

2016

þÿ — - ½ Ã Ä ± Ã · ¼ µ Ä ± ° Í » ¹ Ã · Â Ä · Â
þÿ Ã Ä ¹ Â ± ³ É ³ - Â ± À ¿ ¶ · ¼ ¯ É Ã · Â » ì ³
þÿ À ± Á ± ² ¬ Ã µ É ½ Ä ¿ Å ´ ¹ ° ± ¯ ¿ Å µ » µ
þÿ ± ½ Ä ± ³ É ½ ¹ Ã ¼ ¿ Í (passing-on de

Zaprianos, Nikolaos

þÿ · ° ´ ì Ã µ ¹ Â £ ¬ ° ° ¿ Å » ±

<http://hdl.handle.net/11728/8969>

Downloaded from HEPHAESTUS Repository, Neapolis University institutional repository

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΙΚΑΙΟΣΥΝΗ

ΔΙΜΗΝΙΑΙΟ ΝΟΜΙΚΟ ΠΕΡΙΟΔΙΚΟ
ΕΝΩΣΗΣ ΔΙΚΑΣΤΩΝ & ΕΙΣΑΓΓΕΛΩΝ

(Προσλαμβάνουσα) θέση σε δικαστική συμπαράσταση ανήλικου αλλοδαπού - με ερέθισμα τη ΜΠρΚω 110/2014, του Αχ. Κουτσουράδη, σ. 961

Κληρονομία και ατομικοί δανειστές του κληρονόμου, της Κ. Παντελίδου, σ. 973

Οι σημαντικότερες τροποποιήσεις στο Δίκαιο της αναγκαστικής εκτέλεσης με τον ν. 4335/2015, της Σ. Μούζουρα, σ. 982

Ο κανόνας της απαγόρευσης της καταχρηστικής ασκήσεως δικαιώματος στο αστικό δικονομικό δίκαιο, του Γιάν. Βαλματώνη, σ. 995

Η ένσταση μετακύλισης της ζημίας στις αγωγές αποζημίωσης λόγω παραβάσεων του δικαίου ελεύθερου ανταγωνισμού (passing-on defence) - οδηγία 2014/104 και αστικό δίκαιο, του Ν. Ζαπριάνου, σ. 1012

Η «υλική υπόσταση» της ηθικής βλάβης των εμπορικών εταιριών, του Ισ. Γεροντίδη, σ. 1024

Άρνηση υποθηκοφύλακα να μεταγράψει σύμβαση αγοραπωλησίας ακινήτου, του Γ. Διαμαντόπουλου, σ. 1040

ΑΠ 2030/2014: Άδεια χρήσης σήματος (Σημ. Β. Παπακωνσταντίνου), σ. 1095

ΑΠ 28/2015: Διανομή αναγκαστική ομοδικία (Σημ. Σ. Μούζουρα), σ. 1090

ΑΠ 309/2015: Αριθμός ένορκων βεβαιώ-

σεων (Σημ. Α. Βαθρακοκόλη), σ. 1078

ΑΠ 820/2015: Δεν συνιστά, άνευ ετέρου, περίπτωση ανώτερης βίας η αποχή των δικηγόρων από την εκτέλεση των καθηκόντων τους (Σημ. Αθ. Πανταζόπουλου), σ. 1086

ΑΠ 100/2016: Χρησικτησία σε κλήρο μετά τον α.ν. 431/1968 (Παρατ. Μ. Σαββίδου), σ. 1061

ΑΠ 218/2016: Έκδοση διαταγής πληρωμής για απαίτηση δημόσιου δικαίου προθεσμία ανακοπής από το Δημόσιο (Παρατ. Στ. Πανταζόπουλου), σ. 1081

ΑΠ 244/2016: Ομόλογα ατελεύτητης ή αόριστης διάρκειας (perpetual bonds). Αδικοπραξία (Σημ. Ν. Βερβεσού), σ. 1065

ΜΠρΑθ 3157/2016: Διαγραφή μέλους οικοδομικού συνεταιρισμού (Παρατ. Α. Κρητικού), σ. 1130

ΜΠρΘεσ 1298/2016: Αίτηση ασφαλιστικών μέτρων για την εξασφάλιση απαίτησης από αποκτήματα (Σημ. Κ. Γεωργίου), σ. 1143

ΣτΕ 4228/2015 (7μ): Υποχρέωση Διοίκησης να συμμορφώνεται προς τις ακυρωτικές αποφάσεις των διοικητικών δικαστηρίων (Σημ. Ι. Κατρά), σ. 1164

ΣτΕ 168/2016: Έλεγχος δικαστικής πληρεξουσιότητας (Σημ. Ε. Στασινόπουλου), σ. 1251

ΤΟΜΟΣ 57
ΤΕΥΧΟΣ 4^ο ΕΤΟΣ 2016
ΙΟΥΛΙΟΣ - ΑΥΓΟΥΣΤΟΣ
ISSN: 0302-1467
Κωδικός, 014484



ΕΝΩΣΗ
ΔΙΚΑΣΤΩΝ
& ΕΙΣΑΓΓΕΛΩΝ



ΕΚΔΟΣΕΙΣ
ΣΑΚΚΟΥΛΑ
ΑΘΗΝΑ - ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ

Η ένσταση μετακύλισης της ζημίας στις αγωγές αποζημίωσης λόγω παραβάσεων του δικαίου ελεύθερου ανταγωνισμού (passing-on defence) – οδηγία 2014/104 και αστικό δίκαιο

Νικόλαος Ζαπρίανος

Δικηγόρος, Δ.Ν., Εντεταλμένος Λέκτορας
(Νομική Σχολή, Πανεπιστήμιο Νεάπολις Πάφου)

I. Εισαγωγή

Με την οδηγία 2014/104 (στο εξής: οδηγία)¹ θεσπίσθηκαν οι πρώτοι ενιαίοι σε επίπεδο Ευρωπαϊκής Ένωσης κανόνες για τις αγωγές αποζημίωσης λόγω παραβάσεων του δικαίου ελεύθερου ανταγωνισμού². Η οδηγία εισάγει σε ορισμένα σημεία σημαντικές διαφοροποιήσεις από τα ισχύοντα σε πολλά ευρωπαϊκά αστικά δίκαια³. Παράλληλα επιχειρεί να επιλύσει με ρητές διατάξεις εριζώμενα ζητήματα, μεταξύ των οποίων το επιτρεπτό ή μη της ένστασης μετακύλισης της ζημίας του ενάγοντος σε περαιτέρω βαθμίδες της αλυσίδας των πωλήσεων (passing-on defence).

Το τελευταίο ζήτημα πραγματεύεται η παρούσα μελέτη. Μετά από μια αναδρομή στην προϊστορία της οδηγίας και μια σύντομη παρουσίαση των κύριων ρυθμίσεών της (II.), τίθεται το πρόβλημα της μετακύλισης της ζημίας επί παραβάσεων του δικαίου ελεύθερου ανταγωνισμού (III.). Αρχικά επιχειρείται

η αντιμετώπιση του ζητήματος βάσει των γενικών κανόνων του ισχύοντος αστικού δικαίου (IV.-VI.). Στη συνέχεια παρουσιάζεται η ειδική ρύθμιση της νέας οδηγίας και εξετάζονται οι προϋποθέσεις θεμελίωσης της ένστασης μετακύλισης (VII.). Καταγράφονται έπειτα οι αποκλίσεις της οδηγίας από τους κανόνες του γενικού αστικού δικαίου και ερευνάται αν αυτές δικαιολογούνται ενόψει των ιδιοπεροτήτων του δικαίου ανταγωνισμού (VIII.). Τέλος, διατυπώνονται τα συμπεράσματα της μελέτης (IX.).

II. Από την απόφαση *Courage και Crehan* στην οδηγία 2014/104

Η διαμόρφωση κοινών κανόνων για την αστική ευθύνη των επιχειρήσεων λόγω παραβάσεων του δικαίου ελεύθερου ανταγωνισμού στην Ευρωπαϊκή Ένωση υπήρξε μέχρι σήμερα πρωτίστως έργο του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ). Στην υπόθεση *Courage και Crehan* το ΔΕΕ αναγνώρισε το δικαίωμα κάθε ιδιώτη σε «αποκατάσταση της ζημίας που του προξένησε σύμβαση ή συμπεριφορά δυνάμενη να περιορίσει ή να νοθεύσει τον ανταγωνισμό»⁴. Ακολουθώντας, στηριζόμενη στις αρχές της ισοδυναμίας και της αποτελεσματικότητας⁵, η νομο-

1. Οδηγία 2014/104/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26ης Νοεμβρίου 2014 σχετικά με ορισμένους κανόνες που διέπουν τις αγωγές αποζημίωσης βάσει του εθνικού δικαίου για παραβάσεις των διατάξεων του δικαίου ανταγωνισμού των κρατών μελών και της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ΕΕ L 349 της 5.12.2014, σ. 1.

2. Η οδηγία θα πρέπει να μεταφερθεί στα εθνικά δίκαια των κρατών μελών έως τις 27 Δεκεμβρίου 2016 (άρθρο 21 I). Για τον χρόνο έναρξης της ισχύος των εθνικών ρυθμίσεων βλ. άρθρο 22 της οδηγίας.

3. Βλ. λ.χ. άρθρα 11 και 19 της οδηγίας για την εις ολόκληρον ευθύνη των συνυπαίτιων, τα κριτήρια καταμερισμού της ευθύνης, το δικαίωμα αναγωγής, τις συνέπειες του συμβιβασμού με ορισμένους από τους συνοφειλότες έναντι των υπολοίπων κ.ά.

4. ΔΕΕ, 20.9.2001, C-453/99, *Courage και Crehan*, EU:C:2001:465, σκέψη 26.

5. Για τις αρχές της ισοδυναμίας και της αποτελεσματικότητας εκτός από τις αμέσως επόμενες παραπομπές βλ. ΔΕΕ, 14.12.1995, C-312/93, *Peterbroeck*, EU:C:1995:437, σκέψη 12. ΔΕΕ, 30.9.2003, C-224/01, *Köbler*, EU:C:2003:513, σκέψη 58. ΔΕΕ, 13.3.2007, C-432/05, *Unibet*, EU:C:2007:163, σκέψη 43. ΔΕΕ, 14.3.2013, C-415/11, *Aziz*, EU:C:2013:164, σκέψη 50. ΔΕΕ, 5.12.2013, C-413/12, *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*, EU:C:2013:800, σκέψη 30.

λογία του ΔΕΕ οδήγησε σε μια έμμεση και εκ των πραγμάτων περιπτώσιολογική προσέγγιση των οικείων εθνικών ρυθμίσεων, ιδίως όσον αφορά την αιτιώδη συνάφεια ως προϋπόθεση της αξίωσης αποζημίωσης⁶, την αποκαταστατέα ζημία⁷, την παραγραφή⁸ καθώς και την πρόσβαση των ζημιωθέντων σε αποδεικτικά στοιχεία των εθνικών αρχών ανταγωνισμού⁹.

Το ενδιαφέρον της για την ομοιόμορφη ρύθμιση των αγωγών αποζημίωσης για παραβάσεις των κανόνων ανταγωνισμού εκδήλωσε το έτος 2005 η Ευρωπαϊκή Επιτροπή προτείνοντας τη λήψη νομοθετικών μέτρων¹⁰. Οκτώ έτη αργότερα ακολούθησε η υποβολή πρότασης οδηγίας¹¹.

Οι μετέπειτα εξελίξεις υπήρξαν ταχύτερες. Το Νοέμβριο του 2014 το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης υιοθέτησαν την οδηγία 2014/104. Στόχος της νέας οδηγίας είναι εν πρώτοις α) η διασφάλιση της πλήρους αποζημίωσης των θυμάτων παραβάσεων των κανόνων

ανταγωνισμού¹² και β) ο συντονισμός της εφαρμογής των εν λόγω κανόνων αφενός με τη χρήση μέσων του δημοσίου δικαίου από τις αρμόδιες αρχές ανταγωνισμού («public enforcement»), αφετέρου με τη χρήση μέσων του αστικού δικαίου από τα εθνικά δικαστήρια, ιδίως στο πλαίσιο εκδίκασης αγωγών αποζημίωσης («private enforcement»)¹³. Δευτερευόντως η οδηγία αποσκοπεί στην αποτροπή των παράνομων συμφωνιών και πρακτικών καθώς και στην ενίσχυση της αποτελεσματικής εφαρμογής του δικαίου ελεύθερου ανταγωνισμού στην Ευρωπαϊκή Ένωση¹⁴.

Από πλευράς ουσιαστικού δικαίου κεντρικής σημασίας είναι η διάταξη του άρθρου 3 I της οδηγίας, με την οποία κωδικοποιείται η νομολογία *Courage και Crehan* και κατοχυρώνεται το δικαίωμα πλήρους αποζημίωσης κάθε φυσικού ή νομικού προσώπου που υπέστη ζημία λόγω παράβασης του δικαίου ανταγωνισμού¹⁵. Η οδηγία δεν ορίζει κατά τρόπο εξαντλητικό τους όρους γένεσης του δικαιώματος αποζημίωσης. Πέραν της παράβασης των διατάξεων των άρθρων 101 ή 102 ΣΛΕΕ, οι λοιπές προϋποθέσεις, όπως η αιτιώδης συνάφεια μεταξύ του νόμιμου λόγου ευθύνης και της ζημίας ή «ο καταλογισμός, η καταλληλότητα ή η ενοχή», εξακολουθούν να διέπονται από το εθνικό δίκαιο¹⁶. αρκεί οι διατάξεις του να ανταποκρίνονται στις αρχές της ισοδυναμίας και της αποτελεσματικότητας¹⁷. Επομένως, τα κράτη μέλη δύνανται κατ' αρχήν να εξαρτούν τη θεμελίωση της αξίωσης αποζημίωσης από την υπαιτι-

6. ΔΕΕ, 13.7.2006, C-295/04 έως C-298/04, *Manfredi*, EU:C:2006:461, σκέψη 61. ΔΕΕ, 6.11.2012, C-199/11, *Otis κ.λπ.*, σκέψη 43. ΔΕΕ, 5.6.2014, C-557/12, *Kone AG κ.λπ.*, EU:C:2014:1317, σκέψεις 22 και 24 επ. βλ. επίσης *Τζάκα*, παρατηρήσεις στην απόφαση του ΔΕΚ της 13ης Ιουλίου 2006, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-295/04 έως C-298/04, ΕΕμπΔ 2006. 1092 επ., 1095. *Ζαπριάνο*, Η θεμελίωση της αιτιώδους συνάφειας. Συνδυασμός των θεωριών της πρόσφορης αιτίας και του σκοπού του κανόνα δικαίου στην αστική ευθύνη λόγω παραβάσεων του δικαίου ελεύθερου ανταγωνισμού, Αρμ 2015.741 επ., ιδίως 749 επ.

7. ΔΕΕ, 13.7.2006, C-295/04 έως C-298/04, *Manfredi*, σκέψεις 95 επ. ΔΕΕ, 5.6.2014, C-557/12, *Kone AG κ.λπ.*, σκέψη 37. βλ. επίσης *Τζάκα*, ΕΕμπΔ 2006.1092 επ., 1097.

8. ΔΕΕ, 13.7.2006, C-295/04 έως C-298/04, *Manfredi*, σκέψεις 78 επ. βλ. επίσης *Τζάκα*, ΕΕμπΔ 2006.1092 επ., 1098 επ.

9. ΔΕΕ, 14.6.2011, C-360/09, *Pfleiderer*, EU:C:2011:389, σκέψεις 20 επ. ΔΕΕ, 6.6.2013, C-536/11, *Donau Chemie κ.λπ.*, EU:C:2013:366, σκέψεις 21 επ.

10. Πράσινη βίβλος της 19.12.2005 «Αγωγές αποζημίωσης για παράβαση των αντιμονοπωλιακών κανόνων της ΕΚ», COM (2005) 672 τελικό. Ακολούθησε η Λευκή βίβλος της 2.4.2008 «Σχετικά με τις αγωγές αποζημίωσης για παραβίαση της αντιμονοπωλιακής νομοθεσίας της ΕΚ», COM (2008) 165 τελικό.

11. Πρόταση οδηγίας του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με ορισμένους κανόνες που διέπουν τις αγωγές αποζημίωσης βάσει του εθνικού δικαίου για παραβάσεις των διατάξεων της νομοθεσίας περί ανταγωνισμού των κρατών μελών και της Ευρωπαϊκής Ένωσης, COM (2013) 404 τελικό.

12. Βλ. άρθρο 1 I της οδηγίας.

13. Βλ. άρθρο 1 II της οδηγίας.

14. Βλ. για τα ανωτέρω *Leffl*, Kartellschadensersatz nach der Richtlinie 2014/104/EU und deutsches Kartellrecht, WRP 2015.537 επ., 538. *Makatsch/Mir*, Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen. Angst vor der eigenen „Courage“?, EuZW 2015.7 επ., 7 υποσ. 11. επίσης ΔΕΕ, 20.9.2001, C-453/99, *Courage και Crehan*, σκέψη 27. ΔΕΕ, 13.7.2006, C-295/04 έως C-298/04, *Manfredi*, σκέψη 91. ΔΕΕ, 14.6.2011, C-360/09, *Pfleiderer*, σκέψη 29. ΔΕΕ, 6.11.2012, C-199/11, *Otis κ.λπ.*, σκέψη 42. ΔΕΕ, 6.6.2013, C-536/11, *Donau Chemie κ.λπ.*, σκέψη 23. ΔΕΕ, 5.6.2014, C-557/12, *Kone AG κ.λπ.*, σκέψη 23.

15. Βλ. ΔΕΕ, 20.9.2001, C-453/99, *Courage και Crehan*, σκέψη 26. ΔΕΕ, 13.7.2006, C-295/04 έως C-298/04, *Manfredi*, σκέψη 60. ΔΕΕ, 6.11.2012, C-199/11, *Otis κ.λπ.*, σκέψη 41. ΔΕΕ, 6.6.2013, C-536/11, *Donau Chemie κ.λπ.*, σκέψη 21. ΔΕΕ, 5.6.2014, C-557/12, *Kone AG κ.λπ.*, σκέψη 21.

16. Βλ. αιτιολογική σκέψη αριθ. 11 της οδηγίας.

17. Βλ. άρθρο 4 της οδηγίας.

όττητα του ζημιώσαντος¹⁸. Το άρθρο 3 II προβλέπει, εξάλλου, την αποκατάσταση τόσο της θετικής ζημίας όσο και των διαφυγόντων κερδών και μάλιστα εντόκως, προκειμένου ο παθών να περιέλθει «στην κατάσταση στην οποία θα βρισκόταν αν δεν είχε τελεσθεί η παράβαση»¹⁹. Τέλος, το άρθρο 3 III απαγορεύει την «υπερβολική αποζημίωση, είτε με χαρακτηριστή ποινή, καταβολή πολλαπλών αποζημιώσεων ή άλλου τύπου αποζημιώσεων»²⁰.

Η οδηγία εισάγει επιπλέον κοινούς κανόνες για τη διευκόλυνση της πρόσβασης του ζημιωθέντος σε αποδεικτικά μέσα (άρθρα 5 επ.)²¹, την παραγραφή της αξίωσης αποζημίωσης (άρθρο 10)²², την εις ολόκληρον ευθύνη των συμπραττουσών επιχειρήσεων (άρθρα 11 και 19), τη νομική μεταχείριση της μετακύλισης της ζημίας σε περαιτέρω αγοραστές (άρθρα 12 επ.), τον υπολογισμό της ζημίας (άρθρο 17) και τη συμβιβαστική επίλυση των διαφορών (άρθρο 18).²³

III. Το ζήτημα της μετακύλισης της ζημίας και η έως τώρα αντιμετώπισή του

Είτε πρόκειται για απαγορευμένες συμπράξεις (άρθρα 101 ΣΛΕΕ, 1 ν. 3959/2011) είτε για περιπτώσεις καταχρηστικής εκμετάλλευσης δεσπόζουσας θέσης (άρθρα 102 ΣΛΕΕ, 2 ν. 3959/2011), οι παραβάσεις του δικαίου ελεύθερου ανταγωνισμού

συνεπάγονται κατά κανόνα τεχνητές αυξήσεις των τιμών στις οποίες οι παραβάτιδες επιχειρήσεις προσφέρουν τα αγαθά ή τις υπηρεσίες τους. Ακόμη και όταν δεν επιδιώκονται, οι αυξήσεις αυτές επέρχονται κατ' αποτέλεσμα, π.χ. εξαιτίας του εκούσιου περιορισμού της προσφοράς ή της τεχνητής κατανομής και στεγανοποίησης της αγοράς εκ μέρους των παραβατών²⁴. Συνολική μελέτη άνω των 250 επιμέρους ερευνών κατέδειξε ότι οι παράνομες συμπράξεις συνεπάγονται κατά μέσο όρο αύξηση 25 % στις τιμές των καλυπτόμενων προϊόντων²⁵.

Συνεπώς, οι παραβάσεις του δικαίου ανταγωνισμού οδηγούν σε αντίστοιχη θετική ζημία του αντισυμβαλλομένου του παραβάτη, του λεγόμενου άμεσου αγοραστή, ο οποίος και επωμίζεται πρώτος το υψηλότερο αυτό κόστος²⁶. Δεν αποκλείεται, ωστόσο, ο άμεσος αγοραστής να υπερτιμολογεί ακολούθως και εκείνος τα προϊόντα του, ώστε η προκύπτουσα επιβάρυνση να μετακυλιεται στους δικούς τους πελάτες ή με τον ίδιο τρόπο και σε επόμενες βαθμίδες της αλυσίδας των πωλήσεων (έμμεσους αγοραστές)²⁷.

Εν όψει των ανωτέρω, γεννάται το ερώτημα αν, στο μέτρο που έχει μετακυλισθεί σε τρίτα πρόσωπα, η οικονομική επιβάρυνση του αγοραστή εξαιτίας της παράβασης του δικαίου ανταγωνισμού συνιστά ή όχι αποκαταστατέα ζημία του. Με άλλα λόγια, δύναται η παραβάτιδα επιχείρηση να επικαλεσθεί την εν λόγω μετακύλιση, προκειμένου να μην καταβάλει ή να καταβάλει αντιστοίχως μειωμένη αποζημίωση στον παθόντα αγοραστή («ένσταση μετακύλισης»)²⁸;

Σε αντίθεση με όσα γίνονται δεκτά στις Ηνωμένες Πολιτείες²⁹, στα κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής

18. Βλ. *Staubert/Schaper*, Die Kartellschadensersatzrichtlinie. Handlungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber? NZKart 2014.346 επ., 347. *Leffl*, WRP 2015.537 επ., 541. Ως υπαιτιότητα θα πρέπει να ερμηνευθεί ο όρος «ενοχή» στην αιτιολογική σκέψη αριθ. 11 της οδηγίας, που χρησιμοποιεί στο αντίστοιχο σημείο τον όρο «Verschulden» (υπαιτιότητα).

19. Βλ. ΔΕΕ, 13.7.2006, C-295/04 έως C-298/04, *Manfredi*, σκέψη 95.

20. Πρβλ. για την μέχρι πρότινος ουδετερότητα του δικαίου της Ένωσης έναντι των κυρωτικών ή τιμωρητικών αποζημιώσεων ΔΕΕ, 20.9.2001, C-453/99, *Courage και Crehan*, σκέψη 30. ΔΕΕ, 13.7.2006, C-295/04 έως C-298/04, *Manfredi*, σκέψη 94.

21. Βλ. εκτενώς *Willems*, Kein Durchgang durch die "Doppelte" Möglichkeiten und Grenzen der Abmilderung von Informationsasymmetrien im Kartellzivilrecht nach der RL 2014/104/EU zum Kartellschadensersatz, WRP 2015.819 επ.

22. Βλ. εκτενώς *Pohlmann*, Verjährung nach der EU-Richtlinie 2014/104 zum Kartellschadensersatz, WRP 2015.546 επ.

23. Σχετικά με τα ανωτέρω ζητήματα βλ. επίσης *Staubert/Schaper*, NZKart 2014.346 επ., 347 επ. *Makatsch/Mir*, EuZW 2015.7 επ., 8 επ.

24. Βλ. ΔΕΕ, 7.1.2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P και C-219/00 P, *Aalborg Portland κ.λπ. κατά Επιτροπής*, ECLI:EU:C:2004:6, σκέψη 53.

25. *Connor*, Global Price Fixing² (2007) σ. 45 επ.

26. Βλ. τον ορισμό του άρθρου 2 αριθ. 23) της οδηγίας.

27. Βλ. τον ορισμό του άρθρου 2 αριθ. 24) της οδηγίας.

28. Συναφές αλλά διάφορο είναι το ζήτημα αν η παραβάτιδα επιχείρηση οφείλει αποζημίωση και στους έμμεσους αγοραστές, οι οποίοι σε περίπτωση μετακύλισης φέρουν εν τέλει τις συνέπειες της παράβασης. Το ερώτημα αποκτά ενδιαφέρον σε περίπτωση που γίνει δεκτό ότι οι άμεσοι αγοραστές, καθ' όσον μετακύλισαν τις οικονομικές τους απώλειες, δεν έχουν υποστεί ζημία και δεν δικαιούνται αποζημίωση.

29. Αποτελεί πάγια νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου των ΗΠΑ ότι η ενδεχόμενη μετακύλιση της ζημίας από

Ένωσης η εθνική νομολογία έχει ταχθεί εν γένει υπέρ της νομιμότητας της ένστασης μετακύλισης³⁰. Σε ορισμένες έννομες τάξεις η ευδοκίμηση της ένστασης συνδέθηκε πάντως με αυστηρές ουσιαστικές προϋποθέσεις. Έτσι, το γερμανικό Ακυρωτικό αξίωσ, μεταξύ άλλων, η μετακύλιση της επιβάρυνσης δια της αύξησης των τιμών να μην επιφέρει μείωση πωλήσεων και άρα διαφυγόντα κέρδη σε βάρος του μετακυλιόντος (quantity effects)³¹. Στην Αυστρία, εξάλλου, το Ανώτατο Δικαστήριο απαίτησε την ύπαρξη ιδιαίτερης έννομης σχέσης μεταξύ άμεσου και έμμεσου αγοραστή, η οποία να επιβάλλει στον τελευταίο την ανάληψη του συνολικού (άρα και του επιπλέον) κόστους προμήθειας της παροχής³².

Στην Ελλάδα το ζήτημα της μετακύλισης δεν αποτέλεσε ως σήμερα αντικείμενο ειδικής νομοθετικής ρύθμισης ούτε απασχόλησε την νομολογία. Η ελληνική επιστήμη έχει εντοπίσει και οριοθετήσει το πρόβλημα. Το ενδιαφέρον της στρέφεται, ωστόσο,

τον άμεσο αγοραστή σε περαιτέρω βαθμίδες της αγοράς είναι νομικά αδιάφορη και δεν δικαιολογεί τη μείωση της επιδικαστέας αποζημίωσης Supreme Court, *Hanover Shoe Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968) Supreme Court, *Kansas v. Utilicorp United Inc.*, 497 U.S. 199 (1990). Σε αλληλουχία με τα ανωτέρω δεν γίνεται δεκτή σε ομοσπονδιακό επίπεδο η νομιμοποίηση των έμμεσων αγοραστών προς διεκδίκηση αποζημίωσης Supreme Court, *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977). Οι Πολιτείες δύνανται πάντως να θεσπίσουν στο δικαίό τους αξίωση αποζημίωσης υπέρ των έμμεσων αγοραστών. βλ. έτσι για την Καλιφόρνια Supreme Court, *California v. ARC America Corp.*, 490 U.S. 93 (1989). Για τη νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου των ΗΠΑ και την κριτική που έχει ασκηθεί βλ. εκτενώς *Αθανασίου* σε Τζουγανάτο, Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού (2013) σ. 1328 επ.

30. Βλ. αγγλικό Court of Appeal, *Devenish Nutrition Limited v. Sanofi-Aventis SA (France) and others*, (2008) EWCA Civ 1086, σκέψεις 147, 151.

31. Βλ. Bundesgerichtshof, 28.6.2011 – KZR 75/10 (απόφαση ORWI), JZ 2012.789, σκέψη 69. Η νομική αξιολόγηση της μετακύλισης της ζημίας αποτέλεσε αντικείμενο επιστημονικών συζητήσεων ενόψει της 7ης μεταρρύθμισης του γερμανικού νόμου περί ελεύθερου ανταγωνισμού (7. GWB-Novelle, BGBl I 2005, σ. 1954). Ο Γερμανός νομοθέτης εμπιστεύθηκε τελικά την αντιμέτωπιση του ζητήματος στη νομολογία, ορίζοντας απλώς ότι η μεταπώληση του προϊόντος που αποκτήθηκε σε τεχνητά υψηλή τιμή δεν αποκλείει αυτομάτως την ύπαρξη ζημίας του αγοραστή-μεταπωλητή (§ 33 III 2 GWB – γερμανικού νόμου περί ελεύθερου ανταγωνισμού).

32. Βλ. Oberster Gerichtshof, 2.8.2012 – 4 Ob 46/12m (απόφαση Bankomatvertrag III), ecollex 2012.970, σκέψη 4.7.6.

πρωτίστως στην ανάλυση της αλλοδαπής νομοθεσίας και νομολογίας για την ένσταση μετακύλισης παρά στην αναζήτηση λύσεων βάσει του ελληνικού αστικού δικαίου³³.

Στις επόμενες ενότητες ερευνάται κατά πόσον το ισχύον αστικό δίκαιο προβλέπει ήδη –και υπό ποιες προϋποθέσεις– τον αποκλεισμό ή τη μείωση της αποζημίωσης του αγοραστή που μετακύλησε σε τρίτους τις επιπλέον επιβαρύνσεις από την παράβαση του δικαίου ανταγωνισμού. Η απάντηση επιχειρείται να δοθεί βάσει δύο γενικών κανόνων του αστικού δικαίου: αφενός του κανόνα της συνυπαιτιότητας (άρθρο 300 I AK), από τον οποίο συνάγεται το βάρος αποτροπής και περιορισμού της ζημίας, αφετέρου του κανόνα του συνυπολογισμού ζημίας και κέρδους. Σκοπός είναι να διαπιστωθεί στη συνέχεια αν οι λύσεις του γενικού αστικού δικαίου συμβιβάζονται με τις προβλέψεις της οδηγίας ή αν η τελευταία εισάγει τελικώς αποκλίσεις μέσω της ειδικής διάταξης του άρθρου 13 εδ. 1.

IV. Μετακύλιση της επιβάρυνσης και βάρος αποτροπής και περιορισμού της ζημίας

1. Βάρος αποτροπής και περιορισμού της ζημίας

Ένα σύγχρονο κράτος δικαίου δεν μπορεί να εξαναγκάζει υπό την απειλή κυρώσεων τους πολίτες του να απέχουν από ενέργειες ζημιογόνες για τους ίδιους και την περιουσία τους. Ομοίως, όμως, δεν μπορεί να τους εξοπλίζει στις περιπτώσεις αυτές με αποζημιωτικές αξιώσεις έναντι τρίτων³⁴. Στο ίδιο πνεύμα κινούμενη η διάταξη του άρθρου 300 I AK ορίζει ότι η αποζημίωση μπορεί να αποκλεισθεί ή να μειωθεί «αν εκείνος που ζημιώθηκε συντέλεσε από δικό του πταίσμα στη ζημία ή την έκτασή της» (εδ. 1), ιδίως αν «παρέλειψε να αποτρέψει ή να περιορίσει τη ζημία» (εδ. 2). Στον ζημιωθέντα επιβάλλεται, επομένως, όχι μια εξαναγκαστή υποχρέωση, αλλά το βάρος³⁵

33. Βλ. Τζάκα, Αξιώσεις αποζημίωσης λόγω παράβασης του Κοινοτικού Δικαίου Ανταγωνισμού υπό το φως της νομολογίας Courage/Crehan, ΔΕΕ 2006.42 επ., 49, 51 επ. τον ίδιο, ΕΕμπΔ 2006.1092 επ., 1096 επ. *Αθανασίου* σε Τζουγανάτο, Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού σ. 1328 επ.

34. Kötz, Vertragsrecht² (2012) σ. 444. Kötz/Wagner, Deliktsrecht¹² (2013) σ. 300. Looschelders, Schuldrecht. Allgemeiner Teil¹¹ (2013) σ. 367.

35. Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο (2004) σ. 91, 570. Απ. Γεωργιάδης στον ίδιο, Σύνομη Ερμηνεία του Αστικού Κώδικα (ΣΕΑΚ) (2010) άρθρο 287 αριθ. 9. ο ίδιος, Γενικές Αρχές

αποτροπής και περιορισμού της ζημίας του πριν, κατά και μετά το ζημιόγνο γεγονός³⁶.

Ο ζημιωθείς που παραλείπει τη λήψη μέτρων τα οποία παρέχουν αντικειμενικά τη δυνατότητα αποτροπής ή περιορισμού της ζημίας υφίσταται ως δυσμενή έννομη συνέπεια την πλήρη ή μερική απώλεια της αξίωσης προς αποζημίωση³⁷. Κρίσιμη είναι η δυνατότητα πρόβλεψης και λήψης των μέτρων από τον μέσο επιμελή εκπρόσωπο του οικείου συναλλακτικού κύκλου του παθόντος³⁸. Για την ακριβή οριοθέτηση του βάρους απαιτείται η στάθμιση των συμφερόντων του ζημιώσαντος και του ζημιωθέντος³⁹: αφενός ο ζημιώσας έχει συμφέρον στον περιορισμό της ευθύνης του σε εύλογο πλαίσιο, αφετέρου ο ζημιωθείς έχει συμφέρον να αποφύγει μια υπέρμετρη περιστολή της ελευθερίας δράσης του⁴⁰. Στην πράξη, η νομολογία θεωρεί ως επιβεβλημένο όποιο μέτρο μπορεί να ληφθεί χωρίς να εκθέτει σε κίνδυνο τον ίδιο το ζημιωθέντα⁴¹.

Αν και κάνει λόγο για «πταίσμα», η διάταξη του άρθρου 300 Ι ΑΚ δεν θα πρέπει να ερμηνευθεί όπως

εκείνη του άρθρου 330 ΑΚ⁴². Ο ζημιωθείς δεν παραιομεί έναντι τρίτου, ώστε να ελεγχθεί αν ενεργεί με δόλο ή με αμέλεια. Η αντιστοιχία μεταξύ των δύο διατάξεων εντοπίζεται σε άλλο σημείο: τόσο στο άρθρο 300 Ι ΑΚ όσο στο άρθρο 330.2 ΑΚ το μέτρο της δικανικής κρίσης είναι η επιβαλλόμενη στις συναλλαγές επιμέλεια, είτε πρόκειται για την ευθύνη έναντι του δανειστή (άρθρο 330.2 ΑΚ) είτε πρόκειται για την αυτοπροστασία του παθόντος (άρθρο 300 Ι ΑΚ)⁴³.

Τέλος, η εκ μέρους του ζημιωθέντος αθέτηση του ανωτέρω βάρους πρέπει να συντέλεσε όντως στη διατήρηση ή στην επαύξηση της ζημίας του, να συνδέεται δηλαδή αιτιωδώς με την επελθούσα (μεγαλύτερη) ζημία⁴⁴.

Εφόσον συντρέχουν οι ως άνω προϋποθέσεις, το δικαστήριο κατανέμει την ευθύνη μεταξύ ζημιώσαντος και ζημιωθέντος και επιμερίζει τις οικονομικές συνέπειες της ζημίας εκτιμώντας τις περιστάσεις⁴⁵. Μπορεί, λοιπόν, να απαλλάξει τον υπαίτιο, να τον καταδικάσει σε καταβολή μειωμένης αποζημίωσης ή να κρίνει ότι, παρά την συμβολή του παθόντος, ο υπαίτιος οφείλει πλήρη αποζημίωση⁴⁶.

Αστικού Δικαίου⁴ (2012) σ. 261. *Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht. Allgemeiner Teil*⁹ (2005) σ. 161. *Kötz, Vertragsrecht* σ. 444. *Kötz/Wagner, Deliktsrecht* σ. 300. *Looschelders, Schuldrecht. Allgemeiner Teil* σ. 367. *Westermann/Bydlinski/Weber, BGB – Schuldrecht. Allgemeiner Teil*⁸ (2013) σ. 282 επ. *Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht. Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz, Schmerzensgeld*⁵ (2014) σ. 77. *Schulze, se Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*⁶ (2014) § 254 αριθ. 8. Στη νομολογία ο όρος «βάρος» δεν χρησιμοποιείται παρά μεμονωμένα, βλ. π.χ. ΑΠ 1278/2005 ΤΝΠ-Νόμος

36. Για το ότι βάρος δεν οριοθετείται χρονικά από το νόμο βλ. ΑΠ 370/2010 ΔΕΕ 2011. 67 = ΧρΔ 2011. 344. Εφαθ 4556/1998 ΕΛΛΔνη 1998. 1682. *Περάκη* σε Απ. Γεωργιάδη, ΣΕΑΚ άρθρο 300 αριθ. 5.

37. ΑΠ 75/2001 ΝοΒ 2002. 119. ΑΠ 1184/2005 ΝοΒ 2006. 199. ΑΠ 370/2010 ΔΕΕ 2011. 67 = ΧρΔ 2011. 344. Εφαθ 4253/2006 ΝοΒ 2007. 1567. Εφαθ 8760/2006 ΕΛΛΔνη 2007. 881. Εφαθ 1911/2008 ΕΛΛΔνη 2009. 118. *Περάκη* σε Απ. Γεωργιάδη, ΣΕΑΚ άρθρο 300 αριθ. 5.

38. Βλ. τη νομολογία στην προηγούμενη υποσ.: *Looschelders, Schuldrecht. Allgemeiner Teil* σ. 369. *Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht* σ. 78.

39. *Looschelders, Schuldrecht. Allgemeiner Teil* σ. 369. βλ. και *Schulze, se Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch* § 254 αριθ. 8.

40. *Looschelders, Schuldrecht. Allgemeiner Teil* σ. 371.

41. Βλ. τη νομολογία στην υποσ. 37. *Περάκη* σε Απ. Γεωργιάδη, ΣΕΑΚ άρθρο 300 αριθ. 6 πρβλ. *Schulze, se Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch* § 254 αριθ. 8.

42. *Περάκη* σε Απ. Γεωργιάδη, ΣΕΑΚ άρθρο 300 αριθ. 7. *Westermann/Bydlinski/Weber, BGB – Schuldrecht. Allgemeiner Teil* σ. 283. *Schulze, se Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch* § 254 αριθ. 1. Βλ. πάντως ΑΠ 75/2001 ΝοΒ 2002. 119. ΑΠ 1184/2005 ΝοΒ 2006. 199. Εφαθ 1911/2008 ΕΛΛΔνη 2009. 118, που παραπέμπουν για την ερμηνεία της διάταξης του άρθρου 300 Ι ΑΚ στη διάταξη του άρθρου 330 ΑΚ πρβλ. *Απ. Γεωργιάδη, Ενοχικό Δίκαιο. Γενικό Μέρος* (2015) σ. 166.

43. *Kötz/Wagner, Deliktsrecht* σ. 300.

44. ΑΠ 1663/2005 ΤΝΠ-Νόμος. ΑΠ 370/2010 ΔΕΕ 2011. 67 = ΧρΔ 2011. 344. ΑΠ 1741/2011 ΧρΔ 2012. 345. ΑΠ 1000/2013 ΕΕμπΔ 2013. 895. ΕφΠειρ 107/2002 ΠειρΝ 2002. 152. Εφαθ 4253/2006 ΝοΒ 2007. 1567. Εφαθ 1911/2008 ΕΛΛΔνη 2009. 118. *Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο* σ. 573. *Περάκη* σε Απ. Γεωργιάδη, ΣΕΑΚ άρθρο 300 αριθ. 11. *Απ. Γεωργιάδης, Ενοχικό Δίκαιο. Γενικό Μέρος* σ. 166. *Schulze, se Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch* § 254 αριθ. 5, 6.

45. *Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο* σ. 568 επ., 571 επ. *Περάκη* σε Απ. Γεωργιάδη, ΣΕΑΚ άρθρο 300 αριθ. 2. *Looschelders, Schuldrecht. Allgemeiner Teil* σ. 366. *Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht* σ. 78. *Schulze, se Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch* § 254 αριθ. 4.

46. *Σταθόπουλος, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο* σ. 575. *Περάκη* σε Απ. Γεωργιάδη, ΣΕΑΚ άρθρο 300 αριθ. 13. *Απ. Γεωργιάδης, Ενοχικό Δίκαιο. Γενικό Μέρος* σ. 166. *Westermann/Bydlinski/Weber, BGB – Schuldrecht. Allgemeiner Teil* σ. 285. *Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht* σ. 79. για τα κριτήρια που εφαρμόζο-

2. Εφαρμογή στην περίπτωση της μετακύλισης της επιβάρυνσης

Στις περιπτώσεις των παραβάσεων του δικαίου ανταγωνισμού η ζημία του αγοραστή επέρχεται με την προμήθεια των υπερτιμολογημένων προϊόντων και συνίσταται στη διαφορά μεταξύ του καταβληθέντος τιμήματος και του τιμήματος που θα είχε καταβληθεί αν δεν υπήρχε η παράβαση⁴⁷. Όπως κάθε ζημιωθείς, ο αγοραστής βαρύνεται πλέον με τη λήψη μέτρων για τον εκ των υστέρων περιορισμό της ζημίας του⁴⁸. Σε τι συνίστανται όμως εδώ οι επιβαλλόμενες κατ' άρθρο 300 I AK ενέργειες; Οφείλει ο ζημιωθείς να μετακυλήσει την επιπλέον επιβάρυνσή του στους αντισυμβαλλομένους του;

Στην απόφαση ORWI το γερμανικό Ακυρωτικό δεν απέκλεισε η § 254 II γερμAK⁴⁹ να επιβάλει στον έμπορο-αγοραστή την αύξηση των τιμών των προϊόντων του⁵⁰. Σύμφωνα με το σκεπτικό της απόφασης, η παράβαση του δικαίου ανταγωνισμού συνεπάγεται συχνά ανατιμήσεις και στην αγορά στην οποία ο παθών δραστηριοποιείται ως προμηθευτής. Στις περιπτώσεις αυτές ο παθών οφείλει να αυξήσει τις τιμές του έως τα νέα επίπεδα τιμών της οικείας αγοράς, προκειμένου να ελαττώσει τις απώλειές του. Μια τέτοια ενέργεια δεν απαιτεί ιδιαίτερες θυσίες και, συνεπώς, θα πρέπει να θεωρηθεί ως επιβεβλημένη από το βάρος περιορισμού της ζημίας.

Αν και ορθή στη βασική της σύλληψη, η ανωτέρω προσέγγιση δεν ισχύει ανεξαιρέτως. Οι αντισυμβαλλόμενοι του παθόντος είναι πιθανό να αντιδράσουν στις ανατιμήσεις μειώνοντας όσο μπορούν τις αγορές τους, ώστε να εξακολουθήσουν να δαπανούν τα ίδια χρηματικά ποσά προμηθευόμενοι μικρότερες ποσότητες. Η προσπάθεια περιορισμού της (θετικής) ζημίας δια της μετακύλισης συνδέεται,

λοιπόν, με την απειλή διαφυγόντων κέρδων για τον ζημιωθέντα. Ο κίνδυνος αυτός εξαλείφεται μόνο στο βαθμό που η ζήτηση στην αγορά στην οποία ο παθών διαθέτει τα προϊόντα του είναι ανελαστική, δεν μπορεί δηλαδή να μειωθεί παρά τις σημειούμενες ανατιμήσεις. Μόνο τότε η μετακύλιση της επιβάρυνσης επιβάλλεται πράγματι κατ' άρθρο 300 I AK ως μέσο περιορισμού της ζημίας.

Στο ίδιο πλαίσιο εντάσσεται και η μετακύλιση της επιβάρυνσης δυνάμει ρητού όρου στις συμβάσεις που ο ζημιωθείς αγοραστής συνάπτει με τους πελάτες του. Οι εν λόγω συμβάσεις, αναφερόμενες συχνά ως *cost-plus contracts*, εξαρτούν το τίμημα από το κόστος της μελλοντικής προμήθειας του αντικειμένου τους εκ μέρους του πωλητή, εξασφαλίζοντάς του ένα σταθερό περιθώριο κέρδους⁵¹. Αν ο ίδιος αγοράσει το προϊόν με υψηλότερο κόστος, μεταξύ άλλων επειδή λ.χ. μια παράνομη σύμπραξη επέβαλε ανατιμήσεις στη συγκεκριμένη αγορά, δικαιούται ως πωλητής αυτοδικαίως αντιστοίχως υψηλότερο τίμημα.

Στη θεωρία αμφισβητείται αν στις περιπτώσεις αυτές τις επιζήμιες συνέπειες της παράβασης του δικαίου ανταγωνισμού υφίσταται –και άρα δικαιούται αποζημίωση– ο αγοραστής-μεταπωλητής ή οι αντισυμβαλλόμενοί του⁵². Ανεξάρτητα από την εκδοχή που θα υιοθετηθεί, βέβαιο είναι ότι η συμβατική μετακύλιση της επιπλέον επιβάρυνσης, καθώς έχει συμφωνηθεί εκ των προτέρων, συνιστά προληπτικό μέτρο προς αποτροπή της πρόκλησης ζημίας. Εάν η συνομολόγηση όμοιων ρητών αποτελεί συνήθη πρακτική στον οικείο εμπορικό κλάδο, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι ο αγοραστής-μεταπωλητής οφείλει κατ' άρθρο 300 I AK να μεριμνήσει για την ένταξη αντίστοιχου όρου στις συμβάσεις που συνάπτει ως προμηθευτής.

3. Συμπέρασμα

Συνοψίζοντας, η διάταξη του άρθρου 300 I AK επιβάλλει στον αγοραστή το βάρος να μετακυλήσει στους πελάτες του την επιπλέον επιβάρυνση από

νται συναφώς βλ. ΕφΑθ 4253/2006 ΝοΒ 2007. 1567. ΕφΑθ 8760/2006 ΕλλΑδνη 2007. 881. Περάκη σε Απ Γεωργιάδη, ΣΕΑΚ άρθρο 300 αριθ. 14, 15.

47. Αιτιολογική σκέψη αριθ. 39 και άρθρο 2 αριθ. 20) της οδηγίας· βλ. ομοίως Bundesgerichtshof, 28.6.2011 – KZR 75/10 (απόφαση ORWI), JZ 2012.789, σκέψεις 56, 60.

48. *Sonnberger*, Die kartellrechtliche „passing-on defence“ als Zurechnungsfrage. Eine Differenzierung nach der wirtschaftlichen Vorhersehbarkeit? wbl 2015.129 επ., 133.

49. Πρόκειται για διάταξη αντιστοίχη εκείνης του άρθρου 300 I εδ. 2 AK.

50. Bundesgerichtshof, 28.6.2011 – KZR 75/10 (απόφαση ORWI), JZ 2012.789, σκέψη 65.

51. Βλ. σχετικά Supreme Court, *Hano Shoe Inc v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968) σ. 494. Supreme Court, *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977) σ. 736. Oberster Gerichtshof, 2.8.2012 – 4 Ob 46/12m (απόφαση Bankmatvertrag III), ecollex 2012.970, σκέψη 4.7.7.

52. Βλ. *Sonnberger*, wbl 2015.129 επ., 130 υποσ. 16 με περαιτέρω παραπομπές υπέρ της δεύτερης άποψης.

την παράβαση του δικαίου ανταγωνισμού σε δύο περιπτώσεις:

- Όταν στην αγορά στην οποία ο αγοραστής διαθέτει τα προϊόντα του η ζήτηση είναι ανελαστική και υπήρξε αύξηση τιμών· εδώ ο αγοραστής θα πρέπει να ορίσει υψηλότερες τιμές, ίσες με τη νέα αυξημένη αγοραία τιμή.

- Όταν στην αγορά στην οποία ο αγοραστής διαθέτει τα προϊόντα του είναι συνήθης η σύναψη συμβάσεων που εξαρτούν το τίμημα από το κόστος της μελλοντικής προμήθειας του προϊόντος (cost-plus contracts)· εδώ ο αγοραστής βαρύνεται να συνάψει τέτοιες συμβάσεις μετακυλώντας εκ των προτέρων την πιθανή επιπλέον επιβάρυνσή του.

Εφόσον στις περιπτώσεις αυτές ο αγοραστής ανατίμησε τα προϊόντα του και με τον τρόπο αυτό απέτρεψε ή περιόρισε τη θετική του ζημία, το έπραξε ανταποκρινόμενος στο επιβαλλόμενο από το άρθρο 300 Ι ΑΚ βάρος. Η πραγματοποιηθείσα αύξηση συνεπάγεται τον αποκλεισμό ή την αντίστοιχη μείωση της αποζημίωσής του.

V. Μετακύλιση της επιβάρυνσης και συνυπολογισμός ζημίας και κέρδους

1. Συνυπολογισμός ζημίας και κέρδους

Η υιοθέτηση της θεωρίας της διαφοράς⁵³ στο δικαίο της αποζημίωσης επιβάλλει να συνυπολογίζονται και να αφαιρούνται από την ζημία τυχόν κέρδη και οφέλη του παθόντος που οφείλονται στο ζημιόγONO γεγονός. Ειδάλλως, η καταβολή αποζημίωσης κινδυνεύει να οδηγήσει σε ανεπίτρεπτο πλουτισμό του ζημιωθέντος⁵⁴. Ο κανόνας αυτός, του «συνυπολογισμού ζημίας και κέρδους»⁵⁵, ισχύει πάντως υπό ορισμένες προϋποθέσεις.

53. Βλ. σχετικά *Σταθόπουλο*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο σ. 432 επ.· *Απ. Γεωργιάδη*, Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος σ. 142· *Kötz, Vertragsrecht*² (2012) σ. 436 επ.· *Oetker* σε *Münchener Kommentar zum BGB*⁶ (2012) § 249 αριθ. 16 επ., 228· *Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht* σ. 211 επ.

54. *Περάκη* σε *Απ. Γεωργιάδη*, ΣΕΑΚ άρθρο 298 αριθ. 14· *Απ. Γεωργιάδης*, Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος σ. 161· *Oetker* σε *Münchener Kommentar zum BGB* § 249 αριθ. 238· *Westermann/Bydlinski/Weber, BGB – Schuldrecht, Allgemeiner Teil* σ. 287· *Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht* σ. 214.

55. Συχνά γίνεται λόγος για συμψηφισμό ζημίας και κέρδους βλ. π.χ. ΑΠ 1819/2013, ΝΟΜΟΣ ΔΕΦΑΘ 527/2011 Διδικ 2012, 242· ΔΕΦΑΘ 94/2013 ΕΛΛΔνη 2013, 912. Ο συγκεκριμένος όρος προκαλεί εντούτοις σύγχυση με τον συμψηφισμό

Συγκεκριμένα, η νομολογία εξαρτά τον συνυπολογισμό από την ύπαρξη αιτιώδους συνδέσμου μεταξύ του ζημιόγΟνου γεγονότος και του κέρδους⁵⁶. Το ζημιόγΟνο γεγονός θα πρέπει να ήταν πρόσφορο, κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων, να παραγάγει την ωφέλεια, την οποία και όντως παράγαγε⁵⁷. Αν η ωφέλεια προέκυψε από διαφορετική αιτία, λ.χ. από την παρεμβολή έκτακτων περιστατικών⁵⁸, η προϋπόθεση του αιτιώδους συνδέσμου δεν συντρέχει και ο συνυπολογισμός αποκλείεται⁵⁹.

Στο πλαίσιο αυτό, τα δικαστήρια –συχνά με επίκληση και της γενικής ρήτηρας της καλής πίστης– αρνούνται τον συνυπολογισμό του κέρδους που απορρέει από «εξαιρετική και ελεύθερη δραστηριότητα» του ίδιου του ζημιωθέντος, κείμενη εκτός της συνήθους πορείας των πραγμάτων⁶⁰. Στις περιπτώσεις αυτές συγκαταλέγεται και η επίδειξη ιδιαίτερης ενεργητικότητας εκ μέρους του παθόντος, ο οποίος στην προσπάθειά του να αντιμετωπίσει τις συνέπειες της ζημίας υπερβαίνει το κατ' άρθρο 300 Ι ΑΚ βάρος⁶¹.

ως λόγο απόσβεσης των ενοχών (άρθρα 440 επ. ΑΚ) και θα πρέπει να αποφεύγεται· *Σταθόπουλος*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο σ. 545· *Περάκη* σε *Απ. Γεωργιάδη*, ΣΕΑΚ άρθρο 298 αριθ. 17.

56. ΑΠ 394/1997 ΕΛΛΔνη 1997, 1783· ΑΠ 1246/2003 ΧριΔ 2004, 127· ΑΠ 1411/2006 ΝοΒ 2007, 922· ΑΠ 1449/2007 ΤΝΠ-Νόμος ΑΠ 384/2013 Αρμ 2014, 460· ΑΠ 74/2014 ΕΠΟΔ 2014, 439· βλ. σχετικά και *Σταθόπουλο*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο σ. 548· *Απ. Γεωργιάδη*, Εγχειρίδιο Ειδικού Ενοχικού Δικαίου (2014) σ. 657· τον ίδιο, Ενοχικό Δίκαιο, Γενικό Μέρος σ. 162· *Παναγιωτόπουλο*, παρατηρήσεις στην ΑΠ 74/2014 ΕΠΟΔ 2014, 498 επ., 499.

57. ΑΠ 523/1995 ΕΕΝ 1996, 426· ΑΠ 537/2006 ΕΛΛΔνη 2008, 729· ΑΠ 762/2007 ΤΝΠ-Νόμος ΕφΠατρ 739/2006 ΑχΝομ 2007, 98· ΕφΠατρ 137/2007 ΑχΝομ 2008, 66· ΕφΑΘ 4841/2014 ΤΝΠ-Νόμος.

58. ΑΠ 523/1995 ΕΕΝ 1996, 426· ΑΠ 537/2006 ΕΛΛΔνη 2008, 729.

59. ΑΠ 394/1997 ΕΛΛΔνη 1997, 1783· ΑΠ 74/2014 ΕΠΟΔ 2014, 439· ΕφΠατρ 739/2006 ΑχΝομ 2007, 98· ΕφΠατρ 137/2007 ΑχΝομ 2008, 66· ΕφΠατρ 782/2009 ΑχΝομ 2010, 124.

60. ΑΠ 523/1995 ΕΕΝ 1996, 426· ΑΠ 394/1997 ΕΛΛΔνη 1997, 1783· ΕφΠατρ 739/2006 ΑχΝομ 2007, 98· ΕφΠατρ 137/2007 ΑχΝομ 2008, 66· ΕφΑΘ 4841/2014 ΤΝΠ-Νόμος βλ. και *Περάκη* σε *Απ. Γεωργιάδη*, ΣΕΑΚ άρθρο 298 αριθ. 15, 16.

61. ΑΠ 523/1995 ΕΕΝ 1996, 426· ΕφΠατρ 739/2006 ΑχΝομ 2007, 98· ΕφΠατρ 137/2007 ΑχΝομ 2008, 66· ΕφΑΘ 4841/2014 ΤΝΠ-Νόμος βλ. όμως και ΑΠ 1278/2005 ΤΝΠ-Νόμος, που έκρινε ότι η εργασία του ζημιωθέντος ως ατόμου με ειδικές ανάγκες κατά το ν. 1648/1986 συνιστούσε απλώς εκπλήρωση του βάρους περιορισμού της ζημίας.

Στη θεωρία η προϋπόθεση του αικώδους συνδέσμου αναγνωρίζεται ως αναγκαία, όχι όμως και ικανή συνθήκη για την κατάφαση του συνυπολογισμού ζημίας και κέρδους⁶². Εξετάζεται επιπλέον ο σκοπός που επιδιώκεται με τον προσπορισμό της ωφέλειας. Αν η διάταξη νόμου, η σύμβαση ή η υλική πράξη από την οποία πηγάζει η ωφέλεια υπηρετεί σκοπό άλλον από εκείνο της υποχρέωσης αποζημίωσης, ο συνυπολογισμός αποκλείεται⁶³. Όπου, λοιπόν, ο σκοπός της ωφέλειας βρίσκεται εκτός του δικαίου της αποζημίωσης, θεμελιώνεται αυτοτελής λόγος κτήσης και διατήρησής της⁶⁴.

Όσον αφορά ειδικότερα το κέρδος που ο ζημιωθείς αποκομίζει από αυτόνομες ενέργειες καθ' υπέρβαση του βάρους περιορισμού της ζημιάς, η θέση της επιστήμης δεν διαφέρει κατ' αποτέλεσμα από εκείνη της νομολογίας: Η εντατική προσπάθεια του ζημιωθέντος θεωρείται έκφραση της αυτονομίας της προσωπικότητάς του και αποτέλεσμα της ελεύθερης δράσης του. Τα οφέλη της δεν συνδέονται τελλογικά με την αποκαταστατική λειτουργία της αποζημίωσης. Κατά συνέπεια, δεν μπορούν να

συνυπολογισθούν με τη ζημία και να αποβούν υπέρ του ζημιώσαντος⁶⁵.

2. Εφαρμογή στην περίπτωση της μετακύλισης της επιβάρυνσης

Όπως προκύπτει από τα ανωτέρω, το δίκαιο της αποζημίωσης δεν αποκλείει τον συνυπολογισμό του κέρδους που αποκομίζει ο αγοραστής από τη αύξηση των τιμών του με τη ζημία που ο ίδιος έχει υποστεί εξαιτίας της παράβασης του δικαίου ανταγωνισμού⁶⁶. Σύμφωνα όμως με τη νομολογία, το επίμαχο κέρδος θα πρέπει να συνιστά μια προβλέψιμη, συνήθη εξέλιξη της δράσης των παραβατών, π.χ. της λειτουργίας του καρτέλ, και όχι το αποτέλεσμα μιας εξαιρετικής, ανεξάρτητης προσπάθειας του αγοραστή, ο οποίος π.χ. αναπτύσσει και βελτιώνει το προϊόν του, ώστε εύλογα το διαθέτει ακολούθως σε μεγαλύτερη τιμή⁶⁷.

62. Βλ. Παναγιωτόπουλο, ΕΠολΔ 2014, 498 επ., 501. *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht. Allgemeiner Teil α. 165, 168. *Oetker* σε *Münchener Kommentar zum BGB* § 249 αριθ. 233, 235. *Looschelders*, Schuldrecht. Allgemeiner Teil α. 335. *Westermann/Bydlinski/Weber*, BGB – Schuldrecht. Allgemeiner Teil α. 287.

63. *Σταθόπουλος*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο σ. 549. *Περάκη* σε Απ. Γεωργιάδη, ΣΕΑΚ άρθρο 298 αριθ. 15. *Απ. Γεωργιάδης*, Εγχειρίδιο Ειδικού Ενοχικού Δικαίου (2014) σ. 657. ο ίδιος, Ενοχικό Δίκαιο. Γενικό Μέρος σ. 162 επ. *Παναγιωτόπουλος*, ΕΠολΔ 2014, 498 επ., 501 επ. *K. Schmidt*, Wirtschaftsrecht: Nagelprobe des Zivilrechts. Das Kartellrecht als Beispiel, AcP 206 (2006), 169 επ., 200. *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht. Allgemeiner Teil α. 165. *Oetker* σε *Münchener Kommentar zum BGB* § 249 αριθ. 228, 234 (πρβλ. αριθ. 236: σκοπός της παραβίασθεις διάταξης). *Looschelders*, Schuldrecht. Allgemeiner Teil α. 335. *Westermann/Bydlinski/Weber*, BGB – Schuldrecht. Allgemeiner Teil α. 287 επ. *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht α. 214.

64. *Σταθόπουλος*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο σ. 549 επ., 564 επ. *Περάκη* σε Απ. Γεωργιάδη, ΣΕΑΚ άρθρο 298 αριθ. 15. *Απ. Γεωργιάδης*, Εγχειρίδιο Ειδικού Ενοχικού Δικαίου (2014) σ. 657. Προς αυτή την κατεύθυνση κινήθηκε και η ΑΠ 74/2014 ΕΠολΔ 2014, 439 με παρατηρήσεις *Παναγιωτόπουλου*, η οποία αρνήθηκε τον συνυπολογισμό της ωφέλειας που «στηρίζεται σε αυτοτελή από τον νόμο παροχή, η οποία αποβλέπει στην ενίσχυση του ζημιωθέντος», όπως είναι η επιδότηση σεισμοπληκτικών στο πλαίσιο της κοινωνικής πολιτικής του κράτους,

65. *Σταθόπουλος*, Γενικό Ενοχικό Δίκαιο σ. 554 επ. *Περάκη* σε Απ. Γεωργιάδη, ΣΕΑΚ άρθρο 298 αριθ. 15. *Απ. Γεωργιάδης*, Ενοχικό Δίκαιο. Γενικό Μέρος σ. 163. *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht. Allgemeiner Teil α. 165 επ. *Oetker* σε *Münchener Kommentar zum BGB* § 249 αριθ. 273, 274, § 254 αριθ. 76. *Looschelders*, Schuldrecht. Allgemeiner Teil α. 335 επ. *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht α. 214. Την άποψη της θεωρίας υιοθετεί μερίδα της νομολογίας των διοικητικών δικαστηρίων, ιδίως επί αγωγών αποζημίωσης λόγω παράνομης άρνησης διορισμού δημοσίου υπαλλήλου ή παράνομης λύσης της υπαλληλικής σχέσης: βλ. ΣτΕ 3606/2012 ΤΝΠ-Νόμος ΣτΕ 1287/2013 Αρμ 2014, 294. ΔΕΦΑΘ 1019/2013 ΤΝΠ-Νόμος ΔΕΦΑΘ 3107/2013 ΤΝΠ-Νόμος ΔΕΦΑΘ 3666/2013 ΤΝΠ-Νόμος. Στις ανωτέρω υποθέσεις το εναγόμενο Δημόσιο προέβαλε ένσταση συνυπολογισμού των εισοδημάτων που οι ενάγοντες είχαν αποκομίσει από την παροχή εξαρτημένης εργασίας ή την άσκηση ελευθέρου επαγγέλματος καθ' όσο χρόνο βρίσκονταν εκτός υπηρεσίας λόγω της παρανομίας της Διοίκησης. Τα δικαστήρια απέρριψαν την ένσταση συνυπολογισμού κρίνοντας ότι τα οφέλη των εναγόντων προέρχονταν από την ελευθερία δράσης τους, η οποία «συνιστά αυτοτελή λόγο κτήσεως και διατηρήσεως του κέρδους, εκτός του δικαίου της αποζημιώσεως». βλ. όμως πλειοψηφία 296/2015 ΕΛΛΔνη 2015, 1165 με παρατηρήσεις *Κρητικού*. ΔΕΦΑΘ 527/2011 Διδικ 2012, 242, που τάσσονται υπέρ του συνυπολογισμού ζημίας και κέρδους σε παρόμοιες περιπτώσεις.

66. Βλ. *Bundesgerichtshof*, 28.6.2011 – KZR 75/10 (απόφαση ORWI), JZ 2012, 789, σκέψη 57. *Emmerich* σε *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht⁵ (2014) § 33 GWB αριθ. 64. *Schröter/van der Hof* σε *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht⁷ (2015) Art. 101 αριθ. 247.

67. Βλ. *Bundesgerichtshof*, 28.6.2011 – KZR 75/10 (απόφαση ORWI), JZ 2012, 789, σκέψεις 58-60. *Ackermann/Franck*, Anmer-

Το ενδεχόμενο συνυπολογισμού εξασθενεί, αν υποθετηθεί η κρατούσα στη θεωρία άποψη, που ερευνά περαιτέρω τον σκοπό των ανατιμήσεων. Η απόφαση του αγοραστή να αυξήσει τις τιμές των προϊόντων του αποσκοπεί πρωτίστως στην ενίσχυση της κερδοφορίας της επιχείρησής του. Δεν συνδέεται, επομένως, τελολογικά με την αποκαταστατική λειτουργία της αποζημίωσης. Υπ' αυτές τις συνθήκες ο συνυπολογισμός ζημίας και κέδρους κατ' ουσίαν αποκλείεται.

3. Συμπέρασμα

Σε περίπτωση που ο αγοραστής προέβη σε ανατιμήσεις χωρίς να βαρύνεται προς τούτο κατ' άρθρο 300 I AK, η αποζημίωση αποκλείεται ή μειώνεται αν συντρέχουν σωρευτικά οι εξής προϋποθέσεις:

- Οι ανατιμήσεις αντιστοιχούν στη συνήθη πορεία των πραγμάτων και
- δεν οφείλονται σε εξαιρετική και αυτόνομη δραστηριότητα του ίδιου του αγοραστή.

VI. Ενδιάμεσο συμπέρασμα

Συμπερασματικά, σύμφωνα με τους γενικούς κανόνες του αστικού δικαίου, αν ο θιγόμενος από την παράβαση αγοραστής ανατίμησε τα προϊόντα του χωρίς ο ίδιος να εκτίθεται σε κίνδυνο οικονομικών απωλειών, ο επιτευχθείς περιορισμός της ζημίας του οδηγεί σε αντίστοιχη μείωση της αποζημίωσης. Στις περιπτώσεις αυτές η αύξηση των τιμών συνδέεται τόσο στενά με την τελεσθείσα παράβαση, ώστε το όφελος των ανατιμήσεων «καταλογίζεται» στον παραβάτη. Αν αντίθετα ο αγοραστής, προκειμένου να περιορίσει τη ζημία του, προέβη σε ανατιμήσεις διακινδυνεύοντας απώλειες κερδών, το κέρδος που αποκόμισε «καταλογίζεται» κατ' αρχήν στον ίδιο. Μείωση της οφειλόμενης αποζημίωσης είναι δυνατή μόνο κατ' εξαίρεση, αν οι ανατιμήσεις αντιστοιχούν στη συνήθη πορεία των πραγμάτων και επιπλέον δεν απαιτήσαν εξαιρετική και αυτόνομη προσπάθεια εκ μέρους του παθόντος αγοραστή.

VII. Η αντιμετώπιση του ζητήματος της μετακύλισης της ζημίας σύμφωνα με την οδηγία 2014/104

Το άρθρο 13 εδ. 1 της οδηγίας προβλέπει πλέον ότι «ο εναγόμενος στο πλαίσιο αγωγής αποζημίωσης

δύνатаι να επικαλεσθεί ως ένσταση για να αντικρούσει την αξίωση αποζημίωσης το γεγονός ότι ο ενάγων μετακύλισε εξ ολοκλήρου ή εν μέρει την επιπλέον επιβάρυνση που του επιβλήθηκε από την παράβαση». Σύμφωνα με το άρθρο 12 II της οδηγίας, «η αποζημίωση για θετική ζημία σε οιοδήποτε επίπεδο της αλυσίδας εφοδιασμού δεν υπερβαίνει τη ζημία λόγω επιπλέον επιβάρυνσης που προκλήθηκε σε αυτό το επίπεδο»⁶⁸. Τέλος, παρέχεται αξίωση αποζημίωσης «για διαφυγόν κέρδος λόγω ολικής ή μερικής μετακύλισης της επιπλέον επιβάρυνσης» (άρθρο 12 III της οδηγίας).

Με τις ανωτέρω διατάξεις η οδηγία αναγνωρίζει ρητά την ένσταση μετακύλισης της ζημίας⁶⁹. Η επιτυχής προβολή της συνεπάγεται την άρση της ευθύνης του υπαιτίου προς αποκατάσταση της θετικής ζημίας του συγκεκριμένου παθόντος⁷⁰, στο βαθμό που εκείνος μετέφερε τις οικονομικές του απώλειες στους δικούς του πελάτες. Αν πάντως οι ανατιμήσεις στις οποίες προέβη ο παθών επέφεραν παράλληλα μείωση των πωλήσεών του, του παρέχεται αξίωση αποζημίωσης λόγω διαφυγόντων κερδών⁷¹.

Καθώς η οδηγία παρέχει δικαίωμα αποζημίωσης και στους έμμεσους αγοραστές (άρθρο 12 I της οδηγίας), η ένσταση μπορεί να προβληθεί και κατ' αυτών. Επομένως, η διάταξη του άρθρου 13 εδ. 1 βρίσκει εφαρμογή και όταν ο έμμεσος αγοραστής επιβαρύνεται αρχικά από τον προμηθευτή του με το επιπλέον κόστος, στη συνέχεια όμως το μετακυλίζει στους δικούς του πελάτες, είτε πρόκειται για επιχειρήσεις είτε για τους τελικούς καταναλωτές.

Με την επίκληση και απόδειξη των πραγματικών περιστατικών που στοιχειοθετούν τη μετακύλιση και θεμελιώνουν την ένσταση μετακύλισης βαρύνεται ο εναγόμενος ζημιώσας⁷². Προκειμένου να ανταποκριθεί ευχερέστερα στο βάρος απόδειξης,

68. Η πλαγιογράμμιση προστίθεται εδῶ.

69. Βλ. και απολογική σκέψη αριθ. 39 εδ. 1 έως 3 της οδηγίας

70. Πρβλ. άρθρου 12 II της οδηγίας.

71. Η πρακτική αξία του άρθρου 12 III της οδηγίας μένει να φανεί κατά την εφαρμογή του. Το αν και σε ποιο βαθμό η μείωση των πωλήσεων μιας επιχείρησης ανάγεται στην αύξηση των τιμών της είναι στην πράξη συχνά δύσασπόμετο. βλ. *Stauber/Schaper*, NZKart 2014.346 επ., 351.

72. Βλ. άρθρο 13 εδ. 1 και 2 της οδηγίας για το βάρος επίκλησης και το βάρος απόδειξης αντιστοίχως. Αντίθετα, όταν την αγωγή αποζημίωσης ασκεί ο έμμεσος αγοραστής, το

kung zu BGH, Urt. v. 28.06.2011 – KZR 75/10, GRUR 2012 298 εν., 299. *Polster/Steiner*, Zur Passing-on defence im österreichischen Kartellschadenersatzrecht, ÖZR 2014.43 επ., 47.

ο ζημιώσας δικαιούται να ζητήσει από το δικαστήριο να διατάξει την αποστολή στοιχείων του φακέλου της εθνικής αρχής ανταγωνισμού καθώς και την προσκόμιση αποδεικτικών μέσων που βρίσκονται στη κατοχή του ενάγοντος ή τρίτων (άρθρο 13 εδ. 2 της οδηγίας). Κατά τα λοιπά, οι όροι και η διαδικασία πρόσβασης του εναγομένου στο αποδεικτικό υλικό δεν διευκρινίζονται στην οδηγία. Θα μπορούσαν να εφαρμοσθούν εδώ αναλογικά οι ρυθμίσεις των άρθρων 5 επ. σχετικά με το δικαίωμα πρόσβασης του ενάγοντος.⁷³

Αρκεί, όμως, για την στοιχειοθέτηση της μετακύλισης και την ενεργοποίηση της διάταξης του άρθρου 13 εδ. 1 της οδηγίας το γεγονός ότι η παράβαση του δικαίου ανταγωνισμού και οι ανατιμήσεις των προϊόντων του θιγόμενου αγοραστή συνδέονται απλώς χρονικά; Ή μήπως απαιτείται μια μορφή *σιπιδούς συνάφειας* μεταξύ των ανατιμήσεων και της παράβασης; Σε μια τέτοια περίπτωση ορισμένες από τις ανατιμήσεις δεν θα συνιστούν βεβαίως μετακύλιση κατά την έννοια του άρθρου 13 εδ. 1 της οδηγίας και δεν θα επιφέρουν τη μείωση της επιδικαστέας αποζημίωσης.

Όσο ακόμη η οδηγία δεν έχει εφαρμοσθεί, ασφαλέστερος οδηγός για την ερμηνεία των διατάξεων της είναι οι αρχές που διαμόρφωσε η νομολογία του ΔΕΕ ως προς την αστική ευθύνη επί παραβάσεων του δικαίου ανταγωνισμού. Άλλωστε, τουλάχιστον όσον αφορά τη ρύθμιση του άρθρου 13 εδ. 1, ο νομοθέτης της Ένωσης δεν φαίνεται να θέλησε να διαφοροποιηθεί από την έως τώρα νομολογία.

Από την απόφαση του ΔΕΕ στην υπόθεση *Kone AG κ.λπ.* μπορεί να συναχθεί η εξής κατευθυντήρια ερμηνευτική αρχή του δικαίου της Ένωσης: Οι οικονομικές συνέπειες της παράνομης σύμπραξης, θετικές ή αρνητικές, οι οποίες υπό τις συγκεκριμένες συνθήκες της αγοράς μπορούσαν να προβλεφθούν ενεργούν υπέρ και κατά του παραβάτη, περιορίζοντας ή διευρύνοντας αντίστοιχα την ευθύνη του⁷⁴. Όπως επιρρίπτεται στον παραβάτη το κόστος από τις αυτόνομες ενέργειες τρίτων οι οποίες «υπό τις συγκεκριμένες περιστάσεις και, κυρίως,

λόγω των ιδιαιτεροτήτων της σχετικής αγοράς»⁷⁵ αποτελούν προβλέψιμη συνέπεια της παράβασης, ομοίως θα πρέπει να του αποδίδεται το όφελος που πηγάζει από τις αυτόνομες ενέργειες τρίτων, αρκεί να συνιστούν κι αυτές προβλέψιμη συνέπεια της παράβασης.⁷⁶

Σ' αυτές τις προβλέψιμες οικονομικές συνέπειες μπορεί να συγκαταλεχθεί η αύξηση των τιμών εκ μέρους του άμεσου ή έμμεσου αγοραστή που πλήττεται οικονομικά από την παράβαση του δικαίου ανταγωνισμού. Όπως, άλλωστε, σημειώνεται στο προοίμιο της οδηγίας, «αναλόγως με τους όρους λειτουργίας των επιχειρήσεων, η μετακύλιση αυξήσεων του τιμήματος στην αλυσίδα εφοδιασμού ενδέχεται να αποτελεί εμπορική πρακτική»⁷⁷. Σε όσες, λοιπόν, περιπτώσεις η αύξηση των τιμών συνιστά μια αναμενόμενη αντίδραση εκ μέρους του μέσου θιγόμενου αγοραστή, ανταποκρίνεται, με άλλα λόγια, σε έναν «οικονομικό αυτοματισμό» της οικείας αγοράς, η αποζημίωση θα πρέπει να τύχει ισόποσης μείωσης⁷⁸.

Το γεγονός ότι ο αγοραστής αποφάσισε και υλοποίησε τις ανατιμήσεις κατά τρόπο ανεξάρτητο, στο πλαίσιο της ελεύθερης επιχειρηματικής του δράσης, δεν μπορεί να αποκλείσει «κατηγορηματικά» τον περιορισμό της ζημίας⁷⁹. Απεναντίας, ζητούμενο είναι οι επίμαχες ανατιμήσεις να συνιστούν «μια εκ των πιθανών συνεπειών» της παράβασης την οποία ένας λογικός επιχειρηματίας «δεν ήταν δυνατό να αγνοεί» ενόψει των περιστάσεων και των ιδιαιτεροτήτων που χαρακτηρίζουν την αγορά στην οποία προσφέρει τα προϊόντα του⁸⁰. Στην πλειοψηφία τους οι αυξήσεις των τιμών εκ μέρους του παθόντος

75. Διατύπωση του ΔΕΕ, 5.6.2014, C-557/12, *Kone AG κ.λπ.*, σκέψη 34.

76. Πρβλ. Bundesgerichtshof, 28.6.2011 – KZR 75/10 (απόφαση ORWI), JZ 2012.789, σκέψη 58.

77. Απολογική σκέψη αριθ. 41 εδ. 1 της οδηγίας.

78. *Sonnberger*, wbl 2015.129 επ., 134 επ.

79. Πρβλ. ΔΕΕ, 5.6.2014, C-557/12, *Kone AG κ.λπ.*, σκέψεις 33, 37.

80. *Sonnberger*, wbl 2015.129 επ., 134 επ., 136, 137. πρβλ. ΔΕΕ, 5.6.2014, C-557/12, *Kone AG κ.λπ.*, σκέψεις 30, 34. Π.χ. όσο πιο περιορισμένη είναι η ελαστικότητα της ζήτησης στην αγορά στην οποία ο θιγόμενος αγοραστής διαθέτει τα προϊόντα του ή όσο μεγαλύτερο είναι το μερίδιό του σ' αυτήν, τόσο ευχερέστερες και, συνεπώς, πιο αναμενόμενες θα είναι και οι ανατιμήσεις των προϊόντων του.

πραγματικό γεγονός της μετακύλισης τεκμαίρεται υπέρ του υπό τους όρους του άρθρου 14 II της οδηγίας.

73. *Staubert/Schaper*, NZKart 2014.346 επ., 352.

74. Βλ. ΔΕΕ, 5.6.2014, C-557/12, *Kone AG κ.λπ.*, σκέψεις 29 επ., ιδίως 30 και 34. *Sonnberger*, wbl 2015. 129 επ., 134.

αγοραστή θα μπορούν εν τέλει να θεωρηθούν ως μετακύλιση της επιβάρυνσης και να θεμελιώσουν την ένσταση από το άρθρο 13 εδ. 1 της οδηγίας⁸¹.

Συμπερασματικά, υπό την ισχύ του άρθρου 13 εδ. 1 της οδηγίας το όφελος του αγοραστή από τις ανατιμήσεις στις οποίες εκείνος προβαίνει συνυπολογίζεται με τη ζημία του με μία μόνο προϋπόθεση, την προβλεψιμότητα των εν λόγω ανατιμήσεων. Η επίδικση μειωμένης αποζημίωσης καθίσταται στο εξής ευχερέστερη και στην πράξη θα αποτελεί τον κανόνα. Τα κέρδη του ζημιωθέντος από τις ανατιμήσεις απολαμβάνουν «ασυλία» μόνο αν οι παραβάτιδες επιχειρήσεις δεν ήταν σε θέση να τα προβλέψουν, αν π.χ. αυτά οφείλονται αποκλειστικά στην ποιοτική υπεροχή των προϊόντων του ζημιωθέντος.

VIII. Αποκλίσεις της οδηγίας από το γενικό αστικό δίκαιο και δικαιολόγησή τους

Η ερμηνεία του άρθρου 13 εδ. 1 της οδηγίας που προτείνεται ανωτέρω συμβαδίζει μόνο εν μέρει με τις λύσεις του ισχύοντος αστικού δικαίου. Η νομική μεταχείριση των ανατιμήσεων που καλύπτονται έως σήμερα από τη διάταξη του άρθρου 300 I AK και το βάρος περιορισμού της ζημίας⁸² δεν διαφοροποιείται. Στις περιπτώσεις, όμως, στις οποίες εφαρμόζεται σήμερα ο κανόνας του συνυπολογισμού ζημίας και κέρδους⁸³ η ρύθμιση της νέας οδηγίας εισάγει αποκλίσεις. Και για την εφαρμογή του άρθρου 13 εδ. 1 της οδηγίας κρίσιμη παραμένει η αιτιώδης συνάφεια μεταξύ του νόμιμου λόγου ευθύνης και της ωφέλειας. Ωστόσο, το κριτήριο για την εξειδίκευση της αιτιώδους συνάφειας είναι πλέον η αντικειμενική δυνατότητα πρόβλεψης της ανατίμησης και της συνακόλουθης ωφέλειας κατόπιν της ζημιολογίας συμπεριφοράς⁸⁴. Ο αυτόνομος χαρακτήρας και η ένταση της δραστηριότητας του ζημιωθέντος δεν ασκούν επιρροή. Αδιάφορη είναι επίσης η τελεολογική σύνδεση της ωφέλειας με την αποκαταστατική λειτουργία της αποζημίωσης.

Στο σημείο αυτό γεννάται το ερώτημα αν η ανωτέρω απόκλιση από τις επιλογές του γενικού αστικού δικαίου μπορεί να δικαιολογηθεί ή συνιστά δογματική παραφωνία.

Η απάντηση εντοπίζεται αρχικά στις διατάξεις των άρθρων 3 I και 12 I της οδηγίας, που παρέχουν αξίωση αποζημίωσης σε «οιουσδήποτε υπέστησαν ζημία, ανεξαρτήτως από το αν είναι άμεσοι ή έμμεσοι αγοραστές»⁸⁵. Δικαιούχοι αποζημίωσης είναι, επομένως, και οι αντισυμβαλλόμενοι του αγοραστή στους οποίους ο τελευταίος μετακύλησε εν όλω ή εν μέρει την επιβάρυνση από την παράβαση του δικαίου ανταγωνισμού. Η ευδοκίμηση της ένστασης μετακύλισης κατ' άρθρο 13 εδ. 1 συνεπάγεται τη μη καταβολή ή την καταβολή μειωμένης αποζημίωσης στον συγκεκριμένο αγοραστή. Δεν ισοδυναμεί, ωστόσο, με αποκλεισμό ή περιορισμό της αστικής ευθύνης του ενιστάμενου παραβάτη. Ο τελευταίος εξακολουθεί να υποχρεούται σε πλήρη αποκατάσταση της θετικής ζημίας την οποία η παράνομη συμπεριφορά του προκάλεσε στην αγορά συλλήβδην⁸⁶.

Συνεπώς, σε αντίθεση με ό,τι συμβαίνει στις περισσότερες περιπτώσεις αστικής ευθύνης, επί παραβάσεων του δικαίου ανταγωνισμού ο συνυπολογισμός ζημίας και κέρδους δεν καθίστα ευμενέστερη τη νομική θέση του ζημιωσαντος. Απλώς μεταθέτει την αξίωση αποζημίωσης σε άλλο δικαιούχο. Ενόψει της περιορισμένης αυτής δραστηριότητας του συνυπολογισμού, το γεγονός ότι η ρύθμιση του άρθρου 13 I της οδηγίας τον καθιστά ευχερέστερο δεν μπορεί να θεωρηθεί ως υπέρμετρη διαφοροποίηση από τους γενικούς κανόνες του αστικού δικαίου.

Εξάλλου, διευκολύνοντας τον συνυπολογισμό ζημίας και κέρδους του παθόντος η ανωτέρω διάταξη προωθεί έναν από τους κύριους σκοπούς της οδηγίας, την ευχερέστερη και πληρέστερη αποκατάσταση της ζημίας που προκαλείται από παραβάσεις του δικαίου ανταγωνισμού⁸⁷.

Πράγματι, οι έμμεσοι αγοραστές βρίσκονται κατά κανόνα σε καταλληλότερη θέση απ' ό,τι οι άμεσοι για να στραφούν κατά των υπαίτιων της παράβασης και να αξιώσουν αποζημίωση. Οι άμεσοι αγοραστές δεν συνδέονται απλώς συμβατικά με τους παράβατες. Συνήθως βρίσκονται σε μακροχρόνια

85. Έτσι το άρθρο 12 I της οδηγίας.

86. Ενδέχεται η μετακύλιση να συνεπάγεται επίσης αποθετική ζημία ορισμένων αγοραστών, διευρύνοντας την αστική ευθύνη του παραβάτη του δικαίου ανταγωνισμού (βλ. άρθρο 12 III της οδηγίας). Το συγκεκριμένο ζήτημα δεν ενδιαφέρει στο πλαίσιο της παρούσας ανάλυσης.

87. Βλ. ανωτέρω κείμενο πριν τον εκθέτη 12.

81. Βλ. *Αθανασίου* σε Τζουγανάτο, *Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού* σ. 1337.

82. Βλ. ανωτέρω IV.3.

83. Βλ. ανωτέρω V.3.

84. Πρβλ. *Sonnberger*, wbl 2015,129 επ., 135.

συναλλακτική σχέση και συνεργασία μαζί τους, ενίοτε και σε σχέση οικονομικής εξάρτησης. Οι παράγοντες αυτοί λειτουργούν ανασταλτικά, καθώς αποτρέπουν εν τοις πράγμασι τους άμεσους αγοραστές από τη διεκδίκηση αποζημίωσης. Αντίθετα οι έμμεσοι αγοραστές είναι ως επί το πλείστον απαλλαγμένοι από τους ανωτέρω πραγματικούς περιορισμούς και, επομένως, πιο πρόθυμοι να ασκήσουν τις αποζημιωτικές τους αξιώσεις, εν ανάγκη και δια της δικαστικής οδού⁸⁸. Στην επιτυχή επιδίωξη αποζημίωσης θα βοηθούνται, άλλωστε, στο εξής από το τεκμήριο μετακύλισης της ζημίας που εισάγει η διάταξη του άρθρου 14 II της οδηγίας⁸⁹.

Από άποψη νομοθετικής πολιτικής είναι, επομένως, σκόπιμο φορείς της αξίωσης αποζημίωσης να είναι κατά το δυνατόν έμμεσοι και όχι άμεσοι αγοραστές του ζημιώσαντος. Προς την κατεύθυνση αυτή συμβάλλει η διάταξη του άρθρου 13 I της

οδηγίας θέτοντας λιγότερο αυστηρές προϋποθέσεις για τον συνυπολογισμό ζημίας και κέρδους (και) του άμεσου αγοραστή.

ΙΧ. Συμπεράσματα

Το ισχύον αστικό δίκαιο προβλέπει τον αποκλεισμό ή τη μείωση της αποζημίωσης του αγοραστή που ανατίμησε τα προϊόντα του και μετακύλησε στις επόμενες βαθμίδες της αγοράς τη ζημία από την παράβαση του δικαίου ελεύθερου ανταγωνισμού. Η πραγματοποιηθείσα ανατίμηση θα πρέπει, ωστόσο, είτε α) να μην συνεπάγεται κίνδυνο απώλειας κερδών για τον αγοραστή είτε β) να ανταποκρίνεται στη συνήθη πορεία των πραγμάτων και να μην προϋποθέτει εξαιρετική και αυτόνομη προσπάθεια του αγοραστή. Η διάταξη του άρθρου 13 I της οδηγίας 2014/104 αναγνωρίζει και ρυθμίζει ρητά την ένσταση μετακύλισης εξαρτώντας τον αποκλεισμό ή τη μείωση της αποζημίωσης από μία σαφώς ηπιότερη προϋπόθεση: Η ανατίμηση θα πρέπει υπό τις συγκεκριμένες περιστάσεις να συνιστά προβλέψιμη συνέπεια της παράβασης, την οποία ένας λογικός επιχειρηματίας δεν είναι δυνατό να αγνοεί.

Η ανωτέρω διαφοροποίηση –που επιβάλλει τη θέσπιση ειδικής διάταξης για τη μεταφορά του άρθρου 13 I της οδηγίας στο ελληνικό δίκαιο– κρίνεται σε μεγάλο βαθμό δικαιολογημένη. Αφενός η ευδοκίμηση της ένστασης μετακύλισης έχει σχετική μόνο αξία, καθώς δεν αίρει την ευθύνη του παραβάτη, αλλά μεταβάλλει απλώς τον δικαιούχο της αποζημίωσης. Αφετέρου η ρύθμιση της οδηγίας έχει ως συνέπεια δικαιούχοι αποζημίωσης να καθίστανται ευχερώς έμμεσοι αγοραστές, δηλαδή πρόσωπα τα οποία κατά κανόνα βρίσκονται σε καταλληλότερη θέση να στραφούν κατά των παραβατών διεκδικώντας αποζημίωση. Υπηρετείται έτσι αποτελεσματικότερα ο σκοπός της πλήρους αποκατάστασης των ζημιών από τις παραβάσεις του δικαίου ελεύθερου ανταγωνισμού.

88. Δεν παραβλέπεται ότι όσο αυξάνεται η απόσταση μεταξύ παραβάτη και έμμεσου αγοραστή στην αλυσίδα των πωλήσεων, τόσο αυξάνεται και η διασπορά της επιπλέον επιβάρυνσης και, συνεπώς, τόσο μειώνεται η ατομική ζημία κάθε έμμεσου αγοραστή. Από ένα σημείο και έπειτα ακόμη και οι έμμεσοι αγοραστές δεν έχουν ισχυρά κίνητρα για να αξιώσουν αποζημίωση. Η διαπίστωση αυτή ισχύει στο μέγιστο βαθμό όσον αφορά τους καταναλωτές. Συνεπώς, το επίχειρμα που διατυπώνεται στο κείμενο ισχύει κυρίως για τους έμμεσους αγοραστές που βρίσκονται στις πρώτες βαθμίδες της αγοράς μετά τους αντισυμβαλλομένους του παραβάτη.

89. Το τεκμήριο του άρθρου 14 II της οδηγίας αποκτά ακόμη μεγαλύτερη αξία, αν συνδυασθεί με τις διατάξεις του άρθρου 9 I, που προβλέπει τη δεσμευτική ισχύ των αποφάσεων των εθνικών αρχών ανταγωνισμού, και του άρθρου 17 II, που προβλέπει τεκμήριο πρόκλησης ζημίας από παράνομες συμπεράξεις. Οι διατάξεις των άρθρων 9 I και 17 II διευκολύνουν σημαντικά τη θεμελίωση των δύο πρώτων από τις τρεις προϋποθέσεις που συγκροτούν τη βάση του τεκμηρίου του άρθρου 14 II. βλ. αναλυτικά *Staubert/Schaper*, NZKart 2014, 346 επ., 351. *Lettl*, WRP 2015, 537 επ., 543.