

10 Ιουνίου, 2019

[Μ. ΚΑΛΛΙΓΕΡΟΥ, ΠΔΔ.]

Αναφορικά με το άρθρο 146 του Συντάγματος

Μεταξύ:

ΑΡΧΗ ΤΗΛΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΩΝ ΚΥΠΡΟΥ

Αιτητές,

-ΚΑΙ-

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

Καθ' ων η αίτηση.

.....

Κ. Χατζηϊωάννου, για Α. Κ. Χατζηϊωάννου & ΣΙΑ, για τους αιτητές

Δ. Καλλή (κα), Αν. Δικηγόρος της Δημοκρατίας, για τους καθ' ων η αίτηση

Μ. Κυριακίδης μαζί με Κ. Χατζηαναστάση (κα) και Γ. Ουστά, για Χάρης Κυριακίδης ΔΕΠΕ, για το ενδιαφερόμενο μέρος

ΑΠΟΦΑΣΗ

Μ. Καλλιγέρου, ΠΔΔ: Οι αιτητές αιτούνται απόφασης ότι η απόφαση των καθ' ων η αίτηση με αρ. 6/13 και με αριθμό φακέλου 11.17.007.08 που τους κοινοποιήθηκε με επιστολή ημερομηνίας 6/2/2013 με την οποία διαπιστώθηκε ότι παραβίασαν το αρ. 6(1)(α) και (γ) του Ν.13(Ι)/08 και/ή 207/89 και τους επέβαλε πρόστιμο, είναι άκυρη παράνομη και χωρίς οποιοδήποτε αποτέλεσμα.

Στις 26/1/2007, η εταιρεία Primetel PLC (στο εξής «Ε/Μ») υπέβαλε καταγγελία στην Επιτροπή Προστασίας του Ανταγωνισμού (στο εξής «η Επιτροπή») εναντίον της Αρχής Τηλεπικοινωνιών Κύπρου (στο εξής «οι αιτητές») για πιθανολογούμενες παραβάσεις του άρθρου 6(1)(α) και 6(1)(γ) του περί Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμου του 1989 (Νόμος Αριθμός 207/89), ως ίσχυε τότε.

Στις 13/2/2007 η Επιτροπή, σε συνεδρία της, εξέτασε το περιεχόμενο της καταγγελίας και έδωσε οδηγίες στην Υπηρεσία να διενεργήσει δέουσα έρευνα της καταγγελίας.

Στις 14/2/2008, η Επιτροπή, σε συνεδρία της, μελέτησε την υπό εξέταση καταγγελία της Primetel, υπό το φως της απόφασης του Ανώτατου Δικαστηρίου, ημερομηνίας 4 Δεκεμβρίου 2007 στην Αναθεωρητική Έφεση 3902 (ΑΤΗΚ ν. Δημοκρατίας κ.ά.), και αποφάσισε να ανακαλέσει την απόφαση ημερομηνίας 13/2/2007 για τη διεξαγωγή δέουσας προκαταρκτικής έρευνας, καθώς και όλες τις μετέπειτα ληφθείσες αποφάσεις, και να εξετάσει την πιο πάνω υπόθεση εξ' υπαρχής. Αφού έλαβε υπόψη το υλικό το οποίο βρισκόταν ενώπιον της κατά το χρόνο λήψης της πιο πάνω ανακαλούμενης απόφασης, διαπίστωσε ότι το εν λόγω υλικό δικαιολογεί τη διεξαγωγή έρευνας από την Υπηρεσία και έδωσε σχετικές οδηγίες.

Στις 12/3/2009, η Επιτροπή υπό τη νέα της σύνθεση, σύμφωνα με το διορισμό της από το Υπουργικό Συμβούλιο, ως η απόφαση του ημερομηνίας 14 Μαΐου 2008, σε συνεδρία της εξέτασε την καταγγελία της Primetel, σύμφωνα με τις διατάξεις του περί της Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμου του 2008, Ν.13(Ι)/2008 ο οποίος κατέργησε το Ν.207/89. Η Επιτροπή αποφάσισε να αποδεχτεί, εγκρίνει και υιοθετήσει την απόφαση της Επιτροπής με ημερομηνία 14/2/2008, για εξ' υπαρχής έρευνα της καταγγελίας και έδωσε οδηγίες στην Υπηρεσία να διεξάγει προκαταρκτική έρευνα και να καταθέσει σχετικό σημείωμα.

Στις 19/1/2012, η Επιτροπή, υπό τη νέα της σύνθεση, σύμφωνα με το διορισμό από το Υπουργικό Συμβούλιο, ως η απόφασή του ημερομηνίας 20 Δεκεμβρίου 2011, εξέτασε την υπόθεση υπό το φως της απόφασης του Ανωτάτου Δικαστηρίου ημερομηνίας 25 Μαΐου 2011, στις Προσφυγές με αρ. 1544/09, 1545/09, 1596/09 και 1601/09 (Exxon Mobil Cyprus Ltd κ.ά. και Επιτροπής Προστασίας του Ανταγωνισμού) και, αφού έλαβε υπόψη και σχετικές γνωματεύσεις του Γενικού Εισαγγελέα της Δημοκρατίας, με ημερομηνίες 20 Δεκεμβρίου 2007 και 18 Ιουλίου 2011, αποφάσισε να ανακαλέσει τις αποφάσεις οι οποίες λήφθηκαν ενόσω ο κ. ΧΧΧΧ Χριστοφόρου ήταν Πρόεδρος της Επιτροπής. Αφού έλαβε υπόψη το υλικό το οποίο βρισκόταν ενώπιον της κατά το χρόνο λήψης των πιο πάνω ανακαλούμενων αποφάσεων, η Επιτροπή έκρινε ότι το εν λόγω υλικό δικαιολογούσε τη διεξαγωγή έρευνας της καταγγελίας από την Υπηρεσία και έδωσε οδηγίες για προκαταρκτική έρευνα.

Στις 27/7/2012, η Υπηρεσία, ενεργώντας στη βάση των οδηγιών της Επιτροπής και αφού διεξήγαγε τη δέουσα προκαταρκτική έρευνα της καταγγελίας υπέβαλε στην Επιτροπή σημείωμα.

Στις 29/8/2012, η Επιτροπή αφού έλαβε υπόψη το περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου και τα σημειώματα της Υπηρεσίας, διαπίστωσε ότι εκ πρώτης όψεως

πιθανολογείτο παράβαση του άρθρου 6(1)(α) του Νόμου 13(Ι)/2008 από μέρους της ΑΤΗΚ και ομόφωνα αποφάσισε να προχωρήσει στον καταρτισμό Έκθεσης Αιτιάσεων. Κατά την ίδια συνεδρία, η Επιτροπή αποφάσισε, σε ό,τι αφορά τον ισχυρισμό της καταγγελίας για την ύπαρξη διακριτικής μεταχείρισης από μέρους των αιτητών η οποία έθετε το Ε/Μ σε μειονεκτική στον ανταγωνισμό θέση, ότι εκ πρώτης όψεως δεν υφίσταται παράβαση των διατάξεων των άρθρου 6(1)(γ) του Νόμου.

Στις 3/9/2012, η Επιτροπή, σε συνεδρία της εξέτασε το κείμενο της Έκθεσης Αιτιάσεων, το οποίο τέθηκε ενώπιον της από την Πρόεδρο και μετά από διεξοδική συζήτηση, αποφάσισε να το υιοθετήσει και να το εγκρίνει, αποφασίζοντας παράλληλα την κοινοποίηση του και ειδοποίηση των εμπλεκομένων μερών.

Στις 24/10/2012, τα εμπλεκόμενα μέρη εμφανίστηκαν ενώπιον της Επιτροπής και ανέπτυξαν προφορικώς τις θέσεις τους αφού είχαν αποστείλει αυτές γραπτώς. Με την ολοκλήρωση της διαδικασίας, η Επιτροπή έδωσε σε αμφότερες τις πλευρές οδηγίες για κατάθεση συμπληρωματικών θέσεων μέσα σε δεκαπέντε (15) ημερολογιακές ημέρες.

Στις 16/11/2012, η Επιτροπή, σε συνεδρία της, ομόφωνα κατέληξε ότι στοιχειοθετείται παράβαση του άρθρου 6(1)(α) του Νόμου και, ενεργώντας στη βάση του άρθρου 42 του Νόμου, αποφάσισε όπως ειδοποιήσει σχετικά τους αιτητές για την πρόθεση της να τους επιβάλει διοικητικό πρόστιμο. Οι αιτητές με επιστολή τους κοινοποίησαν τις παραστάσεις τους αναφορικά με την πρόθεση της Επιτροπής να τους επιβάλει διοικητικό πρόστιμο.

Στις 25/1/2013, η Επιτροπή εξέδωσε την απόφαση της, με την οποία κατέληξε ότι στοιχειοθετείται παράβαση του άρθρου 6(1)(α) του Νόμου από τους αιτητές, επιβάλλοντας τους διοικητικό πρόστιμο ύψους €295.277.-. Η απόφαση κοινοποιήθηκε

στις 6/2/2013 τόσο στην ΑΤΗΚ όσο και την Primetel. Την 1/3/2013 η απόφαση της Επιτροπής δημοσιεύτηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Δημοκρατίας.

Σύμφωνα με τον διοικητικό φάκελο το ΕΜ κατήγγειλε στην Επιτροπή την επιβολή αθέμιτων τιμών, ως αποτέλεσμα του Συμβολαίου που είχε υπογραφεί μεταξύ της ΑΤΗΚ και της Primetel, ημερομηνίας 1/7/2006, για περίοδο 12 ετών, το οποίο αφορούσε την εκχώρηση χωρητικότητας στο υποθαλάσσιο καλωδιακό σύστημα SMW-3, το οποίο τερματιζέτο στην Κύπρο και μέσω του οποίου διοχετεύετο η τηλεπικοινωνιακή «κίνηση» από την Κύπρο προς Λονδίνο, κατά παράβαση του άρθρου 6 (1) (α) του Νόμου 207/89, ως ίσχυε τότε, και ο οποίος καταργήθηκε και αντικαταστάθηκε από το Ν. 13(Ι)/2008. Με την καταγγελία τέθηκε ισχυρισμός και για παράβαση του άρθρου 6 (1) (γ) του Νόμου 207/89, που όμως αποσύρθηκε ενώπιον της Επιτροπής, με αποτέλεσμα η αιτούμενη θεραπεία των αιτητών, ως καθορίζεται ανωτέρω για ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης σε σχέση με παράβαση του άρθρου 6(1)(γ), να απορρίπτεται σήμερα ως αβάσιμη.

Οι αιτητές υποστήριξαν στη γραπτή τους αγόρευση ότι ο προσδιορισμός της αγοράς στην επίδικη απόφαση είναι εσφαλμένος και παραπλανητικός, όπως εσφαλμένη είναι και η αναφορά στους «χρόνους» που αναφέρονται στην Έκθεση Αιτιάσεως στην εξέταση της αγοράς αφού εκφεύγουν του χρόνου συνομολόγησης της σύμβασης πώλησης χωρητικότητας (1/7/2016). Το ίδιο παραπλανητικές είναι οι αναφορές στην MINERVA που αγόρασε η ΑΤΗΚ από την MED Nautilus Ltd την 15/12/2007 μετά τη συμφωνία με το Ε/Μ.

Προσβάλλεται επίσης ως πεπλανημένη η κατάληξη της Επιτροπής ότι η ΑΤΗΚ το έτος 2006 κατείχε δεσπόζουσα θέση στα υποθαλάσσια καλωδιακά συστήματα στη διαδρομή Κύπρος-Λονδίνο. Ούτε η ΑΤΗΚ ήταν υποχρεωμένη να πωλήσει χωρητικότητα και ούτε το Ε/Μ αναγκασμένο να αγοράσει χωρητικότητα από την ΑΤΗΚ ενώ αν προσφέρετο θα μπορούσε να την αγοράσει από αλλού, αναφερόμενη σε

παραδείγματα απόκτησης τέτοιας χωρητικότητας από το Ε/Μ (χωρητικότητα 1ΧSTM-1), για να υποδείξει ότι προσφέρετο στην αγορά επαρκής διεθνής χωρητικότητα από πηγές άλλες από την ΑΤΗΚ. Εσφαλμένη δε ήταν και η απόφαση τόσο της Υπηρεσίας στο Σημείωμά της, όσο και της Επιτροπής περί της υπερβολικής τιμολόγησης και της εξ αυτής κατάχρησης της δεσπόζουσας θέσης, λόγω έλλειψης δέουσας έρευνας, ειδικότερα σε σχέση με συγκριτικές χρεώσεις άλλων εταιρειών. Περαιτέρω σε σχέση με την διαδικασία υποστηρίχθηκε από τον δικηγόρο της ΑΤΗΚ ότι το νομικό καθεστώς εξέτασης της καταγγελίας (12/9/2009) ήταν «εσφαλμένο» καθότι η καταγγελία έγινε την 26/1/2007, η ανάκληση που έγινε την 19/1/2012 ήταν παράνομη και επίσης η επανεξέταση ήταν παράνομη. Τέλος ότι η Επιτροπή παράνομα επέβαλε το πρόστιμο καθότι παραβιάστηκε το άρθρο 41(1) και (2) του Ν.13(Ι)/2008.

Οι καθ' ων η αίτηση υπεραμύνθηκαν της νομιμότητας της απόφασης εισηγούμενοι απόρριψη όλων των λόγων ακυρώσεως. Η απόφαση κατ' αυτούς λήφθηκε καθόλα νόμιμα ήταν πλήρως αιτιολογημένη, καμία πλάνη δεν διαπιστώνεται και η Επιτροπή άσκησε τις αρμοδιότητές της μετά από δέουσα έρευνα όλων των ουσιωδών στοιχείων της υπόθεσης. Οι δε τεχνικές κρίσεις της Επιτροπής, περί τον καθορισμό της «αγοράς», την «δεσπόζουσα θέση» και την «υπερβολική τιμολόγηση», εκφεύγουν του δικαστικού ελέγχου. Το Δικαστήριο εξετάζει μόνον κατά πόσο η Επιτροπή ενήργησε εντός των επιτρεπτών αρμοδιοτήτων της και η απόφαση περιέχει αιτιολογία.

Επί του τελευταίου, το Δικαστήριο σημειώνει ότι η αρμοδιότητα του δεν μπορεί να περιοριστεί σε τυπικό έλεγχο νομιμότητας, αλλά σε παροχή αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας με εξέταση των λόγων ακυρώσεως περί παράβασης του Νόμου, πλάνης περί το νόμο και τα πράγματα, έλλειψη δέουσας έρευνας, παράβαση των αρχών της φυσικής δικαιοσύνης, έλεγχο της αιτιολογίας, κατά πόσο είναι υπαρκτή, επαρκής και νόμιμη (ως μη πεπλανημένη περί το νόμο και τα πράγματα) και υπέρβαση

των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας, την τήρηση της αρχής της αναλογικότητας και των υπόλοιπων αρχών που διέπουν την διαδικασία ενώπιον της Επιτροπής προς λήψη απόφασης και άλλα που καθορίζονται στη σχετική νομολογία. Επομένως οι λόγοι ακυρώσεως εξετάζονται πάντοτε σε αυτό το πλαίσιο δικαιοδοσίας που διασφαλίζει και παρέχει εχέγγυα της δίκαιης δίκης.

Οι καθ' ων η αίτηση υποστήριξαν στη γραπτή τους αγόρευση ότι από το κείμενο της προσβαλλόμενης απόφασης καθίσταται σαφές, ότι η Επιτροπή έλαβε υπόψη της όλα τα ουσιώδη γεγονότα και συνεκτίμησε όλα τα στοιχεία που αποτελούσαν το σχετικό διοικητικό φάκελο, ενώ έδωσε κάθε ευκαιρία στους αιτητές να προβάλουν γραπτώς και προφορικώς τις θέσεις τους. Οι ισχυρισμοί επισημαίνουν που θέτουν οι αιτητές με την αγόρευση τους περιορίζονται σε επανάληψη των όσων έθεσαν ενώπιον της Επιτροπής και αποτελούν τις δικές τους εκτιμήσεις, επί θεμάτων για τα οποία η ίδια η Επιτροπή άσκησε τη διακριτική της ευχέρεια και διατύπωσε διαφορετική εκτίμηση και αξιολόγηση, κατά τρόπο αιτιολογημένο και εύλογα επιτρεπτό. Στην προσβαλλόμενη απόφαση περιλαμβάνονται οι λόγοι για την περί του αντιθέτου κατάληξη της Επιτροπής, στα όσα προέβαλαν ενώπιόν της οι αιτητές. Με τη γραπτή τους αγόρευση δε, ουδέν τίθεται που να απαντά και/ή αντικρούει τα όσα εμπειρισταωμένα και αιτιολογημένα αναφέρονται στην επίδικη απόφαση.

Στην απαντητική του αγόρευση ο δικηγόρος των αιτητών υποστηρίζει ότι η επανάληψη των θέσεων του στην γραπτή αγόρευση γίνεται λόγω της υποστήριξης εκ μέρους τους της πλάνης της Επιτροπής και έλλειψης από μέρους της, της δέουσας έρευνας.

Σε ότι αφορά τον πρώτο λόγο ακυρώσεως, ότι η Επιτροπή πλανήθηκε κατά τον προσδιορισμό της αγοράς, αφού συμπεριέλαβε τόσο την πώληση όσο και την μίσθωση διαθέσιμης χωρητικότητας, ωσάν να πρόκειται για το ίδιο ακριβώς προϊόν ή

υπηρεσία, θεωρώ πως θα πρέπει να απορριφθεί. Ο ισχυρισμός των αιτητών ότι πώλησαν ιδιοκτησία τους στο E/M και η πώληση αυτή δεν είναι δυνατόν να τύχει ρύθμισης αφού η εκχώρηση χωρητικότητας (πώληση) δεν είναι δυνατόν να περιληφθεί στην αγορά της υπηρεσίας μισθώσεων διεθνούς μισθωμένης γραμμής, δεν βρίσκει το Δικαστήριο σύμφωνο σε συμφωνία με την απόφαση της Επιτροπής, βάσει των στοιχείων ενώπιόν της.

Η Επιτροπή σε καμία πλάνη δεν περιέπεσε. Διέκρινε την διάθεση που γίνεται βάσει μίσθωσης και διάθεσης που γίνεται βάσει εκχώρησης χωρητικότητας IRU (ή RUO).

Σύμφωνα με την πάγια νομολογία του ΔΕΕ για το θέμα, την οποία η Επιτροπή έλαβε υπόψη της, μια σχετική αγορά προϊόντων ή υπηρεσιών περιλαμβάνει όλα τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που είναι επαρκώς εναλλάξιμα ή υποκατάστατα, όχι μόνο αναφορικά με τα αντικειμενικά τους χαρακτηριστικά, βάσει των οποίων είναι ιδιαίτερα κατάλληλα για την ικανοποίηση των αναγκών των καταναλωτών, τις τιμές τους ή την επιδιωκόμενη χρήση τους, αλλά και τις συνθήκες του ανταγωνισμού, όπως και την ύπαρξη της προσφοράς και της ζήτησης στην εν λόγω αγορά.

Η Επιτροπή απέρριψε τον ισχυρισμό που αντίστοιχα τέθηκε ενώπιόν της από την ΑΤΗΚ, ότι η εκχώρηση χωρητικότητας IRU συνιστά πώληση ιδιοκτησίας. Όπως ανέφερε στην απόφασή της (σελ.23-24), η πώληση ιδιοκτησίας έχει ως αποτέλεσμα τη μεταβίβαση κυριότητας, κάτι το οποίο σε καμία περίπτωση δεν συμβαίνει με την εκχώρηση δικαιώματος IRU. Η εκχώρηση χωρητικότητας με τη μορφή δικαιώματος IRU αποτελεί δικαίωμα χρήσης για συγκεκριμένο χρονικό διάστημα. Στη μεν πρώτη περίπτωση αφορά ανέκκλητο δικαίωμα και στη δεύτερη περίπτωση απλά δικαίωμα χρήσης χωρητικότητας.

Σε ό,τι αφορά τη θέση του δικηγόρου της ΑΤΗΚ ότι «η εκχώρηση ως πώληση ιδιοκτησίας δεν μπορεί να επιβληθεί σαν υποχρέωση στον ιδιοκτήτη, ούτε να ελεγχθεί η τιμή στην οποία διατίθεται.», όπως ανάλογα ισχύει στην περίπτωση πώλησης μιας οικίας από τον ιδιοκτήτη της, η Επιτροπή αποφάσισε ότι ο παραλληλισμός που έγινε ήταν ατυχής και εν πάση περιπτώσει λανθασμένος. Σύμφωνα με το Πρακτικό της επίδικης απόφασης η Επιτροπή επεσήμανε ότι «η ΑΤΗΚ, η οποία είναι οργανισμός δημοσίου δικαίου, κατέχει σωρεία περιουσιακών στοιχείων, όπως μεταξύ άλλων το εθνικό δίκτυο ηλεκτρονικών επικοινωνιών (σταθερής και κινητής τηλεφωνίας), εγκαταστάσεις ηλεκτρονικών επικοινωνιών, κ.ά. Μερικές από τις υπηρεσίες που παρέχει η ΑΤΗΚ, όπως συνεγκατάσταση σε σημεία του εθνικού δικτύου και χονδρική παροχή ευρυζωνικής πρόσβασης, υπόκεινται σε ρυθμίσεις από το γραφείο του ΕΡΗΕΤ. Το γεγονός ότι συγκεκριμένες εγκαταστάσεις που αποτελούν ιδιοκτησία της ΑΤΗΚ ή/και υπηρεσίες που πιθανόν να προσφέρει η ΑΤΗΚ, δεν υπόκεινται σε *ex ante* ρύθμιση, δεν σημαίνει ότι αυτές εκπίπτουν του ελέγχου του δικαίου του ανταγωνισμού. Ο περί της Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμος αρ. 13(Ι)72008, δεν προβλέπει εξαιρέσεις σε ιδιοκτήτες σε ό,τι αφορά τον έλεγχο της τιμής ή υποχρέωσης παροχής συγκεκριμένης υπηρεσίας. Αυτό το οποίο η Επιτροπή είναι αρμόδια να εξετάζει, κατά περίπτωση, σε σχέση με το άρθρο 6 του Νόμου, είναι κατά πόσον κατέχεται δεσπόζουσα θέση στη σχετική αγορά προϊόντων και υπηρεσιών από την καταγγελλόμενη επιχείρηση και ακολούθως στη βάση αντικειμενικών κριτηρίων, κατά πόσον υπάρχει παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού.».

Θεωρώ πως οι αιτιάσεις των αιτητών, περί πώλησης ιδιοκτησίας, παραβλέπουν ότι η ίδια η ΑΤΗΚ πληροφόρησε την Επιτροπή ότι αγόρασε υπερβάλλουσες χωρητικότητες τόσο για να καλύψει τις δικές της ανάγκες όσο και για διάθεσή τους

στην αγορά. Ο ισχυρισμός των αιτητών παραβλέπει, ότι η εκχώρηση μακροχρόνιας χρήσης IRU για 12 χρόνια ή μέχρι την λήξη της ζωής του καλωδίου, επανέφερε στην δική τους κατοχή και αποκλειστική χρήση την «ιδιοκτησία» τους κατά την λήξη της. Κατά τις σχετικές μαρτυρίες μπορούσε να τύχει αναβάθμισης ή επέκτασης του καλωδίου, ως οι προοπτικές κατά την επένδυση της αγοράς της χωρητικότητας από την ίδια. Αυτά δεν συνάδουν με τις συνέπειες μιας «πώλησης». Περαιτέρω δεν αμφισβητήθηκε ότι η απόκτηση διαθέσιμης χωρητικότητας μπορούσε να γίνει είτε βάσει μηνιαίας μίσθωσης, είτε μακροχρόνιας εκχώρησης, ως οι δύο προσφορές της ΑΤΗΚ προς το Ε/Μ.

Αιτιολογημένη επαρκώς είναι και η απόφαση διάκρισης των υποθαλάσσιων καλωδιακών συστημάτων που τερματίζονται στην Κύπρο με τα δορυφορικά συστήματα, τα οποία λόγω της διαφορετικής λειτουργίας τους δεν θα μπορούσαν να θεωρηθούν εναλλάξιμα με τα πρώτα για σκοπούς προσδιορισμού της αγοράς.

Η εκτενής αναφορά του δικηγόρου των αιτητών στα διάφορα υποθαλάσσια καλωδιακά συστήματα τα οποία διέθεταν χωρητικότητα, προφανώς συνάγω ότι συμπλέει με τον ισχυρισμό του ότι δεν έγινε η δέουσα έρευνα πριν την κατάληξη της Επιτροπής ότι η ΑΤΗΚ κατείχε δεσπύζουσα θέση στην εν λόγω αγορά κατά τον ουσιώδη χρόνο. Αγόρευσε ενώπιον της Επιτροπής αλλά επανέλαβε και στο Δικαστήριο, περί των τρόπων με τους οποίους το Ε/Μ θα μπορούσε να αποκτήσει χωρητικότητα προς το Λονδίνο, ώστε να κάμψει τα συμπεράσματα στην Έκθεση Αιτιάσεων αλλά και της Επιτροπής περί της κατοχής δεσπύζουσας θέσης.

Η απόφαση της Επιτροπής ήταν όχι μόνο επαρκώς αλλά απόλυτα αιτιολογημένη, μετά από δέουσα έρευνα. Κατά την αξιολόγηση της ύπαρξης δεσπύζουσας θέσης, έλαβε υπόψη την διαθέσιμη προς πώληση χωρητικότητα σε υποθαλάσσια καλωδιακά συστήματα που τερματίζονται στην Κύπρο για διοχέτευση

τηλεπικοινωνιακής «κίνησης» με προορισμό από Κύπρο προς Λονδίνο, τις επιχειρήσεις που είχαν τον έλεγχο αυτής της διαθέσιμης προς πώληση χωρητικότητας και ενδεχόμενους φραγμούς στην ενεργοποίηση χωρητικότητας προς την Κύπρο. Αφού κατέγραψε τους ισχυρισμούς της ΑΤΗΚ περί υποκατάστατων συστημάτων και προορισμών, αλλά και τρόπων απόκτησης χωρητικότητας άλλων από την αγορά, όπως η εκμίσθωση τόσο από την ΑΤΗΚ όσο και από άλλους παρόχους, η Επιτροπή αιτιολόγησε με απόλυτα σαφή τρόπο γιατί τα συστήματα του Aphrodite 2 προς Χανιά και ακολούθως μέσω άλλων παρόχων για Λονδίνο, αλλά και οι άλλοι συνιδιοκτήτες του SMW3, δεν μπορούσαν να καλύψουν ή και να καλύψουν χωρίς προϋποθέσεις (που αφορούσαν και την έγκριση της ΑΤΗΚ βάσει του συμβολαίου τους μαζί της) τις ανάγκες του E/M, που εντέλει καλύφθηκαν μέσω της επίδικης συμφωνίας με την ΑΤΗΚ.

Αιτιολογήθηκε συναφώς, ότι η δυνατότητα απόκτησης από τους άλλους συνιδιοκτήτες της ΑΤΗΚ ήταν πολύ περιορισμένη λόγω των όσων προβλέποντο στη σχετική Συμφωνία των συνιδιοκτητών. Η πώληση διεθνούς χωρητικότητας σε τρίτα μέρη υπόκειτο στις πρόνοιες της Συμφωνίας κατασκευής και συντήρησης του συστήματος SMW-3, βάσει των οποίων στην περίπτωση που ο αγοραστής χωρητικότητας βρίσκεται στην ίδια χώρα με μια από τις εταιρείες που είναι ένα από τα αρχικά μέρη της συμφωνίας (Initial parties), το συγκεκριμένο μέρος έχει την προτεραιότητα να παρέχει τη ζητηθείσα χωρητικότητα, είτε από τη διαθέσιμη χωρητικότητα, είτε από την εκχωρηθείσα χωρητικότητα που διέθετε, με την έγκριση του μέρους με το οποίο αυτή έχει εκχωρηθεί από κοινού. Ο διαχειριστής του δικτύου (Network administrator) εκτελεί την παραγγελία μετά από την έγγραφη έγκριση του εν λόγω μέρους, και σε περίπτωση τέτοιας πώλησης όλα τα χρήματα δίδονται στο μέρος στο οποίο ανήκε η χωρητικότητα. Γινόταν αντιληπτό, κατά την Επιτροπή, ότι αυτό έδινε πλεονέκτημα ελέγχου στην ΑΤΗΚ, η οποία λόγω του μεγάλου ποσοστού αδιάθετης χωρητικότητας που διέθετε (ως αυτή καταγράφετο), εύλογα θα επιθυμούσε η ίδια να τη διαθέσει παρά να διατεθεί από άλλες εταιρείες, αφού η

διατήρηση αδιάθετης χωρητικότητας από την ΑΤΗΚ συνεπάγεται κόστος. Η ΑΤΗΚ ουσιαστικά έλεγχε την περισσότερη χωρητικότητα που διατίθεται σε παρόχους ηλεκτρονικών επικοινωνιών που δραστηριοποιούνταν στην Κυπριακή Δημοκρατία. Ως εκ τούτου, παρόλο που σύμφωνα και με όσα αναφέρουν οι αιτητές, ότι δηλαδή και άλλοι συνιδιοκτήτες/μέρη της κοινοπραξίας μπορούσαν να διοχετεύσουν χωρητικότητα, όπως οι εταιρείες KPN, France Telecom και OTEGLOBE, εντούτοις εύλογα διαπιστώθηκε από την Επιτροπή ότι η ΑΤΗΚ είχε προτεραιότητα στην διάθεση της χωρητικότητας του συστήματος SMW3.

Ως προς τον διαζευκτικό επίσης ισχυρισμό των αιτητών, ότι ένας εκ των ιδιοκτητών του SMW3 θα μπορούσε να ιδρύσει στην Κύπρο θυγατρική εταιρεία, ώστε να πωλεί απρόσκοπτα χωρητικότητα, χωρίς την έγκριση της ΑΤΗΚ, η Επιτροπή δεν τον αποδέχθηκε και επί τούτου ο κος Χατζηϊωάννου βάλλει κατά της επάρκειας της αιτιολογίας, αφού ήταν γνωστό στην Επιτροπή ότι κάτι τέτοιο ήδη υλοποιήθηκε με την OTENET Telecommunications Ltd, η οποία κατά τον ουσιώδη χρόνο δραστηριοποιείτο στη λιανική αγορά των ηλεκτρονικών επικοινωνιών και ήταν θυγατρική της εταιρείας OTEglobe, που ήταν συνιδιοκτήτρια εταιρεία στο υποθαλάσσιο καλωδιακό σύστημα SMW3 και η οποία (OTENET) ακολούθως εξαγοράστηκε από την MTN. Πράγματι για το θέμα αυτό διαπιστώνεται πως ουσιαστικά ήταν εφικτό υπό προϋποθέσεις να γίνει κάτι τέτοιο, αλλά πέραν της αναφοράς τους στις εν λόγω εταιρείες, οι αιτητές δεν εξήγησαν, όπως απάντησαν οι εκπρόσωποι του Ε/Μ ενώπιον της Επιτροπής (πως δεν ήταν απλό ή εύκολο για τις ξένες εταιρείες) πόσο εύκολο, άμεσο και ιδίου κόστους θα ήταν αυτό το εγχείρημα. Ακόμα όμως κι αν ήθελε θεωρηθεί πως η κρίση της Επιτροπής επί του θέματος αυτού δεν ήταν απόλυτα τεκμηριωμένη, το γεγονός παραμένει, πως από το ενώπιόν μου υλικό από τους διοικητικούς φακέλους, μεταξύ αυτών και οι εμπιστευτικές πληροφορίες για την προς διάθεση χωρητικότητα και το ποσοστό συμμετοχής της ΑΤΗΚ στα Συστήματα ΑΦΡΟΔΙΤΗ 2, CIOS, LEV/Med Nautilus και SMW3, προκύπτει πως τα συμπεράσματα της Επιτροπής πως η ΑΤΗΚ

κατείχε δεσπόμενη θέση στην αγορά κατά την επίδικη περίοδο, ήταν απόλυτα αιτιολογημένα, έχοντας υπόψη τη σχετική νομολογία (**Hoffman - La Roche κατά Επιτροπής, Υπόθ. 85/76 Συλλ. 1979, 481**).

Η Επιτροπή έχοντας υπόψη την κατοχή από την ΑΤΗΚ της μεγαλύτερης διαθέσιμης διεθνούς χωρητικότητας σε υποθαλάσσια καλωδιακά συστήματα που τερματίζονται στην Κύπρο, μέσω των οποίων μπορεί να διοχετευτεί κίνηση από την Κύπρο στο Λονδίνο, καθώς και την οικονομική ευρωστία της και άλλους παράγοντες, κατέληξε πως η ΑΤΗΚ κατείχε δεσπόμενη θέση. Η αιτιολογία κρίνω πως είναι επαρκής και καμία επέμβαση του δικαστηρίου δεν χωρεί επί τούτου. Ο σχετικός λόγος ακυρώσεως απορρίπτεται.

Ο τρίτος λόγος ακυρώσεως που ανέπτυξε ο δικηγόρος των αιτητών στη γραπτή του αίτηση αφορά στην μη πλήρωση της προϋπόθεσης της κατάχρησης της δεσπόμενης θέσης, λόγω *υπερβολικής* τιμής και ως εκ τούτου δεν παραβιάστηκε το άρθρο 6(1)(α) του Ν.13(Ι)/2008. Αφού ανέλυσε τους λόγους για τους οποίους η τιμή θα μπορούσε να διακυμαίνεται, οι οποίοι έχουν σχέση με τον χρόνο αγοράς ή προαγοράς της χωρητικότητας, τον όγκο της, τους επιχειρηματικούς κινδύνους και το κόστος της αρχικής επένδυσης και τις τρέχουσες τιμές της αγοράς, ο κος Χατζηϊωάννου εισηγήθηκε ότι η υιοθέτηση από την Επιτροπή του κόστους κεφαλαίου, ως μέτρου εκτίμησης της τιμής, ήταν εσφαλμένη προσέγγιση, όπως εσφαλμένο ήταν στους υπολογισμούς να μην ληφθεί υπόψη η αδιάθετη χωρητικότητα, που συνιστά κόστος. Με αναφορές στη βιβλιογραφία και τη νομολογία των Ευρωπαϊκών Δικαστηρίων, εισηγήθηκε πως η κατάληξη της Επιτροπής πως η τιμή δεν ήταν εύλογη, με αναφορά στο κόστος παραγωγής και στο κέρδος από την πώληση και ως εκ τούτου υπερβολική, δεν οδήγησε σε ασφαλή συμπεράσματα λόγω πλάνης, αφού αυτό που όφειλε να είχε ληφθεί υπόψη κυρίως, ήταν η εύλογη σχέση της τιμής με την οικονομική αξία του προμηθευμένου προϊόντος. Ο περιορισμός της Επιτροπής σε

συμπεράσματα, κατά πόσο η υπερβολική διαφορά κόστους και τιμής μπορούσε να την οδηγήσει σε απόφαση ότι η επιβληθείσα τιμή ήταν *αθέμιτη καθεαυτή* χωρίς να συγκριθούν με τις τιμές των άλλων ανταγωνιστικών προϊόντων, θα πρέπει να οδηγήσει σε ακύρωση την απόφαση, λόγω πλάνης περί τα πράγματα, λόγω έλλειψης δέουσας έρευνας.

Όπως εξηγούν οι καθ' ων η αίτηση στη γραπτή τους αγόρευση, οι ισχυρισμοί των αιτητών καταρρίπτονται από απλή ανάγνωση της απόφασης, η οποία παραπέμπει σε πληθώρα αποφάσεων της Ευρωπαϊκής Επιτροπής και των Δικαστηρίων της Ένωσης, από τις οποίες αντλεί την ορθή καθοδήγηση ως προς τη μεθοδολογία και τα κριτήρια αξιολόγησης του κατά πόσο μία επιβληθείσα τιμή είναι υπερβολική. Ειδικότερα - αναφέρει η κα Καλλή - ως προς τον ισχυρισμό των αιτητών ότι στην υπό εξέταση υπόθεση δεν ακολουθήθηκε η προσέγγιση του Δικαστηρίου στην γνωστή υπόθεση ***Case 27/76 United Brands v. Commission [1978] ECR 207***, και σε σχετική απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, αυτός καταρρίπτεται στην απόφαση της Επιτροπής, όπου γίνεται σαφής και εκτενής αναφορά στην μεθοδολογία βάσει της ρηθείσας απόφασης του ΔΕΕ αλλά και πρόσθετη αναφορά στην απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής στην υπόθεση ***COMP/A.36.598/D3 Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg***.

Η Επιτροπή πράγματι, συμφωνώ με τους καθ' ων η αίτηση, καθοδηγήθηκε από τις ως άνω αποφάσεις, αλλά όπως ρητά αναφέρεται στην απόφασή της ακολούθησε τη μεθοδολογία που υιοθέτησε η υπόθεση **United Brands** (ανωτέρω), ήτοι κατά πόσο μια τιμή είναι καθ' αυτή αθέμιτη ή είναι αθέμιτη συγκρινόμενη με τις τιμές άλλων ανταγωνιστικών προϊόντων. Υποστήριξαν πως θα πρέπει να απορριφθεί και ο ισχυρισμός των αιτητών ότι η *αδυναμία* συγκριτικής ανάλυσης, καθιστά οποιαδήποτε επακόλουθη θέση άκρως εσφαλμένη και προϊόν ελλιπούς έρευνας. Από τα όσα αναλυτικά παρατίθενται στην προσβαλλόμενη απόφαση, εισηγείται η κα Καλλή,

διαπιστώνεται ότι η σύγκριση δεν είναι ο μοναδικός τρόπος διαπίστωσης του αθέμιτου μίας τιμής, αλλά αυτό είναι δυνατό να διαπιστωθεί και από την εξέταση αυτής καθ' αυτής της τιμής. Περαιτέρω, η Επιτροπή αιτιολόγησε για ποιους λόγους δεν χρησιμοποίησε τη μέθοδο της σύγκρισης, εξηγώντας ότι στην υπό εξέταση περίπτωση δεν υπήρχε η δυνατότητα σύγκρισης. Επιπλέον, η Επιτροπή δεν αρκέστηκε στη διαφορά που εντόπισε μεταξύ κόστους και τιμής, αλλά προχώρησε και εξέτασε κατά πόσο η κερδοφορία που διαπίστωσε κατόπιν οικονομικής ανάλυσης που παρατίθεται στην προσβαλλόμενη απόφαση, καθιστούσε την τιμολόγηση της ΑΤΗΚ αθέμιτη.

Το ακόλουθο απόσπασμα αφορά την κατάληξη της Επιτροπής σε σχέση με το κέρδος πέραν του κόστους κεφαλαίου, ότι αυτό ήταν υπερβολικό:

«Η Επιτροπή θεωρεί ότι τα πιο πάνω δεικνύουν την κρισιμότητα της χρονικής στιγμής που ζητήθηκε προσφορά για παραχώρηση διεθνούς χωρητικότητας από την ΑΤΗΚ, δηλαδή την περίοδο εισδοχής της PrimeTel στη λιανική αγορά. Λόγω αυτής της κρισιμότητας, της τιμής του προϊόντος από μέρους της ΑΤΗΚ έχει ιδιαίτερη σημασία αφού, πέραν της πελατειακής σχέσης μεταξύ της PrimeTel και της ΑΤΗΚ, είναι και ανταγωνιστές. Η Επιτροπή κρίνει ότι στη βάση όλων των πιο πάνω, το περιθώριο κέρδους πέραν του κόστους κεφαλαίου της ΑΤΗΚ, ύψους [...]% , για την παραχώρηση διεθνούς χωρητικότητας στο υποθαλάσσιο καλωδιακό σύστημα SMW3 που τερματίζεται στην Κύπρο με προορισμό Κύπρο-Λονδίνο, ήταν υπερβολικό, δημιουργώντας στην PrimeTel πρόσθετα εμπόδια εισόδου στη λιανική αγορά, εμποδίζοντας την να ανταγωνιστεί την ίδια την ΑΤΗΚ προσφέροντας τις ίδιες υπηρεσίες σε καλύτερες τιμές, ιδιαίτερα έχοντας υπόψη ότι η ισχύς του Συμβολαίου είναι 12χρόνια.».

Ενώ οι καθ' ων η αίτηση απορρίπτουν τους ισχυρισμούς των αιτητών ότι δεν λήφθηκε υπόψη το κόστος ευκαιρίας και το υψηλό επιχειρησιακό ρίσκο, επικαλούμενοι τα συμπεράσματα των ερευνών της Υπηρεσίας βάσει των στοιχείων που δόθηκαν από την ΑΤΗΚ, κάτι στο οποίο δεν επέμεινε ο κος Χατζηϊωάννου στην απαντητική αγόρευση, και διαπιστώνω πράγματι από το περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου

απόλυτα αιτιολογημένο το σχετικό μέρος περί του τι σταθμίστηκε προς ανεύρεση του ποσοστού κέρδους πέραν του κόστους κεφαλαίου, παραμένει προς εξέταση το ζήτημα, στο οποίο επέμειναν οι αιτητές, ότι δηλαδή δεν αιτιολογήθηκε καθόλου γιατί δεν έγινε σύγκριση τιμών και/ή ότι η αιτιολογία που δόθηκε ότι δεν μπορούσε να γίνει σύγκριση ήταν αναληθής και/ή πεπλανημένη βασισμένη σε έλλειψη έρευνας επ' αυτού.

Το άρθρο 6(1)(α) του περί της Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμου (Ν.13(Ι)/2008), προνοεί ως ακολούθως:

«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 προϊόντος, ιδιαίτερα εάν η πράξη αυτή έχει ως αποτέλεσμα ή ενδεχόμενο αποτέλεσμα:-

(α) τον άμεσο ή έμμεσο καθορισμό αθέμιτων τιμών αγοράς ή πώλησης ή άλλων μη θεμιτών υπό της περιστάσεις όρων συναλλαγής.....».

Στη βάση της ως άνω διάταξης, η Επιτροπή εξέτασε την καταγγελλόμενη συμπεριφορά, διερευνώντας τη στοιχειοθέτηση των παραμέτρων που υπαγορεύει το άρθρο 6(1)(α) του Νόμου, ήτοι, (α) της ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης από μέρους της καταγγελλόμενης εταιρείας, (β) εντός της σχετικής αγοράς προϊόντος/υπηρεσίας και (γ) της κατάχρησης της δεσπόζουσας θέσης, μέσω της ύπαρξης αθέμιτων τιμών αγοράς και/ή όρων συναλλαγής.

Όπως αποφασίστηκε από το ΔΕΕ στην υπόθεση **C-209/10 Post Danmark I**, σκ. 23:

«Κατά πάγια επίσης νομολογία, η κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρηση υπέχει ειδική υποχρέωση να μη θίγει, με τη συμπεριφορά της, τον αποτελεσματικό και ανόθευτο ανταγωνισμό στην εσωτερική αγορά. Όταν η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης αποτελεί συνέπεια πρώην νόμιμου μονοπωλίου, το γεγονός αυτό πρέπει να λαμβάνεται υπόψη» (βλ. απόφαση της 2.4.2009, C-202/07 P, Franc Telecom κατά Επιτροπής, Συλλογής 2009, σ. I-2369, σκέψη 105 και εκεί νομολογία).]

Σε ότι αφορά το κριτήριο της «μη δίκαιης» τιμής έχει αποφασιστεί πως κατά την έννοια του άρθρου 102 της ΣΛΕΕ τέτοια είναι η υπερβολική τιμή, δυσανάλογη προς την οικονομική αξία της προσφερόμενης παροχής (**A.GT-Link A/S v. De Danske Statsbaner (DSB) C-242/95 απόφ. 17/7/1997**).

Στην **United Brands v. Επιτροπής** (ανωτέρω), την οποία επικαλέστηκε η Επιτροπή, αποφασίστηκε πως υπερβολική τιμή είναι η δυσανάλογη προς την οικονομική αξία το παρεχόμενου προϊόντος και ότι μπορεί να εξεταστεί αν επιβλήθηκε δίκαιη τιμή είτε κατ' απόλυτη έννοια, «καθ' εαυτή», είτε συγκρινόμενη με ανταγωνιστικά προϊόντα.

Δεν έσφαλε ούτε πλανήθηκε η Επιτροπή, ότι η μεθοδολογία αυτή εκτίμησης είναι μία από τις μεθόδους καθορισμού των δίκαιων τιμών παρόλο που υπάρχουν και άλλες, όπως αυτή σε συνδυασμό με συγκριτική ανάλυση αγοράς (**Comp/A.36.568/D3 Scandlines Sverige AB v. Port of Helsingborg απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής 23/7/2004**), η διαχρονική σύγκριση τιμών, η αναγωγή της τιμής σε ανταγωνιστικό περιβάλλον, η σύγκριση τιμών άλλων αγορών γειτονικών, κλπ.

Όπως καταγράφεται στο σύγγραμμα του **Λ. Ε. Κοτσίρη «Δίκαιο Ανταγωνισμού»** σελ. 55:

«. η υπερβολική τιμή ούτε αποδίδει πάντοτε ύπαρξη οικονομικής ισχύος (π.χ. απόδοση σε μια νέα ευρεσιτεχνία) ούτε ο καθορισμός της πολύ πάνω από το κόστος αντανάκλα πάντοτε κατάχρηση. Ενδεχόμενες ενδείξεις θα ήταν ο καθορισμός της τιμής πάνω από το ανταγωνιστικό επίπεδο εφόσον συντρέχουν ομοειδή χαρακτηριστικά αγοράς. Εξίσου δύσκολος είναι ο συσχετισμός τιμής με τα ποσοστά κερδοφορίας, αφού τα τελευταία μπορεί να προέρχονται λόγω μεγαλύτερης αποτελεσματικότητας της επιχείρησης ή λόγω μικρής κεφαλαιακής βάσης.

Η οικονομική θεωρία δέχεται ότι υψηλές τιμές είναι αναμενόμενο αποτέλεσμα άσκησης οικονομικής δύναμης. Ως εκ τούτου, ο χαρακτηρισμός τιμολόγησης ως καταχρηστικής προϋποθέτει αφενός ανάλυση κόστους της ίδιας της επιχείρησης και αφετέρου συγκριτική ανάλυση αγοράς».

Ο κος Χατζηϊωάννου θέτει το ερώτημα, γιατί ενώ υπήρχαν διαθέσιμες συγκριτικές τιμές που θα οδηγούσαν σε ασφαλή συμπεράσματα, η καταφυγή στην μέθοδο αυτή δεν επιλέγηκε σε συνδυασμό με την επιλογήσα, παρά μόνον η Επιτροπή απέφυγε την συγκριτική μέθοδο με την αιτιολογία ότι δεν ήταν δυνατή.

Πράγματι ο κος Χατζηϊωάννου αποκάλυψε στην απαντητική του αγόρευση το ποσό αγοράς από την ΑΤΗΚ, της ίδια διατεθείσας χωρητικότητας στην PrimeTel λίγα χρόνια πριν. Επίσης το Ε/Μ μέσω των αντιπροσώπων του, που ακούστηκαν ενώπιον της Επιτροπής αναφέρθηκαν σε ακριβότερη προσφορά της ΟΤΕΝΕΤ που τους απέτρεψε να την επιλέξουν, αναφέρθηκαν επίσης σε δύο συμφωνίες με συνιδιοκτήτες του Συστήματος SMW-3 οι οποίες ναυάγησαν, όπως υποστήριξαν εξαιτίας της ΑΤΗΚ. Περαιτέρω ο κος Χατζηϊωάννου παρουσίασε πίνακα με τις κατά τη δική του γνώση και/ή ισχυρισμό συμφωνίες που είχε συνάψει το Ε/Μ για απόκτηση καλωδιακής χωρητικότητας από διάφορους παροχείς (βλ. σελ. 13 της γραπτής του αγόρευσης). Αν όλα αυτά ήταν ενώπιον της Επιτροπής γιατί, ερωτά ο κος Χατζηϊωάννου, δεν έγινε σύγκριση τιμών;

Η αιτιολογία που δόθηκε ότι δεν μπορούσε να γίνει σύγκριση τιμών, κρίνω υπό τις περιστάσεις πως δεν είναι ικανοποιητική.

Μετά απ' όλα αυτά καταλήγω έχοντας υπόψη και τις προειδοποιήσεις της ίδιας της Επιτροπής προς τον εαυτό της περί των προβληματισμών που διατυπώθηκαν από τους ακαδημαϊκούς, ως προς τις επισφάλειες της έννοιας «*υπερβολικό*» ή τιμή «*καθ' αυτή*» υπερβολική (που ήταν η επίδικη υπόθεση) σε σχέση με την απόφαση United Brands, πως η αναφορά σε μη δυνατότητα καταφυγής και σε σύγκριση τιμών είναι

αναπιολόγητη. Επί τούτου δεν έγινε καμία έρευνα πέραν του τι λέχθηκε από την υπηρεσία και παρά τις ενστάσεις των αιτητών. Η Επιτροπή βεβαίως είχε ευχέρεια να επιλέξει την μεθοδολογία της που θα την οδηγούσε στα ασφαλή συμπεράσματα. Υπό τις περιστάσεις της μη αιπιολόγησης, γιατί δεν συνδυάστηκε για ασφαλέστερα αποτελέσματα η συγκριτική μέθοδος παρά τις ενστάσεις της ΑΤΗΚ ως προς την οικονομική αξία του προϊόντος, το Δικαστήριο δεν μπορεί να ελέγξει τη νομιμότητα αυτής της επιλογής, ως αναπιολόγητη. Θεώρησε η Επιτροπή το ποσοστό κέρδους πέραν του κόστους κεφαλαίου «υπερβολικό» και άρα «αθέμιτο», χωρίς αναφορά στο επιλεγέν όριο περιθωρίου κέρδους το οποίο θα θεωρούσε θεμιτό και χωρίς αιπιολογία στην κατάληξη περί της «*υπερβολικής τιμής αφ' εαυτής*». Επιβαλλόταν αιπιολογία ως προς το γιατί μία συγκριτική ανάλυση αγοράς δεν θα εξυπηρετούσε την ανάγκη για ασφαλέστερη κατάληξη. Εννοείται, και δεν υπάρχει αμφιβολία επί τούτου, ότι η αιπιολογία απαιτείται για τον έλεγχο πάντα της νομιμότητας της απόφασης και όχι την υποκατάστασής της Επιτροπής από το Δικαστήριο. Ο λόγος αυτός ακυρώσεως γίνεται δεκτός.

Σε ότι αφορά τον ισχυρισμό των αιτητών, ότι η Επιτροπή δεν εδικαιοούτο να επιβάλει πρόστιμο με βάση τις πρόνοιες του άρθρου 41 του Ν. 13(Ι)/2008, δεδομένου ότι είχαν περάσει 5 χρόνια από την ισχυριζόμενη παράβαση, συμφωνώ με τους καθ' ων η αίτηση ότι παραγνωρίζει το εδάφιο (2) του άρθρου 41, το οποίο παραθέτουν, και σύμφωνα με το οποίο η προθεσμία προσμετράται, σε περίπτωση κατ' εξακολούθηση ή κατ' επανάληψη παράβασης, από την ημέρα που τερματίστηκε η παράβαση.

Η Επιτροπή όπως διαφαίνεται από τον φάκελο, έλαβε υπόψη της ότι η παράβαση άρχισε την 1/7/2006, όταν συμφωνήθηκε η παραχώρηση της ζητηθείσας χωρητικότητας και τέθηκε σε ισχύ η συμφωνία, και συνεχιζόταν μέχρι και την ημερομηνία έκδοσης της απόφασης, συνεπώς ουδέποτε τερματίστηκε. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 41(3), η προθεσμία διακόπτεται με την κίνηση διαδικασίας

εξέτασης από την Επιτροπή, δηλαδή κατά την κίνηση διαδικασίας εξέτασης μιας παράβασης. Εν προκειμένω, η Επιτροπή αποφάσισε την κίνηση διαδικασίας κατά τη συνεδρία της με ημερομηνία 29 Αυγούστου 2012. Δεν τίθεται ως εκ τούτου θέμα παρέλευσης της πενταετίας.

Για τους λόγους που εξηγώ ανωτέρω, η προσφυγή επιτυγχάνει. Η επίδικη απόφαση ακυρώνεται, με €1.400.- έξοδα, πλέον ΦΠΑ, υπέρ των αιτητών και εναντίον των καθ' ων η αίτηση.

Μ. Καλλιέργου, ΠΔΔ.