

ΤΟ
ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΕΦΕΤΕΙΟ ΑΘΗΝΩΝ

Τμήμα 13^ο Τριμελές

Αποτελούμενο από τους: Λαμπρινή Πλούμη, Πρόεδρο Εφετών, Σοφία Τσέκου –Πλιάτσικα (εισηγήτρια) και Σωτηρία Μαργαρίτη, Εφέτες Διοικητικών Δικαστηρίων και γραμματέα την Ελισάβετ Κολακοτιά, δικαστική υπάλληλο,

συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, στις 12 Νοεμβρίου 2019, για να δικάσει την προσφυγή με χρονολογία κατάθεσης 29.3.2019 (αριθ. καταχ. ΠΡ299/2019),

της : ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «M.R.B. ΕΛΛΑΣ ΓΡΑΦΕΙΟ ΕΡΕΥΝΑΣ ΑΓΟΡΑΣ ΑΕ» και διακριτικό τίτλο «M.R.B. ΕΛΛΑΣ S.A», που εδρεύει στο Δήμο Αθηναίων επί της οδού Πανόρμου αριθμ. 74, και παραστάθηκε δια της δικηγόρου Μαρικέρης Τάμπρα

κατά της Επιτροπής Ανταγωνισμού που εδρεύει στην Αθήνα (οδός Κότσικα αριθ. 1Α), η οποία παραστάθηκε δια του δικηγόρου Πέτρου Φραγκίσκου, σύμφωνα με την από 15.10.2019 έγγραφη δήλωση του άρθρου 133 παρ.2 του ΚΔΔ.

Το Δικαστήριο μελετήσε τη δικογραφία και

σκέφτηκε σύμφωνα με το νόμο

Η κρίση του είναι η εξής:

1. Επειδή, με την υπό κρίση προσφυγή, για την άσκηση της οποίας καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο των 750 ευρώ (βλ. e-παράβολο 266781667959 0527 0011), σύμφωνα με το 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), επιδικάζεται παραδεκτώς η ακύρωση, άλλως η τροποποίηση, της 620/2.12.2015 αιτόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού σε Τμήμα, κατά το μέρος που με αυτήν επιβλήθηκε σε βάρος της προσφεύγουσας εταιρείας, πρόστιμο 56.441,27 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 παραλείπει στο μέλλον τη διαπιστωθείσα παράβαση.

2. Επειδή, στο άρθρο 1 του ν. 703/1977 «Περί ελέγχου μονοπωλίων και ολιγοπωλίων 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 παρακώλυση, 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 εφοδισμού, 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 απόλυτως 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). Επικολούθησε ο ν. 3959/2011 «Προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού» (Α' 93/20.4.2011), στο άρθρο 1 του οποίου ορίζεται ότι: «1. Με την επιφύλαξη

και υπηρεσίες (κάθετες συμπράξεις). Περαιτέρω, οι δύο προϋποθέσεις που ιάσσει το άρθρο 1 του ν. 3959/2011 (επιζήμιό 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).



4. Επειδή, εξ άλλου, κατά την έννοια των ίδιων διατάξεων, οι έννοιες «συμφωνία», «αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων» και «εναρμονισμένη πρακτική» καταλαμβάνουν, από υποκειμενική άποψη, 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 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 ταμεία 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 ιρακύπτει 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

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 εφοδισμού. 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».

3. 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 δύναται να προμηθευθούν, πωλούν ή μεταπωλούν αγαθά

Αριθμός απόφασης: 2036/2020



μέχρι του σημείου της σύναψης κατά κυριαλεξία συμφωνίας, αποτελεί, πάντως, συνεννόηση και εν τοις πράγμασι συνεργασία μεταξύ επιχειρήσεων, που αντικαθιστά συνειδητά τους κινδύνους του ανταγωνισμού και ανταπαιτείται 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).

5. Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο 42 του ν. 3959/2011(Α' 93/20.4.2011) ορίζεται ότι: «Παραγραφή για την επιβολή κυρώσεων 1. Οι παραβάσεις των διατάξεων του παρόντος νόμου που παρέχουν στην Επιτροπή Ανταγωνισμού την αρμοδιότητα να επιβάλει κυρώσεις υπόκεινται σε πενταετή προθεσμία παραγραφής. 2. Η παραγραφή αρχίζει από την ημέρα διάπραξης της παράβασης. Ωστόσο, αν μια παράβαση είναι διαρκής ή έχει διαπραχθεί κατ' εξακολούθηση, η παραγραφή αρχίζει από την ημέρα παύσης

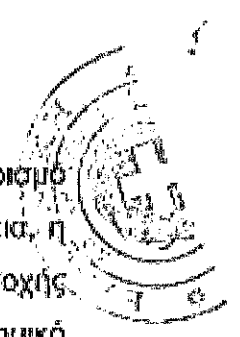
Αριθμός απόφασης: 2036/2020

της παράβασης. 3. Η παραγραφή που ισχύει για την επιβολή προστίμων διακόπτεται από κάθε πράξη της Επιτροπής Ανταγωνισμού, η οποία αφορά στη διερεύνηση ή σε διαδικασίες κατά της συγκεκριμένης παράβασης. Η διακοπή της παραγραφής ισχύει από την ημερομηνία κοινοποίησης της πράξης σε μια τουλάχιστον επιχείρηση ή ένωση επιχειρήσεων που μετείχε στην παράβαση. Στις πράξεις που συνεπάγονται τη διακοπή της παραγραφής συγκαταλέγονται ιδίως οι εξής: α) οι γραπτές αιτήσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού ή άλλης κατά τα παραπάνω αρχής ανταγωνισμού για την Παροχή πληροφοριών β) οι γραπτές εντολές διεξαγωγής ελέγχου που χορηγεί στους υπαλλήλους της η Επιτροπή Ανταγωνισμού ή άλλη κατά τα παραπάνω αρχή ανταγωνισμού. γ) η κίνηση διαδικασίας από άλλη κατά τα παραπάνω αρχή ανταγωνισμού. δ) η κλήρωση υπόθεσης σε Εισηγητή και ε) η κοινοποίηση έκθεσης αιτιάσεων ή εισήγησης από την Επιτροπή Ανταγωνισμού ή άλλη κατά τα παραπάνω αρχή ανταγωνισμού. 4..... 5. Η παραγραφή αρχίζει εκ νέου ύστερα από κάθε διακοπή. Ωστόσο, η παραγραφή συμπληρώνεται το αργότερο την ημέρα παρέλευσης προθεσμίας ίσης με το διπλάσιο της προθεσμίας παραγραφής, υπό την προϋπόθεση ότι η Επιτροπή Ανταγωνισμού δεν έχει επιβάλει πρόστιμο. Η προθεσμία αυτή παρατείνεται κατά χρονικό διάστημα ίσο με το χρόνο αναστολής της παραγραφής κατά την παράγραφο β. 6. Η παραγραφή που ισχύει για την επιβολή προστίμων αναστέλλεται για όσο καιρό σχετική με την υπόθεση πράξη ή απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού αποτελεί αντικείμενο διαδικασίας που εκκρεμεί ενώπιον των δικαστηρίων 7. Η αναστολή της παραγράφου β ισχύει για όλες τις επιχειρήσεις και ενώσεις επιχειρήσεων που συμμετείχαν στην παράβαση» και στο άρθρο 50 ορίζεται ότι: «Η παραγραφή του άρθρου 42 καταλαμβάνει και τις παραβάσεις που έχουν τελεστεί πριν την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου και δεν έχουν αποτελέσει αντικείμενο καταγγελίας ή αυτεπάγγελτης έρευνας ή αιτήματος έρευνας του Υπουργού Οικονομίας, Ανταγωνιστικότητας και Ναυτιλίας».

6. 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

Αριθμός απόφασης:2036/2020

ή των άρθρων 81 και 82 της Συνθήκης της Ευρωπαϊκής Κοινότητας, μπορεί με απόφαση της: α) ... ε) να επιβάλει πρόστιμα 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. 3784/2008, 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 παραλείψουν αυτή στο μέλλον γ) να επιβάλει μέτρα συμπεριφοράς ή διορθωτικού χαρακτήρα, ... δ) να επιβάλει πρόστιμο κατά την παράγραφο 2α στις επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων που υπέπεσαν στην παράβαση ή που δεν εκπληρώνουν ανάληφθεισα 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 επιβάλλεται ή επιβάλλεται κατά την περίπτωση δ', ε' και στ' της παραγράφου 1 μπορεί να φτάνει μέχρι ποσοστού δέκα τοις εκατό (10%) του συνολικού κύκλου εργασιών της επιχείρησης της χρήσης κατά την οποία έπαυσε η παράβαση ή, αν αυτή συνεχίζεται μέχρι την έκδοση της απόφασης,



της προηγούμενης της έκδοσης της απόφασης χρήσης. ... 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 υπερβίνει το ποσοστό που ορίζεται στο πρώτο εδάφιο της παρούσας. β) ... γ) ... 3.».

7. Επειδή, εξάλλου, η Επιτροπή Ανταγωνισμού, με την Ανακοίνωση της 17ης Ιουλίου 2009 σχετικά με την «Έρμηνεία αναφορικά με το εύρος των ακαθαρσιών 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 ανταγωνιστικών συμπεριφορών στο μέλλον, ως βάση για τον υπολογισμό του ύψους του, λαμβάνεται υπόψη το σύνολο των ακαθαρσιών εσόδων της επίμαχης επιχείρησης στη σχετική αγορά του προϊόντος. Αντίθετη άποψη θα απαστερούσε 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 προσεχόμενη σε αυτήν ανταγωνιστική συμπεριφορά. ...». Περαιτέρω, με την Ανακοίνωση της 12ης 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 τα κρίνει σκόπιμα, πράσσει ή μειώνει το βασικό ποσό, ανάλογα με το εάν συντρέχουν αντίστοιχα επιβαρυντικές ή

ελαφρυντικές περιστάσεις. Α. Βασικό ποσό προστίμου. Β. Το βασικό ποσό του προστίμου προκύπτει ως εξής: α) ορίζεται ποσοστό ύψους μέχρι τριάντα τοις εκατό (%) 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 στα 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 αποσιτοελεστικά με την Επιτροπή, πέραν του πεδίου εφαρμογής του Προγράμματος Επιείκειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού».

8. Επειδή, τέλος, κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 16 του ν. 3959/2011 (ΦΕΚ Α 93), εκδόθηκε ο Κανονισμός Λειτουργίας και Διαχείρισης της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΚΥΑ 117/2013 (ΦΕΚ Β' 54), στο άρθρο 27 του οποίου ορίζονται τα εξής: «1. Η πρώτη διάσκεψη της Επιτροπής για την έκδοση απόφασης λαμβάνει χώρα σε συνεδρίαση, που αιτείται εύλογο χρονικό διάστημα και πάντως όχι μεγαλύτερο των τριάντα (30) ημερών από την κατάθεση των συμπληρωματικών υπομνημάτων των μερών ή σε κάθε άλλη περίπτωση από τη συνεδρίαση κατά την οποία περαιώθηκε η συζήτηση της υπόθεσης. Η απόφαση εκδίδεται εντός 30 ημερών από την τελευταία διάσκεψη.....7. Η διάσκεψη για την έκδοση απόφασης είναι μυστική και το αποτέλεσμα της είναι σπόρρητο μέχρι την καταγραφή του διατακτικού της απόφασης στο Βιβλίο Αποφάσεων και Γνωμοδοτήσεων της Επιτροπής που τηρείται από τον Γραμματέα της Επιτροπής». Περαιτέρω, στο άρθρο 28,

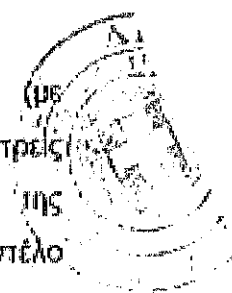
ορίζεται ότι: «1. Η σύνταξη του σχεδίου της απόφασης ανατίθεται από τον Πρόεδρο ή τον Προεδρεύοντα στον Αντιπρόεδρο ή/και τον Εισηγητή ή/και άλλο ή άλλα Μέλη της Επιτροπής. Σε εξαιρετικές περιπτώσεις το έργο αυτό μπορεί να αναλάβει και ο ίδιος ο Πρόεδρος ή ο Προεδρεύων....2. Το όνομα του συντάκτη του σχεδίου της απόφασης δεν είναι ανακοινώσιμο πριν από την έκδοση της...3.4....5. Μετά τη λήψη της απόφασης, ο Γραμματέας καταχωρίζει και' αυξάντα αριθμό τα στοιχεία της υπόθεσης και το διατακτικό της απόφασης στο Βιβλίο Αποφάσεων και Γνωμοδοτήσεων της Επιτροπής..... 6. Μετά την καθαρογραφή, το κείμενο της απόφασης υπογράφεται από τον Πρόεδρο ή τον Προεδρεύοντα, τον/τους συντάκτη/-τες της απόφασης και τον Γραμματέα, και καθορίζεται ο αριθμός των εκδόσεων της, αναλόγως του αριθμού των μερών και των στοιχείων που θεωρούνται απόρρητα για τα λοιπά μέρη και τους τρίτους...7....8.Με ευθύνη του Γραμματέα μία των εκδόσεων απαστέλλεται για δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, και αναρτάται στο Διαδίκτυο, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 47 ν. 3959/2011, και διαβιβάζεται στις αρμόδιες κατά περίπτωση αρχές για τις περαιτέρω ενέργειες..... 9. Με ευθύνη του Γραμματέα κοινοποιείται αμελλητί σε κάθε ενδιαφερόμενο μέρος επικυρωμένο αντίγραφο της οικείας έκδοσης της απόφασης».

9. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση από τα στοιχεία της δικογραφίας προκύπτουν τα εξής: Η προσφεύγουσα είναι ανώνυμη εταιρεία και ιδρύθηκε το έτος 1989. Αντικείμενο της εταιρείας είναι η διεξαγωγή πάσης φύσεως ερευνών, από το έτος δε 2000, ξεκίνησε την προώθηση στην Ελλάδα της διεθνούς έρευνας TGI, ως έρευνας ακροαματικότητας/ αναγνωσιμότητας. Το έτος 2005 συστάθηκε η «ΑΣΤΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ Μέτρησης ΑΚΡΟΑΜΑΤΙΚΟΤΗΤΑΣ ΡΑΔΙΟΦΩΝΙΚΩΝ ΣΤΑΘΜΩΝ ΑΤΤΙΚΗΣ (εφεξής ΑΕΜΑΡ), με σκοπό την ανάθεση σε φυσικό ή νομικό πρόσωπο νέου ενιαίου συστήματος μέτρησης ακροαματικότητας των ραδιοφωνικών σταθμών που εκπέμπουν νόμιμα στην περιφέρεια του νομού Αττικής, τον καθαρισμό των προδιαγραφών της έρευνας και τον έλεγχο των αποτελεσμάτων της. Η ΑΕΜΑΡ είναι μη κερδοσκοπική αστική εταιρεία, η οποία ιδρύθηκε το έτος 2005 από την Ένωση Ιδιοκτητών Ιδιωτικών Ραδιοφωνικών Σταθμών Αθηνών (ΕΙΙΡΑ) και την Ένωση Εταιρειών Διαφήμισης - Επικοινωνίας Ελλάδος

Αριθμός απόφασης: 2036/2020

(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 και έκαστου ραδιοφωνικού σταθμού που εκπέμπει στην περιοχή, χωρίς τη διενέργεια διαγωνιστικής διαδικασίας από κάποιον κεντρικό φορέα διαχείρισης. Στις 22.9.2005, η ΑΕΜΑΡ είχε προκηρύξει διαγωνισμό για την υλοποίηση έρευνας με τίτλο «Έρευνα ΑΕΜΑΡ ΒΑΡΙ -Ακροαματικότητα Ραδιοφώνου Ν. Αττικής», στον οποίο υπέβαλαν αυτοτελώς προσφορές η προσφεύγουσα, η «FOCUS ΒΑΡΙ, ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΕΡΕΥΝΑΣ ΑΓΟΡΑΣ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ», και δύο ακόμη εταιρείες, ανάδοχος, δε, ανακηρύχθηκε η δεύτερη. Οι συμβάσεις υπεγράφησαν την 1.8.2006 και ήταν τριμερείς, μεταξύ της ΑΕΜΑΡ, της FOCUS ΒΑΡΙ ΑΕ 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 έτος 2014, μέσω διαδοχικών παρατάσεων, λόγω και της κήρυξης άγονου του διαγωνισμού που προκηρύχθηκε το έτος 2010. Ειδικότερα, στις 8.12.2010 η ΑΕΜΑΡ προκήρυξε νέο διαγωνισμό μέτρησης ραδιοφωνικής ακροαματικότητας Αττικής στον οποίο υπέβαλαν προσφορά, για πρώτη φορά από κοινού, η προσφεύγουσα και η εταιρεία FOCUS ΒΑΡΙ ΑΕ, υπό τη μορφή της Ένωσης Εταιρειών (κοινοπραξία). Σημειώνεται ότι η εταιρεία FOCUS ΒΑΡΙ ΑΕ, 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 καθένα από τις τρεις ως άνω περιοχές). Όσον αφορά, ειδικότερα, την μέτρηση της ακροαματικότητας ραδιοφωνικών σταθμών Αττικής, το επιχειρηματικό μοντέλο που χρησιμοποιείται είναι το "jointindustryownership" (JIO), σύμφωνα με το οποίο την ανάθεση των σχετικών υπηρεσιών επιβλέπει η ΑΕΜΑΡ, στην οποία συμμετέχουν τόσο οι ιδιοκτήτες των μέσων ενημέρωσης όσο και οι εταιρείες που δραστηριοποιούνται στην ευρύτερη αγορά της διαφήμισης. Ο ανωτέρω διαγωνισμός κηρύχθηκε στις 7.2.2012 άγονος από το Διοικητικό Συμβούλιο της ΑΕΜΑΡ και ακυρώθηκε, 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». 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 εταιρεία και η εταιρεία FOCUS BARI ΑΕ, υπέβαλαν αυτοτελώς προσφορές, ανάδοχος δε του διαγωνισμού αναδείχθηκε η δεύτερη εταιρεία. Στις 11.6.2012 υπαβλήθηκε από την εταιρεία «Ραδιοφωνικές Επιχειρήσεις ΒΗΜΑ FM Α.Ε.» κατά της FOCUS BARI ΑΕ και της ΑΕΜΑΡ, καταγγελία σχετικά με ενδεχόμενες παραβάσεις μεταξύ άλλων των άρθρων 1 και 2 του ν. 3959/2011. Η καταγγελία αυτή απορρίφθηκε ως αβάσιμη. Όμως, κατά τον έλεγχο που διενεργήθηκε από την Επιτροπή Ανταγωνισμού στα γραφεία της FOCUS BARI Α. Ε., εντοπίστηκαν δύο έγγραφα : 1) το με ημερομηνία 2.2.2011 «ΙΔΙΩΤΙΚΟ ΣΥΜΦΩΝΗΤΙΚΟ ΣΥΣΤΑΣΗΣ ΕΝΩΣΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΩΝ», το οποίο υποβλήθηκε στην ΑΕΜΑΡ και αναφέρεται στα ποσοστά συμμετοχής έκαστου των μελών, % η FOCUS BARI Α. Ε. και % η προσφεύγουσα) και στην εκπροσώπηση της ένωσης και 2) το με ημερομηνία 2.2.2011 έγγραφο με τίτλο «Μη ανακοινώσιμο ιδιωτικό συμφωνητικό ρύθμισης σχέσεων μελών ένωσης εταιριών» που είχε υπογραφεί από την προσφεύγουσα και την εταιρεία FOCUS BARI Α. Ε., και αφορούσαν στη συμμετοχή των δύο εταιρειών με την ανωτέρω μορφή της



Αριθμός απόφασης: 2036/2020

«Ένωσης Εταιρειών», στον ανοικτό διαγωνισμό της 8.12.2010. Ακολούθησε έλεγχος από την Επιτροπή Ανταγωνισμού για την διακρίβωση σύμπραξης των εταιρειών «FOCUS BARI, ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΕΡΕΥΝΑΣ ΑΓΟΡΑΣ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» και της προσφεύγουσας, κατά παράβαση των οριζόμενων στο άρθρο 1 του ν. 703/1977 (και ήδη άρθρου 1 του ν. 3959/2011). Πέραν των άλλων σχετικών ρυθμίσεων, το δεύτερο συμφωνητικό αφορούσε αφ' ενός μεν (άρθρο 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 (άρθρο 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: [:

Περαιτέρω, από τον έλεγχο που επικαλούθησε προέκυψαν: α) σποραδικές επαφές μεταξύ των εμπλεκόμενων εταιρειών ήδη από το 2008 (αχ. παρ 69 της προσβαλλόμενης με αναφορές, ιδίως, σε τετράδια σημειώσεων της προσφεύγουσας 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 αιτίας έγινε συζήτηση μεταξύ των εταιρειών FOCUS και προσφεύγουσας 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

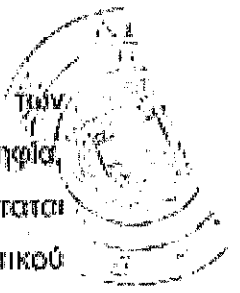
Αριθμός απόφασης:2036/2020

οποία αντιπλάγησαν 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 προσφεύγουσας προς την FOCUS, με θέμα «Μέτρηση Ραδιοφώνου», με το οποίο ενημέρωσε ότι η ΑΕΜΑΡ προτίθεται να διεργήσει 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. προσαβλλόμενη απόφαση Κεφάλαιο 5.2. «Λοιπά ευρήματα», παρ. 69 έως 84).

10. Επειδή, στη συνέχεια, 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 υπόψη 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) Οι συμπράττουσες 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) 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, θεώρησε ότι «συμφωνία» συνιστούν και οι προεπιτακτικές πράξεις του

Αριθμός απόφασης:2036/2020

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 Β.12.2010 στην ένωση των δύο εταιρειών. Συγκεκριμένα, η Επιτροπή Ανταγωνισμού δέχθηκε, 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) Θεώρησε ότι η υπό κρίση συμφωνία συνιστά «συμφωνία μεταξύ ανταγωνιστών», διότι οι συμπράττουσες επιχειρήσεις δραστηριοποιούνται στο ίδιο επίπεδο αγοράς, ήτοι στην παροχή υπηρεσιών μέτρησης μέσων ενημέρωσης και έρευνας αγοράς. Τούτο επιβεβαιώνεται, κατά την Επιτροπή Ανταγωνισμού, 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 προσφεύγουσα να διεκδικήσει αποτελεσματικό 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 FOCUS BARI A.E 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 μέσων ενημέρωσης και των εταιρειών που δραστηριοποιούνται σε αυτήν- η προσφεύγουσα θέλησε να προσεγγίσει επιχειρηματικά την FOCUS BARI A.E για να αποκτήσει σταδιακά την απαραίτητη τεχνογνωσία εκτέλεσης του έργου αποδεχόμενη περιορισμούς και



Αριθμός απόφασης:2036/2020

δεσμεύσεις. Εξάλλου, και η FOCUS BARI A.E παρατηρώντας ότι η προσφεύγουσα άρχισε να διεισδύει στον χώρο αυτό (με τη συμμετοχή της και στον διαγωνισμό του έτους 2005), απέβλεπε στη δέσμευση της τελευταίας ότι στο μέλλον θα υπέβαλλαν από κοινού προσφορές στους διαγωνισμούς της ΑΕΜΑΡ, επιβάλλοντας ουσιαστικά ρήτρα αποφυγής μελλοντικού ανταγωνισμού. Με βάση τα ανωτέρω, η Επιτροπή Ανταγωνισμού έκρινε, κατά πλειοψηφία, ότι η προσφεύγουσα συνιστά πραγματικό -και σε κάθε περίπτωση δυνητικό ανταγωνιστή- της FOCUS BARI A.E, διότι δραστηριοποιήθηκε στην ανωτέρω σχετική αγορά, με την υποβολή αυτοτελών προσφορών 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, τα γεγονός δε ότι συνήψε την υπό κρίση συμφωνία για να αποκτήσει πρόσβαση στην τεχνογνωσία της FOCUS, καταδεικνύει, σύμφωνα με την Επιτροπή Ανταγωνισμού, ότι είχε και την πρόθεση να δραστηριοποιηθεί στην αγορά αυτή και Ε) θεώρησε 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 συμπεράττουσες επιχειρήσεις περιορισμούς της οικονομικής τους δραστηριότητας σε ένταση και έκταση μεγαλύτερη από την αντικειμενικώς απαιτούμενη για τους σκοπούς της μεταξύ τους κοινοπραξίας. Ταύτα, διότι με τους όρους αυτούς, που εκτείνονται πέραν του συγκεκριμένου διαγωνισμού του 2010, τα επιδιωκόμενα αποτελέσματα ήταν, από μεν την προσφεύγουσα 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 FOCUS BARI A.E, η διατήρηση της θέσης της στην Αττική με την εξάλειψη του ανταγωνισμού από την προσφεύγουσα και η αυτόνομη δραστηριοποίησή της στη Θεσσαλονίκη. Οι όροι αυτοί θεώρησε 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

Αριθμός απόφασης:2036/2020

ρήτρας (όρος Β του συμφωνητικού), συνεπώς, ισοδυναμούν με ρήτρα καταμερισμού της αγοράς. Επιμένως, κατά την Επιτροπή Ανταγωνισμού και ανεξαρτήτως οιασδήποτε επικαλούμενης καλής πρόθεσης των δύο εταιρειών, οι όροι αυτοί, τόσο έκαστος αυτοτελώς όσο και συνδυαστικά, συνιστούν εξ αντικείμενου περιορισμούς του ανταγωνισμού, δηλαδή είναι ικανοί από τη φύση τους να περιορίσουν τον ανταγωνισμό. Εξάλλου, δεν 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 AEMAP του 2010. Περαιτέρω, η Επιτροπή Ανταγωνισμού θεώρησε ότι δεν πληρούνται εν προκειμένω οι σωρευτικές προϋποθέσεις χορήγησης αποσπαστικής 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 Επιτροπή Ανταγωνισμού, αφού έλαβε υπόψη ότι οι εταιρείες FOCUS και Ήπρασφεύγουσα παραβίασαν, κατά τα προεκτεθέντα, το άρθρο 1 του ν. 3959/2011, έκρινε ότι η επιβολή προστίμου συνιστά την κατάλληλη κύρωση και εξέδωσε στις 2.12.2015 την προσαλλόμενη απόφαση, με τη οποία υποχρέωσε την προαφεύγουσα και την FOCUS BARI A.E να παραλείπουν στο μέλλον την διαπιστωθείσα παράβαση και επέβαλε στην μεν FOCUS BARI A.E πρόστιμο ύψους 31.512,03 ευρώ, στη δε προαφεύγουσα 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 μέσων ενημέρωσης 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 υπόψη τα κριτήρια του άρθρου 25 παρ. 2α 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

Αριθμός απόφασης:2036/2020

του συμφωνητικού, έως 30.9.2013, οπότε κάθε συμπράττουσα επιχείρηση έλαβε αυτότελως μέρος στον επόμενο διαγωνισμό που προκήρυξε η ΑΕΜΑΡ, καθώς κρίθηκε ότι οι ανταλλαγές σπώσεων μεταξύ των δύο εταιρειών, κατά το διάστημα αυτό, συνιστούν έκφραση 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 συμμετείχαν άμεσα στην διαπιστωθείσα παράβαση και δεν μπορεί να προσδιορισθεί επακριβώς το τυχόν οικονομικό όφελος που επιδίωξαν εν προκειμένω να αποκομίσουν). Περαιτέρω, ελήφθη υπόψη 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 αιτιασδήριστες ενέργειας από την πλευρά των συμπραττουσών επιχειρήσεων για την εφαρμογή των σχετικών όρων σε συνδυασμό με την αυτοτελή κατάθεση οικονομικών προσφορών στον διαγωνισμό της ΑΕΜΑΡ του έτους 2013. Λαμβάνοντας συνολικά υπόψη τα προεκτεθέντα κριτήρια και στοιχεία, προσδιορίστηκε ως βασικό πρόσχημα για τη διαπιστωθείσα παράβαση, κατά την πλειοψηφήσασα στην Επιτροπή Ανταγωνισμού άποψη, ποσοστό % επί του κύκλου εργασιών που πραγματοποιήσαν η κάθε μία από τις συμπράττουσες επιχειρήσεις από την παροχή υπηρεσιών μέτρησης μέσωσ ενημέρωσης και έρευνας αγοράς, εξαιρουμένων των ερευνών τηλεθέσσης και διαφημιστικής δαπάνης για την περίοδο από 02.02.2011 έως 30.09.2013. Συνεπώς, μετά την εφαρμογή του ποσοστού αυτού επί του τζίρου ύψους _____ ευρώ των ετών 2011, 2012, 2013, το βασικό ποσό του προστίμου για την προσφεύγουσα εταιρεία διαμορφώθηκε σε _____ ευρώ και με βάση τις ελαφρυντικές περιστάσεις και τη χορήγηση συνολικής μείωσης % σε 56.441,27 ευρώ. Κατά της αιτάφαισης 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.

11. Επειδή, με την κρινόμενη προσφυγή και το προς ανάπτυξη αυτής υπόμνημα που κατατέθηκε παραδεκτώς στις 15.11.2019, η προσφεύγουσα προβάλλει κατ' αρχήν, ότι η Επιτροπή Ανταγωνισμού παρέβη το άρθρο 27 του Κανονισμού λειτουργίας της, την αρχή της εύλογης προθεσμίας με αποτέλεσμα να προσβάλλει το δικαίωμά της για αποτελεσματική δικαστική προστασία κατά παράβαση του άρθρου 20 του Συντάγματος. Ειδικότερα ισχυρίζεται ότι σύμφωνα με το ανωτέρω άρθρο (27) του Κανονισμού, η απόφαση πρέπει να εκδίδεται εντός 30 ημερών από την τελευταία διάσκεψη, ενώ στην προκειμένη περίπτωση η τελευταία διάσκεψη έλαβε χώρα στις 2.12.2015 και η οριστική απόφαση κοινοποιήθηκε σε αυτή στις 29.2.2019.

12. Επειδή, από τις προαναφερόμενες διατάξεις (σκέψη 8) του Κανονισμού προκύπτει ότι τα στάδια της έκδοσης, καθαρογραφής, δημοσίευσης και κοινοποίησης της απόφασης στους ενδιαφερόμενους είναι διακριτά και συνειπώς, το σημείο λήξης της προθεσμίας του άρθρου 27 παρ. 1 του Κανονισμού που είναι η έκδοση της απόφασης, δεν ταυτίζεται με την καθαρογραφή ή η δημοσίευση ή κοινοποίηση της απόφασης. Επομένως, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η προθεσμία των 30 ημερών του άρθρου 27 του Κανονισμού λειτουργίας και Διαχείρισης της Επιτροπής Ανταγωνισμού αφορά τη δημοσίευση της απόφασης και την κοινοποίησή της στις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις, είναι νόμιμος αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί. Εξάλλου, δεν υφίσταται εν προκειμένω ζήτημα οριστικής - μη οριστικής απόφασης, όπως αβασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Όσον αφορά δε τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας για παραβίαση της αρχής της εύλογης προθεσμίας λόγω της παρόδου 4 ετών και 2 μηνών από την τελευταία διάσκεψη και 8 ετών από τη σύναψη του συμφωνητικού έως την κοινοποίηση της απόφασης, είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί διότι, το ζήτημα του ειλόγου χρόνου εντός του οποίου η Επιτροπή Ανταγωνισμού οφείλει να ασκήσει την αρμοδιότητά της έχει αφαιρεθεί τη διάταξη της παράβασης και όχι τη διάσκεψη. Προκύπτει δε τέτοιο ζήτημα αποκλειστικά στην περίπτωση της παράλειψης του νομοθέτη να θεσπίσει συγκεκριμένη αποκλειστική προθεσμία παραγραφής μέσα στην οποία η Επιτροπή Ανταγωνισμού υποχρεούται να ασκήσει την αρμοδιότητά της, όπως υπό την ισχύ του ν.

703/77. Εν προκειμένω, σύμφωνα με τη σκέψη 5 θεσπίστηκε με το άρθρο 42 του ν. 3959/2011 αποκλειστική προθεσμία, η οποία καταλαμβάνει σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 50 του ίδιου νόμου την κρινόμενη υπόθεση. Η προθεσμία αυτή δεν έχει παρέλθει στην κρινόμενη περίπτωση, δεδομένου ότι η παράβαση διήρκησε από 2.2.2011 έως 30.9.2013, η κοινοποίηση της 695/2015 εισήγησης έγινε στις 4.2.2015 (και κατά παραδοχή της προσφεύγουσας), οπότε διακόπηκε η παραγραφή και η απόφαση εκδόθηκε εντός του ίδιου έτους ήτοι στις 2.12.2015, κοινοποιήθηκε δε εντός πενταετίας (29.1.2019) από την διακοπή της παραγραφής (βλ. ΣτΕ 582/2019).

13. Επειδή, η προσφεύγουσα προβάλλει επίσης ότι η Επιτροπή κατ' εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή του νόμου, όρισε ως ενιαία σχετική αγορά, τόσο τις υπηρεσίες μέτρησης μέσω ενδημέρωσης όσο και υπηρεσίες ερευνών αγοράς, ενώ οι υπηρεσίες μέτρησης μέσω ενδημέρωσης (MMS), στις οποίες δραστηριοποιείται η FOCUS και οι υπηρεσίες έρευνας αγοράς (MRS) στις οποίες δραστηριοποιείται κυρίως η προσφεύγουσα αποτελούν δύο διακριτές, ξεχωριστές αγορές. Για τον καθορισμό της σχετικής αγοράς και τους περιορισμούς στους οποίους υπόκεινται οι επιχειρήσεις λόγω του ανταγωνισμού, η προσφεύγουσα αναφέρεται στην ανακοίνωση της Επιτροπής ΕΕ C 372/ της 9/12/1997, σύμφωνα με την οποία, η αρχή ανταγωνισμού αξιολογεί κριτήρια όπως η υποκατάσταση από πλευράς ζήτησης, η υποκατάσταση από πλευράς της προσφοράς και ο δινηθικός ανταγωνισμός. Ισχυρίζεται, δε, ότι ο ανωτέρω τρόπος διενέργειας των εν λόγω υπηρεσιών στην ευρωπαϊκή αγορά δεν διαφοροποιείται και στην ελληνική αγορά. Προβάλλει δε ότι ο Κανονισμός 330/2010 θεσπίζει το ευεργέτημα της ομαδικής απολλαγής των κάθετων συμφωνιών του άρθρου 101 παρ. 1 ΣΛΕΕ και αντίστοιχα του άρθρου 1 του ν. 3959/2011. Επομένως, κατά την άποψη της οι όροι της συμφωνίας είναι ρήτρες μη ανταγωνισμού κατ' εφαρμογή του άρθρου 5 του Κανονισμού 330/2010 για τους κάθετους περιορισμούς, σύμφωνα με το οποίο η υποχρέωση μη ανταγωνισμού απαλλάσσεται εφόσον «η υποχρέωση είναι απαραίτητη για την προστασία της τεχνογνωσίας αυτού που μεταβιβάζει», και τούτο ακόμη και αν υπερβαίνει την πενταετία. Εξάλλου, ισχυρίζεται ότι για την δραστηριοποίηση στον χώρο

της μέτρησης της ραδιοφωνικής ακροαματικότητας η ίδια δεν διαθέτει ειδική υποδομή και τεχνογνωσία όπως η FOCUS, η οποία διαθέτει εφαρμογή συγκεκριμένης μεθοδολογίας στις έρευνες μέτρησης ραδιοφωνικής ακροαματικότητας, δομημένο ερωτηματολόγιο, ειδικά λογισμικά και πλήρη συμμόρφωση προς τις κριτούσες σε διεθνές επίπεδο αρχές των ερευνών MME. Ενόψει αυτών, προβάλλει, ότι, εφόσον η ίδια και η FOCUS δεν δραστηριοποιούνται στην ίδια αγορά, δεν λογίζονται ως ανταγωνίστριες επιχειρήσεις. Όπως υποστηρίζει δε στη συνέχεια η προσφεύγουσα 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, δε όσα και η ίδια υποστήριξε στην Επιτροπή, ότι δηλαδή οι υπηρεσίες μέτρησης MME και οι υπηρεσίες έρευνας αγοράς διαφέρουν θεμελιωδώς και ότι δεν έχει δραστηριοποιηθεί στα παρελθόν στις υπηρεσίες μέτρησης MME ούτε έχει την πρόθεση ή τη δυνατότητα να δραστηριοποιηθεί άμεσα σε αυτές. Επίσης επικαλείται τα αναφερόμενα στην προσβαλλόμενη απόφαση, ότι ο κύκλος εργασιών της κατά τα έτη 2008-2012 προέρχεται εξ ολοκλήρου από έρευνες αγοράς και όχι μετρήσεις ακροαματικότητας. Ενόψει των ανωτέρω υποστηρίζει ότι η Επιτροπή Ανταγωνισμού μη νόμιμα και εσφαλμένα, έκρινε ότι η προσφεύγουσα μπορούσε πράγματι να δραστηριοποιηθεί άμεσα και χωρίς ιδιαίτερο κόστος στην εν λόγω αγορά και συνακόλουθα ότι ήταν «δύνητικός ανταγωνιστής».

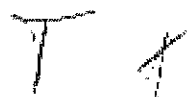
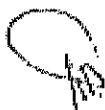
14. Επειδή, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, σύμφωνα με τον οποίο οι υπηρεσίες μέτρησης μέσων ενημέρωσης (MMS) και οι υπηρεσίες έρευνας αγοράς (MRS) αποτελούν δύο διακριτές, ξεχωριστές αγορές, είναι απορριπτέος, το μεν ως αλυσιτελής, καθάσον η οριοθέτηση της αγοράς είναι κρίσιμο γεγονός σε περιπτώσεις κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης, (βλ ΣΤΕ 3103/2015), 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. Ειδικότερα, το Δικαστήριο λαμβάνοντας υπόψη α) ότι η προσφεύγουσα δραστηριοποιείται στην διεξαγωγή πάσης φύσης ερευνών, ήδη, δε, από το 2000, προωθεί στην Ελλάδα την διεθνή έρευνα TGI, ως έρευνα ακροαματικότητας/

Αριθμός απόφασης:2036/2020

αναγνωσιμότητας, β) ότι η FOCUS 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, λιανεμπόριο, αγορές, τρόφιμα κλπ.) και, επί σειράν ετών, έχει επίσης δραστηριοποιηθεί στον τομέα των συνδρομητικών ερευνών μετρήσεων MME, και γ) ότι η προσφεύγουσα 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 AEMAP), 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 ειδικότερα, η προσφεύγουσα ότι οι υπηρεσίες μέτρησης μέσω ενημέρωσης (MMS) και οι υπηρεσίες έρευνας αγοράς (MRS) αποτελούν δύο διακριτές, ξεχωριστές αγορές, επικαλούμενη επιπροσθέτως την ανακοίνωση της Επιτροπής ΕΕ C 372/1997, διότι 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 (άρθρο 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης -ΣΛΕΕ, εννοποιημένη 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, ενόψει του ότι α) οι δύο επιχειρήσεις δραστηριοποιούνται στην ίδια αγορά, σύμφωνα με τα αμέσως ανωτέρω κριθέντα, β) το από 2.2.2011 «μη ανακοινώσιμο ιδιωτικό συμφωνητικό» εντάσσεται στο πλαίσιο ρύθμισης μιας ευρύτερης συνεργασίας των δύο μερών, με αφορμή τον διαγωνισμό του 2010, και είχε, τουλάχιστον ως αποτέλεσμα, τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας από την αυτόνομη δραστηριοποίησή της στην Αττική, με σταδιακή όμως εδραίωση της παρουσίας της σε αυτήν, καθώς και την δέσμευσή της να σπέχει από

οποιαδήποτε δραστηριοποίηση στην περιοχή της Θεσσαλονίκης, και γ) σε αντιστάθμισμα των ανωτέρω, η FOCUS θα προσέφερε στην προσφεύγουσα πολυεπιπέδη τεχνογνωσία, σε επίπεδο ερωτηματολογίων, μεθόδων και ειδικών λογισμικών, το Δικαστήριο κρίνει ότι η προσφεύγουσα δεν είχε απλάως την πρόθεση να δραστηριοποιηθεί αποτελεσματικά στην αγορά μέτρησης ραδιοφωνικής ακροαματικότητας, αλλά ήταν και μελλοντικός -συνεπώς δυνατικός- ανταγωνιστής της FOCUS, απορριπτιζόμενων ως αβάσιμων όσων αντίθετων υποστηρίζει αυτή επί του ειδικότερου αυτού ζητήματος.

15. Επιπλέον, περαιτέρω, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι μη νόμιμα και ασφαλέντα δέχθηκε η Επιτροπή Ανταγωνισμού ότι υφίσταται συμφωνία ή εναρμονισμένη πρακτική μεταξύ αυτής και της FOCUS 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» τελαύσε υπό την αναβλητική αίρεση της κατακύρωσης του διαγωνισμού της 8.12.2010 στην ένωση εταιρειών που αποτελείτο από την ίδια και την FOCUS, 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 αξιότητα μεταξύ τους αντιπαράθεση Συνεπώς, υποστηρίζει, δεν υφίσταται «συμφωνία» αντίθετη προς τις περί ανταγωνισμού διατάξεις. Συναιφώς, υποστηρίζει ότι οι όροι 2 και 3 του συμφωνητικού ρύθμισης σχέσεων των μελών ένωσης επιχείρησης δεν συνιστούν όρους που έχουν ως αντικείμενα ή αποτέλεσμα τον περιορισμό του ανταγωνισμού και ως εκ τούτου δεν καταλαμβάνονται από την απαγόρευση του άρθρου 1 του ν. 3959/2011. Άλλως σε κάθε περίπτωση οι όροι 2 και 3 συνιστούν νόμιμες οριζόντιες συμφωνίες του Κανονισμού 1218/2010, άλλως μη περιοριστικές του ανταγωνισμού οριζόντιες συμφωνίες εργαλαβίας.



16. Επειδή, από το περιεχόμενο του από 2.2.2011 συμφωνητικού μεταξύ της προσφεύγουσας και της FOCUS προκύπτει 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 ανέλαβαν δεσμεύσεις για το μέλλον χωρίς χρονικό περιορισμό, σε οποιαδήποτε ανάθεση έργου 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 Επιτροπή Ανταγωνισμού 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, για το μέλλον, δηλαδή: α) στη μεν περιοχή της Αττικής, δεσμεύθηκαν ότι 1) θα συνεργασθούν στο μέλλον αποκλειστικά και μόνον μεταξύ τους σε οποιαδήποτε 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, και 2) 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, ενώ β) στη περιοχή της Θεσσαλονίκης, η μεν FOCUS δεσμεύθηκε ότι θα συνεχίσει να αναλαμβάνει και να εκτελεί μόνη της το έργο της μέτρησης της ραδιοφωνικής ακροαματικότητας, η δε προσφεύγουσα 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, 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 κάθε μίας από αυτές ή της συνεργασίας με τρίτο φυσικό ή νομικό πρόσωπο (στην περιοχή της Αττικής) καθώς και στην αποκλειστική

Αριθμός απόφασης: 2036/2020

δράση της FOCUS στη Θεσσαλονίκη, με ταυτόχρονη θέσπιση της προαφεύγουσας 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 ανακαινώσιμ» συμφωνητικό αποτελεί «συμφωνία» κατά την έννοια του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 3959/2011, αφού έχει ως 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 ΑΕΜΑΡ και της ταυτόχρονης μείωσης των δυνατοτήτων και επιλογών των ραδιοφωνικών σταθμών. Σε κάθε περίπτωση, μια τέτοια ρύθμιση δεν θα τύγχανε απαλλαγής, διότι σύμφωνα με το άρθρο 4 του Κανονισμού (ΕΕ) αριθ. 1218/2010 της Επιτροπής της 14ης Δεκεμβρίου 2010 (για την εφαρμογή του άρθρου 101 παράγραφος 3 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης σε ορισμένες κατηγορίες συμφωνιών εξειδίκευσης), δεν καταλαμβάνονται από αυτόν οι συμφωνίες εξειδίκευσης, οι οποίες έχουν ως αντικείμενο τον επιμερισμό των αγορών ή της πελατείας, εφόσον τα μέρη συμφωνήσουν να επικεντρωθούν σε συγκεκριμένες αγορές ή πελάτες, όπως εν προκειμένω προβλέπεται ιδίως στον όρο 3 της ένδικης συμφωνίας. Ούτε βεβαίως, οι ανωτέρω περιορισμοί καταλαμβάνονται από το άρθρο 2 του ανωτέρω Κανονισμού (ΕΕ), διότι τα σχετικά συμφωνητικά δεν περιλαμβάνουν ρήτρα ανάθεσης ή παραχώρησης δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας. 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 προαφεύγουσας.

16. Επειδή, ως προς την επιμέτρηση του προστίμου και, ειδικότερα, την διάρκεια της παράβασης, η προαφεύγουσα 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). Επομένως, κατά τους ισχυρισμούς της η προβαλλόμενη απόφαση εσφαλμένα δέχθηκε ότι η

Αριθμός απόφασης:2036/2020

Διαπιστωθείσα παράβαση επεκτάθηκε έως 30.9.2013, απότι η FOCUS και η προσφεύγουσα μετείχαν αυτοτελώς στον επόμενο διαγωνισμό που προκήρυξε η ΑΕΜΑΡ και ζητά, για το λόγο αυτό, τη μεταρρύθμιση της προσβαλλομένης και τη μείωση του προστίμου στο προσήκον μέτρο. Κατά τα λοιπά, ως προς την επιμέτρηση του προστίμου, η προσφεύγουσα, διαμαρτύρεται ότι της επιβλήθηκε υψηλότερο πρόστιμο από την FOCUS, αν και αυτή δεν είχε καμία απολύτως δραστηριοποίηση στις μετρήσεις μέσω ενήμερωσης.

17. Επειδή, με βάση τα ανωτέρω, το Δικαστήριο, λαμβάνοντας υπόψη α) την ρητή διατύπωση στο επίμαχο συμφωνητικό περί μελλοντικής και χωρίς χρονικό περιορισμό αποκλειστικής συνεργασίας μεταξύ των δύο εταιρειών και της ανάληψης ααρίστως στο μέλλον των δεσμεύσεων που προεκτέθηκαν και β) ότι, και μετά την κήρυξη άγονου του διαγωνισμού (7.2.2012) υπήρχε επικοινωνία (έγγραφη και ηλεκτρονική) μεταξύ των δύο εταιρειών, κατά τα προεκτεθέντα, κρίνει ότι, μόνο με την αυτοτελή κάθοδο 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 ορθώς δέχθηκε και η προσβαλλόμενη απόφαση, απορριπτόμενου ως αβάσιμου του αντίθετου ισχυρισμού της προσφεύγουσας. Όσον αφορά όμως το ύψος του προστίμου, το Δικαστήριο, συνεκτιμώντας συνολικά τα προεκτεθέντα και περαιτέρω τη σοβαρότητα της παράβασης, τη διάρκεια της, τη γεωγραφική της έκταση, τρραχόντως όμως την έλλειψη οποιασδήποτε ενέργειας από την πλευρά των συμπρακτουσών επιχειρήσεων για την εφαρμογή των σχετικών όρων σε συνδυασμό με την αυτοτελή κατάθεση οικονομικών προσφορών στον διαγωνισμό της ΑΕΜΑΡ του έτους 2013, κρίνει ότι αυτό πρέπει να προσδιορισθεί στο εύλογο και προσήκον ποσό των 35.275,80 X % = . . . - %) ευρώ..

18. Επειδή, και' ακολουθίαν, η προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, να μεταρρυθμιστεί η προσβαλλόμενη απόφαση της ΕΑ, να περιορισθεί το πρόστιμο στα ποσό των 35.275,80 ευρώ και να διαταχθεί η κατάπτωση του

Αριθμός απόφασης:2036/2020

ημίσεος του καταβληθέντος παραβόλου υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου και την περιέλευση του ειτέρου ημίσεος στην προσφεύγουσα (άρθρο 277 παρ. 9 ΚΔΔ σε συνδυασμό με το άρθρο 45 παρ. 2 του ν. 3959/2011, όπως ισχύει). Τέλος, το Δικαστήριο, συμφωνεί τα δικαστικά έξοδα λόγω της εν μέρει νίκης και ήττας αυτών (άρθρο 275 παρ. 1 ΚΔΔ).

ΔΙΑ ΤΑΥΤΑ

-Δέχεται εν μέρει την προσφυγή.

-Τροποποιεί την 620/2015 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού κατά το μέρος που αφορά στην προσφεύγουσα.

-Περιορίζει το πρόστιμο σε τριάντα πέντε χιλιάδες διακόσιες εβδομήντα πέντε ευρώ και ογδόντα λεπτά (35.275,80).

-Διατάσσει την κατάπτωση του ημίσεος του παραβόλου υπέρ του Δημοσίου και την περιέλευση του ειτέρου ημίσεος στην προσφεύγουσα.

-Συμφωνεί τα δικαστικά έξοδα μεταξύ των διαδίκων.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στην Αθήνα, στις 12-3-2020 και 12-5-2020 και δημοσιεύθηκε στην ίδια πόλη, σε έκτακτη δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριο του Δικαστηρίου, στις 28-5-2020, με γραμματέα την Ελένη Σταμάτη λόγω μετακίνησης της γραμματέως της έδρας Ελισσάβη Κολοκοτσά σε άλλο Τμήμα του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (άρθρο 194 παρ. 3, περιπτ. γ' και δ' του Κ.Δ.Δ.).

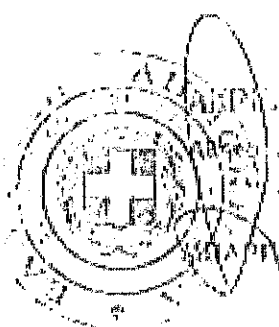
Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ


ΛΑΜΠΡΙΝΗ ΠΛΟΥΜΗ

Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ


ΣΟΦΙΑ ΤΣΕΚΟΥ-ΠΛΙΑΤΣΙΚΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ


10/6/2020
ΣΤΑΜΑΤΗ ΕΛΕΝΗ