

ΠΡΟΛΟΓΟΣ

Η παρούσα μονογραφία εξετάζει, πώς επηρεάζεται το ελληνικό δίκαιο του αθέμιτου ανταγωνισμού από την Οδηγία 2005/29 για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές των επιχειρήσεων προς τους καταναλωτές. Διατρέχει τις διατάξεις της Οδηγίας και τις αναλύει, προκειμένου να εξάγει τις Ενωσιακές επιταγές που αυτές ενσωματώνουν αναφορικά με τη δέουσα ρύθμιση του δικαίου περί αθέμιτου ανταγωνισμού στα κράτη μέλη. Αναπτύσσει στη συνέχεια τη ρύθμιση του εν λόγω κλάδου δικαίου στην Ελλάδα μέχρι τη θέσπιση της παραπάνω Οδηγίας, ώστε να αναδειχθούν οι αλλαγές που η τελευταία επέφερε με την ενσωμάτωσή της στο ελληνικό δίκαιο. Στο πλαίσιο αυτό, επιχειρεί να υπάγει απτά παραδείγματα σύγχρονων εμπορικών πρακτικών στις διατάξεις των Νόμων 2251/1994 και 146/14, σύμφωνα με τις κρατούσες ερμηνευτικές προσεγγίσεις των άρθρων της Οδηγίας.

Κυρίως, όμως, η μελέτη επισημαίνει τις αλλαγές που δεν επήλθαν στο ελληνικό δίκαιο κατά τη μεταφορά της Οδηγίας, αν και θα έπρεπε να επέλθουν για την ορθή εφαρμογή της. Αποτιμά το ισχύον νομοθετικό πλαίσιο για τη ρύθμιση του αθέμιτου ανταγωνισμού στην Ελλάδα, τόσο σε σύγκριση με το προηγούμενο, όσο και υπό το πρίσμα της πραγματικής βούλησης του Ενωσιακού νομοθέτη. Όστε, από τη μία, να αναδείξει την πρακτική συμβολή της Οδηγίας αναφορικά με τα προσκόμματα που επεφύλασσε στον ανταγωνισμό το παλαιό νομοθετικό καθεστώς. Και, από την άλλη, να διαγνώσει τυχόν αστοχίες της σήμερα ισχύουσας ρύθμισης. Τέλος, η μελέτη διατυπώνει συγκεκριμένες προτάσεις για την αποτελεσματικότερη ρύθμιση σε Ενωσιακό και εθνικό επίπεδο των εμπορικών πρακτικών και της προστασίας των καταναλωτών και των εμπόρων από τον αθέμιτο ανταγωνισμό.

Σύμφωνα με τα παραπάνω, η μελέτη επιδίδεται σε επαγωγικούς συλλογισμούς, αποκρυσταλλώνοντας γενικά συμπεράσματα από το γράμμα και το πνεύμα των υπό εξέταση Ενωσιακών και εθνικών νομοθετημάτων. Ταυτόχρονα, όμως, προσεγγίζει τις διατάξεις αυτών απαγωγικά, διερευνώντας την εφαρμογή τους στην πράξη. Μέσα από αυτή τη συστηματική - ερμηνευτική μέθοδο, η έρευνα κινείται σε επίπεδο *de lege lata* και *de lege ferenda*.

Η μονογραφία διαρθρώνεται σε **9 Κεφάλαια**. Ξεκινά με μια σύντομη ιστορική αναδρομή στη ρύθμιση του αθέμιτου ανταγωνισμού στην ΕΕ μέχρι την έκδοση της Οδηγίας 2005/29 στο **Πρώτο Κεφάλαιο**. Στα πλαίσια αυτά επεξηγείται η σχέση του

Πρώτο Κεφάλαιο: Ιστορική Αναδρομή

A. Δίκαιο του αθέμιτου ανταγωνισμού και μέτρα προώθησης των πωλήσεων

α) Απαρχές της προστασίας από τον αθέμιτο ανταγωνισμό

i. Η Σύμβαση των Παρισίων

Τα θεμέλια για την ανάπτυξη του δικαίου για τον αθέμιτο ανταγωνισμό παγκοσμίως θεωρείται ότι έθεσε η Σύμβαση του Παρισιού για την προστασία της βιομηχανικής ιδιοκτησίας. Χρονολογείται από το Μάρτιο του 1883 και αναθεωρήθηκε επανειλημμένως, μέχρι που την εποπτεία της εφαρμογής της ανέλαβε ο Παγκόσμιος Οργανισμός Πνευματικής Ιδιοκτησίας (WIPO). Αν και αρχικά υπογράφηκε από 12 χώρες, σήμερα έχουν προσχωρήσει σε αυτή 174 κράτη. Η χώρα μας προσχώρησε στη Σύμβαση μετά την αναθεώρηση της Στοκχόλμης και συγκεκριμένα τον Απρίλιο του 1976. Η πράξη κύρωσης της Σύμβασης των Παρισίων (Ν. 213/1975) τέθηκε σε εφαρμογή στην Ελλάδα την 15.07.1976.

Η Σύμβαση έχει ως περιεχόμενο την προστασία των ευρεσιτεχνιών, των διακριτικών γνωρισμάτων, των βιομηχανικών σχεδίων, των γεωγραφικών ενδείξεων και των ονομασιών προέλευσης. Το 1911 προστέθηκε στο πεδίο εφαρμογής της η καταπολέμηση του αθέμιτου ανταγωνισμού, με ανάλογη διεύρυνση του ορισμού της βιομηχανικής ιδιοκτησίας στο άρθρο 2 αυτής. Η εξέλιξη αυτή κρίθηκε απαραίτητη στο βαθμό που το νομικό πλαίσιο για την προστασία του «σκληρού πυρήνα» της βιομηχανικής ιδιοκτησίας, δηλ. των ευρεσιτεχνιών & των σημάτων, δεν κρινόταν επαρκές για να προστατεύσει τον επιχειρηματία, που ανέπτυξε δράση εκτός εθνικών συνόρων, από απομιμήσεις¹.

Αναλυτικά, με την αναθεώρηση του 1911 στην Ουάσινγκτον προστέθηκε στην αποστολή της Σύμβασης η υποχρέωση για εξασφάλιση επαρκούς προστασίας κατά του αθέμιτου ανταγωνισμού. Με μια ακόμα αναθεώρηση το 1925 στη Χάγη προστέθηκε ορισμός του αθέμιτου ανταγωνισμού, ο οποίος περιλαμβάνει κάθε πράξη ανταγωνισμού που αντίκειται στα χρηστά ήθη στο εμπόριο και τη βιομηχανία. Στη διάσκε-

1. Schmid, Neuordnung des Wettbewerbsrechts, GRUR Int. 1998, σελ. 475-493, 475· Henning-Bodewig, Der Schutzzweck des UWG und die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, GRUR 2013, σελ. 238-244, 239.

ψη του Λονδίνου το 1934 ο ορισμός αυτός εμπλουτίστηκε με δύο παραδείγματα τέτοιων πράξεων. Πρόκειται για εκείνες τις πρακτικές που επιφέρουν κίνδυνο σύγχυσης μεταξύ προϊόντων προσφερόμενων από ανταγωνιστές, καθώς και για όσες τείνουν να υποβιβάσουν ανταγωνιστικά προϊόντα με ψευδείς ισχυρισμούς. Με την αναθεώρηση της Λισσαβόνας το 1958 προστέθηκε στα παραπάνω και τρίτο παράδειγμα, ήτοι η παραπλάνηση σχετικά με τις ιδιότητες των προσφερόμενων προϊόντων.

Τέλος, η Σύμβαση καθιέρωσε δύο βασικές αρχές, της «εθνικής μεταχείρισης» και της «ελάχιστης προστασίας». Η πρώτη αρχή θέλει να κατοχυρώσει, ότι η προστασία από τον αθέμιτο ανταγωνισμό που παρέχεται σε ένα κράτος μέλος θα ισχύει εξίσου και για τους υπηκόους άλλων κρατών μελών εντός της επικράτειάς του, ανεξάρτητα εάν τηρείται η αρχή της αμοιβαιότητας ή όχι. Κατά τη δεύτερη αρχή, εφόσον και στο βαθμό που η Σύμβαση των Παρισίων θέτει ουσιαστικό δίκαιο, κάθε κράτος μέλος θα πρέπει να εξασφαλίζει σε υπηκόους άλλων κρατών μελών ένα αντίστοιχο minimum προστασίας. Έτσι, ενώ η Σύμβαση δεν απαιτεί ευθέως την ενσωμάτωση των διατάξεων της στα κράτη μέλη της, επιβάλλει έστω μια κάποια de facto εναρμόνιση, προς αποφυγή ανάστροφης διακριτικής μεταχείρισης.

ii. Η συμφωνία TRIPS

Η Σύμβαση των Παρισίων φάνηκε να αγγίζει τα όρια της εξελιξιμότητάς της μετά την τροποποίηση που υπέστη στη Λισσαβόνα το 1958. Σε σχέση με την προστασία από τον αθέμιτο ανταγωνισμό είχε συνεισφέρει μια πρότυπη αποσπασματική ρύθμιση, η οποία όμως έπασχε ως προς την εκτελεστότητά της. Ο WIPO, που ανέλαβε όπως σημειώθηκε τη διαχείριση της Σύμβασης, είχε ήδη το 1976 εξαγγείλει την προοπτική της αναθεώρησής της προς την κατεύθυνση της πληρέστερης ρύθμισης του αθέμιτου ανταγωνισμού. Παρόλα αυτά, μόλις το 1996 δημοσίευσε «Πρότυπες διατάξεις για την προστασία κατά του Αθέμιτου Ανταγωνισμού», που απλώς ερμήνευαν τη Σύμβαση των Παρισίων χωρίς να παρουσιάζουν δεσμευτικότητα.

Το 1995 συνήφθη στα πλαίσια του Παγκόσμιου Οργανισμού Εμπορίου (WTO) η συμφωνία TRIPS (Trade Related Aspects to Intellectual Property) για τη διανοητική ιδιοκτησία. Στην Ελλάδα κυρώθηκε με το Ν. 2290/1995². Όπως διαφαίνεται από το άρθρο 2 παρ. 2 αυτής, η συμφωνία TRIPS χτίζει πάνω στη Σύμβαση των Παρισίων³, που εξακολουθεί να ισχύει. Συγκεκριμένα, η TRIPS διορθώνει τα ελαττώματα της θεωρίας περί εθνικής μεταχείρισης, όπως αναπτύχθηκε βάσει της Σύμβασης του Παρισιού, προβλέποντας ότι πρωταρχική υποχρέωση των κρατών μελών είναι να εξασφα-

2. ΦΕΚ Α 28/9-2-1995. Μαρίνος, Αθέμιτος Ανταγωνισμός, Δίκαιο & Οικονομία Π.Ν. Σάκκουλας 2015, σελ. 89.

3. Henning-Bodewig, International Handbook on Unfair Competition, C.H.Beck-Hart Publishing-Nomos München, Oxford, Baden-Baden 2013, σελ. 32.

λίσουν στους ίδιους τους πολίτες τους την ελάχιστη προστασία που θεσπίζει. Προβλέπει μάλιστα και συνέπειες επί μη τήρησης των επιβαλλόμενων στα κράτη μέλη υποχρεώσεων, βασικά εμπορικές ποινές και απώλεια προνομίων από τον Παγκόσμιο Οργανισμό Εμπορίου (ΠΟΕ). Από αυτή την άποψη η TRIPS εισάγει ευθεία εναρμόνιση.

Εξειδικευμένες διατάξεις αναφορικά με τον αθέμιτο ανταγωνισμό είναι δύο στην TRIPS, οι 22 παρ. 2 και 39, που αφορούν αντίστοιχα τις ενδείξεις γεωγραφικής προέλευσης και τα εμπορικά απόρρητα. Η πρώτη διάταξη επιτάσσει στα κράτη μέλη να απαγορεύουν κάθε προσβολή των γεωγραφικών ενδείξεων κατά την έννοια του 10bis της Σύμβασης του Παρισιού, δηλ. μέσω σύγχυσης, υποβιβασμού ή παραπλάνησης. Η δεύτερη διάταξη ορίζει ότι, στα πλαίσια της εξασφάλισης αποτελεσματικής προστασίας κατά του αθέμιτου ανταγωνισμού όπως προβλέπεται στο άρθρο 10bis της Σύμβασης του Παρισιού, «τα μέλη θα πρέπει να προστατεύουν τα εμπορικά απόρρητα [...]». Επεξηγεί δε ποιες πληροφορίες εμπίπτουν στην έννοια του εμπορικού απορρήτου και τότε η χωρίς άδεια συλλογή και επεξεργασία τους είναι αθέμιτη.

iii. Αποτελέσματα των διεθνών επιρροών στις Ευρωπαϊκές έννομες τάξεις

Οι παραπάνω διεθνείς Συμφωνίες απείχαν χρονικά μεταξύ τους κατά έναν αιώνα περίπου. Οι επιρροές τους στην εξέλιξη του δικαίου κατά του αθέμιτου ανταγωνισμού στην Ευρώπη υπήρξαν συγκεχυμένες, καθότι έδιναν ασαφείς κατευθύνσεις για καίρια ζητήματα, όπως ήταν η σχέση της προστασίας από τον αθέμιτο ανταγωνισμό με το δίκαιο διανοητικής ιδιοκτησίας, το περιεχόμενο των χρηστών ηθών ως κριτηρίου συνδρομής αθέμιτου ανταγωνισμού κλπ⁴. Τελικά επέφεραν μια υποτυπώδη εναρμόνιση και βασικά η διαμόρφωση της προστασίας από τον αθέμιτο ανταγωνισμό ως κλάδου δικαίου ακολούθησε ανεξάρτητη και αυτόνομη πορεία στις επιμέρους εθνικές έννομες τάξεις. Χαρακτηριστικά στην Ευρώπη αναπτύχθηκαν διάφορα δικαιικά μοντέλα: σε άλλα κράτη το δίκαιο του αθέμιτου ανταγωνισμού αποτέλεσε μετεξέλιξη του δικαίου των αδικοπρακτικών ενοχών, σε άλλα ενσωματώθηκε μαζί με το δίκαιο για τον ελεύθερο ανταγωνισμό σε έναν Νόμο και η επιβολή του ανατέθηκε στο κράτος, άλλα κράτη πάλι εμπιστεύθηκαν την προστασία από τον αθέμιτο ανταγωνισμό στην αυτορρύθμιση και σε θεσμούς διαμεσολάβησης ή στη νομολογία τους⁵. Ομοίως, η συνδρομή αθέμιτου ανταγωνισμού εξαρτήθηκε από διαφορετικά κριτήρια από κράτος σε κράτος. Κοινό στοιχείο πάντως όλων των εννόμων τάξεων κατά το πρώιμο στάδιο της ανάπτυξης του δικαίου περί αθέμιτου ανταγωνισμού υπήρξε η αντίληψη ως προς το αντικείμενο προστασίας του.

4. Henning-Bodewig, Nationale Eigenständigkeit und europäische Vorgaben im Lauterkeitsrecht, GRUR Int. 2010, σελ. 549-563, 554.

5. Henning-Bodewig, GRUR Int. 2010, σελ. 558.

β) Η τριάδα αντικειμένων προστασίας του δικαίου κατά του αθέμιτου ανταγωνισμού

i. Ο ανταγωνιστής

Όταν στις αρχές του 19^{ου} αιώνα άρχισε να αναπτύσσεται το δίκαιο κατά του αθέμιτου ανταγωνισμού, ως αντικείμενο προστασίας αυτού θεωρήθηκε αποκλειστικά ο «έντιμος εμπορευόμενος». Ως μέλημα δηλ. του εν λόγω κλάδου δικαίου γινόταν αντιληπτή η προάσπιση των ατομικών συμφερόντων των εμπορευόμενων έναντι καταχρηστικών συμπεριφορών των ανταγωνιστών τους, ενώ η προστασία άλλων μετεχόντων στην αγορά, όπως είναι οι καταναλωτές, αντιμετωπιζόταν ως ενδεχόμενη παρενέργεια και σε καμία περίπτωση ως συνειδητή λειτουργία του εν λόγω κλάδου δικαίου⁶. Η προσέγγιση αυτή συνέπλευσε απολύτως με τη ρύθμιση του αθέμιτου ανταγωνισμού στη Σύμβαση των Παρισίων και την ένταξή του στο δίκαιο της βιομηχανικής ιδιοκτησίας⁷. Τα προστατευόμενα συμφέροντα των ανταγωνιστών περιόριζονταν στη διαφύλαξη της θέσης τους στην αγορά και της δυνατότητάς τους να προσεγγίσουν τον καταναλωτή προσφέροντας ακώλυτα τις παροχές τους⁸.

ii. Η ολότητα

Οι πρώτες παραφωνίες σε σχέση με το μονοπώλιο που επεφύλασσε η απανταχού νομική θεωρία στην προστασία των συμφερόντων του ανταγωνιστή μέσω του δικαίου κατά του αθέμιτου ανταγωνισμού, ακούστηκαν στη γερμανική έννομη τάξη και προέρχονταν από τη νομολογία της. Αυτή - χωρίς πάντως να αιτιολογεί σαφώς το σκεπτικό της - διέκρινε ότι το δίκαιο κατά του αθέμιτου ανταγωνισμού εξυπηρετεί και το συλλογικό συμφέρον της ολότητας για τη διατήρηση ανόθευτου του ανταγωνισμού στην αγορά. Συγκεκριμένα, το ανώτατο ακυρωτικό δικαστήριο της Γερμανίας κατά την περίο-

6. Nastelski, Schutz der Allgemeinheit im Wettbewerbsrecht, GRUR 1969, σελ. 322-326, 322; Henning-Bodewig, GRUR 2013, σελ. 239; Alexander, Vertrag und unlauterer Wettbewerb, Εκδόσεις Duncker & Humblot, Βερολίνο 2002, σελ. 47.

7. Αν και η Σύμβαση των Παρισίων αναφέρεται στον Αθέμιτο Ανταγωνισμό ως έκφραση της βιομηχανικής ιδιοκτησίας και επομένως εκλαμβάνει αυτόν ως αναπτυσσόμενο μεταξύ ανταγωνιστών, δεν παραγνωρίζει την επίδρασή του στον καταναλωτή, όπως προκύπτει και από την ενσωμάτωση το 1958 των «ισχυρισμών ικανών να παραπλανήσουν το κοινό» στα παραδείγματα αντικείμενων στα χρηστά ήθη πράξεων ανταγωνισμού. Απλά θεωρείται ότι η Σύμβαση δεν βρίσκει εφαρμογή σε περίπτωση που μια πρακτική θίγει αποκλειστικά τον καταναλωτή. Βλ. αναλυτικά Henning-Bodewig, GRUR Int. 2010, σελ. 550; Henning-Bodewig, International Handbook on Unfair Competition, σελ. 23 επ.; Ulmer, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Band I Vergleichende Darstellung, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung München, Carl Heymanns Verlag KG Köln 1965, σελ. 23.

8. Wuttke, Die Bedeutung der Schutzzwecke für ein liberales Wettbewerbsrecht, WRP 2007, σελ. 119-127, 122 επ.

δο της «Δημοκρατίας της Βαϊμάρης», επονομαζόμενο “Reichsgericht” (RG), εξέδωσε το 1928 την απόφαση “Markenschutzverband”⁹, με την οποία για πρώτη φορά αναγνώριζε το δημόσιο συμφέρον για προστασία από τον αθέμιτο ανταγωνισμό. Την ίδια γραμμή ακολούθησαν και οι μεταγενέστερες αποφάσεις του¹⁰, ενώ μετά τον πόλεμο αυτή υιοθετήθηκε και από το διάδοχο του παραπάνω δικαστηρίου, ομοσπονδιακό δικαστήριο “Bundesgerichtshof” (BGH), με πρώτη σχετική απόφαση την “Anzeigenblatt”¹¹. Εν τω μεταξύ, το πέρασμα από την ατομιστική στην «κοινωνιστική»¹² αντίληψη του δικαίου κατά του αθέμιτου ανταγωνισμού έκανε δεκτό και η γερμανική νομική θεωρία. Η αντίληψη αυτή διαδίδεται σε όλη την Ευρώπη και φτάνει σύντομα στη χώρα μας, όπως προκύπτει ήδη από δικαστικές αποφάσεις της δεκαετίας του 1930¹³.

Το συμφέρον της ολότητας ως αντικείμενο προστασίας του δικαίου κατά του αθέμιτου ανταγωνισμού προκαλεί ήδη από τη σύλληψή του πολλαπλά ερωτήματα. Απασχολούν συγκεκριμένα τα υποκειμενικά και αντικειμενικά όρια της έννοιας αυτής, τα πρόσωπα δηλ. που συνθέτουν την ολότητα και η φύση των συμφερόντων αυτών των προσώπων, που ενδιαφέρουν το δίκαιο κατά του αθέμιτου ανταγωνισμού. Σε σχέση και με τα δύο σκέλη του προβληματισμού, η έννοια της ολότητας δεν υπήρξε στατική, αλλά αντιθέτως μετεξελίσσεται αδιάκοπα με την πάροδο του χρόνου, ανταποκρινόμενη σε κοινωνικές επιταγές, σε νομολογιακές σταθμίσεις και στους μετασχηματισμούς της διδασκαλίας του δικαίου περί αθέμιτου ανταγωνισμού.

Μια αναδρομή στη νομολογία του Reichsgericht και στην έννοια που αποδίδει στους όρους «συμφέρον της ολότητας» ή δημόσιο συμφέρον, τα οποία μεταχειρίζεται ως συνώνυμα, οδηγεί στο συμπέρασμα ότι ως ολότητα αντιμετωπίστηκαν άλλοτε τα συλλογικά συμφέροντα των ανταγωνιστών, άλλοτε ο θεσμός του ανταγωνισμού και αργότερα, πριν όμως κατοχυρωθεί ως αυτοτελές αντικείμενο του δικαίου περί αθέμιτου ανταγωνισμού, το συμφέρον του καταναλωτή. Ειδικότερα, η σύμπτω-

9. RG απόφαση της 24.01.1928, με αριθμό II 272/27, RGZ 120, σελ. 47 επ.

10. Βλ. π.χ. τις αποφάσεις RG Rundfunknachricht, της 29.04.1930, RGZ 128, σελ. 330 επ.· RG Salizylzusatz, της 13.11.1931, MuW 1932, σελ. 83 επ.· RG Bestattungsunternehmen I, της 09.11.1934, RGZ 145, σελ. 995 επ.· RG Diamantine, της 27.03.1936, GRUR 1936, σελ. 810 επ., που αφορούσε την απαγορευμένη τότε στη Γερμανία τακτική της δωρεάν χορήγησης πρόσθετων παροχών υπό το πρόσχημα χορήγησης δειγμάτων για δοκιμή. Nastelski, GRUR 1969, σελ. 322· Beater, Allgemeinheitsinteressen und UWG, WRP 2012, σελ. 6-17, 6.

11. Έτσι Αλεξανδρίδου, Αθέμιτος ανταγωνισμός και προστασία του καταναλωτή, εκδ. Σάκουλα Θεσσαλονίκη 1992, σελ. 58. Βλ. και Beater, WRP 2012, σελ. 6.

12. Επικριτικός για το χαρακτηρισμό αυτό, Schuenemann, „Unlauterkeit“ in den Generalklauseln und Interessenabwägung nach neuem UWG, WRP 2004, σελ. 925-936, 933.

13. Βλ. για παράδειγμα ΕφΑθ 207/1935, EEN B, σελ. 927. Αλεξανδρίδου, Αθέμιτος Ανταγωνισμός 1992, σελ. 58 επ. με παραπομπή σε περαιτέρω νομολογία ΠΠρΑθ 15837/1960, ΝοΒ 1961, σελ. 359· ΠρΑθ 929/1967, ΕΕμπΔ 1967, σελ. 136· Πρίωαν 904/1976, EEN 1977, σελ. 202· ΜΠρΑθ 97/1987, ΝοΒ 35, σελ. 937· ΜΠρΑθ 458/90, ΕΕμπΔ 1990, σελ. 153.

ση της έννοιας της ολότητας με αυτή του καταναλωτή γίνονταν αποδεκτό ότι συντρέχει, εφόσον μια διαφήμιση απευθυνόταν στο κοινό αδιακρίτως και αφηρημένα. Όταν ένα διαφημιστικό μήνυμα είχε συγκεκριμένους αποδέκτες, θεωρούταν αντίθετα ότι η ολότητα συνίστατο σε αυτούς και στα υπόλοιπα τμήματα του πληθυσμού¹⁴.

Σε σχέση με τις διαστάσεις των συμφερόντων της ολότητας που προστατεύονται από το δίκαιο του αθέμιτου ανταγωνισμού η νομολογία εμφανίζει διακυμάνσεις. Όσο η νομιμότητα των πράξεων ανταγωνισμού εξεταζόταν με γνώμονα τα χρηστά ήθη, στις δικαστικές κρίσεις παρεισέφεραν αξιολογικά στοιχεία που δεν σχετιζόνταν με την οικονομική ελευθερία και τη λειτουργικότητα του ανταγωνισμού στην αγορά. Έτσι συναντώνται αποφάσεις, οι οποίες βασιζόμενες στο συμφέρον της ολότητας απαγόρευαν π.χ. διαφημίσεις προφυλακτικών, στο βαθμό που αυτές προέτρεπαν το κοινό σε προγαμιαίες σχέσεις¹⁵, τη διαφήμιση κηδειών, στο βαθμό που παρακινούσε σε σκέψεις περί του τέλους της ανθρώπινης ζωής¹⁶ κ.α. Χαρακτηριστική είναι και η αντιμετώπιση της περιβαλλοντικής διαφήμισης από τα γερμανικά δικαστήρια. Αρχικά η διαφήμιση με αναφορές στην προστασία του περιβάλλοντος αντιμετωπιζόταν πιο αυστηρά από τις άλλες διαφημίσεις ως προς την αντίθεσή της στα χρηστά ήθη και την ικανότητά της να δράσει παραπλανητικά¹⁷. Η τακτική αυτή αργότερα εγκαταλείφθηκε, ενώ σήμερα η παραβίαση διατάξεων για την προστασία του περιβάλλοντος είναι καταρχήν αδιάφορη για το δίκαιο κατά του αθέμιτου ανταγωνισμού¹⁸.

Γενικότερα γίνεται σήμερα ομόφωνα δεκτό, ότι η προστασία της ολότητας ως αντικείμενου του δικαίου κατά του αθέμιτου ανταγωνισμού περιορίζεται στο δημόσιο συμφέρον για δίκαιο ανταγωνισμό και δεν επεκτείνεται σε μη οικονομικού περιεχομένου δικαιώματα¹⁹. Τα προστατευόμενα συμφέροντα της ολότητας περιορίζονται δηλαδή με γνώμονα τη λειτουργικότητα του ανταγωνισμού στην αγορά. Το συμφέρον στον λειτουργικό και υγιή ανταγωνισμό μεταφράζεται ως επιταγή στον νομοθέτη και δικαστή α) να εξασφαλίζουν την επαρκή πληροφόρηση του καταναλωτή, β) να εξασφαλίζουν την προστασία του δυναμικού ανταγωνισμού, καθιστώντας επιτρεπτή και δυνα-

14. Αλεξανδρίδου Αθέμιτος Ανταγωνισμός 1992, σελ. 61.

15. RG, GRUR 1936, σελ. 664 επ.

16. BGH, GRUR 1955, σελ. 541 επ. Wuttke, WRP 2007, σελ. 121.

17. BGH, 20.10.1988 – IZR 219/87, BGHZ 105, σελ. 277, 280 Umweltengel.

18. Βλ. ήδη πριν τον UWG 2004 την απόφαση BGH, 11.05.2000 – I ZR 28/98, BGHZ 144, σελ. 255 επ. – Abgasemissionen, η οποία αφορούσε την παραβίαση διατάξεων για τις εκπομπές ρύπων και έκρινε ότι αυτή δεν ενδιέφερε το δίκαιο κατά του αθέμιτου ανταγωνισμού. Beater, WRP 2012, σελ. 7.

19. Geis, Das Lauterkeitsrecht in der Rechtspolitischen Diskussion, σε Festschrift für Winfried Tilmann, επιμέλεια Erhard Keller, Clemens Plassmann, Andreas von Falck, έκδοση Heymann Köln 2003, σελ. 121 - 133, 128- Gloeckner/Henning-Bodewig, EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Was wird aus dem «neuen» UWG?, WRP 2005, σελ. 1311-1335, 1317.

τή την είσοδο στην αγορά νέων εμπορευομένων, και γ) να αποτρέπουν τη σύσταση μονοπωλίων. Επίσης διδάσκεται, ότι δ) πρέπει να προωθείται η καινοτομία και η τεχνολογική πρόοδος, που βελτιώνουν τις προσφερόμενες παροχές, καταξιώνουν τις πρωτοπόρες επιχειρήσεις και ωθούν τους ανταγωνιστές να συμβαδίσουν με τις εξελίξεις προκειμένου να μην εξοβελιστούν από την αγορά. Ταυτόχρονα, όμως, ε) πρέπει να προφυλάσσονται όσοι μειονεκτούν στην αγορά²⁰. Εν κατακλείδι, ως ολότητα νοείται ο θεσμός του ανταγωνισμού, η λειτουργική δομή και η καλή λειτουργία της αγοράς.

iii. Ο καταναλωτής

Με το πέρασμα του χρόνου έγινε κατανοητό ότι ο καταναλωτής, που διαδραματίζει έναν σημαντικό και αυτοτελή ρόλο για τη λειτουργία της αγοράς²¹, χρήζει ιδιαίτερης και ευθείας προστασίας από τον αθέμιτο ανταγωνισμό²². Συγκεκριμένα, κρίθηκε απαραίτητο να προστατευτεί η διαδικασία σχηματισμού της αγοραστικής βούλησης του καταναλωτή, ώστε να προφυλάσσεται αυτός από νομικές δεσμεύσεις και υποχρεώσεις στις οποίες δεν συνήνεσε συνειδητά²³. Αρχικά δε, θεωρήθηκε ότι μέσω του δικαίου περί αθέμιτου ανταγωνισμού προστατεύονται τα συλλογικά συμφέροντα του καταναλωτή, καθότι ατομική προστασία μπορεί να του προσφέρει και το αστικό δίκαιο²⁴.

Η ενσωμάτωση, όμως, του καταναλωτή στα αντικείμενα προστασίας του δικαίου περί αθέμιτου ανταγωνισμού έγινε σχετικά καθυστερημένα και πάντως με σημαντικές αποκλίσεις μεταξύ των κρατών μελών. Στη Γερμανία π.χ. ο καταναλωτής εμφανίστηκε στη νομολογία των δικαστηρίων στα πλαίσια της στάθμισης συμφερόντων κατά την εφαρμογή της ρήτρας των χρηστών ηθών. Στο προσκήνιο ήρθε η προστασία του καταναλωτή όταν το 1965 προβλέφτηκε δικαίωμα προσφυγής σε ενώσεις καταναλωτών για αθέμιτες πράξεις ανταγωνισμού²⁵. Τελικά, ο καταναλωτής κατοχυρώθη-

20. Lindacher, Funktionsfähiger Wettbewerb als Final- und Beschränkungsgrund des lauterkeitsrechtlichen Irreführungsverbots, σε Festschrift fuer Rudolf Nirk zum 70. Geburtstag, Verlag C.H.Beck 1992, σελ. 587-593, 589 επ.

21. Αλεξανδρίδου, Αθέμιτος Ανταγωνισμός 1992, σελ. 49· Ευαγγελάτου, Η προστασία των καταναλωτών ως κριτήριο λειτουργίας της αγοράς, Αρχείο Νομολογίας 2010, σελ. 265-296, 265 επ.

22. Αρχικά ο καταναλωτής γινόταν αντιληπτός ως σκέλος της ολότητας. Ulmer, Wandlungen und Aufgaben im Wettbewerbsrecht, GRUR 1937, σελ. 769-773, 772 επ.· Schrickler, Unlauterer Wettbewerb und Verbraucherschutz, GRUR Int. 1970, σελ. 32-44, 32. Βλ. και Alexander, Vertrag und unlauterer Wettbewerb, σελ. 30.

23. Alexander, Vertrag und unlauterer Wettbewerb, σελ. 35 επ.

24. Gloeckner/Henning-Bodewig, WRP 2005, σελ. 1317.

25. Lindemeyer/Henseler, Vom Schutz des Mitbewerbers zum Schutz des Bewerbers, WRP 1978, σελ. 87-91, 87 επ.

κε ως ισότιμο αντικείμενο προστασίας του οικείου κλάδου δικαίου με τη ρητή αναφορά του στον τροποποιημένο UWG του 2004 και ειδικότερα στο άρθρο 1 αυτού²⁶.

Σε άλλα κράτη, που ο αθέμιτος ανταγωνισμός ήταν πιο στενά συνδεδεμένος με την αδικοπραξία ή στις χώρες του common law επιλέχθηκε αναγκαστικά η ξεχωριστή ρύθμιση της προστασίας του καταναλωτή από τον αθέμιτο ανταγωνισμό²⁷. Παρά τη χωριστή ρύθμιση, πάντως, δεν αμφισβητείται σήμερα ότι το τρίπτυχο προστασίας του οικείου κλάδου δικαίου παραμένει ενιαίο και αδιαίρετο²⁸. Η παραδοχή αυτή αντικατοπτρίζεται και στην απονομή ατομικών ή συλλογικών αξιώσεων από κοινού και αδιακρίτως σε ανταγωνιστές και καταναλωτές, επί παραβιάσεων οποιουδήποτε εκ των δύο νομοθετικών πυλώνων του δικαίου για τον αθέμιτο ανταγωνισμό.

γ) Το μάρκετινγκ ως αντικείμενο του δικαίου για τον αθέμιτο ανταγωνισμό

Η παγκοσμιοποίηση, η βιομηχανοποίηση, η ανάπτυξη του κλάδου των υπηρεσιών και της τεχνολογίας οδήγησαν σε μαζική παραγωγή και διάθεση προϊόντων και συνακόλουθα σε ανισορροπία μεταξύ προσφοράς και ζήτησης στην αγορά. Σήμερα δεν υπάρχει ανάγκη ή επιθυμία του κοινού που να μη μπορεί να ικανοποιηθεί από περισσότερους ανταγωνιστές. Προκειμένου να διατηρήσουν τη ζήτηση των δικών τους προϊόντων σε υψηλά επίπεδα, οι εταιρίες επιδίδονται σε ποικίλα μέτρα προώθησης των πωλήσεών τους, που συνολικά χαρακτηρίζονται ως μάρκετινγκ.

Τα γενικά όρια νομιμότητας στο Μάρκετινγκ τίθενται από το δίκαιο του αθέμιτου ανταγωνισμού. Ως προς την οικεία θεματική ιδρύεται μάλιστα σημείο τομής των προστατευόμενων συμφερόντων από τον εν λόγω κλάδο δικαίου. Το δίκαιο δηλ. περί αθέμιτου ανταγωνισμού καλείται εν προκειμένω, αφενός, να διασφαλίσει την ελευθερία διαμόρφωσης αγοραστικής βούλησης του καταναλωτή ως αποδέκτη μάρκετινγκ. Αφετέρου, προασπίζει τα συμφέροντα των εμπορευομένων έναντι παρελκυστικών μεθοδεύσεων των ανταγωνιστών τους, που είναι ικανές να εξασφαλίσουν στους τελευταίους αδικαιολόγητα ανταγωνιστικά πλεονεκτήματα. Με τον τρόπο αυτό το δίκαιο περί αθέμιτου ανταγωνισμού κατοχυρώνει την εύρυθμη λειτουργία της αγοράς, που συνιστά κατά τα παραπάνω δημόσιο συμφέρον.

Αναφορικά με το μάρκετινγκ, πάντως, κρίσιμοι αναδεικνύονται ανά περίπτωση και άλλοι κλάδοι δικαίου. Ένας από αυτούς είναι το δίκαιο της βιομηχανικής ιδιοκτησίας, που τάσσεται στην προστασία των παροχών και των διακριτικών γνωρισμά-

26. Kessler, UWG und Verbraucherschutz – Wege und Umwege zum Recht der Marktkommunikation, WRP 2005, σελ. 264-274, 264.

27. Henning-Bodewig, GRUR 2013, σελ. 239.

28. Henning-Bodewig, Das Europäische Lauterkeitsrecht: B2C, B2B oder doch besser beides? σε Festschrift für Winfried Tilmann, Erhard Keller, Clemens Plassmann, Andreas von Falck, εκδ. Heymann Köln 2003, σελ. 149-160, 159.

των των επιχειρήσεων από αθέμιτη χρήση και απομίμηση. Επίσης, το δίκαιο προσωπικών δεδομένων διαφυλάττει την ιδιωτικότητα των αποδεκτών μάρκετινγκ, που προσβάλλεται από την παράνομη συλλογή προσωπικών δεδομένων για εμπορικούς σκοπούς και τη μη ζητηθείσα εμπορική επικοινωνία. Περαιτέρω, το δίκαιο των συμβάσεων εξετάζει τη νομιμότητα και την ορθή εκπλήρωση των υποχρεώσεων που ανέλαβαν τα μέρη μιας συναλλακτικής σχέσης σαν αποτέλεσμα των διαφημιστικών πρακτικών που προηγήθηκαν. Άλλωστε, οι εθνικές νομοθεσίες προβλέπουν συνήθως ειδική μεταχείριση για το μάρκετινγκ που αφορά σε προϊόντα κρίσιμα για τη δημόσια υγεία, όπως είναι τα φάρμακα, τα προϊόντα καπνού, τα τρόφιμα κλπ. Τέλος, ιδιαίτερες ρυθμίσεις προβλέπονται συνήθως ειδικά για τη ραδιοτηλεοπτική διαφήμιση και την προώθηση των πωλήσεων συγκεκριμένων επαγγελματικών κλάδων, όπως είναι η δικηγόροι, οι γιατροί κλπ.

B. Η ρύθμιση των μέτρων προώθησης των πωλήσεων στην ΕΕ μέχρι την Οδηγία 2005/29

α) Αποκλίσεις στη ρύθμιση μεταξύ των κρατών μελών

Το γεγονός ότι τα μέτρα προώθησης των πωλήσεων των επιχειρήσεων εγείρουν προβληματισμούς που άπτονται πολλών κλάδων δικαίου συνετέλεσε στην έντονη ανομοιομορφία που παρατηρήθηκε στην Ευρώπη αναφορικά με τη νομική τους αντιμετώπιση. Κυρίως, όμως, οι βασικοί για τη ρύθμισή τους δικαιοκί κλάδοι του αθέμιτου ανταγωνισμού και της προστασίας του καταναλωτή γνώρισαν σημαντικές διαφοροποιήσεις μεταξύ των χωρών της γηραιάς ηπείρου, ως προς την εξέλιξη, το περιεχόμενο και την αυστηρότητά τους. Το γεγονός αυτό εξηγείται και από την έλλειψη διεθνών κειμένων επί του αντικειμένου ικανών να επιβάλλουν ομοιογένεια. Τόσο η Σύμβαση των Παρισίων, όσο και η συμφωνία TRIPS είχαν αμφίβολο πεδίο εφαρμογής και δεσμευτικότητα. Επίσης, συντάχθηκαν σταδιακά και με βραδύτητα, ενώ και η εναρμόνιση που επεδίωξαν ήταν ήπια και μερική. Ακριβώς άλλωστε επειδή δεν αναδείκνυαν τον καταναλωτή ως φορέα δικαιωμάτων και υποχρεώσεων στην αγορά, δεν συνέδραμαν στην εδραίωση μιας κοινής κουλτούρας ως προς την προστασία του.

Με την ίδρυση της Ευρωπαϊκής Κοινότητας έγινε αντιληπτό, ότι η παραπάνω περιγραφόμενη ανομοιομορφία στις έννομες τάξεις των κρατών μελών σε σχέση με την αντιμετώπιση του μάρκετινγκ θα αποτελούσε τροχοπέδη για το διακοινοτικό εμπόριο και την ολοκλήρωση της Εσωτερικής Αγοράς. Πράγματι, ο διασυνοριακά εμπορευόμενος εντός Ε.Ε. θα έπρεπε να λαμβάνει υπόψη του τη νομοθεσία κάθε κράτους μέλους υποδοχής των μέτρων προώθησης των πωλήσεων που μεταχειριζόταν, υποχρεούμενος τελικά είτε να προσαρμόζει τη διαφημιστική του καμπάνια στην