

ΑΠΟΦΑΣΗ¹ ΑΡΙΘΜ 416/Υ/2008

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 26^η Ιουνίου 2008, ημέρα Πέμπτη και ώρα 12:30, με την εξής σύνθεση:

Προεδρεύουσα: Αριστέα Σινανιώτη

Μέλη: Κυριάκος Μακαρώνας λόγω κωλύματος του τακτικού μέλους Χρήστου Α. Ιωάννου,

Δέσποινα Κλαβανίδου, λόγω δικαιολογημένου κωλύματος του τακτικού μέλους Παναγιώτη Κανελλόπουλου

Ευθύμιος Πουρναράκης, λόγω δικαιολογημένου κωλύματος του τακτικού μέλους Απόστολου Ρεφενέ

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

Γραμματέας: Κυριακή Κασαλιά (*), 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 Δικαιόχρησης μεταξύ της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «Οργανισμός Τηλεπικοινωνιών Ελλάδος ΑΕ» (εφεξής Ο.Τ.Ε.) και της ομόρρυθμης εταιρείας με την επωνυμία [...].

Η ορισθείσα για την 12^η Ιουνίου 2008 συζήτηση επί του ανωτέρω θέματος, ανεβλήθη οίκοθεν λόγω απεργίας της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού. Ως εκ τούτου η Προεδρεύουσα ανακοίνωσε στα νομίμως κλητευθέντα μέρη, ήτοι την εταιρεία Ο.Τ.Ε Α.Ε, η οποία παρίστατο δια των πληρεξουσίων δικηγόρων της Δημητρίου Τζουγανάτου και Ιωάννη Μπούγου και την εταιρεία [...] για την οποία παρίστατο ο νόμιμος εκπρόσωπός της [...], την αναβολή της συζήτησης και τον ορισμό νέας ημερομηνίας για την 26^η Ιουνίου 2008, ημέρα Πέμπτη και ώρα 12:30.

Στη συνεδρίαση της 26^{ης} Ιουνίου 2008 στην οποία παρέστησαν οι ως άνω κλητευθείσες εταιρείες, στην αρχή της συζήτησης, το λόγο έλαβε ο Γενικός Εισηγητής Ιωάννης Μιχαήλ, Αναπληρωτής Γενικός Διευθυντής της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού (εφεξής Γ.Δ.Α.), ο οποίος ανέπτυξε συνοπτικά τη γραπτή εισήγηση (αριθ. πρωτ. 2942/30.04.2008) της Υπηρεσίας και πρότεινε για τους λόγους που αναφέρονται αναλυτικά στην εισήγηση να απορριφθεί η αίτηση του Οργανισμού Τηλεπικοινωνιών

¹ Από την παρούσα απόφαση έχουν παραλειφθεί, σύμφωνα με το άρθρο 26 παρ.7 του Κανονισμού Λειτουργίας και Διαχείρισης της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΦΕΚ 1890/Β'/29.12.2006), τα στοιχεία εκείνα, τα οποία κρίθηκε ότι αποτελούν επιχειρηματικό απόρρητο. Στη θέση των στοιχείων που έχουν παραλειφθεί υπάρχει η ένδειξη [...]. Όπου ήταν δυνατό τα στοιχεία που παραλείφθηκαν αντικαταστάθηκαν με ενδεικτικά ποσά και αριθμούς ή με γενικές περιγραφές (εντός [...]).

Ελλάδος για έκδοση αρνητικής πιστοποίησης, δεδομένου ότι η κρινόμενη συμφωνία δικαιόχρησης περιέχει όρους που εμπίπτουν στις απαγορευτικές διατάξεις του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 703/77.

Κατόπιν το λόγο έλαβαν οι πληρεξούσιοι δικηγόροι, οι οποίοι τοποθετήθηκαν επί της με αριθ. πρωτ. 2942/30.04.2008 εισηγήσεως της Γ.Δ.Α., ανέπτυξαν τις απόψεις τους και απάντησαν σε ερωτήσεις που τους υπέβαλε η Πρόεδρος και τα μέλη της Επιτροπής.

Κατόπιν η Επιτροπή Ανταγωνισμού συνήλθε σε διάσκεψη την 2^α Οκτωβρίου 2008, (ημέρα Πέμπτη και ώρα 13:30) και ολοκλήρωσε στη συνεδρίαση της 23^{ης} Οκτωβρίου 2008 (ημέρα Πέμπτη και ώρα 14:00). Τα μέλη της Επιτροπής Ανταγωνισμού, που συμμετείχαν στη λήψη της παρούσας απόφασης, δήλωσαν ότι έχουν ενημερωθεί πλήρως και αναλυτικώς για το σύνολο του φακέλου και του αποδεικτικού υλικού.

Η Επιτροπή κατά τη διάσκεψή της, αφού έλαβε υπόψη της όλα τα στοιχεία του φακέλου της κρινόμενης υπόθεσης, την Εισήγηση της Γ.Δ.Α., τις απόψεις που εξέφρασαν προφορικώς και εγγράφως τα ενδιαφερόμενα μέρη στα υπομνήματά τους, και γενικά το σύνολο της ενώπιόν της συζήτησης της υπόθεσης:

ΣΚΕΦΘΗΚΕ ΩΣ ΕΞΗΣ:

I. ΙΣΤΟΡΙΚΟ

Στις 21/02/2008 η εταιρεία με την επωνυμία «Οργανισμός Τηλεπικοινωνιών Ελλάδος ΑΕ» (στο εξής «ΟΤΕ»), γνωστοποίησε στην Επιτροπή Ανταγωνισμού (στο εξής «Ε.Α.»), την από 29/11/2007 σύμβαση Δικαιόχρησης (Franchise) μεταξύ των εταιριών «Οργανισμός Τηλεπικοινωνιών Ελλάδος ΑΕ» (Δικαιοπάροχος) και της [...] (Δικαιοδόχος). Παράλληλα με τη γνωστοποίηση η εταιρεία ΟΤΕ υπέβαλε στην Ε.Α. και αίτηση για τη χορήγηση αρνητικής πιστοποίησης, σύμφωνα με το άρθρο 11 του ν. 703/1977.

Σύμφωνα με την ως άνω σύμβαση Δικαιόχρησης, ο Δικαιοπάροχος χορηγεί στο Δικαιοδόχο έναντι του οικονομικού ανταλλάγματος που προβλέπεται στη σύμβαση το μη αποκλειστικό δικαίωμα χρήσης και εκμετάλλευσης του Franchise καθ' όλη τη διάρκεια ισχύος της σύμβασης για τη διανομή των προϊόντων και των Υπηρεσιών του Δικαιοπαρόχου. Ο Δικαιοδόχος έχει το δικαίωμα και την υποχρέωση να χρησιμοποιεί και να εκμεταλλεύεται το Franchise για τη διανομή των προϊόντων και των υπηρεσιών σύμφωνα με τους όρους της σύμβασης, μόνο μέσα από το κατάστημά του.

Ο Δικαιοδόχος δηλώνει ότι είναι ομόρρυθμη εταιρεία, η οποία έχει σκοπό τη λειτουργία ενός καταστήματος ΟΤΕ-SHOP και τη διανομή των σχετικών προϊόντων και υπηρεσιών. Η διάρκεια της σύμβασης είναι [...] έτη, τίθεται σε ισχύ την [...] και λήγει την [...], εκτός αν καταγγελθεί νωρίτερα. Η σύμβαση ανανεώνεται για [...] ακόμα έτη, εφόσον οποιοσδήποτε από τους συμβαλλόμενους κοινοποιήσει στον άλλο έγγραφη πρόταση ανανέωσής της και ο άλλος συμβαλλόμενος αποδεχθεί εγγράφως την ανανέωση αυτή.

II. ΝΟΜΙΚΗ ΕΚΤΙΜΗΣΗ

A. Νομικό πλαίσιο

1. Σύμφωνα με το άρθρο 21 του ν. 703/1977: «Οι προβλεπόμενες στο άρθρο 1 παρ. 1 συμφωνίες, αποφάσεις και περιπτώσεις εναρμονισμένης πρακτικής πρέπει να γνωστοποιούνται από τις συμπράττουσες επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων στην Επιτροπή Ανταγωνισμού μέσα σε τριάντα (30) ημέρες από τη σύναψη, λήψη ή τέλεσή τους.

Παράλειψη της γνωστοποίησης συνεπάγεται εις βάρος της καθεμίας των επιχειρήσεων ή ενώσεων επιχειρήσεων, οι οποίες συμπράττουν και παρέλειψαν τη γνωστοποίηση:

α) οριστική αδυναμία εφαρμογής του άρθρου 1 παρ. 3,

β) επιβολή προστίμου ύψους τουλάχιστον δεκαπέντε χιλιάδων (15.000) Ευρώ μέχρι δέκα τοις εκατό (10%) των ακαθάριστων εσόδων της επιχείρησης της τρέχουσας ή προηγούμενης της παράβασης χρήσης».

Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο 22 παρ. 4 του ίδιου νόμου: «Με τη γνωστοποίηση υποβάλλεται ταυτόχρονα η αίτηση αρνητικής πιστοποίησης σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 11. Αίτηση για την εφαρμογή της παραγράφου 3 του άρθρου 1 υποβάλλεται οποτεδήποτε, εφόσον έχει προηγηθεί προσήκουσα γνωστοποίηση».

Επίσης, στο άρθρο 23 του ίδιου νόμου αναφέρεται ότι: «Η γνωστοποίηση σύμβασης, σύμπραξης ή πρακτικής που γίνεται κατά το άρθρο 21 δεν έχει ως αποτέλεσμα την υποχρεωτική εξέτασή της από την Επιτροπή Ανταγωνισμού. Η Επιτροπή Ανταγωνισμού μπορεί να διεξάγει έρευνα για συγκεκριμένη γνωστοποίηση οποτεδήποτε είτε αυτεπαγγέλτως είτε κατόπιν καταγγελίας και να ζητεί, για το σκοπό της έρευνας, την προσκόμιση πρόσθετων στοιχείων και την παροχή διευκρινίσεων από τα εμπλεκόμενα μέρη. Συμπράξεις που γνωστοποιούνται σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 21 δεν λογίζονται προσωρινά έγκυρες».

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».

2. α. Παραπέρα, σύμφωνα με τον Κανονισμό 1/2003 (άρθρο 3 παρ. 1), αν υπάρχει επηρεασμός του ενδοκοινοτικού εμπορίου η Επιτροπή Ανταγωνισμού υποχρεούται να εφαρμόσει εκτός από το άρθρο 1 του ν. 703/1977 και το άρθρο 81 ΣυνθΕΚ. Μάλιστα, σύμφωνα με το άρθρο 3 παρ. 2 του ως άνω Κανονισμού δεν επιτρέπεται η εφαρμογή της εθνικής νομοθεσίας του ανταγωνισμού να έχει ως αποτέλεσμα την απαγόρευση συμφωνιών, οι οποίες δεν περιορίζουν τον ανταγωνισμό κατά το άρθρο 81 ή πληρούν τις προϋποθέσεις της παρ. 3 του άρθρου 81 ή καλύπτονται από τον Κανονισμό για την εφαρμογή του άρθρου 81 παρ. 3 ΣυνθΕΚ.

β. Στο Υπόμνημά του ο ΟΤΕ αναφέρει ότι «...ενόψει ότι το δίκτυο δικαιόχρησης του δικαιοπαρόχου (ΟΤΕ) εκτείνεται στο σύνολο της ελληνικής επικράτειας και ότι ο δικαιοπάροχος είναι μια επιχείρηση εθνικής εμβέλειας με έντονες διεθνείς δραστηριότητες, η επίδραση του εν λόγω δικτύου δικαιόχρησης στο ενδοκοινοτικό εμπόριο πρέπει να θεωρηθεί δεδομένη...» (υπό ΙΙΙ) καθώς και ότι «...η σύμβαση δικαιόχρησης που γνωστοποιήθηκε στην Επιτροπή σας ως μέρος του δικτύου δικαιόχρησης του ΟΤΕ...» (υπό VI).

Ωστόσο ο ΟΤΕ γνωστοποίησε στην Ε.Α. μόνο μία σύμβαση δικαιόχρησης με έναν Δικαιοπάροχο στην περιοχή του [...], χωρίς να αναφέρει ότι πρόκειται για πρότυπο σύμβασης που έχει συνάψει και με άλλους Δικαιοπαρόχους και χωρίς να γνωστοποιεί τη λίστα των Δικαιοπαρόχων με τους οποίους έχει τυχόν υπογράψει την πρότυπη αυτή σύμβαση δικαιόχρησης. Κατά συνέπεια από τα στοιχεία του φακέλου δεν μπορεί να συναχθεί η πανελλαδική εμβέλεια του δικτύου των ΟΤΕSHOP και συνακόλουθα ο πιθανός επηρεασμός του ενδοκοινοτικού εμπορίου.

Β. Νομική αξιολόγηση της σύμβασης δικαιόχρησης

1. Για την έκδοση ή μη αρνητικής πιστοποίησης δεν εξετάζεται αν η συμφωνία έχει σωρευτικά τα χαρακτηριστικά της παρ. 3 του άρθρου 1 του ν. 703/77, αλλά μόνο εάν όροι της σύμβασης εμπίπτουν στις απαγορευτικές διατάξεις της παραγράφου 1 του άρθρου αυτού.

Σύμφωνα με το άρθρο 1 παρ. 1 του ν. 703/77: « 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 παρακάλυσιν, 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) την, κατά τρόπο δυσχεραίνοντα την λειτουργίαν του ανταγωνισμού, εφαρμογήν εν τω εμπορίω άνισων όρων δι' ισοδυνάμους παροχάς, ιδία δε την αδικαιολόγητον άρνησιν πωλήσεως, αγοράς ή άλλης συναλλαγής,

ε) την εξάρτησιν συνάψεως συμβάσεων εκ της παρά των αντισυμβαλλομένων αποδοχής προσθέτων παροχών, αι οποίαι, κατά την φύσιν των ή συμφώνως προς τας εμπορικάς συνήθειας, δεν συνδέονται μετά του αντικειμένου των συμβάσεων τούτων».

Η εξεταζόμενη σύμβαση δικαιόχρησης αποτελεί συμφωνία μεταξύ επιχειρήσεων σύμφωνα με την έννοια του άρθρου 1 παρ. 1 ν. 703/1977, όπως ισχύει, συνεπώς πρέπει να εξεταστεί αν περιέχει όρους που παρακωλύουν, περιορίζουν ή νοθεύουν τον ανταγωνισμό.

2. Γενικά οι κάθετοι περιορισμοί δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι εμπίπτουν στη γενική απαγόρευση των άρθρων 1 του ν. 703/1977 και 81 ΣυνθΕΚ, παρά μόνο σε ορισμένες περιπτώσεις και βάσει των πραγματικών οικονομικών τους αποτελεσμάτων. Επίσης, οι κάθετοι περιορισμοί είναι ευνοϊκοί για τον ανταγωνισμό μεταξύ των σημάτων (interbrand), παρά τους περιορισμούς που συνεπάγονται για τον ενδοσηματικό ανταγωνισμό (intra-brand). Στην περίπτωση των καθέτων περιορισμών πρέπει να ερευνάται η ύπαρξη ή έλλειψη ανταγωνισμού μεταξύ των σημάτων για την διατήρηση καταστάσεως πραγματικού ανταγωνισμού.

Ένα σύστημα δικαιόχρησης αυτό καθαυτό δεν θίγει τον ανταγωνισμό, για λόγους που οφείλονται στα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του συστήματος αυτού. Επίσης, μία σύμβαση δικαιόχρησης δεν μπορεί να εκτιμηθεί αφηρημένα, αλλά εξαρτάται από τις ρήτρες που περιέχονται στις συμβάσεις αυτές και από το οικονομικό πλαίσιο στο οποίο εντάσσονται (ΔΕΚ, Υπόθ. C-161/84, Pronuptia de Paris v Schillgalis, απόφ. της 28.1.1986, Συλλογή 1986-1, σελ. 353 επ.).

Οι ρήτρες που είναι απαραίτητες για τη λειτουργία του συστήματος δεν συνιστούν περιορισμούς του ανταγωνισμού υπό την έννοια των άρθρων 1 του ν. 703/1977 και 81 παρ. 1 ΣυνθΕΚ. Τούτο ισχύει, ιδίως, για τις ρήτρες που εμποδίζουν να επωφεληθούν οι ανταγωνιστές από την τεχνογνωσία που μεταβιβάζεται και τη συνδρομή που παρέχεται στο δικαιοδόχο από το δικαιοπάροχο ή για τις ρήτρες που οργανώνουν τον απαραίτητο έλεγχο για τη διαφύλαξη της ταυτότητας και της καλής φήμης του δικτύου, που συμβολίζεται με το διακριτικό γνώρισμα του δικαιοπαρόχου (π.χ. άρθρ. 9 παρ. 1, 16.8, 4 παρ. 11, 12 παρ. 1.1, 13 παρ.1 και 2 της υπό κρίση σύμβασης δικαιόχρησης).

3. Ωστόσο, κατά την άποψη της Επιτροπής, η γνωστοποιηθείσα σύμβαση δικαιόχρησης περιέχει ορισμένες ρήτρες που εμπίπτουν στις απαγορευτικές διατάξεις του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 703/77, όπως ισχύει. Ειδικότερα:

α. Σύμφωνα με το άρθρο 10 παρ. 2 της σύμβασης «...[...]». Αναφορικά με την υποχρέωση του δικαιοδόχου να ζητά την έγκριση του δικαιοπαρόχου για να προβεί σε διαφήμιση, η Επιτροπή εκτιμά ότι αυτή συνάδει κατ' αρχήν με τη διαφύλαξη της ταυτότητας και της φήμης του δικτύου δικαιόχρησης. Ο έλεγχος αυτός αφορά στον χαρακτήρα των διαφημίσεων και όχι στις τιμές πώλησης, με στόχο να εξασφαλισθεί ότι η διαφήμιση δεν θα αλλοιώνει την εικόνα του συνολικού δικτύου (88/604/ΕΟΚ, Απόφαση της Επιτροπής της 14.11.1988, Υπόθεση IV/32.358-Service Master, L 332/3.12.1988, σελ. 38, σκέψη 18. Βλ. και ΕΑ 51/97, Hondos Center).

Ωστόσο, ο παραπάνω όρος εισάγει υποχρέωση του δικαιοδόχου να «...[...]». Με τον τρόπο που είναι διατυπωμένος ο ανωτέρω όρος μπορεί να εννοηθεί ότι ο Δικαιοπάροχος εγκρίνει όχι μόνο τη διαφήμιση καθαυτήν, αλλά και τα δώρα, εκπτώσεις ή προσφορές που προβάλλονται μέσω αυτής και επομένως προβαίνει σε έμμεσο καθορισμό τιμών. Κατά συνέπεια ο ως άνω όρος δε μπορεί να θεωρηθεί ότι συνάδει με τη διαφύλαξη της ταυτότητας και της φήμης του δικτύου και ότι δεν περιορίζει τον ανταγωνισμό. Συνακόλουθα, προς αποφυγή παρερμηνειών,

θα πρέπει να επαναδιατυπωθεί ο όρος αυτός, ώστε να προκύπτει σαφώς ότι αφορά έλεγχο από μέρους του Δικαιοπαρόχου μόνο του χαρακτήρα της διαφήμισης και όχι έλεγχο των τιμών πώλησης των διαφημιζόμενων προϊόντων.

β. Σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 3 της κρινόμενης σύμβασης δικαιόχρησης: «[...]».

Το παραπάνω άρθρο αναφέρεται σε συμβατική ρήτρα αποκλειστικής προμήθειας προϊόντων. Συμφωνία που έχει ως αντικείμενο τον περιορισμό των αμοιβαίων προμηθειών μεταξύ διανομέων στο πλαίσιο ενός επιλεκτικού συστήματος διανομής θεωρείται ιδιαίτερα σοβαρός περιορισμός του ανταγωνισμού κατά το άρθρο 1 παρ. 1 ν. 703/1977 (και 81 παρ. 1 ΣυνθΕΚ) και δε τυγχάνει απαλλαγής σύμφωνα με το άρθρο 4 του Κανονισμού 2790/1999. Στο εν λόγω άρθρο 9 παρ. 3 της σύμβασης δεν αναφέρεται ρητά απαγόρευση αμοιβαίων προμηθειών μεταξύ διανομέων, όμως με την ανωτέρω διατύπωση της αποκλειστικής προμήθειας των προϊόντων από τον δικαιοπάρχο μια τέτοια απαγόρευση συνάγεται έμμεσα. Κατά συνέπεια ο όρος θα πρέπει να επαναδιατυπωθεί, ώστε να προκύπτει σαφώς ότι ο Δικαιοδόχος είναι ελεύθερος να αγοράζει τα προϊόντα όχι μόνο από τον Δικαιοπάρχο, αλλά και από οποιονδήποτε άλλο δικαιοδόχο του δικτύου Franchise.

γ. Στο άρθρο 12 της Σύμβασης αναφέρεται ότι ο Δικαιοδόχος υποχρεούται «[...]», καθώς και «[...]».

Επίσης, σύμφωνα με το άρθρο 15 ο Δικαιοπάρχος δικαιούται να καταγγείλει τη σύμβαση οποτεδήποτε εφόσον συντρέχουν σοβαροί λόγοι. Ως σοβαροί λόγοι θεωρούνται ιδίως: «[...]».

Σύμφωνα με την παρ. 44 των Κατευθυντήριων Γραμμών για τους κάθετους περιορισμούς οι ανωτέρω υποχρεώσεις του Δικαιοδόχου, δηλαδή να μην αναλάβει άμεσα ή έμμεσα την άσκηση οποιασδήποτε ομοειδούς δραστηριότητας ή να μην αποκτήσει στο κεφάλαιο ανταγωνίστριας επιχείρησης χρηματοοικονομική συμμετοχή, είναι αναγκαίες για την προστασία των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας του δικαιοπαρόχου και καλύπτονται επίσης από τον κανονισμό απαλλαγής κατά κατηγορίες, αν οι υποχρεώσεις αυτές εμπίπτουν στο άρθρο 81 παρ. 1 ΣυνθΕΚ. Στο σημείο αυτό η Επιτροπή επισημαίνει ότι οι Κατευθυντήριες γραμμές αναφέρουν *«να μην αποκτήσει στο κεφάλαιο ανταγωνίστριας επιχείρησης χρηματοοικονομική συμμετοχή τέτοιου είδους που θα του παρείχε τη δυνατότητα να επηρεάσει την οικονομική συμπεριφορά της εν λόγω ανταγωνίστριας επιχείρησης»*. Στην παρούσα Σύμβαση ο όρος διατυπώνεται στο άρθρο 12.1.5 πιο γενικά και θα πρέπει να τροποποιηθεί, ώστε να εξειδικεύεται με τον τρόπο που αναφέρουν οι Κατευθυντήριες γραμμές που προεκτέθηκαν.

δ. Η διατύπωση ρήτρας στο κεφάλαιο «B. Προοίμιο – Δηλώσεις» με το εξής περιεχόμενο: «[...]» προβλέπει γενική απαγόρευση ανταγωνισμού. Τόσο το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (ΔΕΚ, Υπόθ. C-161/84, Pronuptia de Paris v Schillgalis, απόφ. της 28.1.1986, Συλλογή 1986-1, σελ. 353 επ.) όσο και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, αρχικά με τις αποφάσεις της (βλ. Απόφαση της Επιτροπής, 88/604/ΕΟΚ, σχετικά με τη διαδικασία του άρθρου 85 της Συνθήκης ΕΟΚ της 14.11.1988, Υπόθεση IV/32.358-Service Master, L 332/3.12.1988, σελ. 38, Απόφαση της Επιτροπής 87/407/ΕΟΚ σχετικά με τη διαδικασία του άρθρου 85 της Συνθήκης ΕΟΚ της 13.7.1987, Υπόθεση IV/32.034 – Computerland, L 222/10.8.1987, σ. 12, Απόφαση της Επιτροπής, 87/14/ΕΟΚ, σχετικά με τη διαδικασία του άρθρου 85 της Συνθήκης ΕΟΚ της 17.12.1986, Υπόθεση IV/31.428-31.432 – Yves Rocher, L 8/10.1.1987, σελ. 49, Απόφαση της

Επιτροπής, 89/94/ΕΟΚ, σχετικά με τη διαδικασία του άρθρου 85 της Συνθήκης ΕΟΚ της 2.12.1988, Υπόθεση IV/31.697 – Charles Jourdan, L 35/7.2.1989, σελ. 31) και στη συνέχεια με τους σχετικούς Κανονισμούς της (βλ. *Κανονισμό (ΕΟΚ) 4087/88* της Επιτροπής της 30.11.1988 για την εφαρμογή του άρθρου 85 παρ. 3 της Συνθήκης σε ορισμένες κατηγορίες συμφωνιών franchise, L 359 της 28.12.1988, σ. 46-52. Στη συνέχεια ο Κανονισμός 4087/88 καταργήθηκε και αντικαταστάθηκε από τον *Κανονισμό (ΕΚ) 2790/99* της Επιτροπής της 22.12.1999 για την εφαρμογή του άρθρου 81 παρ. 3 της Συνθήκης σε ορισμένες κατηγορίες κάθετων συμφωνιών και εναρμονισμένων πρακτικών) εξειδικεύουν την απαγόρευση ανταγωνισμού στην υποχρέωση του δικαιοδόχου να μην ανοίξει, κατά τη διάρκεια ισχύος της σύμβασης ή για ένα εύλογο χρόνο μετά τη λήξη της, κατάσταση με το ίδιο ή παρόμοιο αντικείμενο σε περιοχή που θα μπορούσε να έρθει σε ανταγωνισμό με άλλα μέλη του δικτύου. Το εύλογο χρονικό διάστημα μετά τη λήξη της σύμβασης εξειδικεύθηκε στον Κανονισμό 2790/1999 σε ένα έτος. Η ρήτρα αυτή εφόσον εξειδικεύεται με τον ανωτέρω τρόπο δεν αποτελεί περιορισμό του ανταγωνισμού κατά την έννοια των άρθρων 1 παρ. 1 ν. 703/1977 (και 81 παρ. 1 ΣυνθΕΚ).

Εν προκειμένω, η ρήτρα μη ανταγωνισμού είναι πολύ αόριστη, οπότε αποτελεί περιορισμό του ανταγωνισμού κατά το άρθρο 1 παρ. 1 του ν. 703/1977 (και 81 παρ. 1 ΣυνθΕΚ). Επομένως, πρέπει να εξειδικευθεί κατά τα ανωτέρω ή, διαφορετικά, να απαλειφθεί από το Προοίμιο.

4. Στην υπό κρίση περίπτωση, η σύναψη της σύμβασης έλαβε χώρα στις 29/11/2007 και η γνωστοποίησή της στις 21/2/2008. Επομένως η παρούσα γνωστοποίηση δεν πραγματοποιήθηκε εντός των 30 ημερών που προβλέπει ο νόμος 703/1977 (άρθ. 21 παρ. 1), αλλά κατατέθηκε εκπρόθεσμα.

Σύμφωνα με την πρακτική της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΕΑ 272/20/31.5.1995) και τη νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων (ΔΕφαθ 1435/1998, ΣτΕ 1731/2001) η μη εμπρόθεσμη γνωστοποίηση εξομοιούται με την παράλειψη της γνωστοποίησης. Συγκεκριμένα το Διοικητικό Εφετείο με την υπ' αρ. 1435/1998 απόφασή του έκρινε ότι : «...Εξάλλου, κατά την αληθή έννοια της παρατεθείσης διατάξεως της παρ. 2 του ίδιου άρθρου και νόμου (εν. άρθρο 21), με αυτήν ο νομοθέτης θέλησε την επιβολή διοικητικών κυρώσεων, όχι μόνο στην περίπτωση της γνήσιας μορφής παραλείψεως γνωστοποίησης (που εντοπίζεται δηλ. είτε βάσει καταγγελίας, είτε κατόπιν αυτεπάγγελτης έρευνας της Υπηρεσίας), αλλά και στην περίπτωση της εκπρόθεσμης γνωστοποίησης, η οποία, ως δυνάμενη θεωρητικώς να κυμανθεί από μία μέρα μέχρι μεγάλο χρονικό διάστημα, συνιστά και αυτή κατ' ουσίαν, μορφή (ηπία βεβαίως) παραλείψεως, τουλάχιστον μέχρι τη γνωστοποίηση και πρέπει να τύχει ανάλογης μεταχείρισεως, εξ' απόψεως κυρωτικών συνεπειών...». Στη συνέχεια η απόφαση του ΣτΕ 1731/2001 επικύρωσε την άποψη του Εφετείου: «Η παράλειψη δε της γνωστοποίησης αυτής, προς την οποία εξομοιούται, κατά την έννοια της ανωτέρω διάταξης της παρ. 2 του εν λόγω άρθρου 21 και η μη εμπρόθεσμη γνωστοποίηση...».

Με βάση τα παραπάνω η εκπρόθεσμη γνωστοποίηση της σύμβασης επισύρει τις αυτές κυρώσεις με την παράλειψη γνωστοποίησης, οι οποίες αναφέρονται στο άρθρο 21 του ν. 703/1977.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Η Επιτροπή Ανταγωνισμού – Τμήμα Β΄ αποφασίζει:

Α) Να μη χορηγηθεί αρνητική πιστοποίηση, βάσει του άρθρου 11 του ν. 703/1977, όπως ισχύει, στην υπό κρίση σύμβαση δικαιόχρησης μεταξύ των εταιρειών «ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΤΗΛΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΩΝ ΕΛΛΑΔΟΣ Α.Ε.» (ΟΤΕ) και [...].

Β) Απέχει από την έκδοση απόφασης σε σχέση με την επιβολή προστίμου, κατά το άρθρο 21 παρ. 2 του ν. 703/1977, όπως ισχύει, και την εφαρμογή του άρθρου 81 ΣυνθΕΚ και αναπέμπει την υπόθεση στη Γενική Διεύθυνση Ανταγωνισμού, προκειμένου αυτή να διερευνήσει τυχόν επηρεασμό του ενδοκοινοτικού εμπορίου από την κρινόμενη σύμβαση.

Η απόφαση εκδόθηκε την 23^η Οκτωβρίου 2008.

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

Παναγιώτα Μούρκου

(*) Το σχέδιο της παρούσας απόφασης υπογράφει αντί της Αναπληρώτριας Γραμματέως Κυριακής Κασαλιά, η αναπληρώτρια Γραμματέας Παναγιώτα Μούρκου, σύμφωνα με το άρθρο 31 παρ. 1 εδάφ. γ΄ του Κανονισμού Λειτουργίας και Διαχείρισης της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΦΕΚ Β΄1890/29.12.2006).