

Η ΚΑΤΙΣΧΥΣΗ ΤΟΥ ΚΟΙΝΟΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΕΛΕΥΘΕΡΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΜΕ ΤΑ ΜΕΣΑ ΤΟΥ ΙΔΙΩΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ*

ΑΝΤΩΝΙΑ Ρ. ΠΑΠΑΔΕΛΛΗ**

Α. ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΕΣ ΠΑΡΑΤΗΡΗΣΕΙΣ

Το πρωτογενές Κοινοτικό Δίκαιο Ελευθέρου Ανταγωνισμού (άρ. 101, 102 ΣυνθΛΕΕ¹, πρώην άρ. 81, 82 ΣυνθΕΚ) – πέρα από την έννομη συνέπεια της κατά το άρ. 101 παρ. 2 ΣυνθΛΕΕ αυτοδίκαιης ακυρότητας των απαγορευμένων συμπεριφορών – δεν εμπεριέχει ρητή πρόβλεψη αναφορικά με τις αξιώσεις αδικοπρακτικής φύσης εκ μέρους των θυμάτων μιας αντιανταγωνιστικής πρακτικής. Την αβεβαιότητα που δημιουργεί το συγκεκριμένο νομοθετικό κενό εξάλειψε από νωρίς το ΔΕΚ καθιστώντας σαφές ότι η αρχή της άμεσης εφαρμογής του Κοινοτικού Δικαίου² βρίσκει εφαρμογή και στα πλαίσια των κοινοτικών κανόνων ανταγωνισμού. Πιο συγκεκριμένα, οι απαγορεύσεις των άρθρων 101, 102 ΣυνθΛΕΕ είναι κατά το Δικαστήριο «κατάλληλες από τη φύση τους να παράγουν άμεσο αποτέλεσμα στις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών και να θεμελιώνουν άμεσα δικαιώματα υπέρ αυτών»³. Η απουσία ρητής διάταξης αναφορικά με τη νομική βάση των αδικοπρακτικών αξιώσεων καλύπτεται δυνάμει προσφυγής στις ρυθμίσεις του εφαρμοστέου εθνικού δικαίου, όπως τούτο προσδιορίζεται από τους κανόνες ΙΔΔ του δικάζοντος δικαστή.⁴ Παρά τη διχογνωμία ως προς τη φύση και το νομικό χαρακτήρα των εν λόγω αξιώσεων⁵ η κοινοτική

* Το παρόν έχει δημοσιευθεί στο νομικό περιοδικό ΔΕΕ 2010, 662 επ. με τίτλο: «Αγωγές αποζημίωσης λόγω παράβασης της αντιμονοπωλιακής νομοθεσίας της ΕΕ. Από τη Λευκή Βίβλο στην ανεπίσημη Πρόταση Οδηγίας.»

** Δ.Ν. Δικηγόρος.

¹ Συνθήκη για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ΕΕ C 115 (9.5.2008) 47.

² ΔΕΚ Απόφ. της 5.2.1963, Υπόθ. 26/1962, *Van Gend Loos/Nederlandse Administratie der belastingen*, Συλλ. Ειδ. Έκδ. 1962, 863· ΔΕΚ Απόφ. της 15.7.1964, Υπόθ. 6/1964, *Costa/E.N.E.L*, Συλλ. Ειδ. Έκδ. 1964, 1191· ΔΕΚ Απόφ. της 9.3.1978, Υπόθ. 106/1977, *Staatliche Finanzverwaltung/S.p.A. Simmenthal*, Συλλ. Ειδ. Έκδ. 1978, 239, σκ. 14 επ.

³ ΔΕΚ Απόφ. της 30.1.1974, Υπόθ. C-127/73, *BRT/SABAM*, Συλλ. Ειδ. Έκδ. 1974, 157, σκ. 15 επ.· ΔΕΚ Απόφ. της 1.7.1980, Υπόθ. 37/79, *Marty/Estée Lauder*, Συλλ. Ειδ. Έκδ. 1980, II-601, σκ. 13· ΔΕΚ Απόφ. της 28.2.1991, Υπόθ. C-234/89, *Delimitis/Henninger Bräu*, Συλλ. 1991, I-935, σκ. 45· ΔΕΚ Απόφ. της 14.12.2000, Υπόθ. C-344/98, *Masterfoods Ltd HB Ice Cream Ltd/HB Ice Cream Ltd Masterfoods Ltd*, Συλλ. 2000, I-11369, σκ. 47· ΔΕΚ Απόφ. της 20.9.2001, Υπόθ. C-453/99, *Courage/Crehan Ltd*, Συλλ. 2001, I-6297, σκ. 19, ΔΕΕ 2002, 183, παρατ. *Μαρίνου*, EuZW 2001, 715 παρατ. *Nowak*· ΔΕΚ Απόφ. της 13.7.2006, C-295/04 έως C-298/04, *Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, Συλλ. 2006, σκ. 39, ΕΕμπΔ 2006, 1080, παρατ. *Τζάκα*.

⁴ Μετά την έναρξη ισχύος του Καν. Ρώμη II (11.1.2009) θεσπίζονται και εφαρμόζονται από τα εθνικά δικαστήρια των κρατών μελών ομοιόμορφοι κανόνες σύγκρουσης. Βλ. Κανονισμό (ΕΚ) αριθ. 864/2007 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Ιουλίου 2007 για το εφαρμοστέο δίκαιο στις εξωσυμβατικές ενοχές (*Ρώμη II*), ΕΕ L 199 (31.7.2007), 40, (άρ. 6 παρ. 3, 4).

⁵ Υπέρ του κοινοτικού χαρακτήρα τάσσονται: Γεν. Εισ. *Van Gerven*, προτάσεις της 27.10.1993, στην απόφ. ΔΕΚ της 13.4.1994, Υπόθ. C-128/92, *Banks/British Coal Cooperation*, Συλλ. 1994, I-1209 επ., σκ. 36 επ.· *Komninos*, EC Private Antitrust Enforcement, 2008, σελ. 170 επ.· *Nowak*, EuZW 2001, 718. Υπέρ της παραδοσιακής αντίληψης τάσσονται αντίθετα: *Ηλιόπουλος*, Απαίτηση αποζημίωσης κατά το ελληνικό δίκαιο για παράβαση των άρθρων 85, 86 ΣυνθΕΟΚ, ΕΕΝ 1986, 233 επ.· *Κουτσούκης*, Οι ιδιωτικού δικαίου έννομες συνέπειες της παράβασης των άρ. 85 και 86 ΣυνθΕΟΚ, ΕυΒ 1991, 331· *Τζάκας*, Αξιώσεις αποζημίωσης λόγω παράβασης του Κοινοτικού Δικαίου Ανταγωνισμού υπό το φως της νομολογίας *Courage/Crehan*, ΔΕΕ 2006, 44 επ.· *Baur/Weyer* εις FK Lfg. 44, Art. 81 EGV Zivilrechtsfolgen, σημ. 97 επ.· *Lang*, EEC Competition actions in Member States Courts - Claims for damages, declarations and injunctions for breach of Community Antitrust Law, Ford. Corp.L.Inst. 1983, 221 επ.· *K. Schmidt* εις *Immenga/Mestmäcker*, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht,

έννομη τάξη δεν έχει φθάσει το αναγκαίο επίπεδο ολοκλήρωσης, ώστε να μπορεί να ρυθμίσει αποκλειστικά συναφείς αξιώσεις. Κατά συνέπεια ακόμη και οι υποστηρικτές της κοινοτικής προέλευσης των εν λόγω δικαιωμάτων-αξιώσεων δεν αρνούνται την αναγκαιότητα πλήρωσης των υφιστάμενων ρυθμιστικών κενών βάσει προσφυγής στο εθνικό δίκαιο κάποιου κράτους μέλους.

Την ανάγκη ενίσχυσης⁶ των μηχανισμών κατίσχυσης του Κοινοτικού Δικαίου Ανταγωνισμού και με τα μέσα του ιδιωτικού δικαίου (με ιδιαίτερη έμφαση στις αγωγές αποζημίωσης των ζημιωθέντων) κατέστησε επιτακτική, αλλά και διευκόλυνε η μεταβολή του εκτελεστικού κανονισμού των άρθρων 101, 102 ΣυνθΛΕΕ, που πραγματοποιήθηκε στις 1.5.2004.⁷ Ομοίως η νομολογία του ΔΕΚ στις πολυσυζητηθείσες αποφάσεις *Courage/Crehan* και *Manfredi* κατέστησε σαφή την πρόθεση του Δικαστηρίου να ενισχύσει τη νομική θέση των θυμάτων αντιανταγωνιστικών πρακτικών.⁸ Μέσα σε αυτά τα πλαίσια η Ευρωπαϊκή Επιτροπή δημοσίευσε το 2005 την Πράσινη Βίβλο σχετικά με τα θέματα αποζημίωσης λόγω παράβασης της αντιμονοπωλιακής νομοθεσίας της ΕΚ⁹, όπου αναγνώρισε τα κυριότερα προβλήματα κατά την κατίσχυση του Κοινοτικού Δικαίου Ανταγωνισμού με τα μέσα του ιδιωτικού δικαίου και πρότεινε μια σειρά επιμέρους εναλλακτικών λύσεων. Επόμενο βήμα στην εν λόγω διαδικασία αποτέλεσε η δημοσίευση το 2008 της Λευκής Βίβλου¹⁰, όπου αναλύονται και προτείνονται συγκεκριμένα νομοθετικά μέτρα τα οποία φιλοδοξούν να διασφαλίσουν «το αδιαμφισβήτητο δικαίωμα των θυμάτων προς αποκατάσταση της ζημίας που υπέστησαν λόγω παράβασης των κοινοτικών κανόνων ανταγωνισμού»¹¹. Απώτερος στόχος είναι η διαμόρφωση σε κοινοτικό επίπεδο¹² ενός ρυθμιστικού πλαισίου, το οποίο θα θεσπίζει ένα ελάχιστο κοινό πλαίσιο αρχών (minimum common standards) και θα επιτρέπει στους ζημιωθέντες κάθε κράτους μέλους¹³ να αξιώσουν και να πετύχουν στο μέγιστο δυνατό βαθμό

Anh. 2 VO 1/2003, σημ. 13.

⁶ Για τα πλεονεκτήματα και μειονεκτήματα της ιδιωτικής κατίσχυσης του Δικαίου Ελευθέρου Ανταγωνισμού βλ. *Αθανασίου*, Ο ρόλος των αγωγών αποζημίωσης στην καταπολέμηση των αντι-ανταγωνιστικών πρακτικών, ΔΕΕ 2008, 394 επ.· *Δεληκωστοπούλου*, Αξιώσεις αποζημίωσης καταναλωτών λόγω παράβασης του Δικαίου του ελευθέρου ανταγωνισμού, εις Κόκκορη/Λιανό, Η μεταρρύθμιση του Ευρωπαϊκού και Ελληνικού Δικαίου του Ελευθέρου Ανταγωνισμού, 2008, σελ. 427 επ.· *Blanco/Jörgens*, Antitrust Rules (articles 81 and 82 EC), εις Blanco (Hrsg.), European Community Competition Procedure, 2006, σελ. 67 επ.· *De Smijter/Kjølbye*, εις Faull/Nickpay, The EC Law of Competition, 2007, σελ. 89 επ.· *Hempel*, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht, 2002, σελ. 234 επ.· *Jones*, Private antitrust enforcement in Europe: A policy analysis and reality check, W. Comp. 2004, 16 επ.· *Kon/Maxwell*, Enforcement in National Courts of the E.C. and New U.K. Competition Rules: Obstacles to Effective Enforcement, E.C.L.R. 1998, 443 επ.· *Wils*, The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages, W. Comp. 2009, 11 επ. Για τα πλεονεκτήματα της ιδιωτικής κατίσχυσης βλ. Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules (εφεξής Έγγραφο Εργασίας), SEC (2008) 404, 2.4.2008, παρ. 12 επ.

⁷ Κανονισμός (ΕΚ) αριθ. 1/2003 του Συμβουλίου της 16^{ης} Δεκεμβρίου 2002, για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού που προβλέπονται στα άρθρα 81 και 82 της συνθήκης, ΕΕ L 1 (4.1.2003), 1. Πρβλ. *Κινινή*, Ζητήματα από την αλλαγή συστήματος στο Κοινοτικό Δίκαιο Ανταγωνισμού για τα εθνικά δικαστήρια, ΕΕμπΔ 2005, 219 επ.· *Λιάσκος*, Το νέο σύστημα εφαρμογής του Κοινοτικού Δικαίου Ανταγωνισμού, 2008.

⁸ *Δεληκωστοπούλου*, εις Κόκκορη/Λιανό, Η μεταρρύθμιση του Ευρωπαϊκού και Ελληνικού Δικαίου του Ελευθέρου Ανταγωνισμού, σελ. 429 επ.· *Brinker/Balssen*, Von Crehan zu Manfredi – Grundlage eines kartellrechtlichen Schadensersatzanspruchs für „jedermann“, σε τιμητικό τόμο Bechtold, 2006, σελ. 77.

⁹ Πράσινη Βίβλος της 19.12.2005 σχετικά με τις αγωγές αποζημίωσης για παράβαση της αντιμονοπωλιακής νομοθεσίας της ΕΚ, έγγραφο COM (2005) 672 τελικό.

¹⁰ Λευκή Βίβλος της 2.4.2008 σχετικά με τις αγωγές αποζημίωσης για παράβαση της αντιμονοπωλιακής νομοθεσίας της ΕΚ, έγγραφο COM (2008) 165 τελικό.

¹¹ Λευκή Βίβλος, σημ. 1.1.

¹² Η προσπάθεια της Επιτροπής δεν αποκλείει την εισαγωγή σε εθνικό επίπεδο ευνοϊκότερων ρυθμίσεων. Ομοίως το άρ. 3 παρ. 3 της πρότ.Οδ. αναφέρει τη δυνατότητα των εθνικών νομοθετών να διατηρήσουν ή να εισάγουν περαιτέρω ένδικα βοηθήματα (πέρα των ατομικών και συλλογικών απαλλαγών που προβλέπονται εκεί). Ομοίως ο λόγος υπ' αρ. 4 της αιτιολογικής έκθεσης αναφέρει ρητά ότι ανέπαφες παραμένουν οι εθνικές ρυθμίσεις οι οποίες ικανοποιούν το προβλεπόμενο από την ανεπίσημη Πρόταση Οδηγίας επίπεδο προστασίας και δε ματαιώνουν την επίτευξη των στόχων αυτής. Πρβλ. επίσης *Ratliff*, Major Events and Policy Issues in EC Competition Law, 2007-2008, I.C.C.L.R. 2009, 128.

¹³ Να σημειωθεί επίσης ότι ο Έλληνας νομοθέτης στην πρόσφατη τροποποίηση του Ν. 703/1977 με τον Ν. 3784/2009 δεν εκμεταλλεύτηκε την ευκαιρία να προβλέψει ένα ευνοϊκότερο καθεστώς, το οποίο θα προσαρμόζει

αποκατάσταση της βλάβης που υπέστησαν από τους παραβάτες της νομοθεσίας του ελευθέρου ανταγωνισμού.¹⁴

Λαμβάνοντας υπόψη το δημόσιο διάλογο που ακολούθησε τη δημοσίευση της Λευκής Βίβλου και επιδιώκοντας την ενίσχυση της αποτρεπτικής ισχύος των κανόνων ανταγωνισμού η Επιτροπή έκανε πρόσφατα με ανεπίσημο τρόπο γνωστή μία Πρόταση Οδηγίας (εφεξής πρότ.Οδ.). Τα εκεί προτεινόμενα μέτρα για τη βελτίωση των υφιστάμενων μηχανισμών αποζημίωσης και για την αντιμετώπιση των νομικών και διαδικαστικών εμποδίων περιστρέφονται γύρω από περισσότερους άξονες που ως στόχο έχουν την αύξηση της αποτελεσματικότητας και την ενίσχυση της θέσης των ιδιωτών. Η παρούσα μελέτη επικεντρώνεται σε επιλεγμένες προβληματικές και ειδικότερα στον προσδιορισμό των νομιμοποιούμενων προσώπων και φορέων, στη μετακύλιση της ζημίας, στις δικονομικές φύσης ελαφρύνσεις κατά την απόδειξη των ισχυρισμών των εναγόντων, καθώς και στην αλληλεπίδραση μεταξύ των προγραμμάτων επιείκειας και αγωγών αποζημίωσης.

II. ΝΟΜΙΜΟΠΟΙΟΥΜΕΝΟΙ ΦΟΡΕΙΣ ΓΙΑ ΑΣΚΗΣΗ ΑΓΩΓΩΝ ΑΠΟΖΗΜΙΩΣΗΣ

A. Ατομικές αγωγές

Το ζήτημα των προϋποθέσεων της ενεργητικής νομιμοποίησης των διαφόρων προσώπων που δραστηριοποιούνται στη σχετική αγορά και υπέστησαν ζημίες υπάγεται καταρχήν στο πεδίο της ρυθμιστικής ευχέρειας των εθνικών νομοθετών (*Souveränitätsprinzip*), με αποτέλεσμα να παρουσιάζει διαφοροποιήσεις στα δίκαια των επιμέρους κρατών μελών. Πιο συγκεκριμένα, στη γερμανική¹⁵ και ελληνική¹⁶ έννομη τάξη απαιτείται ο ενάγων να εμπίπτει στο προστατευτικό πεδίο των παραβιαζόμενων κανόνων δικαίου, ενώ στη γαλλική έννομη τάξη αρκεί για τη θεμελίωση νομιμοποίησης η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος¹⁷.

Η ρυθμιστική αυτονομία των κρατών μελών κατά τη διαμόρφωση των όρων νομιμοποίησης υπάγεται ωστόσο σε ορισμένους περιορισμούς κοινοτικής προέλευσης και διτις αρχές της ισοδυναμίας και αποτελεσματικότητας, οι οποίες αποτελούν το γενικό πλαίσιο ελέγχου κατά την ερμηνεία και εφαρμογή των εθνικών διατάξεων.¹⁸ Πέρα από τις εν λόγω

τα επιμέρους στοιχεία της νομικής βάσης της ΑΚ 914 επ. στις ιδιαιτερότητες του Δικαίου Ελευθέρου Ανταγωνισμού. Πρβλ. Γεωργακόπουλο, Η έννομη τάξη του ανταγωνισμού, ΝοΒ 1987, 883· Τζάκα, ΔΕΕ 2006, 46 επ.. Αντιθέτως οι νομοθέτες πολλών κρατών μελών χρησιμοποίησαν την εναρμόνιση των εθνικών τους δικαίων με το νέο καθεστώς του Καν. 1/2003 ως αφορμή για την αναμόρφωση και των εσωτερικών τους ρυθμίσεων περί αξιώσεων αδικοπρακτικής φύσης. Για το γερμανικό δίκαιο βλ. *Τζάκα/Καλαφάτη*, Η ριζική αναδιάρθρωση του γερμανικού δικαίου περί ελευθέρου ανταγωνισμού, ΕΕμπΔ 2006, 18 επ. Για το αγγλικό δίκαιο βλ. *Rodger*, Private Enforcement and the enterprise act: an exemplary system of awarding damages [2003] ECLR 103. Για το σουηδικό δίκαιο [2005] ECLR N-157.

¹⁴ Βλ. Commission Staff Working Document accompanying document to the White Paper on damages actions for breaches of EC antitrust rules, Impact Assessment (εφεξής Έκθεση Αξιολόγησης), SEC (2008) 405, παρ. 57 επ. Στην πλήρη αποκατάσταση της ζημίας στοχεύει και η μελέτη *Oxera* που δημοσιεύτηκε πρόσφατα και προτείνει τρόπους για την ποσοτικοποίηση των ζημιών σε υποθέσεις παραβίασης της αντιμονοπωλιακής νομοθεσίας. Η Επιτροπή είχε προαναγγείλει στη Λευκή της Βίβλο (σημ. 2.5.) την πρόθεσή της να καταρτίσει ένα μη δεσμευτικό πλαίσιο με πραγματιστικές κατευθύνσεις για τον υπολογισμό της ζημίας. Η έρευνα είναι διαθέσιμη υπό την ιστοσελίδα: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf.

¹⁵ *Roth* εις FK Lfg. 49, § 33 GWB, σημ. 19· *Topel*, εις Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, § 50, σημ. 56.

¹⁶ *Ηλιόπουλος*, EEN 1986, 236 επ· *Λιακόπουλος*, Η οικονομική ελευθερία, σελ. 147 επ· *Τζάκας*, ΔΕΕ 2006, 47 επ.

¹⁷ Βλ. Ashurst Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules (εφεξής Μελέτη Ashurst), National Report France, σελ. 6, διαθέσιμη υπό την ιστοσελίδα: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/national_reports/france_en.pdf.

¹⁸ Σύμφωνα με την αρχή της ισοδυναμίας οι δικονομικές προϋποθέσεις άσκησης των ενδίκων βοηθημάτων λόγω παράβασης του Κοινοτικού Δικαίου Ανταγωνισμού δεν πρέπει να είναι λιγότερο ευνοϊκές σε σχέση με εκείνες που αφορούν παρόμοια ένδικα βοηθήματα της εσωτερικής έννομης τάξης. Σύμφωνα με την αρχή της αποτελεσματικότητας οι προϋποθέσεις αυτές δεν μπορούν να καθιστούν αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων της κοινοτικής έννομης τάξης. Αναφορικά με τους κοινοτικές προέλευσης περιορισμούς κατά τη διαμόρφωση του δικαίου αποζημίωσης για παραβάσεις της αντιμονοπωλιακής νομοθεσίας βλ. *Baur/Weyer* εις FK Lfg. 44, Art. 81 EGV Zivilrechtsfolgen, σημ. 106 επ· *Blanco/Jürgens*, σελ. 22 επ· *Mäsch*, Private

αρχές η Επιτροπή προβαίνει στη Λευκή Βίβλο (σημ. 2.1) στη διατύπωση συγκεκριμένων κανόνων αναφορικά με την ενεργητική νομιμοποίηση υιοθετώντας εν προκειμένω την τοποθέτηση του ΔΕΚ στις υποθέσεις *Courage/Crehan*¹⁹ και *Manfredi*²⁰. Σε ευρωπαϊκό κεκτημένο (*acquis communautaire*) ανάγεται η κεντρική ρήση των εν λόγω αποφάσεων ότι «κάθε υποκείμενο δικαίον» (*any individual, jedermann, toute personne*) οφείλει να έχει τη δυνατότητα κατά το εθνικό δίκαιο να ζητήσει πλήρη αποκατάσταση της ζημίας που του προξενήθηκε από της παράβαση της κοινοτικής αντιμονοπωλιακής νομοθεσίας. Κατ' αυτόν τον τρόπο αναγνωρίζεται με τον πιο πανηγυρικό τρόπο ότι το ευρωπαϊκό κεκτημένο δεν εξαντλείται απλώς στην προστασία του αποτελεσματικού ανταγωνισμού ως θεσμού²¹, αλλά υπηρετεί διττά την ευημερία του ιδιώτη/καταναλωτή, εξοπλίζοντάς τον αφενός με ένα ελάχιστο επίπεδο προστασίας και αφετέρου προσανατολίζοντας την ερμηνεία του Κοινοτικού Δικαίου Ανταγωνισμού προς αυτή την κατεύθυνση.²²

Την ίδια προσέγγιση ασπάζεται και η Πρότ.Οδ. Ως κύριος σκοπός τίθεται στο άρ. 1 παρ. 1 Πρότ.Οδ. η διασφάλιση της αποτελεσματικής άσκησης του δικαιώματος των επιχειρήσεων και των καταναλωτών για πλήρη αποζημίωση σε περιπτώσεις παράβασης των άρ. 101, 102 ΣυνθΛΕΕ. Κατ' αυτόν τον τρόπο απορρίπτεται κατηγορηματικά το αμερικανικό πρότυπο νομιμοποίησης μόνο των άμεσων συναλλασομένων²³ και δίδεται στους έμμεσα ζημιωθέντες η δυνατότητα αποκατάστασης της βλάβης, που υπέστησαν, χωρίς να προσοπασιτεται η *ad hoc* εξέταση του προστατευτικού σκοπού των επικαλούμενων κοινοτικών διατάξεων.

B. Συλλογικές αγωγές

Ένα από τα σημαντικότερα ζητήματα, τα οποία η Επιτροπή εξετάζει τόσο στη Λευκή Βίβλο όσο και στην πρότ.Οδ., είναι το ζήτημα των συλλογικών αγωγών. Εκ προοιμίου παρατηρείται ότι ένα σημαντικό τμήμα των προερχομένων από καρτελικές συμπράξεις ωφελημάτων αντιστοιχεί σε πλήθος μικρής έκτασης και αξίας ζημιών – οι οποίες κατά κανόνα έχουν τη μορφή ενός καταβληθέντος υπερτιμήματος – σε βάρος της περιουσίας μικρών επιχειρήσεων ή τελικών καταναλωτών. Είναι εύλογο και απόλυτα αναμενόμενο ότι τα εν λόγω πρόσωπα, μολονότι ενεργητικά νομιμοποιούμενα και δικαιούχοι αποζημίωσης, δυσχερώς θα εμπλακούν σε δικαστικές διαμάχες προκειμένου να αξιώσουν αποκατάσταση βλαβών τόσο μικρής κλίμακας.²⁴ Για το λόγο αυτό είναι αναγκαίο να θεσπισθούν ικανοί μηχανισμοί δικονομικής φύσεως, οι οποίοι θα επιτρέψουν είτε την από κοινού έγερση και ένωση των εν λόγω αξιώσεων σε μια ενιαία διαδικασία (εφεξής: *ομαδικές αγωγές*) είτε την άσκηση αυτών μέσω συγκεκριμένων αντιπροσωπευτικών φορέων στο όνομα και για λογαριασμό των ζημιωθέντων ιδιωτών (εφεξής: *αντιπροσωπευτικές αγωγές*)²⁵.

Ansprüche bei Verstößen gegen das europäische Kartellverbot – „Courage“ und die Folgen, EuR 2003, 838· *Ehrlicke* εις *Immenga/Mestmäcker*, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Nach Art. 88 EGV, σημ. 140 επ· *Säcker/Jaecks* εις *MünchKomm*, Art. 81 EG, σημ. 837 επ· *Weyer*, Gemeinschaftliches Verbot und nationale Zivilrechtsfolgen, ZEuP 1999, 450 επ· *του ιδίου*, Schadensersatzansprüche gegen Private kraft Gemeinschaftsrecht, ZEuP 2003, 321 επ.

¹⁹ ΔΕΚ, Απόφ. *Courage/Crehan*, σκ. 26.

²⁰ ΔΕΚ, Απόφ. *Manfredi*, σκ. 60, 61 63, 90, 95.

²¹ Πρβλ. ΔΕΚ, Απόφ. της 15.3.2007, Υπόθ. C-95/04 P, *British Airways plc/Kommission*, Συλλ. 2007, I-2331, σκ. 106· ΔΕΚ, Απόφ. της 2.4.2009, Υπόθ. C-202/07 P, *France Télécom SA/Kommission*, σκ. 105· ΠΕΚ, Απόφ. της 17.9.2007, Υπόθ. T-201/04, *Microsoft Corp./Kommission*, Συλλ. 2007, II-3601, σκ. 664.

²² Αναλυτικά επί αυτού του ζητήματος βλ. *Cseres*, The controversies of the consumer welfare standard, *ComLRev.* 2006, 121 επ.

²³ Βλ. τη θεμελιώδη απόφαση: *Illinois Brick Co v. State of Illinois*, 431 U.S. 720 (1977). Πρβλ. επίσης *California v. ARC. Amerika Corp.*, 490 U.S. 93, 100 (1989)· *Kansas v. Utilicorp. United Inc.* 497 U.S. 199, 206 (1990).

²⁴ Λευκή Βίβλος, σημ. 1.1., 2.1· Έγγραφο Εργασίας, παρ. 24 επ., 39 επ.. Βλ. επίσης Πράσινη Βίβλο, σελ. 9.

²⁵ Βλ. και τις αντίστοιχες πρωτοβουλίες της Επιτροπής στον τομέα του δικαίου προστασίας του καταναλωτή: Πράσινη Βίβλος της 27.11.2008 σχετικά με τα μέσα συλλογικής έννομης προστασίας των καταναλωτών, COM(2008) 794 τελικό· Consultation paper for discussion on the follow-up to the Green Paper on consumer collective redress, διαθέσιμο υπό την ιστοσελίδα:

Υπό το πρίσμα αυτών των δεδομένων η Επιτροπή εισηγείται την υιοθέτηση ομαδικών αγωγών, οι οποίες συνίστανται στη δυνατότητα δύο ή περισσότερων προσώπων να εγείρουν από κοινού αγωγή αποζημίωσης (άρ. 4 Πρότ.Οδ.). Προς αποφυγή συγχύσεων με το δικονομικό μηχανισμό της ομοδικίας ρητά επισημαίνεται ότι τα εθνικά δικαστήρια οφείλουν να μεταχειρίζονται την ομαδική αγωγή ως μία ενιαία αγωγή, δίχως αυτό φυσικά να αποστερεί τον εναγόμενο της δυνατότητας να προβάλει μέσα άμυνας τα οποία αφορούν μόνο έναν ή ορισμένους από τους εναγομένους. Ως προς τα λοιπά σημεία (έξοδα και χρηματοδότηση των αγωγών, εκπροσώπηση των εναγόντων, γνωστοποιήσεις προς αυτούς, συγκρούσεις συμφερόντων κλπ.) η Επιτροπή δε λαμβάνει θέση σεβόμενη τη δικονομική αυτονομία και τις διαδικαστικές ιδιαιτερότητες των κρατών μελών. Εντούτοις κατ' αναλογία προς τις προτάσεις της Λευκής Βίβλου²⁶ φαίνεται να προβλέπεται ως ελάχιστος κανόνας το σύστημα συμμετοχής των πιθανολογούμενων εναγόντων («*opt-in system*»), σύμφωνα με το οποίο η ένταξη των αξιώσεων των θυμάτων στη συλλογική διαδικασία προϋποθέτει τη ρητή συγκατάθεση αυτών. Αντίθετα στη διακριτική ευχέρεια των εθνικών νομοθεσιών φαίνεται να επαφίεται η υιοθέτηση του συστήματος της εξαίρεσης («*opt-out system*»), σύμφωνα με το οποίο οι καταλαμβανόμενοι από την ομαδική αγωγή δυνητικοί ενάγοντες οφείλουν κατόπιν συναφούς γνωστοποίησης και εντός συγκεκριμένης προθεσμίας να δηλώσουν ότι επιθυμούν να απόσχουν της εναγωγής, διαφορετικά οι αξιώσεις τους θα θεωρούνται ως συμπεριληφθείσες στην ομαδική αγωγή²⁷.

Αναφορικά με τις αντιπροσωπευτικές αγωγές²⁸ η Πρότ.Οδ. εισηγείται τη θέσπιση δύο εναλλακτικών μηχανισμών, προβλέποντας την ενεργητική νομιμοποίηση αφενός (α) φορέων, που έχουν εκ των προτέρων αναγνωρισθεί ως γενικά νομιμοποιούμενοι να εγείρουν αγωγές εκ μέρους ζημιωθέντων συνεπεία παραβάσεων των αρθρ. 101, 102 ΣυνθΛΕΕ²⁹, και αφετέρου (β) φορέων, που έχουν τύχει *ad hoc* νομιμοποίησης για μια συγκεκριμένη παράβαση των κοινοτικών κανόνων περί ανταγωνισμού και οι οποίοι ενεργούν για λογαριασμό των μελών τους (άρ. 6 παρ. 1 Πρότ.Οδ.). Αξιοσημείωτο είναι εν προκειμένω ότι το σύνολο των προβαλλόμενων αξιώσεων από τους συγκεκριμένους φορείς οφείλουν να απορρέουν από την ίδια παράβαση των άρθρ. 101, 102 ΣυνθΛΕΕ, ενώ τα κονδύλια που επιδικάζονται πρέπει να διανεμηθούν στο μεγαλύτερο δυνατό βαθμό στους αντιπροσωπευόμενους ζημιωθέντες³⁰. Ασφαλώς τα κράτη μέλη μπορούν να προβλέψουν τη χρησιμοποίηση ενός τμήματος της επιδικασθείσας αποζημίωσης προς κάλυψη των αγωγικών εξόδων (άρ. 5 παρ. 5 Πρότ.Οδ.).

Παρότι η Επιτροπή αποφεύγει να χρησιμοποιήσει ρητά αυτό τον χαρακτηρισμό, η πρώτη εκ των προτεινόμενων παραλλαγών της αντιπροσωπευτικής αγωγής υιοθετεί το σύστημα εξαίρεσης, εφόσον κατ' αρχήν η ομάδα προσώπων, για λογαριασμό των οποίων ο νομιμοποιούμενος φορέας ενεργεί, προσδιορίζεται χωρίς προσωπική/ονομαστική αναφορά των επιμέρους υποκειμένων (άρ. 5 παρ. 2 Πρότ.Οδ.). Περαιτέρω τα κράτη μέλη οφείλουν να διασφαλίσουν τη δυνατότητα των προσώπων που δεν επιθυμούν την έγερση των αξιώσεών τους από τον εκάστοτε φορέα να ασκήσουν αποτελεσματικά το σχετικό δικαίωμα. Διαφορετικά η εκδοθείσα απόφαση θα δεσμεύει και αυτά εφόσον περιλαμβάνονται στον κύκλο των δυνητικών εναγόντων (άρ. 5 παρ. 4 Πρότ.Οδ.)³¹. Το παραπάνω σύστημα συμπληρώνεται από σαφείς υποχρεώσεις γνωστοποίησης της εν λόγω αγωγής προς όλα τα

http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/consultation_paper2009.pdf.

²⁶ Λευκή Βίβλος, σελ. 5· Έγγραφο Εργασίας, παρ. 57 επ.

²⁷ Αναλυτική παρουσίαση των πλεονεκτημάτων και των μειονεκτημάτων κάθε συστήματος χωριστά εμπεριέχει η Γνωμοδότηση της Ευρωπαϊκής Οικονομικής και Κοινωνικής Επιτροπής με θέμα «Ορισμός του ρόλου και του καθεστώτος των ομαδικών αγωγών του κοινοτικού δικαίου για την κατανάλωση», ΕΕ C 162 (25.6.2008) 1, σημ. 7.2. επ.

²⁸ Πρβλ. Υπουργείο Δικαιοσύνης, Παρατηρήσεις επί της Πράσινης Βίβλου, διαθέσιμες υπό την ιστοσελίδα: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/hellenic_republic_ministry_of_justice_el.pdf, σελ. 19 επ.

²⁹ Ως πρότυπο θεωρείται η Οδηγία 98/27/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου και του Κοινοβουλίου της 19.5.1998 περί των αγωγών παραλείψεως στον τομέα της προστασίας των συμφερόντων των καταναλωτών, ΕΕ L 166 (11.6.1998) 51.

³⁰ Βλ. ωστόσο Έγγραφο Εργασίας, παρ. 47, 56.

³¹ Βλ. επίσης Έγγραφο Εργασίας, παρ. 49 επ.

υποκείμενα που εκπροσωπούνται με μέσα τα οποία τελούν υπό την εποπτεία και την έγκριση του δικάζοντος δικαστή, ώστε να εξασφαλίζεται εύλογη δυνατότητα γνώσης αυτής από τους ενδιαφερόμενους ιδιώτες (άρ. 5 παρ. 3 Πρότ.Οδ.). Επιπλέον αξίζει να σημειωθεί ότι κατά το πρότυπο της Οδ. 98/27/ΕΚ η νομιμοποίηση των κατά το δίκαιο ενός κράτους μέλους αντιπροσωπευτικών (είτε σε γενική είτε σε *ad hoc* βάση) φορέων οφείλει να αναγνωρίζεται κατά τους δικονομικούς κανόνες όλων των λοιπών κρατών μελών δίχως περαιτέρω διαδικασίες ή προϋποθέσεις³².

Η σχέση των ένδικων βοηθημάτων συλλογικής έννομης προστασίας μεταξύ τους καθώς και αναφορικά με τις ατομικές αγωγές μεμονωμένων ιδιωτών είναι κατά την Επιτροπή αλληλοσυμπληρωματική, χωρίς βέβαια να οδηγεί σε πολλαπλές καταβολές της ίδιας ζημίας από τους παραβάτες³³.

Το θέμα της συλλογικής έννομης προστασίας παρουσιάζει εξαιρετικό ενδιαφέρον και χρήζει ρύθμισης σε κοινοτικό επίπεδο, δεδομένης της αξιοσημείωτης ανομοιομορφίας των μηχανισμών, τους οποίους προβλέπουν οι επιμέρους εθνικοί κανόνες των κρατών μελών. Πραγματικά δεν θα ήταν υπερβολή, εάν μιλούσε κανείς για ένα μωσαϊκό ετερογενών λύσεων, που επιδρούν άμεσα στην κατίσχυση των κανόνων του κοινοτικού δικαίου με τα μέσα του ιδιωτικού δικαίου. Αποφεύγοντας μια αναλυτική συγκριτικοδικαϊκή επισκόπηση³⁴, η οποία θα υπερέβαινε τα όρια της παρούσας μελέτης, αξίζει να σημειωθεί αναφορικά με τις αγωγές αντιπροσωπευτικών ενώσεων ότι σε ορισμένες έννομες τάξεις, όπως η γαλλική³⁵ και η αγγλική³⁶, παρέχεται η δυνατότητα σε ενώσεις καταναλωτών να αξιώσουν αποζημίωση εκ μέρους καταναλωτών που υπέστησαν βλάβη συνεπεία παραβάσεων του δικαίου ελεύθερου ανταγωνισμού. Αντίθετα στη Γερμανία ενώσεις που επιδιώκουν σύμφωνα με το καταστατικό τους την προώθηση εμπορικών και ανεξαρτήτων επαγγελματικών συμφερόντων μπορούν να ζητήσουν μόνο άρση και παράλειψη της αντιανταγωνιστικής πρακτικής. Αξιώσεις αποζημίωσης εκ μέρους αντιπροσωπευτικών φορέων δεν προβλέπονται, μολονότι καθιερώνεται η δυνατότητα για τις προαναφερθείσες ενώσεις να εγείρουν αγωγή με αντικείμενο την απορρόφηση των οικονομικών ωφελημάτων που αποκόμισαν οι παραβάτες συνεπεία της παράβασης των κανόνων ελεύθερου ανταγωνισμού. Τα αποκομισθέντα κονδύλια οφείλουν ωστόσο να καταβληθούν στον Ομοσπονδιακό Προϋπολογισμό, γεγονός που δικαιολογεί την περιορισμένη πρακτική σημασία του εν λόγω θεσμού³⁷.

Σε ό, τι αφορά τις ομαδικές αγωγές αξιοπρόσεκτη είναι η υπάρχουσα ποικιλομορφία των προβλέψεων που θεσπίζουν οι εθνικές έννομες τάξεις, με αποτέλεσμα συναφή δικονομικά βοηθήματα να απουσιάζουν από τα δικαϊκά συστήματα της Γαλλίας³⁸ ή της Γερμανίας³⁹, ενώ με σημαντικότερες διαφοροποιήσεις οικείοι μηχανισμοί εντοπίζονται –

³² Βλ. επίσης Έγγραφο Εργασίας, παρ. 55.

³³ Λευκή Βίβλος, σημ. 2.1. Έγγραφο Εργασίας, παρ. 60 επ.

³⁴ Πρβλ. *Mulheron*, The case for an opt-out class action for European Member States: A legal and empirical analysis, 15 Columbia Journal of European Law 415 επ. (2009).

³⁵ Πρόκειται για την αστική αγωγή (*action civile*) κατά το άρ. L421-1 Code de la consommation, η οποία τελεί υπό την προϋπόθεση ότι η επίδικη πράξη συνιστά παράλληλα και ποινικό αδίκημα (ιδίως κατά το άρ. L420-6 Code de commerce), καθώς και για την κοινή αντιπροσωπευτική αγωγή (*action en représentation conjointe*) κατά το άρ. L422-1. Βλ. *Calais-Auloy/Steinmetz*, Droit de la consommation, 7^η Έκδ. Παρίσι 2006, σελ. 642 επ.

³⁶ Πρόκειται για το ένδικο βοήθημα της Section 47B Competition Act 1998, η οποία εισήχθη με τη Section 19 Enterprise Act 2002. Πρβλ. *Dayagi-Epstein*, Representation of Consumer Interest by Consumer Associations – Salvation for the Masses? (2007) 3 The Competition Law Review 209.

³⁷ Πρβλ. *Τζάκα/Καλαφάτη*, ΕΕμπΔ 2006, 35 με περαιτέρω παραπομπές.

³⁸ Η εισαγωγή ομαδικών αγωγών στο γαλλικό δίκαιο χαιρέτισθηκε και υποστηρίχθηκε από την εθνική αρχή ανταγωνισμού βλ. *Conseil de la Concurrence*, Avis du 21 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles, διαθέσιμο υπό την ιστοσελίδα: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/classactions.pdf>

³⁹ Η εισαγωγή ομαδικών αγωγών κατά το αμερικανικό πρότυπο απορρίφθηκε από τη γερμανική ομοσπονδιακή αρχή ανταγωνισμού βλ. *Bundeskartellamt*, Private Kartellrechtsdurchsetzung, Stand, Probleme, Perspektiven, Diskussionspapier vom 26.9.2005, διαθέσιμο υπό την ιστοσελίδα: http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/05_Proftag.pdf, σελ. 30 επ.

μεταξύ άλλων – στο αγγλικό⁴⁰, το ολλανδικό⁴¹, το σουηδικό⁴², το φιλανδικό⁴³, το δανέζικο⁴⁴ και το νορβηγικό δίκαιο⁴⁵.

Το ελληνικό δίκαιο αγνοεί δικονομικά εργαλεία, όπως η ομαδική αγωγή, τα οποία θα επέτρεπαν σε περισσότερα θύματα να συνδυάσουν τις ατομικές τους αξιώσεις σε μία ενιαία διαδικασία, πέραν των στενών ορίων της ομοδικίας⁴⁶. Αντίθετα στον τομέα των αντιπροσωπευτικών αγωγών εισάγονται ενδιαφέρουσες ρυθμίσεις⁴⁷, προβλέποντας την ενεργητική νομιμοποίηση ενώσεων καταναλωτών προς άσκηση αγωγής (συμπεριλαμβανομένων αξιώσεων αποζημίωσης) με σκοπό την έννομη προστασία των δικαιωμάτων των μελών τους (άρ. 10 παρ. 15 Ν. 2251/1994). Αξιοσημείωτη ιδιαιτερότητα αποτελεί και η κατά το άρ. 10 παρ. 16 περ. β' Ν. 2251/1994 δυνατότητα έγερσης αγωγής με αίτημα χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης⁴⁸. Δεν είναι υπερβολή το γεγονός ότι οι εν λόγω ρυθμίσεις κέντρισαν την προσοχή αλλοδαπών οργάνων που γνωμοδότησαν κατά τις νομοπαρασκευαστικές διαδικασίες στο πεδίο του δικαίου της συλλογικής έννομης προστασίας αναφορικά με παραβάσεις της αντιμονοπωλιακής νομοθεσίας.⁴⁹ Ιδιαίτερης προσοχής οφείλει να τύχει και η πρόσφατη τροποποίηση του Ν. 2251/1994 με το Ν. 3587/2007, η οποία εισάγει στο άρ. 10 παρ. 16 περ. δ' τη δυνατότητα για ενώσεις καταναλωτών να ζητήσουν την αναγνώριση του δικαιώματος αποκατάστασης της ζημίας που υφίστανται οι καταναλωτές. Μετά το αμετάκλητο της θετικής απόφασης ο ζημιωθείς δύναται να γνωστοποιήσει εγγράφως στον προμηθευτή τα στοιχεία που προσδιορίζουν την απαίτησή του και εφόσον αυτή δεν ικανοποιηθεί, μπορεί να ζητήσει την έκδοση διαταγής πληρωμής από το δικαστήριο (άρ. 10 παρ. 20 εδ. δ', ε', ζ' Ν. 2251/1994).

Εντούτοις είναι αναγκαίο να διατυπωθούν αμφιβολίες ως προς τη λυσιτέλεια και αποτελεσματικότητα των εν λόγω μεταρρυθμίσεων. Η διεθνής πρακτική με χαρακτηριστικότερο παράδειγμα τη δικαστική διαμάχη ενώπιον των αγγλικών δικαστηρίων στην υπόθεση *Replica Football Shirts*⁵⁰ έχει καταδείξει ότι η προϋπόθεση της ρητής συγκατάθεσης των ζημιωθέντων ιδιωτών για τη συμμετοχή τους στη διαδικασία συλλογικής

⁴⁰ Πρόκειται για την *Group Litigation Order* και την *representative action* που ρυθμίζονται στις Part 19Π, 19ΠΙ Civil Procedure Rules. Αναλυτικά επ' αυτών βλ. *Mulheron*, *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*, 2004, σελ. 94 επ.

⁴¹ Πρβλ. *Van Boom*, *Collective Settlement of Mass Claims in The Netherlands*, εις Casper και λοιποί, *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?*, 2009, σελ. 171 επ.

⁴² Πρβλ. *Stengel/Hakeman*, *Gruppenklage – Ein neues Institut im schwedischen Zivilverfahrensrecht*, RIW 2004, 221 επ.

⁴³ Πρβλ. *Välimäki*, *Introducing Class Actions in Finland – an Example of Lawmaking without Economic Analysis*, διαθέσιμο υπό την ιστοσελίδα: <http://ssrn.com/abstract=1261623>

⁴⁴ Πρβλ. *Bogelund*, *Introduction of class actions in Denmark*, *Young Lawyers' Committee Newsletter* 2007/Σεπτέμβριος, 23.

⁴⁵ Πρβλ. *Bernt-Hamre*, *Class Actions, Group Litigation & Other Forms of Collective Litigation in the Norwegian Courts*, διαθέσιμο υπό την ιστοσελίδα: http://www.law.stanford.edu/display/images/dynamic/events_media/Norway_National_Report.pdf.

⁴⁶ Υποστηρίζεται μάλιστα η άποψη ότι η ομαδική αγωγή δεν είναι συμβατή με το ελληνικό νομικό σύστημα. Πρβλ. *Mikroulea*, *Verbandsklage auf Schadensersatz im griechischen Verbraucherschutzgesetz*, εις Hopt/Tzouganatos, *Europäisierung des Wirtschaftsrechts*, 2006, σελ. 309, 328.

⁴⁷ Βλ. αναλυτικά *Δεληκωστοπούλου*, εις Κόκκορη/Λιανό, *Η μεταρρύθμιση του Ευρωπαϊκού και Ελληνικού Δικαίου του Ελευθέρου Ανταγωνισμού*, σελ. 441 επ.

⁴⁸ Η εν λόγω δυνατότητα παρέχεται μόνο σε ενώσεις που αριθμούν τουλάχιστον 500 ενεργά μέλη και έχουν εγγραφεί στο μητρώο ενώσεων καταναλωτών προ ενός έτους, ενώ η χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης παρέχεται μόνο μία φορά (άρ. 10 παρ. 22 εδ. α' Ν. 2251/1994). Η απαρίθμηση συγκεκριμένων νομοθετημάτων, η παράβαση των οποίων νομιμοποιεί την ένωση καταναλωτών για την έγερση συλλογικής αγωγής (άρ. 10 παρ. 16 περ. α' Ν. 2251/1994), θεωρείται ως ενδεικτική και επομένως ως μη αποκλείουσα την έγερση των εν λόγω αγωγών επί πρακτικών που συνιστούν παραβίαση του Εθνικού και Κοινοτικού Δικαίου Ελευθέρου Ανταγωνισμού. Πρβλ. *Δεληκωστοπούλου*, εις Κόκκορη/Λιανό, *Η μεταρρύθμιση του Ευρωπαϊκού και Ελληνικού Δικαίου του Ελευθέρου Ανταγωνισμού*, σελ. 442.

⁴⁹ *Monopolkommission*, *Sondergutachten 41/42*, *Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle*, 2004, σελ. 47 επ.

⁵⁰ Αναλυτικά επ' αυτής βλ. *Hodges*, *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems*, 2008, σελ. 24 επ.

έννομης προστασίας μπορεί μεν να εναρμονίζεται με τις δικονομικές αρχές των ηπειρωτικών δικαιοσύνην συστημάτων (ιδιαίτερα της αρχής διάθεσης), εντούτοις πάσχει σοβαρά ως προς τη διασφάλιση της αποτρεπτικής ισχύος των κανόνων ελευθέρου ανταγωνισμού και την κατοχύρωση των δυνατοτήτων αποζημίωσης προς όφελος των θυμάτων καρτελικών συμπράξεων. Για το λόγο αυτό χρήσιμη και ευκτέα θα ήταν η εισαγωγή του συστήματος εξαίρεσης μόνο για συγκεκριμένες περιπτώσεις (ιδίως αξιώσεις μικρής χρηματικής αξίας), υπό τον όρο ότι το συγκεκριμένο καθεστώς θα εξοπλίζεται με σαφείς ασφαλιστικές δικλείδες, κατά το πρότυπο του δανέζικου ή του νορβηγικού δικαίου⁵¹.

III ΜΕΤΑΚΥΛΙΣΗ ΤΗΣ ΖΗΜΙΑΣ

Η θέση της νομολογίας του ΔΕΚ, σύμφωνα με την οποία τα εθνικά δικαστήρια κατ' εφαρμογή της εσωτερικής τους νομοθεσίας δεν εμποδίζονται να μεριμνούν προκειμένου η προστασία των δικαιωμάτων που εγγυάται η κοινοτική έννομη τάξη να μην συνεπάγεται τον αδικαιολόγητο πλουτισμό των δικαιούχων⁵² έδωσε αφορμή για την αντιφατική αποτίμηση ως προς το επιτρεπτό και τη νομική διαμόρφωση του ισχυρισμού μετακύλισης της ζημίας. Υπό το πρίσμα αυτό ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει η συναφής τοποθέτηση της Επιτροπής στη Λευκή Βίβλο⁵³ καθώς και στην Πρότ.Οδ.⁵⁴. Συγκεκριμένα η Επιτροπή αναγνωρίζει το δικαίωμα των εναγομένων να επικαλούνται αμυντικά (*as a shield*)⁵⁵ την ένσταση μετακύλισης (*passing-on defense*) με αποτέλεσμα να φέρουν το σχετικό βάρος απόδειξης. Πιο συγκεκριμένα, καλούνται να αποδείξουν ότι το καταβληθέν υπερτίμημα μετακυλίθηκε από τον ενάγοντα αγοραστή στους τελικούς καταναλωτές, έτσι ώστε να ελλείπει οιαδήποτε ζημία στην περιουσία των ενδιαμέσων βαθμίδων της αλυσίδας διανομής. Η Επιτροπή επισημαίνει περαιτέρω ότι το μέτρο απόδειξης κατά την αμυντική χρήση του εν λόγω ισχυρισμού δεν θα πρέπει να είναι υποδεέστερο του μέτρου που απαιτείται από τον ενάγοντα για την απόδειξη των δικών του ισχυρισμών. Γι' αυτό το λόγο κρίσιμη είναι η κατ' αναλογία με τα προβλεπόμενα στο σημείο 2.2 της Λευκής Βίβλου δυνατότητα πρόσβασης του εναγομένου στο αποδεικτικό υλικό που βρίσκεται στην κατοχή των άμεσα συναλλασσομένων με αυτόν προσώπων.⁵⁶

Η πρόταση της Επιτροπής συνάδει με την προβλεπόμενη στο άρ. 2 Καν. 1/2003 κατανομή του βάρους απόδειξης στα πλαίσια του Δικαίου Ανταγωνισμού και εναρμονίζεται πλήρως με τις παραδόσεις του αστικού δικονομικού δικαίου των κρατών μελών, κατά τις οποίες κάθε διάδικο μέρος φέρει το βάρος απόδειξης των γεγονότων, που θεμελιώνουν την πλήρωση ευνοϊκών γι' αυτό κανόνων δικαίου. Παρότι το άρ. 2 Καν. 1/2003 ρυθμίζει την απόδειξη αναφορικά με τους απαγορευτικούς κανόνες των άρ. 101, 102 ΣυνθΛΕΕ, φαίνεται να υιοθετεί μια γενικότερη δικαιοκή αρχή ότι κάθε διάδικο μέρος φέρει το βάρος απόδειξης των γεγονότων που συνδράμουν στη θεμελίωση ευνοϊκών διατάξεων. Παρά τις υφιστάμενες αποδεικτικές δυσχέρειες, στο βαθμό που η μετακύλιση της ζημίας ωφελεί τον εναγόμενο, κρίνεται σκόπιμο να επιβληθεί σε αυτόν και το οικείο βάρος να αποδείξει τον εν λόγω ισχυρισμό.

Η αναγνώριση της ένστασης μετακύλισης – αν και δικαιοπολιτικά ορθή – δύναται να οδηγήσει σε ανεπιχειρήσιμα αποτελέσματα ευνοώντας πρακτικά τους παραβάτες της αντιμονοπωλιακής νομοθεσίας. Ειδικότερα, οι ζημιώσαντες επικαλούμενοι με επιτυχία την

⁵¹ Ομοίως από τη σκοπιά της ιταλικής έννομης τάξης: *Caponi*, The Collective Redress Action in the Italian Legal System, ZJP Int. 2008, 15 επ.

⁵² ΔΕΚ, Απόφ. *Courage/Crehan*, σκ. 30· ΔΕΚ, Απόφ. *Manfredi*, σκ. 94. Αναλυτικά για τη στάση του ΔΕΚ στο ζήτημα της μετακύλισης της ζημίας βλ. *Μπουχάγιαρ*, Αστική Ευθύνη για παραβάσεις Κοινοτικού Δικαίου Ανταγωνισμού, σελ. 85 επ.

⁵³ Λευκή Βίβλος, σημ. 2.6.

⁵⁴ Πρότ.Οδ., άρ. 10 παρ. 1.

⁵⁵ Βλ. Έγγραφο Εργασίας, παρ. 207.

⁵⁶ Σχετικά με τις δικονομικές ελαφρύνσεις κατά την απόδειξη των ισχυρισμών των εναγόντων βλ. κατωτέρω υπό Γ.

ένσταση της μετακύλισης, μεταθέτουν στην τελευταία βαθμίδα της αλυσίδας διανομής (κατά κανόνα τους καταναλωτές), που συνιστά τον τελικό αποδέκτη των αυξημένων τιμών, το βάρος απόδειξης του καταβληθέντος υπερτιμήματος. Οι τελικοί καταναλωτές, αν και διατηρούν τη μεγαλύτερη χρονική, τοπική και πραγματική απόσταση από την τέλεση της παράβασης, καλούνται κατ' αυτόν τον τρόπο να ανακατασκευάσουν όχι μόνο την αλυσίδα παραγωγής, αλλά και την τιμολογιακή πολιτική κάθε ενδιαμέσου εμπόρου, προκειμένου να συγκεντρώσουν επαρκείς αποδείξεις για την ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ της αρχικά ζημιολογούσας πράξης και της ζημίας που οι ίδιοι τελικά υπέστησαν. Ο περίπλοκος χαρακτήρας των οικονομικών παραμέτρων της αγοράς καθώς και η αποδεικτική αδυναμία των μεμονωμένων καταναλωτών, οι οποίοι υφίστανται εξατομικευμένα σποραδικές και συνήθως χαμηλής αξίας ζημιές, καταλείπουν αυτούς συνεπώς δικονομικά απροστάτευτους από τις ζημιολογικές συνέπειες των παράνομων πρακτικών.

Προκειμένου να διευκολυνθεί η άσκηση των αξιώσεων αποκατάστασης της ζημίας που υπέστησαν οι έμμεσοι αγοραστές, η Επιτροπή προτείνει την εισαγωγή ελάφρυνσης του βάρους απόδειξης υπέρ αυτών.⁵⁷ Ειδικότερα, κατά την επιθετική χρήση του ισχυρισμού της μετακύλισης (*as a sword*) οι εν λόγω ενάγοντες θα μπορούν πλέον να βασιστούν σε ένα μαχητό τεκμήριο, σύμφωνα με το οποίο το υπερτίμημα συνεπεία της καρτελικής σύμπραξης μετακυλίθηκε εξ ολοκλήρου σε αυτούς. Συγκεκριμένα, ο ενάγων προκειμένου να στοιχειοθετήσει τη ζημία του αρκεί να αποδείξει την παράβαση των άρ. 101, 102 ΣυνθΛΕΕ από τον εναγόμενο, την υπερχρέωση των αγοραστών των προϊόντων του εναγομένου και τέλος την αγορά εκ μέρους του ίδιου αγαθών ή υπηρεσιών που καταλαμβάνονται από την παράβαση ή σχετίζονται με αυτήν. Το βάρος απόδειξης της μη μετακύλισης θα φέρει πλέον ο εναγόμενος.

Η δικονομική δυνατότητα του εναγομένου να προβάλλει την ένσταση μετακύλισης συνάδει με την αναγκαιότητα αιτιώδους συνάφειας μεταξύ παράνομης πράξης και ζημίας, καθώς επίσης και με την αποφυγή αδικαιολογήτου πλουτισμού των άμεσων αγοραστών εις βάρος των πραγματικά ζημιωθέντων έμμεσων αγοραστών. Επιπλέον συμβαδίζει με την αναγνώριση από το ΔΕΚ του δικαιώματος κάθε προσώπου να ζητήσει αποκατάσταση της ζημίας (θετικής και αποθετικής) που υπέστη από σύμβαση ή συμπεριφορά δυνάμενη να περιορίσει ή να νοθεύσει τον ανταγωνισμό.⁵⁸ Εντούτοις η διαμόρφωση ενός συστήματος αγωγών αποζημίωσης σύμφωνα με τις παραπάνω αρχές ενδεχομένως να εξυπηρετεί μόνο φαινομενικά τον αποκαταστατικό σκοπό της αποζημίωσης. Οι καταναλωτές πιθανότατα θα απόσχουν της εναγωγής καθώς είτε η ατομική ζημία που υφίστανται είναι πολύ μικρότερη σε σχέση με τη ζημία των πρώτων βαθμίδων της αλυσίδας διανομής είτε θα βρεθούν αντιμέτωποι με σοβαρότατες αποδεικτικές δυσκολίες. Με τον τρόπο αυτό όμως αδρανοποιείται η αποτρεπτική λειτουργία (*deterrence, Präventionsfunktion*) των αντιμονοπωλιακών κανόνων, καθώς η ιδιωτική κατίσχυση αυτών επαφίεται σε σημαντική έκταση στα χέρια των καταναλωτών (ή των ενώσεων αυτών) κινδυνεύοντας να παραμείνει γράμμα κενό, εφόσον δεν προβούν σε κατάλληλα μέτρα. Υπό το πρίσμα συναφών σκέψεων, το Ανώτατο Δικαστήριο των ΗΠΑ θεώρησε στην περίφημη υπόθεση *Hanover Shoe*⁵⁹ τον άμεσο αγοραστή ως προτιμητέο ενάγοντα προκειμένου να ασκήσει αγωγή και απέκλεισε τη δικονομική δυνατότητα του ενάγοντα να επικαλεσθεί και να αποδείξει τη μετακύλιση.

Η ως άνω επιχειρηματολογία μπορεί εύκολα να καταρριφθεί, εάν συλλογιστεί κανείς πως η αναγνώριση της ένστασης μετακύλισης και ο συνεπαγόμενος περιορισμός της αποκαταστατέας ζημίας των άμεσων αγοραστών έναντι των μελών της καρτελικής σύμπραξης δεν οδηγεί απαραίτητα στη μείωση της αποτρεπτικής ισχύος των κανόνων περί ελεύθερου ανταγωνισμού. Οι άμεσα ζημιωθέντες, αν και καλύτερα πληροφορημένοι για την παράβαση, απέχουν συχνά της εναγωγής, με σκοπό να αποφύγουν την εμπλοκή σε δικαστική διαμάχη με τους παραβάτες με τους οποίους κατά κανόνα εξακολουθούν να διατηρούν συναλλακτικές σχέσεις. Κατά συνέπεια η άμεση βαθμίδα δε διαθέτει τα απαραίτητα κίνητρα να αξιώσει αποτελεσματικά την αποκατάσταση της ζημίας που υπέστη, αφού συχνά

⁵⁷ Λευκή Βίβλος, σημ. 2.6: Πρότ.Οδ., άρ. 10 παρ. 2.

⁵⁸ ΔΕΚ, Απόφ. Manfredi, σκ. 95.

⁵⁹ *Hanover Shoe Inc v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 US 481 (1968).

προτάσσεται η συνέχιση των εμπορικών σχέσεων, γεγονός που εξασφαλίζει την ίδια την οικονομική υπόσταση των άμεσων αγοραστών. Ομοίως ο περιορισμός της ενεργητικής νομιμοποίησης στους άμεσους αγοραστές θα έδινε κίνητρα στα μέλη του καρτέλ να εξασφαλίσουν τη συνεργασία αυτών, ευνοώντας συμμετοχή τους στα παράνομα κέρδη και καταλύοντας κατ' αυτόν τον τρόπο την αποτρεπτική λειτουργία του δικαίου αποζημίωσης.⁶⁰ Επομένως ορθά η πρόταση της Επιτροπής εμπιστεύεται μεταξύ άλλων και τον καταναλωτή ως νομιμοποιούμενο διάδικο επί αγωγών αποζημίωσης. Η αποτελεσματική εφαρμογή της δυνατότητας συλλογικής αγωγής καλείται να διαδραματίσει εν προκειμένω τον πρωτεύοντα ρόλο.

Περαιτέρω κρίνεται σκόπιμο να επισημανθεί ότι η αναγνώριση της ένστασης μετακύλισης δεν συνιστά νομοθετική πανάκεια, καθώς η αμυντική προβολή της δεν λαμβάνει υπόψη το κόστος στο οποίο συχνά υποβάλλεται ο άμεσα συναλλασσόμενος και αρχικά ζημιωθείς προκειμένου να μετακυλίσει τη ζημία που υπέστη στις επόμενες βαθμίδες της αλυσίδας διακίνησης. Ειδικότερα, ο άμεσος αγοραστής, που σε πρώτη φάση καταβάλλει το σύνολο του υπερτιμήματος, είναι εύλογο να προβεί στις αναγκαίες ενέργειες, ώστε αφενός να ανταποκριθεί (ανάλογα με την ελαστικότητα της ζήτησης στην επόμενη βαθμίδα) στη μείωση των παραγγελιών συνεπεία της ανόδου των τιμών, και αφετέρου να επιτύχει το μέγιστο οικονομικό όφελος.

Στο συγκεκριμένο επίπεδο είναι επομένως κρίσιμο να παρασχεθεί στον ενάγοντα κάποιο είδος δικονομικής προστασίας, αφού καλείται να αποδείξει τόσο τη θετική του ζημία, η οποία δύναται να συνίσταται σε αυξημένο διαπραγματευτικό ή διαφημιστικό κόστος, όσο και τα διαφυγόντα κέρδη (μείωση του όγκου πωλήσεων, συρρίκνωση του περιθωρίου κέρδους⁶¹). Επομένως η ωφέλεια του ζημιώσαντος/εναγομένου που πηγάζει από τη δυνατότητα προβολής ένστασης μετακύλισης της ζημίας θα πρέπει να αντισταθμιστεί από μια επιβαρυντική για τον ίδιο δικονομική ρύθμιση. Πέρα από την απόδειξη της μετακύλισης καθ' εαυτής ο εναγόμενος οφείλει επιπρόσθετα να αποδείξει ότι ο ενάγων κατά τη μετακύλιση δεν υπέστη ουδεμία περαιτέρω ζημία. Για την ευόδωση ενός τέτοιου ισχυρισμού ο ζημιώσας θα καλείται για παράδειγμα να αποδείξει ότι η άνοδος της τιμής των μεταπωλούμενων προϊόντων ή υπηρεσιών δεν προκάλεσε ζημία στον ενάγοντα είτε λόγω της ευρείας εμπορευσιμότητας ή αναγνωρισιμότητας τους είτε λόγω της δομής της αγοράς.⁶²

IV. ΔΙΚΟΝΟΜΙΚΕΣ ΔΙΕΥΚΟΛΥΝΣΕΙΣ ΚΑΤΑ ΤΗΝ ΑΠΟΔΕΙΞΗ ΤΩΝ ΙΣΧΥΡΙΣΜΩΝ ΤΩΝ ΕΝΑΓΟΝΤΩΝ

A. Υποχρέωση γνωστοποίησης υπό όρους

Η πανθομολογούμενη υπανάπτυξη της κατίσχυσης του Δικαίου Ελευθέρου Ανταγωνισμού με τα μέσα του ιδιωτικού δικαίου⁶³ και η συνακόλουθη απροθυμία των ζημιωθέντων να προβάλουν ενδίκως τις αξιώσεις τους οφείλεται κατά ένα σημαντικό μέρος στην αδυναμία πρόσβασης σε αποδείξεις απαραίτητες για την υποστήριξη των αγωγικών ισχυρισμών τους.⁶⁴ Την εν λόγω αδυναμία εξηγεί η ως επί το πλείστον ασύμμετρη

⁶⁰ Βλ. *Schinkel/Tuinstra/Rüggeberg*, Illinois Walls: How Barring Indirect Purchaser Suits Facilitates Collusion, διαθέσιμο υπό την ιστοσελίδα: <http://ssrn.com/abstract=730384>. Πλούσια επιχειρηματολογία ως προς τη συμβατότητα της ένστασης μετακύλισης με την προληπτική λειτουργία του δικαίου αποζημίωσης κατά το γερμανικό δίκαιο βλ. *Reich*, Die Passing-On Defense im Spannungsfeld zwischen Weißbuch und kritischen Literaturstimmen, WuW 2008, 1048 επ.

⁶¹ Τζάκας, ΔΕΕ 2006, 53.

⁶² Όπως σωστά επισημαίνεται «ο εναγόμενος παραβάτης, εν τέλει, φέρει το βάρος προσκόμισης μιας συνολικής *εμπεριστατωμένης οικονομικής ανάλυσης, η οποία θα λαμβάνει υπόψη όλες τις κρίσιμες συνθήκες σχετικά με τη μετακύλιση της υπερτίμησης και τη συνεπαγόμενη μείωση του όγκου πωλήσεων του ενάγοντος*», Μπουχάγιαρ, Αστική ευθύνη, σελ. 97.

⁶³ Σχετικά με την πλήρη υπανάπτυξη (*total underdevelopment*) των αγωγών αποζημίωσης εκ μέρους ιδιωτών βλ. Μελέτη *Ashurst*, ο.π. υποσ. 17, Comparative Report, σελ. 1, διαθέσιμη υπό την ιστοσελίδα: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/comparative_report_clean_en.pdf.

⁶⁴ Τα εθνικά πολιτικά δικαστήρια κατά την κρίση παραβάσεων των άρ. 101, 102 ΣυνθΛΕΕ εφαρμόζουν το συζητητικό σύστημα τόσο στο πλαίσιο αναγνωριστικών αγωγών με αίτημα τη διαπίστωση της ακυρότητας μιας

πληροφόρηση μεταξύ των θυμάτων και των παραβατών της αντιμονοπωλιακής νομοθεσίας, καθώς οι τελευταίοι συχνά αποκρύπτουν κρίσιμες πληροφορίες που αφορούν την εσωτερική λειτουργία της επιχείρησής τους ή της σχετικής αγοράς. Η Επιτροπή για το λόγο αυτό προτείνει την καθιέρωση ενός ρυθμιστικού πλαισίου, βάσει του οποίου τα εθνικά δικαστήρια δύνανται να διατάξουν την *inter partes* γνωστοποίηση συγκεκριμένων κρίσιμων στοιχείων⁶⁵. Η συγκεκριμένη υποχρέωση δεν αποτελεί *novum* στα πλαίσια του Δικαίου Ελευθέρου Ανταγωνισμού, αφού το ΔΕΚ σε παλαιότερη απόφασή του επισήμανε ότι «έστω και αν το νόμιμο βάρος αποδείξεως το φέρει ... η ενδιαφερόμενη επιχείρηση ή ένωση, τα πραγματικά στοιχεία τα οποία επικαλείται η μία πλευρά μπορεί να είναι ικανά να υποχρεώσουν την άλλη πλευρά να παράσχει μια εξήγηση ή αιτιολογία, ελλείψει της οποίας να επιτρέπεται να συναχθεί ότι η πρώτη πλευρά ανταποκρίθηκε στην υποχρέωσή της»⁶⁶.

Με στόχο την εξασφάλιση της «ισότητας όπλων»⁶⁷ μεταξύ ζημιώσαντος και ζημιωθέντα το άρ. 7 Πρότ.Οδ. προβλέπει τη δυνατότητα των εθνικών δικαστηρίων να απαιτούν από τους διαδίκους την προσκόμιση αποδείξεων εφόσον πληρούνται σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις. Ο διάδικος που αιτείται τη γνωστοποίηση αποδείξεων οφείλει να έχει προηγουμένως επαρκώς αποδείξει πως ο αντιδίκος ή ένας τρίτος διαθέτει στοιχεία που αποδεικνύουν τη βασιμότητα των δικών του ισχυρισμών. Προκειμένου να πείσει το δικαστήριο για του λόγου το αληθές οφείλει να αποδείξει τόσο την κατοχή συγκεκριμένων εξατομικευμένων ή ομαδοποιημένων αποδείξεων από το άλλο μέρος, όσο και τη δική του αδυναμία για την παραγωγή ανάλογων αποδείξεων μέσα στα πλαίσια οποιασδήποτε λογικής προσπάθειας. Τυχόν άρνηση συμμόρφωσης προς τη διαταγή γνωστοποίησης αποδείξεων θα συνεπάγεται την επιβολή από τα δικαστήρια αποτελεσματικών, αναλογικών, αποτρεπτικών κυρώσεων, όπως η εξαγωγή επιβαρυντικών για τον εναγόμενο συμπερασμάτων.

Για να αποφευχθεί η επιβολή ενός δυσανάλογα επαχθούς δικονομικού μέτρου που θα έπληττε τη διασφάλιση μιας δίκαιης δίκης, τα εθνικά δικαστήρια οφείλουν να σεβαστούν το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης των εμπλεκόμενων μερών. Επιπλέον κατά την επιβολή της υποχρέωσης γνωστοποίησης θα πρέπει τα αρμόδια δικαστήρια να λαμβάνουν υπόψη τους μια σειρά παραγόντων, όπως την αξία του αιτήματος αποζημίωσης, την πιθανότητα παράβασης των άρ. 101, 102 ΣυνθΛΕΕ, το κόστος της επιβολής μιας τέτοιας υποχρέωσης καθώς και την προστασία της εμπιστευτικότητας ορισμένων πληροφοριών. Από το ευρύ φάσμα αποδείξεων, που υπόκεινται σε γνωστοποίηση, εξαιρούνται τέλος ορισμένες, όπως οι εταιρικές ανακοινώσεις ή αιτήσεις συμβιβασμού, που από τη φύση τους χρήζουν ιδιαίτερης προστασίας.⁶⁸

Η εν λόγω υποχρέωση παρά την όποια θετική της επίδραση στην ιδιωτική κατίσχυση του Δικαίου Ελευθέρου Ανταγωνισμού ενέχει τον κίνδυνο υπέρμετρων υποχρεώσεων γνωστοποίησης, που επιβαρύνουν σε εκτεταμένο βαθμό τις εμπλεκόμενες επιχειρήσεις. Περαιτέρω θέτει σε κίνδυνο την πιθανή μελλοντική ένταξη των εν λόγω επιχειρήσεων σε προγράμματα επιείκειας και είναι πιθανόν να ευνοήσει καταχρηστικές συμπεριφορές. Με κύριο σκοπό την αποφυγή πραγματοποίησης εκβιασμών στα πλαίσια των λεγόμενων «*fishing expeditions*» απαιτείται η επιβολή περαιτέρω περιορισμών ώστε να διασφαλίζεται η προστασία των εταιρικών στοιχείων έναντι τρίτων και η λελογισμένη χρήση της.⁶⁹

σύμβασης όσο και στο πλαίσιο κατανηφιστικών αγωγών με αίτημα την άρση και παράλειψη μιας παράνομης συμπεριφοράς ή την καταβολή αποζημίωσης. Το γεγονός αυτό σε συνδυασμό με την οριζόμενη στο άρ. 2 Καν. 1/2003 κατανομή του βάρους απόδειξης επιβαρύνει τον ενάγοντα με τη συγκέντρωση των στοιχείων που θα στοιχειοθετήσουν την απόδειξη της παράβασης των άρ. 101, 102 ΣυνθΛΕΕ. Αντίθετα, ο εναγόμενος οφείλει να αποδείξει τη συνδρομή των προϋποθέσεων εξαίρεσης, προκειμένου να αμυνθεί και να απαλλαγεί από τις προβλεπόμενες αστικές κυρώσεις.

⁶⁵ Λευκή Βίβλος, σημ. 2.2.· Πρότ.Οδ., άρ. 7 επ.

⁶⁶ ΔΕΚ, Απόφ. της 7.1.2004, Υπόθ. 204/2000, *Aalborg Portland/Ευρωπαϊκή Ένωση*, Συλλ. 2004, I-123, σκ. 79.

⁶⁷ Πρότ.Οδ., Εισαγ., σημ. 12.

⁶⁸ Σχετικά με το πεδίο εξαίρεσεων από την υποχρέωση γνωστοποίησης αποδείξεων βλ. Πρότ.Οδ., άρ 8.

⁶⁹ Σχετικά με την ασκηθείσα κριτική ως προς το προτεινόμενο μέτρο της γνωστοποίησης βλ. *Ritter*, *Private Durchsetzung des Kartellrechts*, WuW 2008, 768 επ.

B. Δεσμευτική ισχύς τελεσίδικων αποφάσεων αρχών ανταγωνισμού

Κατά το πρότυπο της γερμανικής νομοθεσίας⁷⁰ η Επιτροπή τόσο στη Λευκή Βίβλο⁷¹ όσο και στην Πρότ.Οδ.⁷² εισηγείται την αναγνώριση δεσμευτικής ισχύος για τελεσίδικες αποφάσεις των Εθνικών Αρχών Ανταγωνισμού (ΕΑΑ)⁷³, οι οποίες διαπιστώνουν παραβίαση των άρ. 101, 102 ΣυνθΛΕΕ. Με τον τρόπο αυτό διευκολύνεται ο ενάγων κατά την απόδειξη της παράβασης της κοινοτικής νομοθεσίας ελευθέρου ανταγωνισμού. Σύμφωνα με την εν λόγω πρόταση τελεσίδικες αποφάσεις, που αφορούν στα άρθρα 101, 102 ΣυνθΛΕΕ και εκδίδονται από ΕΑΑ του Ευρωπαϊκού Δικτύου Ανταγωνισμού (*European Competition Network, ECN*), καθώς και τελεσίδικες αποφάσεις αναθεωρητικών δικαστηρίων⁷⁴, που επιβεβαιώνουν την απόφαση της εκάστοτε Αρχής Ανταγωνισμού ή διαπιστώνουν παράβαση, συνιστούν αδιάσειστες αποδείξεις της παράνομης συμπεριφοράς σε μεταγενέστερες αγωγές για αποζημίωση. Συνεπεία αυτού του προτεινόμενου κανόνα τα εθνικά δικαστήρια των λοιπών κρατών μελών εμποδίζονται σε κάθε μεταγενέστερη διαδικασία να εκδώσουν αποφάσεις, που αντιστρατεύονται τη διάγνωση των προγενέστερων διοικητικών ή δικαστικών αρχών.

Η δεσμευτική ισχύς των τελεσίδικων αποφάσεων αφορά στη διαπίστωση της παράβασης και όχι στη διαπίστωση του ύψους της ζημίας, της υπαιτιότητας ή αιτιώδους συνάφειας μεταξύ παράβασης και ζημίας. Υπογραμμίζεται όμως ότι η διαπίστωση της παράβασης αναπτύσσει δεσμευτική ισχύ όχι μόνο ως προς τα διαπιστούμενα πραγματικά περιστατικά, αλλά και ως προς το νομικό ζήτημα της παραβίασης των διατάξεων περί ελευθέρου ανταγωνισμού.⁷⁵ Η συγκεκριμένη άνευ όρων αναγνώριση ενέχει ωστόσο τον κίνδυνο της ανάπτυξης δεσμευτικής ισχύος αναφορικά με αποφάσεις, κατά την έκδοση των οποίων πιθανόν δεν έγιναν σεβαστά ουσιώδη δικαιώματα των διάδικων μερών. Η μη κοινοποίηση στον εναγόμενο της πρωτοβάθμιας απόφασης κάποιας ΕΑΑ ή η μη εξασφάλιση της απρόσκοπτης άσκησης του δικαιώματος ακρόασής του κατά τη διοικητική ή δικαστική διαδικασία δύνανται να συνιστούν δικονομικές παραβάσεις των δικαιωμάτων άμυνας, όπως αυτά κατοχυρώνονται τόσο το άρ. 6 της ΕΣΔΑ όσο και από συνταγματικές διατάξεις του κράτους αναγνώρισης. Το γεγονός αυτό παραγνωρίζει την παραδοσιακή στα πλαίσια του Διεθνούς Δικονομικού Δικαίου επιφύλαξη της δημόσιας τάξης. Πραγματικά φαίνεται αντιφατικό η αναγνώριση μιας δικαστικής απόφασης ενός αλλοδαπού δικαστηρίου⁷⁶ να εξαρτάται από τη μη παραβίαση της εθνικής δημόσιας τάξης του κράτους αναγνώρισης⁷⁷, ενώ το ίδιο να μην απαιτείται για αλλοδαπές διοικητικές πράξεις.

⁷⁰ Βλ. άρ. 33 (4) GWB. Για την αγγλική μετάφραση του γερμανικού νόμου περί ανταγωνισμού βλ. ιστοσελίδα γερμανικής Επιτροπής Ανταγωνισμού http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/GWB/0911_GWB_7_Novelle_E.pdf.

⁷¹ Λευκή Βίβλος, σημ. 2.3.

⁷² Πρότ.Οδ., άρ. 12.

⁷³ Η δεσμευτική ισχύς των αποφάσεων της Ευρωπαϊκής Επιτροπής προβλέπεται πλέον ρητά από το άρ. 16 παρ. 1 Καν. 1/2003 και ανατρέχει στη νομολογία του ΔΕΚ, Απόφ. της 28.1.1991, Υπόθ. C-234/1989, *Delimitis/Henninger Bräu AG*, Συλλ. 1991, I-935· ΔΕΚ Απόφ. της 14.12.2000, Υπόθ. C-344/98, *Masterfoods Ltd/HB Ice Cream Ltd*, Συλλ. 2000, I-11369.

⁷⁴ Η αναγνώριση αποφάσεων των δικαστηρίων ενός κράτους μέλους σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις ρυθμίζεται από τα άρθρ. 32 επ. Κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 44/2001 της 22.12.2000 για τη διεθνή δικαιοδοσία, την αναγνώριση και την εκτέλεση αποφάσεων σε αστικές και εμπορικές υποθέσεις, ΕΕ L 12 (16.1.2001), 1 (Βρυξέλλες I).

⁷⁵ Βλ. Έγγραφο Εργασίας, παρ. 146.

⁷⁶ Κατά τα άρ. 34 σημ. 1 και άρ. 45 παρ. 1 Κανονισμού 44/2001 προβλέπεται μεταξύ άλλων ως προϋπόθεση για την αναγνώριση αποφάσεων των δικαστηρίων κρατών μελών της ΕΕ η επιφύλαξη της δημόσιας τάξης.

⁷⁷ Γίνεται ευρύτερα αποδεκτό ότι η επιφύλαξη της δημόσιας τάξης περιλαμβάνει και διαδικαστικού περιεχομένου παραβάσεις των δικαιωμάτων άμυνας του εναγομένου. Πρβλ. ΔΕΚ, Απόφ. της 28.3.2000, Υπόθ. C-7/98, *Krombach/Bamburski*, Συλλ. 2000, I-1935· *Βρέλλη*, *Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο*, 2008, σελ. 441· *Thoma*, *Die Europäisierung und die Vergemeinschaftung des nationalen order public*, 2007.

Επιπρόσθετα ασυνεπείς και ατελέσφοροι αποδεικνύονται οι περιορισμοί ως προς το πεδίο εφαρμογής της προτεινόμενης διάταξης. Σύμφωνα με αυτήν τα δικαστήρια δεσμεύονται αποκλειστικά από τις αποφάσεις των ΕΑΑ, που διαπιστώνουν παράβαση, όχι όμως και από αποφάσεις που διαπιστώνουν απαλλαγή σύμφωνα με το άρ. 101 παρ. 3 ΣυνθΛΕΕ. Επιπλέον η δέσμευση αφορά στα δικαστήρια που καλούνται να αποφανθούν επί αγωγών αποζημίωσης και όχι επί των λοιπών αστικών αγωγών.

Προβληματική παρουσιάζεται η εν λόγω υποχρέωση αναγνώρισης δεσμευτικότητας της ισχύος και για έναν επιπλέον λόγο. Η δέσμευση αφορά αποκλειστικά τα δικαστήρια των κρατών μελών αφήνοντας έξω από την εμβέλειά της τις υπόλοιπες ΕΑΑ του ECN. Δεδομένου ότι το Δημόσιο Δίκαιο παραδοσιακά διέπεται από την αρχή της εδαφικότητας (*principal of territoriality*) και ότι το Δημόσιο Διεθνές Δίκαιο δεν προβλέπει γενική υποχρέωση αναγνώρισης αποφάσεων αλλοδαπών δημόσιων αρχών, οδηγούμαστε στο άτοπο συμπέρασμα ότι η ΕΑΑ ενός κράτους μέλους μπορεί (έστω θεωρητικά) να διαφοροποιηθεί σε σχέση με την προγενέστερη κρίση άλλης ΕΑΑ, ενώ τα δικαστήρια του κράτους αναγνώρισης δεσμεύονται από αυτή.

Ελλιπής είναι τέλος η προτεινόμενη ρύθμιση και για το λόγο ότι δε γίνεται ρητή αναφορά στη γεωγραφική διάσταση της διαπιστούμενης παραβατικής συμπεριφοράς, δημιουργώντας τη νομικά εσφαλμένη εντύπωση ότι τα δικαστήρια δεσμεύονται από απόφαση της ΕΑΑ του κράτους έκδοσης ως προς τη διαπίστωση απαγορευμένης συμπεριφοράς, η οποία θα καταλαμβάνει γεωγραφικά και το κράτος αναγνώρισης. Επομένως καθίσταται απαραίτητη η *ad hoc* αναζήτηση των γεωγραφικών ορίων κάθε απόφασης της ΕΑΑ, εντός των οποίων αναφορικά με την διάγνωση της εκάστοτε παράβασης αναπτύσσεται η σκοπούμενη δεσμευτική ισχύς, ώστε ο κανόνας αναγνώρισης να διευκολύνει τους ζημιωθέντες να αξιώσουν την αποκατάσταση των οικονομικών απωλειών που υπέστησαν.

Γ. Αντιστροφή του βάρους απόδειξης της υπαιτιότητας του εναγομένου

Η επιδίωξη ενός πιο ενεργητικού ρόλου στην κατοχύρωση ενός συστήματος υγιούς ανταγωνισμού εκ μέρους των ιδιωτών απαιτεί επιπλέον την άρση δυσχερειών αναφορικά με την απόδειξη της υπαιτιότητας του δράστη. Η υπαιτιότητα είτε με τη μορφή δόλου είτε με τη μορφή αμέλειας ως όρος του πραγματικού της αξίωσης αποζημίωσης, όπως αυτή προβλέπεται από τις περισσότερες ευρωπαϊκές έννομες τάξεις, αυξάνει το κόστος καθώς και την αβεβαιότητα για την επιτυχή έκβαση της πολιτικής δίκης. Η εν λόγω αποδεικτική δυσκολία εντοπίζεται στην αδυναμία πρόσβασης του ζημιωθέντα σε στοιχεία που αφορούν εσωτερικές διεργασίες και αποδεικνύουν τις διαδικασίες απόφασης και δράσης του εναγομένου. Στοιχεία για παράδειγμα που αφορούν την εμπορική, στρατηγική ή τιμολογιακή πολιτική μιας εναγόμενης επιχείρησης βρίσκονται κατά κύριο λόγο στην κατοχή και σφαίρα επιρροής του ζημιώσαντος.

Με στόχο την αύξηση όχι μόνο της αποκαταστατικής, αλλά και της αποτρεπτικής ισχύος της αντιμονοπωλιακής νομοθεσίας, η Επιτροπή προτείνει την άρση της απαίτησης απόδειξης δόλου ή αμέλειας υπό την προϋπόθεση της προηγούμενης απόδειξης παράβασης του Δικαίου Ελευθέρου Ανταγωνισμού.⁷⁸ Κατ' αυτόν τον τρόπο εισάγεται ένα είδος νόθου αντικειμενικής ευθύνης, όπου η υπαιτιότητα του εναγομένου τεκμαίρεται ακόμη και σε περιπτώσεις, όπου δεν υφίστανται οι επονομαζόμενες παραβάσεις σκληρού πυρήνα (*hardcore infringements*). Ο ενάγων/ζημιωθείς οφείλει κατά τη στοιχειοθέτηση της ευθύνης του αντιδίκου του να επικαλεστεί πραγματικά περιστατικά που αποδεικνύουν την παραβατική συμπεριφορά του εναγομένου, ενώ ο τελευταίος φέρει το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη γνησίως συγγνωστού σφάλματος. Με την εν λόγω ρύθμιση δίδεται στον εναγόμενο η δυνατότητα να αμυνθεί επικαλούμενος γεγονότα που προέρχονται κατ' εξοχήν από τη σφαίρα επιρροής του. Σε αυτό το πλαίσιο καλείται να αποδείξει ότι παρά τον υψηλό βαθμό επιμέλειας που επέδειξε δεν ήταν δυνατόν να αντιληφθεί ότι η επίμαχη συμπεριφορά θα οδηγούσε σε περιορισμό του ανταγωνισμού. Κατά συνέπεια φαίνεται ελάχιστα πειστική η

⁷⁸ Λευκή Βίβλος, σημ. 2.4· Πρότ.Οδ., άρθρ 13.

άποψη⁷⁹ ότι η εισαγωγή της νόθου αντικειμενικής ευθύνης στο χώρο του Δικαίου Ελευθέρου Ανταγωνισμού είναι ικανή να περιορίσει οικονομικά επιθυμητές επιχειρηματικές πρωτοβουλίες.

V. ΑΛΛΗΛΕΠΙΔΡΑΣΗ ΜΕΤΑΞΥ ΤΩΝ ΠΡΟΓΡΑΜΜΑΤΩΝ ΕΠΙΕΙΚΕΙΑΣ ΚΑΙ ΤΩΝ ΑΓΩΓΩΝ ΑΠΟΖΗΜΙΩΣΗΣ.

Σημαντική θέση στην αποτελεσματική διαπίστωση και πάταξη αντιανταγωνιστικών πρακτικών κατέχουν τα προγράμματα επιείκειας, τα οποία εκμεταλλεύόμενα τη δομική αστάθεια των καρτέλ συμβάλλουν στην καταπολέμησή τους εκ των έσω.⁸⁰ Ωστόσο η ελκυστικότητα των συγκεκριμένων προγραμμάτων υπονομεύεται στην περίπτωση που το απόρρητο των παρεχόμενων πληροφοριών δεν προστατεύεται. Και τούτο διότι η «ομολογία» της παράβασης ενθαρρύνει και διευκολύνει αισθητά τους ζημιωθέντες να στραφούν αγωγικά κατά των προσφευγουσών εταιριών. Προκειμένου να αποφευχθεί το παράδοξο, η υποβαλλόμενη σε πρόγραμμα επιείκειας επιχείρηση να τίθεται σε δυσμενέστερη θέση σε σχέση με τους υπόλοιπους παραβάτες, είναι επιτακτική η ανάγκη νομοθετικής παρέμβασης με σκοπό την προστασία των δηλώσεων που γίνονται κατά τη διαδικασία ένταξης των επιχειρήσεων στα προγράμματα επιείκειας και περαιτέρω τη ρύθμιση της σχέσης μεταξύ προγραμμάτων επιείκειας και αγωγών αποζημίωσης.

Τη σπουδαιότητα αυτού του ζητήματος αναγνωρίζει η Επιτροπή στα πλαίσια της Λευκής Βίβλου.⁸¹ Συγκεκριμένα προτείνεται η προστασία του απορρήτου για όλες τις εταιρικές δηλώσεις αναφορικά με την παραβίαση του άρ. 101 ΣυνθΛΕΕ που υποβάλλονται από τους αιτούντες επιεική μεταχείριση, ανεξαρτήτως του αν η σχετική αίτηση έγινε δεκτή ή όχι. Επιπλέον προς ενίσχυση του θεσμού των προγραμμάτων επιείκειας εξετάζεται ως πρόταση ο περιορισμός της αστικής ευθύνης των προσώπων στους οποίους παρέχεται ασυλία. Ο περιορισμός της αστικής ευθύνης δεν φαίνεται να συνάδει με βασικές δικαιοκτικές αρχές και αποτελεί νομική ασυνέπεια καθώς η επιβολή διοικητικών προστίμων αφορά σκοπιμότητες του Δημοσίου Δικαίου, ενώ η αποζημίωση σχετίζεται με την αποκατάσταση της ζημίας που υπέστησαν τα θύματα μιας παράνομης συμπεριφοράς. Συμφωνία μεταξύ διοίκησης και παραβάτη που θα απόβαινε εις βάρος τρίτων/θυμάτων μιας παράβασης είναι αμφίβολης λυσιτέλειας και πραγματικής αξίας, καθώς οι τελευταίοι θα στερούνταν του δικαιώματος αποζημίωσης χωρίς καν να τους δοθεί δυνατότητα ακρόασης. Επιπλέον η πρόταση της Λευκής Βίβλου θα μπορούσε να χαρακτηριστεί ως ατελής στο βαθμό που αφορά τον περιορισμό της αστικής ευθύνης αποκλειστικά και μόνο των προσώπων των οποίων γίνεται δεκτή η αίτηση επιεικούς μεταχείρισης δίχως να συμπεριλαμβάνει πρόσωπα που λόγω της συνδρομής τους στην αποκάλυψη της καρτελικής σύμπραξης απολαμβάνουν της μείωσης των επιβαλλόμενων διοικητικών κυρώσεων. Πέρα από τις όποιες δογματικές αντιρρήσεις η εν λόγω πρόταση της Επιτροπής συναντά τέλος πρακτικές δυσκολίες, καθώς σε περιπτώσεις όπου η αλυσίδα διανομής περιλαμβάνει σημαντικό αριθμό βαθμίδων μέχρι τον τελικό καταναλωτή, καθίσταται αδύνατος ο εντοπισμός των έμμεσα συναλλασσόμενων με τους αιτούντες επιείκεια. Για το λόγο αυτό δυσχερέστερα προσδιορίζεται ο κύκλος των προσώπων έναντι των οποίων λειτουργεί ο περιορισμός της αστικής ευθύνης.

Η απουσία ρύθμισης στα πλαίσια της Πρότασης Οδηγίας επί του εν λόγω ζητήματος δημιουργεί ανασφάλεια δικαίου, την οποία τα εθνικά δικαστήρια θα κληθούν αργά ή γρήγορα να αντιμετωπίσουν.⁸² Οι παραβάτες του Δικαίου Ελευθέρου Ανταγωνισμού οι οποίοι με τη

⁷⁹ Ritter, WuW 2008, 770.

⁸⁰ Αναλυτικά για το θεσμό των προγραμμάτων επιείκειας βλ. *Καλαφάτη/Τζάκα*, Το ελληνικό πρόγραμμα επιείκειας υπό το φως της προσφάτως θεσπισθείσας κοινοτικής Ανακοίνωσης και αμερικανικής πρακτικής, ΔΕΕ 2007, 165 επ.· *Λιάσκο*, Το νέο σύστημα εφαρμογής του Κοινοτικού Δικαίου Ανταγωνισμού, σελ. 181 επ.· *Wils*, Efficiency and justice in European antitrust enforcement, 2008, σελ. 118 επ.

⁸¹ Λευκή Βίβλος, σημ. 2.9.

⁸² Βλ. προδικαστικό ερώτημα του Ειρηνοδικείου της Βόννης (Amtsgericht Bonn), που εκκρεμεί ενώπιον του ΔΕΚ (άρ. υπόθ. C-360/09) και αφορά την πρόσβαση των ζημιωθέντων από μια σύμπραξη σε αιτήσεις υπαγωγής σε πρόγραμμα επιείκειας, καθώς και σε πληροφοριακά στοιχεία και έγγραφα, που παρασχέθηκαν εν προκειμένω εκουσίως από τους αιτούντες για την υπαγωγή τους σε καθεστώς επιείκειας και τα οποία διατηρεί μια ΕΑΑ, ΕΕ C 297 (5.12.2009) 18.

συμμετοχή τους σε προγράμματα επιείκειας συνδράμουν στην αποκάλυψη των αντιανταγωνιστικών συμπεριφορών εγκαταλείπονται στο έλεος αγωγών αποζημίωσης, οι οποίες δύνανται να στεφθούν με επιτυχία καθώς θα βασίζονται στα ενοχοποιητικά στοιχεία που οι ίδιοι παρήσχαν κατά τη διοικητική διαδικασία. Επομένως, προκειμένου τα προγράμματα επιείκειας να διατηρήσουν την ελκυστικότητά τους, επιβάλλεται η θέσπιση ενός ρυθμιστικού πλαισίου που θα περιλαμβάνει τους όρους προστασίας των εταιρικών δηλώσεων των αιτούντων.

VI. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

Όπως σωστά έχει παρατηρηθεί απαραίτητη προϋπόθεση για την επίτευξη αποτελεσματικής λειτουργίας της αγοράς είναι η ορθή *δοσολογία* των μέτρων ενίσχυσης της ιδιωτικής κατίσχυσης του Δικαίου Ελευθέρου Ανταγωνισμού⁸³, δίχως όμως να παραγνωρίζονται τα εύλογα συμφέροντα και δικαιώματα άμυνας των επιχειρήσεων. Η διατήρηση ισορροπίας κατά την εφαρμογή και κατίσχυση των κανόνων ανταγωνισμού με τα μέσα του ιδιωτικού δικαίου, έτσι ώστε από την μια μεριά οι επιχειρήσεις να μην αποθαρρύνονται κατά την άσκηση των δραστηριοτήτων τους στην αγορά και από την άλλη να αποτρέπονται αντιανταγωνιστικές συμπεριφορές, συνιστά κύριο στόχο αλλά και βασική δυσκολία κατά την εκπόνηση του οικείου νομοθετικού πλαισίου. Μια πραγματιστική προσέγγιση των εν λόγω επιδιώξεων αποτελεί επομένως πρόκληση και επιτακτική ανάγκη τόσο για τον κοινοτικό, όσο και για τους εθνικούς νομοθέτες κατά τη διαμόρφωση του συναφούς πλέγματος κανόνων δικαίου στο άμεσο μέλλον.

⁸³ Αθανασίου, ΔΕΕ 2008, 398.