

Ο ΠΕΡΙ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΤΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΝΟΜΟΣ 207(Ι)/89 ΚΑΙ ΤΡΟΠΟΠΟΙΗΤΙΚΟΙ Ν.111(Ι)/99, Ν.87.(Ι)/2000, Ν. 155(Ι)/2000 ΚΑΙ Ν.67(Ι)/2001

Καταγγελία της εταιρείας Thunderworx Ltd εναντίον της Αρχής Τηλεπικοινωνιών Κύπρου για πιθανή παράβαση των άρθρων 4 και/ή 6 του περί Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμου 207(Ι)/89, όπως έχει τροποποιηθεί μέχρι σήμερα,

Αριθμός Φακέλου: 11.17.6/2005

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

Για την καταγγέλλουσα εταιρεία Thunderworx Limited, ο Δικηγόρος κ. Χριστόδουλος Τσέλεπος

Για την Αρχή Τηλεπικοινωνιών Κύπρου, ο Δικηγόρος κ. Κώστα Χατζηιωάννου εκ μέρους του γραφείου Α.Κ. Χατζηιωάννου & Σια

ΑΠΟΦΑΣΗ

Η Επιτροπή Προστασίας του Ανταγωνισμού, στη βάση του περί Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμου 207(Ι)/89, όπως έχει τροποποιηθεί μέχρι σήμερα Αποφασίζει ως εξής:

Α. ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΑ ΠΕΡΙΣΤΑΤΙΚΑ

Ι. Ιστορικό Διαδικασίας

1. Στις 21 Μαρτίου 2005, η Επιτροπή Προστασίας του Ανταγωνισμού (στο εξής «Επιτροπή») έδωσε οδηγίες στην Υπηρεσία να προχωρήσει σε δέουσα προκαταρκτική έρευνα της καταγγελίας ημερομηνίας 3 Μαρτίου 2005, που υπέβαλε η εταιρεία Thunderworx Ltd (στο εξής «Thunderworx») εναντίον της Αρχής Τηλεπικοινωνιών Κύπρου (στο εξής «ΑΤΗΚ»), για πιθανή παράβαση των άρθρων 4 και/ή 6 του περί Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμου 207(Ι)/89, όπως έχει τροποποιηθεί μέχρι σήμερα (στο εξής ο «Νόμος»). Η καταγγελία αφορούσε την άρνηση και/ή καθυστέρηση από πλευράς της ΑΤΗΚ παροχής Αδεσμοποίητης Πρόσβασης στο Τοπικό Βρόχο.

2. Στις 8 και 12 Σεπτεμβρίου 2005, η Επιτροπή, υπό την νέα της σύνθεση, αφού ενημερώθηκε για την μέχρι τότε διαδικασία έδωσε οδηγίες στην Υπηρεσία για διεξαγωγή της δέουσας έρευνας και την υποβολή σημειώματος.
3. Η Υπηρεσία, ενεργώντας σύμφωνα με τις οδηγίες της Επιτροπής, διεξήγαγε τη δέουσα προκαταρκτική έρευνα και ετοίμασε σχετικό σημείωμα το οποίο κατάθεσε στην ΕΠΑ στις 4 Ιανουαρίου 2006.
4. Η Επιτροπή στην συνεδρία της ημερομηνίας 11 Ιανουαρίου 2006, ενεργώντας δυνάμει των προνοιών του Νόμου και αφού εξέτασε το σχετικό σημείωμα της Υπηρεσίας και έλαβε υπόψη όλες τις ενώπιον της πληροφορίες και στοιχεία, ομόφωνα αποφάσισε ότι εκ πρώτης όψεως πιθανολογείται παράβαση του άρθρου 6(1) και (2) (β) του Νόμου από μέρος της ΑΤΗΚ, ήτοι η καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης που κατέχει η ΑΤΗΚ στην σχετική αγορά, λόγω της άρνησής της να παρέχει αδεσμοποίητη πρόσβαση στον τοπικό βρόχο ή/και να συνάψει σχετική συμφωνία με την Thunderworx, που είχε ως αποτέλεσμα τον περιορισμό της τεχνολογικής διάθεσης, ή/και της τεχνολογικής ανάπτυξης προς ζημία των καταναλωτών και παράβαση του άρθρου 6(1) και (2) (γ) του Νόμου από μέρος της ΑΤΗΚ. Η ΑΤΗΚ με την εν λόγω άρνηση εισήγαγε διάκριση υπέρ των δικών της δραστηριοτήτων στην σχετική αγορά προβαίνοντας στην εκ πρώτης όψεως καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης που κατέχει η ΑΤΗΚ στην σχετική αγορά.
5. Υπό το φως των πιο πάνω εκ πρώτης όψεως παραβάσεων, η Επιτροπή αποφάσισε την ετοιμασία και αποστολή Έκθεσης Αιτιάσεων, η οποία επιδόθηκε στην ΑΤΗΚ στις 12 Απριλίου 2006 και με την οποία η ΑΤΗΚ κλήθηκε ενώπιον της Επιτροπής στις 14 Απριλίου 2006. Με την Έκθεση Αιτιάσεων κοινοποιήθηκαν στην ΑΤΗΚ, σύμφωνα με το άρθρο 14 του Νόμου, τα έγγραφα στα οποία η Επιτροπή προτίθετο να στηρίξει την απόφασή της. Σχετικά ενημερώθηκε και η Thunderworx.
6. Στις 14 Απριλίου 2006, οι συνήγοροι των εμπλεκόμενων μερών εμφανίστηκαν ενώπιον της Επιτροπής και συζήτησαν επί του καθορισμού της διαδικασίας για την υποβολή των γραπτών τους αγορεύσεων. Η Επιτροπή όρισε συνεδρία για τις 26 Μαΐου 2006 παρέχοντας στη Thunderworx χρόνο μέχρι τις 3 Μαΐου 2006 για να υποβάλει τις γραπτές της θέσεις και στην ΑΤΗΚ χρόνο μέχρι τις 23 Μαΐου 2006 για να υποβάλει τις δικές της γραπτές θέσεις.
7. Στην συνεδρία της Επιτροπής 26 Μαΐου 2006 δεν υπήρχε απαρτία και ως εκ τούτου τα μέρη κλήθηκαν για τις 29 Μαΐου 2006 όπου οι συνήγοροι των εμπλεκόμενων μερών απάντησαν σε διευκρινιστικές ερωτήσεις που έθεσε η Επιτροπή και ανέπτυξαν τις θέσεις και ισχυρισμούς τους καθώς και τις τελικές τους αγορεύσεις.

II. Εμπλεκόμενα Μέρη

α) Καταγγέλλουσα εταιρεία Thunderworx Limited

Η εταιρεία Thunderworx Ltd είναι ιδιωτική εταιρεία περιορισμένης ευθύνης με μετοχές, εγγεγραμμένη στον Έφορο Εταιρειών δυνάμει του περί Εταιρειών Νόμου ΚΕΦ.113. Η Thunderworx δραστηριοποιείται σε ένα ευρύ φάσμα τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών ευρυζωνικής μορφής, όπως σταθερή τηλεφωνία, πρόσβαση στο διαδίκτυο, μισθωμένα κυκλώματα εσωτερικού και εξωτερικού, ιδεατά ιδιωτικά δίκτυα, κέντρα δεδομένων, υπηρεσίες διαχείρισης δικτύου, συστημάτων και εφαρμογών.

β) Καταγγελλόμενη εταιρεία Αρχή Τηλεπικοινωνιών Κύπρου (ΑΤΗΚ)

Η ΑΤΗΚ είναι νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου, η οποία συστάθηκε με βάση τον περί Υπηρεσίας Τηλεπικοινωνιών Νόμο Κεφ. 302 του 1954, δυνάμει του οποίου απολάμβανε μονοπωλιακή και προνομιακή θέση στην παροχή τηλεπικοινωνιακών προϊόντων και υπηρεσιών και γενικά στο τομέα των τηλεπικοινωνιών. Από την 1^η Ιανουαρίου 2003, τέθηκε σε εφαρμογή ο περί Ρυθμίσεως Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομικών Υπηρεσιών Νόμος του 2002, με τον οποίον συστήθηκε το Γραφείο του Επιτρόπου Ρυθμίσεως Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείου (στο εξής «ΓΕΡΗΕΤ»). Με τον προαναφερόμενο Νόμο καταργήθηκαν όλες οι ρυθμιστικές εξουσίες της ΑΤΗΚ που μέχρι τότε είχε ανοίγοντας ουσιαστικά το δρόμο για την φιλελευθεροποίηση της αγοράς των τηλεπικοινωνιών, περιέχοντας πρόνοιες για χορήγηση αδειών σε ενδιαφερόμενες εταιρείες προκειμένου να δραστηριοποιηθούν στο συγκεκριμένο τομέα.

III. Αντικείμενο Καταγγελίας

1. Η Thunderworx με την καταγγελία της, ισχυρίζεται ότι η ΑΤΗΚ καταχράται την δεσπόζουσα θέση που κατέχει στην αγορά παροχής Αδεσμοποίητης Πρόσβασης στο Τοπικό Βρόχο, λόγω της άρνησης της να παρέχει πρόσβαση στη εν λόγω αγορά, κατά παράβαση του άρθρου 6 του Νόμου 207(Ι)/89.
2. Προς στοιχειοθέτηση του εν λόγω ισχυρισμού γίνεται αναφορά σε σχετικές Κανονιστικές Διοικητικές Πράξεις που εισήγαγε ο Επίτροπος Ρυθμίσεως Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών και Ταχυδρομείου (ΕΡΗΕΤ) σε σχέση με την υποχρέωση της ΑΤΗΚ να παρέχει Αδεσμοποίητη Πρόσβαση στον Τοπικό Βρόχο και να τηρεί τις σχετικές υποχρεώσεις και χρονοδιαγράμματα που καθορίζονται από τον σχετικό Νόμο, Κανονισμούς και Διατάγματα. Παράλληλα, παρατέθηκαν χρονολογικά τα γεγονότα στη βάση των οποίων η Thunderworx στηρίζει τους ισχυρισμούς της για την συνεχή άρνηση της ΑΤΗΚ να συνάψει τη σχετική συμφωνία πρόσβασης.
3. Ειδικότερα στην καταγγελία αναφέρεται ότι στις 24 Μαΐου 2004 η Thunderworx ζήτησε από την ΑΤΗΚ την έναρξη άμεσων διαπραγματεύσεων με σκοπό την υπογραφή συμφωνίας Παροχής Αδεσμοποίητης Πρόσβασης στον Τοπικό Βρόχο,

- σύμφωνα με τους όρους της δημοσιευθείσας Προσφοράς Αναφοράς της ΑΤΗΚ. Ακολούθως, στις 9 Ιουνίου 2004 πραγματοποιήθηκε συνάντηση μεταξύ της Thunderworx και της ΑΤΗΚ, κατά την οποία η πρώτη ενημέρωσε τη δεύτερη για τις προθέσεις της και την επιθυμία της να προχωρήσει άμεσα στη σύναψη της σχετικής συμφωνίας. Οι εκπρόσωποι της ΑΤΗΚ ανέλαβαν να μελετήσουν το θέμα και να απαντήσουν στο αίτημα της Thunderworx. Στις 2 Αυγούστου 2004 η Thunderworx αφού κατά την ίδια δεν έλαβε καμιά απάντηση, απέστειλε ξανά επιστολή με το ίδιο αίτημα.
4. Στις 24 Αυγούστου 2004, η ΑΤΗΚ με επιστολή της προς την εταιρεία Thunderworx ανέφερε ότι το ΓΕΡΗΕΤ είχε δημοσιεύσει εισηγητικό έγγραφο με προτεινόμενες τροποποιήσεις στην Προσφορά Αναφοράς του 2004 και ότι είχε ήδη ανακοινώσει τη διεξαγωγή Δημόσιας Ακρόασης (30 Σεπτεμβρίου 2004) σχετικά με την Προσφορά Αναφοράς, καταλήγοντας ότι, στο συγκεκριμένο στάδιο δεν ενδεικνυόταν η σύναψη συμφωνίας Παροχής Αδεσμοποίησης Πρόσβασης αλλά θα ήταν ορθότερο κατά την ΑΤΗΚ να αναμένουν πρώτα τα αποτελέσματα της Δημόσιας Ακρόασης και το σχετικό Διάταγμα του Ρυθμιστή.
 5. Έκτοτε, ως αναφέρεται στην καταγγελία «το θέμα ηγέρθη επανειλημμένα στη διάρκεια συναντήσεων εκπροσώπων της εταιρεία με εκπροσώπους της Αρχής για συζήτηση άλλων θεμάτων χωρίς αποτέλεσμα». Σε μία προσπάθεια, κατά την Thunderworx, να περιορίσει τις περαιτέρω επιζήμιες για την εταιρεία καθυστερήσεις ζήτησε από την ΑΤΗΚ την υλοποίηση πιλοτικού έργου, κάτι στο οποίο απάντησε αρνητικά η ΑΤΗΚ, σημειώνοντας ότι ήταν έτοιμη να αρχίσει διαπραγματεύσεις χωρίς κατά την Thunderworx «να δικαιολογεί την προηγούμενη άρνησή της».
 6. Τέλος, στην Καταγγελία της η Thunderworx υποστηρίζει ότι η σύναψη της ανωτέρω συμφωνίας με την ΑΤΗΚ ήταν εξαιρετικά επείγουσα, καθότι ο όλος προγραμματισμός, ο σχεδιασμός και η αρχιτεκτονική του δικτύου για τη δημιουργία ευρυζωνικής υποδομής από άκρο σε άκρο, στηρίζεται σε μεγάλο βαθμό στην χρήση του τοπικού δικτύου της ΑΤΗΚ. Επισημάνεται ακόμα στην καταγγελία ότι, όλα τα υπόλοιπα μέρη του δικτύου, όπως το ραχιαίο δίκτυο που συνδέει όλες τις πόλεις με δυναμικότητα 8 Mbps, είχαν υλοποιηθεί προ πολλού και ότι παρέμεινε μόνο η ανάπτυξη του δικτύου πρόσβασης που προϋποθέτει τη χρήση του τοπικού δικτύου, με αποτέλεσμα η Thunderworx κατά την ίδια να υπόκειται σε συνεχείς τεράστιες οικονομικές και άλλες ζημιές αφού δεν ήταν σε θέση να παρέχει υπηρεσίες και να αξιοποιήσει παραγωγικά τις μέχρι τότε επενδύσεις της.

IV. Πλαίσιο Παροχής Αδεσμοποίησης Πρόσβασης στο Τοπικό Βρόχο

1. Η φιλελευθεροποίηση της κυπριακής αγοράς τηλεπικοινωνιών είχε ως αποτέλεσμα την είσοδο στην αγορά πάροχων/ανταγωνιστών της ΑΤΗΚ, γεγονός που οδήγησε στην ταχεία αύξηση των προσφερόμενων τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών. Μερικές από αυτές τις υπηρεσίες προσφέρονται μέσω της Αδεσμοποίησης Πρόσβασης στον Τοπικό Βρόχο.

2. Σύμφωνα με το περί Παροχής Αδεσμοποίητης Πρόσβασης στον Τοπικό Βρόχο (Τηλεπικοινωνιών) Διάταγμα του 2003 (Κ.Δ.Π. 851/2003), ημερομηνίας 21/11/2003, το οποίο εκδόθηκε βάσει του άρθρου 58 του περί Ρυθμίσεως Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομικών Υπηρεσιών Νόμου του 2002, οι κοινοποιημένοι φορείς εκμετάλλευσης οφείλουν να παρέχουν αδεσμοποίητη πρόσβαση στον τοπικό τους βρόχο και να τηρούν τις σχετικές υποχρεώσεις τους που καθορίζονται στο πιο πάνω Νόμο και στους δυνάμει αυτού εκδιδόμενους Κανονισμούς και Διατάγματα. Το εν λόγω Διάταγμα καθορίζει επίσης χρονοδιάγραμμα για παροχή Αδεσμοποίητης Πρόσβασης στον Τοπικό Βρόχο.
3. Συγκεκριμένα, το άρθρο 4(2) της Κ.Δ.Π. 851/2003 αναφέρει:

«Εφόσον δεν ορίζεται άλλως πως στην Προσφορά Αναφοράς που έχει εγκρίνει ο Επίτροπος, οι κοινοποιημένοι φορείς εκμετάλλευσης οφείλουν να εξασφαλίσουν την λειτουργική διαθεσιμότητα αδεσμοποίητης πρόσβασης στον τοπικό βρόχο βάσει της Προσφοράς Αναφοράς τους σύμφωνα με το εξής χρονοδιάγραμμα:

 - α) σε τουλάχιστον 25% των κατάλληλων τοποθεσιών (όπως αυτές ορίζονται στην Προσφορά Αναφοράς), κατά την ημερομηνία δημοσίευσης της Προσφοράς Αναφοράς.*
 - β) σε τουλάχιστον 50% των κατάλληλων τοποθεσιών, το αργότερο μέσα σε 6 μήνες από τη δημοσίευση της Προσφοράς Αναφοράς.*
 - γ) σε όλες τις υπόλοιπες κατάλληλες τοποθεσίες το αργότερο μετά από 1 χρόνο.»*
4. Η Προσφορά Αναφοράς, με όλες τις απαιτούμενες πληροφορίες, δυνάμει του περί Πληροφοριών της Προσφοράς Αναφοράς (Τηλεπικοινωνιών) Διατάγματος του 2003 (Κ.Δ.Π. 852/2003), θα έπρεπε να δημοσιευθεί δυνάμει της Κ.Δ.Π. 851/2003, από τους κοινοποιημένους φορείς (στη συγκεκριμένη περίπτωση την ΑΤΗΚ) εντός 4 μηνών από την έναρξη ισχύος του Διατάγματος.
5. Στις 7 Απριλίου 2004, με βάση τα προαναφερόμενα Διατάγματα, η ΑΤΗΚ δημοσίευσε στην επίσημη ιστοσελίδα της, πρότυπο Προσφοράς Αναφοράς Αδεσμοποίητης Πρόσβασης στον Τοπικό Βρόχο. Την ίδια μέρα, ο ΕΡΗΕΤ ανακοίνωσε ότι διατηρεί το δικαίωμα σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 60(3) του Νόμου 19(Ι)/2002 να επιβάλει τροποποιήσεις στην Προσφορά Αναφοράς εφόσον το κρίνει αναγκαίο μετά από σχετική μελέτη.
6. Ο ΕΡΗΕΤ μετά από μελέτη της Προσφοράς Αναφοράς της ΑΤΗΚ και αφού διενήργησε την από το σχετικό Νόμο προβλεπόμενη Δημόσια Ακρόαση εξέδωσε την 3η Αυγούστου 2005 Διάταγμα με το οποίο επιφέρει τροποποιήσεις στην αρχική Προσφορά Αναφοράς της ΑΤΗΚ, αναδρομικά από την 1 Ιανουαρίου 2005.

B. ΘΕΣΕΙΣ ΤΩΝ ΜΕΡΩΝ ΕΝΩΠΙΟΝ ΤΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ

1. Κατά τη διάρκεια της καθορισθείσας διαδικασίας και των ακροάσεων ο συνήγορος της ΑΤΗΚ υπέβαλε ότι δεν στοιχειοθετείται η καταγγελία ούτε αποδείχθηκαν οι παραβάσεις αφού η ΑΤΗΚ από την αρχή της υποβολής της

- αίτησης βρισκόταν συνεχώς σε διαπραγματεύσεις με την Thunderworx και ο χρόνος που παρήλθε ήταν με τη σύμφωνη γνώμη της Thunderworx.
2. Ο συνήγορος της ΑΤΗΚ μεταξύ άλλων, πρόβαλε επίσης και τον ισχυρισμό ότι η Thunderworx στερείται εννόμου συμφέροντος για την υποβολή καταγγελίας ενώπιον της Επιτροπής. Προς υποστήριξη του εν λόγω ισχυρισμού, ανέφερε ότι η καταγγελία εναντίον της ΑΤΗΚ για άρνηση παροχής πρόσβασης στον τοπικό βρόχο υποβλήθηκε στις 3 Μαρτίου 2005, δηλαδή κατά τον συνήγορο της ΑΤΗΚ, μεταγενέστερα της επιστολής της ΑΤΗΚ ημερομηνίας 2 Μαρτίου 2005 με την οποία πρότεινε την υπογραφή της συμφωνίας, ενόψει της καθυστέρησης που παρατηρήθηκε από τον ΕΡΗΕΤ στην έκδοση του σχετικού Διατάγματος.
 3. Ο συνήγορος της Thunderworx με έγγραφο που κατάθεσε ενώπιον τη Επιτροπής στις 29 Μαΐου 2006 ισχυρίζεται ότι «η καταγγελία αφορά την σκόπιμη καθυστέρηση εκ μέρους της ΑΤΗΚ να υπογράψει τη συμφωνία, όπως αυτή καθορίστηκε από τα χρονοδιαγράμματα του RUO». Επιπρόσθετα, στις γραπτές του θέσεις υποστηρίζει ότι «η συμπεριφορά της ΑΤΗΚ και η ανυπαρξία τεχνικών, εμπορικών ή άλλων ευλόγων αιτιών οι οποίες καθιστούσαν την πρόσβαση στον τοπικό βρόχο της ΑΤΗΚ μη επιτρεπτή και/ή αδύνατη και/ή μη εφικτή ισοδυναμούν με άρνηση παροχής υπηρεσιών και/ ή άρνηση σύναψη σύμβασης ή οποία είναι παράνομη και/ή κακόβουλη και/ή επιτήδεια και/ή η οποία αποσκοπούσε στο να προστατεύσει τα μονοπωλιακά συμφέροντα της ΑΤΗΚ στην συγκεκριμένη αγορά.»
 4. Επιπρόσθετα, ο συνήγορος της Thunderworx ισχυρίστηκε ότι οι οποιοσδήποτε πράξεις της ΑΤΗΚ επηρεάζουν άμεσα την Thunderworx αφού η υλοποίηση του σχεδίου της για ευρυζωνική υποδομή, από άκρο σε άκρο, για παροχή ευρυζωνικών υπηρεσιών στο ευρύ κοινό, στηρίζεται σε μεγάλο βαθμό στην χρήση του τοπικού δικτύου της ΑΤΗΚ. Η καθυστέρηση της ΑΤΗΚ για παραχώρηση αδεσμοποίητης πρόσβασης στον τοπικό βρόχο, ως ισχυρίστηκε, προκάλεσε σοβαρή οικονομική βλάβη στην Thunderworx καθώς χωρίς τη χρήση του εν λόγω δικτύου της ΑΤΗΚ δεν ήταν σε θέση να παρέχει υπηρεσίες και κατ' επέκταση να αξιοποιήσει παραγωγικά τις μέχρι τη σύναψη της εν λόγω συμφωνίας επενδύσεις της.

Γ. ΝΟΜΙΚΗ ΑΝΑΛΥΣΗ

Ι. Έννομο Συμφέρον

1. Δικαιούχος υποβολής καταγγελίας με βάση τις πρόνοιες του Νόμου είναι αυτός που έχει έννομο συμφέρον. Συγκεκριμένα το άρθρο 28 του Νόμου προνοεί ότι:
(1) Σε καταγγελία παραβάσεων των διατάξεων του άρθρου 4 ή του άρθρου 6 του παρόντος Νόμου δικαιούται κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο που έχει έννομο προς τούτο συμφέρον.
(2) Έννομο συμφέρον έχει αυτός που δύναται να αποδείξει ότι υπέστη ή ότι υπάρχει σοβαρός ή πιθανός κίνδυνος να υποστεί αισθητική οικονομική βλάβη ή να τεθεί σε μειονεκτική στον ανταγωνισμό θέση, σαν άμεσο αποτέλεσμα της παράβασης.

2. Στην παρούσα περίπτωση είναι η θέση της Επιτροπής ότι υπάρχει έννομο συμφέρον γιατί κατά την ημερομηνία υποβολής της καταγγελίας δεν είχε ακόμη αρθεί ο λόγος για τον οποίον υπεβλήθη η εν λόγω καταγγελία συγκεκριμένα εξακολουθούσε να μην υπάρχει αδεσμοποίητη πρόσβαση στον τοπικό βρόγχο. Αυτό υποστηρίζεται από τα πραγματικά γεγονότα της υπόθεσης. Με βάση τα στοιχεία ενώπιον της Επιτροπής η Thunderworx υπέβαλε την καταγγελία ενώπιον της ΕΠΑ στις 3 Μαρτίου 2005 ενώ η ΑΤΗΚ στις 2 Μαρτίου 2005 είχε απλώς εισηγηθεί όπως προχωρήσουν σε υπογραφή συμφωνίας και στις 8 Μαρτίου 2005 υπέβαλε το σχετικό προσχέδιο το οποίον υπογράφηκε στις 18 Μαρτίου 2005.
3. Λαμβανομένου υπόψη των όσων έχουν αναπτυχθεί πιο πάνω, η Επιτροπή καταλήγει ότι η Thunderworx δεν στερείται του δικαιώματος να προβεί στην παρούσα καταγγελία, καθόσον έχει έννομο συμφέρον, που επηρεάζεται άμεσα από τις πράξεις της ΑΤΗΚ και επομένως η βλάβη που τυχόν να έχει υποστεί είναι υπαρκτή και δεν έχει εκλείψει.

II. «Επιχείρηση»

1. Με βάση το άρθρο 2 του Ν 207/89 ως «επιχείρηση» ορίζεται κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο που ασκεί οικονομικής ή εμπορικής φύσεως δραστηριότητες, ανεξάρτητα αν οι δραστηριότητες του είναι κερδοσκοπικές ή όχι.
2. Τα Ευρωπαϊκά Δικαστήρια και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή προσεγγίζοντας την έννοια «επιχείρηση» υπό την λειτουργική-οικονομική της διάσταση, έδωσαν μια ευρεία ερμηνεία, συμπεριλαμβάνοντας «κάθε οντότητα που ασκεί οικονομική δραστηριότητα ανεξάρτητα από το νομικό καθεστώς που τη διέπει και τον τρόπο με τον οποίο χρηματοδοτείται».¹ Επιπλέον το ΔΕΚ στην υπόθεση Sacchi² επεξέτεινε την έννοια της οικονομικής δραστηριότητας ώστε να καλύπτει όχι μόνο την προμήθεια αγαθών αλλά και την παροχή υπηρεσιών σε μια δεδομένη αγορά.
3. Με βάση την παραπάνω νομολογιακή προσέγγιση, τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου, ήτοι οι κρατικοί οργανισμοί, στο βαθμό που ενεργούν ασκώντας οικονομικές δραστηριότητες βιομηχανικού ή εμπορικού χαρακτήρα, θεωρούνται ως επιχείρηση κατά την έννοια του Νόμου 207/89.
4. Η ΑΤΗΚ είναι κρατικός οργανισμός που ιδρύθηκε με βάση τον περί Υπηρεσίας Τηλεπικοινωνιών Νόμο Κεφ. 302, ως δημοσιονομικό μονοπώλιο. Με βάση τον Περί Ρυθμίσεως Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομικών Υπηρεσιών Νόμο του 2002, με τον οποίο είχε εισαχθεί ο θεσμός του ΕΡΗΕΤ, όλες οι ρυθμιστικές αρμοδιότητες της ΑΤΗΚ μετατίθενται στον ΕΡΗΕΤ ο οποίος μεταξύ άλλων έχει καθήκον να ενεργεί κατά τρόπο που να προάγει την εισαγωγή αποτελεσματικού ανταγωνισμού στην παροχή τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών. Με τον εν λόγω νόμο επήλθε η φιλελευθεροποίηση των τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών.

¹ Υπόθεση C-41/90, Hofner & Elser v. Macroton, [1991] ECR I-1979

² Υπόθεση 157/73 Sacchi [1974] ECR 409, Υπόθεση C-35/96 Commission v Italy [1998] ECR I-3851

5. Η ΑΤΗΚ είναι κάτοχος τηλεπικοινωνιακού δικτύου που παρέχει τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες έναντι χρηματικής αμοιβής, ασκώντας κατ' αυτόν τον τρόπο οικονομική δραστηριότητα. Ως εκ τούτου, η ΑΤΗΚ αποτελεί επιχείρηση που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 2 του Ν.207/89.

III. Αγορά

α) Σχετική Αγορά

1. Η οριοθέτηση της σχετικής αγοράς προσδιορίζεται από τα πραγματικά περιστατικά της κάθε εξεταζόμενης περίπτωσης. Η οριοθέτηση αυτή γίνεται τόσο με βάση το προϊόν/υπηρεσία στην οποία αναφέρεται η υπόθεση, όσο και γεωγραφικά, ήτοι με βάση το γεωγραφικό χώρο όπου αναπτύσσονται ομοιογενείς συνθήκες ανταγωνισμού σε σχέση με το προϊόν/υπηρεσία.

Ορισμός της σχετικής αγοράς υπηρεσιών

2. Όσον αφορά τη σχετική αγορά προϊόντος/υπηρεσίας η Ε.Ε., θεωρεί ότι αυτή:
«περιλαμβάνει όλα τα προϊόντα ή 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»³
3. Για την οριοθέτηση της σχετικής αγοράς, πρέπει να λαμβάνονται υπόψη οι συνθήκες ανταγωνισμού και η διάρθρωση της προσφοράς και της ζήτησης στην αγορά.⁴ Τα κριτήρια για την οριοθέτηση της αγοράς προϊόντος/υπηρεσίας, εξετάζονται σφραγιστικά, χωρίς όμως να έχουν πάντα ισοδύναμη αξία και χωρίς να εφαρμόζονται με την ίδια αυστηρότητα.
4. Επίσης, ενδείκνυται όπως για τον καθορισμό της σχετικής αγοράς στην υπό εξέταση υπόθεση ληφθεί υπόψη το γεγονός ότι, «οι τηλεπικοινωνίες βρίσκονται «σε ένα πλαίσιο ταχύτατα εξελισσόμενης τεχνολογίας και ο ορισμός της σχετικής αγοράς είναι δυναμικός και ευμετάβλητος».⁵
5. Όπως έχει αναφερθεί πιο πάνω για την οριοθέτηση της σχετικής αγοράς θα πρέπει να εξεταστεί η εναλλαξιμότητα των υπηρεσιών, πρώτα από την πλευρά της ζήτησης, με βάση τα χαρακτηριστικά τους και τη χρήση για την οποία προορίζονται. Η Ε.Ε. στην υπόθεση *Hilti/AG/Commission*⁶ έκρινε ότι για να καθοριστεί η σχετική αγορά στα πλαίσια εφαρμογής του άρθρου 82 της Συνθήκης της Ε.Κ (αντίστοιχο του άρθρου 6 του Νόμου), θα πρέπει να αξιολογηθούν τα χαρακτηριστικά των αγαθών/υπηρεσιών, προκειμένου να διαπιστωθεί εάν ικανοποιούν μια ανελαστική ζήτηση. Μεγάλες διαφορές στα χαρακτηριστικά τους συνήθως αποδεικνύουν χαμηλό βαθμό υποκατάστασης.
6. Η πλήρως αδεσμοποίητη πρόσβαση επιτρέπει στον εναλλακτικό πάροχο τον έλεγχο επί του συνόλου του φάσματος συχνοτήτων του στρεπτού ζεύγους

³ Ανακοίνωση της Ε.Ε. C 372/17-2-97, σελ. 3.

⁴ Υπόθεση 31/80 L'Oreal v. PVBA De Nieuwe AMCK [1980] ECR 3775, παράγραφος 25.

⁵ Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για τις κατευθυντήριες οδηγίες για εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων ανταγωνισμού στο τομέα των τηλεπικοινωνιών, Επίσημη Εφημερίδα αρ. C233 της 69.1991.

⁶ Υπόθεση C-53/92 *Hilti/AG/Commission*.

- δίνοντάς του τη δυνατότητα να παρέχει, μέσω της γραμμής πρόσβασης, φωνητικές υπηρεσίες υψηλής χωρητικότητας καθώς και άλλες υπηρεσίες χαμηλής χωρητικότητας. Στην περίπτωση της πλήρως αδεσμοποίητης πρόσβασης, η ΑΤΗΚ παύει να ελέγχει οποιοδήποτε τμήμα του φάσματος της γραμμής πρόσβασης. Με την πλήρως αδεσμοποίητη πρόσβαση η υφιστάμενη διαδικασία, να αποστέλλονται στον συνδρομητή δύο ειδών λογαριασμοί, ο λογαριασμός για το μηνιαίο πάγιο της ΑΤΗΚ και ο λογαριασμός για τις διενεργηθείσες μηνιαίες κλήσεις, διαφοροποιείται και θα αποστέλλεται από τον εναλλακτικό παροχέα προς το συνδρομητή μόνο ένας λογαριασμός με το σύνολο των χρεώσεων. Ο εναλλακτικός πάροχος θα πληρώνει στην ΑΤΗΚ ένα πάγιο ποσό υπό μορφή ενοικίου για την κάθε Αδεσμοποίητη Πρόσβαση που θα του παρέχει και στη συνέχεια το ποσό αυτό θα το μεταφέρει στο λογαριασμό που θα αποστέλλεται στο τελικό συνδρομητή.
7. Στα πλαίσια της έρευνας που διεξήγαγε η Εθνική Επιτροπή Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων της Ελλάδας (στο εξής «ΕΕΤΤ») για να ορίσει τη σχετική αγορά ακολουθώντας τη διαδικασία ορισμού αγορών όπως αυτή τίθεται στην Οδηγία 2002/21/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου, σε σχέση με την υποκατάσταση από πλευράς της ζήτησης, εξέτασε το βαθμό στον οποίο οι διαφορές που προκύπτουν από τη λειτουργικότητα, την τιμολόγηση και την αντίληψη του τελικού χρήστη υποδεικνύουν ότι υφίσταται μια ξεχωριστή αγορά για λιανικές ευρυζωνικές υπηρεσίες οι οποίες παρέχονται από τις διάφορες πλατφόρμες. Στη συνέχεια, η ΕΕΤΤ εξέτασε τη δυνατότητα υποκατάστασης από την πλευρά της ζήτησης μεταξύ χονδρικών ευρυζωνικών υπηρεσιών οι οποίες παρέχονται μέσω του DSL δικτύου του ΟΤΕ και των υπηρεσιών αδεσμοποίητης πρόσβασης καθώς και μεταξύ των υπηρεσιών αδεσμοποίητης πρόσβασης και των χονδρικών ευρυζωνικών υπηρεσιών που παρέχονται από άλλες πλατφόρμες.
 8. Μια σειρά από τεχνολογίες μπορούν να υποστηρίξουν την παροχή λιανικών ευρυζωνικών υπηρεσιών. Ωστόσο, η χονδρική αδεσμοποίητη πρόσβαση δίνει στους παρόχους τη δυνατότητα να επιλέξουν τις καταλληλότερες γι' αυτούς γεωγραφικές περιοχές, παρέχοντας μια ευρύτερη γκάμα προϊόντων και υπηρεσιών συμπεριλαμβανομένων και διαφοροποιημένων ευρυζωνικών προϊόντων και υπηρεσιών. Ο έλεγχος επί της σύνδεσης του τελικού χρήστη στον τοπικό βρόχο (σύνδεση που παρέχεται τόσο από τους πλήρεις όσο και από τους μεριζόμενους τοπικούς βρόχους) δίδει τη δυνατότητα ανάπτυξης λιανικών καινοτομικών προϊόντων.
 9. Συνοψίζοντας τη μελέτη των κριτηρίων της εναλλαξιμότητας των προϊόντων και υπηρεσιών από την πλευρά της ζήτησης, η ΕΕΤΤ θεωρεί ότι οι υπηρεσίες σταθερής ασύρματης πρόσβασης και η πρόσβαση μέσω οπτικών ινών δεν ανήκουν στην ίδια σχετική αγορά προϊόντων με τις υπηρεσίες χονδρικής αδεσμοποίητης πρόσβασης.
 10. Η εναλλαξιμότητα των υπό εξέταση υπηρεσιών από την πλευρά της προσφοράς είναι εξίσου σημαντική. Η Ε.Ε. τονίζει ότι το κριτήριο αυτό μπορεί να διαδραματίσει καθοριστικό ρόλο για τη οριοθέτηση της σχετικής αγοράς.

- Συγκεκριμένα, στην υπόθεση Shell/Montecantini⁷, η ΕΕ θεώρησε ως ενιαία την αγορά του πυρηγελαιίου έστω και αν εντάσσονται σε αυτή διάφορες κατηγορίες προϊόντων τα οποία διαφέρουν, στα χαρακτηριστικά, την τιμή και τη χρήση για την οποία προορίζονται και δεν υπάρχει μεταξύ τους εναλλαξιμότητα σε επίπεδο ζήτησης. Αυτό σύμφωνα με την Ε.Ε. οφείλεται στο γεγονός ότι, οι παραγωγοί της μιας κατηγορίας προϊόντων μπορούν με ευκολία και χωρίς ιδιαίτερο κόστος να μεταπηδήσουν στην παραγωγή άλλης κατηγορίας.
11. Βάσει των ανωτέρω, στον ορισμό της αγοράς αδεσμοποίητης πρόσβασης στον τοπικό βρόχο, εξετάστηκε από την ΕΕΤΤ η υποκατάσταση από πλευράς προσφοράς, ήτοι εάν άλλοι προμηθευτές πέραν απ' αυτούς που προσφέρουν την υπηρεσία θα στρέφονταν βραχυπρόθεσμα στην προσφορά αυτών ή/και άλλων εναλλακτικών υπηρεσιών χωρίς να έχουν πρόσθετο κόστος. Όταν το συνολικό κόστος μεταστροφής της παραγωγής είναι σχετικά αμελητέο, η εναλλακτική υπηρεσία δύναται να ενσωματωθεί στον ορισμό της αγοράς. Όταν μια επιχείρηση κατέχει όλα τα στοιχεία που απαιτούνται για να παρέχει μια συγκεκριμένη υπηρεσία, είναι αδιάφορο εάν για την παροχή της υπηρεσίας και για να εισέλθει επικερδώς στην αγορά, απαιτείται σημαντική πρόσθετη επένδυση. Μετά από μελέτη των στοιχείων που συλλέχθηκαν η ΕΕΤΤ θεώρησε ότι, οι εναλλακτικοί πάροχοι δεν είναι σε θέση να εισέλθουν στην αγορά γρήγορα και χωρίς να επιβαρυνθούν με ουσιώδη κόστη επένδυσης συνεπεία της αύξησης της τιμής της χονδρικής αδεσμοποίητης πρόσβασης κατά 10% πάνω από το ανταγωνιστικό επίπεδο.⁸
12. Η ΕΕΤΤ κατέληξε ότι, από την πλευρά της προσφοράς δεν υπάρχουν παράγοντες οι οποίοι να οδηγούν στην υιοθέτηση μιας σχετικής αγοράς προϊόντων ευρύτερης από αυτήν που προκύπτει από την πλευρά της ζήτησης και ως εκ τούτου, οι χοντρικές υπηρεσίες αδεσμοποίητης πρόσβασης εμπίπτουν σε μια ξεχωριστή και διακριτή αγορά.
13. Με βάση τις πληροφορίες που παρείχε ο ΕΡΗΕΤ στην Υπηρεσία στα πλαίσια της έρευνας της, δεν υπάρχει άλλος εναλλακτικός πάροχος την παρούσα περίοδο, εκτός από την Thunderworx, που να έχει την υποδομή ώστε να μπορεί να συνδεθεί με αδεσμοποίητη πρόσβαση στον τοπικό βρόχο και ως εκ τούτου η Thunderworx είναι η πρώτη και μοναδική επιχείρηση η οποία αιτήθηκε την εν λόγω παροχή.

Συμπέρασμα

14. Έχοντας υπόψη την ομοιογένεια μεταξύ της δομής της κυπριακής αγοράς και της δομής της ελληνικής αγοράς, την ραγδαία ανάπτυξη στο τομέα των τηλεπικοινωνιών και το επίπεδο εναλλαξιμότητας τόσο από πλευράς ζήτησης όσο και από πλευράς προσφοράς, η Επιτροπή οδηγείται στο συμπέρασμα ότι στην υπό εξέταση υπόθεση η σχετική αγορά συνίσταται στην παροχή αδεσμοποίητης πρόσβασης σε μεταλλικούς βρόχους και υποβρόχους.

⁷ ΕΕ L 322/22-12-1994, σελ. 48.

⁸ Ελληνική Δημοκρατία Εθνική Επιτροπή Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων, Δημόσια διαβούλευση της ΕΕΤΤ για τον ορισμό της αγοράς χονδρικής παροχής αδεσμοποίητης πρόσβασης σε μεταλλικούς βρόχους και υπό-βρόχους (αγορά υπ.αρ.11, Σύστασης Ευρωπαϊκής Επιτροπής, 11 Μαρτίου 2005

β) Γεωγραφική αγορά

1. Η σχετική γεωγραφική αγορά περιλαμβάνει την περιοχή όπου οι ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις συμμετέχουν στην προμήθεια προϊόντων ή/και υπηρεσιών, στην οποία οι συνθήκες του ανταγωνισμού είναι επαρκώς ομοιογενείς και διακριτές από γειτονικές περιοχές, όπου οι συνθήκες του ανταγωνισμού διαφέρουν σημαντικά.
2. Σύμφωνα με την ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής «κάθε έδαφος στην κοινότητα φαίνεται ότι αποτελεί ακόμη μια χωριστή γεωγραφική αγορά όσον αφορά τις σχετικές υπηρεσίες ή προϊόντα, εφόσον οι ανάγκες του πελάτη δεν μπορούν να ικανοποιηθούν με την χρησιμοποίηση μιας μη εγχώριας υπηρεσίας, υπάρχουν διαφορετικές κανονιστικές προϋποθέσεις απόκτησης των ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων για την παροχή υπηρεσιών που τείνουν να απομονώσουν τα εθνικά εδάφη και ως προς τον εξοπλισμό και τα δίκτυα, δεν υπάρχουν κοινά κοινοτικά πρότυπα υποχρεωτικού χαρακτήρα ή μη, των οποίων η απουσία θα μπορούσε να οδηγήσει στην απομόνωση εθνικών αγορών».⁹
3. Η ΕΕΤΤ, στην ανάλυση της εν λόγω αγοράς κατέληξε στο συμπέρασμα ότι η σχετική γεωγραφική αγορά είναι εθνική, ήτοι το σύνολο της Ελληνικής Επικράτειας. Η άποψη αυτή στηρίζεται πρωτίστως στο γεγονός ότι, ο ΟΤΕ προσφέρει τις υπηρεσίες σε ολόκληρη την Επικράτεια υπό τους ίδιους όρους και προϋποθέσεις. Εφόσον άλλες υπηρεσίες προσφέρονται ή δύνανται να προσφερθούν από άλλους παρόχους σε μη εθνικό επίπεδο, οι υπηρεσίες αυτές θα ανταγωνίζονται τις υπηρεσίες του ΟΤΕ που παρέχονται σε εθνικό επίπεδο.
4. Στην Κύπρο, η αντίστοιχη επιχείρηση η οποία διαθέτει το σύστημα παροχής των εν λόγω υπηρεσιών σε εναλλακτικούς παρόχους είναι η ΑΤΗΚ.
5. Τόσο η ομοιογένεια στη δομή της κυπριακής και της ελληνικής αγοράς όσο και το γεγονός ότι η Κύπρος αποτελεί νησί και δεν υπάρχουν περιθώρια προμήθειας των υπηρεσιών αυτών από γειτονική χώρα, οδηγούν την ΕΠΑ να ορίσει ως σχετική γεωγραφική αγορά παροχής αδεσμοποίητης πρόσβασης στον Τοπικό Βρόχο το σύνολο της Κυπριακής επικράτειας.

IV. Άρθρο 6 του Νόμου

α) Δεσπόζουσα Θέση

1. Βασικό προσδιοριστικό στοιχείο της δεσπόζουσας θέσης είναι η θέση οικονομικής ισχύος που απολαμβάνει μια επιχείρηση, που την καθιστά ικανή να παρακωλύει τη διατήρηση αποτελεσματικού ανταγωνισμού στην αγορά ενός συγκεκριμένου προϊόντος και της επιτρέπει να ενεργεί σε αισθητό βαθμό ανεξάρτητα από τους ανταγωνιστές και τους πελάτες της και κατ'επέκταση τους καταναλωτές.¹⁰

⁹ Commission Decision COMP/C-1/37.451,37.578 Deutsche Telekom, 21/5/2003.

¹⁰ Υπόθεση United Brands, ΔΕΚ.

2. Η Επιτροπή στην υπόθεση *Continental Can*¹¹ χαρακτήρισε ως δεσπόζουσα θέση τη δυνατότητα μιας επιχείρησης να λειτουργεί με πλήρη ανεξαρτησία στην αγορά, χωρίς να λαμβάνει υπόψη της τη συμπεριφορά άλλων ανταγωνιστών, των αγοραστών ή των προμηθευτών της.
3. Από την ανάλυση που διενήργησε η ΕΠΑ σε σχέση με τα μερίδια αγοράς, διαφάνηκε ότι η ΑΤΗΚ είναι ο μοναδικός πάροχος αδεσμοποίητης πρόσβασης στον τοπικό βρόχο και υποβρόχο, εντός της Δημοκρατίας.
4. Έχοντας υπόψη την νομολογία του ΔΕΚ, σύμφωνα με την οποία όταν η θέση μιας επιχείρησης στην αγορά είναι μονοπωλιακή ή σχεδόν μονοπωλιακή με ποσοστά της τάξης του 80% έως 100% τότε αυτή η θέση είναι αρκετή για την απόδειξη της δεσπόζουσας θέσης, η Επιτροπή καταλήγει ότι η ΑΤΗΚ κατέχει δεσπόζουσα θέση στην σχετική αγορά πρόσβασης στον τοπικό βρόχο.¹²

β) Παραβάσεις στην Έκθεση Αιτιάσεων

Καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης

1. Με βάση τις πρόνοιες του Νόμου δεν απαγορεύεται η κατοχή ή απόκτηση δεσπόζουσας θέσης, αλλά μόνο η καταχρηστική εκμετάλλευση αυτής¹³. Ωστόσο αυτή καθεαυτή η θέση οικονομικής ισχύος μιας επιχείρησης επισύρει ειδικές υποχρεώσεις, με αποτέλεσμα εμπορικές πρακτικές καθόλα επιτρεπτές σε επιχειρήσεις μικρότερου μεγέθους και ισχύος στην σχετική αγορά, να θεωρούνται καταχρηστικές όταν εφαρμόζονται από την δεσπόζουσα επιχείρηση.¹⁴
2. Η έννοια της καταχρηστικής συμπεριφοράς δεν ορίζεται στο άρθρο 6(2) του Νόμου, το οποίο περιορίζεται στην ενδεικτική απαρίθμηση ορισμένων μορφών συμπεριφοράς, που εφόσον προέρχονται από επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση, συνιστούν καταχρηστική εκμετάλλευση της και είναι *ex legis* παράνομες.
3. Συγκεκριμένα το άρθρο 6(2) του Νόμου αναφέρει τα ακόλουθα:
 - (2) *Καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης συνιστά ειδικότερα οποιαδήποτε πράξη μιας ή περισσότερων επιχειρήσεων, που κατέχει ή κατέχουν δεσπόζουσα θέση στο σύνολο ή μέρος της εγχώριας αγοράς ενός προϊόντος, αν η πράξη αυτή έχει σαν αντικείμενο ή αποτέλεσμα ή ενδεχόμενο αποτέλεσμα-*
 - (α) *τον άμεσο ή έμμεσο καθορισμό αθέμιτων τιμών αγοράς ή πώλησης ή άλλων μη θεμιτών υπό τις περιστάσεις όρων συναλλαγής*
 - (β) *στον περιορισμό της παραγωγής ή της διάθεσης, ή της τεχνολογικής ανάπτυξης προς ζημιά των καταναλωτών*
 - (γ) *στην εφαρμογή ανόμοιων όρων για ισοδύναμες συναλλαγές, με συνέπεια ορισμένες επιχειρήσεις να τίθενται σε μειονεκτική στον ανταγωνισμό θέση*

¹¹ Απόφαση της Ε.Ε. *Continental Can* [1972], Επίσημη Εφημερίδα L7/25.

¹² Απόφαση ΔΕΚ *Hoffman-La Roche* [1979].

¹³ Βλ. Υπόθεση 85/76 *Hoffmann- La Roche* [1975] ECR 1663.

¹⁴ Βλέπε Ευρωπαϊκό Κοινοτικό Δίκαιο του Ανταγωνισμού, Καλαβρός [2003]

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

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

4. Η κατάχρηση σύμφωνα με την νομολογία είναι έννοια αντικειμενική¹⁵ και δεν έχει να κάνει με την υπαιτιότητα της επιχείρησης πλην σχετίζεται με τη συμπεριφορά της δεσπόζουσας επιχείρησης που επιδρά στην δομή της αγοράς, αποδυναμώνοντας τον ήδη ασθενή ανταγωνισμό, με τη χρήση μεθόδων ανάρμοστων σε καθεστώς υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού.

5. Σύμφωνα με την Έκθεση Αιτιάσεων που επιδόθηκε στην ΑΤΗΚ, η Επιτροπή κατά την συνεδρία της ημερομηνίας 11 Ιανουαρίου 2006, αποφάσισε ότι εκ πρώτης όψεως η ΑΤΗΚ έχει προβεί σε παράβαση του άρθρου 6(1) και (2) (β) του Νόμου από μέρους της ΑΤΗΚ, ήτοι η καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης που κατέχει η ΑΤΗΚ στην σχετική αγορά, λόγω της άρνησής της να παρέχει αδεσμοποίητη πρόσβαση στον τοπικό βρόχο ή/και να συνάψει σχετική συμφωνία με την Thunderwoix, που είχε ως αποτέλεσμα τον περιορισμό της τεχνολογικής διάθεσης, ή/και της τεχνολογικής ανάπτυξης προς ζημία των καταναλωτών και σε παράβαση του άρθρου 6(1) και (2) (γ) του Νόμου από μέρους της ΑΤΗΚ. Η ΑΤΗΚ με την εν λόγω άρνηση εισήγαγε διάκριση υπέρ των δικών της δραστηριοτήτων στην σχετική αγορά προβαίνοντας στην εκ πρώτης όψεως καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης που κατέχει η ΑΤΗΚ στην σχετική αγορά.

Δ. ΚΑΤΑΛΗΚΤΙΚΟ

Η Επιτροπή μετά από διεξοδική μελέτη, ανταλλαγή απόψεων και συζήτηση μεταξύ των μελών της, και αφού αξιολόγησε όλο το ενώπιον της υλικό και στοιχεία, καθώς και τα όσα τα εμπλεκόμενα μέρη δια των συνηγώρων τους προφορικός ή γραπτώς έθεσαν ενώπιον της, σε σχέση με τις πιο πάνω εκ πρώτης όψεως αιτιάσεις αποφασίζει τα ακόλουθα:

1. Σε γενικό πλαίσιο η άρνηση παροχής υπηρεσιών ή/και η άρνηση σύναψης μιας σύμβασης η οποία προβάλλεται από δεσπόζουσα επιχείρηση και δεν δικαιολογείται αντικειμενικά, αποτελεί καταχρηστική εκμετάλλευση δυνάμει του άρθρου 6 (2) (β) του Νόμου καθώς συνιστά περιορισμό της παραγωγής ή της διάθεσης προς ζημία των καταναλωτών.

¹⁵ Βλ. Υπόθεση 85/76 *Hoffmann- La Roche* [1975] ECR 1663.

2. Μια τέτοια άρνηση ενδεχομένως να ισοδυναμεί με διάκριση και ενδεχομένως να καταλήγει σε αποκλεισμό από τη σχετική αγορά των τρίτων ενδιαφερομένων να εισέλθουν στη σχετική αγορά με βάση το άρθρο 6(2) (γ) του Νόμου.
3. Η άρνηση μιας επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση να συνάψει σύμβαση παροχής υπηρεσίας θεωρείται καταχρηστική όταν πρόκειται για παροχή βασικής υπηρεσίας. Μια υπηρεσία θεωρείται βασική όταν η πρόσβαση σ' αυτήν είναι απαραίτητη για να υπάρχει ανταγωνισμός στην αγορά με την επιχείρηση που την ελέγχει, χωρίς την οποία οι ανταγωνιστές δεν μπορούν να προσφέρουν υπηρεσίες στους πελάτες τους.¹⁶
4. Η αδυναμία πρόσβασης και χρήσης της συγκεκριμένης υπηρεσίας αποτελεί σημαντικό εμπόδιο εισόδου στη συγκεκριμένη αγορά αλλά και για την δημιουργία ενός ελάχιστου περιβάλλοντος ανταγωνισμού ιδίως όταν η ενδιαφερόμενη επιχείρηση, ούτε ίδια μπορεί να αναπτύξει την υπηρεσία αυτή αλλά και ούτε υφίσταται αντικειμενική δυνατότητα επαρκών υποκατάστατων και οικονομικά συμφερούσων λύσεων.
5. Η Thunderworx με την καταγγελία της ισχυρίστηκε ότι στις 24 Μαΐου 2004 ζήτησε από την ΑΤΗΚ την έναρξη άμεσων διαπραγματεύσεων με σκοπό την υπογραφή συμφωνίας Παροχής Αδεσμοποίητης Πρόσβασης στον Τοπικό Βρόχο, σύμφωνα με τους όρους της δημοσιευθείσας Προσφοράς Αναφοράς της ΑΤΗΚ. Ακολούθως, στις 9 Ιουνίου 2004 πραγματοποίησε συνάντηση με την ΑΤΗΚ, κατά την διάρκεια της οποίας την ενημέρωσε για τις προθέσεις της και την επιθυμία της να προχωρήσει άμεσα στη σύναψη της σχετικής συμφωνίας. Στη συνέχεια η Thunderworx, και συγκεκριμένα στις 2 Αυγούστου 2004 απέστειλε επιστολή με το συγκεκριμένο αίτημα.
6. Στις 24 Αυγούστου 2004, η ΑΤΗΚ απέστειλε επιστολή με την οποία ανέφερε ότι ο ΕΡΗΕΤ είχε δημοσιεύσει εισηγητικό έγγραφο με προτεινόμενες τροποποιήσεις στην Προσφορά Αναφοράς του 2004 και ότι είχε ήδη ανακοινώσει τη διεξαγωγή Δημόσιας Ακρόασης (για τις 30 Σεπτεμβρίου 2004) σχετικά με την Προσφορά Αναφοράς προτείνοντας ότι θα ήταν ορθότερο να αναμένουν πρώτα τα αποτελέσματα της Δημόσιας Ακρόασης και το σχετικό Διάταγμα του Ρυθμιστή και ότι στο συγκεκριμένο στάδιο δεν ενδεικνύταν η σύναψη συμφωνίας Παροχής Αδεσμοποίητης Πρόσβασης.
7. Η Thunderworx, αποδέχτηκε την εν λόγω πρόταση της ΑΤΗΚ. Όμως διαπιστώνοντας ότι το θέμα με το σχετικό Διάταγμα του ΓΕΡΗΕΤ καθυστερούσε και σε μια προσπάθεια της να περιορίσει τις περαιτέρω επιζήμιες καθυστερήσεις, αναμένοντας την απόφαση του ΕΡΗΕΤ, ζήτησε από την ΑΤΗΚ στις 14 Φεβρουαρίου 2005 την υλοποίηση πιλοτικού έργου.
8. Η ΑΤΗΚ σε επιστολή της ημερομηνίας 2 Μαρτίου 2005, απέρριψε το παραπάνω αίτημα της Thunderworx αντιπροτείνοντας την ετοιμότητα της να προχωρήσουν τα μέρη σε σύναψη συμφωνίας κάτι που έγινε αποδεκτό από την Thunderworx στις 3 Μαρτίου 2005 ζητώντας τον καθορισμό ημερομηνίας υπογραφής.

¹⁶ Βλέπε Ευρωπαϊκό Κοινοτικό Δίκαιο του Ανταγωνισμού, Καλαβρός, [2003]

9. Η ΑΤΗΚ στις 8 Μαρτίου 2006 απέστειλε το προσχέδιο της συμφωνίας για υπογραφή το οποίον υπογράφηκε από τα μέρη στις 18 Μαρτίου 2006.
10. Καθ' όλη τη διάρκεια των διαπραγματεύσεων η ΑΤΗΚ δεν αρνήθηκε το διάλογο. Ανταποκρίθηκε άμεσα με την διεξαγωγή συνάντησης στις 9 Ιουνίου 2004. Αποτέλεσμα της συνάντησης ήταν η συνομολόγηση της Συμφωνίας Εμπιστευτικότητας στις 24 Ιουνίου 2004 και η παροχή πληροφοριών για τα τηλεφωνικά κέντρα με τα σημεία σύνδεσης του υποβρόχου που είναι συνδεδεμένα τα τηλεφωνικά κέντρα που ενδιέφεραν την Thunderworx.
11. Το επίσημο αίτημα της Thunderworx για την σύναψη Συμφωνίας, υποβλήθηκε στις 2 Αυγούστου 2004 και παρελήφθη από την ΑΤΗΚ στις 6 Αυγούστου 2004.
12. Σε απάντηση του εν λόγω αιτήματος, η ΑΤΗΚ ανέφερε ότι δεν ενδείκνυται η υπογραφή σχετικής Συμφωνίας, λαμβανομένου υπόψη ότι ο ΕΡΗΕΤ επρόκειτο να εκδώσει σχετικό Διάταγμα με το οποίο να τροποποιεί την Προσφορά Αδεσμοποίητης Πρόσβασης στον Τοπικό Βρόχο, ως δημοσιεύτηκε από την ΑΤΗΚ στις 7 Απριλίου 2004 και εισηγήθηκε την αναβολή της υπογραφής της εν λόγω συμφωνίας μέχρι την έκδοση του Διατάγματος του ΕΡΗΕΤ.
13. Σύμφωνα με τα όσα επιβεβαίωσε και ο συνήγορος της Thunderworx, ο κος. Νεόφυτος Αντωνιάδης, αντιπρόσωπος της εν λόγω εταιρείας με ηλεκτρονικό του μήνυμα ημερομηνίας 31 Αυγούστου 2004 συμφώνησε με την ΑΤΗΚ όπως η συμφωνία υπογραφεί μετά την έκδοση του διατάγματος του ΕΡΗΕΤ.
14. Έκτοτε, πραγματοποιήθηκαν συναντήσεις επί του θέματος, αλλά δεν δόθηκε η εντύπωση ότι διαφοροποιήθηκε η πιο πάνω θέση της Thunderworx, παρά μόνο όταν στις 7 Φεβρουαρίου 2005, η Thunderworx ζήτησε με επιστολή της τον καθορισμό ημερομηνίας για την υπογραφή της συμφωνίας.
15. Στις 14 Φεβρουαρίου 2005 η Thunderworx με ηλεκτρονικό μήνυμα ζήτησε την διενέργεια πιλοτικού έργου, στο οποίο η ΑΤΗΚ απάντησε στις 2 Μαρτίου 2005, αναφέροντας ότι αυτό δεν μπορεί να ικανοποιηθεί προτού υπογραφεί η σχετική συμφωνία και εισηγήθηκε όπως προχωρήσουν στην υπογραφή της συμφωνίας.
16. Αμέσως μετά, στις 3 Μαρτίου 2005 η Thunderworx ζήτησε τον καθορισμό ημερομηνίας υπογραφής της συμφωνίας.
17. Η ΑΤΗΚ απέστειλε προσχέδιο συμφωνίας στην Thunderworx στις 8 Μαρτίου 2005 και η συμφωνία υπογράφηκε στις 18 Μαρτίου 2005.

Η Επιτροπή αξιολογώντας τα όσα οι συνήγοροι των εμπλεκόμενων μερών έθεσαν στις γραπτές τους θέσεις, διαπίστωσε ότι υπήρχαν νέα στοιχεία σε σχέση με τα πραγματικά γεγονότα, τα οποία δεν παρουσιάστηκαν από τα εμπλεκόμενα μέρη στα πλαίσια της προκαταρκτικής έρευνας της Υπηρεσίας. Όταν η Επιτροπή στην συνεδρία της ημερομηνίας 29 Μαΐου 2006 έθεσε στους συνηγόρους των εμπλεκόμενων μερών συγκεκριμένες διευκρινίσεις για να αποσαφηνιστούν τα πραγματικά γεγονότα της παρούσας υπόθεσης διαπίστωσε όλα τα πιο πάνω όπως αναφέρονται στο καταληκτικό.

ΓΙΑΥΤΟ

Η Επιτροπή αφού έλαβε υπόψη τα όσα οι συνήγοροι των εμπλεκόμενων μερών έθεσαν προφορικά μετά από τις διευκρινήσεις που τους τέθηκαν κατά την διάρκεια της συνεδρίας ημερ. 29 Μαΐου 2006, και τα ακόλουθα:

(α) Το επίσημο αίτημα της Thunderworx για πρόσβαση στον τοπικό βρόχο είχε υποβληθεί στις 2 Αυγούστου 2005 και όχι στις 24 Μαΐου 2005 ως αρχικά ισχυρίστηκε, καθότι σύμφωνα με την Προσφορά Αναφοράς Αδεσμοποίητης πρόσβασης στον Τοπικό Βρόχο της ΑΤΗΚ, «ο δικαιούχος που επιθυμεί την παροχή Υπηρεσιών LLU από την ΑΤΗΚ υποβάλλει σχετική αίτηση για παροχή Υπηρεσιών LLU, σύμφωνα με τα συνημμένα Παραρτήματα 5 και 6.»

(β) Η Thunderworx με ηλεκτρονικό της μήνυμα ημερ 31 Αυγούστου 2004 είχε συναινέσει στην αναβολή της υπογραφής της συμφωνίας μέχρις ότου εκδοθεί το σχετικό Διάταγμα, παρόλο που αρχικά στις γραπτές θέσεις του συνηγόρου της «αρνείτο τον ισχυρισμό της ΑΤΗΚ ότι η Thunderworx είχε συμφωνήσει για αναμονή των απόψεων του Ρυθμιστή και/ή έκδοση Διατάγματος από τον Ρυθμιστή». Αυτό αποτελεί ουσιαστικό γεγονός για το καθορισμό του χρόνου καθυστέρησης παροχής των ζητηθέντων υπηρεσιών της ΑΤΗΚ. Το εν λόγω γεγονός δεν αναφέρθηκε από την Thunderworx παρά μόνο στη τελική φάση της διαδικασίας και μετά που το θέμα τέθηκε από την ΑΤΗΚ. Σχετικά η Επιτροπή τονίζει ότι αναμένεται από τα μέρη και ιδίως από τον καταγγέλλοντα όταν καταθέτει την καταγγελία του ή εν πάσει περιπτώσει μέχρι την καταχώρηση των γραπτών του θέσεων να παρουσιάζει ενώπιον της Επιτροπής όλα τα ουσιώδη γεγονότα. Στην περίπτωση αυτή η καταγγέλλουσα εταιρεία Thunderworx δεν ανέφερε το πιο πάνω ουσιώδες γεγονός.

γ) Ενώ η Thunderworx δέχτηκε την προταθείσα από την ΑΤΗΚ αναβολή υπογραφής της συμφωνίας αδεσμοποίητης πρόσβασης στο τοπικό βρόχο μέχρι την έκδοση του διατάγματος του ΓΕΡΗΕΤ γιατί προσδοκούσε να τύχει ευνοϊκότερης τιμολογιακής μεταχείρισης, στη συνέχεια υπέγραψε τη σχετική συμφωνία προτού εκδοθεί το αναμενόμενο διάταγμα.

δ) Κατά τη διάρκεια των επαφών μεταξύ των μερών και συγκεκριμένα στις 24 Ιουνίου 2004 υπογράφηκε συμφωνία εμπιστευτικότητας μεταξύ των μερών που παρείχε στην Thunderworx πληροφορίες και τον κατάλογο τηλεφωνικών κέντρων στα οποία είναι διαθέσιμη η υπηρεσία, και τις πληροφορίες για τις καταστάσεις διακλαδωτών που βρίσκονται στους δρόμους, τις οποίες χρησιμοποίησε η Thunderworx, αυτούς τους μήνες, για να σχεδιάσει το δικό της δίκτυο.

ε) Κατά τη διάρκεια των διαπραγματεύσεων υπήρξε μεταξύ των μερών ένας μεγάλος αριθμός επαφών, διαβουλεύσεων και συνεργασίας.

ΚΑΤΑΛΗΓΕΙ ΟΤΙ

Η όλη Συμπεριφορά της ΑΤΗΚ άσχετα με το γεγονός ότι κατέχει μία μορφή βασικής υποδομής (essential facilities) δεν καταδεικνύει και/ή υποδηλώνει οιαδήποτε μορφή άρνησης από πλευράς της να παράσχει στην καταγγέλλουσα εταιρεία Thunderworx αδεσμοποίητη πρόσβαση στο τοπικό βρόχο και δεν παράγει αποτελέσματα διακριτικής μεταχείρισης που να αποκλείουν τον εμπλεκόμενο ανταγωνιστή, αλλά αντίθετα αυτή η

συμπεριφορά δεικνύει μια πορεία επαφών διαβουλεύσεων και συνεργασίας για σύναψη μιας συμφωνίας στα πλαίσια των προδιαγραφών και την πρακτικής που εφάρμοζε η ΑΤΗΚ εντός της επιτρεπτής εμπορικής πολιτικής.

Ως εκ τούτου η Επιτροπή αποφασίζει ότι υπό τις συγκεκριμένες περιστάσεις της υπόθεσης όπως αναλύθηκαν πιο πάνω, η ΑΤΗΚ δεν καταχράστηκε την δεσπόζουσα θέση που κατέχει στην σχετική αγορά και γι' αυτό οι αναφερόμενες εκ πρώτης όψεως παραβάσεις στην έκθεση αιτιάσεων που στηρίχθηκαν σε ελλιπή στοιχεία, δεν έχουν στοιχειοθετηθεί και συνεπώς δεν έχει αποδειχθεί παραβίαση των άρθρων 6(2)(β) και (γ) του Νόμου.

Γιώργος Ον. Χριστοφίδης
Πρόεδρος της Επιτροπής
Προστασίας του Ανταγωνισμού

Η παρούσα έχει εκδοθεί στις 16/06/2006

Αντίγραφο δόθηκε στα εμπλεκόμενα μέρη στις 26/06/2006