

ΔΙΚΑΙΟ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ & ΕΤΑΙΡΙΩΝ

ΝΟΜΟΘΕΣΙΑ - ΜΕΛΕΤΗ & ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ
ΕΜΠΟΡΙΚΟΥ, ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΥ, ΕΡΓΑΤΙΚΟΥ
& ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ

ΕΤΟΣ 2012/ΤΕΥΧΟΣ 2

ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ Σ. ΚΑΡΑΓΙΑΝΝΗΣ

Δρ. Νομικής Πανεπιστημίου Βρυξελλών
(ULB), Εντεταλμένος διδασκαλίας στο
Πάντειο Πανεπιστήμιο (Τμήμα Διεθνών &
Ευρωπαϊκών Σπουδών), Senior Associate
KLC Law firm

Η ΑΠΕΛΕΥΘΕΡΩΣΗ ΤΩΝ
«ΚΛΕΙΣΤΩΝ» ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΩΝ
ΚΑΙ ΤΟ ΔΙΚΑΙΟ ΤΟΥ ΕΛΕΥΘΕΡΟΥ
ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ



ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ

ΑΝΑΤΥΠΟ

nbonline.gr

ΨΗΦΙΑΚΗ ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ

ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ Σ. ΚΑΡΑΓΙΑΝΝΗΣ

Δρ. Νομικής Πανεπιστημίου Βρυξελλών (ULB), Εντεταλμένος διδασκαλίας στο Πάντειο
Πανεπιστήμιο (Τμήμα Διεθνών & Ευρωπαϊκών Σπουδών), Senior Associate KLC Law firm

Η ΑΠΕΛΕΥΘΕΡΩΣΗ ΤΩΝ «ΚΛΕΙΣΤΩΝ» ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΩΝ ΚΑΙ ΤΟ ΔΙΚΑΙΟ ΤΟΥ ΕΛΕΥΘΕΡΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ

Ανάπτυπο από το «ΔΙΚΑΙΟ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ & ΕΤΑΙΡΙΩΝ»

Τεύχος 2/Έτος 2012



ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ ΑΕΒΕ

Μαυρομικάλη 23, 106 80 Αθήνα • Τηλ.: 210 3678 800 • Fax: 210 3678 819
<http://www.nb.org> • e-mail: info@nb.org

ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΕΙΣ - ΜΕΛΕΤΕΣ

Η απελευθέρωση των «κλειστών» επαγγελμάτων και το δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού*

ΒΑΣΙΛΕΙΟΥ Σ. ΚΑΡΑΓΙΑΝΝΗ, Δρ. Νομικής Πανεπιστημίου Βρυξελλών (ULB), Εντεταλμένου διδασκαλίας στο Πάντειο Πανεπιστήμιο (Τμήμα Διεθνών & Ευρωπαϊκών Σπουδών), Senior Associate KLC Law firm

Η ανάπτυξη του δικαίου της Ένωσης έχει θέσει σε δοκιμασία το τεκμήριο ότι οι κανόνες των κρατών μελών που αφορούν στα ρυθμισμένα επαγγέλματα αυτοδικαίως εξυπηρετούν στόχους δημοσίου συμφέροντος. Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή ακολουθεί ενεργό πολιτική ανοίγματος αυτών των επαγγελμάτων στον ανταγωνισμό. Πάντως, πρέπει να επισημανθεί ότι το Δικαστήριο της Ένωσης έχει υιοθετήσει μια πιο ανεκτική στάση έναντι των εθνικών κανόνων που διέπουν τα ρυθμισμένα επαγγέλματα. Στο επίπεδο των κρατών μελών, οι νομοθετικές παρεμβάσεις θα πρέπει να συνδυάζουν επιτυχώς την κατάργηση των μη αναγκαίων περιορισμών με την θέσπιση εκείνων των ελέγχων που εξυπηρετούν όντως το δημόσιο συμφέρον.

I. Εισαγωγικά - εντοπισμός των κυριότερων περιορισμών

Η κατηγορία των κλειστών επαγγελμάτων έλκει την καταγωγή της από τις μεσαιωνικές συντεχνίες¹. Οι συντεχνίες (corporations) ήλεγχαν την ανάπτυξη του συνόλου μιας επαγγελματικής δραστηριότητας σε ένα δεδομένο territorium. Ρύθμιζαν όχι μόνο τους όρους άσκησης της υποκείμενης δραστηριότητας, αλλά είχαν και την εξουσία καθορισμού των όρων εισόδου και άσκησης αυτής εν είδει αυτορρύθμισης επί τη βάση παραχώρησης από το μονάρχη.

Στην περίοδο ανάπτυξης του οικονομικού φιλελευθερισμού, κυρίως κατά τα χρόνια που ακολούθησαν την καταστροφή του δεύτερου παγκοσμίου πολέμου, η ρύθμιση των κλειστών επαγγελμάτων συνδέθηκε με την εξυπηρέτηση στοχεύσεων δημοσίου συμφέροντος. Θα πρέπει να σημειωθεί όμως ότι, κατά την περίοδο του μεταπολεμικού φιλελευθερισμού, ο νομικός έλεγχος αυτής της σχέσης αιτιώδους συνάφειας μεταξύ ρυθμίσεως και εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος ήταν ασθενής. Το γεγονός ότι ο νομοθέτης επενέβαινε για να ρυθμίσει τους όρους πρόσβασης και άσκησης μιας υποκείμενης οικονομικής δραστηριότητας θεωρούνταν λίγο έως πολύ ipso iure επαρκές δικαιολογητικό στοιχείο των απορρέοντων περιορισμών της οικονομικής ελευθερίας.

Μετά την αντιστροφή του οικονομικού δόγματος² αξιολόγησης του κρατικού παρεμβατισμού στην οικονομία, τα κλειστά

επαγγέλματα τέθηκαν στο στόχαστρο ενός πιο διεξοδικού νομικού ελέγχου. Ο έλεγχος αυτός - στο πρότυπο της καθιερωμένης μεθοδολογίας του ελέγχου αναλογικότητας - έθεσε με οξύτητα το ερώτημα κατά πόσο: α) οι απορρέοντες περιορισμοί ρύθμισης των κλειστών επαγγελμάτων είναι κατάλληλοι για την επίτευξη των στόχων δημοσίου συμφέροντος που κατ' εξαγγελία εξυπηρετούν (έλεγχος συνάφειας) και β) σε καταφατική περίπτωση, εάν υπερβαίνουν το αναγκαίο μέτρο για την επίτευξή τους (έλεγχος αναλογικότητας stricto sensu). Σε επίπεδο Ευρωπαϊκής Ένωσης, η Επιτροπή ασκεί ενεργό πολιτική ανοίγματος (απελευθέρωσης, απορρύθμισης) αυτών των επαγγελμάτων³.

Οι περιορισμοί που συνδέονται με τις δραστηριότητες των κλειστών επαγγελμάτων μπορεί να αφορούν: α) στην πρόσβαση στην άσκηση της δραστηριότητας ή/και β) στους όρους άσκησης της δραστηριότητας, είτε πρόκειται για περιορισμούς στην ελεύθερη διαμόρφωση της τιμής των παρεχόμενων υπηρεσιών (τιμολογιακοί περιορισμοί), είτε πρόκειται για άλλης μορφής ρύθμιση των όρων άσκησης της υποκείμενης δραστηριότητας (μη τιμολογιακοί περιορισμοί).

II. Προκαταρκτικά ζητήματα

Ενόψει της εφαρμογής των ενωσιακών διατάξεων περί προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού δύο προκαταρκτικά ζητήματα πρέπει να τεθούν: α) κατά πόσο οι ελεύθεροι επαγγελματίες συνιστούν «επιχειρήσεις» για τις εφαρμοστικές ανάγκες του ενωσιακού δικαίου του ανταγωνισμού (συνακόλουθο είναι το ερώτημα κατά πόσο οι επαγγελματίες ενώσεις

* Το παρόν κείμενο αποτελεί παρέμβαση του γράφοντος στο 21ο Πανελλήνιο Συνέδριο Ελλήνων Εμπορικών Επιστημολόγων (Θεσσαλονίκη, 14-16 Οκτωβρίου 2011).

1. Η εμφάνιση κλειστών συντεχνιών ορισμένων επαγγελματιών ανάγεται στο τέλος του Αρχαίου Κόσμου στη Ρωμαϊκή Αυτοκρατορία, γνώρισαν όμως άνθιση κατά το μεσαίωνα στη Δυτική Ευρώπη, βλ. Β. Κονδύλη, *Ελευθέρια Επαγγέλματα και Κοινωνικό Δίκαιο του Ανταγωνισμού*, εκδ. Α.Ν. Σάκκουλα, Αθήνα, 2000, σελ. 99 με τις εκεί παραπομπές.

2. Για την αντιστροφή του οικονομικού δόγματος και τον ασκούμενο έλεγχο της κρατικής παρέμβασης μέσω των περί ελεύθερου αντα-

γωνισμού διατάξεων, βλ. εκτενώς Αριστέα Σινανιώτη-Μαρούδη - Βασίλειο Καραγιάννη, «Σύγχρονες τάσεις στον έλεγχο της κρατικής οικονομικής παρέμβασης μέσω της εφαρμογής του Κοινοτικού Δικαίου του Ανταγωνισμού», 16ο Πανελλήνιο Συνέδριο ΣΕΕ, Εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2007, σελ. 513-531.

3. βλ. αντί άλλων, Ανακοίνωση της Επιτροπής της 9.2.2004, «Έκθεση για τον ανταγωνισμό στις επαγγελματικές υπηρεσίες», COM (2004) 83 τελικό.

τους συνιστούν «ενώσεις επιχειρήσεων» και οι αποφάσεις τους «αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων») και β) κατά πόσο οι ελεύθεροι επαγγελματίες είναι δυνατό να θεωρηθούν επιχειρήσεις στις οποίες έχουν χορηγηθεί αποκλειστικά ή ειδικά δικαιώματα υπό την έννοια της συνθήκης. Η τελευταία αυτή διάσταση συνεχεται ιδίως με την δυνατότητα να τύχει εφαρμογής, σε αυτούς και στις αποφάσεις των ενώσεων τους, η περιοριστική εξαίρεση του άρθρου 106 παρ. 2 της ΣυνθΛΕΕ.

α) Οι ελεύθεροι επαγγελματίες ως «επιχειρήσεις»

Δεν υπάρχει αμφιβολία ότι οι ελεύθεροι επαγγελματίες, στο μέτρο που ασκούν οικονομική δραστηριότητα, πρέπει να θεωρηθούν επιχειρήσεις για τις ανάγκες του δικαίου του ανταγωνισμού. Στο βαθμό που η δραστηριότητα αυτών των επαγγελματιών συνίσταται στην παροχή υπηρεσιών στο κοινό έναντι αμοιβής⁴ θα πρέπει να θεωρηθούν επιχειρήσεις, παρά το γεγονός ότι οι δραστηριότητες αυτές άπτονται (ή έχουν πλευρές που άπτονται) του δημοσίου συμφέροντος ή/και είναι διεξοδικά ρυθμισμένες από το νόμο ή από αποφάσεις των συλλογικών οργάνων τους⁵. Οι αρχικές επιφυλάξεις που ενδεχομένως μπορούσαν, εξ αυτών των λόγων, να προβληθούν πρέπει να θεωρηθεί ότι έχουν καμφθεί, μετά και τις πιο πρόσφατες εξελίξεις της νομολογίας του ΔικΕΕ⁶.

Συναφώς, οι επαγγελματικές οργανώσεις των ελεύθερων επαγγελματιών πρέπει, καταρχήν, να θεωρηθούν ενώσεις επιχειρήσεων για τις εφαρμοστικές ανάγκες του δικαίου του ανταγωνισμού⁷. Εντούτοις, παρά τον νομικό αυτοματισμό με τον οποίο θα έπρεπε κανείς να καταλήξει ότι, εφόσον οι ελεύθεροι επαγγελματίες συνιστούν «επιχειρήσεις», οι ενώσεις τους θα έπρεπε αυτοδικαίως να αποτελούν «ενώσεις επιχειρήσεων», το Δικαστήριο έθεσε έναν επιπλέον προσδιοριστικό περιορισμό. Με τη νομολογία του που αφορούσε κυρίως στις επονομαζόμενες επιτροπές τιμών θεώρησε ότι ενώσεις επαγγελματιών ή άλλα όργανα ρύθμισης επαγγελματιών δεν συνιστούν ενώσεις επιχειρήσεων, όταν λαμβάνεται πρόνοια από την εφαρμοστέα νομοθεσία, ούτως ώστε να διασφαλίζεται η ανεξάρτητη λειτουργία αυτών και οι θεσπιζόμενοι από αυτούς κανόνες τίθενται προς θεραπεία του δημοσίου συμφέροντος⁸.

Θα πρέπει να σημειωθεί ότι η νομολογία αυτή, στην οποία έχει επιμείνει το ΔικΕΕ, θεωρείται από πολλούς σχολιαστές φορμαλιστική, δεδομένου ότι είναι πολύ δύσκολο στη πράξη οι επιτροπές αυτές και γενικά τα όργανα διοίκησης επαγγελματικών ομάδων να δρουν με τρόπο ανεπηρέαστο από τα επαγγελματικά συμφέροντα των μελών που εκπροσωπούν ή από τα οποία διορίζονται⁹.

β) Οι ελεύθεροι επαγγελματίες ως φορείς αποκλειστικών ή/και ειδικών δικαιωμάτων

Είναι συζητήσιμο κατά πόσο μπορεί βάσιμα να θεωρηθεί ότι απονέμουν αποκλειστικά ή ειδικά δικαιώματα υπό την έννοια της Συνθήκης κανόνες των κρατών μελών που επιφυλάσσουν το δικαίωμα άσκησης μιας επαγγελματικής δραστηριότητας στα μέλη ενός επαγγελματικού συλλόγου, όταν κάτι τέτοιο εξαρτάται κατ' ουσίαν από την βεβαίωση ορισμένων τυπικών προσόντων που είναι απαραίτητα για την προσήκουσα άσκηση της κρίνόμενης δραστηριότητας. Τούτο, διότι η έννοια των αποκλειστικών και ειδικών δικαιωμάτων προϋποθέτει, ως επί το πλείστον, αμιγώς οικονομικά κριτήρια και περιεχόμενο¹⁰. Πέραν αυτού, όπως έχει κριθεί, δικαιώματα που απονέμονται με αντικειμενικές και διαφανείς διαδικασίες, σε πιστοποίηση τυπικών ικανοτήτων, δεν συνιστούν καταρχήν ειδικά δικαιώματα υπό την έννοια του ενωσιακού δικαίου¹¹.

Αντιθέτως, κανόνες που εισάγουν την αρχή του προκαθορισμένου (κλειστού) αριθμού (numerus clausus) πιθανολογείται σφόδρα ότι θα θεωρηθούν απονεμητικοί ειδικών δικαιωμάτων στους ωφελούμενους. Το Δικαστήριο έχει θεωρήσει ότι, όταν ένα δικαίωμα απονέμεται σε ένα μη προκαθορισμένο αριθμό δικαιούχων, η περίπτωση απονομής ειδικού δικαιώματος είναι αμφίβολη¹². Σε αντίθετη περίπτωση, ο χαρακτηρισμός της επίμαχης εθνικής νομοθεσίας ως απονεμητικής ειδικών δικαιωμάτων, θα πρέπει να θεωρείται σφόδρα πιθανή¹³. Κάτι τέτοιο έχει ιδιαίτερη σημασία για την δυνατότητα εφαρμογής στους αντίστοιχους ελεύθερους επαγγελματίες της περιορισμένης εξαίρεσης του άρθρου 106 παρ. 2 της ΣυνθΛΕΕ. Πρόσφατα, στις υποθέσεις των συμβολαιογράφων, το Δικαστήριο, σ' ένα obiter dictum, θεώρησε ότι ο περιορισμός του αριθμού των συμβολαιογράφων ανά περιφέρεια συνδέεται αιτιωδώς με την εξυπηρέτηση του σκοπού δημοσίου συμφέροντος που είναι

4. Η οικονομική δραστηριότητα συνίσταται σε κάθε δραστηριότητα προσφοράς αγαθών ή υπηρεσιών σε δεδομένη αγορά βλ. μεταξύ άλλων, ΔικΕΕ, 16.6.1987, υπόθ. 118/1985, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1987, σελ. 2599, σκέψη 7 και ΔικΕΕ, 18.6.1998, υπόθ. C-35/1996, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλ. 1998, σελ. I-3851, σκέψη 36.

5. Βλ. B. Castell Borrás, La defensa de la competencia en la CEE - Artículo 85 del Tratado de Roma, Βαρκελώνη, 1986, σελ. 37. Βλ. σχετικά με το επάγγελμα του δικηγόρου την καταφατική τοποθέτηση της νομολογίας του Ανώτατου Δικαστηρίου των ΗΠΑ, Goldfarb v. Virginia State Bar, GRUR-Int., 1976, σελ. 310.

6. Βλ. ενδεικτικά μεταξύ άλλων ΔικΕΕ, 12.9.2000, συνεκδ. υποθ. C-180-184/1998, Ραβίον κ.ά. Συλλ. 2000, σελ. I-6451, σκέψεις 73-83 και ΔικΕΕ, 19.2.2002, C-309/1999, Wouters κ.ά., Συλλ. 2002, σελ. I-1577, σκέψεις 47-49.

7. Βλ. αντί άλλων ΔικΕΕ, C-309/1999, ό.π., σκέψεις 56-71 και ΔικΕΕ, 18.6.1998, υπόθ. C-35/1996, Επιτροπή κατά Ιταλίας, ό.π., σκέψη 42.

8. Βλ. ΔικΕΕ, 17.11.1993, υπόθ. C-185/1991, Reiff, Συλλ. 1993, σελ. I-5801, ΔικΕΕ, 9.6.1994, υπόθ. C-153/1993, Delta, Συλλ. 1994, σελ. I-2517 και ΔικΕΕ, 17.10.1995, συνεκδ. υποθ. C-140-142/1994, DIP, Συλλ. 1995, σελ. I-3257.

9. Βλ. σχετικά την κριτική των Michel Waelbroeck - Aldo Frignani, Commentaire Mégret, Vol. 4, Concurrence, σελ. 153, παρ. 149. Κριτικοί και οι Δημήτρης Τζουγανάτος «Περιορισμοί του ανταγωνισμού προκαλούμενοι με κρατική παρέμβαση και κοινοτική έννομη τάξη (Σκέψεις με αφορμή την απόφαση του ΔΕΚ της 29.6.1995, Υπόθεση C-391/1992, Επιτροπή ΕΚ κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, Συλλογή 1995, I-1642)», ΔΕΕ 4(1996), 350 επ. και Αριστέα Σιναγιώτη-Μαρούδη - Βασίλης Καραγιάννης, ό.π., σελ. 518.

10. Πρβλ. ΔικΕΕ, 4.5.1988, υπόθ. 30/1987, Bodson κατά Pompes funèbres, Συλλ. 1988, σελ. 2605, σκέψη 33.

11. ΔικΕΕ, 27.10.1993, συνεκδ. υποθ. C-46/1990 και C-93/1991, Procureur du Roi κατά Lagache κ.ά., Συλλ. 1993, σελ. I-5267, σκέψη 47. Πρβλ. και Deringer, 239.

12. ΔικΕΕ, 14.12.1995, υπόθ. C-387/1993, Banchero, Συλλ. 1995, σελ. I-4683, σκέψη 54.

13. Πρβλ. ΔικΕΕ, 12.12.1996, υπόθ. C-302/1994, British Telecommunications, Συλλ. 1996, σελ. I-6417, σκέψη 34.

τον κρατικό χαρακτήρα τους²⁶. Αξίζει να σημειωθεί ότι το ΔικΕΕ δεν εξέτασε άλλο κριτήριο, ούτε το προβληθέν ζήτημα της αντικειμενικότητας των κανόνων διεξαγωγής αυτών των εξετάσεων, παρά το γεγονός ότι το εθνικό δικαστήριο της παραπομπής είχε δεχθεί στην παραπεμπτική διάταξη ότι οι κανόνες αυτοί είναι δυνατό - θεωρητικά τουλάχιστον - να δώσουν λαβή σε διακρίσεις και περιχαράκωση του επαγγέλματος στους ήδη υφιστάμενους δικηγόρους. Και σε αυτό το σημείο, η προσέγγιση του Δικαστηρίου μπορεί να θεωρηθεί κάπως φορμαλιστική, προσηλώνόμενη αποκλειστικά στο τυπικά κριτήρια της μεταφοράς ρυθμιστικών αρμοδιοτήτων σε ιδιώτες, χωρίς καμία αναφορά στο περιεχόμενο αυτών των κανόνων. Με άλλα λόγια, για να το πούμε διαφορετικά, σύμφωνα με αυτή τη νομολογιακή θέση, όσο το κράτος δεν απεκδύεται των αρμοδιοτήτων του υπέρ ιδιωτών, είναι σε θέση να εισάγει διακρίσεις ή/και παγιοποιήσεις χωρίς να θεωρείται ότι παραβιάζει την πρακτική αποτελεσματικότητα των περί ανταγωνισμού διατάξεων²⁷.

Ως παράδειγμα γεωγραφικού περιορισμού, είτε αυτός κριθεί ως περιορισμός πρόσβασης, είτε ως περιορισμός κατά την άσκηση της δραστηριότητας, που κρίθηκε ενόψει της εφαρμογής των ενωσιακών (και των εθνικών) διατάξεων περί ανταγωνισμού στη χώρα μας, αποτελεί το προϊσχύσαν²⁸ καθεστώς της απαγόρευσης παράστασης δικηγόρων σε αστικές και διοικητικές υποθέσεις εκτός της εφετειακής περιφέρειας της έδρας τους. Αυτό που κρίθηκε μετά από καταγγελία ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού²⁹ δεν ήταν τόσο η συμβατότητα του εν λόγω καθεστώτος με το ενωσιακό δίκαιο, όσο η (ενωσιακή) νομιμότητα της αναπτυχθείσας πρακτικής από τους δικηγορικούς συλλόγους, γνωστές και ως «νομιμοποιητικής συμπαράστασης», προς υπερφαλάγγιση της απαγόρευσης. Η Επιτροπή Ανταγωνισμού έκρινε τελικώς ότι οι δικηγορικοί σύλλογοι δεν ενεργούν ως επιχειρήσεις για τις εφαρμοστικές ανάγκες του δικαίου του ανταγωνισμού, κυρίως λόγω των σκοπών δημοσίου συμφέροντος που εξυπηρετούν. Πάντως, μειοψηφήσασα άποψη υποστήριξε ότι η πρακτική της νομιμοποιητικής συμπαράστασης συνιστούσε αυτόνομο (ανεξάρτητο δηλαδή από τους ex lege καταναγκασμούς) περιορισμό, αντίθετο στα άρθρα 1 παρ. 1 του Ν 703/1977 (και 101 παρ. 1 ΣυνθΛΕΕ), λόγω επηρεασμού του ενδοκοινοτικού εμπορίου³⁰.

IV. Οι περιορισμοί κατά την άσκηση της δραστηριότητας

α) Τιμολογιακοί περιορισμοί

Οι τιμολογιακοί περιορισμοί πρέπει να θεωρηθούν σοβαροί περιορισμοί της βασικής παραμέτρου μέσω της οποίας διενεργείται ο ανταγωνισμός, δηλαδή της τιμής. Εν τούτοις, παρά τη σοβαρότητά τους, το ΔικΕΕ δεν τους καταδικάζει πάντοτε. Αναφερθήκαμε ήδη στη νομολογία του Δικαστηρίου σχετικά με τις επονομαζόμενες «επιτροπές τιμών» και την κριτική που ασκήθηκε επ'αυτής³¹. Ήδη πάντως το ΔικΕΕ είχε θεωρήσει ότι συμφωνίες στο πλαίσιο μιας διεπαγγελματικής οργάνωσης, όπως το Bureau National Interprofessionnel du Cognac (BNIC) που καθόριζαν κατώτατη τιμή πώλησης του ημιτελικού προϊόντος, ενέπιπταν στην έννοια της απαγορευμένης συμφωνίας κατά τη διάταξη του άρθρου 85 παρ. 1 ΣυνθΕΟΚ (ήδη 101 παρ.1 ΣυνθΛΕΕ)³². Επίσης, το ΔικΕΕ στην υπόθεση Lucas Asjies κ.ά. έκρινε ότι κράτος μέλος παραβιάζει την υποχρέωση διαφύλαξης της πρακτικής αποτελεσματικότητας των κοινοτικών διατάξεων περί απαγόρευσης περιοριστικών συμπράξεων, όταν εγκρίνει τις τιμές των αεροπορικών εισιτηρίων, ενισχύοντας έτσι τα αποτελέσματά τους, εφόσον προκύπτει ότι οι τιμές αυτές ήταν προϊόν απαγορευμένης σύμπραξης³³. Η απόφαση αυτή εντάσσεται στη γενικότερη γραμμή της νομολογίας του Δικαστηρίου, σύμφωνα με την οποία, προκειμένου να υφίσταται ευθύνη του κράτους, θα πρέπει η όλη κατάσταση να συνοδεύεται από μια ιδιωτική συμπεριφορά, με την οποία τα επίμαχα κρατικά μέτρα να βρίσκονται σε προγενέστερη ή μεταγενέστερη συνάφεια (θα πρέπει το κρατικό μέτρο, είτε να επιβάλλει, είτε να ενθαρρύνει μια συμπεριφορά των επιχειρήσεων αντίθετη στις διατάξεις περί ανταγωνισμού). Έτσι, όταν το κράτος επεμβαίνει απευθείας για να ρυθμίσει τις τιμές στην αγορά καθιστώντας άσκοπη ή αδύνατη την ιδιωτική δράση των επιχειρήσεων, αυτό δεν ευθύνεται³⁴. Η νομολογία αυτή, όπως έχει επισημανθεί³⁵, ενέχει την παραδοξολογία να επιτρέπει το μείζον (απευθείας προσδιορισμός από το κράτος των παραμέτρων του ανταγωνισμού) την ίδια στιγμή που απαγορεύεται το έλασσον (προσδιορισμός των παραμέτρων του ανταγωνισμού από το κράτος με την συνδρομή της ενέργειας των επιχειρήσεων).

Στη συνέχεια, το Δικαστήριο, περιόρισε ακόμη περισσότερο το εύρος της κρατικής ευθύνης με την απόφαση Meng θεωρώντας ότι η απλή αναπαραγωγή στην κρατική ρύθμιση μιας σύμπραξης που καθόριζε περιθώρια κέρδους δεν αρκεί από

26. Βλ. ΔικΕΕ, 21.9.1988, υπόθ. 267/1986, Van Eycke/ASPA, Συλλ. 1988, σελ. 4769, σκέψη 16, ΔικΕΕ, υπόθ. C-185/1991, Reiff, ό.π., σκέψη 14, ΔικΕΕ, υπόθ. C-153/1993, Delta, ό.π., σκέψη 14, ΔικΕΕ, 5.10.1995, υπόθ. C-96/1994, Centro Servizi Spediporto/Spedizioni Marittima del Golfo, Συλλ. 1995, σελ. I-28, σκέψη 21 και ΔικΕΕ, 19.2.2002, υπόθ. C-35/1999, Arduino, Συλλ. 2002, σελ. I-1529, σκέψη 35.

27. Πρβλ. και ΔικΕΕ, 2.6.1994, συνεκδ. υποθ. C-401-402/1992, «Tankstation't Heukske», Συλλ. Νομολ. 1994, σελ. I-2199, σκέψη 17 και σημείο 2 του διατακτικού και ΔικΕΕ, 9.2.1995, υπόθ. C-412/1993, «Leclerc-Siplec», Συλλ. Νομολ. 1995, σελ. I-179, σκέψεις 26-27 και διατακτικό.

28. Άρθρο 5 του Ν 3919/2011, ΦΕΚ Α' 32/2.3.2011.

29. Βλ. απόφαση ΕΑ 413/Ν/2008.

30. Βλ. παρ. 27-34 της απόφασης.

31. Βλ. ανωτέρω υποσημ. 8 και 9.

32. ΔικΕΕ, 30.1.1985, υποθ. 123/1983, BNIC/Clair, Συλλ. 1985, σελ. 391.

33. ΔικΕΕ, 30.4.1986, συνεκδ. υποθ. 209 έως 213/1984, Ministère public/Asjes, Συλλ. 1986, σελ. 1425.

34. Βλ. μεταξύ άλλων ΔικΕΕ, 18.10.1979, υποθ. 5/1979, Buys, Συλλ. 1979, σελ. 3203, ΔικΕΕ, 29.1.1985, υποθ. 231/1983, Cullet κατά Leclerc (υπόθεση «Leclerc-Benζίνη»), Συλλ. 1985, σελ. 305 και ΔικΕΕ, 5.4.1984, συνεκδ. υποθ. 177 και 178/1982, Van de Haar, Συλλ. Σελ. 1797, σκέψη 24.

35. Βλ. αντί άλλων Michel Waelbreock, «The Extent to which Government Interference can constitute Justification under Article 86 or 86 of the Treaty of Rome», International Business Lawyer, 1980, 113.

μόνη της για να θεμελιώσει την κρατική ευθύνη³⁶. Αρνητική στην αναγνώριση κρατικής ευθύνης για παραβίαση της πρακτικής αποτελεσματικότητας υπήρξε το Δικαστήριο και στην περίπτωση προδικαστικών ερωτημάτων που αφορούσαν στον καθορισμό ανώτατων και κατώτατων τιμών αμοιβών δικηγόρων και αρχιτεκτόνων³⁷. Πέραν του γεγονότος ότι οι επίμαχες εθνικές ρυθμίσεις δεν συνεπάγονταν μεταβίβαση οικονομικών αρμοδιοτήτων σε ιδιωτικούς φορείς, σύμφωνα με την προεκτεθείσα νομολογία³⁸, αυτό που φαίνεται πως είχε αποφασιστικό ρόλο στην κρίση του Δικαστηρίου ήταν το γεγονός ότι οι θεσπιζόμενες τιμές ήταν «προτεινόμενες»: στη μεν περίπτωση των ιταλών δικηγόρων, το δικάζον δικαστήριο, με αιτιολογημένη διάταξη, μπορούσε να αποκλίνει από αυτές, ενώ στην περίπτωση των ιταλών αρχιτεκτόνων, η αμοιβή ήταν ελεύθερα προσδιορίσιμη, εφόσον, μετά την έκδοση διαταγής πληρωμής, ακολουθούσε, κατ'αντιμωλία, διαδικασία. Κατ' αντιδιαστολή, νωρίτερα στην υπόθεση των εκτελωνιστών της Ιταλίας, το Δικαστήριο είχε θεωρήσει ότι υφίστατο κρατική παραβίαση των περί ανταγωνισμού διατάξεων στην περίπτωση του Consiglio (Consiglio nazionale degli spedizionieri doganali - CNSD), δεδομένου ότι, ο εθνικός νόμος υποχρέωνε το συμβούλιο εκτελωνιστών να καθορίζει τιμές που είχαν υποχρεωτικό χαρακτήρα³⁹.

Β) Μη τιμολογιακοί περιορισμοί

Ο πιο συνήθεις μη τιμολογιακοί περιορισμοί συνίστανται στην απαγόρευση ή την ρύθμιση της διαφήμισης, στους γεωγραφικούς περιορισμούς άσκησης δεδομένης δραστηριότητας και στον έλεγχο - άμεσο ή έμμεσο - της παραγωγής. Να σημειωθεί ότι το ΔικΕΕ στην περιώνυμη απόφαση CIF⁴⁰ που αφορούσε στη ρύθμιση του ιταλικού κονσόρτσιουμ σπέρτων και στις ποσοτώσεις παραγωγής που αυτό συνεπαγόταν, έθεσε την βασική αρχή ότι οι εθνικές αρχές προστασίας του ανταγωνισμού οφείλουν να διαπιστώνουν την αντίθεση εθνικής νομοθεσίας προς τα άρθρα 4 παρ. 3 ΣυνθΕΕ σε συνδυασμό με τα άρθρα 101 και 102 ΣυνθΛΕΕ (υποχρέωση διαφύλαξης της πρακτικής αποτελεσματικότητας των ενωσιακών κανόνων ανταγωνισμού), με μόνο περιορισμό την αδυναμία επιβολής προστίμων *ex tunc*, δηλαδή για το προ της αποφάσεως της αρχής χρονικό διάστημα (μπορούν όμως να επαπειληθούν κυρώσεις για το μέλλον), εφόσον όμως κρίνεται ότι η εθνική νομοθεσία υποχρέωσε τις επιχειρήσεις να υιοθετήσουν την συμπεριφορά που αντίκειται στις ενωσιακές διατάξεις του ανταγωνισμού. Αντιθέτως, στο βαθμό που η εθνική νομοθεσία θεωρείται ότι απλώς παρότρυνε ή διευκόλυνε την υιοθέτηση μιας τέτοιας συμπεριφοράς, μπορούν να επιβληθούν πρόστιμα στις επιχειρήσεις και για παρελθούσες συμπεριφορές.

Από τους μη τιμολογιακούς περιορισμούς ιδιαίτερη σημασία αποδίδεται στην απαγόρευση διαφήμισης ολικής ή μερικής (ως τέτοια νοείται η απαγόρευση ορισμένων μορφών διαφήμισης ή η απαγόρευση προσφυγής σε ορισμένα μέσα διαφήμισης). Στις νομοθεσίες των κρατών μελών της Ένωσης αυτή η περίπτωση απαντάται συχνά στην εθνική ρύθμιση των ελευθέρων επαγγελμάτων⁴¹. Οι περιορισμοί στη διαφήμιση είναι δυνατό να αποτελούν έμμεσους περιορισμούς του ανταγωνισμού, κατά το ότι, μέσω της διαφήμισης, οι καταναλωτές αποκομίζουν πληροφορίες σχετικά με τις ιδιότητες των προϊόντων και των υπηρεσιών και, έτσι, οδηγούνται σε ορθολογικότερες επιλογές, οι οποίες ανταποκρίνονται περισσότερο στην επιταγή για αξιοκρατικό ανταγωνισμό (*competition on the merits*)⁴². Το σκεπτικό αυτό επικυρώθηκε, σε γενικές γραμμές, από το Γενικό Δικαστήριο, στην υπόθεση που αφορούσε στο σύλλογο ειδικών πληρεξουσίων του Ευρωπαϊκού Γραφείου διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας⁴³. Το ΓενΔικΕΕ απεφάνθη, μεταξύ άλλων, ότι ορθώς η Επιτροπή είχε θεωρήσει πως η απαγόρευση με γενικό τρόπο της συγκριτικής διαφήμισης που περιείχε ο κώδικας δεοντολογίας του εν λόγω συλλόγου, συνιστούσε ανεπίτρεπτο περιορισμό του ανταγωνισμού⁴⁴.

Όμως, στην υπόθεση Wouters⁴⁵ που αφορούσε στον κανόνα περί μη συνεταιρισμού μεταξύ δικηγόρων και ορκωτών ελεγκτών στην Ολλανδία, το Δικαστήριο επέδειξε μεγαλύτερη ευαισθησία στην κανονιστική διάσταση των αποφάσεων του ολλανδικού δικηγορικού συλλόγου. Το Δικαστήριο θεώρησε ότι οι διατάξεις του Samenwerkingsverordening του 1993, που θέσπισε ο ολλανδικός δικηγορικός σύλλογος, δεν μπορούσαν να θεωρηθούν περιορισμοί του ανταγωνισμού, καθόσον το εν λόγω όργανο ευλόγως θεώρησε ότι αποτελούσαν αναγκαίους όρους για την προσήκουσα άσκηση του δικηγορικού λειτουργήματος στην Ολλανδία και, τούτο, παρά το γεγονός ότι οι ρυθμίσεις αυτές ήταν δυνατό να αναπτύσσουν αποτελέσματα περιοριστικά του ανταγωνισμού. Πάντως, η ορθότητα της απόφασης του Δικαστηρίου είναι συζητήσιμη. Και τούτο, διότι εισάγει στην έννοια του «περιορισμού του ανταγωνισμού» ένα υποκειμενικό στοιχείο (την εύλογη πεποίθηση του φορέα ότι το μέτρο είναι αναγκαίο για την προσήκουσα άσκηση του δικηγορικού επαγγέλματος), το οποίο είναι ξένο προς την μέχρι τώρα πάγια θέση που θέλει ο ορισμός της έννοιας του περιορισμού του ανταγωνισμού να γίνεται με αποκλειστικά αντικειμενικά κριτήρια. Και μάλιστα, έχοντας προηγουμένως δεχθεί ότι οι δικηγόροι και οι δικηγορικοί σύλλογοι συνιστούν επιχειρήσεις και ένωση επιχειρήσεων αντίστοιχα⁴⁶. Εισάγοντας αυτό το υποκειμενικό στοιχείο μετατοπίζεται η διερεύνηση από το κατά πόσο αντικειμενικά μια ρύθμιση αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση της επίτευξης ενός στόχου δημοσίου συμφέροντος στο κατά πόσο ο φορέας της ρύθμισης θεώρησε εύλογα ότι ισχύει κάτι τέτοιο, πράγμα όμως που έχει ως συνέπεια, την υπερβολική διεύρυνση του

36. ΔικΕΕ, 17.11.1993, υπόθ. C-2/1991, Meng, Συλλ. Νομολ. 1993, σελ. I-5751, σκέψη 19.

37. Βλ. ΔικΕΕ, 19.2.2002, υπόθ. C-35/1999, *Manuele Arduino*, Συλλ. 2002, σελ. I-1529 και ΔικΕΕ, 29.11.2001, υπόθ. C-221/1999, *Giuseppe Conti και Stefania Rossi*, Συλλ. 2001, σελ. I-9359.

38. Βλ. ανωτέρω υποσημ. 8.

39. Βλ. ΔικΕΕ, 18.6.1998, υπόθ. C-35/1996, *Επιτροπή κατά Ιταλίας*, ό.π. Βλ. και επί προσφυγής του συμβουλίου εκτελωνιστών της Ιταλίας κατά σχετικής απόφασης της Επιτροπής, ΓενΔικΕΕ, 30.3.2000, υπόθ. T-513/1993, *CNSD κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2000, σελ. II-1807.

40. Βλ. ανωτέρω υποσημ. 16.

41. Βλ. Ανακοίνωση της Επιτροπής της 9.2.2004, ό.π., παρ. 42-47.

42. Πρβλ. *idem*, παρ. 43.

43. ΓενΔικΕΕ, 28.3.2001, υπόθ. T-144/1999, *Institut des mandataires agréés κατά Επιτροπής*, Συλλ. 2001, σελ. II-1087.

44. Βλ. σκέψεις 68-80 της απόφασης.

45. ΔικΕΕ, 19.2.2002, υπόθ. C-309/1999, *Wouters κ.ά.*, Συλλ. 2002, σελ. I-1577.

46. Βλ. σκέψεις 44-71 και σημείο 1 του διατακτικού της απόφασης.

πεδίου ασυλίας έναντι των ενωσιακών διατάξεων περί προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού.

Ανεκτικό υπήρξε επίσης το Δικαστήριο σε μια σειρά οργανωτικών και λειτουργικών κανόνων που αφορούν στην κοινωνική ασφάλιση των ελεύθερων επαγγελματιών. Έτσι, στην υπόθεση Pavlov⁴⁷, παραμένοντας στην γενική γραμμή της νομολογίας Roucet και Pistre⁴⁸, απεφάνθη ότι η πρακτική αποτελεσματικότητα των διατάξεων της συνθήκης περί ανταγωνισμού δεν εμποδίζει τις δημόσιες αρχές να καταστήσουν υποχρεωτική, κατόπιν αιτήσεως αντιπροσωπευτικής οργανώσεως των μελών ελεύθερου επαγγέλματος, την υπαγωγή σε επαγγελματικό ταμείο συντάξεων. Εντούτοις, ένα τέτοιο ταμείο το οποίο καθορίζει από μόνο του το ποσό των εισφορών και των παροχών και λειτουργεί σύμφωνα με την αρχή της κεφαλαιοποίησης και είναι επιφορτισμένο με τη διαχείριση συστήματος επικουρικών συντάξεων συσταθέντος από αντιπροσωπευτική οργάνωση των μελών ελευθερίου επαγγέλματος και στο οποίο η υπαγωγή έχει καταστεί από τις δημόσιες αρχές υποχρεωτική για όλα τα μέλη του επαγγέλματος αυτού, αποτελεί επιχείρηση για τις εφαρμοστικές ανάγκες του δικαίου του ανταγωνισμού. Παρά ταύτα, το Δικαστήριο απεφάνθη τελικώς ότι η συνθήκη δεν απαγορεύει στις δημόσιες αρχές να χορηγήσουν σε ένα τέτοιο ταμείο συντάξεων το αποκλειστικό δικαίωμα διαχείρισεως του συστήματος επικουρικών συντάξεων των μελών του οικείου ελεύθερου επαγγέλματος.

V. Αντί επιλόγου

Η εφαρμογή των κανόνων του ανταγωνισμού στη ρύθμιση των ελεύθερων επαγγελμάτων έχει δημιουργήσει μια πα-

ρανόση. Ενώ είναι σαφές ότι η απελευθέρωση αυτών των επαγγελμάτων έχει ως δικαιοπολιτική στόχευση την κατάργηση της νόθευσης του ανταγωνισμού που απορρέει από την εφαρμοστέα (κρατική) ρύθμιση⁴⁹, προβάλλεται συχνά - κυρίως από εξωνομικούς κύκλους - ότι η απελευθέρωση είναι αυτόματη απόρροια του ενωσιακού δικαίου και της νομολογίας των ενωσιακών δικαστηρίων. Η ανάλυση που προηγήθηκε καταδεικνύει ότι αυτές οι απόψεις δεν απηχούν την πραγματικότητα της ενωσιακής νομολογίας. Αντιθέτως, προκύπτει ότι το Δικαστήριο επιδεικνύει σημαντικό βαθμό ανοχής στους περιορισμούς του ανταγωνισμού που προέρχονται από την κρατική ρύθμιση. Τούτο, κατ' άλλους, συνιστά φορμαλισμό, ενώ, κατ' άλλους, αποτελεί αναγνώριση ενός θεμιτού περιθωρίου κρατικής οικονομικής παρέμβασης, προς χάριν φυσικά του δημοσίου συμφέροντος.

Σε κάθε περίπτωση, υπό αυτά τα δεδομένα, η απελευθέρωση των κλειστών επαγγελμάτων συνιστά, ως επί το πλείστον, νομοθετική επιλογή. Από τη μια μεριά, είναι αλήθεια ότι πολλοί περιορισμοί αποτελούν παρωχημένη αντανάκλαση συντεχνιακών συμφερόντων. Από την άλλη όμως, τα ελεύθερα επαγγέλματα παρουσιάζουν ιδιαιτερότητες [όπως λ.χ. η ασυμμετρία πληροφόρησης και η «κατ' εξουσιοδότηση» ζήτηση (proxy demand)] που επιβάλλουν την θέσπιση ρυθμίσεων για την προστασία του κοινωνικού συνόλου. Επομένως, η επιτυχία της εκάστοτε ασκούμενης πολιτικής ελεύθερων επαγγελμάτων κρίνεται στην ικανότητα του νομοθέτη, εξειδικεύοντας, ανά περίπτωση, τον έλεγχο αναλογικότητας, να απαλλάξει τα επαγγέλματα αυτά από τους άσκοπους περιορισμούς, θεσπίζοντας παράλληλα λειτουργικές ρυθμίσεις για την προάσπιση στόχων δημοσίου συμφέροντος. Αυτή η διαδικασία υπερβαίνει τα όρια της ενωσιακής νομολογίας που αναλύθηκε στην παρούσα συμβολή, παρά το γεγονός ότι αυτή η νομολογία προσφέρει στον νομοθέτη σημαντικά εργαλεία προσέγγισης των εκάστοτε ζητημάτων.

47. ΔικΕΕ, 12.9.2000, συνεκδ. υπόθ. C-180/1998, C-181/1998, C-182/1998, C-183/1998 και C-184/1998, Pavlov κ.ά., Συλλ. 2000, σελ. I-6451.

48. ΔικΕΕ, 17.2.1993, συνεκδ. υπόθ. C-159/1991 και C-160/1991, Roucet και Pistre, Συλλ. 1993, σελ. I-637. Βλ. και ΔικΕΕ, 16.11.1995, υπόθ. C-244/1994, Fédération française des sociétés d'assurance κ.λπ., Συλλ. 1995, σελ. I-4013, ΔικΕΕ, 21.9.1999, υπόθ. C-219/1997, Drijvende Bokken, Συλλ. 1999, σελ. I-6121 και ΔικΕΕ, 21.9.1999, υπόθ. C-67/1996, Albany, Συλλ. 1999, σελ. I-5751.

49. Πρβλ. και άρθρο 1 παρ. 2 του Ν 3919/2011.

