

# **4ο ΕΤΗΣΙΟ ΣΥΝΕΔΡΙΟ ΕΜΕΟΔ**

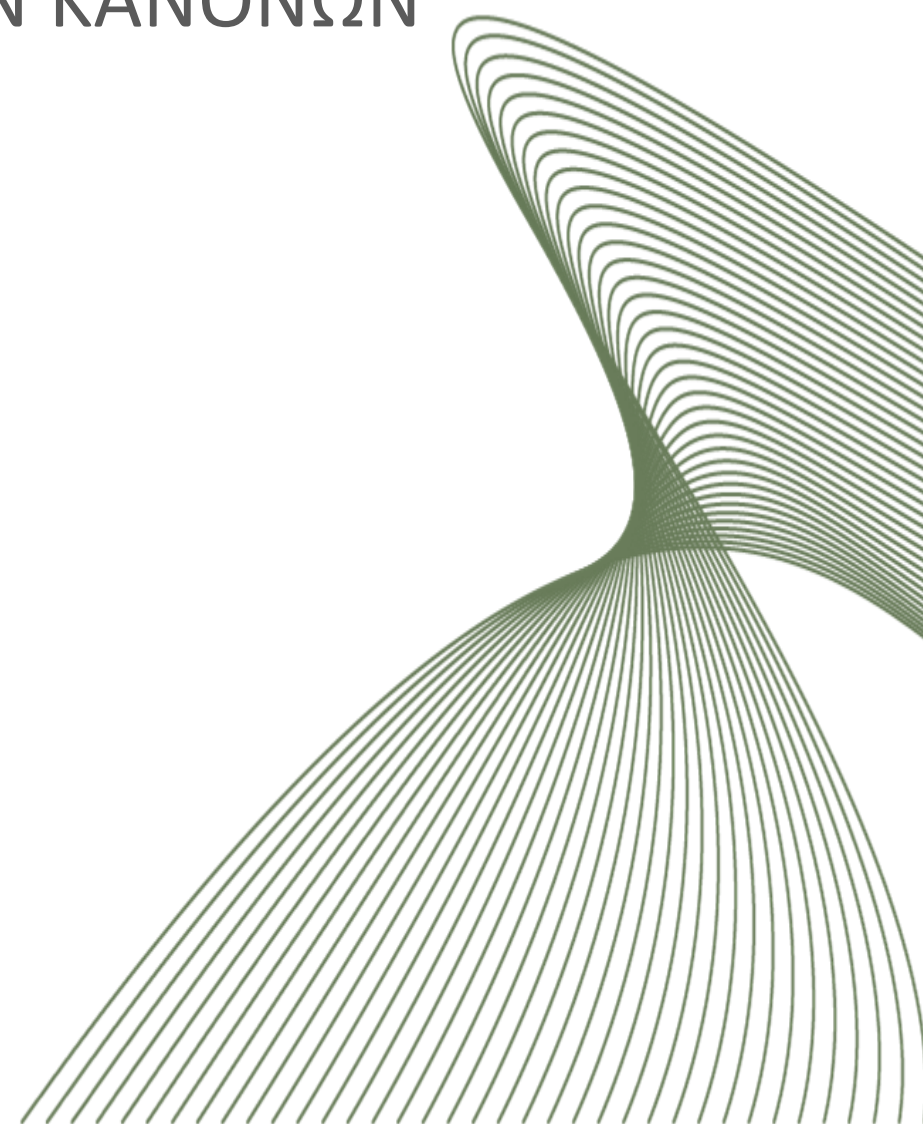
## **ΤΟ ΔΙΚΑΙΟ ΤΟΥ ΕΛΕΥΘΕΡΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΜΕΤΑΞΥ ΟΥΣΙΑΣΤΙΚΩΝ ΚΑΙ ΔΙΑΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΚΑΝΟΝΩΝ**

**Η ποσοτικοποίηση της ζημίας από παραβάσεις  
των κανόνων ανταγωνισμού  
Η οπτική του ελληνικού δικαίου**

**Ε. Μαστρομανώλης**

Επίκουρος Καθηγητής Νομικής Σχολής Αθηνών

Βόλος, 29 Σεπτεμβρίου 2019





# ΠΟΣΟΤΙΚΟΠΟΙΗΣΗ ΖΗΜΙΑΣ



# Περιεχόμενα

Α

Τα ζητήματα

Β

Γενικό περίγραμμα και οι ενωσιακές καταβολές

Γ

Η μεθοδολογία της ποσοτικοποίησης της ζημίας σύμφωνα με το ήπιο δίκαιο της ΕΕ

Δ

Αλλοδαπό δίκαιο

Ε

Η ποσοτικοποίηση της ζημίας υπό το πρίσμα του ελληνικού δικαίου

ΣΤ

Συμπεράσματα

## A. Τα ζητήματα

- 1 Συστηματική ένταξη της ποσοτικοποίησης ζημίας στην προβληματική της ιδιωτικής επιβολής των κανόνων ανταγωνισμού
- 2 Τρόποι αντιστάθμισης του αποδεικτικού άχθους του ενάγοντος (α) με βάση τις διατάξεις της Οδηγίας (β) με βάση την ενωσιακή αρχή αποτελεσματικότητας της ιδιωτικής επιβολής (·)
- 3 Μεθοδολογικά εργαλεία για τη θεμελίωση του «αντιπαραδείγματος» (counterfactual analysis) και την απόδειξη της (συγκεκριμένης ή αφηρημένης) ζημίας
- 4 Η ιδιωτική επιβολή των κανόνων ανταγωνισμού στην ελληνική νομολογία

## Β. Γενικό περίγραμμα και οι ενωσιακές καταβολές

### Ι. Ποια είναι η νομική βάση των αποζημιωτικών αξιώσεων από παράβαση κανόνων ανταγωνισμού;

1. **Εγγυήσεις από το πρωτογενές δίκαιο της ΕΕ** και νομολογιακή επιβεβαίωση των εγγυήσεων αυτών (υπόθεση C-453/99 Courage, Συλλογή 2001, σ. I-6297, σκέψη 26· συνεκδικασθείσες υποθέσεις C295/04 έως C-298/04 Manfredi, Συλλογή 2006, σ. I-6619, σκέψη 60· υπόθεση C-360/09 Pfleiderer, Συλλογή 2011, σ. I-5161, σκέψη 36, για παράβαση του 101 ΣΛΕΕ και Pfleiderer, Συλλογή 2011, σ. I-5161, σκέψη 36 για παράβαση του 102 ΣΛΕΕ)

2. Αρ. 3 ν. 4529/2018: «1. Κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο που έχει υποστεί ζημία λόγω παράβασης του δικαίου του ανταγωνισμού δικαιούται πλήρη αποζημίωση. Η αποζημίωση αυτή περιλαμβάνει τη **θετική** και **αποθετική** του ζημία, καθώς και **τόκους**.  
→ **αποκαταστατικός** ο χαρακτήρας της αποζημίωσης.

3. Το ήπιο δίκαιο:

(α) Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την ποσοτικοποίηση της βλάβης σε αγωγές αποζημίωσης που στηρίζονται σε παράβαση των άρθρων 101 ή 102 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, 2013/C 167/07 και

(β) Πρακτικός Οδηγός για την ποσοτικοποίησης της βλάβης σε αγωγές αποζημίωσης που στηρίζονται σε παράβαση των άρθρων 101 και 102 ΣΛΕΕ

## B. Γενικό περίγραμμα και οι ενωσιακές καταβολές

### II. Από ποιο δικαστήριο και με βάση ποιο δίκαιο κρίνεται το ποσόν της ζημίας;

1. Καθορισμός της διεθνούς δικαιοδοσίας των εθνικών δικαστηρίων κατά τις διατάξεις του Κανονισμού ΕΕ 1215/2012, ΕΕ L 351 της 20.12.2012
2. Το εθνικό δίκαιο του κρίνοντος δικαστηρίου καθορίζει ζητήματα όπως τις **κατηγορίες της ζημίας** που μπορούν να αποκατασταθούν, τις **ουσιαστικές προϋποθέσεις** για την επιδίκαση της ζημίας (λ.χ. αιτιώδης συνάφεια), τους **ισχύοντες διαδικαστικούς κανόνες** (λ.χ. το βάρος της απόδειξης), το κατάλληλο **μέτρο απόδειξης**, όπως και το **παραδεκτό και το ρόλο των αποδεικτικών στοιχείων**
3. Το όριο εφαρμογής του εθνικού δικαίου: ισχύς των αρχών της αποτελεσματικότητας και της ισοδυναμίας

Οδηγία 2014/104/ΕΕ – προοίμιο: «11. [...]. Σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Δικαστήριο), κάθε πρόσωπο μπορεί να ζητήσει αποζημίωση για τη ζημία που υπέστη, όταν υπάρχει αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της ζημίας και της παράβασης των κανόνων περί ανταγωνισμού. Όλοι οι εθνικοί κανόνες που διέπουν την άσκηση του δικαιώματος αποζημίωσης για ζημία προκληθείσα λόγω παράβασης του άρθρου 101 ή του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, μεταξύ άλλων εκείνοι που αφορούν πτυχές που δεν ρυθμίζονται από την παρούσα οδηγία, όπως η έννοια της αιτιώδους συνάφειας μεταξύ παράβασης και ζημίας, **πρέπει να συνάδουν με τις αρχές της αποτελεσματικότητας και της ισοδυναμίας**. Τούτο σημαίνει ότι η διατύπωση και η εφαρμογή τους **δεν θα πρέπει να καθιστούν υπερβολικά δυσχερή ή πρακτικά αδύνατη την άσκηση του κατοχυρωμένου από τη ΣΛΕΕ δικαιώματος αποζημίωσης** ούτε να είναι λιγότερο ευνοϊκές σε σχέση με τους κανόνες που διέπουν ανάλογες εγχώριες αγωγές. Όταν τα κράτη μέλη θέτουν άλλες προϋποθέσεις για την αποζημίωση στο εθνικό δίκαιο, όπως ο καταλογισμός, η καταλληλότητα ή η ενοχή, θα πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να διατηρούν τις προϋποθέσεις αυτές, **στον βαθμό που είναι σύμφωνες με τη νομολογία του Δικαστηρίου, τις αρχές της αποτελεσματικότητας και της ισοδυναμίας και την παρούσα οδηγία.**»

## Β. Γενικό περίγραμμα και οι ενωσιακές καταβολές

### III. Ποια είναι τα είδη ζημίας που μπορεί να αποκατασταθούν;

Πλήρης αποκατάσταση της ζημίας, αλλά όχι αδικαιολόγητος πλουτισμός του ζημιωθέντος, ούτε αποζημίωση με το χαρακτήρα ποινής (αρθρ. 3 παρ. 3 Οδηγίας, αρθρ. 14 παρ. 1 Ν. 4549/2018)

Αύξηση τιμής (σκέψη 47 Οδηγίας) και διαφυγόν κέρδος, εξαιτίας μη δυνάμενης να πωληθεί ποσότητας εμπορεύματος

**Θετική ζημία:** η μείωση των περιουσιακών στοιχείων ενός προσώπου

**Διαφυγόν κέρδος:** η αύξηση αυτών των περιουσιακών στοιχείων, η οποία θα είχε επέλθει, εάν δεν είχε λάβει χώρα η σχετική παράβαση

## Β. Γενικό περίγραμμα και οι ενωσιακές καταβολές

### IV. Ποιος νομιμοποιείται ενεργητικώς για την αποκατάσταση της ζημίας του;

- + Καταναλωτές
- + Επιχειρήσεις
- + Δημόσιες αρχές
  - Δημόσιο και Ν.Π.Δ.Δ., εφόσον είναι αγοραστές ή πωλητές προϊόντων ή υπηρεσιών.
- + (Σε παράνομες συμπράξεις:) Αγοραστές προϊόντων από ανταγωνιστές-μη συμμετέχοντες στην παράνομη σύμπραξη (βλ. Προοίμιο Οδηγίας, σκ. 13)

Ανεξάρτητα από:

- + Την ύπαρξη συμβατικής σχέσης με τον παραβάτη / νομιμοποίηση **άμεσων** και **έμμεσων αγοραστών**
- + Την διαπίστωση της παράβασης από την αρχή ανταγωνισμού
  - Αρ. 3 ν. 4529/2018: «2. Η ευθύνη σε αποζημίωση είναι **ανεξάρτητη** από το αν μια αρχή ανταγωνισμού έχει ήδη διαπιστώσει την ύπαρξη παράβασης.»



## Β. Γενικό περίγραμμα και οι ενωσιακές καταβολές

### IV. Απαιτείται ή είναι δεσμευτική η απόφαση ΑΑ / της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την αποκατάσταση της ζημίας;

Αρ. 9 ν. 4529/2018: «1. Επί εκδίκασης αγωγής αποζημίωσης σύμφωνα με τον παρόντα, η διαπίστωση παράβασης των άρθρων 1 ή 2 του ν. 3959/2011 ή και των άρθρων 101 ή 102 της ΣΛΕΕ με απόφαση εθνικής αρχής ανταγωνισμού, **η οποία δεν υπόκειται πλέον σε προσφυγή**, καθώς και η διαπίστωση παράβασης των άρθρων 101 ή 102 της ΣΛΕΕ με απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, μη υποκείμενη πλέον σε προσφυγή, **δεσμεύει το δικάζον δικαστήριο**. Το ίδιο ισχύει για τις αντίστοιχες διαπιστώσεις τελεσίδικης απόφασης ελληνικού ή ενωσιακού δικαστηρίου που εκδόθηκε επί προσφυγής κατά αποφάσεων του προηγούμενου εδαφίου.[...]».

- + Δεσμευτικότητα ως προς την διαπίστωση της παράβασης *stricto sensu* (=προϋπόθεση παρανόμου) ή και ως προς τα λοιπά στοιχεία της ΑΚ 914
- + Σημασία των αποφάσεων των ΑΑ και για την ποσοτικοποίηση της ζημίας (πχ. όσον αφορά τη διάρκεια της παράβασης, τα χαρακτηριστικά της σχετικής αγοράς ως υπόβαθρο για την εφαρμογή συγκριτικών μεθόδων)
- + Η ισχύς της δεσμευτικής διαπίστωσης της αρχής ανταγωνισμού καλύπτει τη φύση της παράβασης, το καθ' ύλην, χρονικό και τοπικό πεδίο εφαρμογής (σκέψη 34 της Οδηγίας), όχι όμως της ζημίας (ιδίως σκέψεις ή κρίσεις σε σχέση με αυτήν από την αρχή ανταγωνισμού) ΔΕΕ C-199/11 Otis (6.11.2012), συνεπώς αποτελεί κρίσιμο υπόβαθρο και για την ποσοτικοποίηση της ζημίας
- + Ειδικότερα, η διάρκεια της παράβασης, όπως και ο ενιαίος και διαρκής χαρακτήρας της, μπορεί, από δικονομική άποψη, να θεωρηθεί ως δίδαγμα της κοινής πείρας στο πλαίσιο της αστικής αγωγής αποζημίωσης

## Β. Γενικό περίγραμμα και οι ενωσιακές καταβολές

### Υ. Κατανομή βάρους απόδειξης και μέτρο απόδειξης

- + Απαιτείται απόδειξη (α) επέλευσης της ζημίας, η οποία συναρτάται άμεσα προς την απόδειξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ της αντι-ανταγωνιστικής συμπεριφοράς και της ζημίας (17 παρ.2 Οδηγίας, 14 παρ. 3 Ν. 4529/2018) και (β) του ποσού (ύψους) της ζημίας (17 παρ. 1 Οδηγίας, 14 παρ. 1 και 2 Ν. 4529/2018)
- + Η διάκριση ακολουθείται, στο πλαίσιο της προϋπόθεσης της αιτιότητας, από την αμερικανική θεωρία και πρακτική και στο πλαίσιο των αγωγών αποζημίωσης από παραβάσεις των κανόνων κεφαλαιαγοράς (“transaction causation” vs “loss causation”), αλλά και από τη γερμανική έννομη τάξη (“begründende Kausalität” vs “ausfüllende Kausalität”)

Το μέτρο αποκατάστασης της έμμεσης ζημίας εξαρτάται από την προσφορότητα του ζημιογόνου γεγονότος να προκαλέσει τη ζημία, πχ την αύξηση του κόστους δανεισμού του ζημιωθέντος, η μη εξοικονόμηση κόστους λόγω απώλειας οικονομιών κλίμακος, κ.λ.π. (προϋπόθεση αιτιώδους συνάφειας).

## Β. Γενικό περίγραμμα και οι ενωσιακές καταβολές

### VI. Διευκόλυνση της απόδειξης της ζημίας από τις διατάξεις της Οδηγίας 2014/104 και του Ν. 4529/2018;

- + Μαχητό τεκμήριο (εκ πρώτης όψεως απόδειξη με βάση την κοινή πείρα;) για την επέλευση ζημίας στην περίπτωση των οριζόντιων συμπράξεων (καρτέλ). Στην περίπτωση άλλων παραβάσεων, ο ενάγων φέρει το βάρος επικλήσεως και αποδείξεως (14 παρ.1. Ν. 4529/2018). Πάντως η κτήση εμπορευμάτων ή η αγορά υπηρεσιών από μέλη του καρτέλ δεν καλύπτεται από το τεκμήριο.
- + Σε περίπτωση που είναι πρακτικά αδύνατο ή δυσχερές να προσδιορισθεί η έκταση της αποζημίωσης, το μέτρο απόδειξης περιορίζεται στην πιθανολόγηση, λαμβάνοντας υπόψη την έκταση της παράβασης και τη δέουσα επιμέλεια που επέδειξε ο διάδικος για τη συγκέντρωση των αποδεικτικών στοιχείων. Συνάγεται στις περιπτώσεις αυτές, κανόνας της πλήρους αποκατάστασης της ζημίας μπορεί να καμφθεί και να επιδικαστεί εύλογη αποζημίωση (14 παρ. 2 και 3 Ν. 4529/2018).
- + Η αρχή ανταγωνισμού έχει τη δυνατότητα, κατόπιν αιτήσεως του δικαστηρίου, να συνδράμει το δικαστήριο αναφορικά με την ποσοτικοποίηση της ζημίας, εφόσον κρίνει σκόπιμη τη συνδρομή αυτή (14 παρ. 3 Ν. 4529/2018).
- + Αντίθετα όμως με τους —επίσης ενωσιακής προέλευσης— διατάξεις για την αποκατάσταση της ζημίας από προσβολή δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας (άρθρ. 17 Δ Ν. 1733/1987, άρθρ. 159 παρ. 6-8 Ν. 4072/2012), ούτε η Οδηγία, ούτε ο ν. 4529/2018 προβλέπουν τρόπους υπολογισμού της ζημίας.

## Β. Γενικό περίγραμμα και οι ενωσιακές καταβολές

### VII. Διευκόλυνση της απόδειξης της ζημίας με βάση την αρχή της αποτελεσματικότητας;

- + Εξειδίκευση της αρχής της αποτελεσματικότητας όσον αφορά την ποσοτικοποίηση της ζημίας: άρθρο 17 Οδηγίας. Αποτροπή του κινδύνου το βάρος απόδειξης και το αποδεικτικό «πρότυπο» (μέτρο) που απαιτούνται προκειμένου να ποσοτικοποιηθεί η ζημία να καθιστούν την έγερση και ευδοκίμηση αξιώσεων αποζημίωσης αδύνατες ή δυσχερείς (αλλά βλ. και ισότητα των όπλων των διαδίκων!)
- + Με την πρόσφατη ενωσιακή νομολογία, διευκρινίζεται ότι ο προσδιορισμός του υπευθύνου [προς αποκατάσταση της ζημίας] προσώπου στο πλαίσιο αστικών αγωγών αποζημίωσης ευθυγραμμίζεται προς την ενωσιακής προέλευσης έννοια της «επιχείρησης». Κατά το αντίστοιχο μέτρο, συρρικνώνεται το πεδίο εφαρμογής των εθνικών δικαίων ΔΕΕ C-724/17 Skanska (14.3.19).

“Συνεπώς, η έννοια της «επιχείρησης», κατά το άρθρο 101 ΣΛΕΕ, που αποτελεί αυτοτελή έννοια του δικαίου της Ένωσης, δεν μπορεί να έχει άλλο περιεχόμενο στο πλαίσιο της επιβολής, εκ μέρους της Επιτροπής, προστίμων βάσει του άρθρου 23, παράγραφος 2, του κανονισμού 1/2003 και άλλο στο πλαίσιο των αγωγών αποζημιώσεως για παράβαση των κανονισμών.”

Βλ. και προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα Wahl (σκ. 66)

“Ο καθορισμός των προσώπων που μπορούν να θεωρηθούν υπόχρεα για την καταβολή αποζημιώσεως δεν συνιστά ζήτημα το οποίο αφορά οποιεσδήποτε λεπτομέρειες σχετικά με τη συγκεκριμένη εφαρμογή του δικαιώματος αποζημιώσεως ή κανόνα που διέπει την εφαρμογή του δικαιώματος αποζημιώσεως. **Ο καθορισμός των υπόχρεων για την καταβολή αποζημιώσεως αποτελεί την άλλη όψη του νομίσματος του δικαιώματος αποκαταστάσεως της ζημίας που προκαλείται από παραβίαση του ενωσιακού δικαίου του ανταγωνισμού.** Πράγματι, η ύπαρξη δικαιώματος αποζημιώσεως βάσει του άρθρου 101 ΣΛΕΕ προϋποθέτει ότι υπάρχει νομική υποχρέωση η οποία παραβιάστηκε. Προϋποθέτει επίσης ότι υπάρχει κάποιο πρόσωπο το οποίο ευθύνεται για την παράβαση των κανόνων της Ένωσης περί ανταγωνισμού.”

Πάντως, το ζήτημα της ποσοτικοποίησης της ζημίας φαίνεται να ανήκει ακόμη στον «σκληρό πυρήνα» των θεματικών για τη ρύθμιση των οποίων ο ενωσιακός νομοθέτης επαφίεται στα εθνικά δίκαια των Κρατών-Μελών . Αλλά και «συνεπής» συντονισμός επιβολής κανόνων ανταγωνισμού με μέσα δημοσίου δικαίου και από τα πολιτικά δικαστήρια (αρθρ. 1 παρ. 2 και σκ. 6 Οδηγίας).

# Γ. Η μεθοδολογία της ποσοτικοποίησης της ζημίας σύμφωνα με το ήπιο δίκαιο της ΕΕ

## Ι. Βασικές μεθοδολογικές κατευθύνσεις

1. **Γενική προσέγγιση:** τι θα είχε συμβεί απώσης της παράβασης; → Ανάγκη σχηματισμού ενός ρεαλιστικού σημείου αναφοράς → Το «**σενάριο της μη παράβασης**» (ή «αντιπαράδειγμα» ή counterfactual scenario)

### “Counterfactual analysis”

«Αντίστροφο σενάριο» (“*counterfactual analysis*”) → σύγκριση της υπό εξέταση κατάστασης, δηλ. της κατάστασης κατά την οποία τελέσθηκε η παράβαση, με μια υποθετική κατάσταση, δηλ. κατάσταση στην οποία δεν τελέσθηκε η παράβαση. Αποσύνδεση από άλλους παράγοντες που δεν σχετίζονται με την παράβαση ώστε να θεμελιωθεί αιτιώδης σύνδεσμος παράβασης και ζημίας.

Ουσιαστικό ερώτημα: Τι είναι πιθανό να είχε συμβεί εάν δεν είχε διαπραχθεί η παράβαση, σύγκριση πραγματικής κατάστασης με υποθετική κατάσταση.

Για παράδειγμα, ποιες θα ήταν οι τιμές αν δεν υπήρχε η παράβαση; Ή: ποια τα διαφυγόντα κέρδη (με βάση περιθώριο κέρδους) αν δεν υπήρχε η παράβαση;

➤ **Τι θα λειτουργήσει όμως ως σημείο αναφοράς;**

2. Αναμένονται μόνο κατά προσέγγιση εκτιμήσεις με χρήση παραδοχών

## Γ. Η μεθοδολογία της ποσοτικοποίησης της ζημίας σύμφωνα με το ήπιο δίκαιο της ΕΕ

3. Παρακολούθηση της αλληλεπίδρασης μεταξύ μεταβλητών (μερίδια αγοράς, περιθώριο κέρδους, κόστος, κ.λ.π.)
4. Απομόνωση παραμέτρων που δεν σχετίζονται με την παράβαση, ιδίως στις συγκριτικές μεθόδους που αφορούν την ίδια αγορά (π.χ. αλλαγές στις μεθόδους λογιστικής αποτύπωσης, διάρκεια μιας μακροχρόνιας σύμβασης, μείωση κόστους παραβατικής επιχείρησης)
5. Καθορισμός **κρίσιμης περιόδου παράβασης** (π.χ. βαθμιαία εγκατάλειψη παραβατικής συμπεριφοράς, ολιγοπωλιακή αγορά)
6. Επιλογή **χρόνου σύγκρισης**: πριν ή μετά την παράβαση; (π.χ. η τελευταία ακατάλληλη στην περίπτωση του αντι-ανταγωνιστικού αποκλεισμού)

Πιθανά σημεία αναφοράς:

- + Η μη επηρεαζόμενη περίοδος *πριν* την παράβαση
- + Η μη επηρεαζόμενη περίοδος *μετά* την παράβαση
- + Αμφότερες οι περίοδοι *πριν και μετά* την παράβαση

7. Προσαρμογή δεδομένων στις ιδιαιτερότητες της κάθε αγοράς, ιδίως στις συγκρίσεις, που αφορούν άλλο προϊόν ή άλλη γεωγραφική αγορά
8. Επικέντρωση στο σύνολο αγοράς (μέσοι όροι) ή σε ομάδες επιχειρήσεων
9. Γενικά, προτιμώνται οι «άμεσες» αποδείξεις (λ.χ. εσωτερικά έγγραφα εταιρειών, που σχετίζονται με το επιθυμητό ύψος τιμών, κ.ο.κ.)

## Γ. Η μεθοδολογία της ποσοτικοποίησης της ζημίας σύμφωνα με το ήπιο δίκαιο της ΕΕ

### 10. Αποδεικτικά μέσα:

- (α) Ποιοτικά αποδεικτικά στοιχεία π.χ. i) συμβάσεις, ii) εσωτερικά έγγραφα σχετικά με τη συμπεριφορά της επιχείρησης ή τις τιμολογιακές στρατηγικές, iii) οικονομικές και λογιστικές εκθέσεις, iv) καταθέσεις μαρτύρων, v) εκθέσεις εμπειρογνωμόνων καθώς και vi) εκθέσεις για τον κλάδο και μελέτες αγοράς
- (β) Ποσοτικά αποδεικτικά στοιχεία που σχετίζονται ειδικότερα με δεδομένα για τη χρήση οικονομετρικών τεχνικών, όπως i) τιμές πώλησης, τιμές για τους εμπόρους λιανικής πώλησης και τους τελικούς καταναλωτές του εν λόγω προϊόντος ή υπηρεσίας και συγκρίσιμων προϊόντων ή υπηρεσιών, ii) οικονομικές εκθέσεις, iii) εκθέσεις εμπειρογνωμόνων, iv) προκαθορισμένες τιμές βάσει ρύθμισης, v) όγκος πωλήσεων, vi) εκπτώσεις καθώς και vii) άλλο κόστος εισροών και άλλα στοιχεία κόστους

Κόστος, περιθώριο κέρδους, εξωτερικοί δείκτες που θα μπορούσαν να επηρεάσουν τις αποφάσεις τιμολόγησης των επιχειρήσεων (συνολικές μετρήσεις της οικονομικής δραστηριότητας, όπως αγοραστική δύναμη, ποσοστά ανεργίας, κ.ο.κ.).

11. Οι μέθοδοι συγκρίσιμων μεγεθών (comparator-based) χρηματοοικονομικής ανάλυσης (financial analysis based) προσομοίωσης αγοράς (simulation based)

# Γ. Η μεθοδολογία της ποσοτικοποίησης της ζημίας σύμφωνα με το ήπιο δίκαιο της ΕΕ

## II. Οι μέθοδοι και οι τεχνικές

### 1. Συγκριτικές μέθοδοι

Πλεονέκτημα συγκριτικών μεθόδων: εξαγωγή συμπερασμάτων με χρήση πραγματικών δεδομένων στην ίδια ή σε παρόμοια αγορά (το σενάριο σύγκρισης θεωρείται αντιπροσωπευτικό του πιθανού σεναρίου μη παράβασης).

- + στην ίδια αγορά στη διάρκεια χρονικής περιόδου πριν και / ή μετά την παράβαση (=διαχρονική σύγκριση)
- + σε διαφορετική μεν παρόμοια δε γεωγραφική αγορά
- + σε διαφορετική μεν παρόμοια δε αγορά προϊόντος
- + συνδυασμός διαχρονικής σύγκρισης με σύγκριση σε διαφορετικές γεωγραφικές αγορές / αγορές προϊόντος (περισσότερο αξιόπιστη, καθώς εφαρμόζονται δύο μέτρα σύγκρισης, αλλά απαιτούνται περισσότερα στοιχεία για την εφαρμογή της μεθόδου αυτής, πάντως παραδοχή ότι οι δύο αγορές επηρεάστηκαν από εξωγενείς παράγοντες με τον ίδιο τρόπο).

#### (α) Διαχρονική σύγκριση στην ίδια (γεωγραφική και προϊόντική) αγορά

Συγκριτικές μέθοδοι (= σύγκριση της τιμής που χρεωνόταν στη διάρκεια της παράβασης με την τιμή του σεναρίου μη παράβασης)

*είτε*

#### (β) Σύγκριση με δεδομένα από άλλες γεωγραφικές αγορές

Καταλληλόλητα μιας γεωγραφικής αγοράς ως μέτρου σύγκρισης - προϋποθέσεις:

- (Επαρκής) ομοιότητα των προϊόντων εμπορίας στις δύο συγκρινόμενες αγορές
- Ομοιότητα ανταγωνιστικών χαρακτηριστικών της γεωγραφικής αγοράς σύγκρισης με αυτά της επηρεαζόμενης αγοράς (απουσίας της παράβασης)



# Γ. Η μεθοδολογία της ποσοτικοποίησης της ζημίας σύμφωνα με το ήπιο δίκαιο της ΕΕ

## (γ) Σύγκριση με δεδομένα από άλλες αγορές προϊόντων

- + Άλλως «μέθοδος μέτρου σύγκρισης» ή “Yardstick Method” ή “Benchmark Market”
- + Βασίζεται στην εξέταση μιας διαφορετικής σχετικής αγοράς (εν. γεωγραφικής και προϊόντικής αγοράς) με παρόμοια χαρακτηριστικά αγοράς που λειτουργεί αποδεικτικώς ως **μέτρο σύγκρισης**, δηλαδή ως «**αγορά αναφοράς**»
- + Ποια αγορά μπορεί να λειτουργήσει ως μέτρο σύγκρισης; → Τα βασικά χαρακτηριστικά, που δύνανται να καταστήσουν μία αγορά ως αγορά αναφοράς, ενδεικτικά είναι:
  - i. Η ομοιότητα των προϊόντων
  - ii. Η κοστολογική δομή
  - iii. Τα περιθώρια κέρδους
  - iv. Τα μερίδια αγοράς
  - v. Η δομή προσφοράς – ζήτησης
  - vi. Ο βαθμός ανταγωνισμού ή συγκέντρωσης
  - vii. Οι φραγμοί εισόδου
- + Στοιχεία, που διαφοροποιούν την κοστολογική δομή, ποσοτικοποιούνται και **αφαιρούνται** ώστε να κατασκευαστεί μία **ανταγωνιστική τιμή στην αγορά αναφοράς**

Τέτοια στοιχεία ενδεικτικά είναι π.χ. οι φόροι, τα κόστη μεταφοράς, τα κόστη μισθοδοσίας, οι ασφαλιστικές εισφορές.

## Γ. Η μεθοδολογία της ποσοτικοποίησης της ζημίας σύμφωνα με το ήπιο δίκαιο της ΕΕ

(δ) Συνδυασμός διαχρονικών συγκρίσεων και συγκρίσεων μεταξύ αγορών - «διαφορά των διαφορών» ή “difference-in-difference”

- + Η «διαφορά των διαφορών» → εξέταση της εξέλιξης μίας οικονομικής μεταβλητής στην αγορά της παράβασης κατά την διάρκεια της σχετικής περιόδου [διαχρονική διαφορά στην αγορά της παράβασης] και σύγκριση με την εξέλιξη της ίδιας μεταβλητής την ίδια χρονική περίοδο σε αγορά σύγκρισης [διαχρονική διαφορά στην αγορά που δεν επηρεάστηκε από την παράβαση]
- + Προκύπτει η **διαφορά μεταξύ των δύο διαφορών στον χρόνο** →
  - i. εκτιμάται η μεταβολή λόγω της παράβασης στην οικονομική μεταβλητή και
  - ii. αποκλείονται άλλοι τυχόν παράγοντες, που επηρέασαν με τον ίδιο τρόπο αμφότερες τις αγορές (απομόνωση αποτελεσμάτων από άλλες κοινές για αμφότερες τις αγορές επιρροές).
  - iii. Παραδοχή: οι επιρροές επηρέασαν με τον ίδιο τρόπο αμφότερες τις αγορές.

# Γ. Η μεθοδολογία της ποσοτικοποίησης της ζημίας σύμφωνα με το ήπιο δίκαιο της ΕΕ

## (ε) Επιμέρους τεχνικές και μηχανισμοί προσαρμογής των ιδιαιτεροτήτων του μέτρου σύγκρισης (“yardstick”)

- + Απλές τεχνικές: Μεμονωμένες παρατηρήσεις δεδομένων, μέσοι όροι, παρεμβολή (σχηματισμός σειρών τιμών πριν και μετά την παράβαση) και απλές προσαρμογές (ανάλογα με τις ιδιαιτερότητες της κάθε αγοράς σύγκρισης)
- + Ανάλυση παλινδρόμησης

Η ανάλυση παλινδρόμησης επιτρέπει να αξιολογηθεί εάν, και σε ποιο βαθμό, παράγοντες διαφορετικοί από την παράβαση έχουν συμβάλει στη διαφορά μεταξύ της τιμής της εξεταζόμενης μεταβλητής που παρατηρείται στην αγορά που σημειώθηκε η παράβαση κατά τη διάρκεια της περιόδου παράβασης και της τιμής που παρατηρείται σε αγορά σύγκρισης ή κατά τη διάρκεια περιόδου σύγκρισης.

Ειδικότερα, οι έννοιες του «διαστήματος εμπιστοσύνης» (εκτιμήσεις διαστήματος, και όχι σημειακές) και της «σημασίας από στατιστική άποψη» (αποτελέσματα οφείλονται σε σύμπτωση ή σε πραγματικό συσχετισμό;) στην ανάλυση παλινδρόμησης.

- Πρώτο βήμα είναι η εκτίμηση μιας εξίσωσης παλινδρόμησης χρησιμοποιώντας δεδομένα από την περίοδο που δεν είχε σημειωθεί παράβαση.
- Δεύτερο βήμα, χρησιμοποιώντας αυτήν την εξίσωση παλινδρόμησης και τις παρατηρηθείσες αξίες αυτών των σημαντικών μεταβλητών κατά τη διάρκεια της περιόδου παράβασης, μπορεί να εκτιμηθεί η τιμή που είναι πιθανό να είχαν καταβάλει τα ζημιωθέντα μέρη αν δεν υπήρχε η παράβαση.
- Τρίτο βήμα, η διαφορά μεταξύ αυτής της πιθανής τιμής χωρίς την παράβαση και της τιμής που πράγματι κατέβαλαν τα ζημιωθέντα μέρη παρέχει μια εκτίμηση του υπερτιμήματος που προκύπτει από την παράβαση.

Στο ελληνικό δίκαιο, η ανάλυση παλινδρόμησης θα αναλαμβάνεται συνήθως από τον εναγόμενο, στην περίπτωση που προβάλλει την ένσταση ότι άλλοι, εξωγενείς, παράγοντες επηρέασαν το αποτέλεσμα επί της τιμής που αποδεικνύει ο ενάγων. Επίσης, το δικαστήριο μπορεί να προσδιορίσει την αποζημίωση με κατά προσέγγιση εκτίμηση ή με προσδιορισμό κατά το ορθόν και το ίσον («*ex aequo et bono*»).

# Γ. Η μεθοδολογία της ποσοτικοποίησης της ζημίας σύμφωνα με το ήπιο δίκαιο της ΕΕ

## 2. Η μέθοδος των μοντέλων προσομοίωσης

(α) Στηρίζεται σε οικονομικά μοντέλα συμπεριφοράς

- + Η μελέτη του τρόπου λειτουργίας των αγορών και του τρόπου, που οι επιχειρήσεις ανταγωνίζονται μεταξύ τους, αποδεικνύει ότι αγορές με **συγκεκριμένα χαρακτηριστικά** ενδέχεται να καθιστούν δυνατή την -μαθηματική- πρόβλεψη των **πιθανών αποτελεσμάτων**, που προκαλούν οι αλληλεπιδράσεις μέσα στην αγορά, και των μεταβλητών (τιμών, περιθωρίου κέρδους, κ.λ.π.).
- + Τα εν λόγω μοντέλα ποικίλουν από μοντέλα μονοπωλίου έως μοντέλα τέλει ανταγωνισμού. Τα «ενδιάμεσα μοντέλα» - οδηγούν σε τιμές και όγκους που βρίσκονται σε ενδιάμεσα επίπεδα, μεταξύ του τέλει ανταγωνισμού (χαμηλότερες τιμές / υψηλότεροι όγκοι πωλήσεων) και του μονοπωλίου (υψηλότερες τιμές / χαμηλότεροι όγκοι πωλήσεων).
  - i. Το «**ολιγοπώλιο του Bertrand**»:
    - περιγράφει αγορά με μικρό αριθμό επιχειρήσεων (και υψηλούς φραγμούς εισόδου), που ανταγωνίζονται ως προς τις τιμές αλλά όχι τις ποσότητες.
    - Οι επιχειρήσεις καθορίζουν την τιμή βάσει τις τιμές, που πιστεύουν ότι θα χρεώσει ο ανταγωνισμός.
    - Οι τιμές αυξάνονται βάσει του βαθμού διαφοροποίησης των προϊόντων.
  - ii. Το «**ολιγοπώλιο του Cournot**»:
    - περιγράφει αγορά με μικρό αριθμό επιχειρήσεων (και υψηλούς φραγμούς εισόδου), που ανταγωνίζονται ως προς τις ποσότητες της παραγωγής τους.
    - Οι επιχειρήσεις, πριν επιλέξουν τις τιμές τους, καθορίζουν την ποσότητά τους βάσει της ποσότητας, που πιστεύουν ότι θα παράξει ο ανταγωνισμός.

## Γ. Η μεθοδολογία της ποσοτικοποίησης της ζημίας σύμφωνα με το ήπιο δίκαιο της ΕΕ

(β) Το μοντέλο προσομοίωσης πρέπει να αναπαράγει:

- + Τους σημαντικότερους παράγοντες που επηρεάζουν την προσφορά (αλληλεπίδραση μεταξύ επιχειρήσεων, διάρθρωση κόστους επιχειρήσεων)
- + Τις συνθήκες ζήτησης (βαθμός αντίδρασης καταναλωτών στη μεταβολή της τιμής)
- + Τον αριθμό επιχειρήσεων στην αγορά και τους φραγμούς εισόδου

(γ) Μειονεκτήματα:

- + Αν οι παραδοχές δεν είναι ορθές, το αποτέλεσμα δεν θα είναι αξιόπιστο (ποιο είδος ανταγωνισμού υπάρχει στην αγορά; ποια η ελαστικότητα της ζήτησης; Ποιο το σημείο στο οποίο οι ανταγωνιστές μεγιστοποιούν τα κέρδη τους;)
- + Πολυπλοκότητα
- + Η συγκέντρωση δεδομένων ενδεχομένως να μην είναι προσιτή στον μέσο ζημιωθέντα
- + Η προσομοίωση βασίζεται σε θεωρητικά, και όχι σε πραγματικά δεδομένα (όπως οι συγκριτικές μέθοδοι)

# Γ. Η μεθοδολογία της ποσοτικοποίησης της ζημίας σύμφωνα με το ήπιο δίκαιο της ΕΕ

## 3. Η μέθοδος που βασίζεται στο κόστος

- (α) Χρήση ενός μέτρου για το **κόστος παραγωγής + εύλογου περιθωρίου κέρδους** (εύλογου σε σχέση με το σενάριο μη παράβασης).  
Πχ. απόφαση Oberlandesgericht Düsseldorf (Ανώτατο Περιφερειακό Δικαστήριο, Ντίσελντορφ) της 16ης Απριλίου 2008, στην υπόθεση αριθ. VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (Stadtwerke Düsseldorf), (διαφυγόντα κέρδη αποκλεισθέντος ανταγωνιστή υπολογίζονται με βάση το κόστος του ανταγωνιστή και το πιθανό περιθώριο κέρδους ως ποσοστό αυτού του κόστους).
- (β) Ανάγκη αντιμετώπισης κόστους και εύλογου περιθωρίου κέρδους κατά τρόπο συνεκτικό.
- (γ) Εκτίμηση του υπερτιμήματος → Σύγκριση [εκτίμησης της τιμής ανά μονάδα προϊόντος, που προκύπτει στο σενάριο μη παράβασης] και [τιμής ανά μονάδα προϊόντος, που χρεώθηκε από την παραβατική επιχείρηση].

## Γ. Η μεθοδολογία της ποσοτικοποίησης της ζημίας σύμφωνα με το ήπιο δίκαιο της ΕΕ

(δ) Βήματα:

- + Υπολογισμός κόστους ανά μονάδα προϊόντος, συνήθως μέσω διαίρεσης πραγματικού κόστους παραγωγής του παραβάτη διά του αριθμού των παραγόμενων προϊόντων.

Ενδέχεται να απαιτούνται όμως προσαρμογές των παρατηρούμενων δεδομένων κόστους του παραβάτη / περιπτώσεις όπου το κόστος παραγωγής διαρκούσης της παράβασης δεν είναι αντιπροσωπευτικό:

- Π.χ. σε περιπτώσεις σύμπραξης, δεν υφίστανται ανταγωνιστικές πιέσεις (που υπάρχουν στο σενάριο μη παράβασης) με αποτέλεσμα να μην λειτουργούν οι επιχειρήσεις αποτελεσματικά και έχουν υψηλότερο κόστος παραγωγής.
  - Π.χ. οι παραβάτες μπορεί να περιορίζουν την παραγωγή και να μην επιτυγχάνουν οικονομίες κλίμακος.
- + Δυσχέρεια: απαιτείται πρόσβαση σε δεδομένα που μπορεί να είναι διαθέσιμα στον αντίδικο.
  - + Εκτίμηση του «εύλογου» περιθωρίου κέρδους και πρόσθεσή του στο κόστος παραγωγής ανά μονάδα προϊόντος.  
Διάφορες προσεγγίσεις για την εκτίμηση του «εύλογου» περιθωρίου κέρδους: π.χ. διαχρονική σύγκριση, σύγκριση μεταξύ αγορών, οικονομικά μοντέλα (με την παραδοχή ότι η περίοδος αναφοράς, η συγκρινόμενη αγορά ή επιχείρηση είναι παρόμοιες – ιδίως όσον αφορά τα κρίσιμα χαρακτηριστικά για το περιθώριο κέρδους), εξέταση της φύσης του ανταγωνισμού και των χαρακτηριστικών της αγοράς χωρίς την παράβαση και συναγωγή ενός πιθανού περιθωρίου κέρδους από τα εν λόγω πορίσματα με την βοήθεια μοντέλων επιχειρησιακής οργάνωσης.

# Γ. Η μεθοδολογία της ποσοτικοποίησης της ζημίας σύμφωνα με το ήπιο δίκαιο της ΕΕ

## 4. Μέθοδοι που βασίζονται στην χρηματοοικονομική ανάλυση

- (α) Οι χρηματοπιστωτικές επιδόσεις της ενάγουσας ή της εναγόμενης επιχείρησης ως σημείο εκκίνησης για να εκτιμηθεί αν ο ενάγων υπέστη ζημία και το ύψος της ζημίας
- (β) Η ανάλυση τη κερδοφορίας του ενάγοντος προσφέρει ισχυρές ενδείξεις αναφορικά με την ζημία

Χρήση τυποποιημένων μεθόδων για την εκτίμηση της κερδοφορίας:

- i. Π.χ. μέθοδος της «καθαρής παρούσας αξίας» (υπολογισμός παρούσας αξίας των μελλοντικών ταμειακών ροών της επιχείρησης)
- ii. Ανάγκη καθορισμού του κατάλληλου σεναρίου αντιπαραδείγματος αφού υπολογιστεί η πραγματική κερδοφορία της ενάγουσας επιχείρησης, πρέπει να εκτιμηθεί με ποιό τρόπο θα διαμορφωνόταν η κερδοφορία αυτή απώσης της παράβασης. Χρήση στοιχείων από αγορά σύγκρισης (όπως στις συγκριτικές μεθόδους, βλ. παραπάνω).



# Γ. Η μεθοδολογία της ποσοτικοποίησης της ζημίας σύμφωνα με το ήπιο δίκαιο της ΕΕ

## 1. Η προς ποσοτικοποίηση ζημία

**Δύο είδη βλάβης (ζημίας)** προξενούνται από τις παραβάσεις των κανόνων ανταγωνισμού:

- (α) βλάβη, που απορρέει από το γεγονός ότι οι άμεσοι και έμμεσοι πελάτες των επιχειρήσεων, που κάνουν την παράβαση, πρέπει να πληρώσουν περισσότερο (**υπερτίμημα**) για κάθε προϊόν, που αγοράζουν, από ότι χωρίς την παράβαση
- (β) βλάβη που απορρέει από το λεγόμενο «**αποτέλεσμα όγκου**», που οφείλεται στο γεγονός ότι αγοράζονται λιγότερα προϊόντα εξαιτίας της αύξησης των τιμών τους

## 2. Ποσοτικοποίηση του υπερτιμήματος

Ενάγων αρτοποιός: **άμεσος** αγοραστής & ζημιωθείς → κατέβαλλε υπερτίμημα καθ' όλη την διάρκεια της παράβασης.

Υπολογισμός Υπερτιμήματος: [(καταβληθείσα από τον αρτοποιό τιμή κάθε μονάδας) **μείον** (τιμή κάθε μονάδας απούσης της παράβασης)] **επί** τον αριθμό των μονάδων που αγοράστηκαν → προκύπτει η άμεση ζημία λόγω του υπερτιμήματος.

- Υπό την προϋπόθεση ότι δεν μεσολάβησαν σημαντικές μεταβολές στο υπερτίμημα κατά την διάρκεια της παράβασης.

# Γ. Η μεθοδολογία της ποσοτικοποίησης της ζημίας σύμφωνα με το ήπιο δίκαιο της ΕΕ

## 3. Ποσοτικοποίηση διαφυγόντων κερδών σε περίπτωση αποκλεισμού ανταγωνιστών

- + Για την διαπίστωση αν ο αποκλεισθείς ανταγωνιστής έχει διαφυγόντα κέρδη από την επηρεαζόμενη αγορά πρέπει να συγκριθεί (α) το κέρδος που αποκόμισε ο αποκλεισθείς ανταγωνιστής κατά την διάρκεια της παράβασης από την επηρεαζόμενη αγορά με (β) το αντίστοιχο κέρδος που θα είχε αποκομίσει απώσης της παράβασης (σενάριο αντιπαραδείγματος).
- + Αν προκύψουν υψηλότερα κέρδη στο σενάριο αντιπαραδείγματος και η διαφορά οφείλεται στην παράβαση → βλάβη αποκλεισθέντος ανταγωνιστή.
  - Ακόμα και αν το μερίδιό του στην αγορά έχει παραμείνει σταθερό
  - Ακόμα και αν τα κέρδη του έχουν αυξηθεί λόγω άλλων παραγόντων

Ύψος διαφυγόντων κερδών = [κέρδη σεναρίου αντιπαραδείγματος] – [πραγματικά κέρδη]  
(ενδεχομένως μείον το κόστος, που απέφυγε ο αποκλεισθείς ανταγωνιστής από την μείωση της παραγωγής του)

- + Κατά κανόνα, σε περιπτώσεις παρεμπόδισης εισόδου στην αγορά, τα πραγματικά κέρδη είναι κατά κανόνα μηδενικά (ή και αρνητικά, εφόσον ο αποκλεισθείς ανταγωνιστής προέβη σε δαπάνες).
- + Λαμβάνονται υπόψη στοιχεία για το κόστος λειτουργίας, που μπορεί να έχει αυξηθεί ή μειωθεί εξαιτίας της καταχρηστικής εκμετάλλευσης της δεσπόζουσας θέσης ενός ανταγωνιστή (συνήθως μείωση των πωλούμενων ποσοτήτων συνεπάγεται αυξημένο κόστος λειτουργίας, εξαιτίας της μη επίτευξης οικονομιών κλίμακος).
- + Στην περίπτωση αποκλεισμού νεοεισερχόμενου ανταγωνιστή, η εφαρμογή συγκριτικών μεθόδων με άλλη γεωγραφική αγορά ή αγορά προϊόντος φαίνεται καταλληλότερη.

## Δ. Αλλοδαπά δίκαια

### Αγγλικό δίκαιο

Τετραμερής διάκριση ανάμεσα σε (α) αποκατάσταση **θετικής ζημίας** (“compensatory damages”) (β) αποκατάσταση της **ζημίας λόγω μη «χρήσης»** από το ζημιωθέντα των ποσών θετικής ζημίας που υπέστη (“user damages”) (γ) **αποζημίωση ως κύρωση / προς παραδειγματισμό** (“exemplary / punitive damages”) (δ) **αποζημίωση με σκοπό την επιστροφή των παρανόμως αποκτηθέντων κερδών** (“restitutionary award”). Οι αποζημίωση με τις δύο τελευταίες μορφές είναι ασυνήθης όταν έχει επιβληθεί στον ζημιώσαντα διοικητική ποινή, Αποφάσεις *Devenish Nutrition v. Sanofi-Aventis SA* [2007] EWHC 2394(Ch), *Sempra Metals Ltd v. Inland Revenue Commissioners* [2007] UKHL 34

### Γερμανικό δίκαιο

1. Χρήση συγκριτικών μεθόδων, και, όπου αυτές ελλείπουν, εφαρμογή μακροοικονομικής ανάλυσης για τον προσδιορισμό της υποθετικής τιμής προϊόντων υπό συνθήκες ανταγωνισμού.
2. Επιβεβαίωση της **ευρείας διακριτικής ευχέρειας του κρίνοντος δικαστή** BGH 19.6.2007, KRB 12/07.
3. Η μεθοδολογία της ποσοτικοποίησης δεν έχει ακόμη αποκρυσταλλωθεί, καθώς οι διαφορές διευθετούνται με ασφαλιστικά μέτρα, στο πλαίσιο των οποίων δεν καθορίζεται το ποσόν της ζημίας Απόφαση Πρωτοδικείου Στουτγάρδης της 19.7.2018, 30 O 33/17, απόφαση του Πρωτοδικείου Dortmund της 27.6.2018, 8 O 13/17
4. Το Γερμανικό ακυρωτικό έχει ταχθεί υπέρ της **«διαβαθμισμένης» εφαρμογής του τεκμηρίου του άρθρ. 14 παρ. 2 της Οδηγίας** ανάλογα με την ένταση της παράβασης ανά προϊόν, γεωγραφική περιοχή και ανά χρονική περίοδο (απόφαση BGH της 11.12.2018, KZR 26/18)
5. Δεκτή η συνομολόγηση ποινικών ρητρών για παραβάσεις κανόνων ανταγωνισμού; Θετική η απάντηση του Πρωτοδικείου Mannheim (4.5.2012), 7 O 436/11 Kart και της Καρσλούης (31.7.2013) 6 U 51/12 Kart, αρνητική του Πρωτοδικείου Potsdam (22.10.14) 2 O 29/14

## Δ. Αλλοδαπά δίκαια

### Ιταλικό δίκαιο

**Άλλοτε χρήση συγκριτικών μεθόδων** (με βάση χρονική αλληλουχία ή μέτρο άλλες αγορές, Εφετείου Μιλάνου, αποφάσεις της 11 Ιουλίου 2003, Ανώτατο Ακυρωτικό Δικαστήριο απόφαση 2305/2.2.2007) και **άλλοτε ανάλυση της αγοράς** (Εφετείο Μιλάνου 24.12.1996).

### Σουηδικό δίκαιο

Η σημασία του συντρέχοντος πταίσματος του ζημιωθέντος (Σουηδικός Νόμος για τις αποζημιώσεις από παραβάσεις κανόνων ανταγωνισμού, 2015/50, 115) και η κατά *Manfredi* αιτιώδης συνάφεια C-295/04 C-298/04 [2006] CMLR 17, παρ. 61.

# Ε. Η ποσοτικοποίηση της ζημίας υπό το πρίσμα του ελληνικού δικαίου

## Ι. Έννοια της ζημίας

Η «θεωρία της διαφοράς» ως η κρατούσα μέθοδος για την εξεύρεση της περιουσιακής ζημίας

- + Σύγκριση μεταξύ της μετά το ζημιογόνο γεγονός περιουσιακής κατάστασης του ζημιωθέντος με εκείνη που θα υπήρχε απόντος του ζημιογόνου γεγονότος – η δεύτερη είτε ως μέγεθος υπαρκτό (θετική ζημία) ή ως υποθετικά συναγόμενο (διαφυγόν κέρδος) → η διαφορά ως το διαφέρον για την αποκατάσταση της ζημίας
- + Προβληματικός ενδεχομένως ο καθορισμός του χρονικού σημείου για την διαπίστωση της υποθετικής περιουσιακής κατάστασης του ζημιωθέντος (πρβλ. την ανάγκη για τον υπολογισμό αφηρημένης ζημίας)
- + Συμβάλλει στην «**αποκαταστατική λειτουργία**» της αποζημίωσης θέτοντας τα όρια στην ευθύνη του ζημιώσαντος μέσω της απαγόρευσης πλουτισμού του ζημιωθέντος

«Από τις ίδιες διατάξεις του Αστικού Κώδικα προκύπτει ότι δεν αποκαθίσταται όλη η ζημία που προβάλλει ο ζημιωθείς, αλλά μόνον αυτή που βρίσκεται σε σχέση αιτίου και αιτιατού προς την υπαίτια παράβαση της σύμβασης, δηλαδή κατά τη θεωρία της αιτιώδους συνάφειας, αποκαθίσταται εκείνη η ζημία, η οποία, κατά τη συνηθισμένη πορεία των πραγμάτων, η υπαίτια παράβαση κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας ήταν μόνη της ικανή και μπορεί κατ' αντικειμενική εκτίμηση να επιφέρει». (ΑΠ 719/1988, ΑΠ 601/1986)

# Ε. Η ποσοτικοποίηση της ζημίας υπό το πρίσμα του ελληνικού δικαίου

## II. Κατανομή βάρους απόδειξης και μέτρο απόδειξης

- + Ο κανόνας: **κάθε διάδικος φέρει το βάρος απόδειξης των ισχυρισμών του** (άρθρ. 338 ΚΠολΔ). Συνεπώς ο ενάγων σε κάθε περίπτωση φέρει το πλήρες βάρος επικλήσεως και αποδείξεως του ύψους της ζημίας την οποία υπέστη
  - «1. Κάθε διάδικος οφείλει να αποδείξει τα πραγματικά γεγονότα που είναι αναγκαία για να υποστηρίξει την αυτοτελή αίτηση ή ανταίτησή του.
  - 2. Όταν ο νόμος ορίζει κάποιο τεκμήριο για την ύπαρξη ενός πραγματικού γεγονότος, επιτρέπεται αντίθετη απόδειξη, αν δεν ορίζεται διαφορετικά.»
- + Μέτρο απόδειξης: **απαιτούμενος βαθμός δικανικής γνώσεως, ώστε να θεωρηθεί ο κρίσιμος ισχυρισμός αποδεδειγμένος**  
Πλήρης δικανική πεποίθηση. Στάθμιση περί πιθανοτήτων και διαμόρφωση πεποίθησης περί της επικρατέστερης πιθανότητας, πέραν πάσης εύλογης αμφιβολίας. Πλήρης απόδειξη επιτρέπει η **συναγωγή τόσο υψηλού βαθμού πιθανότητας, ώστε ουδείς λογικός και πεπειραμένος τρίτος να αμφιβάλει για την αλήθεια του ισχυρισμού**. Βλ. και ενωσιακό κριτήριο «αταλάντευτης πεποίθησης», χωρίς συνδρομή «εύλογων αμφιβολιών».

Κατά τα λοιπά, ελεύθερη εκτίμηση των αποδεικτικών μέσων (με έμφαση στα έγγραφα και στις μαρτυρικές καταθέσεις!), 349 ΚΠολΔ

# Ε. Η ποσοτικοποίηση της ζημίας υπό το πρίσμα του ελληνικού δικαίου

## III. Είδη ζημίας

### 1. Θετική ζημία

- (α) Δυνατότητα επιδίκασης αποζημίωσης για θετική ζημία και διαφυγόντα κέρδη σωρευτικά, πλην, όμως, ανεξάρτητα του ενός του άλλου
- + Θετική ζημία → η μείωση της υπάρχουσας περιουσίας (μείωση ενεργητικού ή αύξηση παθητικού) – ΑΚ 298 εδ. α’
    - ΑΠ 1354/2015 (σχετική με το «καρτέλ του γάλακτος») «*Συνεπώς οι ενάγοντες δικαιούνται για το ως άνω χρονικό διάστημα τη διαφορά της καταβληθείσας σ’ αυτούς ως άνω τιμής κατά μέσο όρο ανά κιλό γάλακτος με την εύλογη τιμή την οποία καθορίζει το δικαστήριο στο ποσό των 0,40 ευρώ ανά κιλό και πρέπει να λαμβάνουν ως αποζημίωση για την σε βάρος τους αδικοπραξία.*»
  - + Η θετική ζημία ως η διαφορά μεταξύ αφενός της αντι-ανταγωνιστικής τιμής, που κατέβαλε ο ενάγων, ως απόρροια του καθορισμού των τιμών από τα μέλη του καρτέλ, και αφετέρου της δίκαιης και εύλογης τιμής, όπως καθορίστηκε από το δικαστήριο υπό το φως όλων των περιστάσεων της υπόθεσης
  - + Αυστηρότερες οι προϋποθέσεις για το ορισμένο της θετικής ζημίας (όπου χρειάζεται απόδειξη επί τη βάσει “*hard facts*”) σε σχέση με το ορισμένο για τα διαφυγόντα κέρδη (όπου το δικαστήριο βασίζεται στην πιθανολόγηση και χρησιμοποιεί παραδοχές)

## Ε. Η ποσοτικοποίηση της ζημίας υπό το πρίσμα του ελληνικού δικαίου

Η θεμελίωση του «εύλογου» της τιμής – η αοριστία →

ΑΠ 403/2016: «[...] Ως προς το κονδύλιο της διαφοράς μεταξύ εύλογης και πράγματι καταβληθείσας αμοιβής [...] δεν εξειδικεύονται, στο δικόγραφο της αγωγής, τα αναγκαία, για τη θεμελίωση της έννοιας του "ευλόγου", πραγματικά περιστατικά και, ειδικότερα, δεν αναφέρεται: α) σε ποιο ποσό ανερχόταν για καθέναν από τους ενάγοντες το κόστος παραγωγής ενός λίτρου γάλακτος [...], λαμβάνοντας υπόψη τους παράγοντες που επιδρούσαν στη διαμόρφωση του κόστους αυτού, όπως τη δαπάνη αγοράς ζώων, το κόστος ζωοτροφών, τα έξοδα λειτουργίας και συντήρησης των εγκαταστάσεών τους, μεταξύ των οποίων και οι αμοιβές του απασχολούμενου προσωπικού, καθώς και τις λοιπές αναγκαίες δαπάνες, στις οποίες υποβάλλονταν, για την εξασφάλιση της παραγωγικής διαδικασίας, β) το μικτό κέρδος, που εισέπρατταν ανά λίτρο παραγόμενου γάλακτος από τις πωλήσεις τους προς την εναγομένη, καθώς και το καθαρό κέρδος, που τους απέμενε ανά λίτρο γάλακτος, μετά την αφαίρεση του κόστους παραγωγής του και γ) το μέσο μηνιαίο εισόδημα βιοπορισμού, που αποκέρδαινε καθένας τους από την επίδικη συνεργασία τους με την εναγομένη, βάσει της πράγματι καταβαλλόμενης αμοιβής.»

[εφαρμογή από το κρίνον δικαστήριο μεθόδου που επικεντρώνεται στο κόστος—“cost plus”]



# Ε. Η ποσοτικοποίηση της ζημίας υπό το πρίσμα του ελληνικού δικαίου

## 2. Διαφυγόν κέρδος

- (α) Η αποτροπή της αύξησης της περιουσίας (αποτροπή αύξησης του ενεργητικού ή αποτροπή μείωσης του παθητικού / δυνατή και αποθετική μη περιουσιακή ζημία) – ΑΚ 298 εδ. α'
- (β) Δυνατότητα εκ των προτέρων πρόβλεψης επί τη βάσει αντικειμενικών κριτηρίων -«κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων» (ΑΚ 298 εδ. β')
- + Ο υπολογισμός βασίζεται στην πιθανολόγηση – δεν αρκεί η προσδοκία

ΑΠ 804/2015: «όσο και το διαφυγόν κέρδος, δηλαδή εκείνο που προσδοκά κανείς με πιθανότητα, σύμφωνα με τη συνηθισμένη πορεία των πραγμάτων ή τις ειδικές περιστάσεις και ιδίως τα προπαρασκευαστικά μέτρα που έχουν ληφθεί».

ΠΠρΑθ 1317/2010: «για την πληρότητα αγωγής με την οποία επιδιώκεται η επιδίκαση αποζημίωσης για διαφυγόν κέρδος, αρκεί να αναφέρονται στο δικόγραφο της αγωγής όλα εκείνα τα περιστατικά, από τα οποία προκύπτει ότι ο ενάγων θα εισέπραττε από την επαγγελματική του δραστηριότητα με πιθανότητα και κατά τη συνηθισμένη και κανονική πορεία των πραγμάτων».

- + Το «ορισμένο» του αιτήματος → ΑΠ 4/2015: «Δεν αρκεί η απλή επανάληψη των εκφράσεων του άρθρου 298 ΑΚ, ούτε η αναφορά του συνολικά φερόμενου ως διαφυγόντος κέρδους, αλλά απαιτείται η εξειδικευμένη κατά περίπτωση μνεία των συγκεκριμένων περιστάσεων και μέτρων, που καθιστούν πιθανό το κέρδος, ως προς τα επί μέρους κονδύλια και η επίκληση των κονδυλίων αυτών.»

## Ε. Η ποσοτικοποίηση της ζημίας υπό το πρίσμα του ελληνικού δικαίου

ΑΠ 4/2015, ΑΠ 804/2015, ΑΠ 455/2014

*Δεν αρκεί η απλή επανάληψη των όρων της 298 ΑΚ, αλλά πρέπει να εκτίθενται τα προσδοκώμενα καθαρά κέρδη του ενάγοντος.*

ΑΠ 1518/2013

*Διαφυγόντα κέρδη = [κύκλος εργασιών προ ζημιογόνου γεγονότος - δαπάνες λειτουργίας] x [διαφορά ετήσιας ποσοστιαίας ανάπτυξης αγοράς και ετήσιας ποσοστιαίας ανάπτυξης ζημιωθέντος]. Χρήση συγκριτικής μεθόδου.*

ΑΠ 1497/2009

*Διαφυγόντα κέρδη λόγω μη εισόδου στην αγορά [κύκλος εργασιών ανταγωνιστή x ποσοστό κέρδους]. Χρήση συγκριτικής μεθόδου.*

## Ε. Η ποσοτικοποίηση της ζημίας υπό το πρίσμα του ελληνικού δικαίου

(γ) Μέτρο πιθανολόγησης για τη θεμελίωση του κονδυλίου διαφυγόντων κερδών.

- i. Αποτίμηση πιθανοτήτων σε ορισμένο ποσοστό, ώστε να καθοριστούν οι πιθανότητες που είναι «σύμφωνες με την συνηθισμένη πορεία των πραγμάτων», κατά την επιταγή του ΑΚ
- ii. Μη δυνατότητα επιδίκασης αποζημίωσης μειωμένης στο ύψος του ποσοστού πιθανοτήτων
- iii. Προβληματική η αρχή «ή όλα ή τίποτα» του δικαίου της αποζημίωσης;
- iv. Έδαφος για την ενδεχόμενη εφαρμογή της αρχής της καλής πίστης (ΑΚ 288) και της επιείκειας λόγω της έλλειψης βεβαιότητας όσον αφορά στην επάρκεια της πιθανολόγησης για τον καθορισμό του διαφυγόντος κέρδους
- v. Υπό αυτή την έννοια, προβληματική είναι η θεμελίωση του ορισμένου του κονδυλίου «διαφυγόντων κερδών», κυρίως για αποκλεισθείσα από την αγορά επιχείρηση λόγω κατάχρησης της δεσπόζουσας θέσης ανταγωνιστή της

## Ε. Η ποσοτικοποίηση της ζημίας υπό το πρίσμα του ελληνικού δικαίου

### 3. Μη ανακτήσιμες δαπάνες (“sunk costs”) - ως μέρος της θετικής ζημίας:

- (α) Αντιμετωπίζονται ως μέρος της θετικής ζημίας – παρόλα αυτά η επιδίκαση σχετικής αποζημίωσης ενδεχομένως να απομειώσσει το επιδικασθησόμενο ποσό της αποζημίωσης για διαφυγόντα κέρδη στο βαθμό, που οι ανακτήσιμες δαπάνες σχετίζονται με τα διαφυγόντα κέρδη
- (β) Δυσχερής ο υπολογισμός τους:
- + Απαραίτητη η αφαίρεση οιοδήποτε οφέλους, που προκύπτει από τις εν λόγω δαπάνες (πχ. περίπτωση κατά την οποία ο εξοπλισμός χρησιμοποιείται και για άλλες δραστηριότητες, που δεν επηρεάζονται από την παράβαση)
  - + ΑΚ 300 – ζημία από οικείο πταίσμα: ο ζημιωθείς οφείλει να καταβάλει εύλογες προσπάθειες για να περιορίσει τη ζημία (η ένσταση του παραβάτη θα αφορά την έκταση της ζημίας εν προκειμένω)
    - i. Η επιδίκαση αποζημίωσης για ανακτήσιμες δαπάνες στο πλαίσιο αδικοπραξίας είναι διαφορετική από ό, τι σε συμβατικό πλαίσιο (π.χ. λόγω της καταγγελίας μιας σύμβασης διανομής)
    - ii. Σε τι δύνανται να συνίστανται (ενδεικτικά): Χρηματοοικονομικές δαπάνες (π.χ. δάνεια), δαπάνες για την προώθηση προϊόντων ή υπηρεσιών (π.χ. έξοδα διαφημίσεων), δαπάνες για υποδομές (πχ. εξοπλισμός, εγκαταστάσεις), δαπάνες προσωπικού (π.χ. υπάλληλοι, σύμβουλοι)

ΑΠ 176/2010 Μη ανακτήσιμες δαπάνες (στο πλαίσιο καταγγελίας σχέσης διανομής):  
«...οι δαπάνες αυτές εντάσσονται στις συμβατικές υποχρεώσεις του αποκλειστικού διανομέα, ο οποίος ενεργεί για δικό του λογαριασμό και με δικό του επιχειρηματικό κίνδυνο, είναι υποχρεωμένος να διαθέτει προσωπικό για την προώθηση των προϊόντων του παραγωγού, να διατηρεί με δικά του έξοδα κατάλληλη οργάνωση και υποδομή και έχει την ευθύνη της διαφήμισης των προϊόντων με αντιστάθμισμα (αντάλλαγμα) το προσδοκώμενο από τη μεταπώληση των προϊόντων κέρδος...». Κατά μείζονα λόγο, δυσχέρεια θεμελίωσης αξίωσης αποκατάστασης μη ανακτήσιμων δαπανών στο πλαίσιο αδικοπρακτικής ευθύνης.

## Ε. Η ποσοτικοποίηση της ζημίας υπό το πρίσμα του ελληνικού δικαίου

### 4. Η ηθική βλάβη

- (α) Συνίσταται στην βλάβη της φήμης, του κύρους, της αξιοπιστίας και των εμπορικών προοπτικών ενός νομικού προσώπου – ΑΚ 932
- (β) Ποσοτικοποιείται κατά τρόπο αφηρημένο – για τον καθορισμό του ύψους της λαμβάνονται υπόψη: η φύση και το εύρος της παράβασης, οι περιστάσεις υπό τις οποίες έλαβε χώρα η παράβαση, η υπαιτιότητα / το πταίσμα (και δη ο δόλος) του παραβάτη, η κοινωνικοοικονομική θέση των μερών και δη του ζημιωθέντος

ΑΠ 1354/2015: «[...] δικαιούνται λοιπόν σύμφωνα με τα άρθρα 57, 59, 914 και 932 ΑΚ να αξιώσουν απ' αυτήν, για την αποκατάσταση της ηθικής του βλάβης, εύλογη χρηματική ικανοποίηση το ύψος της οποίας πρέπει, κατά την κρίση του Δικαστηρίου αυτού και κατόπιν στάθμισης του βαθμού πταίσματος της εναγομένης, του μεγέθους της προσβολής και των συνθηκών υπό τις οποίες έλαβε χώρα αυτή, και τέλος λαμβανομένης υπόψη της κοινωνικοοικονομικής θέσεως και κατάστασης των μερών, να καθοριστεί στο ποσό των [...]».

- (γ) Η ηθική βλάβη μπορεί να εντοπιστεί σε χρονικό σημείο που ταυτίζεται ή ακολουθεί το χρόνο διάπραξης της παράβασης

## Ε. Η ποσοτικοποίηση της ζημίας υπό το πρίσμα του ελληνικού δικαίου

### 5. Συγκεκριμένη (υποκειμενική) ζημία & Αφηρημένη (αντικειμενική) ζημία

- (α) Συγκεκριμένη (υποκειμενική) ζημία λαμβάνεται υπόψη η πραγματική ζημία, που υπέστη ο ζημιωθείς υπό τις συνθήκες της συγκεκριμένης περίπτωσης
- (β) Αφηρημένη (αντικειμενική) ζημία λαμβάνεται υπόψη η ζημία, που επέρχεται σε μία μέση περίπτωση κατά την κοινή πορεία των πραγμάτων
- (γ) Διάκριση που σχετίζεται με τον τρόπο και τα κριτήρια υπολογισμού
- (δ) Συγκεκριμένος υπολογισμός της ζημίας επί τη βάσει καθαρώς οικονομικών κριτηρίων (είτε η συγκεκριμένη ζημία είναι μεγαλύτερη είτε μικρότερη από την αφηρημένη)
- (ε) Το ελληνικό δικαστήριο μπορεί να αρκεστεί σε αφηρημένη ζημία, στην περίπτωση χρήσης μεθόδων σύγκρισης με παρόμοια γεωγραφική αγορά / παρόμοιο προϊόν προκειμένου για την ποσοτικοποίηση της ζημίας

### 6. Τόκοι

Η πλήρης αποζημίωση για τη βλάβη που προκλήθηκε πρέπει να περιλαμβάνει την αποκατάσταση των αρνητικών επιπτώσεων που προκλήθηκαν για το διάστημα από τη στιγμή που προκλήθηκε η βλάβη λόγω της παράβασης (π.χ. μείωση της αξίας του νομίσματος ή απώλεια της δυνατότητας του ζημιωθέντα να έχει το κεφάλαιο στη διάθεσή του και να το χρησιμοποιεί, Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Saggio στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-104/89 και C-37/90, Mulder και λοιποί κατά Συμβουλίου και Επιτροπής, Συλλογή 2000, σ. I-203, παράγραφος 105).

ΑΠ 1875/2009 Απαγορεύεται η αναδρομική επιβολή τόκου, τόκος επιβάλλεται μόνο από την επίδοση της αγωγής

# ΣΤ. Συμπεράσματα

Ευχαριστώ

