



KLC
LAW FIRM

2019

**Ισχυρές Σχέσεις.
Προηγμένη Νομική Σκέψη.
Ενωμένη Ομάδα.**

 www.klclawfirm.com

4th Corporate Lawyers Forum

Προγράμματα συμμόρφωσης με το δίκαιο του ανταγωνισμού και επίδραση
στη διαμόρφωση της εμπορικής πολιτικής των επιχειρήσεων

Δρ. Βασίλειος Σ. Καραγιάννης
KLC Law Firm | Partner

Μια σύντομη [ιστορική] επισκόπηση [1]

Η.Π.Α. → Στις ΗΠΑ υπάρχει εδώ και τρεις δεκαετίες μια κουλτούρα συμμόρφωσης η οποία αποκρυσταλλώθηκε με την υιοθέτηση των Ομοσπονδιακών Κατευθυντήριων Γραμμών Ποινών (Federal Sentencing Guidelines το 1991 : οι κατευθυντήριες γραμμές εντάσσουν τα αδικήματα παραβίασης των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού σε ένα ευρύτερο πλέγμα αδικημάτων (Risk Areas), όπως είναι λ.χ. η λογιστική αποτύπωση της δραστηριότητας της εταιρείας, συναλλαγές με τρομοκρατικές οργανώσεις, σύγκρουση συμφερόντων των μελών της διοίκησης της εταιρείας, δωροδοκία, αδικήματα σε σχέση με την προστασία του περιβάλλοντος κ.λπ. Οι FSG προβλέπουν ρητά ότι η ύπαρξη ενός κατάλληλου και λειτουργικού προγράμματος συμμόρφωσης **μπορεί να αποτελέσει παράγοντα μείωσης** των επιβαλλόμενων προστίμων. Στην κουλτούρα συμμόρφωσης συνέβαλε και η κανονιστική δομή του Sherman Act που δεν προβλέπει εξαιρούμενες συμπράξεις, όπως το άρθρο 101 παρ. 3 ΣΛΕΕ

Για να θεωρηθεί ότι υφίσταται λειτουργικό πρόγραμμα συμμόρφωσης θα πρέπει :

- ✓ Ο οργανισμός να έχει υιοθετήσει πρότυπα και διαδικασίες προκειμένου να εντοπίζει τις παράνομες συμπεριφορές.
- ✓ Η παρακολούθηση του προγράμματος να γίνεται στο πιο υψηλό επίπεδο διοίκησης της εταιρείας (ΔΣ ή ανάλογο όργανο).

Μια σύντομη [ιστορική] επισκόπηση [2]

ΕΕ/ΕΚ → Τα προγράμματα συμμόρφωσης στο δίκαιο του ανταγωνισμού διακρίνονται από ειδικότητα και άρχισαν να αναπτύσσονται μετά την δεκαετία του 2000. Ορόσημα σε αυτή την πορεία είναι :

- ✓ Η αναθεώρηση των κανόνων του ανταγωνισμού που κατέληξε στην αποκεντρωτική εφαρμογή με την υιοθέτηση του Κανονισμού 1/2003 → κατάργηση του συστήματος της **προηγούμενης κοινοποίησης**, εισαγωγή του συστήματος της **εκ του νόμου εξαιρέσης**. Σε επίπεδο εθνικού δικαίου του ανταγωνισμού το σύστημα της εκ του νόμου εξαιρέσης εισήχθη στην ελληνική έννομη τάξη με τον Ν. 3784/2009 και εφαρμόζεται και από τον Ν. 3959/2011 [ισχύον νόμος περί προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού].
- ✓ Η αυστηροποίηση της πολιτικής προστίμων της ΕΕ / Εθνικών Αρχών Ανταγωνισμού, βλ. → «Κατευθυντήριες γραμμές για τη μέθοδο υπολογισμού των προστίμων που επιβάλλονται κατ' εφαρμογή του άρθρου 23 παράγραφος 2 σημείο α) του κανονισμού(ΕΚ) αριθ.1/2003 [2006/С 210/02]» και αντίστοιχη ανακοίνωση της Επιτροπής Ανταγωνισμού της **12.5.2006**

Σημειωτέον ότι στην ΕΕ και κατ' αντίθεση προς τα ισχύοντα στις ΗΠΑ δεν είναι σαφές ότι συνιστά ελαφρυντική περίπτωση για την επιβολή του προστίμου, η ύπαρξη ενός προγράμματος συμμόρφωσης

Εκτίμηση κινδύνου [1] – Πρόστιμα για ουσιαστικές παραβάσεις

Η ευρωπαϊκή και ελληνική αντιμονοπωλιακή νομοθεσία προβλέπουν την επιβολή υψηλών προστίμων για τις ουσιαστικές παραβάσεις του δικαίου του ανταγωνισμού (απαγορευμένες συμπράξεις και κατάχρηση δεσπόζουσα θέσης, προσωρινά μέτρα ή δεσμεύσεις, συγκεντρώσεις επιχειρήσεων) που μπορεί να φτάσουν :

- ✓ Μέχρι 10% του συνολικού κύκλου εργασιών της χρήσης του προηγούμενου έτους από την διάπραξη της παράβασης εάν αυτή κατά την έκδοση της απόφασης συνεχίζεται (βλ. άρθρο 23 παρ. 2 του Κανονισμού 1/2003)
- ✓ Μέχρι 10% του συνολικού κύκλου εργασιών της χρήσης κατά την οποία έπαυσε η παράβαση ή του προηγούμενου έτους από την διάπραξη της παράβασης εάν αυτή κατά την έκδοση της απόφασης συνεχίζεται (άρθρο 25 παρ. 2^α του Ν. 3959/2011)
- ✓ Χρηματικές ποινές και πρόστιμα συμμόρφωσης → άρθρο 24 του Κανονισμού 1/2003 (μέχρι 5% του μέσου ημερησίου τζίρου της παραβάτιδος) και άρθρο 25 παρ. 2 β) του Ν. 3959/2011 (μέχρι 10.000 ευρώ ημερησίως) ή άρθρο 25 παρ. 4 του Ν. 3959/2011 (μέχρι 10% του συνολικού κύκλου εργασιών τρέχοντος ή προηγούμενου έτους).
- ✓ Συγκεντρώσεις επιχειρήσεων → πρόστιμα για το επονομαζόμενο *jumping the gun* ή για την παραβίαση όρου ή δέσμευσης : 10% του συνολικού κύκλου των συμμετεχουσών επιχειρήσεων (άρθρο 14 παρ. 2 του Κανονισμού 139/2004), τουλάχιστον 30.000 και μέχρι 10% του συνολικού κύκλου των συμμετεχουσών επιχειρήσεων (άρθρο 9 παρ. 1 του Ν. 3959/2011).

Εκτίμηση κινδύνου [2] – διαδικαστικές παραβάσεις / χρηματικές ποινές

Κατά τη διάρκεια άσκησης των ερευνητικών εξουσιών των αρχών ανταγωνισμού οι επιχειρήσεις έχουν υποχρέωση καλόπιστης συνεργασίας. Έτσι, η παροχή ανακριβών, παραπλανητικών ή ελλιπών πληροφοριών από την πλευρά των επιχειρήσεων μπορεί να οδηγήσει στην επιβολή χρηματικών ποινών :

- ✓ Μέχρι 1% του συνολικού κύκλου εργασιών του προηγούμενου έτους (άρθρο 23 παρ. 1 του Κανονισμού 1/2003)
- ✓ Τουλάχιστον 15.000 ευρώ με όριο το 1% του συνολικού κύκλου του προηγούμενου έτους (άρθρο 39 παρ. 5 του Ν. 3959/2011)
- ✓ Συγκεντρώσεις : Μέχρι 1% του συνολικού κύκλου εργασιών της προηγούμενης χρήσης (άρθρο 14 παρ. 1 του Κανονισμού 139/2004,

Εκτίμηση κινδύνου [3] – Λοιπές συνέπειες

- ✓ Ποινικές συνέπειες των φυσικών προσώπων (άρθρο 44 του Ν. 3959/2011) → πλημμεληματικού χαρακτήρα με βαρύτερη την συμμετοχή σε οριζόντια σύμπραξη (καρτέλ). Καταλαμβάνει τόσο τις ουσιαστικές όσο και τις διαδικαστικές παραβάσεις. Η κάλυψη από πρόγραμμα επιείκειας μπορεί ανάλογα με το εάν υφίσταται ολική ή μερική απαλλαγή από το πρόστιμο να θεωρηθεί λόγος άρσης του αξιόποινου ή ελαφρυντική περίπτωση ανάλογα και να επιβληθεί μειωμένη ποινή.
- ✓ Ν. 3959/2011 άρθρο 25 παρ. 2γ → «[...] Η Επιτροπή Ανταγωνισμού μπορεί να επιβάλει στα παραπάνω φυσικά πρόσωπα, μετά από προηγούμενη ακρόαση τους και αυτοτελές πρόστιμο από διακόσιες χιλιάδες (200.000) ευρώ έως δύο εκατομμύρια (2.000.000) ευρώ, εφόσον αποδεδειγμένα συμμετείχαν σε προπαρασκευαστικές πράξεις, στην οργάνωση ή την διάπραξη της παράνομης συμπεριφοράς της επιχείρησης»
- ✓ Αστική ακυρότητα περιοριστικών συμφωνιών (άρθρο 101 παρ. 2 ΣΛΕΕ και 1 παρ. 1 του Ν. 3959/2011 Συμφωνίες και αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων που εμπίπτουν στην παράγραφο 1 και στις οποίες δεν εφαρμόζεται η παράγραφος 3 είναι αυτοδικαίως άκυρες.
- ✓ Έκθεση σε αστικές αποζημιώσεις των θυμάτων – private enforcement / Οδηγία 2014/104/ΕΕ και Ν. 4529/2018.
- ✓ Ηθικός κίνδυνος → Η «σπίλωση» της φήμης της παραβάτιδος επιχείρησης

Άξονες προγραμμάτων συμμόρφωσης – 1^{ος} Άξονας : κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης

Λόγω της ειδικής ευθύνης συμμόρφωσης που υπέχει μια επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση στην αγορά η νομική ανάλυση πρέπει να ξεκινήσει από αυτή την εξέταση λ.χ. μια δεσπόζουσα επιχείρηση πρέπει να είναι ιδιαίτερα προσεκτική με την εκπαιδευτική πολιτική της για να μην δημιουργεί σχέση μέσω αυτής πιστή πελατειακή σχέση αποκλείοντας τους ανταγωνιστές της. Η επίσης η δεσπόζουσα επιχείρηση δεν μπορεί να προβαίνει σε επιθετική τιμολόγηση [όχι κατ' ανάγκη μόνο αυτή που είναι κάτω του (μεταβλητού) κόστους, αλλά η τιμολόγηση που δεν υπακούει σε καμία οικονομική λογική με μοναδικό στόχο να εκδιώξει τον ανταγωνιστή και στη συνέχεια να αυξήσει τις τιμές].

Κατά την εκτίμηση περί ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης η ανάλυση βασίζεται :

- ✓ Στον εντοπισμό των σχετικών αγορών στις οποίες δραστηριοποιείται η επιχείρηση - προσοχή θέλει εάν η επιχείρηση δραστηριοποιείται σε περισσότερες σχετικές αγορές (π.χ. διαφορετικές κατηγορίες οχημάτων, οι οποίες καθεμία αποτελούν διακριτή σχετική αγορά σε σχέση με τις υπόλοιπες), οπότε μπορεί η επιχείρηση σε κάποια ή κάποιες μόνο αγορές να έχει δεσπόζουσα θέση
- ✓ Στον υπολογισμό των μεριδίων αγοράς → γενικά με βάση τη νομολογία τα μερίδια αγοράς που είναι ανώτερα του ορίου του 40% τεκμαίρουν την δεσπόζουσα θέση της επιχείρησης που τα κατέχει.

Άξονες προγραμμάτων συμμόρφωσης – 2^{ος} Άξονας : οριζόντιες συμπράξεις (καρτέλς)

Είτε υφίσταται δεσπόζουσα θέση είτε όχι ένα πρόγραμμα συμμόρφωσης θα πρέπει να περιέχει συγκεκριμένες οδηγίες στα στελέχη της επιχείρησης πώς να αποφεύγουν εμπορικές συμπεριφορές, οι οποίες θα μπορούσαν να στοιχειοθετήσουν συμμετοχή σε οριζόντιες (δηλ. μεταξύ ανταγωνιστών) συμπράξεις (καρτέλς). Κρίσιμο είναι και η ίδια η **στοιχειοθέτηση** της σύμπραξης όσο και το **περιοριστικό** περιεχόμενό της

Ως προς τη στοιχειοθέτηση :

- ✓ Συμμετοχή σε συναντήσεις μεταξύ ανταγωνιστών
- ✓ Στοιχειοθέτηση εναρμονισμένης πρακτικής / απλός παραλληλισμός συμπεριφοράς

Ως προς το περιεχόμενο, παραδείγματα :

- ✓ Καθορισμός τιμών (price fixing), αντιληπτό με ευρύ τρόπο
- ✓ Κατανομή των αγορών
- ✓ Ανταλλαγή κρίσιμων εμπορικών πληροφοριών (διάκριση μεταξύ της αποκάλυψης των μελλοντικών προθέσεων της επιχείρησης και των ιστορικών πληροφοριών).

Άξονες προγραμμάτων συμμόρφωσης – 3^{ος} Άξονας : κάθετες συμπράξεις – οργάνωση δικτύων

Οι κάθετες συμπράξεις θεωρούνται γενικά λιγότερο επώδυνες για τον ανταγωνισμό, διότι μπορεί να οδηγήσουν σε αποτελεσματικότητες τονώνοντας το επονομαζόμενο διασηματικό (inter-brand) ανταγωνισμό. Πλέον εδώ και μια εικοσαετία διέπονται από γενικό απαλλακτικό ανταγωνισμό (ΓΑΚ) (τώρα ο 330/2010), ενώ η Επιτροπή έχει εκδώσει και αναλυτικές Κατευθυντήριες Γραμμές. Η έννομη συνέπεια είναι ότι εάν μια κάθετη συμφωνία συνάδει με τις προϋποθέσεις που θέτουν τα προαναφερόμενα κείμενα, τότε αυτή τεκμαίρεται σύμφωνη προς το άρθρο 101 ΣΛΕΕ ή / και 1 του Ν. 3959/2011. Έχει μεγάλη σημασία για επιχειρήσεις δικτυακής οικονομίας (δηλ. που χρησιμοποιούν εμπορικούς αντιπροσώπους, διανομείς, σύστημα δικαιόχρησης – franchising κ.λπ.). Επομένως, το πρόγραμμα συμμόρφωσης θα επικεντρωθεί στην διαμόρφωση των συμβάσεων της επιχείρησης ώστε να είναι σύμφωνες με τις προϋποθέσεις του ΓΑΚ/Κατευθυντήριων Γραμμών.

Χαρακτηριστικά παραδείγματα σοβαρών περιορισμών που πρέπει να αποφεύγονται, διότι επισύρουν την μη εφαρμογή της ομαδικής απαλλαγής :

- ✓ Καθορισμός τιμών μεταπώλησης – Resale Price Maintenance – RPM
- ✓ Απόλυτη εδαφική προστασία

Άξονες προγραμμάτων συμμόρφωσης – 4^{ος} Άξονας : δικαιώματα των ελεγχόμενων επιχειρήσεων

Όπως προεκτέθηκε κατά την άσκηση των ελεγκτικών εξουσιών της αρχής προστασίας του ανταγωνισμού, οι επιχειρήσεις υπέχουν υποχρέωση καλόπιστης συνεργασίας. Ωστόσο, έχουν και συγκεκριμένα δικαιώματα με κυριότερο αυτό της μη αυτοενοχοποίησης (self-incrimination). Έτσι λ.χ. η έκταση του ελέγχου περιορίζεται από το **αντικείμενο** και το **σκοπό** του ελέγχου.

Ένα μόνιμο στοιχείο των προγραμμάτων συμμόρφωσης αποτελεί η καθοδήγηση των στελεχών των επιχειρήσεων στη στάση που πρέπει να κρατήσουν ιδιαίτερα σε περίπτωση αιφνιδιαστικού ελέγχου της αρχής προστασίας του ανταγωνισμού

Σήμερα στην πράξη εφαρμόζεται η διαδικασία του σφραγισμένου φακέλου

- ✓ Απαλλαγή από προσωπικά δεδομένα
- ✓ Απαλλαγή από άσχετα με την έρευνα στοιχεία
- ✓ Απόρρητο επικοινωνίας πελάτη-δικηγόρου (δεν καλύπτει τους in house δικηγόρους/νομικούς συμβούλους)

Συμπεράσματα

- Η μη τήρηση των επιταγών του ελεύθερου ανταγωνισμού επιφέρει σοβαρές έννομες συνέπειες που είναι δυνατό ακόμη και να ανατρέψουν την εμπορική πολιτική/στρατηγική μιας επιχείρησης
- Επομένως η ex ante συμμόρφωση είναι απολύτως συνιστώμενη
- Ένα κλασσικό πρόγραμμα συμμόρφωσης θα έχει τις ακόλουθες πτυχές : **1)** Ρητές οδηγίες της διοίκησης στα στελέχη της επιχείρησης με πρόβλεψη ενδοεταιρικών συνεπειών σε περίπτωση παράβασής τους, **2)** οργανωμένη διαδικασία διαρκούς επιμόρφωσης των στελεχών, **3)** περιοδικό έλεγχος συμμόρφωσης μέσω δειγματοληπτικών ελέγχων (π.χ. πρακτικά δ.σ., συμβάσεις κ.λπ.), **4)** διαδικασίες σύνταξης εγγράφων και τήρηση αρχείου και **5)** προετοιμασία για τυχόν έρευνα από τις αρχές ανταγωνισμού.

Σας ευχαριστώ για την προσοχή σας !

Καψάλη 10 – 10674, Αθήνα

T. 210 7264500 / F. 210 724510

klcathens@klclawfirm.com

www.klclawfirm.com

f in G+

