

Αριθμός απόφασης: 1267/2024

ΤΟ

ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΕΦΕΤΕΙΟ ΑΘΗΝΩΝ

ΤΜΗΜΑ 15ο ΤΡΙΜΕΛΕΣ

σ υ ν ε δ ρ ί α σε δημόσια στο ακροατήριό του, στις 26 Σεπτεμβρίου 2023, με δικαστές τις: Δήμητρα Κουφοζαφείρη, Πρόεδρο Εφετών Διοικητικών Δικαστηρίων, Ειρήνη Γαρδικιώτη, Καλλιόπη Τριανταφύλλου (Εισηγήτρια), Εφέτες Διοικητικών Δικαστηρίων και γραμματέα την Ελισσάβετ Ανδρέου, δικαστική υπάλληλο,

γ ι α να δικάσει την από 7 Φεβρουαρίου 2008 (ΑΒΕΜ ΠΡ 134/1.3.2021) προσφυγή,

τ η ς ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «ΑΤΛΑΝΤΙΚ ΣΟΥΠΕΡ ΜΑΡΚΕΤ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ», που εδρεύει στον Άλιμο Αττικής (Λεωφ. Βουλιαγμένης 516), η οποία τελεί σε πτώχευση και παραστάθηκε με την από 25.9.2023 δήλωση κατ' άρθρο 133 παρ. 2 του Κ.Δ.Δ., όπως ισχύει, του δικηγόρου Γεώργιου Κακλαμάνου, ως συνδίκου της πτώχευσης, δυνάμει της υπ' αριθ. 802/2011 απόφασης του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών,

κ α τ ά της Επιτροπής Ανταγωνισμού, που εδρεύει στην Αθήνα (Κότσικα 1Α και Πατησίων), η οποία παραστάθηκε διά της παρέδρου του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, Γεωργίας Καφήρα.

Κατά τη συζήτηση της υπόθεσης στο ακροατήριο, ο διάδικος που παραστάθηκε ανέπτυξε τους ισχυρισμούς του και ζήτησε όσα αναφέρονται στα πρακτικά.

Μετά τη συνεδρίαση το Δικαστήριο συνήλθε σε διάσκεψη.

Η κρίση του είναι η εξής:

1. Επειδή, με την κρινόμενη προσφυγή, για την οποία καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ύψους 750 ευρώ (βλ. το σειράς [] διπλότυπο είσπραξης της Δ.Ο.Υ. Ι' Αθηνών και το με κωδικό πληρωμής [] e-παράβολο της Γ.Γ.Π.Σ.), και η οποία νομίμως φέρεται προς συζήτηση μετά την έκδοση της 4288/2022 προδικαστικής απόφασης του Δικαστηρίου τούτου, ζητείται η ακύρωση της με αρ. 373/V/19.12.2007 απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού καθ' ό μέρος επιβλήθηκε σε βάρος της προσφεύγουσας πρόστιμο ύψους 68.367 ευρώ για συμμετοχή της σε κάθετη σύμπραξη καθορισμού ελάχιστων τιμών μεταπώλησης γαλακτοκομικών προϊόντων με την εταιρεία ΟΛΥΜΠΟΣ Α.Ε. κατά παράβαση των διατάξεων των άρθρων 1 παρ. 1 του ν. 703/1977 και του άρθρου 81 παρ. 1 της ΣυνθΕΚ.

2. Επειδή, στο ισχύον κατά τον κρίσιμο χρόνο άρθρο 81 παρ. 1 της Συνθήκης για την ίδρυση της Ευρωπαϊκής Κοινότητας (ΣυνθΕΚ) ορίζεται ότι: «Είναι ασυμβίβαστες με την κοινή αγορά

και απαγορεύονται όλες οι συμφωνίες μεταξύ επιχειρήσεων και κάθε εναρμονισμένη πρακτική, που δύνανται να επηρεάσουν το εμπόριο μεταξύ κρατών-μελών και που έχουν ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού εντός της κοινής αγοράς και ιδίως εκείνες οι οποίες συνίστανται: α) στον άμεσο ή έμμεσο καθορισμό των τιμών αγοράς ή πωλήσεως ή άλλων όρων συναλλαγής...». Εξάλλου, στην παράγραφο 1 του άρθρου 3 του Κανονισμού 1/2001 του Συμβουλίου της 16ης Δεκεμβρίου «για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού που προβλέπονται στα άρθρα 81 και 82 της συνθήκης» ορίζεται ότι: «Οσάκις οι αρχές ανταγωνισμού των κρατών μελών ή τα εθνικά δικαστήρια εφαρμόζουν την εθνική νομοθεσία ανταγωνισμού σε συμφωνίες, αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων ή εναρμονισμένες πρακτικές κατά την έννοια του άρθρου 81 παρ. 1 της συνθήκης, οι οποίες είναι πιθανόν να επηρεάσουν το εμπόριο μεταξύ κρατών-μελών κατά την έννοια της διάταξης αυτής, εφαρμόζουν επίσης το άρθρο 81 της συνθήκης, στις εν λόγω συμφωνίες, αποφάσεις ή εναρμονισμένες πρακτικές...». Περαιτέρω, ο ν. 703/1977 (Α' 278) ορίζει, μεταξύ άλλων και τα εξής: «Απαγορεύονται πάσαι αι συμφωνίαι μεταξύ επιχειρήσεων, πάσαι αι αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων και οιασδήποτε μορφής εναρμονισμένη πρακτική επιχειρήσεων, αι οποίαι έχουν ως αντικείμενον ή αποτέλεσμα στην παρακώλυσιν, τον περιορισμόν ή την νόθευσιν του ανταγωνισμού. Ιδία δε αι συνιστάμεναι εις: α) τον άμεσον ή έμμεσον καθορισμόν των τιμών αγοράς ή πωλήσεως ή άλλων όρων συναλλαγής, β)...» (άρθρο 1 παρ. 1). «1. Η Επιτροπή Ανταγωνισμού, αν, μετά από σχετική έρευνα που διεξάγεται είτε αυτεπαγγέλτως είτε κατόπιν καταγγελίας ή αίτησης του Υπουργού Ανάπτυξης, διαπιστώσει παράβαση της παρ. 1 του άρθρου 1 και των άρθρων 2, 2α και 5 ή των άρθρων 81 και 82 της Συνθήκης της Ευρωπαϊκής Κοινότητας, μπορεί με απόφαση της: α) να υποχρεώσει τις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις ή τις ενώσεις επιχειρήσεων να παύσουν την παράβαση και να παραλείπουν αυτή στο μέλλον, β) να αποδέχεται εκ μέρους των επιχειρήσεων ή ενώσεων επιχειρήσεων την ανάληψη δεσμεύσεων, με τις οποίες θα παύει η παράβαση και να καθιστά τις δεσμεύσεις αυτές υποχρεωτικές για τις επιχειρήσεις, γ) να επιβάλει μέτρα συμπεριφοράς ή διαρθρωτικού χαρακτήρα, τα οποία πρέπει να είναι αναγκαία και πρόσφορα για την παύση της παράβασης και ανάλογα με το είδος και τη βαρύτητα αυτής... στ) να επιβάλει πρόστιμο στις επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων που υπέπεσαν στην παράβαση. 2. Το κατά την προηγούμενη παράγραφο επιβαλλόμενο ή απειλούμενο πρόστιμο μπορεί να φτάνει μέχρι ποσοστού δεκαπέντε τοις εκατό (15%) των ακαθάριστων εσόδων της επιχείρησης της τρέχουσας ή της προηγούμενης της παράβασης χρήσης. Για τον καθορισμό του ύψους του προστίμου λαμβάνονται υπόψη η σοβαρότητα και η διάρκεια της παράβασης. ... (άρθρο 9, όπως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο, μετά την αντικατάστασή του με το άρθρο 4 παρ. 6 του ν. 2296/1995, Α' 43). Τέλος, το άρθρο 13 του ισχύοντος Κανονισμού Λειτουργίας και Διαχειρίσεως της Επιτροπής Ανταγωνισμού (κοινή απόφαση των Υπουργών Εσωτερικών, Δημοσίας Διοικήσεως και Αποκεντρώσεως, Οικονομίας και Οικονομικών και Αναπτύξεως 8275 ΦΕΚ Β' 1890/29-12-2006), ο οποίος εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση της παραγράφου 10 του άρθρου 8 του ν. 703/1977, όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε με την παράγραφο 12 του άρθρου 1 του ν. 2837/2000 (Α' 178), ορίζει ότι: «1. Οι ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων δηλώνουν, το αργότερο με το γραπτό υπόμνημα τους εάν επιθυμούν να αναλάβουν δεσμεύσεις για την παύση της ερευνηθείσας στην εισήγηση της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού συμπεριφοράς και αναφέρουν περιληπτικώς τα προτεινόμενα μέτρα. 2. Πρόταση για ανάληψη δεσμεύσεων που υποβάλλεται σε

μεταγενέστερο χρονικό σημείο δεν είναι παραδεκτή...4. Η Γενική Διεύθυνση Ανταγωνισμού υποβάλλει στην Επιτροπή Εισηγήση, πέντε ημέρες πριν από την ορισθείσα δικάσιμο εξέτασης της υπόθεσης για την αποδοχή ή μη των προτεινομένων δεσμεύσεων ή την τροποποίηση αυτών. Κατά τα λοιπά εφαρμόζονται αναλόγως οι διατάξεις του άρθρου 20 παρ. 4 και 5. 5. Αν η Επιτροπή κρίνει επαρκείς τις προτεινόμενες δεσμεύσεις, εκδίδει απόφαση αποδοχής με την οποία οι δεσμεύσεις καθίστανται υποχρεωτικές. Αν αντιθέτως τις κρίνει ανεπαρκείς, η Επιτροπή προχωρεί αμέσως στη συζήτηση της υπόθεσης ή καλεί τις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις να προβούν στις απαραίτητες τροποποιήσεις εντός προθεσμίας 10 ημερών. Σε περίπτωση που οι ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις δεν επιφέρουν εμπροθέσμως τις απαραίτητες τροποποιήσεις ή οι τροποποιήσεις κριθούν εκ νέου ανεπαρκείς, η Επιτροπή προχωρεί στη συζήτηση της υπόθεσης».

3. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, από τα στοιχεία της δικογραφίας προκύπτουν τα ακόλουθα: Από τον Ιούνιο του 2005 διαβιβάστηκαν στη Γενική Διεύθυνση Ανταγωνισμού (Γ.Δ.Α.) της Επιτροπής Ανταγωνισμού (Ε.Α.) δελτία τύπου σχετικά με διαμαρτυρίες αγελαδοτρόφων και καταναλωτών καθώς και πλήθος κοινοβουλευτικών ερωτήσεων για πιθανές στρεβλώσεις στην αγορά γαλακτοκομικών προϊόντων (διαμόρφωση τιμών από τον παραγωγό μέχρι τον καταναλωτή). Κατόπιν αυτών η Γ.Δ.Α. ξεκίνησε το Μάρτιο του 2006 διαδικασία αυτεπάγγελτης έρευνας σε επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στην παραγωγή και εμπορία των προϊόντων αυτών, με στόχο τη διερεύνηση τυχόν παραβάσεων των άρθρων 1 και 2 του ν. 703/1977 και 81 και 82 της Συνθήκης των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων στους τομείς παραγωγής νωπού γάλακτος και πωλήσεως (χονδρικής και λιανικής) γαλακτοκομικών προϊόντων. Η έρευνα κατέληξε στη σύνταξη της 8218/15-12-2006 εισηγήσεως της Γ.Δ.Α., σύμφωνα με την οποία διαπιστώθηκαν απαγορευμένες οριζόντιες συμπράξεις ανάμεσα στις γαλακτοβιομηχανίες καθώς και κάθετες συμπράξεις ανάμεσα σ' αυτές και στις εταιρίες εμπορίας (super markets) που δραστηριοποιούνται στη σχετική αγορά, η οποία στην υπό κρίση υπόθεση περιορίζεται στο λιανικό εμπόριο και ειδικότερα στη διακίνηση γαλακτοκομικών προϊόντων και κυρίως λευκού γάλακτος στην Ελληνική επικράτεια από τα super markets, που αποτελούν τα σημαντικότερα σημεία πωλήσεώς του. Στις κάθετες συμπράξεις περιλαμβάνεται και αυτή της προσφεύγουσας με την εταιρεία «ΟΛΥΜΠΟΣ-Γαλακτοβιομηχανία Λαρίσης Α.Ε.». Με βάση δε την εισήγηση της Γ.Δ.Α., τα στοιχεία του φακέλου (μαρτυρικές καταθέσεις, τιμοκατάλογοι κ.λ.π.) και τις απόψεις που διατύπωσε η προσφεύγουσα απαντώντας σε σχετική πρόσκληση, η Ε.Α. δέχθηκε ότι οι δύο εταιρίες κατά παράβαση του άρθρου 1 του ν. 703/1977 και του άρθρου 81 της ΣυνθΕΚ, συνήψαν συμφωνίες καθορισμού ελάχιστων τιμών μεταπωλήσεως γαλακτοκομικών προϊόντων κατά τα έτη 2004 – 2006 από την προσφεύγουσα καθόσον στη σχετική συμφωνία συνεργασίας περιεχόταν ο όρος: «Οι τιμές των προϊόντων μας καθορίζονται από τον εκάστοτε τιμοκατάλόγό μας, για την αλλαγή του οποίου θα σας κοινοποιούμε το νέο 15 ημέρες πριν την εφαρμογή του». Ειδικότερα, η Ε.Α. δέχθηκε ότι ο όρος «τιμές» αναφέρεται στις τιμές λιανικής των προϊόντων της εταιρείας ΟΛΥΜΠΟΣ Α.Ε., αφενός διότι είναι αντίστοιχος με τον όρο που περιεχόταν στη συμφωνία της τελευταίας με την ΚΑΡΦΟΥΡ, όπου διευκρινιζόταν ρητά ότι ο όρος «τιμές» αφορούσε τις τιμές λιανικής και αφετέρου επιβεβαιωνόταν στον ηλεκτρονικό μήνυμα του [] της ΟΛΥΜΠΟΣ Α.Ε. προς την προσφεύγουσα, στο οποίο αναφερόταν τα εξής: «...Με την παρούσα επιστολή σας ενημερώνω για το νέο τιμοκατάλογο της εταιρείας με ισχύ από 01-03-

2004. Ταυτόχρονα σας ενημερώνω για τις νέες τιμές λιανικής των προϊόντων με mark up ... Σας υπενθυμίζω ότι οι τιμές mark up ισχύουν πανελλαδικά εκτός της περιοχής της Θεσσαλίας ... Παρακαλώ για τις ενέργειές σας για την αλλαγή των τιμών λιανικής την 01-03-2004 ...» Περαιτέρω, η Ε.Α. συγκρίνοντας τους τιμοκαταλόγους που απέστειλε η ΟΛΥΜΠΟΣ Α.Ε. στις αλυσίδες των super markets, μεταξύ των οποίων και της προσφεύγουσας, και τις τιμές λιανικής που εφάρμοζαν τα super markets, σε ορισμένα ενδεικτικά προϊόντα, προέκυψε ότι τα τελευταία εφάρμοζαν είτε τις τιμές «χονδρικής» με mark up 8% είτε τις προτεινόμενες τιμές λιανικής, καθιστώντας, κατά τον τρόπο αυτό, τις τιμές του τιμοκαταλόγου ελάχιστες. Κατόπιν αυτών, με την 373/Υ/19-12-2007 απόφαση της Ολομέλειας της Ε.Α. έγινε δεκτό ότι για τα έτη 2004-2006 στοιχειοθετήθηκε συμφωνία καθορισμού ελάχιστων τιμών μεταπώλησης μεταξύ της ΟΛΥΜΠΟΣ Α.Ε. και της προσφεύγουσας κατά παράβαση του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 703/1977. Επίσης, με την ίδια απόφαση, αφού λήφθηκε υπόψη ότι η εταιρεία ΟΛΥΜΠΟΣ Α.Ε. κατέχει μερίδιο αγοράς άνω του []% στις περισσότερες από τις σχετικές υπο-αγορές γαλακτοκομικών προϊόντων, στις οποίες δραστηριοποιείται, ενώ ο ετήσιος κύκλος εργασιών της από την πώληση των εν λόγω προϊόντων υπερβαίνει τα [] ευρώ, υφίσταται αισθητός περιορισμός του εμπορίου μεταξύ των κρατών μελών και κατά συνέπεια παράβαση του άρθρου 81 παρ. 1 της ΣυνθΕΚ. Με βάση τις ανωτέρω διαπιστώσεις και αφού κρίθηκε ότι οι δεσμεύσεις που πρότείνε να αναλάβει η προσφεύγουσα δεν μπορούσαν να γίνουν αποδεκτές κυρίως επειδή επρόκειτο για υποθέσεις συμπράξεων, που στα πλαίσια του άρθρου 13 του Κανονισμού Λειτουργίας και Διαχείρισης αφορούν ιδιαίτερα σοβαρούς περιορισμούς του ανταγωνισμού (καθορισμό τιμών), με την προσβαλλόμενη απόφαση, καθ' ό μέρος αφορά την προσφεύγουσα, μεταξύ άλλων, επιβλήθηκε σε βάρος της πρόστιμο ύψους 68.367 ευρώ για συμμετοχή της σε κάθετη σύμπραξη καθορισμού ελάχιστων τιμών μεταπώλησης γαλακτοκομικών προϊόντων με την εταιρεία ΟΛΥΜΠΟΣ Α.Ε. για τα έτη 2004-2006, κατά παράβαση των διατάξεων των άρθρων 1 παρ. 1 του ν.703/1977 και 81 παρ. 1 της ΣυνθΕΚ.

4. Επειδή, κατά της ανωτέρω απόφασης η προσφεύγουσα εταιρεία άσκησε την υπό κρίση προσφυγή, με την οποία, όπως αναπτύχθηκε με το από 27.1.2009 υπόμνημα, ζήτησε την ακύρωσή της, προβάλλοντας, όσον αφορά το ένδικο πρόστιμο, ότι: α) η μη αποδοχή των προτεινόμενων δεσμεύσεων, με την αιτιολογία ότι πρόκειται για υπόθεση που αφορά ιδιαίτερους σοβαρούς περιορισμούς του ανταγωνισμού, παρόλο που σε αυτούς δεν εμπίπτουν οι κάθετες συμπράξεις, παραβιάζει τα άρθρα 9 παρ. 1β και 13 του Κανονισμού Λειτουργίας και Διαχείρισης και αντιβαίνει στην αρχή της αναλογικότητας, β) με την προσβαλλόμενη απόφαση αναιτιολόγητα καταλογίσθηκαν σε αυτήν για τα έτη 2005 και 2006 ενέργειες και πρωτοβουλίες της θυγατρικής της εταιρείας ΚΥΨΕΛΗ Α.Ε., η οποία αποτελεί διαφορετικό νομικό πρόσωπο, που διοικείται από άλλα πρόσωπα, όπως δέχθηκε η Ε.Α. για τις συμφωνίες με την ΜΕΒΓΑΛ Α.Ε., γ) η ίδια δεν υπέπεσε στην αποδιδόμενη παράβαση της συμμετοχής σε συμφωνία καθορισμού ελάχιστων τιμών μεταπώλησης καθόσον η Ε.Α. αυθαίρετα και μη νόμιμα εξέλαβε ότι ο επίμαχος όρος της συμφωνίας αναφερόταν αφενός σε τιμές «λιανικής» πώλησης και αφετέρου σε «ελάχιστες» τιμές, δεδομένου ότι αφενός μεν ο όρος τιμές επιδέχεται διττή ερμηνεία και επομένως, κατ' εφαρμογή του τεκμηρίου της αθωότητας, θα έπρεπε να δοθεί η ερμηνεία που είναι υπέρ της εμπλεκόμενης επιχείρησης, αφετέρου δε σε άλλον όρο της σύμβασης γίνεται αναφορά σε εκπτώσεις επί του τζίρου των τιμών του τιμοκαταλόγου, σε κάθε δε περίπτωση η ΟΛΥΜΠΟΣ Α.Ε. δεν απηύθυνε μία

πρόταση ή αξίωση για εφαρμογή ελάχιστων τιμών, ούτε εφάρμοσε μέτρα καταναγκασμού για να αποτρέψει την εφαρμογή χαμηλότερων τιμών και τέλος δεν αποδείχθηκε σιωπηρή αποδοχή εκ μέρους της προσφεύγουσας, η οποία είναι απαραίτητη για την κατάφαση της συμφωνίας, ούτε η προσφεύγουσα συνολολόγησε τη σύναψη συμφωνίας και την εφαρμογή των ελάχιστων τιμών λιανικής τιμής που φέρεται ότι της γνωστοποιούσε η ΟΛΥΜΠΟΣ Α.Ε., όπως προκύπτει από τις προσκομισθείσες 1583 αποδείξεις λιανικής πώλησης, οι οποίες δεν ελήφθησαν υπόψη από την Ε.Α., δ) στο μέτρο που της προσάπτεται συμφωνία καθορισμού ελάχιστου επιπέδου τιμών λιανικής τιμής ταυτιζόμενου με το επίπεδο χονδρικής τιμής του προμηθευτή, ο επίδικος όρος συνιστά συμμόρφωση με τη διάταξη του άρθρου 24 παρ. 1 του ν.2941/2001, σύμφωνα με την οποία απαγορεύεται η πώληση εμπορευμάτων σε τιμές κάτω του κόστους αγοράς όταν τίθεται υπό διακινδύνευση ορισμένη αγορά ή θίγονται κατά τρόπο ουσιώδη οι αρχές του ανταγωνισμού και τα συμφέροντα των καταναλωτών, για την παράβαση του οποίου η Ε.Α. σε άλλες περιπτώσεις εισηγούνταν την επιβολή προστίμου, ε) μη νόμιμα επιβλήθηκε σε βάρος της το ένδικο πρόστιμο διότι η ίδια δεν πήρε την πρωτοβουλία διάπραξης της παράβασης, ούτε ζήτησε τη σύναψη των προσαπτόμενων συμφωνιών, ενώ δεν διερευνήθηκε από την Ε.Α. η διαπραγματευτική και οικονομική ισχύς της ίδιας και στ) εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση η ένδικη παράβαση χαρακτηρίστηκε ως ιδιαίτερος σοβαρή, αφού πρόκειται για κάθετο περιορισμό, με περιορισμένο αντίκτυπο στην αγορά, ενώ εξάλλου η Ε.Α. δεν απέδειξε τον πραγματικό αντίκτυπο της συμφωνίας στις τιμές, σε συνδυασμό με το γεγονός ότι η διάρκεια της παράβασης δεν έβαινε πέραν του έτους 2004 και σε κάθε περίπτωση θα έπρεπε να ληφθεί υπόψη ως ελαφρυντικό στοιχείο το γεγονός ότι η εθνική νομοθεσία (άρθρο 24 του ν. 2941/2001) μπορεί να δημιουργήσει αμφιβολία ως προς τη συμβατότητα της παράβασης με τους κανόνες του ανταγωνισμού. Εξάλλου, η καθ'ης Ε.Α., με το ΓΠ927/20.1.2009 έγγραφο απόψεων και το από 26.1.2009 υπόμνημα ζήτησε την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής προβάλλοντας ότι: α) νομίμως δεν έγιναν αποδεκτές οι προταθείσες από την προσφεύγουσα δεσμεύσεις δεδομένου ότι επρόκειτο για υπόθεση σύμπραξης που αφορά σε ιδιαίτερους σοβαρούς περιορισμούς του ανταγωνισμού (καθορισμός τιμών), β) αλυσιτελώς η προσφεύγουσα επικαλείται το σκεπτικό της προσβαλλόμενης απόφασης αναφορικά με τις συμβάσεις που συνήψε η εταιρεία ΚΥΨΕΛΗ Α.Ε. με την εταιρεία ΜΕΒΓΑΛ Α.Ε., γ) πέραν του ότι για τη στοιχειοθέτηση της αντιανταγωνιστικής συμπεριφοράς παρέλκει η εξέταση του κατά πόσο η συμφωνία εφαρμόστηκε στην πράξη, στην προκείμενη περίπτωση από την 7951/6.12.2006 επιστολή του εμπορικού διευθυντή της προσφεύγουσας προέκυψε ότι ο από 23.1.2024 τιμοκατάλογος της ΟΛΥΜΠΟΣ Α.Ε. εφαρμόστηκε πλήρως από την πρώτη, δ) ο επίμαχος όρος που αναφέρεται στον τιμοκατάλογο της ΟΛΥΜΠΟΣ Α.Ε. δεν αντιστοιχεί στο κόστος αγοράς (τιμή κτήσης), το οποίο προκύπτει μετά την αφαίρεση των εκπτώσεων και επομένως αβασίμως η προσφεύγουσα επικαλείται νόμιμη συμμόρφωση στο άρθρο 24 του ν. 2941/2001 και ε) το ύψος του επιβληθέντος προστίμου, το οποίο προσδιορίστηκε αφού λήφθηκε υπόψη η σχετικά περιορισμένη διάρκεια της παράβασης και η ιδιαίτερη σοβαρότητα αυτής, συνάδει με τους στόχους της κυρωτικότητας και της αποτρεπτικότητας των αντιανταγωνιστικών παραβάσεων, που αποτελούν ουσιώδη στοιχεία της πολιτικής ανταγωνισμού. Επί της κρινόμενης προσφυγής εκδόθηκε η 604/2009 απόφαση του Δικαστηρίου τούτου, με την οποία, αφού έγινε δεκτό ότι η προσφεύγουσα υπέπεσε στην παράβαση της σύναψης συμφωνίας καθορισμού ελάχιστων τιμών μεταπωλήσεως

γαλακτοκομικών προϊόντων με την ΟΛΥΜΠΟΣ Α.Ε. μόνο για το έτος 2004 και περαιτέρω ότι με την προσβαλλόμενη απόφαση δεν διαπιστώθηκε ότι η προσφεύγουσα βρισκόταν σε θέση τουλάχιστον ισοδύναμης οικονομικής ισχύος με την προμηθεύτρια εταιρεία ΟΛΥΜΠΟΣ Α.Ε. - όπως διαπιστώθηκε για τις αλυσίδες super markets ΚΑΡΦΟΥΡ, ΒΑΣΙΛΟΠΟΥΛΟΣ, ΣΚΛΑΒΕΝΙΤΗΣ και ΒΕΡΟΠΟΥΛΟΙ-, κρίθηκε ότι η επιβολή του ενδίκου προστίμου ύψους 68.367 ευρώ, όπως και του προστίμου των 15.000 ευρώ για τη μη γνωστοποίηση των σχετικών συμβάσεων που συνήφθησαν μετά την 2.8.2005, δεν ήταν νόμιμη και ακυρώθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που επιβλήθηκαν σε βάρος της προσφεύγουσας τα πρόστιμα αυτά.

5. Επειδή, στη συνέχεια, στις 7.7.2009, κατά της ανωτέρω απόφασης ασκήθηκε από την Ε.Α. αίτηση αναίρεσης ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, το οποίο, αφού παρέθεσε τις διατάξεις των άρθρων 1 και 9 του ν. 703/1977, 81 της ΣυνθΕΚ και 23 του Κανονισμού 1/2003 του Συμβουλίου της 16ης Δεκεμβρίου 2002, με την 2872/2020 απόφασή του δέχθηκε ότι «η οικονομική ισοδυναμία των επιχειρήσεων που μετέχουν σε μία απαγορευμένη σύμπραξη δεν αποτελεί κατά νόμο προϋπόθεση ούτε για τη στοιχειοθέτηση παραβίασης των άρθρων 1 ν. 703/1977 και 81 ΣΛΕΕ ούτε για την επιβολή κυρώσεων. Συνεπώς για την εφαρμογή των άρθρων αυτών είναι αδιάφορο αν τα μέρη μιας σύμπραξης βρίσκονται ή όχι σε σχέση ισότητας μεταξύ τους, όσον αφορά τη θέση τους και τη λειτουργία τους στην οικονομία. (βλ. απόφαση του ΔΕΚ της 13.7.1966, στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις Consten και Grundig κατά Επιτροπής (C-56/64 και 58/64), Συλλογή 1965-1968, σ. 370, απόφαση του ΠΕΚ της 20.3.2002 στην υπόθεση HFB Holding κ.λπ. κατά Επιτροπής (T-9/99), σκ. 224-226), ή αν μια επιχείρηση έχει διαδραματίσει ή σσονα ρόλο σε όσες πτυχές της σύμπραξης έχει μετάσχει (βλ. απόφαση του ΔΕΚ της 7ης Ιανουαρίου 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, σκέψη 86, απόφαση του ΔΕΚ της 8.7.1999 στην υπόθεση Επιτροπή κατά Anic Partecipazioni SpA (C-49/92 P), σκ. 90 κ.ά.). Οι παράμετροι αυτές αξιολογούνται κατά την επιλογή και εξατομίκευση των κυρώσεων• τόσο το μέγεθος και η οικονομική ισχύς της επιχείρησης, όπως αυτά εκφράζονται μέσω και του συνολικού κύκλου εργασιών της (βλ. ΣτΕ 2365, 2007/2013 7μ., 1881/2014), όσο και ο ρόλος της επιχείρησης στην απαγορευμένη σύμπραξη (βλ. προπαρατεθείσες αποφάσεις Aalborg Portland κ.λπ. σκ. 86, Anic Partecipazioni SpA σκ. 90) λαμβάνονται υπόψη για την εκτίμηση της σοβαρότητας της παράβασης και, συνακόλουθα, για το ύψος του προστίμου, το οποίο είναι κατ' αρχήν υποχρεωμένη να επιβάλει η Επιτροπή Ανταγωνισμού». Κατόπιν των ανωτέρω, το Συμβούλιο της Επικρατείας, με την ανωτέρω απόφαση, έκρινε ότι το Διοικητικό Εφετείο έσφαλε, υπολαμβάνοντας ότι, οσάκις ένας εκ των συμβαλλομένων σε αντιανταγωνιστική συμφωνία είναι οικονομικά ασθενέστερος του άλλου και δεν είχε την πρωτοβουλία για τη σύναψη αυτής, απαλλάσσεται από την επιβολή προστίμου (κατ' επίκληση και των 2001/711/ΕΚ και 2002/758/ΕΚ αποφάσεων της Ευρωπαϊκής Επιτροπής Ανταγωνισμού) και κρίνοντας περαιτέρω ότι όφειλε, ως εκ τούτου η Επιτροπή να εξετάσει την οικονομική ισοδυναμία των δύο αντισυμβαλλομένων προτού επιβάλει το πρόστιμο. Για τον λόγο αυτό, το Συμβούλιο της Επικρατείας αναίρεσε την 604/2009 απόφαση του Δικαστηρίου τούτου κατά το μέρος που ακύρωσε το πρόστιμο των 68.367 ευρώ με την ανωτέρω αιτιολογία και παρέπεμψε την υπόθεση, η οποία χρήζει διευκρινίσεως κατά το πραγματικό, κατά το αναιρούμενο μέρος, στο παρόν Δικαστήριο για νέα νόμιμη κρίση.

6. Επειδή, με τις προπαρατεθείσες στη 2η σκέψη διατάξεις των άρθρων 9 παρ. 1 περ. α' και β' του ν. 703/1977 και 13 του Κανονισμού Λειτουργίας της Ε.Α. παρέχεται η ευχέρεια στην Ε.Α. να τερματίσει την διερεύνηση παραβάσεων με φιλικό διακανονισμό, χωρίς έκδοση αποφάσεως επί της ουσίας. Η απόφαση που δέχεται τις δεσμεύσεις έχει έννομες συνέπειες και έναντι τρίτων (των οποίων είτε περιορίζει δικαιώματα, είτε προστατεύει ανεπαρκώς έννομα συμφέροντα) και, επομένως, είναι πράξη εκτελεστή και ελέγχεται δικαστικά (πρβλ αποφάσεις ΔΕΕ της 29.6.2010, C-441/07, Επιτροπή ΕΕ κατά Alrosa Company Ltd, ήδη δε και της 9.12.2020, C-132/19 P, Groupe Canal + SA). Αντιθέτως, η απόρριψη των δεσμεύσεων έχει ως μόνη συνέπεια την συνέχιση της διαδικασίας, χωρίς να προδικάζει την έκβασή της και, ως εκ τούτου, δεν έχει ούτε εκτελεστό, ούτε, καθ' εαυτήν, βλαπτικό χαρακτήρα (πρβλ Consiglio Di Stato απόφαση Ν° 743 της 24.2.2016, Mastercard). Η ευχέρεια όμως αυτή της ΕΑ ούτε έννομη προσδοκία των ενεχομένων επιχειρήσεων γεννά, γιατί δεν νοείται δικαίωμα ή έννομη προσδοκία φιλικού διακανονισμού, ούτε ουσιώδη τύπο της διαδικασίας διερεύνησης και κολασμού των παραβάσεων του δικαίου του ανταγωνισμού συνιστά, αφού αντικείμενό της δεν είναι η διερεύνηση της παράβασης, αλλά αποβλέπει μόνο να διασκεδάσει τις ανησυχίες της Ε.Α. και δη ήδη σε πρώιμο στάδιο διερεύνησης, ώστε να απελευθερώσει το ανθρώπινο δυναμικό της, προκειμένου αυτό να αφιερωθεί χωρίς περιττούς περισπασμούς στην εξέταση άλλων, πιο σοβαρών, υποθέσεων. Ενόψει τούτων η σκοπιμότητα της αποδοχής ή μη δεσμεύσεων δεν αποτελεί περιεχόμενο της τελικής, εκτελεστής, πράξης της Ε.Α., η οποία πλέον μόνο τις δικές της, πραγματικές ή νομικές, πλημμέλειες ελέγχεται από τα δικαστήρια της ουσίας. Επομένως, εφόσον κατά τα ανωτέρω, η για οποιαδήποτε λόγο απόρριψη των δεσμεύσεων δεν ελέγχεται δικαστικά ούτε ευθέως (γιατί δεν είναι εκτελεστή πράξη), αλλά ούτε και παρεμπιπτόντως, γιατί δεν συνιστά ούτε νομική ούτε πραγματική πλημμέλεια της ουσιαστικής κρίσης της Ε.Α., που διαπιστώνει παράβαση και επιβάλλει κυρώσεις (ΣτΕ 107/2022), είναι απορριπτέος ως αβάσιμος ο λόγος της προσφυγής με τον οποίο πλήττεται η νομιμότητα της απόρριψης από την Ε.Α. των προτεινόμενων από την προσφεύγουσα δεσμεύσεων.

7. Επειδή, περαιτέρω η αντίθετη προς τους κανόνες του ανταγωνισμού συμπεριφορά μιας επιχειρήσεως μπορεί να καταλογιστεί σε άλλη όταν η πρώτη δεν έχει καθορίσει αυτοτελώς τη συμπεριφορά της στην αγορά, αλλά έχει ακολουθήσει ουσιαστικά τις οδηγίες της δεύτερης, λαμβανομένων υπόψη ιδίως των οικονομικών, οργανωτικών και νομικών δεσμών που τις συνδέουν [Αποφ. ΔΕΕ (ΟΛ) της 6ης Οκτωβρίου 2021, C-882/2019, Αποφ. ΔΕΚ της 28ης Ιουνίου 2005, C-189/2002 P, C- 202/2002 P, C-205/2002 P, C-208/2002 P και C-213/2002 P, υπόθεση Dansk Rozindustri κ.λ.π. κατά Επιτροπής, Συλλογή 2005, σ. I-5425 σκ. 117 και της 16ης Νοεμβρίου 2000, C-294/1998 P, υπόθεση Metsa-Serla Oyj κ.λ.π. κατά Επιτροπής, Συλλογή 2000, σ. I-10065, σκ. 27). Εναπόκειται δε, καταρχήν, στην Επιτροπή να αποδείξει μια τέτοια αποφασιστική επιρροή βάσει ενός συνόλου πραγματικών στοιχείων, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται, ειδικότερα, η ενδεχόμενη εξουσία διευθύνσεως μιας των εν λόγω επιχειρήσεων από την άλλη (Πρωτ. Ευρ. Κοινот. Υποθ. T-314/01, Avebe κατά Επιτροπής, Συλλογή 2006 σελ. II-3085 σκ. 136, T-9/99, HFB κ.λ.π. κατά Επιτροπής, Συλλογή 2002 σ. II-1487 σκ. 527, ΔΕΚ C-196/99P υποθ. Aristrain κατά Επιτροπής, Συλλογή 2003 σ. I-11005, σκ. 95-99). Στην προκείμενη περίπτωση, όπως προκύπτει από τα σχετικά έγγραφα και τις καταθέσεις

στην 1075/18.5.2007 συνεδρίαση της Ε.Α. του [] της εταιρείας ΟΛΥΜΠΟΣ Α.Ε. και του [] της προσφεύγουσας, η τελευταία συνήψε με την γαλακτοβιομηχανία ΟΛΥΜΠΟΣ Α.Ε. σχετική συμφωνία μόνο για το έτος 2004, ενώ τις επικαλούμενες συμφωνίες των ετών 2005 (9.2.2005) και 2006 (22.11.2005) δεν τις συνήψε αυτή (προσφεύγουσα) αλλά η θυγατρική της εταιρεία «ΚΥΨΕΛΗ Α.Ε.», η οποία διοικείται από διαφορετικό Διοικητικό Συμβούλιο και, όπως υποστήριξε η προσφεύγουσα με το 492/29.5.2007 συμπληρωματικό της υπόμνημα προς την Ε.Α., καθορίζει αυτοτελώς και αυτόνομα την πολιτική και την συμπεριφορά της στην αγορά. Δεδομένου δε, περαιτέρω, ότι, όπως ρητά συνομολογείται στην προσβαλλόμενη απόφαση (σελ. 45-46) της Επιτροπής Ανταγωνισμού, που φέρει το σχετικό βάρος αποδείξεως, στην εξεταζόμενη υπόθεση δεν διερευνήθηκε ούτε αποδείχθηκε εάν η προσφεύγουσα ασκεί πραγματική διοίκηση ή αποφασιστική επιρροή επί της εταιρείας ΚΥΨΕΛΗ Α.Ε., το Δικαστήριο, κατά παραδοχή του σχετικού λόγου της προσφυγής, κρίνει ότι δεν στοιχειοθετείται η προσαπτόμενη σ' αυτήν παράβαση της συμμετοχής της σε κάθετη σύμπραξη καθορισμού ελάχιστων τιμών μεταπώλησης γαλακτοκομικών προϊόντων με την εταιρεία ΟΛΥΜΠΟΣ Α.Ε. για τα έτη 2005 και 2006, όπως άλλωστε και για την ταυτότητα του λόγου, αποφάνθηκε η Ε.Α. επί των αντίστοιχων συμβάσεων, που η εταιρεία ΚΥΨΕΛΗ Α.Ε. είχε συνάψει κατά τα έτη 2005 και 2006 με τη γαλακτοβιομηχανία ΜΕΒΓΑΛ Α.Ε..

8. Επειδή, η έννοια της συμφωνίας στο δίκαιο του ανταγωνισμού (άρθρο 1 παρ. 1 του Ν. 703/1977 και 81 παρ. 1 Συνθ. ΕΚ) είναι ευρύτερη της συμβάσεως και περιλαμβάνει κάθε γενικά έκφραση της κοινής βουλήσεως των ενδιαφερομένων επιχειρήσεων να συμπεριφερθούν στην αγορά κατά καθορισμένο τρόπο ανεξάρτητα από το γραπτό ή προφορικό χαρακτήρα της, το δεσμευτικό ή μη της λειτουργίας της και την πρόβλεψη ή μη τυπικών διαδικασιών, κυρώσεων ή μέτρων εφαρμογής (Αποφ. ΔΕΚ της 15-7-1970, C-41/69 υπόθ. *Chemiefarma v. Commission*, Συλλ. Νομολ. 1970, σελ. 661 σκ. 112, της 29-10-1980, C-209/78, υποθ. *Van Landewyck κατά Επιτροπής*, Συλλ. Νομολ. 1980 σκ. 85-86, ΠΕΚ T-41/96 *Bayer v. Commission*, Συλλ. Νομολ. 2000 σελ. II-3383 σκ. 67-69, T-208/01 *Volkswagen v. Commission*, Συλλ. Νομολ. 2003 σελ. II-5141 σκ. 30-32, T-1/89 *Rhone-Poulenc κατά Επιτροπής*, Συλλ. Νομολ. 1991 σελ. II-867 σκ. 43-44). Ακόμη και οι λεγόμενες συμφωνίες κυρίων (*gentlemen's agreements*) θεωρείται ότι εκφράζουν πιστά την κοινή βούληση των μερών της συμπράξεως ως προς τη συμπεριφορά τους εντός της σκοπούμενης σχετικής αγοράς (ΠΕΚ T-141/89 *Tzefileuorpe κατά Επιτροπής*, Συλλ. Νομολ. 1995, σελ II-791 σκ. 95-96, T-9/99, *HFB κ.α. κατά Επιτροπής*, Συλλ. Νομολ. 2000 σελ. II-1487 σκ. 200). Επίσης, η ύπαρξη συμφωνίας μπορεί να προκύπτει άμεσα ή έμμεσα από τη συμπεριφορά των μερών. Μία επιχείρηση, η οποία εγκρίνει σιωπηρά μία παράνομη πρωτοβουλία χωρίς να αποστασιοποιηθεί δημοσίως από το περιεχόμενο της ή να την καταγγείλει στις διοικητικές αρχές, έχει ως αποτέλεσμα να ενθαρρύνει τη συνέχιση της παραβάσεως και δυσχεραίνει την αποκάλυψη της. Η συνέργεια αυτή συνιστά παθητική συμμετοχή στην παράβαση και, επομένως, είναι ικανή να επισύρει την ευθύνη της επιχειρήσεως στο πλαίσιο ενιαίας συμφωνίας (ΔΕΚ C-204/00 παρ. 80-87 και 328, ΠΕΚ T-303/02 παρ. 101-103, 124). Επί στοιχειοθετικού, περαιτέρω, επιπέδου τόσο, δηλαδή, σε ό,τι αφορά στην κατάγνωση της εκάστοτε ανταγωνιστικής συμπεριφοράς όσο και στην κρίση περί της σοβαρότητάς της, παρέλκει η εξέταση περί της εφαρμογής ή μη της συμφωνίας στην πράξη καθώς και περί της επελεύσεως ή μη του αντανταγωνιστικού αποτελέσματος, δεδομένου ότι οι προϋποθέσεις

αντίθετου στον ανταγωνισμό περιεχομένου ή αποτελέσματος μιας συμφωνίας λαμβάνονται υπόψη εναλλακτικώς και όχι σωρευτικώς για την απόδειξη ή μη της παραβάσεως του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 703/1977 (ΔΕΚ C-246/86 Belasso κ.λ.π. κατά Επιτροπής σκ. 15-16, C-167/04, JCB Service κατά Επιτροπής σκ. 151-157, C-89/85 Ahlstrom κατά Επιτροπής σκ. 175, C-306/96 Javico κατά Yves Saint Laurent σκ. 14-15, C-86/82 Hasselbland κατά Επιτροπής σκ. 45-46, ΔΕΑ 1140/2003, 3730/2004, 3694/2008). Οι αποφάσεις, τέλος, ενός παραγωγού, που συνιστούν μονομερή συμπεριφορά της επιχειρήσεώς του, χωρίς τη ρητή ή σιωπηρή συμμετοχή άλλης επιχειρήσεως, δεν εμπίπτουν, καταρχήν, στις απαγορεύσεις των άρθρων 1 του ν. 703/1977 και 81 ΣυνθΕΚ. Στις περιπτώσεις, εντούτοις, πρακτικών και μέτρων περιοριστικών του ανταγωνισμού, τα οποία, λαμβανόμενα κατά τα φαινόμενα μονομερώς από τον παραγωγό στα πλαίσια των συμβατικών του σχέσεων με τους μεταπωλητές του, τυγχάνουν τουλάχιστον της σιωπηρής αποδοχής αυτών, πρέπει να θεωρείται ότι πρόκειται για συμφωνίες που εμπίπτουν στο απαγορευτικό πεδίο των ως άνω διατάξεων. Επομένως, μία πρωτοβουλία του παραγωγού εντάσσεται στην προϋφιστάμενη γενική συμφωνία των μερών, δηλαδή καθίσταται αναπόσπαστο τμήμα της σχετικής συμβάσεως, εφόσον το μέτρο αυτό γίνεται ρητώς ή σιωπηρώς αποδεκτό από τους μεταπωλητές (ΔΕΚ C-2,3/1 σκ. 23-27, ΠΕΚ T-208/01 σκ. 58) δια της συμμορφώσεώς του σε αυτό και της θέσεώς του σε άμεση εφαρμογή (ΔΕΚ C-368/00 σκ. 80, 87, 91, 97-98, C-74/04 σκ. 46, C-161/84 Pronuptia de Paris v. Pronuptia de Schillgallis σκ. 25, 27, ΠΕΚ T- 208/01 σκ. 38, 47, 48, 51, 53, 54, T-338/00 σκ. 58).

9. Επειδή, στην από 6.2.2004 συμφωνία συνεργασίας που απέστειλε η γαλακτοβιομηχανία ΟΛΥΜΠΟΣ Α.Ε. στην προσφεύγουσα, η οποία τη συνυπέγραψε, διαλαμβάνονται τα εξής: «Μετά τη συνάντησή μας στην έδρα της εταιρείας σας και σε επιβεβαίωση όλων όσων συμφωνήθηκαν μεταξύ μας, σας αποστέλλω και εγγράφως τους όρους και τις διαδικασίες της συνεργασίας μας για το έτος 2004. Οι τιμές των προϊόντων καθορίζονται από τον εκάστοτε τιμοκατάλογό μας, για την αλλαγή του οποίου θα σας κοινοποιούμε το νέο τιμοκατάλογο 15 ημέρες πριν την εφαρμογή του. Α. ΠΑΡΟΧΕΣ: 1. Έκπτωση []% επί τζίρου για όλους του κωδικούς γάλακτος και ξυνόγαλα, επί των τιμών του τιμοκαταλόγου μας με Τ.Π.Υ. ανά μήνα...». Επίσης, στο από 23.1.2004 ηλεκτρονικό μήνυμα του [] της εταιρείας ΟΛΥΜΠΟΣ Α.Ε., προς την προσφεύγουσα με θέμα «Νέος Τιμοκατάλογος» αναφέρονται, ανάμεσα στα άλλα και τα ακόλουθα: «Με την παρούσα επιστολή σας ενημερώνω για τις νέες τιμές λιανικής των προϊόντων με mark-up...Σας υπενθυμίζω ότι οι τιμές mark-up ισχύουν πανελλαδικά εκτός της περιοχής Θεσσαλίας...Παρακαλώ για τις ενέργειες σας για την αλλαγή των τιμών λιανικής την 1-3-2004...». Όπως δε προκύπτει από τον επισυναπτόμενο στην 8218/15.12.2006 εισήγηση της Γ.Δ.Α. πίνακα 3, ο ως άνω τιμοκατάλογος της εταιρείας ΟΛΥΜΠΟΣ Α.Ε. εφαρμόστηκε πλήρως από την προσφεύγουσα, σύμφωνα με τα στοιχεία τιμών που απέστειλε στη Γ.Δ.Α. με την 7951/6.12.2006 επιστολή ο []. Συγκεκριμένα οι τιμές, χωρίς τον ΦΠΑ, που αναφέρονται στον από 23.1.2004 τιμοκατάλογο της ΟΛΥΜΠΟΣ Α.Ε., ο οποίος απεστάλη στην προσφεύγουσα, για τα προϊόντα α) επιλεγμένο γάλα φρέσκο πλήρες φιάλη 2L, β) επιλεγμένο γάλα φρέσκο πλήρες φιάλη 1L, γ) επιλεγμένο γάλα φρέσκο πλήρες φιάλη 0,5L και δ) chococoool φιάλη 1/2L είναι [] και [] ευρώ αντίστοιχα μετά την προσθήκη του περιθωρίου κέρδους (mark-up), ύψους []% σύμφωνα με την κατάθεση ενώπιον της Επιτροπής του μάρτυρα της εταιρείας ΟΛΥΜΠΟΣ Α.Ε. [], συμπίπτοντας απόλυτα με τις τιμές λιανικής που απέστειλε η

προσφεύγουσα στη Γ.Δ.Α.. Με βάση τα στοιχεία αυτά και σύμφωνα με όσα αναπτύχθηκαν στην προηγούμενη σκέψη, το Δικαστήριο, κρίνει ότι, όπως ορθά δέχθηκε και η Ε.Α., στοιχειοθετείται αφενός μεν συμφωνία καθορισμού ελαχίστων τιμών μεταπωλήσεως γαλακτοκομικών προϊόντων μεταξύ της εταιρείας ΟΛΥΜΠΟΣ Α.Ε. και της προσφεύγουσας αντίθετη στο άρθρο 1 παρ. 1 του ν. 703/1977 αφετέρου δε εφαρμογή στην πράξη της συμφωνίας αυτής από την προσφεύγουσα. Ο αντίθετος, επομένως, λόγος της προσφυγής, σύμφωνα με τον οποίο η παράβαση δεν αποδείχθηκε, γιατί δεν υπήρχε συμφωνία υποχρεωτικού καθορισμού τιμών λιανικής αλλά μονομερής συμπεριφορά της προμηθεύτριας αναφερόμενη σε τιμές χονδρικής, πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Επικαλούμενη, περαιτέρω, η προσφεύγουσα απλά φωτοαντίγραφα 1211 αποδείξεων λιανικής πώλησεως γάλακτος, τις οποίες φέρεται να έχει εκδώσει το έτος 2004 και τις οποίες είχε προσκομίσει στη Γ.Δ.Α. με το 158/16.2.2000 υπόμνημά της, υποστηρίζει ότι δεν αποδείχθηκε αποδοχή εκ μέρους της των τιμών, που κατά τα προεκτεθέντα, της πρότεινε η εταιρεία ΟΛΥΜΠΟΣ Α.Ε. , καθόσον από τις αποδείξεις αυτές προκύπτει ότι εφαρμόζε τιμές λιανικής χαμηλότερες αυτών που προαναφέρθηκαν. Ανεξαρτήτως, όμως, του γεγονότος ότι τα προσκομιζόμενα φωτοαντίγραφα των αποδείξεων είναι ανεπικύρωτα και αφορούν σε τιμές ενός μόνο προϊόντος (επιλεγμένο γάλα 1L), ο λόγος αυτός προβάλλεται αλυσιτελώς, αφού, όπως προαναφέρθηκε, για τη στοιχειοθέτηση της επίδικης παραβάσεως δεν είναι απαραίτητη η εφαρμογή στην πράξη της απαγορευμένης συμφωνίας.

10. Επειδή, εξάλλου, το άρθρο 24 του ν. 2941/2001 (Α' 201), όπως ίσχυε κατά την κρίσιμη περίοδο, προτού τροποποιηθεί με το άρθρο 15 του ν. 3377/2005 (Α' 202), ορίζει ότι: «1. Απαγορεύεται η λιανική πώληση εμπορευμάτων σε τιμές κάτω του κόστους αγοράς, όταν αυτή θέτει υπό διακινδύνευση ορισμένη αγορά ή θίγει κατά τρόπο ουσιώδη τις αρχές του ανταγωνισμού και τα συμφέροντα των καταναλωτών. Ως κόστος αγοράς θεωρείται η τιμή μονάδος του προϊόντος, που αναγράφεται στο τιμολόγιο του προμηθευτή, αφαιρουμένων των εκπτώσεων που αναφέρονται σε αυτό, συνυπολογιζομένων του ΦΠΑ και των λοιπών δασμών και φόρων, όπου υπάρχουν καθώς και των μεταφορικών, εφόσον δεν εμπεριέχονται στην τιμολογιακή τιμή. 2. ... 4. ... Σε περίπτωση παράβασης των διατάξεων του άρθρου αυτού, επιβάλλεται στον παραβάτη, με απόφαση του Υπουργού Ανάπτυξης, κατόπιν εισήγησης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, πρόστιμο, το ποσό του οποίου δεν μπορεί να είναι ανώτερο από ποσοστό 0,5% επί των ακαθαρίστων ετήσιων εσόδων του προηγούμενου έτους...». Όπως δε έχει νομολογηθεί, τα άρθρα 81 και 82 ΣυνθΕΚ αφορούν μόνον ενέργειες θίγουσες τον ανταγωνισμό, στις οποίες προβαίνουν οι επιχειρήσεις εξ ίδιας πρωτοβουλίας. Αν η θίγουσα τον ανταγωνισμό συμπεριφορά επιβάλλεται στις επιχειρήσεις από την εθνική νομοθεσία ή αν η τελευταία διαμορφώνει ένα νομικό πλαίσιο το οποίο από μόνο του αποκλείει κάθε δυνατότητα ανταγωνιστικής συμπεριφοράς των επιχειρήσεων, τα ως άνω άρθρα δεν έχουν εφαρμογή. Στην περίπτωση αυτή ο περιορισμός του ανταγωνισμού δεν οφείλεται, όπως συνεπάγονται οι διατάξεις αυτές, σε αυτόβουλη συμπεριφορά των επιχειρήσεων. Αντιθέτως, τα άρθρα 81 και 82 ΣυνθΕΚ μπορούν να εφαρμοστούν αν προκύπτει ότι η εθνική νομοθεσία αφήνει τη δυνατότητα ανταγωνισμού, ο οποίος ενδέχεται να εμποδίζεται, να περιορίζεται ή να νοθεύεται από αυτόβουλη συμπεριφορά των επιχειρήσεων (ΔΕΚ απόφ. της 11ης Νοεμβρίου 1997, C-359/95 P και C-379/95 P, Επιτροπή και Γαλλία κατά Ladbrooke Pacing Συλλ. 1997 σ. I-6265 σκ. 33,34, αποφ. της 9ης Σεπτεμβρίου 2003 C-198/01, Consozzio

Industrie Fiammiferi (CIF) και Autorita Garante della Concozzenza e del Mercato, Συλλ. 2003, σελ. I-8055, σκ. 40). Επομένως, ο λόγος της προσφυγής ότι, και υπό την εκδοχή υπάρξεως της προσαπτόμενης συμφωνίας καθορισμού ελάχιστου επιπέδου τιμών λιανικής ταυτιζόμενου με το επίπεδο των τιμών χονδρικής πωλήσεως της προμηθεύτριας εταιρείας ΟΛΥΜΠΟΣ Α.Ε., ο επίμαχος όρος συνιστά συμμόρφωση της προσφεύγουσας προς τη διάταξη του άρθρου 24 παρ. 1 του ν. 2941/2001, η οποία απαγόρευε γενικώς τη διάθεση προϊόντων σε τιμή μικρότερη του κόστους αγοράς, δηλαδή του τιμολογιακού κόστους και, επομένως, δεν μπορούν να εφαρμοστούν στη συμφωνία αυτή, κατά τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, το άρθρο 81 ΣυνθΕΚ και το ταυτόσημο άρθρο 1 του ν. 703/1977, είναι απορριπτέος ως ερειδόμενος σε εσφαλμένες προϋποθέσεις. Και τούτο διότι ο ν. 2941/2001 δεν απαγόρευε γενικώς τις πωλήσεις κάτω του κόστους αλλά μόνο αυτές που έθεταν σε κίνδυνο την αγορά και έθιγαν κατά τρόπο ουσιώδη τις αρχές του ανταγωνισμού και τα συμφέροντα των καταναλωτών, ενώ οι τιμές λιανικής δεν ταυτίζονται αλλά απλώς καθορίζονται με βάση τις τιμές χονδρικής με την προσθήκη του ποσοστού κέρδους το δε κόστος αγοράς, το οποίο διαμορφώνεται μετά την αφαίρεση των χορηγούμενων εκπτώσεων, δεν συμπίπτει με το τιμολογιακό κόστος.

11. Επειδή, οι κάθετες συμπράξεις με ρήτρες επιβολής ελάχιστων ή πάγιων τιμών μεταπωλήσεως, αποτελούν ιδιαίτερα σοβαρούς περιορισμούς του ανταγωνισμού και πρέπει να θεωρηθούν *per se* απαγορευμένες, αφενός μεν διότι περιορίζουν την επιχειρηματική ελευθερία των διανομέων-μεταπωλητών και καθιστούν ευχερέστερη, λόγω της δημιουργούμενης διαφάνειας τιμών, την οριζόντια αθέμιτη συνεργασία μεταξύ τους αφετέρου δε διότι είναι σε βάρος των καταναλωτών. Γι' αυτό, άλλωστε, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατατάσσει στη «μαύρη λίστα» τις συμφωνίες καθορισμού των τιμών μεταπωλήσεως (Ανακοίνωση Com (1998), 544 τελικό, 30-9-1998 σελ. 17 και 18), γεγονός που σημαίνει ότι το άρθρο 81 παρ. 1 ΣυνθΕΚ και το ταυτόσημο άρθρο 1 του ν. 703/1977 εφαρμόζονται στις συμφωνίες αυτές, έστω και αν είναι ήσσονος σημασίας (Γ. Καρύδης «Ευρωπαϊκό Δίκαιο Επιχειρήσεων και Ανταγωνισμού» εκδ. 2004 σελ. 159-161). Κατόπιν των ανωτέρω, το Δικαστήριο λαμβάνοντας υπόψη ότι, σύμφωνα με όσα έγιναν ανωτέρω δεκτά, η προσφεύγουσα υπέπεσε στην παράβαση της συμμετοχής σε κάθετη σύμπραξη καθορισμού ελάχιστων τιμών μεταπώλησης γαλακτοκομικών προϊόντων με την εταιρεία ΟΛΥΜΠΟΣ Α.Ε., εφαρμόζοντας τη σχετική συμφωνία στην πράξη μόνο κατά το έτος 2004, ότι η προσφεύγουσα συνεργάσθηκε με την Ε.Α. καθώς και ότι, όπως προκύπτει από την προσβαλλόμενη απόφαση και δεν αμφισβητείται από την προσφεύγουσα, η τελευταία, βάσει του ισολογισμού χρήσης 2003, κατέλαβε την 4η θέση μεταξύ των 15 μεγαλύτερων εταιριών του κλάδου *super market*-πολυκαταστήματα βάσει συνόλου ενεργητικού, σύμφωνα δε με τα στοιχεία μεριδίων εταιριών *super market* και *cash&carry* στη συνολική εγχώρια αγορά για το 2004 κατείχε μερίδιο αγοράς ίσο με []%, καταλαμβάνοντας την 5η θέση, ενώ τα μερίδια αγοράς της ΟΛΥΜΠΟΣ Α.Ε. κυμαίνονται σε όλες τις υπο-αγορές γαλακτοκομικών προϊόντων περίπου στο []% και τέλος ότι, όπως προκύπτει από το υπ' αριθμ. πρωτ. 6846/20.11.2007 έγγραφο της προσφεύγουσας, το οποίο προσκομίστηκε από την καθ' ης Ε.Α., σε εκτέλεση της 4288/2022 προδικαστικής απόφασης του Δικαστηρίου τούτου, τα ακαθάριστα έσοδά της από την πώληση των προϊόντων φρέσκου γάλακτος και γιαουρτιού (όλων των κατηγοριών) για το 2004 ανήλθαν στο συνολικό ποσό των [] ευρώ ([] ευρώ + [] ευρώ, αντίστοιχα), κρίνει ότι

το ένδικο πρόστιμο θα πρέπει να περιοριστεί σε 7.435 ευρώ, ήτοι σε ποσοστό []% επί των ως άνω ακαθαρίστων εσόδων της εταιρείας.

12. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, να τροποποιηθεί η προσβαλλόμενη πράξη, να διαταχθεί η κατάπτωση μέρους του καταβληθέντος παραβόλου ύψους 100 ευρώ και η απόδοση του υπολοίπου, ύψους 650 ευρώ, στην προσφεύγουσα, κατ' άρθρο 277 παρ. 9 του Κ.Δ.Δ. και τέλος να συμψηφιστούν τα δικαστικά έξοδα μεταξύ των διαδίκων κατ' άρθρο 275 παρ. 1 του ίδιου Κώδικα.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ
Δέχεται εν μέρει την προσφυγή.

Τροποποιεί την 373/Υ/2007 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, κατά το κεφάλαιό της που αφορά την προσφεύγουσα.

Περιορίζει το επιβληθέν στην προσφεύγουσα πρόστιμο για τη συμμετοχή της σε κάθετη σύμπραξη με τη γαλακτοβιομηχανία ΟΛΥΜΠΟΣ σε επτά χιλιάδες τετρακόσια τριάντα πέντε (7.435) ευρώ.

Διατάσσει την κατάπτωση υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου μέρους του καταβληθέντος παραβόλου, ύψους εκατό (100) ευρώ και την απόδοση του υπολοίπου, ύψους εξακοσίων πενήντα (650) ευρώ στην προσφεύγουσα.

Συμψηφίζει τη δικαστική δαπάνη μεταξύ των διαδίκων.

Η διάσκεψη του Δικαστηρίου έγινε στην Αθήνα στις 12 Μαρτίου 2024 και η απόφαση δημοσιεύθηκε σε έκτακτη δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριο του Δικαστηρίου, στις 25 Απριλίου 2024.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ

ΔΗΜΗΤΡΑ ΚΟΥΦΟΖΑΦΕΙΡΗ ΚΑΛΛΙΟΠΗ ΤΡΙΑΝΤΑΦΥΛΛΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΕΛΙΣΣΑΒΕΤ ΑΝΔΡΕΟΥ