

ΤΟ

ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΕΦΕΤΕΙΟ ΑΘΗΝΩΝ

Τμήμα 14^ο Τριμελές

Αποτελούμενο από τους: Φώτιο Κατσίγιαννη, Πρόεδρο Εφετών Διοικητικών Δικαστηρίων, Κωνσταντίνο Νικολάου και Γεωργία Ανδριοπούλου (Εισηγήτρια), Εφέτες Διοικητικών Δικαστηρίων και γραμματέα την Χαρίκλεια Καραγιάννη, δικαστική υπάλληλο,

σ υ ν ε δ ρ ί α σ ε δημόσια στο ακροατήριό του, στις 13 Νοεμβρίου 2013, για να δικάσει την από 21-12-2012 (αριθ. καταχ. 3490/21-12-2012) προσφυγή

τ η ς ανώνυμης εταιρείας, με την επωνυμία «ΟΔΕΟΝ Α.Ε. ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΘΕΑΜΑΤΩΝ ΚΑΙ ΠΑΡΑΓΩΓΗΣ ΕΚΜΕΤΑΛΛΕΥΣΗΣ ΟΠΤΙΚΟΑΚΟΥΣΤΙΚΩΝ ΕΡΓΩΝ», που εδρεύει στο Χαλάνδρι Αττικής (Λ. Μεσογείων αρ. 275), η οποία παραστάθηκε με τους πληρεξουσίους της δικηγόρους Εμμανουήλ Δρυλλεράκη και Κλεομένη Γιαννίκα

κ α τ ά : 1) της Επιτροπής Ανταγωνισμού, που εδρεύει στην Αθήνα (οδός Κότσικα αρ.1Α και Πατησίων 70), η οποία παραστάθηκε με την πληρεξουσία της δικηγόρο Ρεγγίνα Καρρά και 2) της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «ΤΕΧΝΟΠΟΛΙΣ CINE ΤΣΑΓΚΑΡΑΚΗΣ Α.Ε.», που εδρεύει στο Ηράκλειο Κρήτης (οδός Αν. Παπανδρέου αριθ. 116), η οποία παραστάθηκε με τον πληρεξούσιό της δικηγόρο Νίκο Φραγκάκη.

Η κ ρ ί σ η τ ο υ ε ί ν α ι η ε ξ ή ς :

1. Επειδή, με την κρινόμενη προσφυγή, για την οποία καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο (σχετ. τα 1059996, 1059995,1059994, 1059993 και 1059992 ειδικά έντυπα παραβόλου), ζητείται η ακύρωση της 540/VII/7-6-2012 αποφάσεως της Επιτροπής Ανταγωνισμού, με την οποία διαπιστώθηκε ότι η προσφεύγουσα εταιρεία, που δραστηριοποιείται στον κλάδο διανομής κινημα-

Αριθμός Απόφασης: 2938/2014

τογραφικών ταινιών, παραβίασε τις διατάξεις του άρθρου 2α του Ν. 703/1977 και, ακολούθως, υποχρεώθηκε να παύσει τη διάπραξη παραβάσεων και να προμηθεύει εγκαίρως την καθής η προσφυγή εταιρεία -κατόπιν καταγγελίας της οποίας επελήφθη η Επιτροπή- με «τουλάχιστον μια κόπια από κάθε ταινία πρώτης προβολής που διαθέτει στο νομό Ηρακλείου, ήδη από την πρώτη ημέρα προβολής στις αίθουσες του νομού υπό εύλογους και χωρίς διακρίσεις εμπορικούς όρους», με την απειλή επιβολής χρηματικής ποινής 10.000 ευρώ για κάθε ημέρα μη συμμόρφωσης προς την εν λόγω απόφαση. Η προσφυγή αυτή απαραδέκτως στρέφεται κατά της ανωτέρω εταιρείας, η οποία δεν νομιμοποιείται παθητικώς προς διεξαγωγή της δίκης, κατ' άρθρο 65 παρ. 1 του Κ.Δ.Δ.. Δεδομένου, όμως, ότι κατά τα λοιπά έχει ασκηθεί παραδεκτώς, πρέπει να εξετασθεί περαιτέρω κατ' ουσία.

2. Επειδή, ο Ν. 3959/2011 «Προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού» (ΦΕΚ Α' 93/20-4-2011) στο άρθρο 12 ορίζει ότι: «1. Συνιστάται Επιτροπή Ανταγωνισμού, η οποία λειτουργεί ως ανεξάρτητη αρχή. Τα μέλη της απολαμβάνουν προσωπικής και λειτουργικής ανεξαρτησίας και κατά την άσκηση των αρμοδιοτήτων τους δεσμεύονται μόνο από το νόμο και τη συνείδηση τους.....2. Η Επιτροπή Ανταγωνισμού συγκροτείται από οκτώ τακτικά μέλη, από τα οποία ένα είναι ο Πρόεδρος, ένα ο Αντιπρόεδρος και τέσσερις Εισηγητές..... Επιπλέον των τακτικών μελών ορίζονται και δύο αντίστοιχα αναπληρωματικά μέλη τα οποία πρέπει να έχουν τα ίδια προσόντα με τα τακτικά μέλη και τα οποία αναπληρώνουν το τακτικό μέλος, εκτός του Προέδρου, του Αντιπροέδρου και των Εισηγητών, όταν αυτό απουσιάζει, κωλύεται ή ελλείπει. Όταν απουσιάζει, κωλύεται ή ελλείπει ο Πρόεδρος αναπληρώνεται από τον Αντιπρόεδρο και ο Αντιπρόεδρος από τον Εισηγητή που είναι αρχαιότερος κατά το διορισμό. Όταν απουσιάζει, κωλύεται ή ελλείπει Εισηγητής αναπληρώνεται από άλλον Εισηγητή κατά την πιο πάνω αρχαιότητα κατά το διορισμό. 3..... Αν πεθάνει, παραιτηθεί ή εκπέσει ο Πρόεδρος ή ο Αντιπρόεδρος ή μέλος της Επιτροπής Ανταγωνισμού διορίζεται νέος Πρόεδρος, Αντιπρόεδρος ή νέο μέλος για το υπόλοιπο της θητείας. Μέχρι το διορισμό Προέδρου, Αντιπρόεδρου ή νέου μέλους ή μελών, η λειτουργία της Επιτροπής δεν διακόπτεται, με την επιφύλαξη της παραγράφου 7

Αριθμός Απόφασης: 2938/2014

του άρθρου 15..... Η θητεία των μελών της Επιτροπής Ανταγωνισμού παρατείνεται αυτοδικαίως μέχρι το διορισμό νέων. 4.....», στην παράγραφο 7 του άρθρου 15 ότι: « Η Επιτροπή Ανταγωνισμού συνεδριάζει νόμιμα σε Ολομέλεια, εφόσον μετέχουν στη συνεδρίαση ο Πρόεδρος, ο Αντιπρόεδρος, ο Εισηγητής που έχει οριστεί για τη συγκεκριμένη υπόθεση, και δύο τουλάχιστον μέλη τακτικά ή αναπληρωματικά, αποφασίζει δε, κατά πλειοψηφία των παρόντων. Στις συνεδριάσεις και διασκέψεις της Ολομέλειας και των κατά τα κατωτέρω τμημάτων της Επιτροπής Ανταγωνισμού συμμετέχει ο Εισηγητής που έχει οριστεί για τη συγκεκριμένη υπόθεση χωρίς δικαίωμα ψήφου. Σε περίπτωση ισοψηφίας υπερिσχύει η ψήφος του προεδρεύοντος.....», στην παρ. 3 του άρθρου 50 ότι: «Τα υπηρετούντα μέλη της Επιτροπής Ανταγωνισμού, τα οποία είναι πλήρους και αποκλειστικής απασχόλησης, παραμένουν στη θέση τους μέχρι τη λήξη της θητείας τους. Τα λοιπά μέλη παραμένουν στη θέση τους μέχρι το διορισμό Αντιπροέδρου και νέων μελών κατά τις διατάξεις του παρόντος νόμου, οπότε και λήγει αυτοδικαίως η θητεία τους. Τα εν λόγω μέλη μπορούν να επιλεγούν εκ νέου, χωρίς η τρέχουσα θητεία τους να λαμβάνεται υπόψη για την εφαρμογή του τρίτου εδαφίου της παραγράφου 3 του άρθρου 12. Η Επιτροπή με την υφιστάμενη σύνθεση της συνεχίζει να ασκεί τα καθήκοντα της μέχρι το διορισμό κατά τις διατάξεις του παρόντος νόμου του Αντιπροέδρου και των νέων μελών, οι δε Εισηγητές εξακολουθούν να διατηρούν το δικαίωμα ψήφου» και, τέλος, στο άρθρο 51 ότι: « Από την έναρξη ισχύος του παρόντος νόμου καταργείται ο ν. 703/1977 (Α΄ 278), καθώς και κάθε άλλη αντίθετη διάταξη νόμου». Σημειωτέον ότι, από το Ν.703/1977 (άρθρο 8 παρ. 3) προβλεπόταν εννεαμελής σύνθεση της Επιτροπής, αποτελούμενη από τον Πρόεδρο, τέσσερις Εισηγητές και τέσσερα ακόμη τακτικά μέλη (και πέντε αναπληρωματικά). Περαιτέρω, στο άρθρο 4 παρ. 1 του 8275 Κανονισμού Λειτουργίας και Διαχείρισης της Επιτροπής Ανταγωνισμού (ΦΕΚ Β΄ 1890/29-12-2006), που ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο, προβλέπεται ότι: «Στις συνεδριάσεις καλούνται τόσο τα τακτικά όσο και τα αναπληρωματικά μέλη. Η πρόσκληση των αναπληρωματικών μελών γίνεται για την περίπτωση απουσίας ή κωλύματος των τακτικών μελών. ...».

Αριθμός Απόφασης: 2938/2014

3. Επειδή, τέλος, στο άρθρο 13 παρ. 1 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (Ν. 2690/1999 –ΦΕΚ Α΄ 45) ορίζεται ότι: « Για τη νόμιμη συγκρότηση συλλογικού οργάνου απαιτείται ο ορισμός, με πράξη, όλων των μελών (τακτικών και αναπληρωματικών) που προβλέπει ο νόμος». Από τη διάταξη αυτή συνάγεται ότι ο νομοθέτης θέτει ως κανόνα για τη νόμιμη συγκρότηση συλλογικού οργάνου τον ορισμό όλων των προβλεπόμενων από τον οικείο νόμο, τακτικών και αναπληρωματικών, μελών αυτού. Και τούτο, διότι ο νομοθέτης αποβλέπει στη συμμετοχή όλων των μελών του συλλογικού οργάνου κατά την άσκηση των ανατεθειμένων σε αυτό αρμοδιοτήτων, ώστε να εξασφαλίζεται αφενός η ορθή και αντικειμενική διερεύνηση των υποθέσεων και η εντεύθεν προστασία των δικαιουμένων και αφετέρου η εύρυθμη λειτουργία της Διοικήσεως. Την απαίτηση δε αυτή για τη νόμιμη συγκρότηση του οργάνου δεν καλύπτει η ύπαρξη τόσο μόνον μελών, όσα αρκούν για την επίτευξη της αναγκαίας για τη λήψη αποφάσεως απαρτίας, διότι προϋπόθεση της υπό νόμιμης απαρτίας λειτουργίας του οργάνου αποτελεί προ παντός η νόμιμη συγκρότηση αυτού και, περαιτέρω, η κλήση όλων των συγκροτούντων αυτό μελών να μετέχουν στη συνεδρίαση (πρβλ ΣτΕ 593/2008, 4027/1989, 3879/1983).

4. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, από τα έγγραφα της δικογραφίας προέκυψαν τα εξής: Στην προσβαλλόμενη απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού (540/VII/7-6-2012) αναγράφεται ότι η Επιτροπή συνεδρίασε σε Ολομέλεια στις 5-4-2012 με την εξής σύνθεση: Πρόεδρος : Δημήτριος Κυριτσάκης. Αντιπρόεδρος: Δημήτριος Λουκάς Μέλη: Ιωάννης Μπιτούνης (Εισηγητής), Εμμανουέλα Τρούλη, Βικτωρία Μερτικοπούλου, Δημήτριος Δανηλάτος και Ιωάννης Αυγερινός . Το θέμα της συνεδρίασης ήταν η λήψη αποφάσεως επί της 6697/15-1-2007 καταγγελίας της ανώνυμης εταιρείας «ΤΕΧΝΟΠΟΛΙΣ CINE ΤΣΑΓΚΚΑΡΑΚΗΣ ΑΕΕ» κατά της προσφεύγουσας εταιρείας περί παραβιάσεως των άρθρων 2 και 2α του Ν.703/1977, όπως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο. Η Επιτροπή συνήλθε σε διάσκεψη και εξέδωσε την προσβαλλόμενη απόφαση στις 7-6-2012, με τη συμμετοχή του προαναφερόμενου Εισηγητή της υποθέσεως Ιωάννη Μπιτούνη, ο οποίος δεν έλαβε μέρος στη ψηφοφορία. Με την κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η Επιτροπή συνεδρίασε χω-

Αριθμός Απόφασης: 2938/2014

ρίς να έχει συγκροτηθεί νομίμως κατά την παρ. 2 του άρθρου 12 του Ν. 3959/2011, διότι αποτελείτο από επτά (7) μόνο μέλη, αντί των οκτώ (8) που προβλέπει η εν λόγω διάταξη, αφού, μετά τον διορισμό στις 16-3-2012 του μέχρι τότε Εισηγητή Δημητρίου Λουκά στη θέση του Αντιπροέδρου (ΦΕΚ ΥΟΔΔ 121/16-3-2012) προς το σκοπό εφαρμογής του νέου ως άνω νόμου, η κενωθείσα θέση του Εισηγητή, που κατείχε αυτός, δεν πληρώθηκε, με αποτέλεσμα η Επιτροπή να απαρτίζεται από τρεις (3) μόνον Εισηγητές, αντί για τέσσερις (4), όπως απαιτεί η ανωτέρω διάταξη. Αντιθέτως, η Επιτροπή, με τις 7316/20-9-2013 απόψεις επί της προσφυγής και το από 18-11-2013 υπόμνημά της, διατείνεται ότι συνεδρίασε νομίμως, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 15 παρ. 7 του Ν. 3959/2011, καθόσον στην επίμαχη συνεδρίαση μετείχαν ο Πρόεδρος, ο Αντιπρόεδρος, ο Εισηγητής της υπόθεσης και δύο τακτικά μέλη. Επίσης, υποστηρίζει ότι η διάταξη της παρ. 3 του άρθρου 12 του Ν. 3959/2011 («αν πεθάνει, παραιτηθεί ή εκπέσει ο Πρόεδρος ή ο Αντιπρόεδρος ή μέλος της Επιτροπής Ανταγωνισμού διορίζεται νέος Πρόεδρος, Αντιπρόεδρος ή νέο μέλος για το υπόλοιπο της θητείας. Μέχρι το διορισμό Προέδρου, Αντιπρόεδρου ή νέου μέλους ή μελών, η λειτουργία της Επιτροπής δεν διακόπτεται, με την επιφύλαξη της παραγράφου 7 του άρθρου 15») πρέπει να τύχει ανάλογης εφαρμογής και στην περίπτωση που δεν έχουν διορισθεί ακόμη όλα τα μέλη της Επιτροπής, αφού η λειτουργία αυτής πρέπει να συνεχίζεται ομαλώς και αδιαλείπτως και, προς τούτο, αρκεί ο διορισμός πέντε (5) τουλάχιστον μελών, ώστε να εξασφαλίζεται η, κατά την παρ. 7 του άρθρου 15 του ίδιου νόμου, νόμιμη σύνθεση, ως εν προκειμένω συνέβη. Τέλος, υποστηρίζει ότι κατά τη μεταβατική διάταξη του άρθρου 50 παρ. 3 του Ν.3959/2011 δεν επήλθε καμία μεταβολή στη θητεία των έως τότε υπηρετούντων μελών της Επιτροπής (Προέδρου και τεσσάρων Εισηγητών), οι οποίοι παρέμειναν στη θέση τους μέχρι τη λήξη της θητείας τους,

5. Επειδή, σύμφωνα με τις προπαρατεθείσες διατάξεις και όσα έγιναν δεκτά στην τρίτη σκέψη, για τη νόμιμη συγκρότηση της Επιτροπής Ανταγωνισμού είναι αναγκαίος ο ορισμός και των οκτώ τακτικών μελών (Προέδρου, Αντιπρόεδρου, τεσσάρων Εισηγητών και δύο ακόμη μελών), καθώς και δύο αναπληρωματικών μελών. Όμως, ενόψει των ως άνω εκτεθέντων, κατά την κρίσιμη συ-

Αριθμός Απόφασης: 2938/2014

νεδρίαση που προηγήθηκε της εκδόσεως της προσβαλλόμενης αποφάσεως, δεν είχε ορισθεί ο τέταρτος απαιτούμενος κατά νόμο Εισηγητής, είναι αβάσιμος δε ο ισχυρισμός της καθής ότι η συμμετοχή πέντε μελών καθιστά νόμιμη την εν λόγω συνεδρίαση, κατά τη διάταξη του άρθρου 15 παρ. 7 του Ν.3959/2011, διότι η διάταξη αυτή αφορά στη νόμιμη απαρτία της Επιτροπής όταν συνεδριάζει σε Ολομέλεια, η οποία προϋποθέτει τη νόμιμη συγκρότηση αυτής. Εξάλλου, η διάταξη της παρ. 3 του άρθρου 12 του Ν. 3959/2011 δεν τυγχάνει αναλογικής εφαρμογής εν προκειμένω, όπως αβασίμως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, δεδομένου ότι ρυθμίζει τη λειτουργία της Επιτροπής σε περίπτωση θανάτου ή παραιτήσεως ή εκπτώσεως μέλους νομίμως συγκροτηθείσης –προηγουμένως- Επιτροπής, προς το σκοπό προσωρινής συνεχίσεως της λειτουργίας της με τα εναπομείναντα μέλη και όχι την περίπτωση που δεν ορίσθηκε εξ αρχής το προβλεπόμενο από το νόμο μέλος. Αλυσιτελώς, τέλος, επικαλείται η προσφεύγουσα τη μεταβατική διάταξη του άρθρου 50 παρ. 3 του ίδιου νόμου, αφού η συνεδρίαση της Επιτροπής εχώρησε μετά το διορισμό του Αντιπροέδρου και των νέων μελών, ο δε Εισηγητής της υποθέσεως μετείχε στη σύνθεση χωρίς δικαίωμα ψήφου. Κατόπιν τούτων, η συγκρότηση και σύνθεση της Επιτροπής δεν είναι νόμιμη, κατά το βάσιμο λόγο της προσφυγής, ο οποίος -άλλωστε- εξετάζεται και αυτεπαγγέλτως, γι' αυτό και η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί, κατά παραδοχή της προσφυγής. Περαιτέρω, η υπόθεση πρέπει να αναπεμφθεί στη Διοίκηση, για να ενεργήσει τα νόμιμα (άρθρ. 79 παρ. 3 περ. α' του ΚΔΔ). Τέλος, πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα το καταβληθέν παράβολο (άρθρα 45 παρ. 2 Ν.3959/2011 και 277 παρ. 9 Κ.Δ.Δ.), κατ' εκτίμηση δε των περιστάσεων να απαλλαγεί η καθής από τα δικαστικά έξοδα (άρθρ. 275 παρ. 1 και 277 παρ.9 του ΚΔΔ).

ΔΙΑ ΤΑΥΤΑ

Δέχεται την προσφυγή.

Ακυρώνει την 540/VII/7-6-2012 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού.

Αναπέμπει την υπόθεση σε αυτή για να ενεργήσει τα νόμιμα.

Αριθμός Απόφασης: 2938/2014

Διατάσσει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του καταβληθέντος παραβόλου.

Απορρίπτει την προσφυγή, κατά το μέρος αυτής που στρέφεται κατά της «ΤΕΧΝΟΠΟΛΙΣ CINE ΤΣΑΓΚΑΡΑΚΗΣ Α.Ε.».

Απαλλάσσει την Επιτροπή από τα δικαστικά έξοδα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στην Αθήνα στις 10 Απριλίου 2014 και δημοσιεύθηκε στην ίδια πόλη, σε έκτακτη δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριο του Δικαστηρίου στις 15 Μαΐου 2014.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ

ΦΩΤΙΟΣ ΚΑΤΣΙΓΙΑΝΝΗΣ

ΓΕΩΡΓΙΑ ΑΝΔΡΙΟΠΟΥΛΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΧΑΡΙΚΛΕΙΑ ΚΑΡΑΓΙΑΝΝΗ

Γ.Π.