

ΤΟ

ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΕΦΕΤΕΙΟ ΑΘΗΝΩΝ

Τμήμα 18^ο Τριμελές

Σ υ ν ε δ ρ ί α σ ε δημόσια στο ακροατήριό του στις 8 Οκτωβρίου 2015, με δικαστές τους Χάιδω Χαρμπίλα - Κώτσου, Πρόεδρο Εφετών Δ.Δ., Άννα Ατσαλάκη – Εισηγήτρια και Δήμητρα Γαλάνη, Εφέτες Δ.Δ. και γραμματέα την Αμαλία Παναγιωτοπούλου, δικαστική υπάλληλο,

γ ι α να δικάσει την από 27 Φεβρουαρίου 2015 (αριθ. καταχ. ΠΡ 229/27.2.2015) προσφυγή:

τ η ς εταιρείας με την επωνυμία «ΓΕΡΜΑΝΟΣ ΑΒΕΕ», η οποία εδρεύει στον Άγιο Στέφανο Αττικής, 23^ο χιλιόμετρο ΝΕΟ Αθηνών – Λαμίας, εκπροσωπείται νόμιμα και παραστάθηκε διά των πληρεξουσίων της δικηγόρων Δημητρίου Τζουγανάτου και Νικολάου Κοσμίδη.

κ α τ ά της Ανεξάρτητης Αρχής με την επωνυμία «Επιτροπή Ανταγωνισμού», η οποία εκπροσωπείται -νόμιμα, εδρεύει στην Αθήνα, (οδός Πατησίων αρ. 10 και Κότσικα 1Α) και παραστάθηκε δια του πληρεξουσίου της δικηγόρου Βασιλείου Τεντόπουλου.

Στη δίκη παρεμβαίνουν υπέρ της Επιτροπής Ανταγωνισμού: 1) Η ομόρρυθμη εταιρεία με την επωνυμία «Βασιλειάδης Λυμπέρης και Σια Ο.Ε.», η οποία εδρεύει στα Βριλήσσια Αττικής (Λ.Πεντέλης αρ. 45) εκπροσωπείται νόμιμα και παραστάθηκε διά του πληρεξουσίου της δικηγόρου Ηλία Νικολακάκου, σύμφωνα με την από 7-10-2015 έγγραφη δήλωση ότι επιθυμεί να συζητηθεί η υπόθεση χωρίς να παρασταθεί στο ακροατήριο, 2) Η υπό εκκαθάριση εταιρεία με την επωνυμία «Μ. Γκόντζος και Σια Ο.Ε.», με έδρα την Πρέβεζα (Λεωφ. Ειρήνης 63) η οποία εκπροσωπείται από τους εκκαθαριστές της Μιλτιάδη Κ. Γκόντζο και Ισμήνη Κ. Γκόντζου, οι οποίοι παραστάθηκαν διά των πληρεξουσίων τους δικηγόρων Ευάγγελου Λιάσκου και Ευφροσύνης Μαραγκού, 3α) Η

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

ομόρρυθμη εταιρεία με την επωνυμία «Σ.Φιλίππου και Σια Ο.Ε.», η οποία εδρεύει στο Καματερό Αττικής (Λ.Φυλής αρ. 189) και εκπροσωπείται νόμιμα, 3β) η υπό εκκαθάριση εταιρεία με την επωνυμία «Ν.Σκούρας – Σ. Θεοδωρόπουλος Ο.Ε.» 3γ) η υπό εκκαθάριση εταιρεία με την επωνυμία «Σ. Θεοδωρόπουλος και Σια Ο.Ε.», οι οποίες εδρεύουν στην οδό Αγ. Νικολάου αρ. 1 στο Καματερό Αττικής και εκπροσωπούνται νόμιμα από τους εκκαθαριστές αυτών και 3δ) η υπό εκκαθάριση ομόρρυθμη εταιρεία με την επωνυμία «Νικ. Ι. Χαραλαμπίδης και Σια Ο.Ε.», η οποία εδρεύει στο Πέραμα Αττικής, οδός Λακωνίας αρ. 28, εκπροσωπείται νόμιμα από τον εκκαθαριστή της Ν.Ι.Χαραλαμπίδη. Άπασες οι ανωτέρω εταιρείες παραστάθηκαν διά του πληρεξουσίου των δικηγόρου Δημητρίου Τεμπέρη και 4) Η ομόρρυθμη εταιρεία με την επωνυμία «Αφοί Κεφαλούδη Ο.Ε.», η οποία εδρεύει στον Κολωνό Αττικής (οδός Αγίας Σοφίας αρ. 120), εκπροσωπείται νόμιμα και δεν παραστάθηκε.

Το Δικαστήριο, άκουσε τους διαδίκους που παραστάθηκαν και ζήτησαν όσα αναφέρονται στα πρακτικά

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση συνήλθε σε διάσκεψη.

Η κρίση του είναι η εξής:

1. Επειδή, με την κρινόμενη προσφυγή, για την άσκηση της οποίας καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο 500 ευρώ (βλ. αποδεικτικά καταβολής με αρ. 1383041, 1383042, 1383043, 1383044 και 1383045, σειράς Α΄) ζητείται παραδεκτώς η ακύρωση της υπ' αριθμ. 580/VII/2013 απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, κατά το κεφάλαιό της, με το οποίο επιβλήθηκε σε βάρος της προσφεύγουσας πρόστιμο ύψους 10.251.548 ευρώ για παραβίαση των διατάξεων του άρθρου 1 του ν. 703/1977 περί ελεύθερου ανταγωνισμού (νυν άρθρο 1 του ν. 3959/2011) και του άρθρου 81 παρ. 1 της κωδικοποιημένης Συνθήκης της Ευρωπαϊκής Κοινότητας (νυν άρθρο 101 ΣΛΕΕ), μέσω: α) του καθορισμού τιμών μεταπώλησης στις επιχειρήσεις του δικτύου δικαιόχρησης που έχει δημιουργήσει για τη διανομή και εμπορία συγκεκριμένων προϊόντων, β) του περιορισμού αμοιβαίων προμηθειών μεταξύ διανομέων και δικαιοδόχων της και γ) της επιβολής ρήτρας μη ανταγωνισμού, κατά τη χρονική περίοδο 1990 – 2012.

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

2. Επειδή, με το άρθρο 51 του ν. 3959/2011 «Προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού» (ΦΕΚ Α΄ 93/20.04.2011) ορίστηκε ότι από την έναρξη ισχύος του νόμου αυτού (20-4-2011, δημοσίευσή του στην Εφημ. της Κυβ., κατά το άρθρο 55 του ίδιου νόμου) καταργείται ο ν. 703/1977 (Α΄ 278) καθώς και κάθε άλλη αντίθετη διάταξη νόμου. Οι διατάξεις του άρθρου 30 ανωτέρω ν. 3959/2011 ορίζουν ότι: «1. Οι αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού υπόκεινται σε προσφυγή ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών μέσα σε προθεσμία εξήντα ημερών από την κοινοποίηση τους. . . 3. Δικαίωμα προσφυγής έχουν: α) οι επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων, κατά των οποίων εκδόθηκε η απόφαση. β) εκείνος που υπέβαλε καταγγελία για παράβαση των διατάξεων του παρόντος νόμου. γ) το Δημόσιο δια του Υπουργού Οικονομίας, Ανταγωνιστικότητας και Ναυτιλίας. δ) οποιοσδήποτε τρίτος που έχει έννομο συμφέρον. . . 5. Κατά τα λοιπά εφαρμόζονται οι διατάξεις του Κ.Δ.Δ. 6. Στις δίκες του παρόντος άρθρου μπορούν να παρεμβαίνουν και επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων που συνέπραξαν, κατά την έννοια των άρθρων 1 και 2, με τη διάδικο επιχείρηση ή ένωση επιχειρήσεων, καθώς και οποιοσδήποτε τρίτος, ο οποίος έχει έννομο συμφέρον. . .».

3. Επειδή, οι διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 45 του προαναφερθέντος ν. 3959/2011, οι οποίες ως διαδικαστικές εφαρμόζονται και στην προκειμένη περίπτωση, εφόσον δεν υπάρχει ρητή αντίθετη πρόβλεψη στις διατάξεις αυτές, ορίζουν ότι: «2. Η προσφυγή, η αίτηση αναίρεσης, η ανακοπή, η αίτηση αναθεώρησης και η παρέμβαση, που ασκούνται σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος νόμου στα διοικητικά δικαστήρια, καθώς και η αίτηση επανασυζήτησης ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού, συνοδεύονται, με ποινή το απαράδεκτο αυτών, από γραμμάτιο καταβολής παραβόλου πεντακοσίων ευρώ. Ως προς την απόδοση του παραβόλου εφαρμόζονται οι παράγραφοι 9, 10 και 11 του άρθρου 277 του Κ.Δ.Δ. . . .». Περαιτέρω, οι διατάξεις του άρθρου 277 παρ. 1 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (ν. 2717/1999, ΦΕΚ Α΄ 97) ορίζουν ότι: «1. Για το παραδεκτό των ένδικων βοηθημάτων και μέσων πρέπει, ως την πρώτη συζήτηση της υπόθεσης, να προσκομισθεί το προβλεπόμενο από τις κείμενες διατάξεις αποδεικτικό καταβολής παραβόλου. Αν δεν προσκομισθεί το

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

αποδεικτικό αυτό ως την πρώτη συζήτηση της υπόθεσης, εφαρμόζονται τα προβλεπόμενα στο άρθρο 139Α».

4. Επειδή, η με αυξ. αριθμό 2) παρεμβαίνουσα, υπό εκκαθάριση εταιρεία «Μ. Γκόντζος και Σια Ο.Ε», μετά από καταγγελία της οποίας αλλά και αυτεπάγγελτο έλεγχο από την Επιτροπή Ανταγωνισμού, εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση, μετ' εννόμου συμφέροντος παρεμβαίνει στην παρούσα δίκη υπέρ της Επιτροπής Ανταγωνισμού και προς διατήρηση της ισχύος της εν λόγω αποφάσεως, στη διοικητική διαδικασία εκδόσεως της οποίας συμμετείχε, δοθέντος -άλλωστε- ότι, σε περίπτωση απορρίψεως της καταγγελίας, είχε δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής, κατ' άρθρο 30 παρ. 3 περ. δ' του ν. 3959/2011 (πρβλ ΣτΕ 685/2006, 3746/2004, 954/1996). Για την παρέμβαση αυτή έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο 500 ευρώ (σχετ. τα 1391884, 1391885, 1391886, 1391887 και 1391888 ειδικά έντυπα παραβόλου). Στη δίκη παρεμβαίνουν, επίσης, προς διατήρηση της ισχύος της προσβαλλομένης αποφάσεως, η με αυξ. αρ. 3α) ομόρρυθμη εταιρεία με την επωνυμία «Σ.Φιλίππου και Σια Ο.Ε.», η με αυξ. αρ. 3β) υπό εκκαθάριση εταιρεία με την επωνυμία «Ν.Σκούρας – Σ. Θεοδωρόπουλος Ο.Ε.» β) η με αυξ. αρ. 3γ) υπό εκκαθάριση εταιρεία με την επωνυμία «Σ.Θεοδωρόπουλος και Σια Ο.Ε.», και η με αυξ. αρ. 3δ) υπό εκκαθάριση ομόρρυθμη εταιρεία με την επωνυμία «Νικ. Ι. Χαραλαμπίδης και Σια Ο.Ε.». Οι εταιρείες αυτές μετ' εννόμου συμφέροντος παρεμβαίνουν στην παρούσα δίκη υπέρ της Επιτροπής Ανταγωνισμού και προς διατήρηση της ισχύος της προσβαλλομένης αποφάσεως, στη διοικητική διαδικασία εκδόσεως της οποίας συμμετείχαν μετά την άσκηση σχετικής παρεμβάσεως, ενόψει και του γεγονότος ότι έχουν έννομο συμφέρον ασκήσεως προσφυγής, κατ' άρθρο 30 παρ. 3 περ. δ' του ν. 3959/2011, ως συνδεόμενες με όμοια σύμβαση δικαιόχρησης με την προσφεύγουσα (πρβλ ΣτΕ 2624/2010, 685/2006, 3746/2004, 954/1996). Για την παρέμβαση αυτή έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο 500 ευρώ (σχετ. τα δέκα υπ' αριθμ. 3999318 έως και 3999327 ειδικά έντυπα παραβόλου), δεδομένου του ότι δεν πρόκειται περί διαιρετής παροχής, κατ' άρθρο 277 παρ. 8 του ΚΔΔ. Επίσης, παρεμβαίνει προς διατήρηση της ισχύος της προσβαλλομένης αποφάσεως, η με αυξ. αρ. 1) εταιρεία με την επω-

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

νυμία «Βασιλειάδης Λυμπέρης και Σια Ο.Ε.», η οποία είχε, κατά νόμο, δυνατότητα συμμετοχής στη διαδικασία επιβολής της ένδικης κυρώσεως, δεδομένου ότι συνδέεται με την προσφεύγουσα με όμοια σύμβαση δικαιόχρησης, στην τροποποίηση της οποίας προέβη η τελευταία μετά την επιβολή σε βάρος της του ένδικου προστίμου. Με την εν λόγω σύμβαση, όπως προβάλλει η παρεμβαίνουσα, παραβιάζει η προσφεύγουσα τις διατάξεις περί ελεύθερου ανταγωνισμού μέσω της επιβολής τελικών τιμών λιανικής πώλησης, παράβαση για την οποία καταλογίστηκε το ένδικο πρόστιμο, με αποτέλεσμα να προκαλείται σ' αυτήν βλάβη. Ενόψει τούτου, έχει έννομο συμφέρον προς άσκηση παρεμβάσεως, συνιστάμενο ειδικότερα στην επικύρωση της κρίσεως της Επιτροπής, σχετικά με την αντίθεση των συναφθεισών συμβάσεων δικαιόχρησης προς το Ν.703/1977 (νυν 3959/2011) και το άρθρο 101 ΣΛΕΕ (βλ. ΣτΕ 4473/2013 σκ. 7). Για την εν λόγω παρέμβαση έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο 500 ευρώ (σχετ. το 6581/5-6-2015 διπλότυπο είσπραξης τύπου Α' ης ΔΟΥ Χαλανδρίου). Δεδομένου δε ότι συντρέχουν και οι λοιπές προϋποθέσεις του παραδεκτού της ασκήσεώς τους, οι εν λόγω παρεμβάσεις πρέπει να εξετασθούν κατ' ουσία, όπως και το δικόγραφο των από 4.6.2015 νομίμως ασκηθέντων προσθέτων λόγων της παρεμβαίνουσας εταιρείας «Βασιλειάδης Λυμπέρης και Σια Ο.Ε.».

5. Επειδή, για την άσκηση της παρέμβασης της Ομόρρυθμης εταιρείας με την επωνυμία «Αφοί Κεφαλούδη Ο.Ε.» δεν καταβλήθηκε το προβλεπόμενο από την αναφερθείσα στην 3^η σκέψη διάταξη παράβολο 500 ευρώ, η κρινόμενη παρέμβαση πρέπει, κατά τα αυτεπαγγέλτως ερευνώμενα, κατ' άρθρο 35 του Κ.Δ.Δ., να απορριφθεί, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 277 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, ως απαράδεκτη. Εξάλλου, δεν συντρέχει περίπτωση εφαρμογής των διατάξεων της δεύτερης περιόδου του άρθρου 277 παρ. 1 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας και εφαρμογής της διαδικασίας του άρθρου 139Α του ίδιου Κώδικα, αφού η παρεμβαίνουσα δεν παραστάθηκε, αν και κλητεύθηκε νομίμως και εμπροθέσμως, όπως προκύπτει από τα πρακτικά της δικασίμου 11-6-2015. Επίσης, πρέπει, ενόψει των περιστάσεων, να απαλλαγεί αυτή από τη δικαστική δαπάνη των υπολοίπων διαδίκων, κατ' άρθρο 275 παρ. 1 εδ. τελευτ. του ΚΔΔ.

6. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση από τα έγγραφα στοιχεία της δικογραφίας προέκυψαν τα εξής: Η προσφεύγουσα εταιρεία με την επωνυμία «ΓΕΡΜΑΝΟΣ ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΗ ΚΑΙ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ – ΤΗΛΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΚΟΥ ΥΛΙΚΟΥ ΚΑΙ ΠΑΡΟΧΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΤΗΛΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑΣ» ιδρύθηκε το 1989 και σκοπός της είναι, μεταξύ άλλων, η παροχή υπηρεσιών και προϊόντων στον τομέα των τηλεπικοινωνιών, η εγκατάσταση, λειτουργία, διαχείριση, εκμετάλλευση και παροχή πάσης φύσεως υπηρεσιών σταθερής και κινητής επικοινωνίας, Internet και η σύναψη συμβάσεων δικαιόχρησης (franchising) με φυσικά ή νομικά πρόσωπα είτε ως δικαιούπαροχος είτε ως δικαιοδόχος. Στα πλαίσια αυτών των δραστηριοτήτων της συνήψε συμβάσεις δικαιόχρησης με ιδιώτες και εταιρείες για τη λειτουργία καταστημάτων σε όλη την ελληνική επικράτεια, με την επωνυμία «ΓΕΡΜΑΝΟΣ», το πρώτο από τα οποία λειτούργησε το έτος 1990. Το 1992 επεκτάθηκε στην αγορά της Ανατολικής Ευρώπης, από το 1994 δραστηριοποιείται στο χώρο της κινητής τηλεφωνίας, ενώ από το 2000 δραστηριοποιείται μέσω θυγατρικών της στη Ρουμανία και τη Βουλγαρία. Το 2006 η ΓΕΡΜΑΝΟΣ ΑΒΕΕ εξαγοράστηκε από την εταιρία κινητής τηλεφωνίας COSMOTE ΚΙΝΗΤΕΣ ΤΗΛΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΕΣ Α.Ε. (εφεξής «COSMOTE»), θυγατρική του ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΥ ΤΗΛΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΩΝ ΤΗΣ ΕΛΛΑΔΟΣ - ΟΤΕ Α.Ε. (εφεξής «ΟΤΕ»). Στο ετήσιο Δελτίο 2015 της ΓΕΡΜΑΝΟΣ αναφέρεται ότι μετά την εξαγορά της, το δίκτυο καταστημάτων ΓΕΡΜΑΝΟΣ προσφέρει υπηρεσίες και προγράμματα COSMOTE και ΟΤΕ σε κινητή, σταθερή τηλεφωνία, Internet, συσκευές και αξεσουάρ κινητής τηλεφωνίας καθώς και ψηφιακά προϊόντα, gaming και αναλώσιμα. Στις 8.12.2009, 14.12.2009, 3.4.2010, 1.9.2010 και 23.4.2012, αντιστοίχως, κατέθεσαν στη Γενική Διεύθυνση Ανταγωνισμού της καθ' ης Επιτροπής καταγγελίες οι: 1) «ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΤΖΑΒΕΣ – ΜΑΡΙΟΣ ΤΖΑΒΕΣ Ο.Ε.», 2) «ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΨΗΦΙΑΚΗΣ ΤΕΧΝΟΛΟΓΙΑΣ ΡΟΑΜΙΝΓΚ» με το διακριτικό τίτλο «ROAMING Α.Ε.», 3) «Α. ΡΑΖΗΣ – Γ. ΕΥΘΥΜΙΟΥ Ο.Ε.», 4) Δημήτριος Κωλέττας και 5) Μιλτιάδης Γκόντζος και Ισμήνη Γκόντζου ως εταίροι της λυθείσας εταιρείας «Μ. ΓΚΟΝΤΖΟΣ και ΣΙΑ Ο.Ε.» κατά της προσφεύγουσας για ενδεχόμενη παράβαση των άρθρων 1 και 2 του ν. 3959/2011 (πρώην άρθρα 1 και 2 του ν.

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

703/1977) καθώς και των άρθρων 101 και 102 της Συνθήκης της Λειτουργίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ), πρώην άρθρα 81 και 82 της ΣυνθΕΚ. Οι ως άνω καταγγέλλοντες δήλωσαν ότι υπέγραψαν συμβάσεις δικαιόχρησης (franchise) με την προσφεύγουσα, το περιεχόμενο των οποίων είναι παρόμοιο, δυνάμει των οποίων η τελευταία τους παραχώρησε το δικαίωμα λειτουργίας καταστημάτων με τον διακριτικό τίτλο «ΓΕΡΜΑΝΟΣ», σε συγκεκριμένες περιοχές της ελληνικής επικράτειας. Μεταξύ άλλων, οι εν λόγω δικαιοδόχοι κατήγγειλαν ότι με τις συμβάσεις που υπέγραψαν η ΓΕΡΜΑΝΟΣ τους επέβαλε τις ακόλουθες ρήτρες: α) την επιβολή τελικών τιμών λιανικής πώλησης, αμέσως μεν, μέσω της ανακοίνωσης ενδεικτικού πλην δεσμευτικού τιμοκαταλόγου λιανικής, τον καθορισμό περιθωρίου κέρδους μέσω του μονομερούς ορισμού των τιμών αγοράς και τον καθορισμό επιπέδου εκπτώσεων για πωλήσεις χονδρικής, εμμέσως δε, βάσει του λογισμικού συστήματος εμπορικής διαχείρισης SRS, το οποίο όφειλαν να χρησιμοποιούν όλοι οι δικαιοδόχοι για την ηλεκτρονική ανταλλαγή δεδομένων με την προσφεύγουσα, β) την υποχρέωση αποκλειστικής προμήθειας του συνόλου των εμπορευμάτων από την δικαιοπάροχο ή από άλλη επιχείρηση που υποδείκνυε η τελευταία, με την επιβολή χρηματικής ποινής σε περίπτωση παράβασης του όρου και τον περιορισμό των αμοιβαίων προμηθειών μεταξύ των διανομέων, στα πλαίσια ενός επιλεκτικού συστήματος διανομής, και γ) την απαγόρευση στους δικαιοδόχους να προβαίνουν σε χονδρικές πωλήσεις, παρά μόνο σε διερχόμενους πελάτες, δ) την απειλή καταγγελίας της σύμβασης σε περίπτωση που δεν τηρούν τους ανωτέρω όρους οι δικαιοδόχοι και ε) τη ρήτρα μη ανταγωνισμού. Αποτέλεσμα της επιβολής των ρητρών αυτών σε συνδυασμό με το ελάχιστο περιθώριο κέρδους που άφηνε η ΓΕΡΜΑΝΟΣ σε αυτούς, μετά την εξαγορά της τελευταίας από την COSMOTE, ήταν, κατά τους καταγγέλλοντες, να απειλείται η βιωσιμότητά τους. Η Γενική Διεύθυνση Ανταγωνισμού (Γ.Δ.Α.), για τη διερεύνηση των καταγγελιών διενήργησε επιτόπιους ελέγχους, στις 12.4.2010 και 13.4.2010 στα κεντρικά γραφεία της προσφεύγουσας και σε ένα κατάστημα franchise ΓΕΡΜΑΝΟΣ στην Αθήνα, ενώ στις 19.10.2012 η ΓΔΑ διενήργησε επιτοπίους ελέγχους σε τέσσερα ακόμη καταστήματα δικαιοδόχων της προσφεύγουσας, στην Αθήνα. Κατά τη διενέργεια

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

των ελέγχων αυτών συλλέχθηκαν ουσιώδη έγγραφα και ηλεκτρονικά αρχεία, ενώ με επιστολές – ερωτηματολόγια τα οποία απέστειλε η ΓΔΑ τόσο στην προσφεύγουσα όσο και στις καταγγέλλουσες εταιρείες, συνέλλεξε συμπληρωματικά στοιχεία για την υπόθεση, με τις 2620/30.4.2010, 2666/3.5.2010 και 3121/21.5.2010 επιστολές. Συμπληρωματικά στοιχεία απέστειλε στη ΓΔΑ η καταγγελλόμενη και με τις 5589/17.9.2010, 6544/19.10.2010, 10029/17.12.2012, 400/15.1.2013, 866/28.1.2013, 1128/4.2.2013, 2613/22.3.2013, 4656/7.6.2013 και 5221/28.6.2013 επιστολές. Μετά από αίτημα της Επιτροπής, υπέβαλαν οι καταγγέλλοντες συμπληρωματικά στοιχεία με τις υπ' αριθμ. 2137/13.4.2010, 2138/13.4.2010, 2604/29.4.2010, 3684/14.6.2010, 5664/22.9.2010, 6219/11.10.2010, 8543/31.10.2012, 8705/6.11.2012, 9015/16.11.2012 και 9443/30.11.2012 επιστολές τους. Στη συνέχεια, στις 20.9.2011 και 22.9.2011, 2.11.2011 και 16.12.2011 οι καταγγέλλοντες «ROAMING A.E.», Δημήτριος Κωλέπτας, «Α. ΡΑΖΗΣ – Γ. ΕΥΘΥΜΙΟΥ Ο.Ε.» και «ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΤΖΑΒΕΣ – ΜΑΡΙΟΣ ΤΖΑΒΕΣ Ο.Ε.», αντίστοιχα, προέβησαν σε δηλώσεις ανάκλησης – παραίτησης από τις υποβληθείσες καταγγελίες. Η Επιτροπή Ανταγωνισμού, ενόψει της καταγγελίας της εταιρείας με την επωνυμία «Μ. ΓΚΟΝΤΖΟΣ και ΣΙΑ Ο.Ε.», αλλά και της δυνατότητάς της για αυτεπάγγελτη έρευνα, συνέχισε και αυτεπαγγέλτως τη διερεύνηση της υπόθεσης, προκειμένου να διαπιστωθεί η ύπαρξη ή μη των σχετικών παραβάσεων. Με βάση όλα τα στοιχεία που συγκεντρώθηκαν, συνετάγη η 7177/19-7-2013 εισήγηση της ΓΔΑ προς την Επιτροπή Ανταγωνισμού. Η εισήγηση αυτή κοινοποιήθηκε όχι μόνο στην καταγγέλλουσα «Μ. ΓΚΟΝΤΖΟΣ και ΣΙΑ Ο.Ε.» αλλά και στους 4 προαναφερθέντες («ROAMING A.E.», Δημήτριος Κωλέπτας, «Α. ΡΑΖΗΣ – Γ. ΕΥΘΥΜΙΟΥ Ο.Ε.» και «ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΤΖΑΒΕΣ – ΜΑΡΙΟΣ ΤΖΑΒΕΣ Ο.Ε.»), οι οποίοι είχαν παραιτηθεί από τις υποβληθείσες καταγγελίες. Οι ανωτέρω κλήθηκαν να παραστούν, ως καταγγέλλοντες αρχικώς και ως τρίτοι, στη συνέχεια, παραστάθηκαν δε ενώπιον της Ολομέλειας της ΕΑ μετά του πληρεξουσίου των δικηγόρου Δ. Τεμπέρη, κατέθεσαν υπόμνημα, κατ' άρθρο 23 παρ. 3 του Κανονισμού Λειτουργίας της Ε.Α. και ζήτησαν να εξεταστούν ως μάρτυρες [...] και [...]. Η Επιτροπή, μετά την υποβολή σχετικής ένστασης από την προσφεύγουσα, απέρριψε τα αιτήματα των τεσσά-

ρων παραιτηθέντων και δεν τους αναγνώρισε την ιδιότητα του τρίτου. Εξάλλου, ενώπιον της Ε.Α. άσκησαν παρέμβαση οι «Σ. Φιλίππου και Σια Ο.Ε.», Ν. Σκούρας, Σ. Θεοδωρόπουλος και Ν.Χαραλαμπίδης, στους οποίους δόθηκε μερική δυνατότητα παράστασης, κατά το αρ. 23 παρ. 5 του Κανονισμού, προκειμένου να εξετάσουν μάρτυρες. Οι παρεμβαίνοντες παραστάθηκαν με τον ίδιο δικηγόρο των ως άνω παραιτηθέντων, Δ.Τεμπέρη και εξέτασαν τους μάρτυρες α) [...] της ΓΕΡΜΑΝΟΣ, στη συνέχεια [...] και β) [...]. Τέλος, η Ε.Α. απέρριψε τις ενστάσεις της ΓΕΡΜΑΝΟΣ σχετικά με τη μη νόμιμη κλήτευση των παραιτηθέντων, την κοινοποίηση σ' αυτούς της εισήγησης καθώς και την εξέταση κάποιων μαρτύρων. Εξάλλου, κατά την ακροαματική διαδικασία, ενώπιον της Ολομέλειας της Επιτροπής κλήθηκαν και παραστάθηκαν οι καταγγέλλοντες Μιλτιάδης Γκόντζος και Ισμήνη Γκόντζου, οι οποίοι ζήτησαν να εξεταστούν ως μάρτυρες [...] ([...] των καταγγελλόντων). Επίσης, η καταγγέλλουσα ζήτησε να εξεταστούν ως μάρτυρες οι [...] καθώς και ο νόμιμος εκπρόσωπος [...], ενώ προσκόμισε ενώπιον της Επιτροπής μαρτυρικές ενώπιον συμβολαιογράφου καταθέσεις τόσο επιθεωρητών αυτής όσο και δικαιοδόχων της, στις οποίες αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι δεν υπήρχε παρέμβαση της ΓΕΡΜΑΝΟΣ στον καθορισμό τιμών λιανικής, αλλά απλώς η προσφεύγουσα γνωστοποιούσε προτεινόμενες ή ανώτατες τιμές λιανικής, ότι οι καταγγέλλοντες, κατά καιρούς πωλούσαν σε τιμές χαμηλότερες από τις προτεινόμενες, μάλιστα διαπιστώθηκαν αποκλίσεις περίπου 5%-10% και ότι προέβαιναν και σε αμοιβαίες προμήθειες.

7. Επειδή, οι διατάξεις του ισχύοντος Κανονισμού Λειτουργίας και Διαχείρισης της Επιτροπής Ανταγωνισμού (υπ' αριθμ. 117/2013 ΚΥΑ των Υπουργών Οικονομικών – Διοικητικής Μεταρρύθμισης – Ανάπτυξης, ανταγωνιστικότητας κλπ, ΦΕΚ Β 54) ορίζουν στο άρθρο 26 ότι: «1. Παραίτηση από καταγγελία ενώπιον της Επιτροπής επιτρέπεται σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας και μέχρι το τέλος της συζήτησης. . . 2. Η παραίτηση που υποβλήθηκε δεν διακόπτει αυτοδίκαια την έρευνα της υπόθεσης ή την κίνηση της διαδικασίας ενώπιον της Επιτροπής. . . 3. Εφόσον η δήλωση παραίτησης υποβληθεί μετά την ανάθεση υπόθεσης σε Εισηγητή, η Επιτροπή αποφαινεται επί της συνέχισης ή μη της διαδικασίας που κινήθηκε. 4. Ανάκληση της παραίτησης δεν επιτ-

ρέπεται. Παραίτηση που γίνεται υπό όρο ή αίρεση είναι ανίσχυρη». Εξάλλου, και στο άρθρο 24 του προϊσχύσαντος Κανονισμού Λειτουργίας της Ε.Α. (ΚΥΑ υπ αριθμ. 8275/15.12.2006, ΦΕΚ Β 1890/29.12.2006), ο οποίος καταργήθηκε με το άρθρο 53 της προαναφερθείσας ΚΥΑ 117/2013, ίσχυε όμως, κατά το χρόνο υποβολής των παραιτήσεων, ορίζετο ότι: «1. Παραίτηση από καταγγελία ενώπιον της Επιτροπής επιτρέπεται μέχρι το τέλος της προφορικής διαδικασίας. 2... Εν αμφιβολία το ζήτημα της παραίτησης εισάγεται ενώπιον της Επιτροπής. Η παραίτηση δεν διακόπτει αυτοδίκαια τη διαδικασία που κινήθηκε μετά από καταγγελία που έχει ανακληθεί εκτός αν η παραίτηση γίνει πριν από τον προσδιορισμό της ημερομηνίας συζήτησης, οπότε η υπόθεση μπορεί να τεθεί στο αρχείο με πράξη του Προέδρου. Σε διαφορετική περίπτωση αποφαινεται η Επιτροπή, που διατηρεί την ευχέρεια να κρατήσει αυτεπαγγέλτως προς εξέταση την υπόθεση. . . 5. Οι διατάξεις του παρόντος άρθρου δεν κωλύουν την Επιτροπή να επανεξετάσει υπόθεση που τέθηκε στο αρχείο της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού».

8. Επειδή με την κρινόμενη προσφυγή και το νομίμως κατατεθέν υπόμνημα η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η προσβαλλόμενη πράξη είναι ακυρωτέα λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, διότι μη νόμιμα η Επιτροπή χρησιμοποίησε στοιχεία τα οποία υποβλήθηκαν από τους καταγγελλαντες, οι οποίοι στη συνέχεια παραιτήθηκαν, δεδομένου ότι οι σχετικές καταγγελίες θεωρούνται ως μη γενόμενες. Ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, διότι, όπως προκύπτει από τις αναφερόμενες στην προηγούμενη σκέψη διατάξεις, οι υποβληθείσες παραιτήσεις δεν διακόπτουν αυτοδικαίως την έρευνα της υπόθεσης, αλλά η Επιτροπή μπορεί να αποφανθεί επί της συνέχισης της διαδικασίας που κινήθηκε, γεγονός το οποίο έπραξε, όπως προκύπτει από το σώμα της προσβαλλόμενης και τα σχετικά πρακτικά συνεδριάσεων. Στα πλαίσια δε της καταγγελίας της «Γκόντζος Α.Ε.», η οποία δεν ανακλήθηκε, αλλά και της αυτεπάγγελτης έρευνας, την οποία διενήργησε η ΕΑ, όπως είχε δικαίωμα, νόμιμα συνέχισε την έρευνα και αξιοποίησε τις πληροφορίες που είχαν περιέλθει σ' αυτήν κατά τη διακριτική της ευχέρεια (βλ. Δελλής ΔικΕΛΑντ 2013, σελ. 952) δεδομένου ότι ακόμη και ανώνυμα στοιχεία έχει τη δυνατότητα να

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

λάβει υπόψη της και να αξιοποιήσει (C-411/04, αρ. 49) κατά τα βασίμως προβαλλόμενα τόσο από την ΕΑ με τις απόψεις της όσο και από τους παρεμβαίνοντες με αρ. 2 και 3α, 3β, 3γ και 3δ.

9. Επειδή, οι διατάξεις του Κώδικα περί δικηγόρων (ν.δ. 3026/1954, Α'208) ορίζουν στο άρθρο 38 ότι: «Ο δικηγόρος οφείλει να τηρεί αυστηρά εχεμύθεια για όσα του εμπιστεύεται ο εντολέας του κατά την ανάθεση και εκτέλεση της εντολής ή πληροφορείται κατά τη διάρκεια του χειρισμού της» και στο άρθρο 39 ότι: «1. Απαγορεύεται η διεξαγωγή έρευνας για την αναζήτηση εγγράφων ή άλλων στοιχείων ή των ηλεκτρονικών μέσων αποθήκευσης αυτών, καθώς και η κατάσχεση αυτών, για όσο χρόνο βρίσκονται στην κατοχή του δικηγόρου για υπόθεση που αυτός χειρίζεται. . . 5. Άρνηση μαρτυρίας: α) Όταν ο δικηγόρος καλείται με απόφαση δικαστηρίου ή διάταξη εισαγγελέα ή κλήση ανακριτή ή προανακριτικού υπαλλήλου να καταθέσει ως μάρτυρας είτε κατά την προδικασία είτε κατά την κυρία διαδικασία οφείλει να αρνηθεί να καταθέσει για όσα του έχει εμπιστευθεί ο εντολέας του».

10. Επειδή η προσφεύγουσα προβάλλει ότι παρανόμως περιλαμβάνεται στα στοιχεία της δικογραφίας η από 28.4.2006 επιστολή του στελέχους της [...] προς τον δικηγόρο [...], στην οποία παρουσιάζονται πίνακες με καταστάματα «ΓΕΡΜΑΝΟΣ» που λειτουργούν με συγκεκριμένα περιθώρια κέρδους, για το λόγο ότι αφενός μεν παρανόμως απέκτησε η καταγγέλλουσα εταιρεία με την επωνυμία [...] πρόσβαση στα στοιχεία της ΓΕΡΜΑΝΟΣ και αφετέρου ότι η λήψη υπόψη αυτού του στοιχείου παραβιάζει το δικηγορικό απόρρητο. Ο ισχυρισμός αυτός αορίστως προβάλλεται ως προς την παράνομη απόκτησή του σχετικού εγγράφου από την εταιρεία [...] και είναι απορριπτέος. Ως προς την παραβίαση του δικηγορικού απορρήτου είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, αφού ο δικηγόρος ούτε παραβίασε την εχεμύθειά του, ούτε κατέθεσε ως μάρτυρας, το δε επικαλούμενο έγγραφο δεν προερχόταν από τον δικηγόρο αλλά από υπάλληλο της προσφεύγουσας και απλώς απευθυνόταν σ' αυτόν, στα πλαίσια εσωτερικής αλληλογραφίας, χωρίς να στοιχειοθετείται παράβαση των σχετικών διατάξεων, κατά το βάσιμο ισχυρισμό τόσο της Επιτροπής Ανταγωνισμού, όσο

και των παρεμβαινόντων, που, επιπροσθέτως, επικαλούνται τη μη εφαρμογή των σχετικών διατάξεων λόγω της διαρκούς και εξαρτημένης σχέσης του δικηγόρου [...] με την προσφεύγουσα, την οποία δεν αμφισβητεί η τελευταία (βλ. C-550/07 αρ. 94). Σε κάθε, όμως, περίπτωση ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτός ως αλυσιτελής καθότι η Επιτροπή στήριξε τη σχετική κρίση της σε πλήθος άλλων εγγράφων, μεταξύ των οποίων τις συμβάσεις δικαιόχρησης της προσφεύγουσας με τους δικαιοδόχους της, ενώ δεν αποδεικνύεται ότι το στοιχείο αυτό ήταν αποφασιστικής σημασίας, υπό την έννοια ότι η καταλογισθείσα παράβαση δεν μπορούσε να αποδειχθεί χωρίς αυτό (βλ. ΣΤΕ 2780/2014, σκ. 4, απόφαση ΔΕΚ της 7.1.2004, C-204/00 Ρ κ.λπ., Aalborg Portland κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 71) ή ότι η προσβαλλόμενη θα είχε διαφορετικό περιεχόμενο αν δεν είχε ληφθεί υπόψη το εν λόγω έγγραφο (βλ. ΣΤΕ 2774/2014 σκ 9, 2365/2013).

11. Επειδή, οι διατάξεις του Κανονισμού Λειτουργίας και Διαχείρισης της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΚΥΑ 117/2013, ΦΕΚ Β΄ 54/16.1.2014) ορίζουν στο άρθρο 15 ότι: «5. ... Κάθε έκδοση της εισήγησης φέρει σχετική σημείωση περί του αποδέκτη αυτής. Ανά έκδοση παραλείπονται τα στοιχεία εκείνα, τα οποία θεωρούνται απόρρητα έναντι του συγκεκριμένου αποδέκτη, με την επιφύλαξη της παραγράφου. 8. Τα φυσικά ή νομικά πρόσωπα, που υπέβαλαν καταγγελία, έχουν δικαίωμα πρόσβασης στα μη απόρρητα στοιχεία του φακέλου μετά την κοινοποίηση της κλήτευσης. 9. Οι τρίτοι δεν έχουν πρόσβαση στους φακέλους των υποθέσεων που εκκρεμούν ενώπιον της Επιτροπής. Κατά τα λοιπά, εφαρμόζονται οι διατάξεις του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας».

12. Επειδή, η προσφεύγουσα προβάλλει, ότι μη νόμιμα και κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας η Επιτροπή Ανταγωνισμού προέβη στην κλήτευση, τον Ιούλιο 2013, των παραιτηθέντων καταγγελλόντων Τζάβες, ROAMING, Ραζή και Δ.Κωλέττα, να παραστούν κατά την ακροαματική διαδικασία και κοινοποίησε σ' αυτούς τη σχετική Εισήγηση. Περαιτέρω, μη νόμιμα, αντί να ακυρώσει, εξ αυτού του λόγου, την όλη διαδικασία, ενημέρωσε τους παραιτηθέντες ότι εκ παραδρομής κλητεύθηκαν, τους απέβαλε από τη διαδι-

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

κασία αλλά τους δέχτηκε να συμμετάσχουν ως τρίτοι. Η γνωστοποίηση της εισήγησης αποτελεί, κατά τους ισχυρισμούς της, παραβίαση του τεκμηρίου αθωότητάς της, αποδεικνύει μεροληπτική διάθεση εκ μέρους της Ε.Α., ώστε να επαναφέρει τους παραιτηθέντες απέναντί της και παραβιάζει την αρχή της αμεροληψίας, κατά κατάχρηση εξουσίας. Τέλος, προβάλλει ότι η κοινοποίηση της εισήγησης με τις αναλυτικές αιτιάσεις σε βάρος της αποτελεί εμπορικό απόρρητο. Εξάλλου, η Επιτροπή Ανταγωνισμού με την από 4.6.2015 έκθεση απόψεων και την από 15-10-2015 προσθήκη αντίκρουση καθώς και οι προσθέτως παρεμβαίνοντες με αρ. 2), 3α), 3β), 3γ) και 3δ) ισχυρίζονται ότι ο σχετικός λόγος αλυσιτελώς προβάλλεται, αφού η Ε.Α. τους απέβαλε από τη διαδικασία και δεν τους δέχτηκε ούτε ως τρίτους, ενώ η προσφεύγουσα δεν επικαλείται ότι θα ήταν διαφορετικό το αποτέλεσμα της προσβαλλόμενης απόφασης εάν δεν τους κοινοποιείτο η εισήγηση.

13. Επειδή, ο ισχυρισμός ότι οι παραιτηθέντες παρέστησαν στην Επιτροπή ως τρίτοι είναι απορριπτέος ως στηριζόμενος σε εσφαλμένη προϋπόθεση, καθότι, όπως προκύπτει από τα πρακτικά αλλά και στην προσβαλλόμενη (βλ. σελ. 4) η Επιτροπή σε Ολομέλεια δεν αναγνώρισε στους παραιτηθέντες από τις καταγγελίες την ιδιότητα του τρίτου. Εξάλλου, από τις διατάξεις που αναφέρθηκαν στην 11^η σκέψη προκύπτει ότι η εισήγηση είναι διαφορετική για κάθε έναν αποδέκτη και σε κάθε έκδοση παραλείπονται τα στοιχεία εκείνα, τα οποία θεωρούνται απόρρητα έναντι του συγκεκριμένου αποδέκτη. Επομένως, από τις εισηγήσεις που κοινοποιήθηκαν σε κάθε παραιτηθέντα - καταγγέλλοντα, δεν προέκυπταν απόρρητα στοιχεία για την καταγγελλόμενη. Εξάλλου, η παρά το νόμο κλήση των παραιτηθέντων και η κοινοποίηση σ' αυτούς της εισήγησης, που συντάχθηκε για τους ίδιους, με βάση τις καταγγελίες τους και μάλιστα χωρίς αυτή να περιέχει απόρρητα στοιχεία, δεν έχει ούτως ή άλλως επίπτωση στη νομιμότητα της επίδικης αποφάσεως της Επιτροπής Ανταγωνισμού, εφ' όσον δεν αποδεικνύεται ότι η απόφαση αυτή δεν θα είχε ληφθεί ή θα είχε διαφορετικό περιεχόμενο, αν δεν είχε λάβει χώρα η επίμαχη ενέργεια, απορριπτομένων ως αβασίμων των αντιθέτων ισχυρισμών της προσφεύγουσας (πρβλ. ΣτΕ 2774/2014, σκ. 9, 2780/2014 σκ. 11, 2365/2013, απόφαση του

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

Γενικού Δικαστηρίου της 3.3.2011, T-110/07, Siemens AG κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σκ. 398-402, απόφαση του Πρωτοδικείου της 5.4.2006, T-279/02, Degussa AG κατά Επιτροπής, σκ. 399-417, απόφαση ΔΕΚ της 18.9.2003, C-338/00 P, Volkswagen AG κατά Επιτροπής, σκ. 283). Επιπροσθέτως, η προσφεύγουσα δεν προέβαλε συγκεκριμένη βλάβη την οποία υπέστη (ΣΤΕ 2774/2014), ο δε ισχυρισμός ότι το περιεχόμενο της εισήγησης αποτελεί από μόνο του εμπορικό μυστικό, είναι απορριπτέος ως αόριστος.

14. Επειδή, οι διατάξεις του άρθρου 23 του Κανονισμού Λειτουργίας και Διαχείρισης της Ε.Α. (ΚΥΑ 117/2013) ορίζουν ότι: «1. Ο Πρόεδρος, ο Προεδρεύων, η Ολομέλεια ή το Τμήμα της Επιτροπής, στο οποίο συζητείται η υπόθεση, μπορεί να κλητεύσει στη συζήτηση οποιονδήποτε τρίτο, περιλαμβανομένων των προσώπων που αναφέρονται στην επόμενη παράγραφο, ως μάρτυρα, εφόσον κρίνει ότι η συμμετοχή του συμβάλλει στην εξέταση της υπόθεσης. . . . 4. Εφόσον ο τρίτος που καταθέτει υπόμνημα κατά την παράγραφο 2 θεμελιώνει έννομο συμφέρον, μπορεί να ζητήσει την παρουσία του κατά την προφορική ακρόαση. 5. Κατά την πρώτη συνεδρίαση της υπόθεσης η Επιτροπή αποφαινεται επί του αιτήματος της παραγράφου 4. Σε περίπτωση που, κατά τη διακριτική της ευχέρεια, κρίνει ότι η συμμετοχή του τρίτου συμβάλλει στη διακρίβωση της αλήθειας, δύναται, κατά περίπτωση, να του επιτρέψει: α) να απευθύνει ερωτήσεις στα μέρη και τους άλλους συμμετέχοντες στη διαδικασία, κατά τα προβλεπόμενα στην παράγραφο 5 του άρθρου 22 για τα μέρη, ή/ και β) να παραλάβει τα πρακτικά της διαδικασίας, ώστε να υποβάλει υπόμνημα μετά το τέλος αυτής, ή/και γ) να παραλάβει αντίγραφα των μη εμπιστευτικών εκδόσεων των υπομνημάτων των μερών».

15. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι μη νόμιμα με την προσβαλλόμενη απόφαση κρίθηκε παραδεκτή η παρέμβαση ενώπιον αυτής των [...] ως τρίτων, διότι πρόκειται περί προσώπων μη αντικειμενικών, καθόσον ήταν σε γνώση τους η εισήγηση, λόγω του ότι είχαν κοινή εκπροσώπηση με τους παραιτηθέντες καταγγέλλοντες. Ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτέος ως αβάσιμος στην ουσία, διότι οι ανωτέρω παρενέβησαν στην Ε.Α. ως τρίτοι,

με την ιδιότητα αυτή τους δέχτηκε η Επιτροπή, κρίνοντας ότι η συμμετοχή τους θα συμβάλει στη διερεύνηση της υπόθεσης και δίνοντάς τους, κατά τη διακριτική της ευχέρεια, σύμφωνα με τις προαναφερθείσες διατάξεις, περιορισμένο δικαίωμα μόνο να εξετάσουν τους προτεινόμενους μάρτυρες, χωρίς να καθίσταται εξ αυτού του λόγου ακυρωτέα η προσβαλλόμενη, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα από την ΕΑ και τους παρεμβαίνοντες. Εξάλλου, «τρίτος» κατά την έννοια της διατάξεως του αναφερθέντος στην προηγούμενη παράγραφο άρθρου 23 είναι ο μη προτεινόμενος από τις εμπλεκόμενες εταιρείες μάρτυρας και όχι εκείνος που δεν έχει σχέση με τις εταιρείες αυτές ή δεν είναι αντικειμενικός κατ' αυτές (βλ. ΣΤΕ 2780/2014, σκ. 9).

16. Επειδή, οι διατάξεις του άρθρου 20 του προαναφερθέντος Κανονισμού Λειτουργίας και Διαχείρισης της Ε.Α ορίζουν: «1. Ενώπιον της Επιτροπής δύναται να εξετάζονται μάρτυρες. . . Αποκλείεται να εξετασθούν ως μάρτυρες τα πρόσωπα που αναφέρονται στο άρθρο 212 του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας. Ο αποκλεισμός αυτός μπορεί να αρθεί αν το επιτρέψουν, τόσο εκείνος που εμπιστεύθηκε στα πρόσωπα που αναφέρονται στο άρθρο 212 του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας το σχετικό θέμα όσο και αυτός τον οποίο αφορά το αντίστοιχο απόρρητο. Κάθε διάδικος μπορεί να ζητήσει την εξαίρεση του μάρτυρα, αν στο πρόσωπο του συντρέχει λόγος αποκλεισμού κατά τα οριζόμενα στο προηγούμενο εδάφιο. . .». Εξάλλου, το προαναφερθέν άρθρο 212 του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας (π.δ. 258/1986) αφορά στο επαγγελματικό απόρρητο των μαρτύρων (κληρικοί, συνήγοροι, τεχνικοί σύμβουλοι, γιατροί, φαρμακοποιοί, οι δημόσιοι υπάλληλοι) σχετικά με όσα έμαθαν κατά την εκτέλεση της υπηρεσίας τους.

17. Επειδή, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι μη νόμιμα και ορθά εξετάστηκαν ως μάρτυρες ενώπιον της Επιτροπής οι [...], διότι ήταν εξαιρετέοι κατ' άρθρο 183 παρ. 1 περ. γ και δ του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας και 400 παρ. 3 του ΚΠολΔ, ως έχοντες συμφέρον από την έκβαση της δίκης. Ειδικότερα, ως προς τον [...] ισχυρίζεται ότι ήταν [...] των ομορρύθμων εταιρών της καταγγείλασας εταιρείας. Ως προς τον μάρτυρα [...] ισχυρίζεται ότι ήταν τέως δι-

καιοδόχος της ΓΕΡΜΑΝΟΣ, ως ομόρρυθμος εταίρος της [...], η οποία έχει ασκήσει ενώπιον του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Αθηνών την 6104/2009 αγωγή κατά της προσφεύγουσας, με αίτημα την καταβολή αποζημίωσης. Ως προς τον [...], προβάλλει ότι ήταν πρώην εταίρος σε εταιρεία franchisee του ομίλου Γερμανός και αποχώρησε λόγω διαφωνιών με τους συνεταίρους του, μεταξύ των οποίων και τη σύζυγο του Πάνου Γερμανού, πρώην βασικού μετόχου της ΓΕΡΜΑΝΟΣ και ως εκ τούτου τα κίνητρά του είναι εκδικητικά.

18. Επειδή, ο ισχυρισμός αυτός κατά το μέρος που αφορά στην επίκληση του ΚΔΔ είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, διότι ο ΚΔΔ διέπει την εκδίκαση των διοικητικών διαφορών ουσίας ενώπιον των τακτικών διοικητικών δικαστηρίων και δεν έχει ευθεία ή ανάλογη εφαρμογή επί της διαδικασίας ενώπιον της Ε.Α. (ΣτΕ 1324/2013). Περαιτέρω, ο Κανονισμός Λειτουργίας της ΕΑ δεν προβλέπει άλλη εξαίρεση μαρτύρων πλην της περιπτώσεως του επαγγελματικού απορρήτου (αρ. 212 ΚΠοιν.Δικον.). Ακόμη όμως και αν γίνει δεκτό ότι εν προκειμένω εφαρμόζονται αναλογικώς οι διατάξεις του αρ. 400 παρ. 3 του ΚΠολΔ. σχετικά με την εξαίρεση των μαρτύρων, δηλαδή τη μη εξέταση προσώπων που έχουν συμφέρον από τη δίκη, οι [...] δεν μπορεί να χαρακτηριστούν ως εξαιρετέοι μάρτυρες, αφού το ως άνω επικαλούμενο από την προσφεύγουσα συμφέρον τους δεν εξαρτάται από το αποτέλεσμα της συγκεκριμένης δίκης, ούτε αποτελεί αναγκαία συνέπεια αυτής (ΑΠ 992/2012). Επιπροσθέτως, ούτε τα αορίστως και αναποδείκτως επικαλούμενα εκδικητικά κίνητρα του [...] αποτελούν λόγο εξαίρεσής του (ΑΠ 1246/1988) ούτε η άσκηση αγωγής αποζημίωσης ενώπιον των πολιτικών δικαστηρίων από την εταιρεία στην οποία συμμετείχε ο [...] αποτελεί λόγο εξαίρεσης του τελευταίου (ΕφΑθ. 3789/2012). Περαιτέρω, ως προς [...], λόγω της συγγενικής του σχέσης (α' βαθμός) με τους ομορρύθμους εταίρους της καταγγείλασας, μη νόμιμα εξετάστηκε ως μάρτυρας, όπως ομολογεί και η Ε.Α. με το υπόμνημά της, η οποία προβάλλει περαιτέρω, ότι η μαρτυρία του δεν λήφθηκε υπόψη κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης. Σε κάθε περίπτωση, όμως, μόνο η εξέτασή του δεν οδηγεί σε ακύρωση της προσβαλλόμενης, διότι η προσφεύγουσα δεν τεκμηριώνει ότι η Επιτροπή Ανταγωνισμού στηρίχθηκε σε αυτήν προς θεμελίωση των παράβασεων

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

που της απέδωσε (πρβλ. ΣτΕ 2007/2013 σκ. 12, απόφαση ΔΕΚ της 7.1.2004, C-204/00 P κ.λπ., Aalborg Portland κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 71), ούτε προκύπτει αυτό από την προσβαλλόμενη. Κατά συνέπεια, είναι απορριπτέοι όλοι οι ως άνω ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα τόσο από την ΕΑ όσο και από τους παρεμβαίνοντες.

19. Επειδή, στην παράγραφο 1 του άρθρου 3 του Κανονισμού 1/2003 του Συμβουλίου της 16ης Δεκεμβρίου 2002 «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...». Εξάλλου, η Συνθήκη για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ), που κυρώθηκε με το Ν.3671/2008 (ΦΕΚ Α' 129/3-7-2008) και που αντικατέστησε τη Συνθήκη περί ιδρύσεως της Κοινότητας (ΣΕΚ), ορίζει στο άρθρο 101 (πρώην άρθρο 81 της ΣΕΚ) 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..., β) στον περιορισμό ή στον έλεγχο ...της διαθέσεως...». Επίσης, κατά την ρητή διατύπωση του άρθ. 81 παρ. 1 της ΣΕΚ, περιορισμό τού ανταγωνισμού κατ' αντικείμενο συνιστούν, μεταξύ άλλων, και οι συμπράξεις που αφορούν τον καθορισμό τιμών. Σε αυτές, όπως προκύπτει από το άρθρο 4 τού Κανονισμού 2790/1999 περιλαμβάνονται και οι κάθετες συμπράξεις που έχουν ως αντικείμενο την επιβολή καθορισμένης ή ελάχιστης τιμής μεταπώλησης, όπως και αυτές που ενώ τυπικά αφορούν τον καθορισμό "συνιστώμενης" τιμής μεταπώλη-

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

σης, κατ' ουσίαν αποβλέπουν ή απολήγουν στην εφαρμογή ομοιόμορφης καθορισμένης τιμής μεταπώλησης. Κατά τις διατάξεις τού κανονισμού αυτού, τέτοιου είδους συμπράξεις, που έχουν ως αντικείμενο τον καθορισμό τιμών, συνεπάγονται ευθεία παρέμβαση στις ουσιώδεις παραμέτρους του ανταγωνισμού στη αγορά την οποία αφορούν (βλ. ΣΤΕ 2780/2012 επταμ. σκ. 4 τέλος, πρβλ. αποφάσεις ΠΕΚ τής 11.3.1999, T-141/94, Thyssen Stahl κατά Επιτροπής Σ. 1999, σ. II-347, σκ. 675, τής 9.7.2003, T-224/00, Archer Daniels Midland Company, και Archer Daniels Midland Ingredients Ltd, κατά Επιτροπής, σκ. 119-120 Σ. II-2597), και, επομένως, από την φύση τους έχουν ως αντικείμενο τη νόθευση του ανταγωνισμού στην αγορά αυτή (πρβλ απόφαση ΔΕΚ τής 30.1.1985, C-123/83, Bureau national interprofessionnel du cognac (BNIC) κατά Guy Clair, Σ. 00391, σκ. 22), θεωρούνται πάντοτε ιδιαίτερα σοβαροί περιορισμοί τού ανταγωνισμού, δεν μπορούν να τύχουν τού ευεργετήματος τής απαλλαγής κατά κατηγορίες, τεκμαίρεται δε, κατ' αρχήν, ότι δεν ικανοποιούν ούτε τις προϋποθέσεις τού άρθ. 81 παρ. 3, ώστε να τύχουν ατομικής απαλλαγής (βλ. σχετικά και την Ανακοίνωση τής Επιτροπής με θέμα τις "Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς" - ΕΕ. C /291/13.10.2000, σ. 1-44, παρ. 46-47). Εξάλλου, για να έχουν οι κοινοτικοί κανόνες περί ανταγωνισμού εφαρμογή σε μια εναρμονισμένη πρακτική, πρέπει αυτή να μπορεί να έχει άμεσες ή έμμεσες, πραγματικές ή δυνητικές αλλά όχι επουσιώδεις επιπτώσεις στο εμπόριο μεταξύ κρατών μελών, ήτοι να προκύπτει από ένα σύνολο αντικειμενικών νομικών ή πραγματικών στοιχείων σημαντική πιθανότητα καταστρατηγήσεως των στόχων της ενιαίας αγοράς μεταξύ των κρατών μελών, ιδίως στεγανοποιώντας τις εθνικές αγορές ή μεταβάλλοντας τη διαρθρωτική δομή του ανταγωνισμού εντός της κοινής αγοράς. Η διαπίστωση τέτοιων επιπτώσεων προϋποθέτει εν γένει τη συνδρομή πολλών παραγόντων, οι οποίοι, εκτιμώμενοι μεμονωμένα, δεν θα ήταν κατ' ανάγκη καθοριστικοί. Το ότι μια σύμπραξη σκοπεύει απλώς στη διάθεση προϊόντων στο εμπόριο ενός μόνον κράτους μέλους δεν αρκεί για να αποκλεισθεί η ύπαρξη επιπτώσεων στο ενδοκοινοτικό εμπόριο, υπό την έννοια ότι σύμπραξη, η οποία εκτείνεται στο σύνολο του εδάφους κράτους μέλους συνεπάγεται, ως εκ της φύσεώς της, την εδραίωση στε-

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

γανοποιήσεων εθνικού χαρακτήρα, εμποδίζοντας με τον τρόπο αυτό την οικονομική αλληλοδιείσδυση που επιδιώκει η Συνθήκη (βλ. ΣΤΕ 1324/2013 σκ. και εκεί μνημονευόμενη νομολογία, απόφ. ΔΕΚ της 13-7-2006, C-295/2004, Manfredi κατά Lloyd, σκ.40-45 και την εκεί μνημονευόμενη νομολογία, απόφ.της 13-12-2012, C-226/2011, Expedia Inc.κατά Autorite de la concurrence, απόφ.της 1-7-2008, C-49/2007, ΜΟΤΟΕ κατά Ελληνικού Δημοσίου, σκ.39-42, απόφ. της 23-11-2006, C-238/2005, Asnef-Equifax κατά Ausbanc, σκ.33-37, απόφ. της 7-6-1983, C-100-103/1980, Musique Diffusion Francaise κλπ. κατά Επιτροπής, σκ.81-87 - βλ.επίσης αποφ.ΠΕΚ της 8-7-2004, T-67, 68, 71, 78/2000, JFE Engineering Corp κλπ. κατά Επιτροπής και απόφ.ΔΕΚ της 30-6-1966, C-56/1965, LTM κατά MBU).

20. Επειδή, περαιτέρω, ο αρχικός Κανονισμός (ΕΟΚ) αριθ. 4087/88 της Επιτροπής της 30ής Νοεμβρίου 1988 για την εφαρμογή του άρθρου 85 παράγραφος 3 της συνθήκης σε κατηγορίες συμφωνιών franchise, ο οποίος ίσχυε έως 31-5-2000 ορίζει στο άρθρο 2 ότι: «Η προβλεπόμενη στο άρθρο 1 εξαίρεση εφαρμόζεται στους ακόλουθους περιορισμούς του ανταγωνισμού: α) υποχρέωση του δικαιοπάροχου, όσον αφορά συγκεκριμένη περιφέρεια της κοινής αγοράς, την περιοχή της σύμβασης: -....., να προμηθεύει ο ίδιος τα προϊόντα ή να παρέχει τις υπηρεσίες που αποτελούν το αντικείμενο του franchise, - να μην προμηθεύει ο ίδιος σε τρίτους τα προϊόντα του δικαιοπάροχου - β) ...», στο άρθρο 3 ότι: «1 . Οι ακόλουθες υποχρεώσεις που έχουν επιβληθεί στον δικαιοδόχο δεν εμποδίζουν την εφαρμογή του άρθρου 1, εφόσον είναι αναγκαίες για την προστασία των δικαιωμάτων βιομηχανικής ή πνευματικής ιδιοκτησίας του δικαιοπάροχου ή για τη διατήρηση της κοινής ταυτότητας και φήμης του δικτύου franchise: α)... γ) να μην ασκεί, άμεσα ή έμμεσα, παρεμφερή εμπορική δραστηριότητα σε περιοχή στην οποία ανταγωνίζεται με τον δικαιοπάροχο ή άλλο μέλος του δικτύου franchise - ο δικαιοδόχος είναι δυνατόν να εξακολουθεί να υπέχει την υποχρέωση αυτή μετά τη λύση της συμφωνίας, επί εύλογο χρονικό διάστημα, που δεν μπορεί να υπερβαίνει το ένα έτος, και στην περιοχή όπου ασκούσε την εκμετάλλευση του franchise» και στο άρθρο 4 ότι: «Η προβλεπόμενη στο άρθρο 1 εξαίρεση εφαρμόζεται υπό τον όρο ότι: α) ο δικαι-

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

οδόχος είναι ελεύθερος να προμηθεύεται τα προϊόντα που αποτελούν το αντικείμενο του franchise από άλλους δικαιοδόχους – στην περίπτωση που τα προϊόντα αυτά διατίθενται επίσης μέσω άλλου δικτύου εξουσιοδοτημένων διανομέων, ο δικαιοδόχος πρέπει να είναι ελεύθερος να προμηθεύεται τα προϊόντα από αυτούς». Επίσης, ο Κανονισμός 2790/1999 της Επιτροπής της 22-12-1999 για την εφαρμογή του άρθρου 81 (πρώην 85) παράγραφος 3 της συνθήκης σε ορισμένες κατηγορίες κάθετων συμφωνιών και εναρμονισμένων πρακτικών (L.336) ο οποίος ρυθμίζει και τις συμβάσεις δικαιόχρησης μετά τη λήξη ισχύος του αρχικού Κανονισμού (άρθρο 12 παρ.1 του Κανονισμού) ορίζει, στο άρθρο 1 ότι: «Για τους σκοπούς του παρόντος κανονισμού νοούνται ως: α)... β) υποχρέωση μη άσκησης ανταγωνισμού: ... άμεση ή έμμεση υποχρέωση του αγοραστή να αγοράζει από τον προμηθευτή ή από άλλη επιχείρηση, την οποία υπέδειξε ο προμηθευτής... γ) "υποχρέωση αποκλειστικής διάθεσης", κάθε άμεση ή έμμεση υποχρέωση του προμηθευτή να πωλεί τα αγαθά ή τις υπηρεσίες που αναφέρονται στη συμφωνία μόνο σε έναν αγοραστή μέσα στην Κοινότητα για συγκεκριμένη χρήση ή προς μεταπώληση... δ) σύστημα επιλεκτικής διανομής: σύστημα διανομής, στο οποίο ο προμηθευτής αναλαμβάνει να πωλεί τα αγαθά...που αναφέρονται στη σύμβαση, άμεσα ή έμμεσα, μόνο σε επιλεγμένους διανομείς με βάση καθορισμένα κριτήρια και εφ' όσον οι διανομείς αυτοί αναλάβουν την υποχρέωση να μην πωλούν τα εν λόγω αγαθά...σε μη εξουσιοδοτημένους διανομείς...», στο άρθρο 2 ότι «1....με την επιφύλαξη των διατάξεων του παρόντος κανονισμού, το άρθρο 81 παράγραφος 1 [της ΣΕΚ] κηρύσσεται ανεφάρμοστο στις συμφωνίες...μεταξύ ...επιχειρήσεων, καθεμία εκ των οποίων δραστηριοποιείται, για το σκοπό της συμφωνίας, σε διαφορετικό επίπεδο της αλυσίδας παραγωγής ή διανομής και που αφορούν τις προϋποθέσεις, υπό τις οποίες τα μέρη μπορούν να προμηθεύονται, να πωλούν ή να μεταπωλούν ορισμένα αγαθά...» και στο άρθρο 4 ότι «Η απαλλαγή που προβλέπεται στο άρθρο 2 δεν ισχύει για τις κάθετες συμφωνίες, οι οποίες, άμεσα ή έμμεσα, μεμονωμένα ή σε συνδυασμό με άλλους παράγοντες που υπόκεινται στον έλεγχο των μερών έχουν ως αντικείμενο: α) τον περιορισμό της δυνατότητας του αγοραστή να καθορίζει τις τιμές πώλησης, χωρίς να θίγεται η δυνατότητα

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

τα του προμηθευτή να επιβάλει μέγιστη τιμή πώλησης ή να συνιστά τιμή πώλησης, υπό τον όρο ότι αυτές δεν ισοδυναμούν με πάγια ή ελάχιστη τιμή πώλησης συνεπεία πιέσεων οποιουδήποτε μέρους στη σύμβαση ή κινήτρων που προσφέρονται από οποιοδήποτε συμβαλλόμενο μέρος, β) οποιαδήποτε άμεση ή έμμεση υποχρέωση δυνάμει της οποίας ο αγοραστής, μετά τη λύση της συμφωνίας, δεν μπορεί να παράγει, να αγοράζει, να πωλεί ή μεταπωλεί αγαθά ή υπηρεσίες, εκτός αν η εν λόγω υποχρέωση: - αφορά αγαθά ή υπηρεσίες που ανταγωνίζονται τα αγαθά ή τις υπηρεσίες που αναφέρονται στη σύμβαση και - περιορίζεται στους χώρους και στα οικόπεδα στα οποία ο αγοραστής είχε δραστηριοποιηθεί κατά την διάρκεια της σύμβασης και- είναι απαραίτητη για την προστασία της τεχνογνωσίας που μεταβιβάζει ο προμηθευτής στον αγοραστή, και υπό τον όρο ότι η διάρκεια της υποχρέωσης μη άσκησης ανταγωνισμού περιορίζεται σε ένα έτος μετά τη λύση της συμφωνίας. Η υποχρέωση αυτή ισχύει με την επιφύλαξη της δυνατότητας να επιβληθεί περιορισμός αόριστης διάρκειας στη χρήση και την κοινοποίηση της τεχνογνωσίας που δεν έχει περιέλθει σε δημόσια χρήση· δ) τον περιορισμό των αμοιβαίων προμηθειών μεταξύ διανομέων στο πλαίσιο ενός επιλεκτικού συστήματος διανομής, συμπεριλαμβανομένων μεταξύ αυτών των διανομέων που ενεργούν σε διαφορετικά επίπεδα εμπορίου...». Κατά την πρόδηλη έννοια των ανωτέρω διατάξεων του Κανον. 2790/1999, ενόψει και της ρητής διατυπώσεως του πρώτου εδαφίου του άρθρου 4 του ως άνω Κανονισμού περί μη ισχύος της κατ' άρθρο 2 απαλλαγής, στις αναφερόμενες από τη διάταξη αυτή περιπτώσεις κάθετων συμφωνιών, η εφαρμογή του άρθρου 2 αποκλείεται σε κάθε περίπτωση επί συμφωνιών, οι οποίες καλύπτονται από το άρθρο 4. Επομένως, ως προς συμφωνίες που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των απαγορευτικών διατάξεων του άρθρου 4, όπως επί συμφωνίας περιοριστικής ως προς τις τιμές λιανικής πώλησης των εμπορευμάτων (περ. α') ή ως προς τις αμοιβαίες πωλήσεις μεταξύ των διανομέων (περ. δ'), δεν μπορεί να τεθεί ζήτημα απαλλαγής κατ' επίκληση των άρθρων 3 και 5 (βλ. ΣΤΕ 2121/2013, πρβλ. απόφ. ΔΕΕ της 13-10-2011 επί της υποθ. C-439/2009, Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS, σκ. 59). Τα ίδια ισχύουν εξάλλου και για τον σε αντικατάσταση αυτού εκδοθέντα και ισ-

χύοντα Κανονισμό 330/2010 (ΕΕ) της Επιτροπής, της 20ής Απριλίου 2010 «για την εφαρμογή του άρθρου 101 παράγραφος 3 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης σε ορισμένες κατηγορίες κάθετων συμφωνιών και εναρμονισμένων πρακτικών» στο άρθρο 5 του οποίου ορίζεται ότι «1. Η απαλλαγή που προβλέπεται στο άρθρο 2 δεν εφαρμόζεται όσον αφορά τις ακόλουθες υποχρεώσεις που περιέχονται σε κάθετες συμφωνίες: α) β) οποιαδήποτε άμεση ή έμμεση υποχρέωση δυνάμει της οποίας ο αγοραστής, μετά τη λύση της συμφωνίας, δεν μπορεί να παράγει, να αγοράζει, να πωλεί ή μεταπωλεί αγαθά ή υπηρεσίες. 3. Κατά παρέκκλιση από τη παράγραφο 1 στοιχείο β), η απαλλαγή που προβλέπεται στο άρθρο 2 εφαρμόζεται σε οποιαδήποτε άμεση ή έμμεση υποχρέωση δυνάμει της οποίας ο αγοραστής, μετά τη λύση της συμφωνίας, δεν μπορεί να παράγει, να αγοράζει, να πωλεί ή μεταπωλεί αγαθά ή υπηρεσίες, εφόσον πληρούνται οι ακόλουθες προϋποθέσεις: α) η υποχρέωση αφορά αγαθά ή υπηρεσίες που ανταγωνίζονται τα αναφερόμενα στη σύμβαση αγαθά ή υπηρεσίες. β) η υποχρέωση περιορίζεται στους χώρους και στα οικόπεδα στα οποία ο αγοραστής ασκούσε τις δραστηριότητές του κατά τη διάρκεια της σύμβασης. γ) η υποχρέωση είναι απαραίτητη για την προστασία της τεχνολογίας που μεταβιβάζει. δ) η διάρκεια της υποχρέωσης μη άσκησης ανταγωνισμού περιορίζεται σε ένα έτος μετά τη λύση της συμφωνίας».

21. Επειδή, στο άρθρο 1 του Ν.703/1977 «Περί ελέγχου μονοπωλίων και ολιγοπωλίων και προστασίας του ελευθέρου ανταγωνισμού» (ΦΕΚ Α' 278), ορίζεται ότι: «1. Απαγορεύονται πάσαι αι συμφωνίαι μεταξύ επιχειρήσεων, πάσαι αι αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων και οιασδήποτε μορφής ενηρμονισμένη πρακτική επιχειρήσεων, αι οποίαι έχουν ως αντικείμενον ή αποτέλεσμα την παρακώλυσιν, τον περιορισμόν ή την νόθευσιν του ανταγωνισμού, ιδία δε αι συνιστάμενοι εις: α) τον άμεσον ή έμμεσον καθορισμόν των τιμών αγοράς ή πωλήσεως ή άλλων όρων συναλλαγής, β) τον περιορισμόν ή τον έλεγχον της παραγωγής, της διαθέσεως..., γ) την κατανομήν των αγορών ή των πηγών εφοδιασμού, δ) την, κατά τρόπον δυσχεραίνοντα την λειτουργίαν του ανταγωνισμού, εφαρμογήν εν τω εμπορίω ανίσων όρων δι' ισοδύναμους παροχάς... 2... 3. Εμπίπτουσαι εις την παράγραφον 1 του παρόντος άρθρου

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

συμφωνία, αποφάσεις και περιπτώσεις ενημεριωμένης πρακτικής ή κατηγορίας τούτων δύναται να κριθούν δι' αποφάσεως της Επιτροπής Προστασίας του Ανταγωνισμού ως εν όλω ή εν μέρει ισχυραί, εφ' όσον πληρούν αθροιστικώς τας κάτωθι προϋποθέσεις: α) συμβάλλουν, επί ευλόγω συμμετοχή των καταναλωτών εις την προκύπτουσαν ωφέλειαν, εις βελτίωσιν της παραγωγής ή της διανομής των προϊόντων ή εις προώθησιν της τεχνικής ή οικονομικής προόδου, β) δεν επιβάλλουν εις τας οικείας επιχειρήσεις περιορισμούς πέραν των απολύτως αναγκαίων δια την πραγματοποίησιν των ανωτέρω σκοπών και γ) δεν παρέχουν εις τας επιχειρήσεις ταύτας την δυνατότητα καταργήσεως του ανταγωνισμού εις σημαντικόν τμήμα της οικείας αγοράς» και στο άρθρο 2α του ίδιου νόμου, το οποίο, καταργηθέν με το άρθρο 1 παρ.1 του Ν.2837/2000, επανήλθε σε ισχύ με το άρθρο 1 του Ν. 3373/2005, ορίζεται ότι: «Με την επιφύλαξη της εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 1 του Ν. 703/1977 και του άρθρου 81 της ΣυνθΕΚ, απαγορεύεται η καταχρηστική εκμετάλλευση, από μία ή περισσότερες επιχειρήσεις, της σχέσης οικονομικής εξάρτησης στην οποία βρίσκεται προς αυτήν ή αυτές μία επιχείρηση, η οποία κατέχει θέση πελάτη ή προμηθευτή, ακόμη και ως προς ένα ορισμένο είδος προϊόντων ή υπηρεσιών και δεν διαθέτει ισοδύναμη εναλλακτική λύση. Η καταχρηστική αυτή εκμετάλλευση της σχέσης οικονομικής εξάρτησης δύναται να συνίσταται ιδίως στην επιβολή αυθαίρετων όρων συναλλαγής, στην εφαρμογή διακριτικής μεταχείρισης ή στην αιφνίδια και αδικαιολόγητη διακοπή μακροχρόνιων εμπορικών σχέσεων».

22. Επειδή, οι διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 3959/2011, που ισχύουν από 20-4-2011, ορίζουν ότι: «1. Με την επιφύλαξη της παραγράφου 3, απαγορεύονται όλες οι συμφωνίες και εναρμονισμένες πρακτικές μεταξύ επιχειρήσεων και όλες οι αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων, οι οποίες έχουν ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού στην Ελληνική Επικράτεια, και ιδίως εκείνες οι οποίες συνίστανται: α) στον άμεσο ή έμμεσο καθορισμό των τιμών αγοράς ή πώλησης ή άλλων όρων συναλλαγής. β) στον περιορισμό ή στον έλεγχο της παραγωγής, της διά-

θεσης, της τεχνολογικής ανάπτυξης ή των επενδύσεων γ) στην κατανομή των αγορών ή των πηγών εφοδιασμού.

23. Επειδή, από την εισήγηση της Επιτροπής Ανταγωνισμού που αναφέρθηκε στην 6^η σκέψη, σε συνδυασμό με τα στοιχεία, στα οποία αυτή παραπέμπει, η Ε.Α προκειμένου να εξετάσει τις αναφερθείσες στην ίδια σκέψη καταγγελίες σχετικά με την παραβίαση των διατάξεων του άρθρου 1 του ν. 703 / 1977, προέβη σε οριοθέτηση της ένδικης σχετικής αγοράς ως προς τα προϊόντα που περιλαμβάνονται σε αυτήν καθώς και ως προς τη γεωγραφική διάστασή της και στη συνέχεια σε καταγραφή των επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται εντός της συγκεκριμένης αγοράς, των μεριδίων αγοράς τους και άλλων χαρακτηριστικών της εν λόγω αγοράς και των επιχειρήσεων για τη διαπίστωση ή μη των καταγγελλομένων παραβάσεων. Σχετικά με την έρευνα αυτή η Ε.Α έλαβε υπόψη της ότι η προσφεύγουσα, η οποία ακολουθεί πρότυπη σύμβαση δικαιόχρησης, με μικρές διαφοροποιήσεις, ανά περίπτωση, για όλους τους δικαιοδόχους – συνεργάτες της, δραστηριοποιείται στη λιανική πώληση και διανομή προϊόντων τηλεφωνίας, πληροφορικής και υψηλής τεχνολογίας, αγορά στην οποία δραστηριοποιούνται, κυρίως, αλυσίδες καταστημάτων, υπό το ίδιο εμπορικό σήμα. Οι εν λόγω αλυσίδες διαφοροποιούνται τόσο ως προς τις κατηγορίες των προϊόντων και ως προς τη στρατηγική διάθεσής τους μέσω ιδιόκτητων καταστημάτων ή/και μέσω συνεργασιών με επικρατέστερο είδος συνεργασίας εκείνο της δικαιόχρησης. Ως εκ τούτου σχετική αγορά θεωρήθηκε αυτή της λιανικής πώλησης των ανωτέρω προϊόντων από τις αλυσίδες καταστημάτων, οι οποίες διαθέτουν τα μεγαλύτερα δίκτυα με βάση τον αριθμό καταστημάτων και εμπορεύονται προϊόντα που μπορούν να θεωρηθούν ανταγωνιστικά αυτών που διαθέτει η προσφεύγουσα, ειδικότερα δε αλυσίδες που δραστηριοποιούνται στην πώληση προϊόντων και υπηρεσιών σταθερής και κινητής τηλεφωνίας, αλυσίδες καταστημάτων πληροφορικής καθώς και αλυσίδες καταστημάτων ηλεκτρικών και ηλεκτρονικών ειδών, ακολουθώντας και τη μελέτη της ICAP του Μαρτίου 2010, όπου γίνεται η διάκριση των ανωτέρω αλυσίδων, ενώ τα λοιπά μεμονωμένα-αυτόνομα καταστήματα θεωρούνται χωριστή κατηγορία. Εξάλλου, ως σχετική γεωγραφική αγορά θεωρήθηκε η ελληνική επικρά-

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

τεια, δεδομένου ότι τόσο η προσφεύγουσα όσο και οι λοιπές αλυσίδες σχετικών καταστημάτων διαθέτουν δίκτυα πανελλαδικής εμβέλειας. Διαπιστώθηκε, επίσης, ότι την 31.12.2005 η προσφεύγουσα διατηρούσε στην Ελλάδα [...] καταστήματα δικαιόχρησης καθώς και [...] ιδιόκτητα καταστήματα, ενώ την 31.12.2012 το ευρύτερο δίκτυό της αριθμούσε [...] καταστήματα δικαιόχρησης και [...] ιδιόκτητα καταστήματα. Την ίδια περίοδο η COSMOTE διέθετε [...] ιδιόκτητα καταστήματα και [...] Cosmote Corners, η VODAFONE και η WIND διατηρούσαν καταστήματα τόσο ιδιόκτητα όσο και λειτουργούντα με το σύστημα δικαιόχρησης. Η εταιρεία DSGI κατείχε σημαντικό δίκτυο με τα καταστήματα Κωτσόβολος και Electroworld, όπως και τα E-SHOP, MULTIRAMA και PUBLICWORLD. Σύμφωνα με το μητρώο επιχειρήσεων της Εθνικής Στατιστικής Υπηρεσίας Ελλάδος, το 2005 το σύνολο των καταστημάτων που δραστηριοποιούνταν με το λιανικό εμπόριο των κατηγοριών: α) ηλεκτρονικών υπολογιστών, περιφερειακού εξοπλισμού υπολογιστών και λογισμικού σε ειδικευμένα καταστήματα και β) τηλεπικοινωνιακού εξοπλισμού σε ειδικευμένα καταστήματα υπαγόμενα στους κωδικούς 4741 και 4742 σύμφωνα με την αναθεωρημένη Στατιστική Ταξινόμηση των Κλάδων Οικονομικής Δραστηριότητας ανέρχονταν περίπου σε 2000 σε όλη την επικράτεια, ο δε συνολικός κύκλος εργασιών τους εκτιμάται σε 508 εκ. ευρώ, σύμφωνα με μελέτη της ICAP. Για την ανάλυση των μεριδίων αγοράς στη λιανική πώληση και διανομή των ανωτέρω προϊόντων τηλεφωνίας, πληροφορικής και υψηλής τεχνολογίας συγκεντρώθηκαν στοιχεία 13 εταιρειών – αλυσίδων, οι οποίες εμπορεύονται προϊόντα και υπηρεσίες που θεωρούνται ανταγωνιστικά αυτών που διαθέτει η προσφεύγουσα. Ειδικότερα λήφθηκαν υπόψη οι πωλήσεις συνολικά 893 καταστημάτων το 2004 (ελάχιστο) έως και 1.634 καταστημάτων το 2009 (μέγιστο). Το μερίδιο της προσφεύγουσας στην εγχώρια αγορά, για την τριετία 2004-2006 εκτιμάται μεταξύ (19-26)% και (21-28)%, ενώ για τα έτη 2007 – 2011 σε (10-17)% και συγκεντρωτικά με την COSMOTE κατά τα ίδια έτη κυμαίνονται μεταξύ (19-26)% και (25-32)%. Σύμφωνα με τα οικονομικά στοιχεία που προσκόμισε η προσφεύγουσα, ο συνολικός κύκλος εργασιών της κυμάνθηκε από [...] εκ. ευρώ το 2000 σε [...] εκ. ευρώ το 2012. Τα ποσοστά του κύκλου εργασιών που αφορούν πωλήσεις

προς καταστήματα δικαιοδόχων διαμορφώθηκαν σε [...] % και [...] %, αντίστοιχα.

24. Επειδή, κατά την Εισήγηση, από τα προαναφερθέντα στοιχεία σε συνδυασμό με τους 3 τύπους συμβάσεων δικαιόχρησης που χρησιμοποιούσε η προσφεύγουσα, προκύπτουν, ως προς τον καθορισμό των τιμών μεταπώλησης, τα ακόλουθα: Η προσφεύγουσα κατά την ελεγχόμενη περίοδο (1990 – 2012) χρησιμοποίησε με τους δικαιοδόχους της τρεις τύπους συμβάσεων – πιλότων, με ελάχιστες μεταξύ τους αποκλίσεις. Στον πρώτο τύπο σύμβασης – πιλότου αναφέρονται τα εξής: Στον όρο 5.3: «1. Ο Δικαιοδόχος είναι ελεύθερος να καθορίζει τις τιμές πωλήσεως των αγαθών και υπηρεσιών παραμένοντας όμως στα πλαίσια της πολιτικής τιμών λιανικής που καθορίζονται από τον δικαιοπάροχο...3) Για την βιωσιμότητα του δικαιοδόχου ορίζεται ότι ο μέσος όρος του ετήσιου μικτού ποσοστού κέρδους δεν θα είναι λιγότερος από [...] % του τιμοκαταλόγου λιανικής (από πάνω προς τα κάτω-mark down)...4)... Η πολιτική τιμών καθορίζεται αποκλειστικά από τον Δικαιοπάροχο και είναι συνάρτηση του κόστους κτήσεως ή παραγωγής των προϊόντων ή υπηρεσιών, των δαπανών οργάνωσης, διαχείρισης και προβολής και της πολιτικής διείσδυσης στην αγορά. Ο Δικαιοπάροχος δηλώνει ότι οι τιμές λιανικής που καθορίζει κινούνται στα επίπεδα των αντίστοιχων τιμών της αγοράς. Ο όρος αυτός της σύμβασης δικαιόχρησης θεωρείται ουσιώδης και η συνεχής παραβίασή του δίνει το δικαίωμα στον Δικαιοδόχο να απαιτήσει και να πετύχει μείωση των τιμών λιανικής των συγκεκριμένων ειδών χωρίς μείωση του μέσου όρου μικτού κέρδους του» και στον όρο 5.5 β) «...Σε περιπτώσεις όμως κατά τις οποίες διερχόμενοι πελάτες ζητούν τιμολόγια χονδρικής πώλησης, επιτρέπεται η πώληση με έκπτωση από την τιμή λιανικής με βάση προκαθορισμένο από τον Δικαιοπάροχο επίπεδο εκπτώσεων (ενιαίο για όλα τα καταστήματα λιανικής Δικαιοδόχων και Δικαιοπαρόχου). Σε καμία περίπτωση οι εκπτώσεις αυτές δεν θα περιορίζουν το μικτό ποσοστό κέρδους για τον Δικαιοδόχο που προσδιορίζεται με βάση τον τιμοκατάλογο λιανικής και την τιμή κτήσης». Στον δεύτερο τύπο σύμβασης-πιλότου αναφέρεται ότι: Στο άρθρο 12.1 «...οι τιμές στις οποίες ο Δικαιοδόχος θα διαθέτει περαιτέρω τα εμπορεύματα διαμορφώνονται καταρχήν ελε-

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

ύθερα από αυτόν...ο Δικαιοδόχος περιορίζεται ως προς την ελευθερία διαμόρφωσης των τιμών του από την φήμη των εμπορευμάτων της σύμβασης, τα οποία δεν επιτρέπεται να διατίθενται σε τόσο χαμηλές τιμές, ώστε να τίθεται σε κίνδυνο η αξιοπιστία και η φήμη του συστήματος 'ΓΕΡΜΑΝΟΣ', στον όρο 12.2 «εφόσον στο μέλλον επιτραπεί από τη νομοθεσία περί ελεύθερου ανταγωνισμού η δυνατότητα του Δικαιοπαρόχου να καθορίζει τις τιμές μεταπώλησης, συμφωνείται ότι ο Δικαιοπάροχος θα έχει το δικαίωμα να κάνει χρήση της δυνατότητας αυτής στο πλαίσιο της παρούσας σύμβασης», στο άρθρο 12.5 «Η πολιτική τιμών καθορίζεται αποκλειστικά από τον Δικαιοπάροχο και είναι συνάρτηση του κόστους κτήσεως ή παραγωγής των προϊόντων ή υπηρεσιών, των δαπανών οργάνωσης, διαχείρισης και προβολής και της πολιτικής διείσδυσης στην αγορά. Ο Δικαιοπάροχος δηλώνει ότι οι τιμές λιανικής που καθορίζει κινούνται στα επίπεδα των αντίστοιχων τιμών της αγοράς», στο άρθρο 12.6 «Ο όρος αυτός της σύμβασης δικαιόχρησης θεωρείται ουσιώδης και η συνεχής παραβίασή του δίνει το δικαίωμα στον Δικαιοδόχο να απαιτήσει και να πετύχει μείωση των τιμών λιανικής των συγκεκριμένων ειδών χωρίς μείωση του μέσου όρου μικτού κέρδους του...», στον όρο 12.3 «Οι τιμές πώλησης των προϊόντων και των συναφών ειδών που θα πραγματοποιεί ο όμιλος των εταιριών «ΓΕΡΜΑΝΟΣ» στον Δικαιοδόχο θα είναι εύλογες και ανάλογες με τις τιμές που ισχύουν στην αγορά για τα αυτά ή παρεμφερή προϊόντα, θα παρέχουν δε ικανό κέρδος που θα επιτρέπει την βιωσιμότητα της επιχείρησης του Δικαιοδόχου κατ' αντικειμενική κρίση», στο άρθρο 13 «...σε περιπτώσεις όμως κατά τις οποίες διερχόμενοι πελάτες ζητούν τιμολόγια χονδρικής πώλησης, επιτρέπεται η πώληση με έκπτωση από την τιμή λιανικής με βάση προκαθορισμένο από τον Δικαιοπάροχο επίπεδο εκπτώσεων (ενιαίο για όλα τα καταστήματα λιανικής Δικαιοδόχων και Δικαιοπαρόχου). Σε καμία περίπτωση οι εκπτώσεις αυτές δεν θα περιορίζουν το μικτό ποσοστό κέρδους για τον Δικαιοδόχο που προσδιορίζεται με βάση τον τιμοκατάλογο λιανικής και την τιμή κτήσης» και τέλος, στο άρθρο 29.4 «Η σύμβαση αυτή μπορεί να καταγγελθεί από τα συμβαλλόμενα μέρη οποτεδήποτε χωρίς την τήρηση προθεσμίας για σπουδαίο λόγο. Σπουδαίος λόγος θεωρείται η παράβαση οποιασδήποτε υποχρέωσης που προέρχεται

από την παρούσα συμφωνία ή μη άσκηση οποιουδήποτε καθήκοντος που αναφέρεται στη σύμβαση αυτή ...». Τέλος, ο τρίτος τύπος σύμβασης - πιλότου ο οποίος εφαρμόστηκε μετά το έτος 2013 εμφανίζει αρκετές διαφοροποιήσεις ως προς τους δύο πρώτους τύπους, οι οποίες έγκεινται κυρίως στην απάλειψη ή τη διαφοροποίηση όρων σχετικών με τον καθορισμό περιθωρίου κέρδους, την πολιτική τιμών λιανικής πώλησης και τον καθορισμό του ύψους της παρεχόμενης έκπτωσης. Περαιτέρω, ως προς το λογισμικό σύστημα SRS διαπιστώθηκε ότι η βάση του βρισκόταν στον κεντρικό εξυπηρετητή (server) της ΓΕΡΜΑΝΟΣ ενώ το δίκτυο των καταστημάτων εξυπηρετείτο από επιμέρους τερματικά, τα οποία ήταν on line συνδεδεμένα με τη ΓΕΡΜΑΝΟΣ. Η χρήση του ήταν υποχρεωτική για τους δικαιοδόχους, καθώς υπήρχε διαρκής ενημέρωση οποιασδήποτε αλλαγής στην εμπορική πολιτική του δικτύου δικαιόχρησης. Οι δικαιοδόχοι δεν μπορούσαν να επέμβουν εξ αρχής και να τροποποιήσουν ή να διαμορφώσουν σε μόνιμη βάση τον τιμοκατάλογο στο λογισμικό σύστημα. Μέσω του συστήματος αυτού οι δικαιοδόχοι εκτελούσαν όλες τις βασικές εργασίες του καταστήματος, όπως έκδοση αποδείξεων και τιμολογίων, απογραφή και παραγγελίες. Όπως η ίδια η προσφεύγουσα ανέφερε, αλλά και ο μάρτυράς της [...] κατέθεσε, οι τιμές στο σύστημα ενημερώνονταν κάθε πρωί στις 06:00. Οι δικαιοδόχοι δεν είχαν τη δυνατότητα μεταβολής (σε μόνιμη βάση) των «προτεινόμενων» τιμών λιανικής πάνω στους κωδικούς των προϊόντων μέσω του λογισμικού συστήματος, γεγονός που επιβεβαίωσαν τόσο οι καταγγέλλοντες όσο και οι δικαιοδόχοι που ελέγχθηκαν καθώς και ο μάρτυρας [...], ο οποίος δήλωσε ότι από τη στιγμή που βγαίνει τιμοκατάλογος και κοινοποιείται με έντυπο, διαμορφώνονται αντίστοιχα και οι τιμές στο SRS. Αν η ΓΕΡΜΑΝΟΣ ήθελε να επικοινωνήσει με άλλο τρόπο την έκπτωση στον πελάτη, ξεκλείδωνε από το σύστημα έναν συγκεκριμένο κωδικό και με βάση οδηγία του δικτύου, έμπαινε η συγκεκριμένη έκπτωση (π.χ. 20%), την οποία έβλεπε ο πελάτης (σελ. 62 πρακτικ 24-9-2013). Εξάλλου, ο μάρτυρας [...] κατέθεσε ότι πριν την εφαρμογή του SRS υπήρχε ειδικό πρόγραμμα, το οποίο έστελνε στους δικαιοδόχους μία εφαρμογή μέσω internet και αυτοί εκτύπωναν ταμπελάκια τιμών. Μετά την εφαρμογή του SRS η ενημέρωση γινόταν αυτόματα και τις τιμές τις όριζε η εται-

ρεία (σελ. 75 πρακτ. 24-9-2013), ενώ οι όποιες αποκλίσεις μεταξύ τιμών τιμοκαταλόγου και τελικών τιμών, οφείλονται κυρίως στην ύπαρξη κάποιας προσφοράς, σε promotion της εταιρείας. Ακόμη σε κάποιες περιπτώσεις η εταιρεία με e-mail υποδείκνυε την αλλαγή τιμής σε συγκεκριμένο κωδικό «καρφωτά» (βλ. κατάθεση [...], πρακτικά 24-9-2013, σελ. 120). Επίσης, διαπιστώθηκε η λειτουργία του συστήματος SRS κατά την επιτόπια έρευνα σε κατάστημα της ΓΕΡΜΑΝΟΣ, όπου έγινε προσπάθεια επιτόπιας αλλαγής της τιμής συγκεκριμένου κωδικού και στο πεδίο «τιμή μονάδος» εμφανίστηκε στην οθόνη η ένδειξη «Δεν έχετε δικαίωμα αλλαγής στοιχείων». Υπήρχε, ωστόσο, η δυνατότητα χορήγησης έκπτωσης με τη μορφή ποσού ή ποσοστού επί της λιανικής τιμής κατά την έκδοση της σχετικής απόδειξης («καρφωτά»), γεγονός αφενός μεν πολύ δύσκολο λόγω και του πολύ μεγάλου αριθμού των κωδικών που υπήρχαν και αφετέρου ασύμφορο λόγω του μικρού περιθωρίου κέρδους των δικαιούχων. Η δυνατότητα αυτή ήταν θεωρητική, διότι, όπως δήλωσε ο πρώην επιθεωρητής πωλήσεων της ΓΕΡΜΑΝΟΣ [...], «πρακτικά εμείς το κυνηγάγαμε». Εξάλλου, από τα έγγραφα στοιχεία που προσκομίστηκαν αλλά και αυτά τα οποία συγκεντρώθηκαν από τους επιτοπίους ελέγχους στην προσφεύγουσα και στα καταστήματα των δικαιούχων της ΓΕΡΜΑΝΟΣ (εσωτερική αλληλογραφία της ΓΕΡΜΑΝΟΣ του έτους 2006, σχετικά με το ισχύον περιθώριο κέρδους στις συμβάσεις δικαιόχρησης, έγγραφα σχετικά με την ακολουθούμενη από την εταιρεία πολιτική κατά το έτος 2003, ηλεκτρονική αλληλογραφία κατά το έτος 2010 μεταξύ στελεχών της ΓΕΡΜΑΝΟΣ σχετικά με τα ποσοστά επιστροφής, πρακτικά συνάντησης συνεργατών της ΓΕΡΜΑΝΟΣ, της 31-7-2008, σχετικά με την πολιτική που θα ισχύσει από 1-8-2008 για συγκεκριμένα προϊόντα ως προς το μικτό περιθώριο κέρδους, φυλλάδια της προσφεύγουσας σχετικά με την εκάστοτε εμπορική πολιτική της, με τις νέες τιμές λιανικής που θα ισχύσουν στο εξής, σε αντικατάσταση των παλιών, κλπ) προκύπτουν συγκεκριμένα ποσοστά περιθωρίων κέρδους ανά συγκεκριμένο προϊόν, τα οποία σε κάποιες περιπτώσεις κυμαίνονται μεταξύ [...] % έως [...] % καθώς και συγκεκριμένες τιμές λιανικής πώλησης ανά είδος. Έτσι, σε έντυπο του δικτύου (ΕΔ-73) που προσκόμισε η Γκόντζος Ο.Ε. με ημερομηνία 23.9.2005 αναφέρεται ότι: «Από Δευτέρα 26

Σεπτεμβρίου θα ισχύσουν νέες λιανικές τιμές στους παρακάτω κωδικούς...» και επισυνάπτεται πίνακας με «παλιά τιμή λιανικής» και «νέα τιμή λιανικής». Επίσης, από τους επισυναπτόμενους στο αρχείο «MARGIN.xls» πίνακες προκύπτει ότι σε συμβάσεις δικαιοδόχων της προσφεύγουσας ανά την επικράτεια καθορίζεται μικτό περιθώριο κέρδους στο σύνολο των προϊόντων (σε [...] καταστήματα [...] % και σε [...] καταστήματα [...] %). Εξάλλου, η ΓΕΡΜΑΝΟΣ παρακολουθούσε στενά την εφαρμογή της εμπορικής της πολιτικής τόσο μέσω των επιθεωρητών των καταστημάτων franchising, έργο των οποίων ήταν η εξασφάλιση της πιστής εφαρμογής της, όσο και των διευθυντών των καταστημάτων, όπως προκύπτει από το εγχειρίδιο franchising 2006 και από τις καταθέσεις των μαρτύρων [...] και [...]. Ειδικότερα, ο [...] δήλωσε ότι είχε κωδικό, ο οποίος του επέτρεπε να παρακολουθεί μέσω του συστήματος SRS τη συμμόρφωση [...] καταστημάτων με τις τιμές, καθώς και ό,τι είχε σχέση με πωλήσεις, παραγγελίες και αποθέματα.

25. Επειδή, περαιτέρω, σχετικά με τον περιορισμό των αμοιβαίων προμηθειών μεταξύ διανομέων – δικαιοδόχων του συστήματος, σύμφωνα με την Εισήγηση, προέκυψαν τα εξής: Στον πρώτο τύπο σύμβασης – πιλότου αναφέρεται ότι: Στο άρθρο 5.5 «α) Σε περίπτωση που αμφισβητηθεί το δικαίωμα του δικαιοπαρόχου να αποτελεί τον αποκλειστικό προμηθευτή του δικαιοδόχου και ο δικαιοδόχος προβεί, με το αιτιολογικό αυτό, στην προμήθεια ειδών από άλλους προμηθευτές, χωρίς την έγκριση του δικαιοπαρόχου, τότε αναγνωρίζεται ότι: (α) δεν έχει δικαίωμα να προμηθεύεται και να πουλά προϊόντα εκτός του εκάστοτε τιμοκαταλόγου (λίστας) του Ομίλου και (β) για τις αγορές αυτών των προϊόντων και μόνον οφείλει στον δικαιοπάροχο ποσοστό [...] % επί της τιμής αγοράς, με το οποίο τον πιστώνει κάθε 15η και 30ή του μηνός...». β) Χωρίς προηγούμενη έγγραφη συγκατάθεση του δικαιοπαρόχου, ο δικαιοδόχος δεν μπορεί να ασκεί άλλου είδους επιχειρηματική δραστηριότητα ή εμπόριο στο κατάστημα. Το κατάστημα του δικαιοδόχου προορίζεται να λειτουργήσει ως κατάστημα λιανικής. Σε περιπτώσεις, κατά τις οποίες, διερχόμενοι πελάτες ζητούν τιμολόγια χονδρικής, επιτρέπεται η πώληση με έκπτωση επί της τιμής λιανικής με βάση προκαθορισμένο από τον δικαιοπάροχο επίπεδο εκπτώσεων (ενιαίο

για όλα τα καταστήματα λιανικής δικαιοδόχων και δικαιοπαρόχου)... γ) Στις περιπτώσεις που παρουσιάζονται μέσα στο πρόγραμμα του κανονικού προγράμματος προμηθειών και εκτελέσεως των παραγγελιών βάσει του Ε.Ο.Μ. ανωμαλίες στην τροφοδοσία του καταστήματος από τον Δικαιοπάροχο, ο τελευταίος δίνει κατά την κρίση του το δικαίωμα στον Δικαιοδόχο να προμηθεύεται από άλλους προμηθευτές ορισμένα είδη. Οι εγκρίσεις αυτές θα είναι συγκεκριμένες, θα παρέχονται για ορισμένες ποσότητες και κατηγορίες προϊόντων και δεν δημιουργούν «προηγούμενο» ούτε ερμηνεύονται ως γενική εξουσιοδότηση απεριόριστου χρόνου. Στις ειδικές αυτές περιπτώσεις γνωστοποιείται στον Δικαιοδόχο το ποσοστό επιβάρυνσης της χονδρικής αγοράς με το οποίο θα πιστώνεται και το οποίο θα είναι εύλογο και ανάλογο προς την κατηγορία του προϊόντος...».

Εξάλλου, στον δεύτερο τύπο σύμβασης-πιλότου αναφέρεται στο άρθρο 11.1 ότι «Ο Δικαιοδόχος υποχρεούται να αγοράζει το σύνολο των εμπορευμάτων που θα διαθέτει το κατάστημα του αποκλειστικά και μόνο από τον Δικαιοπάροχο ή από άλλη επιχείρηση, την οποία έχει υποδείξει σε αυτόν ο Δικαιοπάροχος». Στον όρο 11.2 της ίδιας σύμβασης αναφέρεται ότι «Σε περίπτωση που ο Δικαιοδόχος αμφισβητήσει το δικαίωμα του Δικαιοπαρόχου να αποτελεί τον αποκλειστικό προμηθευτή του και προβεί με το αιτιολογικό της χαμηλότερης τιμής στην προμήθεια ειδών από άλλους προμηθευτές χωρίς την έγκριση του Δικαιοπαρόχου τότε αναγνωρίζεται ότι: α) Δεν έχει το δικαίωμα να προμηθεύεται και να πουλά προϊόντα εκτός αυτών που περιλαμβάνονται στους εκάστοτε καταλόγους προϊόντων του ομίλου εταιριών του Δικαιοπαρόχου, β) Για τις αγορές αυτών των προϊόντων και μόνο που θα γνωστοποιεί άμεσα στον Δικαιοπάροχο οφείλει σ' αυτόν ποσό ίσο προς το ήμισυ της τιμής αγοράς των προϊόντων, με το οποίο τον πιστώνει κάθε 15η και 30η κάθε μηνός με βάση τον ξεχωριστό λογαριασμό αγορών από τρίτους...», στον όρο 16.1 ότι «Στις περιπτώσεις που παρουσιάζονται μέσα στο πρόγραμμα του κανονικού προγράμματος προμηθειών και εκτελέσεως των παραγγελιών βάσει του Ε.Ο.Μ. ανωμαλίες στην τροφοδοσία του καταστήματος από τον Δικαιοπάροχο, ο τελευταίος δίνει κατά την κρίση του το δικαίωμα στον Δικαιοδόχο να προμηθεύεται από άλλους προμη-

θευτές ορισμένα είδη. Οι εγκρίσεις αυτές θα είναι συγκεκριμένες, θα παρέχονται για ορισμένες ποσότητες και κατηγορίες προϊόντων και δεν δημιουργούν 'προηγούμενο' ούτε ερμηνεύονται ως γενική εξουσιοδότηση απεριόριστου χρόνου. Στις ειδικές αυτές περιπτώσεις γνωστοποιείται στον Δικαιοδόχο το ποσοστό επιβάρυνσης της χονδρικής αγοράς με το οποίο θα πιστώνεται και το οποίο θα είναι εύλογο και ανάλογο προς την κατηγορία του προϊόντος» και στον όρο 13 ότι «Το κατάστημα του Δικαιοδόχου προορίζεται να λειτουργήσει ως κατάστημα λιανικής πώλησης του συστήματος «ΓΕΡΜΑΝΟΣ» και δεν μπορεί να ασκεί ο Δικαιοδόχος σε αυτό άλλου είδους επιχειρηματική δραστηριότητα χωρίς την προηγούμενη έγγραφη συγκατάθεση του Δικαιοπαρόχου. Σε περιπτώσεις όμως κατά τις οποίες διερχόμενοι πελάτες ζητούν τιμολόγια χονδρικής πώλησης, επιτρέπεται η πώληση με έκπτωση από την τιμή λιανικής με βάση προκαθορισμένο επίπεδο εκπτώσεων (ενιαίο για όλα τα καταστήματα λιανικής Δικαιοδόχων και Δικαιοπαρόχου)...». Στον τρίτο τύπο σύμβασης-πιλότου δεν υπάρχουν αντίστοιχες ρήτρες. Από το συλλεγόμενα στοιχεία προέκυψε ότι στην πράξη οι δικαιοδόχοι δεν προμηθεύονταν εμπορεύματα από τρίτους προμηθευτές εκτός δικτύου, ενώ σε ελάχιστες περιπτώσεις προμηθεύονταν ορισμένα εμπορεύματα-κωδικούς από άλλους δικαιοδόχους του ίδιου δικτύου της ΓΕΡΜΑΝΟΣ, σε περιπτώσεις έλλειψης του συγκεκριμένου προϊόντος από το κεντρικό κατάστημα.

26. Επειδή, ως προς τη συμφωνία μη ανταγωνισμού μετά τη λήξη της σύμβασης, στον όρο 11.3 του πρώτου τύπου σύμβασης πιλότου αναφέρεται: «11.3 ... Ο δικαιοδόχος δεν μπορεί, μετά την λύση της συμβάσεως δικαιοχρησίας και πριν περάσουν δεκαοχτώ (18) μήνες, να ενεργήσει τα εξής: (α) να αναμιχθεί άμεσα ή έμμεσα με οποιονδήποτε τρόπο (με την ιδιότητα του διευθυντού, συνεταιίρου, μετόχου, ιδιοκτήτη, υπαλλήλου, επισήμου αντιπροσώπου ή άλλη μορφή) σε οποιαδήποτε ανταγωνιστική επιχείρηση (β) να συμβουλευεί οποιονδήποτε πελάτη ή πρώην πελάτη της επιχείρησης ή πελάτες άλλου δικαιοδόχου του δικαιοπαρόχου, κατευθύνοντάς τον στο να πάψει να υποστηρίζει την επιχείρηση ή την επιχείρηση του δικαιοπαρόχου ή την επιχείρηση άλλου δικαιοδόχου του δικαιοπαρόχου ή να κατευθύνει τους πελάτες του αλλού.»,

ενώ στους όρους 23.3 και 23.4 της δεύτερης σύμβασης-πιλότου αναφέρεται ότι «23.3 Κατά τη διάρκεια ισχύος της σύμβασης δεν επιτρέπεται στον δικαιοδόχο χωρίς γραπτή προηγούμενη άδεια του Δικαιοπαρόχου να λειτουργεί είτε ο ίδιος είτε μέσω τρίτων άλλη επιχείρηση ή να συμμετέχει άμεσα ή έμμεσα σε άλλη επιχείρηση με αντικείμενο δραστηριότητας παρόμοιο με αυτό της ΓΕΡΜΑΝΟΣ. Η άδεια αυτή θα δίδεται εφόσον πρόκειται για καθαρά κεφαλαιουχική συμμετοχή σε ανώνυμη εταιρία εισηγμένη στο χρηματιστήριο που δεν θα υπερβαίνει το 5%. Στις υπόλοιπες περιπτώσεις η χορήγηση της άδειας εναπόκειται στην ελεύθερη διακριτική ευχέρεια του Δικαιοπαρόχου. Ειδικά ορίζεται ότι: Σε περίπτωση παράβασης της παραπάνω υποχρέωσης επιβάλλεται ποινική ρήτρα 29.347 Ευρώ σε βάρος του Δικαιοδόχου και υπέρ του Δικαιοπαρόχου ανεξαρτήτως των λοιπών δικαιωμάτων του τελευταίου. 23.4 Οι παραπάνω περιορισμοί της παρ.3 ισχύουν και μετά τη λήξη της σύμβασης και για χρονικό διάστημα ενός (1) έτους ανεξάρτητα από το λόγο λύσης της». Εξάλλου, από το σχέδιο της πρώτης σύμβασης-πιλότου που προσκόμισε η προσφεύγουσα προκύπτει σχετική απαγόρευση δραστηριοποίησης του δικαιοδόχου για ένα έτος, ενώ από τις υπογεγραμμένες συμβάσεις του πρώτου τύπου-πιλότου, οι οποίες αφορούν τους ελεγχόμενους, προκύπτει ότι η εν λόγω απαγόρευση ισχύει για 18 μήνες.

27. Επειδή, με την προσβαλλόμενη απόφαση η Επιτροπή αξιολόγησε τους όρους των συμβάσεων που είχε υπογράψει η προσφεύγουσα και κατέληξε ότι το δίκτυο διανομής της ΓΕΡΜΑΝΟΣ φέρει όλα τα ουσιώδη χαρακτηριστικά σύμβασης δικαιόχρησης (franchising) το οποίο λειτουργεί ως σύστημα επιλεκτικής διανομής, κατ' άρθρο 1 στοιχ. ε' του Κανονισμού Ε.Ε. 330/2010 (πρώην Κανονισμός ΕΚ 2790/1999), γεγονός που δεν αμφισβητείται από την προσφεύγουσα. Περαιτέρω, η Επιτροπή, ως προς τον καθορισμό τιμών λιανικής πώλησης, αφού έλαβε υπόψη και συνεκτίμησε όσα αναφέρθηκαν στη σκέψη 24, κατέληξε στο συμπέρασμα ότι: Α) στον πρώτο τύπο σύμβασης, παρά το γεγονός ότι οι δικαιοδόχοι εμφανίζονται ελεύθεροι να καθορίζουν τις τιμές μεταπώλησης, οι όροι 5.3, 5.4 και 5.5, όπως αναφέρθηκαν στην προηγούμενη παράγραφο, αναιρούν αυτή την ελευθερία και παραβιάζουν τα άρθρα 1 παρ. 1 Ν. 703/77 και 101 παρ. 1 ΣΛΕΕ, δεδομένου ότι: α) καθορίζουν συγκεκριμένο

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

περιθώριο κέρδους των δικαιοδόχων, β) οι τιμές μεταπώλησης των δικαιοδόχων συνιστούν αναπόσπαστο μέρος της πολιτικής τιμών που καθορίζει αποκλειστικά ο δικαιοπάροχος, ενώ συνδέονται και με τις τιμές μεταπώλησης των ανταγωνιστών του δικαιοπαρόχου και γ) προβλέπουν την εφαρμογή προκαθορισμένης από τη ΓΕΡΜΑΝΟΣ έκπτωσης στην εκάστοτε λιανική τιμή. Οι όροι αυτοί καταλαμβάνουν εν όλω ή εν μέρει την περίοδο 1998 έως 2008, διότι παρά την σταδιακή εισαγωγή του δεύτερου τύπου σύμβασης-πιλότου κατά τη δεκαετία 2000, σημαντικός αριθμός δικαιοδόχων συνέχιζε να λειτουργεί με τον πρώτο τύπο σύμβασης, τουλάχιστον έως το 2006-2008. Εξάλλου, κατά τον μάρτυρα της προσφεύγουσας [...], τις συμβάσεις τύπου Α εξακολουθούν ακόμη να τις χρησιμοποιούν 2-3 δικαιοδόχοι (βλ. πρακτικά Ε.Α. της 24-9-2013, σελ. 107), καθότι η διάρκειά τους ήταν εικοσαετής. Β) Στον δεύτερο τύπο σύμβασης-πιλότου, η όποια ελευθερία ως προς τη διαμόρφωση τιμών λιανικής πώλησης διαφαίνεται από τον όρο 12.1, σχετικά με το ότι οι αποστελλόμενες στους δικαιοδόχους τιμές είναι καταρχήν προτεινόμενες ενδεικτικές, ενώ προβλέπεται η δυνατότητα τροποποίησής τους, αναιρείται επίσης, από τους όρους 12.2, 12.3, 12.5, 12.6 και 13, οι οποίοι οδηγούν σε ευθεία δέσμευση των τιμών μεταπώλησης και περιορισμό του ανταγωνισμού. Και τούτο διότι: α) η πολιτική των τιμών λιανικής εντός του δικτύου καθορίζεται αποκλειστικά από τη ΓΕΡΜΑΝΟΣ, β) γίνεται ευθεία αναφορά σε καθορισμό τιμών λιανικής από μέρους του δικαιοπαρόχου (και όχι προτεινόμενες), γ) συνδέονται ευθέως οι τιμές μεταπώλησης των δικαιοδόχων με αυτές των ανταγωνιστών και δ) δίδεται η δυνατότητα μείωσης των λιανικών τιμών από τους δικαιοδόχους μόνο στην περίπτωση που η ΓΕΡΜΑΝΟΣ παραβιάσει συστηματικά το άρθρο 12.5 των συμβάσεων, με απώτερο στόχο να διατηρηθεί σε σταθερό επίπεδο το περιθώριο κέρδους του δικαιοδόχου. Έτσι, η ΓΕΡΜΑΝΟΣ μπορεί να διαμορφώνει σε μεγάλο βαθμό τις τιμές μεταπώλησης των δικαιοδόχων μέσω του προσδιορισμού ελαχίστων τιμών. Εξάλλου ο καθορισμός ανώτατης έκπτωσης (όρος 29.4) σε συνδυασμό με την απειλή καταγγελίας των συμβάσεων από τη ΓΕΡΜΑΝΟΣ σε περίπτωση μη εφαρμογής των ανωτέρω όρων, περιορίζουν ευθέως την αυτονομία των δικαιοδόχων να καθορίζουν ελεύθερα τις τιμές λιανικής πώλησης

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

των προϊόντων τους και κατ' επέκταση περιορίζουν εξ αντικειμένου τον ανταγωνισμό. Περαιτέρω, με την προσβαλλόμενη έγινε δεκτό ότι ακόμη και αν θεωρηθεί ότι το μερίδιο αγοράς της προσφεύγουσας στη σχετική αγορά δεν υπερβαίνει το 10%, σύμφωνα με την από 2-3-2006 Ανακοίνωση της ΕΑ για τις συμφωνίες ήσσονος σημασίας (παρ. 11.2) ή το 15% κατά τα οριζόμενα στην αντίστοιχη ΕΕ C 368/22-12-2001 Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για τις *de minimis* συμφωνίες (παρ. 11.2), ο περιορισμός της δυνατότητας των δικαιοδόχων της ΓΕΡΜΑΝΟΣ να καθορίζουν τις τιμές μεταπώλησης αποτελεί εξ αντικειμένου περιορισμό ανταγωνισμού, ο οποίος παραβιάζει τα άρθρα 1 του ν. 703/77 και 101 ΣΛΕΕ και δεν εξαιρείται από το πεδίο εφαρμογής τους. Επίσης, και για τους δύο τύπους συμβάσεων έγινε δεκτό, ως προς το θέμα της *de facto* εφαρμογής των προτεινόμενων ή μέγιστων λιανικών τιμών, ότι από τις δηλώσεις τόσο της καταγγέλουσας Γκόντζος Ο.Ε. όσο και των λοιπών δικαιοδόχων, στους οποίους, στο πλαίσιο της έρευνας, έγιναν έλεγχοι, διαπιστώθηκε ότι αυτές εφαρμόζονταν από ποσοστό 100% (Γκόντζος Ο.Ε.) έως 90%.

28. Επειδή, περαιτέρω, η Επιτροπή, ως προς τον περιορισμό των αμοιβαίων προμηθειών, αφού έλαβε υπόψη και συνεκτίμησε όσα αναφέρθηκαν στη σκέψη 25, κατέληξε στο συμπέρασμα ότι: Καθόλο το κρινόμενο χρονικό διάστημα 1990-2012 οι προαναφερθέντες όροι περί αποκλειστικής προμήθειας στο πλαίσιο της εν λόγω επιλεκτικής διανομής και περί διάθεσης των προϊόντων μόνο προς λιανική πώληση συνιστούν, λόγω του περιεχομένου τους, περιορισμό των διασταυρούμενων αμοιβαίων προμηθειών μεταξύ των μελών του δικτύου δικαιόχρησης της ΓΕΡΜΑΝΟΣ και συνεπώς, αντικειμενικό περιορισμό του ανταγωνισμού, κατά παράβαση των άρθρων 1 παρ. 1 του ν. 703/1977 (ήδη 3959/2011) και 101 παρ. 1 ΣΛΕΕ. Και τούτο διότι μοναδικός προμηθευτής των δικαιοδόχων της ΓΕΡΜΑΝΟΣ καθορίζεται η τελευταία, με αποτέλεσμα να αποκλείεται στους δικαιοδόχους να προμηθεύονται τα προϊόντα τους από άλλη πηγή, τυχόν δε προμήθεια από άλλον προμηθευτή πρέπει να τελεί υπό την έγκριση της ΓΕΡΜΑΝΟΣ και υπό την προϋπόθεση της τήρησης των εκπτώσεων για πωλήσεις χονδρικής αλλά και πρόσθετης οικονομικής επιβάρυνσης. Ο πε-

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

ριορισμός αυτός των αμοιβαίων προμηθειών επιτυγχάνετο και μέσω της ρήτηρας απαγόρευσης χονδρικών πωλήσεων.

29. Επειδή, η με την προσβαλλόμενη πράξη η Επιτροπή, ως προς την υποχρέωση μη ανταγωνισμού μετά τη λήξη της σύμβασης, αφού έλαβε υπόψη και συνεκτίμησε όσα αναφέρθηκαν στη σκέψη 26, κατέληξε στο συμπέρασμα ότι η με τον πρώτο τύπο σύμβασης – πιλότου απαγόρευση στους δικαιούχους για 18 μήνες μετά τη λύση της σύμβασης της δραστηριοποίησής τους γενικώς σε οποιαδήποτε περιοχή, χωρίς περιορισμούς στους χώρους και στα οικόπεδα, στα οποία είχαν αυτοί δραστηριοποιηθεί, καθώς και η με τον δεύτερο τύπο σύμβασης-πιλότου απαγόρευση δραστηριοποίησής τους για 12 μεν μήνες, πλην όμως και πάλι, γενικώς, σε όλη τη γεωγραφική περιοχή, συνιστούν περιορισμούς που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της απαγορευτικής διάταξης του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 703/1977 και του άρθρου 101 παρ. 1 της ΣΛΕΕ.

30. Επειδή, με βάση τις διαπιστώσεις αυτές η Επιτροπή, με την προσβαλλόμενη πράξη έκρινε περαιτέρω ότι οι ανωτέρω πρακτικές της προσφεύγουσας συνιστούν επηρεασμό του ενδοκοινοτικού εμπορίου, κατ' εφαρμογή του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, το οποίο εφαρμόζεται παράλληλα με την εθνική νομοθεσία διότι: α) οι κάθετες συμφωνίες της προσφεύγουσας με τους δικαιούχους εκτείνονται στο σύνολο της ελληνικής επικράτειας (εθνική αγορά) αφορούν δηλαδή το σύνολο του δικτύου δικαιόχρησης, β) στον κλάδο της λιανικής πώλησης και διανομής προϊόντων τηλεφωνίας, πληροφορικής και υψηλής τεχνολογίας έχει υλοποιηθεί τα τελευταία χρόνια σειρά συνεργασιών με συμμετοχή και αλλοδαπών πολυεθνικών επιχειρήσεων, ενώ η προσφεύγουσα εκτός του ότι κατά τα έτη 2001 – 2011 πραγματοποίησε εισαγωγές από αρκετές κοινοτικές χώρες (Γερμανία, Ολλανδία, Ιταλία), όπως προκύπτει από την 4656/7-6-2013 επιστολή της προσφεύγουσας, από το 2007 δραστηριοποιείται και σε άλλες χώρες μέλη της ΕΕ (Βουλγαρία, Ρουμανία), γ) η πρακτική των αμοιβαίων προμηθειών από τη φύση της δύναται να επηρεάσει το διακοινοτικό εμπόριο και δ) από το 2000 ο κύκλος εργασιών της προσφεύγουσας από τις πωλήσεις του

δικτύου δικαιόχρησης είναι αισθητός, αφού υπερβαίνει τα 40 εκατομ ευρώ, προϋπόθεση, η συνδρομή της οποίας αποκλείει την εφαρμογή του τεκμηρίου περί απουσίας αισθητού επηρεασμού του εμπορίου μεταξύ των κρατών μελών, σύμφωνα με την παρ.52 της Ανακοίνωσης της Επιτροπής «Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου των άρθρων 81 και 82 της Συνθήκης» (2004/C101/07). Ενόψει αυτών, και δεδομένης της κρίσης της ότι η προσφεύγουσα με τις ως άνω συμπεριφορές της παραβίασε τις διατάξεις τόσο του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 703/1977 όσο και του άρθρου 101 παρ. 1 της ΣΛΕΕ, επέβαλε σε βάρος της, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 25 παρ. 1 του ν. 3959/2011, ένα ενιαίο πρόστιμο που αφορά τις προαναφερθείσες παραβάσεις, για το χρονικό διάστημα των ετών 1990-2012 και με βάση τις κατευθυντήριες γραμμές της Ανακοίνωσης της Επιτροπής Ανταγωνισμού της 12.5.2006, αφού συνεκτίμησε το είδος και τη σοβαρότητα των παραβάσεων, τον αντίκτυπο στην αγορά, τη γεωγραφική έκταση αυτής και τα 22 έτη της διάρκειας των παραβάσεων. Για τον υπολογισμό του προστίμου έλαβε υπόψη την αξία των σχετικών πωλήσεων της καταγγελλόμενης, κατ' έτος, αρχής γενομένης από το έτος 1990-6/1991 όπου η αξία των πωλήσεων προς τους δικαιούχους ήταν [...] ευρώ, έως το έτος 2012 – χρήση κατά την οποία έπαυσε η παράβαση - όπου η αξία των αντίστοιχων πωλήσεων ήταν [...] ευρώ και το προσδιόρισε σε ποσοστό [...] % επί της αξίας κάθε έτους, ανερχομένου του συνολικού βασικού ποσού του προστίμου σε 12.814.435 ευρώ. Περαιτέρω, αφού συνεκτίμησε τις επιβαρυντικές και τις ελαφρυντικές για την προσφεύγουσα περιστάσεις, μείωσε αυτό κατά ποσοστό [...]%, επιβάλλοντας τελικά ένα ενιαίο πρόστιμο ύψους 10.251.548 ευρώ.

31. Επειδή, η προσφεύγουσα με την κρινόμενη προσφυγή και το νομίμως κατατεθέν υπόμνημα προβάλλει ότι η προσβαλλόμενη πράξη είναι ακυρωτέα για το λόγο ότι τουλάχιστον ως προς το θέμα του καθορισμού τιμών μεταπώλησης η παράβαση διεκόπη το 1998 με την υιοθέτηση των συμβάσεων τύπου Β', οι οποίες δεν περιείχαν, κατά τους ισχυρισμούς της, ρήτρα καθορισμού τιμών μεταπώλησης. Ως εκ τούτου, από το έτος 1998 που έπαυσε η παράβαση, έως το έτος 2010 που έγινε η επιτόπια έρευνα από τη ΓΔΑ στα γραφε-

ία της ΓΕΡΜΑΝΟΣ και διεκόπη, κατ' άρθρο 42 του ν. 3959/2011, η παραγραφή, παρήλθαν πλέον των 11 ετών, διάστημα κατά το οποίο παρεγράφη η αξίωση της ΕΑ. Περαιτέρω, προβάλλει ότι η θέση της ΕΑ ότι εφαρμόζεται εν προκειμένω η μεταβατική διάταξη του άρθρου 50 παρ. 6 του ν. 3959/2011 αντιβαίνει στην αρχή της ισότητας, στην αρχή της αναδρομικής εφαρμογής του ηπιότερου νόμου και στο άρθρο 6 της ΕΣΔΑ. Και τούτο διότι ακόμη και με το προ του ν. 3959/2011 νομικό καθεστώς, είχε γίνει νομολογιακά δεκτό ότι η ΕΑ δεν μπορούσε να επιβάλει πρόστιμο πέραν της πενταετίας από την τέλεση της παράβασης, χρόνος ο οποίος εθεωρείτο εύλογος. Επομένως, κατά την προσφεύγουσα, κατά παράβαση της αρχής της χρηστής διοίκησης και της μη καταχρηστικής άσκησης δικαιωμάτων, της κοινοποιήθηκε η προσβαλλόμενη, καθ' υπέρβαση του ευλόγου χρόνου. Αντιθέτως, η Ε.Α με την έκθεση απόψεων προβάλλει ότι οι επίμαχες υποθέσεις έχουν αποτελέσει αντικείμενο καταγγελίας και έρευνας στις αρχές του 2010, ήτοι πριν από την ισχύ του ν. 3959/2011 και κατά συνέπεια δεν έχει εφαρμογή εν προκειμένω η οριζόμενη από το νόμο αυτό 5ετής παραγραφή. Περαιτέρω, ισχυρίζεται ότι η σχετική με τις τιμές μεταπώλησης παράβαση είναι διαρκής, δεν έπαυσε το 1998 αλλά καταλαμβάνει τόσο τις συμβάσεις τύπου Α' όσο και στις συμβάσεις τύπου Β' που ίσχυσαν μέχρι το έτος 2012. Ειδικότερα, για την ισχύ της σύμβασης τύπου Α προσκομίζει και επικαλείται κατάσταση με καταστήματα για τα οποία ίσχυε η σύμβαση τύπου Α' έως τα έτη 2007, 2008, 2009 και 2010. Την απόρριψη του λόγου αυτού ως αβασίμου ζητούν και οι προσθέτως παρεμβαίνοντες με αρ. 2 Μ. και Ι.Γκόντζου καθώς και οι παρεμβαίνοντες με αρ. 3α, 3β, 3γ και 3δ προβάλλοντας ότι η παράβαση ήταν διαρκής, ότι εν προκειμένω δεν εφαρμόζεται η 5ετής παραγραφή του ν. 3959/2011 και ότι σε κάθε περίπτωση από την υποβολή των καταγγελιών έως την έκδοση της προσβαλλόμενης δεν παρήλθε εύλογος χρόνος.

32. Επειδή, στο άρθρο 25 του Κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 1/2003 του Συμβουλίου της 16ης Δεκεμβρίου 2002 ορίζεται ότι: «1. Οι εξουσίες που ανατίθενται στην Επιτροπή δυνάμει των άρθρων 23 και 24 υπόκεινται στις ακόλουθες προθεσμίες παραγραφής: α) τρία έτη για τις παραβάσεις των διατάξεων σχετικά με τις αιτήσεις παροχής πληροφοριών ή τη διενέργεια ελέγχων· β)

πέντε έτη για όλες τις υπόλοιπες παραβάσεις. 2. Η παραγραφή αρχίζει από την ημέρα διάπραξης της παράβασης. Ωστόσο, αν μια παράβαση είναι διαρκής ή έχει διαπραχθεί κατ' εξακολούθηση, η παραγραφή αρχίζει από την ημέρα παύσης της παράβασης. 3. Η παραγραφή που ισχύει για την επιβολή προστίμων ή χρηματικών ποινών διακόπτεται από κάθε πράξη της Επιτροπής ή της αρχής ανταγωνισμού ενός κράτους μέλους η οποία αποβλέπει στη διερεύνηση ή σε διαδικασίες κατά της παράβασης. ...». Παρόμοιες διατάξεις περιείχε και ο προ-ϊσχύσας Κανονισμός (ΕΟΚ) αρ. 2988/74 του Συμβουλίου της 26ης Νοεμβρίου 1974 περί παραγραφής του δικαιώματος διώξεως και εκτελέσεως των αποφάσεων στους τομείς του δικαίου των μεταφορών και του ανταγωνισμού της Ευρωπαϊκής Οικονομικής Κοινότητας, στο άρθρο 1 αυτού. Εξάλλου, ο ν. 703/1977 δεν περιείχε διατάξεις σχετικές με την παραγραφή του δικαιώματος της Ε.Α., ενώ η πενταετής παραγραφή που θεσπίζει το άρθρο 42 του ν. 3959/2011 (ΦΕΚ 93 τ. Α'), καταλαμβάνει μόνο τις παραβάσεις που έχουν τελεσθεί πριν από την έναρξη ισχύος του και δεν έχουν καταστεί εκκρεμείς ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού (άρθρ. 50 παρ.6). Η διάκριση αυτή, ερειδόμενη σε αντικειμενικό κριτήριο είναι συνταγματικώς θεμιτή, και δεν αντιβαίνει στην αρχή της ισότητας, ούτε στην αρχή της αναδρομικής εφαρμογής του ηπιότερου νόμου (ΣτΕ 1976/2015 σκ. 8).

33. Επειδή, η αρχή της ασφάλειας του δικαίου, η οποία κατοχυρώνεται τόσο στο Σύνταγμα (βλ. ΑΕΔ 4/2013, ΣτΕ Ολομ. 2034/2011 ΣτΕ 1976/2015) όσο και στο πρωτογενές κοινοτικό δίκαιο, ως γενική αρχή αυτού επιβάλλει για τον καταλογισμό παραβάσεων των κανόνων του ανταγωνισμού να εφαρμόζεται προθεσμία παραγραφής, η οποία πρέπει να ορίζεται εκ των προτέρων και να είναι επαρκώς προβλέψιμη από τον ενδιαφερόμενο επιχειρηματία (ΣτΕ 1976/2015, πρβλ. ΔΕΕ 5.5.2011, C 201/10 και C 202/10, Ze Fu Fleischhandel και Vion Trading, σκέψεις 32-35). Η παραγραφή αυτή πρέπει επίσης να έχει εύλογη διάρκεια, δηλαδή να συνάδει προς την αρχή της αναλογικότητας. Συνεπώς, δεν συνάδει προς την αρχή της ασφάλειας δικαίου η παράλειψη πρόβλεψης στο ν. 703/1977 παραγραφής σε σχέση με τις παραβάσεις των άρθρων 1 του νόμου αυτού και 101 της Συνθήκης Λειτουργίας της Ευρω-

παϊκής Ένωσης, καθώς και σε σχέση με την εξουσία της Επιτροπής Ανταγωνισμού να καταλογίζει σε επιχειρήσεις τέτοιες παραβάσεις και να τους επιβάλει κάποιο από τα μέτρα του άρθρου 9 παρ. 1. Περαιτέρω, σε υπόθεση όπως η παρούσα (όπου αποδόθηκαν στην προσφεύγουσα παραβάσεις των άρθρων 1 του ν. 703/1977 και 101 ΣΛΕΕ από το 1990 έως το 2012) είναι κατ' αναλογίαν εφαρμοστέοι οι προεκτεθέντες κανόνες παραγραφής του Κανονισμού 2988/74 και 1/2003 (βλ. ΣΤΕ 1976/2015, πρβλ. ΔΕΕ 5.5.2011, C 201/10 και C 202/10, Ze Fu Fleischhandel και Vion Trading, σκέψη 35). Επομένως, η Επιτροπή Ανταγωνισμού, επιλαμβανόμενη, κατά το χρόνο ισχύος του προαναφερόμενου νόμου (703/1977), παραβάσεων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής τόσο των εθνικών διατάξεων του ανταγωνισμού όσο και των συναφών κοινοτικών, οφείλει να εφαρμόζει τους Κανόνες της ΕΕ, οι οποίοι υπερισχύουν της εθνικής νομοθεσίας και είναι ευθέως εφαρμοστέοι, σε κάθε περίπτωση δε, σε συμμόρφωση προς την αρχή της ισοδυναμίας, να τηρεί κατά την έκδοση της αποφάσεώς της και επί των τελευταίων αυτών (κοινοτικών παραβάσεων) την αρχή της εύλογης προθεσμίας, η οποία (εύλογη προθεσμία) εκτιμάται κάθε φορά σε συνάρτηση προς τις περιστάσεις της συγκεκριμένης υποθέσεως (βλ. ΣΤΕ 1976/2015, σκ. 7, 8), κατά τα βασίμως προβαλλόμενα και από την προσφεύγουσα.

34. Επειδή, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στις σκέψεις 24, 27, 31, 32 και 33, το Δικαστήριο λαμβάνει υπόψη ότι ως προς τις παραβάσεις της απαγόρευσης των αμοιβαίων προμηθειών και της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού η προσφεύγουσα δεν αμφισβητεί το διαρκή τους χαρακτήρα. Περαιτέρω, ως προς την αποδιδόμενη παράβαση του καθορισμού τιμών μεταπώλησης, όπως προκύπτει από τα προσκομισθέντα στοιχεία, κάποιες συμβάσεις τύπου Α' συνεχίστηκαν έως και το 2010 (βλ. ενδεικτικά το υπ' αριθμ. 40 - στην προσκομισθείσα κατάσταση σχ. 7 - κατάσταση στην Καβάλα, για το οποίο η σύμβαση τύπου Α' ίσχυε έως το έτος 2010, που άλλαξε ο δικαιοδόχος καθώς και κατάθεση Κ. Βούζα, σκ. 27). Εξάλλου και η προσφεύγουσα συνομολογεί ότι λόγω δυστροπίας κάποιων δικαιοδόχων δεν κατέστη δυνατή η αντικατάσταση όλων των συμβάσεων τύπου Α' άμεσα. Ενόψει αυτών και δεδομένης της μη καθολι-

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

κότητας της εφαρμογής των συμβάσεων τύπου Β΄ το έτος 1998, είναι απορριπτέος ως αβάσιμος ο ισχυρισμός ότι η παράβαση διεκόπη το 1998 με την εφαρμογή των συμβάσεων τύπου Β΄. Περαιτέρω, από τις συμβάσεις τύπου Β΄, σχετικά με την ίδια αποδιδόμενη παράβαση του καθορισμού τιμών μεταπώλησης, προκύπτει ότι οι δικαιοδόχοι δεσμεύονται ρητώς να ακολουθούν την πολιτική τιμών λιανικής που καθορίζει η ΓΕΡΜΑΝΟΣ, η οποία καθορίζει τις τιμές λιανικής πώλησης και μάλιστα κατ' αναλογία με αυτές της αγοράς, καθορίζει την τιμολογιακή πολιτική ώστε να διατηρείται σταθερό το προσδοκόμενο περιθώριο κέρδους του δικαιοδόχου, ο οποίος είναι υποχρεωμένος να χρησιμοποιεί συγκεκριμένο λογισμικό σύστημα με το οποίο ελέγχεται η εφαρμογή των καθορισθεισών τιμών, ενώ σε περίπτωση μη εφαρμογής των σχετικών όρων, απειλείται σε βάρος του δικαιοδόχου η καταγγελία της σύμβασης. Κατά συνέπεια, η προσφεύγουσα και με τον δεύτερο τύπο συμβάσεων προέβαινε, κατά ρητή και σαφή διατύπωση των συμβατικών όρων, σε καθορισμό των τιμών μεταπώλησης. Ως εκ τούτου, η φύση της εν λόγω παραβάσεως, ήταν διαρκής, κατά την έννοια των οριζόμενων στους αναλογικώς εφαρμοστέους κατά τα αναφερόμενα στη σκέψη 32 και ισχύοντες κατά τον κρίσιμο χρόνο Κανονισμούς (ΕΚ) με αριθ. 1/2003 (άρθρο 25) και 2988/74, απορριπτομένων ως αβασίμων των αντιθέτων ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Επομένως, ενόψει α) του διαρκούς αυτού χαρακτήρα των αποδιδόμενων παραβάσεων, οι οποίες συνεχίζονταν αφενός μεν με την ισχύ κάποιων συμβάσεων τύπου Α΄ από το έτος 1990 έως το έτος 2010, αφετέρου δε με την εφαρμογή των συμβάσεων τύπου Β΄ από το έτος 1998 έως το έτος 2012, οπότε η προσφεύγουσα προέβη σε τροποποίηση αυτών και β) του γεγονότος ότι η διερεύνηση της υπόθεσης ξεκίνησε στις 12-4-2010 με επιτόπιο έλεγχο στα γραφεία της προσφεύγουσας, ενώ η πρώτη επιστολή της ΕΑ εστάλη στις 30-4-2010 (2620/2010 επιστολή) και όχι στις 21-5-2010, όπως αβασίμως προβάλλει η προσφεύγουσα, με αίτημα την παροχή στοιχείων – πράξεις οι οποίες διακόπτουν την παραγραφή (ΣτΕ 1976/2015 σκ. 9) - ήτοι σε χρόνο κατά τον οποίο η παραγραφή δεν είχε αρχίσει, αφού η παράβαση συνεχιζόταν, δεν τίθεται ούτε θέμα παραγραφής του δικαιώματος της Ε.Α. να επιβάλει κυρώσεις για τις σχετικές παραβάσεις κατά τις προαναφερθε-

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

ίσεις διατάξεις των Κανονισμών 2988/1974 και 1/2003, ούτε θέμα παρόδου εύλογης προθεσμίας, απορριπτομένων ως αβασίμων των αντιθέτων ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Περαιτέρω, με δεδομένο δε ότι η έρευνα ξεκίνησε στις 12-4-2010, η επικαλούμενη πενταετία δεν παρήλθε ούτε με την εκδοχή της προσφεύγουσας ότι οι παραβάσεις σταμάτησαν το 2006, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται αυτή. Σε κάθε, όμως, περίπτωση, ούτε μεταξύ της έναρξης της έρευνας από την Επιτροπή (12-4-2010) και του χρόνου κοινοποίησης της προσβαλλόμενης πράξης, η οποία έγινε στα τέλη του 2014, ούτε μεταξύ της διακοπής της παράβασης (2012) και της κοινοποίησης της προσβαλλόμενης το 2014 παρήλθε πενταετία, απορριπτομένων ως αβασίμων των αντιθέτων ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Επίσης, ο ισχυρισμός ότι είναι εφαρμοστέες εν προκειμένω οι διατάξεις του άρθρου 42 του ν. 3959/2011 είναι απορριπτέος ως αβάσιμος αφού, όπως έγινε δεκτό στη σκέψη 32, κατά την ισχύ αυτού στις 20-4-2011 οι σχετικές παραβάσεις ήταν εκκρεμείς αφού είχαν αποτελέσει αντικείμενο καταγγελίας και είχε ξεκινήσει η έρευνα της Επιτροπής, με αποτέλεσμα να μην καταλαμβάνονται από αυτόν, ενώ, η μη εφαρμογή του είναι συνταγματικώς ανεκτή, όπως κρίθηκε με την ΣΤΕ 1976/2015. Ο εν λόγω ισχυρισμός, όμως, είναι απορριπτέος και ως αλυσιτελής, αφού σε κάθε περίπτωση, δεν παρήλθε η επικαλούμενη πενταετία, όπως αμέσως προαναφέρθηκε. Τέλος, ο λόγος της προσφεύγουσας ότι η επιβολή των κυρώσεων είναι μη νόμιμη διότι ο ισχυρισμός της ΕΑ ότι στηρίχθηκε και σε αυτεπάγγελτη έρευνα της Επιτροπής, στηρίζεται σε εσφαλμένη προϋπόθεση, είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. Και τούτο διότι, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στην 8η σκέψη, η Επιτροπή Ανταγωνισμού, πλην της έρευνας της καταγγελίας της Γκόντζος Ο.Ε η οποία δεν ανακλήθηκε, πρόβη και σε αυτεπάγγελτο έλεγχο, στα πλαίσια της εξουσίας της αυτής (κατ' άρθρο 26 του υπ' αρ. 117/2013 Κανονισμού Λειτουργίας και Διαχείρισης της Ε.Α. και 24 του υπ αριθμ. 8275/15.12.2006 προϊσχύσαντος Κανονισμού Λειτουργίας) και κατά συνέπεια νόμιμα διεξήχθη η σχετική έρευνα με βάση τόσο την ανωτέρω καταγγελία όσο και την αυτεπάγγελτη έρευνα, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα από την Επιτροπή.

35. Επειδή, περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η ΕΑ κατά παράβαση των αρχών της χρηστής διοίκησης και της μη καταχρηστικής άσκησης των δικαιωμάτων της, επέδειξε καθυστέρηση στη διεκπεραίωση της υποθέσεως, από τη διάπραξη των παραβάσεων, το έτος 2006, που σταμάτησε να χρησιμοποιεί τις συμβάσεις τύπου Α', έως τη διαπίστωσή τους το τέλος 2014, επικουρικά δε από την πρώτη καταγγελία που έλαβε χώρα το έτος 2009 έως την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης το έτος 2014. Ο ισχυρισμός αυτός ως προς το χρόνο διάπραξης της παράβασης είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, σύμφωνα με όσα έγιναν ανωτέρω δεκτά. Ως προς την επικουρική βάση της έναρξης του ευλόγου χρόνου από την πρώτη καταγγελία, η οποία έγινε στις τέλος του 2009, είναι απορριπτέος ως ερρειδόμενος σε εσφαλμένη προϋπόθεση, αφού η καταγγελία αυτή ανακλήθηκε, ενώ η καταγγελία της Γκόντζος ΟΕ, η οποία εξετάστηκε τελικώς από την ΕΑ, υποβλήθηκε το έτος 2012. Σε κάθε όμως περίπτωση, ακόμη αν ληφθεί υπόψη ως αρχή του ευλόγου χρόνου το τέλος του 2009, ο χρόνος που μεσολάβησε έως το τέλος του 2014 που κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα η προσβαλλόμενη, μη υπερβαίνων την 5ετία, κρίνεται εύλογος, ενόψει της φύσεως και της ιδιαιτερότητας των παραβάσεων καθώς και του γεγονότος ότι ο έλεγχος επεκτάθηκε σε πολλά καταστήματα της ΓΕΡΜΑΝΟΣ σε όλη την Ελλάδα, απορριπτομένων ως αβασίμων των αντιθέτων ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Τέλος, ο ισχυρισμός ο σχετικός με την αντικειμενική αδυναμία άμυνας της λόγω της αποχώρησης στελεχών της και της ανυπαρξίας αντικαταστατών τους με τις απαραίτητες γνώσεις καθώς επίσης και λόγω καταστροφής από πυρκαγιά στο κέντρο εκπαίδευσης της εταιρείας ηλεκτρονικών εγγράφων και αρχείων, είναι απορριπτέος ως αλυσιτελής, διότι η προσφεύγουσα δεν επικαλείται κατά τρόπο ειδικό, ορισμένο και επαρκώς τεκμηριωμένο ότι τα επικαλούμενα στοιχεία (μάρτυρες εν προκειμένω και ηλεκτρονικά αρχεία και έγγραφα - τα οποία πάντως αορίστως επικαλείται - μπορούσαν πράγματι να της χρησιμεύσουν για την άμυνά της ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού (πρβλ. ΣτΕ 2007/2013, 2365/2013 σκ. 11, C-110/10 P, Solvay, σκέψεις 51-52, C-204/00 P, Aalborg Portland, σκέψεις 74-75, C-238/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij κ.λπ., σκέψη 318). Εξάλλου, εν προκειμένω

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

οι αποδιδόμενες παραβάσεις προκύπτουν από τα έγγραφα στοιχεία, τα οποία η ίδια η προσφεύγουσα διέθετε (συμβάσεις δικαιόχρησης, εσωτερική και ηλεκτρονική αλληλογραφία μεταξύ στελεχών της προσφεύγουσας καθώς και φυλλάδιά της σχετικά με τις νέες τιμές λιανικής που θα ισχύουν στο εξής, σε αντικατάσταση των παλιών, τα πρακτικά συνάντησης συνεργατών της που αφορούν στα ποσοστά περιθωρίων κέρδους ή επιστροφής κλπ). Πάντως, η προσφεύγουσα δεν απέδειξε ότι η όποια παρέλευση υπερβολικού, κατά τους ισχυρισμούς της, χρόνου είχε επίπτωση στην ικανότητά της να αμυνθεί αποτελεσματικά, ή ότι υπέστη κάποια βλάβη εξ αυτού του λόγου (C-385/07, ΣτΕ 2007/2013, 2365/2013), ούτε ότι το συμπέρασμα στο οποίο κατέληξε η Επιτροπή θα ήταν διαφορετικό (πρβλ.ΣτΕ 2774/2014, σκ. 14, C-110/10 P, Solvay, σκ. 51-52, C-204/00 P, Aalborg Portland, σκ. 71-75).

36. Επειδή, περαιτέρω, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η ΕΑ εσφαλμένα προσδιόρισε τη σχετική αγορά προϊόντος καθώς και τη γεωγραφική αγορά και τα μερίδιά της σ' αυτήν. Ειδικότερα, προβάλλει ότι α) Μη νόμιμα έγινε δεκτό ότι στη σχετική αγορά περιλαμβάνονται μόνο αλυσίδες καταστημάτων και όχι και τα χιλιάδες μεμονωμένα καταστήματα που πωλούν τα ίδια ακριβώς προϊόντα και υπηρεσίες, β) κατά την περίοδο 1990-1994 πωλούσε μόνο μπαταρίες, ραδιοφωνάκια και ρολόγια και κατά συνέπεια μη νόμιμα θεωρήθηκε ότι σχετική αγορά ήταν αυτή της λιανικής πώλησης και διανομής προϊόντων τηλεφωνίας, πληροφορικής και υψηλής τεχνολογίας, ενώ η παροχή από αυτήν υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας ξεκίνησε 1-7-1993, με λίγα καταστήματα και με μερίδιο αγοράς μικρότερο του 5%, ποσοστό το οποίο συνέχιζε να υφίσταται έως και το 2006, ενώ για την περίοδο 2007-2012 υπολείπεται του 10%. Κατά συνέπεια, εμπίπτει στον κανόνα de minimis, με βάση τον οποίο πρέπει να κριθεί η συμπεριφορά της χωρίς να της επιβληθεί πρόστιμο και γ) εσφαλμένα η ΕΑ εκτιμά τα μερίδια αγοράς της ΓΕΡΜΑΝΟΣ κατά την περίοδο 2004-2011 σε ποσοστά 10-28%, με βάση υπολογισμού 13 αλυσίδες καταστημάτων, στις οποίες δεν συμπεριλαμβάνει τις σημαντικές αλυσίδες όπως ΡΑΔΙΟ ΚΟΡΑΣΙΔΗΣ, ΣΥΚΑΡΗΣ ΟΝΕWAY, ΕΜΟΤΙΟΝ, ΖΑΚΣ, REDPOINT, MILLENIUM, CLEVERNET ΒΑΣΗΛΙΑΣ, TELEPHONE, ALEXANDROS και MICROLAND,

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

που είχαν σημαντικό αριθμό υποκαταστημάτων. Εξάλλου, η ΕΑ με την έκθεση απόψεών της προβάλλει ότι ο ανταγωνισμός από τις αλυσίδες καταστημάτων παρατηρείται από το 2006 και μετά και ότι ο λόγος ο σχετικός με τον προσδιορισμό των μεριδίων αγοράς είναι αβάσιμος. Και τούτο διότι, από τις εταιρείες που αναφέρει ως ανταγωνίστριες η προσφεύγουσα, η MICROLAND έχει συμπεριληφθεί στον υπολογισμό των μεριδίων (βλ. πίνακα 9 της εισήγησης). Η ΡΑΔΙΟ ΚΟΡΑΣΙΔΗΣ, η οποία εξειδικεύεται κυρίως στην πώληση οικιακών ηλεκτρικών ειδών, εκτός του ότι είχε υποβάλει αίτηση πτώχευσης το 2006, μαζί με την ELEPHANT (εξαγοραζόμενες) είχαν μερίδιο μικρότερο του 2% στην εθνική αγορά ηλεκτρικών και ηλεκτρονικών ειδών. Η ΣΥΚΑΡΗΣ εξειδικεύεται στην πώληση οικιακών ηλεκτρικών ειδών το 2006. Τα μερίδια της E-MOTION η οποία συγχωνεύθηκε με απορρόφηση από την ΠΑΝΑΦΟΝ και το 2005 εξαγοράστηκε από την VODAFON, έχουν υπολογιστεί. Η REDPOINT που ιδρύθηκε το 2002 έχει ως κύριο αντικείμενο την εμπορία ηλεκτρολογικού και ηλεκτρονικού υλικού, σύμφωνα δε με την ιστοσελίδα της τα προϊόντα που εμπορεύεται δεν είναι ανταγωνιστικά αυτών της ΓΕΡΜΑΝΟΣ. Τα καταστήματα MILLENIUM Stores άνοιξαν το 2000, ενώ ο κύκλος εργασιών τους στο χώρο της επικοινωνίας είναι αμελητέος. Η Εταιρεία κινητής τηλεφωνίας ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΣ δραστηριοποιείται στη Θεσσαλονίκη και αριθμεί 4 καταστήματα με αμελητέο κύκλο εργασιών. Τέλος, η εταιρεία ΒΑΣΗΛΙΑΣ, δεν δραστηριοποιήθηκε ποτέ ενεργά στη λιανική πώληση ειδών πληροφορικής, τηλεπικοινωνιών και υψηλής τεχνολογίας. Προβάλλει επίσης, ότι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι το μερίδιό της ήταν κάτω του 5% είναι αβάσιμος. Και τούτο διότι το 2004, σύμφωνα με τα στοιχεία της εισήγησης η ΓΕΡΜΑΝΟΣ είχε μερίδιο αγοράς [...] % και [...] καταστήματα σε σύνολο 893 των 13 αλυσίδων, δηλαδή σε ποσοστό καταστημάτων [...] % επί του συνόλου. Το 2003 το ποσοστό καταστημάτων της ΓΕΡΜΑΝΟΣ, η οποία δεν προσκόμισε στοιχεία πωλήσεων για το έτος αυτό, ήταν [...] %, το 2002 ήταν [...] %, το 2001, [...] % και το 2000, [...] %. Επιπροσθέτως, τόσο η ΕΑ όσο και οι παρεμβαίνουσες Γκόντζος Ο.Ε και Σ.Φιλίππου και Σια Ο.Ε. προβάλλουν ότι ο κανόνας de minimis δεν έχει εφαρμογή εν προκειμένω, διότι οι πα-

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

ραβάσεις στις οποίες υπέπεσε η προσφεύγουσα αποτελούν ιδιαίτερα σοβαρούς περιορισμούς του ανταγωνισμού.

37. Επειδή, το Δικαστήριο λαμβάνει υπόψη ότι το πρώτο κατάστημα της προσφεύγουσας με σύμβαση δικαιόχρησης λειτούργησε το 1990 και έκτοτε επεκτάθηκε αυτή σε όλη την ελληνική επικράτεια, λειτουργώντας στο εξής ως αλυσίδα καταστημάτων με την επωνυμία «ΓΕΡΜΑΝΟΣ». Και ναι μεν τα πρώτα χρόνια δραστηριοποιήθηκε στην λιανική πώληση μπαταριών, ρολογιών και ραδιοφώνων, όπως άλλωστε συνέβη με τις υπόλοιπες αλυσίδες καταστημάτων που αποτελούν τη σχετική αγορά, από το 1994, όμως, δραστηριοποιείται στο χώρο της κινητής τηλεφωνίας και στη συνέχεια, στη λιανική πώληση προϊόντων πληροφορικής και υψηλής τεχνολογίας, προσθήκη η οποία σημειώθηκε και στις υπόλοιπες αλυσίδες και οφείλεται, κατά τα κοινώς γνωστά, στην εξέλιξη της σχετικής αγοράς λόγω της αλματώδους ανάπτυξης της τεχνολογίας, απορριπτομένου ως αβασίμου του αντιθέτου ισχυρισμού της προσφεύγουσας. Εξάλλου, στη σχετική αγορά πρέπει να περιληφθούν οι αλυσίδες οι οποίες, λόγω της στρατηγικής διάθεσης των προϊόντων τους με ιδιόκτητα καταστήματα ή καταστήματα λειτουργούντα με το σύστημα κυρίως της δικαιόχρησης, διαθέτουν τα μεγαλύτερα δίκτυα με βάση τον αριθμό καταστημάτων και εμπορεύονται προϊόντα που μπορούν να θεωρηθούν ανταγωνιστικά αυτών που κατά τα ανωτέρω διαθέτει η προσφεύγουσα, σύμφωνα και με τη μελέτη της ICAP του Μαρτίου 2010, όπου γίνεται η διάκριση των ανωτέρω αλυσίδων, ενώ τα λοιπά μεμονωμένα-αυτόνομα καταστήματα αποτελούν χωριστή κατηγορία. Ενόψει αυτού, ως γεωγραφική αγορά θεωρείται αυτή της ελληνικής επικράτειας (εθνική αγορά) ενώ ως σχετική αγορά αυτή της λιανικής πώλησης και διανομής προϊόντων τηλεφωνίας, πληροφορικής και υψηλής τεχνολογίας, στην οποία περιλαμβάνονται οι αλυσίδες καταστημάτων που δραστηριοποιούνται στην πώληση αυτών των προϊόντων, με το ίδιο σήμα, όπως νόμιμα και ορθά κρίθηκε με την προσβαλλόμενη, απορριπτομένων ως αβασίμων των αντιθέτων ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Περαιτέρω, οι ισχυρισμοί της για το μη νόμιμο συνυπολογισμό για την εξεύρεση του μεριδίου αγοράς της των αλυσίδων ΡΑΔΙΟ ΚΟΡΑΣΙΔΗΣ, ΣΥΚΑΡΗΣ ΟΝΕWAY, ΕΜΟΤΙΟΝ, ΖΑΚΣ, REDPOINT, MILLENIUM,

CLEVERNET ΒΑΣΗΛΙΑΣ, TELEPHONE, ALEXANDROS και MICROLAND είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι στην ουσία. Και τούτο διότι κάποια από αυτά έχουν συνυπολογιστεί, ενώ τα υπόλοιπα ή δεν διαθέτουν ανταγωνιστικά προϊόντα ή είναι ελάχιστος ο κύκλος εργασιών τους και πολύ περιορισμένη η γεωγραφική έκτασή τους, όπως αναλυτικά αναφέρεται στην προηγούμενη σκέψη και δεν αμφισβητεί η προσφεύγουσα. Επίσης, ως προς τους ισχυρισμούς της που αφορούν τον μη συνυπολογισμό στο μερίδιο αγορά των εταιρειών Carrefour, Praktiker και METRO, αυτές πριν το 2006 δεν δραστηριοποιούνταν στη σχετική αγορά, όπως προέκυψε από τη σχετική έρευνα της ΓΔΑ. Η Carrefour η οποία λειτούργησε το 1999, σήμερα διαθέτει [...] υπεραγορές Carrefour σε όλη την Ελλάδα, ενώ, όπως προκύπτει από την ιστοσελίδα του Praktiker, αυτό δεν διαθέτει κινητά τηλέφωνα. Διαθέτει μόνο [...] προϊόντα tablet-αξεσουάρ και δεν μπορεί να θεωρηθεί ανταγωνιστικό της προσφεύγουσας. Τέλος, στα καταστήματα Cash and Carry, όπως τα METRO διενεργούνται αποκλειστικά σχεδόν χονδρικές πωλήσεις προϊόντων, κυρίως σε επαγγελματίες, με αποτέλεσμα να μην θεωρούνται ανταγωνιστικά της ΓΕΡΜΑΝΟΣ, απορριπτομένων ως αβάσιμων των αντιθέτων ισχυρισμών της προσφεύγουσας ότι παρανόμως δεν περιελήφθησαν οι αλυσίδες αυτές στον συνυπολογισμό του μεριδίου αγοράς. Περαιτέρω, ως προς το ποσοστό του μεριδίου το οποίο κατέχει η προσφεύγουσα στη σχετική αγορά, από τα στοιχεία που προσκόμισε η ΓΕΡΜΑΝΟΣ προκύπτει ότι το 2004 είχε μερίδιο [...] % και το [...] % των καταστημάτων, επί του συνόλου αυτών. Για τα προηγούμενα έτη δεν προσκόμισε στοιχεία, πλην όμως, όπως προκύπτει από την εισήγηση, κατά τα έτη 2003, 2001 και 2000 είχε ποσοστά καταστημάτων επί του συνόλου αυτών [...] %, αντίστοιχα, επομένως, και κατά τα έτη 1994 έως 2000 που κατείχε σημαντικό αριθμό καταστημάτων, το μερίδιό της αναλογικά υπερέβαινε το 5%. Εξάλλου, αναποδείκτως προβάλλει ότι το μερίδιό της ήταν πολύ μικρότερο του 5%. Σε κάθε, όμως, περίπτωση, αλυσιτελώς προβάλλεται ο ισχυρισμός της ότι λόγω του μικρού ποσοστού του μεριδίου της (<5%) ειδικά, ως προς την πρώτη περίοδο λειτουργίας των καταστημάτων της (1990-1994) οι παραβάσεις ήταν ήσσονος σημασίας, έτσι ώστε, σύμφωνα με τον κανόνα de minimis, να μη συνιστούν τιμωρητέες παραβάσεις, ώστε να

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

τύχει σχετικής απαλλαγής. Και τούτο διότι: α) πρόκειται για παράβαση καθορισμού τιμών μεταπώλησης σε ολόκληρη την ελληνική (εθνική) αγορά, β) η προσφεύγουσα είχε συνεργασίες με αλλοδαπές πολυεθνικές επιχειρήσεις, γ) πραγματοποιούσε εισαγωγές από αρκετές κοινοτικές χώρες και δ) ο κύκλος των εργασιών της από πωλήσεις του δικτύου δικαιόχρησης υπερβαίνει τα 40 εκατομ ευρώ, όριο που τίθεται με τις κατευθυντήριες γραμμές (2004/C101/07) όπως αναφέρθηκε στη σκέψη 29, με αποτέλεσμα να έχει εν προκειμένω αντίθετο με τον ανταγωνισμό αποτέλεσμα και να συνιστά ως εκ της φύσεώς της και ανεξάρτητα από το αποτέλεσμά της σημαντικό περιορισμό του ανταγωνισμού (hard core) σύμφωνα με τις διατάξεις και την ερμηνεία που αναφέρονται στη σκέψη 20 της παρούσας. Τέλος, ο ισχυρισμός της ότι οι αρχές της δίκαιης δίκης επιβάλλουν να κριθεί η συμπεριφορά της με βάση τον ανωτέρω κανόνα de minimis πριν το 2006 που δημοσιεύθηκε η Ανακοίνωση της ΕΑ πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος, σύμφωνα και με τα προβαλλόμενα τόσο από την ΕΑ όσο και από τις παρεμβαίνουσες. Και τούτο διότι αφενός μεν η Ευρωπαϊκή Επιτροπή από το 1997 δέχεται ότι per se περιορισμοί του ανταγωνισμού δεν μπορούν να εξαιρεθούν από τον κανόνα de minimis (βλ. την Ανακοίνωση της Επιτροπής με θέμα τις “Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς” - ΕΕ. C /291/13.10.2000, σ. 1-44, παρ. 46-47 καθώς και ΕΕC372-13, 9-12-1997), αφετέρου δε, κατά γενική αρχή του διοικητικού δικαίου είναι μεν δυνατή η αυτοδέσμευση της διοίκησης με τον καθορισμό κριτηρίων ως προς τον τρόπο άσκησης της διακριτικής της ευχέρειας, όταν ο νόμος δεν περιέχει ρητή πρόβλεψη, πλην όμως, είναι επιτρεπτή η απόκλισή της από αυτά (ΣΤΕ 2007/2013), χωρίς να παραβιάζεται ούτε η αρχή της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικουμένου (ΔΕΕ C-189/02P, C-205-8/08P, C-226/2011 σκ. 32, ΔΕφα 559/2010 σκ. 27) όταν η Επιτροπή αποφασίζει μέσω κατευθυντηρίων γραμμών αυστηρότερα από ότι στο παρελθόν, ούτε η αρχή της ισότητας, όταν αυτή μεταβάλλει προηγούμενες πρακτικές της (ΔΕφα 2094/2007).

38. Επειδή, η προσφεύγουσα προβάλλει ως προς το θέμα του επηρεασμού του ενδοκοινοτικού εμπορίου ότι: α) είναι μη νόμιμη η κρίση ότι οι πρακτικές της ΓΕΡΜΑΝΟΣ επηρεάζουν το εμπόριο μεταξύ των κρατών – με-

λών της ΕΕ και ως εκ τούτου εμπίπτουν οι πρακτικές της στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 101 ΣΛΕΕ και β) ως προς την περίοδο 1990-2000 έγινε παράνομη και επί τα χείρω μεταβολή του κατηγορητηρίου, διότι ενώ η εισήγηση αποδέχεται ότι για την περίοδο αυτή δεν τίθεται θέμα επηρεασμού του ενδοκοινοτικού εμπορίου, κατά παράβαση των συνταγματικά κατοχυρωμένων δικαιωμάτων άμυνας και δίκαιης δίκης, με την προσβαλλόμενη έγινε δεκτό το αντίθετο. Εξάλλου, τόσο η ΕΑ με τις απόψεις της όσο και οι παρεμβαίνουσες με τα αρχικά δικόγραφα αλλά και αυτό των προσθέτων λόγων της πρώτης παρεμβαίνουσας, προβάλλουν ότι ο ισχυρισμός αυτός είναι αβάσιμος, διότι αφενός μεν δεν υφίσταται αλλαγή του κατηγορητηρίου, αφετέρου δε, επηρεάζεται το ενδοκοινοτικό εμπόριο.

39. Επειδή, από τις διατάξεις και την ερμηνεία του άρθρου 101 της ΣΛΕΕ (πρώην 81 ΣΕΚ) που αναφέρθηκαν στη σκέψη 19 ως προς τον επηρεασμό του διακοινοτικού εμπορίου, το Δικαστήριο λαμβάνοντας υπόψη ότι: α) οι επίμαχες συμβάσεις και των δύο τύπων - πιλότων με τους περιοριστικούς του ανταγωνισμού όρους που προαναφέρθηκαν καταλάμβαναν ολόκληρο το ελληνικό κράτος, β) περιείχαν τη ρήτρα αποκλειστικής προμήθειας των προϊόντων από τον δικαιοπάροχο ή – κατά τον δεύτερο τύπο – από άλλη επιχείρηση που αυτός θα υποδείξει και μόνο σε μία περίπτωση και για συγκεκριμένα είδη επιτρεπτόταν παρέκκλιση, μετά από έγκρισή του δικαιοπαρόχου, γεγονός που ισοδυναμεί με αποκλεισμό άλλων (κοινοτικών) προμηθευτών, γ) ακόμη και στις συγκεκριμένες αυτές περιπτώσεις προέβλεπαν ποσοστό προμήθειας του δικαιοπαρόχου επί της τιμής χονδρικής αγοράς των προϊόντων, δ) επέβαλαν την υποχρεωτική λειτουργία των καταστημάτων ως λιανικής πώλησης, με αποτέλεσμα να εμποδίζεται η ελευθερία των δικαιοδόχων να πραγματοποιούν χονδρικές πωλήσεις στο εξωτερικό και ε) καθόριζαν λιανικές τιμές σε μία ευρεία γκάμα προϊόντων, γεγονός που είναι δυνατόν να επιδράσει στο διακοινοτικό εμπόριο, εφ' όσον τα προϊόντα αυτά, τα οποία διατίθενται σε ολόκληρη την επικράτεια, αποτελούν αντικείμενο τόσο εισαγωγών από πολλές ευρωπαϊκές χώρες, άγεται στην κρίση ότι οι επίμαχες συμβάσεις επέφεραν εδραίωση στεγανοποιήσεων εθνικού χαρακτήρα, εμποδίζοντας με τον τρόπο αυτό την οικο-

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

νομική αλληλοδιείσδυση που επιδιώκει η Συνθήκη, απορριπτομένων ως αβασίμων των αντιθέτων ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Εξάλλου, η έννοια της επίδρασης στο διακοινοτικό εμπόριο είναι δυνητική, δηλαδή δεν απαιτείται όντως να υπήρξε αυτή η επίδραση (πρβλ. Ανακοίνωση Ε.Ε. «Κατευθυντήριες γραμμές για την επίδραση στο εμπόριο που περιέχεται στα άρθρα 81 και 82 της ΣυνθΕΚ», 2004/C 101/07, σημείο 26) ενώ, όπως έχει κριθεί, ακόμη και συμφωνίες, των οποίων οι συνέπειες εντοπίζονται μόνο στο εσωτερικό ενός κράτους μέλους, μπορεί να θεωρηθεί ότι ασκούν αρνητική επίδραση στο διακοινοτικό εμπόριο, όταν είναι ικανές να παραβιάσουν τον στόχο της οικονομικής αλληλοδιεισδύσεως (ΣΤΕ 2775/2014 σκ. 10, βλ. ΣΤΕ 1677/2014, σκ 6, ΔΕΚ επί αναιρέσεως, C-552/03 P και ΔΕΚ C-279/95 P), όπως στην προκείμενη περίπτωση. Επίσης, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι δεν υφίσταται επηρεασμός του διακοινοτικού εμπορίου, τουλάχιστον έως το 2007 που δεν διέθετε δίκτυο σε άλλα κράτη μέλη, είναι απορριπτέος ως αλυσιτελής, αφού συντρέχουν οι προϋποθέσεις του επηρεασμού ανεξαρτήτως της ύπαρξης δικτύου της σε άλλα κράτη μέλη. Περαιτέρω, ο ισχυρισμός ο σχετικός με την μεταβολή του κατηγορητηρίου ως προς την παραβίαση της αρχής της δίκαιης δίκης είναι απορριπτέος ως αβάσιμος στην ουσία, διότι η Επιτροπή Ανταγωνισμού δεν είναι Δικαστήριο ώστε να έχουν εφαρμογή ως προς τις αποφάσεις της οι αρχές της δίκαιης δίκης (ΣΤΕ 3123/2014, ΕΔΔΑ 43509/08 υπόθεση Menarini σκ. 58-59). Ακόμη, δεν υφίσταται αλλαγή του κατηγορητηρίου και επομένως δεν παραβιάστηκαν τα δικαιώματα άμυνας της προσφεύγουσας, διότι, όπως προκύπτει από το σύνολο των εντολών ελέγχου, των επιστολών της ΓΔΑ προς την προσφεύγουσα αλλά και αυτών της προσφεύγουσας προς την Ε.Α, που προαναφέρθηκαν, τέθηκαν υπόψη της όλα τα κύρια πραγματικά και νομικά στοιχεία που μπορούν να επισύρουν το πρόστιμο σχετικά με τη συμπεριφορά της, καθώς και το κρινόμενο χρονικό διάστημα (ΣΤΕ 1677/2014 σκ. 9, πρβλ. ΣΤΕ 1324/2013 και αποφάσεις ΔΕΚ, C-189, 202, 205-208, 213/2002), ενώ τα σχετικά με το περιεχόμενο της εισήγησης αλυσιτελώς προβάλλονται και είναι απορριπτέα.

40. Επειδή, από τα έγγραφα στοιχεία, που συνέλεξε η Γενική Δ/ση Ανταγωνισμού ενόψει τόσο της έρευνας των υποβληθεισών καταγγελιών όσο και του αυτεπαγγέλτου ελέγχου στα γραφεία της ΓΕΡΜΑΝΟΣ, τα οποία αποτελούν άμεσες αποδείξεις (βλ. ΔΕΚ υπόθεση C-204/00 σκέψεις 206-209, 237-244 και ΠΕΚ υπόθεση T-168/01 σκέψη 83), εκτιμώμενα συνολικώς (βλ. ΔΕΚ υποθέσεις C-238/99, C-244/99, C-245/99, C-247/99, C-250/99 έως C-252/99 και C-254/99, σκέψεις 513-520 και ΠΕΚ υποθέσεις T-67/00, T-68/00, T-71/00 και T-78/00, σκέψεις 179 έως 180) και ειδικότερα από τη γραμματική και την εν συνδυασμώ ερμηνεία των όρων των συμβάσεων δικαιόχρησης της ΓΕΡΜΑΝΟΣ με τους δικαιοδόχους της, όπως οι επίμαχοι όροι αναλυτικά αναφέρονται στις σκέψεις 24, 25 και 26, τα φυλλάδια της προσφεύγουσας σχετικά με τις νέες τιμές λιανικής που θα ισχύουν στο εξής, σε αντικατάσταση των παλιών, την εσωτερική και ηλεκτρονική αλληλογραφία μεταξύ στελεχών της ΓΕΡΜΑΝΟΣ, τα πρακτικά συνάντησης συνεργατών της, που αφορούν στα ποσοστά περιθωρίων κέρδους ή επιστροφής, αλλά και από την καταγγελία της εταιρείας Γκόντζος Ο.Ε. και τις καταθέσεις των λοιπών δικαιοδόχων, στους οποίους έγιναν έλεγχοι, καθώς και τις καταθέσεις των μαρτύρων ενώπιον της Επιτροπής (πλην του Γκόρτζου) αλλά και τις ένορκες ενώπιον Συμβολαιογράφου βεβαιώσεις, που προσκόμισε στην Επιτροπή η ΓΕΡΜΑΝΟΣ, το Δικαστήριο: 1α) ως προς την παράβαση του καθορισμού τιμών μεταπώλησης, με τον πρώτο τύπο συμβάσεως (1990 έως και 2010 όπου βρέθηκαν σε ισχύ συμβάσεις αυτού του τύπου) λαμβάνοντας υπόψη ότι: αα) οι τιμές λιανικής πώλησης καθορίζονται αποκλειστικά από τον δικαιοπάροχο και ο δικαιοδόχος υποχρεούται να συμμορφώνεται με αυτές, οι οποίες εφαρμόζονται σε ολόκληρο το δίκτυο, στο οποίο αποστέλλονται καθημερινώς οι όποιες αλλαγές γίνονται, γεγονός που αναιρεί την ελευθερία καθορισμού τιμών που θεωρητικά μόνο του αναγνωρίζεται, αβ) καθορίζεται συγκεκριμένο μικτό ποσοστό κέρδους επί των συνολικών αγορών, αγ) οι τιμές λιανικής αποτελούν αναπόσπαστο μέλος της πολιτικής που καθορίζει ο δικαιοπάροχος και συναρτώνται με τις αντίστοιχες τιμές της αγοράς, όρος που χαρακτηρίζεται ουσιώδης από τη σύμβαση, αδ) σε περίπτωση χονδρικής πώλησης το ποσοστό εκπτώσεως είναι προκαθορισμένο από τον δικαιοπάροχο,

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

αε) ο δικαιοδόχος είναι υποχρεωμένος από τη σύμβαση να χρησιμοποιεί, με το on line συνδεδεμένο το τερματικό του, το λογισμικό σύστημα SRS, το οποίο εφαρμόζεται από όλους τους δικαιοδόχους, σύμφωνα δε με τα χαρακτηριστικά και τον τρόπο λειτουργίας του, όπως αναλυτικά αναφέρονται στη σκέψη 24, ο δικαιοδόχος, μεταξύ άλλων, δεν μπορεί να επέμβει εξ αρχής και να τροποποιήσει ή να διαμορφώσει σε μόνιμη βάση τον υπάρχοντα στο λογισμικό σύστημα τιμοκατάλογο, απλώς, έχει τη δυνατότητα χορήγησης έκπτωσης με τη μορφή ποσού ή ποσοστού επί της λιανικής τιμής, κατά την έκδοση της σχετικής απόδειξης («καρφωτά») και αστ) πριν τη λειτουργία του εν λόγω συστήματος η ΓΕΡΜΑΝΟΣ έστειλε με ειδικό πρόγραμμα μία εφαρμογή στους δικαιοδόχους, οι οποίοι στη συνέχεια εκτύπωναν τα ταμπελάκια τιμών, άγεται στην κρίση ότι η προσφεύγουσα κατά ρητή και σαφή διατύπωση των συμβατικών όρων προέβαινε σε καθορισμό των τιμών μεταπώλησης, την εφαρμογή των οποίων είχε τη δυνατότητα να ελέγχει, περίπτωση που συνιστά ιδιαίτερης σοβαρότητας αντικειμενικό (per se) περιορισμό του ανταγωνισμού (ΣΤΕ 3859/2014 σκ. 6) κατά παράβαση των διατάξεων των άρθρων 1 παρ.1 του ν.703/1977 και 101 παρ.1 ΣΛΕΕ και μάλιστα ανεξάρτητα από την εφαρμογή στην πράξη σε ποσοστό από 100% (Γκόντζος Ο.Ε.) έως 90% (βλ. ΔΕΚ αποφάσεις της 4ης Ιουνίου 2009, T-Mobile Netherlands BV κλπ., C-8/08, σκ. 28 και 29, 20ής Νοεμβρίου 2008, C-209/07, Beef Industry Development Society και Barry Brothers, σκ.15- 17 κ.ά.), απορριπτομένων ως αβασίμων των αντιθέτων ισχυρισμών της προσφεύγουσας, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα από την ΕΑ και τις παρεμβαίνουσες. 1β) Ως προς τον καθορισμό τιμών μεταπώλησης με τον δεύτερο τύπο συμβάσεως (ο οποίος άρχισε σταδιακά να εφαρμόζεται από το 1998 έως και το 2012) λαμβάνοντας υπόψη: βα) ότι ο δικαιοπάροχος καθορίζει αποκλειστικά την πολιτική λιανικών τιμών, γεγονός που, επίσης, αναιρεί την ελευθερία του δικαιοδόχου να καθορίζει τις τιμές, δυνατότητα η οποία θεωρητικά και μόνο του αναγνωρίζεται, ββ) ο δικαιοπάροχος καθορίζει τις τιμές λιανικής πώλησης, οι οποίες θα είναι ανάλογες με αυτές της αγοράς, βγ) ο δικαιοδόχος έχει τη δυνατότητα μείωσης των τιμών λιανικής μόνο σε περίπτωση που η ΓΕΡΜΑΝΟΣ παραβεί συστηματικά τον όρο 12.5 (καθορισμός τιμολογιακής πολιτικής) ώστε να διατηρείται

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

σταθερό το προσδοκόμενο περιθώριο κέρδους του δικαιοδόχου, βδ) σε περίπτωση χονδρικής πώλησης το ποσοστό εκπτώσεως είναι προκαθορισμένο από τον δικαιοπάροχο και βε) ο δικαιοδόχος είναι υποχρεωμένος από τη σύμβαση να χρησιμοποιεί το αμέσως ανωτέρω αναφερθέν λογισμικό σύστημα SRS, ενώ σε περίπτωση μη εφαρμογής των σχετικών όρων, απειλείται σε βάρος του η καταγγελία της σύμβασης, άγεται στην κρίση ότι η προσφεύγουσα και με τον δεύτερο τύπο συμβάσεων προέβαινε, κατά ρητή και σαφή διατύπωση των συμβατικών όρων, σε καθορισμό των τιμών μεταπώλησης, την εφαρμογή των οποίων είχε τη δυνατότητα να ελέγχει, περίπτωση που συνιστά ιδιαίτερης σοβαρότητας αντικειμενικό (per se) περιορισμό του ανταγωνισμού (Βλ. Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής «Κατευθυντήριες γραμμές για την εφαρμογή του άρθρου 81 παράγραφος 3 της συνθήκης» 2004/C 101/08, ΣΤΕ 3859/2014 σκ. 6) κατά παράβαση των διατάξεων των άρθρων 1 παρ.1 του ν.703/1977 και 101 παρ.1 ΣΛΕΕ και μάλιστα ανεξάρτητα από την εφαρμογή στην πράξη κατά ποσοστό από 100% (Γκόντζος Ο.Ε.) έως 90%. Ο κατά τα ανωτέρω καθορισμός των τιμών επιβεβαιώνεται επαρκώς, όπως αναλυτικά αναφέρθηκε στην σκέψη 24 από την εσωτερική αλληλογραφία της ΓΕΡΜΑΝΟΣ σχετικά με το ισχύον περιθώριο κέρδους, τα πρακτικά συνάντησης συνεργατών της και πίνακες με το μικτό περιθώριο κέρδους, φυλλάδια της προσφεύγουσας με επισυναπτόμενους πίνακες με τις νέες τιμές λιανικής που θα ισχύσουν στο εξής, σε αντικατάσταση των παλιών. Ενόψει αυτών, είναι απορριπτέος ως αβάσιμος ο αντίθετος ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η ΕΑ, η οποία έφερε το βάρος απόδειξης, δεν απέδειξε τη θεμελίωση στον όρο 12 της σύμβασης την απαγορευμένη επιβολή λιανικής τιμής μεταπώλησης. Εξάλλου, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η Ε.Α. παραποιεί τις καταθέσεις των τρίτων δικαιοδόχων, οι οποίοι ελέγχθηκαν, είναι σε κάθε περίπτωση απορριπτέος ως αλυσιτελής, αφού οι προαναφερθέντες όροι των συμβάσεων διατυπωμένοι ρητά και ανεπιφύλακτα έχουν ως αντικείμενο τον καθορισμό τιμών μεταπώλησης, η ύπαρξη δε των εγγράφων αυτών σε συνδυασμό με τα προαναφερθέντα έγγραφα της ίδιας της προσφεύγουσας, που προσκομίστηκαν, αποτελούν επαρκή απόδειξη της διάπραξης της παράβασης, απορριπτομένου ως αβασίμου του ισχυρισμού ότι η

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

ΕΑ προσέφυγε σε δικαστικά τεκμήρια για να στοιχειοθετήσει την παράβαση (ΣτΕ 2780/2012 σκ. 13) χωρίς να είναι απαραίτητη για την απόδειξή της ούτε η επίκληση των καταθέσεων των εξετασθέντων δικαιοδόχων, ενώ οι μαρτυρικές καταθέσεις των μαρτύρων της προσφεύγουσας δεν είναι ικανές να θέσουν υπό αμφισβήτηση την ερμηνεία των επίμαχων συμβατικών όρων, απορριπτομένων ως αβασίμων των αντιθέτων ισχυρισμών της (βλ. ΣτΕ 1677/2014 σκ. 13). Επίσης, ως αλυσιτελής πρέπει να απορριφθεί ο ισχυρισμός ότι δεν αναφέρεται στην προσβαλλόμενη ο συγκεκριμένος αριθμός των καταστημάτων που κατά την πρώτη περίοδο (1990-1998) λειτουργούσαν με συμβάσεις που περιείχαν τη ρήτρα περιθωρίου κέρδους, αφού, όπως προέκυψε από τα προσκομισθέντα στοιχεία αλλά όπως και η ίδια συνομολογεί, η ρήτρα αυτή υπήρχε σε αρκετές συμβάσεις και αυτό είναι αρκετό για τη στοιχειοθέτηση της παράβασης. Ακόμη, ο ισχυρισμός ότι η φράση «οι τιμές λιανικής που καθορίζει η ΓΕΡΜΑΝΟΣ» στον όρο 5.4 του πρώτου τύπου σύμβασης δεν έχει την έννοια του καθορισμού τιμών αλλά εννοεί τις προτεινόμενες λιανικές τιμές, είναι απορριπτός ως αβάσιμος στην ουσία, σύμφωνα με όσα αμέσως ανωτέρω έγιναν δεκτά, λόγω της ρητής διατύπωσής του. Περαιτέρω, ως προς τις συμβάσεις τύπου Β' οι ισχυρισμοί ότι: α) αυτές είναι απαλλαγμένες από ζητήματα ανταγωνισμού, διότι υπήρχε ελευθερία καθορισμού τιμών από τον δικαιοδόχο, β) ο όρος ο σχετικός με τη φήμη της αφορά τη μη πώληση σε υπερβολικά χαμηλές τιμές και γ) η σύνδεση των τιμών με τις τιμές αγοράς και τις τιμές χονδρικής δεν επιβάλλει τιμή μεταπώλησης, είναι απορριπτικοί ως αβάσιμοι, αφού σύμφωνα με όσα αναφέρθηκαν αμέσως ανωτέρω, θεωρητικά μόνο είχε ο δικαιοδόχος τη δυνατότητα να διαμορφώνει τις τιμές, ενώ αντιθέτως η ρητή αναφορά των όρων που προαναφέρθηκαν οδηγούν αμέσως και ευθέως στον καθορισμό των τιμών μεταπώλησης από τον δικαιοπάροχο. Ακόμη, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι: α) με την προσβαλλόμενη έγινε εσφαλμένη ερμηνεία των όρων και των δύο τύπων συμβάσεων, διότι, μεταξύ των άλλων, η απόκλιση 10% στην εφαρμογή των τιμών δεν είναι αμελητέα ποσότητα, β) από τα επικαλούμενα στοιχεία του συστήματος SRS αποδεικνύεται το ψευδές του επικαλούμενου ποσοστού 100% ως προς την τήρηση των καθορισμένων τιμών, γ) το προκαθορισμένο

επίπεδο εκπτώσεων επί των πωλήσεων χονδρικής ουδέποτε εφαρμόστηκε, δ) η επίκληση μαρτυρικών καταθέσεων δικαιοδόχων, σύμφωνα με τις οποίες προβαίνουν σε πωλήσεις προϊόντων σε τιμές χαμηλότερες από τις συνιστώμενες ή ότι δεν τους απαγορεύεται να βελτιώνει την εμπορική του πολιτική ή ότι κάνουν εκπτώσεις, έστω σπάνια και ε) από τα επικαλούμενα από την Επιτροπή λοιπά στοιχεία του φακέλου δεν αποδεικνύεται η εφαρμογή στην πράξη του καθορισμού τιμής, είναι απορριπτέοι ως αλυσιτελείς, διότι στην περίπτωση των *per se* παραβάσεων όπως η προκειμένη, είναι αδιάφορο το αν επέφερε ή όχι αποτέλεσμα η συγκεκριμένη συμπεριφορά (C-8/08, σκ. 28 και 29). Αντιθέτως, το ζήτημα της συμμόρφωσης ή μη των δικαιοδόχων προς τις οριζόμενες από την προσφεύγουσα τιμές έχει σχέση με τον εκ του αποτελέσματος περιορισμό του ανταγωνισμού και ελέγχεται στα πλαίσια της εκτίμησης της σοβαρότητας της παράβασης και του επιπέδου της κύρωσης (ΔΕΚ απόφαση της 4ης Ιουνίου 2009, T-Mobile Netherlands BV κλπ, σκ.31, απόφαση της 15ης Οκτωβρίου 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij NV κλπ. συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P έως C-252/99 P και C-254/99 P., σκ.510).

41. Επειδή, από την εκτίμηση των ίδιων στοιχείων που αναφέρθηκαν στην προηγούμενη σκέψη, ως προς την παράβαση της απαγόρευσης των αμοιβαίων προμηθειών, το Δικαστήριο ως προς τον πρώτο τύπο σύμβασης-πιλότου, λαμβάνοντας υπόψη ότι από τη γραμματική και την εν συνδυασμώ ερμηνεία των προπαρατεθέντων στη σκέψη 25 συμβατικών όρων, προκύπτουν: α) ο ορισμός του δικαιοπαρόχου ως αποκλειστικού προμηθευτή του δικαιοδόχου και η δυνατότητα του τελευταίου να προβαίνει σε αγορές από άλλον προμηθευτή μόνο με την έγκριση του τελευταίου, β) η καταβολή στον δικαιοπάροχο ποσοστού [...] % επί της τιμής αγοράς των προϊόντων τα οποία ενδεχομένως αγοράζει και πωλεί εκτός λίστας, γ) το προκαθορισμένο ποσοστό έκπτωσης επί της τιμής λιανικής, που δικαιούται να κάνει ο δικαιοδόχος σε περίπτωση χονδρικής πώλησης προϊόντων, το οποίο είναι ενιαίο για όλα τα καταστήματα λιανικής και δ) το δικαίωμα του δικαιοδόχου, σε περιπτώσεις έλλειψης προϊόντων, να προμηθεύεται από άλλους προμηθευτές ορισμένα είδη, κα-

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

τόπιν συγκεκριμένης εγκρίσεως του δικαιοπαρόχου, μόνο για ορισμένες ποσότητες και κατηγορίες προϊόντων, άγεται στην κρίση ότι εν προκειμένω απαγορεύονταν οι αμοιβαίες προμήθειες μεταξύ των δικαιοδόχων, περίπτωση που συνιστά ιδιαίτερης σοβαρότητας αντικειμενικό (per se) περιορισμό του ανταγωνισμού (βλ. ΣΤΕ 2121/2013, πρβλ. απόφ. ΔΕΕ της 13-10-2011 επί της υποθ. C-439/2009, Pierre Fabre Dermo-Cosmetique SAS, σκ. 59) κατά παράβαση των διατάξεων των άρθρων 1 παρ.1 του ν.703/1977 και 101 παρ.1 ΣΛΕΕ και μάλιστα ανεξάρτητα από το αποτέλεσμα που επήλθε και το πόσο αυστηρά εφαρμόστηκαν στην πράξη οι συγκεκριμένοι περιορισμοί (βλ. ΠΕΚ T-62/98 Volkswagen σκ. 83, 178, 241-241), κατά τα βασίμως προβαλλόμενα από την ΕΑ και τους παρεμβαίνοντες, απορριπτομένων ως αβασίμων των αντιθέτων ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Εξάλλου, το γεγονός ότι στις περιπτώσεις που υπάρχει έλλειψη συγκεκριμένου προϊόντος, επιτρέπονται οι αμοιβαίες προμήθειες μεταξύ δικαιοδόχων, με την έγκριση του δικαιοπαρόχου (με τη μεσολάβηση του επιθεωρητή, όπως προκύπτει από τις μαρτυρικές καταθέσεις) θεμελιώνει τουλάχιστον σκοπό περιορισμού του ανταγωνισμού εντός του δικτύου (βλ. ΠΕΚ T -62/98, Volkswagen σκ. 51 και 59-60) και αναιρεί στην πράξη τα επικαλούμενα από την προσφεύγουσα περί ενθάρρυνσης εκ μέρους της των αμοιβαίων προμηθειών, απορριπτομένων ως αβασίμων των αντιθέτων ισχυρισμών της. Περαιτέρω, ως προς τον δεύτερο τύπο σύμβασης-πilotου, λαμβάνοντας υπόψη ότι από τη γραμματική και την εν συνδυασμώ ερμηνεία των προπαρατεθέντων συμβατικών όρων, προκύπτει ότι: α) αποκλειστικός προμηθευτής του δικαιοδόχου για το σύνολο των εμπορευμάτων του ορίζεται ρητά η ΓΕΡΜΑΝΟΣ ή άλλη επιχείρηση, την οποία έχει υποδείξει σε αυτόν ο Δικαιοπάροχος, δηλαδή απαγορεύεται η προμήθεια προϊόντων από άλλη πηγή και κατά συνέπεια, ενόψει της γενικότητας της διατύπωσης, και από άλλο δικαιοδόχο εντός του δικτύου, β) σε περίπτωση που προμηθευτεί προϊόντα από άλλους προμηθευτές χωρίς την έγκριση του δικαιοπαρόχου, δεν έχει το δικαίωμα να προμηθεύεται και να πωλεί προϊόντα εκτός λίστας του ομίλου εταιριών του δικτύου, ενώ θα οφείλει στον δικαιοπάροχο ποσό ίσο προς το ήμισυ της τιμής αγοράς των προϊόντων, γ) μόνο στις περιπτώσεις που παρουσιάζονται

ανωμαλίες στην τροφοδοσία του καταστήματος από τον Δικαιοπάροχο, η προμήθεια μπορεί να γίνει από άλλους προμηθευτές (κατά συνέπεια και από δικαιοδόχο του ίδιου δικτύου) μετά από έγκριση του δικαιοπαρόχου και μόνο για ορισμένα είδη και ποσότητες προϊόντων και δ) οι δικαιοδόχοι πραγματοποιούν μόνο λιανικές πωλήσεις, γεγονός που εξ αντιδιαστολής οδηγεί στην απαγόρευση χονδρικών πωλήσεων και κατά συνέπεια στην απαγόρευση των αμοιβαίων προμηθειών μεταξύ των δικαιοδόχων, άγεται στην κρίση ότι και με τη σύμβαση αυτή απαγορεύονταν οι αμοιβαίες προμήθειες και μεταξύ των δικαιοδόχων, περίπτωση που συνιστά ιδιαίτερης σοβαρότητας αντικειμενικό (per se) περιορισμό του ανταγωνισμού (βλ. ΣΤΕ 2121/2013) κατά παράβαση των διατάξεων των άρθρων 1 παρ.1 του ν.703/1977 και 101 παρ.1 ΣΛΕΕ και μάλιστα ανεξάρτητα από το αποτέλεσμα που επήλθε και το πόσο αυστηρά εφαρμόστηκαν στην πράξη οι συγκεκριμένοι περιορισμοί, όπως αμέσως ανωτέρω έγινε δεκτό και για τον πρώτο τύπο σύμβασης, όπως νόμιμα κρίθηκε με την προσβαλλόμενη, απορριπτόμενου ως αλυσιτελούς του ισχυρισμού της προσφεύγουσας περί περιορισμένων αποτελεσμάτων της συγκεκριμένης τακτικής. Εξάλλου, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι οι συγκεκριμένοι όροι δεν ρυθμίζουν ζητήματα ενδοδικτυακής προμήθειας και ότι η ρήτρα του [...] % περιοριζόταν μόνο στους άλλους προμηθευτές, είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι. Και τούτο διότι, όπως έγινε ανωτέρω δεκτό, δεν γίνεται διάκριση μεταξύ ενδοδικτυακής ή εκτός δικτύου προμήθειας. Επίσης, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η διενέργεια αμοιβαίας προμήθειας κατόπιν έγκρισης δεν συνιστά περιορισμό του ανταγωνισμού είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, διότι, όπως προαναφέρθηκε, η κατ' εξαίρεση και υπό προϋποθέσεις έγκριση αμοιβαίων προμηθειών μεταξύ δικαιοδόχων θεμελιώνει τουλάχιστον σκοπό περιορισμού του ανταγωνισμού εντός του δικτύου (ΠΕΚ Τ -62/98) και αναιρεί στην πράξη τα επικαλούμενα από την προσφεύγουσα περί ενθάρρυνσης εκ μέρους της των αμοιβαίων προμηθειών. Εξάλλου, ο περιορισμός δεν είναι απαραίτητο να προβλέπεται ρητά, αλλά αρκεί να προκύπτει και έμμεσα ή εκ των πραγμάτων (βλ. C-439/09 σκ.42). Τέλος, ο ισχυρισμός ότι με τον Κανονισμό 4087/88 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, η απαγόρευση αμοιβαίων προμηθειών δεν συνιστούσε per se πα-

ράβαση του δικαίου του ανταγωνισμού είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, αφού από τις διατάξεις του επικαλούμενου Κανονισμού, οι οποίες αναφέρθηκαν στη σκέψη 20 προκύπτει ότι προβλέπεται η ελευθερία του δικαιοδόχου να προμηθεύεται τα προϊόντα που αποτελούν το αντικείμενο του franchise τόσο από άλλους δικαιοδόχους εντός του δικτύου, όσο και από δικαιοδόχους εκτός αυτού. Η θετική αυτή προϋπόθεση, αποτελεί την ίδια έκφανση της αρνητικής προϋπόθεσης που θέτει ο μεταγενέστερος Κανονισμός 2790/1999, δεν διαφέρει από αυτόν και η παραβίασή τους συνιστά, επίσης, *per se* παράβαση. (βλ. Ι.Γ.Σχινάς, Προστασία του Ελεύθερου Ανταγωνισμού (Η πρακτική ΕΠΑ/ΕΑ) εκδ. Σάκκουλα 1992, σελ. 128)

42. Επειδή, ως προς την παράβαση της υποχρέωσης μη ανταγωνισμού μετά τη λήξη της σύμβασης, το Δικαστήριο λαμβάνοντας υπόψη ότι σύμφωνα με τους όρους των συμβάσεων και των δύο τύπων που αναφέρονται στη σκέψη 26, ο πρώτος τύπος περιείχε την υποχρέωση του δικαιοδόχου να μην ασκεί ανταγωνιστικές πράξεις για περίοδο 18 μηνών μετά την λύση της συμβάσεως δικαιόχρησης, δηλαδή υπερέβαινε το χρονικό διάστημα του ενός έτους που ορίζουν οι αναφερθείσες στη σκέψη 20 διατάξεις των άρθρων 4 του Κανονισμού 2790/1999, 3 του Κανονισμού 4087/88 και 5 του Κανονισμού 330/2010, ενώ ο δεύτερος τύπος συμβάσεων περιείχε την υποχρέωση του δικαιοδόχου για μη ανταγωνισμό γενικώς, σε όλη την επικράτεια, χωρίς να περιορίζεται στους χώρους, στους οποίους αυτός είχε δραστηριοποιηθεί κατά τη διάρκεια της σύμβασης, όπως προβλέπεται από τους προαναφερθέντες Κανονισμούς, άγεται στην κρίση ότι και με τους δύο τύπους συμβάσεων παραβιάζονται οι διατάξεις των άρθρων 1 παρ.1 του ν.703/1977 (νυν άρ. 1 ν. 3959/2011) και 101 παρ.1 ΣΛΕΕ και η προσφεύγουσα δεν τυγχάνει ομαδικής απαλλαγής, με βάση τις διατάξεις των Κανονισμών που προαναφέρθηκαν, όπως νόμιμα κρίθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση. Εξάλλου, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η σχετική ρήτρα εξυπηρετεί την ανάγκη προστασίας της φήμης και της τεχνογνωσίας της ΓΕΡΜΑΝΟΣ λόγω της πανελλαδικής λειτουργίας του δικτύου, είναι απορριπτέος ως αβάσιμος στην ουσία ως προς την επικαλούμενη φήμη της, διότι η προστασία της όποιας φήμης της δεν μπο-

ρεί να θέσει εκτός λειτουργίας τους κανόνες του ανταγωνισμού, και ως άριστος ως προς την επικαλούμενη τεχνογνωσία, καθότι δεν εξειδικεύεται ποια τεχνογνωσία μεταβίβασε η ΓΕΡΜΑΝΟΣ στον δικαιοδόχο, την οποία αυτός κατέχει στα πλαίσια λειτουργίας του καταστήματός του και η οποία θα πρέπει να προστατευθεί.

43. Επειδή, περαιτέρω, στην παρ. 1 του άρθρου 9 του Ν.703/1977 (όπως αντικαταστάθηκε από την παρ.2 του άρθρου 16 του Ν.3373/2005 -ΦΕΚ Α'188) ορίζεται ότι: «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) ..., β) ... , γ) ..., δ)... ε)... στ) να επιβάλει πρόστιμο στις επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων που υπέπεσαν στην παράβαση» και στην παρ.2 του ίδιου άρθρου (όπως αντικαταστάθηκε από την παρ.6 του άρθρου 4 του Ν.2296/1995) ότι: «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 πρέπει να λαμβάνονται υπόψη η σοβαρότητα και η διάρκεια της παράβασης...». Το πρόστιμο αυτό το οποίο αρχικώς είχε οριστεί σε 10% των ακαθάριστων εσόδων της επιχείρησης, κατά το έτος, κατά το οποίο συντελέστηκε η παράβαση ή το προηγούμενο αυτού, αυξήθηκε σε 15% με τον προαναφερθέντα νόμο 2296/1995 και με το άρθρο 17 του ν. 3784/2009, ΦΕΚ Α 137/7.8.2009, με το οποίο αντικαταστάθηκε το πρώτο εδάφιο της παρ. 2 του άρθρου 9 του ν. 703/1977, παρέμεινε «σε ποσοστό 15% των ακαθάριστων εσόδων της επιχείρησης της χρήσης κατά την οποία έπαυσε η παράβαση ή, αν αυτή συνεχίζεται μέχρι την έκδοση της απόφασης, της τρέχουσας χρήσης ή της προηγούμενης της παράβασης χρήσης, αντιστοίχως».

44. Επειδή, το άρθρο 25 του ν. 3959/2011, ο οποίος, όπως προαναφέρθηκε, ισχύει από 20-4-2011, ημερομηνία κατά την οποία καταργήθηκε ο

ν. 703/1977, ορίζει ότι: «1. Η Επιτροπή Ανταγωνισμού αν, ύστερα από σχετική έρευνα που διεξάγεται είτε αυτεπαγγέλτως είτε κατόπιν καταγγελίας ή αίτησης του Υπουργού Οικονομίας, Ανταγωνιστικότητας και Ναυτιλίας, διαπιστώσει παράβαση των άρθρων 1, 2 και 11 ή των άρθρων 101 και 102 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, με απόφαση της, διαζευκτικά ή σωρευτικά, μπορεί: α) να απευθύνει συστάσεις σε περίπτωση παράβασης των άρθρων 1 και 2 του παρόντος ή των άρθρων 101 και 102 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης. β)..... δ) να επιβάλει πρόστιμο κατά την παράγραφο 2α στις επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων που υπέπεσαν στην παράβαση ή που δεν εκπληρώνουν αναληφθείσα από τις ίδιες δέσμευση η οποία έχει καταστεί υποχρεωτική, σύμφωνα με απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού κατ' εφαρμογή της παραγράφου 6. 2. α) Το πρόστιμο που επιβάλλεται ή επιβάλλεται κατά την περίπτωση δ', ε' και στ' της παραγράφου 1 μπορεί να φτάνει μέχρι ποσοστού δέκα τοις εκατό (10%) του συνολικού κύκλου εργασιών της επιχείρησης της χρήσης κατά την οποία έπαυσε η παράβαση ή, αν αυτή συνεχίζεται μέχρι την έκδοση της απόφασης, της προηγούμενης της έκδοσης της απόφασης χρήσης. . .».

45. Επειδή, από το συνδυασμό των διατάξεων ου αναφέρθηκαν στις σκέψεις 44 και 45 προκύπτει ότι με τις προγενέστερες διατάξεις του ν. 703/1977, όπως ίσχυαν, το πρόστιμο που επιβάλλεται ή επιβάλλεται για την προκείμενη περίπτωση έφθανε έως το 15% του συνολικού κύκλου εργασιών της επιχείρησης της χρήσης κατά την οποία έπαυσε η παράβαση ή, αν αυτή συνεχίζεται μέχρι την έκδοση της απόφασης, της προηγούμενης της έκδοσης της απόφασης χρήσης, ενώ με τις διατάξεις του άρθρου 25 του νεότερου ν. 3959/2011, το πρόστιμο αυτό μπορεί να φτάνει μέχρι ποσοστού δέκα τοις εκατό (10%) του συνολικού κύκλου εργασιών της επιχείρησης της χρήσης κατά την οποία έπαυσε η παράβαση ή, αν αυτή συνεχίζεται μέχρι την έκδοση της απόφασης, της προηγούμενης της έκδοσης της απόφασης χρήσης, με αποτέλεσμα οι τελευταίες αυτές διατάξεις του ν. 3959/2011 να είναι ευνοϊκότερες, ως προς το ύψος του επιβλητέου προστίμου. Κατά συνέπεια, εν προκειμένω, όπου η παράβαση συνεχιζόταν και κατά την ισχύ του τελευταίου και ευνοϊκότε-

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

ρου ως προς το ύψος του επιβλητέου προστίμου νόμου 3959/2011, έχουν εφαρμογή οι τελευταίες αυτές διατάξεις (βλ. ΣΤΕ 3368/2015, σκ. 10, ΣΤΕ 722/2014 σκ. 5, .1281/2011).

46. Επειδή, σύμφωνα με την ανωτέρω ρύθμιση του άρθρου 25 του ν. 3959/2011 το μέγιστο του επιβαλλόμενου προστίμου, το οποίο σκοπεύει όχι μόνο να κολάσει τις παράνομες πράξεις των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων, αλλά και να αποτρέψει τόσο τις εν λόγω επιχειρήσεις, όσο και άλλους επιχειρηματίες από τη μελλοντική παράβαση των κανόνων του δικαίου του ανταγωνισμού, ορίζεται με βάση τα συνολικά ακαθάριστα έσοδα της επιχείρησης, κατά την τρέχουσα ή την προηγούμενη της παράβασης χρήση, τα οποία αποτελούν ένδειξη, έστω κατά προσέγγιση και ατελή, του μεγέθους και της οικονομικής ισχύος της επιχείρησης, ήτοι στοιχείων που μπορούν νομίμως να ληφθούν υπόψη για την εκτίμηση της σοβαρότητας της παράβασης (ΣΤΕ 1881/2014). Κατά την έννοια της ρύθμισης αυτής, ερμηνευόμενης ενόψει και των αρχών της αναλογικότητας, της αποτελεσματικότητας και της επαρκούς αποτρεπτικότητας του προστίμου, το οριζόμενο μέγιστο ύψος του ισχύει χωριστά για κάθε παράβαση που είναι αυτοτελής, κατά το περιεχόμενο και το είδος της, ενώ σε περίπτωση που τέτοια παράβαση διαρκεί περισσότερα συναπτά έτη, αυτή δεν λογίζεται ως αυτοτελής για κάθε έτος, αλλά εξακολουθούσα και ενιαία χρονικώς, ώστε το προβλεπόμενο στο νόμο ανώτατο όριο (πλαφόν) να ισχύει για τη συνολική διάρκεια της αποδιδόμενης παράβασης, η διάρκεια δε αυτή λαμβάνεται υπόψη, σύμφωνα με το δεύτερο εδάφιο της παραγράφου 2 του άρθρου 9, για την επιμέτρηση του ύψους του προστίμου. Συνεπώς, σε υπόθεση όπως η κρινόμενη, το ως άνω οριζόμενο στο Ν. 703/1977 και ήδη 3959/2011 πλαφόν ισχύει για καθεμία από τις καταλογιζόμενες παραβάσεις, που είναι αυτοτελείς (δηλαδή, τόσο για τον καθορισμό τιμών, όσο για τον περιορισμό των αμοιβαίων προμηθειών μεταξύ διανομέων-δικαιοδόχων, όσο και για την επιβολή ρήτρας μη ανταγωνισμού), όχι, όμως, και για κάθε έτος εκάστης παράβασης, αλλά για τη συνολική διάρκειά της. Περαιτέρω, κατά την έννοια της ίδιας ρύθμισης, για τον προσδιορισμό του ως άνω πλαφόν δεν λαμβάνεται υπόψη το άθροισμα των συνολικών ακαθάριστων εσόδων της επιχείρησης σε καθεμία από τις χρήσεις

Αριθμός αποφάσεως: 527/2016

κατά τις οποίες διαπιστώνεται η παράβαση, αλλά ο συνολικός κύκλος εργασιών της επιχείρησης σε μία μόνο χρήση και συγκεκριμένα, σε εκείνη κατά την οποία έπαυσε η παράβαση (ΣΤΕ 1881/2014 σκ. 16, βλ. ΣΤΕ 2365/2013 επταμ. Πρβλ. ΣΤΕ 903/1998 7/μελούς).

47. Επειδή, στο άρθρο 79 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (Ν. 2717/1999, ΦΕΚ Α' 97) ορίζονται τα εξής: «1. Το δικαστήριο ελέγχει την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη κατά το νόμο και την ουσία, μέσα στα όρια της προσφυγής, τα οποία προσδιορίζονται από τους λόγους και το αίτημά της. Κατ' εξαίρεση, ο κατά το νόμο έλεγχος της προσβαλλόμενης πράξης ή παράλειψης, κατά περίπτωση, χωρεί και αυτεπαγγέλτως, εκτεινόμενος στο σύνολό της, προκειμένου να διακριβωθεί: α) αν συντρέχουν οι λόγοι της περ. α' της παρ. 3 ή β) αν η πράξη είναι πλημμελής κατά τη νόμιμη βάση της, ή γ) αν υπάρχει παράβαση δεδουλευμένου. 2. Αν η προσφυγή στρέφεται κατά ρητής πράξης, το δικαστήριο, κατά την επίλυση της διαφοράς, είτε δέχεται την προσφυγή εν όλω ή εν μέρει και ακυρώνει ολικώς ή μερικώς την πράξη ή την τροποποιεί, είτε απορρίπτει την προσφυγή. 3. Το δικαστήριο ακυρώνει την πράξη και αναπέμπει την υπόθεση στη Διοίκηση για να ενεργήσει τα νόμιμα: α) αν η πράξη έχει εκδοθεί από αναρμόδιο όργανο ή από συλλογικό όργανο που δεν έχει νόμιμη συγκρότηση ή σύνθεση ή β) αν συντρέχει παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, που έχει ταχθεί για την έκδοση της πράξης, ή γ) αν η Διοίκηση δεν έχει ασκήσει τη διακριτική της εξουσία. 4.».

48. Επειδή, όπως αναφέρθηκε στην σκέψη 47 της απόφασης αυτής, σύμφωνα με τη σχετική νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, οι καταλογιζόμενες παραβάσεις που αφορούν στον καθορισμό τιμών μεταπώλησης, στον περιορισμό των αμοιβαίων προμηθειών μεταξύ διανομέων-δικαιούχων και στην επιβολή ρήτρας μη ανταγωνισμού είναι αυτοτελείς και συνεπώς το ως άνω οριζόμενο στο Ν. 3959/2011 πλαφόν ισχύει για καθεμία από τις καταλογιζόμενες παραβάσεις, οι οποίες δεν απορροφώνται και επιβάλλεται διαφορετικό πρόστιμο για κάθε μία από αυτές. Επομένως, αν και νομίμως επιβλήθηκαν σε βάρος της προσφεύγουσας κυρώσεις για τις παραβάσεις του καθορισμού τι-

μών μεταπώλησης, του περιορισμού των αμοιβαίων προμηθειών μεταξύ διανομέων-δικαιοδόχων και της επιβολής ρήτρας μη ανταγωνισμού μετά τη λήξη των συμβάσεων μεταξύ της προσφεύγουσας και των δικαιοδόχων της, κατά τα έτη 1990-2012, μη νομίμως επιβλήθηκε ενιαίο πρόστιμο για τις παραβάσεις αυτές. Ενόψει τούτων η προσβαλλόμενη πράξη ως προς το ανωτέρω κεφάλαιο της επιμέτρησης του προστίμου καθίσταται νομικώς πλημμελής, κατά την έννοια του άρθρου 79 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας. Κατά συνέπεια των ανωτέρω το Δικαστήριο τούτο οφείλει αυτεπαγγέλτως να ακυρώσει την προσβαλλόμενη πράξη ως προς το κεφάλαιο αυτό, χωρίς να δύναται να την μεταρρυθμίσει με τον προσδιορισμό του κατά την κρίση του επιβλητέου προστίμου χωριστά για κάθε μία απ' αυτές, εφόσον η Ε.Α, δεν άσκησε την ανήκουσα σ' αυτήν αντίστοιχη εξουσία επιμετρήσεως, χωριστά για κάθε μία αυτοτελή παράβαση (πρβλ. ΣτΕ 1807/2015, σκ. 12, 515/2014, 297/2003).

49. Επειδή, ενόψει αυτών, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η προσφυγή και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη μόνο ως προς το κεφάλαιό της που αφορά την επιμέτρηση του ενδίκου προστίμου, να αναπεμφθεί η υπόθεση στην Ε.Α., μόνο κατά το ως άνω κεφάλαιο, προκειμένου να ασκήσει τη διακριτική της εξουσία ως προς την επιμέτρηση του επιβλητέου προστίμου χωριστά για κάθε μία από τις καταλογισθείσες παραβάσεις: (α) καθορισμός τιμών μεταπώλησης, β) περιορισμός των αμοιβαίων προμηθειών μεταξύ διανομέων-δικαιοδόχων και γ) επιβολή ρήτρας μη ανταγωνισμού μετά τη λήξη των συμβάσεων μεταξύ της προσφεύγουσας και των δικαιοδόχων της). Εξάλλου, εκτιμωμένων των περιστάσεων πρέπει να διαταχθεί η επιστροφή στην προσφεύγουσα ποσού 200 ευρώ εκ του καταβληθέντος παραβόλου, και η κατάπτωση του υπολοίπου ποσού των 300 ευρώ υπέρ του Δημοσίου. Περαιτέρω, πρέπει να απορριφθούν οι παρεμβάσεις των υπ' αρ. 1, 2, 3α, 3β, 3γ και 3δ παρεμβαιουσών, κατά το αντίστοιχο κεφάλαιο να διαταχθεί η επιστροφή σ' αυτές ποσού 300 ευρώ εκ του καταβληθέντος παραβόλου και η κατάπτωση υπέρ του Δημοσίου του υπολοίπου ποσού των 200 ευρώ Τέλος, ενόψει της εν μέρει νίκης και ήττας των διαδίκων τα δικαστικά έξοδα πρέπει να συμψηφιστούν (άρθρο 275 παρ. 1, τρίτο εδάφιο του Κ.Δ.Δικ).

ΔΙΑ ΤΑΥΤΑ

Απορρίπτει την παρέμβαση υπ' αριθμ. 4 της εταιρείας «Αφοί Κεφαλούδη Ο.Ε.» και απαλλάσσει αυτήν από τα δικαστικά έξοδα.

Δέχεται εν μέρει την προσφυγή και ακυρώνει την 580/VII/2013 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού μόνο κατά το κεφάλαιό της που αφορά στην επιμέτρηση του προστίμου.

Απορρίπτει τις παρεμβάσεις των παρεμβαινουσών υπ' αριθμ: 1) της ομόρρυθμης εταιρείας με την επωνυμία «Βασιλειάδης Λυμπέρης και Σια Ο.Ε.», 2) της υπό εκκαθάριση εταιρείας με την επωνυμία «Μ. Γκόντζος και Σια Ο.Ε.», 3α) της ομόρρυθμης εταιρείας με την επωνυμία «Σ.Φιλίππου και Σια Ο.Ε.», 3β) της υπό εκκαθάριση εταιρείας με την επωνυμία «Ν.Σκούρας – Σ. Θεοδωρόπουλος Ο.Ε.» 3γ) η υπό εκκαθάριση εταιρεία με την επωνυμία «Σ.Θεοδωρόπουλος και Σια Ο.Ε.», η υπό εκκαθάριση ομόρρυθμη εταιρεία με την επωνυμία «Νικ. Ι. Χαραλαμπίδης και Σια Ο.Ε.», κατά το προαναφερόμενο κεφάλαιο.

Αναπέμπει την υπόθεση στην Επιτροπή Ανταγωνισμού μόνο κατά το ως άνω κεφάλαιο, προκειμένου να ασκήσει τη διακριτική της εξουσία ως προς την επιμέτρηση του επιβλητέου προστίμου, χωριστά για κάθε μία από τις καταλογισθείσες παραβάσεις: α) του καθορισμού τιμών μεταπώλησης, β) του περιορισμού των αμοιβαίων προμηθειών μεταξύ διανομέων-δικαιοδόχων και γ) της επιβολής ρήτρας μη ανταγωνισμού μετά τη λήξη των συμβάσεων μεταξύ της προσφεύγουσας και των δικαιοδόχων της, κατά τα έτη 1990-2012.

Διατάσσει την επιστροφή στην προσφεύγουσα ποσού 200 ευρώ εκ του καταβληθέντος παραβόλου και την κατάπτωση του υπολοίπου ποσού των 300 ευρώ, υπέρ του Δημοσίου

Διατάσσει την επιστροφή στις παρεμβαίνουσες ποσού 300 ευρώ από το καταβληθέν από αυτές παράβολο και την κατάπτωση του υπολοίπου, ποσού των 200 ευρώ, υπέρ του Δημοσίου.

Συμψηφίζει τη δικαστική δαπάνη των διαδίκων.

Αριθμός απόφασης: 527/2016

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στην Αθήνα στις 21 Ιανουαρίου 2016 και δημοσιεύτηκε στην ίδια πόλη, σε έκτακτη δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριο του Δικαστηρίου, στις 5 Φεβρουαρίου 2016.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ

ΧΑΪΔΩ ΧΑΡΜΠΙΛΑ-ΚΩΤΣΟΥ

ANNA ΑΤΣΑΛΑΚΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΑΜΑΛΙΑ ΠΑΝΑΓΙΩΤΟΠΟΥΛΟΥ

Ε.Δ.