

(5) Είναι αβάσιμος ο δέκατος (εκ του άρθρου 559 αριθ. 19 ΚΠολΔ) λόγος, με τον οποίον προβάλλεται κατά της αποφάσεως η αίτηση της έλλειψης νομίμου βάσεως. Τούτο δε, διότι η προσβαλλόμενη απόφαση, έχοντας το ανωτέρω περιεχόμενο διαλαμβάνει σαφείς, επαρκείς και χωρίς αντιφάσεις αιτιολογίες σχετικά με όλα τα στοιχεία του πραγματικού των εφαρμοσθεισών διατάξεων (πλην εκείνου που αφορά την ενεργητική νομιμοποίηση του ενάγοντος –και αναιρεσιβλήτου– σωματείου, ως προς το οποίο εκτιμάται ότι η σχετική αίτηση ερείδεται στο άρθρο 559 αριθ. 14 ΚΠολΔ και ταυτίζεται με τον έβδομο αναιρετικό λόγο).

(6) Είναι βάσιμος ο έβδομος λόγος αναιρέσεως, ο οποίος, κατά την εκτίμηση του νοηματικού του περιεχομένου, ερείδεται μόνον στο άρθρο 559 αριθ. 14 ΚΠολΔ και με τον οποίο υποστηρίζεται, ότι το αναιρεσιβλήτο επαγγελματικό σωματείο δεν νομιμοποιείται να ασκήσει την ένδικη αγωγή και ως εκ τούτου ως προς αυτό έπρεπε να απορριφθεί η αγωγή ως απαράδεκτη. Τούτο δε, διότι, υπό τα εκτιθέμενα στο αγωγικό δικόγραφο, το ενάγον σωματείο δεν βλέπεται καθ' εαυτό από την αδικοπρακτική συμπεριφορά των εναγομένων και, ως εκ τούτου δεν έχει άμεσο έννομο συμφέρον (υπό την προεκτεθείσα έννοια) από την μελλοντική παράλειψη της.

Τέλος, προτείνεται αλυσιτελώς ο ενδέκατος αναιρετικός λόγος (εκ του άρθρου 559 αριθ. 8 ΚΠολΔ), σύμφωνα με τον οποίο το Εφετείο δεν έλαβε υπόψιν τον προβληθέντα σ' αυτό ισχυρισμό των αναιρεσιδόντων περί καταχρηστικής ασκήσεως εκ μέρους των αναιρεσιβλήτων του ενδίκου δικαιώματος. Τούτο δε, διότι τα περιστατικά επί των οποίων επιχειρήθηκε να θεμελιωθεί η ρηθείσα ένσταση και κατά τα οποία «η άσκηση του δικαιώματος των εναγόντων ... οδηγεί στην οικονομική καταστροφή των εναγομένων ... αφού αν γίνει δεκτή η αγωγή δεν θα έχουν αξιόλογο αντικείμενο εργασίας και θα χάσουν την πελατεία τους», δεν επαρκούν κατά νόμον για να καταστήσουν όντως καταχρηστική την άσκηση του ενδίκου δικαιώματος. Κατόπιν τούτων, πρέπει να γίνει δεκτός ο έβδομος αναιρετικός λόγος και να αναιρεθεί η απόφαση μερικώς, και δη κατά το μέρος της που αφορά το πρώτο εκ των αναιρεσιβλήτων (νομικό πρόσωπο) (Αναίρεείται η ΕφΛαρ 660/2008).

ΑΠ 1125/2011 Α2 Τμ.

Εισηγητής: **Αθανάσιος Κουτρομάνος**

Παρατηρήσεις

I. Η σημαντική αυτή απόφαση του ΑΠ 1125/2011 έχει κομβική σημασία για την κανονιστική εμβέλεια και την μελλοντική εξέλιξη του δικαίου του αθέμιτου ανταγωνισμού. Δέχεται ότι πλέον ο ν. 146/1914 εφαρμόζεται «σε κάθε επιχείρηση». Οι «εμπορικές, βιομηχανικές ή γεωργικές συναλλαγές» του άρθρου 1 ν. 146/1914 ως προϋπόθεση του πραγματικού της διατάξεως αυτής διευρύνονται κατά αποτέλεσμα στις «επιχειρηματικές συναλλαγές», άρα σε κάθε δραστηριοποίηση στην αγορά. Η μέχρι τώρα θεωρούμενη αποκλειστική απαρίθμηση τους καθίσταται απλώς ενδεικτική.

Είναι και αυτό δείγμα της καταλυτικής επιδράσεως του ενωσιακού δικαίου, ιδιαίτερα της Οδηγίας 2005/29 για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές¹ αλλά και της έμμεσης επιρροής του δικαίου κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού.

II. Πρόκειται για μια ορθή και αναγκαία νομολογική μεταστροφή, η σημασία της οποίας είναι αναντίστοιχη προς την λακωνικότητα της αποφάσεως. Οδηγεί σε ριζική αναβάθμιση του δικαίου του αθέμιτου ανταγωνισμού. Το καθιστά *expressis verbis* ζωτικό τμήμα του δικαίου της αγοράς με πλήρη ισχύ σε κάθε πλέον μορφή επιχειρηματικής δραστηριότητας και γενικό αδικοπρακτικό δίκαιο της επιχειρήσεως. Η εφαρμογή του δεν περιορίζεται σε ορισμένους οικονομικούς κλάδους ή δραστηριότητες, αλλά επεκτείνεται σε κάθε κλάδο επιχειρηματικής δραστηριότητας. Είχε προηγηθεί η εξαιρετική απόφαση του Εφετείου Λάρισας που είχε ανοίξει τον δρόμο της νομολογίας² και είχε αρχίσει να προβληματίζει έντονα την θεωρία³. Εκεί το Εφετείο θεμελίωσε με τελεολογικά και συστηματικά επιχειρήματα την αλλαγή της κανονιστικής εμβέλειας του ν. 146/1914.

III. Η σχολιαζόμενη απόφαση του ΑΠ επισφραγίζει την πορεία αυτή. Εγκαινιάζει μια σειρά νομολογικών προσαρμογών στα νέα νομικά δεδομένα που δημιουργεί το δευτερογενές παράγωγο κοινοτικού δίκαιο του αθέμιτου ανταγωνισμού και προστασίας καταναλωτή. Θέτει πλέον κανόνες και όρια συμπερι-

1. *Μαρίνος*, Αθέμιτος ανταγωνισμός, 2^η έκδ. 2009, αρ. 214 επ., ο *ίδιος*, ΕλλΔνη 2009. 1443.

2. ΕφΛαρ 730/2008 ΕλλΔνη 2009. 1440 με παρατηρ. *Μαρίνου*, *Μαρίνος* ΔΕΕ 1999. 267 επ.

3. *Ρόκας*, Βιομηχανική ιδιοκτησία 2^η έκδ. 2011, 187, *Μαρίνος*, ΧρΔ 2011. 536.

φοράς σύμφωνα με την γενική ρήτρα των χρηστών ηθών, όπως έχει κατά περιεχόμενο τροποποιηθεί, ορθότερα συγκεκριμενοποιηθεί, από την Οδηγία 2005/29 για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές. Το ότι η Οδηγία αυτή έχει εισέλθει στο ελληνικό δίκαιο μέσα από το ν. 2251/1994 για την προστασία του καταναλωτή δεν μπορεί να αποτελέσει ανάκωμα για την προσαρμογή ή σε κάθε περίπτωση την μη αντίθεση του ν. 146/1914 στο νέο ενωσιακό καθεστώς.

IV. Ο λόγος λοιπόν για την βασική αυτή «αλλαγή παραδείγματος» θα πρέπει να πρωτίστως αναζητηθεί στην Οδηγία για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές (2005/29). Εκεί, ως «εμπορευόμενος» (*trader, Gewerbetreibende, professionnel*) «επιχείρηση» (φορέας επιχειρήσεως) και συνεκδοχικά επιχείρηση ορίζεται κατά το νομοθετικό ορισμό του άρθρου 2 στοιχ. β Οδηγίας «κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο, το οποίο, όσον αφορά τις εμπορικές πρακτικές που καλύπτει η παρούσα οδηγία, ενεργεί για σκοπούς οι οποίοι σχετίζονται με την εμπορική, επιχειρηματική βιοτεχνική ή ελευθέρια επαγγελματική του δραστηριότητα και κάθε πρόσωπο το οποίο ενεργεί εξ ονόματος ή για λογαριασμό του εμπορευόμενου». Ο ορισμός αυτός υπό την ταυτόσημη έννοια του «προμηθευτή» αποτυπώνεται και στο άρθρο 9α στοιχ. β ν. 2251/1994 για την προστασία των καταναλωτών. Ο ευρύτατος αυτός ορισμός απαγορεύει πλέον την στενή, προσκολλημένη ερμηνεία στο γράμμα του άρθρου 1 ν. 146/1914, σύμφωνα με την οποία εξαιρούνται από το πεδίο εφαρμογής του, τα ελεύθερα επαγγέλματα. Αντιβαίνει στο ενωσιακό δίκαιο πλέον (Οδηγία 2005/29 για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές).

V. Ο ορισμός αυτός της Οδηγίας θεσπίζει δυο έννοιες εμπορευόμενων τους εμφανείς εμπορευόμενους/ επιχειρήσεις, τον επιχειρηματία/ επιχείρηση, φυσικό ή νομικό πρόσωπο, ανεξάρτητα νομικής μορφής και τους ενδιαμέσους οι οποίοι διαφημίζουν ή θέτουν προϊόντα ή υπηρεσίες του εμπορευόμενου στην αγορά και ενεργούν, οι εξ ονόματος ή για λογαριασμό του εμπορευόμενου επιχειρηματία. Με την απαρχαιωμένη διατύπωση του ν. 146 (άρθρο 10 § 4) «υπάλληλοι ή αντιπρόσωποι» της επιχείρησης. Ως γνωστόν η θεωρία υιοθετεί μια ευρύτατη ερμηνεία του αντιπροσώπου της επιχείρησης⁴. Η πράξη του δεν καταλογίζεται μόνον στον «υποκρυ-

4. Μαρίνος, Αθέμιτος ανταγωνισμός, αρ. 887.

πτόμενο» «κύριο της επιχείρησης» αλλά τούτος ευθύνεται ευθέως και αυτόνομα έναντι του τρίτου⁵. Την θέση αυτή επιβεβαιώνει πλέον και η Οδηγία 2005/29 και το Παράρτημά της I αρ. 30 και 23.

VI. Η σχολιαζόμενη απόφαση του ΑΠ αναμένεται να έχει βαρυσήμαντες πρακτικές συνέπειες στον «σιωπηρό» εκσυγχρονισμό του γηραιού νόμου 146/1914 που προέρχεται από το ενωσιακό δίκαιο⁶. Πλέον το πεδίο εφαρμογής του νόμου κατά του αθέμιτου ανταγωνισμού εναρμονίζεται από την άποψη υποκειμένων με το δίκαιο κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού. Κοινό ρυθμιστικό αντικείμενο είναι η επιχείρηση ή με την ορολογία της Οδηγίας 2005/29 ο «εμπορευόμενος» ή «επιχείρηση», έννοιες ταυτόσημες στο δίκαιο του αθέμιτου ανταγωνισμού. Επισημαίνεται σχετικά ότι η έννοια της επιχείρησης δεν αναφαινόταν στις διατάξεις του ν. 146/1914. Όμως με την μετακίνηση του άρθρου 2α ν. 703/1977 (κατάχρηση σχέσεως οικονομικής εξάρτησεως) στο νόμο κατά του αθέμιτου ανταγωνισμού (νέο άρθρο 18α) απέκτησε αποτύπωμα και στο ν. 146/1914 («απαγορεύεται από μια η περισσότερες επιχειρήσεις της σχέσης οικονομικής εξάρτησης...»). Με τον τρόπο αυτό ανακύπτει και το πρόβλημα της ερμηνείας της έννοιας αυτής και στο πλαίσιο του ν. 146/1914. Συνέχεται με το εξαιρετικής θεωρητικής και πρακτικής σημασίας ζήτημα του πεδίου εφαρμογής του δικαίου του αθέμιτου ανταγωνισμού.

VII. Ποια είναι πλέον η έννοια της επιχείρησης στο δίκαιο του αθέμιτου ανταγωνισμού; Πρόκειται για ερώτημα που δεν απαντά η σχολιαζόμενη απόφαση, η οποία φαίνεται ίσως εκ πρώτης όψεως να παραπέμπει στην κλασική, παραδοσιακή έννοια της επιχείρησης.

1. Σύμφωνα με την κλασική έννοια της επιχείρησης που δίδει η νομολογία και η θεωρία στο εμπορικό δίκαιο ήτοι σύνολο πραγμάτων δικαιωμάτων, πραγματικών καταστάσεων ή σχέσεων τα οποία αποτελούν στο πρόσωπο του φορέα της οικονομική ενότητα που προϋποθέτει οργάνωση και επιδίωξη οικονομικού αποτελέσματος με την επικερδή διάθεση προϊόντων/υπηρεσιών που παράγονται σε αυτήν ή διατίθενται από αυτήν⁷. Ο ορισμός αυτός

5. Μαρίνος, Αθέμιτος ανταγωνισμός, αρ. 865.

6. Μαρίνος, Αθέμιτος ανταγωνισμός, αρ. 103 επ.

7. Πρβλ. ΑΠ 485/1993 ΕλλΔνη 1993. 418, ΑΠ 412/1990 ΕΕμΔ 1992. 48.

αποδίδει μια «θεσμική» -προσανατολισμένη στο αστικό και κλασικό εμπορικό δίκαιο- έννοια της επιχειρήσεως, η οποία βασίζεται επιπρόσθετα στην οργάνωση και την διάρκεια. Η θεωρία σε αντίστιξη τονίζει το πολυσήμαντο της έννοια της επιχειρήσεως⁸. Τούτο έχει ως αποτέλεσμα ότι θα πρέπει να ερμηνευθεί σε συνάρτηση με τα πραγματικά οικονομικά δεδομένα που την συνοδεύουν και ιδιαίτερα το σημείο αναφοράς και πρωτίστως με βάση τον σκοπό της εκάστοτε νομικής διατάξεως ή νόμου (εθνικό - ενωσιακό δίκαιο).

2. Η έννοια της επιχειρήσεως υπό το πρόσχημα του ν. 146/1914, ήτοι ως υποκείμενο το οποίο δραστηριοποιείται στην αγορά (φορέας επιχειρήσεως), πρέπει να ερμηνευθεί τελεολογικά σύμφωνα με τον σκοπό του νόμου και σύμφωνα με την Οδηγία (άρθρο 2 στοιχ. β Οδηγίας 2005/29), ήτοι «κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο, το οποίο, όσον αφορά τις εμπορικές πρακτικές που καλύπτει η παρούσα οδηγία, ενεργεί για σκοπούς οι οποίοι σχετίζονται με την εμπορική, επιχειρηματική βιοτεχνική ή ελεύθερη επαγγελματική του δραστηριότητα»⁹. Συνεπάγεται μια οικονομική δραστηριότητα με σημείο αναφορά την αγορά και είναι αυτόνομη έννοια του ενωσιακού δικαίου, αντικείμενο αυθεντικής ερμηνείας από το Δικ.ΕΕ. Κατά την κοινοτική νομολογία ως οικονομική δραστηριότητα θεωρείται κάθε δραστηριότητα που συνίσταται στην προσφορά αγαθών και υπηρεσιών σε μια αγορά¹⁰.

3. Η υιοθέτηση της ερμηνευτικής αυτής εκδοχής απαιτεί όμως θεμελίωση. Βασική είναι η γενικότερη διαπίστωση ότι το λεγόμενο δικό μοντέλο προστασίας, που υιοθετεί η Οδηγία 2005/29 με την θέσπισή της διακρίνει τεχνητά μεταξύ νόμου κατά του αθέμιτου ανταγωνισμού και νόμου προστασίας του καταναλωτή. Αντιστοιχεί στην διάκριση της Οδηγίας 2005/29 μεταξύ εμπορικών πρακτικών που θίγουν μόνον τους ανταγωνιστές (Business to Business, B2B) και μόνον τους καταναλωτές (Business to Consumers, B2C). Φυσικά, η διάκριση αυτή

είναι κατά γενική άποψη τεχνητή¹¹. Ο αποκλεισμός των σχέσεων μεταξύ επιχειρήσεων (B2B) στην Οδηγία δεν είναι ούτε σαφής ούτε ολοκληρωτικός¹². Πάμπολλες εμπορικές πρακτικές είναι θίγουν συγχρόνως τα συμφέροντα των καταναλωτών και των επιχειρήσεων, με πρώτο παράδειγμα την συγκριτική και την παραπλανητική διαφήμιση αλλά και τον κίνδυνο συγχύσεως που προέρχεται από την χρήση διακριτικών γνωρισμάτων ή «απομιμητικών προϊόντων», όπως άλλωστε και η ίδια η Οδηγία αναγνωρίζει (σκέψη 13, άρθρο 6 § 2 στοιχ. α). Στις παραπλανητικές πράξεις ρητά περιλαμβάνονται «εσφαλμένες πληροφορίες» για τα δικαιώματα του εμπορευόμενου, τα προσόντα του, την έγκριση, την εταιρική σχέση ή την σύνδεση, η «κυριότητα δικαιωμάτων βιομηχανικής, εμπορικής ή πνευματικής ιδιοκτησίας και οι διακρίσεις του» (άρθρο 6 § 1 στοιχ. στ.). Επίσης στο προοίμιό της (σκέψη 8) αναφέρει ότι «προστατεύει έμμεσα τις επιχειρήσεις που λειτουργούν με θεμιτό τρόπο έναντι των ανταγωνι-

11. Η τεχνητή διάκριση φαίνεται ιδιαίτερα στις περιπτώσεις της παραπλανητικής και συγκριτικής διαφήμισης, στην δουλκή απομίμηση προϊόντων και σε λοιπές περιπτώσεις δημιουργίας κινδύνου συγχύσεως στην αγορά όπου συμφέροντα ανταγωνιστών και καταναλωτών δεν μπορούν να διαχωρισθούν, έμμεσα δε τούτο αναγνωρίζεται και από την ίδια Οδηγία (σκέψη 8). Εύστοχα λοιπόν αναγνωρίζεται ότι προστασία ανταγωνιστών και καταναλωτή στην μέγιστη πλειοψηφία των περιπτώσεων αποτελούν όψεις του ίδιου νομίσματος. Βλ. και την πρόσφατη απόφαση του Δικ.ΕΕ αποφ. από 11.9.2013, υποθ. C-657/11, Belgian Electronic Technology, σκέψη 39 «Ως εκ τούτου, η έννοια του όρου «διαφήμιση», κατά τις οδηγίες Ως εκ τούτου, η έννοια του όρου «διαφήμιση», κατά τις οδηγίες 84/450 και 2006/114, δεν πρέπει να ερμηνεύεται και να εφαρμόζεται κατά τρόπον που οι ενέργειες επαγγελματία με σκοπό την προώθηση και τη διάθεση των προϊόντων ή των υπηρεσιών του, οι οποίες ενδέχεται να επηρεάσουν την οικονομική συμπεριφορά των καταναλωτών και, επομένως, να θίξουν τους ανταγωνιστές του επαγγελματία αυτού, να εκφεύγουν του πεδίου εφαρμογής των κανόνων περί θεμιτού ανταγωνισμού που επιβάλλουν οι ως άνω οδηγίες», αυστριακό ακυρωτικό αποφ. σε GRUR Int. 2009, 345, Μαρίνος, Χρ.ΙΔ 2009, 739 με παραπομπές, Glöckner σε Harte-Bavedamm/Henning-Bodewig, UWG, Kommentar, 2. Aufl. München 2009, Einl. B Rdn 236, Henning-Bodewig, GRUR 2013, 2013.

12. Bernitz, The Unfair Commercial Practices Directive: Its Scope, Ambitions and Relation to the Law of Unfair Competition σε Weatherhill/Bernitz (Eds), The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques, London 2007, 41.

8. Ενδεικτικά Περάκης, Γενικό μέρος του εμπορικού δικαίου 1999, 368.

9. Πρβλ. ΔΕΚ αποφ. από 11.3.2003, υποθ. C-40/01 Ansul BV σκέψη 26.

10. ΔΕΚ αποφ. από 11.9.2006, υποθ. C-205/03P FENIN σκέψη 25.

στών που δεν τηρούν τους κανόνες της οδηγίας...». Τούτο αντανακλάται με σαφήνεια και στην ενεργητική νομιμοποίηση καταπολεμήσεως των αθέμιτων εμπορικών πρακτικών στην σχέση επιχειρήσεως καταναλωτή. Στα πρόσωπα που δικαιούνται να προσβάλλουν ως αθέμιτη την εμπορική πρακτική καλυπτόμενη από την Οδηγία ανήκουν τα πρόσωπα ή οργανώσεις που κατά την εθνική νομοθεσία έχουν έννομο συμφέρον για την καταπολέμηση αθέμιτων εμπορικών πρακτικών, συμπεριλαμβανομένων των ανταγωνιστών (άρθρο 11 § 1).

4. Και στα δύο αυτά μοντέλα προστασίας (μονιστικό ή δυιστικό) υπάρχει η ίδια κεντρική έννοια η γενική ρήτρα των χρηστών ηθών. Η κοινή αυτή έννοια, παρά τις επί μέρους συζητήσιμες αποκλίσεις που οφείλονται στην Οδηγία 2005/29 («*αντίθεση προς τις απαιτήσεις επαγγελματική ευσυνειδησίας*») στηρίζει την προσέγγιση ενός ολοκληρωμένου δικαίου του αθέμιτου ανταγωνισμού που εξυπηρετεί εξίσου και τα συμφέροντα των καταναλωτών (Γερμανία, Αυστρία Βέλγιο, Δανία, Σουηδία, Ισπανία, Πολωνία)¹³. Στέκει όμως και υπό το διπλό σύστημα προστασίας, σύστημα (χωρισμός νόμου για τον αθέμιτο ανταγωνισμό και την προστασία των καταναλωτών) σύστημα που επεδίωξε ο κοινοτικός νομοθέτης με την Οδηγία 2005/29¹⁴ και ισχύει στην (Ελλάδα, Ιταλία και Γαλλία. Ομοίως κοινή έννοια, είναι όπως θα δειχθεί στην συνέχεια η έννοια του εμπορευόμενου ή της επιχειρήσεως. Η συμπλοκή μεταξύ συμφερόντων καταναλωτών και ανταγωνιστών, την οποία φυσικά δεν μπορεί να εξοβελίσει η Οδηγία 2005/29 και την οποία αναγνωρίζει, οδηγεί στην ανάληψη της έννοιας του εμπορευόμενου ή επιχειρήσεως, όπως αυτή την ορίζει στο άρθρο 2 στοιχ. β Οδηγίας 2005/29 (προηγουμένως υπό 2).

13. Μαρίνος, ΔΕΕ 2011. 878, Henning-Bodewig, GRUR 2013, 238 επ. για την επιτυχία και τα προβλήματα των δύο αυτών νομοθετικών μοντέλων.

14. Εκτίμηση της Οδηγίας European Commission, First Report on the application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive'), Brussels, 14.3.2013 COM (2013 (139 final) με συγκριτικά στοιχεία.

5. Εκεί υπό τον όρο του εμπορευόμενου ή του φορέα επιχειρήσεως που υιοθετεί «εμπορικές πρακτικές» στην αγορά περιλαμβάνεται κάθε ένας, φυσικό ή νομικό πρόσωπο, που ενεργεί οικονομικά, δηλ. δραστηριοποιείται αυτόνομα στην αγορά, παράγοντας ή διαθέτοντας «αγαθά» με αντάλλαγμα¹⁵. Ενδιαφέρει η οικονομική («επιχειρηματική») δραστηριότητά του και όχι η νομική μορφή και η βαθμίδα της αγοράς στην οποία την αναπτύσσει. Συμπίπτει με την ευρεία έννοια των επιχειρηματικών συναλλαγών στο δίκαιο των σημάτων¹⁶. Η έννοια της επιχειρήσεως είναι εν προκειμένω λειτουργική. Τονίζει το στοιχείο της οικονομικής δραστηριοποίησης στην αγορά και υποβαθμίζει την διάρκεια και την οργάνωση, η οποία μάλιστα στο δίκαιο κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού δεν παίζει κανένα ρόλο¹⁷. Υπό την έννοια της επιχειρήσεως στο δίκαιο του αθέμιτου ανταγωνισμού θα πρέπει να απαιτείται «κάποια» ελάχιστη διάρκεια και οργάνωση.

6. Η λειτουργική προσέγγιση η οποία διακρίνει τόσο την έννοια της επιχειρήσεως ή εμπορευόμενου. Η ίδια λειτουργική προσέγγιση αποτυπώνεται και σε άλλες Οδηγίες. Κατά την Οδηγία 2006/114 για την παραπλανητική και συγκριτική διαφήμιση (άρθρο 2 στοιχ. δ) ορίζεται ως «εμπορευόμενος»: *κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο που ενεργεί για σκοπούς οι οποίοι σχετίζονται με την εμπορική, βιοτεχνική, επιχειρηματική ή ελευθέρια επαγγελματική του δραστηριότητα και κάθε πρόσωπο το οποίο ενεργεί εξ ονόματος ή για λογαριασμό του εμπορευόμενου*. Ομοίως την ίδια ευρύτατη προσέγγιση υιοθετεί και η Οδηγία 2011/83/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, σχετικά με τα δικαιώματα των καταναλωτών. Θεωρείται «έμπορος»: *«κάθε φυσικό πρόσωπο ή κάθε νομικό πρόσωπο, ανεξάρτητα από το εάν διέπεται από το ιδιωτικό ή δημόσιο δίκαιο, το οποίο ενεργεί, ακόμη και μέσω κάθε άλλου προσώπου ενεργούντος εξ ονόματός του ή για λογαριασμό του, για σκοπούς οι*

15. ΔικΕΕ αποφ. από 3.10.2013, υποθ. C-59/12 ΒΚΚ σκέψεις 32 επ.

16. Μαρίνος, Δίκαιο σημάτων, 2007 αρ. 97 επ. με παραπομπές στην νομολογία του ΔΕΚ, Köhler/Bornkamp, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG, 31. Aufl. 2013, § 2 Rdn 21.

17. Emmerich σε Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd 1. EU/Teil 1 Kommentar, 5. Aufl. München 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rdn 8.

οποίοι σχετίζονται με τις εμπορικές, επιχειρηματικές, βιοτεχνικές ή επαγγελματικές δραστηριότητες του σε σχέση με συμβάσεις καλυπτόμενες από την παρούσα οδηγία» (άρθρο 2 στοιχ. 2).

7. Στην λειτουργική αυτή προσέγγιση της έννοιας του εμπορευόμενου ή της επιχειρήσεως αντιστοιχεί και επίσης ευρύτατη έννοια της εμπορικής πρακτικής ή της διαφήμισης¹⁸. Στην έννοια αυτή της επιχειρήσεως αντιστοιχεί μια εξίσου ευρεία έννοια η κοινοτική έννοια της εμπορικής πρακτικής (άρθρο 2 στοιχ. δ Οδηγίας 2005/29) των επιχειρήσεων προς τους καταναλωτές. Πρόκειται για «κάθε πράξη ή παράλειψη, τρόπος συμπεριφοράς ή εκπροσώπησης, εμπορική επικοινωνία, συμπεριλαμβανόμενης της διαφήμισης ή του marketing, ενός εμπορευόμενου, άμεσα συνδεδεμένη με την προώθηση, πώληση ή προμήθεια ενός προϊόντος στους καταναλωτές» (άρθρο 9^ο στοιχ. δ ν. 225/1994, άρθρο 2 στοιχ. δ Οδηγίας 2005/29), όπου και η έννοια του προϊόντος εκλαμβάνεται ευρύτατα («κάθε αγαθό ή υπηρεσία, συμπεριλαμβανομένης της ακίνητης περιουσίας και των συναφών δικαιωμάτων και υποχρεώσεων» (άρθρο 9α στοιχ. γ ν. 225/1994, άρθρο 2 στοιχ. γ Οδηγίας 2005/29). Πρόκειται για μία, κατά το ΔικΕΕ, ιδιαίτερα ευρεία διατύπωση¹⁹, η οποία αποσυνδέει την εμπορική πρακτική από την επίτευξη άμεσου κέρδους. Υπό αυτό το πρόσχημα και οι δωρεάν πρόσθετες παροχές εμπίπτουν, όπως δέχεται και το ΔικΕΕ, αυτονόητα στην έννοια της εμπορικής πρακτικής²⁰. Εξίσου ευρεία είναι και η έννοια της διαφήμισης. «Διαφήμιση»: θεωρείται «κάθε ανακοίνωση που γίνεται στο πλαίσιο εμπορικής, βιομηχανικής, βιοτεχνικής ή επαγγελματικής δραστηριότητας, με στόχο την προώθηση της προμήθειας αγαθών ή υπηρεσιών, συμπεριλαμβανόμενων των ακινήτων, των δικαιωμάτων και των υποχρεώσεων» (Οδηγία 2006/114, άρθρο 2 στοιχ. α).

8. Ο ορισμός της Οδηγίας 2009/25 εναρμονίζεται με την έννοια της επιχειρήσεως στο δίκαιο κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού. Και εκεί, όπως

και στην Οδηγία υπό την έννοια του εμπορευόμενου, ήτοι της επιχειρήσεως εκλαμβάνεται αμιγώς υπό λειτουργική έννοια. Περιλαμβάνει κάθε φυσικό πρόσωπο ή οικονομική οντότητα που ασκεί εμπορική ή οικονομική δραστηριότητα, χωρίς να ενδιαφέρει η νομική μορφή με την οποία ασκείται και ο τρόπος χρηματοδότησής του²¹. Έτσι λ.χ. δικηγόροι είναι επιχειρήσεις με την έννοια των ενωσιακών κανόνων ανταγωνισμού²², όπως και ιατροί²³. Κρίσιμη από νομική άποψη είναι η μορφή της συμμετοχής στην αγορά, το ότι συμμετέχει στην αγορά είτε στην ζήτηση είτε στην προσφορά με «κάποια» διάρκεια και οργάνωση. Ως συμμετοχή ισχύει η δραστηριοποίηση της επιχειρήσεως σε κάθε βαθμίδα της αγοράς με στόχο την προώθηση ή την προμήθεια αγαθών.

9. Η ίδια λειτουργική έννοια της επιχειρήσεως θα πρέπει να τεθεί ως βάση στην ερμηνεία του άρθρου 1 ν. 146/1914 και γενικότερα όλου του νόμου, έμμεσο αποτέλεσμα της σχολιαζόμενης αποφάσεως του ΑΠ. Η ευρύτατη αυτή έννοια της επιχειρήσεως γίνεται κοινή βάση ολόκληρου του δικαίου του ανταγωνισμού και ελέγχου της οικονομικής συμπεριφοράς επιχειρήσεων ιδιωτικών και δημοσίων αλλά και της κρατικής δραστηριότητας που φέρει τα χαρακτηριστικά αυτά τόσο από την σκοπιά του αθέμιτου ανταγωνισμού όσο και από την οπτική γωνία του δικαίου κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού.

10. Είναι μια πρόσθετη σοβαρή ένδειξη και προώθηση της συγκλίσεως των δύο κλάδων, στην οποία συντελεί και η μετακίνηση του πρώην άρθρου 2α ν.

18. Ενδεικτικά ΔικΕΕ αποφ. από 11.9.2013, υποθ. C-657/11, Belgian Electronic Technology, σκέψεις 37/38.

19. Απόφ. από 14.10.2010, υποθ. C-304/08 σκέψη 44 Plus Warengesellschaft και απόφ. από 9.11.2010 υποθ. C-540/08 σκέψη 17 Mediaprint.

20. Μαρίνος, Χρ/Δ 2011. 721 επ. με ανάλυση της σχετικής νομολογίας του ΔικΕΕ.

21. Ενδεικτικά ΔικΕΕ αποφ. από 3.10.2013, υποθ. C-59/12 BKK σκέψεις 32 επ. στο δίκαιο των αθέμιτων εμπορικών πρακτικών (Οδηγία 2005/29) ΔΕΚ αποφ. από 11.9.2006, υποθ. C-205/03P FENIN σκέψη 25, αποφ. από 23.4.1991, υποθ. C-41/90, Hölper σκέψη 21, αποφ. από 21.9.1999, υποθ. C-67/96 Albany σκέψη 77, ΕπΑντ αποφ. 413/V/2008 με πολλές παραπομπές, Τριανταφυλλάκης, Δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού 2011, 72 με παραπομπές στην νομολογία του ΔΕΚ, Bellamy/Child, European Community Law of Competition, Oxford 2008, 2.003 επ.

22. ΔΕΚ αποφ. από 19.2.2002, υποθ. C-309/99, Wouters σκέψεις 48/49.

23. ΔΕΚ αποφ. από 12.9.2000, υποθ. C-180/98 έως 184/98, Ρανίον, σκέψη 74 βλ. και γενικότερα την υπαγωγή των ελευθερίων επαγγελματιών στο δίκαιο κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού Καραγιάννη, ΔΕΕ 2012. 101 επ., Κονδύλη, ΔΕΕ 1999. 992 επ.

703/1977 στο ν. 146/1914 ως άρθρο 18^ο (σχέση οικονομικής εξαρτήσεως).

VIII. Με σημείο εκκινήσεως την ανωτέρω λειτουργική έννοια της επιχειρήσεως με την έννοια του φορέα της ή εμπορευόμενου κατά την Οδηγία 2005/29, μπορεί κανείς να συναγάγει τις ακόλουθες έννομες συνέπειες.

1. Στην έννοια της επιχειρήσεως υπάγεται πλέον κάθε ελεύθερος επαγγελματίας, όπως δικηγόρος, αρχιτέκτονας, ιατρός, φορέας επιχειρήσεως, όπως και κάθε επιχειρηματική δραστηριότητα αγρότη ή «μικροέμπορου», ελεύθερους προγραμματιστές καθώς επαγγελματίες ποδοσφαιριστές, Ομοίως καλλιτέχνες που εμπορευματοποιούν οι ίδιοι ή μέσω τρίτων-ενδιαμέσων το αποτέλεσμα της δημιουργικής εργασίας τους λ.χ ζωγραφικούς πίνακες, ο δικαιούχος του διπλώματος της ευρεσιτεχνίας που προσφέρει προς εκμετάλλευση (μεταβίβαση, άδεια χρήσεως) την ευρεσιτεχνία του υπόκειται πλέον στο δίκαιο του αθέμιτου ανταγωνισμού, όπως και κατά γενική πλέον άποψη και στο δίκαιο κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού. Νομικά αδιάφορη είναι η εμπορικότητα της πράξεως, ούτως ή άλλως νομικό κατάλοιπό, χωρίς ιδιαίτερη πλέον πρακτική σημασία ενός «Γενικού Μέρους» του εμπορικού δικαίου, που περισσότερο πλέον ανήκει στην ιστορία του δικαίου και λειτουργεί ως όργανο εισαγωγής στο εμπορικό δίκαιο για τους φοιτητές παρά στο ζωντανό δίκαιο.

2. Είναι επίσης νομικά αδιάφορο αν η συμπεριφορά του ρυθμίζεται από ειδικούς κλαδικούς κανόνες ή ασκείται κρατική εποπτεία επί ενός (ελεύθερου) επαγγέλματος ή αν υπάρχει ένας ειδικός κώδικας δεοντολογίας με πειθαρχικές κυρώσεις. Η κλαδική εποπτεία των ελεύθερων επαγγελματιών, ούτως ή άλλως στην Ελλάδα -στην καλύτερη περίπτωση εξαιρετικά ατροφική-η οποία επί δεκαετίες ήταν μέσο «ανοσοποιήσεως» από το δίκαιο του ανταγωνισμού, δεν μπορεί να εκτοπίσει την εφαρμογή του νόμου κατά του αθέμιτου ανταγωνισμού. Το αυτό ισχύει για το δίκαιο κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού. Ανάλογα ισχύουν για τους εκούσιους κώδικες συμπεριφοράς.

3. Ομοίως φιλανθρωπικές οργανώσεις που πωλούν αντικείμενα με κέρδος με σκοπό να ενισχύσουν την φιλανθρωπική δραστηριότητά τους εμπνέουν εν προκειμένω στην έννοια της επιχειρήσεως. Σωματεία με σκοπό την άθληση, χωρίς

κερδοσκοπικό χαρακτήρα, θα θεωρηθούν ως επιχειρήσεις, εφόσον κατ' αποτέλεσμα ανταγωνίζονται άλλες επιχειρήσεις, λ.χ fitness studios. Μια επιχείρηση με την μορφή ενός σωματείου δεν μπορεί να κρυφθεί πίσω από τον ιδεολογικό σκοπό που επιδιώκει ή τον ίδιο τον χαρακτηρισμό της δραστηριοποιήσεως στην αγορά²⁴. Τούτο ισχύει κατά μείζονα λόγο, όταν πρόκειται για σωματείο με σκοπό την προώθηση συμφερόντων ενός κλάδου επιχειρήσεων (ένωση επιχειρήσεων).

4. Ανοίγεται πλέον ο δρόμος και ορισμένοι τομείς της κρατικής δραστηριότητας μέσω κρατικών οντοτήτων, λ.χ ΟΤΑ, να χαρακτηρισθούν ως επιχειρήσεις κατά την έννοια του δικαίου του αθέμιτου ανταγωνισμού και να αρχίσει να ελέγχεται η συμπεριφορά τους στην αγορά, όπως και κάθε άλλης επιχειρήσεως με το ν. 146/1914, εφόσον υπάρχει μια πράξη ανταγωνισμού με την ευρύτατη έννοια του ν. 146/1914 και της Οδηγίας 2005/29. Η Ευρ. Επιτροπή προσφέρει ένα τέτοιο παράδειγμα, όταν π.χ ένας οργανισμός τοπικής αυτοδιοικήσεως προσφέρει μειωμένα εισιτήρια να συμμετάσχουν δημότες σε μια καλλιτεχνική έκθεση²⁵. Γενικότερα εφόσον μια κρατική οντότητα συμμετέχει στην αγορά είτε από την πλευρά της ζητήσεως είτε της προσφοράς σε μια αγορά που δεν διέπεται από αναγκαστικού κανόνες δημοσίου δικαίου, λειτουργεί ως επιχείρηση με την έννοια του δικαίου του αθέμιτου ανταγωνισμού.

5. Υπό την σκοπιά αυτή ακόμα και καταναλωτές που ενεργούν κρυφά ως εμπορευόμενοι (hidden traders), λ.χ σε ένα σύστημα πυραμίδας (Hidden Business to Consumers Traders, B2C traders), θεωρούνται κατά την έννοια του ενωσιακού δικαίου ως εμπορευόμενοι²⁶. Ιδιαίτερα καταναλωτές, που η κύρια δραστηριότητά τους είναι να πωλούν εμπορεύματα από την οικία τους μέσω του διαδικτύου χρησιμοποιώντας πλατφόρμες ψηφιακών δημοπρασιών (Ebay) συχνά, με σκοπό το κέρδος, είτε

24. European Commission, Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/89 on Unfair Commercial Practices, Brussels, 3 December 2009, SEC (2009), 1.8 p. 16.

25. European Commission, Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/89 on Unfair Commercial Practices, 1.8 p. 16.

26. European Commission, Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/89 on Unfair Commercial Practices, 1.8 p. 15.

πωλώντας προϊόντα είτε αγοράζοντας για να τα μεταπωλήσουν εμπίπτουν στην κατηγορία των προσώπων αυτών κατά την Ευρ. Επιτροπή²⁷.

6. Για την έννοια της επιχειρήσεως είναι κατά το ν. 146/1914 αδιάφορο το μέγεθός της ή η θέση της στην αγορά (μερίδιο αγοράς) με δυνατή εξαίρεση το νέο άρθρο 18α (πρώην άρθρο 2α ν. 703/1977)²⁸. Τούτο ασκεί έννομη επιρροή στο δίκαιο κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού (κατάχρηση δεσπόζουσας θέσεως, συγκέντρωση επιχειρήσεων).

IX. Οι συναλλαγές του άρθρου 1 ν. 146/1914 καθίστανται «επιχειρηματικές συναλλαγές» υπό την ανωτέρω αμιγώς λειτουργική προσέγγιση. Ο σκοπός του ανταγωνισμού συνάγεται από την ίδια την συμμετοχή στην αγορά, άρα με αντικειμενικά και όχι με υποκειμενικά κριτήρια. Ο εμπορευόμενος/επιχείρηση μπορεί να ανατρέψει το κριτήριο με βάση τις ειδικές συνθήκες της συγκεκριμένης περιπτώσεως. Σε μια ριζικότερη ερμηνευτική εκδοχή δεν είναι πλέον απαραίτητος, εφόσον συνάγεται από την συμμετοχή στην αγορά.

X. Το βασικό άρθρο 1 ν. 146/1914 μετασχηματίζεται κατ' αποτέλεσμα ως εξής: «Απαγορεύεται σε κάθε επιχείρηση να προβαίνει σε πράξη ανταγωνισμού στις επιχειρηματικές συναλλαγές, η οποία αντίκειται στα χρηστά ήθη». Πλέον ενέχει τρεις αόριστες νομικές έννοιες, την έννοια της επιχείρησης υπό την ανωτέρω λειτουργική έννοια, τις επιχειρηματικές συναλλαγές και την έννοια των χρηστών ηθών.

XI. Η έννοια της αγοράς ή των επιχειρηματικών συναλλαγών χρησιμεύει ως όριο της απώτερης κανονιστικής εμβέλειας του δικαίου του αθέμιτου ανταγωνισμού με αντίσטיξη την έννοια των ιδιωτικών εκτός αγοράς ή των αμιγώς ενδοεπιχειρησιακών συναλλαγών.

Μιχαήλ-Θεόδωρος Δ. Μαρίνος
Καθηγητής Νομικής Σχολής ΔΠΘ, Δικηγόρος

27. European Commission, Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/89 on Unfair Commercial Practices 1.8 p.15, Köhler/Bornkamp, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG, Kommentar, 31. Aufl. 2013, §2 Rdn 23 με επισήμανση των ενδείξεων της συγκεκριμένης περιπτώσεως, όπου σημαντική είναι η διάρκεια και η συχνότητα αυτών των πράξεων.

28. Ως προς αυτόν τον προβληματισμό Μαρίνος, ΧρΔ 2011, 532 επ.

ΑΠΕΡΓΙΑ

5 Διαφορά μεταξύ συνδικαλιστικής οργάνωσης και εργοδότη. Νόμιμη παρέμβαση της ΓΣΕΕ.

Η απεργία προστατεύεται από τον νόμο εφόσον προκηρύσσεται υπό τους όρους και τις προϋποθέσεις που τάσσονται από αυτόν. Η καταχρηστική ή μη άσκηση του δικαιώματος της απεργίας διαπιστώνεται από το δικαστήριο, στο πλαίσιο των διατάξεων του άρθρ. 22 § 4 ν. 1264/1982, ύστερα από τη στάθμιση των αντίθετων συμφερόντων των απεργών και του εργοδότη.

Ο εργοδότης κατά του οποίου στρέφεται η απεργία έχει έννομο συμφέρον να ζητήσει να αναγνωρισθεί δικαστικώς ότι η απεργία είναι παράνομη και καταχρηστική. Το δικαστήριο με την απόφασή του, όταν δέχεται την αγωγή και διατάσσει τη μη έναρξη ή διακοπή της απεργίας ως παράνομης, απειλεί κατά του επαγγελματικού σωματείου, που κήρυξε την παράνομη απεργία, χρηματική ποινή, και κατά των εκπροσώπων του επαγγελματικού αυτού σωματείου προσωπική κράτηση.

Η διάταξη του άρθρ. 674 § 3 ΚΠολΔ που ακολουθείται για την επίλυση της διαφοράς για τη νομιμότητα της απεργίας, με την οποία καθιερώνονται βραχύχρονες προθεσμίες για τη συζήτηση και την έκδοση της απόφασης, δεν αντίκειται στο Συντ. και την ΕΣΔΑ.

1. Με την κρινόμενη αίτηση προσβάλλεται η αντιμωλία των διαδίκων εκδοθείσα, κατά την ειδική διαδικασία των άρθρων 663-677 ΚΠολΔ, υπ' αριθ. 1770/2011 απόφαση του Εφετείου Αθηνών με την οποία έγινε δεκτή η έφεση της αναιρεσίβλητης κατά της 636/2011 απόφασης του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών, που είχε απορρίψει ως κατ' ουσίαν αβάσιμη την αγωγή της τελευταίας, με την οποία ζητούσε να αναγνωρισθεί καταχρηστική η απεργία των εργαζομένων στις εγκαταστάσεις της, που είχε κηρύξει το αναιρεσεύον, συνδικαλιστικό τους σωματείο. Το Εφετείο με την προσβαλλόμενη απόφασή του δέχτηκε ως κατ' ουσίαν βάσιμη την αγωγή. Συγκεκριμένα: 1) αναγνώρισε ότι η απεργία, που είχε κηρύξει το αναιρεσεύον ήταν καταχρηστική, 2) υποχρέωσε το τελευταίο τούτο, να παραλείψει στο μέλλον την κήρυξη και πραγματοποίηση απεργιών με