



A.B. (m)

Αριθμός 892/2016

ΤΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΗΣ ΕΠΙΚΡΑΤΕΙΑΣ
ΤΜΗΜΑ Β΄

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του στις 27 Μαρτίου 2013 με την εξής σύνθεση: Ν. Μαρκουλάκης, Σύμβουλος της Επικρατείας, Προεδρεύων, σε αναπλήρωση του Προέδρου του Τμήματος, της αναπληρώτριας Προέδρου και του αρχαιότερου του Συμβούλου, που είχαν κώλυμα, Ι. Γράβαρης, Β. Καλαντζή, Σύμβουλοι, Ι. Σύμπλης, Μ.-Α. Τσακάλη, Πάρεδροι. Γραμματέας η Κ. Κεχρολόγου.

Για να δικάσει την από 25 Ιουνίου 2009 αίτηση:

της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία "ΜΟΧΛΟΣ Α.Ε.", που εδρεύει στον Άλιμο Αττικής (οδός Σολωμού αρ. 20, Άνω Καλαμάκι), η οποία παρέστη με το δικηγόρο Γεώργιο Δαούτη (Α.Μ. 1764), που τον διόρισε με ειδικό πληρεξούσιο,

κατά της Επιτροπής Ανταγωνισμού, που εδρεύει στην Αθήνα (Κότσικα 1Α και Πατησίων), η οποία παρέστη με τη δικηγόρο Μαρίνα Σταυροπούλου (Α.Μ. 17832), που τη διόρισε με ειδικό πληρεξούσιο.

Με την αίτηση αυτή η αναιρεσείουσα εταιρεία επιδιώκει να αναιρεθεί η υπ' αριθμ. 135/2009 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών.

Οι πληρεξούσιοι των διαδίκων δήλωσαν, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 21 του Κανονισμού Λειτουργίας του Δικαστηρίου, ότι δεν θα αγορεύσουν.

Η εκδίκαση άρχισε με την ανάγνωση της εκθέσεως του εισηγητή, Παρέδρου Ι. Σύμπλη.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση το δικαστήριο συνήλθε σε διάσκεψη

./.

σε αίθουσα του δικαστηρίου κ α ι

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφθηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης αιτήσεως έχει κατατεθεί το κατά νόμον παράβολο (1080783-784, 2382611-614/2009 ειδικά γραμμάτια παραβόλου).

2. Επειδή, με την κρινόμενη αίτηση ζητείται παραδεκτώς η αναίρεση της 135/2009 αποφάσεως του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, με την οποία, κατά μερική αποδοχή προσφυγής της αναιρεσείουσας εταιρείας, είχε μεταρρυθμισθεί η 366/V/2007 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΕΠΑΝΤ) και είχαν περιορισθεί τα πρόστιμα που είχαν επιβληθεί με την απόφαση αυτή στην αναιρεσείουσα εταιρεία στο ποσό των 44.347 ευρώ, έναντι συνολικού ποσού 58.694,04 ευρώ, που είχε επιβληθεί με την ένδικη απόφαση της ΕΠΑΝΤ.

3. Επειδή, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 4 του ν. 703/1977 (Α'278), η συγκέντρωση επιχειρήσεων δεν συνιστά καθ' εαυτήν απαγορευμένη σύμπραξη, ούτε καταχρηστική πρακτική. Υπόκειται όμως σε προληπτικό έλεγχο της ΕΠΑΝΤ, κατά τα ειδικότερον οριζόμενα στα άρθρα 4 έως 4στ του αυτού νόμου, όταν, εν όψει των μεριδίων αγοράς ή του κύκλου εργασιών των συμμετεχουσών επιχειρήσεων, απαιτείται διερεύνηση, αν η συγκέντρωση θα μπορούσε να οδηγήσει σε σημαντικό περιορισμό του ανταγωνισμού στην οικεία αγορά.

4. Επειδή, εν προκειμένω, κατά τα εκτιθέμενα στην προσβαλλόμενη απόφαση, στις 14.2.2002, η αναιρεσείουσα εταιρεία υπέβαλε στην Γραμματεία της Επιτροπής Ανταγωνισμού την 5415α/14.2.2002 επιστολή της με θέμα «Γνωστοποίηση Συγκέντρωσης Επιχειρήσεων σύμφωνα με το άρθρο 4β ν. 703/1977». Στην ανωτέρω επιστολή γινόταν παράθεση των συνημμένων εγγράφων, ενώ, στο τέλος του κειμένου, υπήρχε δήλωση, υπογεγραμμένη από τον Πρόεδρο του ΔΣ της εταιρίας Γεώργιο Στέγγο, ότι «Ολοκληρωμένο και πλήρη φάκελο δικαιολογητικών και λοιπών εγγράφων



Θα σας προσκομίσουμε προσεχώς, μετά την κατάρτιση του σχετικού Σχεδίου Σύμβασης Συγχώνευσης και Απόσχισης και Αναδοχής Κλάδων (Σ.Σ.ΣΑ.Α.), τη δημοσίευση αυτού και την έγκρισή του από τις Γενικές Συνελεύσεις των μετόχων των ως άνω εταιριών» και επισυναπτόταν η από 31.1.2002 «Αίτηση Δήλωσης Έναρξης Διαδικασίας Συγχώνευσης» προς την αρμόδια υπηρεσία του ΥΠΕΧΩΔΕ, σύμφωνα με το άρθρο 17 του ν. 2940/2001. Με την 2282/11.7.2002 επιστολή παροχής στοιχείων η Αρχή επεσήμανε στην αναιρεσείουσα ότι «παρότι έχετε ενημερώσει σχετικά την Υπηρεσία μας, δεν έχετε προσκομίσει μέχρι σήμερα συμπληρωμένο το σχετικό έντυπο προηγούμενης γνωστοποίησης συγκέντρωσης και το συμπληρωματικό αυτού» (με περιεχόμενο σύμφωνα με τα άρθρα 4, 4β, 4στ του ν.703/1977) και την εκάλεσε «εφόσον η συγχώνευση εμπίπτει στις διατάξεις των άρθρων 4 και 4β επ. του ν. 703/1977, να προβείτε αμέσως σε σύννομη γνωστοποίησή της στην Επιτροπή Ανταγωνισμού, άλλως, σε περίπτωση δηλαδή που δεν εμπίπτει στις προαναφερόμενες διατάξεις, να μας αποστείλετε εντός 15 ημερών από τη λήψη της παρούσας, τα σχετικά αποδεικτικά στοιχεία». Στη συνέχεια η Γραμματεία της Επιτροπής Ανταγωνισμού επανήλθε με δεύτερη επιστολή με αριθμό πρωτοκόλλου 2394/30.7.2002, ζητώντας την παροχή στοιχείων για την εν λόγω συγκέντρωση και την υποβολή «πλήρους φακέλου γνωστοποίησης σύμφωνα με το προβλεπόμενο έντυπο προηγούμενης γνωστοποίησης συγκέντρωσης και το συμπληρωματικό αυτού». Στις 9.10.2002 η αναιρεσείουσα προσκόμισε στην Επιτροπή το από 25.4.2002, Σχέδιο Σύμβασης Συγχώνευσης και Απόσχισης και Αναδοχής Κλάδου των συγχωνευομένων εταιριών ΑΛΦΑ ΤΕΧΝΙΚΗ, ΣΚΟΡΔΑΛΟΣ ΕΛΛΗΝΙΚΕΣ ΚΑΤΑΣΚΕΥΕΣ, ΔΙΕΚΑΤ, ΤΕΧΝΙΚΗ ΟΛΥΜΠΙΑΚΗ και ΜΟΧΛΟΣ, αφού αυτό είχε ήδη εγκριθεί από τις Γενικές Συνελεύσεις των μετόχων, στις 9.8.2002, 28.7.2002, 28.7.2002, 7.8.2002, 14.8.2002 και 14.8.2002 αντίστοιχα. Η σχετική συμβολαιογραφική πράξη 15526/218-2002 του συμβολαιογράφου Αθηνών Γ. Στεφανάκου υπεγράφη στις 21.8.2002, και στις 12.9.2002

εκδόθηκε η Κ2-11205/12.9.2002 απόφαση του Υφυπουργού Ανάπτυξης, η οποία καταχωρήθηκε στο Μητρώο Ανωνύμων Εταιρειών την ίδια ως άνω ημερομηνία (Κ2-11205 δις/12.9.02). Κατόπιν τούτων, η Γραμματεία της Επιτροπής Ανταγωνισμού απέστειλε την 320/2003 επιστολή με την οποία ζητούσε περαιτέρω στοιχεία, τα οποία έκρινε απαραίτητα για την ολοκλήρωση της εξέτασης της υπόθεσης, καθώς και πληροφορίες, και στις 26.9.2003 επανήλθε με την 1495/26.9.2003 επιστολή, με την οποία ζητούσε τους κύκλους εργασιών που πραγματοποίησαν αυτοτελώς και από συμμετοχές σε κοινοπραξίες στην Ελλάδα το έτος 2001 οι εταιρίες του ομίλου της ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΟΛΥΜΠΙΑΚΗΣ καθώς και τον υπολογισμό του συνολικού κύκλου εργασιών του ομίλου της ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΟΛΥΜΠΙΑΚΗΣ για το έτος 2001 στην Ελλάδα, σύμφωνα με το άρθρο 4στ του ν. 703/1977. Η Επιτροπή Ανταγωνισμού βεβαιώνει ότι ουδέποτε υποβλήθηκε συμπληρωμένο, από καμία από τις συμμετέχουσες στη συγκέντρωση επιχειρήσεις, το εκδοθέν από την Επιτροπή Έντυπο Γνωστοποίησης Συγκέντρωσης Επιχειρήσεων κατ' άρθρο 4β του ν. 703/1977 και το συμπληρωματικό αυτού, ενώ τα κατά περιόδους και κατόπιν των συνεχών οχλήσεων της Γραμματείας της Επιτροπής Ανταγωνισμού προσκομιζόμενα από την προσφεύγουσα στοιχεία ήταν ελλιπή και λανθασμένα. Τελικώς, η Γενική Διεύθυνση της Επιτροπής Ανταγωνισμού συνέταξε αρχικά την 5150/10.8.2006 εισήγηση και η υπόθεση εισήχθη προς συζήτηση, μετά από κλήτευση της αναιρεσείουσας, στην 985/22.9.2006 συνεδρίασή του Α' Τμήματος της Επιτροπής Ανταγωνισμού, το οποίο αποφάσισε και ανακοίνωσε στους πληρεξούσιους δικηγόρους της αναιρεσείουσας, που είχαν παρασταθεί, ότι αναβάλλεται οίκοθεν η συζήτηση της υπόθεσης και, λόγω της φύσεως αυτής, παραπέμπεται στην Ολομέλεια της Επιτροπής, ύστερα από επανεξέταση της 5150/10.8.2006 Εισήγησης από τη Γενική Διεύθυνση Ανταγωνισμού. Κατόπιν αυτού, και μετά την 7256/15.11.2006 εισήγηση της τριμερούς επιτροπής επανεξέτασης της υπόθεσης να μην απαγορευθεί η συγκέντρωση, να επιβληθούν όμως στις εταιρείες

ΘΕΟΦΙΛΟΣ ΣΚΟΡΔΑΛΟΣ Α.Τ.Ε.Β.Ε., ΕΛΛΗΝΙΚΕΣ ΚΑΤΑΣΚΕΥΕΣ Α.Τ.Ε.Ε.Ι και ΜΟΧΛΟΣ Α.Ε. πρόστιμα, για υπαίτια εκπρόθεσμη γνωστοποίηση της συγκέντρωσης κατά παράβαση του άρθρου 4β παραγρ. 1 του ν. 703/77 και υπαίτια πρόωγη πραγματοποίηση της συγκέντρωσης, κατά παράβαση του άρθρου 4ε παραγρ. 1 ν. 703/77, η Ολομέλεια της Επιτροπής Ανταγωνισμού, στην οποία εισήχθη προς συζήτηση η υπόθεση στις 11.1.2007 μετά από κλήτευση των μερών, στις 21.11.2007 εξέδωσε την ένδικη απόφαση, με την οποία: «1. Διαπιστώνει ότι η συγχώνευση με απορρόφηση από την εταιρεία ΜΟΧΛΟΣ Α.Ε. της εταιρείας ΑΛΦΑ ΤΕΧΝΙΚΗ Α.Τ.Τ.Ξ.Ε του Ομίλου ΤΕΧΝΙΚΗ ΟΛΥΜΠΙΑΚΗ συμφερόντων Κωνσταντίνου Στέγγου και η αναδοχή από την ίδια εταιρεία του αποσχισθέντος κλάδου τεχνικών έργων της μητρικής της εταιρείας ΤΕΧΝΙΚΗ ΟΛΥΜΠΙΑΚΗ Α.Ε. του ομώνυμου Ομίλου δεν αποτελούν συγκέντρωση κατά την έννοια του άρθρου 4 παρ. 2 του ν. 703/1977, όπως ίσχυε και ισχύει, δεδομένου ότι πρόκειται για αναδιαρθρώσεις στο πλαίσιο ενός και του αυτού Ομίλου επιχειρήσεων, δηλαδή του Ομίλου ΤΕΧΝΙΚΗ ΟΛΥΜΠΙΑΚΗ συμφερόντων Κωνσταντίνου Στέγγου. 2. Διαπιστώνει ότι η πραγματοποιηθείσα συγκέντρωση που αφορά τη συγκέντρωση με απορρόφηση από την εταιρεία ΜΟΧΛΟΣ Α.Ε. των εταιρειών ΘΕΟΦΙΛΟΣ ΣΚΟΡΔΑΛΟΣ Α.Τ.Ε.Β.Ε. και ΕΛΛΗΝΙΚΕΣ ΚΑΤΑΣΚΕΥΕΣ Α.Τ.Ε.Ε. και την αναδοχή από την ίδια εταιρεία ΜΟΧΛΟΣ Α.Ε. του αποσχισθέντος κλάδου τεχνικών έργων της εταιρείας Α.Ε. ΚΑΤΑΣΚΕΥΩΝ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΕΡΓΩΝ ΕΜΠΟΡΙΚΩΝ ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΩΝ ΚΑΙ ΝΑΥΤΙΛΙΑΚΩΝ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ - ΔΙΕΚΑΤ, δεν περιορίζει σημαντικά τον ανταγωνισμό στις σχετικές αγορές στις οποίες αυτή αφορά και ως εκ τούτου δεν συντρέχει νόμιμος λόγος απαγόρευσής της. 3. Επιβάλλει για την υπαίτια μη εμπρόθεσμη γνωστοποίηση της συγκέντρωσης: α) Σε κάθε μία από τις εταιρείες ΘΕΟΦΙΛΟΣ ΣΚΟΡΔΑΛΟΣ Α.Τ.Ε.Β.Ε. και ΕΛΛΗΝΙΚΕΣ ΚΑΤΑΣΚΕΥΕΣ Α.Τ.Ε.Ε. πρόστιμο ύψους δεκατεσσάρων χιλιάδων εξακοσίων εβδομήντα τριών ευρώ και πενήντα ενός λεπτών (14.673,51 ευρώ), ποσό το οποίο

είναι κάτω από το προβλεπόμενο από το ν. 703/77 όριο του 15% του κύκλου εργασιών μιας εκάστης εταιρείας για το έτος 2001. β) Στην εταιρεία ΜΟΧΛΟΣ Α.Ε. πρόστιμο ύψους είκοσι εννέα χιλιάδων τριακοσίων σαράντα επτά ευρώ και δυο λεπτών (29.347,02 ευρώ), ποσό το οποίο είναι κάτω από το προβλεπόμενο από το ν. 703/77 όριο του 15% του κύκλου εργασιών της για το έτος 2001. Λόγω δε της συγχωνεύσεως, με απορρόφηση, των δυο πρώτων εταιρειών από την εταιρεία ΜΟΧΛΟΣ Α.Ε., υποχρεώνει την εταιρεία αυτή να καταβάλει το σύνολο των προστίμων, ήτοι συνολικό ποσό πενήντα οκτώ χιλιάδων εξακοσίων ενενήντα τεσσάρων ευρώ και τεσσάρων λεπτών (58.694,04 ευρώ). 4.Δεν επιβάλλει πρόστιμο για την πρόωρη πραγματοποίηση της συγκέντρωσης, [...]». Προσφυγή της αναιρεσείουσας κατά της ένδικης πράξης απορρίφθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση.

5. Επειδή, με το άρθρο 4 του ν. 2940/2001 (Α' 180) αντικαταστάθηκε το άρθρο 16 του ν. 1418/1984 και ρυθμίσθηκε εξ υπαρχής το καθεστώς κατατάξεως των εργοληπτικών επιχειρήσεων στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων -Μ.Ε.ΕΠ.- (σε 7 τάξεις, έναντι 8 που προβλέπονταν στην αρχική ρύθμιση και με αυστηρότερες προϋποθέσεις για την κατάταξη σε ανώτερες τάξεις). Με την ίδια διάταξη ρυθμίσθηκε και η επανάκριση όλων των ήδη εγγεγραμμένων στο Μ.Ε.ΕΠ. επιχειρήσεων. Ειδικότερα, στη παράγραφο 17 του άρθρου αυτού ορίσθηκε ότι «Μέχρι την 31.12.2001 οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες σε οποιαδήποτε τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. υποχρεούνται είτε αυτοτελώς είτε ύστερα από συγχώνευση μεταξύ τους, μόνο με βάση τις διατάξεις του ν. 2166/1993 (ΦΕΚ 137 Α) και του ν. 2190/1920, να υποβάλουν αίτηση έκτακτης επανάκρισης για την κατάταξή τους στην αντίστοιχη κατηγορία και τάξη, σύμφωνα με τις προϋποθέσεις που θέτει ο νόμος αυτός, τα προεδρικά διατάγματα και οι υπουργικές αποφάσεις που θα εκδοθούν με εξουσιοδότησή του. Εργοληπτικές επιχειρήσεις, που δεν υποβάλουν αίτηση μέσα στην προθεσμία αυτή, διαγράφονται αυτοδικαίως από το

Μ.Ε.ΕΠ.. Για τη διαγραφή εκδίδεται διαπιστωτική πράξη, μέσα σε ένα μήνα από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της σχετικής αίτησης. Η απόφαση κατάταξης της εργοληπτικής επιχείρησης στο Μ.Ε.ΕΠ. εκδίδεται μέσα σε προθεσμία τριών μηνών από την υποβολή της αίτησης στην υπηρεσία τήρησης του Μ.Ε.ΕΠ. Όσες εργοληπτικές επιχειρήσεις υποβάλουν στην υπηρεσία τήρησης του Μ.Ε.ΕΠ., μέχρι την 31.12.2001, δήλωση έναρξης της διαδικασίας συγχώνευσης, έχουν το δικαίωμα να υποβάλουν αίτηση μέχρι την 30.9.2002. Στην ανωτέρω δήλωση έναρξης διαδικασίας συγχώνευσης πρέπει να αναγράφονται υποχρεωτικά οι εταιρείες του Μ.Ε.ΕΠ. που θα συμμετέχουν στη συγχώνευση, χωρίς δυνατότητα αλλαγής. Με απόφαση που εκδίδεται από τον Υπουργό Περιβάλλοντος, Χωροταξίας και Δημόσιων Έργων μπορεί να δίδεται παράταση στις πιο πάνω προθεσμίες, εφόσον διαπιστωθεί ότι αυτές δεν επαρκούν για την ολοκλήρωση της διαδικασίας επανάκρισης. Οι διατάξεις του άρθρου αυτού εφαρμόζονται και επί αποσχίσεως-εισφοράς κατασκευαστικού κλάδου μεταξύ εργοληπτικών επιχειρήσεων Μ.Ε.ΕΠ.. Στην περίπτωση αυτή ο αποσχιζόμενος -εισφερόμενος κλάδος λογίζεται, για τους σκοπούς του άρθρου αυτού, ως αυτοτελής εργοληπτική επιχείρηση Μ.Ε.ΕΠ. και στα μεταβιβαζόμενα περιουσιακά στοιχεία περιλαμβάνεται και το εργοληπτικό πτυχίο της επιχείρησης από την οποία προέρχεται ο κλάδος που αποσχίσθηκε και εισφέρθηκε στη νέα εταιρεία ...» και στις παραγράφους 36, 38, και 39 του ίδιου άρθρου ορίσθηκε ότι «36. Εργοληπτική επιχείρηση που υποβάλει αίτηση και προέρχεται από συγχώνευση που έγινε με βάση τις διατάξεις του ν. 2166/1993 και του ν. 2190/1920, δεν επιτρέπεται να καταταγεί σε τάξη της νέας διαβάθμισης ανώτερη από την αντίστοιχη τάξη της επιχείρησης ή των επιχειρήσεων με την ανώτερη αντίστοιχη τάξη, από αυτές που συγχωνεύθηκαν. [...] 38. Εργοληπτική επιχείρηση του Μ.Ε.ΕΠ. που δεν συγκεντρώνει την απαιτούμενη βαθμολογία κατάταξης για την αντίστοιχη τάξη, μπορεί να καταταγεί στην αμέσως κατώτερη τάξη [...] Σε περίπτωση που δεν συγκεντρώνει την απαιτούμενη βαθμολογία κατάταξης,

ούτε στην αμέσως κατώτερη τάξη από την αντίστοιχη, συνεχίζεται η ίδια διαδικασία μέχρι την κατάταξή της σε μία από τις λοιπές τάξεις του Μ.Ε.ΕΠ., με την επιφύλαξη όσων ορίζονται στην παράγραφο 39. 39. Εταιρείες που είναι εγγεγραμμένες στην Η' τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. μπορούν να καταταχθούν στην πέμπτη τάξη, χωρίς εφαρμογή του Τύπου Κατάταξης. [...] Σε όλες τις ανωτέρω περιπτώσεις απαιτείται η τήρηση των ελάχιστων προϋποθέσεων κατάταξης εκτός των δεικτών βιωσιμότητας. Οι κατατασσόμενες επιχειρήσεις αυτής της παραγράφου υποχρεούνται, μέχρι την επόμενη τακτική αναθεώρηση, να υποβάλουν στην υπηρεσία τήρησης του Μ.Ε.ΕΠ. όλα τα στοιχεία που θα ζητηθούν και θα αποδεικνύουν την πλήρωση των δεικτών βιωσιμότητας [...].».

6. Επειδή, όπως προκύπτει και από την οικεία εισηγητική έκθεση, με τις ανωτέρω διατάξεις του ν. 2940/2001 εσκοπήθη ο εξορθολογισμός των βασικών μεγεθών του κλάδου των εργοληπτικών επιχειρήσεων, ο οποίος εμφάνιζε έντονα συμπτώματα δυσλειτουργίας και στρεβλώσεων, μεταξύ άλλων λόγω πολυκερματισμού των μονάδων του, με συνέπεια την νόθευση του υγιούς ανταγωνισμού, τις καθυστερήσεις στην παράδοση των έργων και τις συνεχείς υπερβάσεις. Για την θεραπεία αυτών των σκοπών δημοσίου συμφέροντος κρίθηκε αναγκαία, ως εργαλείο ανασυγκροτήσεως του κλάδου, επί πλέον της νέα διαβάθμισης με επτά τάξεις αντί των οκτώ (ώστε να εξασφαλισθεί η ουσιαστική αναδιάρθρωση του κλάδου και όχι μια τυπική αναπροσαρμογή μέσα από την καθιέρωση νέας τάξεως), και της θέσπισης ενός νέου αντικειμενικού και διαφανούς τρόπου αξιολογήσεως των εργοληπτικών επιχειρήσεων, και η μείωση του αριθμού τους μέσω της ενισχύσεως και της ενθαρρύνσεως (μέσω της παροχής φορολογικών και άλλων κινήτρων) των συγχωνεύσεων (όχι μόνον ανάμεσα σε επιχειρήσεις της ίδιας τάξεως, αλλά και με επιχειρήσεις κατωτέρων τάξεων), ώστε, εκτός των άλλων, να επιτευχθούν συνθήκες υγιούς ανταγωνισμού (σχετ. ΣΕ 96/2009). Εν όψει ακριβώς του σκοπού αυτού, που ήταν η ενίσχυση του ανταγωνισμού και όχι ο περιορισμός του, τα κίνητρα προς

συγχώνευση ήσαν στοχευμένα και οριοθετημένα. Έτσι, ενδεικτικά, προς αποτροπή του κινδύνου ολιγοπωλιακής υπερσυγκέντρωσης, με το άρθρο 4 παρ. 36 του ν. 2940/2001 απεκλείσθη η ευχέρεια κατάταξης σε ανώτερη τάξη μέσω συγχωνεύσεων, ενώ αντιθέτως, όπως συνάγεται από τις παρ. 38 και 39 του αυτού άρθρου (που επιτρέπουν, μεταξύ άλλων, αυτοδίκαιη κατάταξη των εργοληπτικών επιχειρήσεων Η' τάξεως στην Ε' τάξη της νέας κατάταξης, χωρίς επανάκριση και με προθεσμία μέχρι την επόμενη αναθεώρηση για να καλύψουν τις ελάχιστες προϋποθέσεις βιωσιμότητας), οι εν λόγω διατάξεις απλώς ευχέρεια και ενθάρρυνση μέσω κινήτρων παρέχουν στις εργοληπτικές επιχειρήσεις για να διατηρήσουν την υφιστάμενη κατάταξή τους μέσω συγχωνεύσεων και δεν θεσπίζουν υποχρέωση προς τούτο, αντιθέτως μάλιστα τους παρέχουν διευκολύνσεις προσαρμογής στις απαιτήσεις του νέου νόμου, αν, τελικά, αντί της συγχωνεύσεως επιλέξουν τον υποβιβασμό σε κατώτερη τάξη. Ως εκ τούτου, οι διατάξεις αυτές ούτε είναι ειδικές, σε σχέση με τις γενικές διατάξεις διατάξεις περί ελευθέρου ανταγωνισμού, ούτε εισάγουν απόκλιση από αυτές. Οι συγκεντρώσεις εργοληπτικών επιχειρήσεων που πραγματοποιούνται εξ αφορμής των ρυθμίσεων του ν. 2940/2001 και αποσκοπούν στην διατήρηση του εργοληπτικού πτυχίου των συμμετεχουσών επιχειρήσεων υπόκεινται και αυτές σε προληπτικό έλεγχο της Επιτροπής Ανταγωνισμού, αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις του άρθρου 4β του ν. 703/1977, και, επομένως οι εν λόγω επιχειρήσεις έχουν υποχρέωση να γνωστοποιήσουν εμπροθέσμως και προσηκόντως στην Επιτροπή Ανταγωνισμού την συγκέντρωση, προς έλεγχο του επιτρεπτού της. Είναι δε διαφορετικό το ζήτημα ότι, κατά την εξέταση των επιπτώσεων της συγκέντρωσης, συνεκτιμώνται και οι υφιστάμενες δυσλειτουργίες της σχετικής αγοράς που οδήγησαν τον νομοθέτη στην θέσπιση των διατάξεων του ν. 2940/2001.

7. Επειδή, με την κρινόμενη αίτηση η αναιρεσείουσα εταιρεία προβάλλει ότι «οι διατάξεις του ν. 2940/2001, ως νεώτερες και ειδικότερες

διατάξεις αναγκαστικού δικαίου εφαρμόζονται χωρίς να απαιτείται για την εφαρμογή τους η τήρηση της διαδικασίας του ν. 703/1977, οι οποίες δεν έχουν αυξημένη τυπική ισχύ, ώστε να μπορούν να αποκλείσουν την εφαρμογή του νεώτερου και ειδικότερου νόμου 2940/2001. Ο νομοθέτης του τελευταίου αυτού νόμου θεωρεί ως δεδομένο ότι οι επιβαλλόμενες από αυτόν αναδιατάξεις και συγκεντρώσεις [...] όχι μόνο δεν επηρεάζουν τον ανταγωνισμό αλλά αντιθέτως τον κατοχυρώνουν [...]. Κατά ταύτα η Επιτροπή Ανταγωνισμού δεν έχει καμία δυνατότητα να απαγορεύσει συγχώνευση εργοληπτικών επιχειρήσεων την οποία επιβάλλουν, έστω και εμμέσως, οι διατάξεις του ν. 2940/2001, γεγονός που καθιστά άσκοπο τόσο τον έλεγχο των συγχωνεύσεων όσο και την υποχρέωση γνωστοποίησης» και ότι, για τον λόγο αυτό «είναι μη νόμιμη η κρίση της αναιρεσιβαλλομένης ότι η προβλεπόμενη [...] υποχρέωση προς υποβολή αιτήσεως προς επανάκριση παρέχει απλώς "κίνητρα για τη συγχώνευση [...]" που δεν συνεπάγεται τη μη εφαρμογή των οριζόμενων στο νόμο 703/1977 περιορισμών». Ο λόγος αυτός αναιρέσεως είναι απορριπτέος, ως αβάσιμος, για τους λόγους που έχουν εκτεθεί στην προηγούμενη σκέψη.

8. Επειδή, στις μεν παραγράφους 1 και 2 του άρθρου 4β του ν. 703/1977, όπως η διάταξη αυτή αντικαταστάθηκε με το άρθρο 1 του ν. 2837/2000 (Α' 178), ορίζεται ότι «1. Κάθε συγκέντρωση επιχειρήσεων πρέπει να γνωστοποιείται στην Επιτροπή Ανταγωνισμού μέσα σε δέκα (10) εργάσιμες ημέρες από τη σύναψη της συμφωνίας ή τη δημοσίευση της προσφοράς ή ανταλλαγής ή την απόκτηση συμμετοχής, που εξασφαλίζει τον έλεγχο της επιχείρησης όταν: α. με τη συγκέντρωση αποκτάται ή αυξάνεται μερίδιο αγοράς των προϊόντων ή των υπηρεσιών, που αφορά η συγκέντρωση, [...] τουλάχιστον τριάντα πέντε τοις εκατό (35%) του συνολικού κύκλου εργασιών [...] ή β. ο συνολικός κύκλος εργασιών όλων των επιχειρήσεων που συμμετέχουν στη συγκέντρωση, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 4στ, ανέρχεται στην εθνική αγορά, τουλάχιστον σε εκατόν

πενήντα εκατομμύρια (150.000.000) Ευρώ και δύο τουλάχιστον από τις συμμετέχουσες επιχειρήσεις πραγματοποιούν, καθεμία χωριστά, συνολικό κύκλο εργασιών άνω των δεκαπέντε εκατομμυρίων (15.000.000) Ευρώ. 2. Η προθεσμία των δέκα (10) ημερών αρχίζει από την επέλευση της πρώτης από τις πράξεις, που αναφέρονται στην προηγούμενη παράγραφο.», στην δε παράγραφο 2 του άρθρου 4στ του αυτού νόμου (όπως αντικαταστάθηκε και αναριθμήθηκε με την παρ. 7 του άρθρου 2 του ν. 2296/1995), ορίζεται ότι «Ο συνολικός κύκλος εργασιών, που αναφέρεται στα άρθρα [...] 4β παρ. 1 στοιχ. β' [...], περιλαμβάνει τα ποσά που απορρέουν από την πώληση προϊόντων και την παροχή υπηρεσιών από τις εν λόγω επιχειρήσεις κατά τη διάρκεια της τελευταίας οικονομικής χρήσης και αντιστοιχούν στις συνήθεις δραστηριότητές τους, αφού αφαιρεθούν οι εκπτώσεις επί των πωλήσεων, καθώς και ο φόρος προστιθέμενης αξίας και άλλοι φόροι που συνδέονται άμεσα με τον κύκλο εργασιών.». Εξ άλλου, στην παράγραφο 8 (περ. β' και εδάφιο τελευταίο) του άρθρου 4δ του αυτού νόμου (όπως αντικαταστάθηκε και αναριθμήθηκε με την παρ. 5 του άρθρου 2 του ν. 2296/1995), ορίζεται, μεταξύ άλλων, ότι αν τα στοιχεία που περιλαμβάνονται στην γνωστοποίηση δεν είναι πλήρη, ως χρονικό σημείο έναρξης των προθεσμιών (για την έγκριση ή απαγόρευση της συγκέντρωσης) θεωρείται η ημερομηνία της προσήκουσας γνωστοποίησης ή της συγκέντρωσης των πλήρων και ακριβών στοιχείων από την αρμόδια για τον ανταγωνισμό υπηρεσία. Κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, υποχρέωση γνωστοποίησης υπάρχει όχι μόνο όταν η υπέρβαση του κατωφλίου που ορίζεται στο άρθρο 4β(1)(β) προκύπτει από τις τελευταίες εγκεκριμένες οικονομικές καταστάσεις των συμμετεχουσών επιχειρήσεων, αλλά και όταν προκύπτει από οποιαδήποτε άλλα κρίσιμα λογιστικά, επίσημα, ή ανεπίσημα, στοιχεία, που οι συμμετέχουσες επιχειρήσεις, διενεργώντας τις αναγκαίες προς τούτο τις αναγκαίες λογιστικές επαληθεύσεις, έχουν ή μπορούν να έχουν διαθέσιμα κατά τον χρόνο σύναψης της συμφωνίας ή δημοσίευσης της προσφοράς ή

ανταλλαγής ή απόκτησης συμμετοχής που εξασφαλίζει τον έλεγχο της επιχείρησης. Η υποχρέωση αυτή γεννάται από την στιγμή που τα εν λόγω στοιχεία καθίστανται διαθέσιμα. Το δε εμπρόθεσμο της γνωστοποίησης συναρτάται προς το προσήκον αυτής, κρίνεται δηλαδή με βάση την ημερομηνία κατά την οποία προσκομίσθηκαν στην Επιτροπή Ανταγωνισμού όλα τα αναγκαία στοιχεία για να κριθεί το επιτρεπτό της συγκέντρωσης.

9. Επειδή, η αναιρεσείουσα με την προσφυγή της είχε προβάλει, μεταξύ άλλων, ότι «κατά τον χρόνο της έγκαιρης γνωστοποίησής μας (14.02.02) δεν είχαν ακόμη συνταχθεί και εγκριθεί οικονομικές καταστάσεις για τη χρήση 2001» και ότι «ναι μεν δύο τουλάχιστον από τις συμμετέχουσες επιχειρήσεις πραγματοποίησαν τζίρο άνω των 15 εκ. Ευρώ η καθεμία» και επίσης «[...] τα (εκ των υστέρων) μεγέθη του 2001, σε αντίθεση με τα (μόνα τότε επίσημα) μεγέθη του 2000 γεννούν (μη υπάρχουσα μέχρι τότε) υποχρέωση γνωστοποίησης», όμως, κατά την αληθή έννοια του άρθρου 4β του ν. 703/1977, κρίσιμα είναι τα τελευταία υφιστάμενα επίσημα στοιχεία κατά τον χρόνο κατά τον οποίο επήλθε η πρώτη από τις αναφερόμενες στο άρθρο 4β πράξεις και, «εν προκειμένω, η εν λόγω πράξη (δεσμευτική συμφωνία, που εξασφαλίζει την πραγματοποίηση της συγκέντρωσης) έλαβε χώρα τον Φεβρουάριο του 2002», οπότε κρίσιμα (κατά την αναιρεσείουσα) ήσαν τα οικονομικά μεγέθη του 2000, εν όψει των οποίων δεν υπήρχε υποχρέωση γνωστοποίησης. Οι ισχυρισμοί αυτοί απορρίφθηκαν από το διοικητικό εφετείο, με την αιτιολογία ότι η αναιρεσείουσα «γνωστοποίησε για πρώτη φορά την ένδικη συγχώνευση νομοτύπως, προσκομίζοντας τα οριζόμενα από το νόμο στοιχεία, μεταξύ των οποίων και το Σχέδιο Συγχώνευσης, στις 9-10-2002, δεδομένου ότι η προηγηθείσα επιστολή της δεν πληρούσε τα προβλεπόμενα από το νόμο στοιχεία για να θεωρηθεί ως γνωστοποίηση. Τούτο, γιατί χωρίς την κατάθεση του Σχεδίου Συγχώνευσης δεν ήταν δυνατός ο προβλεπόμενος από τις ως άνω διατάξεις έλεγχος της

Επιτροπής Ανταγωνισμού [...] Περαιτέρω, [...] εάν κατά το χρόνο, κατά τον οποίο συνήφθη η σχετική συμφωνία, [...], δεν είναι διαθέσιμα επίσημα στοιχεία [...] η σχετική προθεσμία πρέπει να θεωρηθεί ως τελούσα υπό αναστολή έως ότου καταστούν διαθέσιμα [...] Ενόψει τούτων πρέπει να απορριφθεί ως αλυσιτελής ο προβαλλόμενος [...] λόγος, [...] Τούτο, γιατί στις 25.4.2002 καταρτίστηκε απ' αυτές το Σχέδιο Σύμβασης Συγχώνευσης και Απόσχισης και Αναδοχής Κλάδου των συγχωνευομένων εταιριών. Επομένως, παρόλο ότι οι ως άνω εταιρίες είχαν συνάψει τη συμφωνία συγχώνευσής τους, τουλάχιστον από την τελευταία ως άνω ημερομηνία, η ένδικη συγκέντρωση γνωστοποιήθηκε σύννομα από την προσφεύγουσα στις 9-10-2002, [...] κατά τη προαναφερόμενη χρονολογία είχε παρέλθει σε κάθε περίπτωση η προθεσμία των δέκα ημερών προς γνωστοποίηση της συγκέντρωσης, έστω και αν γίνει δεκτός ο ισχυρισμός [...] ότι τον Ιούλιο του 2002 κατέστησαν διαθέσιμα τα επίσημα οικονομικά στοιχεία του έτους 2001 [...]».

10. Επειδή, με την κρινόμενη αίτηση προβάλλεται ότι η ανωτέρω κρίση δεν στηρίζεται στον νόμο, καθ' όσον καμία διάταξη δεν προβλέπει αναστολή προθεσμίας και, με δεδομένο ότι, κατά τις παραδοχές του διοικητικού εφετείου, η προθεσμία γνωστοποίησης έχει ως αφετηρία την 25.4.2002, η ύπαρξη σχετικής υποχρέωσης θα κριθεί αποκλειστικά με βάση τα διαθέσιμα κατά την ημερομηνία αυτή (οριστικοποιημένα και επίσημα) στοιχεία, πολλώ μάλλον καθ' όσον η πραγματοποίηση της συγκέντρωσης έπρεπε να είχε δηλωθεί στο ΥΠΕΧΩΔΕ μέχρι της 31.1.2002 και η διαδικασία επανάκρισης δεν ήταν δυνατό να αναμένει την έκδοση αποφάσεως της Επιτροπής Ανταγωνισμού, αλλά ούτε και η απόφαση του ΥΠΕΧΩΔΕ να ανατραπεί εκ των υστέρων, αν τυχόν η Επιτροπή, κατ' επίκληση νεοτέρων στοιχείων, δεν ενέκρινε την συγχώνευση. Όμως, σύμφωνα με έγιναν δεκτά σε προηγούμενες σκέψεις, η υποχρέωση γνωστοποίησης δεν συναρτάται προς την οριστικοποίηση, παρά μόνο προς την διαθεσιμότητα των οικονομικών δεδομένων από τα οποία

προκύπτει κύκλος εργασιών υψηλότερος του κατωφλίου που ορίζει ο νόμος και γεννάται από την στιγμή που τα εν λόγω οικονομικά δεδομένα καθίστανται διαθέσιμα, η δε διαδικασία επανάκρισης των εργοληπτικών επιχειρήσεων, κατά τον ν. 2940/2001, δεν ασκεί επιρροή στον έλεγχο των συγκεντρώσεων κατά τις διατάξεις περί προστασίας του ελευθέρου ανταγωνισμού. Επομένως, καθ' ο μέρος ο πιο πάνω λόγος αναιρέσεως ερείδεται επί αντιθέτου εκδοχής περί την έννοια του νόμου, είναι προεχόντως απορριπτέος για τον λόγο αυτό. Τούτο δε ανεξαρτήτως του ότι η αναιρεσείουσα με την προσφυγή της είχε ισχυρισθεί μόνο ότι «επίσημα» στοιχεία δεν ήσαν διαθέσιμα στις 11.2.2008 και όχι ότι τα στοιχεία αυτά δεν ήσαν διαθέσιμα κατά τον χρόνο που κρίθηκε κρίσιμος από το διοικητικό εφετείο, δηλαδή την 25.4.2002, που καταρτίσθηκε το Σχέδιο Σύμβασης Συγχώνευσης και Απόσχισης και Αναδοχής Κλάδου των συγχωνευομένων εταιριών. Είναι, εξ άλλου, ομοίως απορριπτέος ως αβάσιμος ο συναφώς προβαλλόμενος λόγος αναιρέσεως, σύμφωνα με τον οποίο η προσβαλλόμενη απόφαση είναι πλημμελώς αιτιολογημένη, καθ' ο μέρος «δεν [...] διευκρινίζει σε ποια από τις δύο διαζευκτικές διατάξεις [μερίδιο αγοράς ή κύκλο εργασιών] στηρίζεται η υποχρέωση γνωστοποίησης [...]», δεν βεβαιώνει ότι ο κύκλος εργασιών των συμμετεχουσών επιχειρήσεων υπερβαίνει τα 150.000.000 ευρώ και δύο τουλάχιστον από αυτές πραγματοποίησαν κάθε μία χωριστά συνολικό κύκλο εργασιών άνω των 15.000.000, και δεν προσδιορίζει αν στον κύκλο εργασιών περιλαμβάνει το μέρος του αποσχιζομένου κλάδου ή το σύνολο του κύκλου εργασιών των συμμετεχουσών επιχειρήσεων. Και τούτο διότι, με την προσφυγή της (όπως έχει ήδη εκτεθεί ανωτέρω) η αναιρεσείουσα δεν είχε εγείρει σχετική αμφισβήτηση, ώστε να απαιτείται ειδική περί τούτου κρίση, αντιθέτως μάλιστα συνομολόγησε ότι, με βάση τα οικονομικά δεδομένα του έτους 2001 η συγκέντρωση θα ενέπιπτε στην β' περίπτωση της παρ. 1 του άρθρου 4β του ν. 703/1977, ισχυρίσθηκε δε μόνο ότι κρίσιμα δεν ήταν τα οικονομικά δεδομένα του έτους 2001, αλλά αυτά του

έτους 2000. Επί του τελευταίου αυτού δε και μόνο ζητήματος εκλήθη να αποφανθεί το διοικητικό εφετείο.

11. Επειδή, στην παράγραφο 4 του άρθρου 4β του ν. 703/1977 ορίζεται ότι «4. Σε περίπτωση υπαίτιας παράβασης της υποχρέωσης προς γνωστοποίηση η Επιτροπή Ανταγωνισμού επιβάλλει στον καθένα από τους, κατά την παράγραφο 3 του παρόντος άρθρου, υπόχρεους προς γνωστοποίηση πρόστιμο ύψους τουλάχιστον πέντε εκατομμυρίων δραχμών (5.000.000) το οποίο δεν υπερβαίνει το επτά εκατό (7%) του συνολικού κύκλου εργασιών, όπως αυτός ορίζεται στο άρθρο 4στ.». Κατά την έννοια της ανωτέρω διατάξεως το υπαίτιο της παραλείψεως τεκμαίρεται από μόνη την πάροδο της προθεσμίας την οποία τάσσει ο νόμος για την γνωστοποίηση, στον υπόχρεο δε απόκειται να ισχυρισθεί και να αποδείξει ότι η παράλειψη δεν οφείλεται σε υπαιτιότητά του (ΣΕ 73/2000, 1732/2001). Εξ άλλου, για την στοιχειοθέτηση της παράβασης δεν απαιτείται απόδειξη αυτοτελώς της υποκειμενικής υπόστασης αυτής, ούτε εξετάζεται η συνδρομή ή μη συγγνωστής νομικής πλάνης (βλ. ήδη ΔΕΕ, απόφαση της 18.6.2013, C-681/11, Bundeswettbewerbsbehörde και Bundeskartellanwalt κατά Schenker & Co. AG, κλπ, σκ. 33-43, πρβλ. και ΔΕΕ απόφαση της 18.7.2013, C-501/11 P, Schindler Holding Ltd κλπ κατά Επιτροπής και Συμβουλίου ΕΕ, σκ. 113), δεδομένου, άλλως τε, ότι δεν νοείται ακούσια επιχειρηματική επιλογή ή απόφαση και, επομένως, κατ' αρχήν, έλλειψη υποκειμενικού στοιχείου νοείται μόνο σε σχέση με συμπεριφορές που βρίσκονται έξω από την σφαίρα επιρροής της επιχείρησης. Τέτοια υποκειμενικά στοιχεία μπορεί μόνο να είναι ενδεχομένως συνεκτιμητέα, κατά τις περιστάσεις, ως ελαφρυντικές περιστάσεις, κατά το στάδιο της επιμέτρησης.

12. Επειδή, εν προκειμένω, ο λόγος προσφυγής, σύμφωνα με τον οποίο η μη τήρηση της οριζόμενης στο νόμο προθεσμίας δεν ήταν υπαίτια, απορρίφθηκε από το διοικητικό εφετείο με τις επάλληλες αιτιολογίες ότι αφ' ενός μεν η αναιρεσείουσα δεν ανέτρεψε το τεκμήριο υπαιτιότητας, αφ'

ετέρου δε, εν πάση περιπτώσει, η υπαιτιότητα συνάγεται εκ του ότι η επιχείρηση δεν προσεκόμισε προσηκόντως τα απαιτούμενα στοιχεία, παρ' ότι είχε επανειλημμένα προσκληθεί από την Επιτροπή Ανταγωνισμού να γνωστοποιήσει σύννομα την συγκέντρωση. Περιορίσε όμως το διοικητικό εφετείο το ύψος του προστίμου, εκτιμώντας ως ελαφρυντική περίπτωση την από 14.2.2002, έστω και μη προσήκουσα, ανακοίνωση προς την Επιτροπή.

13. Επειδή, προβάλλεται ότι η πιο πάνω κρίση του διοικητικού εφετείου είναι πλημμελώς αιτιολογημένη, καθ' ο μέρος δεν εξετάσθηκε λόγος προσφυγής, σύμφωνα με τον οποίο «πρόκειται γα εξαιρετικά αμφισβητούμενο νομικό θέμα», «πρωτότυπο και δυσερμήνευτο» και, για τον λόγο αυτό, η επιχείρηση τελούσε σε συγγνωστή νομική πλάνη, και, πάντως, προέβη σε αναγγελία της συγκέντρωσης που συμπληρώθηκε μετά την έγκριση του σχεδίου συγχώνευσης. Ο πιο πάνω λόγος αναιρέσεως πρέπει να απορριφθεί κατά το πρώτο μεν σκέλος του, με το οποίο άλλως τε δεν πλήσσεται η επικουρική αιτιολογία της προσβαλλομένης αποφάσεως, ως αβάσιμος, για τους λόγους που έχουν εκτεθεί στην προηγούμενη σκέψη, κατά τα λοιπά δε διότι η μη προσήκουσα γνωστοποίηση της συγκέντρωσης ελήφθη υπ' όψιν, ως ελαφρυντική περίπτωση.

14. Επειδή, σύμφωνα με τα ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί η κρινόμενη αίτηση.

Δια ταύτα

Απορρίπτει την αίτηση.

Διατάσσει την κατάπτωση του παραβόλου.

Επιβάλλει στην αναιρεσείουσα την δικαστική δαπάνη της Επιτροπής Ανταγωνισμού, που ανέρχεται σε τετρακόσια εξήντα (460) ευρώ.

Η διάσκεψη έγινε στην Αθήνα στις 9 Απριλίου 2013

Ο Προεδρεύων Σύμβουλος

Η Γραμματέας

Ν. Μαρκουλάκης

Κ. Κεχρολόγου

και η απόφαση δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση της 6ης Απριλίου 2016.

Η Πρόεδρος του Β' Τμήματος

Η Γραμματέας

Ε. Σαρπ

Κ. Κεχρολόγου



