

πάρχει πλήρης, τότε θεωρείται ότι υπάρχει απλή σχέση εργασίας.

Διατάξεις: άρθρ. 38 § 1.ν. 1892/1990· ΑΚ 159, 180

[...Επειδή κατά το άρθρο 38 παρ. 1 του ν. 1892/1990, με έγγραφη ατομική συμφωνία, ο εργοδότης και ο μισθωτός κατά τη σύσταση της σχετικής συμβάσεως εργασίας ή κατά τη διάρκειά της, μπορεί να συμφωνήσουν για ορισμένο ή αόριστο χρόνο διάρκειας ημερήσιας ή εβδομαδιαίας εργασίας μικρότερης της κανονικής (μερική απασχόληση). Από τη διάταξη αυτή συνάγεται ότι για την κατάρτιση της συμβάσεως μερικής απασχολήσεως απαιτείται κατά νόμο έγγραφος τύπος, ο οποίος είναι συστατικός, η μη τήρηση του οποίου συνεπάγεται την ακυρότητα του συγκεκριμένου όρου της συμβάσεως που αφορά τη μερική απασχόληση, η ακυρότητα δε αυτή είναι απόλυτη κατ' άρθρο 159 ΑΚ και λαμβάνεται υπόψη αυτεπαγγέλτως. Αναφορικά με τα αποτελέσματα της ακυρότητας της παραπάνω ρήτηρας πρέπει να γίνει διάκριση: α) Αν συμφωνήθηκε να τροποποιηθεί η ήδη υπάρχουσα σύμβαση πλήρους απασχολήσεως, ώστε εφεξής ο μισθωτός να απασχολείται μερικώς, εφόσον η ρήτρα της μερικής απασχολήσεως είναι έγκυρη, δηλαδή έγινε εγγράφως, τότε η αρχική σύμβαση πλήρους απασχολήσεως μετατρέπεται εγκύρως σε μερικής απασχολήσεως. Αν όμως η τροποποιητική συμφωνία είναι άκυρη γιατί δεν τηρήθηκε ο έγγραφος τύπος, δεν παράγονται τα αποτελέσματα που επιδιώκει (άρθ. 180 ΑΚ) δηλαδή δεν μετατρέπεται την πλήρη απασχόληση σε μερική· 2) Αν όμως συμφωνήθηκε να μεταβληθεί η πλήρης

απασχόληση σε μερική με ταυτόχρονη λύση της συμβάσεως πλήρους απασχολήσεως, ή αν η μερική απασχόληση συμφωνήθηκε, χωρίς να προϋπάρχει σύμβαση πλήρους απασχολήσεως, τότε, αν η συμφωνία αυτή είναι άκυρη, επειδή δεν είναι έγγραφη, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι απ' αυτή γεννιέται αυτομάτως έγκυρη σύμβαση πλήρους απασχολήσεως, αφού τέτοια δεν υπήρξε, αλλά λόγω της ακυρότητας της συμβάσεως μερικής απασχολήσεως θεωρείται ότι υπάρχει απλή σχέση εργασίας. Κατ' ακολουθίαν τούτων, η προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία δέχθηκε, όπως απ' αυτή προκύπτει ότι μεταξύ των διαδίκων συνήφθη αρχήθεν σύμβαση μερικής απασχολήσεως της ενάγουσας και τώρα αναιρεσείουσας, η οποία όμως ήταν άκυρη, γιατί δεν έγινε εγγράφως, σύμφωνα με την προαναφερόμενη διάταξη του άρθρου 38 παρ. 1 του ν. 1892/1990, υπό το κράτος ισχύος του οποίου καταρτίστηκε και λειτούργησε αυτή και στη συνέχεια έκρινε ότι λόγω της ακυρότητας της ως άνω συμβάσεως δημιουργήθηκε μεταξύ των διαδίκων απλή σχέση εργασίας, μερικής απασχολήσεως, από την παροχή της οποίας όπως την προσδιορίζει το Εφετείο, εδικαιούτο να αξιώσει, με βάση τις διατάξεις του αδικαιολογήτου πλουτισμού την ωφέλεια που απεκόμισε η εργοδότηδα από την αποφυγή καταβολής της αμοιβής για την ίδια εργασία που θα προσέφερε άλλος εργαζόμενος, συνδεδεμένος μ' αυτήν με έγκυρη σύμβαση μερικής απασχολήσεως της άνω φύσεως, δεν παραβίασε την ουσιαστικού δικαίου ως άνω διάταξη του άρθρου 38 παρ. 1 ν. 1892/1990 και ο μοναδικός λόγος αναιρέσεως από τον αριθ. 1 του άρθρου 559 ΚΠολΔ που υποστηρίζει τα αντίθετα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος...]

ΝΟΜΙΚΑ ΖΗΤΗΜΑΤΑ

Αδικοιολόγητη άρνηση πώλησης: Ζητήματα έννομης προστασίας από τα πολιτικά δικαστήρια (Με αφορμή την ΕφΑθ 6042/2002)¹

ΒΑΣΙΛΕΙΟΥ Α. ΧΑΤΖΗΩΑΝΝΟΥ
Δικηγόρου, LL.M

1. Εισαγωγή

Η αδικοιολόγητη άρνηση πώλησης αποτελεί μια από τις πιο χαρακτηριστικές περιπτώσεις παρεμποδιστικού ανταγωνισμού, περίπτωση η οποία είχε αντιμετωπιστεί μέχρι σήμερα κυρίως στο πλαίσιο του Ν. 703/77 και λιγότερο στο πλαίσιο του Ν. 146/14. Η αιτία αυτής της μονόπλευρης αντιμετώπισης εντοπίζεται στο γεγονός ότι, ενώ υπό το πρίσμα του δικαίου του αθέμιτου ανταγωνισμού η εν λόγω πράξη εξετάζεται μόνο στο πλαίσιο της γενικής ρήτηρας του άρθρου 1, υπό το πρίσμα του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού η απαγόρευση της προβλέπεται ρητά στο Ν. 703/77 στα άρθρα 1(1) εδ. δ' (ως αντικείμενο ή αποτέλεσμα παράνομης συμφωνίας ή εναρμονισμένης πρακτικής μεταξύ επι-

χειρήσεων) και 2 εδ. γ' (ως καταχρηστική εκμετάλλευση από μια επιχείρηση ή από περισσότερες επιχειρήσεις της δεσπόζουσας θέσης τους).

Η υπ. αριθ. 6042/2002 απόφαση του Εφετείου Αθηνών είναι σημαντική, διότι επανεξετάζει ζητήματα που έχουν απασχολήσει κατά καιρούς τη θεωρία του εμπορικού και αστικού δικαίου, όπως τη σχέση ανταγωνισμού και την προώθηση ξένου ανταγωνισμού ως προϋποθέσεις του αθέμιτου χαρακτήρα μιας πράξης, την αυτοτελή εξέταση ανταγωνιστικών πράξεων στο πλαίσιο της γενικής ρήτηρας του άρθρου 1 Ν. 146/14, την ερμηνεία του προστατευτικού σκοπού του Ν. 703/77 και την συνακόλουθη επίδρασή της στην έννοια του παρανόμου του άρθρου 914 ΑΚ, την σύναψη της σύμβασης ως ιδιαίτερη μορφή αποζημίωσης *in natura*, την υπαγωγή των συνταγματικά κατοχυρωμένων δικαιωμάτων ή ελευθεριών στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 281 ΑΚ.

Όπως θα εξηγηθεί πιο κάτω, η αξία της συγκεκριμένης

1. Δημοσιευμένη στο παρόν τεύχος, σ. 371.

απόφασης του Εφετείου Αθηνών συνίσταται στο ότι δίδει ένα σαφές νομολογιακό έρεισμα σε μια δυναμική ερμηνεία των κανόνων ανταγωνισμού (αθέμιτου και ελεύθερου), στοχεύοντας στην διεύρυνση του προστατευτικού βεληνεκού των διατάξεων τόσο του Ν. 146/14 όσο και του Ν. 703/77. Η δυναμική αυτή ερμηνεία θα επιτρέψει στα πολιτικά δικαστήρια να επεμβαίνουν προς την κατεύθυνση της εμπέδωσης καλύτερων συνθηκών ανταγωνισμού και μεγαλύτερης προστασίας για τους ανίσχυρους ιδίως συναλλασσομένους. Απομένει βέβαια να διευκρινισθούν τα όρια μεταξύ θεμιτής προστασίας των συναλλαγών και ασφάλειας δικαίου, ζήτημα εξαιρετικά δυσχερές, με το οποίο το Εφετείο Αθηνών δεν ασχολήθηκε στο πλαίσιο της συγκεκριμένης υπόθεσης.

II. Εξέταση της πράξης από την άποψη του Ν. 146/14

1. Δυναμική ερμηνεία της σχέσης ανταγωνισμού – Η σημασία της προώθησης ξένου ανταγωνισμού ως συστατικό στοιχείο της «αθέμιτης πράξης»

Μέχρι πρόσφατα κρατούσε η άποψη ότι η έλλειψη σχέσης ανταγωνισμού μεταξύ επιχειρήσεων που ανήκουν σε διαφορετικές οικονομικές βαθμίδες αποκλείει την εφαρμογή του Ν. 146/14². Ωστόσο σημαντική μερίδα της θεωρίας³ και της νομολογίας⁴ έχει διατυπώσει την άποψη ότι η πράξη ανταγωνισμού πρέπει να ερμηνεύεται δυναμικά και ευρύτερα. Σύμφωνα με αυτή την τελευταία άποψη ο Ν. 146/14 πρέπει να εφαρμόζεται σε κάθε περίπτωση που μια πράξη διενεργείται προς το συμφέρον τρίτων ανταγωνιστών αυτού κατά του οποίου στρέφεται η πράξη, ώστε να εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 146/14 όλες οι πράξεις παρεμποδιστικού χαρακτήρα που είναι αντίθετες στα χρηστά ήθη, δηλαδή ακόμα και πράξεις που διενεργούνται μεταξύ προσώπων που δεν συνδέονται με σχέση ανταγωνισμού. Δικαιοπολιτικό θεμέλιο της άποψης αυτής είναι ότι υπό το φως της κρατούσας άποψης καμία περίπτωση διακριτικής μεταχείρισης δεν θα ενέπιπτε στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 146/14, διότι μια τέτοια πράξη αφορά κατά κανόνα σε κάποιες σχέσεις, οι οποίες όμως δεν θεωρούνταν, κατά την ίδια κρατούσα άποψη, «ανταγωνιστικές». Πράγματι, στο πλαίσιο αυτής της άποψης έχει τονισθεί ότι η σχέση ανταγωνισμού ως σταθερό, αμετακίνητο κριτήριο που προσανατολίζεται στον αυστηρό διαχωρισμό μεταξύ οικονομικών βαθμίδων και στην ανύπαρκτη ή περιορισμένη εναλλαξιμότητα των προϊόντων/υπηρεσιών, δεν επαρκεί πλέον για να συλλάβει την περίπλοκη σημερινή οικονομική πραγματικότητα⁵.

Ένα από τα πολύ ενδιαφέροντα στοιχεία της απόφασης του Εφετείου είναι ότι αποδέχεται ρητά την προβεβλημένη από την θεωρία πιο πάνω άποψη, καθιστώντας την μάλλον κρατούσα.

Επιπλέον, το Εφετείο, συμπληρώνοντας την πιο πάνω δυναμική ερμηνεία της σχέσης ανταγωνισμού, αποδέχεται

την παγίως δεκτή άποψη⁶ ότι η πράξη ανταγωνισμού είναι δυνατόν να τελείται και από τρίτο πρόσωπο που δεν μετέχει στον ανταγωνισμό, του οποίου όμως η πράξη ευθέως θέτει σε πλεονεκτική ανταγωνιστική θέση μια ξένη επιχείρηση και σε αντίστοιχη μειονεκτική ανταγωνιστική θέση μια άλλη, την θιγόμενη επιχείρηση.

Η συνδυαστική αυτή θεμελίωση του Εφετείου (απαξίωση σχέσης ανταγωνισμού – ανάδειξη σημασίας πράξης προώθησης ξένου ανταγωνισμού) αντιμετωπίζει πιο δραστικά σε επίπεδο νομοθεσίας αθέμιτου ανταγωνισμού, και ανεξάρτητα από τη θεωρία του Ν. 703/77, το ζήτημα παρεμποδιστικών κάθεται συμπτύξεων, των οποίων τα παράνομα αποτελέσματα εκτείνονται σε περισσότερες αγορές. Αν αυτού του είδους οι πράξεις δεν τύχαιναν της πιο πάνω θεμελίωσης, θα διέφευγαν του πεδίου εφαρμογής του άρθρου 1 Ν. 146/14.

2. Αυτοτελής υπαγωγή της αδικαιολόγητης άρνησης πώλησης στην αξιολογική έννοια των χρηστών ηθών

2.1. Η θέση του Εφετείου

Αν και η αξιολόγηση μιας ανταγωνιστικής πράξης βάσει του Ν. 703/77 κατά κανόνα την καθιστά αντικείμενη στα χρηστά ήθη και συνεπώς παράνομη κατά το άρθρο 1 Ν. 146/14⁷, στην προκειμένη περίπτωση είναι αξιοπρόσεκτο ότι το Εφετείο δεν περιορίστηκε στην πιο πάνω θεμελίωση αλλά προχώρησε σε αυτοτελή υπαγωγή της επίδικης πράξης στο άρθρο 1 Ν. 146/14. Έτσι, το Εφετείο έκρινε ότι «η άρνηση πώλησης από παραγωγό ή επιχείρηση που εισάγει αποκλειστικά στη χώρα, προς άλλη επιχείρηση που εμπορεύεται χονδρικούς συναφή προϊόντα, αν είναι αυθαίρετη (αδικαιολόγητη) και γίνεται προς σκοπό ενίσχυσης άλλων χονδρεμπόρων που προμηθεύονται προϊόντα από την εν λόγω παραγωγό ή επιχείρηση, εμπίπτει στην απαγόρευση του άρθρου 1 του Ν. 146/14».

Με αυτή την προωθημένη του θέση το Εφετείο επιχειρεί να αιτιολογήσει αυτοτελώς περιορισμό της συναλλακτικής ελευθερίας της εναγομένης-εφεσβλητής επιχείρησης με βάση ευρύτερα αξιολογικά κριτήρια. Όμως το εγχείρημα αυτό κρύβει δυσχέρειες. Ως περιοριστική θεμελιώδους, συνταγματικά κατοχυρωμένου, δικαιώματος (συναλλακτική ελευθερία)⁸, η πιο πάνω κρίση του Εφετείου είναι εξ αντικειμένου παρακινδυνευμένη και επομένως πρέπει να τυγχάνει πλήρους και ενδελεχούς αιτιολογίας. Σε κάθε περίπτωση, το πιο πάνω εγχείρημα αποτέλεσε μιά πρώτη τάξεως ευκαιρία νομολογιακής οριοθέτησης του κατά την έννοια του άρθρου 1 Ν. 146/14 ανήθικου χαρακτήρα μιας πράξης, ιδίως όταν αυτή δεν βασίζεται σε αυστηρώς νομικά αλλά σε αξιολογικά κριτήρια. Πρωτού εξετασθεί κατά πόσο το δικαστήριο αξιοποίησε την ευκαιρία αυτή, σκόπιμο είναι να παρουσιασθούν συνοπτικά οι μέχρι σήμερα απόπειρες της θεωρίας να οριοθετηθεί κατά τρόπο ομοιόμορφο το περιεχόμενο των «χρηστών ηθών».

6. Βλ. *Μαρίνο*, ό.π., σ. 74 με παραπομπές στη νομολογία: *Λιακόπουλος*, ό.π., σ. 88· *Τσιμπανούλη*, σε Ν. Ρόκα (επιμ.), ό.π., σ. 47.

7. Βλ. *Μαρίνο*, ό.π., σ. 135 και *Τριανταφυλλάκη*, σε Ν. Ρόκα (επιμ.), ό.π., σ. 223, ο οποίος τονίζει εύστοχα ότι η πλήρωση των όρων εφαρμογής του Ν. 703/77 θα αποτελέσει κατά κανόνα πρόβλημα για τον χαρακτηρισμό μιας πράξης ως αθέμιτης.

8. Βλ. *Μαρίνο*, ό.π., σ. 57, ο οποίος τονίζει ότι σε κάθε περίπτωση ανταγωνιστικής συμπεριφοράς θα πρέπει ο ερμηνευτής του νόμου να εκκινήσει από τη νομιμότητα της υπό κρίση επιχειρηματικής συμπεριφοράς καθώς δεν πρέπει να λησμονείται ότι ο νόμος περί αθέμιτου ανταγωνισμού εισάγει εξαίρεση από τη συνταγματικά κατοχυρωμένη αρχή της οικονομικής ελευθερίας. Επομένως το αθέμιτο της συμπεριφοράς πρέπει ενδελεχώς να θεμελιωθεί.

2. *Ι. Ρόκας*, Αθέμιτος ανταγωνισμός, 1974, σ. 74· *Λιακόπουλος*, Βιομηχανική Ιδιοκτησία, 2000, σ. 422-423· ΠΠρΑθ 2339/1997 ΕΕμπΔ 1997, 473· ΜΠρΑθ 5838/91 ΝοΒ 1992, 901· ΜΠρΚαθ 410/1994 ΕΕμπΔ 1994, 511.

3. Βλ. *Μαρίνο*, Αθέμιτος ανταγωνισμός, 2002, σ. 79· *Τζουγαντά*, σε Καρακώστα (επιμ.), Δίκαιο προστασίας καταναλωτή, 1997, σ. 168· *Τριανταφυλλάκη*, σε Ν. Ρόκα (επιμ.), Αθέμιτος ανταγωνισμός, 1996, σ. 222· *Σουφλερά*, σε Ν. Ρόκα (επιμ.), ό.π., σ. 139 και ΕΕμπΔ 1990, 159· *Χατζηγιάννου*, Παρατηρήσεις στη ΜΠρΑθ 3900/2002, ΧρΙΑ 2002, 864.

4. Βλ. ΠΠρΑθ 9264/1999 (αδημ.)· ΜΠρΑθ 3427/2001 ΧρΙΑ 2002, 740 με παρατηρήσεις *Μπαμπέτα*.

5. Βλ. *Μαρίνο*, ό.π., σ. 79.

2.2. Η δυσσχέρεια της εν ante μεθοδολογικής οριοθέτησης του ανήθικου χαρακτήρα της αδικαιολόγητης άρνησης πώλησης: Η ανεπάρκεια των προτεινόμενων απόψεων.

Σε αντίθεση με το δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού, στο δίκαιο του αθέμιτου ανταγωνισμού δεν υπάρχει γενική απαγόρευση της αδικαιολόγητης άρνησης πώλησης ως αποτέλεσμα διακριτικής μεταχείρισης⁹. Ωστόσο, όπως ήδη τονίσθηκε, μολοντί κατά κανόνα η αξιολόγηση μιας πράξης βάσει του Ν. 703/77 ως παράνομης την καθιστά και κατά το Ν. 146/14 παράνομη¹⁰, η θεωρία υποστήριξε παγίως την ανάγκη αυτοτελούς υπαγωγής περιστατικών αδικαιολόγητης άρνησης πώλησης στην γενική ρήτρα του άρθρου 1 Ν. 146/14 ως περιστατικών που συνιστούν πράξη αντικείμενη στα χρηστά ήθη.

Βέβαια το δίκαιο του αθέμιτου ανταγωνισμού αποτελεί από την φύση του κατεξοχήν «νομολογιακό» δίκαιο και η γενική ρήτρα του άρθρου 1, λόγω της αξιολογικής έννοιας των χρηστών ηθών, είναι κατά τέτοιο τρόπο δομημένη, ώστε να επιτρέπει στο δικαστή ευρεία δυνατότητα υπαγωγής ή μη μιας πράξης στο πραγματικό της εν λόγω διάταξης.

Επειδή όμως η ευελιξία της γενικής αυτής ρήτρας δεν πρέπει να φτάνει στο σημείο να θίγει τον πυρήνα της ανταγωνιστικής κατοχυρωμένης οικονομικής ελευθερίας των επιχειρήσεων και την ασφάλεια δικαίου που πρέπει να διέπει την εμπορική δραστηριότητα¹¹ και επειδή ο κλασικός νομολογιακός ορισμός των χρηστών ηθών¹² δεν επιλύει αλλά διατηρεί το πρόβλημα, η θεωρία έχει επιχειρήσει την οριοθέτηση της έννοιας των χρηστών ηθών με βάση τις ακόλουθες συγκεκριμένες ερμηνευτικές κατευθύνσεις:

(α) Η εφαρμογή άνωθεν όρων για ισοδύναμες παραχές της αδικαιολόγητης άρνησης πώλησης συμπεριλαμβανομένης σε αυτή τη χορεία πρακτικών- συνιστά κατ' εξαίρεση αθέμιτη ανταγωνιστική πράξη, όταν υφίσταται σχέση οικονομικής εξάρτησης μεταξύ πωλητή ή αγοραστή¹³.

(β) Η πράξη διακριτικής μεταχείρισης στις συναλλαγές αποτελεί αθέμιτη πράξη όταν αποσκοπεί στην εκτόπιση άλλης

επιχείρησης από την αγορά, στην παρεμπόδιση της πρόσβασης της στην αγορά ή στη σοβαρή διακινδύνευσή της¹⁴. Η πιο πάνω θέση συνάδει με την διαπίστωση ότι προστατευτικός σκοπός του νόμου είναι, μεταξύ άλλων, και η προστασία των επιχειρήσεων από πράξεις παρεμποδιστικού ανταγωνισμού.

(γ) Επειδή ο Ν. 146/14 αποτελεί νόμο που περιορίζει την οικονομική ελευθερία της μίας επιχείρησης υπέρ της οικονομικής ελευθερίας της άλλης, εξειδικεύοντας σε επίπεδο ιδιωτικού δικαίου τις αρχές του άρθρου 5(1)Σ, η αξιοποίηση της κλίμακας αξιών που περιέχει το Σύνταγμα¹⁵ αποτελεί χρήσιμο εργαλείο οριοθέτησης της αόριστης αξιολογικής έννοιας των χρηστών ηθών¹⁶.

Ωστόσο, για τους λόγους που αναφέρονται στη συνέχεια, οι πιο πάνω απόψεις, ως ερμηνευτικές κατευθύνσεις διάκρισης του ηθικού/αθέμιτου από το ανήθικο/αθέμιτο, δεν καλύπτουν -και δεν είναι δυνατόν να καλύπτουν- το σύνολο των ανταγωνιστικών πρακτικών. Πιο συγκεκριμένα:

(α) Η κατάχρηση σχέσεων οικονομικής εξάρτησης ως κριτήρια ανάδειξης του αθέμιτου χαρακτήρα μιας πράξης, δεν είναι πρόσφορο σε περιπτώσεις νεοεισερχόμενων επιχειρήσεων σε μια αγορά, όπως η ενάγουσα-εκκαλούσα. Και αυτό διότι η σχέση οικονομικής εξάρτησης προϋποθέτει μακροχρόνιες ή τουλάχιστον ήδη υφιστάμενες εμπορικές σχέσεις. Επίσης, επειδή οικονομική εξάρτηση υφίσταται όταν τα προϊόντα που προμηθεύεται ο διανομέας καλύπτουν το μεγαλύτερο μέρος του τζίρου του¹⁷, η άρνηση πωλήσεων για προϊόντα που καλύπτουν μόνο σημαντικό (π.χ. 20-30%), αλλά όχι το μεγαλύτερο μέρος του συνολικού τζίρου της θιγόμενης επιχείρησης, δεν αντιμετωπίζεται.

(β) Οι πράξεις διακριτικής μεταχείρισης στις συναλλαγές ακόμα και όταν αποσκοπούν στην εκτόπιση άλλης επιχείρησης από την αγορά, στην παρεμπόδιση της πρόσβασης της στην αγορά ή στη σοβαρή διακινδύνευσή της, νοηματοδοτούνται σχεδόν αποκλειστικά από την θεωρία και νομολογία του Ν. 703/77. Ως εκ τούτου, η εν λόγω μέθοδος ανάδειξης του αθέμιτου χαρακτήρα μιας πράξης δεν είναι επαρκώς αυτόνομη.

(γ) Η αξιοποίηση της κλίμακας αξιών που περιέχει το Σύνταγμα δεν συγκεκριμενοποιεί σε επαρκή βαθμό την έννοια των χρηστών ηθών. Τα χρηστά ήθη, νοηματοδοτούμενα από τη λειτουργία της αγοράς, δεν μπορούν ευχερώς να οριοθετηθούν από τις συνταγματικές έννοιες λόγω της εξίσου μεγάλης αοριστίας που διέπει και τις τελευταίες. Ακόμα και αυτή ειδικά η έννοια της οικονομικής ελευθερίας, είναι αόριστη και περιορίζεται μόνο από τον κοινό νομοθέτη¹⁸, ο οποίος όμως με τη σειρά του την περιόρισε με μια άλλη αόριστη αξιολογική έννοια, αυτή των χρηστών ηθών (άρθρο 1 Ν. 146/14). Πα-

9. Βλ. Λιακόπουλο, ό.π., σ. 429· Μαρίνο, ό.π., 2002, σ. 133· Τριανταφυλλάκη, σε Ν. Ρόκα, (επιμ.), ό.π., σ. 222 και ΜΠρΚερκ 645/2000 ΕΕμπΔ 2001, 337.

10. Βλ. Μαρίνο, ό.π., σ. 135 και Τριανταφυλλάκη, σε Ν. Ρόκα (επιμ.), ό.π., σ. 223, ο οποίος τονίζει εύστοχα ότι η πλήρωση των όρων εφαρμογής του Ν. 703/77 θα αποτελεί κατά κανόνα πρόκριμα για τον χαρακτηρισμό μιας πράξης ως αθέμιτης.

11. Βλ. την ορθή αυτή επισήμανση του Μαρίνου, ό.π., σ. 64.

12. «Οι ιδέες του εκάστοτε κατά γενική αντίληψη χρηστών και εμφρόνως σκεπτόμενου ανθρώπου». Βλ. ενδεικτικά την πρόσφατη σχετική νομολογία του Ακυρωτικού: ΑΠ 1780/1999 ΕλλΔνη 2000, 974· ΑΠ 1612/1999 ΧρΙΔ 2001, 29· ΑΠ 1615/1999 ΕλλΔνη 2000, 344. Εναλλακτικά, η νομολογία των κατώτερων δικαστηρίων χρησιμοποιεί τον παρεμφερή ορισμό ότι αντίθετες στα χρηστά ήθη είναι «μέθοδοι και μέσα που αντιτίθενται στην ηθική ομαλότητα των συναλλαγών». Βλ. ΠΠρΑθ 6898/1997 ΕΕμπΔ 1998, 636· ΜΠρΠερ 2106/1999 ΕΕμπΔ 1999, 820.

13. Κατά την ορθή άποψη του Μαρίνου, ό.π., σ. 135, η πρόσφατη κατάργηση του άρθρου 2α του Ν. 703/77 («καταχρηστική εκμετάλλευση σχέσης οικονομικής εξάρτησης») ουδόλως επηρεάζει την κρίση ως προς το αθέμιτο. Βλ. εξάλλου εισηγητική έκθεση Ν. 2837/2000, ΚΝοΒ 2000, 1658 όπου ο νομοθέτης αναγνωρίζει ότι διαφορές από καταχρηστική εκμετάλλευση σχέσης οικονομικής εξάρτησης είναι αμιγώς ιδιωτικές. Για την περαιτέρω θεμελίωση της εν λόγω καταχρηστικής συμπεριφοράς στο υπάρχον δίκαιο (ΑΚ 281) μετά την κατάργησή του άρθρου 2α, βλ. Παμπούκη, Παράτηρήσεις στην ΜΠρΒολ 1671/2001, ΕπισκεΔ 2001, 1152, ενώ για τις ερμηνευτικές δυσχέρειες που έχουν προκύψει από την κατάργησή του βλ. Μπαμπέτα, Η σχέση οικονομικής εξάρτησης υπό το πρίσμα της ΑΚ 281, ΧρΙΔ 2002, 847 επ.

14. Βλ. Μαρίνο, ό.π., σ. 135.

15. Βλ. κυρίως άρθρα 2(1), 4(2), 5(1), 25(2), 106(1) και (2) Σ.

16. Βλ. Λιακόπουλο, ό.π., σ. 419· Ταμπανούλη, σε Ν. Ρόκα (επιμ.), ό.π., σ. 55-56· Μαρίνο, ό.π., σ. 169 όπου και παραπομπές στη σχετική νομολογία.

17. Βλ. ενδεικτικά ΔΕφΑθ 1430/2002 (αδημ) και ΕΑ 154/II/2000 (αδημ), όπου οι πωλήσεις των προϊόντων της αρνούμενης επιχείρησης δεν ξεπερνούσαν το 1/6 του τζίρου της θιγόμενης επιχείρησης. Εξάλλου σχέση οικονομικής εξάρτησης δεν υφίσταται όταν η θιγόμενη επιχείρηση δεν έχει προσαρμόσει σε σημαντικό βαθμό την επιχειρηματική της δραστηριότητα στις απαιτήσεις συγκεκριμένου δικτύου διανομής ή όταν η ίδια μπορεί να στραφεί λόγω της δομής της αγοράς σε εναλλακτικούς προμηθευτές. Βλ. Σουφλερό, Η εφαρμογή του άρθρου 2 του Ν. 703/77, σε Σχινά (επιμ.), Η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού, 1992, σ. 185 επ., ιδίως σ. 237 και την ως άνω απόφαση της ΕΑ, όπου τονίζεται ότι, εφόσον μια αγορά είναι ανταγωνιστική, εξ ορισμού ο θιγόμενος μπορεί να βρει εναλλακτικό προμηθευτή.

18. Βλ. Μαρίνο, ό.π., σ. 87.

ρατηρείται λοιπόν, ότι ο ερμηνευτικός προσδιορισμός της έννοιας της οικονομικής ελευθερίας με συνταγματικά κριτήρια οδηγεί σε φαύλο κύκλο, ώστε, ακόμα και υπό το πρίσμα της πιο πάνω άποψης, το πρόβλημα να διαϊωνίζεται.

2.3. Η τριτενέργεια των συνταγματικών δικαιωμάτων και η στάθμιση των συγκρουομένων συμφερόντων ως εναλλακτική μέθοδος οριοθέτησης του αθέμιτου χαρακτήρα της αδικαιολόγητης άρνησης πώλησης

Παρά την πιο πάνω αναπτυχθείσα κριτική, υπάρχουν περιθώρια οριοθέτησης της έννοιας των χρηστών ηθών με βάση συνταγματικά κριτήρια. Και αυτό αν η πιο πάνω γ' άποψη επανατοποθετηθεί στις ακόλουθες διαστάσεις:

Μετά την αναθεώρηση του Συντάγματος και την ρητή θέσπιση της τριτενέργειας των συνταγματικών δικαιωμάτων (άρθρο 25 (1) Σ), η αξιοποίηση στο πεδίο των ιδιωτικών σχέσεων της κλίμακας των συνταγματικών αξιών και ιδίως των συνταγματικά κατοχυρωμένων δικαιωμάτων είναι όχι μόνο προτιμητέα αλλά επιβεβλημένη από το ίδιο το Σύνταγμα. Ως εκ τούτου, εφόσον ο δικαστής δεσμεύεται από τις συνταγματικές επιταγές (άρθρα 87(2) και 93(4) Σ) οφείλει και να τις εφαρμόζει στο σύνολό τους. Επομένως δεσμεύεται και από την συνταγματική διάταξη του άρθρου 25(1) Σ που προβλέπει ότι τα δικαιώματα του ανθρώπου, ως ατόμου, ισχύουν και στις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών στις οποίες προσιδιάζουν.

Έτσι σε μια περίπτωση, όπως η επίδικη, το δικαστήριο θα μπορούσε να θεμελιώσει τον αθέμιτο χαρακτήρα της αδικαιολόγητης άρνησης πώλησης στην εξής εναλλακτική συλλογιστική: Αμφότερες οι επιχειρήσεις (ενάγουσα-εκκαλούσα, εναγομένη-εφεσβλητή) απολαμβάνουν την συνταγματικά κατοχυρωμένη οικονομική ελευθερία (άρθρο 5(1) Σ), η οποία τριτενεργεί δυνάμει του άρθρου 25(1) Σ ως θεμελιώδες ατομικό δικαίωμα του ανθρώπου. Έτσι, στο πλαίσιο αυτής η εναγομένη-εφεσβλητή έχει καταρχήν το δικαίωμα να επιλέγει τους αντισυμβαλλόμενους της (συναλλακτική ελευθερία)¹⁹. Από την άλλη, η ενάγουσα-εκκαλούσα μπορεί να αποφασίζει να δραστηριοποιηθεί σε οποιαδήποτε αγορά, όπως εν προκειμένω στην επίδικη. Είναι κατ' αρχήν εξίσου κατοχυρωμένη η άρνηση της εναγομένης-εφεσβλητής να δεχθεί την πρόταση της ενάγουσας-εκκαλούσας για σύναψη σύμβασης (αρνητική συναλλακτική ελευθερία) όσο και η επιμονή της εναγομένης-εφεσβλητής να επιθυμεί τη σύναψη συναλλακτικών σχέσεων, ως προσφορότερο μέσο αποτελεσματικής επιχειρηματικής δράσης σε μια συγκεκριμένη (κάθετη) αγορά. Όμως με δεδομένο ότι η εναγομένη-εφεσβλητή είναι αποκλειστικός εισαγωγέας στη χώρα των εν λόγω προϊόντων και επομένως δεν υφίσταται εναλλακτική πηγή εφοδιασμού για την ενάγουσα-εκκαλούσα, η άρνηση σύναψης της σύμβασης χωρίς αποχρώντα λόγο αποτελεί άσκηση της συναλλακτικής ελευθερίας κατά τρόπο που προσβάλλει ευθέως την οικονομική δραστηριότητα και ελευθερία της ενάγουσας-εκκαλούσας και συνεπώς το άρθρο 5(1) Σ. Αν μάλιστα σταθμισθούν τα συμφέροντα των μερών²⁰ θα διαπιστωθεί ότι, ενώ ο περιορισμός της οικονομικής δραστηριότητας της ενάγουσας-εκκαλούσας είναι απόλυτος και οικονομικά ζημιολογός γι' αυτήν, η άσκηση της συναλλακτικής ελευθερίας της εναγομένης-εφεσβλητής δεν είναι δικαιολογημένη ούτε αντιστοίχως επικερδής.

19. Για την παραδοχή ότι η συναλλακτική ελευθερία αποτελεί ιδιαίτερη έκφανση της οικονομικής ελευθερίας βλ. Δαγτόγλου, Ατομικά δικαιώματα, τόμ. Β', 1991, σ. 995.

20. Για την στάθμιση συμφερόντων ως συμπληρωματική μέθοδο διάγνωσης του αθέμιτου χαρακτήρα μιας ανταγωνιστικής πράξης βλ. Τσιμπανούλη, σε Ν. Ρόκα (επιμ.), ό.π., σ. 58.

Πράγματι, μη διαθέτοντας –σε αντίθεση με τους ανταγωνιστές της– τα προϊόντα της εναγομένης-εφεσβλητής και με δεδομένο ότι από τα οικεία συναλλακτικά ήθη διαπιστώνεται ότι οι πελάτες στην κατώτερη εμπορική βαθμίδα επιλέγουν ως προμηθευτή τους χονδρέμπορο που μπορεί να καλύψει όλη τη «γκάμα» προϊόντων –δυνατότητα που έχουν μόνο οι ανταγωνιστές της ενάγουσας-εκκαλούσας– η ενάγουσα-εκκαλούσα υφίσταται άμεση ζημία που δεν οφείλεται σε δικό της πταίσμα. Από την άλλη, επειδή η ζημία αυτή προέρχεται από την άσκηση της συναλλακτικής ελευθερίας της εναγομένης-εφεσβλητής χωρίς να υφίσταται αποχρών λόγος προσβολής²¹, η εναγομένη-εφεσβλητή δεν μπορεί να ασκεί την δική της οικονομική ελευθερία κατά τρόπο αντικείμενο στο άρθρο 5(1) Σ. Για να ενισχυθεί ακόμα περισσότερο η θεμελίωση της παράνομης άσκησης από την εναγομένη-εφεσβλητή της συναλλακτικής της ελευθερίας, το δικαστήριο θα μπορούσε να επικαλεστεί την αρχή της ισότητας (άρθρο 4(2) Σ), η οποία επίσης «τριτενεργεί» αλλά και ισχύει και ως γενική αρχή του δικαίου. Υπό αυτή την έννοια, ουδείς, επομένως ούτε η εναγομένη-εφεσβλητή, μπορεί να προβαίνει σε άνιση αντιμετώπιση όμοιων περιπτώσεων, ιδίως όταν δεν υφίσταται προς τούτο εύλογη αιτία.

Τέλος, ο περιορισμός της συναλλακτικής ελευθερίας της εναγομένης-εφεσβλητής δεν θίγει τον πυρήνα της αρνητικής συναλλακτικής ελευθερίας της, καθώς ο περιορισμός αυτός επιβάλλεται εξαιρετικά μόνο εφόσον υφίσταται αδικαιολόγητη άρνηση πώλησης.

III. Η εξέταση της πράξης υπό το πρίσμα του Ν. 703/77 και του ΑΚ

1. De facto αποδοχή της διεύρυνσης του προστατευτικού σκοπού του Ν. 703/77 – Υπαγωγή της ίδιας πράξης στο πραγματικό του άρθρου 1 Ν. 703/77

Σύμφωνα με την νομολογία του ΑΠ²² αλλά και με την κρατούσα στην θεωρία άποψη²³, για να πληρωθεί η προϋπόθεση του παρανόμου του άρθρου 914 ΑΚ, δεν αρκεί παράβαση οποιασδήποτε διάταξης νόμου αλλά παράβαση διάταξης νόμου που θεμελιώνει δικαίωμα ή προστατεύει συγκεκριμένο έννομο συμφέρον του ζημιωθέντος. Υπό το φως αυτής της άποψης νόμος που προστατεύει το δημόσιο συμ-

21. Ως αποχρώντες λόγοι χαρακτηρίζονται π.χ. η οικονομική αφερεγγυότητα του αντισυμβαλλόμενου και η διακίνηση των προϊόντων του προμηθευτή με μη αποδοτικό τρόπο. Βλ. όμως και Μαρτίνο, Συστήματα Επιλεκτικής Διανομής, σε Σχινά (επιμ.), ό.π., σ. 117 επ., ιδίως 136 όπου τονίζεται ότι μια επιχείρηση με περιορισμένη παραγωγή εμπορευμάτων μπορεί δικαιολογημένα να αρνηθεί την πώληση με το αιτιολογικό ότι δεν έχει εμπορεύματα στις αποθήκες της και ότι έχει ήδη να εκτελέσει προγενέστερες παραγγελίες άλλων επιχειρήσεων. Εντούτοις, η συνεχής άρνηση πώλησης για τον πιο πάνω λόγο μπορεί να είναι προσχηματική. Σημειώνεται δε ότι η ΕΑ στην απόφαση 193/III/02, αντιμετώπισε την επίκληση του πιο πάνω λόγου από αποκλειστικό εισαγωγέα φαρμακευτικών προϊόντων στην ελληνική αγορά ως προσχηματική, διότι πιθανολογήθηκε ότι ο αποκλειστικός εισαγωγέας ακολουθεί ευρύτερη πολιτική της παραγωγού εταιρείας, η οποία είχε ως σκοπό τον περιορισμό της διάθεσης των προϊόντων.

22. Βλ. 683/1995 ΝοΒ 45, 607.

23. Βλ. Γεωργιάδη, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο, 1999, σ. 596 και Σταθόπουλο, Γενικό ενοχικό δίκαιο, Α1, 1993, 259. Βλ. όμως και Δηλιγιάννη-Κορηλάκη, Ειδικό ενοχικό δίκαιο, τόμ. III, 1993, σ. 142, οι οποίοι θεωρούν ότι το άρθρο 914 ΑΚ σε αντίθεση με το άρθρο 823(2) γερμΑΚ δεν θέτει κανένα περιορισμό αυτού του είδους και συνεπώς δεν συντρέχει κανένας λόγος περιορισμού του πεδίου εφαρμογής του άρθρου 914 ΑΚ.

αγωνι-
και με
πώννε-
επιλέ-
να κα-
έχουν
η ενά-
φεύλε-
ι αυτή
Ιερίας
χρών
πορεί
τρόπο
τεριο-
ν ενά-
ις, το
ς ισό-
λά και
λνοία
ζει να
σων,

ερίας
ς αρ-
ιορι-
ταται

3/77

πικού
; στο

ς την
ρού-
εί πα-
ξαση
η συ-
φως
συμ-

ρμική
ι των
ύμως
πμ.),
η με
ημέ-
μπο-
ογε-
συνε-
είναι
ασση
από
λλη-
απο-
αρα-
της

Στα-
ι δε-
142,
άρ-
υ εί-
μού

φέρον, π.χ. πολεοδομικές διατάξεις, δεν θεμελιώνουν το παράνομο του άρθρου 914 ΑΚ.

Ωστόσο, η διαπίστωση αν μια διάταξη νόμου θεμελιώνει δικαίωμα ή προστατεύει συγκεκριμένο έννομο συμφέρον του ζημιωθέντος και όχι το δημόσιο συμφέρον είναι ζήτημα που επαφίεται στον εφαρμοστή του δικαίου και σε τελική ανάλυση στα δικαστήρια.

Σε αυτό το πλαίσιο, η σημασία της πιο πάνω απόφασης στην διαμόρφωση πάγιας νομολογίας ως προς τον σκοπό προστασίας του Ν. 703/77, είναι προφανής διότι, μολονότι η συγκεκριμένη απόφαση δεν περιέχει αναλυτικές σκέψεις δικαιοπολιτικής φύσης, εντάσσεται στη χορεία των αποφάσεων εκείνων που τα τελευταία χρόνια διατυπώνουν ρητά την άποψη τόσο στο πεδίο του ελληνικού²⁴ όσο και στο πεδίο του κοινοτικού δικαίου²⁵ ότι οι κανόνες κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού προστατεύουν, μεταξύ άλλων, και την οικονομική ελευθερία των ανταγωνιστών που υφίστανται την ζημία μιας αντι-ανταγωνιστικής πρακτικής.

Η πιο πάνω άποψη αναγνωρίζει την ανάγκη αποτελεσματικότερης εφαρμογής των κανόνων ανταγωνισμού μέσω της λεγόμενης «ιδιωτικής επιβολής» τους (private enforcement) κατά το πρότυπο της αμερικάνικης αντιμονοπωλιακής νομοθεσίας, παράλληλα με την δυνατότητα «διοικητικής επιβολής» τους (public enforcement) μέσω της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό έχει παρατηρηθεί εύστοχα ότι το δίκαιο της αποζημίωσης εξυπηρετεί παραγωγικά την προστασία του ανταγωνισμού δίπλα στο διοικητικό σύστημα προστασίας του μέσω των αρχών ανταγωνισμού²⁶. Σε αυτό το πνεύμα παράλληλης εφαρμογής των κανόνων ανταγωνισμού κινείται και ο νέος Κανονισμός (ΕΚ) 1/2003 του Συμβουλίου της 16ης Δεκεμβρίου 2002 «για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού που προβλέπονται στα άρθρα 81 και 82 της συνθήκης»²⁷ που κάνει ειδική μεία στην ανάγκη εφαρμογής των κανόνων ανταγωνισμού απευθείας από τα εθνικά δικαστήρια των κρατών-μελών²⁸.

Σε αυτό το ενδιαφέρον ερμηνευτικό «κεκτημένο» έρχεται να προστεθεί και η αξιολογητή προσπάθεια του Εφετείου να υπαγάγει αυτότελώς τα επίδικα πραγματικά περιστατικά (αδικαιολόγητη άρνηση σύναψης σύμβασης) στον κρίσιμο κανόνα δικαίου του άρθρου 1(1) εδ. δ' Ν. 703/77, ώστε, αφού η διάταξη αυτή προστατεύει ιδιωτικό συμφέρον, στη συνέχεια να παραχθεί, υπό την προϋπόθεση συνδρομής και των λοιπών όρων του πραγματικού της διάταξης του άρθρου 914 ΑΚ, η έννομη συνέπεια αυτού του τελευταίου.

Πιο συγκεκριμένα: Το Εφετείο ερμηνεύοντας γραμματικά την διάταξη του άρθρου 1(1) εδ. δ' έκρινε ότι μια συμφωνία μεταξύ επιχειρήσεων σε διαφορετική παραγωγική ή εμπορική βαθμίδα, δηλαδή μια συμφωνία μεταξύ προμηθευτή προϊόντων και διανομέων-χονδρεμπόρων αυτών των ίδιων προϊόντων, που έχει ως αποτέλεσμα την προμήθεια όλων των διανομέων μέχρις εξαντλήσεως των αποθεμάτων και αποκλεισμού της ενάγουσας-εκκαλούσας από την σχετική αγορά διανομής των προϊόντων αποτελεί per se περιοριστική του ανταγωνισμού κάθετη σύμπραξη δύναμει του άρθρου 1(1) εδ. δ'. Και πράγματι, οι πιο πάνω όροι του πραγματικού του κανόνα του άρθρου 1(1) εδ. δ' πληρούνται στην

επίδικη περίπτωση, καθώς (i) βασική παράμετρος της εφαρμογής του είναι ο έλεγχος οποιασδήποτε εκδήλωσης συμβατικής και βουλητικής πολυμορφίας, ανεξάρτητα αν αυτή ήταν ήδη καθιερωμένη και γνωστή ή νέα και άγνωστη και ανεξάρτητα από τον τυπικό ή άτυπο χαρακτήρα της, και (ii) δεν απαιτείται η κρίσιμη συμφωνία να έχει ως σκοπό την παρακώλυση του ανταγωνισμού. Αρκεί η παρακώλυση του ανταγωνισμού να είναι απλά το αποτέλεσμα, δηλαδή η συνέπεια της συμφωνίας, ανεξάρτητα από το αν αυτό σκοπίθηκε ή προβλέφθηκε από τα μέρη ή όχι²⁹. Εξάλλου, η πιο πάνω θέση συνάδει με την αρχή που διέπει το σύνολο της νομοθεσίας ανταγωνισμού (ελεύθερου και αθέμιτου) ότι η εφαρμογή της δεν επηρεάζεται ούτε εξαρτάται από την ύπαρξη υπαιτιότητας του παραβάτη.

Από δογματικής άποψης, μολονότι το αποτέλεσμα της δικαστικής κρίσης είναι ορθό, διαπιστώνεται ότι, παρά την έλλειψη σχετικής προηγούμενης εθνικής νομολογίας, η αιτιολόγηση της συγκεκριμένης απόφασης θα μπορούσε να εμπλουτισθεί με τις ακόλουθες πρόσθετες επισημάνσεις:

(α) Η έννοια «αντικείμενο ή αποτέλεσμα» αποτελεί διαζευκτική προϋπόθεση³⁰, όπως ορθά την διέλαβε στην προκειμένη περίπτωση και το Εφετείο. Εντούτοις, έχει κρατήσει στο πλαίσιο της νομολογίας των κοινοτικών δικαστηρίων, το δικαστήριο πρώτα να εξετάζει κατά πόσο μια συμφωνία έχει ευθέως ως αντικείμενο τον περιορισμό, τη νόθευση ή την παρακώλυση του ανταγωνισμού και στη συνέχεια, εφόσον δεν συνάγεται κάτι τέτοιο, να προβαίνει στην εξέταση του αποτελέσματος της συμφωνίας³¹.

(β) Η διαφορά μεταξύ της εξ αντικείμενου και της εκ του αποτελέσματος παράνομης σύμπραξης έγκειται, βάσει της κοινοτικής νομολογίας, στο ότι η μεν πρώτη κρίνεται σχεδόν ως «αυτόματα» περιοριστική του ανταγωνισμού, ενώ η δεύτερη, για να κριθεί ως παράνομη, πρέπει να εξετασθεί αναλυτικότερα στο πλαίσιο των συνθηκών της σχετικής αγοράς³² εντός της οποίας η επίδικη συμφωνία παράγει τα αποτελέσματά της³³.

Αν ακολουθούσε την πιο πάνω διαβάθμιση που υποδεικνύει η κοινοτική νομολογία, το Εφετείο μάλλον θα μπορούσε εξ αρχής να διαγνώσει ότι η επίδικη συμφωνία έχει ευθέως ως αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού, ο οποίος συνίστατο στην επιβολή συνθηκών ανταγωνισμού που αποκλείουν τρίτες νεοεμφανιζόμενες εταιρείες, όπως αυτή της ενάγουσας-εκκαλούσας, να εισέλθουν στην σχετική αγορά.

Αλλά, ακόμα και αν δεν διαπιστωνόταν το πιο πάνω αντι-ανταγωνιστικό αντικείμενο, θα μπορούσε να τονισθεί ότι το αποτέλεσμα της συμφωνίας του αποκλειστικού στην Ελλάδα προμηθευτή και των διανομέων-ανταγωνιστών της ενά-

24. Βλ. ΑΠ 1187/2000 ΕλλΔνη 2001,1317 και ΕΑ 207/III/2002 Χρ/Δ, 2002, 345 επ. με παρατηρήσεις Μαρίνου.

25. Βλ. Απόφαση ΔΕΚ C-453/1999, *Courage/Bernard Crehan*, ΔΕΕ 2002, 183 επ. με παρατηρήσεις Μαρίνου. Για σχολιασμό της απόφασης βλ. και Κομνίνος, *New prospects for private enforcement of EC Competition Law*, CMLR 2002, 447.

26. Βλ. Μαρίνου, ό.π., (σημ. 24).

27. Βλ. ΕΕ L1/4.1.2003.

28. Βλ. Παρ. 7 του Κανονισμού, ό.π., L 1/2.

29. Βλ. Κοτσίρη, *Δίκαιο ανταγωνισμού*, 2000, σ. 446.

30. Βλ. Κοτσίρη, ό.π., σ. 446-447.

31. Βλ. Υπόθεση 56/65, *Société Technique Minière*, Συλλ 1966, 235.

32. Ως εκ τούτου απαιτείται οριοθέτηση αυτής βάσει στοιχείων που θα προσκομίσουν τα μέρη λόγω του συστήματος συγκεντρώσεως (άρθρο 269 ΚΠολΔ) που διέπει την πολιτική δίκη. Βλ. για την ανάγκη οριοθέτησης σε αυτή ειδικά την περίπτωση την απόφαση του ΔΕΚ C-234/89 *Δηλημίτης*, Συλλ I, 1991, 935 και Κορρή, *The judgment in Dellimitis: A milestone towards a realistic assessment of the effects of an agreement or a damp squid*, EIPR 1992, 167.

33. Μάλιστα το ΔΕΚ έχει κρίνει ότι η ύπαρξη παρόμοιων συμφωνιών με την επίδικη στη σχετική αγορά καθώς και οποιοδήποτε νομικές ή πραγματικές συνθήκες που μπορούν να συντελέσουν στην παραγωγή του αντι-ανταγωνιστικού αποτελέσματος, πρέπει να λαμβάνονται υπόψη από το αρμόδιο όργανο. Βλ. απόφαση C-23/67, *Brasserie de Haecht*, Συλλ 1967, 407.

γουςας-εκκαλούσας, δημιουργεί ευθέως άνισες συνθήκες επιχειρηματικής δραστηριότητας για όμοιες επιχειρήσεις, διότι αν ιδωθεί στο πλαίσιο της επίδικης σχετικής αγοράς³⁴ (χονδρεμπορική βαθμίδα πώλησης φαρμάκων) οι ούτως ή άλλως μη ευνοϊκές συνθήκες εισόδου νέων ανταγωνιστών στην αγορά γίνονται ακόμα πιο ασφυκτικές γι' αυτούς εξαιτίας κάθεται συμπτύξεων όπως η επίδικη.

(γ) Εφόσον σκοπός του άρθρου 1 Ν. 703/77 είναι και η προστασία της οικονομικής ελευθερίας του τρίτου από την επαχθή τριτενέργεια της παράνομης σύμπτωσης, η διαπίστωση αυτή δεν μπορεί να είναι χωρίς συνέπειες για την ερμηνεία των πιο πάνω όρων του πραγματικού του άρθρου 1³⁵. Και πράγματι από το πνεύμα της αιτιολογίας του το Εφετείο φαίνεται να συυπολόγισε αρκούντως την ιδιαίτερη ανάγκη προστασίας της οικονομικής ελευθερίας μιας νέας επιχείρησης να δραστηριοποιηθεί σε μια ιδιαίτερα στατική αγορά εξ απόψεως ανταγωνιστικών συνθηκών όπως η ένδικη. Έτσι, στο πλαίσιο της ιδιωτικής επιβολής των κανόνων ανταγωνισμού, έμμεσα η συγκεκριμένη απόφασή αναδεικνύεται σε ένα προηγούμενο «δικαιοπλαστικής» ρύθμισης των διάδικων επιχειρήσεων και κατ' επέκταση των ευρύτερων συνθηκών ανταγωνισμού στην επίδικη σχετική αγορά.

2. Οριοθέτηση της *in natura* αποζημίωσης

Εκτός από τους προαναφερθέντες λόγους, η απόφαση του Εφετείου είναι σημαντική για τον πρόσθετο λόγο ότι προσδίδει νομολογιακό έρεισμα στην ήδη από καιρό κρατούσα στη θεωρία άποψη ότι, σε περίπτωση αθέμιτης ή παράνομης πράξης ανταγωνισμού, ο ζημιωθής μπορεί να αιτηθεί την αποκατάσταση της ζημίας και *in natura* (297 ΑΚ)³⁶. Μάλιστα, στην περίπτωση που η προσβολή τελείται με παράλειψη, όπως στην περίπτωση της αδικαιολόγητης άρνησης πώλησης, ο ζημιωθής έχει τη δυνατότητα, εφόσον πληρούνται οι υπόλοιπες προϋποθέσεις του νόμου, να αξιώσει τη σύναψη μιας και μόνης πώλησης ή τη σύναψη μιας διαρκούς ενοχής (π.χ. σύμβασης διανομής), ώστε με αυτό τον τρόπο να αίρεται η παράνομη συμπεριφορά του ζημιώσαντος στο μέλλον³⁷.

Η πιο πάνω «ενεργοποίηση» του άρθρου 297 ΑΚ καθιστά επίκαιρο το ζήτημα της αποτελεσματικής έννομης προστασίας σε διαφορές ιδιωτικού δικαίου που γεννιούνται εξαιτίας παραβάσεων του Ν. 703/77. Δεδομένης της τάσης παράλληλων αρμοδιοτήτων επίλυσης των σχετικών διαφορών ή διευθέτησης των σχετικών υποθέσεων οι εξουσίες των πολιτικών οργάνων ιδιωτικής επιβολής των κανόνων ανταγωνισμού, δηλαδή των πολιτικών δικαστηρίων, δεν πρέπει για λόγους ομοιόμορφης εφαρμογής να διαφέρουν ουσιαστικά από τις αντίστοιχες αρμοδιότητες των οργάνων διοικητικής επιβολής των κανόνων ανταγωνισμού, δηλαδή της Επιτροπής Ανταγωνισμού.

Σε αυτό το πλαίσιο, η θεμελιωμένη στους υπάρχοντες κανόνες δικαίου (ΑΚ 914, 297, ΚΠολΔ 947, 949) δυνατότητα

των πολιτικών δικαστηρίων να διατάσσουν αποκαταστατικά μέτρα για την άρση ή/και παράλειψη μιας παράβασης και μάλιστα όμοια με τα αντίστοιχα μέτρα που έχει εξουσία να διατάσσει η ΕΑ (ιδίως άρθρο 9(1)α Ν. 703/77)³⁸ είναι επιβεβλημένη κατά την πολυεπίπεδη επιβολή του Ν. 703/77.

3. Η φυσική ευχέρεια του συμβάλλεσθαι ως μη υποκείμενη στην ΑΚ 281

Το Εφετείο ακολούθησε την κρατούσα στη νομολογία του ΑΠ άποψη ότι οι φυσικές ελευθερίες, μεταξύ των οποίων και η συναλλακτική ελευθερία, δεν υπόκεινται στους περιορισμούς του άρθρου 281 ΑΚ³⁹. Η πιο πάνω νομολογιακή θέση στηρίζεται σε μια αμφιβολής ορθότητας γραμματική ερμηνεία της διάταξης του άρθρου 281 ΑΚ, το οποίο αναφέρεται σε «δικαίωμα» και όχι σε «ελευθερίες».

Κατόπιν τούτου, η νομολογία εναλλακτικά υποστηρίζει ότι η καταχρηστική άσκηση των φυσικών ελευθεριών μπορεί να αντιμετωπιστεί στο πλαίσιο της 919 ΑΚ⁴⁰. Όμως αυτή η λύση παρουσιάζει πρακτικές δυσχέρειες για τον θιγόμενο, διότι καθιστά δυσχερέστερη την προστασία του σε σχέση με τις προϋποθέσεις του άρθρου 281 ΑΚ. Οι πρακτικές δυσχέρειες που προκαλούνται στον θιγόμενο συνίστανται, αν όχι στο να επικαλεσθεί, σίγουρα στο να αποδείξει την πρόθεση του αδικοπρακτούντος να επιφέρει ζημία στον θιγόμενο κατά τρόπο αντίθετο στα χρηστά ήθη. Διότι μπορεί η επίκληση πραγματικών περιστοατικών από τον θιγόμενο-ενάγοντα να δίνει την ευκαιρία στο δικαστήριο να αντλήσει συμπεράσματα για άλλα κρίσιμα γεγονότα⁴¹, όπως για γεγονότα που καταδεικνύουν «πρόθεση» του ζημιώσαντος-εναγομένου, όμως κάτι τέτοιο εναπόκειται στο δικαστήριο και δεν εντάσσεται εκ των προτέρων στη σφαίρα επιρροής του ενάγοντα. Αντίθετα στο πλαίσιο του άρθρου 281 ΑΚ ο θιγόμενος-ενάγων μπορεί να επικαλεσθεί και να αποδείξει πραγματικά περιστατικά που καθιστούν την άρνηση πώλησης καταχρηστική, διότι π.χ. υπερβαίνει τον οικονομικό ή κοινωνικό σκοπό του δικαιώματος, επιτρέποντας στο δικαστήριο ανάλογη στάθμιση. Η ευδοκίμηση της αγωγής δεν υπόκειται σε καμία πρόσθετη προϋπόθεση (π.χ. πρόθεση ή υπαιτιότητα του αδικοπρακτούντος).

Επομένως για τους πιο πάνω λόγους, συνεχίζει να παρασταται επιβεβλημένη η ανάγκη, που έχει παγιωθεί τονισθεί από τη θεωρία, για διασταλτική ερμηνεία του όρου «δικαίωμα», ώστε να υπόκεινται στην ΑΚ 281 και οι φυσικές ελευθερίες, δεδομένου ότι η κρατούσα πιο πάνω νομολογιακή θέση ενέχει τον κίνδυνο οι ασκούμενες ελευθερίες, οι οποίες αποτελούν τη βάση γέννησης επιμέρους δικαιωμάτων με την τεχνική του όρου έννοια, να ασκούνται κατά τρόπο αντικοινωνικό και κακόπιστο⁴².

Στην πλούσια επιχειρηματολογία της θεωρίας⁴³ αξίζει να προστεθεί το εξής επιχείρημα: Στο Σύνταγμα (άρθρο 5(1)) γίνεται λόγος για «δικαίωμα» ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας, ενώ το αναθεωρημένο άρθρο 25(1) Σ αναφέρεται ρητά σε «δικαιώματα του ανθρώπου ως ατόμου και ως μέλους του κοινωνικού συνόλου». Είναι προφανές ότι τα

34. Για μια συνοπτική περιγραφή των συνθηκών αυστηρού αγορανομικού ελέγχου και *de facto* κατανομής των εθνικών αγορών φαρμάκων, βλ. Αθανασίου, Παρατηρήσεις στην 193/III/01, ΕΕμπΔ, 2001, 806 και Χατζηγιάννου, Παρατηρήσεις στην ΔΕφΑθ 68/2002, ΕΕΕυρΔ 2002, 984.

35. Βλ. Λιακόπουλο, ό.π., σ. 518.

36. Βλ. Σταθόπουλο, Γενικό Ενοχικό δίκαιο, 1998, σ. 256· Λιακόπουλο, ό.π., σ. 561-562.

37. Κατά την κρατούσα άποψη -βλ. Λιακόπουλο, ό.π., σ. 118-τεκμαίρεται ότι εφόσον έχει επέλθει προσβολή, υφίσταται κίνδυνος επανάληψής της στο μέλλον.

38. Βλ. συσχέτιση εξουσιών πολιτικών δικαστηρίων και ΕΑ σε Λιακόπουλο, ό.π., σ. 561-562 με διάφορη δικαιοπολιτική αιτιολόγηση.

39. Βλ. εκτός από τις αναφερθείσες στην ανωτέρω απόφαση την ΑΠ 5/2001 ΝοΒ 50, 106.

40. Βλ. Γεωργιάδη, ό.π., σ. 272 με περαιτέρω παραπομπές στη νομολογία.

41. Βλ. άρθρο 336(3) ΚΠολΔ.

42. Βλ. Γεωργιάδη, ό.π., σ. 272.

43. Βλ. επίσης Παμπούκη, ό.π. (σημ. 13).

«δικαιώματα» αυτά δεν είναι άλλα από τις φυσικές ευχέρεις ή ελευθερίες, όπως αυτές γίνονται αντιληπτές από την πιο πάνω κρατούσα νομολογιακή θέση. Επομένως, στη συγκεκριμένη περίπτωση, εφόσον η συμμετοχή στην οικονομική ζωή της χώρας και η συναλλακτική ελευθερία ως ειδικότερη έκφρασή της⁴⁴, αποτελεί, κατά τον συνταγματικό νομοθέτη, «δικαίωμα» (άρθρο 5(1)Σ), παρέλκει οποιαδήποτε εμμονή στην διαφοροποίηση μεταξύ της έννοιας του «δικαιώματος» και της έννοιας της «ελευθερίας», διότι βούληση του συνταγματικού νομοθέτη ήταν να περιλάβει τις ελευθερίες αυτές στις συνταγματικές ρυθμίσεις, άσχετα αν τις ονόμασε «δικαιώματα».

Αλλά, περαιτέρω, μετά την αναθεώρηση του Συντάγματος και την θεσμοθέτηση της τριτενέργειας των θεμελιωδών «δικαιωμάτων» (sic) ως ρητής συνταγματικής διάταξης (άρθρο 25(1)), θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι, επειδή αυτά τα «δικαιώματα», που όπως ειπώθηκε δεν είναι άλλα από τις θεμελιώδεις ελευθερίες, «τριτενεργούν», δηλ. εφαρμόζονται μεταξύ ιδιωτών, είναι αναπόφευκτη η εφαρμογή του άρθρου 281 ΑΚ επί αυτών. Πράγματι, από τη στιγμή που τα θεμελιώδη συνταγματικά «δικαιώματα» ή ελευθερίες εφαρμόζονται στις πολύπλοκες και πολύμορφες ιδιωτικές σχέσεις, εφόσον προσιδιάζουν προς αυτές, μόνο οι κανόνες του ιδιωτικού δικαίου μπορούν εξ αντικειμένου να ρυθμίσουν την ορθή άσκηση των θεμελιωδών αυτών «δικαιωμάτων» ή ελευθεριών. Ως εκ τούτου, το άρθρο 281 ΑΚ, ως κανόνας ενταγμένος στον σκληρό πυρήνα του ιδιωτικού δικαίου, πρέπει να εφαρμόζεται, ως ο κανόνας εκείνος που διακρίνει τη χρήση από την κατάχρηση όλων των δικαιωμάτων, των θεμελιωδών μη εξαιρουμένων, ακόμα και αν τα τελευταία δεν αποτελούν δικαιώματα *stricto sensu*.

44. Βλ. Δαγτόγλου, Ατομικά δικαιώματα, τόμ. Β, 1991, σ. 995 επ.

IV. Συμπεράσματα

Η 6042/2002 απόφαση του Εφετείου Αθηνών έδωσε την ευκαιρία για μια ενδιαφέρουσα ενασχόληση της νομολογίας με τη λειτουργία του δικαίου ανταγωνισμού σχετικά με παραβάσεις που προέρχονται από αδικαιολόγητη άρνηση πώλησης. Οι σκέψεις αυτές θα μπορούσαν να συνοψισθούν επιγραμματικά ως εξής:

(α) Η αδικαιολόγητη άρνηση πώλησης ως κατεχοχίν πράξη παρεμποδιστικού ανταγωνισμού αντιμετωπίζεται όχι μόνο από το άρθρο 1 του Ν. 703/77 αλλά αυτοτελώς και ως πράξη που *per se* αντίκειται στα χρηστά ήθη και επομένως αντίκειται στο άρθρο 1 Ν. 146/14, χωρίς να απαιτείται προηγούμενη αναδρομή στον χαρακτηρισμό της πράξης εξ απόψεως δικαίου ελεύθερου ανταγωνισμού.

(β) Η ανάγκη πολυεπίπεδης και αποτελεσματικότερης εφαρμογής των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού καθιστά επίκαιρο το ζήτημα της παράλληλης εφαρμογής του Ν. 703/77, (που μέχρι πρόσφατα εφαρμοζόταν σχεδόν μονοπωλιακά από την διοίκηση και τη διοικητική δικαιοσύνη), και από τα πολιτικά δικαστήρια. Στο πλαίσιο αυτό η «δικαιοπλαστική» (ρυθμιστική) επέμβαση του πολιτικού δικαστή προς την κατεύθυνση της δυναμικής επίλυσης της διαφοράς είναι αυτονόητη, αφού η απλή αξίωση αποζημίωσης και δυσχερώς ευδοκιμεί και αναποτελεσματική είναι, καθώς δεν αίρει αυτή καθ' εαυτή την παράνομη πράξη.

(γ) Όμως, τροχοπέδη στην ακόμα πιο δραστική αντιμετώπιση της αδικαιολόγητης άρνησης πώλησης αποτελεί η εμμονή της νομολογίας να αποκλείει την εφαρμογή του άρθρου 281 ΑΚ επί κατάχρησης φυσικών ελευθεριών. Η σχετική άποψη της νομολογίας είναι και συνταγματικά προβληματική, καθώς, όπως αναπτύχθηκε πιο πάνω, αντίκειται στο άρθρο 25(1)Σ.

ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΕΙΣ - ΕΓΚΥΚΛΙΟΙ

ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗ

Εισαγγελέως Πρωτοδικών Κέρκυρας

Αριθμ. 11

17.7.2001

Σε απάντηση του ερωτήματός σας που μας τέθηκε με το υπ' αριθμ. πρωτ. 1013/22-6-01 έγγραφό σας και στα πλαίσια της δυνατότητας που μάς παρέχεται από τις διατάξεις του άρθρου 25 § 2 του Ν. 1756/86 (Κώδικα Οργανισμού Δικαστηρίων) σας εκθέτουμε:

Ενώ η μεταγραφή κατά το κρατούν στην Ελλάδα σύστημα μεταγραφών είναι απαραίτητη προϋπόθεση για τη μεταβίβαση, σύσταση και κατάργηση εμπράγματος δικαιώματος επί ακινήτου, δεν είναι δικαιοπραξία, αλλά αποτελεί πράξη δημόσιας αρχής (βλ. Γ. Μπαλή, Εμπράγματο Δίκαιο § 192, ΑΠ 888/77 ΝοΒ 26.703), συνιστά δηλαδή διοικητική πράξη (βλ. Μ. Διατσίδη «Η μεταγραφή των Συμβολαίων» Αριθμ 1993, 1183, ΜονΠρωτΚιλκ 65/80 ΝοΒ 28.881). Ως τέτοια λοιπόν δύναται να ανακληθεί, χωρίς αυτή (η ανάκληση) να κωλύεται από το γεγονός ότι η διοικητική πράξη είναι και νόμιμη και ευμενής, όπως συμβαίνει εν προκειμένω όταν κατ' αί-

τηση του Γ' του δικαιολογούντος έννομο συμφέρον γίνεται η μεταγραφή, εφόσον ο ίδιος ο αιτών συναινεί στην ανάκληση αυτή (βλ. Ε. Σπηλιωτόπουλο «Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου», όγδοη έκδοση, τόμος Ι σελ. 183).

Τέτοια συναίνεση συνιστά και η μετά την μεταγραφή, νέα αίτηση του ίδιου, ο οποίος ζητά να «ακυρωθεί» η μεταγραφή, διότι είχε υπάρξει προγενέστερη μεταγραφή την οποία αγνοούσε και διά της οποίας ήδη έχουν επέλθει νόμιμες συνέπειες της μεταβίβασης της κυριότητας.

Συνεπώς, μπορείτε να προβείτε στην ανάκληση της διοικητικής πράξης της μεταγενέστερης μεταγραφής που έλαβε χώρα στις 23-6-2000 εφόσον και από το προαναφερθέν έγγραφο σας και από την με αριθμ. πρωτ. 1032/26-6-01 αίτηση της Φ. Α. συνάγεται η συναίνεσή της προς τούτο. Περαιτέρω η ανωτέρω μετά την ανάκλησή σας απόφαση θα αποταθεί στο Δημόσιο Ταμείο προκειμένου να λάβει το χρηματικό ποσό που κατέβαλε για τα έξοδα και τα τέλη της μεταγραφής αυτής.

ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΤΣΑΜΗΣ
Αντιεισαγγελέας Πρωτοδικών