

ΕΦΕΤΕΙΟ

ΑΝΑΘΕΩΡΗΤΙΚΗ ΔΙΚΑΙΟΔΟΣΙΑ

(Έφεση Κατά Απόφασης Διοικητικού Δικαστηρίου Αρ. 127/2019)

6 Φεβρουαρίου, 2024

[ΕΥΣΤΑΘΙΟΥ-ΝΙΚΟΛΕΤΟΠΟΥΛΟΥ, ΣΕΡΑΦΕΙΜ, ΛΥΣΑΝΔΡΟΥ, Δ/ΣΤΕΣ]

1. ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΤΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ

2. ΚΥΠΡΙΑΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ ΜΕΣΩ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ
ΤΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ

Εφεσείουσες

v.

ΑΡΧΗΣ ΤΗΛΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΩΝ ΚΥΠΡΟΥ

Εφεσίβλητης.

*Δ. Καλλή (κα), Ανώτερη Δικηγόρος της Δημοκρατίας, εκ μέρους του Γενικού
Εισαγγελέα της Δημοκρατίας, για τις Εφεσείουσες.*

*Στ. Μαξιούτη (κα), Η. Νικολαΐδου (κα) & Β. Γάη (κα) ασκούμενη δικηγόρος,
για Τ. Παπαδόπουλος & Συνεργάτες Δ.Ε.Π.Ε, για την Εφεσίβλητη.*

ΕΥΣΤΑΘΙΟΥ-ΝΙΚΟΛΕΤΟΠΟΥΛΟΥ, Δ.: *Η ομόφωνη απόφαση του Δικαστηρίου
θα δοθεί από την υποφαινόμενη.*

Α Π Ο Φ Α Σ Η

ΕΥΣΤΑΘΙΟΥ-ΝΙΚΟΛΕΤΟΠΟΥΛΟΥ, Δ.: Η εταιρεία Primetel PLC (εφεξής «E/M») υπέβαλε στις 26/1/2007 καταγγελία στην Επιτροπή Προστασίας του Ανταγωνισμού (εφεξής «Επιτροπή»), εναντίον της Αρχής Τηλεπικοινωνιών Κύπρου (εφεξής «ΑΤΗΚ»), για την επιβολή αθέμιτης τιμής ως αποτέλεσμα του Συμβολαίου που είχε υπογραφεί το 2006 μεταξύ της ΑΤΗΚ και του E/M για περίοδο 12 ετών, το οποίο αφορούσε την εκχώρηση χωρητικότητας στο υποθαλάσσιο καλωδιακό σύστημα SMW-3, το οποίο τερματίζεται στην Κύπρο και μέσω του οποίου διοχετεύεται η τηλεπικοινωνιακή κίνηση από την Κύπρο προς το Λονδίνο. Επρόκειτο για πιθανολογούμενες παραβάσεις του *Άρθρου 6(1)(α) του περί της Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμου του 1989 (Ν. 207/1989)*, ως ίσχυε τότε. Σημειώνεται ότι η καταγγελία που αφορούσε παραβίαση του *Άρθρου 6(1)(γ) του σχετικού Νόμου* αποσύρθηκε ενώπιον της Επιτροπής.

Στις 13/2/2007 δόθηκαν οδηγίες από την Επιτροπή, όπως διενεργηθεί έρευνα της καταγγελίας και στις 14/2/2008, η Επιτροπή υπό το φως της απόφασης του Ανωτάτου Δικαστηρίου στην *Αρχή Τηλεπικοινωνιών Κύπρου ν. Κυπριακής Δημοκρατίας κ.ά. (2007) 3 Α.Α.Δ 560*, αποφάσισε όπως ανακαλέσει την απόφαση ημερομηνίας 13/2/2007 και εξετάσει εξ ύπαρχής την υπόθεση. Στις

12/3/2009, η Επιτροπή υπό τη νέα της σύνθεση εξέτασε την καταγγελία, σύμφωνα με τις διατάξεις του *περί της Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμου του 2008 (Ν.13(Ι)/2008)* και δόθηκαν οδηγίες στην Υπηρεσία για διεξαγωγή προκαταρκτικής έρευνας. Ακολούθησε στις 19/1/2012 ανάκληση της πιο πάνω απόφασης, υπό το φως της απόφασης του Ανωτάτου Δικαστηρίου στην *Εκχον Mobil Cyprus Ltd και Επιτροπής Προστασίας του Ανταγωνισμού, Προσφυγές Αρ. 1544/09 κ.ά., ημερομηνίας 25/5/2011* και δόθηκαν οδηγίες από την Επιτροπή στην Υπηρεσία για διεξαγωγή προκαταρκτικής έρευνας. Στις 29/8/2012, η Επιτροπή διαπίστωσε ότι εκ πρώτης όψεως πιθανολογείτο παράβαση του *Άρθρου 6(1)(α) του Ν. 13(Ι) 2008* από μέρους της ΑΤΗΚ και προχώρησε στον καταρτισμό Έκθεσης Αιτιάσεων, η οποία αφού τέθηκε ενώπιόν της στις 3/9/2012, εγκρίθηκε.

Ακολούθησε στις 24/10/2012 προφορική ακρόαση, αφού προηγουμένως είχαν αποστείλει τα εμπλεκόμενα μέρη τις θέσεις τους γραπτώς. Μετά την κατάθεση συμπληρωματικών θέσεων, η Επιτροπή στη συνεδρία της ημερομηνίας 16/11/2012 κατέληξε ομόφωνα ότι στοιχειοθετείται παράβαση του *Άρθρου 6(1)(α) του Νόμου* και επέβαλε, με απόφασή της ημερομηνίας 25/1/2013, διοικητικό πρόστιμο ύψους €295.277, αφού προηγουμένως η Εφεσίβλητη είχε κοινοποιήσει τις παραστάσεις της αναφορικά με την πρόθεση της Επιτροπής να της επιβάλει διοικητικό πρόστιμο.

Εναντίον της πιο πάνω απόφασης η Εφεσίβλητη κατεχώρησε στο Διοικητικό Δικαστήριο την *Προσφυγή Αρ. 741/2013*, η οποία έγινε αποδεκτή με απόφαση του Δικαστηρίου που εκδόθηκε στις 10/6/2019.

Η πρωτόδικη κρίση βάλλεται από τη Δημοκρατία με τρεις Λόγους Έφεσης.

Με τον Λόγο Έφεσης Αρ. 1 προβάλλεται ότι, λανθασμένα το πρωτόδικο Δικαστήριο αποφάσισε ότι δεν ήταν ικανοποιητική η αιτιολογία που δόθηκε από την Επιτροπή ότι δεν μπορούσε να γίνει σύγκριση τιμών για σκοπούς στοιχειοθέτησης της ύπαρξης αθέμιτων τιμών. Με τον Λόγο Έφεσης Αρ. 2 οι Εφεσείουσες ισχυρίζονται ότι, λανθασμένα το πρωτόδικο Δικαστήριο αποφάσισε την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης λόγω έλλειψης αιτιολογίας για τη μη δυνατότητα της Επιτροπής να προβεί σε σύγκριση τιμών επειδή η στοιχειοθέτηση της παράβασης περί αθέμιτων τιμών έγινε στη βάση άλλης νόμιμης μεθόδου, αυτής του αθέμιτου της επιβληθείσας τιμής αφ' εαυτής. Με τον τελευταίο λόγο Έφεσης Αρ. 4 (ο Λόγος Έφεσης Αρ. 3 εγκαταλείφθηκε) οι Εφεσείουσες ισχυρίζονται ότι, λανθασμένα το πρωτόδικο Δικαστήριο θεώρησε ότι η Επιτροπή για σκοπούς διαπίστωσης του αθέμιτου της τιμής θα έπρεπε να αναφερθεί στο θεμιτό περιθώριο κέρδους.

Το ακόλουθο απόσπασμα από την πρωτόδικη Απόφαση αποτελεί το υπόβαθρο των Λόγων Έφεσης, οι οποίοι λόγω της συνάφειάς τους θα εξεταστούν από κοινού:

«...παραμένει προς εξέταση το ζήτημα, στο οποίο επέμειναν οι αιτητές, ότι δηλαδή δεν αιτιολογήθηκε καθόλου γιατί δεν έγινε σύγκριση τιμών και/ή ότι η αιτιολογία που δόθηκε ότι δεν μπορούσε να γίνει σύγκριση ήταν αναληθής και/ή πεπλανημένη βασισμένη σε έλλειψη έρευνας επ' αυτού.

Το άρθρο 6(1)(α) του περί της Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμου (Ν.13(Ι)/2008), προνοεί ως ακολούθως: [...]

Στη βάση της ως άνω διάταξης, η Επιτροπή εξέτασε την καταγγελλόμενη συμπεριφορά, διερευνώντας τη στοιχειοθέτηση των παραμέτρων που υπαγορεύει το άρθρο 6(1)(α) του Νόμου, ήτοι, (α) της ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης από μέρους της καταγγελλόμενης εταιρείας, (β) εντός της σχετικής αγοράς προϊόντος/υπηρεσίας και (γ) της κατάχρησης της δεσπόζουσας θέσης, μέσω της ύπαρξης αθέμιτων τιμών αγοράς και/ή όρων συναλλαγής.

*Όπως αποφασίστηκε από το ΔΕΕ στην υπόθεση **C-209/10 Post Danmark I**, σκ. 23:*

«Κατά πάγια επίσης νομολογία, η κατέχουσα δεσπόζουσα θέση επιχείρηση υπέχει ειδική υποχρέωση να μη θίγει, με τη συμπεριφορά της, τον αποτελεσματικό και ανόθευτο ανταγωνισμό στην εσωτερική αγορά. Όταν η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης αποτελεί συνέπεια πρώην νόμιμου μονοπωλίου, το γεγονός αυτό πρέπει να λαμβάνεται υπόψη» (βλ. απόφαση της 2.4.2009, C-202/07 P, Franc Telecom κατά Επιτροπής, Συλλογής 2009, σ. I-2369, σκέψη 105 και εκεί νομολογία).]

Σε ότι αφορά το κριτήριο της «μη δίκαιης» τιμής έχει αποφασιστεί πως κατά την έννοια του άρθρου 102 της ΣΛΕΕ τέτοια είναι η υπερβολική τιμή, δυσανάλογη προς την οικονομική αξία της προσφερόμενης παροχής (A.GT-Link A/S v. De Danske Statsbaner (DSB) C-242/95 απόφ. 17/7/1997).

*Στην **United Brands v. Επιτροπής** (ανωτέρω), την οποία επικαλέστηκε η Επιτροπή, αποφασίστηκε πως υπερβολική τιμή είναι η δυσανάλογη προς την οικονομική αξία το παρεχόμενου προϊόντος και ότι μπορεί να εξεταστεί αν επιβλήθηκε δίκαιη τιμή είτε κατ' απόλυτη έννοια, «καθ' εαυτή», είτε συγκρινόμενη με ανταγωνιστικά προϊόντα.*

*Δεν έσφαλε ούτε πλανήθηκε η Επιτροπή, ότι η μεθοδολογία αυτή εκτίμησης είναι **μία** από τις μεθόδους καθορισμού των δίκαιων τιμών παρόλο που υπάρχουν και άλλες, όπως αυτή σε συνδυασμό με συγκριτική ανάλυση αγοράς (**Comp/A.36.568/D3 Scandlines Sverige AB v. Port of Helsingborg απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής 23/7/2004**), η διαχρονική σύγκριση τιμών, η αναγωγή της*

τιμής σε ανταγωνιστικό περιβάλλον, η σύγκριση τιμών άλλων αγορών γειτονικών, κλπ. (...)

Ο κος Χατζηϊωάννου θέτει το ερώτημα, γιατί ενώ υπήρχαν διαθέσιμες συγκριτικές τιμές που θα οδηγούσαν σε ασφαλή συμπεράσματα, η καταφυγή στην μέθοδο αυτή δεν επιλέγηκε σε συνδυασμό με την επιλογήσα, παρά μόνον η Επιτροπή απέφυγε την συγκριτική μέθοδο με την αιτιολογία ότι δεν ήταν δυνατή.

Πράγματι ο κος Χατζηϊωάννου αποκάλυψε στην απαντητική του αγόρευση το ποσό αγοράς από την ΑΤΗΚ, της ίδια διατεθείσας χωρητικότητας στην PrimeTel λίγα χρόνια πριν. Επίσης το Ε/Μ μέσω των αντιπροσώπων του, που ακούστηκαν ενώπιον της Επιτροπής αναφέρθηκαν σε ακριβότερη προσφορά της ΟΤΕΝΕΤ που τους απέτρεψε να την επιλέξουν, αναφέρθηκαν επίσης σε δύο συμφωνίες με συνιδιοκτήτες του Συστήματος SMW-3 οι οποίες ναυάγησαν, όπως υποστήριζαν εξαιτίας της ΑΤΗΚ. Περαιτέρω ο κος Χατζηϊωάννου παρουσίασε πίνακα με τις κατά τη δική του γνώση και/ή ισχυρισμό συμφωνίες που είχε συνάψει το Ε/Μ για απόκτηση καλωδιακής χωρητικότητας από διάφορους παροχείς (βλ. σελ. 13 της γραπτής του αγόρευσης). Αν όλα αυτά ήταν ενώπιον της Επιτροπής γιατί, ερωτά ο κος Χατζηϊωάννου, δεν έγινε σύγκριση τιμών;

Η αιτιολογία που δόθηκε ότι δεν μπορούσε να γίνει σύγκριση τιμών, κρίνω υπό τις περιστάσεις πως δεν είναι ικανοποιητική.

Μετά απ' όλα αυτά καταλήγω έχοντας υπόψη και τις προειδοποιήσεις της ίδιας της Επιτροπής προς τον εαυτό της περί των προβληματισμών που διατυπώθηκαν από τους ακαδημαϊκούς, ως προς τις επισφάλειες της έννοιας «υπερβολικό» ή τιμή «καθ' αυτή» υπερβολική (που ήταν η επίδικη υπόθεση) σε σχέση με την απόφαση United Brands, πως η αναφορά σε μη δυνατότητα καταφυγής και σε σύγκριση τιμών είναι ανατιολόγητη. Επί τούτου δεν έγινε καμία έρευνα πέραν του τι λέχθηκε από την υπηρεσία και παρά τις ενστάσεις των αιτητών. Η Επιτροπή βεβαίως είχε ευχέρεια να επιλέξει την μεθοδολογία της που θα την οδηγούσε στα ασφαλή συμπεράσματα. Υπό τις περιστάσεις της μη αιτιολόγησης, γιατί δεν συνδυάστηκε για ασφαλέστερα αποτελέσματα η συγκριτική μέθοδος παρά τις ενστάσεις της ΑΤΗΚ ως προς την οικονομική αξία του προϊόντος, το Δικαστήριο δεν μπορεί να ελέγξει τη νομιμότητα αυτής της επιλογής, ως ανατιολόγητη. Θεώρησε η Επιτροπή το ποσοστό κέρδους πέραν του κόστους κεφαλαίου «υπερβολικό» και άρα «αθέμιτο», χωρίς αναφορά στο επιλεγέν όριο περιθωρίου κέρδους το οποίο θα θεωρούσε θεμιτό και χωρίς αιτιολογία στην κατάληξη περί της «υπερβολικής τιμής αφ' εαυτής». Επιβαλλόταν αιτιολογία ως προς το γιατί μία συγκριτική ανάλυση αγοράς δεν θα εξυπηρετούσε την ανάγκη για ασφαλέστερη κατάληξη. Εννοείται, και δεν υπάρχει αμφιβολία επί τούτου, ότι η αιτιολογία απαιτείται για τον έλεγχο πάντα της νομιμότητας της απόφασης και όχι την υποκατάστασή της Επιτροπής από το Δικαστήριο. Ο λόγος αυτός ακυρώσεως γίνεται δεκτός.»

Εν προκειμένω, η Επιτροπή επέλεξε την μεθοδολογία της σύγκρισης της τιμής πώλησης με το κόστος παραγωγής, ώστε να προκύψει το ύψος του περιθωρίου κέρδους και έκρινε ότι η τιμή δεν είναι δίκαιη κατ' απόλυτη έννοια, ήτοι αφ' εαυτής.

Έχουμε ανατρέξει στην επίδικη απόφαση της Επιτροπής Προστασίας του Ανταγωνισμού (Συνημμένο 30 στην Ένσταση της Δημοκρατίας). Αναφορικά με το ζήτημα που εδώ ενδιαφέρει, αυτό της επιβολής αθέμιτης τιμής πώλησης, καταγράφονται καταρχάς οι θέσεις των εμπλεκομένων μερών (σελ.63, παρ. 3). Όπως αναφέρεται από την Επιτροπή, ο συνήγορος της ΑΤΗΚ κατά την ακρόαση επανέλαβε ουσιαστικά τα όσα είχε δηλώσει η ΑΤΗΚ κατά τη διεξαγωγή της προκαταρκτικής έρευνας, *«επισημαίνοντας ότι η τιμή πώλησης/εκχώρησης χωρητικότητας εξαρτάται από πολλούς παράγοντες και πολλές φορές οι τιμές διαφέρουν ιδιαίτερα για διαφορετικά χρονικά σημεία»*. Καταγράφονται δε τα όσα συγκεκριμένα ο συνήγορος της ΑΤΗΚ δήλωσε σε σχέση με τους παράγοντες αυτούς. Ειδικότερα αναφέρθηκε σε προαγορά χωρητικότητας που οδηγεί σε εξασφάλιση καλύτερης τιμής, στον όγκο της χωρητικότητας που αγοράζεται, στον επιχειρηματικό κίνδυνο, στις τρέχουσες τιμές, στο κόστος επένδυσης και στην προσπάθεια διατήρησης μιας σταθερής τιμής για χρονικά διαστήματα.

Σημείωσε επίσης η Επιτροπή, την επισήμανση του συνηγόρου της ΑΤΗΚ, ο οποίος παρέπεμψε στις αποφάσεις *United Brands v. Commission (1978) ECR 207* και *Scandlines Sverige AB v. Port of Helsingborg-COMBIA 36.568/03*, ότι το ζήτημα της υπερβολικής τιμολόγησης έχει απασχολήσει την Ευρωπαϊκή Επιτροπή και τα Ευρωπαϊκά Δικαστήρια. Η Επιτροπή αναφέρθηκε επίσης στην δήλωση του συνηγόρου της ΑΤΗΚ, ότι η ύπαρξη υπερβολικής τιμολόγησης συνιστά κατάχρηση όταν οι τιμές δεν έχουν εύλογη σχέση με την οικονομική αξία του προϊόντος και ότι η Επιτροπή λανθασμένα κατέληξε στο συμπέρασμα για εκ πρώτης όψεως πιθανή παράβαση του *Άρθρου 6(1)(α) του Ν. 13(Ι) 2008*, χωρίς να προχωρήσει στην εξέταση κατά πόσο η τιμή χρέωσης του Συμβολαίου είχε εύλογη σχέση με την οικονομική αξία του προμηθευόμενου προϊόντος, σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου, ως αναφέρεται πιο πάνω.

Επίσης, ο συνήγορος της ΑΤΗΚ δήλωσε ότι «*Η σύγκριση του κέρδους της ΑΤΗΚ με κέρδος άλλων παρόμοιων ανταγωνιστών και εταιρειών δεν έχει γίνει στην παρούσα υπόθεση και θεωρούμε ότι ελλείπει συγκεκριμένων στοιχείων δεν είναι δυνατόν να εξαχθεί το συμπέρασμα ότι το περιθώριο κέρδους της ΑΤΗΚ είναι υπερβολικό*». Ανέφερε ότι στην Έκθεση Αιτιάσεων δεν υπολογίστηκε το κόστος ευκαιρίας, το υψηλό επιχειρηματικό ρίσκο, η χωρητικότητα που θα παραμείνει αδιάθετη και η σημαντικότητα της Κύπρου ως τηλεπικοινωνιακού κόμβου.

Καταλήγοντας, ο συνήγορος της ΑΤΗΚ ανέφερε ότι δεν μπορεί να καταδικαστεί η ΑΤΗΚ επειδή «δεν κατέστη δυνατόν να συγκριθούν οι όροι και χρεώσεις των τιμών στο συμβόλαιο της με την *Primetel*, με άλλα συμβόλαια από άλλες εταιρείες. Η Επιτροπή Προστασίας Ανταγωνισμού φέρει το βάρος απόδειξης της ύπαρξης κατάχρησης με βάση το Άρθρο 102....».

Αξιολογώντας η Επιτροπή τα όσα αναλύθηκαν από τα εμπλεκόμενα μέρη, αναφέρθηκε στις δύο υπό αναφορά αποφάσεις (*United Brands και Scandlines Sverige*-ανωτέρω). Ειδικότερα, αναφερόμενη η Επιτροπή στην υπόθεση *United Brands* (ανωτέρω), σημείωσε ότι το Δικαστήριο έκρινε ότι η υπερβολική τιμή ενός προϊόντος θα μπορούσε, μεταξύ άλλων, να καθοριστεί «Με βάση την σύγκριση ανάμεσα στην τιμή πώλησης του εν λόγω προϊόντος και του κόστους παραγωγής του η οποία (σύγκριση) θα μπορούσε να αποκαλύψει το εύρος του περιθωρίου κέρδους, και ακολούθως να διαπιστωθεί κατά πόσον αυτή καθ'αυτή είναι μη δίκαιη, αλλιώς συγκρινόμενη με τις τιμές των ανταγωνιστικών προϊόντων, δύναται να κριθεί μη δίκαιη».

Η Επιτροπή σημείωσε ότι δεν μπορεί να παραγνωρίσει την πιο πάνω απόφαση, παρά τις επικρίσεις που έχουν εκφραστεί και σημείωσε ότι «Η *United Brands* παραθέτει μια μεθοδολογία η οποία μέχρι στιγμής δεν έχει ανατραπεί από το Δικαστήριο». Ως εκ τούτου, αποφασίζει να ακολουθήσει τη μεθοδολογία αυτή

και καταλήγει ότι «Έχοντας υπόψη ότι αμφότερες οι πλευρές δήλωσαν **κατά τη διάρκεια της προκαταρκτικής** έρευνας ότι δεν υπάρχει η δυνατότητα σύγκρισης τιμών μεταξύ διαφορετικών χρεώσεων της ΑΤΗΚ για το ίδιο ή διαφορετικό κλωδικό σύστημα ή με χρεώσεις εταιρειών που βρίσκονται στο εξωτερικό, η Επιτροπή έκρινε ότι **υπό τις περιστάσεις** επιτάσσεται να εξετάσει κατά πόσον η τιμή είναι καθ' αυτή αθέμιτη, όπως αναφέρεται σχετικά στην απόφαση *United Brands*» (οι επισημάνσεις είναι του Δικαστηρίου).

Το πρωτόδικο Δικαστήριο αποδέχεται ότι η Επιτροπή είχε την ευχέρεια να επιλέξει τη μεθοδολογία που θα ακολουθούσε για να διαπιστώσει αν η επιβληθείσα από την ΑΤΗΚ στο Ε/Μ τιμή χρέωσης για το επίδικο υποθαλάσσιο σύστημα, είναι υπερβολική ή αθέμιτη και αποδέχεται ότι μία από αυτές τις μεθόδους είναι και αυτή της εκτίμησης της υπερβολικής τιμής κατ' απόλυτη έννοια (που τελικά η Επιτροπή επέλεξε). Θεώρησε όμως, ως αναιτιολόγητη την αναφορά της Επιτροπής σε μη δυνατότητα καταφυγής και σε σύγκριση τιμών συνδυαστικά, κάτι που θα οδηγούσε σε ασφαλέστερα συμπεράσματα. Κατέληξε δε, ότι επιβάλλετο αιτιολογία ως προς το γιατί μια συγκριτική ανάλυση αγοράς δεν θα εξυπηρετούσε την ανάγκη για ασφαλέστερη κατάληξη.

Καταρχάς διαπιστώνεται από τις θέσεις και την επιχειρηματολογία των μερών, οι οποίες συγκλίνουν επ' αυτού, αλλά και των όσων αναφέρει το πρωτόδικο

Δικαστήριο, ότι η Επιτροπή στη βάση της νομολογίας του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (*United Brands*), είχε την ευχέρεια επιλογής της μεθοδολογίας που ακολούθησε, ήτοι της διαπίστωσης του υπερβολικού ή αθέμιτου της τιμής αφ' εαυτής, αφού συγκριθεί η τιμή πώλησης του προϊόντος με το κόστος παραγωγής του. Διαπιστώνεται επίσης, ότι εν προκειμένω, η Επιτροπή επέλεξε να αιτιολογήσει γιατί «*υπό τις περιστάσεις*» επιτάσσεται να εξετάσει κατά πόσον η τιμή είναι καθ'αυτή αθέμιτη. Συνεπώς, δεν θα απασχολήσει το Δικαστήριο αν είχε υποχρέωση η Επιτροπή να αιτιολογήσει την επιλογή της όποιας μεθοδολογίας ήθελε ακολουθήσει, αφού τελικά η Επιτροπή παραθέτει σχετική αιτιολογία για την επιλογή της συγκεκριμένης μεθοδολογίας.

Επομένως αναδεικνύεται ως ουσιώδους σημασίας ζήτημα για την επίλυση της διαφοράς, η επάρκεια της αιτιολογίας της Επιτροπής γι' αυτή της την επιλογή, στη βάση των όσων αναφέρονται στην προσβαλλόμενη απόφαση σε συνάρτηση με το περιεχόμενο των διοικητικών φακέλων.

Συναφώς αιτιολογώντας η Επιτροπή την επιλογή της πιο πάνω μεθοδολογίας, σημείωσε ότι αμφότερες οι πλευρές δήλωσαν «*κατά τη διάρκεια της προκαταρκτικής έρευνας*» ότι δεν υπάρχει η δυνατότητα σύγκρισης τιμών (ανωτέρω).

Σύμφωνα με τις πρόνοιες του *Άρθρου 17 του Ν.13(Ι)/2008*, η Επιτροπή αποφασίζει να κινήσει διαδικασία εξέτασης παράβασης, εφόσον ύστερα από δέουσα προκαταρκτική έρευνα που διενεργείται από την Υπηρεσία, η Επιτροπή διαπιστώσει πιθανολογούμενη παράβαση. Καταρτίζει Έκθεση Αιτιάσεων περί των αιτιάσεων που διατυπώνονται εναντίον της επιχείρησης, η οποία της κοινοποιείται. Παρέχεται δε η δυνατότητα υποβολής γραπτών παραστάσεων όπως επίσης και ανάπτυξης των επιχειρημάτων των εμπλεκομένων μερών και προφορικά.

Στην υπό εξέταση υπόθεση, η Έκθεση Αιτιάσεων φέρει ημερομηνία 11/9/2012 (Συνημμένο 12 στην Ένσταση) και σ' αυτήν αναφέρεται ότι *«Η Επιτροπή βασιζόμενη στην οικονομική ανάλυση σύγκρισης τιμής και κόστους καταλήγει ότι η τιμή χρέωσης του Συμβολαίου εκ πρώτης όψεως δεν είναι εύλογη»* και *«ως εκ των ανωτέρω, πιθανολογεί την παράβαση του άρθρου 6(1) του Νόμου εκ μέρους της ΑΤΗΚ ως αποτέλεσμα της επιβολής αθέμιτων τιμών»*

Στη βάση των πιο πάνω, κλήθηκαν τα μέρη να υποβάλουν τις παραστάσεις τους. Αναφέρει δε η Επιτροπή ότι, *«προτίθεται να στηρίξει την απόφασή της στα ακόλουθα έγγραφα»*, μεταξύ των οποίων είναι και το Σημείωμα της Υπηρεσίας ημερομηνίας 27/7/2012.

Το εν λόγω Σημείωμα είναι επισυνημμένο στην Ένσταση των Εφεσείοντων (Συνημμένο 8). Στις παραγράφους 362 και 363 του Σημειώματος παρατίθενται οι απαντήσεις που τα εμπλεκόμενα μέρη έδωσαν σε ερώτηση της Υπηρεσίας, αναφορικά με τις χρεώσεις άλλων παρόχων στο εξωτερικό και οι οποίες συνιστούν τις δηλώσεις των μερών για τις οποίες κάνει αναφορά η Επιτροπή στην προσβαλλόμενη απόφαση. Το Ε/Μ απάντησε ότι «δεν γνωρίζει τις χρεώσεις της ΑΤΗΚ, πέραν από αυτές που επιβλήθηκαν ή προσφέρθηκαν στην Primetel, ούτε γνωρίζει τις χρεώσεις άλλων παρόχων στο εξωτερικό». Επίσης σημείωσε ότι ο συγκριτικός πίνακας των χρεώσεων που προσφέρουν οι άλλοι πάροχοι «δεν είναι δυνατόν να αποδώσει ορθή σύγκριση καθ' ότι θα πρέπει να ληφθούν υπόψη και οι λοιποί όροι σε σχέση με κάθε συγκεκριμένη χωρητικότητα...», όπως διάρκεια της Συμφωνίας, τρόπος αποπληρωμής, τέλος εγκατάστασης κ.ά.

Η Εφεσίβλητη ΑΤΗΚ απάντησε «ότι δεν είναι σε θέση να γνωρίζει τις τιμές στις οποίες θα διατίθεται διεθνής χωρητικότητα από παροχείς υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών του εξωτερικού. Οι εμπορικές πράξεις αυτού του είδους είναι άκρως εμπιστευτικές, δεδομένου και του γεγονότος ότι η ΑΤΗΚ ανταγωνίζεται πλείστους από τους παροχείς αυτούς, στις ίδιες περίπου αγορές. Στοιχεία για τιμές διάθεσης χωρητικότητας εντός Κύπρου (πέραν αυτής που έχει διαθέσει η ΑΤΗΚ) πιθανόν να κατέχουν άλλοι τοπικοί παροχείς που εξασφάλισαν και χρησιμοποιούν κατά καιρούς, τέτοια χωρητικότητα.».

Ακολούθησε ανάλυση από την ΑΤΗΚ των παραγόντων που επηρεάζουν την τιμή πώλησης χωρητικότητας και καταλήγει το Σημείωμα της Υπηρεσίας που διενήργησε την προκαταρκτική έρευνα (παρ. 370), ότι *«Υπό το φως των πιο πάνω και σύμφωνα με τα όσα αναφέρουν τα εμπλεκόμενα μέρη διαπιστώνεται ότι δεν καθίσταται δυνατό να συγκριθούν οι όροι και οι χρεώσεις στο συμβόλαιο που προέβηκε η ΑΤΗΚ με τη Primetel, με άλλα συμβόλαια από άλλες εταιρείες από τις οποίες η Primetel είχε ενοικιάσει διεθνή χωρητικότητα είτε στο υποθαλάσσιο καλωδιακό σύστημα SMW-3, είτε σε άλλα υποθαλάσσια καλωδιακά συστήματα»*.

Αυτό που σαφώς αναδεικνύεται από τις πιο πάνω δηλώσεις των εμπλεκομένων μερών κατά τη διάρκεια της προκαταρκτικής έρευνας, είναι ότι δεν ήταν σε θέση να γνωρίζουν τις χρεώσεις άλλων παρόχων υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών του εξωτερικού, έκαστος για τους δικούς του λόγους. Επομένως, ορθά η Υπηρεσία διαπίστωσε, σύμφωνα με τα όσα τα εμπλεκόμενα μέρη ανέφεραν, ότι δεν καθίστατο δυνατή η σύγκριση με άλλα συμβόλαια άλλων εταιρειών. Κατά συνέπεια, δεν αφίσταται των πιο πάνω, η διαπίστωση της Επιτροπής ότι *«κατά τη διάρκεια της προκαταρκτικής έρευνας»* οι πλευρές είχαν δηλώσει ότι δεν υπάρχει η δυνατότητα σύγκρισης τιμών με άλλους παροχείς.

Σημειώνουμε ότι μετά την κοινοποίηση στις 11/9/2012 της Έκθεσης Αιτιάσεων στην ΑΤΗΚ, προέβη σε γραπτές παραστάσεις στις 3/10/2012 (Συνημμένο 15) και αυτό που διαφαίνεται είναι ότι σε κανένα σημείο των παραστάσεων έθεσε οποιοδήποτε προβληματισμό ή αμφισβήτηση σε σχέση με τη διαπίστωση παράβασης στη βάση της οικονομικής ανάλυσης σύγκρισης τιμής και κόστους και της διαπίστωσης της Υπηρεσίας περί αδυναμίας σύγκρισης με άλλα συμβόλαια. Αντίθετα, η ΑΤΗΚ ανεδείκνυε το *«συγκεκριμένο χρονικό σημείο»* της ημερομηνίας προσφοράς καθώς επίσης και της ημερομηνίας της Συμφωνίας και ισχύος της, ως παραγόντων που *«έχουν επίδραση τόσο στον χρόνο στον οποίον θα εκτιμηθεί η τιμή όσον και τον χρόνο στον οποίον θα προσδιοριστεί η αγορά και γίνει η ανάλυσή της»*.

Αξίζει επίσης να σημειωθεί η δήλωση της ΑΤΗΚ, κατά την προφορική ακρόαση (Συνημμένο 18), όπως επίσης και στις γραπτές της παραστάσεις προς την Επιτροπή στις 24/10/2012 (Συνημμένο 19), σε σχέση με την *«τιμή»*, ότι αυτή *«εξαρτάται από πολλούς παράγοντες και πολλές φορές οι τιμές διαφέρουν όταν πρόκειται για διαφορετικά χρονικά σημεία»*. Παραθέτει δε τους παράγοντες αυτούς και υποστηρίζει ότι είναι εσφαλμένη η προσέγγιση όπως περιέχεται στην Έκθεση Αιτιάσεων σε σχέση με το κόστος κεφαλαίου ως μέτρου εκτίμησης της τιμής και ότι οι υπολογισμοί που γίνονται δεν λαμβάνουν υπόψη και άλλους παράγοντες. Επεσήμανε περαιτέρω την δυσκολία της απόδειξης της ύπαρξης υπερβολικής τιμολόγησης και αναφέρθηκε σε δύο υποθέσεις (*United Brands και*

Scandlines Sverige – ανωτέρω) που «προδιαγράφουν την προσέγγιση που πρέπει να ακολουθείται σε τέτοιου είδους υποθέσεις». Αναφερόμενη δε η ΑΤΗΚ στα όσα η Υπηρεσία ανέφερε σε σχέση με το ζήτημα της σύγκρισης τιμών, ήτοι ότι δεν καθίσταται δυνατό να συγκριθούν, σημείωσε ότι «Η αδυναμία σύγκρισης καθιστά οποιαδήποτε επακόλουθη θέση άκρως εσφαλμένη αφού δεν υπάρχει μέτρο σύγκρισης».

Βεβαίως, η πιο πάνω γενική αναφορά της ΑΤΗΚ περί «αδυναμίας σύγκρισης», χωρίς περαιτέρω εξειδίκευση και συγκεκριμενοποίηση των στοιχείων εκείνων που είτε η ίδια παρουσίασε ενώπιον της Επιτροπής, είτε η Επιτροπή είχε στη διάθεσή της και δεν συνεκτίμησε ή δεν προέβη σε σύγκριση, δεν είναι ικανή να μεταβάλει το σύνολο των στοιχείων όπως αυτά αναδεικνύονται από τους διοικητικούς φακέλους και τα οποία έχουν εντοπιστεί και καταγραφεί ανωτέρω.

Το πρωτόδικο Δικαστήριο, στον ισχυρισμό της Εφεσίβλητης ότι «δεν αιτιολογήθηκε καθόλου γιατί δεν έγινε σύγκριση τιμών και/η ότι η αιτιολογία που δόθηκε ότι δεν μπορούσε να γίνει σύγκριση ήταν αναληθής και/η πεπλανημένη βασισμένη σε έλλειψη έρευνας επ' αυτού», ανέφερε ότι ο συνήγορος της Εφεσίβλητης «αποκάλυψε στην απαντητική του αγόρευση το ποσό αγοράς από την ΑΤΗΚ, της ίδιας διατεθείσας χωρητικότητας στην Primetel λίγα χρόνια πριν» και ότι παρουσίασε πίνακα στην γραπτή του αγόρευση «με τις κατά τη δική του γνώση

και/ή ισχυρισμό συμφωνίες που είχε συνάψει το E/M για απόκτηση καλωδιακής χωρητικότητας από διάφορους παροχείς». Η δε συνήγορος της Εφεσίβλητης στο περίγραμμά της, στην ενώπιόν μας διαδικασία, αναφέρει ότι είχε τεθεί ενώπιον της Επιτροπής «η τιμή στην οποία η Αρχή αγόρασε από το LEV την ίδια χωρητικότητα προς το Λονδίνο το 2002 και η οποία ανερχόταν στο ποσό των 57.300.000». Κατέληξε δε το πρωτόδικο Δικαστήριο ότι, «η αναφορά σε μη δυνατότητα καταφυγής και σε σύγκριση τιμών είναι αναιτιολόγητη. Επί τούτου δεν έγινε καμία έρευνα πέραν του τι λέχθηκε από την Υπηρεσία και παρά τις ενστάσεις των αιτητών».

Από τα όσα όμως προκύπτουν από τους διοικητικούς φακέλους και έχουν καταγραφεί ανωτέρω, δεν φαίνεται η ΑΤΗΚ να υπέβαλε οποιαδήποτε ένσταση σε σχέση με την μη καταφυγή της Επιτροπής στη μέθοδο της σύγκρισης τιμών, αλλά η προσπάθεια της ήταν να αποδείξει ότι σημαντική επίδραση για την εκτίμηση της τιμής και του προσδιορισμού της αγοράς, είναι το «συγκεκριμένο χρονικό σημείο» της ημερομηνίας της προσφοράς, της ημερομηνίας Συμφωνίας και της ισχύος της και ότι η τιμή «εξαρτάται από πολλούς παράγοντες και πολλές φορές οι τιμές διαφέρουν ιδιαίτερα για διαφορετικά χρονικά σημεία». Συνεπώς, η επίκληση της ΑΤΗΚ ότι ήταν σε γνώση της Επιτροπής μια συμφωνία του 2002, ως ουσιώδους παράγοντα που καθιστούσε εφικτή την σύγκριση τιμών έρχεται σε αντίθεση με τα όσα η ίδια η ΑΤΗΚ υποστήριξε ενώπιον της Επιτροπής.

Αλλά ούτε και ο πίνακας τον οποίο ο συνήγορος της ΑΤΗΚ παρουσίασε στην γραπτή του αγόρευση, χωρίς τον κατάλληλο δικονομικό τρόπο, με τις «κατά τη δική του γνώση και/η ισχυρισμό» συμφωνίες μπορεί να μεταβάλει τα όσα διαπιστώθηκαν από την Επιτροπή στη βάση των στοιχείων των διοικητικών φακέλων και δεν είναι ικανά να ανατρέψουν το τεκμήριο της κανονικότητας. Εξάλλου, ήταν στην Εφεσίβλητη το βάρος να αποδείξει, εάν βεβαίως το επικαλείτο, με την προσκόμιση ικανών στοιχείων στην Επιτροπή, ότι ήταν εφικτή η μέθοδος της σύγκρισης τιμών. Είναι πάγια η θέση της νομολογίας «πως υφίσταται υποχρέωση του διοικούμενου να προσκομίσει στοιχεία προς τη διοίκηση ώστε να δύναται να ενεργήσει κατά το δυνατόν ορθά» και ότι η αιτιολογία της πράξης μπορεί να «ενισχυθεί από το περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου» (βλ. ***Salamis Shipping Ltd v. Επιτροπής Προστασίας Ανταγωνισμού κ.ά, ΑΕ Αρ. 39/16, ημερομηνίας 28/6/2023***).

Τέλος, εσφαλμένη κρίνεται η αναφορά του πρωτόδικου Δικαστηρίου (που αποτελεί τον Λόγο Έφεσης Αρ. 4), ότι η Επιτροπή δεν αναφέρθηκε στο επιλεγέν όριο περιθωρίου κέρδους, το οποίο θα θεωρούσε θεμιτό και ότι δεν υπάρχει αιτιολογία περί της υπερβολικής τιμής αφ' εαυτής.

Βεβαίως, η πιο πάνω αναφορά του πρωτόδικου Δικαστηρίου συναρτάται με την αδυναμία της Επιτροπής για την επιλογή και της μεθόδου συγκριτικής ανάλυσης

της αγοράς, κάτι το οποίο έχει εξεταστεί ανωτέρω και κρίθηκε ότι υπό τις περιστάσεις όπως αυτές εκτίθενται στην προσβαλλόμενη απόφαση και συμπληρώνονται από τους φακέλους, ήταν εύλογη. Εν πάση όμως περιπτώσει, η Επιτροπή αναλύει στην απόφασή της τις πηγές από τις οποίες άντλησε καθοδήγηση σε σχέση με τη μεθοδολογία διαπίστωσης της ύπαρξης υπερβολικής τιμολόγησης καθ' εαυτής και καταγράφει την οικονομική ανάλυση στην οποία προέβη. Αναφέρθηκε σε αποφάσεις του ΔΕΕ, στην Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού στον τομέα τηλεπικοινωνιών, σε ελλαδική και ξένη βιβλιογραφία, παρέθεσε τις θέσεις των μερών και τα στοιχεία που τα μέρη προσκόμισαν. Κατέγραψε επίσης η Επιτροπή τους λόγους για τους οποίους απέρριψε τις θέσεις της ΑΤΗΚ, με παράθεση πινάκων κερδοφορίας, καθώς και τους παράγοντες που λήφθηκαν υπόψη και την κρισιμότητα της χρονικής στιγμής που ζητήθηκε η προσφορά. Όλα τα ανωτέρω καταδεικνύουν ότι η Επιτροπή ενήργησε καθόλα νόμιμα και εντός του πλαισίου των αρμοδιοτήτων της.

Συνεπώς, στη βάση των όσων λέχθηκαν από την Επιτροπή, που όπως έχει αναλυθεί, υποστηρίζονται από τα στοιχεία των διοικητικών φακέλων, διαπιστώνεται επάρκεια στην αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης ως αποτέλεσμα δέουσας έρευνας και παρατίθενται οι λόγοι που «υπό τις περιστάσεις» οδήγησαν την Επιτροπή στην επιλογή της συγκεκριμένης

μεθοδολογίας. Ουσιαστικά εκτίμησε το αποφασίζων όργανο, εν προκειμένω η Επιτροπή, ότι δεν υπήρχαν ενώπιον της τα κατάλληλα συγκριτικά στοιχεία, τα οποία θα της επέτρεπαν να επιλέξει την μεθοδολογία της σύγκρισης τιμών και επεξηγούνται με επάρκεια οι λόγοι της καταφυγής της σε άλλη νόμιμη μεθοδολογία.

Κατά συνέπεια, γίνονται αποδεκτοί οι Λόγοι Έφεσης της Δημοκρατίας Αρ. 1,2 και 4 και η Έφεση επιτυγχάνει.

Αντέφεση:

Η Εφεσίβλητη κατεχώρησε Αντέφεση με την οποία προβάλλει τέσσερις Λόγους Αντέφεσης (ο Λόγος Αντέφεσης Αρ. 5 απεσύρθη).

Με τον Λόγο Αντέφεσης Αρ. 1 προβάλλει ότι, το πρωτόδικο Δικαστήριο εσφαλμένα έκρινε ότι ο ορισμός της αγοράς όπως έγινε από την Επιτροπή, ήταν επιτρεπτός. Με τον Λόγο Αντέφεσης Αρ. 2 προσβάλλεται ως εσφαλμένη η κρίση του πρωτόδικου Δικαστηρίου περί ορθότητας της κατάληξης της Επιτροπής ότι η ΑΤΗΚ κατείχε δεσπόζουσα θέση και με τον Λόγο Αντέφεσης Αρ. 3, ότι εσφαλμένα το πρωτόδικο Δικαστήριο δεν κατέληξε ότι η μέθοδος που ακολούθησε η Επιτροπή στην εκτίμηση της τιμής ήταν εσφαλμένη. Τέλος, με

τον Λόγο Αντέφεσης Αρ.4, η Εφεσίβλητη διατείνεται ότι εσφαλμένα το πρωτόδικο Δικαστήριο δέχθηκε ότι η Επιτροπή μπορούσε να εξετάσει την καταγγελία όταν την εξέτασε και μπορούσε να επιβάλει πρόστιμο.

Έχουμε εξετάσει με προσοχή τους προβληθέντες από την Εφεσίβλητη Λόγους Αντέφεσης.

Σχετικά με τον Λόγο Αντέφεσης Αρ. 1, η Εφεσίβλητη διατείνεται ότι η Επιτροπή τελούσε υπό πλάνη σε σχέση με τον καθορισμό της σχετικής αγοράς, ως αυτή της *«διάθεσης διεθνούς χωρητικότητας στα υποθαλάσσια καλωδιακά συστήματα (RUO Capacity) που τερματίζονται στην Δημοκρατία και τα οποία χρησιμοποιούν την τεχνολογία SDH»*.

Το πρωτόδικο Δικαστήριο, εξετάζοντας τον συναφή λόγο ακύρωσης που είχε προβάλει η Εφεσίβλητη κατέληξε ως ακολούθως:

«Σε ότι αφορά τον πρώτο λόγο ακυρώσεως, ότι η Επιτροπή πλανήθηκε κατά τον προσδιορισμό της αγοράς, αφού συμπεριέλαβε τόσο την πώληση όσο και την μίσθωση διαθέσιμης χωρητικότητας, ωσάν να πρόκειται για το ίδιο ακριβώς προϊόν ή υπηρεσία, θεωρώ πως θα πρέπει να απορριφθεί. Ο ισχυρισμός των αιτητών ότι πώλησαν ιδιοκτησία τους στο Ε/Μ και η πώληση αυτή δεν είναι δυνατόν να τύχει ρύθμισης αφού η εκχώρηση χωρητικότητας (πώληση) δεν είναι δυνατόν να περιληφθεί στην αγορά της υπηρεσίας μισθώσεων διεθνούς μισθωμένης γραμμής, δεν βρίσκει το Δικαστήριο σύμφωνο σε συμφωνία με την απόφαση της Επιτροπής, βάσει των στοιχείων ενώπιόν της.

Η Επιτροπή σε καμία πλάνη δεν περιέπεσε. Διέκρινε την διάθεση που γίνεται βάσει μίσθωσης και διάθεσης που γίνεται βάσει εκχώρησης χωρητικότητας IRU (ή RUO).

Σύμφωνα με την πάγια νομολογία του ΔΕΕ για το θέμα, την οποία η Επιτροπή έλαβε υπόψη της, μια σχετική αγορά προϊόντων ή υπηρεσιών περιλαμβάνει όλα τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που είναι επαρκώς εναλλάξιμα ή υποκατάστατα, όχι μόνο αναφορικά με τα αντικειμενικά τους χαρακτηριστικά, βάσει των οποίων είναι ιδιαίτερα κατάλληλα για την ικανοποίηση των αναγκών των καταναλωτών, τις τιμές τους ή την επιδιωκόμενη χρήση τους, αλλά και τις συνθήκες του ανταγωνισμού, όπως και την ύπαρξη της προσφοράς και της ζήτησης στην εν λόγω αγορά.

Η Επιτροπή απέρριψε τον ισχυρισμό που αντίστοιχα τέθηκε ενώπιόν της από την ΑΤΗΚ, ότι η εκχώρηση χωρητικότητας IRU συνιστά πώληση ιδιοκτησίας. Όπως ανέφερε στην απόφασή της (σελ.23-24), η πώληση ιδιοκτησίας έχει ως αποτέλεσμα τη μεταβίβαση κυριότητας, κάτι το οποίο σε καμία περίπτωση δεν συμβαίνει με την εκχώρηση δικαιώματος IRU. Η εκχώρηση χωρητικότητας με τη μορφή δικαιώματος IRU αποτελεί δικαίωμα χρήσης για συγκεκριμένο χρονικό διάστημα. Στη μεν πρώτη περίπτωση αφορά ανέκκλητο δικαίωμα και στη δεύτερη περίπτωση απλά δικαίωμα χρήσης χωρητικότητας.

Σε ό,τι αφορά τη θέση του δικηγόρου της ΑΤΗΚ ότι «η εκχώρηση ως πώληση ιδιοκτησίας δεν μπορεί να επιβληθεί σαν υποχρέωση στον ιδιοκτήτη, ούτε να ελεγχθεί η τιμή στην οποία διατίθεται.», όπως ανάλογα ισχύει στην περίπτωση πώλησης μιας οικίας από τον ιδιοκτήτη της, η Επιτροπή αποφάσισε ότι ο παραλληλισμός που έγινε ήταν ατυχής και εν πάση περιπτώσει λανθασμένος. Σύμφωνα με το Πρακτικό της επίδικης απόφασης η Επιτροπή επεσήμανε ότι «η ΑΤΗΚ, η οποία είναι οργανισμός δημοσίου δικαίου, κατέχει σωρεία περιουσιακών στοιχείων, όπως μεταξύ άλλων το εθνικό δίκτυο ηλεκτρονικών επικοινωνιών (σταθερής και κινητής τηλεφωνίας), εγκαταστάσεις ηλεκτρονικών επικοινωνιών, κ.ά. Μερικές από τις υπηρεσίες που παρέχει η ΑΤΗΚ, όπως συνεγκατάσταση σε σημεία του εθνικού δικτύου και χονδρική παροχή ευρυζωνικής πρόσβασης, υπόκεινται σε ρυθμίσεις από το γραφείο του ΕΡΗΕΤ. Το γεγονός ότι συγκεκριμένες εγκαταστάσεις που αποτελούν ιδιοκτησία της ΑΤΗΚ ή/και υπηρεσίες που πιθανόν να προσφέρει η ΑΤΗΚ, δεν υπόκεινται σε ex ante ρύθμιση, δεν σημαίνει ότι αυτές εκπίπτουν του ελέγχου του δικαίου του ανταγωνισμού. Ο περί της Προστασίας του Ανταγωνισμού Νόμος αρ. 13(Ι)72008, δεν προβλέπει εξαιρέσεις σε ιδιοκτήτες σε ό,τι αφορά τον έλεγχο της τιμής ή υποχρέωσης παροχής συγκεκριμένης υπηρεσίας. Αυτό το οποίο η Επιτροπή είναι αρμόδια να εξετάζει, κατά περίπτωση, σε σχέση με το άρθρο 6 του Νόμου, είναι κατά πόσον κατέχεται δεσπόζουσα θέση στη σχετική αγορά προϊόντων και υπηρεσιών από την καταγγελλόμενη επιχείρηση και ακολούθως στη βάση αντικειμενικών κριτηρίων, κατά πόσον υπάρχει παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού.».

Θεωρώ πως οι αιτιάσεις των αιτητών, περί πώλησης ιδιοκτησίας, παραβλέπουν ότι η ίδια η ΑΤΗΚ πληροφόρησε την Επιτροπή ότι αγόρασε υπερβάλλουσες χωρητικότητες τόσο για να καλύψει τις δικές της ανάγκες όσο και για διάθεσή τους

στην αγορά. Ο ισχυρισμός των αιτητών παραβλέπει, ότι η εκχώρηση μακροχρόνιας χρήσης IRU για 12 χρόνια ή μέχρι την λήξη της ζωής του καλωδίου, επανέφερε στην δική τους κατοχή και αποκλειστική χρήση την «ιδιοκτησία» τους κατά την λήξη της. Κατά τις σχετικές μαρτυρίες μπορούσε να τύχει αναβάθμισης ή επέκτασης του καλωδίου, ως οι προοπτικές κατά την επένδυση της αγοράς της χωρητικότητας από την ίδια. Αυτά δεν συνάδουν με τις συνέπειες μιας «πώλησης». Περαιτέρω δεν αμφισβητήθηκε ότι η απόκτηση διαθέσιμης χωρητικότητας μπορούσε να γίνει είτε βάσει μηνιαίας μίσθωσης, είτε μακροχρόνιας εκχώρησης, ως οι δύο προσφορές της ΑΤΗΚ προς το Ε/Μ.».

Πέραν του γεγονότος ότι τα πιο πάνω ζητήματα συνιστούν τεχνικής φύσεως, τα οποία εντάσσονται στο γενικότερο ζήτημα της καταλληλότητας της μεθοδολογίας που ακολουθείται από το διοικητικό όργανο και που κατά κανόνα είναι ανέλεγκτα από το αναθεωρητικό Δικαστήριο (βλ. *απόφαση Εφετείου, Αρχής Τηλεπικοινωνιών Κύπρου ν. Επιτροπής Προστασίας Ανταγωνισμού κ.ά., Έφεση Κατά Απόφασης Διοικητικού Δικαστηρίου Αρ. 28/2019, ημερομηνίας 12/10/2023*), τα όσα αναφέρονται από το πρωτόδικο Δικαστήριο, τα οποία υιοθετούνται προς αποφυγή επαναλήψεων, δεν παρέχουν πεδίο οποιασδήποτε παρέμβασής μας.

Θα προσθέταμε ότι, από τα όσα αναφέρονται στην προσβαλλόμενη απόφαση τα οποία υποστηρίζονται από το περιεχόμενο των διοικητικών φακέλων, διαπιστώνεται ότι η Επιτροπή αξιολόγησε όλα τα σχετικά στοιχεία και παράγοντες που ήταν ενώπιον της κατά τρόπο ώστε να κρίνεται επαρκής η

έρευνα και αιτιολογία της αναφορικά με το ζήτημα του προσδιορισμού της αγοράς.

Κατά συνέπεια απορρίπτεται ο Λόγος Αντέφεσης Αρ 1.

Το ζήτημα της δεσπόζουσας θέσης στην αγορά αποτελεί τον Λόγο Αντέφεσης Αρ. 2. Όπως υποστηρίζει η Εφεσίβλητη, τόσο η Επιτροπή όσο και το πρωτόδικο Δικαστήριο πεπλανημένα κατέληξαν στο συμπέρασμα ότι η ΑΤΗΚ κατέχει τη μεγαλύτερη διαθέσιμη διεθνή χωρητικότητα σε υποθαλάσσια καλωδιακά συστήματα που τερματίζονται στην Κύπρο και ότι κατέχει δεσπόζουσα θέση.

Επί των πιο πάνω, το πρωτόδικο Δικαστήριο ανέφερε τα ακόλουθα:

«Αιτιολογημένη επαρκώς είναι και η απόφαση διάκρισης των υποθαλάσσιων καλωδιακών συστημάτων που τερματίζονται στην Κύπρο με τα δορυφορικά συστήματα, τα οποία λόγω της διαφορετικής λειτουργίας τους δεν θα μπορούσαν να θεωρηθούν εναλλάξιμα με τα πρώτα για σκοπούς προσδιορισμού της αγοράς.

Η εκτενής αναφορά του δικηγόρου των αιτητών στα διάφορα υποθαλάσσια καλωδιακά συστήματα τα οποία διέθεταν χωρητικότητα, προφανώς συνάγω ότι συμπλέει με τον ισχυρισμό του ότι δεν έγινε η δέουσα έρευνα πριν την κατάληξη της Επιτροπής ότι η ΑΤΗΚ κατείχε δεσπόζουσα θέση στην εν λόγω αγορά κατά τον ουσιώδη χρόνο. Αγόρευσε ενώπιον της Επιτροπής αλλά επανέλαβε και στο Δικαστήριο, περί των τρόπων με τους οποίους το Ε/Μ θα μπορούσε να αποκτήσει χωρητικότητα προς το Λονδίνο, ώστε να κάμψει τα συμπεράσματα στην Έκθεση Αιτιάσεων αλλά και της Επιτροπής περί της κατοχής δεσπόζουσας θέσης.

Η απόφαση της Επιτροπής ήταν όχι μόνο επαρκώς αλλά απόλυτα αιτιολογημένη, μετά από δέουσα έρευνα. Κατά την αξιολόγηση της ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης, έλαβε υπόψη την διαθέσιμη προς πώληση χωρητικότητα σε υποθαλάσσια καλωδιακά συστήματα που τερματίζονται στην Κύπρο για διοχέτευση τηλεπικοινωνιακής «κίνησης» με προορισμό από Κύπρο προς Λονδίνο, τις επιχειρήσεις που είχαν τον έλεγχο αυτής της διαθέσιμης προς πώληση

χωρητικότητας και ενδεχόμενους φραγμούς στην ενεργοποίηση χωρητικότητας προς την Κύπρο. Αφού κατέγραψε τους ισχυρισμούς της ΑΤΗΚ περί υποκατάστατων συστημάτων και προορισμών, αλλά και τρόπων απόκτησης χωρητικότητας άλλων από την αγορά, όπως η εκμίσθωση τόσο από την ΑΤΗΚ όσο και από άλλους παρόχους, η Επιτροπή αιτιολόγησε με απόλυτα σαφή τρόπο γιατί τα συστήματα του Arhrodite 2 προς Χανιά και ακολούθως μέσω άλλων παρόχων για Λονδίνο, αλλά και οι άλλοι συνιδιοκτήτες του SMW3, δεν μπορούσαν να καλύψουν ή και να καλύψουν χωρίς προϋποθέσεις (που αφορούσαν και την έγκριση της ΑΤΗΚ βάσει του συμβολαίου τους μαζί της) τις ανάγκες του Ε/Μ, που εντέλει καλύφθηκαν μέσω της επίδικης συμφωνίας με την ΑΤΗΚ.

Αιτιολογήθηκε συναφώς, ότι η δυνατότητα απόκτησης από τους άλλους συνιδιοκτήτες της ΑΤΗΚ ήταν πολύ περιορισμένη λόγω των όσων προβλέποντο στη σχετική Συμφωνία των συνιδιοκτητών. Η πώληση διεθνούς χωρητικότητας σε τρίτα μέρη υπόκειτο στις πρόνοιες της Συμφωνίας κατασκευής και συντήρησης του συστήματος SMW-3, βάσει των οποίων στην περίπτωση που ο αγοραστής χωρητικότητας βρίσκεται στην ίδια χώρα με μια από τις εταιρείες που είναι ένα από το αρχικά μέρη της συμφωνίας (Initial parties), το συγκεκριμένο μέρος έχει την προτεραιότητα να παρέχει τη ζητηθείσα χωρητικότητα, είτε από τη διαθέσιμη χωρητικότητα, είτε από την εκχωρηθείσα χωρητικότητα που διέθετε, με την έγκριση του μέρους με το οποίο αυτή έχει εκχωρηθεί από κοινού. Ο διαχειριστής του δικτύου (Network administrator) εκτελεί την παραγγελία μετά από την έγγραφη έγκριση του εν λόγω μέρους, και σε περίπτωση τέτοιας πώλησης όλα τα χρήματα δίδονται στο μέρος στο οποίο ανήκε η χωρητικότητα. Γινόταν αντιληπτό, κατά την Επιτροπή, ότι αυτό έδινε πλεονέκτημα ελέγχου στην ΑΤΗΚ, η οποία λόγω του μεγάλου ποσοστού αδιάθετης χωρητικότητας που διέθετε (ως αυτή καταγράφετο), εύλογα θα επιθυμούσε η ίδια να τη διαθέσει παρά να διατεθεί από άλλες εταιρείες, αφού η διατήρηση αδιάθετης χωρητικότητας από την ΑΤΗΚ συνεπάγετο κόστος. Η ΑΤΗΚ ουσιαστικά έλεγχε την περισσότερη χωρητικότητα που διατίθεται σε παρόχους ηλεκτρονικών επικοινωνιών που δραστηριοποιούνταν στην Κυπριακή Δημοκρατία. Ως εκ τούτου, παρόλο που σύμφωνα και με όσα αναφέρουν οι αιτητές, ότι δηλαδή και άλλοι συνιδιοκτήτες/μέρη της κοινοπραξίας μπορούσαν να διοχετεύσουν χωρητικότητα, όπως οι εταιρείες KPN, France Telecom και OTEGLOBE, εντούτοις εύλογα διαπιστώθηκε από την Επιτροπή ότι η ΑΤΗΚ είχε προτεραιότητα στην διάθεση της χωρητικότητας του συστήματος SMW3.

Ως προς τον διαζευκτικό επίσης ισχυρισμό των αιτητών, ότι ένας εκ των ιδιοκτητών του SMW3 θα μπορούσε να ιδρύσει στην Κύπρο θυγατρική εταιρεία, ώστε να πωλεί απρόσκοπτα χωρητικότητα, χωρίς την έγκριση της ΑΤΗΚ, η Επιτροπή δεν τον αποδέχθηκε και επί τούτου ο κος Χατζηϊωάννου βάζει κατά της επάρκειας της αιτιολογίας, αφού ήταν γνωστό στην Επιτροπή ότι κάτι τέτοιο ήδη υλοποιήθηκε με την OTENET Telecommunications Ltd, η οποία κατά τον ουσιώδη χρόνο δραστηριοποιείτο στη λιανική αγορά των ηλεκτρονικών επικοινωνιών και ήταν θυγατρική της εταιρείας OTEglobe, που ήταν συνιδιοκτήτρια εταιρεία στο υποθαλάσσιο καλωδιακό σύστημα SMW3 και η οποία (OTENET) ακολούθως εξαγοράστηκε από την MTN. Πράγματι για το θέμα αυτό διαπιστώνεται πως ουσιαστικά ήταν εφικτό υπό προϋποθέσεις να γίνει κάτι τέτοιο, αλλά πέραν της

αναφοράς τους στις εν λόγω εταιρείες, οι αιτητές δεν εξήγησαν, όπως απάντησαν οι εκπρόσωποι του Ε/Μ ενώπιον της Επιτροπής (πως δεν ήταν απλό ή εύκολο για τις ξένες εταιρείες) πόσο εύκολο, άμεσο και ιδίου κόστους θα ήταν αυτό το εγχείρημα. Ακόμα όμως κι αν ήθελε θεωρηθεί πως η κρίσης της Επιτροπής επί του θέματος αυτού δεν ήταν απόλυτα τεκμηριωμένη, το γεγονός παραμένει, πως από το ενώπιόν μου υλικό από τους διοικητικούς φακέλους, μεταξύ αυτών και οι εμπιστευτικές πληροφορίες για την προς διάθεση χωρητικότητα και το ποσοστό συμμετοχής της ΑΤΗΚ στα Συστήματα ΑΦΡΟΔΙΤΗ 2, CIOS, LEV/Med Nautilus και SMW3, προκύπτει πως τα συμπεράσματα της Επιτροπής πως η ΑΤΗΚ κατείχε δεσπόζουσα θέση στην αγορά κατά την επίδικη περίοδο, ήταν απόλυτα αιτιολογημένα, έχοντας υπόψη τη σχετική νομολογία (**Hoffman - La Roche κατά Επιτροπής, Υπόθ. 85/76 Συλλ. 1979, 481**).

Η Επιτροπή έχοντας υπόψη την κατοχή από την ΑΤΗΚ της μεγαλύτερης διαθέσιμης διεθνούς χωρητικότητας σε υποθαλάσσια καλωδιακά συστήματα που τερματίζονται στην Κύπρο, μέσω των οποίων μπορεί να διοχετευτεί κίνηση από την Κύπρο στο Λονδίνο, καθώς και την οικονομική ευρωστία της και άλλους παράγοντες, κατέληξε πως η ΑΤΗΚ κατείχε δεσπόζουσα θέση. Η αιτιολογία κρίνω πως είναι επαρκής και καμία επέμβαση του δικαστηρίου δεν χωρεί επί τούτου. Ο σχετικός λόγος ακυρώσεως απορρίπτεται.»

Δεν παρέχεται περιθώριο παρέμβασής μας στα όσα με ενδελέχεια αποφάσισε το πρωτόδικο Δικαστήριο σε συνάρτηση με τα όσα η ίδια η Επιτροπή αποφάσισε επί του πιο πάνω ζητήματος. Συνεπώς για τους ίδιους πιο πάνω λόγους, κρίνουμε επάρκεια στην έρευνα και την αιτιολογία της Επιτροπής σε σχέση με το ζήτημα της δεσπόζουσας θέσης στην αγορά.

Κατά συνέπεια ο Λόγος Αντέφεσης Αρ. 2 απορρίπτεται.

Αντικείμενο του Λόγου Αντέφεσης Αρ. 3 είναι το εσφαλμένο της κατάληξης του πρωτόδικου Δικαστηρίου, ότι η μέθοδος που η Επιτροπή ακολούθησε στην

εκτίμηση της τιμής είναι ορθή. Κατά την Εφεσίβλητη, η Επιτροπή εσφαλμένα υιοθέτησε το κόστος κεφαλαίου, ως το μόνο μέτρο εκτίμησης της τιμής, αφού δεν έλαβε υπόψη την αδιάθετη χωρητικότητα η οποία συνιστά κόστος, τη χωρητικότητα που θα μείνει αδιάθετη μέχρι το τέλος ζωής του καλωδίου και δεν συνυπολογίστηκε ο τρόπος πληρωμής και η καθαρή παρούσα αξία.

Επί των πιο πάνω αιτιάσεων, θεωρούμε ότι μια απλή ανάγνωση των όσων η Επιτροπή αναφέρει στην απόφαση της, σε συνάρτηση με το περιεχόμενο των διοικητικών φακέλων, καταδεικνύουν την επάρκεια στην έρευνα και αιτιολογία της επί του ζητήματος, αφού προκύπτει ότι σταθμίστηκαν όλοι οι σχετικοί παράγοντες για την ανεύρεση του ποσοστού κέρδους πέραν του κόστους κεφαλαίου. Συναφώς ορθά το πρωτόδικο Δικαστήριο κατέληξε ότι:

«Ενώ οι καθ' ων η αίτηση απορρίπτουν τους ισχυρισμούς των αιτητών ότι δεν λήφθηκε υπόψη το κόστος ευκαιρίας και το υψηλό επιχειρησιακό ρίσκο, επικαλούμενοι τα συμπεράσματα των ερευνών της Υπηρεσίας βάσει των στοιχείων που δόθηκαν από την ΑΤΗΚ, κάτι στο οποίο δεν επέμεινε ο κος Χατζηϊωάννου στην απαντητική αγόρευση, και διαπιστώνω πράγματι από το περιεχόμενο του διοικητικού φακέλου απόλυτα αιτιολογημένο το σχετικό μέρος περί του τι σταθμίστηκε προς ανεύρεση του ποσοστού κέρδους πέραν του κόστους κεφαλαίου (...)»

Κατά συνέπεια απορρίπτεται ο Λόγος Αντέφεσης Αρ. 3.

Με τον Λόγο Αντέφεσης Αρ. 4 η Εφεσίβλητη ισχυρίζεται ότι, εσφαλμένα το πρωτόδικο Δικαστήριο δέχθηκε ότι η Επιτροπή μπορούσε να εξετάσει την καταγγελία όταν την εξέτασε και μπορούσε να επιβάλει πρόστιμο. Όπως υποστηρίζει, η επίδικη περίπτωση δεν αποτελεί κατ' εξακολούθηση και/ή συνεχιζόμενη παράβαση και άρα η Επιτροπή στερείτο εξουσίας δυνάμει του *Άρθρου 41 του Ν. 13(Ι)/2008* να επιβάλει το επίδικο διοικητικό πρόστιμο, δεδομένου ότι παρήλθαν πέντε χρόνια από τη διάπραξη της παράβασης. Επί των πιο πάνω το πρωτόδικο Δικαστήριο κατέληξε ως εξής:

«Σε ότι αφορά τον ισχυρισμό των αιτητών, ότι η Επιτροπή δεν εδικαιούτο να επιβάλει πρόστιμο με βάση τις πρόνοιες του άρθρου 41 του Ν. 13(Ι)/2008, δεδομένου ότι είχαν περάσει 5 χρόνια από την ισχυριζόμενη παράβαση, συμφωνώ με τους καθ' ων η αίτηση ότι παραγνωρίζει το εδάφιο (2) του άρθρου 41, το οποίο παραθέτουν, και σύμφωνα με το οποίο η προθεσμία προσμετράται, σε περίπτωση κατ' εξακολούθηση ή κατ' επανάληψη παράβασης, από την ημέρα που τερματίστηκε η παράβαση.

Η Επιτροπή όπως διαφαίνεται από τον φάκελο, έλαβε υπόψη της ότι η παράβαση άρχισε την 1/7/2006, όταν συμφωνήθηκε η παραχώρηση της ζητηθείσας χωρητικότητας και τέθηκε σε ισχύ η συμφωνία, και συνεχιζόταν μέχρι και την ημερομηνία έκδοσης της απόφασης, συνεπώς ουδέποτε τερματίστηκε. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 41(3), η προθεσμία διακόπτεται με την κίνηση διαδικασίας εξέτασης από την Επιτροπή, δηλαδή κατά την κίνηση διαδικασίας εξέτασης μιας παράβασης. Εν προκειμένω, η Επιτροπή αποφάσισε την κίνηση διαδικασίας κατά τη συνεδρία της με ημερομηνία 29 Αυγούστου 2012. Δεν τίθεται ως εκ τούτου θέμα παρέλευσης της πενταετίας».

Συμφωνούμε με το πιο πάνω σκεπτικό και κατάληξη. Πρόσθετα κρίνουμε ότι, ευσταθεί η θέση της Δημοκρατίας όπως αυτή καταγράφεται στο Δεύτερο Περίγραμμα της για σκοπούς απάντησης στην Αντέφεση, ότι σύμφωνα με

σχετική νομολογία του ΔΕΕ (βλ. *United Brands* και *C-177/16, ημερομηνίας 14/9/2017*) που αφορά παραβάσεις σε σχέση με τον καθορισμό μη δίκαιης τιμής, η διάρκεια της παράβασης και το κατά πόσο αυτή είναι συνεχιζόμενη ή κατ' εξακολούθηση συναρτάται με τον χρόνο που αυτή εφαρμόστηκε και δεν μπορεί να εκληφθεί ως στιγμιαία παράβαση. Εν προκειμένω, η αθέμιτη τιμή καθορίστηκε και συνεχίστηκε μέχρι την ημερομηνία έκδοσης της επίδικης απόφασης, χωρίς ποτέ να τερματιστεί. Κατά συνέπεια απορρίπτεται και ο Λόγος Αντέφεσης Αρ.4.

Για όλους τους πιο πάνω λόγους, η Αντέφεση απορρίπτεται.

Η Έφεση επιτυγχάνει και η Αντέφεση αποτυγχάνει και απορρίπτεται. Η προσβαλλόμενη απόφαση επικυρώνεται. Η πρωτόδικη Απόφαση παραμερίζεται. Επιδικάζονται €4.000 έξοδα πρωτόδικα και κατ' έφεση υπέρ των Εφεσειουσών και εναντίον της Εφεσίβλητης.

Α. ΕΥΣΤΑΘΙΟΥ-ΝΙΚΟΛΕΤΟΠΟΥΛΟΥ, Δ.

Γ. ΣΕΡΑΦΕΙΜ, Δ.

Δ. ΛΥΣΑΝΔΡΟΥ, Δ.