**Έννοια και εκφάνσεις της ανταγωνιστικής ελευθερίας**

**Μ.-Θ. Μαρίνος**

**Καθηγητής Νομικής Σχολής ΔΠΘ**

**Ι. Συνταγματική διάσταση**

Η ανταγωνιστική ελευθερία στηρίζεται συνταγματικά στο άρθρο **5 παραγρ.1 Συντ**. (ατομικό δικαίωμα ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας μεταξύ άλλων και στην οικονομική ζωή) και στο συναλλακτικό επίπεδο εξειδικεύεται στο άρθρο 361 ΑΚ (ελευθερία των συμβάσεων). Δεν είναι όμως απεριόριστη αλλά είναι ελευθερία sub lege. Υπόκειται σε γενικούς περιορισμούς, οι οποίοι απαριθμούνται στην ανωτέρω συνταγματική διάταξη.

**ΙΙ. Έννοια και περιεχόμενο ανταγωνιστικής ελευθερίας**

Ο ελεύθερος ανταγωνισμός προϋποθέτει περιεκτική επιχειρηματική ελευθερία, ήτοι την ελευθερία της πρόσβασης στην αγορά και της αποχώρησης από αυτήν την ελευθερία διαμόρφωσης της τιμής προϊόντων και υπηρεσιών και των άλλων όρων συναλλαγής, την ελευθερία διαφήμισης και ανάπτυξης και παρουσίασης/διαμόρφωσης των προϊόντων/υπηρεσιών και ελευθερία διανομής. Κάθε επιχείρηση έχει την ελευθερία να αναπτύξει την στρατηγική της στην αγορά[[1]](#footnote-1), να την προσαρμόσει προς την «φάση αγοράς» στην οποία βρίσκεται λ.χ νέα επιχείρηση (new comer)[[2]](#footnote-2), να εφαρμόσει την τακτική της έναντι των ανταγωνιστών και πελατών της, να επεκτείνει την δραστηριότητά της σε νέες αγορές ή να την περιορίσει[[3]](#footnote-3)

Έτσι μια οιαδήποτε επιχείρηση μπορεί να αποφασίζει ποια εμπορεύματα θα παράξει ή θα διανείμει, σε ποια τιμή, να θα προβεί και για ποιο χρονικό διάστημα σε ποια κατηγορία προιόντων/υπηρεσιών της σε εκπτώσεις και λοιπούς όρους συναλλαγής. Και τούτο διότι αυτή φέρει τόσο την ωφέλεια όσο και την ζημία από λανθασμένες επιλογές της.

Η ανταγωνιστική ελευθερία **σημαίνει** ότι κάθε υποκείμενο δικαίου:

**(i). Έχει το δικαίωμα συμμετοχής στην ανταγωνιστική διαδικασία**. Τούτο συνεπάγεται την ελευθερία πρόσβασης στην αγορά, ήτοι της πρόσβασης στον τομέα της ζήτησης ή της προσφοράς, ως προσφέρων ή ως αποδέκτης αγαθών (επιχείρηση ή καταναλωτής). Η πρόσβαση στην αγορά δεν ανήκει στην ελευθερία διάθεσης των ανταγωνιζομένων επιχειρήσεων. Κάθε συμμετέχων στην αγορά πρέπει να έχει τη δυνατότητα να λαμβάνει ελεύθερα αποφάσεις και να τις υλοποιεί. έχει δικαίωμα συμμετοχής στην αγορά

Ο ανταγωνισμός προϋποθέτει **διττή ελευθερία πρόσβασης**:

**α. Κάθε επιχείρηση πρέπει να έχει πρόσβαση στην αγορά προσφοράς ή ζήτησης.**

**β. Ο καταναλωτής πρέπει να είναι σε θέση να ασκήσει τη «διαιτητική» λειτουργία του επιλέγοντας μεταξύ περισσοτέρων ανταγωνιστικών προσφορών (μη νοθευμένη πρόσβαση στην πληροφόρηση προκειμένου να επιλέξει**.

Στο δικαίωμα συμμετοχής στην αγορά αντιστοιχεί η κρατική πρόνοια θέσπισης νομικών μηχανισμών που εξασφαλίζουν αποτελεσματικό και ευέλικτο νομικό πλαίσιο προληπτικής και κατασταλτικής προστασίας της πρόσβασης στην αγορά.

**(ii). Έχει την ελευθερία να αποχωρήσει από την αγορά.**

Η ελευθερία ανταγωνισμού εμπεριέχει και το δικαίωμα κάθε υποκειμένου δικαίου να μην κάνει χρήση της συμβατικής ελευθερίας. Δεν υπάρχει υποχρέωση δραστηριοποιήσεως στην αγορά και στην ανταγωνιστική διαδικασία.

**(iii). Έχει το δικαίωμα να διαμορφώνει την ανταγωνιστική δράση του, όπως αυτή προσδιορίζεται από τις ανταγωνιστικές παραμέτρους και μέσα ελεύθερα**. Διαμορφώνει αυτόνομα τις τιμές των αγαθών που προσφέρει, τους όρους συναλλαγής, τον τρόπο και την μέθοδο ανάπτυξης, παρουσίασης, διαφήμισης και διανομής των προϊόντων/υπηρεσιών του.

**ΙΙΙ. Ελευθερία ανταγωνισμού και ελευθερία των συμβάσεων**

Ο ανταγωνισμός είναι ελεύθερος, όταν οιοσδήποτε επιτρέπεται να συναλλαγεί ήτοι συνάψει συμβατικές σχέσεις με οιοδήποτε και οιοδήποτε περιεχόμενο, εφόσον αυτό ανταποκρίνεται στα συμφέροντα και στις ανάγκες του. Αυτό είναι και το κύριο περιεχόμενο της ελευθερίας των συμβάσεων, η οποία ατελώς έχει αποτυπωθεί στο άρθρο 361 ΑΚ.

Άρα η σύμβαση και γενικότερα η συμβατική ελευθερία (ΑΚ 361) είναι ο μηχανισμός του ιδιωτικού δικαίου στον οποίο ερείδεται και με τον οποίο υλοποιείται η ελευθερία ανταγωνισμού. Το μοντέλο των συμβάσεων στο οποίο στηρίζεται ο ΑΚ προϋποθέτει συνεπώς ένα σύστημα αγοράς και ανταγωνισμού, μέσο υλοποιήσεως του οποίου είναι η συμβατική ελευθερία στις διάφορες εκφάνσεις της. Ελευθερία των συμβάσεων υλοποιείται μόνον εφόσον υπάρχει και λειτουργεί ένα σύστημα ανταγωνισμού. Αντίστροφα η σύμβαση ως μηχανισμός δεν είναι μόνον μέσο υλοποιήσεως της αρχής ιδιωτικής αυτονομίας αλλά και βασικό συστατικό λειτουργίας της αγοράς.

Όμως περιορισμοί της ελευθερίας ανταγωνισμού που δεν βασίζονται σε αυτόνομη απόφαση κάθε υποκειμένου στην αγορά αλλά είναι προιόν συμφωνίας ή συμπράξεως ή και καταχρήσεως δεσπόζουσας θέσης δεν επιτρέπονται ( ν. 3939/2011).

**ΙV. Ο κανόνας του θεμιτού μιας επιχειρηματικής συμπεριφοράς στην αγορά**

Οι διαπιστώσεις αυτές δεν έχουν μόνο θεωρητική σημασία. Δείχνουν ότι η εξέταση μιας ανταγωνιστικής πράξης ή δραστηριότητας, εφόσον ελλείπει σχετική ρητή νομοθετική απαγόρευση, θεωρείται καταρχήν ως νόμιμη και θεμιτή υπό το πρίσμα του δικαίου του αθέμιτου ανταγωνισμού.

**Τούτο απορρέει από την αρχή της ελευθερίας ανταγωνισμού και της ιδιωτικής αυτονομίας (in dubio pro libertate).**

**Επιχειρηματικές συμπεριφοράς (πράξεις και πρακτικές) απαγορεύονται μόνον και τότε μόνον εφόσον είναι «αθέμιτες».** Το ίδιο ισχύει και για τις συμβάσεις που συνάπτει ένα υποκείμενο δικαίου.Απαγορεύονται με την έννοια της ακυρότητας τους, όταν κατ εξαίρεση αντιβαίνουν στα απώτατα όρια διαπλαστικής ελευθερίας που ο νόμος θέτει (άρθρα 174, 178, 179, 281, 288 ΑΚ)

**Άρα το αθέμιτο αποτελεί την εξαίρεση, η οποία πρέπει να θεμελιωθεί επαρκώς.** Η δυσχερής νομική αποστολή είναι η εύρεση εκείνων των λόγων με βάση τον σκοπό του νόμου και την στάθμιση συμφερόντων που στηρίζουν την εξαίρεση. Συνεπώς η επιχείρηση που λχ προβαίνει σε μια καινοφανή μορφή διαφήμισης δεν χρειάζεται να θεμελιώσει την νομιμότητά του.

Ένα δίκαιο αθέμιτου ανταγωνισμού που ερείδεται στην επιχειρηματική ελευθερία και την ελευθερία διανομής και διαφήμισης οφείλει εκείνα τα κριτήρια που συνηγορούν για τον κατ’ εξαίρεση περιορισμό της. Η παράβαση αυτού του βασικού του κανόνα αυτού οδηγεί σε αδικαιολόγητους περιορισμούς της ανταγωνιστικής ελευθερίας.

Αν πάλι υπάρχει περιορισμός (λχ. απαγόρευση διαφήμισης, όπως των προϊόντων καπνού, φαρμακευτικών ουσιών ή μιας μεθόδου προώθησης των πωλήσεων λχ. σύστημα «χιονοστιβάδας), αυτός πρέπει πάντα να ελέγχεται αν είναι συνταγματικά επιτρεπτός και ιδιαίτερα αν υπακούει στην αρχή της αναλογικότητας.

**V. Περιορισμοί της ανταγωνιστικής ελευθερίας**

Η ανταγωνιστική ελευθερία μπορεί να περιορισθεί **με περισσότερους τρόπους**:

(i) με την απαγόρευση αθέμιτων ανταγωνιστών πράξεων/πρακτικών.

(ii) με περιορισμούς του ανταγωνισμού οι οποίοι οφείλονται σε συμφωνία ή σύμπραξη των επιχειρήσεων που συμμετέχουν ή με κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης μιας ή περισσοτέρων επιχειρήσεων (άρθρα 1 και 2 ν. 3959/2011) (ιδιωτικοί περιορισμοί του ανταγωνισμού).

Δίκαιο του αθέμιτου ανταγωνισμού και δίκαιο του ανταγωνισμού αποτελούν νομικούς μηχανισμούς με τους οποίους αφενός τίθενται συνταγματικώς ανεκτά και δικαιοπολιτικά απαραίτητα όρια στην ανταγωνιστική ελευθερία και αφετέρου διασφαλίζεται η υλοποίησή της μέσω της ανεμπόδιστης και «ορθής» πρόσβασης και δραστηριοποίησης στην αγορά. Η δυνητική νόθευση ή παρεμπόδιση των λειτουργιών αυτών του ανταγωνισμού καθώς και η παράβαση κανόνων «ορθής» ανταγωνιστικής συμπεριφοράς των επιχειρήσεων, οι οποίες λειτουργούν σε καθεστώς ελευθερίας ανταγωνισμού, εμφανίζονται στο νομικό επίπεδο είτε ως περιορισμός του ανταγωνισμού είτε ως αθέμιτος ανταγωνισμός. Στο επίπεδο της ανταγωνιστικής ελευθερίας τέτοιες δραστηριότητες παρουσιάζονται ως καταχρήσεις της.

(iii) με κρατικούς περιορισμούς του ανταγωνισμού, κυρίως νομικά και ρυθμιστικά εμπόδια εισόδου (legal and regulatory barriers) που επιδρούν στις συνθήκες εισόδου λχ «κλειστά επαγγέλματα»[[4]](#footnote-4), περιορισμοί στην ελευθερία εγκατάστασης και παροχή υπηρεσιών (λ.χ απαίτηση ενός ελάχιστου χώρου για να ασκήσει κανείς ένα επάγγελμα, επιβολή ή αποκλεισμός μιας ορισμένης εταιρικής μορφής ως φορέας της επαγγελματικής δραστηριότητες, ελάχιστες αμοιβές που καθορίζονται με νόμο κλπ.) δημιουργία μονοπωλίων με κρατική επίνευση, εξαναγκασμό ή διευκόλυνση, απαγορεύσεις διαφήμισης.

1. Στην στρατηγική αυτή εντάσσεται και η άμυνά της έναντι ενεργειών ανταγωνιστών της, η οποία συμπεριλαμβάνει και νομικές ενέργειες και μέσα. [↑](#footnote-ref-1)
2. Άλλη στρατηγική εφαρμόζει μια επιχείρηση που μόλις εισέρχεται σε μια «παγιωμένη αγορά» και άλλη σε μια ήδη μοπωλιακή, ολιγοπωλιακή ή πολυπωλιακή αγορά. Η αντίληψη των καταναλωτών επίσης έμμεσα ακολουθεί αυτήν την διάκριση [↑](#footnote-ref-2)
3. Οι βασικές ενωσιακές ελευθερίες, λ.χ ελευθερία εγκατάστασης, ελευθερη κυκλοφορία εμπορευμάτων, ελευθερία παροχής υπηρεσιών, πυλώνες της ενιαίας αγοράς, εξασφαλίζουν αυτήν την επιχειρηματική ελευθερία στην ΕΕ. [↑](#footnote-ref-3)
4. Βλ. *Μαρίνο,* ΕΕμπΔ 2011, 531 επ., βλ. και την γνωμοδότηση της ΕπΑντ 11/VO/2011 και την εξαιρετικά θεμελιωμένη απόφαση της ΕπΑντ 512/VI/2010 κατά του ΤΕΕ. [↑](#footnote-ref-4)