

Σιωπηρές Συμπαιγνίες: Μια Προοπτική Από Νομική Σκοπιά (Tackling tacit collusion: a legal perspective)

Γ.Δ. Τριανταφυλλάκης, Αν. Καθηγητής Νομικής ΔΠΘ

Ο προβληματισμός από νομική άποψη σε σχέση με το θέμα έχει 2 πτυχές :

α) την ακριβή εννοιολογική προσέγγιση της έννοιας, την οριοθέτησή της από συγγενείς έννοιες και την ένταξή της στην προσήκουσα νομική κατηγορία

β) την ανίχνευση των τρόπων μέσω των οποίων μπορεί να στοιχειοθετηθεί (αποδεικτική διαδικασία) η συμπαιγνία επιχειρήσεων (εναρμονισμένη πρακτική) ενώπιον των δικαστηρίων ή από τις αρμόδιες αρχές.

I. Εννοιολογική Οριοθέτηση

Η **σιωπηρή συμπαιγνία** (tacit collusion) αποτελεί οικονομικό όρο με αγγλοσαξωνική προέλευση και έχει την έννοια, για να μεταφερθούμε σε επίπεδο νομικής ορολογίας, της ενσυνείδητης παράλληλης συμπεριφοράς (bewusstes Parallelverhalten), η οποία, ως **μη επικοινωνιακή εναρμονισμένη συμπεριφορά** (nicht kommunikative Verhaltensabstimmung), διακρίνεται σαφώς από την στηριζόμενη σε επικοινωνία εναρμόνιση (explicit collusion).

Ο κρίσιμος νομικός προβληματισμός έγκειται στην οριοθέτηση της απλής παράλληλης συμπεριφοράς - η οποία δεν μπορεί από μόνη της να ταυτιστεί με εναρμονισμένη πρακτική, μια και μπορεί να συνιστά άσκηση αυτόνομης επιχειρηματικής δράσης, που οφείλεται σε ανεξάρτητους οικονομικούς παράγοντες - από την συντονισμένη ενσυνείδητη παράλληλη συμπεριφορά, η οποία καλύπτεται, κατά την υποκειμενική της υπόσταση από την ύπαρξη κοινής βούλησης για τον από κοινού συντονισμό των παραμέτρων επιχειρηματικής δράσης των εμπλεκομένων.

Μόνο η τελευταία συνιστά «παθολογική» περίπτωση που εμπίπτει στη δικαιοδοσία του νόμου. Και τούτο διότι κοινό στοιχείο όλων των μορφών εναρμονισμένης πρακτικής είναι ότι «τραυματίζουν» το θεμέλιο του άρθρου 81 Σ-ΕΚ, την αξίωση αυτονομίας: αυτονομία δε, θα πει λήψη αποφάσεων εν αβεβαιότητα ως προς τις προϋποθέσεις και τη δράση των λοιπών ανταγωνιστών.

II. Οριοθέτηση της απλής από την ενσυνείδητη παράλληλη συμπεριφορά

A. Γενικά – Η κρατούσα άποψη

Κρατούσα στη νομική θεωρία είναι η άποψη ότι για την οριοθέτηση της επιτρεπτής από την απαγορευμένη συμπεριφορά το κατ' εξοχήν κρίσιμο στοιχείο είναι η ύπαρξη επικοινωνίας μεταξύ των εμπλεκομένων.

Επί τη βάσει αυτού του κριτηρίου διακρίνεται η ομοιόμορφη συμπεριφορά που δεν στηρίζεται στην επικοινωνία, η οποία προκύπτει «ασυνείδητα» και συμπτωματικά μέσα από την λειτουργία της αγοράς από την στρατηγική παράλληλης συμπεριφοράς. Ως παράδειγμα τέτοιας μη συνειδητής παράλληλης συμπεριφοράς προβάλλεται η περίπτωση επιχειρήσεων με παρόμοια δομή κόστους, οι οποίες ταυτόχρονα και κατά το ίδιο ύψος αποφασίζουν αύξηση τιμών.

Αλλά ακόμη και η ενσυνείδητη παράλληλη συμπεριφορά δεν θεωρείται κατά την κρατούσα άποψη ότι εμπίπτει, εο ἶρσο, στις απαγορευτικές διατάξεις του νόμου. Αναφέρεται προς τούτο η περίπτωση, κατά την οποία, χωρίς να υπάρχει κανένας καταναγκασμός για ομοιόμορφη συμπεριφορά, ο ανταγωνιστής επιλέγει να ακολουθήσει την αύξηση τιμής, μιμούμενος συνειδητά την συμπεριφορά του πρωτοπόρου. Δικαιολογείται δε η εξαίρεση αυτή από το πεδίο εφαρμογής του νόμου με το επιχείρημα ότι λείπει το στοιχείο της επικοινωνίας μεταξύ των μερών και επομένως η αμοιβαία σύνδεσή τους: η επιχείρηση που ενεργεί ως ηγέτιδα της τιμής δεν μπορεί να υπολογίζει ότι θα ακολουθήσει η άλλη επιχείρηση, και επομένως αμοιβαιότητα της μεταξύ τους προσαρμογής. Η τελευταία επιτυγχάνεται αντιθέτως μονομερώς.

B. Κριτική προσέγγιση

Η κρατούσα νομική άποψη, η οποία οριοθετεί με στενό τρόπο την εναρμονισμένη πρακτική έχει ως βάση ένα μίγμα δικαιοδογματικών αλλά και οικονομικοθεωρητικών αντιλήψεων. Η εμμονή στη στενή ερμηνεία της εναρμονισμένης πρακτικής, είναι εν πρώτοις απότοκος της δυσκολίας του νομικού νου να «συλλάβει» άλλες μορφές σύμπραξης, που δεν έχουν τα χαρακτηριστικά του θεμελιώδους νομικού θεσμού στο χώρο του ιδιωτικού δικαίου, της σύμβασης, που θεωρείται το «εργαλείο» όλων των συναλλαγών.

Η δυσχέρεια αυτή επιτείνεται και από το γεγονός ότι η κρίσιμη εν προκειμένω έννοια του αμερικάνικου antitrust, η conspiracy, που αποτέλεσε το πρότυπο για την ευρωπαϊκή νομοθεσία, απαιτεί για τη στοιχειοθέτησή της την ύπαρξη συμφωνίας (όχι σύμβαση με την στενή έννοια).

Τέλος, last but not least, η κρίση για τον χαρακτήρα και την (απ)αξία της ενσυνείδητης παράλληλης συμπεριφοράς επηρεάζεται αποφασιστικά και από το οικονομικοπολιτικό πρότυπο που τίθεται ως βάση ερμηνείας: Αυτό θα δώσει ξεκάθαρη εικόνα για το σημείο αναφοράς, το είδος δηλαδή και το περιεχόμενο του ανταγωνισμού που επιδιώκεται να επιτευχθεί/προστατευθεί. Κρίσιμη ήταν εν προκειμένω η επικράτηση της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου και της Σχολής του Chicago, κεντρικά αξιώματα της οποίας είναι ότι η δομή της αγοράς δεν καθορίζει τας αποτελέσματα της ανταγωνιστικής δράσης και ότι ο δυνητικός ανταγωνισμός είναι ισχυρός παράγοντας και πρέπει να λαμβάνεται πάντοτε υπόψη κατά την εκτίμηση των αντιανταγωνιστικών πρακτικών.

Αν εξετάσει κανείς, πιο πρακτικά το ζήτημα της ενσυνείδητης παράλληλης συμπεριφοράς θα διαπιστώσει εν πρώτοις, ιδίως αν κάνει χρήση των οικονομικών «πειραμάτων» της θεωρίας των παιγνίων, ότι η **απαίτηση αμοιβαιότητας στην επικοινωνία είναι περιττή**, ειδικά προκειμένου για αγορές με έντονα ολιγοπωλιακά χαρακτηριστικά: Οι ελάχιστες επιχειρήσεις που βρίσκονται σ' αυτές τις αγορές εύκολα αναγνωρίζουν τη μεταξύ τους αλληλεξάρτηση: αν ο καθένας επιδιώκει τη μεγιστοποίηση των κερδών του ορθολογικώς και ευφυώς, θα αντιληφθεί ότι όταν υπάρχουν δύο μόνο ή λίγοι πωλητές, η δική του κίνηση ασκεί σημαντική επίδραση επί των ανταγωνιστών του με την έννοια ότι δεν υπάρχει περίπτωση αυτοί να δεχθούν, χωρίς αντίποινα, τις ζημιές που τους προκαλεί η δράση του. Έτσι λοιπόν αν έχει επιτευχθεί τιμή που μεγιστοποιεί τα κέρδη όλων των ολιγοπωλητών, καμία επιχείρηση δεν θα μειώσει την τιμή επειδή αναγνωρίζει ότι και οι άλλες θα κάνουν το ίδιο, και έτσι θα χειροτερεύσει η θέση όλων.

Κατ' αποτέλεσμα λοιπόν, αν και οι επιχειρήσεις είναι τυπικά ανεξάρτητες και αυτόνομες κατά τη λήψη των αποφάσεών τους, εν τούτοις το τελικό αποτέλεσμα ισορροπίας στην αγορά είναι ταυτόσημο με εκείνο που θα προέκυπτε από ύπαρξη ρητής συμφωνίας μεταξύ τους. Οι επιχειρήσεις αναγνωρίζουν ότι τις συμφέρει να συνεργάζονται μεταξύ τους, παρά να ακολουθεί κάθε μία χωριστό δρόμο, πράγμα που ενδέχεται να προκαλέσει οδυνηρό για όλους πόλεμο τιμών.

Είναι προφανές λοιπόν ενόψει των ανωτέρω ότι το στοιχείο της αμοιβαίας ενημέρωσης δεν έχει κάποια αναγκαία λειτουργία, μια και το αποτέλεσμα της εναρμόνισης τιμών κλπ επιτυγχάνεται θαυμάσια ακόμη και με τη μονομερή επικοινωνία. Εξάλλου οι αποδέκτες του επικοινωνιακού «μηνύματος» δεν είναι πλέον τόσο «αυτόνομοι» κατά τη λήψη των αποφάσεών τους: Λαμβάνουν σοβαρά υπόψη τη γνωστοποίηση και οδηγούνται σε **πρακτική συνεργασίας**, αν αυτό εξυπηρετεί τα συμφέροντα τους και αξιολογούν ως αξιόπιστη τη πληροφόρηση που τους έγινε. Η **μονομερής** επομένως επικοινωνιακή επιρροή πάνω στους ανταγωνιστές αρκεί για να θεωρήσουμε ως παραβιασθείσα την αξίωση της αυτονομίας.

Η αμοιβαιότητα της επικοινωνίας δεν μπορεί επομένως να είναι στοιχείο της εναρμονισμένης πρακτικής.

Εξάλλου τα νεώτερα πορίσματα των κοινωνικών επιστημών υποδεικνύουν ότι η επικοινωνία μπορεί να πραγματοποιείται άριστα και με άλλα μέσα (Habermas, Theorie des Kommunikativen Handelns, 1987): Η εναρμονισμένη πρακτική δεν χρειάζεται να πραγματοποιείται μέσω μιας διαδικασίας (ρητής) επικοινωνίας (συνεννόησης), αλλά μπορεί να επιτευχθεί άριστα και χάρη στη λειτουργική εξάρτηση των επιχειρήσεων, η οποία προκαλείται σε συγκεκριμένες συνθήκες αγοράς (ολιγοπώλιο, διαφάνεια, ομοιογένεια κλπ) από τη σχέση προσανατολισμού των πράξεων των επιχειρήσεων προς ένα αποτέλεσμα.

Αυτού του είδους η λειτουργική διαδικτύωση των επιχειρήσεων, που κινούνται συνειδητά παράλληλα προκειμένου να άρουν τους συνδεόμενους, με το ανταγωνιστικό «παιχνίδι» κινδύνους και αβεβαιότητες στοιχειοθετεί την ύπαρξη συντονισμού των πράξεών τους, που προσανατολίζονται σε συγκεκριμένο στόχο, καταδεικνύοντας έτσι τη λειτουργική ενσωμάτωσή τους σε μια λογική ή και ακόμη και σε ένα σύστημα περιορισμού του ανταγωνισμού. Η απαιτούμενη για τη στοιχειοθέτηση της εναρμονισμένης πρακτικής επικοινωνία έχει το status της πράξης και όχι του λόγου, πράξης συντονισμένης που προσανατολίζεται σε κοινό στόχο (αυτή είναι άλλωστε η έννοια της πρακτικής συνεργασίας που αξιώνει το ΔΕΚ).

Το κρίσιμο επομένως στοιχείο είναι ο εν τοις πράγμασι συντονισμός της επιχειρηματικής δράσης των εμπλεκόμενων που είναι αποτέλεσμα ηθελημένης ή έστω αποδεκτής συνεργασίας μεταξύ τους, λαμβάνει δε νομικά την εξής μορφή:

Παρόμοια, όπως και κατά την κατάρτιση συμβάσεως, έτσι και στην στρατηγική παράλληλης συμπεριφοράς είναι αναγκαία από τη μία πλευρά μία πρόταση (εδώ εναρμονισμένης ανταγωνιστικής συμπεριφοράς), από την άλλη δε αποδοχή. Η πρόταση μπορεί να στηρίζεται σε ανακοίνωση (γνωστοποίηση με οποιονδήποτε τρόπο) μιας αύξησης τιμής.

Αν ακολουθεί άμεσα ή σε τακτά χρονικά διαστήματα αύξηση τιμών κλπ εκ μέρους των αποδεκτών μηνύματος-πρότασης, τότε η κοινή βούληση είναι δεδομένη. Είναι πάντως σαφές ότι με την προηγούμενη γνωστοποίηση (π.χ. της μονομερούς προθέσεως αύξησης της τιμής) δίνει ο έχων την πρωτοβουλία στους ανταγωνιστές του ένα χρονικό περιθώριο για τη λήψη εκ μέρους αυτών απόφασης, αν θα ακολουθήσουν ή όχι. Έτσι όμως αίρει την αβεβαιότητα που θα τους διακατείχε, ως προς την ακριβή εκ μέρους του διαμόρφωσης της μελλοντικής του τιμής και λοιπών όρων συναλλαγής μειώνοντας έτσι τον κίνδυνο της δράσης τους και περιορίζοντας εν προκειμένω τον υπό διαφορετικές συνθήκες εκδηλωθησόμενο στον τομέα αυτό ανταγωνισμό.

Η στρατηγική της παράλληλης συμπεριφοράς μπορεί κατ' αρχήν να γίνει δεκτό, ότι παραβιάζει το νόμο, όταν ο αποδέκτης της πρότασης εναρμόνιση υποδηλώνει με οποιονδήποτε τρόπο την αποδοχή εκ μέρους του της πρακτικής αυτής, ήδη πριν, την υλοποίησή της γνωστοποιούμενης σ' αυτόν τιμής. Η αποδοχή όμως αυτή μπορεί να τεκμηριωθεί συστηματικά και εκ των υστέρων (ex post), όταν, μέσα από την ασύλληπτου αριθμού επαναληπτικότητα των συναλλαγών, προκύπτει ότι ο αποδέκτης ακολουθεί «συστηματικά την πρωτόπορο, ...έτσι ώστε η παράλληλη συμπεριφορά να είναι αποτέλεσμα μιας αυξημένης προβλεψιμότητας ως προς τη συμπεριφορά των ανταγωνιστών και εντεύθεν ασφάλειας ως προς την αναμενόμενη αντίδρασή τους. Ο μηχανισμός της αμοιβαίας προσαρμογής εξηγείται άριστα, και με τις μεθόδους της θεωρίας των παιγνίων (tit for tat).

Η εξήγηση της σιωπηρής συμπαιγνίας (του μηχανισμού αμοιβαίας προσαρμογής – παράλληλης συμπεριφοράς) από τη θεωρία των παιγνίων (δίλημμα φυλακισμένων)

Επιλογές

- 1) Ομολογία του ενός → ελεύθερος και καταδίκη του άλλου σε 10 χρόνια φυλάκισης
- 2) Ομολογία και των 2 = 3 χρόνια φυλάκισης
- 3) Μη ομολογία και των 2 παραμονή στη φυλακή 1 χρόνο

		ΒΗΤΑ	
		ΟΜΟΛΟΓΕΙ	ΔΕΝ ΟΜΟΛΟΓΕΙ
Α Δ Φ Α	ΟΜΟΛΟΓΕΙ	3 , 3 (1)	0 , 10 (3)
	ΔΕΝ ΟΜΟΛΟΓΕΙ	10 , 0 (2)	1 , 1 (4)

III. Η απόδειξη της εναρμονισμένης πρακτικής

A. Τα προς απόδειξη στοιχεία (αντικειμενικό και υποκειμενικό)

- Πρόκειται για το σταυρό του μαρτυρίου κάθε δικαίου ανταγωνισμού
- Με το δεδομένο ότι για τη στοιχειοθέτηση της εναρμονισμένης πρακτικής απαιτείται η συνδρομή ενός αντικειμενικού (ομοιόμορφη ή παράλληλη συμπεριφορά) και ενός υποκειμενικού στοιχείου (πρόθεση ή έστω αποδοχή του συντονισμού της επιχειρηματικής δράσης), η όλη νομική συζήτηση περιστρέφεται γύρω από το ακανθώδες ζήτημα, αν και υπό ποιες προϋποθέσεις μπορεί να αποδειχθεί η ενδιάθετη στάση (κοινή βούληση) των εμπλεκομένων.

B. Η υποκειμενική υπόσταση

- Η ενδιάθετη στάση των εμπλεκομένων (υποκειμενική υπόσταση) περιλαμβάνει δύο επιμέρους στοιχεία: ένα διανοητικό – γνωστικό και ένα βουλευτικό. Είναι σαφές ότι το πρώτο προβάλλει ως πρότερο στάδιο και λογική προϋπόθεση του δεύτερου. Πρόκειται για τη βάση, εκ της οποίας διαμορφώνεται και εκδηλώνεται στη συνέχεια η βούληση συντονισμού, αφορά δε στη γνώση εκ μέρους των συμπραττουσών επιχειρήσεων των προθέσεων, επιλογών, κλπ των λοιπών μερών.
- Λόγω του χρονικά και λογικά πρότερου της συνδρομής των γνωστικών στοιχείων έναντι του βουλευτικού, η διακριτή διερεύνηση της απόδειξης καθενός απ' αυτά τα στοιχεία είναι σκόπιμη και επιβεβλημένη.

- Ως προς το στοιχείο της γνώσης τα πράγματα δεν είναι τόσο δυσχερή: Η συνδρομή της θα θεωρείται, συχνά, ως δεδομένη, συναγόμενη από τη φύση και τα χαρακτηριστικά της αγοράς (εγγενές χαρακτηριστικό πολλών αγορών είναι η διαφάνεια).
- Οι δυσκολίες ανακύπτουν κατά την απόδειξη του βουλευτικού στοιχείου.

Με εξαίρεση την περίπτωση που αποδεικνύεται άμεσα από έγγραφα, μαρτυρίες ή λοιπά τεκμήρια (επιστολή, e-mail, πρακτικό συνάντησης ή μαρτυρία παρευρισκομένου σε συνάντηση ή ακόμη και τρίτου προσώπου της επαφής που πραγματοποιήθηκε), τούτο συνάγεται κατά πιθανολόγηση και με την τεκμηριωμένη στάθμιση επιμέρους ενδείξεων για την ύπαρξη εναρμονισμένης πρακτικής.

Οι ενδείξεις αυτές αποτελούν ως προς τη φύση τους πραγματικά στοιχεία και δεδομένα που προκύπτουν από την ανάλυση διαφόρων χαρακτηριστικών της αγοράς, θεσμικών χαρακτηριστικών και οικονομικών στοιχείων των επιχειρήσεων την περίοδο αναφοράς.

Η ανάλυση αυτή είναι δυνητικά δύο ειδών: (i) Ιδανικά, η ανάλυση πρέπει να επιτρέπει την άμεση σύγκριση μεταξύ της τιμής που υφίσταται στην συγκεκριμένη αγορά και του ανταγωνιστικού επιπέδου της τιμής (ii) Όταν δεν είναι δυνατό να γίνει αυτό, η ανάλυση μπορεί να βασίζεται σε μία λεπτομερή εξέταση της προσφορότητας και των ευκαιριών για εναρμονισμένη πρακτική στη συγκεκριμένη αγορά, σε εξέταση των σχετικών τιμών και των μεταβολών στις τιμές διαχρονικά, και στην έμμεση εξαγωγή συμπερασμάτων, τα οποία μπορεί να συνεκτιμηθούν στο πλαίσιο της έμμεσης απόδειξης.

Σε μία ολιγοπωλιακή αγορά με σχετικά ομοιογενές προϊόν και ομοιογενείς συνθήκες ανταγωνισμού οι επιχειρήσεις αναμένεται να έχουν την ίδια τιμή. Αν είναι δυνατό να αποδειχτεί ότι η τιμή αυτή είναι για σχετικά μεγάλα χρονικά διαστήματα σημαντικά πάνω από το ανταγωνιστικό επίπεδο – δηλαδή, πάνω από το οριακό κόστος των επιχειρήσεων, ή αν το οριακό κόστος δεν είναι το ίδιο για όλες τις επιχειρήσεις, πάνω από το οριακό κόστος των λιγότερο αποτελεσματικών επιχειρήσεων (αυτών με το υψηλότερο οριακό κόστος) – τότε αυτό θα αποτελούσε στοιχείο έμμεσης απόδειξης, σύμφωνα με τα διδάγματα της οικονομικής επιστήμης ότι, οι επιχειρήσεις εναρμονίζονται και το αποτέλεσμα αυτής της εναρμόνισης είναι το παρατηρούμενο «υπερβολικό(εναρμονισμένο) ύψος της τιμής.

Ακόμη όμως και αν δεν είναι δυνατό να υπολογισθεί το οριακό κόστος, αν είναι δυνατό με οικονομετρικές εκτιμήσεις να υπολογισθεί το επίπεδο τιμής αν οι επιχειρήσεις συμπεριφέρονταν ανταγωνιστικά, λαμβάνοντας βέβαια υπόψη την αλληλεξάρτησή τους (το μη – εναρμονισμένο επίπεδο τιμής), και το επίπεδο αυτό βρίσκονταν να είναι χαμηλότερο από το παρατηρούμενο επίπεδο, τότε πάλι θα υπήρχε μία έμμεση «απόδειξη» ότι οι επιχειρήσεις εναρμονίζονται.

Τα στοιχεία αυτά, πλαισιώνοντας το φαινόμενο της εναρμονισμένης πρακτικής από τη θέση τόσο του αντικειμένου όσο και των υποκειμένων της και υποβαλλόμενα σε συνολική και συνδυαστική ερμηνεία, αξιολόγηση και εκτίμηση, ενδεικνύουν σοβαρά και οδηγούν στην ασφαλή πιθανολόγηση ότι ο συντονισμός συνιστά αποτέλεσμα συνεννόησης και εναρμονισμένης πρακτικής και ότι η συμπεριφορά των επιχειρήσεων, ελλείψει αντίθετων στοιχείων, δεν μπορεί παρά να αποδίδεται αποκλειστικά σε αυτές.

Ο βαθμός της σοβαρότητας και της επάρκειας των ενδείξεων εξαρτάται από το κατά πόσον αυτές συνιστούν και αξιολογούνται ως αντικειμενικά στοιχεία δηλωτικά της ύπαρξης εκτροπής από τις συνήθειες και αναμενόμενες, κατά τις περιστάσεις, συνθήκες ανταγωνισμού.

Η σωρευτική και μόνο συνδρομή των ανωτέρω προϋποθέσεων έχει ως αποτέλεσμα τη συνολική στοιχειοθέτηση, εξ απόψεως τόσο αντικειμενικής όσο και υποκειμενικής, της εναρμονισμένης πρακτικής του ν. 703/1977 και μόνον τότε η συναγωγή τόσο του γνωστικού όσο και του βουλευτικού στοιχείου αυτής, κατόπιν πιθανολόγησής τους από τις ενδείξεις, προσλαμβάνει ασφαλή χαρακτήρα.

Γ. Το ειδικότερο περιεχόμενο του βουλευτικού στοιχείου

Περαιτέρω ανακύπτει το εξής ζήτημα: Ποιο είναι το ακριβές περιεχόμενο του βουλευτικού στοιχείου; Εξαντλείται στην πρόθεση συντονισμού ή καταλαμβάνει και την αποδοχή της κατάστασης της εναρμονισμένης συμπεριφοράς και του συντονισμού; Η απάντηση στο ερώτημα αυτό είναι κρίσιμη για την υπαγωγή στο αντικειμενικό πεδίο της εναρμονισμένης πρακτικής των περιπτώσεων εκείνων, κατά τις οποίες μια επιχείρηση δεν συμμετέχει σε οποιασδήποτε μορφής αμοιβαία συνεννόηση, πλην όμως, άμεσα ή έμμεσα (ιδίως στις περιπτώσεις διαφάνειας της αγοράς) λαμβάνει γνώση μιας διαμορφωμένης κατάστασης ή των επιχειρηματικών προθέσεων και της μελλοντικής πολιτικής των ανταγωνιστών της.

Κατόπιν δε, αποδέχεται την υφιστάμενη γι' αυτήν κατάσταση και χωρίς να είναι άλλως αντικειμενικά δικαιολογημένο ή επιβεβλημένο γι' αυτή από τις συνθήκες, τελικά συντονίζεται, εμφανιζόμενη προς τα έξω ως μέλος της σύμπραξης και της εναρμονισμένης πρακτικής.

Κινούμαστε πλέον στο πεδίο της συνειδητής παράλληλης συμπεριφοράς.

Σύμφωνα με τα προαναφερθέντα πρέπει να γίνει δεκτό ότι η αποδοχή του αποτελέσματος της εναρμόνισης, με την υιοθέτησή της ως συνειδητής επιλογής, πληροί το υποκειμενικό στοιχείο της εναρμονισμένης πρακτικής.

Δ. Ανατροπή του βάρους απόδειξης με την εφαρμογή δικονομικών κανόνων ιδιωτικού δικαίου

Σημαντική διευκόλυνση της αποδεικτικής διαδικασίας αναμένεται να επιφέρει μοιραία, η αποκέντρωση της εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου μέσω του εξαιρετικά ριζοσπαστικού Κανονισμού 1/2003, ο οποίος επιφυλάσσει στα εθνικά (πολιτικά) δικαστήρια κεντρικό ρόλο, δίνει δε τη δυνατότητα στους θιγόμενους να προσφύγουν απευθείας ενώπιόν τους, για να επιτύχουν την αποκατάσταση των συμφερόντων τους.

Ήδη στο πλαίσιο της ιδιωτικού δικαίου εφαρμογής του δικαίου του ανταγωνισμού – αντίθετα προς τη διοικητική διαδικασία που τηρείται ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού κατά την οποία η τελευταία φέρει το βάρος απόδειξης ότι μια παράλληλη συμπεριφορά δεν μπορεί να οφείλεται σε τίποτε άλλο, παρά σε εναρμόνιση (βλ. ΔΕΚ 8-89/95, Woodpulp, παρ. 72) – είναι εφικτό να οδηγηθεί το δικαστήριο σε αντιστροφή του βάρους απόδειξης μέσω της ευχέρειας του δικαστή κατ' άρθρο 336 ΚΠολΔ να χρησιμοποιήσει κατά την εξειδίκευση της αόριστης νομικής έννοιας της εναρμονισμένης πρακτικής, δικαστικά τεκμήρια (*prima facie* απόδειξη) που θα επιτρέπουν στον ενάγοντα να επικαλεστεί και αποδείξει τα πραγματικά περιστατικά της παράλληλης συμπεριφοράς (αντικειμενικό στοιχείο), θα επιβάλλουν δε στον εναγόμενο να επικαλεστεί και ενδεχομένως να αποδείξει πραγματικά περιστατικά ή που δικαιολογούν αυτήν την ομοιομορφία, έτσι ώστε αν αυτό κατορθωθεί, να επιτραπεί πάλι η μετακύλιση του βάρους απόδειξης στον ενάγοντα σε σχέση με την ύπαρξη κοινής βουλήσεως συντονισμού (υποκειμενικό στοιχείο).

Ε. Η θέση του αμερικάνικου δικαίου

Παρά τις ισχυρές ιστορικές διακυμάνσεις της αμερικάνικης νομολογίας, είναι σαφές ότι η αναζήτηση απόδειξης της ύπαρξης μιας συμφωνίας (agreement), είναι μάλλον εγγενής και οφείλεται στην εννοιολογική προσέγγιση της κεντρικής έννοιας του αμερικάνικου Antitrust, που αξιώνει την ύπαρξη conspiracy για την στοιχειοθέτηση της παράβασης της §1 Sherman Act, κρίσιμο στοιχείο της οποίας είναι η ύπαρξη συμφωνίας, έστω και με την έννοια ενός meeting of minds.

Πέραν όμως του κειμένου του νόμου και του περιθωρίου που αφήνει η γραμματική ερμηνεία του, ο κύριος παράγων για την επαναδιατύπωση των σχετικών προϋποθέσεων και την κατάστρωση των αποδεικτικών μέσων, κυρίαρχο ρόλο στη διαφοροποίηση των αντιλήψεων, έπαιξε η αλλαγή του επιλεγμένου οικονομικοπολιτικού προτύπου: Η επικράτηση ιδιαίτερα την τελευταία 20ετία των ιδεών της Σχολής του Σικάγο, που δίδει ιδιαίτερη έμφαση στην οικονομική ανάλυση και στο στοιχείο του δυνητικού ανταγωνισμού.

Σήμερα μπορεί να πει κανείς ότι το τοπίο είναι ομιχλώδες (τα δε δικαστήρια δεν ακολουθούν ενιαία γραμμή κατά την στάθμιση και αξιολόγηση των διευκολυντικών της εναρμονισμένης πρακτικής παραγόντων (plus factors): π.χ. τη διαπιστωμένη ευκαιρία εναρμόνισης τη θεωρούν άνευ αξίας κάποια δικαστήρια εξαιτίας της απουσίας αποδοχής συμφωνίας μεταξύ των μερών (in the absence of proof of actual agreement, βλ. Williamson Oil, 346 F. 3d, και United States v. Tauban, 297 F. 3d 161 (2d Cir. 2002).

Ή περαιτέρω η απόδειξη ενεργειών οι οποίες είναι αντίθετες προς το οικονομικό συμφέρον των συμπραττουσών επιχειρήσεων, που θεωρείται ως σημαντικότερος plus factor (Merck-Medco του 4th Circuit) κρίνεται από άλλα δικαστήρια ότι επαναδιατυπώνει το φαινόμενο της αλληλεξάρτησης, που είναι αυτό που παράγει τη συνειδητή παράλληλη συμπεριφορά (restate[s] the phenomenon of interdependence, which is what produces conscious parallelism βλ. Flat Glas Antitrust 385, F. 3 b 350, 360 (3e Circ. 2004).

Ειδικά μάλιστα από τα μέσα της δεκαετίας του 1980, άρχισε να παρατηρείται μια σαφώς πιο φειδωλή και στενή ερμηνεία έτσι ώστε να απαιτούνται περισσότερα στοιχεία και αποδείξεις (evidence) για τη στοιχειοθέτηση της concerted action και επομένως της conspiracy.

Η τάση αυτή ενισχύθηκε κατά τα τελευταία χρόνια έτσι ώστε να απαιτείται «direct evidence» και να μην αρκούνται τα δικαστήρια στην έμμεση απόδειξη με ενδείξεις και την επίκληση των παραγόντων που διευκολύνουν την συμπαιγνία εναρμόνισης μεταξύ των επιχειρήσεων (plus factors), σε τέτοιο μάλιστα βαθμό που μερικοί θεωρούν πλέον ότι ηχούν πένθιμες καμπάνες της έμμεσης απόδειξης (sounds the deathof circumstantial proof of so called “plus factors” as evidence of illegal conspiracy) (βλ. ενδεικτικά την υπόθεση Ποτάσας (8th Circuit of Appeals 2000)).

Η αυλαία φαίνεται μάλιστα ότι κλείνει με την από 21/5/2007 απόφαση του Supreme στην υπόθεση Court Bell Atlantic v. Twombly που διαπιστώνει ότι η παράλληλη συμπεριφορά δεν συνιστά conspiracy κρίνοντας μάλιστα ότι μια φυσική εξήγηση για την έλλειψη ανταγωνισμού μεταξύ των εναγομένων τηλεπικοινωνιακών εταιριών είναι, ότι τιμωρημένες κατά το παρελθόν ως μονοπωλιακές επιχειρήσεις, «κάθονται πλέον στα αυγά τους», αναμένοντας από τους γείτονές τους να πράξουν το ίδιο «...were sitting tight expecting their neighbors to do the same».

ΣΤ. Η θέση του Κοινοτικού Δικαίου

Οι ακόλουθες αποφάσεις του ΔΕΚ καταδεικνύουν με τον πιο κρυστάλλινο τρόπο τις εμφανιζόμενες στη νομολογία τάσεις κατά την αντιμετώπιση της προβληματικής της εναρμονισμένης πρακτικής.

1. Απόφαση ICI κατά Επιτροπής (1972)

Αφορά εναρμονισμένη πρακτική των σημαντικότερων κατασκευαστών χρωστικών ουσιών στον ευρωπαϊκό χώρο, οι οποίοι τη δεκαετία του 1960 πραγματοποιούσαν συναντήσεις ανταλλαγής πληροφοριών.

Σε μια απ' αυτές, που πραγματοποιήθηκε τον Αύγουστο 1967 ανακοίνωσε η ελβετική εταιρία Geigy ότι θα υψώσει τις τιμές για όλη την γκάμα των προϊόντων της κατά 8% από 16.10.1967. Στις ακόλουθες εβδομάδες ακολούθησαν και οι λοιποί κατασκευαστές, ο ένας μετά τον άλλο ανακοινώνοντας την ίδια αύξηση για την ίδια ημέρα, έτσι ώστε στις 16.10.1967 όλοι οι κατασκευαστές είχαν υψώσει τις τιμές κατά 8%.

Το ΔΕΚ έκρινε ότι ναι μεν η παράλληλη συμπεριφορά γενικώς δεν μπορεί από μόνη της να ταυτιστεί με την εναρμονισμένη πρακτική, μπορεί όμως να αποτελέσει σοβαρή ένδειξη, ιδίως όταν, όπως στην συγκεκριμένη περίπτωση που προκλήθηκε από τη μονομερή ενέργεια ενός, επιτυγχάνεται επίπεδο τιμών διαφορετικό από εκείνο που θα προέκυπτε από τον ανταγωνισμό.

2. Απόφαση Suiker Unie του 1976

Σύμφωνα μ' αυτήν η έννοια της εναρμονισμένης πρακτικής αφορά μορφή συντονισμού μεταξύ επιχειρήσεων, ο οποίος χωρίς να έχει φτάσει στη σύναψη καθ' αυτό συμφωνίας, αντικαθιστά ηθελημένα κινδύνους ανταγωνισμού, με πρακτική συνεργασία μεταξύ αυτών, η οποία καταλήγει σε όρους ανταγωνισμού που δεν ανταποκρίνονται στους συνήθεις όρους της αγοράς.

Η απόφαση αυτή αποτελεί την πιο προωθημένη εμβάθυνση του ΔΕΚ στην έννοια που μας απασχολεί και εντοπίζει την προσοχή στην άρση της αβεβαιότητας και των συνδεδεμένων μ' αυτών κινδύνων, δίδοντας έμφαση στο ότι οι επιχειρήσεις οφείλουν να αντιλαμβάνονται, αλλά και να προφυλάσσονται δεόντως από οποιαδήποτε συνεργασιακή λογική τής συμπεριφοράς τους. Είναι ενδεικτικό μάλιστα ότι σύμφωνα με την απόφαση αυτή, ότι ως έμμεση επαφή χαρακτηρίζεται και η αποκάλυψη σ' ένα ανταγωνιστή της συμπεριφοράς που ένας επιχειρηματίας έχει αποφασίσει να τηρήσει στην αγορά.

3. Απόφαση Woodpulp του 1993

Η υπόθεση αφορούσε την κατηγορία που απηύθυνε η Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά 36 κατασκευαστών χαρτοπολτού από τις ΗΠΑ, του Καναδά, τη Σκανδιναβία και αρκετά κράτη-μέλη, ότι συντόνιζαν πλήρως τις τιμές τους μεταξύ 1975-1981, μέσω ενός συστήματος τριμηνιαίων ανακοινώσεων τους.

Παρότι το Πρωτοδικείο με την από 27/9/1988 απόφασή του επιβεβαίωσε την απόφαση της Επιτροπής, ήρθε το ΔΕΚ με την από 31/3/1993 και ανέτρεψε ριζικά τα μέχρι τότε δεδομένα, ακυρώνοντας την απόφαση της Επιτροπής, με την αιτιολογία ότι η ύπαρξη παράλληλης συμπεριφοράς – που προκλήθηκε από τις ανακοινώσεις τιμών, που πραγματοποιούνταν από τους παραγωγούς στους χρήστες – δεν μπορεί να θεωρηθεί εναρμονισμένη πρακτική, παρά μόνον αν αποδεικνύεται (από την Επιτροπή) ότι ο συντονισμός αποτελεί τη μόνη βάσιμη, εξήγηση για τη συμπεριφορά αυτή.

Είναι εμφανές ότι στενεύουν πλέον εξαιρετικά τα περιθώρια απόδειξης εναρμονισμένης πρακτικής, μεταφέρεται δε από το ΔΕΚ, το βάρος όχι στη συγκριτική ανάλυση συνθηκών αγοράς (ανταγωνιστικών και καρτελοποιημένων) αλλά στο υποκειμενικό στοιχείο της κοινής βουλήσεως (common will) εναρμόνισης.

4. Απόφαση John Deere (γεωργικοί ελκυστήρες) του 1998

Αφορούσε και πάλι ένα σύστημα ανταλλαγής πληροφοριών (UK Agricultural Tractor Registration Exchange) που περιείχε στοιχεία που αφορούσαν μεταξύ άλλων τις πωλήσεις γεωργικών ελκυστήρων, κάθε κατασκευαστή ή εισαγωγέα των σχετικών μηχανημάτων στο Ην.Βασίλειο, είτε είχε την ιδιότητα μέλους ή όχι. Σημειωτέον ότι κάθε επιχείρηση του κλάδου μπορούσε να συμμετάσχει σ' αυτό.

Το ΔΕΚ, κρίνοντας αναιρετικά, επικύρωσε την απόφαση του Πρωτοδικείου του 1994, αποφαινόμενο ότι ναι μεν ένα σύστημα ανταλλαγής πληροφοριών, που δεν αφορά στις τιμές, είναι ικανό, όταν στην αγορά επικρατεί πραγματικός ανταγωνισμός, να συμβάλλει στην ενίσχυσή του, μπορεί όμως, αντιθέτως - σε ολιγοπωλιακές αγορές υψηλής συγκέντρωσης στις οποίες έχει μετριαστεί ο ανταγωνισμός και έχει διευκολυνθεί η ανταλλαγή πληροφοριών - να νοθεύσει αισθητά τον ανταγωνισμό ενόψει του ότι θα έχει ως συνέπεια να αποκαλύπτονται στο σύνολο των ανταγωνιστών κατά τακτά χρονικά διαστήματα, οι θέσεις στην αγορά και οι στρατηγικές των διαφόρων ανταγωνιστών (πράγμα που αποτελεί παραβίαση του επαγγελματικού τους απορρήτου). Επιπλέον έκρινε το ΔΕΚ ότι περιορίζεται και ο δυνητικός ανταγωνισμός δεδομένου ότι ένας επιχειρηματίας που επιθυμεί να διεισδύσει στην αγορά γεωργικών ελκυστήρων στο Η.Β περιέρχεται σε δυσμενή θέση σε σύγκριση με τα μέρη της συμφωνίας, αν δεν προσχωρήσει σ' αυτήν (Σκέψη 99).

Είναι προφανές ότι το ΔΕΚ με την απόφασή του αυτή προσπάθησε να γεφυρώσει το χάσμα μεταξύ της Suiner Unie του 1976 και της Woodpulp του 1933, προσπαθώντας να δικαιολογήσει την απόκλιση μεταξύ των δύο με το σκεπτικό ότι το σύστημα των τριμηνιαίων ανακοινώσεων των τιμών πώλησεως χαρτοπολτού περιλάμβανε την κοινοποίηση μιας πληροφορίας χρήσιμης στους αγοραστές, ενώ το σύστημα ανταλλαγής στοιχείων σε σχέση με τους γεωργικούς ελκυστήρες, δεν επέτρεπε τη διαβίβαση πληροφοριών παρά μόνο στις επιχειρήσεις που είχαν υπογράψει τη συμφωνία.

5. Απόφαση Asnef του 2006

Η υπόθεση αφορούσε προδικαστικό ερώτημα του Ισπανικού Tribunal Supremo, αν είναι συμβατές με την κοινή αγορά οι συμφωνίες ανταλλαγής μεταξύ πιστωτικών ιδρυμάτων πληροφοριών (αρχείο) περί της φερεγγυότητας και της καθυστέρησης πληρωμών των πελατών τους.

Το ΔΕΚ έκρινε κατ' αρχήν ότι οι συμφωνίες ανταλλαγής πληροφοριών είναι αντίθετες στους κανόνες ανταγωνισμού, οσάκις μετριάζουν ή εξαλείφουν το βαθμό βεβαιότητας ως προς τη λειτουργία της σχετικής αγοράς, με συνέπεια τον περιορισμό ανταγωνισμού. Ένα αρχείο όμως πληροφοριών δεν μπορεί να εκτιμηθεί αφηρημένα, εξαρτάται δε πάντοτε από τις συνθήκες της αγοράς και τα χαρακτηριστικά του συστήματος.

Το συγκεκριμένο αρχείο κρίθηκε ότι βελτιώνει την προσφορά πιστώσεων, μειώνοντας τον κίνδυνο μη εξόφλησης εκ μέρους των δανειοληπτών. Εφόσον δε διασφαλιστεί ότι δεν αποκαλύπτεται αμέσως ή εμμέσως η ταυτότητα των πιστωτών, δεν τίθεται ζήτημα κινδύνου για τον ανταγωνισμό, λόγω της έλλειψης δυνατότητας των επιχειρήσεων να γνωρίζουν τη θέση και εμπορική στρατηγική των ανταγωνιστών τους στην αγορά.

IV. Συμπέρασμα

Είναι σαφές ότι τόσο το ΔΕΚ όσο και η Επιτροπή (πλέον) από τις αρχές της δεκαετίας του 1990 καταφεύγουν όλο και περισσότερο στις ιδέες της Chicago School, δίδοντας μεγαλύτερη έμφαση στην οικονομική ανάλυση και στο δυνητικό ανταγωνισμό, θέτοντας έτσι στο περιθώριο τους *per se* ερμηνευτικούς κανόνες. Διαφαίνεται ήδη η τάση απομάκρυνσης του κοινοτικού δικαίου από το μοντέλο του λειτουργικού ανταγωνισμού (*workable competition*) - που υιοθετήθηκε κατ' επιρροή του γερμανικού δικαίου (Kantzenbach) επιδιώκοντας τη διαμόρφωση ανταγωνιστικών δομών στην αγορά ως προϋπόθεση της ανταγωνιστικής συμπεριφοράς – και «αμερικανοποιείται» ως ένα βαθμό.

Είναι χαρακτηριστική εν προκειμένω η Γνωστοποίηση της Επιτροπής του 1997 για την οριοθέτηση της σχετικής αγοράς, που αναπροσανατολίζει το ευρωπαϊκό δίκαιο συγκεντρώσεων προς τις Merger Guidelines. Περαιτέρω βήμα είναι η μετάβαση από το HHI τεστ για τη μέτρηση του βαθμού συγκέντρωσης, προς το κριτήριο του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνισμού, με το οποίο αναδεικνύεται η βλάβη του καταναλωτή σε συστατικό στοιχείο της πρακτικής.

Στο πλαίσιο αυτό εντάσσεται και η θέση αυστηρότερων προϋποθέσεων για την απόδειξη της εναρμονισμένης πρακτικής.