



Αριθμός 106/2022
ΤΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΗΣ ΕΠΙΚΡΑΤΕΙΑΣ
ΤΜΗΜΑ Β΄

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του στις 17 Οκτωβρίου 2018, με την εξής σύνθεση: Ι. Γράβαρης, Αντιπρόεδρος, Προεδρεύων, σε αναπλήρωση της Προέδρου του Τμήματος, που είχε κώλυμα, Κ. Νικολάου, Ι. Σύμπλης, Σύμβουλοι, Γ. Φλίγγου, Σ.-Ε. Σταφυλά, Πάρεδροι. Γραμματέας η Ειρ. Δασκαλάκη.

Για να δικάσει την από 1 Οκτωβρίου 2010 αίτηση:

των: 1) ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία “VIVARTIA ΣΥΜΜΕΤΟΧΩΝ Α.Ε.” και 2) ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία “ΔΕΛΤΑ Ανώνυμη Βιομηχανική και Εμπορική Εταιρεία Τροφίμων”, που εδρεύουν στον Άγιο Στέφανο Αττικής (23 χλμ. Ε.Ο. Αθηνών-Λαμίας), οι οποίες παρέστησαν με τον δικηγόρο Γεώργιο Δελλή (Α.Μ. 15582); που τον διόρισαν με πληρεξούσιο,

κατά του ν.π.δ.δ. με την επωνυμία “ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ”, το οποίο παρέστη με τον δικηγόρο Γεώργιο Γεραπετρίτη (Α.Μ. 2136 Δ.Σ. Πειραιά), που τον διόρισαν με πληρεξούσιο.

Με την αίτηση αυτή οι αναιρεσεύουσες εταιρείες επιδιώκουν να αναιρεθεί η υπ’ αριθ. 559/2010 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών.

Οι πληρεξούσιοι των αναιρεσειουσών εταιρειών και της Επιτροπής Ανταγωνισμού δήλωσαν, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 21 του Κανονισμού Λειτουργίας του Δικαστηρίου, ότι δεν θα αγορεύσουν.

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

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση το δικαστήριο συνήλθε σε διάσκεψη σε αίθουσα του δικαστηρίου κ α ι

Α φ ο ύ μ ε λ έ τ η σ ε τ α σ χ ε τ ι κ á é γ γ ρ α φ α

./.

Σ κ έ φ θ η κ ε κ α τ ά τ ο ν Ν ό μ ο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινομένης αιτήσεως έχει κατατεθεί το κατά νόμον παράβολο (11110822-5/2010 ειδικά γραμμάτια παραβόλου).

2. Επειδή, με την αίτηση αυτή και το από 25.2.2011 παραδεκτώς ασκηθέν δικόγραφο προσθέτων λόγων ζητείται παραδεκτώς η αναίρεση της 559/2010 αποφάσεως του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Με την απόφαση αυτή κατά μερική μόνο αποδοχή προσφυγής της πρώτης αναιρεσεύουσας ("VIVARTIA [...] AE) κατά της 373/V/2007 αποφάσεως της Επιτροπής Ανταγωνισμού, μεταρρυθμίσθηκε η πράξη αυτή ως προς το ύψος του επιβληθέντος με αυτήν στην εν λόγω αναιρεσεύουσα πρόστιμου. Ειδικότερα, με την απόφαση αυτή της Επιτροπής είχε επιβληθεί στην ως άνω αιτούσα πρόστιμο 29.636 ευρώ για κάθετη σύμπραξη με την αλυσίδα σούπερ μάρκετ «ΑΦΟΙ ΒΕΡΟΠΟΥΛΟΙ ΑΕΒΕ», με αντικείμενο τον καθορισμό μεταπώλησης γαλακτοκομικών προϊόντων, πρόστιμο 15000 ευρώ για μη γνωστοποίηση των συμβάσεων που είχε καταρτίσει με τους διανομείς της μετά την 2.8.2005, και πρόστιμο 21.747.976 ευρώ για τον καθορισμό τιμών μεταπώλησης στους διανομείς της, κατά παράβαση των άρθρων 1 παρ. 1 το ν. 703 1977 και του άρθρου 81 παρ. 1 της ΣυνθΕΚ (ήδη 101 παρ. 1 ΣΛΕΕ). Με την ίδια απόφαση της ΕΑ υποχρεώθηκε η αναιρεσεύουσα να παύσει τις πιο πάνω παραβάσεις και να παραλείπει αυτές στο μέλλον με απειλή χρηματικής ποινής 10.000 ευρώ για κάθε μέρα μη συμμόρφωσης. Με την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση τα πρόστιμα για την πρώτη και την τρίτη παράβαση περιορίσθηκαν σε 19.759,62 ευρώ και 14.498.650 ευρώ, αντιστοίχως, και 14.518.407 ευρώ συνολικά. Εξ άλλου, όπως προκύπτει από τα προσκομισθέντα από τις αναιρεσεύουσες στοιχεία (σύμβαση κλπ.), μετά τη δημοσίευση της αναιρεσιβαλλόμενης απόφασης έγινε απόσχιση του κλάδου παραγωγής και εμπορίας γαλακτοκομικών προϊόντων και ποτών της πρώτης ως άνω αναιρεσεύουσας εταιρείας και

./.

ΗΜΟ
ΣΕΠ
ΣΥΝΤΑΚΤΗΣ

απορρόφησή του από τη δεύτερη αναιρεσείουσα ανώνυμη εταιρεία "ΔΕΛΤΑ [...] Τροφίμων", στην οποία μεταβιβάστηκε όλο το ενεργητικό και παθητικό του εν λόγω κλάδου και η οποία ανέλαβε, μεταξύ άλλων, τα της εξοφλήσεως των επίδικων προστίμων. Με τα δεδομένα αυτά, η κρινόμενη αίτηση ασκείται παραδεκτώς μόνον από τη δεύτερη αυτή αναιρεσείουσα εταιρεία (η οποία και αναφέρεται εφεξής ως "αναιρεσείουσα") (πρβλ. και ΣΤΕ 3372/2014, 2007/2013, 2447/2012).

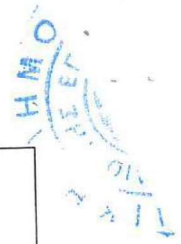
3. Επειδή, η αναιρεσείουσα με την από 1.2.2017 δήλωσή της (αριθμός πρωτοκόλλου εισερχομένων ΣΕ Π.713/1.2.2017) παραιτήθηκε από τους υπό Αα έως Αζ, Δ, και Ε λόγους αναιρέσεως καθώς και από το σύνολο των λόγων που έχουν προβληθεί με το δικόγραφο προσθέτων λόγων. Συνεπώς η κρινόμενη αίτηση πρέπει να εξετασθεί μόνο ως προς τους λοιπούς λόγους αναιρέσεως.

4. Επειδή, όπως έχει παγίως κριθεί, συμφωνίες με αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού, κατά την έννοια του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 703/1977 και του άρθρου 81 παρ. 1 ΣυνθΕΚ (ήδη 101 παρ. 1 ΣΛΕΕ) είναι και οι κάθετες συμφωνίες καθορισμού τιμών μεταπώλησης. Όπως δε έχει ομοίως παγίως κριθεί, επί παραβάσεων του ανταγωνισμού κατ' αντικείμενο είναι νομικώς αδιάφορο αν η συμφωνία εφαρμόστηκε ή αν επέφερε αποτελέσματα.

5. Επειδή, εξ άλλου, με το άρθρο 148 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας καθιερώνεται η αρχή της ελεύθερης χρήσης και εκτίμησης των αποδεικτικών μέσων, αυτοτελώς ή σε συνδυασμό μεταξύ τους, με την επιφύλαξη διαφορετικής ειδικής ρύθμισης, όπως αυτές της παρ. 1 του άρθρου 171 του ίδιου κώδικα, που αφορά την αποδεικτική αξία των δημοσίων εγγράφων, και της παρ. 3 του ίδιου άρθρου, που ορίζει ότι ιδιωτικά έγγραφα δεν αποδεικνύουν παντάπασιν υπέρ του συντάκτη τους, εκτός αν πρόκειται για βιβλία των οποίων την τήρηση επιβάλλουν οι κείμενες διατάξεις. Το γεγονός όμως ότι όλα τα αποδεικτικά μέσα έχουν, κατ' αρχήν, την ίδια τυπική αξία και εκτιμώνται ελευθέρως από τον

δικαστή της ουσίας δεν σημαίνει ούτε ότι όλα τα κατ' ιδίαν αποδεικτικά στοιχεία έχουν την ίδια ουσιαστική αποδεικτική δύναμη, ούτε ότι ο δικαστής της ουσίας είναι ελεύθερος να αξιολογήσει την βαρύτητά τους κατά το δοκούν. Η αποδεικτική τους δύναμη, δηλαδή η αξιοπιστία τους και η βαρύτητα που πρέπει συνολικά να τους αποδοθεί, κρίνεται με βάση τους κανόνες της λογικής και της, κατά περίπτωση, κοινής ή ειδικής και τεχνικής πείρας και υπό το φως των λοιπών αποδεικτικών στοιχείων και περιστάσεων και εξαρτάται από την ευλογοφάνεια της πρωτογενούς πληροφορίας που παρέχουν, τις περιστάσεις παραγωγής ή εξεύρεσής της πληροφορίας αυτής, την προέλευσή τους, και τον αποδέκτη τους (πρβλ αποφάσεις ΠΕΚ της 14.4.2011, T-461/07, Visa Europe et Visa International Service, σκ. 182, της 3.3.2011, T-110/07, Siemens, σκ. 54, 75, της 15.3.2000, T-25/95, T-26/95, T-30/95 έως T-32/95, T-34/95 έως T-39/95, T-42/95 έως T-46/95, T-48/95, T-50/95 έως T-65/95, T-68/95 έως T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 και T-104/95, Cimenteries CBR κ.λπ., σκ. 1053, 1838 κ.α.). Έτσι, επιβαρυντικές πληροφορίες που προέρχονται από εσωτερικά έγγραφα μιας επιχείρησης, τα οποία είχαν καταρτισθεί σε άμεση συνάρτηση με τα επίμαχα πραγματικά περιστατικά, ή και εν γένει σε ανύποπτο χρόνο, χωρίς πρόθεση ή σκέψη πως μπορεί να περιέλθουν σε γνώση τρίτων, έχουν ιδιαίτερα υψηλή αποδεικτική δύναμη για τα πράγματα περί των οποίων μαρτυρούν, ιδίως μάλιστα αν ευλόγως αναμένεται ότι οι συντάκτες τους είχαν ίδια αντίληψη αυτών (πρβλ προτάσεις του δικαστή Bo Vesterdorf, ασκούντος χρέη Γενικού Εισαγγελέα, της 10.7.1991, στην υπόθεση T-1/89, Rhône-Poulenc SA κατά Επιτροπής, αποφάσεις ΠΕΚ της 11.3.1999 T-157/94, Ensidesa, σκ. 312, της 16.12.2003, T-5/00 και T-6/00, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied και Technische, σκ. 181, JFE Engineering κ.λπ, σκ. 207, της 13.9.2013, T-566/08, Total Raffinage Marketing, σκ 80, 323, της 16.6.2015, T 655/11, FSL Holdings, σκ. 183, 197, 222, 229, 344 κ.α.). Αυτή δε η

./.



αυξημένη αξιοπιστία τους επιτρέπει να χρησιμεύσουν, μόνα τους ή σε συνδυασμό με άλλα στοιχεία, ως βάση και για την συναγωγή τεκμηρίων σχετικά με άλλα πρόσωπα, επιχειρήσεις, χρονικές περιόδους, ή συναφή πραγματικά περιστατικά (ibid, T-566/08, Total Raffinage Marketing, σκ 214, κ.α.). Ομοίως υψηλή αποδεικτική δύναμη έχουν δηλώσεις ή μαρτυρίες αντίθετες προς τα συμφέροντα του δηλούντος (πρβλ Αποφάσεις ΠΕΚ της 12.7.2011, T-132/07, Fuji Electric, σκ. 86-88, T-110/07, Siemens, loc.cit., T-566/08, Total Raffinage Marketing, σκ 63-75, 227, 322, κ.α.) και θεμιτώς εκτιμώνται αντίστοιχα για να στοιχειοθετηθούν πορίσματα εις βάρος και άλλων προσώπων ή επιχειρήσεων, ή τεκμήρια για άλλες περιόδους ή περιστατικά (ibid). Το απλό ενδεχόμενο η επιχείρηση να επιδιώκει ευνοϊκότερη μεταχείριση κατά την επιμέτρηση της ποινής, λόγω ειλικρινούς συνεργασίας δεν καθιστά, αυτό και μόνο, λιγότερο αξιόπιστες τις πληροφορίες που παρέχει εις βάρος άλλων (εν όσω μάλιστα υφίστανται και άλλες παράλληλες μαρτυρίες ή ενισχυτικά στοιχεία), γιατί η παροχή τέτοιων ανακριβών πληροφοριών δεν είναι, κατ' αρχήν προς το συμφέρον της, αφού διακινδυνεύει, αν αποδειχθεί αναξιόπιστη, να χάσει το ευεργέτημα της επεικέστερης μεταχείρισης (πρβλ Αποφάσεις ΠΕΚ της 25.10.2011, T-348/08, Aragonesas Industrias y Energía σκλ 104-106, της 12.7.2011, T-113/07, Toshiba, σκ. 94, 111, και T-133/07, Mitsubishi Electric, σκ 88, 107, T-566/08, της 16.9.2003, T-482/07, Nynäs Petroleum et Nynas Petróleo, σκ. 181-198 κ.α.). Τότε μπορεί να έχουν οι πληροφορίες αυτές, μειωμένη αποδεικτική αξία, όταν η επιχείρηση από την οποία προέρχονται δεν περιορίζεται να εκθέσει στοιχεία σχετικά με την μορφή και την έκταση της συμμετοχής άλλων επιχειρήσεων στην παράβαση, αλλά αποσκοπεί να αποσειεί την δική της ευθύνη, επιρρίπτοντας την συνολική ή κύρια ευθύνη σε άλλες επιχειρήσεις, οι οποίες με την σειρά τους αμφισβητούν την ακρίβεια των πληροφοριών αυτών, προβάλλοντας τα αντίθετα. Η αξιοπιστία τέτοιων αμοιβαία αντικρουομένων δηλώσεων εξαρτάται αφ' ενός από την έκταση

στην οποία ενισχύονται ή επικουρούνται από άλλα στοιχεία, και αφ' ετέρου από την έκταση στην οποία λειτουργούν κυρίως εις βάρος του δηλούντος και μόνο παρακολουθηματικά εις βάρος των τρίτων. Αντιθέτως, απαλλακτικές δηλώσεις ή μαρτυρίες προερχόμενες από πρόσωπα τα οποία δεν μπορεί να θεωρηθούν ανεξάρτητα από τις ενεχόμενες στην παράβαση επιχειρήσεις, όπως είναι οι υπάλληλοι και τα στελέχη τους, συνιστούν κατ' ουσίαν απλώς διευκρίνιση ή συμπλήρωση των υπερασπιστικών ισχυρισμών της εταιρείας αυτής και δεν έχουν ιδιαίτερη ή αυτοτελή αποδεικτική αξία, ούτε χρήζουν ειδικής αντιμετώπισης ή αξιολόγησης, εν όσω δεν επιβεβαιώνονται πλήρως από ανεξάρτητα αξιόπιστα στοιχεία· τούτο αφ' ενός μεν διότι, εκτός αν πρόκειται για πληροφοριοδότες, οι ενέργειες, οι απόψεις και οι γνώσεις των ως άνω προσώπων καταλογίζονται στην εταιρεία, και δεν συνιστούν στοιχεία αυτοτελή και ανεξάρτητα από τις δηλώσεις της εταιρείας, αφ' ετέρου δε διότι οι μαρτυρίες προέρχονται από πρόσωπα που θα μπορούσαν να έχουν έχουν άμεσο συμφέρον στην υπόθεση (πρβλ αποφάσεις ΠΕΚ της 16.6.2011, T-191/06, FMC Foret κατά Επιτροπής, παρ. 132-133, της 12.7.2011, T-112/07, Hitachi κ.α. κατά Επιτροπής, παρ. 48, 129, της 28.6.2016, T-208/13, Portugal Telecom κατά Επιτροπής, παρ. 149-150, κ.α.). Εξ άλλου, αν η επιχείρηση επικαλείται την συνδρομή περιστάσεων που θα μπορούσαν να επηρεάσουν το νόημα ή να κλονίσουν την αξιοπιστία κάποιων από τα στοιχεία στα οποία στηρίχθηκε η ΕΑ, αυτή οφείλει και να αποδείξει πλήρως τους ισχυρισμούς της αυτούς (αποφάσεις ΔΕΕ της 22.11.2012, C-89/11 P, E.ON Energie, σκ. 76, της 26.9.2018 C-99/17 P, Infineon Technologies, σκ. 66-67).

6. Επειδή, εν προκειμένω, κατά τα εκτιθέμενα στην προσβαλλόμενη απόφαση, κατά τον έλεγχο που πραγματοποιήθηκε στην επιχείρηση σούπερ μάρκετ «Αφοι ΒΕΡΟΠΟΥΛΟΙ ΑΕΒΕ», στο πλαίσιο αυτεπάγγελτης έρευνας που διενεργήθηκε το 2006 από την Γενική Διεύθυνση Ανταγωνισμού (ΓΔΑ), για την διερεύνηση παραβάσεων των

άρθρων 1 ν. 703/1977 και 81 παρ 1 ΣυνθΕΚ από επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στην παραγωγή και εμπορία γαλακτοκομικών προϊόντων, ευρέθησαν πέντε φωτοαντίγραφα ηλεκτρονικών επιστολών της αναιρεσείουσας [τότε VIVARTIA [...] Α.Ε., η οποία είχε προέλθει από την απορρόφηση από την εταιρεία «ΔΕΛΤΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΩΝ Α.Ε.» εταιρειών, μεταξύ των οποίων η «ΔΕΛΤΑ Πρότυπος Βιομηχανία Γάλακτος Α.Ε.» προς την ελεγχόμενη επιχείρηση, με έτη εκδόσεως 2005 έως 2006, θέμα «Ραντεβού τιμών ΔΕΛΤΑ», αποστολέα υπάλληλο του τμήματος τιμών της ΔΕΛΤΑ, και επισυναπτόμενο αρχείο τιμών με κωδικούς προϊόντων, στήλη τιμών, και περιγραφή «όλη η Αγορά (κόστος συν ΦΠΑ». Διευθυντικό στέλεχος της ΔΕΛΤΑ υποστήριξε στην κατάθεση του ότι τα «ραντεβού τιμών» είχαν την έννοια επαφών για την αναθέρμανση των σχέσεων μεταξύ των δύο επιχειρήσεων, που είχαν περιορισθεί μετά το 2004. Αντιθέτως, ο συνυπολόγησε ότι τα «ραντεβού τιμών» ήταν κοινοποίηση τιμών λιανικής, που, κατά την ΔΕΛΤΑ, έπρεπε να διαμορφώνονται στην αγορά, αρνήθηκε όμως ότι αποδεχόταν και εφαρμόζε αυτές τις τιμές. Εν τούτοις από την έρευνα της ΓΔΑ προέκυψε ότι οι τιμές που καθορίστηκαν στις δύο πρώτες ηλεκτρονικές επιστολές εφαρμόστηκαν. Η ΕΑ έκρινε ότι με τα δεδομένα αυτά στοιχειοθετείται απαγορευμένη συμφωνία με αντικείμενο τον καθορισμό τιμών μεταπώλησης. Το διοικητικό εφετείο έκρινε, απορρίπτοντας αντίθετους ισχυρισμούς της αναιρεσείουσας, ότι τα στοιχεία αυτά συνιστούν πράγματι επαρκή απόδειξη της παράβασης και ότι η κατάθεση του μάρτυρα της αναιρεσείουσας δεν κρίνεται πειστική, αφού δεν συνεπικουρείται από άλλα στοιχεία. Με την κρίση του αυτή το διοικητικό εφετείο δεν παραβίασε τους κανόνες της απόδειξης, ούτε παρέλειψε να συνεκτιμήσει απαλλακτικές μαρτυρικές καταθέσεις που επικαλέσθηκε η αναιρεσείουσα, στις οποίες όπως συνάγεται από την αναιρεσιβαλλομένη και, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά σε προηγούμενη σκέψη, ομοίως νόμιμα δεν απέδωσε καμία αποδεικτική βαρύτητα.

Συνεπώς, όλα τα περί του αντιθέτου προβαλλόμενα με την κρινόμενη αίτηση είναι απορριπτέα ως αβάσιμα στον βαθμό δε που αμφισβητούν ευθέως την ορθότητα της ουσιαστικής κρίσεως του διοικητικού εφετείου περί την εκτίμηση των αποδείξεων, και, ειδικότερα, την εκτίμηση του περιεχομένου αποδεικτικών μέσων, ως απαράδεκτη. (βλ. σχετ. ΣΕ 2064, 388-89/2015, 3141-2/2014, 3338-9/2013, για έγγραφα, ΣΕ 2496/2008, 4140/1998, 469/1990 για μαρτυρικές καταθέσεις). Αλυσιτελώς, εξ άλλου, προβάλλει η αναιρεσείουσα ότι δεν αξιολογήθηκε ο ισχυρισμός που είχε προβάλει με την προσφυγή της, σύμφωνα με τον οποίο από την ίδια την έρευνα της ΓΔΑ προέκυπτε μη εφαρμογή «οποιασδήποτε συμφωνίας καθορισμού τιμών [μετα]πώλησης», γιατί, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά σε προηγούμενη σκέψη, για την στοιχειοθέτηση της παράβασης δεν ήταν αναγκαίο να αποδειχθεί ότι η συμφωνία εφαρμόσθηκε.

7. Επειδή, όπως έχει κριθεί (ΣΕ 2341-2/2018, 7μ) κάθετες συμφωνίες μεταξύ μιας επιχείρησης και των εμπορικών αντιπροσώπων της δεν εμπίπτουν στις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 703/1977 (και τις αντίστοιχες ενωσιακές διατάξεις) μόνον όταν τους επιχειρηματικούς κινδύνους της αγοράς όπου διατίθενται τα αγαθά (ή οι υπηρεσίες) του αντιπροσωπευομένου τους φέρει αυτός και όχι ο αντιπρόσωπος, τούτο δε συμβαίνει, κατ' αρχήν, μόνον όταν ο ρόλος του τελευταίου περιορίζεται στην επί προμηθεία προώθηση των πωλήσεων των προϊόντων του αντιπροσωπευομένου· γιατί, στην περίπτωση αυτή, ο εμπορικός του κίνδυνος περιορίζεται στον κίνδυνο απώλειας της προμήθειας, αν δεν πραγματοποιηθεί πώληση, χωρίς να διακινδυνεύει ίδιο κεφάλαιο. Αντιθέτως, ο αντιπρόσωπος λειτουργεί πράγματι ως ανεξάρτητος επιτηδευματίας, ειδικώς από την σκοπιά του δικαίου του ανταγωνισμού, ανεξάρτητα από την μορφή της έννομης σχέσης που τον συνδέει με τον αντιπροσωπευόμενο, πάντοτε όταν φέρει ο ίδιος τους χρηματοοικονομικούς και επιχειρηματικούς κινδύνους που συνδέονται άμεσα με τις συμβάσεις που συνάπτει (όπως οι συναφείς με την

χρηματοδότηση αποθεμάτων και την κυριότητα επ' αυτών), με τις (κατά κανόνα μη ανακτήσιμες) ειδικές επενδύσεις που απαιτούνται για την συγκεκριμένη μορφή δραστηριότητας, καθώς και τους συναφείς με αυτές κινδύνους από την απαξίωση, φθορά, ή καταστροφή των πιο πάνω στοιχείων του ενεργητικού της επιχείρησης.

8. Επειδή, εν προκειμένω, κατά τα εκτιθέμενα στην αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, η ΕΑ έκρινε (και το διοικητικό εφετείο επεκύρωσε την κρίση αυτή) ότι οι συμφωνίες της αναιρεσείουσας με τους διανομείς της περιείχαν ρήτρες που περιορίζουν τον ανταγωνισμό κατ' αντικείμενο. Στην προσβαλλόμενη απόφαση παρατίθενται επίσης και οι ακόλουθοι όροι της σύμβασης διανομής: «III(5)A [...] (iii) [...] όσα από τα επιστρεφόμενα είναι ακατάλληλα προς πώληση, θα χρεώνονται σε βάρος του ΣΥΝΕΡΓΑΤΗ, ο οποίος οφείλει να καταβάλλει αμέσως την αξία τους στην ΔΕΛΤΑ. III(6)A: [...] ο ΣΥΝΕΡΓΑΤΗΣ [...] φέρει ο ίδιος όλα τα έξοδα της επιχείρησής του, όπως ενδεικτικά έξοδα απόκτησης, κίνησης, συντήρησης και ασφάλισης του αυτοκινήτου του [...] όλα τα έξοδα αποστολής των κάθε λογής εμβασμάτων του προς τη ΔΕΛΤΑ». Η αναιρεσείουσα με την προσφυγή της προέβαλε ότι η σχέση που την συνδέει με τους διανομείς της, κατ' ορθό νομικό χαρακτηρισμό, λειτούργησε εν τοις πράγμασι ως σύμβαση εμπορικής αντιπροσωπείας, υπό την έννοια του πδ 219/1991, άλλως ως σύμβαση παραγγελίας, οι οποίες, κατ' ορθή ερμηνεία του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 703/1977 και των αντίστοιχων ενωσιακών διατάξεων, εκφεύγουν του πεδίου εφαρμογής των διατάξεων αυτών. Προέβαλε επίσης ότι οι διανομείς της δεν αναλαμβάνουν υπολογίσιμο επιχειρηματικό κίνδυνο, παρ' ό,τι αποκτούν την κυριότητα των αγαθών που διαθέτουν περαιτέρω, επειδή η ίδια αναλαμβάνει το σύνολο του κόστους διαφήμισης και προώθησης πωλήσεων, επωμίζεται «το σύνολο του κόστους των επιστροφών» των προϊόντων που δεν θα διατεθούν μέχρι την ημερομηνία λήξεως, και «διευκολύνει» οικονομικά τους συνεργάτες της για την απόκτηση και

χρήση μεταφορικών μέσων και χώρων αποθήκευσης, «συμβάλλει» στην ποιοτική χρήση και λειτουργία του εξοπλισμού αυτού, και, αν χρειασθεί τους «επικουρεί» για την κάλυψη των δαπανών επισκευής των μεταφορικών τους μέσων, ή ακόμη και των τυχόν φορολογικών ή ασφαλιστικών τους υποχρεώσεων. Επικαλέσθηκε δε, συναφώς, και κοινό υπόμνημα διανομένων της. Οι ισχυρισμοί αυτοί απορρίφθηκαν από το διοικητικό εφετείο, με την αιτιολογία ότι, όπως προκύπτει από το περιεχόμενο των οικείων συμβάσεων, οι διανομείς δεν είναι αντιπρόσωποι, κατά την έννοια του άρθρου 2 του πδ 219/1991, δεν έχουν τα δικαιώματα που ορίζει το άρθρο 9 αυτού του πδ, σε περίπτωση λύσεως της σύμβασής, αποκτούν την κυριότητα των προϊόντων που διανέμουν, τα οποία μεταπωλούν στο δικό τους όνομα και για δικό τους λογαριασμό, και αναλαμβάνουν τον κίνδυνο καταστροφή ή χειροτέρευσης. Η τελευταία αυτή διαπίστωση, ότι δηλαδή οι διανομείς αποκτούν την κυριότητα και φέρουν τον εμπορικό κίνδυνο καταστροφής ή χειροτέρευσης των προϊόντων που διαθέτουν, αρκεί, αυτή και μόνη, κατά τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, για να στηρίξει την κρίση του διοικητικού εφετείου, ότι αυτοί δραστηριοποιούνται στην οικεία αγορά ως ανεξάρτητες και αυτοτελείς οντότητες και όχι ως κατ' ουσίαν ενιαία οικονομική μονάδα με την επιχείρηση που αντιπροσωπεύουν (την αναιρεσείουσα) και, επομένως, η μεταξύ τους σύμβαση εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των κανόνων του ανταγωνισμού, όλα δε τα περί του αντιθέτου προβαλλόμενα με την κρινόμενη αίτηση πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμα· άλλως τε, η αναιρεσείουσα, κατά την προβολή των σχετικών κατ' αναίρεση ισχυρισμών της, δεν προβάλλει καν ότι είχε ισχυρισθεί και τεκμηριώσει ενώπιον της ΕΑ ότι οι διανομείς δεν φέρουν οι ίδιοι τον κίνδυνο και το λειτουργικό κόστος ειδικών επενδύσεων σε πάγια (όπως τα φορτηγά ψυγεία), παρά μόνο ότι τους «διευκολύνει» και τους «επικουρεί». Ο δε ισχυρισμός της, ότι για να κριθεί αν οι διανομείς φέρουν οι ίδιοι τον εμπορικό κίνδυνο της δραστηριότητάς τους θα έπρεπε να

./.


ληφθεί υπ' όψη και το κόστος διαφήμισης και προώθησης πωλήσεων των προϊόντων της αναιρεσείουσας, είναι νόμω αβάσιμος, καθ' ο μέρος η τελευταία δεν ισχυρίζεται ότι είχε προβάλει και τεκμηριώσει, ήδη ενώπιον της ΕΑ, ότι οι δαπάνες αυτές αφορούσαν την προώθηση των εργασιών ενός εκάστου διανομέα ειδικά και ατομικά και όχι κυρίως και προεχόντως την προώθηση των δικών της εργασιών γενικώς.

9. Επειδή, όπως έχει παγίως κριθεί, εκτός από τον καθορισμό τιμών μεταπώλησης (σχετ. αν. σκ. 4), περιορισμό του ανταγωνισμού κατ' αντικείμενο συνιστούν, μεταξύ άλλων, και κάθετες συμφωνίες που απαγορεύουν στους διανομείς τις παθητικές πωλήσεις εκτός περιοχής (σχετ. ΣΕ 550/2015, 7μ.) .

10. Επειδή, εν προκειμένω, κατά τα εκτιθέμενα στην προσβαλλόμενη απόφαση, απαντώντας σε ερωτηματολόγιο της ΓΔΑ, η αναιρεσείουσα εξέθεσε ότι «Η διανομή από τη ΔΕΛΤΑ προς τα σημεία πώλησης πραγματοποιείται κατά περίπου 96% μέσω δικτύου ανεξάρτητων Συνεργατών/Διανομέων σε Αθήνα, Θεσσαλονίκη και Επαρχία. Δεν υπάρχουν διαφοροποιήσεις οι οποίες να υπαγορεύονται από την κατηγορία του πελάτη (τα δίκτυα διανομής καλύπτουν όλες τις κατηγορίες πελατών». Στην σύμβαση μεταξύ της αναιρεσείουσας και των διανομέων της περιλαμβανόταν όρος III(5)Θ, σύμφωνα με τον οποίο, μεταξύ άλλων, «η μη αποδοχή και τήρηση των εγκυκλίων περί τιμών ή πλαισίων τιμών που αποστέλλει η ΔΕΛΤΑ στους διανομείς της θεωρείται λόγος καταγγελίας της σύμβασης και καταβολής σχετικής αποζημίωσης», καθώς και όρος III(2)δ, σύμφωνα με τον οποίο «Ο ΣΥΝΕΡΓΑΤΗΣ υποχρεούται να περιορίζεται αποκλειστικά στην περιοχή του και στους εντός αυτής πελάτες του που θα ορίζει κάθε φορά (ελεύθερα και οποτεδήποτε εκείνη το κρίνει αναγκαίο) [...]». Το διοικητικό εφετείο έκρινε ότι ορθά η ΕΑ είχε ερμηνεύσει τις συμβατικές αυτές ρήτρες ως συμφωνία με αντικείμενο τον καθορισμό τιμών μεταπώλησης και την απαγόρευση κάθε συναλλαγής (και των παθητικών πωλήσεων) εκτός

περιοχής, αφού οι όροι αυτοί είχαν τεθεί επί ποινή καταγγελίας της συμβάσεως με υπαιτιότητα του διανομέα, και ότι εμμέσως τούτο προκύπτει και από μαρτυρικές καταθέσεις στελεχών της εταιρείας, που συνομολόγησαν ότι υπάρχει προσπάθεια να τηρούνται, κατ' απόρριψη ισχυρισμών σύμφωνα με τους οποίους η πρώτη ρήτρα αφορούσε ανώτατες τιμές μεταπώλησης, σύμφωνα και με τις μαρτυρικές καταθέσεις στελεχών της, και η δεύτερη ρήτρα δεν απαγόρευε τις παθητικές πωλήσεις. Η κρίση αυτή του διοικητικού εφετείου δεν πάσχει εσφαλμένο νομικό χαρακτηρισμό των επίδικων συμβατικών ρητρών, έτσι όπως το περιεχόμενό τους εκτίθεται στην προσβαλλόμενη απόφαση, γιατί η πρώτη επίδικη ρήτρα αναφέρεται σε «τιμές», δηλαδή καθορισμένη τιμή και «πλαίσιο τιμών», όχι μόνο σε ανώτατη, αλλά και σε κατώτατη τιμή, και η δεύτερη επίδικη ρήτρα προβλέπει ρητά ότι η αναιρεσείουσα επιλέγει ελεύθερα και δεσμευτικά όχι απλώς την περιοχή, αλλά και τους πελάτες, με τους οποίους «αποκλειστικά» και μόνον θα συναλλάσσεται ο κάθε διανομέας, η δε περαιτέρω διευκρίνιση στον ίδιο συμβατικό όρο, ότι ο διανομέας στερείται «(χωρίς προηγούμενη έγγραφη εντολή της ΔΕΛΤΑ) του δικαιώματος εισόδου σε άλλη περιοχή ή εξυπηρέτησης πελατών εξυπηρετούμενων μέσω άλλου δικτύου [...] ή έστω και επίσκεψης σε αυτούς», δεν εισάγει εξαιρέσεις ή περιορισμούς στην προεκτεθείσα γενική απαγόρευση, αλλά, αντιθέτως, την επιτείνει· γιατί η «εξυπηρέτηση» είναι όρος που καλύπτει τόσο ενεργητικές όσο και παθητικές πωλήσεις και, συνακόλουθα, και η «επίσκεψη» δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι αφορά μόνο ενέργειες του διανομέα για διεύρυνση της πελατείας του, αλλά καλύπτει κάθε είδους επαφή, και αυτές που πραγματοποιούνται για την υλική παράδοση προϊόντων. Πρέπει, συνεπώς, όλα τα περί του αντιθέτου προβαλλόμενα με την κρινόμενη αίτηση να απορριφθούν, ως αβάσιμα.

11. Επειδή, όπως έχει κριθεί, οι κυρώσεις που επιβάλλει η ΕΑ αποτελούν μέσο πολιτικής ανταγωνισμού και έχουν σκοπό αφ' ενός αποτρεπτικό, αφ' ετέρου αποκαταστατικό· οι σκοποί δε αυτοί, οι οποίοι

./.

συνιστούν πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο για να διασφαλίσουν την επ' ίσοις όροις άσκηση από όλους του δικαιώματος συμμετοχής στην οικονομική ζωή της χώρας (και ως εκ τούτου δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι θα προσέβαλλαν, ούτε και κατ' αποτέλεσμα, το δικαίωμα της περιουσίας, εν όσω μάλιστα έχει τεθεί εύλογη οροφή στον ίδιο τον νόμο) επιβάλλουν να καθορίζονται οι κυρώσεις σε ύψος τέτοιο που να διασφαλίζει αφ' ενός μεν ότι είναι αυτές καθ' εαυτές εξαιρετικά επώδυνες για την επιχείρηση και η παραβατικότητα καθίσταται προδήλως μη ορθολογική επιχειρηματική επιλογή, αφ' ετέρου δε ότι έχει καταστραφεί ολοσχερώς ο πλούτος και κάθε εν γένει ευθεία ή έμμεση, άμεση ή μακροπρόθεσμη, οικονομική ή μη ωφέλεια, συγκριτικό πλεονέκτημα ή ισχύς στην αγορά που επετεύχθησαν παραβατικά (ΣΕ 1695/2017, με παραπομπές στην ενωσιακή νομολογία). Για τον λόγο αυτό, κατ' αρχήν, ούτε η ΕΑ, ούτε, πολλώ μάλλον, ο δικαστής, έχει, κατά νόμον, ευχέρεια να μην επιβάλει (οικονομικές) κυρώσεις (ibid). Μόνο η ΕΑ διαθέτει σε εξαιρετικές περιστάσεις ευχέρεια να μετριάσει την ενδεδειγμένη κύρωση, κατ' αρχήν δε μόνο για λόγους δημοσίου συμφέροντος, αν αποδεικνύεται κίνδυνος ολοσχερούς καταστροφής μιας επιχείρησης ως παραγωγικής μονάδας (και απώλειας του συνόλου των αντιστοίχων θέσεων εργασίας), η δε σχετική κρίση της, για να μην είναι νομικά πλημμελής, πρέπει να είναι πλήρως και ειδικά αιτιολογημένη (ibid). Εξ άλλου, η αξιολόγηση αφ' ενός συνολικά της, εν όψει και των περιστάσεων, σοβαρότητας μιας παράβασης, αυτής καθ' εαυτήν, και αφ' ετέρου εξατομικευμένα της συμπεριφοράς κάθε μιας από τις επιχειρήσεις που συμμετείχαν στην παράβαση αυτή, προϋποθέτει συνεκτίμηση μιας πληθώρας από παραμέτρους και κριτήρια, και μια σειρά από σύνθετες και περίπλοκες σταθμίσεις, μεταξύ γενικής πολιτικής και εξατομικευμένης κρίσης, που δεν είναι δυνατόν να απარიθμηθούν, πολλώ μάλλον να προεξαγγελθούν, δεσμευτικά και εξαντλητικά, ούτε να εφαρμοσθούν αυτόματα ή μηχανιστικά (πρβλ απόφαση ΔΕΕ της 8.12.2011, C-386.10 P, Χαλκόρ ΑΕ Επεξεργασίας Μετάλλων, σκ. 54-58,

της 26.9.2018, C-99/17 P, Infineon Technologies, σκ. 196-199, 212 κ.α.)· ειδικώς μάλιστα η συνεκτίμηση των επιβαρυντικών και ελαφρυντικών περιστάσεων, που μπορεί να ανάγεται είτε σε εκτιμήσεις γενικής πολιτικής ανταγωνισμού, είτε σε αξιολόγηση των περιστάσεων και μπορεί να αφορά είτε την σοβαρότητα της παράβασης αυτής καθ' εαυτήν είτε την συμπεριφορά της επιχείρησης, είναι δυνατόν να χωρεί είτε στο στάδιο της αξιολόγησης της πρώτης από τις δύο παραμέτρους της επιμέτρησης, είτε στο στάδιο της αξιολόγησης της δεύτερης από αυτές (Infineon Technologies, ibid, κ.α.). Τούτων έπεται ότι η ΕΑ, η οποία είναι άλλως τε αυτή μόνη αρμόδια για την άσκηση πολιτικής ανταγωνισμού (και όχι ο δικαστής), πρέπει να διαθέτει τα αντίστοιχα αναγκαία ευρέα περιθώρια ουσιαστικής εκτίμησης, καθώς και πλήρη ελευθερία να αναπροσαρμόζει ανά πάσα στιγμή επί το αυστηρότερο το επίπεδο των κυρώσεων, σύμφωνα με τις ανάγκες της πολιτικής αυτής, χωρίς να δεσμεύεται από την παρελθούσα πρακτική της, η οποία άλλως τε εξ ορισμού αφορά διαφορετικές περιστάσεις (πρβλ. αποφάσεις ΠΕΚ της 16.6.2011, Arrêt du 16 juin 2011, T-235/07 Bavaria, σκ. 288-290, T-240/07 Heineken Nederland και Heineken, σκ. 345-347, απόφαση ΔΕΚ της 28.6.2005, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P έως C-208/02 P και C-213/02 P, Dansk Rørindustri A/S κ.α., σκ. 169-175), βαρύνεται όμως να καθιστά εναργή τον τρόπο με τον οποίο έχει ασκήσει την εξουσία της αυτή. Προς τούτο δε, απαιτείται, αλλά και αρκεί, τα πραγματικά περιστατικά και οι περιστάσεις που συνεκτιμήθηκαν και η μέθοδος που εφαρμόσθηκε να συνάγονται, έστω και εμμέσως, από το σύνολο της απόφασης, σε συνδυασμό με τις κατευθυντήριες οδηγίες που εκδίδει, και με τις οποίες καθίστανται εκ των προτέρων διαφανή, ως προς το γενικό τους περίγραμμα, η γενική πολιτική της και η μέθοδος εξειδίκευσης αυτής (πρβλ. Χαλκορ, σκ. 59 Infineon Technologies, ibid κ.α.). Τότε, η περί την επιμέτρηση κρίση της ΕΑ υπόκειται στον πλήρη έλεγχο του δικαστή της ουσίας, κατά τους όρους του άρθρου 79 του Κώδικα Διοικητικής

./.

Δικονομίας (ΚΔΔ- ν. 2717/1999). Κατά τις διατάξεις αυτές, ο δικαστής της ουσίας εξετάζει τις πλημμέλειες της επιμέτρησης που αφορούν την πραγματική της βάση και, αν διαπιστώσει σφάλμα, μεταρρυθμίζει την κύρωση κατ' ενάσκηση της πλήρους δικαιοδοσίας του, μόνο μέσα στα όρια των λόγων της προσφυγής. Η παράβαση της αρχής του ίσου μέτρου κρίσεως ελέγχεται και αυτή μόνο μέσα στα όρια των λόγων της προσφυγής, γιατί προϋποθέτει σύγκριση με την μεταχείριση των άλλων επιχειρήσεων που συμμετείχαν στην παράβαση, η συμπεριφορά όμως αυτών των επιχειρήσεων, καθώς και οι λοιπές περιστάσεις που τις αφορούν και οι κυρώσεις που τους επιβλήθηκαν είναι και αυτά ζητήματα που άπτονται πραγματικού· περαιτέρω όμως ο δικαστικός έλεγχος είναι κατ' αρχήν περιορισμένος, εξαρτάται δε και από την φύση, το περιεχόμενο την έκταση και το εύρος των αιτιάσεων που προβλήθηκαν, γιατί ο βαθμός της ομοιότητας των περιστάσεων δεν μπορεί να κριθεί κατά τρόπο μηχανιστικό και, κατά τούτο, η ΕΑ εξακολουθεί να διαθέτει περιθώριο εκτιμήσεως. Επίσης, στοιχεία επιμέτρησης όπως η ελαφρυντική περίπτωση της ειλικρινούς συνεργασίας ελέγχονται μόνο για πρόδηλο σφάλμα εκτιμήσεως, γιατί μόνο η ίδια η ΕΑ είναι πράγματι σε θέση να τα αξιολογήσει προσηκόντως. Κατά τα λοιπά, νομικές πλημμέλειες της επιμέτρησης, όπως η παραβίαση των αρχών της αναλογικότητας (η τήρηση της οποίας, πάντως κατ' αρχήν, διασφαλίζεται επαρκώς με την πρόβλεψη οροφής στον ίδιο τον νόμο (πρβλ ΣΕ 1036/2016), σε συνδυασμό με τις κατευθυντήριες οδηγίες που διασφαλίζουν εξατομίκευση με κριτήρια πρόσφορα και ομοιόμορφα) και της αποτρεπτικότητας ελέγχονται μεν αυτεπαγγέλτως, με συνέπεια την μεταρρύθμιση της πράξης, έστω και εις βάρος του προσφεύγοντος, εφ' όσον όμως διαπιστωθεί πρόδηλο σφάλμα εκτιμήσεως· γιατί, το δικαστήριο της ουσίας δεν επανεξετάζει εξ υπαρχής και πρωτοτύπως την υπόθεση, αφού αυτό θα συνιστούσε λειτουργική υποκατάσταση της διοικήσεως (ΣΕ 1695/2017).

12. Επειδή, εν προκειμένω, κατά τα εκτιθέμενα στην προσβαλλόμενη απόφαση, η ΕΑ για την επιμέτρηση των προστίμων έλαβε υπ' όψη τα μερίδια αγορά της αναιρεσείουσας σε όλες τις σχετικές αγορές γαλακτοκομικών προϊόντων (περίπου %), τον συνολικό ετήσιο κύκλο εργασιών της στις αγορές αυτές, τον εν όψει τούτων κίνδυνο επηρεασμού του εμπορίου μεταξύ κρατών μελών, την σοβαρότητα των παραβάσεων που αφορούν τιμές, το γεγονός ότι οι επίδικες συμφωνίες καλύπτουν το σύνολο ή σχεδόν το σύνολο της ελληνικής επικράτειας, και την διάρκεια των παραβάσεων (2 μηνών η συμφωνία με την αλυσίδα σούπερ μάρκετ «Αφοι ΒΕΡΟΠΟΥΛΟΙ ΑΕΒΕ» και από το 2001 έως το 2006 οι συμφωνίες με τους διανομείς). Η αναιρεσείουσα με την προσφυγή της προσήψε διάφορες πλημμέλειες, νομικές και πραγματικές, στην επιμέτρηση από την ΕΑ του προστίμου που αφορούσε την κάθετη συμφωνία της αναιρεσείουσας με τους διανομείς της. Οι αιτιάσεις αυτές απορρίφθηκαν όλες από το διοικητικό εφετείο, ρητά ή σιωπηρά, ως νόμω αβάσιμες. Ακολούθως, το διοικητικό εφετείο, παρά την απόρριψη του συνόλου των αιτιάσεων που είχαν προβληθεί, αποφάνθηκε το ίδιο αυτεπαγγέλτως και πρωτοτύπως για την σοβαρότητα και των δύο παραβάσεων που είχαν αποδοθεί στην αναιρεσείουσα (δηλαδή και για την κύρωση που επιβλήθηκε για την κάθετη συμφωνία με την αλυσίδα σούπερ μάρκετ «Αφοι ΒΕΡΟΠΟΥΛΟΙ», για την οποία δεν είχαν προβληθεί αιτιάσεις) και το προσήκον ύψος κάθε μιας κύρωσης «ενόψει της ανάγκης να διασφαλιστεί ότι το ύψος του προστίμου θα έχει επαρκώς αποτρεπτικό αποτέλεσμα, αλλά και της πιθανότητας να θέσει σε κίνδυνο ανεπανόρθωτα την οικονομική βιωσιμότητα [της αναιρεσείουσας]» (ζήτημα για το οποίο, εν τούτοις, δεν προκύπτει ότι είχαν προβληθεί προσηκόντως ειδικοί και συγκεκριμένοι πραγματικοί ισχυρισμοί και είχαν αξιολογηθεί από την ΕΑ) και, κατά μεταρρύθμιση της ένδικης πράξης, περιορίσθηκε το επιβληθέν πρόστιμο. Εν τούτοις, με έννομο συμφέρον και, κατ' αρχήν, λυσιτελώς πλήσσει το κεφάλαιο της επιμέτρησης, καθ'

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΟΙΚΟΝΟΜΙΑΣ
ΚΑΙ ΑΝΤΑΓΩΓΙΚΗΣ ΠΟΛΙΤΙΚΗΣ

ο μέρος η αναιρεσεύουσα προβάλλει ότι μη νομίμως η κύρωση δεν προσδιορίσθηκε σε έτι χαμηλότερο ύψος ή δεν ακυρώθηκε οριστικά.

13. Επειδή, εν προκειμένω, η αναιρεσεύουσα με την προσφυγή της είχε προβάλει ότι η ένδικη πράξη δεν περιέχει την απαιτούμενη εμπειριστατωμένη αιτιολογία για την επιμέτρηση του προστίμου, ότι δεν αρκεί η μνεία ότι το πρόστιμο ανέρχεται στο [] των ακαθαρίστων εσόδων της στις σχετικές αγορές προϊόντων για κάθε έτος παράβασης, και ότι για τον λόγο αυτό ο δικαστής της ουσίας οφείλει να το ακυρώσει οριστικά, άλλως να το υπολογίσει εξ υπαρχής κατά δίκαιη κρίση. Το διοικητικό εφετείο απέρριψε τον λόγο αυτό με την σκέψη ότι κατά πάγια νομολογία των ευρωπαϊκών δικαστηρίων (με παραπομπή στην απόφαση ΠΕΚ στην υπόθεση Microsoft, T-201/04, σκ. 1361) η ΕΑ δεν υποχρεούται να παραθέσει αναλυτικά αριθμητικά στοιχεία και, άλλως τε, βάση επιβολής του προστίμου είχαν αποτελέσει τα στοιχεία που η ίδια η αναιρεσεύουσα είχε κοινοποιήσει στην ΕΑ. Η κρίση αυτή, είναι νόμιμη, σύμφωνα και με όσα έχουν γίνει δεκτά σε προηγούμενη σκέψη και τα περί του αντιθέτου προβαλλόμενα πρέπει να απορριφθούν, εφ' όσον η αναιρεσεύουσα δεν ισχυρίζεται ότι είχε προβάλει ότι δεν ήταν δυνατόν από το σύνολο της ένδικης πράξης σε συνδυασμό με τις κατευθυντήριες οδηγίες να διαγνωσθούν η πραγματική βάση και τα κριτήρια επιμέτρησης. Άλλως τε, και αν πράγματι δεν μπορούσαν να διαγνωσθούν η πραγματική βάση, τα κριτήρια και η μέθοδος επιμέτρησης, αυτό ούτε θα οδηγούσε σε οριστική ακύρωση του προστίμου, ούτε θα δικαιολογούσε λειτουργική υποκατάσταση της ΕΑ από τον δικαστή της ουσίας· μόνη συνέπεια θα είχε την αναπομπή του ζητήματος στην ΕΑ, σύμφωνα με την περ. γ' της παρ. 2 του άρθρου 79 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας (ΚΔΔ, ν. 2717/1999). Τέλος, ο λόγος της προσφυγής, σύμφωνα με τον οποίο η επίδικη κύρωση ήταν ακυρωτέα καθ' ο μέρος η ΕΑ είχε παραλείψει να αιτιολογήσει ειδικώς γιατί ηπιότερα μέτρα (όπως το να διατάξει απλώς παύση της παράβασης) δεν θα ήσαν πρόσφορα και επαρκή, ήταν νόμω

αβάσιμος και, συνεπώς, μη ουσιώδης, γιατί, όπως έγινε δεκτό σε προηγούμενη σκέψη, τέτοια ειδική και εμπειριστατωμένη αιτιολογία απαιτείται μόνο όταν η ΕΑ κρίνει ότι συντρέχουν εξαιρετικές περιστάσεις που θα καθιστούσαν ανεκτή την επιβολή μειωμένων κυρώσεων· επίσης, και ο λόγος της προσφυγής σύμφωνα με τον οποίο το επίδικο πρόστιμο ήταν ακυρωτέο για τον λόγο ότι η ΕΑ δεν αιτιολόγησε ειδικώς την μεταβολή επί το αυστηρότερο της παρελθούσας πρακτικής της ήταν και αυτός, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά σε προηγούμενη σκέψη νόμω αβάσιμος και, ως εκ τούτου, μη ουσιώδης. Επομένως, νομίμως οι λόγοι αυτοί της προσφυγής απορρίφθηκαν από διοικητικό εφετείο και τα περί του αντιθέτου προβαλλόμενα με την κρινόμενη αίτηση πρέπει να απορριφθούν, ως αβάσιμα. Ομοίως νόμω αβάσιμος ήταν και ο σιωπηρώς απορριφθείς συναφής λόγος της προσφυγής, ότι παραβιάσθηκε η αρχή του ίσου μέτρου κρίσεως σε σχέση με άλλες παραβάσεις· τούτο δε προεχόντως γιατί η εφαρμογή της αρχής αυτής προϋποθέτει, κατ' αρχήν, ταυτότητα παραβάσεων, κάτι το οποίο ο δικαστής, κατ' αρχήν, δεν μπορεί καν να ελέγξει, εν όσω πρόκειται για παραβάσεις και πραγματικά περιστατικά που κείνται εκτός των ορίων της ένδικης διαφοράς. Άλλως τε, ήταν και αυτός καθ' εαυτόν νόμω αβάσιμος ο ισχυρισμός της αναιρεσείουσας, ότι η επίδικη παράβαση, παρ' ό,τι αφορούσε καθορισμό τιμών και κατανομή αγορών, ήταν μειωμένης σοβαρότητας εκ μόνου του λόγου ότι ήταν κάθετη και όχι οριζόντια καθώς και ότι συνιστούσε eo ipso παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας και του ίσου μέτρου κρίσεως η επιβολή προστίμου που ανερχόταν τελικώς σε ύψος μεγαλύτερο από αυτό που είχε επιβληθεί σε άλλες περιπτώσεις σε οριζόντιες παραβάσεις· γιατί ο κάθετος ή οριζόντιος χαρακτήρας της παράβασης δεν συνδέεται, κατ' αρχήν, και δη αναγκαίως και χωρίς συνεκτίμηση του συνόλου και των λοιπών περιστάσεων, με την σοβαρότητά της (είναι διαφορετικό το ζήτημα σε ποιων παραβάσεων την διερεύνηση δίνει εκάστοτε προτεραιότητα η ΕΑ).

./.

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΕΦΕΤΕΙΟ

14. Επειδή, με την προσφυγή της η αναιρεσείουσα είχε προβάλλει ότι κατά παράβαση του άρθρου 7 του Συντάγματος, του άρθρου 7 παρ. 1 της ΕΣΔΑ, και της αρχής της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης η ΕΑ εφήρμοσε τις δικές της κατευθυντήριες γραμμές του έτους 2006 αντί να εφαρμόσει αναλόγως τις κατευθυντήριες γραμμές του έτους 1998 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, οι οποίες προέβλεπαν διαφορετική, επιεικέστερη, μέθοδο επιμέτρησης ως προς το κριτήριο της διάρκειας της παράβασης. Το διοικητικό εφετείο, κατ' επίκληση των αποφάσεων ΔΕΚ ΤΗΣ 28.6.2005 στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-189/02 P, C-202/02 P, C-2005-8/02 P και C0213/02 P, Dansk Rørindustri, σκ 202-231, απέρριψε τον ισχυρισμό αυτό, με την αιτιολογία ότι «σύμφωνα με την κοινοτική νομολογία [...] δεν υφίσταται παραβίαση [των αρχών αυτών] όταν η Επιτροπή μέσω γραμμών αποφασίζει να κινηθεί με αυστηρότερο σε σχέση με το παρελθόν τρόπο». Η κρίση αυτή του διοικητικού εφετείου είναι, σύμφωνα και με όσα έγιναν δεκτά σε προηγούμενη σκέψη, νόμιμη, και τα περί του αντιθέτου προβαλλόμενα με την κρινόμενη αίτηση πρέπει να απορριφθούν, ως αβάσιμα.

15. Επειδή, προβάλλεται ότι η διάρκεια της παράβασης δεν επιμετρήθηκε νομίμως, καθ' όσον η παράβαση αυτή για το έτος 2001 είχε παραγραφεί. Ανεξάρτητα όμως από το γεγονός ότι ο ν. 703/1977 δεν προέβλεπε χρόνο παραγραφής, και, ως εκ τούτου, υπό την ισχύ του νόμου αυτού, η παράβαση επιτρεπτός τιμωρείται αν δεν είχε παρέλθει εύλογος χρόνος από την διάπραξή της, πάντως αφετηρία για την έναρξη είτε της παραγραφής, είτε του ευλόγου αυτού χρόνου, είναι η λήξη της παράβασης. Εν προκειμένω δε, σύμφωνα με όσα έγιναν ανελέγκτως δεκτά από το διοικητικό εφετείο, η παράβαση (δηλαδή η συνομολόγηση συμβατικού όρου με αντικείμενο περιοριστικό του ανταγωνισμού) συνεχίσθηκε μέχρι και το έτος 2006. Συνεπώς και αυτός ο λόγος αναιρέσεως πρέπει να απορριφθεί, ως αβάσιμος.

16. Επειδή, με την προσφυγή της η αναιρεσείουσα είχε προβάλλει

ότι ως βάση υπολογισμού της κύρωσης θα έπρεπε να είχαν ληφθεί μόνο τα έσοδα της εταιρείας για πωλήσεις μέσω συνεργατών «εξαιρουμένων των περιπτώσεων που οι πωλήσεις γίνονται μέσω αλυσίδων σούπερ μάρκετ», γιατί οι παραβάσεις που αφορούσαν τις πωλήσεις αυτές εξετάστηκαν και τιμωρήθηκαν αυτοτελώς, και ότι, επομένως, εφ' όσον, κατά τη εισήγηση της ΓΔΑ, τα προϊόντα φρέσκου γάλακτος καταλήγουν στον τελικό καταναλωτή σε ποσοστό 60-70% πανελλαδικά, η βάση επιβολής του προστίμου που της επιβλήθηκε έπρεπε να είχε μειωθεί κατά 70%. Ο λόγος όμως αυτός της προσφυγής ήταν απορριπτός προεχόντως ως νόμω αβάσιμος, γιατί για την έκταση και σοβαρότητα της παράβασης ληπτές υπ' όψη είναι όλες οι εν δυνάμει επηρεαζόμενες αγορές, και ο κύκλος εργασιών που σχετίζεται έστω και έμμεσα με το αντικείμενο της παράβασης (πρβλ. αποφάσεις ΔΕΕ της 19.3.2015, C-286/13 P, Dole Food Company κλπ, σκ. 141-149, της 7.9.2016, C-101/15 P - Pilkington Group, σκ. 15-24, της 20.1.2016, C-373/14 P - Toshiba Corporation, σκ. 82-89, διάταξη ΔΕΕ της 11.7.2013, C-444/11 P Team Relocations NV κ.α., σκ. 73-83, κ.α.), επομένως, εν προκειμένω, όλες οι υποαγορές νωπών γαλακτοκομικών προϊόντων, ανεξάρτητα από το τελικό σημείο διαθέσεώς τους. Εξ άλλου, οι παραβάσεις που αφορούν τις συμφωνίες με τα σούπερ μάρκετ (λιανοπωλητές) και οι παραβάσεις που αφορούν τις συμφωνίες με τους διανομείς (χονδρεμπόρους) έχουν διαφορετική αντικειμενική υπόσταση, ανεξάρτητα από τα σημεία λιανικής πώλησης που προμηθεύει κάθε διανομέας, και, επομένως, δεν μπορεί να τεθεί ζήτημα παραβίασης της αρχής ne bis in idem, όπως αβασίμως είχε προβάλλει η αναιρεσείουσα με την προσφυγή της. Εν πάση περιπτώσει, οι ανωτέρω αιτιάσεις απορρίφθηκαν στο σύνολό τους από το διοικητικό εφετείο με την σκέψη ότι η ΕΑ είχε στηριχθεί αποκλειστικά σε στοιχεία που προέρχονταν από την ίδια την αναιρεσείουσα. Με την κρινόμενη αίτηση η αναιρεσείουσα προβάλλει ότι το διοικητικό εφετείο παρέλειψε να απαντήσει στον ουσιώδη ισχυρισμό, ότι οι συμβάσεις με τους διανομείς εν

./.


τοίς πράγμασι αφορούν μόνο τα μικρά σημεία πώλησης και ότι αυτά αντιπροσωπεύουν μόνο το των ετησίων πωλήσεων της. Η αιτίαση αυτή είναι εν πάση περιπτώσει απορριπτέα κατά το πρώτο μεν σκέλος της ως ερειδόμενη επί εσφαλμένης προϋποθέσεως, αφού κατά τα εκτιθέμενα στην προσβαλλόμενη απόφαση, η ίδια η αναιρεσεύουσα είχε απαντήσει στην ΓΔΑ ότι το 96% των πωλήσεων της πανελλαδικά πραγματοποιείται μέσω των διανομέων της και «δεν υπάρχουν διαφοροποιήσεις οι οποίες να υπαγορεύονται από την κατηγορία του πελάτη» και, επομένως, η απάντηση του διοικητικού εφετείου καλύπτει και την αιτίαση αυτή, κατά το δεύτερο δε σκέλος της είναι απορριπτέα γιατί δεν προκύπτει ότι η αναιρεσεύουσα με την προσφυγή της, πέρα από τον γενικό ισχυρισμό ότι κατά την ΓΔΑ το 70% των πωλήσεων γαλακτοκομικών προϊόντων (γενικώς) πραγματοποιείται μέσω σούπερ μάρκετ, είχε προβάλει και κάποιο συγκεκριμένο ισχυρισμό σχετικά με τις δικές της πωλήσεις.

17. Επειδή, η αναιρεσεύουσα με την προσφυγή της είχε προβάλει ότι η έκταση της παράβασης καθώς και ο κύκλος εργασιών που πρέπει να ληφθεί υπ' όψη για την επιμέτρηση περιορίζονται στις περιπτώσεις που η επίδικη συμφωνία εφαρμόσθηκε στην πράξη. Οι αιτιάσεις αυτές ήσαν νόμω αβάσιμες και νομίμως απορρίφθηκαν σαν τέτοιες από το διοικητικό εφετείο, γιατί οι η έκταση εφαρμογής της αντιανταγωνιστικής συμφωνίας στην πράξη δεν συνδέεται με την οριοθέτηση των επηρεαζομένων αγορών, επομένως ούτε και με τον κύκλο εργασιών της επιχείρησης σε κάθε μία από αυτές, είναι δε στοιχείο που συνεκτιμάται ως επιβαρυντική περίπτωση και όχι για να αξιολογηθεί η έκταση και η βαρύτητα της παράβασης. Πρέπει λοιπόν όλα τα περί του αντιθέτου προβαλλόμενα με την κρινόμενη αίτηση να απορριφθούν και αυτά, ως αβάσιμα.

18. Επειδή, προβάλλεται ότι μη νομίμως απορρίφθηκε από το διοικητικό εφετείο ο ουσιώδης ισχυρισμός ότι η επίδικη κύρωση, εν όψει του ύψους της, προσβάλλει το κατοχυρούμενο με το 1ο Πρόσθετο

Πρωτόκολλο της ΕΣΔΑ δικαίωμα της περιουσίας και παραβιάζει την αρχή της επιείκειας. Και οι δύο αυτοί ισχυρισμοί όμως ήσαν νόμω αβάσιμοι, και άρα μη ουσιώδεις σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά σε προηγούμενη σκέψη· ο μὲν πρώτος γιατί η επιβολή επαρκώς αποτρεπτικών κυρώσεων δεν συνιστά προσβολή του δικαιώματος της περιουσίας, εν όσω δεν παραβιάζεται η αρχή της αναλογικότητας, ο δε δεύτερος γιατί, πέραν της τελευταίας αυτής αρχής, «αρχή της επιείκειας» δεν νοείται στο δίκαιο του ανταγωνισμού, αφού θα ήταν ασύμβατη με την αρχή της αποτρεπτικότητας· ο δε συναφής ισχυρισμός ότι κατά την επιμέτρηση του επίδικου προστίμου η ΕΑ όφειλε να είχε συνυπολογίσει και τις λοιπές κυρώσεις που είχαν επιβληθεί στην αναιρεσείουσα ήταν ομοίως νόμω αβάσιμος γιατί τέτοιος συνυπολογισμός επιβάλλεται μόνο όταν πρόκειται για παράλληλες εθνικές και ενωσιακές κυρώσεις που αφορούν την ίδια συμπεριφορά (πρβλ απόφαση ΔΕΚ της 13.2.1969, 14/68, Walt Wilhelm) και όχι όταν πρόκειται για διαφορετικές παραβάσεις (πρβλ ΣΕ 2007/2013, 7μ. σκ. 33).

19. Επειδή, προβάλλεται ότι το διοικητικό εφετείο δεν απήντησε στον ουσιώδη ισχυρισμό σύμφωνα με τον οποίο η αναιρεσείουσα αποκομίζει πολύ λίγα κέρδη συγκριτικά με τα ακαθάριστα έσοδά της και ότι η «αφαίρεση [από αυτήν] με την μορφή προστίμου» ποσού κατά πολύ υψηλότερου «υπερβαίνει κατά πολύ τόσο την διορθωτική όσο και την αποτρεπτική λειτουργία των κυρώσεων». Ανεξάρτητα όμως από το ότι η αναιρεσείουσα δεν προσδιορίζει με ποιο τρόπο επεχείρησε να αποδείξει την πραγματική βάση του πιο πάνω ισχυρισμού, ο ισχυρισμός αυτός ήταν νόμω αβάσιμος και, συνεπώς, μη ουσιώδης, προεχόντως μὲν γιατί το ποσοστό καθαρού κέρδους δεν περιλαμβάνεται κατά νόμον στα κριτήρια στα οποία οφείλει να αποβλέψει η ΕΑ για τον προσδιορισμό της βάσης επιβολής των κυρώσεων, αφ' ετέρου δε γιατί η αρχή της αποτρεπτικότητας επιβάλλει (και η αρχή της αναλογικότητας ουδόλως απαγορεύει) οι κυρώσεις να υπερβαίνουν ουσιωδώς τα καθαρά κέρδη της

./.

επιχείρησης, έτσι ώστε να διασφαλίζεται ότι η παράβαση θα αποβαίνει καταδήςως ζημιογόνα για αυτήν. Εξ άλλου, εν όψει της αρχής της αποτρεπτικότητας των κυρώσεων, το κριτήριο του (ex ante προσδοκώμενου) οικονομικού οφέλους είναι στοιχείο που λαμβάνεται υπ' όψη μόνο για την επαύξηση του προστίμου· αντιθέτως, αν η ΕΑ δεν ερευνήσει ή δεν εντοπίσει τέτοια προσδοκία, τούτο δεν συνιστά ελαφρυντική περίπτωση, που επιβάλλει ηπιότερη κύρωση, όπως αβασίμως ισχυρίζεται η αναιρεσεύουσα με την κρινόμενη αίτηση.

20. Επειδή, η αναιρεσεύουσα προβάλλει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση παρέλειψε να απαντήσει στον "ουσιώδη ισχυρισμό" ότι μη νομίμως δεν της αναγνωρίσθηκε το ελαφρυντικό ελλείψεως δόλου, παρ' ότι η ΕΑ δεν απέδειξε την ύπαρξη δόλου. Όμως, και αν ήθελε θεωρηθεί ότι νοείται έλλειψη δόλου (δηλαδή, κατ' ουσίαν, συγγνωστή νομική πλάνη) επί περιορισμών του ανταγωνισμού κατ' αντικείμενο, δεν αρκεί να ισχυρισθεί η επιχείρηση ότι συντρέχουν τέτοιες περιστάσεις, παρά, αντιθέτως, αυτή βαρύνεται να αποδείξει, ήδη ενώπιον της ΕΑ, την συνδρομή τους, και όχι η ΕΑ να αποδείξει την απουσία τους. Ως εκ τούτου ο πιο πάνω ισχυρισμός της αναιρεσεύουσας ήταν νόμω αβάσιμος και, συνεπώς, μη ουσιώδης. Ήταν δε ομοίως νόμω αβάσιμος και ορθά απορρίφθηκε σαν τέτοιος και ο ισχυρισμός της αναιρεσεύουσας ότι την έλλειψη δόλου αποδεικνύουν η απάλειψη των επίμαχων όρων ήδη από τα μέσα του 2007 (πριν την έκδοση της ένδικης πράξης) καθώς και η πρότασή της για ανάληψη δεσμεύσεων, γιατί τέτοιες ενέργειες, μετά την έναρξη της διερεύνησης της παράβασης, που αποσκοπούν απλώς στην αποφυγή των κυρώσεων, δεν είναι ληπτές υπ' όψη. Εξ άλλου, το γεγονός ότι δεν επιβλήθηκε ακόμη χαμηλότερο πρόστιμο (από την ΕΑ και, εν συνεχεία, το δικαστήριο της ουσίας), όπως θα επιθυμούσε η αναιρεσεύουσα, δεν μπορεί να ερμηνευθεί ως «προσχηματική» συνεκτίμηση του ελαφρυντικού της αποτελεσματικής συνεργασίας, όπως αβασίμως προβάλλεται με την κρινόμενη αίτηση· άλλως τε, όπως έγινε

δεκτό σε προηγούμενη σκέψη, το δικαστήριο της ουσίας μόνο κατ' εξαίρεση και οριακά μπορεί να ελέγξει την συνδρομή και την βαρύτητα αυτής της ελαφρυντικής περίπτωσης, για την οποία δεν είναι αντικειμενικά σε θέση να μορφώσει ίδια αντίληψη. Τέλος, ομοίως νόμω αβάσιμος και, συνεπώς, μη ουσιώδης, ήταν και ο ισχυρισμός της αναιρεσείουσας ότι δεν ήταν υπότροπη και ότι τούτο συνιστά, αυτό και μόνο, άνευ ετέρου, ελαφρυντική περίπτωση. Επομένως και αν ήθελε θεωρηθεί ότι ο ισχυρισμός αυτός απορρίφθηκε σιωπηρά και δεν συνετέλεσε στην αυτεπάγγελτη μείωση του προστίμου από το δικαστήριο της ουσίας, ο λόγος αναιρέσεως με τον οποίο προβάλλεται ότι το διοικητικό εφετείο μη νομίμως παρέλειψε να τον λάβει υπ' όψη του, πρέπει να απορριφθεί, ως αβάσιμος.

21. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη αίτηση πρέπει να απορριφθεί.

Δ ι ά τ α ύ τ α

Απορρίπτει την αίτηση

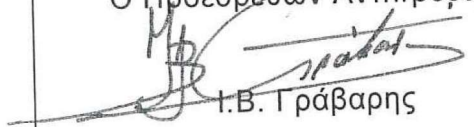
Διατάσσει την κατάπτωση του παραβόλου

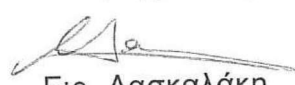
Επιβάλλει στην αναιρεσείουσα την δικαστική δαπάνη της Επιτροπής Ανταγωνισμού, που ανέρχεται σε τετρακόσια εξήντα (460) ευρώ.

Η διάσκεψη έγινε στην Αθήνα στις 29 Μαΐου 2019

Ο Προεδρεύων Αντιπρόεδρος

Η Γραμματέας



I.B. Γράβαρης

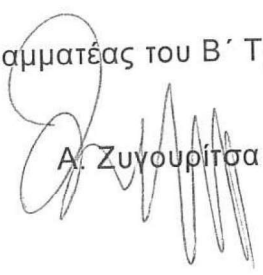

Ειρ. Δασκαλάκη

και η απόφαση δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση της 19ης Ιανουαρίου 2022.

Ο Προεδρεύων Αντιπρόεδρος

Η Γραμματέας του Β' Τμήματος


Σ. Μαρκάτης


Α. Ζυγουρίτσα

ΣΤΟ ΟΝΟΜΑ ΤΟΥ ΕΛΛΗΝΙΚΟΥ ΛΑΟΥ

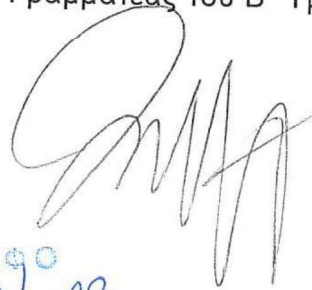
Εντέλλεται προς κάθε δικαστικό επιμελητή να εκτελέσει όταν του ζητήσουν την παραπάνω απόφαση, τους Εισαγγελείς να ενεργήσουν κατά την αρμοδιότητά τους και τους Διοικητές και τα άλλα όργανα της Δημόσιας Δύναμης να βοηθήσουν όταν τους ζητηθεί.

Η εντολή πιστοποιείται με την σύνταξη και την υπογραφή του παρόντος.

Αθήνα, 16 Δεκεμβρίου 2022

Ο Πρόεδρος του Β' Τμήματος

Η Γραμματέας του Β' Τμήματος



ΑΝΤΙΓΡΑΦΟ

Αθήνα 22/12/2022
Η Γραμματέας του Β' Τμήματος
του Συμβουλίου της Επικρατείας



