

10 Ιουλίου, 2024

[Φ. ΚΑΜΕΝΟΣ, ΔΔΔ.]

Αναφορικά με τα Άρθρα 146 και 24 του Συντάγματος

Παγκύπριος Οργανισμός Αγελαδοτρόφων
ΠΟΑ Δημόσια Λτδ

Αιτητές

Και

Επιτροπής Προστασίας του Ανταγωνισμού

Καθ' ων η Αίτηση

.....

Ελένη Γιασουμή, για Κούσιος, Κορφιώτης, Παπαχααραλάμπους Δ.Ε.Π.Ε.,
για τους Αιτητές

Μαρία Δρυμιώτου, για τους Καθ' ων η αίτηση

ΑΠΟΦΑΣΗ

Φ. Καμένος, ΔΔΔ.: Στις 26.05.2015 οι Αιτητές υπέβαλαν καταγγελία στην Επιτροπή Προστασίας Ανταγωνισμού (εφεξής θα αναφέρεται ως η «Επιτροπή» ή «Καθ' ων η αίτηση») εναντίον της Επιτροπής Σιτηρών Κύπρου (εφεξής η «ΕΣΚ») για ισχυριζόμενη καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης της μέσω της υπερβολικής τιμολόγησης των σιτηρών για κτηνοτροφική χρήση από το 2009 και

εντεύθεν, κατά παράβαση του άρθρου 6(1)(α) των περί Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμων του 2008 και 2014.

Στις 29.05.2015, Επιτροπή, κατά τη συνεδρία της αποφάσισε υπό το φως του σημειώματος της Υπηρεσίας (εφεξής η «Υπηρεσία») της Επιτροπής ότι οι υποβληθείσες πληροφορίες είναι ικανοποιητικές για την εξέταση της υποβληθείσας καταγγελίας και, ενεργώντας στη βάση των διατάξεων του άρθρου 35 του Νόμου, έδωσε οδηγίες στην Υπηρεσία της να διεξάγει προκαταρκτική έρευνα αναφορικά με τις πιθανολογούμενες παραβάσεις που περιέχονται στην καταγγελία και να καταθέσει σχετικό σημείωμα.

Στις 21.03.2018¹, Υπηρεσία, στη βάση των οδηγιών της Επιτροπής, προέβη σε προκαταρκτική έρευνα της καταγγελίας και κατέθεσε στην Επιτροπή σημείωμα.

¹ Σημ.: Κατά το χρονικό διάστημα που μεσολάβησε μετά τις 29.05.2015 και μέχρι περί τα μέσα Ιουνίου 2017 μεσολάβησαν αποφάσεις του Διοικητικού και Ανωτάτου Δικαστηρίου αναφορικά με τη σύνθεση των Καθ' ων η αίτηση και σχετικές ενέργειες των Καθ' ων η αίτηση για σκοπούς συμμόρφωσης με τις αποφάσεις αυτές.

Στις 9.5.2018, η Επιτροπή, κατά τη συνεδρία της, κατέληξε ομόφωνα σε προκαταρκτικό συμπέρασμα ότι η ΕΣΚ κατέχει μεν δεσπόζουσα θέση στις σχετικές αγορές της εμπορίας για κτηνοτροφική χρήση κριθαριού και αραβόσιτου για την υπό εξέταση χρονική περίοδο, αλλά ότι δεν στοιχειοθετείται οποιαδήποτε καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας της θέσης κατά παράβαση των διατάξεων 6(1) (α) του Νόμου και δεν προβαίνει σε υπερτιμολόγηση των προϊόντων της, ως οι ισχυρισμοί των Αιτητών.

Στις 11.06.2018, το ως άνω προκαταρκτικό συμπέρασμα της Επιτροπής κοινοποιήθηκε προς τους Αιτητές ζητώντας τις απόψεις και θέσεις τους.

Στις 09.07.2018, η Επιτροπή σε συνεδρία της, μελέτησε το περιεχόμενο της επιστολής των Αιτητών ημερομηνίας 26.06.2018, με την οποία ζητούσαν πρόσβαση στον φάκελο της υπόθεσης και ομόφωνα αποφάσισε να αναβάλει την υπόθεση για επόμενη συνεδρία για περαιτέρω συζήτηση.

Στις 24.07.2018, η Επιτροπή εξέτασε το περιεχόμενο των επιστολών των Αιτητών ημερομηνίας 26.06.2018 και 12.07.2018 (υπενθυμητική της

επιστολής ημερομηνίας 26.06.2018) και ομόφωνα αποφάσισε όπως μην αποδεχτεί το αίτημα των Αιτητών για πρόσβαση στο διοικητικό φάκελο της υπόθεσης.

Στις 02.08.2018, η Επιτροπή σε συνεδρία της σημείωσε το περιεχόμενο της επιστολής των Αιτητών ημερομηνίας 30.07.2018 (υπενθυμητική της επιστολής ημερομηνίας 12.07.2018) και σημείωσε ότι σε συνεδρία της ημερομηνίας 24.07.2018 ομόφωνα αποφάσισε στη βάση του Νόμου ότι δεν θα δοθεί πρόσβαση στους Αιτητές και όπως ενημερώσει τους Αιτητές και, υπό το φως ότι η τεθείσα προθεσμία που είχε τεθεί με επιστολή της ημερομηνίας 11.06.2018 έχει παρέλθει, αποφάσισε να θέσει νέα ημερομηνία υποβολής των θέσεων και όπως καλέσει τους Αιτητές να αποστείλουν τις θέσεις τους επί των προκαταρκτικών θέσεων της Επιτροπής έως την Παρασκευή, 31.08.2018.

Στις 03.08.2018, με επιστολή ενημερώθηκαν οι Αιτητές σχετικά με τις παραπάνω συνεδρίες της Επιτροπής.

Στις 27.08.2018, η Επιτροπή σε συνεδρία της εξέτασε το περιεχόμενο της επιστολής των Αιτητών ημερομηνίας 06.08.2018 και επεσήμανε ότι όπως ήδη ανέφερε στους Αιτητές με την επιστολή της, ημερομηνίας 03.08.2018, στις 11.06.2018 κοινοποιήθηκαν στους Αιτητές οι προκαταρκτικές θέσεις της, αναφορικά με το προκαταρκτικό της συμπέρασμα περί μη στοιχειοθέτησης παράβασης, δίνοντας τους έτσι τη δυνατότητα να τις μελετήσουν και να υποβάλουν θέσεις επί αυτών εντός είκοσι μίας (21) ημερών. Στις 30.8.2018, οι Αιτητές ενημερώθηκαν με επιστολή αναφορικά με τις αποφάσεις που έλαβε στις 27.08.2018.

Στις 31.08.2018, η Επιτροπή σε συνεδρία της εξέτασε το περιεχόμενο της επιστολής των Αιτητών ημερομηνίας 30.08.2018 και σημείωσε ότι οι επιστολές της ημερομηνίας 03.08.2018 και 30.08.2018 μιλούν αφ' εαυτών, επαναλαμβάνοντας το περιεχόμενό τους και ότι η Επιτροπή δίδει οδηγίες στην Υπηρεσία να αποστείλει άμεσα σχετική επιστολή αναφέροντας ότι στην περίπτωση που οι Αιτητές επιθυμούν να θέσουν οιαδήποτε θέση ενώπιον της Επιτροπής μπορούν να το πράξουν έως στις 14.09.2018.

Στις 07.09.2018 οι Αιτητές απέστειλαν τις γραπτές τους θέσεις αναφορικά με το προκαταρκτικό συμπέρασμα της Επιτροπής.

Στις 24.09.2018, η Επιτροπή, κατά τη συνεδρία της εξέδωσε την απόφασή της αρ. 46/2018 ότι η ΕΣΚ δεν καταχράται τη θέση της, κατά παράβαση του άρθρου 6(1)(α) του Νόμου και ομόφωνα αποφάσισε να απορρίψει την καταγγελία και να ενημερώσει τα εμπλεκόμενα μέρη για αυτή. Με την παρούσα προσφυγή, οι Αιτητές προσβάλλουν την εν λόγω απόφαση με αριθμό 46/2018 των Καθ'ων η αίτηση, την οποία οι Καθ'ων η αίτηση τους κοινοποίησε με επιστολή τους ημερ. 06.11.2018.

Με τις αγορεύσεις τους οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι η προσβαλλόμενη πράξη είναι άκυρη λόγω αναρμοδιότητας/κακής σύνθεσης των Καθ'ων η Αίτηση, μεροληψίας και κακοπιστίας τους σε σχέση με δηλώσεις αξιωματούχων της ΕΣΚ αλλά και ότι είναι αναιτιολόγητη και προϊόν ανεπαρκούς έρευνας ιδίως της υπερβολικής τιμολόγησης καθώς και εσφαλμένης οικονομικής προσέγγισης ως προς τη στοιχειοθέτηση της μη ύπαρξης υπερβολικής τιμολόγησης. Εκτενέστερη αναφορά στους λόγους ακύρωσης γίνεται πιο κάτω.

Προδικαστικές ενστάσεις δεν εγείρονται από τους Καθ' ων η αίτηση, οι οποίοι όμως υποστηρίζουν, διά της αγόρευσης της ευπαιδευτης συνηγόρου τους, τη νομιμότητα της προσβαλλόμενης πράξης.

Ο πρώτος λόγος ακύρωσης είναι η ισχυριζόμενη αναρμοδιότητα/κακή σύνθεση των Καθ' ων η αίτηση. Σύμφωνα με τους Αιτητές, συγκεκριμένες προπαρασκευαστικές ενέργειες και συνεδρίες των Καθ' ων η Αίτηση, που προηγήθηκαν της προσβαλλόμενης ήταν παράνομες λόγω κακής σύνθεσης, γεγονός που οδηγεί στην αναρμοδιότητά τους.

Υποστηρίζουν οι Αιτητές, ότι όπως προκύπτει από το πρακτικό των Καθ' ων η Αίτηση με αρ. 1733-49/2018 (Παράρτημα 11 της Ένστασης των Καθ' ων η Αίτηση), κατά την συνεδρία ημερ. 09.07.2018 συμμετείχε για πρώτη φορά ο κ. Πολυνείκης Παναγιώτης Χαραλαμπίδης ως μέλος, αλλάζοντας επομένως τη σύνθεσή των Καθ' ων η αίτηση, όμως δεν καταγράφεται να ενημερώθηκε ούτε υιοθέτησε τα όσα υποβλήθηκαν, συζητήθηκαν και αποφασίσθηκαν σε προηγούμενες συνεδρίες.

Κατόπιν μάλιστα της συνεδρίας των Καθ' ων η Αίτηση ημερ. 09.07.2018, ακολούθησαν οι συνεδρίες ημερ. 24.07.2018, 02.08.2018, 27.08.2018 και 31.08.2018 (Παραρτήματα 12, 13, 15 και 17 της Ένστασης των Καθ' ων η Αίτηση), στις οποίες επίσης συμμετείχε το εν λόγω μέλος και, κατά την εισήγηση των Αιτητών, διεξήχθησαν ουσιαστικές συζητήσεις με μέλη της Υπηρεσίας και πάρθηκαν ενδιάμεσες αποφάσεις, ουσιαστικές και καθοριστικές για τα δικαιώματά τους, όπως για παράδειγμα η άρνηση να τους δοθεί δικαίωμα πρόσβασης στο διοικητικό φάκελο της υπόθεσης για σκοπούς ετοιμασίας των θέσεων τους επί του προκαταρκτικού συμπεράσματος των Καθ' ων η αίτηση. Εντούτοις, από τα πρακτικά των πιο πάνω αναφερόμενων συνεδριών των Καθ' ων η Αίτηση δεν προκύπτει οποιαδήποτε ενημέρωση του εν λόγω μέλους σε σχέση με τις συζητήσεις και αποφάσεις των Καθ' ων η Αίτηση που είχαν προηγηθεί του διορισμού του, ούτε και υιοθέτηση από αυτόν των όσων είχαν προηγηθεί.

Η ενημέρωση του σε σχέση με όλες τις προηγούμενες αποφάσεις των Καθ' ων η αίτηση αναφέρεται ότι έγινε για πρώτη φορά κατά την

συνεδρία ημερ. 24.09.2018, όπου και αποφασίστηκε η απόρριψη της καταγγελίας των Αιτητών εναντίον της ΕΣΚ.

Ενόψει των ανωτέρω, κατά την εισήγηση των Αιτητών, υπάρχει παρατυπία στην σύνθεση των Καθ' ων η αίτηση και παραβιάζεται το άρθρο 22 του περί Γενικών Αρχών Διοικητικού Δικαίου Νόμου (Ν. 158(I)/1999), το οποίο προβλέπει:

«22. Η διαδικασία συζήτησης και λήψης απόφασης για ορισμένο θέμα πρέπει να διεξάγεται από την αρχή μέχρι το τέλος από τα ίδια μέλη του συλλογικού οργάνου. Αν η διαδικασία παρατείνεται σε περισσότερες συνεδρίες και η σύνθεση του οργάνου μετά την πρώτη συνεδρία αλλάξει με τη συμμετοχή μελών που ήταν απόντα στις προηγούμενες συνεδρίες, το συλλογικό όργανο δεν μπορεί να λάβει έγκυρη απόφαση στην τελευταία συνεδρία, εκτός αν στη συνεδρία αυτή επαναληφθεί από την αρχή η διαδικασία και η συζήτηση που προηγήθηκε. Αυτό δεν απαιτείται, όταν πρόκειται για απουσία από συνεδρία που ασχολήθηκε με προκαταρκτικά θέματα ή όταν τα μέλη τα οποία λαμβάνουν την τελική απόφαση είναι πλήρως ενημερωμένα

σχετικά με όλα τα στοιχεία που είναι αναγκαία για τη λήψη απόφασης».

Οι Καθ' ων η αίτηση διαφωνούν με τις ανωτέρω υποβολές θεωρώντας ότι τα όσα συζητήθηκαν στις συνεδρίες ήταν προκαταρκτικά θέματα ή αφορούσαν παρατάσεις προθεσμιών και άρα δεν απαιτείτο, σύμφωνα με το άρθρο 22 του Ν. 158(Ι)/1999 οποιαδήποτε προηγούμενη ενημέρωση του νέου μέλους, το οποίο σε κάθε περίπτωση στην κρίσιμη συνεδρία ημερομηνίας 24.09.2018, στην οποία λήφθηκε η τελική απόφαση απόρριψης της καταγγελίας, είχε ενημερωθεί πλήρως με δέουσα επί του πρακτικού καταγραφή ότι αυτός ενημερώθηκε *«σχετικά με όλες τις αποφάσεις που λήφθηκαν στο πλαίσιο εξέτασης της παρούσας υπόθεσης και ότι συμφωνεί με όλες τις αποφάσεις της επιτροπής που λήφθηκαν έχοντας στη σύνθεση της τον κ. Χρήστο Τσίγκη, τον κ. Παναγιώτη Ουστά και τον κ. Άριστο Αριστείδου και υιοθετά αυτές».*

Έκκινώντας από τα πρακτικά των συνεδριών ημερ. 09.07.2018, 02.08.2018, 27.08.2018 και 31.08.2018, επιβεβαιώνω ότι πράγματι αυτές αφορούσαν διαδικαστικά ή προκαταρκτικά ζητήματα (σχετική η

Αναθ. Έφεση 121/2013 Ορθοδόξου ν. Τεχνολογικό Πανεπιστήμιο Κύπρου, ημερομηνίας 11.05.2020), αναβολές και παρατάσεις της προθεσμίας για την υποβολή των θέσεων των Αιτητών αναφορικά με το προκαταρκτικό συμπέρασμα των Καθ' ων η αίτηση, το οποίο τους είχε κοινοποιηθεί στις 11.06.2018. Ουδέν αποφασίστηκε από τους Καθ' ων η αίτηση, το οποίο να καθιστούσε τις συνεδρίες αυτές ουσιώδεις αναφορικά με τη λήψη της επίδικης προσβαλλόμενης απόφασής τους.

Εξεταστέα είναι η συνεδρία ημερομηνίας 24.07.2018, στην οποία δίδει βαρύτητα και η πλευρά των Αιτητών. Εκεί οι Καθ' ων η αίτηση αποφάσισαν όπως απορρίψουν το αίτημα των Αιτητών για πρόσβαση στον διοικητικό φάκελο παραπέμποντας τους στο άρθρο 17 του περί της Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμου του 2008 (Ν.13(Ι)/2008), ως είχε τότε (εφεξής ο «Νόμος»), το οποίο δίδει τέτοιο δικαίωμα μόνο στους καταγγελλόμενους και αυτό μόνο σε περιπτώσεις που οι Καθ' ων η αίτηση έχουν αποφασίσει να κινήσουν εναντίον τους διαδικασία εξέτασης πιθανολογούμενης παράβασης δυνάμει των σχετικών άρθρων του Νόμου και της ΣΛΕΕ. Στην εν λόγω συνεδρία οι Καθ' ων η αίτηση επισημαίνουν ότι η επιστολή τους ημερομηνίας 11.06.2018 δεν

εμπίπτει στο άρθρο 17 του Νόμου αλλά αποτελεί κοινοποίηση προκαταρκτικών θέσεων επί της καταγγελίας επισημαίνοντας ότι οποιαδήποτε τελική απόφαση των Καθ' ων η αίτηση θα τους κοινοποιηθεί με την ολοκλήρωση της διαδικασίας.

Έχοντας διεξέλθει το ζήτημα υπό το φως της σχετικής νομολογίας αλλά και του περιεχομένου του ενώπιόν μου φακέλου θα συμφωνήσω, εν προκειμένω, με τις θέσεις των Καθ' ων η αίτηση ότι και η συνεδρία ημερομηνίας 24.07.2018 ήταν επί διαδικαστικού μη ουσιώδους ζητήματος και άρα, στη βάση και των όσων αναφέρω πιο κάτω, η μη καταγραφή στο εν λόγω πρακτικό της σχετικής αναφοράς περί ενημέρωσης του νέου μέλους και υιοθέτησης των όσων είχαν προηγουμένως αποφασιστεί, δεν ήταν καταλυτική για τη νομιμότητα της τελικής προσβαλλόμενης απόφασης.

Καταρχάς το αν η μη πρόσβαση στο διοικητικό φάκελο είναι ζήτημα ουσιώδες δεν μπορεί να κρίνεται αφηρημένα αλλά με γνώμονα τόσο τις ίδιες τις νομοθετικές πρόνοιες όσο και τους ισχυρισμούς των διαδίκων. Στον Νόμο λοιπόν δεν παρέχεται γενικά δικαίωμα πρόσβασης στους

διοικητικούς φακέλους κατά το στάδιο εξέτασης καταγγελίας παρά μόνο στη ρητά προσδιοριζόμενη περίπτωση που προβλέπει το άρθρο 17, δηλαδή σε καταγγελλόμενο, εναντίον του οποίου οι Καθ' ων η αίτηση έχουν αποφασίσει να κινήσουν διαδικασία εξέτασης πιθανολογούμενης παράβασης. Στην εν λόγω συνεδρία ημερομηνίας 24.07.2018 οι Καθ' ων η αίτηση επεσήμαναν τη μη εφαρμογή για την κρινόμενη περίπτωση του εν λόγω άρθρου απορρίπτοντας το αίτημά των Αιτητών. Δεν έπραξαν οτιδήποτε άλλο.

Από το σύνολο των ισχυρισμών των Αιτητών, ως αυτοί καταγράφονται όχι μόνο στην απάντησή τους ημερ. 07.09.2018 (Παράρτημα 19 σε ένσταση) επί του προκαταρκτικού συμπεράσματος των Καθ' ων η αίτηση αλλά κυρίως στις εδώ αγορεύσεις τους, δεν προκύπτει οποιοσδήποτε λόγος που ήταν ουσιώδες να τους είχε δοθεί πρόσβαση, σε εκείνο το στάδιο, στο περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου. Δεν προτάσσεται πχ ισχυρισμός ότι θα μπορούσαν να χρησιμοποιήσουν συγκεκριμένα έγγραφα ή υλικό του διοικητικού φακέλου προς ανάπτυξη των θέσεών τους στη διοικητική διαδικασία που προηγήθηκε της προσβαλλόμενης. Αυτό μάλιστα παρά το γεγονός ότι, στα πλαίσια της παρούσας

δικαστικής διαδικασίας, παρέχεται δικαίωμα πρόσβασης στους διοικητικούς φακέλους και οι Αιτητές δεν παραπονέθηκαν ότι οι Καθ' ων η αίτηση τους το περιόρισαν με οποιοδήποτε τρόπο.

Στην απόφαση **C-110/10 Solvay SA**, στην οποία μάλιστα η πρόσβαση αφορούσε καταγγελλόμενο και όχι καταγγέλλοντα (κάτι που εκ των πραγμάτων διαφοροποιεί ουσιαστικά την περίπτωση από την παρούσα), αναφέρθηκε από το ΔΕΕ (η έμφαση είναι του Δικαστηρίου):

«48 Ο σεβασμός των δικαιωμάτων άμυνας στο πλαίσιο διαδικασίας ενώπιον της Επιτροπής με αντικείμενο την επιβολή προστίμου σε επιχείρηση για παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού επιβάλλει να παρέχεται στην ενδιαφερόμενη επιχείρηση η δυνατότητα να καταστήσει λυσιτελώς γνωστή την άποψή της σχετικά με το υποστατό και τον κρίσιμο χαρακτήρα των πραγματικών περιστατικών και περιστάσεων των οποίων γίνεται επίκληση, καθώς και σχετικά με τα έγγραφα που έλαβε υπόψη της η Επιτροπή για να στηρίξει τον ισχυρισμό της ότι υπάρχει παράβαση της Συνθήκης (προπαρατεθείσα απόφαση Aalborg Portland κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 66). Τα

δικαιώματα αυτά διαλαμβάνονται στο άρθρο 41, παράγραφος 2, στοιχεία α' και β', του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

49 Όπως το Πρωτοδικείο ορθώς υπενθύμισε, στη σκέψη 224 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, το δικαίωμα προσβάσεως στον φάκελο συνεπάγεται ότι η Επιτροπή υποχρεούται να παρέχει στην ενδιαφερόμενη επιχείρηση τη δυνατότητα εξετάσεως όλων των εγγράφων που περιλαμβάνονται στον φάκελο έρευνας και τα οποία ενδέχεται να είναι κρίσιμα για την άμυνα της επιχειρήσεως αυτής. Στα έγγραφα αυτά συγκαταλέγονται τόσο τα ενοχοποιητικά όσο και τα απαλλακτικά στοιχεία, πλην των επιχειρηματικών απορρήτων άλλων επιχειρήσεων, των εσωτερικών εγγράφων της Επιτροπής και άλλων εμπιστευτικών πληροφοριών (προπαρατεθείσες αποφάσεις *Limburgse Vinyl Maatschappij* κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 315, και *Aalborg Portland* κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 68).

50 Η προσβολή του δικαιώματος προσβάσεως στον φάκελο της Επιτροπής κατά τη διαδικασία που προηγείται της εκδόσεως της

αποφάσεως ενδέχεται, κατ' αρχήν, να επισύρει ακύρωση της αποφάσεως αυτής οσάκις έχουν θιγεί τα δικαιώματα άμυνας της ενδιαφερομένης επιχειρήσεως (προπαρατεθείσα απόφαση *Limburgse Vinyl Maatschappij* κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 317).

51 Στην περίπτωση αυτή, η σημειωθείσα προσβολή δεν θεραπεύεται απλώς και μόνου με το να καταστεί η πρόσβαση δυνατή κατά την ένδικη διαδικασία (προπαρατεθείσα απόφαση *Limburgse Vinyl Maatschappij* κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 318). Συγκεκριμένα, περιοριζόμενη στον δικαστικό έλεγχο των προβληθέντων ισχυρισμών, η εκ μέρους του Πρωτοδικείου εξέταση δεν έχει ούτε ως σκοπό ούτε ως αποτέλεσμα την υποκατάσταση της πλήρους έρευνας της υποθέσεως στο πλαίσιο της διοικητικής διαδικασίας. Περαιτέρω, η καθυστερημένη γνώση ορισμένων εγγράφων του φακέλου δεν αποκαθιστά την επιχείρηση η οποία έχει ασκήσει προσφυγή κατά αποφάσεως της Επιτροπής στην κατάσταση στην οποία θα βρισκόταν αν είχε μπορέσει να στηριχθεί στα ίδια έγγραφα για να υποβάλει γραπτώς και προφορικώς τις παρατηρήσεις της ενώπιον του θεσμικού αυτού οργάνου (βλ. προπαρατεθείσα

απόφαση *Aalborg Portland* κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 103 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

52 Όταν η πρόσβαση στον φάκελο, και ειδικότερα σε απαλλακτικά έγγραφα, διασφαλίζεται στο στάδιο της ένδικης διαδικασίας, η ενδιαφερόμενη επιχείρηση δεν υποχρεούται να αποδείξει ότι, αν είχε πρόσβαση στα μη κοινοποιηθέντα έγγραφα, η απόφαση της Επιτροπής θα είχε διαφορετικό περιεχόμενο, αλλά μόνον ότι θα μπορούσε να χρησιμοποιήσει τα εν λόγω έγγραφα για την άμυνά της (αποφάσεις του Δικαστηρίου της 2ας Οκτωβρίου 2003, C-199/99 P, *Corus UK* κατά Επιτροπής, Συλλογή 2003, σ. I-11177, σκέψη 128, *Limburgse Vinyl Maatschappij* κ.λπ. κατά Επιτροπής, προπαρατεθείσα, σκέψη 318, και *Aalborg Portland* κ.λπ. κατά Επιτροπής, προπαρατεθείσα, σκέψη 131)».

Ακόμα λοιπόν και στα πλαίσια μιας υπόθεσης ανταγωνισμού, στην οποία η καταγγελλόμενη (και όχι η καταγγέλλουσα, ως στην παρούσα), παραπονείται για άρνηση πρόσβασης στο φάκελο κατά τη διοικητική

διαδικασία, αναμένεται, τουλάχιστον στα πλαίσια της δικαστικής διαδικασίας, να αποδείξει ότι θα μπορούσε να χρησιμοποιήσει το υλικό του φακέλου για την άμυνά της. Εφαρμόζοντας την πιο πάνω αρχή στην υπό κρίση περίπτωση, έστω κι αν αυτή δεν αφορά καταγγελλόμενη εταιρεία, εμφανώς από τα ενώπιόν μου δεδομένα απουσιάζει οποιοσδήποτε ισχυρισμός για έγγραφο ή στοιχείο του διοικητικού φακέλου, το οποίο θα μπορούσε να χρησιμοποιηθεί για την άμυνα, εν προκειμένω, για τις γραπτές παραστάσεις των Αιτητών ως προς το προκαταρκτικό συμπέρασμα των Καθ' ων η αίτηση. Ακόμα άρα κι αν ήθελα να αντικρύσω το θέμα υπό το πιο «προστατευτικό» νομολογιακό πλαίσιο που αφορά καταγγελλόμενες εταιρείες και πάλι δε βλέπω πως θα μπορούσα να κρίνω το θέμα αλλιώς.

Ως ανέφερα, η πιο πάνω απόφαση **Solvay** αλλά και οι εκεί παραπεμπόμενες (στη σκέψη 52) υποθέσεις αφορούσαν όλες παράπονα καταγγελλόμενων, οι οποίες είχαν καταδικαστεί για παράβαση της σχετικής νομοθεσίας περί ανταγωνισμού και όχι καταγγελουσών, ως η παρούσα. Ως δε θα αναφέρω πιο κάτω στην απόφασή μου επί του επόμενου λόγου ακύρωσης, η εν λόγω διαφοροποίηση είναι σημαντική

προς τα δικαιώματα πρόσβασης στο φάκελο που τόσο η ευρωπαϊκή όσο και η εγχώρια νομοθεσία και νομολογία αναγνωρίζει.

Δεδομένων άρα των ανωτέρω, θεωρώ ότι στη συνεδρία ημερομηνίας 24.07.2018, το όλο ζήτημα περί πρόσβασης στο φάκελο, ήταν προκαταρκτικό ή επουσιώδες και η μη καταγραφή επί του εν λόγω πρακτικού της ενημέρωσης και υιοθέτησης εκ μέρους του νέου μέλους των όσων είχαν αποφασιστεί σε προηγούμενο στάδιο δεν πρέπει να θεωρηθεί ότι παραβιάζει το άρθρο 22 του Ν. 158(I)/1999 (ή το άρθρο 9 του Νόμου²).

Σημειώνω ότι, σε κάθε περίπτωση, το νέο μέλος, ως είναι παραδεκτό, στο πρακτικό της συνεδρίας ημερομηνίας 24.09.2018, στην οποία λήφθηκε η τελική απόφαση απόρριψης της καταγγελίας κατόπιν της λήψης και των θέσεων των Αιτητών ημερ. 07.09.2018 και της συνοδευτικής επιστολής τους ότι διαμαρτύρονται για τη μη πρόσβαση στο διοικητικό φάκελο, καταγράφεται ότι είχε ενημερωθεί πλήρως *«σχετικά με όλες τις αποφάσεις που λήφθηκαν στο πλαίσιο εξέτασης της*

² Το οποίο εγείρεται στην απαντητική αγόρευση.

παρούσας υπόθεσης και ότι συμφωνεί με όλες τις αποφάσεις της επιτροπής που λήφθηκαν έχοντας στη σύνθεση της τον κ. Χρήστο Τσίγκη, τον κ. Παναγιώτη Ουστά και τον κ. Άριστο Αριστείδου και υιοθειά αυτές».

Ακόμα λοιπόν κι αν ήθελε θεωρηθεί ότι οποιεσδήποτε από τις προηγούμενες συνεδρίες ημερ. 09.07.2018, 24.07.2018, 02.08.2018, 27.08.2018 και 31.08.2018 ήταν επί ουσιώδους ζητήματος, θεωρώ ότι η πιο πάνω αναφορά, είναι ικανοποιητική προκειμένου να μεταδώσει στον αναγνώστη της ότι το νέο μέλος είχε δεόντως ενημερωθεί και συμφωνήσει με όσα προηγούμενα είχαν αποφασιστεί στα πλαίσια της όλης υπόθεσης και άρα ότι τηρήθηκε το άρθρο 22 του Ν. 158(I)/1999, το οποίο ρητώς προβλέπει ότι δεν απαιτείται στην τελευταία συνεδρία να επαναληφθεί από την αρχή η διαδικασία και η συζήτηση που προηγήθηκε «*όταν τα μέλη τα οποία λαμβάνουν την τελική απόφαση είναι πλήρως ενημερωμένα σχετικά με όλα τα στοιχεία που είναι αναγκαία για τη λήψη απόφασης*».

Δεδομένων των όσων ανέφερα ανωτέρω, ο σχετικός ισχυρισμός των Αιτητών απορρίπτεται.

Απορριπτέο κρίνω και τον δεύτερο λόγο ακύρωσης, με τον οποίο οι Αιτητές επιχειρηματολογούν, συναφώς με τον πρώτο, ότι ήταν ανεπαρκής η αιτιολόγηση εκ μέρους των Καθ' ων η αίτηση για μη πρόσβαση στο φάκελο της υπόθεσης κατ' επίκληση των άρθρων 37 και 43(2) του Ν. 158(I)/1999.

Με τη σχετική επιστολή τους ημερομηνίας 03.08.2018 (Παράρτημα 14 σε ένσταση) οι Καθ' ων η αίτηση αιτιολόγησαν με παραπομπή στη σχετική νομοθετική πρόνοια του άρθρου 17 τους λόγους που δεν παρασχέθηκε πρόσβαση στον διοικητικό φάκελο στους Αιτητές (καταγγέλοντες) αναφορικά με την εν λόγω υπόθεση.

Περαιτέρω, ούτε τα άρθρα 37 και 43(2) του Ν. 158(I)/1999 θεωρώ ότι παραβιάστησαν. Καταρχάς το άρθρο 37 αφορά τη λήψη αντιγράφου της ίδιας της απόφασης, η οποία δυνατόν να θίγει κάποιο πρόσωπο και όχι πρόσβαση ή λήψη αντιγράφου του περιεχομένου του διοικητικού φακέλου κατά την έκδοσή της. Η απόφαση σαφώς και εδόθη στους Αιτητές και είναι η εδώ προσβαλλόμενη συνεπώς δεν μπορεί να γίνει λόγος για παράβαση του άρθρου 37 του Ν. 158(I)/1999.

Το άρθρο 43(2) του Ν. 158(I)/1999 υποχρεώνει, στα πλαίσια του δικαιώματος ακρόασης, το διοικητικό όργανο, το οποίο προτίθεται να στηρίξει την απόφασή του σε ισχυρισμούς εναντίον ενός προσώπου, να παράσχει την ευκαιρία στο πρόσωπο αυτό να υποβάλει τις απόψεις του για τους ισχυρισμούς αυτούς όταν η απόφαση είναι πειθαρχικής φύσης ή που έχει τον χαρακτήρα της κύρωσης ή που είναι άλλως πως δυσμενούς φύσης. Εμφανώς η υπό κρίση δεν είναι απόφαση τέτοιας φύσεως εφόσον είναι απόρριψη καταγγελίας των Αιτητών και δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ότι εντάσσεται στα πλαίσια πειθαρχικής φύσης ή που έχει το χαρακτήρα της κύρωσης ή που είναι άλλως πως δυσμενούς φύσης.

Σε κάθε περίπτωση, στους Αιτητές δόθηκε δικαίωμα (παρότι δεν προβλέπεται από τον Νόμο) να τοποθετηθούν στο προκαταρκτικό συμπέρασμα των Καθ' ων η αίτηση και ούτως ή άλλως, ως ανέφερα και πιο πάνω, δεν καθόρισαν ούτε στα πλαίσια της παρούσας δικαστικής διαδικασίας τι από τον διοικητικό φάκελο ήταν ουσιώδες και δεν τους παρασχέθηκε με αποτέλεσμα να επηρεαστούν οι γραπτές τους παραστάσεις ως προς το προκαταρκτικό συμπέρασμα των Καθ' ων η

αίτηση. Συνεπώς δε διαπιστώνω παράβαση ούτε του δικαιώματος ακρόασης δυνάμει των προνοιών του εν λόγω άρθρου 43 του Ν. 158(I)/1999.

Η πλευρά των Καθ' ων η αίτηση στην αγόρευσή της επί του δεύτερου λόγου ακύρωσης, προκειμένου βέβαια να τεκμηριώσει ότι δεν παρέχεται δικαίωμα πρόσβασης στο φάκελο σε καταγγέλλοντα, παραπέμπει στην απόφαση του Ευρωπαϊκού Πρωτοδικείου στην **T-7/93, Matra Hachette SA**. Οι Αιτητές αντιτείνουν απαντητικά ότι, στα πλαίσια των γεγονότων της εν λόγω υπόθεσης (βλ. σκέψεις 9-10) η Ευρωπαϊκή Επιτροπή (τότε Επιτροπή ΕΚ) είχε δώσει περιορισμένο δικαίωμα πρόσβασης στον φάκελο στην καταγγέλουσα, συνεπώς κατά την εισήγησή τους, το ίδιο έπρεπε να γίνει και στην παρούσα.

Δε συμφωνώ με την εν λόγω θέση των Αιτητών. Θεωρώ ότι εκεί πράγματι η Ευρωπαϊκή Επιτροπή επέτρεψε περιορισμένη πρόσβαση όμως η εν λόγω απόφαση δε διατύπωσε γενική αρχή ότι οφείλει η εκάστοτε αρχή ανταγωνισμού να εξετάζει κατά πόσο θα δίδει γενική ή έστω περιορισμένη πρόσβαση στον φάκελο στις εκάστοτε καταγγέλλουσες. Η

αρχή που διατύπωσε η πιο πάνω απόφαση καταγράφεται στις σκέψεις 34-35, στις οποίες επιβεβαιώνεται ότι οι καταγγέλοντες δεν μπορούν να έχουν ίδια δικαιώματα πρόσβασης με τους καταγγελλόμενους. Συγκεκριμένα στις εν λόγω σκέψεις αναφέρεται (υπογράμμιση του Δικαστηρίου):

«34 Το Πρωτοδικείο υπενθυμίζει ότι, όπως προκύπτει από πάγια νομολογία, την οποία ορθώς επικαλούνται η καθής και οι παρεμβαίνουσες, η πλήρης τήρηση της αρχής της εκατέρωθεν ακροάσεως κατά τη διεξαγωγή των διοικητικών διαδικασιών ενώπιον της Επιτροπής σε σχέση με τους κανόνες περί ανταγωνισμού που ισχύουν για τις επιχειρήσεις δεν επιβάλλεται παρά μόνο έναντι των επιχειρήσεων στις οποίες ευδέχεται να επιβληθούν κυρώσεις με απόφαση της Επιτροπής με την οποία διαπιστώνεται παράβαση των άρθρων 85 ή 86 της Συνθήκης, καθόσον τα δικαιώματα των τρίτων, τα οποία προβλέπονται από το άρθρο 19 του κανονισμού 17, περιορίζονται στο δικαίωμά τους να μετέχουν στη διοικητική διαδικασία (απόφαση του Δικαστηρίου της 17ης Νοεμβρίου 1987, 142/84 και 156/84,

BAT και Reynolds κατά Επιτροπής, Συλλογή 1987, σ. 4487, σκέψεις 19 και 20). Κατά συνέπεια, η Επιτροπή διαθέτει τη διακριτική ευχέρεια να λαμβάνει υπόψη, με την απόφαση της, τις γραπτές και ευδεχομένως τις προφορικές παρατηρήσεις των τρίτων. Ειδικότερα, αντίθετα από ό,τι υποστηρίζει η προσφεύγουσα, οι τρίτοι δεν μπορούν να αξιώνουν να έχουν τις ίδιες δυνατότητες προσβάσεως στα στοιχεία του φακέλου της Επιτροπής τις οποίες έχουν οι εμπλεκόμενες στη διαδικασία επιχειρήσεις (απόφαση του Δικαστηρίου της 24ης Ιουνίου 1986, 53/85, Akzo κατά Επιτροπής, Συλλογή 1986, σ. 1965).

35 Η ορθότητα της λύσεως αυτής δεν αναιρείται από την ερμηνεία που δόθηκε με την απόφαση του Πρωτοδικείου της 10ης Ιουλίου 1990, T-64/89, *Automec κατά Επιτροπής* (τη λεγόμενη απόφαση *Automec I*, Συλλογή 1990, σ. II-367), την οποία κακώς επικαλείται η προσφεύγουσα. Συναφώς το Πρωτοδικείο υπενθυμίζει ότι στη σκέψη 46 της αποφάσεως αυτής διευκρινίζονται τα εξής: «Η κοινοποίηση αυτή (που προβλέπεται στο άρθρο 6 του κανονισμού 99/63) ομοιάζει προς την

κοινοποίηση των κατά το άρθρο 2 του κανονισμού 99/63/ΕΟΚ αιτιάσεων, κοινοποίηση η οποία επίσης αποτελεί καρπό προκαταρκτικής εξετάσεως των στοιχείων της υποθέσεως, με βάση την οποία η Επιτροπή τάσσει προθεσμία στις επιχειρήσεις προς τις οποίες απευθύνεται, προκειμένου να γνωστοποιήσουν τις απόψεις τους. Λόγω της θέσεως που κατέχει στην όλη διαδικασία, η κατά το άρθρο 6 του κανονισμού 99/63/ΕΟΚ κοινοποίηση αντιστοιχεί, συνεπώς, προς τη γνωστοποίηση των αιτιάσεων. Σημειωτέον ότι η κοινοποίηση των αιτιάσεων πρέπει, σύμφωνα με την απόφαση του Δικαστηρίου της 11ης Νοεμβρίου 1981 στην υπόθεση 60/81 (υπόθεση IBM που προαναφέρθηκε), να εγγυάται την τήρηση των δικαιωμάτων άμυνας, ενώ η κατά το άρθρο 6 του κανονισμού 99/63/ΕΟΚ κοινοποίηση αποσκοπεί στη διαφύλαξη των δικονομικών δικαιωμάτων των καταγγελλόντων, τα οποία, πάντως, δεν είναι τόσο ευρέα όσο τα δικαιώματα άμυνας των επιχειρήσεων κατά των οποίων η Επιτροπή διεξάγει την έρευνα της».

Παρομοίως δε θεωρώ ότι ο Κανονισμός (ΕΚ) αριθ. 1/2003 του Συμβουλίου, της 16ης Δεκεμβρίου 2002 (για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού που προβλέπονται στα άρθρα 81 και 82 της συνθήκης), ο οποίος ετέθη σε εφαρμογή μεταγενέστερα της έκδοσης της απόφασης στην **Matra Hachette** διαφοροποιεί τα ως άνω αναφερόμενα.

Δεδομένης της απόρριψης του δεύτερου λόγου ακύρωσης προχωρώ στον τρίτο λόγο ακύρωσης, με τον οποίο οι Αιτητές παραπονούνται ότι οι Καθ' ων η αίτηση προσέγγισαν με ασυνέπεια τη διερεύνηση της υπερβολικής τιμολόγησης.

Λέγουν συγκεκριμένα ότι οι Καθ' ων η αίτηση, σε προηγούμενη ενώπιόν τους υπόθεση εναντίον των Αιτητών, η οποία είχε οδηγήσει στην έκδοση της Απόφασης 42/2014, είχαν κρίνει ότι η στοιχειοθέτηση υπερβολικής τιμολόγησης δεν σχετίζεται με την ανάλυση κερδοφορίας της δεσπόζουσας επιχείρησης αλλά με το κατά πόσο η τιμολόγηση είναι θεμιτή λαμβάνοντας υπόψη το υποστηρίζον οικονομικό κόστος (underlying cost). Επίσης, είχαν κρίνει ότι η οικονομική ανάλυση που

βασίζεται σε στοιχεία των οικονομικών καταστάσεων της δεσπόζουσας επιχείρησης δεν μπορεί να οδηγήσει σε συμπέρασμα αναφορικά με την ύπαρξη ή όχι υπερβολικής τιμολόγησης, καθώς οι οικονομικές καταστάσεις παρουσιάζουν την οικονομική κατάσταση μιας επιχείρησης σε μια δεδομένη χρονική στιγμή και όχι την κοστολόγηση των προϊόντων.

Αντίθετα με την ανωτέρω προσέγγισή των Καθ' ων η αίτηση στην Απόφαση 42/2014, η οικονομική ανάλυση που έχουν διενεργήσει στην Προσβαλλόμενη Απόφαση, βάσει της οποίας καταλήγουν στο συμπέρασμα ότι δεν ικανοποιείται το πρώτο στάδιο του τεστ *United Brands*, αφορά ουσιαστικά στην ανάλυση της κερδοφορίας της ΕΣΚ και ότι οι εν λόγω λογιστικές αναλογίες έχουν εκτιμηθεί από τους Καθ' ων η αίτηση στη βάση στοιχείων που περιλαμβάνονται στις οικονομικές καταστάσεις της ΕΣΚ.

Άρα, θεωρούν οι Αιτητές ότι, προκειμένου να καταλήξουν στο συμπέρασμα περί της μη ύπαρξης υπερβολικής τιμολόγησης από την ΕΣΚ αναφορικά με τα σχετικά προϊόντα, οι Καθ' ων η Αίτηση

εφάρμοσαν κατά παράβαση της χρηστής διοίκησης [άρθρο 51(1) του Ν. 158(I)/1999] και δικαιολογημένης εμπιστοσύνης, οικονομική ανάλυση, η οποία είναι πρόδηλα αντιφατική σε σχέση με αυτήν που είχαν παλαιότερα εφαρμόσει στην Απόφαση 42/2014.

Δε συμφωνώ με τις πιο πάνω θέσεις των Αιτητών. Καταρχάς ως αναφέρουν και οι ίδιοι οι Αιτητές, δεν υπάρχει μια μόνον μέθοδος για να καταλήξουν οι Καθ' ων η αίτηση στην ύπαρξη υπερβολικής τιμολόγησης εκ μέρους της εκάστοτε δεσπόζουσας επιχείρησης. Αυτό έχει επιβεβαιωθεί ήδη και από τη νομολογία του ΔΕΕ, στην οποία αναφέρονται αμφότεροι διάδικοι στις αγορεύσεις τους και θα αναφερθώ και στα πλαίσια των επόμενων δύο λόγων ακύρωσης.

Το γεγονός ότι στην απόφαση αρ. 42/2014 ακολουθήθηκε μία από τις εν λόγω μεθόδους αναφορικά με ένα εμπλεκόμενο μέρος, το οποίο ήταν αντικείμενο αυτεπάγγελτης έρευνας για παράβαση της σχετικής νομοθεσίας, δε θεωρώ ότι δημιουργεί συνθήκες προστατευόμενης εμπιστοσύνης για το ίδιο μέρος, το οποίο πλέον αποτελεί καταγγέλλοντα. Δεν οφείλει δηλαδή ως θέμα χρηστής διοίκησης ή

προστατευόμενης εμπιστοσύνης η διοίκηση σε όλες τις επόμενες περιπτώσεις, στις οποίες ένα μέρος ενεπλάκη ενεργητικά ή παθητικά να ακολουθεί την ίδια μέθοδο για τη διαπίστωση ύπαρξης υπερβολικής τιμολόγησης της δεσπόζουσας επιχείρησης.

Με την ίδια συλλογιστική, που εκ των πραγμάτων με οδηγεί και σε απόρριψη του τρίτου λόγου ακύρωσης, δε θεωρώ ότι η προσβαλλόμενη παραβιάζει το άρθρο 28 του Ν. 158(I)/1999 (και δη το εδάφιο 1 του εν λόγω άρθρου) για τους λόγους που οι αιτητές επικαλούνται στον τρίτο λόγο ακύρωσης, τη διαφορετική δηλαδή προσέγγιση τους μεταξύ των δύο ενώπιόν τους υποθέσεων στην 42/2014 και 46/2018. Δε θεωρώ δηλαδή ότι όφειλαν οι Καθ' ων η αίτηση να καταγράψουν για ποιον λόγο στη διά της παρούσας προσβαλλόμενη απόφασή τους ακολούθησαν διαφορετική μέθοδο σε σχέση με μια προηγούμενη ενώπιόν τους υπόθεση, έστω κι αν εκεί ήταν διάδικος υπό άλλη ιδιότητα και πάλι το ίδιο πρόσωπο (εν προκειμένω οι Αιτητές).

Διαπιστώνω όμως, ερχόμενος πλέον στους λόγους ακύρωσης υπό αρ. 4 και 5, ότι η Προσβαλλόμενη Απόφαση είναι πράγματι ανατιολόγητη για

τους λόγους που οι Αιτητές αναπτύσσουν στην εκεί ανάλυσή τους, με την οποία βάλλουν κατά της πληρότητας αιτιολογίας (και έρευνας) στην απόφαση των Καθ' ων η αίτηση να επιλέξουν, στη συγκεκριμένη περίπτωση και με τα όσα είχαν τεθεί ενώπιόν τους, την εφαρμογή των δύο σταδίων της απόφασης στη **United Brands**³ για να καταλήξουν κατά πόσο προκύπτει καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης.

Οι Αιτητές θεωρούν εν προκειμένω ότι, ανατιολόγητα οι Καθ' ων η αίτηση δεν επέλεξαν τη μέθοδο που έχει γίνει δεκτή στην απόφαση **Lucazeau**⁴ και εσφαλμένα δεν έλαβαν υπόψη ότι τα παραδεκτά διογκωμένα λειτουργικά έξοδα της ΕΣΚ συμβάλλουν στις υψηλές τιμές που αυτή επιβάλλει με αποτέλεσμα να νοθεύεται ο ανταγωνισμός.

Οι Καθ' ων η αίτηση από τη μεριά τους εντός της προσβαλλόμενης απόφασής τους, δε σχολιάζουν ευθέως τη μη επιλογή της *Lucazeau*,

³ *C 27/76 United Brands Company, εταιρία του New Jersey των Ηνωμένων Πολιτειών της Αμερικής v. Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, Απόφαση της 14ης Φεβρουαρίου 1978.*

⁴ Ο πλήρης τίτλος της εν λόγω απόφασης είναι *Συνεκδικασθείσες υποθέσεις 110/88, 241/88 και 242/88, Francois Lucazeau και λοιποί κατά Societe des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) και λοιτών, απόφαση του Δικαστηρίου της 13ης Ιουλίου 1989.* Σημειώνεται ότι την ίδια ημερομηνία (13.07.1989) εξεδόθη η απόφαση και στην *C 395/87 Ministère public v Jean-Louis Tournier*, με καθ' ου η αίτηση τον διευθυντή της ως άνω εταιρείας SACEM όπου το ΔΕΕ αποφάσισε με τον ίδιο τρόπο στα όσα εδώ θα απασχολήσουν. Για καλύτερη κατανόηση των όσων ακολουθούν, η εφεξής αναφορά μου στην απόφαση **Lucazeau** δέον να εκληφθεί ότι εννοεί και την **Tournier** αμφότερες δηλαδή αποφάσεις ημερομηνίας 13.07.1989 που αφορούν αμέσως ή εμμέσως τις εκεί καταγγελλόμενες πρακτικές της SACEM.

θεωρούν όμως ότι τα αίτια ύπαρξης διογκωμένων εξόδων δε μπορούν να εξεταστούν από τους ίδιους. Συγκεκριμένα αναφέρουν:

*«Η Επιτροπή διευκρινίζει ότι, η αξιολόγηση που πραγματοποίησε σε σχέση με τον ισχυρισμό της ύπαρξης υπερβολικής τιμολόγησης εστιάστηκε στον έλεγχο των οικονομικών στοιχείων της δεσπόζουσας επιχείρησης. Συγκεκριμένα, οι δείκτες στους οποίους βασίστηκε η Επιτροπή αφορούσαν την συσχέτιση μεταξύ της τιμής πώλησης και του κόστους/εξόδων. Επιπλέον, δεν μπορούσε η Επιτροπή να αγνοήσει το γεγονός ότι η ΕΣΚ είχε ψηλά κόστη, τα οποία δεν μετακύλησε στις τιμές πώλησης των σιτηρών. **Η αιτία ύπαρξης ψηλών κόστων ή κακής οικονομικής διαχείρισης δεν αφορά ζήτημα που δύναται να εξετάσει η Επιτροπή. Η ΕΣΚ ανέκαθεν είχε όλες τις υποδομές όσον αφορά την εισαγωγή, αποθήκευση και εμπορία σιτηρών και ως εκ τούτου υψηλότερα κόστη και προβάδισμα σε σύγκριση με άλλες εταιρείες. Παρόλο που μετά την ένταξη της Κύπρου στην Ευρωπαϊκή Ένωση και μετά την τροποποίησης του Κεφ. 68 με το Νόμο 143(Ι)/2004 και την κατάργηση του μονοπωλίου***

στον τομέα της εμπορίας σιτηρών εντός της Κυπριακής Δημοκρατίας, η ΕΣΚ διατήρησε εγκαταστάσεις αποθηκευτικών χώρων για σιτηρά που απέκτησε με κρατικούς πόρους πριν από την προαναφερόμενη τροποποίηση του Κεφ. 68.

Η Επιτροπή σε αυτό το στάδιο επιθυμεί να τονίσει ότι συμφωνεί με τον ΠΟΑ ότι η κερδοφορία της ΕΣΚ δεν συνδέεται με την οικονομική αξία/ ανταγωνιστική τιμή των προϊόντων αυτών. Η Επιτροπή τονίζει ότι η σύγκριση του μέσου ετήσιου κόστους της ΕΣΚ και της τιμής πώλησης, ανέδειξε ότι οι πελάτες της καλούνταν να καταβάλουν τίμημα που ανέρχεται σε χαμηλό ποσοστό επί του κόστους, ποσοστό το οποίο δεν δύναται να κριθεί ως υπερβολικό».

Λέγουν περαιτέρω ότι δεν έκαναν ανάλυση των ανταγωνιστών της ΕΣΚ καθότι, δεδομένης της μη πλήρωσης του πρώτου σκέλους της *United Brands* ότι δηλαδή δεν υπάρχει σημαντική διαφορά κόστους και τιμής, δεν απαιτείται να προχωρήσουν να εξετάσουν το δεύτερο σκέλος της δηλαδή τη σύγκριση της ΕΣΚ με τις τιμές των ανταγωνιστών.

Επιπροσθέτως, ως προς τον ισχυρισμό των Αιτητών ότι όφειλαν να είχαν εφαρμόσει συγκριτική μέθοδο μεταξύ τιμής της ΕΣΚ και των τιμών άλλων επιχειρήσεων σε άλλες αγορές κρατών μελών της ΕΕ απαντούν ότι αυτό δύναται να εφαρμοστεί:

«μόνο εάν εντοπιστεί ένα κατάλληλο μέτρο σύγκρισης, ο κατάλληλος ανταγωνιστής. Τέτοιοι ανταγωνιστές δεν υφίστανται σε όλες τις αγορές καθώς κάθε σχετική αγορά έχει διαφορετικές δομές κόστους όπως και διαφορετικές δομές προσφοράς και ζήτησης».

Ως δε συνεχίζουν:

«Παραταύτα, σημειώνεται ότι στην προκείμενη περίπτωση κάτι τέτοιο δεν ήταν επάναγκες γιατί τα δύο σκέλη της United Brands είναι σωρευτικά και η Επιτροπή δεν είναι υποχρεωμένη να εξετάσει και το δεύτερο σκέλος της σύγκρισης μεταξύ της τιμολογιακής πολιτικής της δεσπόζουσας επιχείρησης με ανταγωνιστές διότι δεν τεκμηριώθηκε η ύπαρξη σημαντικής διαφοράς μεταξύ κόστους και τελικής τιμής

πωλήσεως, άρα και ούτε η ύπαρξη κατάχρησης της δεσπόζουσας θέσης».

Επί των ανωτέρω σημειώνω:

Τόσο στις θέσεις της ημερ. 07.09.2018 επί του προκαταρκτικού συμπεράσματος των Καθ'ων η αίτηση όσο και στην καταγγελία τους ημερ. 26.05.2015 οι Αιτητές εισηγήθηκαν στους Καθ'ων η αίτηση ότι δεν μπορεί να ληφθεί υπόψη το κόστος της ΕΣΚ, και άρα ότι η μεθοδολογία που αναπτύχθηκε στην *United Brands* δεν είναι κατάλληλη για την υπό κρίση εξεταζόμενη καταγγελία. Ο λόγος που επικαλέστηκαν ήταν βασικά τα διογκωμένα έξοδα της που δεν μπορούν να παράσχουν ασφαλές συμπέρασμα κατά πόσο υπάρχει νόθευση του ανταγωνισμού (εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης).

Επ' αυτού λοιπόν καταρχάς, διαπιστώνω ότι ενώ οι Καθ'ων η αίτηση παραδέχονται την ύπαρξη διογκωμένων εξόδων, επιμένουν χωρίς ουσιαστικά οποιαδήποτε αιτιολόγηση στην εφαρμογή για την υπό κρίση περίπτωση της μεθόδου της *United Brands*.

Ασφαλώς, το ποια μεθοδολογία είναι η προσφορότερη για την εκτίμηση της κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης είναι ζήτημα ουσιαστικής (τεχνικής) κρίσης των Καθ' ων η αίτηση. Δεν μπορεί άρα το ζήτημα αυτό να τύχει του απλού ακυρωτικού ελέγχου, ως αυτός που διαθέτει το παρόν. Στην απόφαση του **ΣτΕ 3260/2011**, ανετράπη η πρωτόδικη κρίση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, με την οποία είχε κριθεί ως αναιτιολόγητη η επιλογή της ελληνικής επιτροπής ανταγωνισμού μίας μεθόδου κοστολόγησης έναντι της άλλης με το ΣτΕ να ορίζει ότι:

*«τα πιο πάνω συγκριτικά στοιχεία δεν παρίστανται, πάντως, απρόσφορα καθ' εαυτά για τη διάγνωση του κρίσιμου ζητήματος, **τα στοιχεία αυτά έπρεπε, πάντως, να τα εκτιμήσει το διοικητικό εφετείο κατά την αποδεικτική τους αξία προκειμένου, βάσει αυτών ή (και) άλλων, να μορφώσει το ίδιο, ως δικαστήριο της ουσίας, δικανική πεποίθηση περί του ζητήματος τούτου, και να μην ακυρώσει απλώς την πράξη ως «αναιτιολόγητη», μετατρέποντας έτσι ανεπιτρέπτως σε ακυρωτική τη δικαιοδοσία του.** Για το λόγο, συνεπώς, αυτό, ο οποίος βασίμως προβάλλεται με την κρινόμενη αίτηση, η προσβαλλόμενη απόφαση*

πρέπει, κατά το ανωτέρω μέρος, να αναιρεθεί, η δε υπόθεση, η οποία χρειάζεται διευκρίνιση ως προς το πραγματικό, πρέπει να παραπεμφθεί στο ίδιο δικαστήριο για νέα κρίση».

Είναι σαφές και επιβεβαιώνεται από την πιο πάνω απόφαση του ΣτΕ, ότι όταν το δικαστήριο δύναται να εξετάσει την ουσία ως προς την προσφορότερη μέθοδο κρίσης της κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης και έχει ενώπιόν του στοιχεία προς εκείνο το σκοπό, δεν αναμένεται ότι θα καταστήσει εαυτόν απλώς ακυρωτικό, ακυρώνοντας δηλαδή την πράξη ως αναιτιολόγητη λόγω μη επιλογής από την εθνική αρχή ανταγωνισμού της προσφορότερης μεθόδου. Αναμένεται ότι θα μορφώσει το ίδιο, ως δικαστήριο της ουσίας, δικανική πεποίθηση περί του ζητήματος της προσφορότερης μεθόδου.

Αντίθετα άρα με το διοικητικό εφετείο της Ελλάδας, το παρόν, ως ακυρωτικό Δικαστήριο, δε μπορεί μεν να εκτιμήσει την προσφορότερη μέθοδο για τη συγκεκριμένη περίπτωση, ελέγχει όμως, εκ των πραγμάτων και στη βάση όσων καθοδηγεί η ως άνω απόφαση, την πληρότητα της αιτιολογίας της προσβαλλόμενης υπό το ειδικά δεδομένα

της περίπτωσης. Από τα όσα λοιπόν καταγράφονται στην προσβαλλόμενη απόφαση δε μπορεί να διαπιστωθεί για ποιο λόγο τελικά επελέγη η μεθοδολογία (δύο σταδίων) της *United Brands* έναντι της *Lucazeau* από τη στιγμή που το ζήτημα αυτό, δηλαδή η προσφορότερη μέθοδος με αναφορά στη σχετική νομολογία του ΔΕΕ, ήταν εξ αρχής το αντικείμενο της καταγγελίας των Αιτητών και περιελήφθη και στις γραπτές τους θέσεις ημερ. 07.09.2018.

Οι Καθ'ων η αίτηση παραδέχονται ότι τα έξοδα της ΕΣΚ είναι διογκωμένα σε μεγάλο βαθμό όμως θεωρούν ότι τα αίτιά τους δεν μπορούν να τύχουν εξέτασης από τους ίδιους στα πλαίσια της κρίσης τους. Ανέφεραν εν προκειμένω:

*«Επιπλέον, δεν μπορούσε η Επιτροπή να αγνοήσει το γεγονός ότι η ΕΣΚ είχε ψηλά κόστη, τα οποία δεν μετακύλησε στις τιμές πώλησης των σιτηρών. **Η αιτία ύπαρξης ψηλών κόστων ή κακής οικονομικής διαχείρισης δεν αφορά ζήτημα που δύναται να εξετάσει η Επιτροπή.** Η ΕΣΚ ανέκαθεν είχε όλες τις υποδομές όσον αφορά την εισαγωγή, αποθήκευση και εμπορία σιτηρών και ως εκ*

τούτου υψηλότερα κόστη και προβάδισμα σε σύγκριση με άλλες εταιρείες. Παρόλο που μετά την ένταξη της Κύπρου στην Ευρωπαϊκή Ένωση και μετά την τροποποίησης του Κεφ. 68 με το Νόμο 143(I)/2004 και την κατάργηση του μονοπωλίου στον τομέα της εμπορίας σιτηρών εντός της Κυπριακής Δημοκρατίας, η ΕΣΚ διατήρησε εγκαταστάσεις αποθηκευτικών χώρων για σιτηρά που απέκτησε με κρατικούς πόρους πριν από την προαναφερόμενη τροποποίηση του Κεφ. 68.

Η πιο πάνω αναφορά δεν αποτελεί κατά τη γνώμη μου επαρκή αιτιολογία για ποιον λόγο δεν μπορεί να εφαρμοστούν τα όσα ανέφερε η *Lucazeau*, στην οποία αναφέρθηκε ότι:

«25 Επιβάλλεται η παρατήρηση ότι, όταν μια επιχείρηση κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιβάλλει, για τις υπηρεσίες που παρέχει, τιμές αισθητά υψηλότερες από αυτές που εφαρμόζονται σε άλλα κράτη μέλη και όταν η σύγκριση των επιπέδων των τιμών έχει πραγματοποιηθεί επί ομοιομόρφου βάσεως, η διαφορά αυτή πρέπει να θεωρηθεί ως ένδειξη καταχρήσεως της δεσπόζουσας

θέσεως. Στην περίπτωση αυτή εναπόκειται στην ενδιαφερόμενη επιχείρηση να δικαιολογήσει τη διαφορά, επικαλούμενη αντικειμενικές διαφορές μεταξύ της καταστάσεως του οικείου κράτους μέλους και της καταστάσεως που επικρατεί σε όλα τα άλλα κράτη μέλη.

26 Σχετικώς, η SACEM επικαλείται ορισμένες περιστάσεις προκειμένου να δικαιολογήσει τη διαφορά αυτή. Έτσι, αναφέρεται στις υψηλές τιμές που εφαρμόζουν οι δισκοθήκες στη Γαλλία, στο κατά παράδοση υψηλό επίπεδο προστασίας που διασφαλίζει το δίκαιο πνευματικής ιδιοκτησίας στη χώρα αυτή, καθώς και στις ιδιομορφίες της γαλλικής νομοθεσίας κατά την οποία η αναπαραγωγή εγγεγραμμένων μουσικών έργων υπόκειται όχι μόνο σε δικαίωμα δημόσιας εκτέλεσης αλλά και σε συμπληρωματικό δικαίωμα μηχανικής αναπαραγωγής.
(...)

28 Η SACEM υποστηρίζει ακόμη ότι οι συνήθειες εισπράξεως είναι διαφορετικές, καθόσον ορισμένες εταιρίες διαχειρίσεως δικαιωμάτων του δημιουργού των κρατών μελών δεν έχουν τάση

να επιμένουν στην είσπραξη δικαιωμάτων ελάχιστα σημαντικών από χρήστες μικρής κλίμακας διασκορπισμένους στη χώρα, όπως είναι οι ιδιοκτήτες δισκοθηκών, οι διοργανωτές χορών και οι ιδιοκτήτες καφενείων. Η αντίθετη παράδοση αναπτύχθηκε στη Γαλλία, λαμβάνοντας υπόψη τη βούληση των δημιουργών για τον πλήρη σεβασμό των δικαιωμάτων τους.

29 Η επιχειρηματολογία αυτή δεν μπορεί να γίνει δεκτή. Πράγματι, από το φάκελο προκύπτει ότι μια από τις σημαντικότερες διαφορές μεταξύ των εταιριών διαχείρισεως δικαιωμάτων του δημιουργού στα διάφορα κράτη μέλη έγκειται στο επίπεδο των λειτουργικών εξόδων. Όταν, όπως ορισμένες ευδείξεις που περιλαμβάνονται στις δικογραφίες των κυρίων δικών αφήνουν να διαφανεί, το προσωπικό μιας τέτοιας εταιρίας διαχείρισεως είναι κατά πολύ σημαντικότερο σε αριθμό από εκείνο των αντίστοιχων εταιριών στα άλλα κράτη μέλη και, επιπλέον, η αναλογία του προϊόντος των δικαιωμάτων που προορίζονται για τα έξοδα εισπράξεως, διοικήσεως και επιμερισμού, παρά για τους δικαιούχους των δικαιωμάτων του δημιουργού, είναι σημαντικά

υψηλότερη, δεν αποκλείεται ότι η έλλειψη ανταγωνισμού στην οικεία αγορά επιτρέπει ακριβώς να εξηγηθεί η ακαμψία της διοικητικής μηχανής και, επομένως, το υψηλό ποσοστό των δικαιωμάτων».

Στο έλεγχο δηλαδή της *Lucazeau*, τα λειτουργικά έξοδα μιας επιχείρησης, συγκρινόμενα με αυτά άλλων επιχειρήσεων άλλων κρατών μελών της ΕΕ, ήταν πολύ μεγαλύτερα και το Δικαστήριο δεν απέκλεισε ότι η έλλειψη ανταγωνισμού στην οικεία αγορά μπορεί να οφείλεται στο γεγονός αυτό. Οι Καθ' ων η αίτηση δεν αναφέρουν οτιδήποτε περί τούτου όμως περιορίζονται στην, ουσιαστικά, παραδοχή του γεγονότος ότι η ΕΣΚ έχει υψηλά λειτουργικά έξοδα αλλά ότι τα αίτια των εξόδων αυτών δεν είναι κάτι που δύναται να εξετάσουν και ότι δεν μπορούν να μη λάβουν υπόψη ότι δεν μετακυλήθηκαν στις τιμές πώλησης των σιτηρών. Αντιθέτως, η *Lucazeau*, υπόθεση στην οποία ακριβώς τα υψηλά λειτουργικά έξοδα κατέστησαν επίδικα και άρα δύναται να προσφέρει χρήσιμη καθοδήγηση στην παρούσα, ορίζει ότι αυτά δεν πρέπει να λαμβάνονται υπόψη για τη διαπίστωση υπερβολικής τιμολόγησης υπό την έννοια ότι δεν πρέπει να εκλαμβάνονται ως

δικαιολογία της υψηλής τιμής αυτής αλλά αντιθέτως δεν αποκλείεται ακριβώς σε αυτά να οφείλεται η έλλειψη ανταγωνισμού στην οικεία αγορά (βλ. πιο κάτω, υποσημείωση αρ. 415 συγγράμματος Δ.Ν. Τζουγανάτου «**Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού, 2020**»).

Το γεγονός της πλημμέλειας της αιτιολογίας επιρρώνεται και επί των όσων οι Καθ'ων η αίτηση απάντησαν στον ισχυρισμό των Αιτητών ότι όφειλαν να είχαν εφαρμόσει συγκριτική μέθοδο μεταξύ τιμής της ΕΣΚ και των τιμών άλλων επιχειρήσεων σε άλλες αγορές κρατών μελών της ΕΕ. Επί τούτου οι Καθ'ων η αίτηση αναφέρουν ότι αυτό δύναται να εφαρμοστεί μόνο εάν εντοπιστεί ένα κατάλληλο μέτρο σύγκρισης, ο κατάλληλος δηλαδή ανταγωνιστής και ότι τέτοιοι ανταγωνιστές δεν υφίστανται σε όλες τις αγορές καθώς κάθε σχετική αγορά έχει κατά κανόνα διαφορετικές δομές κόστους όπως και διαφορετικές δομές προσφοράς και ζήτησης.

Αυτή όμως η αναφορά δεν αποτελεί επαρκή, υπό τις περιστάσεις, αιτιολογία. Αυτό καθότι οι Καθ'ων η αίτηση δεν εξηγούν τον λόγο που αποκλείουν ότι μπορεί, στη συγκεκριμένη περίπτωση, να υπάρχει

άλλος ανταγωνιστής σε άλλη χώρα της ΕΕ αλλά το αποκλείουν εκ προοιμίου καθότι, κατά την αντίληψή τους, η δυσκολία εύρεσης ενός τέτοιου ανταγωνιστή είναι συνήθης στις περισσότερες περιπτώσεις. Η εκ προοιμίου απόρριψη μιας τέτοιας δυνατότητας χωρίς οποιαδήποτε άλλη αιτιολόγηση, ιδίως από τη στιγμή που νομολογιακά καταγράφεται (*Tournier και Lucazeau*) ότι είναι δυνατή η εξεύρεση πεδίου για τέτοιες συγκρίσεις, θεωρώ καθιστά πλημμελή την αιτιολογία της παρούσας και για το λόγο αυτό. Σημειώνω μάλιστα ότι οι Καθ'ων η αίτηση στην προσβαλλόμενη απόφασή τους δεν ισχυρίστηκαν αδυναμία εξεύρεσης ανταγωνιστή σε άλλη χώρα της ΕΕ ούτε ότι όφειλαν οι Αιτητές να προσκομίσουν στοιχεία μιας τέτοιας επιχείρησης προκειμένου να δύνανται να τα εξετάσουν, αλλά απλώς απέρριψαν μια τέτοια δυνατότητα εκ προοιμίου και χωρίς οποιαδήποτε αιτιολόγηση.

Επί του ίδιου σημείου, αναφέρουν περαιτέρω ότι στην προκείμενη περίπτωση κάτι τέτοιο δεν ήταν επάναγκες γιατί τα δύο σκέλη της *United Brands* είναι σωρευτικά και η Επιτροπή δεν είναι υποχρεωμένη να εξετάσει και το δεύτερο σκέλος, να προβεί δηλαδή σε σύγκριση μεταξύ της τιμολογιακής πολιτικής της δεσπόζουσας επιχείρησης με

ανταγωνιστές διότι δεν τεκμηριώθηκε η ύπαρξη σημαντικής διαφοράς μεταξύ κόστους και τελικής τιμής πωλήσεως, άρα και ούτε η ύπαρξη κατάχρησης της δεσπόζουσας θέσης.

Το εν λόγω συμπέρασμα των Καθ'ων η αίτηση επίσης είναι, για την υπό κρίση περίπτωση, ανατιολόγητο. Το γεγονός ότι στην *United Brands* απαιτείται σωρευτική πλήρωση των δύο σκελών δεν ήταν αμφισβητούμενο ούτε από τους Αιτητές. Συνεπώς, εφόσον η επιλογή της εν λόγω μεθόδου γινόταν αιτιολογημένα από τους Καθ'ων η αίτηση, τότε πράγματι δε θα ήταν αναγκαία η εξέταση του δευτέρου σκέλους της εφόσον το πρώτο δεν είχε πληρωθεί.

Ως όμως ανέφερα ήδη, οι Καθ'ων η αίτηση υπό το φως των γεγονότων και ισχυρισμών που ετέθησαν ενώπιόν τους στη συγκεκριμένη περίπτωση (γεγονότα που κάποια μάλιστα κατέστησαν και παραδεκτά ως τα υπερβολικά λειτουργικά έξοδα) όφειλαν πρώτα να αιτιολογήσουν επαρκώς την επιλογή της μιας μεθόδου (*United Brands*) έναντι της άλλης (*Lucazeau*). Κάτι που ως διαπίστωση ανωτέρω δεν έπραξαν.

Σημειώνω πάντως ότι η εφαρμογή της συγκριτικής μεθόδου μεταξύ τιμής της ΕΣΚ και των τιμών άλλων επιχειρήσεων σε άλλες αγορές κρατών μελών της ΕΕ δεν αποτελεί μόνον μέρος του δεύτερου σκέλους της *United Brands*. Εν προκειμένω, ως διαπιστώνω από όσα αναφέρονται στην υπόθεση *Lucazeau*, περιλαμβάνεται τέτοια σύγκριση μεταξύ της γαλλικής εταιρείας διαχείρισης με εταιρείες άλλων κρατών μελών της ΕΕ καταλήγοντας ότι όφειλε η γαλλική, η οποία διαπιστώθηκε ότι χρεώνει υπέρμετρα μεγάλα ποσά, να φέρει το βάρος να αποδείξει ότι υπάρχουν αντικειμενικοί λόγοι που δικαιολογούν τη χρέωση. Ως αναφέρεται στο σύγγραμμα που επιμελήθηκε ο **Καθ. Ν. Τζουγανάτος, Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού, 2020** 1ος Τόμος, σελ. 984-986 με αναφορά και σχετική κριτική στις εν λόγω αποφάσεις *United Brands* και *Tournier* και *Lucazeau* (η υπογράμμιση είναι του Δικαστηρίου):

«Στο διπλό, σωρευτικό τεστ που καθιέρωσε η απόφ. *United Brands* έχει ασκηθεί κριτική από σημαντικό μέρος της θεωρίας για περισσότερους λόγους. Πιο συγκεκριμένα, το πρώτο σκέλος του τεστ (έλεγχος του «υπερβολικού» της τιμής) εμφανίζει τις δεδομένες δυσκολίες κάθε

κοστολογικής ανάλυσης. Το δεύτερο σκέλος χαρακτηρίζεται αφενός αναποτελεσματικό, διότι δεν θα υπάρχει σε όλες τις αγορές η δυνατότητα σύγκρισης με ανταγωνιστικά προϊόντα, αφετέρου υποκειμενικό, καθώς δεν μπορεί να καθορισθεί με αντικειμενικό τρόπο, πότε μια τιμή είναι μη δίκαιη αφεαυτής

ii. Η εφαρμογή του κανόνα της *United Brands* σε επόμενες αποφάσεις

Όπως προαναφέρθηκε, το Δικαστήριο στην *United Brands* αναγνώρισε ότι πέραν της *cost-plus* υπάρχουν και άλλες μέθοδοι για τον έλεγχο, αν μία τιμή είναι μη δίκαιη. Από μεταγενέστερη νομολογία προκύπτει ότι στις περιπτώσεις, όπου υπάρχει ένα ικανοποιητικό μέτρο σύγκρισης με την ελεγχόμενη ως υπερβολικά υψηλή τιμή, η θεμελίωση της κατάχρησης μπορεί να υποστηριχθεί χωρίς την προσφυγή σε κοστολογικές αναλύσεις.

Στην *British Leyland* ήταν δυνατή (...)

Στις αποφ. Tournier και Lucazeau, που αφορούσαν προδικαστικά ερωτήματα στο πλαίσιο αντιδικίας μεταξύ ιδιοκτητών δισκοπωλείων και της SACEM, γαλλικής εταιρίας διαχείρισεως των δικαιωμάτων του δημιουργού στο μουσικό τομέα, η βάση σύγκρισης ήταν οι αντίστοιχες τιμές για όμοιες υπηρεσίες σε άλλα κράτη-μέλη. Το Δικαστήριο έκρινε ότι όταν μια επιχείρηση κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιβάλλει, για τις υπηρεσίες που παρέχει, τιμές αισθητά υψηλότερες από αυτές που εφαρμόζονται σε άλλα κράτη μέλη και όταν η σύγκριση των επιπέδων των τιμών έχει πραγματοποιηθεί επί ομοιομόρφου βάσεως, η διαφορά αυτή πρέπει να θεωρηθεί ως ένδειξη καταχρήσεως της δεσπόζουσας θέσεως⁴¹³. Αυτή η ένδειξη είναι μαχητή, καθώς εναπόκειται στην ενδιαφερόμενη επιχείρηση να δικαιολογήσει τη διαφορά, επικαλούμενη αντικειμενικές διαφορές μεταξύ της καταστάσεως του οικείου κράτους μέλους και της καταστάσεως που επικρατεί σε όλα τα άλλα κράτη μέλη⁴¹⁴.

Δυο σημαντικά στοιχεία προκύπτουν από τη νομολογία SACEM. Κατ' αρχάς, η κατά το Δικαστήριο σύγκριση τιμών επί ομοιομόρφου βάσεως δεν προϋποθέτει απαραίτητα σύγκριση με κράτη-μέλη ή

αγορές με καθόλα όμοια χαρακτηριστικά και δομή ανταγωνισμού. Αρκεί να υφίσταται η δυνατότητα συνεκτίμησης και προσαρμογής των όποιων διαφορετικών χαρακτηριστικών στις σχετικές αγορές⁴¹⁵. Επιπλέον, και σε αντίθεση με την απόφ. *United Brands*, στις περιπτώσεις που είναι εφικτή η ανωτέρω σύγκριση τιμών και διαπιστώνεται *prima facie* χρέωση υπερβολικά υψηλών αντιστρέφεται το βάρος απόδειξης με τη δεσπόζουσα επιχείρηση να καλείται αποδείξει τους λόγους που δικαιολογούν τη διαφορετική τιμολόγηση άλλων επιχειρήσεων σε άλλες αγορές.

⁴¹³ Απόφ. του Δικαστηρίου της 13ης Ιουλίου 1989. Εισαγγελική Αρχή κατά *Jean-Louis Tournier*, 395/87, σκ. 38. Ομοίως και η απόφ. του Δικαστηρίου της 13ης Ιουλίου 1989, *Lucazeau* και λοιποί κατά *SACEM* και λοιπών, συνεκδικασθείσες υποθ. 110/88, 241/88 και 242/88, σκ. 24.

⁴¹⁴ *Ibid*, σκ. 24.

⁴¹⁵ Μάλιστα, το Δικαστήριο έκρινε στην απόφ. *Tournier*, ότι τυχόν αυξημένα ή δυσανάλογα λειτουργικά έξοδα της δεσπόζουσας επιχείρησης δεν πρέπει να λαμβάνονται υπόψη για τη διαπίστωση αν

η τιμή χρέωσης είναι υπερβολικά υψηλή. Αυτά τα αυξημένα έξοδα μπορεί να οφείλονται στην έλλειψη ανταγωνισμού που επιτρέπει να εξηγηθεί η ακαμψία της διοικητικής μηχανής και, επομένως, το υψηλό ποσοστό των δικαιωμάτων που χρεώνονταν (Απόφ. Tournier, ό.π., σκ. 42)».

Ανακεφαλαιώνοντας, είναι σαφές ότι οι Καθ'ων η αίτηση έχουν εξουσία να κρίνουν ποια, υπό τις ιδιαίτερες περιστάσεις της ενώπιόν τους υπόθεσης, είναι η προσφορότερη μεθοδολογία για να καταλήξουν αν μια επιχείρηση, ως η εδώ καταγγελλόμενη η οποία διαπιστώθηκε ότι κατέχει δεσπόζουσα θέση (ως οι Καθ'ων η αίτηση διαπίστωσαν για συγκεκριμένα έτη και είδη σιτηρών), κατακράστηκε τη δεσπόζουσα θέση της. Η επιλογή της μεθοδολογίας πρέπει όμως να γίνεται αιτιολογημένα και η επάρκεια της αιτιολογίας κρίνεται με γνώμονα, μεταξύ άλλων, και το περιεχόμενο της καταγγελίας και υποβολών των Αιτητών.

Για τους λόγους που ανέφερα πιο πάνω, στην παρούσα περίπτωση θεωρώ δεν αιτιολογήθηκε επαρκώς η καταφυγή στη μεθοδολογία της

United Brands δεδομένων των γεγονότων (ιδίως όσων ήταν παραδεκτών) και επιχειρημάτων που ετέθησαν με παραπομπή στην απόφαση *Lucazeau*. Ως εκ τούτου η προσβαλλόμενη απόφαση ακυρώνεται για τον λόγο αυτό.

Παρά τη βασιμότητα των πιο πάνω λόγων ακυρότητας, για σκοπούς πληρότητας της παρούσας, προχωρώ και εξετάζω και τους υπό 6 και 7 λόγους ακυρότητας με τους οποίους οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι υπάρχει ανεπαρκής αιτιολόγηση της μείωσης πωλήσεων της ΕΣΚ και της οικονομικής κρίσης, κρίση η οποία λαμβάνεται ως δεδομένη και δεν επιβεβαιώνεται με οποιαδήποτε υποστηρικτικά στοιχεία (Λόγος Ακύρωσης αρ. 6) καθώς και ότι οι Καθ'ων η αίτηση μερολήπτησαν και ήταν κακόπιστοι σε σχέση με δηλώσεις αξιωματούχων της ΕΣΚ (Λόγος Ακύρωσης αρ. 7).

Καταρχάς σε σχέση με το ζήτημα της αιτιολόγησης της μείωσης πωλήσεων της ΕΣΚ σε συνάρτηση με την οικονομική κρίση, διαπιστώνω ότι οι Καθ'ων η Αίτηση αναφέρουν στην Απόφαση τους ότι οι λόγοι για την μειωτική τάση των πωλήσεων της ΕΣΚ σχετίζεται άμεσα όχι μόνο με

την οικονομική κρίση που κορυφώθηκε το 2013 αλλά και λόγω των οργανωτικών προβλημάτων που αντιμετώπιζε η ΕΣΚ όπως κακή διαχείριση των εξόδων, τα οποία της προκάλεσαν τεράστιες. Επίσης, όπως αναφέρθηκε, η ΕΣΚ προέβη σε μείωση των τιμών της με σκοπό να αυξήσει το μερίδιο αγοράς της πιστεύοντας πως οι πωλήσεις σιτηρών θα αυξηθούν κάτι που δεν έγινε και οι ποσότητες εμπορευμάτων που πωλήθηκαν όχι μόνο δεν αυξήθηκαν αλλά μειώθηκαν με αποτέλεσμα να μειωθούν σημαντικά τα έσοδα και τα κέρδη, γεγονός που, κατά τους Καθ'ων η αίτηση αποδεικνύει ότι η αγορά αντιμετώπιζε προβλήματα από εξωγενείς παράγοντες, δηλαδή την κρίση.

Περαιτέρω οι Καθ'ων η αίτηση στην Απόφαση τους ανέφεραν:

«Η ΕΣΚ, επηρεαζόμενη από την οικονομική κρίση, είχε σημαντική μείωση στον όγκο πωλήσεων των σιτηρών της από το έτος 2009 μέχρι το 2015, ενώ τα σχετικά μερίδια αγοράς της σε γενικές γραμμές δεν επηρεάστηκαν. Η επικερδότητα της ΕΣΚ, ως αυτή διαφαίνεται από τις λογιστικές αναλογίες, περιθώριο μικτού κέρδους/(ζημιάς), περιθώριο κέρδους/(ζημιάς) εργασιών, υπέστη σημαντική μείωση σε σημείο που

η εμπορία σιτηρών για την ΕΣΚ να είναι πλέον ζημιογόνα. Οι εξωτερικοί παράγοντες (όπως η οικονομική κρίση), αλλά και τα αυξημένα έξοδα της εταιρείας προκάλεσαν σοβαρές ζημιές στην εταιρεία».

Από τον δε πίνακα 1 της επιστολής των Καθ'ων η αίτηση ημερομηνίας 11.06.2018, διαφαίνεται ότι η μέση τιμή πώλησης ανά προϊόν έχει αυξητική τάση για τα έτη 2009 μέχρι τα έτη 2012, ενώ από το έτος 2013 μέχρι το 2015 σημειώνεται μειωτική τάση σε όλα τα είδη σιτηρών.

Τα ανωτέρω θεωρώ αιτιολογούν επαρκώς τη σύνδεση της οικονομικής κρίσης με τη μείωση πωλήσεων της ΕΣΚ. Παράλληλα γίνεται παραδοχή και αναφορά επί των σοβαρών λειτουργικών εξόδων της ΕΣΚ, τα οποία δηλώνεται ότι επηρέασαν την κερδοφορία της. Σε σχέση δε με τη θέση των Αιτητών περί της πεπλανημένης διασύνδεσης της οικονομικής κρίσης και του μεριδίου αγοράς της ΕΣΚ καθώς επίσης και του συμπεράσματος (των Αιτητών) ότι δεν είναι δυνατόν να υπάρχει ταυτόχρονη μείωση των μεριδίων αγοράς όλων των ανταγωνιστών σε μια αγορά και ότι τα μερίδια αγοράς των ανταγωνιστών σε μια αγορά

αθροίζουν εξ' ορισμού το 100%, διαπιστώνω, ως οι υποβολές της ευπαιδευτης συνηγόρου των Καθ' ων η αίτηση ότι αυτό που οι Καθ' ων η αίτηση ανέφεραν στο απόσπασμα της Απόφασης τους, στο οποίο αναφέρθηκε αμέσως πιο πάνω, είναι ότι υπήρχε συρρίκνωση της αγοράς γενικά αφού ο όγκος πωλήσεως της ΕΣΚ μειώθηκε δραματικά καθώς επίσης μειώθηκαν και οι πωλήσεις των ανταγωνιστών της στην ολότητα τους και όχι σε σύγκριση με άλλες εταιρείες.

Δηλαδή, ο συνολικός όγκος πωλήσεων μειώθηκε αλλά το μερίδιο αγοράς δεν επηρεάστηκε εφόσον μειώθηκε και ο όγκος πωλήσεων των ανταγωνιστών της ΕΣΚ. Άρα ούτε αυτός ο ισχυρισμός των Αιτητών ευσταθεί.

Δε θεωρώ δε ότι οι Καθ' ων η αίτηση έσφαλλαν ως προς τις δηλώσεις του Προέδρου της ΕΣΚ περί αναποτελεσματικής δομής και λειτουργίας και μη αποτελεσματικών επιπέδων και δομής κόστους της ΕΣΚ. Στην Απόφαση τους ξεκάθαρα ανέφεραν ότι συμφωνούν με τους Αιτητές σχετικά με το γεγονός ότι *«η ΕΣΚ πραγματοποιεί χαμηλά περιθώρια κέρδους ή/και ζημιές λόγω της αναποτελεσματικής της δομής και*

λειτουργίας, και κατ' επέκταση του υψηλού και μη αποτελεσματικού κόστους της», όπως δε φαίνεται στην επιστολή της Επιτροπής ημερομηνίας 11.06.2018, οι οικονομικοί δείκτες σημείωσαν καθοδική πορεία, πολύ μεγάλο δε ποσοστό των άμεσων εξόδων της ΕΣΚ αφορούσε πληρωμές σε μισθούς εργατικού προσωπικού ενώ το ποσοστό μισθών και ωφελημάτων του διοικητικού προσωπικού ήταν υπέρογκο έναντι του συνόλου των εξόδων διοικητικής λειτουργίας.

Συνεπώς απορρίπτω τον έκτο λόγο ακύρωσης.

Καταλήγοντας, ως προς τον Λόγο Ακύρωσης υπό 7, οι Αιτητές ισχυρίζονται ότι υπήρξε μεροληψία και κακοπιστία στη λήψη της προσβαλλόμενης απόφασης καθότι οι Καθ' ων η αίτηση απεδέχθησαν εκ των υστέρων δήλωση του προέδρου της ΕΣΚ ότι ουδένα μέλος της προέβη σε δηλώσεις ενώπιον των Μ.Μ.Ε αναφορικά με την κακή οικονομική κατάσταση της ΕΣΚ.

Οι Αιτητές συγκεκριμένα λένουν ότι οι Καθ' ων η αίτηση κακώς δεν έλαβαν υπόψη τα γραπτά δημοσιεύματα με τα οποία καταγράφονται οι δηλώσεις του Προέδρου σε διάφορα Μ.Μ.Ε και αντ' αυτών λήφθηκε υπόψη η εκ των υστέρων δήλωση με την οποία η εγκυρότητα των εν

λόγω δημοσιευμάτων ουσιαστικά απορρίφθηκε από το εν λόγω πρόσωπο.

Δε θεωρώ ότι οι ενέργειες των Καθ'ων η αίτηση επί του προκείμενου ήταν εσφαλμένες, κακόπιστες ή ότι παραβίασαν τις αρχές αμεροληψίας. Δεδομένης της ύπαρξης δημοσιευμάτων, με τα οποία καταλογίζονταν στην ΕΣΚ συγκεκριμένες συμπεριφορές, οι Καθ'ων η αίτηση καθυκόντως και στα πλαίσια της όλης διερεύνησης, ζήτησαν από το πρόσωπο, το οποίο φερόταν ως αυτός που έκανε τις σχετικές δηλώσεις να προσκομίσει υποστηρικτικά των φερόμενων δηλώσεων στοιχεία. Ο ίδιος απάντησε ουσιαστικά αρνούμενος ότι προέβη στις συγκεκριμένες δηλώσεις. Από εκεί και ύστερα δεν μπορεί να γίνεται λόγος για οποιαδήποτε μεροληψία εκ μέρους των Καθ'ων η αίτηση ούτε φυσικά αυτοί όφειλαν να μη διερευνήσουν τα όσα αναφέρονταν στα εν λόγω δημοσιεύματα.

Από την άλλη μεριά, τα όσα ο πρώην αντιπρόεδρος της ΕΣΚ είχε αναφέρει περί υψηλών λειτουργικών εξόδων της ΕΣΚ, δεν αγνοήθηκαν έναντι της εκ των υστέρων δήλωσης του Προέδρου της ΕΣΚ δεδομένου

ότι ως αναφέρθηκε ανωτέρω, οι Καθ' ων η αίτηση παραδέχτηκαν στην προσβαλλόμενη απόφασή τους της ύπαρξη υψηλών λειτουργικών εξόδων, μισθών κτλ.

Από εκεί και πέρα, ακριβώς το ζητούμενο, δεν ήταν οι δηλώσεις του ενός ή του άλλου (πρώην ή νυν) αξιωματούχου ή μέλους της ΕΣΚ αλλά η εκ μέρους των Καθ' ων η αίτηση διερεύνηση εκείνων όλων των στοιχείων ως θέτει η νομολογία του ΔΕΕ που, εφαρμοζόμενα στην υπό κρίση περίπτωση, θα οδηγούσαν στην κρίση, αιτιολογημένα, της καταλληλότερης μεθόδου για τη διαπίστωση της τυχούσας κατάχρησης της δεσπόζουσας θέσης της ΕΣΚ επί συγκεκριμένων ετών και ειδών σιτηρών, ως το ακυρωτικό εύρημα επί των λόγων ακύρωσης αρ. 4-5.

Ως εκ τούτου ο έβδομος λόγος ακύρωσης απορρίπτεται.

Η προσφυγή επιτυγχάνει.

Η προσβαλλόμενη απόφαση ακυρώνεται για τους λόγους που εξέθεσα ανωτέρω στα πλαίσια των λόγων ακύρωσης υπό αρ. 4 και 5.

Τα έξοδα επιδικάζονται στα €2.100 πλέον ΦΠΑ υπέρ των Αιτητών και εναντίον των Καθ' ων η αίτηση.

Φ. Καμένος, ΔΔΔ