ΣτΕ (Β΄Τμ.) 2811/2012 (απόσπασμα)

Περίληψη: Επιτροπή Ανταγωνισμού και επιβολή προστίμων για παραβάσεις του ν.703/1977 περί γνωστοποίησης της συγκέντρωσης επιχειρήσεων. Η αναίρεση είναι παθητικά ανομιμοποίητη καθ’ ο μέρος στρέφεται κατά της Επιτροπής Ανταγωνισμού, η οποία στερείτο νομικής προσωπικότητας κατά την έκδοση της επίδικης πράξης. Η αναιρεσείουσα ανέπτυξε, πριν να εκδοθεί η σε βάρος της εκτελεστή πράξη, τις απόψεις της ενώπιον της Επιτροπής και ικανοποιήθηκε η απαίτηση της προηγούμενης ακρόασης. Η ακτοπλοΐα υπάγεται στις ρυθμίσεις του ν. 703/1977. Τα δρομολογημένα πλοία συνιστούν επιχειρήσεις, κατά το άρθρο 4 του ν. 703/1977, και η συγκέντρωση πρέπει να γνωστοποιείται στην Επιτροπή Ανταγωνισμού. Το άρθρο 4β του ν.702/1977, κατά το μέρος που η υποχρέωση γνωστοποίησης εξαρτάται από το μερίδιο αγοράς των προϊόντων ή υπηρεσιών που αποκτάται ή αυξάνεται με τη συγκέντρωση, δεν είναι ούτε σαφές ούτε πλήρες. Η κρίση ότι στοιχειοθετήθηκαν οι παραβάσεις που καταλογίσθηκαν στην αναιρεσείουσα, δεν είναι νόμιμη, καθ’ όσον στηρίχθηκε σε διάταξη, που δεν μπορούσε να εφαρμοσθεί. Δεκτή η αναίρεση (αναιρεί την υπ΄ αριθμ. 2861/2005 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών).

Αριθμός 2811/2012

ΤΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΗΣ ΕΠΙΚΡΑΤΕΙΑΣ

ΤΜΗΜΑ Β΄

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του την 1η Φεβρουαρίου 2012 […]

Για να δικάσει την από 24 Νοεμβρίου 2005 αίτηση […]

Α φ ο ύ μ ε λ έ τ η σ ε τ α σ χ ε τ ι κ ά έ γ γ ρ α φ α

Σ κ έ φ θ η κ ε κ α τ ά τ ο Ν ό μ ο

2. Επειδή, με την αίτηση αυτή ζητείται η αναίρεση της 3240/2003, καθώς και της 2861/2005 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, με την οποία, κατά μερική αποδοχή προσφυγής της «...........................» (ήδη αναιρεσείουσας, βλ. ανακοίνωση σχετικής καταχώρισης στο ΦΕΚ τ. ΑΕ & ΕΠΕ 8360/28-7-2005) μεταρρυθμίσθηκε η 210/ΙΙΙ/2002 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού και περιορίσθηκαν πρόστιμα που είχαν επιβληθεί με αυτήν στην αναιρεσείουσα για παραβάσεις των άρθρων 4β και 4ε παρ. 1 του ν. 703/1977 (Α’ 278), σε 900.000 ευρώ. […]

8. Επειδή, το άρθρο 4 του ν. 703/1977, όπως είχε αντικατασταθεί με το άρθρο 2 παρ.1 του ν. 2296/1995, η δε περ. β της παρ. 2 τροποποιήθηκε με το άρθρο 11 παρ. 2 του ν. 2323/1995 (Α’ 145), όριζε ότι «1. Η συγκέντρωση επιχειρήσεων δεν εμπίπτει καθαυτή στις απαγορεύσεις του άρθρου 1 παρ. 1 και του άρθρου 2 του παρόντος νόμου. 2. Συγκέντρωση πραγματοποιείται: α) όταν συγχωνεύονται με κάθε τρόπο δύο ή περισσότερες προηγουμένως ανεξάρτητες επιχειρήσεις, β) ένα ή περισσότερα πρόσωπα που ελέγχουν ήδη τουλάχιστον μία επιχείρηση, ή μία ή περισσότερες επιχειρήσεις, αποκτούν άμεσα ή έμμεσα τον έλεγχο του συνόλου ή τμημάτων μιας ή περισσότερων άλλων επιχειρήσεων. 3. Για την εφαρμογή του παρόντος νόμου, ο έλεγχος απορρέει από δικαιώματα, συμβάσεις ή άλλα μέσα, τα οποία είτε μεμονωμένα είτε από κοινού με άλλα και λαμβανομένων υπόψη των σχετικών πραγματικών ή νομικών συνθηκών, παρέχουν τη δυνατότητα καθοριστικής επίδρασης στη δραστηριότητα μιας επιχείρησης, και ιδίως από: α) δικαιώματα κυριότητας ή επικαρπίας επί του συνόλου ή μέρους των περιουσιακών στοιχείων της επιχείρησης, β) δικαιώματα ή συμβάσεις που παρέχουν δυνατότητα καθοριστικής επίδρασης στη σύνθεση, στις συσκέψεις ή στις αποφάσεις των οργάνων μιας επιχείρησης. …». Το άρθρο 4β του ίδιου νόμου, όπως είχε αντικατασταθεί με το άρθρο 2 παρ. 3 του ν. 2296/1995, όριζε ότι «1. Κάθε συγκέντρωση επιχειρήσεων πρέπει να γνωστοποιείται στην Επιτροπή Ανταγωνισμού μέσα σε δέκα (10) εργάσιμες ημέρες από τη σύναψη της συμφωνίας ή τη δημοσίευση της προσφοράς ή ανταλλαγής ή την απόκτηση συμμετοχής, που εξασφαλίζει τον έλεγχο της επιχείρησης όταν: (όπως οι περ. α’ και β’ αντικαταστάθηκαν με την παρ. 4 του άρθρου 1 του ν. 2837/2000, Α’ 178) α. με τη συγκέντρωση αποκτάται ή αυξάνεται μερίδιο αγοράς των προϊόντων ή των υπηρεσιών, που αφορά η συγκέντρωση, όπως αυτό ορίζεται στο άρθρο 4στ, που αντιπροσωπεύει στην εθνική αγορά ή σε ένα σημαντικό, σε συνάρτηση με τα χαρακτηριστικά των προϊόντων ή των υπηρεσιών, τμήμα της, τουλάχιστον τριάντα πέντε τοις εκατό (35%) του συνολικού κύκλου εργασιών που πραγματοποιείται με τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που θεωρούνται ομοειδή από τον καταναλωτή λόγω των ιδιοτήτων, της τιμής τους και της χρήσης για την οποία προορίζονται ή β. ο συνολικός κύκλος εργασιών όλων των επιχειρήσεων που συμμετέχουν στη συγκέντρωση, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 4στ, ανέρχεται στην εθνική αγορά, τουλάχιστον σε εκατόν πενήντα εκατομμύρια (150.000.000) Ευρώ (Euro) και δύo τουλάχιστον από τις συμμετέχουσες επιχειρήσεις πραγματοποιούν, καθεμία χωριστά, συνολικό κύκλο εργασιών άνω των δεκαπέντε εκατομμυρίων (15.000.000) Ευρώ (Euro). 2. … 3. … 4. (όπως αντικαταστάθηκε με την παρ. 4 του άρθρου 9 του ν. 2741/1999, Α’ 199) Σε περίπτωση υπαίτιας παράβασης της υποχρέωσης προς γνωστοποίηση η Επιτροπή Ανταγωνισμού επιβάλλει στον καθένα από τους, κατά την παράγραφο 3 του παρόντος άρθρου, υπόχρεους προς γνωστοποίηση πρόστιμο ύψους τουλάχιστον πέντε εκατομμυρίων (5.000.000) δρχ. το οποίο δεν υπερβαίνει το επτά τοις εκατό (7%) του συνολικού κύκλου εργασιών, όπως αυτός ορίζεται στο άρθρο 4στ. 5. …». Τέλος, το άρθρο 4ε του ίδιου νόμου που είχε προστεθεί ως άρθρο 4δ με το άρθρο 2 του ν. 1934/1991 και αντικατασταθεί με το άρθρο 4ε με την παρ. 6 του άρθρου 2 του ν. 2296/1995, τροποποιήθηκε δε με την παρ. 7 του άρθρου 9 του ν. 2741/1999, όριζε ότι «1. Με την επιφύλαξη των διατάξεων των παραγράφων 2 και 3 … απαγορεύεται η πραγματοποίηση της συγκέντρωσης μέχρι την έκδοση μιας από τις αποφάσεις που προβλέπονται στο άρθρο 4δ παράγραφοι 2, 3, 4, 5, 6 και 7. Η παραπάνω απαγόρευση ισχύει και για τις συγκεντρώσεις που, ενώ έπρεπε, δεν γνωστοποιήθηκαν σύμφωνα με το άρθρο 4β παράγραφος 1. Σε περίπτωση υπαίτιας παράβασης της απαγόρευσης αυτής η Επιτροπή επιβάλλει στους κατά την παράγραφο 3 του άρθρου 4β υπόχρεους προς γνωστοποίηση πρόστιμο ύψους τουλάχιστον δέκα εκατομμυρίων (10.000.000) δρχ., το οποίο δεν υπερβαίνει το δεκαπέντε τοις εκατό (15%) του συνολικού κύκλου εργασιών, όπως αυτός ορίζεται στο άρθρο 4στ. 2. …».

9. Επειδή, εν προκειμένω, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά με την 3240/2003 προδικαστική απόφαση, καθώς και με την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, η ήδη αναιρεσείουσα προχώρησε κατά το διάστημα από 3-3-1999 έως 31-12-1999 σε σειρά εξαγορών πλοίων που εκτελούσαν πλόες στις ακτοπλοϊκές γραμμές, μαζί με τις άδειες σκοπιμότητας που τους είχε χορηγήσει το Υπουργείο Εμπορικής Ναυτιλίας (οι εν λόγω εξαγορές περιγράφονται ως προς το χρόνο υπογραφής των μνημονίων συμφωνίας, τις αντισυμβαλλόμενες επιχειρήσεις, το αντικείμενο, το χρόνο καταχώρισης των πράξεων μεταβίβασης στα οικεία νηολόγια, με μνεία ομοίως και του τρόπου εκμετάλλευσης του πλοίου που επακολούθησε). Οι παραπάνω μεταβιβάσεις πλοίων με τις άδειες σκοπιμότητας, πλοίων δρομολογημένων πριν από την ισχύ του π.δ. 684/1976, για τα οποία δεν απαιτείτο άδεια σκοπιμότητας, καθώς και δύο αδειών σκοπιμότητας, οι οποίες έλαβαν χώρα κατά το διάστημα αυτό (3/3 έως 31/12/1999), κρίθηκε από την Επιτροπή Ανταγωνισμού ότι συνιστούν συγκεντρώσεις εμπίπτουσες στο πεδίο εφαρμογής του ν. 703/1977. Ειδικότερα ότι, με βάση τις πλοιοκτησίες, η αναιρεσείουσα πραγματοποίησε στο χώρο της ακτοπλοΐας είκοσι συγκεντρώσεις επιχειρήσεων, θεωρώντας ότι από τις παραπάνω αγορές, όσες πραγματοποιήθηκαν κατά το άρθρο 4στ παρ. 3 εδαφ. β του ν. 703/1977 μεταξύ των ίδιων προσώπων ή επιχειρήσεων συνιστούσαν μία ενιαία συγκέντρωση που πραγματοποιήθηκε την ημερομηνία της τελευταίας πράξης, περιορίζοντας έτσι τις συγκεντρώσεις σε είκοσι συνολικά. Οι συγκεντρώσεις αυτές αφορούσαν: α) την απόκτηση 34 συμβατικών πλοίων επιβατηγών-οχηματαγωγών και 1 ταχύπλοου επιβατηγού, νέας τεχνολογίας τύπου καταμαράν και β) την απόκτηση 2 αδειών σκοπιμότητας στην ευρύτερη ακτοπλοϊκή γραμμή Βόλου/Αγ. Κωνσταντίνου-Βορ. Σποράδων/Θεσσαλονίκης. Ακολούθως, η Επιτροπή Ανταγωνισμού θεώρησε ότι κάθε μία από τις προαναφερόμενες συγκεντρώσεις υπέκειτο υποχρεωτικά σε προηγούμενη γνωστοποίηση, δεδομένου ότι, κατά το χρόνο σύναψης κάθε συμφωνίας, καλυπτόταν η μία τουλάχιστον από τις δύο προϋποθέσεις που έθετε ο νόμος, αυτή του μεριδίου αγοράς, αφού σε κάθε περίπτωση η αναιρεσείουσα κατείχε μερίδια κατά πολύ υψηλότερα από αυτά που έθετε ο νόμος και μάλιστα το 100% των αγορών παροχής υπηρεσιών θαλάσσιας μεταφοράς με ταχύπλοα α) μεταξύ Πειραιά ή Μαρίνας Ζέας και των λιμένων Αργοσαρωνικού, πλην Αίγινας και Αγκιστρίου, β) μεταξύ Βόλου ή Αγ. Κωνσταντίνου ή Κύμης και των λιμένων Β. Σποράδων, γ) μεταξύ Πειραιά ή Μαρίνας Ζέας και των λιμένων των Δυτικών Κυκλάδων. Τέλος, η Επιτροπή, με την ένδικη πράξη, 1) ως προς τις πραγματοποιηθείσες είκοσι συγκεντρώσεις, στις οποίες προχώρησε η αναιρεσείουσα χωρίς προηγούμενη γνωστοποίηση, κατά παράβαση του άρθρου 4β του ν. 703/1977, επέβαλε σε βάρος της, για κάθε μία απ’ αυτές, πρόστιμο 30.000 ευρώ και συνολικά, για την αιτία αυτή, πρόστιμο 600.000 Ευρώ, 2) για την πραγματοποίηση των συγκεντρώσεων αυτών πριν από την έκδοση απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, κατά παράβαση του άρθρου 4ε παρ. 1 του ίδιου νόμου, πρόστιμο 60.000 ευρώ για κάθε μία από τις ανωτέρω είκοσι συγκεντρώσεις και συνολικά, για την αιτία αυτή, 1.200.000 ευρώ. Το δικάσαν διοικητικό εφετείο έκρινε ότι «το εν λειτουργία πλοίο, ο συνήθης τύπος οργάνωσης της εκμετάλλευσης του οποίου στην ελληνική ακτοπλοΐα ήταν, κατά τον κρίσιμο χρόνο και προγενέστερα, η “μονοκάραβη” ναυτιλιακή εταιρεία, συγκεντρώνει όλα τα χαρακτηριστικά, προκειμένου να χαρακτηριστεί ως επιχείρηση, δεδομένου ότι η εκμετάλλευσή του, με την παροχή υπηρεσιών στις θαλάσσιες μεταφορές, αποβλέπει στην επίτευξη οικονομικού σκοπού. Κατά συνέπεια, η αγορά πλοίου ναυτιλιακής επιχείρησης κατά πλήρη κυριότητα ή κατ’ ιδανικό μερίδιο, το οποίο είναι ναυτολογημένο με βάση το ισχύον νομικό καθεστώς και το οποίο αποτελεί τη μοναδική δραστηριότητα της πωλήτριας ναυτιλιακής επιχείρησης, σε συνδυασμό με την απόκτηση άδειας σκοπιμότητας για το συγκεκριμένο πλοίο, η οποία παρέχει στον κάτοχό της το δικαίωμα να δραστηριοποιηθεί στην ακτοπλοΐα με τη δρομολόγηση του μεταβιβαζόμενου πλοίου σε συγκεκριμένη ακτοπλοϊκή γραμμή, συνιστά πράξη συγκέντρωσης υπό την έννοια του άρθρου 4 παρ. 2 εδ. β του ν. 703/1977. Το συμπέρασμα τούτο δεν αναιρείται από το γεγονός ότι η μεταβίβαση της άδειας σκοπιμότητας στο νέο πλοιοκτήτη προϋποθέτει έγκριση της αρμόδιας αρχής και εν προκειμένω του Υπουργού Ναυτιλίας. Αλλωστε, όπως προκύπτει από τα μνημόνια συμφωνίας για την αγορά των πλοίων που υπέγραψαν οι συμβαλλόμενες εταιρίες, η αγορά περιελάμβανε και την άδεια σκοπιμότητας για κάθε πλοίο, η δε επανέκδοση της άδειας αυτής επ’ ονόματι της προσφεύγουσας ήταν καθαρά θέμα διαδικαστικό, αφού σ’ όλες τις περιπτώσεις η διοίκηση σε σύντομο χρονικό διάστημα παρέσχε την έγκρισή της για τη μεταβίβαση της άδειας σκοπιμότητας. Για τον ίδιο λόγο και η μεταβίβαση άδειας σκοπιμότητας συγκεκριμένης δρομολογιακής γραμμής από μία επιχείρηση ή φυσικό πρόσωπο που δραστηριοποιείται στην ακτοπλοΐα σε άλλη ναυτιλιακή εταιρεία πρέπει να θεωρηθεί ότι συνιστά πράξη συγκέντρωσης, αφού η άδεια αυτή, αντιστοιχεί σε επιχειρηματική δραστηριότητα και παρέχει την ευχέρεια στον κάτοχό της να προβεί στην εκμετάλλευση της συγκεκριμένης γραμμής, της οποίας μπορεί να προσδιοριστεί κύκλος εργασιών στην αγορά. Επομένως, ο αντίθετος ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι α) η μεταβίβαση πλοίου δεν συνιστά συγκέντρωση, αλλά μεταβίβαση μέσου προς άσκηση επιχείρησης και β) η μεταβίβαση άδειας σκοπιμότητας μη σχετιζόμενη με τη δρομολόγηση συγκεκριμένου πλοίου δεν συνιστά και αυτή πράξη συγκέντρωσης, είναι απορριπτέος ως αβάσιμος». Εξάλλου, το διοικητικό εφετείο έκρινε ότι οι αποδοθείσες στην αναιρεσείουσα είκοσι συγκεντρώσεις επιχειρήσεων με την απόκτηση περιουσιακών στοιχείων (πλοίων και αδειών σκοπιμότητας) τρίτων ανεξάρτητων επιχειρήσεων πραγματοποιήθηκαν κατά το διάστημα από 3/3 έως 31/12/1999 χωρίς να έχουν γνωστοποιηθεί και χωρίς να έχει εκδοθεί μέχρι τις 8-3-2000 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ως εκ τούτου, δε, έπρεπε να κριθούν σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 4 του ν. 703/1977, όπως αυτές τροποποιήθηκαν με το ν. 2837/2000, η συνδρομή των προϋποθέσεων του οποίου και ήταν εξεταστέα. Περαιτέρω, έκρινε ότι «το μερίδιο αγοράς των υπηρεσιών που αφορούν οι ένδικες συγκεντρώσεις είτε προσδιορίζεται αθροιστικά, με το συνυπολογισμό δηλαδή περισσότερων της μιας συγκέντρωσης, είτε για ορισμένες απ’ αυτές προσδιορίζεται ασαφώς. Για το λόγο αυτό το Δικαστήριο μη δυνάμενο να οδηγηθεί σε ασφαλή επί της ουσίας κρίση, κρίνει αναγκαίο να αναβάλει την οριστική επί της ουσίας κρίση του και να διατάξει, κατ΄ εφαρμογή των άρθρων 151 και 155 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, συμπλήρωση των αποδείξεων υποχρεώνοντας γι’ αυτό την Επιτροπή Ανταγωνισμού … να συντάξει έκθεση, με την οποία α) να υπαγάγει τις ένδικες συγκεντρώσεις στις διατάξεις του ν. 2837/2000, προκειμένου να διαπιστώσει αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις των διατάξεων του νόμου τούτου, β) να προσδιορίσει το μερίδιο αγοράς αυτοτελώς για κάθε συγκέντρωση με βάση τις διατάξεις του νεώτερου αυτού νόμου (2837/2000), προκειμένου να διαπιστωθεί αν κάθε μία από τις κρινόμενες συγκεντρώσεις, χωριστά εξεταζόμενη, πληρούσε τις από το νόμο προϋποθέσεις, ώστε να δημιουργείται στην προσφεύγουσα η υποχρέωση της προηγούμενης γνωστοποίησης». Σύμφωνα με την προδικαστική απόφαση, κατατέθηκε η από 17-6-2004 έκθεση της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Με βάση τα συμπεράσματα της εν λόγω έκθεσης περί του ότι τα μερίδια αγοράς που αποκτήθηκαν ή αυξήθηκαν με κάθε συγκέντρωση, υπερέβαιναν το κατά νόμον απαιτούμενο (35%) στην εκάστοτε σχετική αγορά, το δικάσαν διοικητικό εφετείο κατέληξε στην κρίση ότι στοιχειοθετήθηκαν και οι δύο ομάδες παραβάσεων που καταλογίσθηκαν στην ήδη αναιρεσείουσα.

10. Επειδή, με την κρινόμενη αίτηση προβάλλεται ότι το διοικητικό εφετείο, κρίνοντας ότι οι ένδικες μεταβιβάσεις συνιστούσαν συγκεντρώσεις κατ’ άρθρο 4 παρ. 2 του ν. 703/1977, εσφαλμένως ερμήνευσε και πλημμελώς εφήρμοσε τη διάταξη αυτή. Ειδικότερα, προβάλλεται ότι η δρομολόγηση επιβατηγού πλοίου δεν εγκλείει περιουσιακή αξία που συμμεταβιβάζεται με το πλοίο, αφού η έγκριση αυτής εξαρτάται από τη διακριτική ευχέρεια της Διοίκησης και επαναλαμβάνεται ανά τακτά χρονικά διαστήματα. Ο ισχυρισμός, όμως, αυτός είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, καθ’ όσον οι ένδικες μεταβιβάσεις αφορούσαν σε δρομολογημένα πλοία, με τα οποία ασκούνταν επιχειρηματική οικονομική δραστηριότητα με κύκλο εργασιών στην αγορά (βλ. κωδικοποιημένη ανακοίνωση της Επιτροπής για θέματα δικαιοδοσίας βάσει του κανονισμού (EΚ) αριθ. 139/2004 για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων, C 95/2008, καθώς και τις προγενέστερες ανακοινώσεις της ίδιας σχετικά με την έννοια της συγκέντρωσης και των συμμετεχουσών επιχειρήσεων, C 66/1998), και τα οποία, συνεπώς, συνιστούσαν επιχειρήσεις κατά την έννοια του άρθρου 4 του ν. 703/1977. Ούτε, άλλωστε, το ενδεχόμενο της, κατ’ ενάσκηση της διακριτικής ευχέρειας της Διοίκησης ως προς τη χορήγηση ή μη αδειών σκοπιμότητας, μελλοντικής μη δρομολόγησης αυτών, ασκεί επιρροή, λαμβανομένου υπόψη η άσκηση επιχείρησης μπορεί να τελεί υπό ποικίλες προϋποθέσεις, μεταξύ των οποίων, συχνά, και η προηγούμενη διοικητική άδεια. Προβάλλεται, ακόμη, ότι το διοικητικό εφετείο υπογραμμίζει το γεγονός ότι το περιουσιακό στοιχείο που μεταβιβάσθηκε κάθε φορά, ήταν το μοναδικό αντικείμενο εκμετάλλευσης της μεταβιβάζουσας πλοιοκτήτριας επιχείρησης. Ο ισχυρισμός αυτός είναι απορριπτέος ως ερειδόμενος επί εσφαλμένης προϋποθέσεως, καθ’ όσον η αναιρεσιβαλλόμενη δεν στήριξε, κατά την έννοιά της, την κρίση της στον, κατά νόμο αδιάφορο, «μονοβάπορο» ή μη χαρακτήρα της μεταβιβάζουσας επιχείρησης.

11. Επειδή, με τις προπαρατεθείσες διατάξεις του ν. 703/1977 έχει εισαχθεί γενικό και αντικειμενικό σύστημα προληπτικού ελέγχου ορισμένων συγκεντρώσεων επιχειρήσεων, ο οποίος διενεργείται πριν από την πραγματοποίησή τους. Στον προληπτικό αυτό έλεγχο, ειδικότερα, υπόκεινται, κατά τη ρύθμιση του άρθρου 4β, μόνον οι συγκεντρώσεις, στις οποίες το μερίδιο αγοράς των προϊόντων ή υπηρεσιών που αποκτάται ή αυξάνεται ή ο συνολικός κύκλος εργασιών όλων μαζί των επιχειρήσεων που συμμετέχουν στη συγκέντρωση και εκείνος καθεμίας χωριστά από δύο τουλάχιστον συμμετέχουσες επιχειρήσεις, υπερβαίνουν ορισμένα όρια, ήτοι το 35% του συνολικού κύκλου εργασιών που πραγματοποιείται με τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που θεωρούνται ως ομοειδή από τον καταναλωτή (περ. α’) ή τα ποσά των 150.000.000 και 15.000.000 ευρώ (περ. β’). Στις περιπτώσεις αυτές η συγκέντρωση πρέπει να γνωστοποιείται στην Επιτροπή Ανταγωνισμού, μέσα σε δέκα εργάσιμες ημέρες από τη σύναψη της σχετικής συμφωνίας, προκειμένου η Επιτροπή, ασκώντας τον πιο πάνω προληπτικό έλεγχο, να κρίνει αν η συγκέντρωση περιορίζει ή μη σημαντικά τον ανταγωνισμό (άρθρα 4γ-4δ ν. 703/1977). Η δε συγκέντρωση δεν μπορεί να πραγματοποιηθεί προτού εκδοθεί απόφαση κατά τις παραγράφους 2 έως και 7 του άρθρου 4δ (άρθρο 4ε παρ. 1). Η υπαίτια παράλειψη της σχετικής υποχρέωσης -να γνωστοποιηθεί, δηλαδή, η συγκέντρωση στην Επιτροπή Ανταγωνισμού- επιφέρει ως κύρωση την επιβολή προστίμου σε βάρος των υποχρέων (πρβλ. ΣΕ 1733, 1734/2001 7μ.). Κατά το μέρος που η διάταξη του άρθρου 4β υποχρεώνει τις επιχειρήσεις να προβούν στις σχετικές γνωστοποιήσεις αν ο συνολικός κύκλος εργασιών αυτών που συμμετέχουν στη συγκέντρωση, καθώς και ο συνολικός κύκλος εργασιών καθεμίας χωριστά δύο τουλάχιστον από αυτές, υπερβαίνει ορισμένα όρια, η σχετική υποχρέωση, ερειδόμενη σε απόλυτα συγκεκριμένα δεδομένα (150.000.000 ευρώ και 15.000.000 ευρώ, αντιστοίχως), είναι σαφής και πλήρης. Κατά το μέρος, όμως, που η σχετική υποχρέωσή τους εξαρτάται από το αν το μερίδιο αγοράς των προϊόντων ή υπηρεσιών που αποκτάται ή αυξάνεται με τη συγκέντρωση, αντιπροσωπεύει στην εθνική αγορά ή σε σημαντικό τμήμα της ορισμένο ποσοστό του συνολικού κύκλου εργασιών που πραγματοποιείται με τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που θεωρούνται ως ομοειδή από τον καταναλωτή, δεν είναι ούτε σαφής ούτε πλήρης. Και τούτο, διότι, αναφερόμενη σε απόλυτα καθορισμένο ποσοστό (35%) μιας μη προσδιορισμένης αγοράς, υποχρεώνει κατ’ ουσίαν τις επιχειρήσεις, προκειμένου να προφυλάσσονται από τον καταλογισμό σχετικής παράβασης, να προβαίνουν σε γνωστοποίηση κάθε συγκέντρωσης, ερχόμενη έτσι σε αντίθεση προς τη γενική αρχή της ασφάλειας του δικαίου που επιβάλλει την ανάγκη σαφούς προσδιορισμού, με τρόπο ταχύ και προβλέψιμο, των προϋποθέσεων υπό τις οποίες μία συγκέντρωση πρέπει να γνωστοποιείται (πρβλ. ΠΕΚ, απόφαση της 14-7-2006, Τ-417/05, Endesa κατά Επιτροπής, σκ. 132). Συνεπώς, δεν μπορεί να στηρίξει νόμιμα την επιβολή κύρωσης για μη τήρηση της υποχρέωσης αυτής (πρβλ. ΔΕΚ, αποφάσεις της 28/6/2005, C-189/02 P, σκ. 215-223, 6/4/2006, C-274/04, σκ. 15, 28/10/2010, C-367/09, σκ. 61, ΠΕΚ αποφάσεις της 5/4/2006, Τ- 279/02, σκ. 66-67, 30/5/2006, Τ-198/03, σκ. 68, 27/9/2006, Τ- 43/02, σκ. 71 επ. κ.α.). Προφανώς, άλλωστε, για το λόγο αυτό, το κριτήριο του μεριδίου αγοράς καταργήθηκε μεταγενέστερα με το άρθρο 4 ν. 3373/2005, σύμφωνα με την εισηγητική έκθεση του οποίου «η προηγούμενη γνωστοποίηση απαιτεί σαφήνεια και ταχύτητα …», διατηρήθηκε δε μόνο το κριτήριο του κύκλου εργασιών που ορίζεται με ποσοτικά στοιχεία, στα πρότυπα του παράγωγου δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (βλ. κανονισμούς 4064/1989, L 395, 139/2004, L 24, καθώς και προμνημονευθείσες ανακοινώσεις της Επιτροπής, κατά τις οποίες «Τα κατώτατα όρια έχουν καθαρά ποσοτικό χαρακτήρα, δεδομένου ότι στηρίζονται αποκλειστικά και μόνο στον υπολογισμό του κύκλου εργασιών και όχι στο μερίδιο αγοράς ή σε άλλα κριτήρια. Τα κατώτατα όρια εξυπηρετούν τον στόχο της παροχής ενός απλού και αντικειμενικού μηχανισμού που να είναι εύκολο να εφαρμοσθεί από τις επιχειρήσεις που μετέχουν σε μία συγκέντρωση προκειμένου να κρίνουν κατά πόσον η πράξη τους έχει κοινοτική διάσταση και, συνεπώς, χρήζει κοινοποίησης»). Συνεπώς, σε μια τέτοια περίπτωση, δεν επιτρέπεται η επιβολή κύρωσης για παράβαση της κατ’ άρθρο 4β παρ. 1 περ. α του ν. 703/1977, όπως αντικαταστάθηκε με την παρ. 4 του άρθρου 1 του ν. 2837/2000, υποχρέωσης γνωστοποίησης.

12. Επειδή, εν προκειμένω, το δικάσαν διοικητικό εφετείο έκρινε ότι στοιχειοθετήθηκαν και οι δύο ομάδες παραβάσεων που καταλογίσθηκαν στην ήδη αναιρεσείουσα. Η κρίση, όμως, αυτή παρίσταται μη νόμιμη, καθ’ όσον στηρίχθηκε σε διάταξη, η οποία δεν μπορούσε να εφαρμοσθεί για να στηρίξει την επιβολή προστίμου, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στην προηγούμενη σκέψη. Για το λόγο δε, αυτό, που προβάλλει εμμέσως η αναιρεσείουσα αμφισβητώντας την κρίση της αναιρεσιβαλλόμενης απόφασης ως προς τον προσδιορισμό της σχετικής γεωγραφικής αγοράς, της σχετικής αγοράς προϊόντος καθώς και των μεριδίων αγοράς, η κρινόμενη αίτηση πρέπει να γίνει δεκτή, της έρευνας των λοιπών λόγων αυτής παρέλκουσας ως αλυσιτελούς, να αναιρεθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, η δε υπόθεση που χρήζει διευκρινίσεων κατά το πραγματικό αυτής μέρος, να παραπεμφθεί στο δικάσαν δικαστήριο για νέα κρίση.

Δια ταύτα

Δέχεται την αίτηση.

Αναιρεί την 2861/2005 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, στο οποίο και παραπέμπει την υπόθεση, σύμφωνα με το σκεπτικό. […]