



ΚΥΠΡΙΑΚΗ
ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ



ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ
ΤΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ

Απόφαση ΕΠΑ: 33/2021

Αρ. Φακέλου: 11.17.017.13

ΟΙ ΠΕΡΙ ΤΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΤΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΝΟΜΟΙ ΤΟΥ 2008 ΚΑΙ 2014

Καταγγελία της εταιρείας C.K.M. MICROSAT INTERNET TECHNOLOGY LTD

εναντίον της MTN CYPRUS LIMITED

Επιτροπή Προστασίας του Ανταγωνισμού:

κα Λουκία Χριστοδούλου	Πρόεδρος
κ. Παναγιώτης Ουστάς	Μέλος
κ. Ανδρέας Καρύδης	Μέλος
κ. Άριστος Αριστείδου Παλούζας	Μέλος
κ. Πολυνείκης-Παναγιώτης Χαραλαμπίδης	Μέλος

Ημερομηνία απόφασης: 10 Ιουνίου 2021

ΑΠΟΦΑΣΗ

Αντικείμενο της υπό εξέταση υπόθεσης αποτελεί η καταγγελία που υποβλήθηκε στην Επιτροπή στις 30/10/2017 από την εταιρεία C.K.M. Microsat Internet Technology Ltd (εφεξής «Microsat») εναντίον της εταιρείας MTN CYPRUS LIMITED (εφεξής «MTN») για πιθανή παράβαση των άρθρων 3 και/ή 6 των περί της Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμων του 2008 και 2014 (στο εξής «ο Νόμος»), καθώς και των άρθρων 101 και/ή 102 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (στο εξής «η ΣΛΕΕ»), αναφορικά με την κατά ισχυρισμό κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης

εκ μέρους της MTN διαμέσου «επιθετικής τιμολογιακής πολιτικής» που έχει αναπτύξει όπως υποστηρίζει η Microsat, σε σχέση με την παροχή υπηρεσιών Bulk SMS ενάντια των υπολοίπων εταιρειών τις οποίες ανταγωνίζεται, μεταξύ των οποίων και η ίδια η Microsat.

1. ΙΣΤΟΡΙΚΟ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ

Στις 30/10/2017, η εταιρεία Microsat υπέβαλε καταγγελία εναντίον της MTN για πιθανή παράβαση των άρθρων 3 και/ή 6 του Νόμου, καθώς και των άρθρων 101 και/ή 102 της ΣΛΕΕ.

Η Επιτροπή Προστασίας του Ανταγωνισμού (εφεξής η «Επιτροπή») σε συνεδρία της ημερομηνίας 8/11/2017, αφού μελέτησε το περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου και ενεργώντας στη βάση του άρθρου 35 του Νόμου, έδωσε οδηγίες για διεξαγωγή προκαταρκτικής έρευνας προς την Υπηρεσία αναφορικά με τις πιθανολογούμενες παραβάσεις του Νόμου.

Η Επιτροπή υπό την παρούσα σύνθεσή της συνήλθε σε συνεδρία της που πραγματοποιήθηκε στις 21/12/2018 όπου τα νέα μέλη της Επιτροπής, κ. Άριστος Αριστείδου Παλούζας και κ. Πολυνείκης-Παναγιώτης Χαραλαμπίδης, δήλωσαν ότι είναι πλήρως ενημερωμένοι σχετικά με την απόφαση 8/11/2017 που λήφθηκε στο πλαίσιο της υπό εξέταση υπόθεσης, και έχουν λάβει πλήρη γνώση όλων των σχετικών με αυτή στοιχείων, ιδίως τα πρακτικά της συνεδρίας της Επιτροπής και τα σχετικά στοιχεία και τα έγγραφα αυτής, τα οποία είναι αναγκαία για το χειρισμό της υπόθεσης, τη διαμόρφωση γνώμης και άποψης επί αυτής και τη λήψη αποφάσεων.

Περαιτέρω, ο κ. Άριστος Αριστείδου Παλούζας και ο κ. Πολυνείκης-Παναγιώτης Χαραλαμπίδης δήλωσαν πως συμφωνούν με την απόφαση της Επιτροπής ημερομηνίας 8/11/2017 με την οποία αποφασίσθηκε η διεξαγωγή προκαταρκτικής έρευνας αναφορικά με πιθανολογούμενες παραβάσεις που περιέχονται στην καταγγελία, και υιοθετούν αυτή.

Η Υπηρεσία ενεργώντας στη βάση των οδηγιών της Επιτροπής διεξήγαγε τη δέουσα προκαταρκτική έρευνα της παρούσας καταγγελίας και υπέβαλλε Σημείωμα ημερομηνίας 22/12/2020.

Η Επιτροπή σε συνεδρία της που πραγματοποιήθηκε στις 13/1/2021, αφού εξέτασε το σημείωμα της Υπηρεσίας ημερομηνίας 22/12/2020 σε συνάρτηση με το περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου κατέληξε στο προκαταρκτικό συμπέρασμα ότι δεν έχουν στοιχειοθετηθεί οι κατ' ισχυρισμό παραβάσεις του Νόμου, ως αυτές καταγράφονται

στην καταγγελία της εταιρείας Microsat. Ειδικότερα, η Επιτροπή κατά την εν λόγω συνεδρία της ομόφωνα κατέληξε στο προκαταρκτικό συμπέρασμα ότι: (α) δεν στοιχειοθετείται παράβαση του άρθρου 6(1)(α) του Νόμου, ως αποτέλεσμα της επιβολής αθέμιτων τιμών από μέρος της MTN σε σχέση με τις οικονομικές προσφορές που είχε υποβάλει σε δύο Διαγωνισμούς του Δήμου Λακατάμιας την περίοδο 2016 και 2017, και (β) δεν στοιχειοθετείται παράβαση του άρθρου 3 του Νόμου από μέρος της MTN και της ΑΤΗΚ σε σχέση με ύπαρξη παράνομης σύμπραξη στη βάση της οποίας συμφωνήθηκαν χαμηλότερα χονδρικά τέλη τερματισμού μηνυμάτων, εις βάρος της Microsat. Τέλος, η Επιτροπή κατά την υπό αναφορά συνεδρία ομόφωνα κατέληξε στο προκαταρκτικό συμπέρασμα, ότι λαμβανομένης υπόψη της μη στοιχειοθέτησης παράβασης για τα άρθρα 3 και 6 του Νόμου, δεν καθίσταται αναγκαία και παρέλκει η εξέταση εφαρμογής των άρθρων 101 και / ή 102 της ΣΛΕΕ.¹

Η Επιτροπή, ακολούθως, κατά τη συνεδρία της στις 12/3/2021 εξέτασε το ζήτημα χαρακτηρισμού ορισμένων πληροφοριών ως εμπιστευτικής φύσεως πληροφορίες και/ ή επιχειρηματικά απόρρητα που περιέχονται στις πληροφορίες που προσκομίστηκαν τόσο από την καταγγελλόμενη εταιρεία όσο και από τρίτες εταιρείες ώστε να καταλήξει ως προς το κείμενο των προκαταρκτικών συμπερασμάτων που θα κοινοποιείτο στην εταιρεία Microsat.

Στις 8/4/2021, η Επιτροπή κοινοποίησε τα προκαταρκτικά της συμπεράσματά στην καταγγέλλουσα εταιρεία Microsat με σχετική επιστολή, αφού πρώτα αποκρύφτηκαν πληροφορίες οι οποίες κρίθηκαν κατά τη συνεδρία της στις 12/3/2021 ως εμπιστευτικής φύσεως πληροφορίες και/ ή επιχειρηματικά απόρρητα. Με την εν λόγω επιστολή δόθηκε στην εταιρεία Microsat η δυνατότητα να θέσει εγγράφως τις απόψεις της εντός είκοσι μια (21) ημερών από την ημερομηνία της επιστολής.

Η καταγγέλλουσα εταιρεία απέστειλε τις θέσεις και/ ή σχόλια και/ ή παρατηρήσεις της επί των προκαταρκτικών συμπερασμάτων της Επιτροπής με γραπτή επιστολή της ημερομηνίας 28/4/2021.

Η Επιτροπή σε συνεδρία της που πραγματοποιήθηκε στις 24/5/2021 σημείωσε το περιεχόμενο της επιστολής της καταγγέλλουσας εταιρείας, ημερομηνίας 28/4/2021.

Η Επιτροπή συνεκτιμώντας τα γεγονότα που συνθέτουν την υπό αναφορά καταγγελία, το σημείωμα της Υπηρεσίας, τα στοιχεία που περιέχονται στους διοικητικούς φακέλους

¹ Βλέπε απόφαση ΔΕΕ ημερομηνίας 3/5/2011 στην υπόθεση C-375/09 Prezes Urzedu Ochrony Konkurencji i Konsumentow v Tele2Polska sp.z.o.o now Netia SA.

της υπόθεσης καθώς και τις θέσεις των νομικών συμβούλων της εταιρείας Microsat ημερομηνίας 28/4/2021, επικέντρωσε την προσοχή της στα ακόλουθα:

2. ΕΜΠΛΕΚΟΜΕΝΑ ΜΕΡΗ

C.K.M. Microsat Internet Technology Ltd (καταγγέλλουσα)

Η Microsat είναι Κυπριακή εταιρεία περιορισμένης ευθύνης που ιδρύθηκε το 2002 ως εταιρεία παραγωγής εξειδικευμένων λογισμικών με έμφαση στα Συστήματα Διαχείρισης Περιεχομένου (CMS) στο Διαδίκτυο. Σύμφωνα με τα στοιχεία της προκαταρκτικής έρευνας, η εν λόγω εταιρεία το 2008 ανέπτυξε σύστημα ψηφιακών πινακίδων (Digital Signage), ενώ από το 2011 δραστηριοποιείται στην αγορά της παροχής υπηρεσίας αποστολής γραπτών μηνυμάτων (SMS).

MTN CYPRUS LIMITED (καταγγελλόμενη)

Η MTN αποτελεί έναν εκ των τηλεπικοινωνιακών παρόχων στην Κύπρο. Προσφέρει ολοκληρωμένες λύσεις κινητής τηλεφωνίας, σταθερής τηλεφωνίας, διαδικτύου και συνδρομητικής τηλεόρασης, καθώς και καινοτόμες λύσεις στις καθημερινές ανάγκες επικοινωνίας ιδιωτών και επιχειρήσεων. Η MTN ως η ίδια αναφέρει, διαθέτει σήμερα το πιο τεχνολογικά ανεπτυγμένο τηλεπικοινωνιακό δίκτυο στην Κύπρο. Με εξελιγμένο δίκτυο οπτικών ινών και το μεγαλύτερο 4G δίκτυο στην Κύπρο, οι συνδρομητές της MTN απολαμβάνουν υψηλή ποιότητα και αξιοπιστία στην επικοινωνία. Η MTN απασχολεί στελεχιακό δυναμικό πέραν των 400 επαγγελματιών με πείρα και γνώση στον τομέα των τηλεπικοινωνιών. Παράλληλα διαθέτει ιδιόκτητο δίκτυο σημείων πώλησης, με 17 καταστήματα σε όλη την Κύπρο. Σημειώνεται περαιτέρω, ότι η MTN ανήκει στη Monaco Telecom από το Σεπτέμβριο του 2018. Η Monaco Telecom είναι ο αποκλειστικός παροχέας τηλεπικοινωνιών του Πριγκιπάτου του Μονακό και μέλος της NJJ Holding, του ομίλου εταιρειών τηλεπικοινωνιών ο οποίος δραστηριοποιείται στην Ευρώπη και αποτελείται από παροχείς που πρωταγωνιστούν στις αγορές τους στη Γαλλία, την Ιταλία, την Ελβετία, την Ιρλανδία, το Μονακό και την Κύπρο.²

Η MTN ξεκίνησε τη δραστηριότητά της στην κυπριακή αγορά τον Ιούλιο του 2004, μετά την εξασφάλιση της δεύτερης άδειας λειτουργίας κινητής τηλεφωνίας από την εταιρεία Areeba σε πλειστηριασμό της κυπριακής κυβέρνησης. Η άδεια λειτουργίας της καλύπτει τη χρήση ευρέος φάσματος ραδιοσυχνοτήτων GSM και UMTS καθώς και την προσφορά ολοκληρωμένων τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών στο νησί. Η εταιρεία μετονομάστηκε σε MTN από Areeba μετά την απόκτηση της μητρικής της εταιρείας Investcom ETC (Σεπτέμβριος 2007) από τον πολυεθνικό τηλεπικοινωνιακό όμιλο εταιρειών MTN Group.

² <http://www.mtn.com.cy/mtncyprus/>

Σημειώνεται ότι η υπηρεσία μαζικής αποστολής σύντομων γραπτών μηνυμάτων (Bulk SMS) παρέχεται σε πελάτες από την MTN από τον καιρό που ξεκίνησε να προσφέρει τις υπηρεσίες της.

Από τις 20/6/2019 η καταγγελλόμενη εταιρεία MTN CYPRUS LIMITED έχει μετονομαστεί σε EPIC LTD³, αλλά η Επιτροπή χρησιμοποιεί τη προγενέστερη ονομασία της εταιρείας λαμβανομένων υπόψη των δεδομένων κατά το χρόνο υποβολής της καταγγελίας.

3. ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΚΑΤΑΓΓΕΛΙΑΣ

Η Επιτροπή σημειώνει πως αντικείμενο της καταγγελίας είναι η κατά ισχυρισμό «επιθετική τιμολογιακή πολιτική» που ανέπτυξε η MTN αναφορικά με την παροχή υπηρεσιών Bulk SMS ενάντια των υπολοίπων εταιρειών τις οποίες ανταγωνίζεται, μεταξύ των οποίων και η Microsat.

Περαιτέρω η Microsat, σε σχέση με τα γεγονότα που αφορούν την παρούσα καταγγελία και ειδικότερα την παροχή υπηρεσιών Bulk SMS, επεξηγεί ότι την εν λόγω υπηρεσία δύνανται να προσφέρουν οποιαδήποτε πρόσωπα (φυσικά ή νομικά), τα οποία έχουν στη διάθεσή τους λογισμικό ή ιστοσελίδα που να επιτρέπει την αποστολή γραπτών μηνυμάτων (SMS) σε αριθμούς κινητής τηλεφωνίας. Αγοραστές/λήπτες της υπηρεσίας αυτής είναι οποιοδήποτε φυσικό ή νομικό πρόσωπο, το οποίο, μέσω του εν λόγω λογισμικού ή ιστοσελίδας, επιθυμεί με τη σειρά του να αποστείλει σε τρίτους, είτε μεμονωμένα είτε μαζικά (δηλαδή είτε σε ένα αριθμό κινητής τηλεφωνίας είτε σε πολλούς αριθμούς ταυτοχρόνως), γραπτό μήνυμα (SMS) έκτασης μέχρι 160 χαρακτήρων έκαστο. Η υπηρεσία Bulk SMS στην Κύπρο προσφέρεται από ιδιωτικούς παρόχους, καθώς και από τις ίδιες τις εταιρείες κινητών δικτύων δηλαδή την ΑΤΗΚ, MTN και Primetel⁴.

Η παράβαση από μέρος της MTN των Άρθρων 3 και/ή 6 του Νόμου και των Άρθρων 101 και/ή 102 ΣΛΕΕ, σύμφωνα με την Microsat, τελείται μέσω της υποτιμολόγησης «τιμολόγηση κάτω του κόστους» στην οποία προβαίνει η MTN για την παροχή της υπηρεσίας σύντομων μηνυμάτων (SMS). Ιδιαίτερα, η MTN, σύμφωνα με την Microsat, τουλάχιστον σε δύο περιπτώσεις διαγωνισμού για την αγορά πακέτου SMS και με χρονική διαφορά ενός περίπου έτους 2016 - 2017 (αναθέτουσα αρχή και στις δύο περιπτώσεις ο Δήμος Λακατάμιας), πέτυχε την κατακύρωση σε αυτήν και των δύο

³ Επιστολή των νομικών εκπροσώπων της καταγγελλόμενης ημερομηνίας 8/7/2019.

⁴ Η Επιτροπή σημειώνει ότι η Primetel με επιστολή της ημερομηνίας 9/3/2018 ανέφερε ότι από το 2017 έχει σταματήσει την εμπορική προώθηση της παροχής υπηρεσιών αποστολής Bulk SMS.

διαγωνισμών προσφέροντας τη χαμηλότερη τιμή, η οποία ανερχόταν στο ποσό των €{...}* ανά SMS, συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ.

Σημειώνεται ότι η Microsat στην καταγγελία της αναφέρει ότι η MTN αποτελεί ανταγωνίστρια της εταιρεία σε ότι αφορά την παροχή υπηρεσιών γραπτών μηνυμάτων SMS στην Κύπρο. Περαιτέρω, η Microsat ισχυρίζεται ότι η MTN κατέχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά παροχής δικτύου κινητής τηλεφωνίας, η οποία αποτελεί όπως αναφέρει την ανάντη (upstream) αγορά της μαζικής αποστολής σύντομων γραπτών μηνυμάτων (Bulk SMS).

Είναι η θέση της Microsat πως, διατηρώντας τιμές χαμηλότερες του κόστους και για παρατεταμένη περίοδο και χωρίς κανένα απολύτως αντικειμενικό λόγο, η MTN έχει ουσιαστικά αναπτύξει επιθετική πολιτική (ληστρική τιμολόγηση / predatory pricing), βλάπτουσα ευθέως τα υγιή εμπορικά συμφέροντα της και νοθεύοντας τον ανταγωνισμό στη σχετική αγορά. Τέτοια συμπεριφορά από πλευράς MTN εκτοπίζει ή είναι πολύ πιθανό να εκτοπίσει τόσο την Microsat όσο και άλλες ανταγωνιστικές εταιρείες, οι οποίες είναι ομοίως αποτελεσματικές με την MTN, αλλά εξαιτίας των περιορισμένων χρηματοοικονομικών τους δυνατοτήτων αδυνατούν να αντισταθούν στην εν λόγω «επιθετική τιμολογιακή πολιτική» της MTN.

Η υποτιμολόγηση από πλευράς MTN στη σχετική αγορά, σύμφωνα με τη Microsat, διαπιστώνεται κατ' αντικειμενικό τρόπο λαμβάνοντας ως δεδομένη την τιμή που η ΑΤΗΚ (CYTA) χρεώνει όλους ανεξαιρέτως τους παρόχους υπηρεσίας σύντομων μηνυμάτων SMS για τον τερματισμό των μηνυμάτων μέσω του δικτύου της.

Όσον αφορά τους δύο διαγωνισμούς για παροχή Bulk SMS, για τους οποίους αναφέρεται η Microsat στην καταγγελία της και οι οποίοι κατακυρωθήκαν στην MTN, σημειώνεται ότι όπως φαίνεται από στοιχεία που παρέθεσε η ίδια η Microsat, είναι οι διαγωνισμοί με Αρ. Α46/2016 και Αρ. Α45/2017, οι οποίοι προκηρύχθηκαν από το Δήμο Λακατάμιας και αμφότεροι εκ των οποίων αφορούσαν το θεσμό του Παρατηρητή της Γειτονιάς.

Σε σχέση με τους εν λόγω διαγωνισμούς η Microsat ανέφερε ότι στις 23/11/2016 ο Δήμος Λακατάμιας με ηλεκτρονικό μήνυμα που έφερε θέμα «Γνωστοποίηση αποτελεσμάτων διαγωνισμού Προσφορά Αρ. Α46/2016 Αγορά πακέτου SMS για στήριξη του Θεσμού του Παρατηρητή της Γειτονιάς» την ενημέρωσε ότι η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε την ανάθεση της σύμβασης στην εταιρεία MTN, αναφέροντας της

* Οι αριθμοί και/ή τα στοιχεία που παραλείπονται και δεν εμφανίζονται τόσο σε αυτό το σημείο, όσο και στη συνέχεια καλύπτονται από επιχειρηματικό/επαγγελματικό απόρρητο ή και δεν αποτελούν στοιχεία που αποκαλύπτονται στη βάση του άρθρου 17 του Νόμου. Ενδεικτικό της παράλειψης είναι το σύμβολο {...}.

επίσης ότι η δική της προσφορά δεν είχε επιλεγεί λόγω του ότι η προσφερθείσα τιμή της ήταν ψηλότερη.

Περαιτέρω, σε σχέση με τους εν λόγω διαγωνισμούς η Microsat ανέφερε ότι στις 22/2/2018 απέστειλε ηλεκτρονικό μήνυμα στο Δήμο Λακατάμιας, προκειμένου να ενημερωθεί κατά πόσο ο Δήμος προχώρησε στην υλοποίηση της προσφοράς με Αρ. Α45/2017. Με ηλεκτρονικό μήνυμα ημερομηνίας 22/2/2018, η λειτουργός του Δήμου Λακατάμιας τους ενημέρωσε ότι είχε σταλεί σχετική απαντητική επιστολή στις 10/8/2017, χωρίς περαιτέρω διευκρινίσεις. Ο Δήμος Λακατάμιας με την επιστολή του ημερομηνίας 10/8/2017 ενημέρωσε τη Microsat για τα αποτελέσματα του διαγωνισμού για την Αγορά πακέτου SMS για στήριξη του Θεσμού του Παρατηρητή της Γειτονιάς Προσφορά Αρ. Α45/2017. Συγκεκριμένα, ο Δήμος Λακατάμιας ενημέρωσε την Microsat ότι η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε την ανάθεση της σύμβασης στην εταιρεία MTN καθώς επίσης ότι η δική της προσφορά δεν είχε επιλεγεί λόγω του ότι η προσφερθείσα τιμή της ήταν ψηλότερη.

Η Επιτροπή σημειώνει σε αυτό το σημείο ότι, σε σχέση με την αναφορά στην καταγγελία σε ενδεχόμενη παράβαση του άρθρου 3 του Νόμου, η Microsat είχε αναφέρει ότι η επίκληση του συγκεκριμένου άρθρου γίνεται για να καλύψει την περίπτωση στην οποία συντρέχει, πέραν από κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης από μέρους της MTN, περίπτωση παράνομης σύμπραξης της MTN με την ΑΤΗΚ. Η παρούσα καταγγελία απευθύνεται μόνον εναντίον της MTN και βασίζεται στο γεγονός της υποτιμολόγησης και της πώλησης Bulk SMS κάτω του κόστους από μέρους της MTN, με σημείο αναφοράς την ενιαία τιμολόγηση που δημοσίως αναγγέλλει ότι εφαρμόζει η ΑΤΗΚ έναντι όλων (η εταιρεία Microsat στην καταγγελία της υποστήριξε ότι το τέλος που εφαρμόζει η ΑΤΗΚ ανέρχεται στα €{...} ανά SMS). Εάν, ωστόσο, σύμφωνα με την Microsat, η ΑΤΗΚ επιλεκτικά και προνομιακά συμπράττει ή έχει συμπράξει με την MTN έτσι ώστε η τιμή που δίδει στην MTN να είναι χαμηλότερη από αυτή που δίδεται στην Microsat (ήτοι εφαρμογή ανόμοιων όρων για ισοδύναμες συναλλαγές) δεν είναι εις γνώση της, αλλά εάν όντως συντρέχει προφανώς τη φέρει σε ακόμη δυσμενέστερη θέση στον ανταγωνισμό.

Περαιτέρω, σε ό,τι αφορά την αναφορά στην καταγγελία σε ενδεχόμενη παράβαση και των άρθρων 101 και/ή 102 της ΣΛΕΕ, η Microsat διευκρινίζει πως η εφαρμογή αυτών των διατάξεων της ΣΛΕΕ αναμένεται να συνδεθεί με το αποτέλεσμα της διαπίστωσης της παράβασης των άρθρων 3 και/ή 6 του Νόμου, λαμβάνοντας πρόσθετα υπόψη ότι στην Κύπρο, στην παροχή υπηρεσιών αποστολής Bulk SMS, δραστηριοποιούνται εταιρείες από άλλο Κράτος Μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης και συγκεκριμένα την Ελλάδα.

4. ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΤΗΣ ΕΡΕΥΝΑΣ

4.1. ΤΟΜΕΑΣ ΠΑΡΟΧΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ BULK SMS

Η Επιτροπή μελετώντας τα ευρήματα της προκαταρκτικής έρευνας της Υπηρεσίας, διαπιστώνει πως εντός της Κυπριακής Δημοκρατίας στον τομέα παροχής υπηρεσιών αποστολής γραπτών μηνυμάτων SMS, σύμφωνα με την Microsat, δραστηριοποιείται απροσδιόριστος αριθμός επιχειρήσεων. Ο λόγος που ο αριθμός είναι απροσδιόριστος αφορά στην πρακτική δυνατότητα που παρέχεται σε οποιαδήποτε επιχείρηση τηλεπικοινωνιών ανά το παγκόσμιο να αποστείλει γραπτό μήνυμα SMS σε αριθμούς κινητής τηλεφωνίας στην Κύπρο. Η πρακτική αυτή δυνατότητα αξιοποιείται σε καθημερινή βάση από ποικίλες επιχειρήσεις αυτού του τύπου από το εξωτερικό.

Με έδρα, ωστόσο, την Κύπρο, οι επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στη σχετική αγορά σε τακτική βάση ανέρχονται περίπου σε δέκα (10) σύμφωνα με τη Microsat. Οι κυριότερες εξ αυτών είναι η ΑΤΗΚ, η PRIMETEL, η Golden Telemedia, η CALL SAT, η καταγγελλόμενη εταιρεία MTN και η καταγγέλλουσα εταιρεία, MICROSAT. Πέραν των εταιρειών αυτών, στην παροχή υπηρεσιών Bulk SMS δραστηριοποιούνται εντός της Κυπριακής Δημοκρατίας, με έδρα την Κύπρο, οι εταιρείες {...}, {...}, {...}, {...}, καθώς επίσης δραστηριοποιούνται οι εταιρείες {...}, {...}, {...}, {...}. Σημειώνεται επίσης ότι ενδεχομένως να υπάρχουν κι άλλες εταιρείες που δραστηριοποιούνται στη σχετική αγορά ως δεικνύεται από τις απαντήσεις της MTN ημερομηνίας 12/6/2019 και της ΑΤΗΚ ημερομηνίας 21/6/2019.

Σημειώνεται ότι σύμφωνα με τη Microsat οι αγοραστές της υπηρεσίας Bulk SMS είναι στη συντριπτική πλειοψηφία επιχειρήσεις, οι οποίες αξιοποιούν την εν λόγω τεχνολογία για εμπορικούς σκοπούς ή ενημερωτικούς/πληροφοριακούς/διαφημιστικούς σκοπούς προς το δικό τους αγοραστικό κοινό. Επιπρόσθετα, πελάτες/αγοραστές της εν λόγω υπηρεσίας είναι δήμοι/κοινότητες και άλλοι δημόσιοι φορείς που διατηρούν σχετική βάση δεδομένων επικοινωνίας με δημότες ή γενικότερα πρόσωπα τα οποία σε συστηματική βάση λαμβάνουν ενημερώσεις και προειδοποιήσεις σχετικά με εκπλήρωση υποχρεώσεων τους ή την διεξαγωγή διαφόρων εκδηλώσεων, ως προκύπτει και από τους καταλόγους πελατών των MTN και ΑΤΗΚ.

Σε αυτό το σημείο, η Επιτροπή σημειώνει ότι η Microsat στην καταγγελία της, αναφέρει ότι η υπηρεσία παροχής γραπτών μηνυμάτων λειτουργεί ως εξής: Οι πελάτες κάνουν εγγραφή στην ιδιόκτητη πλατφόρμα της εταιρείας (www.microssms.com.cy) και αγοράζουν προπληρωμένη αξία μηνυμάτων. Αναλόγως προπληρωμένης αγοράς είναι και η χρέωση στην αποστολή μηνυμάτων (μεγαλύτερη αγορά – χαμηλότερο κόστος ανά μήνυμα στην αποστολή). Ακολούθως, οι πελάτες μπορούν να αποστείλουν

διαφημιστικά, είτε ενημερωτικά μηνύματα σε έναν ή πολλούς παραλήπτες, είτε μέσω της εν λόγω ιστοσελίδας, είτε μέσω Http API ή SMPP. Η εταιρεία, ακολούθως, τα παραδίδει μέσω SMPP στην ΑΤΗΚ, η οποία χρεώνει €{...} + ΦΠΑ ανά SMS.

Η Microsat από την {...} διατηρεί συμφωνία με την ΑΤΗΚ, η οποία της επιτρέπει να αποστέλλει μαζικά μηνύματα Bulk SMS μέσω του συστήματος και/ή εγκαταστάσεων που διατηρεί η ΑΤΗΚ για το σκοπό αυτό. Η εν λόγω συμφωνία, μεταξύ άλλων, ρυθμίζει τις υποχρεώσεις των δύο συμβαλλόμενων μερών, τον αριθμό και το περιεχόμενο των μηνυμάτων, τα τέλη μηνυμάτων (Bulk SMS), καθώς και τη συνδρομή που η Microsat καταβάλλει στην ΑΤΗΚ για την παροχή της υπό αναφορά υπηρεσίας.

Στη βάση της εν λόγω συμφωνίας με την ΑΤΗΚ, πέραν του τέλους που η Microsat καταβάλλει για έκαστο μήνυμα (Bulk SMS) που αποστέλλεται, καταβάλλει και μηνιαία συνδρομή ύψους €{...} στην ΑΤΗΚ θέτοντας ως όριο την αποστολή {...} μηνυμάτων (Bulk SMS) το μήνα. Η μηνιαία συνδρομή καθώς και το κόστος αποστολής έκαστου μηνύματος (Bulk SMS) καταγράφονται σε σχετικό Παράρτημα Γ' της μεταξύ τους προαναφερόμενης συμφωνίας. Η Microsat δεν έχει αγοράσει ποτέ Bulk SMS από την MTN.

Στο πλαίσιο της προκαταρκτικής έρευνας και σύμφωνα με τα όσα ανέφερε η Microsat διαπιστώθηκε ότι, υφίστανται ιδιωτικές συμφωνίες Διασύνδεσης μεταξύ των παροχών δικτύων κινητής τηλεφωνίας (MTN, ΑΤΗΚ και PRIMETEL) οι οποίες ρυθμίζουν, μεταξύ άλλων, το τέλος που καταβάλλουν οι εταιρείες μεταξύ τους όταν τερματίζεται γραπτό μήνυμα στο δίκτυο τους. Σημειώνεται ότι, ο κατάλογος τελών που τιμολογεί η ΑΤΗΚ τις εταιρείες όταν τερματίζεται γραπτό μήνυμα στο δίκτυο της είναι δημόσια αναρτημένος. Σύμφωνα με τον υπό αναφορά κατάλογο, η ΑΤΗΚ τιμολογεί τις εν λόγω εταιρείες με €{...}.

Σύμφωνα με την MTN, υπάρχει έντονος ανταγωνισμός μεταξύ των παροχών της υπηρεσίας Bulk SMS. Οι εταιρείες του εξωτερικού χρεώνουν πολύ πιο χαμηλά τέλη από τις εταιρείες που δραστηριοποιούνται στην Κύπρο. Ο καταναλωτής έχει τη δυνατότητα να αγοράσει υπηρεσίες Bulk SMS από οποιονδήποτε πάροχο τέτοιας υπηρεσίας και συνεπώς ο καταναλωτής έχει τη δύναμη να διαπραγματεύεται με τον κάθε πάροχο με σκοπό να εξασφαλίσει καλύτερες τιμές. Με άλλα λόγια είναι ο καταναλωτής που έχει τη διαπραγματευτική δύναμη και όχι οι πάροχοι της υπηρεσίας Bulk SMS. Επομένως, οι δυνάμεις της αγοράς καθορίζουν και τις τιμές. Συνεπώς, όσο πιο μεγάλη σε αριθμό είναι η αγορά credits/units τόσο πιο μεγάλη διαπραγματευτική δύναμη έχει ο καταναλωτής να εξασφαλίσει καλύτερες τιμές.

4.2. ΙΣΤΟΡΙΚΟ ΔΙΑΠΡΑΓΜΑΤΕΥΣΕΩΝ ΜΕΤΑΞΥ MICROSAT ΚΑΙ MTN ΓΙΑ ΕΝΔΕΧΟΜΕΝΗ ΤΟΥΣ ΣΥΝΕΡΓΑΣΙΑ

Η Επιτροπή σημειώνει ότι στο πλαίσιο της προκαταρκτικής εξέτασης της παρούσας καταγγελίας εξετάστηκε κατά πόσο υπήρξε στο παρελθόν ή επιχειρήθηκε να υπάρξει συνεργασία μεταξύ των εταιρειών MICROSAT και MTN αναφορικά με την παροχή υπηρεσιών BULK SMS. Σύμφωνα με την εταιρεία Microsat περί τα τέλη του 2013 υπήρξε από μέρους της εκδήλωση ενδιαφέροντος προς την MTN για παροχή των εν λόγω υπηρεσιών. Σε σχέση με αυτό, υπήρξε ανταλλαγή σχετικής αλληλογραφίας, καθώς επίσης έγινε και μία συνάντηση, ενώ η MTN προέβη σε προσφορά προς την Microsat.⁵

Συγκεκριμένα, διαπιστώθηκε πως η MTN υπέβαλε προσφορά προς την Microsat για παροχή υπηρεσιών BULK SMS, η οποία σύμφωνα με το email ημερομηνίας 17/9/2013, ήταν ύψους €{...}. Επίσης, η Microsat σημείωσε ότι είχε αποσταλεί το Σεπτέμβριο του 2014 γραπτή συμφωνία προς συζήτηση, και η MTN είχε προχωρήσει ένα περίπου μήνα αργότερα στην έκδοση τιμολογίου ημερομηνίας 17/10/2014, χωρίς όμως να γίνει οποιαδήποτε περαιτέρω συζήτηση για συμφωνία. Το τιμολόγιο αυτό δεν πληρώθηκε διότι δεν υπήρξε εν τέλει οποιαδήποτε συνεργασία. Για το λόγο αυτό εκδόθηκε και πιστωτική σημείωση.

Η Επιτροπή επιπροσθέτως σημειώνει ότι η ίδια η MTN, σε σχετική ερώτηση που έγινε από την Υπηρεσία κατά πόσο στο παρελθόν η εταιρεία MTN προσέγγισε την Microsat ή/και αντίστροφα, κατά πόσο προσέγγισε η Microsat την MTN, με σκοπό να συνάψουν σύμβαση για παροχή υπηρεσιών BULK SMS, ανέφερε ότι: *«Σύμφωνα με τα όσα είναι σε θέση η Εταιρεία να γνωρίζει και το επίσημο αρχείο της Εταιρείας δεν φαίνεται να έχει προσεγγίσει η C.K.M. Microsat Internet Technology Ltd την Εταιρεία και/ ή η Εταιρεία την C.K.M. Microsat Internet Technology Ltd με σκοπό τη σύναψη σύμβασης για παροχή υπηρεσιών BULK SMS.»*⁶

4.3. ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΙ ΔΗΜΟΥ ΛΑΚΑΤΑΜΙΑΣ ΓΙΑ ΑΓΟΡΑ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ BULK SMS

Η Επιτροπή σημειώνει ότι αντικείμενο της παρούσας καταγγελίας της Microsat είναι η κατακύρωση στην MTN δύο διαγωνισμών που Δήμου Λακατάμιας, ήτοι, (α) Διαγωνισμός με Αρ. Α46/2016 - Αγορά πακέτου SMS για στήριξη του Θεσμού του Παρατηρητή της Γειτονιάς και (β) Διαγωνισμός με Αρ. Α45/2017 - Αγορά πακέτου SMS για στήριξη του Θεσμού του Παρατηρητή της Γειτονιάς. Στις δύο αυτές περιπτώσεις ο Δήμος Λακατάμιας με σχετικά ηλεκτρονικά μηνύματα, ενημέρωσε την Microsat ότι η Αναθέτουσα Αρχή αποφάσισε την ανάθεση της σύμβασης στην εταιρεία MTN, ενώ η

⁵ Επιστολή της εταιρείας MICROSAT ημερομηνίας 26/11/2019.

⁶ Επιστολή της MTN ημερομηνίας 24/1/2020.

δική τους προσφορά δεν είχε επιλεγεί λόγω του ότι η προσφερθείσα τιμή ήταν ψηλότερη.

Σημειώνεται περαιτέρω ότι σύμφωνα με σχετικό έντυπο το οποίο παρέθεσε με επιστολή του ο Δήμος Λακατάμιας, ημερομηνίας 10/8/2017, η προκήρυξη του διαγωνισμού A45/2017 για προσφορές από ενδιαφερόμενους έγινε στις 3/8/2017 και αφορούσε την αγορά 200,000 SMS για τους Παρατηρητές της Γειτονιάς, ενώ η ημερομηνία λήξης του διαγωνισμού για τις εν λόγω προσφορές ήταν η 9/8/2017. Οι εταιρείες MTN, {...}, {...} και Microsat ενδιαφερόμενοι για το διαγωνισμό, παρόλα αυτά προσφορά φαίνεται να υπέβαλαν οι MTN, {...} και Microsat. Ειδικότερα η MTN υπέβαλε προσφορά για την ανάληψη της σύμβασης με ποσό €{...} συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, η {...} με €{...} χωρίς ΦΠΑ και η Microsat €{...} χωρίς ΦΠΑ. Η απόφαση του Δήμου ημερομηνίας 10/8/2017, ήταν όπως η προμήθεια των 200,000 SMS για τους Παρατηρητές της Γειτονιάς δοθεί στην MTN, η οποία κατονομάζεται ως ο επιτυχών προσφοροδότης για το ποσό των €{...} συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ.⁷

Όσον αφορά το δεύτερο διαγωνισμό, A45/2017, ο οποίος προκηρύχθηκε κατά το 2017, ο Δήμος Λακατάμιας με επιστολή του ημερομηνίας 21/5/2018, στο πλαίσιο της προκαταρκτικής έρευνας πληροφόρησε την Υπηρεσία ότι η προσφορά με Αρ. A45/2017 η οποία αφορούσε αγορά υπηρεσιών Bulk SMS για χρήση προς ενημέρωση των πολιτών στο πλαίσιο του θεσμού των Παρατηρητών της Γειτονιάς, κατακυρώθηκε στην MTN λόγω του ότι είχε προσφέρει τη χαμηλότερη δυνατή τιμή, που ήταν και το κριτήριο επιλογής. Ανάφερε, επίσης, ότι η εν λόγω προσφορά έχει σχεδόν ολοκληρωθεί για αγορά 200,000 SMS για το ποσό των €{...} συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ. Περαιτέρω όπως ανέφερε ο Δήμος σε σχέση με την εν λόγω προσφορά, η έναρξη της έγινε με την ενημέρωση όλων των οικονομικών φορέων που υπέβαλαν προσφορά από το Δήμο, ενώ η πληρωμή της προσφοράς έγινε στις 8/11/2017. Η λήξη της συμφωνίας σύμφωνα με το Δήμο «ήταν με την κατανάλωση των SMS» που αγοράστηκαν.

Όσον αφορά το Διαγωνισμό με Αρ. A46/2016 για αγορά πακέτου SMS για στήριξη του θεσμού του παρατηρητή της γειτονιάς, σημειώνεται ότι ο Δήμος Λακατάμιας μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 10/11/2016, ζήτησε από την MTN όπως αποστείλει προσφορά για την προμήθεια πακέτου 50.000 ή και 100.000 ή και 200.000 SMS τα οποία να μπορούν να χρησιμοποιηθούν χωρίς να έχουν ημερομηνία λήξης. Επίσης, ζητούσε στην προσφορά να περιλαμβάνεται και το κόστος της παροχής της υπηρεσίας webSMS για να μπορούν να αποστέλλονται τα μηνύματα στους παρατηρητές εύκολα και γρήγορα. Η ημερομηνία λήξης του εν λόγω διαγωνισμού για υποβολή προσφοράς

⁷ Η MTN με επιστολή της ημερομηνίας 23/3/2018 ενημέρωσε ότι δεν έχει υπογράψει την οποιαδήποτε συμφωνία με το Δήμο Λακατάμιας αναφορικά με υπηρεσίες Bulk SMS.

ήταν η 16/11/2016. Η MTN σε απάντηση προς το Δήμο Λακατάμιας, απέστειλε την προσφορά της μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 11/11/2016 για πακέτα των 50.000 SMS (με τελική ειδική τιμή πακέτου με ΦΠΑ €{...}) και 100.000 SMS (με τελική ειδική τιμή πακέτου με ΦΠΑ €{...}). Στις 23/11/2016, ο Δήμος Λακατάμιας την ενημέρωσε ότι αποφασίστηκε η ανάθεση της σύμβασης αναφορικά με το Διαγωνισμό A46/2016 στην εταιρεία της, για το ποσό των €{...} συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ για τον αριθμό των 200.000 SMS.

5.ΣΧΕΤΙΚΗ ΑΓΟΡΑ

5.1. Σχετική αγορά προϊόντος/υπηρεσίας

Η Επιτροπή σημειώνει πως για να εξεταστεί μια συγκεκριμένη αγορά, πρέπει να αξιολογούνται οι δυνατότητες του ανταγωνισμού στο πλαίσιο της αγοράς που περιλαμβάνει όλα τα προϊόντα ή υπηρεσίες που λόγω των χαρακτηριστικών τους, μπορούν κάλλιστα να ικανοποιούν διαρκείς ανάγκες και είναι εναλλάξιμα με άλλα προϊόντα ή υπηρεσίες. Η σχετική αγορά οριοθετείται: (α) ως προς τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες (σχετική αγορά προϊόντων ή υπηρεσιών), και (β) γεωγραφικώς (σχετική γεωγραφική αγορά).

Με τον ορισμό μιας αγοράς, τόσον όσον αφορά τα προϊόντα, όσο και τη γεωγραφική διάσταση της, μπορούν να προσδιοριστούν οι πραγματικοί ανταγωνιστές, οι οποίοι είναι σε θέση να επηρεάσουν τη συμπεριφορά των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων και να τις εμποδίσουν από το να ενεργούν ανεξάρτητα από τις πιέσεις που επιβάλλει ο πραγματικός ανταγωνισμός.

Σύμφωνα με τη σχετική ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για τον καθορισμό της σχετικής αγοράς για σκοπούς εφαρμογής των κανόνων του ανταγωνισμού, η αγορά του σχετικού προϊόντος περιλαμβάνει όλα τα προϊόντα ή/και υπηρεσίες που είναι δυνατό να εναλλάσσονται, ή να υποκαθίστανται αμοιβαία από τον καταναλωτή, λόγω των αντικειμενικών χαρακτηριστικών, των τιμών, και της χρήσης για την οποία προορίζονται.⁸ Η χρήση ενός προϊόντος από τον τελικό χρήστη είναι άρρηκτα συνδεδεμένη με τα λειτουργικά χαρακτηριστικά του προϊόντος και διαφορετικά προϊόντα δυνατόν να χρησιμοποιούνται από τον τελικό χρήστη για τον ίδιο σκοπό. Σε τέτοια περίπτωση τα διαφορετικά προϊόντα συμπεριλαμβάνονται στην ίδια σχετική αγορά.

Η Επιτροπή σημειώνει περαιτέρω, ότι όπως καταγράφεται στις Κατευθυντήριες γραμμές της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, στον τηλεπικοινωνιακό τομέα υπάρχουν τουλάχιστον δύο είδη σχετικών αγορών που πρέπει να εξεταστούν: εκείνη των υπηρεσιών που παρέχονται σε τελικούς χρήστες (αγορά υπηρεσιών) και εκείνη της

⁸ Ανακοίνωση της Επιτροπής για τον καθορισμό της σχετικής αγοράς, ΕΕ C 372 της 3.12.1997.

πρόσβασης στις διευκολύνσεις (facilities) που είναι απαραίτητες για την παροχή αυτών των υπηρεσιών (αγορά πρόσβασης). Στο πλαίσιο αυτών των δύο ευρέων ορισμών της αγοράς μπορούν να υπάρξουν και περαιτέρω διακρίσεις αγορών ανάλογα με το αν εξετάζεται η πλευρά της ζήτησης ή της προσφοράς.⁹

Ως έχει ήδη αναφερθεί αντικείμενο της παρούσας υπόθεσης είναι η κατά ισχυρισμό «επιθετική τιμολογιακή πολιτική» που έχει αναπτύξει η MTN αναφορικά με την παροχή υπηρεσιών Bulk SMS ενάντια των υπολοίπων εταιρειών τις οποίες ανταγωνίζεται, μεταξύ των οποίων και η Microsat.

Η Επιτροπή σημειώνει πως σύμφωνα με τα στοιχεία της προκαταρκτικής έρευνας ο πιο συνήθης τρόπος διεκπεραίωσης των υπηρεσιών μαζικής αποστολής μηνυμάτων (Bulk SMS), είναι μέσω των κέντρων μηνυμάτων των παρόχων δικτύου, με τους οποίους συνάπτουν σχετικές συμφωνίες οι εταιρείες οι οποίες επιθυμούν να προσφέρουν την εν λόγω υπηρεσία στους πελάτες τους, όπως για παράδειγμα η καταγγέλλουσα εταιρεία Microsat η οποία επέλεξε να συνάψει συμφωνία με την ΑΤΗΚ για την παροχή υπηρεσιών μαζικής αποστολής μηνυμάτων (Bulk SMS) μέσω του δικού της δικτύου κινητής τηλεφωνίας.

Συνεπώς, για να είναι δυνατή η παροχή υπηρεσιών χονδρικής και λιανικής πώλησης Bulk SMS, απαραίτητα είναι τα δίκτυα κινητής τηλεφωνίας. Στην προκειμένη περίπτωση, εντός της Κυπριακής Δημοκρατίας πάροχοι τέτοιων δικτύων είναι μόνο οι ΑΤΗΚ, MTN και PRIMETEL, οι οποίες αποτελούν και τις εταιρείες που είναι σε θέση να προσφέρουν χονδρικά υπηρεσίες παροχής πώλησης Bulk SMS. Επισημαίνεται ότι η Primetel¹⁰ στο πλαίσιο της προκαταρκτικής έρευνας, δήλωσε ότι την υπό αναφορά περίοδο δεν πωλούσε υπηρεσίες παροχής πώλησης Bulk SMS σε χονδρικό επίπεδο.

Ως εκ τούτου, στο πλαίσιο της εξέτασης και ανάλυσης της παροχής υπηρεσιών χονδρικής και λιανικής πώλησης Bulk SMS, γίνεται αναφορά στη λιανική αγορά κινητής τηλεφωνίας καθώς και στις χονδρικές υπηρεσίες τερματισμού γραπτών μηνυμάτων, καθότι αυτό είναι υποβοηθητικό στην αξιολόγηση των θέσεων των εταιρειών (εμπλεκόμενων και τρίτων μερών), για τον καθορισμό της σχετικής αγοράς στην παρούσα καταγγελία.

⁹ Κατευθυντήριες γραμμές της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την ανάλυση της αγοράς και την εκτίμηση της σημαντικής ισχύος στην αγορά βάσει του κοινοτικού πλαισίου κανονιστικών ρυθμίσεων για τα δίκτυα και τις υπηρεσίες ηλεκτρονικών επικοινωνιών, Επίσημη Εφημερίδα C 165/3, ημερ. 11.7.2002, παράγραφος 64.

¹⁰ Ιδιαίτερα σημειώνεται ότι η Primetel με την επιστολή της ημερομηνίας 21/6/2019 ανέφερε ότι με τη δήλωση της περί εμπορικής προώθησης εννοεί ότι η υπηρεσία είναι διαθέσιμη, εντούτοις η Primetel δεν προβαίνει σε οποιαδήποτε προωθητική ενέργεια, ενώ επιπλέον ξεκαθαρίζει ότι αναφέρεται σε εμπορική προώθηση σε επίπεδο λιανικής.

(Α) ΛΙΑΝΙΚΗ ΑΓΟΡΑ ΚΙΝΗΤΗΣ ΤΗΛΕΦΩΝΙΑΣ

Η Επιτροπή σημειώνει σχετικά με την παροχή υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας ότι στην απόφαση της 39/2012¹¹ ομόφωνα κατάληξε ότι η σχετική αγορά προϊόντος της υπόθεσης είναι η λιανική αγορά κινητής τηλεφωνίας εντός της Κυπριακής Δημοκρατίας. Όπως επισημάνθηκε περαιτέρω στην εν λόγω απόφαση, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή στις αποφάσεις της «COMP/M.2803-TeliaSonera» ημερομηνίας 10.7.2002 και «COMP/M. 2574-Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia» ημερομηνίας 20.9.2001, κατέληξε ότι οι υπηρεσίες κινητής και σταθερής τηλεφωνίας αποτελούν δύο ξεχωριστές αγορές και δεν θεωρούνται υποκατάστατα. Σύμφωνα με την Ευρωπαϊκή Επιτροπή, η βασική διαφορά μεταξύ κινητών και σταθερών υπηρεσιών είναι η υπάρχουσα κινητικότητα που προσφέρεται στις κινητές επικοινωνίες γιατί, παρόλο που υπάρχουν τεχνολογικές εξελίξεις που δίνουν τη δυνατότητα να προσφέρονται παρόμοιες υπηρεσίες και στις κινητές και στις σταθερές επικοινωνίες, οι σταθερές δεν προσφέρουν τη δυνατότητα της κινητικότητας.¹²

Η Επιτροπή στην εν λόγω απόφαση της αναφέρεται στην ανάλυση που έγινε από μέρους του γραφείου του ΕΡΗΕΤ τόσο το 2005, όσο και το 2008 σε σχέση με το κατά πόσο υπάρχει μία ενιαία αγορά για σταθερές και κινητές υπηρεσίες, η οποία αναφέρει ότι: «σημεία όπως η κινητικότητα που παρέχει η κινητή τηλεφωνία σε αντίθεση με την σταθερή, η διαφορά στις χρεώσεις, η μεγάλη αύξηση στους συνδρομητές κινητής τηλεφωνίας χωρίς την ανάλογη μείωση στους συνδρομητές σταθερής μας οδηγούν να καταλήξουμε στο συμπέρασμα ότι οι σταθερές και οι κινητές υπηρεσίες ανήκουν σε διαφορετικές αγορές».

Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή στην απόφασή της ημερομηνίας 4/09/2012, Telefónica UK/Vodafone UK/ Everything Everywhere/ JV¹³, όσον αφορά τη λιανική αγορά κινητής τηλεφωνίας «Market for retail mobile telephony services» σημείωσε τα εξής: «On this market, MNOs sell national and international voice calls, SMS (including MMS), mobile internet with data services and access to content via the mobile network to end customers. In previous decisions, the Commission did not further subdivide the market for the provision of mobile communications services to end customers by type of customer (corporate or private, post-pay subscribers or pre-paid customers) or by type of network technology (2G/GSM or 3G/UMTS). The Commission therefore assessed

¹¹ Απόφαση ΕΠΑ ΑΡ. 39/2012 στην Καταγγελία της εταιρείας Golden Telemedia Ltd εναντίον της ΑΤΗΚ για άρνηση παροχής υπηρεσιών αναφορικά με κλήσεις υπεραξίας (900) για χρήστες so-easy (αρ. φακ. 11.17.007.20) η οποία επικυρώθηκε από το Δικαστήριο στην Υπόθεση 1927/2012 με απόφαση ημερομηνίας 31/5/2017. Η ΑΤΗΚ έχει ασκήσει έφεση κατά της απόφασης του Διοικητικού Δικαστηρίου.

¹² Απόφαση της Ε.Ε στην υπόθεση υπ. Αρ. COMP/M.2803-TeliaSonera, ημερομηνίας 10.7.2002, Υπόθεση COMP/M. 2574-Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia, ημερομηνίας 20.9.2001. Πρόσφατη επί του θέματος είναι και η απόφαση της Ε.Ε. στην υπόθεση αρ. M.9041 - HUTCHISON / WIND TRE, ημερομηνίας 31/8/2018.

¹³Υπόθεση COMP/M.6314 – Telefónica UK/Vodafone UK/ Everything Everywhere/ JV, παρ. 204-206.

the previous cases on the basis of a single market for the provision of mobile telecommunications services to end customers. For the purpose of the present Decision, it can be left open whether or not there are distinct sub-markets as regards mobile telecommunications services to end customers, since the operation would not significantly impede effective competition under any alternative product market definition.» (Η υπογράμμιση είναι της Επιτροπής)

Επίσης, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή στην απόφασή της ημερομηνίας 31/8/2018, M.9041 - HUTCHISON / WIND TRE, έκρινε ότι « (22) *Mobile telecommunications services to end customers or "retail mobile services" include services for national and international voice calls, SMS (including MMS and other messages), mobile internet with data services, access to content via the mobile network and retail international roaming services. (23) In past decisions, the Commission has so far not segmented the overall retail mobile market further based on the type of service offered (voice calls, SMS, MMS, mobile Internet data services), or the type of network technology used (2G, 3G, 4G). Such market was considered distinct from the supply of retail fixed telecommunications services.»¹⁴*

Σημειώνεται σε αυτό το σημείο ότι σύμφωνα με έγγραφο του ΕΡΗΕΤ¹⁵, οι βασικές υπηρεσίες κινητής τηλεφωνίας περιλαμβάνουν: (α) τη φωνητική κλήση σε άλλο αριθμό, σε σταθερό ή κινητό δίκτυο, εγχώριο ή ξένο (συμπεριλαμβανομένων την κλήση σε φωνοκιβώτιο με ηχητικό (φωνητικό) μήνυμα, και την κλήση σε διεθνή περιαγωγή), (β) την αποστολή γραπτών σύντομων μηνυμάτων (SMS), και, (γ) προηγμένες υπηρεσίες δεδομένων (advanced data services).

Όπως σημειώνεται στο εν λόγω έγγραφο, συνήθως οι καταναλωτές έχουν τη δυνατότητα να προμηθευτούν μια τυποποιημένη δέσμη υπηρεσιών που προσφέρει ο παροχέας κινητού δικτύου. Η δέσμη αυτή ανταποκρίνεται στις πιο πάνω αναφερόμενες υπηρεσίες (ελάχιστες υπηρεσίες). Έτσι ο καταναλωτής/ χρήστης επιλέγει να αγοράσει μια δέσμη υπηρεσιών από τους παρόχους κινητού δικτύου που κρίνει ότι του ταιριάζει καλύτερα. Αφού ο χρήστης κάνει την επιλογή του και καταβάλει το ανάλογο αντίτιμο συνδέεται με ένα δίκτυο κινητής τηλεφωνίας. Περαιτέρω η Επιτροπή σημειώνει ότι ο ΕΡΗΕΤ, μετά από σχετική ανάλυση, καταλήγει στο συμπέρασμα ότι σε επίπεδο

¹⁴ Βλέπε υποσημείωση 12.

¹⁵ Πρόσβαση και Προέλευση (Εκκίνηση) Κλήσεων στα Δημόσια Δίκτυα Κινητής Τηλεφωνίας (AA15/EK/2008) ημερομηνίας 27/01/2009. Επίσης βλέπε έγγραφο Εξέταση Αγοράς ex15: Πρόσβαση και Προέλευση (Εκκίνηση) Κλήσεων στα Δημόσια Δίκτυα Κινητής Τηλεφωνίας Δημόσια Διαβούλευση προσχέδιου Εγγράφου Κοινοποίησης, όπου αναφέρεται στη σελίδα 23 «Λιανικές προσφορές κινητής Στην αγορά προσφέρεται μεγάλος αριθμός λιανικών προϊόντων κινητής τηλεφωνίας που ικανοποιούν τις ανάγκες όλων των συνδρομητών. Παρέχονται συμβόλαια με επιδότηση συσκευής και πακέτα προπληρωμένου χρόνου. Προσφέρονται επίσης συμβόλαια κινητής τηλεφωνίας με σταθερό πάγιο, δηλ. με σταθερό μηνιαίο ποσό για πραγματοποίηση κλήσεων, αποστολή σύντομων μηνυμάτων και πρόσβαση στο διαδίκτυο με τα unlimited πακέτα χρόνου ομιλίας και SMS να παρουσιάζονται ως τα δημοφιλέστερα ανάμεσα στους συνδρομητές»

http://www.ocecpr.org.cy/sites/default/files/EC_Market15_Notification_2015_Gr_20-01-2015_PH.pdf

λιανικής υφίσταται μία ενιαία αγορά για την παροχή υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας η οποία περιλαμβάνει τις φωνητικές κλήσεις σε άλλον αριθμό και την αποστολή / λήψη γραπτών σύντομων μηνυμάτων SMS όπως επίσης και προηγμένες υπηρεσίες δεδομένων (όπως π.χ. MMS).

Η Επιτροπή σημειώνει πως η εταιρεία Microsat με τις γραπτές της θέσεις ημερομηνίας 28/4/2021 δεν διαφώνησε με τις διαπιστώσεις και το προκαταρκτικό συμπέρασμα της πως η λιανική αγορά κινητής τηλεφωνίας αποτελεί μία διακριτή αγορά, με την οποία προσφέρονται υπηρεσίες φωνητικής κλήσης (εθνικές και διεθνείς κλήσεις), γραπτά μηνύματα και προηγμένες υπηρεσίες δεδομένων (advanced data services) και πως οι υπηρεσίες BULK SMS δεν αποτελούν μέρος της δέσμης υπηρεσιών που προσφέρονται με τις υπηρεσίες κινητής τηλεφωνίας.

Συνακόλουθα, η Επιτροπή ομόφωνα αποφασίζει ότι η λιανική αγορά κινητής τηλεφωνίας αποτελεί μία διακριτή αγορά, με την οποία προσφέρονται υπηρεσίες φωνητικής κλήσης (εθνικές και διεθνείς κλήσεις), γραπτά μηνύματα και προηγμένες υπηρεσίες δεδομένων (advanced data services). Η Επιτροπή διευκρινίζει πως οι υπηρεσίες bulk sms δεν αποτελούν μέρος της δέσμης υπηρεσιών που προσφέρονται με τις υπηρεσίες κινητής τηλεφωνίας.

(B) ΧΟΝΔΡΙΚΕΣ ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΤΕΡΜΑΤΙΣΜΟΥ ΓΡΑΠΤΩΝ ΜΗΝΥΜΑΤΩΝ

Η Επιτροπή σημειώνει ότι στο πλαίσιο της προκαταρκτικής έρευνας η Υπηρεσία της απέστειλε ερωτηματολόγια στους παρόχους/κατόχους δικτύων κινητής τηλεφωνίας (ΑΤΗΚ, MTN και Primetel). Σε ότι αφορά τα δίκτυα κινητής τηλεφωνίας θα πρέπει να σημειωθεί ότι πέραν της ΑΤΗΚ και MTN, η PrimeTel κατέχει την 3η Άδεια Κινητής για ανάπτυξη δικτύου 4ης γενιάς και από παροχέας Ιδεατού Κινητού Δικτύου (MVNO) εξελίχθηκε σε πάροχο Δικτύου Κινητής (MNO – Mobile Network Operator) στην Κύπρο και μέχρι στιγμής συνεργάζεται με το Δίκτυο Κινητής της MTN. Επίσης, η Cablenet τον Μάιο 2019, απέκτησε τη νέα άδεια κινητής τηλεφωνίας, η οποία δημοπρατήθηκε από το Τμήμα Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών του Υπουργείου Μεταφορών, στο φάσμα των 800 και 2600MHz.¹⁶ Ως αναφέρει στην ιστοσελίδα της «*Η Cablenet ως Παροχέας Κινητού Ιδεατού Δικτύου (MVNO) έχει τη δυνατότητα να προσφέρει υπηρεσίες κινητής τηλεφωνίας στους συνδρομητές της, οι οποίοι βρίσκονται σε γεωγραφικές περιοχές που καλύπτονται από το Δίκτυο Κινητής της CYTA.*».¹⁷

Η Επιτροπή σημειώνει ότι σε σχέση με τις υπηρεσίες τερματισμού γραπτών μηνυμάτων, η Primetel στο πλαίσιο της προκαταρκτικής έρευνας της Υπηρεσίας, σημείωσε ότι η χονδρική αγορά τερματισμού SMS απευθύνεται είτε α) σε άλλα

¹⁶ <https://politis.com.cy/politis-news/kypros/kai-mpala-kai-kiniti-stin-cablenet-gia-7-ekat-i-adeia-gia-neo-diktvo-kinitis-telefonias/>

¹⁷ <https://cablenet.com.cy/mobile/coverage/>

διασυνδεδεμένα δίκτυα κινητής τηλεφωνίας που επιθυμούν να τερματίσουν μηνύματα SMS στους συνδρομητές δικτύου κινητής τηλεφωνίας της Primetel – τα οποία εκκινούν από τους δικούς τους πελάτες / συνδρομητές, είτε β) σε παρόχους/ μεταπωλητές (carriers/resellers/aggregators) που επιθυμούν να τερματίσουν μηνύματα SMS στους συνδρομητές δικτύου κινητής τηλεφωνίας της Primetel – τα οποία συλλέγουν από ίδιους πελάτες, από τρίτους παρόχους, από ειδικές internet εφαρμογές web application κλπ. Η Primetel περαιτέρω επισήμανε ότι η χονδρική αγορά τερματισμού γραπτών μηνυμάτων στο δίκτυο κινητής τηλεφωνίας δεν σχετίζεται με την παροχή υπηρεσιών μαζικής αποστολής σύντομων γραπτών μηνυμάτων (Bulk SMS).

Σε σχέση με το ζήτημα αυτό και τη χονδρική αγορά τερματισμού γραπτών μηνυμάτων σε δίκτυο κινητής τηλεφωνίας, η Επιτροπή έλαβε καθοδήγηση από αποφάσεις της Ευρωπαϊκής Επιτροπής που αφορούν χονδρικές υπηρεσίες τερματισμού τηλεφωνικών κλήσεων, εφόσον και αυτές αφορούν υπηρεσίες που προσφέρονται από τους παρόχους δικτύου κινητής τηλεφωνίας που σκοπό έχουν την διαλειτουργικότητα των δικτύων. Συγκεκριμένα, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή στην απόφαση της VODAFONE / LIBERTY GLOBAL / DUTCH JV¹⁸, όσον αφορά τον ορισμό της αγοράς «*WHOLESALE MARKET FOR CALL TERMINATION ON MOBILE NETWORKS*» σημείωσε τα ακόλουθα:

«(191) Call termination services are provided when calls originate from one network and terminate on another network. Call termination thus allows users of different networks to communicate with one another. Call termination is a wholesale service provided by various network operators to one another on the basis of interconnection agreements, upstream of the provision of communication services to end customers. [...] (192) The Notifying Parties submit that each individual network constitutes a separate wholesale market for call termination on mobile networks, in line with previous Commission decisions. (193) In previous cases, the Commission concluded that each individual mobile network constitutes a separate product market. More specifically, the Commission considered that there is no substitute for call termination on each individual network since the operator transmitting the outgoing call can reach the intended recipient only through the operator of the network to which the recipient is connected. Each individual network therefore constitutes a separate market for termination. This applies both to fixed networks and to mobile networks. (194) In view of the above, the Commission concludes that each individual network constitutes a separate wholesale market for call termination. [...]»

¹⁸ Υπόθεση M.7978 - VODAFONE / LIBERTY GLOBAL / DUTCH JV. παρ. 191-194.

Περαιτέρω, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή στην υπόθεση M.9041 - HUTCHISON / WIND TRE καταγράφει:

« 4.2.4. Wholesale services for mobile call termination

(38) In order for an MNO to be able to deliver calls upon the mobile network of another MNO, it must purchase wholesale termination services on the network of the other MNO. MNOs provide wholesale mobile call termination services to one another on the basis of interconnection agreements, upstream of the provision of retail mobile telecommunication services to end customers.

(39) In its previous decisions, including in case M.7758 – Hutchison 3G Italy / WIND / JV, the Commission has found that there are no substitutes for wholesale call termination on each individual mobile network, since the operator transmitting the outgoing call can reach the intended recipient only through the operator of the network to which that recipient is subscribed. Therefore, each individual mobile network constitutes a separate wholesale market for call termination.

(40) In its previous decisions, including in case M.7758 – Hutchison 3G Italy / WIND / JV,²⁶ the Commission has defined wholesale market for call termination as national in scope.

(41) The evidence in the Commission's file has not revealed any new development in the present case which might justify departing from the conclusions reached with regard to the 2016 Transaction.

(42) For the purposes of this Decision, the Commission therefore considers that the relevant product market is the wholesale market for call termination on each individual mobile network and that the geographical market is national in scope.»

Η Επιτροπή σημειώνει ότι ο τερματισμός τηλεφωνικών κλήσεων και γραπτών μηνυμάτων απαιτεί την ύπαρξη σύνδεσης και πρόσβασης σε δίκτυο κινητής τηλεφωνίας. Περαιτέρω, διαπιστώνεται πως δεν υπάρχουν υποκατάστατα για τον τερματισμό γραπτών μηνυμάτων σε κάθε μεμονωμένο δίκτυο κινητής τηλεφωνίας. Κατά συνέπεια, η χονδρική υπηρεσία τερματισμού γραπτών μηνυμάτων σε δίκτυο κινητής τηλεφωνίας επιτρέπει σε εταιρείες τον τερματισμό μηνυμάτων σε δίκτυο κινητής τηλεφωνίας, δεδομένου ότι ο φορέας εκμετάλλευσης που μεταδίδει το εξερχόμενο μήνυμα μπορεί να φτάσει στον αποδέκτη προορισμού μόνο μέσω του παρόχου κατόχου δικτύου κινητής τηλεφωνίας στον οποίο έχει εγγραφεί αυτός ο παραλήπτης (τελικό χρήστης). Ως εκ τούτου, η χονδρική υπηρεσία τερματισμού γραπτών μηνυμάτων σε κάθε μεμονωμένο δίκτυο κινητής τηλεφωνίας αποτελεί διακριτή αγορά στη βάση του τρόπου λειτουργίας της αγοράς αυτής.

Η προσέγγιση αυτή ακολουθήθηκε και από την ομόλογη Ιταλική Αρχή Ανταγωνισμού η οποία με απόφασή της στις 13/12/2017 έκρινε ότι οι χονδρικές υπηρεσίες τερματισμού γραπτών μηνυμάτων σε δίκτυο κινητής τηλεφωνίας συνιστούν διακριτή αγορά.¹⁹

Η Επιτροπή σημειώνει πως η εταιρεία Microsat με τις γραπτές της θέσεις ημερομηνίας 28/4/2021 δεν διαφώνησε με τις διαπιστώσεις και το προκαταρκτικό συμπέρασμα της Επιτροπής πως η αγορά παροχής χονδρικών υπηρεσιών τερματισμού γραπτών μηνυμάτων SMS σε ένα δίκτυο κινητής τηλεφωνίας αποτελεί μία διακριτή αγορά.

Συνακόλουθα, η Επιτροπή ομόφωνα αποφασίζει πως η αγορά παροχής χονδρικών υπηρεσιών τερματισμού γραπτών μηνυμάτων SMS σε ένα δίκτυο κινητής τηλεφωνίας αποτελεί μία διακριτή αγορά.

(Γ) ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ BULK SMS

Θέσεις Microsat για την παροχή υπηρεσιών Bulk SMS ως εκφράστηκαν στο πλαίσιο της προκαταρκτικής έρευνας της καταγγελίας

Η Επιτροπή σημειώνει πως στο πλαίσιο της προκαταρκτικής της έρευνας η Microsat ανέφερε ότι οι πάροχοι υπηρεσιών μαζικής αποστολής μηνυμάτων (Bulk SMS), λειτουργούν μέσω ειδικής πλατφόρμας/λογισμικού, το οποίο επιτρέπει στους πελάτες τους να αποστέλλουν μέσω διαδικτύου και όχι μέσω δικτύου κινητής τηλεφωνίας γραπτά SMS με απεριόριστο αριθμό τελικών αποδεκτών/χρηστών κινητής τηλεφωνίας. Οι εν λόγω πολλαπλοί αποδέκτες λαμβάνουν το SMS σε χρόνο ασύγκριτα συντομότερο από το χρόνο που θα το ελάμβαναν στην περίπτωση που το ίδιο SMS αποστέλλονταν και διεκπεραιωνόταν η αποστολή του μόνο μέσω δικτύου κινητής τηλεφωνίας. Επί του προκειμένου, η αποστολή πολλαπλών ταυτόχρονων SMS από δίκτυο κινητής τηλεφωνίας και μόνο, δηλαδή όχι μέσω της ειδικής πλατφόρμας/λογισμικού, μπορεί μεν να θεωρηθεί ως μαζική αποστολή αλλά σίγουρα δεν μπορεί να λάβει τη μαζικότητα που προσφέρει η δυνατότητα αποστολής Bulk SMS μέσω της εν λόγω τεχνολογίας.

Η Microsat, ανέφερε πως η παροχή υπηρεσιών Bulk SMS αποτελεί υπηρεσία η οποία δύναται να προσφερθεί από οποιαδήποτε πρόσωπα (φυσικά ή νομικά), τα οποία έχουν στη διάθεσή τους λογισμικό ή ιστοσελίδα που να επιτρέπει την αποστολή γραπτών μηνυμάτων (SMS) σε αριθμούς κινητής τηλεφωνίας. Αγοραστές/λήπτες της υπηρεσίας αυτής είναι οποιοδήποτε φυσικό ή νομικό πρόσωπο, το οποίο, μέσω του εν λόγω λογισμικού ή ιστοσελίδας, επιθυμεί με τη σειρά του να αποστείλει σε τρίτους, είτε μεμονωμένα είτε μαζικά (δηλαδή είτε σε ένα αριθμό κινητής τηλεφωνίας είτε σε

¹⁹ Βλέπε απόφαση ημερομηνίας 12/12/2017, εναντίον της Vodafone Italia S.p.a και Telecom Italia S.p.a and its subsidiary Telecom Italia Sparkle SpA.

πολλούς αριθμούς ταυτοχρόνως), γραπτό μήνυμα (SMS) έκτασης μέχρι 160 χαρακτήρων έκαστο. Η υπηρεσία Bulk SMS στην Κύπρο προσφέρεται από ιδιωτικούς παρόχους, καθώς και από τις ίδιες τις εταιρείες δικτύων κινητής τηλεφωνίας, δηλαδή – κατά το χρόνο που αφορά η καταγγελία -τις ΑΤΗΚ, ΜΤΝ και Primetel.

Η Επιτροπή στο πλαίσιο εξέτασης της υπόθεσης μελέτησε τον τρόπο λειτουργίας και διεκπεραίωσης της διαδικασίας μαζικής αποστολής μηνυμάτων Bulk SMS μέσω διαδικτυακής πλατφόρμας και/ή λογισμικού (Web Platform) στη βάση των στοιχείων που προσκομίστηκαν στο πλαίσιο της προκαταρκτικής έρευνας. Η Επιτροπή σημείωσε επίσης, τα όσα αναφέρθηκαν από την Microsat αναφορικά με τους λιγότερο διαδεδομένους τρόπους αποστολής μηνυμάτων (Bulk SMS) είναι διαμέσου HTTP APT και SMPP Client και τις διαφορές αυτών.

Οι πλείστες εταιρείες οι οποίες δραστηριοποιούνται στην παροχή υπηρεσιών Bulk SMS στην Κύπρο, διατηρούν και/ή έχουν δημιουργήσει τη δική τους διαδικτυακή πλατφόρμα και/ή λογισμικό που επιτρέπει την αποστολή μηνυμάτων Bulk SMS σε αριθμούς κινητής τηλεφωνίας. Ωστόσο, ο τρόπος λειτουργίας και διεκπεραίωσης της αποστολής γραπτών μηνυμάτων Bulk SMS παραμένει ο ίδιος σε όλες τις περιπτώσεις. Όσον αφορά το κατά πόσον υφίστανται άλλα συστήματα για την αποστολή Bulk SMS, η Microsat σημείωσε ότι αριθμός εταιρειών που δραστηριοποιούνται στην παροχή υπηρεσιών Bulk SMS παρέχουν τη δυνατότητα αποστολής Bulk SMS μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (email to SMS). Ειδικότερα, με το συγκεκριμένο τρόπο αποστολής οι αγοραστές/λήπτες της υπηρεσίας αυτής αποστέλλουν με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο τα δεδομένα (αποστολέας, παραλήπτες, μήνυμα κ.ο.κ.) στην εταιρεία, η οποία με τη σειρά της τα μετατρέπει σε γραπτό μήνυμα και τα αποστέλλει μαζικά στους παραλήπτες. Παρόλα αυτά, η συγκεκριμένη διαδικασία δεν είναι τόσο διαδεδομένη και τη δεδομένη στιγμή η χρήση της είναι περιορισμένη.

Σύμφωνα με την Microsat η αγορά της παροχής υπηρεσιών αποστολής γραπτών μηνυμάτων SMS, που σύμφωνα με αυτή αποτελεί εν προκειμένω τη σχετική αγορά, αφορά την υπηρεσία που δύνανται να προσφέρουν οποιαδήποτε πρόσωπα (φυσικά ή νομικά), τα οποία έχουν στη διάθεσή τους λογισμικό ή ιστοσελίδα που να επιτρέπει την αποστολή γραπτών μηνυμάτων (SMS) σε αριθμούς κινητής τηλεφωνίας. Η εταιρεία Microsat υποστήριξε ότι η υπηρεσία μαζικής αποστολής σύντομων γραπτών μηνυμάτων (Bulk SMS) ενέχει τέτοιας φύσεως ιδιαιτερότητες και χαρακτηριστικά τα οποία την καθιστούν διακριτή σχετική αγορά προϊόντος ή υπηρεσίας σε σχέση με την υπηρεσία αποστολής γραπτών μηνυμάτων SMS. Σημειώνει ωστόσο, πως βασικά χαρακτηριστικά της αγοράς σύντομων γραπτών μηνυμάτων (Bulk SMS) υφίστανται και στην αγορά των SMS (όχι των μαζικών). Συγκεκριμένα, τόσο στην μία περίπτωση όσο και στην άλλη, ισχύει το ίδιο διεθνές πρότυπο του ETSI GSM 03.40. Επίσης,

διευκρινίζει πως η πρόσβαση και στις δύο υπηρεσίες είναι ανοικτή σε οποιοδήποτε φυσικό ή νομικό πρόσωπο χωρίς περιορισμό.

Σε ότι αφορά την τιμή της υπηρεσίας BULK SMS, η Microsat υποστηρίζει ότι υπάρχει σημαντική μείωση του κόστους ανά SMS όταν αυτό αποστέλλεται μέσω διαδικτύου απ' όταν εντός δικτύου κινητής τηλεφωνίας. Συγκεκριμένα, η χρέωση SMS όταν αυτό αποστέλλεται μέσω υπηρεσίας BULK SMS ανέρχεται κατά μέσο όρο περίπου €0,01 ενώ στην περίπτωση αποστολής από κινητό τηλέφωνο το κόστος ξεπερνά το €0,02. Σημειώνει περαιτέρω, πως επί του προκειμένου, στην περίπτωση των Bulk SMS υποχρεωτικά ο αγοραστής προπληρώνει το πακέτο αριθμού των SMS που επιθυμεί να αγοράσει με το κόστος να μειώνεται όσο αυξάνεται ο αριθμός των προπληρωμένων μηνυμάτων.

Θέσεις MTN για την παροχή υπηρεσιών Bulk SMS ως εκφράστηκαν στο πλαίσιο της προκαταρκτικής έρευνας της καταγγελίας

Η καταγγελλόμενη εταιρεία, MTN δήλωσε ότι τα Bulk SMS αποτελούν μια μετεξέλιξη της εφαρμογής A2P (Application-to-Person /συσκευή προς πρόσωπο). Η εφαρμογή A2P δίνει τη δυνατότητα αποστολής σύντομων μηνυμάτων («SMS») από μία συσκευή (a web app) σε κινητό τηλέφωνο. Τα Σύντομα Γραπτά Μηνύματα (SMS) μπορούν επίσης να αποστέλλονται «προς την άλλη κατεύθυνση», δηλαδή από το κινητό τηλέφωνο προς την άλλη συσκευή (π.χ. a web app). Αυτή η εφαρμογή είναι γνωστή ως P2A (person-to-application (πρόσωπο προς συσκευή). Η εφαρμογή A2P χρησιμοποιείται μεταξύ άλλων για την αποστολή ειδοποιήσεων (notifications) (όπως π.χ. αποστολή από την τράπεζα προς τον πελάτη της, ειδοποίησης αναφορικά με συναλλαγή με την πιστωτική του κάρτα), προειδοποιήσεων (alerts) (όπως π.χ. προειδοποιήσεων ότι η συνδρομή του καταναλωτή θα λήξει σε X μέρες) και άλλων συναφών μηνυμάτων.

Σύμφωνα με την MTN, η εφαρμογή Bulk SMS δίνει τη δυνατότητα αποστολής μηνυμάτων SMS σε πολλαπλούς λήπτες στα κινητά τους τηλέφωνα²⁰. Τα Bulk SMS μπορούν να αποσταλούν μέσω διαφόρων εφαρμογών και συστημάτων όπως για παράδειγμα από ηλεκτρονικούς υπολογιστές και web interfaces με τη χρήση του κατάλληλου λογισμικού.

²⁰ Η Επιτροπή σημειώνει ότι η MTN με την επιστολή της ημερομηνίας 16/3/2018, επισύναψε Παράρτημα Β, το οποίο αποτελεί ανάρτηση στην ιστοσελίδα της και απευθύνεται προς τις επιχειρήσεις και στο οποίο φαίνονται οι χρεώσεις για τα διαθέσιμα πακέτα μονάδων για παροχή υπηρεσιών Bulk SMS. Στο εν λόγω Παράρτημα Β σημειώνονται τα εξής όσον αφορά τα Bulk SMS: «*Η υπηρεσία MTN Bulk SMS είναι μια εύχρηστη και αποδοτική υπηρεσία για την μαζική αποστολή μηνυμάτων σε κινητά τηλέφωνα από τον υπολογιστή σας και αποτελεί το καλύτερο εργαλείο για επικοινωνία με τους πελάτες σας. Με τη συγκεκριμένη υπηρεσία μπορείτε να επικοινωνείτε με τους πελάτες σας με μόνο 1 σεντ ανά μήνυμα, να εξασφαλίζετε την εμπιστευτικότητα των δεδομένων τους και να έχετε πρόσβαση στα στοιχεία τους από οποιοδήποτε σημείο.*»

Η εφαρμογή SMS Gateway χρησιμοποιείται για την προώθηση (relay) των Bulk SMS από τον αποστολέα προς τους τελικούς λήπτες. Σε τεχνικό επίπεδο, ο τρόπος αποστολής των Bulk SMS είναι ίδιος με την αποστολή ενός γραπτού μηνύματος SMS. Ο αποστολέας των Bulk SMS δύναται να χρησιμοποιήσει οποιονδήποτε παροχέα κινητής τηλεφωνίας ή άλλο πάροχο Bulk SMS ανεξάρτητα με τη χώρα στην οποία βρίσκεται. Με άλλα λόγια ένας αποστολέας Bulk SMS που βρίσκεται στην Κύπρο μπορεί να συμβληθεί με μία εταιρεία στο εξωτερικό (π.χ. Αγγλία, Ινδία) και να αποστείλει Bulk SMS στους πελάτες του στην Κύπρο.

Όσον αφορά τον τρόπο τιμολόγησης της υπηρεσίας Bulk SMS, η MTN ανέφερε ότι γίνεται με βάση ένα προκαταρκτικό τιμοκατάλογο αναλόγως με τον όγκο που αγοράζεται. Η τιμή ανά credit/unit μειώνεται ανάλογα με τον όγκο αγοράς credits/units. Σημειώνει περαιτέρω ότι υπάρχει έντονος ανταγωνισμός μεταξύ των παρόχων της υπηρεσίας Bulk SMS και οι εταιρείες του εξωτερικού χρεώνουν πολύ πιο χαμηλά τέλη από τις εταιρείες που δραστηριοποιούνται εντός της Κύπρου. Ως αναφέρει η εταιρεία MTN, ο καταναλωτής έχει τη δυνατότητα να αγοράσει υπηρεσίες Bulk SMS από οποιονδήποτε πάροχο τέτοιας υπηρεσίας και συνεπώς ο καταναλωτής έχει τη δύναμη να διαπραγματευτεί με τον κάθε πάροχο με σκοπό να εξασφαλίσει καλύτερες τιμές. Με άλλα λόγια είναι ο καταναλωτής που έχει τη διαπραγματευτική δύναμη και όχι οι πάροχοι της υπηρεσίας Bulk SMS. Επομένως, ως υποστηρίζει η εταιρεία MTN οι δυνάμεις της αγοράς καθορίζουν και τις τιμές, οπότεν όσο πιο μεγάλη σε αριθμό είναι η αγορά credits/units τόσο πιο μεγάλη διαπραγματευτική δύναμη έχει ο καταναλωτής να εξασφαλίσει καλύτερες τιμές. Δεδομένου ότι οι υπηρεσίες αυτές παρέχονται παγκοσμίως είναι πολύ δύσκολο για μια κυπριακή εταιρεία να καθορίσει τιμές που να είναι δυνατό να έχουν το αποτέλεσμα αποκλεισμού κάπου άλλου κύπριου παροχέα ή να το θέσει σε ανταγωνιστικό μειονέκτημα.

Θέσεις τρίτων εταιρειών για την παροχή υπηρεσιών Bulk SMS ως εκφράστηκαν στο πλαίσιο της προκαταρκτικής έρευνας της καταγγελίας

Η Επιτροπή διαπιστώνει ότι στο πλαίσιο της προκαταρκτικής έρευνας, η Υπηρεσία απευθύνθηκε σε τρίτους παρόχους κινητής τηλεφωνίας που δραστηριοποιούνται εντός της Δημοκρατίας με σκοπό τη διερεύνηση και συλλογή στοιχείων που αφορούν τον καθορισμό της σχετικής αγοράς. Προς τούτο, σημειώνονται τα όσα δηλώθηκαν από αυτούς κατωτέρω:

(α) ΑΤΗΚ

Η ΑΤΗΚ στο πλαίσιο της προκαταρκτικής έρευνας, δήλωσε ότι η υπηρεσία Bulk SMS έχει διαφορετικά χαρακτηριστικά από την υπηρεσία (person-to- person) P2P SMS. Ιδιαίτερα, όπως ανέφερε, η αποστολή (person-to- person) P2P SMS γίνεται από συσκευή κινητής τηλεφωνίας προς άλλη συσκευή κινητής τηλεφωνίας, ενώ η

αποστολή Bulk SMS γίνεται από πλατφόρμα (διαδικτυακή εφαρμογή ή «integrated using API» στο σύστημα του παροχέα χρήστη) προς συσκευή κινητής τηλεφωνίας του παραλήπτη του μηνύματος.

Περαιτέρω σημείωσε ότι όσον αφορά την παροχή υπηρεσιών Bulk SMS, η ΑΤΗΚ προσφέρει αυτή την υπηρεσία με δύο τρόπους, (α) με απ' ευθείας σύνδεση στο SMSC της ΑΤΗΚ και (β) μέσω της πλατφόρμας (λογισμικό) cybee της ΑΤΗΚ. Οι πάροχοι υπηρεσιών Bulk SMS που συνδέονται με απευθείας σύνδεση στο SMSC της ΑΤΗΚ διατηρούν/χρησιμοποιούν δικό τους λογισμικό (πλατφόρμα) για τη διεκπεραίωση της αποστολής Bulk SMS ή πιθανόν να έχουν και άλλα συστήματα.

Η υπηρεσία cybee websms, επιτρέπει σε συνδρομητές της Cytamobile-Vodafone να αποστέλλουν μηνύματα από την ιστοσελίδα της ΑΤΗΚ σε αριθμούς τηλεφώνων που καθορίζουν οι ίδιοι. Για να χρησιμοποιήσει την υπηρεσία κάποιος πρέπει να είναι συνδρομητής Cytamobile-Vodafone και να δημιουργήσει λογαριασμό στην ιστοσελίδα της ΑΤΗΚ. Η χρέωση γίνεται ανά μήνυμα με τιμή €{...} συν ΦΠΑ. Η τιμή είναι η ίδια ανεξαρτήτως αριθμού μηνυμάτων που θα στείλει κάποιος. Σε περίπτωση συνδρομητή συμβολαίου, η χρέωση εμφανίζεται στο λογαριασμό τηλεφώνου του. Σε περίπτωση συνδρομητή προπληρωμένης υπηρεσίας (soeasy), η χρέωση αφαιρείται από το ποσό του λογαριασμού του.

Η υπηρεσία μαζικής αποστολής μηνυμάτων (Bulk SMS) είναι σχεδιασμένη για να παρέχει τη δυνατότητα σε μια εταιρεία να στέλνει μηνύματα SMS στους συνδρομητές των δικτύων κινητής τηλεφωνίας. Για την αποστολή των μηνυμάτων, η εταιρεία πρέπει να συνάψει σχετική συμφωνία με την ΑΤΗΚ, να εγκαταστήσει εξειδικευμένο λογισμικό σε εξυπηρετητή (server) που θα χρησιμοποιείται αποκλειστικά για το σκοπό αυτό βάσει των τεχνικών προδιαγραφών του συμβολαίου της εταιρείας. Η εγκατάσταση και λειτουργία του εξυπηρετητή είναι αποκλειστική ευθύνη της εταιρείας. Εάν το επιθυμεί, η εταιρεία μπορεί να δημιουργήσει διασυνδέσεις και να ενώσει στο σύστημα της άλλους συνεργάτες της. Η χρέωση γίνεται στη βάση του τιμοκαταλόγου της υπηρεσίας. Η εταιρεία λαμβάνει λογαριασμό κάθε τέλος του μήνα με το ποσό που οφείλει.

Τέλος η ΑΤΗΚ, ως προς το κατά πόσο είναι δόκιμο να διαχωριστεί η χονδρική από τη λιανική πώληση, σημείωσε ότι στο ρυθμιστικό πλαίσιο που διέπει την αγορά Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών δεν υπάρχει χονδρική αγορά SMS ή Bulk SMS. Ως εκ τούτου, ως υποστήριξε πως δεν είναι δόκιμο να διαχωριστεί η χονδρική από τη λιανική πώληση.

(β) Primetel

Η Primetel δήλωσε ότι η υπηρεσία μαζικής αποστολής σύντομων γραπτών μηνυμάτων (Bulk SMS) δεν αποτελεί ξεχωριστή σχετική αγορά, θεωρώντας ότι αυτή εμπίπτει στις

υπηρεσίες λιανικής και ειδικότερα της αποστολής SMS από τελικούς πελάτες/επιχειρήσεις που επιθυμούν να αποστείλουν μεγάλο αριθμό μηνυμάτων προς συνδρομητές κινητής τηλεφωνίας για σκοπούς προώθησης, διαφήμισης ή/και ενημέρωσης, πληροφόρησης. Επίσης, η Primetel αναφέρει ότι η εν λόγω υπηρεσία ουδεμία σχέση έχει με τη χονδρική αγορά τερματισμού SMS στο δίκτυο κινητής τηλεφωνίας²¹. Περαιτέρω σημειώνει ότι η υπηρεσία Bulk SMS της Primetel αποτελεί υπηρεσία λιανικής που απευθύνεται σε τελικούς πελάτες λιανικής/ επιχειρήσεις που ενδιαφέρονται για τη μαζική αποστολή μηνυμάτων μέσω του κέντρου μηνυμάτων (SMSC) της Primetel²².

Αξιολόγηση της Επιτροπής

Στη βάση των όσων έχουν αναφερθεί και υποστηριχθεί τόσο από τις εμπλεκόμενες εταιρείες όσο και από τρίτες μη εμπλεκόμενες στη διαδικασία εταιρείες, η Επιτροπή εξετάζοντας τον καθορισμό της σχετικής αγοράς, κρίνει καθοδηγητικά τα όσα αναφέρει η Ευρωπαϊκή Επιτροπή στην υπόθεση Telefónica UK/ Vodafone UK/ Everything Everywhere/ JV²³. Ειδικότερα, επισημαίνεται ότι παρόλο που στην εν λόγω περίπτωση αποφασίστηκε όπως παραμείνει ανοιχτή η σχετική αγορά λόγω μη εντοπισμού στοιχείων που περιορίζουν τον ανταγωνισμό, εντούτοις σ' αυτήν καταγράφονται τα ακόλουθα:

“Market for retail and wholesale bulk SMS services

(183) Retail bulk SMS is a service that enables businesses (such as retailers or financial institutions) to send high volumes of text messages to their customers (provided that these have opted in to receive such messages on their mobile handsets). It can be used for sending marketing messages but is currently mainly used for general customer communications. For example a bank might use a retail bulk SMS service to send mini-bank statements or fraud alerts to its customers.

(184) Delivery of messages via SMS to their intended recipients requires connectivity into one or more mobile networks and the physical conveyance of those messages to the relevant mobile subscribers. This service is referred to as the wholesale delivery of bulk SMS. The service consists of two main elements: firstly, conveyance of the message from the sender (the JV Co or an aggregator to the mobile network to which

²¹ Η Primetel περαιτέρω έχει σημειώσει ότι η χονδρική αγορά τερματισμού SMS απευθύνεται είτε α) σε άλλα διασυνδεδεμένα δίκτυα κινητής τηλεφωνίας που επιθυμούν να τερματίσουν μηνύματα SMS στους συνδρομητές δικτύου κινητής τηλεφωνίας της Primetel – τα οποία εκκινούν από τους δικούς τους πελάτες / συνδρομητές, είτε β) σε παρόχους/ μεταπωλητές (carriers/resellers/aggregators) που επιθυμούν να τερματίσουν μηνύματα SMS στους συνδρομητές δικτύου κινητής τηλεφωνίας της Primetel – τα οποία συλλέγουν από ίδιους πελάτες, από τρίτους παρόχους, από ειδικές internet εφαρμογές web application κλπ..

²² Σημειώνεται ότι η Primetel έχει αναφέρει ότι από το έτος 2017 σταμάτησε την εμπορική προώθηση της εν λόγω υπηρεσίας.

²³ Case No COMP/M.6314 – Telefónica UK/ Vodafone UK/ Everything Everywhere/ JV, ημερομηνίας 4/9/2012.

the intended recipient has subscribed (the home network) and secondly, conveyance by the home network to the recipient's mobile handset.”

“The Commission's assessment

(187)

(188) Retail bulk SMS is a service predominantly provided by intermediaries known as SMS aggregators who secure wholesale arrangements for the delivery of bulk SMS with one or more of the MNOs (on a wholesale market for bulk SMS). Aggregators aggregate demand for bulk SMS from multiple sources and ensure that messages are efficiently routed to their intended recipients through connectivity with MNOs around the world.

(189) On the basis of the market investigation, the Commission concludes that the market for retail bulk SMS services can be distinguished from other types of active messaging. Indeed, the majority of answers both from customers and competitors agreed on considering that retail bulk SMS services are not capable of replacing other mobile marketing messaging. Although some replied that they "would always consider the cost-effectiveness of every available channel and would be prepared to move advertising spend into more efficient channels", the vast majority of respondents considered that "non-intelligent" bulk SMS are generic messages and are not interchangeable with other forms of active messaging for the following reasons: the target audience is different, as bulk SMS is usually based on the sender's database; the scope is different (standard information, not for customer acquisition); data analytics is not added as a service; there is no possibility to target the audience based on demographics and the consumer experience is different. A majority of respondents consider that a 5-10% increase in the price of active marketing messaging such as intelligent bulk SMS or IP push notifications would be compensated by the extra targeting capabilities of these intelligent services.

(190) In view of the above, it appears that retail bulk SMS services constitute a separate market from active marketing messaging. The former is downstream from the possible market for the wholesale supply of bulk SMS services. However, for the purposes of the present Decision, the precise market definitions can be left open, since the operation is not likely to lead to a significant impediment of effective competition under any possible product market definition.” (Η υπογράμμιση είναι της Επιτροπής)

Ως διαφάνηκε από τα στοιχεία που παράθεσε η Microsat στο πλαίσιο της παρούσας προκαταρκτικής έρευνας, και ιδιαίτερα τη συμφωνία που υπέγραψε με την ΑΤΗΚ ημερομηνίας {...} για παροχή υπηρεσιών μαζικής αποστολής μηνυμάτων (Bulk SMS), οι ενδιαφερόμενες εταιρείες δεν αγοράζουν επιπρόσθετα υπηρεσίες τερματισμού,

παρά μόνο πληρώνουν συγκεκριμένο αντίτιμο που καθορίζεται στη συμφωνία που υπογράφουν για την παροχή των εν λόγω υπηρεσιών. Επίσης, η ίδια η ΑΤΗΚ, έχει αναφέρει ότι οι τιμές για Bulk SMS που προβλέπονται στα συμβόλαια που έχει συνάψει με τους παροχείς υπηρεσιών Bulk SMS, περιλαμβάνουν το τέλος τερματισμού SMS στο δίκτυο άλλων παρόχων δικτύων κινητής τηλεφωνίας.

Η Επιτροπή σημειώνει πως στην παρούσα υπόθεση τα γεγονότα και οι κατ' ισχυρισμό παραβάσεις σχετίζονται με την παροχή υπηρεσιών μαζικής αποστολής μηνυμάτων (Bulk SMS). Σε ότι αφορά τα χαρακτηριστικά της εν λόγω υπηρεσίας και τον σκοπό για τον οποίο προορίζονται, καθώς και τον τρόπο με τον οποίο παρέχονται εντός της Κυπριακής Δημοκρατίας, έχοντας υπόψη τα όσα δηλώθηκαν τόσο από τις εμπλεκόμενες εταιρείες όσο και τρίτες εταιρείες σημειώνονται τα εξής:

- Η υπηρεσία μαζικής αποστολής μηνυμάτων (Bulk SMS) είναι σχεδιασμένη να παρέχει τη δυνατότητα σε μια εταιρεία να στέλνει μηνύματα (SMS) σε πολλαπλούς συνδρομητές των δικτύων κινητής τηλεφωνίας. Μια εταιρεία για να είναι σε θέση να προσφέρει τις εν λόγω υπηρεσίες στους πελάτες της θα πρέπει να συνεργάζεται με ένα από τους παρόχους δικτύου κινητής τηλεφωνίας ΑΤΗΚ, MTN ή PRIMETEL, ώστε να είναι δυνατό να μεταβιβάζονται τα μηνύματα στον εν λόγω πάροχο δικτύου κινητής τηλεφωνίας με τον οποίο συνεργάζεται στη βάση σχετικής μεταξύ τους συμφωνίας, ο οποίος στη συνέχεια θα είναι υπεύθυνος για την αποστολή των μηνυμάτων (Bulk SMS), ανεξάρτητα σε ποιο πάροχο δικτύου κινητής τηλεφωνίας ανήκει ο τελικός παραλήπτης του μηνύματος.
- Ο κάθε πάροχος δικτύου κινητής τηλεφωνίας έχει το δικό του κέντρο αποστολής γραπτών μηνυμάτων. Όπως σημειώνεται και πιο πάνω, η ΑΤΗΚ έχει αναφέρει ότι για την παροχή υπηρεσιών Bulk SMS, μπορεί να προσφέρει αυτή την υπηρεσία με δύο τρόπους, ο ένας εκ των οποίων είναι η απ' ευθείας σύνδεση στο Κέντρο Αποστολής Γραπτών Μηνυμάτων (SMSC) της ΑΤΗΚ. Οι πάροχοι υπηρεσιών Bulk SMS που συνδέονται με απευθείας σύνδεση στο SMSC της ΑΤΗΚ διατηρούν/χρησιμοποιούν δικό τους λογισμικό (πλατφόρμα) για τη διεκπεραίωση της αποστολής Bulk SMS ή πιθανόν να έχουν και άλλα συστήματα. Η Primetel από την άλλη έχει αναφέρει ότι η υπηρεσία Bulk SMS της Primetel απευθύνεται σε τελικούς πελάτες λιανικής / επιχειρήσεις που ενδιαφέρονται για τη μαζική αποστολή μηνυμάτων μέσω του κέντρου μηνυμάτων SMSC της Primetel.
- Η εταιρεία η οποία επιθυμεί να προσφέρει υπηρεσίες μαζικής αποστολής μηνυμάτων (Bulk SMS) στους πελάτες της εντός της Κυπριακής Δημοκρατίας, δύναται να συμβληθεί με οποιοδήποτε πάροχο δικτύου κινητής τηλεφωνίας επιθυμεί και όχι ξεχωριστά με κάθε ένα από αυτούς για να είναι δυνατή η παράδοση των μηνυμάτων σε όλους τους καταναλωτές ανεξαρτήτως σε ποιο δίκτυο κινητής τηλεφωνίας αυτοί

ανήκουν, ΑΤΗΚ, ΜΤΝ ή PRIMETEL.²⁴ Αυτό προκύπτει, εφόσον οι πάροχοι δικτύου κινητής τηλεφωνίας στην Κύπρο, έχουν συνάψει μεταξύ τους συμφωνίες για σκοπούς τερματισμού μηνυμάτων στα δίκτυα τους έναντι συμφωνηθέντος ανταλλάγματος, χωρίς να επηρεάζεται η συμφωνία που έχουν συνάψει με κάθε εταιρεία για προσφορά υπηρεσιών /προϊόντων Bulk SMS στους καταναλωτές. Η εταιρεία θα καταβάλει σχετικό αντίτιμο μόνο στον πάροχο με τον οποίο έχει συνάψει συμφωνία για την παροχή υπηρεσιών μαζικής αποστολής μηνυμάτων (Bulk SMS).

Η Επιτροπή διαπιστώνει πως η εταιρεία Microsat με τις γραπτές της θέσεις ημερομηνίας 28/4/2021 δεν διαφώνησε με τις διαπιστώσεις της και το προκαταρκτικό της συμπέρασμα πως οι υπηρεσίες μαζικής αποστολής γραπτών μηνυμάτων (Bulk SMS) αποτελούν μια διακριτή αγορά από τη λιανική κινητή τηλεφωνία.

Συνακόλουθα, η Επιτροπή ομόφωνα αποφασίζει ότι οι υπηρεσίες μαζικής αποστολής γραπτών μηνυμάτων (Bulk SMS) αποτελούν μια διακριτή αγορά από τη λιανική κινητή τηλεφωνία. Επίσης, από τη ενωσιακή νομολογία που έχει παρατεθεί ανωτέρω προκύπτει ότι δύναται να υπάρχει διαχωρισμός της παροχής υπηρεσιών μαζικής αποστολής γραπτών μηνυμάτων (Bulk SMS) σε χονδρικό και λιανικό επίπεδο.

Τελικά συμπεράσματα αναφορικά με τις σχετικές αγορές

Από την ανάλυση που έχει διενεργηθεί, η Επιτροπή για σκοπούς εξέτασης της παρούσας καταγγελίας ομόφωνα αποφασίζει ότι οι σχετικές αγορές προϊόντων και υπηρεσιών είναι οι ακόλουθες:

- (α) η αγορά λιανικής κινητής τηλεφωνίας,
- (β) οι χονδρικές υπηρεσίες τερματισμού γραπτών μηνυμάτων σε δίκτυα κινητής τηλεφωνίας, και
- (γ) οι υπηρεσίες μαζικής αποστολής γραπτών μηνυμάτων (Bulk SMS). Επισημαίνεται ότι από τη ενωσιακή νομολογία ως αυτή έχει παρατεθεί, προκύπτει ότι δύναται να υπάρχει διαχωρισμός της παροχής υπηρεσιών μαζικής αποστολής γραπτών μηνυμάτων (Bulk SMS) σε (α) χονδρική και (β) λιανική αγορά.

5.2. Σχετική γεωγραφική αγορά

Η Επιτροπή σημειώνει πως η σχετική γεωγραφική αγορά περιλαμβάνει την περιοχή στην οποία οι ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις δραστηριοποιούνται στην προσφορά και τη ζήτηση των σχετικών προϊόντων ή υπηρεσιών υπό επαρκώς ομοιογενείς συνθήκες

²⁴ Σημειώνεται ότι στη Συμφωνία Παροχής Υπηρεσίας Μαζικής Αποστολής Μηνυμάτων (BULK SMS) μεταξύ της ΑΤΗΚ και της Microsat, ημερομηνίας {...}, στη σελίδα 17 στο Παράρτημα Α, Τεχνικά Χαρακτηριστικά Υπηρεσίας, αναφέρεται ότι {...}. Επομένως διαφαίνεται ότι με μόνο μία συμφωνία που σύναψε η Microsat με μόνο ένα πάροχο δικτύου κινητής τηλεφωνίας, θα μπορεί να εξυπηρετεί τους πελάτες της για παροχή υπηρεσιών Bulk Sms, προς όλα τα δίκτυα κινητής τηλεφωνίας εντός της Κυπριακής Δημοκρατίας.

ανταγωνισμού και η οποία μπορεί να διακριθεί από άλλες γειτονικές γεωγραφικές περιοχές, ιδίως λόγω των αισθητά διαφορετικών συνθηκών ανταγωνισμού που επικρατούν σ' αυτές²⁵. Η σχετική γεωγραφική αγορά ταυτίζεται με την περιοχή, μέσα στα όρια της οποίας δραστηριοποιούνται και ανταγωνίζονται (ή τουλάχιστον έχουν τη δυνατότητα αυτή) οι επιχειρήσεις ως πωλητές ή αγοραστές των σχετικών προϊόντων ή υπηρεσιών.

Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, στη σχετική ανακοίνωση της για τον προσδιορισμό της σχετικής αγοράς υπό το πρίσμα του Δικαίου του Ανταγωνισμού ορίζει ότι:

«The relevant geographic market comprises the area in which the undertakings concerned are involved in the supply and demand of products or services, in which the conditions of competition are sufficiently homogeneous and which can be distinguished from neighbouring areas because the conditions of competition are appreciably different in those area»²⁶.

(A) ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΛΙΑΝΙΚΗΣ ΚΙΝΗΤΗΣ ΤΗΛΕΦΩΝΙΑΣ

Η Επιτροπή επισημαίνει πως σε ότι αφορά τη γεωγραφική διάσταση της αγοράς λιανικής κινητής τηλεφωνίας στην απόφαση της 39/2012²⁷, είχε ομόφωνα καταλήξει ότι η λιανική αγορά κινητής τηλεφωνίας αφορά την επικράτεια της Κυπριακής Δημοκρατίας.

Περαιτέρω όσον αφορά τις υπηρεσίες λιανικής κινητής τηλεφωνίας η Ευρωπαϊκή Επιτροπή στην απόφαση της «COMP/M.2803-TeliaSonera» ημερομηνίας 10.7.2002, ανέφερε τα πιο κάτω σε σχέση με τη σχετική γεωγραφική αγορά των εν λόγω υπηρεσιών:

«(46) The relevant geographic scope of the market for mobile communications services is determined among other things, by the legal and regulatory system. In e.g. the Telia/Telenor decision, the Commission found that the relevant geographic market was national due to different national licensing obligations in different Member States, that frequency allocation is limited to the operators licensed under national law etc. Further, roaming charges made while outside the home territory of the service provider rarely made it economic for customers in one country to obtain their mobile services on a permanent basis from a supplier operating in a different national market, largely

²⁵ Βλ. υποθέσεις United Brands, παράγραφος 44, Michelin, παράγραφος 26, υπόθεση 247/86 Alsatel κατά Novasam [1988], συλλογή 5987, παράγραφος 15 Tiercé Ladbroke κατά Επιτροπής, ο.π., παράγραφος 102.

²⁶ Ανακοίνωση Επιτροπής για τον καθορισμό της σχετικής αγοράς, ΕΕ C 372 της 3.12.1997.

²⁷ Απόφαση ΕΠΑ ΑΡ. 39/2012 στην Καταγγελία της εταιρείας Golden Telemedia Ltd εναντίον της ΑΤΗΚ για άρνηση παροχής υπηρεσιών αναφορικά με κλήσεις υπεραξίας (900) για χρήστες so-easy (αρ. φακ. 11.17.007.20) η οποία επικυρώθηκε από το Δικαστήριο στην Υπόθεση 1927/2012 με απόφαση ημερομηνίας 31/5/2017. Η ΑΤΗΚ έχει ασκήσει έφεση κατά της απόφασης του Διοικητικού Δικαστηρίου.

because they would have to pay all domestic calls in their country of residence as internationally roamed calls.

(47) This has also been confirmed in the Commissions market investigation even as regards the provision of mobile communications services to corporate customers with significant cross-border since such offers are still purchased on a mainly national basis. However, the latter is an evolving market and the geographic scope of such services may become wider than national in the near future».

Επίσης η Ευρωπαϊκή Επιτροπή στην απόφαση της ημερομηνίας 4/09/2012, Telefónica UK/Vodafone UK/ Everything Everywhere/ JV²⁸, όσον αφορά τη γεωγραφική διάσταση της αγοράς: «*Market for retail mobile telephony services*», σημείωσε ότι: «*(239) In previous decisions, the Commission considered the relevant geographic market for mobile telecommunication services to end customers (and any possible submarket) to be national in scope. This is based on the fact that mobile tariffs operate on a national basis and that regulation (such as spectrum allocation, numbering and mobile termination) is also done on a national basis. (240) The Commission concludes that, consistent with its previous decisions, the geographic market is restricted to the United Kingdom.*».

Η Επιτροπή σημειώνει ότι στο Έγγραφο του ΓΕΡΗΕΤ «*Απόληξη (Τερματισμός) Φωνητικών Κλήσεων σε Μεμονωμένα Δίκτυα Κινητών Επικοινωνιών Δημόσια Διαβούλευση προσχέδιου Εγγράφου Κοινοποίησης 11/04/14*» σημειώνονται τα ακόλουθα:

«*Βάσει των πιο πάνω κριτηρίων, άποψη του ΕΡΗΕΤ είναι όπως η σχετική αγορά για τις υπηρεσίες τερματισμού φωνητικών κλήσεων συμπίπτει με το σύνολο της επικράτειας της Κυπριακής Δημοκρατίας αφού:*

- *Οι άδειες οι οποίες έχουν εκχωρηθεί και αφορούν την ίδρυση και λειτουργία δημόσιων τηλεπικοινωνιακών δικτύων κινητής τηλεφωνίας και την παροχή δημόσιων υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας αφορούν το σύνολο της επικράτειας της Κυπριακής Δημοκρατίας.*
- *Τα υπάρχοντα δίκτυα κινητής καλύπτουν όλη την επικράτεια της Κυπριακής Δημοκρατίας.*
- *Οι δραστηριοποιημένοι εικονικοί παροχείς (MVNOs), που είναι συμβεβλημένοι με τους MNOs, έχουν την ίδια κάλυψη δικτύου με αυτούς.*

²⁸Υπόθεση COMP/M.6314 – Telefónica UK/Vodafone UK/ Everything Everywhere/ JV, παρ. 204-206.

- *Η τιμολογιακή πολιτική των εταιρειών που διατηρούν και διαχειρίζονται τα δίκτυα και παρέχουν τις υπηρεσίες δεν διαφοροποιείται από περιοχή σε περιοχή μέσα στην επικράτεια της Κυπριακής Δημοκρατίας.*
- *Η διαφημιστική πολιτική των εταιρειών που διατηρούν και διαχειρίζονται τα δίκτυα και παρέχουν τις υπηρεσίες δεν διαφοροποιείται από περιοχή σε περιοχή μέσα στην επικράτεια της Κυπριακής Δημοκρατίας.*
- *Το κόστος και η χρέωση τερματισμού των κλήσεων είναι ίδια σε όλη την επικράτεια της Κυπριακής Δημοκρατίας.»*

Σε ότι αφορά την γεωγραφική κάλυψη των δικτύων κινητής τηλεφωνίας θα πρέπει να σημειωθεί και σε αυτό το σημείο πως η PrimeTel κατέχει την 3η Άδεια Κινητής για ανάπτυξη δικτύου 4ης γενιάς και από παροχέας Ιδεατού Κινητού Δικτύου (MVNO) εξελίχθηκε σε πάροχο Δικτύου Κινητής (MNO – Mobile Network Operator) στην Κύπρο και μέχρι στιγμής συνεργάζεται με το Δίκτυο Κινητής της MTN. Επίσης, η Cablenet τον Μάιο 2019, απέκτησε τη νέα άδεια κινητής τηλεφωνίας, η οποία δημοπρατήθηκε από το Τμήμα Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών του Υπουργείου Μεταφορών, στο φάσμα των 800 και 2600MHz.²⁹ Ως αναφέρει στην ιστοσελίδα της «*Η Cablenet ως Παροχέας Κινητού Ιδεατού Δικτύου (MVNO) έχει τη δυνατότητα να προσφέρει υπηρεσίες κινητής τηλεφωνίας στους συνδρομητές της, οι οποίοι βρίσκονται σε γεωγραφικές περιοχές που καλύπτονται από το Δίκτυο Κινητής της CYTA.*».³⁰

Η Επιτροπή διαπιστώνει πως η εταιρεία Microsat με τις γραπτές της θέσεις ημερομηνίας 28/4/2021 δεν διαφώνησε με τις διαπιστώσεις και το προκαταρκτικό συμπέρασμα της Επιτροπής πως η γεωγραφική αγορά της παροχής υπηρεσιών λιανικής κινητής τηλεφωνίας είναι εθνική και αφορά την επικράτεια της Κυπριακής Δημοκρατίας.

Ως εκ τούτου, η Επιτροπή ομόφωνα αποφασίζει ότι, η γεωγραφική αγορά της παροχής υπηρεσιών λιανικής κινητής τηλεφωνίας είναι εθνική και αφορά την επικράτεια της Κυπριακής Δημοκρατίας.

(B) ΧΟΝΔΡΙΚΕΣ ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΤΕΡΜΑΤΙΣΜΟΥ ΓΡΑΠΤΩΝ ΜΗΝΥΜΑΤΩΝ

Σε σχέση με την παροχή χονδρικών υπηρεσιών τερματισμού γραπτών μηνυμάτων, η Επιτροπή σημειώνει ότι η Ευρωπαϊκή Επιτροπή στην απόφαση της VODAFONE / LIBERTY GLOBAL / DUTCH JV³¹, όσον αφορά τη γεωγραφική αγοράς της αγοράς «*WHOLESALE MARKET FOR CALL TERMINATION ON MOBILE NETWORKS*» σημείωσε ότι «*The Notifying Parties submit that wholesale market for call termination*

²⁹ <https://politis.com.cy/politis-news/kypros/kai-mpala-kai-kiniti-stin-cablenet-gia-7-ekat-i-adeia-gia-neo-diktvo-kinitis-tilefonias>

³⁰ <https://cablenet.com.cy/mobile/coverage/>

³¹ Υπόθεση M.7978 - VODAFONE / LIBERTY GLOBAL / DUTCH JV, παρ. 195-196.

should correspond to the dimensions of the operator's network and therefore be considered as national in scope. In line with its previous decisions, the Commission considers the market to be national in scope. The information before the Commission does not provide any indication that it would be warranted for the present case to depart from the previous practice for defining the geographic market. For the purposes of this decision, the Commission therefore concludes that the wholesale markets for call termination on mobile networks are national.».

Επίσης η Επιτροπή επαναλαμβάνει ότι η Ευρωπαϊκή Επιτροπή στην απόφαση της M.9041 - HUTCHISON / WIND TRE³² σε σχέση με την αγορά «*Wholesale services for mobile call termination*» ανέφερε ότι: «*In its previous decisions, including in case M.7758 – Hutchison 3G Italy / WIND / JV,26 the Commission has defined wholesale market for call termination as national in scope. The evidence in the Commission's file has not revealed any new development in the present case which might justify departing from the conclusions reached with regard to the 2016 Transaction. For the purposes of this Decision, the Commission therefore considers that the relevant product market is the wholesale market for call termination on each individual mobile network and that the geographical market is national in scope.*».

Η Επιτροπή διαπιστώνει πως η εταιρεία Microsat με τις γραπτές της θέσεις ημερομηνίας 28/4/2021 δεν διαφώνησε με τις διαπιστώσεις της Επιτροπής και το προκαταρκτικό της συμπέρασμα πως η αγορά παροχής χονδρικών υπηρεσιών τερματισμού γραπτών μηνυμάτων είναι εθνική και επομένως αφορά την επικράτεια της Κυπριακής Δημοκρατίας.

Συνακόλουθα, η Επιτροπή ομόφωνα αποφασίζει ότι η αγορά παροχής χονδρικών υπηρεσιών τερματισμού γραπτών μηνυμάτων είναι εθνική και επομένως αφορά την επικράτεια της Κυπριακής Δημοκρατίας.

(Γ) ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΜΑΖΙΚΗΣ ΑΠΟΣΤΟΛΗΣ ΜΗΝΥΜΑΤΩΝ (BULK SMS)

Σημειώνεται ότι η MTN έχει αναφέρει για την παροχή υπηρεσιών Bulk SMS ότι έχοντας υπόψη τον τρόπο λειτουργίας της εν λόγω υπηρεσίας, η γεωγραφική έκταση της είναι παγκόσμια τόσο όσον αφορά την αποστολή Bulk SMS, όσο και στην παροχή αυτής της υπηρεσίας. Επίσης, η εταιρεία MTN με την επιστολή της ημερομηνίας 23/3/2018 ανέφερε ότι «*Υπάρχει έντονος ανταγωνισμός μεταξύ των παροχέων της υπηρεσίας BULKS SMS. Οι εταιρείες του εξωτερικού χρεώνουν πολύ πιο χαμηλά τέλη από τις εταιρείες που δραστηριοποιούνται στην Κύπρο. Ο καταναλωτής έχει τη δυνατότητα να αγοράσει υπηρεσίες BULKS SMS από οποιοδήποτε πάροχο τέτοιας υπηρεσίας και*

³² Υπόθεση M.9041 - HUTCHISON / WIND TRE, παρ. 40-42.

συνεπώς ο καταναλωτής έχει τη δύναμη να διαπραγματευτεί με τον κάθε πάροχο με σκοπό να διασφαλίσει καλύτερες τιμές.»

Η Επιτροπή σημειώνει ότι η Ευρωπαϊκή Επιτροπή στην υπόθεση Telefónica UK/ Vodafone UK/ Everything Everywhere/ JV³³ κατέγραψε τα πιο κάτω αναφορικά με τη γεωγραφική διάσταση της αγοράς παροχής υπηρεσιών Bulk SMS:

«(232) Many of the customers buying bulk SMS services mainly do so on a national basis, because the providers (aggregators) of retail bulk SMSs have access to and better knowledge of the local market and prices applied by retail bulk SMS providers in the United Kingdom are different from those applied by providers located outside of the United Kingdom. However, most respondents submitted that most of the providers of bulk SMSs are international players, who have international agreements with MNOs.

(233) The majority of respondents to the market investigation confirmed that aggregators having to send retail bulk SMSs in the United Kingdom also use services of MNOs outside of the United Kingdom. However, aggregators responded that "some UK network operators cannot reach international networks", or that "[i]t is feasible that bulk SMS terminated in the UK can be routed via MNOs outside the UK. These include routes which are covered by AA19 agreements (i.e. interconnecting fees are charged), although more likely are the so-called 'grey routes' where AA19 agreements aren't in place owing to the lower delivery costs". Therefore, it appears possible for aggregators to use wholesale suppliers of bulk SMSs outside of the United Kingdom.

(234) Therefore, the geographic scope of the (possible) market for retail bulk SMS services appears to be national (United Kingdom) or possibly wider in scope; the (possible) market for wholesale bulk SMS services appears to be broader than national.

(235) As regards both the market for retail and wholesale bulk SMS services, the precise geographic market definition can be left open in the present case, since the operation would not significantly impede effective competition under any alternative geographic market definition.»

Περαιτέρω, η Επιτροπή γενικότερα σημειώνει, ότι σύμφωνα με τον ΕΡΗΕΤ³⁴, παραδοσιακά³⁵ στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών αναγνωρίζεται ότι, το

³³ Case No COMP/M.6314 – Telefónica UK/ Vodafone UK/ Everything Everywhere/ JV

³⁴ Αρ. Εγγράφου ΓΕΡΗΕΤ ΕΑ2 ΔΔΗΕ 03/2014 (ΕΓΓΡΑΦΟ ΚΟΙΝΟΠΟΙΗΣΗΣ ΑΝΑΦΟΡΙΚΑ ΜΕ ΤΟΝ ΟΡΙΣΜΟ ΣΧΕΤΙΚΗΣ ΑΓΟΡΑΣ ΤΗΝ ΑΝΑΛΥΣΗ ΓΙΑ ΤΗΝ ΥΠΑΡΞΗ ΑΠΟΤΕΛΕΣΜΑΤΙΚΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΚΑΙ ΤΟΝ ΚΑΘΟΡΙΣΜΟ ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΥ ΜΕ ΣΗΜΑΝΤΙΚΗ ΙΣΧΥ ΣΤΗΝ ΑΓΟΡΑ ΚΑΙ ΤΟ ΣΧΕΔΙΟ ΡΥΘΜΙΣΤΙΚΩΝ ΜΕΤΡΩΝ ΣΕ ΣΧΕΣΗ ΜΕ ΤΗΝ ΑΓΟΡΑ ΑΠΟΛΗΣΗΣ (ΤΕΡΜΑΤΙΣΜΟΣ) ΦΩΝΗΤΙΚΩΝ ΚΛΗΣΕΩΝ ΣΕ ΜΕΜΟΝΩΜΕΝΑ ΔΙΚΤΥΑ ΚΙΝΗΤΗΣ ΤΗΛΕΦΩΝΙΑΣ ΣΕ ΕΠΙΠΕΔΟ ΧΟΝΔΡΙΚΗΣ ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΟ ΑΡΘΡΟ 7 ΤΗΣ ΟΔΗΓΙΑΣ 2002/21/ΕΚ)

³⁵ Υπόθεση IV/M.1025, Mannesman/Olivetti/Infostrad.

γεωγραφικό εύρος μιας αγοράς καθορίζεται από την έκταση που καλύπτει το δίκτυο ή/και από πιθανούς περιορισμούς που επιβάλλονται από νομικά ή ρυθμιστικά μέτρα.

Επίσης, η Επιτροπή σημειώνει ότι όσον αφορά τις εξουσιοδοτήσεις, οι οποίες έχουν εκχωρηθεί από το γραφείο του EPHET για την παροχή τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών, από εταιρείες που κατέχουν τηλεπικοινωνιακά δίκτυα, αυτές αφορούν το σύνολο της επικράτειας της Κυπριακής Δημοκρατίας, ενώ τα υπάρχοντα δίκτυα κινητής τηλεφωνίας καλύπτουν ομοειδώς όλη την επικράτεια της Κυπριακής Δημοκρατίας.

Περαιτέρω σημειώνεται ότι όσον αφορά την τιμολογιακή πολιτική των εταιρειών που δραστηριοποιούνται, στον τομέα της χονδρικής παροχής υπηρεσιών μαζικής αποστολής μηνυμάτων (Bulk SMS) δεν φαίνεται να διαφοροποιείται από περιοχή σε περιοχή μέσα στην επικράτεια της Κυπριακής Δημοκρατίας.

Η Επιτροπή διαπιστώνει πως η εταιρεία Microsat με τις γραπτές της θέσεις ημερομηνίας 28/4/2021 δεν διαφώνησε με τις διαπιστώσεις και το προκαταρκτικό συμπέρασμα της Επιτροπής πως η σχετική γεωγραφική αγορά της παροχής υπηρεσιών μαζικής αποστολής μηνυμάτων (Bulk SMS) παρόλο που μπορεί να είναι ευρύτερη της εθνικής, δεδομένου ότι μονάδες BULKS SMS δύναται να πωληθούν σε εταιρείες διεθνώς, εντούτοις λόγω του ότι αντικείμενο της παρούσας καταγγελίας είναι τα BULK SMS που τερματίζονται στην Κύπρο, ως σχετική γεωγραφική αγορά στην προκειμένη περίπτωση ορίζεται η επικράτεια της Κυπριακής Δημοκρατίας.

Συνακόλουθα, στη βάση των πιο πάνω, η Επιτροπή ομόφωνα αποφασίζει πως για σκοπούς αξιολόγησης της παρούσας έρευνας και των κατ' ισχυρισμών παραβάσεων του Νόμου, η σχετική γεωγραφική αγορά της παροχής υπηρεσιών μαζικής αποστολής μηνυμάτων (BULK SMS) παρόλο που μπορεί να είναι ευρύτερη της εθνικής, δεδομένου ότι μονάδες BULKS SMS δύναται να πωληθούν σε εταιρείες διεθνώς, εντούτοις λόγω του ότι αυτά τερματίζονται στην Κύπρο, ως σχετική γεωγραφική αγορά ορίζεται η επικράτεια της Κυπριακής Δημοκρατίας.

6. ΝΟΜΙΚΗ ΑΝΑΛΥΣΗ

6.1. Έννομο συμφέρον

Ο Νόμος σύμφωνα με το άρθρο 35, απαιτεί την ύπαρξη έννομου συμφέροντος για την νομιμοποίηση προσώπου να προβεί σε καταγγελία. Ειδικότερα ο νόμος προβλέπει τα ακόλουθα:

«35 (1). Σε καταγγελία παραβάσεων των διατάξεων των άρθρων 3 και/ή 6 του παρόντος Νόμου και/ή των Άρθρων 101 ΣΛΕΕ και/ή 102 ΣΛΕΕ, δικαιούται κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο που έχει έννομο προς τούτο συμφέρον.

(2) Έννομο συμφέρον έχει αυτός που δύναται να αποδείξει ότι υπέστη ή υπάρχει σοβαρός ή πιθανός κίνδυνος να υποστεί αισθητή οικονομική βλάβη ή ότι τίθεται ή υπάρχει σοβαρός ή πιθανός κίνδυνος να τεθεί σε μειονεκτική στον ανταγωνισμό θέση, ως άμεσο αποτέλεσμα της παράβασης.»

Το έννομο συμφέρον προς υποβολή της καταγγελίας από την Microsat, η οποία αποτελεί μία εταιρεία εκ των παρόχων στην αγορά Bulk SMS στην Κύπρο, συνίσταται στον ισχυρισμό της ότι τίθεται σε μειονεκτική στον ανταγωνισμό θέση, καθότι δεν δύναται σε κανένα σημείο και με κανένα τρόπο να αντεπεξέλθει στην επιθετική τιμολόγηση (υποτιμολόγηση), στην οποία η ανταγωνίστρια της εταιρεία MTN εφαρμόζει στη σχετική αγορά. Η συνέχιση της υπό αναφορά καταχρηστικής συμπεριφοράς από μέρους της MTN ενδέχεται να επιφέρει αισθητή οικονομική βλάβη στην Microsat, συρρικνώνοντας το υφιστάμενο μερίδιο της στην αγορά, μη αποκλεισμένου και του ολοκληρωτικού εκτοπισμού της από τη σχετική αγορά.

Ως εκ τούτου, η Επιτροπή καταλήγει ότι η καταγγέλλουσα εταιρεία Microsat, έχει έννομο συμφέρον για υποβολή της παρούσας καταγγελίας στη βάση του Νόμου.

6.2. «Επιχείρηση»

Το άρθρο 2 του Νόμου ορίζει ως «επιχείρηση» κάθε φορέα που ασκεί οικονομική δραστηριότητα ανεξάρτητα από το νομικό καθεστώς που τον διέπει και τον τρόπο χρηματοδότησής του. Το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΔΕΕ), προσεγγίζοντας την έννοια «επιχείρηση», στο πλαίσιο του ανταγωνισμού έδωσε μια ευρεία ερμηνεία συμπεριλαμβάνοντας «κάθε οντότητα που ασκεί οικονομικής ή εμπορικής φύσεως δραστηριότητες», ανεξάρτητα από τη νομική της υπόσταση και τον τρόπο με τον οποίο χρηματοδοτείται.³⁶ Επιπλέον, το ΔΕΕ έχει αποφανθεί ότι ο όρος «οικονομικής φύσεως δραστηριότητα» εφαρμόζεται σε οποιαδήποτε δραστηριότητα που έχει σχέση με την προσφορά αγαθών και/ή υπηρεσιών σε συγκεκριμένη αγορά, ανεξάρτητα από το νομικό καθεστώς που τη διέπει και τον τρόπο της χρηματοδότησης της.³⁷

Στην προκειμένη περίπτωση, η καταγγελλόμενη εταιρεία MTN, είναι ιδιωτική εταιρεία, η οποία αποτελεί έναν από τους μεγαλύτερους τηλεπικοινωνιακούς παροχείς στην Κύπρο. Προσφέρει ολοκληρωμένες λύσεις κινητής τηλεφωνίας, σταθερής τηλεφωνίας, διαδικτύου και συνδρομητικής τηλεόρασης, καθώς και όπως έχει προαναφερθεί, υπηρεσίες μαζικής αποστολής σύντομων γραπτών μηνυμάτων Bulk SMS, έναντι ανταμοιβής.

³⁶ Υπόθεση C-41/90, Hofner & Elser V. Macrotron, [1991] ECR I-1979, Υπόθεση 170/83, Hydrotherm v. Compact, [1984] ECR 2999.

³⁷ Ibid.

Η Επιτροπή διαπιστώνει πως η εταιρεία Microsat με τις γραπτές της θέσεις ημερομηνίας 28/4/2021 δεν διαφώνησε με τις πιο πάνω διαπιστώσεις της.

Με βάση τα πιο πάνω, η Επιτροπή ομόφωνα αποφασίζει ότι η παροχή των προαναφερόμενων υπηρεσιών έναντι τελών, αποτελούν οικονομικής φύσεως δραστηριότητες και συνεπώς, η MTN αποτελεί επιχείρηση που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Νόμου.

6.3. Άρθρο 6(1) του Νόμου

Το άρθρο 6(1) του Νόμου ορίζει:

«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 –

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

(β) τον περιορισμό της παραγωγής ή της διάθεσης ή της τεχνολογικής ανάπτυξης, προς ζημιά των καταναλωτών

(γ) την εφαρμογή ανόμοιων όρων για ισοδύναμες συναλλαγές, με συνέπεια ορισμένες επιχειρήσεις να τίθενται σε μειονεκτική στον ανταγωνισμό θέση

(δ) την εξάρτηση της σύναψης συμφωνιών από την αποδοχή εκ μέρους των αντισυμβαλλόμενων πρόσθετων υποχρεώσεων, οι οποίες, εκ της φύσεώς τους ή σύμφωνα με τις εμπορικές συνήθειες, δεν έχουν σχέση με το αντικείμενο των συμφωνιών αυτών.»

6.3.1. Δεσπόζουσα θέση

Σύμφωνα με την ερμηνεία που δίδεται στο άρθρο 2 του Νόμου, δεσπόζουσα θέση έχει μια επιχείρηση που απολαμβάνει οικονομική δύναμη, που την καθιστά ικανή να παρακωλύει τη διατήρηση αποτελεσματικού ανταγωνισμού στην αγορά ενός συγκεκριμένου προϊόντος και της επιτρέπει να ενεργεί σε αισθητό βαθμό ανεξάρτητα από τους ανταγωνιστές, τους πελάτες της και κατ' επέκταση τους καταναλωτές³⁸.

Η ύπαρξη ή μη δεσπόζουσας θέσης μπορεί να απορρέει από τον συνδυασμό διαφόρων παραγόντων οι οποίοι από μόνοι τους δεν αποτελούν απαραίτητα επαρκή ένδειξη για την ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης, αλλά όταν συνδυάζονται μεταξύ τους, οδηγούν στην δημιουργία της. Τέτοιοι σημαντικοί παράγοντες, εκτός του μεριδίου αγοράς είναι μεταξύ άλλων: (α) η ύπαρξη ανταγωνιστών στην ίδια σχετική αγορά και

³⁸ Απόφαση Δικαστηρίου στην υπόθεση 322/81 NV Nederlandsche Bande Industrie Michelin κατά της Επιτροπής, Συλλογή της Νομολογίας 1983, σελ 3461.

το μερίδιο αγοράς που κατέχουν, (β) το εύρος του φάσματος των προϊόντων που προσφέρουν οι ανταγωνιστές και η διαφοροποίηση προϊόντων/υπηρεσιών, (γ) η δυνατότητα πρόσβασης αλλά και επιβίωσης των νεοεισερχόμενων ανταγωνιστικών επιχειρήσεων³⁹, (δ) οικονομίες κλίμακας και φάσματος, (ε) κάθετη ολοκλήρωση, (στ) ιδιαίτερα ανεπτυγμένα δίκτυα διανομής και πωλήσεων, (ζ) απουσία δυνητικού ανταγωνισμού, (η) φραγμοί στην επέκταση, (θ) απουσία αντισταθμιστικής αγοραστικής ισχύος, (ι) έλεγχος της υποδομής που δεν είναι εύκολο να αναπαραχθεί, και (ια) το μέγεθος της εμπλεκόμενης επιχείρησης, τη γεωγραφική της παρουσία, τους οικονομικούς της πόρους, την ποικιλία των προϊόντων που προσφέρει.⁴⁰

Σύμφωνα με τη νομολογία του ΔΕΕ, πολύ υψηλά μερίδια αγοράς, πλην εξαιρετικών περιπτώσεων, είναι αρκετά για την απόδειξη ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης. Μία επιχείρηση που διαθέτει πολύ υψηλό μερίδιο αγοράς για αρκετό χρονικό διάστημα βρίσκεται, λόγω του μεριδίου αυτού, σε κατάσταση ισχύος που την καθιστά υποχρεωτικό συνέταιρο και της εξασφαλίζει την ελευθερία συμπεριφοράς (freedom of action) έναντι των ανταγωνιστών που χαρακτηρίζει την επιχείρηση με δεσπόζουσα θέση.⁴¹ Αντίθετα, όταν επιχείρηση δεν κατέχει μονοπωλιακή θέση στην αγορά αλλά κατέχει ένα ποσοστό της τάξεως του 40-50% (μερίδιο αγοράς), θεωρείται ότι αποτελεί μία αξιόπιστη αλλά όχι επαρκή ένδειξη ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης και, επομένως, απαιτείται να ληφθούν υπόψη και άλλοι παράγοντες, προκειμένου να θεμελιωθεί η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης.⁴²

Επίσης, στην περίπτωση, που η υπόλοιπη αγορά είναι κατακερματισμένη σε πληθώρα ανταγωνιστών, τότε, ακόμα και με σχετικά μικρό ποσοστό αγοράς, μία επιχείρηση μπορεί να θεωρηθεί ως δεσπόζουσα, αφού κανένας εκ των ανταγωνιστών δεν κατέχει μερίδιο αγοράς αρκετό, ώστε να συνιστά απειλή για τη δεσπόζουσα επιχείρηση.⁴³ Στην υπόθεση United Brands, θεωρήθηκε ότι η επιχείρηση United Brands που διέθετε ποσοστό 45% κατείχε δεσπόζουσα θέση στη σχετική αγορά, διότι, μεταξύ άλλων, είχε σχεδόν διπλάσιο ποσοστό από τον πλησιέστερο ανταγωνιστή της. Επίσης, στην υπόθεση Michelin⁴⁴ θεωρήθηκε ότι το ποσοστό 57-65%, που κατείχε η εταιρεία

³⁹ Απόφαση του Πρωτοδικείου στην υπόθεση T-24/93, T25/93, T/26/93 και T/28/93 *Campagie Maritime Belge Transports and others κατά της Επιτροπής*, Συλλογή της Νομολογίας του Δικαστηρίου 1996, σελ II-01201.

⁴⁰ Κατευθυντήριες γραμμές της Επιτροπής για την ανάλυση αγοράς και την εκτίμηση της σημαντικής ισχύος στην αγορά βάσει του κοινοτικού πλαισίου κανονιστικών ρυθμίσεων για τα δίκτυα και τις υπηρεσίες ηλεκτρονικών επικοινωνιών, (2002/C 165/03).

⁴¹ Υπόθεση 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission*, [1979] ECR 461.

⁴² C-62/86, *Akzo Chemie κατά Επιτροπής*, παρ.60-61.

⁴³ Υπόθεση 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission* [1978] ECR 207, σκέψη 111.

⁴⁴ Υπόθεση C-322/81, *Michelin v. Commission*, [1983] ECR 3461, παρ.52, 59. Ομοίως και σε T-219/99, *British Airways κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής*, παρ.210-211, όπου σταθερά μερίδια αγοράς μεταξύ 40-45% της εταιρείας British Airways θεωρήθηκε ότι αποτελούσε άκρως σημαντική ένδειξη για τη θεμελίωση της δεσπόζουσας θέσης.

Michelin στη σχετική αγορά ήταν αρκετό για τη θεμελίωση δεσπόζουσας θέσης, μεταξύ άλλων, διότι οι ανταγωνιστές διέθεταν καθένας ποσοστά 4-8% της σχετικής αγοράς.

Στις περιπτώσεις όπου το μερίδιο αγοράς είναι μικρότερο του 50%, είναι πιθανό να διαπιστωθεί η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης μιας επιχείρησης, λαμβάνοντας υπόψη τη διάρθρωση της αγοράς και τα μερίδια των επιχειρήσεων/ανταγωνιστών. Όταν υπάρχουν πολλές εταιρείες που δραστηριοποιούνται σε συγκεκριμένη αγορά που είναι κατακερματισμένη σε πληθώρα ανταγωνιστών, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή θεωρεί ότι ακόμα και ένα μερίδιο αγοράς της τάξεως του 20-40%, μπορεί να συνιστά δεσπόζουσα θέση.⁴⁵

Θέσεις εμπλεκόμενων εταιρειών στο πλαίσιο της προκαταρκτικής έρευνας της καταγγελίας

Σε ότι αφορά τα γεγονότα της παρούσας υπόθεσης, είναι ισχυρισμός της Microsat ότι η καταγγελλόμενη συμπεριφορά της MTN υποστηρίζεται και/ή απορρέει από την εδραιωμένη και μάλιστα δεσπόζουσα θέση που κατέχει η MTN στην αγορά παροχής δικτύου κινητής τηλεφωνίας, η οποία σε σχέση με την αγορά μαζικής αποστολής σύντομων γραπτών μηνυμάτων (Bulk SMS) ενέχει τη σχέση upstream και downstream αγορών. Δηλαδή, η αγορά μαζικής αποστολής σύντομων γραπτών μηνυμάτων Bulk SMS αποτελεί υποαγορά (downstream αγορά) της αγοράς παροχής δικτύου κινητής τηλεφωνίας (upstream αγορά) αποκλειστικά εντός της οποίας διεκπεραιώνεται η αποστολή του SMS.

Περαιτέρω η Microsat σημειώνει σε ό,τι αφορά την (downstream) αγορά των Bulk SMS, ότι το μερίδιο αγοράς της MTN δεν εμφανίζεται να είναι ιδιαίτερα υψηλό τη δεδομένη χρονική περίοδο. Υπάρχει αρκετά έντονος ανταγωνισμός σε αυτή την αγορά, ενώ σε ό,τι αφορά την πρόσβαση νέων επιχειρήσεων στην αγορά δεν υπάρχει περιορισμός ή ιδιαίτερη δυσκολία από τεχνολογικής και οικονομικής άποψης.

Αντιθέτως, όπως αναφέρει, σε ό,τι αφορά την (upstream) αγορά της λειτουργίας δικτύου κινητής τηλεφωνίας, οι συνθήκες και τα δεδομένα είναι εντελώς διαφορετικά. Η MTN καταγράφει σε αυτή την αγορά μερίδιο που ξεπερνά το 35%, κατέχοντας τη δεύτερη θέση πίσω από την ΑΤΗΚ με ποσοστό 55%. Η Microsat υποστηρίζει πως λαμβάνοντας υπόψη το οικονομικό κόστος, τις υποδομές, την ανώτερη τεχνολογία, τεχνογνωσία, το χαρακτήρα της Κύπρου ως νησί και άρα ως «απομονωμένη αγορά» και άλλους πολλούς παράγοντες, η είσοδος νέων επιχειρήσεων σε αυτή την αγορά είναι πρακτικά και αντικειμενικά αδύνατη ή εξαιρετικά δύσκολη, στοιχείο που οδηγεί στο συμπέρασμα της ύπαρξης πραγματικών φραγμών εισόδου στη συγκεκριμένη αγορά. Προσθέτει δε ότι το συμπέρασμα αυτό άγει συναφώς και στο συμπέρασμα της

⁴⁵ 10^η Ετήσια Έκθεση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για τον Ανταγωνισμό.

ύπαρξης εν προκειμένω σημαντικότερης οικονομικής ισχύος της MTN και κατ' επέκταση της διαπίστωσης δεσπόζουσας θέσης στην αγορά της λειτουργίας δικτύου κινητής τηλεφωνίας. Δηλαδή της διαπίστωσης ότι απολαμβάνει «δέσποζουσας θέσης» όχι με κριτήριο το μερίδιο αγοράς της επιχείρησης αλλά με κριτήριο τα πραγματικά εμπόδια εισόδου άλλων ανταγωνιστών στη σχετική αγορά.

Ειδικότερα, η Microsat σημειώνει ότι η δραστηριοποίηση και εδραίωση της MTN στο εν λόγω προηγούμενο στάδιο αγοράς των προϊόντων/υπηρεσιών (upstream market) - με ένα ποσοστό που ξεπερνά το 35%, σε αντίθεση με την Microsat η οποία ουδόλως δραστηριοποιείται σε αυτό το προηγούμενο στάδιο της αγοράς, της δίδει ένα ασύγκριτο πλεονέκτημα και/ή προβάδισμα που της επιτρέπει απρόσκοπτα, αδιάφορα και ανεξάρτητα έναντι των ανταγωνιστών της στο επόμενο στάδιο αγοράς (downstream market) να επιδίδεται στην καταχρηστική συμπεριφορά της υποτιμολόγησης. Αξιοποιώντας ιδίως οικονομίες κλίμακας και φάσματος, προνομιακή πρόσβαση σε πελάτες και ιδιόκτητο δίκτυο παροχής υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας, η MTN είναι σε θέση όπως μεγάλο ποσοστό των απωλειών που καταγράφει ένεκα της υποτιμολόγησης στη σχετική (downstream) αγορά να το ανακτήσει στην προηγούμενη (upstream) αγορά. Η δυνατότητα αυτή ασφαλώς δεν προσφέρεται σε κανένα στάδιο και σε κανένα χρονικό σημείο στη Microsat, η οποία όχι μόνο δεν δραστηριοποιείται στην προηγούμενη (upstream) αγορά, αλλά επίσης της είναι αντικειμενικά αδύνατο να εισέλθει σε αυτήν ένεκα των φραγμών εισόδου που υπάρχουν και/ή αναπτύσσονται (π.χ. οικονομικό κόστος, θεμελιώδεις υποδομές, ανώτερη τεχνολογία, τεχνογνωσία, network effects, οικονομική επιφάνεια και φήμη υφιστάμενων ανταγωνιστών).

Είναι θέση της Microsat πως η εν λόγω εδραιωμένη δραστηριοποίηση της MTN τόσο στο προηγούμενο όσο και στο επόμενο στάδιο της αγοράς, σε συνδυασμό πάντοτε και με τους υφιστάμενους φραγμούς εισόδου στην upstream αγορά, είναι στοιχεία και δεδομένα που επαρκούν για την κατάταξη της MTN ως επιχείρησης κατέχουσας δεσπόζουσα θέση στη σχετική αγορά.

Επιπρόσθετα και/ή συνδυαστικά με τα ανωτέρω, αλλά και προς ενίσχυση του ισχυρισμού περί δεσπόζουσας θέσης της MTN στη σχετική εν προκειμένω αγορά, η Microsat σημειώνει τη σημαντική απομείωση και/ή ανάκτηση απωλειών που η MTN επιτυγχάνει ή δύναται να επιτύχει αξιοποιώντας το πολύ υψηλό μερίδιο αγοράς που κατέχει στην upstream αγορά (άνω του 35%). Συγκεκριμένα, αντιπαραβάλλοντας τις περιπτώσεις στις οποίες ένα μήνυμα SMS τερματίζεται στο δίκτυο της ΑΤΗΚ (η οποία κατέχει περίπου το 55% της αγοράς) με την περίπτωση στην οποία το μήνυμα SMS τερματίζεται στο δίκτυο της MTN, προκύπτει ότι η υποτιμολόγηση και κατ' επέκταση η ζημιά στην πρώτη περίπτωση αντισταθμίζεται με το καθαρό κέρδος και το μηδενικό ενδεχομένως κόστος χρήσης του δικού της δικτύου στη δεύτερη περίπτωση. Η

δυνατότητα και το πλεονέκτημα αυτό παρέχεται εκ των πραγμάτων αποκλειστικά και μόνο σε όσες επιχειρήσεις δραστηριοποιούνται τόσο στην upstream όσο και στην downstream αγορά ως επεξηγούνται εν προκειμένω. Η Microsat υποστηρίζει πως ουδεμία επιχείρηση, συμπεριλαμβανομένης προφανώς και της ίδιας, δύναται να ανταγωνιστεί με υγιείς όρους επιχειρήσεις, όπως η MTN, που το πλεονέκτημα που τους παρέχει η δραστηριοποίηση στην upstream αγορά το μετατρέπουν ή το αξιοποιούν σε μέσο κατάχρησης τιμολογιακού χαρακτήρα εις βάρος των ανταγωνιστών τους στην downstream αγορά. Οι φραγμοί εισόδου στην upstream αγορά επιτρέπουν στην MTN να απολαμβάνει δεσπόζουσας θέσης στην downstream αγορά, ήτοι της επιτρέπουν, εάν όχι να καθορίζει, τουλάχιστον να έχει αξιόλογη επίδραση στους όρους, υπό τους οποίους θα αναπτυχθεί ο ανταγωνισμός, και σε κάθε περίπτωση να ενεργεί σε μεγάλο βαθμό παραβλέποντάς τον εφόσον μια τέτοια συμπεριφορά δεν λειτουργεί εις βάρος της.

Ειδικότερα, σε ό,τι αφορά την αγορά αποστολής Bulk SMS, η εταιρεία Microsat υποστήριξε ότι δραστηριοποιούνται στην Κύπρο αρκετές επιχειρήσεις, οι οποίες μέσω ειδικού λογισμικού προγράμματος και μέσω της διαδικασίας που περιγράφεται ανωτέρω διεκπεραιώνουν την αποστολή Bulk SMS εκκινώντας από το διαδίκτυο και διαμέσου δικτύου κινητής τηλεφωνίας στην Κύπρο να καταλήγει το SMS σε χρήστες όλων των παρόχων δικτύου κινητής τηλεφωνίας. Για την επιχειρηματική δραστηριοποίηση στην εν λόγω σχετική αγορά των Bulk SMS απαιτείται η λειτουργία ειδικού λογισμικού προγράμματος αλλά σε καμία περίπτωση δεν απαιτείται η κατοχή δικτύου κινητής τηλεφωνίας. Επί του προκειμένου, η Microsat δεν έχει δίκτυο κινητής τηλεφωνίας αλλά η καταγγελλόμενη επιχείρηση MTN έχει και δίκτυο κινητής τηλεφωνίας. Η Microsat υποστηρίζει ότι η ταυτόχρονη διπλή συμμετοχή της MTN σε upstream και downstream αγορά της επιτρέπει να προβαίνει στην επιθετική τιμολογιακή πολιτική (πώληση κάτω του κόστους), ως περιγράφεται.

Η Επιτροπή σ' αυτό το σημείο, επισημαίνει πως η MTN υποστήριξε πως η παροχή υπηρεσίας μαζικής αποστολής γραπτών μηνυμάτων δεν αποτελεί διακριτή αγορά και πως οποιοσδήποτε άλλος διαχωρισμός θα είναι αντίθετος με τη νομολογία της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, αλλά και την απόφαση της Επιτροπής 39/2012.⁴⁶ Η MTN υποστήριξε ότι η σχετική αγορά εν προκειμένω είναι η αγορά κινητής τηλεφωνίας.

Επίσης, η MTN, υποστήριξε πως ακόμη και αν αποδεχθεί ότι η παροχή υπηρεσίας αποστολής γραπτών μηνυμάτων (SMS) αποτελεί υποαγορά (downstream market) της αγοράς παροχής δικτύου κινητής τηλεφωνίας (upstream market), η MTN δεν είναι

⁴⁶ Βλέπε επιστολή της εταιρείας MTN, ημερομηνίας 16/3/2018.

δυνατόν να κατέχει δεσπόμενη θέση στην εν λόγω «υποαγορά», εφόσον ο κύκλος εργασιών της ανέρχεται σε λιγότερο από {...} της σχετικής «υποαγοράς».

Η MTN σημειώνει περαιτέρω, ότι πωλήσεις που αποφέρουν εισόδημα της τάξεως των €{...}, σε μια εταιρεία η οποία έχει συνολικό ετήσιο κύκλο εργασιών {...} Ευρώ, σε μια «υποαγορά» δεν δύνανται να θεωρηθούν ως ενέργεια που:

- έχει ως ευλόγως προβλεπτό αποτέλεσμα τον εξοστρακισμό ενός ανταγωνιστή από το εν λόγω τμήμα αγοράς,
- υπερβαίνει τις κανονικές ανταγωνιστικές αντιδράσεις και είναι δυσανάλογη αντίδραση σε μία απειλή,
- έχει ως σκοπό ή αποτέλεσμα να διατηρεί ή να ενισχύει μια δεσπόμενη θέση.

Επίσης, η MTN υποστήριξε ότι όπως εξηγείται στις Κατευθυντήριες Γραμμές της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, τα μερίδια αγοράς αποτελούν μια σημαντική, πρώτη ένδειξη, της διάρθρωσης της αγοράς και της σχετικής σημασίας των διαφόρων επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται στην αγορά.⁴⁷ Ωστόσο, ως αναφέρεται στις Κατευθυντήριες Γραμμές της Ευρωπαϊκής Επιτροπής τα μερίδια αγοράς ερμηνεύονται υπό το πρίσμα των σχετικών συνθηκών της αγοράς και ιδίως της δυναμικής της αγοράς και του βαθμού στον οποίο διαφοροποιούνται τα προϊόντα. Η δεσπόμενη θέση δεν είναι δυνατό να υπάρχει εάν το μερίδιο αγοράς της επιχείρησης είναι κάτω από το 40% στη σχετική αγορά.⁴⁸ Τα μερίδια αγοράς της MTN στην αγορά κινητής τηλεφωνίας ήταν πολύ πιο κάτω από το 40% και συνεπώς δήλωσε πως η MTN δεν είναι δυνατόν να θεωρηθεί ότι κατέχει δεσπόμενη θέση στη σχετική αγορά.

Αξιολόγηση Επιτροπής

Η Επιτροπή δεδομένης της κατάληξης της ότι οι σχετικές αγορές προϊόντων και υπηρεσιών, στην παρούσα υπόθεση συνιστούν:

- (α) τις υπηρεσίες λιανικής κινητής τηλεφωνίας,
- (β) τις χονδρικές υπηρεσίες τερματισμού γραπτών μηνυμάτων σε δίκτυα κινητής τηλεφωνίας, και
- (γ) τις υπηρεσίες μαζικής αποστολής γραπτών μηνυμάτων Bulk SMS, οι οποίες δύνανται να διαχωριστούν (i) στην παροχή υπηρεσιών μαζικής αποστολή γραπτών

⁴⁷ Guidance, para. 13; ECJ, decision of 14 Feb 1978, Case 27/76 – *United Brands*, para. 65ff.; ECJ, decision of 13 Feb. 1979, Case 85/76 - *Hoffmann-La Roche & Co.*, para. 39-41; ECJ, decision of 3 Jul 1991, Case C-62/86 - *AKZO*, para. 60; CFI, decision of 12 Dec 1991, Case T-30/89 – *Hilti*; para. 90ff.; CFI, decision of 30 Jan 2007, Case T-340/03 - *France Télécom*, paragraph 99ff..

⁴⁸ ECJ, decision of 15 December 1994, Case 250/92 – *Gøttrup-Klim*, para. 48; Guidance, para. 14; *Jones/Suñrin*, EU Competition Law, 6th Edition (2016) p. 325.

μηνυμάτων (Bulk SMS) σε χονδρικό επίπεδο, και, (ii) στην παροχή υπηρεσιών μαζικής αποστολή γραπτών μηνυμάτων (Bulk SMS) σε λιανικό επίπεδο, αξιολόγησε τη κατοχή ή μη δεσπόζουσας θέσης από μέρους της MTN στις εν λόγω σχετικές αγορές.

(α) Υπηρεσίες λιανικής κινητής τηλεφωνίας

Προκαταρκτικά συμπεράσματα της Επιτροπής

Η Επιτροπή σημείωσε ότι, σύμφωνα με τα ενώπιον της στοιχεία, προκύπτει ότι η MTN εισήλθε στην αγορά της κινητής τηλεφωνίας το 2004 με την απόκτηση φάσματος ραδιοσυχνοτήτων (ως αυτό που χρησιμοποιείται από την ΑΤΗΚ), στη βάση διαδικασίας πλειστηριασμού. Επίσης, σημειώνει ότι σύμφωνα με τα δημοσιευμένα στοιχεία του παρατηρητηρίου αγοράς του ΓΕΡΗΕΤ, από το έτος έναρξης των δραστηριοτήτων της MTN μέχρι και το 2017, το μερίδιο αγοράς της MTN στη λιανική κινητή τηλεφωνία αυξανόταν συνεχώς.⁴⁹ Ειδικότερα, διαπιστώνεται ότι τον Δεκέμβριο του 2012 το μερίδιο της ανερχόταν στο 28,15% και το Δεκέμβριο του 2017 έφθασε στο 35.46%.

Η ΑΤΗΚ την εν λόγω περίοδο είχε μερίδιο αγοράς που ανερχόταν τον Δεκέμβριο του 2012 στο 69,88% ενώ το Δεκέμβριο του 2017 μειώθηκε στο 54.33%.

Η Επιτροπή σημειώνει επίσης ότι στην αγορά εισήλθε η εταιρεία Primetel με την υπηρεσία PrimetelMobile περί τον Δεκέμβριο του 2011, ενώ τον Δεκέμβριο του 2017 το μερίδιό αγοράς της ανήλθε στο 9,32%. Επίσης, η εταιρεία Lemontel δραστηριοποιήθηκε για μικρή περίοδο Ιούνιο-Δεκέμβριο 2013. Η εταιρεία Callsat εισήλθε στην αγορά περί τον Ιούνιο του 2014 με την υπηρεσία CallsatMobile, ενώ ακολούθως εξαγόρασε την εταιρεία Lemontel⁵⁰. Τον Δεκέμβριο του 2017, δεν είχε παρουσία στην αγορά. Τέλος, η εταιρεία Cablenet εισήχθη στην αγορά τον Ιούνιο του 2013 και μερίδιο αγοράς της τον Δεκέμβριο του 2017 έφτασε μόλις στο 0,89%.

Η Επιτροπή αξιολογώντας τα στοιχεία και την ανάλυση που πραγματοποιήθηκε σε σχέση με τις πωλήσεις των εταιρειών για μια πενταετία (ήτοι από το 2013 έως 2017), κατέληξε στο προκαταρκτικό συμπέρασμα πως η MTN δεν κατείχε δεσπόζουσα θέση στην αγορά της λιανικής κινητής τηλεφωνίας.

⁴⁹ http://www.ocecpr.org.cy/sites/default/files/ec_report_mobiletelecombulletin_ar_xx-xx-2016_pk2_1.pdf
⁵⁰ MVNO πάροχος.

<http://www.digitallife.com.cy/%CE%B5%CE%AF%CF%83%CE%BF%CE%B4%CE%BF%CF%82-%CF%84%CE%B7%CF%82-callsat-%CF%83%CF%84%CE%B7%CE%BD-%CE%BA%CE%B9%CE%BD%CE%B7%CF%84%CE%AE-%CF%84%CE%B7%CE%BB%CE%B5%CF%86%CF%89%CE%BD%CE%AF%CE%B1-%CF%89%CF%82>

Θέσεις της εταιρείας Microsat επί του προκαταρκτικού συμπεράσματος της Επιτροπής

Η εταιρεία Microsat με τις θέσεις της ημερομηνίας 28/4/2021, ενώ αποδέχεται το διαχωρισμό των σχετικών αγορών σε τρεις διαφορετικές επιμέρους σχετικές αγορές, ως αυτές διατυπώνονται στα προκαταρκτικά συμπεράσματα της Επιτροπής, ήτοι (α) λιανική κινητή τηλεφωνία, (β) χονδρικές υπηρεσίες τερματισμού γραπτών μηνυμάτων σε δίκτυα κινητής τηλεφωνίας και (γ) υπηρεσίες μαζικής αποστολής γραπτών μηνυμάτων (Bulk SMS), εντούτοις δεν αποδέχεται ότι η καταγγελλόμενη εταιρεία MTN κατέχει δεσπόζουσα θέση μόνο στην αγορά τερματισμού γραπτών μηνυμάτων σε δίκτυα κινητής τηλεφωνίας.

Ιδιαίτερα, η καταγγέλλουσα εταιρεία υποστηρίζει ότι σύμφωνα και με τα όσα είχε καταγράψει στην καταγγελία της, η MTN εκμεταλλεύεται τη δεσπόζουσα θέση που κατέχει στην αγορά της λιανικής κινητής τηλεφωνίας, η οποία είναι αναγκαία και απαραίτητη για τη λειτουργία της αγοράς παροχής υπηρεσιών μαζικής αποστολής γραπτών μηνυμάτων (Bulk SMS).

Εν προκειμένω, όπως περαιτέρω καταγράφει, υφίσταται μια διασύνδεση μεταξύ των αγορών στο ανώτατο επίπεδο (upstream) και στο κατώτερο επίπεδο (downstream), όπου η MTN εκμεταλλεύεται την κατ' ισχυρισμό δεσπόζουσα θέση της στην upstream αγορά για να προβεί σε καταχρηστική συμπεριφορά και συγκεκριμένα πρακτική υποτιμολόγησης (ήτοι επιθετικής τιμολόγησης, κάτω από το κόστος) στην downstream αγορά, στην οποία δεν κατέχει δεσπόζουσα θέση.

Το ευνοϊκό για την MTN στοιχείο σύμφωνα με την καταγγέλλουσα, που επέτρεψε στην MTN να λειτουργήσει κατ' αυτό τον τρόπο στους δύο διαγωνισμούς του Δήμου Λακατάμιας, είναι η εδραιωμένη θέση της MTN στην αγορά στο ανώτερο επίπεδο (upstream), στο οποίο δεν δραστηριοποιείται η ίδια, όπου υπάρχει πολύ περιορισμένος αριθμός ανταγωνιστών και στην οποία υφίστανται πραγματικοί φραγμοί εισόδου νέων ανταγωνιστών. Αυτή η ύπαρξη πραγματικών φραγμών εισόδου νέων επιχειρήσεων στην αγορά λιανικής τηλεφωνίας (συνδυαστικά και με άνω του 35% μερίδιο αγοράς της MTN το Δεκέμβριο του 2017) αποτελεί στην προκειμένη περίπτωση το βασικό κριτήριο του ισχυρισμού της, για δεσπόζουσα θέση της MTN στην εν λόγω αγορά. Ισχυρισμός ο οποίος, όπως σημειώνει, επί του προκαταρκτικού συμπεράσματος της Επιτροπής απορρίπτεται.

Συγκεκριμένα, η καταγγέλλουσα εταιρεία σημειώνει ότι αν και η Επιτροπή καταγράφει αναλυτικά στο προκαταρκτικό συμπέρασμα της, την προβαλλόμενη από την ίδια θέση και επεξήγηση των ποικίλων τεχνικών, τεχνολογικών και άλλων συνθηκών που

τεκμαίρουν την ύπαρξη πραγματικών φραγμών εισόδου, ως επίσης επιβεβαιώνει πως το μερίδιο της MTN το Δεκέμβριο του 2017 είναι 35.46%, εντούτοις ουδόλως σχολιάζει ή αξιολογεί τη θέση και τον ισχυρισμό της για ύπαρξη πραγματικών φραγμών εισόδου, καταλήγοντας χωρίς αιτιολογία (μόνο με συνοπτική καταγραφή μεριδίων αγοράς) στο συμπέρασμα «*ότι η MTN δεν κατείχε δεσπόμενη θέση στην αγορά της λιανικής κινητής τηλεφωνίας*».

Επομένως με τις θέσεις της η καταγγέλλουσα σημειώνει ότι επί του συγκεκριμένου αυτού ζητήματος, η Επιτροπή θα πρέπει να αξιολογήσει δεόντως όλα τα προβαλλόμενα στην καταγγελία στοιχεία και χαρακτηριστικά που τεκμαίρουν κατά την άποψη της ύπαρξη πραγματικών φραγμών εισόδου στην αγορά και κατ' επέκταση κριτήριο θεμελίωσης «δεσπόμενη θέση», κατ' εφαρμογή και των αντίστοιχων κατευθύνσεων της Ευρωπαϊκής Επιτροπής που δεν περιορίζονται μόνο σε καταγραφή μεριδίου αγοράς (2009/C 45/02).

Τελική αξιολόγηση της Επιτροπής

Η Επιτροπή μελέτησε ενδελεχώς τα όσα καταγράφονται στην επιστολή της καταγγέλλουσας εταιρείας Microsat, ημερομηνίας 28/4/2021 με την οποία υπέβαλε τις θέσεις της επί των προκαταρκτικών συμπερασμάτων της Επιτροπής ημερομηνίας 13/1/2021, σε σχέση με την ύπαρξη δεσπόμενης θέσης από μέρος της MTN στην αγορά της λιανικής κινητής τηλεφωνίας.

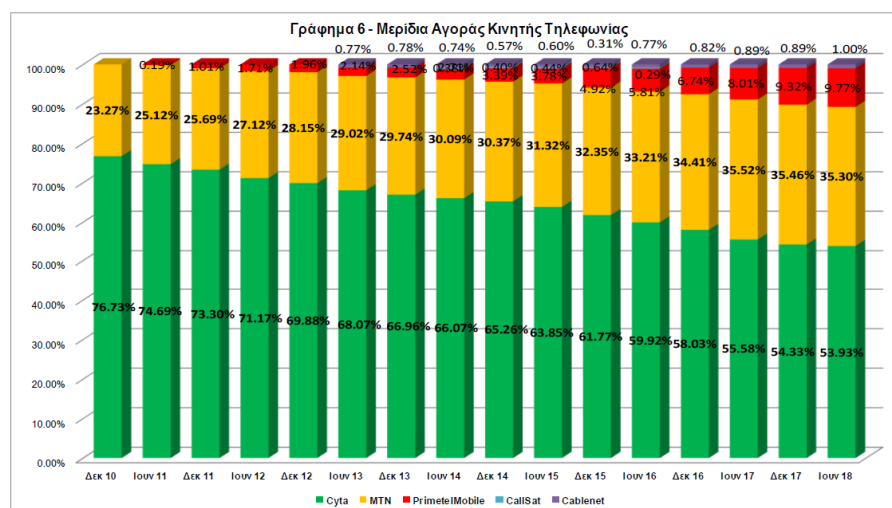
Ως έχει αναφερθεί ανωτέρω, ύπαρξη ή μη δεσπόμενης θέσης μπορεί να απορρέει από το συνδυασμό διαφόρων παραγόντων οι οποίοι από μόνοι τους δεν αποτελούν απαραίτητα επαρκή ένδειξη για την ύπαρξη δεσπόμενης θέσης, αλλά όταν συνδυάζονται μεταξύ τους, οδηγούν στη δημιουργία της. Η παραδοσιακή προσέγγιση της εκτίμησης της δεσπόμενης θέσης από μια επιχείρηση είναι τα μερίδια αγοράς, εφόσον σύμφωνα με την οικονομική θεωρία όταν το μερίδιο είναι 1 τότε έχουν μονοπώλιο, ενώ όταν το μερίδιο είναι μικρότερο τότε ενδέχεται και υπό περιστάσεις μια επιχείρηση να κατέχει δεσπόμενη θέση. Όμως σύμφωνα με την ενωσιακή νομολογία, η κατοχή ενός υψηλού μεριδίου αγοράς δεν είναι ικανό για να τεκμηριωθεί πως μια επιχείρηση κατέχει δεσπόμενη θέση.

Θα πρέπει επομένως να ληφθούν υπόψη παράγοντες, πέραν του μεριδίου αγοράς που είναι μεταξύ άλλων: (α) η ύπαρξη ανταγωνιστών στην ίδια σχετική αγορά και το μερίδιο αγοράς που κατέχουν, (β) το εύρος του φάσματος των προϊόντων που προσφέρουν οι ανταγωνιστές και η διαφοροποίηση προϊόντων/υπηρεσιών, (γ) η δυνατότητα πρόσβασης αλλά και επιβίωσης των νεοεισερχόμενων ανταγωνιστικών

επιχειρήσεων⁵¹, (δ) οικονομίες κλίμακας και φάσματος, (ε) κάθετη ολοκλήρωση, (στ) ιδιαίτερα ανεπτυγμένα δίκτυα διανομής και πωλήσεων, (ζ) απουσία δυνητικού ανταγωνισμού, (η) φραγμοί στην επέκταση, (θ) απουσία αντισταθμιστικής αγοραστικής ισχύος, (ι) έλεγχος της υποδομής που δεν είναι εύκολο να αναπαραχθεί, και (ια) το μέγεθος της εμπλεκόμενης επιχείρησης, τη γεωγραφική της παρουσία, τους οικονομικούς της πόρους, την ποικιλία των προϊόντων που προσφέρει.⁵²

Στην προκειμένη περίπτωση, και έχοντας ως αφετηρία τα μερίδια αγοράς των εταιρειών, η Επιτροπή παρατηρεί πως σύμφωνα με τα στοιχεία που είναι διαθέσιμα στην ιστοσελίδα του EPHET, στην αγορά της λιανικής κινητής τηλεφωνίας εντός της Κυπριακής Δημοκρατίας κατά το έτος 2017, αλλά και κατά τα προηγούμενα πέντε έτη, δραστηριοποιείτο πολύ μικρός αριθμός επιχειρήσεων.

Μερίδια Αγοράς Κινητής Τηλεφωνίας



8

Ιδιαίτερα σημειώνεται ότι μέχρι τον Δεκέμβριο του 2010 δραστηριοποιούνταν μόνο 2 εταιρείες (η ΑΤΗΚ και η ΜΤΝ) στην παροχή υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας, ενώ περί το 2011 άρχισε να προσφέρει υπηρεσίες η εταιρεία Primetel και το 2013 η εταιρεία Cablenet. Πιο πρόσφατα το 2014 εισήλθε στην αγορά για ένα μικρό χρονικό διάστημα (ήτοι μέχρι Ιούνιο του 2016), η εταιρεία Callsat.

Συνεπώς, την περίοδο από τον Ιούνιο του 2013 έως το Δεκέμβριο του 2017 δραστηριοποιούνταν συνολικά τέσσερις εταιρείες και συγκεκριμένα η ΑΤΗΚ, η ΜΤΝ, η

⁵¹ Απόφαση του Πρωτοδικείου στην υπόθεση T-24/93, T25/93, T/26/93 και T/28/93 Campagie Maritime Belge Transports and others κατά της Επιτροπής, Συλλογή της Νομολογίας του Δικαστηρίου 1996, σελ II-01201.

⁵² Κατευθυντήριες γραμμές της Επιτροπής για την ανάλυση αγοράς και την εκτίμηση της σημαντικής ισχύος στην αγορά βάσει του κοινοτικού πλαισίου κανονιστικών ρυθμίσεων για τα δίκτυα και τις υπηρεσίες ηλεκτρονικών επικοινωνιών, (2002/C 165/03).

Primetel και η Cablenet. Όπως φαίνεται από το πιο πάνω γράφημα των μεριδίων αγοράς στη κινητή τηλεφωνία, κατά την περίοδο 2012-2017, το μερίδιο αγοράς της ΑΤΗΚ μειώθηκε από 69,88% το Δεκέμβριο του 2012 σε 54.33% το Δεκέμβριο του 2017.

Ιδιαίτερα σημειώνεται ότι μέχρι τον Δεκέμβριο του 2010 δραστηριοποιούνταν μόνο 2 εταιρείες (η ΑΤΗΚ και η MTN) στην παροχή υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας, ενώ περί το 2011 άρχισε να προσφέρει υπηρεσίες η εταιρεία Primetel και το 2013 η εταιρεία Cablenet. Πιο πρόσφατα το 2014 εισήλθε στην αγορά για ένα μικρό χρονικό διάστημα (ήτοι μέχρι Ιούνιο του 2016), η εταιρεία Callsat.

Συνεπώς, την περίοδο από τον Ιούνιο του 2013 έως το Δεκέμβριο του 2017 δραστηριοποιούνταν συνολικά τέσσερις εταιρείες και συγκεκριμένα η ΑΤΗΚ, η MTN, η Primetel και η Cablenet. Όπως φαίνεται από το πιο πάνω γράφημα των μεριδίων αγοράς στη κινητή τηλεφωνία, κατά την περίοδο 2012-2017, το μερίδιο αγοράς της ΑΤΗΚ μειώθηκε από 69,88% το Δεκέμβριο του 2012 σε 54.33% το Δεκέμβριο του 2017, ενώ της MTN αυξήθηκε από 28,15% το Δεκέμβριο του 2012 σε 35.46% το Δεκέμβριο του 2017.

Παρόλα αυτά, η Επιτροπή παρατηρεί ότι το μερίδιο αγοράς της MTN κατά το Δεκέμβριο του 2017 αν και αυξημένο σε σχέση με τα προηγούμενα έτη, παράμεινε σε χαμηλότερα επίπεδα από αυτό του μεγαλύτερου παίκτη της αγοράς, ήτοι της ΑΤΗΚ, η οποία διατήρησε ένα μερίδιο αγοράς της τάξης του 54,33%. Η δε Primetel κατάφερε κατά την περίοδο 2012-2017 να αυξήσει το μερίδιο αγοράς της από 1,96% το Δεκέμβριο του 2012 σε 9,32% το Δεκέμβριο του 2017.

Σύμφωνα με την ενωσιακή νομολογία, όταν το μερίδιο αγοράς που κατέχει μια επιχείρηση είναι περίπου ισοδύναμο με τα μερίδια αγοράς άλλων επιχειρήσεων στην ίδια αγορά, τότε αυτό δεν αποτελεί επαρκή ένδειξη ότι η επιχείρηση κατέχει δεσπόζουσα θέση, καθότι δεν μπορεί να συμπεριφέρεται ανεξάρτητα χωρίς να υπολογίζει τους ανταγωνιστές της.⁵³ Εν προκειμένω, ως έχει παρατεθεί ανωτέρω, η ΑΤΗΚ κατείχε επί σειρά ετών το μεγαλύτερο μερίδιο αγοράς στη λιανική κινητή τηλεφωνία, ενώ το άθροισμα των μεριδίων αγοράς των ανταγωνιστών της MTN την περίοδο 2013 έως 2017 είναι κατά πολύ μεγαλύτερο του δικού της μεριδίου αγοράς, οπότε δεν μπορεί να τεκμηριωθεί η θέση πως η εταιρεία MTN κατέχει ισχύ έναντι των ανταγωνιστών της στη σχετική αγορά της λιανικής κινητής τηλεφωνίας που της δίδουν τη δυνατότητα να ενεργεί ανεξάρτητα από αυτούς.

Σε ότι αφορά τη θέση της καταγγέλλουσας εταιρείας πως η Επιτροπή δεν σχολίασε αλλά ούτε αξιολόγησε τη θέση περί ύπαρξης φραγμών εισόδου, επισημαίνεται εν

⁵³ Βλέπε απόφαση την υπόθεση Tasty Foods I καθώς και αποφάσεις της Ελληνικής Αρχής Ανταγωνισμού με αρ. 24/III/2003, IV.3 και 520/VI/2011.

πρώτους πως «φραγμοί εισόδου» συνιστούν του παράγοντες που εμποδίζουν μακροπρόθεσμα την είσοδο στην αγορά. Παράγοντες που απλώς καθυστερούν την είσοδο χωρίς να την αποτρέπουν επ' αόριστο λέγονται «εμπόδια εισόδου».⁵⁴

Στη βάση όλων των πιο πάνω, η Επιτροπή απορρίπτει τον ισχυρισμό της καταγγέλλουσας πως δεν έχουν αξιολογηθεί δεόντως όλα τα στοιχεία και χαρακτηριστικά που περιβάλλουν την υπόθεση σε σχέση με το ενδεχόμενο ύπαρξης φραγμών εισόδου, καθότι εν προκειμένω, ως έχει προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου μέσα σε διάστημα οκτώ (8) χρόνων έχουν εισέλθει στην αγορά τρεις εταιρείες. Με εξαίρεση μια εταιρεία οι υπόλοιπες δυο εταιρείες σημειώνουν σταδιακή αύξηση των μεριδίων αγοράς τους, με την ΑΤΗΚ να σημειώνει συνεχή μείωση. Αυτό καταδεικνύει πως παρά το οικονομικό κόστος, επενδύσεις, υποδομές, τεχνολογία, εξασφάλιση αδειών κ.λπ, ως επισημάνθηκαν από την εταιρεία Microsat τόσο στο πλαίσιο της προκαταρκτικής έρευνας όσο και με τις θέσεις της ημερομηνίας 28/4/2021, εισέρχεται στην αγορά περιορισμένος αριθμός εταιρειών. Σε κάθε περίπτωση, η Επιτροπή σημειώνει πως η ύπαρξη εμποδίων εισόδου στην αγορά δεν διαφοροποιεί το γεγονός πως το μεγαλύτερο μερίδιο αγοράς κατέχεται από την ΑΤΗΚ και όχι την MTN και πως το άθροισμα των μεριδίων αγοράς των ανταγωνιστών της MTN την περίοδο 2013 έως 2017 είναι κατά πολύ μεγαλύτερο του δικού της μεριδίου αγοράς.

Όπως καταγράφηκε στα προκαταρκτικά συμπεράσματα της Επιτροπής, στην υπόθεση United Brands θεωρήθηκε ότι η επιχείρηση United Brands που διέθετε ποσοστό 45% κατείχε δεσπόμενη θέση στη σχετική αγορά, διότι, μεταξύ άλλων, είχε σχεδόν διπλάσιο ποσοστό από τον πλησιέστερο ανταγωνιστή της. Στην προκειμένη περίπτωση, η εταιρεία με το μεγαλύτερο μερίδιο αγοράς είναι η ΑΤΗΚ και όχι η MTN. Συνεπώς, η ύπαρξη εμποδίου εισόδου (ή φραγμών εισόδου) ενισχύει το ενδεχόμενο η ΑΤΗΚ να κατέχει δεσπόμενη θέση στην λιανική αγορά υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας εφόσον είναι αυτή που κατέχει το μεγαλύτερο μερίδιο αγοράς και όχι η MTN.

Ως εκ τούτου, η Επιτροπή ομόφωνα καταλήγει πως τα όσα καταγράφονται στις θέσεις της εταιρείας Microsat, δεν μπορούν να αναιρέσουν ή να διαφοροποιήσουν τα συμπεράσματα της πως η MTN δεν κατέχει δεσπόμενη θέση στην αγορά της λιανικής κινητής τηλεφωνίας, εφόσον το μερίδιο αγοράς της MTN κατά το Δεκέμβριο του 2017 αν και αυξημένο σε σχέση με τα προηγούμενα έτη, παράμεινε σε χαμηλότερα επίπεδα από αυτό του μεγαλύτερου παίκτη της αγοράς, ήτοι της ΑΤΗΚ, η οποία διατήρησε ένα μερίδιο αγοράς της τάξης του 54,33%. Η δε Primetel κατάφερε κατά την περίοδο 2012-

⁵⁴ Βλέπε «Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού» Δημήτριος Ν. Τζουγανάτος, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ 509

2017 να αυξήσει το μερίδιο αγοράς της από 1,96% το Δεκέμβριο του 2012 σε 9,32% το Δεκέμβριο του 2017.

Συνακόλουθα, αξιολογώντας τα στοιχεία του EPHET που αφορούν τα μερίδια αγοράς της λιανικής κινητής τηλεφωνίας για μια πενταετία (ήτοι από το 2013 έως 2017), η Επιτροπή ομόφωνα αποφασίζει πως η MTN δεν κατείχε δεσπόζουσα θέση στην αγορά της λιανικής κινητής τηλεφωνίας.

(β) Χονδρικές υπηρεσίες τερματισμού γραπτών μηνυμάτων στο δίκτυο κινητής τηλεφωνίας

Η Επιτροπή σημειώνει ότι σύμφωνα με τις αποφάσεις της Ευρωπαϊκής Επιτροπής δεν υπάρχει υποκατάστατο του τερματισμού χονδρικής κλήσης σε κάθε επιμέρους δίκτυο κινητής τηλεφωνίας, δεδομένου ότι ο φορέας εκμετάλλευσης που μεταδίδει την εξερχόμενη κλήση μπορεί να φτάσει στον αποδέκτη προορισμό μόνο μέσω του φορέα εκμετάλλευσης του δικτύου στον οποίο έχει εγγραφεί ο εν λόγω παραλήπτης. Συνεπώς, κάθε επιμέρους δίκτυο κινητής τηλεφωνίας αποτελεί ξεχωριστή αγορά χονδρικής για τον τερματισμό κλήσεων.⁵⁵

Επίσης, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή στην απόφασή της στην υπόθεση COMP/M.7109 - DEUTSCHE TELEKOM/ GTS, έκρινε ότι κάθε δίκτυο (κινητό ή σταθερό) αποτελεί μια ξεχωριστή/διακριτή αγορά από τη στιγμή που «*there is no substitute for call termination on each individual network since the network operator transmitting a call outgoing from its network to another network can reach the recipient only through the respective other network operator.*». Στην εν λόγω απόφαση, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή αναφέρει επίσης ότι «*On the upstream markets, every operator has a market share of 100% based on a market definition which defines a separate market for each individual network (“one net – one market”).*»⁵⁶ (η υπογράμμιση είναι της Επιτροπής)

Σε σχέση με το ζήτημα αυτό, η Επιτροπή διαπιστώνει ότι σε εθνικό επίπεδο ο Επίτροπος Ρυθμίσεως Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών και Ταχυδρομείων (στο εξής ο «EPHET») (στη βάση των πρώτων Συστάσεων της Ευρωπαϊκής Επιτροπής) καθόρισε την χονδρική αγορά πρόσβασης και προέλευσης (εκκίνησης) κλήσεων στην αγορά της κινητής τηλεφωνίας ώστε να μην υφίστανται φραγμοί εισόδου για τις

⁵⁵ Βλέπε απόφαση M.9041 - HUTCHISON / WIND TRE, ημερομηνίας 31/08/2018 και απόφαση case M.7758 – Hutchison 3G Italy / WIND / JV.

⁵⁶ Περαιτέρω η Ευρωπαϊκή Επιτροπή στην εν λόγω απόφασή της COMP/M.7109 - DEUTSCHE TELEKOM/ GTS (υποσημείωση 253), αναφέρει ότι: «*The wholesale market for the provision of fixed call termination services is vertically related notably to (i) the market for retail global telecommunication services, (ii) the wholesale market for global telecommunication services; (iii) the market for retail supply of fixed voice services and (iv) the market for retail supply of mobile telecommunication services to end customers and (v) the wholesale market for end-to-end calls. The wholesale market for the provision of mobile termination services is vertically related to aforementioned markets (i) to (iv) as well as (v) the market for retail bulk of SMS services.*». (η υπογράμμιση είναι της Επιτροπής)

επιχειρήσεις στις οποίες δεν έχει εκχωρηθεί φάσμα. Το ΓΕΡΗΕΤ, έχοντας υπόψη τα πιο πάνω και στη βάση της ανάλυσης που πραγματοποίησε, με την απόφασή του με αρ. 216/2010 επέβαλε στην ΑΤΗΚ μεταξύ άλλων υποχρέωση για παροχή πρόσβασης σε παροχές εικονικού δικτύου (MVNOs) και παροχές κινητών υπηρεσιών (SPs και ESPs) και ρύθμιση των τελών πρόσβασης σε κινητά δίκτυα. Επισημαίνεται ότι το ΓΕΡΗΕΤ, το 2015 επαναξιολόγησε την κατάσταση στην αγορά και επέβαλε με απόφασή του εκ νέου νέες ρυθμιστικές υποχρεώσεις στην ΑΤΗΚ.⁵⁷

Η Επιτροπή, επισημαίνει ότι ο μη καθορισμός της MTN ως ΣΙΑ στη σχετική χονδρική αγορά πρόσβασης και προέλευσης (εκκίνησης) κλήσεων, στη βάση του μεριδίου αγοράς που κατέχει στη λιανική κινητή τηλεφωνία, υπό το φως και των όσων καταγράφονται στην απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής στην υπόθεση COMP/M.7109 - DEUTSCHE TELEKOM/ GTS, δεν συνεπάγεται με μη κατοχή δεσπόζουσας θέσης στο δικό της δίκτυο κινητής τηλεφωνίας.

Σε ότι αφορά τα στοιχεία και τις πληροφορίες που καταγράφονται στα έγγραφα του ΓΕΡΗΕΤ που σχετίζονται με την Απόληξη (Τερματισμό) Φωνητικών Κλήσεων σε Μεμονωμένα Δίκτυα Κινητών Επικοινωνιών, η Επιτροπή σημειώνει ότι οι σχετικές αγορές καθορίζονται με βάση τις Συστάσεις της Ευρωπαϊκής Επιτροπής⁵⁸, ενώ το ΓΕΡΗΕΤ αναλύει το καθεστώς του ανταγωνισμού που υφίσταται σε κάθε αγορά και αξιολογεί το ενδεχόμενο καθορισμού οργανισμού με Σημαντική Ισχύ στην αγορά, με σκοπό τη μείωση εμποδίων εισόδου στην αγορά και την ενθάρρυνση των προοπτικών για αποτελεσματικό και υγιή ανταγωνισμό προς όφελος των καταναλωτών. Συνεπώς, οι Εθνικές Αρχές Ανταγωνισμού δεν δεσμεύονται να ακολουθούν τον καθορισμό που προβλέπεται στη Σύσταση ή στις σχετικές αποφάσεις των Εθνικών Ρυθμιστικών Αρχών, καθότι οι αγορές ορίζονται για τους σκοπούς ειδικής τομεακής ρύθμισης, οπότε και λαμβάνεται υπόψη η συνολική προοπτική εκτίμησης της διάρθρωσης και της λειτουργίας της υπό εξέταση αγοράς.

Παρόλα αυτά, η Επιτροπή θεωρεί χρήσιμες ορισμένες εκ των πληροφοριών και των στοιχείων που περιέχονται στις αναλύσεις του ΓΕΡΗΕΤ αναφορικά με την υπό αναφορά αγορά (βλέπε Έγγραφο με αρ. ΑΑ7/ΕΚ/2009). Σύμφωνα με τα όσα καταγράφονται στο εν λόγω έγγραφο, όταν πραγματοποιείται μια κλήση σε κινητή συσκευή, ανεξαρτήτως της ταυτότητας του δικτύου από το οποίο προέρχεται η κλήση (δηλαδή, ανεξάρτητα από το εάν είναι σταθερό ή άλλο κινητό δίκτυο), η κλήση μεταφέρεται από τον παροχέα που εκκινεί την κλήση στο παροχέα που την

⁵⁷ http://ocepr.ee.cy/sites/default/files/EC_Decision_CYTA_Market15_AD594-2015_25-09-2015_GR_PH.pdf

⁵⁸ Σύσταση 17/12/2007 Το Κοινοτικό Ρυθμιστικό Πλαίσιο το οποίο προσβλέπει στη δημιουργία ενός κοινού εναρμονιστικού πλαισίου στην Ευρωπαϊκή Ένωση.

τερματίζει. Αναλογικά το ίδιο ισχύει και για την έναρξη και τον τερματισμό ενός γραπτού μηνύματος (SMS).

Περαιτέρω, στο εν λόγω έγγραφο γίνεται αποδεκτό ότι ο παροχέας λιανικών υπηρεσιών είναι εξαρτημένος από τον παροχέα του δικτύου στο οποίο είναι συνδεδεμένος ο καλούμενος. Επίσης, το ΓΕΡΗΕΤ στο υπό αναφορά έγγραφο του καταγράφει ότι οποιοσδήποτε πάροχος επιθυμεί να προσφέρει κλήσεις σε πελάτη που ανήκει σε ένα συγκεκριμένο δίκτυο κινητής τηλεφωνίας Α θα πρέπει να αγοράζει τερματισμό από το παροχέα που λειτουργεί το δίκτυο Α προκειμένου να έχει τη δυνατότητα να ολοκληρώσει την υπηρεσία που επιδιώκει να προσφέρει. Συνεπώς, εξάγεται το συμπέρασμα ότι για να μπορεί να εκκινήσει μια κλήση από ένα δίκτυο ηλεκτρονικών επικοινωνιών θα πρέπει να μπορεί η κλήση να τερματιστεί είτε στο ίδιο δίκτυο είτε σ' άλλο (ασχέτως ένα αυτό είναι σταθερό ή κινητό). Με άλλα λόγια, θα πρέπει να διασφαλίζεται η διαλειτουργικότητα των δικτύων. Όπως αναφέρεται στο εν λόγω έγγραφο, η πρόσβαση και χρήση ειδικών ευκολιών δικτύου είναι απαραίτητη ώστε να διασφαλιστεί η διαλειτουργικότητα των δικτύων και των επικοινωνιών.

Σε σχέση με τα ανωτέρω, η Επιτροπή σημειώνει σύμφωνα με την Απόφαση (ΚΔΠ 436/2005 ως έχει τροποποιηθεί) του ΓΕΡΗΕΤ που τιτλοφορείται περί Καθορισμού Όρων ή/και Ειδικών υποχρεώσεων Δυνάμει Γενικής Εξουσιοδότησης:

«Πρόσωπο που παρέχει δίκτυα ή/και υπηρεσίες ηλεκτρονικών επικοινωνιών στο κοινό έχει το δικαίωμα να διαπραγματεύεται διασύνδεση με, και ενδεχομένως να αποκτά πρόσβαση ή διασύνδεση με άλλα αδειοδοτημένα πρόσωπα στην Κύπρο ή σε άλλο Κράτος της Κοινότητας για να παρέχει δημόσια διαθέσιμα δίκτυα ή/και υπηρεσίες ηλεκτρονικών επικοινωνιών.» Προς τούτο, *«Το πρόσωπο οφείλει να λαμβάνει εύλογα μέτρα κατά το σχεδιασμό, εγκατάσταση και λειτουργικότητα του δικτύου ή άλλου εξοπλισμού που χρησιμοποιεί, άμεσα ή μέσω τρίτων προσώπων, κατά την παροχή οποιασδήποτε υπηρεσίας αφορά το αντικείμενο της Άδειας και τη σύναψη οποιαδήποτε συμφωνίας με τρίτο φυσικό ή νομικό πρόσωπο η οποία αφορά το αντικείμενο της Άδειας ούτως ώστε να διασφαλίζεται:*

[...]

2) η διαλειτουργικότητα των υπηρεσιών που προσφέρει το Πρόσωπο με αντίστοιχες υπηρεσίες άλλων προσώπων.»

Επίσης, σύμφωνα με τους όρους Αδειοδότησης:

«Το πρόσωπο οφείλει να συμμορφώνεται με τις εκάστοτε διατάξεις του περί Αριθμοδότησης (Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών) Διατάγματος (ΚΔΠ 85/2004) και οποιαδήποτε άλλη διοικητική πράξη το τροποποιεί, το συμπληρώνει ή το αντικαθιστά, σε σχέση με την εκχώρηση αριθμών από το Σχέδιο Αριθμοδότησης της Κυπριακής

Δημοκρατίας, καθώς και με άλλους όρους που ο Επίτροπος δύναται να επιβάλει σε συγκεκριμένους αριθμούς από καιρό σε καιρό σύμφωνα με τις πρόνοιες του άρθρου 41(3) του Νόμου.»

Ως αποτέλεσμα των πιο πάνω, οι παρόχοι δικτύων υπέγραψαν Συμφωνίες Διασύνδεσης, αντικείμενο των οποίων είναι ο καθορισμός των όρων και προϋποθέσεων παροχής Υπηρεσιών Διασύνδεσης.

Οι Πάροχοι Υπηρεσιών Πολυμεσικής Πληροφόρησης (στο εξής ο «Π-ΥΠΠ») οι οποίοι παρέχουν υπηρεσίες στους συνδρομητές τόσο των σταθερών όσο και των κινητών δικτύων, είναι εξαρτημένοι από τη συμπεριφορά των παρόχων δικτύου ηλεκτρονικών επικοινωνιών, για το κατά πόσο θα μπορούν να δραστηριοποιηθούν στην αγορά.

Για όλους τους πιο πάνω λόγους, και ανεξαρτήτως του μεριδίου αγοράς που κατέχει έκαστη εταιρεία στη λιανική αγορά των υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας, η Επιτροπή καθοδηγούμενη από την ενωσιακή νομολογία που καθορίζει ότι κάθε δίκτυο αποτελεί μια σχετική αγορά στην οποία ο κάτοχός του κατέχει δεσπόμενη θέση, κρίνει ότι η MTN ως πάροχος υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας κατέχει δεσπόμενη θέση σε ότι αφορά το δίκτυο κινητών επικοινωνιών της, τόσο έναντι των συνδρομητών της όσο και έναντι των Π-ΥΠΠ που επιθυμούν να προσφέρουν τις υπηρεσίες τους στους συνδρομητές της.

Όμοια, είναι απαραίτητη η «σύνδεση» οποιουδήποτε Π-ΥΠΠ με το δίκτυο της MTN για σκοπούς παροχής ΥΗΠ στους συνδρομητές της MTN, γεγονός που της επιτρέπει να λειτουργεί από μια θέση ισχύος ανεξάρτητα από τους πελάτες της. Το γεγονός ότι ο τερματισμός γραπτών μηνυμάτων στους συνδρομητές της MTN από τους Π-ΥΠΠ διεκπεραιώνεται μέσω της συμφωνίας διασύνδεσης που έχει υπογράψει η MTN με την ΑΤΗΚ, δεν αναιρεί τη θέση ισχύος που η MTN κατέχει στο δίκτυο της.

Η Επιτροπή τέλος, διευκρινίζει πως το γεγονός πως ένας πάροχος κατέχει δεσπόμενη θέση το δίκτυο του (κινητό ή σταθερό) αυτό δεν μπορεί να το αναγάγει σε κατοχή δεσπόμενης θέσης στη λιανική αγορά και εν προκειμένω την κατοχή δεσπόμενης θέσης στη αγορά των λιανικών υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας.

Η Επιτροπή σημειώνει πως η εταιρεία Microsat με τις γραπτές της θέσεις ημερομηνίας 28/4/2021 δεν διαφώνησε με τις πιο πάνω διαπιστώσεις της.

Στη βάση των πιο πάνω και για σκοπούς εξέτασης της παρούσας υπόθεσης, η Επιτροπή ομόφωνα αποφασίζει ότι η MTN κατέχει δεσπόμενη θέση στο δίκτυο κινητών επικοινωνιών της και κατ' επέκταση στις υπηρεσίες παροχής τερματισμού γραπτών μηνυμάτων στο δίκτυό της.

(γ) Υπηρεσίες μαζικής αποστολής γραπτών μηνυμάτων Bulk SMS

Στην παρούσα υπόθεση η καταγγελία αφορά ουσιαστικά δύο περιπτώσεις στις οποίες η καταγγελλόμενη MTN, σύμφωνα με την καταγγέλλουσα, προέβη σε υποτιμολόγηση των υπηρεσιών γραπτών μηνυμάτων Bulk SMS σε λιανικό επίπεδο.

Η Επιτροπή σημειώνει ότι από τα στοιχεία της προκαταρκτικής έρευνας που διεξήχθη από την Υπηρεσία, προκύπτει ότι ο Π-ΥΠΠ που επιθυμεί να δραστηριοποιηθεί στον τομέα παροχής υπηρεσιών, δύναται να συμβληθεί με έναν από τους παρόχους ηλεκτρονικών επικοινωνιών που διαθέτει δίκτυο κινητής τηλεφωνίας. Περαιτέρω, από τα στοιχεία της προκαταρκτικής έρευνας προκύπτει ότι δεν είναι απαραίτητο ο ΥΠΠ να συμβληθεί με έκαστο πάροχο ηλεκτρονικών επικοινωνιών που διαθέτει δίκτυο κινητής τηλεφωνίας για να είναι εφικτός ο τερματικός των γραπτών μηνυμάτων στον τελικό παραλήπτη ώστε να διεκπεραιωθεί ή ολοκληρωθεί η υπηρεσία παροχής μαζικής αποστολής μηνυμάτων (Bulk SMS). Ως αναφέρθηκε από τις εταιρείες, στη χονδρική τιμή αγοράς υπηρεσιών μαζικής αποστολής μηνυμάτων (Bulk SMS) συμπεριλαμβάνεται και η υπηρεσία τερματισμού στο δίκτυο ηλεκτρονικών επικοινωνιών της κάθε εταιρείας που παρέχει υπηρεσίες κινητής τηλεφωνίας.

Συγκεκριμένα, για την παροχή των εν λόγω υπηρεσιών οι εταιρείες πληρώνουν ένα συνολικό αντίτιμο τους παρόχους σε χονδρικό επίπεδο, τόσο την MTN όσο και την ΑΤΗΚ, οι οποίες μεταξύ τους έχουν ξεχωριστές συμφωνίες για τα τέλη τερματισμού γραπτών μηνυμάτων SMS, κάτι που δεν αφορά την κάθε εταιρεία που επιλέγει να αγοράσει από αυτές υπηρεσίες παροχής Bulk SMS. Επομένως, η εταιρεία Microsat δεν αγοράζει άμεσα από την MTN χονδρικές υπηρεσίες τερματισμού γραπτών μηνυμάτων SMS, αλλά αυτές ενσωματώνονται ή αποτελούν μέρος των υπηρεσιών που αγοράζει από την ΑΤΗΚ.

Ως εκ τούτου, η καταγγελία αφορά μεταξύ άλλων την ανταγωνιστική σχέση σε λιανικό επίπεδο μεταξύ των Microsat και MTN, αφού η Microsat έχει σχέση βάσει σχετικής συμφωνίας μόνο με την ΑΤΗΚ.

Η μόνη σχέση που προκύπτει μεταξύ της Microsat και της MTN είναι έμμεση καθότι μέρος της χρέωσης που της επιβάλλει η ΑΤΗΚ στο πλαίσιο της αγοράς υπηρεσιών μαζικής αποστολής γραπτών μηνυμάτων είναι η χονδρική χρέωση όσων εκ των μηνυμάτων θα τερματιστούν στο δίκτυο της MTN.

Στο πλαίσιο αξιολόγησης της οικονομικής ισχύς της εταιρείας MTN, η Επιτροπή, εν πρώτοις εξέτασε κατά πόσον η καταγγελλόμενη εταιρεία MTN κατέχει δεσπόζουσα θέση στην σχετική αγορά παροχής υπηρεσιών μαζικής αποστολής μηνυμάτων (Bulk SMS).

Στον πιο κάτω πίνακα παρουσιάζονται στοιχεία που αφορούν τον ετήσιο αριθμό SMS, που αποστάλθηκαν στο πλαίσιο παροχής υπηρεσιών μαζικής αποστολής μηνυμάτων (Bulk SMS) από την ΑΤΗΚ καθώς και την MTN, για τα έτη 2013-2017, όπως αυτά δόθηκαν από τις εταιρείες κατά την προκαταρκτική έρευνα που διεξήχθη από την Υπηρεσία.

Πίνακας 1: Ετήσιος αριθμός γραπτών μηνυμάτων (SMS) των εταιρειών

		2013 Ετήσιος αριθμός SMS ⁵⁹	2014 Ετήσιος αριθμός SMS	2015 Ετήσιος αριθμός SMS	2016 Ετήσιος αριθμός SMS	2017 Ετήσιος αριθμός SMS
ΑΤΗΚ						
Παροχή υπηρεσιών Bulk SMS με απ' ευθείας σύνδεση στο SMSC της ΑΤΗΚ	Εταιρείες που παρέχουν υπηρεσίες Bulk SMS μέσω πλατφόρμας (λογισμικό) που δεν ανήκει στην ΑΤΗΚ	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
	ΑΤΗΚ (όχι μέσω cybee)	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
Εταιρείες ή/και καταναλωτές (περιλαμβανομένης της ΑΤΗΚ) που αποστέλλουν Bulk SMS μέσω της πλατφόρμας (λογισμικό) cybee της ΑΤΗΚ		{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
ΣΥΝΟΛΟ ΑΤΗΚ		{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
MTN		{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
Πωλήσεις MTN προς όλους τους πελάτες της	Με την πλατφόρμα MTN	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}

⁵⁹ {...}.

		{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
	Εκτός πλατφόρμας MTN	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
ΣΥΝΟΛΟ MTN		{...}	{...}	{...}	{...}	{...}

Επισημαίνεται, σε αυτό το σημείο, ότι η εταιρεία Primetel, δεν παρέθεσε αντίστοιχα τα εν λόγω στοιχεία, όπως οι ΑΤΗΚ και MTN, αναφέροντας ότι λόγω τεχνικών περιορισμών δεν ήταν δυνατή η εξαγωγή στοιχείων κίνησης μηνυμάτων SMS που αποστάλθηκαν από χρήστες της υπηρεσίας Bulk SMS, κατά την αναφερόμενη περίοδο.

Περαιτέρω η ΑΤΗΚ, σε σχέση με τα στοιχεία όπως αυτά δόθηκαν από την ίδια και παρουσιάζονται πιο πάνω, ανέφερε ότι οι εταιρείες οι οποίες έχουν υπογράψει συμβόλαιο αναφορικά με παροχή υπηρεσιών Bulk SMS έχουν τη δυνατότητα να μεταπωλούν τις εν λόγω υπηρεσίες ή να στέλνουν τα δικά τους μηνύματα. Η ΑΤΗΚ επεσήμανε ότι δεν γνωρίζει κατά πόσο μεταπωλούν υπηρεσίες Bulk SMS ή απλά χρησιμοποιούν την υπηρεσία αποκλειστικά για δικές τους υπηρεσίες. Η Επιτροπή επισημαίνει ότι η ΑΤΗΚ απέστειλε στο πλαίσιο της προκαταρκτικής έρευνας σχετικό κατάλογο πελατών της κατά τα έτη 2013 -2017 στο οποίο περιλαμβάνονται τόσο επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στην παροχή υπηρεσιών Bulk SMS ({...}, {...}, {...}, {...}, {...}) όσο και επιχειρήσεις όπως η {...}, {...} κλπ. Επίσης, η ΑΤΗΚ διευκρίνισε ότι η αναφορά σε “ΑΤΗΚ (όχι μέσω cybee)” αφορά τα μηνύματα που αποστέλλει η ΑΤΗΚ σε συνδρομητές της με Bulk SMS. Τέλος, επισήμανε αναφορικά με την υπηρεσία “cybee web sms” την οποία χρησιμοποιούν συνδρομητές της Cytamobile-Vodafone, εφόσον δημιουργήσουν λογαριασμό στην ιστοσελίδα της, ότι η υπηρεσία δεν ξεχωρίζει άτομα από εταιρείες, αφού το κριτήριο είναι γενικό, δηλαδή να είναι ο χρήστης, συνδρομητής Cytamobile-Vodafone. Η Επιτροπή στη βάση τόσο των απαντήσεων της ΑΤΗΚ όσο και του καταλόγου πελατών της δεν μπορεί με ασφάλεια να καταλήξει ότι η παροχή υπηρεσιών Bulk SMS με απ’ ευθείας σύνδεση στο SMSC της ΑΤΗΚ αποτελεί είτε χονδρικό είτε λιανικό επίπεδο της αγοράς.

Επισημαίνεται ότι η MTN απέστειλε κατάλογο πελατών για τα έτη 2013-2017 όπου καταγράφει τους πελάτες της διαμέσου και εκτός της πλατφόρμας της MTN. Η Επιτροπή επισημαίνει ότι στις λίστες πελατών που αφορούν υπηρεσίες εκτός της πλατφόρμας της MTN περιλαμβάνονται εταιρείες που δραστηριοποιούνται στην παροχή λιανικών υπηρεσιών Bulk SMS όπως οι {...}, {...}, {...}, {...}, {...}, {...}, {...}, {...}, {...} όπως επίσης και εταιρείες που χρησιμοποιούν τις υπηρεσίες μέσω δικού τους λογισμικού όπως οι {...}, {...} και {...}. Στη λίστα πελατών διαμέσου της πλατφόρμας της MTN φαίνεται να

περιλαμβάνονται εταιρείες/ φορείς που δεν έχουν δικό τους λογισμικό, π.χ. {...}, {...} ενώ περιλαμβάνονται και εταιρείες που δραστηριοποιούνται στην αγορά Bulk SMS ({...}). Η Επιτροπή θεωρεί ότι οι υπηρεσίες Bulk SMS μέσω της πλατφόρμας της MTN ενδεχομένως να αποτελούν τη λιανική παροχή αυτών, χωρίς όμως να μπορεί να καταλήξει με ασφάλεια στη βάση των απαντήσεων των εμπλεκόμενων μερών ή και τρίτων. Επίσης, σε σχέση με την παροχή υπηρεσιών εκτός πλατφόρμας MTN δεν μπορεί να εξαχθεί ασφαλές συμπέρασμα αναφορικά με το κατά πόσο οι πωλήσεις της MTN αφορούν χονδρικό ή λιανικό επίπεδο της αγοράς στη βάση των στοιχείων που έχει προσκομίσει η MTN καθώς και προγενέστερων απαντήσεών της.

Επί των ανωτέρω, η Επιτροπή τονίζει ότι οι εταιρείες ΑΤΗΚ και MTN δεν ήταν σε θέση να διαχωρίσουν ποιο μέρος των πωλήσεών τους αφορούσαν λιανική πώληση Bulk SMS και ποιο μέρος αφορούσε πώληση Bulk SMS σε χονδρικό επίπεδο. Επίσης επαναλαμβάνεται ότι η Primetel δεν ήταν σε θέση να διαχωρίσει τα Bulk SMS από τα λοιπά γραπτά μηνύματα.

Σε αυτό το σημείο η Επιτροπή σημειώνει ότι η καταγγέλλουσα εταιρεία Microsat η οποία δραστηριοποιείται στην παροχή υπηρεσιών μαζικής αποστολής μηνυμάτων (Bulk SMS) σε λιανικό επίπεδο, είχε τις πιο κάτω πωλήσεις κατά την περίοδο 2013-2017:

Πίνακας 2: Ετήσιος αριθμός γραπτών μηνυμάτων της εταιρείας Microsat

	2013	2014	2015	2016	2017
	Ετήσιος αριθμός SMS	Ετήσιος αριθμός SMS	Ετήσιος αριθμός SMS	Ετήσιος αριθμός SMS	Ετήσιος αριθμός SMS
Microsat	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}

Επομένως τα διαθέσιμα στοιχεία δεν επιτρέπουν στην Επιτροπή να προβεί σε διαχωρισμό των υπηρεσιών μαζικής αποστολής γραπτών μηνυμάτων Bulk SMS στα δύο επίπεδα της αγοράς, ήτοι στο χονδρικό και στο λιανικό επίπεδο, παρόλο που σύμφωνα με την ενωσιακή νομολογία υπάρχει δυνατότητα καθορισμού της αγοράς παροχής υπηρεσιών μαζικής αποστολής γραπτών μηνυμάτων (Bulk SMS) στα δύο αυτά επίπεδα. Συνακόλουθα, και εν απουσία των απαιτούμενων δεδομένων η Επιτροπή αξιολόγησε την πιθανή κατοχή δεσπόζουσας θέσης από μέρος της καταγγελλόμενης MTN συνολικά. Περαιτέρω, για σκοπούς πλήρους διερεύνησης της παρούσας καταγγελίας, η Επιτροπή σημειώνει ότι η Υπηρεσία στο πλαίσιο της προκαταρκτικής έρευνας προέβη σε τρεις πρόσθετες συγκρίσεις των διαθέσιμων στοιχείων με σκοπό να εξετάσει το ενδεχόμενο κατοχής δεσπόζουσας θέσης από την MTN.

(i) Σύγκριση του συνολικού ετήσιου αριθμού Bulk SMS της ΑΤΗΚ και ΜΤΝ:

Η σύγκριση γίνεται για να διαφανεί η θέση σε ό,τι αφορά την αγορά παροχής υπηρεσιών μαζικής αποστολής γραπτών μηνυμάτων (Bulk SMS) των δύο εταιρειών, ΑΤΗΚ και ΜΤΝ την περίοδο 2013 έως 2017, οι οποίες αποτελούν δύο από τους τρεις παρόχους-κάτοχους δικτύου κινητής τηλεφωνίας. Ως αναφέρθηκε ανωτέρω, η εταιρεία Primetel κατά την υπό αναφορά περίοδο δεν πώλησε μαζικά γραπτά μηνύματα. Η ΑΤΗΚ και η ΜΤΝ σύμφωνα με το στατιστικό δελτίο του ΕΡΗΕΤ κατά τα έτος 2016 είχαν μερίδιο αγοράς στη λιανική κινητή τηλεφωνία ύψους 58,03% και 34,41%, αντίστοιχα και κατά το έτος 2017 είχαν μερίδιο αγοράς ύψους 54,33% και 35,46% αντίστοιχα.

Πίνακας 3: Σύγκριση του συνολικού ετήσιου αριθμού Bulk SMS της ΑΤΗΚ και ΜΤΝ

	ΑΤΗΚ	ΜΤΝ	Ετήσιος αριθμός Bulk sms ΑΤΗΚ/ Ετήσιος αριθμός Bulk sms ΜΤΝ	Σύνολο Ετήσιου αριθμού Bulk SMS ΑΤΗΚ + ΜΤΝ	% ΑΤΗΚ Συνολικού ετήσιου αριθμού Bulk SMS	% ΜΤΝ Συνολικού ετήσιου αριθμού Bulk SMS
2013	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
2014	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
2015	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
2016	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
2017	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}

Όπως προκύπτει από τον πιο πάνω Πίνακα 3, η ΑΤΗΚ φαίνεται ξεκάθαρα να υπερέχει της ΜΤΝ, κατά τη διάρκεια όλης της περιόδου από το 2013 μέχρι και το 2017. Ιδιαίτερα, ο ετήσιος αριθμός Bulk SMS που πώλησε η ΑΤΗΚ σε σχέση με την ΜΤΝ, το 2013 ήταν μεγαλύτερος από {...}, ήτοι, {...} φορές ο ετήσιος αριθμός Bulk SMS της ΜΤΝ, το 2014 περίπου {...}, ήτοι, {...} φορές ο ετήσιος αριθμός Bulk SMS της ΜΤΝ, το 2015 περίπου {...}, ήτοι, {...} φορές ο ετήσιος αριθμός Bulk SMS της ΜΤΝ, το 2016 περίπου {...}, ήτοι,

{...} φορές ο ετήσιος αριθμός Bulk SMS της MTN και το 2017 περίπου {...}, ήτοι, {...} φορές ο ετήσιος αριθμός Bulk SMS της MTN .

(ii) Σύγκριση συνολικού ετήσιου αριθμού Bulk SMS της ΑΤΗΚ εξαιρουμένων των Bulk SMS που αφορούν “ΑΤΗΚ (όχι μέσω cybee)”, με το συνολικό ετήσιο αριθμό Bulk SMS της MTN:

Έχοντας υπόψη τη δήλωση της ΑΤΗΚ ότι οι πωλήσεις με την ένδειξη «ΑΤΗΚ (όχι μέσω cybee)» αφορούν μηνύματα τα οποία έστειλε η ίδια στους πελάτες της απευθείας μέσω του SMS Center της, η Επιτροπή σημειώνει ότι στο πλαίσιο της προκαταρκτικής έρευνας έγινε σύγκριση του ετήσιου αριθμού BULK SMS που διεκπεραιώθηκαν από την MTN με του ετήσιου αριθμού BULK SMS που διεκπεραιώθηκαν από την ΑΤΗΚ, αφαιρούμενων των πωλήσεων “ΑΤΗΚ (όχι μέσω cybee)”:

Πίνακας 4 : Σύγκριση συνολικού ετήσιου αριθμού Bulk SMS της ΑΤΗΚ εξαιρουμένων των Bulk SMS που αφορούν “ΑΤΗΚ (όχι μέσω cybee)”, με το συνολικό ετήσιο αριθμό Bulk SMS της MTN

	Ετήσιος αριθμός ΑΤΗΚ (εξαιρουμένου των Bulk SMS “ΑΤΗΚ (όχι μέσω cybee)”	MTN Ετήσιος αριθμός Bulk SMS	Ετήσιος αριθμός ΑΤΗΚ (εξαιρουμένου των Bulk SMS “ΑΤΗΚ (όχι μέσω cybee)”) / Ετήσιος αριθμός Bulk SMS MTN	Σύνολο Ετήσιου αριθμού SMS ΑΤΗΚ (εξαιρουμένου των Bulk SMS “ΑΤΗΚ (όχι μέσω cybee)”) + MTN	% ΑΤΗΚ Συνολικού ετήσιου αριθμού Bulk SMS	% MTN Συνολικού ετήσιου αριθμού Bulk SMS
2013	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
2014	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
2015	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
2016	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
2017	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}

Επίσης, όπως φαίνεται από τον πιο πάνω πίνακα, όσον αφορά την αποστολή Bulk SMS, ανά έτος από το 2013-2017, ακόμα και αν αφαιρεθούν από το σύνολο των Bulk SMS, αυτά τα οποία η ΑΤΗΚ απέστειλε για δική της χρήση σε συνδρομητές της, η ΑΤΗΚ υπερέχει της MTN, καθόλη τη διάρκεια της περιόδου (ήτοι από το 2013 μέχρι και το

2017). Συγκεκριμένα, ο ετήσιος αριθμός Bulk SMS που πώλησε η ΑΤΗΚ σε σχέση με την MTN, το 2013 ήταν σχεδόν {...}, ήτοι, {...} φορές ο ετήσιος αριθμός Bulk SMS της MTN, το 2014 περίπου {...}, ήτοι, {...} φορές ο ετήσιος αριθμός Bulk SMS της MTN, το 2015 μεγαλύτερος από {...}, ήτοι, {...} φορές ο ετήσιος αριθμός Bulk SMS της MTN, το 2016 σχεδόν {...}, ήτοι, {...} φορές ο ετήσιος αριθμός Bulk SMS της MTN και το 2017 σχεδόν {...}, ήτοι, {...} φορές ο ετήσιος αριθμός Bulk SMS της MTN.

(iii) Σύγκριση συνολικού ετήσιου αριθμού Bulk SMS της Microsat και της MTN:

Ακολουθεί σύγκριση συνολικού ετήσιου αριθμού Bulk SMS της Microsat και της MTN, οι οποίες ανταγωνίζονται μεταξύ τους στο λιανικό επίπεδο της παροχής υπηρεσιών μαζικής αποστολής γραπτών μηνυμάτων Bulk SMS. Σκοπός είναι να εξεταστεί η θέση της Microsat σε σχέση με την MTN εξαιρουμένης της ΑΤΗΚ, η οποία υπερβαίνει τις πωλήσεις και των δύο.

Πίνακας 5 Σύγκριση συνολικού ετήσιου αριθμού Bulk SMS της Microsat και της MTN

	Microsat Ετήσιος αριθμός Bulk SMS	MTN Ετήσιος αριθμός Bulk SMS	Ετήσιος αριθμός Bulk SMS Microsat / Ετήσιος αριθμός Bulk SMS MTN	Σύνολο Ετήσιου αριθμού Bulk SMS MTN + Microsat	% Microsat Συνολικού ετήσιου αριθμού Bulk SMS	% MTN Συνολικού ετήσιου αριθμού Bulk SMS
2013	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
2014	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
2015	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
2016	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}
2017	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}	{...}

Συγκρίνοντας, το σύνολο των Bulk SMS που απέστειλε η ίδια η καταγγέλλουσα εταιρεία Microsat, ανά έτος από το 2013 μέχρι και το 2017, με το σύνολο των Bulk SMS που έχει αποστείλει κατά την ίδια χρονική περίοδο η καταγγελλόμενη MTN (στο οποίο συμπεριλαμβάνονται το χονδρικό και το λιανικό επίπεδο), προκύπτει ότι, με την εξαίρεση του 2013, η Microsat διεκπεραίωσε περισσότερα Bulk SMS από την MTN. Συγκεκριμένα, ο ετήσιος αριθμός Bulk SMS που πώλησε η Microsat σε σχέση με την MTN κατά το έτος 2016 ήταν {...} από την MTN, ενώ κατά το έτος 2017 ήταν

μεγαλύτερος από {...}, ήτοι, {...} φορές ο ετήσιος αριθμός Bulk SMS της MTN. Επίσης, παρατηρείται πως κατά τα έτη 2016-2017 τα οποία αφορούν οι διαγωνισμοί για τους οποίους υποβλήθηκε η καταγγελία η Microsat είχε αύξηση στις πωλήσεις της σε σχέση με αυτές της MTN.

Επισημαίνεται ότι η διαφορά αυτή, θα ήταν ακόμα μεγαλύτερη αν ήταν δυνατό να αφαιρεθούν από το σύνολο των μηνυμάτων που απέστειλε η MTN αυτά που αφορούν τη χονδρική αγορά, στην οποία δεν δραστηριοποιείται η Microsat.

Η Επιτροπή σημειώνει πως η εταιρεία Microsat με τις γραπτές της θέσεις ημερομηνίας 28/4/2021 δεν διαφώνησε με τις πιο πάνω διαπιστώσεις της.

ΤΕΛΙΚΑ ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑ ΑΝΑΦΟΡΙΚΑ ΜΕ ΤΗΝ ΚΑΤΟΧΗ ΔΕΣΠΟΖΟΥΣΑΣ ΘΕΣΗΣ

Υπό το πρίσμα όλων των περιστατικών που έχουν αναλυθεί, η Επιτροπή ομόφωνα αποφασίζει πως η MTN κατέχει δεσπόζουσα θέση μόνο στο δίκτυο κινητών επικοινωνιών της.

Η Επιτροπή περαιτέρω ομόφωνα διαπιστώνει ότι η εταιρεία MTN την περίοδο από το 2013 έως το 2017 δεν κατείχε δεσπόζουσα θέση στην αγορά της λιανικής κινητής τηλεφωνίας αλλά ούτε και στην αγορά παροχής υπηρεσιών αποστολής γραπτών μηνυμάτων (Bulk SMS). Ειδικότερα, από τις συγκριτικές αναλύσεις που πραγματοποιήθηκαν στο πλαίσιο αξιολόγησης του ενδεχομένου κατοχής δεσπόζουσας από μέρους της MTN στην αγορά της παροχής υπηρεσιών αποστολής γραπτών μηνυμάτων (Bulk SMS), και λαμβανομένου υπόψη των διαθέσιμων στοιχείων, διαφαίνεται ότι η καταγγελλόμενη MTN, δεν κατέχει δεσπόζουσα θέση στη αγορά των παροχής υπηρεσιών μαζικής αποστολής γραπτών μηνυμάτων (Bulk SMS) γενικά.

Πέραν των πιο πάνω, η Επιτροπή επισημαίνει ότι δεν πρέπει να αγνοείται ότι στην αγορά υφίστανται και άλλες τεχνολογίες και εφαρμογές οι οποίες επιτρέπουν στις επιχειρήσεις να αποστέλλουν μαζικά κοινοποιήσεις και μηνύματα στους πελάτες τους, όπως είναι οι εφαρμογές WHATsapp και Viber κλπ.

Σε κάθε περίπτωση η μη κατοχή δεσπόζουσας θέσης στις υπηρεσίες αποστολής γραπτών μηνυμάτων (Bulk SMS) δεν επηρεάζει το γεγονός ότι η εταιρεία MTN κατέχει δεσπόζουσα θέση μόνο στο δίκτυο κινητών επικοινωνιών της, αλλά ούτε και η κατοχή δεσπόζουσας θέση στο δίκτυο κινητών επικοινωνιών μπορεί να ανάγεται σε κατοχή δεσπόζουσας θέσης στις υπηρεσίες λιανικής κινητής τηλεφωνίας.

6.3.2. Σχέση δεσπόζουσας θέσης και καταχρηστικής συμπεριφοράς

Η Επιτροπή σημειώνει ότι, σύμφωνα με πάγια νομολογία, καθίσταται σαφές ότι η εφαρμογή του άρθρου 102 της ΣΛΕΕ, (αντίστοιχο άρθρο 6 του Νόμου), προϋποθέτει

την ύπαρξη δεσμού μεταξύ της δεσπόζουσας θέσεως και της φερόμενης ως καταχρηστικής συμπεριφοράς, ο οποίος συνήθως δεν υπάρχει όταν η συμπεριφορά πραγματοποιείται σε διαφορετική αγορά από την αγορά στην οποία υπάρχει η δεσπόζουσα θέση⁶⁰.

Παρόλα αυτά, η Επιτροπή υπογραμμίζει τη διαπίστωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής στην υπόθεση British Gypsum, όπου η εταιρεία British Gypsum κατείχε δεσπόζουσα θέση στην αγορά γυψοσανίδας (plasterboard) και όχι στη γεινιάζουσα αγορά του οικοδομικού γύψου (plaster), οι οποίες είχαν οριζόντια σχέση. Μια από τις καταχρηστικές συμπεριφορές που είχαν διαπιστωθεί ήταν η πρακτική της British Gypsum να δίνει προτεραιότητα στους πελάτες στην αγορά οικοδομικού γύψου (plaster) που έμεναν πιστοί στην αγορά γυψοσανίδας (plasterboard).⁶¹ Συνεπώς, δύναται να κριθεί μια συμπεριφορά ως καταχρηστική ακόμη και αν η συμπεριφορά αυτή δεν έλαβε χώρα στην αγορά στην οποία υπήρχε κατοχή δεσπόζουσας θέσης.

Στην προκειμένη περίπτωση η Επιτροπή, ομόφωνα αποφασίζει ότι στη βάση της έρευνας που έχει διεξαχθεί είναι ξεκάθαρο ότι η MTN κατέχει δεσπόζουσα θέση στο δίκτυο κινητής της τηλεφωνίας και συνακόλουθα στον τερματισμό γραπτών μηνυμάτων (συμπεριλαμβανομένων μηνυμάτων που είναι μέρος Bulk SMS), ενώ δεν κατέχει τέτοια θέση στην αγορά Bulk SMS σε χονδρικό επίπεδο είτε στην αγορά Bulk SMS σε λιανικό επίπεδο.

Υπό το φως των πιο πάνω προκαταρκτικών διαπιστώσεων της Επιτροπής, για σκοπούς πληρότητας της έρευνας της, και δεδομένων των ισχυρισμών της Microsat, εξετάστηκε κατά πόσο υφίσταται συνάφεια μεταξύ των υπηρεσιών μαζικής αποστολής μηνυμάτων BULK SMS και των υπηρεσιών τερματισμού γραπτών μηνυμάτων στο δίκτυο των παρόχων ηλεκτρονικών επικοινωνιών στη βάση της ενωσιακής νομολογίας.

Θέσεις της καταγγέλλουσας εταιρείας Microsat στα προκαταρκτικά συμπεράσματα της Επιτροπής

Η Επιτροπή σημειώνει πως η εταιρεία Microsat κατά την υποβολή των γραπτών θέσεων της εταιρείας σε σχέση με τα προκαταρκτικά συμπεράσματα της Επιτροπής, επεσήμανε πως «η Επιτροπή έχει καθήκον δέουσας αξιολόγησης και αποσαφήνισης στο συμπέρασμα της, της προβαλλόμενης διασύνδεσης μεταξύ της συμπεριφοράς της MTN που λαμβάνει χώρα στην *downstream* αγορά των Bulk SMS και της δεσπόζουσας θέσης που η MTN κατέχει στο δίκτυο κινητών επικοινωνιών της.».

⁶⁰ Ανακοίνωση της Επιτροπής όσον αφορά τον ορισμό της σχετικής αγοράς για σκοπούς του κοινοτικού δικαίου ανταγωνισμού, Επίσημη Εφημερίδα, C 372, ημερομηνίας 17.2.97, σελ. 3.

⁶¹ Υπόθεση C-310/93 P *British Gypsum v Commission* [1195] ECR I-865.

Ειδικότερα, σε σχέση με αυτό, η καταγγέλλουσα θεωρεί ως εξαιρετικά σημαντική και θετική την επιβεβαίωση από την Επιτροπή ότι η MTN προσέφερε στους διαγωνισμούς του Δήμου Λακατάμιας τιμή που είναι πιο κάτω από τη χονδρική τιμή τερματισμού γραπτών μηνυμάτων στο δίκτυο της. Ακριβώς εδώ έγκειται και η ουσία του προβλήματος που προέκυψε για την ίδια όπως αναφέρει, και κατ' επέκταση, η ουσία και της καταγγελίας. Η συγκεκριμένη συμπεριφορά της MTN, απόρροια του μονοπωλιακού ελέγχου που ασκεί στο δικό της δίκτυο κινητής τηλεφωνίας, ήτοι στο πεδίο τερματισμού περίπου του 35% των γραπτών μηνυμάτων παγκύπρια, της επέτρεψε να εφαρμόσει τέτοια υποτιμολόγηση που σε καμία περίπτωση θα μπορούσε ανταγωνιστής της στην downstream αγορά να εφαρμόσει.

Παρόλα αυτά η καταγγέλλουσα εταιρεία αναφέρει πως η προκαταρκτική αντίληψη ή αίσθηση της Επιτροπής ότι μια τέτοια ξεκάθαρη τιμολόγηση κάτω από τη χονδρική τιμή τερματισμού γραπτών μηνυμάτων *«δεν φαίνεται να αποσκοπούσε στην προστασία ή ενδυνάμωση της δεσπόζουσας θέσης που κατέχει στο δίκτυο [...] δεδομένου ότι σ' αυτό κατέχει μονοπώλιο, ήτοι δεν υπάρχουν υποκατάστατα»* είναι εσφαλμένη αλλά και εξόχως ανησυχητική εάν υπερισχύσει ή παγιωθεί.

Συγκεκριμένα, ως κατέχουσα μονοπωλιακής θέσης στην εν λόγω αγορά, η MTN οφείλει να υπόκειται και να εξετάζεται από την Επιτροπή με τα πιο αυστηρά κριτήρια αποφυγής αντι-ανταγωνιστικών συμπεριφορών ή συμπεριφορών δυνάμενων να ευνοήσουν μελλοντικά την ανάπτυξη αντι-ανταγωνιστικών συνθηκών στην αγορά, είτε αυτή είναι upstream είτε downstream αγορά, όπως εν προκειμένω η αγορά των Bulk SMS. Είναι ακριβώς συνεπεία της έλλειψης υποκατάστατων που επιβάλλεται να καθορίζεται και να εφαρμόζεται με πλήρη διαφάνεια και ίσους εμπορικούς όρους, η τιμολογιακή πολιτική των παροχών δικτύων κινητής τηλεφωνίας προς επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στη διακριτή αγορά της υπηρεσίας μαζικής αποστολής γραπτών μηνυμάτων (Bulk SMS).

Συνεχίζοντας η καταγγέλλουσα στις θέσεις της σημειώνει ότι, παρά τη σαφή και ορθότατη διαπίστωση της Επιτροπής περί διακριτών αγορών, αυτό που προκύπτει από το προκαταρκτικό συμπέρασμα της, είναι η απουσία ταυτόσημης και ταυτόχρονης διάκρισης μεταξύ της επιχειρηματικής δραστηριότητας της MTN ως παρόχου χονδρικών υπηρεσιών τερματισμού γραπτών μηνυμάτων στο δικό της δίκτυο κινητής τηλεφωνίας και της επιχειρηματικής της δραστηριότητας ως παρόχου υπηρεσίας αποστολής μαζικών γραπτών μηνυμάτων (Bulk SMS). Ως εκ τούτου, η καταγγέλλουσα επικαλείται το καθήκον της Επιτροπής για δέουσα αξιολόγηση και αποσαφήνιση στο συμπέρασμα της, της προβαλλόμενης διασύνδεσης μεταξύ της συμπεριφοράς της MTN που λαμβάνει χώρα στην downstream αγορά των Bulk SMS και της

δεσπόζουσας θέσης που η MTN κατέχει στο δίκτυο κινητών επικοινωνιών της.

Τελική αξιολόγηση της Επιτροπής

Η Επιτροπή αφού μελέτησε με προσοχή τα όσα προβάλλονται από την καταγγέλλουσα στην επιστολή της ημερομηνίας 28/4/2021 σε συνάρτηση με το περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου, έλαβε καθοδήγηση σε σχέση με το ζήτημα αυτό από υποθέσεις που δεικνύουν την εφαρμογή της νομολογίας σε περιπτώσεις δεσπόζουσας θέσης σε μία αγορά και κατάχρησης σε μία άλλη είναι οι Akzo και Tetra Pak⁶².

Ειδικότερα, στην υπόθεση Akzo⁶³ αναφέρονται τα ακόλουθα:

«35. Η απόφαση ορίζει, κυρίως, ως σχετική αγορά την αγορά των οργανικών υπεροξειδίων (περιλαμβανομένου του υπεροξειδίου του βενζοϋλίου το οποίο χρησιμοποιείται στη βιομηχανία πλαστικών), με την αιτιολογία ότι πρόκειται για την αγορά από την οποία η AKZO απέβλεπε μακροπροθέσμως να αποκλείσει την ECS (σημείο 66). Επικουρικώς, η απόφαση εντοπίζει την κατάχρηση στην αγορά των προσθέτων ουσιών για άλευρα (περιλαμβανομένου του υπεροξειδίου του βενζοϋλίου ως προς τις χρήσεις του στον τομέα των αλευρομύλων) στο Ηνωμένο Βασίλειο και την Ιρλανδία (σημείο 91).

[...]

39. Επιβάλλεται, πρώτον, να υπογραμμιστεί ότι το υπεροξείδιο του βενζοϋλίου, ένα από τα κυριότερα οργανικά υπεροξείδια, το οποίο χρησιμοποιείται στην παραγωγή πλαστικών, αποτελεί επίσης μία από τις κυριότερες πρόσθετες ουσίες για άλευρα, λόγω της χρησιμοποίησής του ως λευκαντικού των αλεύρων στο Ηνωμένο Βασίλειο και την Ιρλανδία.

40. Επιβάλλεται, κατόπιν, να τονιστεί ότι πριν από το 1979 η δραστηριότητα της ECS περιοριζόταν στον τομέα των προσθέτων ουσιών για άλευρα. Πράγματι, κατά τη διάρκεια του έτους αυτού αποφάσισε η ECS να επεκτείνει τη δραστηριότητα της στον τομέα των πλαστικών. Συνεπώς, όταν εκδηλώθηκε η διαφορά, η ECS κατείχε ένα εξαιρετικά περιορισμένο μερίδιο αυτού του τομέα.

41. Δεν αμφισβητείται, εξάλλου, ότι, για την AKZO, ο τομέας των πλαστικών έχει πολύ μεγαλύτερη σημασία από τον τομέα των προσθέτων ουσιών για άλευρα, καθόσον στον τομέα αυτό πραγματοποιεί πολύ μεγαλύτερο κύκλο εργασιών.

[...]

⁶² Απόφαση C-333/94 P, Tetra Pak κατά Επιτροπής Συλλογή Νομολογίας του Δικαστηρίου 1996, ECR I-5951.

⁶³ Υπόθεση C-62/86, Akzo κατά Επιτροπής, Συλλογή Νομολογίας του Δικαστηρίου 1991, σελ. I-3359.

43. Εξάλλου, η AKZO είχε τη δυνατότητα να αντισταθμίζει τις ενδεχόμενες ζημιές της στον τομέα των προσθέτων ουσιών για άλευρα με τα κέρδη που της απέφερε η δραστηριότητα της στον τομέα των πλαστικών, δυνατότητα την οποία δεν διέθετε η ECS. [...]

63. Κατά τη βαλλόμενη απόφαση (σημείο 75), η AKZO εκμεταλλεύθηκε καταχρηστικώς τη δεσπόζουσα θέση της επιχειρώντας να εκδιώξει την ECS από την αγορά οργανικών υπεροξειδίων, χρησιμοποιώντας κυρίως ως μέσο τις μαζικές και παρατεταμένες μειώσεις τιμών στον τομέα των προσθέτων ουσιών για άλευρα.»

Επίσης, στην υπόθεση Tetra Pak⁶⁴ αναφέρονται τα ακόλουθα:

«25 Η παρατεθείσα από το Πρωτοδικείο συναφής νομολογία είναι λυσιτελής. Οι αποφάσεις της 6ης Μαρτίου 1974, 6/73 και 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano και Commercial Solvents Corporation κατά Επιτροπής (Συλλογή τόμος 1974, σ. 113), και της 3ης Οκτωβρίου 1985, 311/84, CBEM (Συλλογή 1985, σ. 3261), παρέχουν παραδείγματα καταχρηστικών εκμεταλλεύσεων που παράγουν αποτελέσματα σε άλλες αγορές εκτός των αγορών στις οποίες υπάρχει δεσπόζουσα θέση. Με τις αποφάσεις της 3ης Ιουλίου 1991, C-62/86, AKZO κατά Επιτροπής (Συλλογή 1991, σ. I-3359), και της 1ης Απριλίου 1993, T-65/89, BPB Industries και British Gypsum κατά Επιτροπής (Συλλογή 1993, σ. II-389), ο Κοινοτικός Δικαστής χαρακτήρισε ως καταχρηστικές ορισμένες συμπεριφορές σε αγορές διαφορετικές των αγορών στις οποίες υπάρχει δεσπόζουσα θέση, οι οποίες είχαν επιπτώσεις σ' αυτές τις τελευταίες. Επομένως, το Πρωτοδικείο, στη σκέψη 116 της αναιρεσιβαλλομένης απόφασεως, ορθώς συνήγαγε από την εν λόγω νομολογία το συμπέρασμα ότι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας, ότι δηλαδή ο Κοινοτικός Δικαστής είχε αποκλείσει κάθε δυνατότητα εφαρμογής του άρθρου 86 σε πράξη που διεπράχθη από επιχείρηση, κατέχουσα δεσπόζουσα θέση, εντός αγοράς διαφορετικής από την αγορά στην οποία υπάρχει δεσπόζουσα θέση, έπρεπε να απορριφθεί.

26 Για τους λόγους που ο Γενικός Εισαγγελέας εξέθεσε στην παράγραφο ⁶¹ των προτάσεών του, η Tetra Pak δεν μπορεί να αντλήσει επιχειρήματα από τις αποφάσεις της 13ης Φεβρουαρίου 1979, 85/76, Hoffmann-La Roche κατά Επιτροπής (Συλλογή τόμος 1979/I, σ. 215), και Michelin κατά Επιτροπής, προπαρατεθείσα.

27 Βεβαίως, η εφαρμογή του άρθρου 86 προϋποθέτει την ύπαρξη δεσμού μεταξύ της δεσπόζουσας θέσεως και της φερομένης ως καταχρηστικής συμπεριφοράς, ο οποίος συνήθως δεν υπάρχει όταν μια συμπεριφορά σε διαφορετική αγορά από την

⁶⁴ Απόφαση C-333/94 P, Tetra Pak κατά Επιτροπής Συλλογή Νομολογίας του Δικαστηρίου 1996, ECR I-5951.

αγορά στην οποία υπάρχει δεσπόζουσα θέση παράγει αποτελέσματα στην ίδια αυτήν αγορά. Όταν πρόκειται για αγορές διακεκριμένες μεν, αλλά συναφείς, όπως στην παρούσα περίπτωση, μόνο ειδικές περιστάσεις μπορούν να δικαιολογήσουν εφαρμογή του άρθρου 86 σε συμπεριφορά διαπιστωθείσα στη συναφή αγορά, στην οποία δεν υφίσταται δεσπόζουσα θέση, και παράγουσα αποτελέσματα στην ίδια αυτή αγορά.

28 Στη σκέψη 118 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, το Πρωτοδικείο έκρινε κατ' αρχάς ως λυσιτελές το στοιχείο ότι η Tetra Pak κατείχε το 78 % του συνόλου της αγοράς των συσκευασιών σε χάρτινα κουτιά, τόσο ασηπτικά όσο και μη ασηπτικά, ήτοι μερίδιο επτά φορές μεγαλύτερο από το μερίδιο του πλησιέστερου ανταγωνιστή της. Στη σκέψη 119 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, το Πρωτοδικείο υπογράμμισε την υπεροχή της Tetra Pak στον μη ασηπτικό τομέα. Ακολούθως διαπίστωσε, στη σκέψη 121 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, ότι η θέση της Tetra Pak στις ασηπτικές αγορές, των οποίων κατείχε σχεδόν το 90 % των μεριδίων, ήταν σχεδόν μονοπωλιακή. Τόνισε ότι η θέση αυτή καθιστούσε επίσης την Tetra Pak προνομιακό προμηθευτή μη ασηπτικών συστημάτων. Τέλος, στη σκέψη 122, συνήγαγε το συμπέρασμα ότι, στο πλαίσιο της παρούσας υποθέσεως, η κατάσταση στις διάφορες αγορές και οι στενοί δεσμοί συνάφειας μεταξύ αυτών δικαιολογούσαν την εφαρμογή του άρθρου 86.

29 Το λυσιτελές των δεσμών συναφείας, που με τον τρόπο αυτό δέχθηκε το Πρωτοδικείο, δεν μπορεί να αμφισβητηθεί. Από το γεγονός ότι τα εν λόγω διάφορα υλικά χρησιμοποιούνται για τη συσκευασία των ιδίων βασικών ρευστών προϊόντων προκύπτει ότι οι πελάτες της Tetra Pak σε έναν τομέα είναι επίσης δυνάμει πελάτες της και στον άλλον. Η δυνατότητα αυτή ενισχύεται από στατιστικές, από τις οποίες προκύπτει ότι, το 1987, περίπου το 35 % των πελατών της Tetra Pak αγόραζαν ταυτόχρονα ασηπτικά και μη ασηπτικά συστήματα. Συναφώς, αξίζει επίσης να τονιστεί ότι η Tetra Pak και ο πλέον σημαντικός ανταγωνιστής της, η PKL, ήσαν παρούσες και στις τέσσερις αγορές. Με δεδομένη τη σχεδόν καθολική κυριαρχία της στις ασηπτικές αγορές, η Tetra Pak μπορούσε επίσης να υπολογίζει σε μια προνομιακή θέση στις μη ασηπτικές αγορές. Χάρη στη θέση της στις πρώτες αγορές, η Tetra Pak μπορούσε να επικεντρώνει τις προσπάθειές της στις δεύτερες αγορές, ενεργώντας ανεξάρτητα από τους άλλους επιχειρηματίες.

30 Οι προηγουμένως περιγραφείσες περιστάσεις, λαμβανόμενες στο σύνολό τους και όχι μεμονωμένως, είναι αυτές που επέτρεψαν στο Πρωτοδικείο, χωρίς να χρειάζεται να αποδειχθεί η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσεως της Tetra Pak στις μη ασηπτικές αγορές, να αναγνωρίσει στην εν λόγω επιχείρηση ανεξαρτησία συμπεριφοράς σε σχέση με τους άλλους επιχειρηματίες στις εν λόγω αγορές.

31 Ενόψει των στοιχείων αυτών, ορθώς το Πρωτοδικείο δέχθηκε ότι έχει εν προκειμένω εφαρμογή το άρθρο 86 της Συνθήκης, λαμβάνοντας υπόψη ότι η σχεδόν μονοπωλιακή θέση την οποία κατέχει η Tetra Pak στις ασηπτικές αγορές και η υπερέχουσα θέση της στις μη ασηπτικές αγορές, ξεχωριστές αλλά στενώς συνδεόμενες, περιήγαγαν την εν λόγω επιχείρηση σε κατάσταση δυναμένη να συγκριθεί με την κατοχή δεσπόζουσας θέσεως σε όλες τις οικείες αγορές.»

Έχοντας υπόψη την πιο πάνω νομολογία, καθώς και τις θέσεις της καταγγέλλουσας εταιρείας επί των προκαταρκτικών συμπερασμάτων της ως αυτά της είχαν κοινοποιηθεί, η Επιτροπή εξέτασε τον τρόπο που δραστηριοποιούνταν οι επιχειρήσεις στην αγορά και σημείωσε ότι εταιρεία η οποία σκοπεύει να προσφέρει υπηρεσίες μαζικής αποστολής μηνυμάτων (Bulk SMS) στους πελάτες της εντός της Κυπριακής Δημοκρατίας, δύναται να συμβληθεί με ένα οποιοδήποτε πάροχο δικτύου κινητής τηλεφωνίας που δραστηριοποιείται στην Κύπρο ήτοι, ΑΤΗΚ, MTN, PRIMETEL ή Cablenet και όχι απαραίτητα με όλους.

Σε σχέση με το ζήτημα αυτό, η Επιτροπή διαπιστώνει πως στη Συμφωνία Παροχής Υπηρεσίας Μαζικής Αποστολής Μηνυμάτων (BULK SMS) μεταξύ της ΑΤΗΚ και της Microsat, ημερομηνίας {...}, στη σελίδα 17 στο Παράρτημα Α, Τεχνικά Χαρακτηριστικά Υπηρεσίας, η {...}. Επομένως, φαίνεται ότι στη βάση μόνο μίας συμφωνίας που σύναψε η Microsat με ένα πάροχο δικτύου κινητής τηλεφωνίας, μπορούσε να εξυπηρετεί τους πελάτες της για παροχή υπηρεσιών Bulk SMS, ασχέτως δικτύου κινητής τηλεφωνίας εντός της Κυπριακής Δημοκρατίας.

Από τα στοιχεία της προκαταρκτικής έρευνας προκύπτει πως αυτή η δυνατότητα είναι εφικτή, επειδή οι πάροχοι δικτύου κινητής τηλεφωνίας στην Κύπρο, έχουν συνάψει μεταξύ τους συμφωνίες στη βάση των οποίων προβλέπεται ο τερματισμός γραπτών μηνυμάτων μεταξύ των δικτύων, έναντι ανταλλάγματος. Η εν λόγω συμφωνία είναι ανεξάρτητη και δεν επηρεάζει την εταιρεία η οποία έχει συμβληθεί με πάροχο δικτύου κινητής τηλεφωνίας για την παράδοση Bulk SMS στους καταναλωτές προς εξυπηρέτηση των πελατών της, εφόσον σύμφωνα και με τα όσα προβλέπονται στις σχετικές συμφωνίες BULK SMS της ΑΤΗΚ, η εταιρεία καταβάλλει σχετικό αντίτιμο μόνο στον πάροχο με τον οποίο έχει συνάψει συμφωνία για την παροχή υπηρεσιών μαζικής αποστολής μηνυμάτων (Bulk SMS).

Επίσης, η Επιτροπή από τα στοιχεία της προκαταρκτικής έρευνας, διαπιστώνει πως στα τέλη και χρεώσεις των υπηρεσιών της ΑΤΗΚ, συμπεριλαμβάνεται και/ή συνυπολογίζεται και το τέλος τερματισμού γραπτών μηνυμάτων στο δίκτυο των παρόχων ηλεκτρονικών επικοινωνιών (ήτοι MTN και Primetel), δεδομένου ότι για σκοπούς εκτέλεσης του μηνύματος και λήψης από τους συνδρομητές κινητής

τηλεφωνίας, αυτό θα πρέπει να τερματιστεί από τον κάτοχο δικτύου κινητής τηλεφωνίας.

Αξίζει να σημειωθεί ότι σύμφωνα με τα όσα αναφέρθηκαν από τον ΕΡΗΕΤ με επιστολή του ημερομηνίας 25/11/2019: *«Οι εταιρείες που δραστηριοποιούνται στην αποστολή μαζικών SMS ζητούν προσφορές από τους παροχείς κινητής τηλεφωνίας για την αποστολή αριθμού SMS στους συνδρομητές του δικτύου κινητής του συγκεκριμένου παροχέα με το οποίο θα συμβληθεί εμπορικά ή/και σε όλους τους συνδρομητές των δικτύων κινητής τηλεφωνία. [...] Περαιτέρω δεν υπάρχει ο περιορισμός εάν επιθυμούν να κάνουν ξεχωριστή συμφωνά με κάθε παροχέα.»*

Η Επιτροπή επαναλαμβάνει πως έκαστος πάροχος ηλεκτρονικών επικοινωνιών κατέχει δεσπόμενη θέση στο δίκτυο του και στην προκειμένη περίπτωση η MTN κατέχει δεσπόμενη θέση στο δίκτυο της κινητής της τηλεφωνίας και συνακόλουθα στις υπηρεσίες τερματισμού γραπτών μηνυμάτων στους συνδρομητές της. Παρόλα αυτά, ως έχει αναλυθεί δεν στοιχειοθετείται πως η MTN κατέχει δεσπόμενη θέση στις υπηρεσίες λιανικής κινητής τηλεφωνίας και στις υπηρεσίες μαζικής αποστολής μηνυμάτων (Bulk SMS).

Παρά ταύτα, η Επιτροπή, αξιολογώντας όλα τα ενώπιον της στοιχεία και δεδομένα και λαμβανομένου υπόψη ότι στα τέλη και χρεώσεις των υπηρεσιών αποστολής μαζικών γραπτών μηνυμάτων (BULK SMS) της ΑΤΗΚ, συμπεριλαμβάνεται το τέλος τερματισμού γραπτών μηνυμάτων στο δίκτυο των παρόχων ηλεκτρονικών επικοινωνιών (ήτοι MTN και Primetel), για όσα από αυτά τερματιστούν στα εν λόγω δίκτυα ομόφωνα καταλήγει πως προκύπτει συνάφεια μεταξύ της αγοράς χονδρικών υπηρεσιών τερματισμού γραπτών μηνυμάτων σε δίκτυα κινητής τηλεφωνίας και των υπηρεσιών μαζικής αποστολής μηνυμάτων (Bulk SMS).

Ως εκ τούτου, η Επιτροπή ομόφωνα καταλήγει πως λόγω της ύπαρξης συνάφειας μεταξύ της δεσπόμενης θέσης που κατέχει η MTN στην αγορά των χονδρικών υπηρεσιών τερματισμού γραπτών μηνυμάτων στο δίκτυο της και των υπηρεσιών μαζικής αποστολής μηνυμάτων (Bulk SMS), δύναται να προβεί σε εξέταση της κατ' ισχυρισμό παράβασης του Νόμου, δεδομένου ότι σύμφωνα με τη ενωσιακή νομολογία πρέπει να υπάρχει συνάφεια/ δεσμού μεταξύ της δεσπόμενης θέσεως και της φερόμενης ως καταχρηστικής συμπεριφοράς.

Η Επιτροπή σε σχέση με τα όσα προβάλλονται από την καταγγέλλουσα εταιρεία Microsat ξεκαθαρίζει πως η ύπαρξη συνάφειας μεταξύ δύο ή τριών σχετικών αγορών όπου στη μια κατέχεται δεσπόμενη θέση δεν συνεπάγεται με κατάχρηση της θέσης αυτής. Όπως επισημάνθηκε από το ΔΕΕ στην υπόθεση Hoffman-La Roche⁶⁵:

⁶⁵ Βλέπε Υπόθεση 85/76, Hoffman-La Roche & Co AG κατά Επιτροπής, Συλλ. 1979 σελ.1_215, παρ.91

«Δεν είναι δυνατόν, για να αποφευχθεί ο χαρακτηρισμός της καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως της δεσποζούσης θέσεως, να γίνει δεκτή η ερμηνεία που προτείνει η προσφεύγουσα, σύμφωνα με την οποία η καταχρηστική εκμετάλλευση προϋποθέτει ότι η χρησιμοποίηση της οικονομικής ισχύος που προσδίδει δεσπόζουσα θέση είναι το μέσο με τη βοήθεια του οποίου πραγματοποιείται η κατάχρηση. Η έννοια της καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως είναι αντικειμενική έννοια, η οποία αφορά τη συμπεριφορά επιχειρήσεως που κατέχει δεσπόζουσα θέση, η οποία είναι ικανή να επηρεάσει τη δομή μιας αγοράς όπου, λόγω ακριβώς της υπάρξεως της εν λόγω επιχειρήσεως, ο ανταγωνισμός είναι ήδη εξασθενημένος και η οποία εμποδίζει τη διατήρηση του ανταγωνισμού που υπάρχει ακόμη στην αγορά ή την ανάπτυξη του ανταγωνισμού αυτού, με τη βοήθεια μέσων που είναι διαφορετικά από αυτά που διέπουν ένα φυσιολογικό ανταγωνισμό των προϊόντων ή υπηρεσιών βάσει των παροχών των επιχειρηματιών.»

Συνακόλουθα, αυτό που θα πρέπει να εξεταστεί ακολούθως είναι το κατά πόσο η καταγγελλόμενη συμπεριφορά της MTN στη βάση της ισχύουσας ενωσιακής νομολογίας συνιστά παράβαση των άρθρων 6(1)(α) και 6(1)(γ) του Νόμου.

6.3.3 Καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης

Σύμφωνα με την ενωσιακή νομολογία σε θέματα ανταγωνισμού, η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης μιας επιχείρησης δεν απαγορεύεται, αλλά αποτελεί την αφετηρία για την περαιτέρω έρευνα του κατά πόσο η επιχείρηση καταχράται τη δεσπόζουσα αυτή θέση της.

Η κατάχρηση συνδέεται με τη συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης που επιδρά στη δομή της αγοράς, αποδυναμώνοντας τον ήδη ασθενή ανταγωνισμό, με τη χρήση μεθόδων που δεν αρμόζουν σε καθεστώς υγιούς ανταγωνισμού.⁶⁶ Σημειώνεται επίσης, το λεκτικό του ΔΕΕ, σύμφωνα με το οποίο οι επιχειρήσεις με δεσπόζουσα θέση στην αγορά ενός προϊόντος έχουν «special responsibility» (ιδιαίτερη ευθύνη) να μην παρακωλύουν ή περιορίζουν περαιτέρω τον ανταγωνισμό.⁶⁷

Το άρθρο 6 του Νόμου μνημονεύει μια σειρά καταχρηστικών πρακτικών και όπως αναφέρεται στην υπόθεση *Continental Can*,⁶⁸ η λίστα των καταχρηστικών πρακτικών είναι απλώς ενδεικτική όχι όμως εξαντλητική.

⁶⁶ Υπόθεση 85/76, *Hoffmann – La Roche & Co. AG v. Commission*, [1979] ECR 461.

⁶⁷ Υπόθεση 322/81, *Michelin v. Commission*, [1983] ECR 3461, para. 57.

⁶⁸ Υπόθεση 6/72, *Europemballage Corporation & Continental Can v. Commission*, [1973] ECR 215, at para. 26.

Επίσης, τονίζεται ότι η κατάχρηση είναι έννοια αντικειμενική⁶⁹ και η συμπεριφορά μιας επιχειρήσεως σε δεσπόζουσα θέση μπορεί να θεωρηθεί καταχρηστική ανεξαρτήτως πταίσματος⁷⁰.

Σύμφωνα με το Νόμο καθώς και με την πάγια νομολογία του ΔΕΕ, η κατοχή δεσπόζουσας θέσης δεν είναι καθαυτή παράνομη. Κάτι τέτοιο θα ήταν παράδοξο αφού θα τιμωρούσε ουσιαστικά κάθε επιτυχημένη επιχείρηση. Μόνο η κατάχρηση της δεσπόζουσας αυτής θέσης στη σχετική αγορά μπορεί να οδηγήσει σε παράβαση του Νόμου.

Σύμφωνα με την νομολογία του ΔΕΕ και τις αποφάσεις της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, η κατάχρηση συνδέεται με τη συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης που επιδρά στη δομή της αγοράς, αποδυναμώνοντας τον ήδη ασθενή ανταγωνισμό, με τη χρήση μεθόδων που δεν αρμόζουν σε καθεστώς υγιούς ανταγωνισμού.⁷¹ Σημειώνεται επίσης, το λεκτικό του ΔΕΕ, όπου οι επιχειρήσεις με δεσπόζουσα θέση στην αγορά ενός προϊόντος έχουν «**special responsibility**» (ιδιαίτερη ευθύνη), πράγμα που τις κάνει ακόμα πιο υπεύθυνες σε περίπτωση παραβίασης του Νόμου.⁷²

Στην υπόθεση Tetra Pak International SA,⁷³ το Δικαστήριο ανέφερε τα εξής: «Επομένως, για να καθοριστούν οι προϋποθέσεις αυτές, πρέπει να ερμηνευθεί το άρθρο 86 της Συνθήκης βάσει του αντικειμένου του και του σκοπού του, όπως διευκρινίστηκαν από το Δικαστήριο, το οποίο έκρινε, με την προπαρατεθείσα απόφαση του *Michelin* κατά Επιτροπής (σκέψη 57), ότι το άρθρο αυτό επιρρίπτει σε επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση, ανεξάρτητα από τους λόγους μιας τέτοιας θέσεως, την ιδιαίτερη ευθύνη να μη θίγει με τη συμπεριφορά της την άσκηση πραγματικού και ανόθευτου ανταγωνισμού στην κοινή αγορά, σύμφωνα με τον γενικό σκοπό του άρθρου 3, στοιχείο στ', της Συνθήκης όπως ίσχυε την εποχή εκείνη. Εμπίπτει έτσι στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 86 κάθε συμπεριφορά επιχειρήσεως που κατέχει δεσπόζουσα θέση ικανή να εμποδίσει τη διατήρηση ή την ανάπτυξη του ανταγωνισμού που υφίσταται ακόμη σε μια αγορά όπου, λόγω ακριβώς της παρουσίας αυτής της επιχειρήσεως, ο ανταγωνισμός είναι ήδη εξασθενημένος (βλ. την προπαρατεθείσα απόφαση *Hoffmann-La Roche* κατά Επιτροπής, σκέψη 91).»

⁶⁹ Βλ. υποσημείωση.66, *Hoffmann-La Roche*, παρ. 91.

⁷⁰ Βλ. υπόθεση T-65/89 *BPB Industries & British Gypsum v Commission*[1993] ECR II-389, παρ.70 "The Court further observes that the concept of abuse is an objective one (see paragraph 91 of the judgment of the Court of Justice in Case 85/76 *Hoffman-La Roche*, cited above) and that, accordingly, the conduct of an undertaking in a dominant position may be regarded as abusive within the meaning of Article 86 of the EEC Treaty even in the absence of any fault."

⁷¹ Βλ. Υποσημείωση 58 *Akzo Chemie*.

⁷² Βλ. Υποσημείωση 44, *Michelin*.

⁷³ Υπόθεση T-83/91, *Tetra Pak International SA v. Commission* [1994] ECR II-755, παρά. 114.

6.3.3.1 Επιθετική τιμολόγηση – Κατ' ισχυρισμό παράβαση του άρθρου 6(1)(α) του Νόμου

Η Επιτροπή επισημαίνει πως σύμφωνα με το άρθρο 6(1) (α) του Νόμου «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 - (α) τον άμεσο ή έμμεσο καθορισμό αθέμιτων τιμών αγοράς ή πώλησης ή άλλων μη θεμιτών υπό τις περιστάσεις όρων συναλλαγής»

Σύμφωνα με πάγια ευρωπαϊκή νομολογία, εμπίπτουν στις πρόνοιες του άρθρου 102 ΣΛΕΕ (αντίστοιχο με το άρθρο 6 του Νόμου), οι περιπτώσεις που οι τιμές είναι (α) κατώτερες από το μέσο μεταβλητό κόστος ή, (β) ανώτερες από το μέσο μεταβλητό κόστος αλλά κατώτερες από το συνολικό κόστος, συνοδευόμενες από στοιχεία που να υποδεικνύουν το σκοπό των ενεργειών της δεσπόζουσας επιχείρησης, ήτοι τον εξοβελισμό των ανταγωνιστικών της εταιρειών.⁷⁴ Νοείται ότι η μείωση, απλά, των τιμών και/ή η μείωση των εσόδων μιας εταιρείας δεν συνιστά παράβαση των προαναφερθέντων άρθρων.

Το σκεπτικό της θεωρίας αυτής στηρίζεται στο γεγονός, ότι εάν και εφόσον τέτοιες τιμολογιακές πρακτικές, συνοδεύονται και με χρονική διάρκεια, τότε με μαθηματική ακρίβεια, μακροπρόθεσμα, μια επιχείρηση θα αντιμετωπίσει τεράστιες οικονομικές δυσκολίες με αποτέλεσμα να χρεοκοπήσει. Συνεπώς, δεν υπάρχει οικονομική λογική για μια δεσπόζουσα επιχείρηση να πωλεί κάτω από το μέσο μεταβλητό κόστος (below average variable cost), εκτός από το να έχει στόχο να εξοβελίσει τους ανταγωνιστές της, ή να τους δημιουργήσει τέτοια προβλήματα που έστω και εάν καταφέρουν να παραμείνουν στην αγορά, να μην μπορούν να έχουν ουσιαστικό ρόλο σε αυτήν, με αποτέλεσμα να εξασθενήσουν οι συνθήκες του υγιούς ανταγωνισμού στη σχετική αγορά. Εξάλλου και το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων στην υπόθεση Tetra Pak II, έκρινε ως «έμμεσα» αποδεικτικά στοιχεία της ύπαρξης ληστρικής τιμολόγησης καθώς και της πρόθεσης εξοβελισμού τη χρονική διάρκεια που είχαν οι ζημιές καθώς και το βαθμό των ζημιών.⁷⁵

Γενικά, οι καταναλωτές είναι πιθανό να ζημιώνονται εάν η δεσπόζουσα επιχείρηση μπορεί να έχει εύλογα την προσδοκία ότι αφού σταματήσει να ακολουθεί συμπεριφορά εξόντωσης, η ισχύς της στην αγορά θα είναι μεγαλύτερη από ό,τι θα ήταν εάν δεν είχε καταρχήν ακολουθήσει τέτοια συμπεριφορά, δηλαδή εάν η επιχείρηση είναι σε θέση να επωφεληθεί της θυσίας. Όπως έχει επισημανθεί στην απόφαση του Γενικού

⁷⁴ Υπόθεση C-62/86, Akzo κατά Επιτροπής, Συλλογή Νομολογίας του Δικαστηρίου 1991, σελ. I-3359.

⁷⁵ Βλ. απόφαση C-333/94 P, Tetra Pak κατά Επιτροπής, καθώς και το Σύγγραμμα «Eu Competition Law», Alison Jones & Brenda Sufrin, 4th edition, σελίδα 398.

Δικαστηρίου *Compagnie Maritime Belge Transport*, όταν μια επιχείρηση κατέχουσα δεσπόζουσα θέση εφαρμόζει πρακτική με σκοπό να εκτοπίσει ένα ανταγωνιστή της, η μη επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού δεν αρκεί για να απορριφθεί ο χαρακτηρισμός της συμπεριφοράς ως καταχρηστικής συμπεριφοράς υπό την έννοια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ.⁷⁶

Θα πρέπει επίσης να σημειωθεί ότι μεταγενέστερες αποφάσεις του ΔΕΕ στις υποθέσεις *Tetra Pak*⁷⁷ και *Wanadoo*⁷⁸ επιβεβαίωσαν τη νομολογία ΑΚΖΟ, δίνοντας περαιτέρω κατευθύνσεις αναφορικά με τον *per se* χαρακτήρα της παράβασης στην πώληση κάτω του Μέσου Μεταβλητού Κόστους, ως προς το στοιχείο εκτόπισης του ανταγωνιστή και σχετικά με το ζήτημα της ανάκτησης των απωλειών. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με τις εν λόγω αποφάσεις οι τιμές που είναι κατώτερες από το μέσο μεταβλητό κόστος πρέπει πάντοτε να θεωρούνται καταχρηστικές, ενώ «η απόδειξη της δυνατότητας καλύψεως της ζημιάς δεν αποτελεί προαπαιτούμενο της διαπιστώσεως της εφαρμογής επιθετικής πολιτικής τιμών»⁷⁹.

Αναφορικά με την τιμή πώλησης επισημαίνεται ότι στην παρούσα περίπτωση το γεγονός ύπαρξης αριθμού πακέτων, αριθμού κατηγοριών πελατών και ενδεχόμενων αλλαγών στην τιμολόγηση δεικνύουν ότι η τιμή που θα συγκριθεί για την εφαρμογή του σχετικού τεστ δεν είναι συγκεκριμένη και / ή σταθερή. Ως εκ τούτου, η μέση τιμή πώλησης αυτών μπορεί να χρησιμοποιηθεί εκεί όπου υπάρχουν αλλαγές στην τιμή πώλησης για την περίοδο που εξετάζεται, εφόσον δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί μία και μοναδική τιμή ως σταθερή για όλη την περίοδο. Η Επιτροπή σημειώνει και απόσπασμα από σύγγραμμα όπου αναφέρεται ότι: «*The relevant price depends on the case in hand. In some cases, the price may be stable and easy to observe. In other cases, for example where the prices vary over the relevant time period or between customers, it may be appropriate to consider the relevant price to be average revenues from the particular sales that are alleged to have been made at a predatory price.*» (Maher M. Dabbah *EC and UK Competition Law: Commentary, Cases and Materials*, σελ 399 σημείο 4.5.).

Οι ορισμοί για το μεταβλητό, σταθερό και μικτό κόστος παρατίθενται πιο κάτω:

Μεταβλητό κόστος: Αυτό ορίζεται, σύμφωνα με την Ε.Ε., ως το κόστος το οποίο μεταβάλλεται (αλλάζει) με βάση την παραγόμενη ποσότητα (“those which vary depending on the quantities produced”).

⁷⁶ Βλ. αποφάσεις του Γενικού Δικαστηρίου (Πρωτοδικείου) *Compagnie Maritime Belge Transports* κ.λπ. κατά της Επιτροπής, Συλλογή 1996, σελ II-1201, σκέψη 149 και απόφαση της ⁷⁵ Οκτωβρίου 1999, T-228/97, *Irish Sugar* κατά της Επιτροπής, Συλλογή 1999, σ. II-2969, σκέψη 191.

⁷⁷ C-333/94 P, *Tetra Pak* κατά *Επιτροπής*, σκέψη 41.

⁷⁸ C-202/07 P, *France Telecom* κατά *Επιτροπής*.

⁷⁹ *Ibid.* σκέψη 113.

Σταθερό κόστος: Αυτό ορίζεται, σύμφωνα με την Ε.Ε. (98C/265/02), ως το κόστος το οποίο παραμένει σταθερό (δεν μεταβάλλεται) με βάση την παραγόμενη ποσότητα. (“those which remain constant regardless on the quantities produced”).

Μικτό κόστος: Στην ανάλυση που έχει γίνει ο όρος «Μικτό Κόστος» χρησιμοποιείται για να δείξει ότι μια συγκεκριμένη κατηγορία κόστους αποτελείται από σταθερό και μεταβλητό κόστος, δηλ. δεν είναι 100% σταθερό ή 100% μεταβλητό.

Στην υπόθεση Wanadoo Interactive αναφέρεται ότι:

«The 1982 French General Accounting Plan defines variable cost as those costs which fluctuate according to company output alone, it being understood that cost fluctuations are not necessarily directly proportionate to fluctuations in output...

...defines the direct costs of a good or services as the costs directly attributable to it (these are usually variable or operational costs) and the variable or fixed costs which may be unambiguously associated with those costs even if they transit into the cost accounts via analysis centers corresponding to company activities which are not exclusively dedicated to producing the good or service in question.... Indirect costs, on the other hand, are costs which are not directly attributable to a given product, but which must be broken down according to formulas determined for the various products and which reflect, as closely as possible, the indirect causal relationships.....

.....recurrent costs are costs which arise on a periodic basis. In activities of this type, non-recurrent costs are costs which arise just once (or on a very occasional or accidental basis) per subscriber, for instance customer acquisition costs.»⁸⁰.

Έχοντας υπόψη τα ως άνω, η Επιτροπή, προέβη σε αξιολόγηση της τιμολόγησης της MTN.

(α) Στοιχεία που υποβλήθηκαν από την καταγγελλόμενη εταιρεία:

Η Επιτροπή εν πρώτοις εξέτασε τον ισχυρισμό της καταγγέλλουσας εταιρείας ότι η τιμή που πρόσφερε η εταιρεία MTN ανά SMS προς το Δήμο Λακατάμιας είναι πολύ χαμηλότερη από την τιμή από το τέλος τερματισμού χονδρικών μηνυμάτων που καταβάλλει στην ΑΤΗΚ. Η Επιτροπή επισημαίνει πως στο πλαίσιο της προκαταρκτικής έρευνας αποστάληκε ερώτημα από την Υπηρεσία προς την ΑΤΗΚ για να λάβει πληροφόρηση ως προς τα χονδρικά τέλη τερματισμού. Η ΑΤΗΚ με επιστολή της

⁸⁰ COMP/38.233 – Wanadoo Interactive; cost incurred by Wanadoo Interactive σημεία 36 – 38.

ημερομηνίας 8/6/2018, δήλωσε πως τα χονδρικά τέλη τερματισμού των παρόχων κινητής τηλεφωνίας (μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ) έχουν ως ακολούθως:

- ΑΤΗΚ €{...}
- Primetel €{...}
- MTN €{...}

Σύμφωνα με τα στοιχεία που προσκομίστηκαν από την εταιρεία MTN η τιμή ανά μήνυμα μειώνεται όσο αυξάνονται τα μηνύματα ανά πακέτο BULK SMS.⁸¹ Αυτό εύλογα μπορεί να θεωρηθεί πως συμβαίνει γιατί τα συνολικά έξοδα ανά SMS μειώνονται ανάλογα με τον αριθμό των SMS που αποστέλλονται αφού μεγάλο μέρος των εξόδων είναι σταθερά.

Πίνακας 6: Χρεώσεις της MTN αναφορικά με την παροχή υπηρεσιών BULK SMS

Αριθμός μηνυμάτων	Συνολική τιμή (μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ)	Τιμή (μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ) ανά SMS
5,000	{...}	{...}
10,000	{...}	{...}
20,000	{...}	{...}
30,000	{...}	{...}
50,000	{...}	{...}
100,000	{...}	{...}
200,000	{...}	{...}

Από τον πιο πάνω πίνακα φαίνεται ότι η τιμή χωρίς ΦΠΑ ανά SMS για το πακέτο παροχής 200,000 γραπτών μηνυμάτων ανέρχεται στα €{...}, ενώ το κόστος τερματισμού της ΑΤΗΚ η οποία είχε κατά την υπό αναφορά περίοδο το μεγαλύτερο μερίδιο αγοράς στην κινητή τηλεφωνία είναι €{...} καθώς και το χονδρικό τέλος τερματισμού που χρεώνει η ίδια η MTN στην ΑΤΗΚ είναι €{...}. Συνεπώς, τα πακέτα BULK SMS που προσφέρει σε τρίτες εταιρείες ήταν άνω του χονδρικού τέλους τερματισμού SMS.

Η αντίστοιχη τιμή για τις προσφορές προς το Δήμο Λακατάμιας όμως ανέρχεται στα €{...} και ήταν χαμηλότερη τόσο από το χονδρικό τέλος τερματισμού της ΑΤΗΚ που καταβάλει η MTN (€{...}), όσο και από το χονδρικό τέλος τερματισμού που χρεώνει η ίδια στην ΑΤΗΚ (€{...}). Έχοντας υπόψη όμως ότι το κόστος της MTN για τον τερματισμό των μηνυμάτων στο δικό της δίκτυο όσο και το κόστος τερματισμού της

⁸¹ Βλέπε επιστολή MTN ημερομηνίας 16/3/2018, Παράρτημα Β και επιστολή MTN ημερομηνίας 24/1/2020.

ΑΤΗΚ δεν αντιστοιχεί με το πραγματικό κόστος των εταιρειών εφόσον αυτό αφορά καθαρά μια εμπορική συμφωνία⁸² και δεδομένου των διαφορετικών συνθηκών που υποβλήθηκαν οι υπό αναφορά τιμές, δηλαδή σε διαγωνισμούς με κριτήριο επιλογής συγκεκριμένο αριθμό γραπτών μηνυμάτων SMS και τη χαμηλότερη οικονομική προσφορά, είναι ορθότερο να γίνει κοστολογική ανάλυση τόσο του προϊόντος BULK SMS όσο και των προσφορών προς το Δήμο παρά μια απλή σύγκριση τιμών. Επί τούτου, η Επιτροπή επισημαίνει ότι η διαφορά μεταξύ της χονδρικής τιμής του τερματισμού SMS με το τέλος που συμφωνήθηκε μεταξύ των εταιρειών προκύπτει και από τα όσα καταγράφονται στην επιστολή του ΕΡΗΕΤ ημερομηνίας 10/12/2019, όπου σε ότι αφορά το κόστος της ΑΤΗΚ για την οποία διαθέτει στοιχεία⁸³, ανέφερε ότι με βάση το κοστολογικό σύστημα της ΑΤΗΚ, το κόστος ανερχόταν στα €{...} ανά SMS για το 2016 και €{...} ανά SMS για το 2017.

Η Επιτροπή επισημαίνει πως αυτό άλλωστε υποστηρίζεται από την ενωσιακή νομολογία, αφού και το ΔΕΕ στην υπόθεση TeliaSonera η οποία αφορούσε προδικαστικά ερωτήματα σουηδικού δικαστηρίου, ανέφερε ότι λαμβάνονται υπόψη οι τιμές και το κόστος της δεσπόζουσας επιχείρησης για τη διαπίστωση καταχρηστικής συμπεριφοράς.⁸⁴ Επίσης, όπως προκύπτει από την ενωσιακή νομολογία και ειδικότερα την υπόθεση AKZO, η ευρύτερη φιλοσοφία της επιθετικής/αθέμιτης τιμολόγησης είναι η χρήση ενός κοστολογικού κριτηρίου για τη διαπίστωση αν η τιμή πώλησης της δεσπόζουσας επιχείρησης δύνανται να εκτοπίσει ένα ανταγωνιστή αυτής.⁸⁵ Ακολούθως και αναλόγως του εάν η τιμή πώλησης είναι άνω του μέσου μεταβλητού κόστους, εξετάζονται άλλες προϋποθέσεις ούτως ώστε να αξιολογηθεί κατά πόσο αυτές είναι δυνατόν να εκτοπίσουν από την αγορά τους ανταγωνιστές της δεσπόζουσας επιχείρησης.

Η Επιτροπή σημειώνει επίσης ότι στο πλαίσιο της προκαταρκτικής έρευνας ζητήθηκε από την MTN να επεξηγήσει τον τρόπο τιμολόγησης και κοστολόγησης των υπό αναφορά προσφορών σε σχέση με το χονδρικό τέλος τερματισμού μηνυμάτων που χρεώνει η ίδια στην ΑΤΗΚ και Primetel δυνάμει σχετικών συμφωνιών. Επί τούτου, η εταιρεία MTN με επιστολή της ημερομηνίας 24/1/2020⁸⁶, δήλωσε πως:

{...}

Η Επιτροπή σημειώνει πως στις 21/2/2020, η Υπηρεσία διαπιστώνοντας ότι στα στοιχεία που είχαν αποσταλεί από την εταιρεία MTN δεν συμπεριλήφθηκαν τα έμμεσα

⁸² Βλέπε σχετικά http://www.cytawholesale.com.cy/el/file/0dRUvsUrDAfGpdeP_+CepQ==/

⁸³ Βλέπε επίσης επιστολή ημερομηνίας 25/11/2019. Παρενθετικά, η Επιτροπή αναφέρει ότι σύμφωνα με τον ΕΡΗΕΤ το κόστος ενός αποδοτικού παροχέα (κοστολογικό BULRIC) για το 2019 ήταν €0,0007 ανά SMS.

⁸⁴ Απόφαση Δικαστηρίου Telia Sonera.

⁸⁵ Βλέπε υπόθεση C-62/86, AKZO κατά της Επιτροπής.

⁸⁶ Βλέπε επιστολή MTN ημερομηνίας 24/1/2020.

έξοδα, απέστειλε ερωτηματολόγιο στην MTN ζητώντας διευκρινήσεις σχετικά με τους διαγωνισμούς προς τον Δήμο Λακατάμιας για το 2016 και 2017 και συγκεκριμένα τους λόγους για τους οποίους οποιαδήποτε έμμεσα έξοδα που αφορούν την παροχή της εν λόγω υπηρεσίας δεν είχαν συμπεριληφθεί και ζητώντας από την εταιρεία να προσκομίσει τα έξοδα αυτά.

Στις 13/4/2020, η εταιρεία MTN απαντώντας στα ερωτήματα που της τέθηκαν στο οποίο ανέφερε ότι «όπως σημειώσαμε στην επιστολή μας ημερομηνίας 24/1/2020 οποιοσδήποτε υπολογισμός του κόστους της υπηρεσίας BULK SMS θα πρέπει, σύμφωνα με την νομολογία να γίνει στην βάση του «Long-Run Average Incremental Cost» («LRAIC») και του τρόπου υπολογισμού που αναφέρονται στις ανακοινώσεις της Ευρωπαϊκής Επιτροπής κα της σχετικής νομολογίας. Οποιοσδήποτε άλλος τρόπος υπολογισμού είναι αυθαίρετος και παραβιάζει τις αρχές της χρηστής διοίκησης.

Σε ότι αφορά την παρούσα οικονομική ανάλυση, η Επιτροπή σημειώνει πως στο πλαίσιο της προκαταρκτικής έρευνας επισημάνθηκε στην MTN πως στο σύγγραμμα Bellamy & Child, European Union Law of Competition, seventh edition, στο οποίο παρέπεμπε η MTN, στις παραγράφους 10.073-10.075 γίνεται αναφορά στο “AKZO rule” και στη συνέχεια στη παράγραφο 10.076 αναφέρονται τα ακόλουθα:

*“10.076, Other measures of cost: The subsequent practice of the Commission makes it clear that not all cases under Article 102 have proved amenable to application of rules based on average variable and average total cost. In its Article 102 Enforcement Priorities Guidance, the Commission proposes to apply two other measures of cost, AAC and LRAIC, which are closely related to AVC and ATC. Many cases under Article 102 involve network industries, such as telecommunications. In those cases, the Commission considers that the simple application of a test based on AVC would not be appropriate. Because such industries have large capital costs, some of which are common costs covering a range of services, a price based only on the costs of each additional unit of output may be substantially lower than needed to cover the operator’s costs of supplying the service. Instead the Commission suggests that LRAIC should be the basis of judging whether prices are predatory. Use of LRAIC may involve some allocation of common costs, which is often difficult. However, to the extent that the operator’s common costs involve the costs of fulfilling a mandatory service obligation, only those costs exclusively related to the provision of the additional service impugned for predatory pricing should be included: **in other words, the costs which the firm would not incur if that additional service was not provided.**”»*

Η Επιτροπή σημειώνει πως η MTN ακολούθως σε απαντητική επιστολή της ημερομηνίας 3/9/2020, δήλωσε πως «σημειώνουμε τη θέση της Επιτροπής αναφορικά με την παραπομπή μας στο σύγγραμμα *Bellamy & Child* αλλά θεωρούμε ότι η ανάλυση της Υπηρεσίας και ο καθορισμός του κόστους με βάση τα έμμεσα έξοδα, είναι νομικά εσφαλμένη και επαναλαμβάνουμε ότι η ανάλυση του κόστους της υπηρεσίας *BULK SMS* θα πρέπει, σύμφωνα με τα όσα έχουμε αναφέρει στην προηγούμενη μας επιστολή, να γίνεται αποκλειστικά στην βάση του μέσου μακροπρόθεσμου επαυξητικού κόστους (*Long Run Average Incremental Cost*).»

Περαιτέρω, η Επιτροπή παρατηρεί ότι η MTN στο πλαίσιο της προκαταρκτικής έρευνας παρέθεσε στοιχεία τιμής⁸⁷, άμεσων εξόδων και έμμεσων εξόδων⁸⁸ για πακέτα μηνυμάτων 5,000, 10,000, 20,000, 30,000, 50,000, 100,000, και 200,000. Κάτωθι καταγράφονται μόνο τα στοιχεία που αφορούν το πακέτο των 200.000 μηνυμάτων, δεδομένου ότι αυτός ήταν και ο αριθμός των μηνυμάτων για τον οποίο αποφασίστηκε από το Δήμο Λακατάμιας ο επιτυχών προσφοροδότης τόσο το 2016 όσο και 2017.

Πίνακας 7: Συγκριτική ανάλυση – των στοιχείων που αφορούν στο έτος 2016			
	Τιμές προς τρίτες εταιρείες που συμβάλλονται με την MTN για σκοπούς αγοράς BULK SMS	Στοιχεία που αφορούν τις προσφορές προς το δήμο Λακατάμιας	
Αριθμός μηνυμάτων	200,000 BULK SMS	200,000	
	€	€	
Τιμή ανά πακέτο (χωρίς ΦΠΑ)	{...}	{...}	{...}
<u>Άμεσα έξοδα</u>	{...}	{...}	{...}
Έξοδα τερματισμού	{...}	{...}	{...}
	{...}	{...}	{...}

⁸⁷ Να σημειωθεί ότι οι τιμές συμφωνούν με τις τιμές που είναι δημοσιευμένες στην ιστοσελίδα της MTN (Βλέπε επιστολή ημερομηνίας 16/3/2018).

⁸⁸ Βλέπε επιστολή της εταιρείας MTN ημερομηνίας 16/7/2020.

Προμήθειες προσωπικού			
Έξοδα προσωπικού	{...}	{...}	{...}
Διοικητικά έξοδα προς MTN Group	{...}	{...}	{...}
Έξοδα συντήρησης πλατφόρμας	{...}	{...}	{...}
<u>Έμμεσα έξοδα</u>	{...}	{...}	{...}
Έξοδα δικτύου	{...}	{...}	{...}
Έξοδα πληροφοριακών συστημάτων	{...}	{...}	{...}
Έξοδα προώθησης και πωλήσεων	{...}	{...}	{...}
Έξοδα προσωπικού	{...}	{...}	{...}
Γενικά διοικητικά έξοδα	{...}	{...}	{...}
Σύνολο εξόδων /κόστους	{...}	{...}	{...}

Η Επιτροπή παρατηρεί πως σύμφωνα με τα όσα καταγράφονται στην επιστολή της MTN ημερομηνίας 24/1/2020 τα άμεσα έξοδα περιλαμβάνουν τα ακόλουθα:

«Έξοδα τερματισμού:

{...}

Προμήθειες προσωπικού:

{...}

Έξοδα προσωπικού:

{...}

Διοικητικά έξοδα προς MTN Group:

{...}

Έξοδα συντήρησης πλατφόρμας:

{...}»

Σε ότι αφορά τα έμμεσα έξοδα, διαπιστώνεται πως η εταιρεία MTN με επιστολή της ημερομηνίας 16/7/2020 δήλωσε τα ακόλουθα:

«{...}

Έξοδα δικτύου

{...}

Έξοδα πληροφοριακών συστημάτων

{...}

Έξοδα προώθησης και πωλήσεων

{...}

Έξοδα προσωπικού

{...}

Γενικά διοικητικά έξοδα

{...}»

Από τα πιο πάνω δεδομένα προκύπτουν διαφορές στο κόστος προμήθειας προσωπικού και τα διοικητικά έξοδα προσωπικού που κατανεμήθηκαν μεταξύ των τιμών προς τρίτες εταιρείες που συμβάλλονται με την MTN για σκοπούς αγοράς BULK SMS και της τιμής που δόθηκε προς το δήμο Λακατάμιας. Αυτό γιατί τόσο το κόστος προμήθειας προσωπικού όσο και τα διοικητικά έξοδα προσωπικού κυμαίνονται με βάση τα έσοδα και όχι τον αριθμό μηνυμάτων.

Η Επιτροπή σχετικά με τα έμμεσα έξοδα επισημαίνει πως η MTN με επιστολή της ημερομηνίας 16/7/2020 ανέφερε ότι «{...}, ο καταμερισμός των έμμεσων εξόδων στην υπηρεσία Bulk SMS υπολογίστηκε, {...}, στη βάση των εσόδων της υπηρεσίας Bulk SMS ως προς το σύνολο των συνολικών εισοδημάτων της Eric κατά το 2016. Έχουμε επίσης για σκοπούς πληρότητας, συμπεριλάβει στον πίνακα μια επιπρόσθετη στήλη η οποία περιλαμβάνει τον καταμερισμό των εξόδων αναφορικά με την παροχή «πακέτου» προς τον δήμο Λακατάμιας. »

Η Επιτροπή από τα στοιχεία που προσκομίστηκαν από μέρους της MTN αντιλαμβάνεται ότι ο καταμερισμός των έμμεσων εξόδων εμπεριέχει περιπλοκότητα

καθώς τα έξοδα αυτά δεν μπορούν να αποδοθούν άμεσα στην παροχή συγκεκριμένων υπηρεσιών της MTN. Παρόλα αυτά η Επιτροπή αποδέχεται τον καταμερισμό στη βάση των εσόδων της υπηρεσίας BULK SMS για το 2016 ως προς το σύνολο των συνολικών εισοδημάτων της MTN.

Η Επιτροπή σημειώνει περαιτέρω πως για σκοπούς ορθού υπολογισμού του MMEK (LRAIC) στις 24/8/2020 στάληκε ερωτηματολόγιο στην MTN στο οποίο μεταξύ άλλων τέθηκαν ερωτήματα σχετικά με το λόγο για τον οποίο όλα τα έμμεσα έξοδα και ιδιαίτερα τα έξοδα προώθησης & πωλήσεων και τα έξοδα προσωπικού θεωρήθηκαν από την MTN ως σταθερά.

Στις 3/9/2020, η MTN σε απάντηση της ερωτήματος αναφορικά με λόγους για τους οποίους όλα τα έμμεσα έξοδα θεωρήθηκαν από την εταιρεία ως σταθερά, ανέφερε ότι *«Η Επιτροπή (σε προηγούμενες αποφάσεις της) έχει επίσης σημειώσει ότι σύμφωνα με το Διεθνές Λογιστικό Πρότυπο 2.12 “Σταθερά γενικά έξοδα παραγωγής είναι οι έμμεσες δαπάνες παραγωγής που παραμένουν σχετικά σταθερές, ανεξαρτήτως του όγκου παραγωγής...” Επίσης ανέφερε: «Συνεπώς, τα έμμεσα έξοδα που δεν επηρεάζονται από τις προσφερόμενες υπηρεσίες, ήτοι από τον αριθμό των BULK SMS που αποστέλλονται, θεωρούνται ως σταθερά. Καθώς τα έξοδα προώθησης και πωλήσεων και τα έξοδα προσωπικού που παρουσιάζονται στα έμμεσα έξοδα παραμένουν σταθερά ανεξαρτήτως του αριθμού των BULK SMS που θα αποσταλούν, και οποιαδήποτε αλλαγή στον αριθμό BULK SMS που αποστέλλονται δεν θα διαφοροποιούσε τα εν λόγω έξοδα, θεωρούνται σταθερά.»*

Η Επιτροπή σχετικά με τα στοιχεία που δόθηκαν στις 3/9/2020 παρατηρεί ότι η αναφορά στο ΔΛΠ 2 - «Αποθέματα» αφορά την αποτίμηση αποθεμάτων και όχι τον τρόπο κοστολόγησης παροχής υπηρεσιών. Παρόλα αυτά, η Επιτροπή τονίζει ότι στην ίδια παράγραφο 2.12 αναφέρεται συγκεκριμένα ότι *«Μεταβλητά γενικά έξοδα παραγωγής είναι οι έμμεσες δαπάνες παραγωγής που μεταβάλλονται άμεσα ή σχεδόν άμεσα, ανάλογα με τον όγκο της παραγωγής, όπως είναι οι έμμεσες ύλες ή έμμεση εργασία.»*. Συναφώς τα έμμεσα έξοδα μπορεί να είναι σταθερά ή μεταβλητά. Αξιοσημείωτο είναι το γεγονός ότι με βάση το πρότυπο η έμμεση εργασία (indirect labour) θεωρείται μεταβλητό έξοδο, ενώ η MTN στις απαντήσεις της ανέφερε ότι τα έξοδα προσωπικού που παρουσιάζονται στα έμμεσα έξοδα παραμένουν σταθερά ανεξαρτήτως των BULK SMS που αποστέλλονται.

Επίσης, η Επιτροπή σημειώνει ότι σχετικά με το ερώτημα της Υπηρεσίας για το κατά πόσο υφίστανται οποιαδήποτε σταθερά έξοδα τα οποία να αφορούν μόνο την παροχή υπηρεσία BULK SMS, η MTN ανέφερε τα εξής: *«Δεν υπάρχουν οποιαδήποτε σταθερά έξοδα (είτε αυτά είναι άμεσα είτε έμμεσα) τα οποία αφορούν μόνο την παροχή υπηρεσίας BULK SMS. Επίσης δεν υπάρχουν οποιαδήποτε έξοδα προσωπικού τα*

οποία αφορούν μόνο την υπηρεσία BULK SMS.... Τα έμμεσα έξοδα από την φύση τους δεν αποτελούν έξοδα τα οποία αφορούν μόνο την παροχή της υπηρεσίας BULK SMS.»

(β) Ανάλυση των στοιχείων που υποβλήθηκαν από την καταγγελλόμενη εταιρεία στο πλαίσιο της προκαταρκτικής έρευνας:

(i) Ανάλυση ορισμών κόστους:

Η Επιτροπή, αφού μελέτησε τις απαντήσεις που στάλθηκαν στις 13/4/2020 επισημάνει ότι η παράγραφος 10.076 του συγγράμματος των Bellamy & Child σχετικά με τον ορισμό του AAC και του LRAIC συνεχίζει και αναφέρει ότι ***«this may include some fixed costs (and therefore will still be a higher measures than AVC) but may be lower than LRAIC. In finding that Deutsche Post, which held a legal monopoly in Germany for ordinary letter post, had engaged in predatory pricing of its mail order parcel service which was open to competition, the Commission took into account only Deutsche Post's incremental cost of providing that service. In Post Danmark the Court of Justice appeared to endorse the approach taken by the Danish Competition Council to calculating the average incremental costs of distributing unaddressed mail in Denmark, which included a proportion of common costs to delivering unaddressed and addressed mail.»***

Σχετικώς με την πιο πάνω Απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής (Case COMP/35.141 - Deutsche Post AG)⁸⁹ ημερομηνίας 20/03/2011 στην οποία γίνεται αναφορά στο σύγγραμμα των Bellamy & Child, προκύπτει ότι στην περίπτωση της Deutsche Post η παροχή ταχυδρομικών δεμάτων ήταν υποχρεωτική βάσει «statutory exclusive right». Στην περίπτωση της παροχής της υπηρεσίας BULK SMS από την MTN, η υπηρεσία αυτή δεν δύναται να θεωρηθεί ως mandatory όπως στην περίπτωση της Deutsche Post. Συγκεκριμένα, όπως αναφέρεται στην εν λόγω απόφαση:

«The impact of DPAG's public service obligation. (8) When calculating the share of the common fixed costs it must be borne in mind that DPAG is required by law to maintain a capacity reserve large enough to cover any peak demands that may arise in over-the-counter parcel services while meeting statutory service-quality standards for those services (9). Even if DPAG were no longer to offer mail-order parcel services, it would still be obliged vis-a-vis every mail-order customer to provide catalogues and parcels over the counter within a specified delivery target. This follows from the universal service obligation whereby every potential postal user is entitled to receive from DPAG over-the-counter parcel services of the prescribed quality at uniform prices. If DPAG were to stop offering a specific parcel service, it could not, unlike a private firm such as UPS, cut back

⁸⁹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001D0354&from=EN>

on staff and equipment in perfect proportion to the reduction in volume. Even if the specific parcel service were stopped, staff and equipment could not be reduced to the full extent of the cut in service, as some staff and equipment are also needed to provide over-the-counter services that meet statutory quality standards...»

Στην Ανακοίνωση⁹⁰ της Ευρωπαϊκής Επιτροπής στις 24/2/2009 με θέμα «Κατευθύνσεις σχετικά με τις προτεραιότητες της Επιτροπής κατά τον έλεγχο της εφαρμογής του άρθρου 82 της συνθήκης ΕΚ σε καταχρηστικές συμπεριφορές αποκλεισμού που υιοθετούν δεσπόμενες επιχειρήσεις» γίνεται συγκεκριμένη ανάλυση στον τρόπο υπολογισμού του κόστους σε περίπτωση όπου η Επιτροπή αποφασίσει να βασίσει τους υπολογισμούς της στο Μέσο Μακροπρόθεσμο Επauξητικό Κόστος (ΜΜΕΚ) (LRAIC). Όπως αναφέρει η συγκεκριμένη Ανακοίνωση (παρ. 25 και 26):

«25. Για να προσδιοριστεί εάν ένας υποθετικός ανταγωνιστής που είναι το ίδιο αποτελεσματικός με τη δεσπόμενα επιχείρηση θα ήταν πιθανό να αποκλειστεί με την επίμαχη συμπεριφορά, η Επιτροπή θα εξετάζει τα οικονομικά στοιχεία που συνδέονται με το κόστος και τις τιμές πωλήσεως, και ιδίως εάν η επιχείρηση που κατέχει δεσπόμενα θέση ακολουθεί πολιτική τιμολόγησης κάτω του κόστους. Αυτό απαιτεί την ύπαρξη αρκούντως αξιόπιστων στοιχείων. Εάν διατίθενται τα στοιχεία αυτά, η Επιτροπή θα χρησιμοποιεί τις πληροφορίες για το κόστος της ίδιας της δεσπόμενα επιχείρησης. Εάν δεν διατίθενται αξιόπιστες πληροφορίες για το κόστος αυτό, η Επιτροπή δύναται να χρησιμοποιήσει τα στοιχεία κόστους των ανταγωνιστών ή άλλα ανάλογα αξιόπιστα στοιχεία.

26. Τα σημεία αναφοράς για το κόστος που είναι πιθανό να χρησιμοποιεί η Επιτροπή είναι το μέσο αποφεύξιμο κόστος (ΜΑΚ) και το μέσο μακροπρόθεσμο επauξητικό κόστος (ΜΜΕΚ).⁹¹ Η μη κάλυψη του ΜΑΚ υποδηλώνει ότι η επιχείρηση που κατέχει δεσπόμενα θέση θυσιάζει βραχυπρόθεσμα κέρδη και ότι ένα

⁹⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/ALL/?uri=CELEX%3A52009XC0224%2801%29>

⁹¹ Το μέσο αποφεύξιμο κόστος είναι ο μέσος όρος του κόστους που θα μπορούσε να είχε αποφευχθεί εάν η επιχείρηση δεν είχε παράξει μια συγκεκριμένη ποσότητα (πρόσθετης) παραγωγής που εν προκειμένω αποτελεί αντικείμενο της εικαζόμενης καταχρηστικής συμπεριφοράς. Στις περισσότερες περιπτώσεις το ΜΑΚ και το μέσο μεταβλητό κόστος (ΜΜΚ) είναι ίσα, δεδομένου ότι συχνά πρόκειται απλώς για μεταβλητά κόστη που μπορούν να αποφευχθούν. Το μέσο μακροπρόθεσμο επauξητικό κόστος είναι ο μέσος όρος όλων των κοστίων (μεταβλητών και σταθερών) στα οποία υποβάλλεται μια επιχείρηση για την παραγωγή ενός συγκεκριμένου προϊόντος. Το ΜΜΕΚ και το μέσο συνολικό κόστος (ΜΣΚ) είναι ικανοποιητικά υποκατάστατα μεταξύ τους, και είναι ίσα στην περίπτωση επιχείρησης που παράγει ένα μόνο προϊόν. Εάν οι επιχειρήσεις που παράγουν πολλά προϊόντα έχουν οικονομίες κλίμακας, το ΜΜΕΚ θα είναι χαμηλότερο από το ΜΣΚ για κάθε μεμονωμένο προϊόν, δεδομένου ότι τα πραγματικά κοινά κόστη δεν λαμβάνονται υπόψη για τον υπολογισμό του ΜΜΕΚ. Στην περίπτωση πολλαπλών προϊόντων, όλα τα κόστη που θα μπορούσαν να είχαν αποφευχθεί με τη μη παραγωγή ενός συγκεκριμένου προϊόντος ή φάσματος προϊόντων δεν θεωρούνται ως κοινά κόστη. Στις περιπτώσεις που τα κοινά κόστη είναι σημαντικά, θα πρέπει να ληφθούν υπόψη κατά την εκτίμηση της ικανότητας αποκλεισμού εξίσου αποτελεσματικών ανταγωνιστών.

αποτελεσματικός ανταγωνιστής δεν μπορεί να εξυπηρετήσει τους σχετικούς πελάτες χωρίς να υποστεί ζημία. Το ΜΜΕΚ είναι συνήθως υψηλότερο από το ΜΑΚ, διότι σε αντίθεση με το ΜΑΚ (το οποίο περιλαμβάνει μόνο το σταθερό κόστος που προέκυψε στη διάρκεια της υπό εξέταση περιόδου), **το ΜΜΕΚ περιλαμβάνει το σταθερό κόστος που προέκυψε για το συγκεκριμένο προϊόν πριν από την περίοδο κατά τη διάρκεια της οποίας έλαβε χώρα η εικαζόμενη καταχρηστική συμπεριφορά.** (Υπογράμμιση της Επιτροπής) Η μη κάλυψη του ΜΜΕΚ δείχνει ότι η επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση δεν καλύπτει όλα τα (αναλογούντα) σταθερά κόστη παραγωγής του εξεταζόμενου προϊόντος ή υπηρεσίας και ότι ένας εξίσου αποτελεσματικός ανταγωνιστής θα είχε αποκλειστεί από την αγορά⁹².

Σε σχέση με το ζήτημα του ορισμού του ΜΜΕΚ και των διάφορων κατηγοριών του κόστους που περιλαμβάνονται σε αυτό, η Επιτροπή ξεκαθαρίζει πως «Το μέσο μακροπρόθεσμο επαυξητικό κόστος είναι ο μέσος όρος όλων των κοστών (μεταβλητών και σταθερών) στα οποία υποβάλλεται μια επιχείρηση για την παραγωγή ενός συγκεκριμένου προϊόντος. Το ΜΜΕΚ και το μέσο συνολικό κόστος (ΜΣΚ) είναι ικανοποιητικά υποκατάστατα μεταξύ τους, και είναι ίσα στην περίπτωση επιχείρησης που παράγει ένα μόνο προϊόν».

Επίσης, ως καταγράφεται στην υποσημείωση 18 της υπό αναφορά Ανακοίνωσης: «Το μέσο αποφεύξιμο κόστος είναι ο μέσος όρος του κόστους που θα μπορούσε να είχε αποφευχθεί εάν η επιχείρηση δεν είχε παράξει μια συγκεκριμένη ποσότητα (πρόσθετης) παραγωγής που εν προκειμένω αποτελεί αντικείμενο της εικαζόμενης καταχρηστικής συμπεριφοράς. Στις περισσότερες περιπτώσεις το ΜΑΚ και το μέσο μεταβλητό κόστος (ΜΜΚ) είναι ίσα, δεδομένου ότι συχνά πρόκειται απλώς για μεταβλητά κόστη που μπορούν να αποφευχθούν. Το μέσο μακροπρόθεσμο επαυξητικό κόστος είναι ο μέσος όρος όλων των κοστών (μεταβλητών και σταθερών) στα οποία υποβάλλεται μια επιχείρηση για την παραγωγή ενός συγκεκριμένου προϊόντος. Το ΜΜΕΚ και το μέσο συνολικό κόστος (ΜΣΚ) είναι ικανοποιητικά υποκατάστατα μεταξύ τους, και είναι ίσα στην περίπτωση επιχείρησης που παράγει ένα μόνο προϊόν. Εάν οι επιχειρήσεις που παράγουν πολλά προϊόντα έχουν οικονομίες κλίμακας, το ΜΜΕΚ θα είναι χαμηλότερο από το ΜΣΚ για κάθε μεμονωμένο προϊόν, δεδομένου ότι τα πραγματικά κοινά κόστη δεν

⁹² Για να εφαρμοστούν αυτά τα σημεία αναφοράς για το κόστος μπορεί να είναι επίσης απαραίτητο να εξεταστούν τα έσοδα και το κόστος της επιχείρησης που κατέχει δεσπόζουσα θέση και των ανταγωνιστών της σε ένα ευρύτερο πλαίσιο. Μπορεί να μην επαρκεί η εκτίμηση του αν η τιμή ή τα έσοδα καλύπτουν το κόστος για την εν λόγω παραγωγή, αλλά μπορεί να είναι απαραίτητο να εξεταστούν τα επαυξητικά έσοδα στην περίπτωση που η συμπεριφορά της επιχείρησης που κατέχει δεσπόζουσα θέση επηρεάζει αρνητικά τα έσοδά της σε άλλες αγορές ή από άλλα προϊόντα. Με τον ίδιο τρόπο, στην περίπτωση αγορών με δύο πλευρές μπορεί επίσης να είναι απαραίτητο να εξετάζονται τα έσοδα και το κόστος και των δύο πλευρών συγχρόνως.

λαμβάνονται υπόψη για τον υπολογισμό του ΜΜΕΚ. Στην περίπτωση πολλαπλών προϊόντων, όλα τα κόστη που θα μπορούσαν να είχαν αποφευχθεί με τη μη παραγωγή ενός συγκεκριμένου προϊόντος ή φάσματος προϊόντων δεν θεωρούνται ως κοινά κόστη. Στις περιπτώσεις που τα κοινά κόστη είναι σημαντικά, θα πρέπει να ληφθούν υπόψη κατά την εκτίμηση της ικανότητας αποκλεισμού εξίσου αποτελεσματικών ανταγωνιστών.» (Η υπογράμμιση είναι της Επιτροπής)

Επιπρόσθετα, ως επισημαίνεται από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή στην υπό αναφορά ανακοίνωση: «Το ΜΜΕΚ είναι συνήθως υψηλότερο από το ΜΑΚ, διότι σε αντίθεση με το ΜΑΚ (το οποίο περιλαμβάνει μόνο το σταθερό κόστος που προέκυψε στη διάρκεια της υπό εξέταση περιόδου), το ΜΜΕΚ περιλαμβάνει το σταθερό κόστος που προέκυψε για το συγκεκριμένο προϊόν πριν από την περίοδο κατά τη διάρκεια της οποίας έλαβε χώρα η εικαζόμενη καταχρηστική συμπεριφορά. Η μη κάλυψη του ΜΜΕΚ δείχνει ότι η επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση δεν καλύπτει όλα τα (αναλογούντα) σταθερά κόστη παραγωγής του εξεταζόμενου προϊόντος ή υπηρεσίας και ότι ένας εξίσου αποτελεσματικός ανταγωνιστής θα είχε αποκλειστεί από την αγορά.»⁹³

Η Επιτροπή αφού μελέτησε ενδελεχώς το περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου διαπίστωσε ότι η υπηρεσία παροχής BULK SMS συνιστούσε μια επιπρόσθετη υπηρεσία σε σχέση με τις κύριες δραστηριότητες της εταιρείας MTN και συγκεκριμένα εξ' όσων ανέφερε η MTN τα έσοδα της υπηρεσίας BULK SMS επί των συνολικών εσόδων της MTN ανέρχονται σε περίπου {...}% για τα έτη 2016 και 2017. Επίσης, η Επιτροπή παρατηρεί πως η υπηρεσία BULK SMS δεν είναι αναγκαία για την παροχή άλλων υπηρεσιών της MTN και ότι ο δυνητικός τερματισμός αυτής δεν θα επηρέαζε την παροχή άλλων υπηρεσιών της. Συνεπώς, η Επιτροπή αποδέχεται την θέση της MTN ότι η υπηρεσία BULK SMS είναι δευτερογενής.

Η Επιτροπή ακολούθως διαπιστώνει πως ενώ στο πλαίσιο της προκαταρκτικής έρευνας ζητήθηκαν στοιχεία από την MTN για υπολογισμό του ΜΜΕΚ, εντούτοις η MTN δεν ήταν σε θέση να παραχωρήσει ακριβή στοιχεία αναφορικά με τα επαυξητικά σταθερά κόστη (increment specific fixed costs). Συγκεκριμένα η εταιρεία MTN στις 3/9/2020 με επιστολή της ανέφερε ότι δεν υπάρχουν οποιαδήποτε σταθερά έξοδα τα οποία αφορούν μόνο την παροχή υπηρεσίας BULK SMS. Ειδικότερα, η εταιρεία MTN δήλωσε πως για τα έξοδα προσωπικού, για τα οποία η Υπηρεσία είχε υποβάλει συγκεκριμένο ερώτημα, δεν υπάρχουν οποιαδήποτε έξοδα προσωπικού τα οποία αφορούν μόνο την υπηρεσία BULK SMS. Παρόλα αυτά η MTN προέβη σε κατανομή των κοινών σταθερών κοστών

⁹³ Βλέπε παρ. 26 της Ανακοίνωσης της Ε.Ε.

όπως το κόστος προσωπικού κατόπιν εσωτερικών εκτιμήσεων στη βάση ποσοστού επί των απολαβών {...}.

Υπό το φως των πιο πάνω, η Επιτροπή εξέτασε την οικονομική ανάλυση που πραγματοποιήθηκε κατά την προκαταρκτική έρευνα, στο πλαίσιο της οποίας έγινε ανάλυση της διαφοράς των εσόδων από το κόστος της υπηρεσίας BULK SMS. Στο πλαίσιο της υπό αναφορά ανάλυσης υπολογίστηκε το σταθερό και το μεταβλητό κόστος ώστε αυτό να συγκριθεί με τα έσοδα της υπηρεσίας. Η ανάλυση αυτή πραγματοποιήθηκε τόσο σε ότι αφορά τη συνήθη τιμολόγηση της εταιρείας MTN για την υπηρεσία BULK SMS όσο και σε ότι αφορά τις οικονομικές προσφορές που υπέβαλε προς το Δήμο Λακατάμιας το 2016 και 2017.

(ii) Υπολογισμοί διαφοράς των εσόδων από το κόστος:

Η Επιτροπή σημειώνει ότι η Υπηρεσία στο πλαίσιο της προκαταρκτικής έρευνας αξιολόγησε όλα τα στοιχεία που προσκομίστηκαν από μέρος της MTN αναφορικά με την τιμολόγηση των προσφορών της προς το Δήμο Λακατάμια, ήτοι τους διαγωνισμούς (α) με Αρ. Α46/2016 - Αγορά πακέτου SMS για στήριξη του Θεσμού του Παρατηρητή της Γειτονιάς και (β) με Αρ. Α45/2017 - Αγορά πακέτου SMS για στήριξη του Θεσμού του Παρατηρητή της Γειτονιάς. Ως αναφέρθηκε ανωτέρω οι δυο διαγωνισμοί αφορούσαν την υποβολή προσφοράς για 200,00 SMS. Η MTN και στους δύο διαγωνισμούς υπέβαλε ως προσφορά το ποσό των €{...}. Για το μεν Διαγωνισμό με Αρ. 46/2016 η προσφορά υποβλήθηκε στις 11/11/2016 και για το δεύτερο διαγωνισμό με αρ. 47/2017, η προσφορά υποβλήθηκε στις 7/8/2017.

Κάτωθι παρουσιάζεται υπολογισμός της διαφοράς εσόδων με τα άμεσα και/ή έμμεσα έσοδα στη βάση κάλυψης άμεσων ή/και έμμεσων εξόδων από στοιχεία που δόθηκαν από την καταγγελλόμενη εταιρεία για το 2016 στις 13/4/2020, λαμβανομένου υπόψη αφενός ότι ο αριθμός των μηνυμάτων για τα οποία ζητήθηκε προσφορά ήταν ο ίδιος και αφετέρου ότι το ύψος της προσφοράς της MTN ήταν ταυτόσημο και στους δύο διαγωνισμούς, ενώ παράλληλα δεν διέρρευσε μεγάλο χρονικό διάστημα από την ημερομηνία υποβολής της δεύτερης προσφοράς από την πρώτη προσφορά. Συγκεκριμένα, η Επιτροπή σημειώνει ότι στο πλαίσιο της προκαταρκτικής της έρευνας έγινε σύγκριση της διαφοράς μεταξύ των εσόδων και των άμεσων ή/και έμμεσων κόστων/εξόδων από στοιχεία που αφορούν την τιμή που προσφέρει η MTN σε τρίτες εταιρείες για 200,000 BULK SMS με τις προσφορές που υπέβαλε στο Δήμο Λακατάμιας.

Η Επιτροπή σημειώνει πως, σύμφωνα με τα στοιχεία που προσκομίστηκαν από την εταιρεία Microsat με σχετική επιστολή ημερομηνίας 26/11/2019, η MTN στις 30/9/2013 είχε υποβάλει την πρώτη προσφορά κατόπιν αιτήματος της Microsat. Σύμφωνα με το εν λόγω ηλεκτρονικό μήνυμα η MTN πρόσφερε στην Microsat πακέτα σύμφωνα με τις

συνήθεις χρεώσεις της. Η τιμή για 200,000 SMS ανερχόταν σε €{...}, ήτοι η τιμή των 200,000 BULK SMS προς τρίτες εταιρείες που συμβάλλονται με την MTN.

Πίνακας 8: Υπολογισμός της διαφοράς εσόδων από τα άμεσα και/ή έμμεσα έξοδα⁹⁴ στη βάση κάλυψης άμεσων ή/και έμμεσων εξόδων από στοιχεία που δόθηκαν από την MTN για το 2016.		
Αριθμός μηνυμάτων	200,000 BULK SMS προς τρίτες εταιρείες που συμβάλλονται με την MTN	200,000 BULK SMS προς Δήμο Λακατάμιας
	€	€
Τιμή ανά πακέτο (χωρίς ΦΠΑ)	{...}	{...}
Σύνολο άμεσων εξόδων	{...}	{...}
Σύνολο έμμεσων εξόδων	{...}	{...}
Σύνολο εξόδων	{...}	{...}
Διαφορά εσόδων από τα άμεσα έξοδα	{...}	{...}
Ποσοστό διαφοράς εσόδων από τα άμεσα έξοδα ως προς το σύνολο των εσοδών	{...}	{...}
Διαφορά εσόδων από τα άμεσα και έμμεσα έξοδα	{...}	{...}
Ποσοστό διαφοράς εσόδων από τα άμεσα και έμμεσα έξοδα ως προς το σύνολο των εσόδων	{...}	{...}

Η Επιτροπή σημειώνει ότι εξ' όσων φαίνεται από τους πιο πάνω υπολογισμούς της διαφοράς των εσόδων από τα άμεσα και/ή έμμεσα έξοδα στους οποίους προέβη η Υπηρεσία, το σύνολο των εξόδων (άμεσων και έμμεσων) ανέρχεται στα €{...} για "σύνηθες πακέτο" και €{...} για το πακέτο 200,000 BULK SMS προς το Δήμο Λακατάμιας. Παρόλη τη μικρή διαφορά στο κόστος των δυο πακέτων, εντούτοις, η διαφορά εσόδων από τα άμεσα και/ή έμμεσα έξοδα διαφέρει αφού η καθορισμένη τιμή για ένα συνηθισμένο πακέτο ανερχόταν στα €{...} και για το πακέτο προς το Δήμο Λακατάμιας ανερχόταν στα €{...}. Ως αποτέλεσμα, το μεν σύνηθες πακέτο αποφέρει στην MTN διαφορά εσόδων από τα συνολικά (άμεσα και έμμεσα) έξοδα που ανέρχεται

⁹⁴ Ο υπολογισμός της διαφοράς εσόδων από τα άμεσα και/ή έμμεσα έξοδα έγινε από την Υπηρεσία.

στα {...}%, ενώ για το ίδιο πακέτο προς το Δήμο Λακατάμιας η διαφορά εσόδων από τα συνολικά (άμεσα και έμμεσα) έξοδα ανέρχεται στα - {...}%, δηλαδή {...} ποσοστιαίες μονάδες λιγότερα.

Η Επιτροπή επισημαίνει ότι στο πλαίσιο της προκαταρκτικής της έρευνας η Υπηρεσία στη συνέχεια προέβη σε υπολογισμό της διαφοράς εσόδων από το μεταβλητό ή/και το συνολικό κόστος στη βάση κάλυψης μεταβλητών ή/και συνολικών κοστών:

<u>Πίνακας 9:Υπολογισμός της διαφοράς εσόδων από το μεταβλητό ή/και το συνολικό κόστος ⁹⁵ στη βάση κάλυψης μεταβλητών ή/και συνολικών κοστών στη βάση των οικονομικών στοιχείων της MTN για το 2016.</u>		
Αριθμός μηνυμάτων	200,000 BULK SMS προς τρίτες εταιρείες που συμβάλλονται με την MTN	Προσφορές για 200,000 BULK SMS προς Δήμο Λακατάμιας
	€	€
Τιμή ανά πακέτο (χωρίς ΦΠΑ)	{...}	{...}
Σύνολο σταθερών Εξόδων/Κοστών	{...}	{...}
Σύνολο μεταβλητών Εξόδων/Κοστών	{...}	{...}
Σύνολο Εξόδων/Κοστών	{...}	{...}
Τιμή Vs Κόστος		{...}
<u>Ποσοστό διαφοράς του μεταβλητού κόστους από τα έσοδα</u>	{...}	{...}

Από τους πιο πάνω υπολογισμούς της διαφοράς εσόδων από το μεταβλητό κόστος στους οποίους προέβη η Υπηρεσία στο πλαίσιο της προκαταρκτικής της έρευνας, προκύπτει πως το σύνολο των εξόδων (σταθερά και μεταβλητά) ανέρχεται στα €{...} για “κανονικό πακέτο” και €{...} για το πακέτο 200,000 BULK SMS προς το Δήμο

⁹⁵ Ο υπολογισμός της διαφοράς εσόδων από τα μεταβλητά ή/και συνολικά έξοδα έγινε από την Υπηρεσία.

Λακατάμιας. Το σύνολο των μεταβλητών κοστών ανέρχεται στα €{...} για “κανονικό πακέτο” και €{...} για το πακέτο 200,000 BULK SMS προς το Δήμο Λακατάμιας.

Παρόλα αυτά, εξ’ όσων φαίνεται στο πιο πάνω πίνακα, η διαφορά εσόδων από το μεταβλητό κόστος ανερχόταν στα {...}% για το «κανονικό πακέτα» και {...}% για το πακέτο προς το Δήμο Λακατάμιας.

Από την οικονομική ανάλυση που έχει προηγηθεί σε σχέση με την πιθανολογούμενη παράβαση του άρθρου 6(1)(α) του Νόμου και σε σχέση με την «επιθετική τιμολογιακή πολιτική» της MTN αναφορικά με τους προαναφερόμενους διαγωνισμούς για παροχή μαζικής αποστολής 200,000 γραπτών μηνυμάτων (Bulk SMS) προς το Δήμο Λακατάμιας, η Επιτροπή είχε καταλήξει στο προκαταρκτικό συμπέρασμα πως η οικονομική προσφορά της MTN στο πλαίσιο του Διαγωνισμού του Δήμου Λακατάμιας ήταν χαμηλότερη από το Συνολικό Κόστος της MTN αλλά μεγαλύτερη από το Μεταβλητό κόστος. Επίσης, έχει διαπιστώσει ότι τα έσοδα από κάθε διαγωνισμό του Δήμου Λακατάμιας υπερβαίνουν το Μεταβλητό Κόστος κατά {...}%.

Περαιτέρω σημειώνεται πως η μειωμένη τιμή που προσφέρθηκε υπερέβαινε το Μεταβλητό Κόστος (ΜΚ), εντούτοις δεν υπερέβαινε το Συνολικό Κόστος (ΣΚ). Συναφώς εξάγεται το συμπέρασμα πως οι οικονομικές προσφορές που δόθηκαν στο πλαίσιο των υπό αναφορά Διαγωνισμών του Δήμου Λακατάμιας δεν υπερέβαιναν το ΜΜΕΚ (Μέσο Μακροπρόθεσμο Επαυξητικό Κόστος - LRAIC) της MTN, καθώς το ΜΜΕΚ εμπεριέχει και στοιχεία σταθερού κόστους, πέραν των μεταβλητών. Συνακόλουθα, το έσοδο καλύπτει το ΜΜΚ, αλλά δεν κάλυπτε το Συνολικό Κόστος.

Θέσεις της εταιρείας *Microsat* επί των προκαταρκτικών συμπερασμάτων της Επιτροπής

Η καταγγέλλουσα στις θέσεις της αναφέρει ότι το προκαταρκτικό συμπέρασμα της Επιτροπής είναι ασαφές σε ό,τι αφορά τον ισχυρισμό περί κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης μέσω επιθετικής τιμολόγησης και προς τούτο χρήζει περισσότερων και/ή καλύτερων διευκρινίσεων από την Επιτροπή.

Η καταγγέλλουσα εταιρεία σημειώνει καταρχάς ότι συμφωνεί, με τα όσα καταγράφονται στα προκαταρκτικά συμπεράσματα της Επιτροπής όσον αφορά την πάγια ευρωπαϊκή νομολογία παραβίασης του άρθρου 102 ΣΛΕΕ (άρθρο 6 του Νόμου) στις περιπτώσεις που οι τιμές είναι (α) κατώτερες από το μέσο μεταβλητό κόστος ή (β) ανώτερες από το μέσο μεταβλητό κόστος αλλά κατώτερες από το συνολικό κόστος, συνοδευόμενες από στοιχεία που να υποδεικνύουν το σκοπό των ενεργειών της δεσπόζουσας επιχείρησης, ήτοι τον εξοβελισμό των ανταγωνιστικών

της εταιρειών.

Η καταγγέλλουσα περαιτέρω αναφέρει ότι επί του προκειμένου, η Επιτροπή στα προκαταρκτικά της συμπεράσματα σημείωσε ότι η MTN {...} και πως οι αριθμοί και γενικά τα στοιχεία που φαίνεται να παρέδωσε η MTN στην Επιτροπή είναι εμπιστευτικά και δεν αποκαλύπτονται στην ίδια, γεγονός που περιορίζει δραστικά την όποια δυνατότητα σχολιασμού από μέρους της, όσον αφορά το κατά πόσο όντως η συγκεκριμένη συμπεριφορά και υποτιμολόγηση της MTN στοιχειοθετεί παραβίαση του άρθρου 6 του Νόμου και του άρθρου 102 ΣΛΕΕ. Ως εκ τούτου, η καταγγέλλουσα αιτείται όπως η Επιτροπή προβεί σε περαιτέρω και πιο αποκαλυπτική πληροφόρηση και διευκρίνιση του θέματος.

Στη συνέχεια η καταγγέλλουσα σημειώνοντας στις θέσεις της ότι, η Επιτροπή κατάληξε στο προκαταρκτικό συμπέρασμα πως *«η οικονομική προσφορά της MTN στο πλαίσιο του διαγωνισμού του Δήμου Λακατάμιας ήταν χαμηλότερη από το Συνολικό Κόστος της MTN, αλλά μεγαλύτερη από το Μεταβλητό κόστος»*, θέτει το ερώτημα αφενός, ως προς την πρακτική δυνατότητα διάκρισης μεταξύ «συνολικού» και «μεταβλητού» κόστους, στην προκειμένη περίπτωση προσφοροδότησης σε μειοδοτικό διαγωνισμό για αγορά συγκεκριμένου αριθμού (200.000) sms και, αφετέρου, ως προς τα κριτήρια αξιολόγησης και κατάληξης απόκλισης των δύο, κατά τρόπο που να απαιτούνται συνδυαστικά και στοιχεία που να υποδεικνύουν και το σκοπό των ενεργειών της δεσπόζουσας επιχείρησης.

Επί του πραγματικού, ως επίσης μάλιστα και εξ αποτελέσματος, όπως σημειώνει, η συγκεκριμένη δοθείσα τιμή από την MTN, που αποδεδειγμένα συνιστούσε υποτιμολόγηση, εξοβέλισε την καταγγέλλουσα και όλους τους ανταγωνιστές της πετυχαίνοντας την κατακύρωση σε αυτήν και των δύο διαγωνισμών. Αυτή ήταν η κατάληξη και αυτό είναι το γεγονός, όπως αναφέρει στις θέσεις της η καταγγέλλουσα.

Τελική αξιολόγηση της Επιτροπής

Η Επιτροπή μελέτησε ενδελεχώς τα όσα προβλήθηκαν από την εταιρεία Microsat, σε ότι αφορά τη θέση ότι η μη αποκάλυψη των αριθμών και των στοιχείων της MTN που σχετίζονται με την κοστολόγηση της υπηρεσίας της περιορίζει δραστικά την όποια δυνατότητα σχολιασμού από μέρους της συμπεριφοράς και τις προτιμολόγησης της MTN και το αίτημα της να *«τύχουμε περαιτέρω και πιο αποκαλυπτικής πληροφόρησης και διευκρίνισης του θέματος από μέρους σας.»*.

Σε σχέση με το ζήτημα αυτό, η Επιτροπή καθοδηγούμενη τόσο από την ενωσιακή νομολογία, όσο και από την Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής περί των

κανόνων πρόσβασης στον φάκελο υπόθεσης της Επιτροπής δυνάμει των άρθρων 81 και 82 της Συνθήκης ΕΚ, των άρθρων 53, 54 και 57 της Συμφωνίας ΕΟΧ, και του κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 139/2004 του Συμβουλίου (στο εξής «η Ανακοίνωση της Ε.Ε.»), κρίνει πως κατά την κοινοποίηση των προκαταρκτικών της συμπερασμάτων στην καταγγέλλουσα εταιρεία δεν θα έπρεπε να κοινοποιηθούν οποιαδήποτε επιχειρηματικά απόρρητα ή /και εμπιστευτικής φύσεως πληροφορίες τόσο της MTN όσο και άλλων τρίτων εταιρειών.

Ως εκ τούτου, η Επιτροπή εξέτασε σε σχετικές της συνεδρίες τα αιτήματα δήλωσης χαρακτηρισμού επιχειρηματικών απορρήτων και εμπιστευτικής φύσεως πληροφοριών όλων των εταιρειών που παρείχαν στοιχεία στο πλαίσιο της προκαταρκτικής έρευνας. Ειδικότερα, εξετάστηκε η φύση των εν λόγω πληροφοριών και κατά πόσο συνιστούν επιχειρηματικά απόρρητα ή εμπιστευτικής φύσεως πληροφορίες ώστε να διαφανεί κατά πόσο η αποκάλυψη τους θα προκαλέσει βλάβη στην επιχείρηση που παρείχε αυτές. Στις πληροφορίες αυτές συμπεριλαμβάνονται: τεχνικές και/ή οικονομικές πληροφορίες σχετικά με την τεχνογνωσία μιας επιχείρησης, οι μέθοδοι κοστολόγησης, τα μυστικά και οι μέθοδοι παραγωγής, οι πηγές εφοδιασμού, οι παραγόμενες και πωλούμενες ποσότητες, τα μερίδια αγοράς, οι πίνακες πελατών και διανομών, τα σχέδια διαχείρισης της αγοράς, η διάρθρωση του κόστους και των τιμών και η στρατηγική πωλήσεων. Επιπρόσθετα, σύμφωνα με την Ανακοίνωση της Ε.Ε:

«19. Η κατηγορία «λοιπές εμπιστευτικές πληροφορίες» περιλαμβάνει πληροφορίες πέραν των επαγγελματικών μυστικών οι οποίες είναι δυνατόν να θεωρηθούν ως εμπιστευτικές ενόσω η αποκάλυψή τους θα μπορούσε να βλάψει ουσιωδώς ένα πρόσωπο ή επιχείρηση. Ανάλογα με τις συγκεκριμένες περιστάσεις κάθε υπόθεσης, τούτο μπορεί να ισχύει για πληροφορίες που παρέχονται από τρίτα μέρη για επιχειρήσεις οι οποίες είναι σε θέση να ασκήσουν πολύ μεγάλη οικονομική ή εμπορική πίεση στους ανταγωνιστές τους ή στους εμπορικούς εταίρους, πελάτες ή προμηθευτές τους.[...]»

Η Επιτροπή καθοδηγούμενη τόσο από την ενωσιακή νομολογία⁹⁶, όσο και από την Ανακοίνωση της Ε.Ε., στο πλαίσιο της κοινοποίησης των προκαταρκτικών της συμπερασμάτων ετοίμασε συνοπτική περιγραφή της ανάλυσης που πραγματοποιήθηκε στην οποία όμως δεν συμπεριλαμβάνονταν επιχειρηματικά απόρρητα και εμπιστευτικής φύσεως πληροφορίες την οποία απέστειλε στην καταγγέλλουσα εταιρεία. Ειδικότερα, επεξηγήθηκε η έκταση της έρευνας και τα διάφορα ζητήματα που προέκυψαν από τη συλλογή των αναγκαίων πληροφοριών

⁹⁶ T-17/93, *Matra-Hachette SA* κατά Επιτροπής, Συλλογή 1994, II-595, σκέψη 34.

καθώς και οι διευκρινίσεις που δόθηκαν από μέρους της MTN. Επίσης, δόθηκαν τα συμπεράσματα της Επιτροπής, χωρίς όμως να συμπεριληφθούν σ' αυτά επιχειρηματικά απόρρητα και εμπιστευτικής φύσεως πληροφορίες. Η Επιτροπή κρίνει πως, παρά τις απαλείψεις που έγιναν, καθίστατο αντιληπτή η θέση της, ώστε η εταιρεία να μπορέσει να εκφράσει απόψεις και σχόλια επί των προκαταρκτικών ως συμπερασμάτων.

Η Επιτροπή ακολούθως, αφού μελέτησε ενδελεχώς τα όσα προβλήθηκαν από την εταιρεία Microsat αναφορικά με την καταγγελλόμενη συμπεριφορά της MTN, επαναλαμβάνει πως σύμφωνα με πάγια Ευρωπαϊκή νομολογία, εμπίπτουν στις πρόνοιες του άρθρου 102 ΣΛΕΕ (αντίστοιχο με το άρθρο 6 του Νόμου), οι περιπτώσεις που οι τιμές είναι (α) κατώτερες από το μέσο μεταβλητό κόστος ή, (β) ανώτερες από το μέσο μεταβλητό κόστος αλλά κατώτερες από το συνολικό κόστος, συνοδευόμενες από στοιχεία που να υποδεικνύουν το σκοπό των ενεργειών της δεσποζουσας επιχείρησης, ήτοι τον εξοβελισμό των ανταγωνιστικών της εταιρειών. Νοείται ότι η μείωση, απλά, των τιμών και/ή η μείωση των εσόδων μιας εταιρείας δεν συνιστά παράβαση των προαναφερθέντων άρθρων.

Ως εκ τούτου, η Επιτροπή ενεργώντας στα πλαίσια της νομολογίας κατά την προκαταρκτική έρευνα ζήτησε από την MTN να επεξηγήσει τον τρόπο τιμολόγησης και κοστολόγησης των υπό αναφορά προσφορών. Η MTN με επιστολή της ημερομηνίας 24/1/2020, δήλωσε πως η υπηρεσία Bulk SMS δεν αποτελεί {...}.

Δεδομένης της δήλωσης της εταιρείας, γνωρίζοντας ότι για την ορθή ανάλυση του άρθρου 6 του Νόμου ως προαναφέρθηκε, ο διαχωρισμός του συνολικού κόστους (το οποίο διαχωρίζεται σε μεταβλητό και σε σταθερό) θα πρέπει να λάβει υπόψη όλα τα άμεσα αλλά και τα έμμεσα κόστη της εταιρείας, διαπιστώθηκε ότι στα στοιχεία που είχαν αποσταλεί από την εταιρεία MTN δεν συμπεριλήφθηκαν τα έμμεσα έξοδα. Ως εκ τούτου, στις 21/2/2020, η Υπηρεσία της Επιτροπής απέστειλε ερωτηματολόγιο στην MTN ζητώντας διευκρινήσεις σχετικά με τους διαγωνισμούς προς τον Δήμο Λακατάμιας για το 2016 και 2017 και συγκεκριμένα τους λόγους για τους οποίους οποιαδήποτε έμμεσα έξοδα που αφορούν την παροχή της εν λόγω υπηρεσίας δεν είχαν συμπεριληφθεί και ζητώντας από την εταιρεία να προσκομίσει τα έξοδα αυτά.

Η Επιτροπή επισημαίνει πως το γεγονός πως η εταιρεία κατά την εν λόγω περίοδο {...} αναφορικά με έξοδα και υπολογισμό κόστους δεν συνάγεται πως τα στοιχεία που δόθηκαν δεν είναι ορθά ούτε πως δεν υπάρχει «πρακτική δυνατότητα διάκρισης μεταξύ «συνολικού» και «μεταβλητού» κόστους» ως υποστήριξε η εταιρεία Microsat

με τις θέσεις της ημερομηνίας 28/4/2021.⁹⁷ Ως ανέφερε η ίδια η εταιρεία MTN, αυτό είναι ως αποτέλεσμα να μην είναι άμεσα διαθέσιμα τα στοιχεία τα οποία είχαν ζητηθεί από την Υπηρεσία και ως θα έπρεπε να δημιουργηθούν από τους λειτουργούς της εταιρείας με βάση διάφορες παραμέτρους και υποθέσεις (assumption).⁹⁸

Η Επιτροπή επί τούτου, παρατηρεί πως η MTN προχώρησε σε κατανομή του έμμεσου κόστους αναφέροντας στις 16/7/2020 ότι {...}, ο καταμερισμός των έμμεσων εξόδων στην υπηρεσία Bulk SMS υπολογίστηκε, {...}, στη βάση των εσόδων της υπηρεσίας Bulk SMS ως προς το σύνολο των συνολικών εισοδημάτων της εταιρείας κατά το 2016, ενώ δόθηκαν επεξηγήσεις αναφορικά με τα στοιχεία των έμμεσων εξόδων που υπολογίστηκαν.

Η Επιτροπή περαιτέρω επαναλαμβάνει πως σχετικά με τα άμεσα κόστη της εταιρείας, η κατηγοριοποίηση αυτών σε σταθερό και μεταβλητό έγινε από την MTN και δόθηκαν εξηγήσεις για το λόγο για τον οποίο κάποια από αυτά θεωρήθηκαν ως σταθερά. Ενδεικτικά αναφέρεται πως τα έξοδα προσωπικού θεωρήθηκαν σταθερά γιατί όπως ανέφερε η MTN «{...}»

Η Επιτροπή υπογραμμίζει και την αναφορά της MTN ότι «{...}»

Σε σχέση με την κατηγοριοποίηση όλων των έμμεσων εξόδων σε σταθερά, η Επιτροπή αναφέρει λαμβανομένου υπόψη του γεγονότος ότι εξ' όσων ανέφερε η MTN τα έσοδα της υπηρεσίας BULK SMS επί των συνολικών εσόδων της MTN ανέρχονται σε περίπου {...}% για τα έτη 2016 και 2017 αυτό υποστηρίζει την θέση της MTN ότι η υπηρεσία BULK SMS {...}. Η Επιτροπή σημειώνει ότι η παροχή ή μη της υπηρεσίας Bulk SMS δεν επηρεάζει το ύψος του έμμεσου κόστους.

Υπό το φως όλων των πιο πάνω, η Επιτροπή αποδέχτηκε το διαχωρισμό του συνολικού κόστους σε σταθερό και μεταβλητό και ως διαφάνηκε από την προηγηθείσα ανάλυση της Επιτροπής (Πίνακας 9), το περιθώριο μετά τα μεταβλητά έξοδα για 200,000 BULK SMS προς τρίτες εταιρείες που συμβάλλονται με την MTN ανερχόταν στα {...}%, ενώ το περιθώριο μετά τα μεταβλητά έξοδα για την προσφορά των 200,00 BULK SMS προς το Δήμο Λακατάμιας σε {...}%.

Συνακόλουθα, από την οικονομική ανάλυση που έχει προηγηθεί σε σχέση με την πιθανολογούμενη παράβαση του άρθρου 6(1)(α) του Νόμου και σε σχέση με την κατ' ισχυρισμό «επιθετική τιμολογιακή πολιτική» της MTN αναφορικά με την παροχή μαζικής αποστολής 200,000 γραπτών μηνυμάτων (Bulk SMS) προς το Δήμο Λακατάμιας, η Επιτροπή ομόφωνα διαπιστώνει πως η οικονομική προσφορά της

⁹⁷ Βλέπε επιστολή των νομικών συμβούλων της εταιρείας MTN ημερομηνίας 2/7/2020. Τόμος 3 ερ.285

⁹⁸ *ibid.*

MTN στο πλαίσιο του Διαγωνισμού του Δήμου Λακατάμιας ήταν χαμηλότερη από το συνολικό κόστος της MTN αλλά υψηλότερη από το μεταβλητό κόστος. Ειδικότερα, ως έχει αναφερθεί τα έσοδα από κάθε διαγωνισμό του Δήμου Λακατάμιας υπερβαίνουν το Μεταβλητό Κόστος κατά {...}%.

Συναφώς εξάγεται το συμπέρασμα πως η οικονομική προσφορά που δόθηκε από μέρους της MTN στο πλαίσιο του Διαγωνισμού του Δήμου Λακατάμιας δεν υπερέβαινε το ΜΜΕΚ (Μέσο Μακροπρόθεσμο Επαυξητικό Κόστος - LRAIC) της MTN, δεδομένου ότι στο ΜΜΕΚ εμπεριέχει και στοιχεία σταθερού κόστους πέραν των μεταβλητών κόστων. Συνακόλουθα, το έσοδο καλύπτει το ΜΜΚ, αλλά δεν κάλυπτε το συνολικό κόστος.

Υπό το φως των πιο πάνω δεδομένων, η Επιτροπή για σκοπούς αξιολόγησης της παρούσας υπόθεσης λαμβάνει καθοδήγηση από τις αποφάσεις του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης σε σχέση με την τεκμηρίωση της ύπαρξης αθέμιτης τιμολόγησης από μέρους της MTN ως αποτέλεσμα της ληστρικής τιμολόγησης των οικονομικών προσφορών που υπέβαλε στους Διαγωνισμούς με Αρ.Α46/2016 και Αρ. Α45/2017 του Δήμου Λακατάμιας για την παροχή 200,000 BULK SMS. Σύμφωνα με την πάγια ενωσιακή νομολογία, και δη την απόφαση του Δικαστηρίου στην υπόθεση AKZO, στην περίπτωση εξέτασης ληστρικής τιμολόγησης όταν τα αποτελέσματα της έρευνας δεικνύουν ότι η τιμή του προσφερόμενου προϊόντος ή υπηρεσιών είναι κατώτερη από το μέσο μεταβλητό κόστος, τότε αυτή η πρακτική θεωρείται *per se* παράβαση των κανόνων του δικαίου του ανταγωνισμού. Το σκεπτικό της θεωρίας αυτής στηρίζεται στο γεγονός, ότι εάν και εφόσον τέτοιες τιμολογιακές πρακτικές, συνοδεύονται και με χρονική διάρκεια, τότε με μαθηματική ακρίβεια, μακροπρόθεσμα, μια επιχείρηση θα αντιμετωπίσει τεράστιες οικονομικές δυσκολίες με αποτέλεσμα να χρεοκοπήσει. Συνεπώς, δεν υπάρχει οικονομική λογική για μια δεσπόζουσα επιχείρηση να πωλεί κάτω από το μέσο μεταβλητό κόστος (*below average variable cost*), εκτός από το να έχει στόχο να εξοβελίσει τους ανταγωνιστές της, ή να τους δημιουργήσει τέτοια προβλήματα που έστω και εάν καταφέρουν να παραμείνουν στην αγορά, να μην μπορούν να έχουν ουσιαστικό ρόλο σε αυτήν, με αποτέλεσμα να εξασθενήσουν οι συνθήκες του υγιούς ανταγωνισμού στη σχετική αγορά.

Το ΔΕΕ στην υπόθεση AKZO έκρινε επίσης πως οι τιμές που είναι κατώτερες από το μέσο συνολικό κόστος, αλλά ανώτερες από το μέσο μεταβλητό κόστος, πρέπει να θεωρούνται ως καταχρηστικές μόνο όταν μπορεί να αποδειχθεί η ύπαρξη σχεδίου εκτόπισης ενός ανταγωνιστή.⁹⁹ Κατά το Δικαστήριο οι τιμές κάτω του μέσου

⁹⁹ Υπόθεση C-62/86, Akzo κατά Επιτροπής, Συλλογή Νομολογίας του Δικαστηρίου 1991, σελ. I-3359, σκέψη 71 και 72.

συνολικού κόστους μπορεί να εκτοπίσουν εξίσου αποτελεσματικούς ανταγωνιστές, όταν αυτοί, λόγω των μικρότερων χρηματοδοτικών δυνατοτήτων που διαθέτουν, δεν μπορούν να αντιμετωπίσουν τον ανταγωνισμό που στρέφεται εναντίον τους.

Επί τούτου, η Επιτροπή σημειώνει τα όσα καταγράφονται στην απόφαση του Δικαστηρίου στην Προδικαστική υπόθεση C-209/10 *Post Denmark*, ημερομηνίας 27/3/2012, σύμφωνα με την οποία «[...] η πολιτική χαμηλών τιμών που εφαρμόζεται από κατέχουσα δεσπόζουσα επιχείρηση προς ορισμένους σημαντικούς πρώην πελάτες ανταγωνιστή δεν μπορεί να θεωρηθεί ως καταχρηστικής πρακτική εκτοπίσεως απλώς και μόνο επειδή η τιμή που προσφέρθηκε προς έναν από τους πελάτες αυτούς ήταν χαμηλότερη από το συνολικό κόστος της οικείας δραστηριότητας, υψηλότερη όμως από το μέσο αυξητικό κόστος της εν λόγω δραστηριότητας όπως το κόστος αυτό εκτιμήθηκε στη διαδικασία από την οποία προέκυψε η διαφορά της κυρίας δίκης. Προκειμένου να εκτιμηθεί η ύπαρξη επιπτώσεων σε βάρος του ανταγωνισμού υπό τις περιστάσεις αυτές, πρέπει να εξεταστεί εάν αυτή η πολιτική τιμών, η οποία δεν δικαιολογείται αντικειμενικά έχει ως αποτέλεσμα την πραγματική ή πιθανή εκτόπιση του εν λόγω ανταγωνιστή, επί ζημίας της λειτουργίας του ανταγωνισμού και ως εκ τούτου των συμφερόντων των καταναλωτών.»

Η Επιτροπή επισημαίνει επίσης και τα όσα καταγράφονται στο Ανακοίνωση της Επιτροπής — Κατευθύνσεις σχετικά με τις προτεραιότητες της Επιτροπής κατά τον έλεγχο της εφαρμογής του άρθρου 82 της συνθήκης ΕΚ σε καταχρηστικές συμπεριφορές αποκλεισμού που υιοθετούν δεσπόζουσες επιχειρήσεις.¹⁰⁰

«63. [...] η Επιτροπή θα παρεμβαίνει γενικά όταν υπάρχουν στοιχεία που αποδεικνύουν ότι μία δεσπόζουσα επιχείρηση ασκεί τακτική εξόντωσης υφιστάμενη οικειοθελώς ζημίες ή αποπιοιούμενη κέρδη σε βραχυπρόθεσμη βάση (τακτική αποκαλούμενη στο εξής «θυσία»), προκειμένου να προκαλέσει το βέβαιο ή πιθανό αποκλεισμό ενός ή περισσοτέρων από τους πραγματικούς ή δυνητικούς ανταγωνιστές της, με σκοπό να ενισχύσει ή να διατηρήσει την ισχύ της στην αγορά, βλάπτοντας κατ' αυτό τον τρόπο τους καταναλωτές.»¹⁰¹

¹⁰⁰ Ανακοίνωση της Επιτροπής — Κατευθύνσεις σχετικά με τις προτεραιότητες της Επιτροπής κατά τον έλεγχο της εφαρμογής του άρθρου 82 της συνθήκης ΕΚ σε καταχρηστικές συμπεριφορές αποκλεισμού που υιοθετούν δεσπόζουσες επιχειρήσεις (Κείμενο που παρουσιάζει ενδιαφέρον για τον ΕΟΧ) (2009/C 45/02)παρ.

¹⁰¹ Σύμφωνα με την υποσημείωση 39 της Ανακοίνωσης της Ευρωπαϊκής Επιτροπής (βλέπε υποσημείωση 90) «Η Επιτροπή θα εξετάζει ενδεχομένως και τις πρακτικές εξόντωσης που εφαρμόζουν δεσπόζουσες επιχειρήσεις σε δευτερεύουσες αγορές στις οποίες δεν κατέχουν ακόμη δεσπόζουσα θέση. Συγκεκριμένα, η Επιτροπή είναι πιθανότερο να διαπιστώσει την ύπαρξη τέτοιας κατάχρησης σε τομείς στους οποίους οι δραστηριότητες προστατεύονται από νομικό μονοπώλιο. Μολονότι η δεσπόζουσα επιχείρηση δεν χρειάζεται να ακολουθήσει τακτική εξόντωσης για να προστατεύσει τη δεσπόζουσα θέση της στην αγορά που προστατεύεται από το νομικό μονοπώλιο, ενδέχεται να χρησιμοποιήσει τα κέρδη που αποκομίζει στην αγορά του μονοπωλίου για να διεπιδιώξει τις δραστηριότητές της σε άλλη αγορά απειλώντας, κατ' αυτό τον τρόπο, να εξαλείψει τον αποτελεσματικό ανταγωνισμό στην εν λόγω άλλη αγορά.»

Σε σχέση με το ζήτημα αυτό, η εταιρεία Microsat κατά την υποβολή των θέσεων της επί των προκαταρκτικών συμπερασμάτων της Επιτροπής, μεταξύ άλλων, υποστήριξε πως: «*Η προκαταρκτική, ωστόσο, αντίληψη ή αίσθηση της Επιτροπής ότι μια τέτοια ξεκάθαρη τιμολόγηση κάτω από τη χονδρική τιμή τερματισμού γραπτών μηνυμάτων «δεν φαίνεται να αποσκοπούσε στην προστασία ή ενδυνάμωση της δεσπόζουσας θέσης που κατέχει στο δίκτυο [...] δεδομένου ότι σ' αυτό κατέχει μονοπώλιο, ήτοι δεν υπάρχουν υποκατάστατα» είναι εσφαλμένη αλλά και εξόχως ανησυχητική εάν υπερισχύσει ή παγιωθεί.*

Η Microsat υποστήριξε πως ως κατέχουσα μονοπωλιακής θέσης στην εν λόγω αγορά, η MTN οφείλει να υπόκειται και να εξετάζεται από την Επιτροπή με τα πιο αυστηρά κριτήρια αποφυγής αντι-ανταγωνιστικών συμπεριφορών ή συμπεριφορών δυνάμενων να ευνοήσουν μελλοντικά την ανάπτυξη αντι-ανταγωνιστικών συνθηκών στην αγορά, είτε αυτή είναι upstream είτε downstream αγορά, όπως εν προκειμένω η αγορά των Bulk SMS. Είναι ακριβώς συνεπεία της έλλειψης υποκατάστατων που επιβάλλεται να καθορίζεται και να εφαρμόζεται με πλήρη διαφάνεια και ίσους εμπορικούς όρους, η τιμολογιακή πολιτική των παροχών δικτύων κινητής τηλεφωνίας προς επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στη διακριτή αγορά της υπηρεσίας μαζικής αποστολής γραπτών μηνυμάτων (Bulk SMS).

Περαιτέρω, η εταιρεία Microsat, δήλωσε ότι το προκαταρκτικό συμπέρασμα της Επιτροπής είναι ασαφές και χρήζει περισσότερων και /ή καλύτερων διευκρινίσεων από την Επιτροπή.

Η Επιτροπή, αφού μελέτησε με προσοχή τα όσα υποστηρίχθηκαν και αναλύθηκαν από την εταιρεία Microsat στην επιστολή της ημερομηνίας 28/4/2021, εξέτασε την πτυχή αυτή της συμπεριφοράς της MTN, σε συνάρτηση με το περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου της υπόθεσης και στη βάση της ενωσιακής νομολογίας, για να διαπιστώσει κατά πόσο στοιχειοθετείται παράβαση του άρθρου 6(1)(α) του Νόμου ως αποτέλεσμα της ληστρικής τιμολόγησης των οικονομικών προφορών που υπέβαλε στους διαγωνισμούς με Αρ. Α46/2016 και Αρ. Α45/2017, του Δήμου Λακατάμιας για την παροχή 200,000 BULK SMS σε έκαστο διαγωνισμό που αφορούσαν το θεσμό του Παρατηρητή της Γειτονιάς.

Η Επιτροπή υπογραμμίζει πως το κρίσιμο στοιχείο για το χαρακτηρισμό μιας συμπεριφοράς ως καταχρηστικής αποτελεί η ίδια η συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης «αντικειμενικώς λαμβανόμενη» και όχι τα κίνητρα ή ο σκοπός της,¹⁰² τα

¹⁰² Υπόθεση T-65/89, *BPB Industries Plc και British Gypsum Ltd κατά Επιτροπής*, Συλλ. 1993 σ. II-389, παρ. 69-70.

οποία συνιστούν απλώς ελαφρυντικό ή επιβαρυντικό παράγοντα. Το αντίθετο στον ανταγωνισμό αποτέλεσμα της οικείας πρακτικής στην αγορά πρέπει να υπάρχει, αλλά δεν πρέπει οπωσδήποτε να είναι συγκεκριμένο, καθόσον αρκεί η απόδειξη της δυνητικής υπέρξεως αντίθετου στον ανταγωνισμό αποτελέσματος ικανού να αποκλείσει τους ανταγωνιστές που είναι τουλάχιστον εξίσου αποτελεσματικοί με την κατέχουσα δεσπόμενη θέση επιχείρηση.¹⁰³ Κατά συνέπεια η πρόθεση μιας επιχείρησης θεμελιώνεται όχι μόνο σε υποκειμενικά στοιχεία, αλλά και σε αντικειμενικά στοιχεία που σχετίζονται με τις πράξεις της δεσπόμενης επιχείρησης. Σ' αυτά συγκαταλέγονται μεταξύ άλλων, το εύρος της υποτιμολόγησης, η επιλεκτικότητα στη στόχευση πελατείας των ανταγωνιστών, η εξέλιξη στο μερίδιο αγοράς.¹⁰⁴ Επίσης, το Γενικό Δικαστήριο στην υπόθεση Tetra Pak, έκρινε πως η πρόθεση εκτοπισμού του ανταγωνιστή προέκυπτε από μια σειρά ενδείξεων, όπως η διάρκεια, η σταθερότητα και το εύρος των πωλήσεων με ζημία.¹⁰⁵

Σε σχέση με το ζήτημα αυτό, η Επιτροπή αρχικά εξέτασε τη δομή των σχετικών αγορών που αφορούν το αντικείμενο της παρούσας καταγγελίας. Η Επιτροπή εν πρώτοις παρατηρεί πως η υπηρεσία μαζικής αποστολής μηνυμάτων (Bulk SMS) δεν αποτελεί αναπόσπαστο μέρος των υπηρεσιών λιανικής κινητής τηλεφωνίας, αφενός γιατί η εν λόγω υπηρεσία δεν αποτελεί μια εκ της ελάχιστης δέσμης υπηρεσιών που παρέχονται στους συνδρομητές και αφετέρου δεν απευθύνεται στους συνδρομητές λιανικής τηλεφωνίας. Η υπηρεσία μαζικής αποστολής μηνυμάτων (Bulk SMS) είναι σχεδιασμένη να παρέχει τη δυνατότητα σε μια εταιρεία να στέλνει μηνύματα (SMS) σε πολλαπλούς συνδρομητές των δικτύων κινητής τηλεφωνίας και οι συνδρομητές να λαμβάνουν τα μηνύματα.

Επιπρόσθετα, από τα στοιχεία της προκαταρκτικής έρευνας και τις διάφορες αναλύσεις που έχουν πραγματοποιηθεί, ήτοι αναλύσεις και συγκρίσεις των ετήσιων αριθμών Bulk SMS από την ΑΤΗΚ και την ΜΤΝ, για τα έτη 2013-2017, καθώς και σύγκριση συνολικού ετήσιου αριθμού Bulk SMS της Microsat και της ΜΤΝ, η Επιτροπή κρίνει πως δεν έχει αποδειχθεί ότι η ΜΤΝ κατέχει σημαντική ισχύ έναντι των ανταγωνιστών της στη σχετική αγορά που να την καθιστά κατέχουσα δεσπόμενη θέση στις υπηρεσίες μαζικής αποστολής μηνυμάτων (Bulk SMS), είτε σε χονδρικό είτε σε λιανικό επίπεδο, εφόσον ο αριθμός μηνυμάτων BULK SMS που

¹⁰³ Τ 398/07, Βασίλειο της Ισπανίας κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής, ECLI:EU:T:2012:173, παρ. 90, βλέπε επίσης απόφαση TeliaSonera, C-52/09, TeliaSonera, Συλλογή 2011, σ. I-527 σκέψη 51 και σκέψη 64

¹⁰⁴ Βλέπε «Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού» Δημήτριος Ν. Τζουγανάτος, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σελ 659.

¹⁰⁵ Βλέπε Απόφαση C-333/94 P, Tetra Pak κατά Επιτροπής Συλλογή Νομολογίας του Δικαστηρίου 1996, ECR I-5951, σκέψη 151.

πώλησε η MTN το 2016 και 2017 ήταν κατά πολύ μικρότερος τόσο από τον αριθμό μηνυμάτων BULK SMS που πωλήθηκαν από την ΑΤΗΚ όσο και από την Microsat.

Περαιτέρω, σε ότι αφορά τις υπηρεσίες λιανικής κινητής τηλεφωνίας, η Επιτροπή παρατηρεί πως σύμφωνα με τα δημοσιευμένα στοιχεία του παρατηρητηρίου αγοράς του ΓΕΡΗΕΤ, από το έτος έναρξης των δραστηριοτήτων της MTN μέχρι και το 2017 το μερίδιο αγοράς της MTN στη λιανική κινητή τηλεφωνία αυξανόταν συνεχώς και το Δεκέμβριο του 2017 έφθασε στο 35.46%. Παρά ταύτα, την περίοδο 2012 έως 2017, η ΑΤΗΚ διατήρησε την πρώτη θέση παρόλο που το μερίδιο αγοράς της μειώθηκε από 69,88% το Δεκέμβριο του 2012 σε 54.33% το Δεκέμβριο του 2017. Η δε Primetel κατάφερε κατά την περίοδο 2012-2017 να αυξήσει το μερίδιο αγοράς της από 1,96% το Δεκέμβριο του 2012 σε 9,32% το Δεκέμβριο του 2017, ενώ η Cablenet τον Δεκέμβριο του 2017 είχε μερίδιο αγοράς μόλις 0,89%.

Συνεπώς, στη μοναδική σχετική αγορά που έχει διαπιστωθεί πως η MTN κατέχει δεσπόζουσα θέση, είναι αυτή του δικτύου κινητής της επικοινωνίας, και κατ' επέκταση στις χονδρικές υπηρεσίες τερματισμού γραπτών μηνυμάτων.

Η Επιτροπή ακολούθως εξετάζοντας τη διάρκεια και την έκταση της υπό εξέταση τιμολόγησης, σημειώνει ότι αυτή αφορούσε δυο διαγωνισμούς του Δήμου Λακατάμιας, που πραγματοποιήθηκαν 2016 και ένας 2017 και συνεπώς δεν αφορούσε την καθολική τιμολόγηση των υπηρεσιών BULK SMS, ήτοι την τιμολόγηση προς όλους τους πελάτες της σε όλη την επικράτεια της Κυπριακής Δημοκρατίας.

Η Επιτροπή σημειώνει επίσης, ότι η Υπηρεσία ζήτησε από την MTN να αναφέρει τυχόν άλλους διαγωνισμούς για τους οποίους υπέβαλε προσφορές ώστε να διαφανεί η έκταση της υπό εξέταση συμπεριφοράς. Η εταιρεία MTN με επιστολή της ημερομηνίας 24/1/2020, δήλωσε πως την περίοδο 2016 και 2017 είχε επίσης υποβάλει προσφορά περί το Φεβρουάριο του 2016 στο πλαίσιο διαγωνισμού της Αρχής Ηλεκτρισμού Κύπρου για 1 εκατομμύριο SMS, καθώς και στο Τμήμα Οδικών Μεταφορών περί το Μάρτιο 2017 για 650,000 SMS. Για κανένα από τους δύο προαναφερόμενους διαγωνισμούς η MTN δεν προχώρησε στην παροχή της υπηρεσίας παρόλο που της είχαν κατακυρωθεί οι διαγωνισμοί {...}.

Επομένως, η MTN από τη δραστηριοποίηση της για χρονική περίοδο δύο ετών στην αγορά παροχής υπηρεσιών μαζικής αποστολής μηνυμάτων BULK SMS σε σχέση με την υποβληθείσα καταγγελία, συνολικά αποκόμισε έσοδα μόνο ύψους €{...}, ενώ ενδιαφέρθηκε να συμμετάσχει μόνο σε 4 διαγωνισμούς.

Περαιτέρω, η Επιτροπή εξέτασε κατά πόσο η υπηρεσία BULK SMS αποτελούσε μια ουσιαστική υπηρεσία για την εταιρεία MTN ή μια νέα υπηρεσία στην οποία θα

ήθελε να εδραιωθεί στην αγορά στη βάση των στοιχείων πωλήσεων της εταιρείας. Η Επιτροπή επί τούτου, διαπιστώνει πως η MTN στο πλαίσιο της προκαταρκτικής έρευνας δήλωσε πως ο κύκλος εργασιών της από πωλήσεις Bulk SMS, κατά τα έτη 2015, 2016 και 2017, ήταν €{...}, €{...} και €{...}, αντίστοιχα, ενώ ο συνολικός κύκλος εργασιών της MTN κατά την ίδια περίοδο, ήταν περίπου €{...}. Επομένως, συνάγεται ότι οι πωλήσεις της MTN όσον αφορά την παροχή υπηρεσιών Bulk SMS, κατά τα έτη 2015, 2016 και 2017, αποτελούσαν μόνο περί το {...}%, {...}% και {...}% του συνολικού της κύκλου εργασιών, αντίστοιχα.

Περαιτέρω, η Επιτροπή στο πλαίσιο της αξιολόγησης της πρόθεσης, κρίνει σημαντικό να σημειωθεί πως κατά τα έτη 2015, 2016 και 2017, ο ετήσιος αριθμός Bulk SMS που πώλησε η MTN ανερχόταν στα {...}, {...} και {...}, αντίστοιχα. Η Επιτροπή παρατηρεί πως κατά την ίδια περίοδο, ο ετήσιος αριθμός Bulk SMS που πώλησε η Microsat ανερχόταν αντίστοιχα στα {...}, {...} και {...}, δηλαδή υπάρχει μια αυξητική τάση. Συνεπώς, παρατηρείται πως ο ετήσιος αριθμός Bulk SMS που πώλησε η Microsat σε σχέση με την MTN κατά το έτος 2016 ήταν {...} από την MTN, ενώ κατά το έτος 2017 ήταν μεγαλύτερος από {...}, ήτοι, {...} φορές ο ετήσιος αριθμός Bulk SMS της MTN. Επίσης, η Επιτροπή παρατηρεί πως κατά τα έτη 2016-2017 τα οποία αφορούν οι διαγωνισμοί για τους οποίους υποβλήθηκε η καταγγελία η Microsat είχε αύξηση στις πωλήσεις της σε σχέση με αυτές της MTN, συνεπώς δεν μπορεί να τεκμηριωθεί ότι η συμπεριφορά της MTN, λαμβανομένου υπόψη ότι ήταν περιορισμένη, επηρέασε αρνητικά τις πωλήσεις της εταιρείας Microsat.

Σε ότι αφορά τη θέση της εταιρείας Microsat πως η τιμή ανά SMS της MTN για τους εν λόγω Διαγωνισμούς ήταν χαμηλότερη από το χονδρικό τέλος τερματισμού γραπτών μηνυμάτων SMS, η Επιτροπή σημειώνει ότι το κόστος της MTN για τον τερματισμό των μηνυμάτων στο δικό της δίκτυο όσο και το κόστος τερματισμού της ΑΤΗΚ αποφασίζεται από κοινού από τις εταιρείες στο πλαίσιο μιας ευρύτερης εμπορικής συμφωνίας που αφορά τις υπηρεσίες διασύνδεσης¹⁰⁶, οπότε ενδέχεται να μην είναι κοστοστρεφές εφόσον, ενέχει το κριτήριο της διαπραγματεύσεως. Είναι γι' αυτό που η Επιτροπή κρίνει πως δεδομένου των διαφορετικών συνθηκών που υποβλήθηκαν οι υπό αναφορά τιμές, δηλαδή σε διαγωνισμούς με κριτήριο επιλογής συγκεκριμένο αριθμό γραπτών μηνυμάτων SMS και τη χαμηλότερη οικονομική προσφορά, είναι ορθότερο η αξιολόγηση της τιμολόγησης της MTN να αξιολογηθεί κατόπιν κοστολογικής ανάλυσης τόσο του προϊόντος BULK SMS, όσο και των προσφορών προς το Δήμο παρά να γίνει μια απλή σύγκριση τιμών του χονδρικού τέλους τερματισμού γραπτών μηνυμάτων και του τέλους των BULK SMS στους συγκεκριμένους διαγωνισμών. Η Επιτροπή επισημαίνει πως η πρακτική αυτή

¹⁰⁶ Βλέπε σχετικά http://www.cytawholesale.com.cy/el/file/0dRUvsUrDAfGpdeP_+CepQ==/

υποστηρίζεται από την ενωσιακή νομολογία, αφού και το ΔΕΕ στην υπόθεση Teliasonera, η οποία αφορούσε προδικαστικά ερωτήματα σουηδικού δικαστηρίου, ανέφερε ότι λαμβάνονται υπόψη οι τιμές και το κόστος της δεσπόζουσας επιχείρησης για τη διαπίστωση καταχρηστικής συμπεριφοράς.¹⁰⁷

Πέραν των όσων έχουν αναφερθεί ανωτέρω, η Επιτροπή συνεκτίμησε το γεγονός πως οι δύο εταιρείες, ήτοι οι MTN και Microsat, δεν είχαν οποιαδήποτε συμβατική σχέση, εφόσον η τελευταία αγόραζε υπηρεσίες BULK SMS από την ΑΤΗΚ. Η συζήτηση για ενδεχόμενη συνεργασία είχε λάβει χώρα το 2013, πολύ πριν από την προκήρυξη των υπό εξέταση διαγωνισμών. Συνακόλουθα, η σχέση μεταξύ της Microsat και της MTN ήταν έμμεση λόγω του χονδρικού τέλους τερματισμού SMS που χρεώνει η MTN στην ΑΤΗΚ, με την οποία η Microsat διατηρεί συμβατική σχέση σε ότι αφορά την αγορά BULK SMS. Με αυτό το δεδομένο, η MTN εύλογα δεν γνώριζε την τιμή που η Microsat αγόρασε τα Bulk SMS από την ΑΤΗΚ, ώστε να τεκμηριωθεί η πρόθεση εκτοπισμού της από την ΑΤΗΚ.

Στην προκειμένη περίπτωση, η ενέργεια της MTN να προσφέρει στους διαγωνισμούς του Δήμου Λακατάμιας με Αρ. Α46/2016 και Αρ. Α45/2017, για την αγορά πακέτου SMS για στήριξη του Θεσμού του Παρατηρητή της Γειτονιάς, τιμή €{...}ανά SMS (€{...}/200,000SMS), που είναι πιο κάτω από τη χονδρική τιμή τερματισμού γραπτών μηνυμάτων στο δίκτυο της, ήτοι €{...}, δεν φαίνεται να αποσκοπούσε στην «προστασία» ή «ενδυνάμωση» της δεσπόζουσας θέσης που κατέχει στο δίκτυο της, αφού η παρουσία της ή μη στην αγορά σε λιανικό ή χονδρικό επίπεδο παροχής υπηρεσιών Bulk SMS δεν διαφοροποιεί ή ενδυναμώνει την ισχύ που κατέχει στο δίκτυο κινητής τηλεφωνίας της, δεδομένου ότι σ' αυτό κατέχει μονοπώλιο, και δεν υπάρχουν υποκατάστατα. Περαιτέρω, λαμβανομένου υπόψη πως οι υπηρεσίες μαζικής αποστολής γραπτών μηνυμάτων (BULK SMS) αποτελούν ξεχωριστή αγορά από τη λιανική κινητή τηλεφωνία και οι δύο αυτές υπηρεσίες έχουν διαφορετικά χαρακτηριστικά και σκοπό δεν μπορεί να τεκμηριωθεί πως η ενδυνάμωση της θέσης της MTN στην αγορά των υπηρεσιών μαζικής αποστολής γραπτών μηνυμάτων (BULK SMS), ενδέχεται να τη βοηθήσει να ενδυναμώσει την παρουσία της στη λιανική κινητή τηλεφωνία.

Τέλος, εξετάζοντας την συμπεριφορά της MTN στη χονδρική πώληση υπηρεσιών μαζικής αποστολής μηνυμάτων (Bulk SMS), και λαμβανομένων υπόψη των πωλήσεων της MTN στις εν λόγω υπηρεσίες ως καταγράφονται, καθώς και του ετήσιου αριθμού των μηνυμάτων BULK SMS που πώλησε την υπό αναφορά περίοδο σε σύγκριση με αυτό που πωλούσαν οι ανταγωνιστές της, που είναι κατά πολύ μικρότερος, δεν τεκμηριώνεται αλλά ούτε πιθανολογείται αποκλεισμός ενός ή

¹⁰⁷ Απόφαση Δικαστηρίου Telia Sonera.

περισσοτέρων από τους πραγματικούς ή δυνητικούς ανταγωνιστές της, με σκοπό να ενισχύσει ή να διατηρήσει την ισχύ της στην αγορά, βλάπτοντας κατ' αυτό τον τρόπο τους καταναλωτές.

Συνακόλουθα, δεν μπορεί να πιθανολογηθεί προσπάθεια από μέρους της MTN για εκτοπισμό των ανταγωνιστών της από την αγορά της λιανικής πώλησης υπηρεσιών μαζικής αποστολής μηνυμάτων (Bulk SMS).

Η παρούσα υπόθεση, αφορά ουσιαστικά δύο περιπτώσεις στις οποίες η καταγγελλόμενη MTN, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της καταγγέλλουσας, προέβη σε κατ' ισχυρισμό υποτιμολόγηση των υπηρεσιών Bulk SMS σε λιανικό επίπεδο. Ως εκ τούτου, η καταγγελία αφορά την ανταγωνιστική σχέση σε λιανικό επίπεδο μεταξύ των Microsat και MTN, αφού η Microsat έχει συμβατική σχέση βάσει σχετικής συμφωνίας μόνο με την ΑΤΗΚ. Πέραν αυτού, η MTN στην ουσία χρέωνε μόνο μια τιμή, αυτή προς το Δήμο Λακατάμιας και δεν μπορούσε να γνωρίζει τις τιμές που χρεώνει η ΑΤΗΚ στους πελάτες της για αγορά BULK SMS και το ύψος του χονδρικού τέλους τερματισμού.

Η Επιτροπή περαιτέρω κρίνει ότι η υποβολή προσφοράς σε 4 διαγωνισμούς συνολικά, ήτοι, οι διαγωνισμοί της ΑΗΚ (Φεβρουάριος 2016) και ΤΟΜ (Μάρτιος 2017) τους οποίους δεν εκτέλεσε η MTN, καθώς επίσης οι δύο διαγωνισμοί του Δήμου Λακατάμιας (2016 και 2017), για παροχή υπηρεσιών μαζικής αποστολής μηνυμάτων (BULK SMS), αγορά στην οποία δεν κατέχει δεσπόζουσα θέση η καταγγελλόμενη, σε διάστημα 2 ετών, κατά τα έτη 2016-2017, για μικρό ποσό εσόδου, δεν δείχνει τακτική εξόντωσης από την MTN, υφιστάμενη οικειοθελώς ζημίες ή αποποιοούμενη κέρδη σε βραχυπρόθεσμη βάση (τακτική αποκαλούμενη στο εξής «θυσία»), προκειμένου να προκαλέσει το βέβαιο ή πιθανό αποκλεισμό ενός ή περισσοτέρων από τους πραγματικούς ή δυνητικούς ανταγωνιστές της, με σκοπό να ενισχύσει ή να διατηρήσει την ισχύ της στην αγορά, βλάπτοντας κατ' αυτό τον τρόπο τους καταναλωτές.

Συνακόλουθα, η Επιτροπή ομόφωνα αποφασίζει πως στη βάση όλων των ενώπιον της στοιχείων και δεδομένων και σύμφωνα με τη σχετική νομολογία που αφορά επιθετική τιμολόγηση, δεν στοιχειοθετείται παράβαση του άρθρου 6(1)(α) του Νόμου ως αποτέλεσμα της τιμολόγησης της των οικονομικών προσφορών της MTN στους διαγωνισμούς του Δήμου Λακατάμιας με αρ. Α46/2016 και Αρ. Α45/2017.

6.4. Άρθρο 3 του Νόμου

Το άρθρο 3(1) του Νόμου ορίζει ότι: «Τηρουμένων των διατάξεων των άρθρων 4 και 5, απαγορεύονται όλες οι συμφωνίες μεταξύ επιχειρήσεων, όλες οι αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων και κάθε εναρμονισμένη πρακτική, που έχουν ως αντικείμενο ή αποτέλεσμα την παρακώλυση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού εντός της Δημοκρατίας, ιδίως εκείνες οι οποίες συνίστανται –

(α) στον άμεσο ή έμμεσο καθορισμό των τιμών αγοράς ή πώλησης ή άλλων όρων συναλλαγής

(β) στον περιορισμό ή στον έλεγχο της παραγωγής, της διάθεσης, της τεχνολογικής ανάπτυξης ή των επενδύσεων

(γ) στη γεωγραφική ή άλλη κατανομή των αγορών ή των πηγών προμήθειας

(δ) στην εφαρμογή ανόμοιων όρων για ισοδύναμες συναλλαγές, με συνέπεια ορισμένες επιχειρήσεις να τίθενται σε μειονεκτική στον ανταγωνισμό θέση

(ε) στην εξάρτηση της σύναψης συμφωνιών από την αποδοχή από μέρους των αντισυμβαλλόμενων πρόσθετων υποχρεώσεων, οι οποίες, κατά τη φύση τους ή σύμφωνα με τις κρατούσες εμπορικές συνήθειες, δε συνδέονται με το αντικείμενο των συμφωνιών αυτών».

Η Microsat στην προκειμένη περίπτωση, επικαλέστηκε ενδεχόμενη παράβαση του άρθρου 3 του Νόμου, για να καλύψει, όπως η ίδια αναφέρει, την περίπτωση στην οποία συντρέχει πέραν από κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης από μέρους της MTN, περίπτωση παράνομης σύμπραξης της MTN με την ΑΤΗΚ, σημειώνοντας παρά όλα αυτά ότι η καταγγελία η οποία απευθύνεται μόνο εις βάρος της MTN, βασίζεται στο γεγονός της υποτιμολόγησης και της πώλησης Bulk SMS κάτω του κόστους από μέρους της MTN, με σημείο αναφοράς την ενιαία τιμολόγηση που δημοσίως αναγγέλλει ότι εφαρμόζει η ΑΤΗΚ έναντι όλων (ήτοι €{...} χωρίς ΦΠΑ). Εάν ωστόσο, η ΑΤΗΚ επιλεκτικά και προνομιακά συμπράττει ή έχει συμπράξει με την MTN έτσι ώστε η τιμή που δίδει στην MTN να είναι χαμηλότερη από αυτή που δίδει στη Microsat (ήτοι εφαρμογή ανόμοιων όρων για ισοδύναμες συναλλαγές), η ίδια επισημαίνει ότι κάτι τέτοιο δεν είναι εις γνώση της, αλλά εάν όντως συντρέχει προφανώς τη φέρει σε ακόμη δυσμενέστερη θέση στον ανταγωνισμό.

Η Επιτροπή εν πρώτοις σημειώνει ότι η καταγγελία της εταιρείας Microsat στρέφεται μόνο εναντίον της εταιρείας MTN και όχι της ΑΤΗΚ, ως θα έπρεπε σε περίπτωση εξέτασης ενδεχόμενης παράβασης του άρθρου 3 του Νόμου.

Σε κάθε περίπτωση, σε σχέση με τους εν λόγω ισχυρισμούς, η Επιτροπή σημειώνει ότι η Υπηρεσία, ως αναφέρθηκε ανωτέρω, ζήτησε από την ΑΤΗΚ όπως παραχωρήσει τα τέλη τερματισμού μηνυμάτων τόσο της ίδιας, όσο και της MTN και Primetel, κατά την περίοδο 2014-2017, αλλά και να ξεκαθαρίσει κατά πόσον υπάρχουν ειδικές ή/και διαφορετικές χρεώσεις αναφορικά με τα τέλη τερματισμού για τα Bulk SMS.

Η ΑΤΗΚ σε απάντηση της¹⁰⁸, ανέφερε ότι τα τέλη τερματισμού SMS (χονδρικά, χωρίς ΦΠΑ) των ΑΤΗΚ, MTN και Primetel κατά την περίοδο 2014-2017, ήταν €{...}, €{...} και €{...}, αντίστοιχα. Περαιτέρω σημείωσε ότι δεν υπάρχουν διαφορετικές χρεώσεις αναφορικά με τα τέλη τερματισμού για τα Bulk SMS.

Η Επιτροπή σημειώνει πως η εταιρεία Microsat με τις γραπτές της θέσεις ημερομηνίας 28/4/2021 δεν διαφώνησε με τις διαπιστώσεις και το προκαταρκτικό συμπέρασμα της Επιτροπής ότι δεν υφίστανται οποιαδήποτε αποδεικτικά στοιχεία ότι η ΑΤΗΚ με την MTN έχουν προχωρήσει σε οποιαδήποτε παράνομη σύμπραξη για ειδική τιμή όσον αφορά τα τέλη τερματισμού μηνυμάτων, εις βάρος της Microsat.

Επομένως, η Επιτροπή ομόφωνα αποφασίζει πως δεν υφίστανται οποιαδήποτε αποδεικτικά στοιχεία ότι η ΑΤΗΚ με την MTN έχουν προχωρήσει σε οποιαδήποτε παράνομη σύμπραξη για τον καθορισμό ειδικής τιμής όσον αφορά τα τέλη τερματισμού μηνυμάτων, εις βάρος της Microsat. Λαμβανομένης υπόψη της γενικότητας των ισχυρισμών στην υποβληθείσα καταγγελία καθώς και του γεγονότος ότι η ΑΤΗΚ δεν καταγγέλλεται, η Επιτροπή ομόφωνα αποφασίζει ότι δεν στοιχειοθετείται παράβαση του άρθρου 3 του Νόμου.

7. ΚΑΤΑΛΗΞΗ

Η Επιτροπή αφού αξιολόγησε όλα τα ενώπιον της στοιχεία και δεδομένα και στη βάση της δέουσας προκαταρκτικής έρευνας που διενεργήθηκε και συνεκτιμώντας τις θέσεις της εταιρείας Microsat ημερομηνίας 28/4/2021, ομόφωνα αποφασίζει ότι:

(α) δεν έχει στοιχειοθετηθεί παράβαση του άρθρου 6(1)(α) του Νόμου αναφορικά με την τιμολόγηση των οικονομικών προσφορών της MTN στους διαγωνισμούς του Δήμου Λακατάμιας με αρ. Α46/2016 και Αρ. Α45/2017.

(β) δεν στοιχειοθετείται παράβαση του άρθρου 3 του Νόμου από μέρους της MTN και της ΑΤΗΚ αναφορικά με τον ισχυρισμό περί παράνομης σύμπραξης για τον καθορισμό ειδικής τιμής όσον αφορά τα τέλη τερματισμού μηνυμάτων, εις βάρος της Microsat.

¹⁰⁸ Βλ. επιστολή ημερομηνίας 8/6/2018.

Λαμβανομένης υπόψη της μη στοιχειοθέτησης παράβασης για τα άρθρα 3 και 6 του Νόμου, δεν καθίσταται αναγκαία και παρέλκει η εξέταση εφαρμογής των άρθρων 101 και / ή 102 της ΣΛΕΕ.¹⁰⁹

Λουκία Χριστοδούλου

Πρόεδρος

Επιτροπής Προστασίας του Ανταγωνισμού

¹⁰⁹ Βλέπε απόφαση ΔΕΕ ημερομηνίας 3/5/2011 στην υπόθεση C-375/09 Prezes Urzedu Ochrony Konkurencji i Konsumentow v Tele2Polska sp.z.o.o now Netia SA.