

ΑΠΟΦΑΣΗ ΑΡΙΘΜ. 1530/VI/2011

Η ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΣΕ ΤΜΗΜΑ

Συνεδρίασε στην Αίθουσα Συνεδριάσεων του 1ου ορόφου του κτιρίου των γραφείων της, επί της οδού Κότσικα 1Α, Αθήνα, την 2^α Νοεμβρίου 2011, ημέρα Τετάρτη και ώρα 10:00, με την εξής σύνθεση:

Προεδρεύων: Δημήτριος Δανηλάτος

Μέλη: Ιωάννης Μπιτούνης,
Βασίλειος Νικολετόπουλος

Γραμματέας: Ηλιάνα Κούτρα

Θέμα της συνεδρίασης: Λήψη απόφασης επί της αυτεπάγγελτης έρευνας της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού της Επιτροπής Ανταγωνισμού για κατά παράβαση του άρθρου 4ε, § 1, του Ν. 703/77 πρόωρη πραγματοποίηση της συγκέντρωσης που αφορά στην απόκτηση ελέγχου επί της εταιρίας «ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΜΕΣΩΝ ΕΝΗΜΕΡΩΣΗΣ» από την εταιρία «ΝΕΟ ΘΕΜΑ ΤΩΝ ΔΗΜΟΣΙΟΓΡΑΦΩΝ ΕΚΔΟΣΕΙΣ Α.Ε», επί της οποίας έχει εκδοθεί η με αρ. 503/VI/2010 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού.

Πριν την έναρξη της συζήτησης ο Προεδρεύων όρισε Γραμματέα της υπόθεσης την Ηλιάνα Κούτρα, με αναπληρώτρια την Παρασκευή Ζαχαριά.

Στη συζήτηση της υπόθεσης παρέστη η νομίμως κλητευθείσα εταιρία «ΝΕΟ ΘΕΜΑ ΤΩΝ ΔΗΜΟΣΙΟΓΡΑΦΩΝ ΕΚΔΟΣΕΙΣ Α.Ε» διά του πληρεξουσίου δικηγόρου της, Γεωργίου Καρύδη.

Στην αρχή της συζήτησης, ο Προεδρεύων έδωσε το λόγο στον Εισηγητή της υπόθεσης, Ιωάννη Μπιτούνη, ο οποίος ανέπτυξε συνοπτικά την υπ' αριθμ. πρωτ. 5402/26.8.2011 γραπτή Εισήγηση επί της κρινόμενης υπόθεσης και πρότεινε, για τους λόγους που αναφέρονται αναλυτικά στην Εισήγηση: την επιβολή στην, βάσει του άρθρου 4 παρ. 3 του ν. 703/77 (νυν άρθρου 6 παρ. 3 του ν. 3959/2011), υπέχουσα υποχρέωση γνωστοποίησης εταιρία ΝΕΟ ΘΕΜΑ, πρόστιμο, σε συμφωνία με το άρθρο 9 παρ. 1 του ν. 3959/2011 (πρώην άρθρο 4^ε παρ. 1 του ν. 703/77).

Κατόπιν το λόγο έλαβε ο πληρεξούσιος δικηγόρος της εταιρίας ΝΕΟ ΘΕΜΑ, ο οποίος τοποθετήθηκε επί της Εισηγήσεως, ανέπτυξε τις απόψεις του, έδωσε διευκρινήσεις και

¹ Από την παρούσα απόφαση έχουν παραλειφθεί, σύμφωνα με το άρθρο 26 παρ.7 του Κανονισμού Λειτουργίας και Διαχείρισης της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΦΕΚ 1890/Β'/29.12.2006), τα στοιχεία εκείνα, τα οποία κρίθηκε ότι αποτελούν επιχειρηματικό απόρρητο. Στη θέση των στοιχείων που έχουν παραλειφθεί υπάρχει η ένδειξη [...]. Όπου ήταν δυνατό τα στοιχεία που παραλείφθηκαν αντικαταστάθηκαν με ενδεικτικά ποσά και αριθμούς ή με γενικές περιγραφές (εντός [...]).

απάντησε σε ερωτήσεις, που του υπέβαλαν ο Προεδρεύων και τα μέλη του Τμήματος της Επιτροπής Ανταγωνισμού και για τη θεμελίωση των ισχυρισμών του, ζήτησε την εξέταση μάρτυρα. Το Τμήμα της Επιτροπής αποδεχόμενο το αίτημά του εξέτασε τον μάρτυρα, [...].

Με την ολοκλήρωση της ακροαματικής διαδικασίας ο πληρεξούσιος δικηγόρος ζήτησε και ο Προεδρεύων του Τμήματος χορήγησε προθεσμία, έως την 7^η Νοεμβρίου 2011, για την υποβολή συμπληρωματικού υπομνήματος.

Το Τμήμα της Επιτροπής συνήλθε σε διάσκεψη την 11η Νοεμβρίου 2011 (ημέρα Παρασκευή και ώρα 10:00) και αφού έλαβε υπόψη του τα στοιχεία του φακέλου της κρινόμενης υπόθεσης, την Εισήγηση, τις απόψεις που διατύπωσε προφορικώς το ενδιαφερόμενο μέρος κατά την συζήτηση της υπόθεσης και με τα υπομνήματα τα οποία υπέβαλε, καθώς και τα όσα κατέθεσε ο μάρτυρας κατά την ακροαματική διαδικασία,

ΣΚΕΦΘΗΚΕ ΩΣ ΕΞΗΣ

A. Η 503/VI/2010 ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ

1. Η Επιτροπή Ανταγωνισμού στην 503/VI/2010 απόφασή της εξέτασε τη με αρ. πρωτ. 3622/10-06-2010 προηγούμενη γνωστοποίηση συγκέντρωσης (εφεξής «η συγκέντρωση»), σύμφωνα με τα άρθρα 4β του ν. 703/1977 και 3 § 7 (α) του ν. 3592/2007, της απόκτησης ελέγχου επί της εταιρίας «ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΜΕΣΩΝ ΕΝΗΜΕΡΩΣΗΣ» (εφεξής «ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ») από την εταιρία «ΝΕΟ ΘΕΜΑ ΤΩΝ ΔΗΜΟΣΙΟΓΡΑΦΩΝ ΕΚΔΟΣΕΙΣ Α.Ε» (εφεξής «ΝΕΟ ΘΕΜΑ»).
2. Προ της συγκέντρωσης, η ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ ελέγχεται αποκλειστικά από την εταιρία «ΠΗΓΑΣΟΣ ΕΚΔΟΤΙΚΗ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» (εφεξής «ΠΗΓΑΣΟΣ»), η οποία είχε στην πλήρη και αποκλειστική κυριότητα, νομή και κατοχή της ποσοστό [...] % του μετοχικού κεφαλαίου της, ήτοι [...] μετοχές επί συνόλου εξακοσίων (600) μετοχών, ονομαστικής αξίας [...] € έκαστη. Το υπόλοιπο μετοχικό κεφάλαιο της ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ κατείχαν οι κύριοι Θεμιστοκλής Β. Αναστασιάδης σε ποσοστό [...] %, ήτοι [...] μετοχές, και Αναστάσιος Ι. Καραμήτσος σε ποσοστό [...] %, ήτοι [...] μετοχές. Με το από 28-05-2010 Συμβόλαιο Αγοράς Μετοχών που υπεγράφη μεταξύ των ΠΗΓΑΣΟΣ και ΝΕΟ ΘΕΜΑ, η πρώτη μεταβίβασε και παρέδωσε στη δεύτερη το σύνολο των μετοχών της ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ που κατείχε.
3. Συνεπώς, η μετοχική σύνθεση της ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ πριν και μετά την πραγματοποίηση της συγκέντρωσης είχε ως εξής:

Μέτοχοι	Προ της Συγκέντρωσης		Μετά τη Συγκέντρωση	
	Αρ. Μετοχών	Ποσοστό (%)	Αρ. Μετοχών	Ποσοστό (%)
ΠΗΓΑΣΟΣ ΕΚΔΟΤΙΚΗ	[...]	[...]%	[...]	[...]
ΝΕΟ ΘΕΜΑ	[...]	[...]	[...]	[...]%
Θεμιστοκλής Αναστασιάδης	[...]	[...]%	[...]	[...]%
Αναστάσιος Καραμήτσος	[...]	[...]%	[...]	[...]%
Σύνολο	600	100%	600	100%

4. Με την 503/VI/2010 απόφασή της η Επιτροπή Ανταγωνισμού υιοθέτησε την υπογραφείσα από τον Πρόεδρό της εισήγηση και έκρινε ότι η συγκέντρωση δεν μπορούσε να απαγορευθεί σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 3592/2007 και δεν προκαλούσε σοβαρές αμφιβολίες ως προς τη δυνατότητά της να περιορίσει σημαντικά τον ανταγωνισμό (άρθ. 4δ § 5 ν. 703/1977).

B. ΤΑ ΕΜΠΛΕΚΟΜΕΝΑ ΜΕΡΗ

B.1. ΝΕΟ ΘΕΜΑ και ΜΕΤΟΧΟΙ ΑΥΤΗΣ

B.1.1. Νέο Θέμα

5. Η ΝΕΟ ΘΕΜΑ έχει την έδρα της στην Αθήνα. Συστάθηκε στις 27/04/2010 και η διάρκειά της ορίστηκε σε 50 χρόνια, ενώ το μετοχικό της κεφάλαιο ανήλθε στο ποσό των 60.000 €, διαιρούμενο σε 600 ονομαστικές μετοχές αξίας 100 € έκαστη (άρθ. 4 και 5 του καταστατικού). Στο καταστατικό της εταιρίας ορίζεται το πρώτο Διοικητικό Συμβούλιο (Δ.Σ.), η θητεία του οποίου λήγει την 30/06/2012, αποτελούμενο από τον κ. Θεμιστοκλή Αναστασιάδη ως Πρόεδρο, τον κ. Αναστάσιο Καραμήτσο ως Αντιπρόεδρο και Διευθύνοντα Σύμβουλο και τον κ. Χρήστο Δημητρίου ως μέλος. [...], με αποτέλεσμα η μετοχική της σύνθεση να έχει ως εξής:

Μέτοχοι	Αριθμός Μετοχών	Ποσοστό (%)
Θεμιστοκλής Αναστασιάδης	[...]	[...]%
Αναστάσιος Καραμήτσος	[...]	[...]%
Σύνολο	[...]	[...]%

6. Στην εταιρία ασκείται κοινός έλεγχος, όπως κρίθηκε στην 503/VI/2010 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού (§ 2.1.1).
7. Πέραν της απόκτησης του [...] % των μετοχών της «ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ», η εταιρία δεν έχει αναπτύξει άλλη δραστηριότητα.

B.1.2. Θεμιστοκλής Αναστασιάδης

8. Ο κ. Θεμιστοκλής Αναστασιάδης είναι δημοσιογράφος και πέραν της συμμετοχής του στις ΝΕΟ ΘΕΜΑ και ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ, ελέγχει, από κοινού με τον κ. [...], την ανώνυμη εταιρία «ΥΡ ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΑΕ».

B.1.3. Αναστάσιος Καραμήτσος

9. Ο κ. Καραμήτσος είναι δημοσιογράφος και πέραν της συμμετοχής του στις ΝΕΟ ΘΕΜΑ και ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ, δεν συμμετέχει άμεσα ή έμμεσα σε άλλη επιχείρηση που δραστηριοποιείται στην εγχώρια αγορά των μέσων ενημέρωσης.

B.2. ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ

10. Η ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ ιδρύθηκε το 2007 και σκοπός της είναι, μεταξύ άλλων, η έκδοση εφημερίδων, περιοδικών, καθώς και κάθε είδους εντύπου, βιβλίων και συγγραμμάτων, η εκτέλεση τυπογραφικών, εκτυπωτικών, εκδοτικών λιθογραφικών και βιβλιοδετικών εργασιών, η δραστηριοποίηση σε κάθε είδους δημοσιογραφική εκδοτική εργασία, καθώς και σε κάθε εργασία που σχετίζεται με τα συστήματα επικοινωνιών, το ραδιόφωνο και την τηλεόραση.
11. Η εταιρία κατέχει το σύνολο (100%) των μετοχών της ανώνυμης εταιρίας «ΕΚΔΟΣΕΙΣ ΠΡΩΤΟ ΘΕΜΑ ΕΚΔΟΤΙΚΗ ΑΕ» (εφεξής «ΠΡΩΤΟ ΘΕΜΑ ΕΚΔΟΤΙΚΗ»), της οποίας αποκλειστική δραστηριότητα είναι η έκδοση της κυριακάτικης εφημερίδας πανελλαδικής κυκλοφορίας ΠΡΩΤΟ ΘΕΜΑ.
12. Σύμφωνα με τη γνωστοποιούσα, η ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ δεν ασκεί καμία δραστηριότητα, ούτε ελέγχει ή συμμετέχει, άμεσα ή έμμεσα, σε άλλες επιχειρήσεις πέραν της ΠΡΩΤΟ ΘΕΜΑ ΕΚΔΟΤΙΚΗ. Μετά τη συγκέντρωση, η ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ ελέγχεται από κοινού από τους κκ. Θεμιστοκλή Αναστασιάδη και Αναστάσιο Καραμήτσο μέσω της ΝΕΟ ΘΕΜΑ όπως κρίθηκε στην 503/VI/2010 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού (§ 2.2).

B.3. ΚΥΚΛΟΙ ΕΡΓΑΣΙΩΝ

13. Τόσο η ΝΕΟ ΘΕΜΑ όσο και η ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ δεν πραγματοποιούν κύκλο εργασιών, αφού η μόνη δραστηριότητα που έχουν αναπτύξει έως σήμερα είναι αυτή της συμμετοχής σε άλλες επιχειρήσεις (εταιρίες holding). Ο κατ' άρθρο 4στ του ν. 703/1977 κύκλος εργασιών της ΠΡΩΤΟ ΘΕΜΑ ΕΚΔΟΤΙΚΗ για το 2009 ανήλθε στο ποσό των [...] €.

Γ. ΤΟ 18.120/28-05-2010 ΣΥΜΒΟΛΑΙΟ ΑΓΟΡΑΣ ΜΕΤΟΧΩΝ

14. Με το 18.120/28-05-2010 συμβόλαιο αγοράς μετοχών που υπεγράφη μεταξύ αφενός της ΠΗΓΑΣΟΣ (πωλήτρια) και αφετέρου της ΝΕΟ ΘΕΜΑ (αγοράστρια), η πρώτη «πωλεί, παραχωρεί, μεταβιβάζει και παραδίδει κατά πλήρη κυριότητα νομή και

κατοχή» το σύνολο των μετοχών της ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ που κατείχε στην αγοράστρια.

15. Επίσης, σύμφωνα με τη σχετική συμβολαιογραφική πράξη, η πωλήτρια «εκχωρεί από σήμερα και με το παρόν συμβόλαιο (...) στην αγοράστρια εταιρεία τα κάθε είδους δικαιώματά της που απορρέουν από τις μεταβιβαζόμενες, με το παρόν συμβόλαιο (...), μετοχές και τις συναφείς αξιώσεις και ενστάσεις της που πηγάζουν από τις μετοχές καθώς και όσα δικαιώματα τυχόν έχουν γεννηθεί στο παρελθόν μέχρι και σήμερα, αλλά δεν ασκήθηκαν σε σχέση με τις μετοχές, αποξενούνται από κάθε γενικά τίτλο και δικαίωμα της κυριότητας, νομής και κατοχής των μετοχών αυτών και αναγνωρίζει την αγοράστρια εταιρεία τέλεια κυρία, νομέα και κάτοχο αυτών, η οποία μπορεί από τώρα και στο εξής να διακατέχει, νέμεται και διαθέτει αυτές όπως θέλει κατά πλήρες και απόλυτο ιδιοκτησίας δικαίωμα» (άρθ. 3 των δηλώσεων-εγγυήσεων του από 28/05/2010 συμβολαίου, σελ. 22). Επίσης, συμφωνείται ότι «[μ]ε τη μεταβίβαση των άνω μετοχών συνεκχωρούνται και όλα τα δικαιώματα της πωλήτριας εταιρείας αναφορικά με τις μετοχές αυτές συμπεριλαμβανομένων των τυχόν δικαιωμάτων απολήψεως νέων μετοχών για οποιαδήποτε αιτία και των αντίστοιχων δικαιωμάτων» (άρθ. 4 των δηλώσεων-εγγυήσεων του από 28/05/2010 συμβολαίου, σελ. 23). Τέλος, στο β' εδάφιο του άρθρου 5 του συμβολαίου αναφέρεται ότι «σύμφωνα με το άρθρο 4β του ν. 703/77, η αγοράστρια εταιρεία δηλώνει ότι μέχρι την έγκριση δεν θα ασκήσει το δικαίωμα ψήφου των μεταβιβαζόμενων μετοχών».
16. Το αμέσως ανωτέρω αναφερόμενο εδάφιο επικαλείται η ΝΕΟ ΘΕΜΑ στο έγγραφό της με αρ. πρωτ. 3622/10-06-2010 της γνωστοποίησης συγκέντρωσης ως τεκμήριο του ότι η γνωστοποιηθείσα συμφωνία μεταβίβασης των μετοχών της ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ «δεν είναι ολοκληρωμένη συγκέντρωση». Συνακόλουθα, κατά τη γνωστοποιούσα ΝΕΟ ΘΕΜΑ, η ίδια «αναμένει υποχρεωτικά, δηλαδή με νομικά δεσμευτικό τρόπο, την έγκριση της Επιτροπής Σας για να ασκήσει το κύριο διοικητικό δικαίωμα από τις μετοχές της που είναι αυτό της ψηφοδοσίας. Παρά την εξαιρετικά πιεστική συναλλακτική ανάγκη που αντιμετώπισε η αγοράστρια για την κατεπείγουσα ολοκλήρωση της γνωστοποιούμενης συναλλαγής, με την προαναφερόμενη ρήτρα παρεμπόδισε την ολοκλήρωση των εννόμων συνεπειών της και ανέστειλε την άσκηση του θεμελιώδους διοικητικού δικαιώματος του μετόχου, δηλαδή του δικαιώματος ψήφου, μέχρι την έγκριση της συμφωνίας, κατ' άρθρον 4β του ν. 703/77».

Δ. ΝΟΜΙΚΗ ΕΚΤΙΜΗΣΗ

17. Σύμφωνα με το άρθρο 4^ε § 1 του ν. 703/1977 (νυν άρθ. 9 ν. 3959/2011), «Με την επιφύλαξη των διατάξεων των παραγράφων 2 και 3, απαγορεύεται η πραγματοποίηση της συγκέντρωσης μέχρι την έκδοση μίας από τις αποφάσεις που προβλέπονται στις παραγράφους 2, 3 και 6 του άρθρου 4δ. (...) Σε περίπτωση υπαίτιας παράβασης της απαγόρευσης αυτής, επιβάλλεται από την Επιτροπή σε όσους υπέχουν την υποχρέωση γνωστοποίησης, κατά την παράγραφο 3 του άρθρου 4β, πρόστιμο τουλάχιστον τριάντα χιλιάδων (30.000) ευρώ, το οποίο σε κάθε περίπτωση δεν μπορεί να υπερβαίνει το δεκαπέντε τις εκατό (15%) του συνολικού κύκλου εργασιών όπως αυτός ορίζεται στο άρθρο 4στ» (πλέον βάσει του άρθ. 9 ν. 3959/2011, το ανώτατο όριο ορίζεται στο 10% του συνολικού κύκλου εργασιών).

18. Από τη διάταξη αυτή προκύπτει ότι προϋποθέσεις εφαρμογής της είναι: **Δ1)** η πρόωρη πραγματοποίηση της συγκέντρωσης και **Δ2)** η ύπαρξη υπαιτιότητας ως προς την πρόωρη αυτή πραγματοποίηση.

Δ.1. ΠΡΟΩΡΗ ΠΡΑΓΜΑΤΟΠΟΙΗΣΗ ΤΗΣ ΣΥΓΚΕΝΤΡΩΣΗΣ

Δ.1.1. Έννοια συγκέντρωσης και πραγματοποίησή της

19. Σύμφωνα με το άρθρο 4 του ν. 703/1977 (νυν άρθ. 5 ν. 3959/2011), συγκέντρωση θεωρείται ότι υπάρχει όταν προκύπτει μόνιμη μεταβολή του ελέγχου από την απόκτηση, από ένα ή περισσότερα πρόσωπα που ελέγχουν ήδη τουλάχιστον μία επιχείρηση ή από μία ή περισσότερες επιχειρήσεις, άμεσα ή έμμεσα, με την αγορά τίτλων ή στοιχείων του ενεργητικού, με σύμβαση ή με άλλον τρόπο, ελέγχου στο σύνολο ή σε τμήματα μιας ή περισσότερων άλλων επιχειρήσεων.
20. Κατά το άρθρο 4 § 3 του ν. 703/1977 (νυν άρθ. 5 § 3 ν. 3959/2011), *«Για την εφαρμογή του παρόντος νόμου, ο έλεγχος απορρέει από δικαιώματα, συμβάσεις ή άλλα μέσα, τα οποία, είτε μεμονωμένα είτε από κοινού με άλλα, 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»*.
21. Συνεπώς, η έννοια του ελέγχου ορίζεται ως η δυνατότητα καθοριστικού επηρεασμού της δραστηριότητας μιας επιχείρησης και ως εκ τούτου δεν είναι αναγκαίο να αποδειχθεί ότι ο καθοριστικός επηρεασμός ασκείται πράγματι ή ότι θα ασκηθεί στο μέλλον [βλ. μεταξύ άλλων, κωδικοποιημένη ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής «για θέματα δικαιοδοσίας βάσει του κανονισμού 139/2004 για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων», ΕΕ C 95 της 16-04-2008, σελ. 1 (εφεξής «κωδικοποιημένη ανακοίνωση»)].
22. Περαιτέρω, η έννοια της συγκέντρωσης ορίζεται κατά τρόπο ώστε να καλύπτει μόνο τις πράξεις εκείνες που επιφέρουν μόνιμη μεταβολή στον έλεγχο των συμμετεχουσών επιχειρήσεων και στη διάρθρωση της αγοράς εν γένει. Το νομοθετικό πλαίσιο περί συγκεντρώσεων, επομένως, δεν αφορά τις πράξεις που επιφέρουν προσωρινή μόνο μεταβολή του ελέγχου. Έχει θεωρηθεί σχετικά ότι στις περιπτώσεις που όταν αποκτάται έλεγχος (πχ. διά της απόκτησης μετοχών) δεν προσδιορίζεται συγκεκριμένη διάρκεια ισχύος της απόκτησης αυτής, τότε θεωρείται ότι υφίσταται μόνιμη μεταβολή ελέγχου (βλ. μεταξύ άλλων, κωδικοποιημένη ανακοίνωση, ό.π., σκέψη 28).

Δ.1.2. Ενδεχόμενη άσκηση του ελέγχου

23. Η βασική προϋπόθεση για τον καταλογισμό της παράβασης πρόωρης πραγματοποίησης συγκέντρωσης είναι να έχει συντελεστεί από την πωλήτρια εταιρία η μεταβίβαση του ελέγχου της εταιρίας στόχου στην αγοράστρια εταιρία προ της έκδοσης της απόφασης έγκρισης της συγκέντρωσης αυτής από την Επιτροπή Ανταγωνισμού.
24. Σύμφωνα με μία απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας του έτους 2001, μόνη η σύναψη μίας συμφωνίας συγκέντρωσης υπό τη μορφή της συγχώνευσης προηγούμενως ανεξάρτητων επιχειρήσεων δεν αρκεί για να καταλογιστεί πρόωρη πραγματοποίηση της συγκέντρωσης, αλλά απαιτείται να έχει επιπλέον η νέα οντότητα συμπεριφερθεί αυτόνομα ως νομική και οικονομική ενότητα. Ειδικότερα, σύμφωνα με την απόφαση αυτή, *«Αν η συγκέντρωση πραγματοποιείται με τη συγχώνευση δύο ή περισσότερων προηγούμενως ανεξάρτητων επιχειρήσεων (...) και η συγκέντρωση είναι "αντικείμενο συμφωνίας" των επιχειρήσεων που συμμετέχουν στη συγκέντρωση, ως "πραγματοποίηση" της συγκέντρωσης δεν μπορεί να θεωρηθεί η υπογραφή, αυτή και μόνη, της σχετικής συμφωνίας των συμβαλλομένων. "Πραγματοποίηση" της συγκέντρωσης, πραγματοποίηση που απαγορεύεται προτού εκδοθεί η πιο πάνω απόφαση, υφίσταται όταν η επιχείρηση η οποία προήλθε από τη συγχώνευση των πρώην ανεξάρτητων επιχειρήσεων έχει αρχίσει να συμπεριφέρεται ως αυτόνομη νομική και οικονομική ενότητα»* (ΣτΕ 2320/2001, § 5, που ακολουθήθηκε στη συνέχεια από το ΔιοικΕφΑθ 3101/2003, το οποίο ακύρωσε τις προηγούμενες στην υπόθεση αυτή ΔιοικΕφΑθ 5275/1998 και ΕπΑντ 110/1998).
25. Σημειώνεται ότι η παραπάνω νομολογία αφορούσε καταρχήν αποκλειστικά την περίπτωση της συγκέντρωσης με τη μορφή της συγχώνευσης προηγούμενως ανεξάρτητων επιχειρήσεων, και όχι κάθε άλλη μορφή συγκέντρωσης, όπως για παράδειγμα αυτή της μεταβολής ελέγχου διά μεταβίβασης της πλειοψηφίας των μετοχών της εταιρίας στόχου, η οποία απαντάται στην υπό κρίση υπόθεση.
26. Όμως, ακόμη και αν ήθελε να γίνει δεκτό ότι η παραπάνω απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας αφορά σε κάθε μορφή συγκέντρωσης και άρα επιβάλλεται, για να καταλογιστεί η παράβαση της πρόωρης πραγματοποίησης, να έχει όχι μόνο συναφθεί οριστικά και χωρίς καμία ειδική ρήτρα η πράξη συγκέντρωσης αλλά και να έχει εκδηλωθεί μία αυτόνομη συμπεριφορά της εταιρίας-στόχου υπό το νέο της καθεστώσ ελέγχου προτού αποφανθεί σχετικά η Επιτροπή Ανταγωνισμού, πρέπει να υπογραμμισθεί ότι τόσο η προγενέστερη και μεταγενέστερη πάγια νομολογία του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών και της Επιτροπής Ανταγωνισμού, όσο και η σχετική ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής (η οποία αποτυπώνει την αντίστοιχη κοινοτική νομολογία) δεν ακολουθούν μία τέτοια προσέγγιση.
27. Ιδιαίτερα αξίζει να σημειωθεί μία απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών του έτους 2004 που, αφού **έλαβε υπόψη** την ανωτέρω απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας: α) έκρινε επί συγκέντρωσης που είχε αντίστοιχη μορφή με αυτή της παρούσας υπόθεσης (μεταβίβαση ελέγχου και απόκτηση δυνατότητας επίδρασης επί της εταιρίας στόχου χωρίς να έχει αποδεδειγμένα εκδηλωθεί ο έλεγχος αυτός) ότι

«αρκεί για τη στοιχειοθέτηση της παράβασης αυτής [=της πρόωρης πραγματοποίησης συγκέντρωσης] η πρόβλεψη δυνατότητας καθοριστικής επέμβασης και επηρεασμού της επιχειρηματικής δραστηριότητας της άλλης επιχείρησης, παρά η πραγματική άσκηση του δικαιώματος αυτού» (ΔιοικΕφαθ 3416/2004, β) επιπλέον σημείωσε ότι «αλυσιτελώς δε προβάλλει η προσφεύγουσα (...) ότι δεν άσκησε το δικαίωμα επηρεασμού και ελέγχου» και γ) επικύρωσε την ΕπΑντ 201/2001).

28. Υπογραμμίζεται ότι η δυνατότητα άσκησης ελέγχου και όχι η πραγματική άσκηση του δικαιώματος αυτού κρίθηκε επαρκής για τη στοιχειοθέτηση της παράβασης πρόωρης πραγματοποίησης συγκέντρωσης σε όλες τις σχετικές αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού και χωρίς καμία από αυτές να ακυρωθεί μετά από προσφυγή που κατέθεσαν οι παραβαίνουσες επιχειρήσεις στο Διοικητικό Εφετείο Αθηνών. Έτσι, κρίθηκε ότι εξαγοράζουσα εταιρία που απέκτησε τη δυνατότητα ελέγχου προέβη, εξαιτίας αυτής της δυνατότητας και μόνο, σε πρόωρη πραγματοποίηση της συγκέντρωσης, γιατί «*Αν γινόταν δεκτό ότι η χορήγηση ή μη εγκρίσεων από τον μέλλοντα να αποκτήσει τον έλεγχο επιχείρησης δε σημαίνει ταυτόχρονα άσκηση αποφασιστικής επιρροής επί των στρατηγικής σημασίας αποφάσεων της εξαγοραζόμενης επιχείρησης και δεν εξομοιούται με πρόωρη απόκτηση ελέγχου, τότε η διάταξη του άρθρου 4^ο παρ. 1 του ν. 703/77 θα καθίστατο κενή περιεχομένου*» (ΕπΑντ 291/2005, § III). Η παράβαση πρόωρης πραγματοποίησης καταλογίζεται, όπως αναφέρεται σε άλλη απόφαση, καθώς παρέχεται στην εξαγοράζουσα «*[η] δυνατότητα (η οποία επαρκεί) καθοριστικής επίδρασης στην πολιτική της εξαγοραζόμενης εταιρίας και ως εκ τούτου πρόωρη απόκτηση ελέγχου αυτής*» (ΕπΑντ 280/2005, § VII, Γ, έμφαση της παρούσας απόφασης). Η κρίση αυτή, που έχει επαναληφθεί και σε άλλες αποφάσεις [ΕπΑντ 204/2001, ΕπΑντ 174/2000, ΕπΑντ 153/2000, ΕπΑντ 152/2000 (επιβεβαιωμένη από ΔιοικΕφαθ 5076/2002), ΕπΑντ 140/2000, ΕπΑντ 132/2000, ΕπΑντ 102/1999, ΕπΑντ 76/1999, ΕπΑντ 123/1998, ΕπΑντ 120/1998 (επιβεβαιωμένη από ΔιοικΕφαθ 949/1999), ΕπΑντ 114/1998, ΕπΑντ 103/1998, ΕπΑντ 102/1998, ΕπΑντ 88/1997, ΕπΑντ 43/1996 (επιβεβαιωμένη από ΔιοικΕφαθ 3630/1997 και ΔιοικΕφαθ 3631/1997), ΕπΑντ 41/1996 και ΕπΑντ 40/1996 (επιβεβαιωμένη από ΔιοικΕφαθ 2133/1999 και ΔιοικΕφαθ 2134/1999)], επιβεβαιώθηκε και πρόσφατα σε απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού του έτους 2010 η οποία, αφού παρέπεμψε στην προηγούμενη νομολογία της, σημείωσε ότι «*ο έλεγχος μίας επιχείρησης επέρχεται, και επομένως η συγκέντρωση πραγματοποιείται, όταν αποκτάται η δυνατότητα καθοριστικής επίδρασης στη δραστηριότητα της επιχείρησης*» [Βλ. ΕπΑντ 476/2010, § 8 (έμφαση της παρούσας απόφασης)· βλ. και ΕπΑντ 102/Π/1999, § IV. Βλ. σχετικά και Ευρωπαϊκή Επιτροπή, απόφαση της 10-6-2009, *Electrabel*, υπόθ. COMP/M.4994 – *Electrabel/Compagnie Nationale de Rhône*, «με την οποία επιβάλλεται πρόστιμο για την πρόωρη υλοποίηση πράξης συγκέντρωσης κατά παράβαση του άρθρου 7 παράγραφος 1 του κανονισμού (ΕΟΚ) αριθ. 4064/89 του Συμβουλίου και του άρθρου 57 της συμφωνίας για τον ΕΟΧ», σύνοψη της απόφασης αυτής, ΕΕ C 279 της 19-11-2009, σελ. 9, σκέψη 20, απόφαση 1999/594/ΕΚ της 18-2-1998, «σχετικά με την επιβολή προστίμων λόγω μη κοινοποίησης και πραγματοποίησης συγκέντρωσης κατά παράβαση του άρθρου 4 παράγραφος 1 και του άρθρου 7 παράγραφος 1 του κανονισμού (ΕΟΚ) αριθ. 4064/89 του Συμβουλίου», υπόθ. IV/M.920 – *Samsung/AST*, ΕΕ L 225 της 26-8-1999, σελ. 12, και απόφαση 1999/459/ΕΚ της 10-2-1999 «για την επιβολή προστίμων λόγω μη κοινοποίησης και θέσης σε εφαρμογή

τριών συγκεντρώσεων κατά παράβαση του άρθρου 4 και του άρθρου 7 παράγραφος 1 του κανονισμού (ΕΟΚ) αριθ. 4064/89 του Συμβουλίου», υπόθ. IV/Μ.969 - Α.Ρ. Møller, ΕΕ L 183 της 16-7-1999, σελ. 29].

29. Σχετικά με τις ως άνω αποφάσεις της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σημειώνεται ότι στην υπόθεση *Samsung/AST*, ό.π., κρίθηκε ότι η συγκέντρωση είχε πραγματοποιηθεί από τη στιγμή που η εταιρία Samsung «ήταν σε θέση» (σκ. 7γ) να καθορίσει τις στρατηγικές εμπορικές αποφάσεις της AST. Τούτο μπορούσε να συμβεί, μεταξύ άλλων, από τη στιγμή που ήλεγχε το Δ.Σ. της AST. Η πραγματοποίηση της συγκέντρωσης θεωρήθηκε ότι έλαβε χώρα με την απόκτηση του ελέγχου και όχι με την πραγματική άσκηση των δικαιωμάτων ψήφου στα όργανα της εταιρίας αναφορικά με τυχόν στρατηγικές αποφάσεις, ενώ η διάρκεια των παραβάσεων (τόσο για την παράλειψη γνωστοποίησης όσο και πρόωρης πραγματοποίησης) θεωρήθηκε ότι εκκινούσε ην ίδια χρονική στιγμή. Περαιτέρω, στην υπόθεση *Electrabel*, ό.π., κρίθηκε ότι η πραγματοποίηση της συγκέντρωσης εκκινούσε όχι από την αποδεδειγμένη πραγματική άσκηση του ελέγχου στα όργανα της εταιρίας, αλλά από τη στιγμή που αποκτήθηκε η δυνατότητα άσκησης του ελέγχου αυτού (σκ. 6, 26, 41-42, 54-56, 78-81, 90-91, 127 επ., 165, 173, 208-210).

4.1.3. Εφαρμογή στην υπό κρίση υπόθεση

30. Προ της 27-07-2010, ημερομηνία έγκρισης της συγκέντρωσης από την Επιτροπή Ανταγωνισμού με την 503/VI/2010 απόφασή της, η πωλήτρια εταιρία ΠΗΓΑΣΟΣ παραχώρησε με το από 28-05-2010 συμβόλαιο στην αγοράστρια (άλλως, εξαγοράζουσα) εταιρία ΝΕΟ ΘΕΜΑ το σύνολο των μετοχών της εταιρίας ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ (η «εταιρία στόχος») που κατείχε κατά πλήρη κυριότητα, νομή και κατοχή. Οι μετοχές αυτές αντιστοιχούσαν στο [...] % της εταιρίας στόχου, ενώ το υπόλοιπο [...] % κατείχαν τα φυσικά πρόσωπα Θ. Αναστασιάδης και Α. Καραμήτσος ([...] % ο πρώτος και [...] % ο δεύτερος), τα οποία κατείχαν επίσης από κοινού ([...] %) την αγοράστρια εταιρία.
31. Με το από 28-05-2010 ανωτέρω συμφωνητικό επήλθε (σύμφωνα και με την 503/VI/2010 απόφαση) μεταβολή του ελέγχου επί της εταιρίας ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ. Η δε μεταβολή του ελέγχου ήταν μόνιμη, καθώς το εν λόγω συμφωνητικό δεν προέβλεπε συγκεκριμένη διάρκεια παραχώρησης και μεταβίβασης του [...] % των μετοχών.
32. Η περιλαμβανόμενη στο εδ. β του άρθρου 5 του συμφωνητικού «δήλωση» της αγοράστριας εταιρίας περί μη άσκησης του δικαιώματος ψήφου των μεταβιβαζόμενων μετοχών μέχρι την έγκριση της συγκέντρωσης από την Επιτροπή Ανταγωνισμού, δεν συνιστά όρο ή ρήτρα μη υλοποίησης της δικαιοπραξίας και δεν επιφέρει έννομες συνέπειες έναντι τρίτων ή της πωλήτριας εταιρίας, η οποία έχει πλέον **οριστικά αποστερηθεί** από τις μετοχές της και δεν μπορεί να ασκήσει δικαιώματα ψήφου, και άρα ενδεχόμενη μη τήρηση από την αγοράστρια της ανωτέρω δήλωσής της –δηλαδή τυχόν άσκηση από αυτήν του δικαιώματος ψήφου– δεν μπορεί

να επιδρά στην εγκυρότητα της σύμβασης ή να αντιταχθεί σε τρίτους (βλ. ΕπΑντ 201/2001, § 5.5, επικυρωμένη από ΔιοικΕφΑθ 3416/2004). Άρα, η δυνατότητα άσκησης ελέγχου επί της εταιρίας ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ είχε στην πράξη οριστικά μεταβιβαστεί από την πωλήτρια στην αγοράστρια εταιρία προ της έκδοσης της απόφασης 503/VI/2010 της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ο δε ισχυρισμός της γνωστοποιούσας περί τριτενέργειας της ανωτέρω «δήλωσης» και εξομοίωσής της με αναβλητική αίρεση με επίκληση της ΑΠ 1121/2006 (ΧρΙΔ 2006, 821 = ΔΕΕ 2007, 583) δεν μπορεί να γίνει δεκτός καθώς, όπως προαναφέρθηκε, η εν λόγω «δήλωση» δεν έχει έννομες συνέπειες. Για τον ίδιο λόγο μη ύπαρξης έννομων συνεπειών ο ισχυρισμός της γνωστοποιούσας ότι η επίμαχη αυτή «δήλωση» συνιστούσε ένα «νομικό εμπόδιο» ή μία «εγγυητική δήλωση» ή «εγγυητική ενοχική σύμβαση» πρέπει να απορριφθεί ως αόριστος.

33. Σε κάθε περίπτωση, ακόμη και αν τυχόν ήθελε να γίνει δεκτό ότι η ανωτέρω «δήλωση» δεσμεύει την αγοράστρια εταιρία, η μεταβίβαση του ελέγχου σε αυτήν είχε συντελεστεί καθώς οι μεταβιβασθείσες μετοχές αποτέλεσαν, όπως προαναφέρθηκε, το [...] % του συνόλου των μετοχών της εταιρίας ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ, ενώ το υπόλοιπο [...] % κατείχαν τα δύο φυσικά πρόσωπα (οι Θ. Αναστασιάδης και Α. Καραμήτσος) που επίσης ήλεγχαν από κοινού την αγοράστρια εταιρία. Κατά συνέπεια, η μη άσκηση δικαιώματος ψήφου του 70% (είτε από την αγοράστρια, αν θεωρηθεί ότι δεσμεύεται, είτε από την πωλήτρια, που έχει οριστικά αποστρατηθεί των μετοχών της) επέτρεπε στα ανωτέρω δύο φυσικά πρόσωπα (που ήλεγχαν το [...] %), να ελέγχουν την ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ.
34. Επιπλέον, σύμφωνα με το άρθρο 15 §§ 1 και 2 του καταστατικού της εταιρίας ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ, *«Η Γενική Συνέλευση βρίσκεται σε απαρτία και συνεδριάζει εγκύρως επί των θεμάτων της ημερήσιας διάταξης όταν εκπροσωπείται σε αυτήν τουλάχιστον το ένα πέμπτο (1/5) του καταβεβλημένου μετοχικού κεφαλαίου. 2. Εάν δεν συντελεστεί τέτοια απαρτία στην πρώτη συνεδρίαση συνέρχεται επαναληπτική Γενική Συνέλευση μέσα σε είκοσι (20) ημέρες (...) Η επαναληπτική αυτή Γενική Συνέλευση βρίσκεται σε απαρτία και συνεδριάζει εγκύρως επί των θεμάτων της αρχικής ημερήσιας διάταξης οποιοδήποτε και εάν είναι το τμήμα του καταβεβλημένου μετοχικού κεφαλαίου που εκπροσωπείται σ' αυτήν (...)»*. Επίσης, σύμφωνα με το άρθρο 15 § 3, *«Οι αποφάσεις της Γενικής Συνέλευσης λαμβάνονται με απόλυτη πλειοψηφία των ψήφων που εκπροσωπούνται στη Συνέλευση»*.
35. Ταυτόχρονα, σύμφωνα με το άρθρο 25 του εν λόγω καταστατικού, *«(...) Το Διοικητικό Συμβούλιο βρίσκεται σε απαρτία και συνεδριάζει έγκυρα όταν παρευρίσκονται ή αντιπροσωπεύονται σε αυτό το ήμισυ πλέον ενός των συμβούλων, ούδέποτε όμως ο αριθμός των παρόντων αυτοπροσώπως συμβούλων δεν μπορεί να είναι μικρότερος των τριών (...) Οι αποφάσεις του Διοικητικού Συμβουλίου παίρνονται με απόλυτη πλειοψηφία των συμβούλων που είναι παρόντες και εκείνων που αντιπροσωπεύονται (...)»*.
36. Επιπλέον, σύμφωνα με την από 17-09-2009 Ανακοίνωση καταχώρησης στο Μητρώο Α.Ε. (ΦΕΚ ΑΕ και ΕΠΕ 11406/23-09-2009), το Δ.Σ. της εταιρίας ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ

είχε κατά την επίμαχη περίοδο (Μάιος 2010 – Ιούλιος 2010) την ακόλουθη σύνθεση: 1) Θ. Αναστασιάδης, 2) Α. Καραμήτσος και 3) Γ. Πατσόπουλος. Το δε Δ.Σ. αυτό αποφάσισε ομόφωνα ότι όλα τα μέλη του «εκπροσωπούν και δεσμεύουν την εταιρία υπογράφοντας δύο από τους τρεις κάτωθι της εταιρικής επωνυμίας (...) απέναντι κάθε τρίτου φυσικού ή νομικού προσώπου και ενώπιον κάθε Αρχής και Οργανισμού».

37. Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι, ελλείπει ειδικής συμφωνίας μετόχων (στην αρ. πρωτ. 4562/14-07-2011 επιστολή της προς την Ε.Α. η ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ απάντησε ότι «Σχετικά (...) με το ερώτημα σας για κάθε είδους συμφωνίας μεταξύ των μετόχων της εταιρίας που αφορά τη διοίκηση των εταιρικών υποθέσεων (...) κατά την περίοδο 2007 έως σήμερα, σας δηλώνουμε ότι δεν υπάρχει καμία τέτοιου είδους συμφωνία»), τα δύο φυσικά πρόσωπα που ήταν από κοινού ελέγχοντες μέτοχοι της εταιρίας ΝΕΟ ΘΕΜΑ είχαν τη δυνατότητα να ασκήσουν καθοριστική επίδραση στα στρατηγικά εμπορικά ζητήματα της εταιρίας ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ, αφού ήλεγχαν τουλάχιστον το 20% της Γενικής Συνέλευσης και τα 2/3 του Διοικητικού Συμβουλίου. Ανεξάρτητα από το εάν η δυνατότητα αυτή ασκήθηκε, η δυνατότητα επηρεασμού εκ μέρους τους ήταν πραγματική (βλ. και Ευρωπαϊκή Επιτροπή, απόφαση 1999/594/ΕΚ, *Samsung/AST*, ό.π., σκέψη 7γ, όπου το γεγονός ότι η Samsung «ήταν σε θέση» να καθορίσει τις εμπορικές στρατηγικές δραστηριότητες της AST αρκούσε για να θεωρηθεί ότι είχε πραγματοποιηθεί η συγκέντρωση), ο δε προβαλλόμενος ισχυρισμός της γνωστοποιούσας ότι το Δ.Σ. είχε πριν τη συγκέντρωση την ίδια σύνθεση δεν επιδρά στην κρίση αυτή.
38. Σχετικά, η ΝΕΟ ΘΕΜΑ επικαλείται στα Υπομνήματα της (βλ. ιδίως το υπ' αριθμ. 395/07-11-2011 υπόμνημά της, σελ.6) ότι η «αδρανοποίηση» των δικαιωμάτων ψήφου που αντιστοιχούν στις πωληθείσες μετοχές δεν συνεπάγεται δυνατότητα άσκησης ελέγχου εκ μέρους των δύο φυσικών προσώπων που κατέχουν το 30%.
39. Ο ισχυρισμός αυτός θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Σύμφωνα με το άρθρο 15 του καταστατικού της εταιρίας ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ, εάν η ΝΕΟ ΘΕΜΑ παρίστατο στη Γ.Σ. χωρίς άσκηση δικαιωμάτων ψήφου, τούτο θα συνεπαγόταν τη δυνατότητα της εταιρίας ΝΕΟΥ ΘΕΜΑΤΟΣ να ασκεί τον έλεγχο επί της εταιρίας ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ, αφού κατ' αυτόν τον τρόπο θα μπορούσε να εμποδίσει την λήψη αποφάσεων στρατηγικής σημασίας της εν λόγω εταιρίας. Αποτέλεσμα τούτου είναι η άσκηση αποκλειστικού ελέγχου επί της εταιρίας ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ εκ μέρους της εταιρίας ΝΕΟ ΘΕΜΑ (negative sole control- βλ. ό.π., Κωδικοποιημένη Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σκ. 54 και εκεί παραπομπές). Δεν αίρεται, κατά συνέπεια, το συμπέρασμα περί πρόωρης πραγματοποίησης συγκέντρωσης διά του από 28-05-2010 συμφωνητικού. Σε κάθε περίπτωση, η εταιρία ΝΕΟ ΘΕΜΑ ελεγχόταν κατά την σύναψη του εν λόγω συμφωνητικού από κοινού από τους κ.κ. Αναστασιάδη και Καραμήτσο, οι οποίοι ταυτόχρονα ήλεγχαν και το 30% της εταιρίας ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ. Ως εκ τούτου, δεν ετίθετο ζήτημα μη δυνατότητας των κ.κ. Αναστασιάδη και Καραμήτσου να ασκήσουν πραγματικό έλεγχο επί της εταιρίας ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ.

40. Σχετικά τέλος με το άρθρο 16 του καταστατικού της εταιρίας ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ (το οποίο επικαλείται η γνωστοποιούσα), αυτό εφαρμόζεται σε συγκεκριμένα μόνο ζητήματα, τα οποία περιοριστικά καταγράφονται. Δεν εφαρμόζεται σε όλα τα ζητήματα λήψεως αποφάσεων στρατηγικού χαρακτήρα εμπορικής πολιτικής της εταιρίας, ως προς τα οποία ισχύουν οι γενικές διατάξεις για τον τρόπο λήψεως των αποφάσεων της Γ.Σ. και του Δ.Σ. Κατά συνέπεια, η ΝΕΟ ΘΕΜΑ μπορούσε ενόψει των συγκεκριμένων πραγματικών περιστατικών της υπόθεσης να ασκήσει στην πράξη τον έλεγχο επί της εταιρίας ΑΝΑΠΤΥΞΙΑΚΗ.
41. Συμπερασματικά, πληρούται η ανωτέρω προϋπόθεση της τέλεσης της παράβασης πρόωρης πραγματοποίησης συγκέντρωσης στην υπό κρίση υπόθεση από τη ΝΕΟ ΘΕΜΑ και πρέπει να διερευνηθεί αν η τελευταία ήταν υπαίτια για την παράβαση αυτή, καθώς η υπαιτιότητα συνιστά απαραίτητη προϋπόθεση για την επιβολή προστίμου.

Δ.2. ΥΠΑΙΤΙΟΤΗΤΑ

42. Η υπαιτιότητα στην οποία γίνεται λόγος στο άρθρο 4^ε του ν. 703/1977 (νυν άρθ. 9 § 1 ν. 3959/2011) καλύπτει, κατά την πάγια νομολογία της Επιτροπής Ανταγωνισμού (βλ. ΕπΑντ 500/2010, σκέψη 25, ΕπΑντ 499/2010, § VI, ΕπΑντ 498/2010, § VI και ΕπΑντ 451/2009, § Ε, όπου και αναφορά στη θεωρία), τόσο τον δόλο, άμεσο ή ενδεχόμενο, όσο και την αμέλεια. Ως εκ τούτου, παράβαση υπάρχει όχι μόνο όταν θελημένα και εν γνώσει της η παραβαίνουσα εταιρία προβαίνει στην πρόωρη πραγματοποίηση συγκέντρωσης ή θεωρεί ως ενδεχόμενη την παράβαση και την αποδέχεται, αλλά και όταν θεωρεί μεν ότι δεν προβαίνει στην πράξη αυτή, αλλά εάν είχε καταβάλει την απαιτούμενη στις συναλλαγές επιμέλεια θα το διέγνωσκε και θα την είχε αποφύγει (βλ. σχετικά και Ευρωπαϊκή Επιτροπή, αποφάσεις 1999/594/ΕΚ, ό.π., σκέψεις 10-11, και 1999/459/ΕΚ, ό.π.).
43. Στη βάση αυτή, η Επιτροπή Ανταγωνισμού μόνο σε δύο περιπτώσεις που είχε καταλογίσει την παράβαση της πρόωρης πραγματοποίησης συγκέντρωσης έκρινε ότι δεν έπρεπε να επιβληθεί πρόστιμο στις παραβαίνουσες επιχειρήσεις (ΕπΑντ 338/2007 και ΕπΑντ 366/2007). Στις υποθέσεις αυτές όμως οι εμπλεκόμενες εταιρίες διέπονταν παράλληλα και από ένα ειδικό νομοθετικό καθεστώς (και στις δύο περιπτώσεις επρόκειτο για το ν. 2940/2001 που διέπει τις κατασκευαστικές εταιρίες), το οποίο θεωρήθηκε ότι στην πράξη τις εξωθούσε να πραγματοποιήσουν τη συγκέντρωση προτού αποφανθεί η Επιτροπή Ανταγωνισμού. Σε όλες τις άλλες υποθέσεις η Επιτροπή Ανταγωνισμού επέβαλε πρόστιμα στις παραβαίνουσες το άρθρο 4^ε § 1 του ν. 703/1977 εταιρίες. Υπογραμμίζεται ότι στην παρούσα υπόθεση δεν υφίσταται κανένα ειδικό νομοθετικό καθεστώς που να μπορεί να απαλλάξει την εξαγοράζουσα εταιρία από την επιβολή προστίμου για πρόωρη πραγματοποίηση συγκέντρωσης.

44. Οι αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού που καταλόγισαν την παράβαση πρόωρης πραγματοποίησης συγκέντρωσης και επέβαλαν πρόστιμα επιβεβαιώθηκαν ως προς το ζήτημα της υπαιτιότητας από το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών μετά από προσφυγή που κατέθεσαν οι παραβαίνουσες επιχειρήσεις. Η Επιτροπή Ανταγωνισμού και το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών αρκούνται σε μία σύντομη αιτιολογία σχετικά με την υπαιτιότητα, αναφέροντας μόνο είτε ότι οι παραβαίνουσες εταιρίες μπορούσαν να είχαν ζητήσει την κατά το άρθρο 4^ε § 3 του ν. 703/1977 άδεια παρέκκλισης της υποχρέωσης μη πρόωρης πραγματοποίησης της συγκέντρωσης από την Επιτροπή Ανταγωνισμού [ΔιοικΕφΑθ 1355/2001, που επικύρωσε την ΕπΑντ 45/1999· παρομοίως, ΕπΑντ 120/1998 (επιβεβαιωμένη από ΔιοικΕφΑθ 949/1999), ΕπΑντ 243/2003 και ΕπΑντ 330/2007 (επιβεβαιωμένη από ΔιοικΕφΑθ 545/2008)], είτε ότι γνώριζαν τις υποχρεώσεις τους [ΔιοικΕφΑθ 3631/1997, που επικύρωσε την ΕπΑντ 43/1996· παρομοίως, ΕπΑντ 120/1998 (επιβεβαιωμένη από ΔιοικΕφΑθ 949/1999), ΕπΑντ 102/1999, ΕπΑντ 140/2000 και ΕπΑντ 149/2000, καθώς και ΕπΑντ 174/2000], είτε ότι δεν δικαιολογείται άγνοια του νομικού πλαισίου για τον ανταγωνισμό (ΕπΑντ 132/2000), **είτε** ότι η πρόωρη πραγματοποίηση δεν μπορεί να αποδοθεί σε λάθος εκτίμηση του πεδίου εφαρμογής του ν. 703/1977 (ΕπΑντ 280/2005), είτε με μόνη αναφορά στην «εμπειρία» (ΕπΑντ 201/2001, επιβεβαιωμένη από ΔιοικΕφΑθ 3416/2004, το οποίο δεν έκρινε απαραίτητο να αναφέρει καμία αιτιολογία), την οργάνωση (ΕπΑντ 152/2000, επιβεβαιωμένη από ΔιοικΕφΑθ 5076/2002, το οποίο δεν έκρινε απαραίτητο να αναφέρει καμία αιτιολογία) ή την οικονομική επιφάνεια (ΕπΑντ 88/1997) των επιχειρήσεων ή τέλος και χωρίς καμία αιτιολογία για την υπαιτιότητα (ΕπΑντ 76/1999, ΕπΑντ 123/1998, ΕπΑντ 114/1998, ΕπΑντ 103/1998 και ΕπΑντ 102/1998), σε αντιστοιχία με τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας σχετικά με την υπαιτιότητα στην παράβαση της μη γνωστοποίησης συγκέντρωσης, όπου αντιστρέφεται το βάρος απόδειξης και μετατίθεται στις παραβαίνουσες επιχειρήσεις οι οποίες καλούνται να τεκμηριώσουν αυτές την μη ύπαρξη υπαιτιότητας (ΣτΕ 1747/2000 και ΣτΕ 73/2000), καθώς και σε συμφωνία με πρόσφατη απόφαση του έτους 2010 του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών που σε υπόθεση εκπρόθεσμης γνωστοποίησης συγκέντρωσης έκρινε ότι η ύπαρξη υπαιτιότητας τεκμαίρεται από μόνη την πάροδο της προθεσμίας που τάσσει ο νόμος (βλ. ΔιοικΕφΑθ 901/2010, § 6, που επικύρωσε την ΕπΑντ 424/2008).
45. Κατά συνέπεια, στοιχειοθετείται η ύπαρξη υπαιτιότητας στην παρούσα υπόθεση λαμβάνοντας ιδίως υπόψη ότι άγνοια του νομικού πλαισίου του ανταγωνισμού δεν μπορεί να γίνει δεκτή.

Δ.3. ΚΑΤΑΛΟΓΙΣΜΟΣ ΤΗΣ ΠΑΡΑΒΑΣΗΣ

46. Σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 4ε § 1 εδ. γ' του ν. 703/1977, το πρόστιμο για την πρόωρη πραγματοποίηση μιας συγκέντρωσης επιβάλλεται από την Επιτροπή Ανταγωνισμού «σε όσους υπέχουν την υποχρέωση γνωστοποίησης». Κατά συνέπεια, στην υπό κρίσιν υπόθεση το πρόστιμο πρέπει να επιβληθεί στη ΝΕΟ ΘΕΜΑ, που κατά την απόφαση 503/VI/2010 της Επιτροπής Ανταγωνισμού υπείχε αυτή την υποχρέωση την οποία και ικανοποίησε προβαίνοντας στην εν λόγω γνωστοποίηση.

Δ.4. ΧΑΡΑΚΤΗΡΑΣ ΤΗΣ ΠΑΡΑΒΑΣΗΣ - ΣΟΒΑΡΟΤΗΤΑ ΚΑΙ ΔΙΑΡΚΕΙΑ

47. Κατ' αρχήν επισημαίνεται η βασική αρχή ότι οι επιχειρήσεις πρέπει να αποθαρρύνονται να προβαίνουν σε συγκεντρώσεις που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της εθνικής νομοθεσίας περί συγκεντρώσεων χωρίς να έχουν λάβει σχετική έγκριση από την Επιτροπή Ανταγωνισμού. Η παράβαση αυτή αποσκοπεί στην αποτροπή πρόκλησης μόνιμων ζημιών στον ανταγωνισμό (βλ. Ευρωπαϊκή Επιτροπή, απόφαση της 10-6-2009, *Electrabel*, ό.π., σκέψεις 188, 190-191 και 193, και σύνοψη της απόφασης αυτής, ό.π., «η διάταξη την οποία παρέβη η *Electrabel* αποτελεί ένα από τα θεμέλια του κοινοτικού ελέγχου συγκεντρώσεων, που είναι η υποχρέωση αναστολής της υλοποίησης μιας πράξης συγκέντρωσης μέχρις ότου υπάρξει η συγκατάθεση της Επιτροπής», σκέψη 15, απόφαση 1999/594/EK, ό.π., σκέψη 15, και απόφαση 1999/459/EK, ό.π., σκέψη 22).
48. Η θέση σε εφαρμογή μίας συγκέντρωσης χωρίς την τήρηση των διατάξεων του άρθρου 4^ε § 1 του ν. 703/1977 (νυν άρθ. 9 ν. 3959/2011) εκτιμάται ότι θίγει την αποτελεσματικότητα των διατάξεων περί συγκεντρώσεων.
49. Ως προς τη σοβαρότητα της παράβασης, επισημαίνεται ότι η εταιρία ΝΕΟ ΘΕΜΑ αποτελεί σχετικά μεγάλη επιχείρηση στην αγορά των εφημερίδων. Ως εκ τούτου, αναμενόταν ευλόγως να είναι ενήμερη για την εθνική νομοθεσία περί συγκεντρώσεων (πρβλ. Ευρωπαϊκή Επιτροπή, απόφαση της 10-6-2009, *Electrabel*, ό.π., σκέψη 196, και απόφαση 1999/459/EK, ό.π., σκέψη 14).
50. Όμως, ελαφρυντική περίσταση πρέπει να αναγνωριστεί η μικρή διάρκεια της παράβασης, που εκτείνεται από την 28-05-2010 (οπότε και συνάφθηκε το σχετικό συμφωνητικό μεταβίβασης των μετοχών) έως την 27-07-2010 (οπότε και εκδόθηκε η 503/VI/2010 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού), ήτοι για δύο μήνες.
51. Ως ελαφρυντική περίσταση πρέπει επίσης να αναγνωριστεί και το ότι η υπόθεση ήταν απλή από την άποψη του δικαίου του ανταγωνισμού και δεν σημειώθηκε βλάβη στον ανταγωνισμό, αφού δεν ασκήθηκε πραγματικά ο έλεγχος που αποκτήθηκε την 28-05-2010, όπως προέκυψε και κατά την ακροαματική διαδικασία από την κατάθεση του μάρτυρα κ. [...] (βλ. και Ευρωπαϊκή Επιτροπή, απόφαση της 10-6-2009, *Electrabel*, ό.π., σκέψη 194, η οποία πάντως ρητά δεν αμφισβητεί το σοβαρό χαρακτήρα της παράβασης, σύνοψη της απόφασης αυτής, ό.π., σκέψη 16, απόφαση 1999/594/EK, ό.π., σκέψη 28, και απόφαση 1999/459/EK, ό.π., σκέψη 21).
52. Ακόμη, ελαφρυντική περίσταση συνιστά η εύλογη πεποίθηση της γνωστοποιούσας ότι δεν είχε προβεί σε παράβαση πρόωρης γνωστοποίησης και ότι η επίμαχη δήλωσή της αποτελούσε ρήτρα μη πραγματοποίησης συγκέντρωσης. Εξάλλου, η δήλωση αυτή φανερώνει ότι η σε κάθε περίπτωση βούλησή της δεν ήταν η πρόωρη πραγματοποίηση της συγκέντρωσης, καθώς και ότι δεν υπήρξε δόλος εκ μέρους της.
53. Επίσης, ελαφρυντική περίσταση αποτελεί η καλή συνεργασία που επέδειξε η γνωστοποιούσα με την Επιτροπή Ανταγωνισμού και η άμεση ανταπόκρισή της σε

κάθε αίτημα παροχής στοιχείων (βλ. και Ευρωπαϊκή Επιτροπή, απόφαση της 10-6-2009, *Electrabel*, ό.π., σκέψη 219).

54. Ως προς το ζήτημα των εφαρμοστέων κανόνων σχετικά με τις κυρώσεις, επισημαίνεται ότι η αρχή της μη αναδρομικότητάς τους συνιστά γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, της οποίας επιβάλλεται η τήρηση όταν καταλογίζονται πρόστιμα για παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού και, σύμφωνα με την εν λόγω αρχή, οι επιβαλλόμενες κυρώσεις πρέπει να αντιστοιχούν σε εκείνες που είχαν καθοριστεί κατά τον χρόνο διαπράξεως της παράβασης (βλ. σχετικά, ΔΕΚ, C-397/03 P, απόφαση της 18-5-2006, *Archer Daniels Midland και Archer Daniels Midland Ingredients / Επιτροπή*, σκέψεις 18-19, και C-189/02 P, απόφαση της 28-6-2005, *Dansk Rørindustri / Επιτροπή*, σκέψεις 202-209, και ΠΕΚ, T-329/01, απόφαση της 27-9-2006, *Archer Daniels Midland / Επιτροπή*, σκέψη 38, και T-23/99, απόφαση της 30-3-2002, *LR AF 1998 / Επιτροπή*, σκέψεις 219-221). Ο γενικός αυτός κανόνας κάμπτεται σε περίπτωση ευνοϊκότερων νέων διατάξεων. Στις περιπτώσεις αυτές, επομένως, οι νέες αυτές (ευνοϊκότερες) διατάξεις ισχύουν και για τις προ της ισχύος τους παραβάσεις [βλ. ΕΔΔΑ, απόφαση της 17-9-2009, *Scoppola κατά Ιταλίας*, σκέψη 109, (ΕφαρμΔημΔικ 2010, τ. 1, σελ. 179) που έκρινε, σε αντίθεση με την προηγούμενη νομολογία του (απόφαση της 6-3-2003, *Zaprianov κατά Βουλγαρίας*, n° 41171/98, απόφαση της 5-12-2000, *Le Petit κατά Ηνωμένου Βασιλείου*, n° 35574/97, και απόφαση της 6-3-1978, *X κατά Γερμανίας*, n° 7900/77), ότι συνιστά παραβίαση του άρθρου 7 της ΕΣΔΑ η μη εφαρμογή μεταγενέστερης ευνοϊκότερης διάταξης, με αναφορά, μεταξύ άλλων, και στο Διεθνές Σύμφωνο Ατομικών και Πολιτικών Δικαιωμάτων του ΟΗΕ (άρθ. 15), στην Αμερικανική Σύμβαση για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα (άρθ. 9), στο Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ (άρθ. 49) και στη νομολογία του ΔΕΚ, C-387/02, 391/02 και 403/02, απόφαση της 3-5-2005, *Berlusconi κ.α.*, σκέψεις 66-69· πρβλ. και ΣτΕ 2233/2009, σκέψη 5 και νομολογία στην οποία παραπέμπει, ιδίως ΣτΕ 886/2000, σκέψη 5, καθώς και ΔιοικΕφαθ 292/2009, σκέψη 6, και ΔΕΚ, C-189/02 P, ό.π., σκέψεις 217-233, και C-397/03 P, ό.π., σκέψεις 21-26]. Στην υπό κρίση υπόθεση, το άρθρο 9 § 1 του ν. 3959/2011 είναι ευνοϊκότερο αναφορικά με τις κυρώσεις της ίδιας παράβασης, αφού προβλέπει ως ανώτατο όριο το 10% και όχι το 15% του κύκλου εργασιών (που προέβλεπε το άρθ. 4^ε § 1 ν. 703/1977). Ως εκ τούτου, η συγκεκριμένη διάταξη του ν. 3959/2011 εφαρμόζεται και για την εν λόγω παράβαση που έλαβε χώρα προ της ενάρξεως ισχύος του νόμου αυτού.
55. Με βάση τα παραπάνω στοιχεία και, ιδίως, τις πολλές και σημαντικές ελαφρυντικές περιστάσεις και σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, η οποία αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου που διέπει και τον καταλογισμό των προστίμων στο δίκαιο του ανταγωνισμού (βλ. πρόσφατη νομολογία, ΓΔ, T-12/06, απόφαση της 9-9-2011, *Deltafina / Επιτροπή*, σκέψεις 203 και 215), κρίνεται ότι πρέπει να επιβληθεί το χαμηλότερο κατά τη νομοθεσία πρόστιμο, ανερχόμενο σε τριάντα χιλιάδες ευρώ (30.000 €).

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

αποφάσισε ομόφωνα την επιβολή προστίμου ύψους τριάντα χιλιάδων ευρώ (30.000 €) στην εταιρία ΝΕΟ ΘΕΜΑ για την παράβαση της πρόωρης πραγματοποίησης της συγκέντρωσης, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 του ν. 3959/2011 (πρώην άρθρο 4^ε § 1 του ν. 703/1977).

Η απόφαση εκδόθηκε την **11η Νοεμβρίου 2011**.

Η απόφαση να δημοσιευθεί στην Εφημερίδα της Κυβέρνησης, σύμφωνα με το άρθρο 27 του ν. 3959/2011 (ΦΕΚ Α'/93/20.4.2011).

Ο Προεδρεύων

Δημήτριος Δανηλάτος

Ο Συντάκτης της Απόφασης

Ιωάννης Μπιτούνης

Η Γραμματέας

Ηλιάνα Κούτρα