

ΤΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΗΣ ΕΠΙΚΡΑΤΕΙΑΣ

ΤΜΗΜΑ ΣΤ΄

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του στις 7 Σεπτεμβρίου 2020, με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Γράβαρης, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Στ΄ Τμήματος, Βαρβάρα Ραφτοπούλου, Κωνσταντίνα Φιλοπούλου, Ελένη Παπαδημητρίου, Ιωάννης Σύμπλης, Σύμβουλοι, Σταυρούλα Λαμπροπούλου, Μαρία Γκάνα, Πάρεδροι. Γραμματέας η Αικατερίνη Ρίπη.

Για να δικάσει την από 13 Νοεμβρίου 2017 αίτηση:

της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «ΑΘΗΝΑΪΚΗ ΖΥΘΟΠΟΙΑ Α.Ε.», που εδρεύει στο Αιγάλεω Αττικής (Λ. Κηφισού 102), η οποία παρέστη με τους δικηγόρους: α. Ιωάννη Σταυρόπουλο (Α.Μ. 11982), β. Γεώργιο Δελλή (Α.Μ. 15582) και γ. Δημήτριο Τζουγανάτο (Α.Μ. 9824), που τους διόρισε με πληρεξούσιο,

κατά των: 1. Επιτροπής Ανταγωνισμού, που εδρεύει στην Αθήνα (Κότσικα 1Α), η οποία παρέστη με τους δικηγόρους: α. Νικόλαο Τέλλη (Α.Μ. 2717 Δ.Σ. Θεσσαλονίκης) και β. Βασίλειο Τουντόπουλο (Α.Μ. 20609), που τους διόρισε με πληρεξούσιο, 2. ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «ΟΛΥΜΠΙΑΚΗ ΖΥΘΟΠΟΙΑ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ», που εδρεύει στο Βαθύ Αυλίδος (Θέση «Βρύσες»), η οποία παρέστη με τους δικηγόρους: α. Ιωάννη Δρυλλεράκη (Α.Μ. 2279) και β. Βασίλειο Κωνσταντινίδη (Α.Μ. 17260), που τους διόρισε με πληρεξούσιο και 3. ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «ΖΥΘΟΠΟΙΑ ΜΑΚΕΔΟΝΙΑΣ ΘΡΑΚΗΣ Α.Ε.», που εδρεύει στην Κομοτηνή, η οποία παρέστη με τον δικηγόρο Τριαντάφυλλο Σταυρακίδη (Α.Μ. 4089 Δ.Σ. Πειραιώς), που τον διόρισε με πληρεξούσιο.

Με την αίτηση αυτή η αναιρεσείουσα εταιρεία επιδιώκει να αναιρεθεί η υπ' αριθ. 4055/2017 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών.

Η εκδίκαση άρχισε με την ανάγνωση της εκθέσεως του εισηγητή, Συμβούλου Ιωάννη Σύμπλη.

Κατόπιν το δικαστήριο άκουσε τους πληρεξουσίου της αναιρεσείουσας εταιρείας, οι οποίοι ανέπτυξαν και προφορικά τους προβαλλόμενους λόγους αναιρέσεως και ζήτησαν να γίνει δεκτή η αίτηση και τους πληρεξουσίου των αναιρεσιβλήτων, οι οποίοι ζήτησαν την απόρριψή της.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση το δικαστήριο συνήλθε στις 13.12.2022 σε διάσκεψη σε αίθουσα του δικαστηρίου και στις 23.12.2022 σε διάσκεψη εν

μέρει εξ αποστάσεως, με τη χρήση υπηρεσιακών τεχνολογικών μέσων, κ
α ι

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα:

Σ κ έ φ θ η κ ε κ α τ ά τ ο ν Ν ό μ ο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινομένης αιτήσεως έχει κατατεθεί το κατά νόμον παράβολο (Σειράς Θ' 2075831/13.11.2017 διπλότυπο είσπραξης ΔΟΥ Δ' Αθηνών).

2. Επειδή, με την αίτηση αυτή, η οποία, με την από 21.1.2020 πράξη του Προέδρου του Τμήματος, έχει εισαχθεί στην επταμελή σύνθεση λόγω σπουδαιότητας, ζητείται η αναίρεση της 4055/2017 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Με αυτήν, κατά μερική αποδοχή προσφυγής της αναιρεσείουσας εταιρείας, ακυρώθηκε η 590/2014 απόφαση της Ολομέλειας της Επιτροπής Ανταγωνισμού, κατά τα μέρη της που επέβαλαν στην εταιρεία αυτή την ανάρτηση και διατήρηση στην ιστοσελίδα της του διατακτικού της εν λόγω απόφασης, καθώς και την αναγραφή επί των τιμολογίων πώλησης και των συμβάσεών της, ότι οι πελάτες της είναι ελεύθεροι να αγοράζουν και να πωλούν ανταγωνιστικά προϊόντα σε είδος και ποσότητες της επιλογής τους, μεταρρυθμίσθηκε κατά τα λοιπά η ίδια απόφαση και περιορίσθηκε το πρόστιμο που είχε επιβληθεί εις βάρος της ως άνω εταιρείας για κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης σε 26.733.529,18 ευρώ, έναντι 31.451.211 ευρώ, που είχε επιβληθεί με την ένδικη πράξη.

3. Επειδή, για το παραδεκτό της αιτήσεως αναιρέσεως πρέπει, μεταξύ άλλων, σύμφωνα με την παράγραφο 3 του άρθρου 53 του π.δ. 18/1989 (Α' 8), όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 12 παρ. 1 του ν. 3900/2010 (Α' 213) και στην συνέχεια με το άρθρο 15 παρ. 2 του ν. 4446/2016 (Α' 240), να προβάλλεται από τον αναιρεσείοντα με το εισαγωγικό δικόγραφο και με συγκεκριμένους, ειδικούς ισχυρισμούς ότι με καθέναν από τους προβαλλόμενους λόγους τίθεται συγκεκριμένο νομικό ζήτημα, κρίσιμο για την επίλυση της ένδικης διαφοράς, επί του οποίου είτε δεν υπάρχει νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας είτε η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση έρχεται σε αντίθεση προς μη ανατραπείσα νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας ή άλλου ανωτάτου δικαστηρίου ή προς ανέκκλητη απόφαση διοικητικού δικαστηρίου επί του αυτού (και όχι απλώς παρόμοιου) νομικού ζητήματος (ΣτΕ 1366/2017, 7μ, 266/2014, 2115/2013 κ.ά.). Νομικό δε ζήτημα κατά την έννοια της εν λόγω διατάξεως θέτουν μόνο λόγοι αναιρέσεως που αφορούν ερμηνεία κανόνα δικαίου, - διατάξεως νόμου ή γενικής αρχής του ουσιαστικού ή του δικονομικού δικαίου-, με δυνατότητα, ως εκ τούτου, γενικότερης νομολογιακής εφαρμογής· άσχετα αν το ζήτημα ανακύπτει από την μείζονα πρόταση ή προκύπτει από την υπαγωγή του οικείου δικανικού συλλογισμού, όπως

όταν πρόκειται για τον νομικό χαρακτηρισμό των πραγματικών περιστατικών που έγιναν ανελέγκτως δεκτά ή για την νόμιμη βάση ορισμένης υπαγωγικής κρίσης· γιατί και τέτοιων ζητημάτων η επίλυση μπορεί να δημιουργήσει νομολογιακό προηγούμενο με κατευθυντήρια λειτουργία ή γενικότερη εφαρμογή κατά την ερμηνεία κανόνων και την επίλυση άλλων διαφορών· στην τελευταία δε αυτή περίπτωση νομολογία θεωρείται ότι υπάρχει μόνον όταν το ζήτημα έχει επιλυθεί υπό τα ίδια ή ουσιαστικά παρεμφερή πραγματικά περιστατικά, γιατί τότε μόνο πρόκειται για το ίδιο νομικό ζήτημα (ΣτΕ 550/2015, 7μ, 585-7/2015, 7μ κ.ά.). Κατ' επέκταση ζήτημα νομικό μπορεί να θέτει και λόγος αναιρέσεως περί μη απαντήσεως σε ουσιαστικό ισχυρισμό, αν προβάλλεται ότι ο ισχυρισμός αυτός αναγόταν σε συγκεκριμένο νομικό ζήτημα υπό την προεκτεθείσα έννοια (και όχι αν προβάλλεται γενικώς ότι οι ουσιαστικοί ισχυρισμοί πρέπει να απαντώνται ή ότι οι δικαστικές αποφάσεις πρέπει να αιτιολογούνται). Αντιθέτως, ισχυρισμοί που, χωρίς να αναδεικνύουν με τον επιβαλλόμενο ως άνω τρόπο ζήτημα ερμηνείας κανόνα δικαίου, πλήσσουν κατ' ουσίαν την *in concreto* επάρκεια της αιτιολογίας της αναιρεσιβαλλομένης σε σχέση με το πραγματικό της συγκεκριμένης υπόθεσης, δεν θέτουν νομικό ζήτημα, υπό την έννοια της εν λόγω διατάξεως· όπως, αντιστοίχως, δεν θέτουν νομικό ζήτημα ούτε και λόγοι που πλήσσουν ευθέως την ουσιαστική κρίση ή την εκτίμηση των αποδείξεων από το δικαστήριο της ουσίας. Τέτοιοι λόγοι δεν προβάλλονται παραδεκτώς (ΣτΕ 2267/2016, 2942-2954/2014 κ.ά.). Εξ άλλου, δεν προβάλλονται, κατά τ' ανωτέρω, παραδεκτώς ούτε και λόγοι που, ακόμη και αν θέτουν νομικό ζήτημα, πάντως αυτό δεν είναι κρίσιμο για την επίλυση της ένδικης διαφοράς, όπως είναι ιδίως οι προβαλλόμενοι αλυσιτελώς ή οι λόγοι που ερείδονται σε εσφαλμένη προϋπόθεση. Τέλος, όπως συνάγεται από το γράμμα και τον σκοπό της πιο πάνω διατάξεως, για να είναι «συγκεκριμένοι» οι ανωτέρω, περί του παραδεκτού της αιτήσεως ισχυρισμοί, πρέπει αφ' ενός να περιγράφεται κατά τρόπο ειδικό και ορισμένο το τιθέμενο νομικό ζήτημα και αφ' ετέρου να τεκμηριώνεται κατά τρόπο σαφή και αναλυτικό σε τι συνίσταται η έλλειψη νομολογίας (σε σχέση με συναφή ήδη επιλυθέντα ζητήματα) ή η αντίθεση σε αυτήν, έτσι ώστε να είναι εφικτός ο άμεσος εντοπισμός των λόγων που προβάλλονται παραδεκτώς και του αντικειμένου τους. Είναι δε διαφορετικό το ζήτημα ότι αν διαπιστωθεί πως ικανοποιούνται οι προϋποθέσεις του παραδεκτού, εν συνεχεία, κατά την εξέταση της βασιμότητας του προβαλλομένου λόγου εξετάζονται αυτεπαγγέλτως τα νομικά ζητήματα που αποτελούν προϋπόθεση της έρευνας του ρητά προβαλλομένου λόγου. Κατά το στάδιο της έρευνας του παραδεκτού δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι προβάλλονται εμμέσως και τα ζητήματα αυτά, προεχόντως γιατί ως προς αυτά δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι έχουν προβληθεί ισχυρισμοί περί αντιθέσεως σε νομολογία ή ελλείψεως νομολογίας.

4. Επειδή, εν προκειμένω, κατά τα εκτιθέμενα στην αναιρεσιβαλλόμενη

απόφαση, κατά τον κρίσιμο χρόνο η αναιρεσεύουσα, θυγατρική της μεγαλύτερης ευρωπαϊκής ζυθοποιίας, κατείχε δεσπόζουσα θέση στην εγχώρια αγορά ζύθου. Κατά την περίοδο 2001-2009 εκδόθηκαν από τον Πρόεδρο της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΕπΑντ) διαδοχικές εντολές ελέγχου στα βιβλία, στοιχεία και λοιπά έγγραφα της και απεστάλησαν σε αυτήν ερωτηματολόγια και αιτήματα της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού (ΓΔΑ) για την παροχή στοιχείων και πληροφοριών. Εξ άλλου, στις 29.12.2006 υπεβλήθη εις βάρος της (από ανταγωνίστρια ζυθοποιία) και καταγγελία για κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης. Η καταγγελία αυτή εξετάστηκε, τελικώς, από την ΕπΑντ από κοινού με τις παραβάσεις που διαπιστώθηκαν από την αυτεπάγγελτη έρευνα, κατ' αποδοχήν σχετικού «αιτήματος» της ΓΔΑ, στο οποίο η αναιρεσεύουσα είχε αντιταχθεί, η σχετική όμως από 28.9.2009 προσφυγή της κρίθηκε αμετακλήτως απορριπτέα μετά την 3830/2012 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας. Εν τω μεταξύ, μέχρι την συζήτηση ενώπιον της ΕπΑντ, είχε κοινοποιηθεί σε αυτήν και η από 29.7.2013 εξώδικη δήλωση – διαμαρτυρία άλλης ανταγωνίστριας επιχείρησης προς την αναιρεσεύουσα, σχετικά με αντιανταγωνιστικές πρακτικές της τελευταίας· ελήφθη δε και αυτή υπ' όψιν για την σύνταξη της Εισηγήσεως της ΓΔΑ προς την ΕπΑντ, η οποία, με την ένδικη πράξη της, έκρινε ότι μια σειρά από πρακτικές της αναιρεσεύουσας, που εφαρμόζονταν από τον Σεπτέμβριο του 1998, μέχρι και τον χρόνο έκδοσης της απόφασης της ΕπΑντ, συνιστούν κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης, κρίση που επικυρώθηκε με την ήδη προσβαλλόμενη απόφαση. Για την άμυνά της, η αναιρεσεύουσα είχε, όπως βεβαιώνει το διοικητικό εφετείο, πρόσβαση στο σύνολο των στοιχείων του φακέλου, με εξαίρεση την ταυτότητα των προσώπων που απάντησαν σε ερωτηματολόγια ή κατέθεσαν ενόρκως.

5. Επειδή, με την κρινόμενη αίτηση η αναιρεσεύουσα προβάλλει (4ος λόγος αναίρεσεως) ότι το δικαίωμα εκάστου να δικασθεί η υπόθεσή του εντός λογικής προθεσμίας, που κατοχυρώνεται στο άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ και τα άρθρα 41 παρ. 1 και 47 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ, καταλαμβάνει και τις διοικητικές διαδικασίες επιβολής του δικαίου του ανταγωνισμού· ότι, ανεξαρτήτως διαδικαστικής βλάβης του διοικουμένου, η παραβίαση του «special duty to act expeditiously» θεραπεύεται μόνο με εξαφάνιση της δυσμενούς ανεπίκαιρης διοικητικής πράξης, ή, επικουρικώς, τουλάχιστον με μείωση του προστίμου στο προσήκον μέτρο, ως εύλογη αποζημίωση για την υπερβολική διάρκεια της διαδικασίας· ότι τούτο αναγνωρίζεται και από την νομολογία του ΔΕΕ· και ότι, εν προκειμένω, κατ' εσφαλμένη ερμηνεία των κριτηρίων του άρθρου 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ, το διοικητικό εφετείο αποφάνθηκε ότι, εν όψει της πολυπλοκότητας της υπόθεσης και της έκτασης της έρευνας που απαιτήθηκε, η διάρκεια της διαδικασίας ήταν εύλογη και, πάντως δεν αποδείχθηκε διαδικαστική βλάβη. Για το παραδεκτό του λόγου αυτού προβάλλεται έλλειψη νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας.

6. Επειδή, όπως άλλως τε έχει κριθεί και από τα Δικαστήρια της ΕΕ (πρβλ. απόφαση ΠΕΚ της 1.7.2008, T-276/2004, *Compagnie Maritime Belge κατά Επιτροπής ΕΕ*, σκ. 47), μόνη η τυχόν υπερβολική διάρκεια της διοικητικής διαδικασίας ουδόλως δικαιολογεί, κατ' αρχήν, την ακύρωση της πράξεως της ΕπΑντ που επιβάλλει κυρώσεις, εν όσω πάντως, υπό μεν την ισχύ του ν. 703/1977 η απόφαση έχει εκδοθεί μέσα σε εύλογο χρόνο από την λήξη της παράβασης (πρβλ. ΣτΕ 582/2019, 7μ και σκ. 9 και 10 *in fine*, κατωτέρω), υπό δε την ισχύ του ν. 3959/2011, η σχετική εξουσία της ΕπΑντ δεν έχει υποπέσει σε παραγραφή (ζήτημα το οποίο εν προκειμένω δεν τίθεται, αφού, όπως βεβαιώνει το διοικητικό εφετείο, η παράβαση συνεχιζόταν μέχρι και την έκδοση της απόφασης της ΕπΑντ)· η δε επιμέτρηση του προστίμου εξαρτάται αποκλειστικά από παραμέτρους ενδογενείς στην παράβαση, όπως η έκταση, η βαρύτητα, και η διάρκειά της, σε συνδυασμό με τυχόν άλλες επιβαρυντικές και ελαφρυντικές περιστάσεις και όχι από στοιχεία εξωγενή, όπως η διάρκεια της διοικητικής διαδικασίας. Εξ άλλου, τα ζητήματα όπως η αφετηρία της εύλογης προθεσμίας, το αν η υποχρέωση αποφάνσεως εντός ευλόγου προθεσμίας αφορά μόνο το δικαίωμα εννόμου προστασίας ή και διοικητικές διαδικασίες ενώπιον της ΕπΑντ, το πότε τυχόν υπάρχει παραβίαση της υποχρέωσης αυτής, το αν και υπό ποιές προϋποθέσεις η παραβίαση αυτή γεννά αξίωση αποζημιώσεως, και το αν η αξίωση αυτή είναι αυτοτελής ή η αδικαιολόγητη καθυστέρηση της διοικητικής διαδικασίας εξετάζεται αποκλειστικά στο πλαίσιο της ειδικής διαδικασίας για εύλογη ικανοποίηση λόγω παραβιάσεως του άρθρου 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ, δεν αποτελούν αντικείμενα της παρούσας δίκης, η δε ενωσιακή νομολογία την οποία επικαλείται η αναιρεσείουσα εταιρεία, σύμφωνα με την οποία μορφή εύλογης αποζημίωσης σε περίπτωση υπέρβασης της εύλογης διάρκειας της διοικητικής διαδικασίας μπορεί να συνιστά και η μείωση του προστίμου, έχει ανατραπεί (βλ. απόφαση ΔΕΕ μείζονος συνθέσεως της 26.11.2013, C 58/12 P, *Groupe Gascogne SA κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής* σκ. 59-97 και σχετικές προτάσεις ΓΕ E. Sharpston). Υπό τα δεδομένα, συνεπώς, αυτά, ο προβαλλόμενος ως άνω λόγος αναιρέσεως δεν θέτει νομικό ζήτημα ουσιώδες για την επίλυση της ένδικης διαφοράς και, προεχόντως για τον λόγο αυτό, πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος.

7. Επειδή, η αναιρεσείουσα προβάλλει (5ος λόγος αναιρέσεως) ότι το διοικητικό εφετείο κατ' εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή της έννοιας της ενιαίας και διαρκούς παράβασης απέρριψε λόγο της προσφυγής της, σύμφωνα με τον οποίο οι πρακτικές που της καταλογίσθηκαν δεν συγκροτούν ενιαία και διαρκή παράβαση· ο ισχυρισμός δε αυτός ήταν ουσιώδης, γιατί, κατά την αναιρεσείουσα, αν αυτή η έννοια είχε ερμηνευθεί ορθά, θα είχαν θεωρηθεί παραγεγραμμένες όλες οι πρακτικές που της αποδόθηκαν, οι οποίες εκδηλώθηκαν πριν τις 20.12.2008, και, πάντως, τουλάχιστον αυτές που φέρονται ότι συντελέσθηκαν το έτος 2000 (ρήτρα μεριδίου στο ράφι), οι οποίες είχαν τελείως διαφορετική

μέθοδο σε σχέση με τις μεταγενέστερες. Για το παραδεκτό του λόγου αυτού προβάλλεται ότι δεν υπάρχει νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας για την έννοια της ενιαίας και διαρκούς παράβασης.

8. Επειδή, όπως έχει κριθεί από τα δικαστήρια της Ευρωπαϊκής Ένωσης στο πλαίσιο της ερμηνείας και εφαρμογής του άρθρου 101 ΣΛΕΕ (βλ. ιδίως αποφάσεις ΔΕΚ/ΔΕΕ της 8.7.1999, C-49/92 P, Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων κατά Anic Partecipazioni SpA, πρώην Anic SpA και μετέπειτα Enichem Anic SpA, σκ. 81-83, της 7.1.2004, Aalborg Portland A/S, (C-204/00 P), Irish Cement Ltd, (C-205/00 P), Ciments français SA, (C-211/00 P), Italcementi - Fabbriche Riunite Cemento SpA, (C-213/00 P), Buzzi-Unicem SpA, πρώην Unicem SpA, (C-217/00 P), και Cementir - Cementerie del Tirreno SpA, (C-219/00 P), σκ. 258, και της 24.6.2015, Fresh Del Monte Produce Inc. κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής και Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Fresh Del Monte Produce Inc. Συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-293/13 P και C-294/13 P., σκ. 156-160), μια σειρά από πολυσχιδείς προσπάθειες και συμπεριφορές, κατά κανόνα είτε παράλληλες, είτε ομόρροπες, είτε συνεργείς, είτε συμπληρωματικές, που εξελίσσονται, ενδεχομένως διαφοροποιούμενες, στον χρόνο, και μπορεί να εκτείνονται σε περισσότερες αγορές (γεωγραφικές ή προϊόντων), αντιμετωπίζονται ως μία ενιαία σύνθετη συνεχιζόμενη παράβαση, ανεξάρτητα από το αν όλες, ή ορισμένες, ή καμία από αυτές θα συνιστούσαν και αυτοτελώς παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού, εφ' όσον, πάντως, όλες, ως εκ της φύσεως, της οικονομικής λειτουργίας, και της επενέργειάς τους, συγκλίνουν στον αυτό οικονομικό σκοπό νόθευσης του ανταγωνισμού εντός της ενιαίας αγοράς, έτσι ώστε να μπορεί να θεωρηθούν τμήματα ενός «ενιαίου σχεδίου», που θα ήταν τεχνητό να διασπασθεί· η συνδρομή δε αυτών των προϋποθέσεων κρίνεται αντικειμενικώς (βλ. ιδίως προτάσεις της ΓΕ Juliane Kokott της 11.12.2016, στις προαναφερθείσες υποθέσεις C-293/13 P και C-294/13 P σκ 176). Αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις αυτές, όλες οι επιχειρήσεις που συμμετείχαν στην παράβαση, η κάθε μια στο δικό της επίπεδο και με τον δικό της τρόπο, αντιμετωπίζονται ως συνυπαίτιες για το σύνολο της παράβασης, δηλαδή και για την συμπεριφορά των άλλων, για ολόκληρη την περίοδο της συμμετοχής τους στην παράβαση, στην έκταση που αποδεικνύεται ότι την εγνώριζαν ή ώφειλαν να την γνωρίζουν (βλ. ιδίως ανωτέρω παρατεθείσα νομολογία, καθώς και κατωτέρω, στην σκ. 10). Στο πλαίσιο όμως του άρθρου 102, όπου η βουλευτική ενότητα είναι δεδομένη, ζήτημα «ενιαίου σχεδίου» τίθεται κατ' αρχήν μόνο στην περίπτωση που οι κατ' ιδίαν ενέργειες που συγκροτούν την παράβαση είναι φαινομενικά άσχετες (γεωγραφικά ή κατ' αντικείμενο) και, αυτοτελώς εξεταζόμενες, κατ' αρχήν μη επιλήψιμες (βλ. ιδίως αποφάσεις ΠΕΚ της 1.7.2010, και ΔΕΚ της 6.12.2012 στις υποθέσεις αντιστοίχως T-321/05 και C-457/10, AstraZeneca κατά Επιτροπής). Άλλως, το μόνο ζήτημα το οποίο τίθεται είναι αν οι παραβατικές συμπεριφορές αντικειμενικώς συγκλίνουν, ή είναι άσχετες ως προς την στόχευση και λειτουργία τους. Εξ άλλου, όπως

έχει κριθεί, η αρχή που είναι επιφορτισμένη με την επιβολή του δικαίου του ανταγωνισμού διαθέτει κατ' αρχήν, κάποιο περιθώριο εκτιμήσεως σχετικά με την συνάφεια των επίμεπτων συμπεριφορών (πρβλ. απόφαση ΓΔΕΕ της 28.4.2010, T-446/05 - Amann & Söhne και Cousin Filterie κατά Επιτροπής, σκ. 100, 106).

9. Επειδή, εξ άλλου, όπως έχει κριθεί, για διαδικασίες που έχουν ξεκινήσει πριν από την ισχύ του ν. 3959/2011 δεν προβλέπεται παραγραφή της εξουσίας της ΕπΑντ να επιβάλει κυρώσεις, πρέπει όμως η εξουσία αυτή να ασκηθεί μέσα σε εύλογο χρόνο, ο οποίος δεν μπορεί να είναι ούτε βραχύτερος, ούτε καταδήλως δυσανάλογα μακρότερος από αυτόν που προβλέπει το ενωσιακό δίκαιο· αν μάλιστα είναι συγκρίσιμος με τον μέγιστο συνολικό χρόνο που προβλέπεται από τις ενωσιακές διατάξεις, ακόμη και αν είναι αισθητά μακρότερος από αυτόν, πάντως, δεν τίθεται, κατ' αρχήν, καν ζήτημα να εκτιμηθεί αν δικαιολογείται από τις ειδικότερες περιστάσεις της συγκεκριμένης περίπτωσης (ΣΕ 582/2019, 7μ). Εξ άλλου, για τον υπολογισμό του ευλόγου χρόνου μέχρι την έκδοση απόφασης δεν λαμβάνεται υπ' όψιν τυχόν ενδιάμεση περίοδος δικαστικής εκκρεμότητας.

10. Επειδή, εν προκειμένω, κατά τα εκτιθέμενα στην προσβαλλόμενη απόφαση, ως σχετική αγορά στην οποία εκδηλώθηκαν οι καταχρηστικές πρακτικές της αναιρεσείουσας οριοθετήθηκε η αγορά παραγωγής/εισαγωγής και διάθεσης (χονδρικής και λιανικής) μπίρας μέσω σημείων είτε επιτόπιας κατανάλωσης είτε κατανάλωσης εκτός καταστήματος. Οι πρακτικές αυτές (α) καθ' όσον μεν αφορά τους μεγάλους στρατηγικούς πελάτες («key accounts») μαζικής εστίασης (για τους οποίους συνελέγησαν στοιχεία για την περίοδο 1998-2012), καθώς και πληθώρα από μικρότερα τελικά σημεία επιτόπιας κατανάλωσης (για τα οποία συνελέγησαν πληροφορίες από 58 τελικά σημεία και εσωτερικά έγγραφα που περιγράφουν ιδιαίτερες στρατηγικές πωλήσεων που εφαρμόστηκαν από το 2005 και εξής), συνίσταντο μεταξύ άλλων στην σύναψη συμβάσεων που περιείχαν ρητά ή συγκεκριμενοποιημένα ρήτρες αποκλειστικότητας, και επιπροσθέτως αυτών ρήτρες εκπνώσεων στόχου με προκαταβολή των οικονομικών κινήτρων και ποινική ρήτρα αν δεν επιτευχθεί ο στόχος, (β) καθ' όσον αφορά στην χονδρεμπορική βαθμίδα διανομής (για την οποία παρατίθενται τα πορίσματα από απαντήσεις σε ερωτηματολόγια της περιόδου 2004-2008 και από επιτόπιους ελέγχους στην αναιρεσείουσα μέχρι το 2012), στην υιοθέτηση πρακτικών και όρων συνεργασίας με περιεχόμενο και οικονομική λειτουργία που και από την φύση τους, αλλά και εξ αιτίας της πίεσης που ήταν σε θέση να ασκούν μέσω αυτών οι πωλητές της, κατέτειναν στην εμπέδωση σχέσεων αποκλειστικής ή οιονεί αποκλειστικής προμήθειας με σχεδόν το σύνολο των χονδρεμπορικών επιχειρήσεων, μέσω οικονομικών ανταλλαγμάτων, όπως η επέκταση της συνεργασίας, οι ευνοϊκότερες τιμές και όροι πληρωμής, και η ανάθεση τριγωνικών πωλήσεων, που συνοδεύονταν από

απειλές για την αφαίρεσή τους ή την συρρίκνωση ή διακοπή συνεργασίας με τους χονδρεμπόρους εκείνους που θα συνήπταν εμπορικές σχέσεις με ανταγωνιστές της και (γ) καθ' όσον τέλος αφορά τις μεγάλες επιφάνειες λιανικής πώλησης για κατανάλωση εκτός καταστήματος (για τις οποίες μνημονεύονται συμφωνίες εμπορικής συνεργασίας με σούπερ μάρκετ του έτους 2000) συνίσταντο στην συνομολόγηση εκπτώσεων έναντι δεσμεύσεως χώρου («μερίδιο στο ράφι»), δέσμευση που συνιστά και αυτή, κατ' αρχήν, συγκεκριμενοποιημένη μορφή αποκλειστικότητας. Οι πρακτικές αυτές, έστω και αν εκδηλώνονται σε διαφορετικά επίπεδα αγοράς και κανάλια διανομής του αυτού πάντως προϊόντος (πρβλ. ενδεικτικά απόφαση ΓΔΕΕ της 13.12.2018, T-827/14, Deutsche Telekom AG, σκ. 174, 175) έχουν, πάντως, πράγματι, από την φύση και την οικονομική τους λειτουργία, ομόρροπη στόχευση, δηλαδή τον αποκλεισμό των ανταγωνιστικών προϊόντων από τα τελικά σημεία διάθεσης στους καταναλωτές, μέσω πρακτικών που κατατείνουν στην κατοχύρωση αποκλειστικότητας. Επομένως, πρέπει να απορριφθεί προεχόντως ως αβάσιμος ο λόγος αναιρέσεως με τον οποίο πλήσσει η απόρριψη λόγου προσφυγής σύμφωνα με τον οποίο η ΕπΑντ δεν μπορούσε να τις αντιμετωπίσει ως ενιαία παράβαση χωρίς να υποπέσει σε πρόδηλο σφάλμα εκτιμήσεως. Εξ άλλου, οι πλείονες ενέργειες που συγκροτούν την ενιαία παράβαση είναι μεν ενδεχόμενο (και αυτό είναι μια από τις ενδείξεις στις οποίες μπορεί να αποβλέψει η ΕπΑντ και το δικαστήριο για να τις αντιμετωπίσει ως ενιαία παράβαση), δεν είναι όμως αναγκαίο να χαρακτηρίζονται από συμπληρωματικότητα (πρβλ. αποφάσεις ΔΕΕ της 19.12.2013, Siemens AG, (C-239/11 P), Mitsubishi Electric Corp., (C-489/11 P), Toshiba Corp., (C-498/11 P), σκ. 248, και ΓΔΕΕ της 24.9.2019, T-105/17, HSBC Holdings plc, HSBC Bank plc, HSBC France κατά Επιτροπής ΕΕ, σκ. 201), της 2.2.2022, T-799/17 Scania AB κ.λπ. κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής σκ. 195. Υπό τα δεδομένα δε αυτά, ο πιο πάνω λόγος αναιρέσεως είναι εν πάση περιπτώσει και αλυσιτελής· γιατί ακόμη και αν ήθελε θεωρηθεί ότι οι συμφωνίες με τα σούπερ μάρκετ δεν συνιστούν ενιαία παράβαση με τις λοιπές και ότι δεν συνεχίσθηκαν μετά το έτος 2000, ο χρόνος που μεσολάβησε από την λήξη της παράβασης αυτής μέχρι την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης δεν είναι καταδήλως υπέρμετρα μακρότερος από τον χρόνο παραγραφής που ορίζει το ενωσιακό δίκαιο (πρβλ. ΣΕ 582/2019, 7μ), αν αφαιρεθεί η ενδιάμεση περίοδος δικαστικής εκκρεμότητας, μετά την άσκηση προσφυγής κατά της «συνεκδίκασης» της καταγγελίας με την αυτεπάγγελτη έρευνα. Από την άποψη δε αυτή η αναιρεσείουσα δεν έχει καν έννομο συμφέρον να προβάλλει αιτιάσεις ως προς αυτό το ζήτημα, αφού η αποδοχή τους θα είχε ως μόνη συνέπεια την επιβολή σωρευτικά αυτοτελών προστίμων για κάθε παράβαση.

11. Επειδή, η αναιρεσείουσα προβάλλει (2ος λόγος αναιρέσεως) ότι πριν από τον Κανονισμό Λειτουργίας και Διαχείρισης της ΕπΑντ του 2006 (ΚΛΔ 2006 - 8275/15.12.2006 κοινή απόφαση των Υπουργών Εσωτερικών Δημόσιας Διοίκησης και Αποκέντρωσης, Οικονομίας και Οικονομικών,

και Ανάπτυξης, Β' 1890/29.12.2006) δεν παρεχόταν δυνατότητα συνεξέτασης υποθέσεων και πριν από τον ΚΔΔ του 2013 δεν παρεχόταν δυνατότητα συνένωσης φακέλων, και ότι, συνεπώς, κατ' εσφαλμένη ερμηνεία των άρθρων 27 του ν. 703/1977 (που ορίζει ότι οι πληροφορίες που συλλέγονται κατ' εφαρμογή των διατάξεων του νόμου αυτού μπορούν να χρησιμοποιηθούν μόνο για τον σκοπό που επιδιώκεται με την αίτηση παροχής πληροφοριών, τον έλεγχο ή την ακρόαση και καθιερώνει κατ' αρχήν υποχρέωση εχεμύθειας, με την επιφύλαξη του άρθρου 37 παρ. 2 του Κώδικα Ποινικής Δικονομίας, για τα επιχειρηματικά απόρρητα) και 18 του ΚΔΔ (2006) της ΕπΑντ απορρίφθηκε ο λόγος της προσφυγής της σύμφωνα με τον οποίο δεν ήταν επιτρεπτή, και δη «πριν την έναρξη ισχύος του ΚΔΔ του 2006 και 2013, αντίστοιχα» η από κοινού εξέταση από την ΕπΑντ της υποθέσεως που εισήχθη σε αυτήν μετά από καταγγελία με την υπόθεση που εισήχθη μετά από αυτεπάγγελτη έρευνα, γιατί αυτό λειτουργεί ως «μέσο για τον στρεβλό "εμπλουτισμό" μίας στοχευμένης διαδικασίας [...] με στοιχεία τα οποία συλλέχθηκαν σε διακριτές διαδικασίες και μάλιστα ουσιωδώς διαφορετικής φύσεως και σκοπού [...] με - τύποις ή εν τοις πράγμασι - κλαδικό χαρακτήρα, στις οποίες μάλιστα η επιχείρηση αυτή δεν είχε τη δυνατότητα να ασκήσει προσηκόντως τα δικαιώματα άμυνάς της». Για το παραδεκτό του λόγου αυτού προβάλλεται, βασίμως, ότι δεν υπάρχει νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας επί του ανωτέρω ζητήματος.

12. Επειδή, στο άρθρο 18 ΚΔΔ (2006), με τίτλο «Από κοινού εξέταση υποθέσεων» ορίζεται ότι: «Η Επιτροπή μπορεί κατόπιν αιτήματος της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού ή των μερών να διατάξει την από κοινού εξέταση ή το χωρισμό υποθέσεων που πρόκειται να εισαχθούν ή εκκρεμούν ενώπιόν της». Εξ άλλου, στο μεν άρθρο 20 παρ. 4 5, και 6 αυτού ορίζεται ότι «4. Μετά την [...] εισήγηση τα μέρη λαμβάνουν το λόγο [...] συνοπτικώς αναπτύσσουν τα επιχειρήματά τους και απαντούν στα επιχειρήματα των λοιπών μερών. Το μέρος κατά του οποίου κινήθηκε η ενώπιον της Επιτροπής διαδικασία δικαιούται να λάβει τελευταίο το λόγο. 5. Τα Μέλη της Επιτροπής και ο Γενικός Εισηγητής μπορούν, [...] να υποβάλουν ερωτήσεις προς τα μέρη [...]. Τα μέρη, με άδεια του Προέδρου, μπορούν να υποβάλουν ερωτήσεις στους νόμιμους εκπροσώπους και τους μάρτυρες των άλλων μερών. 6. Η Επιτροπή μπορεί να ζητήσει να προσκομισθούν από τα μέρη ένορκες βεβαιώσεις ή νέα στοιχεία [...] Τα μέρη δικαιούνται, υπό την επιφύλαξη του άρθρου 19, να λάβουν γνώση κάθε εγγράφου που προσκομίζεται κατά την παρούσα παράγραφο», στο δε άρθρο 21 παρ. 1 και 3 αυτού ορίζεται ότι «1. Οποιοσδήποτε τρίτος, φυσικό ή νομικό πρόσωπο, μπορεί να υποβάλει υπόμνημα σε κάθε υπόθεση που συζητείται στην Επιτροπή, [...] 3. Ο Πρόεδρος ή η Ολομέλεια ή το Τμήμα της Επιτροπής, στο οποίο συζητείται η υπόθεση μπορεί να κλητεύσει στη συζήτηση οποιονδήποτε τρίτο, εφόσον κρίνει ότι η συμμετοχή του συμβάλλει στην εξέταση της υπόθεσης». Τέλος, στο μεν άρθρο 9 του ν. 703/1977 ορίζονται οι εξουσίες της ΕπΑντ, αν διαπιστώσει παράβαση

«μετά από σχετική έρευνα που διεξάγεται είτε αυτεπαγγέλτως είτε κατόπιν καταγγελίας ή αίτησης του Υπουργού», στο δε άρθρο 24 παρ. 1 του ίδιου νόμου ορίζεται ότι «κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο έχει το δικαίωμα να καταγγέλλει παραβάσεις», για την απόφαση επί των οποίων, μάλιστα, προβλεπόταν στον νόμο και σύντομη ενδεικτική προθεσμία.

13. Επειδή, κατά την έννοια των ανωτέρω διατάξεων, προϋπόθεση για να μπορεί καν να γίνει λόγος για «συνεκδίκηση» ή «συνένωση φακέλων» είναι να πρόκειται για διαφορετικές, αυτοτελείς παραβάσεις, που παρουσιάζουν βιοτική ή νομική συνάφεια τέτοια, ώστε, κατά την εκτίμηση της ΕπΑντ, να είναι σκόπιμος ή λυσιτελής ο από κοινού χειρισμός τους, είτε για την καλύτερη κατανόηση και αντιμετώπιση των τιθεμένων ζητημάτων, είτε για εξοικονόμηση ανθρώπινων και υλικών πόρων, ενέργειας, και χρόνου. Τέτοια συνάφεια υπάρχει ιδίως όταν πρόκειται για κάθετες συμπράξεις παρεπόμενες ή συνδεόμενες είτε με μια οριζόντια σύμπραξη, είτε με κατάχρηση (ατομικής ή συλλογικής) δεσπόζουσας θέσης. Αντιθέτως, μία και η αυτή παραβατική πρακτική ή δέσμη από πρακτικές δεν συγκροτούν πλείονες υποθέσεις εκ μόνου του λόγου ότι για αυτές έχουν υποβληθεί πλείονες καταγγελίες από διάφορους θιγομένους, ή ότι, παράλληλα με την διερεύνηση των καταγγελιών, η παράβαση αποτελεί και αντικείμενο αυτεπάγγελτης έρευνας. Στην περίπτωση αυτή δεν πρόκειται για πλείονες, αλλά για μία μόνο υπόθεση, το δε ζήτημα αν μία ή περισσότερες καταγγελίες αποδειχθούν, τελικώς, αβάσιμες, ανάγεται στην ύπαρξη και την έκταση της παράβασης και όχι στην ταυτότητά της, η οποία δεν εξαρτάται από την κινητήρια αιτία της διερεύνησης (καταγγελία, εντολή υπουργού, η αυτεπάγγελτη). Είναι διαφορετικό το ζήτημα ότι οι καταγγέλλοντες μετέχουν στην διαδικασία υπό αυτήν τους την ιδιότητα (και έχουν τα αντίστοιχα διαδικαστικά δικαιώματα) μόνο κατά το μέρος που εξετάζεται η δική τους καταγγελία και βλάβη, ενώ κατά τα λοιπά έχουν την ιδιότητα του τρίτου, που μετέχει στην διαδικασία μόνο στην έκταση και για τους σκοπούς που θα του επιτρέψει η ΕπΑντ. Εξ άλλου, είναι μεν γεγονός ότι όταν η ΕπΑντ επιλαμβάνεται καταγγελίας η μόνη υποχρέωσή της είναι να μελετήσει προσεκτικά τα στοιχεία που θέτει υπ' όψιν της ο καταγγέλλων. Δεν κωλύεται όμως ούτε να αξιοποιήσει τα στοιχεία αυτά στο πλαίσιο αυτεπάγγελτης έρευνας που αφορά τις αυτές παραβάσεις (υπό την προϋπόθεση ότι οι καθ' ων θα έχουν πρόσβαση στα στοιχεία αυτά, έτσι όπως ορίζει ο νόμος), ούτε, αντιστρόφως, να αξιοποιήσει το αποδεικτικό υλικό της αυτεπάγγελτης έρευνας, για να αξιολογήσει την βασιμότητα της καταγγελίας, χωρίς μάλιστα στην περίπτωση αυτή να απαιτείται καν η έκδοση συμπληρωματικών πράξεων ή εντολών έρευνας ή αιτήσεων παροχής πληροφοριών, αφού πρόκειται για την διερεύνηση της ίδιας και όχι διαφορετικών παραβάσεων. Τέτοια ανάγκη θα υπήρχε μόνο αν επρόκειτο για διαφορετική παράβαση, που η διερεύνησή της δεν καλύπτεται από την αρχική πράξη. Υπ' αυτά τα δεδομένα ο προαναφερθείς λόγος αναιρέσεως πρέπει να απορριφθεί, ως αβάσιμος.

14. Επειδή, η αναιρεσείουσα προβάλλει (1ος λόγος αναιρέσεως) ότι κατ' εσφαλμένη ερμηνεία των άρθρων 26 και 27 του ν. 703/1977 το διοικητικό εφετείο απέρριψε λόγο προσφυγής, σύμφωνα με τον οποίο, κατ' ορθή ερμηνεία των διατάξεων αυτών, υπό το πρίσμα των δικαιωμάτων άμυνας, των γενικών αρχών του ενωσιακού δικαίου, του Χάρτη Θεμελιωδών δικαιωμάτων της ΕΕ, και της ΕΣΔΑ, όλες, διαχρονικά, οι κατ' ιδίαν εντολές ελέγχου που την αφορούσαν ήσαν παράνομες και αναιτιολόγητες και ότι, για τον λόγο αυτό, όλο το αποδεικτικό υλικό που συνελέγη καθώς και κάθε άλλη περαιτέρω πράξη διερεύνησης που διενεργήθηκε ήσαν παράνομα και δεν επιτρέπεται να ληφθούν υπ' όψιν για την στοιχειοθέτηση παράβασης, επί πλέον δε όσες εντολές ελέγχου κριθούν παράνομες δεν έχουν διακόψει την παραγραφή που προβλέπεται από το άρθρο 25 του Κανονισμού (ΕΚ) 1/2003 και 1, 2 του Κανονισμού (ΕΟΚ) 2988/1974, οι οποίοι είχε κριθεί με την απόφαση ΣτΕ 1976/2015 ότι είναι αναλόγως εφαρμοστέοι. Προβάλλει, επί πλέον, ότι στοιχεία που έχουν συλλεγεί στο πλαίσιο έρευνας της εν γένει εμπορικής πολιτικής μιας επιχείρησης και των συνθηκών ανταγωνισμού στην οικεία αγορά δεν επιτρέπεται να χρησιμοποιηθούν σε μεταγενέστερη έρευνα σχετικά με πιθανολογούμενη παράβαση. Για το παραδεκτό του λόγου αυτού προβάλλεται, βασίμως, έλλειψη νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας. Εξ άλλου, κατά τους ισχυρισμούς της αναιρεσείουσας, η κρίση του διοικητικού εφετείου έρχεται σε αντίθεση με ενωσιακή νομολογία (C-46/87, C-227/88, 85/87, 97-99/87, C-136/79, C-94/00, C-37/13P, C-583/13, C-247/14), που αφορά την υποχρέωση αιτιολογίας και το περιεχόμενο της αιτιολογίας των εντολών ελέγχου. Ως προς το σκέλος αυτό ο ισχυρισμός της αναιρεσείουσας πρέπει να απορριφθεί προεκόντως γιατί το ζήτημα των εξουσιών έρευνας των εθνικών αρχών ανταγωνισμού διέπεται από την αρχή της διαδικαστικής αυτονομίας, υπό μόνη την επιφύλαξη των αρχών της αποτελεσματικότητας και της ισοδυναμίας (ζητήματα που, εν προκειμένω, δεν τίθενται).

15. Επειδή, ήδη με τα άρθρα 25 και 26 του ν. 703/1977, όπως είχαν αρχήθεν διατυπωθεί, παρέχονται στην ΕπΑντ ευρύτατες εξουσίες να συλλέγει στοιχεία και να διεξάγει έρευνες. Έτσι, ήδη στο άρθρο 25 παρ. 1 του ν. 703/1977, υπό την αρχική του μορφή οριζόταν ότι «Η Υπηρεσία Προστασίας του Ανταγωνισμού δικαιούται να συλλέγη πληροφορίας σχετικές προς εφαρμογήν του παρόντος νόμου, απευθύνουσα έγγραφον προς επιχειρήσεις, ενώσεις επιχειρήσεων ή έτερα φυσικά ή νομικά πρόσωπα ή δημοσίας ή άλλας αρχάς. Οι προς ους απευθύνεται το έγγραφον υποχρεούνται εις άμεσον, πλήρη και ακριβή παροχήν των αιτουμένων πληροφοριών. Εις το έγγραφον δέον να αναφέρονται αι θεμελιούσαι το αίτημα διατάξεις, η τασσομένη προς παροχήν των αιτουμένων πληροφοριών προθεσμία, [...], και αι [...] κυρώσεις εις περίπτωσιν μη συμμορφώσεως προς την ως άνω υποχρέωσιν της παροχής των πληροφοριών» (με εξαίρεση τα πρόσωπα που δεν

υποχρεούνται εις μαρτυρία, κατά τις διατάξεις του ΚΠδ και με την επιφύλαξη των διατάξεων για το τραπεζικό απόρρητο) και στο άρθρο 26 (παρ. 1 και 3) του ίδιου νόμου οριζόταν ότι «1. Προς διαπίστωση παραβάσεων των άρθρων 1, παράγραφος 1, και 2 οι εντεταλμένοι υπάλληλοι της Υπηρεσίας Προστασίας του Ανταγωνισμού έχοντες τας εξουσίας φορολογικού ελεγκτού, δύνανται ιδία: α) να ελέγχουν τα πάσης φύσεως βιβλία, στοιχεία και λοιπά έγγραφα των επιχειρήσεων και ενώσεων επιχειρήσεων, λαμβάνοντας αντίγραφα ή αποσπάσματα αυτών, β) να ενεργούν έρευνας εις τα γραφεία και τους λοιπούς χώρους των επιχειρήσεων και ενώσεων επιχειρήσεων, γ) τηρουμένων των διατάξεων του άρθρου 9 του Συντάγματος να ενεργούν κατ' οίκον έρευνας, δ) να λαμβάνουν ενόρκους ή ανωμότους, κατά την κρίσιν των, καταθέσεις, επιφυλασσομένων των διατάξεων του άρθρου 212 του Κώδικος Ποινικής Δικονομίας. 2. [...] 3. Η σχετική εντολή παρέχεται εγγράφως [...] περιέχει δε το αντικείμενον της ερεύνης και τας συνεπείας παρεμποδίσεως ή δυσχεράνσεως ταύτης ή αρνήσεως εμφανίσεως των αιτουμένων βιβλίων, στοιχείων και λοιπών εγγράφων ή χορηγήσεως αντιγράφων ή αποσπασμάτων αυτών.». Ως προς τις τελευταίες αυτές εξουσίες, με το άρθρο 11 του ν. 1934/1991 (Α' 31) προσετέθησαν παράγραφοι 5 και 6, από τις οποίες η τελευταία (παρ. 6) προβλέπει ότι «Σε περίπτωση αρνήσεως ή καθ' οιονδήποτε τρόπο παρεμποδίσεως των εντεταλμένων υπαλλήλων της Υπηρεσίας στην άσκηση των καθηκόντων τους, αυτοί μπορούν να ζητήσουν δια του αρμοδίου εισαγγελέως τη συνδρομή των κατά τόπους αστυνομικών αρχών.». Ακολούθως, με το άρθρ. 25 ν. 3373/2005 (Α' 188), αντικαταστάθηκε η ως άνω παρ. 2 του άρθρου 26 του ν. 703/1977. Με την νέα διάταξη, στην περ. β' διευκρινίζεται πλέον ότι τα όργανα της ΕπΑντ μπορεί να ενεργούν έρευνα και σε μεταφορικά μέσα επιχειρήσεων, προστίθενται νέες περ. γ' και δ', όπου διευκρινίζεται ότι μπορεί «γ) να σφραγίζουν οποιονδήποτε επαγγελματικό χώρο, βιβλία ή έγγραφα, κατά την περίοδο που διενεργείται ο έλεγχος και στο μέτρο των αναγκών αυτού, δ) να ενεργούν έρευνες στις κατοικίες των επιχειρηματιών, διοικητών, διευθυνόντων συμβούλων, διαχειριστών και γενικά εντεταλμένων τη διοίκηση ή διαχείριση προσώπων, καθώς και του προσωπικού των επιχειρήσεων ή ενώσεων επιχειρήσεων, εφόσον υπάρχουν εύλογες υπόνοιες, ότι φυλάσσονται εκεί βιβλία ή άλλα έγγραφα που συνδέονται με την επιχείρηση και το αντικείμενο του ελέγχου», και στην περ. ε' (που αφορά την λήψη καταθέσεων) διευκρινίζεται ότι μπορεί να «ζητούν από κάθε αντιπρόσωπο ή μέλος του προσωπικού της επιχείρησης ή ένωσης επιχειρήσεων, επεξηγήσεις για τα γεγονότα ή τα έγγραφα που σχετίζονται με το αντικείμενο και το σκοπό του ελέγχου και να καταγράφουν τις σχετικές απαντήσεις.». Η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε εκ νέου με το άρθρο 24 ν. 3784/2009 (Α' 137), προκειμένου να περιγραφεί αναλυτικά η διαδικασία ελέγχου, συλλογής, αντιγραφής, κατάσχεσης, και επεξεργασίας στοιχείων που τηρούνται σε ηλεκτρονική μορφή. Έτσι, οι νέες περ. α' έως γ' ορίζουν ότι οι υπάλληλοι

της ΕπΑντ μπορεί «α) να ελέγχουν κάθε είδους και κατηγορίας βιβλία, στοιχεία και λοιπά έγγραφα [...] περιλαμβανομένης της ηλεκτρονικής εμπορικής αλληλογραφίας των επιχειρηματιών, διοικητών, διευθυνόντων συμβούλων, διαχειριστών και γενικά εντεταλμένων τη διοίκηση ή διαχείριση προσώπων, καθώς και του προσωπικού [...] ανεξαρτήτως της μορφής αποθήκευσής τους, και οπουδήποτε και εάν αυτά φυλάσσονται, [...] β) να προβαίνουν σε κατασχέσεις βιβλίων, εγγράφων και άλλων στοιχείων, συμπεριλαμβανομένων και ηλεκτρονικών μέσων αποθήκευσης και μεταφοράς δεδομένων, τα οποία αποτελούν επαγγελματικές πληροφορίες, γ) να ελέγχουν και να συλλέγουν πληροφορίες και δεδομένα κινητών τερματικών, φορητών συσκευών, καθώς και των εξυπηρετητών τους σε συνεργασία με τις αρμόδιες κατά περίπτωση αρχές, που βρίσκονται εντός ή εκτός των κτιριακών εγκαταστάσεων των ελεγχόμενων επιχειρήσεων ή ενώσεων αυτών», ενώ περαιτέρω ορίζεται ότι «η διαδικασία συλλογής, φύλαξης και επεξεργασίας ηλεκτρονικών αρχείων και αλληλογραφίας, που συλλέγονται για τους σκοπούς του παρόντος νόμου, καθορίζεται με απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού.». Επηκολούθησε ο ν. 3959/2011, με τον οποίο, μεταξύ άλλων, θεσπίζεται το πρώτον στο εθνικό δίκαιο ανταγωνισμού χρόνος παραγραφής της εξουσίας της ΕπΑντ να επιβάλλει κυρώσεις και προβλέπεται το πρώτον ως αυτελής αρμοδιότητα της ΕπΑντ η διενέργεια έρευνας σε κλάδους της οικονομίας «όταν η διαμόρφωση των τιμών ή άλλες περιστάσεις δημιουργούν υπόνοιες για πιθανό περιορισμό ή στρέβλωση του ανταγωνισμού» (άρθρο 40 παρ. 1 ν. 3959/2011). Οι δε εξουσίες της ΕπΑντ να συλλέγει στοιχεία και να διενεργεί έρευνες παραμένουν ευρύτερες, ως είχαν ήδη διαμορφωθεί, και δη χωρίς διαφοροποίηση μεταξύ διερεύνησης παραβάσεων και κλαδικής έρευνας (άρθρα 38, 39, και 40 παρ. 4 ν. 3959/2011). Ο μόνος πρόσθετος περιορισμός σε σχέση με τις προϊσχύουσες διατάξεις είναι ότι στο άρθρο 38 παρ. 1 του ν. 3959/2011 προβλέπεται το πρώτον ότι, ειδικώς επί αιτήσεως παροχής πληροφοριών, εκτός από τις διατάξεις που θεμελιώνουν το αίτημα, πρέπει να μνημονεύεται και ο σκοπός της αίτησης.

16. Επειδή, οι ανωτέρω διατάξεις απηχούν μεν ενωσιακό δίκαιο, ήσαν όμως εξ αρχής διατυπωμένες ευρύτερα από τις ενωσιακές διατάξεις, που ορίζουν τις αντίστοιχες εξουσίες της Επιτροπής ΕΕ, οι οποίες απετέλεσαν την πηγή έμπνευσης του εθνικού νομοθέτη. Ειδικότερα, οι παρ. 2 και 3 του άρθρου 18 του Κανονισμού 1/2003 ορίζουν ότι τόσο στην απλή αίτηση όσο και στην απόφαση παροχής πληροφοριών που απευθύνει η Επιτροπή ΕΕ προς επιχειρήσεις όχι μόνο οφείλει να αναφέρει την νομική βάση και τον σκοπό της αίτησης, αλλά επί πλέον να προσδιορίσει τι είδους πληροφορίες χρειάζεται και ζητούνται. Αντίστοιχη απαίτηση δεν υπάρχει στις εθνικές διατάξεις, ούτε γνωρίζει το εθνικό δίκαιο διάκριση μεταξύ απλής αιτήσεως και αποφάσεως, αντιθέτως η πράξη με την οποία ζητούνται πληροφορίες έχει πάντοτε τον χαρακτήρα επιτακτικής

εντολής, επ' απειλή κυρώσεων, επί πλέον δε και αυτή η υποχρέωση μνείας του σκοπού της αίτησης προσετέθη το πρώτον με τον ν. 3959/2011. Επίσης, το άρθρο 20 του αυτού κανονισμού, που αφορά τις εξουσίες έρευνας της Επιτροπής ΕΕ, ορίζει στην παρ. 3 ότι στην εντολή ελέγχου «προσδιορίζονται» όχι μόνο το αντικείμενο, αλλά και ο σκοπός του ελέγχου, απαίτηση που επίσης δεν περιλαμβάνει η εθνική διάταξη. Προεχόντως δε το ενωσιακό δίκαιο δεν περιέχει γενική ρήτρα για τις εξουσίες ελέγχου της Επιτροπής ΕΕ, αντίστοιχη με το εθνικό δίκαιο, που παγίως απένεμε στην ΕπΑντ «εξουσίες φορολογικού ελεγκτή». Αντιθέτως μάλιστα, οι εξουσίες της Επιτροπής ΕΕ περιορίζονται από τις διατάξεις των παρ. 7 και 8 του αυτού άρθρου 20 του κανονισμού, που προβλέπει ότι, όπου κατά το εθνικό δίκαιο του τόπου όπου διενεργείται η έρευνα απαιτείται προηγούμενη άδεια δικαστικής αρχής, η αρχή αυτή ελέγχει «ότι τα σχεδιαζόμενα μέτρα καταναγκασμού δεν είναι αυθαίρετα ούτε υπέρμετρα αυστηρά σε σχέση με το αντικείμενο του ελέγχου» και μπορεί να ζητήσει από την Επιτροπή ΕΕ «λεπτομερείς εξηγήσεις»· τούτο μόνο δεν νομιμοποιείται, «να αμφισβητήσει την αναγκαιότητα του ελέγχου ούτε να ζητήσει να της προσκομισθούν οι πληροφορίες οι οποίες περιέχονται στον φάκελο της Επιτροπής», γιατί «η αρμοδιότητα για τον έλεγχο της νομιμότητας της απόφασης της Επιτροπής ανήκει αποκλειστικά στο Δικαστήριο [της Ένωσης]».

17. Επειδή, με την γενική ρήτρα, σύμφωνα με την οποία η ΕπΑντ έχει «εξουσίες φορολογικού ελεγκτή», ο νομοθέτης αναγνώρισε σε αυτήν ευρύτατες εξουσίες, αναγκαίες για την εκπλήρωση της συνταγματικής αποστολής της, που είναι η εποπτεία, προστασία, και διασφάλιση της ανταγωνιστικής δομής και ευταξίας της αγοράς και της ισότιμης πρόσβασης σε αυτήν, η εξομοίωση δε αυτή προς «φορολογικό ελεγκτή» αφορά, εν όσω δεν προκύπτει κάτι διαφορετικό από τις οικείες διατάξεις, όχι μόνο την έκταση, αλλά και τις προϋποθέσεις της νομιμότητας των πράξεων εποπτείας, διερεύνησης, και ελέγχου της επιχειρηματικής πρακτικής των οικονομικών φορέων. Εξ άλλου, υπό την ισχύ του ν. 703/1977, όπως το άρθρο 5 αυτού αντικαταστάθηκε με το άρθρο 9 ν. 3373/2005 (Α' 188), διακριτή αρμοδιότητα της ΕπΑντ συνιστούσε μόνο η κανονιστική παρέμβαση σε κλάδους της οικονομίας «εφόσον διαπιστώσει ότι στον κλάδο αυτόν δεν υπάρχουν συνθήκες αποτελεσματικού ανταγωνισμού και κρίνει ότι η εφαρμογή των άρθρων 1, 2, 2α και 4 επ. δεν επαρκεί για τη δημιουργία συνθηκών αποτελεσματικού ανταγωνισμού». Με εξαίρεση αυτή την ειδική περίπτωση της κανονιστικής παρέμβασης, κατά τα λοιπά οι αρμοδιότητές της (και συνακόλουθα, βεβαίως, και οι εξουσίες της) ρυθμιζονταν ενιαίως, ανεξάρτητα από το αν αποβλέπουν στην διερεύνηση των συνθηκών ανταγωνισμού που επικρατούν σε συγκεκριμένο κλάδο της οικονομίας ή στην διερεύνηση παραβάσεως. Ο σκοπός μιας τέτοιας έρευνας ήταν ακριβώς να διαπιστωθεί αν εξωτερικές ενδείξεις δυσλειτουργίας της αγοράς έχουν προκύψει από παραβατική συμπεριφορά ή οφείλονται σε

ευρύτερα δομικά προβλήματα. Οι δύο αυτές αρμοδιότητες, δηλαδή η διερεύνηση παραβάσεων και η έρευνα σε κλάδους της οικονομίας ή σε τύπους συμφωνιών «όταν η διαμόρφωση των τιμών ή άλλες περιστάσεις δημιουργούν υπόνοιες για πιθανό περιορισμό ή στρέβλωση του ανταγωνισμού» εισήχθη το πρώτον με τον ν. 3959/2011 (βλ. άρθρο 40 του νόμου αυτού), ως αναγκαίο παρακολούθημα της θέσπισης, επίσης το πρώτον με τον νόμο αυτό, παραγραφής της εξουσίας της ΕπΑντ να επιβάλει κυρώσεις· γιατί για την διακοπή της παραγραφής δεν αρκεί κάθε πράξη ελέγχου γενικής φύσεως στην οποία προβαίνει η εθνική διοικητική αρχή, αλλά προϋποθέτει ακριβώς πράξη διερεύνησης που σχετίζεται με υπόνοιες παρατυπιών σχετικά με ενέργειες καθορισμένες με επαρκή σαφήνεια (πρβλ. αποφάσεις ΔΕΕ της 28.10.2010, SGS Belgium κ.λπ., C-367/09, σκ. 68, της 11.6.2015, Pfeifer & Langen GmbH & Co. KG, C-52/14, σκ. 41, της 5.3.2019, Eesti Pagar, C-349/17, σκ. 125-126)· αλλά και σε αυτή την περίπτωση, μετά την ισχύ του ν. 3959/2011, με μόνη την ανωτέρω επιφύλαξη, δηλαδή ότι γενικά μέτρα έρευνας, μη συνδεδεμένα με ενδείξεις ή πληροφορίες πρόσφορες να γεννήσουν υπόνοια συγκεκριμένης παράβασης, δεν διακόπτουν την παραγραφή, οι εξουσίες της ΕπΑντ και οι προϋποθέσεις για την νόμιμη άσκησή τους παραμένουν εξ ίσου ευρείες, αρκεί η σχετική εντολή (ελέγχου, ή παροχής πληροφοριών), πρώτον, να μην παρίσταται, κατά τις περιστάσεις, όλως αυθαίρετη, λαμβάνοντας προσηκόντως υπ' όψιν ότι ο χαρακτήρας του ελέγχου είναι προκαταρκτικός και αποσκοπεί ακριβώς στην ανεύρεση και συλλογή στοιχείων που θα μπορούσαν να αναδειχθούν ως πρόσφορα για την μεταγενέστερη στοιχειοθέτηση παράβασης [πρβλ. απόφαση ΓΔΕΕ της 26.10.2010, CNOP και CCG κατά Επιτροπής, T-23/09, σκ. 41] και, δεύτερον, να διαλαμβάνει το ελάχιστο περιεχόμενο που ορίζει ο νόμος, δηλαδή, ειδικώς επί εντολής ελέγχου, να μνημονεύει το αντικείμενο της έρευνας, έστω και κατά τρόπο όλως γενικό, αλλά πάντως επαρκή για να αντιληφθεί η επιχείρηση την έκταση της υποχρέωσης συμμορφώσεως που υπέχει [πρβλ. ιδίως αποφάσεις ΓΔΕΕ της 16.6.2011, Bavaria κατά Επιτροπής, T-235/07, που αφορά παραβάσεις στην αγορά του ζύθου, σκ. 328-329, της 14.3.2014, Holcim (Deutschland) και Holcim κατά Επιτροπής, T-293/11, σκ 37, της 14.3.2014, Buzzi Unicem κατά Επιτροπής, T-297/11, ιδίως σκ. 30-38, απόφαση ΔΕΚ της 21.9.1989, 46/87 και 227/88, Hoechst κατά Επιτροπής, σκ. 29, απόφαση ΔΕΕ της 25.6.2014, C-37/13 P, Nexans και Nexans France κατά Επιτροπής, σκ. 34]. Εν τούτοις, ουδόλως απαιτείται να διατυπώνεται η εντολή αυτή κατά τρόπο που αφήνει να διαφανούν τα στοιχεία ή πληροφορίες που ευρίσκονται ήδη στην διάθεση της ΕπΑντ· δικαίωμα της ελεγχόμενης να έχει πρόσβαση στον διοικητικό φάκελο (μέσα στα όρια της προστασίας των εμπιστευτικών στοιχείων και των εσωτερικών εγγράφων της ΕπΑντ) υπάρχει μόνο αφ' ης της κοινοποιηθεί η εισήγηση της ΓΔΑ. Μέχρι τότε, πρόσβαση στον φάκελο (και δη απεριόριστη), κατ' αρχήν, μπορεί να έχει μόνο το δικαστήριο, αν, κατά την κρίση του, απαιτείται για τις ανάγκες παροχής εννόμου προστασίας [πρβλ. απόφαση ΓΔΕΕ της 14.3.2014, T-293/11, Holcim (Deutschland) και Holcim

κατά Επιτροπής, σκ. 45-47]. Μειοψήφησαν ο Πρόεδρος του Τμήματος Ι. Γράβαρης και οι Πάρεδροι Σ. Λαμπροπούλου και Μ. Γκάνα, οι οποίοι διατύπωσαν την ακόλουθη γνώμη: Η ελεγκτική ως άνω αρμοδιότητα της Επιτροπής Ανταγωνισμού, παρέχεται μεν για την ικανοποίηση του ιδιαίτερου σοβαρού δημοσίου συμφέροντος που συνιστά η προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού και η διατήρηση της ανταγωνιστικής δομής και λειτουργίας της αγοράς· συνοδεύεται προς τούτο από ευρύτατες εξουσίες διερεύνησης της εν γένει επιχειρηματικής δράσης των οικονομικών φορέων, ώστε να αποκαλύπτονται έγκαιρα και να αντιμετωπίζονται αποτελεσματικά οι σχετικές παραβάσεις και στρεβλώσεις· στο πλαίσιο δε αυτό, η Επιτροπή δεν υποχρεούται, πράγματι, κατ' αρχήν, ούτε σε ακριβή καθορισμό της σχετικής αγοράς να προβαίνει, ούτε τις υπό διερεύνηση παραβάσεις επακριβώς να περιγράφει και να χαρακτηρίζει, ούτε τα στοιχεία που διαθέτει να γνωστοποιεί. Αφ' ενός μεν λόγω της φύσεως του προκαταρκτικού αυτού σταδίου και των αντίστοιχων, περιορισμένων, δυνατοτήτων, αφ' ετέρου δε γιατί για να τελεσφορήσουν οι σχετικοί έλεγχοι χρειάζεται συχνά το στοιχείο του αιφνιδιασμού. Από την άλλη πλευρά όμως, εξαιτίας ακριβώς της φύσης και της έκτασης των εν λόγω ελέγχων, ανακύπτει, ήδη στο στάδιο αυτό, η ανάγκη προστασίας των ελεγχόμενων επιχειρήσεων, με την οριοθέτηση των ελεγκτικών εξουσιών κατά τρόπο τέτοιο ώστε, χωρίς να διακυβεύεται ουσιωδώς η αποτελεσματικότητα του ελέγχου, να διασφαλίζεται παράλληλα και το δικαίωμα της επιχείρησης να αμυνθεί και εκείνη αποτελεσματικά έναντι πρακτικών που θα διατάρασσαν την οικονομική της δραστηριότητα χωρίς να συντρέχει αποχρών λόγος ή κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας. Προς τούτο είναι αναγκαίο, παρά την οσονδήποτε ελλειπτική, κατά τ' ανωτέρω, μορφή των εκάστοτε ελεγκτικών εντολών της Αρχής, να συνάγεται πάντως από αυτές, σε συνδυασμό και με τις περιστάσεις, η στοιχειώδης εκείνη αιτιολογία που προσδιορίζει, έστω και αδρά, τον σκοπό του ελέγχου και τις υπόνοιες που τον προκάλεσαν, έτσι ώστε να προδιαγράφονται αντιστοίχως οι κατευθύνσεις και τα όρια των περαιτέρω μέτρων της Διοικήσεως και η ελεγχόμενη επιχείρηση να έχει τον απαραίτητο για τη στάση της απέναντι στον έλεγχο και την ενδεχόμενη άμυνά της προϋποθέσμο. Η προϋπόθεση αυτή, θεμελιώδης για την άσκηση των δικαιωμάτων της επιχείρησης, πέραν της αναγνώρισής της στο δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης και την πάγια νομολογία των ευρωπαϊκών δικαστηρίων, πηγάζει και από το Σύνταγμα, και δη την γενική αρχή του κράτους δικαίου και τις διατάξεις για την οικονομική ελευθερία (άρθρ. 5 παρ. 1), το δικαίωμα σε αποτελεσματική δικαστική προστασία (άρθρ. 20 παρ. 1) και την αρχή της αναλογικότητας (άρθρ. 25 παρ. 1). Γι αυτό και, κατά την μειοψηφήσασα αυτή άποψη, και οι προπαρατεθείσες εθνικές διατάξεις περί ανταγωνισμού, ερμηνευόμενες σύμφωνα με το Σύνταγμα και σε αρμονία με το ενωσιακό δίκαιο, πρέπει να θεωρηθεί ότι αρχήθεν είχαν το νόημα αυτό και, θεσπίζοντας τον καθορισμό του «αντικειμένου» της έρευνας, απαιτούσαν κατ' ουσίαν την κατά τ' ανωτέρω αιτιολόγηση του ελέγχου. Τα δε περί «εξουσιών

φορολογικού ελεγκτή», αναφερόμενα, και κατά το γράμμα τους, άλλωστε, στα των ληπτέων ελεγκτικών μέτρων, δεν καταλάμβαναν και την πιο πάνω προϋπόθεση, την αφορώσα την ουσιαδώς διαφέρουσα, κατά την φύση και την έκταση, περίπτωση του ελέγχου της επιχειρηματικής δράσης για τις ανάγκες του δικαίου του ανταγωνισμού.

18. Επειδή, οι ανωτέρω διατάξεις δεν αποκλείουν, εν τούτοις, στην ελεγχόμενη επιχείρηση την ευχέρεια (και, αντίστοιχα, το βάρος) να αμφισβητήσει, επικαίρως και προσηκόντως, είτε την σαφήνεια της περιγραφής του αντικειμένου του ελέγχου, είτε την συνδρομή των νομίμων προϋποθέσεων του, αν απορρέει από υπέρβαση των εξουσιών της ΕπΑντ ή πλάνη περί τα πράγματα, περιστάσεις τις οποίες βαρύνεται να αναδείξει και να τεκμηριώσει κατά τρόπο ειδικό και συγκεκριμένο η ελεγχόμενη επιχείρηση [πρβλ. απόφαση ΔΕΚ της 17.10.1980, C-85/87, Dow Benelux NV κατά Επιτροπής, απόφαση ΓΔΕΕ της 25.11.2014, T-402/13, Orange κατά Επιτροπής, σκ. 87-91]. Αν δεν αμφισβητήσει την νομιμότητα του ελέγχου ευθέως και επικαίρως, καίτοι ηδύνατο, δεν μπορεί πλέον σε μεταγενέστερο στάδιο να προβάλει αιτιάσεις περί την αξιοποίηση των αποδεικτικών στοιχείων που συνελέγησαν, επικαλούμενη πλημμέλειες της εντολής ελέγχου [πρβλ. αποφάσεις ΓΔΕΕ της 12.12.2012, T-410/09, Almamet κατά Επιτροπής, σκ. 43, της 12.12.2018, T-701/14, Niche Generics κατά Επιτροπής, σκ. 61, της 12.12.2018, T-705/14, Unichem Laboratories κατά Επιτροπής, σκ. 121]. Ομοίως, άλλωστε, βαρύνεται να αμφισβητήσει ευθέως και επικαίρως πλημμέλειες περί την διεξαγωγή του ελέγχου, ιδίως τυχόν παράτυπη επέκτασή του εκτός των ορίων της εντολής, χωρίς να έχει εκδοθεί συμπληρωματική εντολή που να καλύπτει τα πρόσθετα αντικείμενα έρευνας. Βεβαίως, τέτοια συμπληρωματική εντολή έρευνας (ή και παροχής πληροφοριών) μπορεί πάντοτε να εκδοθεί, ακόμη και άμεσα, για να καλύψει είτε πρόσθετα αντικείμενα εν όψει των τυχαίων ευρημάτων του αρχικού ελέγχου) [πρβλ. αποφάσεις ΔΕΚ της 17.10.1989, C-85/87, Dow Benelux κατά Επιτροπής, σκ. 19-20, της 15.10.2002, C-238, 244-245, 247, 250-252 και 254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκ. 301, απόφαση ΓΔΕΕ της 16.6.2015, T-655/11, FSL κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκ. 54-57], είτε ακόμη και νέους σκοπούς ελέγχου (τέτοια περίπτωση, υπό την ισχύ του ν. 3959/2011 είναι ιδίως η διερεύνηση παράβασης εν όψει ευρημάτων κλαδικής έρευνας)· είναι διαφορετικό δε το ζήτημα ότι αν τυχόν το προσωπικό της ΕπΑντ που διενεργεί τον έλεγχο, εν όψει οδηγιών, κατευθύνσεων ή πληροφοριών που του έχουν δοθεί, και των οποίων το αντικείμενο δεν αντικατοπτρίζεται στην εντολή ελέγχου, επεκτείνει σκοπίμως τον έλεγχο αυτό σε αντικείμενα ξένα προς αυτό που περιγράφεται στην εντολή, η εκ των υστέρων έκδοση συμπληρωματικής εντολής δεν καλύπτει την παράτυπη συλλογή και επεξεργασία στοιχείων που αφορούν αποκλειστικά αυτό το άσχετο αντικείμενο [πρβλ. απόφαση ΔΕΕ της 18.6.2015, C-583/13 P, Deutsche Bahn κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκ. 63-67].

19. Επειδή, εν προκειμένω, όπως προκύπτει από την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, έλεγχοι στην αναιρεσεύουσα πραγματοποιήθηκαν μετά την 1851/4-7-2001 πράξη του Προέδρου της ΕπΑντ., και ακολούθως με τα 2853/22-5-2006, Οικ 4808/18-7-2008, Οικ 357/19-1-2009, και οικ 1679/24-2-2009 έγγραφα της Επιτροπής. Όπως δε αναφέρεται στο οικ 4303/27-5-2009 αίτημα της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού, στο πλαίσιο της ως άνω έρευνας που άρχισε το 2001, διενεργήθηκαν επιτόπιοι έλεγχοι σε 24 επιχειρήσεις, ελήφθησαν ένορκες καταθέσεις από 8 εκπροσώπους χονδρεμπορικών επιχειρήσεων και 4 επιχειρήσεων εκμετάλλευσης τελικών σημείων κατανάλωσης, και εστάλησαν ερωτηματολόγια σε 66 επιχειρήσεις δραστηριοποιούμενες στην παραγωγή προϊόντων ζύθου, σε επίπεδο χονδρεμπορίου και λιανεμπορίου. Στο ίδιο έγγραφο αναφέρεται, ότι η έρευνα επικεντρώνεται στην διερεύνηση της συμπεριφοράς της προσφεύγουσας, λόγω της πιθανολογούμενης δεσπόζουσας θέσης της στην ελληνική αγορά ζύθου και τις πιθανολογούμενες καταχρηστικές πρακτικές της. Εξ άλλου, ενδιαμέσως, με τα 2911/24-5-2005, 1141/23.2.2007, 3203/4-6-2007, 3239/6-6-2007, Οικ 7842/7-11-2008 και οικ 1534/18-2-2009 έγγραφα της ΕπΑντ υποβλήθηκαν στην αναιρεσεύουσα αιτήματα παροχής στοιχείων. Εν τω μεταξύ ήδη στις 29.12.2006 είχε κατατεθεί στην Γενική Διεύθυνση Ανταγωνισμού της Επιτροπής, και η με αριθμό 8461/29.12.2006 καταγγελία ανταγωνίστριας.

20. Επειδή, ειδικότερα, κατά τα εκτιθέμενα στην αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, «το πρώτον με την 1851/4-7-2001 πράξη του Προέδρου της Επιτροπής Ανταγωνισμού, δόθηκε εντολή σε 4 υπαλλήλους της Γραμματείας, να διενεργήσουν έλεγχο στα βιβλία, στοιχεία και λοιπά έγγραφα της [αναιρεσεύουσας] (στην οποία κοινοποιήθηκε επίσης η ως άνω εντολή), για τη συλλογή στοιχείων και πληροφοριών, προκειμένου να διερευνηθεί η εν γένει εμπορική πολιτική της. Στη συνέχεια, με το 2911/24-5-2005 έγγραφο της Επιτροπής στα πλαίσια, όπως αναφέρεται σε αυτό, έρευνάς της στον κλάδο της ζυθοποιίας, για να διαπιστωθούν οι επικρατούσες συνθήκες ανταγωνισμού, ζητήθηκαν από την [αναιρεσεύουσα] τα αναφερόμενα στο ως άνω έγγραφο στοιχεία, ανάμεσα στα οποία και οι ισολογισμοί και τα αντίστοιχα αποτελέσματα για τις χρήσεις 2001 έως και 2004, καθώς και απάντηση στο υποβληθέν ερωτηματολόγιο, το οποίο περιελάμβανε ερωτήσεις για τις ετήσιες πωλήσεις μπίρας κατά τα ως άνω έτη, τα ποσοστά των ετήσιων πωλήσεων μπίρας με εγχώρια και με διεθνή σήματα, τις κατά μήνα πωληθείσες ποσότητες για όλα τα σήματα, τη μέση μηνιαία τιμή μπίρας βάσει συσκευασίας, τις ποσοστιαίες μεταβολές τιμών ανά εμπορικό σήμα προϊόντος, το μερίδιο της αγοράς που κατελάμβανε κατά την ως άνω τετραετία κλπ. Ακολούθως, με το 2853/22-5-2006 έγγραφο της Επιτροπής, προς τους υπαλλήλους της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού, δόθηκε εντολή διενέργειας ελέγχου στα βιβλία, στοιχεία και λοιπά έγγραφα της [αναιρεσεύουσας], για τη συλλογή στοιχείων και πληροφοριών στο πλαίσιο αυτεπάγγελτης έρευνας, για διαπίστωση παραβάσεων των

άρθρων 1 και 2 του ν. 703/77 και των άρθρων 81 και 82 της ΣυνθΕΚ από εταιρείες παραγωγής και διανομής ζύθου. Την 29.12.2006 κατετέθη στη Γενική Διεύθυνση Ανταγωνισμού της Επιτροπής, η με αριθμό 8461/29.12.2006 καταγγελία, της εταιρίας παραγωγής και διάθεσης προϊόντων ζύθου ΜΥΘΟΣ ΖΥΘΟΠΟΙΑ ΑΕ, κατά της προσφεύγουσας, για ενδεχόμενη παράβαση του άρθρου 2 του ν. 703/1977 (νυν άρθρο 2 ν 3959/2011) καθώς και του άρθρου 102 της Συνθήκης της Λειτουργίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ), πρώην άρθρο 82 της ΣυνθΕΚ. Σύμφωνα με την καταγγελία, η Αθηναϊκή Ζυθοποιία κατακράτα τη δεσπόζουσα θέση, την οποία κατέχει στην αγορά του ζύθου, μέσω πρακτικών που στρεβλώνουν την αγορά, βλάπτουν τους ανταγωνιστές, τους πελάτες και τους καταναλωτές, και καταλήγουν, σε παρεμπόδιση τους υγιούς ανταγωνισμού, ιδίως μέσω: α) της επιβολής στους πελάτες της αποκλειστικότητας με άμεσο τρόπο, αλλά και εμμέσως, δια της επιβολής στόχων, που για να μπορέσουν να τους επιτύχουν, πρέπει να προμηθεύονται μόνο προϊόντα της προσφεύγουσας, β) εκπτώσεων πίστης / τζίρου και του καθορισμού στόχων πωλήσεων και γ) της καταβολής ποσών εφάπαξ ή με τη μορφή της αύξησης των προσφορών, ή με τη μορφή της κάλυψης της αξίας ανταγωνιστικών προϊόντων της, προς τους πελάτες, για να τους αποσπάσει από τον ανταγωνισμό (ιδίως όταν κάποιος πελάτης/συνεργάτης της βρίσκεται σε διαπραγματεύσεις με την καταγγέλλουσα για την αγορά προϊόντων της, ή την έναρξη στενότερης συνεργασίας με αυτήν), πρακτική που εφαρμόζεται τόσο σε μεγάλους όσο και σε μικρούς πελάτες, με παροχές που προσαρμόζονται στη δυναμικότητα του κάθε σημείου με σκοπό τον αποκλεισμό της Μύθος Ζυθοποιία). Η Μύθος Ζυθοποιία κατήγγειλε περαιτέρω, ότι η προσφεύγουσα προβαίνει σε πρακτικές εκφοβισμού των πελατών, αποσκοπούσες στην αποκλειστικότητα, που συνίστανται σε ελάττωση των παροχών ή επιδείνωση των συναλλακτικών όρων, και των όρων πίστωσης, έναντι των συνεργαζόμενων με τη Μύθος Ζυθοποιία χονδρεμπορικών επιχειρήσεων, μέσω, ιδίως μειώσεων πιστωτικού ορίου και ημερών πίστωσης και επιβολής στον πελάτη, πληρωμής τοις μετρητοίς, παύσης ή απειλής παύσης τριγωνικών πωλήσεων, των προϊόντων της, ενόψει συνεργασίας πελάτη της με ανταγωνιστική επιχείρηση, καθώς και με διαφορετική ευνοϊκή πιστωτική μεταχείριση των χονδρεμπόρων εκείνων που, κατ' αποκλεισμό των ανταγωνιστών της Αθηναϊκής Ζυθοποιίας, προωθούν τα προϊόντα της τελευταίας. Οι καταγγελλόμενες από τη Μύθος Ζυθοποιία πρακτικές και τα προσκομισθέντα από αυτή στοιχεία, αφορούσαν τόσο στο επίπεδο λιανικής – ρητή μνεία γίνεται σε περιπτώσεις πελατών του καναλιού key accounts και καταστημάτων επιτόπιας κατανάλωσης – όσο και στο επίπεδο χονδρικής, καλύπτουν δε χρονικό διάστημα τουλάχιστον από το έτος 1998 και εντεύθεν. Αποτέλεσμα της διενέργειας των ανωτέρω ενεργειών από την καταγγελλόμενη, ήταν, κατά την καταγγέλλουσα, να απειλείται η βιωσιμότητά της. Ακολούθως, η Επιτροπή Ανταγωνισμού, στα πλαίσια του αυτεπάγγελτου ελέγχου και σε συνέχεια του

προαναφερόμενου 2911/05 εγγράφου, και των 2852 και 2853/2005 εντολών ελέγχου, ζήτησε από την [αναιρεσείουσα] τα ακόλουθα στοιχεία :

α) Με το 1141/23.2.2007 έγγραφό της, το ακριβές αντίγραφο της σύμβασης –τύπου μεταξύ αυτής και των χονδρεμπόρων που ίσχυε κατά τη χρονική περίοδο 2001-2006, το οριστικό ισοζύγιο του 2006 για έσοδα-έξοδα, κατάλογο των πελατών της, για τα έτη 2005 και 2006, ανάλυση της παλαιότητας των πιστώσεων ανά πελάτη για τα έτη 2005 και 2006, ισοζύγιο χρεωστών, συγκεντρωτική κατάσταση προμηθευτών της, ισοζύγιο αποθήκης, αντίγραφο κίνησης ανά πελάτη των κωδικών επιστροφών, εκτύπωση του γενικού καθολικού για τα ως άνω έτη κλπ., β) Με το 3203/4-6-2007 έγγραφό της, η Επιτροπή Ανταγωνισμού, στο πλαίσιο του ίδιου αυτεπάγγελτου ελέγχου, ζήτησε από την [αναιρεσείουσα], στοιχεία και απαντήσεις σε ερωτηματολόγιο, στο οποίο περιλαμβάνονταν ερωτήσεις που αφορούσαν στοιχεία για κάθε εμπορικό σήμα κατά το χρονικό διάστημα 2005 -2006, το έτος εισαγωγής κάθε εμπορικού σήματός της από το 2005 και μετά, τη γεωγραφική περιοχή πρώτης εισαγωγής των νέων εμπορικών σημάτων από το 1995 και μετά, ανάλυση κερδοφορίας κάθε σήματος, για τα έτη 2001-2006, ισολογισμό για το έτος 2006 κλπ. γ) Με το 3239/6-6-2007 έγγραφό της τον τιμοκατάλογο χονδρικής και λιανικής πώλησης των προϊόντων ζύθου που παρήγε ή εμπορεύθηκε ανά συσκευασία, κατά το χρονικό διάστημα 2005-2006. δ) Με το Οικ 4808/18-7-2008 έγγραφό της έδωσε εντολή για τη διενέργεια ελέγχου στα βιβλία, στοιχεία και λοιπά έγγραφα της [αναιρεσείουσας], για τη συλλογή στοιχείων και πληροφοριών, στο πλαίσιο αυτεπάγγελτης έρευνας, για διαπίστωση παραβάσεων των άρθρων 1 και 2 του ν. 703/77 και των άρθρων 81 και 82 της ΣυνθΕΚ από εταιρείες παραγωγής και διανομής ζύθου. ε) Με το Οικ 7842/7-11-2008 έγγραφό της μετά από συνάντηση που μεσολάβησε, ζήτησε από την [αναιρεσείουσα] οικονομικά στοιχεία για το έτος 2007 (αναλυτική κατάσταση πελατών με στοιχεία για το τζίρο και τις εκπτώσεις, αναλύσεις επιλεγμένων πελατών, ανάλυση του γενικού καθολικού και παρεμφερή στοιχεία για τα έτη 2005 και 2006. στ) Με το Οικ 357/19-1-2009 έγγραφό της η Επιτροπή έδωσε εντολή διενέργειας ελέγχου στα βιβλία, στοιχεία και λοιπά έγγραφα της [αναιρεσείουσας], για τη συλλογή στοιχείων και πληροφοριών, στο πλαίσιο αυτεπάγγελτης έρευνας, προς διαπίστωση παραβάσεων των άρθρων 1 και 2 του ν. 703/77, και των άρθρων 81 και 82 της ΣυνθΕΚ από εταιρείες παραγωγής και διανομής ζύθου. ζ) Με το οικ 1534/18-2-2009 έγγραφό της ζήτησε πρόσθετα στοιχεία από την [αναιρεσείουσα], για το σύνολο της πραγματοποιηθείσας μικτής αξίας πωλήσεων, για τους πελάτες κατά τα έτη 2005, 2006 και 2007 και επιβεβαίωση στοιχείων. η) Με το οικ 1679/24-2-2009 έγγραφό της έδωσε εντολή διενέργειας ελέγχου στα βιβλία, στοιχεία και λοιπά έγγραφα της [αναιρεσείουσας] για τη συλλογή στοιχείων και πληροφοριών, προς διαπίστωση παραβάσεων των άρθρων 1 και 2 του ν. 703/77 και των άρθρων 81 και 82 της ΣυνθΕΚ από εταιρείες παραγωγής και διανομής ζύθου. Όπως δε αναφέρεται στο οικ 4303/27-5-2009 αίτημα της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού, στα

πλαίσια της ως άνω έρευνας που άρχισε το 2001, διενεργήθηκαν επιτόπιοι έλεγχοι σε 24 επιχειρήσεις, λήφθηκαν ένορκες καταθέσεις από 8 εκπροσώπους χονδρεμπορικών επιχειρήσεων και 4 επιχειρήσεων εκμετάλλευσης τελικών σημείων κατανάλωσης, και εστάλησαν ερωτηματολόγια σε 66 επιχειρήσεις δραστηριοποιούμενες στην παραγωγή προϊόντων ζύθου, σε επίπεδο χονδρεμπορίου και λιανεμπορίου. Στο ίδιο έγγραφο αναφέρεται, ότι η έρευνα επικεντρώνεται στη διερεύνηση της συμπεριφοράς της [αναιρεσείουσας], λόγω της πιθανολογούμενης δεσπόζουσας θέσης της στην ελληνική αγορά ζύθου και τις πιθανολογούμενες καταχρηστικές πρακτικές της. [...] Η Γενική Διεύθυνση Ανταγωνισμού (Γ.Δ.Α.), κατά τη διενέργεια των ανωτέρω ελέγχων, συνέλεξε ουσιώδη έγγραφα και ηλεκτρονικά αρχεία, ενώ με επιστολές – ερωτηματολόγια τα οποία απέστειλε τόσο στην [αναιρεσείουσα], όσο και στην καταγγέλλουσα εταιρεία, συνέλεξε συμπληρωματικά στοιχεία για την υπόθεση. Στο μεταξύ η δεύτερη παρεμβαίνουσα κοινοποίησε στην Επιτροπή την προαναφερθείσα στην παρ. 4 από 29.7.2013 Εξώδικη δήλωση – διαμαρτυρία της προς την [αναιρεσείουσα], παραθέτοντας συγκεκριμένα περιστατικά για πρακτικές περιορισμού του ανταγωνισμού σε βάρος της. Με βάση όλα τα στοιχεία που συγκεντρώθηκαν, συνετάγη η 9704/11.12.2013 Εισήγηση της Εισηγήτριας της ΓΔΑ, προς την Επιτροπή Ανταγωνισμού. Η εισήγηση αυτή κοινοποιήθηκε στην καταγγέλλουσα, η οποία κλήθηκε να παραστεί, και παραστάθηκε, όπως και η [αναιρεσείουσα], ενώπιον της Ολομέλειας της ΕΑ, η οποία στη συνέχεια εξέδωσε την προσβαλλομένη απόφασή της. [...] Η Ε.Α. κατά τη διάσκεψή της, έλαβε υπόψη όλα τα στοιχεία του φακέλου της κρινόμενης υπόθεσης, και συγκεκριμένα την Εισήγηση με αριθ. πρωτ. 9704/11.12.2013 της ΓΔΑ, τις απόψεις που εξέφρασαν, προφορικώς και εγγράφως, τα ενδιαφερόμενα μέρη κατά την ακροαματική διαδικασία, το αποδεικτικό υλικό της υπόθεσης, που αφορούσε στην αυτεπάγγελτη έρευνα της ΓΔΑ, στην 8461/29.12.2006 καταγγελία της «ΜΥΘΟΣ ΖΥΘΟΠΟΙΑ ΑΕ», και την αναφορά της «ΖΥΘΟΠΟΙΑ ΜΑΚΕΔΟΝΙΑΣ ΘΡΑΚΗΣ ΑΕ», τη νομολογία των Κοινοτικών Δικαστηρίων σχετικά με τους όρους για τη συνδρομή δεσπόζουσας θέσης και παράβασης του άρθρου 2 του ν. 703/1977, τα αποτελέσματα των ελέγχων που διενήργησαν τα όργανά της, σε πλήθος εσωτερικών εγγράφων της [αναιρεσείουσας] (έγγραφα εμπορικής πολιτικής, εγχειρίδια εκπαίδευσης, εκθέσεις αξιολογήσεις υπαλλήλων της, μηνύματα ηλεκτρονικού υπολογιστή μεταξύ των εργαζομένων σε αυτή κλπ), τα στοιχεία που συγκεντρώθηκαν από τις [ήδη αναιρεσίβλητες ανταγωνίστριες] και από λοιπές παραγωγικές και εισαγωγικές εταιρίες, δραστηριοποιούμενες στον κλάδο, από χονδρεμπορικές επιχειρήσεις, καταστήματα επιτόπιας κατανάλωσης, επιχειρήσεις super market και ξένους οίκους, καθώς και από σειρά αιφνίδιων επιτόπιων ελέγχων στις εγκαταστάσεις της [αναιρεσείουσας], και αιφνίδιων επιτόπιων ελέγχων, σε ανταγωνίστριες εταιρίες, σε χονδρεμπορικές επιχειρήσεις, σε σούπερ μάρκετ και σε τελικά σημεία επιτόπιας κατανάλωσης. Περαιτέρω,

εξετάσθηκαν τα επιμέρους κανάλια διανομής και διάθεσης και ελήφθησαν ένορκες καταθέσεις από εκπροσώπους χονδρεμπορικών επιχειρήσεων και επιχειρήσεων εκμετάλλευσης τελικών σημείων κατανάλωσης, ενώ, επίσης, εστάλη μεγάλος αριθμός ερωτηματολογίων σε επιχειρήσεις δραστηριοποιούμενες, κατά τα ανωτέρω, στην παραγωγή και στη χονδρική και λιανική εμπορία προϊόντων ζύθου. Στο πλαίσιο της διερεύνησης της υπόθεσης, η Υπηρεσία συνέλεξε μεγάλο όγκο στοιχείων μέσω της διενέργειας 59 επιτόπιων ελέγχων και καταθέσεων που πραγματοποιήθηκαν σε δύο επιχειρήσεις δραστηριοποιούμενες στην παραγωγή και εμπορία προϊόντων ζύθου, σε είκοσι τρεις χονδρεμπορικές επιχειρήσεις, σε τριάντα τρεις επιχειρήσεις εκμετάλλευσης σημείων επιτόπιας κατανάλωσης μπίρας και σε ένα σούπερ μάρκετ. Η Υπηρεσία απηύθυνε 113 ερωτηματολόγια παροχής στοιχείων, και συγκεκριμένα απηύθυνε 14 ερωτηματολόγια σε 4 ανταγωνίστριες της καθ' ης, 31 ερωτηματολόγια σε 30 χονδρεμπορικές επιχειρήσεις, 47 ερωτηματολόγια σε 42 επιχειρήσεις εκμετάλλευσης σημείων επιτόπιας κατανάλωσης μπίρας και τα υπόλοιπα ερωτηματολόγια απευθύνθηκαν σε 12 σούπερ μάρκετ, 3 διεθνείς ομίλους επιχειρήσεων παραγωγής και εμπορίας προϊόντων ζύθου καθώς και στα Γραφεία Οικονομικών και Εμπορικών Υποθέσεων 6 Πρεσβειών. Τα αποτελέσματα αυτής της έρευνας καταγράφηκαν στην υπ' αρ. 9704/11.12.2013 Εισήγηση, που κάνει αναφορά σε περίπου 50 key accounts και πάνω από 180 άλλα τελικά σημεία κατανάλωσης». Η προσβαλλόμενη απόφαση στηρίχθηκε στο σύνολο αυτών των στοιχείων.

21. Επειδή, η αναιρεσείουσα με την προσφυγή της προέβαλε ότι στην 1851/4.7.2001 εντολή ελέγχου «δεν γίνεται αναφορά στο αντικείμενο και το σκοπό του ελέγχου και της έρευνας, δεν προσδιορίζονται τα χαρακτηριστικά της υπό εξέταση παράβασης και των εικαζόμενων περιορισμών του ανταγωνισμού, η υπό διερεύνηση αγορά και οι τομείς που σχετίζονται με την εικαζόμενη παράβαση ούτε βέβαια με τον τρόπο που εικάζεται ότι εμπλέκεται η επιχείρησή μας στην υπό εξέταση παράβαση. Κοντολογίς, ο πραγματοποιηθείς έλεγχος διενεργήθηκε χωρίς να υφίστανται επαρκείς υπόνοιες περί παρανομίας μιας συγκεκριμένης πρακτικής, προκειμένου να αλιευθούν πληροφορίες που θα μπορούσαν να τροφοδοτήσουν μια μεταγενέστερη έρευνα», ότι «ενόψει της γενικά διατυπωμένης εντολής ελέγχου, σε συνδυασμό με τα «κλαδικού» τύπου ερωτηματολόγια που ακολούθησαν» [δηλαδή το 2911/24.5.2005 ερωτηματολόγιο], «η Εταιρεία μας εύλογα θεώρησε ότι δεν τελεί σε καθεστώς ελεγχόμενης επιχείρησης αλλά ότι η σχετική έρευνα έχει ενημερωτικό μόνο χαρακτήρα στο πλαίσιο των ευρύτερων αρμοδιοτήτων της ΕΑ (κλαδικές έρευνες, γνωμοδοτήσεις για συγκεκριμένους τομείς, κλπ.)» και ότι, συνεπώς, τα ευρήματα των ελέγχων αυτών δεν επιτρέπεται να χρησιμοποιηθούν για την θεμελίωση παράβασης, ότι οι 2852 και 2853/22.5.2006 εντολές ελέγχου ήσαν ομοίως άκυρες, πρώτον λόγω ευρείας διατυπώσεως του αντικειμένου τους, και δεύτερον γιατί ο

έλεγχος αυτός «διενεργήθηκε επί τη βάσει των ευρημάτων τα οποία συλλέχθηκαν προηγούμενα κατά τρόπο προδήλως παράνομο: αφενός, μέσω ενός «αλιευτικού» αρχικού ελέγχου, αφετέρου στο πλαίσιο κλαδικής έρευνας», ότι τα ερωτηματολόγια και ο έλεγχος που επηκολούθησαν κατά τα έτη 2007 και 2008 ήσαν ομοίως άκυρα, γιατί δεν μνημονεύεται σε αυτά ότι εν τω μεταξύ είχε υποβληθεί και καταγγελία από ανταγωνιστή της, παρ' ότι το αντικείμενο της έρευνας επικεντρώθηκε ιδίως στα θέματα για τα οποία η ΕπΑντ είχε αντλήσει πληροφορίες από την καταγγελία, και ότι εν όψει τούτου το σύνολο των στοιχείων που αντλήθηκε με αυτό τον τρόπο απαγορεύεται να αξιοποιηθεί για την στοιχειοθέτηση παράβασης.

22. Επειδή, ανεξάρτητα από το αν με την προσφυγή που στρέφεται κατά της πράξεως της ΕπΑντ που επιβάλλει κυρώσεις ή διορθωτικά μέτρα μπορεί να προβληθούν και λόγοι με τους οποίους επιδιώκεται ο παρεμπόδιων έλεγχος αυτών καθαυτών των αποφάσεων ελέγχου, που δεν είχαν ούτε αμφισβητηθεί, ούτε προσβληθεί δικαστικά, επικαίρως και προσηκόντως, οι ανωτέρω αιτιάσεις, έτσι όπως προβλήθηκαν, ήσαν, πάντως, νόμω αβάσιμες και ορθώς απορρίφθηκαν, ανεξαρτήτως ειδικότερων αιτιολογιών. Και τούτο διότι, τόσο οι εντολές ελέγχου, όσο, άλλωστε, και οι εντολές παροχής πληροφοριών, έτσι όπως το περιεχόμενό τους παρατίθεται στην προσβαλλόμενη απόφαση, περιγράφουν, με όρους γενικούς μεν, αλλά, πάντως με επαρκή σαφήνεια το αντικείμενο του ελέγχου και το είδος των πληροφοριών που ζητούνται, οι δε διαδοχικές αναδιατυπώσεις τους, κατ' ορθό νομικό τους χαρακτηρισμό, δεν συνιστούν μεταβολή ή διεύρυνση του αντικειμένου του ελέγχου, του οποίου το εύρος ήταν και παρέμεινε το ίδιο, αλλά απλή εξειδίκευσή του (έστω και με γενικούς όρους), εν όψει των στοιχείων και πληροφοριών που είχαν εκάστοτε περιέλθει σε γνώση της ΕπΑντ, ως προς τα οποία η αναιρεσείουσα μόνο μετά την κοινοποίηση της εισηγήσεως της Γενικής Διεύθυνσης θα μπορούσε να επικαλεσθεί τα δικαιώματα άμυνας, για να αποκτήσει πρόσβαση. Εξ άλλου, ούτε και η ευρύτητα του ελέγχου συνιστά, πάντως, αυτή καθαυτήν, πλημμέλεια, ιδίως εν όσω δεν τεκμηριώνεται με ειδικούς ισχυρισμούς ότι ήταν όλως αυθαίρετη. Αντιθέτως, η μη φυσιολογική δομή της οικείας αγοράς, αν δεν απορρέει από παρούσες ή παρελθούσες νομικές στρεβλώσεις, συνιστά, κατ' αρχήν, κατ' ανάλυση κινδύνου, επαρκή ένδειξη που δικαιολογεί διερεύνηση αν η δομή αυτή της αγοράς απορρέει από παραβατικές συμπεριφορές και στρεβλώσεις· εν προκειμένω δε, κατ' ορθή ερμηνεία του νόμου επεσήμανε και το διοικητικό εφετείο, ότι κατά τον κρίσιμο χρόνο η δομή της αγοράς ζύθου, στην οποία η αναιρεσείουσα κατείχε μερίδιο 85%, πράγματι δεν μπορούσε να θεωρηθεί φυσιολογική. Ούτε και υφίστατο, κατά νόμον, άλλωστε, πριν από τον ν. 3959/2011, διάκριση μεταξύ κλαδικής έρευνας και διερεύνησης παραβάσεων, ώστε να τίθεται από την άποψη αυτή ζήτημα μεταβολής του σκοπού της έρευνας. Άλλωστε, και μετά την ισχύ του νόμου αυτού, η μόνη συνέπεια της

διακρίσεως, σύμφωνα με όσα έχουν γίνει ήδη δεκτά, είναι ότι εντολές έρευνας ή παροχής πληροφοριών στο πλαίσιο κλαδικής έρευνας δεν διακόπτουν την παραγραφή. Τα ευρήματα όμως του ελέγχου -εν προκειμένω τυχαία ή μη- νομίμως αξιοποιούνται για να κινηθεί διαδικασία διερεύνησης παράβασης· απαιτείται μόνο να εκδοθεί ως προς αυτά είτε απλώς ρητή εντολή παροχής τους, είτε νέα εντολή έρευνας. Η δε ΕπΑντ μπορεί να συναγάγει τα προσήκοντα αποδεικτικά τεκμήρια, αν, μετά την έκδοση αυτής της συμπληρωματικής εντολής, τα στοιχεία αυτά, που εν τούτοις η ύπαρξή τους είναι ήδη γνωστή, δεν καταστούν διαθέσιμα στον έλεγχο. Συγκλίνουσα προς την ανωτέρω γνώμη διατύπωσαν ο Πρόεδρος Ι. Γράβαρης και οι Πάρεδροι Σ. Λαμπροπούλου και Μ. Γκάνια, κατά την άποψη των οποίων, σύμφωνα με τη μειοψηφία τους στη σκέψη 19, νομίμως, κατ' αρχήν απορρίφθηκαν οι ισχυρισμοί της αναιρεσείουσας περί παράνομης έλλειψης αιτιολογίας των εντολών ελέγχου, διότι οι εντολές αυτές, αλληλοσυμπληρούμενες και εκτιμώμενες εν όψει των συγκεκριμένων περιστάσεων, όπως περιγράφονται στην αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, και ιδίως τη δεσπόζουσα θέση της αιτούσας στη σχετική αγορά, εμφανίζονται, και κατά την άποψη αυτή, επαρκώς, κατ' αρχήν αιτιολογημένες.

23. Επειδή, η αναιρεσείουσα προβάλλει (3ος λόγος αναιρέσεως) ότι, κατ' ορθή ερμηνεία των άρθρων 15 του ΚΛΔ και 41 παρ. 3 του ν. 3959/2011, υπό το πρίσμα της θεμελιώδους επιταγής για σεβασμό των δικαιωμάτων άμυνας, κάθε απόρρητο στοιχείο του φακέλου της ΕπΑντ που μνημονεύεται στην Εισήγηση της Γενικής Διεύθυνσης αποβάλλει (και δη σε όλη του την έκταση) εκ μόνου του γεγονότος τούτου τον απόρρητο χαρακτήρα του· ότι, συνεπώς, μη νομίμως δεν της χορηγήθηκε πρόσβαση στην ταυτότητα των προσώπων που χορήγησαν μαρτυρίες ή απήντησαν σε ερωτηματολόγια και, περαιτέρω, ως εκ τούτου, ότι πρέπει να αποκλεισθεί η χρησιμοποίηση των εγγράφων αυτών ως αποδεικτικών μέσων και οι αιτιάσεις που στηρίχθηκαν σε αυτά να απορριφθούν ως αναπόδεικτες· ότι η εν λόγω διαδικαστική πλημμέλεια θεραπεύεται μόνο αν η επιχείρηση, έχοντας προηγουμένως λάβει πλήρη πρόσβαση κατά την ένδικη διαδικασία δεν επικαλεσθεί και τεκμηριώσει επαρκώς, είτε ότι τα στοιχεία αυτά θα ήταν χρήσιμα για την άμυνά της, είτε ότι χωρίς αυτά το συμπέρασμα της ΕπΑντ θα ήταν διαφορετικό· και ότι εν όψει τούτων το διοικητικό εφετείο εσφαλμένα απέρριψε τον σχετικό λόγο της προσφυγής της καθώς και το αίτημά της να της δοθεί από το δικαστήριο της ουσίας απεριόριστη πρόσβαση στα στοιχεία που είχαν χαρακτηριστεί απόρρητα από την ΕπΑντ. Για το παραδεκτό του πιο πάνω λόγου αναιρέσεως η αναιρεσείουσα προβάλλει, βασίμως, ότι δεν υπάρχει νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας επί του ζητήματος της πρόσβασης στα έγγραφα, υπό την ισχύ των ανωτέρω διατάξεων.

24. Επειδή, στην παρ. 3 του άρθρου 41 του ν. 3959/2011 ορίζεται ότι «Τα απόρρητα στοιχεία, τα οποία έχουν σχέση με την εφαρμογή του παρόντος

νόμου, αποτελούν μέρος του διοικητικού φακέλου. [...] Οι προϋποθέσεις, η έκταση, οι εξαιρέσεις, ο χρόνος και η διαδικασία πρόσβασης στο διοικητικό φάκελο των επιχειρήσεων και ενώσεων επιχειρήσεων, κατά των οποίων κινήθηκε η ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού διαδικασία, και των φυσικών ή νομικών προσώπων, που υπέβαλαν καταγγελία, η διαδικασία χρήσης και δημοσιοποίησης των προαναφερόμενων απόρρητων στοιχείων από τη Γενική Διεύθυνση Ανταγωνισμού, καθώς και κάθε άλλο σχετικό θέμα καθορίζονται, κατά παρέκκλιση από τις γενικές διατάξεις περί του δικαιώματος πρόσβασης στα έγγραφα, από τον Κανονισμό Λειτουργίας και Διαχείρισης της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Οι προϋποθέσεις και η έκταση της δυνατότητας της Επιτροπής να ενημερώνει εγγράφως τρίτα πρόσωπα σχετικά με τη φύση και το αντικείμενο της διαδικασίας καθορίζονται επίσης από τον ανωτέρω Κανονισμό. Τα απόρρητα στοιχεία της παραγράφου αυτής αποτελούν μέρος του φακέλου, ο οποίος υποβάλλεται στο Διοικητικό Εφετείο Αθηνών και στο Συμβούλιο της Επικρατείας, διατηρώντας τον απόρρητο χαρακτήρα τους. Προς τον σκοπό αυτόν τα παραπάνω στοιχεία διαβιβάζονται σε ξεχωριστό τμήμα του διοικητικού φακέλου, το οποίο φέρει την ένδειξη «απόρρητα στοιχεία». Αρμόδιος υπάλληλος του δικαστηρίου διασφαλίζει ότι τα μέρη δε θα έχουν πρόσβαση στα απόρρητα για αυτούς τμήματα του φακέλου, εκτός εάν η πρόσβαση κριθεί αναγκαία για την προάσπιση υπέρτερου συμφέροντός τους, και τους παρασχεθεί σχετική άδεια, κατά το αναγκαίο μέτρο, κατόπιν αιτήσεώς τους, από το δικάζον δικαστήριο». Στις δε παρ. 7 (εδάφιο β') και 12 του άρθρου 15 ΚΔΛ (2013) της ΕπΑντ, ορίζεται ότι «7. [...] Εφόσον η πρόσβαση σε έγγραφα, που περιέχουν απόρρητα στοιχεία επιχειρήσεων, είναι απολύτως αναγκαία για την άσκηση των δικαιωμάτων άμυνας [...], μετά από αίτησή τους, ο Πρόεδρος, με αιτιολογημένη απόφασή του, παρέχει πρόσβαση στα έγγραφα αυτά εν όλω ή εν μέρει και μόνο στο πρόσωπο για την άσκηση των δικαιωμάτων άμυνας του οποίου κρίθηκε απολύτως αναγκαία η πρόσβαση στα απόρρητα αυτά στοιχεία. [...] 12. Τα συμπληρωμένα ερωτηματολόγια και οι καταθέσεις που προκύπτουν σε συνάρτηση με διαδικασίες που έχουν κινήσει δύναται να είναι προσβάσιμα μόνο ως προς το περιεχόμενό τους, τηρουμένων των ρυθμίσεων περί απορρήτων στοιχείων. Τα ερωτηματολόγια και οι καταθέσεις του προηγούμενου εδαφίου δύναται να μην είναι προσβάσιμα, ως προς την ταυτότητα των προσώπων που απάντησαν ή κατέθεσαν, λαμβάνοντας ιδίως υπόψη τον κίνδυνο των αντιποίνων.». Οι διατάξεις αυτές αποδίδουν γενικές αρχές του ενωσιακού δικαίου και δεν προσβάλλουν θεμελιώδη δικαιώματα (πρβλ. ιδίως αποφάσεις ΔΕΚ της 6ης Απριλίου 1995 BPB Industries και British Gypsum κατά Επιτροπής C-310/93 P σκ. 22 επ. και ΔΕΕ της 27ης Φεβρουαρίου 2014 Επιτροπή κατά EnBW Energie Baden-Württemberg AG C-365/12 P σκ. 90, της 28ης Νοεμβρίου 2019 Brugg Kabel και Kabelwerke Brugg κατά Επιτροπής C-591/18 P σκ. 38-42, και της 13ης Σεπτεμβρίου 2018 C-358/16 - UBS Europe κ.λπ. σκ. 69).

25. Επειδή, εν προκειμένω, κατά τα εκτιθέμενα στην αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, τα στοιχεία στα οποία είχε ζητήσει ειδικώς πρόσβαση η αναιρεσείουσα, αλλά το αίτημά της απορρίφθηκε, ανάγονταν κυρίως στην ταυτότητα προσώπων που απάντησαν σε ερωτηματολόγια της ΕπΑντ ή κατέθεσαν ενώπιόν της και των προσώπων που αναφέρονται σε ένορκες καταθέσεις υπαλλήλων των ήδη αναιρεσιβλήτων ανταγωνιστριών της επιχειρήσεων (οι οποίες μετέσχον στην διοικητική διαδικασία και ακολούθως άσκησαν παρέμβαση ενώπιον του διοικητικού εφετείου). Όπως βεβαιώνει το διοικητικό εφετείο, «ο Πρόεδρος της Επιτροπής Ανταγωνισμού, απάντησε με τις 625/28.1.2014 και 318/5.2.2014 επιστολές του, στις οποίες, αναλυτικά εξέθεσε τους λόγους μη άρσης του απορρήτου, ως προς κάθε συγκεκριμένο έγγραφο στοιχείο, αποκάλυψε όσα έκρινε, με βάση τη στάθμιση που διενήργησε, ότι μπορούσαν να αποκαλυφθούν, για άλλα περιέγραψε επακριβώς τη φύση τους ή παρέσχε περιγραφή της ιδιότητας των αναφερομένων προσώπων, ώστε η [αναιρεσείουσα] να διευκολυνθεί, αλλά, και να προστατευθούν πρόσωπα που κατέθεταν επιχειρηματικά μυστικά.». Το διοικητικό εφετείο απέρριψε λόγο της προσφυγής, σύμφωνα με τον οποίον η άρνηση αυτή παραβίασε τα δικαιώματα της αναιρεσείουσας, με την σκέψη ότι «αυτή είχε πρόσβαση σε όλα τα στοιχεία του φακέλου, εξαιρουμένων των εγγράφων, τα οποία περιέχουν απόρρητα ή άλλα εμπιστευτικά στοιχεία, και τα εσωτερικά έγγραφα της Επιτροπής, στα οποία νομίμως, σύμφωνα με τα οριζόμενα στον Κανονισμό Λειτουργίας της Επιτροπής Ανταγωνισμού, δεν είχε πρόσβαση λόγω του χαρακτηρισμού τους ως απορρήτων. Ειδικότερα, η εκ μέρους της Επιτροπής μη αποκάλυψη στην προσφεύγουσα της ταυτότητας των προσώπων που απάντησαν στα ερωτηματολόγια ή κατέθεσαν ενόρκως κατά τη σχετική διαδικασία, ήταν δικαιολογημένη και, συνεπώς, νόμιμη, λαμβανομένων υπόψη του κινδύνου αντιποίνων, τα οποία άλλωστε [...], εκδηλώθηκαν, πέραν από τις προφορικές απειλές, με την άσκηση αγωγών κατά ορισμένων προσώπων. [...] Τούτο δε, ανεξαρτήτως του ότι, η τυχόν παραβίαση των δικαιωμάτων άμυνας, εξετάζεται μόνον αν τα επίμαχα στοιχεία είναι αποφασιστικής σημασίας [...] ή αν είναι πιθανό, η διοικητική διαδικασία να είχε καταλήξει σε διαφορετικό αποτέλεσμα, χωρίς το διαδικαστικό αυτό σφάλμα (ΣτΕ 2780/2014, 2774/2014), πράγμα που δεν υποστηρίζει η προσφεύγουσα, και του ότι [...] το Δικαστήριο, [...] εκτιμά όλα τα αποδεικτικά στοιχεία [...] στα οποία περιλαμβάνονται και τα απόρρητα, [...], ώστε να μπορεί να κρίνει, χωρίς να τα θέσει υπόψη των διαδίκων και χωρίς να εκθέσει στην απόφασή του το απόρρητο μέρος τους (πρβλ ΣτΕ 1116//2009, 4600/2005, ΔΕΘ 550/2015)». Υπό τα δεδομένα αυτά το διοικητικό εφετείο ορθώς, και χωρίς νομική πλημμέλεια περί την στάθμιση των δικαιωμάτων άμυνας με την υποχρέωση προστασίας των πληροφοριοδοτών και μαρτύρων καθώς και του επιχειρηματικού απορρήτου, ερμήνευσε και εφήρμοσε τις διατάξεις του ν. 3959/2011 και του ΚΔΛ (2013) ΕπΑντ, που παρατίθενται στην προηγούμενη σκέψη, ο δε λόγος αναιρέσεως, με τον οποίο κατ'

ουσίαν προβάλλεται ότι δεν τίθεται ζήτημα στάθμισης, ούτε υφίσταται απόρρητο έναντι της επιχείρησης στην οποία αποδίδεται παράβαση, πρέπει να απορριφθεί ως νόμω αβάσιμος.

26. Επειδή, η αναιρεσείουσα προβάλλει (6ος λόγος αναιρέσεως) ότι, κατ' ορθή ερμηνεία των άρθρων 102 ΣΛΕΕ και 2 ν. 3959/2011, ακόμη και όταν η δεσπόζουσα επιχείρηση επιδιώκει και επιτυγχάνει την αποκλειστική δέσμευση των πελατών της, και ανεξάρτητα από το αν η αποκλειστικότητα απορρέει από συμβατική δέσμευση ή βάσει παροχής εκπτώσεων ή άλλων πλεονεκτημάτων, δεν πληρούται αυτομάτως το πραγματικό των εν λόγω διατάξεων αλλά προσαπαιτείται να αποδειχθεί ότι συντρέχουν επί πλέον και περιστάσεις του λεγομένου «as efficient competitor test», δηλαδή ότι ένας εξ ίσου αποτελεσματικός ανταγωνιστής θα αναγκαζόταν να πωλεί είτε σε τιμές χαμηλότερες από το μέσο μεταβλητό του κόστος, είτε σε τιμές υψηλότερες μεν από αυτό, αλλά χαμηλότερες από το μέσο συνολικό του κόστος, υπό την πρόσθετη όμως προϋπόθεση, σε αυτή την περίπτωση, ότι αποδεικνύεται η ύπαρξη σχεδίου εξοβελισμού του· ότι προσεκόμισε τόσο ενώπιον της ΕπΑντ, όσο και ενώπιον του δικαστηρίου της ουσίας οικονομικές μελέτες για να αποδείξει ότι στην περίπτωση της δεν συντρέχουν οι ανωτέρω προϋποθέσεις· ότι, μεταξύ άλλων, δεν συνεκτιμήθηκε ότι σύμφωνα με τις μελέτες αυτές (1) ακόμη και αν αθροίζοταν το σύνολο των παροχών προς τις αλυσίδες μαζικής εστίασης και λοιπά τελικά σημεία, οι προσφερόμενες τιμές δεν ήταν κατώτερες από το μέσο μεταβλητό κόστος και δεν ασκεί επιρροή η οικονομική αδυναμία των ανταγωνιστών να παρέχουν αντίστοιχες, (2) οι ανταγωνιστές της κατά τους θερινούς μήνες προσέφεραν στους χονδρεμπόρους ακόμη και οκτώ φορές μεγαλύτερη πίστωση, (3) δεν υφίσταται ασφυξία χώρου στις αποθήκες των χονδρεμπόρων και (4) παρά την ρήτρα «ικανοποιητικού μεριδίου στο ράφι» των σούπερ μάρκετ, δεν υφίσταται κίνδυνος ανεπάρκειας ή εξάντλησης χώρου και εξοβελισμού ανταγωνιστών, ούτε τίθεται θέμα προώθησης άλλων πλην ζύθου προϊόντων της με χαμηλή ζήτηση, με εφελτήριο την ισχυρή παρουσία της στην αγορά ζύθου· και ότι εσφαλμένα το διοικητικό εφετείο έκρινε, χωρίς καμία αναφορά στο τεστ του εξ ίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή, ότι οι πρακτικές αποκλειστικότητας που είχε υιοθετήσει η αναιρεσείουσα στα τρία κανάλια διανομής (αλυσίδες μαζικής εστίασης και λοιπά τελικά σημεία, χονδρεμπόριο, σούπερ μάρκετ) ήταν καταχρηστικές. Για το παραδεκτό του λόγου αυτού προβάλλεται ότι κατά τον χρόνο που ασκήθηκε η κρινόμενη αίτηση δεν υπήρχε νομολογία του Συμβουλίου Επικρατείας, σχετικά με το ζήτημα αν για τον χαρακτηρισμό ως καταχρηστικής μιας πρακτικής δεσπόζουσας επιχείρησης που οδηγεί σε αποκλειστικότητα προσαπαιτείται απόδειξη στρατηγικής εκτοπισμού εξ ίσου αποτελεσματικών αποτελεσματικών ανταγωνιστών, υπάρχει όμως νομολογία του ΔΕΕ (Post Danmark I, Intel) αντίθετη προς τις κρίσεις της αναιρεσιβαλλομένης.

27. Επειδή, βασίμως μεν προβάλλεται έλλειψη νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας επί των ανωτέρω ζητημάτων, είναι όμως αβάσιμος ο ισχυρισμός περί αντιθέσεως σε νομολογία του ΔΕΕ, καθ' όσον η νομολογία που επικαλείται η αιτούσα δεν είναι κατ' αρχήν συναφής. Η μεν υπόθεση Danmark I αφορά εξοντωτική υποτιμολόγηση στο πλαίσιο μειοδοτικών διαγωνισμών που διενεργούσαν μεγάλοι πελάτες, στην δε υπόθεση Intel, η οποία άλλωστε αφορούσε εκπτώσεις πίστεως και όχι αποκάλυπτους περιορισμούς, όπως οι εκπτώσεις αποκλειστικότητας, κρίθηκε μόνο ότι εφ' όσον η Επιτροπή θεωρήσει η ίδια πράγματι σημαντικό να διενεργήσει μια τέτοια ανάλυση, προκειμένου να εκτιμήσει την εγγενή ικανότητα μιας πρακτικής να επιφέρει εκτοπισμό εξ ίσου αποτελεσματικών ανταγωνιστών, οφείλει να εξετάσει διεξοδικά υπερασπιστικούς ισχυρισμούς, σύμφωνα με τους οποίους η ανάλυσή της πάσχει από τεχνικά σφάλματα. Αντιθέτως, μάλιστα προς τους ισχυρισμούς της αιτούσας, με την τελευταία αυτή απόφαση κρίθηκε ότι επί προκαλύπτων περιορισμών (όπως είναι οι ρήτρες αποκλειστικότητας) δεν υπάρχει, κατ' αρχήν, άλλη κρίσιμη περίπτωση που να απαιτείται να συνεκτιμηθεί (βλ. ήδη και απόφαση ΓΔ της 26.1.2022, T-286/09 RENV, Intel Corporation Inc., σκ. 91, 101): γιατί η αποκλειστικότητα, δηλαδή η ιδιοποίηση από μια δεσπόζουσα επιχείρηση ενός τμήματος της αγοράς, συνιστά αυτή καθαυτήν βλάβη του κοινού αγαθού, που είναι η ελεύθερη και ισότιμη πρόσβαση στην αγορά -δηλαδή του ελεύθερου ανταγωνισμού- εκτός αν το κομμάτι της αγοράς που μονοπώλησε η δεσπόζουσα επιχείρηση είναι περιθωριακό και ασήμαντο. Αντίθετα δε από τους ισχυρισμούς της αιτούσας, δεν υφίσταται νομολογία του ΔΕΕ που να κρίνει ότι για την στοιχειοθέτηση παράβασης επιβάλλεται στην Επιτροπή να εφαρμόσει την μεθοδολογία που περιγράφεται στις παραγράφους 41 έως 45 της Ανακοίνωσης της Επιτροπής για τις Κατευθύνσεις σχετικά με τις προτεραιότητες κατά τον έλεγχο της εφαρμογής του άρθρου 82 της συνθήκης ΕΚ (2009/C 45/02) και έχει γίνει γνωστή ως «τεστ του εξ ίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή» [εφ' εξής ΤΕΙΑΑ]. Γιατί είναι μεν γεγονός ότι σκοπός του δικαίου του ανταγωνισμού δεν είναι η προστασία επιχειρήσεων που δεν είναι σε θέση να παραμείνουν δι' ιδίων δυνάμεων στην αγορά, στηριζόμενες στην αξία της παροχής τους. Από την αυτονόητη διαπίστωση, όμως, ότι «εξ ορισμού, ο υγιής ανταγωνισμός μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα την εξαφάνιση από την αγορά ή την περιθωριοποίηση ανταγωνιστών λιγότερο αποτελεσματικών και ως εκ τούτου λιγότερο ελκυστικών για τους καταναλωτές» (ΔΕΕ, απόφαση της 27.3.2012, C-209/10, Post Danmark A/S κατά Konkurrencerådet, σκ. 22), δεν μπορεί να συναχθεί λογικώς ούτε ότι καταχρηστικές πρέπει να θεωρούνται μόνο οι πρακτικές παροχών και εκπτώσεων για τις οποίες αποδεικνύεται (και δη κατ' εφαρμογή της μεθοδολογίας ΤΕΙΑΑ) ότι άγουν αναγκαίως σε αποτέλεσμα ισοδύναμο προς πώληση κάτω του κόστους, ούτε ότι απαιτείται να αποδειχθεί επικείμενος κίνδυνος στεγανοποίησης της αγοράς, όπως εσφαλμένα υπολαμβάνει η αναιρεσείουσα. Και τούτο γιατί, πρώτον, από το

θεμελιώδες δικαίωμα ισότιμης πρόσβασης και λειτουργίας στην αγορά απορρέει απόλυτη απαγόρευση προς την δεσπόζουσα επιχείρηση να χρησιμοποιεί καθ' οιονδήποτε τρόπο αυτή καθαυτή την ισχύ της ή τα πλεονεκτήματα που απορρέουν από αυτήν ως εφελτήριο ή εργαλείο στον επιχειρηματικό σχεδιασμό και τις συναλλακτικές της σχέσεις. Και δεύτερον, γιατί, κατά γενική αρχή, απειλές κατά κοινών αγαθών -και τέτοιο αγαθό είναι η ανταγωνιστική δομή της αγοράς και η ισότιμη πρόσβαση και λειτουργία σε αυτήν- αξιολογούνται σύμφωνα με τις αρχές της πρόληψης και της προφύλαξης. Επομένως, για την στοιχειοθέτηση παράβασης αρκεί να προκύπτει εύλογο ενδεχόμενο αφηρημένης διακινδύνευσης. Έτσι, κάθε πρακτική (μεταξύ αυτών και κάθε έκπτωση πίστεως) που, λαμβάνοντας υπ' όψιν της οικονομική της λειτουργία, την δομή της αγοράς, το μερίδιο αγοράς και τις λοιπές παραμέτρους της ισχύος της δεσπόζουσας επιχείρησης, σε σχέση με τους ανταγωνιστές της, δημιουργεί, ιδίως ως εκ της διαφοράς μεγέθους ανάμεσά τους ή ως εκ του συγκριτικά περιορισμένου τμήματος της αγοράς που επιδιώκει ο καθένας από αυτούς να διεκδικήσει, συνθήκες οι οποίες είτε εξαναγκάζουν τον ανταγωνιστή σε συγκριτικά μεγαλύτερη θυσία κέρδους (ανά μονάδα προϊόντος) από αυτήν που υφίσταται η δεσπόζουσα επιχείρηση, είτε αυξάνουν το κόστος του, λειτουργούν εγγενώς ανασχετικά ή αποτρεπτικά, δηλαδή εκτοπιστικά, ιδίως όταν η σχετική αγορά χαρακτηρίζεται από σχετικά υψηλά εμπόδια εισόδου. Από την άποψη λοιπόν αυτή, της στοιχειοθέτησης της παράβασης, η επίκληση του ΤΕΙΑΑ είναι απρόσφορη και αλυσιτελής (βλ. ήδη συναφώς ΣτΕ 1410/2022). Βεβαίως, η δεσπόζουσα επιχείρηση έχει την ευχέρεια (και αντίστοιχα το βάρος) να επικαλεσθεί και να αποδείξει πλήρως, κατά τρόπο τεκμηριωμένο και επαληθεύσιμο, ότι συντρέχουν εξαιρετικές περιστάσεις τέτοιες που είτε η συμπεριφορά της καθίσταται αντικειμενικά δικαιολογημένη (από τις περιστάσεις αυτές ή το συμφέρον του τελικού καταναλωτή), είτε αποκλείεται παντάπασι βλάβη του ανταγωνισμού, είτε απορρέουν υπερακοντίζουσες ωφέλειες. Και καθ' όσον μεν αφορά τον αμυντικό ισχυρισμό της αντικειμενικής δικαιολόγησης, η επίκληση του ΤΕΙΑΑ είναι προδήλως απρόσφορη και αλυσιτελής, ελλείπει συναφείας. Είναι όμως ομοίως απρόσφορη και αλυσιτελής η επίκλησή του και εν αναφορά προς τυχόν ισχυρισμό ότι αποκλείεται παντάπασι βλάβη του ανταγωνισμού. Τούτο δε (και ανεξάρτητα από άλλα ελαττώματα αυτής της μεθοδολογίας), πρώτον γιατί η παντελής απουσία κινδύνου πρέπει, κατ' αρχήν, να αποδεικνύεται με πραγματικά περιστατικά (για μια τέτοια περίπτωση βλ. ήδη ενδεικτικά ΓΔ, απόφαση της 22.6.2022, T-235/18, Qualcomm Inc., κατά Επιτροπής ΕΕ, όπου το ΓΔ έκρινε ότι αποδείχθηκε πλήρως ότι, κατά τον κρίσιμο χρόνο, μόνο η δεσπόζουσα επιχείρηση ήταν σε θέση να κατασκευάσει προϊόντα σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές και απαιτήσεις του συγκεκριμένου αγοραστή, ο οποίος μάλιστα εξήτασε και απέρριψε δείγματα από εναλλακτικές πηγές εφοδιασμού· βλ. επίσης CRV Holding B.V., 7.10.2010, LJN:BN9947 College van Beroep voor het bedrijfsleven,

περίπτωση όπου το δικαστήριο δέχθηκε ότι η η συνολική ποσότητα και κόστος ήταν ασήμαντα και η ταυτότητα του προμηθευτή αδιάφορη για τον αγοραστή) και όχι με υποθετικά εναλλακτικά σενάρια ή «αντιπαραδείγματα» (counterfactuals). Δεύτερον, γιατί πρέπει πάντοτε να λαμβάνεται υπ' όψιν αφ' ενός ότι η αγορά ενδέχεται να έχει ήδη δομή τέτοια που να παρεμποδίζει τους ανταγωνιστές να καταστούν εξ ίσου ανταγωνιστικοί, τουλάχιστον βραχυπρόθεσμα, και, αφ' ετέρου, ότι και «ένας λιγότερο αποτελεσματικός ανταγωνιστής μπορεί επίσης να ασκήσει πίεση η οποία θα πρέπει να ληφθεί υπόψη [...] εάν δεν υπήρχε μια καταχρηστική πρακτική ο ανταγωνιστής αυτός θα μπορούσε να επωφελείται από πλεονεκτήματα που συνδέονται με τη ζήτηση, όπως αποτελέσματα δικτύου και εκμάθησης, τα οποία τείνουν να αυξάνουν την αποτελεσματικότητά του», (Κατευθύνσεις για τις προτεραιότητες, παρ. 24), επί πλέον δε σε μια αγορά με σημαντικά εμπόδια εισόδου η παρουσία του εντείνει την ανταγωνιστική πίεση (πρβλ. απόφαση ΔΕΕ της 6.10.2015, C-23/14, Post Danmark [ii] σκ. 59-60), εν πάση δε περιπτώσει η παρουσία λιγότερο μεν, επαρκώς πάντως αποτελεσματικών ανταγωνιστών, από την φύση του πράγματος εξαναγκάζει την δεσπόζουσα επιχείρηση να θυσιάσει τουλάχιστον τμήμα της μονοπωλιακής της προσόδου και, ως εκ τούτου, η παρουσία αυτών των ανταγωνιστών είναι εγγενώς ευεργετική για την αγορά και τους τελικούς καταναλωτές. Και, τρίτον, γιατί βλάβη μπορεί να υπάρχει, ακόμη και αν δεν έχει την ένταση που αναζητά το ΤΕΙΑΑ. Πράγματι, ακόμη και αν ο ανταγωνιστής δεν εξαναγκάζεται να πωλεί κάτω του κόστους (που είναι το κριτήριο στο οποίο αποβλέπει το ΤΕΙΑΑ), ο εξαναγκασμός του σε οικονομική θυσία συγκριτικά μεγαλύτερη από αυτή της δεσπόζουσας επιχείρησης αρκεί για να ανακόψει την ανάπτυξή του, δηλαδή για να αδρανοποιήσει τις εν δυνάμει απειλές κατά της ισχύος της, πριν αυτές ακόμη προλάβουν να αναπτυχθούν. Επομένως, η επίκληση του ΤΕΙΑΑ μπορεί να είναι πρόσφορη, κατ' αρχήν, μόνο στο πλαίσιο ισχυρισμού ότι συντρέχουν υπερακοντίζουσες ωφέλειες, ότι δηλαδή συντρέχουν περιστάσεις αντίστοιχες προς αυτές που θα μπορούσαν να θεμελιώσουν ατομική απαλλαγή, στο πλαίσιο του άρθρου 1 παρ. 3 του ν. 3959/2011 και του άρθρου 101 παρ. 3 ΣΛΕΕ (πρβλ. απόφαση ΔΕΕ της 6.10.2015, C-23/14, Post Danmark A/S κατά Konkurrencerådet, σκ. 48-49). Και σε αυτή την περίπτωση όμως, για να είναι λυσιτελής η επίκληση του ΤΕΙΑΑ πρέπει αφ' ενός μεν να συντρέχουν και οι λοιπές σωρευτικά απαιτούμενες προϋποθέσεις, αφ' ετέρου δε, ο ανταγωνισμός που εναπομένει να εξακολουθεί να παρίσταται, κατά την ουσιαστική και υποκείμενη σε οριακό μόνο δικαστικό έλεγχο εκτίμηση της αρχής ανταγωνισμού, επαρκής για να ασκεί συνεχή, ουσιαστική, και αξιόπιστη ανταγωνιστική πίεση και απειλή για δεσπόζουσα επιχείρηση, τόσο στατικά, όσο και δυναμικά. Εν πάση δε περιπτώσει, η αξιοπιστία και η πειστικότητα των αμυντικών ισχυρισμών της δεσπόζουσας επιχείρησης αξιολογείται πάντοτε, και αυτή, υπό το φως των αρχών της πρόληψης και της προφύλαξης. Έτσι, όταν η επιχείρηση επικαλείται για την άμυνά της οικονομικές μελέτες και υποθετικά αντιπαραδείγματα (μεταξύ αυτών και

το ΤΕΙΑΑ), αυτά δεν αρκεί να είναι απαλλαγμένα από σφάλματα. Απαιτείται επί πλέον να είναι, τόσο στην εγγενή τους λογική, όσο και στις παραδοχές και στον σχεδιασμό τους, σύμφωνα με τις αρχές αυτές, να στηρίζονται στο δυσμενέστερο για την κατάσταση και εξέλιξη του ισότιμου ανταγωνισμού σενάριο, και να διασφαλίζουν ότι έχει αποκλεισθεί απολύτως το ενδεχόμενο ψευδώς αρνητικού αποτελέσματος. Εν όσω η μελέτη που επικαλείται η επιχείρηση ή η μεθοδολογία που προτείνει δεν ανταποκρίνονται απολύτως στις απαιτήσεις αυτές, αυτό και μόνο, και ανεξάρτητα από τυχόν άλλα τεχνικά ελαττώματα, συνιστά επαρκή αιτιολογία απορρίψεως, χωρίς να απαιτείται περαιτέρω έρευνα. Ειδικώς δε καθ' όσον αφορά το ΤΕΙΑΑ, και αν η προσφυγή στην μέθοδο αυτή δεν κριθεί αυτή καθαυτή αναξιόπιστη (εγγενώς ή εν όψει των περιστάσεων), ως ενέχουσα έστω και ελάχιστο κίνδυνο ψευδώς αρνητικού αποτελέσματος, πάντως και πάλι, κατά τον σχεδιασμό και την εφαρμογή της, οι παραδοχές σχετικά με το μέγεθος και τα χαρακτηριστικά του «διεκδικήσιμου» τμήματος της αγοράς, τον επιχειρηματικό σχεδιασμό και τις δυνατότητες που έχει ο υποθετικός «εξ ίσου αποτελεσματικός» ανταγωνιστής, τις οικονομίες φάσματος και κλίμακος, τα εμπόδια εισόδου που πρέπει ή δεν πρέπει να ληφθούν υπ' όψιν, και εν γένει οικονομικά δεδομένα που συγκροτούν το «υποθετικό εναλλακτικό αντιπαράδειγμα» (counterfactual), δεν μπορεί να στηρίζονται σε αισιόδοξες εικασίες· η αρχή της πρόληψης επιβάλλει, κατ' ελάχιστον, να ληφθεί υπ' όψιν, αν όχι αποκλειστικά, πάντως προσηκόντως, το δυσμενέστερο ενδεχόμενο. Εξ άλλου, ακριβώς επειδή πρόκειται για «υποθετικά αντιπαραδείγματα», δηλαδή για εικασίες, οποιοδήποτε ελάττωμα, από οποιαδήποτε από τις ανωτέρω απόψεις, αν δεν είναι περιθωριακό, αρκεί, κατ' αρχήν, για να απορριφθούν οι σχετικοί ισχυρισμοί της δεσπόζουσας επιχείρησης. Για όλα δε τα ανωτέρω αντικείμενα, η σχετική κρίση της ΕπΑντ υπόκειται, κατ' αρχήν, σε οριακό μόνο δικαστικό έλεγχο, ως αναγόμενη σε τεχνικής φύσεως ζητήματα. Το δε ενδεχόμενο ψευδώς αρνητικού αποτελέσματος συνιστά πάντοτε επαρκή αιτιολογία απόρριψης. Εν όψει τούτων, ο προβαλλόμενος λόγος αναιρέσεως, σύμφωνα με τον οποίο πρακτικές αποκλειστικότητας ή ισοδύναμες είναι καταχρηστικές μόνο αν αποδειχθεί ότι ένας εξ ίσου αποτελεσματικός ανταγωνιστής θα εξαναγκαζόταν να πωλεί κάτω του κόστους, πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος, οι δε ισχυρισμοί της αναιρεσείουσας, ότι δεν πληρούται αυτή η προϋπόθεση, ήσαν μη ουσιώδεις και δεν έχρηζαν ιδιαίτερας απαντήσεως, εν όσω η η αναιρεσείουσα δεν ισχυρίζεται ότι είχε προβάλει και αποδείξει ότι συνέτρεχαν και οι λοιπές προϋποθέσεις (τεχνική και οικονομική πρόοδος, ωφέλεια τελικού καταναλωτού, αναγκαιότητα και αναλογικότητα) που θα καθιστούσαν το ζήτημα αυτό λυσιτελές. Κατά τη γνώμη, όμως, του Προέδρου του Τμήματος Ι. Γράβαρη και των Παρέδρων Σ. Λαμπροπούλου και Μ. Γκάνα, ναι μεν για τον χαρακτηρισμό ως καταχρηστικής μιας πρακτικής δεσπόζουσας επιχείρησης που οδηγεί σε αποκλειστικότητα δεν προσαπαιτείται απόδειξη στρατηγικής εκτοπισμού

εξ ίσου αποτελεσματικών ανταγωνιστών, ωστόσο, μπορεί να προβληθεί σχετικός ισχυρισμός στο πλαίσιο ανταπόδειξης από την επιχείρηση ότι οι επίμαχες πρακτικές της δεν ήταν πρόσφορες να επιφέρουν εκτοπιστικά αποτελέσματα. Στην περίπτωση αυτή, εάν δηλαδή η ενδιαφερόμενη επιχείρηση υποβάλει, κατά τη διάρκεια της διοικητικής διαδικασίας, μελέτη με τα αποτελέσματα της εφαρμογής ενός τέτοιου ως άνω κριτηρίου στη συγκεκριμένη περίπτωση, η αρχή ανταγωνισμού υποχρεούται να την αξιολογήσει και να εκφέρει κρίση για την αποδεικτική της αξία (πρβλ. ήδη Απόφαση της 19ης Ιανουαρίου 2023 στην υπόθεση Unilever Italia Mkt. Operations Srl. κατά Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, C-680/20, σκ. 56-62, και σχετικές προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα, σημεία 83-86). Δεδομένου δε ότι η κρίση αυτή της Επιτροπής έχει τεχνικό χαρακτήρα, δεν είναι δυνατό, εάν ελλείπει, να υποκατασταθεί από πρωτογενή κρίση του διοικητικού εφετείου που επιλαμβάνεται μετά από προσφυγή ούτε, πολλώ μάλλον, του Συμβουλίου της Επικρατείας, που επιλαμβάνεται μετά από αίτηση αναίρεσης. Εάν τέτοια κρίση της Επιτροπής ελλείπει, το δικαστήριο που επιλαμβάνεται της προσφυγής, υποχρεούται να ακυρώσει την απόφαση της Επιτροπής και να αναπέμψει την υπόθεση σε αυτήν, για να αποφανθεί σχετικά· είναι δε διαφορετικό το ζήτημα ότι οι σχετικές κρίσεις της Επιτροπής, αν υπάρχουν, ως κρίσεις τεχνικές, υπάγονται σε περιορισμένο μόνο έλεγχο. Εν προκειμένω, όμως, η προσβαλλόμενη απόφαση δεν βεβαιώνει, όπως όφειλε, ότι τέτοια πρωτογενής εκτίμηση υπάρχει ήδη στην απόφαση της Επιτροπής, οπότε και μόνο θα ετίθετο περαιτέρω ζήτημα αν η κρίση αυτή είναι νομικά πλημμελής. Για τον λόγο αυτό, του οποίου η εξέταση αποτελεί προϋπόθεση της έρευνας του προβαλλομένου λόγου αναίρεσεως, η προσβαλλόμενη απόφαση, κατά τη μειοψηφήσασα αυτή άποψη, πρέπει να αναιρεθεί.

28. Επειδή, η αναιρεσείουσα προβάλλει (7ος λόγος αναίρεσεως) ότι κατ' ορθή ερμηνεία του άρθρου 25 παρ. 2 του ν. 3959/2011, σύμφωνα με το οποίο βάση υπολογισμού του προστίμου είναι ο κύκλος εργασιών της επιχείρησης κατά την χρήση που έπαυσε η παράβαση, ή, αν αυτή συνεχιζόταν μέχρι την έκδοση της απόφασης της ΕπΑντ, ο κύκλος εργασιών της κατά την προηγούμενη της έκδοσης της απόφασης χρήση, ως «έκδοση» της απόφασης νοείται η δημοσίευσή της στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως και η κοινοποίησή της στην καθ' ης επιχείρηση και ότι εφ' όσον η ένδικη πράξη δημοσιεύθηκε στην ΕτΚ στο τεύχος Β' 2682/11.12.2015, έτος εκδόσεως της ένδικης πράξης ήταν το 2015 και όχι το έτος «λήψης» της απόφασης (2014), όπως εσφαλμένα έκρινε το διοικητικό εφετείο. Περαιτέρω, η αναιρεσείουσα προβάλλει (8ος λόγος αναίρεσεως) ότι κατ' ορθή ερμηνεία του άρθρου 25 παρ. 2 περ. α' του ν. 3959/2011, εν όψει και του άρθρου 10 παρ. 1 του ίδιου νόμου, στον συνολικό κύκλο εργασιών της επιχείρησης δεν περιλαμβάνεται ο ΦΠΑ και ο ΕΦΚ ζύθου, ότι τούτο επιβεβαιώνεται από την παρ. 17 των Κατευθυντηρίων Γραμμών της ΕΕ «για την μέθοδο υπολογισμού των προστίμων που

επιβάλλονται κατ' εφαρμογή του άρθρου 23 παράγραφος 2 σημείο α) του κανονισμού (ΕΚ) 1/2003», η οποία ρητώς προβλέπει ότι «η αξία των πωλήσεων θα προσδιορίζεται χωρίς τον υπολογισμό του ΦΠΑ και των λοιπών φόρων που σχετίζονται άμεσα με τις πωλήσεις», και ότι έσφαλε το διοικητικό εφετείο που δέχθηκε τα αντίθετα (με την σκέψη ότι το άρθρο 10 παρ. 1 αφορά μόνο τις περιπτώσεις συγκεντρώσεως επιχειρήσεων) και απέρριψε αντίστοιχο λόγο της προσφυγής της κατά της επιμετρήσεως του προστίμου. Για το παραδεκτό αυτών των λόγων αναιρέσεως προβάλλεται ότι επί του ζητήματος αυτού δεν υφίσταται νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας.

29. Επειδή, στην περ. α' της παρ. 2 του άρθρου 25 του ν. 3959/2011 ορίζεται ότι για παραβάσεις του δικαίου του ανταγωνισμού «2. α) Το πρόστιμο που επαπειλείται ή επιβάλλεται [...] 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.». Η διάταξη αυτή ορίζει το πλαίσιο διακύμανσης του προστίμου και ειδικότερα το ανώτατο επιτρεπτό ύψος του, σε σχέση με τον συνολικό (δηλαδή τον παγκόσμιο) κύκλο εργασιών της «επιχείρησης» (υπό οικονομική και λειτουργική έννοια, δηλαδή του ομίλου)· δεν καθορίζει συγκεκριμένη μέθοδο επιμέτρησης, ανάλογα με την βαρύτητα, έκταση, και διάρκεια της παράβασης, ζήτημα το οποίο ανάγεται στην πολιτική ανταγωνισμού και, εφ' όσον αυτή είναι νόμιμη, την εντός αυτής, ουσιαστική εκτίμηση της ΕπΑντ και, ακολούθως, των Δικαστηρίων της ουσίας. Η δε πολιτική ανταγωνισμού της ΕπΑντ εξειδικεύεται με τις εκάστοτε κατευθυντήριες οδηγίες που δημοσιεύει (από τις οποίες η ΕπΑντ, αλλά και ο δικαστής της ουσίας, μπορούν, κατ' αρχήν, να αποκλίνουν για λόγους αποτρεπτικότητας, ενώ, αντιθέτως, ζήτημα αναλογικότητας, κατ' αρχήν, δεν τίθεται). Μέσα σε αυτά τα όρια, η ΕπΑντ είναι ελεύθερη να επιλέξει την μέθοδο που θεωρεί πρόσφορη, στοιχείο της οποίας είναι και το ποσό που θα επιλεγεί ως βάση υπολογισμού, εν όσω, πάντως, το πρόστιμο που τελικώς επιβάλλεται κατ' εφαρμογήν της μεθόδου επιμέτρησης που εφαρμόσθηκε δεν υπερβαίνει το ανώτατο όριο που έχει ορισθεί στον νόμο.

30. Επειδή, και οι δύο λόγοι αναιρέσεως με τους οποίους προβάλλονται νομικές πλημμέλειες περί την επιμέτρηση και το ύψος του προστίμου ερείδονται επί της νόμω αβασίμου αντιλήψεως ότι το άρθρο 25 του ν. 3959/2011 αφορά όχι μόνο το ανώτατο ύψος, αλλά και την βάση επιμέτρησης του προστίμου. Έτσι, εν όσω η αναιρεσείουσα δεν ισχυρίζεται ότι με την προσφυγή της είχε προβάλει ότι το πρόστιμο που της επιβλήθηκε, τελικώς, υπερέβαινε το ανώτατο όριο που προβλέπει ο νόμος, αυτοί οι λόγοι αναιρέσεως πρέπει να απορριφθούν προεχόντως γιατί δεν θέτουν ζήτημα ουσιώδες για την επίλυση της ένδικης διαφοράς. Άλλωστε, ο πρώτος από αυτούς (7ος λόγος αναιρέσεως στο

δικόγραφο) είναι, εν πάση περιπτώσει, απορριπτέος ως αβάσιμος και για τον ακόλουθο λόγο: στο μεν άρθρο 27 του ν. 3959/2011 ορίζεται ότι «Οι αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ατομικού χαρακτήρα, οι οποίες προβλέπονται από τις διατάξεις του παρόντος νόμου, είναι ειδικά αιτιολογημένες, δημοσιεύονται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως και αναρτώνται στο διαδίκτυο σύμφωνα με το ν. 3861/2010 (Α' 112)», στο δε άρθρο 28 ΚΔΛ (2013) ΕπΑντ ορίζεται ότι το σχέδιο της απόφασης συντάσσεται από τον Εισηγητή ή άλλα μέλη της Επιτροπής και ότι «5. Μετά τη λήψη της απόφασης, ο Γραμματέας καταχωρίζει κατ' αύξοντα αριθμό τα στοιχεία της υπόθεσης και το διατακτικό της απόφασης στο Βιβλίο Αποφάσεων και Γνωμοδοτήσεων της Επιτροπής. [...] 6. Μετά την καθαρογραφή, το κείμενο της απόφασης υπογράφεται [...], και καθορίζεται ο αριθμός των εκδόσεων της, αναλόγως του αριθμού των μερών και των στοιχείων που θεωρούνται απόρρητα για τα λοιπά μέρη και τους τρίτους. [...] 7. [...] 8. Με ευθύνη του Γραμματέα μία των εκδόσεων αποστέλλεται για δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, και αναρτάται στο Διαδίκτυο, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 47 ν. 3959/2011, και διαβιβάζεται στις αρμόδιες κατά περίπτωση αρχές για τις περαιτέρω ενέργειες. Στην έκδοση αυτή δεν περιλαμβάνονται τα επιχειρηματικά απόρρητα. 9. Με ευθύνη του Γραμματέα κοινοποιείται αμελλητί σε κάθε ενδιαφερόμενο μέρος επικυρωμένο αντίγραφο της οικείας έκδοσης της απόφασης. [...]». Από τις διατάξεις αυτές συνάγεται ότι ως «λήψη» της απόφασης νοείται η οριστικοποίηση του σχεδίου της, οπότε πλέον επιτρέπεται μόνο διόρθωση γραφικών σφαλμάτων και όχι επέμβαση στο ουσιαστικό του περιεχόμενο, έστω και για να περιληφθούν ή να συνεκτιμηθούν οψιγενή δεδομένα. Στοιχείο εξ άλλου του ουσιαστικού περιεχομένου της απόφασης είναι και το ποσό του επιβλητέου προστίμου, το ύψος του οποίου δεν μπορεί πλέον να επανεκτιμηθεί κατ' επίκληση μεταγενεστέρων δεδομένων. Το δε κείμενο που δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως είναι απλώς μη απόρρητη έκδοση αυτής της απόφασης, που έχει ήδη ληφθεί. Επομένως, νομίμως η ΕπΑντ, αφού προηγουμένως έλαβε υπ' όψιν ως βάση υπολογισμού τις συνολικές πωλήσεις προϊόντων ζύθου κατά την περίοδο που διήρκεσε η παράβαση (1998-2014), ακολούθως συνέκρινε το ποσό που προέκυψε με τα ακαθάριστα έσοδα της χρήσεως 2013, που ήταν η τελευταία πριν την έκδοση της προσβαλλομένης απόφασης με αριθμό 590/20.3.2014. Άλλωστε, το ποσό αυτό μειώθηκε από το δικαστήριο της ουσίας, χωρίς ιδιαίτερη αιτιολογία, στο 8,5% του κύκλου εργασιών της τελευταίας αυτής χρήσεως (και χωρίς διευκρίνιση αν ελήφθη υπ' όψιν ο συνολικός παγκόσμιος κύκλος εργασιών σε επίπεδο ομίλου ή μόνο οι εγχώριες πωλήσεις ζύθου της αναιρεσείουσας).

31. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη αίτηση πρέπει να απορριφθεί, ως αβάσιμη.

Δ ι ά τ α ύ τ α

Απορρίπτει την αίτηση.

Διατάσσει την κατάπτωση του παραβόλου.

Επιβάλλει στην αναιρεσείουσα την δικαστική δαπάνη των αναιρεσιβλήτων, που ανέρχεται σε τετρακόσια εξήντα (460) ευρώ για τον κάθε ένα από αυτούς.

Η διάσκεψη έγινε στις 13 και 23 Δεκεμβρίου 2022

Ο Πρόεδρος του Στ' Τμήματος

Η Γραμματέας

και μετά την αποχώρησή της

Η Γραμματέας του Στ' Τμήματος

Ιωάννης Β. Γράβαρης

Σταυρούλα Χάρου

και η απόφαση δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση της 31ης Μαΐου 2023.

Ο Πρόεδρος του Στ' Τμήματος

Ο Γραμματέας

Ιωάννης Β. Γράβαρης

Λάμπρος Ρίκος