

ΠΑΝΤΕΙΟ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΚΟΙΝΩΝΙΚΩΝ ΚΑΙ
ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΕΠΙΣΤΗΜΩΝ
ΓΕΝΙΚΟ ΤΜΗΜΑ ΔΙΚΑΙΟΥ

ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ

«Δίκαιο και Ευρωπαϊκή Ενοποίηση»

ΚΑΤΕΥΘΥΝΣΗ: Ιδιωτικό Δίκαιο

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ

με θέμα: Η υποχρέωση μη ανταγωνισμού στις
οριζόντιες συγκεντρώσεις επιχειρήσεων

ΦΟΙΤΗΤΡΙΑ: Μαρία Τσουκαλά (Α.Μ. 0906Μ012)

ΕΠΙΒΛΕΠΩΝ ΚΑΘΗΓΗΤΗΣ: κ. Αθανάσιος
Μπασαγιάννης, Λέκτορας

Αθήνα, 2009

ΠΑΝΤΕΙΟ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΚΟΙΝΩΝΙΚΩΝ ΚΑΙ
ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΕΠΙΣΤΗΜΩΝ
ΓΕΝΙΚΟ ΤΜΗΜΑ ΔΙΚΑΙΟΥ



ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ

«Δίκαιο και Ευρωπαϊκή Ενοποίηση»

ΚΑΤΕΥΘΥΝΣΗ: Ιδιωτικό Δίκαιο

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ

με θέμα: Η υποχρέωση μη ανταγωνισμού στις
οριζόντιες συγκεντρώσεις επιχειρήσεων

ΦΟΙΤΗΤΡΙΑ: Μαρία Τσουκαλά (Α.Μ. 0906Μ012)

ΕΠΙΒΛΕΠΩΝ ΚΑΘΗΓΗΤΗΣ: κ. Αθανάσιος
Μπασαγιάννης, Λέκτορας

Αθήνα, 2009

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ

με θέμα: *Η υποχρέωση μη ανταγωνισμού στις οριζόντιες συγκεντρώσεις επιχειρήσεων*

Φοιτήτρια: *Μαρία Τσουκαλά (Α.Μ. 0906Μ012)*

Επιβλέπων Καθηγητής: *κ. Αθανάσιος Μπασαγιάννης,*
Λέκτορας

I. ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΩΝ

I.	ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΩΝ.....	3
II.	ΠΙΝΑΚΑΣ ΣΥΝΤΟΜΟΓΡΑΦΙΩΝ.....	6
III.	ΠΕΡΙΛΗΨΗ.....	7
IV.	ΚΥΡΙΩΣ ΣΩΜΑ ΕΡΓΑΣΙΑΣ.....	8

A. ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΑ

1.	Ανταγωνισμός.....	9
2.	Η υποχρέωση μη ανταγωνισμού.....	10
α.	Εννοιολογική προσέγγιση και σημασία.....	10
β.	Η υποχρέωση μη ανταγωνισμού ως επαχθής απόρροια συμφωνιών, αποφάσεων ή εναρμονισμένων πρακτικών κατά το κοινοτικό και εθνικό δίκαιο ανταγωνισμού.....	12
γ.	Η αντιμετώπιση της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού στο πλαίσιο των καθέτων συμφωνιών.....	13

B. ΚΥΡΙΟ ΜΕΡΟΣ: Η υποχρέωση μη ανταγωνισμού ως δευτερεύων περιορισμός στην έννομη τάξη του ανταγωνισμού και ειδικότερα στο πλαίσιο των οριζοντίων ιδιοκτησιών

1.	Εννοιολογική προσέγγιση της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού ως δευτερεύοντος περιορισμού.....	16
α.	Η έννοια του ανταγωνισμού.....	16
β.	Αποτελεσματικός Ανταγωνισμός.....	17
γ.	Δευτερεύοντες περιορισμοί του ανταγωνισμού	
i.	Έννοια και προέλευση.....	19
ii.	Είδη δευτερευόντων περιορισμών.....	20
iii.	Το ζήτημα των δευτερευόντων περιορισμών στην κοινοτική και εθνική έννομη τάξη.....	22
δ.	Εννοιολογική προσέγγιση της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού.....	25

ε. Τύπος και περιεχόμενο της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού.....	28
στ. Η παρουσία της σε άλλους δευτερεύοντες περιορισμούς	
i. <i>Η υποχρέωση μη ανταγωνισμού μέσω αποκλειστικής διανομής σε συγκεκριμένη γεωγραφική έκταση.....</i>	29
ii. <i>Η υποχρέωση μη ανταγωνισμού ως προς τις τιμές.....</i>	29
ζ. Εφαρμογή του κανόνα της λογικής κατά την αξιολόγηση της	
i. <i>Έννοια του κανόνα της λογικής.....</i>	31
ii. <i>Αξιολόγηση της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού σύμφωνα με τον κανόνα της λογικής.....</i>	32
iii. <i>Στάθμιση της χρησιμότητας του κατά το κοινοτικό δίκαιο...</i>	32
η. Διάκριση μεταξύ δευτερευόντων και σύμφυτων περιορισμών	
i. <i>Εννοιολογική προσέγγιση των σύμφυτων περιορισμών.....</i>	34
ii. <i>Ενδεικτικές περιπτώσεις.....</i>	35
α. <i>Σύμφυτοι περιορισμοί στις συμβάσεις δικαιόχρησης.....</i>	35
β. <i>Μετασυμβατική υποχρέωση μη ανταγωνισμού δεσμεύουσα πρώην εμπορικό αντιπρόσωπο (πριν τη θέση σε ισχύ του π.δ. 219/91.....</i>	36
γ. <i>Ρήτρα μη ανταγωνισμού στις δικηγορικές εταιρίες.....</i>	37
2. Οριζόντιες συγκεντρώσεις επιχειρήσεων-Χρησιμότητα της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού	
α. <i>Η θέσπιση του Κανονισμού 139/2004.....</i>	38
β. <i>Πεδίο εφαρμογής του Κανονισμού.....</i>	39
i. <i>Η συγχώνευση μεταξύ ανεξαρτήτων επιχειρήσεων.....</i>	39
ii. <i>Η απόκτηση ελέγχου.....</i>	40
iii. <i>Η δημιουργία αυτόνομων κοινών επιχειρήσεων (joint venture companies).....</i>	41
γ. <i>Η αντιμετώπιση των δευτερευόντων περιορισμών κατά τον έλεγχο της συγκέντρωσης επιχειρήσεων.....</i>	41

στ. Τα κοινά χαρακτηριστικά της ελληνικής αγοράς στο πλαίσιο των συγκεντρώσεων επιχειρήσεων: Η επίδραση τους στην πρακτική της Ελληνικής Επιτροπής Ανταγωνισμού.....	45
ζ. Η συμβολή των δευτερευόντων περιορισμών στη λειτουργικότητα της επιχείρησης υπό το νέο φορέα της.....	46
η. Κριτήρια νομιμότητας της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού ως δευτερεύοντος περιορισμού	
<i>i. Άμεση σύνδεση με το κύριο αντικείμενο της συγκέντρωσης</i>	
α. Η ύπαρξη κύριας σύμβασης, δηλαδή συγκέντρωσης, ως πρωτεύοντος όρου.....	47
β. Προσυγκεντρωτικό Στάδιο.....	48
γ. Ασύμβατη η υποχρέωση μη ανταγωνισμού ως δευτερέων περιορισμός με δεσμεύσεις διαφορετικές από το περιεχόμενο της κυρίας σύμβασης.....	50
δ. Το ζήτημα έκτασης της ρήτρας μη ανταγωνισμού σε σχέση με τη γεωγραφική αγορά και την αγορά προϊόντος η υπηρεσίας	
δ.1. Αγορά προϊόντος ή υπηρεσίας.....	51
δ.2. Γεωγραφική αγορά.....	52
<i>ii. Δικαιολογημένοι απαραίτητος περιορισμός.....</i>	<i>52</i>
<i>iii. Το κρίσιμο ζήτημα της διάρκειας.....</i>	<i>54</i>
θ. Η υποχρέωση μη ανταγωνισμού ως δευτερέων περιορισμός, δεσμευτικός για τον πωλητή	
<i>i. Το δικαίωμα προσδοκίας του αγοραστή για την ανεμπόδιστη κάρπωση της πλήρους αξίας της μεταβιβαζόμενης επιχείρησης.....</i>	<i>56</i>
<i>ii. Η δέσμευση των θυγατρικών επιχειρήσεων του πωλητή.....</i>	<i>57</i>
Γ. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ	58

V. ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΚΟΣ ΠΙΝΑΚΑΣ

VI. ΠΙΝΑΚΑΣ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΣ

II. ΠΙΝΑΚΑΣ ΣΥΝΤΟΜΟΓΡΑΦΙΩΝ

Α.Ε.	Ανώνυμη Εταιρία
Α.Κ.	Αστικός Κώδικας
αριθμ.	αριθμός
βλ.	βλέπε
Δ.Ε.Ε.	Δίκαιο Επιχειρήσεων και Εταιριών
Δ.Ε.Κ.	Δικαστήριο Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων
Δ.Σ.	Διοικητικό Συμβούλιο
Ε.Α.	Επιτροπή Ανταγωνισμού
Ε.Ε.	Ευρωπαϊκή Ένωση
Ε.Π.Ε.	Εταιρία Περιορισμένης Ευθύνης
NoB	Νομικό Βήμα
ν.	νόμος
ο.ε.	ομόρρυθμος εταιρία
ό.π.	όπου παραπάνω
Π.Ε.Κ.	Πρωτοδικείο Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων
π.χ.	παραδείγματος χάριν
σελ.	σελίδα
ΣυνθΕΚ	Συνθήκη Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων
υπόθ.	Υπόθεση
ΧρΙΔ	Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου
ν.	versus

III. ΠΕΡΙΛΗΨΗ

Αντικείμενο της παρούσας εργασίας αποτελεί η υποχρέωση μη ανταγωνισμού στις οριζόντιες συγκεντρώσεις. Το πλαίσιο μέσα στο οποίο κινείται η παρούσα εργασία αποτελεί η έννομη τάξη του ελεύθερου ανταγωνισμού, λαμβανομένης παράλληλα υπόψη τόσο της κοινοτικής όσο και της ελληνικής νομικής πραγματικότητας και συγκεκριμένα η υποχρέωση μη ανταγωνισμού ως δευτερεύων περιορισμός στις οριζόντιες συγκεντρώσεις.

Αρχικά, αφού προηγηθεί μια εννοιολογική προσέγγιση της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού ως δευτερεύοντος περιορισμού, γίνεται διάκριση της από τους σύμφυτους περιορισμούς και προσέγγιση της με βάση τον κανόνα της λογικής.

Στη συνέχεια, η υποχρέωση μη ανταγωνισμού κρίνεται κατά κύριο λόγο ως περιορισμός που συνοδεύει μια πράξη συγκέντρωσης. Πεδίο ανάλυσης αποτελούν οι οριζόντιες συγκεντρώσεις, δηλαδή οι συμφωνίες μεταξύ επιχειρήσεων που βρίσκονται στο ίδιο επίπεδο της αλυσίδας παραγωγής.

Συνοψίζοντας, κρίθηκε ότι παρουσιάζει ιδιαίτερο ενδιαφέρον η αξιολόγηση μιας έννοιας με αρνητικό περιεχόμενο, της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού, η οποία εκτιμώμενη ως επιμέρους συμβατικός όρος δύναται να αποτελέσει ένα χρήσιμο και απαραίτητο εργαλείο για την εύρυθμη λειτουργία μιας σύμβασης και κατ' επέκταση και στην περισσότερο ορθολογική λειτουργία της αγοράς, εντός της οποίας πρόκειται να λειτουργήσει η κύρια σύμβαση.

IV. ΚΥΡΙΩΣ ΣΩΜΑ ΕΡΓΑΣΙΑΣ

A. ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΑ

1. Ανταγωνισμός

Η πολιτική ανταγωνισμού είναι θεμελιώδης για την υλοποίηση της εσωτερικής αγοράς. Ενώ ο λόγος της ύπαρξης της εσωτερικής αγοράς έγκειται στην παροχή στις επιχειρήσεις της δυνατότητας ανταγωνισμού ίσους όρους στις αγορές όλων των κρατών μελών, ο λόγος ύπαρξης της πολιτικής του ανταγωνισμού είναι η προώθηση της οικονομικής αποτελεσματικότητας με τη δημιουργία ευνοϊκού κλίματος όσον αφορά την καινοτομία και την τεχνολογική πρόοδο. Πάντως στο πλαίσιο της οικονομίας της αγοράς, ο ανταγωνισμός υποστηρίζει την οικονομική επιτυχία, συγχρόνως προστατεύοντας όσο καλύτερα γίνεται τα συμφέροντα των καταναλωτών και διασφαλίζοντας την ανταγωνιστικότητα των επιχειρήσεων, των προϊόντων και των υπηρεσιών της Ευρώπης στην παγκόσμια αγορά.

Η ευρωπαϊκή πολιτική του ανταγωνισμού επιτρέπει επίσης να αποφευχθούν ενδεχόμενες συμπράξεις και πρακτικές που παραβιάζουν τις αρχές του ανταγωνισμού εκ μέρους των εταιριών ή των εθνικών αρχών, πλήττοντας την υγιή δυναμική του ανταγωνισμού (συμπράξεις και εναρμονισμένες πρακτικές). Η πολιτική αυτή προσπαθεί να αποφύγει την καταχρηστική εκμετάλλευση εκ μέρους μιας ή περισσότερων επιχειρήσεων της οικονομικής τους ισχύος έναντι λιγότερο ισχυρών επιχειρήσεων (κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης).

Για να θεοπισθεί ένα καθεστώς που εξασφαλίζει ανόθευτο ανταγωνισμό μέσα την εσωτερική αγορά, οι συμφωνίες και εναρμονισμένες πρακτικές πρέπει, για να εμπίπτουν στην αρμοδιότητα των κοινοτικών αρχών, να επηρεάζουν το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών.

Η απαίτηση αυτή αποτελεί τη φυσική οριοθέτηση μεταξύ των αντίστοιχων τομέων εφαρμογής των κανόνων του ανταγωνισμού της συνθήκης και των εθνικών κανόνων του ανταγωνισμού και κατά συνέπεια, η συνύπαρξη του κοινοτικού δικαίου και των εθνικών δικαίων του ανταγωνισμού ορισμένες φορές οδηγεί στην παράλληλη εφαρμογή των αντίστοιχων κανόνων τους.

Οι δύο μεγάλοι πυλώνες του κοινοτικού δικαίου ανταγωνισμού που εφαρμόζονται στις ιδιωτικές επιχειρήσεις είναι τα άρθρα 81 και 82 της Συνθήκης Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων. Το άρθρο 81 παράγραφος 1 (πρώην άρθρο 85 παράγραφος 1) της ΣυνθΕΚ απαγορεύει τις συμπράξεις και εναρμονισμένες πρακτικές μεταξύ επιχειρήσεων που δύνανται να επηρεάσουν το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών και που έχουν ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού εντός της κοινής αγοράς¹.

2. Η υποχρέωση μη ανταγωνισμού

α) Εννοιολογική προσέγγιση και σημασία

Η υποχρέωση μη ανταγωνισμού αποτελεί μια έννοια, η οποία απαντάται σχεδόν σε όλους τους κλάδους του ιδιωτικού δικαίου. Η έννοια αυτή είναι χαρακτηριστική τόσο στο αστικό δίκαιο, όπου εμφανίζεται ως εξειδίκευση της αρχής της καλής πίστης², όσο και στο εμπορικό δίκαιο όπου είναι χαρακτηριστική η διάταξη του άρθρου 23

¹ www.europa.int

² Βλ. άρθρο 288 Α.Κ. όπου *Ο οφειλέτης έχει υποχρέωση να εκπληρώσει την παροχή όπως απαιτεί η καλή πίστη, αφού ληφθούν υπόψη και τα συναλλακτικά ήθη*. Χαρακτηριστική είναι και η διάταξη του άρθρου 747 Α.Κ. όπου *ο εταίρος δεν δικαιούται να ενεργεί για δικό του ή ξένο λογαριασμό πράξεις αντίθετες με τα συμφέροντα της εταιρίας*.

του ν. 2190/1920 κατά την οποία μέλος του διοικητικού συμβουλίου, διευθύνων σύμβουλος και διευθυντής μιας ανώνυμης εταιρίας απαγορεύεται να ανταγωνίζονται την ανώνυμη εταιρία, ενώ σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 20 του ν. 3190/1955, ανάλογη υποχρέωση επέχει ο διαχειριστής εταιρίας περιορισμένης ευθύνης.

Συνήθης είναι η συμβατική υποχρέωση μη άσκησης ανταγωνισμού κατά τη διάρκεια ισχύος της σύμβασης, η οποία ενδέχεται να αποτελεί είτε τη μοναδική υποχρέωση³ είτε κάποια μετασυμβατική ευθύνη, όπως συμβαίνει λόγου χάριν με τη μεταβίβαση επιχείρησης.

Ενώ καταρχήν γίνεται δεκτό ότι η υποχρέωση μη ανταγωνισμού μπορεί να συνομολογηθεί ή να προκύπτει εκ του νόμου, στην περίπτωση που πρόκειται για συμβατική υποχρέωση μη άσκησης ανταγωνισμού, δευτερεύουσας σημασίας σε σχέση με κάποια άλλη κύρια σύμβαση, ο συγκεκριμένος επιμέρους όρος γίνεται δεκτό ότι θα πρέπει να προκύπτει ρητά, οπότε και γίνεται λόγος για ρήτρα μη ανταγωνισμού⁴.

Ωστόσο στην ελληνική έννομη τάξη είναι πολλά τα παραδείγματα μετασυμβατικής υποχρέωσης μη ανταγωνισμού. Στις περισσότερες

³ Σε περίπτωση που κύρια υποχρέωση είναι η παράλειψη ανταγωνισμού, εφαρμόζεται η διάταξη του άρθρου 1 του ν. 703/77 όπου 1. Απαγορεύονται πάσαι αι συμφωνίαι μεταξύ επιχειρήσεων, πάσαι αι αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων και οιασδήποτε μορφής ενηρμονισμένη πρακτική επιχειρήσεων, αι οποίαι έχουν ως αντικείμενον ή αποτέλεσμα την παρακώλυσιν, τον περιορισμόν ή την νόθευσιν του ανταγωνισμού, ιδία δε αι σνιστάμεναι εις: α)τον άμεσον ή έμμεσον καθορισμόν των τιμών αγοράς ή πωλήσεως ή άλλων όρων συναλλαγής, β)τον περιορισμόν ή τον έλεγχον της παραγωγής, της διαθέσεως, της τεχνολογικής αναπτύξεως ή των επενδύσεων, γ)την κατανομήν των αγορών ή των πηγών εφοδιασμού, δ)την, κατά τρόπον δυσχεραίνοντα την λειτουργίαν του ανταγωνισμού, εφαρμογήν εν τω εμπορίω ανίσων όρων δι' ίσοδυνάμους παροχάς, ιδία δε την αδικαιολόγητον άρνησιν πωλήσεως, αγοράς ή άλλης συναλλαγής, ε)την εξάρτησιν συνάψεως συμβάσεων εκ της παρά των αντισυμβαλλομένων αποδοχής προσθέτων παροχών, αι οποίαι, κατά την φύσιν των ή συμφώνως προς τας εμπορικάς συνηθείας, δεν συνδέονται μετά του αντικειμένου των συμβάσεων τούτων. "στ-ι)" Παραλείπονται ως μη ισχύουσες."2. Οι κατά την προηγούμενη παράγραφο απαγορευμένες** συμφωνίες και αποφάσεις είναι απόλυτα άκυρες, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στον παρόντα νόμο. (Οι απαγορεύσεις της προηγούμενης παραγράφου ισχύουν και για τις, με τρίτους, συμφωνίες, τις αποφάσεις και την εναρμονισμένη πρακτική των ενώσεων προσώπων, που έχουν νομική προσωπικότητα)". 3. Εμπίπτουσαι εις την παράγραφον 1 του παρόντος άρθρου συμφωνίαι, αποφάσεις και περιπτώσεις ενηρμονισμένης πρακτικής ή κατηγορίαί τούτων δύνανται να κριθούν, δι αποφάσεως της Επιτροπής Προστασίας του Ανταγωνισμού, ως εν όλω ή εν μέρει ισχυραί, εφ όσον πληρούν αθροιστικώς τας κάτωθι προϋποθέσεις: α)συμβάλλον, επί ευλόγω συμμετοχή των καταναλωτών εις την προκύπτουσαν ωφέλειαν, εις βελτίωσιν της παραγωγής ή της διανομής των προϊόντων ή εις προώθησιν της τεχνικής ή οικονομικής προόδου, β)δεν επιβάλλουν εις τας οικείας επιχειρήσεις περιορισμούς πέρα των απολύτως αναγκαίων διά την πραγματοποίησιν των ανωτέρω σκοπών, και γ)δεν παρέχουν εις τας επιχειρήσεις ταύτας την δυνατότητα καταργήσεως του ανταγωνισμού εις σημαντικόν τμήμα της οικείας αγοράς, καθώς και η διάταξη του άρθρου 81 ΣυνθΕΚ.

⁴ Βλ. Μαρίνο, Πώληση επιχείρησης και απαγόρευση άσκησης ανταγωνισμού, ΧρΙΔ 2001, σελ. 98 επ.

περιπτώσεις πρόκειται για την υποχρέωση του διευθύνοντος συμβούλου, μεγαλοεταίρου ή διαχειριστή μιας εταιρίας να μην ανταγωνιστεί την εταιρία για ορισμένο χρονικό διάστημα μετά την αποχώρησή του από αυτήν⁵.

β) Η υποχρέωση μη ανταγωνισμού ως επαχθής απόρροια συμφωνιών, αποφάσεων ή εναρμονισμένων πρακτικών κατά το κοινοτικό και εθνικό δίκαιο ανταγωνισμού

Η υποχρέωση μη ανταγωνισμού αποτελεί όρο, ο οποίος έχει απασχολήσει και εξακολουθεί να απασχολεί έντονα το κοινοτικό και εθνικό δίκαιο ανταγωνισμού. Ως έννοια θα πρέπει καταρχήν να γίνει δεκτό ότι αξιολογούμενη αυτοτελώς, συνιστά περιορισμό του ανταγωνισμού και συνεπώς ενυπάρχει ήδη στο ρυθμιστικό πεδίο του άρθρου 81 ΣυνθΕΚ και του άρθρου 1 του ν. 703/77.

Χαρακτηριστικό παράδειγμα αντιανταγωνιστικής συμπεριφοράς αποτελεί ο καθορισμός τιμών, όπως προκύπτει από τη διάταξη του άρθρου 81, παρ. 1 α και για το λόγο αυτό δεν προκαλεί εντύπωση το γεγονός της ιδιαίτερα αυστηρής κατά κανόνα αντιμετώπισης του τόσο στις περιπτώσεις οριζοντίων όσο και στις περιπτώσεις καθέτων συμφωνιών. Θα μπορούσε να γίνει δεκτό ότι ο καθορισμός τιμών αποτελεί μια μορφή υποχρέωσης μη ανταγωνισμού ως προς την τιμή του προϊόντος, καθώς αποτρέπει τα μέρη να καθορίσουν το καθένα αυτόνομα την τιμή πώλησης ενός προϊόντος, υποχρεώνοντας τα με τον τρόπο αυτό να μην δρουν ανταγωνιστικά το ένα προς το άλλο. Επιπρόσθετα, η κατανομή των αγορών θα μπορούσε να αποτελέσει μια ακόμη περιοριστική πρακτική του ανταγωνισμού, η απαγόρευση της οποίας ανάγεται στη διάταξη του άρθρου 81 παρ. 1 γ. Η συγκεκριμένη πρακτική θεωρείται, επίσης, ότι έχει ως αντικείμενό της τον περιορισμό του ανταγωνισμού και συνιστά ανασταλτικό παράγοντα σε ότι αφορά την επίτευξη του στόχου της

⁵ Βλ. Λιακόπουλο, Η υποχρέωση μη ανταγωνισμού. Προϋποθέσεις για την αξία μιας συμφωνίας μη ανταγωνισμού, Δ.Ε.Ε. 2000, σελ. 24 επ.

ενιαίας αγοράς. Διαπιστώνεται, επομένως, ότι η υποχρέωση μη ανταγωνισμού ως έννοια είναι άρρηκτα συνδεδεμένη με την έννοια των οριζόντιων συμφωνιών και συμπράξεων των επιχειρήσεων.

γ) Η αντιμετώπιση της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού στο πλαίσιο των καθέτων συμφωνιών

Η υποχρέωση μη ανταγωνισμού απαντάται σε μεγάλο μέρος του κοινοτικού δικαίου ως συμβατικός όρος και μεταξύ άλλων, στο πλαίσιο των καθέτων συμφωνιών⁶. Συγκεκριμένα στο πλαίσιο των συμβάσεων διανομής και προμήθειας, όπως προκύπτει από τη διατύπωση του άρθρου 1, παρ. β του κανονισμού 2790/1999⁷, ο εννοιολογικός προσδιορισμός της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού είναι ιδιαίτερα ευρύς⁸. Παρατηρείται ότι η πρόβλεψη μη ανταγωνισμού ουσιαστικά διατυπώνεται με δύο διαφορετικούς τρόπους, οι οποίοι όμως επί της ουσίας δεν διαφέρουν ουσιαστικά μεταξύ τους. Ο πρώτος τρόπος έχει αρνητικό περιεχόμενο και ορίζεται ως η μη διακίνηση, το μη εμπόριο ανταγωνιστικών αγαθών ή υπηρεσιών και πρόκειται στην πραγματικότητα για τον πυρήνα ενός περιορισμού, με τον οποία άμεσα ή έμμεσα επιβάλλεται τελικά η χρήση ενός μόνο σήματος. Ο δεύτερος τρόπος αφορά ουσιαστικά τη ρήτρα μη ανταγωνισμού που έχει ως θετικό περιεχόμενο της την πρόβλεψη συνολικών προμηθειών.

Αναφορικά με τις συμβάσεις δικαιόχρησης, η προστασία της κοινής ταυτότητας και της φήμης του δικτύου franchising δρουν καταλυτικά στη θέση μιας ρήτρας μη ανταγωνισμού εκτός της κανονιστικής εμβέλειας του άρθρου 81 παρ. 1 ΣυνθΕΚ. Σε μια τέτοια περίπτωση μάλιστα, η διάρκεια της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού μπορεί να

⁶ Βλ. Κοτσίρη, Ευρωπαϊκό Εμπορικό Δίκαιο Ι, 2003, σελ. 50 επ.

⁷ Ο Κανονισμός 2790/1999 αντικατέστησε τους τρεις παλιότερους Κανονισμούς 1983/83, 1984/83 και 4087/88 που ρύθμιζαν τις συμφωνίες αποκλειστικής διανομής, αποκλειστικής προμήθειας και δικαιόχρησης αντίστοιχα.

⁸ Στον κανονισμό 2790/1999 ως υποχρέωση μη ανταγωνισμού ορίζεται κάθε άμεση ή έμμεση υποχρέωση δυνάμει της οποίας ο αγοραστής δεν δύναται να παράγει, αγοράζει, πωλεί ή μεταπωλεί αγαθά ή υπηρεσίες που είναι ανταγωνιστικά προς τα αγαθά ή τις υπηρεσίες που αναφέρει η σύμβαση καθώς και κάθε άμεση ή έμμεση υποχρέωση του αγοραστή να καλύπτει μέρος των αναγκών του σε βαθμό μεγαλύτερο του 80% από προϊόντα του προμηθευτή ή έστω υποδεικνυόμενα από αυτόν χωρίς να είναι δικά του.

διατηρηθεί για όσο διάστημα διαρκεί και η συμφωνία δικαιόχρησης. Ειδικά η υποχρέωση μη άσκησης ανταγωνισμού περιέχει στον δικαιοπάροχο τη δυνατότητα να διατηρήσει την ομοιομορφία του δικτύου και να αποτρέψει την οποιαδήποτε καιροσκοπική συμπεριφορά που τυχόν εμφανιστεί, δηλαδή να εμποδίσει τους ανεξάρτητους εμπόρους να εκμεταλλευτούν είτε την ύπαρξη του εμπορικού σήματος, είτε τη χρήση της δικής του επιχειρηματικής μεθόδου προκειμένου να διαθέσουν προϊόντα παρόμοια με αυτά του συστήματος δικαιόχρησης σε χαμηλότερες τιμές.

Οι ανωτέρω σκέψεις αποτελούν μερικά ενδεικτικά παραδείγματα, τα οποία καταδεικνύουν όχι μόνο την ύπαρξη, αλλά και τη σπουδαιότητα της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού στο δίκαιο και ιδιαίτερα στο δίκαιο ανταγωνισμού. Αντικείμενο της παρούσας εργασίας θα αποτελέσει η υποχρέωση μη ανταγωνισμού, ως δευτερεύων περιορισμός στις οριζόντιες συμφωνίες συνεργασίας. Στο πρώτο μέρος θα επιχειρηθεί μια εννοιολογική προσέγγιση της ανωτέρω έννοιας στο πλαίσιο των οριζοντίων συμφωνιών. Στο δεύτερο μέρος η υποχρέωση μη ανταγωνισμού θα εξεταστεί κατά κύριο λόγο, ως περιορισμός που συνοδεύει μια πράξη συγκέντρωσης⁹. Συνεπώς πεδίο ανάλυσης θα αποτελέσουν οι οριζόντιες συγκεντρώσεις, όπου πρόκειται για οριζόντιες συμφωνίες συνεργασίας μεταξύ επιχειρήσεων που βρίσκονται στο ίδιο επίπεδο της αλυσίδας παραγωγής, άρρηκτα συνυφασμένες με ένα πλέγμα νομικών και οικονομικών παραγόντων που μεταβάλουν τη δομή της επιχείρησης για μεγάλο χρονικό διάστημα. Η συγκέντρωση δύναται να επέλθει κατά κύριο λόγο με δύο τρόπους: είτε με τη συγχώνευση¹⁰ δύο ή περισσότερων προηγουμένως ανεξαρτήτων επιχειρήσεων, είτε με την απόκτηση του ελέγχου άλλης επιχείρησης στο σύνολο της ή σε μέρος αυτής. Επιπλέον συγκεντρωση δύναται να επέλθει όχι μόνο στην περίπτωση μεταβολής της δομής, αλλά και στην περίπτωση δημιουργίας νέας δομής, νέας

⁹ Βλ. Περάκη, Ο Έλεγχος Συγκεντρώσεων Επιχειρήσεων στο Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού, Δευτερεύοντες περιορισμοί του ανταγωνισμού, 1998, σελ. 101 όπου το φαινόμενο των δευτερευόντων περιορισμών δεν απαντάται μόνο στις συγκεντρώσεις, έχει όμως μελετηθεί ειδικά εκεί.

¹⁰ Συναντώνται δύο ειδών συγχωνεύσεις: είτε δια απορροφήσεως, μεταξύ υπαρχουσών εταιριών, είτε δια της δημιουργίας μιας νέας εταιρίας.

νομικής οντότητας με τη μορφή κοινής επιχείρησης, υπό την προϋπόθεση ότι αυτή θα χαρακτηρίζεται από διάρκεια και από τη δυνατότητα λειτουργίας ως αυτόνομης οικονομικής ενότητας¹¹.

¹¹ Βλ. Σουφλερό, Ο έλεγχος συγκεντρώσεων των επιχειρήσεων στο δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού, Δημοσιεύματα Εταιρίας Δικαίου του Ανταγωνισμού, 1998, σελ. 119 επ.

B. ΚΥΡΙΟ ΜΕΡΟΣ: Η υποχρέωση μη ανταγωνισμού ως δευτερεύων περιορισμός στην έννομη τάξη του ανταγωνισμού και ειδικότερα στο πλαίσιο των οριζοντίων συγκεντρώσεων

1) Εννοιολογική προσέγγιση της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού ως δευτερεύοντος περιορισμού

α) Η έννοια του ανταγωνισμού

Η έννοια του ανταγωνισμού, όπως προκύπτει από τη φύση της, είναι πολυσήμαντη. Γενικά θα μπορούσε να ειπωθεί ότι σημαίνει *προσπάθεια για την επίτευξη του καλύτερου δυνατού αποτελέσματος αναφορικά με έναν στόχο, την επίτευξη του οποίου επιδιώκουν ταυτόχρονα και άλλα πρόσωπα, φυσικά ή νομικά*¹².

Αναφορικά με την έννοια του οικονομικού ανταγωνισμού, γίνεται δεκτό ότι *οικονομικός ανταγωνισμός* σημαίνει επιδίωξη του ίδιου οικονομικού σκοπού από δύο ή περισσότερες ανεξάρτητες επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στη σχετική αγορά. Ο ανωτέρω ορισμός περιλαμβάνει τα επί μέρους στοιχεία που προσδιορίζουν την έννοια του ανταγωνισμού και συγκεκριμένα την ύπαρξη δύο τουλάχιστον ανεξάρτητων μεταξύ τους ανταγωνιστικών επιχειρήσεων που επιδιώκουν τη σύναψη συμβατικών σχέσεων με παράγοντες της αγοράς. Επιπλέον οι ανταγωνιστές οφείλουν να ακολουθήσουν τη νόμιμη οδό, δηλαδή να ενεργήσουν χωρίς προσυνεννόηση για την επιχειρηματική τους συμπεριφορά στη σχετική αγορά, χωρίς την καταχρηστική επιβολή της οικονομικής τους ευρωστίας ή χρήση μεθόδων αντίθετων προς συγκεκριμένους νομικούς κανόνες ή τα χρηστά ήθη, ενώ προϋποτίθεται και η ύπαρξη συγκεκριμένης γεωγραφικής αγοράς.

Όλα τα ανωτέρω χαρακτηριστικά συνιστούν τελικά και την έννοια της ελευθερίας του ανταγωνισμού. Ο ελεύθερος ανταγωνισμός

¹² Βλ. Ρόκα, Η ελευθερία του Ανταγωνισμού και οι περιορισμοί αυτής, ΕΕμπΔ, 1974, σελ. 61 επ.

αντικατοπτρίζεται στη συμπεριφορά μεταξύ των υπαρχουσών επιχειρήσεων. Σύμφωνα με μια άποψη, προσεγγίζοντας την πολιτική ανταγωνισμού με την στενή έννοια, πρόκειται για ένα σύνολο κανόνων που καθορίζουν τη συμπεριφορά και κατ' επέκταση τις συναλλαγές των επιχειρήσεων, οι οποίοι καλούνται συνήθως *αντιμονοπωλιακοί κανόνες*. Αντίθετα, κατά μια ευρύτερη εννοιολογική προσέγγιση της πολιτικής ανταγωνισμού, πρόκειται για τα *εργαλεία* που χρησιμοποιεί η κρατική πολιτική της χώρας προκειμένου να συνδράμει τις αγορές, ώστε να λειτουργήσουν με τρόπο εύρυθμο και ταυτόχρονα να συμβάλει στη δημιουργία και ανάπτυξη των επιχειρήσεων σε ατομικό επίπεδο, δημιουργώντας τις προϋποθέσεις που θα καταστήσουν τις επιχειρήσεις αυτές αποτελεσματικές.

Τόσο η εκάστοτε νομοθεσία περί ανταγωνισμού όσο και οι φορείς υλοποίησης της σε ένα κράτος, συνιστούν τυπικά την πολιτική ανταγωνισμού, της οποίας απώτερος στόχος είναι η επίτευξη της κοινωνικής ευημερίας¹³. Θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι η κοινωνική ευημερία κατά μια έννοια συνίσταται στο άθροισμα της ευημερίας τόσο των καταναλωτών όσο και των παραγωγών, οι οποίοι ωστόσο είναι και καταναλωτές. Η τιμή και η ποιότητα τόσο των προϊόντων όσο και των υπηρεσιών αποτελούν τους μοναδικούς παράγοντες που βρίσκονται σε άμεση συνάρτηση με την ευημερία των καταναλωτών. Η αποτελεσματική λειτουργία μιας επιχείρησης και το χαμηλό λειτουργικό κόστος αποτελούν αποτελούν μερικούς από τους βασικότερους παράγοντες που συμβάλουν στην κερδοφορία μιας επιχείρησης και κατ' επέκταση στην ευημερία των παραγωγών¹⁴.

β) Αποτελεσματικός Ανταγωνισμός

¹³ Βλ. Κατσουλάκο, Ο έλεγχος συγκεντρώσεων των επιχειρήσεων στο δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού, 1998, σελ. 135 επ.

¹⁴ Βλ. Περράκη, Η σχέση του δικαίου προστασίας του καταναλωτή με το δίκαιο του αθέμιτου ανταγωνισμού, Δ.Ε.Ε., 1996, σελ. 113 επ.

Ζητούμενο της διάταξης του άρθρου 81 ΣυνθΕΚ είναι κυρίως η προστασία του ανταγωνισμού και κατ' επέκταση της οικονομικής ελευθερίας των τρίτων, η προστασία του δημοσίου συμφέροντος¹⁵, ενώ πρόσθετο στόχο αυτού αποτελεί και η ολοκλήρωση της ευρωπαϊκής αγοράς. Στο ελληνικό δίκαιο ανταγωνισμού ο σκοπός του ν. 703/77 συνίσταται κατά κύριο λόγο τόσο στην προστασία της οικονομίας της αγοράς όσο και στην προστασία της οικονομικής ελευθερίας των τρίτων. Παρατηρείται δηλαδή ότι ο ν. 703/77 επιδιώκει να συνδυάσει την παράλληλη προστασία της κοινωνικής ευημερίας με την ατομική ωφέλεια¹⁶. Γίνεται επομένως κατανοητό ότι οι σκοποί του άρθρου 81 ΣυνθΕΚ και του άρθρου 1 του ν. 703/77 ως ένα βαθμό ταυτίζονται με μόνο πρόσθετο στόχο του άρθρου 81 ΣυνθΕΚ την ολοκλήρωση της ευρωπαϊκής αγοράς. Εν προκειμένω κρίνεται απαραίτητος ο προσδιορισμός του αντικείμενου προστασίας του άρθρου 81 ΣυνθΕΚ και του άρθρου 1 ν. 703/77. Πρόκειται για ταυτόσημες διατάξεις, ενώ σχετικός ορισμός δεν υπάρχει¹⁷. Προκύπτει ότι αντικείμενο προστασίας είναι ο λεγόμενος *αποτελεσματικός ανταγωνισμός*, ο οποίος αποτελεί ένα εναλλακτικό, μοντέλο σε σχέση με τον τέλειο ανταγωνισμό¹⁸. Ο

¹⁵ Κατά μια άποψη, η λειτουργία του ελεύθερου ανταγωνισμού στην αγορά αποσκοπεί στη δημιουργία ωφέλειας για το καταναλωτικό κοινό και άρρηκτα συνυφασμένη με την προστασία του καταναλωτή.

¹⁶ Βλ. Κοτσίρη, Δίκαιο Ανταγωνισμού, 2000, σελ. 399.

¹⁷ Το άρθρο 81 ΣυνθΕΚ έχει ως κατωτέρω: 1. Είναι ασυμβίβαστες με την κοινή αγορά και απαγορεύονται όλες οι συμφωνίες μεταξύ επιχειρήσεων, όλες οι αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων και κάθε εναρμονισμένη πρακτική, που δύνανται να επηρεάσουν το εμπόριο μεταξύ των κρατών μελών και που έχουν ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή την νόθευση του ανταγωνισμού και ιδίως εκείνες οι οποίες συνίστανται: α) στον άμεσο ή έμμεσο καθορισμό των τιμών της αγοράς ή πωλήσεως ή άλλων όρων συναλλαγής, β) στον περιορισμό ή στον έλεγχο της παραγωγής, της διαθέσεως, της τεχνολογικής αναπτύξεως ή των επενδύσεων, γ) στην κατανομή των αγορών ή των πηγών εφοδιασμού, δ) στην εφαρμογή άνισων όρων επί ισοδυνάμων παροχών έναντι των εμπορικώς συναλλασσόμενων, με αποτέλεσμα να περιέρχονται αυτοί σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό, ε) στην εξάρτηση της σύνταξης συμβάσεων από την αποδοχή εκ μέρους των συναλλασσόμενων παροχών, που εκ φύσεως ή σύμφωνα με τις εμπορικές συνήθειες, δεν έχουν σχέση με το αντικείμενο των συμβάσεων αυτών. 2. Οι απαγορευμένες δυνάμει του παρόντος άρθρου συμφωνίες και αποφάσεις είναι αυτοδικαίως άκυρες. 3. Οι διατάξεις της παρ. 1 δύνανται να κηρυχθούν ανεφάρμοστες: α) σε κάθε συμφωνία ή κατηγορία συμφωνιών μεταξύ επιχειρήσεων, β) σε κάθε απόφαση ή κατηγορία αποφάσεων ενώσεων επιχειρήσεων, γ) σε κάθε εναρμονισμένη πρακτική ή κατηγορία εναρμονισμένων πρακτικών, η οποία συμβάλει στην προώθηση της τεχνικής ή οικονομικής προόδου, εξασφαλίζοντας συγχρόνως στους καταναλωτές δίκαιο τμήμα από το όφελος που προκύπτει και η οποία: α) δεν επιβάλλει στις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις περιορισμούς μη απαραίτητους για την επίτευξη των στόχων αυτών και β) δεν παρέχει στις επιχειρήσεις αυτές της δυνατότητα καταργήσεως του ανταγωνισμού επί σημαντικού τμήματος των σχετικών προϊόντων.

¹⁸ Ο τέλειος ανταγωνισμός συνίσταται στον ανεξάρτητο καθορισμό των τιμών ή στην διαμόρφωση των τιμών σε μια ιδανική αγορά πλήρους διαφάνειας, όπου δραστηριοποιούνται πολλές ισοδύναμες μεταξύ τους επιχειρήσεις, καλά πληροφορημένες για τα μεταβαλλόμενα δεδομένα της αγοράς.

αποτελεσματικός ανταγωνισμός υφίσταται όταν ο αριθμός των ανταγωνιστών στην σχετική αγορά είναι μικρότερος από αυτόν που θα απαιτούσε ο τέλειος ανταγωνισμός.

γ) Δευτερεύοντες περιορισμοί του ανταγωνισμού

ι) Έννοια και προέλευση

Τόσο στο κοινοτικό, όσο και στο ελληνικό, δίκαιο του ανταγωνισμού, με την έννοια του δευτερεύοντος περιορισμού καλύπτεται κάθε εικαζόμενος περιορισμός του ανταγωνισμού, άμεσα συνδεδεμένος και αναγκαίος για την πραγματοποίηση μιας κύριας μη περιοριστικής για τον ανταγωνισμό συναλλαγής, ο οποίος είναι ανάλογος με τον σκοπό της.

Η θεωρία των δευτερευόντων περιορισμών¹⁹ έχει την καταγωγή της στο αμερικανικό δίκαιο ανταγωνισμού και αφετηρία για την εφαρμογή της, τη σκέψη ότι συμφωνίες ουσιώδεις για την ανάπτυξη του εμπορίου και των συναλλαγών δεν μπορούν να αποτελούν ταυτόχρονα πράξεις παράνομα περιοριστικές του εμπορίου. Το ανώτατο αμερικανικό δικαστήριο σε σειρά αποφάσεων²⁰ του δεν καταδίκασε τις συμφωνίες μη ανταγωνισμού, οι οποίες σχετίζονταν με τη μεταβίβαση της φήμης και της πελατείας της επιχείρησης, κρίνοντας τις ως δευτερεύουσες και για το λόγο αυτό απαραίτητες για την επιτυχία του εγχειρήματος. Αποτέλεσμα της προαναφερθείσας νομολογίας ήταν η υιοθέτηση με την πάροδο του χρόνου μιας προσέγγισης προσανατολιζόμενης σε οικονομικά κριτήρια, βάσει της οποίας αντιμετωπίστηκαν με μεγαλύτερη

¹⁹ Ancillary restraints.

²⁰ Χαρακτηριστική είναι η υπόθεση *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n* (1897), όπου το Ανώτατο Δικαστήριο δεν αναγνώρισε καμία εξαίρεση, παραμένοντας προσκολλημένο στο γράμμα και όχι στο πνεύμα του νόμου, μην προβαίνοντας δηλαδή σε τεολογική ερμηνεία, ως όφειλε, εμφανίστηκε τελικά να καταδικάζει όλες ανεξαιρέτως τις συμφωνίες που περιόριζαν το εμπόριο και όχι μόνο τις αδικαιολόγητες. Στην υπόθεση *Hopkins v. United States* (1898) το δικαστήριο δεν καταδίκασε τις συμφωνίες μη ανταγωνισμού που σχετίζονταν με τη μεταβίβαση του «αέρα» της επιχείρησης, δηλαδή με την φήμη και την πελατεία αυτής, κρίνοντας τις δευτερεύουσες και για το λόγο αυτό απαραίτητες για την επιτυχία του εγχειρήματος. Επίσης, το Ανώτατο Δικαστήριο έπραξε ανάλογα και στην υπόθεση *United States v. Joint Traffic Ass'n* (1898).

ανεκτικότητα περιορισμοί δευτερεύοντες προς την ενοποίηση των οικονομικών δραστηριοτήτων.

Στο σημείο αυτό κρίνοντας καθαρά σημειολογικά τον όρο δευτερεύοντες περιορισμοί, επειδή αυτοί δεν ανήκουν στον πυρήνα της συμφωνίας, αλλά λειτουργούν περισσότερο προστατευτικά, θα μπορούσε ίσως να θεωρηθεί ότι ο όρος που αποδίδει παραστατικότερα τον χαρακτήρα τους είναι αυτός των βοηθητικών περιορισμών. Μάλιστα, κατά μια άλλη άποψη, νομικά σκοπιμότερος κρίνεται ο όρος παρεπόμενοι²¹. Η προτίμηση των ανωτέρω όρων δεν έχει καμιά άλλη σημασία πέραν του ότι με την ορολογία αυτή προσδίδεται μεγαλύτερη έμφαση στη λειτουργία τους, δηλαδή στην αποστολή τους να βοηθήσουν τη συγκέντρωση να επιβιώσει. Πρέπει να επισημάνουμε ότι αν και οι δευτερεύοντες περιορισμοί είναι μειωμένης σημασίας σε σχέση με το κύριο αντικείμενο της συγκέντρωσης, αυτό δε σημαίνει σε καμιά περίπτωση ότι πρόκειται για ασήμαντους περιορισμούς, αλλά αντίθετα για σημαντικούς, αλλά βοηθητικούς σε ότι αφορά τη λειτουργία τους, περιορισμούς.

ii) *Είδη δευτερευόντων περιορισμών*

Δευτερεύοντες περιορισμοί δύνανται να χαρακτηριστούν οι συμβατικοί όροι περί μη άσκησης ανταγωνισμού, οι συμφωνίες παροχής αδειών εκμετάλλευσης δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας, οι συμφωνίες για έρευνα και ανάπτυξη, οι συμφωνίες για την παραγωγή και οι συμφωνίες για αγορά και προμήθεια στο μέτρο που δεν ξεπερνούν το πλαίσιο της κύριας συναλλαγής²². Επίσης, συμφωνίες διανομής θα μπορούσαν να θεωρηθούν περιορισμοί άμεσα συνδεδεμένοι και αναγκαίοι για την πραγματοποίηση της κύριας σύμβασης. Άλλα ενδεικτικά παραδείγματα επιμέρους συμβατικών όρων που δύνανται να θεωρηθούν δευτερεύοντες περιορισμοί αποτελούν η ρήτρα μη απόσπασης προσωπικού και η παροχή εξειδικευμένης υποστήριξης και

²¹ Βλ. Περάκη, ό.π., σελ. 117 επ.

²² Βλ. Περάκη, ό.π., σελ. 102 επ.

συνδρομής. Αντίθετα, γεωγραφικοί περιορισμοί, καθώς και όροι που αφορούν στην κατανομή των αγορών και στον καθορισμό των τιμών, δύσκολα μπορούν να γίνουν δεκτοί ως δευτερεύοντες περιορισμοί, χωρίς όμως αυτό να μπορεί να αποκλειστεί εκ των προτέρων. Οι ως άνω αναφερθείσες περιπτώσεις δύνανται υπό προϋποθέσεις να αποτελέσουν δευτερεύοντες περιορισμούς, χωρίς όμως αυτό να σημαίνει σε καμιά περίπτωση ότι η αναφορά τους είναι περιοριστική²³.

Κατά την μεταβίβαση μιας επιχείρησης τα μέρη δύνανται να προβλέψουν την εκχώρηση στον αγοραστή δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας ή τεχνογνωσίας, προκειμένου αυτός να αξιοποιήσει πλήρως τα μεταβιβαζόμενα στοιχεία του ενεργητικού. Ωστόσο δεν αποκλείεται η δυνατότητα του πωλητή να διατηρήσει τα δικαιώματα αυτά ή κάποια από αυτά, προκειμένου να τα εκμεταλλευτεί στο πλαίσιο άλλων δραστηριοτήτων, εκτός από εκείνες που μεταβιβάστηκαν. Σε αυτή την περίπτωση, η σύναψη συμφωνιών παραχώρησης άδειας εκμετάλλευσης αποτελεί το συνήθη τρόπο, προκειμένου να εξασφαλιστεί ότι ο αγοραστής θα αποκτήσει την πλήρη χρήση των μεταβιβαζόμενων στοιχείων του ενεργητικού. Αντίστοιχα, αν μαζί με την επιχείρηση εκχωρήθηκαν και δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας και ο πωλητής επιθυμεί τη συνέχιση της χρησιμοποίησης όλων ή ορισμένων από αυτά για άλλες δραστηριότητες, εκτός των μεταβιβασθεισών, ο αγοραστής θ του παραχωρήσει τη σχετική άδεια εκμετάλλευσης.

Επίσης, συχνά η μεταβίβαση μιας επιχείρησης ή κυρίως η μεταβίβαση τμήματος αυτής ενδέχεται να επιφέρει διάσπαση των σχέσεων αγοράς και εφοδιασμού. Προκειμένου να καταστεί εφικτή η μεταβίβαση μέρους των στοιχείων του ενεργητικού στον αγοραστή υπό εύλογους όρους, κρίνεται σε πολλές περιπτώσεις απαραίτητο να διατηρηθούν τουλάχιστον για μια μεταβατική περίοδο οι υφιστάμενοι δεσμοί μεταξύ πωλητή και αγοραστή. Η ως άνω διάσπαση και η μεταβίβαση μέρους των στοιχείων του ενεργητικού, επιτυγχάνεται συχνά με την ανάληψη επιμέρους υποχρεώσεων αγοράς και εφοδιασμού είτε από τον πωλητή είτε από τον αγοραστή της επιχείρησης ή τμήματος της.

²³ Βλ. Περάκη, ό.π., σελ. 105 επ.

Οι υποχρεώσεις αγοράς και εφοδιασμού δύνανται να θεωρηθούν άμεσα συνδεδεμένες με την συγκέντρωση και απαραίτητες για την πραγματοποίηση της.

Οι ανωτέρω υποχρεώσεις ενδέχεται να έχουν ως στόχο την εξασφάλιση της συνέχισης του εφοδιασμού του ενός ή του άλλου συμβαλλόμενου μέρους που είναι απαραίτητα για την άσκηση των δραστηριοτήτων που επιχειρεί ο πωλητής ή εκείνων που αποκτά ο αγοραστής. Μάλιστα, για το λόγο αυτό η Ευρωπαϊκή Επιτροπή έχει κρίνει τις υποχρεώσεις αγοράς και εφοδιασμού που αποβλέπουν στην εγγύηση των ποσοτήτων των προηγούμενων προμηθειών, δικαιολογημένες για διάστημα μέχρι πέντε ετών²⁴.

iii) Το ζήτημα των δευτερευόντων περιορισμών στην κοινοτική και εθνική έννομη τάξη

Για να κατανοηθεί το ζήτημα των δευτερευόντων περιορισμών, θα πρέπει να προηγηθεί μια περιορισμένης έκτασης ανάλυση της λειτουργίας του φαινομένου, του οποίου οι δευτερεύοντες περιορισμοί αποτελούν τμήμα, δηλαδή της συγκέντρωσης.

Η αναζήτηση της γενικότερης επίπτωσης που ενδέχεται να έχει η συγκέντρωση στον ανταγωνισμό λόγω της δημιουργίας ή της ενίσχυσης δεσποζουσας θέσης αποτελεί κεντρικό ζήτημα για την κοινοτική και ως ένα βαθμό για την εθνική έννομη τάξη του ανταγωνισμού. Είναι λοιπόν επόμενο, η αρμόδια αρχή ανταγωνισμού να επικεντρώνει την προσοχή της στις δομικές μεταβολές που επιφέρει η συγκέντρωση είτε μέσω συγχώνευσης, είτε μέσω εξαγοράς επιχείρησης από άλλη, είτε μέσω δημιουργίας κοινής επιχείρησης. Αυτό σημαίνει ότι ο έλεγχος δεν επεκτείνεται και σε συμφωνίες που συνοδεύουν την συγκέντρωση ή ρυθμίζουν θέματα παράλληλα ή συναφή με τη συγκέντρωση, οι οποίες εκτιμώνται με βάση τα κριτήρια του άρθρου 81 ΣυνθΕΚ και του άρθρου 1 του ν. 703/77.

²⁴ Βλ. παρ. 30 επ. της Ανακοίνωσης (2005) για τους περιορισμούς που συνδέονται άμεσα με τις συγκεντρώσεις και είναι απαραίτητοι για την πραγματοποίησή τους, ΕΕ C56/24, της 5-3-2005.

Ωστόσο, θα πρέπει να διαφοροποιείται η αντιμετώπιση επιμέρους συμφωνιών, οι οποίες χωρίς να αποτελούν συστατικά στοιχεία της συγκέντρωσης είναι άμεσα συνδεδεμένες με αυτή και απαραίτητες για την ολοκλήρωση της. Μια από τις πλέον γνωστές και συνήθεις στην πράξη συμφωνίες αυτή της μορφής, συνιστούν οι συμφωνίες μη ανταγωνισμού. Αυτού του είδους οι συμφωνίες αποτελώντας στην ουσία τους περιοριστικούς όρους, θεωρούμενοι ως μέρος της συγκέντρωσης και καλούμενοι δευτερεύοντες περιορισμοί, εκτιμώνται κατά τη διαδικασία ελέγχου της συγκέντρωσης και όχι κατά τις διατάξεις των άρθρων 81 ΣυνθΕΚ ή 1 του ν. 703/1977. Ειδικότερα επισημαίνονται τα εξής: Η διάταξη του άρθρου 46 παρ. 7 του ν. 703/1977 ορίζει ότι η απόφαση της Ελληνικής Επιτροπής Ανταγωνισμού που επιτρέπει την πραγματοποίηση της συγκέντρωσης καλύπτει επίσης τους περιορισμούς που συνδέονται άμεσα με την πραγματοποίηση της συγκέντρωσης και είναι απαραίτητοι για αυτή.

Σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 21 αιτιολογική σκέψη του Κανονισμού 139/2004 *ο παρών κανονισμός θα πρέπει να εφαρμόζεται στις περιπτώσεις που οι συμμετέχουσες επιχειρήσεις δέχονται περιορισμούς που συνδέονται άμεσα και είναι αναγκαίοι για την πραγματοποίηση της συγκέντρωσης. Οι αποφάσεις της Επιτροπής με τις οποίες κηρύσσονται οι συγκεντρώσεις συμβατές με την κοινή αγορά κατ' εφαρμογή του παρόντος κανονισμού, θα πρέπει να καλύπτουν αυτομάτως τους περιορισμούς αυτούς χωρίς να υποχρεούται η Επιτροπή να αξιολογεί τους εν λόγω περιορισμούς κατά περίπτωση. Ωστόσο, κατόπιν αιτήματος των συγκεκριμένων επιχειρήσεων, η Επιτροπή θα πρέπει σε υποθέσεις που παρουσιάζουν καινοφανή ή ανεπίλυτα ζητήματα που προκαλούν πραγματική αβεβαιότητα, να αξιολογεί ρητά το κατά πόσον δεδομένος περιορισμός συνδέεται άμεσα και είναι αναγκαίος για την πραγματοποίηση της συγκέντρωσης. Μια υπόθεση παρουσιάζει ένα καινοφανές ή ανεπίλυτο ζήτημα που προκαλεί πραγματική αβεβαιότητα, εάν το εν λόγω ζήτημα δεν καλύπτεται από την ισχύουσα ανακοίνωση της Επιτροπής ή από δημοσιευμένη απόφαση της Επιτροπής.*

Γίνεται, συνεπώς, αντιληπτό με βάση τα ανωτέρω ότι η συνάρτηση της αξιολόγησης των δευτερευόντων περιορισμών με τη διαδικασία

ελέγχου της συγκέντρωσης επιβάλλεται για λόγους ασφάλειας δικαίου, καθώς οι συγκεκριμένοι περιορισμοί αποτελούν άμεσα συνδεδεμένο και αναγκαίο στοιχείο για το φαινόμενο της συγκέντρωσης στο σύνολο του. Αν ο δευτερεύων περιορισμός εκτιμόταν ως ένα ξεχωριστό φαινόμενο, άσχετο προς αυτό της συγκέντρωσης, δεν θα μπορούσε να υπάρξει καμιά εγγύηση ως προς τη συναγωγή ασφαλών συμπερασμάτων, καθώς πρακτικά όλη η υπόθεση θα οδηγείτο στην αξιολόγηση δύο αυτοτελών συμφωνιών, ανεξαρτήτων μεταξύ τους τουλάχιστον τυπικά, με μη προβλέψιμα αποτελέσματα. Δεν είναι άλλωστε καθόλου βέβαιο ότι η παρ. 3 του άρθρου 81 ΣυνθΕΚ ή του άρθρου 1 του ν. 703/1977 δύναται να δώσει νομικά ακριβείς και κατά συνέπεια ορθές απαντήσεις σε αποσπασματικά ερωτήματα κατά πόσο η υποχρέωση μη ανταγωνισμού αποτελεί περιορισμό αποδεκτό από την έννομη τάξη του ανταγωνισμού. Μια τέτοια πρακτική θα είχε ως αποτέλεσμα την *απογύμνωση* της κύριας σύμβασης της συγκέντρωσης από τους χρήσιμους για την ολοκλήρωση και εξέλιξη της επιμέρους συμβατικούς όρους που καλούνται δευτερεύοντες περιορισμοί. Για το λόγο αυτό άλλωστε η Ευρωπαϊκή Επιτροπή έσπευσε να δημιουργήσει ένα πλέγμα ασφάλειας δικαίου με την Ανακοίνωση της για τους δευτερεύοντες περιορισμούς²⁵. Μάλιστα προέβη και στην επικαιροποίηση του, αντικαθιστώντας την παραπάνω Ανακοίνωση με νεότερη²⁶ αναφορικά με *τους περιορισμούς που συνδέονται άμεσα και είναι αναγκαίοι για την πραγματοποίηση της συγκέντρωσης*, εξασφαλίζοντας με τον τρόπο αυτό την εμπέδωση της ανάγκης αξιολόγησης των δευτερευόντων περιορισμών σε συνάρτηση με το πρωτεύον ζήτημα της συγκέντρωσης²⁷. Αξίζει να σημειωθεί ότι η Ευρωπαϊκή Επιτροπή έχει ήδη προβεί στην έκδοση νέας Ανακοίνωσης για τους περιορισμούς που συνδέονται άμεσα με τις συγκεντρώσεις και είναι αναγκαίοι για την πραγματοποίησή τους, σε συνάρτηση και με τον Κανονισμό 139/2004 για τις συγκεντρώσεις.

²⁵ Βλ. ΕΕ C 203/5, της 14-8-1990

²⁶ Βλ. ΕΕ C 188/5, της 4-7-2001

²⁷ Βλ. Κοτσίρη, Δίκαιο Ανταγωνισμού, ό.π., σελ. 575 επ.

δ) Εννοιολογική προσέγγιση της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού

Το περιεχόμενο των συμβάσεων καθορίζεται τόσο από την βούληση των συμβαλλομένων μερών, όσο και από διατάξεις αναγκαστικού χαρακτήρα που αντανakλούν το νομοθετικό πλαίσιο μιας έννομης τάξης. Κατά συνέπεια προσδιορίζεται και από τις γενικές αρχές του Αστικού Κώδικα. Επομένως, στις περιπτώσεις εκείνες που το περιεχόμενο μιας σύμβασης κριθεί αντίθετο προς την καλή πίστη, τα χρηστά ήθη, τον κοινωνικοοικονομικό σκοπό της συμβατικής σχέσης ή κριθεί αυθαίρετο και καταχρηστικό, θα χαρακτηριστεί άκυρο και για το λόγο αυτό μη δεσμευτικό για τα συμβαλλόμενα μέρη²⁸. Εντούτοις δεν θα πρέπει να παραβλέπεται ότι κάθε σύμβαση περιορίζει, λόγω κυρίως της φύσεως της, την ελευθερία των συμβαλλομένων μερών. Αυτός ο περιορισμός της ελευθερίας αποτελεί όρο *sine qua non* για τη σύναψη ακόμη και της πιο απλής σύμβασης. Συνεπώς εκείνο που ενδιαφέρει κυρίως είναι η μη υπέρβαση ορισμένων ορίων, πέρα από τα οποία η βούληση του οφειλέτη θα έπαυε κυριολεκτικά να υφίσταται προς όφελος της βούλησης του δανειστή και αντιστρόφως, οδηγώντας στην κατάργηση της ελευθερίας του και στην παρεμπόδιση της οικονομικής του δραστηριότητας. Μια τέτοια περίπτωση υπέρμετρης δέσμευσης της ελευθερίας συνιστά η υποχρέωση παράλειψης ανταγωνισμού, ως παρεπόμενος συμβατικός όρος, για μεγάλο χρονικό διάστημα ή χωρίς κανένα γεωγραφικό περιορισμό.

Στα πλαίσια του ανταγωνισμού, η έννοια της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού φαίνεται να έχει μόνο αρνητικό περιεχόμενο, αφού συνίσταται στην υποχρέωση προς παράλειψη ή ανοχή με την έννοια της μη άσκησης οικονομικής δραστηριότητας, η οποία θα συνίστατο στη σύναψη ανταγωνιστικών συναλλακτικών σχέσεων. Συνεπώς, η υποχρέωση

²⁸ Βλ. Λιακόπουλο, Η υποχρέωση μη ανταγωνισμού. Προϋποθέσεις για την αξία μιας συμφωνίας μη ανταγωνισμού, Δ.Ε.Ε., 1996, σελ. 24 επ.

μη ανταγωνισμού, συνιστά έναν περιορισμό της οικονομικής ελευθερίας²⁹.

Η υποχρέωση μη ανταγωνισμού σε κάθε περίπτωση, έχει ένα συγκεκριμένο περιεχόμενο, το οποίο εξαρτάται από τη μορφή της συμβατικής σχέσης της οποίας αποτελεί μέρος. Επιπλέον, το φυσικό ή νομικό πρόσωπο που επωφελείται από την υποχρέωση μη ανταγωνισμού, θα πρέπει να νομιμοποιείται προς τούτο. Λόγου χάριν, ο αγοραστής μιας επιχείρησης προκειμένου να αποκτήσει την πλήρη οικονομική αξία της επιχείρησης, νομιμοποιείται να απαιτήσει από τον πωλητή της επιχείρησης τη μη άσκηση ανταγωνισμού υπό προϋποθέσεις.

Συνεπώς, η υποχρέωση μη ανταγωνισμού για το φυσικό ή νομικό πρόσωπο που μεταβιβάζει την επιχείρηση, η οποία προβλέπεται να διαρκέσει για εύλογο χρονικό διάστημα μετά τη μεταβίβαση, δικαιολογείται λόγω της φύσης του αντικειμένου της μεταβίβασης. Οι παράγοντες που κατά κύριο λόγο προσδιορίζουν την αξία μιας επιχείρησης είναι η φήμη και η πελατεία της. Η οικονομική απόδοση και η εξέλιξη της εξαρτάται κυρίως από αυτούς τους παράγοντες στους οποίους εύλογα αποβλέπει ο αγοραστής της επιχείρησης. Κατά συνέπεια, γίνεται αντιληπτό ότι αν ο πωλητής της εν λόγω επιχείρησης μπορούσε να αποσπάσει πελατεία ή ακόμη και να εμποδίσει την αύξηση της με ανταγωνιστικές πρακτικές, η μεταβίβαση θα συνιστούσε τελικά μια αποτυχημένη επένδυση για τον αγοραστή. Σε μια τέτοια περίπτωση θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι συνέπεια της παραβίασης της επιμέρους συμβατικής υποχρέωσης μη ανταγωνισμού συνιστά η αποζημίωση του προσώπου προς όφελος του οποίου συμφωνήθηκε η συγκεκριμένη ρήτρα.

Αναφορικά με τη συγκέντρωση επιχειρήσεων, η υποχρέωση μη ανταγωνισμού απαντάται κυρίως με τη μορφή ενός περιορισμού άμεσα συνδεδεμένου και απαραίτητου για τη συγκέντρωση. Η συγκεκριμένη συμβατική υποχρέωση σε μη ανταγωνισμό δεν θα πρέπει να θεωρηθεί απαγορευμένη, επειδή κυρίως αφενός είναι λειτουργικά δικαιολογημένη,

²⁹ Βλ. Πυροβέτοη, Ο έλεγχος των συγκεντρώσεων μεταξύ των επιχειρήσεων στο δίκαιο του ανταγωνισμού. Α. Κατά το Κοινοτικό Δίκαιο Β. Κατά την ελληνική νομολογία, 1992, σελ. 186 επ.

αφαιτέρου δε είναι εύλογη στο μέτρο που οι συμβαλλόμενες επιχειρήσεις αποκομίζουν οφέλη από τη λειτουργία της κοινής επιχείρησης³⁰.

Σε ότι αφορά το πλαίσιο των συμφωνιών οριζόντιας συνεργασίας, εκ των πραγμάτων η ελευθερία των συμβαλλομένων μερών να ανταγωνίζονται μεταξύ τους περιορίζεται. Τις περισσότερες φορές περιλαμβάνεται στη σύμβαση συνεργασίας και ρήτρα μη ανταγωνισμού, βάσει της οποίας οι συμβαλλόμενες επιχειρήσεις υποχρεώνονται να μην ανταγωνίζονται μεταξύ τους ή με τις συνδεδεμένες επιχειρήσεις.

Με βάση τις παραπάνω επισημάνσεις διαπιστώνεται ότι αναφορικά με το εννοιολογικό της περιεχόμενο, η υποχρέωση μη ανταγωνισμού νοείται ως ενοχική σχέση βάσει της οποίας ένα πρόσωπο έχει υποχρέωση προς ένα άλλο σε παροχή. Ως τέτοια λοιπόν, επιβάλλεται πρώτιστα να μην προστατεύει κάποιο τρίτο μέρος, εκτός των συμβαλλομένων³¹. Η συγκεκριμένη υποχρέωση, ως υποχρέωση με αστικού δικαίου χαρακτηριστικά, ως υποχρέωση προς παράλειψη ή ανοχή με την έννοια της μη άσκησης οικονομικής δραστηριότητας, αν κριθεί υπό το πρίσμα ενός αμιγώς νομικού πλαισίου, ορθώς αντιμετωπίζεται ως περιορισμός καθώς προφανώς λειτουργεί εις βάρος της οικονομικής ελευθερίας κάποιου φυσικού ή νομικού προσώπου. Εντούτοις, τόσο στο πλαίσιο της κοινοτικής όσο και της εθνικής έννομης τάξης, ο καταλληλότερος τρόπος για να αντιμετωπιστεί με πληρότητα η συμβατική υποχρέωση παράλειψης ανταγωνισμού, ιδιαίτερα όταν αυτή αποτελεί επιμέρους όρο της κυρίας σύμβασης, είναι να κριθεί περιπτώσιολογικά. Με βάση τα συγκεκριμένα δεδομένα πριν από οποιαδήποτε κρίση σχετικά με το σύννομο ή μη της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού, αναγκαία είναι η ορθή εκτίμηση των πραγματικών δυνατοτήτων των συμβαλλομένων μερών που την επικαλούνται. Συνάγεται λοιπόν από τα παραπάνω, ότι υποχρέωση μη ανταγωνισμού ως δευτερεύων περιορισμός νοείται ως ο περιορισμός εκείνος του ανταγωνισμού με την έννοια της μη άσκησης οικονομικής

³⁰ Βλ. Περράκη, ό.π., σελ. 101 επ.

³¹ Βλ. απόφαση Nordic Capital/ Transpool, IV/M.625 της 23-8-1995, παρ. 33, όπου η Ευρωπαϊκή Επιτροπή διαπίστωσε ότι η κριθείσα ρήτρα μη ανταγωνισμού είχε τεθεί με σκοπό να προστατευθεί ένα τρίτο μέρος, εκτός των συμβαλλομένων. Για το λόγο αυτό κρίθηκε σκόπιμο να αποτελέσει αντικείμενο εκτίμησης με βάση της διάταξη του άρθρου 81 ΣυνθΕΚ.

δραστηριότητας, ο οποίος είναι άμεσα συνδεδεμένος και αναγκαίος για την ολοκλήρωση και τη λειτουργία μιας κύριας σύμβασης μη περιοριστικής για τον ανταγωνισμό, ο οποίος περιορισμός είναι ανάλογος προς τον σκοπό της συγκεκριμένης σύμβασης.

ε) Τύπος και περιεχόμενο της ρήτηρας μη ανταγωνισμού

Ως προς το τυπικό μέρος, η ρήτρα μη ανταγωνισμού συνήθως είναι έγγραφη και περιέχεται στο ίδιο έγγραφο με την κύρια συμφωνία. Όπως προκύπτει και από την παρ. 90 της απόφασης Lagardere SCA/Canal+SA v. Commission (T-251/00) *όταν οι συμμετέχοντες σε πράξη συγκεντρώσεως κοινοποιούν στην Επιτροπή συμβατικές ρήτρες ως περιορισμούς που συνδέονται άμεσα και είναι αναγκαίοι για την πραγματοποίηση της συγκέντρωσης, οι ρήτρες αυτές πρέπει να θεωρούνται αναπόσπαστο τμήμα της κοινοποίησεως της πράξεως συγκεντρώσεως.*

Στην πράξη είναι εξαιρετικά απίθανο να υπάρξει περίπτωση υποχρέωσης μη ανταγωνισμού ως δευτερεύοντος περιορισμού σε έγγραφο διαφορετικό από το έγγραφο που αφορά στο κύριο περιστατικό της συγκέντρωσης ή της οριζόντιας συμφωνίας. Ωστόσο, σε κάθε περίπτωση, ο έγγραφος τύπος δεν είναι επαρκής, ώστε να καταστήσει τη ρήτρα μη ανταγωνισμού ουσιαστικά άμεσα συνδεδεμένη και αναγκαία για την πραγματοποίηση της κύριας συμβάσεως, την οποία συνοδεύει. Η άμεση σύνδεση και αναγκαιότητα της, θα πρέπει να συνάγεται σε συνάρτηση και με την αρχή της αναλογικότητας.

Επιπλέον, η ως άνω ρήτρα δύναται να είναι είτε γενική είτε ειδική, υπό την έννοια ότι εξειδικεύει την υποχρέωση παράλειψης ανταγωνισμού³². Συνηθέστερες περιπτώσεις εξειδίκευσης αποτελούν οι παρακάτω:

α) η υποχρέωση μη ίδρυσης επιχείρησης που δραστηριοποιείται στο ίδιο ή παρεμφερές αντικείμενο με αυτό της κύριας σύμβασης.

β) η υποχρέωση μη συμμετοχής σε ανταγωνιστική επιχείρηση.

³² Πχ. Στην κρινόμενη συγκέντρωση υπάρχει μια γενική απαγόρευση άσκησης ανταγωνισμού, η οποία όμως συμπληρώνεται από συγκεκριμένους περιορισμούς και τελικά εξειδικεύεται.

γ) η αποφυγή προσπάθειας προσέλκυσης παλιών προηγούμενων πελατών ή υπαλλήλων.

Αξίζει να παρατηρηθεί ότι ακόμη και στις περιπτώσεις που η υποχρέωση ανταγωνισμού δεν υπάρχει με τη μορφή ρήτρας, δεν αποκλείεται να ενυπάρχει είτε στο εννοιολογικό περιεχόμενο είτε στο παραγόμενο αποτέλεσμα ενός άλλου περιορισμού³³.

στ) Η παρουσία της σε άλλους δευτερεύοντες περιορισμούς

i) Η υποχρέωση μη ανταγωνισμού μέσω αποκλειστικής διανομής σε συγκεκριμένη γεωγραφική έκταση

Η υποχρέωση μη άσκησης ανταγωνισμού, ως συμβατικός όρος, προκύπτει αμέσως με τη μορφή ρήτρας. Ενδέχεται όμως η ύπαρξη υποχρέωσης μη ανταγωνισμού να προκύπτει εμμέσως από κάποιον άλλο δευτερεύοντα περιορισμό. Λόγου χάριν, η συμφωνία αποκλειστικής διανομής, ως δεσμευτικός όρος μιας ευρύτερης επιχειρηματικής συμφωνίας, εξαιτίας αυτής ακριβώς της αποκλειστικότητας που εμπεριέχει, είναι δυνατό να θεωρηθεί ότι περιλαμβάνει υποχρέωση παράλειψης ανταγωνισμού. Άλλωστε, ο όρος αποκλειστική διανομή εμπεριέχει και την υποχρέωση μη ανταγωνισμού, ασχέτως αν αυτή τελικά προβλέπεται ή όχι ως επιμέρους συμβατικός όρος, άμεσα συνδεδεμένος και αναγκαίος για την πραγματοποίηση της κύριας συμφωνίας και ανεξάρτητος από τη δευτερεύουσα συμφωνία διανομής.

ii) Η υποχρέωση μη ανταγωνισμού ως προς τις τιμές

³³ Βλ. Περράκη, ό.π., σελ. 105-106.

Πρόκειται για μια ειδικότερη μορφή υποχρέωσης μη ανταγωνισμού, της οποίας η νομιμότητα αποτελεί διαφορετικό ζήτημα. Ανεξάρτητα πάντως από το θέμα αν ο καθορισμός τιμών συνιστά νόμιμη ή παράνομη πρακτική που στρέφεται κατά του ανταγωνισμού, αυτός καθεαυτός ως όρος δίνει την εντύπωση ότι εξειδικεύει την υποχρέωση μη ανταγωνισμού. Συγκεκριμένα, παραδείγματος χάριν κατά τη σύσταση κοινής επιχείρησης, τα συμβαλλόμενα μέρη καθορίζοντας τις τιμές μεταξύ τους, τελικά συμφωνούν εμμέσως να μην ανταγωνίζονται μεταξύ τους σε επίπεδο τιμών, ιδιαίτερα όταν για τη λειτουργία μιας κοινής επιχείρησης απαιτείται η τήρηση ενιαίων όρων, μεταξύ των οποίων δεν αποκλείεται και η υποχρέωση τήρησης ενιαίας τιμής. Δηλαδή, συμφωνία καθορισμού τιμών και συμφωνία μη ανταγωνισμού ως προς τις τιμές δείχνουν να έχουν αν όχι ακριβώς το ίδιο περιεχόμενο, πάντως το ίδιο αποτέλεσμα: ανυπαρξία ανταγωνισμού ως προς τι τιμές.

Εκτός από τις περιπτώσεις εκείνες κατά τις οποίες οι τιμές πώλησης καθορίζονται άμεσα, οπότε ο περιορισμός είναι περισσότερο προφανής, υπάρχουν και περιπτώσεις καθορισμού τιμών πώλησης που επιτυγχάνονται με έμμεσες μεθόδους. Τέτοιες μεθόδους συνιστούν ο εκ των προτέρων καθορισμός περιθωρίων κέρδους, ο καθορισμός του ανώτατου επιπέδου έκπτωσης, ο οποίος έχει ως βάση προκαθορισμένες ως ένα βαθμό τιμές, η συνάρτηση της τιμής μεταπώλησης με τις τιμές μεταπώλησης των ανταγωνιστών. Επίσης, υπάρχουν έμμεσες μέθοδοι καθορισμού τιμών πώλησης, οι οποίες είναι περισσότερο επαχθείς. Τέτοιες συνιστούν οι προειδοποιήσεις, ο εκφοβισμός, ακόμη και οι απειλές, οι οικονομικές συνήθως κυρώσεις ή οι καταγγελίες συμβάσεων που προκαλεί η διατήρηση ενός συγκεκριμένου επιπέδου τιμών.

Ζ) Εφαρμογή του κανόνα της λογικής (rule of reason) κατά την αξιολόγηση της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού ως δευτερεύοντος περιορισμού

i) Έννοια του κανόνα της λογικής

Η καταγωγή της θεωρίας του κανόνα της λογικής (rule of reason) βρίσκεται στο αμερικανικό δίκαιο του ανταγωνισμού. Χρησιμοποιήθηκε για πρώτη φορά από τα εθνικά δικαστήρια των Ηνωμένων Πολιτειών, προκειμένου αυτά να ερμηνεύσουν το Section 1, του Sherman Act 1890. Επρόκειτο για μια αυστηρή ρύθμιση που αφορούσε στην ελευθερία του εμπορίου, αφού αφενός δεν περιελάμβανε μια σαφή διατύπωση για την έννοια του περιορισμού του εμπορίου, αφετέρου δεν στάθμιζε τις συνέπειες που μια εμπορική συμφωνία θα μπορούσε να επιφέρει στον ανταγωνισμό. Κανόνας της λογικής σημαίνει επομένως, αποδοχή μιας τελολογικής, λιγότερο δογματικής ερμηνείας βάσει της οποίας αξιολογείται σε ποιο βαθμό ορισμένοι περιορισμοί του ανταγωνισμού εμπίπτουν ή όχι στις προβλεπόμενες απαγορεύσεις.

Συνεπώς, στην αμερικανική έννομη τάξη του ανταγωνισμού χωρίς τον κανόνα της λογικής, η υποχρέωση μη ανταγωνισμού δεν θα μπορούσε σε καμία περίπτωση να γίνει δεκτή αφού εξ ορισμού και μόνο θα κρινόταν περιοριστική για τον ανταγωνισμό. Επομένως, συμβατικοί όροι περιοριστικοί για τον ανταγωνισμό μπορεί να μην είναι πολύ «επικίνδυνοι» για να επιτραπούν, ενδέχεται όμως να αποτελούν ένα είδος νόμιμης άμυνας έναντι επιθετικών ανταγωνιστών ή ακόμη και το μόνο αποτελεσματικό μέσο για μια μικρή επιχείρηση, προκειμένου να εισέλθει και να επιβιώσει σε μια ανταγωνιστική αγορά. Συνεπώς στο πλαίσιο αυτό, μόνη η γραμματική διατύπωση του Section 1 του Sherman Act χωρίς συστατική ερμηνεία, στις περιπτώσεις που κρίνεται αναγκαία μια τέτοια αντιμετώπιση, είναι ελλιπής. Για το λόγο αυτό, είναι χρήσιμη η ανάλυση με βάση τον κανόνα της λογικής³⁴.

ii) Αξιολόγηση της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού σύμφωνα με τον κανόνα της λογικής

³⁴ Βλ. Ρόκα, Η ελευθερία ανταγωνισμού και οι περιορισμοί αυτής, ΕΕμπΔ, 1974, σελ. 461

Σύμφωνα με τον κανόνα της λογικής, δύο φαίνεται να είναι οι βασικότερες προϋποθέσεις, προκειμένου να κριθεί αν η υποχρέωση μη ανταγωνισμού δικαιολογείται τελικά ή όχι. Η πρώτη προϋπόθεση είναι όχι μόνο η νομική, αλλά και κυρίως οικονομική ανάλυση της φύσης του περιορισμού του ανταγωνισμού, της επίδρασης που αυτός ασκεί ή όχι στον ανταγωνισμό. Η δεύτερη προϋπόθεση είναι το εύλογο βάσει του οποίου προσδιορίζεται πότε ένας συμβατικός όρος με τη μορφή της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού αποσκοπεί στην καταστράτηγηση του ανταγωνισμού ή πότε αυτός έχει απλώς ήδη παράγει ένα αντιανταγωνιστικό αποτέλεσμα, αν ναι σε ποιο βαθμό και αν αυτό αντισταθμίζεται σε κάποιο όφελος.

iii) Στάθμιση της χρησιμότητας του κατά το κοινοτικό δίκαιο

Παρατηρείται ότι η εισαγωγή ενός κανόνα της λογικής στο ευρωπαϊκό δίκαιο ανταγωνισμού αντιμετωπίζεται με επιφυλάξεις από μεγάλο μέρος της θεωρίας. Θεωρείται ότι μια αρκετά ευρεία ερμηνεία του άρθρου 81 παρ. 1 είναι επαρκής, προκειμένου να διαπιστωθεί το ανεκτό ή όχι ενός περιορισμού του ανταγωνισμού. Η συγκεκριμένη αντιμετώπιση είναι δικαιολογημένη λόγω του ρόλου της Ευρωπαϊκής Επιτροπής σε θέματα ανταγωνισμού και της αυξημένης ανάγκης για ενιαία εφαρμογή του άρθρου 81 από όλα τα κράτη μέλη.

Είναι σαφές ότι το ΔΕΚ καταδικάζει ορισμένους τύπους συμφωνιών εξαιτίας του αντικειμένου ή του σκοπού τους, χωρίς καμία εκτενή ανάλυση της αγοράς και με αυτή την έννοια απαγορεύει ορισμένες συμφωνίες κρίνοντας τις παράνομες. Γίνεται επίσης αντιληπτό ότι το ΔΕΚ έχει ενστερνιστεί ένα είδος οικονομικής ανάλυσης στα πλαίσια του άρθρου 81 παρ. 1 ΣυνΘΕΚ. Ενώ το ΔΕΚ δεν χρησιμοποιεί τον όρο *rule of reason*, εντούτοις συχνά δίνει την εντύπωση ότι σε συγκεκριμένες περιπτώσεις κρίνει σκόπιμο να σταθμίσει τα αποτελέσματα μιας συμφωνίας στον ανταγωνισμό.

Κατ' εξαίρεση πάντως το ΔΕΚ στην απόφαση του *Montecatini v. Commission*³⁵ της 8-7-1999 κρίνοντας την αίτηση αναίρεσης της *Montecatini* κατά της αποφάσεως του ΠΕΚ της 10-3-1992 και απορρίπτοντας την τελικά, αναφέρεται σε αρκετές παραγράφους της απόφασης στην ανάλυση με βάση τον κανόνα της λογικής, καθώς αυτή αποτέλεσε ένα από τα βασικά επιχειρήματα της *Montecatini*, διαπιστώνοντας ότι και αν ακόμη υποτιθεθεί ότι ο κανόνας της λογικής έχει θέση στο πλαίσιο του άρθρου 85 παρ. 1 της Συνθήκης, δεν μπορεί σε καμιά περίπτωση να αποκλείει την εφαρμογή της διατάξεως αυτής στο πλαίσιο συμπτύξεως στην οποία εμπλέκονται παραγωγοί που κατείχαν το σύνολο σχεδόν της κοινοτικής αγοράς και η οποία αφορά επιδιωκόμενες τιμές, τον περιορισμό της παραγωγής και την κατανομή της αγοράς. Επομένως, το ΠΕΚ, θεωρώντας ότι ο κατάφωρος χαρακτήρας της παραβάσεως εμπόδιζε ούτως ή άλλως της εφαρμογή του κανόνα της λογικής, δεν υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο. Ερμηνευτικά φαίνεται να συνάγεται από την παραπάνω διατύπωση ότι το ΔΕΚ, αν όχι άμεσα, πάντως έμμεσα, δέχεται να κρίνει ως νομικό επιχείρημα την επίκληση του κανόνα της λογικής, καθώς στην ουσία του δεν τον απορρίπτει. Ωστόσο, το ΠΕΚ στην απόφαση *Metropole Television – M6 v. Commission* της 18-9-2001 ενώ παραδέχεται ότι σε ορισμένες αποφάσεις του ΔΕΚ και του ΠΕΚ η απαγόρευση του άρθρου 85 παρ. 1 ΣυνθΕΚ έχει προσεγγισθεί με μια περισσότερο εύκαμπτη ερμηνεία, εντούτοις ρητά και κατηγορηματικά απορρίπτει το ενδεχόμενο αυτές οι αποφάσεις να θεωρηθούν ότι εδραιώνουν την ύπαρξη του κανόνα της λογικής στο κοινοτικό δίκαιο. Κατά την κρίση του ΠΕΚ αν συνέβαινε κάτι τέτοιο, η παρ. 3 του άρθρου 85 θα καθίστατο ελλιπής ως προς την αποτελεσματικότητα της, ενδεχόμενο οπωσδήποτε αποφευκτέο³⁶.

Όπως γίνεται αντιληπτό το πρώτο επιχείρημα που προβάλλεται κατά της εφαρμογής του κανόνα της λογικής στο κοινοτικό δίκαιο είναι ότι η Ευρωπαϊκή Ένωση διαθέτει ήδη έναν μηχανισμό, με τη διάταξη του άρθρου 81 παρ. 3, μέσω του οποίου συμφωνίες που περιορίζουν τον

³⁵ Βλ. απόφαση *Montecatini v. Commission*, T-14/89 της 4-11-1992

³⁶ Βλ. απόφαση *Metropole Television – M6 v. Commission*, T-112/99 της 18-9-2001,

ανταγωνισμό μπορούν τελικά να τύχουν απαλλαγής. Τέτοια πρόβλεψη δεν φαίνεται να υπάρχει στις ΗΠΑ, γεγονός το οποίο καθιστά την ανάγκη για ένα είδος ανάλυσης κατά τον κανόνα της λογικής, περισσότερο απαραίτητο σε αυτή τη χώρα. Το δεύτερο επιχείρημα που πρέπει να επισημανθεί είναι ότι τα εθνικά δικαστήρια είναι ικανά να εφαρμόσουν τη διάταξη του άρθρου 81 παρ. 1, αλλά επιπρόσθετα να κρίνουν και με βάση τη διάταξη του άρθρου 81 παρ. 3. Μια ερμηνεία του άρθρου 81 παρ. 1, που καλύπτει μια ευρεία κλίμακα συμφωνιών κα διατηρεί σχεδόν όλη την ανάλυση για το άρθρο 81 παρ. 3, αφήνει περιθώριο και στα εθνικά δικαστήρια να διαδραματίσουν ένα σημαντικό ρόλο στην εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού. Επομένως, εκτιμάται ότι είναι τελικά δύσκολο τόσο οι εθνικές αρχές ανταγωνισμού και τα δικαστήρια των κρατών μελών, όσο και το ΔΕΚ αλλά ιδιαίτερα η Ευρωπαϊκή Επιτροπή να ενστερνιστούν με τρόπο άμεσο την προσέγγιση με βάση τον κανόνα της λογικής.

η) Διάκριση μεταξύ δευτερευόντων και σύμφυτων περιορισμών

ι) Εννοιολογική προσέγγιση των σύμφυτων περιορισμών

Οι σύμφυτοι περιορισμοί αποτελούν παρουσιάζουν μια βασική ομοιότητα με τους δευτερεύοντες περιορισμούς: έχουν το ίδιο περίπου ή παρόμοιο περιεχόμενο. Εντούτοις, η ειδοποιός διαφορά τους σε σχέση με του δευτερεύοντες περιορισμούς είναι ότι, ενώ οι σύμφυτοι περιορισμοί δεν ακολουθούν κάποια κύρια πράξη, υποβαλλόμενη σε έλεγχο με βάση το δίκαιο κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού, εντούτοις συνιστούν συνοδευτικές υποχρεώσεις των μερών σε μια σύμβαση με βάση κατά κύριο λόγο τα κριτήρια της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών, η οποία σύμβαση είναι άσχετη ή πάντως δεν περιορίζει τον ανταγωνισμό³⁷. Το κρίσιμο διαφοροποιητικό στοιχείο των σύμφυτων περιορισμών σε σχέση με τους δευτερεύοντες είναι ότι αυτοί

³⁷ Βλ. Περάκη, ό.π., σελ. 115 επ.

απορρέουν από την *ad hoc* εφαρμογή των κριτηρίων της καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών. Διαρκούν για όσο χρόνο διαρκεί η σύμβαση ή ακόμη και για ένα εύλογο διάστημα μετά τη λήξη της. Το γεγονός ότι αυτοί οι περιορισμοί δεν κρίνονται με βάση της διάταξη του άρθρου 81 της ΣυνθΕΚ ή την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 1 του ν. 703/1977 δεν μειώνει τη σημασία τους. Αντίθετα, το γεγονός ότι αποτελούν κυρίως απόρροια των διατάξεων του αστικού δικαίου³⁸, αλλά και εξειδίκευση της βούλησης των συμβαλλομένων μερών, είναι ενδεικτικά στοιχεία της αναγκαιότητάς τους.

ii) Ενδεικτικές περιπτώσεις

α) Σύμφυτοι περιορισμοί στις συμβάσεις δικαιόχρησης

Οι σύμφυτοι περιορισμοί χαρακτηρίζουν τις συμβάσεις δικαιόχρησης και διακρίνονται κατά κύριο σε δύο ευρύτερες κατηγορίες: α) εκείνους τους περιορισμούς απώτερος σκοπός των οποίων είναι η προστασία του δικαιοπαρόχου από την εκμετάλλευση της τεχνογνωσίας και της εφαρμογής των μεθόδων εκ μέρους των ανταγωνιστών του και β) εκείνους τους περιορισμούς, απώτερος στόχος των οποίων είναι η διαφύλαξη της φήμης και της ταυτότητας του δικτύου, στοιχεία τα οποία αποτελούν άλλωστε και τη μεγαλύτερη επένδυση για τον δικαιοπάροχο.

Ο Κανονισμός απαλλαγής 2790/1999 για τις κάθετες συμφωνίες, ο οποίος ρυθμίζει και τις συμβάσεις δικαιόχρησης, εμφανίζεται αρκετά αυστηρός ως προς το ζήτημα της χρονικής έκτασης της ρήτηρας μη ανταγωνισμού. Συγκεκριμένα, κατά τη διάταξη του άρθρου 5 (β), αποκλείονται από την εφαρμογή του Κανονισμού οι υποχρεώσεις μη άσκησης ανταγωνισμού που εξακολουθούν να ισχύουν μετά τη λύση της συμφωνίας. Εξαιρέση αποτελούν μόνο οι περιπτώσεις εκείνες κατά τις

³⁸ Βλ. ιδίως τις διατάξεις των άρθρων 200 όπου οι συμβάσεις ερμηνεύονται όπως απαιτεί η καλή πίστη, αφού ληφθούν υπόψη και τα συναλλακτικά ήθη, 281 όπου η άσκηση του δικαιώματος απαγορεύεται αν υπερβαίνει προφανώς τα όρια που επιβάλλουν η καλή πίστη ή τα χρηστά ήθη ή ο κοινωνικός ή οικονομικός σκοπός του δικαιώματος και 288 ΑΚ όπου ο οφειλέτης έχει υποχρέωση να εκπληρώσει την παροχή όπως απαιτεί η καλή πίστη, αφού ληφθούν υπόψη και τα συναλλακτικά ήθη.

οποίες συντρέχουν σωρρευτικώς ανάγκη προστασίας της τεχνογνωσίας που μεταβιβάζει ο δικαιοπάροχος στο δικαιοδόχο σε συνδυασμό με την παραγωγή, αγορά και πώληση αγαθών ή υπηρεσιών, καθώς και ο περιορισμός της διάρκειας της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού σε ένα έτος μετά την λύση της συμφωνίας. Επομένως, με τον ως άνω Κανονισμό, η κάλυψη της σύμβασης franchising με ρήτρα μη ανταγωνισμού μέχρι και ένα έτος μετά τη λύση της συμφωνίας αποτελεί εξαίρεση.

β) Μετασυμβατική υποχρέωση μη ανταγωνισμού δεσμεύουσα πρώην εμπορικό αντιπρόσωπο (πριν τη θέση σε ισχύ του π.δ. 219/91)

Δυνάμει του π.δ. 219/1991, το οποίο ρυθμίζει ρητά τη μετασυμβατική υποχρέωση μη ανταγωνισμού³⁹, γίνεται δεκτό, ότι είναι θεμιτή η συμφωνία εμπορικού αντιπροσώπου και αντιπροσωπευόμενου με την οποία υποχρεώνεται ο πρώτος σε μη ανταγωνισμό μετά τη λήξη της σύμβασης αντιπροσωπείας. Επιπλέον, συνάγεται ότι η υποχρέωση μη ανταγωνισμού μετά τη λήξη της κύριας σύμβασης ενδέχεται να γίνει δεκτή ακόμη και σιωπηρά, με βάση κατά κύριο λόγο την αρχή της προστασίας των χρηστών ηθών, δυνάμει των διατάξεων των άρθρων 919 ΑΚ και 1 του ν. 146/1914 «περί αθέμιτου ανταγωνισμού»⁴⁰.

Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η υποχρέωση μη ανταγωνισμού που αν και δεν αποτυπώνεται ρητά στη σύμβαση, εντούτοις ενδέχεται να λειτουργεί σιωπηρά ακόμη και μετά τη λήξη της κύριας συμφωνίας με τη

³⁹ Βλ. άρθρο 10 του π.δ. 219/1991 όπου ορίζεται ότι η συμφωνία βάσει της οποίας προβλέπεται περιορισμός των επαγγελματικών δραστηριοτήτων του εμπορικού αντιπροσώπου για το χρονικό διάστημα μετά τη λήξη της σύμβασης καλείται υποχρέωση μη ανταγωνισμού.

⁴⁰ Βλ. σχετικά απόφαση 11486/1980 ΠολΠρΑθ, ΕΕμπΔ 1981, σελ. 50 επ. όπου: Ούτως η παράβασις συμβατικών δεσμεύσεων, εκτός των κατά το αστικόν δίκαιον συνεπειών, δύναται να συνιστά και πράξιν αθέμιτον ανταγωνισµού, όταν δι' αυτής εξυπηρετείται σκοπός ανταγωνισµού και συντρέχουν ειδικαί συνθήκαι, αι. οποίαι προσδίδουν εις την συμβατικήν παράβασην αθέμιτον χαρακτήρα, ιδία δε η παράβασις υποχρεώσεως παραλείψεως ανταγωνισµού προβλεπομένης εκ της συµβάσεως εµπορικής αντιπροσωπείας, ως σχέσεως συνεργασίας και εμπιστοσύνης, μετά το πέρας της συµβάσεως ταύτης συνιστά ταυτοχρόνως πράξιν αθέμιτον ανταγωνισµού εν συνδρομή ειδικών περιστατικών, τα οποία δύνανται να θεμελιούν τον αθέμιτον ανταγωνισµόν, ενώ άλλωστε και άνευ υπάρξεως συμβατικής ρήτρας περί μη ανταγωνισµού μετά το πέρας της εµπορικής αντιπροσωπείας είναι δυνατό ωρισμένοι πράξεις του εµπορικού αντιπροσώπου να συνιστούν αθέμιτον ανταγωνισµόν. Ειδικώτερον η απόσπασις πελατείας, αποτελούσης πολύτιµον αγαθόν της επιχειρήσεως και η εκμετάλλευσις ξένης φήµης και οργανώσεως δύνανται εν συνδρομή ειδικών συνθηκών να είναι αθέμιτοι.

συνδρομή ειδικών παραγόντων που δημιουργούν προϋποθέσεις αθέμιτου ανταγωνισμού, μέσω κυρίως της προσβολής των χρηστών ηθών, αποτελεί σύμφυτο περιορισμό, καθώς διακρίνεται από αυτοτέλεια, χαρακτηριστικό που διαφοροποιεί γενικότερα τους σύμφυτους από τους δευτερεύοντες περιορισμούς⁴¹.

γ) Ρήτρα μη ανταγωνισμού στις δικηγορικές εταιρίες

Είναι χαρακτηριστικό ότι προκειμένου να προωθηθεί περισσότερο και με τον καλύτερο δυνατό τρόπο η ευημερία μιας δικηγορικής εταιρίας, τα διάφορα μέλη της εξειδικεύονται συνήθως σε διαφορετικό αντικείμενο και καθένα έχει τη δυνατότητα να καταστήσει γνωστή στους πελάτες και στο κοινωνικό σύνολο την υπεροχή των συνεργατών του στις ειδικότητες τους. Αν λοιπόν η ανάθεση μιας υπόθεσης περιέλθει σε ένα συνεργάτη λόγω της αποκτηθείσας φήμης της δικηγορικής εταιρίας και αυτός επιλέξει να την αναλάβει για προσωπικό συμφέρον, ουσιαστικά έχει προβεί σε μια καιροσκοπική συμπεριφορά σε βάρος των λοιπών συνεργατών. Για την αποφυγή λοιπόν τέτοιων συμπεριφορών και διάβρωσης της λειτουργικότητας της εταιρίας, η ρήτρα μη ανταγωνισμού, αποτελεί τελικά αναγκαία προϋπόθεση ώστε να καταστεί η συνεργασία περισσότερο σταθερή και ολοκληρωμένη ενισχύοντας με τον τρόπο αυτό την αποτελεσματικότητά της. Σε αυτό το πλαίσιο κρινόμενη η διάταξη του άρθρου 11 του π.δ. 81/2005⁴² για τις *Δικηγορικές Εταιρίες* είναι απολύτως ορθή και δικαιολογημένη και λόγω της εκ του νόμου πρόβλεψης της συνιστά σύμφυτο περιορισμό⁴³

⁴¹ Βλ. Περάκη, ό.π., σελ. 116 επ.

⁴² Ο ετάιρος δικηγόρος, απαγορεύεται να συμμετέχει σε άλλη δικηγορική εταιρεία ή να ασκεί ατομική δικηγορία και γενικά να ενεργεί για δικό του ή ξένο λογαριασμό πράξεις αντίθετες με τα συμφέροντα της εταιρείας.

⁴³ Βλ. Δρυλλεράκη, Οι δικηγορικές εταιρίες και η νέα ρύθμιση τους με το π.δ. 81/2005, ΝοΒ, 2005, σελ. 1237 επ.

2) Οριζόντιες συγκεντρώσεις επιχειρήσεων-Χρησιμότητα της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού

α) Η θέσπιση του Κανονισμού 139/2004

Την 1^η Μαΐου 2004 ετεθη σε εφαρμογή ο νέος Κοινοτικός Κανονισμός περί τω συγκεντρώσεων 139/2004⁴⁴. Ο νέος αυτός Κανονισμός αντικατέστησε τον προϊσχύοντα Κανονισμό 4064/1989⁴⁵, όπως είχε τροποποιηθεί από τον Κανονισμό 1310/1997. Ο νέος Κανονισμός 139/2004 αποσκοπεί στον εκσυγχρονισμό του Ευρωπαϊκού Δικαίου ανταγωνισμού και αποτελεί μια από τις σημαντικότερες σύγχρονες εξελίξεις στον τομέα αυτόν. Στην θέσπιση του Κανονισμού οδήγησε η επιτακτική ανάγκη, που είχε διαμορφωθεί κατά την εφαρμογή του προϊσχύοντα Κανονισμού 4064/1989, καθώς τα Δικαστήρια των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων διαπιστώνοντας σημαντικές διαδικαστικές και ουσιαστικές αδυναμίες της Επιτροπής κατά την αξιολόγηση των συγκεντρώσεων με βάση τον παλαιό Κανονισμό⁴⁶, άσκησαν μεγάλη πίεση για την υιοθέτηση ενός νέου Κανονισμού.

Στη θέσπιση του νέου Κανονισμού οδήγησε και η ανάγκη εναρμόνισης και προσέγγισης των δικαίων ανταγωνισμού της Ευρωπαϊκής Ένωσης και των Ηνωμένων Πολιτειών της Αμερικής, έτσι

⁴⁴ Κανονισμός (ΕΚ) αριθ. 139/2004 του Συμβουλίου της 2^{ης} Ιανουαρίου 2004 για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων (Κοινοτικός Κανονισμός Συγκεντρώσεων), ΕΕ L 24/1 της 29.1.2004.

⁴⁵ ΕΕ L 395/1 της 30.12.1989, ο οποίος εξακολουθεί να εφαρμόζεται σε συγκεντρώσεις που αποτέλεσαν αντικείμενο συμφωνίας ή αναγγελίας ή απόκτησης ελέγχου, πριν από την ημερομηνία εφαρμογής του Κανονισμού 139/2004, ήτοι πριν την 1.5.2004 (άρθρο 26 παρ. 2 του Κανονισμού 139/2004).

⁴⁶ Το Πρωτοδικείο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, κατά την αναθεώρηση του παλαιού Κανονισμού (η οποία τελικά κατέληξε στη θέσπιση του νέου Κανονισμού 139/2004), εξέδωσε αποφάσεις με τις οποίες αμφισβητούσε τον τρόπο αξιολόγησης από την Επιτροπή των συγκεντρώσεων (Απόφαση του Πρωτοδικείου της 6.6.2002, Υπόθεση T- 342/99, Airtours κατά Επιτροπής, Απόφαση του Πρωτοδικείου της 22.10.2002, Υπόθεση T- 310/01, Schneider Electric κατά Επιτροπής κ.α.)

ώστε να αποφευχθεί η έκδοση αντιφατικών αποφάσεων στις δύο πλευρές του Ατλαντικού⁴⁷.

β) Πεδίο εφαρμογής του Κανονισμού

Στο πεδίο εφαρμογής του Κανονισμού 139/2004 υπάγονται οι συγκεντρώσεις οι οποίες έχουν κοινοτική διάσταση και οι δευτερεύοντες περιορισμοί, οι οποίοι είναι άμεσα συνδεδεμένοι και αναγκαίοι για την υλοποίηση μιας συγκέντρωσης. Στο άρθρο 3 του Κανονισμού⁴⁸ δίδεται ο ορισμός της συγκέντρωσης, η οποία υπάγεται στο πεδίο εφαρμογής του και απαριθμούνται, εξαντλητικώς, όλες οι μορφές αυτής. Οι μορφές συγκεντρώσεις, οι οποίες αποτελούν αντικείμενο του εν λόγω Κανονισμού, είναι οι ακόλουθες τρεις:

ι) Η συγχώνευση μεταξύ ανεξαρτήτων επιχειρήσεων

Συγκέντρωση που έχει τη μορφή συγχωνεύσεως, κατά την έννοια του άρθρου 3, παρ. 1, στοιχείο α' του Κανονισμού, υπάρχει όταν δύο ή περισσότερες ανεξάρτητες επιχειρήσεις, ή τμήματα αυτών, ενώνονται σε μια νέα επιχείρηση και παύουν να υφίστανται ως διαφορετικές νομικές οντότητες. Συγχώνευση μπορεί επίσης να υπάρχει όταν μια επιχείρηση απορροφάται από άλλη, που διατηρεί τη νομική της προσωπικότητα, ενώ η πρώτη παύει να υφίσταται ως νομική οντότητα. Αντίθετα, δεν αποτελεί συγκέντρωση, κατά την έννοια του άρθρου 3 του Κανονισμού, η συγχώνευση μεταξύ δύο ή περισσότερων επιχειρήσεων ομίλου εταιριών, οι οποίες δε αναλαμβάνουν ανεξάρτητη οικονομική δράση, αλλά υπόκεινται στον έλεγχο της μητρικής επιχείρησης.

⁴⁷ Η αφορμή για την προσέγγιση των δικαιών ανταγωνισμού της ΕΕ και των ΗΠΑ, δόθηκε όταν εκδόθηκαν αντιφατικές αποφάσεις αναφορικά με τη συγκέντρωση των εταιριών General Electric και Honeywell.

⁴⁸ Συγκέντρωση θεωρείται ότι υπάρχει όταν προκύπτει μόνιμη μεταβολή του ελέγχου από α) τη συγχώνευση δύο ή περισσότερων προηγουμένως ανεξαρτήτων επιχειρήσεων ή τμημάτων επιχειρήσεων ή β) την απόκτηση, από ένα ή περισσότερα πρόσωπα που ελέγχουν ήδη μια τουλάχιστον επιχείρηση ή από μια ή περισσότερες επιχειρήσεις, άμεσα ή έμμεσα, με την αγορά τίτλων ή στοιχείων του ενεργητικού, με σύμβαση ή με άλλο τρόπο, ελέγχου στο σύνολο ή σε τμήματα μιας ή περισσότερων άλλων επιχειρήσεων.

ii) Η απόκτηση ελέγχου

Κατά την έννοια του άρθρου 3, παρ. 1, στοιχείο β' του Κανονισμού, υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής και οι συγκεντρώσεις που συνίστανται στην απόκτηση, από ένα ή περισσότερα πρόσωπα, του ελέγχου σε άλλη ή άλλες επιχειρήσεις, στο σύνολο ή σε τμήματα μιας ή περισσότερων επιχειρήσεων⁴⁹, με τρόπο που παρέχει τη δυνατότητα καθοριστικού επηρεασμού της δραστηριότητας της ή των εν λόγω επιχειρήσεων. Θα πρέπει να τονιστεί ότι δεν αποτελεί απόκτηση ελέγχου, και άρα συγκέντρωση κατά την έννοια του άρθρου 3 του Κανονισμού, η εσωτερική αναδιάρθρωση στα πλαίσια ενός ομίλου εταιριών.

Το άρθρο 3, παρ. 2, στοιχεία α', β' και γ' του Κανονισμού ενδεικτικά αναφέρει τους τρόπους με τους οποίους μπορεί να αποκτηθεί ο έλεγχος μιας επιχείρησης. Έτσι, ο έλεγχος μιας επιχείρησης μπορεί να αποκτηθεί είτε με την απόκτηση δικαιωμάτων ιδιοκτησίας ή χρήσης του συνόλου ή μέρους των περιουσιακών στοιχείων της επιχείρησης, είτε με την απόκτηση δικαιωμάτων ψήφου που επιτρέπουν στον δικαιούχο την αποφασιστική επιρροή στη σύνθεση των οργάνων ή στις αποφάσεις της ελεγχόμενης επιχείρησης, είτε τέλος, με συμφωνίες μετοχών που παρέχουν τη δυνατότητα καθοριστικού επηρεασμού των αποφάσεων των οργάνων της ελεγχόμενης επιχείρησης⁵⁰. Ωστόσο, σε κάθε περίπτωση η διαπίστωση της απόκτησης ελέγχου μιας επιχείρησης είναι πραγματικό ζήτημα, το οποίο πρέπει να ερευνάται *ad hoc*. Επομένως, ο ορισμός του ελέγχου που δίνεται από τον Κανονισμό είναι γενικός και επιτρέπει να υπαχθούν στην έννοια της συγκέντρωσης και άλλες περιπτώσεις πέραν

⁴⁹ Όταν η πράξη αφορά την απόκτηση τμημάτων μιας ή περισσότερων επιχειρήσεων, μόνο εκείνα τα τμήματα τα οποία αποτελούν αντικείμενο της πράξης θα ληφθούν υπόψη όσον αφορά τη συγκώνευση. Στην περίπτωση αυτή, οι συμμετέχουσες επιχειρήσεις είναι η εξαγοράζουσα επιχείρηση και τα αποκτώμενα τμήματα της εξαγοραζόμενης ή της υπό εξαγορά επιχείρησης (Ερμηνευτική Ανακοίνωση της Επιτροπής, ΕΕ C 066/2-3/1998)

⁵⁰ Δύναται να θεωρηθεί απόκτηση ελέγχου μιας επιχείρησης και η δημιουργία μια σχέσης οικονομικής εξάρτησης, όπως λ.χ. οι μακροπροθεσμιες συμφωνίες προμήθειας ή η παροχή πιστώσεων από προμηθευτές σε πελάτες, οι οποίες παρέχουν τη δυνατότητα επηρεασμού μιας επιχείρησης από την άλλη.

αυτών που ενδεικτικώς απαριθμούνται στο άρθρο 3, παρ. 2, στοιχείο α' και β' του Κανονισμού.

iii) Η δημιουργία αυτόνομων κοινών επιχειρήσεων (joint venture companies)

Ως κοινή επιχείρηση νοείται η επιχείρηση εκείνη που ελέγχεται από κοινού από τις ιδρυτικές της επιχειρήσεις μέσω ιδιαίτερων παραεταίρικών συμφωνιών (share holder agreements). Η κοινή επιχείρηση μπορεί να εκπληρώνει μόνιμα όλες τις λειτουργίες μιας αυτόνομης οικονομικής οντότητας ή να λειτουργεί μόνο ευκαιριακά και να έχει ως μόνη αποστολή την υποστήριξη της οικονομικής δράσης των ιδρυτικών επιχειρήσεων. Το άρθρο 3, παρ. 4 του Κανονισμού προβλέπει τις προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται σωρευτικά έτσι ώστε η δημιουργία μιας κοινής επιχείρησης να αποτελεί συγκέντρωση, η οποία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Κανονισμού. Έτσι, πρόκειται για συγκέντρωση, όταν:

α) η κοινή επιχείρηση υπόκειται στον κοινό έλεγχο δύο ή περισσότερων ιδρυτικών επιχειρήσεων και

β) η κοινή επιχείρηση εκπληρώνει όλες τις λειτουργίες μιας αυτόνομης επιχείρησης.

γ) Η αντιμετώπιση των δευτερευόντων περιορισμών κατά τον έλεγχο της συγκέντρωσης επιχειρήσεων

Ο Κανονισμός καθιερώνει ως θεμελιώδη αρχή του Δικαίου του Ανταγωνισμού, στα πλαίσια λειτουργίας των συγκεντρώσεων

επιχειρήσεων, την άσκηση προληπτικού ελέγχου ως προς τη συμβατότητα αυτών ή μη προς το σύστημα του ανόθευτου ανταγωνισμού. Προς υλοποίηση της άνω αρχής οι επιχειρήσεις υποχρεούνται να κοινοποιούν εκ των προτέρων τις συγκεντρώσεις, που προκύπτουν μετά τη σύναψη συμφωνίας, την ανακοίνωση δημόσιας προσφοράς εξαγοράς ή την απόκτηση ελέγχουσας συμμετοχής. Ωστόσο, η μη τήρηση της άνω υποχρέωσης κοινοποίησης δεν παρεμποδίζει την Επιτροπή από το να παρέμβει και να εξετάσει μια πραγματοποιηθείσα συγκέντρωση, είτε κατόπιν καταγγελίας κάθε τρίτου, που έχει έννομο συμφέρον, είτε και αυτεπάγγελτα.

Στα πλαίσια εφαρμογής του ελέγχου συγκεντρώσεων επιχειρήσεων στο χώρο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή ασχολήθηκε ειδικά με το θέμα των δευτερευόντων περιορισμών, αφού αυτοί είχαν προσδιοριστεί συγκεκριμένα τόσο στην υπ' αριθμ. 21 αιτιολογική σκέψη και το άρθρο 6 παρ. 1 στοιχ. β, εδ. β του Κανονισμού 139/2004 όσο και στην υπ' αριθμόν 25 αιτιολογική σκέψη του προοιμίου και στη διάταξη του άρθρου 8 παρ. 2, δεύτερο εδάφιο, τελευταία φράση του Κανονισμού 4064/89⁵¹, της οποίας πιστή αντιγραφή αποτελεί και η σχετική ελληνική ρύθμιση⁵². Συμβατικές δεσμεύσεις που αποτελούν συστατικά

⁵¹ Όπως αυτό τροποποιήθηκε με τον Κανονισμό 1310/1997 της 30^{ης} Ιουνίου 1997, που τροποποίησε τον Κανονισμό 4064/89, για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων και έχει ως εξής: Η απόφαση που κηρύσσει τη συγκέντρωση συμβατή, καλύπτει επίσης τους περιορισμούς που συνδέονται άμεσα και είναι απαραίτητοι για την πραγματοποίηση της συγκέντρωσης.

⁵² Βλ. άρθρο 46, κυρίως παρ. 7 του ν. 703/1977 όπου 1. Η Επιτροπή Ανταγωνισμού εξετάζει τη γνωστοποιούμενη συγκέντρωση μόλις υποβληθεί η σχετική γνωστοποίηση. 2. Αν διαπιστωθεί ότι η γνωστοποιηθείσα συγκέντρωση δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 4β παρ. 1, ο Πρόεδρος της Επιτροπής Ανταγωνισμού, μέσα σε ένα (1) μήνα από τη γνωστοποίηση, εκδίδει πράξη, η οποία κοινοποιείται στα πρόσωπα ή στις επιχειρήσεις που έχουν προβεί στη γνωστοποίηση. Η πράξη αυτή δεν περιορίζει την εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 1, 2, 2α και 5 του παρόντος νόμου. 3. Αν διαπιστωθεί ότι η γνωστοποιηθείσα συγκέντρωση, παρότι εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της παρ. 1 του άρθρου 4β, δεν προκαλεί σοβαρές αμφιβολίες ως προς τη δυνατότητα της να περιορίσει σημαντικά τον ανταγωνισμό στις επί μέρους αγορές στις οποίες αφορά, η Επιτροπή Ανταγωνισμού, με απόφαση της που εκδίδεται μέσα σε ένα (1) μήνα από τη γνωστοποίηση, επιτρέπει τη συγκέντρωση. 4. Αν διαπιστωθεί ότι η γνωστοποιηθείσα συγκέντρωση εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του παρόντος νόμου και προκαλεί σοβαρές αμφιβολίες ως προς το συμβατό αυτής με τις απαιτήσεις λειτουργίας του ανταγωνισμού στις επί μέρους αγορές στις οποίες αφορά, ο Πρόεδρος της Επιτροπής Ανταγωνισμού, με απόφαση του που εκδίδεται μέσα σε ένα (1) μήνα από τη γνωστοποίηση κινεί τη διαδικασία της πλήρους διερεύνησης της γνωστοποιούμενης συγκέντρωσης και ενημερώνει αμελλητί τις

στοιχεία της συγκέντρωσης και συμφωνίες που καθιερώνουν έλεγχο,

συμμετέχουσες επιχειρήσεις σχετικά με την απόφαση του.5. Με την επιφύλαξη των παραγράφων 2 και 3, η υπόθεση εισάγεται στην Επιτροπή Ανταγωνισμού μέσα σε προθεσμία σαράντα πέντε (45) ημερών από την ημερομηνία γνωστοποίησης. Σε εξαιρετικές περιπτώσεις, που έχουν σχέση με τη φύση της συγκεκριμένης γνωστοποίησης, αν ο Πρόεδρος διαπιστώσει ότι η προθεσμία των σαράντα πέντε (45) ημερών δεν μπορεί να τηρηθεί, παραιτείται την προθεσμία αυτή για χρόνο όχι μεγαλύτερο των δεκατεσσάρων (14) ημερών και ενημερώνει σχετικά τα γνωστοποιούν τα μέρη επτά (7) τουλάχιστον ημέρες πριν από τη λήξη της πιο πάνω προθεσμίας.6. Με απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, η οποία εκδίδεται μέσα σε ενενήντα (90) ημέρες** από τη γνωστοποίηση της συγκέντρωσης, σε περίπτωση που δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις της παρ. 1 του άρθρου 4γ και στην περίπτωση της παρ.5 του άρθρου 4, όταν δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις της παρ. 3 του άρθρου 1, απαγορεύεται η συγκέντρωση. Σε κάθε άλλη περίπτωση, η Επιτροπή Ανταγωνισμού επιτρέπει τη συγκέντρωση. Η πάροδος της προθεσμίας των ενενήντα (90) ημερών χωρίς την έκδοση απορριπτικής απόφασης, θεωρείται ως έγκριση της συγκέντρωσης εκ μέρους της Επιτροπής Ανταγωνισμού, η οποία εκδίδει υποχρεωτικώς τη σχετική διαπιστωτική πράξη.7. Οι αποφάσεις που εκδίδονται σύμφωνα με τις προηγούμενες παραγράφους 3 και 6, καλύπτουν και τους περιορισμούς που συνδέονται άμεσα με την πραγματοποίηση της συγκέντρωσης και είναι απαραίτητοι για αυτή.8. Η Επιτροπή Ανταγωνισμού μπορεί να εγκρίνει συγκέντρωση, σύμφωνα με την παράγραφο 6, με όρους και προϋποθέσεις που η ίδια επιβάλλει, προκειμένου να διασφαλισθεί, ότι οι συμμετέχουσες επιχειρήσεις θα τηρήσουν τις τυχόν δεσμεύσεις που έχουν αναλάβει έναντι της Επιτροπής Ανταγωνισμού, για να καταστεί η συγκέντρωση συμβατή με την παρ. 1 του άρθρου 4γ και στην περίπτωση της παρ. 5 του άρθρου 4, προκειμένου να εξασφαλισθεί η τήρηση των προϋποθέσεων της παρ. 3 του άρθρου 1.9. Μετά από αίτηση των ενδιαφερόμενων μερών, που υποβάλλεται μέσα σε ένα (1) μήνα από την κοινοποίηση της απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού με την οποία απαγορεύεται η συγκέντρωση, οι Υπουργοί Οικονομίας και Οικονομικών και Ανάπτυξης μπορούν, με απόφαση τους, να εγκρίνουν τη συγκέντρωση, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 4γ παρ. 3. Η απόφαση αυτή εκδίδεται μέσα σε προθεσμία δύο (2) μηνών από την υποβολή της αίτησης και μπορεί να θέτει όρους και να επιβάλλει υποχρεώσεις για την εξασφάλιση συνθηκών αποτελεσματικού ανταγωνισμού ή τη διασφάλιση της επίτευξης των οικονομικών ή άλλων πλεονεκτημάτων που αντισταθμίζουν τις δυσμενείς συνέπειες για τον ανταγωνισμό. Η παρέλευση άπρακτης της δέμηνης προθεσμίας ισοδυναμεί με απόρριψη της αίτησης.10. Οι προθεσμίες που προβλέπονται στις προηγούμενες παραγράφους 3 και 6 μπορεί να παραταθούν στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) αν συμφωνήσουν οι επιχειρήσεις που συμμετέχουν στη συγκέντρωση, β) αν το έντυπο της γνωστοποίησης δεν έχει συμπληρωθεί πλήρως, με αποτέλεσμα να μην μπορεί η Επιτροπή Ανταγωνισμού να προβεί στην αξιολόγηση της γνωστοποιούμενης συγκέντρωσης και εφόσον οι γνωστοποιούντες ειδοποιηθούν για αυτό μέσα σε αποκλειστική προθεσμία επτά (7) ημερών από τη γνωστοποίηση της συγκέντρωσης, γ) αν η γνωστοποίηση είναι λανθασμένη ή παραπλανητική, με αποτέλεσμα να μην μπορεί η Επιτροπή Ανταγωνισμού να προβεί στην αξιολόγηση της γνωστοποιούμενης συγκέντρωσης. Στις περιπτώσεις β' και γ', ως χρονικό σημείο έναρξης των προθεσμιών θεωρείται η ημερομηνία της προσήκουσας γνωστοποίησης ή της συγκέντρωσης των πλήρων και ακριβών στοιχείων από την αρμόδια για τον ανταγωνισμό υπηρεσία.11. Σε περίπτωση που, με δικαστική απόφαση ακυρώνεται εν όλω ή εν μέρει, η απόφαση που εκδίδεται με βάση τις προηγούμενες διατάξεις του άρθρου αυτού, οι προθεσμίες που προβλέπονται στις παραγράφους 3 και 6 αρχίζουν εκ νέου από την ημερομηνία κοινοποίησης της δικαστικής απόφασης στην αρμόδια υπηρεσία.12. Οι αποφάσεις που εκδίδονται σύμφωνα με τις προηγούμενες παραγράφους 2,3 και 6 μπορούν να ανακληθούν από το όργανο που τις εξέδωσε στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) αν η έκδοση τους στηρίχθηκε σε ανακριβή και παραπλανητικά στοιχεία, β) αν οι συμμετέχουσες επιχειρήσεις παραβούν οποιονδήποτε όρο ή υποχρέωση που καθορίζονται με την απόφαση. Αν ανακληθεί η απόφαση στις πιο πάνω περιπτώσεις, επιτρέπεται η έκδοση νέας απόφασης, χωρίς την τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται στο άρθρο αυτό.»

όπως αυτός ορίζεται στο άρθρο 3 παρ. 2 του Κανονισμού 139/2004. Οι προαναφερθείσες συμφωνίες συνιστούν το κύριο αντικείμενο της συγκέντρωσης. Επιπρόσθετα, σε αυτές τις συμφωνίες, οι συμμετέχουσες επιχειρήσεις μπορούν να συμπεριλάβουν και άλλες επιμέρους που δεν συνιστούν τμήμα της συγκέντρωσης και οι οποίες περιορίζουν την ελευθερία δράσης των συμβαλλομένων μερών στην αγορά. Αν αυτές οι συμφωνίες περιέχουν περιορισμούς που σχετίζονται άμεσα και είναι απαραίτητοι για την ίδια τη συγκέντρωση, πρέπει να εκτιμηθούν μαζί με αυτή⁵³. Αν αντίθετα δεν είναι, τότε τα περιοριστικά τους αποτελέσματα, μπορούν να κριθούν χωριστά από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή, προκειμένου να κριθεί η συμβατότητα τους με τις ρυθμίσεις του άρθρου 81. Κύριος ρόλος των δευτερευόντων περιορισμών είναι να καταστήσουν την κύρια συναλλαγή, βιώσιμη. Το κρίσιμο εκείνο στοιχείο που προσδιορίζει την έννοια τους είναι κατά κύριο λόγο η άμεση σύνδεση τους με την πραγματοποίηση της συγκέντρωσης⁵⁴. Σε εθνικό επίπεδο – στα πλαίσια των συγκεντρώσεων- αυτό προκύπτει κυρίως από τη διάταξη του άρθρου 4δ παρ. 7 του ν. 703/1977. Το κριτήριο, βάσει του οποίου προσδιορίζεται το επιτρεπτό ή μη ενός δευτερεύοντος περιορισμού, είναι ο βαθμός αναγκαιότητας του για την πραγματοποίηση της συγκέντρωσης. Για το λόγο αυτό θα πρέπει να είναι τέτοιας μόνο έκτασης, όσο χρειάζεται προκειμένου να καταστεί η κύρια σύμβαση λειτουργική⁵⁵.

δ) Τα κοινά χαρακτηριστικά της ελληνικής αγοράς στο πλαίσιο των συγκεντρώσεων επιχειρήσεων: Η επίδραση τους στην πρακτική της Ελληνικής Επιτροπής Ανταγωνισμού.

⁵³ Βλ. άρθρο 8 παρ. 1 και 2 του Κανονισμού 139/2004.

⁵⁴ Βλ. Περάκη, ό.π., σελ 103 επ.

⁵⁵ Βλ. απόφαση ΕΑ 12/1995 (Sara Lee/Bravo) όπου: « οι περιορισμοί πρέπει να έχουν άμεσο, δηλαδή ευθύ και στενό δεσμό με το αντικείμενο της συγκέντρωσης και όχι να είναι παντελώς άσχετοι προς αυτό ή έστω να έχουν κάποιο έμμεσο και χαλαρό δεσμό». Συνεπώς, άμεση σύνδεση σημαίνει ουσιαστική σύνδεση επομένως μόνη η ενσωμάτωση τους στο ίδιο έγγραφο με την κύρια σύμβαση δεν σημαίνει και απαραίτητα και άμεση σύνδεση. Θα πρέπει δηλαδή, να συνάδουν άμεσα προς την ίδια τη φύση της συγκέντρωσης, χωρίς όμως και να αποτελούν συστατικά της στοιχεία. Αν αυτό συμβαίνει, τότε σύμφωνα και με τις σχετικές κρίσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού, οι συγκεκριμένοι περιορισμοί ανήκουν στον πυρήνα της συμφωνίας και επομένως δεν αποτελούν δευτερεύοντες περιορισμούς.

Στην ελληνική πραγματικότητα, η υπόθεση Sara Lee/Bravo (12/1995), αποτέλεσε «σταθμό», σε ότι αφορά τη στάση της Ελληνικής Επιτροπής Ανταγωνισμού απέναντι στους δευτερεύοντες περιορισμούς. Στη συγκεκριμένη περίπτωση, υπήρξε πρόβλεψη μη άσκησης ανταγωνισμού πενταετούς διάρκειας για τους πωλητές μετοχών. Η Ελληνική Επιτροπή Ανταγωνισμού δέχτηκε τη σχετική ρήτρα, κρίνοντας ότι οι συγκεκριμένοι περιορισμοί ήταν σύμφωνοι με την αρχή της αναλογικότητας, καθώς προσδιορίζονταν σαφώς τόσο ως προς την χρονική τους διάρκεια, όσο και ως προς το αντικείμενο⁵⁶.

Παρατηρείται καταρχήν ότι για ορισμένες συγκεντρώσεις που εξετάζονται από την Ελληνική Επιτροπή Ανταγωνισμού κυρίως μέχρι το 1997 το αιτιολογικό είναι σχεδόν κοινό: κατοχύρωση του αγοραστή ότι «θα μπορέσει πράγματι να συγκρατήσει την εκχωρούμενη πελατεία καθώς και να αφομοιώσει και να αξιοποιήσει την εκχωρούμενη τεχνογνωσία, η αξία των οποίων άλλωστε εκτιμήθηκε χρηματικώς από τα μέρη και συμπεριελήφθη στο τίμημα»⁵⁷. Αυτό δικαιολογείται, όχι μόνο επειδή τα κριτήρια αξιολόγησης των δευτερευόντων περιορισμών είναι προφανώς κοινά, αλλά και επειδή οι συγκεντρώσεις που λαμβάνουν χώρα και απασχολούν την ελληνική νομική πραγματικότητα, έχουν συνήθως τα ίδια περίπου χαρακτηριστικά με πρώτο και κυριότερο ότι εντάσσονται σε μια γεωγραφική αγορά με ολιγοπωλιακό κατά κανόνα χαρακτήρα. Επίσης, πολλοί κλάδοι της ελληνικής αγοράς χαρακτηρίζονται κυρίως από υψηλό βαθμό συγκέντρωσης⁵⁸.

ε) Η συμβολή των δευτερευόντων περιορισμών στη λειτουργικότητα της επιχείρησης μετά τη συγκέντρωση, υπό το νέο φορέα της

Ειδικά στην περίπτωση μεταβίβασης μιας επιχείρησης που λαμβάνει χώρα στο πλαίσιο μιας συγκέντρωσης, γενικό τεκμήριο μπορεί

⁵⁶ Βλ. Περάκη, ό.π., σελ. 111.

⁵⁷ Βλ. σχετικά αποφάσεις ΕΑ 12/1995, 21/1996, 39/1996, 58/1997, 59/1997

⁵⁸ Παρατηρείται ότι η παραγωγή συγκεντρώνεται κατά κανόνα μόνο σε λίγες, σχετικά μεγάλου μεγέθους επιχειρήσεις.

να αποτελέσει το γεγονός ότι οι περιορισμοί ανταγωνισμού στον πωλητή είναι απαραίτητοι και άμεσα συνδεδεμένοι με την πώληση για διάρκεια δύο ή τριών ετών, αναλόγως αν μεταβιβάζεται μόνο φήμη και πελατεία ή φήμη, πελατεία και τεχνογνωσία μαζί.

Σε ότι αφορά το θέμα του προϊόντος και της γεωγραφικής έκτασης, το πρωτεύον κριτήριο είναι ότι ο περιορισμός θα πρέπει να περιορίζεται σε εκείνα τα προϊόντα και τις υπηρεσίες και σε εκείνη τη γεωγραφική περιοχή, όπου ο πωλητής τα έχει καθιερώσει πριν τη μεταβίβαση. Τα συμβαλλόμενα μέρη μπορούν να επιδιώξουν κάλυψη για μεγαλύτερο χρονικό διάστημα ή για ένα ευρύτερο είδος ή γεωγραφική περιοχή, όμως θα πρέπει να αποδείξουν την ανάγκη μιας τέτοιας επέκτασης^{59 60}. Άλλωστε η Ευρωπαϊκή Επιτροπή μπορεί να δικαιολογήσει αποφάσεις που κρίνουν την αναγκαιότητα των δευτερευόντων περιορισμών, ειδικά όταν αυτοί είναι απαραίτητοι, προκειμένου να δοθεί κίνητρο για τις απαιτούμενες επενδύσεις που σε τελική ανάλυση πιθανότατα θα ενδυναμώσουν τον ανταγωνισμό. Συνεπώς, δικαιολογείται το γεγονός ότι οι συγκεκριμένοι περιορισμοί, αν και περιορίζουν ως ένα βαθμό την ελευθερία των συμβαλλομένων μερών, εντούτοις είναι δικαιολογημένα αναγκαίοι για την επιβίωση της κύριας σύμβασης και για το λόγο αυτό δεν εμπίπτουν στη ρύθμιση του άρθρου 81, παρ. 1⁶¹.

στ) Κριτήρια νομιμότητας της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού ως δευτερευόντος περιορισμού

ι) Άμεση σύνδεση με το κύριο αντικείμενο της συγκέντρωσης

⁵⁹ Βλ. Περάκη, ό.π., σελ. 105 επ.

⁶⁰ Βλ. αποφάσεις της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 29^{ης} Αυγούστου 2000 (No COMP/ M. 1913-LUFTHANZA MENZIES/LGS/JV, παρ. 18) και της 22ας Δεκεμβρίου 2000 (No COMP/M. 2243-STORA ENSO/ASSI-DOMAN/JV, παρ. 49).

⁶¹ Η στάση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής δείχνει ότι οι συμφωνίες αποκλειστικής προμήθειας και αγοράς μπορούν να γίνουν δεκτές ως δευτερεύοντες περιορισμοί, θεωρούμενες απαραίτητες και άμεσα συνδεδεμένες για την πραγματοποίηση της συγκέντρωσης. Βλ. απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής στην υπόθεση No IV/M.1245 - Valeo/ITT Industries, της 30^{ης} Ιουλίου 1998, παρ. 60-64.

α) Η ύπαρξη κύριας σύμβασης, δηλαδή συγκέντρωσης, ως πρωτεύοντος όρου

Αυτό που θα πρέπει καταρχήν να σημειωθεί είναι ότι δεν αρκεί μόνη η ένταξη των δευτερευόντων περιορισμών ως ειδικότερων συμβατικών όρων στο πλαίσιο της σύμβασης για τη συγκέντρωση, για να τις νομιμοποιήσει. Θα πρέπει κυρίως να διαπιστωθεί αν οι συγκεκριμένοι περιορισμοί πράγματι συνδράμουν, λειτουργούν επικουρικά προς τα κύρια αντικείμενα της συγκέντρωσης. Ουσιαστικά, η χρησιμότητα ή μη των δευτερευόντων περιορισμών θα εξακριβωθεί με την απάντηση στο ερώτημα αν η συγκέντρωση θα εξελισσόταν με επιτυχία χωρίς αυτούς. Στις περισσότερες περιπτώσεις γίνεται σαφές ότι αν οι συνθήκες που θα δημιουργούνταν για την εξέλιξη της συγκέντρωσης ήταν εντελώς αβέβαιες, το κόστος υψηλότερο και οι πιθανότητες αποτυχίας σημαντικά αυξημένες, τότε η ανάγκη ύπαρξης και διατήρησης δευτερευόντων περιορισμών είναι επιτακτική.

Όρο *sine qua non* ως προς την κρίση τους, αποτελεί η αρχή της αναλογικότητας⁶². Όπου υπό ρεαλιστικούς όρους υπάρχουν διαθέσιμες εναλλακτικές επιλογές για τα συμβαλλόμενα μέρη, η επιλογή εκείνη που είναι η λιγότερο περιοριστική για τον ανταγωνισμό, θα πρέπει να επιλέγεται. Με άλλα λόγια, όταν εξετάζεται η σκοπιμότητα μιας ρήτρας μη ανταγωνισμού, με κριτήριο τη διάρκεια, το αντικείμενο, τη γεωγραφική περιοχή εφαρμογής, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή οφείλει να ερευνά πότε η ρήτρα υπερβαίνει το όριο που η ολοκλήρωση της συγκέντρωσης δικαιολογημένα απαιτεί⁶³.

⁶² Βλ. Σουφλερό, Η απαγόρευση της κατάχρησης δικαιώματος και η σχέση της με τις αρχές της ασφάλειας δικαίου, της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης και της αναλογικότητας στο κοινοτικό εταιρικό δίκαιο, ΕΕμπΔ, 2000, σελ. 607 επ.

⁶³ Βλ. απόφαση *Marconi/Finmeccanica*, Comp/M. 496, της 5ης Σεπτεμβρίου 1994, όπου οι προβαλλόμενοι ως δευτερεύοντες περιορισμοί δεν κρίθηκαν δικαιολογημένα απαραίτητοι για την επιτυχία της συγκέντρωσης., παρ. 40.

b) Προσυγκεντρωτικό Στάδιο⁶⁴

Αναφορικά με το χρόνο έναρξης της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού, γίνεται δεκτό ότι ως δευτερεύων περιορισμός μπορεί να θεωρηθεί μόνο εκείνος που καλύπτει τις δραστηριότητες της πωλήτριας επιχείρησης κατά το τελευταίο χρονικό διάστημα, πριν την ολοκλήρωση της συγκέντρωσης υπό την προϋπόθεση ότι απαιτούνται κάποια στάδια, προτού αυτή ολοκληρωθεί. Εφόσον, λοιπόν, δεν υφίσταται ακόμη *πυρήνας* της συμφωνίας, οι προπαρασκευαστικές συμβατικές ρυθμίσεις που χαρακτηρίζουν τα στάδια πριν την πραγματοποίηση της συγκέντρωσης⁶⁵, δεν μπορούν να χαρακτηριστούν δευτερεύοντες περιορισμοί και συνεπώς η κρίση της νομιμότητας τους γίνεται σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 703/1977, χωρίς βέβαια να αποκλείεται ενδεχόμενη απαλλαγή τους, εφόσον εκπληρώνονται τα κριτήρια της παρ. 3 του ιδίου ως άνω άρθρου. Συνεπώς, καθίσταται σαφές ότι σε αυτές τις περιπτώσεις, το κύριο αντικείμενο της συγκέντρωσης, δεν έχει αποκτήσει ολοκληρωμένη μορφή και κατά συνέπεια δεν μπορεί να γίνει ακόμη λόγος για δευτερεύοντες περιορισμούς⁶⁶.

Δεν θα πρέπει να αποκλειστεί η περίπτωση εκείνη κατά την οποία η υποχρέωση μη άσκησης ανταγωνισμού, ως ειδικότερος συμβατικός όρος, λίγο πριν την ολοκλήρωση της συγκέντρωσης, αποσκοπεί στη διευκόλυνση της απόκτησης του ελέγχου. Ορθότερο είναι να διαφοροποιηθεί η αντιμετώπιση της. Στην προκειμένη περίπτωση θα μπορούσε να κριθεί κατά κάποιο τρόπο ως δευτερεύουσα ως προς το προσδοκώμενο αποτέλεσμα και επομένως εύλογα εν προκειμένω ενδέχεται να θεωρηθεί άμεσα συνδεδεμένη και αναγκαία για την ολοκλήρωση της ακόμη ανολοκλήρωτης συγκέντρωσης. Σημασία έχει η

⁶⁴ Προσυγκεντρωτικό στάδιο υφίσταται όταν μια συγκέντρωση πραγματοποιείται σταδιακά. Βλ. Περάκη, ό.π., σελ. 104.

⁶⁵ Βλ. Περάκη, ό.π.

⁶⁶ Βλ. απόφαση American Home Products-Monsanto, Bulletin EU 9-1998, της 28^{ης} Σεπτεμβρίου 1998, παρ. 59, της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, όπου κρίθηκε ότι ρήτρα μη ανταγωνισμού, προβληθείσα ως δευτερεύων περιορισμός, δεν έγινε δεκτή, επειδή αφορούσε στο προσυγκεντρωτικό στάδιο.

μακρινή ή κοντινή απόσταση της διαδικασίας σε σχέση με την ολοκλήρωση της συγκέντρωσης. Είναι προφανές ότι η κοντινή απόσταση καθιστά με περισσότερες πιθανότητες την υποχρέωση μη ανταγωνισμού άμεσα συνδεδεμένη και αναγκαία για τη λειτουργία της μη ολοκληρωθείσας ακόμη συγκέντρωσης⁶⁷.

Για το ζήτημα της υπάρξεως δευτερεύοντος περιορισμού πριν την ολοκλήρωση της συγκέντρωσης εκτιμάται ότι παρουσιάζει ιδιαίτερο ενδιαφέρον η υπ' αριθμ. 300/V/2006 απόφαση της Ελληνικής Επιτροπής Ανταγωνισμού, η οποία αφορά την εξαγορά της εταιρίας ΔΕΛΤΑ ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΑ ΠΑΓΩΤΟΥ Α.Ε. από την εταιρία Nestle Α.Ε. Παρατηρείται ότι παρά το γεγονός ότι δεν υφίστατο πυρήνας της συμφωνίας μεταξύ των δύο εταιριών, οι προπαρασκευαστικές συμβατικές ρυθμίσεις που καλύπτουν τη μεταβατική περίοδο, ως την ολοκλήρωση της συγκέντρωσης, δεν αντιμετωπίζονται στο πλαίσιο της διάταξης του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 703/1977, ώστε στη συνέχεια να αξιολογηθούν υπό το πρίσμα των κριτηρίων της παραγράφου 3 του ίδιου άρθρου (αναζήτηση ατομικής απαλλαγής ή μη). Κατά την Ελληνική Επιτροπή Ανταγωνισμού κρίθηκε ότι οι ειδικότεροι συμβατικοί όροι που ετέθησαν και δέσμευσαν τα μέρη πριν την ολοκλήρωση της συγκέντρωσης, θεωρήθηκαν ότι αποσκοπούν στη διευκόλυνση της απόκτησης του ελέγχου και της ολοκλήρωσης της συγκέντρωσης, όπως αυτή επιδιώκεται από τα μέρη.

Οι συγκεκριμένοι συμβατικοί όροι κρίθηκαν ουσιαστικά δευτερεύοντες ως προς το προσδοκώμενο αποτέλεσμα και θεωρήθηκαν τελικά άμεσα συνδεδεμένοι και αναγκαίοι για την πραγματοποίηση της ακόμη ανολοκλήρωτης συγκέντρωσης⁶⁸.

⁶⁷ Βλ. αποφάσεις BP/Mobil, ΔΕΛΤΙΟ ΕΕ 10-1996 της 7^{ης} Αυγούστου 1996, παρ. 50, Textron/Kautex, ΔΕΛΤΙΟ ΕΕ 12-1996, της 18^{ης} Δεκεμβρίου 1996, παρ. 19 και 22

⁶⁸ Βλ. και σχετική απόφαση της Ελληνικής Επιτροπής Ανταγωνισμού «Αλουμίνιο της Ελλάδος Α.Ε.- Μυτιληναίος Α.Ε., 276/2005 ΕΑ, όπου κρίθηκε ότι οι περιορισμοί στη Σύμβαση Αγοραπωλησίας Μετοχών κατά την ενδιάμεση περίοδο που μεσολαβεί από την υπογραφή της σύμβασης μέχρι την ολοκλήρωση της συγκέντρωσης, είναι οι συνήθεις σε συναλλαγές τέτοιου είδους και αποσκοπούν στην διατήρηση της της νομικής και οικονομικής κατάστασης της εξαγοραζόμενης εταιρείας.



c) Ασύμβατη η υποχρέωση μη ανταγωνισμού ως δευτερεύων περιορισμός με δεσμεύσεις διαφορετικές από το περιεχόμενο της κυρίας σύμβασης

Το περιεχόμενο της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού, ως δευτερεύοντος περιορισμού, θα πρέπει να είναι ακριβές, ώστε να προκύπτει με σαφήνεια σε τι δεσμεύονται τα συμβαλλόμενα μέρη. Ως εκ τούτου προκύπτει ότι συνιστά υπέρμετρη δέσμευση ο περιορισμός που αφορά αόριστα σε κάποια σύμβαση, για την οποία υπάρχουν προοπτικές, αλλά δεν είναι απόλυτα βέβαιο ότι θα πραγματοποιηθεί στο μέλλον⁶⁹. Συνεπώς, γίνεται αντιληπτό ότι, όταν συντρέχει μια τέτοια περίπτωση, τότε απουσιάζει ο πρωτεύων όρος, ο οποίος θα καταστήσει την υποχρέωση μη ανταγωνισμού λειτουργική ως δευτερεύοντα περιορισμό. Το συγκεκριμένο μελλοντικό και επομένως αμφιβόλως πραγματοποιήσιμο στάδιο, δεν είναι επαρκές ώστε να συστήσει πρωτεύοντα όρο, που θα καταστήσει την αναφερόμενη σε αυτό υποχρέωση μη ανταγωνισμού δευτερεύοντα περιορισμό⁷⁰.

d) Το ζήτημα έκτασης της ρήτρας μη ανταγωνισμού σε σχέση με τη γεωγραφική αγορά και την αγορά προϊόντος ή υπηρεσίας

d.1) Αγορά προϊόντος ή υπηρεσίας

Η ρήτρα μη ανταγωνισμού πρέπει να αναφέρεται και να περιορίζεται στα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που μεταβιβάζει ο πωλητής. Είναι όχι μόνο σκόπιμο αλλά και ταυτόχρονα εύλογο στα συγκεκριμένα προϊόντα να περιλαμβάνονται τόσο ενδεχόμενες βελτιώσεις, εξελίξεις και

⁶⁹ Βλ. απόφαση Kingfisher/Grosslabor, IV/M. 1482, της 12^{ης} Απριλίου 1999 (παρ. 24 και 25) όπου η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, αν και έκανε δεκτή ως σύμφωνη με τις επιταγές της κοινής αγοράς τη συγκέντρωση μέσω πώλησης, εντούτοις θεώρησε τη δυνατότητα που παρείχετο από τους πωλητές στον αγοραστή για την απόκτηση του υπόλοιπου 40% ως μη άμεσα συνδεδεμένη και για το λόγο αυτό μη απαραίτητη για την πραγματοποίηση της συγκέντρωσης, αφού ουσιαστικά δεν αποτελούσε αυτό καθαυτό το αντικείμενο της συγκέντρωσης, αλλά την υλοποίηση μιας μελλοντικής, διαφορετικής σύμβασης και άρα δεν μπορούσε να γίνει δεκτός ως δευτερεύων περιορισμός για το αντικείμενο του ήδη πωληθέντος 60%.

⁷⁰ Βλ. απόφαση Birmingham International Airport, παρ. 28, όπου η Ευρωπαϊκή Επιτροπή έκρινε ότι η ρήτρα μη ανταγωνισμού δεν μπορούσε να γίνει δεκτή ως δευτερεύων περιορισμός, επειδή αφορούσε μελλοντικές δραστηριότητες.

γενικότερα επικαιροποιήσεις όσο και τα προϊόντα που τα διαδέχονται. Ειδικότερα δε, δύνανται να περιληφθούν σε αυτά προϊόντα και υπηρεσίες που κατά τον κρίσιμο χρόνο της συναλλαγής βρίσκονται σε προχωρημένο στάδιο ανάπτυξης. Επιπρόσθετα, δύνανται να περιληφθούν σε αυτά προϊόντα που δεν είναι ακόμη διαθέσιμα στο εμπόριο, πλην όμως έχουν αναπτυχθεί πλήρως. Εύλογα όμως, η προστασία με ρήτρα μη ανταγωνισμού δεν θα πρέπει να επεκτείνεται και στα προϊόντα εκείνα και τις υπηρεσίες που δεν αποτελούσαν αντικείμενο δραστηριότητας της μεταβιβαζόμενης επιχείρησης⁷¹.

Χαρακτηριστική είναι η προαναφερθείσα υπόθεση Sara Lee/Bravo που απασχόλησε την Ελληνική Επιτροπή Ανταγωνισμού (12/1995) και στην οποία έγινε δεκτή ρήτρα μη ανταγωνισμού που αφορούσε και προϊόντα, τα οποία η BRAVO Α.Ε. σχεδίαζε να κυκλοφορήσει στην αγορά⁷².

d.2) Γεωγραφική αγορά

Στις συγκεντρώσεις, η γεωγραφική έκταση μιας ρήτρας μη ανταγωνισμού θα πρέπει να περιορίζεται στην περιοχή όπου οι συμβαλλόμενες επιχειρήσεις προσέφεραν τα σχετικά προϊόντα ή υπηρεσίες πριν από τη σύμβαση της συγκέντρωσης⁷³. Κατ' εξαίρεση μόνο, η υποχρέωση μη άσκησης ανταγωνισμού μπορεί να επεκταθεί και σε προϊόντα που δεν αποτελούν αντικείμενο της δραστηριότητας του πωλητή, θα μπορούσαν όμως να αποτελέσουν, ιδίως όταν αυτά αναλύονται με τρόπο εύλογο και επιπλέον προσδιορίζονται σαφώς. Συνεπώς το τεκμήριο μη ανάγκης προστασίας του αγοραστή είναι μαχητό και αίρεται, αν αποδειχθεί ότι η προστασία αυτή απαιτείται λόγω των ειδικών περιστάσεων της υπόθεσης, όπως συμβαίνει σε περιοχές στις

⁷¹ Βλ. αποφάσεις της Ευρωπαϊκής Επιτροπής KNP BT/Bunzl/Wilhelm Seiler, IV/M. 884, της 15^{ης} Ιανουαρίου 1997, παρ. 17, Dow/Enichem Polyurethane, COMP/M.2355, της 5^{ης} Μαρτίου 2001, παρ. 28

⁷² Βλ. Μαρίνο, Πώληση επιχείρησης και απαγόρευση άσκησης ανταγωνισμού, ΧρΙΔ, 2001, σελ. 106 επ

⁷³ Βλ. απόφαση Birmingham International Airport, της 25^{ης} Μαρτίου 1997, παρ. 31, όπου η Ευρωπαϊκή Επιτροπή έκρινε ότι η ρήτρα μη ανταγωνισμού που αφορούσε σε τρίτη γεωγραφική περιοχή, δεν μπορούσε να γίνει δεκτή ως δευτερεύων περιορισμός.

οποίες ο πωλητής σχεδίαζε να δραστηριοποιηθεί κατά το χρόνο της συναλλαγής, υπό τον όρο ότι είχε ήδη πραγματοποιήσει επενδύσεις, για να προετοιμάσει την κίνηση αυτή.

Ειδικότερα, στις περιπτώσεις κοινών επιχειρήσεων, η γεωγραφική έκταση μιας ρήτηρας μη ανταγωνισμού θα πρέπει να περιορίζεται στην περιοχή όπου οι μητρικές επιχειρήσεις προσέφεραν τα σχετικά προϊόντα και υπηρεσίες, πριν από την ίδρυση του joint venture⁷⁴. Ταυτόχρονα, οι ρήτρες μη ανταγωνισμού πρέπει να περιορίζονται στα προϊόντα και τις υπηρεσίες που αποτελούν μέρος της οικονομικής ενότητας της κοινής επιχείρησης. Αν σκοπός της δημιουργίας ενός joint venture είναι η διείσδυση σε μια νέα αγορά, κρίνεται σκόπιμο να γίνει εκ των προτέρων αναφορά στα προϊόντα, τις υπηρεσίες και τις περιοχές στις οποίες το joint venture πρόκειται να δραστηριοποιηθεί.

ii) Δικαιολογημένα απαραίτητος περιορισμός

Για να θεωρηθεί η υποχρέωση μη ανταγωνισμού δικαιολογημένα απαραίτητος περιορισμός, θα πρέπει όχι απλώς να προωθεί το νόμιμο αντικειμενικό σκοπό της κυρίας σύμβασης, αλλά θα πρέπει αυτό να το κατορθώνει σε σημαντικά καλύτερο βαθμό σε σχέση με τις διαθέσιμες, λιγότερο περιοριστικές λύσεις. Κατά συνέπεια, το πρώτο ερώτημα που τίθεται είναι αν ο περιορισμός εξυπηρετεί στην πραγματικότητα το νόμιμο σκοπό της κυρίας σύμβασης. Αν η απάντηση είναι καταφατική, θα πρέπει εν συνεχεία να δοθεί απάντηση και στο ερώτημα κατά πόσο μπορεί ο αντικειμενικός σκοπός της συμφωνίας να επιτευχθεί, χωρίς να περιοριστεί ο ανταγωνισμός στο βαθμό που περιορίζεται με τη συγκεκριμένη ρήτρα μη ανταγωνισμού. Αν η απάντηση στο ανωτέρω ερώτημα είναι αρνητική, τότε προφανώς ο κρινόμενος όρος μη ανταγωνισμού συνιστά έναν ευλόγως αναγκαίο περιορισμό. Αν αντίθετα η απάντηση είναι καταφατική, τότε ανεξαρτήτως αν πρόκειται για έναν

⁷⁴ Βλ. απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής Lufthansa/Menzies/LGS/JV, ό.π., παρ. 18.

άμεσα συνδεδεμένο περιορισμό σε σχέση με το κύριο αντικείμενο της συμφωνίας, δεν πρόκειται για έναν δικαιολογημένα απαραίτητο περιορισμό, αφού όπως προκύπτει τελικά, το ζητούμενο αποτέλεσμα θα μπορούσε ρεαλιστικά να πραγματοποιηθεί μέσω μιας λιγότερο επαχθούς αντιανταγωνιστικής πρακτικής.

Σε κάθε περίπτωση πάντως, ο δευτερεύων ή μη χαρακτήρας μιας ρήτηρας μη άσκησης ανταγωνισμού θα πρέπει να κρίνεται υπό αντικειμενικούς όρους, ενώ η αξιοποίηση της αρχής της αναλογικότητας δύναται να συνδράμει προς αυτή την κατεύθυνση. Κατά τη διερεύνηση του απαραίτητου χαρακτήρα ενός περιορισμού ιδιαίτερη σημασία έχει και η αποτελεσματικότητα. Ειδικότερα εξετάζεται αν η συμβατική υποχρέωση μη ανταγωνισμού, ως μεμονωμένος περιορισμός, δύναται να συνδράμει στην αποτελεσματικότερη άσκηση της συνολικής λειτουργίας, σε σχέση με τις προοπτικές επιβίωσης και επιτυχίας της εν λόγω λειτουργίας, αν δεν υπήρχε η συγκεκριμένη ρήτρα. Σημειώνεται ότι μια ρήτρα μη ανταγωνισμού συνιστά όρο *sine qua non* για τη μεταβίβαση μιας επιχείρησης, ιδιαίτερα όταν αντικειμενικός σκοπός της είναι η εγγύηση για την απόκτηση ολόκληρης της αξίας των αντικειμένων που μεταβιβάζονται. Επομένως, μπορεί τελικά η επιτυχία μιας συγκέντρωσης να εξαρτάται ουσιαστικά από μια συμβατική υποχρέωση μη ανταγωνισμού, η οποία είναι απαραίτητη κυρίως όταν δημιουργεί τις χρήσιμες εκείνες ασφαλιστικές δικλίδες, προκειμένου μόνο να πραγματοποιηθεί μια συγκέντρωση. Θεωρείται, επομένως, ως ένας από τους παράγοντες εκείνους που συμβάλει με τρόπο ουσιαστικό προς αυτή την κατεύθυνση. Επειδή ωστόσο συνιστά ως έννοια περιορισμό του ανταγωνισμού, η έκταση της θα πρέπει να περιοριστεί με τρόπο αντικειμενικώς εύλογο μόνο μέσα στο πλαίσιο εκείνο, εντός των ορίων του οποίου θα είναι λειτουργικά χρήσιμη, προκειμένου να αποκλειστεί εξ αρχής ενδεχόμενο καταχρηστικής εφαρμογής της, έτσι ώστε τελικά πράγματι να πρόκειται για μια δέσμευση άμεσα συνδεδεμένη με τη βιωσιμότητα της συγκέντρωσης και αναγκαία για την πραγματοποίησή της.

iii) Το κρίσιμο ζήτημα της διάρκειας

Σε ότι αφορά τη διάρκεια της ρήτηρας μη ανταγωνισμού, μια περίοδος τριών ετών⁷⁵ αναγνωρίζεται ως κατάλληλη, όταν η μεταβίβαση της επιχείρησης περιλαμβάνει φήμη, πελατεία και τεχνογνωσία και μια περίοδος δύο ετών, όταν πρόκειται μόνο για την φήμη και την πελατεία της επιχείρησης⁷⁶. Συγκεκριμένα οι περιορισμοί που συνδέονται άμεσα και είναι αναγκαίοι για τις συγκεντρώσεις και οι ρήτρες μη ανταγωνισμού μεταξύ των ιδρυτικών επιχειρήσεων και της κοινής επιχείρησης μπορούν να διαρκέσουν για όλο το χρονικό διάστημα ζωής του joint venture, εφόσον θεωρηθούν άμεσα συνδεδεμένες με τη συγκέντρωση και απαραίτητες για την πραγματοποίηση της. Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή με την πρόσφατη ανακοίνωση της, φαίνεται να λαμβάνει υπόψη της ότι η αποτροπή των ιδρυτικών επιχειρήσεων να αποχωρούν από το joint venture και στη συνέχεια να το ανταγωνίζονται, αποτελεί ένα ουσιώδες κομμάτι για τη δημιουργία μιας επιτυχημένης συγκέντρωσης. Απαγορεύσεις ανταγωνισμού ανάμεσα στις μητρικές επιχειρήσεις και το joint venture δύνανται να θεωρηθούν ευθέως συνδεδεμένες και απαραίτητες για την επιτυχία της συγκέντρωσης.

Συγκεκριμένα, οι ρήτρες μη ανταγωνισμού ενδέχεται να αντανakλούν, μεταξύ άλλων, την ανάγκη επιβεβαίωσης καλής πίστης κατά τη διάρκεια των διαπραγματεύσεων, την ανάγκη να χρησιμοποιηθεί πλήρως το ενεργητικό του joint venture ή να δοθεί σε αυτό η δυνατότητα να αφομοιώσει την παρεχόμενη τεχνογνωσία και να εκμεταλλευτεί την φήμη και την πελατεία που του παραχώρησαν οι μητρικές εταιρίες ή την ανάγκη να προστατεύσει τα συμφέροντα των μητρικών επιχειρήσεων στην κοινή επιχείρηση από τη διευκόλυνση ανταγωνιστικών πρακτικών, μεταξύ άλλων μέσω της προνομιακής πρόσβασης στην φήμη, την πελατεία και την τεχνογνωσία που μεταβιβάστηκε ή που ανέπτυξε μόνη της η κοινή επιχείρηση^{77 78}.

⁷⁵ Βλ. απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, Nestle/Dalgety, IV/M. 1127, της 2-4-1998, παρ. 33.

⁷⁶ Βλ. Λιακόπουλο, Η υποχρέωση μη ανταγωνισμού, ό.π., σελ. 22.

⁷⁷ Βλ. Σουφλερο, ό.π.

⁷⁸ Βλ. απόφαση 183/III/ 2001 της ΕΑ όπου «κατά την ίδρυση κοινής επιχείρησης με την επωνυμία RE-BUSINESS EXCHANGES A.E. Δικτύων Εταιριών Συναλλαγών από τις

Ζ) Η υποχρέωση μη ανταγωνισμού ως δευτερεύων περιορισμός, δεσμευτικός για τον πωλητή

ι) Το δικαίωμα προσδοκίας του αγοραστή για την ανεμπόδιστη κάρπωση της πλήρους αξίας της μεταβιβαζόμενης επιχείρησης

Γίνεται δεκτό ότι δευτερεύοντες περιορισμοί είναι δικαιολογημένοι κατά τη μεταβίβαση επιχειρήσεων. Στο πλαίσιο αυτό, κατά τη μεταβίβαση επιχείρησης, η ρήτρα μη άσκησης ανταγωνισμού, δεσμευτική για τον πωλητή, είναι ιδιαίτερα συχνή⁷⁹.

Η φήμη, η πελατεία και η τεχνογνωσία συνιστούν σε καθοριστικό βαθμό τους παράγοντες εκείνους με τους οποίους είναι άρρηκτα συνδεδεμένη η καλή πορεία των εργασιών της επιχείρησης, όπως επίσης και την αξία της. Αυτό σημαίνει ότι όταν ένα πρόσωπο θελήσει να αποκτήσει τη δική του επιχείρηση θα πρέπει να είναι προετοιμασμένο να πληρώσει για άυλα περιουσιακά στοιχεία όπως η φήμη, καθιερωμένα σήματα και επωνυμίες, τεχνογνωσία, καθώς επίσης και για τις εμπορικές συμβάσεις που έχει συνάψει η προς πώληση επιχείρηση και οι οποίες

εταιρίες Τράπεζα ΕFG EUROBANK ERGASIAS Ανώνυμη Εταιρία, ΠΑΝΑΦΟΝ Ανώνυμη Ελληνική Εταιρία Τηλεπικοινωνιών και COM QUEST Ανώνυμη Εταιρία εμπορίας συσκευών και υπηρεσιών τηλεπικοινωνίας, οι τρεις ιδρυτικές επιχειρήσεις, όπως επίσης και οι ελεγχόμενες από αυτές δεσμεύτηκαν με ρήτρα η ανταγωνισμού, αφού συμφώνησαν τη μη επιδίωξη στην Ελλάδα δημιουργίας αγορών Business to Business, είτε δραστηριοποιούμενες αυτόνομα είτε μέσω συμμετοχής τους σε κοινοπραξίες. Η Ελληνική Επιτροπή Ανταγωνισμού έκρινε ότι η συγκεκριμένη ρήτρα μη ανταγωνισμού ήταν μεν άμεσα συνδεδεμένη με την υπό κρίση συγκέντρωση, καθώς επίσης και αναγκαία προκειμένου να επιτραπεί η είσοδος της κοινής επιχείρησης στη σχετική αγορά, εντούτοις όμως δεν μπορούσε σε καμιά περίπτωση να γίνει δεκτή για όλη τη διάρκεια λειτουργίας της κοινής επιχείρησης, καθώς θα οδηγούσε πιθανότατα στη δημιουργία ολιγοπωλιακής κατάστασης με βάση τις συνθήκες στην αγορά τηλεπικοινωνιών. (Η προϋπόθεση προηγούμενης άδειας για τη δραστηριοποίηση στη σχετική αγορά και άλλων εταιρών κινητής τηλεφωνίας, δημιουργεί εμπόδιο στην είσοδο νέων εταιριών, γεγονός το οποίο έχει ως αποτέλεσμα τον περιορισμένο αριθμό των ήδη δραστηριοποιούμενων επιχειρήσεων στη σχετική αγορά.) Συνεπώς μια ρήτρα μη ανταγωνισμού επιτρεπτή για όλη τη διάρκεια λειτουργίας της κοινής επιχείρησης, θα επιδείκνυε την κατάσταση. Για τον λόγο αυτό, η Ελληνική Επιτροπή Ανταγωνισμού ορθώς περιόρισε τη διάρκεια της σε μια περίοδο τριών ετών, διάστημα εύλογο και ιδιαίτερα κρίσιμο κατά τα πρώτα στάδια λειτουργίας της κοινής επιχείρησης.

⁷⁹ Βλ. Μαρίνο, ό.π., σελ. 97 επ.

είναι ήδη σε ισχύ. Για τους ανωτέρω λόγους, είναι ορθότερο να γίνει δεκτό ότι περιλαμβάνεται και το δικαίωμα προσδοκίας που έχει ο υποψήφιος αγοραστής ότι οι ήδη υπάρχοντες πελάτες θα εξακολουθήσουν να προβαίνουν σε συναλλαγές και με τον καινούριο ιδιοκτήτη⁸⁰. Είναι προφανές ότι προκειμένου να αποφευχθεί η προσέλκυση παλιών πελατών από τον προηγούμενο ιδιοκτήτη, ο αγοραστής και ο πωλητής περιλαμβάνουν στην κύρια σύμβαση μια υποχρέωση μη άσκησης ανταγωνισμού: Ο αγοραστής με τη ρήτρα μη ανταγωνισμού απαιτεί από τον πωλητή να συμφωνήσει ότι τουλάχιστον για μια ορισμένη περίοδο μετά την πώληση δεν θα στήσει επιχείρηση παρόμοια με την πωληθείσα, η οποία θα λειτουργεί ανταγωνιστικά προς αυτή που ήδη πούλησε. Αυτή η υποχρέωση είναι εύλογη όταν είναι περιορισμένη σε ότι αφορά το αντικείμενο, το χρόνο και τη γεωγραφική περιοχή μέσα στην οποία η πωληθείσα επιχείρηση έχει αποκτήσει φήμη. Είναι επίσης δικαιολογημένη, όταν με αυτήν παρέχεται η δυνατότητα στον αγοραστή να διασφαλίσει την διατήρηση αυτής της φήμης και να συγκρατήσει την ήδη υπάρχουσα πελατεία⁸¹.

ii) Η δέσμευση των θυγατρικών επιχειρήσεων του πωλητή

Γίνεται δεκτό ότι κάθε περιορισμός σε επιχειρήσεις θυγατρικές του πωλητή, όπως επίσης και στους εμπορικούς αντιπροσώπους, γίνεται αποδεκτός ως δευτερεύων. Για το λόγο αυτό, οι αρμόδιες αρχές ανταγωνισμού θα πρέπει να εξετάζουν, πέρα από τον *εταιρικό μανδύα* της επιχείρησης, αν υπάρχουν άλλες εταιρίες που ελέγχονται στενά από αυτή⁸².

Χαρακτηριστικό παράδειγμα της πρακτικής της Ελληνικής Επιτροπής Ανταγωνισμού ως προς το ανωτέρω ζήτημα αποτελεί η απόφαση 58/1997 που αφορά την συγκέντρωση των επιχειρήσεων

⁸⁰ Βλ. απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής Mig/Carlyle/Eutectic and Castolin, COMP/M.2104, της 12-9-2000, παρ. 17, όπου έκανε δεκτή τη ρήτρα μη απόσπασης πελατείας, κρίνοντας την άμεσα συνδεδεμένη και αναγκαία για την πραγματοποίηση της συγκέντρωσης.

⁸¹ Βλ. Λιακόπουλο, Η υποχρέωση μη ανταγωνισμού, ό.π., σελ 24 επ.

⁸² Βλ. Περράκη, ό.π., σελ. 106 επ.

Wartsila Diesel International/New Sulzer Diesel και Diesel Ricerche Spa. Στη σύμβαση που υπέγραψαν οι συμμετέχουσες επιχειρήσεις ανέλαβαν την υποχρέωση η καθεμιά για την ίδια και τις θυγατρικές της να μην ασχοληθούν με καμιά καινούρια επιχείρηση ή δραστηριότητα και να μην αυξήσουν ή διευρύνουν κάποια από τις υφιστάμενες επιχειρήσεις ή δραστηριότητες τους που να μπορεί να συναγωνιστεί άμεσα ή έμμεσα τη Wartsila ή κάποια από τις θυγατρικές αυτής. Από τα ανωτέρω συνάγεται ότι δευτερεύοντα περιορισμό αποτελούν κατά κανόνα οι προστατευτικές για τον αγοραστή ρήτρες μη ανταγωνισμού. Αντίθετα οι ρήτρες μη ανταγωνισμού που σκοπεύουν στην προστασία της πωλήτριας επιχείρησης, δεν θεωρούνται δευτερεύοντες περιορισμοί και για το λόγο αυτό θα πρέπει να αντιμετωπίζονται ως εμπόμπουσες στο ρυθμιστικό πεδίο των άρθρων 81 και 82 ή/και των άρθρων 1 και 2 του ν. 703/77.

Γ. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

1. Ως προς την έννοια της γενικά, ως υποχρέωση μη ανταγωνισμού νοείται η σχέση βάσει της οποίας ένα πρόσωπο έχει υποχρέωση προς ένα άλλο σε συγκεκριμένη παροχή: Στην εξεταζόμενη περίπτωση η παροχή συνίσταται σε παράλειψη και μάλιστα σε παράλειψη άσκησης ανταγωνισμού. Επομένως, πρόκειται για μια ενοχικού δικαίου υποχρέωση, η οποία ωστόσο εντασσόμενη στο δίκαιο του ανταγωνισμού, ως επιμέρους όρος μια κύριας συμφωνίας, αποκτά περισσότερο οικονομικά χαρακτηριστικά. Επισημαίνεται δε ότι οι συνέπειες της άσκησης της είναι κατά κύριο λόγο οικονομικής φύσεως.

Ειδικότερα, η υποχρέωση μη ανταγωνισμού ως δευτερεύων περιορισμός νοείται ο περιορισμός εκείνος του ανταγωνισμού που συνίσταται στην υποχρέωση προς παράλειψη άσκησης οικονομικής δραστηριότητας, ο οποίος είναι άμεσα συνδεδεμένος και αναγκαίος για την ολοκλήρωση και ορθολογική λειτουργία της κύριας οριζόντιας συμφωνίας. Η αρχή της αναλογικότητας αποτελεί τον παράγοντα που θα εξασφαλίσει την αντικειμενικότητα κατά την κρίση της άμεσης σύνδεσης και αναγκαιότητας μιας ρήτρας μη ανταγωνισμού ως δευτερεύοντος περιορισμού.

2. Όταν οι συμμετέχουσες σε πράξη συγκεντρώσεως επιχειρήσεις κοινοποιούν είτε στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή είτε στην Ελληνική Επιτροπή Ανταγωνισμού συμβατικές ρήτρες ως περιορισμούς που συνδέονται άμεσα και είναι αναγκαίοι για την πραγματοποίηση της συγκέντρωσης, οι ρήτρες αυτές ορθό είναι να θεωρούνται αναπόσπαστο τμήμα της κοινοποίησεως της πράξεως συγκεντρώσεως. Οι προϋποθέσεις από πλευράς τύπου προκειμένου να αντιμετωπιστεί η υποχρέωση μη ανταγωνισμού ως δευτερεύων περιορισμός είναι κυρίως α) η προς αξιολόγηση υποχρέωση να περιβάλλεται με έγγραφο τύπο και β) η προς αξιολόγηση υποχρέωση να περιλαμβάνεται ως επιμέρους συμβατικός όρος στο ίδιο κείμενο με την κύρια σύμβαση. Επισημαίνεται ότι ως δευτερεύων περιορισμός χαρακτηρίζεται από μη αυτοτέλεια. Αυτό σημαίνει ότι η αποδοχή της ρήτρας μη ανταγωνισμού ως δευτερεύοντος

περιορισμού προϋποθέτει κατά τον ίδιο χρόνο την ύπαρξη κύριου περιστατικού, δηλαδή πρωτεύοντος.

3. Η ρήτρα μη ανταγωνισμού θα πρέπει να είναι χρονικά και γεωγραφικά περιορισμένη. Θα πρέπει επίσης να εξετάζεται η φύση της σε σχέση με τη φύση του κύριου περιστατικού, ως προς το οποίο λειτουργεί σαν δευτερεύων περιορισμός. Εκτός από το αντικείμενο, τη διατήρηση της απόκτησης του οποίου καλείται να προστατεύσει η ρήτρα μη ανταγωνισμού, σημασία έχουν και τα οικονομικά μεγέθη των υποκειμένων που αποφασίζουν να την χρησιμοποιήσουν ως επιμέρους συμβατικό όρο. Επίσης, δεν θα πρέπει να αγνοηθεί το γενικότερο οικονομικό περιβάλλον, η σχετική αγορά, στο ευρύτερο πλαίσιο της οποίας πρόκειται αυτή να λειτουργήσει. Επομένως διαπιστώνεται ότι στα πλαίσια του δικαίου του ελεύθερου ανταγωνισμού η ρήτρα παράλειψης ανταγωνισμού κρίνεται ως δευτερεύων ή μη περιορισμός όχι μόνο με νομικά, αλλά και με οικονομικά κριτήρια.

4. Στις περιπτώσεις εκείνες που η ρήτρα μη ανταγωνισμού δεν υφίσταται ως δευτερεύων περιορισμός, μπορεί ενδεχομένως να υπολανθάνει, περιεχόμενη στην έννοια ή στο παραγόμενο αποτέλεσμα ενός άλλου δευτερεύοντος περιορισμού. Όμως, ακόμη και στην περίπτωση που γίνει δεκτή μια τέτοια παρατήρηση, δεν δύναται να φτάσει ως το σημείο να εξισώσει την λανθάνουσα υποχρέωση μη ανταγωνισμού με δευτερεύοντα περιορισμό. Αυτό πρακτικά σημαίνει ότι δεν υφίσταται σιωπηρή υποχρέωση μη ανταγωνισμού με τη μορφή δευτερεύοντος περιορισμού.

Γίνεται συνεπώς αντιληπτό ότι σε ένα ταχέως εξελισσόμενο περιβάλλον, όπως είναι ειδικά ο χώρος των εμπορικών συμβάσεων, εξελισσόμενος διαρκώς και εκφραζόμενος συχνά μέσα από νέα σχήματα, περισσότερο σύνθετα κάθε φορά, η υποχρέωση μη ανταγωνισμού λειτουργεί πολλές φορές ως ασφαλιστική δικλείδα που θα προστατεύσει την επίτευξη του στόχου της κύριας συμβατικής σχέσης, υπό την έννοια ότι το συνολικό πλέγμα των σχέσεων που απαρτίζουν την κύρια συμβατική σχέση καλύπτει και την ίδια.

5. Η αξιολογική αναβάθμιση της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού σε αυτοτελή περιορισμό δεν δύναται να γίνει δεκτή, επειδή θα είχε ως συνέπεια την ανάλυση της με βάση τα κριτήρια του άρθρου 81 ΣυνθΕΚ και του άρθρου 1 του ν. 703/1977. Είναι πολύ πιθανό η μη απαλλαγή της να συμπαρέσυρε την τύχη και της κύριας σύμβασης.

6. Καθαρά σε θεωρητικό επίπεδο, θα μπορούσε να διατυπωθεί η σκέψη ότι μια έμμεση εφαρμογή του κανόνα της λογικής ενδεχομένως θα ήταν εφικτό να γίνει δεκτή υπό το πρίσμα του άρθρου 81. Άλλωστε, κάτι τέτοιο, αν συνέβαινε θα αποτελούσε μάλλον οπισθοδρόμηση, καθώς τελικά θα οδηγούσε σε βαθμιαία αποδυνάμωση του άρθρου 81 παρ. 3 που αποτελεί από μόνο του πλεονέκτημα έναντι του ελλιπούς κανόνα της λογικής.

Περισσότερα περιθώρια αξιοποίησης του κανόνα της λογικής φαίνεται να μπορούν να υπάρξουν στο πλαίσιο των δευτερευόντων περιορισμών, υπό την έννοια ότι αποκλείεται η αυτοτελής αξιολόγηση τους με βάση το άρθρο 81, καθώς οι συγκεκριμένοι περιορισμοί ως δευτερεύοντες δεν πρέπει και δεν μπορεί να έχουν διαφορετική τύχη από εκείνη του κυρίου περιστατικού το οποίο συνοδεύουν, δηλαδή εγκρίνονται ή απαλλάσσονται μαζί με το κύριο περιστατικό.

Η αναζήτηση των πραγματικών αντιανταγωνιστικών αποτελεσμάτων μιας ρήτηρας μη ανταγωνισμού υπό την ανάλυση με βάση τον κανόνα της λογικής, αν υποτεθεί ότι επιχειρείται θα πρέπει να είναι «εύκαμπτη», δηλαδή θα πρέπει να εξαρτάται όχι μόνο από τη φύση του περιορισμού αλλά και από τις οικονομικές συνθήκες και περιστάσεις υπό τις οποίες αυτός χρησιμοποιείται.

7. Στο ερώτημα πότε η υποχρέωση μη ανταγωνισμού ως δευτερεύων περιορισμός σε μια σύμβαση συγκέντρωσης, μπορεί να γίνει δεκτή από την έννομη τάξη, η απάντηση θα πρέπει να δοθεί κατόπιν ad hoc εξέτασης της φύσης και της αναγκαιότητας της, εφαρμοζόμενης της αρχής της αναλογικότητας και λαμβανομένης υπόψη της διάρκειας της, του αντικειμένου και της γεωγραφικής της έκτασης, προκειμένου στην περίπτωση που υπάρχουν που υπάρχουν περισσότερες εναλλακτικές

λύσεις για την επίτευξη της συγκέντρωσης, να επιλεγεί η λιγότερο περιοριστική για τον ανταγωνισμό.

8. Δεν νοείται υποχρέωση μη ανταγωνισμού ως δευτερεύων περιορισμός, η οποία εμπεριέχεται μεν τυπικά ως επιμέρους συμβατικός όρος στην κύρια σύμβαση της συγκέντρωσης, ουσιαστικά όμως δε αφορά αυτή, αλλά κάποια άλλη σύμβαση που ενδέχεται να πραγματοποιηθεί μελλοντικά, χωρίς αυτό να μπορεί να θεωρηθεί βέβαιο. Σε αυτή την περίπτωση πρωτεύων όρος από τον οποίο πρέπει να εξαρτάται ο υποτιθέμενος δευτερεύων περιορισμός δεν είναι η σύμβαση συγκέντρωσης, αλλά μια άλλη μελλοντική σύμβαση. Επομένως, κατά τον χρόνο που η υποχρέωση μη ανταγωνισμού ελέγχεται αν αποτελεί δευτερεύοντα περιορισμό ή όχι, ο πρωτεύων όρος δεν έχει ακόμη διαμορφωθεί. Για το λόγο αυτό κρίνεται ορθό η υποχρέωση μη ανταγωνισμού να αντιμετωπίζεται στο πλαίσιο των άρθρων 81 και 82 (ή/και των άρθρων 1 και 2 ν. 703/1977).

9. Σε ότι αφορά τη χρονική διάρκεια της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού ως δευτερεύοντος περιορισμού, λαμβάνοντας υπόψη το αντικείμενο της μεταβίβασης, πρόκειται για διετία σε περίπτωση μεταβίβασης φήμης και πελατείας και για τριετία σε περίπτωση μεταβίβασης φήμης, πελατείας και τεχνογνωσίας.

10. Τέλος, η Ελληνική Επιτροπή Ανταγωνισμού προκρίνει την κατά περίπτωση αξιολόγηση των ρητών μη ανταγωνισμού, ως δευτερευόντων περιορισμών, κυρίως σε ότι αφορά το ζήτημα της χρονικής τους οριοθέτησης, μη επαναπαυόμενη μεν στη διαπίστωση της άμεσης σύνδεσης και αναγκαιότητας τους για την επιτυχία της υπό κρίση συγκέντρωσης. Η Ελληνική Επιτροπή Ανταγωνισμού γνωρίζει πολύ καλά ότι βασικότερο γνώρισμα της γεωγραφικής αγοράς στη χώρα μας αποτελούν οι επιμέρους αγορές προϊόντων ή υπηρεσιών σε συνθήκες κατά κανόνα ολιγοπωλίου. Έχοντας συνειδητοποιήσει αυτό το ειδικής φύσης δεδομένο, η εθνική ανεξάρτητη αρχή δείχνει ορθώς να αντιλαμβάνεται ότι μόνη η εξέταση στοιχείων που ανήκουν στο αντικείμενο της συγκέντρωσης σε μια αγορά με τα ιδιαίτερα

χαρακτηριστικά της ελληνικής είναι ανεπαρκής και επικίνδυνα υπεραπλουστευμένη.

V. ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΚΟΣ ΠΙΝΑΚΑΣ

- 1) Δρυλλεράκης Ι., Οι δικηγορικές εταιρίες και η νέα ρύθμιση τους με το π.δ. 81/2005, ΝοΒ 2005
- 2) Δρυλλεράκης Ι., Η προστασία του Ελεύθερου Ανταγωνισμού, 2005
- 3) Ζευγώλης Ν., Η υποχρέωση μη ανταγωνισμού ως δευτερεύων περιορισμός, 2006
- 4) Καρύδης Γ., Ευρωπαϊκό Δίκαιο Επιχειρήσεων και Ανταγωνισμού, 2004
- 5) Κατσουλάκος Ι., Ο έλεγχος συγκεντρώσεων των επιχειρήσεων στο δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού, 1998
- 6) Κοτσίρης Λ., Δίκαιο Ανταγωνισμού, 2000
- 7) Κοτσίρης Λ., Ευρωπαϊκό Εμπορικό Δίκαιο Ι, 2003
- 8) Λιακόπουλος Αθ., Η υποχρέωση μη ανταγωνισμού. Προϋποθέσεις για την αξία μιας συμφωνίας μη ανταγωνισμού, Δ.Ε.Ε. 2000
- 9) Μαρίνος Μιχ., Πώληση επιχείρησης και απαγόρευση άσκησης ανταγωνισμού, ΧρΙΔ 2001
- 10) Περάκης Ευ., Η σχέση του δικαίου προστασίας του καταναλωτή με το δίκαιο του αθέμιτου ανταγωνισμού, Δ.Ε.Ε.1996
- 11) Περάκης Ευ., Ο Έλεγχος Συγκεντρώσεων Επιχειρήσεων στο Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού, Δευτερεύοντες περιορισμοί του ανταγωνισμού, 1998
- 12) Πυροβέτσης Μ., Ο έλεγχος των συγκεντρώσεων μεταξύ των επιχειρήσεων στο δίκαιο του ανταγωνισμού. Α. Κατά το Κοινοτικό Δίκαιο Β. Κατά την ελληνική νομολογία, 1992
- 13) Ρόκας Ν., Η ελευθερία ανταγωνισμού και οι περιορισμοί αυτής, ΕΕμπΔ 1974

14) Σουφλερός Ηλ., Ο έλεγχος συγκεντρώσεων των επιχειρήσεων στο δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού, Δημοσιεύματα Εταιρίας Δικαίου του Ανταγωνισμού, 1998

15) Σουφλερός Ηλ., Η απαγόρευση της κατάχρησης δικαιώματος και η σχέση της με τις αρχές της ασφάλειας δικαίου, της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης και της αναλογικότητας στο κοινοτικό εταιρικό δίκαιο, ΕΕμπΔ 2000

VI. ΠΙΝΑΚΑΣ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΣ

1) ΚΟΙΝΟΤΙΚΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ

Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής Montecatini v. Commission, T-14/89 της 4-11-1992

Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής Marconi/Finmeccanica, Comp/M. 496, της 5-9-1994

Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής Nordic Capital/ Transpool, IV/M.625 της 23-8-1995

Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής BP/Mobil, EE 10-1996 της 7-8-1996

Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής Textron/Kautex, EE 12-1996 της 18-12-1996

Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής KNP BT/Bunzl/Wilhelm Seiler, IV/M. 884, της 15-1-1997

Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, Nestle/Dalgety, IV/M. 1127, της 2-4-1998

Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής Valeo/ITT Industries, IV/M.1245 της 30-7-1998

Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής American Home Products-Monsanto, Bulletin EU 9-1998, της 28-9-1998

Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής Kingfisher/Grosslabor, IV/M. 1482, της 12-4-1999

Αποφάση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής LUFTHANZA MENZIES/LGS/JV, COMP/ M. 1913 της 29-8-2000

Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής Mig/Carlyle/Eutectic and Castolin, COMP/M.2104, της 12-9-2000

Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής STORA ENSO/ASSI-DOMAN/JV, COMP/M. 2243 της 22-12-2000

Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής Dow/Enichem Polyurethane, COMP/M.2355, της 5-3-2001

Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής Metropole Television – M6 v. Commission, T-112/99 της 18-9-2001

2) ΕΘΝΙΚΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ

ΕΑ 12/1995

ΕΑ 12/1995

ΕΑ 21/1996

ΕΑ 39/1996

ΕΑ 58/1997

ΕΑ 59/1997

ΕΑ 183/2001



ΠΑΝΤΕΙΟΝ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ
ΚΟΙΝΩΝΙΚΩΝ ΚΑΙ ΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΕΠΙΣΤΗΜΩΝ
ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ

Τηλ. 210 - 92 01 001

ΗΜΕΡΟΜΗΝΙΑ ΕΠΙΣΤΡΟΦΗΣ

19 NOE. 2011

23 NOE. 2012

27 ΔΕΚ. 2012

19 NOE. 2013

ΠΑΝΤΕΙΟ
ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ



80200007759