**Διερεύνηση του αθεμίτου στις σχέσεις επιχειρήσεως –καταναλωτή (φυσικού προσώπου) - μεθοδολογία**

Ι. Η Οδηγία 2005/29 για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές

Η Οδηγία αυτή είναι ο κύριος κοινοτικός πυλώνας του δικαίου κατά του αθέμιτου ανταγωνισμού και της προστασίας του καταναλωτή από αθέμιτες εμπορικές πρακτικές, πάνω στον οποίο με τη μελλοντική συνδρομή του ΔΕΚ, ήδη οικοδομείται ενιαίο για όλες τα κράτη-μέλη κοινοτικό δίκαιο του αθέμιτου ανταγωνισμού.

Η Οδηγία 2005/29 **έχει μεταφερθεί στο ελληνικό δίκαιο μέσω του νόμου για την προστασία του καταναλωτή (ν. 2251/1994)**, επειδή αφορά τη σχέση επιχειρήσεως προς καταναλωτή (***Βusiness to Consumer, B2C***), προστατεύει τον καταναλωτή έναντι εμπορικών πρακτικών οι οποίες είναι πρόσφορες να νοθεύσουν την ελευθερία επιλογής του (σκέψη 7, 14, άρθρο 5 παραγρ. 2 στοιχ. β Oδ).

Ισχύει για όλες τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές πριν και μετά από μια εμπορική συναλλαγή σε σχέση με κάθε προϊόν (σκέψη 13), όπου υπό τον όρο προϊόν νοείται κάθε αγαθό ή υπηρεσία, συμπεριλαμβανομένης της ακίνητης περιουσίας, των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων (άρθρο 2 στοιχ. γ). Ως εμπορική πρακτική ορίζεται «κάθε πράξη ή παράλειψη, τρόπος συμπεριφοράς ή εκπροσώπησης, εμπορική επικοινωνία, συμπεριλαμβανομένης της διαφήμισης και του marketing, ενός εμπορευόμενου, άμεσα συνδεόμενη με την προώθηση, πώληση ή προμήθειας ενός προϊόντος σε καταναλωτές» (άρθρο 2 στοιχ. δ, σκέψη 7). Η εφαρμογή της είναι ανεξάρτητο από το μέσο και το προϊόν ή υπηρεσία αλλά και τον οικονομικό κλάδο.

Η Οδηγία συντίθεται από τέσσερα κεφάλαια. Το πρώτο κεφάλαιο («Γενικές διατάξεις») εμπεριέχει το σκοπό (άρθρο 1) και το πεδίο εφαρμογής της (άρθρο 3) καθώς και ορισμούς (άρθρο 2). Το δεύτερο κεφάλαιο («αθέμιτες εμπορικές πρακτικές») έχει μια γενική ρήτρα (άρθρο 5 παραγρ. 2), τα κριτήρια εξειδικεύσεως της οποίας αποτυπώνονται στο άρθρο 5 παραγρ. 2.

ΙΙ. H διερεύνηση του αθεμίτου απαιτεί τρία βήματα

H δομή της Οδηγίας προσδιορίζει τον έλεγχο του αθεμίτου κατά έμμεσο τρόπο.

Στο άρθρο 5 παραγρ.1 Οδηγίας θεσπίζεται μια γενική προσέγγιση αθέμιτων εμπορικών πρακτικών. Τα κριτήρια με τα οποία αξιολογείται το αθέμιτο απορρέουν από το άρθρο 5 παραγρ. 2 (γενική ρήτρα = άρθρο 9γ παραγρ. ν.2251/1994 = άρθρο 1 ν. 146/1914), από το άρθρο 5 παραγρ. 4 στοιχ. α και β (παραπλανητικές και αθέμιτες εμπορικές πρακτικές), όπως ειδικότερα ρυθμίζονται στα άρθρο 6 μέχρι 9 Οδηγίας και στο άρθρο 5 παραγρ. 4 (per se απαγορεύσεις, όπως απαριθμούνται στο Παράρτημα Ι Οδηγίας). Άρα πρόκειται για μια συστηματική δομή από το γενικό προς το ειδικό.

Εκ της δομής αυτής απορρέει για την πρακτική εφαρμογή, όταν κρίνεται το αθέμιτο μιας εμπορικής πρακτικής που αφορά την σχέση επιχειρήσεως προς καταναλωτή, ακριβώς η αντίστροφη προσέγγιση σε τρία μεθοδολογικά βήματα, **αυτήν την φορά από το ειδικό προς το γενικό**.

Η προσέγγιση αυτή είναι πλέον ανεξάρτητη της εφαρμογής του άρθρου 1 ν. 146/1914 ή των ειδικών διατάξεων του ν. 2251/1914. **Αρκεί** ότι πρόκειται για εμπορική πρακτική στην σχέση επιχειρήσεως προς καταναλωτή (B2C).

Ειδικότερα εξετάζεται κατά σειρά σε **τρία** διαφορετικά επίπεδο εξειδικεύσεως και συγκεκριμενοποιήσεως:

(i) αν μια πρακτική υπάγεται στην «μαύρη λίστα» της Οδηγίας και του ν. 2251/1994 (παρακάτω υπό ΙΙΙ). **Αν όχι**, τότε διερευνάται σε ένα δεύτερο βήμα

ii) **αν στη συνέχεια** εμπίπτει στις συγκεκριμένες απαγορεύσειςτων άρθρων 6-9. Η διερεύνηση αυτή γίνεται πλέον με βάση τις συγκεκριμένες συνθήκες, κατόπιν ειδικής αναλύσεως από την οποία προκύπτει ο αθέμιτος χαρακτήρας τους.

(iii) **αν, όχι,** τέλος, **επικουρικώς** και μόνον επεμβαίνει η γενική ρήτρα του άρθρου 5 του αθεμίτου, με το μεγάλο περιθώριο αξιολογήσεως που την διακρίνει. Λαμβάνονται και εν προκειμένω οι συνθήκες της ειδικής περιπτώσεως και την σωρευτική εφαρμογή των δύο κριτηρίων του αθεμίτου.

Δηλ.:

(α) **η αντίθεση** «προς τις απαιτήσεις επαγγελματικής ευσυνειδησίας» και

(β) **η ουσιώδης στρέβλωση** ή ενδεχόμενη ουσιώδης στρέβλωση της οικονομικής συμπεριφοράς του μέσου καταναλωτή με επακόλουθο ο καταναλωτής να λαμβάνει απόφαση συναλλαγής, την οποία διαφορετικά δεν θα ελάμβανε. Ορισμός της ουσιώδους στρεβλώσεως παρέχεται στο άρθρο 9α στοιχ. ε ν. 2251/1994 (= άρθρο 2 στοιχ, ε Οδηγίας) και της αποφάσεως συναλλαγής στο (άρθρο 9α στοιχ. ια =άρθρο 2 στοιχ. ια).

ΙΙΙ. Η σημασία της «μαύρης λίστας»

Εξαιρετική σημασία, τόσο ερμηνευτική/συστηματική όσο και πρακτική έχει το **Παράρτημα Ι της Οδηγίας** (= άρθρο 9στ και 9η ν. 2251/1994). Εκεί περιέχεται ένας κατάλογος πρακτικών οι οποίες σε κάθε περίπτωση κρίνονται αθέμιτες, ανεξαρτήτως αιτιώδους συνάφειας και σε κάθε περίπτωση («υπό οιεσδήποτε περιστάσεις», άρθρο 5 παραγρ. 5, σκέψη 17, «σε κάθε περίπτωση» κατά τη διατύπωση του έλληνα νομοθέτη). Υποδιαιρούνται σε παραπλανητικές (αρ. 1-23 Παραρτ. Ι Οδηγ., άρθρο 9στ ν. 2251/1994) και σε επιθετικές πρακτικές (αρ. 24-31 Παραρτ. Ι Οδηγ., άρθρο 9η ν. 2251/1994).

Το Παράρτημα αυτό ισχύει ενιαία για όλα τα κράτη μέλη και μπορεί να τροποποιηθεί μόνον μέσω αλλαγής της Οδηγίας (άρθρο 5 παραγρ. 5, σκέψη 17 Οδηγίας). Πρόκειται για νομοθετικό novum, που δεν έχει, όπως στην Οδηγία για τους καταχρηστικούς όρους συναλλαγών, ενδεικτικό χαρακτήρα. Εξυπηρετεί την ασφάλεια του δικαίου δεδομένου ότι εμπεριέχει per se απαγορεύσεις. Αυτό σημαίνει Ο κοινοτικός νομοθέτης με την θέσπισή της ήθελε να αποκλείσει διαφορετικές ερμηνευτικές προσεγγίσεις στα κράτη μέλη δημιουργώντας με τον τρόπο αυτόν έναν αδιαμφισβήτητο πυρήνα ενός ευρωπαϊκού δικαίου του αθέμιτου ανταγωνισμού. Η μαύρη αυτή λίστα δημιουργεί για τους συμμετέχοντες στην αγορά μια ασφάλεια δικαίου. Τα κράτη μέλη δεν επιτρέπεται να την διευρύνουν με άλλες περιπτώσεις, ενώ ανοικτό παραμένει το ζήτημα της αναλογικής εφαρμογής της στη σχέση μεταξύ επιχειρήσεων (B2B).

*H μαύρη λίστα, στην πραγματικότητα κωδικοποιημένο case law, με τις σωρεία των συγκεκριμένων πρακτικών που περιέχει, τις πλέον «αθέμιτες» πρακτικές προσφέρει πρακτικά παραδείγματα «κόκκινης κάρτας». Χωρίς την περιπτωσιολογία αυτή η εναρμόνιση δεν θα ήταν δυνατή με βάση την γενική ρήτρα του αθέμιτου ανταγωνισμού, είτε αυτή είναι η καλή συναλλακτική πίστη είτε τα χρηστά συναλλακτικά ήθη. Ο κοινοτικός νομοθέτης με την θέσπισή της ήθελε να αποκλείσει διαφορετικές ερμηνευτικές προσεγγίσεις στα κράτη μέλη δημιουργώντας με τον τρόπο αυτόν έναν αδιαμφισβήτητο πυρήνα ενός ευρωπαϊκού δικαίου του αθέμιτου ανταγωνισμού. Συγχρόνως παρέχει στον εφαρμοστή του δικαίου «πρακτικές περιπτώσεις» αθέμιτου ανταγωνισμού στην σχέση επιχειρήσεως – καταναλωτή.*

**Βασική βιβλιογραφία**

*Μαρίνος,* Αθέμιτος ανταγωνισμός, 2η εκδ. 2009.

*Μαρίνος,* Από το ελληνικό στο κοινοτικό δίκαιο του αθέμιτου ανταγωνισμού -προβλήματα εφαρμογής της «μαύρης λίστας» της Οδηγίας 2005/29 για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές (=άρθρα 9στ και 9η ν. 2251/1994) , ΔΕΕ (Δίκαιο Επιχειρήσεων και Εταιριών) 2011, 877 επ.

*Μαρίνος* Πρόσθετες παροχές και άλλες εμπορικές πρακτικές στη νομολογία του ΔΕΚ υπό το φώς της Οδηγίας 2005/29 για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές – Προς μια ριζική μεταβολή της αξιολογήσεως των αθέμιτων εμπορικών πρακτικών στη σχέση επιχειρήσεως – καταναλωτή (Β2C), ΧρΙΔ (Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου) 2011, 721 επ.