



ΕΦΗΜΕΡΙΔΑ ΤΗΣ ΚΥΒΕΡΝΗΣΕΩΣ ΤΗΣ ΕΛΛΗΝΙΚΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ

29 Ιουλίου 2016

ΤΕΥΧΟΣ ΔΕΥΤΕΡΟ

Αρ. Φύλλου 2354

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ

Αριθμ. ΑΠ. 767/12

Λήψη απόφασης επί της διαδικασίας Ακροάσεως της 6ης Μαρτίου 2014 καθώς και της επαναληπτικής δια γραπτού υπομνήματος ακροάσεως των εταιριών «Οργανισμός Τηλεπικοινωνιών Ελλάδος- ΟΤΕ Α.Ε.» και «FORTHNET ΑΕ» σε συνέχεια της ΑΠ ΕΕΤΤ 695/061/27-06-2013 «Λήψη απόφασης επί της διαδικασίας Ακροάσεως της 15ης Ιανουαρίου 2013 των εταιριών «Οργανισμός Τηλεπικοινωνιών Ελλάδος- ΟΤΕ Α.Ε.» και «FORTHNET ΑΕ» με αντικείμενο τη νομική διερεύνηση καταγγελίας της δεύτερης κατά της πρώτης αναφορικά με την απόρριψη από τον ΟΤΕ αιτημάτων της καταγγέλλουσας για την παροχή τοπικού βρόχου, με αιτιολογία «έλλειψη κυρίου ή απερχόμενου δικτύου», καθώς και της ΑΠ ΕΕΤΤ 763/19/11-06-2015, με βάση τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας ηλεκτρονικών επικοινωνιών και το άρθρο 2 του Ν. 3959/2011 (ΦΕΚ 93/Α/20-4-2011)» / Επανάληψη Διαδικασίας ΑΠ ΕΕΤΤ 763/19/11-06-2015.

Η ΕΘΝΙΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΤΗΛΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΩΝ
ΚΑΙ ΤΑΧΥΔΡΟΜΕΙΩΝ

Αφού έλαβε υπόψη:

α) Τις διατάξεις του Ν. 4070/2012 «Ρυθμίσεις Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών, Μεταφορών, Δημόσιων Έργων και άλλες διατάξεις», ιδίως τα άρθρα 11, 12 στοιχεία β), στ), η), κστ), λδ), 38, 47 παρ. 4, 50 παρ. 1 στοιχεία α) και β), 51, 77, ιδίως την παρ. 1 αυτού, καθώς και άρθρο 79 παρ. 7 αυτού (ΦΕΚ 82/Α/10-4-2012),

β) το Ν. 3959/2011 «Προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού» (ΦΕΚ 93/Α/20-4-2011), ιδίως το άρθρο 2 παρ. 2 περίπτωση γ) και το άρθρο 38 αυτού,

γ) την απόφαση της ΕΕΤΤ ΑΠ 614/013/28-07-2011 «Ορισμός Εθνικής Αγοράς Χονδρικής Παροχής (Φυσικής) Πρόσβασης σε Υποδομή Δικτύου (συμπεριλαμβανομένης μεριζόμενης και πλήρως αποδεσμοποιημένης πρόσβασης) σε σταθερή θέση, Καθορισμός Επιχειρήσεων με Σημαντική Ισχύ στην εν λόγω Αγορά και Υποχρεώσεις αυτών (3ος Γύρος Ανάλυσης)», (ΦΕΚ 1908/Β/30-8-2011), ιδίως το άρθρο ΙΙΙ. 4. Υποχρέωση Αμεροληψίας (Μη Διακριτικής Μεταχείρισης) αυτής,

δ) την απόφαση της ΕΕΤΤ ΑΠ 531/065/23-07-2009 «Ορισμός Εθνικής Αγοράς Χονδρικής Αδεσμοποίησης Πρόσβασης (συμπεριλαμβανομένης μεριζόμενης και πλήρους πρόσβασης) σε μεταλλικούς βρόχους και υποβρόχους, Καθορισμός Επιχειρήσεων με Σημαντική Ισχύ στην εν λόγω Αγορά και Υποχρεώσεις αυτών (2ος Γύρος Ανάλυσης)», (ΦΕΚ 1550/Β/28-7-2009),

ε) την απόφαση της ΕΕΤΤ 573/015/22-7-2010 αναφορικά με την «Έγκριση της Προσφοράς Αναφοράς ΟΤΕ 2010 για την Αδεσμοποίηση Πρόσβαση στον Τοπικό Βρόχο και τις Συναφείς Ευκολίες, σε εφαρμογή της ΑΠ ΕΕΤΤ 531/065/23-07-2009» (ΦΕΚ 1338/Β/31-8-2010),

στ) την απόφαση της ΕΕΤΤ ΑΠ 580/010/14-10-2010 Τροποποίηση – Διόρθωση διατάξεων της απόφασης της ΕΕΤΤ ΑΠ 573/015/22-7-2010 αναφορικά με την «Έγκριση της Προσφοράς Αναφοράς ΟΤΕ 2010 για την Αδεσμοποίηση Πρόσβαση στον Τοπικό Βρόχο και τις Συναφείς Ευκολίες, σε εφαρμογή της ΑΠ ΕΕΤΤ 531/065/23-07-2009» (ΦΕΚ 1814/Β/19-11-2010),

ζ) την απόφαση της ΕΕΤΤ ΑΠ 612/025/2011: «Τροποποίηση – διόρθωση διατάξεων της απόφασης της ΕΕΤΤ ΑΠ 573/015/22-7-2010 αναφορικά με την «Έγκριση της Προσφοράς Αναφοράς ΟΤΕ 2010 για την Αδεσμοποίηση Πρόσβαση στον Τοπικό Βρόχο και τις Συναφείς Ευκολίες, σε εφαρμογή της ΑΠ ΕΕΤΤ 531/065/23-07-2009» (ΦΕΚ 1338/Β/31-8-2010), όπως ισχύει τροποποιηθείσα με την απόφαση της ΕΕΤΤ ΑΠ 580/010/14-10-2010 (ΦΕΚ 1814/Β/19-11-2010)» (ΦΕΚ 1952/Β/2.9.2011),

η) την απόφαση της ΕΕΤΤ ΑΠ 249/115 «Κανονισμός Ακροάσεων για Θέματα Τηλεπικοινωνιών» (ΦΕΚ 642/Β/23.05.2002),

θ) την υπ'αρ. πρωτ. ΕΕΤΤ 42998/08.11.1011 επιστολή της εταιρείας «FORTHNET Α.Ε.» και τα σχετικά αυτής, ήτοι:

(1) την υπ'αρ. πρωτ. ΕΕΤΤ 17821/29.04.2010 της εταιρείας «FORTHNET Α.Ε.»,

(2) την υπ'αρ. πρωτ. ΕΕΤΤ 43839/20.10.2010 Καταγγελία της εταιρείας «FORTHNET Α.Ε.»,

(3) την υπ'αρ.πρωτ. ΕΕΤΤ 48530/25.11.2010 επιστολή της εταιρείας «FORTHNET Α.Ε.»,

(4) την υπ'αρ.πρωτ. ΕΕΤΤ 3077/25.01.2011 επιστολή της εταιρείας «FORTHNET Α.Ε.»,

(5) την υπ'αρ. πρωτ. ΕΕΤΤ 7924/25.02.2011 επιστολή της εταιρείας «FORTHNET Α.Ε.»,

(6) το Συνημμένο αρχείο xls ("Eleipsi Akraiou xls").

ι) τη με αριθ. Πρωτ. ΕΕΤΤ 1809/Φ.300/17-01-2012 επιστολή της ΕΕΤΤ προς τον ΟΤΕ με θέμα: «Παροχή Πληροφοριών στο πλαίσιο του Άρθρου 63 του Ν.3431/2006 «Περί Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών και άλλες διατάξεις» (ΦΕΚ 13/Α/03.02.2006) αναφορικά με θέματα που τίθενται στις υπ' αρ. πρωτ. ΕΕΤΤ 47139/07.12.2011 και 42998/08.11.2011 Καταγγελίες/Επιστολές των εταιρειών «CYTA Ελλάς Τηλεπικοινωνιακή Α.Ε.» και «FORTHNET Α.Ε.» αντίστοιχα»,

ια) τη με αριθ. Πρωτ. 821/353079/1-03-2012 επιστολή του ΟΤΕ με θέμα: «Παροχή πληροφοριών άρθρου 63 παρ. 1 Ν. 3431/2006 περί αδεσμοποίητης πρόσβασης στον τοπικό βρόχο»,

ιβ) την επιστολή ΟΤΕ με αριθ. 21/400370/28-01-2011 επί της επιστολής καταγγελίας Forthnet με αριθ. Πρωτ. ΕΕΤΤ 43839/20-10-2010, σε συνέχεια της με αριθ. Πρωτ. ΕΕΤΤ 52556/Φ.800/22-12-2010 επιστολής ΕΕΤΤ,

ιγ) την απόφαση της ΕΕΤΤ ΑΠ 673/18/20-11-2012 «Κλήση σε Ακρόαση των εταιρειών Οργανισμός Τηλεπικοινωνιών Ελλάδος- ΟΤΕ Α.Ε.» και «FORTHNET ΑΕ» με αντικείμενο τη νομική διερεύνηση καταγγελίας της δεύτερης κατά της πρώτης αναφορικά με την απόρριψη από τον ΟΤΕ αιτημάτων της καταγγέλλουσας για την παροχή τοπικού βρόχου, με αιτιολογία «έλλειψη κυρίου ή απερχόμενου δικτύου», με βάση τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας ηλεκτρονικών επικοινωνιών και το άρθρο 2 του Ν. 3959/2011 (ΦΕΚ 93/Α/20-4-2011)»,

ιδ) την απόφαση του Προέδρου της ΕΕΤΤ 8850/Φ.610/23-11-2012 «Ορισμός Μελών Επιτροπής Ακρόασης δυνάμει της απόφασης της ΕΕΤΤ ΑΠ 673/18/20.11.2012», ως ισχύει τροποποιηθείσα δυνάμει της απόφασης του Προέδρου της ΕΕΤΤ 9062/Φ.610/14-1-2013 «Τροποποίηση της απόφασης του Προέδρου της ΕΕΤΤ 8850/Φ.610/23-11-2012 «Ορισμός Μελών Επιτροπής Ακρόασης δυνάμει της απόφασης της ΕΕΤΤ ΑΠ 673/18/20.11.2012»,

ιε) την Πράξη Διεξαγωγής Ακρόασης με αριθ. Πρωτ. ΕΕΤΤ 44707/Φ.391/29-11-2012,

ιστ) τις υπ' αριθ. 7573ΣΤ' και 7574ΣΤ' Εκθέσεις Επίδοσης του Δικαστικού Επιμελητή στο Πρωτοδικείο Αθηνών Δημητρίου Γρ. Τζούλια,

ιζ) την από 12-12-2012 Επιστολή ΟΤΕ με αριθ. Πρωτ. 46686/12-12-2012 με θέμα: «Αίτημα αναβολής των ακροάσεων στις 20-12-2012»,

ιη) την από 19-12-2012 επιστολή ΕΕΤΤ με αριθ. Πρωτ. 47530/Φ.305/19-12-2012 με θέμα: «Αίτημα Αναβολής Διεξαγωγής Ακρόασης»,

ιθ) την επιστολή Forthnet με αριθ. Πρωτ. 46993/14-12-2012 με θέμα: «Παροχή στοιχείων αναφορικά με το αντικείμενο της προγραμματισμένης για την Πέμπτη, 20 Δεκεμβρίου 2012, ακρόασης»,

κ) την από 8-01-2013 επιστολή ΕΕΤΤ με αριθ. Πρωτ. 593/Φ.305/8-01-2013, με θέμα: «Αίτημα Παροχής Στοιχείων»,

κα) την από 23-01-2013 επιστολή ΕΕΤΤ με θέμα «Κοινοποίηση Πρακτικών της από 15 Ιανουαρίου 2013 Ακροάσεως»,

κβ) το από 7-2-2013 κατατεθέν έγγραφο υπόμνημα της εταιρείας «FORTH NET» με αριθ. πρωτ. ΕΕΤΤ 6124/8-2-2013,

κγ) το από 6-2-2013 κατατεθέν έγγραφο υπόμνημα της εταιρείας ΟΤΕ με αριθ. πρωτ. ΕΕΤΤ 5653/6-2-2013,

κδ) την ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την εφαρμογή των κανόνων Ανταγωνισμού σε Συμφωνίες πρόσβασης στον τομέα των τηλεπικοινωνιών, Επίσημη Εφημερίδα Αριθ. C 265 της 22/08/1998,

κε) την απόφαση της ΕΕΤΤ ΑΠ 695/061/27-06-2013 «Λήψη απόφασης επί της διαδικασίας Ακροάσεως της 15ης Ιανουαρίου 2013 των εταιριών «Οργανισμός Τηλεπικοινωνιών Ελλάδος- ΟΤΕ Α.Ε.» και «FORTHNET ΑΕ» με αντικείμενο τη νομική διερεύνηση καταγγελίας της δεύτερης κατά της πρώτης αναφορικά με την απόρριψη από τον ΟΤΕ αιτημάτων της καταγγέλλουσας για την παροχή τοπικού βρόχου, με αιτιολογία «έλλειψη κυρίου ή απερχόμενου δικτύου», με βάση τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας ηλεκτρονικών επικοινωνιών και το άρθρο 2 του Ν. 3959/2011 (ΦΕΚ 93/Α/20-4-2011)»,

κστ) τις Επιστολές ΟΤΕ ΑΕ με αριθ. πρωτ. ΕΕΤΤ:

- 31061/17-7-2013 με θέμα: «Αίτημα για την παροχή αναλυτικών στοιχείων επί των 664 περιπτώσεων συνδρομητών που αναφέρονται στο υπ' αριθ. πρωτ. ΕΕΤΤ 6124/8-02-2013 Υπόμνημα της εταιρείας Forthnet και τη χορήγηση παρατάσεως της προθεσμίας των είκοσι (20) εργασιμων ημερών για την υποβολή στοιχείων από τον ΟΤΕ επί τη υπ' αριθμ. 695/061/27-06-2013 απόφασης της ΕΕΤΤ, η οποία κοινοποιήθηκε στον ΟΤΕ στις 02/07/2013»,

- 33015/31-7-2013 με θέμα: «Παροχή αναλυτικών στοιχείων αναφορικά με τις 1695 περιπτώσεις αιτημάτων της καταγγελίας της εταιρείας Forthnet με αρ. Πρ. ΕΕΤΤ 43839/20-10-2010»,

- 34064/8-08-2013 με θέμα: «Αίτημα χορήγησης παρατάσεως της προθεσμίας των είκοσι (20) εργασιμων ημερών για την υποβολή στοιχείων από τον ΟΤΕ επί τη υπ' αριθμ. 33619/Φ.305/05-08-2013 επιστολής της ΕΕΤΤ, η οποία κοινοποιήθηκε στον ΟΤΕ στις 06/08/2013»,

- 36827/5-09-2013 με θέμα: «Παροχή αναλυτικών στοιχείων αναφορικά με τις 3.195 περιπτώσεις αιτημάτων που αναφέρονται στο Υπόμνημα της εταιρείας Forthnet με αρ. Πρ. ΕΕΤΤ 6124/8-2-2013»,

- 36806/4-9-2013, με θέμα «Παροχή Αναλυτικών στοιχείων αναφορικά με τις 3.195 περιπτώσεις αιτημάτων που αναφέρονται στο Υπόμνημα της εταιρείας Forthnet με αρ. πρωτ. ΕΕΤΤ 6124/8-2-2013»,

κζ) την επιστολή ΕΕΤΤ προς ΟΤΕ με αριθ. πρωτ. 33619/Φ.305/5-8-2013,

κη) το άρθρο 20 παρ. 2 του Συντάγματος σύμφωνα με το περιεχόμενο του οποίου: «Το δικαίωμα της προηγούμενης ακρόασης του ενδιαφερόμενου ισχύει και για κάθε διοικητική ενέργεια ή μέτρο που λαμβάνεται σε βάρος των δικαιωμάτων ή συμφερόντων του»,

κθ) την Πράξη του Υπουργικού Συμβουλίου αριθ.34/18-12-2013, «Επιλογή και διορισμός Προέδρου και Αντιπροέδρων της Εθνικής Επιτροπής Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων (Ε.Ε.Τ.Τ.)» (ΦΕΚ 634/Υ.Ο.Δ.Δ. /18-12-2013),

λ) την απόφαση του Υπουργού Μεταφορών και Επικοινωνιών αριθ. οικ. 67366 / 6660 «Διορισμός μελών Εθνικής Επιτροπής Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων (Ε.Ε.Τ.Τ.)». (ΦΕΚ 636/Υ.Ο.Δ.Δ. /19-12-2013),

λα) την ΑΠ ΕΕΤΤ 353/232/17-8-2005 «Επανάληψη εκκρεμοσών διαδικασιών ακροάσεων», αναλογικώς εφαρμοζόμενη,

λβ) την απόφαση της ΕΕΤΤ ΑΠ 706/38/6-02-3014 «Κλήση σε ακρόαση των εταιρειών «Οργανισμός Τηλεπικοινωνιών Ελλάδος- ΟΤΕ Α.Ε» και «FORTHNET ΑΕ» σε συνέχεια της ΑΠ ΕΕΤΤ 695/061/27-06-2013 «Λήψη απόφασης επί της διαδικασίας Ακρόασης της 15ης Ιανουαρίου 2013 των εταιριών «Οργανισμός Τηλεπικοινωνιών Ελλάδος- ΟΤΕ Α.Ε» και «FORTHNET ΑΕ» με αντικείμενο τη νομική διερεύνηση καταγγελίας της δεύτερης κατά της πρώτης αναφορικά με την απόρριψη από τον ΟΤΕ αιτημάτων της καταγγέλλουσας για την παροχή τοπικού βρόχου, με αιτιολογία «έλλειψη κυρίου ή απερχόμενου δικτύου», με βάση τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας ηλεκτρονικών επικοινωνιών και το άρθρο 2 του Ν. 3959/2011 (ΦΕΚ 93/Α/20-4-2011)» / Επανάληψη Διαδικασίας»,

λγ) την απόφαση του Προέδρου της ΕΕΤΤ 10931/Φ.610/17-2-2014 «Ορισμός Μελών Επιτροπής Ακρόασης δυνάμει της απόφασης της ΕΕΤΤ ΑΠ 706/38/6-2-2014» (ΑΔΑ: ΒΙΕΟ639-ΥΣΓ),

λδ) την Πράξη Διεξαγωγής Ακρόασης με αριθ. πρωτ. ΕΕΤΤ 7819/Φ.391/24-2-2014,

λε) τις υπ' αριθ. 7589' και 7590' Εκθέσεις Επίδοσης του Δικαστικού Επιμελητή στο Πρωτοδικείο Αθηνών Γεωργίου Ι. Νικολάου - Χαίρη,

λστ) την από 6-3-2014 ακρόαση που έλαβε χώρα ενώπιον της ορισθείσας Επιτροπής Ακροάσεων της ΕΕΤΤ σε συνέχεια της ως άνω σχετ. λβ απόφασης της ΕΕΤΤ,

λζ) την από 17-3-2014 και με αριθ. πρωτ. 11444/Φ.305, επιστολή ΕΕΤΤ με θέμα «Κοινοποίηση Πρακτικών της από 6 Μαρτίου 2014 Ακροάσεως»,

λη) το από 31-3-2014 με αριθ. πρωτ. ΕΕΤΤ 13549 έγγραφο της εταιρείας «FORTHNET» με θέμα: «Αίτημα παράτασης της προθεσμίας υποβολής υπομνήματος»,

λθ) το από έγγραφο της ΕΕΤΤ με θέμα: «Παράταση της προθεσμίας υποβολής Υπομνήματος της από 6 Μαρτίου 2014 Ακροάσεως ενώπιον Επιτροπής Ακροάσεων της ΕΕΤΤ»,

μ) το από 9-4-2014 κατατεθέν έγγραφο υπόμνημα της εταιρείας «FORTHNET» και τα συνημμένα σε αυτό έγγραφα, με αριθ. πρωτ. ΕΕΤΤ 15115/9-4-2014,

μα) το από 9-4-2014 κατατεθέν έγγραφο Υπόμνημα της εταιρείας «ΟΤΕ ΑΕ» και τα συνημμένα σε αυτό έγγραφα, με αριθ. πρωτ. ΕΕΤΤ 15040/9-4-2014,

μβ) την απόφαση της ΕΕΤΤ με ΑΠ 763/19/11-06-2015 «Επανασυγκρότηση Επιτροπών Ακρόασης για την εξέταση και νομική διερεύνηση των υπ' αριθμ. 42998/08-11-2011 και 47139/07-12-2011 καταγγελιών των εταιρειών «FORTHNET Α.Ε» και «CYTA Α.Ε» αντίστοιχα σχετικά με την απόρριψη από την εταιρεία «ΟΤΕ Α.Ε» αιτημάτων των καταγγελλόντων εταιρειών για την παροχή τοπικού βρόχου, με αιτιολογία «έλλειψη κυρίου ή απερχόμενου δικτύου» σε συνέχεια των με ΑΠ 673/19/20-11-2012, ΑΠ.673/18/20-11-2012, ΑΠ 706/38/06-02-2014 και ΑΠ. 706/39/06-02-2014 αποφάσεων κλήσης σε ακρόαση της ΕΕΤΤ - Επανάληψη διαδικασίας»,

μγ) την από 16-06-2015 επιστολή της ΕΕΤΤ με ΑΡ.ΠΡ.19385/16-06-2015 προς την εταιρεία «FORTHNET

Α.Ε» με θέμα «Επανασύσταση Επιτροπής Ακρόασης για την εξέταση της υπ' αριθμ. 47139/07-12-2011 καταγγελίας της εταιρείας «FORTHNET Α.Ε»,

μδ) την από 23-06-2015 επιστολή της εταιρείας «FORTHNET Α.Ε» με ΑΡ.ΠΡ.20301/23-06-2015 με θέμα «Επανασύσταση Επιτροπής Ακρόασης για την εξέταση της υπ' αριθμ. 47139/07-12-2011 καταγγελίας της εταιρείας «FORTHNET Α.Ε»,

με) την από 16-06-2015 επιστολή της ΕΕΤΤ με ΑΡ.ΠΡ.19388/16-06-2015 προς την εταιρεία «ΟΤΕ Α.Ε» με θέμα «Επανασύσταση Επιτροπών Ακρόασης για την εξέταση των υπ' αριθμ. 42998/08-11-2011 και 47139/07-12-2011 καταγγελιών των εταιρειών «FORTHNET Α.Ε» και «CYTA Α.Ε»,

μστ) την από 23-06-2015 επιστολή της εταιρείας «ΟΤΕ Α.Ε» με ΑΡ.ΠΡ.20255/23-06-2015 με θέμα «Επανασύσταση Επιτροπών Ακρόασης για την εξέταση των υπ' αριθμ. 42998/08-11-2011 και 47139/07-12-2011 καταγγελιών των εταιρειών «FORTHNET Α.Ε» και «CYTA Α.Ε»,

μζ) την από 30-06-2015 επιστολή της ΕΕΤΤ με ΑΡ.ΠΡ. 21198/30-06-2015 προς την εταιρεία «FORTHNET Α.Ε» με θέμα «Επανασύσταση επιτροπής ακρόασης –υποβολή συμπληρωματικού υπομνήματος»,

μη) την από 30-06-2015 επιστολή της ΕΕΤΤ με ΑΡ.ΠΡ. 21199/30-06-2015 προς την εταιρεία «ΟΤΕ Α.Ε» με θέμα «Επανασύσταση επιτροπής ακρόασης –υποβολή συμπληρωματικού υπομνήματος»,

μθ) την από 03-07-2015 επιστολή της εταιρείας «ΟΤΕ Α.Ε» με ΑΡ.ΠΡ.21501/03-07-2015 με θέμα «Επανασύσταση επιτροπής ακρόασης –Υποβολή συμπληρωματικού υπομνήματος» και

μι) τα λοιπά προσκομισθέντα έγγραφα καθώς και την ενώπιον της Επιτροπής Ακροάσεων της ΕΕΤΤ διεξαχθείσα προφορική διαδικασία, και

ν) την υπ' αριθμ. 30584/16-06-2016 εισήγηση της αρμόδιας υπηρεσίας της ΕΕΤΤ,

νι) τοι γεγονός ότι από την παρούσα απόφαση δεν επιβαρύνεται ο κρατικός προϋπολογισμός ούτε ο προϋπολογισμός της ΕΕΤΤ,

Και επειδή:

Ι. Ιστορικό

1. Σε συνέχεια της από 15 Ιανουαρίου 2013 ακρόασης των εταιριών «Οργανισμός Τηλεπικοινωνιών Ελλάδος- ΟΤΕ Α.Ε» και «FORTHNET ΑΕ» με αντικείμενο τη νομική διερεύνηση καταγγελίας της δεύτερης κατά της πρώτης αναφορικά με την απόρριψη από τον ΟΤΕ αιτημάτων της καταγγέλλουσας για την παροχή τοπικού βρόχου, με αιτιολογία «έλλειψη κυρίου ή απερχόμενου δικτύου», με βάση τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας ηλεκτρονικών επικοινωνιών και το άρθρο 2 του Ν. 3959/2011 (ΦΕΚ 93/Α/20-4-2011), η ΕΕΤΤ εξέδωσε την με αριθμό 695/061/27-06-2013 Απόφασή της, η οποία αναφέρει (Κεφάλαιο V. νομική εκτίμηση, παρ. 27-31):

i. Επειδή, από τα στοιχεία του φακέλου και από την διεξαχθείσα διαδικασία ακροάσεως προκύπτουν τα εξής:

ii. Το διάστημα 2010-2012, ο ΟΤΕ απέρριπτε τα αιτήματα παροχής τοπικού βρόχου της καταγγέλλουσας, αυτοματοποιημένα και μαζικά, χωρίς ειδικότερη έγγραφη ενημέρωση αναφορικά με το εκάστοτε υφιστάμενο

πρόβλημα και τις τυχόν εναλλακτικές δυνατότητες υλοποίησης αυτού. Το πλήθος υποψηφίων συνδρομητών της καταγγέλλουσας που, κατά το διάστημα 2010-2012, έλαβε μία ή περισσότερες απορρίψεις με την ένδειξη «έλλειψη κυρίου ή ακραίου» δικτύου ανέρχεται σε 19.702, ενώ το πλήθος των απορρίψεων αιτημάτων ανενεργού τοπικού βρόχου, ανήρχετο ανά έτος, 2010/2011/2012 σε: 26.473 απορρίψεις/115456 αιτήματα, 49944 απορρίψεις /133816 αιτήματα, 28659 απορρίψεις /99568 αιτήματα, αντίστοιχα. Για το ίδιο διάστημα οι ως άνω απορρίψεις, λόγω έλλειψης δικτύου, δεν εντοπίζονται μόνο σε σχέση με κάποιες προβληματικές περιοχές (ή προβληματικά ΑΚ), αλλά είναι διάχυτες ανά την επικράτεια, όπως επιβεβαιώνεται από τα προσκομισθέντα από την εταιρεία Forthnet στοιχεία (φύλλο EXCEL 5). Επίσης, προκύπτει ότι ο ΟΤΕ απέρριπτε μεγάλο αριθμό αιτημάτων ανενεργού τοπικού βρόχου της καταγγέλλουσας, στη φάση μετά την επιλεξιμότητα (ήτοι μετά τις τρεις εργάσιμες ημέρες και αφού το αίτημα είχε γίνει δεκτό).

iii. Εντούτοις, από την εκκίνηση από την ΕΕΤΤ της διαδικασίας διερεύνησης του θέματος των απορρίψεων από τον ΟΤΕ αιτημάτων ανενεργού τοπικού βρόχου με την αιτιολογία «έλλειψη ακραίου ή κυρίου δικτύου», το κατά πόσο αυτή είναι αντικειμενικά αιτιολογημένη σύμφωνα με το εκάστοτε ισχύον ρυθμιστικό πλαίσιο, αλλά και το κατά πόσο αυτή δύναται να θεμελιώνει παράβαση των διατάξεων της κείμενης νομοθεσίας ηλεκτρονικών επικοινωνιών καθώς και των διατάξεων περί ελεύθερου ανταγωνισμού, ιδίως με την μορφή «εφαρμογής στο εμπόριο άνισων όρων για ισοδύναμες παροχές, ιδίως στην αδικαιολόγητη άρνηση πώλησης, αγοράς ή άλλης συναλλαγής, με αποτέλεσμα να περιέρχονται ορισμένες επιχειρήσεις σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό», η ΕΕΤΤ βρέθηκε αντιμέτωπη με σημαντικές δυσχέρειες στη συγκέντρωση του αναγκαίου αποδεικτικού υλικού για τη νομική διερεύνηση των τιθέμενων ζητημάτων:

29.1 Οι απαντήσεις του ΟΤΕ στις αρχικές επιστολές (στοιχείο ι) της ΕΕΤΤ προς διερεύνηση των καταγγελλόμενων ήταν γενικές και αόριστες, με στατιστικά στοιχεία που παίρνουν ως βάση υπολογισμού την ευρύτερη δυνατή κλίμακα υπολογισμού (πχ. βρόχοι που αποδόθηκαν στον Πάροχο), γεγονός που δυσχεραίνει την αποτύπωση της πραγματικής εικόνας του προβλήματος, ενώ αναλυτική απάντηση δίνεται μόνο σε κάποιες περιπτώσεις, με την επισήμανση ότι πρόκειται για δειγματοληπτική επιλογή, της τάξεως του ένα τοις χιλίοις. Στις εν λόγω περιπτώσεις η ικανοποίηση του συνδρομητή του ΟΤΕ, παρά την απόρριψη του αιτήματος του παρόχου αποδίδεται σε «συμπτωματική απελευθέρωση ζεύγους χαλκού, λόγω χρονικής συγκυρίας», χωρίς όμως να προσδιορίζεται πώς ακριβώς έγινε η απελευθέρωση (π.χ. ποιος συνδρομητής έφυγε και πότε).

29.2 Τονίζεται ότι αναλυτικά στοιχεία που να απαντούν στις υποβληθείσες από την καταγγέλλουσα περιπτώσεις, ζητήθηκαν από την Επιτροπή Ακρόασης και κατά τη διάρκεια της ακροαματικής διαδικασίας, όπως άλλωστε έχει καταγραφεί στα Πρακτικά (σελ. 22), ενώ η ΟΤΕ ΑΕ δεσμεύτηκε όπως τα υποβάλει με το Υπόμνημά της, στο μέτρο του δυνατού. Εντούτοις, στο υποβληθέν Υπόμνη-

μα, πέραν δειγματοληπτικών αναφορών, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, ουδεμία αναφορά γίνεται στα αιτηθέντα στοιχεία, πλην της επισύναψης ως σχετικού μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου εκ της Προϊσταμένης του Τμήματος Διαχείρισης Θεμάτων Παρόχων, Πελατών και Φορέων ΟΤΕ, στο οποίο αναφέρεται ότι «συστημικά δεν είναι δυνατόν να συσχετισθούν τα στοιχεία δικτύου που απελευθερώνονται από την κατάργηση μιας υπηρεσίας (τηλεφωνίας, βρόχων, κυκλωμάτων) ή ακύρωσης αιτήματος με τα στοιχεία δικτύου που δεσμεύονται από την ενεργοποίηση μιας άλλης υπηρεσίας». Εν προκειμένω, ακόμη και στην περίπτωση που αποδεικνύετο η προβεβλημένη «συστημική» αδυναμία να εξαχθούν αυτοματοποιημένα οι εν λόγω πληροφορίες, αυτό δεν σημαίνει, ούτε οδηγεί άλλως πως σε απόλυτη αδυναμία εύρεσης και προσκόμισής τους στην ΕΕΤΤ.

29.3 Περαιτέρω, και αναφορικά με το ζήτημα της εγκαζόμενης προνομιακής πληροφόρησης του λιανικού άκρου του ΟΤΕ εις βάρος των παρόχων, σημειώνεται ότι τα υποβληθέντα από την καταγγέλλουσα στοιχεία, στοιχειοθετούν «ενδείξεις» που επιβάλλουν τουλάχιστον την επισταμένη διερεύνηση του συγκεκριμένου ζητήματος. Στο «ΦΥΛΛΟ EXCEL 2» του σχετικού αρχείου που υποβλήθηκε από την καταγγέλλουσα με το Υπόμνημά της περιλαμβάνονται τα αιτήματα 664 συνδρομητών, τα οποία απορρίπτονταν με την αιτιολογία έλλειψη δικτύου ή απερχομένου και εν τέλει ενεργοποιήθηκαν στο δίκτυό της μέσω ενεργού τοπικού βρόχου με φορητότητα από τον ΟΤΕ. Για τους συνδρομητές αυτούς απαιτήθηκαν από την καταγγέλλουσα 3.195 αιτήματα. Εν προκειμένω κρίσιμο είναι να διευκρινισθεί από τον ΟΤΕ το χρονικό διάστημα που μεσολάβησε από την ημερομηνία υποβολής του αιτήματος προς το λιανικό άκρο του ΟΤΕ μέχρι την ημερομηνία ενεργοποίησής του σε αντιδιαστολή με τους αντίστοιχους χρόνους αναμονής όταν οι εν λόγω πελάτες είχαν απευθυνθεί στην καταγγέλλουσα.

29.4 Σε κάθε περίπτωση, λόγω των στοιχείων που επικαλείται η καταγγέλλουσα, ο ΟΤΕ, προς αντίκρουση της καταγγελίας, φέρει το βάρος να προσκομίσει στην ΕΕΤΤ στοιχεία αναφορικά με τις δυνατότητες πληροφόρησης αλλά και την πραγματική ενημέρωση του λιανικού του άκρου.

iv. Τα ως άνω στοιχεία είναι αναγκαία τόσο για τη διαπίστωση της ύπαρξης και της έκτασης των καταγγελλόμενων παραβάσεων της κείμενης νομοθεσίας ηλεκτρονικών επικοινωνιών, όπως αυτές περιγράφονται ανωτέρω στους ισχυρισμούς της καταγγέλλουσας, ((α) Προτεραιότητα στην εξυπηρέτηση αιτημάτων ενεργοποίησης του λιανικού άκρου ΟΤΕ, β) Αυτοματοποιημένη μαζική απόρριψη των αιτημάτων της καταγγέλλουσας - ανώτερο επίπεδο εξυπηρέτησης για το λιανικό άκρο του ΟΤΕ - προνομιακή μεταχείριση, γ) Προνομιακή πληροφόρηση του λιανικού άκρου του ΟΤΕ -προνομιακή εξυπηρέτηση του λιανικού άκρου του ΟΤΕ μέσω της αποκλειστικής πρόσβασής του σε πληροφοριακά συστήματα έτερα του W-CRM)), όσο και για τη διαπίστωση του κατά πόσο υφίστανται συμπεριφορές που στοιχειοθετούν καταχρηστική εκμετάλλευση από την ΟΤΕ ΑΕ της δεσπόζουσας θέσης της στην αγορά αδεσμοποίητης πρόσβασης στον τοπικό βρόχο και υποβρόχο.

ν. Επειδή η ΕΕΤΤ, δυνάμει των άρθρων 12 στ, 38 και 77 του Ν. 4070/2012 καθώς και του άρθρου 38 του Ν. 3959/2011 σε συνδυασμό με το άρθρο 12 περίπτωση στ του Νόμου 4070/2012, δύναται να απαιτήσει την προσκόμιση από την ΟΤΕ κάθε αναγκαίου στοιχείου προς διερεύνηση των ανωτέρω αναφερόμενων παραβάσεων διατάξεων ηλεκτρονικών επικοινωνιών και ανταγωνισμού.»

2. Με το ανωτέρω αιτιολογικό, η ΕΕΤΤ, με την ως άνω απόφαση:

«Ι. Καλεί την εταιρεία ΟΤΕ ΑΕ, εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι (20) εργάσιμων ημερών από τη λήψη της παρούσας απόφασης, να υποβάλει στην ΕΕΤΤ, τα κάτωθι στοιχεία :

i. Να αιτιολογήσει τη διαθεσιμότητα βρόχου (χάλκινου ζεύγους) για κάθε μία ξεχωριστά από όλες τις αναφερόμενες από την καταγγέλλουσα περιπτώσεις (1695 που αναφέρονται στην επιστολή καταγγελίας αρ. πρ. ΕΕΤΤ 43839/20-10-10, καθώς και για τις περιπτώσεις των 664 συνδρομητών που αναφέρονται στο Υπόμνημα της καταγγέλλουσας Αρ. Πρ. ΕΕΤΤ 6124/08-02-13, παρ. ΙVβ-συνημμένο ΦΥΛΛΟ EXCEL 2), στις οποίες ενώ απορρίφθηκε από τον ΟΤΕ μία ή περισσότερες φορές το αίτημα των υποψήφιων συνδρομητών της καταγγέλλουσας για ΑΝΤοΒ, εν τέλει ενεργοποιήθηκαν στο δίκτυο της καταγγέλλουσας μέσω ενεργού τοπικού βρόχου με φορητότητα από τον ΟΤΕ.

ii. Ειδικότερα, να αιτιολογήσει τη διαθεσιμότητα βρόχου που προέκυψε μεταξύ της ημερομηνίας απόρριψης του αιτήματος του συνδρομητή της καταγγέλλουσας μέχρι να δοθεί σύνδεση στον ίδιο συνδρομητή από τον ΟΤΕ, με την υποβολή των κάτωθι στοιχείων κατ'ελάχιστον:

1. Ονοματεπώνυμο του υποψήφιου συνδρομητή (Συνδρομητής Α στο εξής) όπως αναφέρεται στην καταγγελία της καταγγέλλουσας.

2. Την ταχυδρομική διεύθυνση του υποψήφιου Συνδρομητή Α.

3. Ημερομηνία Απόρριψης αιτήματος του Δικαιούχου για τον υποψήφιο Συνδρομητή Α.

4. Ονοματεπώνυμο του συνδρομητή (Συνδρομητής Β στο εξής), ιδιοκτήτη της γραμμής, που δημιούργησε τη διαθεσιμότητα βρόχου (χάλκινου ζεύγους) με μεταφορά, κατάργηση κ.λπ.

5. Τον αριθμό της τηλεφωνικής σύνδεσης του Συνδρομητή Β.

6. Τα αντίστοιχα όρια καταμετρή, καφάο κ.λπ για τον Συνδρομητή Β.

7. Την ταχυδρομική διεύθυνση του Συνδρομητή Β.

8. Το οικείο Αστικό Κέντρο ΟΤΕ που συνδέεται η γραμμή του Συνδρομητή Β.

9. Ημερομηνία δημιουργίας διαθεσιμότητας βρόχου (χάλκινου ζεύγους) από Συνδρομητή Β

10. Τα αντίστοιχα όρια καταμετρή, καφάο κ.λπ που απελευθερώθηκαν.

11. Ημερομηνία Αίτησης Συνδρομητή Α στην Λιανική του ΟΤΕ.

12. Ημερομηνία Εξυπηρέτησης του αιτήματος του Συνδρομητή Α από τη Λιανική του ΟΤΕ.

13. Ημερομηνία Εξυπηρέτησης του αιτήματος της Forthnet για τον Συνδρομητή Α.

iii. Να προσκομίσει στην ΕΕΤΤ στοιχεία αναφορικά με τις δυνατότητες πληροφόρησης αλλά και την πραγματική ενημέρωση του λιανικού του άκρου.

II. Αναστέλλει την έκδοση οριστικής απόφασης επί της καταγγελίας προκειμένου να προσκομισθούν τα αναγκαία κρίσιμα στοιχεία για τη συμπλήρωση του φακέλου της υπόθεσης, σύμφωνα με τα ανωτέρω υπό Ι.»

3. Σε συμμόρφωση προς την ως άνω απόφαση, εταιρεία ΟΤΕ ΑΕ υπέβαλε τις ανωτέρω (σχετ. κστ) αναφερόμενες επιστολές / στοιχεία.

4. Σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην ΕΕΤΤ ΑΠ 706/38/6-02-3014, «11. Προς αποφυγή λήψεως αποφάσεων από την Ολομέλεια επί τη βάσει ακροάσεων και, στη συνέχεια, επί τη βάσει πορισμάτων με νομική πλημμέλεια λόγω κακής συγκρότησης της εκδούσας το πόρισμα επιτροπής ακροάσεως, απαιτείται να επαναληφθούν οι ακροάσεις σε όλες τις περιπτώσεις στις οποίες δεν είχαν ολοκληρωθεί με την υποβολή πορίσματος στην Ολομέλεια στις 2-9-2013, σύμφωνα με τα προαναφερθέντα, και σύμφωνα με την ΑΠ ΕΕΤΤ 353/232/17-8-2005 «Επανάληψη εκκρεμουσών διαδικασιών ακροάσεων», αναλογικώς εφαρμοζόμενη.

12. Εν προκειμένω, η από 15-1-2013 Ακρόαση των εταιρειών «Οργανισμός Τηλεπικοινωνιών Ελλάδος- ΟΤΕ Α.Ε» και «FORTHNET ΑΕ» ολοκληρώθηκε νομίμως και προσηκόντως με την υποβολή πορίσματος της ορισθείσας επιτροπής Ακροάσεως στην Ολομέλεια της ΕΕΤΤ και την έκδοση της απόφασης αυτής με αριθμό 695/061/27-06-2013. Πλην όμως, η εν λόγω απόφαση της Ολομελείας, έχει προδικαστικό χαρακτήρα, αναστέλλοντας τη διαδικασία διερεύνησης των εικαζόμενων παραβάσεων, προκειμένου να συμπληρωθεί ο φάκελος της υπόθεσης με τα αναγκαία κρίσιμα για την υπόθεση στοιχεία, ώστε μετά την υποβολή αυτών (εν όλω ή εν μέρει), η υπόθεση πρέπει να εισαχθεί εκ νέου σε αρμόδια Επιτροπή Ακροάσεως, η οποία θα διατυπώσει το Πόρισμά της επί του συνόλου των στοιχείων της υπόθεσης, και ενώπιον της οποίας κρίνεται σκόπιμη για λόγους μείζονος προστασίας του δικαιώματος προηγούμενης ακρόασης του διοικουμένου, η επανάληψη του συνόλου της ακροαματικής διαδικασίας.»

II. Διαδικασία Ακρόασης

5. Την 6η Μαρτίου 2014, ημέρα Πέμπτη και ώρα 15.30, στα γραφεία της Εθνικής Επιτροπής Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων (ΕΕΤΤ), Κηφισίας 60, Μαρούσι, συνήλθε η δια της απόφασης του Προέδρου της ΕΕΤΤ υπ' αριθ. 10931/Φ.610/17-2-2014, ορισθείσα Τριμελής Επιτροπή Ακρόασης, αποτελούμενη από τους Κ. Λουρόπουλο, Πρόεδρο ΕΕΤΤ, ως Πρόεδρο, Ν. Παπαουλάκη, Αντιπρόεδρο Τηλεπικοινωνιών ΕΕΤΤ και Δ. Βέργαδο, Μέλος της Ολομέλειας της ΕΕΤΤ, ως μέλη, συμπαριστάμενης της δικηγόρου Ο. Νοδάρου, τελούσας και χρέη Γραμματέα, με θεματικό αντικείμενο τη νομική διερεύνηση καταγγελιών της εταιρείας Forthnet ΑΕ κατά της ΟΤΕ ΑΕ, αναφορικά με την απόρριψη από τον ΟΤΕ αιτημάτων της καταγγέλλουσας για την παροχή τοπικού βρόχου, με αιτιολογία «έλλειψη κυρίου ή απερχόμενου δικτύου»,

σύμφωνα με τα άρθρα 12 στοιχεία β), στ), η), κστ), λδ), 47 παρ. 4, 50 παρ. 1 στοιχεία α) και β), 51, 77, παρ. 1 και 79 παρ. 7 του Ν. 4070/2012 (ΦΕΚ 82/Α/10.04.2012), τις ΑΠ ΕΕΤΤ 614/013/28-07-2011 (ΦΕΚ 1908/Β/30-8-2011) και 531/065/23-07-2009 (ΦΕΚ 1550/Β/28-7-2009), ως ισχύει τροποποιηθείσα καθώς και το άρθρο 2 του Ν. 3959/2011 (ΦΕΚ 93/Α/20-4-2011), σε συνέχεια της ΑΠ ΕΕΤΤ 695/061/27-06-2013 και των κατόπιν αυτής υποβληθέντων από την ΟΤΕ ΑΕ, στοιχείων (σχετ. κστ).

6. Στην Ακρόαση, νομίμως παραστάθηκε η εταιρεία «Οργανισμός Τηλεπικοινωνιών της Ελλάδος Α.Ε.» διά της πληρεξουσίας δικηγόρου της Λαμπαδάρη Ευαγγελίας, ενώ συμπάρισταντο ως τεχνικοί σύμβουλοι ο Μουζουράκης Γεώργιος και η Γιαννακάκου Σταυρούλα. Η εταιρεία «FORTH NET Α.Ε.» παραστάθηκε διά των πληρεξουσίων δικηγόρων της Πέτρου Μαρούδα και Ε. Καρβώνη, ενώ συμπαραστάθηκαν και οι Μιχάλης Καλλέργης και Ανδρέας Αναστασόπουλος, ως τεχνικοί σύμβουλοι.

7. Αντίγραφο Πρακτικών της διεξαχθείσας Ακρόασης κοινοποιήθηκε στις εταιρίες «ΟΤΕ Α.Ε.» και «FORTHNET Α.Ε.» με την υπ' αριθ. πρωτ. ΕΕΤΤ 11444/Φ.305/17-3-2014 επιστολή ΕΕΤΤ. Η εταιρία «FORTH NET Α.Ε.» κατέθεσε το από 9-4-2014, με αριθ. πρωτ. ΕΕΤΤ 15115 έγγραφο Υπόμνημα μαζί με σχετικά έγγραφα και ηλεκτρονικά στοιχεία, ενώ η εταιρία «ΟΤΕ Α.Ε.» κατέθεσε το από 9-4-2014 έγγραφο υπόμνημα με αριθ. πρωτ. ΕΕΤΤ 15040, συνοδευόμενο από σχετικά έγγραφα και ηλεκτρονικά στοιχεία.

8. Εντούτοις, σε συνέχεια της ως άνω επαναληπτικής ακρόασης κατά το 2014 και πριν την τελική υποβολή του πορίσματος προς στην Ολομέλεια της ΕΕΤΤ, ο Πρόεδρος της ως άνω Επιτροπής Ακρόασης και Πρόεδρος της ΕΕΤΤ Κων. Λουρόπουλος παραιτήθηκε στις 23-01-2015 με σχετική δήλωσή του από την Προεδρία της ΕΕΤΤ, η δε παραίτησή του έγινε δεκτή με την υπουργική απόφαση που δημοσιεύτηκε στο ΦΕΚ 161/ΥΟΔΔ/23-03-2015. Συνεπώς, έκτοτε απώλεσε και την ιδιότητά του βάσει της οποίας ορίστηκε ως τακτικό μέλος της ως άνω τριμελούς επιτροπής ακρόασης. Το γεγονός αυτό, κατέστησε την τριμελή Επιτροπή ακρόασεων στη σύνθεση της οποίας συμμετείχε ελλιπή, αφού τα τακτικά μέλη που υπολείποντο δεν επαρκούσαν για την ύπαρξη απαρτίας, ώστε να υπογράψουν και το σχετικό προς υποβολή πόρισμα. Κατά συνέπεια, λόγω της ως άνω αποδοχής της παραίτησης του Προέδρου της ΕΕΤΤ από τον Υπουργό, για να συνταχθεί και να υπογραφεί το σχετικό τελικό πόρισμα, απαιτήθηκε να επαναληφθεί η σχετική διαδικασία ακρόασης ενώπιον νομίμως επανασυγκροτηθείσας Επιτροπής Ακρόασης, για την νομιμότυπη ολοκλήρωση της σχετικής διαδικασίας.

9. Έτσι, με νέα σχετική απόφαση της ΕΕΤΤ με ΑΠ 763/19/11-06-2015 και θέμα «Επανασυγκρότηση Επιτροπών Ακρόασης για την εξέταση και νομική διερεύνηση των υπ' αριθμ. 42998/08-11-2011 και 47139/07-12-2011 καταγγελιών των εταιρειών «FORTHNET Α.Ε.» και «CYTA Α.Ε.» αντίστοιχα σχετικά με την απόρριψη από την εταιρεία «ΟΤΕ Α.Ε.» αιτημάτων των καταγγελλόντων εταιρειών για την παροχή τοπικού βρόχου, με αιτιολογία «έλλειψη κυρίου ή απερχόμενου δικτύου» σε συνέχεια

των με ΑΠ 673/19/20-11-2012, ΑΠ.673/18/20-11-2012, ΑΠ 706/38/06-02-2014 και ΑΠ. 706/39/06-02-2014 αποφάσεων κλήσης σε ακρόαση της ΕΕΤΤ - Επανάληψη διαδικασίας», αποφασίστηκε η επανάληψη της σχετικής διαδικασίας με την επανασύσταση της Επιτροπής Ακρόασης, η οποία ορίστηκε εν συνεχεία με νέα απόφαση ορισμού μελών Επιτροπής Ακρόασης.

10. Σε συνέχεια της ανωτέρω απόφασης, η ΕΕΤΤ απέστειλε τις υπό σχ. μγ' και με' επιστολές της προς τις εταιρείες «ΟΤΕ Α.Ε.» και «FORTHNET ΑΕ» αντίστοιχα, ερωτώντας τα μέρη αν επιθυμούσαν την διεξαγωγή προφορικής ή την δια υποβολής γραπτού υπομνήματος επαναληπτική ακρόαση.

11. Με τις σχετικές υπό σχ. μδ' και μοστ' απαντητικές προς την ΕΕΤΤ επιστολές τους, τα μέρη «ΟΤΕ Α.Ε.» και «FORTHNET ΑΕ», τόνισαν πως δεν επιθυμούσαν την διεξαγωγή-επανάληψη της προφορικής ακρόασης, παρά ενδεχομένως την υποβολή γραπτών υπομνημάτων, εφόσον όμως υποβληθούν νέα συμπληρωματικά ή προς αντίκρουση στοιχεία, στην σχετική διαδικασία.

12. Καθώς εν συνεχεία, η ΕΕΤΤ με νέες υπό σχετ. μζ' και μη' επιστολές της προς τα δυο μέρη, διευκρίνισε πως δεν υπεβλήθησαν συμπληρωματικά στοιχεία από κανένα εκ των δυο μερών στην επαναληπτική διαδικασία, τα μέρη έκαναν γνωστό πως δεν επιθυμούσαν την υποβολή συμπληρωματικού υπομνήματος, δηλώνοντας ότι οι θέσεις τους έχουν ήδη αποτυπωθεί επί της ουσίας στα υπό σχετ. μ' και μα' υπομνήματά τους αντίστοιχα, μετά την ολοκλήρωση της διεξαχθείσας στις 06-03-2014 ακρόασης.

III. Νομικό πλαίσιο

A. Αρμοδιότητα ΕΕΤΤ

13. Σύμφωνα με το άρθρο 79 παρ. 7 του Ν.4070/2012 (εφεξής ο Νόμος): «Αιτήσεις που έχουν υποβληθεί στην ΕΕΤΤ πριν τη θέση σε ισχύος του παρόντος και εκκρεμούν, εξετάζονται σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος.»

14. Σύμφωνα με το άρθρο 12 στοιχείο β του Νόμου, η ΕΕΤΤ είναι αρμόδια να: «ελέγχει τους παρόχους δικτύων ή/ και υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών και (να) επιβάλει τις σχετικές κυρώσεις»,

«μεριμνά για την τήρηση της νομοθεσίας περί ηλεκτρονικών επικοινωνιών και ταχυδρομικών υπηρεσιών και (να) εφαρμόζει τις διατάξεις του ν. 3959/2011 (Α 93) σε σχέση με την άσκηση των δραστηριοτήτων των επιχειρήσεων ηλεκτρονικών επικοινωνιών, καθώς και τις διατάξεις των άρθρων 101 και 102 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ενοποιημένη Απόδοση), καθώς και τον Κανονισμό 1/2003/ΕΚ (L 001)» (άρθρο 12 στοιχείο στ),

«διενεργεί ακρόασεις για τη διαπίστωση παραβάσεων διατάξεων του παρόντος νόμου, καθώς και για κάθε άλλη περίπτωση, για την οποία ρητά δίδεται σχετική αρμοδιότητα με τον παρόντα νόμο» (άρθρο 12 στοιχείο η),

«ζητά με αιτιολογημένο αίτημά της και στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων της από τις επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στον τομέα των ηλεκτρονικών επικοινωνιών, καθώς και από τα φυσικά ή νομικά πρόσωπα που δραστηριοποιούνται στον τομέα του ραδιοεξοπλισμού και τηλεπικοινωνιακού τερματικού εξοπλισμού, κάθε

πληροφορία τεχνικού, χρηματοοικονομικού και νομικού περιεχομένου που απαιτείται για να διασφαλίζεται η συμμόρφωση προς τις διατάξεις του παρόντος νόμου, τις κανονιστικές της αποφάσεις και τους όρους της αδειάς τους.[...]]» (άρθρο 12 στοιχείο ιστ, εδάφιο 1),

«ρυθμίζει την πρόσβαση και διασύνδεση, σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος, εκδίδοντας κανονιστικές πράξεις σε όσες περιπτώσεις αυτό απαιτείται» (άρθρο 12 στοιχείο κστ).

Στην περίπτωση (λδ) του ως άνω άρθρου ορίζεται ότι η ΕΕΤΤ: «απευθύνει οδηγίες και συστάσεις, επιβάλλει κατ' αποκλειστικότητα πρόστιμα και λοιπές διοικητικές κυρώσεις, σε εταιρείες που δραστηριοποιούνται στους τομείς ηλεκτρονικών επικοινωνιών σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, συμπεριλαμβανομένων των ποινών και κυρώσεων που προβλέπονται στο ν. 3959/2011 (Α 93') και παραπέμπει τους παραβάτες στις αρμόδιες δικαστικές αρχές».

15. Σύμφωνα με το άρθρο 38 παρ. 1, περίπτωση α και παράγραφος 3 του Ν. 4070/2012:

«1. Οι επιχειρήσεις που λειτουργούν υπό καθεστώς Γενικής Άδειας υποχρεούνται να παρέχουν όλες τις πληροφορίες στην Ε.Ε.Τ.Τ., κατόπιν αιτήματός της, συμπεριλαμβανομένων των χρηματοοικονομικών πληροφοριών που απαιτούνται, προκειμένου να διασφαλίζεται η συμμόρφωσή τους προς τις διατάξεις της νομοθεσίας για τις ηλεκτρονικές επικοινωνίες και ιδίως για τον έλεγχο προς τους όρους της Γενικής Άδειας, τους όρους των δικαιωμάτων χρήσης ραδιοσυχνοτήτων ή / και αριθμών, και δικαιώματα εγκατάστασης ευκολιών ή τις ειδικές υποχρεώσεις οι οποίες προβλέπονται στα άρθρα 44, 47 παράγραφοι 1, 2, 4 και 5 και 49 του παρόντος νόμου. Οι πληροφορίες αφορούν: α) στον έλεγχο συμμόρφωσης με τους όρους 1 και 2 του Μέρους Α', τους όρους 2 και 6 του Μέρους Β' και τους όρους 2 και 7 του Μέρους Γ' του Παραρτήματος VII και τις ειδικές υποχρεώσεις οι οποίες προβλέπονται στα άρθρα 44, 47 παράγραφοι 1, 2, 4 και 5 και 49 του παρόντος [...]

3. Οι επιχειρήσεις που λειτουργούν υπό καθεστώς Γενικής Άδειας υποχρεούνται να παρέχουν στην Ε.Ε.Τ.Τ. πληροφορίες σχετικά με μελλοντικές εξελίξεις στα δίκτυα ή τις υπηρεσίες τους που θα μπορούσαν να έχουν επιπτώσεις στις υπηρεσίες χονδρικής που διαθέτουν σε ανταγωνιστές τους. Οι επιχειρήσεις με σημαντική ισχύ στις αγορές χονδρικής υποχρεούνται να υποβάλλουν στην Ε.Ε.Τ.Τ., κατόπιν σχετικού αιτήματός της, λογιστικά στοιχεία για τις αγορές λιανικής που συνδέονται με τις εν λόγω αγορές χονδρικής.»

16. Σύμφωνα με το άρθρο 77, παρ. 1 και 2 του ν. 4070/2012:

«1. Εάν η Ε.Ε.Τ.Τ. διαπιστώσει ότι πάροχος ηλεκτρονικών επικοινωνιών δεν τηρεί έναν ή περισσότερους όρους της Γενικής Άδειας, των δικαιωμάτων χρήσης ραδιοσυχνοτήτων ή/και αριθμών, των ειδικών υποχρεώσεων, που προβλέπονται στα άρθρα 44, 47 παράγραφοι 1, 2, 4, 5 και 49 του παρόντος, των υποχρεώσεων της ως καθορισμένη επιχείρηση, της νομοθεσίας περί ηλεκτρονικών επικοινωνιών ή δεν παρέχει τις πληροφορίες που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 38 του πα-

ρόντος, κοινοποιεί σε αυτόν την εν λόγω διαπίστωση και του παρέχει τη δυνατότητα να εκθέσει τις απόψεις του στο πλαίσιο σχετικής ακρόασης ή/και να αποκαταστήσει τη νομιμότητα εντός εύλογου χρονικού διαστήματος»,

2. Η Ε.Ε.Τ.Τ. με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της και ύστερα από προηγούμενη ακρόαση των ενδιαφερομένων, δύναται να απαιτήσει την παύση της παράβασης στην οποία αναφέρεται η παράγραφος 1, είτε αμέσως είτε εντός εύλογου χρονικού διαστήματος, και να λαμβάνει κατάλληλα και αναλογικά μέτρα που αποβλέπουν στην εξασφάλιση της συμμόρφωσης και να επιβάλλει μία ή περισσότερες από τις παρακάτω κυρώσεις:

α) Σύσταση.

β) Πρόστιμο έως 3.000.000 ευρώ το οποίο εισπράττεται σύμφωνα με τον Κώδικα Εισπράξεων Δημοσίων Εσόδων (Κ.Ε.Δ.Ε.) και το οποίο μπορεί να περιλαμβάνει περιοδικές ποινές με αναδρομικό αποτέλεσμα. Η Ε.Ε.Τ.Τ. μπορεί να προβλέψει την καταβολή του ποσού του προστίμου σε δόσεις.

γ) Αναστολή ή ανάκληση των δικαιωμάτων παροχής δικτύων ή/και υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών λειτουργίας υπό καθεστώς Γενικής Άδειας, καθώς και των δικαιωμάτων χρήσης, ειδικών υποχρεώσεων σε περίπτωση σοβαρών και επανειλημμένων παραβάσεων. Στην περίπτωση αυτή, η Ε.Ε.Τ.Τ. μπορεί να επιβάλλει αποτελεσματικές, αναλογικές και αποτρεπτικές κυρώσεις και ποινές που θα καλύπτουν τη χρονική περίοδο κάθε παράβασης, ακόμη και εάν η παράβαση έχει μετέπειτα παύσει να υφίσταται.

δ) Διαταγή να διακοπεί ή να καθυστερήσει η παροχή υπηρεσίας ή ομάδας υπηρεσιών η οποία, εάν συνεχιζόταν, θα κατέληγε σε σοβαρή στρέβλωση του ανταγωνισμού, ενώ εκκρεμεί η συμμόρφωση με τις υποχρεώσεις πρόσβασης που έχουν επιβληθεί μετά από ανάληψη αγοράς σύμφωνα με το άρθρο 43 του παρόντος.»

Β. Εφαρμοστέες Διατάξεις της νομοθεσίας περί ηλεκτρονικών επικοινωνιών

17. Σύμφωνα με την ΕΕΤΤ ΑΠ 614/013/28-07-2011 (3ος γύρος ανάλυσης), ο ΟΤΕ, ως επιχείρηση με σημαντική ισχύ στην εθνική αγορά χονδρικής παροχής πρόσβασης σε φυσική υποδομή δικτύου για το σκοπό της παροχής ευρυζωνικών και φωνητικών υπηρεσιών, φέρει συγκεκριμένες κανονιστικές υποχρεώσεις, σύμφωνα με τα αναλυτικά αναφερόμενα στο Κεφάλαιο III της ως άνω απόφασης.

18. Σύμφωνα με την παράγραφο 3.1.3 εδ. 2 της Ενότητας III. Κανονιστικές Υποχρεώσεις, στο πλαίσιο της υποχρέωσης πρόσβασης και χρήσης ειδικών ευκολιών δικτύου, ο ΟΤΕ «υποχρεούται να παρέχει πρόσβαση σε όλα τα συστήματα λογισμικού που είναι απαραίτητα για την εξασφάλιση ισότιμου ανταγωνισμού στην παροχή των υπηρεσιών».

19. Σύμφωνα με τις παραγράφους 4.1, 4.1.2, 4.1.4 και 4.1.5 της Ενότητας III. Κανονιστικές Υποχρεώσεις, στο πλαίσιο της υποχρέωσης Αμεροληψίας (Μη Διακριτικής Μεταχείρισης) αυτής, ο ΟΤΕ:

«φέρει υποχρέωση μη διακριτικής μεταχείρισης (υποχρέωση αμεροληψίας) για όλες τις υποχρεώσεις πρόσβασης, σύμφωνα με την οποία υποχρεούται να εφαρμόζει

ισοδύναμους όρους, σε ισοδύναμες περιστάσεις, σε άλλες επιχειρήσεις που παρέχουν ισοδύναμες υπηρεσίες, και να παρέχει υπηρεσίες και πληροφορίες σε τρίτους υπό τους ίδιους όρους και της ίδιας ποιότητας με αυτές που παρέχει και στο λιανικό του άκρο (συμπεριλαμβανομένων των θυγατρικών του και των συνδεδεμένων με αυτόν επιχειρήσεων). Ειδικότερα, σύμφωνα με την εν λόγω υποχρέωση:

[...]4.1.2 Κατά την παροχή υπηρεσιών φυσικής πρόσβασης σε υποδομή δικτύου δεν επιτρέπεται να υπάρχουν αδικαιολόγητες καθυστερήσεις, σύζευξη υπηρεσιών ή ευκολιών (εκτός και εάν αυτή δικαιολογείται από τεχνικούς λόγους), καθώς και αδικαιολόγητα επαχθείς συμβατικοί όροι.

[...]4.1.4 Απαγορεύεται κάθε προνομιακή πρόσβαση του λιανικού άκρου του ΟΤΕ ή των συνδεδεμένων με αυτόν επιχειρήσεων στις δραστηριότητες χονδρικής του ΟΤΕ.

4.1.5 Ο ΟΤΕ υποχρεούται να παρέχει πρόσβαση στα πληροφοριακά συστήματα χονδρικής σε τρίτους παρόχους υπό τους ίδιους όρους και υπό τις ίδιες προδιαγραφές ποιότητας με αυτές που παρέχει και στο λιανικό του άκρο.»

20. Σύμφωνα με τα άρθρα 4.2 επόμενα της ως άνω ενότητας:

«4.2 Αναφορικά με την πρόσβαση σε τεχνικά έργα υποδομής, ο ΟΤΕ οφείλει να παρέχει πρόσβαση στα δικά του τεχνικά έργα υποδομής σε τρίτους αιτούντες πρόσβαση υπό τους ίδιους όρους όπως διατίθενται εσωτερικά. Ο ΟΤΕ πρέπει να κοινοποιεί όλες τις απαραίτητες πληροφορίες που αφορούν χαρακτηριστικά της υποδομής, και να εφαρμόζει τις ίδιες διαδικασίες για την παραγγελία και την παροχή πρόσβασης. Προσφορές αναφοράς και συμφωνίες για το επίπεδο των παρεχόμενων υπηρεσιών είναι καθοριστικής σημασίας για τη διασφάλιση ορθής εφαρμογής της αρχής της ισοδυναμίας. Αντίστοιχα, είναι σημαντικό κάθε ασύμμετρη γνώση που διαθέτει ο ΟΤΕ σχετικά με σχέδια ανάπτυξης των δικτύων τρίτων οι οποίοι αιτούνται πρόσβαση από τον ΟΤΕ να μη χρησιμοποιείται από τον ίδιο ώστε να αποκομίζει αδικαιολόγητο εμπορικό όφελος. Είναι επομένως απαραίτητο στην Προσφορά Αναφοράς, να ορίζονται διαδικασίες για την χονδρική παροχή πρόσβασης σε τεχνικά έργα υποδομής (civil engineering infrastructure) οι οποίες εξασφαλίζουν ότι οι εναλλακτικοί πάροχοι έχουν ισότιμη μεταχείριση, και δεν προκύπτουν σε βάρος τους επιπλέον χρεώσεις ή αδικαιολόγητοι περιορισμοί που θα οδηγούσαν σε στρέβλωση του ανταγωνισμού στις αγορές επόμενων σταδίων. Ο ΟΤΕ υποχρεούται να εφαρμόζει τα προβλεπόμενα στις παραγράφους 2 και 3 του Παραρτήματος II της Σύστασης της Επιτροπής σχετικά με τη ρυθμιζόμενη πρόσβαση σε δίκτυα πρόσβασης Νέας Γενιάς. Ειδικότερα:

4.2.1 Αναφορικά με τις πληροφορίες σχετικά με τα τεχνικά έργα υποδομής και τα σημεία διανομής:

(i) Ο ΟΤΕ πρέπει να παρέχει σε τρίτους, αιτούντες πρόσβαση, το ίδιο επίπεδο ενημέρωσης σχετικά με τα δικά του τεχνικά έργα υποδομής και τα σημεία διανομής, όπως διατίθεται εσωτερικά. Οι πληροφορίες αυτές πρέπει να καλύπτουν την οργάνωση των τεχνικών έργων

υποδομής, καθώς και τα τεχνικά χαρακτηριστικά των επιμέρους στοιχείων από τα οποία αποτελείται η υποδομή. Εφόσον είναι διαθέσιμη, πρέπει να γνωστοποιείται η γεωγραφική θέση αυτών των στοιχείων, συμπεριλαμβανομένων αγωγών, ιστών και άλλων υλικών στοιχείων του ενεργητικού (π.χ. χώροι συντήρησης), καθώς και ο διαθέσιμος χώρος σε αγωγούς. Παρέχονται επίσης η γεωγραφική θέση των σημείων διανομής και κατάλογος των συνδεδεμένων κτιρίων.

(ii) Ο ΟΤΕ οφείλει να προσδιορίζει όλους τους κανόνες καθώς και τις τεχνικές προϋποθέσεις που αφορούν στην πρόσβαση και τη χρήση των τεχνικών έργων υποδομής και των σημείων διανομής, καθώς και των διάφορων στοιχείων από τα οποία αποτελείται η υποδομή. Οι κανόνες και όροι που εφαρμόζονται σε τρίτους αιτούντες πρόσβαση είναι ίδιοι με τους κανόνες που εφαρμόζει ο ΟΤΕ για τον ίδιο, τις θυγατρικές του ή τις συνδεδεμένες με αυτόν επιχειρήσεις.

(iii) Ο ΟΤΕ οφείλει να παρέχει τα εργαλεία για την εξασφάλιση ορθής πρόσβασης σε πληροφορίες, όπως εύκολα προσβάσιμους καταλόγους, βάσεις δεδομένων ή δικτυακές πύλες. Οι πληροφορίες πρέπει να επικαιροποιούνται τακτικά, ώστε να λαμβάνεται υπόψη η εξέλιξη και η ανάπτυξη της υποδομής και πληροφορίες που συγκεντρώθηκαν σε μεταγενέστερο στάδιο, ιδίως στην περίπτωση έργων εγκατάστασης οπτικής ίνας από τον ΟΤΕ ή από άλλους αιτούντες πρόσβαση.

4.2.2 Αναφορικά με παραγγελίες και παροχή πρόσβασης:

(i) Ο ΟΤΕ οφείλει να εφαρμόσει τις διαδικασίες και τα εργαλεία που είναι απαραίτητα για την εξασφάλιση αποτελεσματικής πρόσβασης και χρήσης των δικών του τεχνικών έργων υποδομής και σημείων διανομής, καθώς και των διάφορων στοιχείων από τα οποία αποτελείται η υποδομή. Ειδικότερα, πρέπει να παρέχει σε τρίτους αιτούντες πρόσβαση, συστήματα διαχείρισης παραγγελιών, προμηθειών και διαχείρισης βλαβών, ισοδύναμα με αυτά που παρέχει στον εαυτό του, τις θυγατρικές του ή τις συνδεδεμένες με αυτόν επιχειρήσεις. Τα ανωτέρω πρέπει να περιλαμβάνουν μέτρα που αποσκοπούν σε άρση της συμφόρησης των εν λειτουργία αγωγών.

(ii) Αιτήματα παροχής πληροφοριών, πρόσβασης και χρήσης των τεχνικών έργων υποδομής, των σημείων διανομής και των διάφορων στοιχείων από τα οποία αποτελείται η υποδομή εκ μέρους τρίτων αιτούντων πρόσβαση, πρέπει να υποβάλλονται σε επεξεργασία εντός των ιδίων προθεσμιών με ισοδύναμες αιτήσεις που υποβάλλονται από τον ίδιο, τις θυγατρικές του ή τις συνδεδεμένες με αυτόν επιχειρήσεις. Πρέπει επίσης να παρέχεται το ίδιο επίπεδο παρακολούθησης σχετικά με την πρόοδο των αιτήσεων, ενώ οι αρνητικές απαντήσεις οφείλουν να είναι αντικειμενικά αιτιολογημένες.

(iii) Τα συστήματα πληροφοριών του ΟΤΕ πρέπει να τηρούν μητρώο του χειρισμού των αιτήσεων, το οποίο θα βρίσκεται στη διάθεση της ΕΕΤΤ.»

21. Σύμφωνα με την απόφαση της ΕΕΤΤ ΑΠ 531/065/23-07-2009, κατά το 2ο γύρο ανάλυσης, Ενότητα III Κανονιστικές Υποχρεώσεις, παράγραφος 4. Υποχρέωση Αμεροληψίας (Μη Διακριτικής Μεταχείρισης):

4.1 Αναφορικά με την υποχρέωση Αμεροληψίας, η εταιρεία ΟΤΕ ΑΕ φέρει τις ακόλουθες υποχρεώσεις:

4.1.1 Διατηρείται η υποχρέωση μη διακριτικής μεταχείρισης (υποχρέωση αμεροληψίας) για όλες τις υποχρεώσεις πρόσβασης, σύμφωνα με την οποία ο ΟΤΕ υποχρεούται να εφαρμόζει ισοδύναμους όρους, σε ισοδύναμες περιστάσεις, σε άλλες επιχειρήσεις που παρέχουν ισοδύναμες υπηρεσίες, και να παρέχει υπηρεσίες και πληροφορίες σε τρίτους υπό τους ίδιους όρους και της ίδιας ποιότητας με αυτές που παρέχει και στο λιανικό του άκρο (συμπεριλαμβανομένων των θυγατρικών του και των συνδεδεμένων με αυτόν επιχειρήσεων).

[...]4.1.3 Κατά την παροχή υπηρεσιών αδεσμοποίησης τοπικής πρόσβασης, δεν επιτρέπεται να υπάρχουν αδικαιολόγητες καθυστερήσεις, σύζευξη υπηρεσιών ή ευκολιών (εκτός και εάν αυτή δικαιολογείται από τεχνικής σκοπιάς), καθώς και αδικαιολόγητα επαχθείς συμβατικοί όροι.

[...]4.1.5 Απαγορεύεται κάθε προνομιακή πρόσβαση του λιανικού άκρου του ΟΤΕ ή των συνδεδεμένων με αυτόν επιχειρήσεων στις δραστηριότητες χονδρικής του ΟΤΕ. Ο ΟΤΕ υποχρεούται να παρέχει πρόσβαση στα πληροφοριακά συστήματα χονδρικής σε τρίτους παρόχους υπό τους ίδιους όρους και της ίδιας ποιότητας με αυτές που παρέχει και στο λιανικό του άκρο.»

22. Στην ΑΠ ΕΕΤΤ 573/015/22-7-2010 (ΦΕΚ 1338/Β/31-8-2010), με την οποία εγκρίθηκε η Προσφορά Αναφοράς ΟΤΕ 2010 για την Αδεσμοποίηση Πρόσβαση στον Τοπικό Βρόχο και τις Συναφείς Ευκολίες, σε εφαρμογή της ΑΠ ΕΕΤΤ 531/065/23-07-2009, παράγραφο 2.2.4, ως ίσχυε τροποποιηθείσα, προβλέπονται τα εξής αναφορικά με την επιλεξιμότητα του Βρόχου και τους λόγους απόρριψης αιτημάτων ΤοΒ/ ΤοΥΒ :

«Μετά την κατάθεση του αιτήματος παροχής τοπικού βρόχου από τον Τ.Π. και σύμφωνα με τις προβλεπόμενες από την παρούσα προσφορά διαδικασίες (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 11), ο ΟΤΕ οφείλει να ενημερώσει, μέσω του Π.Σ. ΟΤΕ, τον Τ.Π. σχετικά με την απόρριψη ή όχι του αιτήματος.

Ο βρόχος θεωρείται επιλέξιμος όταν δεν συντρέχει περίπτωση απόρριψης της σχετικής αίτησης σύμφωνα με τα κατωτέρω:

Α. Λόγοι απόρριψης αίτησης παροχής τοπικού βρόχου
Οι λόγοι απόρριψης του αιτήματος τοπικού βρόχου είναι περιοριστικά οι κάτωθι:

- Για Ανενεργό βρόχο/υποβρόχο:
 - Έλλειψη κυρίου ή απερχόμενου δικτύου (τμήμα Β-Γ ή Β-Α του σχήματος1)

[...]

- Για Ενεργό ή μεριζόμενο βρόχο ή υποβρόχο:

[...]

- Έλλειψη δικτύου χαλκού στο τμήμα Β-Γ του σχήματος 1

- Αδυναμία δικτύου σύνδεσης (PCM ή Φ/Σ) και έλλειψη δικτύου χαλκού

[...]

Σε κάθε περίπτωση απόρριψης ο ΟΤΕ οφείλει να ενημερώνει εγγράφως τον Τ.Π. για τους λόγους απόρριψης και για τυχόν εναλλακτικές δυνατότητες υλοποίησης του αιτήματός του το αργότερο εντός 3 εργασίμων ημερών

από την ημερομηνία απόρριψης του σχετικού αιτήματος. Οι λόγοι απόρριψης του ΟΤΕ οφείλουν δε όπως είναι «αντικειμενικά αιτιολογημένοι» σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την εφαρμογή των κανόνων Ανταγωνισμού σε Συμφωνίες πρόσβασης στον τομέα των τηλεπικοινωνιών.»

23. Σύμφωνα με την παράγραφο 2.8.4 vii της ως άνω Προσφοράς,

«2.8.4. Δείκτες Αποδοτικότητας (ΔΑ)

Πέραν των ανωτέρω πληροφοριών, ο ΟΤΕ θα δημοσιοποιεί στο Π.Σ. ΟΤΕ ανά τρίμηνο, εξάμηνο και έτος τους δείκτες αποδοτικότητας της υπηρεσίας «Αδεσμοποίηση πρόσβαση στον τοπικό βρόχο και τις σχετικές Υπηρεσίες», συνολικά για την ΕΕΤΤ και ανά Τ.Π. για κάθε Τ.Π. Οι ΔΑ θα περιλαμβάνουν μεταξύ άλλων, τα εξής στοιχεία:

[...]vii. Αριθμός απορριφθέντων αιτήσεων τοπικών βρόχων ανά αιτιολογία της απόρριψής τους ανά πάροχο σε τριμηνιαία βάση.[...]

24. Στην αιτιολογική έκθεση της απόφασης της ΕΕΤΤ 573/015/22-7-2010 (σημείο 13) αναφέρεται:

«Λαμβάνοντας ιδιαιτέρως υπόψη τους αναφερόμενους στο Άρθρο 12, παρ. 2, της Οδηγίας για την Πρόσβαση παράγοντες, με την απόφαση της ΕΕΤΤ ΑΠ 531/065/2009 θεσπίζεται γενική υποχρέωση του ΟΤΕ να παρέχει στους Τ.Π. πρόσβαση σε μεταλλικούς βρόχους και υποβρόχους. Ως εκ τούτου, τίθεται ως γενικός κανόνας ότι ο ΟΤΕ οφείλει να ανταποκρίνεται χωρίς εξαίρεση στα αιτήματα των Τ.Π. για διάθεση βρόχου ή υποβρόχου (καθότι η ως άνω υποχρέωση είναι απαραίτητη προϋπόθεση για την ανάπτυξη του ανταγωνισμού στη σχετική αγορά) και δύναται να αρνείται την πρόσβαση μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις όπου αυτή είναι «αντικειμενικά αιτιολογημένη», σύμφωνα και με τα αναφερόμενα στην Ανακοίνωση της Επιτροπής με τίτλο «Ανακοίνωση για την εφαρμογή των κανόνων του Ανταγωνισμού σε συμφωνίες πρόσβασης στον τομέα των τηλεπικοινωνιών [Επίσημη Εφημερίδα Αριθ. C 265 της 22/08/1998]».

Περαιτέρω στο Κεφάλαιο Α, Υποκεφάλαιο ΙΙΙ, Κανονιστικές Υποχρεώσεις, Ενότητα 4, υποενότητα 4.1.3, της απόφασης ΕΕΤΤ ΑΠ 531/065/2009 ορίζεται ότι: «Κατά την παροχή υπηρεσιών αδεσμοποίησης τοπικής πρόσβασης, δεν επιτρέπεται να υπάρχουν αδικαιολόγητες καθυστερήσεις, σύζευξη υπηρεσιών ή ευκολιών (εκτός και εάν αυτή δικαιολογείται από τεχνικής σκοπιάς), καθώς και αδικαιολόγητα επαχθείς συμβατικοί όροι.»

Γ. Εφαρμοστές Διατάξεις της νομοθεσίας περί ελεύθερου ανταγωνισμού

25. Το άρθρο 2 του Ν. 3959/2011 «Προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού» (ΦΕΚ 93/Α/20-4-2011), ορίζει:

«1. Απαγορεύεται η καταχρηστική εκμετάλλευση από μία ή περισσότερες επιχειρήσεις της δεσπόζουσας θέσης στο σύνολο ή μέρος της αγοράς της Ελληνικής Επικράτειας.

2. Η καταχρηστική αυτή εκμετάλλευση μπορεί να συνίσταται ιδίως:

α) στην άμεση ή έμμεση επιβολή μη εύλογων τιμών αγοράς ή πωλήσεως ή άλλων όρων συναλλαγής,

β) στον περιορισμό της παραγωγής, της διάθεσης ή της τεχνολογικής ανάπτυξης με ζημία των καταναλωτών,

γ) στην εφαρμογή στο εμπόριο άνισων όρων για ισοδύναμες παροχές, ιδίως στην αδικαιολόγητη άρνηση πώλησης, αγοράς ή άλλης συναλλαγής, με αποτέλεσμα να περιέρχονται ορισμένες επιχειρήσεις σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό,

δ) στην εξάρτηση της σύναψης συμβάσεων από την αποδοχή, εκ μέρους των συναλλασσόμενων, πρόσθετων παροχών, οι οποίες από τη φύση τους ή σύμφωνα με τις εμπορικές συνήθειες δεν συνδέονται με το αντικείμενο των συμβάσεων αυτών.»

26. Σύμφωνα με το άρθρο 4 του ν. 3959/2011 (Α 93) με τίτλο: «Βάρος Απόδειξης»:

«Κατά τη διαδικασία ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού για την εφαρμογή των άρθρων 1 και 2 καθένας φέρει το βάρος απόδειξης των ισχυρισμών του.»

27. Εξάλλου, σύμφωνα με το άρθρο 2 του Κανονισμού 1/2003 :

«Στο πλαίσιο του συνόλου των εθνικών και των κοινοτικών διαδικασιών εφαρμογής των άρθρων 81 και 82 της συνθήκης, η απόδειξη της παράβασης του άρθρου 81 παράγραφος 1 ή του άρθρου 82 της συνθήκης βαρύνει το μέρος ή την αρχή που ισχυρίζεται την παράβαση. Η απόδειξη ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις του άρθρου 81 παράγραφος 3 της συνθήκης βαρύνει την επιχείρηση ή ένωση επιχειρήσεων που επικαλείται τη διάταξη αυτή.»

28. Στο σημείο 5 του προοιμίου του ως άνω Κανονισμού αναφέρεται:

«Για να διασφαλιστεί η αποτελεσματική επιβολή των κοινοτικών κανόνων ανταγωνισμού και ταυτόχρονα ο σεβασμός θεμελιωδών δικαιωμάτων υπεράσπισης, ο παρών κανονισμός θα πρέπει να ρυθμίζει το βάρος της απόδειξης αναφορικά με τα άρθρα 81 και 82 της συνθήκης. Θα πρέπει να είναι η πλευρά ή η αρχή που προβάλλει τον ισχυρισμό παράβασης του άρθρου 81 παράγραφος 1 και του άρθρου 82 της συνθήκης που οφείλει να αποδεικνύει την ύπαρξη παράβασης, σύμφωνα με τα απαιτούμενα νομικά πρότυπα απόδειξης. Θα πρέπει να είναι η επιχείρηση ή η ένωση επιχειρήσεων που επικαλείται το ευεργέτημα της υπεράσπισης, έναντι της διαπίστωσης μιας παράβασης, η οποία οφείλει να αποδεικνύει, σύμφωνα με τα απαιτούμενα νομικά πρότυπα απόδειξης, ότι πληρούνται οι όροι για την εφαρμογή αυτής της υπεράσπισης. Ο παρών κανονισμός δεν θίγει ούτε τους εθνικούς κανόνες περί των απαιτούμενων αποδεικτικών προτύπων ούτε την υποχρέωση των αρχών ανταγωνισμού και των δικαστηρίων των κρατών μελών να εξακριβώνουν τα κρίσιμα πραγματικά περιστατικά μιας υπόθεσης, υπό τον όρο ότι οι εν λόγω κανόνες και υποχρεώσεις συνάδουν προς τις γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου.»

29. Στην υπόθεση Aalborg Portland A/S κ.λπ. κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, παράγραφοι 78-79 το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων έκρινε ότι:

«78. Όπως πολύ πρόσφατα υπογράμμισε το Συμβούλιο στην πέμπτη αιτιολογική σκέψη του κανονισμού (ΕΚ) 1/2003, της 16ης Δεκεμβρίου 2002, για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού που προβλέπονται στα άρθρα 81 και 82 της Συνθήκης (ΕΕ L 1, σ. 1), η πλευρά ή η αρχή που προβάλλει τον ισχυρισμό περί παραβάσεως των κανόνων του ανταγωνισμού είναι εκείνη που οφείλει

να αποδείξει την ύπαρξη παραβάσεως, η δε επιχείρηση ή η ένωση επιχειρήσεων που επικαλείται προς όφελός της ένα μέσο άμυνας, έναντι της διαπίστωσης μιας παραβάσεως, είναι εκείνη η οποία οφείλει να αποδείξει ότι πληρούνται οι όροι για την εφαρμογή αυτού του μέσου άμυνας, οπότε η εν λόγω αρχή θα πρέπει να κάνει χρήση άλλων αποδεικτικών στοιχείων.

79. Έστω και αν το νόμιμο βάρος αποδείξεως το φέρει, σύμφωνα με τις αρχές αυτές, είτε η Επιτροπή είτε η ενδιαιφερόμενη επιχείρηση ή ένωση, τα πραγματικά στοιχεία τα οποία επικαλείται η μία πλευρά μπορεί να είναι ικανά να υποχρεώσουν την άλλη πλευρά να παράσχει μια εξήγηση ή αιτιολογία, ελλείψει της οποίας να επιτρέπεται να συναχθεί ότι η πρώτη πλευρά ανταποκρίθηκε στην υποχρέωσή της.»

30. Σύμφωνα με το άρθρο 38 παρ. 1 του ν. 3959/2011 (Α 93) με τίτλο: «Υποχρεώσεις Επιχειρήσεων και Εξουσίες Έρευνας»:

«1. Όταν είναι αναγκαίο για την άσκηση των αρμοδιοτήτων της Επιτροπής Ανταγωνισμού, που ορίζονται στον παρόντα νόμο, ο Πρόεδρος της Επιτροπής ή ο εξουσιοδοτημένος από αυτόν Αντιπρόεδρος, Γενικός Διευθυντής, Διευθυντής ή υπάλληλος της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού, μπορεί να ζητά με έγγραφο πληροφορίες από επιχειρήσεις, ενώσεις επιχειρήσεων ή άλλα φυσικά ή νομικά πρόσωπα ή δημόσιες ή άλλες αρχές. Στο έγγραφο αναφέρονται οι διατάξεις του νόμου, οι οποίες θεμελιώνουν το αίτημα, ο σκοπός της αίτησης, η προθεσμία που τάσσεται για την παροχή των πληροφοριών, η οποία δεν μπορεί να είναι βραχύτερη των πέντε ημερών για τις πληροφορίες που αφορούν υποθέσεις ασφαλιστικών μέτρων ή αποφάσεις βάσει της παραγράφου 3 του άρθρου 9 ή υποθέσεις συγκεντρώσεων και των δέκα ημερών για τις λοιπές περιπτώσεις, καθώς και οι κυρώσεις, οι οποίες προβλέπονται σε περίπτωση μη συμμόρφωσης προς την υποχρέωση παροχής πληροφοριών. Εκείνοι, στους οποίους απευθύνεται το έγγραφο υποχρεούνται σε άμεση, πλήρη και ακριβή παροχή των πληροφοριών που ζητούνται. Όταν οι πληροφορίες ζητούνται από επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων, υποχρεούνται σε παροχή των πληροφοριών τα υπεύθυνα πρόσωπα της παραγράφου 2 του άρθρου 25 και οι αρμόδιοι υπάλληλοι των επιχειρήσεων ή ενώσεων επιχειρήσεων. Δεν υπέχουν υποχρέωση παροχής πληροφοριών τα πρόσωπα που δεν εξετάζονται σε ποινικές δίκες, εφόσον τηρήσουν την υποχρέωση της παραγράφου 3 του ίδιου άρθρου. Με τα οριζόμενα στην παρούσα παράγραφο δε θίγονται οι διατάξεις περί τραπεζικού απορρήτου.

2. Με την επιφύλαξη ειδικών νόμων που καθιερώνουν Υποχρέωση εχεμύθειας, όλες οι δημόσιες αρχές και τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου υπέχουν υποχρέωση να παρέχουν πληροφορίες και να συνδράμουν την Επιτροπή Ανταγωνισμού και τους εντεταλμένους υπαλλήλους της κατά την εκτέλεση των καθηκόντων τους.

3. Σε περίπτωση άρνησης, δυστροπίας ή καθυστέρησης παροχής των αιτούμενων κατά περίπτωση πληροφοριών ή σε περίπτωση παροχής πληροφοριών ανακριβών ή ελλιπών, με την επιφύλαξη των ποινικών κυρώσεων του άρθρου 44, η Επιτροπή Ανταγωνισμού:

α) όταν πρόκειται για επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων, διευθυντές και υπαλλήλους τους, όπως και ιδιώτες ή νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου, επιβάλλει πρόστιμο δεκαπέντε χιλιάδες (15.000) ευρώ με ανώτατο όριο το 1% του κύκλου εργασιών, όπως αυτός υπολογίζεται σύμφωνα με το άρθρο 10 στο καθένα από τα πρόσωπα και για κάθε παράβαση.

β) όταν πρόκειται για δημόσιους υπαλλήλους ή υπαλλήλους νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου αναφέρεται αρμοδίως, προκειμένου να κινηθεί πειθαρχική δίωξη για τις πιο πάνω παραβάσεις οι οποίες συνιστούν πειθαρχικό παράπτωμα.»

IV. Περιεχόμενο της καταγγελίας / Ισχυρισμοί των μερών

31. Τόσο κατά την από 6 Μαρτίου 2014 Ακρόαση, όσο και με τα έγγραφα Υπομνήματά τους, αμφότερα τα μέρη επικαλέστηκαν τους ισχυρισμούς που είχαν διατυπωθεί κατά την διεξαγωγή την 15η Ιανουαρίου 2013 ακρόαση ενώπιον αρμόδιας Επιτροπής Ακροάσεων της ΕΕΤΤ, καθώς και στα με αριθμούς πρωτοκόλλου ΕΕΤΤ 5653/06-02-2013¹ και 6124/08-02-2013² Υπομνήματά τους, καθώς και το σύνολο των προσκομισθέντων στοιχείων. Από τα εν λόγω στοιχεία, προκύπτουν τα εξής:

Ισχυρισμοί της καταγγέλλουσας

32. Με μια σειρά επιστολών της προς την ΕΕΤΤ (σχετ. (θ (1-6)), η εταιρεία Forthnet κατήγγειλε τα εξής:

27.1 ότι η εταιρεία ΟΤΕ ΑΕ, ύστερα από την υποβολή αιτημάτων της για παράδοση Ανενεργών Τοπικών Βρόχων (ΑνΤοΒ), προβαίνει σε απόρριψη σημαντικού αριθμού αυτών ισχυριζόμενη «έλλειψη κύριου ή απερχόμενου δικτύου», χωρίς να παρέχονται στον αιτούντα πάροχο τεχνικά στοιχεία αναφορικά με την έλλειψη του κυρίου ή ακραίου δικτύου, τα αίτια της έλλειψης ελεύθερου ζευγαριών σύνδεσης ή τον πιθανό χρόνο αποκατάστασης του προβλήματος, ή άλλη εναλλακτική πρόταση για την επίλυση του θέματος,

27.2 ότι παρουσιάζονται μαζικές απορρίψεις αιτημάτων ανενεργού βρόχου στην φάση, μετά την επιλεξιμότητα του τοπικού βρόχου,

27.3 ότι τα απορριφθέντα αιτήματα των παρόχων δεν καταχωρούνται σε αναμονή στο Πληροφοριακό Σύστημα του ΟΤΕ (WCRM- LLU)³, σε αντίθεση με τα αντίστοιχα αιτήματα της λιανικής του ΟΤΕ, που ενώ -σύμφωνα με τα καταγγελλόμενα- απορρίπτονται λόγω «έλλειψης κύριου ή απερχόμενου δικτύου», δηλαδή έλλειψης ελεύθερου εγκατεστημένου χάλκινου ζεύγους, παραμένουν στο αντίστοιχο Πληροφοριακό Σύστημα του ΟΤΕ «Προμηθέα»,

27.4 ότι ο πάροχος στην περίπτωση αυτή ενθαρρύνεται από τον ΟΤΕ όπως επανυποβάλει σε περιοδική βάση το σχετικό αίτημα, χωρίς να γνωρίζει σχετικά τον

εκτιμώμενο χρόνο αποκατάστασης του προβλήματος ή τις πιθανότητες μελλοντικής ικανοποίησης αυτού, ώστε να ενημερώσει σχετικά τον πελάτη του,

27.5 ότι πολλοί υποψήφιοι συνδρομητές της καταγγέλλουσας, κατά τη διάρκεια της παραμονής τους σε αυτήν για την κάλυψη της «έλλειψης κυρίου ή απερχόμενου δικτύου» του ΟΤΕ, λαμβάνουν από τον τελευταίο, «ενημερωτική» επιστολή για τη φορητότητα του αριθμού, η οποία αναφέρεται στην πιθανότητα ενεργοποίησης καταναλωτών σε δίκτυα εναλλακτικών παρόχων παρά τη θέλησή τους,

27.6 ότι ως αποτέλεσμα των ανωτέρω ζημιώνεται πολλαπλώς (πρόσθετα λειτουργικά κόστη, αδυναμία μαζικής διαχείρισης αιτημάτων, επιμήκυνση του χρόνου ενεργοποίησης στο δίκτυο της εταιρείας, δυσφήμιση, απώλεια σημαντικού αριθμού πελατών και εσόδων) και δυσχεραίνεται ουσιαστικά η λειτουργία του συστήματος της αδεσμοποίητης πρόσβασης στον τοπικό βρόχο,

27.7 ότι μετά την ως άνω απόρριψη των σχετικών αιτημάτων από την ΟΤΕ ΑΕ, εφόσον ο ίδιος συνδρομητής αιτηθεί γραμμή στον ΟΤΕ, εξυπηρετείται άμεσα, στην ίδια διεύθυνση, γεγονός που η καταγγέλλουσα θεμελιώνει στις μαρτυρίες καταναλωτών, υποψηφίων πελατών της καταγγέλλουσας, τα αιτήματα των οποίων επί μακρόν δεν ικανοποιούνταν λόγω έλλειψης κυρίου ή απερχόμενου δικτύου, ενώ όταν οι εν λόγω πελάτες απευθύνθηκαν στην λιανική του ΟΤΕ, τα αιτήματά τους ικανοποιήθηκαν σε σχετικά σύντομο χρονικό διάστημα.

33. Στο πλαίσιο αυτό η καταγγέλλουσα αιτήθηκε την άμεση διερεύνηση πιθανής παραβίασης της νομοθεσίας για τον ελεύθερο ανταγωνισμό καθ'όλο το διάστημα της τριετίας 2010-2012, επικαλούμενη την εξασφάλιση ανταγωνιστικών πλεονεκτημάτων υπέρ του λιανικού άκρου του ΟΤΕ καθώς και εμπορικού προβαδίσματος, ιδίως δια της επιφυλασσόμενης καλύτερης και ταχύτερης εξυπηρέτησης για τα αιτήματα ενεργοποίησης που προέρχονται από το λιανικό άκρο του ΟΤΕ.

34. Κατά την προφορική διαδικασία καθώς και με το έγγραφο Υπόμνημά της η εταιρεία Forthnet επανέλαβε τους ως άνω, παρ. 26, ισχυρισμούς, αναφερόμενη στη σχετική αλληλογραφία της και υποστήριξε τα κάτωθι, συνοπτικά αναφερόμενα:

Ως προς τις φερόμενες παραβιάσεις της Προσφοράς Αναφοράς ΟΤΕ για την Αδεσμοποίητη Πρόσβαση στον Τοπικό Βρόχο

29.1 Για το διάστημα 2010-2012, ο ΟΤΕ απέρριπτε τα αιτήματα παροχής τοπικού βρόχου αυτοματοποιημένα και μαζικά, χωρίς ειδικότερη πληροφόρηση αναφορικά με το εκάστοτε υφιστάμενο πρόβλημα και τον πιθανό χρόνο αποκατάστασής του, συμπεριφορά η οποία, κατά την αιτούσα θεμελιώνει παράβαση του άρθρου 2.2.4 της ΑΠ ΕΕΤΤ 573/015/22-7-2010, ως ίσχυε.

29.2 Το πλήθος υποψηφίων συνδρομητών της καταγγέλλουσας που, κατά το διάστημα 2010-2012, έλαβε μία ή περισσότερες απορρίψεις με την ένδειξη «έλλειψη κυρίου ή ακραίου» ανέρχεται σε 19.702, ενώ το πλήθος των απορρίψεων αιτημάτων ανενεργού τοπικού βρόχου, ανήρχετο ανά έτος, 2010/2011/2012 σε: 26.473 απορρίψεις/115456 αιτήματα, 49944 απορρίψεις /133816 αιτήματα, 28659 απορρίψεις /99568 αιτήματα, αντίστοιχα.

1. Η καταγγέλλουσα Forthnet κάνει ρητή αναφορά και στο σύνολο των εγγράφων στοιχείων που απαρτίζουν την υποβληθείσα καταγγελία.
2. Η εταιρεία ΟΤΕ ΑΕ επικαλείται όλους τους ισχυρισμούς που πρότεινε εγγράφως και προφορικά και επικαλείται όλα τα αποδεικτικά στοιχεία που προσκόμισε δυνάμει της με αριθ. πρωτ. 44707/Φ.391/29-11-2012 Πράξης Διεξαγωγής Ακρόασης, καθώς και τις προγενέστερες επιστολές της ίδιας που λήφθηκαν υπόψη σύμφωνα με την πράξη αυτή.
3. Σε αντίθεση με ό,τι συμβαίνει στην περίπτωση αιτημάτων για την παροχή υπηρεσιών χονδρικής ευρυζωνικής πρόσβασης (ΑΡΥΣ)

29.3 Για το ίδιο διάστημα οι ως άνω απορρίψεις λόγω ελλείψεως δικτύου δεν εντοπίζονται μόνο σε σχέση με κάποιες προβληματικές περιοχές (ή προβληματικά ΑΚ), αλλά είναι διάχυτες ανά την Επικράτεια, όπως επιβεβαιώνεται από τα προσκομισθέντα από την εταιρεία Forthnet στοιχεία (φύλλο EXCEL 5).

29.4 Ότι οι απορρίψεις αιτημάτων ανενεργού βρόχου στη φάση, μετά την επιλεξιμότητα του τοπικού βρόχου, συνεχίζονται και μετά την τελευταία τροποποίηση της Προσφοράς Αναφοράς ΑΠΤΒ, όπου επιμηκύνθηκε ο χρόνος της επιλεξιμότητας του ΑΝΤοΒ που προβλέπεται στο νέο βασικό SLA.

Ως προς τη φερόμενη παραβίαση της Υποχρέωσης Αμεροληψίας (μη διακριτικής μεταχείρισης) ειδικά:

29.5 Προτεραιότητα στην εξυπηρέτηση αιτημάτων ενεργοποίησης του λιανικού άκρου ΟΤΕ:

Το γεγονός ότι το αίτημα του υποψηφίου συνδρομητή της καταγγέλλουσας δεν καταχωρείτο σε κατάσταση αναμονής στο πληροφοριακό σύστημα ΟΤΕ πρακτικά ισοδυναμούσε με a priori στέρξη της δυνατότητας μαζικής διαχείρισης των σχετικών αιτημάτων, καθώς η συμμόρφωση προς την ως άνω υπόδειξη και η περιοδική εκ νέου κατάθεσή τους προϋποθέτει ένα στάσιμο υποψήφιο συνδρομητή, ο οποίος εμμένει στο αίτημά του παρά τις αντιξοότητες, προσδοκώντας τη σύνδεσή του με το δίκτυο της καταγγέλλουσας σε απροσδιόριστο μελλοντικό χρόνο.

Αντίθετα η αυτόματη θέση των αιτημάτων του ΟΤΕ σε αναμονή δημιουργεί σειρά πλεονεκτημάτων προς όφελος του ΟΤΕ (κατά προτεραιότητα εξυπηρέτηση του λιανικού άκρου του ΟΤΕ, ενεργοποίηση του πελάτη ΟΤΕ με μία μοναδική καταχώριση στο πληροφοριακό του σύστημα, άντληση δυσσαρεστημένων πελατών των εναλλακτικών, αποτελεσματικότερη αξιοποίηση του ανθρώπινου δυναμικού του).

29.6 Αυτοματοποιημένη μαζική απόρριψη των αιτημάτων της καταγγέλλουσας - ανώτερο επίπεδο εξυπηρέτησης για το λιανικό άκρο του ΟΤΕ – προνομιακή μεταχείριση

Η καταγγέλλουσα ισχυρίζεται ότι ο ΟΤΕ, για την ταχεία εξυπηρέτηση των ιδίων πελατών του, όταν αυτοί απευθύνονται στο λιανικό του άκρο στέλνει τεχνικό συνεργείο, το οποίο μεταβαίνει στη διεύθυνση του πελάτη του προκειμένου να «ενημερωθεί για τις ιδιαίτερες συνθήκες σύνδεσης» του πελάτη και να τον εξυπηρετήσει άμεσα, ζητώντας να κληθεί ο ΟΤΕ να υποβάλει άμεσα στοιχεία για όλες τις ενεργοποιήσεις στο δίκτυό του, συνδρομητών των οποίων τα αιτήματα είχαν προηγουμένως απορριφθεί ως αιτήματα πελατών της Forthnet.

29.7 Προνομιακή πληροφόρηση του λιανικού άκρου του ΟΤΕ – προνομιακή εξυπηρέτηση του λιανικού άκρου του ΟΤΕ μέσω της αποκλειστικής πρόσβασής του σε πληροφοριακά συστήματα έτερα του W-CRM

Προνομιακή πληροφόρηση του λιανικού άκρου του ΟΤΕ, μέσω της αποκλειστικής πρόσβασής του σε άλλα πληροφοριακά συστήματα πέραν του W-CRM, σε συνδυασμό με την παντελή έλλειψη ενημέρωσης της καταγγέλλουσας αναφορικά με την τοπολογία του δικτύου ΟΤΕ, αναφορικά με τις περιοχές όπου εμφανίζεται πρόβλημα

έλλειψης κυρίου ή απερχόμενου δικτύου, τη φύση του εκάστοτε προβλήματος καθώς και τον πιθανό χρόνο κάλυψης αυτού.

29.8 Ότι αναφορικά με τα σημεία 28.6 και 28.7, τα στοιχεία από τα οποία αποδεικνύονται οι εικαζόμενες παραβάσεις βρίσκονται στην αποκλειστική κατοχή του ΟΤΕ, ο οποίος φέρει το σχετικό βάρος απόδειξης (αντιστροφή του βάρους απόδειξης), άλλως, επικουρικός, ότι η ΕΕΤΤ, δυνάμει των άρθρων 38 και 77 του Ν. 4070/2012 δύναται να απαιτήσει την προσκόμιση κάθε αναγκαίου στοιχείου προς απόδειξη των ανωτέρω.

29.9 Ότι ο ισχυρισμός της ΟΤΕ ότι η διαφορετική μεταχείριση των αιτημάτων του λιανικού της άκρου, υπό την έννοια της μη απόρριψης αυτών, αλλά της διατήρησής τους στο πληροφοριακό του σύστημα «Προμηθέας», με συνέπεια την κατά χρονική προτεραιότητα ικανοποίησή τους, έχει επιβληθεί κανονιστικά από το προϊσχύσαν κείμενο Προσφοράς Αναφοράς ΑΠΤΒ είναι αβάσιμος. Η ρύθμιση δεν συνεπάγεται ασυλία έναντι της εφαρμογής των διατάξεων περί ελεύθερου ανταγωνισμού, ενώ οι συγκεκριμένες διατάξεις της Προσφοράς Αναφοράς ΑΠΤΒ ουδόλως παραπέμπουν, ούτε επιβάλλουν τη διακριτική μεταχείριση του λιανικού άκρου ΟΤΕ.

Καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης:

35. Η καταγγέλλουσα υποστήριξε ότι η ως άνω περιγραφόμενη συμπεριφορά του ΟΤΕ συνιστά καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης αντικείμενη στο άρθρο 2 του Ν. 3959/2011 καθώς και το άρθρο 102 ΣΕΚ με το αυτό περιεχόμενο και ειδικότερα:

30.1 Αντιανταγωνιστικός αποκλεισμός, καθώς ο ΟΤΕ με την καταγγελλόμενη πρακτική του δημιουργεί σημαντικό αδικαιολόγητο διαχειριστικό φόρτο και πρόσθετο κόστος στην παροχή υπηρεσιών μέσω αδεσμοποίητης χονδρικής πρόσβασης από εναλλακτικούς παρόχους που συνδυάζεται με σαφή ανταγωνιστικά πλεονεκτήματα υπέρ του λιανικού του άκρου δια των τριών τρόπων που περιγράφηκαν ανωτέρω.

30.2 Το γεγονός ότι η συμπεριφορά του ΟΤΕ αφορά στον ανενεργό τοπικό βρόχο, εντείνει το πλήγμα στον ανταγωνισμό, δεδομένου ότι η δραστηριοποίηση των εναλλακτικών παρόχων μέσω ανενεργού τοπικού βρόχου αποτελεί τη βασική τεχνική δυνατότητα μέσω της οποίας ο εναλλακτικός πάροχος εμφανίζει εμπορική αυτοτέλεια προς τον καταναλωτή.

30.3 Σημαντικά οικονομικά οφέλη για τον ΟΤΕ, τα οποία δεν εξαντλούνται στην πρόσκαιρη οικονομική ωφέλεια, αλλά έχουν και μεσοπρόθεσμο θετικό εμπορικό αντίκτυπο για τον ΟΤΕ, ο οποίος αυξάνει τις πιθανότητές του να ξανακερδίσει τον πελάτη στο μέλλον.

30.4 Διαθρωπτικά εμπόδια στον ανταγωνισμό με τη δημιουργία πρακτικής ΟΤΕ η οποία εντάσσεται σε επιχειρησιακό σχεδιασμό με στόχο την καταστρατήγηση του κανονιστικού πλαισίου και την δημιουργία ενός επισφαλούς για τους εναλλακτικούς παρόχους περιβάλλοντος, χωρίς προβλέψιμες αποδόσεις.

30.5 Συμπεριφορά του ΟΤΕ η οποία δεν δύναται να δικαιολογηθεί αντικειμενικά, ούτε συνεπάγεται βελτιώσεις αποτελεσματικότητας οι οποίες να υπεραντισταθμίζουν τα σοβαρά αντιανταγωνιστικά της αποτελέσματα στους

καταναλωτές και στον ανταγωνισμό και η οποία εντάσσεται σε μια τακτική εξόντωσης της καταγγέλλουσας.

Αιτήματα καταγγέλλουσας

36. Η εταιρεία Forthnet υπέβαλε τα κάτωθι αιτήματα:

i. Να διεξαχθεί έρευνα και να κληθεί ο ΟΤΕ να προσκομίσει άμεσα και σε κάθε περίπτωση τουλάχιστον εντός είκοσι ημερών, πλήρη αναλυτικά στοιχεία και πληροφορίες αναφορικά με τις καταγγελλόμενες πρακτικές σύμφωνα και με τα όσα εκτέθηκαν ανωτέρω, καθώς και να της γνωστοποιηθούν τα σχετικά αποτελέσματα.

ii. Να αναγνωρισθεί με απόφαση της ΕΕΤΤ ο παράνομος, καταχρηστικός και ζημιογόνος χαρακτήρας έκαστης των καταγγελλόμενων συμπεριφορών και να διαταχθεί η άμεση παύση των πρακτικών αυτών από τον ΟΤΕ και η μη επανάληψή τους στο μέλλον.

iii. Να επιβληθούν στην εταιρεία ΟΤΕ Α.Ε. τα προβλεπόμενα από τις σχετικές διατάξεις ικανώς αποτρεπτικά διοικητικά πρόστιμα για τις εν λόγω παραβάσεις, λαμβάνοντας ιδιαιτέρως υπόψη τη σοβαρότητα των παραβάσεων, τη μεγάλη χρονική διάρκειά τους, καθώς και το γεγονός ότι ο ΟΤΕ είναι υπότροπος και μάλιστα κατ'επανάληψη, σε αντίστοιχες συμπεριφορές σύμφωνα με τα ανωτέρω αναφερθέντα.

iv. Να διαταχθεί η άμεση γνωστοποίηση από τον ΟΤΕ της πλήρους απεικόνισης του δικτύου του (τοπολογίας δικτύου), η περιοδική επικαιροποίηση της εν λόγω πληροφορίας, καθώς και η παροχή κάθε ενδεδειγμένης ενημέρωσης προκειμένου να καθίσταται εφικτή η δυνατότητα ισότιμης εξυπηρέτησης των πελατών της εταιρείας μας.

v. Να υποχρεωθεί ο ΟΤΕ να εξυπηρετεί το λιανικό του άκρο αποκλειστικά μέσω του ίδιου πληροφοριακού συστήματος με το οποίο εξυπηρετούνται οι εναλλακτικοί πάροχοι, ήτοι του W-CRM, καθώς μόνο έτσι δύναται να επιτευχθεί η μη προνομιακή πληροφόρηση και διευκόλυνση του λιανικού άκρου του ΟΤΕ.

vi. Να γίνει σύσταση στον ΟΤΕ αλλά και να υποχρεωθεί ο ΟΤΕ να μην επαναλάβει ανάλογες παραβάσεις στο μέλλον, με χρηματική ποινή και πρόστιμο με αποτρεπτικό χαρακτήρα.

vii. Να επιβληθεί στον ΟΤΕ η υποχρέωση να ενημερώσει το καταναλωτικό κοινό για τις απορρίψεις των αιτημάτων είναι ο ΟΤΕ. Σε διαφορετική περίπτωση και μέχρι την συμμόρφωση του ΟΤΕ, κρίνεται σκόπιμο να συνεχίσει η ίδια η ΕΕΤΤ, από την θεσμική της θέση και όπως το έχει κάνει μέχρι σήμερα, να ενημερώνει τους καταναλωτές για την κατάσταση που επικρατεί στην αγορά, εκδίδοντας προς τούτο σχετικά δελτία τύπου που θα περιγράφουν αντικειμενικά και αμερόληπτα την κατάσταση που επικρατεί αποδίδοντας τις ευθύνες εκεί που αναλογούν.

viii. Να υποχρεωθεί η εταιρεία ΟΤΕ Α.Ε. να μην επαναλάβει τις σχετικές παραβιάσεις στο μέλλον.

37. Περαιτέρω, με το από 9-4-14 Υπόμνημά της υποστήριξε επιπλέον τα κάτωθι:

32.1 Ως προς την ανταπόκριση του ΟΤΕ στα επανειλημμένα αιτήματα παροχής πληροφοριών και τη συμμόρφωση του ΟΤΕ προς την υπ' αριθμ. 695/061/27.06.2013 απόφαση της ΕΕΤΤ:

32.1.1 Ότι η ΟΤΕ ΑΕ έχει επιδείξει συμπεριφορά η οποία συνιστά «επί της ουσίας» άρνηση να παράσχει ακριβείς, αναλυτικές και εμπειριστατωμένες πληροφορίες, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στις παρ. 29.1 και 29.2 της ΕΕΤΤ ΑΠ 695/061/27.06.2013,

32.1.2 Ότι η εν λόγω συμπεριφορά άρνησης θεμελιώνεται και από μια σειρά ισχυρισμών (χρονοβόρο άντλησης αιτούμενων στοιχείων, τεχνικοί λόγοι πχ. PCM), με κυριότερο τη δήλωση ότι «ακόμα και στο Provisioning σύστημα χονδρικής σε επίπεδο διεύθυνσης και όχι στοιχείου δικτύου» ώστε η ΕΕΤΤ «δεν θα βρει στοιχεία για να αποδείξει τη διακριτική μεταχείριση του λιανικού του άκρου» επειδή στο πληροφοριακό σύστημα χονδρικής δεν παρέχεται τέτοια δυνατότητα. Οι εν λόγω ισχυρισμοί, σύμφωνα με την καταγγέλλουσα, χρήζουν αξιολόγησης με βάση το άρθρο 38 του Ν. 3959/2011.

32.1.3 Ότι η ΟΤΕ ΑΕ:

i. δεν συμμορφώθηκε προς το αίτημα της ΕΕΤΤ «να προσκομίσει στοιχεία αναφορικά με τις δυνατότητες πληροφόρησης αλλά και την πραγματική ενημέρωση του λιανικού του άκρου»,

ii. δεν συμμορφώθηκε προς το αίτημα της ΕΕΤΤ «να διευκρινίσει το χρονικό διάστημα που μεσολάβησε από την ημερομηνία υποβολής του αιτήματος προς το λιανικό άκρο του ΟΤΕ μέχρι την ημερομηνία ενεργοποίησής του σε αντιδιαστολή με τους αντίστοιχους χρόνους αναμονής όταν οι εν λόγω πελάτες είχαν απευθυνθεί στην Forthnet»,

iii. απάντησε πλημμελώς και εν μέρει στο αίτημα της ΕΕΤΤ να αιτιολογήσει τη διαθεσιμότητα βρόχου (χάλκινου ζεύγους) για κάθε μία ξεχωριστά από όλες τις αναφερόμενες από την καταγγέλλουσα περιπτώσεις, (για τις 334 από τις 664 περιπτώσεις ο ΟΤΕ δεν έδωσε καμία αιτιολογία υποστηρίζοντας ότι δεν υπάρχει δυνατότητα συσχετισμού των στοιχείων του δικτύου που απελευθερώθηκε (Συνδρομητής Β) με τα στοιχεία του δικτύου που δεσμεύθηκε για την ενεργοποίηση της υπηρεσίας του Συνδρομητή Α) καθώς και να «να αιτιολογήσει τη διαθεσιμότητα βρόχου που προέκυψε μεταξύ της ημερομηνίας απόρριψης του αιτήματος του συνδρομητή της καταγγέλλουσας μέχρι να δοθεί σύνδεση στον ίδιο συνδρομητή από τον ΟΤΕ»

32.2 Σχετικά με τους ισχυρισμούς της ΟΤΕ ΑΕ ότι «το σύνολο των πελατών επέστρεψε στη Forthnet» καθώς και ότι επρόκειτο για ένα «αμελητέο ποσοστό απορρίψεων»:

Ότι μέσα σε 36 μήνες η καταγγέλλουσα δέχθηκε 105.660 απορρίψεις που αφορούσαν 19.702 μοναδικούς συνδρομητές, από τους οποίους αγνοεί τι απέγιναν οι 8.359 εξ αυτών, όπερ χρήζει διερεύνησης από ΕΕΤΤ.

32.3 Σχετικά με τον ισχυρισμό του ΟΤΕ ότι δεν διαθέτει εικόνα για το δίκτυό του και ότι σε κάθε περίπτωση το λιανικό του άκρο δεν γνωρίζει τους χρόνους απόκρισης του χονδρικού του άκρου:

Ότι ένας ιδιωτικός πάροχος του μεγέθους του ΟΤΕ που αποκομίζει έσοδα εκατομμυρίων Ευρώ από την παροχή χονδρικής πρόσβασης αποκλείεται να μην έχει πλάνο, οργανωμένη πληροφορία για το δίκτυό του, όσο δυνα-

μικό και εάν είναι αυτό, η οποία πληροφορία διακινείται μέσω του ΠΣ ΠΡΟΜΗΘΕΑΣ.

32.4 Σχετικά με τον ισχυρισμό του ΟΤΕ για το υποτιθέμενο πλαφόν στα αιτήματα κατασκευής βρόχων:

Ότι εάν υπήρχε τέτοιο πλαφόν θα έπρεπε να έχει προσδιορισθεί και τεκμηριωθεί από τον ΟΤΕ, αποδεικνύοντας ότι εφαρμόζει και για το λιανικό του άκρο αντίστοιχο περιορισμό.

32.5 Σχετικά με την μη απόδειξη της ζημίας από την καταγγέλλουσα Forthnet:

Ότι αρκεί η στοιχειοθέτηση των πραγματικών περιστατικών που στοιχειοθετούν την παράβαση των κανόνων για τον ελεύθερο ανταγωνισμό και το πρόσφορο της συμπεριφοράς να προκαλέσει τα αντι-ανταγωνιστικά αποτελέσματα στα οποία κατευθύνεται. Σε κάθε περίπτωση ότι η ζημία αποδεικνύεται από τα υποβληθέντα με το από 6-2-2013 με αριθ. πρωτ. 5653 Υπόμνημα, στοιχεία.

Ισχυρισμοί της εταιρείας ΟΤΕ ΑΕ

38. Κατά την προφορική διαδικασία, καθώς και με το έγγραφο Υπόμνημά της, η εταιρεία ΟΤΕ ΑΕ πρόβαλε τους κάτωθι, συνοπτικά αναφερόμενους ισχυρισμούς:

33.1 Ως προς την απόρριψη αιτημάτων παρόχων και τη διαχείριση κατατεθειμένων αιτημάτων χονδρικής και λιανικής:

i. Ότι ουδεμία βλάβη προκλήθηκε στον ανταγωνισμό, ούτε ήταν δυνατό να προκληθεί δεδομένου ότι το σύνολο των περιπτώσεων πελατών της Forthnet, των οποίων τα αιτήματα για ΑνΤοΒ απορρίφθηκαν λόγω έλλειψης ακραίου δικτύου, επέστρεψαν στην καταγγέλλουσα, καθώς και ότι στερείται κινήτρου να προβεί σε συστηματικές πρακτικές απόρριψης αιτημάτων ΑΝΤοΒ.

ii. Ότι το ποσοστό απόρριψης αιτημάτων ΑΝΤοΒ είναι πολύ χαμηλό, συγκρινόμενο με το σχετικό ποσοστό κατασκευής ΑνΤοΒ για λογαριασμό της καταγγέλλουσας κατά την επίμαχη περίοδο, ώστε είναι αβάσιμες οι καταγγελίες περί «αδικαιολόγητα μεγάλης έκτασης» απορρίψεων ΑνΤοΒ και οργανωμένης και συστηματικής πρακτικής του ΟΤΕ, στην οποία να μπορεί να αποδοθεί ο όρος "pattern", καθώς και περί δήθεν ζημίας της καταγγέλλουσας.

iii. Ότι για τα αιτήματα που περιλαμβάνονται στο εν λόγω ποσοστό, στις περιπτώσεις που δεν υφίσταται δίκτυο, απορρίπτεται τόσο το αίτημα του Παρόχου για ΑνΤοΒ, όσο και του λιανικού άκρου ΟΤΕ για νέα σύνδεση, ενώ τυχόν ικανοποίηση συνδρομητών του ΟΤΕ οφείλεται σε «συμπωματική απελευθέρωση ζεύγους χαλκού», λόγω χρονικής συγκυρίας.

iv. Στις εν λόγω περιπτώσεις, (συγκυριακής ικανοποίησης συνδρομητών ΟΤΕ), οι εν λόγω συνδρομητές, σχεδόν αμέσως μετά την υλοποίηση της σύνδεσης (κατά μέσο όρο εντός δέκα εργάσιμων ημερών) αιτήθηκαν και έλαβαν φορητότητα προς την καταγγέλλουσα.

v. Η μη θέση του αιτήματος του παρόχου σε αναμονή προέκυπτε από το τότε ισχύον ρυθμιστικό πλαίσιο, το οποίο δεν επέτρεπε τη διαχείριση των αιτημάτων κατά τον τρόπο αυτό, ενώ η δυνατότητα της λιανικής του ΟΤΕ να θέτει τα αιτήματα σε αναμονή προς όφελός της, δεν συνιστά κατά τους ισχυρισμούς του ΟΤΕ, διακριτική μεταχείριση, δεδομένου ότι:

- Σε όλες τις εξετασθείσες περιπτώσεις ο συνδρομητής επέστρεψε στην καταγγέλλουσα, ώστε δεν επήλθε βλάβη στον ανταγωνισμό.

- Η διαφορετικότητα της διαδικασίας διαχείρισης των αιτημάτων δεν ήταν από τη φύση της πρόσφορη να προκαλέσει ασυμμετρία στην μεταχείριση των αιτημάτων του παρόχου σε σχέση με τα αιτήματα για νέες συνδέσεις ΟΤΕ, ώστε ούτε δυνητικά θα μπορούσε να επέλθει βλάβη στον ανταγωνισμό.

vi. Τα όποια ζητήματα θα εκλείψουν με την ευθυγράμμιση των διαδικασιών χονδρικής και λιανικής για την παροχή ΑΝΤοΒ, κατ'εφαρμογή της νέας Προσφοράς Αναφοράς ΑΠΤΒ.

33.2 Ως προς την αιτιολόγηση του λόγου απόρριψης

Ότι οι λόγοι που απαριθμούνται περιοριστικά στην ΑΠ ΕΕΤΤ 580/010/14-10-2012 (ΦΕΚ 1814/Β/19-11-2010) είναι αφ'εαυτών αντικειμενικά αιτιολογημένοι και δεν χρήζουν περαιτέρω αιτιολόγησης, σύμφωνα με την Ανακοίνωση της Επιτροπής για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού στις συμφωνίες πρόσβασης στον τομέα των τηλεπικοινωνιών.

33.3 Ως προς την απόρριψη μετά το στάδιο της επιλεξιμότητας

Ότι οι περιπτώσεις απόρριψης μετά το στάδιο της επιλεξιμότητας (ήτοι 3 εργάσιμες ημέρες) οφείλοντο στο ασφυκτικό των σχετικών χρονοδιαγραμμάτων και, πάντως, αφορούσε μικρό ποσοστό αιτημάτων.

33.4 Ως προς την ισότητα πληροφόρησης του λιανικού άκρου του ΟΤΕ και των Παρόχων.

i. Ότι η καταγγέλλουσα δεν προσκόμισε, ούτε είναι σε θέση να προσκομίσει, οποιοδήποτε στοιχείο που να αποδεικνύει την εν λόγω παράβαση.

ii. Ότι το λιανικό άκρο ΟΤΕ δεν έχει απολύτως καμία πρόσβαση σε πληροφόρηση ή σε οποιοδήποτε πληροφοριακό σύστημα σχετικό με την επέκταση του δικτύου, ούτε είναι άλλως πως σε θέση να γνωρίζει πότε μια περιοχή που χαρακτηρίζεται από έλλειψη δικτύου πρόκειται να καλυφθεί δικτυακά, με αποτέλεσμα αδυναμία πληροφόρησης των πελατών λιανικής των οποίων αιτήματα απορρίπτονται λόγω ελλείψεως δικτύου για το χρονικό ορίζοντα ικανοποίησης αυτών.

iii. Ότι η πληροφόρηση είτε του λιανικού άκρου του ΟΤΕ, είτε του παρόχου σχετικά με τις επεκτάσεις δικτύου είναι αδύνατη, δεδομένου ότι οι σχετικές μελέτες εγκρίνονται ή όχι με βάση τεχνοοικονομικά κριτήρια και εξαρτώνται από αστάθμητους παράγοντες, όπως άδειες Δήμων.

iv. Ότι η μετάβαση συνεργείου του ΟΤΕ για την εξεύρεση της θέσης του πελάτη στο δίκτυο γίνεται τόσο στις περιπτώσεις πελατών ΟΤΕ όσο και παρόχου, αλλά μόνο εφόσον δεν υπάρχει αποτύπωση δικτύου.

v. Τέλος και αναφορικά με τα αιτηθέντα από την ΕΕΤΤ στοιχεία και σύμφωνα με το συνημμένο σχετ.1 μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου της προϊσταμένου του Τμήματος Διαχείρισης Θεμάτων Παρόχων, Πελατών και Φορέων της Γενικής Διεύθυνσης Τεχνολογίας και Λειτουργιών, Λειτουργικής Υποστήριξης και ελέγχου, επιχειρησιακού ελέγχου και βελτίωσης, κας Μ. Λυρώνη, δήλωσε ότι «συστηματικά δεν είναι δυνατόν να συσχετι-

σθούν τα στοιχεία δικτύου που απελευθερώνονται από την κατάργηση μιας υπηρεσίας (τηλεφωνίας, βρόχων, κυκλωμάτων) ή ακύρωσης αιτήματος με τα στοιχεία δικτύου που δεσμεύονται από την ενεργοποίηση μιας άλλης υπηρεσίας.»

39. Περαιτέρω, με το από 9-4-14 Υπόμνημά της, η ΟΤΕ ΑΕ υποστήριξε επιπλέον τα κάτωθι:

34.1 Βάρος Απόδειξης:

Ότι σύμφωνα με τη νομολογία του Γενικού Δικαστηρίου της ΕΕ, το άρθρο 17 παρ. 3 του ΚΔΔ/σίας, καθώς και το άρθρο 2 του Κανονισμού 1/2003 του ΕΣ, η απόδειξη της παράβασης του άρθρου 81 και 82 της Συνθήκης βαρύνει το μέρος ή την αρχή που ισχυρίζεται την παράβαση. Σε συνέχεια της συλλογής των πληροφοριών που η καθ' ής προσκόμισε στην ΕΕΤΤ δυνάμει της ΑΠ ΕΕΤΤ 695/061/2013, η ΕΕΤΤ θα πρέπει, προκειμένου να προχωρήσει σε κατάφαση ή μη της παράβασης, όχι να κρίνει κατά πόσο ο ΟΤΕ με τα στοιχεία που προσκόμισε απέδειξε τη μη-ενοχή του, αλλά κατά πόσο αποδεικνύεται θετικά, από το σύνολο των αποδεικτικών στοιχείων, η ύπαρξη παράβασης.

34.2 Επί της υποτιθέμενης διακριτικής μεταχείρισης:

Ότι η ΕΕΤΤ κατά την έγκριση της Προσφοράς Αναφοράς ΑΠΤΒ 2010, ενώ γνώριζε τη διαφορετικότητα των διαδικασιών χονδρικής και λιανικής στις περιπτώσεις έλλειψης δικτύου, επέλεξε, αντί για την ευθυγράμμιση των δύο διαδικασιών, τη διαφοροποίησή τους, ρυθμιστική πολιτική την οποία μετάβαλε με την έγκριση της ΠΑ ΑΠΤΒ 2012, όπου αποφασίσθηκε η θέση σε αναμονή επί δίμηνο των αιτημάτων των παρόχων.

34.3 Ως προς την παράβαση της νομοθεσίας περί ελεύθερου ανταγωνισμού

i. Ότι η ανομοιογένεια των διαδικασιών δεν μπορεί να θεμελιώσει παράβαση δεδομένου ότι δεν επέφερε περιοριστικό αποτέλεσμα στην αγορά (επικαλούμενη ανοδική πορεία της αγοράς συνολικά κατά το επίμαχο χρονικό διάστημα της καταγγελίας και έπειτα ανοδική πορεία της καταγγέλλουσας στην αγορά ToB), ούτε ήταν πρόσφορη να το προκαλέσει.

ii. Ότι το σύνολο των πελατών των οποίων τα αιτήματα τελικά ικανοποιήθηκαν από τη λιανική του ΟΤΕ, λόγω σημειακής απελευθέρωσης του δικτύου, επέστρεψε με φορητότητα στον καταγγέλλοντα πάροχο, επί διπλή ζημία της ΟΤΕ η οποία αφενός απώλεσε έσοδα, διότι τα τέλη ANToB είναι έως και διπλάσια από το τέλος νέας σύνδεσης αθροισόμενου του τέλους φορητότητας, αφετέρου επιβαρύνθηκε με πρόσθετο διαχειριστικό κόστος.

iii. Ότι η διαφορετικότητα του συστήματος λιανικής και χονδρικής δεν ήταν πρόσφορη να προσδώσει ανταγωνιστικό προβάδισμα στον ΟΤΕ, δεδομένου ότι η θέση του υποψηφίου πελάτη σε αναμονή επ'αόριστον δεν εξασφαλίζει την παραμονή του στον ΟΤΕ.

34.4 Αναφορικά με την ισότητα πληροφόρησης του λιανικού άκρου του ΟΤΕ και των παρόχων

i. Ότι τόσο το ΠΣ που εξυπηρετεί τα αιτήματα της λιανικής (WOMS), όσο και αυτό που εξυπηρετεί τα αιτήματα της χονδρικής (WCRM), αντλούν δεδομένα από την ίδια ακριβώς βάση δεδομένων, η οποία δεν περιλαμβάνει πληροφορίες για τυχόν σχεδιαζόμενη επέκταση δικτύου.

ii. Ότι ο λιανικός βραχίονας του ΟΤΕ δεν έχει πρόσβαση σε πληροφόρηση σχετικά με τις περιοχές που πρόκειται να επεκταθεί το δίκτυο, ούτε το χρονικό ορίζοντα αυτής της επέκτασης.

34.5 Αναφορικά με την ύπαρξη αντικειμενικής αιτιολογίας – ενημέρωση για εναλλακτική λύση

Ότι η απόρριψη αιτημάτων λόγω έλλειψης δικτύου, αποτελεί ενέργεια σύμφωνη με το ρυθμιστικό πλαίσιο, δεδομένου ότι η «έλλειψη δικτύου» αναγνωρίζεται από το τότε ισχύον ΥΠΔ Προσφοράς ΑΠΤΒ 2010, ως αντικειμενική αιτιολογία, η οποία καθιστά στις περιπτώσεις αυτές αδύνατο τόσο για τον καταγγέλλοντα πάροχο, όσο και για τον ΟΤΕ την παροχή σύνδεσης στον πελάτη λιανικής. Περαιτέρω και όσον αφορά στη διερεύνηση παράβασης της νομοθεσίας περί ελεύθερου ανταγωνισμού με τη μορφή άρνησης πρόσβασης, στις εξεταζόμενες περιπτώσεις υφίσταται αντικειμενική αιτιολογία για την άρνηση, η οποία συνίσταται στην έλλειψη δικτύου, δηλ. σε ένα πραγματικό γεγονός που από τη φύση του αποκλείει την υλοποίηση σχετικών αιτημάτων.

34.6 Αναφορικά με τις απορρίψεις μετά το στάδιο της επιλεξιμότητας

Αναφορικά με περιπτώσεις αιτημάτων ANToB, τα οποία χαρακτηρίστηκαν ως επιλέξιμα από το ΠΣ ΟΤΕ και εν συνεχεία, κατόπιν της επιτόπιας μετάβασης συνεργείου, απορρίφθηκαν εντός του τριημέρου:

i. Ότι η ακολουθούμενη από τον ΟΤΕ διαδικασία επιλεξιμότητας βρόχου αποτελείται από τρία στάδια, με πρώτο στάδιο τον αυτοματοποιημένο έλεγχο ως προς την ορθότητα των στοιχείων διεύθυνσης με την οποία έχει καταχωρήσει ο πάροχος το αίτημά του, βάσει του διευθυνσιολογίου ΟΤΕ (αντίγραφο του οποίου δίδεται στους παρόχους). Στην περίπτωση αυτή, εφόσον ο πάροχος επιθυμούσε μπορούσε αντί της αυτοματοποιημένης μαζικής εισαγωγής αιτημάτων να προβεί σε κατάθεση μεμονωμένου αιτήματος μέσω GUI (Graphical User Interface) του WCRM, όπου επιλέγοντας την κατηγορία «άλλη οδός» στη διεύθυνση, δεν υπόκειται στον αυτοματοποιημένο έλεγχο του συστήματος και γίνεται αυτόματα επιλέξιμη από το ΠΣ, περνώντας στο επόμενο στάδιο ήτοι τον έλεγχο εάν το ΑΚ που περιλαμβάνεται στο αίτημα είναι σωστό με βάση τη δηλωθείσα διεύθυνση. Η επιλεξιμότητα του αιτήματος σύμφωνα με τον ΟΤΕ προϋποθέτει την επιτυχή έκβαση των δύο ως άνω ελέγχων. Εντούτοις, η ΟΤΕ ΑΕ υποστηρίζει ότι πρόκειται μόνο για «καταρχήν επιλεξιμότητα» ως προς την ορθότητα των στοιχείων της διεύθυνσης, χωρίς να είναι εφικτός, στο στάδιο αυτό, ο συστημικός έλεγχος της διαθεσιμότητας του δικτύου, για τον οποίο απαιτείται προσμέτρηση (επί τόπου έλεγχος) από τεχνικό ΟΤΕ.

ii. Ότι η ως άνω διαδικασία τελούσε σε γνώση των παρόχων οι οποίοι, εφόσον το αίτημά τους χαρακτηριζόταν ως επιλέξιμο από το ΠΣ πριν την 3η ημέρα, όφειλαν, κατά την κοινή πείρα του μέσου συνετού ανθρώπου και του πεπειραμένου εξειδικευμένου επιχειρηματία, να αναμένουν την οριστική απάντηση του ΟΤΕ μετά την ολοκλήρωση της διαδικασίας προσμέτρησης, δεδομένου ότι το ΠΣ δεν ήταν δυνατό να αποφανθεί για τη διαθεσιμότητα του δικτύου, όταν η διεύθυνση δεν ορίζει μονοσήμαντα

τη θέση του πελάτη του παρόχου, ή σε περιπτώσεις κυρίως ημιαστικών και αγροτικών περιοχών, των οποίων το δίκτυο δεν έχει αποτυπωθεί στο ΠΣ ΟΤΕ (περιοχές σε στάδιο ανάπτυξης ως προς το δίκτυο).

iii. Ότι, κατά την αντίληψη του μέσου συνετού επιχειρηματία, είναι εύλογη η γνώση ότι ένα ΠΣ είναι αντικειμενικά αδύνατο να δίνει βέβαιη απάντηση επί αιτήματος που θα υλοποιηθεί σε δίκτυο ηλεκτρονικών επικοινωνιών, χωρίς την εμπειρική γνώση.

iv. Ότι η άμεση ανταπόκριση του ΟΤΕ γινόταν καλόπιστα και προς αποκλειστικό όφελος του παρόχου.

V. Νομική εκτίμηση

40. Επειδή, από τα στοιχεία του φακέλου και από την διεξαχθείσα διαδικασία ακρόασης προκύπτουν τα εξής:

35.1 Το διάστημα 2010-2012, ο ΟΤΕ απέρριπτε τα αιτήματα παροχής τοπικού βρόχου της καταγγέλλουσας, αυτοματοποιημένα και μαζικά, χωρίς ειδικότερη έγγραφη ενημέρωση αναφορικά με το εκάστοτε υφιστάμενο πρόβλημα και τις τυχόν εναλλακτικές δυνατότητες υλοποίησης των αιτημάτων αυτών. Το πλήθος υποψηφίων συνδρομητών της καταγγέλλουσας που, κατά το διάστημα 2010-2012, έλαβε μία ή περισσότερες απορρίψεις με την ένδειξη «έλλειψη κυρίου ή ακραίου» δικτύου ανέρχεται σε 19.702, ενώ το πλήθος των απορρίψεων αιτημάτων ανενεργού τοπικού βρόχου, ανήρχετο ανά έτος, 2010/2011/2012 σε: 26.473 απορρίψεις/115456 αιτήματα, 49944 απορρίψεις /133816 αιτήματα, 28659 απορρίψεις /99568 αιτήματα, αντίστοιχα. Για το ίδιο διάστημα οι ως άνω απορρίψεις, λόγω ελλείψεως δικτύου, δεν εντοπίζονται μόνο σε σχέση με κάποιες προβληματικές περιοχές (ή προβληματικά ΑΚ), αλλά είναι διάχυτες ανά την Επικράτεια, όπως επιβεβαιώνεται από τα προσκομισθέντα από την εταιρεία Forthnet στοιχεία (φύλλο EXCEL 5). Επίσης, προκύπτει ότι ο ΟΤΕ απέρριπτε μεγάλο αριθμό αιτημάτων ανενεργού τοπικού βρόχου της καταγγέλλουσας, στη φάση μετά την επιλεξιμότητα (και αφού το αίτημα είχε λάβει θετική επιλεξιμότητα).

35.2 Κατά το ως άνω χρονικό διάστημα, τα απορριφθέντα αιτήματα της καταγγέλλουσας (όπως και των άλλων παρόχων), δεν καταχωρούνται σε αναμονή στο Πληροφοριακό Σύστημα του ΟΤΕ «WCRM- LLU», ενώ ο πάροχος στην περίπτωση αυτή ενθαρρύνεται από τον ΟΤΕ όπως επανυποβάλει, σε περιοδική βάση, το σχετικό αίτημα, χωρίς να γνωρίζει σχετικά τον εκτιμώμενο χρόνο αποκατάστασης του προβλήματος ή τις πιθανότητες μελλοντικής ικανοποίησης αυτού, ώστε να ενημερώσει σχετικά τον πελάτη του, σε αντίθεση με τα αντίστοιχα αιτήματα της λιανικής του ΟΤΕ, που ενώ -σύμφωνα με τα καταγγελλόμενα- απορρίπτονται λόγω «έλλειψης κύριου ή απερχόμενου δικτύου», δηλαδή έλλειψης ελεύθερου εγκατεστημένου χάλκινου ζεύγους, παραμένουν σε εκκρεμότητα επ'αόριστο, σε έτερο Πληροφοριακό Σύστημα του ΟΤΕ, το «Προμηθέας».

35.3 Περαιτέρω προκύπτει ότι, σε πολλές περιπτώσεις, μετά την ως άνω απόρριψη των σχετικών αιτημάτων ΑνΤοΒ της καταγγέλλουσας από την ΟΤΕ ΑΕ, με την αιτιολογία «έλλειψη ακραίου / κυρίου δικτύου», εφόσον ο ίδιος συνδρομητής απευθυνθεί στον ΟΤΕ, εξυπηρετείται, σε σχετικά σύντομο χρονικό διάστημα, στην ίδια διεύθυνση

με την αρχικά αιτηθείσα. Η ικανοποίηση του συνδρομητή του ΟΤΕ, παρά την απόρριψη του αιτήματος του παρόχου αποδίδεται στις περισσότερες περιπτώσεις σε «συμπτωματική απελευθέρωση ζεύγους χαλκού, λόγω χρονικής συγκυρίας», χωρίς όμως να προσδιορίζεται πώς ακριβώς έγινε η απελευθέρωση (πχ. ποιος συνδρομητής έφυγε και πότε), σύμφωνα με τα αναφερόμενα στη συνέχεια.

Α. Αναφορικά με το ζήτημα της υποβολής από τον ΟΤΕ των αιτηθέντων από την ΕΕΤΤ στοιχείων, βάσει των άρθρων 12 στ, 38 και 77 του Ν. 4070/2012, καθώς και το άρθρο 38 του Ν. 3959/2011:

36. Από την εκκίνηση από την ΕΕΤΤ της διαδικασίας διερεύνησης του θέματος των απορρίψεων από τον ΟΤΕ αιτημάτων ανενεργού τοπικού βρόχου με την αιτιολογία «έλλειψη ακραίου ή κυρίου δικτύου», το κατά πόσο αυτή είναι αντικειμενικά αιτιολογημένη σύμφωνα με το εκάστοτε ισχύον ρυθμιστικό πλαίσιο, αλλά και το κατά πόσο αυτή δύναται να θεμελιώνει παράβαση των διατάξεων της κείμενης νομοθεσίας ηλεκτρονικών επικοινωνιών καθώς και των διατάξεων περί ελεύθερου ανταγωνισμού, ιδίως με την μορφή «εφαρμογής στο εμπόριο άνισων όρων για ισοδύναμες παροχές, ιδίως στην αδικαιολογητή άρνηση πώλησης, αγοράς ή άλλης συναλλαγής, με αποτέλεσμα να περιέρχονται ορισμένες επιχειρήσεις σε μειονεκτική θέση στον ανταγωνισμό», η ΕΕΤΤ βρέθηκε αντιμέτωπη με σημαντικές δυσχέρειες στη συγκέντρωση του αναγκαίου αποδεικτικού υλικού για τη νομική διερεύνηση των τιθέμενων ζητημάτων:

36.1 Οι απαντήσεις του ΟΤΕ στις αρχικές επιστολές (στοιχείο ι) της ΕΕΤΤ προς διερεύνηση των καταγγελλόμενων ήταν γενικές και αόριστες, με στατιστικά στοιχεία που παίρνουν ως βάση υπολογισμού την ευρύτερη δυνατή κλίμακα υπολογισμού (πχ. βρόχοι που αποδόθηκαν στον Πάροχο), γεγονός που δυσχεραίνει την αποτύπωση της πραγματικής εικόνας του προβλήματος, ενώ αναλυτική απάντηση δίνεται μόνο σε κάποιες περιπτώσεις, με την επισήμανση ότι πρόκειται για δειγματοληπτική επιλογή, της τάξεως του ένα τοις χιλίοις. Στις εν λόγω περιπτώσεις η ικανοποίηση του συνδρομητή του ΟΤΕ, παρά την απόρριψη του αιτήματος του παρόχου αποδίδεται σε «συμπτωματική απελευθέρωση ζεύγους χαλκού, λόγω χρονικής συγκυρίας», χωρίς όμως να προσδιορίζεται πώς ακριβώς έγινε η απελευθέρωση (πχ. ποιος συνδρομητής έφυγε και πότε).

36.2 Αναλυτικά στοιχεία που να απαντούν στις υποβληθείσες από την καταγγέλλουσα περιπτώσεις, ζητήθηκαν από την Επιτροπή Ακρόασης και κατά τη διάρκεια της από 15-1-2013 ακροαματικής διαδικασίας, όπως έχει καταγραφεί στα Πρακτικά (σελ. 22-23), ενώ η ΟΤΕ ΑΕ δεσμεύτηκε όπως τα υποβάλει με το Υπόμνημά της, στο μέτρο του δυνατού. Εντούτοις, στο από 6-2-2013 υποβληθέν Υπόμνημα ΟΤΕ, πέραν δειγματοληπτικών αναφορών, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, ουδεμία αναφορά έγινε στα αιτηθέντα στοιχεία, πλην της επισύναψης ως σχετικού μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου εκ της Προϊσταμένης του Τμήματος Διαχείρισης Θεμάτων Παρόχων, Πελατών και Φορέων ΟΤΕ, στο οποίο αναφέρεται ότι «συστημικά δεν είναι δυνατόν να συσχετισθούν τα στοιχεία δικτύου που απελευθερώνονται από την κατάργηση μιας υπηρεσίας (τηλεφωνίας, βρόχων,

κυκλωμάτων) ή ακύρωσης αιτήματος με τα στοιχεία δικτύου που δεσμεύονται από την ενεργοποίηση μιας άλλης υπηρεσίας».

36. 3 Όπως διαπιστώθηκε από την ΕΕΤΤ στην ΑΠ 695/061/27-06-2013:

- Ακόμη και στην περίπτωση που αποδεικνύετο η προβαλλόμενη «συστημική» αδυναμία να εξαχθούν αυτοματοποιημένα οι εν λόγω πληροφορίες, αυτό δεν σημαίνει, ούτε οδηγεί άλλως πως σε απόλυτη αδυναμία εύρεσης και προσκόμισης τους στην ΕΕΤΤ, ενώ αναφορικά με το ζήτημα της εικαζόμενης προνομιακής πληροφόρησης του λιανικού άκρου του ΟΤΕ εις βάρος των παρόχων, τα υποβληθέντα, με την καταγγελία, στοιχεία, στοιχειοθετούν «ενδείξεις» που επιβάλλουν τουλάχιστον την επισταμένη διερεύνηση του συγκεκριμένου ζητήματος. Στο «ΦΥΛΛΟ EXCEL 2» του σχετικού αρχείου που υποβλήθηκε από την καταγγέλλουσα με το από 7-2-2013 Υπόμνημά της, περιλαμβάνονται τα αιτήματα 664 συνδρομητών, τα οποία απορρίπτονταν με την αιτιολογία έλλειψη δικτύου ή απερχομένου και εν τέλει ενεργοποιήθηκαν στο δίκτυό της μέσω ενεργού τοπικού βρόχου με φορητότητα από τον ΟΤΕ. Για τους συνδρομητές αυτούς απαιτήθηκαν από την καταγγέλλουσα 3.195 αιτήματα.

- Λόγω των στοιχείων που επικαλείται η καταγγέλλουσα, και δεδομένου ότι η ίδια δεν έχει τη δυνατότητα πρόσβασης σε στοιχεία που βρίσκονται στην κατοχή της ΟΤΕ ΑΕ, η τελευταία, κατόπιν αιτιολογημένου και επανειλημμένου αιτήματος της ΕΕΤΤ, δυνάμει των άρθρων 12στ, 38 και 77 του Ν. 4070/2012 καθώς και του άρθρου 38 του Ν. 3959/2011, υποχρεούται να αιτιολογήσει τη διαθεσιμότητα βρόχου που προέκυψε μεταξύ της ημερομηνίας απόρριψης του αιτήματος του συνδρομητή της καταγγέλλουσας μέχρι να δοθεί σύνδεση στον ίδιο συνδρομητή από τον ΟΤΕ, με την υποβολή των εκεί ορισθέντων στοιχείων κατ'ελάχιστον

- Τα αιτηθέντα στοιχεία είναι αναγκαία τόσο για τη διαπίστωση της ύπαρξης και της έκτασης των καταγγελιών παραβιάσεων της κείμενης νομοθεσίας ηλεκτρονικών επικοινωνιών, όπως αυτές περιγράφονται ανωτέρω στους ισχυρισμούς της καταγγέλλουσας, ((α) Προτεραιότητα στην εξυπηρέτηση αιτημάτων ενεργοποίησης του λιανικού άκρου ΟΤΕ, β) Αυτοματοποιημένη μαζική απόρριψη των αιτημάτων της καταγγέλλουσας - ανώτερο επίπεδο εξυπηρέτησης για το λιανικό άκρο του ΟΤΕ - προνομιακή μεταχείριση, γ) Προνομιακή πληροφόρηση του λιανικού άκρου του ΟΤΕ -προνομιακή εξυπηρέτηση του λιανικού άκρου του ΟΤΕ μέσω της αποκλειστικής πρόσβασής του σε πληροφοριακά συστήματα έτερα του W-CRM)), όσο και για τη διαπίστωση του κατά πόσο υφίστανται συμπεριφορές που στοιχειοθετούν καταχρηστική εκμετάλλευση από την ΟΤΕ ΑΕ της δεσπόζουσας θέσης της στην αγορά αδεσμοποιητής πρόσβασης στον τοπικό βρόχο και υποβρόχο.

(α) Ειδικότερα επί της υποβολής των αιτηθέντων με την με αριθμό 695/061/27-06-2013 απόφαση ΕΕΤΤ στοιχείων.

37. Σύμφωνα με το σημείο (ii) του Αποφασιστικού της απόφασης ΕΕΤΤ 695/ 061/ 27-06-2013, ο ΟΤΕ όφειλε όπως:

«... αιτιολογήσει τη διαθεσιμότητα βρόχου που προέκυψε μεταξύ της ημερομηνίας απόρριψης του αιτήματος του συνδρομητή της καταγγέλλουσας μέχρι να δοθεί σύνδεση στον ίδιο συνδρομητή από τον ΟΤΕ, με την υποβολή των κάτωθι στοιχείων κατ'ελάχιστον:

1. Ονοματεπώνυμο του υποψήφιου συνδρομητή (Συνδρομητής Α στο εξής) όπως αναφέρεται στην καταγγελία της καταγγέλλουσας.

2. Την ταχυδρομική διεύθυνση του υποψήφιου Συνδρομητή Α.

3. Ημερομηνία Απόρριψης αιτήματος του Δικαιούχου για τον υποψήφιο Συνδρομητή Α.

4. Ονοματεπώνυμο του συνδρομητή (Συνδρομητής Β στο εξής), ιδιοκτήτη της γραμμής, που δημιούργησε τη διαθεσιμότητα βρόχου (χάλκινου ζεύγους) με μεταφορά, κατάργηση κλπ.

5. Τον αριθμό της τηλεφωνικής σύνδεσης του Συνδρομητή Β.

6. Τα αντίστοιχα όρια κατανεμητή, καφάο κλπ για τον Συνδρομητή Β.

7. Την ταχυδρομική διεύθυνση του Συνδρομητή Β.

8. Το οικείο Αστικό Κέντρο ΟΤΕ που συνδέεται η γραμμή του Συνδρομητή Β.

9. Ημερομηνία δημιουργίας διαθεσιμότητας βρόχου (χάλκινου ζεύγους) από Συνδρομητή Β

10. Τα αντίστοιχα όρια κατανεμητή, καφάο κλπ που απελευθερώθηκαν.

11. Ημερομηνία Αίτησης Συνδρομητή Α στην Λιανική του ΟΤΕ.

12. Ημερομηνία Εξυπηρέτησης του αιτήματος του Συνδρομητή Α από τη Λιανική του ΟΤΕ.

13. Ημερομηνία Εξυπηρέτησης του αιτήματος της Forthnet για τον Συνδρομητή Α.»

38. Από την έρευνα στα δύο αρχεία excel, που έστειλε ως απάντηση μαζί με το Υπόμνημά του ο ΟΤΕ, προκύπτει ότι:

i. Απαντά στα υπ' αριθμ. 1, 2, 3, 11 και 12 από τα ως άνω αιτηθέντα στοιχεία. Τα δε υπ' αριθμ. 4 έως και 10 στοιχεία, που αφορούν στο συνδρομητή Β δεν απαντώνται, με εξαίρεση οι 163 περιπτώσεις όπου ο ΟΤΕ ισχυρίζεται ότι ο συνδρομητής Α ταυτίζεται με τον συνδρομητή Β επειδή η σύνδεση προϋπήρχε, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην παράγραφο 40.1 της παρούσας. Ομοίως δεν απαντάται το υπ' αριθμ. 13 αιτηθέν στοιχείο.

ii. Περαιτέρω τονίζεται ότι και στις περιπτώσεις που παρέχεται «απάντηση» / «αιτιολογία» από τον ΟΤΕ, αυτή είναι «κατά δήλωση ΟΤΕ» και δεν συνοδεύεται από κανέναν είδους υποστηρικτικά αποδεικτικά στοιχεία. Υπό την έννοια αυτή, η «αιτιολογημένη» απόρριψη δεν συνιστά κατ'ανάγκη «δικαιολογημένη» απόρριψη, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία.

iii. Εντούτοις, παρά την μη προσκόμιση σχετικών υποστηρικτικών αποδεικτικών στοιχείων, η αξιολόγηση της ΕΕΤΤ αναφορικά με τις παρεχόμενες από τον ΟΤΕ αιτιολογίες βασίζεται στην υπόθεση ότι αυτές είναι αληθείς, εκτός εάν προκύπτει το αντίθετο από τα ενώπιόν της στοιχεία.

39. Στην καταγγελία της Forthnet με αρ. πρωτ. ΕΕΤΤ 43839/20-10-2010, ο πάροχος αναφέρεται σε 1.695 αιτήσεις που αφορούν 413 συνδρομητές. Στο υπόμνη-

μα της Forthnet με αρ. πρωτ. ΕΕΤΤ 6124/8-2-2013, ο πάροχος αναφέρεται σε 3.195 αιτήσεις που αφορούν 664 συνδρομητές. Συνολικά, ο πάροχος αναφέρεται σε 4.890 αιτήσεις που αφορούν 1.077 συνδρομητές, εκ των οποίων από την επεξεργασία των αρχείων προκύπτουν μοναδικές εγγραφές για 3.393 αιτήσεις που αφορούν 703 συνδρομητές (1497 διπλοεγγραφές αιτήσεων που αντιστοιχούν σε 374 διπλοεγγραφές συνδρομητών). Οι 3.393 αιτήσεις που αφορούν 703 συνδρομητές αποτελούν το σύνολο των περιπτώσεων της ακρόασης.

40. Αναφορικά με τους πίνακες υπομνήματος σε μορφή xls του ΟΤΕ, υπάρχουν 836 εγγραφές που αναφέρονται σε 413 από τους 703 συνδρομητές και 580 εγγραφές οι οποίες αφορούν 290 από τους 703 συνδρομητές. Από τους 290 συνδρομητές, οι 4 αναφέρονται ήδη στους 413 συνδρομητές. Άρα, για το σύνολο των 413+290-4=699 συνδρομητών που μελετήθηκαν στα xls του υπομνήματος του ΟΤΕ διαπιστώνονται τα εξής:

40.1 Για 163 συνδρομητές, ως αιτιολογία διαθεσιμότητας του βρόχου αναφέρεται ότι «Η ΣΥΝΔΕΣΗ ΣΤΟΝ ΟΤΕ ΠΡΟΥΠΗΡΧΕ. ΕΠΟΜΕΝΩΣ Ο ΣΥΝΔΡΟΜΗΤΗΣ Β ΣΥΜΠΙΠΤΕΙ ΜΕ ΤΟ ΣΥΝΔΡΟΜΗΤΗ Α.» όπου ουσιαστικά αυτό τεκμηριώνεται με το πεδίο «Υλοποίηση ΝΣ ΟΤΕ» σε σχέση με το πεδίο «Ημ. Ενημ. Συστήματος για Ολοκλήρωση» για την αίτηση του παρόχου. Από τις 163 περιπτώσεις η 1 αναφέρεται τριπλά, 1 περίπτωση αναφέρεται διπλά. Επίσης, οι 2 περιπτώσεις διαπιστώνεται ότι αφορούν συνδέσεις που υλοποιήθηκαν κατόπιν αίτησης του συνδρομητή στον ΟΤΕ μετά την ημερομηνία κατάθεσης αιτήματος ΑΝΤοΒ του παρόχου, επομένως αυτές οι περιπτώσεις δεν μπορούν να θεωρηθούν υφιστάμενοι συνδρομητές του ΟΤΕ. Με βάση τα ανωτέρω η ΕΕΤΤ θεωρεί ότι ο ΟΤΕ αιτιολογημένα δεν παρείχε βρόχο σε 158 συνδρομητές, ενώ μη αιτιολογημένα σε 2.

40.2 Για 39 συνδρομητές, ως αιτιολογία διαθεσιμότητας του βρόχου για την περίπτωση που ο συνδρομητής απευθύνθηκε στον ΟΤΕ, μετά την απόρριψη του αιτήματος ΑνΤοΒ του παρόχου, αναφέρεται ότι «Η ΥΛΟΠΟΙΗΣΗ ΤΗΣ ΝΕΑΣ ΣΥΝΔΕΣΗΣ ΣΤΟΝ ΟΤΕ ΠΡΑΓΜΑΤΟΠΟΙΗΘΗΚΕ ΜΕ ΡCΜ... ΣΤΙΣ ΧΧ/ΧΧ/201Χ ΠΡΑΓΜΑΤΟΠΟΙΗΘΗΚΕ ΑΠΟ-ΞΗΛΩΣΗ ΤΟΥ ΡCΜ», χωρίς παρέχονται στοιχεία βάσει των οποίων να αιτιολογείται η διαθεσιμότητα βρόχου μετά την απόρριψη του αιτήματος ΑνΤοΒ της καταγγέλλουσας. Με βάση τα ανωτέρω η ΕΕΤΤ θεωρεί ότι ο ΟΤΕ μη αιτιολογημένα απέρριψε το αίτημα ΑνΤοΒ. σε 39 συνδρομητές της καταγγέλλουσας.

40.3 Για συνολικά 26 συνδρομητές, ως αιτιολογία διαθεσιμότητας του βρόχου αναφέρεται ότι «ΓΙΑ ΤΗΝ ΟΛΟΚΛΗΡΩΣΗ ΚΑΤΑΣΚΕΥΗΣ ΤΗΣ ΝΕΑΣ ΣΥΝΔΕΣΗΣ ΑΠΑΙΤΗΘΗΚΕ ΕΙΔΙΚΗ ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ/ΕΡΓΟΛΑΒΙΑ». Η ανωτέρω αιτιολογία του ΟΤΕ δεν μπορεί να γίνει δεκτή αφού ειδική κατασκευή/εργολαβία θα μπορούσε να υλοποιηθεί από τον ΟΤΕ και για την περίπτωση του αιτήματος του παρόχου. Οπότε ο ΟΤΕ μη αιτιολογημένα δεν παρείχε βρόχο σε 26 συνδρομητές της καταγγέλλουσας..

40.4 Για 26 περιπτώσεις συνδρομητών ο ΟΤΕ αναφέρει ως αιτιολογία διαθεσιμότητας του βρόχου ότι «...Η Δ/ΝΣΗ ΤΟΥ ΑΝΕΝΕΡΓΟΥ ΕΙΝΑΙ ΑΣΑΦΗΣ ΚΑΙ Η ΔΙΕΡΕΥΝΗΣΗ ΔΙΑΘΕΣΙΜΟΤΗΤΑΣ ΔΙΚΤΥΟΥ ΠΡΑΓΜΑΤΟΠΟΙΟΥΝΤΑΝ ΜΕ

ΒΑΣΗ ΤΟ ΓΕΙΤΟΝΙΚΟ ΤΗΛΕΦΩΝΟ ΤΟ ΟΠΟΙΟ ΕΞΥΠΗΡΕΤΕΙΤΑΙ ΑΠ'Ο (XXXX) ΔΙΑΦΟΡΕΤΙΚΟ ΣΤΟΙΧΕΙΟ ΔΙΚΤΥΟΥ ΑΠ'Ο ΤΟ ΣΤΟΙΧΕΙΟ ΔΙΚΤΥΟΥ ΣΤΟ ΟΠΟΙΟ ΔΕΣΜΕΥΤΗΚΕ ΤΟ ΔΙΚΤΥΟ ΓΙΑ ΤΗΝ ΥΛΟΠΟΙΗΣΗ ΤΗΣ ΝΕΑΣ ΣΥΝΔΕΣΗΣ ...», για τις οποίες υπήρχε διαθεσιμότητα δικτύου αλλά απορρίφθηκαν με λόγο απόρριψης «έλλειψη δικτύου». Η απόρριψη οφείλεται στο ότι ο έλεγχος του αιτήματος πραγματοποιήθηκε από τον ΟΤΕ σε λανθασμένο στοιχείο δικτύου. Η Forthnet έχοντας υποβάλλει το αίτημα όπως προβλέπεται από το ΡUΟ δεν είναι σε θέση να γνωρίζει ποια στοιχεία δικτύου θα πρέπει να χρησιμοποιηθούν για να υλοποιηθεί το αίτημα. Με βάση τα ανωτέρω η ΕΕΤΤ θεωρεί ότι ο ΟΤΕ μη αιτιολογημένα απέρριψε το αίτημα ΑνΤοΒ σε 26 συνδρομητές της καταγγέλλουσας.

40.5 Για 8 περιπτώσεις συνδρομητών αναφέρεται ότι η διαθεσιμότητα του βρόχου προέκυψε από «ενίσχυση δικτύου» μετά την ημερομηνία απόρριψης του ΑΝΤοΒ. Η ανωτέρω αιτιολογία του ΟΤΕ δεν μπορεί να γίνει δεκτή αφού ενίσχυση δικτύου θα μπορούσε να πραγματοποιηθεί από τον ΟΤΕ και για την περίπτωση του αιτήματος του παρόχου. Οπότε ο ΟΤΕ μη αιτιολογημένα δεν παρείχε βρόχο σε 8 συνδρομητές της καταγγέλλουσας.

40.6 Για 10 περιπτώσεις συνδρομητών ο ΟΤΕ αναφέρει ως αιτιολογία διαθεσιμότητας του βρόχου, μετά την απόρριψη του αιτήματος ΑΝΤοΒ της καταγγέλλουσας, ότι η υλοποίηση της νέας σύνδεσης αφορά «σημιακή απελευθέρωση δικτύου για τις οποίες δεν υπάρχει δυνατότητα συσχέτισμού». Η ανωτέρω αιτιολογία του ΟΤΕ δεν μπορεί να γίνει δεκτή αφού εμπλουτισμός δικτύου θα μπορούσε να πραγματοποιηθεί από τον ΟΤΕ και για την περίπτωση του αιτήματος του παρόχου. Με βάση τα ανωτέρω η ΕΕΤΤ θεωρεί ότι ο ΟΤΕ μη αιτιολογημένα απέρριψε το αίτημα ΑνΤοΒ σε 10 συνδρομητές της καταγγέλλουσας.

40.7 Για 23 περιπτώσεις συνδρομητών ο ΟΤΕ αναφέρει ως αιτιολογία διαθεσιμότητας του βρόχου ότι «... ΤΟ ΑΙΤΗΜΑ ΝΕΑΣ ΣΥΝΔΕΣΗΣ ΣΤΟΝ ΟΤΕ ΚΑΤΑΤΕΘΗΚΕ -Χ- ΜΗΝΕΣ ΜΕΤΑ ΤΗΝ ΑΠΟΡΡΙΨΗ ...», και άρα δεν μπορεί να συσχετιστεί. Για τις περιπτώσεις αυτές δε δίνονται αναλυτικά οι πληροφορίες για τα στοιχεία του δικτύου (υπ' αριθμ.4-10 και 13) και άρα δεν μπορεί να τεκμηριωθεί αιτιολόγηση, οπότε δεν γίνεται αποδεκτή. Με βάση τα ανωτέρω η ΕΕΤΤ θεωρεί ότι ο ΟΤΕ μη αιτιολογημένα απέρριψε το αίτημα ΑνΤοΒ σε 23 συνδρομητές της καταγγέλλουσας.

40.8 Για 3 συνδρομητές αναφέρεται στην αιτιολογία διαθεσιμότητας του βρόχου ότι «...η Νέα Σύνδεση υλοποιήθηκε σε άλλη διεύθυνση..», χωρίς αυτό να τεκμηριώνεται με κάποιο τρόπο, αντιθέτως οι διευθύνσεις του αιτήματος του παρόχου και της νέας σύνδεσης ΟΤΕ είναι ίδιες. Οπότε ο ΟΤΕ μη αιτιολογημένα δεν παρείχε βρόχο σε 3 συνδρομητές.

40.9 Για 3 συνδρομητές αναφέρεται στην αιτιολογία διαθεσιμότητας του βρόχου ότι «...πρόκειται για απόρριψη λόγω λάθους ή ασαφούς διεύθυνσης ή δεν σχετίζεται με την καταγγελία χωρίς αυτό να τεκμηριώνεται με κάποιο τρόπο, αντιθέτως οι διευθύνσεις του αιτήματος του παρόχου και της νέας σύνδεσης ΟΤΕ είναι ίδιες. Οπότε ο ΟΤΕ μη αιτιολογημένα δεν παρείχε βρόχο σε 3 συνδρομητές της καταγγέλλουσας.

40. 10 Για 3 συνδρομητές αναφέρεται στην αιτιολογία διαθεσιμότητας του βρόχου ότι «...καλωδιακή βλάβη...». Για τις περιπτώσεις αυτές δε δίνονται αναλυτικά οι πληροφορίες για τα στοιχεία του δικτύου (υπ' αριθμ.4-10 και 13) και άρα δεν μπορεί να τεκμηριωθεί αιτιολόγηση, οπότε δεν γίνεται αποδεκτή. Οπότε ο ΟΤΕ μη αιτιολογημένα δεν παρείχε βρόχο σε 3 συνδρομητές της καταγγέλλουσας.

40. 11 Για 1 συνδρομητή αναφέρεται στην αιτιολογία διαθεσιμότητας του βρόχου ότι «ΤΟ ΑΙΤΗΜΑ ΝΕΑΣ ΣΥΝΔΕΣΗΣ ΣΤΟΝ ΟΤΕ ΚΑΙ ΤΟ ΑΙΤΗΜΑ ΑΝΤΟΒ ΤΟΥ ΠΑΡΟΧΟΥ ΚΑΤΑΤΕΘΗΚΑΝ ΤΗΝ ΙΔΙΑ ΜΕΡΑ. ΔΕΝ ΥΠΑΡΧΕΙ ΔΥΝΑΤΟΤΗΤΑ ΣΥΣΧΕΤΙΣΜΟΥ ΤΩΝ ΣΤΟΙΧΕΙΩΝ ΤΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ ΠΟΥ ΑΠΕΛΕΥΘΕΡΩΘΗΚΕ (ΣΥΝΔΡΟΜΗΤΗΣ Β) ΜΕ ΤΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΤΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ ΠΟΥ ΔΕΣΜΕΥΘΗΚΕ ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΝΕΡΓΟΠΟΙΗΣΗ ΤΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΑΣ ΤΟΥ ΣΥΝΔΡΟΜΗΤΗ Α». Δεν μπορεί να προκύψει εάν το αίτημα ΝΣ στον ΟΤΕ προηγείται χρονικά του αιτήματος ΑΝΤΟΒ του παρόχου.

40. 12 Για 25 συνδρομητές αναφέρονται διάφορες μεμονωμένες αιτιολογίες χωρίς να τεκμηριώνονται με κάποιο τρόπο, όπως «ΣΤΗΝ ΠΕΡΙΟΧΗ ΥΠΗΡΧΕ ΕΛΛΕΙΨΗ ΔΙΚΤΥΟΥ. ΤΟ ΑΙΤΗΜΑ ΝΕΑΣ ΣΥΝΔΕΣΗΣ ΣΤΟΝ ΟΤΕ ΥΛΟΠΟΙΗΘΗΚΕ ΣΕ ΔΙΑΣΤΗΜΑ ΜΕΓΑΛΥΤΕΡΟ ΤΩΝ -ΧΜΗΝΩΝ. ΔΕΝ ΥΠΑΡΧΕΙ ΔΥΝΑΤΟΤΗΤΑ ΣΥΣΧΕΤΙΣΜΟΥ ΤΩΝ ΣΤΟΙΧΕΙΩΝ ΤΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ ΠΟΥ ΑΠΕΛΕΥΘΕΡΩΘΗΚΕ (ΣΥΝΔΡΟΜΗΤΗΣ Β) ΜΕ ΤΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΤΟΥ ΔΙΚΤΥΟΥ ΠΟΥ ΔΕΣΜΕΥΘΗΚΕ ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΝΕΡΓΟΠΟΙΗΣΗ ΤΗΣ ΥΠΗΡΕΣΙΑΣ ΤΟΥ ΣΥΝΔΡΟΜΗΤΗ Α.». Για τις περιπτώσεις αυτές δε δίνονται αναλυτικά οι πληροφορίες για τα στοιχεία του δικτύου (υπ' αριθμ.4-10 και 13) και άρα δεν μπορεί να τεκμηριωθεί αιτιολόγηση, οπότε δεν γίνεται αποδεκτή. Οπότε ο ΟΤΕ μη αιτιολογημένα δεν παρείχε βρόχο σε 25 συνδρομητές.

40. 13 Για 5 συνδρομητές αναφέρεται στην αιτιολογία διαθεσιμότητας του βρόχου ότι «...το αίτημα νέας σύνδεσης κατατέθηκε Χ μήνες πριν το αίτημα του παρόχου...», το οποίο προκύπτει από τα στοιχεία στους πίνακες του υπομνήματος του ΟΤΕ, οπότε, στην περίπτωση αυτή ο ΟΤΕ αιτιολόγησε την μη παροχή βρόχου σε 5 συνδρομητές.

40. 14 Για τις υπόλοιπες 368 περιπτώσεις δε δίνονται αναλυτικά οι πληροφορίες για τα στοιχεία του δικτύου (υπ' αριθμ.4-10 και 13) και άρα δεν μπορεί να τεκμηριωθεί αιτιολόγηση, οπότε δεν γίνεται αποδεκτή. Συνεπώς ο ΟΤΕ μη αιτιολογημένα δεν παρείχε βρόχο σε 368 συνδρομητές.

41. Σύμφωνα με τα ανωτέρω, η ΕΕΤΤ θεωρεί ότι ο ΟΤΕ απέρριψε το αίτημα ΑνΤοΒ του συνδρομητή της καταγγέλλουσας χωρίς την ύπαρξη αντικειμενικής αιτιολογίας σε 540 συνδρομητές από τους συνολικά 703 συνδρομητές της ακρόασης.

42. Συμπερασματικά, διαπιστώνεται ότι η ΟΤΕ ΑΕ:

i. δεν συμμορφώθηκε προς το αίτημα της ΕΕΤΤ «να προσκομίσει στοιχεία αναφορικά με τις δυνατότητες πληροφόρησης αλλά και την πραγματική ενημέρωση του λιανικού του άκρου»,

ii. δεν συμμορφώθηκε προς το αίτημα της ΕΕΤΤ «να διευκρινίσει το χρονικό διάστημα που μεσολάβησε από την ημερομηνία υποβολής του αιτήματος προς το λιανικό

άκρο του ΟΤΕ μέχρι την ημερομηνία ενεργοποίησής του σε αντιδιαστολή με τους αντίστοιχους χρόνους αναμονής όταν οι εν λόγω πελάτες είχαν απευθυνθεί στην Forthnet»,

iii. απάντησε πλημμελώς και εν μέρει στο αίτημα της ΕΕΤΤ να αιτιολογήσει τη διαθεσιμότητα βρόχου (χάλκινου ζεύγους) για κάθε μία ξεχωριστά από όλες τις αναφερόμενες από την καταγγέλλουσα περιπτώσεις.

Β. Επί της ύπαρξης παραβάσεων διατάξεων της κείμενης νομοθεσίας περί ηλεκτρονικών επικοινωνιών

43. Η ως άνω διαπιστωθείσα «διαφοροποίηση στη μεταχείριση» των αιτημάτων ΑνΤοΒ των παρόχων, σε σχέση με τη διαχείριση των αιτημάτων λιανικών συνδρομητών της ΟΤΕ ΑΕ, αποστερεί a priori την καταγγέλλουσα (και εν γένει τον πάροχο) από τη δυνατότητα μαζικής διαχείρισης των σχετικών αιτημάτων με δυσμενείς επιπτώσεις στην διαχείριση των ανθρώπινων πόρων του παρόχου ο οποίος καλείται να επενδύει χρόνο και προσπάθεια στην επανυποβολή αιτημάτων, αλλά και επιδρά αρνητικά στην αξιοπιστία του απέναντι στους υποψήφιους συνδρομητές του οι οποίοι καλούνται να αποδεχθούν την «ανααιτιολόγητη» απόρριψη του αιτήματός τους, και να εμμένουν με υπομονή στο αίτημά τους για τη σύνδεση με το δίκτυο της καταγγέλλουσας (και εν γένει του παρόχου), σε αόριστο μελλοντικό χρόνο. Η εν λόγω «διαφορετικότητα στη μεταχείριση» εν τέλει ενθαρρύνει την επιστροφή, έστω και προσωρινή των συνδρομητών στον δεσπόζοντα πάροχο, ΟΤΕ ΑΕ.

44. Αντίθετα η αυτόματη θέση των αιτημάτων συνδρομητών του ΟΤΕ σε αναμονή επ' αόριστο, δημιουργεί σειρά πλεονεκτημάτων προς όφελος του ΟΤΕ, ιδίως κατά προτεραιότητα εξυπηρέτηση του λιανικού άκρου του ΟΤΕ, ενεργοποίηση του λιανικού πελάτη ΟΤΕ με μία μοναδική καταχώριση στο πληροφοριακό του σύστημα, άντληση δυσσαρεστημένων πελατών των εναλλακτικών, αποτελεσματικότερη αξιοποίηση του ανθρώπινου δυναμικού του.

45. Ο ισχυρισμός του ΟΤΕ ότι η διαφορετική μεταχείριση των αιτημάτων του λιανικού του άκρου, υπό την έννοια της μη απόρριψης αυτών, αλλά της διατήρησής τους στο πληροφοριακό του σύστημα Προμηθείας, με συνέπεια την, κατά χρονική προτεραιότητα, ικανοποίησή τους, έχει επιβληθεί κανονιστικά από το προϊσχύον κείμενο Προσφοράς Αναφοράς ΑΠΤΒ, καθώς και ότι το εν λόγω κανονιστικό κείμενο δεν επέτρεπε στον ΟΤΕ τη διαχείριση των αιτημάτων της χονδρικής κατά τον τρόπο που διεχειρίζετο τα αιτήματα της λιανικής του, είναι απορριπτέος ως νόμω αβάσιμος:

45.1 Η Προσφορά Αναφοράς ΑΠΤΒ αποτελεί προσφορά του ΟΤΕ προς τους παρόχους και τελεί υπό την έγκριση της ΕΕΤΤ, η οποία ελέγχει τη συμφωνία της με την κείμενη νομοθεσία ηλεκτρονικών επικοινωνιών και τις σχετικές αποφάσεις της ΕΕΤΤ. Εν προκειμένω, στο άρθρο 2.2.4 της ΑΠ ΕΕΤΤ 573/015/22-7-2010, όπου ο ίδιος ο ΟΤΕ ανέφερε τους λόγους απόρριψης αιτημάτων ανενεργού τοπικού βρόχου, η ΕΕΤΤ επενέβη ρυθμιστικά, επιβάλλοντας αφενός την περιοριστική απαρίθμηση αυτών για λόγους προστασίας του, ευρισκόμενου σε μειονεκτική στον ανταγωνισμό θέση, εναλλακτικού παρό-

χου, αφετέρου, το αντικειμενικά αιτιολογημένο αυτόν, με βάση την Ανακοίνωση της Επιτροπής για την εφαρμογή των κανόνων του ανταγωνισμού στις συμφωνίες πρόσβασης στον τομέα τηλεπικοινωνιών και τέλος την ειδική, έγγραφη ενημέρωση του παρόχου για το συγκεκριμένο λόγο απόρριψης καθώς και τυχόν εναλλακτικούς τρόπους υλοποίησης του αιτήματός του.

45.2 Η ΕΕΤΤ δεν «επέβαλε» ρυθμιστικά τη διαφορετική μεταχείριση των αιτημάτων των παρόχων από τα αντίστοιχα αιτήματα λιανικής του ΟΤΕ, ούτε βέβαια με οποιοδήποτε τρόπο απέτρεψε τον ΟΤΕ από το να αποδίδει στα απορριφθέντα αιτήματα των παρόχων σειρά προτεραιότητας σε περίπτωση ευκαιριακής ή συμπτωματικής απελευθέρωσης ανενεργού τοπικού βρόχου, εφόσον αυτό έπραττε για το λιανικό του άκρο.

45.3 Αντίθετα, ο ΟΤΕ ως επιχείρηση με σημαντική ισχύ μεταξύ άλλων στην αγορά Χονδρικής Παροχής (Φυσικής) Πρόσβασης σε Υποδομή Δικτύου (συμπεριλαμβανομένης μεριζόμενης και πλήρως αποδεσμοποιημένης πρόσβασης) σε σταθερή θέση, φέρει δυνάμει της ΕΕΤΤ ΑΠ 614/013/28-07-2011 (ΦΕΚ 1908/Β/30-8-2011), και πριν από αυτήν, δυνάμει της ΑΠ ΕΕΤΤ 531/065/23-07-2009 (ΦΕΚ 1550/Β/28-7-2009), (ιδίως παράγραφοι 4.1.1 και 4.1.5⁴), συγκεκριμένες κανονιστικές υποχρεώσεις μεταξύ των οποίων Υποχρέωση Αμεροληψίας (Μη Διακριτικής Μεταχείρισης), στο πλαίσιο της οποίας, σύμφωνα με τα αναλυτικά εκτεθέντα ανωτέρω στο νομικό πλαίσιο, υποχρεούται να εφαρμόζει ισοδύναμους όρους, σε ισοδύναμες περιστάσεις, σε άλλες επιχειρήσεις που παρέχουν ισοδύναμες υπηρεσίες, και να παρέχει υπηρεσίες και πληροφορίες σε τρίτους υπό τους ίδιους όρους και της ίδιας ποιότητας με αυτές που παρέχει και στο λιανικό του άκρο (συμπεριλαμβανομένων των θυγατρικών του και των συνδεδεμένων με αυτόν επιχειρήσεων). (παρ. 4.1 Κεφάλαιο ΙΙΙ). Σημειώνεται ότι στο πλαίσιο της ως άνω υποχρέωσης (παρ. 4.1.4 και 4.1.5):

- απαγορεύεται κάθε προνομιακή πρόσβαση του λιανικού άκρου του ΟΤΕ ή των συνδεδεμένων με αυτόν επιχειρήσεων στις δραστηριότητες χονδρικής του ΟΤΕ, ενώ παράλληλα ο ΟΤΕ

- υποχρεούται να παρέχει πρόσβαση στα πληροφοριακά συστήματα χονδρικής σε τρίτους παρόχους υπό τους ίδιους όρους και υπό τις ίδιες προδιαγραφές ποιότητας με αυτές που παρέχει και στο λιανικό του άκρο.

46. Η διάταξη της παραγράφου 2.2.4 της ΑΠ ΕΕΤΤ 573/015/22-7-2010, η οποία θα πρέπει να ερμηνεύεται και να εφαρμόζεται σε συνδυασμό με την επιβάλλουσα τις ρυθμιστικές υποχρεώσεις, απόφαση ορισμού και ανάλυσης αγοράς ΕΕΤΤ ΑΠ 614/013/28-07-2011 (ΦΕΚ 1908/Β/2011) (τρίτος γύρος ανάλυσης) και ΑΠ 531/065/23-07-2009 (ΦΕΚ 1550/Β/28-7-2009) (2ος γύρος ανάλυσης), δεν περιελάμβανε, ούτε θα μπορούσε άλλωστε, ρύθμιση για τον τρόπο και τη διαδικασία ικανοποίησης των αιτημάτων του λιανικού άκρου του ΟΤΕ, ο οποίος μπορούσε καταρχήν να επιλέξει και να προσδιορίσει ελεύθερα την ως άνω διαδικασία, λαμβάνοντας υπόψη τις υποχρεώσεις του από την κείμενη νομοθεσία

και υπό την προϋπόθεση ότι η συμπεριφορά του δεν οδηγεί, στην πράξη, σε κανενός είδους προνομιακή / διακριτική μεταχείριση του λιανικού του άκρου εις βάρος της διαχείρισης των αιτημάτων χονδρικής.

47. Από τα ανωτέρω είναι σαφές ότι ο ΟΤΕ όφειλε, για να είναι σύνομος με την ρυθμιστική ex ante υποχρέωση μη διακριτικής μεταχείρισης του λιανικού του άκρου εις βάρος των παρόχων χονδρικής, είτε να απορρίπτει και τα αιτήματα του λιανικού του άκρου σε περιπτώσεις έλλειψης ακραίου /κυρίου δικτύου και να ζητά από τους συνδρομητές του την επανυποβολή αυτών, είτε να εφαρμόσει ένα σύστημα όπου όλα τα αιτήματα, τόσο του λιανικού του άκρου, όσο και των παρόχων, θα λαμβάνουν, άμα την απόρριψή τους, σειρά προτεραιότητας, προκειμένου να ικανοποιηθούν, κατά τη σειρά υποβολής τους, σε περίπτωση ευκαιριακής απελευθέρωσης ή κατασκευής νέου τμήματος δικτύου.

48. Ο ισχυρισμός του ΟΤΕ ότι, η ως άνω περιγραφείσα, διαφορετική μεταχείριση των αιτημάτων λιανικής από τα αιτήματα χονδρικής δεν συνιστά διακριτική μεταχείριση, δεδομένου ότι δεν επήλθε βλάβη στον ανταγωνισμό, ούτε αυτή θα μπορούσε δυνητικά να επέλθει, αφού, κατά τον ΟΤΕ, σε όλες τις εξετασθείσες περιπτώσεις ο συνδρομητής επέστρεψε στην καταγγέλλουσα, είναι απορριπτέος, ως νόμος αβάσιμος. Αφενός η διαπίστωση της παράβασης της ex ante επιβληθείσας υποχρέωσης μη διακριτικής μεταχείρισης δεν προϋποθέτει την απόδειξη ή/και την ποσοτικοποίηση συγκεκριμένης βλάβης, αφετέρου μόνη η επιστροφή του συνδρομητή που, ενώ απευθύνθηκε στον πάροχο και δεν ικανοποιήθηκε, επέβαλε το αίτημά του στον ΟΤΕ και έλαβε πάραυτα βρόχο, στην καταγγέλλουσα, δεν αποκλείει την ύπαρξη βλάβης. Αυτό συμβαίνει πρωτίστως, λαμβάνοντας υπόψη ότι οι εξετασθείσες περιπτώσεις αποτελούν ένα μικρό, μη αντιπροσωπευτικό, δείγμα περιπτώσεων συνδρομητών οι οποίοι αφού αντιμετώπισαν το εν λόγω πρόβλημα, αλλά απευθύνθηκαν σε κάποιον άλλο πάροχο χωρίς να εκφράσουν τη διαμαρτυρία τους προς την καταγγέλλουσα. Οι συγκεκριμένες περιπτώσεις τις οποίες αναφέρει η καταγγέλλουσα και τις οποίες κλήθηκε να διερευνήσει η ΟΤΕ, περιορίζονται σε μαρτυρίες ανθρώπων οι οποίοι, ένωσαν ότι «εμπαίζονται», καθώς, ενώ το αίτημά τους απορρίπτετο από την καταγγέλλουσα «λόγω έλλειψης ακραίου ή κύριου δικτύου», όταν απευθύνθηκαν στον ΟΤΕ ικανοποιήθηκαν άμεσα.

49. Περαιτέρω οι περιπτώσεις επιστροφής συνδρομητών στην καταγγέλλουσα, μέσω φορητότητας δεν αναιρούν τη βλάβη πρωτίστως στον ανταγωνισμό και δευτερευόντως στην καταγγέλλουσα, δεδομένου ότι, όπως αναλύεται κατωτέρω⁵, ειδικά η δυνατότητα δραστηριοποίησης των εναλλακτικών παρόχων μέσω της ενεργοποίησης ανενεργού τοπικού βρόχου, αντί ενεργού, είναι κομβικής εμπορικής σημασίας για τη λειτουργία του ανταγωνισμού, καθώς πρόκειται για τη βασική τεχνική δυνατότητα μέσω της οποίας ο εναλλακτικός πάροχος δύναται να εμφανίζει προς τον καταναλωτή μια εμπορική αυτοτέλεια, ενεργοποιώντας νέο τοπικό

4. Βλ. ανωτέρω Νομικό Πλαίσιο, Κεφάλαιο Β, παράγραφοι 12-19

5. Βλ. παράγραφοι 84 επ.

βρόχο, ιδίως σε περιπτώσεις νέας κατοικίας και μετακομίσεων. Δια της δημιουργίας προβλημάτων στην υλοποίηση των αιτημάτων ανενεργού τοπικού βρόχου, (τα οποία συχνά συνδυάζονται και με τη χορήγηση στον τελικό χρήστη και νέου αριθμοδοτικού πόρου από την καταγγέλλουσα), ευνοείται ο έτερος τρόπος ενεργοποίησης συνδρομητών, μέσω ενεργού τοπικού βρόχου, που συνεπάγεται την αναγκαιότητα προηγούμενης ενεργοποίησης στο δίκτυο του ΟΤΕ.

50. Σε κάθε περίπτωση, για την εκτίμηση της ζημίας της καταγγέλλουσας πρέπει να ληφθούν υπόψη η αδυναμία μαζικής διαχείρισης αιτημάτων η οποία δημιουργεί πρόσθετα λειτουργικά κόστη, η επιμήκυνση του χρόνου ενεργοποίησης στο δίκτυο της εταιρείας, η δυσφήμιση, η απώλεια σημαντικού αριθμού πελατών και εσόδων, αλλά και η ζημία από την ως άνω περιγραφείσα χρήση του συστήματος της αδεσμοποίητης πρόσβασης στον τοπικό βρόχο από τον ΟΤΕ, σύμφωνα με όσα βασίμως υποστήριξε η καταγγέλλουσα.

51. Η ως άνω διαπιστωθείσα συμπεριφορά της ΟΤΕ ΑΕ παραβιάζει επιπλέον στο άρθρο 2.2.4 της ΑΠ ΕΕΤΤ 573/015/22-7-2010 (1338/Β/2010), ως ίσχυε κατά το χρόνο των πραγματικών περιστατικών, το οποίο επιβάλλει ρητώς στον ΟΤΕ την υποχρέωση, σε κάθε περίπτωση απόρριψης αιτήματος Τοπικού Βρόχου:

1. Να ενημερώνει εγγράφως τον Τ.Π. για τους λόγους απόρριψης και για τυχόν εναλλακτικές δυνατότητες υλοποίησης του αιτήματός του,

2. Η εν λόγω ενημέρωση να λαμβάνει χώρα, εντός αποκλειστικής προθεσμίας τριών (3) εργάσιμων ημερών από την ημερομηνία απόρριψης του σχετικού αιτήματος.

52. Ο ισχυρισμός του ΟΤΕ ότι οι λόγοι που απαριθμούνται περιοριστικά στην ΑΠ ΕΕΤΤ 573/015/22-7-2010, ως ίσχυε τροποποιηθείσα από την ΕΕΤΤ ΑΠ 580/010/14-10-2012(ΦΕΚ 1814/Β/19-11-2010) είναι αφ' εαυτών αντικειμενικά αιτιολογημένοι και δεν χρήζουν περαιτέρω αιτιολόγησης, σύμφωνα με την Ανακοίνωση της Επιτροπής για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού στις συμφωνίες πρόσβασης στον τομέα των τηλεπικοινωνιών, είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, δεδομένου ότι αντίκειται στο ίδιο το γράμμα της ανωτέρω διάταξης. Εξάλλου, αυτό προκύπτει και από το πνεύμα αυτής, το οποίο αποτυπώνεται στην παράγραφο 13 του αιτιολογικού της ως άνω απόφασης, σύμφωνα με τα αναφερόμενα ανωτέρω, στο σημείο 19 του Νομικού πλαισίου. Οι λόγοι που απαριθμούνται στην παράγραφο 2.2.4 της ως άνω απόφασης έχουν επιλεγεί ακριβώς επειδή, με βάση την ως άνω Ανακοίνωση της Επιτροπής αποτελούν περιοριστικά προβλεπόμενες κατηγορίες στις οποίες εκτιμάται ότι δύναται να συντρέχουν οι προϋποθέσεις που αναφέρει η ως άνω Ανακοίνωση, (παράγραφοι 91-93⁶). Σε κάθε περίπτωση πάντως και

σύμφωνα με την εν λόγω Ανακοίνωση, αφενός πρέπει να πρόκειται για «σημαντική δυσχέρεια», αφετέρου «οποιαδήποτε αιτιολογία θα πρέπει να εξετάζεται προσεκτικά κατά περίπτωση. Είναι εξαιρετικά σημαντικό στον τομέα των τηλεπικοινωνιών το να μην υπονομευθούν τα οφέλη προς τους τελικούς χρήστες, τα οποία απορρέουν από ανταγωνιστικό περιβάλλον, από δραστηριότητες προγενέστερων μονοπωλιακών καθεστώτων που αποτρέπουν την εμφάνιση και ανάπτυξη του ανταγωνισμού.». Αυτό σημαίνει ότι εάν ένας λόγος δεν αναφέρεται στο άρθρο 2.2.4 ως λόγος απόρριψης δεν πληροί τα προαναφερθέντα κριτήρια. Αντίθετα, ένας λόγος που εμπίπτει στις ως απαριθμούμενες γενικές κατηγορίες αποτελεί αποδεκτό λόγο απόρριψης μόνο εφόσον πληροί στην εκάστοτε συγκεκριμένη περίπτωση τα ως άνω γενικά κριτήρια. Εξάλλου, η περίπτωση έλλειψης κυρίου / ακραίου δικτύου, περιλαμβάνει στην πραγματικότητα δύο υποπεριπτώσεις: την έλλειψη κυρίου δικτύου και την έλλειψη ακραίου δικτύου. Η αιτιολόγηση του συγκεκριμένου λόγου απόρριψης έχει πολύ μεγάλη σημασία, αναφορικά με την ύπαρξη και το είδος της παρεχόμενης κάθε φορά εναλλακτικής λύσης, η οποία σε κάθε περίπτωση δεν προτείνεται από τον ΟΤΕ, παρά την ύπαρξη ρητής σχετικής του υποχρέωσης. Σε κάθε περίπτωση δεν είναι εφικτό να διαπιστωθεί, δεδομένου ότι ο ΟΤΕ δεν υπέβαλε τα αναγκαία στοιχεία, τα οποία μόνο αυτός θα μπορούσε να έχει στην κατοχή του, πως και πότε προέκυψε η «σημειακή απελευθέρωση» του δικτύου βάσει της οποίας ο συνδρομητής του οποίου το υποβληθέν από τον πάροχο αίτημα είχε απορριφθεί, ικανοποιήθηκε από τον ΟΤΕ, καθώς και πότε και πως αποφασίσθηκε η ειδική κατασκευή / εργολαβία ή/και η ενίσχυση δύνδεσης του εν λόγω καταναλωτή, ως συνδρομητή του ΟΤΕ, ενώ στην περίπτωση που το αίτημα είχε υποβληθεί από την καταγγέλλουσα, η εν λόγω εναλλακτική λύση δεν είχε ουδόλως προταθεί.

53. Οι ισχυρισμοί του ΟΤΕ ότι οι επεκτάσεις του δικτύου του ΟΤΕ δεν προγραμματίζονται, ότι είναι άγνωστο στον ΟΤΕ το πότε θα επεκταθεί το δίκτυό του σε μία περιοχή (σελ. 7 των πρακτικών της από 15-1-2013 Ακρό-

νέο αυτό προϊόν ή την υπηρεσία στην αγορά. Πάντως, οποιαδήποτε αιτιολογία θα πρέπει να εξετάζεται προσεκτικά κατά περίπτωση. Είναι εξαιρετικά σημαντικό στον τομέα των τηλεπικοινωνιών το να μην υπονομευθούν τα οφέλη προς τους τελικούς χρήστες, τα οποία απορρέουν από ανταγωνιστικό περιβάλλον, από δραστηριότητες προγενέστερων μονοπωλιακών καθεστώτων που αποτρέπουν την εμφάνιση και ανάπτυξη του ανταγωνισμού.

92. Για να ορισθεί κατά πόσον έχει διαπραχθεί παράβαση του άρθρου 86, πρέπει να ληφθούν υπόψη συγχρόνως η πραγματική κατάσταση στη συγκεκριμένη και σε άλλες γεωγραφικές περιοχές και, όπου είναι απαραίτητο, η σχέση μεταξύ του αιτούντος πρόσβαση και της τεχνικής διαμόρφωσης της διευκόλυνσης.

93. Το πρόβλημα της αντικειμενικής αιτιολόγησης θα απαιτεί ιδιαίτερα εμπεριστατωμένη ανάλυση στον τομέα αυτό. Εκτός από τον καθορισμό του κατά πόσον οι δυσκολίες που αναφέρονται σε κάθε συγκεκριμένη υπόθεση είναι αρκετά σοβαρές για να δικαιολογήσουν την άρνηση χορήγησης πρόσβασης, οι σχετικές αρχές πρέπει επίσης να αποφανθούν κατά πόσον οι δυσκολίες αυτές αρκούν για να αντισταθμίσουν τη ζημία που προκαλείται στον ανταγωνισμό, αν αποκλείεται η πρόσβαση ή γίνεται δυσχερέστερη και οι αγορές υπηρεσιών επομένων σταδίων περιορίζονται κατά τον τρόπο αυτό.

6. Δικές μας υπογραμμίσεις: « ε) δεν υπάρχει αντικειμενική αιτιολογία για την άρνηση της παροχής πρόσβασης.

Οι σχετικές αιτιολογίες στο πλαίσιο αυτό μπορούν να περιλαμβάνουν μια σημαντική δυσχέρεια στην παροχή πρόσβασης προς την αιτούσα εταιρεία ή την ανάγκη για έναν παρέχοντα διευκολύνσεις ο οποίος προέβη σε επένδυση που στοχεύει στην εισαγωγή ενός νέου προϊόντος ή μιας νέας υπηρεσίας να έχει επαρκή χρόνο και δυνατότητα να χρησιμοποιήσει τη διευκόλυνση ώστε να θέσει το

ασης), καθώς και ότι είναι αδύνατο να υπάρξει οποιαδήποτε σχετική πρόβλεψη επειδή η εικόνα του δικτύου μεταβάλλεται "διαρκώς" με "συνεχείς" ενεργοποιήσεις και καταργήσεις, είναι απορριπτέο ως νόμω και ουσία αβάσιμοι ιδίως για τους κάτωθι λόγους:

53.1 Σύμφωνα με τις δηλώσεις του ίδιου του ΟΤΕ (σελ. 17 των πρακτικών) «οι επεκτάσεις του δικτύου γίνονται αφού συσσωρευτούν πολλά αιτήματα είτε των παρόχων είτε της λιανικής μας και εφόσον στη συνέχεια εκπληρωθούν και κάποιες άλλες προϋποθέσεις όπως είναι οι οικονομικές μελέτες», γεγονός που αποδεικνύει ότι η απόρριψη των αιτημάτων των παρόχων δημιουργεί μια στρεβλή εικόνα, αφού για να απεικονιστούν οι πραγματικές ανάγκες θα έπρεπε να συνηπολογίζονται όλα τα εκκρεμή αιτήματα και όχι μόνο τα αιτήματα συνδρομητών του λιανικού άκρου ΟΤΕ.

53.2 Η ως άνω συμπεριφορά προσκρούει επιπλέον στις διατάξεις της κείμενης εν ισχύ νομοθεσίας ηλεκτρονικών επικοινωνιών βάσει των οποίων:

53.2.1 Αναφορικά με την πρόσβαση σε τεχνικά έργα υποδομής, ο ΟΤΕ οφείλει να παρέχει πρόσβαση στα δικά του τεχνικά έργα υποδομής σε τρίτους αιτούντες πρόσβαση υπό τους ίδιους όρους όπως διατίθενται εσωτερικά. Ο ΟΤΕ πρέπει να κοινοποιεί όλες τις απαραίτητες πληροφορίες που αφορούν χαρακτηριστικά της υποδομής, και να εφαρμόζει τις ίδιες διαδικασίες για την παραγγελία και την παροχή πρόσβασης. Προσφορές αναφοράς και συμφωνίες για το επίπεδο των παρεχόμενων υπηρεσιών είναι καθοριστικής σημασίας για τη διασφάλιση ορθής εφαρμογής της αρχής της ισοδυναμίας. (άρθρο 4.2 ΕΕΤΤ ΑΠ 614/013/28-07-2011)

53.2.2 Ο ΟΤΕ οφείλει να παρέχει τα εργαλεία για την εξασφάλιση ορθής πρόσβασης σε πληροφορίες, όπως εύκολα προσβάσιμους καταλόγους, βάσεις δεδομένων ή δικτυακές πύλες. Οι πληροφορίες πρέπει να επικαιροποιούνται τακτικά, ώστε να λαμβάνεται υπόψη η εξέλιξη και η ανάπτυξη της υποδομής και πληροφορίες που συγκεντρώθηκαν σε μεταγενέστερο στάδιο, ιδίως στην περίπτωση έργων εγκατάστασης οπτικής ίνας από τον ΟΤΕ ή από άλλους αιτούντες πρόσβαση. (άρθρο 4.2.1 περίπτωση iii, ΕΕΤΤ ΑΠ 614/013/28-07-2011), ενώ παράλληλα προβλέπεται⁷:

-ότι αιτήματα παροχής πληροφοριών, πρόσβασης και χρήσης των τεχνικών έργων υποδομής, των σημείων διανομής και των διαφόρων στοιχείων από τα οποία αποτελείται η υποδομή εκ μέρους τρίτων αιτούντων πρόσβαση, πρέπει να υποβάλλονται σε επεξεργασία εντός των ιδίων προθεσμιών με ισοδύναμες αιτήσεις που υποβάλλονται από τον ίδιο, τις θυγατρικές του ή τις συνδεδεμένες με αυτόν επιχειρήσεις. Πρέπει επίσης να παρέχεται το ίδιο επίπεδο παρακολούθησης σχετικά με την πρόοδο των αιτήσεων, ενώ οι αρνητικές απαντήσεις οφείλουν να είναι αντικειμενικά αιτιολογημένες.

- Ότι τα συστήματα πληροφοριών του ΟΤΕ πρέπει να τηρούν μητρώο του χειρισμού των αιτήσεων, το οποίο θα βρίσκεται στη διάθεση της ΕΕΤΤ.»

53.3 Ανεξάρτητα από την ύπαρξη ή όχι προνομιακής πρόσβασης του λιανικού άκρου του ΟΤΕ σε πληροφο-

ρίες αναφορικά με τις επεκτάσεις δικτύου, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει εν τοις πράγμασι ανώτερο επίπεδο εξυπηρέτησης για το λιανικό άκρο του ΟΤΕ, το οποίο συνίσταται αφενός στο γεγονός ότι τα αιτήματα του λιανικού άκρου του ΟΤΕ μένουν επ' αόριστο στο σύστημα σε αναμονή, ενώ τα αντίστοιχα των παρόχων απορρίπτονται, αφετέρου στο γεγονός ότι το τηρούμενο πληροφοριακό σύστημα είναι διαφορετικό, στην δε περίπτωση του συστήματος ΠΡΟΜΗΘΕΑΣ που διατηρεί ο ΟΤΕ για τη λιανική του, είναι αδιαφανές: Η αυτόματη απόρριψη των αιτημάτων της καταγγέλλουσας στις περιπτώσεις έλλειψης κυρίου / ακραίου δικτύου, σε συνδυασμό με την έλλειψη της συγκεκριμένη πληροφορίας, καθώς και την αέναη διατήρηση των αιτημάτων που υπέβαλαν συνδρομητές ΟΤΕ στον Προμηθέα, ακυρώνει κάθε δυνατότητα του παρόχου να επιτύχει επί ίσοις όροις ικανοποίηση του αιτήματος του συνδρομητή του, ακόμα κι αν γίνει δεκτός, ο, σε κάθε περίπτωση, μη αποδειχθείς ισχυρισμός του ΟΤΕ, ότι η πλειοψηφία των περιπτώσεων που ενώ απορρίφθηκε το αίτημα του συνδρομητή του παρόχου, ικανοποιήθηκε όταν ο συγκεκριμένος συνδρομητής απευθύνθηκε στον ΟΤΕ, έλαβε χώρα «σημειακή απελευθέρωση δικτύου», δεδομένου ότι στατιστικά, είναι αδύνατο να προηγηθεί η ικανοποίηση ενός περιοδικά υποβαλλόμενου και απορριπτόμενου αιτήματος, ενός αιτήματος που υποβάλλεται άπαξ και μένει σε εκκρεμότητα προς ικανοποίηση στο σύστημα.

54. Περαιτέρω και αναφορικά με τις περιπτώσεις στις οποίες, ενώ ένα αίτημα έχει λάβει θετική επιλεξιμότητα από την ΟΤΕ ΑΕ, απορρίπτεται εντός της προθεσμίας των τριών (3) εργάσιμων ημερών λεκτέα τα ακόλουθα:

54.1 Από το συνδυασμό των άρθρων 2.2.4, Παράρτημα 11, παράγραφοι 1-6.3, ιδίως παράγραφοι 6, 6.1 και 6.2 της Προσφοράς Αναφοράς ΑΠΤΒ, ως ίσχυε εγκριθείσα με την ΑΠ ΕΕΤΤ 573/015/22-7-2010, προκύπτει σαφώς ότι εντός τριών (3) εργάσιμων ημερών από την κατάθεση της αίτησης τοπικού βρόχου, ο ΟΤΕ οφείλει μέσω του ΠΣ του, να ενημερώνει τον Τ. Π. σχετικά με την επιλεξιμότητα ή όχι του βρόχου και συνακόλουθα την απόρριψη ή όχι του υποβληθέντος αιτήματος ΤοΒ / ΤοΥΒ. Οι διαδικασίες που πρέπει να ακολουθηθούν προβλέπονται στο Παράρτημα 11 της ως άνω απόφασης. Από το συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει σαφώς ότι ο έλεγχος επιλεξιμότητας ενός ΤοΒ καταλήγει σε αποδοχή του, εκτός αν συντρέχει κάποιος από τους περιοριστικά αναφερόμενους στο άρθρο 2.2.4 της ΠΑ, λόγους απόρριψης. Οι έλεγχοι της αίτησης γίνονται αυτόματα από τα συστήματα, αλλά και από την αρμόδια υπηρεσία του ΟΤΕ. Ανεξαρτήτως όμως του τρόπου υλοποίησης των ως άνω ελέγχων, η ενημέρωση του Τ. Π., τόσο στην περίπτωση που ο Τ.Β. είναι επιλέξιμος, όσο και στην περίπτωση μη επιλεξιμότητας, ορίζεται ότι γίνεται μέσω του Π.Σ. ΟΤΕ, εντός της ορισθείσας προθεσμίας των τριών (3) εργάσιμων ημερών.

54.2 Από καμία διάταξη του ως άνω πλαισίου δεν προβλέπεται «αρχική επιλεξιμότητα» και «οριστική αποδοχή», ούτε το συγκεκριμένο ΠΣ ΟΤΕ περιελάμβανε συγκεκριμένη ένδειξη / ενημέρωση προς τον Τ. Π. ότι η «επιλεξιμότητα» την οποία του παρείχε ήτο μη οριστική και δύνατο να ανατραπεί κατόπιν επιτόπιων ελέγχων.

7. (άρθρο 4.2.2 περιπτώσεις ii και iii ΕΕΤΤ ΑΠ 614/013/28-07-2011)

54.3 Στο βαθμό που η προβλεπόμενη προθεσμία είναι αποκλειστική για τον υπόχρεο ΣΙΑ πάροχο, υπό την έννοια του ανώτατου αποδεκτού χρόνου για την υλοποίηση της υποχρέωσής του και θεσπίζεται προς όφελος του Τ. Π., ο υπόχρεος ΣΙΑ πάροχος νομιμοποιείται να προβεί σε υλοποίηση της υποχρέωσής του οποιαδήποτε στιγμή μέχρι τη λήξη της εν λόγω προθεσμίας και στην περίπτωση αυτή, όπως ρητά προβλέπεται στην παράγραφο 6.2 του Παραρτήματος 11 της Προσφοράς Αναφοράς ΑΠΤΒ (2010), «η αίτηση προωθείται για υλοποίηση», επομένως ο Τ. Π. δικαιούται να προχωρήσει με τις ενέργειες που κρίνει σκόπιμες για την ενημέρωση του πελάτη του και την όσο το δυνατό ταχύτερη διεκπεραίωση του αιτήματός του.

54.4 Εφόσον η ΟΤΕ ΑΕ δεν είχε ολοκληρώσει τις ενέργειες, οι οποίες απαιτούντο για την οριστική αποδοχή ή απόρριψη του υποβληθέντος αιτήματος, (και οι οποίες όπως αναφέρθηκε συμπεριλαμβάνουν τόσο αυτοματοποιημένες διαδικασίες, όσο και κατά περίπτωση, επιτόπιους ελέγχους), και δεδομένου ότι δεν προβλέπεται πιθανά στάδιο «προ- επιλεξιμότητας», (το οποίο άλλωστε δεν θα είχε και καμιά πρακτική αξία για τον Τ. Π.), όφειλε να κρατά το συγκεκριμένο αίτημα σε εκκρεμότητα και όχι να χαρακτηρίζει αυτό ως επιλέξιμο.

54.5 Άλλως η επικαλούμενη από την ΟΤΕ ΑΕ γνώση των παρόχων, αναφορικά με την τηρούμενη από την ΟΤΕ, διαδικασία, πέραν του ότι δεν αποδεικνύεται, προβάλλεται αλυσιτελώς δεδομένου ότι δεν δύναται να τροποποιηθεί την προβλεπόμενη ρυθμιστικά διαδικασία.

Γ. Επί της ύπαρξης παράβασης διατάξεων της νομοθεσίας περί ελεύθερου ανταγωνισμού

(α) Ορισμός Σχετικής Αγοράς προϊόντος/υπηρεσίας και σχετική γεωγραφική αγορά

55. Η εφαρμογή του άρθρου 2 του Ν.3959/2011 (άρθρο 102 της ΣΛΕΕ) προϋποθέτει την ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης η οποία εξετάζεται πάντα σε συνάρτηση με μια συγκεκριμένη αγορά (σχετική αγορά). Η σχετική αγορά ορίζεται με το συνδυασμό της αγοράς του σχετικού προϊόντος/ υπηρεσίας (σχετική αγορά προϊόντων / υπηρεσιών) και της σχετικής γεωγραφικής αγοράς. Η διαδικασία ορισμού αγορών στοχεύει στο να προσδιορίσει με συστηματικό τρόπο τις ανταγωνιστικές πιέσεις που υφίστανται οι πάροχοι δικτύων και υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών. Μια «σχετική αγορά προϊόντων» αποτελείται από το σύνολο των προϊόντων ή υπηρεσιών που είναι επαρκώς εναλλάξιμα ή υποκατάστατα, όχι μόνο από την άποψη των αντικειμενικών χαρακτηριστικών τους, της τιμής ή της επιδιωκόμενης χρήσης τους, αλλά και τις συνθήκες ανταγωνισμού ή/και τη διάρθρωση της προσφοράς και της ζήτησης στην εν λόγω αγορά.

56. Όπως αναφέρεται στις Κατευθυντήριες Γραμμές της Επιτροπής⁸ (δικές μας υπογραμμίσεις):

«24. Βάσει του πλαισίου κανονιστικών ρυθμίσεων, ο προσδιορισμός των αγορών και η αξιολόγηση της ΣΙΑ θα πραγματοποιούνται με τις ίδιες μεθόδους που ισχύουν στο δίκαιο περί ανταγωνισμού. Κατά συνέπεια, ο ορισμός του γεωγραφικού φάσματος των αγορών που έχουν διαπι-

στωθεί στη Σύσταση, ο ορισμός, όπου είναι αναγκαίο, των σχετικών αγορών προϊόντων/υπηρεσιών εκτός της σύστασης και η εκτίμηση της ύπαρξης αποτελεσματικού ανταγωνισμού εκ μέρους των ΕΡΑ πρέπει να συνάδουν με την νομολογία και πρακτική περί ανταγωνισμού. Προκειμένου να διασφαλιστεί μία συνεκτική προσέγγιση, οι παρούσες κατευθυντήριες γραμμές βασίζονται (1) στην υπάρχουσα νομολογία του Πρωτοδικείου και του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων για τον ορισμό της αγοράς και την έννοια της δεσπόζουσας θέσης βάσει του άρθρου 82 της συνθήκης ΕΚ και του άρθρου 2 του Κανονισμού για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων (11), (2) στις κατευθυντήριες γραμμές για την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων ανταγωνισμού στον τομέα των τηλεπικοινωνιών (12), (3) στην ανακοίνωση της Επιτροπής όσον αφορά τον ορισμό της σχετικής αγοράς για τους σκοπούς του κοινοτικού δικαίου περί ανταγωνισμού (13), εφεξής η ανακοίνωση για τον ορισμό της σχετικής αγοράς και (4) στην ανακοίνωση για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού σε συμφωνίες πρόσβασης στον τομέα των τηλεπικοινωνιών (14), εφεξής η ανακοίνωση για την πρόσβαση.»

«Ο ορισμός των αγορών βάσει των άρθρων 81 και 82 της συνθήκης ΕΚ πραγματοποιείται γενικά σε εκ των υστέρων βάση. Στις περιπτώσεις αυτές, η ανάλυση εξετάζει γεγονότα τα οποία έχουν ήδη λάβει χώρα στην αγορά και δεν θα επηρεάζεται από πιθανές μελλοντικές εξελίξεις. Το σημείο εκκίνησης αποτελεί η εικαζόμενη κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης βάσει του άρθρου 82 της συνθήκης ΕΚ (άρθρο 2 Ν.3959/2011).»

Και να μεν, σύμφωνα με την Επιτροπή, (παρ. 25) «Ορισμένες φορές, και για τους λόγους που αναφέρονται στο τμήμα 2 των εν λόγω κατευθυντήριων γραμμών, οι αγορές που ορίζονται από την Επιτροπή και τις αρμόδιες αρχές ανταγωνισμού σε υποθέσεις ανταγωνισμού είναι δυνατόν να διαφέρουν από εκείνες που έχουν οριστεί στη σύσταση και την απόφαση, ή/και από τις αγορές που ορίστηκαν από τις ΕΡΑ σύμφωνα με το άρθρο 15 παράγραφος 3 της οδηγίας πλαίσιο, εντούτοις, «η χρήση της ίδιας μεθοδολογίας εξασφαλίζει ότι η σχετική αγορά που ορίζεται για τους σκοπούς της ειδικής τομεακής ρύθμισης θα αντιστοιχεί στις περισσότερες περιπτώσεις στους ορισμούς της αγοράς οι οποίοι ισχύουν σύμφωνα με το δίκαιο του ανταγωνισμού.»

57. Η Επιτροπή τονίζει ότι: «οι ΕΡΑ και οι αρχές ανταγωνισμού, κατά την εξέταση ίδιων θεμάτων κάτω από τις ίδιες περιστάσεις και με τους ίδιους στόχους, πρέπει καταρχήν να καταλήγουν στα ίδια συμπεράσματα» (παρ. 27).

58. Στο πλαίσιο της παρούσας εξέτασης και σύμφωνα και με την πρακτική της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, αλλά και της Επιτροπής Ανταγωνισμού, κατά τον ορισμό σχετικών αγορών για την ex post εφαρμογή των διατάξεων περί ελεύθερου ανταγωνισμού, ο προσδιορισμός της σχετικής αγοράς για την εκτίμηση ενός περιορισμού του ανταγωνισμού, βασίζεται σε όλες τις διαθέσιμες πληροφορίες καθώς και εμπειρικά στοιχεία τα οποία έχει στη διάθεσή της η ΕΕΤΤ, βάσει των οποίων προσδιορίζονται σε γενικές γραμμές οι πιθανές αγορές (αρχική υπόθεση εργασίας), η οποία υπόθεση εργασίας επιβεβαιώνεται εν συνεχεία με την ανάλυση των χαρακτηριστικών της ζήτησης και της προσφοράς.

8. «Κατευθυντήριες Γραμμές για την ανάλυση αγοράς και την εκτίμηση της σημαντικής ισχύος στην αγορά βάσει του κοινοτικού πλαισίου κανονιστικών ρυθμίσεων για τα Δίκτυα και τις Υπηρεσίες Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών» (2002/С 165/3, ΕΕ C165/6, 11-7-2002)

59. Εν προκειμένω, δεδομένου ότι τα πραγματικά περιστατικά στα οποία εντοπίζεται η εικαζόμενη κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης από την ΟΤΕ ΑΕ αφορούν στην παροχή πρόσβασης (διακριτική μεταχείριση κατά την απόρριψη αιτημάτων Ανενεργού Τοπικού Βρόχου με την αιτιολογία «έλλειψη κυρίου / ακραίου δικτύου») κατ' εφαρμογή των υποχρεώσεων της ΟΤΕ ΑΕ ως επιχείρησης με σημαντική ισχύ στην αγορά Χονδρικής Παροχής (Φυσικής) Πρόσβασης σε Υποδομή Δικτύου (συμπεριλαμβανομένης μεριζόμενης και πλήρως αποδεσμοποιημένης πρόσβασης) σε σταθερή θέση, σύμφωνα με την ΑΠ ΕΕΤΤ 614/013/28-07-2011 (ΦΕΚ 1908/Β/30-8-2011) και την προϋφιστάμενη αυτής Μεταχείρισης) αυτής, ΑΠ 531/065/23-07-2009 (2ος Γύρος Ανάλυσης), (ΦΕΚ 1550/Β/28-7-2009), δεν απαιτείται, ούτε δικαιολογείται εν προκειμένω διαφορετικό συμπέρασμα ως προς τον ορισμό της σχετικής αγοράς προϊόντος / υπηρεσίας, της γεωγραφικής αγοράς και της ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης της ΟΤΕ ΑΕ.

60. Ως εκ τούτου, για τον ορισμό της σχετικής αγοράς και την ανάλυση του επιπέδου του ανταγωνισμού προκειμένου να διαπιστωθεί εάν υπάρχει δεσπόζουσα θέση της ΟΤΕ ΑΕ, η ΕΕΤΤ στηρίχθηκε στα στοιχεία και τις εκτιμήσεις αυτών από την διαδικασία ορισμού και ανάλυσης της σχετικής αγοράς Χονδρικής (Φυσικής) Πρόσβασης σε Υποδομή Δικτύου σε Σταθερή Θέση, όπως αυτά έχουν συμπεριληφθεί στην «Κοινοποίηση προς την Ε.Ε. και τις Εθνικές Ρυθμιστικές Αρχές (Ε.Ρ.Α.) άλλων Κρατών – Μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης του Σχεδίου Μέτρων της ΕΕΤΤ αναφορικά με τον 3ο γύρο ανάλυσης της ΕΕΤΤ για τον Ορισμό, την Ανάλυση του επιπέδου ανταγωνισμού και τις Προτεινόμενες Κανονιστικές Υποχρεώσεις στην αγορά Χονδρικής (Φυσικής) Πρόσβασης σε Υποδομή Δικτύου σε Σταθερή Θέση (αγορά υπ' αρ. 4, Σύστασης Ευρωπαϊκής Επιτροπής) σύμφωνα με το άρθρο 7 της Οδηγίας 2002/21/ΕΚ (Άρθρο 16 του Ν. 3431/2006 [ΦΕΚ 13/Α/2006])». Στην εν λόγω ανάλυση η ΕΕΤΤ ξεκίνησε από την οριοθέτηση της σχετικής αγοράς λιανικής, η οποία ορίστηκε ως η αγορά για υπηρεσίες λιανικής ευρυζωνικής πρόσβασης στο διαδίκτυο σε σταθερή θέση, περιλαμβάνουσα τη λιανική ευρυζωνική πρόσβαση στο διαδίκτυο μέσω δικτύου πρόσβασης χαλκού και μέσω δικτύου πρόσβασης οπτικών ινών, και στη συνέχεια προχώρησε στον ορισμό των ανάντη αγορών χονδρικής που χρησιμοποιούνται για την κάλυψη της ζήτησης των προϊόντων / υπηρεσιών που περιλαμβάνονται στην ορισθείσα αγορά λιανικής.

61. Από την διεξαχθείσα ανάλυση προέκυψε ότι η σχετική αγορά προϊόντος / υπηρεσίας στην οποία εκτιμάται η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης και η καταχρηστική εκμετάλλευση αυτής, είναι η χονδρική αγορά πρόσβασης σε φυσική υποδομή δικτύου για το σκοπό παροχής ευρυζωνικών και φωνητικών υπηρεσιών. Η σχετική γεωγραφική αγορά συνίσταται στην Ελληνική Επικράτεια. Η ΕΕΤΤ αναφέρεται στο περιεχόμενο και τα αποτελέσματα της ανάλυσης που διεξήγαγε για τον ορισμό της σχετικής αγοράς προϊόντος / υπηρεσίας και της γεωγραφικής αγοράς, με βάση τις διατάξεις περί ελεύθερου ανταγωνισμού για την εκτίμηση της ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης της ΟΤΕ

ΑΕ και συνακόλουθα της καταχρηστικής εκμετάλλευσης αυτής, στην απόφαση ΕΕΤΤ 700/019/29-08-2013⁹ και ειδικότερα τα Κεφάλαια V. Νομική Εκτίμηση, κεφάλαιο Β, υποκεφάλαιο (α), παράγραφοι 92-121 αυτής.

(β) Δεσπόζουσα θέση

62. Η δεσπόζουσα θέση ορίζεται από το ΔΕΚ ως «η θέση οικονομικής ισχύος την οποία κατέχει μία επιχείρηση η οποία της επιτρέπει να εμποδίζει την ύπαρξη (ή την διατήρηση) αποτελεσματικού ανταγωνισμού στη σχετική αγορά και της προσφέρει τη δυνατότητα να συμπεριφέρεται, σε σημαντικό βαθμό, ανεξάρτητα από τους ανταγωνιστές και πελάτες της και τελικά από τους καταναλωτές.».

63. Σύμφωνα με την πάγια νομολογία του ΔΕΚ, μολονότι η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης δεν μπορεί να διαπιστωθεί λαμβάνοντας υπόψη αποκλειστικά και μόνο το μεγάλο μερίδιο στην αγορά, σημαντικά προβλήματα δεσπόζουσας θέσης προκύπτουν συνήθως στην περίπτωση επιχειρήσεων με μερίδια αγοράς που υπερβαίνουν το 40%. Ειδικά στις περιπτώσεις που το μερίδιο είναι ιδιαίτερα υψηλό και διατηρείται για μεγάλο χρονικό διάστημα, έχει κριθεί ότι αποτελεί καθεαυτό, εκτός από εξαιρετικές περιπτώσεις, αποδεικτικό στοιχείο για την ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης (ΕΑ 27/1989, ΔεφΑΘ 2846/1999). Ειδικότερα, τα υπερβολικά μεγάλα μερίδια αγοράς – δηλαδή αυτά που υπερβαίνουν το 50% – αποτελούν, εκτός εξαιρετικών περιπτώσεων, μαχητό τεκμήριο δεσπόζουσας θέσης. Με άλλα λόγια, το γεγονός ότι ένα μερίδιο αγοράς υπερβαίνει το 50% συνήθως αρκεί για να αποδείξει τη δεσπόζουσα θέση, χωρίς να απαιτείται να εξετασθούν άλλοι παράγοντες. Ενώ παράλληλα διερευνάται κατά πόσο το μερίδιο αγοράς της εν λόγω επιχείρησης έχει παραμείνει σταθερό διαχρονικά. Επιπρόσθετα απαιτείται όπως η επιχείρηση έχει την πραγματική δυνατότητα μονομερούς επηρεασμού των όρων της αγοράς, ήτοι τη «δυνατότητα παρεμπόδισης ενός αποτελεσματικού ανταγωνισμού¹⁰».

64 Καθοριστικό στοιχείο για την ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης είναι η δυνατότητα που έχει μια επιχείρηση να διαμορφώνει σε σημαντικό βαθμό ανεξάρτητη επιχειρηματική συμπεριφορά σε σχέση με τους ανταγωνιστές, τους πελάτες και τους καταναλωτές¹¹. Εξάλλου, η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης μπορεί να απορρέει από συνδυα-

9. «Λήψη απόφασης επί της διαδικασίας Ακρόασης της 18ης Απριλίου 2013 των εταιρειών «Οργανισμός Τηλεπικοινωνιών Ελλάδος - ΟΤΕ Α.Ε» αφενός και «HELLAS ON LINE», «CYTA HELLAS», «FORTHNET ΑΕ» και «WIND HELLAS» αφετέρου, με αντικείμενο την από 7-3-2013 Καταγγελία/ Αίτηση Λήψης Προσωρινών Μέτρων και έκδοσης Προσωρινής Διαταγής της εταιρείας «HELLAS ON LINE», καθώς και αναφορές των λοιπών εταιρειών κατά της ΟΤΕ ΑΕ, σχετικά με την ύπαρξη σημαντικών καθυστερήσεων στην υλοποίηση αιτημάτων και τη διαχείριση βλαβών υπηρεσίας Τοπικού Βρόχου και τη νομική διερεύνηση αυτών με βάση τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας ηλεκτρονικών επικοινωνιών και το άρθρο 2 του Ν. 3959/2011 (ΦΕΚ 93/Α/20-4-2011).»

10. ΕΑ ΕΑ 17/1984, 18/1984, 82/1989 και ΔΕΚ 85/76 Hoffman La Roche, 27/76, United Brands.

11. Λιακόπουλος, Βιομηχανική Ιδιοκτησία 5η Έκδοση, 2000, σελ. 548-549, Bellamy & Child, Common Market Law of Competition, 2001, παρ. 9-008.

σμό διαφόρων παραγόντων οι οποίοι εάν θεωρηθούν αυτοτελώς, δεν αποτελούν απαραίτητα ικανή προϋπόθεση για την ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης, αλλά όταν συνδυάζονται μεταξύ τους οδηγούν στη δημιουργία της. Ως τέτοιοι έχουν κριθεί, μεταξύ άλλων, από τη Νομολογία και τη διοικητική πρακτική, οι εξής:

- δομή της αγοράς (ύπαρξη ανταγωνιστικών πιέσεων, η ύπαρξη άλλων ανταγωνιστών στην ίδια σχετική αγορά, ο βαθμός κάθετης δομής καθώς και το μερίδιο αγοράς το οποίο κατέχουν (ΕΑ 28/1984, και 30/1985),

- το εύρος του φάσματος προϊόντων το οποίο παρέχουν οι ανταγωνιστές,

- η δυνατότητα πρόσβασης νέων ανταγωνιστών στη σχετική αγορά, καθώς και η δυνατότητα επιβίωσης αυτών, λαμβάνοντας υπόψη και τα δίκτυα διανομής τους,

- ο βαθμός εξάρτησης πελατών ή προμηθευτών,

- η δομή (οργάνωση) της ίδιας της εταιρείας,

- πρόσβαση σε πρώτες ύλες,

- η οικονομική δύναμη και η τεχνολογική υπεροχή της εταιρείας (ΕΑ 64/1988, 59/1987),

- συμπεριφορά της επιχείρησης στην αγορά.

65 Εξάλλου σύμφωνα με τις Κατευθυντήριες Γραμμές της Ευρωπαϊκής Επιτροπής¹², πέραν του μεριδίου στην αγορά, μια δεσπόζουσα θέση μπορεί να προκύψει από το συνδυασμό οποιονδήποτε από τα κατωτέρω κριτήρια, τα οποία λαμβανόμενα χωριστά δεν έχουν αναγκαστικά καθοριστική σημασία. Στα κριτήρια αυτά συμπεριλαμβάνονται μεταξύ άλλων :

- το συνολικό μέγεθος της επιχείρησης,

- έλεγχος της υποδομής που δεν είναι εύκολο να αναπαρχθεί,

- πλεονεκτήματα ή προβάδισμα σε τεχνολογικό επίπεδο,

- απουσία αντισταθμιστικής αγοραστικής ισχύος,

- εύκολη ή προνομιακή πρόσβαση σε κεφαλαιαγορές/χρηματοδοτικούς πόρους,

- διαφοροποίηση προϊόντων/υπηρεσιών (π.χ. δέσμες προϊόντων ή υπηρεσιών),

- οικονομίες κλίμακας, οικονομίες φάσματος, κάθετη ολοκλήρωση ,

- ιδιαίτερα αναπτυγμένα δίκτυα διανομής και πωλήσεων,

- απουσία δυναμικού ανταγωνισμού,

- φραγμοί στην επέκταση.

Τέλος, η διαπίστωση δεσπόζουσας θέσης εξαρτάται επίσης από την εκτίμηση ευχέρειας εισόδου στην αγορά. Πράγματι, όταν δεν υπάρχουν φραγμοί εισόδου αποτρέπεται, καταρχήν, η ανεξάρτητη αντιανταγωνιστική συμπεριφορά επιχείρησης με σημαντικό μερίδιο αγοράς.

66. Σύμφωνα με στοιχεία που έχει στην κατοχή της η ΕΕΤΤ, εν προκειμένω ο ΟΤΕ είναι επί του παρόντος ο μοναδικός χονδρικός πάροχος μεταλλικών (χάλκινων) τοπικών βρόχων και υποβρόχων. Επομένως, ο ΟΤΕ κατέχει μερίδιο 100% στη σχετική αγορά. Ακόμη και για την περίπτωση όπου τα μερίδια αγοράς είναι 100%, όπως συμβαίνει στην περίπτωση του ΟΤΕ, δύναται να υφίστανται κάποιοι ανταγωνιστικοί περιορισμοί, εάν είναι

εφικτό να πραγματοποιηθεί σημαντική είσοδος στην αγορά. Η απειλή εισόδου στην αγορά, είτε μακροπρόθεσμα είτε για ένα σύντομο χρονικό διάστημα, είναι ένας από τους βασικούς ανταγωνιστικούς περιορισμούς των κοινοποιημένων φορέων εκμετάλλευσης, τουλάχιστον όπου η είσοδος αυτή είναι πιθανή (και όχι υποθετική), έγκαιρη και ουσιαστική. Η απειλή εισόδου μειώνεται όταν υπάρχουν σημαντικοί φραγμοί εισόδου.

67. Η ΕΕΤΤ θεωρεί ότι η είσοδος στη σχετική αγορά στην Ελλάδα για την χονδρική πρόσβαση σε φυσική υποδομή δικτύου θα απαιτούσε πολύ μεγάλες επενδύσεις, πρωτίστως με τη μορφή μη ανακτήσιμου κόστους. Αυτά τα σημαντικά, μη ανακτήσιμα κόστη, όταν συνδυάζονται με οικονομίες κλίμακας και σκοπού, αυξάνουν σημαντικά τους φραγμούς εισόδου για μια επιχείρηση που εξετάζει τη δυνατότητα κατασκευής νέου εθνικού δικτύου τοπικής πρόσβασης. Επομένως, ρεαλιστικά υπάρχει μικρή πιθανότητα δημιουργίας νέου σταθερού δικτύου για την παροχή υπηρεσιών τοπικής πρόσβασης, ενώ παράλληλα δεν αναμένεται ότι μεσοπρόθεσμα η σχετική αγορά θα καταστεί υποκείμενο ανταγωνιστικών πιέσεων μέσω της χρήσης κάποιας εναλλακτικής πλατφόρμας (π.χ. δορυφόροι, καλωδιακή τηλεόραση, ασύρματες υπηρεσίες που χρησιμοποιούν μη αδειοδοτημένες συχνότητες, υπηρεσίες κινητής), δεδομένης της ασυμμετρίας ανάμεσα στη θέση του ιστορικού φορέα εκμετάλλευσης και των νεοεισερχόμενων παρόχων. Ενώ είναι πιθανή κάποια εξέλιξη μεσοπρόθεσμα στην ανάπτυξη κάποιων από αυτές τις πλατφόρμες, ο βαθμός της εξέλιξης είναι πολύ αβέβαιος και στην παρούσα φάση δεν μπορεί να στηριχθεί σε αυτή η δημιουργία επαρκούς ανταγωνισμού στον τοπικό βρόχο.

68. Επιπλέον, ο ΟΤΕ έχει πλεονεκτήματα αναφορικά με το κόστος σε σχέση με τους νεοεισερχόμενους (ακόμη και όταν πραγματοποιούνται οι ίδιες επενδύσεις), καθώς ο κοινοποιημένος φορέας εκμετάλλευσης, λόγω της υφιστάμενης υποδομής και της μεγάλης πελατειακής βάσης πιθανολογείται βέβαια ότι έχει μεγαλύτερες ευκαιρίες οικονομικών σκοπού προκειμένου να αξιοποιήσει τις νέες επενδύσεις σε ευρυζωνικές υποδομές, οι οποίες δεν είναι απαραίτητο να υφίστανται για τους νεοεισερχόμενους. Αυτοί οι σημαντικοί παράγοντες και άλλες διαφορές όπως το επίπεδο κινδύνου που αναλαμβάνεται, από τους νεοεισερχόμενους παρόχους, οδηγούν στο συμπέρασμα ότι θα απαιτείται μεγαλύτερη απόδοση της επένδυσης για αυτούς. Επομένως, οι παράγοντες αυτοί, καθένας χωριστά και κυρίως σωρευτικά, συνιστούν σημαντικό φραγμό εισόδου. Η ΕΕΤΤ δεν γνωρίζει κάποιον νεοεισερχόμενο ο οποίος σκοπεύει να κατασκευάσει ένα νέο σταθερό δίκτυο πρόσβασης το οποίο θα έχει τη δυνατότητα να υποκαταστήσει το σύνολο ή τμήμα του δικτύου του ΟΤΕ (και το οποίο θα έχει τη δυνατότητα να παρέχει τις υπηρεσίες αυτές).

69. Εάν ένας πάροχος ακολουθεί στην αγορά πρακτικές οι οποίες είναι πιθανόν καταχρηστικές, οι πελάτες δύναται θεωρητικά να ασκήσουν αντισταθμιστική αγοραστική ισχύ. Όταν οι αγοραστές είναι μεγάλοι και ισχυροί, μπορούν να αντιδράσουν αποτελεσματικά σε μια απόπειρα αύξησης των τιμών από τους προμηθευτές.

12. παρ. 79 και 78

Η ΕΕΤΤ εξέτασε την πιθανότητα και/ ή την ύπαρξη τέτοιας αντισταθμιστικής αγοραστικής ισχύος στην αγορά, καθώς η ύπαρξη αντισταθμιστικής αγοραστικής ισχύος συνιστά συχνά έναν σημαντικό σχετικό παράγοντα στις αγορές χονδρικής. Σημειώνεται ωστόσο, ότι η αντισταθμιστική αγοραστική ισχύς δύναται να υφίσταται μόνο όταν μεγάλοι πελάτες χονδρικής έχουν τη δυνατότητα (εντός εύλογου χρονικού πλαισίου) να στραφούν σε αξιόπιστες εναλλακτικές (π.χ. να μην αγοράσουν ή να αλλάξουν πάροχο) συνεπεία μιας αύξησης των τιμών ή μιας επαπειλούμενης αύξησης τιμών. Η ΕΕΤΤ κατά τον δεύτερο και τον τρίτο γύρο ανάλυσης της εν λόγω αγοράς κατέληξε στο συμπέρασμα ότι ένας αγοραστής χονδρικής αδεσμοποίητης πρόσβασης δεν είχε αξιόπιστες εναλλακτικές όσον αφορά τις υπηρεσίες που παρέχονται από τον ΟΤΕ και ότι συνακόλουθα δεν υφίσταται αγοραστής που μπορεί να ασκήσει αντισταθμιστική αγοραστική ισχύ η οποία θα μπορούσε να αντισταθμίσει την τεράστια ισχύ του ΟΤΕ στη σχετική αγορά εντός των χρονικών πλαισίων της εξέτασής της. Η ΕΕΤΤ θεωρεί ότι η ως άνω διαπίστωση ισχύει και στο πλαίσιο της παρούσας εξέτασης.

70. Με βάση τα ανωτέρω και λαμβάνοντας υπόψη τα υφιστάμενα σημαντικά οικονομικά και εμπορικά εμπόδια για την είσοδο νέων επιχειρήσεων (υψηλοί φραγμοί εισόδου), καθώς επίσης και τις σημαντικές οικονομίες κλίμακας και σκοπού, όπως και το προβάδισμα λόγω συνολικού μεγέθους της επιχείρησης και τα πλεονεκτήματα σε τεχνολογικό επίπεδο που απολαμβάνει ο ΟΤΕ, είναι προφανές ότι ο ΟΤΕ κατέχει δεσπόζουσα θέση στην ορισθείσα σχετική αγορά χονδρικής πρόσβασης σε φυσική υποδομή δικτύου.

(γ) Ειδική (ιδιαίτερη) Ευθύνη

71. Αν και η διαπίστωση της ύπαρξης δεσπόζουσας θέσης δεν συνεπάγεται καθεαυτή καμία μομφή έναντι της εν λόγω επιχείρησης, το ΔΕΚ σε απόφασή του αναφέρθηκε στην ειδική (ή ιδιαίτερη) ευθύνη (special responsibility) μιας επιχείρησης κατέχουσας δεσπόζουσα θέση να μην βλάπτει με τη συμπεριφορά της την ύπαρξη πραγματικού και ανόθευτου ανταγωνισμού. Μία πρακτική η οποία μπορεί να επιτρέπεται σε μια φυσιολογική ανταγωνιστική περίπτωση δύναται να συνιστά καταχρηστική εκμετάλλευση εάν εφαρμόζεται από μία εταιρία με δεσπόζουσα θέση, εξαιτίας της ειδικής της ευθύνης να μην βλάπτει τον ανταγωνισμό, λαμβάνοντας υπόψη τη ζημία που μπορεί να προκαλέσει στους καταναλωτές και τους ανταγωνιστές της. Οι κατέχουσες δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεις ενδέχεται να στερηθούν του δικαιώματος υιοθετήσεως συμπεριφοράς ή λήψεως μέτρων μη συνεπαγομένων αφ' εαυτών κατάχρηση, ακόμη δε και μη καταδικαστέων αν είχαν υιοθετηθεί ή ληφθεί από μη κατέχουσες δεσπόζουσα θέση επιχειρήσεις. Εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 82 ΣυνΘΕΚ και συνεπώς και του άρθρου 2 του Ν.3959/2011, κάθε συμπεριφορά επιχείρησης που κατέχει δεσπόζουσα θέση ικανή να εμποδίσει τη διατήρηση ή την ανάπτυξη του ανταγωνισμού που υφίσταται ακόμη σε μια αγορά όπου, λόγω ακριβώς της παρουσίας αυτής της επιχείρησης, ο ανταγωνισμός είναι ήδη εξασθενημένος.

72. Η εν λόγω ειδική ευθύνη έχει ιδιαίτερη σημασία στην περίπτωση κατά την οποία μια επιχείρηση η οποία κατέχει δεσπόζουσα θέση σε μια δεδομένη αγορά χρησιμοποιεί την ισχύ της σε αυτή την αγορά κατά τέτοιο τρόπο ώστε να ενδυναμώσει περαιτέρω τη θέση της και, ταυτόχρονα, να παρεμποδίσει την εμφάνιση του ανταγωνισμού σε μια παραπλήσια, αλλά διαφορετική αγορά. Είναι χαρακτηριστικό ότι ο Γενικός Εισαγγελέας Fennelly τόνισε ότι η συμπεριφορά μιας επιχείρησης η οποία κατέχει σχεδόν μονοπωλιακή θέση, η οποία καταφανώς αποσκοπεί στην παρακώλυση εμφάνισης ανταγωνισμού, πρέπει να εκτιμάται με βάση υψηλότερο βαθμό επιμέλειας. Χαρακτηριστική περίπτωση de facto μονοπωλίου, στο οποίο βρίσκεται εφαρμογή η προαναφερόμενη ειδική ευθύνη, είναι η κυριαρχία του εγκατεστημένου φορέα εκμετάλλευσης, εν προκειμένω του ΟΤΕ, στον τοπικό βρόχο. Επομένως, η εκάστοτε συμπεριφορά του ΟΤΕ πρέπει να εκτιμάται υπό το πρίσμα της ειδικής ευθύνης με την οποία βαρύνεται. Η ειδική αυτή ευθύνη συνίσταται στην υποχρέωση του ΟΤΕ να μην εξασθενεί την ύπαρξη ανταγωνισμού, καθώς και να μην υιοθετεί συμπεριφορές ή μέτρα που δεν θα συνεπάγονταν καθ'αυτό κατάχρηση εάν είχαν υιοθετηθεί ή ληφθεί από εταιρίες μη κατέχουσες δεσπόζουσα θέση.

Ως εκ τούτου, οι όροι της παροχής από τον ΟΤΕ αδεσμοποίητης πρόσβασης στον τοπικό του βρόχο, εκτιμώνται υπό το πρίσμα της «ειδικής ευθύνης» επιμέλειας με την οποία βαρύνεται.

(δ) Καταχρηστική Εκμετάλλευση Δεσπόζουσας Θέσης

73. Η εφαρμογή του άρθρου 2 του Ν.3959/2011 προϋποθέτει την ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης και αιτιώδη συνάφεια μεταξύ της εν λόγω δεσπόζουσας θέσης και της εικαζόμενης καταχρηστικής συμπεριφοράς.

74. Κατά πάγια νομολογία, η έννοια της καταχρηστικής εκμετάλλευσης είναι αντικειμενική και αφορά τη συμπεριφορά συγκεκριμένης επιχείρησης κατέχουσας δεσπόζουσα θέση, συμπεριφορά η οποία είναι σε θέση να επηρεάσει τη δομή μιας αγοράς όπου, λόγω ακριβώς της υπάρξεως της εν λόγω επιχείρησης, ο βαθμός ανταγωνισμού είναι ήδη μειωμένος, και η οποία έχει ως συνέπεια την παρεμπόδιση, με την προσφυγή σε μέσα διαφορετικά εκείνων που διέπουν τον φυσιολογικό ανταγωνισμό επί των προϊόντων ή υπηρεσιών βάσει των συναλλαγών των επιχειρήσεων, της διατήρησης του υφισταμένου ακόμα στην αγορά βαθμού ανταγωνισμού ή της ανάπτυξής του. Είναι νομικά αδιάφορο εάν μια επιχείρηση σε δεσπόζουσα θέση έχει την πρόθεση να αποθαρρύνει ή να εξασθενήσει τους ανταγωνιστές της. Νομικά κρίσιμη είναι η συμπεριφορά καθεαυτή και όχι τα κίνητρα ή οι σκοποί της, τα οποία μπορεί να έχουν επιβαρυντικό ή ελαφρυντικό ρόλο (ΕΑ 59/1993).

75. Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή σε σχετική Ανακοίνωσή της, αξιολογώντας νομικά τη συμπεριφορά του κυρίαρχου φορέα εκμετάλλευσης (πρώην μονοπωλιακού παρόχου), κατά την παροχή σε ανταγωνιστές του πρόσβασης στον τοπικό βρόχο με βάση τις διατάξεις και αρχές περί ελεύθερου ανταγωνισμού, εντοπίζει μια σειρά περιπτώσεων που δύνανται να συνιστούν καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης αντικείμενης στο άρθρο 102 της

ΣΛΕΕ, μεταξύ των οποίων η ύπαρξη διακρίσεων από τον δεσπόζοντα φορέα (άρθρο 102 της ΣΛΕΕ). Σχετικά αναφέρει (δικές μας υπογραμμίσεις):

«Οι καταχρηστικές διακρίσεις μπορούν να λάβουν πολλές διαφορετικές μορφές, όπως διακριτική τιμολόγηση, καθυστερήσεις στην παραχώρηση πρόσβασης ή καθυστερήσεις στην αποκατάσταση τεχνικών προβλημάτων που συνδέονται με την πρόσβαση αυτή και την τεχνική διάρθρωση της πρόσβασης και, στη συγκεκριμένη περίπτωση της πρόσβασης στον τοπικό βρόχο (π.χ. εάν η πρόσβαση δεν περιλαμβάνει λειτουργικό σύστημα και υπηρεσίες υποστήριξης ή άλλες λειτουργίες που χρησιμοποιούνται από τον εγκατεστημένο φορέα εκμετάλλευσης για την παροχή υπηρεσιών μέσω του τοπικού βρόχου), διάκριση όσον αφορά τους όρους υπό τους οποίους προσφέρεται (ή όχι) η συνεγκατάσταση. Τέτοιες πρακτικές συνιστούν ενδεχομένως διακριτική συμπεριφορά υπό την έννοια του άρθρου 82 (102), στοιχείο γ).»

120. Ένας δεσπόζων φορέας πρόσβασης δεν μπορεί να κάνει διακρίσεις μεταξύ διαφόρων συμφωνιών πρόσβασης όταν οι διακρίσεις αυτές περιορίζουν τον ανταγωνισμό. Οποιαδήποτε διαφοροποίηση η οποία βασίζεται κυρίως στη χρήση που πρέπει να γίνει στην πρόσβαση παρά στις διαφορές μεταξύ συναλλαγών του ίδιου του φορέα εκμετάλλευσης της πρόσβασης, εάν η διάκριση φαίνεται σαφώς ότι περιορίζει ή στρεβλώνει υπάρχοντα ή δυνητικό ανταγωνισμό, αντίκειται στις διατάξεις του άρθρου 86. Η διάκριση αυτή μπορεί να πάρει τη μορφή επιβολής διαφόρων όρων, περιλαμβανομένης της χρέωσης διαφορετικών τιμών ή άλλης μορφής διαφοροποίηση μεταξύ των συμφωνιών πρόσβασης, εκτός αν η διάκριση αυτή θα μπορούσε να δικαιολογηθεί με αντικειμενικό τρόπο, π.χ. βάσει του κόστους ή τεχνικών δυσχερειών ή του γεγονότος ότι οι χρήστες ασκούν δραστηριότητες σε διαφορετικά επίπεδα. Η διάκριση αυτή θα μπορούσε να περιορίζει τον ανταγωνισμό στην αγορά επομένων σταδίων στην οποία η αιτούσα πρόσβαση εταιρεία επιδιώκει να ασκήσει δραστηριότητες εφόσον ενδέχεται να περιορίζει τη δυνατότητα του φορέα αυτού να εισέλθει στην αγορά ή να επεκτείνει τις δραστηριότητές του στην εν λόγω αγορά.[...]

125. Η εισαγωγή διακρίσεων χωρίς αντικειμενική αιτιολογία όσον αφορά οποιαδήποτε πτυχή συμφωνίας πρόσβασης ενδέχεται να αποτελεί κατάχρηση. Οι διακρίσεις μπορεί να αφορούν στοιχεία όπως η τιμολόγηση, τα χρονικά περιθώρια, η τεχνική πρόσβαση, η όδευση, η αρίθμηση, οι περιορισμοί στη χρήση του δικτύου που υπερβαίνουν τις βασικές απαιτήσεις και η χρήση δεδομένων των δικτύων πελατών. Πάντως, η ύπαρξη διακρίσεων μπορεί μόνον να καθοριστεί κατά περίπτωση. Οι διακρίσεις είναι αντίθετες προς το άρθρο 86, ανεξαρτήτως του αν προκύπτουν ή είναι εμφανείς από τους όρους μιας ειδικής συμφωνίας πρόσβασης. 126. Στο πλαίσιο αυτό, υπάρχει γενικό καθήκον του φορέα εκμετάλλευσης του δικτύου να μεταχειρίζεται τους ανεξάρτητους πελάτες κατά τον ίδιο τρόπο όπως τη δική του θυγατρική ή κλάδο παροχής υπηρεσιών επομένων σταδίων. Η φύση του πελάτη και οι απαιτήσεις του μπορεί να παίξουν σημαντικό ρόλο στον καθορισμό του κατά πόσον οι συναλλαγές είναι συγκρίσιμες. Διαφορετικές

τιμές για πελάτες σε διαφορετικά επίπεδα (π.χ. χονδρικής και λιανικής) δεν αποτελούν αναγκαστικά διάκριση. [...] Αντικειμενική αιτιολογία

128. Η αιτιολογία μπορεί να περιλαμβάνει παράγοντες σχετικά με την τρέχουσα λειτουργία του δικτύου που ανήκει στον παρέχοντα πρόσβαση ή περιορισμούς εκμετάλλευσης όσον αφορά το αντικείμενο των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας.»

76. Τονίζεται ότι κακή διαχείριση, αδιαφορία / νωθρότητα, ενσυνείδητη αμέλεια ή ανεπάρκεια, όχι μόνο δεν συνιστούν αντικειμενικά αποδεκτή αιτιολογία καθυστερήσεων, αλλά συνιστούν λόγους οι οποίοι μπορούν να στοιχειοθετήσουν αυτοτελώς καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης, σύμφωνα με το Άρθρο 102 της ΣΛΕΕ (β).

(ε) Περί του βάρους Απόδειξης

77. Αναφορικά με το βάρος απόδειξης της εικαζόμενης παράβασης των διατάξεων της νομοθεσίας περί ελεύθερου ανταγωνισμού και σε απάντηση των υποβληθέντων ισχυρισμών της εταιρείας ΟΤΕ ΑΕ επισημαίνουμε τα κάτωθι:

78. Σύμφωνα με το άρθρο 4 του Νόμου Ν. 3959/2011, κατά τη διαδικασία ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού για την εφαρμογή των άρθρων 1 και 2, καθένας φέρει το βάρος απόδειξης των ισχυρισμών του. Η εν λόγω διάταξη επαναλαμβάνει κατ' ουσία το άρθρο 2 του Κανονισμού 1/2003, σύμφωνα με το οποίο στο πλαίσιο του συνόλου των εθνικών και των κοινοτικών διαδικασιών εφαρμογής των άρθρων 81 και 82 της συνθήκης, η απόδειξη της παράβασης του άρθρου 81 παράγραφος 1 ή του άρθρου 82 της συνθήκης βαρύνει το μέρος ή την αρχή που ισχυρίζεται την παράβαση, ενώ η απόδειξη ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις του άρθρου 81 παράγραφος 3 της συνθήκης βαρύνει την επιχείρηση ή ένωση επιχειρήσεων που επικαλείται τη διάταξη αυτή. Σύμφωνα με το σημείο 5 του προοιμίου του ως άνω Κανονισμού (δική μας υπογράμμιση) «για να διασφαλιστεί η αποτελεσματική επιβολή των κοινοτικών κανόνων ανταγωνισμού και ταυτόχρονα ο σεβασμός θεμελιωδών δικαιωμάτων υπεράσπισης, ο παρών κανονισμός θα πρέπει να ρυθμίζει το βάρος της απόδειξης αναφορικά με τα άρθρα 81 και 82 της συνθήκης. Θα πρέπει να είναι η πλευρά ή η αρχή που προβάλλει τον ισχυρισμό παράβασης του άρθρου 81 παράγραφος 1 και του άρθρου 82 της συνθήκης που οφείλει να αποδεικνύει την ύπαρξη παράβασης, σύμφωνα με τα απαιτούμενα νομικά πρότυπα απόδειξης. Θα πρέπει να είναι η επιχείρηση ή η ένωση επιχειρήσεων που επικαλείται το ευεργέτημα της υπεράσπισης, έναντι της διαπίστωσης μιας παράβασης, η οποία οφείλει να αποδεικνύει, σύμφωνα με τα απαιτούμενα νομικά πρότυπα απόδειξης, ότι πληρούνται οι όροι για την εφαρμογή αυτής της υπεράσπισης. Ο παρών κανονισμός δεν θίγει ούτε τους εθνικούς κανόνες περί των απαιτούμενων αποδεικτικών προτύπων ούτε την υποχρέωση των αρχών ανταγωνισμού και των δικαστηρίων των κρατών μελών να εξακριβώνουν τα κρίσιμα πραγματικά περιστατικά μιας υπόθεσης, υπό τον όρο ότι οι εν λόγω κανόνες και υποχρεώσεις συνάδουν προς τις γενικές αρχές του κοινοτικού δικαίου.»

79. Σύμφωνα με όσα αναλυτικά αναφέρθηκαν ανωτέρω, η ΕΕΤΤ, δυνάμει των άρθρων 12στ, 38 και 77 του Ν. 4070/2012, καθώς και το άρθρο 38 του Ν. 3959/2011, νομίμως και αρμοδίως εξέδωσε προδικαστική απόφαση προς προσκόμιση των αναγκαίων προς διακρίβωση των πραγματικών περιστατικών της υπόθεσης, αποδεικτικών στοιχείων, τα οποία βρίσκονται στην κατοχή και τη σφαίρα επιρροής της καθ' ής ΟΤΕ ΑΕ, με το αποτέλεσμα που επίσης αναλυτικά εκτέθηκε ανωτέρω στο Κεφάλαιο V. Νομική Εκτίμηση, υποκεφάλαιο Α., παράγραφοι 36 επ., της παρούσας.

80. Στο πλαίσιο αυτό και σύμφωνα με τη νομολογία του ΔΕΚ¹³: «Εστω και αν το νόμιμο βάρος αποδείξεως το φέρει, σύμφωνα με τις αρχές αυτές, είτε η Επιτροπή είτε η ενδιαφερόμενη επιχείρηση ή ένωση, τα πραγματικά στοιχεία τα οποία επικαλείται η μία πλευρά μπορεί να είναι ικανά να υποχρεώσουν την άλλη πλευρά να παράσχει μια εξήγηση ή αιτιολογία, ελλείψει της οποίας να επιτρέπεται να συναχθεί ότι η πρώτη πλευρά ανταποκρίθηκε στην υποχρέωσή της.»

81. Οι απόψεις του γενικού Εισαγγελέα DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER στην συγκεκριμένη υπόθεση¹⁴ έχουν ιδιαίτερη βαρύτητα επισημαίνοντας (παρ. 128) ότι «Η βάσει τεκμηρίων απόδειξη στηρίζεται τόσο στην τεχνική της συλλογιστικής και στην κοινή λογική όσο και στην πείρα. Προς τούτο, λαμβάνονται ως αφετηρία ορισμένα αποδεδειγμένα γεγονότα τα οποία, κατόπιν μιας λογικής επεξεργασίας σύμφωνα με τους κανόνες της ανθρώπινης λογικής, επιτρέπουν να θεωρηθούν ως αποδεδειγμένα ορισμένα πραγματικά περιστατικά.»¹⁵

82. Εν προκειμένω, η ΕΕΤΤ λαμβάνοντας υπόψη τα εκατέρωθεν προσκομισθέντα στοιχεία, προέβη σε διακρίβωση των πραγματικών περιστατικών της υπόθεσης,

13. Aalborg Portland A/S κ.λπ. κατά Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, παράγραφοι 78-79

14. ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER της 11ης Φεβρουαρίου 2003, στην υπόθεση AALBORG PORTLAND κ.λπ. κατά ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ.

15. Οπ. π. υποσημείωση 12, παρ. 129-130 «129. Αυτό ακριβώς έπραξε το Πρωτοδικείο. Εκκινώντας από ορισμένα αναμφισβήτητα γεγονότα (την παρουσία της Aalborg στις συνεδριάσεις, τη σύναψη συμφωνιών θίγουσών τον ανταγωνισμό, το γεγονός ότι η Aalborg δεν εναντιώθηκε ρητώς στις συμφωνίες αυτές και ότι συμμετέσχε στις ανταλλαγές πληροφοριών ως προς τις τιμές), έκρινε αποδεδειγμένο ότι η Aalborg μετείχε στη σύμπραξη. Το συμπέρασμα αυτό, το οποίο είναι εύλογο και σύμφωνο με τους κανόνες της ανθρώπινης λογικής, μου φαίνεται ότι εξηγείται προσηκόντως στην αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση. 130. Το Δικαστήριο έκρινε κατά τον ίδιο τρόπο στην προμνησθείσα απόφαση Επιτροπή κατά Anic Partecipazioni, όπου αποφάνθηκε ότι το Πρωτοδικείο μπορούσε δικαιολογημένα να θεωρήσει ότι, άπαξ και είχε αποδειχθεί η συμμετοχή της Anic στις συναντήσεις κατά τις οποίες αποφασίζονταν, οργανώνονταν και ελέγχονταν πρωτοβουλίες καθορισμού τιμών, στην επιχείρηση αυτή εναπέκειτο να αποδείξει ότι ουδέποτε είχε προσχωρήσει στις πρωτοβουλίες αυτές, καθόσον το Δικαστήριο θεώρησε ότι, πράττοντας κατά τον τρόπο αυτό, το Πρωτοδικείο δεν είχε αντιστρέψει το βάρος της αποδείξεως. Συνεπώς, το Δικαστήριο θεωρεί ότι η συμμετοχή μιας επιχείρησης σε συμφωνία θίγουσα τον ανταγωνισμό αποδεικνύεται βάσει τεκμηρίων, υπό την επιφύλαξη ότι, όπως ισχύει για όλα τα τεκμήρια *juris tantum*, τα τεκμήρια αυτά είναι μαχητά.»

με βάση την τεχνική της συλλογιστικής και την κοινή λογική όσο και στην πείρα, λαμβάνοντας ως αφετηρία ορισμένα αποδεδειγμένα γεγονότα τα οποία, κατόπιν μιας λογικής επεξεργασίας σύμφωνα με τους κανόνες της ανθρώπινης λογικής, επιτρέπουν να θεωρηθούν ως αποδεδειγμένα ορισμένα πραγματικά περιστατικά. Η δε ΟΤΕ ΑΕ απέτυχε όπως παράσχει την απαιτούμενη και αιτηθείσα «εξήγηση / αιτιολογία», ελλείψει της οποίας και δεδομένων των στοιχείων που υπέβαλε η άλλη πλευρά (καταγγέλλουσα) θεωρείται ότι η διαπιστωθείσα παράβαση έχει αποδειχθεί επαρκώς.

(στ) Νομική Εκτίμηση Συμπεριφοράς ΟΤΕ

83. Η ως άνω διαπιστωθείσα συμπεριφορά της ΟΤΕ ΑΕ, εκτιμώμενη υπό το πρίσμα των διατάξεων της νομοθεσίας περί ελεύθερου ανταγωνισμού ενέχει στοιχεία αντιανταγωνιστικού αποκλεισμού, καθώς ο ΟΤΕ με την ως άνω διαπιστωθείσα πρακτική του δημιουργεί σημαντικό αδικαιολόγητο διαχειριστικό φόρτο και πρόσθετο κόστος στην παροχή υπηρεσιών μέσω αδεσμοποίητης χονδρικής πρόσβασης από εναλλακτικούς παρόχους που συνδυάζεται με σαφή ανταγωνιστικά πλεονεκτήματα υπέρ του λιανικού του άκρου.

84. Ειδικά η δυνατότητα δραστηριοποίησης των εναλλακτικών παρόχων μέσω της ενεργοποίησης ανενεργού τοπικού βρόχου, αντί ενεργού, είναι κομβικής εμπορικής σημασίας για τη λειτουργία του ανταγωνισμού, καθώς πρόκειται για τη βασική τεχνική δυνατότητα μέσω της οποίας ο εναλλακτικός πάροχος δύναται να εμφανίζει προς τον καταναλωτή μια εμπορική αυτοτέλεια, ενεργοποιώντας νέο τοπικό βρόχο, ιδίως σε περιπτώσεις νέας κατοικίας και μετακομίσεων. Δια της δημιουργίας προβλημάτων στην υλοποίηση των αιτημάτων ανενεργού τοπικού βρόχου, (τα οποία συχνά συνδυάζονται και με τη χορήγηση στον τελικό χρήστη και νέου αριθμοδοτικού πόρου από την καταγγέλλουσα), ευνοείται ο έτερος τρόπος ενεργοποίησης συνδρομητών, μέσω ενεργού τοπικού βρόχου, που συνεπάγεται την αναγκαιότητα προηγούμενης ενεργοποίησης στο δίκτυο του ΟΤΕ.

85. Τα οφέλη του ΟΤΕ από το αναγκαίο πέρασμα των συνδρομητών από το δίκτυο του δεν εξαντλούνται στην πρόσκαιρη οικονομική ωφέλεια, αλλά προδήλως έχουν και μεσοπρόθεσμο θετικό εμπορικό αντίκτυπο για τον ΟΤΕ, καθώς ακόμη και εάν δεν κατορθώσει να συγκρατήσει τον συνδρομητή σε πρώτη φάση, εντούτοις αυξάνει τις πιθανότητες να τον ξανακερδίσει στο μέλλον. Οι ισχυρισμοί του ΟΤΕ αναφορικά με τη δήθεν μη αποκόμιση κανενός οικονομικού οφέλους από την απόρριψη των αιτημάτων παροχής ανενεργού τοπικού βρόχου δεν ευσταθούν:

85.1 Ο ΟΤΕ στην περίπτωση ενεργοποίησης ενός ANToB θα αποκομίσει το εφάπαξ τέλος ενεργοποίησης ANToB από τον πάροχο. Αντίθετα στην περίπτωση απόρριψης του αιτήματος παροχής ANToB, ο συνδρομητής θα ενεργοποιηθεί στον ΟΤΕ για να μεταβεί κατόπιν στη Forthnet με φορητότητα και συνεπώς ο ΟΤΕ θα αποκομίσει τα κόστη που απαιτούνται για την ενεργοποίηση ενός ανενεργού βρόχου (τα οποία δεδομένης της επιβολής υποχρέωσης κοστοστρέφειας στη σχετική χονδρική αγορά ισούνται με αυτά της ενεργοποίησης ενός ANToB)

και επιπλέον το εφάπαξ τέλος ενεργοποίησης ενεργού τοπικού βρόχου. Εάν μαζί με αυτό το τελευταίο ποσό συνυπολογιστεί, αθροιζόμενο, το ποσό τουλάχιστον ενός παγίου ΟΤΕ, είναι προφανές ότι ο ΟΤΕ ωφελείται οικονομικά περισσότερο από την ενεργοποίηση ενεργών τοπικών βρόχων αντί ανενεργών.

85.2 Αντίθετα, το χρηματικό ποσό που η Forthnet λαμβάνει από τον πελάτη για την ενεργοποίηση ενεργού τοπικού βρόχου, ανέρχεται περίπου στο ήμισυ του αντίστοιχου τέλους που εισπράττει από τον συνδρομητή της για την ενεργοποίηση ανενεργού τοπικού βρόχου.

86. Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι, δια της διαπιστωθείσας πρακτικής του ο ΟΤΕ, στην πράξη ωθούσε την καταγγέλλουσα και τους άλλους εναλλακτικούς παρόχους να κατευθύνουν τον πελάτη τους όπως ενεργοποιηθεί πρώτα στο δίκτυο του ΟΤΕ και κατόπιν μεταβεί στο δίκτυό της, αφού σε αντίθετη περίπτωση η οριστική απώλεια του ταλαιπωρηθέντος συνδρομητή και η δυσφήμιση της καταγγέλλουσας θα ήτο επαχθέστερη.

87. Σε αντίθεση με όσα αβάσιμα διατείνεται η καθής, η διαπιστωθείσα ως άνω συμπεριφορά του ΟΤΕ έχει χαρακτηριστικά δημιουργίας «τεχνικών εμποδίων και διαρθρωτικών δυσκολιών» στη χονδρική φυσική πρόσβαση με στόχο την οικονομική αποδυνάμωση της ανταγωνίστριας καταγγέλλουσας. Τα εν λόγω τεχνικά εμπόδια και οι διαρθρωτικές δυσκολίες (ιδίως μαζική και αυτοματοποιημένη απόρριψη αιτημάτων καταγγέλλουσας, ταλαιπωρία και αύξηση του χρόνου ενεργοποίησης των συνδρομητών της πέραν των ορίων που θα μπορούσε να είναι αποδεκτά με βάση τα χρηστά συναλλακτικά ήθη) συνδυάζονται με την ευθεία εκμετάλλευση από τον ΟΤΕ των προβλημάτων αυτών για τη δημιουργία ανταγωνιστικών πλεονεκτημάτων υπέρ του λιανικού του άκρου (πχ. τυχαία ενίσχυση / εμπλουτισμός δικτύου, μετά την απόρριψη των αιτημάτων ANToB του παρόχου, ή άλλες περιπτώσεις «σημειακής απελευθέρωσης δικτύου» για τις οποίες η ΟΤΕ δεν προσκομίζει στοιχεία επιτρέποντα το συσχετισμό).

88. Η συμπεριφορά του ΟΤΕ δεν μπορεί να θεωρηθεί δικαιολογημένη, ούτε αντικειμενικά απαραίτητη, ενώ σε καμιά περίπτωση δεν συνεπάγεται βελτιώσεις αποτελεσματικότητας οι οποίες να υπεραντισταθμίζουν τα σοβαρά αντιανταγωνιστικά της αποτελέσματα στους καταναλωτές και στον ανταγωνισμό, όπως αναλυτικά εκτέθηκε ανωτέρω.

89. Λαμβάνοντας δε υπόψη ότι η εν λόγω συμπεριφορά της ΟΤΕ Α.Ε. θα πρέπει να εκτιμηθεί υπό το πρίσμα της «ειδικής ευθύνης» επιμέλειας με την οποία βαρύνεται να μην εξασθενεί την ύπαρξη ανταγωνισμού και να μην υιοθετεί συμπεριφορές ή μέτρα ικανά να εμποδίσουν τη διατήρηση ή την ανάπτυξη του ανταγωνισμού που υφίσταται ακόμη σε μια αγορά, όπου λόγω ακριβώς της παρουσίας της εν λόγω επιχείρησης, ο ανταγωνισμός είναι ήδη εξασθενημένος, το γεγονός ότι η αδεσμοποίητη πρόσβαση είναι ο βασικός τρόπος με τον οποίο η καταγγέλλουσα και οι λοιποί εναλλακτικοί πάροχοι υπηρεσιών σταθερής τηλεφωνίας και ευρυζωνικής πρόσβασης στο διαδίκτυο παρέχουν υπηρεσίες, ενώ οι οποιεσδήποτε ανωμαλίες και παθογένειες στην χονδρική

φυσική πρόσβαση επηρεάζουν ευθέως και άμεσα την εμπορική φήμη, την αξιοπιστία και την αποδοχή των εναλλακτικών παρόχων από το ελληνικό καταναλωτικό κοινό, συνιστά καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης του.

Ειδικότερα, η συμπεριφορά του ΟΤΕ θα πρέπει να ειπωθεί μέσα σε ένα γενικότερο πλαίσιο, εκούσιων ή ακούσιων, μεθοδεύσεων ή συμπεριφορών, που στοχεύουν, ή κατά αποτέλεσμα οδηγούν, στη στέρηση των όποιων ανταγωνιστικών πλεονεκτημάτων μπορεί να έχουν οι εναλλακτικοί πάροχοι και στην καλλιέργεια κλίματος αναξιοπιστίας για τις προσφερόμενες από τους τελευταίους υπηρεσίες. Οι εν λόγω καταχρηστικές πρακτικές (καθυστερήσεις στις ενεργοποιήσεις, προβλήματα στην επικοινωνία των πληροφοριακών συστημάτων, καθυστερήσεις και λοιπά προβλήματα στην αποκατάσταση βλαβών κλπ) που δημιουργούν προβλήματα στην χονδρική φυσική πρόσβαση είναι πρόσφορες να δημιουργήσουν προς το ελληνικό καταναλωτικό κοινό την πεποίθηση διαχρονικής παθογένειας στις υπηρεσίες των εναλλακτικών παρόχων, έναντι των αντίστοιχων του ΟΤΕ, με προφανείς συνέπειες για την ανάπτυξη και την εδραίωση συνθηκών αποτελεσματικού ανταγωνισμού στη σχετική αγορά.

90. Οι λοιποί ισχυρισμοί της ΟΤΕ ΑΕ στο Υπόμνημά της, όπως αυτοί αναλύονται ανωτέρω (Κεφάλαιο IV, παρ. 33 επ.) είναι αβάσιμοι για τους κάτωθι λόγους:

90.1 Δεν απαιτείται ακριβής ποσοτικοποίηση της ζημίας για την κατάφαση του παράνομου και αντιανταγωνιστικού χαρακτήρα μιας συμπεριφοράς που συνιστά καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης, ούτε με βάση το ελληνικό ούτε το ευρωπαϊκό δίκαιο ελεύθερου ανταγωνισμού, αλλά αρκεί η στοιχειοθέτηση των πραγματικών περιστατικών που θεμελιώνουν παράβαση των κανόνων περί ελεύθερου ανταγωνισμού και το πρόσφορο της συμπεριφοράς να προκαλέσει αντιανταγωνιστικά αποτελέσματα, τα οποία μπορούν να βλάψουν του καταναλωτές με άμεσο ή έμμεσο τρόπο. Γίνεται γενικά δεκτό ότι η βλάβη στους ενδιάμεσους αγοραστές των υπηρεσιών οδηγεί και σε βλάβη των τελικών χρηστών. Περαιτέρω, για την αξιολόγηση της συμπεριφοράς που εξετάζεται ως πρακτική κατάχρησης της δεσπόζουσας θέσης λαμβάνεται υπόψη όχι μόνο η βραχυπρόθεσμη βλάβη αλλά και η μεσοπρόθεσμη και μακροπρόθεσμη βλάβη που πηγάζει από την αντιανταγωνιστική συμπεριφορά. Σε κάθε περίπτωση, βαρύνων παράγοντας για την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων μιας αντιανταγωνιστικής πρακτικής είναι και το μακρύ χρονικό διάστημα εφαρμογής της. Στην προκειμένη περίπτωση οι καταγγελλόμενες πρακτικές έχουν εφαρμοστεί για χρονικό διάστημα άνω των τριών ετών.

90.2 Σε κάθε περίπτωση, ακόμη και η ελάχιστη μείωση του ανταγωνισμού σε μια αγορά δύναται, υπό προϋποθέσεις να συνιστά καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης, κατά την έννοια του άρθρου 102 της ΣΛΕΕ και συνεπώς και κατά την έννοια του άρθρου 2 του Ν.3959/2011. Πολλώ δε μάλλον που εν προκειμένω, η καταγγέλλουσα επικαλέσθηκε και απέδειξε την ύπαρξη τόσο θετικής, όσο και αποθετικής ζημίας εκ της

παραβατικής συμπεριφοράς της ΟΤΕ. Ειδικότερα, όπως αναλύεται και ανωτέρω (Κεφάλαιο V. Υποκεφάλαιο Β) η παραβατική συμπεριφορά της ΟΤΕ έχει ως αποτέλεσμα για την καταγγέλλουσα, ανατιολόγητα λειτουργικά κόστη, από την επαναδιαχείριση αιτημάτων για μεγάλο χρονικό διάστημα, πρόσθετο φόρτο εργασίας και αδικαιολόγητη επιβάρυνση του τηλεφωνικού κέντρου εξυπηρέτησης, αλλά και των καταστημάτων της από τη σώρευση αιτημάτων και παραπόνων, που θα εξέλιπαν σε μια ομαλά λειτουργούσα ανταγωνιστική αγορά. Τέτοια προβλήματα προκαλούν στον πάροχο που υφίσταται τη συμπεριφορά του ΟΤΕ, μία παρατεταμένη "κατάσταση εκτάκτου ανάγκης", σε βάρος άλλων παραγωγικών διαδικασιών, καθώς και την ανάγκη διατήρησης μηχανισμών "μη αυτοματοποιημένου" ελέγχου, παρακολούθησης των αιτημάτων και αντιμετώπισης των πολυάριθμων σχετικών προβλημάτων και παραπόνων που ανακύπτουν, κατά τους βασίμους ισχυρισμούς της εταιρείας Forthnet.

90.3 Από τα υποβληθέντα στοιχεία προκύπτει ότι η εταιρεία Forthnet υπέστη τόσο θετική οικονομική ζημία (σύμφωνα με τα ανωτέρω), όσο και αποθετική, συνιστάμενη στη δυσφήμισή της, δεδομένου ότι οι καθυστερήσεις που έλαβαν χώρα ήταν ικανές να κλονίσουν ή να μειώσουν την εμπιστοσύνη προς τις υπηρεσίες των εναλλακτικών παρόχων, πλήττοντας κατά συνέπεια τους καταναλωτές και το δημόσιο συμφέρον.

90.4 Η ως άνω παράβαση ουδόλως αναιρείται από τους ισχυρισμούς της ΟΤΕ ΑΕ:

90.4.1 περί δήθεν βεβαιότητας ως προς την ανυπαρξία περιορισμού του ανταγωνισμού εκ της αυξητικής πορείας στην εξέλιξη των λειτουργούντων βρόχων των Τ.Π., κατά το επίμαχο χρονικό διάστημα και εν συνεχεία ανοδική πορεία της καταγγέλλουσας στην αγορά ΤοΒ, η οποία ουδόλως αποδεικνύεται.

90.4.2 ότι το σύνολο των πελατών των οποίων τα αιτήματα τελικά ικανοποιήθηκαν από τη λιανική του ΟΤΕ, λόγω σημειακής απελευθέρωσης του δικτύου, επέστρεψε με φορητότητα στον καταγγέλλοντα πάροχο, καθώς και ότι το ποσό των απορρίψεων ήτο αμελητέο, δεδομένου ότι η καταγγέλλουσα δέχθηκε κατά το επίμαχο χρονικό διάστημα (36 μηνών) 105.660 απορρίψεις που αφορούσαν σε 19.702 μοναδικούς συνδρομητές, ενώ για τις λοιπές 8.359 περιπτώσεις δεν είναι γνωστό τι απέγιναν. Οι απορρίψεις λόγω έλλειψης ακραίου / κυρίου δικτύου εμφανίζονται σε 412 από τα 492 ΑΚ στα οποία δραστηριοποιείται, ήτοι σε ποσοστό 84%, ενώ στα 271 από τα 492 ΑΚ (ποσοστό 55%) το ποσοστό ήταν μεγαλύτερο από 10% των σχετικών αιτημάτων ΑνΤοΒ, ενώ σε 177 εξ αυτών, το ποσοστό των απορρίψεων ήταν μεγαλύτερο του 33% του συνόλου των αιτημάτων ΑνΤοΒ σε κάθε ΑΚ. Περαιτέρω αναφορικά με τους 664 συνδρομητές που εν τέλει επέστρεψαν στο δίκτυο της καταγγέλλουσας, σύμφωνα με τα στοιχεία ΟΤΕ, πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι απαιτήθηκαν 3.195 αιτήματα, εκ των οποίων τα 2531 αιτήματα ΑνΤοΒ απορρίφθηκαν, και μάλιστα το 52,5% εξ αυτών, αυτοματοποιημένα εντός μίας (1) ΕΗ, ήτοι χωρίς να εξαντληθεί από πλευράς ΟΤΕ, πιθανώς με τον επιτόπιο έλεγχο της διαθεσιμότητας δικτύου από τεχνικό ΟΤΕ, η δυνατότητα υλοποίησης του υποβληθέντος αιτήματος

ή εξεύρεσης εναλλακτικής λύσης, ενώ τα 664 Ενεργού υλοποιήθηκαν με φορητότητα.

90.4.3 Ότι η διαφορετικότητα του συστήματος λιανικής και χονδρικής δεν ήταν πρόσφορη να προσδώσει ανταγωνιστικό προβάδισμα στον ΟΤΕ, δεδομένου ότι η θέση του υποψηφίου πελάτη σε αναμονή επ'αόριστον δεν εξασφαλίζει την παραμονή του στον ΟΤΕ, καθώς διαπιστώνεται σειρά άλλων πλεονεκτημάτων της λιανικής του ΟΤΕ εις βάρος της χονδρικής του, όπως αναλυτικά εκτέθηκε ανωτέρω.

Δ. Συμπέρασμα

(α) Επί των κυρώσεων

(αα) Παράβαση των διατάξεων της κείμενης νομοθεσίας ηλεκτρονικών επικοινωνιών

91. Σύμφωνα με το άρθρο 77 παρ. 1 και 2 του Ν. 4070/2012, εφόσον η ΕΕΤΤ διαπιστώσει, στο πλαίσιο σχετικής ακρόασης, ότι πάροχος ηλεκτρονικών επικοινωνιών δεν τηρεί έναν ή περισσότερους όρους των υποχρεώσεων του ως επιχείρηση με ΣΙΑ, δύναται, με ειδικά αιτιολογημένη απόφασή της, να απαιτήσει την παύση της διαπιστωθείσας παράβασης, είτε αμέσως είτε εντός ευλόγου χρονικού διαστήματος και να λαμβάνει κατάλληλα και αναλογικά μέτρα που αποβλέπουν στην εξασφάλιση της συμμόρφωσης καθώς και να επιβάλλει μία ή περισσότερες από τις κυρώσεις που προβλέπονται στην παράγραφο 2, μεταξύ των οποίων: α) Σύσταση, β) Πρόστιμο έως 3.000.000 ευρώ το οποίο εισπράττεται σύμφωνα με τον Κώδικα Εισπράξεων Δημοσίων Εσόδων (Κ.Ε.Δ.Ε.) και το οποίο μπορεί να περιλαμβάνει περιοδικές ποινές με αναδρομικό αποτέλεσμα.

92. Από την ανάλυση που προηγήθηκε διαπιστώθηκε παράβαση των κάτωθι διατάξεων:

92.1 Των παραγράφων 4.1.1 και 4.1.5 της ενότητας ΙΙΙ. Κανονιστικές Υποχρεώσεις, περίπτωση 4. Υποχρέωση Αμεροληψίας (Μη διακριτικής μεταχείρισης) της ΑΠ ΕΕΤΤ 531/065/23-07-2009 (ΦΕΚ 1550/Β/28-7-2009), καθώς και εν συνεχεία, για το αντίστοιχο χρονικό διάστημα ισχύος, των παραγράφων 4.1, 4.1.4, 4.1.5 και 4.2 της ενότητας ΙΙΙ. Κανονιστικές Υποχρεώσεις, περίπτωση 4. Υποχρέωση Αμεροληψίας (Μη διακριτικής μεταχείρισης) της ΑΠ ΕΕΤΤ 614/013/28-07-2011, (ΦΕΚ 1908/Β/30-8-2011), σε συνδυασμό με το άρθρο 2.2.4, καθώς και το Παράρτημα 11, παράγραφοι 1-6.3, ιδίως παράγραφοι 6, 6.1 και 6.2 της Προσφοράς Αναφοράς ΑΠΤΒ, ως ίσχυε εγκριθείσα με την ΑΠ ΕΕΤΤ 573/015/22-7-2010 (1338/Β/2010).

92.2 Οι εν λόγω παραβάσεις δημιουργούν θετική ζημία στην καταγγέλλουσα, η οποία περιλαμβάνει αυξημένα λειτουργικά κόστη από την επαναδιαχείριση αιτημάτων για μεγάλο χρονικό διάστημα, πρόσθετο φόρτο εργασίας και αδικαιολόγητη επιβάρυνση του τηλεφωνικού κέντρου εξυπηρέτησης, αλλά και των καταστημάτων των εταιρειών από τη σώρευση αιτημάτων και παραπόνων, που θα εξέλιπαν σε μια ομαλά λειτουργούσα ανταγωνιστική αγορά. Παράλληλα πλήττεται η αξιοπιστία και η φήμη των εναλλακτικών παρόχων προς τη συνδρομητική τους βάση και συνολικά το καταναλωτικό κοινό, γεγονός που έχει αρνητικό αντίκτυπο στη διαδικασία εδραίωσης συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού στη σχετική αγορά χονδρικής φυσικής πρόσβασης σε υποδομή δικτύου.

(αβ) Παράβαση του άρθρου 2 του ν. 3959/2011

93. Σύμφωνα με το άρθρο 12στ και λδ του ν. 4070/2012, η ΕΕΤΤ είναι αρμόδια να εφαρμόζει, μεταξύ άλλων, τις διατάξεις του ν. 3959/2011 (Α 93) σε σχέση με την άσκηση των δραστηριοτήτων των επιχειρήσεων ηλεκτρονικών επικοινωνιών¹⁶, απευθύνει οδηγίες και συστάσεις, επιβάλλει κατ' αποκλειστικότητα πρόστιμα και λοιπές διοικητικές κυρώσεις, σε εταιρείες που δραστηριοποιούνται στους τομείς ηλεκτρονικών επικοινωνιών σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, συμπεριλαμβανομένων των ποινών και κυρώσεων που προβλέπονται στο ν. 3959/2011.

94. Σύμφωνα με το άρθρο 25 παρ.1 του Ν. 3959/2013, όπως ισχύει, εφόσον η Επιτροπή Ανταγωνισμού¹⁷, διαπιστώσει παράβαση των άρθρων 1, 2 και 11 ή των άρθρων 101 και 102 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, με απόφαση της, διαζευκτικά ή σωρευτικά, μπορεί μεταξύ άλλων να απευθύνει συστάσεις σε περίπτωση παράβασης των άρθρων 1 και 2 του παρόντος ή των άρθρων 101 και 102 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, να υποχρεώσει τις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις ή τις ενώσεις επιχειρήσεων να παύσουν την παράβαση και να παραλείπουν αυτή στο μέλλον, να επιβάλει πρόστιμο, κατά την παράγραφο 2α, στις επιχειρήσεις ή ενώσεις επιχειρήσεων που υπέπεσαν στην παράβαση.

95. Σύμφωνα με την παρ. 2α) του άρθρου 25 του Ν. 3959/2011: «για τον καθορισμό του ύψους του προστίμου λαμβάνονται υπόψη η σοβαρότητα, η διάρκεια, η γεωγραφική έκταση της παράβασης, η διάρκεια και το είδος της συμμετοχής στην παράβαση της συγκεκριμένης επιχείρησης, καθώς και το οικονομικό όφελος που αποκόμισε.»

Σύμφωνα και με τις Κατευθυντήριες Γραμμές για τον Υπολογισμό των Προστίμων που εξέδωσε η ΕΑ¹⁸ και οι οποίες συνάδουν πλήρως με τις σχετικές Κατευθυντήριες Γραμμές που έχουν εκδοθεί και ισχύουν από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή¹⁹, κατά την άσκηση της ανωτέρω αρμοδιότητάς της, η Επιτροπή Ανταγωνισμού έχει ευρεία διακριτική ευχέρεια να αποφασίσει το ύψος του επιβαλλόμενου προστίμου, το οποίο πρέπει αφενός να επιβάλλεται ως κύρωση για τη συγκεκριμένη παράβαση και αφετέρου να συντελεί στην αποτροπή των επιχειρήσεων από την επανάληψη παρόμοιων αντιανταγωνιστικών συμπεριφορών στο μέλλον. Συνεπώς, το ύψος

του προστίμου πρέπει να έχει το αναγκαίο αποτρεπτικό αποτέλεσμα, όχι μόνο έναντι των αποδεκτών της απόφασης που εκδίδει η Επιτροπή, αλλά και έναντι κάθε άλλης επιχείρησης, η οποία θα είχε την πρόθεση να υιοθετήσει παρόμοια συμπεριφορά.

96. Για τον υπολογισμό του προστίμου η ΕΕΤΤ θα ακολουθήσει καταρχήν τη μέθοδο που ορίζεται στις ανωτέρω Κατευθυντήριες Γραμμές της Ευρωπαϊκής επιτροπής και της Επιτροπής Ανταγωνισμού, και θα καθορίσει το βασικό ποσό του προστίμου, σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τη διάρκεια της παράβασης, και εν συνεχεία, θα αξιολογήσει κατά πόσο συντρέχουν επιβαρυντικές ή ελαφρυντικές περιστάσεις που επιβάλλουν την προσαύξηση ή τη μείωση αυτού, αντίστοιχα. Εν προκειμένω το βασικό ποσό του προστίμου πρέπει να ορισθεί ως ποσοστό μέχρι 10% του συνολικού κύκλου εργασιών της ΟΤΕ ΑΕ της χρήσης κατά την οποία έπαυσε η παράβαση ή, αν αυτή συνεχίζεται μέχρι την έκδοση της απόφασης, της προηγούμενης της έκδοσης της απόφασης χρήσης.

97. Από την ανάλυση που προηγήθηκε προκύπτει σαφώς ότι η ΟΤΕ ΑΕ προέβη σε καταχρηστική εκμετάλλευση της δεσπόζουσας θέσης της στην αγορά χονδρικής πρόσβασης σε φυσική υποδομή δικτύου στην Ελληνική Επικράτεια, παράβαση η οποία θεωρείται αρκετά σοβαρή για τη φύση και τα χαρακτηριστικά της συγκεκριμένης αγοράς, και κυρίως για το μέγεθος και τα «πλεονεκτήματα» που φέρει μια επιχείρηση σαν την «ΟΤΕ Α.Ε.». Για τη διάρκεια αυτής, τα αναλυθέντα στοιχεία αποδεικνύουν ότι η παράβαση-εις αφορούσαν στο χρονικό διάστημα από το έτος 2010 έως και το 2012, ήτοι δεν αποτελούσαν κάποιο μεμονωμένο ή τυχαίο περιστατικό, αλλά ήταν διαρκείς για χρονικό διάστημα σχεδόν δύο (2) ετών. Οι διαπιστωθείσες πρακτικές αντιανταγωνιστικού αποκλεισμού του ΟΤΕ δεν αιτιολογούνται αντικειμενικά, και αντίκεινται στο άρθρο 2 γ του Ν.3959/2011.

98. Ως προς την αξιολόγηση των ενδεχόμενων επιβαρυντικών ή ελαφρυντικών περιστάσεων, πρέπει καταρχήν να σημειωθεί ότι δεν συντρέχουν ελαφρυντικές περιστάσεις. Αντιθέτως, ως επιβαρυντική περίπτωση λογίζεται και πρέπει να εξετάζεται η ενδεχόμενη «υποτροπή» της παραβάτιδας εταιρείας. Διευκρινίζεται πως η υποτροπή συνιστά ένα καταρχήν επιβαρυντικό και σημαντικό στοιχείο, το οποίο η εκάστοτε αρχή ανταγωνισμού καλείται να εκτιμήσει, δεδομένου ότι η συνεκτίμησή της έχει ως σκοπό να παρακινήσει τις επιχειρήσεις που έχουν εκδηλώσει την τάση να παραβαίνουν τους κανόνες του ανταγωνισμού να μεταβάλουν τη συμπεριφορά τους.

99. Αναμφισβήτητα πάντως, οι ως άνω αναλυθείσες πρακτικές της διακριτικής μεταχείρισης που διαπιστώνονται εν προκειμένω, είναι σαφώς καταχρηστικές στο βαθμό που ο ΟΤΕ με την ως άνω διαπιστωθείσα πρακτική του δημιουργεί σημαντικό αδικαιολόγητο διαχειριστικό φόρτο και πρόσθετο κόστος στην παροχή υπηρεσιών μέσω αδεσμοποίησης χονδρικής πρόσβασης από εναλλακτικούς παρόχους που συνδυάζεται με σαφή ανταγωνιστικά πλεονεκτήματα υπέρ του λιανικού του άκρου, ιδίως στην κατά προτεραιότητα εξυπηρέτηση του λιανικού άκρου του ΟΤΕ, ενεργοποίηση του λιανικού πελάτη ΟΤΕ με μία μοναδική καταχώριση στο πληροφοριακό

16. καθώς και τις διατάξεις των άρθρων 101 και 102 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Ενοποιημένη Απόδοση), καθώς και τον Κανονισμό 1/2003/ΕΚ (L 001),

17. ύστερα από σχετική έρευνα που διεξάγεται είτε αυτεπαγγέλτως είτε κατόπιν καταγγελίας ή αίτησης του Υπουργού Οικονομίας, Ανταγωνιστικότητας και Ναυτιλίας

18. Βλ. Ανακοίνωση της ΕΑ της 12-5-2006 «Κατευθυντήριες γραμμές για τον υπολογισμό των προστίμων που επιβάλλονται δυνάμει του άρθρου 9 του ν. 703/1977, όπως ισχύει» και Ανακοίνωση της Επιτροπής Ανταγωνισμού της 17-7-2009 «Ερμηνεία αναφορικά με το εύρος των ακαθαρίστων εσόδων από προϊόντα ή υπηρεσίες που καθορίζουν το βασικό ποσό προστίμου σε περίπτωση παράβασης των άρθρων 1, 2 και 2α του ν. 703/77 και 81, 82 ΣυνΕΚ».

19. Κατευθυντήριες γραμμές για τη μέθοδο υπολογισμού των προστίμων που επιβάλλονται κατ' εφαρμογή του άρθρου 23 παράγραφος 2 σημείο α) του κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 1/2003, (2006/С 210/02), ΕΕ C 210, 2006

του σύστημα, άντληση δυσαρεστημένων πελατών των εναλλακτικών και αποτελεσματικότερη αξιοποίηση του ανθρώπινου δυναμικού του.

100. Ως έχει κριθεί στην Ελληνική και την Ενωσιακή νομολογία²⁰, η διακριτική μεταχείριση αντισυμβαλλόμενων επιχειρήσεων από δεσπόζουσα επιχείρηση, συνήθως συναρτάται με καταχρηστική συμπεριφορά αποκλεισμού. Επιπρόσθετα η συμπεριφορά της ΟΤΕ ΑΕ, όπως αναλύεται ανωτέρω, συνιστά παράβαση της «ειδικής (ιδιαιτέρης) ευθύνης» την οποία έχει, να μην εξασθενεί την ύπαρξη ανταγωνισμού και να μην υιοθετεί συμπεριφορές ή μέτρα ικανά να εμποδίσουν τη διατήρηση ή την ανάπτυξη του ανταγωνισμού που υφίσταται ακόμη σε μια αγορά, όπου λόγω ακριβώς της παρουσίας της εν λόγω επιχείρησης, ο ανταγωνισμός είναι ήδη εξασθενημένος.

101. Εν προκειμένω, ως προαναφέρθηκε, η ανωτέρω περιγραφείσα διακριτική συμπεριφορά του ΟΤΕ, αποτελεί επιπλέον και ανασταλτικό παράγοντα στην δημιουργία εναλλακτικών επενδύσεων σε υποδομές ηλεκτρονικών επικοινωνιών, ικανές ιδίως για την παροχή ευρυζωνικών υπηρεσιών υψηλής ταχύτητας, η ανάπτυξη των οποίων, προωθεί τον ανταγωνισμό στην αγορά και έχει ως αποτέλεσμα πολλαπλά οφέλη στον καταναλωτή.

102. Η ΟΤΕ ΑΕ δεν ήταν δυνατόν να αγνοεί ότι οι επίμαχες πρακτικές της είχαν –ή επρόκειτο να έχουν – ως αποτέλεσμα το σοβαρό περιορισμό στον ανταγωνισμό, ενώ σύμφωνα με το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, για να μπορεί να θεωρηθεί ότι μία παράβαση διαπράχθηκε εκ προθέσεως δεν είναι απαραίτητο η επιχείρηση να είχε επίγνωση του ότι παραβίαζε απαγόρευση θεσπιζόμενη από τους κανόνες του ανταγωνισμού. Αρκεί το ότι δεν θα μπορούσε να αγνοεί ότι η επίμαχη συμπεριφορά που της προσάπτεται είχε ως αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού, δεδομένου ότι ως επιχείρηση μεγάλου μεγέθους, διαθέτει συνήθως τις γνώσεις και τα νομικοοικονομικά μέσα που χρειάζονται για να είναι σε θέση να αξιολογήσει καλύτερα τον παράνομο χαρακτήρα της συμπεριφοράς της και τις συνέπειές της από την άποψη της νομοθεσίας περί ανταγωνισμού.

Για όλους του ανωτέρω λόγους, αποφασίζει:

Ι. Διαπιστώνει ότι η εταιρεία «Οργανισμός Τηλεπικοινωνιών της Ελλάδος Α.Ε. (ΟΤΕ ΑΕ)» παραβίασε:

1. Την ΑΠ ΕΕΤΤ 531/065/23-07-2009 (ΦΕΚ 1550/Β/28-7-2009), και συγκεκριμένα τις παραγράφους 4.1.1 και 4.1.5 της ενότητας ΙΙΙ. Κανονιστικές Υποχρεώσεις, περίπτωση 4. Υποχρέωση Αμεροληψίας (Μη διακριτικής μεταχείρισης), καθώς και εν συνεχεία, για το αντίστοιχο χρονικό διάστημα ισχύος, τις παραγράφους 4.1, 4.1.4, 4.1.5 και 4.2 (ιδίως παράγραφο 4.2.2 υποπαράγραφοι ii και iii) της ενότητας ΙΙΙ. Κανονιστικές Υποχρεώσεις, περίπτωση 4. Υποχρέωση Αμεροληψίας (Μη διακριτικής μεταχείρισης) της ΑΠ ΕΕΤΤ 614/013/28-07-2011, (ΦΕΚ 1908/Β/30-8-2011), σε συνδυασμό με το άρθρο 2.2.4, καθώς και το Παράρτημα 11, παράγραφοι 1-6.3, ιδίως παράγραφοι 6, 6.1 και 6.2 της Προσφοράς Αναφοράς ΑΠΤΒ, ως ίσχυε εγκριθείσα με την ΑΠ ΕΕΤΤ 573/015/22-7-2010 (1338/Β/2010), σύμφωνα με τα αναλυτικά αναφερόμενα ανωτέρω (Κεφάλαιο V. Νομική Εκτίμηση, Β. Επί της ύπαρξης παραβάσεων διατάξεων της κείμενης νομοθεσίας περί ηλεκτρονικών επικοινωνιών).

2. το άρθρο 2(γ) του Ν. 3959/2012 (ΦΕΚ 93Α), σύμφωνα με τα αναλυτικά αναφερόμενα ανωτέρω (Κεφάλαιο V. Νομική Εκτίμηση, Γ. Επί της ύπαρξης παραβάσεων διατάξεων της νομοθεσίας περί ελεύθερου ανταγωνισμού).

ΙΙ. Επιβάλλει στην εταιρεία με την επωνυμία «Οργανισμός Τηλεπικοινωνιών της Ελλάδος Α.Ε. (ΟΤΕ ΑΕ)»:

(α) με βάση το άρθρο 77 παρ. 2 (β) του Ν. 4070/2012, διοικητικό πρόστιμο ύψους είκοσι τεσσάρων χιλιάδων Ευρώ (24.000 €), για τις διαπιστωθείσες, στην παράγραφο Ι.1., παραβάσεις της νομοθεσίας ηλεκτρονικών επικοινωνιών, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο παρόν.

(β) με βάση το άρθρο 25 παρ. 1 και 2 του Ν. 3959/2011, σε συνδυασμό με το άρθρο 12 περίπτωση στ του Ν. 4070/2012, διοικητικό πρόστιμο ύψους πενήντα έξι χιλιάδων Ευρώ (56.000 €), για τη διαπιστωθείσα, στην παράγραφο Ι.2, καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο παρόν.

ΙΙΙ. Εξουσιοδοτεί τον Πρόεδρο της ΕΕΤΤ να κοινοποιήσει την εν λόγω απόφαση στις εταιρείες με την επωνυμία «Οργανισμός Τηλεπικοινωνιών Ελλάδος - ΟΤΕ Α.Ε.» και «ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΤΗΛΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΩΝ ΚΑΙ ΕΦΑΡΜΟΓΩΝ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ - FORTHNET Α.Ε.».

Η απόφαση αυτή να δημοσιευθεί στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως.

Μαρούσι, 23 Ιουνίου 2016

Ο Πρόεδρος

ΔΗΜ. ΤΣΑΚΜΑΚΗΣ

20. Βλ. υπόθ. 85/76, Hoffmann-La Roche & Co, AG κατά Επιτροπής και υπόθ. T-219/99, British Airways plc κατά Επιτροπής.