

ΑΠΟΦΑΣΗ ΑΡΙΘΜ 430/Υ/2009

Η ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ – ΤΜΗΜΑ Β΄

Συνεδρίασε στην Αίθουσα Συνεδριάσεων του 1^{ου} ορόφου του κτηρίου των γραφείων της, επί της οδού Κότσικα 1Α, Αθήνα, την 15^η Ιανουαρίου 2009, ημέρα Πέμπτη και ώρα 10:00, με την εξής σύνθεση:

Προεδρεύουσα: Αριστέα Σινανιώτη

Μέλη: Χρήστος Ιωάννου,

Δέσποινα Κλαβανίδου, λόγω δικαιολογημένου κωλύματος του τακτικού μέλους Παναγιώτη Κανελλόπουλου

Ευθύμιος Πουρναράκης, λόγω δικαιολογημένου κωλύματος του τακτικού μέλους Απόστολου Ρεφενέ και

Αθανάσιος Στεφόπουλος, λόγω δικαιολογημένου κωλύματος του τακτικού μέλους Γεωργίας Μπεχρή-Κεχαγιόγλου

Γραμματέας: Ηλιάνα Κούτρα, λόγω κωλύματος της τακτικής Γραμματέως Όλγας-Ανίτας Ραφτοπούλου

Θέμα της συνεδρίασης ήταν η λήψη απόφασης επί της «Αίτησης για έκδοση αρνητικής πιστοποίησης σύμφωνα με το άρθρο 11 του ν. 703/77 σχετικά με σύμβαση εμπορικής αντιπροσώπευσης μεταξύ της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία “Όργανισμός Προγνωστικών Αγώνων Ποδοσφαίρου Α.Ε.” (εφεξής ΟΠΑΠ) και 5.290 πρακτόρων του Οργανισμού»

Στη συνεδρίαση είχε νομίμως κλητευθεί και παρίστατο η αιτούσα εταιρεία ΟΠΑΠ διά του πληρεξουσίου δικηγόρου της Βασιλείου Δ. Τουντόπουλου.

Στην αρχή της συζήτησης, το λόγο έλαβε ο Γενικός Εισηγητής Ιωάννης Μιχαήλ, Προϊστάμενος της Β΄ Διεύθυνσης Εφαρμογής της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού (εφεξής Γ.Δ.Α.), ο οποίος ανέπτυξε συνοπτικά τη γραπτή εισήγηση (αριθ. πρωτ. 7179/5.11.2008) της Υπηρεσίας και πρότεινε για τους λόγους που αναφέρονται αναλυτικά στην εισήγηση, την έκδοση αρνητικής πιστοποίησης που θα βεβαιώνει ότι δεν υφίσταται παράβαση των διατάξεων του ν. 703/1977.

Κατόπιν το λόγο έλαβε ο πληρεξούσιος δικηγόρος της αιτούσας, ο οποίος τοποθετήθηκε επί της με αριθ. πρωτ. 7179/5.11.2008 εισηγήσεως της Γ.Δ.Α., ανέπτυξε τις απόψεις του και απάντησε σε ερωτήσεις που του υπέβαλαν η Προεδρεύουσα και τα μέλη της Επιτροπής-Τμήμα Β΄.

Κατόπιν η Επιτροπή Ανταγωνισμού συνήλθε σε διάσκεψη την 30^η Ιανουαρίου 2009, ημέρα Παρασκευή και ώρα 12:30, στην ως άνω αίθουσα συνεδριάσεων του 1^{ου} ορόφου των Γραφείων της, και αφού έλαβε υπόψη της τα στοιχεία του φακέλου της κρινόμενης υπόθεσης, την εισήγηση της Γ.Δ.Α., τις απόψεις που διατύπωσε η ενδιαφερόμενη εταιρεία προφορικώς κατά τη συζήτηση της υπόθεσης,

ΣΚΕΦΘΗΚΕ ΩΣ ΕΞΗΣ:

I. ΙΣΤΟΡΙΚΟ

Στις 1.08.2008 ο Οργανισμός Προγνωστικών Αγώνων Ποδοσφαίρου Α.Ε. (στο εξής ΟΠΑΠ) υπέβαλε στην Επιτροπή Ανταγωνισμού (στο εξής Ε.Α.) αίτηση για χορήγηση αρνητικής πιστοποίησης, σύμφωνα με το άρθρο 11 του ν. 703/1977, σχετικά με σύμβαση εμπορικής αντιπροσώπευσης μεταξύ αυτού και 5.290 πρακτόρων του Οργανισμού (εγγεγραμμένων μέχρι και την 4η Αυγούστου 2008).

Ο ΟΠΑΠ συστάθηκε το 1958, ως Νομικό Πρόσωπο Ιδιωτικού Δικαίου για την οργάνωση και λειτουργία του Δελτίου Προγνωστικών Ποδοσφαιρικών Αγώνων (ΠΡΟΠΟ). Το 1999 ο Οργανισμός ΟΠΑΠ μετατράπηκε σε ανώνυμη εταιρεία και καταρτίστηκε το νέο καταστατικό του, στο οποίο ορίστηκε η νέα επωνυμία της εταιρείας σε «Οργανισμός Προγνωστικών Αγώνων Ποδοσφαίρου Α.Ε.» και σε συντομογραφία ΟΠΑΠ Α.Ε.

Το 2000 με την από 15.12.2000 σύμβαση μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και του Οργανισμού και σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 27 ν. 2843/2000 παραχωρήθηκε στον τελευταίο για 20 έτη αποκλειστικό δικαίωμα της διεξαγωγής, διαχείρισης, οργάνωσης και λειτουργίας των παιχνιδιών που σήμερα διαχειρίζεται. Επίσης παραχωρήθηκε στον ΟΠΑΠ η δυνατότητα να διενεργεί κατ' αποκλειστικότητα κάθε παιχνίδι που αφορά σε αθλητικά γεγονότα και το δικαίωμα της πρώτης προτίμησης για την αποκλειστική διεξαγωγή και διαχείριση οποιωνδήποτε νέων παιχνιδιών.

Ο ΟΠΑΠ, συνεπώς, αποτελεί επιχείρηση επί της οποίας ουσιαστικό έλεγχο ασκεί το ελληνικό δημόσιο, το οποίο έχει τη δυνατότητα να καθορίζει τα μέλη του διοικητικού συμβουλίου. Ειδικότερα, το Ελληνικό Δημόσιο κατέχει το 34% των μετοχών του ΟΠΑΠ, σημαντικό δε ποσοστό των κερδών του Οργανισμού διατίθενται για την ικανοποίηση κοινωφελών σκοπών.

Μέχρι σήμερα η σχέση του ΟΠΑΠ με τους πράκτορες-αντιπροσώπους του στο σύνολο της ελληνικής επικράτειας διεπόταν από την υπ. αριθμ. 2518/29.1/5.2.2003 Απόφαση του Υφυπουργού Πολιτισμού, η οποία είχε εκδοθεί δυνάμει της εξουσιοδοτικής διατάξεως του άρθρ. 7 παρ. 24 περ. γ' ν. 2557/1997, η οποία κρίθηκε από το Συμβούλιο της Επικρατείας ότι αντίκειται στο άρθρ. 43 παρ. 2 του Συντάγματος (βλ. ΣτΕ 1776/2007).

Ο ΟΠΑΠ πρόκειται εφεξής να προβεί σε υπογραφή τυποποιημένης σύμβασης που θα διέπει την έννομη σχέση του με το σύνολο των 5.290 πρακτόρων-αντιπροσώπων του. Σημειώνεται ότι το εν λόγω κείμενο της σύμβασης-πλαίσιο δεν έχει ακόμα αρχίσει να υπογράφεται μεταξύ του ΟΠΑΠ και των πρακτόρων.

II. Η ΥΠΟ ΚΡΙΣΗ ΣΥΜΒΑΣΗ

Το τελικό σχέδιο σύμβασης μεταξύ του ΟΠΑΠ και των 5.290 πρακτόρων που κατατέθηκε από τον ως άνω Οργανισμό στην Ε.Α. έχει συνοπτικά το ακόλουθο περιεχόμενο:

Α) Ως προς το αντικείμενο της σύμβασης και τη διάρκεια:

«Με την εν λόγω σύμβαση, η ΟΠΑΠ αναθέτει και ο Πράκτορας αποδέχεται να αναλάβει τη συνέχιση της πρακτόρευσης/ την πρακτόρευση εργασιών και υπηρεσιών της ΟΠΑΠ, σύμφωνα με τους ειδικότερα αναφερόμενους στην υπό κρίση σύμβαση όρους και προϋποθέσεις. Συγκεκριμένα:

Με την παρούσα σύμβαση παρέχεται στον Πράκτορα ενιαία διάρκεια πρακτόρευσης. Η άδεια αυτή είναι αορίστου χρόνου και περιλαμβάνει όλα τα παίγνια τα οποία, κατά τη διάρκεια ισχύος της παρούσας σύμβασης οργανώνει, λειτουργεί και διαχειρίζεται η ΟΠΑΠ στην Ελλάδα όπως και κάθε υπηρεσία» (άρθρο 1, παρ. 1).

Β) Ως προς τον εξοπλισμό του καταστήματος:

«Η ΟΠΑΠ παρέχει στον Πράκτορα για το χρονικό διάστημα ισχύος της παρούσας σύμβασης και αποκλειστικά για τις ανάγκες λειτουργίας του καταστήματος του τελευταίου όλο τον αναγκαίο για τη διεξαγωγή των παιγνίων τεχνολογικό εξοπλισμό, ο οποίος κατά την έναρξη της συμβάσεως περιλαμβάνει τα στοιχεία που περιέχονται στο Παράρτημα IV της σύμβασης, το οποίο αποτελεί ουσιώδες και αναπόσπαστο μέρος της» (άρθρο 6, παρ. 1).

«Η ΟΠΑΠ εγκαθιστά και συντηρεί με δαπάνες της τον εξοπλισμό λειτουργίας των παιγνίων της παρ. 1 του άρθρου 6 και εξασφαλίζει τη συνεχή λειτουργία αυτού.» (άρθρο 6, παρ. 2).

«Η ΟΠΑΠ δικαιούται να προσδιορίζει και εγκαθιστά στο Πρακτορείο, με δικά της έξοδα, εξοπλισμό της επιλογής της που δεν συνδέεται άμεσα με τη λειτουργία των παιγνίων, όπως έπιπλα, επιγραφές και κατασκευές προβολής των σημάτων και προϊόντων της» (άρθρο 6, παρ. 3).

Γ) Ως προς την υποχρέωση της επιμόρφωσης του προσωπικού:

«Η ΟΠΑΠ καταρτίζει και προσφέρει σύμφωνα με την εκάστοτε επιχειρηματική εκπαιδευτική της πολιτική, εκπαιδευτικά προγράμματα για την αρχική εκπαίδευση και την μετεκπαίδευση του Πράκτορα. Τα προγράμματα αυτά πραγματοποιούνται στους χώρους της ΟΠΑΠ ή στην ευρύτερη περιοχή δραστηριοποίησης του Πράκτορα, κατ' επιλογή της ΟΠΑΠ» (άρθρο 9, παρ. 2).

«Ο Πράκτορας, ή αν το κρίνει σκόπιμο το δηλωθέν προσωπικό του, υποχρεούται να παρακολουθεί τα εκπαιδευτικά προγράμματα και τις συγκεντρώσεις που πραγματοποιούνται από την ΟΠΑΠ, σύμφωνα με το πρόγραμμα που κάθε φορά τους κοινοποιείται έγκαιρα από την ΟΠΑΠ» (άρθρο 9, παρ. 3).

Δ) Ως προς την προμήθεια των προϊόντων:

«Η ΟΠΑΠ έχει τη δυνατότητα να αρνείται την παροχή άδειας πρακτόρευσης για συγκεκριμένα παίγνια και για συγκεκριμένο ή μη χρόνο, εφόσον αυτό επιβάλλεται από το εκάστοτε νομοθετικό-κανονιστικό πλαίσιο» (άρθρο 1, παρ. 2).

«Η ΟΠΑΠ έχει πάντα τη δυνατότητα, σύμφωνα με την επιχειρηματική της πολιτική και το ισχύον θεσμικό και κανονιστικό πλαίσιο, να αποφασίζει τη διακοπή, την τροποποίηση, τη μεταβολή ή την αναστολή της διεξαγωγής ή λειτουργίας συγκεκριμένων παιγνίων και στοιχημάτων ή την οργάνωση νέων»...«Ο πράκτορας δεν ασκεί ανεξάρτητη οικονομική δραστηριότητα σε σχέση με τις δραστηριότητες, οι οποίες του έχουν ανατεθεί από τον ΟΠΑΠ» (άρθρο 1, παρ. 3).

Ε) Ως προς την εδαφική περιοχή:

«Η ΟΠΑΠ έχει την απόλυτη διακριτική ευχέρεια να ιδρύει υποκαταστήματα σε περιοχές που αντικειμενικά δεν εξυπηρετούνται τα επιχειρηματικά και επιχειρησιακά σχέδια της ΟΠΑΠ και δεν εκδηλώνεται σε εύλογο χρονικό διάστημα ενδιαφέρον από ήδη υπάρχοντες πράκτορες ή νέους υποψηφίους, για την ίδρυση και λειτουργία πρακτορείου» (Προοίμιο σύμβασης)

«Η ΟΠΑΠ καταρτίζει πολιτική δικτύου. Στο πλαίσιο της πολιτικής αυτής καθορίζεται ο αριθμός των πρακτορείων σε σχέση με τον πληθυσμό της περιοχής. Σήμερα, στόχος της πολιτικής δικτύου της εταιρείας σε εθνικό επίπεδο είναι η σταδιακή μετάβαση στη σχέση: μια άδεια ανά 3.500 κατοίκους, εξαιρουμένων των πρακτορείων σε απομακρυσμένες/απομονωμένες περιοχές» (άρθρο 2, παρ. 2).

ΣΤ) Ως προς την αποκλειστικότητα και τον ανταγωνισμό κατά τη διάρκεια της σύμβασης:

«Απαγορεύεται στον πράκτορα να συνεργάζεται με ανταγωνιστικές της ΟΠΑΠ επιχειρήσεις ή να διενεργεί ο ίδιος πράξεις ανταγωνισμού κατά τα ειδικότερα οριζόμενα, ιδίως, στα άρθρα 14 και 26 της εν λόγω σύμβασης» (άρθρο 2, παρ. 3).

«Ο Πράκτορας δηλώνει και βεβαιώνει την ΟΠΑΠ ότι έχει λάβει πλήρη γνώση της σχετικής νομοθεσίας που διέπει τη διενέργεια παιγνίων στην Ελλάδα, καθώς επίσης και των κανόνων λειτουργίας των πρακτορείων, όπως ισχύουν, και ότι θα τηρεί απαρέγκλιτα τις προβλέψεις που απαγορεύουν τον παράνομο ή ανταγωνιστικό στοιχηματισμό και τη διοργάνωση παράνομων ή ανταγωνιστικών στοιχημάτων ή εν γένει παιγνίων» (άρθρο 3, παρ. 1, στοιχ. α’).

«Ο Πράκτορας υποχρεούται να συνεργάζεται αποκλειστικά με την ΟΠΑΠ. Ειδικότερα, δεν επιτρέπεται να δέχεται την πρακτόρευση ή την με οποιονδήποτε τρόπο δραστηριοποίηση ή προβολή στο κατάστημα του άλλων εταιριών και επιχειρήσεων ή διεξαγωγή άλλων παιγνίων εκτός από τα Κρατικά Λαχεία και τον ΟΔΙΕ» (άρθρο 13).

«Απαγορεύεται στον Πράκτορα να δέχεται την πρακτόρευση στο κατάστημα του άλλων παιγνίων ή εταιριών και επιχειρήσεων, εκτός των αναφερόμενων στο άρθρο 13 της σύμβασης» (άρθρο 14, παρ. 1).

«Απαγορεύεται στον Πράκτορα να διενεργεί πράξεις ανταγωνιστικές προς την ΟΠΑΠ είτε στο δικό του όνομα είτε ως μέτοχος ή εταίρος άλλων εταιριών, είτε ως μέλος Δ.Σ. ή ως καθ’ οιονδήποτε τρόπο ασκών τη διοίκηση ή ως υπάλληλος άλλων εταιριών καθ’ όλη τη διάρκεια ισχύος της παρούσας σύμβασης» (άρθρο 14, παρ. 3).

«Άσκηση άλλης μη ανταγωνιστικής δραστηριότητας από τον Πράκτορα είναι δυνατή μόνον μετά από προηγούμενη άδεια της ΟΠΑΠ και εφ’ όσον δεν επηρεάζει αρνητικά το κύρος και τη φήμη της ΟΠΑΠ. Απαγορεύεται σε κάθε περίπτωση η συστέγαση στο κατάστημα του Πράκτορα άλλης επαγγελματικής δραστηριότητας χωρίς προηγούμενη άδεια της ΟΠΑΠ» (άρθρο 14, παρ. 5).

Ζ) Ζητήματα που αφορούν την οικονομική, λογιστική και εμπορική οργάνωση του καταστήματος:

«Ενδεικτικά αναφέρεται ότι ο Πράκτορας υποχρεούται να συμμορφώνεται με την τιμολογιακή πολιτική της ΟΠΑΠ, απαγορεύεται δε να κάνει εκπτώσεις ή και οποιεσδήποτε άλλες οικονομικές ευκολίες στους διαγωνιζόμενους (ιδίως πιστώσεις). Επίσης, η ΟΠΑΠ δύναται να καθορίσει ανώτατα όρια οικονομικών συναλλαγών για το κατάστημα του πράκτορα, να ζητά εγγυητικές επιστολές ή άλλες εξασφαλίσεις για τη διενέργεια συναλλαγών πάνω από συγκεκριμένα όρια, καθώς επίσης και να απαγορεύει την κατάρτιση συναλλαγών σε περίπτωση υπέρβασης των ορίων αυτών» (άρθρο 5, παρ. 3, στοιχ. γ’).

Η) Σχετικά με τις διαφημιστικές δαπάνες για την προώθηση των προϊόντων του ΟΠΑΠ:

«Η ΟΠΑΠ προβαίνει, σύμφωνα με την εκάστοτε πολιτική της και με δικές της δαπάνες, σε έκδοση ενημερωτικού και προωθητικού υλικού. Το υλικό αυτό ο Πράκτορας το χρησιμοποιεί σύμφωνα με τις οδηγίες της ΟΠΑΠ» (άρθρο 15, παρ.1).

«Απαγορεύεται αυστηρά στον Πράκτορα να διαθέτει ή να επιτρέπει τη διάθεση διαφημιστικού, προωθητικού ή άλλου εν γένει ενημερωτικού υλικού ανταγωνιστικών της ΟΠΑΠ εταιριών» (άρθρο 15, παρ. 2).

Θ) Ως προς τη μετασυμβατική απαγόρευση του ανταγωνισμού:

«Απαγορεύεται στον Πράκτορα η διενέργεια πράξεων ανταγωνισμού σε βάρος της ΟΠΑΠ σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 14 (παρ. 3) για χρονικό διάστημα ενός (1) έτους μετά τη για οποιοδήποτε λόγο λύση της παρούσας σύμβασης. Η απαγόρευση ανταγωνισμού ισχύει για τον νομό στον οποίο ήταν εγκατεστημένο το κατάστημα του Πράκτορα κατά το χρόνο λύσης της σύμβασης» (άρθρο 26, παρ. 1).

«Στον Πράκτορα που εμπίπτει στις περιπτώσεις της παραγράφου 1 του παρόντος άρθρου και είναι κύριος ή έχει δικαίωμα χρήσης ή εκμίσθωσης ή υπερεκμίσθωσης του καταστήματος, δεν έχει δικαίωμα μετά τη λύση της παρούσας σύμβασης και για χρονικό διάστημα τριών ετών, ανεξάρτητα από το λόγο λύσης της παρούσας σύμβασης, να παραχωρήσει, να εκμισθώσει ή να υπεκμισθώσει τους χώρους του καταστήματος σε τρίτο για χρήση ίδια ή παρεμφερή προς τις δραστηριότητες της ΟΠΑΠ χωρίς τη γραπτή συναίνεση της ΟΠΑΠ» (άρθρο 26, παρ. 2).

Ι) Ως προς το καθεστώς συνεργασίας:

«Σε περίπτωση που υπάρχουν κληρονόμοι που έχουν τα προσωπικά και ειδικά προσόντα και είναι πρόθυμοι να υπεισέλθουν στην παρούσα σύμβαση, η ΟΠΑΠ είναι ελεύθερη να αποφασίσει η ίδια κατά την εύλογη κρίση της, με ποιόν από τους κληρονόμους επιθυμεί να συνεχίσει τη συνεργασία βάσει της παρούσας σύμβασης, εφόσον αυτός έχει τα απαραίτητα προσόντα» (άρθρο 24, παρ. 2, στοιχ. γ').

III. ΝΟΜΙΚΗ ΕΚΤΙΜΗΣΗ

A. Νομικό πλαίσιο

Σύμφωνα με το άρθρο 1, § 1, του ν. 703/1977, «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 συνιστάμεναι εις: (...))».

Σύμφωνα με το άρθρο 2 του ν. 703/1977, «Απαγορεύεται η υπό μιας ή περισσοτέρων επιχειρήσεων καταχρηστική εκμετάλλευσις της δεσποζούσης θέσεως αυτών επί του συνόλου ή μέρους της αγοράς της χώρας. Η καταχρηστική αυτή εκμετάλλευσις δύναται να συνίσταται ιδία: α) εις τον άμεσον ή έμμεσον εξαναγκασμόν προς καθορισμόν είτε των τιμών αγοράς ή πωλήσεως είτε άλλων μη ευλόγων όρων συναλλαγής, β) εις τον περιορισμόν της παραγωγής, της καταναλώσεως ή της τεχνολογικής αναπτύξεως, επί ζημία των καταναλωτών, γ) εις την εφαρμογήν ανίσων όρων δι' ισοδυνάμους παροχάς, ιδία εις την αδικαιολόγητον άρνησιν πωλήσεων, αγορών ή άλλων συναλλαγών, κατά τρόπον ώστε επιχειρήσεις τινές να τίθενται εις μειονεκτικήν εν τω ανταγωνισμώ θέσιν, δ) εις την εξάρτησιν της συνάψεως συμβάσεων εκ της παρά των αντισυμβαλλομένων αποδοχής προσθέτων παροχών, ή συνάψεως προσθέτων συμβάσεων αι οποίαι, κατά την φύσιν των ή συμφώνως προς τας εμπορικάς συνηθείας, δεν συνδέονται μετά του αντικειμένου των συμβάσεων τούτων».

Σύμφωνα με το άρθρο 2^α του νόμου 703/1977, «Με την επιφύλαξη της εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 1 του Ν. 703/1977 και του άρθρου 81 της Συνθ. Ε.Κ., 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».

Τέλος, σύμφωνα με το άρθρο 11 του ν. 703/77: «1. Ύστερα από αίτηση της ενδιαφερομένης επιχείρησης ή ένωσης επιχειρήσεων που υποβάλλεται στη Γραμματεία, η Επιτροπή Ανταγωνισμού πιστοποιεί, εντός διμήνου από την υποβολή της αίτησης, ότι με βάση τα γνωστά σε αυτή στοιχεία δεν υφίσταται παράβαση των διατάξεων των άρθρων 1 παρ. 1, 2 και 2α του παρόντος νόμου. Η πιστοποίηση αυτή μπορεί να ζητηθεί κι όταν πρόκειται για σύμπραξη επιχειρήσεων, εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης ή σχέσης οικονομικής εξάρτησης, που πρόκειται να πραγματοποιηθεί στο μέλλον.

2. Η έκδοση της πιστοποίησης, όπως προβλέπεται στην προηγούμενη παράγραφο, δεν αποκλείει τη μεταγενέστερη έκδοση αντίθετης απόφασης για την ίδια υπόθεση από την Επιτροπή Ανταγωνισμού.

3. Μέχρι την έκδοση απόφασης αντίθετης προς αρνητική πιστοποίηση που προηγήθηκε, οι οικείες επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων δεν υπόκεινται στις συνέπειες και κυρώσεις, που προβλέπει ο παρών νόμος, εκτός αν αυτές παραπλάνησαν την Επιτροπή Ανταγωνισμού στην έκδοση αρνητικής πιστοποίησης με την παροχή ανακριβών στοιχείων ή την απόκρυψη αληθών».

B. Έννοια επιχείρησης

Τα άρθρα 1, 2 και 2α του ν. 703/1977 καταλαμβάνουν μόνο συμπεριφορές επιχειρήσεων. Σε απόφασή της η Επιτροπή Ανταγωνισμού σημείωσε ότι «επιχείρηση είναι κάθε φορέας που ασκεί οικονομική δραστηριότητα ανεξάρτητα από το νομικό καθεστώς του και από τον τρόπο χρηματοδότησής του. Ως οικονομική δραστηριότητα νοείται κάθε δραστηριότητα προσφοράς αγαθών ή υπηρεσιών σε δεδομένη αγορά. Η ύπαρξη επιχείρησης προϋποθέτει αυτονομία οικονομικής δράσης και συνακόλουθα πλήρη ανάληψη των οικονομικών κινδύνων που συνεπάγεται η εκάστοτε οικονομική δραστηριότητα» (βλ. Ε.Α., απόφαση 317/V/2006 της 28-7-2006, *Περίανδρος*, § VII, Β, α, όπου παραπομπές σε ΔΕΚ, αποφάσεις της 23/4/1991, *Höfner και Elser*, υπόθ. C-41/90, Συλλ. σελ. I-1979· της 21-9-1999, *Albany International*, υπόθ. C-67/96, Συλλ. σελ. I-5751, και της 18-6-1998, *Επιτροπή κατά Ιταλίας*, υπόθ. C-35/96, Συλλ. σελ. I-3851. Η απόφαση 317/V/2006 της Επιτροπής Ανταγωνισμού πρόσφατα επικυρώθηκε από το ΔιοικΕφΑθ, 4291/2007, αδημ.). Σε άλλη απόφασή της που έλαβε ομόφωνα και σε σύνθεση Ολομέλειας η Επιτροπή Ανταγωνισμού υπενθύμισε ότι το ΔΕΚ «ορίζοντας θετικά την έννοια της οικονομικής δραστηριότητας περιέλαβε κάθε δραστηριότητα που μπορεί να αναληφθεί στον ιδιωτικό τομέα ή εκείνη που βρίσκεται τουλάχιστον σε ανταγωνιστική σχέση με παρόμοια δραστηριότητα που ασκείται από ιδιωτικές επιχειρήσεις» (βλ. Ε.Α., απόφαση 336/V/2007 της 12-4-2007, *Νεκροταφείο Δήμου Ηλιούπολης*, σκέψη 13, όπου παραπομπή σε ΔΕΚ, απόφαση της 16-11-1995, *Federation Française des Sociétés d'Assurance*, υπόθ. C-244/94, Συλλ. σελ. I-4013, σκέψεις 17 και 21). Κριτήρια δηλαδή χαρακτηρισμού ως επιχείρησης μίας οντότητας σύμφωνα με το δίκαιο του ανταγωνισμού συνιστούν (α) η ύπαρξη οικονομικής δραστηριότητας και (β) η αυτονομία της οικονομικής δράσης.

Ως προς το (α) κριτήριο, δεν αμφισβητείται ότι οι πράκτορες του ΟΠΑΠ ασκούν οικονομική δραστηριότητα· πρέπει όμως να διερευνηθεί το (β) κριτήριο, εάν δηλ. ασκούν αυτόνομη οικονομική δράση ως προς τον ΟΠΑΠ και συνιστούν μη γνήσιο εμπορικό αντιπρόσωπο. Σε περίπτωση που το (β) κριτήριο δεν πληρούται, οι υπό κρίση συμβάσεις δεν υπάγονται στις διατάξεις του ν. 703/1977.

Γ. Διάκριση γνήσιου και μη γνήσιου εμπορικού αντιπροσώπου

Σύμφωνα με τη θεωρία του δικαίου των εμπορικών συμβάσεων, βασικά χαρακτηριστικά της σύμβασης εμπορικής αντιπροσωπείας είναι ο αμφοτεροβαρής χαρακτήρας της, η

σταθερότητα της σχέσης, η διάρκεια της παροχής του εμπορικού αντιπροσώπου, η αυτοτέλεια και ανεξαρτησία της παροχής του τελευταίου (οργανώνει ελεύθερα την εμπορική του δραστηριότητα, έχει δική του επαγγελματική στέγη, μπορεί να διατηρεί δίκτυο υπο-αντιπροσώπων), και η ενέργειά του στο όνομα και για λογαριασμό του αντιπροσωπευόμενου. Αντιθέτως ο διανομέας, αποκλειστικός ή επιλεκτικός, αν και έχει παρόμοια τυπολογικά χαρακτηριστικά με τον εμπορικό αντιπρόσωπο (οργανώνει ελεύθερα την εμπορική του δραστηριότητα, είναι ανεξάρτητος έμπορος με δική του επαγγελματική στέγη, υπερασπίζεται τα συμφέροντα του παραγωγού-εμπόρου), δεν ενεργεί στο όνομα και για λογαριασμό του προμηθευτή, δεν παίρνει προμήθεια και δεν υποχρεούται να μεταφέρει το επιτευχθέν οικονομικό αποτέλεσμα στον προμηθευτή του.

Προς διάκριση του διανομέα από τον εμπορικό αντιπρόσωπο ή άλλως του μη γνήσιου εμπορικού αντιπροσώπου, υπαγόμενου στην εμβέλεια των άρθρων 1 ν. 703/1977 και 81 ΕΚ, από το γνήσιο η Ευρωπαϊκή Επιτροπή (βλ. Ανακοίνωση της Επιτροπής – Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς, ΕΕ C 291, 13-10-2000, σελ. 1, σκέψη 13) και το ΔΕΚ μετήλθαν του κριτηρίου της κατανομής του κινδύνου της υπόθεσης και του κριτηρίου της ενσωμάτωσης (βλ. και Ε.Α., απόφαση 370/V/2007 της 28-11-2007, *Huyn dai II*, § 2.2). Αυτό πρακτικά σημαίνει ότι, προκειμένου να κριθεί αν ένας εμπορικός αντιπρόσωπος συνιστά επιχείρηση κατά την έννοια των προαναφερόμενων διατάξεων, ζήτημα που αξιολογείται κατά περίπτωση και με βάση την οικονομική πραγματικότητα της σχέσης μεταξύ των συμβαλλομένων μερών, εξετάζεται αν αυτός φέρει τόσο τους κινδύνους της υπόθεσης, τους κινδύνους δηλ. που σχετίζονται άμεσα με την προώθηση των συμβατικών προϊόντων, όσο και κινδύνους άσχετους αυτών της υπόθεσης ή άλλως ειδικούς κινδύνους, επενδύσεις δηλ. που απαιτούνται από την πλευρά του αντιπροσώπου προκειμένου να δραστηριοποιηθεί στην οικεία αγορά ως μέλος του δικτύου του αντιπροσωπευόμενου (*Ibidem*, σκέψεις 14-16), και εν τέλει αν όντως είναι ενσωματωμένος στην επιχείρηση του αντιπροσωπευόμενου.

Το κριτήριο της μεταβίβασης της κυριότητας των συμβατικών προϊόντων δεν αποτελεί πάντοτε το καθοριστικό κριτήριο, προκειμένου να τύχουν εφαρμογής τα άρθρα 1, § 1, ν. 703/1977 και 81, § 1, ΕΚ. Η μη μεταβίβαση της κυριότητας κάποιου εκ των συμβατικών προϊόντων αποτελεί απλά και μόνο ένδειξη ότι στην υπό εξέταση κάθε φορά περίπτωση πρέπει να συνεκτιμηθούν *in concreto* η κρισιμότητα και σπουδαιότητα των κινδύνων, που έχουν αναληφθεί, ο βαθμός ενσωμάτωσης του αντιπροσώπου στο δίκτυο του αντιπροσωπευόμενου και η παροχή από τον αντιπρόσωπο υπηρεσιών σχετικών με τη σύμβαση στο όνομα και για λογαριασμό του ιδίου. Ειδικότερα, έχει κριθεί ότι οι διατάξεις προστασίας ελεύθερου ανταγωνισμού έχουν εφαρμογή εφόσον ο αντιπρόσωπος αναλαμβάνει έστω έναν από τους κατωτέρω ενδεικτικώς αναφερομένους κινδύνους ή δαπάνες: δαπάνες μεταφοράς των προϊόντων, συμμετοχή στις διαφημιστικές δαπάνες για την προώθηση των προϊόντων του αντιπροσωπευόμενου, διατήρηση του κόστους χρηματοδότησης και διατήρησης των αποθεμάτων, ειδικές επενδύσεις σε εξοπλισμό, εγκαταστάσεις ή εκπαίδευση προσωπικού, ευθύνη έναντι τρίτων για ζημίες που προκαλούνται από πωλούμενο προϊόν (βλ. ΠΕΚ, απόφαση της 15-9-2005, *DaimlerChrysler κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής*, υπόθ. T-325/01, Συλλ. σελ. II-3319, σκέψεις 85 επ., και ΔΕΚ, απόφαση της 14-12-2006, *Confederación Española de Empresarios*, υπόθ. C-217/05, Συλλ. σελ. I-11987, σκέψεις 52 επ., και *ibidem*, σκέψεις 13-18).

Δ. Νομική αξιολόγηση της υπό κρίση σύμβασης

Στην παρούσα υπόθεση πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι οι Πράκτορες του ΟΠΑΠ:

i. δεν αποκτούν κυριότητα σε κάποιο προϊόν που τους μεταβιβάζεται από τον ΟΠΑΠ·

- ii) δεν αναλαμβάνουν δαπάνες μεταφοράς·
- iii) δε συμμετέχουν σε διαφημιστικές δαπάνες για την προώθηση των προϊόντων του ΟΠΑΠ·
- iv) δεν έχουν αναλάβει το κόστος χρηματοδότησης και διατήρησης αποθεμάτων·
- v) δεν προβαίνουν σε ειδικές επενδύσεις σε εξοπλισμό [σημειώνεται ότι με βάση τις υπό κρίση συμβάσεις (άρθρ. 6, §§ 1-3), ο ΟΠΑΠ αναλαμβάνει να τους παρέχει όλο τον αναγκαίο για τη διεξαγωγή των παιγνίων τεχνολογικό εξοπλισμό και να τον συντηρεί με δαπάνες του, καθώς και τα απαραίτητα έπιπλα, επιγραφές κλπ.]·
- vi) δεν προβαίνουν σε ειδικές επενδύσεις σε εγκαταστάσεις·
- vii) δεν προβαίνουν σε ειδικές επενδύσεις για την εκπαίδευση του προσωπικού·
- viii) δε φέρουν ευθύνη έναντι τρίτων για ζημιές που προκαλούνται από τα προϊόντα του ΟΠΑΠ.

Με βάση τα παραπάνω η Ε.Α. θεωρεί ότι, εφόσον οι πράκτορες του ΟΠΑΠ δεν αναλαμβάνουν κανένα από τους προαναφερόμενους κινδύνους, δε συνιστούν γνήσιους εμπορικούς αντιπροσώπους του. Κατά συνέπεια η Ε.Α. εκτιμά ότι οι πράκτορες του ΟΠΑΠ δεν αποτελούν επιχειρήσεις σύμφωνα με το δίκαιο του ανταγωνισμού και άρα η υπό κρίση σύμβαση δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 703/1977.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Η Επιτροπή Ανταγωνισμού-Τμήμα Β΄ δέχεται την αίτηση του Οργανισμού Προγνωστικών Αγώνων Ποδοσφαίρου Α.Ε. για χορήγηση αρνητικής πιστοποίησης, σύμφωνα με το άρθρο 11 του ν. 703/1977, σχετικά με τη σύμβαση εμπορικής αντιπροσώπευσης μεταξύ αυτού και 5.290 πρακτόρων του Οργανισμού.

Η απόφαση εκδόθηκε την **30^η Ιανουαρίου 2009**.

Η απόφαση να δημοσιευθεί στην Εφημερίδα της Κυβέρνησης, σύμφωνα με το άρθρο 26 παρ. 6 του ισχύοντος Κανονισμού Λειτουργίας και Διαχείρισης της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΦΕΚ Β΄ 1890/29.12.2006).

Η Προεδρεύουσα του Β΄ Τμήματος

Αριστέα Σινανιώτη

Η Συντάκτρια της Απόφασης

Δέσποινα Κλαβανίδου

Η Αναπληρώτρια Γραμματέας

Ηλιάνα Κούτρα