



ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΤΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ



ΟΙ ΠΕΡΙ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΤΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΝΟΜΟΙ ΤΟΥ 1989 ΜΕΧΡΙ (αρ.2) ΤΟΥ 2000

Καταγγελία της εταιρείας Golden Telemedia Ltd εναντίον της Αρχής Τηλεπικοινωνιών Κύπρου για πιθανή παράβαση των περί Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμων του 1989 μέχρι (αρ.2) του 2000, άρθρο 6

(αριθμός φακέλου: 11.17.01.12/2003)

Ενώπιον:	Γιώργου Ον. Χριστοφίδη	(Πρόεδρος)
	Κωστή Ευσταθίου	(Μέλος)
	Ανδρέα Δημητρίου	(Μέλος)
	Λεόντιου Περικλέους	(Μέλος)

Για την καταγγέλλουσα επιχείρηση Golden Telemedia, το δικηγορικό γραφείο Λ. Παπαφιλίππου & Σια

Για την καταγγελλόμενη επιχείρηση Αρχή Τηλεπικοινωνιών Κύπρου, το δικηγορικό γραφείο Α.Κ. Χατζηγιάννου & Σια

ΑΠΟΦΑΣΗ

Η Επιτροπή Προστασίας του Ανταγωνισμού, στη βάση των περί Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμων του 1989 μέχρι (αρ.2) του 2000, Αποφασίζει ως εξής:

Α. ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ

1. Η Επιτροπή Προστασίας του Ανταγωνισμού (στο εξής «Επιτροπή»), κατά την συνεδρία της, ημερομηνίας 29 Σεπτεμβρίου 2003, έδωσε οδηγίες στην Υπηρεσία να προχωρήσει στη διεξαγωγή δέουσας έρευνας σε σχέση με την καταγγελία της εταιρείας Golden Telemedia Ltd (στο εξής «Golden Telemedia») εναντίον της Αρχής Τηλεπικοινωνιών Κύπρου (στο εξής «ΑΤΗΚ»), ημερομηνίας 1 Σεπτεμβρίου 2003, για πιθανή παράβαση των περί της Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμων του 1989 μέχρι (αρ.2) του 2000 (στο εξής ο «Νόμος») και ειδικότερα σε σχέση με το άρθρο 6 του Νόμου.

2. Η Επιτροπή, στις 30 Αυγούστου 2005, υπό την νέα της σύνθεση, έδωσε οδηγίες στην Υπηρεσία να καταθέσει ενώπιον της σημείωμα σε σχέση με την έρευνα που διεξήγαγε για την παρούσα καταγγελία.
3. Η Υπηρεσία, ενεργώντας σύμφωνα με τις οδηγίες της Επιτροπής, υπέβαλε στις 10 Οκτωβρίου 2005 σημείωμα σε σχέση με τη δέουσα έρευνα που διεξήγαγε.
4. Η Επιτροπή κατά τη συνεδρία της ημερομηνίας 11 Νοεμβρίου 2005, αφού έλαβε υπόψη όλο το υλικό, έγγραφα και πληροφορίες που δόθηκαν από πλευράς των εμπλεκόμενων μερών, αλλά και όλα τα λοιπά έγγραφα και πληροφορίες που περισυνέλεξε η Υπηρεσία και περιέχονται στο σχηματισθέντα φάκελο της υπόθεσης και αφού μελέτησε το σχετικό σημείωμα της Υπηρεσίας, ομόφωνα αποφάσισε ότι υπάρχει εκ πρώτης όψεως παράβαση του άρθρου 6 (1) και (2)(β) του Νόμου από μέρους της ΑΤΗΚ, για κατάχρηση της δεσπόζουσας της θέσης, λόγω της άρνησης της να προσφέρει στην καταγγέλλουσα εταιρεία Golden Telemedia πρόσβαση στην απαραίτητη, κατάλληλη, ή συμφέρουσα, ή ανταγωνιστική τηλεπικοινωνιακή σύνδεση, η οποία θα καθιστούσε δυνατή την προσφορά των υπηρεσιών υπερτιμημένων σύντομων γραπτών μηνυμάτων (Premium SMS) με αποτέλεσμα τον περιορισμό της παραγωγής, ή της διάθεσης, ή της τεχνολογικής ανάπτυξης προς ζημιά των καταναλωτών. Η εν λόγω εκ πρώτης όψεως παράβαση διαπιστώθηκε κατά την περίοδο από το Φεβρουάριο του 2002 έως τον Μάρτιο του 2004.
5. Υπό το φως της πιο πάνω εκ πρώτης όψεως παράβασης, η Επιτροπή ετοίμασε τη σχετική Έκθεση Αιτιάσεων, η οποία επιδόθηκε στην καταγγελλόμενη ΑΤΗΚ και κοινοποιήθηκε στην καταγγέλλουσα Golden Telemedia στις 13 Ιουνίου 2006. Με την εν λόγω Έκθεση Αιτιάσεων κλήθηκαν τα μέρη να παρουσιάσουν ενώπιον της Επιτροπής στις 21 Ιουνίου 2006.
6. Η καθορισθείσα συνεδρία ημερομηνίας 21 Ιουνίου 2006, μετατέθηκε για τις 26 Ιουνίου 2006, κατά τη διάρκεια της οποίας στην παρουσία των δύο πλευρών καθορίστηκε χρονοδιάγραμμα γραπτών θέσεων ώστε ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ να καταθέσει τις γραπτές του θέσεις μέχρι τις 10 Ιουλίου 2006 και ο δικηγόρος της Golden Telemedia να καταθέσει τις γραπτές του θέσεις μέχρι τις 20 Ιουλίου 2006.
7. Τα εμπλεκόμενα μέρη με βάση το καθορισθέν χρονοδιάγραμμα κατέθεσαν εμπρόθεσμα τις θέσεις τους και μετά από πρόσκληση παρουσιάστηκαν ενώπιον της Επιτροπής στις 6 Σεπτεμβρίου 2006. Κατά τη διάρκεια της εν λόγω συνεδρίας της Επιτροπής ζητήθηκαν διευκρινίσεις και υποβλήθηκαν ερωτήματα για τα οποία οι δύο πλευρές επιφυλάχθηκαν να απαντήσουν μέχρι τις 21 Σεπτεμβρίου 2006.
8. Ο δικηγόρος της Golden Telemedia κατέθεσε εμπρόθεσμα τις απαντήσεις του στις 21 Σεπτεμβρίου 2006 και ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ εκπρόθεσμα στις 25 Σεπτεμβρίου 2006.

9. Η διαδικασία συνεχίστηκε στις 25 Σεπτεμβρίου 2006, 3 Οκτωβρίου 2006 και 16 Οκτωβρίου 2006 με την κατάθεση των προφορικών διευκρινήσεων και των τελικών θέσεων των δύο μερών και επιφυλάχθηκε η απόφαση της Επιτροπής.

B. ΕΜΠΛΕΚΟΜΕΝΑ ΜΕΡΗ

I. Golden Telemedia Ltd (καταγγέλλουσα)

1. Η Golden Telemedia είναι ιδιωτική εταιρεία περιορισμένης ευθύνης, η οποία συστάθηκε το 1993 και η οποία δραστηριοποιείται στον τομέα παροχής τηλεφωνικών υπηρεσιών CTI (Computer Telephony Integration). Μεταξύ άλλων, προσφέρει υπηρεσίες προστιθέμενης ή/και υπερτιμημένης αξίας (τηλέφωνο και γραπτά μηνύματα) συμπεριλαμβανομένων και γραπτών τηλεφωνικών μηνυμάτων.
2. Η Golden Telemedia συνεργάζεται με ραδιοτηλεοπτικούς σταθμούς προσφέροντας υπηρεσίες προστιθέμενης αξίας σε διάφορους διαγωνισμούς και εκδηλώσεις, όπως είναι τα καλλιστεία της Carlsberg 1998, το Παγκόσμιο Κύπελλο Ποδοσφαίρου 1998 και 2002, το Ευρωπαϊκό Κύπελλο Ποδοσφαίρου 2002 και 2004, τα καλλιστεία Miss Universe 2000, καθώς και διάφορες φιλανθρωπικές εκδηλώσεις.

II. Αρχή Τηλεπικοινωνιών Κύπρου (καταγγελλόμενη)

1. Η ΑΤΗΚ είναι νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου που έχει συσταθεί βάσει του περί Υπηρεσίας Τηλεπικοινωνιών Νόμου, Κεφ. 302 και μέχρι σήμερα είναι επιφορτισμένη με την εκ του νόμου υποχρέωση να παρέχει δημόσια τηλεπικοινωνιακά δίκτυα και δημόσιες τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες σε όλη την επικράτεια της Κυπριακής Δημοκρατίας.
2. Η ΑΤΗΚ, μεταξύ άλλων, παρέχει υπηρεσίες σταθερής και κινητής τηλεφωνίας, υπηρεσίες διαδικτύου, τηλεπληροφόρησης και καρτοτηλεφώνων, υπηρεσίες Premium SMS, ομαδοποιημένα προϊόντα ηλεκτρονικής επικοινωνίας, υπηρεσίες για εθνικές ιδιωτικές μισθωμένες γραμμές κ.ά..

Γ. ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΚΑΤΑΓΓΕΛΙΑΣ

Το αντικείμενο της καταγγελίας στη βάση των στοιχείων που παρέθεσε η καταγγέλλουσα εταιρεία καθορίζεται από τα ακόλουθα:

1. Την 1^η Σεπτεμβρίου 2001, η ΑΤΗΚ εισήγαγε την υπηρεσία Cybee, η οποία αποτελεί πύλη κινητής επικοινωνίας, με σκοπό να προσφέρει στους καταναλωτές πρόσβαση σε προϊόντα και υπηρεσίες δεδομένων, όπως είναι η αναζήτηση πληροφοριών, ενημέρωση, ψυχαγωγία και παιχνίδια, χρηματοοικονομικές υπηρεσίες, ωροσκόπια, αποτελέσματα ιπποδρομιακών συναντήσεων, αποτελέσματα Διεθνούς Ράλλυ Κύπρου και

αποτελέσματα εξετάσεων Υπουργείου Παιδείας έναντι καταβολής υπερτιμημένου τέλους.

2. Το περιεχόμενο το οποίο πωλεί η ΑΤΗΚ μέσω της υπηρεσίας Cybee αποτελεί αντικείμενο συμφωνιών με τους διάφορους παρόχους περιεχομένου, όπως είναι τα πρακτορεία στοιχημάτων. Κατά τη διάρκεια του 2001 και 2002, η ΑΤΗΚ προέβη σε συμφωνίες με την εταιρεία Megabet, Lourescou Consultants, Λέσχη Ιπποδρομιών, ΟΠΑΠ. κ.ά., οι οποίες προέβλεπαν όπως οι εταιρείες «δεσμεύονται ότι καθ' όλη τη διάρκεια της Συμφωνίας δεν θα παραχωρήσουν άμεσα ή έμμεσα τις πληροφορίες που αποτελούν αντικείμενο της συμφωνίας σε οποιοδήποτε νομικό ή φυσικό πρόσωπο το οποίο προσφέρει υπηρεσίες κινητής τηλεφωνίας εντός της Κυπριακής Δημοκρατίας ή του οποίου η δραστηριότητα ή επιχείρηση είναι ανταγωνιστική της δραστηριότητας ή επιχείρησης της Αρχής».
3. Στις 11 Φεβρουαρίου 2002, η Golden Telemedia, μετά από τις κατ' ίδια συναντήσεις που είχε με αρμόδιους λειτουργούς της ΑΤΗΚ, απευθύνθηκε γραπτώς στην ΑΤΗΚ εκφράζοντας την επιθυμία και ετοιμότητά της να ενταχθεί σε πιλοτική βάση με το SMS Center (στο εξής «SMSC») της ΑΤΗΚ με σκοπό να παρέχει στους καταναλωτές υπερτιμημένες υπηρεσίες σύντομων γραπτών μηνυμάτων (στο εξής «Premium SMS»). Συγκεκριμένα, η Golden Telemedia επιθυμούσε σύνδεση με το SMSC με δυνατότητα αμφίδρομης αποστολής SMS, χρέωσης των καλούντων με υπερτιμημένο τέλος, είσπραξης αυτού από την ΑΤΗΚ και απόδοσης μεριδίου στην ίδια.
4. Λόγω του ότι δεν υπήρξε καμία ανταπόκριση στο αίτημα της ημερομηνίας 11 Φεβρουαρίου 2002, η Golden Telemedia, στις 28 Ιουλίου 2003, με γραπτή επιστολή της προς την ΑΤΗΚ, ζήτησε να ενημερωθεί για το χρονικό πλαίσιο στο οποίο η ΑΤΗΚ θα δώσει στους εναλλακτικούς πάροχους τη δυνατότητα να προσφέρουν την υπηρεσία Premium SMS.
5. Την 1^η Σεπτεμβρίου 2003, η Golden Telemedia υπέβαλε στην Επιτροπή καταγγελία εναντίον της ΑΤΗΚ, ισχυριζόμενη ότι η ΑΤΗΚ αρνείται να της παράσχει πρόσβαση στο SMSC, γεγονός που συνιστά παράβαση των προνοιών του Νόμου και ειδικότερα του άρθρου 6.
6. Στις 2 Σεπτεμβρίου 2003, η Golden Telemedia με νέα γραπτή επιστολή της προς την ΑΤΗΚ, ζήτησε όπως ενημερωθεί για την ένωση του τηλεπικοινωνιακού της εξοπλισμού με το SMSC της ΑΤΗΚ.
7. Κατά ή περί τον Δεκέμβριο του 2003, η ΑΤΗΚ συναντήθηκε με την Golden Telemedia και της επεξήγησε ότι η αμφίδρομη αποστολή Premium SMS, τα οποία θα εισέπραττε η ΑΤΗΚ για λογαριασμό της, δεν ήταν εφικτή μέσω του SMSC, καθότι δεν υπήρχαν όλα τα απαραίτητα συστήματα σε λειτουργία, για να μπορέσει να ικανοποιήσει το αίτημα της. Το αίτημα της, όπως της επεξήγησε η ΑΤΗΚ, μπορούσε να πραγματοποιηθεί μόνο μέσω της πύλης Cybee και έτσι της πρότεινε συγκεκριμένο οικονομικό μοντέλο συνεργασίας. Σύμφωνα με το εν λόγω οικονομικό μοντέλο συνεργασίας, η

- ΑΤΗΚ στη βάση του λιανικού τέλους και του αριθμού των γραπτών μηνυμάτων που θα στέλλονταν μηνιαία, θα λάμβανε προκαθορισμένο μερίδιο και το υπόλοιπο αυτού θα διοχετευόταν στην Golden Telemedia, π.χ. για το λιανικό τέλος ΛΚ[.....]* (συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ) με μηνιαίο αριθμό μηνυμάτων [.....], η Golden Telemedia θα λάμβανε [.....] σεντ και η ΑΤΗΚ [.....] σεντ, δηλαδή η ΑΤΗΚ θα λάμβανε ποσοστό της τάξης του [..]%.
8. Η Golden Telemedia δεν δέχθηκε να συνεργαστεί με την ΑΤΗΚ στη βάση του μοντέλου συνεργασίας με τη Cybee, ισχυριζόμενη ότι οι τιμές που της είχαν παρουσιαστεί ήταν άκρως ασύμφορες και ότι στην περίπτωση που θα δεχόταν, ο οποιοσδήποτε πελάτης της Golden Telemedia θα ήταν αυτόματα και πιθανός πελάτης της ΑΤΗΚ, υπό άνισους όρους σε βάρος της (Golden Telemedia), αφού το περιθώριο κέρδος που της αφήνετο ήταν πολύ μικρό.
 9. Η ΑΤΗΚ, από το Απρίλιο του 2003 δρομολόγησε τις διαδικασίες αναβάθμισης της πύλης μικρών μηνυμάτων (SMS Gateway) καθότι αυτή αποτελεί προϋπόθεση για την παροχή της υπηρεσίας Premium SMS προς τρίτους. Η αξιολόγηση των προσφορών άρχισε τον Μάρτιο του 2004 και η κατακύρωση της προσφοράς λειτουργίας του λογισμικού έγινε στις 7 Οκτωβρίου 2004. Το έργο ολοκληρώθηκε τον Μάρτιο 2005 και τον Ιούνιο του 2005 υπογράφηκε συμφωνία μεταξύ της ΑΤΗΚ και της Golden Telemedia.

Δ. ΘΕΣΕΙΣ ΕΜΠΛΕΚΟΜΕΝΩΝ ΜΕΡΩΝ

Ι. Θέσεις της καταγγελλόμενης ΑΤΗΚ

1. Κατά τη διάρκεια της καθορισθείσας διαδικασίας, ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ δια μέσου των γραπτών και προφορικών του θέσεων αρνήθηκε την αιτίαση περί της άρνησης της ΑΤΗΚ για σύνδεση της Golden Telemedia με το SMSC και υποστήριξε ότι αυτή δεν ευσταθή. Ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ, επίσης, διαφώνησε με τον καθορισμό της σχετικής αγοράς, την ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης από μέρος της ΑΤΗΚ και την στοιχειοθέτηση της εκ πρώτης όψεως παράβασης του άρθρου 6 του Νόμου εναντίον της ΑΤΗΚ.
2. Ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ κατά την υπεράσπιση του ανέφερε ότι, η ΑΤΗΚ δεν αρνήθηκε σύνδεση με το SMSC, καθότι αυτή η σύνδεση ήταν εφικτή. Αυτό για το οποίο δεν είχε τεχνική δυνατότητα να προσφέρει στην Golden Telemedia ήταν η σύνδεση στο SMSC με αμφίδρομη αποστολή Premium SMS, τα οποία να εισπράττει για λογαριασμό της. Πρόσθεσε ότι, η ΑΤΗΚ ανταποκρίθηκε άμεσα στο αίτημα της Golden Telemedia προσφέροντας της σύνδεση με την πύλη Cybee. Σε κάθε περίπτωση όμως, όπως

* Οι αριθμοί και/ή τα στοιχεία που παραλείπονται και δεν εμφανίζονται τόσο σε αυτό το σημείο, όσο και στην συνέχεια καλύπτονται από επιχειρηματικό απόρρητο. Ενδεικτικό της παράλειψης είναι το σύμβολο [.....].

υποστήριξε, το SMSC δεν συνιστά ουσιώδη διευκόλυνση διότι υπήρχαν εναλλακτικές λύσεις.

II. Θέσεις της καταγγέλλουσας Golden Telemedia

1. Κατά τη διάρκεια της καθορισθείσας διαδικασίας, ο δικηγόρος της Golden Telemedia δια μέσου των γραπτών και προφορικών του θέσεων, συμφώνησε με την αιτίαση της Επιτροπής και διαφώνησε με τα όσα υποστήριξε ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ κατά την υπεράσπιση του, δηλαδή με τον καθορισμό της σχετικής αγοράς, την ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης από μέρους της ΑΤΗΚ και την στοιχειοθέτηση της εκ πρώτης όψεως παράβασης του άρθρου 6 του Νόμου εναντίον της ΑΤΗΚ.
2. Ο δικηγόρος της Golden Telemedia, ανέφερε ότι η άρνηση της ΑΤΗΚ να απαντήσει στις εκκλήσεις της Golden Telemedia για περίοδο 22 μηνών, ισούται με αδικαιολόγητη άρνηση. Πρόσθεσε ότι, η υπεράσπιση του δικηγόρου της ΑΤΗΚ ότι, η ΑΤΗΚ δεν είχε την τεχνική δυνατότητα να προσφέρει τέτοια υπηρεσία στην Golden Telemedia δεν ευσταθεί, καθότι η ίδια πρόσφερε Premium SMS στους συνδρομητές της μέσω της πύλης Cybee και διαφώνησε με την θέση του δικηγόρου της ΑΤΗΚ ότι το SMSC δεν συνιστά ουσιώδη διευκόλυνση και επισήμανε ότι, δεν υπήρχαν εναλλακτικές λύσεις και ότι η σύνδεση με την ΑΤΗΚ ήταν και είναι απαραίτητη. Επιπλέον ανέφερε ότι, η ΑΤΗΚ απάντησε στις εκκλήσεις της Golden Telemedia, με πρόταση για σύνδεση με την πύλη Cybee, μόνο μετά από την υποβολή της παρούσας καταγγελίας στην Επιτροπή. Τέλος, ο δικηγόρος της Golden Telemedia, υποστήριξε ότι, οι τιμές που είχαν παρουσιαστεί από την ΑΤΗΚ σε σχέση με τη σύνδεση στην πύλη Cybee ήταν αδιαπραγμάτευτες και άκρως οικονομικά ασύμφορες.

E. ΝΟΜΙΚΗ ΑΝΑΛΥΣΗ

I. Έννομο συμφέρον

1. Ο Νόμος, δυνάμει του άρθρου 28, απαιτεί την ύπαρξη έννομου συμφέροντος για την νομιμοποίηση προσώπου να προβεί σε καταγγελία:
«28 (1). Σε καταγγελία παραβάσεων των διατάξεων του άρθρου 4 ή του άρθρου 6 του παρόντος Νόμου δικαιούται κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο που έχει έννομο προς τούτου συμφέρον.
(2) Έννομο συμφέρον έχει αυτός που δικαιούται να αποδείξει ότι υπέστη ή ότι υπάρχει σοβαρός ή πιθανός κίνδυνος να υποστεί αισθητή οικονομική βλάβη ή να τεθεί σε μειονεκτική στον ανταγωνισμό θέση, σαν άμεσο αποτέλεσμα της παράβασης.»
2. Το έννομο συμφέρον προς άσκηση της καταγγελίας από την Golden Telemedia συνίσταται στον ισχυρισμό της ότι, αποτελεί εταιρεία παροχής τηλεφωνικών υπηρεσιών που επιθυμεί να ανταγωνιστεί την ΑΤΗΚ στις υπηρεσίες Premium SMS για τις οποίες έχει προβεί σε επενδύσεις μεγάλης αξίας. Με την κατ' ισχυρισμό άρνηση της ΑΤΗΚ να της παρέχει

- την απαραίτητη τηλεπικοινωνιακή πρόσβαση, η Golden Telemedia εμποδίζεται από το να εισέλθει στην αγορά των λιανικών υπηρεσιών Premium SMS, με αποτέλεσμα να βρίσκεται σε μειονεκτική για τον ανταγωνισμό θέση.
3. Περαιτέρω, σύμφωνα με το ίδιο άρθρο και συγκεκριμένα το εδάφιο 3, η καταγγελία πρέπει να πληροί τις ελάχιστες προϋποθέσεις που θέτει ο Νόμος, δηλαδή πρέπει να είναι γραπτή, να υπογράφεται από τον καταγγέλλοντα και να καθορίζει τη φύση του εννόμου συμφέροντος και να παραθέτει τα πραγματικά περιστατικά και τους λόγους που κατ' ισχυρισμό στοιχειοθετούν την παράβαση.
 4. Με βάση τα ως άνω και τις παραταθείσες νομικές διατάξεις, η Επιτροπή κρίνει ότι, η υπό εξέταση καταγγελία είναι τυπικά νόμιμη και η Golden Telemedia έχει έννομο συμφέρον και νομιμοποιείται να προβεί σ' αυτήν.

II. «Επιχείρηση»

1. Το άρθρο 2 του Νόμου ορίζει ως «επιχείρηση» κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο που ασκεί οικονομικής ή εμπορικής φύσεως δραστηριότητες ανεξάρτητα αν οι δραστηριότητες του είναι κερδοσκοπικές ή όχι. Το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (ΔΕΚ), 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.¹ Επιπλέον, το ΔΕΚ 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 το διέπει και τον τρόπο της χρηματοδότησης του.²
2. Η ΑΤΗΚ, αποτελεί εταιρεία δημοσίου δικαίου και δυνάμει του περί Υπηρεσίας Τηλεπικοινωνιών Νόμο Κεφ.302 του 1954³, όπως έχει τροποποιηθεί μέχρι σήμερα, στα καθήκοντα της συμπεριλαμβάνεται η παροχή τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών προς χρήση από οποιοδήποτε πρόσωπο σε κάθε μέρος της Δημοκρατίας καθιστώντας το ικανό να επικοινωνεί με κάθε άλλο πρόσωπο, καθώς και η διαχείριση όλων των εγκαταστάσεων και μηχανημάτων της τα οποία αποκτήθηκαν στα πλαίσια των διατάξεων του εν λόγω Νόμου.⁴
3. Σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, όταν επιχείρηση, η οποία έχει το καθεστώς δημόσιας επιχείρησης διαχειρίζεται τις δημόσιες εγκαταστάσεις τηλεπικοινωνιών και τις θέτει,

¹ Υπόθεση C-41/90, *Hofner & Elster v. Macrotron*, [1991] ECR I-1979, Υπόθεση 170/83, *Hydrotherm v. Compact*, [1984] ECR 2999.

² *Ibid.*

³ Ο περί Υπηρεσία Τηλεπικοινωνιών Νόμος Κεφ 302, ως έχει τροποποιηθεί, άρθρο 13

⁴ Βλέπε υποσημείωση 3, άρθρο 12(1)

έναντι καταβολής τελών, στη διάθεση των χρησιμοποιούντων, αποτελεί επιχειρηματική δραστηριότητα η οποία, ως εκ της φύσεώς της, υπόκειται τις υποχρεώσεις του άρθρου 82 της Συνθήκης.⁵

4. Στη βάση των πιο πάνω, η Επιτροπή κρίνει ότι, η παροχή τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών στο καταναλωτικό κοινό, έναντι τελών, όσο και η παροχή υπηρεσιών διασύνδεσης σε εναλλακτικούς παρόχους αποτελούν οικονομικής φύσεως δραστηριότητες και συνεπώς, η ΑΤΗΚ αποτελεί επιχείρηση που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Νόμου.

III. Σχετική Αγορά

(α) Ορισμός της αγοράς σχετικού προϊόντος ή υπηρεσίας

1. Η Επιτροπή έχει αποφανθεί σε άλλες αποφάσεις της ότι, για θέματα προσδιορισμού της σχετικής αγοράς για σκοπούς εφαρμογής των κανόνων ανταγωνισμού η αγορά του σχετικού προϊόντος περιλαμβάνει όλα τα προϊόντα ή/και τις υπηρεσίες που είναι δυνατό να εναλλάσσονται, ή να υποκαθίστανται αμοιβαία από τον καταναλωτή, λόγω των χαρακτηριστικών, των τιμών και της χρήσης για την οποία προορίζονται.
2. Οι ηλεκτρονικές επικοινωνίες διαιρούνται, εν γένει, σε δύο αγορές: στην παροχή υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών στους τελικούς χρήστες (κατώτατο λιανικό επίπεδο αγοράς) και στην παροχή πρόσβασης σε δίκτυα ή στοιχεία δικτύου και την παροχή υπηρεσιών προς φορείς εκμετάλλευσης δικτύων και υπηρεσιών (ανώτατο επίπεδο αγοράς), ώστε να είναι εφικτή η παροχή τέτοιων υπηρεσιών σε λιανικό επίπεδο⁶. Εντός των γενικών αυτών κατηγοριών, μπορούν να οριοθετηθούν μικρότερες αγορές, όχι μόνο βάσει των χαρακτηριστικών των παρεχόμενων υπηρεσιών και του βαθμού υποκατάστασης τους από άλλες υπηρεσίες εξαιτίας της τιμής, της χρήσης και των καταναλωτικών προτιμήσεων, αλλά και βάσει μιας ανάλυσης των όρων ανταγωνισμού και της δομής της προσφοράς και της ζήτησης⁷.
3. Για τον καθορισμό της σχετικής αγοράς στην υπό εξέταση υπόθεση ενδείκνυται όπως, ληφθεί υπόψη το γεγονός ότι, οι τηλεπικοινωνίες βρίσκονται «σε ένα πλαίσιο ταχύτατα εξελισσόμενης τεχνολογίας και ο ορισμός της σχετικής αγοράς είναι δυναμικός και ευμετάβλητος».⁸

⁵ Απόφαση του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων στην υπόθεση 41/83, Ιταλία/Επιτροπή, Συλλογή 1985, σ 873, παράγραφοι 17-20

⁶ Υπόθεση 322/81, Michelin κατά της Επιτροπής, Συλλογή Νομολογίας Δικαστηρίου 1983, σελ 3461.

⁷ Κατευθυντήριες γραμμές της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την ανάλυση της αγοράς και την εκτίμηση της σημαντικής ισχύς 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, παράγραφοι 63-69

⁸ Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για τις κατευθυντήριες οδηγίες για εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων ανταγωνισμού στο τομέα των τηλεπικοινωνιών, Επίσημη Εφημερίδα αρ.C233 της 6.9.1991.

4. Η παρούσα υπόθεση αφορά τις διευκολύνσεις, ή συνδέσεις που είναι απαραίτητες ώστε ένας εναλλακτικός πάροχος να είναι σε θέση να παρέχει υπηρεσίες Premium SMS στους τελικούς χρήστες (καταναλωτές). Συγκεκριμένα, για να μπορεί ένας ανεξάρτητος πάροχος να παρέχει την υπηρεσία Premium SMS σε τελικούς χρήστες, είτε απευθείας χρησιμοποιώντας δικό του περιεχόμενο, είτε δια μέσου του περιεχομένου τρίτων (Megabeet, Λέσχη Ιπποδρομιών, κ.ά.), θα πρέπει αφενός να διαθέτει το απαραίτητο λογισμικό πρόγραμμα και αφετέρου να έχει πρόσβαση στο SMSC των εταιρειών που κατέχουν δίκτυα κινητής τηλεφωνίας και που κατ' επέκταση παρέχουν υπηρεσίες κινητής τηλεφωνίας.
5. Κατά την διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας, οι δικηγόροι των δύο εμπλεκόμενων μερών υποστήριξαν διαφορετικές απόψεις σε σχέση με τον καθορισμό της σχετικής αγοράς. Ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ υποστήριξε ότι, στο ανώτατο επίπεδο η σχετική αγορά συνίσταται στη παροχή, προς τον ανεξάρτητο πάροχο (Golden Telemedia), της δυνατότητας παραγγελίας και παράδοσης υπερτιμημένου περιεχομένου στο τελικό καταναλωτή και στο κατώτατο επίπεδο συνίσταται στη διάθεση του υπερτιμημένου περιεχομένου στον καταναλωτή. Σε σχέση με το υπερτιμημένο περιεχόμενο, ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ ανέφερε ότι αυτό δεν περιορίζεται μόνο στα Premium SMS, αλλά και σε άλλες υπερτιμημένες υπηρεσίες, όπως είναι τηλεπληροφόρηση.
6. Ο δικηγόρος της Golden Telemedia, υποστήριξε ότι στο ανώτατο επίπεδο η αγορά καθορίζεται ως η διάθεση περιεχομένου του Premium SMS από τον πάροχο περιεχομένου (π.χ. Megabets) τον ανεξάρτητο πάροχο (Golden Telemedia) και η σύνδεση του ανεξάρτητου παρόχου με το SMSC της ΑΤΗΚ. Στο κατώτατο επίπεδο, υποστήριξε ότι, η σχετική αγορά καθορίζεται ως η διάθεση της υπηρεσίας Premium SMS στον τελικό καταναλωτή.
7. Η Επιτροπή προτού καθορίσει τη σχετική αγορά στο ανώτατο της επίπεδο, δηλαδή τις διευκολύνσεις ή συνδέσεις που είναι απαραίτητες ώστε ένας εναλλακτικός πάροχος να μπορεί να παρέχει τις σχετικές υπηρεσίες στο κατώτατο λιανικό επίπεδο, καθόρισε τη σχετική αγορά στο κατώτατο επίπεδο, ώστε να διαπιστωθεί κατά πόσο οι υπηρεσίες Premium SMS αποτελούν από μόνες τους μια διακριτή αγορά ή κατά πόσο εμπίπτουν στην ευρεία αγορά των υπερτιμημένων υπηρεσιών (premium rate services).

i. Κατώτατο λιανικό επίπεδο αγοράς

8. Οι υπερτιμημένες υπηρεσίες (premium rate services) προσφέρουν στον τελικό χρήστη (καταναλωτή) ένα είδος περιεχομένου, όπως είναι οι πληροφορίες, ψυχαγωγικά θέματα, οι οποίες στοιχίζουν περισσότερο από τις συνήθεις υπηρεσίες και οι οποίες χρεώνονται στον μηνιαίο λογαριασμό του εν λόγω χρήστη. Ο τελικός χρήστης μπορεί να έχει πρόσβαση σε αυτές τις υπηρεσίες, είτε μέσω της σταθερής τηλεφωνικής γραμμής, είτε

μέσω της κινητής τηλεφωνίας, είτε μέσω του τηλεομοιοτύπου, είτε μέσω του προσωπικού υπολογιστή του (διαδίκτυο, ηλεκτρονική διεύθυνση κ.ά.).

9. Οι υπερτιμημένες υπηρεσίες φέρουν χαρακτηριστικά με τα οποία ο καταναλωτής μπορεί να τις διακρίνει ώστε να είναι σε θέση να τις ξεχωρίσει από τις υπόλοιπες υπηρεσίες και να γνωρίζει ότι η υπηρεσία της οποίας κάνει χρήση είναι υπερτιμημένη. Στην περίπτωση των υπερτιμημένων υπηρεσιών που προσφέρονται μέσω των φωνητικών κλήσεων, οι υπηρεσίες διαφημίζονται με τον κωδικό σχηματισμού «090 ή «90» και στην περίπτωση των υπηρεσιών που προσφέρονται μέσω των γραπτών σύντομων μηνυμάτων της κινητής τηλεφωνίας (Premium SMS), σε τέσσερα είτε πέντε ψηφία (π.χ. στην Κύπρο 2000 ή 3000), δηλαδή σύντομους κωδικούς πρόσβασης που ακολουθούνται από μια περιγραφική βασική λέξη.
10. Στην περίπτωση των υπηρεσιών που προσφέρονται μέσω του διαδικτύου, ο χρήστης καλείται να αποθηκεύσει (download) στον υπολογιστή του, ένα λογισμικό πρόγραμμα (dialler). Το λογισμικό αυτό ενημερώνει το χρήστη για το '090 "αριθμό που χρησιμοποιείται για την παραγγελία του περιεχομένου. Η αποπληρωμή της υπηρεσίας μπορεί να γίνει με τη χρήση της πιστωτικής κάρτας.
11. Οι υπηρεσίες έρευνας καταλόγου υψηλής τιμολόγησης που διαφημίζονται στους αριθμούς πέντε ψηφίων και που αρχίζουν με το "118" συνιστούν, επίσης, υπερτιμημένες υπηρεσίες.
12. Κατά την ακροαματική διαδικασία, οι δικηγόροι των εμπλεκόμενων μερών υποστήριξαν διαφορετικές απόψεις για τον καθορισμό της σχετικής αγοράς υπηρεσιών στο κατώτατο λιανικό επίπεδο και συγκεκριμένα κατά πόσο η σχετική αγορά θα πρέπει να καθοριστεί ευρέως ως «οι υπερτιμημένες υπηρεσίες» ή στενότερα ως «οι υπηρεσίες Premium SMS», με τον δικηγόρο της ΑΤΗΚ να υποστηρίζει ότι η αγορά στην οποία πρέπει να εξακριβωθεί εάν η ΑΤΗΚ κατέχει δεσπόζουσα θέση, είναι η ευρέως η αγορά των υπερτιμημένων υπηρεσιών περιεχομένου.
13. Ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ, με τις γραπτές και προφορικές του θέσεις υποστήριξε ότι, στην παρούσα υπόθεση η σχετική αγορά προϊόντος ή υπηρεσιών συνιστά την αγορά υπερτιμημένων υπηρεσιών περιεχομένου, ή υπερτιμημένων υπηρεσιών προστιθέμενης αξίας, αφενός γιατί οι πελάτες της ΑΤΗΚ αγοράζουν το περιεχόμενο και αφετέρου γιατί το Premium SMS είναι απλά μια μέθοδος παραγγελίας και παράδοσης υπερτιμημένου περιεχομένου. Συγκεκριμένα υποστήριξε ότι, το περιεχόμενο το οποίο αγοράζει ο πελάτης μπορεί να παραληφθεί με σύντομο γραπτό μήνυμα (SMS) και ο πάροχος θα έχει τη δυνατότητα να το πληρώσει μέσω πιστωτικής κάρτας, ή του μηναιίου λογαριασμού της σταθερής/κινητής τηλεφωνίας. Ανέφερε, επίσης ότι, οι δύο μέθοδοι παραγγελίας, δηλαδή μέσω σύντομου γραπτού μηνύματος (SMS) και μέσω φωνητικής κλήσης είναι επαρκώς εναλλάξιμες, αφού και στις δύο περιπτώσεις ο πελάτης μπορεί να παραγγέλλει από το τηλέφωνό του, να

παραλάβει το περιεχόμενο στο τηλέφωνο του και να χρεώσει τον μηνιαίο λογαριασμό του. Ως εκ τούτου, δεν θεωρεί τη χρήση της φωνητικής κλήσης (τηλεπληροφόρηση) ως δυσχερέστερη μέθοδο παραγγελίας και πληρωμής και τονίζει ότι από τα στοιχεία που η ίδια η Golden Telemedia παραθέτει, διαφαίνεται ότι οι πωλήσεις με τη χρήση της τηλεπληροφόρησης είναι πολλαπλάσιες των πωλήσεων των Premium SMS. Τέλος επισήμανε ότι, η εναλλαξιμότητα των προϊόντων διαφαίνεται και από τις διαφημίσεις των εταιρειών που δραστηριοποιούνται στο σχετικό τομέα.

14. Ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ προς υποστήριξη της θέσης του ότι η σχετική αγορά υπηρεσιών συνίσταται σε όλες τις υπερτιμημένες υπηρεσίες περιεχομένου, παρέθεσε την ερμηνεία που απέδωσε στις υπερτιμημένες υπηρεσίες το Independent Committee for the Supervision of Standards of Telephone Information Services (ICSTIC), που αποτελεί τη Ρυθμιστική Αρχή για θέματα υπερτιμημένων υπηρεσιών στο Ηνωμένο Βασίλειο. Η εν λόγω ερμηνεία αναφέρει τα ακόλουθα:

«Premium rate services offer some form of content, product or service that is charged to user's telephone bills. Typically services include TV vote lines, scratch cards, technical helps, chats, mobile phone ring tones and logo downloads horoscopes, competitions and interactive TV games. Services are usually advertised on 090 dialling codes, although certain services on mobile phones may use short access codes.»⁹

15. Σε αντίθεση με τα όσα ισχυρίστηκε ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ, ο δικηγόρος της Golden Telemedia υποστήριξε ότι, οποιαδήποτε άλλη μέθοδος παραγγελίας και πληρωμής αντί του Premium SMS δεν μπορεί να θεωρηθεί ως υποκατάστατη. Πρώτον όπως υποστήριξε, η χρήση των υπερτιμημένων φωνητικών κλήσεων (τηλεπληροφόρηση) αποτελεί δυσχερέστερη μορφή παραγγελίας, αφού έχει ως αποτέλεσμα το διπλασιασμό του λειτουργικού κόστους του εναλλακτικού πάροχου, καθότι για την παροχή τέτοιων υπηρεσιών θα ήταν απαραίτητη η χρήση περισσότερων τηλεπικοινωνιακών πλατφόρμων. Δεύτερο, μέσω της υπηρεσίας Premium SMS μπορούν να υλοποιηθούν και άλλες πολλαπλές υπηρεσίες, οι οποίες δεν μπορούν να υλοποιηθούν με τη χρήση των υπερτιμημένων φωνητικών κλήσεων και έφερε ως παράδειγμα το κινητό μάρκετινγκ, τα αποτελέσματα εξετάσεων, διαγωνισμοί, αποστολή μηνυμάτων σε εκπομπές της τηλεόρασης και του ραδιοφώνου. Τρίτον, οι κατηγορίες χρέωσης της υπηρεσίας Premium SMS και των υπερτιμημένων φωνητικών κλήσεων (τηλεπληροφόρηση) δεν συμβαδίζουν και είναι διαμορφωμένες με τρόπο που να προσδίδουν σαφέστατο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στην Cybee της ΑΤΗΚ. Τέταρτον, οι κάτοχοι της προπληρωμένης κινητής τηλεφωνίας δεν έχουν πρόσβαση στις υπηρεσίες υπερτιμημένων φωνητικών κλήσεων και συνεπώς, εάν η Golden Telemedia, περιοριζόταν μόνο στην συνδρομητική κινητή

⁹βλέπε ιστοσελίδα του ICSTIC <http://www.icstis.org.uk/>

- τηλεφωνία, έχοντας ουσιαστικά πρόσβαση μόνο στην μισή πελατειακή βάση της κινητής τηλεφωνίας. Όλα αυτά, όπως υποστήριξε ο δικηγόρος της Golden Telemedia, υποδεικνύουν ότι οι υπερτιμημένες υπηρεσίες φωνητικών κλήσεων (τηλεπληροφόρηση) και υπηρεσίες Premium SMS δεν αποτελούν υποκατάστατες υπηρεσίες, αλλά δυο διακριτές αγορές.
16. Σε σχέση με την εναλλαξιμότητα της πληρωμής μέσω των υπερτιμημένων μηνυμάτων (Premium SMS), με την πληρωμή μέσω της χρέωσης της πιστωτικής κάρτας, ο δικηγόρος της Golden Telemedia, υποστήριξε ότι, παρόλο που η χρήση της πιστωτικής κάρτας είναι εφικτή, εντούτοις δεν είναι εύχρηστη και δεν χρησιμοποιείται στην Κύπρο, αλλά ούτε είναι ευρέως διαδεδομένη στο εξωτερικό, καθότι οι τελικοί χρήστες προτιμούν η χρέωση να γίνεται μέσω της ίδιας πλατφόρμας. Υποστήριξε ότι, το ίδιο ισχύει και για τις υπηρεσίες που παραγγέλλονται μέσω του διαδικτύου.
17. Η Επιτροπή, έχοντας υπόψη τα όσα οι δικηγόροι των εμπλεκόμενων μερών έχουν αναφέρει κατά τις γραπτές και προφορικές του αγορεύσεις, καθώς και τα όσα περιέχονται στο διοικητικό φάκελο της υπόθεσης, καταλήγει ότι από την ερμηνεία που αποδίδεται από το ICSTIC, την οποία παράθεσε ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ, δεν μπορεί να εξαχθεί το συμπέρασμα ότι για θέματα εφαρμογής των κανόνων ανταγωνισμού όλες οι υπερτιμημένες υπηρεσίες ανήκουν ή/και εμπίπτουν στην ίδια σχετική αγορά υπηρεσιών, καθότι για τον καθορισμό της σχετικής αγοράς, στα πλαίσια του ανταγωνισμού, θα πρέπει οι εν λόγω υπηρεσίες να είναι δυνατό να εναλλάσσονται ή να υποκαθίστανται αμοιβαία από τον καταναλωτή, λόγω των χαρακτηριστικών, των τιμών και της χρήσης για την οποία προορίζονται. Αυτή η εναλλαξιμότητα θα πρέπει να υφίσταται, τόσο από πλευράς προσφοράς όσο και από πλευράς ζήτησης.
18. Με βάση όλα τα πιο πάνω, η Επιτροπή καταλήγει στα ακόλουθα:
- (α) οι οποιοσδήποτε υπηρεσίες κινητής και σταθερής τηλεφωνίας δεν θεωρούνται υποκατάστατες. Η βασική διαφορά μεταξύ κινητών και σταθερών υπηρεσιών είναι η υπάρχουσα κινητικότητα που προσφέρεται στις κινητές επικοινωνίες. Παρόλο που υπάρχουν τεχνολογικές εξελίξεις που δίνουν τη δυνατότητα να προσφέρονται παρόμοιες υπηρεσίες στις κινητές και στις σταθερές επικοινωνίες, οι σταθερές δεν προσφέρουν την δυνατότητα της κινητικότητας.¹⁰
- (β) οι υπερτιμημένες υπηρεσίες σύντομων γραπτών μηνυμάτων (Premium SMS) παρόλο που δεν συγκαταλέγονται στην αγορά των υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας (φωνητικές υπηρεσίες σύντομα γραπτά μηνύματα, εικονογραφημένα μηνύματα), λόγω του ότι υπάρχουν ανεξάρτητοι παρόχοι που προσφέρουν μόνο υπερτιμημένα σύντομα γραπτά μηνύματα πέραν από αυτούς που κατέχουν δίκτυα κινητής

¹⁰ Βλέπε υποσημείωση 8, παρ. 66, την απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής στην υπόθεση COMP/M.2803-TeliaSonera, ημερομηνίας 10.7.2002, την υπόθεση COMP/M. 2574-Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia, ημερομηνίας 20.9.2001 και την υπόθεση COMP/M.1439 – Telia/Telenor, 13.10.1999, Επίσημη Εφημερίδα L40/1, 9.2.2001, παρ. 94

τηλεφωνίας, εντούτοις είναι στενά συνδεδεμένες με την αγορά των υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας.¹¹

(γ) οι υπερτιμημένες υπηρεσίες μέσω τηλεομοιοτύπων είναι υπηρεσίες που προσεγγίζονται από τα άτομα που έχουν πρόσβαση σε μια μηχανή τηλεομοιότυπου και που με το σχηματισμό ενός αριθμού υψηλής τιμολόγησης, στέλλουν, ή λαμβάνουν ένα τηλεομοιότυπο. Η χρήση του τηλεομοιότυπου δεν μπορεί να θεωρηθεί ως εναλλάξιμη με αυτή του κινητού, αφενός γιατί η πλατφόρμα ή/και η σύνδεση που απαιτείται να έχουν οι πάροχοι είναι εντελώς διαφορετική από τις υπηρεσίες κινητής τηλεφωνίας και αφετέρου δεν προσφέρει την κινητικότητα που προσφέρει η κινητή τηλεφωνία και δεν είναι σίγουρο ότι όλοι οι εν δυνάμει χρήστες των υπερτιμημένων υπηρεσιών θα έχουν εύκολη πρόσβαση σε μηχανές τηλεομοιότυπου.

(δ) οι υπηρεσίες διαδικτύου δεν μπορούν να θεωρηθούν εναλλάξιμες με τις υπηρεσίες σταθερής ή/και κινητής τηλεφωνίας, αφενός γιατί τα χαρακτηριστικά τους διαφέρουν και αφετέρου γιατί η πλατφόρμα ή/και η σύνδεση που απαιτείται να έχουν οι πάροχοι είναι εντελώς διαφορετική από τις υπηρεσίες σταθερής και κινητής τηλεφωνίας. Αυτή η διαφορετικότητα αντικατοπτρίζεται και με τις υπερτιμημένες υπηρεσίες που προσφέρονται μέσω διαδικτύου, οι οποίες δεν είναι τόσο προσιτές για τον καταναλωτή που επιθυμεί να λάβει μέρος σε ένα διαγωνισμό¹² όσο οι υπερτιμημένες υπηρεσίες σύντομων γραπτών μηνυμάτων (Premium SMS). Η διαφορετικότητα, αυτή, γίνεται εντονότερη στις περιπτώσεις που οι πληρωμές για υπηρεσίες διαδικτύου γίνονται μέσω πιστωτικών καρτών και όχι στον μηνιαίο λογαριασμό όπως γίνεται με τις υπηρεσίες κινητής και σταθερής τηλεφωνίας.

(ε) τα σύντομα γραπτά μηνύματα (Premium SMS) έχουν την δυνατότητα να προσφέρουν μεγαλύτερη γκάμα υπερτιμημένων περιεχομένων από ότι η χρήση φωνητικών κλήσεων (τηλεπληροφόρηση), π.χ. με τα υπερτιμημένα σύντομα γραπτά μηνύματα (Premium SMS) μπορούν να δοθούν πληροφορίες για γραπτές εξετάσεις, να σταλούν μηνύματα σε ραδιοτηλεοπτικές εκπομπές, να εφαρμοστεί το κινητό μάρκετινγκ, κ.ά..

(στ) οι κατηγορίες χρέωσης μεταξύ των διαφόρων υπερτιμημένων υπηρεσιών, δηλαδή των φωνητικών κλήσεων στη σταθερή και κινητή τηλεφωνία, των σύντομων γραπτών μηνυμάτων στην κινητή τηλεφωνία, του τηλεομοιότυπου, του προσωπικού υπολογιστής (μέσω διαδικτύου), διαφοροποιούνται αισθητά.

(ζ) η χρήση των υπερτιμημένων φωνητικών κλήσεων στην κινητή τηλεφωνία, κατά την υπό εξέταση περίοδο, περιοριζόταν στους κατόχους της συνδρομητικής υπηρεσίας.

¹¹ Μελέτη υπό τον τίτλο «Market Definitions for Regulatory obligations in communication market» Κεφάλαιο VIII, σελ 385

¹² Η χρήση του διαδικτύου βρίσκεται σε πολύ χαμηλά ποσοστά σε σχέση με την σταθερή ή κινητή τηλεφωνία.

19. Από τα ενώπιον της έγγραφα, στοιχεία του φακέλου και τις αγορεύσεις των δικηγόρων των εμπλεκόμενων μερών, η Επιτροπή, δεν έχει πεισθεί ότι όλες οι υπερτιμημένες υπηρεσίες, δηλαδή φωνητικές κλήσεις, σύντομα γραπτά μηνύματα, διαδίκτυο, τηλεμοιότυπο, δύναται να θεωρηθούν εναλλάξιμες μεταξύ τους και ως εκ τούτου καταλήγει ότι, οι υπερτιμημένες υπηρεσίες σύντομων γραπτών μηνυμάτων (Premium SMS) συνιστούν μια ξεχωριστή διακριτή αγορά στο κατώτατο λιανικό επίπεδο.

ii. Ανώτατο Επίπεδο Αγοράς

20. Στη βάση της προηγηθείσας ανάλυσης του κατώτατου επιπέδου αγοράς, η Επιτροπή έχει καταλήξει και για το ανώτατο επίπεδο αγοράς σε σχέση με τις δυνατότητες που παρέχονται στον ανεξάρτητο πάροχο (όπως είναι η Golden Telemedia) για πρόσβαση στο δίκτυο της ΑΤΗΚ για σκοπούς παραγγελίας και παράδοσης Premium SMS από και προς τους συνδρομητές της ΑΤΗΚ.

21. Από την ενώπιον της Επιτροπής γραπτή δήλωση/μαρτυρία, του κ. Ινιάτη, Γενικού Διευθυντή της Golden Telemedia, διαφαίνεται ότι, η υπηρεσία σύντομων γραπτών μηνυμάτων (SMS) αποτελεί μηχανισμό με τον οποίο αποστέλλονται και παραλαμβάνονται σύντομα μηνύματα μέσω δικτύων κινητής τηλεφωνίας. Με άλλα λόγια, αποτελεί μέθοδο αποθήκευσης και προώθησης μηνυμάτων που αποστέλλονται από και προς τα κινητά τηλεφώνια. Τα μηνύματα που αποστέλλονται αποθηκεύονται σε ένα κεντρικό φορέα, το SMSC, ο οποίος και τα προωθεί στο κινητό του παραλήπτη¹³. Στην μαρτυρία του κ. Ινιάτη, τονίζεται ότι, η υπηρεσία SMS δεν χρησιμοποιεί δικά της κανάλια εκπομπής και κατά συνέπεια τα μηνύματα αποστέλλονται/ παραλαμβάνονται ταυτόχρονα με φωνητικές ή άλλες υπηρεσίες μέσω του δικτύου κινητής τηλεφωνίας, τόσο σε εθνικό όσο και σε διεθνές επίπεδο. Όπως επεξήγησε ο δικηγόρος της Golden Telemedia, για να μπορεί ένας εναλλακτικός πάροχος να προσφέρει υπηρεσίες Premium SMS, θα πρέπει ο τηλεπικοινωνιακός εξοπλισμός του να είναι συνδεδεμένος με το SMSC του εκάστοτε παρόχου υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας.

22. Το SMSC είναι κατά βάση ένας υπολογιστής/διακομιστής (server) που τρέχει ειδικό λογισμικό και προσφέρει σύνδεση με το δίκτυο κινητής τηλεφωνία σε επίπεδο σηματοδότησης SS7, καθώς και διασύνδεση με εφαρμογές TCP/IP. Έχει την δυνατότητα: (α) να λαμβάνει και να παραδίδει μηνύματα μεταξύ κινητών, (β) να λαμβάνει και να παραδίδει μηνύματα μεταξύ κινητών και εφαρμογών και (γ) να δημιουργεί δεδομένα καταγραφής κίνησης τα οποία χρησιμοποιούνται από το σύστημα χρέωσης για τη χρέωση των πελατών. Το SMSC δεν έχει όμως, σύμφωνα με τα όσα υποστήριξε ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ, τη δυνατότητα να (α) να

¹³ Όταν ένα μήνυμα αποστέλλεται από κινητό τηλέφωνο, αυτό περνά μέσω του SMS Center, το οποίο και το δρομολογεί στον αριθμό του παραλήπτη. Το SMS Center τηρεί αρχείο με τα στοιχεία του αποστολέα, την ώρα που έχει αποσταλεί, καθώς και στοιχεία του αριθμού του παραλήπτη. Με αυτό τον τρόπο, σε περίπτωση που το κινητό του παραλήπτη δεν είναι ενεργοποιημένο ή δεν είναι έτοιμο να λάβει μήνυμα, αυτό αποθηκεύεται ούτως ώστε να μπορεί να αποσταλεί αργότερα.

- ξεχωρίζει τους πελάτες της προπληρωμένης από τους πελάτες της συνδρομητικής, (β) να χρεώνει τους πελάτες (καταγράφει μόνο χρεωστικά δεδομένα) και (γ) να ελέγχει την φερεγγυότητα των πελατών.
23. Κατά την υπό εξέταση χρονική περίοδο, 2002-2004, ο μοναδικός πάροχος υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας στην Κύπρο ήταν η ΑΤΗΚ και αυτή η σύνδεση ήταν απαραίτητη για σκοπούς χρέωσης των καταναλωτών που κατά την εν υπό εξέταση χρονική περίοδο ήταν οι συνδρομητές της ΑΤΗΚ.
24. Σε διευκρινίσεις προς την Επιτροπή ο δικηγόρος της Golden Telemedia ανέφερε ότι κατά την υπό εξέταση περίοδο δεν υπήρχε οποιαδήποτε άλλη εταιρεία η οποία να παρέχει παρόμοια ή παραπλήσια σύνδεση με αυτή του SMSC της ΑΤΗΚ, ενώ ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ υποστήριξε ότι, η Golden Telemedia είχε τη δυνατότητα σύνδεση με το SMSC, αλλά με τη χρήση της υπηρεσίας Bulk SMS.
25. Η Επιτροπή, έχοντας υπόψη τα όσα οι δικηγόροι των δυο εμπλεκόμενων μερών έχουν θέσει ενώπιον της και τα όσα περιέχονται στο σχηματισθέντα φάκελο της υπόθεσης, για σκοπούς της παρούσας υπόθεσης, καθορίζει τη σχετική αγορά στο ανώτατο επίπεδό της, τη σύνδεση και/ή παροχή διευκόλυνσης στο SMSC της ΑΤΗΚ, με όλες τις απαραίτητες υπηρεσίες ώστε να είναι σε θέση οι εναλλακτικοί πάροχοι να προσφέρουν υπηρεσίες Premium SMS στο κατώτατο λιανικό επίπεδο.

Συμπέρασμα

26. Η Επιτροπή για σκοπούς στην παρούσας υπόθεσης καθορίζει ως σχετική αγορά υπηρεσιών στο κατώτατο επίπεδο, την αγορά των Premium SMS και στο ανώτατο επίπεδο την σύνδεση και/ή πρόσβαση στο SMSC της ΑΤΗΚ με τις απαραίτητες διευκολύνσεις ώστε να είναι σε θέση οι εναλλακτικοί πάροχοι να προσφέρουν υπηρεσίες Premium SMS στο κατώτατο λιανικό επίπεδο.

(β) Ορισμός της σχετικής γεωγραφικής αγοράς

27. Η σχετική γεωγραφική αγορά περιλαμβάνει την περιοχή όπου οι ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις συμμετέχουν στην προμήθεια προϊόντων ή/και υπηρεσιών, στην οποία οι συνθήκες του ανταγωνισμού είναι επαρκώς ομοιογενείς και διακριτές από γειτονικές περιοχές, όπου οι συνθήκες του ανταγωνισμού διαφέρουν σημαντικά.
28. Με βάση τα πιο πάνω και για σκοπούς της παρούσας υπόθεσης, η Επιτροπή καταλήγει ότι, η σχετική γεωγραφική αγορά συμπίπτει με το σύνολο της ελεγχόμενης επικράτειας της Κυπριακής Δημοκρατίας για τους ακόλουθους λόγους:
- Οι εξουσιοδοτήσεις, οι οποίες έχουν εκχωρηθεί από το γραφείο του Επιτρόπου Ρυθμίσεων Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών και Ταχυδρομικών Υπηρεσιών για την παροχή τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών αφορούν το σύνολο της επικράτειας της Κυπριακής Δημοκρατίας.

- Τα υπάρχοντα δίκτυα κινητής τηλεφωνίας καλύπτουν ομοειδώς όλη την επικράτεια της Κυπριακής Δημοκρατίας.
- Η τιμολογιακή πολιτική των οργανισμών που δραστηριοποιούνται στον τομέα των Premium SMS δεν διαφοροποιείται από περιοχή σε περιοχή μέσα στην επικράτεια της Κυπριακής Δημοκρατίας.
- Η διαφημιστική πολιτική των οργανισμών που δραστηριοποιούνται στον τομέα των Premium SMS δεν διαφοροποιείται από περιοχή σε περιοχή μέσα στην επικράτεια της Κυπριακής Δημοκρατίας.
- Οι πάροχοι που δραστηριοποιούνται στην προσφορά Premium SMS σε άλλες χώρες δεν αποτελούν υποκατάστατο προσφοράς.

IV. Άρθρο 6

(α) Δεσπόζουσα Θέση

1. 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 καταναλωτές.¹⁴
2. Βασικό στοιχείο λοιπόν της έννοιας της δεσπόζουσας θέσης, είναι η ύπαρξη οικονομικής ισχύος, η οποία παρέχει στη δεσπόζουσα επιχείρηση ευχέρεια ανεξάρτητης συμπεριφοράς, την αποδεσμεύει δηλαδή από τους περιορισμούς που υπάρχουν σε μια ανταγωνιστική αγορά.
3. Η ύπαρξη 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 αυτής. Τέτοιοι σημαντικοί παράγοντες, εκτός του μεριδίου αγοράς είναι (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 (γ) η δυνατότητα πρόσβασης αλλά και επιβίωσης των νεοεισερχόμενων ανταγωνιστικών επιχειρήσεων¹⁵.
4. Η Επιτροπή σημειώνει ότι, το μεγάλο ποσοστό συμμετοχής της επιχείρησης στη συγκεκριμένη αγορά αποτελεί τη σημαντικότερη ένδειξη για την απόδειξη δεσπόζουσας θέσης. Όταν μάλιστα η θέση της επιχείρησης στην αγορά είναι μονοπωλιακή ή σχεδόν μονοπωλιακή

¹⁴ Βλ. επίσης την υπόθεση 322/81 NV Nederlandsche Bande Industrie Michelin κατά της Επιτροπής, Συλλογή της Νομολογίας του Δικαστηρίου 1983, σελ 3461

¹⁵ Απόφαση ΠΕΚ στην υπόθεση Campagie Maritime Belge Transports and other v Commission T-24/93, T25/93, T/26/93 και T/28/93

(ποσοστά της τάξης του 80% ως 100%), τότε αυτή η θέση είναι αρκετή για την απόδειξη δεσπόζουσας θέσης.¹⁶

5. Η Επιτροπή, από τα ενώπιον της στοιχεία και πληροφορίες που περιέχονται στο φάκελο της υπόθεσης, καθώς και τα όσα οι δικηγόροι των εμπλεκομένων μερών έχουν θέσει ενώπιον της καταλήγει ότι, κατά την υπό εξέταση χρονική περίοδο 2002-2004, ο μοναδικός πάροχος υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας στην Κύπρο ήταν η ΑΤΗΚ και η σύνδεση οποιουδήποτε εναλλακτικού παρόχου με το SMSC της σε συνδυασμό με τις υπηρεσίες αμφίδρομης αποστολής μηνυμάτων ήταν απαραίτητη για να μπορεί να παρέχει υπηρεσίες Premium SMS στους συνδρομητές της ΑΤΗΚ.
6. Υπό το φως των πιο πάνω και για σκοπούς εξέτασης της παρούσας υπόθεσης η Επιτροπή καταλήγει ότι, η ΑΤΗΚ κατέχει δεσπόζουσα θέση στις υπηρεσίες σύνδεσης και/ή πρόσβασης στο SMSC της, ώστε οι εναλλακτικοί πάροχοι να είναι σε θέση να προσφέρουν υπηρεσίες Premium SMS στο κατώτατο λιανικό επίπεδο. Η Επιτροπή επισημαίνει, επίσης, ότι, από τα στοιχεία που κατέθεσαν ενώπιον της οι δικηγόροι των εμπλεκόμενων μερών διαφαίνεται ότι, η ΑΤΗΚ, κατά την υπό εξέταση χρονική περίοδο, ήταν, επίσης, ο μοναδικός πάροχος Premium SMS στο κατώτατο λιανικό επίπεδο αγοράς, μέσω της Cybee, αφού οι περισσότεροι εναλλακτικοί πάροχοι περιορίζονταν στη χρήση των φωνητικών υπηρεσιών για την παροχή υπερτιμημένων υπηρεσιών, ήτοι τηλεδιαγωνισμών, τηλεπληροφόρηση. Συνεπώς, η δεσπόζουσα θέση που κατέχει η ΑΤΗΚ στο ανώτατο επίπεδο της αγοράς ενισχύεται από τη δεσπόζουσα θέση που κατέχει στο κατώτατο επίπεδο της αγοράς, δίδοντας της έτσι την ελευθερία να κινείται και να ενεργεί ανεξάρτητα και ανεπηρέαστα από τους εν δυνάμει ανταγωνιστές της.

(β) Ειδική (ιδιαιτέρη) ευθύνη

7. Το ΔΕΚ σε απόφασή του¹⁷ αναφέρθηκε στην ειδική (ή ιδιαιτέρη) ευθύνη (special responsibility) μιας επιχείρησης κατέχουσας δεσπόζουσα θέση να μην βλάπτει με τη συμπεριφορά της την ύπαρξη πραγματικού και ανόθευτου ανταγωνισμού. Μία πρακτική η οποία μπορεί να επιτρέπεται σε μια φυσιολογική ανταγωνιστική περίπτωση δύναται να συνιστά καταχρηστική εκμετάλλευση εάν εφαρμόζεται από μία εταιρία με δεσπόζουσα θέση εξαιτίας της ειδικής της ευθύνης να μην βλάπτει τον ανταγωνισμό, λαμβάνοντας υπόψη την ζημία που μπορεί να προκαλέσει στους καταναλωτές και τους ανταγωνιστές της.¹⁸ Οι κατέχουσες

¹⁶ Βλ. Υπόθεση 85/76 Hoffmann- La Roche, Συλλογή Νομολογίας του Δικαστηρίου 1975, σελ 1663

¹⁷ Βλέπε Απόφαση του Δικαστηρίου Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων στην υπόθεση 322/81 Michelin κατά Επιτροπής, Συλλογή Νομολογίας Δικαστηρίου 1983, σελ 801, παρ. 57. Βλ. επίσης απόφαση στην υπόθεση T-65/89 BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd κατά Επιτροπής, Συλλογή Νομολογίας Δικαστηρίου 1993, σελ II- 0389.

¹⁸ Βλέπε υποσημείωση 6 απόφαση Michelin κατά Επιτροπής, παρ. 57.

- δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεις ενδέχεται να στερηθούν του δικαιώματος υιοθέτησης συμπεριφοράς ή λήψης μέτρων, τα οποία, καθαυτά δεν θα συνεπάγονταν με κατάχρηση, εάν είχαν υιοθετηθεί ή ληφθεί από μη κατέχουσες δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεις.¹⁹
8. Στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 6 εμπίπτει κάθε συμπεριφορά επιχείρησης 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 επιχείρησης, ο ανταγωνισμός είναι ήδη εξασθενημένος. Η εν λόγω ειδική ευθύνη έχει ιδιαίτερη σημασία στην περίπτωση κατά την οποία μια επιχείρηση η οποία κατέχει δεσπόζουσα θέση σε μια δεδομένη αγορά χρησιμοποιεί την ισχύ της σε αυτή την αγορά κατά τέτοιο τρόπο ώστε να ενδυναμώσει περαιτέρω τη θέση της και, ταυτόχρονα, να παρεμποδίσει την εμφάνιση του ανταγωνισμού σε μια παραπλήσια, αλλά διαφορετική αγορά. Είναι χαρακτηριστικό ότι ο Γενικός Εισαγγελέας Fennelly²⁰ τόνισε ότι η συμπεριφορά μιας επιχείρησης η οποία κατέχει σχεδόν μονοπωλιακή θέση, η οποία καταφανώς αποσκοπεί στην παρακώλυση εμφάνισης ανταγωνισμού, πρέπει να εκτιμάται με βάση υψηλότερο βαθμό επιμέλειας.
9. Χαρακτηριστική περίπτωση de facto δεσπόζουσας θέσης, στο οποίο βρίσκεται εφαρμογή η προαναφερόμενη ειδική ευθύνη, είναι η κυριαρχία της ΑΤΗΚ, στη σύνδεση με το SMS Center. Επομένως, η εκάστοτε συμπεριφορά της ΑΤΗΚ πρέπει να εκτιμάται υπό το πρίσμα της ειδικής ευθύνης με την οποία βαρύνεται. Η ειδική αυτή ευθύνη συνίσταται στην υποχρέωση της ΑΤΗΚ να μην εξασθενεί την ύπαρξη ανταγωνισμού, καθώς και να μην υιοθετεί συμπεριφορές ή μέτρα που δεν θα συνεπάγονταν καθ' αυτό κατάχρηση εάν είχαν υιοθετηθεί ή ληφθεί από εταιρείες μη κατέχουσες δεσπόζουσα θέση.
10. Ως εκ τούτου, οι όροι της παροχής από την ΑΤΗΚ σύνδεσης με το SMS Center για σκοπούς παροχής Premium SMS από τρίτους, εκτιμώνται υπό το πρίσμα της «ειδικής ευθύνης» επιμέλειας με την οποία βαρύνεται.

(γ) Καταχρηστική Εκμετάλλευση Δεσπόζουσας Θέσης

11. Με βάση τις πρόνοιες του Νόμου δεν απαγορεύεται η κατοχή ή απόκτηση δεσπόζουσας θέσης, αλλά μόνο η καταχρηστική εκμετάλλευση αυτής²¹. Η έννοια της καταχρηστικής συμπεριφοράς δεν ορίζεται στο άρθρο 6 του Νόμου, το οποίο περιορίζεται στην ενδεικτική απαρίθμηση ορισμένων μορφών συμπεριφοράς, που εφόσον προέρχονται από επιχείρηση που

¹⁹ Βλ. Απόφαση στην υπόθεση T-111/96ITT Promedia NV κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, Συλλογή Νομολογίας του Δικαστηρίου 1998 σελίδα II-02937, παρ. 139. Βλέπε επίσης την απόφαση του Δικαστηρίου της 9ης Νοεμβρίου 1983 στην υπόθεση 322/81, Michelin κατά Επιτροπής, Συλλογή 1983, σ. 3461, παρ. 57.

²⁰ Βλ. Απόφαση του Δικαστηρίου Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων στις συνκδικασθείσες υποθέσεις C – 395/96, & C- 396/96, Compagnie Maritime Belge Transports, Compagnie Maritime Belge and Dafra Lines κατά της Επιτροπής, Συλλογή Νομολογίας του Δικαστηρίου 2000, σελ I – 1365.

²¹ Βλέπε υποσημείωση 16.

κατέχει δεσπόμενη θέση, συνιστούν καταχρηστική εκμετάλλευση της και είναι *ex legis* παράνομες.

12. Συγκεκριμένα το άρθρο 6 του Νόμου, αναφέρει τα ακόλουθα:

«6.(1) Απαγορεύεται η καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόμενης θέσης μιας επιχείρησης στην αγορά ενός προϊόντος.

(2) Καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόμενης θέσης συνιστά ειδικότερα οποιαδήποτε πράξη μιας ή περισσότερων επιχειρήσεων, που κατέχει ή κατέχουν δεσπόμενη θέση στο σύνολο ή μέρος της εγχώριας αγοράς ενός προϊόντος, αν η πράξη αυτή έχει σαν αντικείμενο ή 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) στον περιορισμό της παραγωγής ή της διάθεσης, ή της τεχνολογικής ανάπτυξης προς ζημιά των καταναλωτών

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

(δ) στην εξάρτηση της σύναψης συμβάσεων 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 συμβάσεων αυτών.

(3) Απαγορεύεται η καταχρηστική εκμετάλλευση, από μια ή περισσότερες επιχειρήσεις, της σχέσης οικονομικής εξάρτησης, στην οποία βρίσκεται προς αυτή η αυτές μια επιχείρηση η οποία κατέχει θέση πελάτη, προμηθευτή, παραγωγού, αντιπροσώπου, διανομέα ή εμπορικού συνεργάτη τους ακόμη κι ως προς ένα ορισμένο είδος προϊόντων ή υπηρεσιών και δε διαθέτει ισοδύναμη εναλλακτική λύση.»

13. Η κατάχρηση σύμφωνα με την νομολογία είναι έννοια αντικειμενική²² και δεν έχει να κάνει με την υπαιτιότητα της επιχείρησης, πλην όμως σχετίζεται με τη συμπεριφορά της δεσπόμενης επιχείρησης που επιδρά στην δομή της αγοράς, αποδυναμώνοντας τον ήδη ασθενή ανταγωνισμό με τη χρήση μεθόδων ανάρμοστων σε καθεστώς υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού.

14. Σύμφωνα με την έκθεση αιτιάσεων που επιδόθηκε στην ΑΤΗΚ, η Επιτροπή κατά τη συνεδρία της ημερομηνίας 11 Νοεμβρίου 2005, αποφάσισε ότι εκ πρώτης όψεως, η ΑΤΗΚ είχε προβεί σε παράβαση του άρθρου 6 (1) και (2)(β) του Νόμου, λόγω της άρνησης της να προσφέρει στην καταγγέλλουσα εταιρεία Golden Telemedia πρόσβαση στην απαραίτητη, κατάλληλη, ή συμφέρουσα ή ανταγωνιστική τηλεπικοινωνιακή σύνδεση, η οποία θα καθιστούσε δυνατή την προσφορά των υπηρεσιών

²² Βλέπε υποσημείωση 16.

Premium SMS με αποτέλεσμα τον περιορισμό της παραγωγής ή της διάθεσης, ή της τεχνολογικής ανάπτυξης προς ζημιά των καταναλωτών.

(δ) Άρνηση Πρόσβασης σε Βασικές Διευκολύνσεις

15. Το άρθρο 6 (2) (β) του Νόμου ορίζει ότι, καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόμενου θέσης συνιστά οποιαδήποτε πράξη που έχει ως αντικείμενο ή αποτέλεσμα ή ενδεχόμενο αποτέλεσμα τον περιορισμό της παραγωγής ή της διάθεσης προς ζημιά των καταναλωτών. Η μόνη περίπτωση που αυτό επιτρέπεται είναι όταν η άρνηση παροχής υπηρεσιών από μια δεσπόμενα επιχείρηση δικαιολογείται αντικειμενικά, από τεχνικούς ή εμπορικούς λόγους που σχετίζονται άμεσα με τη φύση της συγκεκριμένης υπηρεσίας.²³
16. Η έννοια της άρνησης παροχής υπηρεσίας δεν περιλαμβάνει μόνο την απόλυτη άρνηση, αλλά και καταστάσεις στις οποίες οι δεσπόμενες επιχειρήσεις εξαρτούν την παροχή υπηρεσίας από όρους που αντικειμενικά δεν είναι εύλογοι. Οι όροι αυτοί μπορεί να είναι η άρνηση παροχής υπηρεσίας με όρους που ο προμηθευτής (ΑΤΗΚ) γνωρίζει ότι είναι απαράδεκτοι-τεκμαρτή άρνηση- ή άρνηση προμήθειας βάσει θεμιτών όρων.²⁴
17. Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, με αποφάσεις της επέκτεινε την αρχή της άρνησης συναλλαγής ή παροχής υπηρεσιών με την εισαγωγή του κανόνα των «βασικών διευκολύνσεων»²⁵, και το ΔΕΚ και το ΠΕΚ με τη σειρά τους έκριναν επί των όρων εφαρμογής του κανόνα, ο οποίος προβλέπει ότι η άρνηση μιας επιχείρησης με δεσπόμενα θέση να παρέχει συγκεκριμένες υπηρεσίες, οι οποίες θεωρούνται «βασικές υπηρεσίες» είναι καταχρηστική²⁶. Η αδυναμία πρόσβασης και χρήσης της συγκεκριμένης υπηρεσίας αποτελεί σημαντικό εμπόδιο εισόδου στην συγκεκριμένη αγορά και ανάπτυξης έτσι ενός ελάχιστου ανταγωνισμού, ιδίως όταν η ενδιαφερόμενη επιχείρηση ούτε η ίδια μπορεί να αναπτύξει την υπηρεσία

²³ Απόφαση του Δικαστηρίου στην υπόθεση 6/76 Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities, Συλλογή της Νομολογίας του Δικαστηρίου 1974, σελ 223

²⁴ Απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής 199/243/ΕΚ στην υπόθεση COMP/35.134- Trans-Atlantic Conference Agreement της 9.4.1999, παράγραφος 553 και Απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής 2001/82/ΕΚ Deutsche Post AG, 22.7.2001, παράγραφος 141

²⁵ Βλ. Απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής, 94/19/ΕΚ, στην υπόθεση Sea Containers v. Stena Sealink, (Προσωρινά μέτρα) Επίσημη Εφημερίδα L 015, ημερ. 18.1.1994.

²⁶ Βλέπε Αποφάσεις Πρωτόδικου Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων T-79 & 80/95, SNCF & BRB κατά της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, Συλλογή της Νομολογίας του Δικαστηρίου, 1996, σελ II-1491, T-374 & 375, 384 & 388/94 European Night Services κατά της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, Συλλογή της Νομολογίας του Δικαστηρίου, 1998, σελ II-3141 και τις αποφάσεις του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων στην υπόθεση Oscar Bronner κατά Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG και Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG. Συλλογή Νομολογίας Δικαστηρίου 1998, σελ II-7791 και Radio Telefis Eireann (RTE) KAI independent Television Publications Ltd (ITP) κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, Συλλογή Νομολογίας του Δικαστηρίου 1995, σελ I-743

αυτή, αλλά ούτε και υπάρχει αντικειμενική δυνατότητα επαρκώς υποκατάστατων και οικονομικά συμφέρουσων λύσεων.²⁷

18. Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή έκανε χρήση της θεωρίας αυτής εφαρμόζοντας την, κυρίως, στις περιπτώσεις ανοίγματος της αγοράς και μετάβασης από μονοπωλιακό καθεστώς σε συνθήκες ελευθέρου ανταγωνισμού. Χρήσιμη και καθοδηγητική είναι και η σχετική ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού σε συμφωνίες πρόσβασης στον τομέα των τηλεπικοινωνιών²⁸, η οποία βασίζεται σε θέματα που προέκυψαν κατά τα αρχικά στάδια μετάβασης από μονοπωλιακά καθεστώτα.
19. Στην εν λόγω ανακοίνωση αναφέρεται ότι, η έννοια της «πρόσβασης», μπορεί να συνδεθεί με μια σειρά υπηρεσιών πρόσβασης και διασύνδεσης που προφέρουν τη δυνατότητα σε έναν παρέχοντα υπηρεσίες να δημιουργήσει δικό του δίκτυο.²⁹ Οι προϋποθέσεις για τη στοιχειοθέτηση του κανόνα των βασικών διευκολύνσεων έχουν σωρευτικά ως ακολούθως:
- (α) η πρόσβαση στην εν λόγω διευκόλυνση είναι γενικά ουσιώδης για να ανταγωνιστούν οι εταιρείες σε αυτή, ή συναφή αγορές,
 - (β) υπάρχει επαρκής διαθέσιμη ικανότητα πρόσβασης,
 - (γ) ο παρέχων της διευκολύνσεις όταν δεν κοινοποιεί αίτημα για υφιστάμενη αγορά υπηρεσιών ή προϊόντων, παρακωλύει τον επείγοντα χαρακτήρα μιας ενδεχόμενης νέας υπηρεσίας ή προϊόντος ή παρακωλύει τον ανταγωνισμό σε υπάρχουσα ή ενδεχόμενη αγορά υπηρεσίας ή προϊόντος,
 - (δ) η εταιρεία που ζητά πρόσβαση είναι πρόθυμη να καταβάλει το εύλογο, χωρίς διακρίσεις τίμημα και επιπλέον δέχεται από κάθε άποψη όρους και προϋποθέσεις που δεν εισάγουν διακρίσεις, και
 - (ε) δεν υπάρχει αντικειμενική αιτιολογία για την άρνηση της παροχής πρόσβασης.³⁰
20. Επιπρόσθετα, σύμφωνα με τα όσα αναφέρονται στη σχετική ανακοίνωση, οι δεσπίζοντες φορείς παροχής τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών οφείλουν να διεκπεραιώνουν τις αιτήσεις πρόσβασης αποτελεσματικά· οι εύλογες και ανεξήγητες ή αδικαιολόγητες καθυστερήσεις απάντησης σε αίτηση πρόσβασης μπορεί να αποτελούν κατάχρηση³¹.
21. Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή εφαρμόζοντας τη θεωρία των «βασικών διευκολύνσεων» στην υπόθεση *Sea Containers v Stena Sealink*³² έκρινε ότι, μια επιχείρηση που κατέχει δεσπίζουσα θέση κατά την παροχή

²⁷ Βλ. Ευρωπαϊκό Δίκαιο Επιχειρήσεων και Ανταγωνισμού, Γεώργιος Καρύδης [2001]

²⁸ Επίσημη Εφημερίδα C265/02 της 22.8.1998

²⁹ Βλέπε υποσημείωση 28 παρ. 71

³⁰ Βλέπε υποσημείωση 28, παρ. 91

³¹ Βλέπε υποσημείωση 28, παρ.95

³² Βλ. Απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής, 94/19/EK, στην υπόθεση *Sea Containers v. Stena Sealink*, (Προσωρινά μέτρα) Επίσημη Εφημερίδα L 015, ημερ. 18.1.1994, σελ 8-19

βασικής διευκόλυνσης και χρησιμοποιεί η ίδια τη διευκόλυνση αυτή (όπως μια υπηρεσία ή εγκατάσταση στην οποία αν δεν έχουν πρόσβαση οι ανταγωνιστές δεν μπορούν να παρέχουν υπηρεσίες στους δικούς τους πελάτες) και η οποία αρνείται σε άλλες επιχειρήσεις την πρόσβαση στην εν λόγω διευκόλυνση, χωρίς αντικειμενική αιτιολογία ή παρέχει πρόσβαση υπό λιγότερο ευνοϊκούς όρους από εκείνους που θέτει στις δικές της υπηρεσίες παραβαίνει το άρθρο 82 της Συνθήκης, εφόσον πληρούνται και οι λοιπές προϋποθέσεις του εν λόγω άρθρου.³³ Ανέφερε ακόμα ότι, επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση δεν μπορεί να εισάγει διακρίσεις υπέρ των δικών της δραστηριοτήτων σε μια σχετική αγορά. Σε μια τέτοια περίπτωση η άρνηση περιορίζει την ανάπτυξη νέων αγορών, ή νέων προϊόντων.

22. Ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ δια μέσου των γραπτών και προφορικών θέσεων του, υποστήριξε ότι, η ΑΤΗΚ ουδέποτε αρνήθηκε να προσφέρει πρόσβαση στην Golden Telemedia, αλλά σε αντίθεση ανταποκρίθηκε άμεσα στο αίτημα της επεξηγώντας της πως η υπηρεσία την οποία επιθυμούσε παρέχεται μόνο μέσω της πύλης Cybee, καθότι κατά την υπό εξέταση περίοδο δεν υπήρχε η τεχνική δυνατότητα να της την προσφέρει με τον τρόπο που επιθυμούσε.
23. Ο δικηγόρος της Golden Telemedia, διαφώνησε με την πιο πάνω θέση του δικηγόρου της ΑΤΗΚ, καθότι, όπως υποστήριξε, η πρόταση της ΑΤΗΚ να ενωθεί με την υπηρεσία Cybee, προέκυψε μετά από την εξέταση της καταγγελίας από την Επιτροπή Προστασίας του Ανταγωνισμού. Συγκεκριμένα, η ίδια είχε ζητήσει για πρώτη φορά πρόσβαση στον SMSC τον Φεβρουάριο του 2002 και η ΑΤΗΚ της προσέφερε την εναλλακτική λύση μέσω της υπηρεσίας Cybee τον Δεκέμβριο του 2003, τρεις μήνες μετά την υποβολή της καταγγελίας στην Επιτροπή. Ο Γενικός Διευθυντής της Golden Telemedia, επισήμανε στην Επιτροπή ότι πριν από τη σχετική συνάντηση που είχε με την ΑΤΗΚ τον Δεκέμβριο του 2003, δεν γνώρισε ότι υπήρχε η δυνατότητα σύνδεσης με την Cybee για να λειτουργούν ως μεσάζοντες της ΑΤΗΚ.
24. Ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ, με την τελική αγόρευση του διαφώνησε ότι η ΑΤΗΚ ανταποκρίθηκε στο αίτημα της Golden Telemedia τον Δεκέμβριο του 2003 καθότι η Cybee ήταν και είναι εκεί και προσφέρεται σε όλους όσους επιθυμούν πρόσβαση, χωρίς όμως να παραθέτει οποιοδήποτε Τεκμήριο που να αποδεικνύει ότι η Golden Telemedia είχε ενημερωθεί για τη δυνατότητα χρήσης της Cybee νωρίτερα από τον Δεκέμβριο 2003.
25. Επίσης, ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ υποστήριξε ότι, οι πελάτες του αντιμετώπιζαν τεχνικά προβλήματα στο να παρέχουν την αιτούμενη από την Golden Telemedia υπηρεσία. Το τεχνικό «πρόβλημα» υφίστατο στο γεγονός ότι το SMSC δεν είχε την δυνατότητα (α) να ξεχωρίζει τους πελάτες της συνδρομητικής από την προπληρωμένη τηλεφωνία, (β) να χρεώνει τους πελάτες, δηλαδή να καταγράφει μόνο χρεωστικά δεδομένα

³³ Βλέπε Ευρωπαϊκό Κοινοτικό Δίκαιο του Ανταγωνισμού, Καλαβρός, 2003, σελ. 115.

- τα οποία να χρησιμοποιούνται από το σύστημα χρέωσης για χρέωση των πελατών και (γ) να ελέγχει την φερεγγυότητα των πελατών της συνδρομητικής υπηρεσίας.
26. Ο δικηγόρος της Golden Telemedia, αντέκρουσε τα πιο πάνω, υποστηρίζοντας ότι δεν υφίσταται οποιοδήποτε τεχνικό πρόβλημα στην παροχή τέτοιας υπηρεσίας, καθότι η ΑΤΗΚ λειτουργούσε κανονικά την υπηρεσία Cybee. Ο Γενικός Διευθυντής της Golden Telemedia υποστήριξε ότι το SMSC έχει την δυνατότητα χρέωσης και τιμολόγησης και σε αυτό ήταν συνδεδεμένη η υπηρεσία Cybee. Η Cybee λειτουργούσε κάνοντας διάφορες χρεώσεις για τους πελάτες της, όπως [...] σεντ, [...] σεντ, ΛΚ[...], ΛΚ[...] και συνεπώς, όπως υποστήριξε, η ΑΤΗΚ είχε το λογισμικό για να μπορεί να διαχωρίζει τις σχετικές χρεώσεις. Ως εκ τούτου, δεν δικαιολογείται η άρνηση της ΑΤΗΚ να συνδέσει την Golden Telemedia με το SMSC για λόγους αδυναμίας χρέωσης των πελατών της.
27. Επιπρόσθετα, ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ υποστήριξε, η Golden Telemedia είχε εναλλακτικές λύσεις και συνεπώς η πρόσβαση στο SMSC δεν μπορεί να θεωρηθεί ως ουσιώδη διευκόλυνση. Συγκεκριμένα ανέφερε ότι, η Golden Telemedia μπορούσε να αποκτήσει το δικό της SMSC και να ζητήσει να το συνδέσει με το δίκτυο της ΑΤΗΚ ή/και να συνεργαστεί με άλλους παροχείς είτε στο εσωτερικό, είτε στο εξωτερικό. Παρόλα τα όσα υποστήριξε, ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ δεν έδωσε στην Επιτροπή τις απαραίτητες πληροφορίες για το πώς θα μπορούσε να γίνει εφικτή μια τέτοια σύνδεση ώστε να την καθιστά εναλλάξιμη.
28. Ο δικηγόρος της Golden Telemedia αντικρούοντας τα όσα υποστήριξε, ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ, ανέφερε στην Επιτροπή ότι απαραίτητη προϋπόθεση για τη δημιουργία SMSC είναι πρώτον, η εγκατάσταση δικτύου κινητής τηλεφωνίας, συμπεριλαμβανομένου πομπών κεραιών και δεύτερον, η διατήρηση επί συνδρομητικής βάσης πελατών στους οποίους θα προσφέρονται υπηρεσίες κινητής τηλεφωνίας με την παροχή SIM CARDS. Η εγκατάσταση και λειτουργία δικτύου κινητής τηλεφωνίας προϋποθέτει την εξασφάλιση ειδικής άδειας από τον ΕΡΗΕΤ, ο οποίος το 2004 περιόρισε τους πάροχους κινητής τηλεφωνίας σε δύο, στην ΑΤΗΚ και στην Ageeba. Επιπλέον, το κόστος για όλα αυτά ανέρχεται σε εκατομμύρια λίρες, γεγονός που δεν την καθιστά οικονομικά εναλλακτική λύση. Σε κάθε περίπτωση όμως, η σύνδεση με το SMSC της ΑΤΗΚ θα ήταν απαραίτητη για σκοπούς δρομολόγησης των μηνυμάτων στους συνδρομητές της.
29. Ακολούθως, ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ κατά τη διάρκεια των διευκρινίσεων, και σε αντίθεση με τα όσα υποστήριξε στην αρχική του αγόρευση, αναφορικά με τα κατά πόσο, κατά την εν λόγω χρονική περίοδο στην Κύπρο, υπήρχε οποιαδήποτε άλλη εταιρεία η οποία να παρέχει παρόμοια ή παραπλήσια σύνδεση με αυτή του SMSC της ΑΤΗΚ, υποστήριξε, ότι η σύνδεση της Golden Telemedia με το SMSC της ΑΤΗΚ ήταν εφικτή και μέσω της υπηρεσίας Bulk SMS, χωρίς να κάνει αναφορά στις άλλες εναλλακτικές λύσεις που ισχυρίστηκε προηγουμένα, ήτοι τη δημιουργία

- κινητού δικτύου, ή τη συνεργασία με άλλες εταιρείες στο εσωτερικό ή εξωτερικό. Σε σχέση με την υπηρεσία Bulk SMS ανέφερε ότι αυτή ήταν διαθέσιμη από την πρώτη φορά που ζητήθηκε η σύνδεση με το SMSC και τους είχε προταθεί. Αυτό όμως, ερχόταν σε αντίθεση μετά όσα είχαν αρχικά υποστηρίξει ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ, ότι δηλαδή η ΑΤΗΚ τους είχε αναφέρει ότι η αιτούμενη υπηρεσία ήταν εφικτή μόνο μέσω της Cybee. Σύμφωνα με τα όσα αναφέρει κατά την διάρκεια των διευκρινήσεων, η Golden Telemedia με την υπηρεσία Bulk SMS θα είχε τη δυνατότητα να στέλλει SMS στους πελάτες της με περιεχόμενο αξίας, πληρώνοντας την ΑΤΗΚ τιμή χαμηλότερη από τη λιανική τιμή για αποστολή SMS από ένα πελάτη σε άλλο. Σε αυτή την περίπτωση θα έπρεπε να χρησιμοποιηθεί η φωνητική κλήση.
30. Ο δικηγόρος της Golden Telemedia με τη σειρά του, αντέκρουσε το ισχυρισμό της ΑΤΗΚ περί της χρήσης της τεχνολογίας Bulk υποστηρίζοντας πρώτον ότι, ουδέποτε οι πελάτες του ζήτησαν τέτοια υπηρεσία, καθότι αυτή αποτελεί μαζική αποστολή μηνυμάτων σε μια εντολή και δεύτερον ότι, η ΑΤΗΚ ουδέποτε προσφέρθηκε να τους προσφέρει τέτοια υπηρεσία. Σε σχέση με την ευχρηστία του SMS και του τηλεφώνου μαζί, τόνισε ότι ο χρήστης που θα λάβει το SMS θα στείλει SMS και ο χρήστης που θα επιλέξει την φωνητική κλήση θα χρησιμοποιήσει μόνο αυτή και συνεπώς, δεν είναι εύχρηστο για την απόκτηση ενός υπερτιμημένου περιεχομένου να χρησιμοποιείται την φωνητική κλήση και το SMS.
31. Σε σχέση με την σύνδεση με την πύλη Cybee, ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ, υποστήριξε ότι, η Golden Telemedia δεν επιθυμούσε τέτοια σύνδεση για λόγους που άπτονται των δικών της επιχειρηματικών σχεδίων, δηλαδή επειδή επιθυμούσε να δημιουργήσει τη δική της ανεξάρτητη πύλη και να μη λειτουργεί ως μεσάζων σε συνεργασία με την ΑΤΗΚ. Η ΑΤΗΚ, όμως, της πρόσφερε ότι προσφέρει η ίδια στον εαυτό της. Το μοντέλο μεριδίων που δινόταν μέσω της Cybee σε όσους πλησίαζαν την ΑΤΗΚ ήταν το ίδιο. Τα έσοδα των εταιρειών ήταν και είναι ανάλογα με το ύψος της τιμής και τον αριθμό των μηνυμάτων ώστε να δίνονται κίνητρα στους μεσάζοντες/εταιρείες που επιτυγχάνουν ψηλό κύκλο εργασιών. Επισήμανε επίσης, ότι το διαφημιστικό κόστος θα το επιβαρυνόταν η ΑΤΗΚ.
32. Σύμφωνα με τα όσα ανέφερε ο δικηγόρος της Golden Telemedia στην Επιτροπή, οι τιμές που παρουσίασε η ΑΤΗΚ ως μέρος του οικονομικού μοντέλου συνεργασίας που είχε προτείνει, ήταν άκρως ασύμφορες, πέραν του γεγονότος ότι και το ίδιο το μοντέλο είχε επιβληθεί εκβιάστικα. Εάν, σύμφωνα με τα όσα υποστήριξε, η Golden Telemedia, συμφωνούσε με τις προτεινόμενες τιμές, τότε ο οποιοσδήποτε πιθανός πελάτης της Golden Telemedia θα ήταν αυτόματα και πιθανός πελάτης της ΑΤΗΚ μέσω της υπηρεσίας Cybee, υπό άνισους όσους σε βάρος της Golden Telemedia, αφού η ίδια θα είχε ένα πολύ μικρό, θεωρητικό, μηνιαίο κέρδος για να μπορεί να διαπραγματευτεί με προτιθέμενους πελάτες περιεχομένου.

33. Ο δικηγόρος της Golden Telemedia, ως παράδειγμα του διαμερισμού εσόδων στη βάση του οικονομικού μοντέλου συνεργασίας που είχε προτείνει η ΑΤΗΚ, παράθεσε την τιμή των [...] σεντ ανά μήνυμα. Σε μία τέτοια περίπτωση το μερίδιο εσόδων της ΑΤΗΚ θα κυμαινόταν από [.....]%-[.....]%, ανάλογα με την κίνηση (όσο αυξάνεται η κίνηση τόσο μειώνεται το μερίδιο της ΑΤΗΚ) και το μερίδιο της Golden Telemedia μεταξύ [.....]%- [.....]%. Ανέφερε ότι, ο προτεινόμενος διαμερισμός ήταν απαγορευτικός, καθότι το μερίδιο της ήταν τόσο χαμηλό που δεν της αφήνετο περιθώριο να διαπραγματευτεί με τους παρόχους περιεχομένου (π.χ. Megabet), έχοντας ιδιαίτερα υπόψη ότι η ΑΤΗΚ τους πρόσφερε ήδη καλύτερες τιμές. Επιπλέον πρόσθεσε ότι, η δυνατότητα της Golden Telemedia να διαπραγματευτεί με τους διάφορους πάροχους περιεχομένου παρεμποδιζόταν και από το γεγονός ότι, η ΑΤΗΚ είχε προβεί σε αποκλειστικές συμφωνίες με τους παρόχους περιεχομένου, όπως Megabet και Λέσχη Ιπποδρομιών. Σε σχέση με το κόστος διαφήμισης το οποίο θα αναλάμβανε η ΑΤΗΚ, ο δικηγόρος της Golden Telemedia, υποστηρίζει ότι πρώτον, η ΑΤΗΚ δεν είχε δηλώσει το ύψος αυτής, δεύτερον, αυτή αφορούσε μόνο αφίσες και μικροδιαφημίσεις, ενώ η Golden Telemedia επιθυμούσε διαφημίσεις στην τηλεόραση και τρίτον, με τη διαφήμιση θα προωθείτο η υπηρεσία Cybee και όχι η Golden Telemedia.
34. Πέραν, όμως των οικονομικών λόγων, η Golden Telemedia δεν επιθυμούσε τη σύνδεση μέσω της Cybee καθότι σε μια τέτοια περίπτωση θα λειτουργούσε ως μεσάζων της ΑΤΗΚ και όχι ως ανταγωνιστής της. Η σύνδεση της με την πύλη Cybee θα σήμαινε ότι (α) οι υπηρεσίες που θα πρόσφερε δεν θα ήταν δικές της, αλλά θα γινόταν αντιπρόσωπος της Cybee, (β) οι πελάτες δεν θα ήταν δικοί της, αλλά πελάτες της Cybee, (γ) δεν θα μπορούσε να πωλήσει εξειδικευμένες υπηρεσίες σε πρωταρχικούς της πελάτες, όπως οι ραδιοτηλεοπτικοί σταθμοί, (δ) δεν θα μπορούσε να διαφημίσει παρά μόνο μέσω ή για λογαριασμό της Cybee και (ε) δεν υπήρχε λόγος να ανταγωνιστεί την Cybee.
35. Ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ καταλήγοντας υποστήριξε ότι, οι πελάτες του δεν είχαν λόγους να παρεμποδίσουν την πρόσβαση στην Golden Telemedia, υποστήριξε ότι, η ΑΤΗΚ παρόλο που δεν ήταν υπόχρεη να το κάνει, μελέτησε το ενδεχόμενο εισαγωγής της εν λόγω υπηρεσίας και από τον Απρίλιο του 2003 δρομολόγησε τις διαδικασίες, οι οποίες ολοκληρώθηκαν τον Μάρτιο 2005. Σύμφωνα με τα όσα ανέφερε ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ, η αναβάθμιση θα πραγματοποιείτο από εξωτερικούς συμβούλους και όχι από τους υπάλληλους της ΑΤΗΚ που είχαν δημιουργήσει το σχετικό λογισμικό, καθότι αυτό θα διαρκούσε περισσότερο χρόνο. Οι ενέργειες αυτές, σύμφωνα με τα όσα υποστήριξε ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ στόχευαν στην αναβάθμιση της τεχνικής υποδομής με την εισαγωγή του SMS Gateway ώστε να διασφαλιστεί η σύνδεση εξωτερικών συστημάτων με το δίκτυο της ΑΤΗΚ, η ασφάλεια του δικτύου της ΑΤΗΚ από κακόβουλη ή ακούσια επέμβαση, η ασφάλεια των προσωπικών δεδομένων των πελατών της ΑΤΗΚ, η χρέωση των μηνυμάτων σε πραγματικό χρόνο για

τους πελάτες της προπληρωμένης κινητής τηλεφωνίας και ο έλεγχος της φερεγγυότητας των πελατών της συνδρομητικής κινητής τηλεφωνίας.

36. Ο δικηγόρος της Golden Telemedia αντικρούοντας τα όσα ανέφερε ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ, υποστήριξε ότι, η ΑΤΗΚ με τις πράξεις ή παραλήψεις της περιορίζει την ανάπτυξη του ανταγωνισμού κάτι το οποίο διαφαίνεται από το γεγονός ότι φρόντισε να αναπτύξει το δικό της μοντέλο Cybee από την 1 Σεπτεμβρίου 2001, ενώ χρειάστηκε 5 χρόνια για να προσφέρει την αιτούμενη υπηρεσία στους ανταγωνιστές της. Συγκεκριμένα, τόνισε ότι οι μελέτες για προκήρυξη και αξιολόγηση και κατακύρωση των προσφορών ξεκίνησαν τον Μάρτιο του 2004, δηλαδή δύο χρόνια μετά από την επιστολή της (11 Φεβρουαρίου 2002) για παροχή της υπηρεσίας, ενώ μπορούσαν να επισπεύσουν τη διαδικασία έχοντας ιδιαίτερα υπόψη ότι οι άνθρωποι που δημιούργησαν το λογισμικό ήταν υπάλληλοι της ΑΤΗΚ. Αυτός ο χρόνος καθυστέρησης ήταν ουσιώδης για την ανάπτυξη του ανταγωνισμού. Όπως υποστήριξε ο Γενικός Διευθυντής της Golden Telemedia, η καθυστέρηση της ΑΤΗΚ να της παράσχει τη διευκόλυνση που επιθυμούσε την έθετε σε μειονεκτική θέση για τον ανταγωνισμό και αυτό φάνηκε από το γεγονός ότι από το καλοκαίρι του 2005, όταν δηλαδή η ΑΤΗΚ πρόσφερε τη σχετική υπηρεσία, δεν μπορούσε να πωλήσει τις υπηρεσίες Premium SMS, γιατί στη συνείδηση του κόσμου καθιερώθηκε η Cybee.

ΣΤ. ΚΑΤΑΛΗΚΤΙΚΟ ΑΠΟΦΑΣΗΣ

Η ΕΠΙΤΡΟΠΗ

Μετά από διεξοδική μελέτη, ανταλλαγή απόψεων και συζήτηση μεταξύ των μελών της, και αφού αξιολόγησε όλο το ενώπιον της υλικό, στοιχεία και πληροφορίες και τα όσα τα εμπλεκόμενα μέρη δια μέσου των δικηγόρων τους, προφορικά και γραπτώς, έθεσαν ενώπιόν της,

ΑΠΟΦΑΣΙΖΕΙ ΤΑ ΕΞΗΣ

1. Αντικείμενο της παρούσας έρευνας είναι η άρνηση της ΑΤΗΚ, κατά την περίοδο Φεβρουάριο 2002 μέχρι Μάρτιο 2004, να παρέχει στην Golden Telemedia σύνδεση στο SMSC με τη δυνατότητα αμφίδρομης αποστολής SMS, χρέωσης των καλούντων με υπερτιμημένο τέλος, είσπραξης αυτού από την ΑΤΗΚ και απόδοσης μεριδίου στην Golden Telemedia.
2. Το άρθρο 6(1) του Νόμου ορίζει ότι, απαγορεύεται η καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης μιας επιχείρησης στην αγορά ενός προϊόντος. Απαραίτητη προϋπόθεση είναι η κατοχή δεσπόζουσας θέσης στην σχετική αγορά. Η Επιτροπή καταλήγει ότι, η ΑΤΗΚ κατέχει δεσπόζουσα θέση στη σύνδεση με το SMSC της. Η δεσπόζουσα θέση που κατέχει η ΑΤΗΚ στο ανώτατο επίπεδο της αγοράς ενισχύεται από τη δεσπόζουσα θέση που κατέχει στις λιανικές υπηρεσίες υπερτιμημένων σύντομων γραπτών μηνυμάτων (premium sms), δίδοντας της, έτσι, την

ελευθερία να κινείται και να ενεργεί ανεξάρτητα και ανεπηρέαστα από τους εν δυνάμει ανταγωνιστές της.

3. Η παρούσα υπόθεση αφορά το αίτημα της Golden Telemedia για πρόσβαση στο SMSC της ΑΤΗΚ, με επιπρόσθετες υπηρεσίες που θα εξασφάλιζαν την αποτελεσματική χρήση της βασικής υποδομής της ΑΤΗΚ, δηλαδή τη δυνατότητα αμφίδρομης αποστολής υπερτιμημένων SMS, τα οποία να εισπράττονται από την ΑΤΗΚ για λογαριασμό της Golden Telemedia.
4. Οι προϋποθέσεις για τη στοιχειοθέτηση του κανόνα των βασικών διευκολύνσεων είναι όπως, (α) η πρόσβαση στην εν λόγω διευκόλυνση είναι ουσιώδης για να ανταγωνιστούν οι εταιρείες σε αυτή ή σε συναφή αγορά, (β) υπάρχει επαρκής διαθέσιμη ικανότητα πρόσβασης, (γ) ο παρέχων της διευκόλυνσης όταν δεν κοινοποιεί αίτημα για υφιστάμενη αγορά υπηρεσιών ή προϊόντων παρακωλύει τον επείγοντα χαρακτήρα μιας ενδεχόμενης νέας υπηρεσίας ή προϊόντος ή παρακωλύει τον ανταγωνισμό σε υπάρχουσα ή ενδεχόμενη αγορά υπηρεσίας ή προϊόντος, (δ) η εταιρεία που ζητά πρόσβαση είναι πρόθυμη να καταβάλει το εύλογο, χωρίς διακρίσεις τίμημα και επιπλέον δέχεται από κάθε άποψη όρους και προϋποθέσεις που δεν εισάγουν διακρίσεις και (ε) δεν υπάρχει αντικειμενική αιτιολογία για την άρνηση της παροχής πρόσβασης.³⁴
5. Η Επιτροπή έχοντας υπόψη της όλα τα ενώπιόν της στοιχεία και πληροφορίες καταλήγει ότι, η σύνδεση στο SMSC της ΑΤΗΚ με τη δυνατότητα αμφίδρομης αποστολής υπερτιμημένων SMS, τα οποία να εισπράττονται από την ΑΤΗΚ για λογαριασμό της Golden Telemedia συνιστά βασική ουσιώδη διευκόλυνση για μια εταιρεία που επιθυμεί να ανταγωνιστεί την ΑΤΗΚ στις υπηρεσίες Premium SMS, δηλαδή την υπηρεσία Cybee, καθότι δεν υπάρχουν διαθέσιμες εύλογες εναλλακτικές λύσης. Συγκεκριμένα, η Επιτροπή:
 - (α) δεν έχει πεισθεί ότι η δημιουργία, από μέρους της Golden Telemedia, δικού της SMSC συνιστά εναλλακτική λύση καθότι κάτι τέτοιο θα είχε ως αποτέλεσμα την πραγματοποίηση επενδύσεων υψηλού κόστους από μέρους της Golden Telemedia και σε κάθε περίπτωση η σύνδεση με το SMSC της ΑΤΗΚ θα ήταν απαραίτητη ώστε η Golden Telemedia να είναι σε θέση να παρέχει υπηρεσίες Premium SMS στους συνδρομητές της ΑΤΗΚ.
 - (β) Δεν έχει πεισθεί ότι η υπηρεσία Bulk SMS μπορεί να θεωρηθεί υποκατάστατο της διευκόλυνσης που ζητούσε η Golden Telemedia, καθότι η χρήση φωνητικών κλήσεων για σκοπούς παραγγελίας, όπως έχει ήδη αναλυθεί για σκοπούς καθορισμού της σχετικής αγοράς προϊόντος, δεν μπορεί να θεωρεί υποκατάστατο των υπερτιμημένων μηνυμάτων,
 - (γ) Δεν έχει πεισθεί ότι η ΑΤΗΚ πρότεινε στην Golden Telemedia τη χρήση της υπηρεσίας Bulk SMS, καθότι, ο ίδιος ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ παρόλο

³⁴ Βλέπε υποσημείωση 28, παρ. 91

που υποστήριξε ότι η υπηρεσία Bulk SMS θα μπορούσε να θεωρεί ως εναλλακτική λύση, εντούτοις σε αρχική του δήλωση ανέφερε ότι η ΑΤΗΚ πληροφόρησε την Golden Telemedia ότι «μόνο μέσω της πύλης Cybee μπορούσε να προσφερθεί η υπηρεσία Premium SMS».

(δ) Δεν έχει πεισθεί ότι η Cybee μπορεί να θεωρηθεί υποκατάστατη υπηρεσία, καθότι με την Cybee παρέχεται σε τρίτους η δυνατότητα να προσφέρουν το περιεχόμενο τους (π.χ. Megabet) μέσω της πύλης της κινητής επικοινωνίας, ενώ αυτό το οποίο ζητούσε η Golden Telemedia ήταν η δυνατότητα παροχής περιεχομένου κάτω από τη δική της εμπορική επωνυμία. Συνεπώς, η Golden Telemedia με τη Cybee θα ενεργούσε ως μεσάζων της ΑΤΗΚ και όχι ως ανταγωνιστή της.

6. Σύμφωνα με τη νομολογία της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, το δικαίωμα πρόσβασης πρέπει να είναι πραγματικό και να προσφέρεται κάτω από λογικές προϋποθέσεις. Ο τρόπος πρόσβασης οφείλει να εξασφαλίζει πρακτικό και όχι θεωρητικό δικαίωμα. Οφείλει, δηλαδή να ξεπεραστεί κάθε εμπόδιο τεχνικής ή άλλης φύσης που καθιστά δυσχερή τη χρήση της διευκόλυνσης από τρίτους. Συνεπώς, το ακολουθούμενο κριτήριο είναι ότι η διευκόλυνση οφείλει να διατίθεται στους τρίτους κάτω από τους ίδιους όρους χρήσης που τη χαιρεί ο ίδιος ο κάτοχός της.³⁵
7. Ο κάτοχος της βασικής διευκόλυνσης μπορεί να αρνηθεί πρόσβαση στη βασική αυτή διευκόλυνση στη βάση αντικειμενικών λόγων. Τέτοιοι αντικειμενικοί λόγοι συνδέονται άμεσα με τη φύση της ίδιας της διευκόλυνσης. Σύμφωνα με τη μελέτη του Βασίλη Γ. Χατζόπουλου «Ο Κανόνας των Βασικών Διευκολύνσεων στο Ευρωπαϊκό και Εθνικό Δίκαιο του Ανταγωνισμού», το δικαίωμα πρόσβασης μπορεί να περιοριστεί ή/και να αποκλειστεί, μεταξύ άλλων, όταν η διευκόλυνση έχει περιορισμένη δυνατότητα ή η επιβάρυνση της διευκόλυνσης μπορεί να επηρεάσει αρνητικά την ασφάλεια της ίδιας της διευκόλυνσης ή των παρεχόμενων υπηρεσιών³⁶.
8. Η Επιτροπή στη βάση των ενώπιον της στοιχείων για την παρούσα υπόθεση αποδέχεται την υπεράσπιση της ΑΤΗΚ ότι υπήρχαν τεχνικές αδυναμίες στην παροχή της υπηρεσίας SMSC με δυνατότητα αμφίδρομης αποστολής μηνυμάτων τα οποία να εισπράττονται από την ΑΤΗΚ για λογαριασμό της Golden Telemedia, αφού δεν είχε την δυνατότητα (α) να ξεχωρίζει τους πελάτες της συνδρομητικής από τη προπληρωμένη τηλεφωνία, (β) να χρεώνει τους πελάτες, δηλαδή να καταγράφει μόνο χρεωστικά δεδομένα τα οποία να χρησιμοποιούνται από το σύστημα χρέωσης για χρέωση των πελατών και (γ) να ελέγχει την φερεγγυότητα των πελατών της συνδρομητικής υπηρεσίας.

³⁵ Βλέπε υποσημείωση 32.

³⁶ Βλέπε Μελέτες Δικαίου των Επιχειρήσεων, Βασίλη Γ. Χατζόπουλου «Ο Κανόνας των Βασικών Διευκολύνσεων στο Ευρωπαϊκό και Εθνικό Δίκαιο του Ανταγωνισμού», Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2002, σελ 127

9. Η Επιτροπή, παρόλα αυτά, δεν έχει πεισθεί ότι η ΑΤΗΚ με την ιδιαίτερη ευθύνη που τη βαρύνει ως επιχείρηση κατέχουσα δεσπόζουσα θέση, προέβη σε όλες τις απαραίτητες ενέργειες για να ανταποκριθεί στο αίτημα της Golden Telemedia, χωρίς καθυστερήσεις και ούτε έχει πεισθεί ότι η σύνδεση με την πύλη Cybee υπό τους προτεινόμενους όρους και τιμές συνιστούσε εύλογη εναλλακτική λύση. Όπως έχει ήδη αναφερθεί, οι αιτήσεις για πρόσβαση σε δίκτυα και υποδομές μιας δεσπόζουσας επιχείρησης πρέπει να διεκπεραιώνονται χωρίς καθυστερήσεις, γιατί ο χρόνος αποτελεί ουσιαστικό στοιχείο για την ανάπτυξη του ανταγωνισμού προς το συμφέρον των καταναλωτών.
10. Αντί αυτού, η Επιτροπή, παρατηρεί ότι, η ΑΤΗΚ καθυστέρησε να ανταποκριθεί στο αίτημα της Golden Telemedia, αφού ανταποκρίθηκε στο εν λόγω αίτημα μετά από 22 μήνες, σε σχετική συνάντηση που πραγματοποιήθηκε τον Δεκέμβριο του 2003, προτείνοντας της μια εναλλακτική λύση μέσω της οποίας θα λειτουργούσε ως μεσάζων αντί ως ανταγωνιστής. Η ΑΤΗΚ από την πλευρά της, δεν υπέδειξε στην Επιτροπή με τεκμηριωμένο τρόπο μια άλλη ημερομηνία ανταπόκρισής της και αρκέστηκε στο να αναφερθεί ότι η ανταπόκριση της ήταν άμεση, ότι είχε συχνή επικοινωνία με την Golden Telemedia και ότι, η Cybee ήταν εκεί και μπορούσε να την παρέχει σε όποιον την επιθυμούσε. Επίσης, ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ, αποδέχτηκε το γεγονός ότι πραγματοποιήθηκε συνάντηση μεταξύ των αντιπροσώπων της ΑΤΗΚ και του Γενικού Διευθυντή της Golden Telemedia, οπότε και παρουσιάστηκε το οικονομικό μοντέλο, αλλά δεν αναφέρθηκε σε συγκεκριμένη ημερομηνία που πραγματοποιήθηκε η συνάντηση, παρά μόνο ότι η συνάντηση πραγματοποιήθηκε εντός του 2003. Η Επιτροπή δεν έχει πεισθεί ότι, η ΑΤΗΚ ανταποκρίθηκε στο αίτημα της Golden Telemedia, νωρίτερα του Δεκεμβρίου του 2003 και ούτε ότι η καθυστέρηση ήταν δικαιολογημένη. Η Επιτροπή κρίνει ότι, το γεγονός ότι η Cybee ήταν πάντα εκεί και διαθέσιμη δεν συνιστά ανταπόκριση στο αίτημα της Golden Telemedia και ούτε συνιστά δικαιολογία για τους 22 μήνες καθυστέρησης.
11. Η καθυστέρηση αυτή της ΑΤΗΚ, είχε ως αποτέλεσμα η Golden Telemedia, για ένα μεγάλο χρονικό διάστημα, σε μια κρίσιμη περίοδο για την ανάπτυξη ενός ελάχιστου υγιούς ανταγωνισμού, και ενώ η ίδια (Golden Telemedia) είχε την απαραίτητη υποδομή να προσφέρει υπηρεσίες Premium SMS, να παραμένει επιχειρηματικά αδρανής, αφού μέχρι τον Δεκέμβριο 2003 δεν γνώριζε ότι μπορούσε να συνεργαστεί με την ΑΤΗΚ ως μεσάζων. Η Επιτροπή παρατηρεί ότι, ακόμη και μετά την απόφαση της ΑΤΗΚ να δημιουργήσει την υποδομή που απαιτείτο, η ΑΤΗΚ χρειάστηκε δύο χρόνια για να ξεκινήσει τις διεργασίες για την υποβολή των προσφορών (Μάρτιο 2004), με αποτέλεσμα ο ανταγωνισμός να μην αναπτυχθεί για περίοδο δύο ετών, δηλαδή αρκετός χρόνος για να εδραιωθεί η υπηρεσία Cybee της ΑΤΗΚ στην αγορά. Ο ισχυρισμός της ΑΤΗΚ, ότι η διαδικασία έγκρισης και κατοχύρωσης προσφορών σε κρατικούς οργανισμούς είναι χρονοβόρα δεν μπορεί να θεωρεί ως εύλογη δικαιολογία ιδιαίτερα όταν αφορά μια κρίσιμη περίοδο για την ανάπτυξη

- του ανταγωνισμού. Ο εκάστοτε οικονομικός φορέας, κρατικός ή ιδιωτικός, που κατέχει δεσπόζουσα θέση στο δίκτυο και την υποδομή του, οφείλει να προσαρμόζεται στις απαιτήσεις ανοίγματος της αγοράς και να μη προβαίνει σε αδικαιολόγητες καθυστερήσεις. Η Επιτροπή καταλήγει ότι, αυτή η αδικαιολόγητη καθυστέρηση έδωσε την ευκαιρία στην ΑΤΗΚ να διατηρήσει και να επεκτείνει τη θέση της στην αγορά των Premium SMS, εμποδίζοντας τους νεοεισερχόμενους να την ανταγωνιστούν επί ίσους όρους.
12. Επιπρόσθετα των καθυστερήσεων που παρατηρήθηκαν από μέρος της ΑΤΗΚ, η Επιτροπή παρατηρεί ότι, οι όροι και οι τιμές που έθεσε η ΑΤΗΚ στην Golden Telemedia για συνεργασία μέσω της Cybee ως εναλλακτική λύση δεν ήταν εύλογοι. Εν πρώτοις, όπως η ίδια η ΑΤΗΚ ανέφερε στα πλαίσια της έρευνας, το μοντέλο συνεργασίας με την Cybee έφερε διαφορετικά χαρακτηριστικά από το μοντέλο συνεργασίας που ζητούσε η Golden Telemedia. Το μοντέλο συνεργασίας με τη Cybee ήταν σχεδιασμένο για να παρέχεται η δυνατότητα σε τρίτους (ΟΠΑΠ, Λέσχη Ιπποδρομιών, Megabet) να προσφέρουν το περιεχόμενο τους μέσω της πύλης της κινητής επικοινωνίας και όχι για να παρέχεται η δυνατότητα σε ανεξάρτητους παρόχους να προσφέρουν περιεχόμενο κάτω από τη δική της εμπορική επωνυμία μέσω της ενοικίασης κωδικών, τους οποίους καθόριζε ο Επίτροπος Ρυθμίσεως Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών και Ταχυδρομείου (στο εξής «ΕΡΗΕΤ»). Δηλαδή, εάν η Golden Telemedia αποδεχόταν την προσφορά της ΑΤΗΚ, θα λειτουργούσε ως μεσάζων και αντιπρόσωπος της ΑΤΗΚ και θα ήταν αναγκασμένη να χρησιμοποιεί τους τετραψήφιους αριθμούς SMS της Cybee. Επιπρόσθετα, η οποιαδήποτε νέα υπηρεσία που θα εισήγαγε η Golden Telemedia θα συνιστούσε εμπλουτισμό των υφιστάμενων υπηρεσιών της ΑΤΗΚ που προσφέρονταν μέσω της Cybee. Από τα πιο πάνω, είναι εμφανές ότι, η Golden Telemedia, για μια συγκεκριμένη κρίσιμη χρονική περίοδο για την ανάπτυξη του ανταγωνισμού θα ενίσχυε και θα εμπλούτιζε τις υπηρεσίες του ανταγωνιστή της που ήδη είχε μια οικονομική υπεροχή απέναντι της. Η Επιτροπή στη βάση όσων έχουν αναλυθεί καταλήγει ότι, όλα τα προαναφερθέντα υποδεικνύουν ότι η Cybee από την φύση των χαρακτηριστικών της δεν μπορούσε να θεωρεί ως εύλογη εναλλακτική λύση για μια εταιρεία που επιθυμούσε να ανταγωνιστεί την ΑΤΗΚ στις υπηρεσίες που πρόσφερε η Cybee.
13. Η Επιτροπή επισημαίνει, επίσης, ότι και οι τιμές που προσφέρθηκαν στην Golden Telemedia ήταν ασύμφωτες, καθότι το μέρος από τα έσοδα που θα δινόταν στην Golden Telemedia ήταν το ίδιο με αυτό που έδινε η Cybee στους παρόχους περιεχομένου (Megatbet, Λέσχη Ιπποδρομιών, κ.ά.). Δεδομένου ότι, οι προαναφερθέντες πάροχοι περιεχομένου προκειμένου να ενδιαφερθούν να συνεργαστούν με την Golden Telemedia θα ζητούσαν το ίδιο ή μεγαλύτερο μέρος από το μέρος που τους δινόταν από την ΑΤΗΚ με βάση τις υφιστάμενες συμφωνίες, η Golden Telemedia δεν θα ήταν σε θέση να καλύψει το οποιοδήποτε λειτουργικό της κόστος, έστω και μικρό, με αποτέλεσμα την πραγματοποίηση ζημιών.

Δηλαδή, έχοντας ως παράδειγμα την τιμή των 5 σεντ ανά μήνυμα, το μερίδιο που θα έδιδε η ΑΤΗΚ στην Golden Telemedia το οποίο θα ήταν της τάξης του [.....]% ([.....] μηνύματα), θα κάλυπτε στην καλύτερη των περιπτώσεων, το μερίδιο του πάροχου περιεχομένου (δηλαδή όταν δεν ζητούσαν πέραν του [.....]%). Ως εκ τούτου, εάν η Golden Telemedia λειτουργούσε με τους προτεινόμενους από την ΑΤΗΚ όρους, δηλαδή ως μεσάζοντας και όχι ως ανταγωνιστής της, θα δούλευε προς ζημία της. Συνεπώς η Επιτροπή καταλήγει ότι, τυχόν αποδοχή της προτεινόμενης από την ΑΤΗΚ λύσης για συνεργασία με το οικονομικό μοντέλο συνεργασίας με τη Cybee δεν θα ήταν συμβατή με την ορθολογιστική συμπεριφορά μιας επιχείρησης που επιδιώκει τη μεγιστοποίηση των κερδών της.

14. Πέραν από το γεγονός ότι το προτεινόμενο οικονομικό μοντέλο συνεργασίας δεν άφηνε περιθώριο στην Golden Telemedia να συνεργαστεί με τους εν λόγω πάροχους, η ΑΤΗΚ είχε συνάψει αποκλειστικές συμφωνίες με αυτούς ώστε να μην παρέχουν περιεχόμενο σε ανταγωνιστικές της επιχειρήσεις, γεγονός που επιβεβαιώνει τους περιορισμούς που έθετε η προτεινόμενη από την ΑΤΗΚ συμφωνία συνεργασίας. Η Επιτροπή επισημαίνει ότι, παρόλο που η ΑΤΗΚ, κατά τη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας υποστήριξε ότι η εν λόγω ρήτρα διαγράφηκε από τις σχετικές συμφωνίες στις αρχές του 2003, εντούτοις η τροποποιημένη συμφωνία τεκμήριο που κατατέθηκε από μέρους της, φέρει την ημερομηνία 2005 και συνεπώς, η Επιτροπή δεν μπορεί να αποδεχθεί τον ισχυρισμό της ΑΤΗΚ ότι η εν λόγω ρήτρα αφαιρέθηκε από τις σχετικές συμφωνίες στις αρχές του 2003.
15. Η Επιτροπή καταλήγει ότι, υπό τις πιο πάνω περιστάσεις, η προσφορά της ΑΤΗΚ για συνεργασία μέσω της Cybee υπό τους συγκεκριμένους όρους και τιμές δεν μπορούσε να θεωρηθεί ως ένα εύλογο αντίτιμο ή μια εύλογη εναλλακτική λύση σε αυτό που ζητούσε η Golden Telemedia, γεγονός που συνιστά έμμεση άρνηση παροχής της αιτούμενη πρόσβασης.
16. Συνεπώς, στην περίπτωση αυτή, η έμμεση άρνηση της ΑΤΗΚ και η αδυναμία πρόσβασης και χρήσης της συγκεκριμένης υπηρεσίας από την Golden Telemedia για την εξεταζόμενη περίοδο των δύο ετών, περιόρισε την ανάπτυξη νέων προϊόντων και νέων υπηρεσιών στην αγορά των τηλεπικοινωνιών και συγκεκριμένα των Premium SMS, κατά παράβαση του άρθρου 6(2)(β) και εμπόδισε την ανάπτυξη ενός ελάχιστου υγιούς ανταγωνισμού. Σε αντίθεση, η ΑΤΗΚ είχε αρκετό χρόνο να εδραιώσει την υπηρεσία Cybee, με αποτέλεσμα η εισχώρηση νέων παικτών στην αγορά να γίνει δυσκολότερη.

Η Επιτροπή υπό το φως όλων των πιο πάνω καταλήγει ότι, η ΑΤΗΚ ως κατέχουσα δεσπόζουσα θέση στην υπό εξέταση σχετική αγορά, απέτυχε να ανταποκριθεί στην ιδιαίτερη υποχρέωσή της να παράσχει στην καταγγέλλουσα εταιρεία Golden Telemedia πρόσβαση και σύνδεση στο SMSC που αποτελεί

υποδομή που χαρακτηρίζεται ως βασική, ή σε μια αντικειμενικά εύλογη εναλλακτική λύση, υπό δίκαιους όρους και σε δίκαιη τιμή, ώστε η Golden Telemedia να είναι σε θέση να παρέχει υπηρεσίες υπερτιμημένων γραπτών μηνυμάτων (Premium SMS) σε λιανικό επίπεδο κατά παράβαση του άρθρου 6(1) και 6(2) (β) του Νόμου, περιορίζοντας τη διάθεση και ή την τεχνολογική ανάπτυξη προς ζημιά των καταναλωτών.

Z. ΠΟΙΝΗ

Οι πιο πάνω ομόφωνες διαπιστώσεις της Επιτροπής αναφορικά με την παράβαση του άρθρου 6(1) και (2) (β) του Νόμου από μέρους της ΑΤΗΚ, ανακοινώθηκαν στα εμπλεκόμενα μέρη στη συνεδρία της Επιτροπής ημερομηνίας 19 Μαρτίου 2007. Στη συνέχεια δόθηκε ο λόγος στο δικηγόρο της ΑΤΗΚ να αγορεύσει για σκοπούς μετριασμού της ποινής στην περίπτωση που η Επιτροπή ήθελε κρίνει όπως επιβάλει τέτοια, στην καταγγελλόμενη ΑΤΗΚ.

Η Επιτροπή, μετά την αποχώρηση των εμπλεκόμενων μερών από τη συνεδρία ημερομηνίας 19 Μαρτίου 2007, υπό το φως όλων των ενώπιον της στοιχείων κρίνει ότι, η πράπουσα ποινή υπό τις περιστάσεις της παρούσας υπόθεσης είναι αυτή της επιβολής διοικητικού προστίμου. Στη λήψη της απόφασής της, η Επιτροπή λαμβάνει υπόψη τα ακόλουθα:

- Τις εξουσίες της Επιτροπής Προστασίας του Ανταγωνισμού επί διαπιστώσεων παραβάσεων των άρθρων 4 και/ή 6 του Νόμου ως καθορίζονται στο άρθρο 22(3) του Νόμου, που προβλέπει τα εξής:
 - «(3) Αν η Επιτροπή διαπιστώσει κατά την ενώπιόν της διαδικασία παράβαση των διατάξεων των άρθρων 4 και 6 του παρόντος Νόμου, έχει εξουσία -
 - (α) να διατάξει ή να συστήσει στην ενδιαφερόμενη επιχείρηση ή ένωση επιχειρήσεων όπως μέσα σε τακτή προθεσμία τερματίσει την παράβαση και αποφύγει επανάληψη στο μέλλον ή, σε περίπτωση που η παράβαση τερματίσθηκε πριν από την έκδοση της απόφασης της Επιτροπής, να καταδικάσει με αναγνωριστική απόφασή της την παράβαση
 - (β) να ορίσει ότι, σε περίπτωση συνέχισης της παράβασης, θα οφείλεται πρόστιμο μέχρι πέντε χιλιάδες λίρες για κάθε ημέρα συνέχισης της παράβασης
 - (γ) να επιβάλει πρόστιμο ανερχόμενο, ανάλογα με τη βαρύτητα και τη διάρκεια της παράβασης, μέχρι το δέκα τοις εκατόν των ακαθάριστων εσόδων της επιχείρησης ή της ένωσης επιχειρήσεων, κατά το έτος μέσα στο οποίο συντελέστηκε η παράβαση ή κατά το αμέσως προηγούμενο της παράβασης έτος.
 - (δ) να διατάξει τη λήψη προσωρινών μέτρων κατά τα οριζόμενα στο επόμενο άρθρο.»
- Το κύκλο εργασιών της ΑΤΗΚ κατά τη χρονική περίοδο 2002 έως 2004.

- Τη βαρύτητα και τη διάρκεια της παράβασης.
- Τις αρχικές τεχνικές αδυναμίες που αντιμετώπιζε η ΑΤΗΚ για να παρέχει πρόσβαση στο Κέντρο Γραπτών Μηνυμάτων (SMS Center).
- Την ιδιομορφία της υπόθεσης σε σχέση ιδιαίτερα με την ανάγκη που υφίστατο, κατά την εν λόγω χρονική περίοδο, για ανάπτυξη του ελάχιστου ανταγωνισμού στις υπηρεσίες υπερτιμημένων σύντομων γραπτών μηνυμάτων (premium sms).
- Την ιδιαίτερη ευθύνη που έφερε η ΑΤΗΚ ως επιχείρηση κατέχουσα δεσπόζουσα θέση στο δίκτυο και την υποδομή της.
- Τα όσα ανέφερε ο ευπαίδευτος δικηγόρος της ΑΤΗΚ για μετριασμό της ποινής.
- Την πλήρη συνεργασία της ΑΤΗΚ με την ΕΠΑ σε όλες τις φάσεις της διαδικασίας.
- Το γεγονός ότι η ΑΤΗΚ ως κρατικός φορέας δεσμευόταν από γραφειοκρατικές διαδικασίες για να διεκπεραιώσει τις υποχρεώσεις της.
- Το αριθμό των καταναλωτών που επηρεάστηκαν από την συμπεριφορά της ΑΤΗΚ.

Στη βάση όλων των πιο πάνω, η Επιτροπή ομόφωνα αποφασίζει όπως επιβάλει στην καταγγελλόμενη ΑΤΗΚ διοικητικό πρόστιμο ύψους ΛΚ 22.000 (είκοσι δύο χιλιάδων λιρών Κύπρου) για παράβαση των προνοιών του άρθρου 6(1) και (2)(β) του Νόμου.

Γιώργος Ον. Χριστοφίδης
Πρόεδρος της Επιτροπής
Προστασίας του Ανταγωνισμού

Η παρούσα έχει εκδοθεί στις 19.12.2006

Αντίγραφο δόθηκε στην ΑΤΗΚ στις 10.4.2007

Αντίγραφο δόθηκε στην Golden Telemedia στις 10.4.2007