

Αριθμός 860/2019

ΤΟ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟ ΤΗΣ ΕΠΙΚΡΑΤΕΙΑΣ

ΤΜΗΜΑ Δ΄

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του στις 30 Σεπτεμβρίου 2014, με την εξής σύνθεση: Ε. Σάρπ, Αντιπρόεδρος, Προεδρεύουσα, σε αναπλήρωση του Προέδρου του Τμήματος, που είχε κώλυμα, Ε. Αντωνόπουλος, Σπ. Χρυσικοπούλου, Σύμβουλοι, Χρ. Σιταρά, Ε. Σκούρα, Πάρεδροι. Γραμματέας ο Ν. Αθανασίου.

Α. Για να δικάσει την από 15 Δεκεμβρίου 2009 αίτηση:

της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «Οργανισμός Τηλεπικοινωνιών της Ελλάδος Α.Ε.» (Ο.Τ.Ε. Α.Ε.), που εδρεύει στο Μαρούσι Αττικής (Λεωφ. Κηφισίας 99), η οποία παρέστη με τον δικηγόρο Γεώργιο Δελλή (Α.Μ. 15582), που τον διόρισε με πληρεξούσιο,

κατά της Εθνικής Επιτροπής Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων (Ε.Ε.Τ.Τ.), που εδρεύει στο Μαρούσι Αττικής (Λεωφ. Κηφισίας 60), η οποία παρέστη με τους δικηγόρους: α) Βασίλειο Κονδύλη (Α.Μ. 13300) και β) Αλέξιο Σπυρόπουλο (Α.Μ. 22315), που τους διόρισε με εξουσιοδότηση του Προέδρου της.

Με την αίτηση αυτή η αναιρεσείουσα εταιρεία επιδιώκει να αναιρεθεί η υπ' αριθμ. 2193/2009 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών.

Β. Για να δικάσει την από 21 Δεκεμβρίου 2009 αίτηση:

της Εθνικής Επιτροπής Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων (Ε.Ε.Τ.Τ.), που εδρεύει στο Μαρούσι Αττικής (Λεωφ. Κηφισίας 60), η οποία παρέστη με τους δικηγόρους: α) Βασίλειο Κονδύλη (Α.Μ. 13300) και β) Αλέξιο Σπυρόπουλο (Α.Μ. 22315), που τους διόρισε με εξουσιοδότηση του Προέδρου της,

κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «Οργανισμός Τηλεπικοινωνιών της Ελλάδος Α.Ε.» (Ο.Τ.Ε. Α.Ε.), που εδρεύει στο Μαρούσι Αττικής (Λεωφ. Κηφισίας 99), η οποία παρέστη με τον δικηγόρο Γεώργιο Δελλή (Α.Μ. 15582), που τον διόρισε με πληρεξούσιο.

Με την αίτηση αυτή η αναιρεσείουσα Επιτροπή επιδιώκει να αναιρεθεί η υπ' αριθμ. 2193/2009 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών.

Η εκδίκαση άρχισε με την ανάγνωση της εκθέσεως του εισηγητή, Συμβούλου Ε. Αντωνόπουλου.

Κατόπιν το δικαστήριο άκουσε:

Α. Τον πληρεξούσιο της αναιρεσείουσας εταιρείας, ο οποίος δήλωσε ότι παραιτείται του λόγου περί αμεροληψίας, στη συνέχεια ανέπτυξε και προφορικά τους προβαλλόμενους λόγους αναίρεσως και ζήτησε να γίνει δεκτή η αίτηση και τους πληρεξούσιους της αναιρεσίβλητης Επιτροπής, οι οποίοι ζήτησαν την απόρριψή της.

Β. Τους πληρεξούσιους της αναιρεσείουσας Επιτροπής, οι οποίοι ανέπτυξαν και προφορικά τους προβαλλόμενους λόγους αναίρεσως και ζήτησαν να γίνει δεκτή η αίτηση και τον πληρεξούσιο της αναιρεσίβλητης εταιρείας, ο οποίος ζήτησε την απόρριψή της.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση το δικαστήριο συνήλθε σε διάσκεψη σε αίθουσα του δικαστηρίου κ
α ι

Α φ ο ύ μ ε λ έ τ η σ ε τ α σ χ ε τ ι κ ά έ γ γ ρ α φ α

Σ κ έ φ θ η κ ε κ α τ ά τ ο ν Ν ό μ ο

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης από τις κρινόμενες αιτήσεις έχει καταβληθεί το νόμιμο

παράβολο (υπ' αριθμ. 1049536-7/2009 ειδικά γραμμάτια παραβόλου), ενώ για την άσκηση της δεύτερης από τις κρινόμενες αιτήσεις δεν απαιτείται κατά νόμο η καταβολή παραβόλου.

2. Επειδή, με τις κρινόμενες αιτήσεις, που είναι συνεκδικαστές λόγω συναφείας, ζητείται παραδεκτώς η αναίρεση της υπ' αριθμ. 2193/2009 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Από την αναιρεσιβαλλόμενη αυτή απόφαση προκύπτουν τα εξής: Με την υπ' αριθμ. Α.Π. 447/01/26.07.2007 απόφαση της Εθνικής Επιτροπής Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων (Ε.Ε.Τ.Τ.) επιβλήθηκε σε βάρος της εταιρείας με την επωνυμία «Οργανισμός Τηλεπικοινωνιών της Ελλάδος Α.Ε. (Ο.Τ.Ε. Α.Ε.)» πρόστιμο, ποσού 20.000.000 ευρώ, για παράβαση της νομοθεσίας για την προστασία του ανταγωνισμού, και πρόστιμο, ποσού 100.000 ευρώ, για παράβαση της νομοθεσίας περί τηλεπικοινωνιών, ύστερα από καταγγελία της εταιρείας με την επωνυμία «TELLAS Ανώνυμη Εταιρεία Τηλεπικοινωνιών». Ειδικότερα, μετά από τήρηση της διαδικασίας επιβολής προστίμου, η Ε.Ε.Τ.Τ. αποφάνθηκε ότι η εταιρεία Ο.Τ.Ε. Α.Ε. προέβη σε κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης της με τις ακόλουθες μορφές: α) με τη μορφή συμπίεσης τιμών, η οποία συνίσταται στη χρέωση στους ανταγωνιστές της (μεταξύ των οποίων και στην καταγγέλλουσα), κατά τη χρονική περίοδο 31.12.2004 έως 2.3.2006, για την υπηρεσία χονδρικής ευρυζωνικής πρόσβασης μέσω του DSL δικτύου της μη δίκαιων τελών, δηλαδή τελών τα οποία δεν τους επέτρεπαν να ασκήσουν αποδοτικές δραστηριότητες επομένων σταδίων, β) με τη μορφή διακριτικής μεταχείρισης, η οποία συνίσταται στην παροχή, κατά τη χρονική περίοδο 4.11.2004 έως 2.3.2006, μόνο στους πελάτες της θυγατρικής της Ο.Τ.Ε.net, οι οποίοι προμηθεύονται την υπηρεσία «Fast Internet» μέσω του πακέτου «Conn-X», και όχι και στους πελάτες των λοιπών παρόχων υπηρεσιών διαδικτύου τηλεφωνικού κέντρου (αριθμός 1242) εξειδικευμένου σε θέματα ADSL, και γ) με τη μορφή διακριτικής μεταχείρισης, η οποία συνίσταται στη διαφοροποίηση, κατά τη χρονική περίοδο 4.11.2004 έως 2.3.2006, της χρονικής διάρκειας ισχύος μεταξύ των συμβάσεων χονδρικής πρόσβασης ADSL και λιανικής πρόσβασης ADSL. Προσφυγή της εταιρείας Ο.Τ.Ε. Α.Ε. κατά τη ανωτέρω απόφαση της Ε.Ε.Τ.Τ. ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών έγινε με την προσβαλλόμενη απόφαση εν μέρει δεκτή κατά τα ως άνω κεφάλαια β) και γ) και απορρίφθηκε κατά κεφάλαιο α). Κατόπιν τούτου, το επιβληθέν σε βάρος της εταιρείας Ο.Τ.Ε. Α.Ε. πρόστιμο για παράβαση του άρθρου 2 του ν. 703/1977 μειώθηκε από 20.000.000 ευρώ σε 10.000.000 ευρώ, ενώ διατηρήθηκε το πρόστιμο ύψους 100.000 ευρώ για την αποδοθείσα στην εταιρεία παράβαση της νομοθεσίας περί τηλεπικοινωνιών. Κατά της απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών ασκήθηκαν οι κρινόμενες αιτήσεις αναίρεσης από μεν την Ο.Τ.Ε. Α.Ε. η πρώτη (με αριθμό καταθέσεως 1582/2010). Κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφυγή της αφενός ως προς την υπό στοιχείο α) παράβαση της νομοθεσίας περί προστασίας του ανταγωνισμού και αφετέρου ως προς την επιβολή προστίμου 100.000 ευρώ για παράβαση των όρων της αδείας της, από δε την Ε.Ε.Τ.Τ. η δεύτερη (με αριθμό καταθέσεως 2243/2010) κατά το μέρος που έγινε δεκτή η προσφυγή ως προς τις ως άνω υπό στοιχεία β) και γ) παραβάσεις της νομοθεσίας περί ανταγωνισμού.

3. Επειδή, με προφορική δήλωση του πληρεξουσίου δικηγόρου της στο ακροατήριο η αναιρεσείουσα εταιρεία Ο.Τ.Ε. Α.Ε. παραιτήθηκε από το λόγο αναίρεσης, με τον οποίο προέβαλε ότι η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση μη νομίμως απέρριψε τον προβληθέντα με την προσφυγή της ενώπιον του Εφετείου λόγο περί παραβίασεως της αρχής της αμεροληψίας λόγω της συμμετοχής του Αντιπροέδρου της αναιρεσίβλητης Ε.Ε.Τ.Τ. σε περισσότερα του ενός στάδια της διαδικασίας (ακρόαση - απόφαση επιβολής κυρώσεων) επί της υποθέσεως.

4. Επειδή, στο άρθρο 3 του ισχύοντος και εφαρμοσθέντος στην προκειμένη περίπτωση ν. 2867/2000 (Α' 273) ορίζεται ότι: «1. Ο έλεγχος και η ρύθμιση του τομέα των τηλεπικοινωνιών και η εποπτεία της τηλεπικοινωνιακής αγοράς ασκούνται από την Εθνική Επιτροπή Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων (Ε.Ε.Τ.Τ.), η οποία αποτελεί την Εθνική Ρυθμιστική Αρχή σε θέματα τηλεπικοινωνιών και η οποία συστάθηκε με το Ν. 2246/1994 (ΦΕΚ 172 Α')... 14. Η Ε.Ε.Τ.Τ. έχει τις ακόλουθες αρμοδιότητες. α. ... ιδ. Μεριμνά για την τήρηση της νομοθεσίας περί τηλεπικοινωνιών, περιλαμβανομένων και θεμάτων ανταγωνισμού που ανακύπτουν κατά την άσκηση των δραστηριοτήτων των τηλεπικοινωνιακών επιχειρήσεων. Στην τελευταία περίπτωση η Ε.Ε.Τ.Τ. μπορεί να ζητά τη συνδρομή της Επιτροπής Ανταγωνισμού ή να παραπέμπει σε αυτήν το θέμα. ... κα. Ελέγχει την τήρηση εκ μέρους των τηλεπικοινωνιακών επιχειρήσεων των διατάξεων της κείμενης νομοθεσίας και των όρων των αδειών. ... κη. Εκδίδει κανονιστικές ή ατομικές πράξεις, δημοσιευόμενες στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, δια των οποίων ρυθμίζεται κάθε διαδικασία και λεπτομέρεια σε σχέση με τις ανωτέρω αρμοδιότητές της. ... 15. Στα πλαίσια της άσκησης των αρμοδιοτήτων της, η Ε.Ε.Τ.Τ. τηρεί αρχείο που περιέχει όλα τα απαραίτητα στοιχεία που αποτυπώνουν την τρέχουσα εικόνα της τηλεπικοινωνιακής αγοράς στην Ελλάδα, τηρεί Μητρώο Τηλεπικοινωνιακών Επιχειρήσεων κατόχων Αδειών, απευθύνει οδηγίες και συστάσεις προς τους ενδιαφερόμενους, καλεί τους παραβάτες να παύσουν τις

παραβάσεις, επιβάλλει πρόστιμα και λοιπές διοικητικές κυρώσεις που προβλέπονται στην κείμενη νομοθεσία, συμπεριλαμβανομένων των ποινών και κυρώσεων που προβλέπονται στο Ν. 703/1977 και παραπέμπει τους παραβάτες στις αρμόδιες δικαστικές αρχές...» και στο άρθρο 12 ότι «1. Σε περίπτωση παραβάσεως της κείμενης νομοθεσίας στον τομέα των τηλεπικοινωνιών ή μη πλήρωσης υποχρέωσης ή παραβάσεως όρων Αδειών, η Ε.Ε.Τ.Τ. δύναται, με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της και ύστερα από προηγούμενη ακρόαση των ενδιαφερομένων, να επιβάλλει μία ή περισσότερες από τις παρακάτω κυρώσεις: α. σύσταση για συμμόρφωση σε συγκεκριμένη διάταξη της νομοθεσίας με προειδοποίηση επιβολής λοιπών κυρώσεων, β. πρόστιμο από πέντε εκατομμύρια (5.000.000) έως πεντακόσια εκατομμύρια (500.000.000) δραχμές, που εισπράττεται κατά τις διατάξεις του νόμου για την είσπραξη των δημοσίων εσόδων (Κ.Ε.Δ.Ε.), γ. ... δ. ... ζ. Σε περίπτωση παραβίασης των κανόνων του ανταγωνισμού, η Ε.Ε.Τ.Τ. δικαιούται, με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της και ύστερα από προηγούμενη ακρόαση των ενδιαφερομένων, να επιβάλλει τις προβλεπόμενες από το Ν. 703/1977, όπως εκάστοτε ισχύει, κυρώσεις. 3. Η επιλογή του είδους και η επιμέτρηση των διοικητικών κυρώσεων του άρθρου αυτού γίνεται ανάλογα με τη βαρύτητα της παράβασης, το είδος της Άδειας που κατέχει ο παραβάτης, την έκταση της δραστηριότητάς του και την τυχόν υποτροπή του».

5. Επειδή, εξάλλου, στο άρθρο 2 του ν. 703/1977 (Α' 278) ορίζεται ότι: «Απαγορεύεται η υπό μιας ή περισσότερων επιχειρήσεων καταχρηστική εκμετάλλευσις της δεσποζούσης θέσεως αυτών επί του συνόλου ή μέρους της αγοράς της χώρας. Η καταχρηστική αυτή εκμετάλλευσις δύναται να συνίσταται ιδίως: α) εις τον άμεσον ή έμμεσον εξαναγκασμόν προς καθορισμόν είτε των τιμών αγοράς ή πωλήσεως είτε άλλων μη ευλόγων όρων συναλλαγής, β) εις τον περιορισμόν της παραγωγής, της καταναλώσεως ή της τεχνολογικής αναπτύξεως, επί ζημίας των καταναλωτών, γ) εις την εφαρμογήν ανίσων όρων δι' ισοδυνάμους παροχάς, ιδίως εις την αδικαιολόγητον άρνησιν πωλήσεων, αγορών ή άλλων συναλλαγών, κατά τρόπον ώστε επιχειρήσεις τινές να τίθενται εις μειονεκτικήν εν τω ανταγωνισμώ θέσιν, δ) εις την εξάρτησιν της συνάψεως συμβάσεων εκ της παρά των αντισυμβαλλομένων αποδοχής προσθέτων παροχών, ή συνάψεως προσθέτων συμβάσεων αι οποίαι, κατά την φύσιν των ή συμφώνως προς τας εμπορικής συνηθείας, δεν συνδέονται μετά του αντικειμένου των συμβάσεων τούτων» και στο άρθρο 9 του ίδιου νόμου, όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 4 παρ. 6 του Ν. 2296/1995 (Α' 43) και τροποποιήθηκε με το άρθρο 16 του Ν. 3373/2005 (Α' 188), ορίζεται ότι: «1. Η Επιτροπή Ανταγωνισμού αν, μετά από σχετική έρευνα που διεξάγεται είτε αυτεπαγγέλτως είτε κατόπιν καταγγελίας ή αίτησης του Υπουργού Ανάπτυξης, διαπιστώσει παράβαση της παρ. 1 του άρθρου 1 και των άρθρων 2, 2α και 5 ή των άρθρων 81 και 82 της Συνθήκης της Ευρωπαϊκής Κοινότητας, μπορεί με απόφασή της: α) [...] β) [...] γ) [...] δ) [...] ε) [...] στ) να επιβάλει πρόστιμο στις επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων που υπέπεσαν στην παράβαση. 2. Το κατά την προηγούμενη παράγραφο επιβαλλόμενο ή απειλούμενο πρόστιμο μπορεί να φτάνει μέχρι ποσοστού δεκαπέντε τοις εκατό (15%) των ακαθάριστων εσόδων της επιχείρησης της τρέχουσας ή της προηγούμενης της παράβασης χρήσης. Για τον καθορισμό του ύψους του προστίμου πρέπει να λαμβάνονται υπόψη η σοβαρότητα και η διάρκεια της παράβασης. [...].

6. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση από την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση προκύπτει ότι κατά την χρονική περίοδο από 31.12.2004 έως 2.3.2006 η παροχή ευρυζωνικής τηλεπικοινωνιακής προσβάσεως στην Ελλάδα σχετικά με τις εν λόγω ευρυζωνικές υπηρεσίες, δηλαδή υπηρεσίες, οι οποίες απαιτούν υψηλή ταχύτητα μεταδόσεως δεδομένων, υλοποιούνταν με χάλκινους βρόχους. Στους βρόχους αυτούς συμπεριλαμβάνονται και οι αδεσμοποίητοι τοπικοί βρόχοι, με συνδέσεις σταθερής ασύρματης προσβάσεως και με οπτικές ίνες. Το κύριο, όμως, μέσο που χρησιμοποιείτο για την παροχή της ευρυζωνικής αυτής προσβάσεως ήταν το χάλκινο τηλεπικοινωνιακό δίκτυο προσβάσεως της εταιρείας Ο.Τ.Ε. Α.Ε., που είναι και ο ιστορικός φορέας εκμεταλλεύσεως του δικτύου αυτού, το οποίο, αναβαθμισμένο με τεχνολογία DSL, επιτρέπει την παροχή υπηρεσιών λιανικής ευρυζωνικής προσβάσεως. Η εταιρεία Ο.Τ.Ε. Α.Ε. παρείχε την υπηρεσία χονδρικής παροχής ευρυζωνικής προσβάσεως (υπηρεσία Bitstream) τόσο στο λιανικό άκρο της (π.χ. Ο.Τ.Εnet) όσο και σε άλλους εναλλακτικούς παρόχους και παρόχους υπηρεσιών διαδικτύου που δραστηριοποιούνταν στην τηλεπικοινωνιακή αγορά, δηλαδή σε άλλους τηλεπικοινωνιακούς παρόχους πλην της ίδιας, προσφέροντας, μέσω του DSL και του ATM δικτύου της, την υπηρεσία «Ασύμμετρου Ρυθμού Σύνδεση» (Α.ΡΥ.Σ), η οποία αφορά την πρόσβαση και τις υπηρεσίες αναμεταδόσεως από τις εγκαταστάσεις των τελικών χρηστών έως τα σημεία BBRAS, που είναι οι κεντρικοί της κόμβοι, καθώς και την υπηρεσία «Ολοκληρωμένη Κεντρική Σύνδεση στο δίκτυο ADSL» (Ο.Κ.ΣΥ.Α), η οποία αφορά την αναμετάδοση σύνδεσης (backhaul transmission) από τα σημεία BBRAS στο σημείο διασύνδεσης του δικτύου του εναλλακτικού παρόχου ή του παρόχου υπηρεσιών διαδικτύου. Οι εναλλακτικοί πάροχοι και οι πάροχοι υπηρεσιών διαδικτύου, προκειμένου να έχουν την δυνατότητα παροχής υπηρεσιών λιανικής ευρυζωνικής προσβάσεως σε τελικούς χρήστες, έπρεπε να αποκτήσουν και τις δύο αυτές υπηρεσίες σε περίπτωση που

παρείχαν υπηρεσίες προσβάσεως σε αυτούς ή τη δεύτερη, σε περίπτωση που οι υπηρεσίες προσβάσεως τους παρέχονταν από την εταιρεία Ο.Τ.Ε. Α.Ε. Επιπλέον, η τελευταία, ως κοινοποιημένος φορέας εκμεταλλεύσεως του ανωτέρω δικτύου, είχε υποχρέωση να παρέχει στους εναλλακτικούς παρόχους, προκειμένου αυτοί να είναι σε θέση να διαθέτουν υπηρεσίες λιανικής ευρυζωνικής προσβάσεως σε τελικούς χρήστες, δικαίωμα προσβάσεως σε τοπικούς βρόχους αυτής με βάση σύμβαση εκμισθώσεως έναντι τιμήματος. Η πρόσβαση αυτή, η οποία, σύμφωνα με τον Κανονισμό (ΕΚ) 2887/2000 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 18ης Δεκεμβρίου 2000, σχετικά με την αδεσμοποίητη πρόσβαση στον τοπικό βρόχο (Επίσημη Εφημερίδα αριθ. L 336 της 30/12/2000 σ. 0004-0008), ονομάζεται αδεσμοποίητη πρόσβαση (πλήρης ή μεριζόμενη) στον τοπικό βρόχο, επιτρέπει τη χρήση του πλήρους φάσματος συχνοτήτων του στρεπτού ζεύγους μεταλλικών καλωδίων. Τοπικός δε βρόχος, σύμφωνα με τον ίδιο Κανονισμό, ονομάζεται το φυσικό κύκλωμα του στρεπτού ζεύγους των μεταλλικών αυτών καλωδίων στο σταθερό δίκτυο δημόσιας τηλεφωνίας που συνδέει το σημείο τερματισμού του δικτύου στις εγκαταστάσεις του πελάτη με τον κύριο καταναμητή ή συναφή εγκατάσταση του φορέα εκμεταλλεύσεως. Η εταιρεία με την επωνυμία «TELLAS Ανώνυμη Εταιρεία Τηλεπικοινωνιών» (TELLAS Α.Ε.), η οποία δραστηριοποιείται στην αγορά των τηλεπικοινωνιών ως εναλλακτική πάροχος, υπέβαλε ενώπιον της Ε.Ε.Τ.Τ. την 26256/30.09.2004 καταγγελία, με την οποία κατήγγειλε ότι η εταιρεία Ο.Τ.Ε. Α.Ε., η οποία κατείχε δεσπόζουσα θέση στην αγορά χονδρικής ευρυζωνικής προσβάσεως και σημαντική παρουσία στις συνδεδεμένες με την αγορά αυτή δευτερογενείς αγορές της λιανικής ευρυζωνικής προσβάσεως και της παροχής υπηρεσιών διαδικτύου (internet), ακολούθησε πρακτικές που συνιστούσαν παραβίαση της νομοθεσίας για την προστασία του ανταγωνισμού. Ειδικότερα, κατήγγειλε, μεταξύ άλλων, ότι στις 7.4.2004 η Ο.Τ.Ε. Α.Ε. ανακοίνωσε τα νέα τιμολόγια της χονδρικής και λιανικής για την υπηρεσία «Πρόσβαση ADSL για Fast Internet» για τρεις (3) ταχύτητες προσβάσεως, με βάση τα οποία το περιθώριο κέρδους μεταξύ της χονδρικής και της λιανικής προσφοράς προσβάσεως ADSL αυτής, το οποίο ανερχόταν σε 14,97% για τα 384Kbps και σε 14,99% για τα 512 και 1024Kbps (σε αντίθεση με το μέσο όρο στην Ευρώπη που ανερχόταν σε 37,5%), οδηγούσε συμπίεση τιμών, η οποία συνιστά κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης της στη χονδρική αγορά προσβάσεως ADSL. Την ίδια ημερομηνία ανακοίνωσε ότι προτίθεται να διαθέσει στην αγορά το συζευγμένο προϊόν (πακέτο) με την ονομασία «Conn-X», το οποίο, σύμφωνα με τη σχετική ανακοίνωση, περιλαμβάνει το modem, το CD, τους drivers και τα καλώδια που απαιτούνται για τη σύνδεση, καθώς και το CD προσβάσεως στο διαδίκτυο (Internet), μέσω του οποίου παρέχεται πρόσβαση ADSL, που διατίθεται από την ίδια, και υπηρεσία «Fast Internet» που διατίθεται από τη θυγατρική της ΟΤΕnet. Από τους όρους προσφοράς του προϊόντος αυτού προέκυπτε ότι η Ο.Τ.Ε. Α.Ε. δεν αντιμετώπιζε τους εναλλακτικούς παρόχους και τους παρόχους υπηρεσιών διαδικτύου με τον ίδιο τρόπο, με τον οποίο αντιμετωπίζει το εμπορικό τμήμα της και τη θυγατρική της Ο.Τ.Εnet, καθόσον το ανωτέρω προϊόν περιελάμβανε ένα ειδικό «help desk», που αναλαμβάνει την τεχνική υποστήριξη της σύνδεσης ADSL, μέσω ενός ειδικού τηλεφωνικού κέντρου (αριθμός 1242) με αστική χρέωση σε όλη την Ελλάδα, το οποίο ειδικό τηλεφωνικό κέντρο εξυπηρετεί μόνο τους συνδρομητές που κάνουν χρήση της προσβάσεως ADSL, που παρέχεται σε επίπεδο λιανικής από την ίδια, και των υπηρεσιών λιανικής της θυγατρικής της ΟΤΕnet και όχι και στους συνδρομητές των άλλων παρόχων, οι οποίοι πρέπει να απευθύνονται μόνο στη μη εξειδικευμένη υπηρεσία τηλεφωνικής υποστήριξης, μέσω του αριθμού «121», όπως ορίζεται στη σχετική σύμβαση για την παροχή της υπηρεσίας Α.Π.Υ.Σ., συμπεριφορά η οποία συνιστά διακριτική μεταχείριση, κατά κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης της. Περαιτέρω, επέβαλε διαφορετικούς όρους πρόσβασης ADSL στους πελάτες της χονδρικής και λιανικής προσβάσεως ADSL, με τη διαφοροποίηση της χρονικής διάρκειας ισχύος των σχετικών συμβάσεων που συνάπτει με αυτούς, η οποία για τους πρώτους (πελάτες χονδρικής) είναι δωδεκάμηνη και για τους δεύτερους (πελάτες λιανικής) αορίστου χρόνου, συμπεριφορά η οποία, επίσης, συνιστά διακριτική μεταχείριση, κατά κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης της. Η Ε.Ε.Τ.Τ. προκειμένου να ερευνήσει την παραπάνω καταγγελία, με τις ΑΠ 2701/Φ.391/06.10.2004 και 26702/Φ.391/06.10.2004 Πράξεις Διεξαγωγής Ακρόασης, κάλεσε σε ακρόαση ενώπιον της Τριμελούς Επιτροπής Ακροάσεων, που είχε οριστεί με την ΑΠ 331/83/04.10.04 απόφασή της, την καταγγέλλουσα και την καταγγελλόμενη, αντίστοιχα, εταιρείες για τις 12.10.2004, η οποία ακρόαση, μετά από αναβολές διεξήχθη στις 4.11.2004. Όμως, εξαιτίας του ότι πριν τη σύνταξη του σχετικού πορίσματος από την εν λόγω Τριμελή Επιτροπή, και συγκεκριμένα στις 31.5.2005, έληξε η θητεία του Προέδρου της, με αποτέλεσμα να μην υπάρχει ικανός αριθμός μελών για την ύπαρξη απαρτίας αυτής, η Ε.Ε.Τ.Τ., με την ΑΠ 366/41/8.12.2005 απόφασή της, αποφάσισε την επανάληψη της σχετικής ακροάσεως, κατ' εφαρμογή της ΑΠ 353/232/17.08.05 προηγούμενης αποφάσεως της, με την οποία είχε αποφασίσει την «Επανάληψη εκκρεμουσών διαδικασιών ακροάσεων». Ακολούθως, με τη 1954/Φ.391/18.1.2006 Πράξη Διεξαγωγής Ακρόασης, τα δύο μέρη κλήθηκαν σε ακρόαση ενώπιον της Τριμελούς Επιτροπής Ακροάσεων της Ε.Ε.Τ.Τ., που είχε οριστεί με την ΑΠ 366/41/8.12.2005 απόφαση της ίδιας, η ακρόαση δε, μετά από αναβολές, διεξήχθη τελικώς στις 2.3.2006. Μετά την ολοκλήρωση της διαδικασίας αυτής, η Ε.Ε.Τ.Τ. εξέδωσε την ΑΠ 447/01/26-7-2007 απόφασή

της, με την οποία, αφού όρισε ως αγορές για την εκτίμηση των συμπεριφορών της εταιρείας ΟΤΕ Α.Ε. που περιγράφηκαν προηγουμένως, την αγορά χονδρικής ευρυζωνικής προσβάσεως μέσω του DSL δικτύου της, την αγορά λιανικής ευρυζωνικής προσβάσεως μέσω τεχνολογίας xDSL και την αγορά λιανικής ευρυζωνικής προσβάσεως στο διαδίκτυο μέσω τεχνολογίας xDSL και ως γεωγραφική αγορά και για τις τρεις αγορές την Ελληνική Επικράτεια, εξετίμησε ότι αυτή κατέχει δεσπόζουσα θέση στην πρώτη και δεύτερη από τις αγορές αυτές καθώς και στην τρίτη μαζί με τη θυγατρική της ΟΤΕnet και εξέτασε την πιθανότητα υπάρξεως ή όχι συμπίεσεως τιμών, με βάση τα στοιχεία κόστους ενός εύλογα αποδοτικού παρόχου, και την πιθανότητα υπάρξεως ή όχι διακριτικής μεταχειρίσεως, και αποφάσισε ότι η εταιρεία Ο.Τ.Ε. Α.Ε. προέβη σε κατάχρηση της παραπάνω δεσπόζουσας θέσης της με τις ακόλουθες μορφές: α) με τη μορφή συμπίεσεως τιμών, η οποία συνίσταται στη χρέωση στους ανταγωνιστές της (μεταξύ των οποίων και στην καταγγέλλουσα), κατά τη χρονική περίοδο 31.12.2004 έως 2.3.2006, για την υπηρεσία χονδρικής ευρυζωνικής προσβάσεως μέσω DSL δικτύου της μη δίκαιων τελών, δηλαδή τελών τα οποία δεν τους επέτρεπαν να ασκήσουν αποδοτικές δραστηριότητες επομένων σταδίων, β) με τη μορφή διακριτικής μεταχειρίσεως, η οποία συνίσταται στην παροχή, κατά τη χρονική περίοδο 4.11.2004 έως 2.3.2006, μόνο στους πελάτες της θυγατρικής της Ο.Τ.Εnet, οι οποίοι προμηθεύονται την υπηρεσία «Fast Internet» μέσω του πακέτου «Conn-X», και όχι και στους πελάτες των λοιπών παρόχων υπηρεσιών διαδικτύου τηλεφωνικού κέντρου (αριθμός 1242) εξειδικευμένου σε θέματα ADSL, και γ) με τη μορφή διακριτικής μεταχειρίσεως, η οποία συνίσταται στη διαφοροποίηση, κατά τη χρονική περίοδο 4.11.2004 έως 2.3.2006, της χρονικής διάρκειας ισχύος μεταξύ των συμβάσεων χονδρικής προσβάσεως ADSL και λιανικής προσβάσεως ADSL. Η ανωτέρω περιγραφείσα καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης της Ο.Τ.Ε. Α.Ε. παραβίασε, κατά την Ε.Ε.Τ.Τ., τις διατάξεις του άρθρου 2 του ν. 703/1977 αλλά και τις διατάξεις των άρθρων 3 παρ. 2 και 4 της Αδείας της (Απόφαση ΕΕΤΤ 229/26/14.6.2001 Β΄ 1303). Περαιτέρω, εκτιμώντας το είδος και τη σοβαρότητα των συγκεκριμένων παραβάσεων καθώς και τη διάρκεια αυτών, επέβαλε σε βάρος της πρόστιμο, ποσού 20.000.000 ευρώ, για τις παραβάσεις της νομοθεσίας για την προστασία του ανταγωνισμού και πρόστιμο, ποσού 100.000 ευρώ, για τις παραβάσεις της τηλεπικοινωνιακής νομοθεσίας, και συνολικά πρόστιμο, ποσού 20.100.000 ευρώ. Η προσφυγή της εταιρείας ΟΤΕ Α.Ε. απερρίφθη με την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος που απεδόθη στην εταιρεία αυτή η παράβαση της καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως της δεσπόζουσας θέσης της με την μορφή της συμπίεσεως των τιμών που επέβαλε στους ανταγωνιστές της, ενώ αντιθέτως, έγινε δεκτή κατά το μέρος, με το οποίο απεδόθησαν στην εταιρεία οι ανωτέρω περιγραφείσες δύο παραβάσεις των κανόνων ανταγωνισμού που συνίσταντο στη διακριτική μεταχείριση των ανταγωνιστών της, τόσο ως προς το θέμα της ευνοϊκής μεταχειρίσεως των πελατών της θυγατρικής της εταιρείας ΟΤΕ net, όσο και ως προς την διαφοροποίηση στη διάρκεια των συμβάσεων χονδρικής προσβάσεως ADSL από τις συμβάσεις λιανικής πωλήσεως ADSL. Ακολούθως, με την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση μειώθηκε εν όψει της μερικής αποδοχής της προσφυγής της το πρόστιμο που επεβλήθη στην εταιρεία ΟΤΕ Α.Ε. για την παράβαση των κανόνων ανταγωνισμού από 20.000.000 ευρώ σε 10.000.000 ευρώ, ενώ, παρέμεινε αμετάβλητο απορριφθέντος σχετικού λόγους προσφυγής της, το πρόστιμο ύψους 100.000 ευρώ για την παράβαση των όρων της αδείας που της είχε χορηγηθεί από την Ε.Ε.Τ.Τ.

7. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της αιτήσεως αναιρέσεως της εταιρείας ΟΤΕ Α.Ε. προβάλλεται ότι, κατά παράβαση των άρθρων 6, 7 και 10 παρ. 1 του Συντάγματος, 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ και 4 παρ. 3 εδ. β΄ του κανονισμού ακροάσεων για θέματα τηλεπικοινωνιών με αριθμό ΥΑ 249/115/2002 και με εσφαλμένη αιτιολογία το δικάσαν Εφετείο δεν δέχθηκε τον λόγο προσφυγής της, με τον οποίο είχε προβάλει ότι η Ε.Ε.Τ.Τ. αφενός δεν της γνωστοποίησε τη μεθοδολογία, βάσει της οποίας επέβαλε το πρόστιμο και τα δεδομένα από τα οποία άντλησε τα συμπεράσματά της, αφετέρου δε βασίσθηκε σε οψιγενή της καταγγελίας και της ακροάσεως στοιχεία, τα οποία δεν της γνωστοποιήθηκαν. Ειδικότερα, με τον λόγο αυτό προβάλλεται ότι η υποχρέωση γνωστοποιήσεως τη μεθοδολογίας και των στοιχείων, βάσει των οποίων επιβάλλονται διοικητικές κυρώσεις στους διοικούμενους, αποτελεί ειδικότερη έκφανση των δικαιωμάτων άμυνας, όπως κατοχυρώνονται με τις διατάξεις των άρθρων 6, 7 και 20 παρ. 1 του Συντάγματος, του άρθρου 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ και του άρθρου 4 παρ. 3 του Κανονισμού Ακροάσεων της Ε.Ε.Τ.Τ. Η υποχρέωση αυτή πρέπει να τηρείται με πιο αυστηρό τρόπο στην περίπτωση που η διοίκηση με την επίκληση νέων και διαφορετικών μεθόδων και στοιχείων αποκλίνει ουσιαστικά από το περιεχόμενο της αρχικής καταγγελίας, η οποία είχε απευθυνθεί στον καταγγελλόμενο και επί της οποίας είχε βασίσει την άμυνά του. Εν προκειμένω, κατά την άποψη της ΟΤΕ Α.Ε., η εκδοθείσα τελικώς απόφαση της Ε.Ε.Τ.Τ. εκφεύγει από το πραγματικό και τεχνικοοικονομικό πλαίσιο της καταγγελίας της TELLAS, επιβάλλοντάς της κύρωση επί τη βάσει στοιχείων και μεθόδων, τις οποίες ουδέποτε προέβαλε η TELLAS και οι οποίες δεν αποτέλεσαν αντικείμενο της ακροαματικής διαδικασίας. Η κρίση της αναιρεσιβαλλόμενης ότι η εφαρμογή άλλης μεθοδολογίας οφείλεται στην άρνηση της Ο.Τ.Ε. Α.Ε. να γνωστοποιήσει στοιχεία που θα επέτρεπαν την εφαρμογή της μεθοδολογίας στην οποία

στηριζόταν η καταγγελία της TELLAS είναι, κατ' αυτήν, μη νόμιμη, διότι δεν είναι δυνατόν η διοίκηση να τιμωρεί την άρνηση του διοικούμενου να παράσχει στοιχεία με την ποινή της απομείωσης των δικαιωμάτων άμυνας του, λαμβανομένου υπόψη ότι σε διαδικασίες, οι οποίες ενδέχεται να καταλήξουν στην επιβολή υψηλοτάτων διοικητικών προστίμων, ο διοικούμενος διατηρεί το προβλεπόμενο στις ποινικές διαδικασίες δικαίωμα της σιωπής και της μη αυτοενοχοποιήσεως. Σε κάθε δε περίπτωση, η αναιρεσιβαλλόμενη δεν αιτιολογεί γιατί δεν γνωστοποιήθηκαν στην αναιρεσείουσα τουλάχιστον τα υπόλοιπα στοιχεία, δηλαδή αυτά στα οποία στηρίχθηκε η κρίση της Ε.Ε.Τ.Τ. καθώς και η μέθοδος αξιολογήσεως των στοιχείων αυτών. Επίσης, προβάλλεται ότι η κρίση της αναιρεσιβαλλόμενης είναι μη νόμιμη κατά το μέρος που στηρίζει τη νομιμότητα της μη χορηγήσεως των στοιχείων αυτών από την Ε.Ε.Τ.Τ. στο γεγονός ότι αυτά δεν ζητήθηκαν από την Ο.Τ.Ε. Α.Ε., εφόσον δεν ήταν δυνατόν η τελευταία να ζητήσει στοιχεία, την ύπαρξη των οποίων δεν γνώριζε μέχρι την έκδοση της αποφάσεως της Ε.Ε.Τ.Τ., ενώ σε κάθε περίπτωση, η μη γνωστοποίηση των στοιχείων αυτών συνιστούσε παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας εκδόσεως της προσβαλλόμενης πράξεως. Επίσης, ενόψει του ότι τα στοιχεία αυτά και ο τρόπος με τον οποίο αξιολογήθηκαν δεν μπορούσαν να ανευρεθούν ούτε στη καταγγελία της TELLAS ούτε κατά την ακροαματική διαδικασία, μη νομίμως κρίθηκε με την αναιρεσιβαλλόμενη ότι η ΟΤΕ Α.Ε. ήταν σε θέση να αντιληφθεί για ποιες πρακτικές ελέγχεται και να ασκήσει τα δικαιώματα άμυνας της. Τέλος, ως προς το χρονικό διάστημα που ελήφθη υπόψη από την Ε.Ε.Τ.Τ. για τη στοιχειοθέτηση της παραβάσεως (έως τη διεξαγωγή της επαναληπτικής ακροαματικής διαδικασίας στις 2.3.2006), μη νομίμως η αναιρεσιβαλλόμενη έκρινε ότι δεν προσβλήθηκαν τα δικαιώματα άμυνας της Ο.Τ.Ε. Α.Ε. εφόσον ναι μεν η Ε.Ε.Τ.Τ. έχει την αρμοδιότητα να ελέγχει αυτεπαγγέλτως ακόμη και παραβάσεις μεταγενέστερες από αυτές που αναφέρονται στην εκάστοτε καταγγελία, αυτό όμως δεν σημαίνει ότι ο ελεγχόμενος δεν έχει το δικαίωμα να γνωρίζει για ποιες παραβάσεις, χρονικά προσδιορισμένες, ελέγχεται, η παραβίαση δε της υποχρεώσεως γνωστοποιήσεως στον ελεγχόμενο των οψιγενών στοιχείων, με βάση τα οποία θα λάβει χώρα τελικώς η κρίση του, αποτελεί παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας.

8. Επειδή, στο άρθρο 1 του Κανονισμού Ακροάσεων για Θέματα Τηλεπικοινωνιών της Ε.Ε.Τ.Τ. (Απόφαση Ε.Ε.Τ.Τ. 249/115/29-3-2002, Β' 642), ο οποίος θεσπίσθηκε κατ' εξουσιοδότηση της διατάξεως του άρθρου 3 παρ. 14 εδάφιο κζ' του ν. 2867/2000 «Οργάνωση και Λειτουργία των Τηλεπικοινωνιών και άλλες Διατάξεις» (Α' 273), ορίζεται ότι: «1. Η Εθνική Επιτροπή Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων (Ε.Ε.Τ.Τ.) καλεί σε ακρόαση τους ενδιαφερομένους, προκειμένου αφενός να διερευνήσει περιστατικά, τα οποία υποπίπτουν στην αντίληψή της κατόπιν καταγγελίας ή αυτεπαγγέλτως και σχετίζονται με τις αρμοδιότητές της που συνδέονται με τον τομέα τηλεπικοινωνιών και αφετέρου να επιβάλει τις νόμιμες κυρώσεις. 2. Οι ακρόασεις πραγματοποιούνται από την Ε.Ε.Τ.Τ., προκειμένου είτε να διαπιστώσει την ύπαρξη παραβάσεων της τηλεπικοινωνιακής νομοθεσίας είτε να ενημερωθεί σε σχέση με οποιοδήποτε ζήτημα που υπάγεται στις αρμοδιότητές της. 3. Με τον παρόντα Κανονισμό ρυθμίζεται η διαδικασία ακροάσεων, οι οποίες σχετίζονται με τη διερεύνηση παραβάσεων που εμπίπτουν στο κατά τα ανωτέρω πεδίο των αρμοδιοτήτων της Ε.Ε.Τ.Τ.», στο άρθρο 2 ότι: «1. Η διαδικασία ακρόασης έχει ως σκοπό το σχηματισμό ακριβούς εικόνας από την Ε.Ε.Τ.Τ. για γεγονότα, καταστάσεις και στοιχεία που αφορούν υπόθεση, η οποία εμπίπτει στην αρμοδιότητά της, κατά τα ανωτέρω και σύμφωνα με όσα ορίζει η κείμενη νομοθεσία. 2. Η διαδικασία ακρόασης συνίσταται στην κλήση από την Ε.Ε.Τ.Τ. των εμπλεκόμενων προσώπων καθώς και κάθε άλλου, ο οποίος έχει έννομο συμφέρον προς τούτο, προκειμένου να εκθέσουν τις απόψεις τους προσκομίζοντας και κάθε διαθέσιμο αποδεικτικό στοιχείο των ισχυρισμών τους», στο άρθρο 3 ότι: «1. Οι ακρόασεις διεξάγονται είτε από την Ολομέλεια της Ε.Ε.Τ.Τ. είτε από τουλάχιστον τριμελή Επιτροπή που αποτελείται από τουλάχιστον ένα μέλος της Ολομέλειας της Ε.Ε.Τ.Τ. ή και μέλη του λοιπού επιστημονικού προσωπικού της (Επιτροπή Ακροάσεων) και η οποία ορίζεται με Απόφαση της Ολομέλειας. 2. Η Ολομέλεια της Ε.Ε.Τ.Τ., με σχετική απόφασή της, μπορεί να συγκροτεί Διαρκείς Επιτροπές Ακροάσεων, στις οποίες μετέχει τουλάχιστον ένα μέλος της και στις οποίες παραπέμπει υποθέσεις που ανακύπτουν σχετικώς. 3. Με την Απόφαση συγκρότησης του Οργάνου Ακρόασης, ορίζεται και ο Γραμματέας του», στο άρθρο 4 ότι «1. Η διαδικασία ακρόασης κινείται με Απόφαση της Ολομέλειας της Ε.Ε.Τ.Τ., εφόσον διαπιστωθεί ανάγκη διεξαγωγής της. 2. Σε περίπτωση, κατά την οποία αποφασιστεί η διεξαγωγή διαδικασίας ακρόασης, ο Πρόεδρος της Ε.Ε.Τ.Τ. εκδίδει πράξη, με την οποία ορίζεται το θεματικό αντικείμενο, το αρμόδιο Όργανο καθώς και ο τόπος και ο χρόνος διεξαγωγής της ακρόασης. Η πράξη επιδίδεται με Δικαστικό Επιμελητή ή άλλο Δημόσιο Όργανο στο καλούμενο πρόσωπο, επέχοντας θέση κλήτευσης προς εμφάνιση ενώπιον του οργάνου, το οποίο θα διεξάγει την ακρόαση σύμφωνα με όσα ορίζονται στο άρθρο 5 του παρόντος. 3. Η κατά τα ανωτέρω κλήση κοινοποιείται στους ενδιαφερομένους τουλάχιστον πέντε (5) πλήρεις ημέρες πριν από την ημέρα της ακρόασης. Ο ενδιαφερόμενος έχει το δικαίωμα να λάβει γνώση των στοιχείων του τηρούμενου από την Ε.Ε.Τ.Τ. φακέλου και να

προβεί σε ανταπόδειξη. 4. ... 5. ...», στο άρθρο 5 παρ. 9 ότι: «Μετά το πέρας της διαδικασίας το Όργανο Ακρόασης, αφού συνέλθει σε μυστική συνεδρίαση και ανταλλαγή απόψεων των μελών του, διατυπώνει το Πόρισμά του, σύμφωνα με τις οικείες διατάξεις, το οποίο εν τέλει προωθείται προς την Ολομέλεια της Ε.Ε.Τ.Τ., σε περίπτωση κατά την οποία αυτή δεν συμπίπτει με το Όργανο Ακρόασης. Η Ολομέλεια της Ε.Ε.Τ.Τ. μπορεί να αναπέμψει την υπόθεση στο Όργανο της Ακρόασης, εάν διαπιστώσει ύπαρξη νομικών πλημμελειών ή ανάγκη διενέργειας συμπληρωματικής έρευνας», και στο άρθρο 7 ότι: «Ενόσω δεν ορίζεται κάτι διαφορετικό στις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας καθώς και στον παρόντα Κανονισμό, η διαδικασία ακροάσεων διέπεται από τον Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (Ν. 2690/1999)». Στο δε Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας (Ν. 2690/1999, Α' 45) ορίζεται στο μεν άρθρο 5 ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος έχει το δικαίωμα, ύστερα από γραπτή αίτησή του, να λαμβάνει γνώση των διοικητικών εγγράφων. Ως διοικητικά έγγραφα νοούνται όσα συντάσσονται από τις δημόσιες υπηρεσίες, όπως εκθέσεις, μελέτες, πρακτικά, στατιστικά στοιχεία, εγκύκλιες οδηγίες, απαντήσεις της Διοίκησης, γνωμοδοτήσεις και αποφάσεις. 2. Όποιος έχει ειδικό έννομο συμφέρον δικαιούται, ύστερα από γραπτή αίτησή του, να λαμβάνει γνώση των ιδιωτικών εγγράφων που φυλάσσονται στις δημόσιες υπηρεσίες και είναι σχετικά με υπόθεσή του η οποία εκκρεμεί σε αυτές ή έχει διεκπεραιωθεί από αυτές...», στο δε άρθρο 6 ότι: «1. Οι διοικητικές αρχές, πριν από κάθε ενέργεια ή μέτρο σε βάρος των δικαιωμάτων ή συμφερόντων συγκεκριμένου προσώπου, οφείλουν να καλούν τον ενδιαφερόμενο να εκφράσει τις απόψεις του, εγγράφως ή προφορικώς, ως προς τα σχετικά ζητήματα. 2. Η κλήση προς ακρόαση είναι έγγραφη, αναφέρει τον τόπο, την ημέρα και την ώρα της ακρόασης, προσδιορίζει δε το αντικείμενο του μέτρου ή της ενέργειας. Η κλήση κοινοποιείται στον ενδιαφερόμενο τουλάχιστον πέντε (5) πλήρεις ημέρες πριν από την ημέρα της ακρόασης. Ο ενδιαφερόμενος έχει το δικαίωμα να λάβει γνώση των σχετικών αποδεικτικών στοιχείων και να προβεί σε ανταπόδειξη. Η τήρηση της προαναφερόμενης διαδικασίας, καθώς και η λήψη υπόψη των απόψεων του ενδιαφερομένου, πρέπει να προκύπτουν από την αιτιολογία της διοικητικής πράξης. Το υιοθετούμενο μέτρο πρέπει να λαμβάνεται μέσα σε εύλογο χρονικό διάστημα από την ακρόαση του ενδιαφερομένου».

9. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 6, 7 και 20 παρ. 1 του Συντάγματος, του άρθρου 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ και του άρθρου 4 παρ. 3 του Κανονισμού Ακροάσεων της Ε.Ε.Τ.Τ., πρέπει να παρέχεται η δυνατότητα στο διωκόμενο να αντικρούσει τις αιτιάσεις που διατυπώνονται σε βάρος του και προκειμένου να ασκήσει αποτελεσματικά τη δυνατότητα αυτή, θα πρέπει να έχει λάβει γνώση των εις βάρος του στοιχείων. Περαιτέρω, όπως έχει γίνει δεκτό σε υποθέσεις που αφορούν κυρώσεις για παράβαση της νομοθεσίας (κοινοτικής και εθνικής) περί ανταγωνισμού, η επιχείρηση η οποία, κατόπιν σχετικής έρευνας των αρμόδιων οργάνων της αρχής που είναι αρμόδια να ελέγξει την παράβαση αυτή, απειλείται με κυρώσεις για παράβαση της νομοθεσίας περί ανταγωνισμού και καλείται να παραστεί, για να αμυνθεί, ενώπιον της αρχής αυτής, έχει, καταρχήν, δικαίωμα προσβάσεως στα στοιχεία του φακέλου της υποθέσεως. Το δικαίωμα αυτό συνδέεται με τη λυσιτελή άσκηση του δικαιώματος άμυνας κατά την εν λόγω διοικητική διαδικασία που κατοχυρώνεται και στο δίκαιο της Ένωσης, σε επίπεδο γενικής αρχής αυτού, και αφορά γενικά στα έγγραφα του φακέλου της έρευνας που ενδέχεται να είναι χρήσιμα για την άμυνα της επιχείρησης, ενοχοποιητικά ή απαλλακτικά (βλ. απόφαση ΔΕΕ μειζ. συνθ. της 25.10.2011, C-110/10 P, Solvay κατά Επιτροπής, σκέψεις 47-49 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Το ως άνω, όμως, δικαίωμα προσβάσεως δεν είναι απόλυτο, αλλά περιορίζεται από την ανάγκη διαφυλάξεως, ιδίως, του επιχειρηματικού απορρήτου των στοιχείων άλλων επιχειρήσεων, που, επίσης, τυγχάνει προστασίας στο δίκαιο της Ένωσης, σε επίπεδο γενικής αρχής αυτού (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 29.3.2012, C-1/11, Interseroh Scrap and Metals Trading, σκ. 43, απόφαση ΔΕΚ της 14.2.2008, C-450/06, Varec, σκ. 49 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Εξάλλου, να μιν, αν σημειωθεί προσβολή του ανωτέρω δικαιώματος προσβάσεως κατά τη διαδικασία που προηγείται της εκδόσεως πράξεως της αρχής, με την οποία καταλογίζεται στην επιχείρηση παραβίαση των κανόνων του ανταγωνισμού και της επιβάλλονται κυρώσεις, στοιχειοθετείται, καταρχήν λόγος ακυρώσεως της πράξεως αυτής, εφόσον έχουν θιγεί τα δικαιώματα άμυνας της ενδιαφερόμενης επιχείρησης (πρβλ. απόφαση ΔΕΕ στην υπόθεση C-110/10 P, Solvay, op.cit., σκέψη 50 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία), όμως, η μη κοινοποίηση εγγράφων με ενοχοποιητικό περιεχόμενο δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι ενέχει προσβολή των δικαιωμάτων άμυνας και ότι δικαιολογεί την ακύρωση της καταλογιστικής πράξεως, αν η ενδιαφερόμενη επιχείρηση δεν προβάλλει και δεν τεκμηριώνει ότι η αρμόδια αρχή στηρίχθηκε σε αυτά προς θεμελίωση της παράβασης που της απέδωσε (πρβλ. απόφαση ΔΕΚ της 7.1.2004, C-204/00 P κ.λπ., Aalborg Portland κ.λπ. κατά Επιτροπής, σκέψη 71). Περαιτέρω, επί μη κοινοποίησης εγγράφων, να μιν η σημειωθείσα προσβολή του δικαιώματος προσβάσεως δεν θεραπεύεται απλώς και μόνον με το να καταστεί δυνατή η πρόσβαση σε αυτά κατά την ένδικη διαδικασία ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου, στο οποίο αυτά διαβιβάστηκαν, ως τμήμα του φακέλου της υπόθεσης, κατά το άρθρο 129 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, για την

εκδίκαση της προσφυγής κατά της καταλογιστικής πράξεως, αλλά, σε μια τέτοια περίπτωση, ο οικείος λόγος προσφυγής καθίσταται αλυσιτελής, αν η προσφεύγουσα επιχείρηση, που δικαιούται πλέον, κατά το άρθρο 130 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, να λάβει γνώση αυτών, δεν επικαλεστεί, κατά τρόπο ειδικό, ορισμένο και επαρκώς τεκμηριωμένο, ότι τα επίμαχα στοιχεία του φακέλου, στα οποία παρανόμως δεν είχε πρόσβαση κατά τη διοικητική διαδικασία, μπορούσαν πράγματι να της χρησιμεύσουν για την άμυνά της ενώπιον της αρμόδιας αρχής (βλ. ΣΕ 2365/2013 σκ. 11, πρβλ. ΣΕ Ολ. 4447/2012 Ολ., 715/2013, πρβλ. απόφαση ΔΕΕ στην υπόθεση C-110/10 P, Solvay, op.cit., σκέψεις 51-52, απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C-204/00 P, Aalborg Portland, op.cit., σκέψεις 74-75, απόφαση ΔΕΚ της 15.10.2002, C-238/99 P κ.λπ., Limburgse Vinyl Maatschappij κ.λπ., σκέψη 318, απόφαση ΔΕΚ της 8.7.1999, C-51/92 P, Hercules Chemicals κατά Επιτροπής, σκέψεις 78-80).

10. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση με την αναιρεσιβαλλόμενη έγινε δεκτό ότι οι παραβάσεις που αποδίδονται στην προσφεύγουσα και ήδη αναιρεσείουσα εταιρεία, με την προσβαλλόμενη απόφαση, είναι ακριβώς εκείνες που της προσάπτονται με την καταγγελία της εταιρείας TELLAS A.E. και που αφορούν τις πρακτικές της συμπίεσης τιμών και της διακριτικής μεταχειρίσεως που ακολουθούσε από το χρόνο της υποβολής της καταγγελίας αυτής έως και τη διεξαγωγή της επαναληπτικής ακροαματικής διαδικασίας στις 2.3.2006, τις οποίες πρακτικές διερεύνησε η Ε.Ε.Τ.Τ., στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων της έως το χρόνο αυτό, εφόσον, όπως διαπίστωσε, ακολουθούντο καθόλο το χρονικό αυτό διάστημα και δεν είχαν μεταβληθεί, ενώ ούτε τα μέρη υποστήριξαν κάτι τέτοιο, αντίθετα, όπως προκύπτει από τα οικεία πρακτικά της ακροαματικής διαδικασίας, αναφέρθηκαν στις συνέπειες των εν λόγω πρακτικών έως και το χρόνο της διεξαγωγής της. Επομένως, δεν τίθεται ζήτημα στοιχειοθετήσεως διαφορετικών παραβάσεων με βάση οψιγενή στοιχεία τα οποία δεν γνωστοποιήθηκαν στην αναιρεσείουσα. Η ανωτέρω καταγγελία κοινοποιήθηκε στην τελευταία ενώ το κύριο περιεχόμενό της αναφερόταν και στις πράξεις διεξαγωγής ακροάσεως, με τις οποίες κλήθηκε ενώπιον της Τριμελούς Επιτροπής Ακροάσεων για τη νομική διερεύνησή της. Περαιτέρω, η Ε.Ε.Τ.Τ., για την απόδειξη της υπάρξεως της συμπίεσης τιμών, εφήρμοσε τη μία από τις δύο οικονομικές μεθόδους που αναφέρονται στην Ανακοίνωση της Επιτροπής για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού στις συμφωνίες προσβάσεως στον τομέα των τηλεπικοινωνιών (98/C265/02), και συγκεκριμένα εκείνη που στηρίζεται στα στοιχεία κόστους ενός εύλογα αποδοτικού παρόχου (Reasonably Efficient Operator, REO), λαμβάνοντας υπόψη στοιχεία που της προσκόμισαν οι πάροχοι υπηρεσιών διαδικτύου, μετά από επιστολές που τους απέστειλε, και όχι εκείνη που στηρίζεται στα στοιχεία κόστους του εγκαταστημένου παρόχου, γιατί αυτός, δηλαδή η εταιρεία Ο.Τ.Ε. Α.Ε., αν και κλήθηκε με σχετικές επιστολές να προσκομίσει τέτοια στοιχεία, αρνήθηκε να τα προσκομίσει, γεγονός το οποίο είχε ως αποτέλεσμα να της επιβληθούν κυρώσεις, με την ΑΠ 4886/177/4.7.2008 απόφαση της Ε.Ε.Τ.Τ. Ανεξάρτητα δε από την έρευνα του αν η επιλογή της οικονομικής μεθόδου για την απόδειξη της υπάρξης συμπίεσης τιμών ανήκει ή όχι στη διακριτική ευχέρεια της Ε.Ε.Τ.Τ., στην προκειμένη περίπτωση αυτή, όπως αναφέρεται στην προβαλλόμενη απόφασή της, κατέφυγε στην εφαρμογή της συγκεκριμένης οικονομικής μεθόδου εξαιτίας της συμπεριφοράς της αναιρεσείουσας εταιρείας, η οποία αρνήθηκε να της διαθέσει τα στοιχεία που της ζήτησε και που ήταν αναγκαία για την εφαρμογή της άλλης οικονομικής μεθόδου, με αποτέλεσμα να καταστήσει ανέφικτη την εφαρμογή της. Επομένως, δεν ετίθετο ζήτημα υποχρέωσης της Ε.Ε.Τ.Τ. να της γνωστοποιήσει την οικονομική μέθοδο την οποία επρόκειτο να εφαρμόσει καθώς και τα στοιχεία των παρόχων των υπηρεσιών διαδικτύου που χρησιμοποίησε, τα οποία, άλλωστε, δεν υποστηρίζει ότι της ζήτησε. Κατ' ακολουθίαν, έκρινε τελικώς το Εφετείο ότι η αναιρεσείουσα εταιρεία, λαμβάνοντας γνώση της ένδικης καταγγελίας και των πράξεων διεξαγωγής ακροάσεως και έχοντας γνώση των όσων διημιέφθησαν κατά την ακροαματική διαδικασία αλλά και της συμπεριφοράς της, ήταν σε θέση να αντιληφθεί για ποιες πρακτικές ελέγχεται και να ασκήσει τα δικαιώματά άμυνάς της, και, συνεπώς, απέρριψε ως αβάσιμο τον λόγο της προσφυγής της περί παραβιάσεως αυτών. Επομένως, στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει ανελέγκτως από την αναιρεσιβαλλόμενη, η απόφαση της Ε.Ε.Τ.Τ. δεν προσήψε στην Ο.Τ.Ε. Α.Ε. παραβάσεις διαφορετικές από εκείνες που εκτίθενται στην καταγγελία της εταιρείας TELLAS A.E. ούτε έλαβε υπόψη πραγματικά περιστατικά επί των οποίων η Ο.Τ.Ε. Α.Ε. δεν είχε την ευκαιρία να παράσχει εξηγήσεις, εφόσον στην αναιρεσιβαλλόμενη αναφέρεται ότι, όπως προκύπτει από τα οικεία πρακτικά της ακροαματικής διαδικασίας, δόθηκε στα μέρη η ευκαιρία να αναφερθούν στις συνέπειες των εν λόγω πρακτικών έως και το χρόνο διεξαγωγής της ακροάσεως, οι οποίες (συνέπειες) δεν μετεβλήθησαν καθ' όλο το ελεγχόμενο διάστημα (πρβλ. απόφαση ΔΕΚ της 15.7.1970 στην υπόθεση 41/69, ACF Chemiefarma σκέψη 94, απόφαση Γεν. Δικαστηρίου της 29.3.2012 στην υπόθεση T-336/07, Telefonica SA σκέψεις 79-85). Κατά συνέπεια, πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος ο λόγος ότι η απόφαση της Ε.Ε.Τ.Τ. στηρίχθηκε σε οψιγενή στοιχεία, τα οποία δεν της κοινοποιήθηκαν κατά την ακροαματική διαδικασία, εφόσον πλήσσει την εκτίμηση περί πραγμάτων του δικάσαντος Εφετείου, η οποία δεν ελέγχεται κατ'

αναίρεση. Εξάλλου, ανεξαρτήτως του ότι η εφαρμογή από την Ε.Ε.Τ.Τ. μιας εκ των δύο οικονομικών μεθόδων που αναφέρονται στην Ανακοίνωση της Επιτροπής «για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού στις συμφωνίες πρόσβασης στον τομέα των τηλεπικοινωνιών (98/C265/02)» για την έρευνα της συμπίεσης τιμών (σκέψεις 117-119) δεν συνιστά, κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων, στοιχείο του φακέλου που πρέπει να κοινοποιείται στα ενδιαφερόμενα μέρη, πάντως, εν προκειμένω, η Ο.Τ.Ε. Α.Ε. ήταν ευλόγως σε θέση να προβλέψει ότι η Ε.Ε.Τ.Τ. θα επέλεγε τη μέθοδο του «εύλογα αποδοτικού παρόχου» (Reasonably Efficient Operator, REO), αντί αυτής «του εγκατεστημένου παρόχου», εφόσον η εφαρμογή της τελευταίας απαιτεί τη λήψη στοιχείων από τον πάροχο αυτό, δηλαδή, εν προκειμένω την Ο.Τ.Ε. Α.Ε., η οποία όμως, αρνήθηκε να τα παράσχει (πρβλ. απόφαση Γεν. Δικαστηρίου στην υπόθεση T-336/07, Telefonica SA, σκέψεις 79-85). Ο ειδικότερος δε ισχυρισμός της αναιρεσείουσας ότι δεν μπόρεσε να αντιταχθεί στα στοιχεία στα οποία στηρίχθηκε η μέθοδος αυτή, διότι δεν της κοινοποιήθηκαν κατά τη διοικητική διαδικασία, πρέπει να απορριφθεί ως αλυσιτελής, εφόσον δεν παραθέτει τους ισχυρισμούς που θα είχε προβάλει ή τα αποδεικτικά στοιχεία που θα είχε προσκομίσει, αν της είχαν γνωστοποιηθεί τα επίμαχα στοιχεία, ο δε σχετικός λόγος προσφυγής, με τον οποίο είχε αμφισβητήσει πρωτοδίκως την ορθότητα του εξαγόμενου από την Ε.Ε.Τ.Τ. συμπεράσματος βάσει των στοιχείων αυτών, δε είχε προβληθεί ενώπιον του δικάσαντος Εφετείου παραδεκτώς, όπως νομίμως κρίθηκε με την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, όπως θα εκτεθεί και περαιτέρω (βλ. ΣΕ 2365/2013 σκ. 11, πρβλ. ΣΕ Ολ. 4447/2012 Ολ., 715/2013). Κατά συνέπεια, ο πρώτος λόγος αναίρεσης είναι απορριπτός στο σύνολό του, σύμφωνα και με όσα έγιναν δεκτά στην προηγούμενη σκέψη περί της εννοίας των συνταγματικών διατάξεων, των διατάξεων της ΕΣΔΑ και των λοιπών ειδικών διατάξεων που ρυθμίζουν τα δικαιώματα αμύνης του τιμωρηθέντος κατά την διαδικασία διαπιστώσεως παραβάσεως των κανόνων του ανταγωνισμού.

11. Επειδή, προβάλλεται ακολούθως ότι κατ' εσφαλμένη ερμηνεία των άρθρων 2 παρ. 1, 5 παρ. 1 και 25 παρ. 1 του Συντάγματος το δικάσαν εφετείο δεν έκανε δεκτό το λόγο προσφυγής της εταιρείας περί παραβίασεως της αρχής της προστατευομένης εμπιστοσύνης λόγω της στάσεως που ετήρησε η Ε.Ε.Τ.Τ. (δημοσίευση της αποφάσεως μετά παρέλευση 3 ετών από την υποβολή της καταγγελίας, μη έκδοση προσωρινής διατάξεως εντός του ως άνω χρονικού διαστήματος, ανακοινώσεις της Ε.Ε.Τ.Τ. περί ικανοποιήσεώς της για την ανάπτυξη από την αναιρεσείουσα της αδεσμοποίητης προσβάσεως στο τοπικό βρόγχο, μη κίνηση της διαδικασίας προληπτικού ρυθμιστικού ελέγχου της αγοράς ADSL -ex ante ρύθμιση). Ειδικότερα με την προσφυγή της η αναιρεσείουσα είχε προβάλει ενώπιον του Εφετείου ότι η παραβίαση της αρχής της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης προέκυπτε από τη συνολική στάση της Ε.Ε.Τ.Τ. απέναντι στην επιχειρηματική της συμπεριφορά στην πρόσβαση ADSL, με την οποία της δημιουργήθηκε η εντύπωση ότι η εν λόγω συμπεριφορά της ήταν όχι μόνο νόμιμη αλλά και αξιόπαινη. Και τούτο, γιατί αυτή, ενώ γνώριζε από το έτος 2003 για τη διαφοροποίηση της διάρκειας συμβάσεων χονδρικής πρόσβασης ADSL και λιανικής πρόσβασης ADSL και από το Σεπτέμβριο του έτους 2004 τις τιμές που είχε ανακοινώσει για τη χονδρική ευρυζωνική πρόσβαση ADSL, τα χαρακτηριστικά και την τιμή του συζευγμένου προϊόντος «Conn-X» και τη διάθεση στους χρήστες αυτού του εξειδικευμένου σε θέματα ADSL τηλεφωνικού κέντρου, έως την έκδοση της προσβαλλόμενης αποφάσεως δεν κίνησε καμιά διαδικασία ελέγχου ούτε έλαβε κανένα προσωρινό μέτρο, προκειμένου να δείξει την αντίθεσή της, ούτε και επέσπευσε τη διαδικασία της ex ante ρυθμίσεως των αγορών της προσβάσεως ADSL, ενέργειες στις οποίες δεν προέβη ούτε και μετά την καταγγελία της εταιρείας TELLAS Α.Ε. Ο λόγος αυτός της προσφυγής απορρίφθηκε ως αβάσιμος, με την αιτιολογία ότι η Ε.Ε.Τ.Τ. δεν παραβίασε την παραπάνω αρχή, αφού δεν ενήργησε κατά διακριτική ευχέρεια, έτσι ώστε να τίθεται ζήτημα παραβίασεως ή μη της αρχής της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης, αλλά κατά δέσμια αρμοδιότητα, εφόσον θεώρησε ότι συνέτρεχαν παραβάσεις της νομοθεσίας για την προστασία του ανταγωνισμού και της νομοθεσίας τηλεπικοινωνιών. Εξάλλου, κατά το δικάσαν εφετείο για την παραβίαση της αρχής της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης απαιτείται συμπεριφορά της Διοικήσεως η οποία εκδηλώνεται με θετικές ενέργειες. Τέτοια δε ενέργεια δεν αποτελούσε η απόρριψη με την ΑΠ 338/100/22.12.2004 απόφαση της Ε.Ε.Τ.Τ. των αιτήσεων των εταιρειών FORTHNET Α.Ε. και HELLAS ON LINE, με τις οποίες αυτές ζήτησαν τη λήψη ασφαλιστικών μέτρων σε βάρος της προσφεύγουσας εταιρείας, επικαλούμενες, μεταξύ άλλων, και παραβίαση των κανόνων του ανταγωνισμού, με την εμπορική διάθεση του συζευγμένου προϊόντος της «Conn-X», το οποίο περιελάμβανε CD προσβάσεως στο διαδίκτυο, αφού με την απόφαση αυτή, όπως προκύπτει από το περιεχόμενό της, δεν εξετάσθηκε η παραβίαση από μέρους της αναιρεσείουσας των κανόνων του ανταγωνισμού με τη συμπίεση τιμών ή τη διακριτική μεταχείριση με την κατάρτιση συμβάσεων με διαφορετικούς όρους και τη δημιουργία ενός ειδικού κέντρου τηλεφωνικής υποστηρίξεως.

12. Επειδή, ο ανωτέρω λόγος αναίρεσης είναι απορριπτός ως αβάσιμος, διότι ζήτημα

παραβίασεως της αρχής της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης του διοικουμένου προς τη Διοίκηση γεννάται, κατά τα παγίως κριθέντα (βλ. ΣτΕ 2674/2013, 879, 1608/2004, 2248/2202 κ.ά.), εφόσον με θετική ενέργεια της Διοικήσεως δημιουργείται στον διοικούμενο η σταθερή και εύλογη πεποίθηση ότι ορισμένη συμπεριφορά του είναι νόμιμη, δεν αρκεί δε για τη δημιουργία της πεποιθήσεως αυτής μόνη η αδράνεια της Διοικήσεως να επιβάλει διοικητικές κυρώσεις ή άλλα μέτρα σε βάρος του διοικουμένου. Ενόψει των ανωτέρω, η κρίση της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, η οποία απέρριψε, μεταξύ άλλων, και με την ανωτέρω παρατιθέμενη αιτιολογία τον προβαλλόμενο λόγο προσφυγής της αναιρεσειούσας εταιρείας, κατά τον οποίο η Ε.Ε.Τ.Τ. δεν κίνησε καμία διαδικασία ελέγχου ούτε έλαβε κανένα προσωρινό μέτρο, προκειμένου να δείξει την αντίθεσή της, ούτε και επίσπευσε τη διαδικασία της ex ante ρυθμίσεως των αγορών της προσβάσεως ADSL, είναι νόμιμη. Δεν ασκούν δε επιρροή στη νομιμότητα της κρίσεως αυτής τα περαιτέρω προβαλλόμενα περί παρόδου μεγάλου χρονικού διαστήματος από την καταγγελία μέχρι την επιβολή της εις βάρος της αναιρεσειούσας κυρώσεως, εφ' όσον, όπως προκύπτει από το σε προηγούμενη σκέψη παρατιθέμενο πραγματικό της αναιρεσιβαλλομένης, η καθυστέρηση αυτή οφειλόταν στην δικαιολογημένη λόγω της λήξεως της θητείας του Προέδρου της Ε.Ε.Τ.Τ. επαναλήψεως της διαδικασίας ακροάσεως, ενώ και η εγγράφως δηλωθείσα ικανοποίηση της Ε.Ε.Τ.Τ. για την ανάπτυξη από την αναιρεσειούσα της αδεσμοποίητης προσβάσεως στον τοπικό βρόχο εξεδηλώθη το έτος 2008, ήτοι μετά και την επιβολή της επιδικού κυρώσεως σε αυτήν.

13. Επειδή, προβάλλεται περαιτέρω ότι ήταν εσφαλμένος ο καθορισμός της σχετικής αγοράς από την αναιρεσιβαλλόμενη κατά παράβαση της διατάξεως του άρθρου 2 του ν. 703/1977· διότι αυτός έγινε βάσει της τεχνολογίας Xdsl και όχι κατ' εφαρμογή των κριτηρίων που έχει ορίσει σχετικώς η Ευρωπαϊκή Επιτροπή (βλ. ανακοίνωση δημοσιευμένη στην Επίσημη Εφημερίδα C 372), τα οποία αναφέρονται στην υποκατάσταση στο επίπεδο της ζήτησεως, στην υποκατάσταση στο επίπεδο της προσφοράς, στο δυνητικό ανταγωνισμό και στους φραγμούς εισόδου, στα οποία είχε αναφερθεί η αναιρεσειούσα εταιρεία στην προσφυγή της με ειδικότερους ισχυρισμούς, οι οποίοι, κατά παράβαση των άρθρων 68 και 144 επόμενα του Κ.Δ.Δ/μίας, έμειναν αναπάντητοι. Ειδικότερα, προβάλλεται ότι η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση δεν έλαβε υπόψη τους ουσιώδεις ισχυρισμούς που είχαν προβληθεί με την απόφαση σχετικά με την εφαρμογή των κριτηρίων για τον καθορισμό της σχετικής αγοράς και με εσφαλμένη αιτιολογία δέχθηκε ως ορθό τον καθορισμό αυτής που είχε γίνει από την Ε.Ε.Τ.Τ. ως προς το κριτήριο της υποκαταστάσεως στο επίπεδο της ζήτησεως, η αναιρεσιβαλλόμενη, κατά την άποψη της αναιρεσειούσας, δεν αιτιολογεί τη σχέση της τεχνολογίας Xdsl, που χρησιμοποιείται αποκλειστικά για την υπηρεσία γρήγορης προσβάσεως στο διαδίκτυο, με την προτίμηση των καταναλωτών για σύζευξη των υπηρεσιών του γρήγορου internet και της σταθερής τηλεφωνίας και δεν έλαβε υπόψη ότι η ανάγκη που εξυπηρετεί το προϊόν «Conn-X» είναι το γρήγορο internet σε χαμηλές τιμές. Ως προς το κριτήριο της υποκαταστάσεως στο επίπεδο της προσφοράς, με αντιφατική αιτιολογία κρίθηκε από την αναιρεσιβαλλόμενη ότι δήθεν η αδεσμοποίητη πρόσβαση στο τοπικό βρόχο δεν είναι λειτουργικό υποκατάστατο της τεχνολογίας Xdsl, παρά το γεγονός ότι σε άλλο σημείο αναφέρει η απόφαση αυτή ότι και οι δύο τεχνολογίες χρησιμοποιούνται για την παροχή γρήγορου internet και, μάλιστα, η αδεσμοποίητη πρόσβαση στο τοπικό βρόχο έχει πολύ χαμηλότερες τιμές για τους παρόχους. Επίσης, προβάλλεται ότι δεν ελήφθη υπόψη ο ουσιώδης ισχυρισμός της προσφυγής για τη λειτουργική υποκατάσταση της τεχνολογίας Xdsl από τη τεχνολογία της αδεσμοποίητης προσβάσεως στο τοπικό βρόχο όχι τη δεδομένη χρονική στιγμή, αλλά μακροπρόθεσμα. Περαιτέρω, προβάλλεται ότι, εφόσον η Ε.Ε.Τ.Τ. προέβη αυτεπαγγέλτως στην έκδοση της αποφάσεώς της περί επιβολής προστίμου, συλλέγοντας η ίδια τα απαραίτητα αποδεικτικά στοιχεία, μη νομίμως κρίθηκε με την αναιρεσιβαλλόμενη ότι η καταγγελλόμενη έπρεπε να αποδείξει την υποκατάσταση της τεχνολογίας Xdsl από την τεχνολογία 3G. Τέλος, προβάλλεται ότι μη νομίμως η αναιρεσιβαλλόμενη δεν εξέτασε τα κριτήρια του δυνητικού ανταγωνισμού και των φραγμών εισόδου κατά τον καθορισμό της σχετικής αγοράς και έκρινε ότι αυτά θα εξετασθούν στο επόμενο στάδιο της διαπιστώσεως της κατοχής δεσπόζουσας θέσης, ενώ θα έπρεπε να εξετάσει τους ουσιώδεις ισχυρισμούς της προσφυγής, οι οποίοι όμως έμειναν αναπάντητοι.

14. Επειδή, για να εξετασθεί η τυχόν δεσπόζουσα θέση μιας επιχειρήσεως σε συγκεκριμένη τομεακή αγορά, οι δυνατότητες ανταγωνισμού πρέπει να αξιολογούνται στο πλαίσιο της αγοράς που περιλαμβάνει όλα τα προϊόντα τα οποία, λόγω των χαρακτηριστικών τους, μπορούν κάλλιστα να ικανοποιούν διαρκείς ανάγκες και είναι σε επαρκή βαθμό εναλλάξιμα με άλλα προϊόντα. Επιπλέον, δεδομένου ότι ο ορισμός της σχετικής αγοράς χρησιμεύει για να κριθεί αν η οικεία επιχείρηση έχει τη δυνατότητα να εμποδίσει τη διατήρηση πραγματικού ανταγωνισμού και να ενεργεί, σε σημαντικό βαθμό, ανεξάρτητα από τους ανταγωνιστές της, τους πελάτες της και τους καταναλωτές της, δεν πρέπει προς τούτο να εξετάζονται μόνον τα αντικειμενικά χαρακτηριστικά των οικείων προϊόντων, αλλά πρέπει και να λαμβάνονται επίσης υπόψη οι

συνθήκες ανταγωνισμού και η διάρθρωση της ζήτησης και της προσφοράς στην αγορά (βλ. αποφάσεις Δ.Ε.Κ. της 9ης Νοεμβρίου 1983, 322/81, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin κατά Επιτροπής, σκέψη 37, της 2ας Απριλίου 2009, C-202/07, France Telecom κατά Επιτροπής, σκέψη 60, σκέψη 78). Η έννοια της σχετικής αγοράς σημαίνει ότι είναι δυνατό να υφίσταται πραγματικός ανταγωνισμός μεταξύ των προϊόντων που αποτελούν μέρος αυτής, γεγονός που προϋποθέτει επαρκή βαθμό εναλλαξιμότητας, προκειμένου όλα τα προϊόντα που αποτελούν μέρος της ίδιας αγοράς να τυγχάνουν της ίδιας χρήσεως. Επίσης από την ανακοίνωση της Επιτροπής όσον αφορά τον ορισμό της σχετικής αγοράς για τους σκοπούς του κοινοτικού δικαίου ανταγωνισμού (ΕΕ 1997, C372, σ. 5 παράγραφος 7) προκύπτει ότι «[η] αγορά του σχετικού προϊόντος περιλαμβάνει όλα τα προϊόντα ή και τις υπηρεσίες που είναι δυνατόν να εναλλάσσονται ή να υποκαθίστανται αμοιβαία από τον καταναλωτή, λόγω των χαρακτηριστικών, των τιμών και της χρήσης για την οποία προορίζονται». Από οικονομικής απόψεως, για τον ορισμό της σχετικής αγοράς, η δυνατότητα υποκαταστάσεως από πλευράς της ζήτησης είναι ο πιο άμεσος και πιο σημαντικός παράγων πειθαρχίας για τους προμηθευτές συγκεκριμένου προϊόντος, ιδίως όσον αφορά τις αποφάσεις τους περί καθορισμού των τιμών (παράγραφος 13 της εν λόγω ανακοινώσεως). Επιπλέον, η δυνατότητα υποκαταστάσεως από πλευράς της προσφοράς μπορεί επίσης να ληφθεί υπόψη για τον ορισμό της σχετικής αγοράς στις περιπτώσεις στις οποίες αυτή η δυνατότητα υποκαταστάσεως έχει ισοδύναμα αποτελέσματα με αυτά της δυνατότητας υποκαταστάσεως όσον αφορά την αμεσότητα και την αποτελεσματικότητα. Προς τούτο, πρέπει οι προμηθευτές να είναι σε θέση να προσανατολίζονται εκ νέου την παραγωγή τους προς τα οικεία προϊόντα και να τα εμπορεύονται βραχυπρόθεσμα, χωρίς να υφίστανται σημαντικό πρόσθετο κόστος και χωρίς να διατρέχουν σημαντικό επιπλέον κίνδυνο, ανταποκρινόμενοι στις ελαφρές αλλά μόνιμες μεταβολές των σχετικών τιμών (παράγραφος 20 της εν λόγω ανακοινώσεως).

15. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, όπως προκύπτει από την αναιρεσιβαλλόμενη, η απόφαση της Ε.Ε.Τ.Τ. προχώρησε στην οριοθέτηση των τριών σχετικών αγορών, ήτοι μιας χονδρικής ευρυζωνικής προσβάσεως και δύο λιανικής ευρυζωνικής προσβάσεως (στο δίκτυο και στο διαδίκτυο). Περαιτέρω, επεσήμανε ότι σε επίπεδο χονδρικής ευρυζωνικής προσβάσεως η πρόσβαση μέσω του DSL δικτύου της Ο.Τ.Ε. Α.Ε. δεν είναι εναλλάξιμη με την αδεσμοποιητή πρόσβαση στο τοπικό βρόχο, τη σταθερή ασύρματη πρόσβαση και την πρόσβαση μέσω οπτικών ινών, στο δε επίπεδο της λιανικής προσβάσεως, το συζευγμένο προϊόν της Ο.Τ.Ε. Α.Ε. «Conn-X», που συνδυάζει πρόσβαση στο δίκτυο και το διαδίκτυο μέσω τεχνολογίας xDSL, δεν μπορεί να υποκατασταθεί από τις υπηρεσίες προσβάσεως dial up (στενής ζώνης). Στη συνέχεια, ενόψει προβολής σχετικού λόγου προσφυγής από την αναιρεσείουσα εταιρεία, με την αναιρεσιβαλλόμενη κρίθηκε ότι δεν προέκυψε η υποκαταστασιμότητα της υπηρεσίας ευρυζωνικής προσβάσεως στο διαδίκτυο μέσω τεχνολογίας ADSL και της υπηρεσίας προσβάσεως μέσω δικτύου 3G. Η αναιρεσείουσα εταιρεία, χωρίς να αμφισβητεί την ορθότητα του κατ' αρχήν διαχωρισμού των 3 αυτών αγορών, ισχυρίζεται ότι, κατά παράβαση του δικαίου του ανταγωνισμού, ορίσθηκε η σχετική αγορά με κριτήριο τη τεχνολογία xDSL, ενώ θα έπρεπε να ορισθεί ως αγορά γρήγορου internet, σύμφωνα με τις ανάγκες των καταναλωτών. Πλην όμως, ο λόγος αυτός πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος, εφόσον, όπως προαναφέρθηκε, αρχικώς με την απόφαση της Ε.Ε.Τ.Τ. και εν συνεχεία με την αναιρεσιβαλλόμενη εξετάσθηκαν τα πιθανώς εναλλάξιμα προϊόντα και υπηρεσίες και στις τρεις ως άνω αγορές, οι οποίες ανήκουν στην κατηγορία των ευρυζωνικών δικτύων που παρέχουν υψηλή ταχύτητα προσβάσεως, η δε αναιρεσείουσα δεν προέβαλε ότι, πλην των προϊόντων που εξετάσθηκαν, υπήρχαν και άλλα που ανήκουν στην κατηγορία αυτή. Εξάλλου, η διαπίστωση της Ε.Ε.Τ.Τ. και του δικάσαντος Εφετείου περί της συζευγμένης φύσεως του προϊόντος «Conn-X» έγινε προδήλως προκειμένου να αναδειχθεί ότι πλέον σε επίπεδο λιανικής πρόσβασης προτιμούνται προϊόντα που ενσωματώνουν υπηρεσίες προσβάσεως στο δίκτυο και το διαδίκτυο και ότι τέτοιο προϊόν είναι το «Conn-X». Επί εσφαλμένης, κατά συνέπεια, βάσεως η αναιρεσείουσα υπολαμβάνει ότι η αναιρεσιβαλλόμενη όφειλε να αιτιολογήσει τη σχέση μεταξύ τεχνολογίας xDSL με την προτίμηση των καταναλωτών για σύζευξη των υπηρεσιών του γρήγορου internet και της σταθερής τηλεφωνίας. Εξάλλου, ο ισχυρισμός της αναιρεσείουσας, με τον οποίο προβάλλεται ότι μη νομίμως κρίθηκε ότι η αδεσμοποιητή πρόσβαση στο τοπικό βρόχο δεν είναι λειτουργικό υποκατάστατο της τεχνολογίας xDSL πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος το πρώτον προβαλλόμενος κατ' ανίχνευση, εφόσον, όπως αναφέρεται στην αναιρεσιβαλλόμενη και δεν αμφισβητείται από την αναιρεσείουσα, κατά της εκτιμήσεως του δικάσαντος Εφετείου ότι οι δυο αυτές υπηρεσίες δεν αποτελούν λειτουργικά υποκατάστατα δεν είχε προβληθεί καμία αιτίαση με την προσφυγή. Ενόψει δε της μη αμφισβητήσεως εκ μέρους της αναιρεσείουσας της εκτιμήσεως αυτής, το δικάσαν Εφετείο ορθώς δεν εξέτασε ως μη ουσιώδη τον λόγο προσφυγής, με τον οποίο αυτή ισχυρίσθηκε ότι η Ε.Ε.Τ.Τ., κατά τον ορισμό της σχετικής αγοράς, όφειλε να εξετάσει τα είδη τεχνολογίας που χρησιμοποιούνται για τη κατασκευή προϊόντων, όπως το Conn-X, όχι τη συγκεκριμένη χρονική

στιγμή, αλλά μακροπρόθεσμα και ότι από την εξέταση αυτή θα προέκυπτε ότι η τεχνολογία xdsl υποκαθίσταται στο άμεσο μέλλον από τη τεχνολογία της αδεσμοποίητης πρόσβασης στο τοπικό βρόχο. Ο περαιτέρω ισχυρισμός της αναιρεσείουσας ότι η αναιρεσιβαλλόμενη μη νομίμως επέρριψε το βάρος της απόδειξης περί υποκαταστάσεως της τεχνολογίας xdsl από την τεχνολογία 3G στην αναιρεσείουσα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος, εφόσον το δικάσαν Εφετείο έκρινε τον σχετικό λόγο προσφυγής αβάσιμο κρίνοντας ότι οι δύο αυτές υπηρεσίες δεν ανήκουν στην ίδια αγορά. Τέλος, ο λόγος αναιρέσεως με τον οποίο προβάλλεται ότι μη νομίμως δεν ελήφθη υπόψη ο ισχυρισμός που είχε προβάλλει με την προσφυγή της η αναιρεσείουσα σχετικά με τη μη εξέταση, κατά το παρόν στάδιο του ορισμού της σχετικής αγοράς, των κριτηρίων του δυναμικού ανταγωνισμού και των φραγμών εισόδου, πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος, διότι ο ισχυρισμός αυτός απορρίφθηκε από την αναιρεσιβαλλόμενη, με την αιτιολογία, η οποία δεν αμφισβητείται με την υπό κρίση αίτηση, ότι τα κριτήρια αυτά θα ληφθούν υπόψη στο επόμενο στάδιο της διερεύνησης κατοχής ή μη από την αναιρεσείουσα δεσπόζουσας θέσης και στις τρεις αγορές (βλ. και την ανακοίνωση της Επιτροπής όσον αφορά τον ορισμό της σχετικής αγοράς για τους σκοπούς του κοινοτικού δικαίου C 372 της 9.12.1997, στην οποία αναφέρεται ότι οι περιορισμοί στους οποίους υπόκεινται οι επιχειρήσεις λόγω του ανταγωνισμού είναι τρεις: η υποκατάσταση από την πλευρά της ζήτησης, η υποκατάσταση στο επίπεδο της προσφοράς και ο δυναμικός ανταγωνισμός, ο τελευταίος όμως περιορισμός δεν λαμβάνεται υπόψη στον ορισμό των αγορών, αλλά σε μεταγενέστερο στάδιο, αφού προσδιορισθεί η θέση των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων στη σχετική αγορά, σημείο 24). Σε κάθε περίπτωση, εάν ο λόγος αναιρέσεως έχει την έννοια ότι έπρεπε, σε κάθε περίπτωση, να εξετασθούν τα κριτήρια αυτά (δυναμικός ανταγωνισμός και φραγμοί εισόδου) και κατά το στάδιο ορισμού της σχετικής αγοράς με το περιεχόμενο που τους αποδίδει η αναιρεσείουσα (ήτοι ότι η Ε.Ε.Τ.Τ. όφειλε αφενός να προβεί στην απαρίθμηση όλων των πιθανών ανταγωνιστών στην αγορά παροχής γρήγορου internet, στην οποία δεν δραστηριοποιείται η ίδια η αναιρεσείουσα, αλλά η εταιρεία ΟΤΕnet που είναι πάροχος υπηρεσιών διαδικτύου και παραγωγός του προϊόντος «Conn-X» και αφετέρου στη διαπίστωση των φραγμών εισόδου στη σχετική αγορά, η οποία χαρακτηρίζεται από ελαστικότητα στην είσοδο νέων ανταγωνιστών, όπως είναι οι εταιρείες Wind και Vodafone, οι οποίες προβαίνουν σε ιδιαίτερα δαπανηρές επενδύσεις για τη δραστηριοποίησή τους στη σχετική αγορά), είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, προεχόντως για το λόγο ότι ερείδεται επί της εσφαλμένης βάσεως ότι η σχετική αγορά είναι αυτή του «γρήγορου internet».

16. Επειδή, προβάλλεται, ακολούθως, ότι, κατ' εσφαλμένη ερμηνεία και πλημμελή εφαρμογή του άρθρου 2 του ν. 703/1977 και χωρίς να εξετάσει ουσιώδεις ισχυρισμούς που είχαν προβληθεί με την προσφυγή, η αναιρεσιβαλλόμενη κατέληξε αυθαίρετα στο συμπέρασμα ότι η εταιρεία Ο.Τ.Ε. Α.Ε. κατέχει δεσπόζουσα θέση στη σχετική αγορά, βασιζόμενη στα μερίδια αγοράς, στο γεγονός ότι δήθεν κατέχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά της χονδρικής ευρυζωνικής προσβάσεως μέσω τεχνολογίας Xdsl και στις υποτιθέμενες οικονομίες κλίμακος που δήθεν απολάμβανε· παρέλειψε όμως να εξετάσει ότι η αναιρεσείουσα εταιρεία δεν διέθετε ανεξαρτησία στην επιβολή των τιμών της, όπως προέκυπτε από το γεγονός ότι η εταιρεία Forthnet, έχοντας τις περισσότερες συνδέσεις ADSL, είναι επικρατούσα εταιρεία στη σχετική αγορά, ότι η αναιρεσείουσα εταιρεία δεν διέθετε πρωτοπορία στην επιβολή των τιμών στη σχετική αγορά, ότι στοιχείο που αποδεικνύει την ανυπαρξία δεσπόζουσας θέσης στη σχετική αγορά είναι η ραγδαία ανάπτυξη της αδεσμοποίητης προσβάσεως στο τοπικό βρόγχο και ότι τα δύο πρώτα έτη ανοίγματος της αγοράς που, εν προκειμένω, είναι τα κρίσιμα έτη 2004 έως 2006, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή εξαιρεί από τη διαπίστωση παραβάσεων και την επιβολή κυρώσεων.

17. Επειδή, όπως έχει ήδη κριθεί (βλ. ΣτΕ 715/2013, 2475/2011, 2176/1996), κατά την έννοια του άρθρου 2 του ν. 703/1977, δεσπόζουσα θέση κατέχει μια επιχείρηση που λόγω της οικονομικής ισχύος της μπορεί να κωλύει την διατήρηση συνθηκών αποτελεσματικού ανταγωνισμού στην οικεία αγορά και να υιοθετεί ανεξάρτητη συμπεριφορά έναντι των ανταγωνιστών, των πελατών της και τελικά των καταναλωτών. Στο πλαίσιο αυτό, το οποίο δεν απαγορεύει την δημιουργία ή την κατοχή δεσπόζουσας θέσης, αλλά μόνο την καταχρηστική της εκμετάλλευση, η επιβαλλόμενη απαγόρευση καλύπτει κάθε συμπεριφορά, η οποία μπορεί να επηρεάσει αθέμιτα την δομή μιας αγοράς, όπου, ακριβώς λόγω της παρουσίας της προαναφερθείσας επιχείρησης, ο ανταγωνισμός είναι ήδη εξασθενημένος, και η οποία (συμπεριφορά) έχει ως αποτέλεσμα την παρεμπόδιση της διατήρησης του υφιστάμενου στην αγορά ανταγωνισμού ή της ανάπτυξής του. Όπως, εξ άλλου, προκύπτει από τις διατάξεις της τηλεπικοινωνιακής νομοθεσίας, η κατοχή σημαντικής θέσης στην αγορά δημόσιων σταθερών τηλεφωνικών δικτύων, η οποία απαιτείται για την υπαγωγή μίας τηλεπικοινωνιακής επιχείρησης στο κανονιστικό πλαίσιο του Κανονισμού Προεπιλογής Φορέα με την ιδιότητα του υποχρέου παροχής της σχετικής διευκόλυνσεως, προϋποθέτει κατά βάση την διαπίστωση ότι η εν λόγω επιχείρηση κατέχει μερίδιο ίσο ή μεγαλύτερο του 25% στην ως άνω αγορά. Μόνη όμως η κατοχή

μεριδίων αγοράς που υπερβαίνουν το οριακό αυτό ποσοστό, η οποία αρκεί για την υπαγωγή της επιχείρησης στο πιο πάνω κανονιστικό πλαίσιο υποχρεώσεων της τηλεπικοινωνιακής νομοθεσίας, δεν αρκεί για να της προσδώσει και δεσπόζουσα θέση στην οικεία αγορά, παρά μόνο αν το κατεχόμενο ποσοστό μεριδίων αγοράς είναι τόσο μεγάλο και, πάντως, υπερβαίνει σε τέτοιο βαθμό το παραπάνω οριακό ποσοστό, ώστε η θέση ισχύος που εξασφαλίζει στην επιχείρηση να την καθιστά αναγκαστικό συμβαλλόμενο στις οικείες συναλλαγές και να της προσδίδει για τον λόγο αυτόν, τουλάχιστον για σχετικά μεγάλες περιόδους, την ανεξαρτησία συμπεριφοράς που χαρακτηρίζει την δεσπόζουσα θέση (πρβλ. απόφαση ΔΕΚ της 13-2-1979 C-85/76 HOFFMANN-LA ROCHE, σκ. 41). Σε κάθε περίπτωση, κατά τη νομολογία του Δ.Ε.Κ., μερίδιο αγοράς 50% εξασφαλίζει, αφ' εαυτού και πλην εξαιρετικών περιστάσεων, δεσπόζουσα θέση (απόφαση του Δικαστηρίου της 3ης Ιουλίου 1991, C-62/86, AKZO κατά Επιτροπής, Συλλογή 1991, σ. I-3359, σκέψη 60).

18. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση με την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση έγινε δεκτό ότι η E.E.T.T., κατά την έρευνά της για τη διαπίστωση της κατοχής ή μη δεσπόζουσας θέσης από την προσφεύγουσα εταιρεία στην αγορά πρόσβασης στο διαδίκτυο μέσω τεχνολογίας xDSL, έλαβε υπόψη τα μερίδια αγοράς της αναιρεσείουσας εταιρείας και της θυγατρικής της εταιρείας ΟΤΕnet σε σχέση με τα μερίδια των άλλων εναλλακτικών παρόχων που δραστηριοποιούνται στην ίδια αγορά, την εξέλιξη αυτών κατά τη χρονική περίοδο 31.12.2004 έως 2.3.2006, την εξέλιξη της αγοράς και την πιθανότητα δυναμικού ανταγωνισμού, ικανού να ασκήσει πίεση στην εταιρεία Ο.Τ.Ε. Α.Ε. (αναιρεσείουσα), εν όψει των φραγμών εισόδου και ανάπτυξης της αγοράς τόσο σε επίπεδο λιανικής όσο και σε επίπεδο χονδρικής. Εξάλλου, έκρινε περαιτέρω το εφετείο ότι η E.T.T.T. δεν είχε υποχρέωση να ερευνήσει την πρωτοπορία ή όχι της αναιρεσείουσας εταιρείας στην επιβολή τιμών, αφού αυτό δεν αποτελεί κριτήριο για τη διαπίστωση της ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης, ούτε την ωριμότητα ή μη της επίμαχης αγοράς, αφού η υπό μεγάλη ανάπτυξη αγορά δεν αποτελεί στοιχείο το οποίο μπορεί να αποκλείσει την εφαρμογή των κανόνων του ανταγωνισμού και ότι, επομένως, έπρεπε να απορριφθούν ως αβάσιμοι όλοι οι αντίθετοι ισχυρισμοί της αναιρεσείουσας εταιρείας. Τέλος, κατά το εφετείο, και ο ισχυρισμός αυτής ο σχετικός με τον εσφαλμένο υπολογισμό των μεριδίων αγοράς της ίδιας και του Ομίλου Ο.Τ.Ε. Α.Ε. στην εν λόγω αγορά, έπρεπε να απορριφθεί γιατί στηριζόταν σε εσφαλμένη προϋπόθεση, καθόσον τα μερίδια υπολογίσθηκαν με βάση τις λιανικές πωλήσεις δεσμοποιημένων προϊόντων (παροχή προσβάσεως και υπηρεσιών διαδικτύου) προς τους καταναλωτές (τρίτους) χωριστά από κάθε πάροχο, δηλαδή χωριστά από την εταιρεία Ο.Τ.Ε. Α.Ε. και χωριστά από τη θυγατρική της ΟΤΕnet, τα οποία στη συνέχεια προστέθηκαν. Όσον αφορά δε την ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης της αναιρεσείουσας εταιρείας κατά την κρίσιμη χρονική περίοδο στην αγορά λιανικής ευρυζωνικής προσβάσεως μέσω τεχνολογίας xDSL, το εφετείο, λαμβάνοντας υπόψη, α) ότι η αναιρεσείουσα εταιρεία δεν αμφισβητούσε ότι κατά το ίδιο χρονικό διάστημα κατείχε δεσπόζουσα θέση την αγορά χονδρικής ευρυζωνικής προσβάσεως μέσω του DSL δικτύου της, β) τα υψηλά μερίδια αγοράς που κατείχε η ίδια κατά τους μήνες Δεκέμβριο του έτους 2004, Μάρτιο του έτους 2005, Ιούνιο του έτους 2005, Σεπτέμβριο του έτους 2005, Δεκέμβριο του έτους 2005 και Μάρτιο του έτους 2006 (81,49%, 77,47%, 72,3%, 70,03%, 63,88% και 54,28% αντίστοιχα) αλλά και μαζί με τη θυγατρική της ΟΤΕnet (81,76%, 77,85%, 75,25%, 74,22%, 70,05% και 63,65% αντίστοιχα), γ) τα κατά τους ίδιους μήνες ποσοστά των μεριδίων των ανταγωνιστών της, τα οποία όλα μαζί ανέρχονταν σε πολύ μικρότερο ύψος (18,24%, 22,15%, 24,75%, 25,78%, 29,95%, και 36,35% αντίστοιχα) δ) ότι καθόλη την κρίσιμη χρονική περίοδο τα μερίδια αγοράς αυτής και του Ομίλου της ήταν μεγαλύτερα από εκείνα των ανταγωνιστών της και παρά τη μείωσή τους εξακολούθησαν να παραμένουν σε σημαντικά ποσοστά, ε) ότι μια μεν στη συγκεκριμένη αγορά δεν υπήρχαν υψηλοί φραγμοί εισόδου, δεδομένου ότι οι εναλλακτικοί πάροχοι είχαν τη δυνατότητα να μεταπωλούν τη λιανική ευρυζωνική πρόσβαση σε τελικούς χρήστες, τέτοιοι φραγμοί, όμως, υπήρχαν στην αγορά της χονδρικής ευρυζωνικής προσβάσεως, η οποία συνδέεται στενά με την επίμαχη αγορά και στην οποία η αναιρεσείουσα εταιρεία κατείχε δεσπόζουσα θέση, εξαιτίας των σημαντικών οικονομικών και εμπορικών εμποδίων που υπήρχαν για την είσοδο σ' αυτή νέων παρόχων και την κατασκευή από αυτούς νέου δικτύου προσβάσεως ικανού να αντικαταστήσει, και μάλιστα σε όλη του την έκταση, το δίκτυό της, προκειμένου να παρέχουν υπηρεσίες λιανικής ευρυζωνικής προσβάσεως μέσω τεχνολογίας xDSL, και στ) τις σημαντικές οικονομίες κλίμακος και σκοπού καθώς και τα πλεονεκτήματα σε τεχνολογικό επίπεδο που απολάμβανε, τα οποία προέρχονταν από τις οικονομίες κλίμακος και σκοπού σε επίπεδο χονδρικής, καθώς και το προβάδισμά της λόγω του μεγέθους της, έκρινε ότι τόσο αυτή όσο και ο Όμιλός της κατείχαν δεσπόζουσα θέση στην παραπάνω αγορά και ότι έπρεπε να απορριφθεί ως αβάσιμος ο αντίθετος λόγος της προσφυγής. Σε κάθε δε περίπτωση, κατά το εφετείο, η αναιρεσείουσα βρισκόταν σε υπερέχουσα θέση στη συγκεκριμένη αγορά, η οποία μπορεί να συγκριθεί με την κατοχή δεσπόζουσας θέσης, ενόψει του ότι κατείχε δεσπόζουσα θέση (μονοπωλιακή) στη στενά συνδεδεμένη με αυτή αγορά της χονδρικής ευρυζωνικής προσβάσεως

μέσω του DSL δικτύου της, αλλά και δεσπόζουσα θέση στην επίσης στενά συνδεδεμένη με την εν λόγω αγορά της λιανικής ευρυζωνικής προσβάσεως μέσω τεχνολογίας xDSL.

19. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, από τα ανωτέρω παρατιθέμενα προκύπτει ότι η Ε.Ε.Τ.Τ. και εν συνεχεία το δικάσαν Εφετείο εξέτασε την ύπαρξη ή μη δεσπόζουσας θέσης της Ο.Τ.Ε. Α.Ε. στις 3 ως άνω σχετικές αγορές (χονδρικής ευρυζωνικής προσβάσεως, λιανικής ευρυζωνικής προσβάσεως στο δίκτυο και λιανικής ευρυζωνικής προσβάσεως στο διαδίκτυο) και κατέληξαν στο συμπέρασμα ότι και στις 3 αυτές αγορές έχει δεσπόζουσα θέση, λαμβάνοντας υπόψη τα μερίδια αγοράς της σε σχέση με τα μερίδια των άλλων εναλλακτικών παρόχων που δραστηριοποιούνται στην αγορά, σε συνδυασμό με την εξέλιξη της αγοράς και την πιθανότητα δυναμικού ανταγωνισμού, ικανού να ασκήσει πίεση στην αναιρεσείουσα εταιρεία (Ο.Τ.Ε. Α.Ε.), ενόψει των φραγμών εισόδου και αναπτύξεως της αγοράς σε επίπεδο χονδρικής και λιανικής. Εφόσον η ανεξαρτησία στη συμπεριφορά της Ο.Τ.Ε. Α.Ε., που αποτελεί βασικό κριτήριο για την διαπίστωση δεσπόζουσας θέσης, προέκυπτε από την εκτίμηση των παραπάνω κριτηρίων, η νομιμότητα των οποίων δεν αμφισβητείται από την αναιρεσείουσα, το δικάσαν Εφετείο δεν είχε υποχρέωση να λάβει υπόψη κι άλλα κριτήρια, όπως η πρωτοπορία στην επιβολή των τιμών στη λιανική αγορά και η καινοτομία στην τεχνολογία, τα οποία εξάλλου, δεν είναι πρόσφορα στην προκειμένη περίπτωση, όπου εξεταστέα μορφή κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης ήταν η ύπαρξη ή μη συμπίεσης του περιθωρίου κέρδους των ανταγωνιστών της Ο.Τ.Ε. Α.Ε., λόγω της τιμολογιακής πρακτικής της στην αγορά χονδρικής προσβάσεως. Περαιτέρω, ο ισχυρισμός που πρόβαλε ενώπιον του δικάσαντος Εφετείου η αναιρεσείουσα, σύμφωνα με τον οποίο η ανυπαρξία δεσπόζουσας θέσης αποδεικνύεται από τη ραγδαία ανάπτυξη της εναλλακτικής υποδομής της αδεσμοποίητης πρόσβασης στο τοπικό βρόχο, δεν ήταν ουσιώδης και νομίμως απορρίφθηκε σιωπηρώς, εφόσον, όπως έγινε δεκτό παραπάνω, το δικάσαν Εφετείο έκρινε ότι η εν λόγω υποδομή δεν περιλαμβάνεται στη σχετική αγορά. Οι δε λόγοι αναιρέσεως, με τους οποίους προβάλλεται ότι η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση α) δεν εξειδικεύει τον τρόπο με τον οποίο οι οικονομίες κλίμακος που απολαμβάνει η αναιρεσείουσα και τα πλεονεκτήματα που προέρχονταν από αυτές συντελούν στην ανεξαρτησία της στην επιβολή των τιμών και β) δεν έλαβε υπόψη τον ουσιώδη ισχυρισμό της περί εσφαλμένου υπολογισμού του μεριδίου αγοράς της λόγω της περιλήψεως στο μερίδιο αυτό και των πωλήσεων μεταξύ ΟΤΕ και ΟΤΕnet καθώς και της πρωτοπορίας της εταιρείας ADSL στις συνδέσεις ADSL, πρέπει να απορριφθούν ως απαράδεκτοι, εφόσον πλήττουν την ουσιαστική εκτίμηση του δικάσαντος Εφετείου επί των ζητημάτων αυτών, η οποία δεν ελέγχεται αναιρετικώς. Τέλος, νομίμως η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση δεν έλαβε υπόψη το πρώτο στάδιο στο οποίο ευρίσκετο η αγορά, εφόσον δεν ασκεί επιρροή ο βαθμός ωριμάνσεως των σχετικών αγορών για την εκτίμηση της κατάχρησης δεσπόζουσας θέσεως. Και τούτο διότι, όπως κρίθηκε με την απόφαση Δ.Ε.Ε. της 17.2.2011, (C-52/09, Teliasonega σκέψη 108), ειδικά σε μία αγορά που αναπτύσσεται με ταχύ ρυθμό, το άρθρο 102 ΣΛΕΕ επιβάλλει να υπάρχει παρέμβαση όσο το δυνατόν ενωρίτερα, για να αποφευχθεί η δημιουργία και η παγίωση στην αγορά αυτή μιας διαρθρώσεως του ανταγωνισμού την οποία νοθεύει η καταχρηστική στρατηγική επιχειρήσεως που κατέχει δεσπόζουσα θέση στην εν λόγω αγορά ή σε στενά συνδεδεμένη γειτονική αγορά, δηλαδή να υπάρχει παρέμβαση προτού παραχθούν τα επιζήμια για τον ανταγωνισμό αποτελέσματα της στρατηγικής αυτής. Κατά συνέπεια, ο σχετικός λόγος αναιρέσεως πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

20. Επειδή, προβάλλεται ακολούθως ότι κατ' εσφαλμένη ερμηνεία και πλημμελή εφαρμογή του άρθρου 2 του ν. 703/1977 και χωρίς να εξετάσει ουσιώδεις ισχυρισμούς που είχαν προβληθεί με την προσφυγή, η αναιρεσιβαλλόμενη κατέληξε αυθαίρετα στο συμπέρασμα ότι η εταιρεία Ο.Τ.Ε. Α.Ε. πρόεβη σε καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης, μέσω της υιοθέτησης πρακτικής συμπίεσης του περιθωρίου κέρδους. Και τούτο, διότι παρέλειψε να απαντήσει άλλως απέρριψε με εσφαλμένη αιτιολογία ουσιώδεις ισχυρισμούς της αναιρεσείουσας σύμφωνα με τους οποίους α) η Ε.Ε.Τ.Τ. εσφαλμένα εφήρμοσε το 2ο κριτήριο της Ανακοίνωσης της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την εφαρμογή κανόνων του ανταγωνισμού σε συμφωνίες πρόσβασης στο τομέα των τηλεπικοινωνιών, βάσει στοιχείων κόστους του εύλογα αποδοτικού παρόχου (reasonably efficient operator) και όχι το πρώτο κριτήριο βάσει στοιχείων κόστους του εγκατεστημένου παρόχου, το οποίο η Ευρωπαϊκή Επιτροπή εφαρμόζει σε όλες τις παρόμοιες περιπτώσεις επιβολής κύρωσης για την προστασία ex post του ελεύθερου ανταγωνισμού, β) η Ε.Ε.Τ.Τ. δεν εφήρμοσε με ορθό τρόπο το δεύτερο κριτήριο, εν όψει και των προσκομισθέντων ενώπιον του εφετείου από την αναιρεσείουσα αποδεικτικών στοιχείων, τα οποία, κατά παράβαση του άρθρου 168 του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, δεν ελήφθησαν υπόψη από την αναιρεσιβαλλόμενη, γ) δεν πρόεβη σε εκ των υστέρων ανάλυση πραγματικών τιμών πενταετίας, μετά την παρέλευση της πρώτης διετίας από το άνοιγμα της σχετικής αγοράς, δ) οι τιμές που όρισε η Ε.Ε.Τ.Τ., μετά την επιβολή του προστίμου σε βάρος της αναιρεσείουσας εταιρείας, έχουν ελάχιστη διαφορά σε σχέση με τις τιμές για τις οποίες εγκαλείται η εν λόγω εταιρεία, ε) η Ε.Ε.Τ.Τ. δεν απέδειξε

εγγράφως την πρόθεση της αναιρεσείουσας εταιρείας για την εφαρμογή καταχρηστικής τιμολογιακής πολιτικής και στ) η Ε.Ε.Τ.Τ. δεν εξέτασε τις επιπτώσεις της υποτιθέμενης καταχρηστικής τιμολογιακής πολιτικής στη σχετική αγορά, για την επιβεβαίωση της ύπαρξης μιας τέτοιας καταχρηστικής πολιτικής.

21. Επειδή, καθόσον αφορά τον καταχρηστικό χαρακτήρα τιμολογιακής πρακτικής, για τον οποίο επεβλήθη η κύρωση στην αναιρεσείουσα από την Ε.Ε.Τ.Τ. στην προκειμένη περίπτωση, το ΔΕΕ, στις υποθέσεις Deutsche Telekom (απόφαση της 14.10.2010, C-280/08 P), Telefonica (απόφαση της 10.7.2014, C-295/12 P) και TeliaSonera (απόφαση της 17.10.2011, C-52/09), έχει επισημάνει ότι το άρθρο 102, δεύτερο εδάφιο, στοιχείο α΄, ΣΛΕΕ (διάταξη ταυτοσήμου περιεχομένου με το εν προκειμένω εφαρμοσθέν άρθρο 2 του ν. 703/1977) απαγορεύει ρητώς την άμεση ή έμμεση επιβολή, εκ μέρους της κατέχουσας δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεως, μη δικαίων τιμών. Περαιτέρω, κατά το Δ.Ε.Ε., ο κατάλογος των καταχρηστικών πρακτικών που περιλαμβάνεται στο άρθρο 102 ΣΛΕΕ δεν είναι περιοριστικός, οπότε η απαρίθμηση των καταχρηστικών πρακτικών που περιέχεται σ' αυτή τη διάταξη δεν εξαντλεί τους τρόπους καταχρηστικής εκμεταλλεύσεως δεσπόζουσας θέσεως που απαγορεύονται από το δίκαιο της Ένωσης. Συγκεκριμένα, η καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσεως την οποία απαγορεύει η διάταξη αυτή αποτελεί αντικειμενική έννοια, η οποία αφορά τις συμπεριφορές κατέχουσας δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεως, οι οποίες, σε μια αγορά όπου, ακριβώς λόγω της παρουσίας της εν λόγω επιχειρήσεως, ο ανταγωνισμός είναι ήδη εξασθενημένος, έχουν ως αποτέλεσμα να κωλύεται η διατήρηση του υφισταμένου στην αγορά ανταγωνισμού ή η ανάπτυξή του, λόγω της χρησιμοποίησεως διαφορετικών μέσων από εκείνα που διέπουν τον συνήθη ανταγωνισμό μεταξύ των προσφερομένων από τους επιχειρηματίες προϊόντων ή υπηρεσιών (προπαρατεθείσα απόφαση Deutsche Telekom κατά Επιτροπής, σκέψη 174 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Προκειμένου δε να καθορισθεί αν η κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρηση εκμεταλλεύθηκε καταχρηστικώς την εν λόγω θέση εφαρμόζοντας την τιμολογιακή της πολιτική, πρέπει να εκτιμάται το σύνολο των περιστάσεων και να εξετάζεται αν η πολιτική αυτή αποβλέπει στην αφαίρεση ή στον περιορισμό της δυνατότητας επιλογής του αγοραστή όσον αφορά τις πηγές εφοδιασμού του, στην παρεμπόδιση της εισόδου στην αγορά των ανταγωνιστών, στην εφαρμογή σε εμπορικούς συναλλασσόμενους άνισων όρων για ισοδύναμες παροχές ή στην ενίσχυση της δεσπόζουσας θέσεως με νόθευση του ανταγωνισμού (απόφαση Deutsche Telekom κατά Επιτροπής, προπαρατεθείσα, σκέψη 175 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Στην περίπτωση επιχειρήσεως που κατέχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά χονδρικής προσβάσεως σε υπηρεσίες σύνδεσης στο διαδίκτυο υψηλής ταχύτητας, η αρμόδια αρχή καλείται να εξετάσει, κατ' ουσίαν, αν η τιμολογιακή πολιτική που εφαρμόζει η επιχείρηση αυτή έχει μη δίκαιο χαρακτήρα, καθόσον συμπίπτει πράγματι τα περιθώρια κέρδους των ανταγωνιστών της στην αγορά λιανικής των παροχών συνδέσεως υψηλής ταχύτητας προς τους τελικούς πελάτες. Συγκεκριμένα, είναι αυτή η συμπίεση των περιθωρίων κέρδους που -λόγω του ότι ενδέχεται να έχει ως αποτέλεσμα τον εκτοπισμό ανταγωνιστών που είναι τουλάχιστον εξίσου αποτελεσματικοί με την κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρηση- μπορεί, ελλείψει κάθε αντικειμενικής δικαιολογίας, να συνιστά, αυτή καθαυτή, κατάχρηση υπό την έννοια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ (βλ., υπό την έννοια αυτή, απόφαση Deutsche Telekom κατά Επιτροπής, σκέψη 183). Υφίσταται τέτοια συμπίεση των περιθωρίων κέρδους αν η απόκλιση μεταξύ των τιμών χονδρικής των ενδιάμεσων παροχών ADSL και των τιμών λιανικής για τις παροχές συνδέσεως υψηλής ταχύτητας προς τους τελικούς πελάτες είναι είτε αρνητική είτε ανεπαρκής για να καλύψει το ειδικό κόστος των εν λόγω ενδιάμεσων παροχών ADSL, με το οποίο πρέπει να επιβαρυνθούν για την παροχή των δικών τους υπηρεσιών λιανικής στους τελικούς πελάτες, οπότε η απόκλιση αυτή αποκλείει τη δυνατότητα ενός ανταγωνιστή εξίσου αποτελεσματικού με την επιχείρηση αυτή να την ανταγωνισθεί για την παροχή των εν λόγω υπηρεσιών στους τελικούς πελάτες. Συγκεκριμένα, σε μια τέτοια περίπτωση, υπάρχει ο κίνδυνος οι ανταγωνιστές, μολονότι είναι εξίσου αποτελεσματικοί με την κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρηση, να μπορούν να λειτουργήσουν στην αγορά λιανικής μόνον επί ζημιά ή με τεχνητά μειωμένα ποσοστά κερδοφορίας. Με το δεδομένο δε ότι ο μη δίκαιος χαρακτήρας, υπό την έννοια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, μιας τέτοιας τιμολογιακής πρακτικής συνδέεται με την ίδια την ύπαρξη της συμπίεσεως των περιθωρίων κέρδους και όχι με τη συγκεκριμένη απόκλισή τους, ουδόλως είναι αναγκαίο να αποδειχθεί ότι οι τιμές χονδρικής για τις ενδιάμεσες παροχές ADSL προς τους φορείς ή οι τιμές λιανικής για τις παροχές συνδέσεως υψηλής ταχύτητας προς τους τελικούς πελάτες είναι καθαυτές καταχρηστικές λόγω, αναλόγως της περιπτώσεως, του υπερβολικού ή εξοντωτικού χαρακτήρα τους (απόφαση Deutsche Telekom κατά Επιτροπής, προπαρατεθείσα, σκέψεις 167 και 183). Και ναι μεν η ύπαρξη και μόνον τιμολογιακής πρακτικής μιας κατέχουσας δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεως, η οποία συνεπάγεται συμπίεση των περιθωρίων κέρδους των τουλάχιστον εξίσου αποτελεσματικών ανταγωνιστών της, δεν συνιστά αυτή καθ' εαυτή καταχρηστική πρακτική κατά την έννοια του άρθρου 102 ΣΛΕΕ, χωρίς την απόδειξη επιζήμιου για τον ανταγωνισμό αποτελέσματος (βλ., υπ'

αυτή την έννοια, απόφαση Deutsche Telekom κατά Επιτροπής, προπαρατεθείσα, σκέψεις 250 και 251), η οποία, όμως απόδειξη υφίσταται αν το επιζήμιο για τον ανταγωνισμό αποτέλεσμα σχετίζεται με τα ενδεχόμενα εμπόδια που μια τέτοια τιμολογιακή πρακτική μπορεί να δημιουργήσει στην ανάπτυξη της προσφοράς στην αγορά λιανικής των παροχών προς τους τελικούς πελάτες και, ως εκ τούτου, στον βαθμό του ανταγωνισμού στην αγορά αυτή (απόφαση Deutsche Telekom κατά Επιτροπής, προπαρατεθείσα, σκέψη 252), αν, δηλαδή παράγει αποτελέσματα εκτοπισμού για τους τουλάχιστον εξίσου αποτελεσματικούς με αυτήν ανταγωνιστές της μέσω της συμπίεσως των περιθωρίων κέρδους τους και ως εκ τούτου, μπορεί να καταστήσει δυσχερέστερη, ή ακόμα και αδύνατη, την πρόσβαση των ανταγωνιστών στην οικεία αγορά (βλ., υπ' αυτή την έννοια, απόφαση Deutsche Telekom κατά Επιτροπής, προπαρατεθείσα, σκέψη 253). Κατά συνέπεια, για να αποδειχθεί ο καταχρηστικός χαρακτήρας της πρακτικής αυτής, το επιζήμιο για τον ανταγωνισμό αποτέλεσμα που αυτή παράγει στην αγορά πρέπει να υπάρχει, αλλά δε πρέπει οπωσδήποτε να είναι συγκεκριμένο, καθόσον αρκεί η απόδειξη της δυνητικής υπάρξεως επιζήμιου για τον ανταγωνισμό αποτελέσματος ικανού να αποκλείσει τους ανταγωνιστές που είναι τουλάχιστον εξίσου αποτελεσματικοί με την κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρηση. Συγκεκριμένα, όταν κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρηση εφαρμόζει πράγματι τιμολογιακή πρακτική, η οποία συνεπάγεται συμπίεση των περιθωρίων κέρδους των τουλάχιστον εξίσου αποτελεσματικών ανταγωνιστών της, με σκοπό τον εκτοπισμό αυτών από τη σχετική αγορά, το γεγονός ότι το προσδοκώμενο αποτέλεσμα, ήτοι ο εκτοπισμός των ανταγωνιστών αυτών, δεν επιτυγχάνεται εν τέλει δεν αποκλείει τον χαρακτηρισμό της εν λόγω πρακτικής ως καταχρηστικής κατά το άρθρο 102 ΕΚ. Συγκεκριμένα, όταν η πρόσβαση στην προμήθεια του προϊόντος χονδρικής είναι απαραίτητη για την πώληση του προϊόντος λιανικής, οι τουλάχιστον εξίσου αποτελεσματικοί με τη δεσπόζουσα στην αγορά χονδρικής επιχείρηση ανταγωνιστές, δεδομένου ότι μπορούν να λειτουργήσουν στην αγορά λιανικής μόνον επί ζημία ή, εν πάση περιπτώσει, υπό συνθήκες περιορισμένης αποδοτικότητας, υφίστανται ένα ανταγωνιστικό μειονέκτημα στην αγορά αυτή ικανό να εμποδίσει ή να περιορίσει την πρόσβαση τους την εν λόγω αγορά ή την ανάπτυξη των δραστηριοτήτων τους σε αυτήν (βλ., υπ' αυτή την έννοια, απόφαση Deutsche Telekom κατά Επιτροπής, προπαρατεθείσα, σκέψη 234). Σε μια τέτοια περίπτωση, το τουλάχιστον δυνητικά επιζήμιο για τον ανταγωνισμό αποτέλεσμα της συμπίεσως των περιθωρίων κέρδους καθίσταται πιθανό. Ωστόσο, δεδομένης της δεσπόζουσας θέσεως της οικείας επιχειρήσεως στην αγορά χονδρικής, είναι σημαντικό να διευκρινισθεί ότι δεν μπορεί να αποκλεισθεί ότι, λόγω του γεγονότος και μόνο ότι το προϊόν χονδρικής δεν είναι απαραίτητο για την προμήθεια των προϊόντων λιανικής, μια τιμολογιακή πρακτική η οποία οδηγεί στη συμπίεση των περιθωρίων κέρδους δεν είναι ικανή να παραγάγει κανένα επιζήμιο για τον ανταγωνισμό αποτέλεσμα, έστω δυνητικό. Επίσης, πρέπει να εξετασθεί το επίπεδο της συμπίεσως των περιθωρίων κέρδους των τουλάχιστον εξίσου αποτελεσματικών με την κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρηση ανταγωνιστών. Συγκεκριμένα, αν το περιθώριο είναι αρνητικό, δηλαδή αν, στην προκειμένη περίπτωση, η τιμή χονδρικής για τις ενδιάμεσες παροχές ADSL είναι υψηλότερη από την τιμή λιανικής για τις παροχές προς τους τελικούς πελάτες, το τουλάχιστον δυνητικό αποτέλεσμα εκτοπισμού είναι πιθανό, με δεδομένο το γεγονός ότι, σε μια τέτοια περίπτωση, οι ανταγωνιστές της κατέχουσας δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεως, ακόμη και αν είναι εξίσου ή και πιο αποτελεσματικοί από αυτή, θα είναι υποχρεωμένοι να πωλούν επί ζημία. Αν, αντιθέτως, το ως άνω περιθώριο παραμένει θετικό, θα πρέπει τότε να αποδειχθεί ότι η εφαρμογή αυτής της τιμολογιακής πρακτικής ήταν ικανή, λόγω, παραδείγματος χάριν, μείωσως της κερδοφορίας, να καταστήσει τουλάχιστον δυσχερέστερη για τις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις την άσκηση των δραστηριοτήτων τους στη σχετική αγορά. Συνεπώς, μπορεί να επιτρέπεται σε μια επιχείρηση να αποδείξει ότι η τιμολογιακή πρακτική της, αν και παράγει αποτέλεσμα εκτοπισμού, είναι οικονομικά δικαιολογημένη (βλ., υπό την έννοια αυτή, αποφάσεις της 15ης Μαρτίου 2007, C-95/04 P, British Airways κατά της Επιτροπής, Συλλογή 2007, σ. I-2331, σκέψη 69, και France Telecom κατά Επιτροπής, προπαρατεθείσα, σκέψη 111). Η εκτίμηση της οικονομικής δικαιολογήσεως τιμολογιακής πρακτικής που είναι δυνατόν να παράγει αποτέλεσμα εκτοπισμού και την οποία εφαρμόζει επιχείρηση κατέχουσα δεσπόζουσα θέση πραγματοποιείται βάσει του συνόλου των περιστάσεων της συγκεκριμένης περιπτώσεως (βλ., υπ' αυτή την έννοια, απόφαση Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin κατά Επιτροπής, προπαρατεθείσα, σκέψη 111). Η εκτίμηση της οικονομικής δικαιολογήσεως τιμολογιακής πρακτικής που είναι δυνατόν να παράγει αποτέλεσμα εκτοπισμού και την οποία εφαρμόζει επιχείρηση κατέχουσα δεσπόζουσα θέση πραγματοποιείται βάσει του συνόλου των περιστάσεων της συγκεκριμένης περιπτώσεως (βλ., υπ' αυτή την έννοια, απόφαση Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin κατά Επιτροπής, προπαρατεθείσα, σκέψη 73). Συναφώς, πρέπει να καθορισθεί αν το αποτέλεσμα εκτοπισμού που προκύπτει από μια τέτοια δυσμενή για τον ανταγωνισμό πρακτική μπορεί να αντισταθμισθεί ή ακόμη και να ξεπερασθεί με πλεονεκτήματα ως προς την αποτελεσματικότητα τα οποία ωφελούν επίσης τον καταναλωτή. Αν το αποτέλεσμα εκτοπισμού της πρακτικής αυτής δεν έχει σχέση με τα πλεονεκτήματα για την αγορά και τους καταναλωτές ή αν βαίνει πέραν του αναγκαίου για την επίτευξη των πλεονεκτημάτων αυτών, η εν λόγω πρακτική πρέπει να θεωρηθεί

καταχρηστική (απόφαση British Airways κατά Επιτροπής, προπαρατεθείσα, σκέψη 86). Πρέπει να συναχθεί συνεπώς το συμπέρασμα ότι, προκειμένου να αποδειχθεί ο καταχρηστικός χαρακτήρας τιμολογιακής πρακτικής που συνεπάγεται τη συμπίεση των περιθωρίων κέρδους, είναι αναγκαίο να αποδειχθεί ότι, λαμβανομένου ειδικότερα υπόψη του απαραίτητου χαρακτήρα του προϊόντος χονδρικής, η πρακτική αυτή παράγει ένα τουλάχιστον δυνητικό επιζήμιο για τον ανταγωνισμό αποτέλεσμα στην αγορά λιανικής, χωρίς ουδόλως αυτό να δικαιολογείται από οικονομικής απόψεως. Εξ άλλου, η ύπαρξη καταχρηστικής συμπίεσης του περιθωρίου κέρδους μπορεί θεωρητικά να διαπιστωθεί βάσει τουλάχιστον δύο διαφορετικών κριτηρίων, και δη βάσει του As-Efficient-Competitor-Test, το οποίο στηρίζεται στις δαπάνες στις οποίες υποβάλλεται η κατέχουσα τη δεσπόζουσα θέση επιχείρηση, καθώς και βάσει του Reasonably-Efficient-Competitor-Test, βάσει του οποίου κρίσιμες είναι οι δαπάνες στις οποίες υποβάλλονται οι ανταγωνιστές της κατέχουσας δεσπόζουσα θέση επιχείρησης. Ως προς τα δύο αυτά κριτήρια η Επιτροπή το έτος 1998, στην ανακοίνωση της περί προσβάσεως (98/C265/02), ρητώς εξέφρασε την άποψη ότι και τα δύο κριτήρια είναι συναφή. Ως προς το πρώτο κριτήριο, η Επιτροπή ανέφερε ότι: «συμπίεση του περιθωρίου τιμών προκύπτει αν αποδειχθεί ότι η δεσπόζουσα επιχείρηση δεν θα μπορούσε να ασκήσει αποδοτικές δραστηριότητες επομένων σταδίων, βασιζόμενη στην τιμή που το τμήμα της προηγούμενων σταδίων εφαρμόζει στους ανταγωνιστές της [...]». Ως προς το δεύτερο κριτήριο, ανέφερε ότι: «σε ορισμένες περιπτώσεις, η συμπίεση των περιθωρίων κέρδους μπορεί να ελεγχθεί, αποδεικνύοντας ότι το περιθώριο μεταξύ της τιμής που επιβάλλεται για την πρόσβαση που χρεώνεται στους ανταγωνιστές στην αγορά επομένων σταδίων [...] και της τιμής που χρεώνει ο προμηθευτής φορέας εκμετάλλευσης του δικτύου στην αγορά υπηρεσιών επομένων σταδίων είναι ανεπαρκές για να επιτρέπει σε παρέχοντα υπηρεσίες με εύλογη αποδοτικότητα στην αγορά επομένων σταδίων να επιτυγχάνει φυσιολογικό επίπεδο κέρδους [...]» Επί πλέον από την νομολογία του Δ.Ε.Ε. προκύπτει ότι ο καταχρηστικός χαρακτήρας της τιμολογιακής πολιτικής μιας επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση προσδιορίζεται καταρχήν σε συνάρτηση με την δική της κατάσταση και, επομένως, σε συνάρτηση με τα δικά της τιμολόγια και το δικό της κόστος και όχι σε συνάρτηση με την κατάσταση των υφιστάμενων ή ενδεχόμενων ανταγωνιστών. Έτσι με την απόφαση της 3ης Ιουλίου 1991, C-62/86, AKZO κατά Επιτροπής (Συλλογή 1991, σ. I-3359, σκέψη 74), το Δικαστήριο έλαβε υπόψη μόνο τις τιμές και το κόστος της επιχείρησης με δεσπόζουσα θέση προκειμένου να εκτιμήσει αν η τιμολογιακή πολιτική της επιχείρησης AKZO ήταν καταχρηστική. Τέλος, στην μνημονευθείσα ανωτέρω απόφαση TeliaSonera, το Δ.Ε.Ε. δέχθηκε κατ' αρχήν ότι η εκτίμηση της νομιμότητας της πολιτικής τιμών της κατέχουσας δεσπόζουσα θέση επιχείρησης πρέπει, κατ' αρχήν, να στηρίζεται σε κριτήρια σχετικά με τις τιμές, τα οποία βασίζονται στο κόστος με το οποίο επιβαρύνεται η κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρηση και στη στρατηγική της (βλ., υπ' αυτή την έννοια, αποφάσεις της 3ης Ιουλίου 1991, C-62/86, AKZO κατά Επιτροπής, Συλλογή 1991, σ. I-3359, σκέψη 74, και France Telecom κατά Επιτροπής, προπαρατεθείσα, σκέψη 108). Ειδικότερα, όσον αφορά τιμολογιακή πολιτική που καταλήγει στη συμπίεση των περιθωρίων κέρδους, η χρήση τέτοιων κριτηρίων ανάλυσης παρέχει τη δυνατότητα να εξακριβωθεί αν η επιχείρηση αυτή θα ήταν σε θέση να προσφέρει τις δικές της παροχές λιανικής στους τελικούς πελάτες χωρίς να υφίσταται ζημία, αν ήταν προηγουμένως υποχρεωμένη να καταβάλλει τις δικές της τιμές χονδρικής για τις ενδιάμεσες παροχές (βλ., υπ' αυτή την έννοια, απόφαση Deutsche Telekom κατά Επιτροπής, προπαρατεθείσα, σκέψη 201). Αν όμως η εν λόγω επιχείρηση δεν ήταν σε θέση να προσφέρει τις παροχές της χωρίς να υφίσταται ζημία, τούτο θα σήμαινε ότι οι ανταγωνιστές που ενδέχεται να αποκλεισθούν λόγω της εφαρμογής της επίμαχης τιμολογιακής πρακτικής δεν θα μπορούσαν να θεωρηθούν ότι είναι λιγότερο αποτελεσματικοί απ' ό,τι η κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρηση και ότι, συνεπώς, ο κίνδυνος του εκτοπισμού τους θα οφειλόταν σε νοθευμένο ανταγωνισμό. Συγκεκριμένα, ένας τέτοιος ανταγωνισμός δεν θα στηριζόταν αποκλειστικά στις αντίστοιχες ικανότητες των οικείων επιχειρήσεων.

22. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση με την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση κρίθηκε ότι η E.E.T.T. ορθά εφήρμοσε την οικονομική μέθοδο του εύλογα αποδοτικού παρόχου (C.E.O.), η οποία είναι μία από τις δύο μεθόδους που αναφέρονται στην Ανακοίνωση της Επιτροπής για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού στις συμφωνίες προσβάσεως στον τομέα των τηλεπικοινωνιών (98/C265/02), εφόσον η αναιρεσείουσα εταιρεία αρνήθηκε να της χορηγήσει τα στοιχεία που της ζήτησε και που ήταν απαραίτητα για την εφαρμογή της άλλης οικονομικής μεθόδου, άρνηση για την οποία, όπως προαναφέρθηκε, της επιβλήθηκαν κυρώσεις με την ΑΠ 4886/177/4.7.2008 απόφαση της E.E.T.T. Ενόψει δε του ότι η αγορά της λιανικής ευρυζωνικής προσβάσεως στο διαδίκτυο μέσω τεχνολογίας xDSL, το μήνα Δεκέμβριο του έτους 2004, που είναι η αφετηρία της αποδιδόμενης στην εταιρεία παραβάσεως της νομοθεσίας για την προστασία του ανταγωνισμού με την πρακτική της συμπίεσης τιμών, είχε υπερβεί το στάδιο του εμπορικού και τεχνικού πειραματισμού, αφού, όπως αναφέρεται στην προσβαλλόμενη απόφαση της E.E.T.T. και δεν αμφισβητείται από την εταιρεία, οι υπηρεσίες διαδικτύου εισήχθησαν σε

εμπορική βάση το δεύτερο εξάμηνο του έτους 2003, αβασίμως υποστήριξε ότι δεν διέθετε τα στοιχεία που τη ζητήθηκαν από την Ε.Ε.Τ.Τ. Περαιτέρω ο ισχυρισμός της αναιρεσειούσης περί μη ορθής εφαρμογής από την Ε.Ε.Τ.Τ. της οικονομικής μεθόδου του εύλογα αποδοτικού παρόχου απερρίφθη ως αόριστος, καθόσον κρίθηκε ότι με αυτόν δεν διευκρινίζεται ποιες ακριβώς από τις παραμέτρους που ελήφθησαν υπόψη από την Ε.Ε.Τ.Τ. ήταν εσφαλμένες ούτε προβάλλονται αιτιάσεις κατά συγκεκριμένων παραμέτρων. Και να με οι αιτιάσεις αυτές, κατά το εφετείο, περιέχονταν στη γνωμάτευση και την τεχνική έκθεση ομότιμου καθηγητή και της εταιρείας Pricewaterhouse Coopers που προσκομίσθηκαν ενώπιόν του, πλην, το εφετείο δεν έλαβε υπόψη τα έγγραφα αυτά με την σκέψη ότι είναι αποδεικτικά μέσα, τα οποία χρησιμοποιούνται, σύμφωνα με τα άρθρα 144 επόμενα του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, για την απόδειξη πραγματικών γεγονότων, και όχι για τη συμπλήρωση του δικογράφου της προσφυγής, στο οποίο και μόνο, σύμφωνα με το άρθρο 68 του ίδιου Κώδικα, πρέπει να περιέχονται οι λόγοι της. Τέλος, και ο ισχυρισμός της αναιρεσειούσας, ότι για την εξακρίβωση της παραβάσεως από αυτήν της νομοθεσίας περί προστασίας του ανταγωνισμού έπρεπε να ερευνηθεί από την Ε.Ε.Τ.Τ. η τιμολογιακή της πολιτική σε πραγματικό χρονικό διάστημα πέντε ετών μετά την πάροδο διετίας από την έναρξη της σχετικής δραστηριότητας στην αγορά, απερρίφθη ως αβάσιμος, καθόσον κρίθηκε ότι η Ε.Ε.Τ.Τ. ορθά έλαβε υπόψη της την πενταετία, την οποία, ακολουθώντας διεθνή πρακτική, όρισε ως εύλογο χρονικό διάστημα, προκειμένου να διαπιστώσει, εφαρμόζοντας τη μέθοδο των προεξοφλημένων ταμειακών ροών και με βάση στοιχεία τα οποία της χορήγησαν οι άλλοι τηλεπικοινωνιακοί πάροχοι, αν οι πιθανές ζημιές των πρώτων ετών δραστηριοποιήσεως ενός εύλογα αποδοτικού παρόχου στη σχετική αγορά, η οποία ήταν ώριμη κατά την πρώτη διετία της πενταετίας αυτής, καλύπτονταν από τα πιθανά κέρδη των επομένων ετών ή όχι.

23. Επειδή, από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση δέχθηκε ότι η Ε.Ε.Τ.Τ. εφήρμοσε τη μέθοδο που στηρίζεται στα στοιχεία κόστους ενός εύλογα αποδοτικού παρόχου (Reasonably-Efficient-Competitor-Test), βασιζόμενη στα δεδομένα που προέκυπταν από τα στοιχεία που της προσκόμισαν οι πάροχοι υπηρεσιών διαδικτύου, για το λόγο ότι κατέστη αδύνατη η εφαρμογή της μεθόδου που βασίζεται στα στοιχεία του εγκαταστημένου παρόχου (As-Efficient-Competitor-Test), δηλαδή της Ο.Τ.Ε. Α.Ε., ένεκα της αρνήσεως της εν λόγω εταιρείας να παράσχει τα στοιχεία αυτά προς την Ε.Ε.Τ.Τ. Ενόψει των παραπάνω περιστάσεων, η εφαρμογή της μεθόδου αυτής παρίσταται δικαιολογημένη για αντικειμενικούς λόγους. Κατά συνέπεια, ο λόγος αναίρεσεως, με τον οποίο προβάλλεται ότι η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση έπρεπε να εφαρμόσει τη μέθοδο που βασίζεται στα στοιχεία του εγκατεστημένου παρόχου (As-Efficient-Competitor-Test), πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Εξάλλου, ανεξαρτήτως του ότι η επικαλούμενη από την αναιρεσειούσα διάταξη του άρθρου 14 του ν. 3431/2006, με την οποία δίδεται η δυνατότητα στο προσωπικό της Ε.Ε.Τ.Τ. να διεξάγει έρευνες στα γραφεία των επιχειρήσεων ηλεκτρονικών επικοινωνιών προς διαπίστωση παραβάσεων, είναι μεταγενέστερη (ΦΕΚ Α' 13/3.2.2006) της ημερομηνίας κατά την οποία εκλήθησαν τα μέρη σε ακρόαση ενώπιον της Τριμελούς Επιτροπής Ακροάσεων (18.1.2006), η αναιρεσειούσα άνευ εννόμου συμφέροντος προβάλλει τη μη λήψη εις βάρος της του μέτρου που προβλέπεται από τη διάταξη αυτή, προκειμένου να αντικρούσει την εφαρμογή της μεθόδου που στηρίζεται στα στοιχεία κόστους ενός εύλογα αποδοτικού παρόχου. Περαιτέρω, ο λόγος αναίρεσεως, με τον οποίο προβάλλεται ότι δεν αναφέρονται στην αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση συγκεκριμένα έγγραφα από τα οποία να προκύπτει ότι η Ε.Ε.Τ.Τ. είχε ζητήσει τα στοιχεία αυτά από την Ο.Τ.Ε. Α.Ε. ούτε αναφέρεται πώς σχετίζεται η υπ' αριθμ. 4886/177/4.7.2008 πράξη της Ε.Ε.Τ.Τ. με την ένδικη υπόθεση και τη χορήγηση των συγκεκριμένων στοιχείων, πρέπει να απορριφθεί ως αφενός ως αβάσιμος, διότι δεν απαιτείτο η συγκεκριμένη απαρίθμηση στην προσβαλλόμενη απόφαση των ανωτέρω εγγράφων και αφετέρου ως απαράδεκτος, διότι, όπως διατυπώνεται, αμφισβητεί την ουσιαστική εκτίμηση του δικάσαντος Εφετείου, η οποία δεν ελέγχεται αναίρετικώς. Εξάλλου, ο λόγος αναίρεσεως που βασίζεται στην παραδοχή ότι, κατά τα δύο πρώτα έτη από το άνοιγμα μιας αγοράς, δεν είναι δυνατόν να υφίστανται στοιχεία για την εφαρμογή της μεθόδου του εγκατεστημένου παρόχου (As-Efficient-Competitor-Test) και, ως εκ τούτου η Ε.Ε.Τ.Τ. έπρεπε να αναμείνει την παρέλευση της διετίας αυτής, προκειμένου μετέπειτα να προβεί σε έλεγχο, είναι αβάσιμος, αφενός διότι, όπως προαναφέρθηκε, δεν ασκεί επιρροή ο βαθμός ωριμάνσεως των σχετικών αγορών για την εκτίμηση της κατάχρησης δεσπόζουσας θέσεως, αφετέρου διότι ήταν, πάντως, δικαιολογημένη η εφαρμογή της μεθόδου που στηρίζεται στα στοιχεία κόστους ενός εύλογα αποδοτικού παρόχου, βάσει των στοιχείων που προσκόμισαν στην Ε.Ε.Τ.Τ. οι λοιποί πάροχοι υπηρεσιών διαδικτύου. Περαιτέρω, ο λόγος προσφυγής, με τον οποίο είχε προβληθεί ότι οι τιμές χονδρικής με τις οποίες χρέωνε η Ο.Τ.Ε. Α.Ε. τους παρόχους υπηρεσιών διαδικτύου διέφεραν κατά 5% από την ελάχιστη διαφορά μεταξύ της λιανικής και της χονδρικής τιμής που ορίσθηκε σε 20,58% με το άρθρο 5 παρ. 2 της υπ' αριθμ. 448/206/21.8.2007 απόφασης της Ε.Ε.Τ.Τ. (Β' 1731), ήταν, ούτω προβαλλόμενος, απορριπτέος ως αναπόδεικτος, εφόσον δεν εξειδίκευε τις τιμές πώλησης σε επίπεδο χονδρικής και λιανικής, προκειμένου να γίνει σύγκριση

με την ελάχιστη διαφορά των τιμών αυτών που ορίστηκαν με την παραπάνω απόφαση της Ε.Ε.Τ.Τ., λαμβανομένου υπόψη και του ότι, όπως προέκυψε από την εφαρμοσθείσα από την Ε.Ε.Τ.Τ. μέθοδο, τα κόστη ανά πελάτη για έναν εύλογα αποδοτικά πάροχο ήταν περίπου διπλάσια από τα έσοδα. Κατά συνέπεια, ο λόγος αναιρέσεως, με τον οποίο προβάλλεται ότι μη νομίμως απερρίφθη σιωπηρώς ο ως άνω λόγος προσφυγής, πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Επίσης, εφόσον, όπως έγινε δεκτό παραπάνω, για να αποδειχθεί ο καταχρηστικός χαρακτήρας της πρακτικής συμπίεσης τιμών, το επιζήμιο για τον ανταγωνισμό αποτέλεσμα που αυτή παράγει στην αγορά πρέπει να υπάρχει, αλλά δεν πρέπει οπωσδήποτε να είναι συγκεκριμένο, είναι απορριπτός ως αβάσιμος ο ισχυρισμός της αναιρεσείουσας ότι η απόδειξη του σχεδίου εξοβελισμού των ανταγωνιστών έπρεπε να γίνει με την επίκληση εγγράφων. Τέλος, εφόσον με την απόφαση της Ε.Ε.Τ.Τ., όπως αναφέρεται στην αναιρεσιβαλλομένη, έγινε δεκτό ότι η υπηρεσία χονδρικής ευρυζωνικής προσβάσεως που προσφερόταν από την Ο.Τ.Ε. στους ανταγωνιστές της παρεχόταν σε τιμές που δεν τους επέτρεπαν να ασκήσουν αποδοτικές δραστηριότητες επόμενων σταδίων και έθετε σημαντικά εμπόδια στην ανάπτυξη εναλλακτικών παρόχων στην αγορά λιανικής ευρυζωνικής πρόσβασης στο διαδίκτυο, μέσω τεχνολογίας xdsl -κρίση οποία δεν αμφισβητήθηκε με την προσφυγή-, η αναιρεσείουσα αβασίμως προβάλλει ότι δεν εξετάστηκαν οι επιπτώσεις της υποτιθέμενης καταχρηστικής τιμολογιακής πολιτικής της στη σχετική αγορά.

24. Επειδή, στο άρθρο 68 του Κώδικα Διοικητική Δικονομίας (ν. 2717/1999, Α' 97) ορίζονται τα εξής: «1. Το δικόγραφο της προσφυγής ... πρέπει ...: (α) να μνημονεύει με ακρίβεια: α. να μνημονεύει με ακρίβεια: i. την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη, ii. την αρχή που εξέδωσε την πράξη αυτήν ή που παρέλειψε την έκδοσή της, iii. τους λόγους, οι οποίοι θεμελιώνουν το αίτημα και (β) να περιέχει σαφώς καθορισμένο αίτημα. 2. Αίτημα της προσφυγής μπορεί να είναι: (α) η ολική ή μερική ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης ή παράλειψης, ή (β) η τροποποίηση της προσβαλλόμενης πράξης. 3. ... 4. ...». Εξάλλου, στο άρθρο 168 ορίζεται ότι: «Γνωμοδοτήσεις προσώπων τα οποία έχουν ειδικές γνώσεις επιστήμης ή τέχνης, για ζητήματα που αφορούν εκκρεμή δίκη, τα οποία δεν αποτέλεσαν αντικείμενο πραγματογνωμοσύνης, λαμβάνονται υπόψη από το δικαστήριο εφόσον ειδική διάταξη νόμου δεν ορίζει διαφορετικά.

25. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, με την προσφυγή της η αναιρεσείουσα Ο.Τ.Ε. Α.Ε. είχε προβάλει, επικουρικώς, ότι η εφαρμογή από την Ε.Ε.Τ.Τ. της μεθόδου που στηρίζεται στα στοιχεία κόστους ενός εύλογα αποδοτικού παρόχου (Reasonably-Efficient-Competitor-Test) ήταν εσφαλμένη, επικαλούμενη και προσάγοντας προς απόδειξη του ισχυρισμού της γνωμάτευση Καθηγητή του Οικονομικού Πανεπιστημίου Αθηνών και την τεχνική έκθεση της εταιρείας ProcewaterhouseCoopers, από τις οποίες συνάγεται ότι, εφαρμόζοντας τις σωστές παραμέτρους, δεν υπάρχει αρνητικό περιθώριο κέρδους για τον πάροχο υπηρεσιών διαδικτύου, αλλά αυτός είτε έχει ουδέτερη θέση είτε είναι εξαιρετικά κερδοφόρος στο τέλος της πενταετίας, ανάλογα με τις υποκειμενικές παραδοχές που θα γίνουν. Με την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, όπως αναφέρεται σε προηγούμενη σκέψη, ο λόγος αυτός κρίθηκε αόριστος, καθόσον με αυτόν δεν διευκρινίζεται ποιες ακριβώς από τις παραμέτρους που ελήφθησαν υπόψη από την Ε.Ε.Τ.Τ. ήταν εσφαλμένες ούτε προβάλλονται αιτιάσεις κατά συγκεκριμένων παραμέτρων και ότι ναι μεν οι αιτιάσεις αυτές περιέχοντα στη γνωμάτευση και την τεχνική έκθεση που προαναφέρθηκαν, πλην τα έγγραφα αυτά είναι αποδεικτικά μέσα, τα οποία χρησιμοποιούνται, σύμφωνα με τα άρθρα 144 επόμενα του Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, για την απόδειξη πραγματικών γεγονότων και όχι για τη συμπλήρωση του δικογράφου της προσφυγής, στο οποίο και μόνο, σύμφωνα με το άρθρο 68 του ίδιου Κώδικα, πρέπει να περιέχονται οι λόγοι της. Η κρίση αυτή είναι νόμιμη, διότι από το περιεχόμενο του ως άνω δικογράφου δεν προκύπτουν, τουλάχιστον συνοπτικώς, τα ουσιώδη πραγματικά και νομικά στοιχεία που στηρίζουν τον λόγο προσφυγής, ο οποίος απαραδέκτως προβάλλεται κατά παραπομπή στο περιεχόμενο των ως άνω γνωμοδοτήσεων (πρβλ. ΣτΕ 1458/2013, απόφαση Δ.Ε.Ε. Telefonica οπ. π. σκέψεις 70-72, απόφαση του Πρωτοδικείου της 30.1.2007, Τ-340/03, France Telecom σκέψη 167). Ενόψει των ανωτέρω, ο λόγος αναιρέσεως, με τον οποίο προβάλλεται παραβίαση των παραπάνω δικονομικών διατάξεων από το δικάσαν Εφετείο, πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

26. Επειδή, με την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση το δικάσαν Εφετείο υιοθέτησε την κρίση της Ε.Ε.Τ.Τ. ότι εν προκειμένω συνέτρεχε περίπτωση καταχρήσεως δεσπόζουσας θέσης εκ μέρους της Ο.Τ.Ε. Α.Ε., λαμβάνοντας υπόψη ότι η πρακτική συμπίεσης τιμών που η εταιρεία αυτή εφαρμόζε αποτελούσε στρατηγική εξοβελισμού των ανταγωνιστών της από τις αγορές λιανικής ευρυζωνικής προσβάσεως στο δίκτυο και το διαδίκτυο μέσω τεχνολογίας xdsl, προσδιόρισε δε τη χρονική διάρκεια της παραβάσεως αυτής από 31.12.2004 έως και τη διεξαγωγή της επαναληπτικής ακροαματικής διαδικασίας (2.3.2006), ήτοι για διάστημα περίπου 14 μηνών, κατά το οποίο ακολουθούνταν αμετάβλητες οι πρακτικές της Ο.Τ.Ε. Α.Ε. Περαιτέρω, ενόψει της ακυρώσεως της προσβαλλόμενης πράξεως κατά τα λοιπά κεφάλαιά της που αφορούσαν

διακριτική μεταχείριση εκ μέρους της Ο.Τ.Ε. Α.Ε. από τη δημιουργία ειδικού κέντρου τηλεφωνικής υποστήριξης του προϊόντος «Conn-X» και τη διαφοροποίηση της χρονικής διάρκειας ισχύος μεταξύ των συμβάσεων παροχής χονδρικής προσβάσεως ADSL και παροχής λιανικής προσβάσεως ADSL, το δικάσαν Εφετείο, συνεκτιμώντας το γεγονός ότι η Ε.Ε.Τ.Τ. προέβη σε κανονιστική ρύθμιση των τιμών της αγοράς μετά το χρόνο τελέσεως της παραβάσεως (ελαφρυντική περίπτωση), καθώς και το γεγονός ότι η Ο.Τ.Ε. Α.Ε. δεν μπορούσε να αγνοεί ότι η τιμολογιακή της πολιτική ήταν αντίθετη με τους κανόνες του ανταγωνισμού, ενόψει κυρίως της μονοπωλιακής θέσης της στην αγορά της χονδρικής ευρυζωνικής προσβάσεως μέσω του DSL δικτύου της, μείωσε το ποσό του προστίμου για την παράβαση της νομοθεσίας περί ανταγωνισμού από 20.000.000 σε 10.000.000 ευρώ. Από τα παραπάνω προκύπτει ότι στην προσβαλλόμενη απόφαση παρατίθενται τα στοιχεία που έλαβε υπόψη το δικάσαν Εφετείο για να προσδιορίσει την επιβλητέα κύρωση, δεν απαιτείτο δε λεπτομερέστερη εξειδίκευση αυτών. Συνεπώς, ο περί του αντιθέτου λόγος αναιρέσεως είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. Εξάλλου, εφόσον, όπως έχει γίνει δεκτό με την απόφαση του Δ.Ε.Ε. της 14.10.2010, Deutsche Telekom, που αναφέρθηκε σε προηγούμενες σκέψεις, πρακτικές αποκλεισμού, όπως η επίμαχη, όταν αναλαμβάνονται από κατέχουσες δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεις συνιστούν ιδιαιτέρως σοβαρές παραβάσεις του δικαίου του ανταγωνισμού (βλ. σκέψη 275), ο ειδικότερος ισχυρισμός της αναιρεσείουσας ότι δεν προέκυψε η σοβαρότητα της παραβάσεώς της πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Περαιτέρω, αβασίμως η αναιρεσείουσα προβάλλει ότι είναι αντιφατική η αιτιολογία της επιμετρήσεως του προστίμου, ως εκ του ότι το δικάσαν Εφετείο μείωσε στο 1/2 το αρχικό πρόστιμο, αν και δέχθηκε ότι έχει τελεσθεί μόνον η μία εκ των τριών παραβάσεων που της προσήψε η Ε.Ε.Τ.Τ., διότι από την αναιρεσιβαλλόμενη δεν προκύπτει ότι η Ε.Ε.Τ.Τ. είχε επιβάλει 1/3 του αρχικού προστίμου για καθεμία από τις τρεις παραβάσεις, ενώ, εξάλλου, από την προσβαλλόμενη απόφαση προκύπτει ότι το Εφετείο καθόρισε το ύψος του επιβλητέου εις βάρος της εταιρείας προστίμου κατ' εκτίμηση, μεταξύ άλλων, του είδους, της διάρκειας και της σοβαρότητας της παραβάσεως, στην οποία το ίδιο το δικαστήριο έκρινε ότι υπέπεσε η εταιρεία. Περαιτέρω, ο λόγος ότι η μη περαιτέρω μείωση από το δικάσαν Εφετείο του ποσού του προστίμου, αν και γίνεται δεκτή η ελαφρυντική περίπτωση της μεταγενέστερης ρύθμισης της αγοράς από την Ε.Ε.Τ.Τ., ενέχει χειροτέρευση της θέσης της αναιρεσείουσας και, επομένως αποτελεί παραβίαση του άρθρου 79 παρ. 5 του Κ.Δ.Δ. πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος, διότι, εφόσον το δικάσαν Εφετείο προέβη σε μείωση του ύψους του προστίμου που είχε επιβάλει η Ε.Ε.Τ.Τ., δεν κατέστησε χειρότερη της θέσης της αναιρεσείουσας, κατά την έννοια της ως άνω διάταξης Κ.Δ.Δ., η οποία ορίζει ότι «[η] χειροτέρευση της θέσης του προσφεύγοντος διαπιστώνεται από τη συνολική έκβαση της δίκης» (βλ. ΣτΕ 2365/2013 σκέψη 50). Επίσης, νομίμως η αναιρεσιβαλλόμενη έκρινε ότι η αναιρεσείουσα εταιρεία δεν μπορούσε να αγνοεί, όπως υποστήριξε, ότι η τιμολογιακή της πολιτική ήταν αντίθετη προς τους κανόνες του ανταγωνισμού, ενόψει κυρίως της μονοπωλιακής θέσης της στην αγορά της χονδρικής ευρυζωνικής πρόσβασης μέσω του DSL δικτύου της και δη ανεξαρτήτως από το αν αυτή είχε ή όχι επίγνωση της παραβάσεως των κανόνων περί ανταγωνισμού (βλ. απόφαση Πρωτοδικείου Deutsche Telekom σκέψη 295) και, ως εκ τούτου, πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος ο ισχυρισμός της ότι το σκεπτικό περί κατοχής μονοπωλιακής θέσης στην αγορά δεν επαρκεί προκειμένου να θεμελιώσει δόλο σε βάρος της. Εξάλλου, εφόσον δεν αποδείχθηκε, όπως κρίθηκε ανωτέρω σε προηγούμενη σκέψη, ότι η αναιρεσείουσα τελούσε σε κατάσταση δικαιολογημένης εμπιστοσύνης ως προς την συμπεριφορά που της καταλογίσθηκε, ο λόγος αναιρέσεως, με τον οποίο προβάλλεται ότι δεν ελήφθη υπόψη το στοιχείο αυτό κατά την επιμέτρηση του προστίμου, πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

27. Επειδή, ακολούθως από τις προπαρατεθείσες διατάξεις των άρθρων 12 παρ. 1 εδαφ. ζ' του ν. 2867/2000, 9 του ν. 703/1977, σε συνδυασμό με τις διατάξεις του άρθρου 79 του Κ.Δ.Δ. συνάγεται ότι το διοικητικό Εφετείο δεν περιορίζεται σε έλεγχο αιτιολογίας του αντίστοιχου κεφαλαίου της αποφάσεως της Ε.Ε.Τ.Τ., αλλά εκφέρει δική του ουσιαστική κρίση και, αν συντρέχει περίπτωση, μεταρρυθμίζει την απόφαση αυτή επιβάλλει την κατά τη κρίση του προσήκουσα κύρωση (πρβλ. ΣτΕ 2780/2012 σκέψεις 18 και 19). Κατά συνέπεια, πρέπει να απορριφθεί ως αλυσιτελής ο λόγος ότι η απόφαση της Ε.Ε.Τ.Τ. ως προς την επιμέτρηση του αρχικώς επιβληθέντος προστίμου παραβίασε την αρχή της αναλογικότητας, εφόσον η απόφαση αυτή μεταρρυθμίσθηκε από την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση και κατά της επιμέτρησης στην οποία προέβη το δικάσαν Εφετείο δε προβάλλεται παρόμοιος λόγος αναιρέσεως.

28. Επειδή, τέλος, όπως έχει κριθεί από τη νομολογία του Δ.Ε.Κ., ο εύλογος χαρακτήρας της προθεσμίας για την έκδοση πράξεως, με την οποία επιβάλλονται κυρώσεις για παράβαση από επιχείρηση των κανόνων ανταγωνισμού, εκτιμάται με γνώμονα τις περιστάσεις που προσιδιάζουν σε κάθε υπόθεση και ειδικότερα τα διακυβευόμενα με τη δίκη συμφέροντα του διαδίκου, την περιπλοκότητα της υποθέσεως, καθώς και τη συμπεριφορά του προσφεύγοντος και εκείνη των

αρμοδίων αρχών (αποφάσεις της 17ης Δεκεμβρίου 1998, Baustahlgewebe κατά Επιτροπής, σκέψη 29, της 2ας Οκτωβρίου 2003, C-194/99 P, Thyssen Stahl κατά Επιτροπής σκέψη 155, της 25ης Ιανουαρίου 2007 Sumitomo Metal Industries και Nippon Steel κατά Επιτροπής, Συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-403/04 P και C-405/04 P, σκέψη 116, της 3ης Σεπτεμβρίου 2009 Papierfabrik συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-322/07 P, C-327/07 P και C-338/07 P σκέψη 144). Επομένως, ο λόγος, με τον οποίο η αναιρεσείουσα προβάλλει ότι η προσμέτρηση του διαστήματος από 31.12.2004 έως 2.3.2006 ως χρόνου κατά τον οποίο διήρκησε η ελεγχόμενη καταχρηστική συμπεριφορά της αντιβαίνει στις αρχές της χρηστής διοίκησης, της εύλογης προθεσμίας και του estoppel, διότι το χρονικό διάστημα της παραβάσεως επιμηκύνθηκε εξαιτίας της επανάληψης της διαδικασίας ακροάσεως, που οφείλεται αποκλειστικά στα όργανα της Ε.Ε.Τ.Τ., πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος, καθόσον, όπως δεν αμφισβητήθηκε από την αναιρεσείουσα, η καταχρηστική αυτή συμπεριφορά της παρέμεινε αμετάβλητη καθ' όλο το χρονικό αυτό διάστημα, το οποίο δεν υπερβαίνει τα κατά τη κοινή πείρα εύλογα όρια δράσεως της Διοικήσεως, ενόψει της πολυπλοκότητας της υποθέσεως και της αρνήσεως της αναιρεσείουσας να προσφέρει η ίδια τα απαιτούμενα στοιχεία για τη διερεύνησή της.

29. Επειδή, με την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση απερρίφθη ο προβληθείς με την προσφυγή λόγος ότι κατά παράβαση της αρχής non bis in idem επιβλήθηκαν στην αναιρεσείουσα με την απόφαση της Ε.Ε.Τ.Τ. δύο διοικητικές κυρώσεις για την ίδια συμπεριφορά και για την ίδια νομική αιτία στο πλαίσιο νομοθεσίας με το ίδιο ρυθμιστικό αντικείμενο, με την αιτιολογία ότι καθένα από τα ένδικα πρόστιμα της επιβλήθηκε για διαφορετική παράβαση, και ειδικότερα, για παράβαση της νομοθεσίας για την προστασία του ανταγωνισμού το πρώτο και για παράβαση της νομοθεσίας περί τηλεπικοινωνιών το δεύτερο, δηλαδή για παράβαση νομοθεσιών οι οποίες είναι ανεξάρτητες, συνισχύουν και αποσκοπούν στον κολασμό παραπτωμάτων που εξυπηρετούν διαφορετικούς σκοπούς. Η κρίση αυτή της αναιρεσιβαλλόμενης δεν είναι, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα, νόμιμη και τούτο διότι η κύρωση του προστίμου ύψους 100.000 ευρώ που επιβλήθη στην αναιρεσείουσα για παράβαση των όρων της αδείας της, όπως προκύπτει από την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση είχε ως αιτιολογικό έρεισμα την αποδοθείσα σε αυτή παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού στον τομέα των τηλεπικοινωνιών, η μη παράβαση των οποίων κανόνων συνιστούσε και όρο της χορηγήσεως εις αυτήν αδείας. Εν όψει, όμως, του ότι για την παράβαση διατάξεων της νομοθεσίας περί ανταγωνισμού είχε επιβληθεί στην αναιρεσείουσα το προαναφερθέν πρόστιμο των 20.000.000 ευρώ το οποίο μειώθηκε στο ήμισυ με την προσβαλλόμενη απόφαση, η επιβολή του προστίμου για την παράβαση των όρων της αδείας δεν αποσκοπούσε στην προστασία εννόμου αγαθού διαφορετικού από αυτό που προστατεύουν οι ως άνω διατάξεις της νομοθεσίας περί ανταγωνισμού. Επομένως, η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να αναιρεθεί κατά το μέρος αυτό και η υπόθεση, που δεν χρειάζεται περαιτέρω διευκρίνιση ως προς το πραγματικό, πρέπει να κρατηθεί, να δικασθεί κατ' ουσίαν και να γίνει δεκτός ο σχετικός λόγος προσφυγής της αναιρεσείουσας, να ακυρωθεί δε η υπ' αριθμ. Α.Π. 447/01/26-7-2007 απόφαση της Ε.Ε.Τ.Τ., κατά το μέρος της με το οποίο επιβλήθη στην εταιρεία ΟΤΕ Α.Ε. πρόστιμο ύψους 100.000 ευρώ για παράβαση όρου της αδείας της.

30. Επειδή, με την αίτηση αναίρεσης της Ε.Ε.Τ.Τ. προβάλλεται ότι η αναιρεσιβαλλόμενη δεν έλαβε υπόψη της ουσιώδη ισχυρισμό που είχε προβληθεί ενώπιον του δικάσαντος Εφετείου και αφορούσε τη διακριτική μεταχείριση της θυγατρικής της Ο.Τ.Ε. Α.Ε. με την επωνυμία ΟΤΕnet έναντι των λοιπών παρόχων υπηρεσιών διαδικτύου, διότι διατηρούσε κέντρο τηλεφωνικής υποστήριξης που εξυπηρετούσε μόνον τους χρήστες του προϊόντος της εν λόγω θυγατρικής «Conn-X» για ζητήματα που σχετίζονταν όχι μόνο με την εγκατάσταση και λειτουργία του modem, αλλά και την εν γένει σύνδεση στο διαδίκτυο, χωρίς να παρέχει αντίστοιχες διευκολύνσεις και στους πελάτες των υπολοίπων παρόχων υπηρεσιών διαδικτύου, οι οποίοι μπορούσαν να απευθύνονται μόνο στο γενικό τηλεφωνικό κέντρο «121».

31. Επειδή, με την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση έγινε δεκτό ότι η Ε.Ε.Τ.Τ., με την απόφασή της, θεώρησε ότι η εταιρεία ΟΤΕ Α.Ε. κατά τη χρονική περίοδο από 4.11.2004 έως 2.3.2006, εκμεταλλευόμενη τη δεσπόζουσα θέση της, ακολούθησε πρακτική διακριτικής μεταχείρισης με τη δημιουργία ενός ειδικού κέντρου τηλεφωνικής υποστήριξης (αριθμός 1242) του συζευγμένου προϊόντος της «Conn-X» για όλα τα αιτήματα, με αστική χρέωση από όλη την Ελλάδα. Με τον τρόπο αυτό διέθεσε τον εμπορικό της μηχανισμό για την εξυπηρέτηση όχι μόνον των δικών της πελατών αλλά και των πελατών της θυγατρικής της ΟΤΕnet, οι οποίοι προμηθεύονται την υπηρεσία fast internet μέσω του προϊόντος «Conn-X» επικαλείται την ανακοίνωση της παρουσίας του προϊόντος αυτού, χωρίς να παρέχει τις αντίστοιχες διευκολύνσεις και στους πελάτες των άλλων εναλλακτικών παρόχων, οι οποίοι μπορούν να απευθύνονται μόνον στο γενικό κέντρο της «121». Με την προσφυγή της η εταιρεία Ο.Τ.Ε. Α.Ε. υποστήριξε ότι εσφαλμένα έγινε δεκτό ότι προέβη στη διακριτική μεταχείριση της θυγατρικής της ΟΤΕnet, με τη

διευκόλυνση των πελατών της, μέσω του ειδικού κέντρου τηλεφωνικής υποστήριξης (αριθμός 1242), καθόσον με το ειδικό αυτό κέντρο τηλεφωνικής υποστήριξης εξυπηρετεί μόνον τους πελάτες της για την εγκατάσταση του modem για τη λειτουργία της γραμμής ADSL, οι οποίοι μπορούν να διαπιστώσουν εάν υφίσταται βλάβη σ' αυτή, και όχι και τους πελάτες της θυγατρικής της ΟΤΕnet για τη σύνδεσή τους στο διαδίκτυο (internet), οι οποίοι για την τυχόν επίλυση προβλημάτων της εν λόγω σύνδεσής τους πρέπει να απευθύνονται στην ΟΤΕnet. Η Ε.Ε.Τ.Τ. για την απόδειξη του ότι το ειδικό κέντρο τηλεφωνικής υποστήριξης (αριθμός 1242) εξυπηρετεί τους πελάτες της θυγατρικής εταιρείας ΟΤΕnet, οι οποίοι προμηθεύονται την υπηρεσία fast internet μέσω του προϊόντος «Conn-X» επικαλείται την ανακοίνωση της παρουσίασης του προϊόντος αυτού από την Ο.Τ.Ε. Α.Ε., η οποία είχε το εξής περιεχόμενο: «Μετά την πώληση, η εξυπηρέτηση για όλα τα αιτήματα (πρόσβαση ADSL ή απαιτούμενες ρυθμίσεις) παρέχεται από το εξειδικευμένο help desk του ADSL στο 1242 με αστική χρέωση από όλη την Ελλάδα. Όμως, από το περιεχόμενο της συγκεκριμένης ανακοίνωσης, κατά την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, δεν προέκυπτε ότι το εν λόγω ειδικό κέντρο τηλεφωνικής υποστήριξης εξυπηρετούσε τους χρήστες του «Conn-X» για ζητήματα που σχετίζονται όχι μόνον με τη γραμμή ADSL αλλά και με τη σύνδεσή τους στο διαδίκτυο (internet), αφού με αυτή διευκρινίζεται ότι τα «αιτήματα» για τα οποία παρέχεται σχετική εξυπηρέτηση αφορούν «πρόσβαση ADSL ή απαιτούμενες ρυθμίσεις» χωρίς να αναφέρεται ότι αφορούν και ζητήματα σχετικά με τη σύνδεση στο διαδίκτυο (internet). Ενόψει αυτών, κρίθηκε περαιτέρω από το Εφετείο, κατά παραδοχή του σχετικού λόγου της προσφυγής, ότι η Ε.Ε.Τ.Τ. δεν απέδειξε ότι η εταιρεία με τη δημιουργία του ειδικού αυτού κέντρου τηλεφωνικής υποστήριξης (αριθμός 1242) προέβη σε διακριτική μεταχείριση της θυγατρικής της ΟΤΕnet, κατά κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης της, και ότι, επομένως, μη νόμιμα επέβαλε σε βάρος της, με την προβληθείσα με την προσφυγή απόφασή της, πρόστιμο, για παράβαση του άρθρου 2 του ν. 703/1977. Επομένως, ο αναφερόμενος στην προηγούμενη σκέψη λόγος πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος, διότι, όπως προβάλλεται, πλήττει πράγματι την αναιρετικώς ανέλεγκτη ουσιαστική εκτίμηση από το δικάσαν Εφετείο των στοιχείων του φακέλου και ειδικότερα του περιεχομένου της ανακοίνωσης της παρουσίασης του προϊόντος «Conn-X» από την εταιρεία Ο.Τ.Ε. Α.Ε.

32. Επειδή, περαιτέρω, με την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση έγιναν δεκτά τα εξής ως προς το ζήτημα της ύπαρξης διακριτικής μεταχείρισης από την Ο.Τ.Ε. Α.Ε. ως προς την κατάρτιση εκ μέρους της Ο.Τ.Ε. Α.Ε. συμβάσεως παροχής πρόσβασης ADSL διαφορετικής χρονικής διάρκειας για την παροχή χονδρικής και για την παροχή λιανικής πρόσβασης: Η Ε.Ε.Τ.Τ., με την προσβληθείσα με την προσφυγή απόφασή της, θεώρησε ότι η εταιρεία ΟΤΕ Α.Ε. κατά τη χρονική περίοδο από 4.11.2004 έως 2.3.2006, εκμεταλλεζόμενη τη δεσπόζουσα θέση της, ακολούθησε πρακτική διακριτικής μεταχείρισης με τη διαφοροποίηση της χρονικής διάρκειας ισχύος μεταξύ των συμβάσεων παροχής χονδρικής πρόσβασης ADSL και παροχής λιανικής πρόσβασης ADSL, η οποία οδηγεί σε περιορισμό του ανταγωνισμού στην αγορά λιανικής πρόσβασης ADSL, καθώς τίθενται αντικειμενικώς αναιτιολόγητα εμπόδια στη δραστηριοποίηση των εναλλακτικών παρόχων στην εν λόγω αγορά. Συγκεκριμένα σε επίπεδο λιανικής κατήρτιζε συμβάσεις αορίστου χρόνου και σε επίπεδο χονδρικής (με την καταγγέλλουσα εταιρεία TELLAS Α.Ε.) δωδεκάμηνης διάρκειας με ισόχρονη περίοδο ανανέωσης. Τούτο, κατά την εκτίμηση της Ε.Ε.Τ.Τ., είχε ως αποτέλεσμα οι όροι δραστηριοποίησης της καταγγέλλουσας στην αγορά λιανικής πρόσβασης ADSL να είναι λιγότερο ευνοϊκοί σε σχέση με τους όρους δραστηριοποίησης της ΟΤΕ Α.Ε. στην αγορά αυτή, καθόσον η καταγγέλλουσα ήταν υποχρεωμένη είτε να επιβάλλει με τη σειρά της καλύτερο χρονικό όριο συμβατικής δέσμευσης στους πελάτες της είτε, σε περίπτωση που κάποιος πελάτης της προέβαινε σε λύση ή καταγγελία της σύμβασης παροχής πρόσβασης ADSL πριν τη συμπλήρωση του δωδεκαμήνου, να ζητήσει τη μεταφορά της σύνδεσης από έναν χρήστη σε άλλον που βρίσκεται εντός της περιοχής που εξυπηρετείται από τον ίδιο Ευρωζωνικό Εξυπηρετητή Απομακρυσμένης Πρόσβασης (Ε.Ε.Α.Π.), εφόσον τούτο ήταν τεχνικά εφικτό, σύμφωνα με τα άρθρα 8, 4 και 5 της οικείας σύμβασης Α.Ρ.Υ. Σ., καταβάλλοντας τέλος μεταφοράς ίσο με το τέλος ενεργοποίησης. Σε διαφορετική περίπτωση, εάν δηλαδή δεν υπήρχε δυνατότητα αντικατάστασης του διακόπτοντος την υπηρεσία τελικού χρήστη με κάποιον άλλον εντός της περιοχής που εξυπηρετείται από τον ίδιο Ε.Ε.Α.Π., ήταν υποχρεωμένη, βάσει του άρθρου 8.6.2. της ίδιας σύμβασης, να καταβάλει στην ΟΤΕ Α.Ε. το ποσό που αντιστοιχεί στο σύνολο των μηνιαίων δόσεων που υπολείπονταν έως τη συμφωνημένη λήξη της περιόδου. Η εταιρεία ΟΤΕ Α.Ε. με την προσφυγή της υποστήριξε ότι εσφαλμένα έγινε δεκτό, με την απόφαση της Ε.Ε.Τ.Τ., ότι η κατάρτιση από μέρους της συμβάσεων παροχής πρόσβασης ADSL διαφορετικής χρονικής διάρκειας για την παροχή χονδρικής πρόσβασης και για την παροχή λιανικής πρόσβασης συνιστά πρακτική διακριτικής μεταχείρισης, καθόσον δεν πρόκειται για συγκρίσιμες συναλλαγές, και άρα και για επιβολή ανίσων όρων σε ισοδύναμες παροχές, αφού η εμπορική σχέση της με τους πελάτες της λιανικής είναι διαφορετική από εκείνη της σχέσης της

με τους πελάτες της χονδρικής. Και τούτο, γιατί η σχέση της με τους πελάτες της χονδρικής έχει άλλη διάρκεια, αυτοί επωφελούνται με εκπτώσεις όγκου τουλάχιστον ανά εξάμηνο, ο δε κίνδυνος που αναλαμβάνει από την πώληση προϊόντων χονδρικής σ' αυτούς είναι μεγαλύτερος από τον κίνδυνο που αναλαμβάνει από την πώληση προϊόντων λιανικής, δεδομένου ότι για την παροχή στους πελάτες της χονδρικής πρόσβασης ADSL είναι υποχρεωμένη να διατηρήσει κατάλληλη υποδομή, για την οποία απαιτούνται μεγάλες επενδύσεις ωφέλιμης ζωής πέντε ετών. Ο παραπάνω λόγος της προσφυγής κρίθηκε βάσιμος από την αναιρεσιβαλλόμενη, με την αιτιολογία ότι, σύμφωνα με την παράγραφο 126 της Ανακοίνωσης της Επιτροπής για την εφαρμογή των κανόνων του ανταγωνισμού στις συμφωνίες πρόσβασης στον τομέα των τηλεπικοινωνιών (98/C265/02), η φύση του πελάτη και οι απαιτήσεις του μπορεί να παίξουν σημαντικό ρόλο στο κατά πόσον οι συναλλαγές είναι συγκρίσιμες και ότι στην υποκείμενη περίπτωση πρόκειται για συμβάσεις με πελάτες διαφορετικών αγορών με διαφορετικές απαιτήσεις, δηλαδή για συναλλαγές μη συγκρίσιμες. Ενόψει τούτου, το δικάσαν Εφετείο έκρινε ότι, κατ' εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή του νόμου, η Ε.Ε.Τ.Τ. δέχθηκε ότι η Ο.Τ.Ε. Α.Ε., με την κατάρτιση συμβάσεων με το παραπάνω περιεχόμενο, προέβη σε διακριτική μεταχείριση των πελατών της, κατά κατάχρηση της δεσπόζουσας θέσης της, και ότι, συνεπώς, η Ε.Ε.Τ.Τ. μη νόμιμα επέβαλε σε βάρος της πρόστιμο για παράβαση του άρθρου 2 του ν. 703/1977 για τον ανωτέρω λόγο. Εν όψει των σκέψεων αυτών της αναιρεσιβαλλόμενης ο λόγος αναιρέσεως της Ε.Ε.Τ.Τ. περί μη λήψεως υπόψη από το Εφετείο ουσιωδών ισχυρισμών που προέβαλε ενώπιόν του, ούτω προβαλλόμενος, πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος, διότι δεν πλήττει τις ιδιαίτερες σκέψεις της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως επί του ζητήματος αυτού, δηλαδή ότι στην προκειμένη περίπτωση πρόκειται για συμβάσεις με πελάτες διαφορετικών αγορών με διαφορετικές απαιτήσεις και επομένως, για συναλλαγές μη συγκρίσιμες, αλλά παραπέμπει σε χωρίς της απόφασης επιβολής προστίμου της Ε.Ε.Τ.Τ. και στην έκθεση των απόψεών της ενώπιον του δικάσαντος Εφετείου, τα οποία συνεκτιμήθηκαν από την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση κατά τη διαμόρφωση της κρίσεώς της.

33. Επειδή, από τα εκτεθέντα στη σκέψη 26 προκύπτει ότι η κρίση του δικάσαντος Εφετείου ως προς το ύψος του επιβλητέου προστίμου για την παράβαση της νομοθεσίας περί προστασίας του ανταγωνισμού είναι κατ' αρχήν νομίμως και επαρκώς αιτιολογημένη. Ειδικότερα, η μείωση του εν λόγω προστίμου στο ήμισυ του επιβληθέντος από την Ε.Ε.Τ.Τ. δικαιολογείται από το γεγονός ότι το Εφετείο έκρινε ότι η ΟΤΕ Α.Ε. είχε υποπέσει σε σοβαρή μεν πλην μια παράβαση της ανωτέρω νομοθεσίας από τις τρεις που της είχαν αποδοθεί με την απόφαση της Ε.Ε.Τ.Τ., η οποία είχε καθορίσει το πρόστιμο στο ποσό των 20.000.000 ευρώ ενόψει και των τριών παραβάσεων. Συνεπώς, ο λόγος αναιρέσεως, με τον οποίο προβάλλεται ότι η κρίση της προσβαλλομένης αποφάσεως ως προς το ύψος του προστίμου είναι αντιφατική, διότι ενώ δέχθηκε ότι η παράβαση είναι σοβαρότατη, εν τούτοις μείωσε το πρόστιμο, είναι απορριπτέος ως αβάσιμος. Περαιτέρω, ο λόγος αναιρέσεως ότι το δικάσαν Εφετείο μη νομίμως έλαβε υπόψη κατά την επιμέτρηση του προστίμου την επιγενόμενη (μετά δηλαδή την έκδοση της ένδικης αποφάσεως της Ε.Ε.Τ.Τ.) ρύθμιση των τιμών της επίμαχης αγοράς με κανονιστική απόφαση της Ε.Ε.Τ.Τ. είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, διότι το γεγονός ότι κατά τον χρόνο τελέσεως της παραβάσεως δεν υπήρχε κανονιστική ρύθμιση περί του περιθωρίου κέρδους των παρόχων υπηρεσιών λιανικής πρόσβασης στο διαδίκτυο νομίμως κατ' αρχήν συνεκτιμήθηκε από την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, μεταξύ των άλλων στοιχείων, κατά την επιμέτρηση του προστίμου. Τέλος, ο λόγος αναιρέσεως, με τον οποίο αμφισβητείται η συναχθείσα κατ' εκτίμηση κατ' αρχήν νομίμων και προσφόρων στοιχείων ουσιαστική κρίση του δικάσαντος Διοικητικού Εφετείου ως προς το ύψος του επιβλητέου προστίμου, είναι απορριπτέος ως απαράδεκτος.

34. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, πρέπει να επιστραφεί το κατατεθέν από την εταιρεία ΟΤΕ Α.Ε. για την πρώτη από τις κρινόμενες αιτήσεις παράβολο και, κατ' εκτίμηση των περιστάσεων, να συμψηφισθεί η δικαστική δαπάνη μεταξύ των διαδίκων για τις κατ' αναίρεση και επίσης προσφυγής δίκες.

Δ ι ά τ α ύ τ α

Δέχεται εν μέρει την αίτηση της εταιρείας ΟΤΕ Α.Ε. Αναίρει την υπ' αριθμ. 2193/2009 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών κατά το μέρος που αφορά το πρόστιμο των 100.000 ευρώ.

Διατάσσει την επιστροφή του κατατεθέντος από την εταιρεία ΟΤΕ Α.Ε. για την άσκηση της αιτήσεως αναιρέσεως παραβόλου.

Κρατεί την υπόθεση κατά το αναιρούμενο μέρος, δικάζει την προσφυγή της ανωτέρω εταιρείας,

δέχεται αυτήν κατά το μέρος που ζητεί την ακύρωση του επιβληθέντος με την υπ' αριθμ. ΑΠ 447/01/26-7-2007 απόφαση της Ε.Ε.Τ.Τ. προστίμου των 100.000 ευρώ, και ακυρώνει την εν λόγω απόφαση της Ε.Ε.Τ.Τ. κατά το μέρος που αφορά το πρόστιμο αυτό, κατά τα εκτεθέμενα στο σκεπτικό.

Απορρίπτει κατά τα λοιπά την αίτηση αναιρέσεως της εταιρείας ΟΤΕ Α.Ε.

Απορρίπτει την αίτηση αναιρέσεως της Εθνικής Επιτροπής Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων.

Συμψηφίζει τη δικαστική δαπάνη μεταξύ των διαδίκων.

Η διάσκεψη έγινε στην Αθήνα στις 15 Οκτωβρίου 2014

Η Προεδρεύουσα Αντιπρόεδρος Ο Γραμματέας

Ε. Σάρπ

Ν. Αθανασίου

και η απόφαση δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση της 7ης Μαΐου 2019.

Η Πρόεδρος του Δ' Τμήματος Η Γραμματέας

Μ. Καραμανώφ

Ι. Παπαχαραλάμπους