



ΤΟ

ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΕΦΕΤΕΙΟ ΑΘΗΝΩΝ

Τμήμα 18ο Τριμελές

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, στις 26 Σεπτεμβρίου 2019, με δικαστές τις: Χάιδω Χαρμπίλα-Κώτσου, Πρόεδρο Εφετών Διοικητικών Δικαστηρίων, Κλεοπάτρα Καλλικάκη και Αικατερίνη Σολδάτου – Εισηγήτρια, Εφέτες Διοικητικών Δικαστηρίων και γραμματέα την Κυριακή Καβούρη, δικαστική υπάλληλο,

για να δικάσει την από 18.3.2019 προσφυγή (αριθ.καταχ. ΠΡ250/19.3.2019)

της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «FOCUS BARI, ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΕΡΕΥΝΑΣ ΑΓΟΡΑΣ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ», που εδρεύει στην Αθήνα (Λεωφ. Βασιλίσσης Σοφίας αριθ. 59), εκπροσωπείται νόμιμα και παραστάθηκε με την πληρεξούσια δικηγόρο Ειρήνη Δαρούσου

κατά της Επιτροπής Ανταγωνισμού που εδρεύει στην Αθήνα (οδός Κότσικα αριθ. 1<sup>Α</sup>), εκπροσωπείται νόμιμα και παραστάθηκε με τον πληρεξούσιο δικηγόρο Πέτρο Φραγκίσκο, με δήλωση στη γραμματεία του Δικαστηρίου κατ' άρθρο 133 παρ. 2 του Κ.Δ.Δ.

**Μετά τη συνεδρίαση το Δικαστήριο συνήλθε σε διάσκεψη.**

**Η κρίση του είναι η εξής:**

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο των 750 ευρώ, κατ' άρθρο 45 παρ. 2 του ν. 3959/2011 (όπως η παρ. 2 αντικαταστάθηκε από 23.1.2017 με τα άρθρα 39 και 45 του ν. 4446/2016, ΦΕΚ Α'240/22.12.2016- σχ. το e-παράβολο 265294771959 0517 0051/18.3.2019 τύπος παραβόλου [1891]),



2. Επειδή, με την κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα ανώνυμη εταιρεία ζητά παραδεκτώως την ακύρωση, άλλως την τροποποίηση, της 620/2.12.2015 απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού σε Τμήμα, κατά το μέρος που με αυτήν επιβλήθηκε σε βάρος της πρόστιμο 31.512,03 ευρώ για παράβαση του άρθρου 1 του ν. 3959/2011, κατά το χρονικό διάστημα από 2.2.2011 έως 30.9.2013, με τη συμμετοχή της σε απαγορευμένη συμφωνία και περιορισμό/νόθευση του ανταγωνισμού στην αγορά μέτρησης ραδιοφωνικής ακροαματικότητας και έρευνας αγοράς, υποχρεώθηκε δε αυτή να παύσει και να παραλείπει την ίδια παράβαση στο μέλλον.

3. Επειδή, στο άρθρο 1 του ν. 703/1977 «Περί ελέγχου μονοπωλίων και oligοπωλίων και προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού» (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 συνιστάμεναι 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, της τεχνολογικής αναπτύξεως ή των επενδύσεων. γ) την κατανομήν των αγορών ή των πηγών εφοδιασμού. δ) ...» (όπως η παρ. 1 αντικαταστάθηκε με το άρθρο 1 του ν. 3784/2009, ΦΕΚΑ' 137) «2. Οι κατά την προηγούμενη παράγραφο απαγορευμένες συμφωνίες και αποφάσεις είναι απόλυτα άκυρες, εκτός αν ορίζεται διαφορετικά στον παρόντα νόμο. ...» (Η παρ. 2 αντικαταστάθηκε ως άνω με το άρθρο 15 του ν. 2000/1991, ΦΕΚΑ'206). «3. Συμφωνίες, αποφάσεις και περιπτώσεις εναρμονισμένης πρακτικής ή κατηγορίες αυτών, που εμπίπτουν στην παράγραφο 1 του παρόντος άρθρου είναι εν όλω ή εν μέρει ισχυρές, εφόσον πληρούν αθροιστικά τις πιο κάτω προϋποθέσεις: α) συμβάλλουν, με την εύλογη συμμετοχή των καταναλωτών, στην προκύπτουσα ωφέλεια, στην βελτίωση της παραγωγής ή της διανομής των προϊόντων ή στην προώθηση της τεχνικής ή οικονομικής προόδου, β) δεν επιβάλλουν στις οικείες επιχειρήσεις περιορισμούς πέραν των

απολύτως αναγκαίων για την πραγματοποίηση των ανωτέρω σκοπών και γ) δεν παρέχουν στις επιχειρήσεις αυτές τη δυνατότητα καταργήσεως του ανταγωνισμού σε σημαντικό τμήμα της οικείας αγοράς» (η παρ.3 αντικαταστάθηκε ως άνω με το άρθρο 1 του ν. 3784/2009). Επακολούθησε ο ν. 3959/2011 «Προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού» (Α' 93/20.4.2011), στο άρθρο 1 του οποίου ορίζεται 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 διάθεσης, της τεχνολογικής ανάπτυξης ή των επενδύσεων γ) στην κατανομή των αγορών ή των πηγών εφοδιασμού. δ) ... 2. ...3. Συμφωνίες, αποφάσεις και εναρμονισμένες πρακτικές, που εμπίπτουν στην παράγραφο 1, δεν απαγορεύονται, εφόσον πληρούν αθροιστικά τις κατωτέρω προϋποθέσεις: α) συμβάλλουν στη βελτίωση της παραγωγής ή της διανομής των προϊόντων ή στην προώθηση της τεχνικής ή οικονομικής προόδου, β) εξασφαλίζουν συγχρόνως στους καταναλωτές εύλογο τμήμα από το όφελος που προκύπτει, γ) δεν επιβάλλουν στις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις περιορισμούς μη απαραίτητους για την επίτευξη των στόχων αυτών και δ) δεν παρέχουν τη δυνατότητα κατάργησης του ανταγωνισμού ή κατάργησης αυτού σε σημαντικό τμήμα της σχετικής αγοράς, 4. ...». Περαιτέρω, στο άρθρο 4 του ίδιου νόμου ορίζεται ότι: «Κατά τη διαδικασία ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού για την εφαρμογή των άρθρων 1 και 2 καθένας φέρει το βάρος απόδειξης των ισχυρισμών του».

4. Επειδή, κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, κάθε συμφωνία ή εναρμονισμένη πρακτική μεταξύ επιχειρήσεων που έχει είτε ως αντικείμενο είτε ως εν δυνάμει αποτέλεσμα τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού, είναι αυτοδικαίως άκυρη και επισύρει την επιβολή των

κυρώσεων που προβλέπονται στις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 703/1977 (ήδη άρθρου 25 του ν. 3959/2011). Η απαγόρευση αυτή καταλαμβάνει αδιακρίτως τόσο τις συμφωνίες και εναρμονισμένες πρακτικές μεταξύ ανταγωνιστριών επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται στο ίδιο επίπεδο της αλυσίδας παραγωγής ή διανομής ("οριζόντιες συμπράξεις"), όσο και τις συμφωνίες και εναρμονισμένες πρακτικές μεταξύ μη ανταγωνιστριών επιχειρήσεων, που δραστηριοποιούνται σε διαφορετικά επίπεδα, οι οποίες (συμφωνίες και εναρμονισμένες πρακτικές) αφορούν τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες τα μέρη δύνανται να προμηθεύονται, πωλούν ή μεταπωλούν αγαθά και υπηρεσίες ("κάθετες συμπράξεις"). Περαιτέρω, οι δύο προϋποθέσεις που τάσσει το άρθρο 1 του ν. 3959/2011 (επιζήμιο για τον ανταγωνισμό αντικείμενο ή εν δυνάμει αποτέλεσμα μιας σύμπραξης) τίθενται διαζευκτικά και όχι σωρευτικά (ΣΤΕ 1324/2013, 2780/2012 7/μελές και οι εκεί παραπομπές σε νομολογία ΔΕΚ, ΠΕΚ).

5. Επειδή, εξ άλλου, κατά την έννοια των ίδιων διατάξεων, οι έννοιες «συμφωνία», «αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων» και «εναρμονισμένη πρακτική» καταλαμβάνουν, από υποκειμενική έποψη, μορφές συμπαιγνίας που έχουν την ίδια φύση και διακρίνονται μόνον ως προς την ένταση και τις μορφές υπό τις οποίες αυτές εκδηλώνονται. Κάθε συμφωνία ή εναρμονισμένη πρακτική μεταξύ επιχειρήσεων, η οποία έχει είτε ως αντικείμενο είτε ως εν δυνάμει αποτέλεσμα τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού, είναι απαγορευμένη και συνεπάγεται τη δυνατότητα επιβολής από την Επιτροπή Ανταγωνισμού των πιο πάνω μέτρων και κυρώσεων. Ειδικότερα, για να υπάρχει συμφωνία, αρκεί οι οικείες επιχειρήσεις να έχουν σχηματίσει κοινή βούληση να συμπεριφερθούν στην αγορά, η καθεμία στο πλαίσιο του ταμέα δραστηριότητάς της, κατά καθορισμένο τρόπο. Από την άποψη αυτή, σημασία δεν έχει η μορφή με την οποία εκδηλώνεται η βούληση και ο συντονισμός της δράσης των ενεχομένων επιχειρήσεων, ούτε αν έχει καταρτισθεί έγκυρη και δεσμευτική σύμβαση, κατά τους όρους του εθνικού δικαίου, ούτε αν οι ενεχόμενες επιχειρήσεις έχουν σχηματίσει την αντίληψη ότι, ως εκ της φύσεως

των μεταξύ τους επαφών και συνεννοήσεων έχουν νομική, εν τοις πράγμασι, ή ηθική υποχρέωση να τηρήσουν τα συμφωνηθέντα αλλά το περιεχόμενό της κοινής βούλησης, που μπορεί να προκύπτει τόσο από τις ρήτρες μιας σύμβασης, όσο και από τις αντίστοιχες εκδηλώσεις συμπεριφοράς των οικείων επιχειρήσεων, οι οποίες παρέχουν ευθέως ή εμμέσως ενδείξεις για την ύπαρξη και το περιεχόμενο της σύμπραξης. Εκδηλώσεις συμπεριφοράς που παρέχουν ευθέως ενδείξεις για την ύπαρξη και το περιεχόμενο της σύμπραξης μπορεί να είναι, μεταξύ άλλων, έγγραφές και στοιχεία από τα εμπορικά ή φορολογικά βιβλία των επιχειρήσεων, εσωτερικά έγγραφα, ανακοινώσεις, αλληλογραφία, και εν γένει κάθε μορφής δήλωση ή ανακοίνωση βούλησης ή παράστασης. Ως εναρμονισμένη δε πρακτική, νοείται η μορφή εκείνη συντονισμού, η οποία, χωρίς να έχει φθάσει μέχρι του σημείου της σύναψης κατά κυριολεξία συμφωνίας, αποτελεί, πάντως, συνεννόηση και εν τοις πράγμασι συνεργασία μεταξύ επιχειρήσεων, που αντικαθιστά συνειδητά τους κινδύνους του ανταγωνισμού και αντιστρατεύεται έτσι τη βασική αντίληψη των πιο πάνω διατάξεων, ότι κάθε επιχειρηματίας πρέπει να καθορίζει ο ίδιος, κατά τρόπο αυτόνομο, την πολιτική που προτίθεται να ακολουθήσει στην κοινή αγορά. Και ναι μεν η εν λόγω αυτονομία δεν σημαίνει πως ο επιχειρηματίας στερείται την ευχέρεια να προσαρμόζεται, με τον τρόπο που θεωρεί κατάλληλο, στη διαπιστούμενη ή την αναμενόμενη συμπεριφορά των ανταγωνιστών του, ακόμα και υιοθετώντας πολιτική παρόμοια με τη δική τους, εκείνο όμως που απαγορεύεται αυστηρά στις επιχειρήσεις είναι κάθε άμεση ή έμμεση μεταξύ τους επαφή, αποκαλυπτική της πολιτικής τους και ικανή να επηρεάσει τη συμπεριφορά ενός υπαρκτού ή δυνητικού ανταγωνιστή, εφόσον αυτό θα είχε, κατά τα προεκτεθέντα, ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα τη νόθευση του ανταγωνισμού που, υπό κανονικές συνθήκες, διέπει τη λειτουργία της σχετικής αγοράς, λαμβανομένων υπόψη του όγκου της, της φύσης των προϊόντων ή των υπηρεσιών που αποτελούν το αντικείμενό της, καθώς και του αριθμού και της σπουδαιότητας των επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται σ' αυτήν. Στην περίπτωση, εξ άλλου, κατά την οποία ορισμένη σύμπραξη, εν όψει του περιεχομένου της και των συγκεκριμένων συνθηκών, έχει, κατά τ' ανωτέρω,

αντικείμενο που είναι καθ' εαυτό, από τη φύση του, βλαπτικό για τον ανταγωνισμό, στοιχειοθετείται, κατ' αρχήν, εκ μόνου του λόγου τούτου, παράβαση των ανωτέρω διατάξεων, χωρίς να απαιτείται ούτε περαιτέρω έρευνα για τα αποτελέσματά της στη σχετική αγορά ούτε ειδική οικονομική ανάλυση της τελευταίας (βλ. ΣτΕ 3103/2015, 1324/2013, 2780/2012).

6. Επειδή, τέλος, το Δικαστήριο της ουσίας, που ελέγχει την κρίση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, υποχρεούται, εφαρμόζοντας τις περί αποδείξεως διατάξεις (άρθρα 144 επ.) του Κ.Δ.Δ. να σχηματίσει πλήρη και βέβαιη δικανική πεποίθηση για τη διάπραξη της παράβασης. Προς τούτο δεν απαιτείται άμεση απόδειξη του καθενός από τα περιστατικά που τη συγκροτούν, παρά αρκεί, από τη συνολική και όχι μεμονωμένη και αποσπασματική εκτίμηση των κατ' ιδίαν αποδεικτικών μέσων, να προκύπτουν σοβαρές και συγκλίνουσες ενδείξεις, οι οποίες, έστω και αν αυτοτελώς εξεταζόμενες είναι ανεπαρκείς, συνεκτιμώμενες, αρκούν για να στηρίξουν δικαστικό τεκμήριο περί τη συνδρομή περιστάσεων που (συνεκτιμώμενες και αυτές) στοιχειοθετούν (άμεσα ή έμμεσα, δια της συναγωγής περαιτέρω δικαστικού τεκμηρίου) τη διάπραξη της παράβασης. Εξάλλου, έστω και αν το νόμιμο βάρος απόδειξης της παράβασης φέρει, σύμφωνα με τις αρχές αυτές, η Επιτροπή, τα πραγματικά στοιχεία τα οποία επικαλείται η μία πλευρά μπορεί να είναι ικανά να υποχρεώσουν την άλλη πλευρά να παράσχει μια εξήγηση ή αιτιολογία, ελλείψει της οποίας να επιτρέπεται να συναχθεί ότι η πρώτη πλευρά ανταποκρίθηκε στην υποχρέωσή της. Η κατά τα ανωτέρω απόδειξη δια δικαστικού τεκμηρίου δεν συνιστά αντιστροφή του βάρους απόδειξης, αλλά ρύθμιση η οποία αφορά την εκτίμηση των αποδεικτικών στοιχείων, στηριζόμενη στα διδάγματα της κοινής πείρας. Με άλλα λόγια, πριν καν τεθεί το ζήτημα της κατανομής του βάρους αποδείξεως, οι διάδικοι καλούνται εκ περιτροπής να εκπληρώσουν την υποχρέωσή τους να στηρίξουν με αποδεικτικά στοιχεία τις θέσεις τους (ΣτΕ 1036/2016, 2780/2012 με τις εκεί παραπομπές σε αποφάσεις ΔΕΚ).

7. Επειδή, στο άρθρο 9 του ν. 703/1977 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) ... ε) να επιβάλει πρόστιμο στις επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων που υπέπεσαν στην παράβαση. ... 2. Το κατά την προηγούμενη παράγραφο επιβαλλόμενο ή απειλούμενο πρόστιμο μπορεί να φτάνει μέχρι ποσοστού δεκαπέντε τοις εκατό (15%) των ακαθάριστων εσόδων της επιχείρησης της 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. Για τον καθορισμό του ύψους του προστίμου πρέπει να λαμβάνονται υπόψη η σοβαρότητα και η διάρκεια της παράβασης....» (το πρώτο εδάφιο της παρ.2 αντικαταστάθηκε ως άνω με το άρθρο 17 του ν. 3784/2009,ΦΕΚΑ' 137, το οποίο τίθεται σε ισχύ μετά πάροδο τριάντα (30) ημερών από τη δημοσίευση του νόμου αυτού στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως). Επακολούθησε ο ν. 3959/2011 στο άρθρο 25 του οποίου, με τον τίτλο «Εξουσίες της Επιτροπής επί παραβάσεων», ορίζονται τα εξής: «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) να υποχρεώσει τις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις ή τις ενώσεις επιχειρήσεων να παύσουν την παράβαση και να παραλείπουν αυτή στο μέλλον γ) να επιβάλει μέτρα συμπεριφοράς ή διαρθρωτικού χαρακτήρα, ... 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, ε) ... στ) ... 2. α) Το πρόστιμο που επαπειλείται 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. ... Για τον καθορισμό του ύψους του προστίμου λαμβάνονται υπόψη η σοβαρότητα, η διάρκεια, η γεωγραφική έκταση της παράβασης, η διάρκεια και το είδος της συμμετοχής στην παράβαση της συγκεκριμένης επιχείρησης, καθώς και το οικονομικό όφελος που αποκόμισε. Εφόσον είναι δυνατόν να υπολογιστεί το ύψος του οικονομικού οφέλους της επιχείρησης από την παράβαση, το ύψος του επιβαλλόμενου προστίμου δεν μπορεί να είναι μικρότερο από αυτό, ακόμα και αν υπερβαίνει το ποσοστό που ορίζεται στο πρώτο εδάφιο της παρούσας. β) ... γ) ... 3. ...».

8. Επειδή, εξάλλου, η Επιτροπή Ανταγωνισμού, με την Ανακοίνωση της 17<sup>ης</sup> Ιουλίου 2009 σχετικά με την «Ερμηνεία αναφορικά με το εύρος των ακαθαρίστων εσόδων από προϊόντα ή υπηρεσίες που καθορίζουν το βασικό ποσό προστίμου σε περίπτωση παράβασης των άρθρων 1,2 και 2α του ν.703/77 και 81,82 ΣυνθΕΚ», καθόρισε ότι: «Δεδομένου ότι το πρόστιμο αφ' ενός επιβάλλεται ως κύρωση για ορισμένη παράβαση, αφ' ετέρου όμως πρέπει να συμβάλλει και στην αποτροπή των επιχειρήσεων από την επανάληψη παρομοίων αντιανταγωνιστικών συμπεριφορών στο μέλλον, ως βάση για τον υπολογισμό του ύψους του, λαμβάνεται υπόψη το σύνολο των ακαθαρίστων εσόδων της επίμαχης επιχείρησης στη σχετική αγορά του προϊόντος. Αντίθετη άποψη θα αποστερούσε το πρόστιμο από τον επιδιωκόμενο αποτρεπτικό χαρακτήρα του, στο μέτρο που θα το περιόριζε στην μερική κατά το πλείστον κάλυψη των κερδών που αποκόμισε μία επιχείρηση από την προσαπτόμενη σε αυτήν αντιανταγωνιστική συμπεριφορά. ...». Περαιτέρω, με την Ανακοίνωση της 12<sup>ης</sup> Μαΐου 2006 για τις «Κατευθυντήριες γραμμές για τον υπολογισμό των προστίμων που επιβάλλονται δυνάμει του άρθρου 9 του ν.703/1977, όπως ισχύει», καθορίστηκε ότι: «5. Για τον υπολογισμό του προστίμου που πρέπει να επιβληθεί στις επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων που υπέπεσαν στην



παράβαση, η Επιτροπή χρησιμοποιεί την ακόλουθη μέθοδο. 6. Πρώτον, καθορίζει ένα βασικό ποσό προστίμου για κάθε επιχείρηση ή ένωση επιχειρήσεων σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τη διάρκεια της παράβασης. 7. Δεύτερον, εφόσον το κρίνει σκόπιμο, προσαυξάνει ή μειώνει το βασικό ποσό, ανάλογα με το εάν συντρέχουν αντίστοιχα επιβαρυντικές ή ελαφρυντικές περιστάσεις. Α. Βασικό ποσό προστίμου. 8. Το βασικό ποσό του προστίμου προκύπτει ως εξής: α) ορίζεται ποσοστό ύψους μέχρι τριάντα τοις εκατό (30%) επί των ετήσιων ακαθάριστων εσόδων της επιχείρησης από προϊόντα ή υπηρεσίες που αφορούν στην παράβαση, με κριτήριο τη σοβαρότητα αυτής και β) το ποσοστό αυτό υπολογίζεται επί των ετήσιων ως άνω εσόδων για κάθε έτος της παράβασης αθροιστικά. 9. ... Σοβαρότητα της παράβασης. Διάρκεια της παράβασης. Β. Επιβαρυντικές περιστάσεις 14. Το βασικό ποσό του προστίμου μπορεί να προσαυξάνεται, εάν συντρέχουν επιβαρυντικές περιστάσεις, όπως: όταν η εμπλεκόμενη επιχείρηση έχει διαπράξει στο παρελθόν διαπιστωμένη παράβαση, όταν η εμπλεκόμενη επιχείρηση αρνήθηκε να συνεργαστεί, όταν η εμπλεκόμενη επιχείρηση είχε ηγετικό ρόλο στην παράνομη συμπεριφορά. Γ. Ελαφρυντικές περιστάσεις: όταν η εμπλεκόμενη επιχείρηση παρέχει αποδείξεις ότι έχει παύσει την παράβαση, όταν η εμπλεκόμενη επιχείρηση αποδεικνύει ότι από αμέλεια οδηγήθηκε στην παράβαση, όταν η εμπλεκόμενη επιχείρηση παρέχει αποδείξεις ότι η εμπλοκή της στην παράβαση είναι ιδιαίτερα περιορισμένη, ή ότι στην πράξη με σαφή και ουσιαστικό τρόπο αντιτάχθηκε στην εφαρμογή της παράνομης συμπεριφοράς, όταν η εμπλεκόμενη επιχείρηση συνεργάστηκε αποτελεσματικά με την Επιτροπή, πέραν του πεδίου εφαρμογής του Προγράμματος Επιείκειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού».

9. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση από τα στοιχεία της δικογραφίας προκύπτουν τα εξής: Η προσφεύγουσα συστάθηκε το 1988 ως εταιρεία περιορισμένης ευθύνης με την επωνυμία «Αθηναϊκό Κέντρο Ερευνών FOCUS Ε.Π.Ε.», το έτος 1993 μετασχηματίσθηκε σε ανώνυμη εταιρεία με την αρχική επωνυμία, το έτος 2002 ίδρυσε την θυγατρική εταιρεία «BARI MRS

Υπηρεσίες Ερευνών Media Ανώνυμη Εταιρεία (BARI MEDIA RESEARCH SERVICES S.A.)» και τον Δεκέμβριο του έτους 2006 η τελευταία εταιρεία συγχωνεύθηκε δι' απορροφήσεως από την εταιρεία «Αθηναϊκό Κέντρο Ερευνών FOCUS ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ», η οποία μετονομάστηκε σε «FOCUS BARI Υπηρεσίες Έρευνας Αγοράς Α.Ε.». Η προσφεύγουσα δραστηριοποιείται στον τομέα της έρευνας αγοράς και, ειδικότερα, στον τομέα των συνδρομητικών ερευνών μετρήσεων MME (έρευνες σε συνεχή βάση) και στον τομέα των ad-hoc ερευνών αγοράς (έχει ήδη δραστηριοποιηθεί μέσω σχετικών ερευνών σε τηλεπικοινωνίες, τεχνολογία, φαρμακευτικά προϊόντα, οικονομικές και ασφαλιστικές υπηρεσίες, αυτοκίνητα, λιανεμπόριο, αγορές, τρόφιμα κλπ.), από το 2010, δε, έχει επεκταθεί η δραστηριότητά της και στον τομέα των ερευνών μέσω διαδικτύου (on line). Επί πολλά έτη, είναι η μοναδική εταιρεία στην Ελλάδα η οποία διεξάγει έρευνες μέτρησης ραδιοφωνικής ακροαματικότητας σε συνεχή βάση πανελλαδικά α) των ραδιοφωνικών σταθμών Αττικής, β) των ραδιοφωνικών σταθμών Θεσσαλονίκης και γ) των ραδιοφωνικών σταθμών της περιφέρειας (με διαφορετικό μοντέλο-τρόπο διεξαγωγής της έρευνας σε καθεμία από τις τρεις ως άνω περιοχές). Όσον αφορά, ειδικότερα, την μέτρηση της ακροαματικότητας ραδιοφωνικών σταθμών Αττικής, το επιχειρηματικό μοντέλο που χρησιμοποιείται είναι το "jointindustrycommittees" (JIC), σύμφωνα με το οποίο την ανάθεση των σχετικών υπηρεσιών επιβλέπει η «ΑΣΤΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΜΕΤΡΗΣΗΣ ΑΚΡΟΑΜΑΤΙΚΟΤΗΤΑΣ ΡΑΔΙΟΦΩΝΙΚΩΝ ΣΤΑΘΜΩΝ ΑΤΤΙΚΗΣ» (εφεξής ΑΕΜΑΡ), στην οποία συμμετέχουν τόσο οι ιδιοκτήτες των μέσων ενημέρωσης όσο και οι εταιρείες που δραστηριοποιούνται στην ευρύτερη αγορά της διαφήμισης. Η ΑΕΜΑΡ είναι μη κερδοσκοπική αστική εταιρεία, η οποία ιδρύθηκε το 2005 από την Ένωση Ιδιοκτητών Ιδιωτικών Ραδιοφωνικών Σταθμών Αθηνών (ΕΙΡΑ) και την Ένωση Εταιρειών Διαφήμισης – Επικοινωνίας Ελλάδος (ΕΔΕΕ) με σκοπό την ανάθεση (με την προκήρυξη και διενέργεια σχετικών διαγωνισμών) σε τρίτο φυσικό ή νομικό πρόσωπο νέου και ενιαίου συστήματος μέτρησης ακροαματικότητας των ραδιοφωνικών σταθμών που εκπέμπουν νόμιμα στην περιφέρεια του νομού Αττικής, τον καθορισμό των προδιαγραφών

της έρευνας και τον έλεγχο των αποτελεσμάτων της. Οι συμβάσεις, δε, που υπογράφονται είναι τριμερείς, μεταξύ της ΑΕΜΑΡ (ως αρχής ανάθεσης του έργου), του αναδόχου και έκαστου ραδιοφωνικού σταθμού. Αντιθέτως, στη Θεσσαλονίκη το επιχειρηματικό μοντέλο μετρήσεων διαφοροποιείται σε σχέση με αυτό της Αττικής και, συγκεκριμένα, υπογράφονται διμερείς συμβάσεις μεταξύ της εταιρείας έρευνας αγοράς που διεξάγει την έρευνα της ακροαματικότητας (δηλ. την FOCUS από το 2005) και έκαστου ραδιοφωνικού σταθμού που εκπέμπει στην περιοχή, χωρίς τη διενέργεια διαγωνιστικής διαδικασίας από κάποιον κεντρικό φορέα διαχείρισης. Εξάλλου, η εταιρεία «MRB ΕΛΛΑΣ Γραφείο Έρευνας Αγοράς» (εφεξής MRB) είναι ανώνυμη εταιρεία που ιδρύθηκε το 1989 με αντικείμενο την διεξαγωγή πάσης φύσης ερευνών, από το 2000, δε, ξεκίνησε την προώθηση στην Ελλάδα της διεθνούς έρευνας TGI, ως έρευνας ακροαματικότητας/αναγνωσιμότητας, χωρίς όμως μεγάλη διείσδυση, λόγω της επικράτησης της προσφεύγουσας στον χώρο αυτό. Στις 22.9.2005, η ΑΕΜΑΡ προκήρυξε διαγωνισμό για την υλοποίηση έρευνας με τίτλο «Έρευνα ΑΕΜΑΡ ΒΑΡΙ –Ακροαματικότητα Ραδιοφώνου Ν. Αττικής», στον οποίο υπέβαλαν αυτοτελώς προσφορές η προσφεύγουσα, η MRB και δύο ακόμη εταιρείες, ανάδοχος, δε, ανακηρύχθηκε η προσφεύγουσα. Οι συμβάσεις υπεγράφησαν την 1.8.2006 και ήταν τριμερείς, μεταξύ της ΑΕΜΑΡ, της προσφεύγουσας και έκαστου ραδιοφωνικού σταθμού (ως τρίτου συμβαλλόμενου). Κατά τα οριζόμενα στις σχετικές συμβάσεις, η διάρκεια των επίσημων μετρήσεων ήταν 24 μήνες (από 21.3.2006 έως 20.3.2008) με δυνατότητα διετούς παράτασης (έως 31.3.2010), εντέλει όμως οι σχετικές συμβάσεις παρέμειναν σε ισχύ έως το 2014, μέσω διαδοχικών παρατάσεων, λόγω και της κήρυξης άγονου του διαγωνισμού που προκηρύχθηκε το 2010. Συγκεκριμένα, στις 8.12.2010 η ΑΕΜΑΡ προκήρυξε νέο διαγωνισμό μέτρησης ραδιοφωνικής ακροαματικότητας Αττικής, στον οποίο συμμετείχαν οι εταιρείες FOCUS-MRB, ως ένωση εταιρειών (το δε ιδιωτικό συμφωνητικό σύστασης αυτής υποβλήθηκε στην ΑΕΜΑΡ). Ο διαγωνισμός όμως αυτός κηρύχθηκε άγονος από το Διοικητικό Συμβούλιο της ΑΕΜΑΡ, σύμφωνα με το πρακτικό της συνεδρίασης της 7.2.2012, με την αιτιολογία ότι αφ' ενός η ανωτέρω ένωση των

δύο εταιρειών «δημιούργησε εύλογα την εντύπωση ότι η προσφορά τους θα ήταν ακριβότερη και επομένως δυσβάσταχτη για τους ραδιοφωνικούς σταθμούς/μέλη [της ΑΕΜΑΡ]» και αφ' ετέρου «δεν θα υπήρχε ουσιαστικός ανταγωνισμός και στον τομέα των τεχνικών προσφορών» (βλ. προσβαλλόμενη παρ. 53 που παραπέμπει στην 289/10.1.2014 επιστολή της ΑΕΜΑΡ). Στις 29.7.2013 η ΑΕΜΑΡ προκήρυξε ανοικτό διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου του έργου «Μέτρηση της Ραδιοφωνικής Ακροαματικότητας στην Αττική» συνολικής διάρκειας όχι ανώτερης των 38 μηνών. Η προσφεύγουσα και η MRB κατέθεσαν αυτοτελώς προτάσεις, ο δε διαγωνισμός ολοκληρώθηκε στις 26.2.2014, με την ανάδειξη της προσφεύγουσας FOCUS, ως αναδόχου του έργου.

10. Επειδή, εν τω μεταξύ, με αφορμή καταγγελία που κατατέθηκε στις 11.6.2012 στην Επιτροπή Κεφαλαιαγοράς από την εταιρεία «Ραδιοφωνικές Επιχειρήσεις ΒΗΜΑ FM Α.Ε.» κατά της προσφεύγουσας και της ΑΕΜΑΡ, σχετικά με ενδεχόμενες παραβάσεις των άρθρων 1 και 2 του ν. 3959/2011 περί προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού καθώς και των άρθρων 101 και 102 της Σ.Λ.Ε.Ε., διενεργήθηκε, στις 11.7.2012, επιτόπιος έλεγχος στα γραφεία της προσφεύγουσας, κατ' άρθρο 39 του ν. 3959/2011. Από τον έλεγχο αυτό δεν προέκυψαν ευρήματα που θα μπορούσαν να θεμελιώσουν τις περιγραφόμενες στην καταγγελία παραβάσεις και, ως εκ τούτου, η καταγγελία απορρίφθηκε ως προφανώς αβάσιμη. Εντούτοις, προέκυψαν, κατά την κρίση του ελέγχου, ενδείξεις για ενδεχόμενη σύμπραξη της προσφεύγουσας και της MRB, κατά παράβαση του άρθρου 1 του ν. 703/1977 (νυν άρθρου 1 του ν. 3959/2011), στη σχετική αγορά μέτρησης ακροαματικότητας ραδιοφωνικών σταθμών. Συγκεκριμένα, εντοπίσθηκε έγγραφο με τίτλο «ΜΗ ΑΝΑΚΟΙΝΩΣΙΜΟ ΙΔΙΩΤΙΚΟ ΣΥΜΦΩΝΗΤΙΚΟ ΡΥΘΜΙΣΗΣ ΣΧΕΣΕΩΝ ΜΕΛΩΝ ΕΝΩΣΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΩΝ», το οποίο υπεγράφη στις 2.2.2011 από τους εκπροσώπους της προσφεύγουσας και της εταιρείας MRB και αφορούσε αφ' ενός μεν (όρος 1) στη συμμετοχή των δύο εταιρειών, ως ένωσης εταιρειών, στον ανοικτό διαγωνισμό που προκήρυξε η ΑΕΜΑΡ στις 8.12.2010 για την ανάθεση του έργου «Μέτρηση της

Ραδιοφωνικής Ακροαματικότητας στην Αττική» -ο οποίος, κατά τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, κηρύχθηκε εντέλει άγονος από το Δ.Σ. της ΑΕΜΑΡ στις 7.2.2012- και αφ' ετέρου (όροι 2 και 3) σε δεσμεύσεις των δύο εταιρειών για μελλοντικούς (χωρίς χρονικό περιορισμό) διαγωνισμούς στην περιοχή της Αττικής και της Θεσσαλονίκης. Ειδικότερα, στο συμφωνητικό αυτό ορίζεται, μεταξύ άλλων, ότι: «Α. Σε περίπτωση που ο διαγωνισμός κατακυρωθεί στην Ένωση, τα εδώ συμβαλλόμενα μέρη ρυθμίζουν ήδη από σήμερα και δια της παρούσης τις μεταξύ τους σχέσεις και τους όρους συνεργασίας τους αναφορικά με την εκτέλεση του Έργου, ως εξής: 1.α .... β. ....» [αφορά στο υπό ανάθεση έργο] «2. Τα εδώ συμβαλλόμενα μέρη στο πλαίσιο της μεταξύ τους συνεργασίας, το οποίο περιγράφεται στο προαναφερθέν ιδιωτικό συμφωνητικό Ένωσης, για την ανάληψη του Έργου «Μέτρηση της ραδιοφωνικής ακροαματικότητας στην Αττική» που προκήρυξε η ΑΕΜΑΡ, δηλώνουν και δεσμεύονται με το παρόν ότι θα συνεργαστούν αποκλειστικά και μόνον μεταξύ τους για τη συμμετοχή τους στον συγκεκριμένο διαγωνισμό και για την ανάληψη και εκτέλεση του συγκεκριμένου έργου, αλλά και μελλοντικά (χωρίς χρονικό περιορισμό) σε οποιασδήποτε μορφής διαγωνιστική ή άλλη διαδικασία που θα προκηρύξει είτε η ΑΕΜΑΡ είτε οποιαδήποτε άλλη αναθέτουσα αρχή για την ανάθεση και ανάληψη του Έργου για την «ΜΕΤΡΗΣΗ ΡΑΔΙΟΦΩΝΙΚΗΣ ΑΚΡΟΑΜΑΤΙΚΟΤΗΤΑΣ ΣΤΗΝ ΑΤΤΙΚΗ», και υπογραφής της σχετικής σύμβασης και ότι η κάθε μελλοντική συνεργασία τους αυτή θα υλοποιηθεί με βάση τους όρους του με σημερινή ημερομηνία ανωτέρω ιδιωτικού συμφωνητικού Ένωσης και με μορφή που τα μέρη θα κρίνουν υπό τις εκάστοτε περιστάσεις συμφερότερη (ενδεικτικά: κοινοπραξία, ένωση, υπεργολαβία) καθώς επίσης δηλώνουν και δεσμεύονται με το παρόν ότι έκαστο των εδώ συμβαλλομένων μερών δεν θα διεκδικήσει ούτε και θα αναλάβει είτε μόνο του είτε σε συνεργασία με οποιοδήποτε άλλο φυσικό ή νομικό πρόσωπο, το ανωτέρω Έργο και μελλοντικά (χωρίς χρονικό περιορισμό) το σύνολο ή/και μέρος οποιουδήποτε ΕΡΓΟΥ σχετικού με την ΜΕΤΡΗΣΗ ΡΑΔΙΟΦΩΝΙΚΗΣ ΑΚΡΟΑΜΑΤΙΚΟΤΗΤΑΣ ΣΤΗΝ ΑΤΤΙΚΗ. Σε αυτήν την περίπτωση τα δύο μέλη δεσμεύονται όπως εκδηλώσουν γραπτά το σχετικό ενδιαφέρον τους εντός 10

ημερών από την ημερομηνία της εκάστοτε σχετικής προκήρυξης. 3. Ρητά τα εδώ συμβαλλόμενα μέρη συμφωνούν ότι η FOCUS BARI A.E., δεδομένου ήδη από έτους 1989 αναλαμβάνει και εκτελεί – διενεργεί από μόνη της το έργο της μέτρησης ραδιοφωνικής ακροαματικότητας για την περιοχή της Θεσσαλονίκης, θα συνεχίσει να αναλαμβάνει, εκτελεί – διενεργεί μόνη της αντίστοιχο έργο στην περιοχή της Θεσσαλονίκης, ενώ η MRB ΕΛΛΑΣ ΑΕ ρητά υπόσχεται και δεσμεύεται ότι δεν θα διεκδικήσει ούτε και θα αναλάβει είτε μόνη της είτε σε συνεργασία με οποιοδήποτε άλλο φυσικό ή νομικό πρόσωπο, μελλοντικά (χωρίς χρονικό περιορισμό) το σύνολο ή/και μέρος οποιουδήποτε ΕΡΓΟΥ σχετικού με την ΜΕΤΡΗΣΗ ΡΑΔΙΟΦΩΝΙΚΗΣ ΑΚΡΟΑΜΑΤΙΚΟΤΗΤΑΣ ΣΤΗΝ ΠΕΡΙΟΧΗ ΤΗΣ ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗΣ. 4. ... 6. Σε περίπτωση που κάποιο από τα εδώ συμβαλλόμενα μέρη παραβεί υπαίτια τις υποχρεώσεις και δεσμεύσεις του οι οποίες προβλέπονται μόλις ανωτέρω, τότε και για κάθε μία περίπτωση τέτοιας παράβασης θα υποχρεούται να καταβάλει προς το έτερο συμβαλλόμενο μέρος την κατωτέρω προβλεπόμενη ποινική ρήτρα... ίση με το ποσό του

Περαιτέρω, από τον έλεγχο που επακολούθησε προέκυψαν:  
α) σποραδικές επαφές μεταξύ των εμπλεκόμενων εταιρειών ήδη από το 2008 (σχ. παρ 69 της προσβαλλόμενης με αναφορές, ιδίως, σε τετράδια σημειώσεων της MRB με ημερομηνίες 23.1.2008 και 14.3.2008 — και έγγραφο με ημερομηνία 16.12.2008 περί συνάντησης των εταιρειών έρευνας αγοράς με εκπροσώπους της επιτροπής των μέσων ενημέρωσης της ΕΔΕΕ, κατόπιν της οποίας έγινε συζήτηση μεταξύ των εταιρειών FOCUS και MRB για πιθανή συνεργασία στα πλαίσια σύνδεσης των ερευνών των δύο εταιρειών), β) κατόπιν της προκήρυξης του διαγωνισμού του 2010 από την ΑΕΜΑΡ, πλήθος ηλεκτρονικών μηνυμάτων τα οποία αντηλλάγησαν μεταξύ των στελεχών των εμπλεκόμενων εταιρειών και αφορούσαν είτε σε τεχνικά θέματα αναφορικά με την κατάθεση κοινής πρότασης από τις δύο εταιρείες στον διαγωνισμό είτε σε προώθηση προσχεδίου του επίμαχου συμφωνητικού και διαφωνίες σχετικά με συγκεκριμένους όρους αυτού ή σε δυσκολίες στη συνεργασία των δύο εταιρειών και γ) μετά την κήρυξη άγονου του διαγωνισμού αυτού, ηλεκτρονικό μήνυμα στις 6.11.2012 από στέλεχος της MRB προς την προσφεύγουσα, με θέμα

«Μέτρηση Ραδιοφώνου», με το οποίο ενημέρωσε ότι η ΑΕΜΑΡ προτίθεται να διενεργήσει νέο διαγωνισμό, επεσήμανε, δε, ότι εάν διαβάσει το μεταξύ τους υπογεγραμμένο συμφωνητικό ρύθμισης σχέσεων μελών ένωσης, θα καταλάβει ότι δεν δεσμεύει τις εταιρείες να συνεργασθούν μεταξύ τους υποχρεωτικά. Στο ίδιο ηλεκτρονικό μήνυμα αναφέρεται επίσης συγκεκριμένη ημέρα και ώρα συνάντησης των μερών προκειμένου να συζητήσουν σχετικά με το θέμα αυτό (βλ. προσβαλλόμενη απόφαση Κεφάλαιο 5.2. «Λοιπά ευρήματα», παρ. 69 έως 84).

11. Επειδή, η Επιτροπή Ανταγωνισμού, προκειμένου να ελέγξει αν εν προκειμένω τίθεται ζήτημα παράβασης των αρχών του ανταγωνισμού, κατά το άρθρο 1 παρ. 1 του ν. 3959/2011, έλαβε υπ' όψιν τα στοιχεία του φακέλου, τις απόψεις που διατύπωσαν εγγράφως με τα υπομνήματά τους και προφορικά ενώπιόν της οι πληρεξούσιοι δικηγόροι των μερών και την κατάθεση μάρτυρα της FOCUS BARI κατά την ακροαματική διαδικασία, καταλήγοντας στα εξής: Α) Έκρινε ότι οι συμπράττουσες εν προκειμένω επιχειρήσεις διεξάγουν κατά τρόπο αυτόνομο εμπορική και οικονομική δραστηριότητα και, συνεπώς, εμπίπτουν στην έννοια της επιχείρησης, κατά την έννοια του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 3959/2011. Β) Έκρινε ότι το ιδιωτικό συμφωνητικό ρύθμισης σχέσεων που συνήψαν οι ανωτέρω επιχειρήσεις στις 2.2.2011, εμπίπτει ευθέως στην έννοια της «συμφωνίας», κατά την έννοια της ίδιας ανωτέρω διάταξης, καθώς αποτυπώνει κατά τρόπο σαφή την κοινή τους βούληση να συντονίσουν για το μέλλον τη δράση τους στην αγορά βάσει ρητά διατυπωμένων όρων (2 και 3 του συμφωνητικού αυτού), η ανωτέρω δε συμφωνία έλαβε και τυπική μορφή, αφού καταρτίσθηκε εγγράφως και, επιπλέον, προβλέπει κυρώσεις σε περίπτωση μη εφαρμογής της. Επίσης, έκρινε ότι «συμφωνία» συνιστούν και οι προπαρασκευαστικές πράξεις του ανωτέρω συμφωνητικού, καθώς και οι όποιες συνακόλουθες ενέργειες των συμβαλλομένων κατά την υλοποίησή τους. Γ) Απέρριψε, κατά πλειοψηφία, τον ισχυρισμό των δύο επιχειρήσεων, σύμφωνα με τον οποίο δεν υφίσταται συμφωνία εφόσον οι όροι 2 και 3 του «μη ανακοινώσιμου» συμφωνητικού ρύθμισης σχέσεων» τελούν υπό την

αναβλητική αίρεση της κατακύρωσης του διαγωνισμού της 8.12.2010 στην ένωση των δύο εταιρειών. Συγκεκριμένα, η ΕΑ έκρινε, κατά πλειοψηφία, ότι για τον σκοπό διαπίστωσης συμφωνίας, κατά την έννοια του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 3959/2011, δεν απαιτείται η συμφωνία αυτή να είναι δεσμευτική και να παράγει έννομα αποτελέσματα, η δε συμφωνηθείσα αίρεση δεν ισοδυναμεί με έλλειψη κοινής βούλησης ως προς την συμπεριφορά που θα ακολουθήσουν τα μέρη στην αγορά, αλλά αφορά στον χρόνο και τις προϋποθέσεις εφαρμογής των όσων συμφωνήθηκαν. Δ) Έκρινε ότι η υπό κρίση συμφωνία συνιστά «συμφωνία μεταξύ ανταγωνιστών», διότι οι συμπράττουσες επιχειρήσεις δραστηριοποιούνται στο ίδιο επίπεδο αγοράς, ήτοι στην παροχή υπηρεσιών μέτρησης μέσω ενημέρωσης και έρευνας αγοράς. Τούτο επιβεβαιώνεται, κατά την ΕΑ, από το γεγονός ότι στους διαγωνισμούς μέτρησης ραδιοφωνικής ακροαματικότητας που προκηρύσσει η ΑΕΜΑΡ, υποβάλλονται προσφορές από εταιρείες που δραστηριοποιούνται κατά βάση στον τομέα της έρευνας αγοράς, καθώς διαθέτουν τον αναγκαίο υλικοτεχνικό εξοπλισμό και δεν απαιτείται ειδική υποδομή. Μόνη δε προϋπόθεση που δεν επέτρεπε, εν προκειμένω, στην εταιρεία MRB να διεισδύσει αποτελεσματικά στον ειδικό αυτό χώρο ήταν, κατά την Επιτροπή, η έλλειψη τεχνογνωσίας (απαραίτητης στο πλαίσιο διαγωνισμών της ΑΕΜΑΡ που θέτουν συγκεκριμένες προδιαγραφές). Με δεδομένο λοιπόν ότι η προσφεύγουσα διαθέτει την απαραίτητη τεχνογνωσία -καθώς διενεργεί, επί σειράν ετών, σε συνεχή βάση, την έρευνα ραδιοφωνικής ακροαματικότητας και τα αποτελέσματά της αποτελούν το νόμισμα («currency») της αγοράς ραδιοφωνικής διαφήμισης, δηλαδή τον κοινά αποδεκτό τρόπο αποτίμησης της εκάστοτε αγοράς ραδιοφωνικών μέσω ενημέρωσης και των εταιρειών που δραστηριοποιούνται σε αυτήν- η MRB θέλησε να προσεγγίσει επιχειρηματικά την προσφεύγουσα για να αποκτήσει σταδιακά την απαραίτητη τεχνογνωσία εκτέλεσης του έργου αποδεχόμενη περιορισμούς και δεσμεύσεις. Εξάλλου, και η προσφεύγουσα παρατηρώντας ότι η MRB άρχισε να διεισδύει στον χώρο αυτό (με τη συμμετοχή της και στον διαγωνισμό του έτους 2005), απέβλεψε στη δέσμευση της MRB, ότι στο μέλλον θα υπέβαλαν από κοινού προσφορές στους διαγωνισμούς της ΑΕΜΑΡ, επιβάλλοντας ουσιαστικά ρήτρα αποφυγής



μελλοντικού ανταγωνισμού. Με βάση τα ανωτέρω, η ΕΑ έκρινε, κατά πλειοψηφία, ότι η MRB συνιστά πραγματικό -και σε κάθε περίπτωση δυνητικό ανταγωνιστή- της FOCUS, διότι δραστηριοποιήθηκε στην ανωτέρω σχετική αγορά, με την υποβολή αυτοτελούς προσφοράς στους διαγωνισμούς μέτρησης ραδιοφωνικής ακροαματικότητας που προκήρυξε η ΑΕΜΑΡ το 2005 και το 2013, είχε δηλαδή, παρά τις όποιες δυσχέρειες, την δυνατότητα να διεισδύσει στην εν λόγω αγορά, το γεγονός δε ότι συνήψε την υπό κρίση συμφωνία για να αποκτήσει πρόσβαση στην τεχνογνωσία της FOCUS, καταδεικνύει, σύμφωνα με την ΕΑ, ότι είχε και την πρόθεση να δραστηριοποιηθεί στην αγορά αυτή και Ε) Έκρινε ότι οι όροι 2 και 3 του επίμαχου συμφωνητικού (κατ' αντίθεση με τους λοιπούς όρους αυτού) παραβιάζουν την απαγόρευση του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 3959/2011, καθώς υπερβαίνουν το αναγκαίο μέτρο και επιβάλλουν στις συμπράττουσες επιχειρήσεις περιορισμούς της οικονομικής τους δραστηριότητας σε ένταση και έκταση μεγαλύτερη από την αντικειμενικώς απαιτούμενη για τους σκοπούς της μεταξύ τους κοινοπραξίας. Τούτο, διότι με τους όρους αυτούς, που εκτείνονται πέραν του συγκεκριμένου διαγωνισμού του 2010, τα επιδιωκόμενα αποτελέσματα ήταν, από μεν την MRB, η άμεση δραστηριοποίηση και η σταδιακή εδραίωση της θέσης της στο έργο της μέτρησης της ραδιοφωνικής ακροαματικότητας στην Αττική, με ταυτόχρονη δέσμευση για μη δραστηριοποίησή της στη Θεσσαλονίκη, από δε την προσφεύγουσα, η διατήρηση της θέσης της στην Αττική με την εξάλειψη του ανταγωνισμού από την MRB και η αυτόνομη δραστηριοποίησή της στη Θεσσαλονίκη. Οι όροι αυτοί κρίθηκε ότι εντάσσονται στο πλαίσιο της συμφωνίας οριζόντιας συνεργασίας μεταξύ ανταγωνιστών χωρίς την πρόβλεψη περιορισμού ως προς το αντικείμενο και την διάρκεια των δεσμεύσεων, με αποτέλεσμα να καταργείται εφεξής ο ανταγωνισμός μεταξύ τους επ' απειλή επιβολής ποινικής ρήτρας (όρος 6 του συμφωνητικού), συνεπώς, ισοδυναμούν με ρήτρα καταμερισμού της αγοράς. Επομένως, κρίθηκε ότι -ανεξαρτήτως οιασδήποτε επικαλούμενης καλής πρόθεσης των δύο εταιρειών- οι όροι αυτοί, τόσο έκαστος αυτοτελώς όσο και συνδυαστικά, συνιστούν εξ αντικειμένου περιορισμούς του ανταγωνισμού, δηλαδή είναι ικανοί από τη φύση τους να

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ  
ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΠΑΡΑΣΚΕΥΑΣΜΟΥ  
ΚΑΙ ΑΓΡΟΤΙΚΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΑΣ

περιορίσουν τον ανταγωνισμό, ούτε μάλιστα μπορούν να θεωρηθούν ως δευτερεύοντες ή παρεπόμενοι σε σχέση με την, μη καταλαμβανόμενη από την απαγόρευση των ανωτέρω διατάξεων, συμφωνία περί από κοινού συμμετοχής στον διαγωνισμό της ΑΕΜΑΡ του 2010. Περαιτέρω, η ΕΑ έκρινε ότι δεν πληρούνται εν προκειμένω οι σωρευτικές προϋποθέσεις χορήγησης απαλλαγής της παραγράφου 3 του άρθρου 1 του ν. 3959/2011, ούτε άλλωστε οι συμπράττουσες επιχειρήσεις προσκόμισαν σχετικά αποδεικτικά στοιχεία, αν και είχαν το σχετικό βάρος απόδειξης σύμφωνα με το άρθρο 4 του ίδιου νόμου. Με τα δεδομένα αυτά, η ΕΑ, λαμβάνοντας υπ' όψιν ότι οι εταιρείες FOCUS και MRB παραβίασαν, κατά τα προεκτεθέντα, το άρθρο 1 του ν. 3959/2011, έκριναν ότι η επιβολή προστίμου συνιστά εν προκειμένω την πλέον κατάλληλη κύρωση. Έτσι, υποχρέωσε την προσφεύγουσα και την MRB να παραλείπουν στο μέλλον την διαπιστωθείσα παράβαση και επέβαλε στην μεν προσφεύγουσα πρόστιμο ύψους 31.512,03 ευρώ, στη δε MRB πρόστιμο ύψους 56.441,27 ευρώ. Ως βάση για τον υπολογισμό του προστίμου ελήφθη, ανά συμπράττουσα επιχείρηση, η συνολική αξία πωλήσεων (κύκλος εργασιών) από υπηρεσίες μέτρησης μέσω ενδημέρωσης και έρευνας αγοράς (εξαιρουμένων των ερευνών τηλεθέασης και διαφημιστικής δαπάνης) για έκαστο των ετών 2011, 2012, 2013. Περαιτέρω, για τον καθορισμό του ύψους του προστίμου ελήφθησαν υπ' όψιν τα κριτήρια του άρθρου 25 παρ. 2<sup>ο</sup> του ν. 3959/2011, ήτοι: α) η σοβαρότητα της παράβασης (οι επίμαχοι όροι 2 και 3 υπερβαίνουν το αναγκαίο μέτρο για την από κοινού συμμετοχή των δύο εταιρειών στον διαγωνισμό του 2010 και κατατείνουν σε περιορισμό διάθεσης υπηρεσιών και καταμερισμό της αγοράς, η δε FOCUS κατέχει την κυρίαρχη θέση στην αγορά), β) η διάρκεια της παράβασης (από 2.2.2011, ημερομηνία σύναψης του συμφωνητικού, έως 30.9.2013, οπότε κάθε συμπράττουσα επιχείρηση έλαβε αυτοτελώς μέρος στον επόμενο διαγωνισμό που προκήρυξε η ΑΕΜΑΡ, καθώς κρίθηκε ότι οι ανταλλαγές απόψεων μεταξύ των δύο εταιρειών, κατά το διάστημα αυτό, συνιστούν έκφανση και πιθανή εφαρμογή των όρων 2 και 3 του επίμαχου συμφωνητικού), γ) η γεωγραφική έκταση της παράβασης (οι υπό κρίση περιορισμοί αφορούν ιδίως στο νομό Αττικής και στον νομό Θεσσαλονίκης) και δ) οι συμπράττουσες επιχειρήσεις

✓ R

συμμετείχαν άμεσα στην διαπιστωθείσα παράβαση και δεν μπορεί να προσδιορισθεί επακριβώς το τυχόν οικονομικό όφελος που επιδίωξαν εν προκειμένω να αποκομίσουν). Περαιτέρω, ελήφθη υπ' όψιν ότι εν προκειμένω δεν συντρέχουν επιβαρυντικές περιστάσεις (όπως παράβαση διατάξεων του ανταγωνισμού και στο παρελθόν, άρνηση συνεργασίας, παρεμπόδιση ελέγχου), αντιθέτως, δε, συντρέχουν δύο ελαφρυντικές περιστάσεις, οι οποίες συνίστανται: 1) στο καινοφανές του νομικού ζητήματος της φύσης του προβλεπόμενου στον όρο 2 περιορισμού και 2) στην έλλειψη οποιασδήποτε ενέργειας από την πλευρά των συμπραττουσών επιχειρήσεων για την εφαρμογή των σχετικών όρων σε συνδυασμό με την αυτοτελή κατάθεση οικονομικών προσφορών στον διαγωνισμό της AEMAP του 2013. Κατά της απόφασης αυτής, κατά το μέρος που επέβαλε κυρώσεις σε βάρος της, η προσφεύγουσα άσκησε την κρινόμενη προσφυγή, με την οποία ζητά την ακύρωση, άλλως την τροποποίησή της στο προσήκον μέτρο, για τους λόγους που σε αυτήν αναφέρονται.

12. Επειδή, με την κρινόμενη προσφυγή και το προς ανάπτυξη αυτής υπόμνημα που κατατέθηκε παραδεκτώς την 1.10.2017, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η Επιτροπή άνευ ειδικής αιτιολογίας και κατ' εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή του νόμου, οριοθέτησε ως σχετική αγορά τις υπηρεσίες μέσων ενημέρωσης και έρευνας αγοράς, ενώ οι υπηρεσίες μέτρησης μέσων ενημέρωσης (MMS), στις οποίες δραστηριοποιείται η ίδια (FOCUS) και οι υπηρεσίες έρευνας αγοράς (MRS) στις οποίες δραστηριοποιείται η MRB, αποτελούν δύο διακριτές, ξεχωριστές αγορές. Για τον καθορισμό της σχετικής αγοράς και τους περιορισμούς στους οποίους υπόκεινται οι επιχειρήσεις λόγω του ανταγωνισμού (δυνατότητα υποκατάστασης από την πλευρά της ζήτησης, δυνατότητα υποκατάστασης στα επίπεδα της προσφοράς και δυνητικό ανταγωνισμό), αναφέρεται στην ανακοίνωση της Επιτροπής ΕΕ C 372/1997, σύμφωνα με την οποία, συνεχίζει, η σχετική αγορά οριοθετείται κυρίως από την «υποκατάσταση από την πλευρά της ζήτησης» και κατ' εξαίρεση και υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις από την «υποκατάσταση από την πλευρά της



προσφοράς». Ισχυρίζεται, δε, ότι ο ανωτέρω τρόπος διενέργειας των εν λόγω υπηρεσιών στην ευρωπαϊκή αγορά δεν διαφοροποιείται και στην ελληνική αγορά. Περαιτέρω, προβάλλει ότι για την δραστηριοποίηση στον χώρο της μέτρησης της ραδιοφωνικής ακροαματικότητας μόνο η ίδια διαθέτει ειδική υποδομή και τεχνογνωσία (ενδεικτικά αναφέρει εφαρμογή συγκεκριμένης μεθοδολογίας στις έρευνες μέτρησης ραδιοφωνικής ακροαματικότητας, δομημένο ερωτηματολόγιο, ειδικά λογισμικά και πλήρη συμμόρφωση προς τις κρατούσες σε διεθνές επίπεδο αρχές των ερευνών MME) σε αντίθεση με την εταιρεία MRB που δεν διαθέτει τα ανωτέρω και θα χρειαζόταν ικανό χρόνο και κονδύλια για την απόκτησή τους, συνεπώς, εν προκειμένω, δεν υφίσταται δραστηριοποίηση της ίδιας και της MRB στην ίδια αγορά. Κατ' ακολουθίαν, προβάλλει, ότι, εφόσον η ίδια και η MRB δεν δραστηριοποιούνται στην ίδια αγορά, δεν λογίζονται ως ανταγωνίστριες επιχειρήσεις. Περαιτέρω, όπως υποστηρίζει, η MRB δεν λογίζεται ούτε ως δυνητική ανταγωνίστρια, καθώς δεν θα μπορούσε να εισέλθει στη σχετική αγορά, εντός σύντομου χρονικού διαστήματος, ενόψει της έλλειψης της απαραίτητης υλικοτεχνικής υποδομής και τεχνογνωσίας. Επικαλείται, μάλιστα, όσα και η ίδια η MRB υποστήριξε στην Επιτροπή, ότι δηλαδή οι υπηρεσίες μέτρησης MME και οι υπηρεσίες έρευνας αγοράς διαφέρουν θεμελιωδώς και ότι δεν έχει δραστηριοποιηθεί στο παρελθόν στις υπηρεσίες μέτρησης MME ούτε έχει την πρόθεση ή τη δυνατότητα να δραστηριοποιηθεί άμεσα σε αυτές (σχ. προσβαλλόμενη σκέψη 121). Επίσης επικαλείται τα αναφερόμενα στην προσβαλλόμενη απόφαση, ότι ο κύκλος εργασιών της MRB κατά τα έτη 2008-2012 προέρχεται εξ ολοκλήρου από έρευνες αγοράς και όχι μετρήσεις ακροαματικότητας (σχ. προσβαλλόμενη σκέψη 15). Με τα δεδομένα αυτά, προβάλλεται ότι η Επιτροπή Ανταγωνισμού άνευ ειδικής αιτιολογίας, μη νόμιμα και εσφαλμένα, περαιτέρω, δε, και αναπόδεικτα, αν και είχε το σχετικό βάρος απόδειξης, έκρινε ότι η MRB μπορούσε πράγματι να δραστηριοποιηθεί άμεσα και χωρίς ιδιαίτερο κόστος στην εν λόγω αγορά και συνακόλουθα ότι ήταν «δυνητικός ανταγωνιστής».

13. Επειδή, εξάλλου, η Επιτροπή Ανταγωνισμού αντιτείνει, με την έκθεση απόψεων και το υπόμνημά της, ότι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τον οποίο οι υπηρεσίες μέτρησης μέσω ενημέρωσης (MMS) και οι υπηρεσίες έρευνας αγοράς (MRS) αποτελούν δύο διακριτές, ξεχωριστές αγορές, είναι απορριπτέος, το μεν ως αλυσιτελής, καθόσον η οριοθέτηση της αγοράς είναι κρίσιμο γεγονός σε περιπτώσεις κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης, το δε, ως αβάσιμος, δεδομένου ότι στην ελληνική επικράτεια το σύνολο των εταιρειών έρευνας αγοράς μπορούν να δραστηριοποιηθούν και στον τομέα της μέτρησης ραδιοφωνικής ακροαματικότητας. Περαιτέρω, η Επιτροπή προβάλλει ότι απορριπτέος ως αβάσιμος είναι και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τον οποίο η MRB δεν είναι πραγματική ή δυνητική ανταγωνίστριά της. Επικαλείται, σχετικά αφ' ενός μεν όσα ανωτέρω υποστήριξε σχετικά με την δραστηριοποίηση των δύο εταιρειών στην ίδια αγορά, αφ' ετέρου δε ότι η MRB συμμετείχε αυτοτελώς στους διαγωνισμούς μέτρησης ραδιοφωνικής ακροαματικότητας του 2005 και του 2013, γεγονός που καταδεικνύει, πέραν της πρόθεσης, και την ρεαλιστική δυνατότητά της να δραστηριοποιηθεί στην σχετική αγορά. Αναφέρει επίσης ότι και η υπογραφή του από 2.2.1011 συμφωνητικού, με τους δύο επίμαχους όρους (2 και 3) ενισχύει την άποψη ότι η MRB ήταν τουλάχιστον δυνητική ανταγωνίστρια της προσφεύγουσας.

14. Επειδή, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας σύμφωνα με τον οποίο η προσβαλλόμενη πράξη είναι ακυρωτέα ως ανεπαρκώς αιτιολογημένη (τόσο ως προς το ζήτημα της οριοθέτησης της αγοράς όσο και ως προς τον χαρακτηρισμό της MRB ως πραγματικού ή δυνητικού ανταγωνιστή) είναι απορριπτέος ως αλυσιτελής, διότι τα διοικητικά δικαστήρια της ουσίας, κατ' ενάσκηση πλήρους δικαιοδοσίας (άρθρο 79 ΚΔΔ), αναπληρώνουν την αιτιολογία των προσβαλλόμενων ενώπιόν τους διοικητικών πράξεων κρίνοντας κατ' ουσίαν τη διαφορά, ύστερα από εκτίμηση των υπαρχόντων αποδεικτικών στοιχείων (ΣτΕ 4262/2011). Περαιτέρω, το Δικαστήριο λαμβάνει υπ' όψιν: α) ότι η προσφεύγουσα δραστηριοποιείται στον τομέα της έρευνας αγοράς (οι οικονομικοί κλάδοι στους οποίους η εταιρεία έχει δραστηριοποιηθεί μέσω



σχετικών ερευνών περιλαμβάνουν τηλεπικοινωνίες, τεχνολογία, φαρμακευτικά προϊόντα, οικονομικές και ασφαλιστικές υπηρεσίες, αυτοκίνητα, λιαν εμπόριο, αγορές, τρόφιμα κλπ. –σχ. παρ. 6 προσβαλλόμενης) και, επί σειράν ετών, έχει επίσης δραστηριοποιηθεί στον τομέα των συνδρομητικών ερευνών μετρήσεων MME, β) ότι η εταιρεία MRB δραστηριοποιείται στην διεξαγωγή πάσης φύσης ερευνών, ήδη, δε, από το 2000, προωθεί στην Ελλάδα την διεθνή έρευνα TGI, ως έρευνα ακροαματικότητας/ αναγνωσιμότητας και γ) ότι η MRB έχει ξεκινήσει να συμμετέχει σε διαγωνισμούς για την μέτρηση της ραδιοφωνικής ακροαματικότητας από το έτος 2005 (με την συμμετοχή της στον αντίστοιχο διαγωνισμό που προκήρυξε η ΑΕΜΑΡ). Με τα δεδομένα αυτά, το Δικαστήριο κρίνει ότι οι δύο εταιρείες δραστηριοποιούνται εντός της ελληνικής επικράτειας στην ίδια αγορά, της μέτρησης ραδιοφωνικής ακροαματικότητας και έρευνας αγοράς, καθώς εν τοις πράγμασι οι υπηρεσίες που προσφέρουν συνδέονται ή, πάντως, είναι συναφείς μεταξύ τους. Αβασίμως, δε, προβάλλει η προσφεύγουσα ότι οι υπηρεσίες μέτρησης μέσω ενημέρωσης (MMS) και οι υπηρεσίες έρευνας αγοράς (MRS) αποτελούν δύο διακριτές, ξεχωριστές αγορές, επικαλούμενη, για την οριοθέτηση της αγοράς, την ανακοίνωση της Επιτροπής ΕΕ C 372/1997, διότι, όπως αναφέρεται στην προσβαλλόμενη απόφαση και δεν αμφισβητείται από την προσφεύγουσα, η ένδικη παράβαση εκτείνεται γεωγραφικά στην ελληνική επικράτεια χωρίς να επηρεάζεται το εμπόριο των κρατών μελών και, συνεπώς, δεν συντρέχει περίπτωση εφαρμογής, παράλληλα με το εθνικό, και του ενωσιακού δικαίου (σχ. άρθρο 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης -ΣΛΕΕ, ενοποιημένη απόδοση ΕΕ C 83/30.3.2010- το οποίο αναφέρεται σε απαγορευμένες συμφωνίες μεταξύ επιχειρήσεων και εναρμονισμένες πρακτικές, οι οποίες δύνανται να επηρεάσουν το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών και έχουν ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού εντός της εσωτερικής αγοράς). Περαιτέρω, το Δικαστήριο, προκειμένου να κρίνει αν η MRB είναι πραγματική ή, τουλάχιστον, δυνητική ανταγωνίστρια της προσφεύγουσας στην αγορά μέτρησης ραδιοφωνικής ακροαματικότητας, λαμβάνει υπ' όψιν: α) ότι οι δύο επιχειρήσεις

δραστηριοποιούνται στην ίδια αγορά, σύμφωνα με τα αμέσως ανωτέρω κριθέντα, β) ότι το από 2.2.2011 «μη ανακοινώσιμο ιδιωτικό συμφωνητικό» εντάσσεται στο πλαίσιο ρύθμισης μιας ευρύτερης συνεργασίας των δύο μερών, με αφορμή απλώς τον διαγωνισμό του 2010, και είχε, τουλάχιστον ως αποτέλεσμα, τον αποκλεισμό της MRB από την αυτόνομη (ή με τρίτο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) δραστηριοποίησή της στην Αττική, με σταδιακή όμως εδραίωση της παρουσίας της σε αυτήν, καθώς και την δέσμευσή της να απέχει από οποιαδήποτε δραστηριοποίηση στην περιοχή της Θεσσαλονίκης. Σε αντιστάθμισμα των ανωτέρω, η προσφεύγουσα θα προσέφερε στην MRB πολυεπίπεδη τεχνογνωσία, σε επίπεδο ερωτηματολογίων, μεθόδων και ειδικών λογισμικών. Επομένως, το γεγονός ότι η MRB προσπαθεί, παρά τις όποιες δυσχέρειες, να διεισδύσει στην αγορά μέτρησης ραδιοφωνικής ακροαματικότητας (ναι μεν κατά τα έτη 2008-2012 ο κύκλος εργασιών της προέρχεται αποκλειστικά από έρευνες αγοράς, όμως ήδη από το έτος 2005 - αλλά και μεταγενέστερα, το έτος 2013- μετείχε αυτοτελώς σε σχετικό διαγωνισμό της ΑΕΜΑΡ), προκύπτει ότι η εταιρεία αυτή δεν είχε απλώς την πρόθεση να δραστηριοποιηθεί αποτελεσματικά στην αγορά μέτρησης ραδιοφωνικής ακροαματικότητας αλλά ήταν και μελλοντικός -συνεπώς δυνητικός- ανταγωνιστής της προσφεύγουσας, απορριπτομένων ως αβάσιμων όσων αντίθετων υποστηρίζει η προσφεύγουσα.

15. Επειδή, περαιτέρω, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι μη νόμιμα και εσφαλμένα δέχθηκε η ΕΑ ότι υφίσταται συμφωνία ή εναρμονισμένη πρακτική μεταξύ αυτής και της MRB, κατά την έννοια του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 3959/2011. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι η ισχύς του από 2.2.2011 επίμαχου «μη ανακοινώσιμου ιδιωτικού συμφωνητικού ρύθμισης σχέσεων μελών ένωσης εταιρειών» τελούσε υπό την αναβλητική αίρεση της κατακύρωσης του διαγωνισμού της 8.12.2010 στην ένωση εταιρειών που αποτελείτο από την ίδια και την MRB, κατά τα αναφερόμενα στο συμφωνητικό. Δεδομένου όμως, ότι η αναβλητική αυτή αίρεση δεν πληρώθηκε, αφού ο εν λόγω διαγωνισμός κηρύχθηκε άγονος από το Δ.Σ. της ΑΕΜΑΡ στις 7.2.2012, το εν λόγω «μη



ανακοινώσιμο» συμφωνητικό ουδέποτε απέκτησε νομική ισχύ, τούτο δε αποτέλεσε και κοινή αντίληψη και των δύο εμπλεκόμενων εταιρειών. Επίσης, προβάλλει ότι το εν λόγω συμφωνητικό ουδέποτε εφαρμόσθηκε στην πράξη, αντιθέτως, στον επόμενο διαγωνισμό που προκηρύχθηκε από την ΑΕΜΑΡ το έτος 2013, οι δύο εταιρείες μετείχαν αυτοτελώς και με οξύτατη μεταξύ τους αντιπαράθεση. Συνεπώς, υποστηρίζει, δεν υφίσταται «συμφωνία» αντίθετη προς τις περί ανταγωνισμού διατάξεις. Εξάλλου, η Επιτροπή Ανταγωνισμού υποστηρίζει ότι οι επίμαχοι όροι 2 και 3 του εν λόγω συμφωνητικού εμπίπτουν στην έννοια της «συμφωνίας» κατά την έννοια του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 3959/2011, καθώς αποτυπώνουν κατά τρόπο σαφή τη βούληση των δύο εταιρειών να συντονίσουν την δράση τους στο μέλλον, βάσει έγγραφης συμφωνίας που προβλέπει και κυρώσεις σε περίπτωση μη εφαρμογής της.

16. Επειδή, από το περιεχόμενο του από 2.2.2011 «μη ανακοινώσιμου» συμφωνητικού μεταξύ της προσφεύγουσας και της MRB προκύπτει σαφώς ότι οι δύο εταιρείες δεν είχαν απλώς την βούληση να συμπεριφερθούν κατά συγκεκριμένο τρόπο στο πλαίσιο της κοινής τους συμμετοχής στον διαγωνισμό του 2010 -υπό την προϋπόθεση ότι ο διαγωνισμός αυτός θα τους κατακυρωνόταν- (όρος 1 του συμφωνητικού) αλλά, περαιτέρω, ανέλαβαν δεσμεύσεις για το μέλλον, και μάλιστα χωρίς χρονικό περιορισμό, σε οποιαδήποτε ανάθεση έργου (από την ΑΕΜΑΡ ή άλλη αναθέτουσα αρχή) μέτρησης ραδιοφωνικής ακροαματικότητας στην Αττική και στη Θεσσαλονίκη (όροι 2 και 3 του συμφωνητικού). Οι δύο αυτοί όροι (σε αντίθεση με τον όρο 1, για τον οποίο άλλωστε δεν τέθηκε από την ΕΑ ζήτημα παραβίασης των αρχών του ανταγωνισμού), αυτοτελώς και συνδυαστικά εξεταζόμενοι, άγουν στην κρίση ότι οι δύο εταιρείες εξέφρασαν ρητώς τη βούλησή τους για συγκεκριμένη και συντονισμένη δράση στην αγορά, αορίστως για το μέλλον, δηλαδή: α) στη μεν περιοχή της Αττικής, δεσμεύθηκαν ότι θα συνεργασθούν στο μέλλον (χωρίς χρονικό περιορισμό) αποκλειστικά και μόνον μεταξύ τους σε οποιασδήποτε μορφής διαγωνιστική ή άλλη διαδικασία που θα προκηρύξει η ΑΕΜΑΡ ή οποιαδήποτε άλλη αναθέτουσα αρχή για μέτρηση



ραδιοφωνικής ακροαματικότητας και ότι η κάθε μελλοντική τους συνεργασία θα υλοποιηθεί με βάση του όρους του εν λόγω ιδιωτικού συμφωνητικού, επίσης, δεσμεύθηκαν ότι έκαστο των συμβαλλόμενων μερών δεν θα διεκδικήσει και δεν θα αναλάβει είτε μόνο του είτε σε συνεργασία με τρίτο φυσικό ή νομικό πρόσωπο το σύνολο ή μέρος έργου με το ίδιο αντικείμενο και β) στη δε περιοχή της Θεσσαλονίκης, η μεν προσφεύγουσα δεσμεύθηκε ότι θα συνεχίσει να αναλαμβάνει και να εκτελεί μόνη της το έργο της μέτρησης της ραδιοφωνικής ακροαματικότητας, ενώ η MRB δεσμεύθηκε ότι δεν θα διεκδικήσει και δεν θα αναλάβει είτε μόνη της είτε σε συνεργασία με τρίτο φυσικό ή νομικό πρόσωπο στο μέλλον (χωρίς χρονικό περιορισμό) το σύνολο ή μέρος οποιουδήποτε σχετικού έργου. Οι όροι αυτοί δεν περιορίζονται στο έργο που αφορούσε ο διαγωνισμός του 2010 (στον οποίο οι δύο εταιρείες συμμετείχαν ως ένωση εταιρειών) αλλά εκτείνονται αορίστως στο μέλλον -χωρίς κανένα χρονικό περιορισμό- και περιέχουν ευρύτατες δεσμεύσεις, που αφορούν στην αποκλειστική συνεργασία των δύο εταιρειών και τον αποκλεισμό της μεμονωμένης δράσης καθεμίας από αυτές ή της συνεργασίας με τρίτο φυσικό ή νομικό πρόσωπο (στην περιοχή της Αττικής) καθώς και στην αποκλειστική δράση της προσφεύγουσας στη Θεσσαλονίκη, με ταυτόχρονη δέσμευση της MRB για μη συμμετοχή της στην περιοχή αυτή. Με τα χαρακτηριστικά αυτά και τον βαθμό συντονισμού της δράσης των δύο εταιρειών, το από 2.2.2011 μεταξύ τους «μη ανακοινώσιμο» συμφωνητικό αποτελεί «συμφωνία» κατά την έννοια του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 3959/2011, αφού έχει, τουλάχιστον, ως εν δυνάμει αποτέλεσμα τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού, λόγω της σύμπραξης εν προκειμένω της πλέον σημαντικής εταιρείας στην αγορά (FOCUS), της μείωσης των εταιρειών που μετέχουν στους σχετικούς διαγωνισμούς της AEMAP και της ταυτόχρονης μείωσης των δυνατοτήτων και επιλογών των ραδιοφωνικών σταθμών. Τούτο, δε, ανεξαρτήτως, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά ανωτέρω (σχ. 5<sup>η</sup> σκέψη) του αν οι ανωτέρω δεσμεύσεις περιέχονται σε έγκυρη και δεσμευτική σύμβαση κατά τους όρους του εθνικού δικαίου (αφού εκδηλώσεις συμπεριφοράς που παρέχουν ευθέως ή εμμέσως ενδείξεις για την ύπαρξη μη επιτρεπόμενης σύμπραξης μπορεί να προκύπτουν,

όπως εν προκειμένω, και από εσωτερικά έγγραφα και αλληλογραφία και οποιαδήποτε δήλωση βούλησης μεταξύ των ενεχόμενων επιχειρήσεων) ή αν οι εμπλεκόμενες επιχειρήσεις είχαν σχηματίσει την αντίληψη ότι, λόγω της μη κατακύρωσης του διαγωνισμού τους 2010 σε αυτές (ως ένωση εταιρειών), δεν είχαν νομική υποχρέωση να τηρήσουν τα συμφωνηθέντα ή αν, εντέλει, η συμφωνία αυτή δεν υλοποιήθηκε στην πράξη. Συνεπώς, από τη συνολική εκτίμηση των πραγματικών δεδομένων και στοιχείων της υπόθεσης, στοιχειοθετείται, κατά την κρίση του Δικαστηρίου, παράβαση των διατάξεων του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 3959/2011, απορριπτομένων ως αβάσιμων των αντίθετων προβαλλόμενων ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

17. Επειδή, ως προς την επιμέτρηση του προστίμου και, ειδικότερα, την διάρκεια της παράβασης, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι, εφόσον ήθελε κριθεί ότι υπέπεσε σε παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού, η διάρκεια αυτής πρέπει να θεωρηθεί ότι εκτείνεται από 2.2.2011 (που υπογράφηκε το επίμαχο συμφωνητικό) έως το αργότερο στις 7.2.2012 (που κηρύχθηκε άγονος ο διαγωνισμός του 2010 με απόφαση του Δ.Σ. του Επιτροπής Ανταγωνισμού και κατέστη, έτσι, αδύνατη η πλήρωση της αναβλητικής αίρεσης υπό την οποία είχε τεθεί το εν λόγω συμφωνητικό). Συνεπώς, συνεχίζει, η προσαλλόμενη απόφαση εσφαλμένα έκρινε ότι η διαπιστωθείσα παράβαση επεκτάθηκε μέχρι 30.9.2013, οπότε η ίδια (FOCUS) και η εταιρεία MRB μετείχαν αυτοτελώς στον επόμενο διαγωνισμό που προκήρυξε η ΑΕΜΑΡ και ζητά, για το λόγο αυτό, τη μεταρρύθμιση της προσαλλομένης και τη μείωση του προστίμου στο προσήκον μέτρο. Εξάλλου, η Επιτροπή αντιτείνει ότι η διάρκεια της παράβασης εκτείνεται μέχρι 30.9.2013, επικαλούμενη ότι οι συνεννοήσεις που έλαβαν χώρα μεταξύ των δύο εταιρειών, μετά την κήρυξη άγονου του διαγωνισμού του 2010, αφορούν σε ερμηνεία και εφαρμογή των επίμαχων όρων 2 και 3 του συμφωνητικού. Κατά τα λοιπά, ως προς την επιμέτρηση του προστίμου, που δεν αμφισβητεί ειδικώς η προσφεύγουσα, επικαλείται ότι, κατ' εφαρμογή του άρθρου 25 παρ. 2<sup>ο</sup> του ν. 3959/2011, υπολογίσθηκε το βασικό πρόστιμο μόλις σε ποσοστό % επί του κύκλου εργασιών της εταιρείας ανά έτος διάρκειας της



παράβασης (2011,2012,2013), εν συνεχεία, δε, ελήφθη υπ' όψιν η σοβαρότητα της παράβασης, η διάρκειά της, η γεωγραφική της έκταση και εντέλει το βασικό πρόστιμο μειώθηκε, κατά % (% και %, αντίστοιχα), λόγω της αναγνώρισης δύο ελαφρυντικών περιστάσεων (σχ. 7<sup>η</sup> και 8<sup>η</sup> σκέψη της παρούσας). Το Δικαστήριο, λαμβάνοντας υπ' όψιν α) την ρητή διατύπωση στο επίμαχο συμφωνητικό περί μελλοντικής και χωρίς χρονικό περιορισμό αποκλειστικής συνεργασίας μεταξύ των δύο εταιρειών και της ανάληψης αορίστως στο μέλλον των δεσμεύσεων που προεκτέθηκαν και β) ότι, και μετά την κήρυξη άγονου του διαγωνισμού (7.2.2012) υπήρχε επικοινωνία (έγγραφα και ηλεκτρονική) μεταξύ των δύο εταιρειών, κατά τα προεκτεθέντα (βλ. και προσβαλλόμενη παρ. 83,84), κρίνει ότι, μόνο με την αυτοτελή συμμετοχή των δύο εταιρειών στον επόμενο διαγωνισμό του 2013 αποδεικνύεται, χωρίς να καταλείπεται καμία αμφιβολία, η παύση της οποιασδήποτε κοινής βούλησης των δύο εταιρειών για συντονισμό της επιχειρηματικής τους δράσης, όπως αρθρώς κρίθηκε και με την προσβαλλόμενη απόφαση, απορριπτομένου ως αβάσιμου του αντίθετου ισχυρισμού της προσφεύγουσας, το δε ύψος του προστίμου προσδιορίσθηκε στο εύλογο και προσήκον ποσό των 31.512,03 ευρώ, αφού ελήφθησαν υπ' όψιν τα προβλεπόμενα στο νόμο κριτήρια.

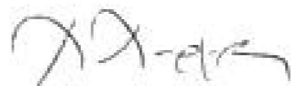
18. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να διαταχθεί η κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου (άρθρο 277 παρ. 9 ΚΔΔ σε συνδυασμό με το άρθρο 45 παρ. 2 του ν. 3959/2011, όπως ισχύει). Τέλος, το Δικαστήριο, εκτιμώντας τις περιστάσεις, απαλλάσσει την προσφεύγουσα από τα δικαστικά έξοδα της Επιτροπής Ανταγωνισμού (άρθρο 275 παρ. 1 ΚΔΔ).

#### **ΔΙΑ ΤΑΥΤΑ**

- Απορρίπτει την προσφυγή.
- Διατάσσει την κατάπτωση του παραβόλου υπέρ του Δημοσίου.
- Απαλλάσσει την προσφεύγουσα από τα δικαστικά έξοδα της Επιτροπής Ανταγωνισμού.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στην Αθήνα στις 14.11.2019 και δημοσιεύθηκε στην ίδια πύλη, σε έκτακτη δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριο του Δικαστηρίου στις 12/12/2019.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ



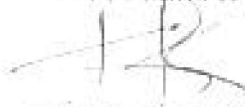
ΧΑΪΔΩ ΧΑΡΜΠΙΛΑ-ΚΩΤΣΟΥ

Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ



ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΣΟΛΔΑΤΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ



ΚΥΡΙΑΚΗ ΚΑΒΟΥΡΗ

