

**Αριθμός απόφασης: 1611/2020**

**ΤΟ**

**ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΕΦΕΤΕΙΟ ΑΘΗΝΩΝ**

**Τμήμα 18ο Τριμελές**

Αποτελούμενο από τους: Χάιδω Χαρμπίλα - Κώτσου, Πρόεδρο Εφετών Δ.Δ., Κλεοπάτρα Καλλικάκη – Εισηγήτρια και Αικατερίνη Σολδάτου, Εφέτες Δ.Δ., και γραμματέα την Κυριακή Καβούρη, δικαστική υπάλληλο,

συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, στις 14 Νοεμβρίου 2019, για να δικάσει την από 7-12-2018 (αριθμ. καταχ....) προσφυγή,

της εταιρείας.... που.... εκπροσωπείται νόμιμα και παραστάθηκε με τους πληρεξούσιους δικηγόρους Κλεομένη Γιαννίκα και Εμμανουήλ Δρυλλεράκη,

κατά της Ανεξάρτητης Αρχής με την επωνυμία «ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ», που εδρεύει στην Αθήνα (οδός Πατησίων και Κότσικα αρ. 1α), η οποία παραστάθηκε με την πληρεξούσια δικηγόρο της Αριστέα Σινανιώτη.

Το Δικαστήριο άκουσε τους διαδίκους που παραστάθηκαν, οι οποίοι ζήτησαν όσα αναφέρονται στα πρακτικά.

1. Επειδή, με την κρινόμενη προσφυγή, για την οποία καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο (.....), ζητείται παραδεκτώς η ακύρωση, άλλως η τροποποίηση της .../2018 απόφασης της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού, με την οποία διαπιστώθηκε παραβίαση από την προσφεύγουσα των άρθρων 2 του ν.703/77 (ήδη άρθρου 2 ν.3959/2011) και του άρθρου 102 ΣΛΕΕ (ομόφωνα), λόγω παροχής καταχρηστικών εκπτώσεων στόχου και λόγω της ρήτρας μη προβολής ανταγωνιστικών προϊόντων, για το χρονικό διάστημα από 19-6-2002 έως και 21-10-2008, καθώς και παραβίαση των άρθρων 1 του ν.703/77 (ήδη 1 ν.3959/2011) και του άρθρου 101 ΣΛΕΕ (κατά πλειοψηφία), λόγω της συμμετοχής της σε απαγορευμένη κάθετη σύμπραξη (με καθορισμό τιμών μεταπώλησης, απαγόρευση ενεργητικών και παθητικών πωλήσεων, ρήτρα μη άσκησης ανταγωνισμού) για το χρονικό διάστημα από 26-9-1996 έως 31-12-2017, και περαιτέρω α)της επιβλήθηκε υποχρέωση παύσης και παράλειψης στο μέλλον των ως άνω παραβάσεων, β)της επιβλήθηκε πρόστιμο 8.669.370,11 ευρώ για την πρώτη παράβαση και 18.892.334,58 ευρώ για τη δεύτερη (κατά πλειοψηφία), γ)απειλήθηκε με χρηματική ποινή-πρόστιμο ποσού δέκα χιλιάδων (10.000) ευρώ για κάθε ημέρα καθυστέρησης συμμόρφωσης προς την ως άνω

απόφαση.

2. Επειδή, στο άρθρο 2 του Ν.703/1977 «Περί ελέγχου μονοπωλίων και ολιγοπωλίων και προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού» (ΦΕΚ Α' 278), ορίζεται ότι: «Καταχρηστική εκμετάλλευσις δεσποζούσης θέσεως. Απαγορεύεται η υπό μιας ή περισσότερων επιχειρήσεων καταχρηστική εκμετάλλευσις της δεσποζούσης θέσεως αυτών επί του συνόλου ή μέρους της αγοράς της χώρας. Η καταχρηστική αυτή εκμετάλλευσις δύναται να συνίσταται ιδία: α) εις τον άμεσον ή έμμεσον εξαναγκασμόν προς καθορισμόν είτε των τιμών αγοράς ή πωλήσεως είτε άλλων μη ευλόγων όρων συναλλαγής. β) εις τον περιορισμόν της παραγωγής, της καταναλώσεως ή της τεχνολογικής αναπτύξεως, επί ζημία των καταναλωτών, γ) εις την εφαρμογήν ανίσων όρων δι'ισοδυνάμους παροχάς, ιδία εις την αδικαιολόγητον άρνησιν πωλήσεων, αγορών ή άλλων συναλλαγών, κατά τρόπον ώστε επιχειρήσεις τινές να τίθενται εις μειονεκτικήν εν τω ανταγωνισμώ θέσιν. δ) εις την εξάρτησιν της συνάψεως συμβάσεων εκ της παρά των αντισυμβαλλομένων αποδοχής προσθέτων παροχών, ή συνάψεως προσθέτων συμβάσεων αι οποίαι, κατά την φύσιν των ή συμφώνως προς τας εμπορικές συνηθείας, δεν συνδέονται μετά του αντικειμένου των συμβάσεων τούτων», ενώ στο αντίστοιχο με την πιο πάνω διάταξη άρθρο 102 της Συνθήκης Λειτουργίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και πρώην 82 ΣυνθΕΚ ορίζεται ότι: «Είναι ασυμβίβαστη με την εσωτερική αγορά και απαγορεύεται, κατά το μέτρο που δύναται να επηρεάσει το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών, η καταχρηστική εκμετάλλευση από μία ή περισσότερες επιχειρήσεις της δεσπόζουσας θέσης τους εντός της εσωτερικής αγοράς ή σημαντικού τμήματός της. Η κατάχρηση αυτή δύναται να συνίσταται ιδίως: α) στην άμεση ή έμμεση επιβολή μη δικαίων τιμών αγοράς ή πωλήσεως ή άλλων όρων συναλλαγής, β) στον περιορισμό της παραγωγής, της διαθέσεως ή της τεχνολογικής αναπτύξεως επί ζημία των καταναλωτών, γ) στην εφαρμογή ανίσων όρων επί ισοδυνάμων παροχών έναντι των εμπορικώς συναλλασσομένων, με αποτέλεσμα να περιέρχονται αυτοί σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό, δ) στην εξάρτηση της συνάψεως συμβάσεων από την αποδοχή, εκ μέρους των συναλλασσομένων, προσθέτων παροχών που εκ φύσεως ή σύμφωνα με τις εμπορικές συνήθειες δεν έχουν σχέση με το αντικείμενο των συμβάσεων αυτών».

3. Επειδή, κατά την έννοια των πιο πάνω διατάξεων, δεσπόζουσα θέση κατέχει επιχείρηση που λόγω της οικονομικής ισχύος της μπορεί να κωλύει τη διατήρηση συνθηκών αποτελεσματικού ανταγωνισμού στην οικεία αγορά και να υιοθετεί ανεξάρτητη συμπεριφορά έναντι των ανταγωνιστών, των πελατών της και τελικά των καταναλωτών. Στο πλαίσιο αυτό, το οποίο δεν απαγορεύει τη δημιουργία ή την κατοχή δεσπόζουσας θέσης, αλλά μόνο την καταχρηστική της εκμετάλλευση, η επιβαλλόμενη απαγόρευση καλύπτει κάθε συμπεριφορά

η οποία μπορεί να επηρεάσει αθέμιτα τη δομή μιας αγοράς, στην οποία, ακριβώς λόγω της παρουσίας της προαναφερθείσας επιχείρησης, ο ανταγωνισμός είναι ήδη εξασθενημένος, και η οποία (συμπεριφορά) έχει ως αποτέλεσμα την παρεμπόδιση της διατήρησης του υφιστάμενου στην αγορά ανταγωνισμού ή της ανάπτυξής του. Επομένως, ως κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης δεν νοείται μόνον η πρακτική που ζημιώνει ευθέως τους καταναλωτές, αλλά και κάθε άλλη αθέμιτη πρακτική που ζημιώνει εμμέσως τους καταναλωτές πλήττοντας τον πραγματικό ανταγωνισμό, απαγορεύεται δηλαδή στην κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρηση να αποκλείει ανταγωνιστές από την αγορά, ενισχύοντας έτσι τη θέση της, με τη χρησιμοποίηση διαφορετικών μέσων σε σχέση με τα χρησιμοποιούμενα υπό συνθήκες θεμιτού ανταγωνισμού. Για να καθορισθεί σε συγκεκριμένη περίπτωση αν ορισμένη επιχείρηση εκμεταλλεύθηκε καταχρηστικά τη δεσπόζουσα θέση της, πρέπει τα αρμόδια όργανα της Διοίκησης και τα αρμόδια Δικαστήρια να εκτιμούν το σύνολο των οικείων περιστάσεων και ιδίως το αν η επίμαχη πρακτική απέβλεπε στην αφαίρεση ή στον περιορισμό της δυνατότητας του καταναλωτή όσον αφορά τις πηγές εφοδιασμού του με αγαθά ή υπηρεσίες, στην παρεμπόδιση της εισόδου στην αγορά των ανταγωνιστών και γενικά στην αθέμιτη ενίσχυση της δεσπόζουσας θέσης της επιχείρησης και στην νόθευση του ανταγωνισμού (ΣτΕ 315/2018 7μ, 715/2013 με σχετικές παραπομπές). Εξάλλου, η πρακτική μιας επιχείρησης που κατέχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά να δεσμεύει τους αγοραστές της, έστω και κατόπιν αιτήματός τους, επιβάλλοντάς τους την υποχρέωση ή τη δέσμευση να καλύπτουν το σύνολο ή σημαντικό μέρος των αναγκών τους αποκλειστικά από την εν λόγω επιχείρηση, συνιστά καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης, κατά την έννοια των πιο πάνω διατάξεων, ανεξαρτήτως του αν η υποχρέωση αυτή συμφωνήθηκε χωρίς αντάλλαγμα είτε με αντάλλαγμα τη χορήγηση έκπτωσης. Το ίδιο ισχύει και σε περίπτωση που η εν λόγω επιχείρηση, χωρίς να δεσμεύει τους αγοραστές με ρητή υποχρέωση, εφαρμόζει, είτε βάσει συμφωνιών με τους αγοραστές αυτούς είτε μονομερώς, σύστημα εκπτώσεων υπέρ των πιστών πελατών, δηλαδή εκπτώσεων που εξαρτώνται από τον όρο ότι ο πελάτης θα καλύπτει το σύνολο ή σημαντικό μέρος των αναγκών του αποκλειστικά από την επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση (ΔΕΕ απόφαση τμ.μείζονος συνθ.της 6ης Σεπτεμβρίου 2017, C-413/14 P, Intel Corporation Inc., Ευρωπαϊκή Επιτροπή, σκ.137 με σχ.παραπομπές). Για να διαπιστωθεί ο ενδεχόμενος καταχρηστικός χαρακτήρας συστήματος εκπτώσεων βάσει της αγοραζόμενης ποσότητας πρέπει να εκτιμάται το σύνολο των περιστάσεων, ιδίως τα κριτήρια και ο τρόπος χορήγησης των εκπτώσεων, καθώς και να εξετάζεται αν οι εκπτώσεις, με τη χορήγηση πλεονεκτήματος που δεν στηρίζεται σε καμία οικονομική παροχή που να το δικαιολογεί, τείνουν να εξαλείψουν ή να περιορίσουν τη

δυνατότητα που έχει ο αγοραστής να επιλέγει τις πηγές εφοδιασμού του, να παρεμποδίσουν την είσοδο των ανταγωνιστών στην αγορά, να επιβάλουν σε αντισυμβαλλομένους άνισους όρους για ισοδύναμες παροχές ή να ενισχύσουν τη δεσπόζουσα θέση νοθεύοντας τον ανταγωνισμό (Τ-155/06 - Tomra Systems, σκ. 213, 214, αποφάσεις Hoffmann-La Roche κατά Επιτροπής, σκέψη 90, και Michelin II, σκέψη 59, 60). Περαιτέρω, για τους σκοπούς απόδειξης της παράβασης των πιο πάνω διατάξεων, δεν είναι αναγκαίο να αποδειχθεί ότι η εξεταζόμενη καταχρηστική εκμετάλλευση είχε συγκεκριμένο αποτέλεσμα στις οικείες αγορές. Αρκεί συναφώς να αποδειχθεί ότι η καταχρηστική συμπεριφορά της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση κατατείνει να περιορίσει τον ανταγωνισμό ή, με άλλα λόγια, ότι η συμπεριφορά είναι ικανή ή μπορεί να έχει ένα τέτοιο αποτέλεσμα (Τ-65/98 - Van den Bergh Foods σκ. 157, Τ-219/99 - British Airways, σκ. 293, Τ-203/01 Michelin σκ. 239, 297). Ειδικότερα πάντως, όσον αφορά την περίπτωση κατά την οποία η ενδιαφερόμενη επιχείρηση υποστηρίζει, κατά τη διοικητική διαδικασία, προσκομίζοντας σχετικά αποδεικτικά στοιχεία, ότι η συμπεριφορά της δεν ήταν ικανή να περιορίσει τον ανταγωνισμό και, συγκεκριμένα, να προκαλέσει, όπως της προσάπτεται, τον εκτοπισμό ανταγωνιστών από την αγορά, η Επιτροπή δεν οφείλει μόνο να αναλύσει, αφενός, τη σπουδαιότητα της δεσπόζουσας θέσης της επιχείρησης στην οικεία αγορά και, αφετέρου, το ποσοστό κάλυψης της αγοράς από την επίμαχη πρακτική, καθώς και τις συνθήκες και τους τρόπους χορήγησης των επίμαχων εκπτώσεων, τη διάρκεια χορήγησής τους και το ύψος τους, αλλά υποχρεούται επίσης να εκτιμήσει εάν υφίσταται στρατηγική σκοπούσα τον εκτοπισμό των ανταγωνιστών που είναι τουλάχιστον εξίσου αποτελεσματικοί. (ΔΕΕ απόφαση τμ.μείζονος συνθ.της 6ης Σεπτεμβρίου 2017, C-413/14 P, Intel Corporation Inc., Ευρωπαϊκή Επιτροπή, σκ.138, 139 με σχ.παραπομπές). Τέλος, κατά την έννοια των άρθρων 2 παρ.2 γ του ν.703/77 και 102 παρ.2 γ ΣΛΕΕ, για να συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής των εν λόγω διατάξεων, απαιτείται να διαπιστωθεί ότι η συμπεριφορά της επιχείρησης που κατέχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά όχι μόνον εισάγει δυσμενείς διακρίσεις αλλά, επιπλέον, τείνει να νοθεύσει αυτή τη σχέση ανταγωνισμού, δηλαδή να βλάψει την ανταγωνιστική θέση ορισμένων εμπορικών της εταιρών σε σχέση με άλλους (πρβλ.Απόφαση ΔΕΕ 19ης Απριλίου 2018 -C 525/16, MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA κατά Autoridade da Concorrência, σκέψεις 24 επόμεν. και σχ.παραπομπές).

4. Επειδή, εξάλλου, στην Ανακοίνωση - Κατευθύνσεις της Ευρωπαϊκής Επιτροπής (2009/C 45/02) για τον έλεγχο εφαρμογής του άρθρου 82 ΣυνθΕΚ (ήδη 102 ΣΛΕΕ) αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι: «41.... Η Επιτροπή σκοπεύει να ερευνά, στο βαθμό που τα σχετικά δεδομένα είναι διαθέσιμα και αξιόπιστα, κατά πόσο το σύστημα εκπτώσεων είναι σε

θέση να εμποδίζει την επέκταση ή την είσοδο εξίσου αποτελεσματικών ανταγωνιστών καθιστώντας για αυτούς δυσχερέστερη την ικανοποίηση μέρους της ζήτησης μεμονομένων πελατών. Σε αυτό το πλαίσιο η Επιτροπή θα εκτιμήσει ποια τιμή θα έπρεπε να προσφέρει ένας ανταγωνιστής για να αποζημιώσει τον πελάτη για την απώλεια της υπό προϋποθέσεις έκπτωσης εάν ο πελάτης αυτός άλλαζε προμηθευτή για μέρος της ζήτησής του (το σχετικό περιθώριο) και δεν έκανε χρήση της επιχείρησης που κατέχει δεσπόζουσα θέση. Η πραγματική τιμή την οποία θα πρέπει να συναγωνιστεί η άλλη επιχείρηση δεν είναι η μέση τιμή της επιχείρησης που κατέχει δεσπόζουσα θέση αλλά η κανονική τιμή τιμοκαταλόγου μείον την έκπτωση που χάνει εάν ο πελάτης αλλάξει προμηθευτή, υπολογιζόμενη επί του σχετικού φάσματος πωλήσεων και για τη σχετική χρονική περίοδο.....».

5. Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο 1 του πιο πάνω Ν.703/1977 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 συνιστάμενοι εις: α) τον άμεσον ή έμμεσον καθορισμόν των τιμών αγοράς ή πώλησεως ή άλλων όρων συναλλαγής, β) τον περιορισμόν ή τον έλεγχον της παραγωγής, της διαθέσεως..., γ) την κατανομήν των αγορών ή των πηγών εφοδιασμού, δ) την, κατά τρόπον δυσχεραίνοντα την λειτουργίαν του ανταγωνισμού, εφαρμογήν εν τω εμπόριω άνισων όρων δι' ισοδυνάμους παροχάς... 2... 3. Εμπίπτουσαι εις την παράγραφον 1 του παρόντος άρθρου συμφωνίαι, αποφάσεις και περιπτώσεις ενηρμονισμένης πρακτικής ή κατηγορίαι τούτων δύναται να κριθούν δι' αποφάσεως της Επιτροπής Προστασίας του Ανταγωνισμού ως εν όλω ή εν μέρει ισχυραί, εφ' όσον πληρούν αθροιστικώς τας κάτωθι προϋποθέσεις: ....». Στην αντίστοιχη με το άρθρο 1 του ν.703/1977 μεταγενέστερη διάταξη του άρθρου 1 του ν.3959/2011 (Α 93) προβλέπεται 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) στην εφαρμογή στο εμπόριο άνισων όρων για ισοδύναμες παροχές, ιδίως στην αδικαιολόγητη άρνηση πώλησης, αγοράς ή άλλης συναλλαγής, κατά τρόπο που δυσχεραίνει τη λειτουργία του ανταγωνισμού ε) στην εξάρτηση της σύναψης συμβάσεων από την αποδοχή, εκ μέρους των συναλλασσόμενων,

πρόσθετων παροχών, οι οποίες από τη φύση τους ή σύμφωνα με τις εμπορικές συνήθειες δεν συνδέονται με το αντικείμενο των συμβάσεων αυτών. 2.... 3. Συμφωνίες, αποφάσεις και εναρμονισμένες πρακτικές, που εμπίπτουν στην παράγραφο 1, δεν απαγορεύονται, εφόσον πληρούν αθροιστικά τις κατωτέρω προϋποθέσεις:..... 4.....». Εξάλλου, στο αντίστοιχο με τις πιο πάνω διατάξεις άρθρο 101 της Συνθήκης Λειτουργίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και πρώην 81 ΣυνΘΕΚ ορίζεται ότι: «1. Είναι ασυμβίβαστες με την εσωτερική αγορά και απαγορεύονται όλες οι συμφωνίες μεταξύ επιχειρήσεων, όλες οι αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων και κάθε εναρμονισμένη πρακτική, που δύνανται να επηρεάσουν το εμπόριο μεταξύ κρατών μελών και που έχουν ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού εντός της εσωτερικής αγοράς, και ιδίως εκείνες οι οποίες συνίστανται: α) στον άμεσο ή έμμεσο καθορισμό των τιμών αγοράς ή πωλήσεως ή άλλων όρων συναλλαγής, β) στον περιορισμό ή στον έλεγχο της παραγωγής, της διαθέσεως, της τεχνολογικής αναπτύξεως ή των επενδύσεων, γ) στην κατανομή των αγορών ή των πηγών εφοδιασμού, δ) στην εφαρμογή ανίσων όρων επί ισοδυνάμων παροχών, έναντι των εμπορικώς συναλλασσομένων, με αποτέλεσμα να περιέρχονται αυτοί σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό, ε) στην εξάρτηση της συνάψεως συμβάσεων από την αποδοχή, εκ μέρους των συναλλασσομένων, προσθέτων παροχών που εκ φύσεως ή σύμφωνα με τις εμπορικές συνήθειες δεν έχουν σχέση με το αντικείμενο των συμβάσεων αυτών. 2...».

6. Επειδή, κατά την έννοια των πιο πάνω διατάξεων, απαγορεύεται και είναι αυτοδικαίως άκυρη κάθε οριζόντια ή κάθετη συμφωνία ή εναρμονισμένη πρακτική μεταξύ επιχειρήσεων που έχει ως αντικείμενο ή αποτέλεσμα τον περιορισμό του ανταγωνισμού. Η απαγόρευση αυτή καταλαμβάνει τόσο τις συμφωνίες με εκμεταλλευτικό αντικείμενο ή αποτέλεσμα, όπως είναι οι συμφωνίες που αφορούν καθορισμό τιμών, όσο και αυτές που έχουν ως αντικείμενο ή αποτέλεσμα τον αποκλεισμό τρίτων από κάποια από τις αγορές στις οποίες δραστηριοποιούνται τα μέρη της συμφωνίας ή πρακτικής (ΣτΕ 166/2018 7μ σκ.13). Για την εκτίμηση του αν μια συμφωνία συνεπάγεται περιορισμό του ανταγωνισμού «λόγω του αντικειμένου» της πρέπει να λαμβάνονται υπόψη το περιεχόμενο των διατάξεων της, οι σκοποί τους οποίους επιδιώκει, καθώς και το οικονομικό και νομικό πλαίσιο στο οποίο εντάσσεται. Στο πλαίσιο της εκτίμησης των ανωτέρω παραμέτρων, πρέπει επίσης να λαμβάνεται υπόψη η φύση των επηρεαζόμενων προϊόντων ή υπηρεσιών καθώς και οι πραγματικές συνθήκες της λειτουργίας και της διάρθρωσης της εν λόγω αγοράς ή των εν λόγω αγορών (ΣτΕ 166/2018 7μ, σκ.14 με σχ.παραπομπές σε νομολογία ΔΕΕ). Εξάλλου, κάθετες συμφωνίες με αντικείμενο τον καθορισμό υποχρεωτικής ή κατώτατης τιμής

μεταπώλησης συνιστούν περιορισμούς του ανταγωνισμού κατ' αντικείμενο και δεν ασκεί επιρροή ούτε αν εφαρμόστηκαν, ούτε αν είχαν αποτελέσματα στην αγορά, και, κατ' επέκταση ούτε και αν, εν απουσία της συμφωνίας, οι τιμές θα διαμορφώνονταν στο ίδιο ή κατώτερο ύψος, ούτε ασκούν επιρροή τα μερίδια αγοράς των παραβατών, δεν μπορούν δε να τύχουν του ευεργετήματος της απαλλαγής κατά κατηγορίες, ούτε εμπίπτουν στον κανόνα *de minimis*. Για τη στοιχειοθέτηση της παράβασης δεν απαιτείται απόδειξη κάθε στοιχείου, περίπτωσης, πτυχής ή συμπεριφοράς, αλλά αρκεί από την συνολική και όχι μεμονωμένη και αποσπασματική εκτίμηση των αποδείξεων να σχηματίζεται μια δέσμη από σοβαρές και συγκλίνουσες ενδείξεις, που επιτρέπουν την συναγωγή σχετικού δικαστικού τεκμηρίου. Τέτοιες δε ενδείξεις, που μπορούν να συνεκτιμηθούν για την περαιτέρω συναγωγή τεκμηρίων, μπορεί νομίμως να αρουσθεί η Επιτροπή (και ο δικαστής της ουσίας), από κάθε έγγραφο ή δήλωση, που προέρχεται από την επιχείρηση, νομίμους εκπροσώπους ή προστηθέντες της, ή απευθύνεται σε αυτήν, ή αναφέρεται σε αυτήν, ή αφορά την επίμαχη παράβαση, ή κάποιο από τα επί μέρους στοιχεία ή συμπεριφορές που την απαρτίζουν, ή συνδέονται βιοτικώς με αυτήν. (ΣτΕ 1695/2017 με σχετ. παραπομπές σε νομολογία ΔΕΚ κλπ., σκ.3). Κάθετη συμφωνία με αντικείμενο τον καθορισμό τιμών μπορεί να συναχθεί και από την παράλειψη επιχειρήσεων να αντιταχθούν ρητά στην πάγια πρακτική εμπορικού τους εταίρου να τους απευθύνει, στο πλαίσιο της συνεχιζόμενης γενικής εμπορικής τους συνεργασίας, είτε εγγράφως με επιστολές και εγκυκλίους, είτε με ειδικές προς τούτο συναντήσεις και «σεμινάρια», εντολές ή υποδείξεις σχετικά με τα ζητήματα αυτά (πρβλ. ΣτΕ 2342/2018 σκ.14). η δε ύπαρξη μηχανισμών ελέγχου και κυρώσεων αποτελεί ενδεχόμενο, αλλά όχι αναγκαίο στοιχείο μιας τέτοιας συμφωνίας και επομένως οι ενδείξεις για την ύπαρξη τέτοιου μηχανισμού είναι κατά νόμο συνεκτιμητέες για στοιχειοθέτηση σύμπραξης, η απουσία τους όμως δεν είναι νομικά κρίσιμο. Περαιτέρω, ο καθορισμός συγκεκριμένου ή ανώτατου ποσοστού έκπτωσης επί καθορισμένης τιμής βάσης είναι καθορισμός συγκεκριμένης ή κατώτατης τιμής μεταπώλησης, έστω και αν η τιμή βάσης επί της οποίας καθορίζεται η έκπτωση έχει ονομασθεί προσχηματικά «ανώτατη» (ΣτΕ 2342/2018 7μ, σκ.14). Για τη στοιχειοθέτηση της παράβασης δεν απαιτείται απόδειξη αυτοτελώς της υποκειμενικής υπόστασης αυτής, ούτε εξετάζεται η συνδρομή ή μη συγγνωστής νομικής πλάνης (ΣτΕ 1695/2017).

7. Επειδή, στον Κανονισμό (ΕΚ) αριθ. 2790/1999 της Επιτροπής της της 22ας Δεκεμβρίου 1999, για την εφαρμογή του άρθρου 81 παράγραφος 3 της συνθήκης σε ορισμένες κατηγορίες κάθετων συμφωνιών και εναρμονισμένων πρακτικών, ορίζεται στο άρθρο 2 ότι: «1. Σύμφωνα με το άρθρο 81 παράγραφος 3 της συνθήκης και με την επιφύλαξη

των διατάξεων του παρόντος κανονισμού, το άρθρο 81 παράγραφος 1 κηρύσσεται ανεφάρμοστο στις συμφωνίες ή εναρμονισμένες πρακτικές που συνάπτονται μεταξύ δύο ή περισσότερων επιχειρήσεων, καθεμία εκ των οποίων δραστηριοποιείται, για το σκοπό της συμφωνίας, σε διαφορετικό επίπεδο της αλυσίδας παραγωγής ή διανομής, και που αφορούν τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες τα μέρη μπορούν να προμηθεύονται, να πωλούν ή να μεταπωλούν ορισμένα αγαθά ή υπηρεσίες κάθετες συμφωνίες.....», ενώ στο άρθρο 4 ότι: «Η απαλλαγή που προβλέπεται στο άρθρο 2 δεν ισχύει για τις κάθετες συμφωνίες οι οποίες, άμεσα ή έμμεσα, μεμονωμένα ή σε συνδυασμό με άλλους παράγοντες που υπόκεινται στον έλεγχο των μερών έχουν ως αντικείμενο: α) τον περιορισμό της δυνατότητας του αγοραστή να καθορίζει τις τιμές πώλησης, χωρίς να θίγεται η δυνατότητα του προμηθευτή να επιβάλλει μέγιστη τιμή πώλησης ή να συνιστά τιμή πώλησης, υπό τον όρο ότι αυτές δεν ισοδυναμούν με πάγια ή ελάχιστη τιμή πώλησης συνεπεία πιέσεων οποιουδήποτε μέρους στη σύμβαση ή κινήτρων που προσφέρονται από οποιοδήποτε συμβαλλόμενο μέρος· β) τον περιορισμό σχετικά με την περιοχή στην οποία, ή σχετικά με τους πελάτες στους οποίους, ο αγοραστής δύναται να πωλεί τα αγαθά ή τις υπηρεσίες που αναφέρονται στη σύμβαση εκτός από: - τους περιορισμούς επί των ενεργητικών πωλήσεων στην αποκλειστική εδαφική περιοχή ή σε αποκλειστική ομάδα πελατών του ίδιου προμηθευτή, ή παραχωρηθείσα από τον προμηθευτή σε άλλον αγοραστή, εφόσον ο εν λόγω περιορισμός δεν περιορίζει τις πωλήσεις των πελατών του αγοραστή, - .....». Κατά την έννοια των τελευταίων πιο πάνω διατάξεων, σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να τύχουν του ευεργετήματος της απαλλαγής κατά κατηγορίες, μεταξύ άλλων, κάθετες συμφωνίες αποκλειστικής διανομής που έχουν ως αντικείμενο «τον περιορισμό σχετικά με την περιοχή στην οποία, ή σχετικά με τους πελάτες στους οποίους, ο αγοραστής δύναται να πωλεί τα αγαθά ή τις υπηρεσίες που αναφέρονται στη σύμβαση εκτός από: - τους περιορισμούς επί των ενεργητικών πωλήσεων στην αποκλειστική εδαφική περιοχή ή σε αποκλειστική ομάδα πελατών του ίδιου προμηθευτή, ή παραχωρηθείσα από τον προμηθευτή σε άλλον αγοραστή, εφόσον ο εν λόγω περιορισμός δεν περιορίζει τις πωλήσεις των πελατών του αγοραστή» (βλ. ήδη και Κανονισμό 330/2010). Εξάλλου, συγκαλυμμένη απαγόρευση των παθητικών πωλήσεων εκτός περιοχής τεκμαίρεται ότι περιέχει και μια συμβατική ρήτρα που επιβάλλει στον αποκλειστικό αντιπρόσωπο/διανομέα να διαβιβάζει στον παραγωγό ή προμηθευτή του πληροφορίες ειδικά και αποκλειστικά για κάθε αίτηση που προέρχεται από πελάτες εκτός της περιοχής ισχύος της συμφωνίας. Είναι άλλωστε νομικώς αδιάφορο, αν κατά την συνομολόγηση μιας τέτοιας συμβατικής ρήτρας τα μέρη της συμφωνίας είχαν πρόθεση παραβάσεως των κανόνων του ανταγωνισμού, καθ' όσον ενδεχόμενη πρόθεση τους δεν συνιστά στοιχείο



αναγκαίο για τον προσδιορισμό του περιοριστικού χαρακτήρα μιας συμφωνίας μεταξύ επιχειρήσεων. Αντιθέτως, πάντως, αν προκύπτουν ενδείξεις αντανταγωνιστικής πρόθεσης, αυτές μπορεί να συνιστούν στοιχείο επαρκές, και, πάντως, πάντοτε συνεκτιμητέο για την ερμηνεία του πραγματικού σκοπού και αντικειμένου της συμφωνίας (πρβλ. ΔΕΕ Allianz Hungária Biztosító κ.λπ., C-32/11, EU:C:2013:160, σκέψη 37 κ.α.) (ΣΤΕ 550/2015 7μ σκ.5).

8. Επειδή, στην παράγραφο 48 των κατευθυντήριων γραμμών της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για τους κάθετους περιορισμούς έτους 2010 (2010/C 130/01) (αντίστοιχη παρ.47 κατευθυντήριων γραμμών 2000), προβλέπεται ότι: «Ο ιδιαίτερης σοβαρότητας περιορισμός που περιγράφεται στο άρθρο 4 στοιχείο α) του κανονισμού απαλλαγής κατά κατηγορίες αφορά τον καθορισμό των τιμών μεταπώλησης, δηλαδή τις συμφωνίες ή εναρμονισμένες πρακτικές που έχουν ως άμεσο ή έμμεσο αντικείμενο τον καθορισμό πάγιου ή ελάχιστου επιπέδου τιμής μεταπώλησης ή πάγιου ή ελάχιστου επιπέδου τιμής που ο αγοραστής οφείλει να τηρεί. Σε περίπτωση συμβατικών διατάξεων ή εναρμονισμένων πρακτικών με τις οποίες καθορίζεται απευθείας η τιμή μεταπώλησης, ο περιορισμός είναι εμφανής. Ωστόσο, ο καθορισμός των τιμών μεταπώλησης μπορεί επίσης να επιτευχθεί με έμμεσο τρόπο. Τέτοια παραδείγματα αποτελούν οι συμφωνίες για καθορισμό του περιθωρίου κέρδους του διανομέα, του ανωτάτου επιπέδου έκπτωσης που μπορεί να χορηγήσει ο διανομέας από ένα καθορισμένο επίπεδο τιμών, η εξάρτηση της χορήγησης εκπτώσεων ή της επιστροφής των δαπανών προώθησης εκ μέρους του προμηθευτή από την τήρηση συγκεκριμένου επιπέδου τιμών, η σύνδεση της καθορισμένης τιμής μεταπώλησης με τις τιμές μεταπώλησης των ανταγωνιστών, οι απειλές, οι εκφοβισμοί, οι προειδοποιήσεις, η επιβολή κυρώσεων, η καθυστέρηση ή αναστολή παραδόσεων ή η καταγγελία συμβάσεων σε συνάρτηση με την τήρηση ενός δεδομένου επιπέδου τιμών. Οι άμεσοι ή έμμεσοι τρόποι για την επίτευξη του καθορισμού των τιμών μπορούν να γίνουν πιο αποτελεσματικοί όταν συνδυαστούν με τη λήψη μέτρων για τον εντοπισμό διανομέων που εφαρμόζουν μειωμένες τιμές, όπως η εφαρμογή συστήματος παρακολούθησης των τιμών, ή η επιβολή υποχρέωσης στους λιανοπωλητές να καταγγέλλουν άλλα μέλη του δικτύου διανομής που παρεκκλίνουν από το καθορισμένο επίπεδο τιμών. Επίσης, ο άμεσος ή έμμεσος καθορισμός των τιμών μπορεί να γίνεται πιο αποτελεσματικά όταν συνδυάζεται με μέτρα που μπορεί να αποθαρρύνουν τον αγοραστή να μειώσει τις τιμές μεταπώλησης, όπως στην περίπτωση που ο προμηθευτής αναγράφει τη συνιστώμενη τιμή μεταπώλησης πάνω στο προϊόν ή υποχρεώνει τον αγοραστή να εφαρμόζει ρήτρα του «πλέον ευνοούμενου πελάτη». Οι ίδιοι έμμεσοι τρόποι και τα ίδια «συνοδευτικά» μέτρα μπορεί να χρησιμοποιούνται ώστε οι ανώτατες ή συνιστώμενες τιμές να λειτουργούν ως καθορισμένες τιμές μεταπώλησης. Ωστόσο, η χρήση

ενός συγκεκριμένου συνοδευτικού μέτρου ή η παροχή στον αγοραστή από τον προμηθευτή καταλόγου συνιστώμενων ή ανώτατων τιμών δεν θεωρείται αφ' εαυτής ότι οδηγεί σε καθορισμό των τιμών μεταπώλησης». Περαιτέρω, στις παραγράφους 50 και 51 των ίδιων κατευθυντήριων γραμμών (αντίστοιχες παράγραφοι 49 και 50 προηγούμενων κατευθυντήριων γραμμών), προβλέπονται τα εξής: «50. Ο ιδιαίτερης σοβαρότητας περιορισμός που περιγράφεται στο άρθρο 4 στοιχείο β) του κανονισμού απαλλαγής κατά κατηγορίες αφορά τις συμφωνίες ή εναρμονισμένες πρακτικές που έχουν ως άμεσο ή έμμεσο αντικείμενο τον περιορισμό των πωλήσεων του συμβαλλόμενου αγοραστή ή των πελατών του, στον βαθμό που οι εν λόγω περιορισμοί αναφέρονται στην περιοχή στην οποία, ή στους πελάτες στους οποίους ο συμβαλλόμενος αγοραστής ή οι πελάτες του δύνανται να πωλούν τα συμβατικά αγαθά ή υπηρεσίες. Ο ιδιαίτερης σοβαρότητας περιορισμός αυτός αφορά την κατανομή των αγορών κατά περιοχές ή κατά πελάτες. Αυτό μπορεί να προκύπτει από άμεσες υποχρεώσεις, όπως υποχρέωση μη πώλησης σε ορισμένους πελάτες ή σε πελάτες σε ορισμένες περιοχές ή υποχρέωση μετάθεσης των παραγγελιών από τους πελάτες αυτούς σε άλλους διανομείς. Μπορεί επίσης να προκύπτει από έμμεσου χαρακτήρα μέτρα που αποσκοπούν να αποτρέψουν τον διανομέα ώστε να μην πωλεί σ' αυτούς τους πελάτες, όπως η άρνηση ή μείωση των προμηθειών ή των εκπνώσεων, η διακοπή του εφοδιασμού, η μείωση των παραδιδόμενων ποσοτήτων ή ο περιορισμός των παραδιδόμενων ποσοτήτων ανάλογα με τη ζήτηση στην παραχωρηθείσα περιοχή ή πελατεία, η απειλή για καταγγελία της σύμβασης, η χρέωση υψηλότερων τιμών για προϊόντα που προορίζονται για εξαγωγή, ο περιορισμός του ποσοστού των πωλήσεων που μπορεί να εξαχθεί ή η επιβολή υποχρέωσης για μεταβίβαση κερδών ..... Οι πρακτικές αυτές είναι ακόμη πιθανότερο να θεωρηθούν ως περιορισμός των πωλήσεων που πραγματοποιεί ο αγοραστής όταν χρησιμοποιούνται σε συνδυασμό με την εφαρμογή από τον προμηθευτή ενός συστήματος παρακολούθησης για να ελέγχει τον πραγματικό προορισμό των παραδοθέντων αγαθών, π.χ. μέσω της χρησιμοποίησης διαφορετικών ετικετών ή αριθμών σειράς. .... Το άρθρο 4 στοιχείο β) εφαρμόζεται με την επιφύλαξη τυχόν περιορισμού επί του τόπου εγκατάστασης του αγοραστή. Επομένως, το ευεργέτημα του κανονισμού απαλλαγής κατά κατηγορίες δεν χάνεται εάν συμφωνείται ότι ο αγοραστής θα περιορίζει το/τα κατάσταση-ήματα διανομής και την/τις αποθήκη-ες του σε μια συγκεκριμένη διεύθυνση, τόπο ή περιοχή. 51. Υπάρχουν τέσσερις εξαιρέσεις στον ιδιαίτερης σοβαρότητας περιορισμό του άρθρου 4 στοιχείο β) του κανονισμού απαλλαγής κατά κατηγορίες. Η πρώτη εξαίρεση, σύμφωνα με το άρθρο 4 στοιχείο β) περίπτωση ι) επιτρέπει στον προμηθευτή να περιορίζει τις ενεργητικές πωλήσεις εκ μέρους συμβαλλόμενου αγοραστή σε ορισμένη

περιοχή ή πελατεία που έχει παραχωρηθεί αποκλειστικά σε άλλον αγοραστή ή που έχει κρατήσει ο ίδιος ο προμηθευτής για τον εαυτό του. Μια περιοχή ή μια ομάδα πελατών έχει παραχωρηθεί αποκλειστικά όταν ο προμηθευτής συμφωνεί να πωλεί τα προϊόντα του σε έναν μόνο διανομέα προς διανομή σε μια συγκεκριμένη περιοχή ή σε μια συγκεκριμένη ομάδα πελατών, και ο αποκλειστικός διανομέας προστατεύεται απέναντι σε ενεργητικές πωλήσεις στην περιοχή του ή στην ομάδα πελατών του από όλους τους άλλους αγοραστές του προμηθευτή εντός της Ένωσης, ανεξαρτήτως των πωλήσεων του προμηθευτή. Ο προμηθευτής επιτρέπεται να συνδυάσει την παραχώρηση αποκλειστικότητας σε μια συγκεκριμένη περιοχή και σε μια συγκεκριμένη πελατεία, ορίζοντας για παράδειγμα έναν αποκλειστικό διανομέα για μια συγκεκριμένη πελατεία σε ορισμένη περιοχή. Ωστόσο, η προστασία αυτή των αποκλειστικών περιοχών ή της αποκλειστικής πελατείας πρέπει να επιτρέπει τις παθητικές πωλήσεις στις εν λόγω περιοχές ή πελατείες. Στο πλαίσιο της εφαρμογής του άρθρου 4 στοιχείο β) του κανονισμού απαλλαγής κατά κατηγορίες, η Επιτροπή ερμηνεύει τις «ενεργητικές» και τις «παθητικές» πωλήσεις ως ακολούθως: —Ως «ενεργητικές» πωλήσεις νοούνται: η ενεργητική προσέγγιση μεμονωμένων πελατών, για παράδειγμα με απευθείας ταχυδρομικές αποστολές, ιδίως με αποστολή ανεπίκλητων ηλεκτρονικών μηνυμάτων, ή επισκέψεις· ή η ενεργητική προσέγγιση μιας συγκεκριμένης ομάδας πελατών ή πελατών σε μια συγκεκριμένη περιοχή μέσω διαφημίσεων στα μέσα μαζικής ενημέρωσης ή στο Διαδίκτυο ή άλλων ενεργειών προώθησης που στοχεύουν ειδικά σ' αυτή την ομάδα πελατών ή σε πελάτες που βρίσκονται στη συγκεκριμένη περιοχή. Η διαφήμιση ή προώθηση που είναι ελκυστική μόνο για τον αγοραστή, εάν (επίσης) προσεγγίζει μια συγκεκριμένη ομάδα πελατών ή πελάτες σε μια συγκεκριμένη περιοχή, θεωρείται ενεργητική πώληση σε αυτήν την ομάδα πελατών ή σε πελάτες που βρίσκονται στη συγκεκριμένη περιοχή.—Ως «παθητικές» πωλήσεις νοούνται: η ανταπόκριση στη ζήτηση που εκφράζεται αυτοβούλως από μεμονωμένους πελάτες, περιλαμβανομένης της παράδοσης αγαθών ή υπηρεσιών σ' αυτούς. Η γενική διαφήμιση ή προώθηση η οποία προσεγγίζει πελάτες που βρίσκονται στις (αποκλειστικές) περιοχές άλλων διανομέων ή ομάδες πελατών τους, αλλά αποτελεί εύλογο τρόπο για την προσέγγιση πελατών εκτός των συγκεκριμένων περιοχών ή των ομάδων πελατών, για παράδειγμα για την προσέγγιση πελατών στην αποκλειστική περιοχή του ίδιου του διαφημιζόμενου, θεωρούνται παθητικές πωλήσεις. Η γενική διαφήμιση ή προώθηση θεωρούνται εύλογοι τρόποι για την προσέγγιση των εν λόγω πελατών, αν θα ενδιέφερε τον αγοραστή η πραγματοποίηση των σχετικών επενδύσεων ακόμα και αν δεν προσέγγιζε πελάτες στις (αποκλειστικές) περιοχές άλλων διανομέων ή την πελατεία άλλων διανομέων.».

9. Επειδή, περαιτέρω, όπως έχει κριθεί (ΣΤΕ 582/2019 7μ), με τον Κανονισμό 1/2003 θεσπίστηκε το πρώτον περιορισμένη αποκεντρωμένη εφαρμογή και εναρμόνιση των ουσιαστικών διατάξεων του δικαίου του ανταγωνισμού, η οποία καταλαμβάνει και αποδεικτικούς κανόνες ή διαδικαστικές ρυθμίσεις που απορρέουν ευθέως από την ερμηνεία των ουσιαστικών διατάξεων της Συνθήκης, δεν επεκτείνεται όμως στη διαδικασία και τα μέσα επιβολής (μεταξύ άλλων τις κυρώσεις) του δικαίου του ανταγωνισμού, εθνικού ή ενωσιακού, από τα κράτη μέλη, αντιθέτως μάλιστα οι κατ' ιδίαν εθνικές διαδικασίες, παρά τις εθελούσιες συγκλίσεις που έχουν επιτευχθεί με πρωτοβουλία των κατ' ιδίαν εθνικών νομοθετών, εξακολουθούν να αποκλίνουν ουσιωδώς. Πράγματι, από τις διατάξεις του Κανονισμού 1/2003, μόνο οι γενικές αρχές των άρθρων 1-3, τα άρθρα 5 και 6, τα άρθρα 11-14, το άρθρο 16, το άρθρο 21 παρ. 3 και το άρθρο 22, απευθύνονται και στα κράτη μέλη. Όλες οι άλλες διατάξεις του Κανονισμού, μεταξύ αυτών οι διατάξεις που αφορούν τις αποφάσεις της Επιτροπής, τις εξουσίες έρευνας, την εξουσία επιβολής κυρώσεων και την παραγραφή της, κατά την ρητή και απερίφραστη διατύπωσή τους, απευθύνονται αποκλειστικά προς την Επιτροπή ΕΕ και δεν αφορούν τα κράτη μέλη. Εξάλλου, ο ν. 703/1977 (Α' 278), ακολουθώντας το πρότυπο του Κανονισμού 17 του Συμβουλίου (ΕΟΚ) (Πρώτος κανονισμός εφαρμογής των άρθρων 85 και 86 της Συνθήκης, ΕΕ 13 της 21.02.1962, Ελληνική ειδική έκδοση: Κεφάλαιο 08 τόμος 001 σ. 25 - 31), και δη χωρίς τους περιορισμούς που θεσπίστηκαν μεταγενέστερα με τον Κανονισμό 2988/74 του Συμβουλίου, περί παραγραφής του δικαιώματος διώξεως και εκτελέσεως των αποφάσεων στους τομείς του δικαίου των μεταφορών και του ανταγωνισμού της Ευρωπαϊκής Οικονομικής Κοινότητας (ΕΕ L. 319/29.11.1974 Ελληνική ειδική έκδοση Κεφάλαιο 7, Τόμος 1, σ. 241), δεν θέσπισε αποκλειστική προθεσμία μέσα στην οποία η Επιτροπή Ανταγωνισμού υποχρεούται να ασκήσει την αρμοδιότητά της να διαπιστώσει αντανταγωνιστικές πρακτικές επιχειρήσεων, να επιβάλει μέτρα για την αποκατάσταση και την προστασία στο μέλλον της ανταγωνιστικής τάξης της αγοράς και να επιβάλει κυρώσεις για παραβάσεις των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού (πρβλ. ΣΕ 3262/2011, 7μ., βλ. σχετ. και ΣΕ 1976/2015). Τέτοια αποκλειστική προθεσμία θεσπίστηκε το πρώτον με το άρθρο 42 του ν. 3959/2011 (Α' 93), υιοθετώντας τις αντίστοιχες ρυθμίσεις του άρθρου 25 του Κανονισμού 1/2003 του Συμβουλίου της 16.12.2002 για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού που προβλέπονται στα άρθρα 81 και 82 της Συνθήκης (ΕΕ L. 1/4.1.2003), η οποία προθεσμία άλλωστε, σε αρμονία με τις ρυθμίσεις του εν λόγω Κανονισμού αφορά αποκλειστικά την αρμοδιότητα επιβολής κυρώσεων, όχι δε την αρμοδιότητα της Επιτροπής Ανταγωνισμού να διαπιστώσει αντανταγωνιστική συμπεριφορά, ή να επιβάλει μέτρα. Οι διατάξεις όμως του άρθρου 42 του

ν. 3959/2011, σύμφωνα με ρητή πρόβλεψη του άρθρου 50 παρ. 6 του ίδιου νόμου, δεν καταλαμβάνουν παραβάσεις που ήταν ήδη εκκρεμείς ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού κατά την έναρξη της ισχύος του (υπό την έννοια ότι είχαν ήδη αποτελέσει αντικείμενο καταγγελίας, ή αυτεπάγγελτης έρευνας, ή αιτήματος έρευνας εκ μέρους του Υπουργού). Εξάλλου, ούτε άλλες γενικές περί παραγραφής διατάξεις του εθνικού δικαίου μπορούν να εφαρμοσθούν εν προκειμένω. Παρά το γεγονός όμως, αφενός μεν ότι ο νομοθέτης παρέλειψε να θεσπίσει με το ν. 703/1977 συγκεκριμένη αποκλειστική προθεσμία μέσα στην οποία η Επιτροπή Ανταγωνισμού υποχρεούται να ασκήσει την αρμοδιότητά της και αφετέρου ότι στο νομοθέτη ανήκει κατ' αρχήν η εξουσία να σταθμίσει και να συμβιβάσει τις απαιτήσεις της προστασίας παγιωμένων καταστάσεων, χάριν της ασφάλειας δικαίου, με τις απαιτήσεις της νομιμότητας, που δεν ανέχεται την παγίωση καταστάσεων αντιθέτων προς τον νόμο, αλλά και το θεμελιώδες δικαίωμα υπεράσπισης, το οποίο δεν μπορεί να ασκηθεί αποτελεσματικά όταν η αδικαιολόγητη πάροδος υπερβολικά μακρού χρόνου καθιστά ιδιαίτερα δυσχερή την συγκέντρωση αποδείξεων αναγκαίων ή πάντως ουσιωδώς χρήσιμων για την άμυνα του καθ' ου, επιβάλλουν στην Επιτροπή Ανταγωνισμού την υποχρέωση να ασκεί τις αρμοδιότητές της μέσα σε εύλογο χρόνο, στοιχείο το οποίο κρίνεται κάθε φορά ανάλογα με την φύση και την σοβαρότητα της παράβασης, την δυσχέρεια εντοπισμού της, την φύση του ληπτεύου μέτρου (δεδομένου ότι για μέτρα που αποσκοπούν στην διασφάλιση της ανταγωνιστικής τάξης της αγοράς για το μέλλον δεν τίθεται, κατ' αρχήν, ζήτημα ευλόγου χρόνου), τον σκοπό στον οποίο αποβλέπει ο ασκούμενος από την Επιτροπή έλεγχος (δεδομένου ότι για την αξιολόγηση του στοιχείου της υποτροπής προς επιβολή κυρώσεων για νέα παράβαση ομοίως δεν τίθεται κατ' αρχήν ζήτημα ευλόγου χρόνου παρά μόνο για την έκταση της προσαύξησης της κύρωσης) και τις εν γένει περιστάσεις της συγκεκριμένης περίπτωσης, όπως είναι, μεταξύ άλλων η συστηματική επανάληψη της αυτής παραβατικής συμπεριφοράς, οπότε, ακόμη και αν οι κατ' ιδίαν πράξεις δεν συγκροτούν ενιαία συνεχιζόμενη παράβαση, ως αφετηρία για τον υπολογισμό του χρονικού διαστήματος εντός του οποίου η Επιτροπή Ανταγωνισμού μπορεί να ασκήσει τις αρμοδιότητές της, λαμβάνεται υπ' όψη η λήξη της χρονικά τελευταίας εκδήλωσης παραβατικής συμπεριφοράς. Ειδικά δε για την επιβολή κυρώσεων, μέτρο του ευλόγου του χρόνου αυτού αποτελούν, εν όψει και της αρχής της αποτελεσματικότητας του ενωσιακού δικαίου, αφ' ενός, και της αρχής της αναλογικότητας, αφ' ετέρου, και οι προθεσμίες που έχουν ταχθεί στο άρθρο 25 του Κανονισμού 1/2003, υπό την έννοια ότι ο εύλογος χρόνος δεν μπορεί σε καμία περίπτωση να υπολείπεται των προθεσμιών που τάσσονται στην διάταξη αυτή, δεν μπορεί όμως να είναι ούτε και καταδήλως μακρότερος από τον μέγιστο συνολικό χρόνο που προβλέπεται

από τις ενωσιακές διατάξεις (δηλαδή την δεκαετία) (πρβλ. κατ' αποτέλεσμα υπό την έννοια αυτή ΣΕ 1976/2015, που αφορά 10ετή καθυστέρηση από τον χρόνο της καταγγελίας της παράβασης μέχρι την έναρξη της διερεύνησης, και καθυστέρηση άλλων 11 ετών μέχρι την έκδοση απόφασης, δηλαδή χρονικό διάστημα διπλάσιο του προβλεπόμενου από τις ενωσιακές διατάξεις, παρ' ότι οι παραβάσεις, όπως προκύπτει από την περιγραφή τους στην εν λόγω απόφαση, προέκυπταν ευθέως από το περιεχόμενο των συμφωνιών της καθ' ης με τους εμπορικούς της εταίρους, που είχαν ήδη καταστεί γνωστές στην Επιτροπή Ανταγωνισμού από τους καταγγέλλοντες) (βλ.σχ. ΣΤΕ 582/2019 7μ με σχετικές νομολογιακές παραπομπές).

10. Επειδή, τέλος, το δικαίωμα ακρόασης του ενδιαφερόμενου πριν από την έκδοση δυσμενούς διοικητικής πράξης, όπως κατοχυρώνεται στο άρθρο 20 παρ. 2 του Συντάγματος και στο άρθρο 6 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (ν. 2690/1999, Α' 45), αποβλέπει στην παροχή της δυνατότητας στον διοικούμενο, τον οποίο αφορά η δυσμενής διοικητική πράξη, να προβάλει συγκεκριμένους ισχυρισμούς ενώπιον του αρμοδίου διοικητικού οργάνου, ούτως ώστε να επηρεάσει τη λήψη από το όργανο αυτό της σχετικής απόφασης, ύστερα από διαφορετική εμφάνιση ή εκτίμηση του πραγματικού υλικού (βλ. ΣΤΕ 4447/2012 Ολομ., 1620-1625/2017 επταμ., 88, 91/2018, 2765/2019). Για το λυσιτελές όμως της προβολής λόγου προσφυγής περί μη τήρησης του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης απαιτείται και αναφορά -χωρίς ωστόσο πανηγυρική διατύπωση (ΣΤΕ 88, 81/2018)- των ισχυρισμών που ο διοικούμενος θα προέβαλε ενώπιον της Διοίκησης, αν είχε κληθεί (βλ. ΣΤΕ Ολομ. 4447/2012), και οι οποίοι είναι ουσιώδεις, υπό την έννοια ότι θα μπορούσαν να ασκήσουν επιρροή στην εκτίμηση των πραγμάτων από την Διοίκηση (βλ. ΣΤΕ 578/2013, 1369/2014, 2301/2015, 689/2016, 1098/2016, 37/2017, 157/2017, 88, 91/2018, 2765/2019). Περαιτέρω, όπως προκύπτει από τη σχετική νομοθεσία περί προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού, ερμηνευόμενη υπό το πρίσμα του άρθρου 20 παρ.1 του Συντάγματος και του άρθρου 6 παρ.1 της ΕΣΔΑ, στο πλαίσιο διαδικασίας ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού με αντικείμενο την επιβολή κυρώσεων για παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού η Επιτροπή υποχρεούται να παρέχει στην ενδιαφερόμενη επιχείρηση τη δυνατότητα να καταστήσει λυσιτελώς γνωστή την άποψή της επί όλων των σε βάρος της στοιχείων, στα οποία προτίθεται να στηρίξει την απόφασή της (πρβλ. ΣΤΕ 2774/2014 σκ.14, πρβλ. ΔΕΕ Απόφαση της 16ης Ιανουαρίου 2019, Ευρωπαϊκή Επιτροπή - United Parcel Service, Inc.κλπ., C-265/17 P, σκέψη 31, Απόφαση Γενικού Δικαστηρίου της 13ης Δεκεμβρίου 2018, Slovak Telekom - Ευρωπαϊκή Επιτροπή, T-851/2014, σκέψη 179). Εξάλλου, επί μη κοινοποίησης στην ενδιαφερόμενη επιχείρηση στοιχείου που προέκυψε κατά τη διοικητική

διαδικασία και το οποίο ελήφθη υπόψη κατά την έκδοση της σχετικής καταλογιστικής πράξης, να μεν η σημειωθείσα προσβολή του σχετικού δικαιώματός της άμυνας δεν θεραπεύεται απλώς και μόνον με το να καταστεί δυνατή η προβολή σχετικών αιτιάσεων κατά την ένδικη διαδικασία ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου, για την εκδίκαση της προσφυγής κατά της πράξης αυτής, αλλά, σε μια τέτοια περίπτωση, ο οικείος λόγος προσφυγής καθίσταται αλυσιτελής, αν η προσφεύγουσα επιχείρηση, δεν επικαλεσθεί, κατά τρόπο ειδικό, ορισμένο και επαρκώς τεκμηριωμένο, ότι το συμπέρασμα στο οποίο κατέληξε η Επιτροπή θα ήταν διαφορετικό αν δεν λαμβανόταν υπόψη το σχετικό μη κοινοποιηθέν στοιχείο (πρβλ. ΣτΕ 2774/2014, σκέψη 14).

11. Επειδή, στην προκείμενη περίπτωση, από τα στοιχεία της δικογραφίας προκύπτουν τα εξής: Η Γενική Διεύθυνση Ανταγωνισμού (Γ.Δ.Α.), με την υπ' αριθ. πρωτ. οικ. ..../27-8-2008 επιστολή, που απέστειλε στην προσφεύγουσα, η οποία αποτελεί την κυριότερη εταιρεία παραγωγής και εμπορίας μαργαρίνης στην ελληνική επικράτεια, ..... ανήκουσα από το .... στον διεθνή όμιλο επιχειρήσεων ....., ξεκίνησε αυτεπάγγελτη έρευνα στον κλάδο παραγωγής και εμπορίας μαργαρινών και βουτύρου, προκειμένου να εντοπίσει τυχόν παραβάσεις των άρθρων 1 και 2 ν. 703/77, όπως ίσχυε, καθώς και άρθρων 81 και 82 ΣυνθΕΚ (πλέον άρθρων 101 και 102 της ΣΛΕΕ). Για τους σκοπούς της εν λόγω έρευνας, η Γ.Δ.Α. απέστειλε επιστολές για την παροχή στοιχείων στην προσφεύγουσα, καθώς και στις κυριότερες εταιρείες σούπερ μάρκετ και στις λοιπές εταιρείες παραγωγής και εμπορίας προϊόντων βουτύρου και μαργαρίνης που συνεργάζονταν με τις συγκεκριμένες εταιρείες σούπερ μάρκετ. Για την περαιτέρω διερεύνηση και αξιολόγηση των συλλεχθέντων στοιχείων, διενήργησε επιτόπιο έλεγχο στις εταιρείες του ομίλου....., αλλά και σε 16 συνολικά εταιρείες σούπερ μάρκετ και χονδρικού εμπορίου, στις οποίες η προσφεύγουσα προμήθευε τα υπό εξέταση προϊόντα. Με βάση όλα τα στοιχεία που συνέλεξε, η Ε.Α. προέβη, κατ' αρχάς, σε οριοθέτηση της ένδικης σχετικής αγοράς ως προς τα προϊόντα που περιλαμβάνονται σε αυτήν καθώς και ως προς τη γεωγραφική διάστασή της και στη συνέχεια σε καταγραφή των επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται εντός της συγκεκριμένης αγοράς, των μεριδίων αγοράς τους και άλλων χαρακτηριστικών της εν λόγω αγοράς και των επιχειρήσεων. Ειδικότερα, η Επιτροπή θεώρησε ως σχετική αγορά τα προϊόντα μαργαρίνης, τα οποία συνιστούσαν διακριτή αγορά σε σχέση με τα προϊόντα βουτύρου και φυτικών λιπών, τόσο από πλευράς ζήτησης, όσο και από πλευράς προσφοράς (σύμφωνα και με την ενωσιακή νομολογία) και ως σχετική γεωγραφική αγορά προϊόντος το σύνολο της ελληνικής επικράτειας. Στη συγκεκριμένη αγορά τα μερίδια της προσφεύγουσας εταιρείας υπερέβαιναν σταθερά και σε βάθος χρόνου, ήτοι

μεταξύ των ετών 2003 έως 2013, το 80% (με.....) και ήταν σαφώς μεγαλύτερα από τα αντίστοιχα μερίδια του βασικού ανταγωνιστή της, ....., το αντίστοιχο μερίδιο της οποίας είχε διακυμανθεί κατά το ίδιο διάστημα από 6,6% μέχρι 17,1% (και μεταξύ 5-10% και 15-25% βάσει όγκου). Συμπερασματικά, η Επιτροπή διαπίστωσε ότι η κατοχή από την προσφεύγουσα, και μάλιστα σε βάθος χρόνου, υψηλού μεριδίου αγοράς, πολλαπλάσιου των ανταγωνιστών της, η κατοχή της μεγαλύτερης και γνωστότερης σειράς προϊόντων και σημάτων ιδιαίτερης φήμης, του πλέον εκτεταμένου δικτύου στη σχετική αγορά καθώς και το γεγονός ότι ανήκε στον συγκεκριμένο σημαντικό πολυεθνικό όμιλο, εξασφάλιζαν σε αυτή για διάρκεια μεγάλων περιόδων την ανεξαρτησία συμπεριφοράς που χαρακτήριζε τη δεσπόμενη θέση. Επομένως, κατά την κρίση της Επιτροπής, στοιχειοθετείτο στην κρινόμενη υπόθεση η παγιωμένη δεσπόμενη θέση της προσφεύγουσας στην αγορά προϊόντων μαργαρίνης στην ελληνική επικράτεια, την οποία άλλωστε (δεσπόμενη θέση) συνομολόγησε και η ίδια η προσφεύγουσα κατά την ακροαματική διαδικασία. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα, κατά την κρίσιμη περίοδο, κατείχε το μεγαλύτερο μερίδιο αγοράς και στην αγορά των μαγειρικών λιπών (ανερχόμενο άνω του 75-85%, με δεύτερη τη..... με μερίδια αγοράς από 15-25%), στην αγορά σε τσάι και αφειήματα με το σήμα .... (ανερχόμενο σε 55-65%, με επόμενη εταιρεία την ....., με μερίδια κάτω του 5-10%), καθώς και στην αγορά κονσερβοποιημένου κρέατος, στην οποία ανήκει το .... (με μερίδια αγοράς από 55-65% , με επόμενη την εταιρεία ....., με το προϊόν ....., με μερίδια αγοράς από 15-25%). Εξάλλου, ως προς το εφαρμοστέο δίκαιο, κατά την Επιτροπή, οι παραβατικές συμπεριφορές της ελεγχόμενης επιχείρησης, οι οποίες εκδηλώθηκαν και έπαυσαν προ της 20-4-2011 αξιολογούνταν βάσει των άρθρων 1 και 2 ν. 703/1977, ενώ εκείνες που διήρκεσαν και μετά το χρονικό αυτό σημείο αξιολογούνται βάσει των αντίστοιχων άρθρων του ν.3959/2011 (κατ'ουσίαν όμοιων με τις αντίστοιχες προϊσχύσασες διατάξεις). Ως προς το ζήτημα επηρεασμού του ενδοκοινοτικού εμπορίου και δυνατότητας εφαρμογής των άρθρων 81 και 82 ΣΥΝΘΕΚ (101,102 ΣΛΕΕ), η Επιτροπή, αφού έλαβε υπόψη ότι η προσφεύγουσα κατείχε δεσπόμενη θέση, καταλαμβάνουσα την κατά τα ανωτέρω ορισθείσα αγορά των προϊόντων μαργαρίνης στο σύνολο του κράτους μέλους και οι πρακτικές της καταλάμβαναν και επηρέαζαν το σύνολο της ελληνικής αγοράς, ότι, όπως προέκυψε από την έρευνα, η συμπεριφορά της εκτεινόταν στο σύνολο της ελληνικής επικράτειας και αφορούσε τη συνεργασία της τόσο με τους μεταπωλητές όσο και με τις αλυσίδες σούπερ μάρκετ, καθώς και ότι η ίδια η παρουσία της δεσπόμενης επιχείρησης που κάλυπτε το σύνολο κράτους μέλους μπορούσε να δυσχεράνει τη διείσδυση στην αγορά και οι υπό εξέταση πρακτικές της αύξαναν τα εμπόδια στην είσοδο στην εθνική αγορά, δέχθηκε ότι πληρούνταν



το κριτήριο του επηρεασμού του ενδοκοινοτικού εμπορίου. Το κριτήριο αυτό πληρούνταν επίσης, λαμβανομένης υπόψη της δεσπόζουσας θέσης της προσφεύγουσας στην εξεταζόμενη αγορά, εκτιμώμενης, τόσο σε απόλυτους όρους (κύκλος εργασιών, όγκος πωλήσεων, μερίδια αγοράς, εκτεταμένο δίκτυο διανομής, κ.α.) όσο και σε σχετικούς όρους, συγκρίνοντας δηλ. τη θέση της με εκείνη των ανταγωνιστών της που δραστηριοποιούνταν στην υπό κρίση σχετική αγορά. Έτσι έκρινε ότι στην προκειμένη περίπτωση τύγγχαναν εφαρμογής και τα άρθρα 81 και 82 ΣυνθΕΚ (ή 101 και 102 ΣΛΕΕ).

12. Επειδή, στο πλαίσιο της πιο πάνω αυτεπάγγελτης έρευνας, εξετάσθηκαν οι εμπορικές συμφωνίες της προσφεύγουσας με τα Σούπερ Μάρκετ και ειδικότερα τα ιδιωτικά συμφωνητικά που είχε συνάψει με αυτά κατά την περίοδο από το έτος 2002 έως το 2010. Από την αξιολόγηση των στοιχείων του φακέλου, προέκυψε ότι η προσφεύγουσα προσέφερε, δυνάμει των διαδοχικών εμπορικών συμφωνιών που συνήψε κατά τα έτη 2002-2007, με τη συντριπτική πλειοψηφία των εγχώριων αλυσίδων σούπερ μάρκετ, ήτοι με....., μεταξύ άλλων εκπτώσεων, εξατομικευμένες και αναδρομικές εκπτώσεις για την επίτευξη στόχου ανάπτυξης αγορών. Η διάρκεια ισχύος των εκπτώσεων στόχου και των σχετικών υπογραφέντων ιδιωτικών συμφωνητικών, ανά αλυσίδα σούπερ μάρκετ εμφανίζεται στον πίνακα 25 της προσβαλλόμενης απόφασης, με τα πρώτα συμφωνητικά χωρίς τον επίμαχο όρο να έχουν υπογραφεί το νωρίτερο στις 29-11-2004 (εταιρεία.....) και το αργότερο εντός του έτους 2008 (εταιρείες.....). Οι σχετικές εκπτώσεις χορηγούνταν πέραν των ήδη προβλεπόμενων εκπτώσεων, ανά κατηγορία προϊόντων [όπως π.χ., για αλυσίδα.....: προβλεπόμενη έκπτωση (χωρίς την έκπτωση στόχου) για λιπαρά: ....., για λοιπά προϊόντα Πάστα ελιάς ..... κλπ., επί του αντίστοιχου τιμολογηθέντος τζίρου]. Συγκεκριμένα, το εν λόγω εκπτωτικό πρόγραμμα προέβλεπε τη χορήγηση έκπτωσης προς τα σούπερ μάρκετ, άλλοτε μιας (π.χ. αλυσίδα ....., για έτος 2003, επιπλέον έκπτωση ....%) και άλλοτε κλιμακούμενης (π.χ. .... για έτη 2003 έως 2007, επιπλέον έκπτωση από ....% έως .....%) υπό την προϋπόθεση επίτευξης από μέρους τους, είτε απόλυτων μεγεθών, είτε ορισμένης ποσοστιαίας αύξησης των αγορών τους (σε αξία) σε προϊόντα της προσφεύγουσας, κατά τη διάρκεια ετήσιας περιόδου αναφοράς, σε σύγκριση με τις αγορές που έκαστο εξ αυτών πραγματοποίησε σε προηγούμενη, αντίστοιχης διάρκειας (ετήσιας εν προκειμένω), περίοδο. Συγκεκριμένα, οι στόχοι ανάπτυξης καθορίζονταν στις ετήσιες συμφωνίες συνεργασίας της προσφεύγουσας με κάθε αλυσίδα σούπερ μάρκετ εξατομικευμένα, εκφράζονταν, δε, ως απόλυτα ποσά ή ως ποσοστά αύξησης επί του συνολικού κύκλου εργασιών που θα πραγματοποιούσε αυτή στην κάθε αλυσίδα, κατά τη διάρκεια ισχύος της εκάστοτε ετήσιας συμφωνίας, σε πωλήσεις προϊόντων της,

συνυπολογιζόμενου όλου του χαρτοφυλακίου προϊόντων τα οποία αφορούσε η συμφωνία συνεργασίας, σε σύγκριση με τις πωλήσεις που είχε πραγματοποιήσει προς τον ίδιο λιανοπωλητή κατά το προηγούμενο έτος. Καθώς ο κύκλος εργασιών που πραγματοποιούσε σε ετήσια περίοδο κάθε αλυσίδα σούπερ μάρκετ σε αγορές προϊόντων της προσφεύγουσας διαφοροποιούνταν σαφώς σε απόλυτα ποσά από τον αντίστοιχο κύκλο εργασιών που πραγματοποιούσαν άλλοι ανταγωνιστές της, κατά τούτο η βάση υπολογισμού της έκπτωσης και κατ' επέκταση το εκπτώτικό πρόγραμμα συνολικά είχε έντονα εξατομικευμένο χαρακτήρα, διότι «μεταφραζόταν» σε διαφορετικά ποσά έκπτωσης προς κάθε έναν λιανοπωλητή/ πελάτη της ελεγχόμενης, ακόμη και όταν τα ποσοστά της έκπτωσης που προβλέπονταν για διαφορετικούς πελάτες εμφανίζονταν εκ πρώτης όψεως να είναι όμοια. Για παράδειγμα, η από 8-9-2003 εμπορική συμφωνία της προσφεύγουσας με την ..... προέβλεπε ότι: «Σε περίπτωση που ο τιμολογηθείς τζίρος σας του 2003, του συνόλου των προαναφερομένων προϊόντων που διακινεί η ..... υπερβεί τα .....€ θα σας χορηγηθεί επιπλέον έκπτωση ύψους ...% επί του αντίστοιχου τζίρου σας». Περαιτέρω, στην από 28-8-2003 εμπορική συμφωνία της προσφεύγουσας με την εταιρία ..... προβλεπόταν ότι: «Σε περίπτωση που ο τιμολογηθείς τζίρος σας του 2003, του συνόλου των προαναφερομένων προϊόντων που διακινεί η ..... υπερβεί τα .....€ θα σας χορηγηθεί επιπλέον έκπτωση ύψους ...% επί του αντίστοιχου τζίρου σας». Κατ' αυτό τον τρόπο, παρά το κοινό ποσοστό έκπτωσης, το υπό εξέταση εκπτώτικό σύστημα οδηγούσε σε διαφορετικά και εξατομικευμένα για τον κάθε λιανέμπορο απόλυτα ποσά καθώς υπολογιζόταν επί διαφορετικής βάσης (σχ.πίνακας 35 – εκπτώσεις στόχου ανά σούπερ μάρκετ). Σημειωτέον δε, ότι τόσο από τη γραμματική ερμηνεία των επίμαχων όρων, όσο και από τις αντίστοιχες απαντήσεις των εκπροσώπων των σούπερ μάρκετ προέκυπτε ότι, όπου στους ως άνω υπό εξέταση όρους γινόταν αναφορά σε «αντίστοιχο» τζίρο, επρόκειτο για τον τζίρο που αφενός αντιστοιχούσε στο σύνολο των αναφερόμενων στην εκάστοτε σύμβαση προϊόντων (και όχι μόνο στις μαργαρίνες) και αφετέρου υπολογιζόταν επί του συνόλου των πραγματοποιηθέντος -κατά τη διάρκεια του έτους- τζίρου των ως άνω προϊόντων και όχι επί του υπερβάλλοντος, ήτοι των ποσοτήτων που ξεπερνούσαν τον εκάστοτε τεθέντα στόχο. Εξάλλου, το γεγονός ότι οι στόχοι ήταν εξατομικευμένοι και καθορίζονταν σε σχέση με τις συνολικές αγορές προϊόντων που πραγματοποιούσε έκαστο σούπερ μάρκετ κατά το προηγούμενο έτος, επιβεβαιώθηκε και από την ίδια την προσφεύγουσα. Η ως άνω αναδρομικότητα των επίμαχων εκπτώσεων, ήτοι το γεγονός ότι το ποσοστό της έκπτωσης μετακυλιόταν στο σύνολο του πραγματοποιηθέντος σε ετήσια βάση κύκλου εργασιών, και όχι μόνο επί ποσοτήτων που υπερέβαιναν το προβλεπόμενο όριο πριμοδότησης, κατά την Ε.Α., δημιουργούσε ισχυρό κίνητρο στα

σούπερ μάρκετ να πραγματοποιούν ολοένα αυξανόμενες αγορές, προκειμένου να λάβουν το όφελος (στις περιπτώσεις που προβλεπόταν μια κλίμακα, όπως λ.χ. στις εταιρείες.....) ή να υπερβούν τα προβλεπόμενα επιμέρους κατώφλια και να ανελιχθούν σε ανώτερη κλίμακα των εκπτώσεων (στις περιπτώσεις που υφίστατο προοδευτική κλιμάκωση, όπως λ.χ. στην περίπτωση της .....και της .....). Τα προσδοκώμενα οικονομικά οφέλη για τους μεταπωλητές/ εταιρείες σούπερ μάρκετ, κατά την άποψη της Επιτροπής, ήταν μεγάλα, καθώς ακόμη και ένα μικρό, επιπλέον ποσοστό έκπτωσης αντανάκλωνε σημαντικά στο περιθώριο κέρδους από τις συνολικές αγορές τους, που πραγματοποιήθηκαν κατά τη διάρκεια όλου του έτους αναφορικά με όλη τη γκάμα προϊόντων της προσφεύγουσας, σημαντικό μέρος της οποίας αποτελούσε η κατηγορία των προϊόντων μαργαρίνης, στην οποία κατείχε δεσπόζουσα θέση (π.χ. στις αγορές στα προϊόντα στόχου ιδιωτικού συμφωνητικού της....., 46,86% περίπου η μαργαρίνη και 48% όλα τα δεσπόζοντα προϊόντα, στις αντίστοιχες αγορές ιδιωτικών συμφωνητικών της....., 51% και 49,20% η μαργαρίνη και 61,25% τα δεσπόζοντα προϊόντα, στις αντίστοιχες αγορές ιδιωτικών συμφωνητικών της....., 98,74%, 92,58%, 81,09%, 74,97% και 98,9%, οι μαργαρίνες κλπ.). Τούτο καταδείκνυε τη σημασία του οικείου προϊόντος, στο οποίο η ελεγχόμενη κατείχε δεσπόζουσα θέση, για την επίτευξη των στόχων που θέτει για ανάπτυξη των πωλήσεων της στην κάθε αλυσίδα σούπερ μάρκετ. Εξάλλου, η ετήσια περίοδος αναφοράς – κατά την Ε.Α. – ήταν μακρά, λαμβανομένου υπόψη του μεγέθους και του αριθμού των παραγγελιών που πραγματοποιούνταν σε εβδομαδιαία βάση από τα σούπερ μάρκετ, κατά τη διάρκεια αυτή σε προϊόντα που διακινούσε η προσφεύγουσα. Το μεγάλο ύψος συνολικών αγορών και οι πολλαπλές παραγγελίες προϊόντων που πραγματοποιούνταν εντός του έτους αντιπροσώπευαν μία πολύ ευρεία οικονομική βάση για τον υπολογισμό της επίμαχης έκπτωσης. Η Ε.Α. έλαβε ακόμη υπόψη: α)ότι η σώρευση και η αλληλεπίδραση των επιμέρους εκπτώτικων προγραμμάτων, όπως αυτά περιέχονταν στα υπό εξέταση ιδιωτικά συμφωνητικά και τα οποία εφαρμόζονταν παράλληλα, ανεξαρτήτως του εάν ήταν όλα, αυτοτελώς καταχρηστικά ή όχι, συνέβαλλαν στην ενίσχυση των επιπτώσεών τους και, κατά συνέπεια, στην ενίσχυση του καταχρηστικού χαρακτήρα του υπό κρίση «συστήματος» στο σύνολό του, β)ο τρόπος σύναψης συμφωνίας, σε συνδυασμό με τα όσα προέκυψαν από τις απαντήσεις των εκπροσώπων των αλυσίδων σούπερ μάρκετ, ότι δηλ. τα παραστατικά εκδίδονταν συγκεντρωτικά και αφορούσαν το σύνολο των συμφωνημένων παροχών και όχι ανά είδος μια έκαστη εξ αυτών, επιβεβαίωναν τη δημιουργούμενη ανασφάλεια του υποψηφίου λήπτη της έκπτωσης ως προς το ποσοστό της έκπτωσης που εν τέλει θα καρπωνόταν και την αβεβαιότητα ως προς τον πιθανό κίνδυνο απώλειας ολόκληρης ή

μέρους της έκπτωσης, γ) ότι κανείς ανταγωνιστής της προσφεύγουσας στην οικεία αγορά των προϊόντων μαργαρίνης δεν ήταν σε θέση να προσφέρει εκπτώσεις, η αξία των οποίων να προσεγγίζει τελικά αυτές της ίδιας, διότι καθένας χωριστά κατείχε υποπολλαπλάσιο μερίδιο αγοράς στην αγορά προϊόντων μαργαρίνης, και πολύ χαμηλότερες πωλήσεις, τόσο σε προϊόντα μαργαρίνης όσο και στη λοιπή γκάμα προϊόντων της προσφεύγουσας, ενώ άλλωστε κανείς από τους ανταγωνιζόμενους προμηθευτές δεν είχε επιτύχει - ανάλογο με την προσφεύγουσα - βαθμό διείσδυσης στο συγκεκριμένο κανάλι, δ) ότι το ποσοστό της προβλεπόμενης έκπτωσης δεν αυξανόταν σε συνάρτηση με τον όγκο αγορών στις οποίες προέβαιναν οι επιμέρους αλυσίδες σουπερ μάρκετ, αλλά στη βάση της βελτίωσης του επιπέδου των αγορών που πραγματοποιούσε η εκάστοτε αλυσίδα εντός του έτους, με όσες η ίδια πραγματοποίησε κατά το προηγούμενο έτος. Αυτός ο εξατομικευμένος χαρακτήρας, σε συνδυασμό με την αναδρομικότητα, κατά την Επιτροπή, καταδείκνυε ότι η «λογική» του εκπτώτικου προγράμματος που εφαρμόζε η προσφεύγουσα δεν ήταν η αντικειμενικά δικαιολογημένη ανταμοιβή των πελατών της με ένα συμφωνημένο ποσοστό έκπτωσης για τα κέρδη που πραγματοποίησε λόγω αύξησης των πωλήσεών τους, αλλά η πρόσδεση των πελατών της σε ένα σπινάλ ανάπτυξης των αγορών τους σε προϊόντα που διακινούσε, ειδικά σχεδιασμένο για κάθε πελάτη, με βάση τις εξατομικευμένες δυνατότητες και την απορροφητική ικανότητα ενός εκάστου. Το γεγονός μάλιστα ότι τα ιδιωτικά συμφωνητικά υπογράφονταν κατά το δεύτερο εξάμηνο του έτους στο οποίο αφορούσαν, επέτρεπε στην προσφεύγουσα να πραγματοποιεί την πρόβλεψη για το ύψος των πραγματοποιούμενων πωλήσεων εξατομικευμένα και με μεγαλύτερη ακρίβεια, καθώς μπορούσε να την αναπροσαρμόσει, κατά τη διάρκεια του έτους και μέχρι την οριστική σύναψη των ιδιωτικών συμφωνητικών, στις ανάγκες και την απορροφητική ικανότητα ενός εκάστου πελάτη της, ε) ότι ειδικά αναφορικά με την περίπτωση του....., βάσει των οικείων συμφωνητικών, υπήρχε εξάρτηση της χορήγησης συγκεκριμένης παροχής (όπως για ταχεία διακίνηση νέων προϊόντων) από την εκπλήρωση και έτερης (για επίτευξη στόχου πωλήσεων), η οποία καθιστούσε τη ρήτρα καταχρηστική στο σύνολό της, ως επιτείνουσα την πιστότητα του πελάτη, στ) ότι το επίμαχο εκπτώτικό πρόγραμμα εφαρμόστηκε στη συντριπτική πλειοψηφία των εγχώριων σουπερ μάρκετ, που αποτελούσαν, αδιαμφισβήτητα, για όλες τις προμηθεύτριες εταιρίες, τον πλέον σημαντικό δίαυλο διανομής των οικείων προϊόντων προς τους τελικούς καταναλωτές και ζ) ότι το υπό κρίση εκπτώτικό πρόγραμμα εφαρμόστηκε επί σειρά ετών, ήτοι από την έναρξη ισχύος του από 19-6-2002 Ιδιωτικού Συμφωνητικού με τον όμιλο .....έως και την 21-10-2008, ημερομηνία λήξης του σχετικού Ιδιωτικού Συμφωνητικού με ..... και του αντίστοιχου Ιδιωτικού Συμφωνητικού με ....., όπου απαντώνταν τελευταία

οι επίμαχοι όροι. Σημειώνεται ότι μέχρι την υπογραφή των νέων Συμφωνητικών δεν αναμενόταν να αλλάξουν οι όροι και οι σχετικές εκπτώσεις και έτσι οι αγορές προϊόντων της προσφεύγουσας εμφανίσθηκαν αυξημένες και το 2008, ενώ περιορίσθηκαν το 2009. Επιπρόσθετο σοβαρό στοιχείο καταχρηστικότητας του υπό κρίση εκπτώτικου συστήματος αποτελούσε (κατά την Επιτροπή) η διαπίστωση της πρόθεσης της προσφεύγουσας να εκτοπίσει τους ανταγωνιστές της και συγκεκριμένα την επόμενη και μοναδική επί της ουσίας ανταγωνίστριά της στη σχετική αγορά μαργαρίνης (.....). Η πρόθεση αυτή (η οποία, πάντως, κατά την Επιτροπή δεν αποτελούσε προϋπόθεση της διαπίστωσης της παράβασης), προέκυψε από πλήθος εγγράφων (ηλεκτρονικών αρχείων) στον υπολογιστή της ..... (Brand Manager .....), ετών 2006 και 2007, με χαρακτηριστικότερο όλων, έγγραφο με τίτλο “Manager structure”, που αφορούσε το 2006, στο οποίο αναφερόταν ως στρατηγική της εταιρείας (ευκαιρία στον τομέα τιμολόγησης ενόψει της νέας επιθετικής στρατηγικής της .....): «ΣΚΟΤΩΣΤΕ ΤΗΝ ..... 2005-2006». Σε άλλα έγγραφα η ίδια (Brand Manager) αναφερόταν στην ανάγκη επανάκτησης μεριδίου σε όγκο, εστιάζοντας σε στρατηγικούς πελάτες, στους οποίους η ..... είχε κερδίσει μερίδιο, στην εξειδίκευση ενεργειών για τη μη απώλεια μεριδίου αγοράς από τη ....., με την επισήμανση ότι η καλύτερη άμυνα είναι η επίθεση και ότι πρέπει να μπλοκάρουν τη ..... σε στρατηγικούς πελάτες της, ή στην ευκαιρία να «κλέψουν» μερίδιο αγοράς από τη ..... στη Β.Ελλάδα κλπ. Εξάλλου, η εφαρμογή του προαναφερόμενου εκπτώτικου προγράμματος αποδεικνυόταν τόσο από τις συναφθείσες συμφωνίες, όσο και από τις ομολογίες των εκπροσώπων των σούπερ μάρκετ, ασχέτως του αν τελικώς επετεύχθησαν όλοι οι στόχοι (κάποιες φορές επετεύχθησαν, μερικές φορές όμως όχι). Παράλληλα, κατά την Επιτροπή, οι ως άνω περιγραφόμενες εκπτώσεις στόχου ήταν καταχρηστικές και για τον λόγο ότι οδηγούσαν σε εφαρμογή άνισων όρων για ισοδύναμες παροχές. Συγκεκριμένα, οι στόχοι διέφεραν μεταξύ των σούπερ μάρκετ, καθώς το ποσοστό μεταβολής των στόχων (σε σχέση με το στόχο του προηγούμενου έτους ή σε σχέση με τις αγορές του προηγούμενου έτους) διέφερε ανά εταιρεία σούπερ μάρκετ και οδηγούσε στη χορήγηση διαφορετικών ποσοστών εκπτώσεως για το ίδιο ύψος αγορών, με αποτέλεσμα τα σούπερ μάρκετ να περιέρχονται σε μειονεκτική θέση στον μεταξύ τους ανταγωνισμό. Ενόψει των ανωτέρω ιδιαίτερων χαρακτηριστικών και των κριτηρίων χορήγησής του συγκεκριμένου εκπτώτικου προγράμματος, αλλά και του συνόλου των περιστάσεων εντός των οποίων εφαρμοζόταν, επομένως, και των γενικών συνθηκών της αγοράς στο πλαίσιο της οποίας εντάσσονταν οι επίμαχες συμφωνίες, η Επιτροπή δέχθηκε ότι τούτο λειτουργούσε ως εργαλείο δημιουργίας ή/και διατήρησης κύκλου πιστών πελατών, ή, με άλλους όρους, ότι έτεινε, άλλως ήταν ικανό, να δημιουργήσει

δεσμούς εξάρτησης των σούπερ μάρκετ από την ελεγχόμενη επιχείρηση και να περιορίσει όσο το δυνατόν περισσότερο τον εφοδιασμό τους από ανταγωνιστές της τελευταίας στην οικεία αγορά, επιφέροντας επιζήμιο για τον ανταγωνισμό αποτέλεσμα αποκλεισμού στην αγορά αυτή κατά παράβαση του άρθρου 2 του ν. 703/1977 καθώς και του άρθρου 82 ΣυνθΕΚ.

13. Επειδή, επί των ισχυρισμών που προέβαλε η προσφεύγουσα στο πλαίσιο της διοικητικής διαδικασίας, η Επιτροπή κατ' αρχάς απέρριψε την ένσταση παραγραφής της προσφεύγουσας, αφού δέχθηκε ότι οι ισχύουσες εν προκειμένω διατάξεις του ν.703/1977 δεν προέβλεπαν παραγραφή, ενώ δεν μπορούσαν να εφαρμοστούν οι νεότερες διατάξεις του ν.3959/2011 αλλά ούτε και αυτές του Κανονισμού 1/2003. Κατά την άποψη της Επιτροπής, σε κάθε περίπτωση, ενόψει του ότι οι διαπιστωθείσες επιμέρους καταχρηστικές πρακτικές και οι διαπιστωθέντες επιμέρους περιορισμοί του ανταγωνισμού συνιστούσαν τμήμα ενιαίων παραβάσεων, αντίστοιχα, από τη λήξη των παραβάσεων (2008 και 2017) δεν είχε παρέλθει πενταετία, λόγω των πολλαπλών διακοπτικών της παραγραφής γεγονότων που είχαν μεσολαβήσει, με πρώτο μέτρο έρευνας την επιστολή προς την ελεγχόμενη ...../27-8-2008, αλλά ούτε και δεκαετία συνολικώς. Περαιτέρω, αναφορικά με το προαναφερόμενο εκπαιδευτικό πρόγραμμα, η Επιτροπή, αφού έλαβε υπόψη τα προσκομισθέντα από την προσφεύγουσα στοιχεία, στο πλαίσιο της διοικητικής διαδικασίας, καθώς και τα εκτεθέντα από αυτήν και τους μάρτυρές της (υπαλλήλους της, που επιβεβαίωσαν τους ισχυρισμούς της), στη διάρκεια της ακρόασης, κατ' αρχάς δέχθηκε ότι η εισήγηση περιλάμβανε όλα τα αναγκαία στοιχεία, που θεμελιώναν την καταχρηστική συμπεριφορά της προσφεύγουσας. Σε σχέση με το τεστ του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή, την εφαρμογή του οποίου θεωρούσε απαραίτητη η προσφεύγουσα, για τη θεμελίωση της παράβασης, η Επιτροπή αρχικά διευκρίνισε ότι στη συγκεκριμένη περίπτωση η διενέργεια του τεστ πιθανόν να στερούνταν νοήματος, λόγω δομής της αγοράς. Στη συνέχεια αρνήθηκε να δεχθεί το τεστ (γνωμοδότηση – οικονομική ανάλυση), που είχε προσκομίσει η προσφεύγουσα, διότι αυτό είχε βασιστεί σε στοιχεία για τα έτη 2010 – 2013, ήτοι μεταγενέστερα της παράβασης, ενώ είχε υποτιμηθεί το κόστος της προσφεύγουσας αλλά και το ύψος της έκπτωσης που έπρεπε να αντισταθμίσει το σούπερ μάρκετ, προκειμένου να αλλάξει προμηθευτή μαργαρίνης. Ακολούθως η Επιτροπή, παρά την κρίση της ότι η δομή της αγοράς ήταν τέτοια που καθιστούσε πρακτικά αδύνατη την εμφάνιση ενός εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή και παρά τις αδυναμίες του σχετικού τεστ, προχώρησε τελικά σε πραγματοποίησή του, εφαρμόζοντάς το ενδεικτικά σε δύο αλυσίδες σούπερ μάρκετ (.....). Σχετικά χρησιμοποίησε στοιχεία που είχε προσκομίσει η προσφεύγουσα σε ανύποπτο χρόνο (βλ.σχ. και πρακτικά

ακρόασης, από τα οποία προκύπτει η αδυναμία της προσφεύγουσας να προσκομίσει στοιχεία για την πραγματοποίηση του τεστ στο πλαίσιο της διοικητικής διαδικασίας), ενώ εφάρμοσε τη μεθοδολογία της προσφεύγουσας, λαμβάνοντας όμως υπόψη το συνολικό ύψος των χορηγηθεισών εκπτώσεων και όχι μόνο την επιπλέον έκπτωση στόχου, καταλήγοντας ότι σε κάθε περίπτωση υπήρχε εκτοπισμός του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή της προσφεύγουσας (βλ.σχ.πίνακες σε παράγραφο 300 προσβαλλόμενης). Ακολούθως, η Επιτροπή απέρριψε και τους λοιπούς ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, δεχόμενη, μεταξύ άλλων, ότι υπήρχε επαρκής αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ των προϊόντων μαργαρίνης και της καταχρηστικής συμπεριφοράς, ότι οι εκπτώσεις που έπρεπε να ληφθούν υπόψη σύμφωνα με τις Κατευθυντήριες γραμμές για τον έλεγχο εφαρμογής του άρθρου 82 ΣυνθΕΟΚ ήταν οι συνολικές χορηγούμενες εκπτώσεις και όχι η συγκεκριμένη έκπτωση στόχου, ότι για τη στοιχειοθέτηση της παράβασης δεν απαιτούνταν η απόδειξη πραγματικών ή άμεσων αποτελεσμάτων αποκλεισμού και ότι παρ'ότι η προσφεύγουσα ήρε τους επίμαχους όρους των συμφωνητικών της οικειοθελώς, πάντως η πλήρης οικειοθελής άρση συνέπιπτε χρονικά με την εκκίνηση της αυτεπάγγελτης έρευνας. Σε σχέση με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι το ύψος των στόχων τζίρου που έθετε στα σούπερ μάρκετ δικαιολογούνταν από την εκτιμώμενη αύξηση τζίρου λόγω ανοίγματος νέων καταστημάτων, η Επιτροπή διευκρίνισε ότι τα ιδιωτικά συμφωνητικά προέβλεπαν ξεχωριστή έκπτωση για τα νέα καταστήματα (σχ. παρ.201 προσβαλλόμενης και υποσημείωση 263), καθώς και ότι η παρουσία των προϊόντων της προσφεύγουσας σε όλα τα καταστήματα των σούπερ μάρκετ διασφαλιζόταν με ειδικό όρο των ιδιωτικών συμφωνητικών («... η αλυσίδα σας διακινεί ήδη την πλήρη συλλογή των προϊόντων της ..... και συμφωνεί να διακινεί και τα νέα προϊόντα....»). Άλλωστε η προσφεύγουσα δεν είχε προσκομίσει σχετικά αποδεικτικά στοιχεία για την τεκμηρίωση του ισχυρισμού της.

14. Επειδή, πέραν των προαναφερόμενων εκπτώσεων στόχου, στα ιδιωτικά συμφωνητικά, που είχε υπογράψει η προσφεύγουσα με τις εταιρείες σούπερ μάρκετ, από την 19-6-2002 έως την 21-10-2008 και αφορούσαν την περίοδο 2002-2008 περιλαμβανόταν, μεταξύ άλλων, όρος για την προβολή προϊόντων της προσφεύγουσας, ο οποίος προέβλεπε ότι οι προβολές θα πραγματοποιούνταν από προσωπικό των σούπερ μάρκετ σε κεφαλές Γόνδολας, σε χώρους οι οποίοι θα επιλέγονταν και θα συμφωνούνταν από κοινού και θα έπρεπε να έχουν αποκλειστικά προϊόντα της προσφεύγουσας στις απαιτούμενες ποσότητες, ενώ αποκλειόταν ταυτόχρονη προβολή ανταγωνιστικών προϊόντων. Η διάρκεια ισχύος των όρων μη προβολής ανταγωνιστικών προϊόντων και των σχετικών υπογραφέντων ιδιωτικών συμφωνητικών, ανά αλυσίδα σούπερ μάρκετ εμφανίζεται στον πίνακα 37 της

προσβαλλόμενης απόφασης, με τα πρώτα συμφωνητικά χωρίς τον επίμαχο όρο να έχουν υπογραφεί εντός του 2005 ή του 2006 και σε μία περίπτωση εντός του 2008 (.....). Η διάρκεια της προβολής οριζόταν συνήθως δεκαπενθήμερη και δεν έπρεπε να συμπίπτει χρονικά με προβολή αντίστοιχων ανταγωνιστικών προϊόντων. Σε αντιπαροχή των ανωτέρω χορηγούνταν ποσοστιαία έκπτωση, υπολογιζόμενη επί του συνόλου του τιμολογηθέντος τζίρου ή επί του αντίστοιχου τιμολογηθέντος τζίρου, ανά περίπτωση. Ο προαναφερόμενος όρος εμφανιζόταν στο σύνολο των εμπορικών συμφωνιών της προσφεύγουσας με τις εταιρείες σούπερ μάρκετ με επιμέρους ωστόσο διαφοροποιήσεις στη διατύπωση, ανάλογα με το έτος της σύμβασης και την αλυσίδα σούπερ μάρκετ. Συγκεκριμένα υπήρχαν α) συμβάσεις που αναφέρονταν σε αποκλειστική προβολή και έκπτωση επί συνολικού τζίρου (.....για τα έτη 2003-2004, ..... για τα έτη 2003-2004,.....), β) συμβάσεις που αναφέρονταν σε αποκλειστική προβολή χωρίς να προβλέπεται έκπτωση (.....), γ) συμβάσεις με αποκλειστική προβολή και έκπτωση επί αντίστοιχου τζίρου, όπου ο «αντίστοιχος τζίρος» σε άλλες περιπτώσεις αποτελούνταν μόνο από μαργαρίνες (βλ. ....για τα έτη 2005-2007) και σε άλλες περιπτώσεις (βλ. .... για το έτος 2005) αποτελούνταν από γκάμα προϊόντων μεταξύ των οποίων και οι μαργαρίνες. Για παράδειγμα, ενδεικτικά, στην εμπορική συμφωνία της προσφεύγουσας με την ....., για το 2003, περιλαμβανόταν όρος, σύμφωνα με τον οποίο: «Η εταιρία σας αναλαμβάνει την πραγματοποίηση προβολών στα προϊόντα μας κατά τη διάρκεια καθορισμένων χρονικών περιόδων, όπως οι περίοδοι αυτές αναγράφονται στο αναλυτικό ετήσιο πρόγραμμα που επισυνάπτεται. Οι προβολές θα πραγματοποιηθούν από προσωπικό της Εταιρίας σας σε κεφαλές Γόνδολας, σε χώρους οι οποίοι θα επιλεγούν και θα συμφωνηθούν από κοινού θα πρέπει δε, να έχουν αποκλειστικά προϊόντα της ..... στις απαιτούμενες ποσότητες. Η διάρκεια της προβολής θα είναι δεκαπενθήμερη και δεν πρέπει να συμπίπτει χρονικά με προβολή αντίστοιχων ανταγωνιστικών προϊόντων. Σε αντιπαροχή των ανωτέρω θα σας χορηγηθεί αμοιβή υπολογιζόμενη σε ...% επί του συνόλου του τιμολογηθέντος τζίρου σας.». Ειδικότερα μάλιστα στα ιδιωτικά συμφωνητικά της προσφεύγουσας με την....., για τα έτη 2003-2004, ο ίδιος όρος προέβλεπε ότι: «..... Κατά τη διάρκεια του χρόνου θα γίνουν συνολικά 24 προβολές με διάρκεια δεκαπενθήμερη ενώ δεν πρέπει να συμπίπτουν χρονικά με προβολή αντίστοιχων ανταγωνιστικών προϊόντων....». Σε συμφωνητικά επόμενων ετών είχαν διαγραφεί οι λέξεις – φράσεις «αποκλειστικά», «η διάρκεια της προβολής θα είναι δεκαπενθήμερη και δεν πρέπει να συμπίπτει χρονικά με προβολή (αντίστοιχων) ανταγωνιστικών προϊόντων». Εξάλλου, σε σχετικές απαντητικές επιστολές τους, οι πιο πάνω εταιρείες σούπερ μάρκετ υποστήριξαν ότι ταυτόχρονα μπορούσαν να γίνονται προβολές και



ανταγωνιστικών προϊόντων, ενώ κάποιες ισχυρίστηκαν ότι έγιναν ταυτόχρονες προβολές (οι ερωτήσεις όμως αφορούσαν το διάστημα μετά την ισχύ των επίμαχων όρων) και η ..... δήλωσε ότι συνήθως δεν γινόταν ταυτόχρονη προβολή ανταγωνιστικών προϊόντων. Ως προς την ύπαρξη ετήσιων προγραμμάτων προβολών, η ..... επισύναψε προγράμματα ετών 2009-2010 (μετά την κρίσιμη περίοδο), οι εκπρόσωποι των εταιρειών ..... δήλωσαν ότι δεν υπήρχαν αναλυτικά στοιχεία για τα ετήσια προγράμματα προβολών του έτους, οι εκπρόσωποι της εταιρείας ..... δήλωσαν ότι υπήρχαν τέτοια ετήσια προγράμματα, όμως στα προϊόντα ψυγείου και στις μαργαρίνες δεν γίνονταν προβολές, καθώς δεν υπήρχε κατάλληλη υποδομή, της εταιρείας ..... δήλωσαν ότι δεν υπήρχαν προγράμματα για τις μαργαρίνες και της ..... ότι δεν υπήρχαν προγράμματα για τα έτη 2003-2005. Για τα επόμενα έτη προέκυψαν (για την ανωτέρω εταιρεία) τα εξής: Για τα έτη 2006-2007, μόνο στις 8 από τις 64 περιόδους προβολής προϊόντων μαργαρίνης της προσφεύγουσας προβάλλονταν ανταγωνιστικά προϊόντα. Από αυτές τις προβολές η 1 ήταν σε κατάσταση σούπερ μάρκετ και οι λοιπές παράλληλες προβολές ήταν σε υπέρ μάρκετ. Για την περίοδο 2008-2010, μόνο στις 6 από τις 53 περιόδους προβολής προϊόντων μαργαρίνης προβλήθηκαν ανταγωνιστικά της προσφεύγουσας προϊόντα. Εξ αυτών ειδικότερα για το έτος 2008, οι 2 από τις 3 ταυτόχρονες προβολές ανταγωνιστικών προϊόντων έγιναν σε Hyper Market. Ο αριθμός και η διάρκεια μη ταυτόχρονων προβολών προϊόντων μαργαρίνης στην ..... εμφανίζεται αναλυτικά στον πίνακα 38 της προσβαλλόμενης [2006: ποσοστό ταυτόχρονων προβολών ανταγωνιστικών προϊόντων 17,82%, 2007 - ποσοστό ταυτόχρονων προβολών ανταγωνιστικών προϊόντων 7,29%, 2008 (υπογραφή συμφωνητικού χωρίς επίμαχο όρο: 21-10-2008): ποσοστό ταυτόχρονων προβολών ανταγωνιστικών προϊόντων 13,97 κλπ.]. Περαιτέρω, από τη διατύπωση του πιο πάνω επίμαχου όρου προέκυπτε ότι η σχετική απαγόρευση ίσχυε για κάθε προβολή στην οποία προέβαινε ο εκάστοτε πελάτης / σούπερ μάρκετ. Ο προαναφερόμενος όρος θεωρήθηκε από την Ε.Α. καταχρηστικός, δεδομένου ότι από τη γενικότητά του μπορούσε να αποκλείει κάθε προβολή ανταγωνιστικού προϊόντος (των προϊόντων μαργαρίνης συμπεριλαμβανομένων) κατά τη διάρκεια προβολής οιαδήποτε προϊόντος της προσφεύγουσας από τα αναφερόμενα στις υπό εξέταση εμπορικές συμφωνίες. Αναφορικά άλλωστε με την αγορά προϊόντων μαργαρίνης, στην οποία η προσφεύγουσα κατείχε δεσπίζουσα θέση, ο όρος αυτός, κατά την Επιτροπή, προκαλούσε σημαντικά ανταγωνιστικά μειονεκτήματα στις ανταγωνίστριες της επιχειρήσεις, διότι αποσκοπούσε αφενός στο να παρακωλύσει την επιτυχή είσοδο ή/ και ανάπτυξη αυτών σε πελάτες που απευθύνονταν σε μεγάλο όγκο καταναλωτών, όπως ήταν οι συγκεκριμένες αλυσίδες σούπερ μάρκετ, και αφετέρου στο να εμποδίσει τους καταναλωτές να

επωφεληθούν του ανταγωνισμού μεταξύ των προσφορών- προωθητικών ενεργειών ανταγωνιστικών επιχειρήσεων ιδίως στην αγορά προϊόντων μαργαρίνης. Εάν δε συνυπολογιζόταν ότι η προσφεύγουσα κατείχε ηγετική θέση στο 90% των κατηγοριών στις οποίες δραστηριοποιούνταν, η υπό εξέταση ρήτρα μπορούσε να προκαλέσει ένα σωρευτικό αποτέλεσμα αποκλεισμού εις βάρος του συνόλου των προϊόντων που ανταγωνίζονταν τα υπό προβολή (στα οποία περιλαμβάνονται πλείονα του ενός- ήτοι μαργαρίνη- δεσπόζοντα) προϊόντα της προσφεύγουσας. Η Επιτροπή ακόμη έλαβε υπόψη: α)ότι η σώρευση και η αλληλεπίδραση των επιμέρους εκπτώτικων προγραμμάτων, όπως αυτά που περιέχονταν στα υπό εξέταση ιδιωτικά συμφωνητικά και τα οποία εφαρμόζονταν παράλληλα, ανεξαρτήτως του εάν ήταν όλα, αυτοτελώς καταχρηστικά ή όχι, συνέβαλαν στην ενίσχυση των επιπτώσεών τους και, κατά συνέπεια, στην ενίσχυση του καταχρηστικού χαρακτήρα της υπό εξέτασης ρήτρας, ενώ δεν ήταν αναγκαίο να αποδειχθεί ότι η σχετική καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης της επιχείρησης επέφερε συγκεκριμένο αποτέλεσμα στις οικείες αγορές, β)ότι ο συγκεκριμένος όρος ήταν αυτοτελώς καταχρηστικός ως μη εύλογος όρος συναλλαγής, με χαρακτηριστικότερη περίπτωση τη συμβατική υποχρέωση της ..... κατά τη διάρκεια των ετών 2003 και 2004, με την οποία, στην πραγματικότητα προβλέπονταν αποκλειστικές προβολές προϊόντων της προσφεύγουσας για όλη τη διάρκεια του έτους, γ)ότι την καταχρηστικότητα του σχετικού όρου επέτεινε το γεγονός ότι σε αντιπαροχή για τις εν λόγω προβολές χορηγείτο έκπτωση υπολογιζόμενη, στην πλειονότητα των περιπτώσεων, επί του συνόλου του τιμολογηθέντος τζίρου, ενώ ακόμη και όταν η σχετική έκπτωση αναφερόταν στις εν λόγω συμβάσεις ως υπολογιζόμενη επί του αντίστοιχου τιμολογηθέντος τζίρου, χορηγείτο στην πράξη στον συνολικό τιμολογηθέντα τζίρο, καθώς οι προβολές αφορούσαν όλα τα προϊόντα που καλύπτονταν από τις υπό εξέταση εμπορικές συμφωνίες. Το γεγονός αυτό επιβεβαιωνόταν και στην περίπτωση της ....., όπου ενώ στο από 15-11-2005 ιδιωτικό συμφωνητικό της με την προσφεύγουσα ο κρίσιμος όρος ανέφερε «αντίστοιχο του τιμολογηθέντος τζίρου», σύμφωνα με σχετική απάντηση της εταιρίας: «Για τα έτη 2005 έως και 2007 το ποσοστό ...% αποδόθηκε επί του συνολικού τζίρου όλων των κατηγοριών προϊόντων που αναφέρονται στο ιδιωτικό συμφωνητικό με τη ..... [...]», δ)ότι το επίμαχο εκπτώτικό πρόγραμμα εφαρμόστηκε στη συντριπτική πλειοψηφία των εγχώριων σούπερ μάρκετ, που αποτελούσαν, αδιαμφισβήτητα, για όλες τις προμηθεύτριες εταιρίες, τον πλέον σημαντικό δίαυλο διανομής των οικείων προϊόντων προς τους τελικούς καταναλωτές, ε)ότι η υπό εξέταση ρήτρα περί μη προβολής ανταγωνιστικών προϊόντων εφαρμόστηκε επί σειρά ετών, ήτοι από την έναρξη ισχύος του από 19-6-2002 Ιδιωτικού Συμφωνητικού με τον όμιλο ..... έως και την 21-10-2008

(ημερομηνία λήξης του από 20-7-2007 Ιδιωτικού Συμφωνητικού με....., όπου απαντώνταν τελευταία οι επίμαχοι όροι). Σημειωτέον ότι η διάρκεια των ετήσιων ιδιωτικών συμφωνητικών εν τοις πράγμασι παρατείνονταν μέχρι την υπογραφή της επόμενης συμφωνίας. Εξάλλου, το γεγονός ότι σύμφωνα με τις απαντήσεις των αλυσίδων σούπερ μάρκετ, όπως και κατά τα εκτεθέντα από τους μάρτυρες της προσφεύγουσας, στο πλαίσιο της ακροαματικής διαδικασίας, οι εταιρείες αυτές μπορούσαν να κάνουν ταυτόχρονα προβολές ανταγωνιστικών προϊόντων, κατά την Ε.Α. δεν αναιρούσε ούτε τη δεσμευτικότητα των όρων αυτών, η οποία τεκμαιρόταν από μόνη την αναγγελία και συμπερίληψή τους στα συναφθέντα ιδιωτικά συμφωνητικά, αλλά ούτε και την καταχρηστικότητά τους, η οποία στοιχειοθετούνταν κατά τα ανωτέρω αντικειμενικά και σε κάθε περίπτωση ανεξάρτητα με το εάν εφαρμόστηκαν οι όροι αυτοί στην πράξη. Η προσφεύγουσα παρείχε ισχυρότατο κίνητρο στις εταιρείες σούπερ μάρκετ να μην προβάλλουν ανταγωνιστικά των δικών της προϊόντα, προκειμένου να λάβουν την έκπτωση επί του συνολικού τιμολογηθέντος τζίρου. Ενόψει των ανωτέρω, η Επιτροπή έκρινε ότι η υπό εξέταση ρήτρα, λαμβανομένων υπόψη, των ιδιαίτερων χαρακτηριστικών και των κριτηρίων χορήγησής της, αλλά και του συνόλου των περιστάσεων εντός των οποίων εφαρμοζόταν, επομένως, και των γενικών συνθηκών της αγοράς στο πλαίσιο της οποίας εντάσσονταν οι επίμαχες συμφωνίες, λειτουργούσε ως εργαλείο δημιουργίας ή/ και διατήρησης κύκλου πιστών πελατών, ή, με άλλους όρους, ότι έτεινε, άλλως ήταν ικανή, να δημιουργήσει δεσμούς εξάρτησης των σούπερ μάρκετ με την προσφεύγουσα και να περιορίσει όσο το δυνατόν περισσότερο τον εφοδιασμό τους από ανταγωνιστές της στην οικεία αγορά, επιφέροντας επιζήμιο για τον ανταγωνισμό αποτέλεσμα αποκλεισμού στην αγορά αυτή κατά παράβαση του άρθρου 2 του ν. 703/1977 καθώς και του άρθρου 82 ΣυνθΕΚ. Περαιτέρω, απέρριψε τους ισχυρισμούς που προέβαλε η προσφεύγουσα στο πλαίσιο της διοικητικής διαδικασίας. Ειδικότερα, ως προς τον ισχυρισμό περί παρερμηνείας της έννοιας «μη προβολής ανταγωνιστικών προϊόντων», δέχθηκε ότι ουδεμία παρερμηνεία υφίστατο, αφού η έννοια που αποδόθηκε ήταν ίδια με αυτή που απέδιδε και η προσφεύγουσα στο σχετικό υπόμνημά της, η οποία μάλιστα δεν έκανε καμία αναφορά στο γεγονός ότι ως αντιπαροχή για τη μη προβολή ανταγωνιστικών προϊόντων παρεχόταν αμοιβή υπολογιζόμενη ως ποσοστό επί του συνόλου του τιμολογηθέντος τζίρου των προϊόντων της. Σε ό,τι αφορά τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας για αντικειμενική αδυναμία προβολών προϊόντων μαργαρίνης (βλ.σχ.και εκτεθέντα από μάρτυρα προσφεύγουσας, κατά τον οποίο προβολικά ψυγεία έχει μόνο το 3-4% της αγοράς), επεσήμανε ότι παρ'όλο που οι ψυχόμενοι χώροι στα σούπερ μάρκετ ήταν πιο περιορισμένοι σε σχέση με τους λοιπούς χώρους, εντούτοις δεν προέκυπτε από τα στοιχεία του φακέλου

πλήρης αδυναμία προβολής μαργαρινών από τα σούπερ μάρκετ.

15. Επειδή, εξάλλου, η διάθεση των προϊόντων της προσφεύγουσας γινόταν, εκτός από την απευθείας πώληση προς τις μεγάλες αλυσίδες καταστημάτων (σούπερ μάρκετ και εταιρίες cash and carry) και μέσω διανομών – συνεργατών της, οι οποίοι εν συνεχεία μεταπωλούσαν τα προϊόντα της εταιρείας στα μικρότερα καταστήματα λιανικής πώλησης της περιοχής, στην οποία έκαστος εξ αυτών δραστηριοποιούνταν. Ειδικότερα, από τις προσκομισθείσες συμβάσεις (ιδιωτικά συμφωνητικά) με τους ως άνω διανομείς – συνεργάτες προέκυψε ότι από το έτος 1996 και στο εξής υπογράφηκαν μεταξύ της προσφεύγουσας και συνεργαζόμενων διανομών διάφορα ιδιωτικά συμφωνητικά. Οι συνεργαζόμενοι διανομείς με την προσφεύγουσα, 31 στο σύνολο (πλέον ενός, με τον οποίο είχε συναφθεί σύμβαση αντιπροσωπείας και παρακαταθήκης), η ημερομηνία και η διάρκεια των ιδιωτικών συμφωνητικών, καθώς και η περιοχή δραστηριοποίησης εκάστου εξ αυτών αναγράφονται αναλυτικά στον περιλαμβανόμενο στην παράγραφο 401 της προσβαλλόμενης απόφασης πίνακα, με το 1ο ιδιωτικό συμφωνητικό να έχει υπογραφεί το 1996 και το τελευταίο (για δύο διανομείς) το 2015, αόριστης διάρκειας. Εξάλλου, στα συναφθέντα με τους ως άνω διανομείς ιδιωτικά συμφωνητικά περιλαμβάνονταν όροι σχετικά με τις τιμές μεταπώλησης. Ειδικότερα, σε όλα τα συμφωνητικά που υπεγράφησαν κατά τα έτη 1996, 1998-1999, 2000-2001, 2002-2004 και 2005-2007 περιλαμβάνονταν όρος, σύμφωνα με τον οποίο: «4. Η 'Εταιρεία' αναλαμβάνει την υποχρέωση να τιμολογεί τις εκάστοτε ποσότητες των άνω προϊόντων, που θα παραγγέλλονται από τον 'μεταπωλητή' (ή «χονδροπωλητή» ή «συνεργάτη»), στις τιμές του εκάστοτε ισχύοντος τιμοκαταλόγου με έκπτωση το ποσοστό της οποίας ανέρχεται σε 8%.... 6.Ο "μεταπωλητής" (ή «χονδροπωλητής» ή «συνεργάτης») αναλαμβάνει την υποχρέωση να μην τιμολογεί τα εκάστοτε πωλούμενα προς τους πελάτες του προϊόντα του "της εταιρείας" πέραν της ισχύουσας πάντοτε τιμής τιμοκαταλόγου "της εταιρείας". Υποχρεούται, όμως να εκπίπτει από την τιμή τιμοκαταλόγου όλες τις προσφορές, σχήματα, πιστωτικά που θα παρέχονται σε αυτόν από "την εταιρεία" και θα προορίζονται για τους πελάτες του». Στα Ιδιωτικά Συμφωνητικά που σύναψε η προσφεύγουσα κατά το 2009, όπως και σε αυτά που σύναψε τα έτη 2012 και 2015, οι αντίστοιχοι όροι διαμορφώθηκαν ως εξής: «4. Η «Εταιρία» αναλαμβάνει την υποχρέωση να τιμολογεί τις εκάστοτε ποσότητες των άνω προϊόντων, που θα παραγγέλλονται από τον «μεταπωλητή» στις τιμές του εκάστοτε ισχύοντος τιμοκαταλόγου. Οι εκπτώσεις που θα χορηγεί η «Εταιρία» προς τον «μεταπωλητή» επί του υπ' αυτού πραγματοποιούμενου (τζίρου) κύκλου εργασιών αναγράφονται στο συνημμένο στο παρόν «Παράρτημα Ι» [...] Ρητά συμφωνείται ότι η τιμολογιακή πολιτική της 'Εταιρίας'

είναι αποκλειστικά και μόνον δικό της θέμα και οποιαδήποτε μεταβολή δεν απαιτεί την οποιαδήποτε συναίνεση του «μεταπωλητή». «6. Ο «μεταπωλητής» αναλαμβάνει την υποχρέωση να μην τιμολογεί τα εκάστοτε πωλούμενα προς τους πελάτες του προϊόντα της «Εταιρίας» πέραν της εκάστοτε ισχύουσας τιμής τιμοκαταλόγου της «εταιρείας». Υποχρεούται, όμως να εκπίπτει από την τιμή τιμοκαταλόγου όλες τις προσφορές σχήματα, πιστωτικά, που θα παρέχονται σε αυτόν από την «Εταιρία» και θα προορίζονται για τους πελάτες του. Τέλος δικαιούται να εκπίπτει κατά τις πραγματοποιούμενες υπ' αυτού πωλήσεις οποιοδήποτε μέρος της αμοιβής του κατά την ελεύθερη και ανέλεγκτη κρίση του. Παράβαση του όρου τούτου θα συνεπάγεται την άμεση καταγγελία του παρόντος με αποκλειστική υπαιτιότητα του «μεταπωλητή».[...]. Κατά τη διάρκεια επιτόπιων ελέγχων σχετικά με τους συμβατικούς όρους περί καθορισμού τιμών μεταπώλησης δόθηκαν ερωτηματολόγια σε 6 εταιρείες – διανομείς της προσφεύγουσας. Σε απάντηση των ερωτηματολογίων αυτών, αναφορικά με τον όρο των ιδιωτικών συμφωνητικών περί της υποχρέωσης τιμολόγησης από τον μεταπωλητή των προϊόντων της προσφεύγουσας προς τους πελάτες του, όχι πέραν της ισχύουσας κάθε φορά τιμής, δύο από τις ερωτηθείσες εταιρείες (3η και 6η κατά τη σειρά που αναφέρονται στην προσβαλλόμενη), χαρακτήρισαν τις τιμές μεταπώλησης «πάγιες», ενώ οι υπόλοιπες τις χαρακτήρισαν ως «ανώτατες» ή «ενδεικτικές». Όμως και οι εταιρείες που ισχυρίστηκαν ότι οι συγκεκριμένες τιμές δεν ήταν πάγιες, παραδέχθηκαν ότι τελικά πωλούσαν στις τιμές του τιμοκαταλόγου (βλ.π.χ.1η εταιρεία: «... η εταιρεία πουλάει στους πελάτες ακριβώς στις τιμές του τιμοκαταλόγου...», 2η εταιρεία: «Η τιμή προς τους πελάτες είναι η τιμή του τιμοκαταλόγου..., δηλαδή αγοράζω πχ 100 ευρώ το τεμάχιο και πουλάω 100 ευρώ το τεμάχιο...», κλπ.), διότι δεν συνέφερε να πωλήσουν φθηνότερα (ειδικότερα, η 2η εταιρεία δήλωσε ότι προκειμένου να κρατήσει τους πελάτες δεν χορηγούσε έκπτωση αλλά έδινε μεγαλύτερη πίστωση, ότι σε κάποιες περιπτώσεις πωλούσε και σε χαμηλότερη τιμή π.χ. λόγω κοντινής λήξης ή λανθασμένης εκτίμησης παραγγελίας, καθώς και ότι στην ουσία πουλούσε τα προϊόντα μαργαρίνης της προσφεύγουσας προκειμένου να «μπει» στα σούπερ μάρκετ και να πουλά και άλλα προϊόντα). Εξάλλου, οι ίδιες εταιρείες δήλωσαν ότι η τήρηση των τιμών δεν ήταν προϋπόθεση για να λάβουν την έκπτωση που τους παρείχε η προσφεύγουσα. Ως προς το αν άλλαξε ο όρος μετά το 2009, ορισμένες ανέφεραν ότι δεν είχε αλλάξει στην ουσία ο όρος, ενώ άλλες σημείωσαν ότι θεωρητικά δικαιούνταν πράγματι να εκπίπτουν μέρος της αμοιβής τους, εντούτοις, στην πράξη το τελευταίο δεν συνέβαινε. Ως προς τις χορηγούμενες στους λιανέμπορους εκπτώσεις, οι περισσότερες εταιρείες (1η , 3η, 4η και 6η ) δήλωσαν ότι δεν παρείχαν από μόνες τους εκπτώσεις, αλλά αποφάσιζε για αυτές η προσφεύγουσα. Ακόμη, αναφορικά με τον έλεγχο των τιμών μεταπώλησης εκ

μέρους της προσφεύγουσας, 4 από τις 6 εταιρείες δήλωσαν ότι η προσφεύγουσα μπορούσε να ελέγχει τις τιμές πώλησης και μπορούσε να ζητήσει στοιχεία για να δει πού πήγαινε καλά και πού όχι ή να στείλει δικούς της πωλητές (επιβεβαιώθηκε ότι εστάλησαν στοιχεία), ενώ δύο εταιρείες δήλωσαν ότι η προσφεύγουσα δεν έλεγχε τις τιμές πώλησης, όμως από τον επιτόπιο έλεγχο προέκυπτε ότι είχαν σταλεί σχετικά στοιχεία στην προσφεύγουσα. Περαιτέρω, στο πλαίσιο του ανωτέρω επιτόπιου ελέγχου στις προαναφερόμενες εταιρείες διανομής, εξετάστηκαν αντίστοιχα τιμολόγια πώλησης των εν λόγω εταιρειών της κρίσιμης περιόδου. Από τη σύγκριση των εν λόγω τιμολογίων πώλησης – δελτίων αποστολής, με τους τιμοκαταλόγους της προσφεύγουσας προέκυψε ότι σχεδόν πάντα η τιμή πώλησης προς τους πελάτες των εταιρειών – διανομμένων των προϊόντων μαργαρίνης της προσφεύγουσας συνέπιπτε με τις τιμές τιμοκαταλόγου, πλην ορισμένων κωδικών προϊόντων ....., που και πάλι συνέπιπταν με τις τιμές τιμοκαταλόγου, αφαιρουμένων των εκπτώσεων, που ανέφερε η προσφεύγουσα σε σχετικά ηλεκτρονικά μηνύματα εκπροσώπων της, απευθυνόμενα προς τις εταιρείες (π.χ. σχ. το ηλεκτρονικό μήνυμα, ημερομηνίας 10-12-2009, με αποστολέα πωλητή της προσφεύγουσας και αρχικό αποστολέα Διευθυντή marketing πελατών προσφεύγουσας, στο οποίο αναφέρεται ότι: «...οι επί τιμολογίου εκπτώσεις του ..... θα συνεχιστούν μέχρι και 31-1-2010» και ότι: «η εταιρεία κατανοώντας τις δυσκολίες του Έλληνα καταναλωτή αποφάσισε να μειώσει τις τελικές τιμές καταναλωτή (έκπτωση επί τιμολογίου) στη πολύ σημαντική κατηγορία προϊόντων ..... Έτσι σας ενημερώνουμε ότι από 1/9/2009 στα παρακάτω προϊόντα ..... θα σας αποδίδονται επί τιμολογίου οι εκπτώσεις που φαίνονται στο συνημμένο αρχείο.... Οι παραπάνω επί τιμολογίου εκπτώσεις θα ξεκινήσουν να αποδίδονται από 1-9-2009 και θα σταματήσουν 31-12-2009». Σημειώνεται ότι το συγκεκριμένο έγγραφο συλλέχθηκε κατά τον επιτόπιο έλεγχο σε μία εκ των ανωτέρω εταιρειών. Αντίστοιχα μηνύματα βρέθηκαν στο ηλεκτρονικό ταχυδρομείο και άλλων δύο εταιρειών, με ημερομηνίες 10-8-2009, 11-12-2009, 17-1-2010 και 2-9-2010, με αποστολείς: Customer development, πωλητή και Διευθυντή προσφεύγουσας στην περιοχή .....κλπ., στα οποία αναγράφονταν οι ανωτέρω εκπτώσεις ή παρατεινόταν η διάρκειά τους, βλ.επίσης σχ.ηλεκτρονικά μηνύματα με ενημέρωση ως προς το ύψος των εκπτώσεων, ισχύ ή παράταση ισχύος αυτών, κατά τα προαναφερόμενα και αντιστοίχιση αυτών με επίμαχα τιμολόγια, σε υποσημειώσεις 634-638 προσβαλλόμενης). Ειδικότερα, σε σχέση με την τρίτη εταιρεία, υπήρξε διαφοροποίηση στα προϊόντα τύπου ..... της περιόδου 10/2009-12/2010. Εντούτοις αν ληφθούν υπόψη οι εκπτώσεις επί αυτών των προϊόντων που αναγράφονταν σε σχετικές ενημερώσεις της προσφεύγουσας, οι διαφορές ήταν πολύ μικρές, ενώ η τιμή πώλησης ανά κωδικό ήταν ίδια διαχρονικά, γεγονός που

καταδείκνυε ότι η εταιρεία υπολόγιζε ίδια έκπτωση για την περίοδο αυτή, ως ίσχυε και για τις εκπτώσεις της προσφεύγουσας στα συγκεκριμένα προϊόντα. Περαιτέρω, από τα ευρήματα του επιτόπιου ελέγχου στην πέμπτη εταιρεία διαπιστώθηκε ότι αυτή ζητούσε τακτικά από την προσφεύγουσα εκπτώσεις, προκειμένου να τις μετακυλήσει στους πελάτες της, οι οποίοι ήταν δυσαρεστημένοι από την προσφορά σε τιμές καταλόγου (βλ.σχ.ηλεκτρονικά μηνύματα – σχ.παρ.468 προσβαλλόμενης και 464-466). Τέλος, στην πέμπτη εταιρεία, η τιμή πώλησης συνέπιπτε με τις τιμές τιμοκαταλόγου, πλην ενός τιμολογίου, στο οποίο υπήρχε έκπτωση ...%, ίδιο ποσοστό έκπτωσης με αυτό που πρόσφερε η εταιρεία την ίδια περίοδο για τα προϊόντα ..... Βάσει των ανωτέρω ευρημάτων του ελέγχου, η Ε.Α. παρατήρησε ότι, παρά το γεγονός ότι, από το σύνολο των ερωτηθέντων διανομέων, άλλοι διανομείς χαρακτήριζαν τις τιμές τιμοκαταλόγου της προσφεύγουσας πάγιες και άλλοι ενδεικτικές ή ανώτατες, όλοι οι διανομείς σημείωναν ότι οι τιμές πώλησης των προϊόντων προς το πελατολόγιό τους, ήταν στην ουσία ίδιες με τις τιμές τιμοκαταλόγου της..... Οι διανομείς πωλούσαν τα προϊόντα τους στις τιμές τιμοκαταλόγου είτε διότι υποχρεώνονταν δυνάμει των όρων των συμφωνητικών, είτε διότι δεν τους συνέφερε να πωλήσουν σε χαμηλότερες τιμές, καθώς το ποσοστό της αμοιβής τους δεν επαρκούσε για την κάλυψη των λειτουργικών εξόδων τους. Άλλωστε και στην πράξη, από τα προσκομισθέντα τιμολόγια προέκυπτε ότι η πώληση της μαργαρίνης από τους διανομείς στους πελάτες τους γινόταν σε τιμές τιμοκαταλόγου ή από καθοριζόμενη από την προσφεύγουσα έκπτωση. Κατόπιν αυτών, η Ε.Α. δέχθηκε, κατά πλειοψηφία τα εξής: α) Εν προκειμένω, στα σχετικά ιδιωτικά συμφωνητικά υφίστατο κοινός τιμοκατάλογος χονδρικής τιμής, επί του οποίου η προσφεύγουσα τιμολογούσε τις ποσότητες που αγόραζαν οι μεταπωλητές. Οι τιμές πώλησης προς τους χονδρεμπόρους ήταν οι αναγραφόμενες στον ως άνω τιμοκατάλογο, αφαιρουμένης της σχετικής χορηγούμενης σε αυτούς έκπτωσης, η οποία και αποτελούσε το περιθώριο κέρδους τους. β) Με τον προαναφερόμενο όρο των ιδιωτικών συμφωνητικών καθιερώνονταν πάγιες ή ανώτατες τιμές μεταπώλησης, καθώς ο μεταπωλητής αναλάμβανε την υποχρέωση να μην τιμολογεί τα εκάστοτε πωλούμενα προς τους πελάτες του προϊόντα της προσφεύγουσας πέραν της ισχύουσας πάντοτε τιμής τιμοκαταλόγου της τελευταίας. Τούτο προέκυπτε από τη γραμματική ερμηνεία του όρου «πέραν», ο οποίος μπορούσε να ερμηνευθεί, εκτός από «πάνω από», που θα είχε ως συνέπεια να υφίσταται καθορισμός ανώτατων τιμών μεταπώλησης και ως «οποιαδήποτε άλλη πλην», με αποτέλεσμα τον καθορισμό παγίων τιμών μεταπώλησης, αλλά και από τη συνδυαστική ανάγνωση του όρου αυτού με τον αμέσως επόμενο συμβατικό όρο («Υποχρεούται, όμως να εκπίπτει από την τιμή τιμοκαταλόγου όλες τις προσφορές

σχήματα, ....»). γ) Ο κατά τα ως άνω καθορισμός τιμών μεταπώλησης επιβεβαιώθηκε 1. από σχετικές απαντήσεις μεταπωλητών επί ερωτηματολογίων που ελήφθησαν κατά τη διάρκεια του ελέγχου, οι οποίοι στην πλειοψηφία τους χαρακτήρισαν τις τιμές ως πάγιες, αλλά και στις περιπτώσεις που τις χαρακτήρισαν ως ανώτατες ή ενδεικτικές, από τις ίδιες τους τις καταθέσεις προέκυπτε ότι οι τιμές αυτές κατέληγαν να είναι εν τοις πράγμασι πάγιες, 2. από τα λοιπά ευρήματα που συνελέγησαν από τις εταιρείες (τιμολόγια – δελτία αποστολής), από τα οποία προέκυπτε με σαφήνεια ότι τιμές μεταπώλησης κατέληγαν να είναι εν τοις πράγμασι πάγιες. δ) Αναφορικά με τη διαφοροποίηση του όρου στα Ιδιωτικά Συμφωνητικά του 2009, σε σχέση με τον αντίστοιχο όρο στα Ιδιωτικά Συμφωνητικά του 2005, (με πρόβλεψη του δικαιώματος των μεταπωλητών να εκπίπτουν μέρος της αμοιβής τους προς τους πελάτες τους), όπως προέκυψε από τις απαντήσεις των μεταπωλητών που ρωτήθηκαν, από τους οποίους ορισμένοι ανέφεραν ότι δεν είχε αλλάξει στην ουσία ο όρος, ενώ άλλοι σημείωσαν ότι θεωρητικά δικαιούνταν πράγματι να εκπίπτουν μέρος της αμοιβής τους, εντούτοις, στην πράξη το τελευταίο δεν συνέβαινε, καθώς με δεδομένο το οριακό περιθώριο κέρδους τους, η όποια έκπτωση θα απέβαινε σε ζημία τους, τελικώς οι μεταπωλητές εξέπιπταν μέρος της αμοιβής τους όλως εξαιρετικώς λόγω κοντινής λήξης ή λανθασμένης εκτίμησης παραγγελίας ή προ του άμεσου κινδύνου απώλειας πελατών τους, γεγονός που επιβεβαιώθηκε και από τα λοιπά ευρήματα που συνελέγησαν από όλους τους μεταπωλητές, ήτοι τιμολόγια-δελτία αποστολής της περιόδου 2009 έως και 2011. Ως εκ τούτου, κατά την Ε.Α. η προσθήκη στα Ιδιωτικά Συμφωνητικά του 2009 και εντεύθεν της ρήτρας σύμφωνα με την οποία ο μεταπωλητής δικαιούνταν να εκπίπτει μέρος της αμοιβής του, δεν μετέβαλε στην πράξη την τιμολόγηση των διανομένων στους πελάτες τους. ε) Όλως επικουρικώς, ακόμη και εάν ήθελε θεωρηθεί ότι οι επίμαχοι όροι των ιδιωτικών συμφωνητικών συνιστούσαν καθορισμό ανώτατων τιμών μεταπώλησης, τόσο οι ανώτατες όσο και οι ενδεικτικές τιμές μπορούσαν να οδηγήσουν σε έμμεσο καθορισμό τιμών μεταπώλησης εάν εφαρμόζονταν με άλλα «συνοδευτικά» μέτρα, όπως λ.χ. όρους για καθορισμό περιθωρίου κέρδους του διανομέα, καταγγελία συμβάσεων σε συνάρτηση με την τήρηση συγκεκριμένου επιπέδου τιμών, καθώς και εφαρμογή συστήματος παρακολούθησης τιμών. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα μετερχόταν και τα τρία, αφού είχε καθορίσει συγκεκριμένο περιθώριο κέρδους των μεταπωλητών, με βάση ρητή διάταξη των ιδιωτικών συμφωνητικών οποιαδήποτε παράβαση από μέρους των μεταπωλητών οποιουδήποτε όρου των συμβάσεων συνιστούσε λόγο καταγγελίας της σύμβασης με αποκλειστική υπαιτιότητα των τελευταίων, ενώ από τα όσα κατέθεσαν οι μεταπωλητές αλλά και όσα προέκυψαν από τα λοιπά ευρήματα, ήτοι μηνύματα ηλεκτρονικής αλληλογραφίας, επιβεβαιωνόταν η



συστηματική παρακολούθηση της εφαρμογής των τιμών μεταπώλησης από την προσφεύγουσα. Στην περίπτωση που ο υπό εξέταση όρος ήθελε ερμηνευθεί ως καθορισμός ανώτατων τιμών μεταπώλησης με βάση τα στοιχεία του φακέλου λειτούργησε εν τοις πράγμασι ως εστιακό σημείο (focal point) από τους μεταπωλητές και εφαρμόστηκε από τους τελευταίους ως πάγια τιμή, καθώς δεν είχαν στην πράξη, όπως επιβεβαίωσαν, πραγματική δυνατότητα να μειώσουν τη μέγιστη (ή ενδεικτική) τιμή πώλησης, αφενός μεν λόγω του οριακού περιθωρίου κέρδους τους, αφετέρου δε λόγω της ύπαρξης συστήματος παρακολούθησης της εμπορικής δραστηριότητας των διανομέων από την ....., καθώς και του κινδύνου καταγγελίας των υπό εξέταση ιδιωτικών συμφωνητικών σε περίπτωση μη τήρησης των επίμαχων όρων. στ) Από την εφαρμογή των υπό εξέταση συμβατικών όρων επήλθαν εν προκειμένω αντι-ανταγωνιστικά αποτελέσματα, υπό τη μορφή άμβλυσης του ενδοσηματικού ανταγωνισμού, τα δε αντι-ανταγωνιστικά αποτελέσματα επιτείνονταν, στις περιπτώσεις εκείνες που ο καθορισμός ανώτατων ή συνιστώμενων τιμών εφαρμοζόταν για μεγαλύτερο χρονικό διάστημα, με σαφή σταθερότητα και συστηματικότητα, όπως συνέβαινε και στην εξεταζόμενη περίπτωση, κατά τη διάρκεια του 1996 έως και τουλάχιστον τον Δεκέμβριο του 2011. ζ) Κατά την κρίση της Επιτροπής, στην εξεταζόμενη περίπτωση, η μη απόκλιση εκ μέρους των μεταπωλητών από τις τιμές τιμοκαταλόγου και την εμπορική πολιτική της ελεγχόμενης υφίστατο, δεδομένου ότι η ..... αποτελούσε ισχυρότερο προμηθευτή στην ελληνική αγορά προϊόντων μαργαρίνης, με εξαιρετικά υψηλό μερίδιο αγοράς καθ' όλη την εξεταζόμενη περίοδο, την πλέον αναγνωρίσιμη σειρά προϊόντων μαργαρίνης και εδραιωμένο δίκτυο πωλήσεων και διανομής, ενώ ταυτόχρονα η διαπραγματευτική δύναμη ενός εκάστου μεταπωλητή έναντι αυτής αποδείχθηκε ασήμαντη. Με βάση τα ανωτέρω η Επιτροπή, κατά πλειοψηφία έκρινε ότι προέκυπτε με σαφήνεια ότι κατά τη διάρκεια ισχύος των ιδιωτικών συμφωνητικών που υπεγράφησαν κατά τα έτη 1996, 1998-1999, 2000-2001, 2002-2004, 2005-2007 και ίσχυσαν μέχρι και την υπογραφή των ιδιωτικών συμφωνητικών του 2009 υπήρχαν συμβατικοί όροι άμεσου (άλλως έμμεσου) καθορισμού τιμών μεταπώλησης, που συνιστούσαν ιδιαίτερα σοβαρό εξ αντικειμένου περιορισμό του ανταγωνισμού, κατά παράβαση των άρθρων 1 παρ. 1 ν. 703/1977 και 1 παρ. 1 ν. 3959/11 καθώς και των άρθρων 81 παρ. 1 ΣυνθΕΚ και 101 παρ. 1 ΣΛΕΕ. Επίσης, ο καθορισμός τιμών μεταπώλησης, μέσω της μεταπώλησης των προϊόντων της προσφεύγουσας, από τους διανομείς σε συγκεκριμένες τιμές (ήτοι αυτές του τιμοκαταλόγου της.....) και με συγκεκριμένες κατευθυνόμενες από την ..... εκπτώσεις, έτυχε έμπρακτης εφαρμογής και μετά την υπογραφή των ιδιωτικών συμφωνητικών του 2009, έως και τουλάχιστον το τέλος του 2011 και ως εκ τούτου παράγαγε αντι-ανταγωνιστικά αποτελέσματα

στην εν λόγω αγορά.

16. Επειδή, επί την ισχυρισμών που προέβαλε η προσφεύγουσα στο πλαίσιο της διοικητικής διαδικασίας, η Επιτροπή, κατ' αρχάς απέρριψε (κατά πλειοψηφία) τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας περί παρερμηνείας του όρου «πέραν», ενώ δέχθηκε ότι και η σχετική προσθήκη του όρου στα συμφωνητικά μετά το 2009 δεν επιβεβαιώθηκε από τα στοιχεία του φακέλου. Περαιτέρω, απέρριψε τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι δεν εξετάσθηκε στην πράξη η τήρηση των τιμών μεταπώλησης. Σε σχέση με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας για το περιθώριο κέρδους των διανομέων, επεσήμανε ότι, δεν είχε σημασία αν το περιθώριο κέρδους των διανομέων επαρκούσε για να κάνουν περαιτέρω εκπτώσεις στους πελάτες τους, αφού στην πραγματικότητα οι εκπτώσεις αυτές δεν έγιναν, και οι δήθεν «ανώτατες» κατά τον ισχυρισμό της εμπλεκόμενης εταιρίας τιμές, επί της ουσίας κατέστησαν καθορισμένες τιμές για μακρά χρονική περίοδο. Σε κάθε περίπτωση, δέχθηκε ότι η οικονομική ανάλυση, που είχε προσκομίσει η προσφεύγουσα στο πλαίσιο της διοικητικής διαδικασίας, δεν βασιζόταν στα οικονομικά στοιχεία εκάστου διανομέα της, προκειμένου να αποδειχθεί εάν το περιθώριο κέρδους επαρκούσε για καθέναν από αυτούς, ενώ και οι ίδιοι οι διανομείς σε απαντήσεις τους προς την Υπηρεσία έκαναν αναφορά για οριακό περιθώριο κέρδους. Η οδηγία της Γερμανικής Επιτροπής Ανταγωνισμού δεν μπορούσε να εφαρμοστεί, διότι αφορούσε υποθετικό παράδειγμα και προτεινόμενες όχι πάγιες τιμές μεταπώλησης. Περαιτέρω, η Επιτροπή, με βάση τα διαθέσιμα οικονομικά στοιχεία ορισμένων συνεργατών της προσφεύγουσας (10 στο σύνολο) προέβη σε οικονομική ανάλυση ως προς τα περιθώρια κέρδους των επίμαχων ετών, από την οποία προέκυψε ότι το περιθώριο κέρδους προ και μετά φόρων κυμαινόταν διαχρονικά σε επίπεδο κάτω του 2% και σε ορισμένες περιπτώσεις ήταν αρνητικό, κάτι που επιβεβαίωνε τους ισχυρισμούς των διανομέων. Ακόμη επεσήμανε ότι περισσότερο από ένας διανομείς υποστήριξαν ότι τιμολογούσαν βάσει τιμοκαταλόγου. Τέλος, αναφορικά με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι ο όγκος πωλήσεων της μέσω των συνεργατών της αντιστοιχούσε σε μικρό ποσοστό του συνολικού όγκου πωλήσεων των προϊόντων μαργαρίνης, επομένως ο «υποτιθέμενος» καθορισμός τιμών μεταπώλησης θα επηρέαζε ένα μικρό ποσοστό της διάθεσης των προϊόντων της, δέχθηκε ότι καθορισμός τιμών μεταπώλησης, (όπως και η κατανομή αγορών κατά περιοχές και κατά πελάτες) αφορούσαν σε ιδιαίτερης σοβαρότητας περιορισμούς που είχαν ως αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού και επομένως, κατά την πλειοψηφούσα γνώμη, εφόσον διαπιστώθηκε ότι μία συμφωνία είχε ως αντικείμενο ή αποτέλεσμα τον περιορισμό του ανταγωνισμού, δεν ήταν αναγκαίο να ληφθούν υπόψη συγκεκριμένες επιπτώσεις, για την

απόδειξη της παράβασης και ήταν αδιάφορο εάν επηρέαζε μικρό ή μεγάλο ποσοστό διάθεσης των προϊόντων.

17. Επειδή, μειοψήφησε το μέλος της Επιτροπής, ....., η οποία υποστήριξε ότι δεν αποδείχθηκε εν προκειμένω επαρκώς κατά νόμο ότι οι ανωτέρω πρακτικές, μεμονωμένα ή συνολικά ιδωμένες, συνιστούσαν καθορισμό τιμών. Τούτο διότι, κατ'αρχάς από τη γραμματική ερμηνεία του σχετικού συμβατικού όρου «πέραν» προέκυπτε με σαφήνεια ότι δύναμει αυτού καθοριζόταν ανώτατη, και όχι πάγια, τιμή μεταπώλησης, κάτι που αποτυπώθηκε πανηγυρικά με την προσθήκη στα ιδιωτικά συμφωνητικά που σύναψε η ..... με τους διανομείς της κατά το έτος 2009 και στα επόμενα, πρόβλεψης αναφορικά με την ελευθερία των διανομέων ως προς τον καθορισμό των τιμών (δικαίωμα έκπτωσης οποιουδήποτε μέρους της αμοιβής τους). Από τις απαντήσεις δε της πλειοψηφίας των διανομέων που ρωτήθηκαν, προέκυπτε ότι και εκείνοι αντιλαμβάνονταν κατά τον τρόπο αυτό τον ανωτέρω συμβατικό όρο. Την ανωτέρω αξιολόγηση δεν μπορούσε να μεταβάλει η πρόβλεψη στον προαναφερόμενο όρο της υποχρέωσης των διανομέων να εκπίπτουν από την ανώτατη τιμή τις εκπτώσεις, παροχές κ.λπ. που η εμπλεκόμενη χορηγούσε στους διανομείς (η πρόβλεψη δεν αλλοίωνε τη φύση της τιμής ή το περιεχόμενο της υποχρέωσης του διανομέα να τηρεί ανώτατες τιμές, ούτε τον απέτρεπε με οποιονδήποτε τρόπο από την χορήγηση στους πελάτες του επιπλέον έκπτωσης). Περαιτέρω, ο γενικός στη διατύπωσή του όρος της σύμβασης περί καταγγελίας αυτής σε περίπτωση μη τήρησης των συμβατικών προβλέψεων δεν μπορούσε να ερμηνευθεί ότι προέβλεπε τη δυνατότητα καταγγελίας της λόγω μη τήρησης από τους διανομείς πάγιων τιμών, καθώς συμβατικά τέτοια υποχρέωση δεν επιβαλλόταν (αφορούσε μόνο την υποχρέωση μη υπέρβασης των ανώτατων τιμών). Υπενθυμίζεται δε ότι η αποστολή και μόνο τιμοκαταλόγων από τον προμηθευτή στο διανομέα με συνιστώμενες ή ανώτατες τιμές δεν συνιστά καθορισμό τιμών, όπως δεν συνιστά καθορισμό τιμής μεταπώλησης ο προσδιορισμός της τιμής στην οποία αγοράζει ο διανομέας τα προϊόντα από τον προμηθευτή. Κατά την άποψη της μειοψηφούσας γνώμης, για τους σκοπούς διαπίστωσης καθορισμού τιμών λιανικής πώλησης μέσω του καθορισμού του περιθωρίου κέρδους, απαραίτητο ήταν να διαγνωσθεί αν το συγκεκριμένο περιθώριο κέρδους ήταν επαρκές ώστε οι διανομείς να απολαμβάνουν τη δυνατότητα να προσφέρουν τα προϊόντα σε τιμές χαμηλότερες από τον ανώτατο εν προκειμένω ισχύοντα τιμοκατάλογο. Για το σκοπό διαπίστωσης της πραγματικής δυνατότητας των διανομέων να αποκλίνουν από την τιμή αναφοράς (προτεινόμενη ή ανώτατη), επιπλέον της άποψης των ιδίων αναφορικά με το ικανοποιητικό του κέρδους που αποκόμιζαν, απαραίτητο θα ήταν εν προκειμένω να ληφθούν υπόψη και λοιπά στοιχεία όπως η κατανομή του κόστους των δραστηριοτήτων τους

στο σύνολο των προϊόντων που διακινούσαν, τα περιθώρια κέρδους του προμηθευτή και τα περιθώρια κέρδους που παρατηρούνταν σε αντίστοιχα προϊόντα στον κλάδο σε επίπεδο χονδρικής, ιδίως ενόψει του γεγονότος ότι ένα περιθώριο κέρδους ύψους 8% δεν δύναται να χαρακτηριστεί άνευ άλλου τινός οριακό, σε ορισμένους μάλιστα κλάδους της οικονομίας έχει κριθεί ως επαρκές και ικανοποιητικό. Ελλείπει των ανωτέρω στοιχείων, κατά την άποψη της μειοψηφούσας, δεν απεδείχθη επαρκώς κατά νόμο ότι οι διανομείς δεν είχαν την πραγματική δυνατότητα να αποκλίνουν από την ανώτατη τιμή που όριζε η εμπλεκόμενη. Περαιτέρω, τα «συνοδευτικά» μέτρα, καθιστούσαν πιο αποτελεσματικό τον καθορισμό λιανικών τιμών μεταπώλησης, δεν συνιστούσαν ωστόσο, αφ' εαυτά απόδειξη της παραβατικής συμπεριφοράς. Η υιοθέτηση εν προκειμένω από την εμπλεκόμενη ενός μηχανισμού παρακολούθησης των τιμών δεν αντέκειτο κατά την άποψη της μειοψηφούσας στις διατάξεις της εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας περί ανταγωνισμού, ούτε απεδείκνυε την ύπαρξη καθορισμού τιμών μεταπώλησης, καθώς από κανένα στοιχείο του φακέλου δεν προέκυπτε έλεγχος της τήρησης των τιμών μέσω του εν λόγω μηχανισμού από την εμπλεκόμενη, υπό την έννοια ότι ο εντοπισμός μέσω αυτού περιστατικών μη εφαρμογής των τιμών ακολουθούνταν από παραινέσεις για εφαρμογή τους ή από την επιβολή κυρώσεων, ή ότι αυτή καλούσε τους διανομείς της να τηρούν συγκεκριμένο επίπεδο τιμών ή/και χρησιμοποιούσε τον εν λόγω μηχανισμό για να επιβάλει συγκεκριμένο επίπεδο τιμών, ή για να συμμορφώσει όσους τυχόν διανομείς. Βεβαίως, ακόμη και η εφαρμογή συνιστώμενων ή ανώτατων τιμών, που δεν ισοδυναμούν με πάγιες ή κατώτατες τιμές, θα μπορούσε να περιορίζει τον ανταγωνισμό, εφόσον είχε ως αποτέλεσμα την ενίσχυση της διαρθρωτικής ακαμψίας των τιμών, μέσω της ευθυγράμμισης των τιμών στα οποία πωλούσαν προϊόντα οι διανομείς του προμηθευτή. Εν προκειμένω, από την έρευνα της Υπηρεσίας προέκυπτε ότι αυτό συνέτρεχε ως προς την ακολουθούμενη από ορισμένους διανομείς τιμολογιακή πρακτική, ιδίως κατά τις διαπιστώσεις της πλειοψηφίας την περίοδο 2009-2011, ωστόσο κατά την άποψη της μειοψηφούσας αυτό δεν ήταν επαρκές κατά νόμο, ενόψει και των ανωτέρω διαπιστώσεων, για να στοιχειοθετηθεί η παράβαση του καθορισμού τιμών μεταπώλησης μέσω της επιβολής πάγιων τιμών για χρονικό διάστημα δεκαπέντε ετών.

18. Επειδή, η προσφεύγουσα είχε συμπεριλάβει στα ιδιωτικά συμφωνητικά με τους διανομείς της, όρους αναφορικά με την περιοχή δραστηριοποίησης και την πελατεία τους. Συγκεκριμένα, στα εν λόγω ιδιωτικά συμφωνητικά, ήδη από το 1996 προβλεπόταν η διάθεση από τους διανομείς, των προϊόντων της προσφεύγουσας εντός συγκεκριμένων, κάθε φορά, γεωγραφικών νομών περιοχών και σε καταστήματα που δεν εξυπηρετούνταν από την ίδια, ενώ οι διανομείς δεν δικαιούνταν να προβαίνουν σε πωλήσεις σε πελατολόγιο (αποκλειστική

ομάδα πελατών), που εξυπηρετούσε η προσφεύγουσα. Επιπρόσθετα, βάσει των ως άνω συμφωνητικών, τόσο η περιοχή εντός της οποίας ο διανομέας δικαιούταν να προβαίνει σε πωλήσεις, όσο και τα νέα καταστήματα που ιδρύονταν και λειτουργούσαν στην περιοχή, καθώς και ο κατάλογος πελατών της προσφεύγουσας που επισυνάπτονταν κάθε φορά στα ιδιωτικά συμφωνητικά και που εξυπηρετούνταν από αυτήν, μπορούσαν να αυξομειώνονται κατά την «ανέλεγκτη» κρίση της τελευταίας. Για παράδειγμα, το από 26-9-1996 ιδιωτικό συμφωνητικό προέβλεπε ότι: «Η ... εταιρεία', αναθέτει στην δεύτερη, η οποία για συντομία θα καλείται στο εξής 'χονδροπωλητής' την αποκλειστική διάθεση τόσο των παραγόμενων τυποποιημένων εδωδιμων ελαιουργικών προϊόντων από το εργοστάσιό της,....., εντός της περιοχής του ..... και σε καταστήματα που δεν θα εξυπηρετούνται πλέον από αυτή..... 1. Ο χονδροπωλητής αναλαμβάνει την υποχρέωση να διαθέτει τα παραπάνω προϊόντα στα καταστήματα λιανικής – χονδρικής πωλήσεως της άνω περιοχής εδωδιμων προϊόντων των οποίων ο κύκλος εργασιών δεν θα υπερβαίνει το ποσόν..... Προς τον σκοπό δε εξυπηρετήσεως του χονδροπωλητού η εταιρεία παρέδωσε σήμερα σ' αυτόν κατάλογο των πελατών της που θα εξυπηρετεί η ίδια και στα καταστήματα των οποίων ο χονδροπωλητής δεν θα δικαιούται να προβαίνει σε πωλήσεις των άνω προϊόντων της εταιρείας..... Σε περίπτωση ιδρύσεως και λειτουργίας νέων μεγάλων καταστημάτων εντός της άνω περιοχής πελατών ή μη της εταιρείας, η εταιρεία διατηρεί το δικαίωμα να επιλέξει μόνη εάν αυτά θα εξυπηρετούνται από αυτήν ή τον χονδροπωλητή. ....». Στα αντίστοιχα ιδιωτικά συμφωνητικά ετών 1998 και 1999 αλλά και επόμενα είχε απαλειφθεί στο προοίμιο η λέξη «αποκλειστική» (πριν τη λέξη διάθεση). Σημειώνεται δε, ότι από το 2000 και εξής, όπως αναφερόταν στα ιδιωτικά συμφωνητικά, δινόταν στους διανομείς της προσφεύγουσας η μη αποκλειστική εντολή πώλησης των προϊόντων της, αφού η τελευταία διατηρούσε το δικαίωμα να διαθέτει τα προϊόντα της και σε άλλους μεταπωλητές της ίδιας περιοχής. Επομένως το σύστημα που εγκαθίδρυσε η προσφεύγουσα δεν έφερε τα χαρακτηριστικά αποκλειστικής διανομής ή αποκλειστικής κατανομής πελατείας. Στα ιδιωτικά συμφωνητικά από το 2009 και εξής: (α) απαλείφθηκε η αναφορά σε συγκεκριμένη γεωγραφική περιοχή και αναφερόταν μόνο η διάθεση των προϊόντων «εντός της περιοχής στην οποία ο μεταπωλητής δραστηριοποιείται επιχειρηματικά» και (β) δεν υφίστατο πρόβλεψη για τα καταστήματα που εξυπηρετούσε η ίδια η προσφεύγουσα, καθώς και για την εξυπηρέτηση νέων μεγάλων καταστημάτων εντός της περιοχής δραστηριοποίησης των διανομέων (βλ.σχ.και προοίμιο συμφωνητικών έτους 2009 και εξής: « Ο ...«μεταπωλητής».... αναλαμβάνει να συνεχίσει την διάθεση των προϊόντων αυτών εντός της περιοχής στην οποία ο μεταπωλητής δραστηριοποιείται επιχειρηματικά με τους ακόλουθους όρους και συμφωνίες...»). Εξάλλου, σε απάντηση επί

ερωτηματολογίων, κατά τη διενέργεια επιτόπιου ελέγχου σε 6 εταιρείες – διανομείς της προσφεύγουσας, αναφορικά με τη διενέργεια ενεργητικών πωλήσεων από μέρους των διανομέων: δύο εταιρείες υποστήριξαν ότι δεν είχαν προσεγγίσει πελάτες από άλλες γεωγραφικές περιοχές λόγω δικής τους επιχειρηματικής επιλογής (κυρίως λόγω κόστους), μία εταιρεία ανέφερε ότι δεν δραστηριοποιούνταν σε άλλους νομούς, χωρίς αιτιολόγηση, δύο εταιρείες δήλωσαν ότι δεν δραστηριοποιούνταν σε άλλες περιοχές, λόγω της συμβατικής τους υποχρέωσης, ενώ μόνο μία εταιρεία ανέφερε ότι είχε προσεγγίσει πελάτες από άλλους νομούς για πώληση των προϊόντων της προσφεύγουσας, κατά τη διάρκεια ισχύος συμφωνητικού του 2005, χωρίς όμως να αναφέρει συγκεκριμένες περιπτώσεις και να προσκομίσει σχετικά των ισχυρισμών της στοιχεία. Η ίδια τελευταία εταιρεία δήλωσε παράλληλα ότι κατά τη διάρκεια ισχύος των Ιδιωτικών Συμφωνητικών του 2009 δεν προσέγγισε πελάτες από άλλες γεωγραφικές περιοχές, διότι δεν συνέφερε οικονομικά. Όσον αφορά την πραγματοποίηση παθητικών πωλήσεων, από τους εκπροσώπους της πρώτης εταιρείας, ο ένας επεσήμανε ότι δεν τους είχαν προσεγγίσει πελάτες από άλλες γεωγραφικές περιοχές πιθανώς λόγω κόστους, ενώ ο δεύτερος ισχυρίστηκε ότι είχαν εξυπηρετήσει μια φορά πελατολόγιο από άλλους νομούς, κατόπιν αιτήματος της προσφεύγουσας και ότι εξυπηρετούσαν περιοχές που δεν ενέπιπταν στη γεωγραφική περιοχή τους, εφόσον αυτές ήταν στο δρομολόγιό τους. Ωστόσο, από τα ευρήματα του επιτόπιου ελέγχου προέκυψε ότι η συγκεκριμένη εταιρεία δεν διενεργούσε παθητικές πωλήσεις, καθώς ακόμη και κατόπιν έντονων πιέσεων πελατών, που όπως φαίνεται μετά από αλλαγή πελατολογίου, δεν ανήκαν στη δικαιοδοσία της, δεν μπορούσε να τους τιμολογήσει, κάτι που τελούσε σε γνώση της προσφεύγουσας (σχετική η από 22-6-2005 αλληλογραφία μεταξύ εταιρείας και προσφεύγουσας: εταιρεία: «.....Σας ενημερώνω ότι τον τελευταίο καιρό δέχομαι πιέσεις από δεκάδες πελάτες, που όμως, μετά τις τελευταίες αλλαγές στο πελατολόγιο δεν ανήκουν στην δικαιοδοσία μου, να τιμολογήσω στα καταστήματά τους. ....Οι πιέσεις συνεχώς γίνονται εντονότερες σε σημείο όπου δεν θα μπορώ να αρνηθώ πώληση, ειδικά εάν κάποιος πελάτης έρθει με δικό του μέσο στις αποθήκες μας και ζητήσει εμπορεύματα. Πολλοί μάλιστα, επιμένουν ακόμη και αφού τους ενημερώσουμε ότι δεν θα τους αποδοθεί πιστωτικό σημείωμα, αφού δεν μπορούμε να τους τιμολογήσουμε τριγωνικά μέσω της κοινοπραξίας όπου ανήκουν. Επιπλέον θεωρώ ότι εάν τα καταστήματα δεν τροφοδοτούνται από ειδικό συνεργάτη, ο τζίρος θα μεταφερθεί σε κάποια αλυσίδα ... και ακόμη χειρότερα σε προϊόντα από "παράλληλη αγορά" μειώνοντας έτσι ακόμη περισσότερο τον τζίρο από το κανάλι των ειδικών συνεργατών....» - Απάντηση: «..... Σας ευχαριστώ για την πληρέστατη αναφορά την οποία μου κάνετε. Απ' όσο γνωρίζετε μετά τον πρόσφατο διαχωρισμό πελατών που

κάναμε στην περιοχή είναι ξεκαθαρισμένο ποιος πουλάει σε ποιον και σας είναι γνωστό. Για τους πελάτες που αναφέρετε θα επικοινωνήσω προσωπικά μαζί τους. Όσον αφορά τις έντονες πιέσεις από συγκεκριμένους πελάτες θα έλεγα αυτό που λένε ΟΛΟΙ ΟΙ ΣΥΝΑΔΕΛΦΟΙ ΣΑΣ ΕΙΔΙΚΟΙ. Δηλ. υπάρχει σεβασμός αμοτέρων και στην περίπτωση αυτή τους λέτε να αγοράσουν από τον ειδικό που τους έχει χρεωμένους.....», βλ. επίσης επιστολή προσφεύγουσας προς διανομείς της συγκεκριμένης περιοχής, με την οποία τους ενημερώνει πώς θα λειτουργήσουν και ποια καταστήματα θα εξυπηρετεί έκαστος). Από τις υπόλοιπες εταιρείες, δύο εταιρείες δήλωσαν ότι δεν τους είχαν προσεγγίσει πελάτες από άλλες γεωγραφικές περιοχές, η μία μάλιστα εξ αυτών συμπλήρωσε ότι οι πελάτες άλλων γεωγραφικών περιοχών γνώριζαν ότι δεν μπορούσαν να αγοράσουν προϊόντα της προσφεύγουσας από την ίδια, δύο άλλες εταιρείες ανέφεραν ότι τους είχαν προσεγγίσει πελάτες από άλλες γεωγραφικές περιοχές, αλλά δεν πραγματοποιήθηκε σχετική πώληση (η μία εξ αυτών δήλωσε ότι δεν πραγματοποιήθηκε η πώληση λόγω κόστους μεταφοράς και όρων πίστωσης, ενώ η άλλη ότι δεν πώλησε διότι δεν δραστηριοποιούνταν σε άλλες γεωγραφικές περιοχές) και η τελευταία εταιρεία ανέφερε ότι κατά τη διάρκεια ισχύος του Ιδιωτικού Συμφωνητικού του 2005 την είχαν προσεγγίσει πελάτες από άλλες περιοχές και είχε πραγματοποιηθεί η πώληση, εντούτοις, δεν ανέφερε συγκεκριμένο παράδειγμα, ούτε προσκόμισε σχετικά παραστατικά, ενώ για την περίοδο ισχύος των συμφωνητικών του 2009 ανέφερε ότι την είχε προσεγγίσει μία συγκεκριμένη εταιρία, αλλά δεν ολοκληρώθηκε η πώληση, λόγω των όρων εξόφλησης. Όσον αφορά τις πωλήσεις των διανομέων στο πελατολόγιο της προσφεύγουσας, η πρώτη εταιρεία δια του ενός εκπροσώπου ανέφερε ότι διέθετε τα προϊόντα σε όλα τα καταστήματα της περιοχής, πλην αυτών που τροφοδοτούσε η ελεγχόμενη, ενώ δια του δεύτερου ανέφερε ότι δεν είχε κανένα περιορισμό εφόσον επιθυμούσε να πωλήσει σε σούπερ μάρκετ, αλλά δεν το επιχειρούσε διότι δεν μπορούσε να ανταγωνιστεί τις προσφορές της προσφεύγουσας. Τρεις εταιρείες ανέφεραν ότι δεν πωλούσαν σε πελάτες, που εξυπηρετούσε απευθείας η προσφεύγουσα (η μία δήλωσε ότι δεν μπορούσε να εκδώσει πιστωτικό τζίρου σε αυτούς τους πελάτες, ενώ η άλλη επεσήμανε ότι δεν είχαν προσεγγίσει αυτούς τους πελάτες, διότι δεσμεύονταν συμβατικά). Τέλος, δύο εταιρείες ανέφεραν ότι τους είχαν προσεγγίσει πελάτες της προσφεύγουσας και είχε πραγματοποιηθεί η σχετική πώληση, προσκομίζοντας όμως σχετικά παραστατικά για τα έτη 2011 και 2012 (σχετ.παρ.551-552 προσβαλλόμενης). Με βάση τα ανωτέρω, η Ε.Α. διαπίστωσε ότι στα ιδιωτικά συμφωνητικά, που είχε συνάψει η προσφεύγουσα με τους μεταπωλητές της κατά τα έτη 1996, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002-2004, 2005-2007 εντοπιζόταν συμβατικός όρος σχετικά με τον περιορισμό των ενεργητικών και παθητικών

πωλήσεων, τόσο αναφορικά με την περιοχή, όσο και αναφορικά με την πελατεία, στην οποία μπορούσε να μεταπωλεί ο εκάστοτε διανομέας της προσφεύγουσας, ήτοι, όπως προέκυπτε από τη γραμματική ερμηνεία του όρου αυτού (συνδυαστικά και με το προοίμιο εκάστου συμφωνητικού) καθιερωνόταν κατανομή αγορών τόσο κατά περιοχές όσο και κατά πελάτες. Εξάλλου, ενόψει της γενικής αναφοράς στον όρο «πωλήσεις» χωρίς περαιτέρω εξειδίκευση, η διατύπωση περιλάμβανε όλα τα είδη πωλήσεων, συνεπώς και τις ενεργητικές και τις παθητικές. Η Επιτροπή δέχθηκε περαιτέρω, κατά πλειοψηφία, ότι η ως άνω ερμηνεία των συμβατικών όρων αναφορικά με την κατανομή αγοράς κατά περιοχές και κατά πελάτες, σε αντίθεση με τα όσα ανέφερε η μειοψηφία στην παρ. 661 της προσβαλλόμενης (η οποία κατά την επιμέτρηση του σχετικού προστίμου δέχθηκε ότι ο επίμαχος όρος δεν εφαρμόστηκε), επιβεβαιώθηκε τόσο από σχετικές απαντήσεις μεταπωλητών, όσο και από σχετικά ευρήματα κατά τη διενέργεια επιτόπιων ελέγχων στους διανομείς (ανταλλαγή αλληλογραφίας με την προσφεύγουσα). Όπως επισημαίνει η Ε.Α., πέραν των ως άνω περιορισμών, η προσφεύγουσα, εκμεταλλεζόμενη την ισχύ της στην αγορά και την έλλειψη διαπραγματευτικής ισχύος των μεταπωλητών, διατηρούσε υπέρ αυτής το δικαίωμα να αυξομειώνει μονομερώς τον κατάλογο των πελατών της ή και την περιοχή δραστηριοποίησης των μεταπωλητών μέχρι το 2009 (οπότε ο όρος εξαλείφθηκε), όρος ο οποίος παρότι δεν ήταν αυτοτελώς παραβατικός, πάντως λειτουργούσε συμπληρωματικά, επιτείνοντας το αποτέλεσμα στεγανοποίησης, το οποίο οι ως άνω όροι μπορούσαν να επιφέρουν στην υπό εξέταση σχετική αγορά. Περαιτέρω, στα Ιδιωτικά Συμφωνητικά που υπεγράφησαν το 2009, η Επιτροπή θεώρησε ότι, όπως προέκυπτε από τη γραμματική ερμηνεία του όρου 1 (συνδυαστικά εξεταζόμενου με το προοίμιο εκάστου ιδιωτικού συμφωνητικού, και δη της φράσης «.....λόγω της προηγηθείσης μεταξύ τους εμπορικής συνεργασίας,..... αναλαμβάνει να συνεχίσει την διάθεση των προϊόντων αυτών εντός της περιοχής στην οποία ο μεταπωλητής δραστηριοποιείται επιχειρηματικά .....»), εξακολουθούσε να υφίσταται περιορισμός των ενεργητικών και παθητικών πωλήσεων από τον εκάστοτε μεταπωλητή προς τους λιανεμπόρους που δραστηριοποιούνταν εκτός της περιοχής στην οποία του είχε ανατεθεί να διανέμει τα προϊόντα της προσφεύγουσας (χωρίς μάλιστα να χορηγείται ταυτόχρονα σε έκαστο εξ αυτών εδαφική προστασία υπό την έννοια αποκλειστικής παραχωρηθείσας περιοχής, αφού η προσφεύγουσα ρητά -από το 2000 και εντεύθεν- εξακολουθούσε να διατηρεί υπέρ αυτής το δικαίωμα να διαθέτει τα προϊόντα της και σε ετέρους διανομείς για μεταπώληση εντός της εκάστοτε περιοχής δραστηριοποίησης). Αντίθετα, καταργήθηκε, συμβατικά τουλάχιστον, η απαγόρευση παθητικών πωλήσεων στην αποκλειστική ομάδα πελατών, αν και κατά την άποψη της Επιτροπής (κατά πλειοψηφία), η



ως άνω απαγόρευση εξακολουθούσε να υφίσταται στην πράξη και μετά το 2009. Επιπλέον, οι ως άνω όροι αξιολογήθηκαν από την Ε.Α. σε συνδυασμό με τους λοιπούς των ιδιωτικών συμφωνητικών και ειδικά εκείνους που αφορούσαν την εν γένει παροχή πληροφοριών και την παρακολούθηση εφαρμογής των εξεταζόμενων συμβατικών ρητρών (κατά τα εκτεθέντα στα σχετικά με τον καθορισμό τιμών), ως στοιχείο ενισχυτικό της στοιχειοθέτησης του περιορισμού παθητικών πωλήσεων. Ειδικότερα, η πληροφόρηση επί των σημείων πώλησης/πελατών (σχετικές οι απαντήσεις διανομέων ως προς τη δυνατότητα της προσφεύγουσας να επισκέπτεται χώρους των εταιρειών κλπ., σχ.παρ.481-484 προσβαλλόμενης), καθώς και η εν γένει ανταλλαγή πληροφοριών πωλήσεων (σχετική η αλληλογραφία εκπροσώπων της προσφεύγουσας με συνεργάτες, με την οποία τους ζητούνταν η τακτική αποστολή στοιχείων, σχετ.παρ.486-487 προσβαλλόμενης) δεν άφηνε, κατά την Ε.Α., αμφιβολία ότι η προσφεύγουσα διατηρούσε τον πλήρη έλεγχο, μεταξύ άλλων, των σημείων διανομής των μεταπωλητών της, γεγονός που ισχυροποιούσε έτι περαιτέρω τη διαπίστωση της σχετικής παράβασης του ανταγωνισμού. Επιπροσθέτως, το προβλεπόμενο στα συμφωνητικά δικαίωμα καταγγελίας συνιστούσε ένα επιπλέον μέσο επιβολής του περιορισμού των παθητικών πωλήσεων, λειτουργώντας ως μοχλός πίεσης που διασφάλιζε ότι οι μεταπωλητές δεν θα παρέβαιναν τον υπό εξέταση όρο. Κατόπιν των ανωτέρω, η Επιτροπή κατέληξε ότι από τους ως άνω αναλυθέντες συμβατικούς όρους προέκυπτε απαγόρευση ενεργητικών και παθητικών πωλήσεων από τον εκάστοτε μεταπωλητή προς τους λιανεμπόρους που δραστηριοποιούνταν εκτός της περιοχής στην οποία του έχει ανατεθεί να διανέμει (χωρίς μάλιστα να χορηγείται ταυτόχρονα σε έκαστο εξ αυτών εδαφική προστασία υπό την έννοια αποκλειστικής παραχωρηθείσας περιοχής), κατά τη διάρκεια ισχύος των ιδιωτικών συμφωνητικών που υπεγράφησαν κατά τα έτη 1998 (αναφορικά με την απαγόρευση ενεργητικών πωλήσεων) και 1996 (αναφορικά με την απαγόρευση παθητικών πωλήσεων. Σημειώνεται ότι ο περιορισμός ως προς τις ενεργητικές πωλήσεις, βάσει του από 26-9-1996 συμφωνητικού, ήταν επιτρεπτός κατά τον Κανονισμό ΕΚ 2790/99, διότι είχε παραχωρηθεί στο μεταπωλητή εδαφική προστασία υπό τη μορφή αποκλειστικής γεωγραφικής δραστηριοποίησης), έως και τουλάχιστον την 31.12.2017, καθώς και η απαγόρευση παθητικών πωλήσεων στην αποκλειστική ομάδα πελατών της ..... εντός της εκάστοτε ως άνω περιοχής δραστηριοποίησης κατά τη διάρκεια ισχύος των ιδιωτικών συμφωνητικών που υπεγράφησαν κατά τα έτη 1996 έως και 2009, κατά παράβαση των άρθρων 1 παρ. 1 του ν. 703/77, 1 παρ. 1 του ν. 3959/11 καθώς και 81 παρ. 1 ΣυνθΕΚ και 101 παρ. 1 ΣΛΕΕ. Δεδομένου δε ότι επρόκειτο περί εξ αντικειμένου περιορισμό του ανταγωνισμού, παρέίλκε η εξέταση τυχόν αντι-ανταγωνιστικών

αποτελεσμάτων. Το γεγονός, ωστόσο, ότι οι υπό εξέταση περιορισμοί, με βάση τα ως άνω στοιχεία του φακέλου, έτυχαν, κατά την άποψη της πλειοψηφίας, έμπρακτης εφαρμογής έως και τουλάχιστον το 2012, έπρεπε να ληφθεί υπόψη κατά τον υπολογισμό του ύψους του προστίμου. Εξάλλου, στο πλαίσιο της ακρόασης, η προσφεύγουσα είχε προβάσει ότι: (α) η αποδιδόμενη κατά περιοχές κατανομή αγορών δεν εδραζόταν επί συγκεκριμένου όρου, αλλά συναγόταν εμμέσως (β) η αποδιδόμενη κατά περιοχές κατανομή αγορών συνεπαγόταν σιωπηρή αποκλειστικότητα (γ) υπήρχε διττή ιδιότητα του εκάστοτε συνεργάτη κατά την τοπική εξυπηρέτηση κεντρικών συμφωνιών της προσφεύγουσας με αλυσίδες και ομίλους αγορών και ο ρόλος του διανομέα ήταν απλά να εκτελέσει την παραγγελία (δεν ήταν πελάτες του). Η Επιτροπή απέρριψε τους ανωτέρω ισχυρισμούς δεχόμενη ότι, η αποδιδόμενη κατά περιοχές κατανομή αγορών βασιζόταν σε συγκεκριμένους όρους, τους οποίους παρερμήνευε η προσφεύγουσα, καθώς και ότι ο επίμαχος όρος (περί απαγόρευσης παθητικών πωλήσεων σε πελάτες της προσφεύγουσας) σε καμιά περίπτωση δεν αφορούσε την τοπική εξυπηρέτηση των ομίλων αγορών, για τις οποίες υφίστατο ειδικότερος συμβατικός όρος. Αναφερόμενη στις προσκομισθείσες ένορκη βεβαίωση ..... και επιστολή – δήλωση ..... (Δ/ντος συμβούλου διανομέα), κατά τις οποίες ουδέποτε υπέπεσαν στην αντίληψή τους οι αποδιδόμενες παραβατικές συμπεριφορές, σημείωσε ότι τα συνταχθέντα σε ανύποπτο χρόνο αποδεικτικά μέσα είχαν αυξημένη αποδεικτική ισχύ σε σχέση με όσα συντάχθηκαν εκ των υστέρων, σε συνεννόηση με την προσφεύγουσα, ενόψει και της ασθενέστερης διαπραγματευτικής δύναμης των διανομέων.

19. Επειδή, ως προς τη ρήτρα μη ανταγωνισμού, στα ιδιωτικά συμφωνητικά που υπεγράφησαν κατά το έτος 1996 με την εταιρεία .... και κατά τα έτη 1998-1999 με τους διανομείς....., υπήρχε όρος, σύμφωνα με τον οποίο οι μεταπωλητές δεσμεύονταν έναντι της προσφεύγουσας με υποχρεώσεις μη άσκησης ανταγωνισμού. Οι ρήτρες αυτές, κατά την Ε.Α. δεν μπορούσαν να τύχουν ευεργετήματος ομαδικής απαλλαγής κατά τον Κανονισμό (ΕΚ) 2790/1999, καθώς το μερίδιο αγοράς της προσφεύγουσας υπερέβαινε κατά πολύ το 30%. Κατόπιν αυτού, η Ε.Α., αφού εξέτασε και τα λοιπά δεδομένα της συγκεκριμένης περίπτωσης και αφού συνεκτίμησε την ύπαρξη και άλλων παραβατικών όρων στα σχετικά συμφωνητικά, κατέληξε ότι από το πλέγμα των εν λόγω όρων δημιουργούνταν ένα σύστημα διανομής που περιόριζε τους μεταπωλητές υπέρμετρα, επιτείνοντας στο μέγιστο βαθμό τον περιορισμό του ενδοσηματικού και διασηματικού ανταγωνισμού, αφού οι μεταπωλητές περιορίζονταν ως προς την περιοχή δραστηριοποίησής τους, την πελατεία προς την οποία μπορούσαν να μεταπωλούν (περιορισμός ενδοσηματικού ανταγωνισμού), τις τιμές στις οποίες μεταπωλούσαν (περιορισμός του ανταγωνισμού αναφορικά με τις τιμές) καθώς και

ως προς την αγορά προς μεταπώληση ανταγωνιστικών της προσφεύγουσας προϊόντων (περιορισμός διασηματικού ανταγωνισμού- αποκλεισμός ανταγωνιστών). Ενόψει των ανωτέρω, έκρινε ότι είχε αποδειχθεί ότι υπήρξαν εν προκειμένω αντι-ανταγωνιστικά αποτελέσματα ικανά να οδηγήσουν σε έλλειψη διασηματικού ανταγωνισμού και στεγανοποίηση στη σχετική αγορά προϊόντων μαργαρίνης. Περαιτέρω, ως προς τη δυνατότητα χορήγησης απαλλαγής βάσει των άρθρων 1 παρ.3 ν.703/77 και 1 παρ.3 ν.3959/11, καθώς και αντίστοιχων 81 παρ.3 ΣυνθΕΚ και 101 παρ.3 ΣΛΕΕ, η Ε.Α. δέχθηκε ότι δεν συνέτρεχαν οι οικείες προϋποθέσεις (σχ.παρ.598-610 προσβαλλόμενης).

20. Επειδή, με την υπό κρίση προσφυγή, όπως αυτή αναπτύσσεται και με το σχετικό υπόμνημα, η προσφεύγουσα προβάλλει, κατ'αρχάς, ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πλημμελώς παρέλειψε να εφαρμόσει τους κανόνες παραγραφής που έχουν ήδη διαμορφωθεί από τη νομολογία, αφού οι μεν φερόμενες καταχρηστικές πρακτικές της έπαυσαν προ 10ετίας, όπως και η αποδιδόμενη ρήτρα μη ανταγωνισμού, η οποία απαλείφθηκε το αργότερο την 31-12-2004. Ειδικότερα, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, οι αποδιδόμενες παραβάσεις του άρθρου 2 του ν.703/77 έπαυσαν το αργότερο στις 31-12-2007, αφού άλλωστε και η ίδια η προσβαλλόμενη, για το έτος 2008 δεν της απέδωσε ούτε στόχους, ούτε αποκλειστικές προβολές, με αποτέλεσμα, κατά τον χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης να έχει παρέλθει χρόνος πέραν της δεκαετίας. Αυθαίρετα η προσβαλλόμενη επιμήκυνε τον χρόνο της σχετικής παράβασης μέχρι 21-10-2008, αφού τα νεότερα υπογραφέντα συμφωνητικά δεν περιείχαν τις επίμαχες ρήτρες. Σε κάθε περίπτωση είχαν παύσει να ισχύουν οι επίμαχες ρήτρες για τις λοιπές αλυσίδες σούπερ μάρκετ. Τα αυτά ισχύουν και για την απαγόρευση προβολής ανταγωνιστικών προβολών. Ομοίως η παράβαση αναφορικά με τη ρήτρα μη ανταγωνισμού έπαυσε στις 31-12-2004 και ως εκ τούτου έχει και αυτή παραγραφεί. Κατά την προσφεύγουσα, η πάροδος του ως άνω διαστήματος έχει θίξει το δικαίωμα άμυνάς της, λόγω ελλείψεως σχετικών με την υπόθεση στοιχείων. Εξάλλου, η καθής αρχή με τη σχετική έκθεση απόψεών της και το υπόμνημα υποστηρίζει ότι οι ένδικες παραβάσεις δεν έχουν παραγραφεί, αφού δεν παρείλθε καν δεκαετία από τη λήξη τους.

21. Επειδή, ο περί παραγραφής ισχυρισμός της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Τούτο διότι, κατά τα γενόμενα δεκτά στη με αριθμό 9 σκέψη της παρούσας, εν προκειμένω δεν μπορούσαν να εφαρμοσθούν οι διατάξεις του ν.3959/2011, οι οποίες προέβλεπαν το πρώτον χρόνο παραγραφής για τις σχετικές παραβάσεις των διατάξεων περί ελεύθερου ανταγωνισμού, αφού οι διατάξεις αυτές δεν καταλαμβάνουν παραβάσεις που ήσαν ήδη εκκρεμείς ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού κατά την

έναρξη της ισχύος του, αλλά ούτε και μπορούσαν να εφαρμοσθούν άλλες διατάξεις περί παραγραφής. Περαιτέρω, λαμβάνοντας υπόψη τη φύση των φερόμενων παραβάσεων και το γεγονός ότι η μεν (ενιαία) παράβαση του άρθρου 2 του ν.703/77 (και 102 ΣΛΕΕ), (άλλως η τελευταία εκδήλωση της σχετικής φερόμενης παραβατικής συμπεριφοράς της προσφεύγουσας) έληξε, κατά μεν την προσφεύγουσα στις 31-12-2007, κατά δε την καθής 21-10-2008, η δε (ενιαία) παράβαση του άρθρου 1 του ν.703/77 (και 101 ΣΛΕΕ) (άλλως η τελευταία εκδήλωση της σχετικής φερόμενης παραβατικής συμπεριφοράς της προσφεύγουσας) έληξε τουλάχιστον στις 31-12-2017, το Δικαστήριο κρίνει ότι από τις ημερομηνίες αυτές μέχρι και την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης (23-7-2018) δεν παρήλθε χρονικό διάστημα πέραν του ευλόγου χρόνου, με την έννοια που προεκτέθηκε, ήτοι χρονικό διάστημα καταδήλως μακρότερο από τη δεκαετία. Επομένως η Επιτροπή νομίμως άσκησε τις αρμοδιότητες, εκδίδοντας την προσβαλλόμενη εντός ευλόγου χρόνου από τη λήξη των σχετικών παραβάσεων, απορριπτομένων όσων αντίθετων προβάλλονται με την προσφυγή ως αβάσιμων.

22. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση παραβίασε το δικαίωμά της προηγούμενης ακρόασης, δοθέντος ότι περιέλαβε οικονομικά στοιχεία και αναλύσεις, τα οποία συντάχθηκαν το πρώτον μετά το πέρας της ακροαματικής διαδικασίας, χωρίς να της δοθεί η δυνατότητα να εκφράσει τις απόψεις της επ'αυτών. Ειδικότερα, η Επιτροπή, το πρώτον με την προσβαλλόμενη προέβη σε διενέργεια του «τεστ του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή», δηλαδή σε οικονομική ανάλυση και αξιολόγηση της εκπτώτικης της πολιτικής (παράβαση άρθρου 1 ν.703/77), με το οποίο κατέληξε ότι η εκτελεσθείσα πολιτική δήθεν οδηγούσε σε εκτοπισμό του ανταγωνιστή της. Τέτοια ανάλυση δεν υπήρξε στο πλαίσιο της ακροαματικής διαδικασίας, αφού, όπως είχε επισημάνει ο Εισηγητής, είχε ζητήσει στοιχεία από την προσφεύγουσα, όμως αυτή δήλωσε ότι δεν υπήρχαν. Τελικά όμως η Επιτροπή προέβη εκ των υστέρων στην εν λόγω ανάλυση με τη χρήση στοιχείων, που, κατά τους ισχυρισμούς της, της είχαν προσκομισθεί σε ανύποπτο χρόνο. Εξάλλου, όπως διαπίστωσε εκ των υστέρων η προσφεύγουσα, αφού έλαβε γνώση των στοιχείων που χρησιμοποίησε η προσβαλλόμενη, η διενέργεια του τεστ ήταν εσφαλμένη (λήψη υπόψη τιμής προϊόντος 250 gr και αφετέρου κόστους προϊόντος ανά κιλό κλπ.), ενώ αν γινόταν ορθά θα οδηγούσε σε αντίθετο αποτέλεσμα. Μάλιστα η Επιτροπή, αναγνωρίζοντας σχετικό σφάλμα προσκόμισε ένα ακόμη νεότερο τεστ με την έκθεση απόψεών της, επιτείνοντας την ανωτέρω παραβίαση. Περαιτέρω, κατά την προσφεύγουσα, η Επιτροπή προέβη σε αντίστοιχη δικονομικώς ανεπίτρεπτη διεύρυνση του φακέλου και σε ό,τι αφορά τις κάθετες παραβάσεις (άρθρο 2 ν.703/77), χρησιμοποιώντας το πρώτον στην

προσβαλλόμενη πίνακα του περιθωρίου κέρδους των διανομέων της, επί του οποίου ουδέποτε της δόθηκε η δυνατότητα αποτελεσματικής άμυνας. Μάλιστα και στην περίπτωση αυτή η σύνταξη και αξιολόγηση του πίνακα περιλαμβάνει πολλά λάθη, με αποτέλεσμα να είναι εντελώς αναξιόπιστη. Όπως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, η έγκαιρη γνωστοποίηση των πιο πάνω αναλύσεων θα της είχε δώσει τη δυνατότητα να προβάλει πλήθος ισχυρισμών και να προβεί σε διαφορετική εμφάνιση και εκτίμηση των στοιχείων, που θα ανέτρεπαν τα συμπεράσματα που άντλησε η Επιτροπή από τα στοιχεία αυτά ή που, επικουρικά, θα επηρέαζαν υπέρ της την επιμέτρηση του προστίμου.

23. Επειδή, εξάλλου, η καθής με τη σχετική έκθεση απόψεών της και τα επ'αυτής υπομνήματα υποστηρίζει ότι το δικαίωμα ακρόασης της προσφεύγουσας δεν έχει παραβιαστεί, αφού όλα τα υπάρχοντα στοιχεία ήταν στη διάθεσή της και η ίδια ζήτησε τη σύνταξη οικονομικών μελετών. Η προσβαλλόμενη απόφαση είναι πλήρως αιτιολογημένη, αφού αιτιολογεί πλήρως τη διαπίστωση των παραβάσεων, ενώ οι αναφερόμενες μελέτες δεν αποτελούν τα μόνα ούτε καν τα καθοριστικά στοιχεία της κρίσης της, αλλά συνυπολογίστηκαν για την εξαγωγή των τελικών συμπερασμάτων και ιδίως για την αντίκρουση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Η Επιτροπή στοιχειοθέτησε και αιτιολόγησε την απόφασή της δυνάμει πολλών εργαλείων (εγγράφων, e-mail, ερωτηματολογίων κλπ.). Το τεστ του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή δεν αποτελεί εκ των ουκ άνευ προϋπόθεση για να διαπιστωθεί ότι συγκεκριμένο σύστημα εκπτώσεων είναι καταχρηστικό. Μάλιστα κατά την κρατούσα στην οικονομική και νομική θεωρία άποψη, δεν πρέπει να συνιστά παρά ένα δείκτη πλασματικού αποκλειστικά μέτρου σύγκρισης. Παρά την κρίση της Επιτροπής ότι η δομή της αγοράς είναι τέτοια που καθιστά πρακτικά αδύνατη την εμφάνιση ενός εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή και αναγνωρίζοντας τις αδυναμίες του τεστ, για λόγους πληρότητας εφάρμοσε την ίδια μεθοδολογία του τεστ που είχε προσκομίσει η προσφεύγουσα, με διαθέσιμα στοιχεία, που είχαν προσκομισθεί από την ελεγχόμενη. Πράγματι εκ παραδρομής χρησιμοποιήθηκε τιμή μαργαρίνης 250 γραμμαρίων αντί της τιμής του ενός κιλού. Το αποτέλεσμα όμως δεν διαφοροποιείται. Σε κάθε περίπτωση, κατά την άποψη της καθής, το δικαίωμα της προηγούμενης ακρόασης αργεί όταν το διοικητικό μέτρο σε βάρος του διοικούμενου δεν συνδέεται με υποκειμενική συμπεριφορά του.

24. Επειδή, όπως προκύπτει από την αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης, η Επιτροπή εν προκειμένω δεν στήριξε την κρίση της ως προς την τέλεση των ένδικων παραβάσεων, ούτε στο «τεστ του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή», ούτε στον πίνακα του περιθωρίου κέρδους των διανομέων (βλ.εξ αντιδιαστολής ΔΕΕ Απόφαση της 16ης Ιανουαρίου 2019, Ευρωπαϊκή Επιτροπή - United Parcel Service, Inc.κλπ., C-265/17 P,

σκέψη 37). Αντίθετα επικαλέσθηκε τα ως άνω οικονομικά στοιχεία, όλως επικουρικώς, σε απάντηση των προβληθέντων ισχυρισμών της προσφεύγουσας, στο πλαίσιο της ακρόασης, προς επίρρωση της ήδη διαμορφωθείσας κρίσης της, αμφισβητώντας όμως και πάλι την αξιοπιστία τους. Τα στοιχεία δε αυτά δεν αποτέλεσαν έρεισμα της κρίσης της Επιτροπής, ούτε στο πλαίσιο της επιμέτρησης των σχετικών προστίμων. Ως εκ τούτου ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί παραβίασης της αρχής της προηγούμενης ακρόασης είναι αβάσιμος. Εξάλλου, ούτε και η προσφεύγουσα προβάλλει κατά ειδικό, ορισμένο και τεκμηριωμένο τρόπο, ότι η Επιτροπή Ανταγωνισμού στηρίχθηκε στα πιο πάνω οικονομικά στοιχεία προς θεμελίωση των παραβάσεων που αποδόθηκαν σε αυτή (πρβλ. ΣΤΕ 2774/2014), αλλά ούτε και ότι ελλείπει της φερόμενης παρατυπίας θα μπορούσε (για συγκεκριμένο λόγο) να υποστηρίξει καλύτερα την άμυνά της (πρβλ. Απόφαση Γενικού Δικαστηρίου της 13ης Δεκεμβρίου 2018, Slovak Telekom - Ευρωπαϊκή Επιτροπή, T-851/2014, σκέψη 184), με αποτέλεσμα ο πιο εν λόγω ισχυρισμός της, εκτός από αβάσιμος, να καθίσταται και αλυσιτελής. Είναι διαφορετικό άλλωστε ζήτημα το αν τα εν λόγω οικονομικά στοιχεία τελικώς είναι αναγκαία και το κατά πόσο αυτά έχουν συνταχθεί ορθώς, κάτι που ελέγχεται από το παρόν Δικαστήριο, στο πλαίσιο της εξέτασης της στοιχειοθέτησης των ένδικων παραβάσεων, έστω και αν δεν αποτέλεσαν τη βάση της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης απόφασης (πρβλ. σχ.ΔΕΕ απόφαση του τμήματος μείζονος συνθέσεως της 9ης Σεπτεμβρίου 2017, Intel κατά Επιτροπής, C-413/14, σκ. 138 επ.).

25. Επειδή, αναφορικά με τη χορήγηση εκπτώσεων στόχου, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η θέσπιση στόχων δεν συνιστά παράβαση των περί ανταγωνισμού διατάξεων, ούτε κατ' αντικείμενο, ούτε κατ' αποτέλεσμα. Κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η Ε.Α. ουδόλως ανταποκρίθηκε στις Κατευθύνσεις της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, ούτε στην ευρωπαϊκή νομολογία (μετά την απόφαση Intel) για την κατάδειξη των πραγματικών επιπτώσεων στον ανταγωνισμό, αλλά αρκέσθηκε σε μια φορμαλιστική προσέγγιση, στηρίζοντας όλη της την επιχειρηματολογία στο ότι δεν απαιτείται η απόδειξη πραγματικών ή άμεσων αποτελεσμάτων αποκλεισμού, πραγματικών ή δυνητικών ανταγωνιστών. Το γεγονός ότι σε ορισμένες περιπτώσεις, εκπτώσεις, όπως οι επίμαχες, έχουν τις συνέπειες που περιγράφει η προσβαλλόμενη δεν σημαίνει ότι παρέλκει η εξέταση του κατά πόσο οι συνέπειες αυτές επιβεβαιώνονται στην πράξη. Εν προκειμένω πουθενά στην προσβαλλόμενη δεν αναλύεται αν οι επίμαχες εκπτώσεις είχαν τα εν λόγω ζητούμενα αποτελέσματα. Η Επιτροπή παρά το ότι αρχικά είχε θεωρήσει ότι δεν ήταν δυνατή η εξεύρεση στοιχείων για το κρίσιμο διάστημα για την πραγματοποίηση του τεστ του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή, αρνήθηκε να δεχθεί την οικονομική μελέτη του κ....., που

είχε προσκομίσει η ίδια. Στη συνέχεια δε πραγματοποίησε οψίμως το εν λόγω τεστ μετά το πέρας της ακροαματικής διαδικασίας, προβαίνοντας όμως, κατά την προσφεύγουσα, σε σημαντικά λάθη, όπως: α)εφαρμογή του τεστ ενδεικτικά σε δύο εταιρείες και όχι σε όλες τις αλυσίδες σούπερ μάρκετ, β)λήψη υπόψη αντί της μεσοσταθμικής τιμής των δύο ακραίων τιμών, ελάχιστης και μέγιστης τιμοκαταλόγου, γ)λήψη υπόψη, αντί της υπό εξέταση έκπτωσης στόχου, της συνολικής έκπτωσης που λάμβανε η αλυσίδα σούπερ μάρκετ από την εταιρεία, με παρερμηνεία της παραγράφου 41 των Κατευθύνσεων της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, δ)σύγκριση τιμής και κόστους μεταξύ διαφορετικών ποσοτήτων, ήτοι 250 g και ενός κιλού. Η προσβαλλόμενη αγνόησε το αμελητέο ύψος των παρεχόμενων εκπτώσεων, το οποίο, κατά την κατάθεση του μάρτυρά της κ. ...., ήταν πολύ μικρό και δεν μπορούσε να επηρεάσει την εμπορική στρατηγική των λιανεμπόρων. Δεν εξηγείται πουθενά στην προσβαλλόμενη πώς είναι δυνατόν έστω θεωρητικά οι ανταγωνιστές να αδυνατούν να αποκαταστήσουν το υποτιθέμενο σημαντικό όφελος των ολίγων χιλιάδων ευρώ (Η προσφεύγουσα επικαλείται διάφορες αποφάσεις από τη νομολογία του ΔΕΕ, σε αντίστοιχες υποθέσεις, στις οποίες όμως τα ποσοστά εκπτώσεων ήταν μεγαλύτερα). Κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, οι συγκεκριμένοι στόχοι δεν εξέφραζαν τίποτε περισσότερο από τη φυσιολογική εξέλιξη της αγοράς, δηλαδή την προσδοκώμενη από τον πελάτη επαύξηση των αγορών του, λόγω γενικότερης ανάπτυξης της δυναμικότητας των σούπερ μάρκετ. Η φθίνουσα πορεία των αγορών το 2009 οφείλεται στη γενικευμένη οικονομική κρίση. Η καθυστέρηση υπογραφής των συμφωνητικών είναι γνωστό και μακρόχρονο σύμπτωμα που αφορά τις περισσότερες αλυσίδες σούπερ μάρκετ και τους περισσότερους προμηθευτές. Άλλωστε η ταχύτητα υπογραφής των συμφωνητικών του 2009 οφείλεται στην αυστηροποίηση του ισχύοντος αγορανομικού πλαισίου και συγκεκριμένα στην προσθήκη νέου άρθρου 14Α στην ΑΔ14/89, με την οποία προβλέφθηκε ότι οι έχουσες μελλοντικό χαρακτήρα παροχές θα πρέπει να γνωστοποιούνται μέχρι 31 Δεκεμβρίου κάθε έτους και θα αφορούν αυτές που θα ισχύσουν στο νέο έτος που ξεκινά. Ακόμη, κατά την προσφεύγουσα δεν υφίστατο αντιανταγωνιστική πρόθεση, αφού άλλωστε δεν μπορεί να αποδειχθεί στρατηγική αποκλεισμού μόνο από 5 αποσπάσματα από εσωτερικές παρουσιάσεις της εταιρείας κατά τα έτη 2006-2007, που είναι και ετεροχρονισμένες (τα συμφωνητικά είναι προγενέστερα), αλλά ούτε και αντιανταγωνιστικό αποτέλεσμα, ενόψει και του ότι διαπιστώθηκε φθίνουσα εξέλιξη των μεριδίων αγοράς της εταιρείας σε σχέση με τους ανταγωνιστές της, ενώ άλλωστε υπήρξε οικειοθελής άρση από την εταιρεία. Τέλος, κατά την προσφεύγουσα είναι εσφαλμένη η υπαγωγή στο άρθρο 2γ του ν.703/1977 αφού δεν αιτιολογείται πώς η χορήγηση διαφορετικού ύψους εκπτώσεων ανά σούπερ μάρκετ επιδρά

στην ανταγωνιστική θέση είτε των ανταγωνιστών της είτε των σούπερ μάρκετ. Προς απόδειξη των ανωτέρω ισχυρισμών της η προσφεύγουσα επικαλείται: α) την προαναφερόμενη Ανακοίνωση - Κατευθύνσεις της ευρωπαϊκής Επιτροπής (2009/C 45/02) για τον έλεγχο εφαρμογής του άρθρου 82 ΣυνθΕΟΚ (41) και β) την προσκομισθείσα στην Επιτροπή Ανταγωνισμού, στο πλαίσιο της διαδικασίας, γνωμοδότηση - οικονομική ανάλυση του οικονομολόγου I.K., στην οποία μεταξύ άλλων, επισημαίνεται ότι το ποσοστό έκπτωσης στόχου είναι σαφώς μικρότερο από το επίπεδο στόχων που είχαν τεθεί σε άλλες υποθέσεις που αφορούσαν εκπτωτική πολιτική και πολύ μικρό σε σχέση με τις άλλες εκπτώσεις και εν γένει παροχές που λάμβαναν τα σούπερ μάρκετ, καθώς και ότι η ανταγωνίστρια επιχείρηση ..... παρουσίασε σημαντική αυξητική τάση τον κρίσιμο χρόνο, κάτι που επιβεβαιώνει ότι οι στόχοι δεν επηρέασαν θετικά την πορεία της προσφεύγουσας ούτε αρνητικά την πορεία της ..... Στην ίδια γνωμοδότηση διενεργείται το τεστ του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή, με στοιχεία ετών 2010 και επόμενων, το οποίο καταλήγει ότι δεν υφίσταται εκτοπισμός για οποιοδήποτε διεκδικήσιμο μερίδιο αγοράς. Περαιτέρω, επιχειρείται σύγκριση της αποδιδόμενης εκπτωτικής πολιτικής στόχου με άλλα πιθανά κόστη της....., καταλήγοντας ότι για να μπορέσει η ..... να υιοθετήσει την εκπτωτική πολιτική της ..... θα έπρεπε να παρέχει έκπτωση ίση με το ..% του αντίστοιχου κόστους διαφήμισης και προώθησης. Επίσης, κατά την ανάλυση αυτή το ύψος των στόχων τζίρου δικαιολογείται από την εκτιμώμενη αύξηση τζίρου λόγω ανοίγματος νέων καταστημάτων ή λόγω παρουσίας νέων προϊόντων της προσφεύγουσας (περιλαμβάνεται διάγραμμα, που παρουσιάζει την ανοδική πορεία ανάπτυξης των καταστημάτων τροφίμων στην Ελλάδα εν γένει), γ) την στο πλαίσιο της διοικητικής διαδικασίας ένορκη βεβαίωση του....., Δ/ντή πωλήσεων της προσφεύγουσας, που επιβεβαιώνει τους ισχυρισμούς της. Περαιτέρω, προσκομίζει και επικαλείται, μεταξύ άλλων: α) τη νεότερη συμπληρωματική γνωμοδότηση – οικονομική ανάλυση του ως άνω οικονομολόγου, η οποία διενεργήθηκε με βάση τα νεότερα στοιχεία της E.A., που αφορούν τα επίμαχα έτη, στην οποία επισημαίνονται τα προαναφερόμενα «λάθη» της αντίστοιχης ανάλυσης της E.A. και ιδίως η μη ορθή λήψη υπόψη του συνόλου των εκπτώσεων αντί της επίμαχης έκπτωσης στόχου (μόνον). Κατά την ως άνω γνωμοδότηση η λήψη υπόψη της συνολικής έκπτωσης είναι εσφαλμένη, ιδίως γιατί θεωρεί ότι ο ανταγωνιστής δεν θα έδινε καθόλου έκπτωση και αντίκειται στο γράμμα και στο πνεύμα των κατευθύνσεων της E.E. Στην ίδια γνωμοδότηση διενεργείται (εκ νέου) το τεστ του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή, όμοια με την E.A. με διαφοροποίηση μόνο ως προς το ύψος της έκπτωσης (περιλαμβάνεται μόνο η έκπτωση στόχου), από τη σχετική ανάλυση δε προκύπτει ο μη εκτοπισμός του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή,



β)γνωμοδότηση στην αγγλική με σχετική μετάφραση στην ελληνική των....., αμφότερων αναμεμειγμένων στη σύνταξη των πιο πάνω Κατευθύνσεων της ΕΕ, η οποία αφορά τις εν λόγω Κατευθύνσεις κατά την αντιμετώπιση των εκπτώσεων υπό προϋποθέσεις που ενισχύουν την πίστη της πελατείας. Στη γνωμοδότηση αυτή αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι το τεστ του «εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή» απαιτεί μια ανάλυση όλων εκείνων των εκπτώσεων που θα χάνονταν εάν ο πελάτης μετέστρεφε έξω από τη δεσπόζουσα επιχείρηση ένα συγκεκριμένο όγκο πωλήσεων (περιλαμβάνονται σχετικά παραδείγματα). Κατά την ίδια γνωμοδότηση, οι εκπτώσεις που χορηγούνται ανεξαρτήτως όγκου πωλήσεων που επιτυγχάνονται δεν λαμβάνονται υπόψη και δεν αποτελούν μέρος του τεστ του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή, γ)τη νέα αγορανομική διάταξη 14Α στην ΑΔ14/89.

26. Επειδή, ως προς τους ανωτέρω ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η καθής με την έκθεση απόψεών της και τα επ'αυτής υπομνήματα, κατ' αρχάς ισχυρίζεται ότι η κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης στοιχειοθετείται χωρίς να απαιτείται ως προϋπόθεση η δεσπόζουσα επιχείρηση να έχει ως σκοπό να προβεί σε πρακτικές κατάχρησης της θέσης της. Η προσβαλλόμενη έχει εξετάσει όλα τα αναγκαία, κατά τη νομολογία, για τη στοιχειοθέτηση της παράβασης κριτήρια, όπως τη σπουδαιότητα της δεσπόζουσας θέσης, το ποσοστό κάλυψης της αγοράς από την επίμαχη πρακτική, τις συνθήκες, τον τρόπο χορήγησης, τη διάρκεια και το ύψος των εκπτώσεων, τη στρατηγική αποκλεισμού των ανταγωνιστών (σύμφωνα με τα προαναφερόμενα έγγραφα) και τη σχετική οικονομική ανάλυση. Σε σχέση με το τεστ του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή, η Επιτροπή υποστηρίζει ότι αυτό αποτελεί ένα υποθετικό τεστ, σε πολλές περιπτώσεις στερείται νοήματος και δεν πρέπει να συνιστά παρά έναν δείκτη πλασματικού αποκλειστικά μέτρου σύγκρισης. Η σύγκριση με την εταιρεία ..... ούτως ή άλλως είναι αυθαίρετη και άνευ ουσίας. Η γνωμοδότηση του καθηγητή κ....., που προσκόμισε η προσφεύγουσα, κατά την καθής δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη, διότι βασίζεται σε στοιχεία μεταγενέστερης περιόδου, υποεκτιμά σημαντικά το ύψος της έκπτωσης και αγνοεί την επίπτωση της σώρευσης και αλληλεπίδρασης διαφορετικών εκπτώτικων προγραμμάτων, που εφαρμόζονται παράλληλα. Περαιτέρω, η ίδια γνωμοδότηση, κατά την καθής, υπολογίζει εσφαλμένα ότι η ..... θα παρείχε έκπτωση ....% επί του δικού της τζίρου (κατά πολύ μικρότερου από του αντίστοιχου της προσφεύγουσας). Αν όμως η ..... επιθυμούσε να υιοθετήσει την εκπτώτική πολιτική της προσφεύγουσας θα έπρεπε να παρέχει ποσό έκπτωσης υπολογιζόμενο επί του (μεγαλύτερου) τζίρου της προσφεύγουσας. Σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της καθής, εκ παραδρομής στο τεστ χρησιμοποιήθηκε η τιμή μαργαρίνης των 250 γραμμαρίων αντί του ενός κιλού. Ως εκ τούτου παρατίθενται οι πίνακες με τιμές και κόστη ανά κιλό, οι οποίοι

αφορούν όλες τις εταιρείες σούπερ μάρκετ, στις οποίες τέθηκαν οι επίμαχοι στόχοι (σχετ.16). Το αποτέλεσμα του τεστ παραμένει και πάλι το ίδιο. Σημειώνεται ότι σχετικά με το ύψος των εκπτώσεων χρησιμοποιήθηκαν τα ποσοστά της συνολικής έκπτωσης που η ελεγχόμενη εταιρία παρείχε σε καθεμία από τις εταιρίες σούπερ μάρκετ. Κατά την καθής, η προσφεύγουσα αγνοεί επιδεικτικά ότι η έκπτωση που έπρεπε να αντισταθμίσει ένα σούπερ μάρκετ για να αλλάξει προμηθευτή δεν ήταν μόνο η έκπτωση στόχου αλλά το σύνολο των εκπτώσεων που λάμβανε από τη δεσπόζουσα επιχείρηση. Ως προς την τιμή του προϊόντος χρησιμοποιήθηκε τόσο η μέγιστη, όσο και η ελάχιστη τιμή τιμοκαταλόγου προϊόντων μαργαρίνης που αγόραζαν τα σούπερ μάρκετ, ενδεικτικά, καθώς ανάμεσα σε αυτές τις τιμές βρίσκεται η μεσοσταθμική μέση τιμή των προϊόντων μαργαρίνης. Η μεθοδολογία που χρησιμοποιήθηκε είναι η ίδια με αυτή της προσφεύγουσας. Από την εφαρμογή του τεστ προκύπτει ότι μόνο για διεκδικήσιμο μερίδιο αγοράς της τάξης του 50% και άνω, δεν υφίσταται εκτοπισμός του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή. Ωστόσο λαμβάνοντας υπόψη το διαχρονικά υψηλό μερίδιο αγοράς που κατείχε η προσφεύγουσα, προκύπτει ότι δεν μπορεί να υπάρξει μερίδιο αγοράς 50% και άνω. Εξάλλου, σύμφωνα με την καθής, ακόμη και αν ήθελε υποτεθεί ότι κάποια από τις αιτιάσεις ως προς την ορθότητα του τεστ είναι βάσιμη, δεν μπορεί να οδηγήσει σε ακύρωση της προσβαλλόμενης, αφού όπως έχει νομολογηθεί δεν μπορεί να ακυρωθεί απόφαση λόγω λάθους εκ παραδρομής που δεν έχει επίπτωση στην επί της ουσίας εκτίμηση των επιχειρημάτων των μερών. Αναφορικά με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας ότι οι τιθέμενοι στόχοι εξέφραζαν την τάση της αγοράς, η καθής προβάλλει ότι στις συμβάσεις με τα σούπερ μάρκετ υπήρχαν επιμέρους – διακριτοί όροι, τόσο για τη διακίνηση των νέων προϊόντων έναντι χορήγησης επιπλέον έκπτωσης, όσο και για την είσοδο της προσφεύγουσας σε νέα καταστήματα έναντι χορήγησης αμοιβής, καθώς και ότι η προσφεύγουσα δεν τεκμηριώνει τους εν λόγω ισχυρισμούς της ούτε υποβάλλει μετρήσιμα και επαληθεύσιμα στοιχεία. Τέλος, κατά την Επιτροπή, αβάσιμος είναι και ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας για μη τεκμηρίωση του αυτοτελούς αδικήματος της διακριτικής τιμολόγησης. Η προσφεύγουσα δεν προβάλλει αντίθετους ισχυρισμούς που να διασκεδάζουν τις ανησυχίες της Επιτροπής. Η εφαρμογή των κριτηρίων της πρόσφατης νομολογίας του ΔΕΕ είναι ένα εκ των εργαλείων που μπορούσε να χρησιμοποιήσει η Επιτροπή, ενώ δεν μπορεί να αποκλεισθεί το ενδεχόμενο ότι από την εφαρμογή θα προέκυπταν τα ίδια αποτελέσματα, πολλώ μάλλον λαμβανομένης της σώρευσης και αλληλεπίδρασης διαφορετικών εκπτώτικων προγραμμάτων.

27. Επειδή, κατ' αρχάς όσον αφορά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας σχετικά με την ορθότητα του τεστ του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή, ανεξαρτήτως του αν το

τεστ αυτό ήταν πράγματι αναγκαίο στη συγκεκριμένη περίπτωση προς στοιχειοθέτηση της ένδικης παράβασης, πάντως εφόσον τελικώς διενεργήθηκε από την Επιτροπή Ανταγωνισμού, με την προσβαλλόμενη απόφασή της, έστω και αν δεν αποτέλεσε το έρεισμά της, αλλά αξιοποιήθηκε επικουρικά, προς αντίκρουση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, το παρόν Δικαστήριο οφείλει να εξετάσει το σύνολο των επιχειρημάτων της προσφεύγουσας, με τα οποία επιδιώκεται να αμφισβητηθεί το βάσιμο των διαπιστώσεων της Επιτροπής αναφορικά την ικανότητα του επίμαχου συστήματος εκπτώσεων να προκαλέσει τον εκτοπισμό ενός ανταγωνιστή από την αγορά (ΔΕΕ απόφαση του τμήματος μείζονος συνθέσεως της 6ης Σεπτεμβρίου 2017, Intel κατά Επιτροπής, C-413/14 P, EU:C:2017:632, σκέψη 141). Εξάλλου, σε σχέση με τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας ως προς την ορθότητα του τεστ, μετά τη διόρθωση και συμπλήρωση του αρχικά διενεργηθέντος από την Ε.Α. τεστ (τιμές και κόστη ανά κιλό αντί της σύγκρισης 250gr και κιλού // επέκταση ανάλυσης σε όλες τις εταιρείες σούπερ μάρκετ, στις οποίες τέθηκαν οι επίμαχοι στόχοι) και ενόψει του ότι η λήψη υπόψη αντί της μεσοσταθμικής τιμής των δύο ακραίων τιμών, ελάχιστης και μέγιστης προβάλλεται αλυσιτελώς από την προσφεύγουσα, αφού η ίδια τιμή χρησιμοποιήθηκε και στην προσκομισθείσα από την ίδια νεότερη οικονομική ανάλυση του....., μοναδικό σημείο διαφωνίας παραμένει η έκπτωση που λαμβάνεται υπόψη για τη διενέργεια του τεστ. Ως προς το ζήτημα αυτό, κατά τη γνώμη που επικράτησε στο Δικαστήριο, λαμβάνοντας υπόψη ότι σύμφωνα και με τη σχετική Ανακοίνωση - Κατευθύνσεις της ευρωπαϊκής Επιτροπής (2009/C 45/02), για τη διενέργεια του τεστ, ως πραγματική τιμή την οποία θα πρέπει να συναγωνιστεί η άλλη επιχείρηση, δεν λαμβάνεται υπόψη η μέση τιμή της επιχείρησης που κατέχει δεσπόζουσα θέση αλλά η κανονική τιμή τιμοκαταλόγου μείον την έκπτωση που χάνει εάν ο πελάτης αλλάξει προμηθευτή, υπολογιζόμενη επί του σχετικού φάσματος πωλήσεων και για τη σχετική χρονική περίοδο και συνεκτιμώντας ότι εν προκειμένω η έκπτωση που θα έχανε ο πελάτης – σούπερ μάρκετ αν άλλαζε προμηθευτή και την οποία θα έπρεπε να αντισταθμίσει αυτός για να απευθυνθεί στην ανταγωνίστρια επιχείρηση (.....) δεν ήταν μόνο η συγκεκριμένη έκπτωση στόχου αλλά το σύνολο των εκπτώσεων που λάμβανε από τη δεσπόζουσα επιχείρηση, ενόψει και του ότι ανεξαρτήτως του αν ήταν και οι λοιπές εκπτώσεις καταχρηστικές, πάντως επέτειναν το καταχρηστικό αποτέλεσμα της επίμαχης έκπτωσης στόχου, το Δικαστήριο κρίνει ότι νομίμως συνεκτιμήθηκε από την ΕΑ το σύνολο των εν λόγω εκπτώσεων για τη διενέργεια του τεστ του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή, κατά τον βάσιμο σχετικό ισχυρισμό της, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της προσφεύγουσας ως αβάσιμων. Αν και κατά τη γνώμη της εισηγήτριας Κλεοπάτρας Καλλικάκη, εφόσον, όπως προβλέπεται και στο άρθρο 41 της πιο πάνω Ανακοίνωσης –

Κατευθύνσεων της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, για τη διενέργεια του τεστ λαμβάνεται υπόψη (μόνον) η απώλεια της υπό προϋποθέσεις έκπτωσης εάν ο πελάτης αυτός άλλαζε προμηθευτή για μέρος της ζήτησής του και δεν έκανε χρήση της επιχείρησης που κατέχει δεσπόμενη θέση και ενόψει του ότι εν προκειμένω η «υπό προϋποθέσεις» έκπτωση την οποία θα έχανε ο πελάτης αν άλλαζε προμηθευτή αντιστοιχεί στην επιπλέον έκπτωση (συγκεκριμένη έκπτωση στόχου), υπολογιζόμενη όμως, όχι μόνον επί συγκεκριμένου μέρους ζήτησης, αλλά επί όλων των μονάδων που αγόρασε ο πελάτης από τη δεσπόμενη επιχείρηση κατά τη διάρκεια του έτους, πρέπει για τη διενέργεια του τεστ να αποτελέσει βάση η τιμή την οποία θα έπρεπε να προσφέρει ένας ανταγωνιστής (εν προκειμένω ..... ) για να αποζημιώσει τον πελάτη (σούπερ μάρκετ) για την απώλεια όμως της συνολικής έκπτωσης στόχου που χορηγούσε η προσφεύγουσα (περιλαμβανόμενου του μη διεκδικήσιμου μεριδίου αγοράς - βλ.σχ. παραδείγματα προσκομιζόμενης γνωμοδότησης....., πρβλ. και Γενικό Δικαστήριο Ε.Ε. Απόφαση της 12ης Ιουνίου, στην υπόθεση T-286/09, Intel, σκέψη 93). Κατά την ίδια μειοψηφούσα γνώμη, ανεξαρτήτως του αν οι λοιπές χορηγούμενες από την προσφεύγουσα εκπτώσεις συνεκτιμώνται στην αξιολόγηση της καταχρηστικότητας του επίμαχου συστήματος εκπτώσεων, πάντως δεν μπορούν να αποτελέσουν βάση για τη διενέργεια του συγκεκριμένου τεστ, κατά τον μερικό βάσιμο ισχυρισμό της προσφεύγουσας. Περαιτέρω, το Δικαστήριο λαμβάνει υπόψη ότι: α)η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία κατά τον κρίσιμο χρόνο, σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν ανωτέρω, κατείχε δεσπόμενη θέση στη σχετική αγορά προϊόντων μαργαρίνης στην Ελληνική επικράτεια, με μερίδια που υπερέβαιναν σταθερά το 80%, δυνάμει διαδοχικών εμπορικών συμφωνιών που συνήψε κατά τα έτη 2002-2007, με τη συντριπτική πλειοψηφία των εγχώριων αλυσίδων σούπερ μάρκετ, παρείχε σε αυτά εκπτώσεις (άλλοτε μιας και άλλοτε κλιμακούμενης) για την επίτευξη στόχου ανάπτυξης αγορών, β)οι συγκεκριμένες εκπτώσεις ήταν εξατομικευμένες, δηλαδή οι στόχοι ανάπτυξης αγοράς καθορίζονταν στις ετήσιες συμφωνίες συνεργασίας της προσφεύγουσας με κάθε αλυσίδα σούπερ μάρκετ εξατομικευμένα, εκφράζονταν, δε, ως απόλυτα ποσά ή ως ποσοστά αύξησης επί του συνολικού κύκλου εργασιών που θα πραγματοποιούσε αυτή στην κάθε αλυσίδα, κατά τη διάρκεια ισχύος της εκάστοτε ετήσιας συμφωνίας, σε πωλήσεις προϊόντων της, συνυπολογιζόμενου όλου του χαρτοφυλακίου προϊόντων τα οποία αφορούσε η συμφωνία συνεργασίας, σε σύγκριση με τις πωλήσεις που είχε πραγματοποιήσει προς τον ίδιο λιανοπωλητή κατά το προηγούμενο έτος, γ)στις αγορές των προϊόντων στόχου των σούπερ μάρκετ, τα προϊόντα μαργαρίνης κατείχαν δεσπόμενη θέση, κάτι που καταδεικνύει τη σημασία του οικείου προϊόντος, για την επίτευξη των συγκεκριμένων στόχων, ασχέτως του αν τελικώς επετεύχθησαν, δ)οι επίμαχες εκπτώσεις

υπολογίζονταν επί του συνόλου των πραγματοποιηθέντος -κατά τη διάρκεια του έτους- τζίρου των ως άνω προϊόντων και όχι επί του υπερβάλλοντος του στόχου, δημιουργώντας, κατ' αυτό τον τρόπο ισχυρό κίνητρο στα σούπερ μάρκετ να πραγματοποιούν ολοένα αυξανόμενες αγορές, αφού το προσδοκώμενο όφελος ήταν μεγάλο, ε)το ποσοστό τους δεν αυξανόταν σε συνάρτηση με τον όγκο αγορών στις οποίες προέβαιναν οι επιμέρους αλυσίδες σούπερ μάρκετ, αλλά στη βάση της βελτίωσης του επιπέδου των αγορών που πραγματοποιούσε η εκάστοτε αλυσίδα εντός του έτους, με όσες η ίδια πραγματοποίησε κατά το προηγούμενο έτος, στ)οι επίμαχες εκπτώσεις χορηγούνταν αναδρομικά, ήτοι με βάση ιδιωτικά συμφωνητικά, που υπογράφονταν κατά το δεύτερο εξάμηνο του οικείου έτους, το γεγονός δε αυτό, αφενός επέτρεπε στην προσφεύγουσα να πραγματοποιεί την πρόβλεψη για το ύψος των πραγματοποιούμενων πωλήσεων εξατομικευμένα και με μεγαλύτερη ακρίβεια, καθώς μπορούσε να την αναπροσαρμόσει, κατά τη διάρκεια του έτους και μέχρι την οριστική σύναψη των ιδιωτικών συμφωνητικών, στις ανάγκες και την απορροφητική ικανότητα ενός εκάστου πελάτη της, αφετέρου δημιουργούσε ανασφάλεια στον υποψήφιο λήπτη της έκπτωσης ως προς το ποσοστό της έκπτωσης που εν τέλει θα καρπωνόταν και αβεβαιότητα ως προς τον πιθανό κίνδυνο απώλειας ολόκληρης ή μέρους της έκπτωσης, ζ)ο εξατομικευμένος χαρακτήρας των εκπτώσεων, σε συνδυασμό με την αναδρομικότητα καταδείκνυε ότι η «λογική» του εκπτώτικου προγράμματος που εφάρμοζε η προσφεύγουσα δεν ήταν η αντικειμενικά δικαιολογημένη ανταμοιβή των πελατών της με ένα συμφωνημένο ποσοστό έκπτωσης για τα κέρδη που πραγματοποίησε λόγω αύξησης των πωλήσεών τους, αλλά η πρόσδεση των πελατών της σε ένα σπιράλ ανάπτυξης των αγορών τους σε προϊόντα που διακινούσε, ειδικά σχεδιασμένο για κάθε πελάτη, με βάση τις εξατομικευμένες δυνατότητες και την απορροφητική ικανότητα καθενός από αυτούς και η)η σώρευση και η αλληλεπίδραση των επιμέρους εκπτώτικων προγραμμάτων, όπως αυτά περιείχονταν στα υπό εξέταση ιδιωτικά συμφωνητικά και τα οποία εφαρμόζονταν παράλληλα, ανεξαρτήτως του εάν ήταν όλα, αυτοτελώς καταχρηστικά ή όχι, συνέβαλαν στην ενίσχυση των επιπτώσεών τους και, κατά συνέπεια, στην ενίσχυση του καταχρηστικού χαρακτήρα του υπό κρίση «συστήματος» στο σύνολό του. Ενόψει των πιο πάνω ιδιαίτερων χαρακτηριστικών και των κριτηρίων χορήγησης του συγκεκριμένου εκπτώτικου προγράμματος, αλλά και του συνόλου των περιστάσεων εντός των οποίων εφαρμόζονταν και των γενικών συνθηκών της αγοράς στο πλαίσιο της οποίας εντάσσονταν οι επίμαχες συμφωνίες, συνεκτιμωμένου και του ότι, όπως προέκυψε από τη σχετική οικονομική ανάλυση της καθής (τεστ εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή), ανεξαρτήτως αν αυτή ήταν αναγκαία στη συγκεκριμένη αγορά (πρβλ.ΔΕΕ απόφαση της 6ης/10/2015, υπόθεση C-23/14, Post Danmark A/S, σκέψη

59), το επίμαχο εκπαιδευτικό πρόγραμμα ήταν ικανό να εκτοπίσει τον εξίσου αποτελεσματικό ανταγωνιστή της προσφεύγουσας, ενώ άλλωστε η στρατηγική αποκλεισμού της προσφεύγουσας προέκυψε και από τα ηλεκτρονικά αρχεία στον υπολογιστή της ..... (Brand Manager.....), ετών 2006 και 2007, κρίνει ότι η παροχή εκπαιδύσεων στόχου της προσφεύγουσας λειτουργούσε ως εργαλείο δημιουργίας ή/και διατήρησης κύκλου πιστών πελατών και ότι έτεινε, άλλως ήταν ικανή, να δημιουργήσει δεσμούς εξάρτησης των σούπερ μάρκετ από την προσφεύγουσα και να περιορίσει όσο το δυνατόν περισσότερο τον εφοδιασμό τους από ανταγωνιστές της τελευταίας στην οικεία αγορά, επιφέροντας επιζήμιο για τον ανταγωνισμό αποτέλεσμα αποκλεισμού στην αγορά αυτή κατά παράβαση του άρθρου 2 του ν. 703/1977 καθώς και του άρθρου 82 ΣυνθΕΚ. Και τούτο ανεξαρτήτως του αν τελικώς επετεύχθη τέτοιο αποτέλεσμα, η απόδειξη του οποίου (αποτελέσματος), άλλωστε, δεν είναι αναγκαία για τη στοιχειοθέτηση της παράβασης. Όσα δε αντίθετα υποστηρίζει η προσφεύγουσα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμα. Ειδικότερα, απορριπτός ως αβάσιμος είναι ο ισχυρισμός της ότι οι συγκεκριμένοι στόχοι εξέφραζαν την προσδοκώμενη επαύξηση των αγορών των σούπερ μάρκετ, λόγω ανάπτυξης της δυναμικότητάς τους, καθόσον στα καταρτισθέντα με τις αλυσίδες σούπερ μάρκετ ιδιωτικά συμφωνητικά υπήρχαν συγκεκριμένοι όροι, τόσο για τη διακίνηση των νέων προϊόντων έναντι χορήγησης επιπλέον έκπτωσης, όσο και για την είσοδο της προσφεύγουσας σε νέα καταστήματα έναντι χορήγησης αμοιβής (σχ. παρ.201 προσβαλλόμενης και υποσημείωση 263). Τούτο ανεξαρτήτως του ότι από τα προσκομισθέντα από την προσφεύγουσα στοιχεία (γνωμοδότηση οικονομολόγου ....., στην οποία περιλαμβάνεται διάγραμμα της γενικής εξέλιξης των καταστημάτων τροφίμων της Ελλάδας από το 2000 έως το 2013 και μαρτυρίες υπαλλήλων της στο πλαίσιο της ακρόασης) δεν αποδεικνύεται συγκεκριμένη ανάπτυξη δυναμικότητας των επί μέρους αλυσίδων σούπερ μάρκετ, ούτε ύπαρξη κάποιας αντιστοιχίας με τους σχετικώς τιθέμενους στόχους. Εξάλλου, αλυσιτελώς προβάλλεται από αυτήν το σύνηθες της καθυστέρησης υπογραφής των οικείων συμφωνητικών στους περισσότερους προμηθευτές, πριν την αυστηροποίηση του ισχύοντος αγορανομικού πλαισίου, αφού το γεγονός αυτό δεν αναιρεί την καταχρηστικότητα του συγκεκριμένου εκπαιδευτικού προγράμματός της. Απορριπτός επίσης είναι και ο ισχυρισμός της περί έλλειψης αντιανταγωνιστικής πρόθεσης εκ μέρους της, αφού από τα ανωτέρω εκτεθέντα σαφώς προέκυψε η ύπαρξη στρατηγικής εκτοπισμού του ανταγωνιστή της (.....). Περαιτέρω, όμως, όσον αφορά την αποδιδόμενη παραβίαση του άρθρου 2 παρ.2 γ του ν.703/77 και 102 παρ.2 γ ΣΛΕΕ (απαγόρευση δυσμενούς διάκρισης), λαμβάνοντας υπόψη ότι, σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν στη με αριθμό 3 σκέψη της παρούσας, για να συντρέχουν οι προϋποθέσεις

εφαρμογής των πιο πάνω διατάξεων, απαιτείται να διαπιστωθεί ότι η συμπεριφορά της επιχείρησης που κατέχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά όχι μόνον εισάγει δυσμενείς διακρίσεις αλλά, επιπλέον, ότι αυτή τείνει να νοθεύσει αυτή τη σχέση ανταγωνισμού, δηλαδή να βλάψει την ανταγωνιστική θέση ορισμένων εμπορικών της εταίρων σε σχέση με άλλους και συνεκτιμώντας ότι εν προκειμένω η Ε.Α. δεν απέδειξε συγκεκριμένα, αλλά ούτε και προκύπτει από τα στοιχεία της δικογραφίας, ότι οι διαφοροποιήσεις ως προς τους τιθέμενους ανά αλυσίδα σούπερ μάρκετ στόχους, οι οποίες οδηγούσαν στη χορήγηση διαφορετικών ποσών έκπτωσης για το ίδιο ύψος αγορών και οι οποίες πράγματι συνιστούσαν δυσμενείς διακρίσεις, έτειναν καθ' οιονδήποτε τρόπο να νοθεύσουν την ανταγωνιστική θέση των σούπερ μάρκετ μεταξύ τους, όπως διατείνεται η καθής, ενόψει και των όχι ιδιαίτερα μεγάλων διαφοροποιήσεων (σχ. Πίνακας 35), το Δικαστήριο κρίνει ότι δεν προέκυψε παραβίαση των προαναφερομένων διατάξεων, κατά τον βάσιμο ισχυρισμό της προσφεύγουσας, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της καθής ως αβάσιμων.

28. Επειδή, όσον αφορά την αποδιδόμενη «αποκλειστικότητα προβολών», η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, κατ' αρχάς, ότι η έλλειψη σχετικών στοιχείων - αρχείων με τα αναλυτικά ετήσια προγράμματα προβολών ανά εταιρεία και ανά είδος, της στερεί οποιαδήποτε δυνατότητα άμυνας, με αποτέλεσμα να πρέπει να εστιάσει στην ακριβή διατύπωση του όρου. Περαιτέρω, επισημαίνει ότι ο συγκεκριμένος όρος ίσχυσε πολύ μικρό χρονικό διάστημα (μόνο σε μία επιχείρηση διατηρήθηκε μέχρι το 2007). Κατά την προσφεύγουσα, η προσβαλλόμενη και πάλι στηρίχθηκε σε μια φορμαλιστική προσέγγιση, προβαίνοντας μάλιστα σε διαστρέβλωση του όρου, θεωρώντας ότι αυτός σήμαινε τη συνεχή 15ήμερη προβολή προϊόντων μαργαρίνης της προσφεύγουσας 24 φορές τον χρόνο σε όλα τα σούπερ μάρκετ και χωρίς να επιβεβαιώσει το αντιανταγωνιστικό αποτέλεσμα στην πράξη, ούτε να εκτιμήσει την ύπαρξη στρατηγικής εκτοπισμού των εξίσου αποτελεσματικών ανταγωνιστών. Αντίθετα από τις απαντήσεις των λιανεμπόρων στα ερωτηματολόγια κατέστη σαφές ότι οι προβολές ήταν πάντα ανοιχτές και ταυτόχρονες κατά την ευχέρεια του πελάτη. Σε κάθε περίπτωση, ο συγκεκριμένος όρος απαγόρευε μόνο την ταυτόχρονη προβολή «αντίστοιχων» ανταγωνιστικών προϊόντων, επρόκειτο δε για γνήσιες προωθητικές ενέργειες σύντομης χρονικής διάρκειας, που δικαιολογούσαν την εφαρμογή τιμολογιακών πολιτικών. Τέλος, όπως αποδείχθηκε πλήρως, στην περίπτωση της μαργαρίνης υπήρχε στα περισσότερα καταστήματα τεχνική αδυναμία πραγματοποίησης των προβολών, αφού απαιτείτο ψυχόμενος χώρος, τον οποίο διέθεταν μόνο τα hypermarket. Με το υπόμνημα, η προσφεύγουσα συμπληρώνει ότι δεν υπήρξε καν μαρτυρία – καταγγελία – παράπονο ανταγωνιστών της αναφορικά με τον δήθεν περιορισμό των προβολών των δικών τους

προϊόντων στα σούπερ μάρκετ. Σχετικά επικαλείται και την προαναφερόμενη ένορκη βεβαίωση του....., Δ/ντή πωλήσεων της προσφεύγουσας, ο οποίος επιβεβαιώνει ότι ποτέ δεν αποκλείστηκε ο ανταγωνισμός από προβολές ή και επαρκή παρουσία στα super market και αλλού, ενώ υποστηρίζει ότι εξ όσων γνωρίζει, οι προβολές μαργαρίνης εναλλάσσονταν με προβολές άλλων προϊόντων μέσα στο έτος και η υποτιθέμενη αποκλειστική προβολή μαργαρίνης είχε ελάχιστη διάρκεια, ότι πολύ σπάνια έως καθόλου διοργανώνονταν προβολές μαργαρίνης σε γόνδολες διότι ήταν οικονομικά ασύμφορο να εγκαταστήσουν τα super market ψυγείο μόνο για το σκοπό της προβολής (αυτό κατ' εξαίρεση συνέβαινε λόγω μεγέθους σε μετρημένα hypermarket) και ότι, ανεξαρτήτως του τι έλεγαν «τα χαρτιά», η αγορά ήταν πάντα ελεύθερη.

29. Επειδή, σε σχέση με τον ανωτέρω λόγο η καθής προβάλλει ότι ο πιο πάνω όρος, λόγω της γενικότητάς του μπορούσε να αποκλείει κάθε προωθητική ενέργεια ανταγωνιστικού προϊόντος (και ιδίως της μαργαρίνης) κατά τη διάρκεια προωθητικής ενέργειας οιαδήποτε προϊόντος της προσφεύγουσας, δεδομένης δε της ειδικής ευθύνης της δεσπόζουσας επιχείρησης να διαφυλάττει τον ανόθευτο ανταγωνισμό στη σχετική αγορά προϊόντος, η ρήτρα προκαλούσε σημαντικά ανταγωνιστικά μειονεκτήματα στις ανταγωνίστριες επιχειρήσεις. Τούτο διότι αποσκοπούσε αφενός στο να παρακωλύσει την επιτυχή είσοδο ή και ανάπτυξη αυτών σε πελάτες που απευθύνονταν σε μεγάλο όγκο καταναλωτών, όπως οι συγκεκριμένες αλυσίδες σούπερ μάρκετ, αφετέρου στο να εμποδίσει τους καταναλωτές να επωφεληθούν του ανταγωνισμού μεταξύ των προσφορών προωθητικών ενεργειών ανταγωνιστικών επιχειρήσεων ιδίως στην αγορά που είχε τα συγκεκριμένα χαρακτηριστικά. Πέραν τούτου, η καθής επισημαίνει την αντίφαση και απόκλιση μεταξύ των αποδείξεων που προσκόμισε η προσφεύγουσα και των τελικών πορισμάτων σχετικά με το πού διεξήχθησαν τελικά οι διαφημιστικές προβολές της. Ειδικότερα, βάσει των καταθέσεων των μαρτύρων της, υποστηρίχθηκε από αυτήν ότι πολύ σπάνια διενεργούνταν προβολές και υπήρχαν μόνο 20 σούπερ μάρκετ στην Ελλάδα που διέθεταν προβολικά ψυγεία (σελ.105 πρακτικών 18ης Μαΐου 2018 Συνεδρίαση 52η), (τα οποία αντιστοιχούν σε 0,5%) της αγοράς, ενώ στην προσφυγή της (σελ 58) υποστηρίζει ότι προβολικό ψυγείο έχει το 3-4% της αγοράς.

30. Επειδή, με τα δεδομένα αυτά, το Δικαστήριο λαμβάνοντας υπόψη: α) ότι η προσφεύγουσα, κατέχουσα, κατά τα ανωτέρω, δεσπόζουσα θέση στη σχετική αγορά προϊόντων μαργαρίνης, στα ιδιωτικά συμφωνητικά που συνήψε με τη συντριπτική πλειοψηφία των εγχώριων αλυσίδων σούπερ μάρκετ, εντός της περιόδου 2002 έως 2007, για τη χονδρική διάθεση των προϊόντων της, περιλάμβανε όρο, σύμφωνα με τον οποίο τα



σούπερ μάρκετ θα προέβαλαν τα προϊόντα της, μεταξύ των οποίων τις μαργαρίνες, σε συγκεκριμένους χώρους, κατ' αποκλεισμό της προβολής ανταγωνιστικών προϊόντων, β)ότι η διάρκεια της προβολής οριζόταν συνήθως δεκαπενθήμερη, κατά τα υπάρχοντα δε στοιχεία διαρκούσε μεγάλο χρονικό διάστημα εντός του έτους (βλ.π.χ. στοιχεία.....), με χαρακτηριστική περίπτωση την εταιρεία ....., στην οποία η προβλεπόμενη από τα συμφωνητικά διάρκεια αποκλειστικής προβολής κάλυπτε ολόκληρο το έτος (24 προβολές των 15 ημερών), γ)ότι από τη διατύπωση του πιο πάνω όρου στα οικεία συμφωνητικά προέκυπτε ότι η σχετική απαγόρευση ίσχυε για κάθε προβολή στην οποία προέβαινε ο εκάστοτε πελάτης / σούπερ μάρκετ, λόγω δε της γενικότητάς του μπορούσε να αποκλείει κάθε προβολή ανταγωνιστικού προϊόντος (των προϊόντων μαργαρίνης συμπεριλαμβανομένων) κατά τη διάρκεια προβολής οιαδήποτε προϊόντος της προσφεύγουσας από τα αναφερόμενα στις υπό εξέταση εμπορικές συμφωνίες, δ)ότι σε αντιπαροχή των ανωτέρω χορηγούνταν ποσοστιαία έκπτωση, υπολογιζόμενη επί του συνόλου του τιμολογηθέντος τζίρου στην πλειονότητα των περιπτώσεων, κάτι που ωθούσε τα σούπερ μάρκετ να προβαίνουν στις εν λόγω αποκλειστικές προβολές, δημιουργώντας δεσμούς εξάρτησης με αυτά, ε)ότι ναι μεν οι εκπρόσωποι των σούπερ μάρκετ ισχυρίστηκαν ότι είχαν τη δυνατότητα να μην εφαρμόζουν τον όρο και να προβαίνουν σε ταυτόχρονη προβολή ανταγωνιστικών προϊόντων, πέραν όμως του ότι δεν επιβεβαίωσαν ότι πράγματι διενήργησαν τέτοιες ταυτόχρονες προβολές κατά την κρίσιμη περίοδο, πάντως οι όποιες δηλώσεις τους δεν αναιρούν τη δεσμευτικότητα του συγκεκριμένου όρου και την καταχρηστικότητά του, ανεξαρτήτως του αν εφαρμόσθηκε στην πράξη και στ) ότι ο συνδυασμός του πιο πάνω όρου με τα λοιπά εκπτώτικα προγράμματα της προσφεύγουσας παράλληλα εφαρμοζόμενα, ανεξαρτήτως του εάν ήταν όλα, αυτοτελώς καταχρηστικά ή όχι, συνέβαλε στην ενίσχυση των επιπτώσεων του και, κατά συνέπεια, στην ενίσχυση του καταχρηστικού χαρακτήρα του, κρίνει, ενόψει του συνόλου των ως άνω περιστάσεων ότι με τον επίμαχο όρο αποκλειστικής προβολής η προσφεύγουσα, επεδίωκε αφενός στο να παρακωλύσει την επιτυχή είσοδο ή/ και ανάπτυξη αυτών σε πελάτες που απευθύνονταν σε μεγάλο όγκο καταναλωτών, όπως ήταν οι συγκεκριμένες αλυσίδες σούπερ μάρκετ, και αφετέρου στο να εμποδίσει τους καταναλωτές να επωφεληθούν του ανταγωνισμού μεταξύ των προσφορών - προωθητικών ενεργειών ανταγωνιστικών επιχειρήσεων ιδίως στην αγορά προϊόντων μαργαρίνης, με στόχο την αθέμιτη ενίσχυση της δεσπόζουσας θέσης της και τη νόθευση του ανταγωνισμού. Επομένως, η ως άνω πρακτική της προσφεύγουσας κατέτεινε να περιορίσει τον ανταγωνισμό, άλλως ήταν ικανή να έχει τέτοιο αποτέλεσμα, ανεξαρτήτως αν τελικώς το επέφερε, ενόψει του ότι, όπως ήδη εκτέθηκε, η απόδειξη τέτοιου

αποτελέσματος δεν είναι αναγκαία για τη στοιχειοθέτηση της παράβασης. Ως εκ τούτου, η εν λόγω πρακτική συνιστούσε κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης κατά την έννοια των διατάξεων που προεκτέθηκαν. Όσα δε αντίθετα υποστηρίζει η προσφεύγουσα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμα. Ειδικότερα ως ουσία αβάσιμος πρέπει να απορριφθεί ο ισχυρισμός της ότι επρόκειτο για ενέργειες σύντομης χρονικής διάρκειας, αφού οι συγκεκριμένες προβολές είχαν διάρκεια 15 ημερών, ήτοι κάλυπταν μισό μήνα και ήταν επαναλαμβανόμενες, φαίνεται δε να εκτείνονταν σε μεγάλο μέρος του έτους, με χαρακτηριστική την περίπτωση της....., που βάσει των οικείων συμφωνητικών κάλυπταν ολόκληρο το έτος. Ομοίως αβάσιμος είναι και ο ισχυρισμός της περί τεχνικής αδυναμίας πραγματοποίησης των προβολών προϊόντων μαργαρίνης στα περισσότερα καταστήματα, αφού πέραν του ότι, κατά τα κοινώς γνωστά, στα προϊόντα μαργαρίνης περιλαμβάνονται και προϊόντα που συντηρούνται εκτός ψυγείου (όπως .....), πάντως από τα στοιχεία της δικογραφίας δεν προκύπτει ότι ήταν αδύνατη και τελικά δεν έγινε τέτοια προβολή (βλ. π.χ. στοιχεία προβολών μαργαρίνης της.....). Τέλος, αλυσιτελής προβάλλεται από την προσφεύγουσα ότι δεν υπήρξε καταγγελία ανταγωνιστών της αναφορικά με τον περιορισμό των προβολών των δικών τους προϊόντων στα σούπερ μάρκετ, αφού δεν απαιτείται τέτοια καταγγελία για τη στοιχειοθέτηση της παράβασης.

31. Επειδή, όσον αφορά την αποδιδόμενη παράβαση καθορισμού τιμών μεταπώλησης σε δίκτυο χονδρεμπόρων, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι, εκτός του ότι η παράβαση αυτή αφορά μόλις το 4% του τζίρου της (αφού οι ειδικοί συνεργάτες πραγματοποιούσαν το 20% του τζίρου της και το 20% αυτού ήταν μαργαρίνες), ο επίμαχος όρος των ιδιωτικών συμφωνητικών με τους χονδρεμπόρους αφορούσε καθ'όλα επιτρεπτό καθορισμό μέγιστων τιμών και μόνο. Τούτο προκύπτει κατ'αρχάς από την έννοια της λέξης «πέραν», η οποία σε όλα τα λεξικά της Ελληνικής γλώσσας αναγράφεται ως «πάνω από», δεν μπορεί δε να αποδοθεί διαφορετική έννοια ούτε από τη συνδυαστική ερμηνεία με τα επόμενα εδάφια. Περαιτέρω, η έννοια αυτή επιβεβαιώθηκε και από τους ερωτηθέντες διανομείς της, με εξαίρεση ένα μόνο διανομέα, που και πάλι η απάντησή του αφορά ατομική του πρακτική. Οι διανομείς υποστήριξαν ότι προσπαθούσαν να πωλήσουν στις τιμές τιμοκαταλόγου και όχι ότι υποχρεούνταν να το κάνουν. Θα ήταν άλλωστε παράδοξο να προσπαθεί η προσφεύγουσα να επιβάλει τιμές σε μια αγορά όπου ο πόλεμος τιμών είναι καθημερινό φαινόμενο, με την άκρως ανταγωνιστική χονδρεμπορική παρουσία των cash & carry. Κατά την προσφεύγουσα, η προσβαλλόμενη απόφαση, προκειμένου να στηρίξει την επικουρική αιτιολογία της ότι ο συγκεκριμένος όρος λειτούργησε εν τοις πράγμασι ως εστιακό σημείο από τους μεταπωλητές και εφαρμόστηκε ως πάγια τιμή, επικαλέσθηκε το

οριακό περιθώριο κέρδους τους, το οποίο όμως παρέλειψε αρχικά να εξετάσει. Από πλευράς της η προσφεύγουσα αναπλήρωσε την έλλειψη, προσκομίζοντας οικονομική ανάλυση της ..... και του καθηγητή ....., που επιβεβαιώνουν την επάρκεια του σχετικού ποσοστού. Πολλώ μάλλον ενόψει και άλλων παροχών που χορηγούσε η προσφεύγουσα. Τις αναλύσεις αυτές παρέλειψε η προσβαλλόμενη να εξετάσει, υποστηρίζοντας ότι δεν παρουσιάζουν τα στοιχεία εκάστου διανομέα. Αντ' αυτού προέβη οψίμως σε δική της ανάλυση, υποπίπτοντας όμως (κατά την προσφεύγουσα) σε σωρεία λαθών, με κυριότερο το ότι δεν εξέτασε το περιθώριο κέρδους της συγκεκριμένης δραστηριότητας διανομής μαργαρινών για την οποία ελέγχεται η προσφεύγουσα, αν και είναι γνωστό ότι οι διανομείς εμπορεύονται ευρεία γκάμα προϊόντων και όχι μόνο μαργαρίνη. Ακόμη, η Επιτροπή αγνόησε το γεγονός ότι δεν ήταν καν δυνατή από πλευράς της η παρακολούθηση των τιμών, όπως προκύπτει και από τις σελ.90-91 και 119 πρακτικών (βλ.σχ. μαρτυρικές καταθέσεις υπαλλήλων προσφεύγουσας στο πλαίσιο ακρόασης, κατά τις οποίες δεν ήταν δυνατή η παρακολούθηση αν δινόταν εκ των υστέρων έκπτωση με πιστωτικό και γενικά ότι δεν ήταν δυνατή η παρακολούθηση, ενόψει του μεγάλου αριθμού των τιμολογίων που αποστέλλονταν). Οι τιμές που κατά καιρούς της αποστέλλονταν ήταν οι ονομαστικές τιμές τιμολογίων και όχι οι τελικές, τις οποίες θα μπορούσαν να διαμορφώσουν εκ των υστέρων οι συνεργάτες με εκπτώσεις και πιστωτικά σχήματα. Η έλλειψη περαιτέρω ελέγχου τιμών προκύπτει και από τις μαρτυρίες των διανομέων. Ο μόνος τρόπος που θα μπορούσαν να μάθουν για τις τιμές ήταν από τους λιανεμπόρους και οι οποίοι θα διαμαρτύρονταν. Για τους πελάτες όμως των διανομέων που δεν ήταν μεγάλες αλυσίδες ή ήταν πελάτες του ίδιου του διανομέα δεν μπορούσαν να έχουν πληροφόρηση. Η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι κατά τις κατευθυντήριες γραμμές της Επιτροπής σχετικά με τις κάθετες παραβάσεις, η χρήση ενός συγκεκριμένου συνοδευτικού μέτρου, όπως η εφαρμογή μηχανισμού παρακολούθησης τιμών, ή η παροχή στον αγοραστή από τον προμηθευτή καταλόγου συνιστομένων ή ανώτατων τιμών δεν θεωρείται αφ' εαυτής ότι οδηγεί σε καθορισμό τιμών μεταπώλησης. Κατά την προσφεύγουσα, καμία σύνδεση δεν προκύπτει του δικαιώματος καταγγελίας της σύμβασης με την τιμολόγηση κάτω από τη μέγιστη τιμή, όπως άλλωστε δέχθηκε και η μειοψηφούσα γνώμη. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι εν προκειμένω δεν εξετάσθηκε η δυνατότητα αντιανταγωνιστικού αποτελέσματος στην αγορά, η οποία ήταν κρίσιμης σημασίας, αφού ο καθορισμός μέγιστων τιμών δεν ενέπιπτε αφ'εαυτού στο άρθρο 1 παρ.1 του ν.3959/2011, αλλά έπρεπε να αξιολογηθεί μόνο με βάση αντιανταγωνιστικά αποτελέσματα στην αγορά, αλλά και ενόψει του ότι ο υποτιθέμενος καθορισμός τιμών περιοριζόταν σε ένα περιορισμένο κανάλι χονδρεμπορίου. Αντίθετα μάλιστα, κατά την προσφεύγουσα, από τις

προσκομισθείσες από την ίδια μελέτες προέκυπτε η έλλειψη τέτοιου αποτελέσματος. Για την απόδειξη των ανωτέρω ισχυρισμών της, η προσφεύγουσα επικαλείται ή και προσκομίζει, μεταξύ άλλων: α) την έγγραφη δήλωση του....., Διευθύνοντας Συμβούλου της ....., ο οποίος βεβαιώνει ότι ουδέποτε του υποδείχθηκε ή επιβλήθηκε τιμή μεταπώλησης των προϊόντων που αγόραζε από την προσφεύγουσα, ότι η θέσπιση ελάχιστων τιμών θα ήταν παράλογη ενόψει του υπάρχοντος ανταγωνισμού, ότι ο ίδιος χρέωνε κάθε φορά στις τιμές που ήθελε, αναλόγως των συνθηκών και ότι οι παροχές που λάμβανε του άφηναν εύλογο περιθώριο κέρδους, αφού τα λειτουργικά κόστη των διανομέων ήταν αρκετά παρακάτω, β) την από 4-5-2018 αναφορά αξιολόγησης του κόστους εξυπηρέτησης του δικτύου μαργαρινών ειδικών συνεργατών της, που συντάχθηκε από την ....., με την οποία υπολογίζεται το εν λόγω λειτουργικό κόστος, για τα έτη 2009, 2013 και 2016, σε 5,46%, 5,16% και 4,98%, αντίστοιχα και γ) την προαναφερόμενη γνωμοδότηση..... Η γνωμοδότηση αυτή αναφέρεται στην εκπονηθείσα το 2011 ανάλυση του ΙΕΛΚΑ και περιλαμβάνει πίνακα ομαδοποιημένου ισολογισμού 78 λιανημπορικών επιχειρήσεων που δημοσιεύουν οικονομικές καταστάσεις. Βάσει του προσδιοριζόμενου από την ..... περιθωρίου κέρδους, εξετάζει κατά πόσο αυτό ήταν επαρκές για να μπορούν οι χονδρέμποροι να τιμολογούν ανταγωνιστικά αποκλίνοντας από τις μέγιστες τιμές μεταπώλησης που τους έθετε η προσφεύγουσα και καταλήγει ότι το καθαρό κέρδος του συνεργάτη ανερχόταν σε 3,02% για το έτος 2016, 2,84% για το 2013 και 2,54% για το 2009, το οποίο θεωρείται εύλογο για τη διαφοροποίηση σε σχέση με τις τιμές του τιμοκαταλόγου. Περαιτέρω, στην ίδια γνωμοδότηση σημειώνεται ότι οι συνεργάτες έλαβαν και πρόσθετες παροχές, οι οποίες αύξαναν το περιθώριο κέρδους (π.χ. το 2009 έλαβαν επιπρόσθετες παροχές .....ευρώ, που αντιστοιχούν στο 27% του περιθωρίου κέρδους - βλ.σχ.πίνακα παροχών ετών 2009-2013 promotion κλπ.) Ακόμη, στη γνωμοδότηση επισημαίνεται ότι οι μεταπωλητές δεν βασίζονταν στα προϊόντα της προσφεύγουσας, αλλά λειτουργούσαν με μια μεγάλη γκάμα δραστηριοτήτων (περιλαμβάνεται πίνακας με τζίρους ορισμένων συνεργατών) και ότι επομένως ήταν πιθανόν να τιμολογούσαν ανταγωνιστικά τα (κατά την εισήγηση must have brands) προϊόντα της προσφεύγουσας, ώστε να αποτελούν επιλογή για τους καταναλωτές, χωρίς μια τέτοια πολιτική να επηρεάζει τη βιωσιμότητά τους, αφού ο τζίρος που αντιστοιχούσε στην προσφεύγουσα ήταν μικρός. Η γνωμοδότηση καταλήγει ότι το περιθώριο κέρδους που παρείχε η προσφεύγουσα στους συνεργάτες της ήταν επαρκές για να καλύψουν τα λειτουργικά τους έξοδα και να έχουν επαρκές καθαρό περιθώριο κέρδους ώστε να προχωρούν σε τιμολόγηση διαφορετικές από τις μέγιστες τιμές του τιμοκαταλόγου. Τέλος, κατά τη γνωμοδότηση, το εύρος οποιουδήποτε πιθανολογούμενου καθορισμού τιμών

μεταπώλησης είναι περιορισμένο και από το γεγονός ότι το μεγαλύτερο κομμάτι διάθεσης των προϊόντων γινόταν απευθείας από την προσφεύγουσα.

32. Επειδή, επί των ανωτέρω ισχυρισμών η καθής προβάλλει ότι από τη συνδυαστική ερμηνεία του συγκεκριμένου όρου, εξεταζόμενου στο σύνολό του προκύπτει ότι τελικά ο μεταπωλητής ωθείτο να μην τιμολογεί σε άλλη τιμή πλην αυτής του τιμοκαταλόγου, κάτι που επιβεβαίωσαν και οι διανομείς στην πλειοψηφία τους. Επικουρικά, ακόμη και αν οι συγκεκριμένες τιμές συνιστούσαν ανώτατες τιμές, πάντως μπορούσαν να οδηγήσουν σε έμμεσο καθορισμό τιμών μεταπώλησης εφαρμοζόμενες με συνοδευτικά μέτρα όπως εν προκειμένω (σχ.αιτιολογία προσβαλλόμενης). Ο καθορισμός των τιμών μεταπώλησης τουλάχιστον μέχρι το 2011 αποδείχθηκε από τα στοιχεία ότι συνέβη στην πράξη. Κατά την καθής, η ανάλυση των περιθωρίων κέρδους των διανομέων αντικρούει πλήρως τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας περί εύλογου περιθωρίου κέρδους, η δε οικονομική ανάλυση της προσφεύγουσας στηρίχθηκε σε δικά της στοιχεία και όχι σε στοιχεία των διανομέων και όχι σε αντίστοιχα έτη της παράβασης (π.χ. στοιχεία του 2016). Άλλωστε δεν έχει σημασία αν το περιθώριο κέρδους των διανομέων επαρκούσε στη διενέργεια εκπτώσεων, αφού τελικά δεν αυτές δεν έγιναν. Η προσφεύγουσα εμμένει να αντιμετωπίζει τη στάση της Ε.Α. ως φορμαλιστική παραλείποντας να αναφέρει ότι υπήρχε συμβατικός όρος, που περιόριζε τους διανομείς στην τιμολόγηση των προϊόντων, καθώς και ότι από τα στοιχεία αποδείχθηκε ότι ο όρος αυτός εφαρμόστηκε στην πράξη.

33. Επειδή, κατ' αρχάς, όσον αφορά τα ιδιωτικά συμφωνητικά που συνήφθησαν με τους ανωτέρω διανομείς πριν το 2009, το Δικαστήριο λαμβάνοντας υπόψη, ότι σύμφωνα με τη ρητή διατύπωση των εν λόγω συμφωνητικών, όπως τούτα ίσχυσαν μέχρι τη σύναψη αυτών του έτους 2009, οι διανομείς υποχρεούνταν να μην τιμολογούν τα πωλούμενα προς τους πελάτες τους προϊόντα της προσφεύγουσας, μεταξύ των οποίων και τα προϊόντα μαργαρίνης, «πέραν» της εκάστοτε τιμής του τιμοκαταλόγου της εταιρείας, υποχρεούνταν «όμως» να εκπίπτουν από την τιμή αυτή του τιμοκαταλόγου όλες τις προσφορές, εκπτώσεις κλπ., που θα παρέχονταν σε αυτούς από την προσφεύγουσα και θα προορίζονταν προς τους πελάτες και συνεκτιμώντας ότι η λέξη «πέραν», κατά τα κοινώς γνωστά, δηλώνει είτε υπέρβαση κάποιου ορίου, ερμηνευόμενη ως «πάνω από», είτε προσθήκη, ερμηνευόμενη ως «εκτός από», άγεται στην κρίση ότι εν προκειμένω, η λέξη «πέραν», όπως τίθεται στην οικεία περίοδο, συνδυαζόμενη και με την αμέσως επόμενη περίοδο και ιδίως ενόψει της χρήσης (στην επόμενη περίοδο) του αντιθετικού συνδέσμου «όμως», είχε σαφώς την έννοια του «εκτός από» και όχι «πάνω από», ο συγκεκριμένος δε όρος δήλωνε την κατ' αρχήν υποχρέωση των διανομέων να μην πωλούν σε άλλη τιμή εκτός από τις εκάστοτε τιμές του

τιμοκαταλόγου της προσφεύγουσας, ήτοι να πωλούν ακριβώς σε αυτές τις τιμές, με εξαίρεση την περίπτωση χορήγησης εκ μέρους της προσφεύγουσας εκπτώσεων, προσφορών κλπ., προοριζόμενων για τους πελάτες, τις οποίες όφειλαν να εκπέσουν από τις ανωτέρω τιμές τιμοκαταλόγου. Η άποψη αυτή ενισχύεται και από τη μεταγενέστερη (με τα συναφθέντα εντός του 2009 και επόμενα συμφωνητικά) προσθήκη ρητού όρου, με τον οποίο παρεσχέθη για πρώτη φορά στους διανομείς η «δυνατότητα» έκπτωσης μέρους της αμοιβής τους, ασχέτως του αν δυνατότητα αυτή αξιοποιήθηκε. Επομένως, ο συγκεκριμένος όρος, όπως ίσχυε, αποτελούσε άμεσο καθορισμό πάγιων και όχι ανώτατων τιμών μεταπώλησης, όπως ορθά κρίθηκε από την καθής, απορριπτομένων των όσων αντίθετων υποστηρίζει η προσφεύγουσα ως αβάσιμων. Ο κατά τα ως άνω άλλωστε καθορισμός τιμών μεταπώλησης επιβεβαιώθηκε, τόσο από σχετικές απαντήσεις μεταπωλητών επί ερωτηματολογίων που ελήφθησαν κατά τη διάρκεια του ελέγχου, δύο εκ των οποίων χαρακτήρισαν ρητά τις τιμές ως πάγιες, οι δε λοιποί (5), μολοντί τις χαρακτήρισαν ως ενδεικτικές ή ανώτατες, πάντως συνομολόγησαν ότι αυτές εν τοις πράγμασι κατέληγαν να είναι πάγιες, χωρίς να αναιρείται μόνο από τις δηλώσεις του πιο πάνω μάρτυρα, όσο και από τα τιμολόγια – δελτία αποστολής που συνελέγησαν από τις σχετικές εταιρείες διανομίων, από τα οποία προέκυπτε με σαφήνεια ότι τιμές μεταπώλησης ήταν εν τοις πράγμασι πάγιες. Εξάλλου, απορριπτός ως αβάσιμος είναι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί χορήγησης έκπτωσης στους πελάτες των διανομίων εκ των υστέρων, αφού κάτι τέτοιο δεν προέκυψε από τα στοιχεία του φακέλου (προαναφερόμενα τιμολόγια), αλλά ούτε και το ισχυρίστηκαν οι ίδιοι οι διανομείς. Περαιτέρω, εφόσον εν προκειμένω, κατά τα ήδη κριθέντα, ο καθορισμός των τιμών μεταπώλησης καθοριζόταν απευθείας, άμεσα, με τις οικείες συμβατικές διατάξεις, οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί περιθωρίου κέρδους των διανομίων, παρακολούθησης τιμών και δυνατότητας καταγγελίας σύμβασης, οι οποίοι ισχυρισμοί βάλλουν κατά της επικουρικής αιτιολογίας της Ε.Α. περί έμμεσου καθορισμού τιμών μεταπώλησης, προβάλλονται αλυσιτελώς. Κατόπιν των ανωτέρω, το Δικαστήριο κρίνει ότι κατά τη διάρκεια ισχύος των ιδιωτικών συμφωνητικών που υπεγράφησαν μεταξύ προσφεύγουσας και διανομίων, κατά τα έτη 1996, 1998-1999, 2000-2001, 2002-2004, 2005-2007 και ίσχυσαν μέχρι και την υπογραφή των ιδιωτικών συμφωνητικών του 2009 υπήρχαν συμβατικοί όροι άμεσου καθορισμού τιμών μεταπώλησης, οι οποίοι συνιστούσαν ιδιαίτερα σοβαρό εξ αντικειμένου περιορισμό του ανταγωνισμού και οι οποίοι, λαμβανομένου υπόψη του περιεχομένου τους, των σκοπών, τους οποίους επιδίωκαν και του οικονομικού και νομικού πλαισίου στο οποίο εντάσσονταν, ήταν αντίθετες με τις διατάξεις των άρθρων 1 παρ. 1 ν. 703/1977 και 1 παρ. 1 ν. 3959/11 καθώς και των άρθρων 81 παρ. 1 ΣυνθΕΚ και

101 παρ. 1 ΣΛΕΕ, όπως ορθά κρίθηκε και από την Επιτροπή Ανταγωνισμού, απορριπτέων των όσων αντίθετων προβάλλει η προσφεύγουσα ως αβάσιμων. Εξάλλου, εφόσον, όπως κρίθηκε, εν προκειμένω επρόκειτο για εξ αντικειμένου περιορισμό του ανταγωνισμού, σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν στη με αριθμό 6 σκέψη της παρούσας, δεν ασκεί επιρροή το αν ο συγκεκριμένος καθορισμός τιμών είχε αποτελέσματα στην αγορά, απορριπτομένου του ισχυρισμού της προσφεύγουσας περί μη απόδειξης αντιανταγωνιστικού αποτελέσματος ως αλυσιτελούς. Για τον ίδιο λόγο είναι αλυσιτελής και ο ισχυρισμός της περί περιορισμένης εφαρμογής του σχετικού όρου σε περιορισμένο κανάλι χονδρεμπορίου. Ούτε άλλωστε προκύπτει αλλά ούτε και αποδεικνύεται από την προσφεύγουσα, ότι το σχετικώς περιορισμένο ποσοστό πωλήσεων της μέσω χονδρεμπόρων σε σχέση με τις αντίστοιχες πωλήσεις της μέσω σούπερ μάρκετ (20% των συνολικών πωλήσεων) συνιστά ειδική περίπτωση, η οποία μπορεί, κατ' εξαίρεση του ισχύοντος γενικού κανόνα, να μην επιτρέψει στην επίμαχη συμφωνία να περιορίσει τον ανταγωνισμό (βλ.σχ.ΔΕΕ Προτάσεις ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ MICHAL BOBEK της 5ης Σεπτεμβρίου 2019 Υπόθεση C-228/18, σκ.43-49).

34. Επειδή, περαιτέρω, αναφορικά με τα ιδιωτικά συμφωνητικά που συνήφθησαν από το 2009 και μετά, στα οποία υπήρξε διαφοροποίηση του συγκεκριμένου όρου, με πρόβλεψη του δικαιώματος των μεταπωλητών να εκπίπτουν μέρος της αμοιβής τους προς τους πελάτες τους, το Δικαστήριο, λαμβάνει υπόψη ότι, όπως προέκυψε από τους επιτόπιους ελέγχους της Ε.Α.: α)παρά τη μεταβολή του ανωτέρω όρου στα οικεία συμφωνητικά με την παροχή στους διανομείς της δυνατότητας να εκπίπτουν ελεύθερα οποιοδήποτε μέρος της αμοιβής τους, οι ερωτηθέντες διανομείς συνομολόγησαν ότι συνέχισαν να τιμολογούν τα προϊόντα τους όπως και στο παρελθόν (βάσει των τιμών τιμοκαταλόγου της προσφεύγουσας), είτε γιατί θεωρούσαν ότι ο όρος δεν είχε αλλάξει στην ουσία, είτε γιατί, κατά τις δηλώσεις τους, δεν είχαν επαρκές περιθώριο κέρδους, β)από την ηλεκτρονική επικοινωνία της προσφεύγουσας με τους ανωτέρω διανομείς προέκυψε ότι αυτή καθόριζε συγκεκριμένα ποσοστά εκπτώσεων, που θα χορηγούσαν οι διανομείς στους λιανοπωλητές τους και σε συγκεκριμένα προϊόντα, καθοδηγώντας τους στην ουσία ως προς τις τηρούμενες τιμές μεταπώλησης, με χαρακτηριστική την περιλαμβανόμενη σε ηλεκτρονικό μήνυμα δήλωση εκπροσώπου της προσφεύγουσας, κατά την οποία η εταιρεία αποφάσισε να μειώσει «τις τελικές τιμές καταναλωτή», γ) οι διανομείς τηρούσαν επακριβώς τις υποδείξεις της προσφεύγουσας, τιμολογώντας τα προϊόντα της μαργαρίνης, βάσει των τιμών τιμοκαταλόγου της προσφεύγουσας και χορηγώντας αποκλειστικά τις υποδεικνυόμενες από την προσφεύγουσα εκπτώσεις, ανεξαρτήτως του αν το περιθώριο κέρδος τους, τους έδινε

τη δυνατότητα να μειώσουν περαιτέρω τις τιμές, δ)κατ' αυτό τον τρόπο οι κατά τα ανωτέρω καθοριζόμενες τιμές της προσφεύγουσας κατέληγαν εν τοις πράγμασι να είναι πάγιες, ε)η προσφεύγουσα έλεγχε τις τηρούμενες από τους διανομείς τιμές μεταπώλησης, ιδίως μέσω αποστολής τιμολογίων, έστω και αν δεν επέβαλε τελικά σε αυτούς κυρώσεις και στ)η μη απόκλιση εκ μέρους των μεταπωλητών από τις τιμές τιμοκαταλόγου και την εμπορική πολιτική της προσφεύγουσας δικαιολογούνταν και από την, κατά τα ανωτέρω, ισχυρή θέση της προσφεύγουσας στην ελληνική αγορά προϊόντων μαργαρίνης (χαρακτηριστική η δήλωση μεταπωλητή ότι στην ουσία πουλούσε τα προϊόντα μαργαρίνης της προσφεύγουσας προκειμένου να «μπει» στα σούπερ μάρκετ και να πουλά και άλλα προϊόντα) και την ασήμαντη διαπραγματευτική δύναμη ενός εκάστου μεταπωλητή έναντι αυτής. Ενόψει τούτων, σύμφωνα και με όσα έγιναν ερμηνευτικώς δεκτά στις με αριθμό 6 έως 8 σκέψεις της παρούσας, κρίνει ότι, παρά τη διαφοροποίηση του επίμαχου όρου στα συναφθέντα από το 2009 και μετά ιδιωτικά συμφωνητικά, πάντως, ο όρος αυτός έτυχε έμπρακτης εφαρμογής από τους διανομείς, σε συνεργασία με την προσφεύγουσα, μέσω της μεταπώλησης των προϊόντων μαργαρίνης της προσφεύγουσας, από αυτούς σε συγκεκριμένες τιμές, ήτοι αυτές του τιμοκαταλόγου της προσφεύγουσας και με συγκεκριμένες κατευθυνόμενες από αυτήν εκπτώσεις και μετά την υπογραφή των ιδιωτικών συμφωνητικών του 2009, έως και τουλάχιστον το τέλος του 2011. Η έμπρακτη δε αυτή εφαρμογή των πιο πάνω τιμών, είχε ως αποτέλεσμα την ενίσχυση της διαρθρωτικής ακαμψίας των τιμών, μέσω της ευθυγράμμισης των τιμών στα οποία πωλούσαν προϊόντα οι διανομείς του προμηθευτή και ως εκ τούτου παρήγαγε αντι-ανταγωνιστικά αποτελέσματα στην εν λόγω αγορά, υπό τη μορφή άμβλυνσης του ενδοσηματικού ανταγωνισμού, με αποτέλεσμα να παραβιάζονται ομοίως οι διατάξεις των άρθρων 1 παρ. 1 ν. 703/1977 και 1 παρ. 1 ν. 3959/11 καθώς και των άρθρων 81 παρ. 1 ΣυνθΕΚ και 101 παρ. 1 ΣΛΕΕ, κατά τους βάσιμους ισχυρισμούς της καθής, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της προσφεύγουσας ως αβάσιμων. Εξάλλου, αλυσιτελής είναι ο ισχυρισμός της περί ύπαρξης επαρκούς περιθωρίου κέρδους των διανομέων, αφού σε κάθε περίπτωση αυτό δεν τους απέτρεψε από το να εφαρμόσουν τις συγκεκριμένες τιμές, ως πάγιες. Ομοίως αλυσιτελής είναι ο ισχυρισμός της περί έλλειψης (ειδικού) μηχανισμού παρακολούθησης τιμών και επιβολής κυρώσεων, αφού, κατά τα εκτεθέντα στη με αριθμό 6 σκέψη της παρούσας, η απουσία των ανωτέρω δεν είναι νομικά κρίσιμη για τη στοιχειοθέτηση της παράβασης. Τέλος, απορριπτέοι είναι και οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί χορήγησης έκπτωσης στους πελάτες των διανομέων εκ των υστέρων και περί πωλήσεων σε περιορισμένο κανάλι χονδρεμπορίου, κατά τα ήδη αναλυτικά εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη.



35. Επειδή, αναφορικά με την αποδιδόμενη παράβαση κατανομής περιοχών και πελατών, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι αυτή δεν εδράζεται επί συγκεκριμένου, περιοριστικού όρου, αλλά συνάγεται εμμέσως από την αναγραφή ορισμένης «περιοχής δραστηριότητας του συνεργάτη», παρ' όλο που ουδόλως επισημαίνεται ως αποκλειστική. Η Επιτροπή υιοθέτησε άκριτα την πιο επιζήμια για την εταιρεία ερμηνεία, ενώ αντίθετα στην υπόθεση της ..... πείσθηκε από τις μαρτυρίες διανομέων ότι στην πράξη δεν υπήρχε περιορισμός παθητικών πωλήσεων παρά την ύπαρξη ρητής απαγόρευσης. Εν προκειμένω είναι προφανές ότι ο σχετικός όρος προσδιορίζει απλώς το περιεχόμενο της κατ' αρχήν γεωγραφικής περιοχής εκάστου συνεργάτη. Επί της ουσίας άλλωστε, η επιλογή των περιοχών εκάστου συνεργάτη δεν ήταν απόφαση ή υπόδειξη της ίδιας αλλά μια δεδομένη παράμετρος που ήδη υπήρχε στον εκάστοτε συνεργάτη κατά την έναρξη της συνεργασίας, βάσει της μέχρι τότε δραστηριοποίησής του σε ορισμένη περιοχή. Σχετικά επικαλείται την κατάθεση του μάρτυρά της στη διοικητική διαδικασία (σελ.82 πρακτικών) και την ένορκη κατάθεση του κ ....., οι οποίοι επιβεβαιώνουν ότι δεν υπήρχαν αποκλειστικότητες (βλ. σχ. προσκομιζόμενη ένορκη βεβαίωση, κατά την οποία ο κάθε συνεργάτης είχε μια βασική περιοχή στην οποία είχε επιλέξει να δραστηριοποιείται επαγγελματικά). Άλλωστε τα ίδια προκύπτουν και από τις απαντήσεις των διανομέων, κατά τους οποίους το συγκεκριμένο θέμα αποτελούσε δική τους επιχειρηματική απόφαση. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα προσκομίζει και την προαναφερθείσα δήλωση του....., εκπροσώπου διανομέα, στην οποία αυτός ισχυρίζεται ότι όταν ξεκίνησε τη συνεργασία με την προσφεύγουσα είχε ήδη οργανωθεί και λειτουργούσε σε συγκεκριμένη περιοχή, εξήγησε δε στην προσφεύγουσα ότι η υποδομή της εταιρείας δεν επαρκούσε για την κάλυψη της συγκεκριμένης περιοχής. Κατά την προσφεύγουσα, η ανωτέρω πρακτική της δεν είχε να κάνει με θέμα αποκλειστικότητας (περιοχής). Ούτε μπορεί (κατά την άποψή της) να θεωρηθεί πειστική η δήλωση ενός και μόνο διανομέα αλλά ούτε και αιτιολογείται γιατί θεωρείται μείζονος αποδεικτικής αξίας σε σχέση με τις λοιπές μαρτυρίες των διανομέων της. Τέλος, ποτέ δεν απέστειλε εγκυκλίους, ούτε άσκησε οποιαδήποτε παρέμβαση στο θέμα των περιοχών. Όσον αφορά την κατανομή πελατείας, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ο περιορισμός αφορούσε αποκλειστικά τους διανομείς που εξυπηρετούσαν τις κεντρικές συμφωνίες με τα σούπερ μάρκετ. Στην ουσία πρόκειται για μια νομική και εμπορική αναγκαιότητα να διασφαλισθεί η εξυπηρέτηση των εν λόγω πελατών κατά τρόπο που θα αποδοθεί στον πελάτη το συμφωνημένο ελάχιστο επίπεδο παροχών και θα διασφαλισθεί η ικανοποιητική εξυπηρέτησή του. Εφόσον δε ο όρος αφορούσε αμιγώς το ότι οι συνεργάτες δεν θα κάλυπταν συγκεκριμένους πελάτες σούπερ μάρκετ, οι οποίοι θα εξυπηρετούνταν κεντρικά από την ίδια, αδυνατεί να αντιληφθεί σε τι

συνίσταται η παράβαση.

36. Επειδή, επί του ως άνω ισχυρισμού, η καθής ισχυρίζεται ότι τα ιδιωτικά συμφωνητικά προέβλεπαν τους ανωτέρω περιορισμούς, από δε τα στοιχεία του φακέλου, που εξετάσθηκαν, δεν αποδείχθηκε η διενέργεια ενεργητικών πωλήσεων από τους διανομείς σε γεωγραφικές περιοχές, εκτός των περιοχών δραστηριοποίησής τους. Παρ' ότι δε ορισμένοι διανομείς δήλωσαν ότι τους είχαν προσεγγίσει πελάτες από άλλες γεωγραφικές περιοχές, δεν προσκομίσθηκαν αποδεικτικά στοιχεία, που να επιβεβαιώνουν τη διενέργεια παθητικών πωλήσεων. Κατά την καθής, η σύγκριση που επιχειρεί να κάνει η προσφεύγουσα με άλλη απόφαση της Ε.Α. προβάλλεται άνευ ουσίας και αλυσιτελώς.

37. Επειδή, με τα δεδομένα αυτά, το Δικαστήριο λαμβάνει υπόψη ότι: α) στα ιδιωτικά συμφωνητικά της προσφεύγουσας με τους ανωτέρω διανομείς, ήδη από το 1996 προβλεπόταν η διάθεση από τους διανομείς, των προϊόντων της προσφεύγουσας εντός συγκεκριμένων, κάθε φορά, γεωγραφικών νομών περιοχών και σε καταστήματα που δεν εξυπηρετούνταν από την ίδια, ενώ οι διανομείς δεν δικαιούνταν να προβαίνουν σε πωλήσεις σε πελατολόγιο (αποκλειστική ομάδα πελατών) που εξυπηρετούσε η προσφεύγουσα, β) ενόψει της γενικής αναφοράς στα συμφωνητικά του όρου «πωλήσεις» χωρίς περαιτέρω εξειδίκευση, είναι προφανές ότι ο συγκεκριμένος όρος περιλάμβανε όλα τα είδη πωλήσεων, ήτοι και τις ενεργητικές και τις παθητικές πωλήσεις, γ) με εξαίρεση το συμφωνητικό του 1996, το σύστημα που εγκαθίδρυσε η προσφεύγουσα σε όλα τα επόμενα συμφωνητικά δεν έφερε τα χαρακτηριστικά αποκλειστικής διανομής ή αποκλειστικής κατανομής πελατείας, στα δε συναφθέντα από το 2000 και μετά συμφωνητικά οριζόταν ρητά ότι η προσφεύγουσα διατηρούσε το δικαίωμα να διαθέτει τα προϊόντα της και σε άλλους μεταπωλητές της ίδιας περιοχής, δ) από τους ερωτηθέντες διανομείς, οι περισσότεροι δήλωσαν ότι δεν είχαν προσεγγίσει οι ίδιοι, αλλά και ούτε τους είχαν προσεγγίσει πελάτες από άλλες γεωγραφικές περιοχές, καθώς και ότι δεν πωλούσαν και δεν τους είχαν προσεγγίσει πελάτες της προσφεύγουσας, είτε λόγω συμβατικής υποχρέωσης, είτε λόγω κόστους (κλπ.), ε) όσοι διανομείς δήλωσαν ότι είχαν τη δυνατότητα και τελικώς διενέργησαν ενεργητικές ή παθητικές πωλήσεις σε άλλη περιοχή, δεν απέδειξαν τους ισχυρισμούς τους, μάλιστα δε σε σχέση με τον ένα εξ αυτών προέκυψε ότι δεν μπορούσε να διενεργήσει πωλήσεις σε άλλη περιοχή, ακόμη και κατόπιν έντονων πιέσεων πελατών, η δε προσφεύγουσα, όχι μόνο τελούσε σε γνώση του γεγονότος αυτού, αλλά και επέβαλε στην ουσία οι σχετικές πωλήσεις να γίνονται αποκλειστικά εντός της περιοχής εκάστου διανομέα (σχετ. η από 22-6-2005 αλληλογραφία του με την προσφεύγουσα). Περαιτέρω, όσοι διανομείς δήλωσαν ότι τους είχαν προσεγγίσει και είχαν διενεργήσει πωλήσεις σε πελάτες της προσφεύγουσας, προσκόμισαν στοιχεία

(τιμολόγια) μόνο για τα έτη 2011 και 2012, ήτοι μετά την κατάργηση του οικείου συμβατικού όρου, στ)με τα προαναφερόμενα συμφωνητικά, η προσφεύγουσα, πέραν των ως άνω περιορισμών, εκμεταλλεζόμενη την ισχύ της στην αγορά και την έλλειψη διαπραγματευτικής ισχύος των διανομέων, διατηρούσε υπέρ αυτής το δικαίωμα να αυξομειώνει μονομερώς τον κατάλογο των πελατών, αλλά και την περιοχή δραστηριοποίησης των μεταπωλητών, όρος, ο οποίος λειτουργούσε συμπληρωματικά, επιτείνοντας το αποτέλεσμα στεγανοποίησης, ζ)στα ιδιωτικά συμφωνητικά που υπεγράφησαν το 2009, ναι μεν απαλείφθηκε η αναφορά σε συγκεκριμένη γεωγραφική περιοχή και αναφερόταν μόνο η διάθεση των προϊόντων «εντός της περιοχής στην οποία ο μεταπωλητής δραστηριοποιείται επιχειρηματικά», όπως όμως προκύπτει από τη γραμματική ερμηνεία του συγκεκριμένου όρου, συνδυαστικά εξεταζόμενου με το προοίμιο εκάστου ιδιωτικού συμφωνητικού, και δη της φράσης «...λόγω της προηγηθείσης μεταξύ τους εμπορικής συνεργασίας, ... αναλαμβάνει να συνεχίσει την διάθεση των προϊόντων αυτών εντός της περιοχής στην οποία ο μεταπωλητής δραστηριοποιείται επιχειρηματικά ...»), ο επίμαχος περιορισμός των ενεργητικών και παθητικών πωλήσεων από τον εκάστοτε μεταπωλητή προς τους λιανεμπόρους που δραστηριοποιούνταν εκτός της περιοχής, στην οποία του είχε ανατεθεί να διανέμει τα προϊόντα της προσφεύγουσας, εξακολούθησε να υφίσταται (χωρίς μάλιστα να χορηγείται ταυτόχρονα σε έκαστο εξ αυτών εδαφική προστασία υπό την έννοια αποκλειστικής παραχωρηθείσας περιοχής). Αντίθετα, μετά το 2009 καταργήθηκε συμβατικά η απαγόρευση παθητικών πωλήσεων στην αποκλειστική ομάδα πελατών προσφεύγουσας και η)στη διάρκεια ισχύος των επίμαχων όρων η προσφεύγουσα διέθετε επιπροσθέτως τη δυνατότητα, κατά τα ήδη εκτεθέντα στη με αριθμό 15 σκέψη της παρούσας, αφενός να ελέγχει τα στοιχεία πώλησης των διανομέων, διατηρώντας πλήρη έλεγχο, μεταξύ άλλων, των σημείων διανομής των μεταπωλητών της, αφετέρου να καταγγέλλει τη σύμβαση, για παράβαση οποιουδήποτε όρου (άρα και αυτού περί δραστηριοποίησης σε ορισμένη περιοχή και σε σχέση με συγκεκριμένους πελάτες). Ενόψει τούτων, κρίνει ότι η προσφεύγουσα προέβη πράγματι σε απαγόρευση ενεργητικών και παθητικών πωλήσεων από τον εκάστοτε μεταπωλητή – διανομέα προς τους λιανεμπόρους που δραστηριοποιούνταν εκτός της περιοχής, στην οποία του είχε ανατεθεί να διανέμει (χωρίς μάλιστα να χορηγεί ταυτόχρονα σε έκαστο εξ αυτών εδαφική προστασία υπό την έννοια αποκλειστικής παραχωρηθείσας περιοχής), κατά τη διάρκεια ισχύος των ιδιωτικών συμφωνητικών που υπεγράφησαν κατά τα έτη 1998 (αναφορικά με την απαγόρευση ενεργητικών πωλήσεων) και 1996 (αναφορικά με την απαγόρευση παθητικών πωλήσεων) έως τουλάχιστον 31-12-2017, καθώς και σε απαγόρευση παθητικών πωλήσεων στην αποκλειστική ομάδα πελατών της ίδιας εντός της

εκάστοτε ως άνω περιοχής δραστηριοποίησης κατά τη διάρκεια ισχύος των ιδιωτικών συμφωνητικών που υπεγράφησαν κατά τα έτη 1996 έως και 2009, κατά παράβαση των άρθρων 1 παρ. 1 του ν. 703/77, 1 παρ. 1 του ν. 3959/11 καθώς και 81 παρ. 1 ΣυνθΕΚ και 101 παρ. 1 ΣΛΕΕ. Όσα δε αντίθετα υποστηρίζει αυτή με την προσφυγή της πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμα. Ειδικότερα αβάσιμος είναι ο ισχυρισμός της περί εσφαλμένης ερμηνείας του επίμαχου όρου, καθόσον από τη διατύπωση του όρου αυτού (καθορισμός συγκεκριμένων περιοχών δραστηριοποίησης διανομέων – αδυναμία πώλησης σε καταστήματα εξυπηρετούμενα από προσφεύγουσα), με ταυτόχρονη μάλιστα δυνατότητα της προσφεύγουσας να αυξομειώνει κατά την ανέλεγκτη κρίση της τις περιοχές αυτές δραστηριοποίησης των διανομέων και τον κατάλογο των πελατών της, προκύπτει σαφώς ότι με τον εν λόγω όρο η προσφεύγουσα απαγόρευε τις πωλήσεις των διανομέων εκτός των καθορισμένων περιοχών και σε πελατολόγιο της ίδιας, κάτι που επιβεβαιώθηκε άλλωστε και από τα λοιπά ευρήματα του ελέγχου. Περαιτέρω, οι ανωτέρω διαπιστώσεις δεν αναιρούνται από τις πιο πάνω μαρτυρίες – δηλώσεις, που επικαλείται η προσφεύγουσα, αφού, ανεξαρτήτως του ότι αυτές δεν λήφθηκαν σε ανύποπτο χρόνο (όπως οι απαντήσεις των διανομέων στα σχετικά ερωτηματολόγια), πάντως δεν συνεπικουρούνται από άλλα στοιχεία που να αποδεικνύουν τα όσα ισχυρίζονται οι ανωτέρω μάρτυρες, ενόψει και των στοιχείων που ήδη αναφέρθηκαν. Τέλος, απορριπτός είναι και ο ισχυρισμός της ότι ο όρος περί απαγόρευσης παθητικών πωλήσεων σε πελάτες της αφορούσε αποκλειστικά τους διανομείς που εξυπηρετούσαν τις κεντρικές συμφωνίες με τα σούπερ μάρκετ και συνεπώς επρόκειτο για μια νομική και εμπορική αναγκαιότητα να διασφαλισθεί η εξυπηρέτηση των εν λόγω πελατών, καθόσον, όπως διευκρινίσθηκε και από την Ε.Α., η συγκεκριμένη παράβαση εστιάζεται στην απαγόρευση των μεταπωλητών να προβαίνουν σε παθητικές πωλήσεις σε πελάτες που η προσφεύγουσα είχε αποφασίσει να διανέμει απευθείας (αποκλειστική ομάδα πελατών) και δεν αφορά την τοπική εξυπηρέτηση των ομίλων αγορών, για τους οποίους υφίστατο ειδικότερος συμβατικός όρος, που άλλωστε δεν είχε κριθεί παραβατικός (σχετ.παρ.567, 754 προσβαλλόμενης).

38. Επειδή, περαιτέρω, στην παρ. 1 του άρθρου 9 του Ν.703/1977 (όπως αντικαταστάθηκε από την παρ.2 του άρθρου 16 του Ν.3373/2005 -ΦΕΚ Α΄188) 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 απόφασή της: α) ..., β) ... , γ) ..., δ)... ε)... στ) να επιβάλει πρόστιμο στις επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων που υπέπεσαν στην

παράβαση» και στην παρ.2 του ίδιου άρθρου (όπως αντικαταστάθηκε από την παρ.6 του άρθρου 4 του Ν.2296/1995) ότι: «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 τρέχουσας ή της προηγούμενης της παράβασης χρήσης. Για τον καθορισμό του ύψους του προστίμου πρέπει να λαμβάνονται υπόψη η σοβαρότητα και η διάρκεια της παράβασης...». Ακολούθως, με το άρθρο 25 του ν. 3959/2011, ο οποίος ισχύει από 20-4-2011, ημερομηνία κατά την οποία καταργήθηκε ο ν. 703/1977, ο οποίος ισχύει από 20-4-2011, ημερομηνία κατά την οποία καταργήθηκε ο ν. 703/1977, ορίζεται ότι: «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)..... 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. 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. Σε περίπτωση ομίλου εταιρειών, για τον υπολογισμό του προστίμου, λαμβάνεται υπόψη ο συνολικός κύκλος εργασιών του ομίλου. 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).....». Από τον συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει ότι με τις προγενέστερες διατάξεις του ν. 703/1977, όπως ίσχυαν, το πρόστιμο που επαπειλείται ή επιβάλλεται για την προκείμενη περίπτωση έφθανε έως το 15% 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, ενώ με τις διατάξεις του άρθρου 25

του νεότερου ν. 3959/2011, το πρόστιμο αυτό 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, με αποτέλεσμα οι τελευταίες αυτές διατάξεις του ν. 3959/2011 να είναι ευνοϊκότερες, ως προς το ύψος του επιβλητέου προστίμου. Κατά συνέπεια, εν προκειμένω, όπου η παράβαση συνεχιζόταν και κατά την ισχύ του τελευταίου και ευνοϊκότερου ως προς το ύψος του επιβλητέου προστίμου νόμου 3959/2011, έχουν εφαρμογή οι τελευταίες αυτές διατάξεις (πρβλ. 2465/2015, 722/2014 κ.α.).

39. Επειδή, στην από 12-5-2006 ανακοίνωση της Επιτροπής Ανταγωνισμού σχετικά με τις κατευθυντήριες γραμμές για τον υπολογισμό των προστίμων που επιβάλλονται δυνάμει του άρθρου 9 του ν. 703/1977, όπως ισχύει, ορίζεται 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. 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. . . 10. Προκειμένου να αξιολογηθεί η σοβαρότητα της παράβασης, η Επιτροπή λαμβάνει υπόψη της ιδίως το είδος της παράβασης, τα αντιανταγωνιστικά αποτελέσματα που προκλήθηκαν ή απειλήθηκε να προκληθούν στην αγορά, το ειδικό βάρος κάθε επιχείρησης στην παράβαση, το οικονομικό όφελος που αποκόμισαν ή επιδίωξαν να αποκομίσουν οι παραβάτες, την οικονομική δύναμη της/των επιχειρήσεων που παραβιάζουν τους κανόνες ανταγωνισμού στη σχετική αγορά και την έκταση της γεωγραφικής αγοράς. 11. . . 14. Το βασικό ποσό του προστίμου μπορεί να προσαυξάνεται, εάν συντρέχουν επιβαρυντικές περιστάσεις, όπως:- όταν η εμπλεκόμενη επιχείρηση έχει διαπράξει στο παρελθόν διαπιστωμένη παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού. -....15. Το βασικό ποσό του προστίμου μπορεί να μειώνεται, εάν συντρέχουν ελαφρυντικές περιστάσεις, όπως: . . . . .».

40. Επειδή, σύμφωνα με τις ρυθμίσεις του άρθρου 25 του ν.3959/2011, το μέγιστο του επιβαλλόμενου προστίμου, το οποίο σκοπεί όχι μόνο να κολάσει τις παράνομες πράξεις των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων, αλλά και να αποτρέψει τόσο τις εν λόγω επιχειρήσεις, όσο

και άλλους επιχειρηματίες από τη μελλοντική παράβαση των κανόνων του δικαίου του ανταγωνισμού, ορίζεται με βάση τα συνολικά ακαθάριστα έσοδα της επιχείρησης, κατά την τρέχουσα ή την προηγούμενη της παράβασης χρήση, τα οποία αποτελούν ένδειξη, έστω κατά προσέγγιση και ατελή, του μεγέθους και της οικονομικής ισχύος της επιχείρησης, ήτοι στοιχείων που μπορούν νομίμως να ληφθούν υπόψη για την εκτίμηση της σοβαρότητας της παράβασης (βλ. ΣΤΕ 2365/2013 επταμ.). Κατά την έννοια της ρύθμισης αυτής, ερμηνευόμενης ενόψει και των αρχών της αναλογικότητας, της αποτελεσματικότητας και της επαρκούς αποτρεπτικότητας του προστίμου (βλ. ΣΤΕ 2365/2013 επταμ.), το οριζόμενο μέγιστο ύψος του ισχύει χωριστά για κάθε παράβαση που είναι αυτοτελής, κατά το περιεχόμενο και το είδος της, ενώ σε περίπτωση που τέτοια παράβαση διαρκεί περισσότερα συναπτά έτη, αυτή δεν λογίζεται ως αυτοτελής για κάθε έτος, αλλά εξακολουθούσα και ενιαία χρονικώς, ώστε το προβλεπόμενο στο νόμο ανώτατο όριο (πλαφόν) να ισχύει για τη συνολική διάρκεια της αποδιδόμενης παράβασης. Περαιτέρω, κατά την έννοια των ίδιων ρυθμίσεων, για τον προσδιορισμό του ως άνω πλαφόν δεν λαμβάνεται υπόψη το άθροισμα των συνολικών ακαθάριστων εσόδων της επιχείρησης σε καθεμία από τις χρήσεις κατά τις οποίες διαπιστώνεται η παράβαση αλλά ο συνολικός κύκλος εργασιών της επιχείρησης σε μία μόνο χρήση και συγκεκριμένα, σε εκείνη κατά την οποία έπαυσε η παράβαση. Εξάλλου, οι κατευθυντήριες γραμμές τις οποίες εκδίδει η Επιτροπή Ανταγωνισμού, προς ενίσχυση της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των επιχειρήσεων, αναφορικά με τον υπολογισμό των προστίμων που επιβάλλει, βάσει των ως άνω άρθρων, μπορεί μεν, στο μέτρο που ενέχουν αυτοπεριορισμό της ως προς τον τρόπο άσκησης της διακριτικής της ευχέρειας κατά την επιμέτρηση των προστίμων, να δεσμεύουν καταρχήν την Επιτροπή και, κατά τούτο, να παράγουν έννομα αποτελέσματα, αλλά δεν αποτελούν κανόνες δικαίου και η εφαρμογή τους από τη Διοίκηση δεν υποχρεώνει το Διοικητικό Εφετείο να τους εφαρμόσει, όταν αποφαίνεται επί προσφυγής κατά της οικείας καταλογιστικής πράξης της Επιτροπής Ανταγωνισμού και προβαίνει, κατ' ενάσκηση της αρμοδιότητάς του πλήρους δικαιοδοσίας, στον καθορισμό του προσήκοντος ύψους του προστίμου (βλ. ΣΤΕ 2365/2013 επταμ., ΣΤΕ 1881/2014).

41. Επειδή, τέλος, κατά πάγια νομολογία του ΔΕΕ, παράβαση του άρθρου 101, παράγραφος 1, ΣΛΕΕ (αντίστοιχη διάταξη άρθρων 1 ν.703/77 και 3959/2011) μπορεί να προκύπτει όχι μόνον από μεμονωμένη πράξη, αλλά και από σειρά πράξεων ή ακόμη και από συνεχιζόμενη συμπεριφορά, έστω και αν ένα ή περισσότερα στοιχεία αυτής της σειράς πράξεων ή της συνεχιζόμενης συμπεριφοράς θα μπορούσαν επίσης να αποτελέσουν, εξεταζόμενα αφ' εαυτών και μεμονωμένα, παράβαση της εν λόγω διάταξης. Συγκεκριμένα, όταν οι διάφορες πράξεις εντάσσονται σε ένα «συνολικό σχέδιο», λόγω του ότι επιδιώκουν

τον ίδιο σκοπό, ήτοι τη νόθευση του ανταγωνισμού στην εσωτερική αγορά, η Επιτροπή δικαιούται να καταλογίσει την ευθύνη για τις πράξεις αυτές αναλόγως της συμμετοχής στην παράβαση, η οποία λαμβάνεται υπόψη στο σύνολό της. Εξάλλου, προκειμένου να χαρακτηριστούν διάφορες ενέργειες ως ενιαία και διαρκής παράβαση, πρέπει να επαληθεύεται αν εμφανίζουν μεταξύ τους δεσμό συμπληρωματικότητας υπό την έννοια ότι κάθε μία από αυτές σκοπεί στην αντιμετώπιση μιας ή περισσότερων συνεπειών της κανονικής λειτουργίας του ανταγωνισμού και συντείνουν, μέσω της αλληλεπίδρασής τους, στην επέλευση του συνόλου των αντιθέτων προς τον ανταγωνισμό αποτελεσμάτων τα οποία επιδίωξαν όσοι ενήργησαν στο πλαίσιο ενός σφαιρικού σχεδίου επιδιώκοντας ενιαίο σκοπό. Αντιθέτως, η προϋπόθεση περί ενιαίου σκοπού συνεπάγεται ότι πρέπει να εξετάζεται εάν υφίστανται στοιχεία που χαρακτηρίζουν τις επιμέρους ενέργειες που συνθέτουν την παράβαση και από τα οποία μπορεί να συναχθεί ότι οι ενέργειες άλλων εμπλεκομένων στην παράβαση επιχειρήσεων δεν είχαν τον ίδιο σκοπό ούτε το ίδιο αποτέλεσμα και, ως εκ τούτου, δεν εντάσσονται σε ένα «συνολικό σχέδιο», λόγω του ότι επιδιώκουν τον ίδιο σκοπό, ήτοι τη νόθευση του ανταγωνισμού στην εσωτερική αγορά (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 26-1-2017, C-644/13 P Villeroy & Boch SAS, Ευρωπαϊκή Επιτροπή, σκέψεις 47 και 50 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

42. Επειδή, με την προσβαλλόμενη απόφαση, η Επιτροπή, κατ' αρχάς υποχρέωσε την προσφεύγουσα να παύσει τις διαπιστωθείσες παραβάσεις των άρθρων 1 του ν. 703/77, 1 του ν. 3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ και να παραλείπει αυτές, όπως και τις διαπιστωθείσες παραβάσεις των άρθρων 2 του ν.703/77 (νυν 2 του ν. 3959/2011) και 102 ΣΛΕΕ, στο μέλλον. Περαιτέρω, ως προς τον τρόπο υπολογισμού του επιβλητέου προστίμου και το ύψος του, η Επιτροπή, εφαρμόζοντας τις ευνοϊκότερες διατάξεις του ν.3959/2011, αφού έλαβε υπόψη τα οριζόμενα από την Ανακοίνωση της Επιτροπής Ανταγωνισμού της 12-05-2006 σχετικά με τις κατευθυντήριες γραμμές, χρησιμοποίησε ως βάση υπολογισμού αυτού το σύνολο των ακαθαρίστων εσόδων της προσφεύγουσας στη σχετική αγορά μαργαρίνης κατ' έτος και για όλη τη χρονική περίοδο συμμετοχής στις διαπιστούμενες παραβάσεις. Περαιτέρω, συνεκτίμησε: α) το είδος και τη σοβαρότητα των παραβάσεων, και ειδικότερα ότι επρόκειτο για ιδιαίτερες σοβαρές παραβάσεις του ανταγωνισμού, β) τον πραγματικό (ή δυνητικό) αντίκτυπο στην αγορά και συγκεκριμένα το ότι οι μεν καταχρηστικές πρακτικές είχαν επιζήμιες επιπτώσεις στον ανταγωνισμό (κατέτειναν στη διατήρηση και ενίσχυση της δεσπόζουσας θέσης της προσφεύγουσας στη σχετική αγορά μαργαρίνης κατ' αποκλεισμό των ανταγωνιστών της, ενώ εφαρμόστηκαν στην πράξη για σειρά ετών), οι δε διαπιστωθέντες εξ αντικειμένου περιορισμοί του ανταγωνισμού από τη φύση τους



θεωρούνταν ότι είχαν αντίκτυπο στην αγορά, αν και ήταν αδύνατο να προσδιορισθούν στην πράξη επακριβώς τα βλαπτικά αποτελέσματα των συγκεκριμένων ρητρών, γ) την οικονομική δύναμη της επιχείρησης στην αγορά, δ) τα έσοδα και τα κέρδη της επιχείρησης κατά τα έτη 2003-2017, ε) την έκταση της γεωγραφικής αγοράς, στ) το γεγονός ότι το εύρος του οικονομικού οφέλους της προσφεύγουσας δεν μπορούσε να εκτιμηθεί, ζ) τη συμμετοχή της στην παράβαση και συγκεκριμένα το γεγονός ότι ως προμηθεύτρια συμμετείχε άμεσα και ενεργά στις διαπιστωθείσες παραβάσεις. Ως προς τη διάρκεια των παραβάσεων, η Επιτροπή δέχθηκε ότι η καταχρηστική πρακτική επιβολής εκπτώσεων στόχου, όπως και η καταχρηστική επιβολή μη εύλογου όρου συναλλαγής υπό τη μορφή μη προβολής ανταγωνιστικών προϊόντων εκτείνονταν από 19-6-2002 έως 21-10-2008, ο καθορισμός τιμών μεταπώλησης εκτεινόταν από 26-9-1996 έως 18-7-2009 και εν τοις πράγμασι μέχρι το 2011, η απαγόρευση ενεργητικών και παθητικών πωλήσεων από τον εκάστοτε μεταπωλητή προς τους λιανεμπόρους που δραστηριοποιούνταν εκτός της περιοχής από 29-6-1998 των ενεργητικών πωλήσεων και από 26-9-1996 των παθητικών έως και τουλάχιστον 31-12-2017, η απαγόρευση παθητικών πωλήσεων στις ομάδες πελατών που είχαν αποκλειστικώς παραχωρηθεί από την ..... υπέρ αυτής από 26-9-1996 μέχρι και την 18-7-2009 και η ρήτρα μη άσκησης ανταγωνισμού από 26-9-1996 έως και 31-12-2004. Περαιτέρω, η Επιτροπή δέχθηκε ότι εν προκειμένω θεμελιωνόταν ενιαίος και διαρκής χαρακτήρας των ως άνω παραβάσεων, σε αντίθεση με όσα ισχυριζόταν η προσφεύγουσα. Ειδικότερα, κατά την κρίση της Επιτροπής, εν προκειμένω οι καταχρηστικές πρακτικές της προσφεύγουσας, οι οποίες εκδηλώθηκαν κατά το χρονικό διάστημα από 19-6-2002 έως και 21-10-2008, παρ' ότι λάμβαναν διαφορετικές μορφές, μπορούσαν να ιδωθούν τόσο η καθεμία μεμονωμένη όσο και αμφότερες ως δέσμη καταχρηστικών πρακτικών που παρουσίαζαν σχέση συμπληρωματικότητας, καθώς αμφότερες συνέτειναν μέσω της αλληλεπίδρασής τους στην επέλευση κοινών εκτοπιστικών αποτελεσμάτων στο πλαίσιο ενός ενιαίου σχεδίου της προσφεύγουσας, το οποίο έτεινε, άλλως ήταν ικανό, να δημιουργήσει δεσμούς εξάρτησης των σούπερ μάρκετ με την ελεγχόμενη επιχείρηση και να περιορίσει όσο το δυνατόν περισσότερο τον εφοδιασμό τους από ανταγωνιστές της στη σχετική αγορά μαργαρίνης, επιφέροντας επιζήμιο για τον ανταγωνισμό αποτέλεσμα αποκλεισμού στην αγορά αυτή, κατά παράβαση του άρθρου 2 του ν. 703/1977 καθώς και του άρθρου 82 ΣυνθΕΚ (102 ΣΛΕΕ). Ομοίως, αναφορικά με το χρονικό διάστημα από 26-9-1996 έως και τουλάχιστον 31-12-2017, οπότε και εκτείνονταν οι αντι-ανταγωνιστικές πρακτικές της προσφεύγουσας έναντι των μεταπωλητών (διανομέων), κατά παράβαση των άρθρων 1 παρ. 1 ν. 703/1977 ή/και 1 παρ. 1 ν. 3959/2011 καθώς και των άρθρων 81 παρ. 1 ΣυνθΕΚ και 101 παρ. 1 ΣΛΕΕ, παρ'

ότι και αυτές λάμβαναν διαφορετικές μορφές, μπορούσαν να ιδωθούν τόσο η καθεμία μεμονωμένα όσο και ως δέσμη όλων μαζί, υπό το πρίσμα του συνολικότερου στόχου της ..... για τον έλεγχο του δικτύου χονδρεμπορίου της με αποτέλεσμα τον περιορισμό του ανταγωνισμού εντός αυτού. Τούτο δε διότι επρόκειτο για πρακτικές που παρουσίαζαν σχέση συμπληρωματικότητας, υπό την έννοια ότι εκάστη εξ αυτών αποσκοπούσε στην αντιμετώπιση των συνεπειών της κανονικής λειτουργίας του ανταγωνισμού, ιδίως αναφορικά με τιμές αλλά και τον καταμερισμό των αγορών εντός του υπό κρίση δικτύου της και συνέτειναν μέσω της αλληλεπίδρασής τους στην επέλευση του συνόλου των επιδιωκόμενων αντι-ανταγωνιστικών αποτελεσμάτων στο πλαίσιο ενός σφαιρικού σχεδίου με κοινό στόχο. Ως εκ τούτου, κατά την Επιτροπή, οι διαπιστωθείσες επιμέρους καταχρηστικές πρακτικές πέραν από αυτοτελείς παραβάσεις των άρθρων 2 ν. 703/1977 και 82 ΣυνθΕΚ συνιστούσαν και τμήμα μιας ενιαίας και διαρκούς παράβασης, εκτεινόμενης κατά το χρονικό διάστημα από 19-6-2002 έως και 21-10-2008. Ομοίως, οι διαπιστωθέντες επιμέρους περιορισμοί του ανταγωνισμού, πέρα από αυτοτελείς παραβάσεις των άρθρων 1 ν. 703/1977 ή/και 1 ν. 3959/2011 (καθώς και των άρθρων 81 ΣυνθΕΚ ή/και 101 ΣΛΕΕ) συνιστούσαν και τμήμα μιας ενιαίας και διαρκούς παράβασης, εκτεινόμενης κατά το χρονικό διάστημα από 26-9-1996 έως και τουλάχιστον 31-12-2017. Επομένως το ανώτατο όριο του προστίμου έπρεπε, κατά την Επιτροπή, να υπολογισθεί επί των ανωτέρω ενιαίων παραβάσεων. Ακόμη, η Επιτροπή θεώρησε ότι το πρόστιμο έπρεπε να επιβληθεί μόνο στην προσφεύγουσα, λόγω της οικονομικής της ισχύος και όχι στους μεταπωλητές, με τους οποίους είχε συμβληθεί. Τέλος, η Επιτροπή, αφού συνεκτίμησε ως επιβαρυντική περίσταση την υποτροπή της προσφεύγουσας, ενόψει του ότι σε βάρος της .....(η οποία ..... αποτελούσε το ίδιο νομικό πρόσωπο με την προσφεύγουσα) είχε διαπιστωθεί παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού με την /2009 απόφασή της, η οποία δεν είχε ακυρωθεί με την .../14 απόφαση του Δ.Εφετείου Αθηνών (ακυρώθηκε μόνο κατά το μέρος επιβολής προστίμου, αφού κρίθηκε ότι εύλογη και ανάλογη της παράβασης κύρωση ήταν αυτή της παράλειψης αυτής στο μέλλον) και αφού – κατά την άποψή της – δεν συνέτρεχαν ελαφρυντικές περιστάσεις (όπως π.χ. παύση παράβασης ύστερα από την επέμβαση της Ε.Α., απόδειξη ότι από αμέλεια οδηγήθηκε στην παράβαση ή ότι η εμπλοκή στην παράβαση ήταν ιδιαίτερα περιορισμένη ή ότι συνεργάστηκε αποτελεσματικά με την Επιτροπή), καθόρισε το βασικό ποσό προστίμου για τις προαναφερόμενες παραβάσεις των άρθρων 2 ν. 703/1977 καθώς 82 ΣυνθΕΚ ομόφωνα με συντελεστή ...% επί του συνολικού κύκλου εργασιών της ..... στη σχετική αγορά μαργαρίνης, για τα έτη (περιόδους) της παράβασης που προαναφέρθηκαν (2002-2008) και β) για τις προαναφερόμενες παραβάσεις των άρθρων 1 παρ. 1 ν. 703/1977 ή/και

1 παρ. 1 ν.3959/2011 καθώς και των άρθρων 81 παρ. 1 ΣυνθΕΚ και 101 παρ. 1 ΣΛΕΕ: κατά πλειοψηφία με συντελεστή .....% επί του συνολικού κύκλου εργασιών της ..... στη σχετική αγορά μαργαρίνης, για τα έτη (περιόδους) της παράβασης που προαναφέρθηκαν (1996-2015), προσαυξημένο κατά 10% λόγω υποτροπής. Έτσι τα ποσά των επιβληθέντων προστίμων ανήλθαν τελικά σε 8.669.370,11 ευρώ και 18.892.334,58 ευρώ, αντίστοιχα, ήτοι σύνολο προστίμων 27.561.704,69 ευρώ, ποσό που δεν υπερβαίνει το 10% του συνολικού κύκλου εργασιών της προσφεύγουσας κατά την τελευταία χρήση (.....ευρώ). Ωστόσο, κατά την άποψη ενός μέλους της Επιτροπής, το βασικό ποσό προστίμου για τις παραβάσεις των άρθρων 1 παρ. 1 ν. 703/1977 ή/και 1 παρ. 1 ν. 3959/2011 καθώς και των άρθρων 81 παρ. 1 ΣυνθΕΚ και 101 παρ. 1 ΣΛΕΕ, που διαπιστώθηκαν ανωτέρω, έπρεπε να υπολογιστεί με συντελεστή [...] % επί του συνολικού κύκλου εργασιών της εμπλεκόμενης στη σχετική αγορά της μαργαρίνης, ανά έτος παράβασης, διότι (α) κατά την άποψή της, δεν αποδείχθηκε εν προκειμένω επαρκώς κατά νόμο ο καθορισμός, άμεσος ή έμμεσος, τιμών μεταπώλησης μέσω της επιβολής πάγιων τιμών, (β) η ένταση των πρακτικών της καταγγελλόμενης παρουσίαζε αισθητές διαφοροποιήσεις ανά τα έτη καθ' όλο το χρόνο της παράβασης και συγκεκριμένα όπως διαπιστώθηκε ανωτέρω, η πρακτική της επιβολής ρητρών μη ανταγωνισμού έπαυσε το 2004, ενώ το 2011 έπαυσε κατά τα δεχθέντα από την πλειοψηφία και η πρακτική του καθορισμού τιμών μεταπώλησης, με συνέπεια μετά το 2011 να διαπιστώνεται η συνέχιση μίας μόνο πρακτικής, αυτή της συμπερίληψης στις συμβάσεις με τους διανομείς ρητρών περί κατανομής αγορών και πελατείας και (γ) η πρακτική της κατανομής αγορών και πελατείας ουδέποτε εφαρμόστηκε στην πράξη. Τέλος, με την προσβαλλόμενη, πέραν των ανωτέρω κυρώσεων, απειλήθηκε η προσφεύγουσα με χρηματική ποινή/ πρόστιμο ποσού δέκα χιλιάδες ευρώ (€10.000) για κάθε ημέρα καθυστέρησης συμμόρφωσης προς την ως άνω απόφαση.

43. Επειδή, η προσφεύγουσα με την κρινόμενη προσφυγή και το νομίμως κατατεθέν υπόμνημα προβάλλει ότι εσφαλμένα κρίθηκε με την προσβαλλόμενη ότι οι αποδιδόμενες σε αυτήν παραβάσεις αποτελούν ενιαία και διαρκή παράβαση, κατά το σκέλος των καταχρηστικών πρακτικών, αλλά και κατά το σκέλος των κάθετων παραβάσεων. Πέραν του ότι αμφισβητείται η δυνατότητα εφαρμογής της συγκεκριμένης αρχής (περί ενιαίας και διαρκούς παράβασης) σε άλλες περιπτώσεις εκτός τις οριζόντιες συμπράξεις, τόσο από τη θεωρία όσο και από τη νομολογία (σχετ. οι προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα Nils Wahl, ο οποίος εκφράζει αμφιβολίες όσον αφορά τη χρήση της έννοιας, προκειμένου να χαρακτηρισθεί η συμπεριφορά μιας και μόνης επιχείρησης, ως προς την οποία δεν είχε εξακριβωθεί αν από μόνη της ήταν ικανή να προκαλέσει περιορισμό του ανταγωνισμού),

πάντως εν προκειμένω δεν ισχύουν οι αναγκαίες προϋποθέσεις της που είναι: συμμετοχή, κοινός σκοπός, συμπληρωματικότητα, γνώση και σιωπηρή συναίνεση. Η Επιτροπή, παρά το ότι θεώρησε ότι η νομολογία που επικαλέσθηκε η προσφεύγουσα αφορούσε οριζόντιες παραβάσεις, στηρίχθηκε και η ίδια σε νομολογία αφορώσα τέτοιες παραβάσεις. Κατά την προσφεύγουσα, η προσβαλλόμενη απόφαση, σε αντίθεση με την υπάρχουσα νομολογία, προβαίνει σε συνένωση διακριτών παραβάσεων, μέσω γενικόλογης αναφοράς σε σφαιρικό σχέδιο με κοινό στόχο και επιδιωκόμενων ανταγωνιστικών αποτελεσμάτων, χωρίς να στηρίζεται σε οποιοδήποτε έγγραφο ή εν γένει αποδεικτικό στοιχείο (ούτε μπορεί να θεωρηθεί τέτοιο στοιχείο το «KILL ....»). Ειδικότερα όσον αφορά τις φερόμενες καταχρηστικές πρακτικές της, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι οι επίμαχοι όροι εξαλείφονταν σταδιακά, με αποτέλεσμα να καλύπτεται διαφορετικό τμήμα της αγοράς ανά έτος, ενώ στην περίπτωση της μη προβολής ανταγωνιστικών προϊόντων ο επίμαχος όρος διατηρήθηκε μέχρι το 2007 μόλις σε μία εταιρεία. Ωστόσο η ύπαρξη ενός μόνο όρου σε ισχύ δεν μπορεί να συμπαρασύρει και να επεκτείνει τυχόν παράβαση δια μέσου των υπολοίπων όρων, οι οποίοι είχαν εξαλειφθεί πολλά έτη προηγουμένως. Όσον αφορά τις παραβάσεις του άρθρου 1, και πάλι, κατά την προσφεύγουσα δεν αποδεικνύεται από έγγραφα στοιχεία η ύπαρξη ενός κεντρικού σχεδίου. Το ότι δεν υφίσταται οποιαδήποτε σχέση μεταξύ των κάθετων παραβάσεων, κατά την προσφεύγουσα, προκύπτει και από το ότι: 1.Οι όροι μη ανταγωνισμού τέθηκαν μόνο σε 5 διανομείς και αφαιρέθηκαν σε ανύποπτο χρόνο. 2.Η θέση των όρων περί περιοχών και λίστας πελατών διέπεται από το σκεπτικό που έχει ήδη εξηγήσει. 3. Ο φερόμενος καθορισμός τιμών μεταπώλησης αφορούσε ανώτατες τιμές. Ενδεικτικά, η προσφεύγουσα επικαλείται την αιτιολογία της Επιτροπής Ανταγωνισμού, καθώς και της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σε άλλες υποθέσεις, για τον χαρακτηρισμό παραβάσεων ως ενιαίων.

44. Επειδή, επί του ως άνω ισχυρισμού, η καθής ισχυρίζεται ότι από την ανάλυση της προσφεύγουσας προκαλείται μεγάλη σύγχυση ως προς τις εννοιολογικές διαφοροποιήσεις, ενώ η απλή παράθεση αυτοτελούς αποσπάσματος από άλλες υποθέσεις δεν συνεισφέρει στην εξέταση της παρούσας. Κατά την καθής, σύμφωνα με πάγια νομολογία, σε περίπτωση διαρκούς και ενιαίας παράβασης τιμωρείται το σύνολο της παράβασης περιλαμβανομένου και του ενδιάμεσου διαστήματος, για το οποίο υπάρχουν συγκλίνοντα στοιχεία ότι η παράβαση δεν είχε παύσει. Για τη διαπίστωση δε της διαρκούς παράβασης, απαιτείται εκτίμηση αποδείξεων, στο πλαίσιο της οποίας η αποδεικτική αξία διαφόρων πραγματικών στοιχείων ενισχύεται ή αποδυναμώνεται από άλλα υφιστάμενα πραγματικά στοιχεία, τα οποία, από κοινού, δύνανται να αποδείξουν την ύπαρξη ενιαίας παράβασης. Η

προσφεύγουσα δεν έδωσε πειστική εξήγηση για το σύνολο των ευρημάτων του επιτόπιου ελέγχου, όπως έγγραφα, e-mail κ.α. Όσον αφορά τα ιδιωτικά συμφωνητικά της προσφεύγουσας με τους ομίλους σούπερ μάρκετ, από το 2008 δεν ανευρίσκονται όροι για εκπτώσεις στόχου. Ωστόσο παρατηρήθηκε και κατά το έτος αυτό όμοια αγοραστική συμπεριφορά, λόγω της εύλογης πεποίθησης ότι τα συμφωνητικά δεν θα διαφοροποιούνταν ουσιαστικά. Τα ανωτέρω επιβεβαιώνονται από τις αγορές του 2009, που ήταν μειωμένες έναντι του 2008.

45. Επειδή, με τα δεδομένα αυτά, κατ' αρχάς όσον αφορά την κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης, οι καταχρηστικές πρακτικές της προσφεύγουσας, συνιστάμενες αφενός στην παροχή εκπτώσεων στόχου στις μεγάλες αλυσίδες σούπερ μάρκετ και αφετέρου στην απαγόρευση προβολής από αυτές ανταγωνιστικών προϊόντων, μολονότι θα μπορούσαν επίσης να αποτελέσουν, εξεταζόμενες αφ' εαυτών και μεμονωμένα, παράβαση των διατάξεων του άρθρου 2 του ν.703/1977 (και αντίστοιχων διατάξεων ΣυνθΕΚ και ΣΛΕΕ), πάντως εν προκειμένω πράγματι συνιστούν μέρος μιας συνολικής συμπεριφοράς της προσφεύγουσας, αντιβαίνουσας τις ως άνω διατάξεις. Η συμπεριφορά αυτή εντασσόταν σε μια γενικότερη στρατηγική της, η οποία, όπως προέκυψε από όσα αναλυτικά εκτέθηκαν στη με αριθμό 27 σκέψη της παρούσας, αποσκοπούσε, μέσω και της δημιουργίας δεσμών εξάρτησης με τους λιανοπωλητές – αλυσίδες σούπερ μάρκετ, αλλά και μέσω της παρακώλυσης της επιτυχούς εισόδου ή και ανάπτυξης ανταγωνιστών σε πελάτες που απευθύνονταν σε μεγάλο όγκο καταναλωτών, να εκτοπίσει τους ανταγωνιστές της προσφεύγουσας και ειδικότερα τη βασική ανταγωνίστριά της ..... από την αγορά προϊόντων μαργαρίνης. Οι ανωτέρω δε πρακτικές της προσφεύγουσας, συνδυαστικά εφαρμοζόμενες, κατά τα εντεθέντα στις με αριθμό 27 και 30, επέτειναν την καταχρηστικότητα της όλης συμπεριφοράς της προσφεύγουσας. Περαιτέρω, όσον αφορά τις κάθετες παραβάσεις της προσφεύγουσας, όπως αναλυτικά εκτέθηκε στις με αριθμό 33, 34 και 37 της παρούσας, η προσφεύγουσα εκμεταλλευόμενη την ισχυρή της θέση στην ελληνική αγορά προϊόντων μαργαρίνης και την ασήμαντη διαπραγματευτική δύναμη ενός εκάστου μεταπωλητή – διανομέα, έναντι αυτής, με τα υπογραφέντα με τους μεταπωλητές της (διανομείς) ιδιωτικά συμφωνητικά προέβη, αφενός σε καθορισμό τιμών μεταπώλησης των προϊόντων της, αφετέρου σε κατανομή περιοχών και πελατών, οι ενέργειες δε αυτές, σε συνδυασμό και με την υπάρχουσα (σε ορισμένα συμφωνητικά) ρήτρα μη ανταγωνισμού, (μη αμφισβητηθείσα, ως παράβαση, από την προσφεύγουσα) εντάσσονταν σε μια γενικότερη εμπορική πολιτική της προσφεύγουσας. Μέσω της πολιτικής της αυτής η προσφεύγουσα διατηρούσε πλήρη έλεγχο ως προς τις συνθήκες μεταπώλησης των προϊόντων της από τους μεταπωλητές της,

όπως άλλωστε προέκυψε και από την επιπρόσθετη δυνατότητά της, αφενός να ελέγχει τα στοιχεία πώλησης των διανομένων, διατηρώντας πλήρη έλεγχο, μεταξύ άλλων, των σημείων διανομής των μεταπωλητών της, αφετέρου να καταγγέλλει τη σύμβαση, για παράβαση οποιουδήποτε όρου, με στόχο τον συντονισμό της συμπεριφοράς όλων των μεταπωλητών έναντι αυτής (πρβλ. απόφαση ΔΕΕ της 26-1-2017, C-644/13 P Villeroy & Boch SAS, Ευρωπαϊκή Επιτροπή, σκέψη 55) και την ενίσχυση της διαρθρωτικής ακαμψίας της αγοράς, υπό τη μορφή άμβλυνσης του ενδοσηματικού ανταγωνισμού. Ως εκ τούτου, ανεξαρτήτως του αν οι ανωτέρω επί μέρους συμπεριφορές της προσφεύγουσας, θα μπορούσαν ιδωμένες μεμονωμένα, να αποτελέσουν αυτοτελείς παραβάσεις του άρθρου 1 του ν.703/77 (και αντίστοιχων διατάξεων ν.3959/11, ΣυνΘΕΚ και ΣΛΕΕ), πάντως και αυτές συνιστούν μέρος μιας συνολικής, αντιβαίνουσας στις ανωτέρω διατάξεις, συμπεριφοράς της προσφεύγουσας, στο πλαίσιο ενός σφαιρικού σχεδίου με κοινό, κατά τα ανωτέρω, στόχο. Όσα δε αντίθετα υποστηρίζει η προσφεύγουσα πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμα. Εξάλλου, αβάσιμος είναι ο ισχυρισμός της περί μη απόδειξης ενιαίας στρατηγικής, καθόσον η ύπαρξη συγκεκριμένης στρατηγικής – πολιτικής της προσφεύγουσας, αποδείχθηκε από όσα αναλυτικά αναφέρθηκαν στις προηγούμενες (με αριθμό 27, 30, 33, 34 και 37) σκέψεις της παρούσας, όπως επίσης αποδείχθηκαν και οι οικείες παραβάσεις καθορισμού συγκεκριμένων (και όχι ανώτατων) τιμών, καθώς και η κατανομή αγορών και πελατών, σε αντίθεση με όσα προβάλλει εκ των υστέρων η προσφεύγουσα (σκέψη 43 παρούσας). Περαιτέρω, ανεξαρτήτως του αν εν προκειμένω είναι απαραίτητο να αποδειχθεί η ύπαρξη συμπληρωματικής σχέσης μεταξύ των ανωτέρω προσαπτόμενων πρακτικών (πρβλ. απόφαση ΔΕΕ της 26-1-2017, C-644/13 P Villeroy & Boch SAS, Ευρωπαϊκή Επιτροπή, σκέψη 56), πάντως οι επίμαχες πρακτικές της προσφεύγουσας πράγματι παρουσιάζουν σχέση συμπληρωματικότητας, υπό την έννοια ότι εκάστη εξ αυτών αποσκοπεί στην αντιμετώπιση των συνεπειών της κανονικής λειτουργίας του ανταγωνισμού, κατά τα ανωτέρω και όλες μαζί συντείνουν, μέσω της αλληλεπίδρασής τους, στην επέλευση του συνόλου των επιδιωκόμενων αντι-ανταγωνιστικών αποτελεσμάτων της προεκτεθείσας στρατηγικής – πολιτικής της προσφεύγουσας (πρβλ. απόφαση ΔΕΕ της 26-1-2017, C-644/13 P Villeroy & Boch SAS, Ευρωπαϊκή Επιτροπή, σκέψη 50). Εξάλλου, το γεγονός ότι η ύπαρξη ή μη ενιαίας παράβασης αντιμετωπίζεται κυρίως σε περιπτώσεις οριζόντιων συμπράξεων, δεν αποκλείει την ένταξη περισσότερων καταχρηστικών πρακτικών ή περισσότερων περιπτώσεων κάθετης σύμπραξης σε ενιαία συμπεριφορά (αντίστοιχα) ορισμένης επιχείρησης. Τέλος, αλυσιτελής είναι η επίκληση αποφάσεων της Ε.Α. ή της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, που αντιμετώπισαν μεμονωμένα παραβάσεις του ανταγωνισμού,

οι οποίες, σε κάθε περίπτωση αφορούν διαφορετικές υποθέσεις με διαφορετικά πραγματικά περιστατικά.

46. Επειδή, ως προς το ύψος του επιβληθέντος προστίμου, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι το πρόστιμο που της επιβλήθηκε είναι δυσανάλογο και πρέπει να διαμορφωθεί με βάση την αρχή της αναλογικότητας. Ειδικότερα όσον αφορά το πρόστιμο για καταχρηστικές πρακτικές, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της, η προσβαλλόμενη αγνόησε ότι οι αποδιδόμενες επίμαχες πρακτικές δεν ίσχυσαν για δετία για όλες τις αλυσίδες σούπερ μάρκετ. Εξάλλου υπάρχει δυσανάλογη απόκλιση από την πρόσφατη νομολογία της Επιτροπής και του Δικαστηρίου (υπόθεση βρεφικών πανών). Η Επιτροπή εν προκειμένω δεν συνεκτίμησε την παρέλευση μακρού χρονικού διαστήματος, όπως είχε πράξει στην υπόθεση της ..... Περαιτέρω, παρέλειψε να εξετάσει ότι οι επίμαχοι όροι απαλείφθηκαν εξ ολοκλήρου με δική της πρωτοβουλία. Όσον αφορά το πρόστιμο για τις κάθετες παραβάσεις, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι υπάρχει δυσανάλογη απόκλιση από πρόσφατη νομολογία, καθώς και ότι η προσβαλλόμενη παρέλειψε να εκτιμήσει τη γνώμη της μειοψηφίας και το ότι οι επίμαχες παραβάσεις αφορούσαν μόλις το 4% του τζίρου της επί της μαργαρίνης (20% επί του 20%). Κατά την προσφεύγουσα, πρέπει να συνεκτιμηθεί η έλλειψη πρόθεσης ανταγωνισμού εκ μέρους της, καθώς και η έλλειψη επιβαρυντικών περιστάσεων, αφού η .../2009 απόφαση της Επιτροπής είχε ήδη ακυρωθεί με την .../2014 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (έστω και κατά το κεφάλαιο του προστίμου). Άλλωστε υποτροπή νοείται μόνο σε όμοιες παραβάσεις και εν προκειμένω πρέπει να αφορά μόνο παραβάσεις που συντελέστηκαν μετά το 2009. Η Επιτροπή παρέλειψε να εξετάσει την αποτρεπτικότητα του επιβληθέντος προστίμου αυτοτελώς, αλλά εξέτασε μόνο αν αυτό υπερβαίνει το 10% του συνολικού κύκλου εργασιών του τελευταίου έτους, κάτι που οδηγεί σε άνιση μεταχείριση (επικαλείται παράδειγμα άλλης υπόθεσης), αλλά και παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας.

47. Επειδή, επί του ως άνω ισχυρισμού της προσφεύγουσας, η καθής προβάλλει ότι κατά την επιμέτρηση του προστίμου εξέτασε όλες τις παραμέτρους, ενώ ειδικό βάρος είχε στην εκτίμησή της η σοβαρότητα και η διάρκεια της παράβασης. Εξέτασε την ύπαρξη τυχόν ελαφρυντικών, κατά τη νομολογία, περιστάσεων (όπως μικρή έκταση και διάρκεια παράβασης, μη υπότροπο, αμέλεια ως προς την παράβαση, οικονομική κρίση, περιορισμένο όφελος επιχείρησης, πρόταση ανάληψης δεσμεύσεων). Περαιτέρω, έκρινε αιτιολογημένα ότι υπήρξε υποτροπή, αφού με τη σχετική απόφαση του Διοικητικού Εφετείου δεν ακυρώθηκε η διαπίστωση των παραβάσεων, ενώ ορθά, κατά την άποψή της, δεν έλαβε υπόψη τις επιπτώσεις στην αγορά, διότι αυτές, κατά τη νομολογία, δεν αποτελούν

αποφασιστικό κριτήριο για τον καθορισμό του ύψους του προστίμου (επικαλείται σχετική νομολογία ΠΕΚ, επικυρωθείσα από ΔΕΚ). Τέλος, η Επιτροπή υποστηρίζει ότι δεν παραβίασε την αρχή της αναλογικότητας, αφού άλλωστε για να θεμελιωθεί παραβίασή της δεν αρκεί μια απλή υπέρβαση των ορίων της διακριτικής ευχέρειας, αλλά πρέπει η υπέρβαση να είναι προφανής, πρόδηλη και αναμφισβήτητη, κάτι που δεν ισχύει εν προκειμένω.

48. Επειδή, με τα δεδομένα αυτά, το Δικαστήριο λαμβάνοντας υπόψη: α)τη φύση και τη σοβαρότητα των παραβάσεων, στις οποίες υπέπεσε η προσφεύγουσα, σύμφωνα με όσα αναλυτικά εκτέθηκαν ανωτέρω, β)τη διάρκεια αυτών, η οποία εκτείνεται συνολικά, για μεν τις καταχρηστικές πρακτικές της προσφεύγουσας από 19-6-2002 έως 21-10-2008, ενόψει του ότι στις 21-10-2008 υπεγράφησαν τα τελευταία συμφωνητικά με τα οποία καταργήθηκαν οριστικά οι επίμαχοι όροι, ενώ για τους προηγούμενους μήνες του έτους 2008, παρότι είχε λήξει η διάρκεια των προηγούμενων συμφωνητικών, υπήρχε η εύλογη πεποίθηση ότι δεν θα υπήρχε διαφοροποίηση ως προς αυτά, με αποτέλεσμα να συνεχίζεται όμοια με τα προηγούμενα έτη αγοραστική συμπεριφορά των αντισυμβαλλομένων, για δε τις κάθετες παραβάσεις της προσφεύγουσας από 26-9-1996 έως και τουλάχιστον 31-12-2017, γ)τον πραγματικό ή δυνητικό αντίκτυπο στην αγορά και συγκεκριμένα το ότι οι μεν καταχρηστικές πρακτικές είχαν επιζήμιες επιπτώσεις στον ανταγωνισμό (κατέτειναν στη διατήρηση και ενίσχυση της δεσπόζουσας θέσης της προσφεύγουσας στη σχετική αγορά μαργαρίνης κατ'αποκλεισμό των ανταγωνιστών της), οι δε διαπιστωθέντες εξ αντικειμένου περιορισμοί του ανταγωνισμού από τη φύση τους θεωρούνταν ότι είχαν αντίκτυπο στην αγορά, δ)το γεγονός ότι πάντως υπήρξαν αισθητές διαφοροποιήσεις ως προς την ένταση των πρακτικών της προσφεύγουσας (βλ.σχ. ΔΕΕ απόφαση της 26ης Σεπτεμβρίου 2018, C-99/17 P, Infineon Technologies AG, Επιτροπή, σκέψη 197 κ.α.). Συγκεκριμένα, για τις καταχρηστικές πρακτικές της, οι επίμαχοι όροι καταργήθηκαν σταδιακά και μάλιστα στις περισσότερες περιπτώσεις πριν την εκκίνηση της αυτεπάγγελτης έρευνας της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ενώ παρέμειναν μέχρι και το 2008 μόνο σε τρεις αλυσίδες σούπερ μάρκετ ο όρος για τις εκπτώσεις στόχου και μόνο σε μία ο όρος για τη μη προβολή ανταγωνιστικών προϊόντων. Ομοίως, για τις κάθετες παραβάσεις της προσφεύγουσας, η πρακτική της επιβολής ρητρών μη ανταγωνισμού έπαυσε το 2004, η απαγόρευση των παθητικών πωλήσεων σε πελάτες της προσφεύγουσας το 2009, η πρακτική του καθορισμού τιμών μεταπώλησης, το 2011, με συνέπεια μετά το 2011 να διαπιστώνεται η συνέχιση μίας μόνο πρακτικής, αυτή της συμπερίληψης στις συμβάσεις με τους διανομείς ρητρών περί κατανομής αγορών, ε)τη γεωγραφική έκταση της παράβασης (Ελληνική επικράτεια), στ)τη διάρκεια και το είδος της συμμετοχής στην παράβαση της συγκεκριμένης επιχείρησης, ζ)την οικονομική δύναμη της



επιχείρησης στην αγορά, καθώς και τον κύκλο εργασιών της κατά την κρίσιμη περίοδο (σχετ.πίνακας σε παρ.657 προσβαλλόμενης), η)το γεγονός ότι το εύρος του οικονομικού οφέλους της προσφεύγουσας δεν μπορούσε να εκτιμηθεί και τέλος θ) το γεγονός ότι η προσφεύγουσα είχε υποπέσει και στο παρελθόν σε παράβαση (έστω όχι τόσο σοβαρή) των κανόνων του ανταγωνισμού, αφού σε βάρος της (αποτελούσας το ίδιο νομικό πρόσωπο με την προσφεύγουσα) εταιρείας..... είχε εκδοθεί η σχετική ...../2009 απόφαση της Ε.Α., η οποία ακυρώθηκε μόνο ως προς την επιβολή προστίμου με την ..../14 απόφαση του Δ.Εφετείου Αθηνών (αντίθετα επικυρώθηκε ως προς τη διαπίστωση της παράβασης), επομένως ήταν υπότροπη ως προς την παράβαση του άρθρου 1 ν.703/77, κρίνει ότι πρέπει να επιβληθεί πρόστιμο ποσού 6.502.027,58 ευρώ, για την παράβαση του άρθρου 2 του ν.703/1977 και 102 ΣΛΕΕ ή 82 ΣυνθΕΚ, ήτοι ...% επί του συνολικού κύκλου εργασιών της προσφεύγουσας στη σχετική αγορά μαργαρίνης, για τα έτη (περιόδους) της παράβασης (2002-2008) (σχ. πίνακας παρ.660 προσβαλλόμενης) και ποσού 15.629.113,15 ευρώ για την παράβαση του άρθρου 1 του ν.703/77, ήδη 1 ν.3959/2011 και 101 ΣΛΕΕ ή 81 ΣυνθΕΚ, ήτοι ....% επί του συνολικού κύκλου εργασιών της προσφεύγουσας στη σχετική αγορά μαργαρίνης, για τα έτη (περιόδους) της παράβασης (1996-2017), (σχ. πίνακας παρ. 660 προσβαλλόμενης), προσαυξημένο κατά 5% λόγω υποτροπής, ποσά τα οποία είναι νόμιμα, δίκαια, εύλογα και ανάλογα με το είδος και τη βαρύτητα των παραβάσεων, λειτουργούν αποτρεπτικά και βρίσκονται μέσα στα όρια του άρθρου 25 του ν.3959/11, αφού είναι μικρότερα (το καθένα αλλά και ως σύνολο) του 10% του κύκλου εργασιών της προσφεύγουσας των χρήσεων, κατά τις οποίες έπαυσαν οι παραβάσεις (σχ. πίνακας παρ.657 προσβαλλόμενης), γενομένου μερικώς δεκτού του σχετικού ισχυρισμού της προσφεύγουσας. Εξάλλου, απορριπτέος ως αβάσιμος είναι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας για έλλειψη υποτροπής, λόγω μη ύπαρξης όμοιας παράβασης, καθότι η υποτροπή, ως κριτήριο επιμέτρησης του επιβλητέου προστίμου, δεν συνδέεται με την τέλεση όμοιας ή συναφούς παράβασης, αλλά αναφέρεται γενικώς σε παραβάσεις διατάξεων του ανταγωνισμού (πρβλ.ΣτΕ 2045/2018), χωρίς να ασκεί επιρροή ο χρόνος τέλεσης της προηγούμενης παράβασης. Ομοίως απορριπτέος είναι ο ισχυρισμός της ότι οι επίμαχες (κάθετες) παραβάσεις αφορούσαν μικρό ποσοστό του τζίρου της, καθόσον οι συγκεκριμένες παραβάσεις ήταν ιδιαίτερα σοβαρές, ενώ σε κάθε περίπτωση ο συγκεκριμένος αντίκτυπος των εν λόγω συμφωνιών στην αγορά, ο οποίος, κατά την Ε.Α. δεν μπορούσε να προσδιορισθεί επακριβώς, δεν αποτελεί αποφασιστικό κριτήριο για τον καθορισμό του ύψους των προστίμων (ΔΕΕ απόφαση της 8ης Δεκεμβρίου 2011, C-389/2010, ΚΜΕ Germany AG κλπ. – Ευρωπαϊκή Επιτροπή, βλ.σχ. και ΠΕΚ απόφαση της 5-4-2006, T-

279/02, Degussa AG- Επιτροπή Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, σκέψη 251, επικυρωθείσα από ΔΕΕ, υπόθεση C-266/06). Τέλος, αλυσπελώς η προσφεύγουσα επικαλείται παραδείγματα άλλων υποθέσεων, που αφορούν διαφορετικές περιστάσεις.

49. Επειδή, κατ'ακολουθίαν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η προσφυγή και να τροποποιηθεί ανάλογα η προσβαλλόμενη απόφαση, να διαταχθεί δε η επιστροφή στην προσφεύγουσα μέρους του παραβόλου, ποσού 150 ευρώ και να διαταχθεί η κατάπτωση του υπολοίπου υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου. Τέλος, να συμψηφισθούν τα δικαστικά έξοδα μεταξύ των διαδίκων.

### **ΔΙΑ ΤΑΥΤΑ**

Δέχεται εν μέρει την προσφυγή.

Τροποποιεί την.../2018 απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού.

Περιορίζει το πρόστιμο που επιβλήθηκε σε βάρος της προσφεύγουσας στο ποσό των έξι εκατομμυρίων πεντακοσίων δύο χιλιάδων είκοσι επτά ευρώ και πενήντα οκτώ λεπτών (6.502.027,58 ευρώ), για την παράβαση του άρθρου 2 του ν.703/1977 και 102 ΣΛΕΕ ή 82 ΣυνθΕΚ και στο ποσό των δεκαπέντε εκατομμυρίων εξακοσίων είκοσι εννέα χιλιάδων εκατόν δεκατριών ευρώ και δεκαπέντε λεπτών (15.629.113,15 ευρώ) για την παράβαση του άρθρου 1 του ν.703/77 (ήδη 1 ν.3959/2011) και του άρθρου 101 ΣΛΕΕ ή 81 ΣυνθΕΚ.

Διατάσσει να αποδοθεί στην προσφεύγουσα μέρος από το παράβολο που κατέβαλε νομίμως, ποσού εκατόν πενήντα (150) ευρώ και να περιέλθει το υπόλοιπο στο Δημόσιο.

Συμψηφίζει μεταξύ των διαδίκων τη δικαστική δαπάνη.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στην Αθήνα στις 23 Ιανουαρίου, 13 Φεβρουαρίου, 10 Μαρτίου και 26 Μαρτίου 2020 και δημοσιεύθηκε στην ίδια πόλη, σε έκτακτη δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριο του Δικαστηρίου, στις 30-4-2020.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ