

Αρ. Φακέλου 11.17.007.03

Ο ΠΕΡΙ ΤΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΤΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΝΟΜΟΣ ΤΟΥ 2008

(Νόμος Αρ. 13(I)/2008)

Καταγγελία της εταιρείας Netsmart (Cyprus) Ltd σχετικά με την Αρχή
Τηλεπικοινωνιών Κύπρου

Επιτροπή Προστασίας Ανταγωνισμού:

κ. Κωστάκης Χριστοφόρου,	Πρόεδρος
κ. Λεόντιος Βρυωνίδης,	Μέλος
κα. Ελένη Καραολή,	Μέλος
κ. Δημήτρης Πιτσιλλίδης,	Μέλος
κα. Λουκία Χριστοδούλου,	Μέλος

Ημερομηνία σύνταξης της απόφασης: 2 Νοεμβρίου 2010

ΑΠΟΦΑΣΗ

Αντικείμενο της υπό τον ως άνω αριθμό και τίτλο υπόθεσης αποτέλεσε η καταγγελία της εταιρείας Netsmart (Cyprus) Ltd (στο εξής «η Netsmart») την οποία υπέβαλε στην Επιτροπή Προστασίας του Ανταγωνισμού (στο εξής «η Επιτροπή») στις 6/12/2007 εναντίον της Αρχής Τηλεπικοινωνιών Κύπρου (στο εξής «η ΑΤΗΚ») αναφορικά με την κατ' ισχυρισμό άρνηση της ΑΤΗΚ να δώσει στη Netsmart πρόσβαση στη δυνατότητα παροχής υπηρεσιών υπερτιμημένων γραπτών μηνυμάτων με τη χρέωση να γίνεται κατά τον τερματισμό του μηνύματος (Premium SMS - Mobile Termination) στους χρήστες κινητής τηλεφωνίας της ΑΤΗΚ.

Η Επιτροπή εστίασε την προσοχή της στην αξιολόγηση των γεγονότων που συνθέτουν την υπόθεση, ενόψει του ότι, όπως κρίνεται, τα δεδομένα αυτά αποτελούν αναντίλεκτα το ουσιαστικό υπόβαθρο της εξέτασης του ζητήματος

που προκύπτει. Ως εκ τούτου, η παράθεση των σχετικών με την υπόθεση δεδομένων καθίσταται αναγκαία και επιτακτική και προς τούτο παρατίθενται συνοπτικά τα ουσιώδη γεγονότα που αφορούν την υπό εξέταση καταγγελία.

Ενώπιον της Επιτροπής τέθηκαν και συνεκτιμήθηκαν τόσο οι γραπτές αρχικές και συμπληρωματικές όσο και οι προφορικές θέσεις των εμπλεκόμενων μερών, όπως αυτές εκτέθηκαν κατά την ακροαματική διαδικασία εξέτασης της υπόθεσης καθώς και όλο το περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου.

Η εταιρεία Netsmart (Cyprus) Ltd αποτελεί εταιρεία περιορισμένης ευθύνης η οποία ιδρύθηκε το 1999 και η οποία, μεταξύ άλλων, ασχολείται με τον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών και συγκεκριμένα με την παροχή υπηρεσιών τηλεπληροφόρησης και περιεχομένου (mobile content) για χρήστες κινητής τηλεφωνίας, καθώς και με υπηρεσίες υπερτιμημένων κλήσεων και γραπτών μηνυμάτων (premium sms), συνεργαζόμενη με τους παροχείς υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας στην Κύπρο αλλά και με παροχείς υπηρεσιών περιεχομένου.

Η ΑΤΗΚ είναι νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου που έχει συσταθεί βάσει του περί Υπηρεσίας Τηλεπικοινωνιών Νόμου, Κεφ. 302, και είναι επιφορτισμένη με την εκ του νόμου υποχρέωση να παρέχει δημόσια τηλεπικοινωνιακά δίκτυα και δημόσιες τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες σε όλη την επικράτεια της Κυπριακής Δημοκρατίας. Η ΑΤΗΚ παρέχει υπηρεσίες σταθερής και κινητής τηλεφωνίας στους καταναλωτές, οι οποίες αποτελούν τις βασικότερες υπηρεσίες ηλεκτρονικών επικοινωνιών. Με τον καθορισμό της ως «Οργανισμός έχων Σημαντική Ισχύ στην Αγορά»¹ από τον Επίτροπο Ρυθμίσεως Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών και Ταχυδρομείων (στο εξής «ΕΡΗΕΤ»), προσφέρει πρόσβαση

¹ Με το περί Καθορισμού Οργανισμών με Σημαντική Ισχύ στην Αγορά Τηλεπικοινωνιών Διάταγμα του 2003, Δ.Ε. 1/2003, 24/4/2003, δυνάμει του Νόμου 19(Ι)/2002, η ΑΤΗΚ ορίστηκε ως ο οργανισμός ο έχων Σημαντική Ισχύ στην Αγορά φωνητικής τηλεφωνίας, στην αγορά σταθερών δημόσιων δικτύων, στην αγορά κινητής τηλεφωνίας, στην αγορά κινητών δημόσιων δικτύων, στην αγορά διασύνδεσης και στην αγορά μισθωμένων γραμμών. Μετά την εφαρμογή του Νόμου 113(Ι)/2004, ο ΕΡΗΕΤ προέβη σε διαδικασία ορισμού και ανάλυσης των σχετικών αγορών καθορίζοντας την ΑΤΗΚ ως οργανισμό με ΣΙΑ στη χονδρική αγορά πρόσβασης και προέλευσης κλήσεων στα δίκτυα κινητής τηλεφωνίας και στη χονδρική αγορά απόληξης (τερματισμού) φωνητικών κλήσεων σε μεμονωμένα δίκτυα κινητών επικοινωνιών.

στο σταθερό ή/και κινητό δημόσιο δίκτυό της, σε εναλλακτικούς πάροχους ηλεκτρονικών επικοινωνιών που επιθυμούν να δραστηριοποιηθούν στο κατώτατο λιανικό επίπεδο

Τον Ιούνιο του 2005 η ΑΤΗΚ άρχισε να προσφέρει σε εναλλακτικούς παρόχους ηλεκτρονικών επικοινωνιών τη δυνατότητα να παρέχουν υπηρεσίες υπερτιμημένων γραπτών μηνυμάτων (Premium SMS) στους χρήστες κινητής τηλεφωνίας, μέσω του μοντέλου ανεξάρτητου παρόχου στη βάση σχετικών συμφωνιών. Η συνεργασία στη βάση του μοντέλου ανεξάρτητου παρόχου δίδει στους παρόχους ηλεκτρονικών επικοινωνιών τη δυνατότητα να παρέχουν υπηρεσίες υπερτιμημένων γραπτών μηνυμάτων (premiums sms) με τη χρέωση να γίνεται κατά την εκκίνηση του μηνύματος (Mobile Origination - MO). Επιπρόσθετα, η ΑΤΗΚ παρέχει τη δυνατότητα συνεργασίας στη βάση του μοντέλου συνεργασίας με την πύλη κινητής επικοινωνίας Cybee σε σχέση με την υπηρεσία υπερτιμημένων γραπτών μηνυμάτων με τη δυνατότητα η χρέωση να γίνεται είτε κατά την εκκίνηση είτε κατά τον τερματισμό (ανάλογα με την προσφερόμενη υπηρεσία) (Premium SMS MO ή MT).

Η Netsmart με την παρούσα καταγγελία ισχυρίζεται ότι ενώ ήταν συνδεδεμένη με το Κέντρο Αποστολής Σύντομων Γραπτών Μηνυμάτων της ΑΤΗΚ (SMS Center) από τον Ιούνιο του 2005 και προσέφερε στους χρήστες υπηρεσιών υπερτιμημένων γραπτών μηνυμάτων με τη χρέωση κατά την εκκίνηση (Premium SMS-MO) βρίσκεται έκτοτε σε συζητήσεις με την ΑΤΗΚ για την παροχή της υπηρεσίας Premium SMS με τη δυνατότητα χρέωσης κατά τον τερματισμό του μηνύματος «Mobile Termination-MT», πλην όμως η τελευταία αρνείται να της δώσει την απαραίτητη πρόσβαση, προφασιζόμενη λόγους τεχνικής αδυναμίας.

Συγκεκριμένα, σύμφωνα με το Τεκμήριο Α που κατατέθηκε από μέρος της Netsmart στα πλαίσια της ακροαματικής διαδικασίας², τα εμπλεκόμενα μέρη σε συνάντηση που είχαν στις 2/11/2005, συμφώνησαν ότι το θέμα του MT Billing θα εξετάζετο σε εύλογο χρονικό διάστημα από πλευράς της ΑΤΗΚ και θα

² Επιστολή της Netsmart προς την ΑΤΗΚ με ημερομηνία 3/11/2005.

καταβάλλετο προσπάθεια ώστε αυτή η υπηρεσία να είναι διαθέσιμη. Η Netsmart εν τω μεταξύ ήταν ανοικτή να ακούσει εισηγήσεις για την παροχή των εν λόγω υπηρεσιών μέσω του Vodafone Live. Επιπρόσθετα, σύμφωνα με το Τεκμήριο Γ³, το οποίο κατατέθηκε από μέρους της Netsmart στα πλαίσια της ακροαματικής διαδικασίας, διαπιστώνεται ότι η καταγγέλλουσα δεν είχε λάβει μέχρι τον Ιούνιο του 2006 οποιαδήποτε απάντηση από μέρους της ΑΤΗΚ στην επιστολή της 3/11/2005 για το θέμα του MT Billing, θεωρώντας αδιανόητο το γεγονός ότι η ΑΤΗΚ χρησιμοποιεί μονοπωλιακά την υπηρεσία αυτή.

Η ΑΤΗΚ από την πλευρά της δήλωσε ότι δεν μπορεί να ανταποκριθεί στο αίτημα αυτό της Netsmart, για λόγους τεχνικής αδυναμίας που αφορούν τα συστήματα που χρησιμοποιεί. Συγκεκριμένα, υποστήριξε ότι αδυνατεί να δώσει την εν λόγω υπηρεσία (ήτοι Premium SMS-MT) σε ιδιώτες παροχείς τηλεφωνικών υπηρεσιών γιατί δεν είναι σε θέση να επιβεβαιώνει ποιοι πελάτες/χρήστες της ζήτησαν την εν λόγω υπηρεσία και έδωσαν τη συγκατάθεσή τους για την αποστολή του μηνύματος, στοιχείο αναγκαίο σε περιπτώσεις αμφισβήτησης των λογαριασμών. Η ΑΤΗΚ υποστηρίζει ότι η ανάπτυξη ενός σχεδιασμού ο οποίος να επιβεβαιώνει τις παραγγελίες που πραγματοποιούνται απαιτεί πολλούς πόρους σε σχέση με τα οφέλη προς τους καταναλωτές.

Στις 13/2/2007, η Επιτροπή έδωσε οδηγίες στην Υπηρεσία να προχωρήσει σε δέουσα προκαταρκτική έρευνα της καταγγελίας και ακολούθως, η Επιτροπή στις 21/11/2007 υπό την τότε σύνθεσή της υιοθέτησε την προηγούμενη απόφαση, δίδοντας οδηγίες για τη διεξαγωγή της δέουσας έρευνας.

Η Επιτροπή στις 14/2/2008 υπό το φως της απόφασης του Ανωτάτου Δικαστηρίου με ημερομηνία 4/12/2007 στην Α.Ε. 3902 (ΑΤΗΚ ν Δημοκρατίας) εξέτασε την παρούσα καταγγελία και αποφάσισε να ανακαλέσει την απόφαση της ημερομηνίας 13/2/2007 για τη διεξαγωγή έρευνας και όλες τις μετέπειτα ληφθείσες αποφάσεις και να εξετάσει την πιο πάνω υπόθεση εξ υπαρχής.

³ Επιστολή της Netsmart προς την ΑΤΗΚ με ημερομηνία 8/5/2006.

Η Επιτροπή αφού έλαβε υπόψη το υλικό το οποίο βρισκόταν ενώπιον της Επιτροπής κατά το χρόνο λήψης της πιο πάνω ανακαλούμενης απόφασης ημερομηνίας 13/2/2007 για διεξαγωγή έρευνας, αποφάσισε ότι το εν λόγω υλικό δικαιολογεί τη διεξαγωγή έρευνας της καταγγελίας από την Υπηρεσία και η έρευνα να διεξαχθεί με βάση το υφιστάμενο κατά το χρόνο λήψης της πιο πάνω ανακαλούμενης απόφασης πραγματικό και νομικό καθεστώς, με την ευχέρεια της Υπηρεσίας να κάνει χρήση του υπάρχοντος στο σχετικό φάκελο υλικού.

Η πιο πάνω απόφαση της Επιτροπής κοινοποιήθηκε με σχετική επιστολή στα εμπλεκόμενα μέρη στις 3/3/2008.

Η Υπηρεσία ενεργώντας στη βάση της απόφασης της Επιτροπής και μετά από την ολοκλήρωση της δέουσας έρευνας της καταγγελίας υπέβαλε στις 8/12/2008, σχετικό σημείωμα.

Δεδομένης της τροποποίησης του περί της Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμου 207/89, η Επιτροπή εξέτασε την εν λόγω υπόθεση σύμφωνα με τις πρόνοιες της ισχύουσας Νομοθεσίας, όπως αυτή τροποποιήθηκε από τον περί Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμο του 2008, Ν.13(Ι)/2008, δοθέντος ότι οι περί της Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμοι του 1989 μέχρι (Αρ.2) του 2000, καταργήθηκαν με την ψήφιση του προαναφερθέντος Νόμου του 2008. Για τους σκοπούς της παρούσας εξέτασης, η Επιτροπή σημείωσε το περιεχόμενο του άρθρου 53(4) του Νόμου, το οποίο έχει ως ακολούθως:

«53(4). Η διαδικασία διεκπεραίωσης υποθέσεων, εξέτασης καταγγελιών και διενέργειας αυτεπάγγελτων ερευνών, περιλαμβανομένης της διαδικασίας λήψης προσωρινών μέτρων, οι οποίες κατά την ημερομηνία έναρξης της ισχύος του παρόντος Νόμου, εκκρεμούν ενώπιον της Επιτροπής Προστασίας του Ανταγωνισμού που είχε ιδρυθεί δυνάμει του άρθρου 8 των περί Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμων του 1989 μέχρι (Αρ. 2) του 2000, θεωρείται εκκρεμούσα ενώπιον της Επιτροπής με βάση τις διατάξεις του παρόντος Νόμου.»

Η Επιτροπή υπό τη νέα στην σύνθεση σύμφωνα με το διορισμό της από το Υπουργικό Συμβούλιο ως η απόφασή του ημερομηνίας 14/5/2008, συνήλθε σε συνεδρία που πραγματοποιήθηκε στις 8/1/2009 και αφού εξέτασε την καταγγελία σύμφωνα με τις διατάξεις της ισχύουσας νομοθεσίας και του άρθρου 53(4) του Νόμου, ομόφωνα αποφάσισε να εγκρίνει και να υιοθετήσει την απόφαση της Επιτροπής με ημερομηνίας 14/2/2008 για εξ' ύπαρξης έρευνα της καταγγελίας.

Στην ίδια συνεδρία η Επιτροπή ομόφωνα αποφάσισε προκειμένου να μορφώσει πληρέστερη και ασφαλέστερη γνώμη να δώσει οδηγίες στην Υπηρεσία να ετοιμάσει Συγκεντρωτικό Πίνακα στον οποίο να καταγράφονται οι ερωτήσεις που τέθηκαν από την Υπηρεσία και οι απαντήσεις που λήφθηκαν από την ΑΤΗΚ αναφορικά με τις δυνατότητες της ΑΤΗΚ κατά τον ουσιώδη χρόνο της καταγγελίας να προσφέρει την υπηρεσία υπερτιμημένων γραπτών μηνυμάτων με τη χρέωση να γίνεται κατά τον τερματισμό (Premium SMS - MT).

Στις 2/2/2009, η Υπηρεσία ενεργώντας σύμφωνα με τις οδηγίες της Επιτροπής ετοίμασε ενημερωτικό σημείωμα το οποίο και έθεσε ενώπιόν της.

Η Επιτροπή στη συνεδρία της που πραγματοποιήθηκε στις 26/2/2009 εξέτασε την καταγγελία σε συνάρτηση με τα σημειώματα της Υπηρεσίας και αφού μελέτησε το περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου της καταγγελίας και συνεκτίμησε όλα τα δεδομένα και κάνοντας χρήση του υπάρχοντος στο διοικητικό φάκελο υλικού, ομόφωνα αποφάσισε να διατυπώσει τις ακόλουθες αιτιάσεις εναντίον της ΑΤΗΚ:

(α) εκ πρώτης όψεως παράβαση των κανόνων ανταγωνισμού και συγκεκριμένα του άρθρου 6(1)(β) του Νόμου από πλευράς της ΑΤΗΚ καθότι με τις ενέργειες και /ή παραλείψεις της δυνατόν να περιορίζει τη διάθεση υπηρεσιών της στους εναλλακτικούς παρόχους ηλεκτρονικών επικοινωνιών προς ζημία του υγιούς ανταγωνισμού και των καταναλωτών, και

(β) εκ πρώτης όψεως παράβαση των κανόνων ανταγωνισμού και συγκεκριμένα του άρθρου 6(1)(γ) του Νόμου από πλευράς της ΑΤΗΚ, σε σχέση με την

ενδεχόμενη εφαρμογή διαφοροποιούμενης μεταχείρισης σε σχέση με τις υπηρεσίες που η ίδια παρέχει στον εαυτό της και τις υπηρεσίες που παρέχει στους εναλλακτικούς παρόχους ηλεκτρονικών επικοινωνιών προς ζημία του υγιούς ανταγωνισμού και των καταναλωτών.

Στις 24/4/2009 η ΑΤΗΚ και η Netsmart υπέβαλαν στην Επιτροπή τις γραπτές τους παρατηρήσεις επί της έκθεσης αιτιάσεων αναφορικά με τις αιτιάσεις που διατυπώθηκαν.

Στη συνεδρία της Επιτροπής ημερομηνίας 30/4/2009, παρουσιάστηκαν ενώπιον της αντιπρόσωποι των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων δια των δικηγόρων τους όπου τους δόθηκε η δυνατότητα να εκφράσουν και προφορικά τις θέσεις και παρατηρήσεις τους επί των αιτιάσεων που διατυπώθηκαν. Η Επιτροπή καταλήγοντας στην εν λόγω συνεδρία, ομόφωνα αποφάσισε να δώσει τη δυνατότητα στα εμπλεκόμενα μέρη να θέσουν τις συμπληρωματικές τους θέσεις επί των ζητημάτων που είχαν εγερθεί κατά τη διάρκεια της προφορικής εξέτασης της καταγγελίας.

Η ΑΤΗΚ υπέβαλε στην Επιτροπή τις συμπληρωματικές της θέσεις, στις 29/5/2009 και ακολούθως, η Netsmart στις 18/6/2009.

Η Επιτροπή στη συνεδρία της που πραγματοποιήθηκε την 1/7/2009 και υπό το φως της συζήτησης που έγινε κατά την ακροαματική διαδικασία και αφού σημείωσε τα όσα τα εμπλεκόμενα μέρη έθεσαν συμπληρωματικά, ομόφωνα αποφάσισε να καλέσει σε συμπληρωματική ακροαματική διαδικασία στις 28/7/2009 για να διευκρινιστούν όλα τα ζητήματα που είχαν τεθεί.

Στη συνεδρία της Επιτροπής που πραγματοποιήθηκε στις 28/7/2009, παρουσιάστηκαν ενώπιόν της αντιπρόσωποι των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων δια των δικηγόρων τους όπου τους δόθηκε η δυνατότητα να εκφράσουν και προφορικά τις συμπληρωματικές τους θέσεις και παρατηρήσεις επί των ζητημάτων που είχαν εγερθεί. Η Επιτροπή κατά την εν λόγω συνεδρία της, ενεργώντας στα πλαίσια του Νόμου, έθεσε στα εμπλεκόμενα μέρη πρόταση ώστε

εντός εύλογου χρονικού διαστήματος και μέσα από μια καλόπιστη διαβούλευση να συζητηθούν και επινοηθούν τρόποι και μέθοδοι μέσω των οποίων θα μπορούσε να εξευρεθεί μια κοινά αποδεκτή λύση, κάτι το οποίο τα εμπλεκόμενα μέρη αποδέχτηκαν.

Παρ' όλες τις καλόπιστες προσπάθειες που έγιναν από όλα τα εμπλεκόμενα μέρη με την επίβλεψη της Επιτροπής, στη συνεδρία της τελευταίας με ημερομηνία 23/6/2010, διαφάνηκε ότι δεν υπήρξε επιτυχής κατάληξη για την εξεύρεση μιας κοινώς αποδεκτής λύσης.

Προτού η Επιτροπή επεκταθεί περαιτέρω στα γεγονότα που συνθέτουν την ουσία της καταγγελίας, έκρινε ορθό να εξετάσει τον ισχυρισμό που τέθηκε από τον δικηγόρο της ΑΤΗΚ ότι, δηλαδή, το αντικείμενο της καταγγελίας και το ζητούμενο από τη Netsmart δεν συνάδουν με την έρευνα που διεξήχθη .

Συγκεκριμένα, κατά τη διάρκεια της προφορικής διαδικασίας, ήτοι στη συνεδρία της Επιτροπής με ημερομηνία 28/7/2009 και ακολούθως στις γραπτές του θέσεις ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ υποστήριξε ότι το αντικείμενο της έρευνας, όπως αυτό περιγράφεται στην έκθεση αιτιάσεων, είναι διαφορετικό από αυτό που επιδιώκει η Netsmart. Συγκεκριμένα υποστήριξε ότι η ανάλυση αγοράς από μέρους της Επιτροπής έγινε με βάση την παροχή υπερτιμημένων υπηρεσιών περιεχομένου ενώ το αίτημα της Netsmart αφορά την παροχή υπηρεσίας σύντομων γραπτών μηνυμάτων προστιθέμενης αξίας (Premium SMS) όπου η χρέωση να γίνεται κατά τον τερματισμό. Ειδικότερα, υποστήριξε ότι η συζήτηση μεταξύ των δύο μερών είχε γίνει στη βάση της άρνησης παροχής της δυνατότητας μετάδοσης μηνυμάτων περιεχομένου με χρέωση στον τερματισμό, το οποίο μπορεί να σταλεί και μέσω της Cybee και όχι για να γίνουν οι ίδιοι διαχειριστές των μηνυμάτων.

Από την άλλη, ο δικηγόρος της Netsmart υποστήριξε ότι η καταγγελία τους ήταν σαφής. Η Netsmart είναι ενωμένη με το Κέντρο Αποστολής Γραπτών Μηνυμάτων της ΑΤΗΚ (SMSC) και παρέχει υπηρεσίες Premium SMS με τη χρέωση να γίνεται

κατά την έναρξη του μηνύματος (Mobile origination) και ότι αυτό το οποίο επιθυμεί είναι η δυνατότητα της χρέωσης κατά τον τερματισμό του υπερτιμημένου μηνύματος «MT Billing». Ο δικηγόρος της Netsmart δήλωσε, επίσης, ότι όταν δοθεί αυτή η δυνατότητα, τότε είναι στην ευχέρειά της να κάνει 100 διαφορετικά projects, όπως αυτό της ΑΤΗΚ. Για παράδειγμα θα μπορούσαν να έρθουν σε επαφή με δύο μεγάλες ποδοσφαιρικές ομάδες όπως Ομόνοια και ΑΠΟΕΛ και να κάνουν συμφωνία μαζί τους ότι κάθε φορά που βάζει γκολ ένας ποδοσφαιριστής θα στέλλουν premium sms.

Προς υποστήριξη των θέσεών της, η Netsmart κατά την ακροαματική διαδικασία κατάθεσε ενώπιον της Επιτροπής τα Τεκμήρια Α-Δ, τα οποία αφορούν επιστολές της Netsmart προς την ΑΤΗΚ με ημερομηνίες 3/11/2005, 11/11/2005, 8/5/2006 και 29/8/2006, στις οποίες γίνεται αναφορά σε μια συνάντηση που πραγματοποιήθηκε μεταξύ τους στις 2/11/2005, κατά τη διάρκεια της οποίας συζητήθηκε το θέμα της παροχής από την ΑΤΗΚ της υπηρεσίας Premium SMS με τη δυνατότητα του MT Billing.

Η Επιτροπή αξιολογώντας όλα τα δεδομένα που σχετίζονται με το ζήτημα αυτό, σε συνάρτηση με το περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου, ομόφωνα διαπιστώνει ότι μέσα από την έρευνα που διεξήχθη από μέρος της Υπηρεσίας, αναδύονται πλήρως τα γεγονότα που σχετίζονται με την παρούσα καταγγελία και ποιο ήταν το ζητούμενο από την Netsmart. Η έρευνα της Υπηρεσίας εξέτασε τους ισχυρισμούς της Netsmart ότι η ΑΤΗΚ, ενώ είχε τη δυνατότητα να της παρέχει υπηρεσίες Premium SMS-MT, μέσω της απευθείας σύνδεσης στο SMS Center (Μοντέλο Ανεξάρτητου Παρόχου) αρνήθηκε και συνεχίζει να αρνείται αδικαιολόγητα να δώσει τις ζητηθείσες υπηρεσίες.

Σε σχέση με τα όσα καταγράφηκαν και αναλύθηκαν κατά την ακρόαση της υπόθεσης, η Επιτροπή ομόφωνα διαπιστώνει και πάλι ότι το όλο ζήτημα αφορά την παροχή της δυνατότητας στη Netsmart να είναι «διαχειριστής των μηνυμάτων» τα οποία να αποστέλλονται και να χρεώνεται είτε κατά την εκκίνηση είτε κατά τον τερματισμό και όχι απλά να προσφέρει υπερτιμημένο περιεχόμενο

κάτι το οποίο προσφέρεται μέσω της Cybee, όπως ανέφερε ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ κατά τη διάρκεια της συνεδρίας με ημερομηνία 29/4/2009. Συνακόλουθα, η Επιτροπή έχει καταλήξει στη θέση ότι το αντικείμενο της καταγγελίας και της έρευνας που διεξήχθη αναφορικά με τις πιθανολογούμενες παραβάσεις και της έκθεσης αιτιάσεων είναι το ίδιο και δεν έχει διαφοροποιηθεί και ως εκ τούτου δεν αποδέχεται το θέση του εκπροσώπου της ΑΤΗΚ.

Πέραν όμως από τα πιο πάνω, η Επιτροπή ομόφωνα διαπιστώνει ότι και η ίδια η ΑΤΗΚ γνώριζε εξ αρχής τί ήταν αυτό που ζητούσε η Netsmart, κάτι το οποίο μπορεί να διαφανεί μέσα από:

(α) Την καταγγελία που υποβλήθηκε στην Επιτροπή στην οποία καταγράφεται ότι αυτό που ζητούσε η Netsmart ήταν η δυνατότητα να παρέχει υπηρεσίες premium sms με τη χρέωση να γίνεται κατά τον τερματισμό και όχι την παροχή περιεχομένου μέσω της Cybee.

(β) Την καταγγελία και την αλληλογραφία που ανταλλάχτηκε μεταξύ των μερών, όπου καταγράφεται η αρνητική ανταπόκριση της ΑΤΗΚ στο αίτημα της Netsmart, επεξηγώντας προς αυτή ότι δεν μπορούσε να προσφέρει τη δυνατότητα της χρέωσης στον τερματισμό του μηνύματος στη βάση του μοντέλου ανεξάρτητου παρόχου, και προτείνοντάς της παράλληλα τη συνεργασία μέσω της Cybee.

(γ) Την αλληλογραφία που είχε η Υπηρεσία της Επιτροπής με την ΑΤΗΚ, στην οποία διαφαίνεται ότι η ΑΤΗΚ είχε συζητήσει με τη Netsmart τη δυνατότητα συνεργασίας τόσο στη βάση του μοντέλου της Cybee, όσο και στη βάση του μοντέλου ανεξάρτητου παρόχου, καταλήγοντας ότι δεν μπορούσε να υλοποιηθεί η συνεργασία της στη βάση του μοντέλου ανεξάρτητου παρόχου. (βλέπε επιστολή ΑΤΗΚ με ημερομηνία 20/12/2007, απάντηση 9).

(δ) Το εσωτερικό σημείωμα με ημερομηνία 2/12/2005, που ετοιμάστηκε από την ΑΤΗΚ σε σχέση με την απάντηση που θα αποστέλλονταν στην Netsmart και στο οποίο καταγράφεται ότι σε σχέση με το αίτημα για την παροχή Premium SMS – MT «ισχύει η απάντηση που είχε δοθεί στον ΕΡΗΕΤ», δηλαδή ότι η ΑΤΗΚ δεν

είναι σε θέση να παρέχει την εν λόγω υπηρεσία γιατί δεν μπορεί να βεβαιώνεται κατά πόσο ο συνδρομητής όντως ζήτησε την εν λόγω υπηρεσία.

Η Επιτροπή έχει τη γνώμη ότι όλα τα πιο πάνω καταδεικνύουν και επιβεβαιώνουν ότι το αντικείμενο της διαφοράς μεταξύ των δύο εμπλεκόμενων μέρων ήταν το αίτημα της Netsmart να μπορεί να παρέχει υπηρεσίες Premium SMS- MT μέσω του μοντέλου ανεξάρτητου παρόχου, δηλαδή να γίνει η ίδια διαχειριστής μηνυμάτων μέσω του Μοντέλου Ανεξάρτητου Παρόχου.

Η Επιτροπή εξετάζοντας τις πιθανολογούμενες παραβάσεις και τα γεγονότα που συνθέτουν την υπό αναφορά υπόθεση και έχοντας υπόψη της τους εκατέρωθεν ισχυρισμούς που διατυπώθηκαν μέσα από τις προφορικές και γραπτές θέσεις των εμπλεκόμενων μερών θεωρεί σκόπιμο να καταγράψει ιδιαίτερα τα πιο κάτω:

ΑΤΗΚ

Η ΑΤΗΚ, εν πρώτοις, διαφώνησε με τον τρόπο καθορισμού της σχετικής αγοράς υποστηρίζοντας ότι η υφιστάμενη ανάλυση της αγοράς στην οποία βασίζεται η έκθεση αιτιάσεων δεν συνάδει με το αντικείμενο της έρευνας.

Συγκεκριμένα, ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ υποστήριξε ότι η «*ΑΤΗΚ δεν αρνείται να παρέχει υπηρεσίες τερματισμού σύντομων μηνυμάτων προστιθέμενης αξίας στην καταγγέλλουσα εταιρεία. Αυτό που αρνείται .. είναι να τους παρέχει τη δυνατότητα να γίνουν οι ίδιοι διαχειριστές αποστολής μηνυμάτων σε αποκλεισμό της ΑΤΗΚ*». Κάτι τέτοιο, υποστήριξε, θα μπορούσε να γίνει μόνο εάν υπήρχε θεσμοθετημένο ρυθμιστικό πλαίσιο που να προστατεύει τους συνδρομητές και την ΑΤΗΚ από την κατάχρηση αυτής της δυνατότητας. Μέχρι τότε υπάρχει το υποκατάστατο της Cybee όπου η ΑΤΗΚ ασκεί έλεγχο ως προς το που αποστέλλονται τα μηνύματα.»

Η ΑΤΗΚ στις θέσεις της υποστήριξε ότι η σχετική αγορά αφορά την αγορά των υπερτιμημένων κλήσεων (Premium Rate Service) η οποία συμπεριλαμβάνει την τηλεπληροφόρηση (900), τα Premium SMS και τα Premium SMS-MT.

Επιπρόσθετα, η ΑΤΗΚ υποστήριξε ότι η υπηρεσία Premium SMS –Mobile Termination δεν αποτελεί βασική διευκόλυνση, και ότι οι εν λόγω υπηρεσίες δύναται να προσφερθούν μέσω της υπηρεσίας Cybee.

Τέλος, ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ υποστήριξε ότι η ΑΤΗΚ δεν ανταγωνίζεται τους παρόχους περιεχομένου, αλλά παρέχει τα μέσα για τη μετάδοση των μηνυμάτων και στην περίπτωση των Premium SMS –Mobile Termination ασκεί τον έλεγχο για την προστασία των συνδρομητών της.

Netsmart (Cyprus) Ltd

Ο δικηγόρος της καταγγέλλουσας εταιρείας Netsmart συμφώνησε πλήρως με την έρευνα που διεξήχθη καθώς και με το περιεχόμενο της έκθεσης αιτιάσεων την οποία θεωρεί πλήρως στοιχειοθετημένη και αιτιολογημένη, σε αντίθεση με τις θέσεις της ΑΤΗΚ, τις οποίες κρίνει ως ανυπόστατες. Επίσης, διαφώνησε με τη θέση της ΑΤΗΚ ότι θα πρέπει να επαναληφθεί η έρευνα για το λόγο ότι η έκθεση αιτιάσεων βασίζεται στο ορθό νομικό πλαίσιο.

Η Netsmart διαφώνησε με τον ισχυρισμό της ΑΤΗΚ ότι η σχετική αγορά θα έπρεπε να είχε καθοριστεί ως η αγορά υπερτιμημένων κλήσεων (premium rate services), υποστηρίζοντας ότι η αγορά είναι αυτή των Premium SMS.

Περαιτέρω, η Netsmart δια μέσου του δικηγόρου της υποστήριξε ότι η επιλογή του τρόπου χρέωσης Premium SMS- Mobile Termination παρέχει ανεξάντλητες δυνατότητες παροχής υπηρεσιών πληροφόρησης στον κάθε επιχειρηματία προκειμένου να τις αξιοποιήσει προς ίδιον όφελος και προς το συμφέρον του καταναλωτή. Ο δικηγόρος της καταγγέλλουσας χαρακτήρισε το Premium SMS – Mobile Termination ως *«το μοναδικό όχημα για να μεταφερθούν και αξιοποιηθούν πληροφορίες όπως τα goal alerts, breaking news, κ.ο.κ.»* Η χρήση της υπηρεσίας Cybee για την παροχή αυτού του είδους της υπηρεσίας, υποστήριξε ο δικηγόρος της καταγγέλλουσας, είναι εσφαλμένη *«διότι στην πραγματικότητα θα εξαναγκάζεται η κάθε εταιρεία, συμπεριλαμβανομένης και της καταγγέλλουσας, να*

χρησιμοποιεί τις εμπορικές επωνυμίες και σήματα και brand names της ΑΤΗΚ για να παρέχει τη συγκεκριμένη υπηρεσία.»

Τέλος, ο δικηγόρος της Netsmart υποστήριξε ότι η ΑΤΗΚ είναι σε θέση να παρέχει άμεσα την υπηρεσία αυτή και ότι δεν δικαιολογείται αντικειμενικά η άρνησή της αφού υπάρχουν τρόποι που να επιβεβαιώνουν ότι ο καταναλωτής ζήτησε τη συγκεκριμένη υπηρεσία, έτσι ώστε η κάθε εταιρεία να μην κάνει κατάχρηση της υπηρεσίας.

Η Επιτροπή προχώρησε με την εξέταση της ουσίας της καταγγελίας της εταιρείας Netsmart η οποία αφορά την πιθανολογούμενη παράβαση των διατάξεων του Νόμου και συγκεκριμένα του άρθρου 6(1)(β) και (γ), για κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης που κατέχει στην αγορά σύνδεσης με το Κέντρο Αποστολής Σύντομων Γραπτών Μηνυμάτων (SMS Center) του κινητού της δικτύου και όλες τις συναφείς υπηρεσίες που είναι απαραίτητες ώστε ένας εναλλακτικός πάροχος ηλεκτρονικών επικοινωνιών να είναι σε θέση να προσφέρει υπηρεσίες υπερτιμημένων γραπτών μηνυμάτων με τη μέθοδο χρέωσης κατά τον τερματισμό (Premium SMS-MT).

Το άρθρο 6(1)(β) και (γ) του Νόμου ορίζει ότι:

«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

(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»

Η έννοια της «καταχρηστικής εκμετάλλευσης της δεσπόζουσας θέσης», έχει καθιερωθεί από τη νομολογία ότι είναι αντικειμενική. Αφορά τη συμπεριφορά συγκεκριμένης επιχείρησης που κατέχει δεσπόζουσα θέση, η οποία δύναται να επηρεάσει τη δομή μιας αγοράς αφού λόγω ακριβώς της ύπαρξής της ο βαθμός του ανταγωνισμού είναι ήδη μειωμένος και η οποία συμπεριφορά είναι αντίθετη προς τους υγιείς κανόνες του ανταγωνισμού.⁴

Ως προς την ουσία της καταγγελίας και την πρώτη αιτίαση που διατυπώθηκε εναντίον της ΑΤΗΚ, η Επιτροπή σημειώνει ότι εντός της έννοιας της διάταξης του άρθρου 6(1)(β) εμπίπτει και ο κανόνας των «βασικών διευκολύνσεων», που συνιστά μια απόπειρα περιορισμού της συμβατικής ελευθερίας ορισμένων επιχειρήσεων σε δεσπόζουσα θέση, με σκοπό την ενίσχυση του ανταγωνισμού και της οικονομικής αποτελεσματικότητας. Κεντρικό σημείο του κανόνα είναι η θέσπιση υποχρέωσης στις δεσπόζουσες επιχειρήσεις, να συναλλαγούν με τους ανταγωνιστές τους και να θέσουν στη διάθεσή τους - έναντι ευλόγου ανταλλάγματος - κάποια αγαθά ή υπηρεσίες τα οποία κρίνονται αναγκαία για τη λειτουργία τους στην αγορά.⁵ Ο κανόνας των βασικών διευκολύνσεων στηρίζεται, σύμφωνα με τις κλασσικές εφαρμογές του, στο βασικό διαχωρισμό ανάμεσα αφενός της βασικής διευκόλυνσης που ο κάτοχός της έχει δεσπόζουσα θέση και αφετέρου κάποιας παράπλευρης αγοράς η συμμετοχή στην οποία προϋποθέτει πρόσβαση στη βασική αυτή διευκόλυνση.

Η Επιτροπή διαπιστώνει πως σύμφωνα και με την απόφαση του ΔΕΚ στην υπόθεση Oscar Bronner⁶, για την υπαγωγή στην απαγόρευση της διάταξης του άρθρου 6(1)(β) του Νόμου προαπαιτείται η στοιχειοθέτηση των πιο κάτω:

(α) η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης,

⁴ Υπόθεση Hoffman La Roch/Boehringer Mannheim, Επίσημη Εφημερίδα L234 της 21/08/1998, σελ. 14-38.

⁵ Βασίλης Γ. Χατζόπουλος, «Ο κανόνας των Βασικών Διευκολύνσεων στο Ευρωπαϊκό και Εθνικό Δίκαιο», εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2002, σελ 1.

⁶ Υπόθεση C-7/97 Oscar Bronner, ECR [1998] I-7791.

(β) η ζητούμενη διευκόλυνση/ υποδομή να είναι απολύτως απαραίτητη για την άσκηση της δραστηριότητας του ανταγωνιστή της δεσπόζουσας επιχείρησης, και υφίσταται αντικειμενική αδυναμία (τεχνική ή οικονομική) για τον εν δυνάμει ανταγωνιστή της δεσπόζουσας επιχείρησης να δημιουργήσει εκ νέου αντίστοιχη διευκόλυνση/υποδομή, και

(γ) η άρνηση της χορήγησης πρόσβασης στην υποδομή να μην είναι αντικειμενικά δικαιολογημένη.

Η Επιτροπή έχοντας υπόψη τα όσα έχουν τεθεί από τα εμπλεκόμενα μέρη, σε συνάρτηση με το γεγονός ότι η υπαγωγή στην απαγόρευση της διάταξης του άρθρου 6(1)(β) και (γ) του Νόμου προϋποθέτει τη στοιχειοθέτηση των τριών προαναφερθεισών παραμέτρων, σημειώνει τα ακόλουθα:

Σε σχέση με την πρώτη παράμετρο, δηλαδή αυτή της ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης, η Επιτροπή θεωρεί ότι για να εξεταστεί η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης σε μια συγκεκριμένη αγορά, πρέπει σε πρώτο στάδιο να αξιολογηθούν οι δυνατότητες του ανταγωνισμού στο πλαίσιο της αγοράς που περιλαμβάνει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που λόγω των χαρακτηριστικών τους μπορούν κάλλιστα να θεωρηθούν ως εναλλάξιμα με άλλα προϊόντα και /ή υπηρεσίες. Συνακόλουθα, η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης εξετάζεται πάντοτε σε συνάρτηση με τη σχετική αγορά, η οποία οροθετείται: (α) ως προς τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες (σχετική αγορά προϊόντων ή υπηρεσιών) και (β) γεωγραφικά (σχετική γεωγραφική αγορά).

Για το υπό κρίση θέμα η Επιτροπή υπογραμμίζει τις κατευθυντήριες γραμμές της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, στις οποίες αναφέρεται ότι: *«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»*⁷. Βασικός στόχος του καθορισμού της σχετικής αγοράς, είναι ο εντοπισμός των

⁷ Ανακοίνωση Επιτροπής για τον καθορισμό της σχετικής αγοράς, ΕΕ C 372 της 3/12/1997.

περιορισμών τους οποίους υφίσταται ο ανταγωνισμός στον οποίο υπόκεινται οι εμπλεκόμενες επιχειρήσεις. Ο ορισμός μιας αγοράς, για ό,τι αφορά τα προϊόντα και τη γεωγραφική διάστασή της, έχει ως στόχο τον προσδιορισμό των πραγματικών ανταγωνιστών, οι οποίοι είναι σε θέση να επηρεάσουν τη συμπεριφορά των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων και να τις εμποδίσουν να ενεργούν ανεξάρτητα από τις πιέσεις που επιβάλλει ο πραγματικός ανταγωνισμός. Συνεπώς, η έννοια της σχετικής αγοράς διαφέρει από τις άλλες έννοιες της αγοράς που χρησιμοποιούνται συχνά σε άλλα πλαίσια, όπως για παράδειγμα, για τον προσδιορισμό της περιοχής στην οποία πωλούνται τα προϊόντα, ή, γενικότερα, τη βιομηχανία ή τον τομέα στον οποίο ανήκουν.⁸

Σε σχέση με το αντικείμενο της καταγγελίας, η Επιτροπή εστίασε την προσοχή της στην εφαρμογή του κανόνα των «βασικών διευκολύνσεων» και στην υπόθεση Volvo v. Veng, όπου, το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων έκρινε ότι, για την εφαρμογή του κανόνα πρέπει να υπάρχει δεσπόζουσα θέση στην παροχή της βασικής διευκόλυνσης (δηλαδή στο χονδρικό επίπεδο), χωρίς όμως αυτό να απαιτείται σε σχέση με την παράπλευρη αγορά (δηλαδή το λιανικό επίπεδο),⁹ αλλά ούτε καν η παρουσία της. Ενδεικτικά αναφέρεται ότι στην υπόθεση Alpha Flight Services /Aeroport de Paris¹⁰, το Πρωτοδικείο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων εξέτασε του όρους εφαρμογής του κανόνα των βασικών διευκολύνσεων, σχετικά με την πρόσβαση των επιχειρήσεων τροφοδοσίας στις εγκαταστάσεις του αεροδρομίου, ενώ η ίδια η εταιρία κάτοχος του αεροδρομίου ήταν παντελώς απύσχα από τη σχετική παράπλευρη αγορά.

Η Επιτροπή ενεργώντας με γνώμονα την πιο πάνω νομολογία ομόφωνα καταλήγει ότι η αγορά στην οποία θα πρέπει να αξιολογηθεί κατά πόσο η ΑΤΗΚ κατέχει δεσπόζουσα θέση είναι αυτή της διευκόλυνσης, δηλαδή στο ανώτατο επίπεδο αγοράς και συνεπώς είναι σ' αυτή που θα πρέπει να εστιαστεί ο καθορισμός της σχετικής αγοράς και όχι της παράπλευρης αγοράς, όπως

⁸ Ibid παρ.2 και 3.

⁹ Απόφαση C-238/1987 Volvo v. Veng, ECR [1988] 6211.

¹⁰ Απόφαση IV 35.613 Alpha Flight Services /Aeroport de Paris, ημερομηνίας 11/6/1998, Επίσημη Εφημερίδα L230, σελ 210. T-128-98, ECR [2000] II-3929.

ισχυρίζεται η ΑΤΗΚ. Όπως έχει αναφερθεί πιο πάνω, η Netsmart είχε αιτηθεί τη δυνατότητα να προσφέρει στους χρήστες του δικτύου κινητής τηλεφωνίας της ΑΤΗΚ υπηρεσίες Premium SMS Mobile Termination. Για να μπορεί κάποιος να παρέχει τέτοιου είδους υπηρεσίες, θα πρέπει προηγουμένως να έχει πρόσβαση στο δίκτυο κινητής τηλεφωνίας της ΑΤΗΚ και ειδικότερα στο Κέντρο Αποστολής Γραπτών Μηνυμάτων της ΑΤΗΚ (SMS Center) σε συνδυασμό με κάποιες διευκολύνσεις με την προηγούμενη, φυσικά, έγκριση της ΑΤΗΚ.

Η ΑΤΗΚ ήδη με σχετικές συμφωνίες με εναλλακτικούς παρόχους υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών παρέχει σε αυτούς τη δυνατότητα να προσφέρουν υπηρεσίες Premium SMS Mobile Origination στους χρήστες της, στη βάση του λεγόμενου Μοντέλου Ανεξάρτητου Παροχέα. Αυτό το οποίο ζητούσε η Netsmart ήταν κάτι επιπρόσθετο, ήτοι η δυνατότητα χρέωσης κατά τον τερματισμό, (mobile termination), μέσω του ιδίου μοντέλου συνεργασίας.

Η Επιτροπή έχοντας υπόψη τις κατευθυντήριες γραμμές της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, κατά την αξιολόγηση της αγοράς των σχετικών υπηρεσιών, εξέτασε τις υπηρεσίες ή/και υποδομές που είναι δυνατό να εναλλάσσονται μεταξύ τους για την παροχή υπηρεσιών γραπτών υπερτιμημένων μηνυμάτων (premium sms-mobile termination) στους χρήστες υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας της ΑΤΗΚ, λόγω των χαρακτηριστικών τους, των τιμών και της χρήσης για την οποία προορίζονται.

Επί τούτου, η Επιτροπή σημειώνει ότι σύμφωνα με το έγγραφο της ΑΤΗΚ «*Τεχνικά Χαρακτηριστικά Υπηρεσίας Μηνυμάτων Αξίας (Premium SMS)*» που φέρει ημερομηνία 17/10/2005, και το οποίο ετοιμάστηκε για σκοπούς παροχής των εν λόγω υπηρεσιών στη βάση του Μοντέλου Ανεξάρτητου Παρόχου, η υπηρεσία μηνυμάτων αξίας (Premium Messaging (SMS)) παρέχει τη δυνατότητα στους πελάτες της υπηρεσίας κινητής τηλεφωνίας της ΑΤΗΚ (πρόγραμμα συμβολαίου και So easy) να παραγγέλλουν και να λαμβάνουν μηνύματα αξίας.

Επιπρόσθετα, σύμφωνα με το υπό αναφορά έγγραφο ένας εναλλακτικός πάροχος ηλεκτρονικών επικοινωνιών για να μπορεί να παρέχει υπηρεσίες μηνυμάτων αξίας (Premium Messaging (SMS)) στους χρήστες υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας της ΑΤΗΚ θα πρέπει πρώτα να έρθει σε σχετική συμφωνία με την ΑΤΗΚ. Με την εν λόγω συμφωνία η ΑΤΗΚ παρέχει στον εναλλακτικό πάροχο:

«πρόσβαση¹¹ στην πύλη μηνυμάτων¹² και το σύνολο των τηλεπικοινωνιακών διευκολύνσεων που παρέχουν τη δυνατότητα στην εταιρεία να μεταδίδει μηνύματα αξίας σε καλούντες συνδρομητές και στην ΑΤΗΚ τη δυνατότητα να χρεώνει τους καλούντες συνδρομητές με τα τέλη που καθορίζει η εταιρεία και να αποδίδει στην εταιρεία μερίδιο της εταιρείας αφού εισπράξει».

Η Netsmart έχοντας υπογράψει συμφωνία με την ΑΤΗΚ για την παροχή υπηρεσιών Premium SMS-Mobile Origination μέσω του μοντέλου ανεξάρτητου παρόχου, αυτό που ζήτησε, όπως αυτό αποδεικνύεται μέσα από τα περιστατικά της υπόθεσης που είναι καταχωρημένα στο σχετικό διοικητικό φάκελο και έχουν κοινοποιηθεί στα εμπλεκόμενα μέρη, είναι η απευθείας πρόσβαση στην πύλη μηνυμάτων και το σύνολο των τηλεπικοινωνιακών διευκολύνσεων που είναι απαραίτητες για την παροχή υπηρεσιών Premium SMS - Mobile Termination, δηλαδή η πρόσβαση που παρέχεται σύμφωνα με το μοντέλο ανεξάρτητου παρόχου.

Η ΑΤΗΚ στις προφορικές και γραπτές της θέσεις υποστήριξε ότι κατά τον ουσιώδη χρόνο της καταγγελίας η Netsmart είχε τη δυνατότητα να παρέχει υπηρεσίες Premiums SMS- Mobile Termination μέσω της πύλης μηνυμάτων Cybee. Το ερώτημα που τίθεται είναι κατά πόσο η πρόσβαση στη συγκεκριμένη πύλη μηνυμάτων μπορεί να θεωρηθεί υποκατάστατο της απευθείας πρόσβασης

¹¹ Υπάρχουν τρεις μέθοδοι πρόσβασης στην πύλη μηνυμάτων, (α) μέσω Frame Relay, (β) μέσω ιδιωτικής μισθωμένης γραμμής και (γ) μέσω διαδικτύου.

¹² Σύμφωνα με την εν λόγω συμφωνία πύλη μηνυμάτων σημαίνει «την πλατφόρμα της ΑΤΗΚ στην οποία συνδέεται η εταιρεία με σκοπό την παραλαβή και παράδοση μηνυμάτων αξίας».

στην πύλη μηνυμάτων μέσω του μοντέλου ανεξάρτητου παρόχου, όπως αυτό έχει επεξηγηθεί πιο πάνω.

Ο δικηγόρος της Netsmart στις γραπτές και προφορικές του θέσεις υποστήριξε ότι *«η Cybee αποτελεί ένα brand name ή ένα project με το οποίο η ΑΤΗΚ αποφάσισε να προσφέρει στους συνδρομητές της τη δυνατότητα αγοράς υπηρεσιών με χρέωση Premium SMS-MT. η Cybee δεν είναι τίποτα άλλο από μια πύλη στο διαδίκτυο όπου ο κάθε συνδρομητής μπορεί να επιλέξει για να λαμβάνει περιεχόμενο από διάφορες υπηρεσίες και για διάφορα θέματα»*.

Ο δικηγόρος της Netsmart επιπρόσθετα υποστήριξε ότι η θέση της ΑΤΗΚ ότι θα μπορούσε να συμβληθεί με την Cybee για να προσφέρει περιεχόμενο στους συνδρομητές της είναι *«πρόδηλα εσφαλμένη διότι στην πραγματικότητα θα εξαναγκάζεται η κάθε εταιρεία... να χρησιμοποιεί τις εμπορικές επωνυμίες και σήματα και brand names της ΑΤΗΚ για να παρέχει τη συγκεκριμένη υπηρεσία.»*

Από την άλλη, η ΑΤΗΚ υποστήριξε ότι δεν ανταγωνίζεται τη Netsmart στον τομέα παροχής περιεχομένου, καθότι δεν αποτελεί ιδιοκτήτη περιεχομένου. Μέσω του Cybee συγκεντρώνεται το περιεχόμενο από διάφορους παροχείς περιεχομένου, αλλά και από όσους συλλέγουν περιεχόμενο, το οποίο διατίθεται στους χρήστες του δικτύου κινητής τηλεφωνίας της ΑΤΗΚ. Ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ διευκρίνισε ότι η Cybee αναπτύχθηκε από την ΑΤΗΚ ως πάροχος δικτύου για να ικανοποιήσει τις ανάγκες όσων διαθέτουν περιεχόμενο και επιθυμούν να τους παρέχουν. Κατά τη διάρκεια της προφορικής εξέτασης της υπόθεσης, ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ διευκρίνισε ότι μέσω της Cybee το περιεχόμενο που παρέχεται, διατίθεται από ένα συγκεκριμένο πάροχο και η Cybee δεν φαίνεται. Φαίνεται μόνο το όνομα του παρόχου και συνεπώς παρέχουν τη δυνατότητα να κτίσουν την εικόνα της επιχείρησής τους.

Από την άλλη, ο δικηγόρος της Netsmart διαφώνησε με τα όσα υποστήριξε η ΑΤΗΚ υποστηρίζοντας ότι *«..για να μπορέσει οποιαδήποτε εταιρεία σήμερα να παρέχει περιεχόμενο μέσω του Cybee θα πρέπει αναγκαστικά οι πελάτες της να*

χρησιμοποιούν και επιλέγουν υπηρεσίες μέσω της πύλης του Cybee στο διαδίκτυο. Με αυτό τον τρόπο σημαίνει ότι ο κάθε συνδρομητής θα πρέπει να επισκέπτεται την σελίδα του Cybee, δηλαδή τη σελίδα της ΑΤΗΚ, και με αυτό τον τρόπο εμποδίζεται η καταγγέλλουσα από το να αξιοποιεί το δικό της Brand name και εμπορικά σήματα...».

Η Επιτροπή αξιολογώντας όλα όσα αναφέρθηκαν από τους δικηγόρους των εμπλεκόμενων μερών σε συνάρτηση με το σημείωμα της Υπηρεσίας και το περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου διαπιστώνει τα ακόλουθα σε σχέση με τα χαρακτηριστικά των δύο μοντέλων συνεργασίας, όπως αυτά καταγράφονται στην απάντηση της ΑΤΗΚ με ημερομηνία 20/12/2007:

(α) Μοντέλο Συνεργασίας με Cybee: Ο πάροχος συνδέεται στο SMS Center μέσω της Cybee, ευθύνεται για το περιεχόμενο, την αξιοπιστία και τη διαχείρισή του και έχει δικαίωμα συμμετοχής σε διαφήμιση. Η ΑΤΗΚ, μεταξύ άλλων, διαχειρίζεται το συμβόλαιο, μεταφέρει το μήνυμα στον πελάτη/τελικό χρήστη, ελέγχει τη δυνατότητα πληρωμής, χρεώνει τους πελάτες και εισπράττει. Επίσης έχει την τελική απόφαση για την τιμή που θα χρεώνεται ο τελικός χρήστης. Σύμφωνα με τα όσα αναφέρει η ΑΤΗΚ στην υπό αναφορά επιστολή της, το περιεχόμενο προωθείται με την εμπορική επωνυμία Cybee και ο πάροχος παρουσιάζεται ως η πηγή πληροφόρησης, κάτι το οποίο συγκρούεται με τα όσα ανέφερε ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ κατά τη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας, δηλαδή ότι φαίνεται μόνο το όνομα του παρόχου.

(β) Μοντέλο Ανεξάρτητου Παρόχου: Ο πάροχος συνδέεται με το SMS Center της ΑΤΗΚ, και λειτουργεί κάτω από δική του εμπορική επωνυμία. Μπορεί να αναπτύξει εφαρμογές ή/και να φιλοξενεί περιεχόμενο για εταιρείες με τις οποίες συνεργάζεται και μπορεί να προωθήσει το δικό του περιεχόμενο. Επίσης, ο πάροχος μπορεί να αποφασίζει την τιμή πώλησης του περιεχομένου, χρησιμοποιώντας τις υφιστάμενες κατηγορίες χρέωσης και έχει τη δυνατότητα ανάπτυξης πυλών περιεχομένου «τύπου Cybee». Από την άλλη, η ΑΤΗΚ διαχειρίζεται το συμβόλαιο, μεταφέρει το μήνυμα στον πελάτη/ τελικό χρήστη,

ελέγχει τη δυνατότητα πληρωμής, χρεώνει τους πελάτες, εισπράττει και αποδίδει τα συμφωνηθέντα μερίδια στον εναλλακτικό πάροχο.

Επίσης, η Επιτροπή διαπιστώνει ότι σύμφωνα με το γραπτό υπόμνημα 159/2003 της ΑΤΗΚ, βάσει του οποίου αποφασίστηκε η δημιουργία του Μοντέλου Ανεξάρτητου Παρόχου με βάση κωδικούς αριθμούς με προκαθορισμένη τιμολόγηση, αναφέρεται ότι με τη δημιουργία του μοντέλου η ΑΤΗΚ ανταποκρίνεται στις νέες ανάγκες της αγοράς βάσει των τεχνολογικών και τιμολογιακών εξελίξεων που εμφανίστηκαν. Επίσης, σύμφωνα με τα όσα αναφέρει η ΑΤΗΚ στην επιστολή της με ημερομηνία 20/12/2007, τα μοντέλα διαφέρουν κυρίως ως προς το πού τοποθετείται το κάθε μέρος στην αλυσίδα προσθήκης αξίας, ως προς το διαμερισμό εσόδων, εφόσον αυτό γίνεται στη βάση της συνεισφοράς του κάθε μέρους, λαμβάνοντας υπόψη και τις επενδύσεις σε εξοπλισμό που χρειάζονται από το κάθε μέρος ανάλογα με το μοντέλο λειτουργίας. Παραδείγματος χάρη, το μερίδιο που αποδίδεται στον πάροχο, όταν υπάρχει συνεργασία στη βάση του μοντέλου του ανεξάρτητου παρόχου, είναι μεγαλύτερο γιατί αναλαμβάνει μεγαλύτερο ποσοστό διαχείρισης (π.χ. διαχείριση της υπηρεσίας, την προώθηση του περιεχομένου και την ενημέρωση των καταναλωτών), ενώ ο φόρτος εργασίας που απαιτείται από την ΑΤΗΚ είναι χαμηλότερος σε σύγκριση με το μοντέλο συνεργασίας με Cybee.

Η Επιτροπή, στη βάση των όσων αναλύθηκαν πιο πάνω, των όσων αναφέρθηκαν από τα εμπλεκόμενα μέρη, καθώς και όλων των στοιχείων του διοικητικού φακέλου, διαπιστώνει ότι υπάρχουν σημαντικές διαφορές μεταξύ του Μοντέλου του Ανεξάρτητου Παρόχου και του Μοντέλου Συνεργασίας με τη Cybee.

Συνακόλουθα, η Επιτροπή αξιολογώντας όλα τα πιο πάνω δεδομένα που σχετίζονται με το ζήτημα του καθορισμού της σχετικής αγοράς προϊόντος, διαπιστώνει ότι τα δύο μοντέλα κρινόμενα στη βάση των χαρακτηριστικών τους (ήτοι το γεγονός ότι μέσω του Μοντέλου Ανεξάρτητου Παρόχου, οι παροχείς είναι διαχειριστές των μηνυμάτων ενώ μέσω της Cybee λειτουργούν ως μεσάζοντες),

των μεριδίων που αποδίδονται στην ΑΤΗΚ και στον πάροχο ανάλογα με το μοντέλο συνεργασίας και της χρήσης για την οποία προορίζονται, δεν μπορούν να θεωρηθούν υποκατάστατα μεταξύ τους.

Ως εκ τούτου, η Επιτροπή έχει καταλήξει στο συμπέρασμα ότι η ΑΤΗΚ απέτυχε να τεκμηριώσει τη θέση της για τον μη ενδεδειγμένο τρόπο καθορισμού της σχετικής αγοράς υπηρεσιών, αφενός γιατί τα επιχειρήματα της εστιάστηκαν στον καθορισμό της παράπλευρης αγοράς, δηλαδή αυτής που δεν επιθυμεί να δραστηριοποιηθεί η Netsmart και όχι της διευκόλυνσης αυτής καθεαυτής αλλά και γιατί δεν παράθεσε επαρκή στοιχεία που να τεκμηριώνουν ότι η απευθείας πρόσβαση στην πύλη μηνυμάτων (SMS Center) της ΑΤΗΚ και όλες τις συναφείς υπηρεσίες που είναι απαραίτητες για την παροχή υπηρεσιών Premiums SMS στους συνδρομητές της ΑΤΗΚ (Μοντέλο Ανεξάρτητου Παρόχου), είναι υποκατάστατο της πρόσβασης στην πύλη μηνυμάτων μέσω της Cybee.

Αξίζει να σημειωθεί ότι η Επιτροπή στην απόφασή της με αρ. 132/2008 αναφορικά με την καταγγελία της εταιρείας Thunderworx Ltd εναντίον της ΑΤΗΚ σε σχέση με την παροχή της υπηρεσίας premium sms μέσω του μοντέλου ανεξάρτητου παρόχου, είχε καταλήξει ότι τα δύο μοντέλα, ήτοι αυτό του Ανεξάρτητου Παρόχου και της Cybee δεν μπορούν να θεωρηθούν ως υποκατάστατα¹³.

Συνεπώς, η Επιτροπή αποφασίζει στην προκείμενη υπόθεση ότι η σχετική αγορά αφορά την απευθείας πρόσβαση στο Κέντρο Αποστολής Γραπτών Μηνυμάτων (SMSC) της ΑΤΗΚ και σε όλες τις συναφείς υπηρεσίες που είναι απαραίτητες ώστε ένας πάροχος να είναι σε θέση να προσφέρει υπηρεσίες σύντομων γραπτών μηνυμάτων προστιθέμενης αξίας (τόσο με τη μέθοδο Premium SMS - MO όσο και με τη μέθοδο Premium SMS - MT), στη βάση της οποίας και αξιολογείται η καταγγελλείσα συμπεριφορά της ΑΤΗΚ. Οι αντι-ανταγωνιστικές πρακτικές στην εν λόγω αγορά έχουν επιπτώσεις στην αγορά των

¹³ Απόφαση ΕΠΑ132/2008, Καταγγελία της εταιρείας Thunderworx Ltd εναντίον της Αρχής Τηλεπικοινωνιών Κύπρου.

υπερτιμημένων υπηρεσιών και συγκεκριμένα στην υπηρεσία Premium SMS-Mobile Termination.

Με βάση τον καθορισμό αυτό της σχετικής αγοράς, η Επιτροπή προχώρησε στην εξέταση της ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης από μέρους της ΑΤΗΚ. Σύμφωνα με απόφαση του ΔΕΚ στην υπόθεση Michelin, μια επιχείρηση η οποία διαθέτει νόμιμο μονοπώλιο μπορεί να θεωρηθεί ως κατέχουσα δεσπόζουσα θέση, κατά την έννοια του άρθρου 102 της Συνθήκης Λειτουργίας της ΕΕ (εφεξής «ΣΛΕΕ»). Μια τέτοια δεσπόζουσα θέση δημιουργεί κατάσταση οικονομικής ισχύος για μια επιχείρηση που της επιτρέπει να παρεμποδίζει την άσκηση ουσιαστικού ανταγωνισμού στην αγορά, δεδομένου ότι η εν λόγω επιχείρηση έχει τη δυνατότητα να συμπεριφέρεται σε μεγάλο βαθμό ανεξάρτητα από τους ανταγωνιστές και τους πελάτες της.¹⁴

Σχετικά με το ζήτημα αυτό, η Επιτροπή επισημαίνει ότι η ΑΤΗΚ ούτε κατά τις γραπτές ούτε στις προφορικές της θέσεις έθεσε θέμα αμφισβήτησης της δεσπόζουσας θέσης που κατέχει στην υπό αναφορά αγορά. Αυτό το οποίο είχε αμφισβητηθεί είναι η κατοχή δεσπόζουσας θέσης στο κατώτατο λιανικό επίπεδο, στοιχείο το οποίο θεωρεί αναγκαίο για την εφαρμογή του κανόνα της άρνησης παροχής υπηρεσιών.

Η Επιτροπή δεν αποδέχεται τον εν λόγω ισχυρισμό της ΑΤΗΚ γιατί όπως έχει αναφερθεί πιο πάνω, σύμφωνα με τις αποφάσεις του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων στις υποθέσεις Volvo v Veng¹⁵ και Alpha Flight Services Aéroport de Paris¹⁶ για την εφαρμογή του κανόνα των βασικών διευκολύνσεων όχι μόνο δεν είναι απαραίτητη η κατοχή δεσπόζουσας θέσης στο κατώτατο λιανικό επίπεδο αλλά δεν είναι καν απαραίτητη η παρουσία της.

Καθοδηγητική είναι και η Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής σχετικά με τις συμφωνίες πρόσβασης στις τηλεπικοινωνίες όπου αναφέρεται ρητά ότι «μια

¹⁴ Απόφαση C-322/81 Michelin, L353/33, CMLR [1982] 643.

¹⁵ Op cit.

¹⁶ Op cit.

*επιχείρηση που ελέγχει την πρόσβαση σε μια βασική διευκόλυνση απολαμβάνει δεσπόμενη θέση βάσει των διατάξεων του άρθρου 86».*¹⁷

Σε σχέση με την αγορά της σχετικής διευκόλυνσης, η Επιτροπή επισημαίνει ότι η ΑΤΗΚ ως πάροχος υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας κατέχει δεσπόμενη θέση σε ό,τι αφορά το δίκτυό της, τόσο στη σχετική Χονδρική Αγορά Πρόσβασης και Προέλευσης Κλήσεων στα Δημόσια Δίκτυα Κινητής Τηλεφωνίας (εκκίνηση κλήσεων)¹⁸ όσο και στη Χονδρική Αγορά Απόληξης (Τερματισμού) Κλήσεων σε Μεμονωμένα Δίκτυα Κινητών Επικοινωνιών¹⁹, καθώς και σε παρεμφερείς υπηρεσίες που συνδέονται με το κινητό της δίκτυο. Επίσης, η Επιτροπή επισημαίνει ότι η σύνδεση οποιουδήποτε εναλλακτικού παρόχου υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών με το δίκτυο της ΑΤΗΚ για την παροχή υπηρεσιών στους χρήστες του δικτύου κινητής τηλεφωνίας της ΑΤΗΚ, με την προηγούμενη έγκρισή της, είναι απαραίτητη, γεγονός που της επιτρέπει να λειτουργεί από μια θέση ισχύος.

Η Επιτροπή αξιολογώντας όλα τα πιο πάνω καταλήγει στο συμπέρασμα ότι η ΑΤΗΚ κατέχει δεσπόμενη θέση στον τερματισμό φωνητικών κλήσεων και σύντομων γραπτών μηνυμάτων στο δίκτυο κινητής τηλεφωνίας²⁰ και συνακόλουθα στην απευθείας πρόσβαση στο Κέντρο Αποστολής Γραπτών Μηνυμάτων (SMSC) της ΑΤΗΚ και όλων των συναφών υπηρεσιών που είναι απαραίτητες για την παροχή της υπηρεσίας Premium SMS- MT στους συνδρομητές της ΑΤΗΚ.

Η δεύτερη παράμετρος που πρέπει να λαμβάνεται υπόψη για την απαγόρευση που επισύρει το άρθρο 6(1)(β), είναι αυτή που αναφέρεται στο κατά πόσο η

¹⁷ Ανακοίνωση 98/C 265/02, Ε.Ε. C 265 της 22/8/1998, σελ 2, παρ. 69.

¹⁸ Η περί της Χονδρικής Αγοράς Πρόσβασης και Προέλευσης Κλήσεων στα Δημόσια Δίκτυα Κινητής Τηλεφωνίας Απόφαση του 2006, Απόφαση ΕΡΗΕΤ 28/2006, αναφορικά με τον καθορισμό της ΑΤΗΚ ως οργανισμού με ΣΙΑ στη σχετική αγορά, 20/4/2006. www.ocecpr.org.cy

¹⁹ Η περί της Χονδρικής Αγοράς Απόληξης (Τερματισμού) Φωνητικών Κλήσεων σε Μεμονωμένα Δίκτυα Κινητών Επικοινωνιών Απόφαση του 2006, Απόφαση ΕΡΗΕΤ 30/2006, αναφορικά με τον καθορισμό της ΑΤΗΚ ως οργανισμού με ΣΙΑ στη σχετική αγορά, 20/4/2006. www.ocecpr.org.cy

²⁰ Στη βάση της Ανάλυσης Αγοράς την οποία ολοκλήρωσε ο Επίτροπος Ρυθμίσεως Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών και Ταχυδρομείων και σχετικών αποφάσεών του για τις Αγορές Πρόσβασης και Προέλευσης και Τερματισμού κλήσεων στο δίκτυο κινητής τηλεφωνίας της ΑΤΗΚ.

ζητούμενη διευκόλυνση/ υποδομή είναι απολύτως απαραίτητη (βασική) για την άσκηση της δραστηριότητας του ανταγωνιστή της δεσπόζουσας επιχείρησης.

Σε σχέση με το πιο πάνω θέμα χρήσιμη και καθοδηγητική είναι η απόφαση του ΔΕΚ στην υπόθεση Oscar Bronner²¹ με την οποία επιβεβαιώνεται η εφαρμογή της προηγούμενης νομολογίας του ΠΕΚ, σύμφωνα με την οποία μια ή περισσότερες επιχειρήσεις:

«δεν μπορούν να θεωρηθούν ως κατέχουσες υποδομές, προϊόντα ή υπηρεσίες «απαραίτητα» ή «ουσιώδη» για τη διείσδυση στην σχετική αγορά, παρά μόνο αν αυτές οι υποδομές, τα προϊόντα ή οι υπηρεσίες δεν είναι υποκαταστάσιμες και αν λόγω των ειδικών χαρακτηριστικών τους και ιδίως του απαγορευτικού κόστους της αναπαραγωγής τους και/ή του εύλογου χρόνου που απαιτείται προς τούτο δεν υφίστανται βιώσιμες εναλλακτικές λύσεις για τους δυνητικούς ανταγωνιστές της κοινής επιχείρησης, οι οποίοι λόγω αυτού του στοιχείου, αποκλείονται από την αγορά.»²²

Με τον τρόπο αυτό περιορίζεται σημαντικά το εύρος εφαρμογής του κανόνα αφού σύμφωνα με τη νομολογία Bronner μια διευκόλυνση οφείλει να είναι πολύ σπάνια προκειμένου να χαρακτηριστεί ως βασική.

Η Netsmart υποστήριξε ότι η διευκόλυνση αυτή είναι βασική για την ανάπτυξη του ανταγωνισμού στην παράπλευρη αγορά των Premium SMS – MT. Αυτό γιατί η επιλογή της χρησιμοποίησης του τρόπου χρέωσης MT Billing παρέχει ανεξάντλητες δυνατότητες στον κάθε επιχειρηματία να αξιοποιήσει τόσο προς ίδιον όφελος, αλλά και προς όφελος του καταναλωτή με την προσφορά μιας τεράστιας γκάμας υπηρεσιών πληροφόρησης. Με την επιλογή αυτή δίδεται η δυνατότητα αξιοποίησης χιλιάδων πληροφοριών και στοιχείων τα οποία ο κάθε καταναλωτής/χρήστης θα ήθελε να έχει στη διάθεσή του, όπως είναι η αυτόματη ενημέρωση για την άνοδο και κάθοδο μετοχών συγκεκριμένης εταιρείας στο

²¹ Υπόθεση Oscar Bronner, Ibid.

²² Απόφαση ΠΕΚ European Night Services, 15/9/1998, T-374, 375, 384 & 388/94, ECR [1998] II-3141, σκέψη 209.

Χρηματιστήριο, τελευταία νέα (breaking news). Σύμφωνα με τα όσα αναφέρει η καταγγέλλουσα εταιρεία η υπηρεσία Premium SMS – MT αποτελεί την πιο δημοφιλή υπηρεσία κινητής τηλεφωνίας σε όλο τον κόσμο.

Ο δικηγόρος της Netsmart κατά την ακροαματική διαδικασία της υπόθεσης υποστήριξε χαρακτηριστικά ότι η εν λόγω υπηρεσία *«είναι κεφαλαιώδους σημασίας για τον ανταγωνισμό, αλλά και για την επιβίωση των εταιρειών, όπως των πελατών μας. Αυτή η υπηρεσία και αναφέρω χαρακτηριστικά την περίπτωση της Ελλάδας, όπου πριν ένα χρόνο περίπου, η αγορά Premium sms ήταν στην πραγματικότητα στα πρόθυρα κατάρρευσης και όταν δόθηκε η δυνατότητα και εισήχθη στην Ελλάδα το MT Billing τότε ξανάνιωσε η αγορά και δημιουργήθηκαν νέες δυνατότητες στους εναλλακτικούς παρόχους.»*

Η ΑΤΗΚ διαφώνησε με τη θέση του δικηγόρου της Netsmart υποστηρίζοντας ότι όλες οι υπερτιμημένες υπηρεσίες περιεχομένου είναι επαρκώς εναλλάξιμες μεταξύ τους και ανήκουν σε μια αγορά, αφού οι μέθοδοι παραγγελίας είναι επαρκώς εναλλάξιμες και σε όλες τις περιπτώσεις ο καταναλωτής μπορεί να λάβει μήνυμα στο κινητό του. Ο καταναλωτής αγοράζει το περιεχόμενο ενώ οι διάφοροι τρόποι παραγγελίας και πληρωμής είναι εναλλάξιμοι μεταξύ τους κάτι το οποίο μπορεί να διαφανεί και από τις διαφημίσεις των εταιρειών που παρέχουν περιεχόμενο. Προς υποστήριξη των θέσεών της, η ΑΤΗΚ κατέθεσε στοιχεία του αριθμού των τηλεφωνημάτων (900) και των μηνυμάτων (Premium SMS).

Παρόλα αυτά η Επιτροπή σημειώνει ότι από τα ενώπιόν της στοιχεία τα οποία περιέχονται στο σχετικό διοικητικό φάκελο διαφάνηκε ότι η ΑΤΗΚ εκδήλωσε τις ανησυχίες σε σχετικό εσωτερικό σημείωμα ημερομηνίας 18/4/2005 ότι οι εναλλακτικοί πάροχοι δεν θα είναι σε θέση να προσφέρουν συνδρομητικές υπηρεσίες. Συγκεκριμένα, στο εν λόγω εσωτερικό σημείωμα αναφέρεται ότι η παροχή της υπηρεσίας μόνο με χρέωση του μηνύματος που αποστέλλει ο πελάτης κινητής τηλεφωνίας (SMS MO), θα έχει ως αποτέλεσμα να μην δίδεται στους παροχείς περιεχομένου η δυνατότητα δημιουργίας συνδρομητικών

υπηρεσιών όπως π.χ. η παραλαβή μηνύματος όποτε η ομάδα του πελάτη σκοράρει. Αυτό, όπως αναφέρεται στο υπό αναφορά σημείωμα θα ενέχει τον κίνδυνο κάποιοι πάροχοι να καταγγείλουν την ΑΤΗΚ στην Επιτροπή Προστασίας Ανταγωνισμού.

Σε σχέση με το όσα αναπτύχθηκαν από τους δικηγόρους των εμπλεκόμενων μερών, η Επιτροπή σημειώνει ότι αυτό που πρέπει να εξεταστεί για σκοπούς εφαρμογής του κανόνα της βασικής διευκόλυνσης είναι κατά πόσο η ζητηθείσα διευκόλυνση είναι βασική για τον ανταγωνισμό. Η Επιτροπή επισημαίνει ότι έχει ήδη κρίνει ότι η διευκόλυνση αφορά την απευθείας πρόσβαση στην πύλη μηνυμάτων SMSC της ΑΤΗΚ και όλες τις συναφείς υπηρεσίες που είναι απαραίτητες ώστε ένας πάροχος να είναι σε θέση να προσφέρει υπηρεσίες σύντομων γραπτών μηνυμάτων προστιθέμενης αξίας (Premium SMS) και ότι λόγω των χαρακτηριστικών, των μεριδίων που αποδίδονται και της χρήσης για την οποία προορίζονται, η εν λόγω διευκόλυνση δεν μπορεί να υποκατασταθεί από την υπηρεσία Cybee.

Η Επιτροπή προχωρώντας σημειώνει ότι ένας άλλος σημαντικός παράγοντας που καθιστά τη διευκόλυνση αυτή βασική είναι η αντικειμενική αδυναμία που αντιμετωπίζουν οι παροχείς ηλεκτρονικών επικοινωνιών και περιεχομένου να δημιουργήσουν την αντίστοιχη ή εναλλακτική διευκόλυνση ώστε να ενεργοποιηθούν στην παράπλευρη αγορά, γιατί κάτι τέτοιο θα είχε ως αποτέλεσμα τη δημιουργία ενός δικτύου κινητής τηλεφωνίας²³. Ακόμη και αν η Netsmart δημιουργούσε τέτοιο δίκτυο, αυτό δεν θα ωφελούσε γιατί όπως αναλύθηκε και πιο πάνω, η ΑΤΗΚ έχει το μεγαλύτερο μερίδιο αγοράς πρόσβασης και προέλευσης κλήσεων σε δίκτυα κινητής τηλεφωνίας, οπότε για να είναι κερδοφόρα η εν λόγω υπηρεσία θα έπρεπε να έχει και πάλι την έγκριση της ΑΤΗΚ για να έχει πρόσβαση στους τελικούς χρήστες που επιλέγουν την ΑΤΗΚ ως πάροχό τους.

²³ European Night Services, Ibid.

Περαιτέρω και σε σχέση με την παράπλευρη λιανική αγορά, η Επιτροπή επισημαίνει ότι η μέθοδος χρέωσης κατά τον τερματισμό του υπερτιμημένου μηνύματος (Premium SMS- MT) δίδει στους παρόχους ηλεκτρονικών επικοινωνιών τη δυνατότητα να παρέχουν υπηρεσίες πέραν από αυτές που παρέχονται με τα Premium SMS- MO ή/και τηλεπληροφόρηση. Με τη μέθοδο της χρέωσης κατά τον τερματισμό του υπερτιμημένου μηνύματος (Premium SMS- MT) έχουν τη δυνατότητα να παρέχουν τις λεγόμενες «συνδρομητικές υπηρεσίες», δηλαδή ο καταναλωτής να έχει τη δυνατότητα να γίνεται συνδρομητής και να λαμβάνει πληροφορίες, π.χ. για το ποδόσφαιρο, τη διακύμανση μετοχών στο χρηματιστήριο, τα τελευταία νέα, στο κινητό του ανά πάσα στιγμή χωρίς ο ίδιος να πρέπει να στέλνει κάθε φορά εντολή για να λάβει τη συγκεκριμένη πληροφορία. Αυτή η δυνατότητα δεν μπορεί να παρασχεθεί μέσω άλλων υπηρεσιών, κάτι το οποίο αναγνωρίζει η ΑΤΗΚ, αφού στο γραπτό υπόμνημά της με ημερομηνία 18/4/2005 αναφέρεται ότι:

«Με την παροχή της υπηρεσίας μόνο με χρέωση του μηνύματος που αποστέλλει ο πελάτης κινητής τηλεφωνίας (SMS MO), τότε δεν θα παρέχουμε στους παροχείς περιεχομένου τη δυνατότητα δημιουργίας συνδρομητικών υπηρεσιών π.χ. την παραλαβή μηνύματος όποτε η ομάδα του πελάτη σκοράρει κλπ.»

Τέλος, σε σχέση με τον ισχυρισμό της ΑΤΗΚ ότι οι λιανικές υπηρεσίες premium sms μπορούν να υποκαθίστανται με τις υπηρεσίες τηλεπληροφόρησης (900) και ως εκ τούτου δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι η υπηρεσία είναι απαραίτητη για την ύπαρξη ανταγωνισμού στο λιανικό επίπεδο, η Επιτροπή διαπιστώνει ότι σε γραπτή έκθεση (εσωτερικό σημείωμα) προς τον Διευθυντή Υπηρεσιών Δικτύου της ΑΤΗΚ ημερομηνίας 15/4/2003, σε σχέση με τη δημιουργία υπηρεσίας γραπτών μηνυμάτων αξίας (premium sms) παραδέχεται ότι η υπηρεσία τηλεπληροφόρησης διαφέρει σημαντικά από την υπηρεσία premium sms τόσο τεχνικά όσο και εμπορικά, παρόλο που θα μπορούσε να παραλληλιστεί. Συνακόλουθα, ο υπό αναφορά ισχυρισμός της ΑΤΗΚ δεν μπορεί να γίνει δεκτός.

Υπό το φως όλων όσων έχουν αναπτυχθεί πιο πάνω, η Επιτροπή ομόφωνα καταλήγει ότι η διευκόλυνση της απευθείας πρόσβασης στο Κέντρο Αποστολής Γραπτών Μηνυμάτων (SMSC) της ΑΤΗΚ και όλες τις συναφείς υπηρεσίες που είναι απαραίτητες ώστε ένας πάροχος να είναι σε θέση να προσφέρει υπηρεσίες σύντομων γραπτών μηνυμάτων προστιθέμενης αξίας (Premium SMS) είναι βασική για την ανάπτυξη του ανταγωνισμού στην παράπλευρη αγορά των premium sms –ΜΤ.

Η τρίτη παράμετρος που πρέπει να ληφθεί υπόψη για την απαγόρευση που επισύρει το άρθρο 6(1)(β), είναι κατά πόσο η άρνηση της χορήγησης πρόσβασης στην υποδομή είναι αντικειμενικά δικαιολογημένη.

Όπως έχει ήδη αναφερθεί, η ΑΤΗΚ παρέχει σε διάφορους παρόχους, κατόπιν υπογραφής σχετικής εμπορικής συμφωνίας, τη δυνατότητα να παρέχουν Premium SMS- Mobile Origination. Η ΑΤΗΚ με την επιστολή της προς την καταγγέλλουσα εταιρεία, ημερομηνίας 20/12/2007, ενώ αρχικά σκόπευε να παρέχει και τη δυνατότητα η χρέωση να γίνεται κατά τον τερματισμό του μηνύματος, ακολούθως δεν προχώρησε με την υλοποίηση της απόφασης αυτής.

Σε σχέση με το όλο ζήτημα η Επιτροπή σημειώνει ότι η ΑΤΗΚ κατά τη διάρκεια της ακρόασης της υπόθεσης είχε δηλώσει ότι δεν αντιμετωπίζει οποιαδήποτε τεχνικής φύσεως αδυναμία, αντίθετα όπως δήλωσε ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ και ο εκπρόσωπος της ΑΤΗΚ στη συνεδρία με ημερομηνία 30/4/2009: *«Η τεχνική δυνατότητα για να δοθεί αυτή η υπηρεσία υπάρχει.»*

Επιπρόσθετα, σύμφωνα με τα όσα υποστήριξε η ΑΤΗΚ, *«κατά τον ουσιώδη χρόνο της καταγγελίας δεν πρόσφερε την υπηρεσία Premium sms-mobile termination καθότι, οι διαθέσιμοι τρόποι παραγγελίας της εν λόγω υπηρεσίας (μέσω της αποστολής μηνύματος, μέσω WAP portals, κ.ά.) καθιστούσαν αδύνατη εκ μέρους της ΑΤΗΚ την επιβεβαίωση ότι ο συνδρομητής έχει δώσει τη συγκατάθεση του στην αποστολή προς αυτόν μηνυμάτων και κατά προέκταση καθιστά αδύνατο το χειρισμό παραπόνων σε περιπτώσεις αμφισβήτησης*

λογαριασμών. Η ΑΤΗΚ δεν διέθετε τους απαραίτητους μηχανισμούς για την παρεμπόδιση της παράδοσης μηνυμάτων σε πελάτες που δεν έχουν δώσει την συγκατάθεση τους». Επιπρόσθετα, όπως έχει αναφερθεί πιο πάνω, η ΑΤΗΚ υποστηρίζει «πιθανή αμέλεια ή απροσεξία στην παροχή της υπηρεσίας σύντομων γραπτών μηνυμάτων προστιθέμενης αξίας ΜΤ από τους παροχείς περιεχομένου θα έχει ως αποτέλεσμα τη λανθασμένη χρέωση των συνδρομητών της ΑΤΗΚ με όλους τους κινδύνους που αυτό συνεπάγεται.»

Σύμφωνα με τα όσα υποστήριξε η ΑΤΗΚ γραπτά και προφορικά: «Το ενδεχόμενο αυτό την ανησυχεί ιδιαίτερα, καθώς θα έχει αρνητικές επιπτώσεις, τόσο στους συνδρομητές της, όσο και για την εικόνα της που πιθανόν να πληγεί ανεπανόρθωτα από ενέργειες και/ή παραλείψεις τρίτων και όχι εξ υπαιτιότητας της ίδιας. Επιπλέον, οι οποιοσδήποτε εκ των υστέρων διορθωτικές ενέργειες θα εμπριέχουν πολύ υψηλό κόστος για την CΥΤΑ, που θα είναι άδικο να υποστεί η ίδια υπό τις προαναφερόμενες περιστάσεις. Οι πιο πάνω ανησυχίες της CΥΤΑ μεγεθύνονται ακόμη περισσότερο εάν λάβει κανείς υπόψη την ανυπαρξία Εθνικής Ρυθμιστικής Αρχής σε σχέση με το περιεχόμενο και την όλη λειτουργία τέτοιων υπηρεσιών.»

Ο εκπρόσωπος της ΑΤΗΚ κατά τη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας εξέτασης της υπόθεσης, δήλωσε ότι η απουσία ρυθμιστικού πλαισίου και Ρυθμιστικής Αρχής θα δημιουργήσει προβλήματα στην επίλυση διαφόρων προβλημάτων που δυνατό να προκύψουν, ιδιαίτερα σε ό,τι αφορά την προστασία των καταναλωτών. Αυτό γιατί αν δοθεί η δυνατότητα αυτή, η ΑΤΗΚ δεν θα είναι σε θέση να ελέγχει κατά πόσο ο χρήστης ζήτησε τη συγκεκριμένη υπηρεσία, με αποτέλεσμα να είναι δέκτης πολλών παραπόνων, όπως γίνεται και με την υπηρεσία 900. Αυτό όμως δεν θα υφίσταται στην περίπτωση που η αποστολή των Premium SMS - ΜΤ γίνεται μέσω της Cybee γιατί διατηρούνται στοιχεία και αρχεία με τα οποία μπορεί να επιβεβαιωθεί κατά πόσο ζήτησαν ή όχι την υπηρεσία αυτή. Επίσης, όπως ο εκπρόσωπος της ΑΤΗΚ ανέφερε, μπορεί να υπάρχουν περιπτώσεις που ένας χρήστης αντί να λάβει ένα γραπτό μήνυμα, να

πάρει 3 ή 5 γιατί αυτό έχει κατακερματιστεί, κάτι για το οποίο ο ίδιος δεν έχει έλεγχο.

Τέλος, η ΑΤΗΚ στις γραπτές τις θέσεις αναφέρει στην Επιτροπή ότι έχει προβεί σε προκαταρκτική έρευνα για το πώς λειτουργεί το όλο θέμα σε άλλες χώρες που εξωτερικού και έχει διαπιστώσει ότι στις πλείστες χώρες ισχύει λεπτομερές ρυθμιστικό πλαίσιο.

Ο δικηγόρος της Netsmart αρχικά επισήμανε στην Επιτροπή ότι σ' όλες τις συναντήσεις που είχαν οι πελάτες του και ο ίδιος με την ΑΤΗΚ, ουδέποτε τέθηκε θέμα αδυναμίας, αλλά μόνο θέμα κατάχρησης της υπηρεσίας αυτής από μέρους των παρόχων. Σε σχέση με το θέμα αυτό υποστήριξε ότι η πιθανότητα κατάχρησης υπάρχει για όλες τις υπηρεσίες σε όλα τα επίπεδα. Παρόλα αυτά, όπως υποστήριξε, δεν τίθεται θέμα να πληγεί η εικόνα και η εμπιστοσύνη του κόσμου στην ΑΤΗΚ. Ο δικηγόρος της Netsmart στην ακροαματική διαδικασία της υπόθεσης υποστήριξε ότι η ίδια δικαιολογία είχε προβληθεί από την ΑΤΗΚ και σε σχέση με την παροχή της υπηρεσίας Bulk SMS, όπου ισχυριζόταν ότι επειδή δεν θα μπορούσε να τους ελέγξει θα επλήττετο η εικόνα της, πράγμα το οποίο δεν έχει συμβεί από το 2005 μέχρι σήμερα.

Το ερώτημα που τίθεται, υποστήριξε ο δικηγόρος τη Netsmart, είναι κατά πόσο μπορούν να ληφθούν μέτρα ούτως ώστε να εμποδίζεται ή να ελαχιστοποιείται η πιθανότητα κατάχρησης ή να υπάρχει θεραπεία εάν και εφόσον διαπιστωθεί η κατάχρηση. Ο δικηγόρος της Netsmart υποστήριξε ότι το όλο ζήτημα μπορεί να ρυθμιστεί με μια εμπορική συμφωνία μεταξύ των μερών όπως εξάλλου γίνεται και για τις υπόλοιπες υπηρεσίες που προσφέρει η ΑΤΗΚ και η εμπειρία έδειξε ότι οι εταιρείες, είτε παρέχουν την υπηρεσία 900 ή Premium SMS ή Bulk SMS συμμορφώθηκαν και κινούνται μέσα σε θεμιτά πλαίσια και δεν υπήρξε οποιοδήποτε ουσιαστικό πρόβλημα. Συνεπώς, όπως υποστήριξε, η ύπαρξη κώδικα πρακτικής δεν είναι προαπαιτούμενο για την παροχή της υπηρεσίας.

Ο Διευθυντής της Netsmart υποστήριξε ότι υπάρχουν τρόποι με τους οποίους διασφαλίζεται ότι ο χρήστης ζήτησε τη συγκεκριμένη υπηρεσία. Συγκεκριμένα επισήμανε ότι η υπηρεσία ενεργοποιείται μόνο όταν ο χρήστης στείλει σε συγκεκριμένο κωδικό της εταιρείας μήνυμα ότι θέλει να γίνει συνδρομητής. Στην Ελλάδα, όπως υποστήριξε ο δικηγόρος της Netsmart, επεξηγείται στο χρήστη επακριβώς τί έχει κάνει, ποία είναι η χρέωση και πώς μπορεί να τερματίσει την υπηρεσία, οπότεν ενημερώνεται προτού αποφασίσει να γίνει χρήστης. Στην περίπτωση που η επιλογή της υπηρεσίας γίνει μέσω διαδικτύου, τότε ο χρήστης δίνει τον αριθμό του κινητού του και κατόπιν λαμβάνει μήνυμα που τον καλεί να απαντήσει με μήνυμα για να επιβεβαιώσει ότι επιθυμεί να γίνει χρήστης της συγκεκριμένης υπηρεσίας.

Πέραν των πιο πάνω, ο Διευθυντής της Netsmart, αναφερόμενος στο παράδειγμα των Ηνωμένων Πολιτειών Αμερικής (ΗΠΑ), όπου χρησιμοποιείται μόνο το Premium SMS-MT, ανέφερε ότι μπορούν να μπου ανώτατο όρια (caps) έτσι που αν πάει ο λογαριασμός πάνω από €20, τότε ο πάροχος περιεχομένου να είναι υποχρεωμένος να ενημερώσει το χρήστη. Αυτό θα είναι ακόμη πιο ευδιάκριτο για τους συνδρομητές της So-easy όπου υπάρχει άμεση και συνεχής ενημέρωση του χρήστη για το υπόλοιπο του λογαριασμού του.

Επιπλέον, η Netsmart υποστήριξε ότι θέματα υπερτιμολόγησης ή λανθασμένης χρέωσης που πιθανόν να προκύψουν δύνανται να ρυθμιστούν από τα συμβόλαια που έχει η κάθε εταιρεία με τους παρόχους (operators) των υπηρεσιών. Πέραν αυτού, ο χρήστης μπορεί ανά πάσα στιγμή να διακόψει τη σχετική υπηρεσία. Η Netsmart αναφέρει ότι με την ίδια λογική δεν υπάρχει ούτε απόλυτη διασφάλιση των συμφερόντων τους από κακοπληρωτές.

Ο δικηγόρος της Netsmart ανέφερε χαρακτηριστικά ότι όταν ο ίδιος έγινε συνδρομητής της υπηρεσίας Cybee ώστε να ενημερώνεται όταν έμπαινε γκολ από την ομάδα του, δεν ενημερώθηκε ότι θα χρεώνονταν για κάθε μήνυμα που του στελλόταν, σε αντίθεση με το αν η ενημέρωση γινόταν στο τέλος του ημιχρόνου όπου δεν θα υπήρχε χρέωση. Αυτό ήταν κάτι που ανακάλυψε ο ίδιος

μέσω της ιστοσελίδας της ΑΤΗΚ. Καταλήγοντας ο δικηγόρος της Netsmart ανέφερε ότι καταχρήσεις μπορούν να υπάρξουν παρατηρώντας ότι το θέμα είναι ότι να βρίσκονται τρόποι να ελέγχονται αυτές, παίρνοντας παραδείγματα από άλλες χώρες και όχι να αντιμετωπίζεται το όλο θέμα με απόλυτη άρνηση.

Στο εξωτερικό πρόσθεσε ο δικηγόρος της Netsmart, όπως οι ΗΠΑ, ο Καναδάς, το Ηνωμένο Βασίλειο, η Ιρλανδία, Αυστραλία, Ισπανία, Γερμανία, Αυστρία, Γαλλία, προσφέρονται τέτοιου είδους υπηρεσίες στη βάση εμπορικής συμφωνίας. Στις περισσότερες χώρες υπάρχει επίσης κώδικας πρακτικής τον οποίο όλες οι εταιρείες είναι υποχρεωμένες να ακολουθούν.

Η Επιτροπή αξιολογώντας όλα όσα έχουν τεθεί από τα εμπλεκόμενα μέρη τόσο γραπτά όσο και προφορικά, σημειώνει ότι σύμφωνα με την απόφαση του ΔΕΚ στην υπόθεση Oscar Bronner από τη στιγμή που κάποια διευκόλυνση κριθεί ως βασική και η επιχείρηση που την ελέγχει έχει δεσπόζουσα θέση, τότε αυτή οφείλει να παραχωρεί πρόσβαση σε τρίτους, εκτός εάν μπορεί να αποδείξει ότι συντρέχουν αντικειμενικοί λόγοι που να δικαιολογούν τη σχετική άρνηση. Συνεπώς υπάρχει μια αντιστροφή του βάρους απόδειξης, προς την πλευρά της δεσπόζουσας επιχείρησης.

Το τί μπορεί να συνιστά αντικειμενική δικαιολογία έχει αποφασιστεί από το ΔΕΚ σε σχετικές υποθέσεις. Οι δικαιολογίες μπορεί να είναι κυρίως τεχνικής φύσεως όπως η ανεπάρκεια δυναμικού, η βλάβη στη λειτουργία της ίδιας της διευκόλυνσης ή η πρόκληση σημαντικής δυσχέρειας στην παροχή αγαθών ή υπηρεσιών από την ίδια τη δεσπόζουσα επιχείρηση.

Είναι ασαφές κατά πόσο λόγοι αμιγούς εμπορικής πολιτικής και στρατηγικής της δεσπόζουσας επιχείρησης αποτελούν ικανή «αντικειμενική δικαιολογία» που να δικαιολογεί άρνηση παροχής της ζητούμενης πρόσβασης. Όπως διευκρινιστικά αναφέρεται²⁴:

²⁴ Βασιλή Γ. Χατζόπουλου, πιο πάνω, σελ.126.

«Η λύση μοιάζει να βρίσκεται κάπου στη μέση και να πηγάζει από το συνδυασμό, αφενός της απόφασης του ΔΕΚ στην υπόθεση United Brands όπου κρίθηκε obiter, ως σύλληψη η διακοπή προμήθειας πελάτη ως αντίποινο για την κακή εμπορική συμπεριφορά του και αφετέρου των νομοθετικών κειμένων που θεσπίζουν την πρόσβαση τρίτου στο δίκτυο, τα οποία αναγνωρίζουν μόνο τεχνικούς περιορισμούς στο δικαίωμα πρόσβαση».

Επιπρόσθετα αναφέρεται ότι, όπως προκύπτει από τις κλασικές περιπτώσεις άρνησης πώλησης, όταν πρόκειται για βασική διευκόλυνση, η δεσπόμενη επιχείρηση δεν μπορεί να επικαλεστεί τη διαφύλαξη των εμπορικών της συμφερόντων, προκειμένου να αρνηθεί την πρόσβαση.²⁵ Αυτό γιατί η εφαρμογή του κανόνα των βασικών διευκολύνσεων βασίζεται αποκλειστικά σε αντικειμενικά κριτήρια και συνεπώς η εξαίρεση από τον κανόνα δεν μπορεί να βασίζεται σε υποκειμενικής φύσεως κριτήρια. Αντιθέτως τα εφαρμοζόμενα κριτήρια οφείλουν να είναι αντικειμενικά και να μη συνδέονται με την απώτερη βούληση ή στρατηγική του κατόχου της διευκόλυνσης.

Αυτό όμως δεν σημαίνει ότι οι εξαιρέσεις οφείλουν να είναι αμιγώς τεχνικής φύσης, αλλά μπορεί να περιλαμβάνουν και άλλους αντικειμενικούς λόγους που να συνδέονται με τις ήδη ανειλημμένες υποχρεώσεις του κατόχου της διευκόλυνσης, με το κόστος και τις συνθήκες δημιουργίας της διευκόλυνσης και, τέλος, με τις ίδιες τις ικανότητες του τρίτου στον οποίο παρέχεται η πρόσβαση.

Η Επιτροπή στην προκειμένη υπόθεση, επισημαίνει ότι η ΑΤΗΚ δεν έχει προβάλει ως λόγους άρνησής της τη τεχνική αδυναμία ή το κόστος δημιουργίας της διευκόλυνσης ή ακόμη τις ίδιες τις ικανότητες της επιχείρησης για σωστή χρήση της υποδομής, στη βάση κάποιων συγκεκριμένων εμπειριών. Αντίθετα οι λόγοι στους οποίους στηρίζεται η άρνησή της είναι η διαφύλαξη των εμπορικών της συμφερόντων και της καλής της εικόνας, λόγοι οι οποίοι δεν μπορούν να θεωρηθούν αντικειμενικοί γιατί βασίζονται σε εντελώς υποκειμενική κρίση της ΑΤΗΚ. Αυτό γιατί, όπως έχει διαφανεί μέσα από την ακροαματική διαδικασία και

²⁵ Ibid σελ.91.

την έρευνα που διεξήχθη, η σχέση των δύο μερών θα μπορούσε να ρυθμιστεί με μια εμπορική συμφωνία, στην οποία να καταγράφονται εκατέρωθεν τα δικαιώματα και οι υποχρεώσεις των δύο μερών. Όπως έχει πληροφορηθεί η Επιτροπή από τα εμπλεκόμενα μέρη, παρόμοια είναι η πρακτική που ακολουθείται από πλευράς της ΑΤΗΚ και σε σχέση με όλες υπερτιμημένες υπηρεσίες, ήτοι η υπηρεσία υπερτιμημένων κλήσεων (900), Premium SMS- MO και Bulk SMS.

Η Επιτροπή θεωρεί εξίσου σημαντικό και το γεγονός ότι ο ΕΡΗΕΤ σε επιστολή του προς την Επιτροπή με ημερομηνία 2/7/2008, την πληροφόρησε ότι παρόλο που δεν αποτελεί την αρμόδια αρχή για την ρύθμιση τέτοιων θεμάτων, θεωρεί ότι το όλο θέμα αποτελεί εμπορική συμφωνία μεταξύ των παρόχων.

Σε ό,τι αφορά την πρακτική που ακολουθείται στο εξωτερικό, η Επιτροπή κρίνει σκόπιμη την αναφορά στο παράδειγμα της Ελλάδας που χρησιμοποιήθηκε από την ΑΤΗΚ όπου η Εθνική Επιτροπή Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων (στο εξής «ΕΕΤΤ») θέσπισε «Κώδικα Δεοντολογίας για την παροχή υπηρεσιών πολυμεσικής πληροφόρησης», όπου μεταξύ άλλων, προβλέπεται ο τελικός χρήστης να ενημερώνεται για (α) την τιμολόγηση ανά μήνυμα, (β) το συνολικό αριθμό μηνυμάτων που απαιτούνται για την παροχή της υπηρεσίας, (γ) το συνολικό μέγιστο κόστος της υπηρεσίας για τον τελικό χρήστη, συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος Φόρου Προστιθέμενης Αξίας (ΦΠΑ) (δ) την επωνυμία του παρόχου ΥΠΠ και (ε) την πληροφόρηση ότι η παρεχόμενη ΥΠΠ απευθύνεται αποκλειστικά σε ενήλικες, εφόσον η παρεχόμενη ΥΠΠ απευθύνεται αποκλειστικά σε ενήλικες.

Σε σχέση με την ύπαρξη του πιο πάνω κώδικα δεοντολογίας στην Ελλάδα, η Επιτροπή θεωρεί σημαντικό το γεγονός ότι παρόλο που ο κώδικας θεσπίστηκε από την ΕΕΤΤ, εντούτοις υπεύθυνοι για την επίλυση καταγγελιών που δυνατό να υποβάλλονται από τους τελικούς χρήστες είναι είτε ο πάροχος δικτύου εκκίνησης της κλήσης είτε ο πάροχος δικτύου, ή ο πάροχος ΥΠΠ και όχι η Ρυθμιστική Αρχή.

Μόνο στην περίπτωση που το όλο θέμα δεν διευθετείται, τότε ο τελικός χρήστης δύναται να απευθυνθεί στην ΕΕΤΤ.

Συνακόλουθα, η Επιτροπή καταλήγει ότι το όλο θέμα μπορεί να αποτελέσει μέρος εμπορικής συμφωνίας, στην οποία να καταγράφονται τα δικαιώματα και οι υποχρεώσεις των εμπλεκομένων μερών καθώς και οι ελάχιστες διαδικασίες που θα πρέπει να λαμβάνονται ώστε να διασφαλίζεται ότι ο χρήστης κινητής τηλεφωνίας έχει όντως ζητήσει την παρεχόμενη υπηρεσία, κάτι που ισχύει στην εμπορική συμφωνία αναφορικά με την υπηρεσία Premium SMS-MO.

Υπό το φως όλων των πιο πάνω, η Επιτροπή ομόφωνα καταλήγει ότι οι λόγοι άρνησης που προβλήθηκαν από την ΑΤΗΚ να δώσει τη συγκεκριμένη διευκόλυνση στη Netsmart ώστε να είναι σε θέση να παρέχει υπηρεσίες Premium SMS-MT στους χρήστες του κινητού δικτύου της ΑΤΗΚ, δεν είναι αντικειμενικά δικαιολογημένοι και ότι όλα τα ζητήματα θα μπορούσαν να αντιμετωπιστούν και ν' αποτελέσουν μέρος μιας εμπορικής συμφωνίας. Συνεπώς, η Επιτροπή ομόφωνα αποφασίζει ότι η ΑΤΗΚ την περίοδο Νοεμβρίου 2005 μέχρι και σήμερα με τις πράξεις ή/και παραλείψεις της καταχράται τη δεσπόζουσα θέση που κατέχει κατά παράβαση του άρθρου 6(1) (β) του Νόμου.

Η Επιτροπή ακολούθως προχώρησε με την εξέταση της δεύτερης αιτίας που διατυπώθηκε εναντίον της ΑΤΗΚ, ήτοι για παράβαση του άρθρου 6(1)(γ) του Νόμου.

Σε σχέση με την απαγόρευση που υπαγορεύει το άρθρο 6(1)(γ) σημειώνει ότι σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων μια επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση παραβιάζει πιθανότατα το άρθρο 102 της ΣΛΕΕ στην περίπτωση που εφαρμόζει άνισους όρους για ισοδύναμες παροχές χωρίς αντικειμενική δικαιολόγηση. Αυτό γιατί μπορεί να θέσει τους πελάτες ή/και ανταγωνιστές της σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό.²⁶

²⁶ Υπόθεση Eurofix – Bauco v Hilti, Επίσημη Εφημερίδα 1998, L65/19, σκέψη 18.

Κατ' επέκταση, η Επιτροπή διαπιστώνει πως για την υπαγωγή στην απαγόρευση της διάταξης του άρθρου 6(1)(γ) του Νόμο προαπαιτείται η στοιχειοθέτηση:

(α) της ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης,

(β) της ύπαρξης άνισων όρων για ισοδύναμες συναλλαγές, χωρίς αντικειμενική δικαιολόγηση, και

(γ) ως αποτέλεσμα της εν λόγω πρακτικής, ορισμένες επιχειρήσεις να τίθενται σε μειονεκτική στον ανταγωνισμό θέση.

Η Επιτροπή σημειώνει ότι η πρώτη παράμετρος έχει ήδη αναλυθεί στα πλαίσια εξέτασης της πρώτης αιτίας και ως εκ τούτου προχώρησε με την εξέταση της δεύτερης παραμέτρου που πρέπει να λαμβάνεται υπόψη για την απαγόρευση που επισύρει το άρθρο 6(1)(γ), που είναι η ύπαρξη άνισων όρων για ισοδύναμες συναλλαγές, χωρίς αντικειμενική δικαιολόγηση. Η καταχρηστική εκμετάλλευση μπορεί να έχει τη μορφή διακριτικής μεταχείρισης εντός της ίδιας αγοράς ή την υιοθέτηση διαφορετικής τιμολογιακής ή άλλης πολιτικής ανάλογα με την αγορά στην οποία διατίθενται τα προϊόντα ή υπηρεσίες.

Σχετικά, στην υπόθεση GVL v. Commission το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων απεφάνθη ότι: «*Refusal by an undertaking having a de facto monopoly to provide its services for all those who may be in need of them but who do not come within a certain category of persons defined by the undertaking on the basis of nationality or residence must be regarded as an abuse of a dominant position within the meaning of the first paragraph of article 86 of the Treaty.*»²⁷

Η Επιτροπή από τα γεγονότα της υπόθεσης, διαπίστωσε ότι ενώ η ΑΤΗΚ μέσω της εμπορικής επωνυμίας Cybee έχει τη δυνατότητα να προσφέρει στους χρήστες κινητής τηλεφωνίας πρόσβαση, μέσω των υπηρεσιών υπερτιμημένων

²⁷ Υπόθεση 7/82, GVL v. Commission. [1983] ECR 483. Επίσης, Απόφαση της Επιτροπής 2000/12/EC, 1998 Football World Cup, (IV/36.888) [2000] OJ L 5/55).

μηνυμάτων (με τη μέθοδο Premium SMS-MT), σε περιεχόμενο που παρέχει η ίδια μέσω διάφορων συνεργατών όπως ο ΟΠΑΠ, δεν επιτρέπει σε εναλλακτικούς παρόχους, όπως η Netsmart να προσφέρουν το ίδιο παρεχόμενο με τη μέθοδο Premium SMS-MT. Η διακριτική αυτή μεταχείριση δεν στηρίζεται σε αντικειμενική δικαιολογία, μιας και υπάρχουν τεχνικοί τρόποι αντιμετώπισης των οποιωνδήποτε ανησυχιών της ΑΤΗΚ. Ως αποτέλεσμα της καταγγελλόμενης πρακτικής της ΑΤΗΚ, οι ανταγωνιστές της στον τομέα αυτό τίθενται σε μειονεκτική στον ανταγωνισμό θέση σε σχέση με την ΑΤΗΚ αφού εμποδίζονται από το να προσφέρουν τις υπηρεσίες που προσφέρει η ίδια η ΑΤΗΚ μέσω της Cybee, ήτοι τις συνδρομητικές υπηρεσίες (π.χ. ο συνδρομητής να παραλαμβάνει ειδοποιητικό sms με χρέωση όταν η ομάδα του σκοράρει) και συνεπώς τίθεται σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό. Συνεπώς, η Επιτροπή ομόφωνα αποφασίζει ότι η ΑΤΗΚ την περίοδο Νοεμβρίου 2005 μέχρι και σήμερα με τις πράξεις ή/και παραλείψεις της καταχράται τη δεσπόζουσα θέση που κατέχει κατά παράβαση του άρθρου 6(1) (γ) του Νόμου.

Η Επιτροπή μετά από διεξοδική μελέτη, ανταλλαγή απόψεων και συζήτηση μεταξύ των μελών της, και αφού αξιολόγησε όλο το ενώπιόν της υλικό, τα στοιχεία και τις πληροφορίες και τα όσα τα εμπλεκόμενα μέρη δια μέσου των δικηγόρων τους, προφορικώς και γραπτώς, έθεσαν ενώπιόν της, έχει ομόφωνα καταλήξει στα πιο κάτω:

1. Η παρούσα υπόθεση αφορά το αίτημα της Netsmart για πρόσβαση με σκοπό την παροχή της δυνατότητας παροχής υπηρεσιών Premium SMS – Mobile Termination στους χρήστες κινητής τηλεφωνίας της ΑΤΗΚ μέσω του Κέντρου Αποστολής Σύντομων Γραπτών Μηνυμάτων (SMSC) του δικτύου κινητής τηλεφωνίας της.
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 στη σχετική αγορά. Η Επιτροπή στηριζόμενη στη δική της αξιολόγηση καταλήγει ότι η ΑΤΗΚ όντως κατέχει δεσπόζουσα θέση τόσο στην αγορά εκκίνησης κλήσεων στα

δημόσια δίκτυα κινητής τηλεφωνίας όσο και στην αγορά τερματισμού κλήσεων σε μεμονωμένα δίκτυα κινητής τηλεφωνίας²⁸. Συνακόλουθα, η ΑΤΗΚ κατέχει δεσπόζουσα θέση στη σχετική αγορά πρόσβασης στο SMSC της και σε όλες τις συναφείς υπηρεσίες που είναι απαραίτητες ώστε ένας εναλλακτικός πάροχος ηλεκτρονικών επικοινωνιών να είναι σε θέση να προσφέρει υπηρεσίες γραπτών μηνυμάτων προστιθέμενης αξίας με τη μέθοδο χρέωσης κατά τον τερματισμό Premium SMS - MT. Η δεσπόζουσα θέση που κατέχει η ΑΤΗΚ στην αγορά εκκίνησης και τερματισμού κλήσεων ενισχύεται από τη δεσπόζουσα θέση που κατέχει στη λιανική αγορά υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας, δίδοντάς της έτσι την ελευθερία να κινείται και να ενεργεί ανεξάρτητα και ανεπηρέαστα από τους εν δυνάμει ανταγωνιστές της²⁹.

3. Έχοντας υπόψη όλα τα ενώπιόν της στοιχεία και πληροφορίες, η Επιτροπή έχει καταλήξει ότι η παροχή της δυνατότητας παροχής υπηρεσιών Premium SMS - Mobile Termination στους χρήστες κινητής τηλεφωνίας της ΑΤΗΚ μέσω του Κέντρου Αποστολής Σύντομων Γραπτών Μηνυμάτων (SMSC) του δικτύου κινητής τηλεφωνίας της, συνιστά βασική ουσιώδη διευκόλυνση για ένα πάροχο υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών που επιθυμεί να ανταγωνιστεί την υπηρεσία Cybee της ΑΤΗΚ, καθότι δεν υπάρχουν διαθέσιμες εναλλακτικές λύσεις. Συγκεκριμένα, η Επιτροπή συνεκτιμώντας όλα όσα ακούστηκαν κατά την ακροαματική διαδικασία και καταγράφηκαν στις γραπτές παραστάσεις που κατατέθηκαν:

(α) Δεν έχει πειστεί ότι η υπηρεσία Cybee μπορεί να θεωρηθεί υποκατάστατη υπηρεσία, καθότι με την εν λόγω υπηρεσία παρέχεται η δυνατότητα σε παρόχους υπηρεσιών περιεχομένου, να προσφέρουν το περιεχόμενό τους, μέσω και με την εμπορική επωνυμία της Cybee. Αυτό που η Netsmart ζήτησε είναι η παροχή

²⁸ Ο Επίτροπος μετά από ανάλυση των δύο αυτών σχετικών αγορών κατά την περίοδο 2005-2006 κατέληξε ότι η ΑΤΗΚ κατέχει δεσπόζουσα θέση τόσο στην αγορά εκκίνησης κλήσεων όσο και στην αγορά τερματισμού κλήσεων στο δίκτυο κινητής τηλεφωνίας της.

²⁹ (α) Η περί της Χονδρικής Αγοράς Πρόσβασης και Προέλευσης Κλήσεων στα Δημόσια Δίκτυα κινητής τηλεφωνίας, Απόφαση Επιτρόπου 28/2006.

(β) Η περί της Χονδρικής Αγοράς Απόληξης (Τερματισμού) Κλήσεων σε Μεμονωμένα Δίκτυα κινητών επικοινωνιών, Απόφαση Επιτρόπου 29/2006.

πρόσβασης και διευκολύνσεων για να έχει τη δυνατότητα παροχής υπηρεσιών Premium SMS - MT, απευθείας στους χρήστες κινητής τηλεφωνίας της ΑΤΗΚ για να ανταγωνίζεται την Cybee.

(β) Δεν έχει πεισθεί ότι η υπηρεσία Cybee μπορεί να θεωρηθεί ως υποκατάστατη υπηρεσία, καθότι με την υπηρεσία Cybee παρέχεται σε τρίτους παροχές υπηρεσιών περιεχομένου, η δυνατότητα να προσφέρουν το περιεχόμενό τους, μέσω της πύλης κινητής τηλεφωνίας, ενώ αυτό το οποίο ζήτησε η Netsmart, ήταν η δυνατότητα παροχής υπηρεσιών Premium SMS - MT για να έχει απευθείας σχέση με τους παροχείς υπηρεσιών περιεχομένου. Με τη χρήση της υπηρεσίας Cybee η Netsmart θα ενεργούσε ως μεσάζων της ΑΤΗΚ και όχι ως ανταγωνιστής της, ως το αίτημά της.

(γ) Δεν έχει πειστεί ότι υπάρχουν τεχνικές αδυναμίες και ή δυσκολίες για τις οποίες η ΑΤΗΚ να μην είναι σε θέση να δώσει την αιτούμενη διευκόλυνση.

(δ) Δεν έχει πειστεί ότι η ΑΤΗΚ δεν είναι σε θέση να διαθέτει και ή να δημιουργήσει τους απαραίτητους μηχανισμούς για την επιβεβαίωση από την ΑΤΗΚ της συγκατάθεσης του χρήστη για αποστολή μηνυμάτων και/ ή για την παρεμπόδιση της παράδοσης μηνυμάτων σε χρήστες που δεν έχουν δώσει τη συγκατάθεσή τους.

(ε) Δεν έχει πειστεί ότι τυχόν προβλήματα και «λάθη» θα έπλητταν και ή θα είχαν αρνητικές επιπτώσεις στην εικόνα της ΑΤΗΚ, με «ανεπανόρθωτες» συνέπειες.

(στ) Δεν δέχεται τη θέση της ΑΤΗΚ ότι το όλο ζήτημα έπρεπε να αντιμετωπιστεί μέσα από ρυθμιστική παρέμβαση.

4. 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 υπερκερασθεί κάθε εμπόδιο τεχνικής ή άλλης φύσης που καθιστά δυσχερή τη χρήση της διευκόλυνσης από τρίτους. Το

ακολουθούμενο κριτήριο είναι ότι η διευκόλυνση πρέπει να διατίθεται στους τρίτους κάτω από τους ίδιους όρους χρήσης που απολαμβάνει ο ίδιος ο κάτοχός της³⁰.

5. Ο κάτοχος της βασικής διευκόλυνσης μπορεί να αρνηθεί πρόσβαση στη βασική αυτή διευκόλυνση μόνο όταν έχει να προτάξει αντικειμενικούς λόγους. Τέτοιοι αντικειμενικοί λόγοι συνδέονται άμεσα με τη φύση της ίδιας της διευκόλυνσης. 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 υπηρεσιών³¹.

6. Η Επιτροπή κρίνοντας στη βάση των ενώπιόν της στοιχείων αποδέχεται εν μέρει τη θέση της ΑΤΗΚ ότι θα ήταν προς το συμφέρον των χρηστών, πριν την παροχή προς τους εναλλακτικούς παροχείς της δυνατότητας παροχής υπηρεσιών Premium SMS - Mobile Termination, απευθείας στους χρήστες της κινητής τηλεφωνίας ΑΤΗΚ, να διαμορφωθεί ένα σύστημα ελέγχου μεταξύ της ΑΤΗΚ και του εναλλακτικού παρόχου που να επιβεβαιώνει ως προς τη συγκατάθεση του χρήστη για αποστολή μηνυμάτων.

7. Η Επιτροπή, κρίνοντας στη βάση των ενώπιόν της στοιχείων, αποδέχεται την θέση της ΑΤΗΚ ότι για να επιλυθούν τα πιο πάνω προβλήματα έπρεπε να δημιουργηθεί ένα λογισμικό, το οποίο δεν ήταν διαθέσιμο κατά τον ουσιώδη χρόνο που ζητήθηκε η υπηρεσία από την Netsmart, και το οποίο θα διασκέδαζε τις ανησυχίες της ΑΤΗΚ.

8. Η Επιτροπή, παρόλα αυτά, δεν έχει πειστεί ότι η ΑΤΗΚ με την ιδιαίτερη ευθύνη που τη βαρύνει ως επιχείρηση κατέχουσα δεσπόμενη θέση και ως ένας κάθετα δραστηριοποιημένος οργανισμός παροχής δικτύων και υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών, προέβη σε όλες τις απαραίτητες ενέργειες για να ανταποκριθεί, μέσα σε εύλογο χρονικό διάστημα, στο αίτημα της Netsmart, χωρίς καθυστερήσεις, αλλά ούτε έχει πειστεί ότι η σύνδεση με την πύλη Cybee, υπό τους προτεινόμενους όρους συνιστά εύλογη υποκατάστατη λύση. Προς τούτο, η

³⁰ Απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής, 94/19/ΕΚ, υπόθεση Sea Containers v. Stena Sealink, (Προσωρινά μέτρα) Επίσημη Εφημερίδα L015, ημερ. 18/1/1994, σελ 8-19.

³¹ Βασίλη Γ. Χατζόπουλου, πιο πάνω, σελ.127.

Επιτροπή σημειώνει ότι οι φορείς παροχής υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών με δεσπόζουσα θέση, οφείλουν να διεκπεραιώνουν τις αιτήσεις πρόσβασης έγκαιρα και αποτελεσματικά γιατί ο χρόνος αποτελεί ουσιαστικό στοιχείο για την ανάπτυξη του ανταγωνισμού προς το συμφέρον των καταναλωτών, ιδιαίτερα στην αγορά των ηλεκτρονικών επικοινωνιών. Οι μη εύλογες ή/και αδικαιολόγητες καθυστερήσεις ανταπόκρισης σε αίτηση πρόσβασης δυνατό να θεωρηθούν ως καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης των φορέων αυτών³².

9. Διαπίστωση της Επιτροπής είναι ότι η ΑΤΗΚ δεν ανταποκρίθηκε στο εν λόγω αίτημα μέχρι το Σεπτέμβριο του 2010 και συνεπώς εύλογα μπορεί να υποστηριχθεί ότι δεν ενήργησε έγκαιρα και αποτελεσματικά.

10. Η ΑΤΗΚ από την πλευρά της, έχει αναφέρει ότι δεν αρνήθηκε την παροχή πρόσβασης άλλα ενημέρωσε την Netsmart ότι η παροχή δυνατότητας παροχής υπηρεσιών Premium SMS - MT, απευθείας στους χρήστες κινητής τηλεφωνίας της ΑΤΗΚ ήταν αδύνατο να δοθεί λόγω των δυσκολιών στην εξεύρεση τρόπου επιβεβαίωσης της συγκατάθεσης του χρήστη για αποστολή μηνυμάτων και/ ή για την παρεμπόδιση της παράδοσης μηνυμάτων σε χρήστες που δεν θα είχαν δώσει τη συγκατάθεσή τους. Η ΑΤΗΚ αντί αυτού πρότεινε στη Netsmart εναλλακτική λύση, δηλαδή τη σύνδεση με την πύλη Cybee, μέσω της οποίας θα λειτουργούσε ως μεσάζων αντί ως ανταγωνιστής.

11. Η Επιτροπή θεωρεί ότι το χρονικό διάστημα που διέρρευσε μέχρι το Σεπτέμβριο του 2010 και η μη παροχή της δυνατότητας παροχής υπηρεσιών Premium SMS - Mobile Termination, απευθείας στους χρήστες της κινητής τηλεφωνίας ΑΤΗΚ είναι αδικαιολόγητα και αναιτιολόγητα μεγάλο. Η Επιτροπή διαπιστώνει επίσης ότι για την παροχή της πιο πάνω αιτούμενης δυνατότητας, ήταν αναγκαία, σε πρώτο χρόνο, η συζήτηση με τους εναλλακτικούς παροχείς αναφορικά με τα τεχνικά ζητήματα παροχής της αιτούμενης πρόσβασης, και, σε δεύτερο χρόνο, η αναβάθμιση και/ ή η προμήθεια λογισμικού προγράμματος από την ΑΤΗΚ, ενέργειες οι οποίες ποτέ δεν έγιναν από την ΑΤΗΚ.

³² Ευρωπαϊκό Δίκαιο Επιχειρήσεων και Ανταγωνισμού, Γ. Καρύδης, 2001, παρ.95.

12. Η Επιτροπή κρίνει ότι το γεγονός ότι η υπηρεσία Cybee ήταν εκεί και διαθέσιμη δεν ισοδυναμεί με άμεση ανταπόκριση στο αίτημα της Netsmart αλλά ούτε συνιστά εύλογη δικαιολογία για τη μέχρι σήμερα άρνηση της ΑΤΗΚ για παροχή της υπηρεσίας και εξεύρεση λύσης στα θέματα που η ίδια αναδεικνύει ως σημαντικά.

13. Η καθυστέρηση αυτή της ΑΤΗΚ, είχε ως αποτέλεσμα η Netsmart, σε μια κρίσιμη περίοδο για την ανάπτυξη ενός ελάχιστου υγιούς ανταγωνισμού, να μην μπορεί να ανταποκριθεί στα αιτήματα τελικών χρηστών αλλά και παρόχων υπηρεσιών περιεχομένου για παροχή ίδιων υπηρεσιών με αυτές τις οποίες η ΑΤΗΚ προσέφερε μέσω της πύλης Cybee. Αποτέλεσμα της καθυστέρησης αυτής ήταν η μη ύπαρξη ανταγωνισμού και ο χρόνος που διέρρευσε χρησιμοποιήθηκε για να εδραιωθεί στην αγορά η υπηρεσία Cybee της ΑΤΗΚ. Η Επιτροπή καταλήγει ότι η αδικαιολόγητη αυτή καθυστέρηση έδωσε την ευκαιρία στην ΑΤΗΚ να διατηρήσει και να επεκτείνει τη θέση της στην αγορά των Premium SMS, αλλά και στην ευρύτερη αγορά κινητής τηλεφωνίας, εμποδίζοντας τους νεοεισερχόμενους να την ανταγωνιστούν επί ίσοις όροις.

14. Η Επιτροπή καταλήγει ότι, υπό τις πιο πάνω περιστάσεις, η προσφορά της ΑΤΗΚ για συνεργασία μέσω της υπηρεσίας Cybee υπό τους συγκεκριμένους όρους δεν μπορούσε να θεωρηθεί ως μια εύλογη εναλλακτική και υποκατάστατη λύση σε αυτό που ζητούσε η Netsmart, γεγονός που συνιστά έμμεση άρνηση παροχής της αιτούμενη πρόσβασης.

15. Συνεπώς, στην περίπτωση αυτή, η έμμεση άρνηση της ΑΤΗΚ και η αδυναμία πρόσβασης και χρήσης της συγκεκριμένης υπηρεσίας από τη Netsmart για την εξεταζόμενη περίοδο, κατά την άποψη της Επιτροπής, περιόρισε την ανάπτυξη νέων προϊόντων και νέων υπηρεσιών στην αγορά των ηλεκτρονικών επικοινωνιών και συγκεκριμένα των Premium SMS - MT, κατά παράβαση του άρθρου 6(1)(β) και (γ) και εμπόδισε την ανάπτυξη ενός ελάχιστου υγιούς ανταγωνισμού σε βάρος των καταναλωτών. Από την άλλη, η ΑΤΗΚ είχε αρκετό χρόνο να εδραιώσει την υπηρεσία Cybee, με αποτέλεσμα η είσοδος νέων παρόχων υπηρεσιών στην αγορά να γίνει ακόμα πιο δύσκολη.

Υπό το φως όλων των πιο πάνω, η Επιτροπή καταλήγει ότι η ΑΤΗΚ ως κατέχουσα δεσπύζουσα θέση στην υπό εξέταση σχετική αγορά, απέτυχε να ανταποκριθεί στην ιδιαίτερη υποχρέωσή της να παράσχει στην καταγγέλλουσα εταιρεία Netsmart πρόσβαση για τη δυνατότητα παροχής υπηρεσιών υπερτιμημένων γραπτών μηνυμάτων (με τη μέθοδο Premium SMS – MT), απευθείας στους χρήστες κινητής τηλεφωνίας της ΑΤΗΚ, πρόσβαση που χαρακτηρίζεται ως βασική για να προσφέρει μια αντικειμενικά εύλογη λύση υπό δίκαιους όρους και σε δίκαιη τιμή, ώστε η Netsmart να είναι σε θέση να παρέχει υπηρεσίες Premium SMS-MT σε λιανικό επίπεδο.

Η υπό αναφορά ενέργεια της ΑΤΗΚ η οποία έλαβε και λαμβάνει χώρα την περίοδο Νοέμβριου 2005 μέχρι και σήμερα, συνιστά παράβαση του άρθρου 6(1)(β) και (γ) του Νόμου, περιορίζοντας έτσι τη διάθεση και/ή την τεχνολογική ανάπτυξη προς ζημία των καταναλωτών και εφαρμόζοντας άνισους όρους για ισοδύναμες συναλλαγές, χωρίς αντικειμενική δικαιολόγηση.

Στα πλαίσια της ακροαματικής διαδικασίας της υπόθεσης αυτής και με τη σαφή διευκρίνιση σ' όλα τα στάδια της ότι η άσκηση αυτή δεν θα επηρέαζε την Επιτροπή στην τελική της κρίση αλλά ούτε τα δικαιώματα των εμπλεκόμενων μερών, όπως έχει ήδη αναφερθεί, καταβλήθηκε προσπάθεια εξεύρεσης κοινής βάσης προκειμένου να απαντηθούν τα ζητήματα ανταγωνισμού που είχαν εγερθεί. Η Επιτροπή διαδήλωσε συναφώς την ετοιμότητά της να αποδεχθεί και να προσυπογράψει τυχόν διευθετήσεις –δεσμεύσεις που θα αναλάμβαναν ελεύθερα και με τη δική τους συγκατάθεση τα εμπλεκόμενα μέρη.

Προς διευκόλυνση της προσπάθειας αυτής, η Επιτροπή συγκατατέθηκε με την παραχώρηση ικανοποιητικού χρόνου για διαβουλεύσεις μεταξύ των μερών, προσφέροντας το επιθυμητό πλαίσιο μιας ελεύθερης συζήτησης χωρίς ασφυκτικά χρονοδιαγράμματα. Δυστυχώς η προσπάθεια αυτή δεν τελεσφόρησε.

Ως θέμα πολιτικής στα ζητήματα ανταγωνισμού, η Επιτροπή περιορίζεται στην καταγραφή της θέσης αρχής την οποία πρεσβεύει ότι, δηλαδή, τέτοιου είδους

διαβουλεύσεις μάλιστα όταν έχουν επιτυχή κατάληξη είναι ιδιαίτερα επιθυμητές γιατί με λιγότερο διοικητικό κόστος επιφέρουν τις αναγκαίες αλλαγές στην αγορά προς όφελος όλων.

ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟ ΠΡΟΣΤΙΜΟ

Η Επιτροπή κατά τη συνεδρία της που πραγματοποιήθηκε στις 23/7/2010, ομόφωνα έκρινε ότι οι ενέργειες της ΑΤΗΚ, ως προς την πιο πάνω καταγγελία, συνιστούν παράβαση του άρθρου 6(1)(β) και (γ) του περί Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμου με τον περιορισμό της διάθεσης και/ή της τεχνολογικής ανάπτυξης προς ζημιά των καταναλωτών, εφαρμόζοντας άνισους όρους για ισοδύναμες συναλλαγές χωρίς αντικειμενική δικαιολόγηση.

Η Επιτροπή ενεργώντας με βάση το άρθρο 42(2) του εν λόγω Νόμου, ενημέρωσε την ΑΤΗΚ με επιστολή της με ημερομηνία 17/8/2010 για την πρόθεσή της να επιβάλει διοικητικό πρόστιμο και για τους λόγους για τους οποίους προτίθεται να ενεργήσει, τοιούτοτρόπως, παρέχοντας την ίδια ώρα το δικαίωμα στην ΑΤΗΚ να υποβάλει παραστάσεις εντός της ανατρεπτικής προθεσμίας των 30 ημερών. Η ΑΤΗΚ κοινοποίησε τα σχόλια και τις θέσεις της στην Επιτροπή στις 27/9/2010.

Η Επιτροπή, έχοντας διεξέλθει με προσοχή τις γραπτές θέσεις της ΑΤΗΚ ως προς την πρόθεσή της να επιβάλει πρόστιμο, παρατηρεί ότι η καταγγελλόμενη, στην ουσία, επαναλαμβάνει τα όσα ανέφερε στις γραπτές της θέσεις, αλλά και κατέθεσε προφορικά κατά την ενώπιον της Επιτροπής ακροαματική διαδικασία. Η ΑΤΗΚ εξακολουθεί να έχει τη θέση ότι ήταν τεχνικά αδύνατο να διαμορφωθεί ένα σύστημα ελέγχου το οποίο να επιβεβαιώνει τη συγκατάθεση του συνδρομητή, γι' αυτό και δεν μπορούσε να διαθέσει τη ζητούμενη διευκόλυνση.

Κρίνοντας, ξανά, τις προτασόμενες αυτές θέσεις της ΑΤΗΚ, η Επιτροπή παρατηρεί ότι σύμφωνα με την ισχύουσα νομολογία της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, το δικαίωμα πρόσβασης πρέπει να είναι πραγματικό και να προσφέρεται κάτω από λογικές προϋποθέσεις. Ο τρόπος πρόσβασης πρέπει να διασφαλίζει

πρακτικό και όχι θεωρητικό δικαίωμα, θα πρέπει, δηλαδή, να υπερκεράσει κάθε εμπόδιο τεχνικής ή άλλης φύσης που καθιστά δύσκολη τη χρήση διευκόλυνσης από τρίτους. Το κριτήριο που εφαρμόζεται είναι η διευκόλυνση να διατίθεται σε τρίτους κάτω από τους ίδιους όρους που απολαμβάνει ο ίδιος ο κάτοχός της. Σημειώνεται, ακόμα, ότι, σύμφωνα με την ίδια νομολογία, ο κάτοχος της βασικής διευκόλυνσης μπορεί να αρνηθεί πρόσβαση σε αυτή, τότε μόνο όταν έχει να προτάξει αντικειμενικούς λόγους. Τέτοιοι αντικειμενικοί λόγοι συνδέονται άμεσα με τη φύση της ίδιας της διευκόλυνσης.

Κατά την εκτίμηση των θέσεων της ΑΤΗΚ, δεν έχει διαφύγει της προσοχής της Επιτροπής το γεγονός ότι για να επιλυθεί το πρόβλημα που αφορούσε τη συγκατάθεση του χρήστη για αποστολή μηνυμάτων, θα έπρεπε να δημιουργηθεί το αναγκαίο λογισμικό, το οποίο δεν ήταν διαθέσιμο κατά τον ουσιώδη χρόνο που ζητήθηκε η υπηρεσία από τη Netsmart. Όμως, η Επιτροπή δε δέχεται τη θέση της ΑΤΗΚ ότι από το 2005 μέχρι και το 2008 ήταν τεχνικά αδύνατο να διαμορφωθεί ένα τέτοιο σύστημα ελέγχου. Γι' αυτό και η Επιτροπή δεν έχει πειστεί ότι η ΑΤΗΚ προέβη σε όλες τις απαραίτητες ενέργειες για να ανταποκριθεί, μέσα σε εύλογο χρονικό διάστημα, στο αίτημα της Netsmart, χωρίς καθυστερήσεις, αλλά ούτε έχει πειστεί ότι η σύνδεση με την πύλη Cybee, όπως έχει προταθεί από την ΑΤΗΚ, συνιστούσε εύλογη υποκατάστατη λύση.

Η Επιτροπή σημείωσε, επίσης, ότι προκειμένου να εξαντληθεί κάθε προσπάθεια για την εξεύρεση της επιθυμητής λύσης αναφορικά με τη ζητούμενη διευκόλυνση, συγκατατέθηκε και έδωσε προς τούτο ικανοποιητικό χρόνο για διαβουλεύσεις μεταξύ των εμπλεκόμενων μερών, κάτι που δεν τελεσφόρησε, παρόλο που μέσα από την αλληλογραφία που διεξήχθη και τον προβληματισμό που έγινε, αναδεικνύεται, έκδηλα, ότι η ΑΤΗΚ είχε την τεχνική δυνατότητα να προσφέρει την υπηρεσία Premium SMS MT.

Ως εκ τούτου, η κρινόμενη ενέργεια της ΑΤΗΚ, η οποία έλαβε χώρα την περίοδο Νοεμβρίου 2005 και συνεχίστηκε μέχρι το Σεπτέμβριο του 2010, συνιστά

παράβαση του Νόμου και, ως τέτοια, θα πρέπει, κατά τη γνώμη της Επιτροπής, να κακιστεί.

Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 24(α) του περί Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμου, η Επιτροπή στις περιπτώσεις που διαπιστώνει παραβάσεις του Νόμου αυτού, περιβάλλεται με την εξουσία με σχετική απόφαση της :

«να επιβάλλει διοικητικά πρόστιμα ανερχόμενα, ανάλογα με τη βαρύτητα και τη διάρκεια της παράβασης-

(i) μέχρι το δέκα τοις εκατόν του κύκλου εργασιών της επιχείρησης, ή

(ii) μέχρι το άθροισμα του δέκα τοις εκατόν του κύκλου εργασιών κάθε επιχείρησης που είναι μέλος της παραβαίνουσας ένωσης επιχειρήσεων,

ο οποίος κύκλος εργασιών έλαβε χώρα κατά το έτος μέσα στο οποίο συντελέστηκε η παράβαση ή κατά το αμέσως προηγούμενο της παράβασης έτος.»

Σύμφωνα με τους δημοσιευμένους εγκεκριμένους και εξελεγμένους λογαριασμούς της ΑΤΗΚ, ο κύκλος εργασιών της για το έτος που έληξε στις 31 Δεκεμβρίου του 2007 ήταν της τάξης των €453.569.319 (ΛΚ265.461εκ.). Το διοικητικό πρόστιμο που η Επιτροπή, συνακόλουθα, μπορεί να επιβάλει είναι από €1 μέχρι €45.356.932 (ΛΚ 26.546.100).

Η Επιτροπή πριν καθορίσει το ύψος του προστίμου, έκρινε ορθό και δίκαιο να συνεκτιμήσει τις τυχόν ελαφρυντικές περιστάσεις που θα μπορούσαν να ληφθούν υπόψη ως προς τη συντελεσθείσα παράβαση. Συναφώς, η Επιτροπή έχει σημειώσει με ευαρέσκεια τα πιο κάτω:

(α) Η ΑΤΗΚ κατά τη διάρκεια της ενώπιόν της διαδικασίας συνεργάστηκε πλήρως, παρέχοντας όλα τα στοιχεία και τις πληροφορίες που της ζητήθηκαν.

(β) Η ΑΤΗΚ ανταποκρίθηκε, δεόντως, στην πρόταση της Επιτροπής κατά τη συνεδρία της ημερομηνίας 28/7/2009 για μια καλόπιστη διαβούλευση με τα εμπλεκόμενα μέρη προκειμένου να εξευρίσκετο μια κοινά αποδεκτή λύση.

(γ) Για την παροχή της συγκεκριμένης διευκόλυνσης στους παρόχους ηλεκτρονικών επικοινωνιών ήταν εξ αντικειμένου απαραίτητο η ΑΤΗΚ να αναβαθμίσει και/ή αναπτύξει λογισμικό σύστημα που απαιτούσε κάποιο λελογισμένο χρόνο.

(δ) Η ΑΤΗΚ, μετά την ολοκλήρωση δοκιμών του νέου, αναβαθμισμένου λογισμικού³³, στις 21/6/2010 εγκατέστησε το νέο λογισμικό πρόγραμμα σε «περιβάλλον παραγωγής» με αποτέλεσμα να διαθέτει, πλέον, την τεχνική δυνατότητα και ετοιμότητα να προσφέρει τη ζητούμενη υπηρεσία.

(ε) Στις 10/9/2010, η ΑΤΗΚ και η Netsmart κατέληξαν και υπέγραψαν σχετική τροποποιητική συμφωνία, ώστε να περιληφθεί, στην ήδη υπάρχουσα μεταξύ τους συμφωνία για παροχή Υπηρεσιών Premium SMS, και η παροχή Υπηρεσιών Premium SMS MT. Η τροποποιητική αυτή συμφωνία περιλαμβάνει τους όρους και τις προϋποθέσεις παροχής της συγκεκριμένης υπηρεσίας, τους τεχνικούς όρους υλοποίησης, αλλά και το οικονομικό μέρος της συμφωνίας.

(στ) Στις 10/9/2010 η ΑΤΗΚ τροχοδρόμησε τις αναγκαίες διαδικασίες για ενεργοποίηση της Υπηρεσίας προς την καταγγέλλουσα.

Από την άλλη, η Επιτροπή πριν προβεί στην επιβολή διοικητικού προστίμου, συνεκτίμησε τη βαρύτητα και τη διάρκεια της παράβασης. Η Επιτροπή έλαβε, συναφώς, υπόψη ότι για μια περίοδο τριών ετών δεν μπορούσε κανένας πάροχος ηλεκτρονικών επικοινωνιών να δραστηριοποιηθεί στη λιανική αγορά Premium SMS MT, ως μια άλλη Cybee, γεγονός που εμπόδιζε την ανάπτυξη του ανταγωνισμού προς ζημιά των καταναλωτών. Για την κατάσταση αυτή, η

³³ Οι δοκιμές έλαβαν χώρα μεταξύ 15/5/2010 μέχρι 18/6/2010, σε περιβάλλον ελέγχων από τους μηχανικούς της σε συνεργασία με την προμηθεύτρια εταιρεία. Η επιστολή της ΑΤΗΚ ημερομηνίας 6/10/2010, είναι σχετική.

Επιτροπή αποδίδει ιδιαίτερη ευθύνη στην ΑΤΗΚ, η οποία ως μια επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση στην υπό κρίση αγορά και ως ένας κάθετα δραστηριοποιημένος οργανισμός παροχής δικτύων και υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών, στην ουσία δεν ανταποκρίθηκε στις υποχρεώσεις που βαρύνουν ένα πάροχο τέτοιων υπηρεσιών επικοινωνίας.

Κρίνοντας στη βάση όλων των πιο πάνω, η Επιτροπή ομόφωνα κατέληξε στην απόφαση, να επιβάλει στην καταγγελλόμενη ΑΤΗΚ διοικητικό πρόστιμο της τάξης των €1.360.707 (ένα εκατομμύριο τρακόσες εξήντα χιλιάδες και επτακόσα επτά ευρώ) για παράβαση των διατάξεων του άρθρου 6(1)(β) και (γ) του Νόμου, καλώντας συνάμα την ΑΤΗΚ (α) άνευ υπαιτίου βραδύτητος να δώσει την αιτούμενη βασική διευκόλυνση και (β) να αποφύγει την επανάληψη τέτοιων πρακτικών ή/και ενεργειών που πλήττουν τις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού.

.....

Κωστάκης Χριστοφόρου

Πρόεδρος

Επιτροπής Προστασίας

Ανταγωνισμού