

ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ

(Υπόθεση Αρ. 2019/2012)

25 Ιουλίου, 2016

[Γ. ΣΕΡΑΦΕΙΜ, ΔΔΔ]

ΑΝΑΦΟΡΙΚΑ ΜΕ ΤΟ ΑΡΘΡΟ 146 ΤΟΥ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΟΣ

ΑΡΧΗΣ ΤΗΛΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΩΝ ΚΥΠΡΟΥ

Αιτήτριας,

-ΚΑΙ-

1. ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΤΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ
2. ΚΥΠΡΙΑΚΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ, ΜΕΣΩ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΤΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ

Καθ' ων η Αίτηση.

Κ. Χατζηϊωάννου, για Α. Κ. ΧΑΤΖΗΙΩΑΝΝΟΥ & ΣΙΑ, για τους Αιτητές.

Δ. Καλλή (κα), Δικηγόρος της Δημοκρατίας, εκ μέρους του Γενικού Εισαγγελέα, για τους Καθ' ων η αίτηση.

Μ. Αντωνίου (κα) και Κ. Μίτσιγγα (κα), για ΧΡΥΣΑΦΙΝΗ & ΠΟΛΥΒΙΟΥ Δ.Ε.Π.Ε., για Παρεμβαίνουσα-PRIMETEL PLC.

ΑΠΟΦΑΣΗ

Γ. ΣΕΡΑΦΕΙΜ, Δ.Δ.Δ.: Με την παρούσα προσφυγή η αιτήτρια επιδιώκει την ακύρωση απόφασης της καθ' ης η αίτηση, Επιτροπής Προστασίας του Ανταγωνισμού (*εφεξής η «Επιτροπή»*) με αρ. 47/12, η οποία κοινοποιήθηκε στην αιτήτρια με επιστολή της καθ' ης η αίτηση ημερομηνίας 23.10.2012 (*και δημοσιεύθηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας ημερομηνίας 9.11.2012*), με την οποία η Επιτροπή αποφάσισε, σε σχέση με καταγγελία, την οποία υπέβαλε η εταιρεία THUNDERWORX (*τώρα PRIMETEL PLC*) εναντίον

της αιτήτριας, να επιβάλει χρηματικό πρόστιμο ύψους εκατόν τριάντα χιλιάδων Ευρώ (€130.000) στην αιτήτρια, κρίνοντας ότι στοιχειοθετείται εκ μέρους της αιτήτριας παράβαση του **άρθρου 6 (1) (β) του περί Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμου, Ν.13(Ι)/2008** (εφεξής ο «**Νόμος**»), ως αποτέλεσμα (κατά το καταληκτικό της προσβαλλόμενης απόφασης) της άρνησης της (σημ. αιτήτριας) να παρέχει απευθείας πρόσβαση στο Κέντρο Αποστολής Γραπτών Μηνυμάτων SMSC της, μαζί με όλες τις συναφείς υπηρεσίες που είναι απαραίτητες, ώστε η THUNDERWORX να είναι σε θέση να προσφέρει υπηρεσίες σύντομων γραπτών μηνυμάτων προστιθέμενης αξίας (Premium SMS) είτε με την χρέωση να γίνεται με την αποστολή του μηνύματος (mobile origination) είτε με την χρέωση να γίνεται με τη λήψη/τερματισμό του μηνύματος (mobile termination), στους συνδρομητές της ΑΤΗΚ.

Η εταιρεία PRIMETEL PLC κατέστη παρεμβαίνουσα στην παρούσα διαδικασία μετά από **απόφαση ημερομηνίας 12.4.2013** της Δικαστού του Ανωτάτου Δικαστηρίου Μιχαηλίδου μετά από σχετική αίτηση που υποβλήθηκε στα πλαίσια της παρούσας υπ' αριθμό και τίτλο προσφυγής.

Περιληπτικά αναφερόμενα, τα ουσιώδη γεγονότα της παρούσας υπόθεσης έχουν ως ακολούθως:

Μετά από καταγγελία της εταιρείας THUNDERWORX στην Επιτροπή εναντίον της αιτήτριας (εφεξής η «**υπόθεση**») και συμπλήρωση της διαδικασίας εξέτασης της, η Επιτροπή κατέληξε στις 9.10.2006 σε απόφαση (Αρ. 132/2008) επιβολής προστίμου στην αιτήτρια ύψους €75.000 Ευρώ (Λ.Κ. 43.900) (δημοσιεύθηκε στην *Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας* στις 2.1.2009), κρίνοντας σε αυτή, ότι «... η ΑΤΗΚ ως κατέχουσα δεσπόζουσα θέση στην Χονδρική Αγορά Απόληξης (Τερματισμού) Φωνητικών Κλήσεων σε

Μεμονωμένα Δίκτυα Κινητών Επικοινωνιών στο δίκτυο της, κατέχει δεσπόζουσα θέση και στην παροχή πρόσβασης και σύνδεσης με το SMS Centre του κινητού της δικτύου, απέτυχε να ανταποκριθεί στην ιδιαίτερη υποχρέωση της να παράσχει στην καταγγέλλουσα εταιρεία Thunderworx πρόσβαση και σύνδεση στο SMS Centre, υποδομή που χαρακτηρίζεται ως βασική, ή υπαλλακτικά απέτυχε να προσφέρει μια αντικειμενικά εύλογη εναλλακτική λύση, υπό δίκαιους όρους και σε δίκαιη τιμή, ώστε η Thunderworx να είναι σε θέση να παρέχει υπηρεσίες Premium SMS σε λιανικό επίπεδο κατά παράβαση του άρθρου 6 (1) (β) του Νόμου, περιορίζοντας έτσι τη διάθεση και/ ή την τεχνολογική ανάπτυξη της αγοράς, του υγιούς ανταγωνισμού και προς ζημιά των καταναλωτών..».

Εναντίον της πιο πάνω απόφασης η αιτήτρια καταχώρισε στο Ανώτατο Δικαστήριο την Προσφυγή Αρ. 1/2009, η οποία απορρίφθηκε με απόφαση του Ανωτάτου Δικαστηρίου ημερομηνίας 18.2.2011. Η αιτήτρια άσκησε εναντίον της εν λόγω πρωτόδικης απόφασης την Αναθεωρητική Έφεση Αρ. 39/2011. Στις 12.9.2011 η καθ' ης η αίτηση δέχθηκε, μέσω του νομικού εκπροσώπου της, δηλαδή της Νομικής Υπηρεσίας της Δημοκρατίας, ακύρωση της προαναφερόμενης απόφασης της Επιτροπής, ως αποτέλεσμα της **απόφασης ημερομηνίας 25.5.2011 της Πλήρους Ολομέλειας του Ανωτάτου Δικαστηρίου στην Προσφυγή Αρ. 1544/09 κ.α. ΕΧΧΟΝ ΜΟΒΙΛ κ.α. ΚΑΙ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΤΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ**. Σημειώνεται, ότι η προαναφερόμενη απόφαση της Πλήρους Ολομέλειας του Ανωτάτου Δικαστηρίου στην **Προσφυγή Αρ. 1544/09 κ.α.** αφορούσε στο θέμα της ορθής συγκρότησης/σύνθεσης της Επιτροπής.

Στις 14.2.2012 η Επιτροπή, υπό την νέα της συγκρότηση και υπό τα δεδομένα της προαναφερόμενης απόφασης της Πλήρους Ολομέλειας στην **Προσφυγή Αρ. 1544/09 κ.α. (ανωτέρω)** και, αφού έλαβε υπόψη και σχετική γνωμάτευση

του Γενικού Εισαγγελέα της Δημοκρατίας, αποφάσισε να ανακαλέσει την απόφαση της ημερομηνίας 1.7.2008 για τη διεξαγωγή έρευνας, της διαπίστωσης εκ πρώτης όψεως πιθανολογούμενης παράβασης, της ετοιμασίας Έκθεσης Αιτιάσεων, καθώς και όλες τις μετέπειτα ληφθείσες αποφάσεις και να εξετάσει την υπόθεση εξ' υπαρχής. Η Επιτροπή, αφού έλαβε υπόψη το υλικό το οποίο βρισκόταν ενώπιον της κατά το χρόνο λήψης της πιο πάνω ανακαλούμενης απόφασης για διεξαγωγή έρευνας για ύπαρξη εκ πρώτης όψεως παράβασης, έκρινε ότι το εν λόγω υλικό δικαιολογούσε τη διεξαγωγή έρευνας της καταγγελίας από την Υπηρεσία Προστασίας του Ανταγωνισμού (εφεξής η «Υπηρεσία»). Η Επιτροπή αποφάσισε όπως η έρευνα διεξαχθεί με βάση το υφιστάμενο κατά το κρίσιμο χρόνο πραγματικό και νομικό καθεστώς και όπως γίνει χρήση του υπάρχοντος στο σχετικό φάκελο υλικού.

Ακολούθησε η ενημέρωση των εμπλεκόμενων μερών περί της ως άνω απόφασης της Επιτροπής, νέα έρευνα της καταγγελίας από την Υπηρεσία, καταρτισμός Έκθεσης Αιτιάσεως από την Πρόεδρο της Επιτροπής και έγκριση και υιοθέτηση αυτής από την Επιτροπή, κοινοποίηση της εν λόγω Έκθεσης στην εδώ αιτήτρια και στην καταγγέλλουσα και υποβολή των γραπτών παρατηρήσεων των προαναφερομένων εμπλεκομένων στην Επιτροπή.

Στις 26.2.2012 παρουσιάστηκαν ενώπιον της Επιτροπής δικηγόροι ως αντιπρόσωποι των εμπλεκομένων, στους οποίους δόθηκε η δυνατότητα να εκφράσουν και προφορικά τις θέσεις και παρατηρήσεις τους επί της υπόθεσης.

Σε συνεδρίαση της ημερομηνίας 26.7.2012 η Επιτροπή, αφού εξέτασε το ενώπιον της υλικό, κατέληξε, με βάση το σκεπτικό της απόφασης της ότι:

«...η έμμεση άρνηση της ΑΤΗΚ και η αδυναμία πρόσβασης και χρήσης της συγκεκριμένης υπηρεσίας από την Thunderworx για την εξεταζόμενη περίοδο των τριών (3) ετών, κατά την άποψη της Επιτροπής, περιόρισε την ανάπτυξη νέων προϊόντων και νέων υπηρεσιών στην αγορά των ηλεκτρονικών επικοινωνιών και συγκεκριμένα των Premium SMS, κατά παράβαση του άρθρου 6 (1) (β) και εμπόδισε την ανάπτυξη ενός ελάχιστου υγιούς ανταγωνισμού σε βάρος των καταναλωτών. Από την άλλη, η ΑΤΗΚ είχε αρκετό χρόνο να εδραιώσει την υπηρεσία Cybee, με αποτέλεσμα η είσοδος νέων παρόχων υπηρεσιών στην αγορά να γίνει δυσκολότερη...».

Συνεχίζοντας η Επιτροπή στην ως άνω απόφαση της ημερομηνίας 26.7.2012:

«... Ως εκ τούτου, η Επιτροπή, ενεργώντας με βάση το άρθρο 42(2) του εν λόγω Νόμου και προτού αποφασίσει επί της επιβολής διοικητικού προστίμου, αποφάσισε να ενημερώσει την ΑΤΗΚ μέσω του εξουσιοδοτημένου της δικηγόρου για την πρόθεση της να επιβάλει διοικητικό πρόστιμο και για τους λόγους τους οποίους προτίθεται να ενεργήσει τοιουτοτρόπως, παρέχοντας την ίδια ώρα το δικαίωμα στη ΑΤΗΚ να υποβάλει παραστάσεις, εντός της ανατρεπτικής προθεσμίας των 30 ημερών.. Πρακτικά αρ. 1127-47/2012. Η Επιτροπή παράλληλα θα επισημάνει στην ΑΤΗΚ ότι το πλήρες αιτιολογημένο κείμενο της απόφασης της θα της αποσταλεί αφού λάβει τις παρατηρήσεις ή θέσεις της ως προς την επιβολή διοικητικού προστίμου.»

Στις 10.9.2012 η αιτήτρια, μέσω του δικηγόρου της, κοινοποίησε στην Επιτροπή τις θέσεις της αναφορικά με την πρόθεση της Επιτροπής να επιβάλει διοικητικό πρόστιμο.

Στη συνεδρίαση της ημερομηνίας 8.10.2012 η Επιτροπή, αποφάσισε την επιβολή διοικητικού προστίμου ύψους €130.000 Ευρώ και στις 23.10.2012 η Επιτροπή ενημέρωσε την αιτήτρια και την καταγγέλλουσα για την εν λόγω απόφαση της.

Στις 9.11.2012 η ως άνω, εδώ προσβαλλόμενη απόφαση της Επιτροπής με αρ. 47/2012 δημοσιεύτηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας.

Με την γραπτή του αγόρευση ο ευπαίδευτος δικηγόρος για την αιτήτρια προωθεί διάφορους λόγους ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης. Η

αιτήτρια, μέσω της γραπτής αγόρευσης των ευπαίδευτων δικηγόρων της, τους διαχωρίζει σε τρεις, υπό τις παραγράφους **(Α)**, **(Β)** και **(Γ)**, στους οποίους θα αναφερθώ επιγραμματικά αμέσως πιο κάτω, και, περαιτέρω, παραθέτει σειρά λόγων σε μια μεγάλη ενότητα υπό την παράγραφο **(Δ)** υπό την τιτλοφόρηση «**Ουσία**» της γραπτής της αγόρευσης, τους οποίους προτίθεμαι να εξετάσω μετά την εξέταση των λόγων **(Α)**, **(Β)** και **(Γ)**, σε περίπτωση που ήθελε κριθεί ότι αυτοί δεν ευσταθούν.

Οι λόγοι ακυρώσεως υπό **(Α)** μέχρι **(Γ)** στην γραπτή αγόρευση της αιτήτριας, έχουν, περιγραφικά αναφερόμενοι από εμένα, ως ακολούθως:

1. Η Επιτροπή δεν είχε δικαίωμα να ασχοληθεί με την υπόθεση και το ότι έπραξε αυτό, παραβιάζει τα δικαιώματα της αιτήτριας εκ των άρθρων 12 (2) και 179 του Συντάγματος. Αυτό, διότι, κατά τον ευπαίδευτο δικηγόρο για την αιτήτρια, η ακύρωση της αρχικής απόφασης της Επιτροπής με (αρ. 132/2008) στην Αναθεωρητική Έφεση Αρ. 39/2011 (βλ. ανωτέρω) «...έθεσε τέρμα, κατά την ταπεινή μου εισήγηση, στο ζήτημα Καταγγελία *Thunderworx* εναντίον ΑΤΗΚ για παράβαση του αρ. 6 του Ν. 207/89 αρ. φακ. 11.17.64/2005..». Αυτό, σύμφωνα με την αιτήτρια, προκύπτει ευθέως από την ανάγκη τελεσιδικίας των διαφορών και των διώξεων (ποινικών ή διοικητικών) αλλά και από τα άρθρα 12 (2) και 179 (2) του Συντάγματος, ενόψει του ότι η Επιτροπή είναι μεν διοικητικό όργανο, όμως οι εξουσίες της είναι οιονεί δικαστικής φύσεως. Συνεπώς, κατά την αιτήτρια, «η επανάληψη διαδικασίας εξέτασης καταγγελίας εναντίον οποιουδήποτε μετά από ακύρωση από το ακυρωτικό Δικαστήριο της όποιας πρώτης απόφασης του συνιστά εκ δευτέρου δίκη δια «το αυτό αδίκημα» και δια την αυτήν πράξιν ή παράλειψιν στην έννοια του αρ. 12 (2) του Συντάγματος....». Επιπρόσθετα, πάντα κατά την αιτήτρια «...η ΕΠΑ (σημ. Επιτροπή Προστασίας του Ανταγωνισμού) ως διοικητικό όργανο που ασκεί οιονεί δικαστική εξουσία οφείλει κατά το άρθρο 179 (2) του

Συντάγματος να τηρεί το Σύνταγμα και ουδεμία απόφαση της μπορεί να είναι ασύμφωνος ή αντίθετος με το Σύνταγμα...».

2. Δεν υπήρχε υποχρέωση της Επιτροπής επανεξέτασης της αρχικώς δικαστικώς ακυρωθείσας απόφασης της (αρ. 132/2008). Και αυτό, κατά την αιτήτρια, διότι δεν προέκυπτε διοικητικό κενό από την ακύρωση της απόφασης της Επιτροπής. Δεν υπήρχε οποιαδήποτε νομική υποχρέωση καταδίκης της αιτήτριας.

3. Η Επιτροπή άρχισε την επανεξέταση της υπόθεσης, χωρίς να επαναφέρει τα πράγματα στην προς της ακυρωθείσας με την Αναθεωρητική Έφεση Αρ. 39/2011 απόφαση, κατάσταση. Συγκεκριμένα, κατά την αιτήτρια, με την εν λόγω ακυρωθείσα απόφαση της Επιτροπής επιβλήθηκε στην αιτήτρια συνολικό πρόστιμο €75.000, το οποίο η αιτήτρια κατέβαλε. Το πρόστιμο που καταβλήθηκε από την αιτήτρια δεν επιστράφηκε σε αυτή, όταν ακυρώθηκε δικαστικώς η εν λόγω απόφαση. Συνεπώς, κατά την αιτήτρια, «...δεν υπήρξε αποκατάσταση της νομιμότητας ούτως ώστε να δημιουργηθούν οι προϋποθέσεις εγκύρου αμερόληπτης και αντικειμενικής επανεξέτασης (αν έπρεπε να γίνει επανεξέταση). Παρέβη (σημ. η Επιτροπή) την υποχρέωση της συν τοις άλλοις δυνάμει του αρ. 57 του Ν. 158(Ι)/99, δηλαδή. Όπως εξελίχθηκαν τα πράγματα δημιουργείται η υποψία αν όχι η βεβαιότητα ότι η ΕΠΑ έσπευσε να επαναλάβει τη διαδικασία και να καλύψει τις παραλείψεις της. Ούτε ήταν επιτρεπτή η επανεξέταση πριν την αποκατάσταση των πραγμάτων στην προ της ακυρωθείσας απόφασης κατάσταση διότι δεν δημιουργήθηκαν οι προϋποθέσεις για επανεξέταση.»

Οι ευπαίδευτοι συνήγοροι για την παρεμβαίνουσα, κατά την διάρκεια των διευκρινήσεων της υπόθεσης, με παρέπεμψαν, ως σχετική με το θέμα της παρούσας, στην **απόφαση ημερομηνίας 29.9.2015 στην Προσφυγή Αρ. 2004/2012 Αρχής Τηλεπικοινωνιών Κύπρου και 1. Επιτροπής Προστασίας**

του Ανταγωνισμού 2. Κυπριακής Δημοκρατίας, μέσω Επιτροπής Προστασίας του Ανταγωνισμού με τους ίδιους διαδίκους και παρεμβαίνουσα και με αντικείμενο, ως προκύπτει από την εν λόγω απόφαση κατά λέξη:

«...Αντικείμενο της υπό αναφορά υπόθεσης υπήρξε καταγγελία της Εταιρείας Thunderworx Ltd (διάδοχη κατάσταση της οποίας είναι το ενδιαφερόμενο μέρος, Primetel, εφεξής E.M.) που υπέβαλε για εξέταση στην ΕΠΑ στις 11.10.2005 εναντίον των αιτητών «αναφορικά με την παροχή υπηρεσιών συντόμων γραπτών μηνυμάτων προστιθέμενης αξίας (premium SMS) στους εναλλακτικούς παρόχους ηλεκτρονικών επικοινωνιών, όπου η χρέωση γίνεται κατά τον τερματισμό, κατά παράβαση του Ν.207(Ι)/1989, ως ίσχυε τότε και ο οποίος έχει αντικατασταθεί από τον περί Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμο Ν.13(Ι)/2008» λόγω «της συμπεριφοράς της ΑΤΗΚ να μη δίδει τη δυνατότητα σε εναλλακτικούς παρόχους (όπως το ΕΜ) να προσφέρουν στο καταναλωτικό κοινό την πιο πάνω υπηρεσία....».

Ο ευπαίδευτος συνήγορος για την αιτήτρια, πληροφόρησε το Δικαστήριο, ότι η εν λόγω απόφαση έχει εφεσιβληθεί και, ως ανέφερε κατά λέξη, η εν λόγω απόφαση «..εν πάση περιπτώσει ουδόλως υπεισήλθε σε ουσία, περιορίστηκε στα προδικαστικά για τα οποία εντάξει διαφωνούμε, το γιατί φαίνεται στις αγορεύσεις μας.»

Ως παρατηρώ από την απόφαση στην **Προσφυγή Αρ. 2004/2012 (supra)** η Δικαστής του Ανωτάτου Δικαστηρίου Ψαρά-Μιλτιάδου εξέτασε (και) λόγους ακυρώσεως, ως τους καταγραμμένους ανωτέρω υπό 1, 2 και 3 στην παρούσα και, επί τούτων, αποφάσισε τα ακόλουθα, με δικές μου υπογραμμίσεις:

«ΨΑΡΑ-ΜΙΛΤΙΑΔΟΥ, Δ.: Οι αιτητές επιδιώκουν δια της παρούσης δήλωση του Δικαστηρίου ότι η απόφαση των καθ'ων η αίτηση με αρ.48/12 με την οποία διαπίστωσαν παράβαση από τους αιτητές των αρ. 6(1)(β) και 6(1)(γ) του περί της Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμου του 2008, Ν.13(Ι)/08 (ο οποίος κατήργησε και αντικατέστησε το Ν.207/89) και επέβαλε στους αιτητές διοικητικό πρόστιμο είναι άκυρη, παράνομη και χωρίς οποιοδήποτε αποτέλεσμα, καθώς και Διάταγμα Δικαστηρίου που να ακυρώνει την πιο πάνω απόφαση.

Αντικείμενο της υπό αναφορά υπόθεσης υπήρξε καταγγελία της Εταιρείας Thunderworx Ltd (διάδοχη κατάσταση της οποίας είναι το ενδιαφερόμενο

μέρος, Primetel, εφεξής Ε.Μ.) που υπέβαλε για εξέταση στην ΕΠΑ στις 11.10.2005 εναντίον των αιτητών «αναφορικά με την παροχή υπηρεσιών συντόμων γραπτών μηνυμάτων προστιθέμενης αξίας (premium SMS) στους εναλλακτικούς παρόχους ηλεκτρονικών επικοινωνιών, όπου η χρέωση γίνεται κατά τον τερματισμό, κατά παράβαση του Ν.207(Ι)/1989, ως ίσχυε τότε και ο οποίος έχει αντικατασταθεί από τον περί Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμο Ν.13(Ι)/2008» λόγω «της συμπεριφοράς της ΑΤΗΚ να μη δίδει τη δυνατότητα σε εναλλακτικούς παρόχους (όπως το ΕΜ) να προσφέρουν στο καταναλωτικό κοινό την πιο πάνω υπηρεσία».

.....
 Λόγοι ακύρωσης

Οι αιτητές προβάλλουν πολλαπλούς λόγους ακύρωσης που μπορούν - παρά την ευρύτητα και το πολυάριθμο τους - να καταταχθούν ως εξής:

(α) Λόγοι που αφορούν τη βασιμότητα ή εγκυρότητα της διαδικασίας από το 2005 μέχρι την επίδικη απόφαση ειδικά ως προς τη δυνατότητα επανεξέτασης εκ μέρους της ΕΠΑ (Νομικοί Λόγοι Β1-Β3).

Οι αιτητές εγείρουν πρωταρχικά ισχυρισμούς αναφορικά με τη δυνατότητα της ΕΠΑ να επανεξετάσει μία «ακυρωθείσα απόφασή», στη βάση του σκεπτικού ότι η ΑΤΗΚ έχει ήδη καταδικαστεί από την Επιτροπή, με την ακυρωθείσα απόφασή, και δεν μπορεί να διώκεται και να καταδικάζεται εκ δευτέρου για το ίδιο αδίκημα, κατ' επίκληση του άρθρου 12.2 Συντάγματος. Η διαδικασία τονίζουν είναι οιοσδήποτε ποινική.

.....
.....Ο κ.Χ'Ιωάννου τόνισε ακόμη πως το γεγονός ότι η Επιτροπή, μετά την ακυρωτική απόφαση του Δικαστηρίου δεν επέστρεψε το επιβληθέν με την ακυρωθείσα απόφαση πρόστιμο, συνιστά λόγο που εμπόδιζε την επανεξέταση της υπόθεσης.

.....
 ...Εξέταση λόγων και συμπεράσματα

Ο πρώτος πυλώνας λόγων ακύρωσης ως εκ της φύσεως του πρέπει να εξεταστεί πρώτα απ' οτιδήποτε άλλο, αφού η αποδοχή του θα σηματοδοτούσε το τέρμα της προσφυγής δια της απόρριψής της.

Τίθεται λοιπόν θεμελιακό το ερώτημα αν η Διοίκηση μπορούσε να επανεξετάσει την υπόθεση αυτή. Δεν θα συμφωνήσω με την απόλυτη προσέγγιση της κας Καλλή ότι σε κάθε περίπτωση ακύρωσης έπεται επανεξέταση που είναι όχι μόνο δικαίωμα αλλά και καθήκον της Διοίκησης.

Η υποχρέωση της Διοίκησης για επανεξέταση βέβαια είναι συνυφασμένη με την υποχρέωση συμμόρφωσης (βλ. **αρθ.58 του Ν.158(Ι)/99 και Δημοκρατία ν. Κοντογιώργη (2001) 3 Α.Α.Δ. 1037**).

Όμως αυτή η υποχρέωση δεν λειτουργεί το ίδιο όταν πρόκειται για πειθαρχική ή συναφούς φύσεως δικαιοδοσία όπου επιβάλλεται ένα είδος κύρωσης, όπως είναι φυσικά η επιβολή διοικητικού προστίμου.

Με όλο το σεβασμό προς την ευπαιδευτη συνήγορο από τις υποθέσεις **Re Παμπίνο Χαραλάμπους (1991)1 Α.Α.Δ. 677**, και **Medcon Hellas S.A. (2002) 1 Α.Α.Δ. 1476**, δεν προκύπτει τέτοια αρχή. Το θέμα στις υποθέσεις αυτές εξετάζεται μόνο ως προς τη δυνατότητα έκδοσης προνομιακού εντάλματος, για να διαπιστωθεί - και ορθά βεβαίως - ότι πρόκειται για διοικητικό όργανο (η ΕΠΑ) και η φύση της λειτουργίας της διοικητική. Δεν υπάρχει διαφωνία επ' αυτού.

Το θέμα όμως εδώ είναι διαφορετικό και αφορά ουσιαστικά στον κίνδυνο που είχε - είτε άτομο είτε οργανισμός - να υποστεί καταδίκη (διοικητικής κύρωσης) για τα ίδια γεγονότα, δυο φορές.

Εφόσον κρίνεται ως πειθαρχική-κυρωτική η διαδικασία σίγουρα τυγχάνουν εφαρμογής οι διασφαλίσεις του αρθ.12.5 του Συντάγματος και οι κανόνες φυσικής δικαιοσύνης (βλ. **Φιλίππου ν. Πειθαρχικού Συμβουλίου, Πειθ.Εφ. 2/99 (2000)1Γ Α.Α.Δ. 1839**).

Εφόσον περαιτέρω, η ακύρωση συντελέστηκε εκ του αναρμοδίου ως εκ της παράνομης σύνθεσης σώματος, η επανεξέταση μπορεί να γίνει (βλ.**Κοντόγιωργα - Θεοχαροπούλου «Αι Συνέπειαι της Ακυρώσεως Διοικητικής Πράξεως έναντι της Διοικήσεως» σελ.51**)

Καταληκτικά και έχοντας πάντα υπόψη τα πιο πάνω για τον κίνδυνο καταδίκης, παρατηρώ ότι στις πειθαρχικού τύπου διαδικασίες ή κυρωτικές, η δυνατότητα επανεξέτασης συναρτάται με τις ειδικές περιστάσεις της υπόθεσης και δη το λόγο του πρώτου ακυρωτικού αποτελέσματος, ή της ανάκλησης αφού εν προκειμένω ισχύουν και τα δύο.

Η ανάκληση της διαδικασίας έναρξης της καταγγελίας (χωρίς ωστόσο τελικό αποτέλεσμα) έγινε λόγω αλλαγής ή προβλήματος στη σύνθεση της Επιτροπής. Ήταν θεμιτή ενέργεια. Όπως δε είναι γνωστό:

«Η ανάκληση παράνομης διοικητικής πράξης ενεργεί εξ υπαρχής (ex tunc) και επιφέρει εξαφάνιση του αντικειμένου της, δηλαδή της διοικητικής πράξης που

ανακαλείται.» (Χριστ. Καγιάς & Υιοί Λτδ ν. Δημοκρατίας (1989) 3 Α.Α.Δ. 3329, 3333.

Όσο για τη δεύτερη φάση, αυτή της ακύρωσης, η οποία και δηλώθηκε στο Δικαστήριο ενόψει του παράνομου του διορισμού της Προεδρίας της Επιτροπής, καθιστούσε την πράξη πλημμελή ως εκ της μη ύπαρξης αρμοδιότητας και συνεπώς δεν δημιουργούσε κίνδυνο καταδίκης.

Έχοντας λοιπόν υπόψη τα ειδικά περιστατικά της υπόθεσης από την καταγγελία το 2005 και στη συνέχεια, από οργανισμό που σαφώς και είχε έννομο συμφέρον έγερσης της διαδικασίας, όπως προκύπτει από το αρθ.35 του Ν.13(Ι)/2008 και περαιτέρω ότι η ανάκληση συνιστούσε επανάληψη της διαδικασίας (χωρίς να είχε προηγηθεί απόφαση), ενώ η ακύρωση «άγγιζε» λόγο εκτός των γεγονότων της καταγγελίας αλλά αφορούσε το διορισμό του Προέδρου, θεωρώ ότι οι περιστάσεις εν προκειμένω επιτρέπουν και εν τίνι τρόπω επιβάλλουν την επανεξέταση, παρά το χρόνο που παρήλθε (βλ. **Ελαιουργία Πεττεμερίδη ν. Δημοκρατία (2006)3 Α.Α.Δ. 687**, όπου κρίθηκε ορθή η επανεξέταση παρά τη μεγάλη και αδικαιολόγητη καθυστέρηση).

Στο ίδιο πλαίσιο, δεν θεωρώ ότι η μη επιστροφή (μέχρι τώρα) του πρώτου (ακυρωθέντος) προστίμου δημιουργεί κώλυμα οποιουδήποτε είδους.

.....
 Οι πιο πάνω λοιπόν αιτιάσεις που αφορούν τον πρώτο πυλώνα λόγων ακυρώσεως απορρίπτονται.

.....Προχωρώ στο δεύτερο πυλώνα λόγων που αφορά τον ισχυρισμό - θέση για έλλειψη δέουσας έρευνας κ.ά. συναφών λόγων....».

Οι πιο πάνω αναφερόμενες- ειδικά οι υπογραμμισμένες από εμένα- θέσεις της Δικαστού του Ανωτάτου Δικαστηρίου Ψαρά-Μιλτιάδου στην **Προσφυγή Αρ. 2004/2012 (supra)** με βρίσκουν απόλυτα σύμφωνο και τις υιοθετώ στην πληρότητα τους, ως ορθές και απόλυτα σχετικές αναφορές, καθώς και ως αιτιολογία και κρίση μου αναφορικά με τους παρόμοιους λόγους ακυρώσεως στην παρούσα προσφυγή, τους οποίους η πλευρά της αιτήτριας ανέπτυξε υπό τις παραγράφους **(Α)**, **(Β)** και **(Γ)** στην γραπτή της αγόρευση (βλ. υπό 1. μέχρι 3. αναφορές ανωτέρω στην παρούσα).

Εισερχόμενος, τώρα, στην εξέταση των λόγων ακυρώσεως, οι οποίοι τίθενται υπό την τιτλοφορούμενη παράγραφο «(Δ) Ουσία» της γραπτής αγόρευσης για την αιτήτρια, αυτοί έχουν, συμπυγμένοι και αποδιδόμενοι από εμένα κατωτέρω, ως ακολούθως:

1. Η Επιτροπή προσδιόρισε εσφαλμένα την αγορά. Η αιτήτρια δεν είναι η ίδια ιδιοκτήτης περιεχομένου και δεν ανταγωνίζεται την καταγγέλλουσα στην παροχή λιανικών υπηρεσιών περιεχομένου. Συνεπώς, κατά την αιτήτρια, δεν είναι δυνατόν να θεωρηθεί ότι υπάρχει κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης, λόγω άρνησης παροχής υπηρεσίας, όταν ο Οργανισμός που υποτίθεται ότι αρνείται πρόσβαση δεν δραστηριοποιείται στη λιανική αγορά. Κατά την αιτήτρια, από την απόφαση της Επιτροπής με την οποία όρισε την αγορά απουσιάζουν στοιχεία που αφορούν τη λιανική αγορά των υπερτιμημένων υπηρεσιών, κατά παράβαση των Κατευθυντήριων Γραμμών της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την ανάλυση αγοράς. Η Επιτροπή έχει συγχύσει την αγορά με τα μέσα που προσφέρονται για δραστηριοποίηση της αγοράς, καθιστώντας τον ορισμό αγοράς εκ μέρους της «εξωφρενικό», ως αναφέρει η αιτήτρια. Περαιτέρω, το συμπέρασμα της Επιτροπής, η οποία υιοθέτησε σχετική θέση της Υπηρεσίας, ότι η αγορά σε λιανικό επίπεδο είναι η αγορά υπηρεσιών γραπτών μηνυμάτων αξίας (*Premium SMS*) δεν τεκμηριώνεται από μελέτες εναλλαξιμότητας, ούτε καταγράφονται με οποιοδήποτε τρόπο οι προτιμήσεις των καταναλωτών, τα τέλη των σχετικών προϊόντων ή οι αντιδράσεις των καταναλωτών σε περιπτώσεις αύξησης της τιμής των σχετικών προϊόντων. Ως εκ τούτου, η εναλλαξιμότητα από την πλευρά της ζήτησης δεν είναι δυνατό να καθοριστεί. Η εναλλαξιμότητα από την πλευρά της ζήτησης είναι το κυριότερο εργαλείο που χρησιμοποιείται για τον ορισμό της σχετικής αγοράς και η ουσία της ανάλυσης αγοράς. Κατά την αιτήτρια, όταν ο πελάτης αγοράζει περιεχόμενο μέσω SMS ή μέσω τηλεπληροφόρησης, οι δύο αυτοί μέθοδοι παραγγελίας και πληρωμής είναι επαρκώς εναλλάξιμες, για τους λόγους που

η αιτήτρια αναλυτικά αναφέρει. Κατά την αιτήτρια, η αγορά είναι αυτή των υπερτιμημένων υπηρεσιών περιεχομένου ή υπερτιμημένων υπηρεσιών προστιθέμενης αξίας. Το Premium SMS είναι μία μέθοδος παραγγελίας και παράδοσης υπερτιμημένου περιεχομένου. Χωρίς το περιεχόμενο δεν είναι δυνατόν να υπάρξει Premium SMS.

2. Περαιτέρω, η αιτήτρια ισχυρίζεται, ότι δεν έγινε οποιαδήποτε ανάλυση αγοράς, ως απαιτείται, για να διαφανούν τα μερίδια αγοράς στη λιανική αγορά και πως αυτά επηρεάζονται από την υποτιθέμενη άρνηση της αιτήτριας.

3. Λανθασμένα, σε συνδυασμό με το πιο πάνω, ως ισχυρίζεται ακόμα η αιτήτρια, κατέληξε η Επιτροπή και στο ότι η αιτήτρια κατέχει δεσπόμενη θέση στον τερματισμό σύντομων γραπτών μηνυμάτων και συνακόλουθα στην απευθείας πρόσβαση στο SMSC του δικτύου της. Δεν γίνεται, κατά την αιτήτρια, να εξαχθεί τέτοιο συμπέρασμα χωρίς ανάλυση αγοράς.

4. Λανθασμένα κατέληξε η Επιτροπή στο συμπέρασμα, ότι η αιτήτρια αρνήθηκε να παρέχει διευκόλυνση ή υποδομή, χωρίς την οποία οι ανταγωνιστές του Οργανισμού με δεσπόμενη θέση δεν είναι σε θέση να προσφέρουν την υπηρεσία τους σε πελάτες, κάτι που συνιστά κατάχρηση δεσπόμενης θέσης. Είναι η θέση της αιτήτριας, ότι ουδέποτε αρνήθηκε την παροχή προς την Thunderworx της δυνατότητας να παρέχει υπηρεσίες Premium SMS. Αυτό που δεν ήταν σε θέση να παρέχει τη δεδομένη στιγμή, για τεχνικούς λόγους, ήταν να συνδέσει απευθείας την Thunderworx με το Κέντρο Σύντομων Μηνυμάτων, για σκοπούς παροχής υπηρεσιών Premium SMS (που αφορούσαν, τη δεδομένη στιγμή, όχι τόσο τη σύνδεση με το SMS Center αλλά την αμφίδρομη αποστολή μηνυμάτων με υπερτιμημένο τέλος, το οποίο θα εισέπραττε η αιτήτρια για λογαριασμό της Thunderworx). Στην Thunderworx, ως είναι παραδεκτό από αυτή (κατά την αιτήτρια πάντα), από

σχετική επιστολή της ημερομηνίας 23.11.2006 προς την Επιτροπή, δόθηκε η δυνατότητα να παρέχει τις υπηρεσίες Premium SMS προς τους καταναλωτές, μέσω της ειδικής πύλης Cybee της αιτήτριας, η οποία πύλη δημιουργήθηκε από την αιτήτρια ως παροχέας δικτύου, ακριβώς ώστε να μπορούν παροχείς να παρέχουν τις υπηρεσίες τους *(δηλαδή περιεχόμενο)* προς τους καταναλωτές. Επιπρόσθετα, η Thunderworx είχε τη δυνατότητα αποστολής σε όλους τους πελάτες της κινητής τηλεφωνίας της αιτήτριας περιεχομένου αξίας *(Premium SMS)* μέσω της υπηρεσίας Bulk SMS, η οποία υπηρεσία ήταν διαθέσιμη και προσέφερε στην Thunderworx τη δυνατότητα απευθείας σύνδεσης στο Κέντρο Σύντομο Μηνυμάτων (SMSC) της αιτήτριας. Συνεπώς, δεν είναι ορθό το συμπέρασμα της Επιτροπής, ότι περιορίζεται ο ανταγωνισμός, αφού η Thunderworx και οι εναλλακτικοί παροχείς ήταν σε θέση να παρέχουν υπηρεσίες Premium SMS στους τελικούς χρήστες μέσω της πύλης Cybee ή Bulk SMS.

5. Η απευθείας σύνδεση στο SMS Center της αιτήτριας δεν αποτελεί ουσιώδη διευκόλυνση, για τους λόγους που αναλυτικά στην γραπτή αγόρευση για την αιτήτρια αναφέρονται. Κατά την αιτήτρια, λόγω της εναλλακτικής λύσης που είχε στη διάθεση της η Thunderworx, το «Μοντέλο του Ανεξάρτητου Παροχέα» δεν δύναται να θεωρηθεί ως ουσιώδης διευκόλυνση. Ιδίως διότι δεν ήταν, κατά τον ουσιώδη χρόνο, ακόμη διαθέσιμο ή τεχνικά εφικτό. Όταν η αιτήτρια σχεδίαζε από το έτος 1999 την υπηρεσία της Cybee, το «Μοντέλο του Ανεξάρτητου Παροχέα» δεν υπήρχε ακόμη στην αγορά. Η δε Thunderworx προέβη σε μεγάλες επενδύσεις για την προσφορά Premium SMS χωρίς να διασφαλίσει, ότι η αιτήτρια ήταν σε θέση να την προμηθεύσει με την υπηρεσία που ζητούσε. Η Επιτροπή παραγνωρίζει πλήρως στην απόφαση της, ότι η αιτήτρια δεν είχε οποιαδήποτε υποχρέωση να προβεί σε έξοδα για να δημιουργήσει υποδομή και λογισμικό για να ικανοποιήσει το αίτημα της Thunderworx. Παραγνωρίζει, επίσης και τις υποχρεώσεις της αιτήτριας, η οποία, ως δημόσιος οργανισμός, υπόκειτο

στους νόμους περί προσφορών του δημοσίου και ότι για να προκηρυχθούν προσφορές έπρεπε πρώτα να σχεδιαστούν και να προνοηθούν τα δεδομένα του λογισμικού. Συνεπώς, δεν υπήρξε, ως απόφασισε η Επιτροπή, έμμεση άρνηση της αιτήτριας να προσφέρει την εν λόγω υπηρεσία.

6. Η Επιτροπή, ενεργώντας υπό πλάνη, σύγχυσε με την απόφαση της το υλισμικό που ήταν στην παρούσα περίπτωση ένας υπολογιστής, με το λογισμικό που είναι αυτό που παρέχει τις διάφορες δυνατότητες.

Όλους τους πιο πάνω λόγους ακυρώσεως της προσβαλλόμενης απόφασης, η αιτήτρια τους συνοψίζει και στην παράγραφο 69 της γραπτής της αγόρευσης, διατεινόμενη, ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι, για αυτούς τους λόγους, προϊόν πλάνης περί τα πράγματα, αυθαίρετη, ετσιθελική και αναιτιολόγητη και προϊόν ελλιπούς ή ανύπαρκτης έρευνας.

Εν τέλει, υπό την εκεί τιτλοφορούμενη παράγραφο «**(Δ) Ουσία**» της γραπτής αγόρευσης για την αιτήτρια (υπό την εκεί παράγραφο 70) η αιτήτρια θέτει και θέμα, ότι η Επιτροπή δεν εδικαιούτο να επιβάλει πρόστιμο, με βάση τις πρόνοιες του **άρθρου 41 του Νόμου 13 (Ι)/2008**, αλλά και ότι η συμπεριφορά της ήταν «καταδιωκτική» προς την αιτήτρια. Εναλλακτικά και/ ή επιπρόσθετα η αιτήτρια ισχυρίζεται, ότι το εν λόγω πρόστιμο είναι υπερβολικό και προϊόν προφανούς λάθους.

Προχωρώντας να επιληφθώ των ανωτέρω υπό το «**(Δ) Ουσία**» της γραπτής αγόρευσης της αιτήτριας αναφερόμενων λόγων ακυρώσεως, αποφάσισα, ως πρώτο, όπως εξετάσω, κατά πόσο η Επιτροπή είχε δικαίωμα να επιβάλει πρόστιμο, στην περίπτωση. Διότι, τυχόν κατάληξη, ότι δεν είχε δικαίωμα να επιβάλει πρόστιμο, θα καθιστούσε την εξέταση των υπολοίπων λόγων ακυρώσεως (αν, βέβαια, αυτοί δύνανται να εξεταστούν και σε ποιο βαθμό) αχρείαστη και, εν πολλοίς, αλυσιτελή. Το θέμα, βέβαια, κατά πόσο το

πρόστιμο ήταν υπερβολικό, είναι ορθό και λογικό, όπως τύχει εξέτασης ως τελευταίο.

Η Επιτροπή ασχολήθηκε με αυτό τον ισχυρισμό στην απόφαση της. Αναφέρει η Επιτροπή, σχετικά:

«Σύμφωνα με το άρθρο 41 του Νόμου, η προθεσμία για την επιβολή προστίμου για την υπό εξέταση παράβαση αρχίζει να προσμετρείται από την μέρα που τερματίστηκε η παράβαση, ενώ η προθεσμία διακόπτεται την ημέρα που η Επιτροπή αποφασίζει να κινήσει διαδικασία εξέτασης κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 17 του Νόμου.

Συνακόλουθα, η Επιτροπή κρίνει ότι από την 1^η Ιουνίου 2009 (ημερομηνία καταγγελίας) έως και την 2 Ιανουαρίου 2009 (ημερομηνία καταχώρισης της προσφυγής) παρήλθαν τρία χρόνια και 215 μέρες. Από τις 12 Σεπτεμβρίου 2011 (ημερομηνία ακύρωσης της απόφασης της Επιτροπής) έως και τις 30 Μαρτίου 2012 (ημερομηνία κίνησης διαδικασίας εξέτασης) παρήλθαν 200 ημέρες, οπότεν το σύνολο των ημερών που διέρρευσαν είναι 4 χρόνια και 50 ημέρες. Ως εκ τούτου, η Επιτροπή καταλήγει, ότι δεν παρέρχεται προθεσμία των πέντε ετών. Πρέπει να σημειωθεί ότι στην προσμέτρηση των προθεσμιών δεν λήφθηκαν υπόψη οι διακοπές στις προθεσμίες που επήλθαν με την κίνηση διαδικασιών στη βάση του άρθρου 17 (1) του Νόμου.»

Κρίνω, ότι η πιο πάνω αντίκρουση του θέματος εκ μέρους της Επιτροπής είναι ορθή, ως προς την αιτιολογία και κατάληξη της και, ιδιαίτερα, ορθώς δεν λήφθηκαν υπόψη οι διακοπές στις προθεσμίες που επήλθαν με την κίνηση διαδικασιών στη βάση του άρθρου 17 (1) του Νόμου (βλ. σχετικά, ορθές επισημάνσεις από την ευπαίδευτη συνήγορο για τους καθ' ων η αίτηση, σελ. 25 και 26 στη γραπτή αγόρευση της).

Προχωρώ, συνεπώς, στην εξέταση των υπολοίπων υπό το «(Δ) Ουσία» της γραπτής αγόρευσης της αιτήτριας, προβαλλόμενων ισχυρισμών (ανωτέρω από εμένα συνοψισμένων υπό παραγράφους 1 μέχρι 6 θέσεων).

Καταρχήν, από την μελέτη της επίδικης απόφασης, επαληθεύεται ως ορθή στο σύνολο της η διαπίστωση της ευπαίδευτης συνηγόρου για τους καθ' ων η αίτηση, ότι όλα τα ανωτέρω υπό 1. μέχρι 6. από εμένα ανωτέρω αποδιδόμενα

σημεία, τα οποία η αιτήτρια θίγει στην γραπτή της αγόρευση, τέθηκαν από τους ευπαίδευτους συνηγόρους για την αιτήτρια υπόψη της Επιτροπής (βλ. *καταγραφή των θέσεων στις σελ. 25 μέχρι 28 στην επίδικη απόφαση*) πριν την λήψη της απόφασης της, η οποία και αποφάνθηκε επί εκάστου εξ' αυτών, εξηγώντας αναλυτικά και τους λόγους απόρριψης αυτών των θέσεων της αιτήτριας, παραπέμποντας προς τούτο σε σχετική νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, αποφάσεις της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σε αποφάσεις αρμόδιων ημεδαπών νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου (όπως η ΕΡΗΕΤ), σε σχετική εξειδικευμένη βιβλιογραφία, στο ενώπιον της έγγραφο υλικό κλπ. (βλ. σελ. 28 μέχρι 54 στην επίδικη απόφαση).

Στο σημείο αυτό κρίνω αναγκαίο να υποδείξω, ότι σύμφωνα και με την νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου, τέτοια ως τα εδώ υπό συζήτηση θέματα έχουν κατά κανόνα (*κατά το μάλλον ή το ήττον, ανάλογα με την περίπτωση που εξετάζεται, θα πρόσθετα*) εξειδικευμένο τεχνικό γνωσιολογικό υπόβαθρο και βασίζονται σε τεχνικά ευρήματα, τα οποία (*πέραν από την ορθή ερμηνεία των σχετικών νομοθετικών προϋποθέσεων και νομολογιακών αρχών που αναπτύχθηκαν για αυτές τις προϋποθέσεις, καθώς και την ορθή υπαγωγή των γεγονότων της παρούσας περίπτωσης σε αυτές, τα οποία ελέγχονται, κατά την άποψη μου, από το Δικαστήριο υπό την ακυρωτική/επικυρωτική του αρμοδιότητα, τουλάχιστον ως προς το νόμιμο και εύλογο τους*) δεν ελέγχονται ούτε, βέβαια, υποκαθίστανται από το Δικαστήριο.

Παραπέμπω, σχετικά, στην πάρα πολύ πρόσφατη **απόφαση ημερομηνίας 13.7.2016 στην Προσφυγή Αρ. 846/2013 SALAMIS SHIPPING LTD ΚΑΙ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΤΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ**, στην οποία η Δικαστής του Ανωτάτου Δικαστηρίου Μιχαηλίδου, ανέφερε, μεταξύ άλλων, τα ακόλουθα, με δικές μου υπογραμμίσεις:

«.....*Προϋπόθεση για την εξέταση της απαγορευτικής διάταξης του άρθρου 6(1) του Νόμου, είναι να προσδιοριστεί η αγορά ή η εγχώρια αγορά (ή*

ανάλογα οι αγορές) εντός της οποίας κατέχει η καταγγελλόμενη επιχείρηση δεσπόζουσα θέση και εντός της οποίας λαμβάνει χώρα η κατ' ισχυρισμόν καταχρηστική συμπεριφορά:

«6(1) Απαγορεύεται η καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης μιας ή περισσότερων επιχειρήσεων, που κατέχει ή κατέχουν δεσπόζουσα θέση στο σύνολο ή μέρος της εγχώριας αγοράς ενός προϊόντος, ιδιαίτερα εάν η πράξη αυτή έχει ως αποτέλεσμα ή ενδεχόμενο αποτέλεσμα - .»

Όπως επισημάνθηκε στην Ιωάννου v. ΕΠΑ, Υποθ. Αρ. 612/09, 23.9.2010:

«.Επισημαίνω ότι η ανάλυση της αγοράς είναι και θέμα τεχνικής φύσης και η εξουσία του δικαστηρίου τούτου για αναθεώρηση της απόφασης είναι περιορισμένη. Προκύπτει από τα έγγραφα που συνοδεύουν την ένσταση και το σχετικό διοικητικό φάκελο ότι η προσβαλλόμενη απόφαση λήφθηκε μετά από ενδελεχή έρευνα και είναι επαρκώς αιτιολογημένη. .»

Στην απόφαση στην **Προσφυγή Αρ. 2004/2012 (supra)** η Δικαστής του Ανωτάτου Δικαστηρίου Ψαρά-Μιλτιάδου, ανέφερε τα ακόλουθα, πάντα με δικές μου υπογραμμίσεις (επισημαίνω, εκ νέου, ότι ως με πληροφόρησε ο ευπαίδευτος συνήγορος για την αιτήτρια κατά τις διευκρινήσεις, η εν λόγω απόφαση έχει εφεσιβληθεί):

«...Έχω εξετάσει την επίδικη απόφαση υπό το πρίσμα των ισχυρισμών της αίτησης, πάντα στο πλαίσιο που το παρόν Δικαστήριο, ως αναθεωρητικό και όχι ως Δικαστήριο ουσίας, μπορεί να επέμβει.

Το Δικαστήριο δεν επεμβαίνει σε μια διοικητική πράξη αν από τα ενώπιον του γεγονότα προκύπτει ότι η απόφαση ήταν εύλογα επιτρεπτή.

Δεν έχω αμφιβολία από το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης απόφασης ότι η Επιτροπή έλαβε υπόψη της όλα τα ουσιώδη γεγονότα και συνεκτίμησε όλα τα αναγκαία στοιχεία που αποτελούσαν το σχετικό διοικητικό φάκελο, αφού έδωσε ευκαιρία στους αιτητές να προβάλουν γραπτώς και προφορικώς τις θέσεις τους. Οι ισχυρισμοί που έθεσαν οι αιτητές αξιολογήθηκαν και προσμετρήθηκαν ανάλογα. Η Επιτροπή άσκησε τη διακριτική της ευχέρεια και διατύπωσε την εκτίμηση της κατά τρόπο αιτιολογημένο και εύλογα επιτρεπτό.

Σε μέγιστο βαθμό η ανάλυση της Επιτροπής αφορούσε τεχνικά θέματα και σ' αυτό τον τομέα δεν θεωρώ ότι το Δικαστήριο δύναται να επέμβει αφού κατά τα λοιπά ο έλεγχος της πράξης ανέδειξε εύλογα επιτρεπτή την κρίση της

Διοίκησης αλλά και οι αιτητές σε κανένα σημείο δεν κατόρθωσαν να πείσουν το Δικαστήριο ότι υπήρξε πλάνη περί τα πράγματα ή άλλως πως.

Η προσφυγή απορρίπτεται, η επίδικη πράξη επικυρώνεται. Έξοδα εκ ποσού €2,000 υπέρ των καθ' ων η αίτηση και εναντίον των αιτητών.»

Στην **απόφαση ημερομηνίας 23.9.2010** στην **Προσφυγή Αρ. 612/2009 Άκης Ιωάννου v. Επιτροπής Προστασίας Ανταγωνισμού** ο τότε Δικαστής του Ανωτάτου Δικαστηρίου Φωτίου, ανέφερε, μεταξύ άλλων, τα εξής, πάντα με δικές μου υπογραμμίσεις:

«.....Η Υπηρεσία της καθ' ης η αίτηση (η οποία λειτουργεί τόσο με βάση τον αρχικό νόμο 207/1989 όσο και με βάση το νέο νόμο 13(Ι)/2008) εξέτασε ενδελεχώς το θέμα αυτό, δηλαδή κατά πόσο η Ακτίς Λτδ καταχράστηκε τη δεσπόζουσα θέση που είχε στην αγορά και για τους λόγους που εξηγεί στις σελ. 13 και 14 του Σημειώματος προς την καθ' ης η αίτηση και με αναφορά σε σχετικές αυθεντίες, κατάληξε ότι δεν υπήρξε τέτοια κατάχρηση. Ήταν της άποψης ότι δεν υπήρξαν εξοντωτική τιμολόγηση και αθέμιτες τιμές με την έννοια του άρθρου 6(1)(α) του Νόμου. Τη θέση της Υπηρεσίας δέχθηκε και η καθ' ης η αίτηση όπως φαίνεται από το «ΚΑΤΑΛΗΚΤΙΚΟ ΑΠΟΦΑΣΗΣ ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ» και από τα όσα έχουν τεθεί ενώπιόν μου από πλευράς του αιτητή δε φαίνεται να ήταν η πιο πάνω κατάληξη μη εύλογα επιτρεπτή. Επισημαίνω ότι η ανάλυση της αγοράς είναι και θέμα τεχνικής φύσης και η εξουσία του δικαστηρίου τούτου για αναθεώρηση της απόφασης είναι περιορισμένη. Προκύπτει από τα έγγραφα που συνοδεύουν την ένσταση και το σχετικό διοικητικό φάκελο ότι η προσβαλλόμενη απόφαση λήφθηκε μετά από ενδελεχή έρευνα και είναι επαρκώς αιτιολογημένη. Γενικά δεν έχω ικανοποιηθεί ότι παραβιάστηκαν οι σχετικές νομοθετικές πρόνοιες και τα Άρθρα του Συντάγματος στα οποία γίνεται αναφορά από τον ευπαίδευτο συνήγορο του αιτητή.»

Τέλος, επισημαίνω, για σκοπούς πληρότητας, ότι την πιο πάνω θέση του στην απόφαση **Προσφυγή Αρ. 612/2009 (supra)** μνημόνευσε ο τότε Δικαστής του Ανωτάτου Δικαστηρίου Φωτίου και στην αρχική δικαστική εξέταση του εδώ ζητήματος στην **απόφαση του ημερομηνίας 18.2.2011** στην **Προσφυγή Αρ. 1/2009 ΑΡΧΗ ΤΗΛΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΩΝ ΚΥΠΡΟΥ v. ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ κ.α, ΥΠΟΘΕΣΗ ΑΡ. 1/2009**, η οποία απόφαση, ως προανέφερα, ανατράπηκε τελικά κατ' έφεση, λόγω κακής συγκρότησης/σύνθεσης της Επιτροπής με βάση την απόφαση της Ολομέλειας

του Ανωτάτου Δικαστηρίου στην Προσφυγή Αρ. 1544/09, χωρίς, προφανώς, να εξεταστεί η ορθότητα των λόγων εφέσεων που προέβαλε στη Αναθεωρητική Έφεση Αρ. 39/2011 η αιτήτρια επί του περιεχομένου της εν λόγω δικαστικής απόφασης. Ανέφερε, συγκεκριμένα, στην εν λόγω απόφαση του ο τότε Δικαστής του Ανωτάτου Δικαστηρίου, με δικές μου υπογραμμίσεις:

«.....**ΕΞΕΤΑΣΗ ΝΟΜΙΚΩΝ ΙΣΧΥΡΙΣΜΩΝ**

.....

Λαμβάνοντας δε υπόψη ότι η ουσία της επίδικης απόφασης είναι η κατάληξη των καθ' ων η αίτηση ότι η υπό εξέταση συμπεριφορά της αιτήτριας συνιστούσε κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης της και παραβίαση του άρθρου 6(1)(β) του σχετικού Νόμου θεωρώ απαραίτητη την παράθεση του συγκεκριμένου άρθρου:

.....

Από τα εκτεθέντα ενώπιον μου κρίνω ότι οι καθ' ων η αίτηση εξέτασαν στην προκείμενη περίπτωση το όλο θέμα ενδελεχώς. Άλλωστε η ανάλυση της αγοράς είναι και θέμα τεχνικής φύσης και συνεπώς η εξουσία του Δικαστηρίου για αναθεώρηση της απόφασης είναι περιορισμένη. (Βλ. δική μου απόφαση Άκης Ιωάννου ν. Επιτροπής Προστασίας Ανταγωνισμού υποθες. Αρ. 612/2009 ημερ. 23/9/2010).».

Έχοντας όλα τα πιο πάνω υπόψη, εξέτασα την προσβαλλόμενη απόφαση και, ιδιαίτερα, μία προς μία τις αποφάνσεις της Επιτροπής σε αυτή επί των ισχυρισμών της αιτήτριας ενώπιον της, οι οποίοι προβάλλονται και εδώ υπό την μορφή λόγων ακυρώσεων υπό το «**Δ. ΟΥΣΙΑ**» της γραπτής αγόρευσης για την αιτήτρια (Σημειώνω, ότι έχω διεξέλθει και το περιεχόμενο της απαντητικής γραπτής αγόρευσης της αιτήτριας, όσον αφορά την επιχειρηματολογία που επαναληπτικά ή επιπρόσθετα, ως προς τους λόγους που τέθηκαν με την γραπτή αγόρευση, εκεί παρατίθεται).

Βρίσκω, ότι η Επιτροπή ερμήνευσε και ανέλυσε εμπεριστατωμένα και με πλήρη επάρκεια τις προϋποθέσεις του **άρθρου 6 (1) (β)** του Νόμου, προέβηκε

σε όλες τις δέουσες διαπιστώσεις προς εφαρμογή των προϋποθέσεων του εν λόγω άρθρου στα δεδομένα της παρούσας περίπτωσης και κατέγραψε και απάντησε σε όλους τους ισχυρισμούς της αιτήτριας (βλ. καταγραφή των θέσεων της αιτήτριας στις σελ. 25 μέχρι 28 στην επίδικη απόφαση) και αποφάνθηκε επί εκάστου εξ' αυτών, εξηγώντας αναλυτικά και τους λόγους απόρριψης αυτών των θέσεων της αιτήτριας, παραπέμποντας προς τούτο, ως προανέφερα στην παρούσα, σε σχετική νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, αποφάσεις της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, αποφάσεις αρμόδιων ημεδαπών νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου (όπως η ΕΡΗΕΤ), σχετική εξειδικευμένη βιβλιογραφία, στο ενώπιον της έγγραφο υλικό κλπ. (βλ. σελ. 28 μέχρι 54 στην επίδικη απόφαση). Κρίνω, ότι η απόφαση της ήταν εύλογα επιτρεπτή επί των εν λόγω θεμάτων, προϊόν δέουσας έρευνας και η Επιτροπή σε καμία πλάνη υπέπεσε, ενώ η αιτιολογία που έδωσε ήταν εύλογη, πλήρης και εμπεριστατωμένη. Συνεπώς, ούτε οι λόγοι ακυρώσεως ουσίας της υπόθεσης, τους οποίους η αιτήτρια προωθεί υπό το σημείο «Δ. Ουσία» στην γραπτή αγόρευση της (βλ. 1 μέχρι 6 ανωτέρω στην παρούσα) ευσταθούν.

Παραμένει προς εξέταση, ως τελευταίο ζήτημα, ως προανέφερα στην παρούσα, ο λόγος ακυρώσεως, ότι το πρόστιμο ήταν υπερβολικό και προϊόν πλάνης.

Εξετάζοντας τον λόγο αυτό, παρατηρώ, ότι η Επιτροπή αφιερώνει τρεις (3) σελίδες αναφορικά με το τι έλαβε υπόψη σε σχέση με την επιμέτρηση του προστίμου (€130.000) το οποίο επέβαλε με την επίδικη απόφαση στην αιτήτρια. Δεν διαβλέπω η Επιτροπή να ενήργησε υπό πλάνη ως προς τα κριτήρια επιμέτρησης του προστίμου ή να κινήθηκε εκτός των νομοθετικά επιτρεπτών ορίων όσον αφορά το ύψος αυτού, ούτε θεωρώ, ότι έχει πιθανολογηθεί επαρκώς η περίπτωση πλάνης ως προς το ποσό σε σχέση με τις αναφορές με το αρχικό πρόστιμο που είχε υποβληθεί στην πρώτη δικαστικώς ακυρωθείσα απόφαση της Επιτροπής (βλ. ανωτέρω). Το Δικαστήριο, περαιτέρω,

σύμφωνα με την νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου, δεν ελέγχει την αυστηρότητα του ποινής, εδώ του προστίμου (βλ. **Αντρέας Αζίνας ν. Κυπριακής Δημοκρατίας ΑΕ 1389 ημερομηνίας 20.7.99** και **Κρητιώτης ν. Κυπριακής Δημοκρατίας ΑΕ 2328 ημερομηνίας 30.11.99**). Συνεπώς, με τον τρόπο που τέθηκε ο ισχυρισμός από τη πλευρά της αιτήτριας, δηλαδή, ότι το επιβληθέν πρόστιμο είναι «υπερβολικό» (βλ. σελ. 27 , παράγραφος 71 στην *αγόρευση της*) ενώ, μάλιστα, ως αναφέρει, κατά την αρχική εξέταση του θέματος είχε επιβληθεί ως πρόστιμο το ποσό των €75.000 (επισήμανση, η οποία, εν πάση περιπτώσει, ευσταθεί) δεν επιτρέπει τον δικαστικό έλεγχο του θέματος. Αλλιώς, ίσως, θα ήταν η κατάληξη μου όσον αφορά το επιτρεπτό του δικαστικού ελέγχου του ύψους του προστίμου, εάν το θέμα είχε τεθεί από την αιτήτρια υπό το πρίσμα της απαγόρευσης της αρχής *reformatio in peius*, δηλαδή της μη χειροτέρευσης της θέσης του προσφεύγοντος με την επιβολή υψηλότερου προστίμου από το αρχικό, λόγω του ότι η αιτήτρια άσκησε προσφυγή και το θέμα επανεξετάσθηκε από την Επιτροπή (βλ. σχετικά με την εν λόγω αρχή στην **απόφαση ημερομηνίας 17.7.2013** στην **Προσφυγή Αρ. 847/2012 ΙΩΑΝΝΗΣ ΙΩΑΝΝΟΥ ν. ΚΥΠΡΙΑΚΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ, ΜΕΣΩ ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΕΠΙΘΕΩΡΗΣΗΣ ΕΡΓΑΣΙΑΣ**; και στην **απόφαση ημερομηνίας 13.2.2004** στην **Προσφυγή Αρ. 11/2003 ΑΝΔΡΕΑΣ ΔΗΜΟΣΘΕΝΟΥΣ ν. ΚΥΠΡΙΑΚΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ ΜΕΣΩ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ ΕΠΑΝΑΚΡΙΣΕΩΝ ΑΞΙΩΜΑΤΙΚΩΝ**). Τέτοιος ισχυρισμός, όμως, δεν δικογραφήθηκε, ούτε προβλήθηκε, ούτε προωθήθηκε από την πλευρά της αιτήτριας και δεν αποτελεί ζήτημα, το οποίο συμπεριλαμβάνεται σε αυτά, τα οποία δύναται το Δικαστήριο να εξετάσει αυτεπάγγελτα. Συνεπώς, και αυτός ο λόγος ακυρώσεως περί υπερβολικού ύψους του προστίμου απορρίπτεται.

Για τους λόγους που έχω ανωτέρω παραθέσει, η παρούσα προσφυγή απορρίπτεται.

Επιδικάζονται έξοδα 1300 εναντίον του αιτητή και υπέρ της καθ' ης η αίτηση
1 Επιτροπής.

Η προσβαλλόμενη απόφαση επικυρώνεται.

Γ. ΣΕΡΑΦΕΙΜ, ΔΔΔ