

**Ο ΠΕΡΙ ΤΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΤΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΝΟΜΟΣ ΤΟΥ 2008  
(Νόμος Αρ. 13(Ι)/2008)**

**Καταγγελία εταιρείας Thunderworx εναντίον της Α.Τ.Η.Κ. για παράβαση του άρθρου 6 του Νόμου 207/89 για την υπηρεσία Premium SMS (αρ. φακ. 11.17.64/2005)**

Επιτροπή Προστασίας του Ανταγωνισμού:

κα. Λουκία Χριστοδούλου,	Πρόεδρος
κ. Λεόντιος Βρυωνίδης,	Μέλος
κα. Ελένη Καραολή,	Μέλος
κ. Δημήτρης Πιτσιλλίδης,	Μέλος
κ. Κώστας Μελανίδης,	Μέλος

Για την εταιρεία Thunderworx Ltd παρουσιάστηκαν οι κ.κ. Πόλυς Πολυβίου, Γιώργος Μίτλεττον και κα. Κωνσταντίνα Μιτσιγκα από το δικηγορικό γραφείο Χρυσσαφίνης και Πολυβίου Δ.Ε.Π.Ε.

Για την ΑΤΗΚ παρουσιάστηκε ο κύριος Κώστας Χατζηγιάννου από το δικηγορικό γραφείο Χατζηγιαννου Ανδreas Κ. & Υιοι.

Ημερομηνία απόφασης: 8 Οκτωβρίου 2012

**ΑΠΟΦΑΣΗ**

Αντικείμενο της υπόθεσης η εξέταση της καταγγελίας που υπέβαλε η Thunderworx Ltd (στο εξής «η Thunderworx») στην Επιτροπή στις 7 Απριλίου 2004 εναντίον της Αρχής Τηλεπικοινωνιών Κύπρου (στο εξής «η ΑΤΗΚ») αναφορικά με την κατ' ισχυρισμό καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης που κατέχει η ΑΤΗΚ στην παροχή της απαραίτητης υποδομής και υπηρεσιών, ώστε να είναι δυνατή η παροχή γραπτών μηνυμάτων αξίας στο καταναλωτικό κοινό (Premium SMS) από ανεξάρτητους παρόχους, κατά παράβαση του άρθρου 6 του περί Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμου 207(Ι)/1989, ως ίσχυε τότε και ο οποίος έχει αντικατασταθεί

από τον περί Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμο αρ. 13(Ι)/2008 (στο εξής «ο Νόμος»).

### **1. Χρονικό Διαδικασίας**

Στις 7 Απριλίου 2004, η εταιρεία Thunderworx υπέβαλε στην Επιτροπή καταγγελία εναντίον της ΑΤΗΚ για πιθανή παράβαση του άρθρου 6 του Νόμου.

Την 1 Σεπτεμβρίου 2005, η Thunderworx υπέβαλε στην Επιτροπή καταγγελία για το ίδιο θέμα, κάνοντας χρήση του εντύπου υποβολής καταγγελίας ως οριζόταν στο περί της Προστασίας του Ανταγωνισμού (Αιτήσεις, Γνωστοποιήσεις, Καταγγελίες και Δημοσίευση Αποφάσεων και Αιτήσεων) Διάταγμα του 1990 (Κ.Δ.Π. 206/1990), το οποίο με την εισαγωγή του Νόμου του 2008, καταργήθηκε.

Οι δύο καταγγελίες αφορούσαν την κατ' ισχυρισμό καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης της ΑΤΗΚ στην παροχή της απαραίτητης υποδομής και υπηρεσιών, ώστε να είναι δυνατή η παροχή γραπτών μηνυμάτων αξίας στο καταναλωτικό κοινό (Premium Rate SMS) από ανεξάρτητους παρόχους περιεχομένου και ηλεκτρονικών επικοινωνιών.

Η Επιτροπή στη συνεδρία της ημερομηνίας 12 Σεπτεμβρίου 2005, έδωσε οδηγίες στην Υπηρεσία να προχωρήσει σε δέουσα προκαταρκτική έρευνα της καταγγελίας.

Η Υπηρεσία, ενεργώντας στη βάση των οδηγιών της Επιτροπής, διεξήγαγε τη δέουσα προκαταρκτική έρευνα και υπέβαλε σχετικό σημείωμα στις 3 Απριλίου 2007.

Η Επιτροπή, στη συνεδρία της ημερομηνίας 25 Μαΐου 2007, αφού έλαβε υπόψη όλο το υλικό, έγγραφα και πληροφορίες που δόθηκαν από πλευράς των εμπλεκόμενων μερών, καθώς και όλα τα λοιπά έγγραφα και πληροφορίες που περισυνέλεξε η Υπηρεσία στα πλαίσια της έρευνας και που περιέχονται στο σχηματισθέντα διοικητικό φάκελο της υπόθεσης, και αφού μελέτησε το σχετικό σημείωμα της Υπηρεσίας, ομόφωνα αποφάσισε ότι προκύπτει εκ πρώτης όψεως παράβαση του Νόμου.

Η Επιτροπή, υπό διαφορετική σύνθεση στη συνεδρία της ημερομηνίας 1 Νοεμβρίου 2007, εξέτασε τα στοιχεία τα οποία είχαν τεθεί ενώπιον της και ενέκρινε και υιοθέτησε την απόφαση της Επιτροπής ημερομηνίας 25 Μαΐου 2007 για ετοιμασία και αποστολή Έκθεσης Αιτιάσεων.

Στην συνεδρία της Επιτροπής στις 21 Νοεμβρίου 2007 εγκρίθηκε το κείμενο της Έκθεσης Αιτιάσεων, η οποία και επιδόθηκε στην ΑΤΗΚ και στη Thunderworx στις 23 Νοεμβρίου 2007. Στα πλαίσια της εν λόγω διαδικασίας, στις 5 Δεκεμβρίου 2007 πραγματοποιήθηκε συνεδρία της Επιτροπής στην παρουσία όλων των ενδιαφερομένων μερών, όπου καθορίστηκε η διαδικασία υποβολής γραπτών θέσεων.

Στις 4 Δεκεμβρίου 2007, η Ολομέλεια του Ανωτάτου Δικαστηρίου με απόφασή του στην Α.Ε. 3909 (ΑΤΗΚ ν Δημοκρατίας), έκρινε ότι η συγκρότηση της Επιτροπής δεν ήταν νόμιμη καθότι σε αυτή συμμετείχε ως μέλος ο κ. Κώστας Ευσταθίου, ο οποίος είχε διατελέσει δημοτικός σύμβουλος.

Ως αποτέλεσμα της πιο πάνω απόφασης του Ανωτάτου Δικαστηρίου, η Επιτροπή στη συνεδρία της ημερομηνίας 11 Ιανουαρίου 2008, αφού έλαβε υπόψη και σχετική γνωμάτευση του Γενικού Εισαγγελέα της Δημοκρατίας, αποφάσισε να ανακαλέσει την απόφαση της Επιτροπής, ημερομηνίας 12 Σεπτεμβρίου 2005, για τη διεξαγωγή έρευνας και όλες τις μετέπειτα ληφθείσες αποφάσεις και να εξετάσει την υπόθεση εξ υπαρχής, με βάση το υφιστάμενο κατά το χρόνο λήψης της πιο πάνω ανακαλούμενης απόφασης πραγματικό και νομικό καθεστώς. Η Υπηρεσία έκανε χρήση του υπάρχοντος στο σχετικό διοικητικό φάκελο υλικού.

Η Υπηρεσία ενεργώντας, στη βάση της απόφασης της Επιτροπής και μετά από τη διεξαγωγή της δέουσας έρευνας της καταγγελίας, υπέβαλε στις 26 Φεβρουαρίου 2008 σχετικό σημείωμα.

Η Επιτροπή, υπό τη σύνθεση της σύμφωνα με το διορισμό της από το Υπουργικό Συμβούλιο ως η απόφασή του ημερομηνίας 14 Μαΐου 2008, συνήλθε σε συνεδρία ημερομηνίας 1 Ιουλίου 2008 και εξέτασε τον περαιτέρω χειρισμό της καταγγελίας στη βάση των αρχών του διοικητικού δικαίου και των διατάξεων του Νόμου. Η Επιτροπή, αφού μελέτησε το περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου της υπόθεσης και συνεκτίμησε όλα τα δεδομένα και κάνοντας χρήση του υπάρχοντος στο διοικητικό φάκελο υλικού, ομόφωνα διαπίστωσε ότι υπάρχει εκ πρώτης όψεως πιθανολογούμενη παράβαση και αποφάσισε την ετοιμασία Έκθεσης Αιτιάσεων.

Η Επιτροπή ακολούθως, στη συνεδρία της ημερομηνίας 28 Ιουλίου 2008, έγκρινε το κείμενο της Έκθεσης Αιτιάσεων και έδωσε οδηγίες όπως αυτή επιδοθεί, καθορίζοντας χρονικό διάστημα είκοσι μίας (21) ημερολογιακών ημερών από την

επίδοσή της, για να υποβάλει η ΑΤΗΚ τις γραπτές της θέσεις και κάλεσε τα ενδιαφερόμενα μέρη όπως παραστούν στη συνεδρία της Επιτροπής στις 11 Σεπτεμβρίου 2008 στη βάση του άρθρου 17 του Νόμου. Οι διαπιστωθείσες αιτιάσεις είχαν ως ακολούθως:

(α) Παράβαση του άρθρου 6(1)(α) του Νόμου από μέρους της ΑΤΗΚ, για κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης που κατέχει στην αγορά της σύνδεσης με το κέντρο μηνυμάτων (εφεξής «SMS Center») του κινητού της δικτύου, ως επακόλουθο των τιμών και όρων που πρόσφερε στη Thunderworx για συνεργασία στη βάση του μοντέλου Cybee, και

(β) Παράβαση του άρθρου 6(1)(β) του Νόμου από μέρους της ΑΤΗΚ, για κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης που κατέχει στην αγορά της σύνδεσης με το SMS Center του κινητού της δικτύου, ως επακόλουθο των πρακτικών και παραλείψεών της για να παρέχει στη Thunderworx πρόσβαση στην απαραίτητη κατάλληλη τηλεπικοινωνιακή σύνδεση, η οποία θα καθιστούσε δυνατή την προσφορά των εν λόγω υπηρεσιών, με αποτέλεσμα τον περιορισμό της παραγωγής ή της διάθεσης ή της τεχνολογικής ανάπτυξης, προς ζημιά των καταναλωτών.

Η Επιτροπή, στη συνεδρία της ημερομηνίας 9 Οκτωβρίου 2008, μετά από διεξοδική μελέτη, ανταλλαγή απόψεων και συζήτηση μεταξύ των μελών της, και αφού αξιολόγησε όλο το ενώπιον της υλικό, τα στοιχεία και τις πληροφορίες και τα όσα τα εμπλεκόμενα μέρη διά μέσου των δικηγόρων τους, προφορικώς και γραπτώς, έθεσαν ενώπιον της, ομόφωνα κατέληξε ότι η ΑΤΗΚ, ως κατέχουσα δεσπόζουσα θέση στην υπό εξέταση σχετική αγορά, παραβίασε τις διατάξεις του άρθρου 6(1)(β) του Νόμου, καθότι απέτυχε να ανταποκριθεί στην ιδιαίτερη υποχρέωσή της να παράσχει στην καταγγέλλουσα εταιρεία Thunderworx πρόσβαση και σύνδεση στο κέντρο σύντομων γραπτών μηνυμάτων (SMS Centre), υποδομή που χαρακτηρίζεται ως βασική, και επίσης απέτυχε να προσφέρει μια αντικειμενικά εύλογη εναλλακτική λύση υπό δίκαιους όρους και σε δίκαιη τιμή, ώστε η Thunderworx να είναι σε θέση να παρέχει υπηρεσίες Premium SMS σε λιανικό επίπεδο, περιορίζοντας έτσι τη διάθεση και/ή την τεχνολογική ανάπτυξη, προς ζημιά των καταναλωτών.

Η Επιτροπή, ενεργώντας με βάση το άρθρο 42(2) του Νόμου, έδωσε οδηγίες στην Υπηρεσία να ειδοποιηθεί η ΑΤΗΚ, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 45 του Νόμου, για την πρόθεση της να επιβάλει διοικητικό πρόστιμο, ενημερώνοντάς την για τους λόγους για τους οποίους προτίθεται να ενεργήσει τοιοιτοτρόπως και παρέχοντας της το δικαίωμα υποβολής γραπτών παραστάσεων, εντός της ανατρεπτικής προθεσμίας των τριάντα (30) ημερών. Η Επιτροπή στη συνεδρία της

ημερομηνίας 27 Νοεμβρίου 2008, ενεργώντας με βάση τις διατάξεις του άρθρου 24(α) του Νόμου και αφού έλαβε υπόψη τα όσα υποστηρίχθηκαν από την ΑΤΗΚ, ομόφωνα έκρινε ορθό και πρόπον υπό τις περιστάσεις να επιβάλει στην ΑΤΗΚ διοικητικό πρόστιμο της τάξης των €75.000 για παράβαση των διατάξεων του άρθρου 6(1)(β) του Νόμου, καλώντας συνάμα την ΑΤΗΚ στο μέλλον να αποφεύγει την επανάληψη τέτοιων πρακτικών ή/και ενεργειών που πλήττουν τις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού.

Στις 2 Ιανουαρίου 2009, η ΑΤΗΚ καταχώρησε την προσφυγή με αρ. 1/09 εναντίον της απόφασης της Επιτροπής, η οποία απορρίφθηκε από το Ανώτατο Δικαστήριο με απόφασή του ημερομηνίας 18 Φεβρουαρίου 2011, επικυρώνοντας έτσι την απόφαση της Επιτροπής.

Ακολούθως, η ΑΤΗΚ καταχώρησε Έφεση με αρ Α.Ε. 39/2011 εναντίον της πιο πάνω εκδοθείσας απόφασης του Ανωτάτου Δικαστηρίου.

Στις 25 Μαΐου 2011, η Ολομέλεια του Ανωτάτου Δικαστηρίου στις Προσφυγές με αρ. 1544/09, 1545/09, 1596/09 και 1601/09 (Εχxon Mobil Cyprus Ltd κ.ά. και Επιτροπής Προστασίας Ανταγωνισμού) έκρινε ότι ο διορισμός του Προέδρου της Επιτροπής δεν ήταν νόμιμος.

Στις 14 Σεπτεμβρίου 2011, η Νομική Υπηρεσία με επιστολή της ενημέρωσε την Επιτροπή ότι στις 12/9/2011 αποδέχθηκε ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης της Επιτροπής, λόγω της απόφασης του Ανωτάτου Δικαστηρίου ημερομηνίας 25 Μαΐου 2011, στις Προσφυγές με αρ. 1544/09, 1545/09, 1596/09 και 1601/09.

Στις 14 Φεβρουαρίου 2012, η Επιτροπή υπό τη νέα σύνθεσή της σύμφωνα με το διορισμό της από το Υπουργικό Συμβούλιο, ως η σχετική απόφασή του ημερομηνίας 20/12/2011, εξέτασε την υπόθεση υπό το φως της απόφασης του Ανωτάτου Δικαστηρίου ημερομηνίας 25 Μαΐου 2011, στις Προσφυγές με αρ. 1544/09, 1545/09, 1596/09 και 1601/09 και, αφού έλαβε υπόψη και σχετική γνωμάτευση του Γενικού Εισαγγελέα της Δημοκρατίας, αποφάσισε να ανακαλέσει την απόφαση της ημερομηνίας 1 Ιουλίου 2008 για τη διεξαγωγή έρευνας, της διαπίστωσης της εκ πρώτης όψεως πιθανολογούμενη παράβαση, της ετοιμασίας Έκθεσης Αιτιάσεων, καθώς και όλες τις μετέπειτα ληφθείσες αποφάσεις, και να εξετάσει την πιο πάνω υπόθεση εξ υπαρχής. Η Επιτροπή, αφού έλαβε υπόψη το υλικό το οποίο βρισκόταν ενώπιον της Επιτροπής κατά το χρόνο λήψης της πιο πάνω ανακαλούμενης

απόφασης ημερομηνίας 1 Ιουλίου 2008 για διεξαγωγή έρευνας για ύπαρξη εκ πρώτης όψεως παράβασης, έκρινε ότι το εν λόγω υλικό δικαιολογούσε τη διεξαγωγή έρευνας της καταγγελίας από την Υπηρεσία. Η Επιτροπή αποφάσισε όπως η έρευνα διεξαχθεί με βάση το υφιστάμενο κατά το κρίσιμο χρόνο πραγματικό και νομικό καθεστώς και όπως γίνει χρήση του υπάρχοντος στο σχετικό φάκελο υλικού.

Η Υπηρεσία με επιστολές ημερομηνίας 20 Φεβρουαρίου 2012, ενημέρωσε την ΑΤΗΚ και τη Thunderworx για τις πιο πάνω αποφάσεις που λήφθηκαν στη συνεδρία της Επιτροπής στις 14 Φεβρουαρίου 2012.

Η Υπηρεσία, ενεργώντας στη βάση των οδηγιών της Επιτροπής, στις 23 Μαρτίου 2012 υπέβαλε στην Επιτροπή σημείωμα αναφορικά με την προκαταρκτική έρευνα που διεξήχθη για την υπό αναφορά καταγγελία.

Η Επιτροπή κατά τη συνεδρία της με ημερομηνία 30 Μαρτίου 2012, αφού έλαβε υπόψη το περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου και τα σημειώματα της Υπηρεσίας, διαπίστωσε ότι εκ πρώτης όψεως πιθανολογείται παράβαση του άρθρου 6(1)(β) του Νόμου από μέρος της ΑΤΗΚ και ομόφωνα αποφάσισε να προχωρήσει στον καταρτισμό Έκθεσης Αιτιάσεων.

Η Επιτροπή στη εν λόγω συνεδρία της αποφάσισε να διατυπώσει την πιο κάτω αιτίαση σε βάρος της ΑΤΗΚ:

*«την πιθανολογούμενη παράβαση του άρθρου 6(1)(β) του Νόμου εκ μέρους της Αρχής Τηλεπικοινωνιών Κύπρου, ως αποτέλεσμα της άρνησής της να παρέχει απευθείας πρόσβαση στο Κέντρο Αποστολής Γραπτών Μηνυμάτων SMSC της, μαζί με όλες τις συναφείς υπηρεσίες που είναι απαραίτητες ώστε ένας πάροχος ηλεκτρονικών επικοινωνιών να είναι σε θέση να προσφέρει υπηρεσίες σύντομων γραπτών μηνυμάτων προστιθέμενης αξίας (Premium SMS), είτε με την χρέωση να γίνεται με την αποστολή του γραπτού μηνύματος (mobile origination) είτε με τη χρέωση να γίνεται με τη λήψη/τερματισμό του μηνύματος (mobile termination), στους συνδρομητές της ΑΤΗΚ.»*

Η Επιτροπή στη συνεδρία της ημερομηνίας 30 Απριλίου 2012, εξέτασε το κείμενο της Έκθεσης Αιτιάσεων το οποίο τέθηκε ενώπιον της από την Πρόεδρο και μετά από διεξοδική συζήτηση αποφάσισε να το υιοθετήσει και να το εγκρίνει, αποφασίζοντας παράλληλα την κοινοποίηση του και ειδοποίηση των εμπλεκόμενων μερών.

Στις 9 Μαΐου 2012, κοινοποιήθηκε στην ΑΤΗΚ η Έκθεση Αιτιάσεων σε σχέση με την πιθανολογούμενη παράβαση του άρθρου 6(1)(β), ως ορίζεται στο άρθρο 45 του Νόμου, ενώ την ίδια ημέρα αντίγραφό της αποστάληκε στη Thunderworx. Στις 30/5/2012, η Thunderworx υπέβαλε στην Επιτροπή τις γραπτές της θέσεις επί της αιτίασης που διατυπώθηκε σε βάρος της ΑΤΗΚ και στις 13/6/2012, η ΑΤΗΚ υπέβαλε στην Επιτροπή τις γραπτές της θέσεις επί της αιτίασης που διατυπώθηκε σε βάρος της.

Αμφότερες πλευρές ανέπτυξαν περαιτέρω τις θέσεις του προφορικά κατά τη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας στις 26/6/2012.

Η Επιτροπή στη συνεδρία της ημερομηνίας 26/7/2012, αφού έλαβε υπόψη όλα τα ενώπιον της στοιχεία και δεδομένα, ομόφωνα κατέληξε ότι οι πράξεις και/ή παραλήψεις της ΑΤΗΚ στοιχειοθετούν παράβαση του άρθρου 6(1) (β) του Νόμου.

Η Επιτροπή, ενεργώντας με βάση το άρθρο 42(2) του Νόμου και προτού αποφασίσει επί της επιβολής διοικητικού προστίμου, με σχετική επιστολή της ημερομηνίας 10/8/2012 ενημέρωσε τη ΑΤΗΚ για την πρόθεσή της να επιβάλει διοικητικό πρόστιμο και για τους λόγους για τους οποίους προτίθεται να ενεργήσει τοιουτοτρόπως, παρέχοντας την ίδια ώρα δικαίωμα στην ΑΤΗΚ να υποβάλει παραστάσεις εντός της ανατρεπτικής προθεσμίας των 30 ημερών, επισημαίνοντας ότι το πλήρες αιτιολογημένο κείμενο της απόφασης της Επιτροπής θα της αποσταλεί αφού λάβει τις παρατηρήσεις ή θέσεις της ως προς την επιβολή διοικητικού προστίμου.

Η ΑΤΗΚ υπέβαλε παραστάσεις σε σχέση με την επιβολή προστίμου μέσω σχετικής επιστολής του δικηγόρου της ημερομηνίας 10/9/2012.

Η Επιτροπή εστίασε την προσοχή της στην αξιολόγηση των γεγονότων που συνθέτουν την υπόθεση, αφού 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 τα ουσιώδη γεγονότα που αφορούν την υπό εξέταση καταγγελία:

## **2. Εμπλεκόμενα Μέρη**

Η εταιρεία Thunderworx αποτελεί εταιρεία περιορισμένης ευθύνης, η οποία παρέχει υπηρεσίες ηλεκτρονικών επικοινωνιών και είναι θυγατρική εταιρεία του ομίλου εταιρειών Teledev East. Στον ίδιο όμιλο εταιρειών ανήκει η εταιρεία Primetel Plc, η οποία επίσης δραστηριοποιείται στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών. Κατά τη διάρκεια του 2005, η Primetel Plc αγόρασε το ενεργητικό και τις δραστηριότητες της Thunderworx Ltd ως μέρος αναδιοργάνωσης του ομίλου εταιρειών Teledev East. Ειδικότερα, το Διοικητικό Συμβούλιο της Primetel Plc αποφάσισε την έκδοση μετοχικού κεφαλαίου προς τη Thunderworx με αποτέλεσμα η Thunderworx να γίνει μεγαλομέτοχος της Primetel Plc.

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 απορρέουσα υποχρέωση να παρέχει δημόσια δίκτυα και υπηρεσίες ηλεκτρονικών επικοινωνιών σε όλη την επικράτεια της Κυπριακής Δημοκρατίας. Ως ένας κάθετα δραστηριοποιημένος οργανισμός παρέχει υπηρεσίες ηλεκτρονικών επικοινωνιών τόσο σε λιανικό όσο και σε χονδρικό επίπεδο. Σε λιανικό επίπεδο, η ΑΤΗΚ παρέχει, μεταξύ άλλων, υπηρεσίες σταθερής και κινητής τηλεφωνίας στους καταναλωτές. Επιπρόσθετα, παρέχει υπηρεσίες διαδικτύου και από το 2001 έχει αναπτύξει την ευρυζωνική υπηρεσία i-choice. Σε χονδρικό επίπεδο, η ΑΤΗΚ προσφέρει, μεταξύ άλλων, υπηρεσίες διασύνδεσης, αδεσμοποίητης πρόσβασης στο τοπικό βρόχο, συνεγκατάσταση, ευρυζωνικής πρόσβασης (Bitstream), κλπ.

## **3. Αντικείμενο της Καταγγελίας**

Η Επιτροπή, κατά την αξιολόγηση της παρούσας καταγγελίας, σημείωσε ότι η παρούσα υπόθεση αφορά τις διευκολύνσεις ή συνδέσεις που είναι απαραίτητες ώστε ένας εναλλακτικός πάροχος να είναι σε θέση να παρέχει υπηρεσίες Premium SMS στους τελικούς χρήστες (καταναλωτές). Συγκεκριμένα, για να μπορεί ένας ανεξάρτητος πάροχος να παρέχει την υπηρεσία Premium SMS σε τελικούς χρήστες, είτε απευθείας χρησιμοποιώντας δικό του περιεχόμενο, είτε διαμέσου του περιεχόμενου τρίτων (Megabet, Λέσχη Ιπποδρομιών, κ.ά.), θα πρέπει αφενός να διαθέτει το απαραίτητο λογισμικό πρόγραμμα και αφετέρου να έχει πρόσβαση στο κέντρο σύντομων γραπτών μηνυμάτων (SMSC) των παρόχων ηλεκτρονικών επικοινωνιών που κατέχουν δίκτυα κινητής τηλεφωνίας και που κατ' επέκταση παρέχουν υπηρεσίες κινητής τηλεφωνίας.



Στις 22 Μαρτίου 2002, η εταιρεία Thunderworx με επιστολή της προς την ΑΤΗΚ, την ενημέρωσε ότι είχε δοκιμαστεί με επιτυχία η σύνδεση μεταξύ της Thunderworx και του κέντρου γραπτών μηνυμάτων της ΑΤΗΚ (SMS) και πρότεινε στην ΑΤΗΚ συνεργασία με συγκεκριμένες προτάσεις για την παροχή διαφόρων υπηρεσιών.

Στις 26 Ιουνίου 2002, ο Διευθύνων Σύμβουλος της Thunderworx, σε συνάντηση που είχε με εκπροσώπους της ΑΤΗΚ στα γραφεία της ΑΤΗΚ, παρουσίασε τις νέες υπηρεσίες κινητής τεχνολογίας που είχαν αναπτυχθεί από την εταιρεία του. Ακολούθως, απέστειλε επιστολή προς την ΑΤΗΚ προτείνοντας συνεργασία με συγκεκριμένες προτάσεις για την προσφορά των οποίων ήταν αναγκαία η σύνδεση της στο κέντρο γραπτών μηνυμάτων της ΑΤΗΚ (SMS Center), ώστε να είναι σε θέση να προσφέρει υπηρεσίες υπερτιμημένων γραπτών μηνυμάτων στους συνδρομητές της ΑΤΗΚ, ενώ παράλληλα ζήτησε όπως της παραχωρηθούν τετραψήφιοι αριθμοί λήψης γραπτών μηνυμάτων.

Στις 26 Ιουλίου 2002, ο Διευθύνων Σύμβουλος της Thunderworx απέστειλε και πάλι στην ΑΤΗΚ υπενθύμιση των προτάσεων τις οποίες πρόβη η Thunderworx για σύνδεση με το κέντρο γραπτών μηνυμάτων της ΑΤΗΚ (SMS Center) και την παροχή τετραψήφιων αριθμών λήψης γραπτών μηνυμάτων τονίζοντας ότι δεν είχε λάβει απάντηση στις προτάσεις της<sup>1</sup>.

Στις 22 Απριλίου 2003, το Διοικητικό Συμβούλιο της ΑΤΗΚ ενέκρινε την εισαγωγή της υπηρεσίας γραπτών μηνυμάτων αξίας (Premium SMS) με τη δημιουργία Μοντέλου Ανεξάρτητου Παροχέα (ΜΑΠ,) με βάση κωδικούς αριθμούς με προκαθορισμένη χρέωση και την τοποθέτηση Μοντέλου Συνεργασίας με την πύλη κινητής επικοινωνίας Cybee.

Στις 23 Μαΐου 2003, εκπρόσωπος της Thunderworx, απέστειλε ηλεκτρονικό μήνυμα στην ΑΤΗΚ διερωτώμενη κατά πόσο υπάρχουν οποιαδήποτε νέα σε σχέση με την υπηρεσία Premium SMS: «...do you have any news regarding Premium SMS?». Λειτουργός της ΑΤΗΚ, απάντησε την ίδια ημέρα αναφέροντας τα εξής: «I'm afraid not! Sorry».

Ακολούθως, ο ίδιος εκπρόσωπος της Thunderworx στις 29 Μαΐου 2003, με ηλεκτρονικό μήνυμα ανέφερε στην ίδια Λειτουργό της ΑΤΗΚ τα ακόλουθα: « I would

---

<sup>1</sup> Επιστολή του κ. Ερμή Στεφάνου της Thunderworx προς Νίκο Τιμοθέου της ΑΤΗΚ, παραλήφθηκε από την Επιτροπή στις 15/12/2006.

*appreciate receiving in writing a definitive position on the issue of Premium SMS with tariff details as these have been presented to our own customers by Cybee employees, as well as technical and other information necessary for us to offer the Service»<sup>2</sup>. Εντός του ιδίου πνεύματος και περιεχομένου, η Thunderworx είχε αποστείλει και επιστολή προς τον τότε Γενικό Διευθυντή της ΑΤΗΚ ημερομηνίας 29/5/2003<sup>3</sup>.*

Αφού δεν έλαβε καμία απάντηση στο ηλεκτρονικό του μήνυμα και στην επιστολή του προς τον Γενικό Διευθυντή της ΑΤΗΚ, η Thunderworx επικοινωνήσε ξανά στις 6 Ιουνίου 2003 μέσω ηλεκτρονικό ταχυδρομείο με την ΑΤΗΚ, αναφέροντας: «*...I was wondering if your department will answer my previous email regarding the offering of Premium SMS services through Cybee at a time where no other company in Cyprus is able to do it.[..] I would greatly appreciate a preliminary written answer to such a serious issue (email would do fine).*»<sup>4</sup>. Στις 11 Ιουνίου 2003, η λειτουργός της ΑΤΗΚ απάντησε στον εκπρόσωπο της Thunderworx αναφέροντας ότι: «*I am hardly in my office these days. Please allow me until the middle of the week to provide you with a reply*»<sup>5</sup>.

Στις 26 Ιουνίου 2003, σε επικοινωνία που πραγματοποιήθηκε μεταξύ της ΑΤΗΚ και της Thunderworx, η ΑΤΗΚ ενημέρωσε τη Thunderworx ότι η εν λόγω υπηρεσία δεν είναι διαθέσιμη, αλλά προτίθεται να την προσφέρει στο μέλλον.

Η Thunderworx, με επιστολές στις 26 Ιουνίου 2003 και 3 Ιουλίου 2003, επανέλαβε το αίτημα της προς την ΑΤΗΚ, τονίζοντας ότι, σύμφωνα με τη νομοθεσία και το Υπόδειγμα Προσφοράς Διασύνδεσης που υποβλήθηκε από το γραφείο του Επιτρόπου Ρυθμίσεως Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών και Ταχυδρομείου (στο εξής «ΕΡΗΕΤ»), η ΑΤΗΚ έχει υποχρέωση να τερματίζει όλες τις κλήσεις προς αριθμούς σύντομων μηνυμάτων προστιθέμενης αξίας των άλλων παρόχων, με την ανάλογη χρέωση<sup>6</sup>.

Η ΑΤΗΚ, ανταποκρινόμενη στην επιστολή της Thunderworx, την ενημέρωσε για τη δυνατότητα της μεταξύ τους συνεργασίας για παροχή από τη Thunderworx της

---

<sup>2</sup>Απόσπασμα από ηλεκτρονική επιστολή ημερ. 29/5/2003 του κ. Άθου Κυριάκου της Thunderworx προς κα. Δανάη Νικολάου της ΑΤΗΚ, παραλήφθηκε από την Επιτροπή μαζί με την υποβολή της καταγγελίας.

<sup>3</sup>Η επιστολή παραλήφθηκε από την Επιτροπή μαζί με την υποβολή της καταγγελίας.

<sup>4</sup>Απόσπασμα από ηλεκτρονική επιστολή του κ. Άθου Κυριάκου της Thunderworx προς κα. Δανάη Νικολάου της ΑΤΗΚ, παραλήφθηκε από την Επιτροπή μαζί με την υποβολή της καταγγελίας.

<sup>5</sup>Η ηλεκτρονική επιστολή παραλήφθηκε από την Επιτροπή μαζί με την υποβολή της καταγγελίας.

<sup>6</sup>Επιστολές από κ. Άθω Κυριάκου και Ερμή Στεφάνου αντίστοιχα της Thunderworx προς ΑΤΗΚ που παραλήφθηκαν από την Επιτροπή στις 15/12/2006.

υπηρεσίας Premium SMS μέσω του μοντέλου της Cybee. Η πρόταση αυτή δεν ικανοποίησε τη Thunderworx, καθώς σύμφωνα με τη Thunderworx ,το μοντέλο αυτό απευθυνόταν σε παρόχους περιεχομένου και δεν ανταποκρινόταν στις απαιτήσεις του δικού της αιτήματος. Στις 18 Αυγούστου 2003, η Thunderworx με νέο ηλεκτρονικό της μήνυμα προς την ίδια λειτουργό της ΑΤΗΚ, για ακόμη μια φορά ζητούσε και πάλι πληροφορίες αναφορικά με το πότε η ΑΤΗΚ θα αρχίσει να προσφέρει υπηρεσίες Premium SMS στους ανεξάρτητους παρόχους. Ζήτησε επίσης να μάθει κατά πόσον υπήρχε κάποιο υπεύθυνο άτομο με το οποίο θα μπορούσε να επικοινωνήσει για το εν λόγω θέμα.

Στις 20 Αυγούστου 2003, λειτουργός της ΑΤΗΚ απάντησε στη Thunderworx, πληροφορώντας την ότι η ΑΤΗΚ έχει συστήσει ομάδα για τη δημιουργία της απαραίτητης υποδομής, η οποία θα άρχιζε εργασίες τον Σεπτέμβριο του 2003.

Στις 29 Σεπτεμβρίου 2003, εκπρόσωπος της ΑΤΗΚ επικοινωνήσε με την εν λόγω λειτουργό της ΑΤΗΚ μέσω και πάλι ηλεκτρονικού ταχυδρομείου ζητώντας να μάθει εάν υπήρχαν εξελίξεις για το θέμα των Premium SMS, καθώς και τις προτεινόμενες τιμές και διαμερισμούς μεριδίων. Ειδικότερα, με το ηλεκτρονικό του μήνυμα αναφέρει ότι έχει ενημερωθεί από άλλους φορείς για τις προτεινόμενους διαμερισμούς μεριδίων: «... *It is very annoying to say the least to find out about your proposed tariffs from customers in the field.*»

Στις 30 Σεπτεμβρίου 2003, η ίδια λειτουργός της ΑΤΗΚ πληροφόρησε τον εκπρόσωπο της Thunderworx ότι δυστυχώς δεν είναι σε θέση να του δώσει μια ημερομηνία έναρξης συνεργασίας και ότι θα τον ενημέρωνε μόλις θα γνώριζε. Σε σχέση με τις τιμές για τις οποίες είχε πληροφορηθεί από άλλους φορείς της αγοράς του ανέφερε ότι: «...*what is circulating in the market is the revenue share table for content offered under cybee. Christoforos would be happy to provide you with that if you wish.* »<sup>7</sup>

Στις 4 Μαΐου 2004, η Thunderworx με επιστολή της προς της ΑΤΗΚ ζήτησε για ακόμη μια φορά να ενημερωθεί κατά πόσο η ΑΤΗΚ προτίθεται να παρέχει την υπηρεσία των υπερτιμημένων σύντομων γραπτών μηνυμάτων ως εμπορικό προϊόν και στους υπόλοιπους παρόχους, όπως γίνεται στην περίπτωση της υπηρεσίας Cybee. Παράλληλα, την ίδια ημέρα, απέστειλε στον ΕΡΗΕΤ επιστολή με την οποία τον

---

<sup>7</sup>Παρ. 35-38 ανταλλαγή ηλεκτρονικών μηνυμάτων μεταξύ κ. Άθου Κυριάκου της Thunderworx και κα. Δανάης Νικολάου της ΑΤΗΚ που παραλήφθηκαν από την Επιτροπή μαζί με την υποβολή της καταγγελίας.

ενημέρωνε για τις πράξεις και παραλείψεις της ΑΤΗΚ, αιτούμενη την επίσημη θέση του επί του θέματος.

Στις 10 Οκτωβρίου 2004, η Thunderworx με επιστολή της ενημέρωσε την ΑΤΗΚ ότι απέκτησε αριθμούς υπηρεσιών του συστήματος σύντομων μηνυμάτων SMS και εξέφρασε για ακόμη μια φορά την επιθυμία της για σύναψη εμπορικής συμφωνίας για τον τερματισμό σύντομων μηνυμάτων από την ΑΤΗΚ, σε αριθμούς της Thunderworx και αντίστροφα.

Αφού η Thunderworx δεν έλαβε καμία απάντηση από την ΑΤΗΚ, την 1 Νοεμβρίου 2004 έστειλε εκ νέου επιστολή ζητώντας να ενημερωθεί για την πρόοδο του θέματος, χωρίς ωστόσο καμία ανταπόκριση. Ως εκ τούτου, στις 17 Δεκεμβρίου 2004 με επιστολή της προς την ΑΤΗΚ, η Thunderworx ζήτησε την επίσημη θέση της σε σχέση με τις καθυστερήσεις για την έναρξη διαπραγματεύσεων για σύναψη εμπορικής συμφωνίας.

Κατά την περίοδο 2003-2004, η ΑΤΗΚ προέβηκε σε ενέργειες για σύσταση μοντέλου Ανεξάρτητου Παρόχου, με το οποίο θα ήταν σε θέση όπως ισχυρίστηκε να παρέχει σε ανεξάρτητους παροχείς πρόσβαση στο κέντρο σύντομων μηνυμάτων της. Ειδικότερα, τον Φεβρουάριο του 2003 εκπονήθηκε εισηγητική πρόταση από αρμόδιους λειτουργούς της ΑΤΗΚ για σύσταση μοντέλου συνεργασίας ανεξάρτητου παρόχου, η οποία εγκρίθηκε από το Διοικητικό Συμβούλιο της ΑΤΗΚ τον Απρίλιο του 2003.

Σύμφωνα με την ΑΤΗΚ, τον Φεβρουάριο του 2004 διαπιστώθηκε η ανάγκη αναβάθμισης της τεχνικής υποδομής (SMS Gateway), ώστε να είναι σε θέση να προσφέρει την εν λόγω υπηρεσία προς τους ανεξάρτητους παροχείς. Τον Μάρτιο 2005 ολοκληρώθηκε το έργο αναβάθμισης της υποδομής και τον Απρίλιο 2005 ανακοινώθηκε στους ενδιαφερομένους η έναρξη της εμπορικής λειτουργίας του Μοντέλου Ανεξάρτητου Παρόχου.

Στις 31 Μαρτίου 2005, με επιστολή της προς τη Thunderworx, η ΑΤΗΚ την ενημέρωσε για την έναρξη της εμπορικής διάθεσης της υπηρεσίας Premium SMS, καλώντας παράλληλα όλους τους ενδιαφερόμενους να επικοινωνήσουν με εκπροσώπους της για περαιτέρω συζήτηση του θέματος.

Εντός του Μαΐου 2005, έλαβαν χώρα συζητήσεις μεταξύ της εταιρείας Thunderworx και της ΑΤΗΚ σχετικά με τα ποσοστά καταμερισμού εσόδων, και αργότερα για τα μερίδια ανά κατηγορία και τους τρόπους διασύνδεσης. Αφού ολοκληρώθηκαν οι δοκιμές, η Thunderworx μετά από την υπογραφή σχετικής Συμφωνίας την 1<sup>η</sup> Ιουνίου

2005, συνδέθηκε με το κέντρο μηνυμάτων και έκτοτε είναι σε θέση να προσφέρει υπηρεσίες υπερτιμημένων μηνυμάτων η χρέωση των οποίων να γίνεται με την έναρξη του μηνύματος (mobile origination).

#### **4. Προκαταρκτικά Ζητήματα**

Προτού η Επιτροπή εστιάσει την προσοχή της στην καταγγελία αυτή καθεαυτή, θεωρεί επιβεβλημένη την εκ προοιμίου εξέταση των προκαταρκτικών ζητημάτων που εγέρθηκαν από το δικηγόρο της ΑΤΗΚ, τόσο γραπτά όσο και προφορικά.

Συγκεκριμένα, ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ υποστήριξε ότι έχουν παρέλθει πέντε χρόνια από την ημερομηνία υποβολής της καταγγελίας και συνεπώς, με βάση το άρθρο 41 του Νόμου, η Επιτροπή δεν δύναται να προχωρήσει με την επιβολή διοικητικού προστίμου. Επίσης, υποστήριξε ότι, ενώ η ΑΤΗΚ κατηγορείται ότι καθυστέρησε τρία χρόνια να παρέχει την αιτούμενη υπηρεσία, η ίδια η Επιτροπή έχει καθυστερήσει επτά χρόνια για την εξέταση της καταγγελίας.

Από την πλευρά του ο δικηγόρος της Thunderworx, στα πλαίσια της ακροαματικής διαδικασίας, δήλωσε ότι η Επιτροπή δεν καθυστέρησε από μόνη της, αναφέροντας τα εξής: «*Η ΕΠΑ ανατράπηκε δύο φορές, πρώτα με την απόφαση της ολομέλειας σε σχέση με τη συμμετοχή του κυρίου Ευσταθίου, με αποτέλεσμα οι αποφάσεις μέχρι το 2008 να κριθούν άκυρες, και μετά στην απόφαση EχxonMobil, όταν και πάλι ανατράπηκε όχι μόνο μία απόφαση, αλλά η Επιτροπή ως συλλογικό όργανο. Και κάθε φορά δεν ήταν μόνο θέμα επανεξέτασης, αλλά ήταν θέμα διάλυσης της Επιτροπής και επανασύνθεσης της. Κάτι το οποίο επαφίεται στο Υπουργικό Συμβούλιο.*»

Σε ό,τι αφορά τις πρόνοιες του άρθρου 41 του Νόμου και την πάροδο των πέντε ετών, ο δικηγόρος της Thunderworx παρέπεμψε την Επιτροπή στον άρθρο 25(3) του Ευρωπαϊκού Κανονισμού (ΕΚ) αρ. 1/2003 του Συμβουλίου, της 16ης Δεκεμβρίου 2002, για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού που προβλέπονται στα άρθρα 101 και 102 της Συνθήκης (στο εξής ο «Ευρωπαϊκός Κανονισμός 1/2003»),<sup>8</sup> το οποίο σύμφωνα με το άρθρο 50 του Νόμου, εν απουσία ρύθμισης, εφαρμόζεται επιτακτικά κατ' αναλογία και το οποίο προβλέπει τα εξής:

*«Any action taken by the Commission or by the competition authority of a Member State for the purpose of the investigation or proceedings in respect of an infringement shall interrupt the limitation period for the imposition of fines or periodical penalties.*

<sup>8</sup>Επίσημη Εφημερίδα αριθ. L 001 της 04/01/2003 σ. 0001 – 0025.

*The limitation period shall be interrupted with the effect from the date on which the action is notified to at least one undertaking or association of undertakings which has participated in the infringement. Actions which interrupt the running of the period shall include in particular the following:*

[...]

*(c) the initiation of proceedings by the Commission or by the competition authority of a Member State,*

*(d) notification of the statement of the objection of the Commission or of the competition authority of a Member State.»*

Ο δικηγόρος της Thunderworx υποστήριξε ότι το εδάφιο 3 του άρθρου 25 του Ευρωπαϊκού Κανονισμού αρ. 1/2003 αναφέρει ότι η περίοδος παραγραφής, ήτοι τα πέντε χρόνια, διακόπτονται με διάφορα γεγονότα και ένα από αυτά είναι το μέτρο που λαμβάνει η Επιτροπή, όπως είναι για παράδειγμα η επανεξέταση και ο καταρτισμός Έκθεσης Αιτιάσεων. Επομένως, υποστήριξε, με βάση τον Ευρωπαϊκό Κανονισμό αρ. 1/2003, από τη στιγμή που η Επιτροπή εξέδωσε το 2012 Έκθεση Αιτιάσεων, αυτό πρέπει να ληφθεί υπόψη, αφού με τούτο υπάρχει διακοπή της περιόδου παραγραφής.

Επιπρόσθετα, ο δικηγόρος της Thunderworx παρέπεμψε την Επιτροπή στο εδάφιο 6 του ίδιου άρθρου του Ευρωπαϊκού Κανονισμού (ΕΚ) αρ. 1/2003, το οποίο προβλέπει τα εξής:

*«The limitation period for the imposition of fines or periodical penalties shall be suspended for so long as the decision the Commission is the subject of proceedings pending before the Court of Justice».*

Σε σχέση με τα όσα υποστήριξε ο δικηγόρος της Thunderworx, ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ, υποστήριξε ότι η παρούσα διαδικασία δεν αφορά επανεξέταση, καθότι οι λόγοι ακύρωσης της απόφασης της Επιτροπής αφορούσαν τη μη νόμιμη συγκρότηση του οργάνου. Πρόσθεσε δε ότι η πρώτη εξέταση έγινε από μη νόμιμα συγκροτημένο όργανο. Το γεγονός αυτό συνιστά, ως υποστήριξε, «ανυπαρξία της Επιτροπής», οπότε δεν υπήρχε εξέταση.

Η Επιτροπή, προτού προχωρήσει να εξετάσει το θέμα της παραγραφής, κρίνει αναγκαίο και υπό τις περιστάσεις επιβεβλημένο να τοποθετηθεί επί της

εκφρασθείσας θέσης του δικηγόρου της ΑΤΗΚ περί «της ανυπαρξίας της Επιτροπής» ως οι ανωτέρω ισχυρισμοί του.

Η ενώπιον της Επιτροπής διαδικασία είχε ξεκινήσει στις 12 Σεπτεμβρίου 2005, όταν δόθηκαν οδηγίες στην Υπηρεσία να προχωρήσει στην δέουσα προκαταρκτική έρευνα της καταγγελίας και ολοκληρώθηκε στις 27 Νοεμβρίου 2008 όπου και εκδόθηκε η απόφαση με αρ. 132/2008. Εν τω μεταξύ στις 11 Ιανουαρίου 2008, η Επιτροπή υπό την τότε σύνθεσή της είχε ανακαλέσει την απόφαση ημερομηνίας 12 Σεπτεμβρίου 2005 συμμορφούμενη με την απόφαση του Ανωτάτου Δικαστηρίου στην Α.Ε.3902 όπου κρίθηκε ότι η συγκρότηση της Επιτροπής δεν ήταν νόμιμη καθότι σε αυτή συμμετείχε ως μέλος της άτομο το οποίο διετέλεσε δημοτικό σύμβουλος. Ως εκ τούτου μετά την ανάκληση η τότε Επιτροπή προχώρησε και εξέτασε την υπόθεση εξ' ύπαρξης με βάση το υφιστάμενο κατά το χρόνο λήψης της ανακαλούμενης απόφασης πραγματικό και νομικό καθεστώς συμμορφούμενη με τις επιταγές των Γενικών Αρχών Διοικητικού Δικαίου Νόμου του 1999. Πρέπει να σημειωθεί ότι η προσφυγή υπ' αριθμό 1/2003 την οποία καταχώρησε η ΑΤΗΚ στις 2/1/2009 εναντίον της απόφασης της Επιτροπής απορρίφθηκε από το Ανώτατο Δικαστήριο στις 18/2/2011, επικυρώνοντας την απόφαση της Επιτροπής. Καθ' όλη τη διάρκεια της έρευνας μέχρι και την έκδοση της απόφασης αρ.132/2008, η Επιτροπή υπό την τότε συγκρότηση και σύνθεση της λειτουργούσε ως ένα de facto διοικητικό. Όταν η ΑΤΗΚ καταχώρησε την Αναθεωρητική Έφεση με αρ. 39/2011 και υπό το φως της απόφασης του Ανωτάτου Δικαστηρίου στις Προσφυγές με αρ. 1544/09, 1545/09, 1596/09 και 1601/09, με την οποία είχε κριθεί ότι η Επιτροπή υπό την τότε σύνθεση της δεν ήταν νόμιμη, η Νομική Υπηρεσία αποδέχτηκε στις 12/9/2011 ακύρωση της απόφασης της Επιτροπής. Ως αποτέλεσμα τούτου η υπό τη σημερινή σύνθεση και συγκρότηση Επιτροπή, ως όφειλε ως διοικητικό όργανο, προέβηκε σε επανεξέταση της καταγγελίας στη βάση των Αρχών που ο Νόμος 158(Ι)/1999 επιτάσσει.

Επί τούτου, η Επιτροπή καθοδηγήθηκε από τις σχετικές πρόνοιες του Γενικών Αρχών του Διοικητικού Δικαίου Νόμου του 1999 (Ν. 158(Ι)/1999) ο οποίος στα άρθρα 57, 58 και 59 ορίζει τα εξής:

*«57. Έπειτα από ακυρωτική απόφαση η πράξη εξαφανίζεται και η διοίκηση υποχρεούται να επαναφέρει τα πράγματα στη θέση στην οποία βρίσκονταν πριν από την έκδοση της πράξης που ακυρώθηκε.*

58. Κατά την επανεξέταση πράξης της που έχει ακυρωθεί, η διοίκηση οφείλει να λάβει υπόψη το πραγματικό και νομικό καθεστώς που ίσχυε κατά τον χρόνο που εκδόθηκε η σχετική απόφασή της.

[..]

59(2). Κατά την επανεξέταση, η διοίκηση δεσμεύεται από το διατακτικό της δικαστικής απόφασης και από τις διαπιστώσεις του Δικαστηρίου για την ύπαρξη ορισμένων νομικών και πραγματικών καταστάσεων που υφίσταντο κατά το χρόνο της έκδοσης της πράξης στις οποίες στηρίχτηκε το διατακτικό της απόφασης.»

Σε σχέση με το όλο ζήτημα, η Επιτροπή καταγράφει τα πιο κάτω αποσπάσματα από το σύγγραμμα του κ. Ν. Χαραλάμπους, τα οποία δεικνύουν τις υποχρεώσεις της Επιτροπής σε σχέση με ακυρωτικές αποφάσεις του Ανωτάτου Δικαστηρίου:

*«Η διοίκηση υποχρεούται σε πλήρη και ενεργό συμμόρφωση προς τις αποφάσεις του Ανωτάτου Δικαστηρίου που εκδίδονται κατά την άσκηση της προβλεπόμενης από το Άρθρο 146 δικαιοδοσίας του.*

*Η δυστροπία της διοίκησης να συμμορφώνεται στις ακυρωτικές αποφάσεις του Ανωτάτου Δικαστηρίου υποσκάπτει ανεπανόρθωτα το θεσμό του δικαστικού ελέγχου της διοίκησης, θεσμό που αποτελεί το ύστατο και σίγουρο καταφύγιο των αδικουμένων από τη διοίκηση σε ένα Κράτος Δικαίου. Τέτοια συμπεριφορά υποκρύπτει ένα επικίνδυνο δεσποτισμό της διοίκησης, ασυμβίβαστο προς κάθε έννοια νομιμότητας.*

*Οι υποχρεώσεις της διοίκησης, μετά από μια ακυρωτική απόφαση του Ανωτάτου Δικαστηρίου, συνίστανται πρώτα, στην αποκατάσταση των πραγμάτων στη θέση που ήταν πριν από την έκδοση της ακυρωθείσας απόφασης της και, στη συνέχεια, στην επανεξέταση της ακυρωθείσας απόφασης της με πλήρη συμμόρφωση προς το δεδουλευμένο της ακυρωτικής απόφασης του Δικαστηρίου.*

*Οι αποφάσεις του Ανωτάτου Δικαστηρίου, τόσο αυτές που απαγγέλλουν την ακύρωση μιας διοικητικής πράξης όσο και αυτές που απορρίπτουν μια Προσφυγή, έχουν δύναμη δεδουλευμένου.*

*Η ακυρωτική απόφαση δημιουργεί απόλυτο δεδουλευμένο και ισχύει έναντι πάντων (erga omnes), έστω και αν δεν μετείχαν στη δίκη.*



*Η διοίκηση υποχρεούται να εξαφανίσει τα αποτελέσματα τα οποία προέκυψαν από την εκτέλεση της ακυρωθείσας πράξης της. Για το σκοπό αυτό η διοίκηση υποχρεούται να ανακαλέσει όχι μόνο την ακυρωθείσα πράξη της αλλά και κάθε μεταγενέστερη πράξη της, που αποτελούσε «πράξη- συνέπεια» της ακυρωθείσας πράξης και η έκδοσή της είχε ως προϋπόθεση την ακυρωθείσα ή βασίστηκε πάνω στην ακυρωθείσα.»<sup>9</sup>*

Στην προκειμένη περίπτωση, η Επιτροπή, ως αποτέλεσμα της σχετικής απόφασης του Ανωτάτου Δικαστηρίου στις προσφυγές με αρ. 1544/09, 1545/09, 1596/09 και 1601/09, πλήρως συμμορφωμένη από τις επιταγές που η νομοθεσία επιτάσσει προχώρησε σε επανεξέταση της καταγγελίας και προς τούτο, προέβηκε σε ανάκληση της απόφασης της για τη διεξαγωγή της δέουσας προκαταρκτικής έρευνας της καταγγελίας από την Υπηρεσία. Σε ό,τι αφορά την ανάκληση διοικητικής πράξης ή ακύρωση διοικητικής πράξης, η Επιτροπή σημειώνει ότι:

*«Ανάκληση είναι η διοικητική πράξη με την οποία αίρεται η ισχύς, για το μέλλον ή αναδρομικώς, μιας άλλης διοικητικής πράξεως.»<sup>10</sup>*

*«Έπειτα από ακυρωτική πράξη η πράξη εξαφανίζεται και η διοίκηση υποχρεούται να επαναφέρει τα πράγματα στη θέση στην οποία βρίσκονταν πριν από την έκδοση της πράξης που ακυρώθηκε.»<sup>11</sup>*

Ως διαφαίνεται από τα πιο πάνω, τόσο η ανάκληση διοικητικής πράξης όσο και η ακύρωση διοικητικής πράξης και τα έννομα αποτελέσματα που αυτές επιφέρουν, αφορούν τη διοικητική πράξη την ίδια και όχι την ύπαρξη ή όχι του διοικητικού οργάνου.

Αποτελεί υποχρέωση της Επιτροπής, ως διοικητικό όργανο, η ενεργός συμμόρφωση της προς τις αποφάσεις του Ανωτάτου Δικαστηρίου και ως εκ τούτου, η Επιτροπή προς συμμόρφωση με τις αποφάσεις του Ανωτάτου Δικαστηρίου, στην πρώτη περίπτωση ανακάλεσε προηγούμενη απόφαση της Επιτροπής σε σχέση με τη διεξαγωγή έρευνας, υπό προηγούμενη σύνθεσή της, και αποφάσισε την εξ' ύπαρξης έρευνας αυτής, και στη δεύτερη περίπτωση συμμορφώθηκε ενεργά και πλήρως με την ακυρωτική απόφαση του Ανωτάτου Δικαστηρίου. Συνακόλουθα, η Επιτροπή απορρίπτει τον ισχυρισμό της ΑΤΗΚ ότι η παρούσα διαδικασία δεν συνιστά επανεξέταση της καταγγελίας.

<sup>9</sup>Νίκος Χρ. Χαράλαμπος, Η Δράση και ο Έλεγχος της Δημόσιας Διοίκησης, Λευκωσία 2004, 370-386.

<sup>10</sup>Π.Δ. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2004, 5<sup>η</sup> έκδοση, σελ. 371.

<sup>11</sup>Άρθρο 57 Νόμος 158(Ι)/1999.

Σε ό,τι αφορά το ζήτημα του κατά πόσο έχουν παρέλθει τα πέντε έτη, η Επιτροπή σημειώνει ότι το άρθρο 41 του Νόμου, ορίζει τα εξής:

«41.-(1) Η Επιτροπή αποστερείται της εξουσίας προς επιβολή διοικητικών προστίμων για παραβάσεις των διατάξεων του παρόντος Νόμου και/ή του κοινοτικού δικαίου του ανταγωνισμού, εάν δεν ασκήσει την εξουσία αυτή μέσα στις ακόλουθες προθεσμίες:

(α) μέσα σε προθεσμία τριών ετών, προκειμένου περί παραβάσεων διατάξεων αναφορικά με τις αιτήσεις παροχής πληροφοριών ή τη διενέργεια ελέγχων,

(β) μέσα σε προθεσμία πέντε ετών, προκειμένου περί των υπολοίπων παραβάσεων.

(2) Η προθεσμία προσμετρείται από την ημέρα που συντελέστηκε η παράβαση, σε περίπτωση δε κατ' εξακολούθηση ή κατ' επανάληψη παράβασης από την ημέρα που τερματίστηκε η παράβαση.

(3) Η προθεσμία διακόπτεται με την κίνηση διαδικασίας εξέτασης από την Επιτροπή κατά τα οριζόμενα στο εδάφιο (1) του άρθρου 17.»

Το άρθρο 41 του Νόμου αφορά αποκλειστικά τις προθεσμίες για επιβολή προστίμων από την Επιτροπή. Το άρθρο 41(1) του Νόμου αναφέρει ότι η Επιτροπή δύναται να ασκήσει την εξουσία της για επιβολή προστίμου μέσα σε προθεσμία πέντε ετών προκειμένου, μεταξύ άλλων, περί παραβάσεων των άρθρων 3 και/ή 6 του Νόμου.

Επισημαίνεται ότι, σύμφωνα με το εδάφιο (2) του άρθρου 41, η προθεσμία προσμετρείται, σε περίπτωση κατ' εξακολούθηση ή κατ' επανάληψη παράβασης, από την ημέρα που τερματίστηκε η παράβαση. Σχετικές είναι οι αποφάσεις στις υποθέσεις **Toltecs/Dorcet**<sup>12</sup> και **S A Hercules Chemicals NV κατά Επιτροπής**<sup>13</sup>, σύμφωνα με τις οποίες η κατ' εξακολούθηση/κατ' επανάληψη παράβαση παύει μόνο όταν η συμφωνία ή οι περιοριστικοί όροι καταργούνται.

Σε ό,τι αφορά το θέμα της προθεσμίας που θέτει το άρθρο 41 του Νόμου, η Επιτροπή υπογραμμίζει ότι το εν λόγω άρθρο υπό τον πλαγιότυπο «προθεσμία επιβολής διοικητικών προστίμων από την Επιτροπή», αναφέρεται και αφορά εξ' ολοκλήρου τις διαδικασίες που πρέπει να ακολουθεί η Επιτροπή κατά την άσκηση των εξουσιών της δυνάμει του Νόμου. Το εν λόγω άρθρο αναφέρεται, επίσης, σε

<sup>12</sup>82/897/ΕΟΚ: Απόφαση της Επιτροπής της 15ης Δεκεμβρίου 1982 περί της διαδικασίας σύμφωνα με το άρθρο 85 της συνθήκης ΕΟΚ (IV/C30. 128 Toltecs Dorcet) *Επίσημη Εφημερίδα αριθ. L 379 της 31/12/1982 σ. 0019 – 0029*, παρ. 28.

<sup>13</sup>Υπόθεση T-7/89, Απόφαση του Πρωτοδικείου (Πρώτο Τμήμα) της 17ης Δεκεμβρίου 1991. - SA Hercules Chemicals NV κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, *Συλλογή της Νομολογίας του Δικαστηρίου 1991 σελίδα II-01711, παρ. 310.*

διακοπή της προθεσμίας σε περίπτωση κίνησης διαδικασίας στη βάση του άρθρου 17(1) χωρίς να λαμβάνει υπόψη τις υποχρεώσεις της Επιτροπής ως διοικητικό όργανο, ανακαλεί διοικητικές πράξεις οι οποίες λήφθηκαν από μη νόμιμα συγκροτημένο διοικητικό όργανο.

Εν απουσία ρητής ρύθμισης του συγκεκριμένου ζητήματος από το άρθρο 41 του Νόμου, η Επιτροπή εφαρμόζει κατ' αναλογία το κοινοτικό δίκαιο του ανταγωνισμού στη βάση του άρθρου 50 του Νόμου, το οποίο αναφέρει:

*«50. Σε περίπτωση που ο παρών Νόμος ή οι κανονισμοί ή τα διατάγματα που εκδίδονται δυνάμει αυτού δεν ρυθμίζουν ρητώς κάποιο θέμα, το Δικαστήριο ή η Επιτροπή, ανάλογα με την περίπτωση, εφαρμόζει κατ' αναλογία τις σχετικές διατάξεις του κοινοτικού δικαίου του ανταγωνισμού.»*

Η σχετική πρόνοια, η οποία αφορά προθεσμίες που τίθενται στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή, είναι το άρθρο 25 του Ευρωπαϊκού Κανονισμού αρ. 1/2003, σύμφωνα με το οποίο:

*«5. Η παραγραφή αρχίζει εκ νέου μετά από κάθε διακοπή. Ωστόσο, η παραγραφή επέρχεται το αργότερο την ημέρα παρέλευσης προθεσμίας ίσης με το διπλάσιο της προθεσμίας παραγραφής, υπό την προϋπόθεση ότι η Επιτροπή δεν έχει επιβάλει πρόστιμο ή χρηματική ποινή. Η προθεσμία αυτή παρατείνεται κατά χρονικό διάστημα ίσο με το χρόνο αναστολής της παραγραφής κατά τα προβλεπόμενα στην παράγραφο.*

*6. Η παραγραφή που ισχύει για την επιβολή προστίμων και χρηματικών ποινών αναστέλλεται για όσο καιρό η απόφαση της Επιτροπής αποτελεί αντικείμενο εκκρεμούσας διαδικασίας ενώπιον του Δικαστηρίου.» (δική μας η υπογράμμιση)*

Σε σχέση με τα πιο πάνω, η Επιτροπή υπογραμμίζει το πιο κάτω απόσπασμα από το σύγγραμμα των Ritter και Braun:

*«...unless during that period the Commission or the national competition authority (not only on the Commission's behalf but also independently) has taken formal steps to investigate or prosecute the infringement. In this case, the limitation period is extended for a further five years from each such step, up to a maximum total period of ten years after the violation was committed or ceased. However, the period may not be extended by a request for information the sole purpose of which is to prolong the period artificially. If a decision is taken within the relevant limitation period and is*

appealed, however, the limitation period is interrupted by the appeal and continues to run after judgment on the appeal is delivered, even if the total period then exceeds ten years. The formal steps commencing the investigation which start the limitation period running afresh include the service of discovery requests or orders, investigation warrants or orders, or statements of objections, and the commencement of formal proceedings. [...]<sup>14</sup> (δική μας η υπογράμμιση)

Αναφορικά με την αναστολή της παραγραφής που ισχύει για όσο καιρό η απόφαση της Επιτροπής αποτελεί αντικείμενο εκκρεμούσας διαδικασίας ενώπιον του Δικαστηρίου, η Επιτροπή έκρινε ως καθοδηγητικές την απόφαση PVCII<sup>15</sup>, όπου αναφέρθηκε ο σκοπός για τον οποίο υπάρχει σήμερα στον Ευρωπαϊκό Κανονισμό αρ. 1/2003, η διάταξη 6 του άρθρου 25, κάτι για το οποίο δεν προνοεί ο Νόμος:

*«Στην πραγματικότητα, ο ίδιος ο σκοπός του άρθρου αυτού είναι να καθιστά δυνατή την αναστολή της παραγραφής όταν η Επιτροπή κωλύεται να επέμβει για έναν αντικειμενικό λόγο για τον οποίο δεν ευθύνεται και ο οποίος συνίσταται ακριβώς στο ότι εκκρεμεί προσφυγή. Πράγματι, μια απόφαση της Επιτροπής περί επιβολής προστίμου δεν μπορεί να θεωρηθεί οριστική εφόσον τρέχει ακόμα η εκ του νόμου προθεσμία ασκήσεως προσφυγής κατά της αποφάσεως αυτής ή, ενδεχομένως, επί όσο χρονικό διάστημα εκκρεμεί η προσφυγή· με τη λήξη αυτής της διαδικασίας προσφυγής, σε περίπτωση ακυρώσεως, η Επιτροπή μπορεί να κληθεί να εκδώσει νέα απόφαση. Συναφώς, πρέπει να υπογραμμιστεί ότι τα άρθρο 2 του κανονισμού, που αφορά τη διακοπή, και το άρθρο 3, που αφορά την αναστολή, επιδιώκουν διαφορετικούς σκοπούς. Ενώ σκοπός του πρώτου είναι η συναγωγή των συνεπειών της εκδόσεως, από την Επιτροπή, πράξεων για την έρευνα της υποθέσεως και την κίνηση διώξεως, το δεύτερο αποσκοπεί στην αντιμετώπιση της καταστάσεως κατά την οποία η Επιτροπή κωλύεται να ενεργήσει.»*<sup>16</sup>

Σχετικά με την αναστολή της παραγραφής, στην ίδια υπόθεση αναφέρεται:

<sup>14</sup>L. Ritter &W.D.Braun, European Competition Law: A Practitioner's Guide (2005), Kluwer Law International, 3<sup>rd</sup> Ed, σελ. 1124

<sup>15</sup>Απόφαση του Πρωτοδικείου (τρίτο πενταμελές τμήμα) της 20<sup>ης</sup> Απριλίου 1999. - Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Elf Atochem SA, BASF AG, Shell International Chemical Company Ltd, DSM NV et DSM Kunststoffen BV, Wacker-Chemie GmbH, Hoechst AG, Sociéteartésienne de vinyle, Montedison SpA, Imperial Chemical Industries plc, Hüls AG και Enichem SpA κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων. Συνεκδικασθείσες υποθέσεις T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 έως T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 και T-335/94, Συλλογή της Νομολογίας του Δικαστηρίου 1999 σελίδα II-00931.

<sup>16</sup>Ibid. παρ. 1098

*«Οι προσφεύγουσες δεν μπορούν λυσιτελώς να υποστηρίξουν ότι, εφόσον η απόφαση του 1988 ακυρώθηκε λόγω παραβάσεως ουσιώδους τύπου καταλογιστέας στην Επιτροπή, οι προσφυγές που ασκήθηκαν κατά της αποφάσεως αυτής δεν ανέστειλαν την παραγραφή.*

*Πράγματι, το άρθρο 3 του κανονισμού, σύμφωνα με το οποίο η παραγραφή αναστέλλεται επί όσον χρόνο διαρκεί η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου, έχει έννοια μόνον αν η απόφαση που διαπιστώνει παράβαση και επιβάλλει πρόστιμο, και η οποία αποτελεί το αντικείμενο της προσφυγής, ακυρωθεί. Όμως, όπως παρατήρησε η Επιτροπή, κάθε ακύρωση πράξεως που έχει εκδώσει η ίδια είναι αναγκαστικά καταλογιστέα σ' αυτήν, υπό την έννοια ότι υποδηλώνει ένα σφάλμα εκ μέρους της. Συνεπώς, ο ισχυρισμός των προσφυγουσών ότι η προσφυγή δεν έχει ανασταλτικό της παραγραφής αποτέλεσμα αν καταλήξει στην αναγνώριση σφάλματος καταλογιστέου στην Επιτροπή καθιστά άνευ αντικειμένου το άρθρο 3 του κανονισμού. Ακριβώς το γεγονός ότι μια προσφυγή εκκρεμεί ενώπιον του Πρωτοδικείου ή του Δικαστηρίου είναι εκείνο που δικαιολογεί την αναστολή, και όχι οι κρίσεις στις οποίες καταλήγουν τα δικαιοδοτικά αυτά όργανα με την απόφασή τους.»<sup>17</sup>*

Για να καθοριστεί κατά πόσο η εν λόγω προθεσμία έχει παρέλθει, πρέπει να γίνει μία αναδρομή τόσο στα γεγονότα που συνιστούν την παράβαση όσο και στη διαδικασία ενώπιον την Επιτροπής.

Η Επιτροπή σημειώνει ότι η πιθανολογούμενη παράβαση αποτελούσε κατ' επανάληψη παράβαση εφόσον από τις 26 Ιουνίου 2002 η Thunderworx σε συνάντηση που είχε με εκπροσώπους της ΑΤΗΚ στα γραφεία της ΑΤΗΚ, πρότεινε συνεργασία με συγκεκριμένες προτάσεις για την προσφορά των οποίων ήταν αναγκαία η σύνδεση της στο κέντρο γραπτών μηνυμάτων της ΑΤΗΚ (SMS Center), μέχρι την 1<sup>η</sup> Ιουνίου του 2005, οπότε και υπογράφηκε Συμφωνία μεταξύ της Thunderworx και της ΑΤΗΚ για την παροχή υπερτιμημένων μηνυμάτων, η χρέωση των οποίων να γίνεται με την έναρξη του μηνύματος (mobile origination). Ως εκ τούτου, η προθεσμία παραγραφής ορίζεται στο άρθρο 41 του Νόμου, άρχισε να προσμετρείται από την 1<sup>η</sup> Ιουνίου του 2005, οπότεν έληξε η πιθανολογούμενη παράβαση με την ανακοίνωση της ΑΤΗΚ για έναρξη της εμπορικής διάθεσης της υπηρεσίας (Premium SMS).

---

<sup>17</sup>Ibid. Παρ. 1099-1100.

Η Επιτροπή σημειώνει επίσης ότι, σύμφωνα με το εδάφιο (3) του άρθρου 41, η προθεσμία διακόπτεται με την κίνηση διαδικασίας εξέτασης από την Επιτροπή κατά τα οριζόμενα στο εδάφιο (1) του άρθρου 17, ήτοι κατά την κίνηση διαδικασίας εξέτασης μιας παράβασης. Εν προκειμένω, σημειώνεται ότι η Επιτροπή, υπό προηγούμενες συνθέσεις της, αποφάσισε την κίνηση διαδικασίας στη βάση του άρθρου 17(1) του Νόμου κατά τις συνεδρίες της με ημερομηνίες 25 Μαΐου 2007 και 1 Ιουλίου 2008. Σημειώνεται ότι η απόφαση της Επιτροπής ημερομηνίας 25 Μαΐου 2007 ανακλήθηκε ως αποτέλεσμα της απόφασης του Ανωτάτου Δικαστηρίου στην απόφαση ΑΤΗΚ ν Δημοκρατίας, σύμφωνα με την οποία η προηγούμενη συγκρότηση της Επιτροπής έπασχε. Η διαδικασία επανεξέτασης που ακολουθήθηκε μετά από την απόφαση ημερομηνίας 1 Ιουλίου 2008 οδήγησε σε απόφαση επιβολής προστίμου από την Επιτροπή ημερομηνίας 27 Νοεμβρίου 2008, η οποία όμως ακυρώθηκε στα πλαίσια της Αναθεωρητικής Έφεσης αρ. 39/2011, λόγω της απόφασης του Ανωτάτου Δικαστηρίου ημερομηνίας 25 Μαΐου 2011, στις Προσφυγές με αρ. 1544/09, 1545/09, 1596/09 και 1601/09 (Εχxon Mobil Cyprus Ltd κ.ά. και Επιτροπής Προστασίας Ανταγωνισμού), σύμφωνα με την οποία η συγκρότηση της Επιτροπής ήταν παράνομη.

Η Επιτροπή, υπό την παρούσα σύνθεση της, προχώρησε στην ανάκληση της απόφασης της με ημερομηνία 1 Ιουλίου 2008 σε συνεδρία της με ημερομηνίας 14 Φεβρουαρίου 2012, κοινοποιώντας αυτή της την απόφαση στα εμπλεκόμενα μέρη με σχετικές επιστολές ημερομηνίας 20 Φεβρουαρίου 2012. Η Επιτροπή ακολούθως αποφάσισε όπως κινήσει διαδικασία για παράβαση του άρθρου 6 του Νόμου στη βάση του άρθρου 17(1) του Νόμου, σε συνεδρία της με ημερομηνία 30 Μαρτίου 2012.

Εφαρμόζοντας κατ' αναλογία τα πιο πάνω, η Επιτροπή καταλήγει ως ακολούθως:

Ημερομηνία	Διαδικασία	Προθεσμίες
6/4/2004	Υποβολή καταγγελίας	
1 <sup>η</sup> Ιουνίου 2005	Τερματισμός Παράβασης	Έναρξη προθεσμίας
11/1/2008	Ανάκληση απόφασης λόγω απόφασης Α.Δ. <u>ΑΤΗΚ ν Δημοκρατία</u>	
1/7/2008 (Ημερομηνία κοινοποίησης-	Απόφαση για κίνηση διαδικασίας – άρθρο 17(1)	Διακοπή Προθεσμίας

23/11/2007)		
Ημερομηνία καταχώρησης προσφυγής 2/1/2009	Καταχώρηση Προσφυγής Αρ. 1/2009 από ΑΤΗΚ	Αναστολή προθεσμίας – Διαδικασία ενώπιον δικαστηρίου
18/2/2011	Απόφαση Ανωτάτου Δικαστηρίου απορρίπτοντας προσφυγή αρ. 1/2009	
Ημερομηνία καταχώρησης της αναθεωρητικής έφεσης 12/4/2011	Καταχώρηση Αναθεωρητικής Έφεσης από την ΑΤΗΚ. Α.Ε. 39/2011	Αναστολή προθεσμίας – Διαδικασία ενώπιον δικαστηρίου
12/9/2011	Ακύρωση απόφασης Επιτροπής στα πλαίσια Α.Ε. 39/2011	Συνέχιση προθεσμίας
14/2/2012	Ανάκληση απόφασης 1/7/2008 και εξ' υπαρχής έρευνα	
30/3/2012 (ημερομηνία κοινοποίησης- 9/5/2012)	Απόφαση για κίνηση διαδικασίας – άρθρο 17(1)	Διακοπή Προθεσμίας

Έχοντας υπόψη όλα τα γεγονότα που συνθέτουν τη διαδικασία εξέτασης της παρούσας καταγγελίας, η Επιτροπή καταλήγει ότι η αναστολή της προθεσμίας αρχίζει από την ημέρα καταχώρησης της προσφυγής Αρ. 1/2009, δηλαδή την 2/1/2009 (3 χρόνια και 215 ημέρες). Η Επιτροπή σημειώνει ότι η απόφαση στην προσφυγή αρ. 1/2009 είναι ημερομηνίας 18/2/2011, ενώ η ΑΤΗΚ προχώρησε στην καταχώρηση αναθεωρητικής έφεσης 39/2001 στις 12/4/2011. Το διάστημα που από την ημερομηνία της απόφασης του Ανωτάτου Δικαστηρίου μέχρι και την καταχώρηση της αναθεωρητικής έφεσης, σύμφωνα με την υπόθεση PVCII, δεν προσμετρείται στον υπολογισμό των πέντε ετών, για την περίοδο παραγραφής. Επί τούτου, η Επιτροπή αντλεί καθοδήγηση από το απόσπασμα των Hirsch, Montag και Sacker, όπου αναφέρονται τα εξής: «*The suspension of the limitation period ends when the judgment is pronounced (by the ECJ if there is an appeal). Whether the limitation period is also suspended between the judgment at first instance and the filing of an*

*appeal to the ECJ has so far been left open by the ECJ, but this should be the case , as the Commission might otherwise be obliged to issue a new Decision even before the expiry of the time-limit for the appeal.»<sup>18</sup>*

Στις 12/9/2011 εκδόθηκε από το Ανώτατο Δικαστήριο ακύρωση της απόφασης της Επιτροπής, οπότε άρχισε ξανά να προσμετρείται η προθεσμία παραγραφής.

Τέλος, η προθεσμία παραγραφής τερματίζεται στις 30 Μαρτίου 2012, οπότε η Επιτροπή αποφάσισε να κινήσει διαδικασία εξέτασης με βάση το άρθρο 17 του Νόμου.

Συνακόλουθα, η Επιτροπή κρίνει ότι από την 1<sup>η</sup> Ιουνίου 2005 (ημερομηνία καταγγελίας) έως και τις 2 Ιανουαρίου 2009 (ημερομηνία καταχώρησης της προσφυγής) παρήλθαν 3 χρόνια και 215 μέρες. Από τις 12 Σεπτεμβρίου 2011 (ημερομηνία ακύρωσης της απόφασης της Επιτροπής) έως και τις 30 Μαρτίου 2012 (ημερομηνία κίνησης διαδικασίας εξέτασης) παρήλθαν 200 ημέρες, οπότε το σύνολο των ημερών που διέρρευσαν είναι 4 χρόνια και 50 ημέρες.

Ως εκ τούτου, η Επιτροπή καταλήγει ότι δεν παρέρχεται οι προθεσμίες των πέντε ετών, ακόμη και εάν δεν προσμετρηθούν οι διακοπές στις προθεσμίες που επήλθαν με τη κίνηση διαδικασιών στη βάση του άρθρου 17(1) του Νόμου και, ως εκ τούτου, κρίνει καλύτερη πρακτική όπως στα πλαίσια της παρούσας υπόθεσης επικεντρωθεί στην προσμέτρηση των χρονικών ορίων λαμβάνοντας υπόψη μόνο την αναστολή παραγραφής και όπως μη υπεισέρθει οποιουδήποτε άλλου ζητήματος. Σε οποιαδήποτε περίπτωση, σύμφωνα και με το σκεπτικό των αποφάσεων PVCII και στις *Arcelor Mittal*<sup>19</sup>, «σε περίπτωση προσμέτρησης και των διακοπών της προθεσμίας ο χρόνος δύναται να διπλασιαστεί στα 10 έτη».

## **5. Θέσεις των εμπλεκόμενων μερών**

### **Thunderworx**

Η Thunderworx, με τις γραπτές της θέσεις, δήλωσε ότι συμφωνεί με τα ευρήματα της Έκθεσης Αιτιάσεων της Επιτροπής. Συγκεκριμένα, δήλωσε ότι τεκμηριώνεται η

---

<sup>18</sup>Hirsch, Montag και Sacker, Competition Law: European Community Practice and Procedure, Sweet & Maxwell, σελ. 1829.

<sup>19</sup>Υπόθεση T-405/06: Απόφαση του Πρωτοδικείου της 31ης Μαρτίου 2009 — Arcelor Mittal Luxembourg κ.λπ. κατά Επιτροπής *Επίσημη Εφημερίδα αριθ. C 113 της 16/05/2009 σ. 0033 – 0033, ως επιβεβαιώθηκε στις αποφάσεις C-201/09 and C-216/09.*



ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης από μέρους της ΑΤΗΚ, η οποία υπέχει ειδικής ευθύνης ως προς τη συμπεριφορά της να μην παρακωλύει τον ανταγωνισμό.

Υποστήριξε επίσης ότι τεκμηριώνεται η ύπαρξης άρνησης παροχής υπηρεσιών, καθότι δεν της παρείχε την απαιτούμενη διευκόλυνση η οποία χαρακτηρίζεται ως βασική. Η δε άρνηση της ΑΤΗΚ, σύμφωνα με το δικηγόρο της Thunderworx δεν στηρίζονταν σε αντικειμενικούς λόγους.

Περαιτέρω, πρόσθεσε ότι δεν προσφέρθηκε οποιαδήποτε ικανοποιητική εναλλακτική λύση. Επομένως, σύμφωνα με το δικηγόρο της Thunderworx, ο συνδυασμός της δεσπόζουσας θέσης, της άρνησης διευκόλυνσης, των συνεχών περιπτώσεων μη απάντησης, του γεγονότος ότι οι διευκολύνσεις δόθηκαν σε σχέση με τη υπηρεσία Cybee, στοιχειοθετούν κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης.

### **ΑΤΗΚ**

Η ΑΤΗΚ στις γραπτές της θέσεις ημερομηνίας 13 Ιουνίου 2012, ισχυρίστηκε ότι από την έρευνα που διεξήχθη από την Υπηρεσία ελλείπουν τα στοιχεία από την ανάλυση της σχετικής αγοράς που αφορούν τη λιανική αγορά των υπερτιμημένων υπηρεσιών (π.χ. τους συνδρομητές που κάνουν χρήση του Premium SMS, τις προτιμήσεις τους, κατά πόσο οι ίδιοι θεωρούν άλλες μεθόδους πρόσβασης σε περιεχόμενο ως εναλλάξιμες).

Ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ επιπρόσθετα παρέθεσε μελέτη του 2007 της συμβουλευτικής εταιρείας Fathcom, που έγινε για λογαριασμό της Phonerpay Plus (ρυθμιστικό σώμα του Ην. Βασιλείου). Η μελέτη αυτή υποστηρίζει ότι υπάρχει πλήρης εναλλαξιμότητα μεταξύ των υπερτιμημένων κλήσεων και των γραπτών μηνυμάτων.<sup>20</sup> Υποστήριξε επίσης ό,τι η μελέτη που έγινε από μέρους της Υπηρεσίας σε ότι αφορά το λιανικό επίπεδο της αγοράς, δεν τεκμηριώνεται από μελέτες εναλλαξιμότητας, ούτε καταγράφονται με οποιοδήποτε τρόπο οι προτιμήσεις των καταναλωτών, τα τέλη των σχετικών προϊόντων, ή οι αντιδράσεις των καταναλωτών σε περιπτώσεις αύξησης της τιμής των σχετικών προϊόντων.

Η ΑΤΗΚ υποστήριξε ότι οι υπερτιμημένες κλήσεις και τα υπερτιμημένα μηνύματα είναι πλήρως εναλλάξιμα, διευκρινίζοντας ότι αυτό που αγοράζει ο συνδρομητής είναι το περιεχόμενο. Η ΑΤΗΚ ανέφερε ότι αυτό που διαφέρει μεταξύ των δύο είναι η

μέθοδος παραγγελίας, ήτοι μέσω κλήσης ή μέσω γραπτού μηνύματος. Το γεγονός της εναλλαξιμότητας, σύμφωνα με την ΑΤΗΚ, διαπιστώνεται και από τις διαφημίσεις των εταιρειών που δραστηριοποιούνται στην αγορά παροχής περιεχομένου, όπου προβάλλεται κατά κύριο λόγο το περιεχόμενο, διευκρινίζοντας ότι αυτό μπορεί να παραγγελθεί με διάφορους τρόπους.

Επίσης, διαφώνησε με τον καθορισμό της αγοράς στο προηγούμενο στάδιο (upstream market), υποστηρίζοντας ότι η σχετική αγορά είναι αυτή της διάθεσης στον ανεξάρτητο πάροχο περιεχομένου της δυνατότητας παραγγελίας και παράδοσης του υπερτιμημένου περιεχομένου του στον καταναλωτή.

Τέλος, σε ό,τι αφορά τη σχετική αγορά, η ΑΤΗΚ υποστήριξε ότι η αγορά πρέπει να αφορά συγκεκριμένα προϊόντα ή υπηρεσίες και όχι τα μέσα τα οποία χρησιμοποιούνται για την προσφορά των υπηρεσιών αυτών, δηλαδή η αγορά δεν πρέπει να προσδιορίζεται με βάση τα μέσα που παρέχονται οι υπηρεσίες.

Σε ό,τι αφορά τον καθορισμό της κατοχής δεσπόζουσας θέσης, η ΑΤΗΚ υποστήριξε ότι η ΑΤΗΚ δεν δραστηριοποιείται στη λιανική αγορά και δεν αποκομίζει κανένα οικονομικό όφελος ή πλεονέκτημα από την υποτιθέμενη άρνηση παροχής σύνδεσης στο SMSC. Απεναντίας μάλιστα, η προσφορά υπηρεσιών Premium SMS στους συνδρομητές της κινητής τηλεφωνίας της ΑΤΗΚ αποφέρει έσοδα και τη βοηθά να συγκρατήσει τους πελάτες της στο δίκτυο της κινητής της τηλεφωνίας. Ως εκ τούτου, η ΑΤΗΚ δεν προέβη σε καμία πράξη η οποία δύναται να θεωρηθεί ότι αποτελεί κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης.

Σε ό,τι αφορά την πιθανολογούμενη άρνηση, ο ΑΤΗΚ υποστήριξε ότι ουδέποτε αρνήθηκε την παροχή προς τη Thunderworx της δυνατότητας να παρέχει υπηρεσίες Premium SMS. Αυτό που δεν ήταν σε θέση να παρέχει τη δεδομένη στιγμή, για τεχνικούς λόγους, ήταν όπως είπε να συνδέσει απευθείας τη Thunderworx με το Κέντρο Σύντομων Μηνυμάτων, για σκοπούς παροχής υπηρεσιών Premium SMS. Η Thunderworx πρόσθεσε, είχε τη δυνατότητα να παρέχει υπηρεσίες υπερτιμημένων μηνυμάτων μέσω της ειδικής πύλης Cybee, η οποία δημιουργήθηκε από την ΑΤΗΚ, ως παροχέας δικτύου, ώστε ακριβώς να μπορούν οι παροχείς να παρέχουν τις υπηρεσίες τους στους καταναλωτές. Επίσης, υποστήριξε ότι είχε τη δυνατότητα αποστολής σε όλους της πελάτες της κινητής τηλεφωνίας της ΑΤΗΚ περιεχομένου αξίας (Premium SMS), μέσω της υπηρεσίας Bulk SMS, η οποία υπηρεσία ήταν

διαθέσιμη και προσέφερε στη Thunderworx τη δυνατότητα απευθείας σύνδεσης στο Κέντρο Σύντομων Μηνυμάτων (SMSC) της ΑΤΗΚ.

Σε ό,τι αφορά το ζήτημα της βασικής διευκόλυνσης, η ΑΤΗΚ υποστήριξε ότι η ζητούμενη από τη Thunderworx υπηρεσία δεν είναι ουσιώδης, καθότι υπήρχαν εναλλακτικές λύσεις οι οποίες τέθηκαν στη διάθεση της Thunderworx. Επί τούτου, ανέφερε ότι μια υπηρεσία για να θεωρηθεί ότι είναι απαραίτητη δεν αρκεί η θέση της εταιρείας που αιτείται την πρόσβαση να καταστεί πλεονεκτικότερη μετά τη χορήγηση της, αλλά η άρνηση πρόσβασης πρέπει να οδηγεί στο να καταστούν οι σκοπούμενες δραστηριότητες είτε αδύνατες είτε σοβαρά και αναπότρεπτα αντικοινωνικές.

Η ΑΤΗΚ υποστήριξε ότι δεν υπήρχαν οποιεσδήποτε τεχνικές δυσκολίες για τη σύνδεση με το SMS Center της ΑΤΗΚ, αλλά υπήρχε πρόβλημα με το αίτημα για αμφίδρομη αποστολή μηνυμάτων με υπερτιμημένο τέλος, το οποίο θα εισέπραττε η ΑΤΗΚ για λογαριασμό της εταιρείας. Δεν υπήρχαν όλα τα απαραίτητα συστήματα σε λειτουργία για να μπορέσει να ικανοποιηθεί το αίτημα, ενώ η παροχή απευθείας σύνδεσης στο SMS Center θα μπορούσε να υπονομεύσει την ασφάλεια του δικτύου της ΑΤΗΚ. Ειδικότερα, στις γραπτές της θέσεις δήλωσε τα εξής:

*«Συγκεκριμένα, το SMS Center της ΑΤΗΚ έχει τη δυνατότητα:*

- Να λαμβάνει και να παραδίνει μηνύματα μεταξύ κινητών και κινητών (mobile to mobile)*
- Να λαμβάνει και να παραδίνει μηνύματα κινητών και εφαρμογών (mobile to application, application to mobile)*
- Να δημιουργεί δεδομένα καταγραφής κίνησης τα οποία χρησιμοποιούνται από το σύστημα χρέωσης για τη χρέωση των πελατών.*

*Αλλά δεν έχει δυνατότητα:*

- Να ξεχωρίζει τους πελάτες της προπληρωμένης από τους πελάτες της συνδρομητικής υπηρεσίας,*
- Να χρεώνει πελάτες. Καταγράφει μόνο χρεωστικά δεδομένα τα οποία χρησιμοποιούνται από το σύστημα χρέωσης των πελατών.*
- Να ελέγχει τη φερεγγυότητα των πελατών της συνδρομητικής υπηρεσίας.*
- Να ελέγχει το υπόλοιπο του λογαριασμού της προπληρωμένης υπηρεσίας.*

*Για την επίλυση των πιο πάνω προβλημάτων, ήταν αναγκαία η εισαγωγή του SMS Gateway (πύλης σύντομων μηνυμάτων), η οποία μεταξύ άλλων προσφέρει:*

- Τη διασύνδεση εξωτερικών συστημάτων με το δίκτυο της.*

- Την ασφάλεια του δικτύου της ΑΤΗΚ από κακόβουλη ή ακούσια επέμβαση.
- Την ασφάλεια των προσωπικών δεδομένων των πελατών της ΑΤΗΚ.
- Τη χρέωση των μηνυμάτων σε πραγματικό χρόνο για τους πελάτες της προπληρωμένης υπηρεσίας.
- Τον έλεγχο της φερεγγυότητας της συνδρομητικής υπηρεσίας»

Τέλος, η ΑΤΗΚ υποστήριξε ότι άρχισε να μελετά το ενδεχόμενο ανάπτυξης της υποδομής της για να είναι σε θέση να παρέχει τη δυνατότητα σε τρίτους να παρέχουν υπηρεσίες Premium SMS από το 1999. Στα πλαίσια σχετικής μελέτης, ζήτησε τις υπηρεσίες εξωτερικών συμβούλων, οι οποίοι είχαν εισηγηθεί την εισαγωγή της υπηρεσίας Cybee. Το μοντέλο ανεξάρτητου παρόχου έγινε αργότερα γνωστό και, αφού προηγήθηκαν σχετικές μελέτες και η απόκτηση τεχνογνωσίας, η ΑΤΗΚ προέβη στην προκήρυξη προσφορών για αναβάθμιση της αναγκαίας υποδομής και στην προσφορά της δυνατότητας συνεργασίας ΑΤΗΚ και Thunderworx μέσω του Μοντέλου Ανεξάρτητου Παρόχου.

## **6. Νομική Εκτίμηση της ουσίας της καταγγελίας**

Κρίνοντας με βάση το περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου, η Επιτροπή καταλήγει στη θέση ότι η εταιρεία Thunderworx έχει έννομο συμφέρον να υποβάλει την παρούσα καταγγελία. Θεωρεί ότι το έννομο συμφέρον προς άσκηση της καταγγελίας από τη Thunderworx συνίσταται στον ισχυρισμό της ότι είναι εταιρεία παροχής τηλεφωνικών υπηρεσιών που επιθυμούσε να ανταγωνιστεί την ΑΤΗΚ στις υπηρεσίες Premium SMS για τις οποίες έχει προβεί σε επενδύσεις μεγάλης αξίας. Με την κατ' ισχυρισμό άρνηση της ΑΤΗΚ να της παρέχει την απαραίτητη τηλεπικοινωνιακή πρόσβαση, η Thunderworx ισχυρίζεται ότι εμποδίζετο από το να εισέλθει στην αγορά των λιανικών υπηρεσιών Premium SMS, με αποτέλεσμα να βρίσκεται για ένα αρκετά μεγάλο χρονικό διάστημα σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό.

Το άρθρο 2 του Νόμου ορίζει ως «επιχείρηση» κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο που ασκεί οικονομικής ή εμπορικής φύσεως δραστηριότητες, ανεξάρτητα αν οι δραστηριότητες του είναι κερδοσκοπικές ή όχι. Το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (ΔΕΚ), προσεγγίζοντας την έννοια «επιχείρηση», στο πλαίσιο του ανταγωνισμού έδωσε μια ευρεία ερμηνεία συμπεριλαμβάνοντας «κάθε οντότητα που

ασκεί οικονομικής ή εμπορικής φύσεως δραστηριότητες», ανεξάρτητα από τη νομική της υπόσταση και τον τρόπο με τον οποίο χρηματοδοτείται<sup>21</sup>.

Η ΑΤΗΚ αποτελεί οργανισμό δημοσίου δικαίου και στα καθήκοντα της συμπεριλαμβάνεται η παροχή τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών προς χρήση από οποιοδήποτε πρόσωπο σε κάθε μέρος της Δημοκρατίας, καθιστώντας το ικανό να επικοινωνεί με κάθε άλλο πρόσωπο, καθώς και η διαχείριση όλων των εγκαταστάσεων και μηχανημάτων της τα οποία αποκτήθηκαν στα πλαίσια των διατάξεων του εν λόγω Νόμου<sup>22</sup>.

Επιπρόσθετα, η Επιτροπή στη βάση του περιεχόμενου του διοικητικού φακέλου, καταλήγει ότι η παροχή υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών στο καταναλωτικό κοινό γενικά, έναντι τελών, και η αποδοχή και ο τερματισμός μηνυμάτων στους συνδρομητές της κινητής τηλεφωνίας αποτελούν οικονομικής φύσεως δραστηριότητες.

Η Επιτροπή, έχοντας υπόψη τα ανωτέρω και ειδικότερα τα γεγονότα που συνθέτουν την υπό αναφορά καταγγελία, επικέντρωσε την προσοχή της στην πρόνοια του σχετικού με την υπόθεση άρθρου, δηλαδή του άρθρου 6(1) (β) του Νόμου, το οποίο ορίζει:

*«6.(1) Απαγορεύεται η καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης μιας ή περισσοτέρων επιχειρήσεων, που κατέχει ή κατέχουν δεσπόζουσα θέση στο σύνολο ή μέρος της εγχώριας αγοράς ενός προϊόντος, ιδιαίτερα εάν η πράξη αυτή έχει ως αποτέλεσμα ή ενδεχόμενο αποτέλεσμα:-*

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

Επίσης, η Επιτροπή κρίνει πως για την υπαγωγή στην απαγόρευση της διάταξης του άρθρου 6(1)(β) του Νόμου προαπαιτείται η στοιχειοθέτηση επίσης δύο παραμέτρων :

(α) της ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης από μέρους της καταγγελλόμενης εταιρείας, και

(β) της ύπαρξης άρνησης παροχής, ή/και του περιορισμού της διάθεσης χωρίς αντικειμενική δικαιολογία, προς ζημιά των καταναλωτών.

<sup>21</sup>Υπόθεση C-41/90, Hofner & Elsnher v. Macrotron, [1991] ECR I-1979, Υπόθεση 170/83, Hydrotherm v. Compact, [1984] ECR 2999.

<sup>22</sup>Ο περί Υπηρεσία Τηλεπικοινωνιών Νόμος Κεφ 302, ως έχει τροποποιηθεί, άρθρο 12(1).

Η έννοια της κατάχρησης, σύμφωνα με τη νομολογία, είναι αντικειμενική<sup>23</sup> και σχετίζεται με τη συμπεριφορά της δεσπίζουσας επιχείρησης που επιδρά στην δομή της αγοράς, αποδυναμώνοντας τον ήδη ασθενή ανταγωνισμό με τη χρήση μεθόδων ανάρμοστων σε καθεστώς υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού.

Σε σχέση με την πρώτη παράμετρο των πιο πάνω κατ' ισχυρισμό παραβάσεων, η Επιτροπή, αφού διεξήλθε το περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου, διαπίστωσε ότι η παρούσα υπόθεση αφορά την απευθείας πρόσβαση στο Κέντρο Αποστολής Γραπτών Μηνυμάτων SMSC της ΑΤΗΚ, μαζί με όλες τις συναφείς υπηρεσίες που είναι απαραίτητες ώστε ένας πάροχος ηλεκτρονικών επικοινωνιών να είναι σε θέση να προσφέρει υπηρεσίες σύντομων γραπτών μηνυμάτων προστιθέμενης αξίας (Premium SMS), είτε mobile origination είτε mobile termination στους συνδρομητές της ΑΤΗΚ.

Ως προς την ουσία της καταγγελίας και την 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 στην ελεύθερη χρήση των υποδομών και διευκολύνσεων από επιχειρήσεις με σκοπό την ενίσχυση του ανταγωνισμού και της οικονομικής αποτελεσματικότητας. Κεντρικό σημείο του κανόνα είναι η θέσπιση υποχρέωσης στις δεσπίζουσες επιχειρήσεις να συναλλάγουν 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.<sup>24</sup> 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 δεσπίζουσα 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 Bronner<sup>25</sup>, για την υπαγωγή στην απαγόρευση της διάταξης του άρθρου 6(1)(β) του Νόμου, προαπαιτείται η στοιχειοθέτηση των πιο κάτω:

(α) η ύπαρξη δεσπίζουσας θέσης,

---

<sup>23</sup>Βλέπε Υπόθεση C-85/76 Hoffmann- La Roche & Co. AG v. Commission of the European Communities [1979] ECR 00461, παρ. 91.

<sup>24</sup>Βασίλης Γ. Χατζόπουλος, «Ο κανόνας των Βασικών Διευκολύνσεων στο Ευρωπαϊκό και Εθνικό Δίκαιο», εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2002, σελ 1.

<sup>25</sup>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.

### 6.1 Καθορισμός της σχετικής αγοράς

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 του,ς 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»*<sup>26</sup>. Βασικός στόχος του καθορισμού της σχετικής αγοράς, είναι ο εντοπισμός των 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

---

<sup>26</sup>Ανακοίνωση Επιτροπής για τον καθορισμό της σχετικής αγοράς, ΕΕ C 372 της 3/12/1997.

πωλούνται τα προϊόντα, ή, γενικότερα, τη βιομηχανία ή τον τομέα στον οποίο ανήκουν.<sup>27</sup>

Σε σχέση με το αντικείμενο της καταγγελίας και τον καθορισμό της σχετικής αγοράς, 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),<sup>28</sup> αλλά ούτε καν η παρουσία της. Ενδεικτικά αναφέρεται ότι στην υπόθεση Alpha Flight Services /Aeropot de Paris<sup>29</sup>, το Πρωτοδικείο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων εξέτασε τους 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 απύουσα από τη σχετική παράπλευρη αγορά.

Η Επιτροπή, σε σχέση με τον ισχυρισμό της ΑΤΗΚ, ότι για την υπαγωγή στον κανόνα των βασικών διευκολύνσεων θα πρέπει να υπάρχει παρουσία της δεσπόζουσας επιχείρησης στην παράπλευρη αγορά και οπότεν θα πρέπει να γίνεται ανάλυση της λιανικής αγοράς, υπογραμμίζει τα όσα αναφέρει ο Βασίλης Γ. Χατζόπουλος στο σύγγραμμα του με τίτλο «Ο Κανόνας των Βασικών Διευκολύνσεων (Essential facilities) στο Ευρωπαϊκό και Εθνικό Δίκαιο του Ανταγωνισμού»:

*«... για εφαρμογή του κανόνα αποτελεί ότι η πρόσβαση στη διευκόλυνση θα εξασφαλίσει τη δημιουργία ενός νέου προϊόντος ή υπηρεσίας για την οποία υπάρχει ανικανοποίητη ζήτηση. Έτσι, τόσο στην απόφαση της Επιτροπής στην υπόθεση ICG/CCI Morlaix (Port of Roscoff)<sup>30</sup>, όσο και στην απόφαση του ΔΕΚ στην υπόθεση Magill<sup>31</sup>, η επιχείρηση κάτοχος στη βασική διευκόλυνσης υποχρεώθηκε να εξασφαλίσει την πρόσβαση τρίτων, παρά το γεγονός ότι.. δεν ενεργοποιείται η ίδια στην σχετική παράπλευρη αγορά.»*

Σε ό,τι αφορά την απόφαση Sealink Holyhead, στην οποία κάνει αναφορά ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ στις γραπτές του θέσεις, και από την οποία, ως υποστηρίζει,

<sup>27</sup>Ibid παρ.2 και 3.

<sup>28</sup>Απόφαση C-238/1987 Volvo v. Veng, ECR [1988] 6211.

<sup>29</sup>Απόφαση IV 35.613 Alpha Flight Services /Aeropot de Paris, ημερομηνίας 11/6/1998, Επίσημη Εφημερίδα L230, σελ 210. T-128-98, ECR [2000] II-3929.

<sup>30</sup>[1995] 5 CMLR, page 177.

<sup>31</sup>C-241 & 242/91, Συλλογή της Νομολογίας του Δικαστηρίου I-743.



διαφαίνεται ότι «είναι αναγκαίο να διεξαχθεί ανάλυση αγοράς και στην αγορά στο κατώτερο επίπεδο», η Επιτροπή σημειώνει ότι στην εν λόγω απόφαση η Ευρωπαϊκή Επιτροπή αξιολόγησε τη συμπεριφορά της Sealink υπό την ιδιότητα της, ως ιδιοκτήτρια ως «λιμενική αρχή, κατέχει δεσπόμενη θέση στην αγορά παροχής λιμενικών διευκολύνσεων για τα δρομολόγια οχηματαγωγών και επιβατηγών πλοίων στον κεντρικό διάδρομο μεταξύ του Ηνωμένου Βασιλείου και Ιρλανδίας.», και όχι σε σχέση με τις υπηρεσίες στη λιανική αγορά<sup>32</sup> Η Επιτροπή επισημαίνει ότι στην εν λόγω απόφαση η οποία αφορά ασφαλιστικά μέτρα, δεν πραγματοποιήθηκε ανάλυση της σχετικής αγοράς σε λιανικό επίπεδο. Η περιγραφή που έγινε αφορούσε την επεξήγηση της διαφοράς που είχε προκύψει, καθώς και της καταγγελλόμενης συμπεριφοράς.<sup>33</sup>

Επιπρόσθετα, η Επιτροπή επισημαίνει τα όσα το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων ανέφερε στην υπόθεση Oscar Bronner σε σχέση με τη διαπίστωση της δεσπόμενης θέσης, τα οποία έχουν ως εξής:

*«Ως προς την οριοθέτηση της σχετικής αγοράς της κύριας δίκης, επομένως, στο αιτούν δικαστήριο εναπόκειται να εξετάσει, μεταξύ άλλων, αν τα συστήματα κατ' οίκον διανομής συνιστούν χωριστή αγορά ή αν άλλοι τρόποι διανομής ημερησίων εφημερίδων, όπως η πώληση στα καταστήματα και τα περίπτερα ή η αποστολή τους ταχυδρομικώς, μπορούν να τα υποκαταστήσουν επαρκώς ώστε να ληφθούν επίσης υπόψη. Το εθνικό δικαστήριο θα πρέπει επίσης να λάβει υπόψη, κατά την εκτίμηση της δεσπόμενης θέσεως, όπως και η Επιτροπή τόνισε, την ενδεχομένη ύπαρξη περιφερειακών συστημάτων κατ' οίκον διανομής.»<sup>34</sup>*

Οπότε, και πάλι το Δικαστήριο αξιολόγησε τη συμπεριφορά της Mediaprint, υπό την ιδιότητα της ως διανομέας. Τέλος, η Επιτροπή σημειώνει τα όσα κρίθηκαν από το Δικαστήριο στην υπόθεση Tierce Ladbroke, στην οποία γίνεται παραπομπή από το δικηγόρο της ΑΤΗΚ. Στα πλαίσια της εν λόγω υπόθεσης είχε αμφισβητηθεί ο καθορισμός της σχετικής αγοράς από μέρους της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, καθότι είχε γίνει ανάλυση μόνο της αγοράς της ηχητικής και τηλεοπτικής καλύψεως των ιπποδρομιακών αγώνων, το οποίο ήταν αυτό που ζητούσε η καταγγελλόμενη επιχείρηση. Το Γενικό Δικαστήριο, με την απόφασή του έκρινε ότι: «... η Επιτροπή όρισε με σαφήνεια την αγορά του οικείου προϊόντος ως την αγορά της μεταδόσεως της ηχητικής και τηλεοπτικής καλύψεως των ιπποδρομιών γενικά και όχι ως την

<sup>32</sup> 94/19/ΕΚ: Απόφαση της Επιτροπής της 21ης Δεκεμβρίου 1993 σχετικά με διαδικασία εφαρμογής δυνάμει του άρθρου 86 της συνθήκης ΕΚ (IV/34.689 - **Sea Containers κατά Stena Sealink Προσωρινά μέτρα**), Επίσημη Εφημερίδα αριθ. L 015 της 18/01/1994 σ. 0008 – 0019, σκέψη 65.

<sup>33</sup> Ibid, βλέπε σκέψεις 20-38.

<sup>34</sup> Βλέπε υποσημείωση 27, σκέψη 34.

*αγορά των στοιχημάτων επί των ιπποδρομιών. Αιτιολόγησε εξάλλου τον ορισμό που προέκρινε με τη σκέψη ότι, αφενός, οι επιχειρηματίες της αγοράς των στοιχημάτων είναι διαφορετικοί από τους επιχειρηματίες της αγοράς της αναμεταδόσεως της ηχητικής και τηλεοπτικής καλύψεως των ιπποδρομιών, οπότε ο ορισμός της αγοράς του οικείου προϊόντος δεν μπορεί να περιλαμβάνει παρά μόνον τις υπηρεσίες αναμεταδόσεως της ηχητικής και τηλεοπτικής καλύψεως των ιπποδρομιών.»*

Η Επιτροπή, ενεργώντας με γνώμονα την πιο πάνω νομολογία, ομόφωνα καταλήγει ότι η αγορά στην οποία θα πρέπει να αξιολογηθεί κατά πόσον, η ΑΤΗΚ κατέχει δεσπόζουσα θέση είναι αυτή του ανώτατου επιπέδου αγοράς, καθότι οι αγοραστές της απευθείας πρόσβασης στο Κέντρο Μηνυμάτων της ΑΤΗΚ είναι οι παροχείς υπηρεσιών υπερτιμημένου περιεχομένου και οι παροχείς υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών, ενώ οι πελάτες της αγοράς των υπερτιμημένων υπηρεσιών (υπερτιμημένων κλήσεων και υπερτιμημένων γραπτών μηνυμάτων) είναι οι καταναλωτές/τελικοί χρήστες. Συνεπώς, η Επιτροπή απορρίπτει τον ισχυρισμό της ΑΤΗΚ ότι θα έπρεπε να προηγηθεί ανάλυση και καθορισμός της λιανικής αγοράς.

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 η υπηρεσία σύντομων γραπτών μηνυμάτων (SMS) αποτελεί μηχανισμό με τον οποίο αποστέλλονται και παραλαμβάνονται σύντομα μηνύματα μέσω δικτύων κινητής τηλεφωνίας. Μια εταιρεία (πάροχος), για να είναι σε θέση να προσφέρει υπηρεσίες σύντομων γραπτών μηνυμάτων (SMS) στους συνδρομητές μιας εταιρείας κινητής τηλεφωνίας (όπως για παράδειγμα η ΑΤΗΚ και η MTN, οι οποίες ήταν εξουσιοδοτημένοι πάροχοι υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας), αφενός θα πρέπει να έχει πρόσβαση στο δίκτυο της εν λόγω εταιρείας και ειδικότερα στην πύλη μηνυμάτων (SMSC) και αφετέρου θα πρέπει να έχει εγκαταστήσει ειδικό εξοπλισμό στα υποστατικά της.

Σύμφωνα με τα όσα αναφέρονται στο έγγραφο της ΑΤΗΚ «*Τεχνικά Χαρακτηριστικά Υπηρεσίας Μηνυμάτων Αξίας (Premium SMS)*» (ημερ. 28/03/2005), η υπηρεσία μηνυμάτων προστιθέμενης αξίας (Premium SMS) επιτρέπει την αμφίδρομη αποστολή μηνυμάτων SMS από την κινητή συσκευή προς τον εξυπηρετητή

υπηρεσιών (mobile originating MO) του παροχέα περιεχομένου και αντίστροφα (Mobile Terminating MT). Στην υπηρεσία μηνυμάτων προστιθέμενης αξίας έχουν πρόσβαση μόνο οι πελάτες κινητής τηλεφωνίας των προγραμμάτων συμβολαίου και του προγράμματος προπληρωμένης soeasy της ΑΤΗΚ.

Επιπρόσθετα, σύμφωνα με το υπό αναφορά έγγραφο υπάρχουν τρεις μέθοδοι πρόσβασης στην πύλη μηνυμάτων, (α) μέσω Frame Relay, (β) μέσω ιδιωτικής μισθωμένης γραμμής, και (γ) μέσω διαδικτύου. Η ΑΤΗΚ στο υπό αναφορά έγγραφο της προτείνει για χρήση τις προσβάσεις μέσω δικτύου ATM ή μέσω ιδιωτικής μισθωμένης γραμμής, διότι αυτές παρέχουν μεγαλύτερη αξιοπιστία.

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

Η Επιτροπή απορρίπτει τη θέση της ΑΤΗΚ ότι η αγορά θα πρέπει να αφορά συγκεκριμένα προϊόντα ή υπηρεσίες και όχι τα μέσα τα οποία χρησιμοποιούνται για την προσφορά των υπηρεσιών αυτών. Η Επιτροπή κρίνει ότι τα «μέσα» για την παροχή υπηρεσιών δύνανται να θεωρηθούν και υποδομής. Η Επιτροπή επί τούτου, υπογραμμίζει ότι σύμφωνα με ευρωπαϊκή νομολογία, βασική διευκόλυνση, δύναται να συνιστά μια υποδομή, όπως το λιμάνι<sup>35</sup>, ένα σύστημα ηλεκτρονικών κρατήσεων<sup>36</sup>, μια σύμβαση interlining, η οποία επιτρέπει στους πελάτες των συμβαλλόμενων εταιρειών να αγοράζουν τα εισιτήρια τους από όλους τους πράκτορες του διαδικτύου<sup>37</sup>, δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας<sup>38</sup>, λειτουργικά συστήματα για υπολογιστές<sup>39</sup>. Όλα τα πιο πάνω, αποτελούν τα μέσα για την παροχή τέτοιων υπηρεσιών.

Η Επιτροπή, συνεκτιμώντας τα πιο πάνω, καταλήγει ότι για σκοπούς της παρούσας έρευνας η σχετική αγορά προϊόντος ορίζεται στο ανώτατο επίπεδο της ως η απευθείας πρόσβαση στο Κέντρο Αποστολής Γραπτών Μηνυμάτων (SMSC) της ΑΤΗΚ και σε όλες τις συναφείς υπηρεσίες που είναι απαραίτητες ώστε ένας πάροχος

---

<sup>35</sup>Βλέπε υποσημείωση 34.

<sup>36</sup>Απόφαση 88/859/ΕΟΚ, London European /Sabena, Επίσημη Εφημερίδα, L 239, σελ 239.

<sup>37</sup>Απόφαση 92/213/ΕΟΚ, British Midland/Aer Lingus, Επίσημη Εφημερίδα, L 96 σελ 34.

<sup>38</sup>Απόφαση Magill TV Guide/ITP, BBC & RTE, Επίσημη Εφημερίδα L78, σελ 43.

<sup>39</sup>Case COMP/C-3/37.792 Microsoft, ημερομηνίας 24/3/2004.

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) στους συνδρομητές της ΑΤΗΚ. Σε ό,τι αφορά τη γεωγραφική αγορά, η Επιτροπή στη βάση της προκαταρκτικής έρευνας καταλήγει ότι αυτή αφορά όλη την επικράτεια της Κυπριακής Δημοκρατίας, αφού ο τρόπος προώθησης, πώλησης και τιμολόγησης των υπηρεσιών αυτών είναι ο ίδιος σε ολόκληρη την επικράτεια.

## 6.2. Κατοχή δεσπόζουσας θέσης

Ακολούθως, η Επιτροπή εστίασε την προσοχή της στην ερμηνεία που δίδεται στο άρθρο 2 του Νόμου σύμφωνα με το οποίο, δεσπόζουσα θέση έχει μια επιχείρηση που απολαμβάνει οικονομική δύναμη, που την καθιστά ικανή να παρακωλύει τη διατήρηση αποτελεσματικού ανταγωνισμού στην αγορά ενός συγκεκριμένου προϊόντος και της επιτρέπει να ενεργεί σε αισθητό βαθμό ανεξάρτητα από τους ανταγωνιστές, τους πελάτες της και κατ' επέκταση τους καταναλωτές.<sup>40</sup> Βασικό στοιχείο λοιπόν στον καθορισμό της έννοιας της δεσπόζουσας θέσης, είναι η ύπαρξη οικονομικής ισχύος, η οποία παρέχει στη δεσπόζουσα επιχείρηση ευχέρεια ανεξάρτητης συμπεριφοράς, την αποδεσμεύει δηλαδή από τους περιορισμούς που υπάρχουν σε μια ανταγωνιστική αγορά.

Σε ό,τι αφορά τον καθορισμό της κατοχής δεσπόζουσας θέσης στο ανώτατο επίπεδο της αγοράς, καθοδηγητική είναι η Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής σχετικά με τις συμφωνίες πρόσβασης στις τηλεπικοινωνίες όπου αναφέρεται ρητά ότι: *«μια επιχείρηση που ελέγχει την πρόσβαση σε μια βασική διευκόλυνση απολαμβάνει δεσπόζουσα θέση βάσει των διατάξεων του άρθρου 86»*<sup>41</sup>.

Η Επιτροπή περαιτέρω σημειώνει ότι, σύμφωνα με το εγχειρίδιο του Βασίλη Γ. Χατζόπουλου, η προαναφερθείσα ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής θεσπίζει ένα κανόνα: *«ήπιου δικαίου, ο οποίος εισάγει σημαντική παρέκκλιση από τον συνήθη τρόπο αξιολόγησης της ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης, Δηλαδή, σύμφωνα με το ως άνω κανόνα και σε αντίθεση με την πάγια πρακτική της Επιτροπής και του ΔΕΚ, δεν χρειάζεται να οριστεί η σχετική αγορά και να υπολογιστούν μερίδια αγοράς της επιχείρησης. Δημιουργείται, δηλαδή, τεκμήριο ότι μια επιχείρηση «κατέχει θέση οικονομικής ισχύος... που της επιτρέπει να εμποδίζει τη διατήρηση αποτελεσματικού*

<sup>40</sup>Βλ. επίσης την υπόθεση 322/81 NV Nederlandsche BandelIndustrie Michelin κατά της Επιτροπής, Συλλογή της Νομολογίας του Δικαστηρίου 1983, σελ 3461.

<sup>41</sup>Ανακοίνωση 98/C 265/02, ΕΕ C 265 της 22/8/1998, σελ.2, παρ. 69.

ανταγωνισμού στην οικεία αγορά και ... τη δυνατότητα ανεξάρτητης, έναντι των ανταγωνιστών της, των πελατών της και τελικά των καταναλωτών, συμπεριφοράς», χωρίς να χρειάζεται να ερευνηθεί αν συντρέχουν άλλοι επί μέρους όροι που να στοιχειοθετούν την ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης.»<sup>42</sup>

Η Επιτροπή απορρίπτει τη θέση του δικηγόρου της ΑΤΗΚ ότι αυτή δεν κατέχει δεσπόζουσα θέση με τον ισχυρισμό ότι δεν δραστηριοποιείται στην αγορά των Premium SMS και οπότεν δεν αποκομίζει κανένα οικονομικό όφελος.

Η Επιτροπή υπογραμμίζει και πάλι ότι, σύμφωνα με τις αποφάσεις του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων στις υποθέσεις Volvon Veng<sup>43</sup> και Alpha Flight Services Aéroport de Paris<sup>44</sup>, για την εφαρμογή του κανόνα των βασικών διευκολύνσεων δεν είναι απαραίτητη η κατοχή δεσπόζουσας θέσης στο κατώτατο λιανικό επίπεδο, αλλά ούτε είναι καν απαραίτητη η παρουσία της εταιρείας στο επίπεδο αυτό.

Παρόλα αυτά, η Επιτροπή σημειώνει ότι, σύμφωνα με τις απαντήσεις της ΑΤΗΚ προς την Υπηρεσία στα πλαίσια της προκαταρκτικής έρευνας της καταγγελίας, ημερομηνίας 8 Νοεμβρίου 2006, η Cybee, η οποία προσφέρεται από την 1<sup>η</sup> Σεπτεμβρίου 2001, παρέχει στους χρήστες κινητής τηλεφωνίας τη δυνατότητα πρόσβασης σε ένα ευρύ φάσμα προηγμένων υπηρεσιών, όπως την αναζήτηση πληροφοριών, την ενημέρωση, τη ψυχαγωγία και την ηλεκτρονική επικοινωνία. Παράλληλα, προσφέρει σε εταιρείες που προσφέρουν περιεχόμενο τη δυνατότητα να το διοχετεύουν στους πελάτες κινητής τηλεφωνίας. Η υπηρεσία, σύμφωνα με τα όσα ανέφερε η ΑΤΗΚ στα πλαίσια της προκαταρκτικής έρευνας της καταγγελίας «δημιουργήθηκε στα πλαίσια της ικανοποίησης των αναγκών των πελατών της ΑΤΗΚ για παροχή προϊόντων και υπηρεσιών δεδομένων μέσω της κινητής τηλεφωνίας.»<sup>45</sup> Μέσω της Cybee προσφέρονται οι ακόλουθες κατηγορίες υπηρεσιών: (α) ανεύρεση τηλεφωνικών και άλλων στοιχείων, (β) προσωπικός βοηθός, (γ) ψυχαγωγία και παιχνίδια, και (δ) χρηματοοικονομικές υπηρεσίες.

Συνακόλουθα, η Επιτροπή υπογραμμίζει ότι η ΑΤΗΚ είναι ένας κάθετα δραστηριοποιημένος οργανισμός. Η δραστηριοποίηση της ΑΤΗΚ στην αγορά μέσω της υπηρεσίας Cybee, της δίνουν σημαντικό πλεονέκτημα έναντι των ανταγωνιστών

<sup>42</sup> Βασίλη Γ. Χατζόπουλου Ibid, σελ 90.

<sup>43</sup> Απόφαση C-322/81 Michelin, Επίσημη Εφημερίδα L353/33, CMLR [1982] 643.

<sup>44</sup> Op cit.

<sup>45</sup> Επιστολή Αρχής Τηλεπικοινωνιών Κύπρου προς την Επιτροπή Προστασίας Ανταγωνισμού, ημερομηνίας 8/11/2006, ερ 47 τόμος 1 του Διοικητικού Φακέλου 11.17.64/2005

της στην προώθηση στην αγορά των λιανικών προϊόντων της και ως εκ τούτου, απορρίπτει τους ισχυρισμούς της ΑΤΗΚ ότι δεν δραστηριοποιείται στη λιανική αγορά.

Η Επιτροπή, αφού αξιολόγησε όλα τα ενώπιον της στοιχεία, ήτοι την προκαταρκτική έρευνα, σε συνάρτηση με τις γραπτές και προφορικές θέσεις των εμπλεκόμενων μερών διαπιστώνει ότι η ΑΤΗΚ, ως πάροχος υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας, κατέχει δεσπόζουσα θέση σ' ό,τι αφορά το δίκτυό της, τόσο στη σχετική Χονδρική Αγορά Πρόσβασης και Προέλευσης Κλήσεων στα Δημόσια Δίκτυα Κινητής Τηλεφωνίας (εκκίνηση κλήσεων)<sup>46</sup> όσο και στη Χονδρική Αγορά Απόληξης (Τερματισμού) Κλήσεων σε Μεμονωμένα Δίκτυα Κινητών Επικοινωνιών<sup>47</sup>, καθώς και σε παρεμφερείς υπηρεσίες που συνδέονται με το κινητό της δίκτυο. Επίσης, 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 θέση ισχύος.

Συνακόλουθα, η Επιτροπή καταλήγει ότι η ΑΤΗΚ κατέχει δεσπόζουσα θέση στην 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) στους συνδρομητές της ΑΤΗΚ.

Το ΔΕΚ σε απόφασή του<sup>48</sup> αναφέρθηκε στην ειδική (ή ιδιαίτερη) ευθύνη (special responsibility) μιας επιχείρησης κατέχουσας δεσπόζουσα θέση, στη βάση της οποίας έχει καθήκον να μη βλάπτει με τη συμπεριφορά της την ύπαρξη πραγματικού και ανόθευτου ανταγωνισμού. Μία πρακτική η οποία μπορεί να επιτρέπεται σε μια φυσιολογική ανταγωνιστική περίπτωση, δύναται να συνιστά καταχρηστική εκμετάλλευση εάν εφαρμόζεται από μία εταιρία με δεσπόζουσα θέση, εξαιτίας της ειδικής της ευθύνης να μην βλάπτει τον ανταγωνισμό, λαμβάνοντας υπόψη την ζημία

---

<sup>46</sup> 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.cecpr.org.cy](http://www.cecpr.org.cy)

<sup>47</sup> 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.cecpr.org.cy](http://www.cecpr.org.cy)

<sup>48</sup> Βλέπε Απόφαση του Δικαστηρίου Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων στην υπόθεση 322/81 Michelin κατά Επιτροπής, Συλλογή Νομολογίας Δικαστηρίου 1983, σελ 801, παρ. 57. Βλ. επίσης απόφαση στην υπόθεση T-65/89 BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd κατά Επιτροπής, Συλλογή Νομολογίας Δικαστηρίου 1993, σελ II- 0389.

που μπορεί να προκαλέσει στους καταναλωτές και τους ανταγωνιστές της<sup>49</sup>. Οι κατέχουσες δεσπύζουσα θέση επιχειρήσεις ενδέχεται να στερηθούν του δικαιώματος υιοθέτησης συμπεριφοράς ή λήψης μέτρων, τα οποία, αυτά καθαυτά δεν θα συνεπάγονταν με κατάχρηση εάν είχαν υιοθετηθεί ή ληφθεί από μη κατέχουσες δεσπύζουσα θέση επιχειρήσεις<sup>50</sup>.

Στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 6 του Νόμου, εμπίπτει κάθε συμπεριφορά επιχείρησης που κατέχει δεσπύζουσα θέση, ικανή να εμποδίσει τη διατήρηση ή την ανάπτυξη του ανταγωνισμού που υφίσταται ακόμη σε μια αγορά όπου, λόγω ακριβώς της παρουσίας αυτής της επιχείρησης, ο ανταγωνισμός είναι ήδη εξασθενημένος. Η εν λόγω ειδική ευθύνη έχει ιδιαίτερη σημασία στην περίπτωση κατά την οποία μια επιχείρηση, η οποία κατέχει δεσπύζουσα θέση σε μια δεδομένη αγορά, χρησιμοποιεί την ισχύ της σε αυτή την αγορά κατά τέτοιο τρόπο ώστε να ενδυναμώσει περαιτέρω τη θέση της και, ταυτόχρονα, να παρεμποδίσει την εμφάνιση του ανταγωνισμού σε μια παραπλήσια, αλλά διαφορετική αγορά. Είναι χαρακτηριστικό ότι ο Γενικός Εισαγγελέας Fennelly τόνισε ότι η συμπεριφορά μιας επιχείρησης που κατέχει σχεδόν μονοπωλιακή θέση, η οποία καταφανώς αποσκοπεί στην παρακώλυση εμφάνισης ανταγωνισμού, πρέπει να εκτιμάται με βάση υψηλότερο βαθμό επιμέλειας<sup>51</sup>.

Χαρακτηριστική περίπτωση *de facto* δεσπύζουσας θέσης, στην οποία βρίσκει εφαρμογή η προαναφερόμενη ειδική ευθύνη, είναι η κυριαρχία της ΑΤΗΚ στην παροχή πρόσβασης και σύνδεσης με το SMS Center. Επομένως, η συμπεριφορά της ΑΤΗΚ πρέπει να εκτιμάται και υπό το πρίσμα της ειδικής ευθύνης με την οποία βαρύνεται. Η ειδική αυτή ευθύνη συνίσταται στην υποχρέωση της ΑΤΗΚ να μην εξασθενεί την ύπαρξη ανταγωνισμού, καθώς και να μην υιοθετεί συμπεριφορές ή μέτρα που δεν θα συνεπάγονταν καθ' αυτό κατάχρηση εάν είχαν υιοθετηθεί ή ληφθεί από εταιρείες μη κατέχουσες δεσπύζουσα θέση.

Ως εκ τούτου, η Επιτροπή κρίνει ότι οι όροι τους οποίους έθεσε η ΑΤΗΚ για την παροχή σύνδεσης με το SMS Center για σκοπούς παροχής Premium SMS από εναλλακτικούς πάροχους ηλεκτρονικών επικοινωνιών, μπορούν να εκτιμηθούν υπό το πρίσμα της «ειδικής ευθύνης» και επιμέλειας με την οποία βαρύνεται.

<sup>49</sup> Βλέπε απόφαση Michelin κατά Επιτροπής, παρ. 57.

<sup>50</sup> Βλ. Απόφαση στην υπόθεση T-111/96ITT Promedia NV κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, Συλλογή Νομολογίας του Δικαστηρίου 1998 σελίδα II-02937, παρ. 139. Βλέπε επίσης την απόφαση του Δικαστηρίου της 9ης Νοεμβρίου 1983 στην υπόθεση 322/81, Michelin κατά Επιτροπής, Συλλογή 1983, σ. 3461, παρ. 57.

<sup>51</sup> Βλ. Απόφαση του Δικαστηρίου Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων στις συνδικασθείσες υποθέσεις C – 395/96, & C- 396/96, Compagnie Maritime Belge Transports, Compagnie Maritime Belge and Dafra Lines κατά της Επιτροπής, Συλλογή Νομολογίας του Δικαστηρίου 2000, σελ I – 1365.

### 6.3. Άρνηση Παροχής Βασικής Διευκόλυνσης

Η Επιτροπή, σε σχέση με τη δεύτερη παράμετρο του άρθρου 6(1)(β) του Νόμου, σημειώνει ότι αυτό ορίζει ότι, καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης συνιστά οποιαδήποτε πράξη που έχει ως αποτέλεσμα ή ενδεχόμενο αποτέλεσμα τον περιορισμό της παραγωγής ή της διάθεσης, προς ζημιά των καταναλωτών.

Το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων στην υπόθεση Commercial Solvents<sup>52</sup> αναγνώρισε ότι η άρνηση υπηρεσιών ή παροχής ενός προϊόντος συνιστά κατάχρηση, όταν αυτό είναι ουσιώδες ή βασικό για ένα υφιστάμενο ή ενδεχόμενο ανταγωνιστή στο κατώτατο επίπεδο της αγοράς σε σχέση με την προώθηση ενός τελικού προϊόντος. Στη συγκεκριμένη υπόθεση, η βάση της άρνησης ήταν το γεγονός ότι η δεσπόζουσα επιχείρηση είχε σκοπό να επεκταθεί στο κατώτατο επίπεδο αγοράς προσφέροντας το τελικό προϊόν. Επίσης, η δεσπόζουσα επιχείρηση ήταν η μόνη επιχείρηση που πρόσφερε την πρώτη ύλη στην Κοινότητα και συνεπώς τέτοια άρνηση έβγαζε εκτός αγοράς τον ανταγωνιστή. Σύμφωνα με την εν λόγω απόφαση, η μόνη περίπτωση που αυτό επιτρέπεται είναι όταν η άρνηση παροχής υπηρεσιών από μια δεσπόζουσα επιχείρηση δικαιολογείται αντικειμενικά, από τεχνικούς ή εμπορικούς λόγους που σχετίζονται άμεσα με τη φύση της συγκεκριμένης υπηρεσίας.<sup>53</sup>

Σε ό,τι αφορά την εφαρμογή του κανόνα των βασικών διευκολύνσεων, η Επιτροπή αντλεί καθοδήγηση από την απόφαση του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων στην υπόθεση *Bronner*<sup>54</sup>, όπου αποσαφηνίστηκαν οι προϋποθέσεις της κατάχρησης λόγω της άρνησης παροχής. Η πρώτη προϋπόθεση είναι κατά πόσον η υπηρεσία ή το προϊόν είναι ουσιώδες, καθότι δεν υπάρχει ή ενδεχομένως δεν θα υπάρξει άλλο υποκατάστατο. Η δεύτερη προϋπόθεση είναι το κατά πόσον η άρνηση περιορίζει τον ανταγωνισμό και η τρίτη προϋπόθεση, κατά πόσον η άρνηση δεν είναι αντικειμενικά αιτιολογημένη.

Σε ό,τι αφορά την πρώτη προϋπόθεση για εφαρμογή του δόγματος της ουσιώδους διευκόλυνσης, η Επιτροπή σημειώνει ότι, σύμφωνα με τα όσα ισχυρίζεται η Thunderworx, το αίτημα της αφορούσε τη σύνδεση ή πρόσβαση του τηλεπικοινωνιακού της εξοπλισμού με αυτό της ΑΤΗΚ και τη σύνδεση με το κέντρο

<sup>52</sup> Απόφαση του Δικαστηρίου στην υπόθεση 6/76 **Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities**, Συλλογή της Νομολογίας του Δικαστηρίου 1974, σελ 223.

<sup>53</sup> Ibid.

<sup>54</sup> Βλέπε Απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C7/97 *Oscar Bronner v Mediaprint*, Συλλογή της Νομολογίας του Δικαστηρίου 1988, I-7791.



μηνυμάτων, ώστε να είναι η ίδια σε θέση να προσφέρει κάτω από τη δική της επωνυμία υπηρεσίες υπερτιμημένων μηνυμάτων με τη δυνατότητα αμφίδρομης αποστολής αυτών, την είσπραξη του τέλους από την ΑΤΗΚ και την απόδοση μεριδίου σε αυτήν. Το αίτημα της έφερε ημερομηνία 26 Ιουνίου 2002. Η Thunderworx απέστειλε ξανά επιστολή, ημερομηνίας 26 Ιουλίου 2002, αιτούμενη σύνδεση με το κέντρο μηνυμάτων της ΑΤΗΚ. Σύμφωνα με τα όσα ισχυρίστηκε η Thunderworx και τα όσα περιέχονται στην καταγγελία, η ΑΤΗΚ ουδέποτε της απάντησε στις προαναφερόμενες επιστολές.

Σύμφωνα με την απόφαση στην υπόθεση Oscar Bronner «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.»

Η ΑΤΗΚ, κατά την υποβολή των γραπτών και προφορικών της θέσεων υποστήριξε ότι η απευθείας πρόσβαση στο Κέντρο Μηνυμάτων του Δικτύου της δεν συνιστά ουσιώδη διευκόλυνση, παραθέτοντας προς υποστήριξη των ισχυρισμών της αποσπάσματα από τις αποφάσεις Oscar Bronner, Landbroke Tierce<sup>55</sup> και Port of Rodby<sup>56</sup>.

Σε σχέση με τις αποφάσεις που παρατίθενται από το δικηγόρο της ΑΤΗΚ, η Επιτροπή διαπιστώνει ότι τα γεγονότα των δύο πρώτων αποφάσεων διαφοροποιούνται αισθητά από τα γεγονότα που συνθέτουν τη παρούσα καταγγελία, ως προς τα ακόλουθα:

(α) Η υπόθεση Oscar Bronner αφορούσε την πρόσβαση στο δίκτυο της κατ' οίκον διανομής εφημερίδων του μεγαλύτερου εκδοτικού οίκου της Αυστρίας, προκειμένου να μπορεί να ανταγωνιστεί στην αγορά των πρωινών εφημερίδων. Στην εν λόγω υπόθεση, το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων έκρινε ότι υπήρχαν εναλλακτικές λύσεις στην κατ' οίκον διανομή των εφημερίδων. Ειδικότερα, η Επιτροπή παραθέτει αυτούσια τα όσα το Δικαστήριο σημείωσε:

*«43. Αφενός, δεν αμφισβητείται πράγματι ότι άλλοι τρόποι διανομής ημερησίων εφημερίδων, όπως η διανομή ταχυδρομικώς και η πώληση εντός καταστημάτων και*

<sup>55</sup> Case T-504/93, Tiercé Ladbroke SA κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών, Συλλογή της Νομολογίας του Δικαστηρίου 1997 σελίδα II-00923.

<sup>56</sup> **94/119/ΕΚ: Απόφαση της Επιτροπής της 21ης Δεκεμβρίου 1993 σχετικά με την άρνηση πρόσβασης στις λιμενικές εγκαταστάσεις του RODBY Δανία, Επίσημη Εφημερίδα αριθ. L 055 της 26/02/1994 σ. 0052 – 0057.**

περιπτέρων, έστω και αν είναι λιγότερο πλεονεκτικοί για τη διανομή ορισμένων εξ αυτών, υφίστανται και χρησιμοποιούνται από τους εκδότες των ημερησίων αυτών εφημερίδων.

44. Αφετέρου, δεν φαίνεται να υπάρχουν τεχνικά, κανονιστικά ή ακόμα οικονομικά εμπόδια δυνάμενα να καταστήσουν αδύνατη, ούτε καν παράλογα δύσκολη, τη δημιουργία εκ μέρους οποιουδήποτε άλλου εκδότη ημερησίων εφημερίδων, μόνου του ή σε συνεργασία με άλλους εκδότες, του δικού του συστήματος κατ' οίκον διανομής σε εθνικό επίπεδο και τη χρησιμοποίησή του για τη διανομή των δικών του ημερησίων εφημερίδων.

45. Πρέπει να τονιστεί συναφώς ότι, για να αποδειχθεί ότι η δημιουργία ενός τέτοιου συστήματος δεν αποτελεί εφικτή δυνητική εναλλακτική λύση και ότι η πρόσβαση στο υφιστάμενο σύστημα είναι επομένως απαραίτητη, δεν αρκεί ο ισχυρισμός ότι αυτή δεν αποδίδει οικονομικά λόγω της χαμηλής κυκλοφορίας της ή των προς διανομή ημερησίων εφημερίδων.

46. Πράγματι, για να μπορεί η πρόσβαση αυτή να θεωρηθεί ενδεχομένως απαραίτητη, θα πρέπει τουλάχιστον να αποδειχθεί, όπως τόνισε ο γενικός εισαγγελέας στην παράγραφο 68 των προτάσεών του, ότι δεν συμφέρει οικονομικώς η δημιουργία δευτέρου συστήματος κατ' οίκον διανομής για τη διανομή ημερησίων εφημερίδων με κυκλοφορία δυναμένη να συγκριθεί προς εκείνη των ημερησίων εφημερίδων που διανέμονται από το υφιστάμενο σύστημα.»

Πέραν αυτού, η Επιτροπή σημειώνει ότι στην προκειμένη υπόθεση, η διευκόλυνση η οποία ζητείτο είχε δημιουργηθεί στα πλαίσια και σε συνθήκες υγιούς ανταγωνισμού και όχι υπό την «προστασία» του κράτους.

(β) Η υπόθεση Tierce Ladbroke αφορούσε την άρνηση της διοργανώτριας αρχής ιπποδρομικών αγώνων στη Ladbroke, η οποία αναλαμβάνει στοιχήματα, να προβάλλει εικόνες από τους αγώνες αυτούς ώστε να μπορούν οι πελάτες της να παρακολουθούν ζωντανά τον αγώνα για τον οποίο στοιχημάτισαν. Το Γενικό Δικαστήριο έκρινε ότι: «η τηλεοπτική μετάδοση των ιπποδρομιών, μολονότι αποτελεί πρόσθετη και μάλιστα πρόσφορη υπηρεσία, προσφερόμενη στους στοιχηματίζοντες, δεν είναι αφ' εαυτής απαραίτητη για την άσκηση της κύριας δραστηριότητας των bookmakers, δηλαδή της συνομολογήσεως στοιχημάτων, όπως αποδεικνύει το γεγονός ότι η προσφεύγουσα είναι παρούσα στη βελγική αγορά συνομολογήσεως στοιχημάτων και κατέχει σημαντική θέση στον τομέα των στοιχημάτων επί των γαλλικών ιπποδρομιών. Η μετάδοση δεν είναι εξάλλου απαραίτητη, στο μέτρο που πραγματοποιείται μετά τη συνομολόγηση των στοιχημάτων, οπότε η έλλειψη της δεν

θήγει αυτή καθαυτή την επιλογή των στοιχηματιζόντων και, επομένως, δεν μπορεί να εμποδίσει την άσκηση των εμπορικών δραστηριοτήτων των *bookmakers*.»<sup>57</sup>

Σε ό,τι αφορά την υπόθεση Port of Rodby στην οποία παραπέμπει ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή έκρινε ως καταχρηστική την άρνηση της Δανικής Αρχής Ανταγωνισμού να δώσει άδεια κατασκευής νέου λιμανιού, καθώς και να αναγνωρίζει δικαίωμα χρήσης του ήδη υπάρχοντος λιμανιού από μια εταιρεία ανταγωνιστική της κρατικής. Στην εν λόγω υπόθεση, η επίδικη αγορά ήταν εκείνη της οργάνωσης λιμενικών υπηρεσιών εκ μέρους της Δανίας, για την παροχή υπηρεσιών ferry (μεταφορά επιβατών και οχημάτων) στη θαλάσσια σύνδεση Rodby-Puttgarden. Σε ό,τι αφορά την επίδικη αγορά, το Δικαστήριο σημείωσε τα ακόλουθα:

*«Όπως αποφάνθηκε το Δικαστήριο, η οργάνωση, για λογαριασμό τρίτων, λιμενικών υπηρεσιών, σε ένα μόνο λιμένα, μπορεί πράγματι να αποτελεί αγορά που εμπίπτει στις διατάξεις του άρθρου 86 (απόφαση *Port de Genes* της 10ης Δεκεμβρίου 1991, υπόθεση C-179/90 σημείο 15).*

*Αυτό απορρέει από το γεγονός ότι εφόσον ένας φορέας επιθυμεί να προσφέρει μια μεταφορική υπηρεσία σε μια θαλάσσια οδό, το να δώσει πρόσβαση στις λιμενικές εγκαταστάσεις που βρίσκονται από τη μια και την άλλη πλευρά της εν λόγω σύνδεσης αποτελεί απαραίτητο όρο για την υλοποίησή της.*

*Στη συγκεκριμένη περίπτωση δεν υπάρχει πραγματική εναλλακτική λύση που παρουσιάζει πλεονεκτήματα αντίστοιχα με τα προσφερόμενα από το λιμένα του Rodby για τις θαλάσσιες μεταφορές μεταξύ της Ανατολικής Δανίας, από τη μια πλευρά και της Γερμανίας και του συνόλου της Δυτικής Ευρώπης, από την άλλη πλευρά.*

*(8) Ο λιμένας του Rodby συγκεντρώνει το 70,8 % της κυκλοφορίας ταξιδιωτών και το 87,9 % της κυκλοφορίας φορτηγών μέσω θαλάσσιας οδού μεταξύ της Δανίας και της Γερμανίας. Το 1991 διακινήθηκαν από το Rodby 8,024,654 ταξιδιώτες και 207,255 φορτηγά για κύκλο εργασιών ύψους 320 εκατομμυρίων γερμανικών μάρκων. Ο λιμένας του Rodby αποτελεί κατά συνέπεια ουσιαστικό τμήμα της αγοράς.*

*(9) Εξάλλου, οι υπηρεσίες θαλασσίων μεταφορών μεταξύ Rodby και Puttgarden αποτελούν μια παραπλήσια αλλά ξεχωριστή αγορά στην οποία μπορούν να υπάρξουν επιπτώσεις μιας συμπεριφοράς της επιχείρησης επί της αγοράς οργάνωσης λιμενικών υπηρεσιών.*

---

<sup>57</sup> Op Cit, σκέψη 132.

*Όπως απορρέει από τα στοιχεία που αναφέρονται παραπάνω στην παράγραφο 5, η σύνδεση Rodby-Puttgarden, λόγω των ειδικών της χαρακτηριστικών είναι ελάχιστα ανταλλάξιμη με τις λοιπές συνδέσεις και τα λοιπά διαθέσιμα μεταφορικά μέσα και δεν υφίσταται τον ανταγωνισμό τους παρά ελάχιστα [βλέπε υπόθεση Ahmed Seaad].»<sup>58</sup>*

Η παρούσα υπόθεση αφορά το αίτημα για παροχή πρόσβασης στο Κέντρο Μηνυμάτων της ΑΤΗΚ (SMSC), το οποίο είναι κατά βάση ένας υπολογιστής/διακομιστής (server) που τρέχει ειδικό λογισμικό και προσφέρει σύνδεση με το δίκτυο κινητής τηλεφωνίας σε επίπεδο σηματοδοσίας SS7, καθώς και διασύνδεση με εφαρμογές TCP/IP.

Η ΑΤΗΚ στις προφορικές και γραπτές της θέσεις υποστήριξε ότι, κατά τον ουσιώδη χρόνο της καταγγελίας, η Thunderworx είχε τη δυνατότητα να παρέχει υπηρεσίες Premium SMS- Mobile Termination μέσω της πύλης μηνυμάτων Cybee, καθώς επίσης μέσω των υπερτιμημένων κλήσεων και μέσω της αποστολής μαζικών μηνυμάτων (Bulk SMS).

Σύμφωνα με τα πραγματικά περιστατικά της παρούσας υπόθεσης, πάγιο αίτημα της Thunderworx ήταν να συνδεθεί με το SMSC της ΑΤΗΚ μέσω UCP ή άλλου πρωτοκόλλου, με δυνατότητα αμφίδρομης αποστολής SMS και δυνατότητα χρέωσης των καλούντων από την ΑΤΗΚ και απόδοσης μεριδίου στη Thunderworx.

Η Επιτροπή επί τούτου υπογραμμίζει ότι, οποιοσδήποτε επιθυμούσε να προσφέρει υπερτιμημένα σύντομα γραπτά μηνύματα στους συνδρομητές της ΑΤΗΚ, θα έπρεπε να συνδεθεί με το κέντρο μηνυμάτων της ΑΤΗΚ. Η Επιτροπή στη βάση των πιο πάνω συμπεραίνει ότι, η υποκατάσταση για πρόσβαση στο δίκτυο της ΑΤΗΚ με άλλους τρόπους, τόσο από πλευράς προσφοράς όσο και από πλευράς ζήτησης, δεν ήταν εφικτή κατά την υπό εξέταση περίοδο, διότι οποιοσδήποτε πάροχος που επιθυμεί να προσφέρει υπηρεσίες στους πελάτες που ανήκουν σε ένα συγκεκριμένο δίκτυο κινητής τηλεφωνίας, στην παρούσα περίπτωση την ΑΤΗΚ, θα έπρεπε να αγοράζει τον τερματισμό ή την απαραίτητη σύνδεση/πρόσβαση από τον παροχέα του εν λόγω δικτύου, π.χ. την ΑΤΗΚ, προκειμένου να έχει τη δυνατότητα να ολοκληρώσει την υπηρεσία που επιδίωκε να προσφέρει.

Από τα αποτελέσματα της προκαταρκτικής έρευνας, η Επιτροπή διαπιστώνει ότι για να μπορεί κάποιος να παρέχει τέτοιου είδους υπηρεσίες, θα πρέπει προηγουμένως

---

<sup>58</sup> Ibid, σκέψεις 7-9.

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 έγκριση της ΑΤΗΚ.

Η Επιτροπή σχετικά με το όλο ζήτημα υπογραμμίζει τα όσα αναφέρει ο Βασίλης Γ. Χατζόπουλος στο σύγγραμμά του με τίτλο «Ο Κανόνας των Βασικών Διευκολύνσεων (Essential Facilities) στο Ευρωπαϊκό και Εθνικό Δίκαιο του Ανταγωνισμού»:

*«[...] Είναι σαφές δηλαδή ότι ο κοινοτικός νομοθέτης θεωρεί ότι τα κάθε είδους δίκτυα ηλεκτρονικών επικοινωνιών συνιστούν βασικές διευκολύνσεις [...] Αυτό συμβαίνει ανεξαρτήτως από το είδος του δικτύου (αν είναι υψηλής ή παλαιάς τεχνολογίας), από τους όρους ανάπτυξης του και από το δημόσιο ή ιδιωτικό χαρακτήρα του φορέα εκμετάλλευσής του.*

*[...]*

*Περαιτέρω, εκτός από τα δίκτυα τα οποία εξορισμού, και χωρίς να χρειάζεται να εξεταστούν τα τεχνικά χαρακτηριστικά τους ώστε να χρειάζεται να αποδεχθεί η αδυναμία επανάληψής τους, υπάρχουν και άλλες τηλεπικοινωνιακές διευκολύνσεις στις οποίες μπορεί κατά περίπτωση δικαίωμα πρόσβασης με την ειδική μορφή του δικαιώματος συνεγκατάστασης.»*

Η Επιτροπή, αξιολογώντας περαιτέρω όλα όσα αναφέρθηκαν από τους δικηγόρους των εμπλεκόμενων μερών σε σχέση με το κατά πόσο η Cybee αποτελεί εναλλακτική και υποκατάστατη λύση στην απευθείας πρόσβαση στο Κέντρο Αποστολής Γραπτών Μηνυμάτων (SMSC) της ΑΤΗΚ με όλες τις συναφείς υπηρεσίες, και σε συνάρτηση με το σημείωμα της Υπηρεσίας αλλά και το περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου, διαπιστώνει τα ακόλουθα σε σχέση με τα χαρακτηριστικά των δύο μοντέλων συνεργασίας, ήτοι του Cybee και του Ανεξάρτητου Παρόχου, όπως αυτά καταγράφονται στην απάντηση της ΑΤΗΚ με ημερομηνία 8/11/2006 προς την Υπηρεσία:

(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. το περιεχόμενο προωθείται με την εμπορική επωνυμία Cybee και ο πάροχος παρουσιάζεται ως η πηγή πληροφόρησης.

(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». 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.

Έχοντας υπόψη όλα τα ενωπίον της στοιχεία και πληροφορίες, η Επιτροπή καταλήγει ότι η παροχή πρόσβασης και σύνδεση στο SMS Centre της ΑΤΗΚ με τη δυνατότητα αμφίδρομης αποστολής Premium SMS, τα οποία να εισπράττονται από την ΑΤΗΚ για λογαριασμό της Thunderworx, 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 καταλήγει ότι:

(α) η υπηρεσία Cybee δεν είναι υποκατάστατη υπηρεσία με την πρόσβαση που ζητούσε η Thunderworx, καθότι με την εν λόγω υπηρεσία παρέχεται η δυνατότητα σε παρόχους υπηρεσιών περιεχομένου να προσφέρουν το περιεχόμενο τους, μέσω και με την εμπορική επωνυμία της Cybee.

(β) Η υπηρεσία Cybee δεν είναι υποκατάστατη υπηρεσία, καθότι με την υπηρεσία Cybee παρείχεται σε τρίτους παροχείς υπηρεσιών περιεχομένου η δυνατότητα να προσφέρουν το περιεχόμενο τους μέσω της πύλης κινητής τηλεφωνίας, ενώ αυτό το οποίο ζητούσε η Thunderworx ήταν η δυνατότητα παροχής περιεχομένου με απευθείας σχέση με τους παροχείς υπηρεσιών περιεχομένου. Συνεπώς, η Thunderworx, με τη χρήση της υπηρεσίας Cybee, θα ενεργούσε ως μεσάζων της ΑΤΗΚ και όχι ως ανταγωνιστής της.

Σε ότι αφορά τον ισχυρισμό του δικηγόρου της ΑΤΗΚ ότι θα μπορούσε να γίνει χρήση των υπερτιμημένων κλήσεων από μέρους της Thunderworx και ότι αυτές είναι πλήρως εναλλάξιμες με τα υπερτιμημένα μηνύματα, η Επιτροπή αξιολόγησε τα στοιχεία της έρευνας της εταιρείας Fathcom που κατατέθηκε από μέρους της ΑΤΗΚ.

Η Επιτροπή αρχικά σημειώνει ότι η έρευνα αφορά το έτος 2007, ενώ ο ουσιώδης χρόνος της καταγγελίας είναι το 2002-2005. Επιπρόσθετα, η Επιτροπή σημειώνει ότι αυτή καταδεικνύει ότι οι συχνότερες αγορές υπερτιμημένου περιεχομένου γίνονται μέσω υπερτιμημένων κλήσεων και μέσω υπερτιμημένων γραπτών μηνυμάτων. Η Επιτροπή είναι της άποψης ότι η εν λόγω έρευνα δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί και/ή αξιολογηθεί για σκοπούς της παρούσας υπόθεσης, καθότι δεν γνωρίζουμε τις υπηρεσίες που προσφέρονται στους καταναλωτές στο Ηνωμένο Βασίλειο και ούτε αν η συμπεριφορά τους συγκλίνει με τη συμπεριφορά των κυπρίων. Πέραν τούτου, από τα στοιχεία που δόθηκαν διαπιστώνεται ότι σκοπός της έρευνας ήταν να υποδείξει τις συχνότερες μεθόδους αγοράς υπερτιμημένου περιεχομένου στο Ηνωμένο Βασίλειο και όχι την εναλλαξιμότητα μεταξύ των υπερτιμημένων κλήσεων και των υπερτιμημένων γραπτών μηνυμάτων. Συνεπώς, η Επιτροπή κρίνει ότι το συμπέρασμα της ΑΤΗΚ, ότι επειδή το 45% των αγορών περιεχομένου γίνεται μέσω υπερτιμημένων κλήσεων και άλλο 45% μέσω των υπερτιμημένων μηνυμάτων (Premium SMS) δεικνύουν την εναλλαξιμότητα τους, είναι αυθαίρετο. Εξάλλου, όπως έχει σημειωθεί πιο πάνω, η ΑΤΗΚ παραδέχτηκε ότι η υπηρεσία υπερτιμημένων κλήσεων διαφέρει σημαντικά από την υπηρεσία Premium SMS, τόσο τεχνικά όσο και εμπορικά, παρόλο που θα μπορούσε να παραλληλιστεί. Η Επιτροπή, έχοντας υπόψη τα χαρακτηριστικά αυτής της υπηρεσίας και το σκοπό για τον οποίο προορίζεται, κρίνει ότι ο ισχυρισμός της ΑΤΗΚ περί εναλλαξιμότητας των υπηρεσιών Premium SMS με τις υπερτιμημένες κλήσεις δεν ευσταθεί και ως εκ τούτου, δεν μπορεί να τον αποδεκτεί.

Σε ότι αφορά τα Μηνύματα Μαζικής Αποστολής (Bulk SMS), η Επιτροπή σημειώνει ότι αυτά συνίστανται στην αποστολή μεγάλου αριθμού μηνυμάτων SMS για παράδοση σε κινητά τερματικά τηλέφωνα. Η υπηρεσία αυτή χρησιμοποιείται από επιχειρήσεις, μέσα ενημέρωσης, τράπεζες, για σκοπούς ψυχαγωγίας και προωθητικών ενεργειών από μέρους των επιχειρήσεων, καθώς και για προειδοποιήσεις, υπενθυμίσεις, αλλά και για την πληροφόρηση και την επικοινωνία μεταξύ τόσο του προσωπικού όσο και των πελατών.<sup>59</sup> Η Επιτροπή, έχοντας υπόψη τα χαρακτηριστικά αυτής της υπηρεσίας και το σκοπό για τον οποίο προορίζεται, κρίνει ότι ο ισχυρισμός της ΑΤΗΚ περί εναλλαξιμότητας των υπηρεσιών Premium SMS με τα Bulk SMS δεν ευσταθεί και ως εκ τούτου, δεν μπορεί να γίνει αποδεκτός.

Τέλος, σε ό,τι αφορά τις αγορές από το διαδίκτυο μέσω πιστωτικής κάρτας ή άλλων τρόπων πληρωμής, η Επιτροπή διαπιστώνει ότι η ΑΤΗΚ δεν παρέθεσε επαρκή

<sup>59</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Bulk\\_SMS](http://en.wikipedia.org/wiki/Bulk_SMS)

στοιχεία προς υποστήριξη της θέσης της, ούτε έδωσε επαρκή επεξηγήσεις στην Επιτροπή πώς αυτές οι αγορές από το διαδίκτυο μέσω πιστωτικής κάρτας μπορεί να θεωρηθούν υποκατάστατο με την υπηρεσία Premium SMS-MT. Εκ των πραγμάτων και εν απουσία επιχειρηματολογίας από μέρους της ΑΤΗΚ, η Επιτροπή δεν έχει άλλη επιλογή παρά να απορρίψει τον πιο πάνω ισχυρισμό της ΑΤΗΚ.

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, αφού χωρίς τη χρήση αυτής της υπηρεσίας θα ήταν αδύνατη η ανάπτυξη ανταγωνισμού στον τομέα των υπερτιμημένων μηνυμάτων Premium SMS.

Σε σχέση με την τρίτη προϋπόθεση για εφαρμογή του δόγματος της ουσιώδους διευκόλυνσης, η Επιτροπή θεωρεί σημαντική την απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής στην υπόθεση *Sea Containers v Stena Sealink*<sup>60</sup>, στην οποία κρίθηκε ότι, μια επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση κατά την παροχή βασικής διευκόλυνσης και χρησιμοποιεί η ίδια τη διευκόλυνση αυτή (όπως μια υπηρεσία ή εγκατάσταση στην οποία, αν δεν έχουν πρόσβαση, οι ανταγωνιστές δεν μπορούν να παρέχουν υπηρεσίες στους δικούς τους πελάτες), και η οποία αρνείται σε άλλες επιχειρήσεις την πρόσβαση στην εν λόγω διευκόλυνση χωρίς αντικειμενική αιτιολογία, ή παρέχει πρόσβαση υπό λιγότερο ευνοϊκούς όρους από εκείνους που θέτει στις δικές της υπηρεσίες, παραβαίνει το άρθρο 82 της Συνθήκης, εφόσον πληρούνται και οι λοιπές προϋποθέσεις του εν λόγω άρθρου.<sup>61</sup> Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή αναφέρει ακόμα ότι, επιχείρηση που κατέχει δεσπόζουσα θέση δεν μπορεί να εισάγει διακρίσεις υπέρ των δικών της δραστηριοτήτων σε μια σχετική αγορά. Σε μια τέτοια περίπτωση, η άρνηση περιορίζει την ανάπτυξη νέων αγορών ή νέων προϊόντων.

Από την πλευρά της, η ΑΤΗΚ σημείωσε ότι οι απαντήσεις και απόψεις της δόθηκαν προφορικά σε μια σειρά συναντήσεων που πραγματοποιήθηκαν ειδικά για αυτό το θέμα. Στελέχη της ΑΤΗΚ ήταν σε συνεχή διάλογο με εκπροσώπους της Thunderworx και έφεραν σε γνώση τους τόσο την αδυναμία να ικανοποιηθεί τη δεδομένη στιγμή το

<sup>60</sup>Βλ. Απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής, 94/19/ΕΚ, στην υπόθεση *Sea Containers v. Stena Sealink*, (Προσωρινά μέτρα) Επίσημη Εφημερίδα L 015, ημερ. 18.1.1994, σελ 8-19.

<sup>61</sup>Βλέπε Ευρωπαϊκό Κοινοτικό Δίκαιο του Ανταγωνισμού, Καλαβρός, 2003, σελ. 115.



αίτημα τους, όσο και την πρόθεση της να το ικανοποιήσει στο μέλλον. Η ΑΤΗΚ πρόσθεσε επίσης ότι, το μοντέλο συνεργασίας μέσω της πύλης κινητής επικοινωνίας Cybee ήταν στη διάθεση της Thunderworx και οποιοδήποτε άλλου ενδιαφερομένου συνεργάτη, αμέσως μετά την έγκρισή του από το Διοικητικό Συμβούλιο της ΑΤΗΚ. Η έγκριση αυτή είχε λάβει χώρα στις 22 Απριλίου 2003.

Η Επιτροπή σημειώνει ότι 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 ξεπερνά κάθε εμπόδιο τεχνικής ή άλλης φύσης που καθιστά δυσχερή τη χρήση της διευκόλυνσης από τρίτους. Συνεπώς, το ακολουθούμενο κριτήριο είναι ότι η διευκόλυνση οφείλει να διατίθεται στους τρίτους κάτω από τους ίδιους όρους χρήσης που απολαμβάνει ο ίδιος ο κάτοχός της<sup>62</sup>.

Ο κάτοχος της βασικής διευκόλυνσης μπορεί να αρνηθεί πρόσβαση στη βασική αυτή διευκόλυνση στη βάση αντικειμενικών λόγων. Τέτοιοι αντικειμενικοί λόγοι συνδέονται άμεσα με τη φύση της ίδιας της διευκόλυνσης. Σύμφωνα με το εγχειρίδιο του Βασίλη Γ. Χατζόπουλου 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 υπηρεσιών<sup>63</sup>.

Επιπρόσθετα, η Επιτροπή επισημαίνει ότι, σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, η κακή διαχείριση, η αδιαφορία, η ενσυνείδητη αμέλεια ή ανεπάρκεια, όχι μόνο δεν συνιστούν αντικειμενικά αποδεκτή αιτιολογία καθυστερήσεων, αλλά συνιστούν λόγους οι οποίοι μπορούν να στοιχειοθετήσουν αυτοτελώς καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης<sup>64</sup>.

Πρόσθετα, η Επιτροπή σημειώνει την απόφαση της ομόλογης Αρχής Ανταγωνισμού της Ιταλίας στην υπόθεση Telesystem v SIP<sup>65</sup>, με την οποία είχε καταδικάσει τον κρατικό φορέα τηλεπικοινωνιών για την άρνησή του να προσφέρει σύνδεση στο σταθερό δίκτυό του σε εταιρείες παροχής τηλεφωνικών υπηρεσιών προστιθέμενης αξίας, σύμφωνα με την Οδηγία 90/388/ΕΟΚ<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> Απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής, 94/19/ΕΚ, στην υπόθεση SeaContainersv. StenaSealink, (Προσωρινά μέτρα) Επίσημη Εφημερίδα L 015, ημερ. 18.1.1994, σελ 8-19.

<sup>63</sup> Μελέτες Δικαίου των Επιχειρήσεων, Βασίλης Γ. Χατζόπουλος, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2002.

<sup>64</sup> Βλέπε απόφαση του ΔΕΚ στην υπόθεση Port of Genova Gabrielli, Συλλογή νομολογίας Δικαστηρίου 1991, σελ I-5889, απόφαση στην υπόθεση C- 41/90 Hofner and Elser, Συλλογή Νομολογίας του Δικαστηρίου 1991, σελ I-1976.

<sup>65</sup> Απόφαση της 10/1/1995, Telesystem v SIP, Boll Autorita conc. E mercato, n 1-2/1995, σελ 5.

<sup>66</sup> <http://dide.flo.sch.gr/Plinet/Nomothesia-Internet/Odigia-90-388-1999.pdf>

Από τα στοιχεία που κατατέθηκαν στα πλαίσια της παρούσας έρευνας, και σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της ΑΤΗΚ, η Επιτροπή εκ πρώτης όψεως διαπιστώνει ότι η ΑΤΗΚ αντιμετώπιζε τεχνικές δυσκολίες και προβλήματα για να παρέχει στους ανεξάρτητους παρόχους τη δυνατότητα σύνδεσης με το κέντρο σύντομών μηνυμάτων για σκοπούς παροχής γραπτών μηνυμάτων αξίας (Premium SMS) στους συνδρομητές της.

Σύμφωνα με τα όσα αναφέρει η ΑΤΗΚ, για την ικανοποίηση του αιτήματος της Thunderworx ήταν αναγκαία η εισαγωγή του SMS Gateway, το οποίο μεταξύ άλλων θα πρόσφερε: (α) διασύνδεση εξωτερικών συστημάτων με το δίκτυο της ΑΤΗΚ, (β) ασφάλεια του δικτύου της ΑΤΗΚ από κακόβουλη ή ακούσια επέμβαση, (γ) ασφάλεια των προσωπικών δεδομένων των πελατών, (δ) χρέωση των μηνυμάτων σε πραγματικό χρόνο για τους πελάτες της προπληρωμένης κινητής τηλεφωνίας, και (ε) έλεγχο της φερεγγυότητας των πελατών της συνδρομητικής υπηρεσίας. Μια τέτοιου είδους ανάπτυξη υποδομής απαιτούσε χρόνο και χρήμα.

Σχετικά, η ΑΤΗΚ στην επιστολή της προς την Επιτροπή ημερομηνίας 8/11/2006, η οποία είχε δοθεί στα πλαίσια της εξέτασης της προκαταρκτικής έρευνας της καταγγελίας, αναφέρθηκε στο ιστορικό των ενεργειών που έγιναν για ικανοποίηση του αιτήματος της Thunderworx για παροχή υπηρεσιών Premium SMS μέσω του Μοντέλου του Ανεξάρτητου Παρόχου:

*«**2002:** Έγιναν συναντήσεις με διάφορες εταιρείες που διαθέτουν περιεχόμενο ή ενδιαφέρονται να γίνουν aggregators (να συγκεντρώνουν περιεχόμενο από άλλους και να το προσφέρουν μέσω Cybee ή ανεξάρτητα. Παρακολούθηση διεθνών εξελίξεων στον τομέα. Συζήτηση με λειτουργούς ΓΕΡΗΕΤ για την αρίθμηση των Premium SMS.*

**Φεβρουάριος 2003** - Ετοιμασία και εισηγητική εμπορική πρόταση από αρμόδιους λειτουργούς της ΑΤΗΚ για σύσταση Μοντέλου Ανεξάρτητου Παροχέα. Η πρόταση που έγινε χωρίς τη συμμετοχή αρμόδιων μηχανικών, επισημοποιούσε παράλληλα και το μοντέλο συνεργασίας με Cybee.

**Απρίλιος 2003** - Έγκριση εισήγησης.

**Ιούνιος 2003** – Σύσταση διατμηματικής ομάδας εργασίας για ανάπτυξη της υπηρεσίας Premium SMS.

**Ιούλιος 2003** - Εναρκτήρια συνάντηση διατμηματικής ομάδας.

**Φεβρουάριος 2004** – Η παροχή της υπηρεσίας για το Μοντέλο του Ανεξάρτητου Παροχέα προχωρεί, αλλά καθυστερεί καθώς διαπιστώθηκε η αναγκαιότητα για αναβάθμιση της τεχνικής υποδομής ώστε να είναι σε θέση να προσφερθεί η υπηρεσία (ανάγκη για SMS Gateway).

**Μάρτιος 2004** – ζητείται έγκριση για προμήθεια SMS Gateway.

**Απρίλιος 2004** – Εγκρίνεται.

**Μάιος 2004** - Έκδοση RFQ στην κατασκευάστρια εταιρεία.

**Σεπτέμβριος 2004** – Ετοιμάζεται έκθεση αξιολόγησης προσφοράς.

**Μάρτιος 2005** – Ολοκλήρωση του έργου αναβάθμισης της υποδομής από την κατασκευάστρια εταιρεία. Παράλληλα, αναθεωρείται η αρχική εισήγηση του Φεβρουαρίου 2003, λαμβάνοντας υπόψη τα νέα δεδομένα.

**Απρίλιος 2005** – Ανακοινώνεται στους ενδιαφερόμενους η εμπορική λειτουργία του Μοντέλου Ανεξάρτητου Παροχέα.

**Ιούνιος 2005** – Ολοκληρώνονται οι δοκιμές και συνδέονται οι πρώτοι πελάτες, συμπεριλαμβανομένης και της εταιρείας Thunderworx.»

Η Επιτροπή, παρόλα αυτά, δεν έχει πειστεί ότι η ΑΤΗΚ με την ιδιαίτερη ευθύνη που τη βαρύνει ως επιχείρηση κατέχουσα δεσπόζουσα 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 Thunderworx, χωρίς καθυστερήσεις, και ούτε έχει πειστεί ότι η σύνδεση με την πύλη Cybee, υπό τους προτεινόμενους όρους, συνιστούσε εύλογη υποκατάστατη λύση. Προς τούτο, η Επιτροπή σημειώνει ότι οι δεσπύζοντες φορείς παροχής υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών, 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 δεσπύζουσας θέσης των φορέων αυτών<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> Βλέπε Ευρωπαϊκό Δίκαιο Επιχειρήσεων και Ανταγωνισμού, Γ. Καρύδης, 2001, παρ.95.

Ειδικότερα, η Επιτροπή, έχοντας υπόψη όλα τα ενώπιον της στοιχεία και πληροφορίες, διαπιστώνει ότι από τα στοιχεία που υπέβαλε ενώπιον της η Thunderworx, η ΑΤΗΚ δεν απάντησε στην επιστολή της, ημερομηνίας 26/6/2002, για αυτό και η Thunderworx Ltd απέστειλε δεύτερη επιστολή στις 26/7/2002.

Το Διοικητικό Συμβούλιο της ΑΤΗΚ στις 22/4/2003, δηλαδή έντεκα (11) μήνες μετά από την ημερομηνία της υποβολής του αιτήματος της Thunderworx ημερομηνίας 26/6/2002, αποφάσισε την παροχή πρόσβασης στους χρήστες κινητής τηλεφωνίας της μέσω της πύλης κινητής τηλεφωνίας Cybee και τη δημιουργία της απαραίτητης υποδομής για χρήση από τους εναλλακτικούς παροχείς,

Παρόλα αυτά, η Thunderworx δεν ενημερώθηκε έγκαιρα για την πιθανότητα συνεργασίας μέσω του μοντέλου συνεργασίας της Cybee, αλλά ούτε και για το γεγονός ότι το Διοικητικό Συμβούλιο της ΑΤΗΚ στις 22/4/2003 είχε αποφασίσει τη δημιουργία της απαραίτητης υποδομής για χρήση από τους εναλλακτικούς παροχείς. Αυτό διαπιστώνεται από την ηλεκτρονική αλληλογραφία που έλαβε χώρα μεταξύ του κ. Κυριάκου, εκ μέρους της Thunderworx, και της κας Νικολάου, εκ μέρους της ΑΤΗΚ. Ειδικότερα, από την εν λόγω αλληλογραφία διαφαίνεται ότι η Thunderworx, ενημερώθηκε για τη σύσταση ομάδας για τη δημιουργία της απαραίτητης υποδομής στις 20/8/2003, δηλαδή σχεδόν τέσσερες (4) μετά από την απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου και ενώ ήδη είχε ανταλλαχθεί αριθμός ηλεκτρονικών μηνυμάτων. Στα εν λόγω ηλεκτρονικά μηνύματα, ενώ η Thunderworx ζητούσε να μάθει κατά πόσον υπήρχαν νεότερες εξελίξεις για το όλο θέμα, εντούτοις η απάντηση της αρμόδιας λειτουργού της ΑΤΗΚ ήταν ότι δεν είχε οποιαδήποτε νεότερα επί του θέματος.

Επίσης, από τα στοιχεία που έχει ενώπιον της, η Επιτροπή διαπιστώνει ότι υπήρχε συστηματική καθυστέρηση εκ μέρους της ΑΤΗΚ στην ενημέρωση της Thunderworx Ltd για την πρόοδο που υπήρχε στην ανάπτυξη της υποδομής SMS Gateway.

Περαιτέρω, η Επιτροπή θεωρεί το χρονικό αυτό διάστημα που διέρρευσε μέχρι τη δημιουργία της απαραίτητης υποδομής, αδικαιολόγητα και αναίτιολόγητα μεγάλο, αφού διέρρευσαν δύο (2) μήνες από την ημερομηνία που αποφασίστηκε η σύσταση του Μοντέλου Ανεξάρτητου Παρόχου μέχρι να συσταθεί ομάδα για την ανάπτυξη της υπηρεσίας, ακόμη ένας (1) μήνας για να πραγματοποιηθεί η εναρκτήρια συνάντηση και ακολούθως ακόμη επτά (7) μήνες για να διαπιστωθεί η αναγκαιότητα για την αναβάθμιση της τεχνικής υποδομής (ήτοι τον Φεβρουάριο του 2004). Τα γεγονότα αυτά οδήγησαν σε περαιτέρω καθυστέρηση, αφού χρειάστηκε να περάσουν πρόσθετα δεκατέσσερις (14) μήνες για να μπορεί να τεθεί σε λειτουργία η νέα υπηρεσία.

Στο σύνολο, η Επιτροπή διαπιστώνει ότι, η ΑΤΗΚ ανταποκρίθηκε στο αίτημα της Thunderworx ημερομηνίας 22/6/2002, για παροχή της υπηρεσίας Premium SMS, τον Ιούνιο 2005, δηλαδή μετά από διάστημα τριών (3) ετών.

Η Επιτροπή κρίνει ότι, το γεγονός ότι η υπηρεσία Cybee ήταν εκεί και διαθέσιμη, δεν ισοδυναμεί με άμεση ανταπόκριση στο αίτημα της Thunderworx αλλά και ούτε συνιστά εύλογη δικαιολογία για τα τρία χρόνια που διέρρευσαν ώστε να δοθεί η εν λόγω υπηρεσία από την ΑΤΗΚ.

Η καθυστέρηση αυτή της ΑΤΗΚ είχε ως αποτέλεσμα η Thunderworx, για ένα μεγάλο χρονικό διάστημα και σε μια κρίσιμη περίοδο για την ανάπτυξη ενός ελάχιστου υγιούς ανταγωνισμού, και ενώ η ίδια (Thunderworx) είχε την υπόλοιπη απαραίτητη υποδομή να προσφέρει υπηρεσίες Premium SMS, να μην μπορεί να ανταποκριθεί στα αιτήματα τελικών χρηστών και παροχέων υπηρεσιών περιεχομένου για παροχή ιδίων υπηρεσιών με αυτές τις οποίες η ΑΤΗΚ προσέφερε μέσω της πύλης Cybee. Όπως έχει αναφερθεί η ΑΤΗΚ χρειάστηκε τρία (3) χρόνια για να προσφέρει την υπηρεσία, με αποτέλεσμα ο ανταγωνισμός να μην αναπτυχθεί και να εδραιωθεί η υπηρεσία Cybee της ΑΤΗΚ στην αγορά.

Η Επιτροπή σημειώνει ότι ο οποίος οικονομικός φορέας, κρατικός ή ιδιωτικός, που κατέχει δεσπόζουσα θέση σε μία σχετική αγορά, οφείλει να προσαρμόζεται στις απαιτήσεις ανοίγματος της αγοράς και να μη προβαίνει σε αδικαιολόγητες καθυστερήσεις. Η Επιτροπή καταλήγει ότι, αυτή η αδικαιολόγητη καθυστέρηση έδωσε την ευκαιρία στην ΑΤΗΚ να διατηρήσει και να επεκτείνει τη θέση της στην αγορά των Premium SMS, αλλά και στην ευρύτερη αγορά κινητής τηλεφωνίας, εμποδίζοντας τους νεοεισερχόμενους να την ανταγωνιστούν επί ίσοις όροις.

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 Thunderworx, γεγονός που συνιστά έμμεση άρνηση παροχής της αιτούμενη πρόσβασης.

Συνεπώς, στην περίπτωση αυτή, η έμμεση άρνηση της ΑΤΗΚ και η αδυναμία πρόσβασης και χρήσης της συγκεκριμένης υπηρεσίας από τη Thunderworx για την εξεταζόμενη περίοδο των τριών (3) ετών, κατά την άποψη της Επιτροπής, περιόρισε την ανάπτυξη νέων προϊόντων και νέων υπηρεσιών στην αγορά των ηλεκτρονικών επικοινωνιών και συγκεκριμένα των Premium SMS, κατά παράβαση του άρθρου 6(1)(β), 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 δυσκολότερη.

## **7. Καταληκτικό**

Κατά συνέπεια, η Επιτροπή ομόφωνα αποφασίζει ότι στοιχειοθετείται παράβαση του άρθρου 6(1)(β) του Νόμου εκ μέρους της Αρχής Τηλεπικοινωνιών Κύπρου, ως αποτέλεσμα της άρνησής της να παρέχει απευθείας πρόσβαση στο Κέντρο Αποστολής Γραπτών Μηνυμάτων SMSC της, μαζί με όλες τις συναφείς υπηρεσίες που είναι απαραίτητες ώστε η Thunderworx να είναι σε θέση να προσφέρει υπηρεσίες σύντομων γραπτών μηνυμάτων προστιθέμενης αξίας (Premium SMS), είτε με την χρέωση να γίνεται με την αποστολή του μηνύματος (mobile origination) είτε με την χρέωση να γίνεται με τη λήψη/τερματισμό του μηνύματος (mobile termination), στους συνδρομητές της ΑΤΗΚ.

Οι παραβάσεις αφορούν την περίοδο, από τις 26 Ιουνίου 2002, ήτοι όταν αρχικά ζητήθηκε η παροχή της εν λόγω διευκόλυνσης, έως και τον Ιούνιο 2005, οπότεν και υπεγράφη Συμφωνία μεταξύ της ΑΤΗΚ και της Thunderworx για την παροχή της εν λόγω διευκόλυνσης.

## **7. Διοικητικό Πρόστιμο**

Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 24(1) του Νόμου, για κάθε παράβαση των άρθρων 3 και/ ή 6 του Νόμου την οποία διαπράττουν επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων, η Επιτροπή δύναται, με απόφασή της να λαμβάνει, μεταξύ άλλων, τα ακόλουθα μέτρα:

*«(α) να επιβάλλει τα πιο κάτω 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 [...]*». (δική μας η υπογράμμιση)

Επίσης, ως αναφέρεται στο άρθρο 42(1) του Νόμου: «Τα διοικητικά πρόστιμα για παραβάσεις του παρόντος Νόμου [...] επιβάλλονται από την Επιτροπή, με δεόντως αιτιολογημένη απόφαση, κατόπιν διεξαγωγής έρευνας και αφού ληφθεί υπόψη η φύση και η σοβαρότητα της παράβασης σε κάθε περίπτωση.» (δική μας η υπογράμμιση)

Ο δικηγόρος της ΑΤΗΚ, υποβάλλοντας παραστάσεις<sup>68</sup> σχετικά με την επιβολή διοικητικού προστίμου από την Επιτροπή, ανέφερε τα ακόλουθα:

*« Η ΑΤΗΚ διατηρεί τις θέσεις της όπως αυτές διατυπώθηκαν ενώπιον της Επιτροπής.*

*Η ΑΤΗΚ θεωρεί ότι η καθυστέρηση στην προσφορά υπηρεσίας είναι αντικειμενικά δικαιολογημένη και ότι ο χρόνος που διέρρευσε μέχρι την παροχή της υπηρεσίας ήταν ο χρόνος που απαιτείτο για να γίνει αντιληπτή η υπηρεσία που ζητείτο και να γίνει η απαραίτητη διαδικασία απόκτησης του αναγκαίου λογισμικού.*

*Είναι επιπλέον η θέση της ΑΤΗΚ ότι με βάση το αρ. 41 η επιτροπή εμποδίζεται από του να εξετάσει την καταγγελία ή να επιβάλει διοικητικό πρόστιμο δεδομένης της παρόδου πέντε ετών από την υποβολή της καταγγελίας. Εν προκειμένω, η πρώτη εξέταση της καταγγελίας θεωρείται ως μηδέποτε γενόμενη.*

*Η δυσκολία που προκαλείται στην Υπεράσπιση τέτοιων καταγγελιών είναι εμφανής στην παρούσα περίπτωση αφού πλείστα ηλεκτρονικά αρχεία διαγράφηκαν».*

Συνεκτιμώντας τα πιο πάνω, η Επιτροπή σημείωσε τα εξής:

#### Εξουσία επιβολής προστίμου

Σύμφωνα με το άρθρο 41 του Νόμου, η προθεσμία για την επιβολή προστίμου για την υπό εξέταση παράβαση αρχίζει να προσμετρείται από την ημέρα που τερματίστηκε η παράβαση, ενώ η προθεσμία διακόπτεται την ημέρα που η Επιτροπή αποφασίζει να κινήσει διαδικασία εξέτασης κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 17 του Νόμου.

Συνακόλουθα, η Επιτροπή κρίνει ότι από την 1<sup>η</sup> Ιουνίου 2005 (ημερομηνία καταγγελίας) έως και τις 2 Ιανουαρίου 2009 (ημερομηνία καταχώρησης της προσφυγής) παρήλθαν 3 χρόνια και 215 μέρες. Από τις 12 Σεπτεμβρίου 2011

<sup>68</sup> Με σχετική επιστολή του ημερομηνίας 3 Σεπτεμβρίου 2012.

(ημερομηνία ακύρωσης της απόφασης της Επιτροπής) έως και τις 30 Μαρτίου 2012 (ημερομηνία κίνησης διαδικασίας εξέτασης) παρήλθαν 200 ημέρες, οπότεν το σύνολο των ημερών που διέρρευσαν είναι 4 χρόνια και 50 ημέρες.

Ως εκ τούτου, η Επιτροπή καταλήγει ότι δεν παρέρχεται προθεσμία των πέντε ετών. Πρέπει να σημειωθεί ότι στην προσμέτρηση των προθεσμιών δεν λήφθηκαν υπόψη οι διακοπές στις προθεσμίες που επήλθαν με την κίνηση διαδικασιών στη βάση του άρθρου 17(1) του Νόμου.

### Φύση και Σοβαρότητα Παράβασης

Η παράβαση του Νόμου συνίσταται στην άρνηση της ΑΤΗΚ να παρέχει απευθείας πρόσβαση στο Κέντρο Αποστολής Γραπτών Μηνυμάτων SMS Center της μαζί με όλες τις συναφείς υπηρεσίες που είναι απαραίτητες, ώστε ένας πάροχος ηλεκτρονικών επικοινωνιών να είναι σε θέση να προσφέρει υπηρεσίες σύντομων γραπτών μηνυμάτων προστιθέμενης αξίας (Premium SMS), είτε με την χρέωση να γίνεται κατά την έναρξη του μηνύματος (mobile origination), είτε με τον τερματισμό του μηνύματος (mobile terminations), στους συνδρομητές της ΑΤΗΚ. Η εφαρμογή αυτής της πρακτικής αποτελεί παράβαση του άρθρου 6(1)(β) του Νόμου.

Η Επιτροπή σημειώνει το γεγονός ότι η ΑΤΗΚ την υπό εξέταση περίοδο, ως πάροχος υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας, κατείχε δεσπύζουσα θέση σε ότι αφορά το δίκτυο της, τόσο στη χονδρική αγορά πρόσβασης και προέλευσης κλήσεων στα δημόσια δίκτυα κινητής τηλεφωνίας, όσο και στη χονδρική αγορά απόληξης (τερματισμού) κλήσεων σε μεμονωμένα δίκτυα κινητών επικοινωνιών, καθώς και σε παρεμφερείς υπηρεσίες που συνδέονται με το δίκτυο της. Η κατοχή τέτοιας δεσπύζουσας θέσης επιβαρύνει περαιτέρω την ΑΤΗΚ σε σχέση με την παράβαση του άρθρου 6(1)(β) του Νόμου, λόγω της ιδιαίτερης ευθύνης (special responsibility) που είχε ως εταιρεία κατέχουσα δεσπύζουσα θέση στην αγορά.

Η παράβαση του Νόμου από εταιρεία η οποία έχει ιδιαίτερη ευθύνη καθιστά τη φύση της παράβασης σοβαρότερη λόγω ακριβώς της δομής της, όπου η σύνδεση οποιουδήποτε παρόχου υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών με το δίκτυο της ΑΤΗΚ για την παροχή υπηρεσιών στους χρήστες του δικτύου κινητής τηλεφωνίας της ΑΤΗΚ, είναι απαραίτητη. Πρέπει να υπογραμμιστεί ότι η ειδική αυτή ευθύνη συνίσταται στην υποχρέωση της ΑΤΗΚ να μην εξασθενεί την ύπαρξη ανταγωνισμού, καθώς και να μην υιοθετεί συμπεριφορές ή μέτρα που δεν θα συνεπάγονταν καθ'



αυτό κατάχρηση εάν είχαν υιοθετηθεί ή ληφθεί από εταιρείες μη κατέχουσες δεσπόζουσα θέση.

Πέραν όμως τούτου, όπως προκύπτει από τα γεγονότα της παρούσας υπόθεσης, η ΑΤΗΚ, ως κατέχουσα δεσπόζουσα θέση και λόγω της ιδιαίτερης της ευθύνης, όφειλε να ξεπεράσει κάθε εμπόδιο τεχνικής ή άλλης φύσης που καθιστούσε δυσχερή τη χρήση της υπηρεσίας premium sms από τρίτους σε εύλογο υπό τις περιστάσεις χρόνο.

Η Επιτροπή από τα ενώπιον της στοιχεία διαπίστωσε ότι η ΑΤΗΚ παρέλειψε να απαντήσει στην επιστολή της Thunderworx ημερομηνίας 26 Ιουνίου 2002, με την οποία είχε ζητηθεί πρόσβαση στην εν λόγω υπηρεσία. Το Διοικητικό Συμβούλιο της ΑΤΗΚ αποφάσισε τη δημιουργία της απαραίτητης υποδομής στις 22/4/2003, σχεδόν ένα χρόνο μετά από το αίτημα της Thunderworx. Η Επιτροπή κρίνει ότι για ένα οργανισμό τηλεπικοινωνιών του μεγέθους της ΑΤΗΚ και των πολλών συσσωρευμένων χρόνων εμπειρίας και δραστηριοποίησης στην αγορά, το διάστημα αυτό (ήτοι των 11 μηνών) δεν μπορεί να θεωρηθεί ως αντικειμενικό και εύλογο για να κατανοηθεί το αίτημα ενός εναλλακτικού παρόχου. Ως εκ τούτου, η Επιτροπή δεν αποδέχεται τη θέση της ΑΤΗΚ ότι ο χρόνος που παρήλθε είναι εύλογος.

Επιπρόσθετα, η Επιτροπή διαπιστώνει ότι η Thunderworx δεν ενημερώθηκε έγκαιρα για την απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ΑΤΗΚ, αφού σύμφωνα με τα ενώπιον της Επιτροπής στοιχεία, η Thunderworx ενημερώθηκε για τη σύσταση ομάδας για τη δημιουργία της υποδομής από την ΑΤΗΚ μόλις στις 20/8/2003. Η δε υπηρεσία δόθηκε τον Ιούνιο του 2005, οπότεν και υπογράφηκε σχετική Συμφωνία μεταξύ των μερών.

Τέλος, σε σχέση με την αναφορά του δικηγόρου της ΑΤΗΚ ότι προκαλείται δυσκολία στην υπεράσπιση τέτοιων καταγγελιών «αφού πλείστα ηλεκτρονικά αρχεία διαγράφηκαν» δεν μπορεί να γίνει κατανοητή από την Επιτροπή, ιδιαίτερα αν ληφθεί υπόψη ότι κάτι τέτοιο δεν είχε εγερθεί ούτε κατά την υποβολή των γραπτών θέσεων της ΑΤΗΚ στις 13/6/2012, αλλά ούτε και στην προφορική ανάπτυξη των θέσεων της κατά την ακροαματική διαδικασία. Η Επιτροπή, σε κάθε περίπτωση, υπογραμμίζει ότι διατηρεί όλα τα στοιχεία της υπόθεσης στο σχετικό διοικητικό φάκελο.

## Διάρκεια Παράβασης

Η Thunderworx, με επιστολή της προς την ΑΤΗΚ ημερομηνίας 26 Ιουνίου 2002, είχε ζητήσει την υπηρεσία premium SMS- Mobile Termination.

Ο χρόνος δημιουργίας του λογισμικού από τις 26 Ιουνίου 2002 μέχρι και τον Ιούνιο 2005 κρίνεται από την Επιτροπή πολύ μεγάλος ιδιαίτερα αν ληφθεί υπόψη ότι έγινε σε μια κρίσιμη περίοδο για την ανάπτυξη ενός ελάχιστου υγιούς ανταγωνισμού και, ενώ η ίδια η Thunderworx διέθετε την υπόλοιπη υποδομή για να προσφέρει υπηρεσίες Premium SMS, δεν μπορούσε να ανταποκριθεί στα αιτήματα των τελικών χρηστών και παροχέων υπηρεσιών περιεχομένου ώστε να δραστηριοποιηθεί στην ίδια αγορά που δραστηριοποιείτο η ΑΤΗΚ μέσω της Cybee.

Οι παραβάσεις τερματίστηκαν τον Ιούνιο 2005, όταν υπογράφηκε σχετική Συμφωνία μεταξύ των εμπλεκόμενων μερών.

Η Επιτροπή, κατά την εξέταση της βαρύτητας των παραβάσεων και κατ' επέκταση του ύψους των προστίμων, έλαβε υπόψη τη διάρκεια της παράβασης, καθώς και ορισμένα ελαφρυντικά και επιβαρυντικά στοιχεία, ως ακολούθως καταγράφονται:

(α) Η Thunderworx περί τις 26 Ιουνίου 2002 είχε ζητήσει από την ΑΤΗΚ τη δυνατότητα παροχής υπηρεσιών υπερτιμημένων γραπτών μηνυμάτων στους συνδρομητές της ΑΤΗΚ.

(β) Η ΑΤΗΚ κατείχε, μεταξύ άλλων, δεσπόζουσα θέση στη χονδρική αγορά πρόσβασης και προέλευσης κλήσεων στα δημόσια δίκτυα κινητής τηλεφωνίας, όσο και στη χονδρική αγορά απόληξης (τερματισμού) κλήσεων σε μεμονωμένα δίκτυα κινητών επικοινωνιών, καθώς και σε παρεμφερείς υπηρεσίες που συνδέονται με το δίκτυο της, γεγονός που της δημιουργεί και ιδιαίτερη ευθύνη να μην παρακωλύει τον ανταγωνισμό.

(γ) Η ΑΤΗΚ αποτελεί οργανισμό Δημοσίου Δικαίου, οπότε γνωρίζει και/ή οφείλει να γνωρίζει τους κανόνες που διέπουν τη λειτουργία ενός ανταγωνιστικού περιβάλλοντος.

(ε) Περί το 2005, η ΑΤΗΚ και η Thunderworx υπέγραψαν συμφωνία για την παροχή Premium SMS.

Συνεκτιμώντας όλα τα πιο πάνω, η Επιτροπή, αφού έλαβε υπόψη τη φύση, τη διάρκεια και τη βαρύτητα της παράβασης σύμφωνα με τις διαδικασίες του άρθρου 24(α)(i) και 42(1) του Νόμου, τον κύκλο εργασιών της ΑΤΗΚ, ο οποίος κατά το 2003 ανερχόταν σε ΛΚ 211,042. εκ (διακόσια έντεκα εκατομμύρια σαράντα δύο χιλιάδες Λίρες Κύπρου), που με τη μέση συναλλαγματική ισοτιμία της Κυπριακής Λίρας έναντι του ευρώ για το 2003 προς 1.70793<sup>69</sup> ευρώ την κυπριακή λίρα αντιστοιχεί σε €360.444.963 (τριακόσια εξήντα εκατομμύρια, τετρακόσιες σαράντα τέσσερις χιλιάδες εννιακόσια εξήντα τρία ευρώ), καθώς και την αναγκαιότητα να προληφθεί επανάληψη των παραβάσεων, ομόφωνα αποφάσισε:

Αναφορικά με τη διαπιστωθείσα παράβαση του άρθρου 6(1)(β) του Νόμου, την επιβολή χρηματικής ποινής στην ΑΤΗΚ, βάσει του άρθρου 24(α)(i) του Νόμου, ύψους €130,000 (εκατόν τριάντα χιλιάδων ευρώ).

Η Επιτροπή καλεί την ΑΤΗΚ όπως, μέσα σε είκοσι (20) ημερολογιακές ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της παρούσας απόφασης, καταβάλει στην Επιτροπή την πιο πάνω χρηματικής ποινής.

.....

Λουκία Χριστοδούλου

Πρόεδρος της Επιτροπής Προστασίας Ανταγωνισμού

---

<sup>69</sup> [www.oanda.com](http://www.oanda.com)