετά από ταλαντεύσεις των θεωρητικών¹¹⁹ ανάμεσα στα δίκαια της πνευματικής ιδιοκτησίας, των εφευρέσεων¹²⁰ και του ελεύθερου ανταγωνισμού¹²¹. Προκρίθηκε ωστόσο η χορήγηση προστασίας με βάση το δίκαιο της πνευματικής ιδιοκτησίας επειδή παρείχε το πλεονέκτημα της προστασίας χωρίς διατυπώσεις, παρακάμπτοντας ταυτόχρονα τις απαιτήσεις ύπαρξης νεωτερικότητας και εφευρετικότητας. Ως αντιστάθμισμα βέβαια πρέπει να πληρούται η προϋπόθεση της πρωτοτυπίας¹²², όπως όμως θα αναλυθεί κατωτέρω (υπό 1.1.), πρόκειται για μια ευρύτερη έννοια της πρωτοτυπίας. Ασφαλώς, υιοθετήθηκαν ιδιαίτερες ρυθμίσεις, προσαρμοσμένες στις ιδιαιτερότητες και τα προβλήματα που είχαν στο μεταξύ προκύψει. Ισχύουσα είναι η Οδηγία 2009/24/ΕΕ¹²³, η οποία κωδικοποίησε διατάξεις και κατήργησε την παραπάνω 91/250/ΕΟΚ.

Στη χώρα μας η εν λόγω προστασία εκφράζεται στα άρθρα 40 επ. του ν. 2121/1993¹²⁴ όπως τροποποιημένα ισχύουν, ενώ σε διεθνές επίπεδο, η προστασία αυτή επιχειρείται με διεθνείς συμβάσεις, όπως η διεθνής σύμβαση της Βέρνης του 1886¹²⁵, η Συνθήκη της Παγκόσμιας Οργάνωσης Διανοητικής Ιδιοκτησίας (ΠΟΔΙ)¹²⁶ που υπεγράφη στη Γενεύη το 1996 και η Συμφωνία TRIPS¹²⁷.

119. Παρά τις έντονες διαμάχες των θεωρητικών, η νομολογία τόσο στο εξωτερικό όσο και στη χώρα μας είχε από νωρίς δεχτεί ότι πρόκειται για πνευματικό δημιούργημα που προστατεύεται με βάση το δίκαιο της πνευματικής ιδιοκτησίας, ΜονΠρωτΑθ 13760/1988, ΕλλΔνη 1989, 371· ΜονΠρωτΘεσ 1571/1989, Αρμ 1990, 642· ΠολΠρωτΑθ 5235/1991, ΕλλΔνη 1992, 1298

120. *Yang, Software protection: Copyrightability vs patentability*, Journals of Intellectual Property Rights, 2012, 160 · *Wilk A.*, Patentability of software, Proceedings 2012 – IEEE International Conference on Software Science, Technology and Engineering, SWSTE 2012, 30

121. *Αλεξανδροπούλου-Αιγυπτιάδου*, ΕλλΔνη 2007, 1315

122. *Σερενίδης*, Προσβολές της πνευματικής ιδιοκτησίας στα ψηφιακά δίκτυα, 2010, 301 επ.

123. ΕΕ 5.5.2009, L. 111/16.

124. ΦΕΚ/Α/25/4.3.1993

125. Η οποία κυρώθηκε με το Ν. 100/1975, ΦΕΚ/Α/162/1.8.1975

126. WIPO Copyright Treaty – WCT

127. Η οποία κυρώθηκε με τον Ν. 2290/1995, ΦΕΚ/Α/28/9.2.1995

1.1. Υποκείμενο και αντικείμενο προστασίας - Όρια εξουσίας δικαιούχου - Επιτρεπόμενες πράξεις

Αντικείμενο προστασίας του δικαίου της πνευματικής ιδιοκτησίας είναι τα προγράμματα η/υ¹²⁸ και το προπαρασκευαστικό υλικό του σχεδιασμού τους¹²⁹ καθώς και το συνοδευτικό υλικό του¹³⁰. Ορισμός του προγράμματος η/υ δεν δίνεται σκοπίμως, προκειμένου να είναι ανοιχτή η έννοια σε προσαρμογές που μπορεί να προκύψουν από την τεχνολογική εξέλιξη.

Απαραίτητη προϋπόθεση για τη νομική προστασία ενός προγράμματος η/υ στο χώρο της πνευματικής ιδιοκτησίας, είναι η πρωτοτυπία του. Στην περίπτωση του προγράμματος η/υ όμως η έννοια της πρωτοτυπίας αποκτά ιδιαίτερη σημασία αφού αυτό θεωρείται πρωτότυπο όταν είναι αποτέλεσμα προσωπικής πνευματικής εργασίας του δημιουργού του και κανένα άλλο κριτήριο δεν εφαρμόζεται για την παροχή προστασίας. Η έννοια αυτή της πρωτοτυπίας αποκλίνει από αυτή που ισχύει γενικά για την προστασία των έργων κατά το δίκαιο της πνευματικής ιδιοκτησίας, για την οποία ισχύουν αυστηρότερες προϋποθέσεις.

Δημιουργός ενός προγράμματος θεωρείται το φυσικό πρόσωπο που έχει δημιουργήσει το πρόγραμμα. Εάν μάλιστα το πρόγραμμα δημιουργήθηκε από ομάδα φυσικών προσώπων εφαρμόζονται οι διατάξεις που ισχύουν για τα έργα συνεργασίας ή για τα συλλογικά έργα. Όταν ένα πρόγραμμα δημιουργείται από μισθωτό σε εκτέλεση σύμβασης εργασίας ή σύμφωνα με τις οδηγίες του εργοδότη, το περιουσιακό δικαίωμα μεταβιβάζεται αυτοδίκαια στον εργοδότη, εκτός και αν υπάρχει αντίθετη συμφωνία. Προκειμένου να αποδειχθεί η πατρότητα του λογισμικού μπορεί να χρησιμοποιηθεί το τεκμήριο, σύμφωνα με το οποίο τεκμαίρεται ως δημιουργός σε προγράμματα η/υ το φυσικό ή νομικό πρόσωπο του οποίου το όνομα ή η επωνυμία εμφανίζεται πάνω στον υλικό φορέα του έργου κατά τρόπο που συνήθως χρησιμοποιείται για την ένδειξη του δικαιούχου. Αντίστοιχο τεκμήριο γίνεται δεκτό κατά τη νομολογία¹³¹ υπέρ του προσώπου που έχει στην κατοχή του τον πηγαίο κώδικα ενός προγράμματος.

128. Το λογισμικό είναι ευρύτερη έννοια σε σχέση με το πρόγραμμα Η/Υ, η έννοια του οποίου περιλαμβάνεται στην έννοια του λογισμικού. π.χ. οι μηχανές αναζήτησης (search engines), το λογισμικό ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (e-mail software), το ειδικό λογισμικό που εκάστοτε χρησιμοποιείται για την ενεργοποίηση των υπερσυνδέσμων (hyperlinks).

129. π.χ. ο πηγαίος κώδικας, τα διαγράμματα ροής

130. π.χ. οδηγίες προς το χρήστη, παρατηρήσεις, σημειώσεις που εξηγούν το χειρισμό του προγράμματος

131. ΜονΠρωτΑθ 952/1994, ΕΕμπΔ 1995, 135

Γενικά, θα πρέπει να αναφέρουμε ότι για να αποκτήσει ο χρήστης του Διαδικτύου πρόσβαση σε προστατευόμενα έργα, πρέπει να έχει λάβει άδεια χρήσης από τον δημιουργό ή τον δικαιούχο δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας και να καταβάλει, ενδεχομένως, την προβλεπόμενη αμοιβή για το συγκεκριμένο είδος χρήσης ή εκμετάλλευσης. Αυτό ισχύει για τα προγράμματα ηλεκτρονικών υπολογιστών, η χρήση των οποίων καθίσταται δυνατή μέσα από το περιβάλλον του Διαδικτύου. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με το άρθρο 3 παρ. 1 περ. α΄ Ν 2121/1993 (όπως τροποποιήθηκε από το άρθρο 81 παρ. 1 του Ν 3057/2002), ο δικαιούχος του προγράμματος έχει την αποκλειστική εξουσία να επιτρέπει ή να απαγορεύει την αναπαραγωγή του προγράμματος και μάλιστα την άμεση ή έμμεση, προσωρινή ή μόνιμη αναπαραγωγή με οποιοδήποτε μέσο ή μορφή, εν όλω ή εν μέρει. Στην έννοια της αναπαραγωγής εμπίπτει, σύμφωνα με την κοινοτική Οδηγία 91/250 (άρθρο 4 περ. α΄) η φόρτωση του προγράμματος, η οποία, όπως γίνεται δεκτό, μπορεί να γίνεται και επιγραμμικά (on line) με ανάκτηση από το Διαδίκτυο (downloading)¹³². Επιπλέον, εδώ εμπίπτει και η φευγαλέα αναπαραγωγή, μορφές της οποίας είναι η αναπαραγωγή σε μνήμη RAM ή στην κρυφή μνήμη (μνήμη cache) και, συνεπώς, μπορεί η φόρτωση και εκτέλεση του προγράμματος να γίνεται χωρίς να έχει προηγηθεί αποθήκευσή του στον υπολογιστή του χρήστη του Διαδικτύου.

Όπως προαναφέρθηκε, ο δικαιούχος έχει το αποκλειστικό δικαίωμα να πραγματοποιεί ή να παρέχει άδεια για την οριστική ή προσωρινή αναπαραγωγή του προγράμματος με κάθε μέσο ή μορφή, εν όλω ή εν μέρει. Κάθε αναπαραγωγή ή χρήση του προγράμματος χωρίς την άδεια του δικαιούχου αποτελεί προσβολή του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας. Άδεια του δικαιούχου απαιτείται και για τη μετάφραση, προσαρμογή, διαρρύθμιση ή οποιαδήποτε άλλη μετατροπή του προγράμματος. Επιπλέον, ο δικαιούχος του προγράμματος η/υ μπορεί να το διανείμει ώστε να καταστεί προσιτό στο κοινό. Ωστόσο, σχετικά με την τελευταία αυτή εξουσία του δικαιούχου, σύμφωνα με την αρχή της εξάντλησης του δικαιώματος¹³³, η πρώτη πώληση αντιγράφου ενός προγράμματος η/υ μέσα στην Ευρωπαϊκή Κοινότητα από τον δημιουργό ή με τη συγκατάθεσή του εξαντλεί το δικαίωμα πνευματικής διανομής του αντιτύπου αυτού μέσα

¹³². Ιγγλεζάκης (2007) 670 επ.

¹³³. Σχετικά με την αρχή της εξάντλησης, θα ήταν δυνατό ο δημιουργός να συνάψει σχετική σύμβαση θέτοντας ρήτρα αποκλειστικότητας. Κάτι τέτοιο ωστόσο θα δέσμευε μόνο τα μέρη της σύμβασης, καθώς κατά τα λοιπά ισχύουν οι ελευθερίες που δίδονται από τις ιδρυτικές συνθήκες.

στην Κοινότητα με εξαίρεση του δικαιώματος ελέγχου των μεταγενέστερων εκμισθώσεων¹³⁴ του προγράμματος ή ενός αντιγράφου του.

Τα δικαιώματα αυτά του δικαιούχου υπόκεινται σε εξαιρέσεις. Έτσι, επιτρέπεται σε εκείνον που απέκτησε νόμιμα, χωρίς άδεια του δημιουργού και χωρίς πληρωμή αμοιβής, η αναπαραγωγή, μετάφραση, προσαρμογή, διασκευή ή οποιαδήποτε άλλη μετατροπή ενός προγράμματος Η/Υ όταν οι πράξεις αυτές είναι αναγκαίες για την κατά προορισμό χρήση του προγράμματος, συμπεριλαμβανομένης και της διόρθωσης των σφαλμάτων. Η εν λόγω εξαίρεση όμως δεν ισχύει αφενός σε περίπτωση αντίθετης συμφωνίας, αφετέρου όταν η παραπάνω αναπαραγωγή είναι αναγκαία για τη φόρτωση, την εμφάνιση στην οθόνη, την εκτέλεση, τη μεταβίβαση ή την αποθήκευση του προγράμματος η/υ, οπότε χρειάζεται άδεια του δημιουργού. Σύμφωνα με την δεύτερη εξαίρεση, ο νόμιμος χρήστης έχει επίσης το δικαίωμα παραγωγής ενός εφεδρικού αντιγράφου του προγράμματος στο μέτρο που αυτό είναι απαραίτητο για τη χρήση αυτή¹³⁵. Τρίτον, ο νόμιμος χρήστης δικαιούται να παρακολουθεί, να μελετά ή να δοκιμάζει τη λειτουργία του προγράμματος προκειμένου να εντοπισθούν οι ιδέες και οι αρχές που αποτελούν τη βάση οποιουδήποτε στοιχείου του προγράμματος, εάν οι ενέργειες αυτές γίνονται κατά τη διάρκεια πράξης που αποτελεί νόμιμη χρήση του προγράμματος. Η τέταρτη εξαίρεση αφορά τη δυνατότητα του νόμιμου χρήστη να προβαίνει ελεύθερα σε αναπαραγωγή, στο πλαίσιο αποσυμπίλησης (αντίστροφη μεταγλώττιση), η οποία επιχειρείται για να εξασφαλιστεί η σύνδεση του προγράμματος με άλλα προγράμματα (διαλειτουργικότητα) και για την οποία γίνεται λόγος αμέσως παρακάτω.

1.2. Αντίστροφη μεταγλώττιση

Ο νόμος επιτρέπει τη λεγόμενη «αποσυμπίληση» ή αντίστροφη μεταγλώττιση. Η διαδικασία αυτή δίνει τη δυνατότητα ανάλυσης του προγράμματος από τη μορφή κώδικα μηχανής στην αρχική του μορφή, να ανατρέξει δηλαδή κανείς από τον αντικειμενικό στον πηγαίο κώδικα, με σκοπό να μελετηθεί ο τρόπος λειτουργίας του για να χρησιμοποιηθούν οι γνώσεις που αποκομίζει ο αναλυτής κατά τρόπο ωφέλιμο για αυτόν.

134. Σύμφωνα με το σημείο 12 του προοιμίου της Οδηγίας 2009/24/ΕΕ «Για τους σκοπούς της παρούσας οδηγίας, ο όρος «εκμίσθωση» σημαίνει τη διάθεση προς χρήση, για περιορισμένο χρονικό διάστημα και για κερδοσκοπικούς σκοπούς, ενός προγράμματος ηλεκτρονικού υπολογιστή ή αντιγράφου του. Ο όρος αυτός δεν περιλαμβάνει τον δανεισμό στο κοινό, που δεν εμπήπει, κατά συνέπεια, στο πεδίο εφαρμογής της παρούσας οδηγίας».

135. Αλεξανδροπούλου-Αιγυπτιάδου, ΕλλΔνη 2007, 1315.

Η διαδικασία της αποσυμπίλησης δεν θα πρέπει να χρησιμοποιηθεί κατά τρόπο που θα έβλαπτε την κανονική εκμετάλλευση του προγράμματος ή θα προκαλούσε αδικαιολόγητη βλάβη στα νόμιμα συμφέροντα του δικαιούχου. Προκειμένου να μη χρησιμοποιηθεί ως πρόσχημα για παράνομη εκμετάλλευση του προστατευόμενου προγράμματος, η παραπάνω δυνατότητα αναπαραγωγής τίθεται υπό αυστηρούς περιορισμούς. Συγκεκριμένα, δεν επιτρέπεται οι πληροφορίες που ελήφθησαν κατά τον παραπάνω τρόπο: να χρησιμοποιηθούν για σκοπούς άλλους εκτός από την επίτευξη της διαλειτουργικότητας του ανεξάρτητα δημιουργηθέντος προγράμματος, να ανακοινωθούν σε άλλα πρόσωπα εκτός από τις περιπτώσεις όπου αυτό απαιτείται για τη διαλειτουργικότητα του ανεξάρτητα δημιουργηθέντος προγράμματος, να χρησιμοποιηθούν για την επεξεργασία, την παραγωγή ή την εμπορία προγράμματος η/υ, του οποίου η έκφραση είναι κατά βάση όμοια προς το αρχικό πρόγραμμα ή για οποιαδήποτε άλλη πράξη που προσβάλλει την πνευματική ιδιοκτησία του δημιουργού¹³⁶.

Με το άρθρο 22 του Ν. 3328/2005¹³⁷, εισάγεται μία νέα εξαίρεση στην εξουσία αναπαραγωγής, που υπαγορεύθηκε από τη σύγχρονη εκπαιδευτική πραγματικότητα και αφορά στην ελεύθερη αναπαραγωγή εκπαιδευτικού λογισμικού που χρησιμοποιείται ως εγκεκριμένο από το Υπουργείο Παιδείας μέσω διδασκαλίας και διανέμεται δωρεάν στο πλαίσιο του αναλυτικού προγράμματος διδασκαλίας¹³⁸.

2. Ειδικότερα το ζήτημα της τυποποίησης –διαλειτουργικότητας

Μεγάλης σημασίας για την ουσιαστική εφαρμογή του κανόνα των βασικών διευκολύνσεων (που εξετάζεται στην παρούσα) είναι το ζήτημα της τυποποίησης. Ιδιαίτερα σε τομείς υψηλής τεχνολογίας, όπου η διαλειτουργικότητα (interoperability) αποτελεί βασικό ζητούμενο της αγοράς, η επιλογή των ακολουθούμενων τεχνικών

¹³⁶. Αλεξανδροπούλου – Αιγυπιάδου, (2007), 1315.

¹³⁷. ΦΕΚ/Α/80/1.4.2005

¹³⁸. Σημειώνεται ότι το εν λόγω ζήτημα είχε απασχολήσει και παλαιότερα την ελληνική θεωρία, Μαρίνος, Η αναπαραγωγή για εκπαιδευτικούς σκοπούς – συμβολή στην ερμηνεία του άρθρου 21 ν. 2121/1993 για την πνευματική ιδιοκτησία, ΕλλΔνη 1995, 24, καθώς και την ελληνική νομολογία στην οποία εμφανίστηκαν δύο αντίθετες αποφάσεις, μία θετική, ΜονΠρωτΑθ 2439/1995, ΕλλΔνη 1995, 721, ΝοΒ 1996, 237 με αντίθετες παρατηρήσεις Νικολακόπουλου, ΝοΒ 1996, 331, η οποία θεώρησε ότι πρόκειται για επιτρεπτή ελεύθερη αναπαραγωγή, αναγκαία για την κατά προορισμό χρήση του προγράμματος και μία αρνητική, ΠολΠρωτΑθ 9456/1995, ΕΕμπΔ 1996, 620 με αντίθετες οικονομικές παρατηρήσεις Σαουνάτσου).

προτύπων είναι καθοριστικής σημασίας. Η θεωρία των βασικών διευκολύνσεων υπήρξε χρήσιμο εργαλείο για την Ευρωπαϊκή Επιτροπή, το ΠΕΚ και το ΔΕΕ προκειμένου να προσδιορίσουν πότε η πρόσβαση σε ένα πρότυπο καθίσταται υποχρεωτική. Επιπλέον η τυποποίηση αποτελεί αντικείμενο ενδιαφέροντος τόσο του Δικαίου του Ανταγωνισμού όσο και του Δικαίου της Διανοητικής Ιδιοκτησίας από την στιγμή που ένα πρότυπο αποτελείται από σειρά ΔΔΙ ή διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας. Το δικαίωμα μιας επιχείρησης να αρνηθεί την πρόσβαση στο πρότυπο δικαιολογείται επίσης και από την αρχή της ελευθερίας των συμβάσεων. Εντούτοις υπό εξαιρετικές συνθήκες η πρόσβαση στο πρότυπο καθίσταται υποχρεωτική.

Στη συνέχεια της παρούσας γίνεται αναφορά στα *de facto* πρότυπα και γενικότερα στα θετικά οικονομικά αποτελέσματα αυτών. Στα πλαίσια εξέτασης των προτύπων που περιλαμβάνουν δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας (ΔΔΙ) υφίσταται έντονη διαμάχη σχετικά με το ζήτημα της υποχρέωσης παροχής πρόσβασης σε προστατευόμενα με δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας *de facto* πρότυπα.

2.1 Ορισμός προτύπου

Σύμφωνα με την ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 16.09.1990 για την ανάπτυξη της Ευρωπαϊκής Τυποποίησης, ως πρότυπο νοείται «μια τεχνική προδιαγραφή ενός προϊόντος ή μιας διαδικασίας ή μεθόδου παραγωγής η οποία γίνεται αποδεκτή από έναν ευρύ αριθμό κατασκευαστών και χρηστών»¹³⁹. Επιπλέον κατά την πιο πρόσφατη Ευρωπαϊκή Οδηγία 98/34/ΕΚ¹⁴⁰, το πρότυπο μπορεί να οριστεί ως «ένα σύνολο τεχνικών προδιαγραφών που επιδιώκει να παράσχει ένα κοινό σχεδιασμό για ένα προϊόν ή μια διεργασία»¹⁴¹.

2.2 Κατηγορίες- είδη προτύπων

Τα πρότυπα κατ' αρχήν διακρίνονται αφενός σε πρότυπα ποιότητας και ασφάλειας και αφετέρου σε πρότυπα συμβατότητας ή πρότυπα διασύνδεσης (*interface*

¹³⁹. Κινινή, (2004), 324 επ.

¹⁴⁰. Οδηγία 98/34/ΕΚ του ευρωπαϊκού κοινοβουλίου και του συμβουλίου της 22ας Ιουνίου 1998 για την καθιέρωση μιας διαδικασίας πληροφόρησης στον τομέα των τεχνικών προτύπων και προδιαγραφών και των κανόνων σχετικά με τις υπηρεσίες της κοινωνίας των πληροφοριών. (ΕΕ L 204 της 21.7.1998, σ. 37)

¹⁴¹. Christopher Heath/Tzong-Leh Hwang/Chiyuan Chen, *The future development of Competition Framework*, International Competition Law Series, 2004 Kluwer Law International, σελ. 132 επ.

standards). Τα πρώτα εξ αυτών εξυπηρετούν την ενημέρωση των καταναλωτών και εγγυώνται ότι τα προϊόντα που βασίζονται στο πρότυπο διαθέτουν ένα ελάχιστο επίπεδο ποιότητας. Τα δεύτερα, σαν αντικείμενο τους έχουν τον τρόπο διασύνδεσης ή επικοινωνίας μεταξύ διαφορετικών προϊόντων, ιδίως στις βιομηχανίες των τηλεπικοινωνιών και της υψηλής τεχνολογίας¹⁴². Με κριτήριο τον τρόπο με τον οποίο καθορίζονται, τα πρότυπα διακρίνονται σε πολυμερή πρότυπα (multi-firm standards), σε de facto πρότυπα και σε διοικητικά πρότυπα. Υποκατηγορία των πολυμερών προτύπων, αποτελούν τα επίσημα ή de jure πρότυπα. Αμέσως παρακάτω ακολουθεί μία σύντομη αναφορά στα de facto πρότυπα, τα οποία θα μας απασχολήσουν στα πλαίσια της παρούσας.

2.3 De facto πρότυπα

Σύμφωνα με τον ορισμό του Διεθνούς Οργανισμού Βιομηχανικής Ιδιοκτησίας (AIPPI, Association International de la Propriete Industrielle), ένα de facto πρότυπο συνιστά μια «τεχνική προδιαγραφή που έχει αναπτυχθεί από μία ή περισσότερες εταιρίες και η οποία έχει καταστεί επικρατέστερη εξαιτίας των συνθηκών της αγοράς»¹⁴³. Δηλαδή τα de facto πρότυπα είναι αποτέλεσμα των εξωτερικότητων δικτύου και εξαρτώνται από τον βαθμό διείσδυσης μιας συγκεκριμένης τεχνολογίας στην αγορά. Αναφορικά με τις εξωτερικότητες δικτύου, αυτές εντοπίζονται στις αγορές όπου η αξία ενός αγαθού αυξάνεται με την αύξηση του αριθμού των χρηστών. Έτσι, όσο περισσότεροι καταναλωτές χρησιμοποιούν το εν λόγω αγαθό, τόσο πολυτιμότερο καθίσταται αυτό για τον κάθε καταναλωτή. Όταν συγκεκριμένη τεχνολογία επιτύχει ορισμένο βαθμό διείσδυσης σε μία αγορά με εξωτερικότητες δικτύου, τότε καθίσταται πλέον «de facto» βιομηχανικό πρότυπο. Συμπεραίνουμε δηλαδή, ότι τα de facto πρότυπα δεν ακολουθούν κάποια συγκεκριμένη διαδικασία επίτευξης συμφωνίας μεταξύ των ανταγωνιστών, αλλά δημιουργούνται εκ των συνθηκών της αγοράς. Τέλος, ένα de facto πρότυπο ενδέχεται να προκύψει μετά από εκούσια παραχώρηση συγκεκριμένης τεχνολογίας από την ελέγχουσα αυτή επιχείρηση και την δημιουργία ακολούθως μιας ελάχιστης εγκατεστημένης βάσης χρηστών.

¹⁴². Kobayashi/Wright/George Mason School of Law, Intellectual Property and Standard-Setting, Forthcoming Handbook on the Antitrust Aspects of Standards Setting, 2010.

¹⁴³. Christopher Heath, Tzong-Leh Hwang/Chiyuan Chen, (2004), 132 επ.

2.4 Θετικά οικονομικά αποτελέσματα προτύπων

Τα πρότυπα συνήθως παράγουν θετικά οικονομικά αποτελέσματα. Η τυποποίηση, η χρήση δηλαδή από όλους τους παραγωγούς ενός ενιαίου προτύπου συμβατότητας, που θα είναι ανοιχτό, συνεπάγεται σημαντικά πλεονεκτήματα τόσο για τους ανταγωνιστές όσο και για τους καταναλωτές, τα οποία προέρχονται κυρίως από την επίτευξη συμβατότητας ή διαλειτουργικότητας μεταξύ προϊόντων διαφορετικών κατασκευαστών. Κατ' αυτό τον τρόπο οι καταναλωτές απαλλάσσονται από το βάρος πληροφόρησης για τις τυποποιημένες ιδιότητες των ανταγωνιστικών τεχνολογιών και έτσι η σύγκριση μεταξύ ανταγωνιστικών προϊόντων καθίσταται ευχερέστερη για αυτούς. Κατά συνέπεια, όσον αφορά την πλευρά της ζήτησης, τα εναρμονισμένα πρότυπα εντείνουν τον ανταγωνισμό ως προς την τιμή πώλησης και τα μη τυποποιημένα χαρακτηριστικά των προϊόντων και για αυτό τείνουν να προκαλέσουν μείωση των τιμών αλλά και βελτίωση της ποιότητας των προϊόντων και υπηρεσιών¹⁴⁴. Αλλά και από την πλευρά της προσφοράς, η τυποποίηση οδηγεί στην μείωση του κόστους παραγωγής¹⁴⁵.

Αναλυτικότερα, χάρη στην τυποποίηση οι νεοεισερχόμενες στην αγορά επιχειρήσεις απαλλάσσονται από την ανάγκη διάθεσης ολόκληρων συστημάτων και είναι έτσι σε θέση να εισέλθουν στις παράπλευρες αγορές συμπληρωματικών προϊόντων ευκολότερα και φθηνότερα αφού περιορίζονται οι αναποτελεσματικές επενδύσεις σε υποκατάστατες αλλά μη συμβατές τεχνολογίες και μειώνεται το κόστος των παραγωγών σε έρευνα και ανάπτυξη. Επιπροσθέτως, το κόστος για τους παραγωγούς μειώνεται και λόγω της αύξησης της αποδοτικότητας που προέρχεται από την εναρμόνιση των τεχνικών προτύπων και η οποία οδηγεί σε οικονομίες κλίμακας. Τέλος, η τυποποίηση οδηγεί στην ολοκλήρωση της αγοράς και ενθαρρύνει την ανάπτυξη νέων και βελτιωμένων προϊόντων ή αγορών καθώς και την βελτίωση των όρων εφοδιασμού.

2.5 Πρότυπα που περιλαμβάνουν δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας

Στο πλαίσιο των προτύπων που περιλαμβάνουν δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας (ΔΔΙ) υπάρχουν θεωρητικά τέσσερις κατηγορίες επιχειρήσεων με διαφορετικά συμφέροντα όσον αφορά τον καθορισμό προτύπων. Πρώτον, εταιρίες που δραστηριοποιούνται μόνον στις αγορές προηγούμενων σταδίων (upstream) που

¹⁴⁴. Κινινή, (2004), 324 επ

¹⁴⁵. Κατευθυντήριες γραμμές για την εφαρμογή του άρθρου 101 ΣΕΕ για την λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας.

αποκλειστικά αναπτύσσουν και εμπορεύονται τεχνολογίες. Τα έσοδα από την χορήγηση αδειών εκμετάλλευσης είναι η μόνη πηγή εισοδήματός τους και έχουν κίνητρο να μεγιστοποιήσουν τις εισπράξεις τους από δικαιώματα εκμετάλλευσης. Δεύτερον, οι εταιρίες που δραστηριοποιούνται μόνον στις αγορές επόμενων σταδίων (downstream) και κατασκευάζουν προϊόντα που βασίζονται σε τεχνολογίες που ανέπτυξαν άλλοι και δεν κατέχουν σχετικά ΔΔΙ. Τα δικαιώματα εκμετάλλευσης αποτελούν για αυτές κόστος, και όχι πηγή εσόδων, και έχουν κίνητρο να μειώσουν ή να αποφύγουν την καταβολή δικαιωμάτων εκμετάλλευσης. Τρίτον, υπάρχουν καθετοποιημένες επιχειρήσεις που αναπτύσσουν τεχνολογία και πωλούν προϊόντα. Τα κίνητρα τους είναι μικτά. Αφενός, μπορούν να αντλήσουν έσοδα από τα ΔΔΙ που κατέχουν. Αφετέρου, ενδέχεται να πρέπει να πληρώσουν δικαιώματα εκμετάλλευσης σε άλλες εταιρίες που κατέχουν ΔΔΙ τα οποία είναι βασικά για το πρότυπο. Συνεπώς μπορούν να χορηγούν άδειες εκμετάλλευσης για τα δικά τους βασικά ΔΔΙ με αντάλλαγμα άδειες εκμετάλλευσης βασικών ΔΔΙ άλλων εταιρειών. Τέταρτον, επιχειρήσεις οι οποίες δεν δημιουργούν τεχνολογίες ή δεν κατασκευάζουν προϊόντα, αλλά αγοράζουν προϊόντα τα οποία κατασκευάζονται στην βάση πατεντοποιημένων τεχνολογιών¹⁴⁶.

Αναλυτικότερα, ενώ υπάρχει ένας σημαντικός βαθμός ρευστότητας ανάμεσα σε αυτές τις κατηγορίες, ο καθορισμός τους είναι χρήσιμος προκειμένου να καταδειχθεί ότι τα μέλη των Οργανισμών Τυποποίησης έχουν σε μεγάλο βαθμό διαφορετικά κίνητρα. Οι εταιρίες που αποκλειστικά αναπτύσσουν και εμπορεύονται τεχνολογίες βασίζονται εξ' ολοκλήρου ή τουλάχιστον κατά το μεγαλύτερο μέρος, σε έσοδα από την χορήγηση αδειών εκμετάλλευσης έτσι ώστε να συνεχίσουν την λειτουργία τους. Τα έσοδα αυτά θα πρέπει να επαρκούν για να καλύψουν το κόστος ανάπτυξης της τεχνολογίας που παράγουν - συμπεριλαμβανομένου του κόστους αποτυχημένων σχεδίων - καθώς επίσης και για να παρέχουν στις εταιρίες κίνητρα προκειμένου να δεσμευτούν σε πολύπλοκα και ριψοκίνδυνα σχέδια στο μέλλον. Οι εταιρίες που κατασκευάζουν προϊόντα που βασίζονται στις τεχνολογίες που ανέπτυξαν άλλοι έχουν αντίστροφα κίνητρα καθώς για αυτές τα τέλη αδειοδότησης αποτελούν κόστος που έχουν κάθε κίνητρο να μειώσουν. Συνεπώς, όσο χαμηλότερο είναι το επίπεδο τελών εκμετάλλευσης (royalties) που πληρώνουν τόσο υψηλότερη είναι η δυνατότητα κέρδους. Οι καθετοποιημένες επιχειρήσεις από τη μια δύνανται να αποσπάσουν έσοδα από τις πατεντοποιημένες τεχνολογίες τους ενώ από την άλλη θα υποχρεούνται να πληρώσουν

146. *Κινινή* (2004) 312 επ.

τέλη εκμετάλλευσης σε επιχειρήσεις που κατέχουν βασικά διπλώματα ευρεσιτεχνίας για την συμπερίληψη στο πρότυπο για τα προϊόντα που παρασκευάζουν. Καθώς ο κύριος όγκος των εσόδων αυτών των επιχειρήσεων προέρχονται από τις επόμενες αγορές, αυτές οι επιχειρήσεις δεν εξαρτώνται σε μεγάλο βαθμό από τα έσοδα που προέρχονται από την αδειοδότηση όπως οι εταιρίες που αποκλειστικά αναπτύσσουν και εμπορεύονται τεχνολογία. Οι εν λόγω επιχειρήσεις, στις διαπραγματεύσεις τους για αδειοδότηση με άλλες επιχειρήσεις, ενδέχεται να ενδιαφέρονται περισσότερο για χορήγηση αμοιβαίας άδειας των δικαιωμάτων τους έτσι ώστε να προστατέψουν την δραστηριότητά τους στην αγορά των επόμενων σταδίων παρά να χρεώνουν δικαιώματα εκμετάλλευσης. Τέλος, οι αγοραστές προϊόντων στα οποία εφαρμόζονται πρότυπα που βασίζονται σε πατεντοποιημένες τεχνολογίες, έχουν γενικά σύμπνοια συμφερόντων με τις εταιρίες που κατασκευάζουν προϊόντα καθώς εκλαμβάνουν ότι τα δικαιώματα εκμετάλλευσης, τα οποία οι κατασκευάστριες εταιρίες πληρώνουν στους κατόχους δικαιωμάτων ΔΔΙ, αυξάνουν την τιμή των προϊόντων που αγοράζουν από τις κατασκευάστριες εταιρίες¹⁴⁷.

2.6 Υποχρέωση σε Παροχή Πρόσβασης σε προστατευόμενα με δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας de facto πρότυπα

Εκ πρώτης όψεως υφίσταται η ακόλουθη θεωρητική διαμάχη σχετικά με το ζήτημα της υποχρέωσης σε παροχή πρόσβασης σε προστατευόμενα με δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας de facto πρότυπα. Αφενός υποστηρίζεται ότι η επιβολή αναγκαστικής άδειας μπορεί να μειώσει την ανταμοιβή του δικαιούχου και συνακόλουθα να περιορίσει τα κίνητρα για την πραγματοποίηση επενδύσεων σε έρευνα και ανάπτυξη. Αφετέρου η επιβολή αναγκαστικής άδειας προάγει τον ανταγωνισμό και μπορεί να έχει ευεργετικές επιδράσεις στην ανάπτυξη καινοτομιών εκ μέρους των επιχειρήσεων στις οποίες παρέχεται η πρόσβαση.

Ειδικότερα, όταν έχουμε ένα «κλειστό» de facto πρότυπο για τις υπόλοιπες επιχειρήσεις (ιδίως όταν υπάρχει δικαίωμα διανοητικής ιδιοκτησίας), δημιουργούνται φραγμοί εισόδου στην αγορά και ενδεχομένως μονοπώλια δύσκολα αναστρέψιμα. Περαιτέρω ζήτημα εφαρμογής του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, ανακύπτει και όταν ο δικαιούχος

¹⁴⁷. Geradin, Reverse Hold-ups: The (often ignored) risks faced by innovators in standardized areas. Paper prepared for the Swedish Authority on the pros and cons of standard-setting, Stockholm, 12 November 2010.

του προστατευόμενου προγράμματος (πχ. λογισμικό) έχει επιτύχει την ανάδειξή του σε *de facto* πρότυπο και στη συνέχεια χωρίς προηγούμενη ειδοποίηση τροποποιεί τα συστήματα διασύνδεσης και παύει πλέον να τα διαθέτει στους ανταγωνιστές του μετατρέποντας έτσι το πρότυπο από «ανοιχτό» σε «κλειστό». Ενώ δηλαδή η επικράτηση του προγράμματος ως προτύπου επιτεύχθηκε εν μέρει χάρη στις επενδύσεις και τις πρωτοβουλίες άλλων επιχειρήσεων, οι οποίες στηρίχθηκαν στο «ανοιχτό» πρότυπο, ο δικαιούχος *ex post*, επιδιώκει τον αποκλεισμό τους από τις αγορές των συμπληρωματικών προϊόντων προκειμένου να τις μονοπωλήσει ο ίδιος. Η ανοχή τέτοιων καιροσκοπικών συμπεριφορών παρέχει τη δυνατότητα στην επιχείρηση που ελέγχει τις διασυνδέσεις να εκμεταλλευτεί την εγκατεστημένη βάση χρηστών (*installed based opportunism*) οι οποίοι επέλεξαν μία «ανοιχτή» τεχνολογία. Η εκμετάλλευση αυτή μπορεί να εκδηλωθεί με μία αύξηση της τιμής των προϊόντων στα οποία έχουν εγκλωβιστεί (*locked-in*) οι χρήστες εξαιτίας του υψηλού κόστους μεταπήδησης σε ανταγωνιστικά προϊόντα (*switching costs*)¹⁴⁸.

Η εφαρμογή του δικαίου προστασίας του ανταγωνισμού πρέπει να περιορίζεται στην προστασία του ανταγωνισμού μεταξύ διαφορετικών τεχνολογιών σε επίπεδο επικράτησης του προτύπου από παράνομες συμπεριφορές αποκλεισμού. Στις αγορές τεχνολογίας συγκεκριμένα, η επικράτηση του καλύτερου από τεχνολογική άποψη προτύπου ή επιχείρησης με το πιο χαμηλό κόστος λειτουργίας έχει άμεσες επιδράσεις στα συμφέροντα των καταναλωτών. Ο ανταγωνισμός για τον έλεγχο του προτύπου εμφανίζει τα χαρακτηριστικά του «winner-take-all», αφού η επιχείρηση που τελικά επικρατεί δεν επιτυγχάνει απλά την απόσβεση των επενδύσεών της αλλά τον έλεγχο ολόκληρης της αγοράς¹⁴⁹.

148. Κινινή (2004),354-357

149. Κινινή, Οι πρακτικές *tying* και *bundling* - Αντικείμενο *ex post* και *ex ante* ελέγχου στο δίκαιο του ανταγωνισμού, ΔΕΕ 2008,1204 · Μεταξύ των πρακτικών που μετέρχονται οι επιχειρήσεις για τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών από παράπλευρες αγορές περιλαμβάνονται οι εξής : η πώληση του προϊόντος της παράπλευρης αγοράς μαζί με το κύριο προϊόν ως «πακέτου» (*bundling*) ή η σύζευξη παροχών (*tying*) . Οι δύο έννοιες σχετίζονται με στενά αλλά διαφοροποιούνται ως προς το εξής: Η σύζευξη παροχών αναφέρεται σε μία κατάσταση όπου ο αγοραστής ενός αγαθού Α συμφωνεί να αγοράσει ένα δεύτερο αγαθό Β, ως προϋπόθεση για την αγορά του αγαθού Α. Αντίθετα στην πρακτική του *bundling*, ο πωλητής πωλεί ένα πακέτο προϊόντων σε μία ενιαία τιμή. Στην πρακτική του *bundling* έχουμε τη διάκριση σε «*pure bundling*», το οποίο συντρέχει όταν κανένα από τα προϊόντα του πακέτου δεν διατίθεται χωριστά, δηλαδή σε βάση ατομική. Διαθέσιμο είναι μόνο το πακέτο που περιέχει τα επί μέρους προϊόντα σε σταθερή αναλογία. Υλοποιείται είτε ως εμπορική δέσμευση (“*commercial bundling*”), είτε ως τεχνική ή φυσική συνένωση των

Στη θεωρία υποστηρίζεται¹⁵⁰ ότι στις αγορές με εξωτερικότητες δικτύου θα πρέπει να εφαρμοσθεί η θεωρία των essential facilities και να παρασχεθεί πρόσβαση στο δεσπόζον πρότυπο που προστατεύεται με δικαίωμα διανοητικής ιδιοκτησίας. Αυτή φαίνεται να είναι και η προσέγγιση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, η οποία υποχρεώνει τις ελέγχουσες τα de facto πρότυπα επιχειρήσεις σε παροχή πρόσβασης χωρίς να εξετάζει εάν μονοπωλείται η κύρια αγορά εκμετάλλευσης της τεχνολογίας ή εάν πρόκειται για επέκταση σε αγορές συμπληρωματικών προϊόντων. Ιδίως με αφορμή την υπόθεση Microsoft υποστηρίχθηκε ότι η εφαρμογή της θεωρίας των essential facilities ενδείκνυται για την αντιμετώπιση της προσπάθειας της Microsoft να επεκτείνει το μονοπώλιό της από την αγορά των λειτουργικών συστημάτων σε εκείνη των browsers. Στο αμέσως επόμενο τμήμα του παρόντος κεφαλαίου θα αναλυθεί η υπόθεση της Microsoft, η οποία είναι ιδιαίτερα ενδιαφέρουσα, επειδή επιχειρεί χαράξει τα όρια στη σχέση μεταξύ της ευρωπαϊκής νομοθεσίας περί ανταγωνισμού και δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας, εφαρμόζοντας τον κανόνα των βασικών διευκολύνσεων στον τομέα της υψηλής τεχνολογίας.

προϊόντων, που καθιστά αδύνατη την χωριστή διάθεση αυτών (“technical bundling”). Τέλος, με τον όρο mixed bundling αποδίδεται η πρακτική της πώλησης κάθε προϊόντος τόσο σε ατομική βάση, όσο και ως τμήματος του πακέτου. Η τιμή όμως του πακέτου είναι χαμηλότερη από το άθροισμα των τιμών, στις οποίες διατίθενται τα προϊόντα σε ατομική βάση. Ονομάζεται και έκπτωση συλλογής (“across - product rebates”, “Gruppenrabatt”). Στο πλαίσιο δυναμικών αγορών τέτοιες στρατηγικές δε θα πρέπει να θεωρούνται per se παράνομες αλλά θα πρέπει να εξετάζονται κατά περίπτωση τα αποτελέσματά τους στον ανταγωνισμό. *Κιρινή*, Οι πρακτικές tying και bundling - Αντικείμενο ex post και ex ante ελέγχου στο δίκαιο του ανταγωνισμού, ΔΕΕ 2008,1204

150. Χατζόπουλος (2002) 153 επ.

3. Η απόφαση της Microsoft¹⁵¹

3.1. Πραγματικά περιστατικά

Η εταιρεία Microsoft κατασκευάζει, αναπτύσσει και διαθέτει στο εμπόριο ευρύ φάσμα λογισμικών προϊόντων προοριζόμενων για διάφορα είδη εξοπλισμού πληροφορικής. Τα λογισμικά αυτά προϊόντα περιλαμβάνουν, μεταξύ άλλων, λειτουργικά συστήματα για προσωπικούς υπολογιστές πελάτη, λειτουργικά συστήματα για διακομιστές ομάδας εργασίας και διατάξεις οργάνωσης πολυμέσων που παρέχουν την δυνατότητα συνεχούς λήψης. Το 1998 η Sun Microsystems με επιστολή ζήτησε από τη Microsoft να της παράσχει όλες τις πληροφορίες που απαιτούνται προκειμένου να ενσωματώσει σε εγγενή μορφή τα στοιχεία λογισμικού COM στο σύστημα Solaris, καθώς και προκειμένου να ενσωματώσει το σύνολο των τεχνολογιών Active Directory στο σύστημα Solaris. Η Microsoft αρνήθηκε και η Sun επέβαλε καταγγελία στην Επιτροπή επικρίνοντας την άρνησή της Microsoft να παράσχει σε αυτή αλλά και σε άλλους παροχείς λειτουργικών συστημάτων για προσωπικούς υπολογιστές πελάτη, επαρκείς πληροφορίες διεπαφής που θα επέτρεπαν την δημιουργία λειτουργικών συστημάτων για διακομιστές ομάδας εργασίας οι οποίοι θα επέτρεπαν την διαλειτουργικότητα με την επιφάνεια εργασίας των Windows και τα λειτουργικά συστήματα για προσωπικούς υπολογιστές πελάτη της Microsoft.

Στη συνέχεια, η Επιτροπή θεώρησε ότι η Microsoft είχε παραβιάσει το άρθρο 102 εδ.β ΣΛΕΕ με την άρνησή της να προμηθεύσει στη Sun Microsystems την απαραίτητη πληροφόρηση που θα της επέτρεπε να δημιουργήσει διαλειτουργικότητα μεταξύ αφενός των δικών της λειτουργικών συστημάτων για διακομιστές ομάδας εργασίας και αφετέρου του λειτουργικού συστήματος για Η/Υ της Microsoft, των Windows. Η Microsoft έχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά των λειτουργικών συστημάτων για Η/Υ και τα Windows είναι το εν τοις πράγμασι πρότυπο για τη διαλειτουργικότητα στα συστήματα ομάδας εργασίας.

Στις επόμενες παραγράφους αναλύονται οι βασικές σκέψεις της Επιτροπής και τα κριτήρια που χρησιμοποίησε στη συγκεκριμένη περίπτωση, με βάση τα οποία κρίθηκε καταχρηστική η συμπεριφορά της Microsoft, η οποία στο τέλος υποχρεώθηκε να

¹⁵¹. Απόφαση της Επιτροπής της 24ης Μαΐου 2004 (COMP/C-3/37.792-Microsoft), ΕΕ 2007, L 32/23

αποκαλύψει πληροφορίες που θα επέτρεπαν τη διαλειτουργικότητα κατά έναν ορθολογικό, χωρίς διακρίσεις και έγκαιρο τρόπο.

3.1.1. Σχετική αγορά – Καθορισμός – Κριτήρια

Στην υπόθεση της Microsoft, η Επιτροπή προσδιόρισε τρεις χωριστές αγορές προϊόντος, οι οποίες αποτελούνται, αντιστοίχως, α) από τα λειτουργικά συστήματα για προσωπικούς υπολογιστές πελάτη, β) τα λειτουργικά συστήματα για διακομιστές ομάδας εργασίας και γ) τις διατάξεις αναγνώσεως πολυμέσων που παρέχουν τη δυνατότητα συνεχούς λήψεως. Η πρώτη αγορά προϊόντος που προσδιορίζει η απόφαση είναι η αγορά των λειτουργικών συστημάτων για προσωπικούς υπολογιστές πελάτη¹⁵². Οι προσωπικοί υπολογιστές πελάτη είναι υπολογιστές με πολλαπλές λειτουργίες οι οποίοι έχουν δημιουργηθεί για να χρησιμοποιούνται από ένα μόνον πρόσωπο κάθε φορά και μπορούν να συνδεθούν σε δίκτυο. Όσον αφορά τη δεύτερη αγορά, ως τέτοια ορίζεται η αγορά των λειτουργικών συστημάτων για διακομιστές ομάδας εργασίας, εννοώντας τα λειτουργικά συστήματα τα οποία κατασκευάζονται και διατίθενται στο εμπόριο προκειμένου να παρέχουν ενσωματωμένες στο σύστημα υπηρεσίες «βασικής δομής» σε περιορισμένο σχετικά αριθμό διακομιστών που συνδέονται σε δίκτυο μικρών ή μεσαίων διαστάσεων. Η τρίτη αγορά, με βάση την απόφαση της Microsoft, είναι η αγορά των διατάξεων αναγνώσεως πολυμέσων που παρέχει τη δυνατότητα συνεχούς λήψεως¹⁵³.

3.2 Δεσπόζουσα θέση – Κατάχρηση – Έννοια – Μορφές Καταχρηστικής Συμπεριφοράς

Σύμφωνα με την Επιτροπή, η Microsoft παρέβη το άρθρο 102 ΣΛΕΕ διότι ενήργησε σε δύο περιπτώσεις κατά κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως. Παράλληλα, η

152. Ως λειτουργικό σύστημα νοείται ένα «σύστημα λογισμικού» το οποίο ελέγχει τις βασικές λειτουργίες ενός υπολογιστή και παρέχει στον χρήστη τη δυνατότητα να χρησιμοποιήσει τον υπολογιστή και διάφορες εφαρμογές σε αυτόν.

153. Η διάταξη αναγνώσεως πολυμέσων είναι λογισμικό προϊόν ικανό να διαβάσει σε ψηφιακό σχήμα ήχους και εικόνες, δηλαδή να αποκωδικοποιήσει τα αντίστοιχα δεδομένα και να τα μεταφράσει σε οδηγίες για τον εξοπλισμό (π.χ. μεγάφωνα, οθόνη). Οι διατάξεις αναγνώσεως πολυμέσων που παρέχουν τη δυνατότητα συνεχούς λήψεως είναι ικανές να αναγνώσουν περιεχόμενα ήχου και εικόνας διαδιδόμενα συνεχώς μέσω του Διαδικτύου.

Επιτροπή έκρινε ότι η Microsoft κατέχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά λειτουργικών συστημάτων για προσωπικούς υπολογιστές πελάτη τουλάχιστον από το 1996, καθώς και στην αγορά λειτουργικών συστημάτων για διακομιστές ομάδας εργασίας από το 2002.

Συγκεκριμένα όσον αφορά την αγορά λειτουργικών συστημάτων για προσωπικούς υπολογιστές πελάτη, η Επιτροπή συνάγει το ανωτέρω συμπέρασμα βάσει των ακόλουθων κυρίως στοιχείων:

- τα μερίδια αγοράς της Microsoft υπερβαίνουν το 90 %.
- η ισχύς της Microsoft στην αγορά «παρουσίασε αδιάλειπτη σταθερότητα και συνέχεια».
- υφίστανται σημαντικοί φραγμοί εισόδου στην αγορά, οι οποίοι οφείλονται σε έμμεσα αποτελέσματα δικτύου.
- τα εν λόγω έμμεσα αποτελέσματα δικτύου οφείλονται, αφενός, στο γεγονός ότι οι καταναλωτές εκτιμούν τις κοινές βάσεις επί των οποίων μπορούν να χρησιμοποιήσουν πολλές εφαρμογές και, αφετέρου, στο γεγονός ότι οι κατασκευαστές λογισμικών επεξεργάζονται εφαρμογές για τα πλέον δημοφιλή στους καταναλωτές λειτουργικά συστήματα για προσωπικούς υπολογιστές πελάτη.

Η δεσπόζουσα αυτή θέση παρουσιάζει «ασυνήθη χαρακτηριστικά», στο μέτρο που το σύστημα Windows δεν είναι απλώς κυρίαρχο προϊόν στην αγορά λειτουργικών συστημάτων για προσωπικούς υπολογιστές πελάτη, αλλά, επιπλέον, αποτελεί «πρότυπο» για τα συστήματα αυτά.

Όσον αφορά τώρα την αγορά λειτουργικών συστημάτων για διακομιστές ομάδας εργασίας, η Επιτροπή επικαλέσθηκε, κατ' ουσίαν, τα ακόλουθα στοιχεία:

- το μερίδιο αγοράς της Microsoft ανέρχεται, με ασφαλή εκτίμηση, τουλάχιστον σε 60 %.

- η θέση των τριών κύριων ανταγωνιστών της Microsoft στην αγορά αυτή είναι η ακόλουθη: η Novell, με το λογισμικό της NetWare, κατέχει μερίδιο αγοράς από 10 έως 25 %, οι κατασκευαστές προϊόντων Linux αντιπροσωπεύουν μερίδιο αγοράς από 5 έως 15 % και οι κατασκευαστές προϊόντων UNIX κατέχουν μερίδιο αγοράς από 5 έως 15 %.
- η αγορά λειτουργικών συστημάτων για διακομιστές ομάδας εργασίας χαρακτηρίζεται από την ύπαρξη σημαντικών φραγμών στην είσοδο, οι οποίοι οφείλονται, μεταξύ άλλων, σε αποτελέσματα δικτύου και στην άρνηση της Microsoft να γνωστοποιήσει τις σχετικές με τη διαλειτουργικότητα πληροφορίες.
- υφίστανται στενοί εμπορικοί και τεχνολογικοί δεσμοί μεταξύ της τελευταίας αυτής αγοράς και της αγοράς λειτουργικών συστημάτων για προσωπικούς υπολογιστές πελάτη.

3.2.1 Άρνηση της Microsoft να παράσχει τις σχετικές με τη διαλειτουργικότητα πληροφορίες και να επιτρέψει τη χρήση τους

Η πρώτη περίπτωση καταχρηστικής συμπεριφοράς που προσάπτεται στη Microsoft έγκειται στην άρνησή της να παράσχει στους ανταγωνιστές της, για την περίοδο από τον Οκτώβριο του 1998 έως την ημερομηνία εκδόσεως της αποφάσεως, τις «σχετικές με τη διαλειτουργικότητα πληροφορίες» και να επιτρέψει τη χρήση τους για την ανάπτυξη και τη διανομή ανταγωνιστικών προς τα δικά της προϊόντων στην αγορά λειτουργικών συστημάτων για διακομιστές ομάδας εργασίας.

Ως «σχετικές με τη διαλειτουργικότητα πληροφορίες» νοούνται οι «πλήρεις και κατάλληλες προδιαγραφές όλων των πρωτοκόλλων που εφαρμόζονται στα λειτουργικά συστήματα Windows για διακομιστές ομάδας εργασίας και χρησιμοποιούνται από τους διακομιστές ομάδας εργασίας Windows για την παροχή στα δίκτυα Windows για ομάδα εργασίας υπηρεσιών κατανομής αρχείων και εκτυπωτών, καθώς και διαχείρισης των χρηστών και των ομάδων χρηστών».

Η Επιτροπή κατέστησε σαφές ότι η εν λόγω άρνηση δεν αφορά στοιχεία του «πηγαίου κώδικα» της Microsoft, αλλά αποκλειστικώς και μόνον προδιαγραφές των οικείων πρωτοκόλλων¹⁵⁴, ήτοι λεπτομερή περιγραφή των στοιχείων που αναμένεται να διαθέτει το επίμαχο λογισμικό, σε αντιδιαστολή προς τις «εφαρμογές» (που καλούνται επίσης στο πλαίσιο της παρούσας αποφάσεως «υλοποιήσεις» ή «εκτελέσεις»), οι οποίες συνίστανται στην εφαρμογή του κώδικα επί του υπολογιστή. Η Επιτροπή μεταξύ άλλων διευκρίνισε, ότι «δεν πρόκειται να υποχρεώσει τη Microsoft να παράσχει σε τρίτους τη δυνατότητα αντιγραφής του Windows».

Εξάλλου, η Επιτροπή έκρινε ότι η άρνηση της Microsoft προς τη Sun εντάσσεται στο πλαίσιο γενικής κατευθυντήριας γραμμής. Υποστήριξε, επίσης, ότι η συμπεριφορά που προσάπτεται στη Microsoft συνεπάγεται σημαντική μείωση σε σχέση με τα υψηλότερα επίπεδα προμήθειας του παρελθόντος και ενέχει κίνδυνο εξαλείψεως του ανταγωνισμού στην αγορά λειτουργικών συστημάτων για διακομιστές ομάδας εργασίας ενώ παράλληλα έχει αρνητικές συνέπειες στην τεχνολογική ανάπτυξη και στην ποιότητα των υπηρεσιών των οποίων απολαύουν οι καταναλωτές.

Το ως άνω συμπέρασμα της Επιτροπής βασίζεται στη θεωρία περί μόχλευσης (leverage theory) σύμφωνα με την οποία τυχόν άρνηση να προσφερθούν οι προδιαγραφές που θα επέτρεπαν τη διαλειτουργικότητα θα καθιστούσε τη Microsoft ικανή να επεκτείνει την ισχύ της από την αγορά λειτουργικών συστημάτων για προσωπικούς υπολογιστές –πελάτη προς την αγορά λειτουργικών συστημάτων για διακομιστές ομάδας εργασίας¹⁵⁵.

Περαιτέρω η Επιτροπή έλαβε υπόψη ως πρόσθετο επιβαρυντικό παράγοντα το γεγονός ότι η Microsoft είχε πρωτύτερα αποκαλύψει μέρος των σχετικών προδιαγραφών διαλειτουργικότητας με σκοπό να αποκτήσει μία πρώτη βάση ή άλλως «ένα πάτημα» στην αγορά διακομιστών ομάδας εργασίας για το εν λόγω προϊόν. Από τη στιγμή έπειτα που η Microsoft πέτυχε την αποδοχή του προϊόντος της στην αγορά, άρχισε να μεταβάλλει τα κίνητρά της και τη στρατηγική της περιορίζοντας την πρόσβαση στις

154. Με τον όρο «πρωτόκολλα» νοείται «το σύνολο κανόνων διασυνδέσεως και αλληλεπιδράσεως μεταξύ διαφόρων λειτουργικών συστημάτων Windows για διακομιστές ομάδας εργασίας και λειτουργικών συστημάτων Windows για προσωπικούς υπολογιστές πελάτη εγκατεστημένων σε διαφορετικούς υπολογιστές εντός ενός δικτύου Windows για ομάδα εργασίας».

155. Κομνηνός/Λιανός σε Τζουγανάτο (2013),578

πληροφορίες σχετικά με τη διαλειτουργικότητα με το περιβάλλον εργασίας των Windows. Έτσι τόσο η Επιτροπή όσο και το ΔΕΕ στη συνέχεια θεώρησαν αυτή τη συμπεριφορά της Microsoft, ως πρακτική που δεν εντάσσεται στο λεγόμενο «αξιοκρατικό ανταγωνισμό» (competition on the merits), καθώς η επιτυχία της Microsoft οφειλόταν εν μέρει στην προτιθέμενη αξία που προσέφεραν στο δίκτυο οι ανταγωνιστές της, στους οποίους δικαιολογημένα δημιουργήθηκε η πεποίθηση ότι η Microsoft θα συνέχιζε να παράσχει την απαραίτητη διαλειτουργικότητα¹⁵⁶.

Όσον αφορά τώρα την αιτιολογία που προέβαλε η Microsoft για την άρνησή της να παράσχει πληροφορίες, αυτή συνίσταται στο γεγονός ότι οι εν λόγω πληροφορίες ήταν το αποτέλεσμα μαζικής έρευνας και ανάπτυξης, το μεγαλύτερο μέρος της οποίας προστατευόταν από δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας. Ωστόσο, η Επιτροπή απέρριψε τον εν λόγω ισχυρισμό και υιοθέτησε μια έννοια της λειτουργίας των ΔΔΙ που δεν είχε αναπτυχθεί ιδιαίτερα στη νομολογία του ΔΕΕ. Συγκεκριμένα, η Επιτροπή ανέφερε ότι *«η κεντρική λειτουργία των ΔΔΙ είναι η προστασία των ηθικών δικαιωμάτων όσον αφορά το επίτευγμα ενός κατόχου δικαιωμάτων και η εξασφάλιση ανταλλάγματος για την δημιουργική προσπάθεια. Αλλά είναι επίσης βασικός στόχος του δικαίου διανοητικής ιδιοκτησίας η τόνωση της δημιουργικότητας για το κοινό καλό. Η άρνηση μιας επιχείρησης να χορηγήσει μια άδεια ίσως, κάτω από εξαιρετικές συνθήκες, είναι αντίθετη με το γενικό δημόσιο καλό αποτελώντας κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης με βλαβερές συνέπειες στην καινοτομία και στους καταναλωτές»*. Δηλαδή η απόφαση της Επιτροπής γενικά επισημαίνει ότι η προστασία των πνευματικών δικαιωμάτων δεν υπερισχύει της προστασίας του Ανταγωνισμού όταν συντρέχουν εξαιρετικές συνθήκες κάτι που είχε ήδη ειπωθεί στην απόφαση Magill, η οποία αναλύθηκε εκτενώς σε προηγούμενο κεφάλαιο της παρούσας.

156. Κομνηνός/Λιανός σε Τζουγανάτο (2013),579

3.2.2 – Συνδυασμένη πώληση του λειτουργικού συστήματος Windows για προσωπικούς υπολογιστές πελάτη και του Windows Media Player

Η δεύτερη καταχρηστική συμπεριφορά που προσάπτεται στη Microsoft συνίσταται στο ότι, κατά την περίοδο από τον Μάιο του 1999 έως την ημερομηνία εκδόσεως της αποφάσεως, προμήθευε το λειτουργικό σύστημα Windows για προσωπικούς υπολογιστές πελάτη υπό την προϋπόθεση της ταυτόχρονης αγοράς του λογισμικού Windows Media Player.

Η εν λόγω συμπεριφορά πληροί τις προϋποθέσεις διαπιστώσεως καταχρηστικής συνδυασμένης πωλήσεως κατά την έννοια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Συναφώς, αρχικά η Επιτροπή επαναλαμβάνει ότι η Microsoft κατέχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά λειτουργικών συστημάτων για προσωπικούς υπολογιστές πελάτη. Εν συνεχεία, διαπιστώθηκε ότι οι διατάξεις αναγνώσεως πολυμέσων που παρέχουν τη δυνατότητα συνεχούς λήψεως και τα λειτουργικά συστήματα για προσωπικούς υπολογιστές πελάτη αποτελούν χωριστά προϊόντα και τέλος κατέληξε στο ότι η Microsoft δεν παρείχε στους καταναλωτές τη δυνατότητα να αγοράσουν Windows χωρίς Windows Media Player . Έτσι η επίμαχη συνδυασμένη πώληση περιορίζει τον ανταγωνισμό στην αγορά διατάξεων αναγνώσεως πολυμέσων.

Η Επιτροπή και σε αυτό το σημείο απορρίπτει τα επιχειρήματα της Microsoft, τα οποία συνίστανται αφενός στο ότι η επίμαχη συνδυασμένη πώληση συνεπάγεται αύξηση της αποτελεσματικότητας η οποία μπορεί να αντισταθμίσει τα αντίθετα προς τον ανταγωνισμό αποτελέσματα που διαπιστώθηκαν με την προσβαλλόμενη απόφαση και, αφετέρου, ότι δεν αντλεί κανένα συμφέρον από την πραγματοποίηση συνδυασμένων πωλήσεων «αντίθετων προς τον ανταγωνισμό».

3.3 Άρνηση χορηγήσεως αδείας για τη χρήση προϊόντος που καλύπτεται από δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας

Αναφορικά με την εκ μέρους κατέχουσας δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεως άρνηση παροχής στις ανταγωνιστικές επιχειρήσεως πληροφοριών σχετικών με τη διαλειτουργικότητα λογισμικών προϊόντων, η Επιτροπή δεν έλαβε θέση επί του κατά πόσον τα πρωτόκολλα επικοινωνίας της επιχειρήσεως ή οι προδιαγραφές των πρωτοκόλλων αυτών καλύπτονται από δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας και δέχθηκε ότι η επιχείρηση μπορεί να επικαλεστεί τα δικαιώματα αυτά. Είναι δηλαδή πιθανό η

άρνηση παροχής πληροφοριών σχετικών με τη διαλειτουργικότητα να μην αποτελεί απλή άρνηση παροχής προϊόντος ή υπηρεσίας απαραίτητης για την άσκηση συγκεκριμένης δραστηριότητας, αλλά άρνηση χορηγήσεως σε τρίτο αδείας αφορώσας δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας. Πράγματι, η Επιτροπή επιλέγει με τον τρόπο αυτό την αυστηρότερη νομολογιακή λύση και, ως εκ τούτου, την ευνοϊκότερη για την οικεία κατέχουσα δεσπύζουσα θέση επιχείρηση. Ωστόσο στην περίπτωση αυτή θα πρέπει να εξακριβωθεί αν πληρούνται οι προϋποθέσεις υπό τις οποίες μια κατέχουσα δεσπύζουσα θέση επιχείρηση μπορεί να υποχρεωθεί να χορηγήσει άδεια όσον αφορά δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας. Μολονότι οι επιχειρήσεις είναι καταρχήν ελεύθερες να επιλέγουν τους εμπορικούς συνεταιίρους τους, η άρνηση προμήθειας εκ μέρους κατέχουσας δεσπύζουσα θέση επιχειρήσεως μπορεί, υπό ορισμένες συνθήκες και εφόσον δεν δικαιολογείται αντικειμενικώς, να αποτελέσει κατάχρηση δεσπύζουσας θέσεως κατά την έννοια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Η άρνηση κατέχουσας δεσπύζουσα θέση επιχειρήσεως να χορηγήσει σε τρίτο άδεια για τη χρήση προϊόντος που καλύπτεται από δικαίωμα πνευματικής ιδιοκτησίας δεν μπορεί να αποτελέσει, αφ' εαυτής, κατάχρηση δεσπύζουσας θέσεως κατά την έννοια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Μόνον υπό εξαιρετικές περιστάσεις, η άσκηση του αποκλειστικού δικαιώματος από τον κάτοχο του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας και η άρνηση χορήγησης άδειας, μπορεί να χαρακτηριστεί καταχρηστική και να επιτραπεί, ως εκ τούτου, η επιβολή στον εν λόγω κάτοχο υποχρεώσεως χορηγήσεως άδειας στους τρίτους που επιδιώκουν να εισέλθουν στην εν λόγω αγορά ή να διατηρηθούν σε αυτή, προς εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος διατηρήσεως ουσιαστικού ανταγωνισμού στην αγορά.

3.3.1 Οι εξαιρετικές περιστάσεις στην υπόθεση Microsoft

Στην υπόθεση της Microsoft επιβεβαιώθηκε για ακόμη μία φορά, ότι το αποκλειστικό δικαίωμα αναπαραγωγής συγκαταλέγεται στα προνόμια του δημιουργού με αποτέλεσμα η άρνηση χορήγησης άδειας, έστω και αν προέρχεται από επιχείρηση με δεσπύζουσα θέση, να μην συνιστά αφ' εαυτής καταχρηστική εκμετάλλευση της εν λόγω θέσης. Ωστόσο, κρίθηκε ότι η εκ μέρους του δικαιούχου άσκηση του αποκλειστικού δικαιώματος μπορεί, να αποτελέσει κατάχρηση δεσπύζουσας θέσης κατά την έννοια του αρ. 102 ΣΕΕ αν συντρέχουν «εξαιρετικές περιστάσεις», ήτοι όταν **πρώτον** η άρνηση αφορά προϊόν ή υπηρεσία απαραίτητη για την άσκηση συγκεκριμένης δραστηριότητας σε παραπλήσια αγορά, **δεύτερον** όταν η άρνηση είναι ικανή να αποκλείσει τον ουσιαστικό ανταγωνισμό στην εν λόγω παραπλήσια αγορά και όταν **τρίτον** η άρνηση

εμποδίζει την εμφάνιση νέου προϊόντος για το οποίο υφίσταται δυνητική ζήτηση των καταναλωτών¹⁵⁷.

Επιπρόσθετα με τις ως άνω περιστάσεις, για την κατάφαση καταχρηστικής συμπεριφοράς της δεσπόζουσας επιχείρησης θα πρέπει η άρνηση χορήγησης άδειας να μην δικαιολογείται αντικειμενικώς αλλά και να υφίσταται διάκριση μεταξύ δύο αγορών. Δηλαδή, αφενός μιας αγοράς που αποτελείται από το εν λόγω προϊόν ή την εν λόγω υπηρεσία και στην οποία η επιχείρηση που αντιτάσσει την άρνηση κατέχει δεσπόζουσα θέση, και αφετέρου μιας παραπλήσιας αγοράς στην οποία το επίμαχο προϊόν ή υπηρεσία χρησιμοποιείται για την παραγωγή άλλου προϊόντος ή για την παροχή άλλης υπηρεσίας. Η Επιτροπή υποστήριξε ότι η προκειμένη υπόθεση χαρακτηρίζεται από σειρά «εξαιρετικών περιστάσεων» από τις οποίες μπορεί να συναχθεί ο καταχρηστικός χαρακτήρας της άρνησης που προσάπτεται στη Microsoft.

Όσον αφορά την **πρώτη εξαιρετική συνθήκη**, η Επιτροπή έκρινε ότι η Microsoft δεν απέδειξε ότι οι σχετικές με την διαλειτουργικότητα πληροφορίες δεν ήταν απαραίτητες¹⁵⁸. Προκειμένου να κατανοήσουμε καλύτερα το γιατί τα Windows έχουν καταστεί πρότυπο στην αγορά των λειτουργικών συστημάτων για προσωπικούς υπολογιστές πελάτη και γιατί συνεπώς καθίσταται απαραίτητη για τους ανταγωνιστές η χορήγηση των επίμαχων πληροφοριών διαλειτουργικότητας έτσι ώστε να αποκλείεται ο ανταγωνισμός σε μια παραπλήσια αγορά (**δεύτερη εξαιρετική συνθήκη**) χρήσιμο είναι να αποσαφηνιστεί ο όρος «network effects». Οι καταναλωτές έχουν ισχυρό κίνητρο να χρησιμοποιούν τα λειτουργικά συστήματα για προσωπικούς υπολογιστές πελάτη των Windows της Microsoft, ώστε οι υπολογιστές τους να είναι σε θέση να «διαλειτουργούν» με τους υπολογιστές περισσότερων ατόμων. Αυτό ονομάζεται «αποτέλεσμα δικτύου» ή «εξωτερικότητες δικτύου» («network effect»). Ο όρος «εξωτερικότητες δικτύου» περιγράφει το φαινόμενο, όπου η χρησιμότητα ενός προϊόντος που αποκτάται από τον καταναλωτή αυξάνει όταν και στην έκταση που κι άλλοι κάνουν χρήση του ίδιου προϊόντος. Μια αγορά με δυνατές εξωτερικότητες δικτύου είναι αυτή όπου οι πελάτες

¹⁵⁷. Υπόθεση T-201/04 Microsoft Corp. κατά Επιτροπής Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, σκέψη 107

¹⁵⁸. Υπόθεση T-201/04 Microsoft Corp. κατά Επιτροπής Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, σκέψη 436

¹⁵⁹. Αποστολόπουλος, Υποθέσεις άρνησης παραχώρησης χρήσης δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας στο δίκαιο ανταγωνισμού των ΗΠΑ και το κοινοτικό δίκαιο: σύγκλιση των δύο δικαιοκτικών συστημάτων μέσω χρήσης της ίδιας νομικής και οικονομικής γλώσσας, ΕΕμπΔ 2008,766

επιθυμούν το προϊόν πιο έντονα, όσο μεγαλύτερος είναι ο αριθμός των άλλων πελατών. Μία επιχείρηση, επειδή είναι πρωτοπόρος καθίσταται ή απειλεί να καταστεί ο μόνος προμηθευτής ορισμένων προϊόντων ή υπηρεσιών εξαιτίας ζητημάτων συμβατότητας ή διαλειτουργικότητας. Οι καταναλωτές παραμένουν πιθανότατα στο παγιωμένο δίκτυο λόγω του μειωμένου κόστους και οι προμηθευτές συμπληρωματικών του δικτύου προϊόντων προσαρμόζονται σε αυτό και δεν παράγουν προϊόντα για δυνητικούς ανταγωνιστές. Σε αυτή την περίπτωση, η δεσπόζουσα θέση του δικτύου από μόνη της αποτελεί εμπόδιο εισόδου στη σχετική αγορά¹⁵⁹.

Επιπλέον, εμπόδιο εισόδου αποτελούν τα **«έμμεσα αποτελέσματα δικτύου»**. Αυτά σχετίζονται με το ότι οι ανεξάρτητοι προμηθευτές εφαρμογών λογισμικού θα έχουν ως στόχο την συμβατότητα των προϊόντων τους με αυτά των Windows, καθώς αποτελούν το πιο δημοφιλές λειτουργικό σύστημα για υπολογιστές και μόνο κατ' αυτόν τον τρόπο θα είναι σε θέση να αυξήσουν το δυναμικό της πελατειακής τους βάσης. Άλλωστε, ο σχεδιασμός μιας εφαρμογής ώστε να είναι συμβατή με επιπρόσθετα λειτουργικά συστήματα πέραν αυτών των Windows είναι δαπανηρός, χρονοβόρος αλλά και ριψοκίνδυνος. Έτσι οι περισσότερες εφαρμογές προορίζονται να είναι συμβατές με το λειτουργικό σύστημα για προσωπικούς υπολογιστές πελάτη των Windows της Microsoft, πράγμα που με τη σειρά του αυξάνει την παρακίνηση για τους καταναλωτές να λάβουν την άδεια χρήσης των λειτουργικών συστημάτων για υπολογιστές Windows. Το ως άνω περιγραφόμενο φαινόμενο είναι γνωστό ως **«εμπόδιο εισόδου εφαρμογών»** («application barrier to entry»). Ένα τρίτο εμπόδιο εισόδου υπάρχει όταν είναι δαπανηρό για τους πελάτες να αλλάξουν συστήματα, είτε εξαιτίας της επιτακτικής ανάγκης να επενδύσουν σε νέο εξοπλισμό είτε εξαιτίας της ανάγκης εκμάθησης του πώς να διατηρούν ή να χρησιμοποιούν το νέο σύστημα¹⁶⁰. Το ως άνωθεν εμπόδιο αποτελεί τα **«έξοδα μεταγωγής ή μάθησης»** («switching or learning costs»)¹⁶¹. Εφόσον μια επιχείρηση έχει κατακτήσει ένα μεγάλο μερίδιο της αγοράς, καθίσταται δύσκολο για τους ανταγωνιστές να εισέλθουν ή να επιβιώσουν, ακόμα και αν η τεχνολογία τους είναι ανώτερη και είναι διαθέσιμη σε χαμηλότερη τιμή, καθώς λιγότερες εφαρμογές θα σχεδιάζονται ώστε να είναι συμβατές με το νέο λειτουργικό σύστημα και θα υπάρχουν λιγότεροι πελάτες με τους οποίους θα μπορούν να επικοινωνούν τουλάχιστον μέχρι την

¹⁶⁰. Roberto Pardolessi και Andrea Renda, 'The European Commission's Case against Microsoft: Kill Bill,' 2004 27 World Competition Law and Economics Review 513, at pp 521-535.

¹⁶¹. Korah, Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules, 2006, σελ. 152

επόμενη γενιά τεχνολογίας. Κατανοούμε συνεπώς ότι προκειμένου να κατορθώσουν οι ανταγωνιστές να εισέλθουν στην παραπλήσια αγορά των λειτουργικών συστημάτων για διακομιστές ομάδας εργασίας απόλυτα συμβατούς με τα Windows υπερπηδώντας τα περιγραφόμενα ανωτέρω εμπόδια εισόδου, είναι απαραίτητο να τους χορηγηθούν από την Microsoft οι πληροφορίες διαλειτουργικότητας για τον σχεδιασμό ανταγωνιστικών προγραμμάτων για διακομιστές ομάδας εργασίας συμβατούς με τα Windows.

Αναφορικά με την **τρίτη εξαιρετική συνθήκη**, ήτοι το να εμποδίζει η άρνηση παροχής πρόσβασης την εμφάνιση ενός νέου προϊόντος, κρίθηκε ότι συντρέχει και στην περίπτωση της Microsoft. Σύμφωνα με την Επιτροπή νέο προϊόν είναι «ένα προϊόν το οποίο δεν περιορίζεται, κατ' ουσίαν, στην αναπαραγωγή των προϊόντων που διατίθενται ήδη στην αγορά από τον κάτοχο του δικαιώματος του δημιουργού. Κατά συνέπεια αρκεί ότι το επίμαχο προϊόν περιλαμβάνει ουσιώδη στοιχεία ως απόρροια των προσπαθειών καθαυτού του κατόχου της άδειας εκμετάλλευσης»¹⁶². Αν και η Microsoft αποπειράθηκε να αποδείξει ότι οι ανταγωνιστές δεν θα παρείχαν ένα νέο προϊόν αλλά θα αναπαρήγαγαν τα λειτουργικά συστήματα για διακομιστές ομάδας εργασίας των Windows, «μιμούμενοι τη λειτουργικότητά τους» και ότι κατά αυτό τον τρόπο οι καταναλωτές δεν θα βλάπτονταν από την άρνησή της να μοιραστεί πληροφορίες, η Επιτροπή έκρινε ότι από την στιγμή που η Microsoft υποχρεούται να γνωστοποιεί μόνο τις προδιαγραφές των συστημάτων της διασυνδέσεως (πληροφορίες διαλειτουργικότητας) και όχι την εφαρμογή τους, δεν είναι αντικειμενικά δυνατόν για τους ανταγωνιστές να περιοριστούν στην αναπαραγωγή των προϊόντων της. Αντιθέτως θα χρησιμοποιήσουν τις σχετικές με την διαλειτουργικότητα πληροφορίες για την διάθεση στο εμπόριο διαρκώς βελτιωμένων προϊόντων με ενισχυμένη αξία για τους καταναλωτές σε σχέση με τα προγενέστερα προϊόντα των ανταγωνιστών. Προς την ίδια κατεύθυνση κινήθηκε και το Πρωτοδικείο το οποίο τόνισε ότι οι καταναλωτές θεωρούν τα ανταγωνιστικά της Microsoft λειτουργικά συστήματα για διακομιστές ομάδας εργασίας ανώτερα από τα λειτουργικά συστήματα Windows για διακομιστές ομάδας εργασίας όσον αφορά σειρά χαρακτηριστικών όπως η αξιοπιστία ή διαθεσιμότητα του συστήματος ή η ενσωματωμένη στο λειτουργικό σύστημα για διακομιστές ασφάλεια¹⁶³.

¹⁶². Υπόθεση T-201/04 Microsoft Corp. κατά Επιτροπής Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, σκέψη 631.

¹⁶³. Υπόθεση T-201/04 Microsoft Corp. κατά Επιτροπής Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, σκέψη 652

3.3. Η τροποποίηση των «εξαιρετικών περιστάσεων» στην Microsoft

Αρχικά η Επιτροπή τελειοποίησε το επιχείρημα του νέου προϊόντος υποστηρίζοντας ότι ο ορισμός του «νέου προϊόντος» δεν αναφέρεται σε αντιγραφή ήδη υπαρχόντων προϊόντων αλλά προσθέτει ουσιώδη στοιχεία που προκύπτουν από τις προσπάθειες έρευνας των ανταγωνιστών. Επιπλέον επανέλαβε μεν την άποψη ότι η IMS Health δεν καθιέρωσε μια εξαντλητική λίστα εξαιρετικών συνθηκών, αλλά αυτή τη φορά φάνηκε να παίρνει πιο συγκεκριμένη θέση, εκφράζοντας την άποψη ότι το πλαίσιο για την ανάλυση του ελέγχου άρνησης πρόσβασης σε πληροφορίες παρέχεται από το άρθρο 102 περίπτωση β ΣΛΕΕ, εντάσσεται δηλαδή στην περίπτωση περιορισμού της τεχνικής ανάπτυξης σε βάρος των καταναλωτών. Υποστήριξε ότι η άρνηση πρόσβασης στην απαραίτητη πληροφόρηση συνιστούσε παρεμπόδιση της διαλειτουργικότητας στον συγκεκριμένο τομέα πληροφόρησης τεχνολογίας καθώς και πλήγμα για τη συνεχιζόμενη καινοτομία στη δευτερεύουσα αγορά. Εξήγησε επίσης ότι αυτός ο παράγοντας διαφοροποίησε τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης από εκείνα των υποθέσεων Magill και IMS. Τέλος, τόνισε το γεγονός ότι η Microsoft είχε διαταράξει ένα υπάρχον πρότυπο ιστορίας διασύνδεσης πληροφοριών με τον τομέα και ότι η διακοπή της παροχής είχε προκύψει αφότου η Microsoft έκανε χρήση της διαλειτουργικότητας στον τομέα οικοδόμησης της αγοράς για τα λειτουργικά συστήματα των Windows. Δηλαδή, τα πραγματικά περιστατικά στη Microsoft διακρίνονται σημαντικά από την άρνηση πρόσβασης σε έναν νεοεισερχόμενο στον τομέα (όπως ήταν τα πραγματικά περιστατικά στην Magill και την IMS Health).

Το ΠΕΚ στη συνέχεια δέχτηκε ότι συντρέχουν οι εξαιρετικές συνθήκες στις οποίες αναφέρθηκε η Επιτροπή και επιπλέον τις ανέπτυξε σε ορισμένα σημεία. Αναλυτικότερα έδωσε έμφαση στο ότι ο έλεγχος του νέου προϊόντος θα πρέπει να πραγματοποιηθεί υπό το άρθρο 102 και να ενταχθεί στη μορφή κατάχρησης περιορισμού των τεχνικών εξελίξεων σε βάρος των καταναλωτών. Τόνισε ότι ο κανόνας του νέου προϊόντος στη Magill είχε σκοπό να προστατεύσει τους καταναλωτές από τη ζημιά που συνεπάγεται για αυτούς η παρεμπόδιση της εμφάνισης ενός εντελώς νέου προϊόντος που δεν προσφέρεται από τη δεσπόζουσα επιχείρηση και για το οποίο ενδέχεται να υπάρχει καταναλωτική ζήτηση. Επίσης τόνισε ότι στην IMS Health, το ΔΕΚ (ήδη ΔΕΕ) έδωσε έμφαση στη ζημιά που υφίστανται τα συμφέροντα του καταναλωτή, όπου η άρνηση χορήγησης άδειας εμποδίζει την ανάπτυξη δευτερεύουσας αγοράς σε βάρος τους. Στη συνέχεια κατέληξε στο συμπέρασμα ότι στη Magill και την IMS Health ο κανόνας του

νέου προϊόντος δεν μπορεί να αποτελεί την μόνη παράμετρο που καθορίζει αν η άρνηση για χορήγηση άδειας ενός ΔΔΙ είναι σε θέση να προκαλέσει βλάβη στους καταναλωτές μιας δευτερεύουσας αγοράς με την έννοια του άρθρου 102 περίπτωση β ΣΕΕ. Αυτή η πρόβλεψη αναφέρεται στον περιορισμό όχι μόνο της παραγωγής ή των αγορών, αλλά επίσης στον περιορισμό της τεχνικής ανάπτυξης.

3.4 Απόφαση της Επιτροπής διαπιστώνουσα παράβαση – Διορθωτικά μέτρα

Για αυτές τις πολύ σημαντικές παραβιάσεις, οι οποίες συνεχίστηκαν και για τα επόμενα χρόνια, η Επιτροπή επέβαλε πρόστιμο στη Microsoft ενώ για να αποκατασταθούν οι συνθήκες δίκαιου ανταγωνισμού, η Επιτροπή επέβαλε τα ακόλουθα διορθωτικά μέτρα:

- Όσον αφορά τη διαλειτουργικότητα, η Microsoft υποχρεώθηκε να αποκαλύψει πλήρεις και ακριβείς πληροφορίες για τις διεπαφές Windows οι οποίες θα επέτρεπαν την πλήρη διαλειτουργικότητα μεταξύ των εξυπηρετητών ομάδων εργαζομένων που δεν χρησιμοποιούν λογισμικό Microsoft και των προσωπικών υπολογιστών και εξυπηρετητών Windows. Αυτό θα επέτρεπε στους ανταγωνιστές να αναπτύξουν προϊόντα τα οποία μπορούν να ανταγωνιστούν με ισότιμους όρους στην αγορά λειτουργικών συστημάτων εξυπηρετητή ομάδας εργαζομένων. Οι γνωστοποιούμενες πληροφορίες θα πρέπει να ενημερώνονται κάθε φορά που η Microsoft παρουσιάζει στην αγορά νέες εκδόσεις των σχετικών προϊόντων της.
- Στο βαθμό που ορισμένες πληροφορίες διεπαφών ενδέχεται να προστατεύονται από δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας στον Ευρωπαϊκό Οικονομικό Χώρο, η Microsoft θα έχει το δικαίωμα να εισπράξει εύλογη αμοιβή. Η γνωστοποίηση αυτή θα αφορά μόνο τις πληροφορίες για τις διεπαφές, και όχι τον κώδικα πηγής Windows, δεδομένου ότι αυτός δεν είναι απαραίτητος για την ανάπτυξη διαλειτουργικών προϊόντων.
- Όσον αφορά τη σύνδεση των πωλήσεων, η Microsoft υποχρεώθηκε να προτείνει σε κατασκευαστές προσωπικών υπολογιστών μια έκδοση του λειτουργικού συστήματος Windows για Η/Υ πελάτη που δεν θα περιλαμβάνει τον WMP. Αυτό το διορθωτικό μέτρο για τον τερματισμό της σύνδεσης των πωλήσεων δεν σημαίνει ότι οι καταναλωτές θα αποκτούν Η/Υ και λειτουργικά συστήματα χωρίς αναπαραγωγούς μέσων. Οι περισσότεροι καταναλωτές αγοράζουν Η/Υ από

κατασκευαστή προσωπικών υπολογιστών που έχει ήδη συνδέσει για λογαριασμό τους ένα λειτουργικό σύστημα και ένα αναπαραγωγό μέσων. Χάρη στο διορθωτικό αυτό μέσο της Επιτροπής, η σύνθεση αυτών των ομαδοποιημένων πωλήσεων θα αντικατοπτρίζει τις επιλογές των καταναλωτών, και όχι τους όρους που επιβάλλει η Microsoft.

- Η Microsoft διατήρησε το δικαίωμα να προσφέρει έκδοση των λειτουργικών συστημάτων Windows για Η/Υ πελάτη με WMP. Ωστόσο, η Microsoft δεν θα πρέπει να χρησιμοποιεί οποιαδήποτε εμπορικά, τεχνολογικά ή συμβατικά μέσα που θα είχαν ως αποτέλεσμα να καταστεί λιγότερο ελκυστική ή αποδοτική η μη συνδεδεμένη έκδοση των Windows. Ειδικότερα, δεν θα πρέπει να παρέχει σε κατασκευαστές προσωπικών υπολογιστών έκπτωση υπό τον όρο να αγοράσουν το λογισμικό Windows μαζί με τον WMP.

Η Επιτροπή θεώρησε ότι με τα διορθωτικά αυτά μέτρα θα σταματούσαν οι παραβιάσεις της αντιμονοπωλιακής νομοθεσίας και ότι τα μέτρα αυτά είναι αναλογικά και καθορίζουν σαφείς αρχές για τη μελλοντική συμπεριφορά της εταιρείας. Για να εξασφαλιστεί η αποτελεσματική και έγκαιρη συμμόρφωση με την απόφαση αυτή, η Επιτροπή διόρισε έναν καταπιστευματοδόχο, ο οποίος, μεταξύ άλλων, ελέγχει εάν οι πληροφορίες σχετικά με τις διεπαφές που παρέχονται από τη Microsoft είναι πλήρεις και ακριβείς και αν οι δύο εκδόσεις των Windows είναι ισοδύναμες από άποψη απόδοσης.

Με βάση τις δεσμεύσεις που επέβαλε η Επιτροπή το 2009, η Microsoft θα προσφέρει στον Ευρωπαϊκό Οικονομικό Χώρο (μέσω του μηχανισμού Windows Update) μια «Οθόνη Επιλογών» που θα επιτρέπει στους χρήστες των XP, Windows Vista και Windows 7 να επιλέγουν τον ή τους φυλλομετρητές που επιθυμούν να εγκαταστήσουν πέραν του φυλλομετρητή της Microsoft Internet Explorer ή αντί γι' αυτόν. Σύμφωνα με τις δεσμεύσεις αυτές, οι κατασκευαστές υπολογιστών θα μπορούν επίσης να εγκαθιστούν ανταγωνιστικούς διαδικτυακούς φυλλομετρητές, να τους ρυθμίζουν ως προεπιλεγμένους φυλλομετρητές και να απενεργοποιούν το Internet Explorer. Οι χρήστες Η/Υ, χάρη στην Οθόνη Επιλογών, θα μπορούν να επιλέγουν με αποτελεσματικό και αμερόληπτο τρόπο μεταξύ του Internet Explorer και των ανταγωνιστικών διαδικτυακών φυλλομετρητών. Η επιλογή αυτή θα εγγυάται τον αξιοκρατικό ανταγωνισμό και θα επιτρέπει στους καταναλωτές να ωφελούνται από τις τεχνικές εξελίξεις και την καινοτομία στην αγορά των διαδικτυακών φυλλομετρητών και των συναφών αγορών, καθώς και στην αγορά των διαδικτυακών εφαρμογών.

Η απόφαση της Επιτροπής βασίζεται στο άρθρο 9 του κανονισμού 1/2003¹⁶⁴ σχετικά με την εφαρμογή των αντιμονοπωλιακών κανόνων της ΕΕ και λαμβάνει υπόψη τα αποτελέσματα της έρευνας της αγοράς που άρχισε τον Οκτώβριο του 2009. Η απόφαση αυτή, η οποία δεν καθορίζει αν υφίσταται παράβαση, καθιστά νομικώς υποχρεωτικές τις δεσμεύσεις που πρότεινε η Microsoft και περατώνει την έρευνα της Επιτροπής. Αν αθετήσει η Microsoft τις δεσμεύσεις της, η Επιτροπή μπορεί να επιβάλει πρόστιμο έως 10% στον συνολικό ετήσιο κύκλο εργασιών της, χωρίς να είναι υποχρεωμένη να αποδείξει την ύπαρξη παράβασης των αντιμονοπωλιακών κανόνων της ΕΕ.

Οι παραβιάσεις όμως από την πλευρά της Microsoft συνεχίστηκαν. Πρόσφατα η Ευρωπαϊκή Επιτροπή επέβαλε € 561 εκατομμύρια πρόστιμο στη Microsoft για μη συμμόρφωση με τις δεσμεύσεις της να προσφέρει στους χρήστες μια οθόνη επιλογής του προγράμματος περιήγησης τους επιτρέπει να επιλέγουν εύκολα τον φυλλομετρητή ιστού τους. Το 2009, η Επιτροπή είχε κάνει αυτές τις δεσμεύσεις νομικά δεσμευτικές για τη Microsoft μέχρι το 2014. Ωστόσο η Επιτροπή διαπίστωσε ότι η Microsoft απέτυχε να επεκτείνει σταδιακά την οθόνη επιλογής browser με Windows 7 Service Pack 1 της από τον Μάιο του 2011 έως τον Ιούλιο του 2012 για 15 εκατομμύρια χρήστες των Windows στην ΕΕ, ως εκ τούτου, δεν εμφανίζεται η οθόνη επιλογής κατά τη διάρκεια αυτής της περιόδου. Η Microsoft έχει αναγνωρίσει ότι η οθόνη επιλογής δεν είχε εμφανιστεί κατά τη διάρκεια αυτού του χρόνου.

3.5 Κριτική της υπόθεσης Microsoft

Η υπόθεση της Microsoft δεν αποτελούσε υπόθεση παρόμοια με τη Magill και την IMS Health, αλλά υπόθεση μιας δεσπόζουσας επιχείρησης που διατάραξε μια ήδη υπάρχουσα σχέση διαλειτουργικότητας για λόγους που θα μπορούσαν να κριθούν ότι παραβιάζουν τον ανταγωνισμό¹⁶⁵. Με τη συγκεκριμένη απόφασή, η Επιτροπή προσπάθησε να αποδείξει ότι η άρνηση της Microsoft να παράσχει πληροφορίες σχετικά με τα συστήματα διαλειτουργικότητας είναι καταχρηστική. Ακολούθησε δύο κατηγορίες

¹⁶⁴. Κανονισμός (ΕΚ) αριθ. 1/2003 του Συμβουλίου, της 16ης Δεκεμβρίου 2002, για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού που προβλέπονται στα άρθρα 81 και 82 της συνθήκης (Κείμενο που παρουσιάζει ενδιαφέρον για τον ΕΟΧ)
Επίσημη Εφημερίδα αριθ. L 001 της 04/01/2003 σ. 0001 - 0025

¹⁶⁵. *Alison Jones and Brenda Surfin*, EU Competition Law – Text, cases and Materials, Oxfordonline resource center (fourth edition)

επιχειρημάτων. Συγκεκριμένα αναφέρθηκε στις ειδικότερες συνθήκες υπό τις οποίες η άρνηση εφοδιασμού μπορεί να συνιστά παράβαση του άρθρου 102 της Συνθήκης. Υποστήριξε επίσης ότι η άρνηση της Microsoft να παράσχει πρόσβαση σε πληροφορίες στους αντιπάλους αντανάκλα μια στρατηγική μόχλευσης. Τα επιχειρήματα αυτά έχουν ήδη αναλυθεί διεξοδικά στα πλαίσια της παρούσας εργασίας. Στην υπόθεση Microsoft η Επιτροπή απέφυγε κάθε αναφορά στο κριτήριο του νέου προϊόντος, καθώς δεν υπήρξε κάποιο νέο προϊόν προς παραγωγή ή εμπορία από τους ανταγωνιστές της Microsoft στην αγορά διακομιστών ομάδας εργασίας¹⁶⁶. Παρ'όλα αυτά, η συμπεριφορά της Microsoft είχε ως αποτέλεσμα τη μείωση των κινήτρων των ανταγωνιστών της να καινοτομήσουν και να παραγάγουν νέα προϊόντα στο μέλλον, με αποτέλεσμα τον περιορισμό της ευημερίας των καταναλωτών. Η Microsoft υποστήριξε την ίδια αιτιολογία που είχε χρησιμοποιήσει και στη δικαστική διαμάχη στις ΗΠΑ: την ανάγκη να προστατεύσει τα κίνητρά της για καινοτομία μέσω της διατήρησης ακέραιων των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας της. Η Επιτροπή ωστόσο βεβαίωσε ότι τα δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας «δεν μπορούν αυτά καθαυτά να αποτελέσουν μια αυταπόδεικτη αντικειμενική αιτιολογία για την εκ μέρους της Microsoft άρνηση προμήθειας», ενστερνιζόμενη έτσι τη θέση που έλαβε το Περιφερειακό Ομοσπονδιακό δικαστήριο στην κατ'έφεση εκδίκαση της υπόθεσης της Microsoft στις ΗΠΑ.¹⁶⁷ Η καινοτομία αποτελεί δημόσιο αγαθό, το οποίο καλούνται να υπηρετήσουν τόσο οι κανόνες προστασίας της διανοητικής ιδιοκτησίας όσο και το δίκαιο του ανταγωνισμού. Σύμφωνα δε με την Επιτροπή: *«μια ενδεδειγμένη επισκόπηση του εύρους της αποκάλυψης εν προκειμένω οδηγεί στο συμπέρασμα ότι τελικά το εν δυνάμει αρνητικό αποτέλεσμα που μπορεί να έχει μια εντολή προμήθειας στα κίνητρα της Microsoft να καινοτομήσει αντισταθμίζεται από το υπερέχον αυτού θετικό αποτέλεσμα στο επίπεδο καινοτομίας του συνόλου του κλάδου (συμπεριλαμβανομένης της Microsoft). Κατά τούτο η ανάγκη προστασίας των κινήτρων της Microsoft δεν μπορεί να αποτελέσει μια αντικειμενική αιτιολογία ικανή να αντισταθμίσει πλήρως τις εξαιρετικές περιστάσεις που επισημάνθηκαν»¹⁶⁸.*

166. Κορνηνός/Λιανός σε Τζουγανάτο (2013), 580) ·Leveque F., Innovation, leveraging and essential facilities: Interoperability licensing in the EU Microsoft Case, 2005, 7 electronic copy available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=927900

167. United States vs Microsoft Corp., 253 F3d 34,59 (D.C.Cir.2001).

168. Απόφαση της Επιτροπής της 24^{ης} Μαΐου 2004 (COMP/C-3/37.792-Microsoft).

Πέραν τούτου η Επιτροπή μέσω της Ανακοίνωσης Προτεραιοτήτων για την Εφαρμογή του άρθρου 102 ΣΛΕΕ αναλύει την άρνηση χορήγησης άδειας εκμετάλλευσης για δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας ή την άρνηση παροχής πληροφοριών για διαλειτουργικότητα ως περιπτώσεις άρνησης προμήθειας, εφαρμόζοντας σχεδόν το σύνολο των προϋποθέσεων της σχετικής νομολογίας. Είναι όμως αξιοσημείωτο ότι η Ανακοίνωση προτεραιοτήτων δεν συμπεριλαμβάνει στις ειδικές προϋποθέσεις για τις υποθέσεις άρνησης παραχώρησης άδειες εκμετάλλευσης άυλων αγαθών, τον κανόνα του «νέου προϊόντος», αλλά υιοθετεί το σχετικό κριτήριο των κινήτρων καινοτομίας της υπόθεσης της Microsoft¹⁶⁹. Η Επιτροπή κρίνει για παράδειγμα ότι, *«είναι δυνατό να προκληθεί ζημία στους καταναλωτές όταν οι ανταγωνιστές που η δεσπόζουσα επιχείρηση αποκλείει δεν μπορούν, ως αποτέλεσμα της άρνησης, να εισάγουν στην αγορά καινοτόμα προϊόντα ή υπηρεσίες ή/και όταν ενδέχεται να ανασταλεί η συνέχεια μιας καινοτομίας. Αυτό είναι πιθανό να συμβεί, ιδίως, όταν η επιχείρηση η οποία έχει ανάγκη προμήθειας δεν προτίθεται να περιοριστεί ουσιαστικά στην αντιγραφή των προϊόντων ή των υπηρεσιών που ήδη προσφέρονται από τη δεσπόζουσα επιχείρηση στην αγορά επόμενου σταδίου, αλλά προτίθεται να παράγει νέα ή βελτιωμένα προϊόντα ή υπηρεσίες για τις οποίες υπάρχει δυνητική καταναλωτική ζήτηση, ή ενδέχεται να συμβάλει στην τεχνική εξέλιξη»*¹⁷⁰. Καθίσταται έτσι σαφές ότι το ενωσιακό δίκαιο του ανταγωνισμού επιδιώκει την προστασία της «ανταγωνιστικής διαδικασίας (competitive process) και αντίστοιχα τυχόν άρνηση διαλειτουργικότητας σε ένα de facto υπόδειγμα σε κάθε κλάδο θα σημάνει τη βλάβη της ανταγωνιστικής διαδικασίας¹⁷¹.

169. Κομνηνός/Λιανός σε Τζουγανάτο (2013), 582

170. Ανακοίνωση της Επιτροπής-Κατευθύνσεις σχετικά με τις προτεραιότητες της Επιτροπής κατά τον έλεγχο της εφαρμογής του άρθρου 82 της συνθήκης ΕΚ σε καταχρηστικές συμπεριφορές αποκλεισμού που υιοθετούν δεσπόζουσες επιχειρήσεις, ΕΕ 2009 C 45/7 παρ.87

171. Κομνηνός/Λιανός σε Τζουγανάτο (2013), 580

ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΙΚΕΣ ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

Όπως αναπτύχθηκε στην παρούσα εργασία, το κοινοτικό δίκαιο ανταγωνισμού προσανατολίζεται ολοένα και περισσότερο στην αναβάθμιση της αρχής της οικονομικής αποτελεσματικότητας. Η νέα αυτή τάση, γνωστή και ως “more economic approach», υποστηρίζει ότι η εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού πρέπει να επιδιώκει την ευημερία του καταναλωτή μέσω της διασφάλισης της παραγωγικής και κατανομικής αποτελεσματικότητας¹⁷². Στόχος του ανταγωνισμού είναι ο περιορισμός των μονοπωλίων. Σκοπός του είναι να αποτρέψει καταστάσεις όπου μια δεσπύζουσα επιχείρηση θα αποκλείσει άλλες συναφείς επιχειρήσεις είτε από το να εισέλθουν στην αγορά, είτε από το να διατηρηθούν σε αυτή και να την ανταγωνιστούν.

Όσον αφορά τη σχέση ανάμεσα στο δίκαιο ανταγωνισμού και τα δίκαιο διανοητικής ιδιοκτησίας, είναι εύκολο να παρατηρήσει κανείς μία εκ πρώτης όψεως εγγενής αντίφαση. Η αντίφαση αυτή εντοπίζεται στον αποκλειστικό χαρακτήρα των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας, ο οποίος συντελεί στη δημιουργία καταστάσεων που περιορίζουν τον ανταγωνισμό. Ωστόσο η απονομή των δικαιωμάτων αυτών συνεισφέρει στην ανάπτυξη του ανταγωνισμού, προσφέροντας κίνητρα για καινοτομία και δημιουργία νέων επενδύσεων. Η καινοτομία αποτελεί δημόσιο αγαθό, το οποίο θα πρέπει να υπηρετήσουν τόσο οι κανόνες προστασίας της διανοητικής ιδιοκτησίας όσο και το δίκαιο του ανταγωνισμού. Πρακτικά αυτό σημαίνει ότι θα πρέπει να συνυπάρξουν αρμονικά μεταξύ τους, οι δύο αυτοί κλάδοι δικαίου, έχοντας ως απώτερο σκοπό την προώθηση της καινοτομίας και την προστασία του καταναλωτή.

Η προώθηση της καινοτομίας – η οποία εντάσσεται στο υψηλότερο επίπεδο του ανταγωνισμού – αποτελεί ζωτικό στοιχείο για την ανάπτυξη και την ευημερία μιας οικονομίας, καθώς η προστασία της γνώσης και η ανταμοιβή της δημιουργικής προσπάθειας των δικαιούχων δικαιωμάτων βιομηχανικής και πνευματικής ιδιοκτησίας συνιστούν κίνητρα για την προς όφελος των καταναλωτών βελτίωση της ποιότητας και της ανταγωνιστικότητας των διατιθέμενων στην αγορά προϊόντων και υπηρεσιών.

Η διαλεκτική μεταξύ των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας και της απαγόρευσης κατάχρησης δεσπύζουσας θέσης υπό τη μορφή της άρνησης παραχώρησης άδειας εκμετάλλευσης αϋλου αγαθού (είδος άρνησης συναλλαγής) του άρθρου 102 ΣΛΕΕ οδήγησε και στη διαμόρφωση (ακριβέστερα, εισδοχή από την

¹⁷². Τζουγανάτος (2013), 19

αμερικανική έννομη τάξη) του λεγόμενου «δόγματος των βασικών διευκολύνσεων», με εφαρμογή του οποίου ο κάτοχος δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας υποχρεώνεται υπό προϋποθέσεις να παραχωρήσει δικαίωμα εκμετάλλευσής του χάριν προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού.

Βάσει των όσων αναφέρθηκαν στα πλαίσια της παρούσας, καταλήγουμε στο συμπέρασμα ότι η θεωρία των βασικών διευκολύνσεων υπήρξε χρήσιμο εργαλείο για την Επιτροπή, το ΠΕΚ και το ΔΕΚ προκειμένου να προσδιορίσουν πότε η πρόσβαση σε ένα πρότυπο καθίσταται υποχρεωτική. Μπορεί ποτέ να μην αναφέρθηκε ρητά, αλλά η Magill αποτέλεσε ξεκάθαρα υπόθεση «βασικών διευκολύνσεων». Ήτοι, οι εξαιρετικές συνθήκες της εν λόγω υπόθεσης ουσιαστικά επανέλαβαν την θεωρία των βασικών διευκολύνσεων. Το μόνο νέο στοιχείο που προστίθεται εν προκειμένω είναι το κριτήριο του «νέου προϊόντος», δηλαδή η ανταγωνιστική της δεσπόζουσας επιχείρησης σε μια παραπλήσια αγορά να ζητά πρόσβαση σε πληροφορίες όπως το κανάλι, την ημέρα, την ώρα μεταδόσεως και τον τίτλο των εκπομπών, ώστε να μπορέσει να παράξει ένα νέο προϊόν για το οποίο υπάρχει έντονη καταναλωτική ζήτηση. Τέτοιο κρίθηκε ότι ήταν και οι εβδομαδιαίοι τηλεοπτικοί οδηγοί. Στην υπόθεση IMS Health δόθηκε η εντύπωση ότι προστέθηκαν δύο νέα στοιχεία. Αυτά ήταν ο βαθμός συμμετοχής των χρηστών στην δομή μωσαϊκού των 1860 τμημάτων και η συμμετοχή τους στις δαπάνες. Ωστόσο στην πραγματικότητα τα δύο αυτά στοιχεία αποτελούσαν πτυχή της εξαιρετικής συνθήκης της «αναγκαιότητας» ενός προϊόντος και ως τέτοια εξετάστηκαν. Και στην υπόθεση Microsoft βρήκε εφαρμογή η εν λόγω θεωρία, ωστόσο η εξαιρετική συνθήκη του «νέου προϊόντος» εμπλουτίστηκε και κατέστη σαφέστερη, αφού δόθηκε ακριβής ορισμός από την Επιτροπή του τι συνιστά «νέο». Επιπλέον η εν λόγω εξαιρετική περίπτωση εξετάστηκε υπό το άρθρο 102 και εντάχθηκε στη μορφή κατάχρησης του περιορισμού των τεχνικών εξελίξεων σε βάρος των καταναλωτών.

Έτσι, η απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής και εν συνεχεία του ΠΕΚ στην υπόθεση Microsoft αποτελεί χαρακτηριστικό παράδειγμα εφαρμογής του «δόγματος των βασικών διευκολύνσεων», (essential facilities) στο ενωσιακό δίκαιο ανταγωνισμού. Χαρακτηρίζεται δε από μια ανάλυση των προϋποθέσεων εφαρμογής αυτού του κανόνα που είναι αρκετά θετική για τον αιτούντα την πρόσβαση στην υποδομή/πρότυπο. Τίθεται λοιπόν το ζήτημα της πιθανής θεώρησης ενός δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας ως «θεμελιώδους υποδομής», το οποίο αποτέλεσε και αντικείμενο εξέτασης της παρούσας. Στη συγκεκριμένη υπόθεση το Δικαστήριο υποστήριξε ότι η άρνηση πρόσβασης στην

απαραίτητη πληροφόρηση συνιστούσε παρεμπόδιση της διαλειτουργικότητας στον συγκεκριμένο τομέα πληροφόρησης τεχνολογίας καθώς και πλήγμα για τη συνεχιζόμενη καινοτομία στη δευτερεύουσα αγορά.

Επιπλέον διαπιστώθηκε ότι η σύγκρουση του δικαίου του ανταγωνισμού με το δίκαιο διανοητικής ιδιοκτησίας εμφανίζεται ιδιαίτερα έντονα στον τομέα της τεχνολογίας της πληροφορίας (της πληροφορικής και του διαδικτύου). Όπως προαναφέρθηκε η απονομή δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας διαδραματίζει καθοριστικό ρόλο στην προαγωγή της καινοτομίας. Ειδικότερα, η τυποποίηση αποτελεί αντικείμενο ενδιαφέροντος τόσο του Δικαίου του Ανταγωνισμού όσο και του Δικαίου της Διανοητικής Ιδιοκτησίας από την στιγμή που μία ορισμένη τεχνολογία που αποτελείται από σειρά ΔΔΙ ή διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας ανάγεται σε ένα *de facto* πρότυπο. Εντούτοις, ένα επιτυχημένο πρότυπο ενδέχεται να οδηγήσει σε απώλεια του ανταγωνισμού και της καινοτομίας όταν η εφαρμογή του προϋποθέτει την πρόσβαση σε συγκεκριμένες τεχνολογίες περιορίζοντας κατ' αυτό τον τρόπο την ανάπτυξη εναλλακτικών λύσεων. Στην περίπτωση αυτή οι επίδοξοι καινοτόμοι θα στερούνται κινήτρων για ανάπτυξη άλλων τεχνολογικών λύσεων οι οποίες θα μπορούσαν κάποια μέρα να «πατεντοποιηθούν».

Ο κοινός λοιπόν παρονομαστής των δύο δικαίων ακούει στο όνομα «καινοτομία». Ωστόσο το Δίκαιο του Ανταγωνισμού υποχωρεί μπροστά στο «ειδικό αντικείμενο» του δικαιώματος του δημιουργού έτσι ώστε μια επιχείρηση ακόμα και αν απολαμβάνει δεσπόμενη θέση, να δύναται να αρνηθεί να παράσχει άδεια στα βασικά για το πρότυπο ΔΔΙ που κατέχει. Στην περίπτωση αυτή, το δικαίωμα διανοητικής ιδιοκτησίας μετατρέπεται σε μέσο αλλοίωσης των βασικών χαρακτηριστικών της αγοράς, κατά τρόπο βλαπτικό για τα συμφέροντα των καταναλωτών. Την κατάχρηση αυτή του μονοπωλιακού χαρακτήρα των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας έρχεται, ακριβώς, να αποτρέψει η εφαρμογή του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Η εφαρμογή, όμως, του άρθρου αυτού απαιτεί σύνεση καθώς η χάραξη μιας «λεπτής διαχωριστικής γραμμής» ανάμεσα στην κανονική και στην καταχρηστική άσκηση ενός δικαιώματος διανοητικής ιδιοκτησίας είναι ιδιαίτερα δύσκολη υπόθεση.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

Ελληνική

Βιβλία

- *Καλαβρός Γρ.-Ευαγγ.*, Το Ευρωπαϊκό Κοινοτικό Δίκαιο του Ανταγωνισμού 2003
- *Καρύδης Γ.*, Ευρωπαϊκό Δίκαιο Επιχειρήσεων και Ανταγωνισμού, 2004
- *Κινινή Ε.*, Η άρνηση παραχώρησης άδειας εκμετάλλευσης άυλων αγαθών στο δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού
- *Κουμάντος Γ.*, Πνευματική Ιδιοκτησία, 2002
- *Λιακόπουλος Α.*, Βιομηχανική Ιδιοκτησία, 2000
- *Μαρίνος Θ.*, Λογισμικό, Νομική Προστασία και Συμβάσεις, Αθήνα 1989,
- *Σταματούδη Ε.* Κοινοτικό Δίκαιο Ανταγωνισμού και Διανοητική Ιδιοκτησία, Αθήνα 2006
- *Σουφλερός Η.*, Η εφαρμογή του άρθρου 2 του ν. 703/77 (Καταχρηστική Εκμετάλλευση δεσπόζουσας Θέσης) στην Πρακτική της Επιτροπής Προστασίας Ανταγωνισμού (ΕΠΑ) και της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΕΑ)» σε Συλλογικό Έργο «Προστασία του Ελεύθερου Ανταγωνισμού (Η πρακτική της ΕΠΑ/ΕΑ)» στη σειρά «Μελέτες Δικαίου των επιχειρήσεων» - 9 Διευθ. Ι. Σχινάς, 1992
- *Τζουγανάτος Δ.*, Δίκαιο Ελεύθερου Ανταγωνισμού, Αθήνα 2013
- *Μαστρομανώλης Εμμ.* σε *Τζουγανάτο*, Δίκαιο Ελεύθερου Ανταγωνισμού, Αθήνα 2013
- *Κομνηνός Α./Λιανός Ι.*, σε *Τζουγανάτο*, Δίκαιο Ελεύθερου Ανταγωνισμού, Αθήνα 2013
- *Καλλινίκου Δ.*, Πνευματική Ιδιοκτησία και Συγγενικά Δικαιώματα, Αθήνα 2008
- *Κοτσίρης Λ.* Δίκαιο Ανταγωνισμού (αθέμιτου και ελεύθερου) Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2011
- *[Ο ίδιος]*, Δίκαιο Πνευματικής ιδιοκτησίας και κοινοτικό κεκτημένο, Αθήνα-Θεσσαλονίκη 2011
- *Χατζόπουλος Β.* Ο κανόνας των βασικών διευκολύνσεων στο Ευρωπαϊκό & Εθνικό δίκαιο του ανταγωνισμού, Αθήνα 2002

Αρθρογραφία

- *Αθανασίου Λ.*, Εννοιολογική οριοθέτηση της παρεμποδιστικής κατάχρησης. Σκέψεις επί της πρότασης της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για οικονομική ερμηνεία του άρθρου 82 ΣυνθΕΚ, ΔΕΕ 2006
- *Αλεξανδροπούλου- Αιγυπτιάδου Ε.*, Πειρατεία προγραμμάτων ηλεκτρονικών υπολογιστών και προστασία του δικαιώματος αναπαραγωγής τους (ενόψει και του πρόσφατου νόμου 3524/2007), ΕλλΔνη 2007, 1315
- *Αποστολόπουλος Χ.*, Η θεωρία της κατάχρησης του δικαιώματος πνευματικής ιδιοκτησίας(copyright missue doctrine) στο δίκαιο των ΗΠΑ και το κοινοτικό δίκαιο.
- *[Ο ίδιος]*, Υποθέσεις άρνησης παραχώρησης χρήσης δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας στο δίκαιο ανταγωνισμού των ΗΠΑ και το κοινοτικό δίκαιο: σύγκλιση των δύο δικαιοκίνων συστημάτων μέσω χρήσης της ίδιας νομικής και οικονομικής γλώσσας, ΕΕμπΔ 2008
- *Γρηγοριάδης Λ.*, Η Εφαρμογή του άρθρου 82 ΣΕΚ στο Δίκαιο των άυλων αγαθών, Διπλωματική Εργασία στα πλαίσια του Μεταπτυχιακού Προγράμματος Τμήματος Εμπορικού και Οικονομικού Δικαίου, Θεσσαλονίκη 2007
- *[Ο ίδιος]*, Η ανάλωση του δικαιώματος του δημιουργού στην περίπτωση της υλικής αντιγραφής ενός έργου από χρήστη υπηρεσίας ανοικτής γραμμής - Σκέψεις και προτάσεις με αφορμή την απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης “UsedSoft GmbH κατά Oracle International Corp.” της 3ης Ιουλίου 2012 (υπόθ. C-128/2011), ΔΕΕ 3/2013,11 επ.
- *Ιγγλεζάκης Ι.*, Λογισμικό ανοιχτού κώδικα, ΕπισκεΔ 2001, 891
- *[Ο ίδιος]*, Επιτρεπόμενες πράξεις στο Διαδίκτυο εκ μέρους των χρηστών από τη σκοπιά του δικαίου της πνευματικής ιδιοκτησίας, ΔΕΕ 2007, 670
- *Κινινή Ε.*, Οι πρακτικές tying και bundling - Αντικείμενο ex post και ex ante ελέγχου στο δίκαιο του ανταγωνισμού, ΔΕΕ 2008,1204
- *Κλεισούρας Κ.*, Εμπορικό και βιομηχανικό απόρρητο στο κοινοτικό δίκαιο του ανταγωνισμού- Σκέψεις με αφορμή την απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής στην Υπόθεση Microsoft, ΔΕΕ 2006
- *Μαρίνος Μ.*, Περιορισμοί παραγωγής σε άδειες εκμετάλλευσης διπλώματος ευρεσιτεχνίας-Μερικές Παρατηρήσεις στη σχέση δικαίου των εφευρέσεων και δικαίου κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού, ΕΕμπΔ 1985,

- *Μερτικοπούλου Β.*, Η υπόθεση OSCAR BRONNER - Εξελίξεις στη θεωρία των αναγκαίων διευκολύνσεων, («Essential Facilities Doctrine»), σημείωση στην απόφαση ΔΕΚ C- 7 /1997, απόφ. 26.11.1998, ΔΕΕ1998,1263 επ.
- [*Η ίδια*], Η προδικαστική απόφαση του ΔΕΚ στην IMS Health κ. NDC Health και η -εξαιρετική- αναγκαστική παραχώρηση άδειας εκμετάλλευσης αποκλειστικού δικαιώματος υπό το άρθρο 82 ΕΚ, σημείωση στην απόφαση ΔΕΚ Υπόθ. C- 418 /2001, απόφ. της 29.4.2004
- *Μικρουλέα Α.*, Η εφαρμογή του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού στο δίκαιο της πνευματικής ιδιοκτησίας και ειδικότερα στους οργανισμούς συλλογικής διαχείρισης πνευματικών δικαιωμάτων, Επιθεώρηση του Εμπορικού Δικαίου, 1999,452 επ.
- [*Η ίδια*], Η κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης του άρθρου 2ν. 703/77, ΧρΙΔ ΣΤ/2006
- *Σερενίδης Δ.*, Προσβολές της πνευματικής ιδιοκτησίας στα ψηφιακά δίκτυα, 2010
- *Σμιτ-Μπογκάτσκι Φ./Τουντόπουλος Β.*, Η σημασία της συμφωνίας TRIPs για την προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού, ΔΕΕ 1998, 686 επ.
- *Σουφλερός Η*, Καταχρηστική εκμετάλλευση της σχέσης οικονομικής εξάρτησης (πρώην άρθρο 2α Ν 703/1977 και τώρα άρθρο 18α Ν 146/1914) - Το ζήτημα της ύπαρξης ή προϋπαρξης εμπορικών σχέσεων ως προϋπόθεσης για την εφαρμογή της σχετικής απαγόρευσης, ΔΕΕ 2010
- *Τζουγανάτος Δ.*, Οι πρόσφατες τροποποιήσεις του Ν 703/1977 και η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού (Ν 1934/1991 και Ν 2000/1991), ΕΕμπΔ, ΜΓ
- *Ψαρουδάκης Γ*, Ο «κανόνας των θεμελιωδών υποδομών» στο κοινοτικό δίκαιο του ανταγωνισμού: πρόσφατη εφαρμογή και συσχετισμός με την προστασία της πνευματικής ιδιοκτησίας.

Ξενόγλωσση

Βιβλία

- *Alison Jones and Brenda Surfin*, EU Competition Law – Text, cases and Materials, Oxfordonline resource center (fourth edition)
- *Bellamy Chr./Child Gr.*, Common Market law of competition, consultant editor Jeremy Lever, London : Sweet & Maxwell ; New York : Matthew Bender, 1973.
- *Christopher Heath/Tzong-Leh Hwang/Chiyuan Chen*, The future development of Competition Framework, International Competition Law Series, 2004 Kluwer Law International
- *Faull Jon./Nikpay Al*, The EC law of Competition, Oxford University Press, 1999
- *Fikentscher*, Urheberrechtsvertrag und Kartellrecht, in Festschrift für Schricker, 1995
- *[Ο ίδιος]*, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz München 1958: C.H.Beck
- *Geradin*, *Reverse Hold-ups*: The (often ignored) risks faced by innovators in standardized areas. Paper prepared for the Swedish Authority on the pros and cons of standard-setting, Stockholm, 12 November 2010.
- *Kobayashi/Wright/George Mason School of Law*, Intellectual Property and Standard- Setting, Forthcoming Handbook on the Antitrust Aspects of Standards Setting, 2010.
- *Korah V.*, Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules, 2006
- *Goel R.*, Does software piracy affect economic growth? Evidence across countries, Journal of Policy Modeling 2012
- *Andermann St./Schmidt He.*, EU Competition Law and Intellectual Property Rights, the Regulation of Innovation, Oxford University Press, 2011
- *Weber Rolf. H.*, Competition Law versus FRAND Terms in IT Markets, World Competition, 2011
- *Wilk A.*, Patentability of software, Proceedings 2012 – IEEE International Conference on Software Science, Technology and Engineering, SWSTE 2012
- *Yang D.*, Software protection: Copyright ability vs patentability, Journals of Intellectual Property Rights, 2012

Αρθρογραφία

- *Autyun Arutyunyan*, Intellectual Property Law vs Essential Facility Doctrine. Microsoft vs Commission, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα:
<http://www.ies.ee/iesp/No4/Arutyunyan.pdf> (τελευταία πρόσβαση 20/11/2013)
- *Chih-Chieh Yang*, Analyzing Microsoft's Forced Upgrade Case Based on Economics and Copyright Law, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα:
<http://www.iias.sinica.edu.tw/upload/conferences/20120614-18/paper/20120616-6b.pdf> (τελευταία πρόσβαση 20/11/2013)
- *Schmidtchen D.*, Die Beziehung zwischen dem Wettbewerbsrecht und dem Recht geistigen Eigentums – Konflikt, Harmonie oder Arbeitsteilung? Διαθέσιμο στην ιστοσελίδα:
http://www.researchgate.net/publication/46459028_Die_Beziehung_zwischen_dem_Wettbewerbsrecht_und_dem_Recht_geistigen_Eigentums_Konflikt_Harmonie_oder_Arbeitsteilung (τελευταία πρόσβαση 20/11/2013)
- *Leveque F.*, Innovation, leveraging and essential facilities: Interoperability licensing in the EU Microsoft Case, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=927900 (τελευταία πρόσβαση 15/11/2013)
- *Supreet K.*, Interface between intellectual property and competition law- essential facilities doctrine, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1802450(τελευταία πρόσβαση 20/11/2013)
- *Economides N.*, A Critical Appraisal of Remedies in the EU Microsoft Cases, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1523908(τελευταία πρόσβαση 20/11/2013)
- *Pardolesi R./Renda A.*, 'The European Commission's Case against Microsoft: Kill Bill,' 2004 27 World Competition Law and Economics Review 513, at pp 521-535
- *Turney J.*, Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The Primacy of Securing Optimal Innovation, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα:
<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1034&context=njitip> (τελευταία πρόσβαση 20/11/2013)

- *Robrt Pitofsky, Donna Patterson, Jonathan Hooks*, The Essential Facilities Doctrine Under United States Antitrust Law, διαθέσιμο στην ιστοσελίδα: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/346/> τελευταία πρόσβαση 20/11/2013)
- US Department of Justice and the Federal Trade Commission, Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition

ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ

ΕΛΛΗΝΙΚΩΝ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΩΝ

ΠΡΩΤΟΔΙΚΕΙΟΥ

- Μον.Πρωτ.Αθ. 952/1994, ΕΕμπΔ 1995,135
- Μον. Πρωτ.Αθ. 2493/1995, ΕΛΛΔνη 1995,721
- Πολ.Πρωτ.Αθ. 9456/1995, ΕΕμπΔ 1996,620

ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ ΕΥΡΩΠΑΙΚΩΝ ΚΟΙΝΩΤΗΤΩΝ (ΗΔΗ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ ΕΥΡΩΠΑΙΚΗΣ ΕΝΩΣΗΣ)

- Απόφαση ΔΕΚ C-78/1970, “Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH κατά Metro-SB-Großmarkte GmbH & Co. KG.”, Συλλογή 1971, σελ. 487
- Απόφαση ΔΕΚ, της 6ης Μαρτίου 1974, Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. και Commercial Solvents Corporation κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, Συνεκδικασθείσες υποθέσεις 6 και 7/73, Συλλογή της Νομολογίας 1974 σελίδα 00223, Ελληνική ειδική έκδοση σελίδα 00113
- Απόφαση του Δικαστηρίου της 14ης Φεβρουαρίου 1978, - United Brands Company and United Brands Continental BV. - κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, Chiquita Bananas. - Υπόθεση 27/76. Συλλογή της Νομολογίας 1978 σελίδα 00207 Ελληνική ειδική έκδοση 00075
- Απόφαση του Δικαστηρίου της 13ης Φεβρουαρίου 1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, Δεσπόζουσα θέση,

- Υπόθεση 85/76, Συλλογή της Νομολογίας 1979 σελίδα 00461, Ελληνική ειδική έκδοση σελίδα 00215
- Απόφαση του Δικαστηρίου της 31ης Μαΐου 1979, Hugin Kassaregister AB και Hugin Cash Registers Ltd κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, Ανταλλακτικά για ταμιακές μηχανές, Υπόθεση 22/78, Συλλογή της Νομολογίας 1979 σελίδα 01869, Ελληνική ειδική έκδοση σελίδα 00951
 - Απόφαση του Δικαστηρίου της 9ης Νοεμβρίου 1983, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, Υπόθεση 322/81, Συλλογή της Νομολογίας 1983 σελίδα 03461
 - Απόφαση του Δικαστηρίου Volono κατά Veng, Υπόθεση 238/87, Συλλογή της Νομολογίας 1988 σελίδα 6211
 - Απόφαση του Δικαστηρίου της 2ας Μαρτίου 1994, Hilti AG κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων. Αναίρεση - Ανταγωνισμός - Κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως - Έννοια της σχετικής αγοράς. Υπόθεση C-53/92 P, Συλλογή της Νομολογίας του Δικαστηρίου 1994 σελίδα I-00667
 - Απόφαση του Δικαστηρίου (πέμπτο τμήμα) της 14ης Νοεμβρίου 1996. Tetra Pak International SA κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων. Υπόθεση C-333/94 P, Συλλογή της Νομολογίας του Δικαστηρίου 1996 σελίδα I-05951
 - Απόφαση του Δικαστηρίου της 26ης Νοεμβρίου 1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. Υπόθεση C-7/97, Συλλογή της Νομολογίας του Δικαστηρίου 1998 σελίδα I-07791
 - Απόφαση του Δικαστηρίου της 21^{ης} Δεκεμβρίου 1998, «Magill TV Guide/ITP, BBC, RTE», Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, Αριθ. L 78/43
 - Απόφαση του Πρωτοδικείου (τρίτο τμήμα) της 7ης Οκτωβρίου 1999, Irish Sugar plc κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, Άρθρο 86 της Συνθήκης ΕΚ (νυν άρθρο 82 ΕΚ) - Υπόθεση T-228/97, Συλλογή της Νομολογίας του Δικαστηρίου 1999 σελίδα II-02969
 - Απόφαση του Δικαστηρίου (πέμπτο τμήμα) της 29ης Απριλίου 2004, IMS Health GmbH & Co. OHG κατά NDC Health GmbH & Co. KG, Υπόθεση C-418/01. Συλλογή της Νομολογίας του Δικαστηρίου 2004 σελίδα I-05039
 - Απόφαση του Δικαστηρίου της 15^{ης} Μαρτίου 2007, British Airways κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, Υπόθεση 95/04, Συλλογή της Νομολογίας 2007 σελίδα I-02331

- Απόφαση της Επιτροπής της 24^{ης} Μαΐου 2004 (COMP/C-3/37.792-Microsoft), ΕΕ 2007, L 32, σ. 23
- Υπόθεση T-201/04 Απόφαση του Πρωτοδικείου (τμήμα μείζονος συνθέσεως) της 17ης Σεπτεμβρίου 2007. Microsoft Corp. κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων. Συλλογή της Νομολογίας 2007 II-03601