

ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ

Συνεκδικαζόμενες Υποθέσεις

Αρ. 5651/2013 και 6297/2013

4 Οκτωβρίου 2018

[Ε. ΜΙΧΑΗΛ, ΔΔΔ]

Υπόθεση Αρ. 5651/2013

Αναφορικά με το άρθρο 146 του Συντάγματος

Μεταξύ

ΑΡΧΗΣ ΤΗΛΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΩΝ ΚΥΠΡΟΥ

Αιτητών

ΚΑΙ

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

Καθ' ων η Αίτηση

.....

Υπόθεση Αρ. 6297/2013

Αναφορικά με το άρθρο 146 του Συντάγματος

Μεταξύ

ΑΡΧΗΣ ΤΗΛΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΩΝ ΚΥΠΡΟΥ

Αιτητών

ΚΑΙ

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

Καθ' ων η Αίτηση

.....

κ. Κ. Χατζηιωάννου για Α. Κ. Χατζηιωάννου & Σία, για τους αιτητές.

κα Β. Χριστοφόρου για Γενικό Εισαγγελέα, για τους καθ' ων η αίτηση.

κα Κ. Χατζηαναστάση για Χάρης Κυριακίδης Δ.Ε.Π.Ε., για το ενδιαφερόμενο μέρος Primetel PLC.

### **Α Π Ο Φ Α Σ Η**

**Ε. Μιχαήλ, ΔΔΔ:** Οι αιτητές με την προσφυγή τους υπ' αριθμό 5651/2013 ζητούν την ακύρωση της απόφασης των καθ' ων η αίτηση ημερομηνίας 13.6.2013 με την οποία οι καθ' ων η αίτηση εξέδωσαν προσωρινό διάταγμα κατά των αιτητών.

Με την υπ' αριθμό 6297/2013 ζητούν την ακύρωση της απόφασης των καθ' ων η αίτηση ημερομηνίας 5.9.2013 με την οποία τους επιβλήθηκε χρηματικό πρόστιμο για

παράλειψη συμμόρφωσής τους με το προσωρινό διάταγμα που προσβάλλεται με την 5651/2013.

Οι παρούσες υποθέσεις συνεκδικάστηκαν στις 10.5.2018 μετά από εισήγηση του Δικαστηρίου και τη σύμφωνη γνώμη των διαδίκων αφού διαφάνηκε ότι οι δυο πράξεις είναι συναφείς ως απόρροια η 6297/2013 της 5651/2013.

Το ενδιαφερόμενο μέρος στις 6.11.2008 υπέβαλε καταγγελία κατά των αιτητών για παράβαση του άρθρου 6 του περί Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμου, Ν. 13(Ι)/2008 (στο εξής ο «Νόμος»). Η καταγγελία εξετάστηκε από τους καθ' ων η αίτηση στις 7.11.2008 και δόθηκαν οδηγίες στην υπηρεσία να διεξαγάγει προκαταρκτική έρευνα. Ακολούθησε αλλαγή στη σύνθεση των καθ' ων η αίτηση μετά από απόφαση Δικαστηρίου και μετά από ανάκληση της προηγούμενης απόφασης, δόθηκαν εκ νέου οδηγίες στην υπηρεσία στις 26.1.2012.

Στις 5.6.2013 το ενδιαφερόμενο μέρος υπέβαλε αίτηση για λήψη προσωρινών μέτρων κατά των αιτητών. Σε συνεδρία ημερομηνίας 11.6.2013 διεξήχθη ακροαματική διαδικασία σε σχέση με την εν λόγω αίτηση. Στις 13.6.2013 εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση.

Στην παρούσα υπόθεση, μετά τη συμπλήρωση των γραπτών αγορεύσεων εγέρθηκε ισχυρισμός από τους αιτητές παράνομης συγκρότησης των καθ' ων η αίτηση. Σύμφωνα με οδηγίες του Ανωτάτου Δικαστηρίου, καταχωρήθηκαν συμπληρωματικές γραπτές αγορεύσεις των διαδίκων επί αυτού του ζητήματος και μετά από κοινό αίτημα προς το Δικαστήριο όλων των πλευρών, έγιναν διευκρινίσεις μόνο επί αυτού

του σημείου ενώπιον του Διοικητικού Δικαστηρίου εφόσον μεσολάβησε η ίδρυσή του.

Το παρόν Δικαστήριο εξέδωσε απόφαση στις 29.1.2016 με την οποία έκρινε παράνομη τη συγκρότηση των καθ' ων η αίτηση. Οι καθ' ων η αίτηση και το ενδιαφερόμενο μέρος άσκησαν έφεση η οποία με απόφαση της πλειοψηφίας του Ανωτάτου Δικαστηρίου ημερομηνίας 3.3.2017, απέρριψε την έφεση του ενδιαφερομένου μέρους και έκανε δεκτή την έφεση των καθ' ων η αίτηση με αποτέλεσμα τον παραμερισμό της πρωτόδικης απόφασης.

Στην 5651/2013 το ενδιαφερόμενο μέρος εγείρει προδικαστική ένσταση της οποίας η εξέταση έχει προτεραιότητα. Ισχυρίζεται ότι η προσφυγή έχει απωλέσει το αντικείμενό της ή/και είναι αλυσιτελής εφόσον όλες οι υποχρεώσεις που επέβαλαν οι καθ' ων η αίτηση στους αιτητές μέσω της επίδικης απόφασης έχουν εκπληρωθεί και συνεπώς οι αιτητές έχουν απωλέσει το έννομό τους συμφέρον. Τυχόν έκδοση δικαστικής απόφασης, εισηγούνται, δεν είναι δυνατό να ανατρέψει τα αποτελέσματα της προσβαλλόμενης απόφασης.

Από την άλλη, οι αιτητές επιχειρηματολογούν ότι η προσφυγή δεν έχει απωλέσει το αντικείμενό της και τυχόν επιτυχία αυτής και κατ' επέκταση ακύρωσης της προσβαλλόμενης πράξης θα επαναφέρει τα πράγματα στην κατάσταση που ήταν πριν την έκδοση της πράξης δηλαδή, η συμφωνία μεταξύ αιτητών και ενδιαφερομένου μέρους θα είναι νόμιμα τερματισμένη. Πρόσθετα, εισηγούνται, θα εξαλειφτούν τα ζημιογόνα κατάλοιπα του διατάγματος που είναι η επιβολή προστίμου στους αιτητές και η μετέπειτα καταδίκη τους.

Είναι σημαντικό στο σημείο αυτό να διευκρινιστούν τα γεγονότα επί των οποίων στηρίχτηκε η καταγγελία που υπέβαλε το ενδιαφερόμενο μέρος στους καθ' ων η αίτηση, που είναι τα ακόλουθα:

Οι αιτητές και το ενδιαφερόμενο μέρος ήταν συμβαλλόμενοι σε συμφωνία ημερομηνίας 8.2.2008 σύμφωνα με την οποία οι αιτητές παραχωρούσαν στο ενδιαφερόμενο μέρος δικαίωμα σύνδεσης και χρήσης σε συγκεκριμένο σύστημα ιδιοκτησίας των αιτητών. Το ενδιαφερόμενο μέρος υπέβαλε καταγγελία στους καθ' ων η αίτηση στις 6.11.2008 ισχυριζόμενο ότι οι αιτητές εφάρμοζαν πρακτικές και αθέμιτες τιμές πώλησης που ισοδυναμούσαν με καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης που κατείχαν κατά παράβαση του άρθρου 6 του Νόμου. Συγκεκριμένα, στρέφονταν κατά των όρων εκείνων της συμφωνίας που απαιτούσαν από το ενδιαφερόμενο μέρος να καταβάλλει ετησίως στους αιτητές ποσό ίσο με €526.500 για τη λειτουργία και συντήρηση της χωρητικότητας που παραχωρήθηκε στο ενδιαφερόμενο μέρος επί του συστήματος.

Λόγω αδυναμίας του ενδιαφερόμενου μέρους να ανταποκριθεί στη συγκεκριμένη απαίτηση των αιτητών, οι αιτητές προχώρησαν στις 3.6.2013 - εκκρεμούσης της εξέτασης της καταγγελίας του ενδιαφερομένου μέρους ενώπιον των καθ' ων η αίτηση - στη διακοπή της παροχής χωρητικότητας στο ενδιαφερόμενο μέρος και προειδοποίησαν ότι εάν δεν καταβάλλονταν τα οφειλόμενα εντός συγκεκριμένης προθεσμίας, οι αιτητές θα προχωρούσαν σε τερματισμό της συμφωνίας.

Σε αυτά τα πλαίσια και συγκεκριμένα στις 5.6.2013, το ενδιαφερόμενο μέρος κατέθεσε αίτηση στους καθ' ων η αίτηση ζητώντας τη λήψη προσωρινών μέτρων.

Η προσβαλλόμενη απόφαση έχει το εξής περιεχόμενο:

«Προσωρινό Διάταγμα της Επιτροπής, στη βάση των άρθρων 23(2) και 28 του Νόμου, με το οποίο διατάσσεται η ΑΤΗΚ όπως:

α) μην τερματίσει στις 17/6/2013 την μεταξύ αυτής και της Primetel Συμφωνία με ημερομηνία 8/2/2008 ("Agreement for the right of Use Provision of Capacity Using the Minerva Sea Cable System") και τη Συμφωνία με ημερομηνία 5/11/2009 με τον αυτό τίτλο λόγω της μη εξόφλησης από μέρους της Primetel του εκδοθέντος τιμολογίου ύψους 526.500 ευρώ, το οποίο κατέστη πληρωτέο και να μην ανακτήσει την υπό αναφορά χωρητικότητα, και

β) επαναφέρει και επανασυνδέσει με τον ενδεδειγμένο τεχνικό ή άλλο τρόπο την χωρητικότητα επί της οποίας η Primetel αγόρασε δικαίωμα χρήσης από την ΑΤΗΚ στο καλωδιακό σύστημα MINERVA δυνάμει των ως άνω Συμφωνιών και την οποία η ΑΤΗΚ έχει αποσυνδέσει ήδη από τις 3/6/2013.

Ο υπό β) όρος θα εκπληρωθεί υπό την προϋπόθεση ότι η εταιρεία Primetel θα καταβάλει το οφειλόμενο ποσό των 526.500 ευρώ (συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.) πλέον ενδεχόμενο κόστος επανασύνδεσης, όπως παρακάτω:

- i) Η Primetel καταβάλει στην ΑΤΗΚ το ποσό των 263.250 ευρώ μέχρι και τις 30/6/2013 πλέον το ενδεχόμενο κόστος επανασύνδεσης. Με την καταβολή του εν λόγω ποσού, η ΑΤΗΚ υποχρεούται να προβεί σε άμεση και χωρίς περαιτέρω καθυστέρηση εκπλήρωση του υπό β) όρου, και
- ii) Η Primetel καταβάλει στην ΑΤΗΚ το υπόλοιπο ποσό συνολικού ύψους 263.250 ευρώ σε δύο ισόποσες δόσεις, με την πρώτη πληρωτέα μέχρι τις 31/7/2013 και τη δεύτερη πληρωτέα μέχρι τις 31/8/2013.

Σε περίπτωση κατά την οποία η Primetel δεν ανταποκριθεί πλήρως στις ως άνω περιγραφόμενες υποχρεώσεις της, το παρόν διάταγμα παύει να ισχύει.»

Δυστυχώς, ούτε οι καθ' ων η αίτηση ούτε το ενδιαφερόμενο μέρος διαφώτισαν περαιτέρω το Δικαστήριο σε σχέση με μεταγενέστερες αποφάσεις που εξέδωσαν οι καθ' ων η αίτηση αλλά ούτε και από τους διοικητικούς φακέλους που κατατέθηκαν προκύπτει η συνέχεια της καταγγελίας παρόλο που από την αρίθμηση των φακέλων που κατατέθηκαν, αντιλαμβανόμαστε ότι υπάρχουν και άλλοι που δεν είχαν προσκομιστεί στο Δικαστήριο.

Για τον λόγο αυτό, έκρινα σκόπιμο όπως επανανοίξω την υπόθεση έτσι ώστε να διευκρινίσουν οι διάδικοι στο Δικαστήριο κατά πόσο εκδόθηκε απόφαση από τους καθ' ων η αίτηση επί της καταγγελίας και πως ενδεχομένως επηρεάζει τέτοια απόφαση την παρούσα προσφυγή. Στα πλαίσια αυτά, διευκρινίστηκε στο Δικαστήριο ότι εκδόθηκε τελική απόφαση από την καθ' ης η αίτηση και δόθηκαν οδηγίες στους διαδίκους για καταχώρηση συμπληρωματικών γραπτών αγορεύσεων.

Όπως προκύπτει από τις συμπληρωματικές γραπτές αγορεύσεις των διαδίκων, της έκδοσης της απόφασης για λήψη προσωρινών μέτρων που προσβάλλεται με την 5651/2013, ακολούθησε η απόφαση ημερομηνίας 5.9.2013 στα πλαίσια της οποίας εξετάστηκε η παράλειψη των αιτητών να συμμορφωθούν με την απόφαση για προσωρινά μέτρα η οποία προσβάλλεται με την 6297/2013 και η απόφαση ημερομηνίας 5.3.2015 η οποία ήταν η τελική επί της καταγγελίας του ενδιαφερομένου μέρους η οποία προσβάλλεται με την Προσφυγή Αρ. 698/2015.

Το ενδιαφερόμενο μέρος, μέσω της συμπληρωματικής γραπτής του αγόρευσης, διευρύνει την προδικαστική ένσταση που είχε εγείρει στη γραπτή του αγόρευση αναφέροντας ότι, αφενός, η ισχύς της προσβαλλόμενης με την 5651/2013 πράξης έχει λήξει με την έκδοση της τελικής απόφασης επί της καταγγελίας και, αφετέρου, η εξέταση της 5651/2013 καθίσταται ακαδημαϊκής σημασίας αφού οι αιτητές δεν πρόκειται να ωφεληθούν από τυχόν επιτυχή έκβαση της προσφυγής τους.

Συνεπώς, η προδικαστική ένσταση που προβάλλει το ενδιαφερόμενο μέρος στην 5651/2013 έχει τρεις πτυχές. Η πρώτη αφορά στην απώλεια του αντικειμένου της προσφυγής εφόσον όλες οι υποχρεώσεις που επέβαλαν οι καθ' ων η αίτηση στους αιτητές μέσω της επίδικης απόφασης έχουν εκπληρωθεί, η δεύτερη ότι η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης έχει λήξει με την έκδοση της τελικής απόφασης επί της καταγγελίας και η τρίτη σε έλλειψη εννόμου συμφέροντος των αιτητών εφόσον, δεν θα ωφεληθούν από τυχόν επιτυχία της προσφυγής.

Οι καθ' ων η αίτηση για σκοπούς έκδοσης της προσβαλλόμενης στην 5651/2013 απόφασης, βασίστηκαν στα άρθρα 23(2) και 28 του Νόμου. Το άρθρο 23(2) προνοεί για τις αρμοδιότητες της Επιτροπής και η παράγραφος (θ) αυτού για την αρμοδιότητά της να αποφασίζει *«για τη λήψη προσωρινών μέτρων στις περιπτώσεις που προβλέπονται κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 28»*.

Το άρθρο 28 προνοεί ότι:

«28.-(1) Η Επιτροπή δύναται να διατάσσει τη λήψη προσωρινών μέτρων και να θέτει τους κατά την κρίση της αναγκαίους κατά περίπτωση όρους. Τα μέτρα αυτά, επιτακτικά ή απαγορευτικά, οφείλουν να είναι προσωρινής και



συντηρητικής φύσης και να μην υπερβαίνουν σε έκταση τα υπό τις περιστάσεις απολύτως αναγκαία.

(2) Η Επιτροπή ενεργεί κατά τα οριζόμενα στο άρθρο αυτό είτε αυτεπαγγέλτως είτε κατ' αίτηση των ενδιαφερομένων, η οποία αίτηση δύναται να υποβληθεί μονομερώς ή διά κλήσεως όλων των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων ή ενώσεων επιχειρήσεων, εφόσον συντρέχουν οι ακόλουθες προϋποθέσεις:

(α) στοιχειοθετείται ευλόγως ισχυρή εκ πρώτης όψεως υπόθεση παράβασης του άρθρου 3 και/ή 6 του παρόντος Νόμου και/ή των Άρθρων 81 ΕΚ και/ ή 82 ΕΚ,

(β) η περίπτωση είναι επείγουσα, και

(γ) υπάρχει σοβαρός κίνδυνος ανεπανόρθωτης βλάβης για τα συμφέροντα αυτού που υποβάλλει την αίτηση ή για το δημόσιο συμφέρον.

(3) Αίτηση για λήψη προσωρινών μέτρων δύναται να υποβληθεί μονομερώς από ενδιαφερόμενο μέρος. Η αίτηση γίνεται δεκτή μόνο εφόσον συνοδεύεται από καταγγελία ενεργηθείσα κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 35 ή έπεται της καταγγελίας ή εφόσον υποβάλλεται κατά τη διάρκεια της ενώπιον της Επιτροπής διαδικασίας για παράβαση του άρθρου 3 και/ή 6 του παρόντος Νόμου και/ ή των Άρθρων 81 ΕΚ και/ή 82 ΕΚ. Η αίτηση γίνεται δεκτή εφόσον καθορίζονται σε αυτή τα αιτούμενα προσωρινά μέτρα και ο αιτητής καταβάλλει, κατόπιν απαίτησης της Επιτροπής, εγγύηση για ζημιές που τυχόν θα προκληθούν στην επιχείρηση ή ένωση επιχειρήσεων κατά της οποίας διατάσσονται τα προσωρινά μέτρα, σε περίπτωση που δε διαπιστωθεί οποιαδήποτε παράβαση.

(4) Η Επιτροπή δύναται να επιβάλλει στην ενδιαφερόμενη επιχείρηση ή ένωση επιχειρήσεων διοικητικό πρόστιμο μέχρι δέκα επτά χιλιάδες ευρώ για κάθε ημέρα παράλειψης αυτής να συμμορφωθεί πλήρως με την απόφαση της

Επιτροπής για λήψη προσωρινών μέτρων κατά τα οριζόμενα στο άρθρο αυτό.»

Όπως προκύπτει από το περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου, η αίτηση για λήψη προσωρινών μέτρων που υπέβαλε το ενδιαφερόμενο μέρος υποβλήθηκε μονομερώς και στα πλαίσια της καταγγελίας που προηγήθηκε. Δεν πρόκειται για ανεξάρτητη αίτηση χωρίς καταγγελία και ούτε θα μπορούσε, εξάλλου, εφόσον σύμφωνα με την παράγραφο (3) του άρθρου 28 του Νόμου, η ύπαρξη καταγγελίας συνιστά προϋπόθεση.

Οι αιτητές στην απαντητική τους αγόρευση δεν απορρίπτουν τον ισχυρισμό του ενδιαφερομένου μέρους ότι η τελευταία δόση καταβλήθηκε στις 31.8.2013 ως προνοεί η προσβαλλόμενη απόφαση. Συνεπώς, για σκοπούς της παρούσας υπόθεσης θεωρείται ως κοινώς παραδεκτό γεγονός ότι το ενδιαφερόμενο μέρος συμμορφώθηκε με τις παραγράφους ι) και ιι) της προσβαλλόμενης απόφασης.

Οι αιτητές δεν αναφέρουν, επίσης, τίποτε διαφωτιστικό σε σχέση με το κατά πόσο τελικά συμμορφώθηκαν με τις παραγράφους α) και β) της προσβαλλόμενης απόφασης. Η μόνη αναφορά που γίνεται από τους αιτητές είναι στο ότι η ακύρωση της επίδικης πράξης *«θα επαναφέρει τα πράγματα στη προ της επίδικης πράξης κατάσταση. Δηλαδή η συμφωνία μεταξύ των αιτητών και της PRIMETEL θα είναι νόμιμα τερματισμένη»*. Από τα έγγραφα που αποτελούν παράρτημα στην ένσταση των καθ' ων η αίτηση στην 6297/2013, προκύπτει ότι οι αιτητές με επιστολή τους ημερομηνίας 1.7.2013 προς το ενδιαφερόμενο μέρος, το ενημέρωναν ότι *«η συμφωνία ημερομηνίας 5.11.2009 τερματίζεται»*.

Εντούτοις, από το κείμενο της τελικής απόφασης επί της καταγγελίας το οποίο εντόπισα στην ιστοσελίδα των καθ' ων η αίτηση προκύπτει ότι στις 9.8.2013 οι αιτητές τελικά συμμορφώθηκαν με το διάταγμα (βλ. Απόφαση ΕΠΑ 07/2015, 5.3.2015, σελ.164).

Έχω την άποψη ότι η προδικαστική ένσταση του ενδιαφερομένου μέρους στην έκταση που αναφέρει ότι η προσφυγή έχει απωλέσει το αντικείμενό της ή/και είναι αλυσιτελής εφόσον όλες οι υποχρεώσεις που επέβαλαν οι καθ' ων η αίτηση στους αιτητές μέσω της επίδικης απόφασης έχουν εκπληρωθεί, δεν ευσταθεί εφόσον η συμμόρφωση με το εν λόγω διάταγμα των καθ' ων η αίτηση ήταν υποχρέωση των αιτητών χωρίς αυτό, όμως, να μπορεί να τους αποστερήσει το δικαίωμα αμφισβήτησης ενώπιον Δικαστηρίου της νομιμότητάς του.

Όσον αφορά τη δεύτερη πτυχή της προδικαστικής ένστασης του ενδιαφερομένου μέρους ότι δηλαδή η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης έχει λήξει με την έκδοση τελικής απόφασης επί της καταγγελίας, ευσταθεί.

Έχω την άποψη ότι η απόφαση που προσβάλλεται με την υπ' αριθμό 5651/2013 προσφυγή ήταν εκτελεστή και οι αιτητές είχαν το απαιτούμενο έννομο συμφέρον κατά την έκδοσή της. Από τις 5.3.2015, όμως, που εκδόθηκε η τελική απόφαση των καθ' ων η αίτηση η ενδιάμεση απόφαση που προηγήθηκε έπαυσε να έχει οποιαδήποτε ισχύ δηλαδή, έληξε.

Έχω τη γνώμη ότι δεν μπορεί να ιδωθεί διαφορετικά το ζήτημα εφόσον, όπως ανέφερα και πιο πάνω, η έκδοση απόφασης προσωρινών μέτρων έγινε μετά από

αίτηση του ενδιαφερομένου μέρους στα πλαίσια καταγγελίας που είχε υποβάλει και στη βάση των ίδιων περιστατικών που αποτελούσαν το αντικείμενο εξέτασης της καταγγελίας. Η απόφαση επιβολής προσωρινών μέτρων σκοπό είχε την διατήρηση της τότε υπάρχουσας νομικής και πραγματικής κατάστασης μέχρι να ολοκληρωθεί η εξέταση της καταγγελίας. Συνεπώς, με την έκδοση απόφασης επί της καταγγελίας η προσβαλλόμενη με την Προσφυγή 5651/2013 πράξη, έληξε.

Όσον αφορά στο έννομο συμφέρον αιτητή, αυτό πρέπει να υφίσταται σε όλα τα στάδια της διαδικασίας δηλαδή, κατά την παραγωγή της διοικητικής πράξης, κατά την άσκηση προσφυγής και κατά το στάδιο συζήτησης της υπόθεσης («**Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου**», **Ε. Π. Σπηλιωτόπουλος**, 12<sup>η</sup> έκδοση, **Τόμος II**, σελ. **86**, **παρ. 459**). Σύμφωνα με το ίδιο σύγγραμμα, το έννομο συμφέρον δυνατό να εκλείψει εάν η προσβαλλόμενη πράξη θεωρείται εξαφανισμένη εξ αρχής, όταν ανακληθεί, ακυρωθεί, καταργηθεί ή λήξει χρονικά ως η υπό εξέταση περίπτωση.

Η εξακολούθηση της δίκης είναι δυνατή μόνο όταν παραμένει κατάλοιπο ζημίας από την πράξη που εξαφανίστηκε ή ανακλήθηκε ή ακυρώθηκε ή καταργήθηκε ή έληξε χρονικά. Η ζημία αυτή θα πρέπει να προέκυψε πριν από την εξαφάνισή της ή την ανάκληση, ακύρωση, κατάργηση ή χρονική λήξη και δυνατό να διεκδικηθεί με αγωγή στη βάση του Άρθρου 146.6 του Συντάγματος για την οποία, όμως, προϋπόθεση είναι η έκδοση ακυρωτικής απόφασης στα πλαίσια της διοικητικής δίκης. Συνεπώς, το βάρος απόδειξης του ότι παρέμεινε ζημία το φέρει ο αιτητής (**Παπαδόπουλος ν. Δημοκρατίας (1989) 3 Α.Α.Δ. 973**, **Στράκκα Λτδ ν. Δημοκρατίας (1991) 3 Α.Α.Δ. 643**, **Μιχαηλίδης ν. Δημοκρατίας (2011) 3 Α.Α.Δ. 33**).

Όπως αναφέρθηκε στην υπόθεση **Ζηντίλη ν. Δημοκρατίας, Υπόθεση Αρ. 509/2013, 26.5.2015:**

«Πρέπει να γίνεται αναφορά στο κατάλοιπο ζημίας όχι ως θεωρητικό εγχείρημα, αλλά ως ενδεχομένως πραγματική συνέπεια, έστω και εκ πρώτης όψεως (**Αφρόκηπος Λτδ ν. Δημοκρατίας** (1990) 3 Α.Α.Δ. 281, **Πορίσματα Νομολογίας 1929-1959**, σελ. 242-243 και **Slevoslav Stoyanov ν. Δημοκρατίας**, Υπόθεση Αρ. 1406/2011, 31.5.2012.»

Το κατάλοιπο ζημίας που επικαλούνται οι αιτητές στη συμπληρωματική γραπτή τους αγόρευση, αφορά στην καταβολή του προστίμου που τους επιβλήθηκε στα πλαίσια εξέτασης παρακοής το οποίο, εν πάση περιπτώσει, αποτελεί αντικείμενο της προσφυγής 6297/2013 και η αρχή που καθιερώνεται, κατά τους αιτητές, μέσα από την επίδικη απόφαση ότι στα πλαίσια του δικαίου του ανταγωνισμού ο προμηθευτής υποχρεούται να επαναδιαπραγματεύεται τους συμφωνημένους όρους πληρωμής ή να δίδει πίστωση στον αγοραστή όταν αυτός δυσκολεύεται να ανταποκριθεί στις συμβατικές του υποχρεώσεις.

Όσον αφορά το δεύτερο σκέλος του κατάλοιπου ζημίας που επικαλούνται, κρίνω ότι αυτό τίθεται θεωρητικά και συνεπώς δεν μπορεί να γίνει αποδεκτό αλλά, εν πάση περιπτώσει, δεν συμφωνώ ότι η λήψη των συγκεκριμένων προσωρινών μέτρων καθιερώνει μία αρχή γενικής εφαρμογής έτσι ώστε να μπορεί να εκληφθεί ως ζημία.

Όσον αφορά το πρώτο σκέλος του επιχειρήματος των αιτητών, προβληματίστηκα ιδιαίτερα. Αφενός, οι αιτητές κλήθηκαν να καταβάλουν το ποσό των €665.000 ως διοικητικό πρόστιμο. Αφετέρου, το ποσό που κατέβαλαν ως διοικητικό πρόστιμο δεν απορρέει ευθέως από την έκδοση της προσβαλλόμενης με την 5651/2013 πράξης

αλλά από τη μη συμμόρφωση των αιτητών με αυτήν. Με άλλα λόγια εάν οι αιτητές συμμορφώνονταν άμεσα με τα προσωρινά μέτρα που διέταξαν οι καθ' ων η αίτηση, δεν θα υπήρχε μη συμμόρφωση ούτε επιβολή διοικητικού προστίμου για μη συμμόρφωση και συνεπακόλουθα, ούτε ζημία ως την προβάλλουν οι αιτητές.

Η έκδοση προσωρινών μέτρων από τους καθ' ων η αίτηση εξυπακούει την υποχρέωση των αιτητών να συμμορφωθούν με αυτά. Τυχόν διαφωνία τους ή αμφισβήτηση της νομιμότητας αυτών, μπορεί να επιλυθεί μόνο δικαστικά και όχι μέσω της μη συμμόρφωσής τους με αυτά. Κατ' επέκταση, δεν μπορεί η ζημία που προκλήθηκε στους αιτητές ως συνέπεια της δικής τους παράλειψης συμμόρφωσης να στοιχειοθετήσει ιδιαίτερο έννομο συμφέρον που θα μπορούσε να δικαιολογήσει τη συνέχιση της δίκης εκεί που κατά τα άλλα η δίκη καταργείται.

Ένεκα του ότι αντικείμενο της 6297/2013 είναι η απόφαση επιβολής διοικητικού προστίμου στους αιτητές λόγω μη συμμόρφωσης, κρίνω ορθότερο όπως προχωρήσω στην εξέταση και εκείνης της υπόθεσης προτού διατυπώσω την κατάληξη μου στην 5651/2013.

Όπως αναφέρω πιο πάνω, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 28(4) του Νόμου, η Επιτροπή δύναται να επιβάλλει σε επιχείρηση διοικητικό πρόστιμο μέχρι δέκα επτά χιλιάδες Ευρώ για κάθε μέρα παράλειψης της επιχείρησης να συμμορφωθεί πλήρως με την απόφαση της Επιτροπής να επιβάλλει προσωρινά μέτρα.

Μετά από ενημέρωση των καθ' ων η αίτηση από τους συνηγόρους του ενδιαφερομένου μέρους ότι οι αιτητές δεν συμμορφώθηκαν με την απόφαση των

καθ' ων η αίτηση ημερομηνίας 13.6.2013 για επιβολή προσωρινών μέτρων, οι καθ' ων η αίτηση κάλεσαν και τα δυο μέρη σε συνεδρία στις 4.7.2013 για να εξεταστεί η μη συμμόρφωση των αιτητών. Με απόφασή τους ημερομηνίας 9.7.2013 οι καθ' ων η αίτηση κατέληξαν ότι «πιθανολογείται εκ πρώτης όψεως μη συμμόρφωση της ΑΤΗΚ με το Προσωρινό Διάταγμα της Επιτροπής ημερομηνίας 13/6/2013» και κάλεσαν τους αιτητές να θέσουν γραπτώς τις απόψεις τους εντός δοθείσας προθεσμίας. Με απόφασή τους ημερομηνίας 5.9.2013, οι καθ' ων η αίτηση επέβαλαν στους αιτητές διοικητικό πρόστιμο ύψους €17.000 για κάθε μέρα παράλειψης συμμόρφωσης. Συνολικά, το διοικητικό πρόστιμο ανήλθε στις €663.000 για 39 μέρες μη συμμόρφωσης αφού ενδιάμεσα, εκκρεμούσης της διαδικασίας μη συμμόρφωσης ενώπιον των καθ' ων η αίτηση, οι αιτητές συμμορφώθηκαν.

Οι αιτητές προωθούν ως λόγους ακύρωσης πλάνη περί τα πράγματα από πλευράς των καθ' ων η αίτηση εφόσον η ισχύς της απόφασης για προσωρινά μέτρα εξέπνευσε χωρίς το ενδιαφερόμενο μέρος να είχε συμμορφωθεί έγκαιρα με τις απαιτήσεις του, πλάνη περί τον νόμο και κατάχρηση εξουσίας.

Το περιεχόμενο της απόφασης προσωρινών μέτρων παρατίθεται πιο πάνω στην απόφαση. Σύμφωνα με αυτό, οι αιτητές διατάσσονταν επί δυο ζητημάτων ως ακολούθως:

(α) Να μην τερματίσουν στις 17.6.2013 τις συμφωνίες ημερομηνίας 8.2.2008 και 5.11.2009 μεταξύ των αιτητών και του ενδιαφερόμενου μέρους, **και**

(β) Να επαναφέρουν και επανασυνδέσουν το δικαίωμα χρήσης του ενδιαφερομένου μέρους σε συγκεκριμένο καλωδιακό σύστημα το οποίο είχε ήδη αποσυνδεθεί στις 3.6.2013 νοουμένου ότι το ενδιαφερόμενο μέρος θα κατέβαλλε στους αιτητές μέχρι συμπεριλαμβανομένης της 30.6.2013 το ποσό των €263.250 πλέον τυχόν κόστος επανασύνδεσης. Το ενδιαφερόμενο μέρος όφειλε, επίσης, να καταβάλει στους αιτητές το ποσό των €263.250 σε δύο ισόποσες δόσεις την πρώτη πληρωτέα μέχρι τις 31.7.2013 και τη δεύτερη μέχρι τις 31.8.2013.

Η απόφαση προνοεί, επίσης, ότι σε περίπτωση που το ενδιαφερόμενο μέρος δεν ανταποκριθεί στις χρηματικές του υποχρεώσεις, το διάταγμα παύει να ισχύει.

Από τα πιο πάνω προκύπτει ότι οι αιτητές είχαν σωρευτικά την υποχρέωση να μην τερματίσουν τις συμφωνίες και να επανασυνδέσουν το δικαίωμα χρήσης του ενδιαφερομένου μέρους νοουμένου ότι το ενδιαφερόμενο μέρος κατέβαλλε τα ποσά που προνοούνται στην παράγραφο (β) με τον τρόπο που προνοείται. Συνεπώς, σε περίπτωση που το ενδιαφερόμενο μέρος δεν κατέβαλλε κάποια από τις τρεις πληρωμές ως αυτές καταγράφονται στην παράγραφο (β), τότε το διάταγμα δεν είχε ισχύ.

Οι αιτητές δεν φαίνεται να αμφισβητούν ότι το ενδιαφερόμενο μέρος κατέβαλε έγκαιρα το ποσό των €263.250 ως προνοείται στην παράγραφο (β) της απόφασης. Ισχυρίζονται, όμως, ότι υπήρχε κόστος επανασύνδεσης το οποίο δεν καταβλήθηκε έγκαιρα και συνεπώς η απόφαση έπαυσε να ισχύει.



Όπως προκύπτει από το κείμενο της απόφασης ημερομηνίας 22.7.2013, οι δυο πλευρές αναλώθηκαν, μεταξύ άλλων, σε συζήτηση κατά πόσο η υποχρέωση ενημέρωσης για έξοδα επανασύνδεσης ανήκε στο ενδιαφερόμενο μέρος (θέση αιτητών) ή στους αιτητές (θέση ενδιαφερομένου μέρους).

Οι καθ' ων η αίτηση αξιολογώντας τις θέσεις των δυο πλευρών κατέληξε ως εξής:

«Κατά την κρίση της Επιτροπής, η όλη συμπεριφορά της ΑΤΗΚ αναφορικά με τα πιο πάνω δημιούργησε εύλογα ερωτήματα: Γιατί απέφυγε να απαντήσει σε έκαστη αλληλογραφία της Primetel; Γιατί δεν την ενημέρωσε ότι υπήρχαν έξοδα επανασύνδεσης και εάν υπήρχαν, ποία ήταν αυτά, από την στιγμή που όπως διαφάνηκε εκ πρώτης όψεως η Primetel δεν ήταν σε θέση να τα γνωρίζει; Άλλωστε η ΑΤΗΚ από τα ενώπιον της Επιτροπής στοιχεία, εκ πρώτης όψεως φαίνεται να μην είχε ξεκάθαρη εικόνα και/ή να γνώριζε το ύψος του κόστους επανασύνδεσης. Η Επιτροπή υπογράμμισε τις συγκρουόμενες απαντήσεις της ΑΤΗΚ αναφορικά με το ζήτημα τούτο ως αναλύθηκαν πιο πάνω και προέβηκε σε διαπιστώσεις, θέτοντας και ερωτήματα με σκοπό να δώσει την ευκαιρία στην καθ' ης η αίτηση να τα σχολιάσει.»

Οι καθ' ων η αίτηση είχαν την ευθύνη εξέτασης και αξιολόγησης των στοιχείων και εγγράφων που προσκομίστηκαν από τις δυο πλευρές καθώς και των προφορικών τοποθετήσεων / διευκρινίσεων των δυο πλευρών. Στη βάση αυτών, κατέληξαν ότι οι αιτητές έπρεπε να ενημέρωναν το ενδιαφερόμενο μέρος για το σχετικό κόστος επανασύνδεσης εφόσον μπορούσαν να διαπιστώσουν από την αλληλογραφία του ενδιαφερομένου μέρους ότι αυτό δεν γνώριζε ποιο ήταν.

Κατά την εκτίμησή μου, οι καθ' ων η αίτηση ασκώντας την κρίση τους κινήθηκαν σε εύλογα πλαίσια και δεν διαφαίνεται κάποια πλάνη από πλευράς τους επί της αξιολόγησης των γεγονότων. Η απαίτηση της απόφασης για καταβολή των ποσών που καταγράφονται και είναι γνωστά, βαρύνει, βεβαίως, το ενδιαφερόμενο μέρος. Η καταβολή τυχόν τελών επανασύνδεσης, όμως, που είναι φανερό από το λεκτικό και μόνο ότι είναι άγνωστο τόσο στους καθ' ων η αίτηση όσο και στο ενδιαφερόμενο μέρος εάν εφαρμόζονται, είναι λογικό ότι δεν θα μπορούσε ποτέ να υλοποιηθεί εάν οι αιτητές δεν καθόριζαν πόσο είναι το τέλος αυτό και ενημέρωναν σχετικά (και έγκαιρα) το ενδιαφερόμενο μέρος. Εξάλλου, οι αιτητές επί των οποίων επιβλήθηκαν τα προσωρινά μέτρα, θα έπρεπε να είχαν προβεί σε όλες τις απαιτούμενες ενέργειες έτσι ώστε να μην εκθέσουν τους εαυτούς τους στις συνέπειες της μη συμμόρφωσης, όπως και έγινε τελικά.

Αναφορικά με το έτερο επιχείρημα που προβάλλουν οι αιτητές και αφορά σε πλάνη περί τον νόμο, οι καθ' ων η αίτηση σύμφωνα με το άρθρο 23(2)(η) και (θ) έχει αρμοδιότητα:

«(η) να επιβάλλει διοικητικά πρόστιμα και άλλες κυρώσεις, όπως ορίζεται στις διατάξεις του παρόντος Νόμου και/ή στους δυνάμει αυτού εκδοθέντες κανονισμούς·

(θ) να αποφασίζει για τη λήψη προσωρινών μέτρων στις περιπτώσεις που προβλέπονται κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 28»

Το άρθρο 28(4), οι πρόνοιες του οποίου παρατίθενται πιο πάνω, δίδει τη δυνατότητα στους καθ' ων η αίτηση να επιβάλουν διοικητικό πρόστιμο σε επιχείρηση για κάθε μέρα παράλειψής της να συμμορφωθεί πλήρως με απόφαση επιβολής

προσωρινών μέτρων. Η διαδικασία που ακολουθείται για την επιβολή διοικητικού προστίμου προνοείται στα άρθρα 41 μέχρι 44, συμπεριλαμβανομένου, του Νόμου.

Το άρθρο 37 του Νόμου προνοεί ότι:

«37. Πρόσωπο το οποίο παραλείπει να συμμορφωθεί ή ενεργεί κατά παράβαση της εκδοθείσας δυνάμει του άρθρου 28 απόφασης της Επιτροπής, με την οποία διατάσσεται η λήψη προσωρινών μέτρων, διαπράττει ποινικό αδίκημα τιμωρούμενο με ποινή φυλάκισης που δεν υπερβαίνει τα δύο έτη ή με χρηματική ποινή που δεν υπερβαίνει τις τρακόσιες σαράντα χιλιάδες ευρώ ή και με τις δύο αυτές ποινές.»

Σχετικό είναι, επίσης, το άρθρο 39 του Νόμου:

«(1) Σε περίπτωση κατά την οποία, κατά τα διαλαμβανόμενα στον παρόντα Νόμο ή/και στους δυνάμει αυτού εκδιδόμενους κανονισμούς, διαπράττεται ποινικό αδίκημα από νομικό πρόσωπο, την ευθύνη για το αδίκημα φέρουν, εκτός από το ίδιο το νομικό πρόσωπο-

[.]

(2) Σε περίπτωση κατά την οποία πράξη ή παράλειψη νομικού προσώπου επιφέρει, κατά διαλαμβανόμενα στον παρόντα Νόμο ή/και σε κανονισμούς που εκδίδονται δυνάμει αυτού, την επιβολή διοικητικού προστίμου από την Επιτροπή, την ευθύνη για την πράξη ή παράλειψη και για την καταβολή του εν λόγω διοικητικού προστίμου, φέρουν, εκτός από τα ίδια τα νομικά πρόσωπα, τα πρόσωπα που αναφέρονται στις παραγράφους (α) και (β) του εδαφίου (1).»

Έχω την άποψη ότι το άρθρο 37 λειτουργεί ανεξάρτητα από το άρθρο 28(4) του Νόμου. Το άρθρο 28(4), όπως εξήγησα και πιο πάνω, δίδει τη δυνατότητα στην Επιτροπή να επιβάλει διοικητικό πρόστιμο στην επιχείρηση επί της οποίας

επιβλήθηκαν προσωρινά μέτρα για κάθε μέρα παράλειψης συμμόρφωσης. Το άρθρο 37, από την άλλη, προνοεί για τη διάπραξη ποινικού αδικήματος τόσο σε περίπτωση παράλειψης συμμόρφωσης όσο και σε περίπτωση παράβασης των προσωρινών μέτρων. Εάν αυτό αναγνωστεί συνδυασμένα με τις πρόνοιες του άρθρου 39(2) που αναφέρεται σε επιβολή διοικητικού προστίμου, τότε συμπεραίνεται ότι το άρθρο 37 λειτουργεί ανεξάρτητα και όπου η Επιτροπή αποφασίσει να ασκήσει τη δυνατότητα που της δίδει ο Νόμος για επιβολή διοικητικού προστίμου, τότε η ενεργοποίηση του άρθρου 37 έπεται της επιβολής. Από την άλλη, όπου η Επιτροπή δεν ασκήσει τη δυνατότητα που της δίδει ο Νόμος για επιβολή διοικητικού προστίμου, αυτό δεν ακυρώνει τις πρόνοιες του άρθρου 37.

Σε κάθε περίπτωση, η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε στη βάση των εξουσιών που παρέχονται στην Επιτροπή από το άρθρο 28(4) και συνεπώς, δεν μπορώ να συμφωνήσω με τους αιτητές ότι οι καθ' ων η αίτηση ενήργησαν υπό πλάνη.

Όσον δε αφορά το επιχείρημα των αιτητών ότι η παρακοή θα πρέπει στα πλαίσια του άρθρου 37 του Νόμου να αποδεικνύεται ενώπιον Δικαστηρίου, θεωρώ ότι βεβαίως τυγχάνει εφαρμογής στα πλαίσια του άρθρου 37 αλλά δεν αποστερεί τη δυνατότητα από την Επιτροπή να επιβάλλει διοικητικό πρόστιμο.

Αναφορικά με τους ισχυρισμούς των αιτητών ότι οι καθ' ων η αίτηση δεν προνόησαν για την επιβολή διοικητικού προστίμου στην απόφαση ημερομηνίας 13.6.2013, απορρίπτεται ως ανεδαφικός αφού στο ίδιο το κείμενο της απόφασης καταγράφονται τα εξής:

«Η Επιτροπή επισημαίνει πως δύναται να επιβάλει στις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις διοικητικό πρόστιμο μέχρι δέκα επτά χιλιάδες (17.0000) ευρώ για κάθε ημέρα παράλειψης να συμμορφωθούν πλήρως με την παρούσα απόφαση της Επιτροπής σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 28(4) του Νόμου.»

Εάν αυτό που εννοούν οι αιτητές είναι ότι οι καθ' ων η αίτηση θα έπρεπε να προσδιορίσουν επακριβώς το ποσό του διοικητικού προστίμου που θα επιβαλλόταν σε περίπτωση μη συμμόρφωσής τους, αυτό θα ήταν εκτός του πλαισίου του Νόμου εφόσον, όπως ανέφερα και πιο πάνω, στα άρθρα 41-44 προνοείται συγκεκριμένη διαδικασία πριν επιβληθεί πρόστιμο.

Ούτε διαπιστώνω κατάχρηση ή υπέρβαση εξουσίας από πλευράς των καθ' ων η αίτηση αφού, όπως έχω ήδη εξηγήσει, κινήθηκαν εντός των εξουσιών που τους παρέχει ο Νόμος.

Όσον αφορά, τέλος, το επιχείρημα των αιτητών αναφορικά με το ύψος του διοικητικού προστίμου που τους επιβλήθηκε, αυτό επιβάλλεται για κάθε μέρα μη συμμόρφωσης με τα προσωρινά μέτρα. Το κατά πόσο σε κάποιο μεταγενέστερο στάδιο οι αιτητές αποφάσισαν να συμμορφωθούν είναι παράγοντας αδιάφορος για τον Νόμο.

Με βάση τα πιο πάνω, καταλήγω ότι η Προσφυγή 5651/2013 απορρίπτεται ως απαράδεκτη λόγω κατάργησης της δίκης και η Προσφυγή 6297/2013 αποτυγχάνει και απορρίπτεται.

Επιδικάζονται €1200 έξοδα υπέρ των καθ' ων η αίτηση και εναντίον των αιτητών. Η προσβαλλόμενη απόφαση στην 6297/2013 επικυρώνεται.

Ε. Μιχαήλ, ΔΔΔ