



ΕΦΗΜΕΡΙΔΑ ΤΗΣ ΚΥΒΕΡΝΗΣΕΩΣ ΤΗΣ ΕΛΛΗΝΙΚΗΣ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑΣ

31 Δεκεμβρίου 2020

ΤΕΥΧΟΣ ΔΕΥΤΕΡΟ

Αρ. Φύλλου 6017

ΑΠΟΦΑΣΕΙΣ

Αριθμ. 954/03

Λήψη απόφασης επί της υπό στοιχεία 6776/Φ.960/02-11-2017 εμπιστευτικής και απόρρητης επιστολής γνωστοποίησης των εταιρειών «VODAFONE - ΠΑΝΑΦΟΝ Ανώνυμη Ελληνική Εταιρεία Τηλεπικοινωνιών» και «WIND ΕΛΛΑΣ Τηλεπικοινωνίες Α.Ε.Β.Ε.» περί επέκτασης της συνεργασίας τους για κοινή χρήση του δικτύου πρόσβασης ραδιοεπικοινωνίας (RAN SHARING) στην τεχνολογία αιχμής Long Term Evolution (LTE) - παρ. 1 και 3 του άρθρου 1 του ν. 3959/2011, άρθρο 101 ΣΛΕΕ.

Η ΟΛΟΜΕΛΕΙΑ ΤΗΣ
ΕΘΝΙΚΗΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ
ΤΗΛΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΩΝ ΚΑΙ ΤΑΧΥΔΡΟΜΕΙΩΝ

Έχοντας υπόψη:

α) Τον ν. 4070/2012 «Ρυθμίσεις Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών, Μεταφορών, Δημοσίων Έργων και άλλες διατάξεις» (Α' 82),

β) τον ν. 3959/2011 «Προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού» (Α' 93), όπως ισχύει τροποποιηθείς,

γ) τον Κανονισμό 1/2003 του Ευρωπαϊκού Συμβουλίου, της 16ης Δεκεμβρίου 2002, για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού που προβλέπονται στα άρθρα 81 και 82 της συνθήκης, ΕΕ L 1/1/04-01-2003,

δ) την υπ' αρ. 472/171/2008 απόφαση της Εθνικής Επιτροπής Τηλεπικοινωνιών και Ταχυδρομείων (ΕΕΤΤ) «Έκδοση του Κανονισμού Συνεγκατάστασης, κατ'εφαρμογή της παρ. 3 του άρθρου 30 του ν. 3431/2006» (Β' 885), όπως ισχύει τροποποιηθείς,

ε) την απόφαση της ΕΕΤΤ υπ' αρ. 661/2/2012 «Κανονισμός Αδειών Κατασκευών Κεραιών στην Ξηρά» (Β' 2529),

στ) την υπ' αρ. 919/26/16-12-2019 απόφαση της ΕΕΤΤ «Κανονισμός Αδειών Κατασκευών Κεραιών στην Ξηρά» (Β' 4872),

ζ) την υπ' αρ. 676/30/2012 απόφαση της ΕΕΤΤ «Κανονισμός Χρήσης και Χορήγησης Δικαιωμάτων Χρήσης Ραδιοσυχνοτήτων υπό καθεστώς Γενικής Άδειας για την

Παροχή Δικτύων ή/και Υπηρεσιών Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών» (Β' 110),

η) την υπ' αρ. 860/02/2018 απόφαση της ΕΕΤΤ «Κανονισμός Χρήσης και Χορήγησης Δικαιωμάτων Χρήσης Ραδιοσυχνοτήτων υπό καθεστώς Γενικής Άδειας για την Παροχή Δικτύων ή/και Υπηρεσιών Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών» (Β' 3919),

θ) την Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής «Κατευθυντήριες γραμμές για την εφαρμογή του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας» (2011/C 11/01),

ι) την Κωδικοποιημένη Ανακοίνωση της Επιτροπής για θέματα δικαιοδοσίας βάσει του Κανονισμού (ΕΚ) 139/2004 για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων (2008/C 95/01),

ια) το BEREC Report on Infrastructure Sharing, BoR (18) 116, 10 June 2019,

ιβ) την υπό στοιχεία ΕΕΤΤ 4672/Φ.960/19-06-2013 γνωστοποίηση των εταιρειών «VODAFONE - ΠΑΝΑΦΟΝ Α.Ε.Ε.Τ.» και «WIND ΕΛΛΑΣ ΤΗΛΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΕΣ Α.Ε.Β.Ε.» για την από κοινού ανάπτυξη, εκμετάλλευση και συντήρηση των υποδομών δικτύων τους,

ιγ) την υπό στοιχεία 29798/Φ800/9-7-2013 επιστολή της ΕΕΤΤ προς τις ως άνω εταιρείες για παροχή διευκρινίσεων επί της υποβληθείσας γνωστοποίησης,

ιδ) την υπό στοιχεία ΕΕΤΤ 4723/Φ.960/11-07-2013 απαντητική επιστολή των εταιρειών «VODAFONE - ΠΑΝΑΦΟΝ Α.Ε.Ε.Τ.» και «WIND ΕΛΛΑΣ ΤΗΛΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΕΣ Α.Ε.Β.Ε.»,

ιε) την υπ' αρ. 698/19/2013 απόφαση της ΕΕΤΤ «Λήψη απόφασης επί της γνωστοποίησης των εταιρειών VODAFONE ΕΛΛΑΣ και WIND ΕΛΛΑΣ για την από κοινού ανάπτυξη, εκμετάλλευση και συντήρηση υποδομών δικτύων»,

ιστ) την υπό στοιχεία 6776/Φ.960/02-11-2017 επιστολή των εταιρειών, με θέμα: «Γνωστοποίηση των εταιρειών "VODAFONE - ΠΑΝΑΦΟΝ Α.Ε.Ε.Τ." και "WIND ΕΛΛΑΣ Τηλεπικοινωνίες Α.Ε.Β.Ε." περί επέκτασης της συνεργασίας τους για κοινή χρήση του δικτύου πρόσβασης ραδιοεπικοινωνίας (Ran Sharing) στην τεχνολογία αιχμής Long Term Evolution (LTE)»,

ιζ) την υπό στοιχεία 25654/Φ.800/06-09-2018 επιστολή της ΕΕΤΤ, με θέμα: «Γνωστοποίηση επέκτασης συμφωνίας κοινής χρήσης δικτύου των εταιρειών "Vodafone - PANAΦON A.E.E.T." και "Wind HELLAS A.E.B.E." - Παροχή πληροφοριών στην ΕΕΤΤ - ν. 4070/2012 (Α' 82) - ν. 3959/2011 (Α' 93)»,

ιη) την υπό στοιχεία 7171/Φ.960/05-10-2018 επιστολή της ΕΕΤΤ, με θέμα: «Γνωστοποίηση επέκτασης συμφωνίας κοινής χρήσης δικτύου των εταιρειών "VODAFONE - PANAΦON A.E.E.T." και "WIND ΕΛΛΑΣ Τηλεπικοινωνίες A.E.B.E." - Παροχή πληροφοριών στην ΕΕΤΤ - ν. 4070/2012 (Α' 82) - ν. 3959/2011 (Α' 93)»,

ιθ) τις υπ' αρ. 7300/16-01-2019 και 7299/16-01-2019 επιστολές της ΕΕΤΤ,

ιι) την υπ' αρ. 3827/31-01-2019 επιστολή του πληρεξουσίου δικηγορικού γραφείου Κουταλίδη,

κ) την υπό στοιχεία 16343/Φ.800/14-05-2019 επιστολή της ΕΕΤΤ,

κα) την υπό στοιχεία 7432/Φ.960/30-05-2019 επιστολή της εταιρείας «WIND ΕΛΛΑΣ Τηλεπικοινωνίες A.E.B.E.»,

κβ) την υπό στοιχεία 7426/Φ.960/28-05-2019 επιστολή της εταιρείας «VODAFONE - PANAΦON A.E.E.T.»,

κγ) την υπό στοιχεία 23998/Φ.800/19-07-2019 επιστολή της ΕΕΤΤ,

κδ) την υπ' αρ. 38306/25-11-2019 επιστολή της ΕΕΤΤ προς τις εταιρείες «WIND ΕΛΛΑΣ Τηλεπικοινωνίες A.E.B.E.» και «VODAFONE - PANAΦON A.E.E.T.»,

κε) την υπό στοιχεία 7645/Φ.960/24-12-2019 επιστολή της εταιρείας «WIND ΕΛΛΑΣ Τηλεπικοινωνίες A.E.B.E.»,

κστ) την υπ' αρ. 7644/23-12-2019 επιστολή της εταιρείας «VODAFONE - PANAΦON A.E.E.T.»,

κζ) την υπό στοιχεία 7851/Φ.960/29-06-2020 επιστολή της εταιρείας «VODAFONE - PANAΦON A.E.E.T.»,

κη) την υπ' αρ. 7848/26-06-2029 επιστολή της εταιρείας «WIND ΕΛΛΑΣ Τηλεπικοινωνίες A.E.B.E.»,

κθ) την υπό στοιχεία 7902/Φ.960/31-08-2020 επιστολή της εταιρείας «WIND ΕΛΛΑΣ Τηλεπικοινωνίες A.E.B.E.»,
Και επειδή:

Ι. Ιστορικό

1. Πραγματικά περιστατικά

1) Στις 19 Ιουλίου 2013, κατόπιν προηγούμενης σχετικής γνωστοποίησης των εταιρειών «VODAFONE ΕΛΛΑΣ A.E.E.T.» (εφεξής VODAFONE) και «WIND ΕΛΛΑΣ A.E.B.E.» (εφεξής WIND), με την οποία οι δύο (2) εταιρείες ενημέρωσαν την ΕΕΤΤ για την πρόθεσή τους να συστήσουν από κοινού νομικό πρόσωπο που θ' αναλάβει την παροχή υπηρεσιών από κοινού ανάπτυξης, εκμετάλλευσης και συντήρησης υποδομών των Δημόσιων Τηλεπικοινωνιακών Δικτύων Κινητής Τηλεφωνίας τους, η ΕΕΤΤ επέτρεψε με την έκδοση της υπ' αρ. 698/19/2013 απόφασής της τη δημιουργία κοινής επιχείρησης από τα ως άνω μέρη, επιφυλασσομένη να επανεξετάσει την εν λόγω συμφωνία, άμα τη θέση σε ισχύ της (και υπό τις εκεί περιγραφόμενες ρυθμιστικές προϋποθέσεις που δέσμευαν τα δύο μέρη).

2) Στις 2 Νοεμβρίου 2017, οι εταιρείες VODAFONE και WIND έχοντας θέση σε ισχύ τη λειτουργία της κοινής τους (μη αυτόνομης) εταιρείας VICTUS, υπέβαλλαν στην ΕΕΤΤ έτερη απόρρητη και εμπιστευτική τους επιστολή,

με την οποία γνωστοποιούσαν την ΕΕΤΤ την πρόθεσή τους περί περαιτέρω επέκτασης της συνεργασίας τους για κοινή χρήση του δικτύου πρόσβασης ραδιοεπικοινωνίας (RAN SHARING), στην τεχνολογία αιχμής Long Term Evolution (LTE).

3) Στις 6 Σεπτεμβρίου 2018, η ΕΕΤΤ, με την υπό στοιχεία 25654/Φ.800/2018 επιστολή της, με θέμα: «Γνωστοποίηση επέκτασης συμφωνίας κοινής χρήσης δικτύου των εταιρειών "Vodafone - PANAΦON A.E.E.T." και "Wind HELLAS A.E.B.E." - Παροχή πληροφοριών στην ΕΕΤΤ - ν. 4070/2012 (Α' 82) - ν. 3959/2011 (Α' 93)», στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων της ως αρχή ανταγωνισμού, εκκίνησε σχετική διαδικασία διερεύνησης και αιτήθηκε επιμέρους στοιχεία-διευκρινίσεις στην ανωτέρω επιστολή των δυο εταιρειών, αναφορικά με τους όρους της συμφωνίας, το σχέδιο υλοποίησής της, τις λίστες των κατασκευών κεραιών, τη γεωγραφική κατάτμηση αυτής, τα ζητήματα ανταλλαγής των ευαίσθητων πληροφοριών, καθώς και τη δυνατότητα πρόσβασης και παροχής των σχετικών υπηρεσιών σε τρίτα μέρη.

4) Στις 5 Οκτωβρίου 2018, οι εταιρείες VODAFONE, και WIND απέστειλαν μέσω της πληρεξουσίας τους δικηγορικής εταιρείας «ΚΟΥΤΑΛΙΔΗ» απαντητική επιστολή στην ΕΕΤΤ, επισυνάπτοντας τα σχετικά στοιχεία.

2. Η υπ' αρ. 698/19/2013 απόφαση της ΕΕΤΤ

Ως αναφέρθηκε, το έτος 2013, οι εταιρείες VODAFONE και WIND υπέβαλλαν στην ΕΕΤΤ το υπό στοιχεία ΕΕΤΤ 4672/Φ.960/19-06-2013 έγγραφό τους, γνωστοποιώντας στην ΕΕΤΤ την απόφασή τους για την από κοινού σύσταση νομικού προσώπου (Ανωνύμου Εταιρείας) που θα αναλάβει την παροχή υπηρεσιών από κοινού ανάπτυξης, εκμετάλλευσης και συντήρησης υποδομών των Δημόσιων Τηλεπικοινωνιακών Δικτύων Κινητής Τηλεφωνίας, αμφοτέρων των εταιρειών. Επείδη δε πως η εν λόγω κοινοποίηση αφορά μόνο σε κοινή χρήση δικτύων πρόσβασης (Radio Access Network Sharing - RAN Sharing) και όχι σε από κοινού χρήση δικαιωμάτων χρήσης ραδιοσυχνοτήτων (no Spectrum Sharing) ή στοιχείων του δικτύου κορμού (no Core Sharing). Οι ανωτέρω εταιρείες αιτήθηκαν από την ΕΕΤΤ: α) να χορηγηθεί έγκριση για την από κοινού σύσταση νομικού προσώπου (Ανωνύμου Εταιρείας) που θα αναλάβει την παροχή υπηρεσιών από κοινού ανάπτυξης, εκμετάλλευσης και συντήρησης υποδομών των Δημόσιων Τηλεπικοινωνιακών Δικτύων Κινητής Τηλεφωνίας, αμφοτέρων των εταιρειών, β) την αντίστοιχη τροποποίηση των υφιστάμενων αδειών-δικαιωμάτων χρήσεως ραδιοσυχνοτήτων που έχουν απονεμηθεί στις ανωτέρω δύο αιτούσες εταιρείες, εφόσον αυτό απαιτείται και γ) τη χορήγηση εγκρίσεως για τη μεταβίβαση κεραιοσυστημάτων μεταξύ της Vodafone και της Wind, πράξη η οποία απαιτείται για την καλή εκτέλεση της ως άνω σύμβασης (εφαρμογή κανόνα συμμετρίας), με την ανάληψη από πλευράς των εταιρειών της υποχρέωσης να κοινοποιήσει στην ΕΕΤΤ κάθε μία πράξη μεταβίβασης κατά το χρόνο που αυτές θα λάβουν χώρα στο μέλλον, στο πλαίσιο υλοποίησης της συμβάσεως.

Σύμφωνα με το σώμα και το διατακτικό της ακολουθώς εκδοθείσης υπ' αρ. 698/2013 απόφασης της ΕΕΤΤ, η τελευταία κατέληξε πως:

«... 17. Όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, εφόσον διαπισωθεί ο αντι-ανταγωνιστικός χαρακτήρας μίας σύμπραξης, υπό την έννοια της παρ. 1 του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 και της παρ. 1 του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, οι συμπράττουσες επιχειρήσεις φέρουν το βάρος απόδειξης ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις της παρ. 3 του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 και της παρ. 3 του άρθρου 101 ΣΛΕΕ. Συνεπώς, η κάθε επιχείρηση που τυχόν επικαλεστεί την ως άνω διάταξη πρέπει και να αποδείξει ότι πληρούνται οι σχετικές προϋποθέσεις με πειστικά επιχειρήματα και αποδεικτικά στοιχεία. Επιπλέον, σύμφωνα με το άρθρο 4 του 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.

Στο δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης και κατ' επέκταση και στο ελληνικό δίκαιο ανταγωνισμού, γίνεται δεκτό ότι η παρ. 3 του άρθρου 101 ΣΛΕΕ και η παρ. 3 του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 δεν αποκλείουν a priori ορισμένα είδη συμφωνιών από το πεδίο εφαρμογής τους. Κάθε συμφωνία, απόφαση ένωσης επιχειρήσεων ή εναρμονισμένη πρακτική που περιορίζει τον ανταγωνισμό, είτε μέσω των αποτελεσμάτων είτε μέσω του αντικειμένου της, μπορεί κατ' αρχήν να τύχει απαλλαγής. Όσο πιο σοβαρός όμως είναι ο περιορισμός του ανταγωνισμού, τόσο πιο απίθανο είναι μία πρακτική να εμπίπτει στην εξαίρεση των ανωτέρω άρθρων.

Η εφαρμογή της ως άνω ατομικής εξαίρεσης υπόκειται σε τέσσερις (σωρευτικές) προϋποθέσεις, δύο θετικές και δύο αρνητικές:

- α) η συμφωνία πρέπει να συμβάλλει στη βελτίωση της αποτελεσματικότητας ή της διανομής των προϊόντων ή στην προώθηση της τεχνικής-οικονομικής προόδου,
- β) πρέπει να εξασφαλίζει δίκαιο τμήμα στους καταναλωτές από το όφελος που προκύπτει,
- γ) οι περιορισμοί πρέπει να είναι απαραίτητοι για την επίτευξη των στόχων αυτών και
- δ) η συμφωνία δεν πρέπει να παρέχει στα μέρη τη δυνατότητα κατάρτησης του ανταγωνισμού.

Οι τέσσερις προαναφερόμενες προϋποθέσεις είναι σωρευτικές, δηλαδή, πρέπει να πληρούνται όλες για να έχει εφαρμογή η ατομική εξαίρεση βάσει της παρ. 3 του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 [βλ.π. ενδεικτικά ΔΕΕ απόφ. της 23-11-2006 C-238/05 Asnef/Equifax σκ.65 όπου και παραπομπές στην προηγούμενη σχετική νομολογία, επίσης παρ. 49 των κατευθυντήριων γραμμών ό.π. και παρ. 105-110 όπου και παραδείγματα ανταλλαγής πληροφοριών που έχουν ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα τον περιορισμό του ανταγωνισμού και τα οποία αναλύονται υπό το πρίσμα της εφαρμογής ή μη της εξαίρεσης της παρ. 3 του άρθρου 101 ΣΛΕΕ]. Εφόσον έστω και μία από αυτές δεν πληρούται, η συμφωνία καθίσταται αυτοδικαίως άκυρη. Κατά πάγια νομολογία και πρακτική, οι σοβαροί περιορισμοί του ανταγωνισμού (hardcore restrictions), όπως ο άμεσος ή έμμεσος καθορισμός τιμών, δεν μπορεί να πληρούν τις προϋποθέσεις εξαίρεσης από τις απαγορευτικές διατάξεις του

άρθρου 1 του ν. 3959/2011. Ειδικότερα, οι συμφωνίες αυτές κατά κανόνα δεν πληρούν (τουλάχιστον) τις δύο πρώτες προϋποθέσεις της παρ. 3 του ίδιου άρθρου. Δεν δημιουργούν, δηλαδή, αντικειμενικά οικονομικά πλεονεκτήματα, ούτε και προσπορίζουν οφέλη στους καταναλωτές. Επιπλέον, αυτά τα είδη συμφωνιών δεν πληρούν κατά κανόνα το κριτήριο του απαραίτητου χαρακτήρα, βάσει της τρίτης προϋπόθεσης της παρ. 3. Τέλος, ούτε και η τέταρτη προϋπόθεση της εξαίρεσης πληρούται, εάν η συμφωνία καταργεί τον ανταγωνισμό στη σημαντικότερη έκφρασή του, ήτοι σε επίπεδο τιμών.

Στο σημείο αυτό σημειώνεται ότι οι δυο εταιρείες VODAFONE WIND (προκειμένου προφανώς να τεκμηριώσουν ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις της παρ. 3 του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 και την παρ. 3 του άρθρου 101 ΣΛΕΕ), επικαλούνται μεγάλα οφέλη, τα οποία θα προκύψουν από την ως άνω συμφωνία/σύμπραξη, όπως μείωση του κόστους (cost savings), βέλτιστη κάλυψη, νέες επενδύσεις ύψους 150 εκ. ευρώ και 50 εκ. ευρώ, εισροή εσόδων στην ελληνική οικονομία μέσω κινητής ευρυζωνικότητας, ανάπτυξη προηγμένων ευρυζωνικών δικτύων και δημιουργία 650 νέων θέσεων εργασίας, κ.λπ.

18. Με βάση τα παραπάνω, και ιδίως λαμβάνοντας υπόψη το γεγονός ότι είναι η πρώτη φορά που παρουσιάζεται παρόμοια συμφωνία κοινής χρήσης δικτύου (με τη μορφή του RAN Sharing agreement) μεταξύ ανταγωνιστών στην ελληνική αγορά των Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών, η ΕΕΤΤ επιφυλάσσει να εξετάσει τα όποια πιθανά αντι-ανταγωνιστικά αποτελέσματα, μετά την έναρξη λειτουργίας της νέας εταιρείας και της θέσης σε ισχύ των συναφθεισών μεταξύ των μερών συμβάσεων ["Master Agreement for the Establishment of a Network Sharing Company", "Shareholders Agreement", και "Network Sharing Services Agreement"], ιδίως, μεταξύ άλλων, ως προς το κρίσιμο ζήτημα της ανταλλαγής "ευαίσθητων" πληροφοριών που θα λάβει χώρα μεταξύ των δυο συμμετεχουσών εταιρειών-ανταγωνιστών.

19. Σε σχέση με τη μεταβίβαση των κεραιοσυστημάτων που ανήκουν στις δύο εταιρείες θα πρέπει να ακολουθηθούν οι διαδικασίες που ειδικώς προβλέπονται στην υπ' αρ. 661/2/2012 απόφαση της ΕΕΤΤ "Κανονισμός Αδειών Κατασκευών Κεραιών στην Ξηρά".

20. Τέλος, όσον αφορά την απαιτούμενη από τις αποφάσεις της ΕΕΤΤ 448/197/21-8-2007, 448/192/21-8-2007, όπως τροποποιήθηκε με την απόφαση 633/144/15-12-2011, 448/194/21-8-2007, όπως τροποποιήθηκε με την απόφαση 633/145/15-12-2011, 448/196/21-8-2007 έγκριση για σύναψη συμφωνίας συνεργατάστασης και από κοινού χρήσης ευκολιών, η ΕΕΤΤ δύναται να επιτρέψει την από κοινού χρήση εξοπλισμού και υποδομών των αιτουσών εταιρειών με την επιφύλαξη των όσων αναλυτικά αναφέρθηκαν παραπάνω σε σχέση με την τήρηση των διατάξεων της κείμενης νομοθεσίας για την προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού... Σε κάθε περίπτωση η ΕΕΤΤ θα ασκεί οποιαδήποτε στιγμή τις προβλεπόμενες από την παρ. στ' του άρθρου 12 του ν. 4070/2012 αρμοδιότητές της για εποπτεία και έλεγχο των κανόνων ανταγωνισμού σε σχέση με την κρινόμενη συμφωνία των εταιρειών (βλ. και ανωτέρω υπό 18)».

Η απόφαση κατέληγε στο διατακτικό της συγκεκριμένα ως εξής:

«1. Επιτρέπει, κατά τα προβλεπόμενα στις αποφάσεις της ΕΕΤΤ 448/197/21-8-2007, 448/192/21-8-2007, όπως τροποποιήθηκε με την απόφαση 633/144/15-12-2011, 448/194/21-8-2007, όπως τροποποιήθηκε με την απόφαση 633/145/15-12-2011, και 448/196/21-8-2007, την από κοινού χρήση εξοπλισμού ή/και υποδομών των εταιρειών "VODAFONE - ΠΑΝΑΦΟΝ Ανώνυμη Ελληνική Εταιρεία Τηλεπικοινωνιών" και "WIND ΕΛΛΑΣ Τηλεπικοινωνίες Α.Ε.Β.Ε.", με την επιφύλαξη των όσων αναλυτικά αναφέρονται στο σκεπτικό της παρούσας σε σχέση με την τήρηση των διατάξεων της κείμενης νομοθεσίας για την προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού...».

Συνεπώς, με βάση το λεκτικό της ανωτέρω απόφασης, η ΕΕΤΤ, προτιθέμενη να διευκολύνει στρατηγικά την «κοινή χρήση δικτύων» στην Ελληνική Επικράτεια και στην αγορά των Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών, σύμφωνα με το κείμενο ρυθμιστικό πλαίσιο και τις επιταγές της Ευρωπαϊκής Επιτροπής περί ενθάρρυνσης των πρωτοβουλιών/συμφωνιών κοινής χρήσης δικτύων ανά την Ευρωπαϊκή αγορά, επέτρεψε σε αρχικό στάδιο την γνωστοποιηθείσα συμφωνία των δύο (2) εταιρειών, υπό τις ανωτέρω προϋποθέσεις, επιφυλασσόμενη βέβαια να την επανεξετάσει μετά την έναρξη παροχής των σχετικών υπηρεσιών, λαμβάνοντας υπόψη τη δομή και τις εξελίξεις της αγοράς της κινητής τηλεφωνίας.

3) Η από 2017 γνωστοποίηση των εταιρειών «VODAFONE - ΠΑΝΑΦΟΝ Ανώνυμη Ελληνική Εταιρεία Τηλεπικοινωνιών» και «WIND ΕΛΛΑΣ Τηλεπικοινωνίες Α.Ε.Β.Ε.» περί επέκτασης της συνεργασίας τους για κοινή χρήση του δικτύου πρόσβασης ραδιοεπικοινωνίας (RAN SHARING) στην τεχνολογία αιχμής Long Term Evolution (LTE) 4G

Αφού ετέθη σε ισχύ η συμφωνία που υπεγράφη το 2013 και εκκίνησε τη λειτουργία της η κοινή εταιρεία των δύο (2) μερών VICTUS¹ κάνοντας κοινή χρήση του RAN δικτύου των δύο (2) εταιρειών, τα μέρη γνωστοποίησαν στην ΕΕΤΤ την τροποποίηση της συμφωνίας τους, σύμφωνα με την οποία προχωρούσαν σε αναβάθμιση της κοινής χρήσης του ραδιοδικτύου τους στην τεχνολογία LTE (4G).

Σύμφωνα με την υπό σχετικό ιστ' επιστολή και δήλωση των δύο εταιρειών:

α) «Η επέκταση θ' αφορά σε υπηρεσίες κοινής ανάπτυξης και διαχείρισης εξοπλισμού ή/και υποδομών δικτύου για λογαριασμό των Παρόχων και μετόχων της VICTUS, ως προς την τεχνολογία αιχμής Long Term Evolution (LTE) και αποκλειστικά για τους κοινούς σταθμούς των Παρόχων».

¹ Προηγουμένως, με την εκδοθείσα απόφασή της, η ΕΕΤΤ διερεύνησε αρχικά κατά πόσο η κοινή επιχείρηση των δύο (2) εταιρειών VICTUS πληρούσε το κριτήριο της αυτόνομης λειτουργικά οντότητας (προκειμένου να ερευνηθεί αν επρόκειτο περί συγκέντρωσης επιχειρήσεων), έχοντας αιτηθεί σειρά στοιχείων από τα δύο (2) μέρη καταλήγοντας, αφού εξέτασε τις σχετικές προϋποθέσεις, πως η εταιρεία δεν είναι λειτουργικά αυτόνομη, παρά επιτελεί μια ειδική δραστηριότητα προσφέροντας τις υπηρεσίες της στους δύο (2) μετόχους της, ήτοι την εταιρεία «VODAFONE ΕΛΛΑΣ» και την εταιρεία «WIND ΕΛΛΑΣ» (βλ. υπ'αρ. 698/2013 απόφαση).

β) Η επέκταση δεν μεταβάλλει τον χαρακτήρα της (VICTUS) ως κοινής επιχείρησης που δεν πληρεί το κριτήριο της πραγματοποίησης σε διαρκή βάση όλων των λειτουργιών μιας αυτόνομης οικονομικής οντότητας (full function joint venture), σύμφωνα πάντα με τη σχετική δήλωση των δύο μερών στην αρχική τους γνωστοποίηση², γεγονός που απήλαξε τα μέρη από την υποχρέωση γνωστοποίησης συγκέντρωσης, βάσει του άρθρου 6 του ν. 3959/2011.

γ) Σύμφωνα με τους ισχυρισμούς (και πάλι) των δυο μερών, εξακολουθούν να ισχύουν οι όροι της αρχικής (υπ'αρ. 698/2013) απόφασης της ΕΕΤΤ και να εφαρμόζονται στο ακέραιο επιβεβαιώνοντας ότι: α. Οι δύο πάροχοι εξακολουθούν να παραμένουν ανταγωνιστές, και πλήρως ανεξάρτητοι, στις σχετικές αγορές κινητής τηλεφωνίας σε επίπεδο λιανικής. β. Οι δυο πάροχοι παραμένουν ανταγωνιστές και πλήρως ανεξάρτητοι, ως προς τα δικαιώματα χρήσης ραδιοσυχνοτήτων (φάσματος) και την απόκτηση αυτών (διευκρινίζοντας ότι δεν κάνουν spectrum sharing). γ. Ο κάθε ένας εκ των παρόχων διατηρεί πλήρως την ανεξαρτησία του για τη λήψη αποφάσεων ως προς τους λεγόμενους «αποκλειστικούς σταθμούς» του δικτύου πρόσβασης ραδιοεπικοινωνίας (διατηρούν τα exclusive sites) και δ. Οι πάροχοι περιορίζονται στην απολύτως αναγκαία και αναλογική ανταλλαγή ευαίσθητων εμπορικών πληροφοριών, και μόνο στον βαθμό που αυτό απαιτείται για την ορθή λειτουργία της VICTUS (σύμφωνα με τα σχετικά που προσκομίζουν).

δ) Τέλος επιβεβαίωσαν ότι η επέκταση της συμφωνίας καλύπτεται από τις εγγυήσεις ως προς το κρίσιμο ζήτημα της ανταλλαγής των ευαίσθητων πληροφοριών, έχοντας υιοθετήσει αυστηρές κατευθυντήριες γραμμές με κατηγοριοποίηση των πληροφοριών, ανάλογα με το περιεχόμενο και τον παραλήπτη τους, δεσμευόμενοι ότι θα εφαρμόσουν και στην επέκταση τις εν λόγω κατευθυντήριες γραμμές.

Ισχυρίστηκαν επίσης, ότι ως προς τα οφέλη που προκύπτουν και αναμένονται από την συγκεκριμένη συμφωνία, αυτά πραγματώθηκαν κατά την άποψή τους, αναφέροντας συγκεκριμένα πως: «...5 χρόνια μετά τη σύσταση της VICTUS, η λειτουργία της έχει ήδη πραγματώσει τα ως άνω οφέλη κατά το ότι η κοινή χρήση των δικτύων πρόσβασης συνεπάγεται οικονομίες κόστους και οδηγεί στην ταχύτερη ανάπτυξη υπηρεσιών, την καλύτερη δικτυακή κάλυψη και την αποφυγή ορισμένων από τα περιβαλλοντολογικά προβλήματα που προκαλούνται από τις υποδομές δικτύων...».

II. ΝΟΜΙΚΟ ΠΛΑΙΣΙΟ

I. ΕΛΛΗΝΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ ΤΩΝ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΩΝ ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΩΝ - ΕΦΑΡΜΟΣΤΕΕΣ ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ

1) Ν. 4070/2012 «Ρυθμίσεις Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών, Μεταφορών, Δημοσίων Έργων και άλλες διατάξεις» Για τη διερεύνηση της παρούσας συμφωνίας επέκτασης, εφαρμοστέες είναι καταρχήν οι διατάξεις του ν. 4070/2012³, όπου ειδικότερα:

² Βλ. σχετικά και ιστορικό υπ'αρ. 698/2013 απόφασης.

³ Α' 82.

Στο άρθρο 3 του ν. 4070/2012 ορίζεται ότι για την επίτευξη των στόχων που αναφέρονται στην παρ. 1 του ως άνω άρθρου εφαρμόζονται αντικειμενικές, διαφανείς, αμερόληπτες και αναλογικές αρχές ρύθμισης, ιδίως μέσω: «α) [...], δ) της προώθησης αποτελεσματικών επενδύσεων και καινοτομιών σε νέες και εξελιγμένες υποδομές, εξασφαλίζοντας ότι κάθε υποχρέωση πρόσβασης λαμβάνει υπόψη τους κινδύνους που αναλαμβάνουν οι επιχειρήσεις που πραγματοποιούν τις επενδύσεις και επιτρέποντας διαφορετικές μορφές συνεργασίας μεταξύ των επενδυτών και των φορέων που αιτούνται πρόσβαση, προκειμένου να επιμερίζεται ο επενδυτικός κίνδυνος ώστε να διασφαλίζεται ο ανταγωνισμός στην αγορά και η τήρηση της αρχής της μη διακριτικής μεταχείρισης».

Σύμφωνα με την παρ. στ' του άρθρου 12 του ως άνω νόμου, η ΕΕΤΤ μεριμνά για την τήρηση της νομοθεσίας περί ηλεκτρονικών επικοινωνιών και ταχυδρομικών υπηρεσιών και εφαρμόζει τις διατάξεις του ν. 3959/2011, 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, καθώς και τον Κανονισμό 1/2003/ΕΚ (L 001), ενώ με το άρθρο 14 του Νόμου παρέχονται στην ΕΕΤΤ όλες οι εξουσίες έρευνας και τα δικαιώματα ελέγχου της Επιτροπής Ανταγωνισμού.

Περαιτέρω, στο άρθρο 29 του ν. 4070/2012 ορίζονται οι όροι, οι προϋποθέσεις και οι γενικές αρχές για τη συνεγκατάσταση και την από κοινού χρήση ευκολιών, ιδίως δε προβλέπεται ότι ειδικά για τις περιπτώσεις συνεγκατάστασης κεραιοσυστημάτων για λόγους προστασίας του περιβάλλοντος, οι επιχειρήσεις δικαιούνται να αιτούνται συνεγκατάσταση και υποχρεούνται να παρέχουν συνεγκατάσταση, κατόπιν αιτήματος άλλων επιχειρήσεων με εύλογους όρους, στο μέτρο όπου αυτό είναι τεχνικά εφικτό.

Συγκεκριμένα, το άρθρο 29 του ν. 4070/2012, με τίτλο: «Συνεγκατάσταση και από κοινού χρήση ευκολιών», προβλέπει πως: «1. Όταν επιχείρηση παροχής δικτύων ηλεκτρονικών επικοινωνιών έχει το δικαίωμα, δυνάμει της εθνικής νομοθεσίας, να εγκαθιστά ευκολίες επί, υπέρ ή υπό δημόσιου, ιδιωτικού ή κοινόχρηστου ακινήτου, ή δύναται να επωφελείται διαδικασίας για την απαλλοτρίωση ή τη χρήση ακινήτου, η Ε.Ε.Τ.Τ. είναι σε θέση να επιβάλει την από κοινού χρήση των ευκολιών ή του ακινήτου αυτού, περιλαμβανομένων, μεταξύ άλλων, κτιρίων ή εισόδων σε κτήρια, καλωδιώσεων κτιρίων, ιστών, κεραιών, πύργων και άλλων φερουσών κατασκευών, αγωγών, σωληνώσεων, φρεατίων και κυτίων σύνδεσης, λαμβάνοντας πλήρως υπόψη την αρχή της αναλογικότητας. 2. Η Ε.Ε.Τ.Τ. δύναται να επιβάλλει στις επιχειρήσεις της παρ. 1 την από κοινού χρήση ευκολιών ή ακινήτων (περιλαμβανομένης της φυσικής συνεγκατάστασης) ή τη λήψη μέτρων διευκόλυνσης του συντονισμού δημόσιων έργων, λόγω ανάγκης προστασίας του περιβάλλοντος, της δημόσιας υγείας ή της δημόσιας ασφάλειας ή της επίτευξης πολεοδομικών ή χωροταξικών στόχων και μόνον έπειτα από δημόσια διαβούλευση σύμφωνα με το άρθρο 17 του παρόντος. Οι ρυθμίσεις αυτές για την

από κοινού χρήση ή το συντονισμό μπορούν να περιλαμβάνουν κανόνες για την κατανομή των δαπανών της από κοινού χρήσης ευκολιών ή ακινήτου, ακόμα και σε περίπτωση ήδη υφιστάμενης εγκατάστασης... 5. Επιπροσθέτως, η Ε.Ε.Τ.Τ. δύναται να λαμβάνει κατάλληλα μέτρα για την επίλυση της διαφοράς σε σχέση με τα θέματα συνεγκατάστασης και από κοινού χρήσης ευκολιών, κατόπιν προσφυγής από οποιοδήποτε μέρος, εφαρμόζοντας τις διατάξεις του άρθρου 34 του παρόντος...

Η παράγραφος δε 7 του εν λόγω άρθρου ορίζει πως: «7. Ειδικά για τις περιπτώσεις συνεγκατάστασης κεραιοσυστημάτων για λόγους προστασίας του περιβάλλοντος, οι επιχειρήσεις δικαιούνται να αιτούνται συνεγκατάσταση και υποχρεούνται να παρέχουν συνεγκατάσταση, κατόπιν αιτήματος άλλων επιχειρήσεων με εύλογους όρους, στο μέτρο όπου αυτό είναι τεχνικά εφικτό.»

2) Ν. 4463/2017 (Α' 42) «Μέτρα μείωσης του κόστους εγκατάστασης υψίρρυθμων ηλεκτρονικών επικοινωνιών - Εναρμόνιση της νομοθεσίας στην Οδηγία 2014/61/ΕΕ και άλλες διατάξεις»

Στο αυτό πλαίσιο της ενθάρρυνσης των επενδύσεων και της κοινής χρήσης υποδομών, εφαρμοστέος είναι και ο ν. 4463/2017, με τίτλο: «Μέτρα μείωσης του κόστους εγκατάστασης υψίρρυθμων ηλεκτρονικών επικοινωνιών - Εναρμόνιση της νομοθεσίας στην Οδηγία 2014/61/ΕΕ και άλλες διατάξεις», ο οποίος εναρμόνισε την Οδηγία 2014/61/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 15ης Μαΐου 2014 (L 155), στην ελληνική νομοθεσία και προέβλεπε μέτρα μείωσης του κόστους εγκατάστασης υψίρρυθμων δικτύων ηλεκτρονικών επικοινωνιών που θα διευκολύνουν τις εγκαταστάσεις αυτές στις χώρες κράτη-μέλη και θα προωθήσουν την κοινή χρήση της υπάρχουσας υλικής υποδομής, την κινητροδότηση και τη διευκόλυνση της αποτελεσματικότερης εγκατάστασης νέας υλικής υποδομής, προκειμένου η εγκατάσταση να πραγματοποιείται με χαμηλότερο κόστος.

Ειδικότερα, το άρθρο 3 του ν. 4463/2017, με τίτλο: «Πρόσβαση στην υπάρχουσα υλική υποδομή», προβλέπει τις προϋποθέσεις, τους λόγους και τη διαδικασία παροχής πρόσβασης, προβλέποντας σαφή υποχρέωση για κάθε φορέα εκμετάλλευσης δικτύου να ικανοποιεί κάθε εύλογη γραπτή αίτηση πρόσβασης στην υλική του υποδομή, υπό δίκαιους και εύλογους όρους, συμπεριλαμβανομένης της τιμής, ενόψει της εγκατάστασης στοιχείων υψίρρυθμων δικτύων ηλεκτρονικών επικοινωνιών.

Ως προβλέπει ο συγκεκριμένος νόμος, όλες οι σχετικές λεπτομέρειες για τα αιτήματα πρόσβασης των παρόχων Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών περιγράφονται στο εξειδικευμένο ρυθμιστικό κείμενο, ήτοι τον Κανονισμό Συνεγκατάστασης της ΕΕΤΤ (βλ. κάτωθι παρ. 3).

Διευκρινίζεται ωστόσο, πως η ανωτέρω παροχή «πρόσβασης» (ήτοι τα αιτήματα και οι σχετικές διαδικασίες),

αφορά στην πρόσβαση στην παθητική υποδομή του φορέα-παρόχου, ήτοι στο τμήμα του δικτύου⁴ του κάθε φορέα που περιλαμβάνει τις ευκολίες, όπως π.χ. τους ιστούς, τους οικίσκους, κ.λπ., και είναι ανεξάρτητη από τα ενεργητικά στοιχεία του δικτύου, π.χ. τις κεραίες ή/και τον εξοπλισμό, τα οποία είναι απαραίτητα για την πλήρη παροχή των υπηρεσιών, μέσω του δικτύου.

3) Περαιτέρω, η υπ' αρ. 472/171/2008 απόφαση της ΕΕΤΤ «Έκδοση του Κανονισμού Συνεγκατάστασης, όπως αυτός έχει τροποποιηθεί με την υπ' αρ. 859/3/2018⁵ απόφαση, και το άρθρο 4 αυτής, ορίζει ότι:

Κατ' εξουσιοδότηση του άρθρου 29 του ν. 4070/2012 (όπως και του προηγούμενου ν. 3431/2006), εξεδόθη από την ΕΕΤΤ ο εν ισχύ «Κανονισμός Συνεγκατάστασης⁶ και από κοινού χρήσης ευκολιών», όπως ισχύει τροποποιηθείς.

Ο εν λόγω Κανονισμός⁷ καθορίζει τους όρους, τις προϋποθέσεις και τις διαδικασίες για τη συνεγκατάσταση εξοπλισμού ηλεκτρονικών επικοινωνιών και την από κοινού χρήση από τους παρόχους δημοσίων δικτύων επικοινωνιών.

Ειδικότερα, το άρθρο 4 του ανωτέρω Κανονισμού, με τίτλο: «Σύναψη συμφωνιών συνεγκατάστασης και από κοινού χρήσης ευκολιών», προβλέπει ότι:

«1. Οι δικαιούχοι έχουν δικαίωμα να συνάπτουν με τους υπόχρεους συμφωνίες συνεγκατάστασης και από κοινού χρήσης ευκολιών, κατόπιν σχετικού γραπτού αιτήματος, σύμφωνα με τα άρθρα 6 και 7.

2. Οι υπόχρεοι ικανοποιούν κάθε εύλογη αίτηση παροχής συνεγκατάστασης και από κοινού χρήσης ευκολιών για τις κατηγορίες υποδομών: α) των περ. (α) (β) και (γ) της παρ. 1 του άρθρου 3 εάν η εγκατάσταση αφορά υψίρρυθμο δίκτυο ηλεκτρονικών επικοινωνιών, και

4 Αποτελούν τις «ευκολίες», όπου σύμφωνα με τους ορισμούς του νόμου, περιλαμβάνουν: κάθε εγκατάσταση, υποδομή (όπως ενδεικτικά υπαίθριες μονάδες δικτύου, οικίσκοι, σωληνώσεις, αγωγοί, καλωδιώσεις, στύλοι, φρεάτια, καμπίνες, κυτία σύνδεσης) και τεχνικό μέσο που σχετίζεται με δίκτυο ηλεκτρονικών επικοινωνιών και καθιστά δυνατή ή υποστηρίζει την παροχή υπηρεσιών μέσω του δικτύου αυτού.

5 Σύμφωνα με το άρθρο 2 και την παρ. 2 αυτού «2. Οι διατάξεις του παρόντος ισχύουν δυνάμει των άρθρων 29 και 34 του ν. 4070/2012 και των άρθρων 3, 4 και 9 του ν. 4463/2017, με την επιφύλαξη των υποχρεώσεων που έχουν επιβληθεί σε παρόχους δικτύων ηλεκτρονικών επικοινωνιών, οι οποίοι έχουν οριστεί ή πρόκειται να ορισθούν ως επιχειρήσεις με σημαντική ισχύ (ΣΙΑ) σε μία ή περισσότερες σχετικές αγορές ηλεκτρονικών επικοινωνιών, όσον αφορά στην παροχή πρόσβασης/συνεγκατάστασης στις εν λόγω αγορές.

6 Οι διατάξεις του παρόντος ισχύουν δυνάμει των άρθρων 29 και 34 του ν. 4070/2012 και των άρθρων 3, 4 και 9 του ν. 4463/2017, με την επιφύλαξη των υποχρεώσεων που έχουν επιβληθεί σε παρόχους δικτύων ηλεκτρονικών επικοινωνιών, οι οποίοι έχουν οριστεί ή πρόκειται να ορισθούν ως επιχειρήσεις με σημαντική ισχύ (ΣΙΑ).

7 Οι διατάξεις του παρόντος Κανονισμού ισχύουν δυνάμει των άρθρων 29 και 34 του ν. 4070/2012 και των άρθρων 3, 4 και 9 του ν. 4463/2017, με την επιφύλαξη των υποχρεώσεων που έχουν επιβληθεί σε παρόχους δικτύων ηλεκτρονικών επικοινωνιών, οι οποίοι έχουν οριστεί ή πρόκειται να ορισθούν ως επιχειρήσεις με σημαντική ισχύ (ΣΙΑ) σε μία ή περισσότερες σχετικές αγορές ηλεκτρονικών επικοινωνιών, όσον αφορά στην παροχή πρόσβασης/συνεγκατάστασης στις εν λόγω αγορές.

β) της περ. (δ) της παρ. 1 του άρθρου 3 για όλα τα δίκτυα εξαιρουμένων των περιπτώσεων που η ικανοποίηση του αιτήματος οδηγεί σε τροποποίηση της υποδομής με τρόπο ώστε να γεννάται η υποχρέωση λήψης άδειας κατασκευής κεραίας, ενώ πριν δεν υπήρχε ανάλογη υποχρέωση.

3. Οι όροι των συμφωνιών συνεγκατάστασης και από κοινού χρήσης ευκολιών αποτελούν αντικείμενο εμπορικής διαπραγμάτευσης με την επιφύλαξη της τήρησης των διατάξεων του παρόντος και της κείμενης νομοθεσίας, ιδίως αυτής περί ηλεκτρονικών επικοινωνιών.

4. Τα στοιχεία (συμβαλλόμενα μέρη, ημερομηνία υπογραφής, αντικείμενο και διάρκεια συμφωνίας) κάθε συμφωνίας συνεγκατάστασης και από κοινού χρήσης ευκολιών κοινοποιούνται εντός δέκα (10) εργασίμων ημερών από την υπογραφή της συμφωνίας στην ΕΕΤΤ με ευθύνη του δικαιούχου...».

Συνεπώς, με βάση τον ανωτέρω Κανονισμό και τις διατάξεις του ν. 4070/2012, όλοι οι αδειοδοτημένοι από την ΕΕΤΤ πάροχοι Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών υπέχουν και το δικαίωμα και την υποχρέωση να αιτούνται, να διαπραγματεύονται και να παρέχουν συνεγκατάσταση στις υποδομές τους, βάσει των ανωτέρω διαδικασιών, ενώ η άρνηση παροχής συνεγκατάστασης είναι περιορισμένη και δικαιολογείται μόνο από συγκεκριμένους λόγους.

4) Υπ' αρ. 661/2/2012 «Κανονισμός Αδειών Κατασκευών Κεραίων στην Ξηρά» - Μεταβίβαση Κεραιοσυστημάτων

Αναφορικά με τις ρυθμιστικό πλαίσιο που αφορά στα κεραιοσυστήματα και δη στη μεταβίβασή τους, το άρθρο 14 της υπ' αρ. 661/2/2012 απόφασης της ΕΕΤΤ «Κανονισμός Αδειών Κατασκευών Κεραίων στην Ξηρά» ορίζει τα εξής:

«1. Οι κατασκευές κεραιών είναι δυνατόν να μεταβιβάζονται με απόφαση της ΕΕΤΤ εκτός αν ρητά προβλέπεται διαφορετικά στις σχετικές άδειες. Κατά τη μεταβίβαση της άδειας, οι όροι και οι υποχρεώσεις που συνοδεύουν ή/και απορρέουν από την εν λόγω άδεια μεταβιβάζονται εξ ολοκλήρου στον πάροχο που την αποκτά και καθίσταται δικαιούχος αυτής.

2. Απαραίτητες προϋποθέσεις για την μεταβίβαση της κατασκευής κεραίας είναι η έγγραφη συναίνεση όλων των ιδιοκτητών του χώρου εγκατάστασης, η κατοχή ή η εκμίσθωση από τον νέο κάτοχο της άδειας τουλάχιστον ενός από τα δικαιώματα χρήσης των ραδιοσυχνοτήτων που χρησιμοποιούνται στην κατασκευή κεραίας και η μη ύπαρξη οφειλών και των δύο εμπλεκόμενων παρόχων προς την ΕΕΤΤ.

[...]

4. Πριν τη μεταβίβαση των κατασκευών κεραιών θα πρέπει να υπάρχει σχετική απόφαση της ΕΕΤΤ που εκδίδεται κατόπιν αίτησης που υποβάλλουν από κοινού οι ενδιαφερόμενοι πάροχοι.».

Ακολούθως, το 2019 εξεδόθη η υπ' αρ. 919/26/16-12-2019 απόφαση της ΕΕΤΤ «Κανονισμός Αδειών Κατασκευών Κεραίων στην Ξηρά» (Β' 4872), αντικαθιστώντας των ανωτέρω Κανονισμό, ο οποίος στο άρθρο 16 αυτού, ορίζει τα εξής:

«Άρθρο 16

Μεταβίβαση Αδειών Κατασκευών Κεραίων

1. Οι άδειες κατασκευών κεραίων είναι δυνατόν να μεταβιβάζονται με απόφαση της ΕΕΤΤ. Κατά τη μεταβίβαση της άδειας οι όροι και οι υποχρεώσεις που συνοδεύουν ή/και απορρέουν από την εν λόγω άδεια μεταβιβάζονται εξ ολοκλήρου στον πάροχο που την αποκτά και καθίσταται δικαιούχος αυτής.

2. Απαραίτητη προϋπόθεση για την μεταβίβαση της άδειας κατασκευής κεραίας είναι η κατοχή από τον νέο κάτοχο της άδειας τουλάχιστον ενός από τα δικαιώματα χρήσης των ραδιοσυχνοτήτων, που χρησιμοποιούνται στην κατασκευή κεραίας.

3. Άδειες κατασκευών κεραίων που έχουν χορηγηθεί βάσει ειδικών όρων της νομοθεσίας, όπως, ενδεικτικά, οι ειδικές διατάξεις της νομοθεσίας για παρόχους ηλεκτρονικών επικοινωνιών προς το κοινό, δύνανται να μεταβιβαστούν μόνο σε φορείς που πληρούν τις σχετικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή των ειδικών όρων.

4. Κατά την μεταβίβαση της άδειας δεν είναι δυνατόν να τροποποιούνται οι όροι αυτής. Επιτρέπεται μόνον η προσθήκη του προηγούμενου κατόχου της άδειας κατασκευής κεραίας ως φιλοξενούμενου παρόχου, εφόσον το επιθυμεί και συντρέχουν οι απαραίτητες προϋποθέσεις.

5. Εφόσον για την κατασκευή κεραίας, στην οποία αφορά η μεταβίβαση, βρίσκεται σε ισχύ δήλωση υπαγωγής σε ΠΠΔ, πριν την μεταβίβαση της άδειας πρέπει ο νέος κάτοχος της άδειας να υποβάλει νέα δήλωση υπαγωγής σε ΠΠΔ, η οποία αποτελεί πλέον αναπόσπαστο μέρος της μεταβιβαθείσας άδειας. Η δήλωση του προηγούμενου κατόχου παύει αυτοδίκαια να ισχύει και δεν παράγει κανένα έννομο αποτέλεσμα.

6. Για την έκδοση της σχετικής απόφασης της ΕΕΤΤ απαιτείται η από κοινού υποβολή αίτησης από τον παλαιό και τον νέο κάτοχο της άδειας κατασκευής κεραίας. Για το σκοπό αυτό ο κάτοχος της προς μεταβίβασης άδειας κατασκευής κεραίας υποβάλλει στο ΣΗΛΥΑ σχετικό αίτημα, το οποίο είναι προσβάσιμο και από τον μελλοντικό κάτοχο της άδειας κατασκευής κεραίας μέσω του ΣΗΛΥΑ.

7. Απαραίτητη προϋπόθεση για την ηλεκτρονική υποβολή και διαχείριση μέσω του ΣΗΛΥΑ αίτησης μεταβίβασης άδειας κατασκευής κεραίας είναι να μην εκκρεμούν αιτήσεις ή/και δηλώσεις για την κατασκευή κεραίας, στην οποία αφορά η αίτηση μεταβίβασης άδειας κατασκευής κεραίας και να έχει εγγραφεί στο ΣΗΛΥΑ ο μελλοντικός κάτοχος της άδειας κατασκευής κεραίας.

8. Οι διατάξεις του παρόντος άρθρου εφαρμόζονται με την επιφύλαξη τήρησης των λοιπών διατάξεων της κείμενης νομοθεσίας περί ηλεκτρονικών επικοινωνιών και ιδίως αυτών περί ανταγωνισμού...».

5) Επιπλέον, στα ζητήματα Δικαιωμάτων Χρήσης Ραδιοσυχνοτήτων, έχει πλέον εκδοθεί ο «Κανονισμός Χρήσης και Χορήγησης Δικαιωμάτων Χρήσης Ραδιοσυχνοτήτων υπό καθεστώς Γενικής Άδειας για την Παροχή Δικτύων ή/και Υπηρεσιών Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών» (Β' 3919/2018), ενώ έχουν επίσης εκδοθεί οι ακόλουθες αποφάσεις αδειοδότησης για τις δύο (2) εταιρείες:

α) υπ' αρ. 448/197/21-8-2007 απόφαση περί χορήγησης δικαιώματος χρήσης ραδιοσυχνοτήτων στην WIND ΕΛΛΑΣ, η υπ' αρ. 448/192/21-8-2007 απόφαση, όπως τροποποιήθηκε με την υπ' αρ. 633/144/15-12-2011 απόφαση περί χορήγησης δικαιώματος χρήσης ραδιοσυχνοτήτων στην WIND ΕΛΛΑΣ,

β) η υπ' αρ. 448/194/21-8-2007 απόφαση, όπως τροποποιήθηκε με την υπ' αρ. 633/145/15-12-2011 απόφαση περί χορήγησης δικαιώματος χρήσης ραδιοσυχνοτήτων στην WIND ΕΛΛΑΣ,

γ) η υπ' αρ. 448/196/21-8-2007 απόφαση περί χορήγησης δικαιώματος χρήσης ραδιοσυχνοτήτων στην VODAFONE ΕΛΛΑΣ, με τις οποίες έχουν χορηγηθεί στις εταιρείες «VODAFONE ΕΛΛΑΣ» και «WIND ΕΛΛΑΣ» δικαιώματα Χρήσης Ραδιοσυχνοτήτων για την Εγκατάσταση, Λειτουργία και Εκμετάλλευση Δημόσιου Δικτύου Κινητών Επικοινωνιών 3ης Γενιάς και την παροχή Διαθέσιμων στο κοινό Υπηρεσιών Κινητών Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών 3ης Γενιάς, ενώ στο άρθρο 7 της ανωτέρω απόφασης, προβλέπεται ειδικότερα ότι:

«Συμφωνίες για την από κοινού χρήση εξοπλισμού ή και υποδομών επιτρέπονται υπό τους εξής σωρευτικά συντρέχοντες όρους:

α) Δεν περιορίζουν τον ανταγωνισμό, και ιδιαίτερα δεν έχουν σαν συνέπεια την ύπαρξη μόνο ενός Δικτύου στην Ελληνική Επικράτεια ή σε σημαντικό πληθυσμιακό μέρος αυτής.

β) Κοινοποιούνται στην ΕΕΤΤ ενενήντα (90) ημέρες πριν τη θέση τους σε εφαρμογή μαζί με όλα τα στοιχεία τα οποία θα καταδεικνύουν ότι δεν υπάρχει περιορισμός του ανταγωνισμού, και ιδιαίτερα τις συμβάσεις μεταξύ των μερών.

γ) Έχουν εκπληρωθεί οι τυχόν υποχρεώσεις ανάπτυξης του Δικτύου του Κατόχου του Δικαιώματος Χρήσης Ραδιοσυχνοτήτων όπως περιγράφονται στην παρούσα.

δ) Έκδοση απόφασης της ΕΕΤΤ με την οποία επιτρέπεται η από κοινού χρήση εξοπλισμού ή και υποδομών. Η απόφαση εκδίδεται εντός εκατό ογδόντα (180) ημερών από την γνωστοποίηση της πρόθεσης των ενδιαφερομένων».

6) Τέλος, το 2014, χορηγήθηκαν στις δύο (2) εταιρείες επιπλέον δικαιώματα χρήσης ραδιοσυχνοτήτων για τα δίκτυα 4G (κατόπιν σχετικού διαγωνισμού-προκήρυξης) και συγκεκριμένα (βλ. κάτωθι Πίνακα):

Κάτοχος Δικαιώματος	Γεωγραφική Έκταση Δικαιώματος	Έναρξη Δικαιώματος	Λήξη Δικαιώματος	Απόφαση Χορήγησης	Συμπληρωματικά Αρχεία Απόφασης
VODAFONE	Επικράτεια	1/11/2014	28/2/2030		
VODAFONE	Επικράτεια	30/9/2012	29/9/2027	633/147/15-12-2011	Σύμβαση Παραχώρησης
VODAFONE	Επικράτεια	15/11/2012	14/11/2027	658/4/28-06-2012	
VODAFONE	Επικράτεια	14/12/2017	28/2/2030	838/6/14-12-2017	
VODAFONE	Επικράτεια	6/2/2018	5/12/2035	838/2/14-12-2017	Σύμβαση Παραχώρησης

Κάτοχος Δικαιώματος	Γεωγραφική Έκταση Δικαιώματος	Έναρξη Δικαιώματος	Λήξη Δικαιώματος	Απόφαση Χορήγησης	Συμπληρωματικά Αρχεία Απόφασης
WIND	Επικράτεια	1/11/2014	28/2/2030	738/6/30-10-2014	
WIND	Επικράτεια	30/9/2012	29/9/2027	633/148/15-12-2011	Σύμβαση Παραχώρησης
WIND	Επικράτεια	14/12/2017	28/2/2030	838/4/14-12-2017	
WIND	Επικράτεια	6/2/2018	5/12/2035	838/3/14-12-2017	Σύμβαση Παραχώρησης

III. Το Ευρωπαϊκό ρυθμιστικό πλαίσιο για την Κοινή χρήση Υποδομών

Η κοινή χρήση υποδομών αποτελούσε Εξ αρχής έναν άξονα στην ατζέντα της Ευρωπαϊκής Επιτροπής και του τότε εκδοθέντος ρυθμιστικού πλαισίου, ήδη από το έτος 2012 και την πρώτη εκδοθείσα Οδηγία. Συγκεκριμένα:

1) Η από 2012 εκδοθείσα Οδηγία Πλαίσιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης

Η δυνατότητα Συνεγκατάστασης και Κοινής χρήσης υποδομών προβλεπόταν στη σχετική Οδηγία Πλαίσιο 2002/21/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου του και συγκεκριμένα στο άρθρο 12 αυτής.

Ειδικότερα, το εν λόγω άρθρο, με τίτλο: «Συνεγκατάσταση και από κοινού χρήση ευκολιών», όριζε πως: «Όταν μια επιχείρηση παροχής δικτύων ηλεκτρονικών επικοινωνιών έχει το δικαίωμα, δυνάμει της εθνικής νομοθεσίας, να εγκαθιστά ευκολίες επί, υπεράνω ή υποκάτω δημόσιου ή ιδιωτικού ακινήτου, ή δύναται να επωφελείται διαδικασίας για την απαλλοτρίωση ή τη χρήση ακινήτου, οι εθνικές κανονιστικές αρχές ενθαρρύνουν την από κοινού χρήση των ευκολιών ή του ακινήτου αυτού... 2. Ειδικότερα, όταν οι επιχειρήσεις στερούνται πρόσβασης σε άλλες βιώσιμες δυνατότητες λόγω της ανάγκης προστασίας του περιβάλλοντος, της δημόσιας υγείας ή της δημόσιας ασφάλειας, ή της επίτευξης πολεοδομικών ή χωροταξικών στόχων της, τα κράτη-μέλη μπορούν να επιβάλλουν την από κοινού χρήση των ευκολιών ή ακινήτων (συμπεριλαμβανομένης της φυσικής συνεγκατάστασης), σε επιχείρηση που εκμεταλλεύεται δίκτυο ηλεκτρονικών επικοινωνιών ή να λαμβάνουν μέτρα για να διευκολύνουν τον συντονισμό των δημόσιων έργων, μόνο έπειτα από κατάλληλη περίοδο δημόσιας διαβούλευσης, κατά τη διάρκεια της οποίας όλοι οι ενδιαφερόμενοι πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να εκφράζουν τις απόψεις τους. Οι ρυθμίσεις αυτές για από

κοινού χρήση ή συντονισμό μπορούν να περιλαμβάνουν κανόνες για την κατανομή των δαπανών της από κοινού χρήσης ευκολιών ή ακινήτου.

2) Ακολούθησε η Οδηγία 2014/61/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 15ης Μαΐου 2014 (L 155), σχετικά με τα μέτρα μείωσης του κόστους εγκατάστασης υψίρρυθμων δικτύων ηλεκτρονικών επικοινωνιών. Στην εν λόγω Οδηγία και στις εκεί διατάξεις της, προβλεπόταν πώς θα διευκολυνθούν οι εγκαταστάσεις αυτές και θα προωθηθεί η κοινή χρήση της υπάρχουσας υλικής υποδομής, η κινητροδότηση και η διευκόλυνση της αποτελεσματικότερης εγκατάστασης νέας υλικής υποδομής, προκειμένου η εγκατάσταση να πραγματοποιηθεί με το χαμηλότερο δυνατό κόστος. Ως προαναφέρθη, ο ν. 4463/2017 (Α' 42), με τίτλο: «Μέτρα μείωσης του κόστους εγκατάστασης υψίρρυθμων ηλεκτρονικών επικοινωνιών - Εναρμόνιση της νομοθεσίας στην Οδηγία 2014/61/ΕΕ και άλλες διατάξεις», εναρμόνισε στην Ελληνική νομοθεσία την ανωτέρω Οδηγία 2014/61/ΕΕ, προβλέποντας τις σχετικές διαδικασίες για τη διευκόλυνση της εγκατάστασης υψίρρυθμων δικτύων ηλεκτρονικών επικοινωνιών, ενώ η ΕΕΤΤ, στο πλαίσιο τροποποίησης και έκδοσης του νέου της Κανονισμού Συνεγκατάστασης βάσει του άρθρου του ν. 4070/2012, και προκειμένου να εναρμονιστεί με τις διατάξεις του ως άνω ν. 4463/2017, εξέδωσε την τροποποιημένη υπ' αρ. 859/3/2018 απόφασή της, με τίτλο: «Κανονισμός Συνεγκατάστασης και από κοινού χρήσης ευκολιών».

3) Η Οδηγία (ΕΕ) 2018/1972 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου - «Ο Ευρωπαϊκός Κώδικας των Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών» (EU ELECTRONIC COMMUNICATIONS CODE)

Το 2018 εξεδόθη νέα Οδηγία, με την οποία τροποποιήθηκε σημαντικά το υφιστάμενο Ευρωπαϊκό ρυθμιστικό πλαίσιο των Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών, και προβλέπονται νέες κατευθυντήριες πολιτικές για την Ευρωπαϊκή

αγορά των Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών. Η Οδηγία αναμένεται να ενσωματωθεί στην Ελλάδα (έχει ήδη κατατεθεί το σχετικό νομοσχέδιο)⁸. Σύμφωνα με τις επιταγές και τις αρχές της νέας Οδηγίας, τα κύρια αντικείμενα της ρύθμισης, κύριοι άξονες της εν λόγω οδηγίας είναι:

α) η προαγωγή της συνδεσιμότητας και την πρόσβασης σε δίκτυα πολύ υψηλής χωρητικότητας, συμπεριλαμβανομένων των σταθερών, κινητών και ασύρματων δικτύων, καθώς και τη χρήση τους, από όλους τους πολίτες και τις επιχειρήσεις της Ένωσης,

β) προαγωγή του ανταγωνισμού στην παροχή δικτύων ηλεκτρονικών επικοινωνιών και συναφών ευκολιών, συμπεριλαμβανομένου του αποδοτικού ανταγωνισμού όσον αφορά τις υποδομές, καθώς και στην παροχή υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών και συναφών υπηρεσιών,

γ) στην ανάπτυξη της εσωτερικής αγοράς αίροντας εναπομένοντα εμπόδια και προωθώντας συνθήκες σύγκλισης για τις επενδύσεις και την παροχή δικτύων ηλεκτρονικών επικοινωνιών, υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών, συναφών ευκολιών και συναφών υπηρεσιών σε ολόκληρη την Ένωση, διαμορφώνοντας κοινούς κανόνες και προβλέψιμες ρυθμιστικές προσεγγίσεις, ευνοώντας την αποτελεσματική, αποδοτική και συντονισμένη χρήση του ραδιοφάσματος, την ανοικτή καινοτομία, τη δημιουργία και την ανάπτυξη διευρωπαϊκών δικτύων, την παροχή, διαθεσιμότητα και διαλειτουργικότητα των πανευρωπαϊκών υπηρεσιών και τη διατηρητική συνδεσιμότητα.

Στην παρ. 4 και στο εδάφιο δ' αυτού, επίσης ορίζεται πως: δ) προωθούνται αποτελεσματικές επενδύσεις και καινοτομίες όσον αφορά νέες και ενισχυμένες υποδομές, συνυπολογίζοντας τη μέριμνα ότι οποιαδήποτε υποχρέωση πρόσβασης λαμβάνει δεόντως υπόψη τους κινδύνους που αναλαμβάνουν οι επιχειρήσεις που πραγματοποιούν την επένδυση και επιτρέποντας διάφορες ρυθμίσεις συνεργασίας μεταξύ επενδυτών και φορέων που ζητούν πρόσβαση προκειμένου να επιμεριστεί ο επενδυτικός κίνδυνος με ταυτόχρονη διασφάλιση του ανταγωνισμού στην αγορά και της αρχής της μη εισαγωγής διακρίσεων...».

Περαιτέρω, στο εδάφιο ε) ορίζεται πως: «...ε) συνυπολογίζουν δεόντως τις ποικίλες συνθήκες όσον αφορά τις υποδομές, τον ανταγωνισμό, την κατάσταση των τελικών χρηστών και ιδίως των καταναλωτών στις διάφορες γεω-

8 Ο «Κώδικας Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών» θα ενσωματώσει στο ελληνικό δίκαιο την «Οδηγία (ΕΕ) 2018/1972 της Ευρωπαϊκής Ένωσης για τη θέσπιση Ευρωπαϊκού Κώδικα Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών» και αντικαθιστά το μεγαλύτερο μέρος του ν. 4070/2012 «Ρυθμίσεις Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών Μεταφορών, Δημοσίων Έργων και άλλες διατάξεις» (Α' 82), διατηρώντας ή τροποποιώντας παράλληλα διατάξεις του νόμου αυτού που αφορούν σε εθνικές ρυθμίσεις και που δεν θίγονται από τις ρυθμίσεις της Οδηγίας. Μεταξύ άλλων ρυθμίσεων, επικαιροποιεί του ισχύοντες κανόνες για την πρόσβαση των φορέων εκμετάλλευσης στα δίκτυα, με σκοπό να ενθαρρύνεται ο ανταγωνισμός και να καταστούν για τις εταιρείες ευκολότερες οι επενδύσεις σε νέες υποδομές πολύ υψηλής χωρητικότητας (ικανές για ταχύτητες καταφόρτωσης τουλάχιστον 100 Mbps), συμπεριλαμβανομένων των πιο απομακρυσμένων περιοχών.

γραφικές ζώνες του ίδιου κράτους-μέλους, συμπεριλαμβανομένων των τοπικών υποδομών υπό τη διαχείριση φυσικών προσώπων για μη κερδοσκοπικό σκοπό».

Περαιτέρω, στο άρθρο 47 δε της ίδιας Οδηγίας, με τίτλο: «Όροι που συνοδεύουν τα μεμονωμένα δικαιώματα χρήσης ραδιοφάσματος», και ειδικότερα στην παρ. 2 αυτού, προβλέπεται πως: «2. Όταν οι αρμόδιες αρχές θέτουν όρους για μεμονωμένα δικαιώματα χρήσης ραδιοφάσματος, δύνανται, ιδίως με σκοπό να διασφαλιστεί η αποτελεσματική και αποδοτική χρήση του ραδιοφάσματος ή να προωθείται η κάλυψη, να προβλέπουν τις ακόλουθες δυνατότητες: α) μερισμό παθητικών ή ενεργητικών υποδομών που στηρίζονται στο ραδιοφάσμα ή του ραδιοφάσματος, β) εμπορικές συμφωνίες πρόσβασης σε περιαγωγή γ) από κοινού ανάπτυξη υποδομών για την παροχή δικτύων ή υπηρεσιών που στηρίζονται στη χρήση ραδιοφάσματος. Οι αρμόδιες αρχές δεν εμποδίζουν τον μερισμό ραδιοφάσματος στους όρους που συνοδεύουν τα δικαιώματα χρήσης ραδιοφάσματος. Η εφαρμογή των συνοδευτικών όρων δυνάμει της παρούσας παραγράφου από τις επιχειρήσεις εξακολουθεί να υπόκειται στο δίκαιο περί ανταγωνισμού.

Τέλος, το άρθρο 76 της εν λόγω Οδηγίας, αναφέρεται στους όρους για τις «Συνεπενδύσεις» (φορέων) στις εθνικές αγορές, περιγράφοντας συγκεκριμένα ότι:

«1. Οι επιχειρήσεις που έχουν οριστεί ως κατέχουσες σημαντική ισχύ στην αγορά σε μία ή περισσότερες σχετικές αγορές σύμφωνα με το άρθρο 67 μπορούν να προσφέρουν δεσμεύσεις σύμφωνα με τη διαδικασία του άρθρου 79 και με την επιφύλαξη του δεύτερου εδαφίου της παρούσας παραγράφου για το άνοιγμα της ανάπτυξης νέου δικτύου πολύ υψηλής χωρητικότητας που αποτελείται από στοιχεία οπτικών ινών έως τους χώρους του τελικού χρήστη ή τον σταθμό βάσης σε συνεπέδωση, για παράδειγμα προσφέροντας συνιδιοκτησία ή μακροχρόνιο επιμερισμό κινδύνων μέσω της συγχρηματοδότησης ή μέσω αγοραστικών συμφωνιών που δημιουργούν ειδικά δικαιώματα διαθρησκευτικού χαρακτήρα από άλλους παρόχους δικτύων ή υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών. Κατά την αξιολόγηση αυτών των εν λόγω δεσμεύσεων, η εθνική ρυθμιστική αρχή καθορίζει ιδίως αν η προσφορά συνεπέδωσης συμμορφώνεται προς τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) είναι ανοικτή ανά πάσα στιγμή κατά τη διάρκειας ζωής του δικτύου σε κάθε πάροχο δικτύων ή υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών, β) θα επέτρεπε σε άλλους συνεπενδυτές που είναι πάροχοι δικτύων ή υπηρεσιών ηλεκτρονικών επικοινωνιών να ανταγωνίζονται αποτελεσματικά και βιώσιμα σε μακροπρόθεσμο ορίζοντα στις αγορές επόμενου σταδίου όπου δραστηριοποιείται η επιχείρηση που έχει οριστεί ως κατέχουσα σημαντική ισχύ στην αγορά, υπό όρους που περιλαμβάνουν: i) δίκαιους, εύλογους και αμερόληπτους όρους οι οποίοι επιτρέπουν την πρόσβαση στην πλήρη χωρητικότητα του δικτύου στον βαθμό που αποτελεί αντικείμενο συνεπέδωσης, ii) ευελιξία όσον αφορά την αξία και το χρονοδιάγραμμα της συμμετοχής κάθε συνεπενδυτή, iii) τη δυνατότητα αύξησης της συμμετοχής στο μέλλον και iv) αμοιβαία δικαιώματα που χορηγούν οι συνεπενδυτές μετά την ανάπτυξη

της υποδομής που αποτελεί αντικείμενο της συνεπένδυσης, γ) δημοσιοποιείται από την επιχείρηση έγκαιρα και, εάν η επιχείρηση δεν διαθέτει τα χαρακτηριστικά που απαριθμούνται στην παρ. 1 του άρθρου 80, τουλάχιστον έξι μήνες πριν από την έναρξη της ανάπτυξης του νέου δικτύου. Η εν λόγω περίοδος μπορεί να παραταθεί ανάλογα με τις εθνικές περιστάσεις, δ) οι αιτούντες πρόσβαση που δεν συμμετέχουν στη συνεπένδυση μπορούν να ωφελούνται εξαρχής από την ίδια ποιότητα, την ίδια ταχύτητα, τους ίδιους όρους και την ίδια εμβέλεια τελικών χρηστών με εκείνη που ήταν διαθέσιμα πριν από την ανάπτυξη, συνοδευόμενα από μηχανισμό προσαρμογής με την πάροδο του χρόνου ο οποίος επιβεβαιώνεται από την εθνική ρυθμιστική αρχή υπό το πρίσμα των εξελίξεων στις σχετικές αγορές λιανικής, που διατηρεί τα κίνητρα για τη συμμετοχή στη συνεπένδυση. Ο εν λόγω μηχανισμός διασφαλίζει ότι οι αιτούντες πρόσβαση έχουν πρόσβαση στα πολύ υψηλής χωρητικότητας στοιχεία του δικτύου σε χρόνο και με βάση διαφανείς και αμερόληπτους όρους που αντανakλούν καταλλήλως τους βαθμούς κινδύνου που αναλαμβάνουν οι αντίστοιχοι συνεπενδυτές στα διάφορα στάδια της ανάπτυξης και λαμβάνουν υπόψη την κατάσταση του ανταγωνισμού στις αγορές λιανικής...».

Με λίγα λόγια, οι ανωτέρω περιγραφόμενες διατάξεις τόσο του πρότερου όσο και ιδίως του νέου Ευρωπαϊκού ρυθμιστικού πλαισίου για τις Ηλεκτρονικές Επικοινωνίες, σε συνδυασμό με την Ευρωπαϊκή πρακτική και την επίσημη θέση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής αποδεικνύουν ότι η Ευρωπαϊκή αγορά οδεύει πλέον, μεταξύ άλλων σημαντικών καινοτομιών, στην πολιτική των συνεπενδύσεων, της προώθησης και διευκόλυνσης της κοινής χρήσης των υποδομών, καθώς και της αποτελεσματικής χρήσης φάσματος.

IV. Η Ευρωπαϊκή πρακτική στην Κοινή χρήση των υποδομών

Στην Ευρωπαϊκή Επικράτεια, είναι πολλές οι χώρες που έχουν εξετάσει και ενθαρρύνει συμφωνίες κοινής χρήσης δικτύου σε εθνικό επίπεδο, υιοθετώντας τη δική τους προσέγγιση, προσαρμοσμένη πάντα στις «εθνικές ιδιαιτερότητες» και συνθήκες αγοράς του κάθε κράτους-μέλους.

Ωστόσο, δεν υπάρχει συγκεκριμένο ευρωπαϊκό δεσμευτικό «ρυθμιστικό πλαίσιο», βάσει του οποίου να δίνονται κατευθύνσεις στις εθνικές ρυθμιστικές αρχές, όταν αντιμετωπίζουν συμφωνίες κοινής χρήσης δικτύου στην επικράτειά τους. Υπάρχουν βεβαίως μεμονωμένες περιπτώσεις κρατών-μελών που δημοσίευσαν εθνικές κατευθυντήριες γραμμές για την εξέταση των συμφωνιών κοινής χρήσης δικτύου, όπως ενδεικτικά η Γαλλία⁹ κατόπιν σχετικής εκ του νόμου εξουσιοδότησης, το Βέλγιο¹⁰ με όμοια ανακοίνωσή του το 2012, ενώ ακολούθησε και η Δανία με τη Φινλανδία, οι οποίες όμως

9 https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/2016-05-25-partage-reseaux-mobiles-lignes-directrices.pdf

10 https://www.bipt.be/file/cc73d96153bbd5448a56f19d925d05b1379c7f21/e46162a74b310463820f3cfcde4fc5e79a251887/3666_en_02_tech_infra_sharing_en_g_final.pdf

και πάλι αποτελούν έναν «οδηγό» σε εθνικό και μόνο επίπεδο. Βεβαίως, σε συνέχεια της έκδοσης (και ενσωμάτωσης) της Οδηγίας για τη μείωση του κόστους εγκατάστασης υψίριθμων δικτύων¹¹ υπάρχει υφιστάμενη υποχρέωση στα κράτη-μέλη να επιβάλλουν την υποχρέωση κοινής χρήσης παθητικών υποδομών, παρ' ότι αυτό δε συνεπάγεται και συνακόλουθη απαίτηση δημοσίευσης πληροφοριών για την τοποθεσία των δικτύων ή πληροφορίες για την ανάπτυξη των δικτύων σε έναν αριθμό χωρών (Τσεχία, Φινλανδία, Γερμανία, Ουγγαρία, Μάλτα, Πολωνία, Σλοβενία, Ισπανία, Σουηδία, Ελβετία και Τουρκία).

Σε διάφορες περιπτώσεις, αρκετές εθνικές αρχές «επέβαλλαν» και οι ίδιες την κοινή χρήση σε παρόχους στις περιπτώσεις της «παθητικής» κοινής χρήσης, με χαρακτηριστική την περίπτωση της Νορβηγίας, όπου οι εκεί υποχρεώσεις κοινής χρήσης υποδομών επεβλήθησαν στον πάροχο με ΣΙΑ κατόπιν σχετικής ανάλυσης αγοράς, συμπεριλαμβανομένου και του roaming. Στις περιπτώσεις της «ενεργητικής» κοινής χρήσης δικτύου, η αξιολόγηση όμοιων συμφωνιών παρουσιάζει διαφοροποιήσεις από πλευράς εφαρμογής των διατάξεων του δικαίου του ανταγωνισμού και των επιβληθέντων όρων, στις περιπτώσεις όπου έλαβε χώρα, ήτοι στις περιπτώσεις κρατών, όπως η Αυστρία, η Τσεχία, η Δανία, η Φινλανδία, η Γαλλία, η Ουγγαρία, η Ισπανία, η Σουηδία, το Ηνωμένο Βασίλειο και η Νορβηγία. Οι «ανησυχίες» σε επίπεδο ενδεχόμενης στρέβλωσης του ανταγωνισμού, αφορούσαν κυρίως στο ενδεχόμενο συμπαιγνίας μεταξύ των ανταγωνιστών, εναρμονισμένων πρακτικών, ανταλλαγής ευαίσθητων εμπορικών πληροφοριών μεταξύ ανταγωνιστών, κ.ά.

Το Σώμα των Ευρωπαίων Ρυθμιστών (BEREC), στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων του και μέσω διαφόρων ομάδων εργασίας, δημοσίευσε αρχικά τον Δεκέμβριο του 2018¹², σχετική έκθεση για την κοινή χρήση υποδομών, με την οποία επιχειρήθηκε μια πρώτη καταγραφή και ανάλυση των συμφωνιών κοινής χρήσης δικτύων κινητής, που έλαβαν χώρα σε διάφορες Ευρωπαϊκές αγορές, σκοπεύοντας να εντοπίσει τις βέλτιστες πρακτικές, να αναπτύξει μια «κοινή θέση» για την Ευρωπαϊκή αγορά και να διευκολύνει την κοινή χρήση δικτύων στην Ευρωπαϊκή αγορά, με το βλέμμα στραμμένο στην ανάπτυξη των δικτύων 5G.

Εν συνεχεία, μετά την ενδελεχή μελέτη και καταγραφή όλων των εθνικών πρακτικών, και αφού ακολούθησε η δημοσίευση και άλλων εκθέσεων (και διαβουλεύσεων) του BEREC για την κοινή χρήση δικτύων, εξεδόθη τον Ιούνιο του 2019¹³, η τελευταία, ήτοι το «BEREC COMMON POSITION ON MOBILE INFRASTRUCTURE SHARING», όπου περιγράφονται τα κριτήρια που μπορεί να λαμβάνουν υπόψη οι Εθνικές αρχές (ΕΡΑ) όταν αξιολογούν

11 The Broadband Cost Reduction Directive - Directive 2014/61/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on measures to reduce the cost of deploying high-speed electronic communications networks <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0061&from=pl>

12 BEREC REPORT ON INFRASTRUCTURE SHARING, BOR (18), 116.

13 BEREC COMMON POSITION ON MOBILE INFRASTRUCTURE SHARING, BOR (19) 110 - 13 JUNE 2019.

διάφορους τύπους συμφωνιών κοινής χρήσης δικτύου. Το εν λόγω έγγραφο περιλαμβάνει την παρουσίαση των κοινών ορισμών των διαφορετικών μορφών κοινής χρήσης υποδομών, τους σημαντικούς στόχους (και τις γενικές αρχές) που πρέπει να λαμβάνουν υπόψη τους οι ΕΡΑ, όταν αξιολογούν συμφωνίες κοινής χρήσης δικτύου, καθώς και τους κοινούς παράγοντες που πρέπει να εξετάζονται σε τέτοιας μορφής συμφωνίες, αναφέροντας και τους ενδεχόμενους κινδύνους παρεμπόδισης του ανταγωνισμού που γεννώνται.

Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή υποστηρίζει ότι τα κράτη-μέλη πρέπει να υιοθετήσουν την πολιτική της ενθάρρυνσης των συμφωνιών κοινής χρήσης υποδομών για λόγους οικονομικών κλίμακος/σκοπού, αλλά και κυρίως επειδή προσφέρουν ποικίλα οφέλη, που θα ήταν δύσκολο να πραγματοποιηθούν στις περιπτώσεις ξεχωριστής και μονομερούς δραστηριοποίησης και επενδύσεων των παικτών - παρόχων της αγοράς των Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών, με την επιφύλαξη της προστασίας του ανταγωνισμού, και τις εθνικές συνθήκες αγοράς.

V. Η εξέταση σχετικών υποθέσεων συμφωνιών κοινής χρήσης δικτύου από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή βάσει των διατάξεων του Δικαίου του Ανταγωνισμού - άρθρο 101 ΣΛΕΕ

Ενδιαφέρον παρουσιάζει η Ευρωπαϊκή πρακτική στην εξέταση σχετικών συμφωνιών κοινής χρήσης δικτύων, με τις περιπτώσεις αυτών να διαφοροποιούνται ανάλογα με το αν πρόκειται για συμφωνία περιορισμένης εθνικής εμβέλειας, με την κατηγορία της συμφωνίας (ήτοι με τα στοιχεία που αποτελούν το αντικείμενο της κοινής χρήσης, π.χ. παθητικός ή ενεργητικός εξοπλισμός, κοινή χρήση φάσματος, δικτύου κορμού, κ.ά.), με τη γεωγραφική ταυτότητα της συμφωνίας, με τον βαθμό ανταγωνιστικότητας των εμπλεκόμενων τεχνολογιών (2G, 3G, 4G, 5G) με τη διάρθρωση και τις συνθήκες ανταγωνισμού της εθνικής αγοράς και των αριθμό των παικτών, με τις ενδεχόμενες συνέργειες που προκύπτουν, κ.ά.

Η πρώτη υποθεση κοινής χρήσης υποδομών που εκλήθη να εξετάσει η Ευρωπαϊκή Επιτροπή εντοπίζεται στο έτος 2003¹⁴, μεταξύ της Mobile Deutschland GmbH («T-Mobile») με την O2 Germany¹⁵ & Co OHG

14 Case number N.38369 «Network sharing Germany (T-Mobile Deutschland GmbH+Viag Interkom GmbH & Co)».

15 Η συμφωνία μεταξύ της T-Mobile και της O2 Germany συνεπαγόταν συνεργασία στην ανάπτυξη των δικτύων 3G των συμβαλλομένων, κυρίως μέσω i) της κοινής χρήσης θέσεων και ii) της εθνικής περιαγωγής. Ειδικότερα, οι συμβαλλόμενοι σχεδίαζαν να συνεργαστούν όσον αφορά το σχεδιασμό, την απόκτηση, την οικοδόμηση, την ανάπτυξη και την κοινή χρήση θέσεων 3G, καθώς και μέσω της παροχής υπηρεσιών περιαγωγής. Κατά συνέπεια, οι συμβαλλόμενοι συνεργάστηκαν εκτενώς στην ανάπτυξη των κινητών δικτύων τους 3G. Μια τόσο εκτεταμένη συνεργασία μεταξύ δύο επιχειρήσεων που επηρεάζει αγορές με περιορισμένο αριθμό ανταγωνιστών και αγορές με υψηλούς, αν όχι απόλυτους, φραγμούς εισόδου, προκάλεσε κατ' αρχήν ανησυχίες όσον αφορά τον ανταγωνισμό. Ειδικότερα, η συμφωνία ενήχε τον κίνδυνο i) μείωσης του ανταγωνισμού δικτύων στη Γερμανία και ii) επέκτασης των συνεπειών σε αγορές υπηρεσιών. Επιπλέον, εξετάστηκαν οι τυχόν περιοριστικές διατάξεις, όπως οι περιορισμοί της μεταπώλησης, κ.ά.

(«O2 Germany») (πρώην VIAG Interkom GmbH), οι οποίες κοινοποίησαν στην Επιτροπή τη συμφωνία πλαίσιο της 20ής Σεπτεμβρίου 2001, σχετικά με την κοινή χρήση υποδομής και την εθνική περιαγωγή για την τρίτη γενιά κινητών τηλεπικοινωνιών GSM («3G») στη γερμανική αγορά. Στην τότε κοινοποίησή τους, η T-Mobile και η O2 Germany («οι συμβαλλόμενοι») ζήτησαν τη χορήγηση αρνητικής πιστοποίησης¹⁶ σύμφωνα με την εν ισχύ τότε παρ. 1 του άρθρου 81 της συνθήκης ΕΚ/την παρ. 1 του άρθρου 53 της συμφωνίας για τον ΕΟΧ, ή απαλλαγής σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 81 της συνθήκης ΕΚ/την παρ. 1 του άρθρου 53 της συμφωνίας για τον ΕΟΧ(5). Η Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατέληξε πως δεν συνέτρεχαν λόγοι παρέμβασής της (δυνάμει της παρ. 1 του άρθρου 81 της συνθήκης ΕΚ ή της παρ. 1 του άρθρου 53 της συμφωνίας για τον ΕΟΧ), όσον αφορά τις διατάξεις της συμφωνίας της 20ής Σεπτεμβρίου 2001 και των συμπληρωματικών συμφωνιών της 20ής Σεπτεμβρίου 2002, 22ας Ιανουαρίου 2003 και 21ης Μαΐου 2003 που αφορούσαν στην (εκτεταμένη) κοινή χρήση θέσεων μεταξύ της T-Mobile και της O2 Germany, όσον αφορά την ανταλλαγή των πληροφοριών που ήταν απαραίτητες για να καταστεί δυνατή η κοινή χρήση θέσεων και όσον αφορά στον περιορισμό που προβλεπόταν στη συμφωνία, σχετικά με τη μεταπώληση εθνικής περιαγωγής σε άλλους αδειοδοτημένους φορείς εκμετάλλευσης δικτύου. Συνεπώς, εδόθη το πράσινο φως στη συμφωνία και επετράπη η εθνική 3G συμφωνία περιαγωγής.

Όμοια ήταν η θέση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής και για την αγγλική αγορά και την κοινοποίηση της συμφωνίας από τους ίδιους παρόχους στην εκεί εξέταση της συμφωνίας και των τιμών περιαγωγής τους, από τις Vodafone UK, O2 UK, Vodafone Germany και T-Mobile Germany, επιτρέποντας έτσι την εν λόγω συμφωνία, χωρίς να προβάλει τις αντιρρήσεις της.

Στο αυτό πλαίσιο εξετάστηκε και η συμφωνία που έλαβε χώρα στη Γαλλική αγορά μεταξύ των εταιρειών Free Mobile/Orange¹⁷, σύμφωνα με την οποία, οι δύο (2) εταιρείες υπέγραψαν μια εθνική συμφωνία περιαγωγής για την τεχνολογία 2G και 3G, η οποία, ενώ είχε γίνει αρχικά αντικείμενο αντιρρήσεων, ενσωματώθηκαν εκ των υστέρων οι απαραίτητες τροποποιήσεις, βάσει των κατευθυντήριων γραμμών που εξέδωσε η ARCEP και έτσι έγινε δεκτή η συμφωνία.

Όμοιως, αντιμετώπιστηκε και η έτερη συμφωνία στη Γαλλία μεταξύ των SFR/Boygues Telecom¹⁸, η οποία αφορούσε στην κοινή χρήση των ενεργητικών στοιχείων των δικτύων των δύο (2) εταιρειών σε 2G, 3G και 4G τεχνολο-

16 Σύμφωνα με το πρότερο πλαίσιο, όλες οι συμφωνίες έπρεπε να κοινοποιούνται στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή, προκειμένου να λάβουν αρνητική πιστοποίηση (ότι δεν παραβιάζουν τις περί ανταγωνισμού διατάξεις) ή να αιτηθούν τη χορήγηση εξαιρέσεως, λόγω των οφελών που προκύπτουν. Πλέον, η πρότερη υποχρέωση γνωστοποίησης συμφωνίας έχει καταργηθεί και τα μέρη προβαίνουν στην αυτό-αξιολόγηση της συμφωνίας τους.

17 <https://www.arcep.fr/actualites/les-communiqués-de-presse/detail/n/partage-de-reseaux-mobiles-2.html>

18 <https://www.arcep.fr/actualites/les-communiqués-de-presse/detail/n/larcep-accueille-favorablement-laccord-signé-par-sfr-et-bouygues-telecom-en-matier-re-de-mutualisati.html>

γία για το ποσοστό 85% του εκεί πληθυσμού, στην οποία έγιναν επίσης τελικώς οι απαραίτητες τροποποιήσεις καθώς και η ανάληψη των κατάλληλων δεσμεύσεων από τα μέρη, ακυρώνοντας έτσι τις όποιες ανταγωνιστικούς ανησυχίες.

Ενδιαφέρουσες αντίστοιχα περιπτώσεις εξέτασης συμφωνιών κοινής χρήσης δικτύου ήταν και οι περιπτώσεις της Δανίας και της Φινλανδίας. Συγκεκριμένα, στην περίπτωση της Δανίας, η εκεί αρχή ανταγωνισμού κατά το έτος 2012, έκανε δεκτή τη συμφωνία μεταξύ των εταιρειών TELENOR A/S και TELIA DANEMARK¹⁹ με την ενσωμάτωση έξι (6) διαφορετικών δεσμεύσεων, που περιελάμβαναν προβλέψεις για την κάλυψη του δικτύου στη δανέζικη αγορά, την υποχρέωση ανάπτυξης νέας τεχνολογίας, την απαγόρευση της κοινής χρήσης φάσματος, την μη ανταλλαγή ευαίσθητων εμπορικών πληροφοριών, κ.ά.

Αντίστοιχα, και στην περίπτωση της Φινλανδίας, και στη συμφωνία των εταιρειών DNA OY και TELIA SONERA OYI²⁰, η εκεί συμφωνία κοινής χρήσης δικτύου που προέβλεπε στη δημιουργία κοινής εταιρείας (joint venture) έλαβε το πράσινο φως, αφού στην εκδοθείσα απόφαση επεβλήθησαν «ρυθμίσεις» που επέβαλλαν στις δύο (2) εταιρείες την υποχρέωση παροχής πρόσβασης σε MVNOs, την υποχρέωση ενοικίασης των σταθμών βάσης και των κεραιών τους σε ανταγωνιστές, την απαγόρευση ανταλλαγής ευαίσθητων πληροφοριών κ.ά.

Ακολούθησε η εξέταση και άλλων συμφωνιών κοινής χρήσης δικτύου, ενώ μεγάλη πολυπλοκότητα και αντίστοιχο ενδιαφέρον φέρει η τρέχουσα εξέταση της υπόθεσης της συμφωνίας που υπέγραψαν οι O2 CZ/CETIN με την T-Mobile CZ²¹ στην Τσέχικη αγορά, για την οποία η Ευρωπαϊκή Επιτροπή είχε ήδη αποστείλει τις αντιρρήσεις της²² και έτσι ξεκίνησε η προβλεπόμενη διαδικασία πλήρους διερεύνησης, σύμφωνα με το κείμενο πλαίσιο.

Προσφάτως, η Βέλγικη αρχή ανταγωνισμού, είχε επιβάλει αρχικά περιοριστικά μέτρα και εν συνεχεία επέτρεψε τη συμφωνία κοινής χρήσης δικτύου μεταξύ των εταιρειών ORANGE BELGIUM²³ και PROXIMUS MOBILE, κατόπιν επιβολής δεσμεύσεων.

Επιπροσθέτως, αποφασίστηκε η μη διαπίστωση παράβασης από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή και στην περίπτωση της Ιταλικής αγοράς και της εκεί εξετασθείσης συμφωνίας κοινής χρήσης δικτύου μεταξύ των εταιρειών TIM και Vodafone²⁴. Η εν λόγω συμφωνία που περιελάμβανε τις τεχνολογίες 2G, 3G και 4G, έλαβε το «πράσινο φως» από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή και ολοκληρώθηκε στη

19 <https://www.en.kfst.dk/nyheder/kfst/english/decisions/20120229-radio-access-network-sharing-agreement-between-telia-denmark-and-telenor/>

20 <https://www.kkv.fi/globalassets/kkv-suomi/ratkaisut-aloitteet-lausunnot/ratkaisut/kilpailuasiat/2015/kielto--sitoumus--ja-toimitusvelvoiteratkaisut/r-2014-00-0438.pdf>

21 Case number 40305 Network sharing-Czech Republic.

22 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_5110

23 <https://www.belgiancompetition.be/sites/default/files/content/download/files/bma-2020-vm-03-pub.pdf>

24 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_414

Φάση Ι της διερεύνησης, αφού τα μέρη δεσμεύτηκαν να εξαιρέσουν από το γεωγραφικό εύρος αυτής τους δήμους με περισσότερους από 100.000 κατοίκους και τις πυκνοκατοικημένες περιοχές της χώρας. Η Επιτροπή επιβεβαίωσε ότι οι δύο (2) ανταγωνιστές θα συνεχίσουν ν' ανταγωνίζονται στην αναβάθμιση της ποιότητας του δικτύου τους, τονίζοντας τα προφανή οφέλη από την παροχή των υπηρεσιών στις μικρές πόλεις και στις αγροτικές περιοχές της Ιταλικής Επικράτειας.

Εξέταση όμοιων συμφωνιών έγινε σε εθνικό επίπεδο και στην περίπτωση της Ισπανίας, της Ουγγαρίας της Νορβηγίας και του Ηνωμένου Βασιλείου, με τις εκδοθείσες αποφάσεις να επιτρέπουν τις συμφωνίες για τα προφανή οφέλη που προέκυπταν στις εθνικές αγορές και ταυτόχρονα τις απαραίτητες δεσμεύσεις που αποδυνάμωναν τους οποίους κινδύνους συμπαιγνιών και εναρμονισμένων πρακτικών μπορεί να στρέβλωναν τις συνθήκες ανταγωνισμού στις εκεί αγορές.

Είναι συνεπώς σαφές πως σύμφωνα με την Ευρωπαϊκή πρακτική, και η αρμόδια Διεύθυνση Ανταγωνισμού της Ευρωπαϊκής Επιτροπής προσβλέπει και ενθαρρύνει τις συμφωνίες κοινής χρήσης δικτύου, οι οποίες σε κάθε περίπτωση αποδεικνύεται πως αποτελούν εδώς και χρόνια, μια εγκαθιδρυμένη πλέον τάση και πραγματικότητα σε ολόκληρη την Ευρωπαϊκή αγορά για τ' αναμφισβήτητα οφέλη που προκύπτουν στο δρόμο για την εξέλιξη-ανάπτυξη των νέων τεχνολογιών, λαμβάνοντας αντίστοιχα υπόψη και περιορίζοντας τους αντι-ανταγωνιστικούς κινδύνους, όπου αυτοί υποβόσκουν.

Είναι σαφής εξάλλου η θέση²⁵ της Ευρωπαϊκής Επιτροπής και διαμέσου του επίσημου δελτίου τύπου της Επιτροπής της για τον Ανταγωνισμό, Margrete Vestager, η οποία αναγνωρίζει στις συμφωνίες κοινής χρήσης δικτύων τα οφέλη στην καινοτομία και στην γρήγορη ανάπτυξη δικτύων, με την επιφύλαξη της παρεμπόδισης του ανταγωνισμού.

VI. ΔΙΚΑΙΟ ΤΟΥ ΕΛΕΥΘΕΡΟΥ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟΥ

1. Ν. 3959/2011

Η κατάργηση της υποχρέωσης προηγούμενης γνωστοποίησης συμφωνιών/συμπράξεων με τη θέση σε ισχύ του ν. 3959/2011 (και λήψης έγκρισης από την αρχή ανταγωνισμού)

Ο προηγούμενος και καταργηθείς πλέον ν. 703/1977, προέβλεπε στις διατάξεις του την υποχρέωση της προηγούμενης γνωστοποίησης της εκάστοτε συμφωνίας/σύμπραξης που υπογραφόταν μεταξύ μερών, καθώς και τη λήψη της σχετικής έγκρισης, εάν και εφόσον πληρούντο τα σωρευτικά κριτήρια της παρ. 3 του άρθρου 1 του ν. 703/1977.

Μετά τη θέση σε ισχύ του ν. 3959/2011, το σύστημα της προηγούμενης γνωστοποίησης και έγκρισης των συμπράξεων αντικαταστάθηκε από το σύστημα εξαιρέσεων άμεσης εφαρμογής, στο πλαίσιο της εναρμόνισής του με την κείμενη Ευρωπαϊκή νομοθεσία (Κανονισμός

25 «Network sharing agreements can bring about efficiencies, such as reduced deployment costs and may allow for network expansion to previously unserved areas. ...

1/2003²⁶). Έτσι, η κατάργηση του συστήματος γνωστοποίησης, συνεπάγεται ότι οι ενδιαφερόμενοι δεν «υποχρεούνται» πλέον να γνωστοποιήσουν στην αρχή ανταγωνισμού μια συμφωνία ή σύμπραξη και συνεπώς να λάβουν απόφαση «έγκρισης» αυτής. Αντιθέτως, οι ενδιαφερόμενοι θα πρέπει να αυτοαξιολογήσουν το συμβατό ή μη της συμπεριφοράς τους προς τη διάταξη του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 ή/και του άρθρου 101 ΣΛΕΕ (σύστημα self-assessment) και επιπλέον ως προς την πλήρωση των προϋποθέσεων της παρ. 3 (του άρθρου 1), ήτοι ως προς τα ενδεχόμενα αντισταθμιστικά οφέλη που παρέρχονται από την εφαρμογή της σχετικής συμφωνίας/σύμπραξης σε διάφορα επίπεδα.

α) Άρθρο 1 του ν. 3959/2011

Στην παρ. 1 του άρθρου 1 του ν. 3959/2011, ορίζεται ότι: «Με την επιφύλαξη της παρ. 3, απαγορεύονται όλες οι συμφωνίες και εναρμονισμένες πρακτικές μεταξύ επιχειρήσεων και όλες οι αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων, οι οποίες έχουν ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού στην Ελληνική Επικράτεια, και ιδίως εκείνες οι οποίες συνίστανται:

α) στον άμεσο ή έμμεσο καθορισμό των τιμών αγοράς ή πώλησης ή άλλων όρων συναλλαγής,

β) στον περιορισμό ή στον έλεγχο της παραγωγής, της διάθεσης, της τεχνολογικής ανάπτυξης ή των επενδύσεων,

γ) στην κατανομή των αγορών ή των πηγών εφοδιασμού,

δ) στην εφαρμογή στο εμπόριο άνισων όρων για ισοδύναμες παροχές, ιδίως στην αδικαιολόγητη άρνηση πώλησης, αγοράς ή άλλης συναλλαγής, κατά τρόπο που δυσχεραίνει τη λειτουργία του ανταγωνισμού,

ε) 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».

Περαιτέρω, στην παρ. 3 του ως άνω άρθρου 1, αναφέρεται ότι:

«Συμφωνίες, αποφάσεις και εναρμονισμένες πρακτικές, που εμπíπτουν στην παρ. 1, δεν απαγορεύονται, εφόσον πληρούν αθροιστικά τις κατωτέρω προϋποθέσεις:

α) συμβάλλουν στη βελτίωση της παραγωγής ή της διανομής των προϊόντων ή στην προώθηση της τεχνικής ή οικονομικής προόδου,

β) εξασφαλίζουν συγχρόνως στους καταναλωτές εύλογο τμήμα από το όφελος που προκύπτει,

γ) δεν επιβάλλουν στις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις περιορισμούς μη απαραίτητους για την επίτευξη των στόχων αυτών και

δ) δεν παρέχουν τη δυνατότητα κατάργησης του ανταγωνισμού ή κατάργησης αυτού σε σημαντικό τμήμα της σχετικής αγοράς».

26 Κανονισμός (ΕΚ) 1/2003 του Συμβουλίου, της 16ης Δεκεμβρίου 2002, για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού που προβλέπονται στα άρθρα 81 και 82 της συνθήκης (Κείμενο που παρουσιάζει ενδιαφέρον για τον ΕΟΧ) - Επίσημη Εφημερίδα L 001/04-01-2003, σ. 0001-0025

β) Άρθρο 3 του ν. 3959/2011

Το άρθρο 3 του αυτού νόμου προβλέπει ότι: «1. Συμφωνίες, αποφάσεις και εναρμονισμένες πρακτικές, οι οποίες εμπíπτουν στην παρ. 1 του άρθρου 1 και δεν πληρούν τις προϋποθέσεις της παρ. 3 του άρθρου 1 απαγορεύονται, χωρίς να είναι αναγκαία η προηγούμενη έκδοση σχετικής απόφασης. 2. Συμφωνίες, αποφάσεις και εναρμονισμένες πρακτικές, οι οποίες εμπíπτουν στην παρ. 1 του άρθρου 1 και πληρούν τις προϋποθέσεις της παρ. 3 του άρθρου 1 δεν απαγορεύονται, χωρίς να είναι αναγκαία η προηγούμενη έκδοση σχετικής απόφασης...».

Προϋποθέσεις, επομένως, εφαρμογής των ανωτέρω διατάξεων είναι: α) η ύπαρξη συμφωνίας μεταξύ επιχειρήσεων και β) αντικείμενο ή αποτέλεσμα της ανωτέρω συμφωνίας να είναι ο περιορισμός, η παρακώλυση ή η νόθευση του ανταγωνισμού. Η παρ. 3 του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 και του άρθρου 101 της ΣΛΕΕ προβλέπει την εξαίρεση τέτοιου είδους συμφωνιών από τη γενική απαγόρευση της παρ. 1 των αντίστοιχων άρθρων, εφόσον πληρούνται σωρευτικά και μόνο οι εξής προϋποθέσεις: α) συμβάλουν στη βελτίωση της παραγωγής ή της διανομής των προϊόντων ή στην προώθηση της τεχνικής ή οικονομικής προόδου, β) εξασφαλίζουν συγχρόνως στους καταναλωτές εύλογο τμήμα από το όφελος που προκύπτει, γ) δεν επιβάλλουν στις ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις περιορισμούς μη απαραίτητους για την επίτευξη των στόχων αυτών, και δ) δεν παρέχουν τη δυνατότητα κατάργησης του ανταγωνισμού ή κατάργησης αυτού σε σημαντικό τμήμα της σχετικής αγοράς.

Όμοιες είναι και οι επιταγές του Ευρωπαϊκού νομοθέτη, όπως αποτυπώνονται στις παρ. 1 και 3 του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Ουσιαστικά, μοναδική επιπλέον προϋπόθεση εφαρμογής της ενωσιακής διάταξης, σε σχέση με τη διάταξη του εθνικού δικαίου (άρθρο 1 του ν. 3959/2011), αποτελεί αυτή της δυνατότητας επίδρασης στο ενδοκοινοτικό εμπόριο.

γ) Η έννοια της «συμφωνίας» ή/και «εναρμονισμένης πρακτικής», σύμφωνα με το άρθρο 1 του ν. 3959/2011 και το άρθρο 101 ΣΛΕΕ

Για τους σκοπούς εφαρμογής των ως άνω διατάξεων, θεωρείται ότι υφίσταται «συμφωνία» όταν οι συμβαλλόμενοι, ρητά ή σιωπηρά, εγκρίνουν από κοινού σχέδιο που καθορίζει τις κατευθυντήριες γραμμές της αμοιβαίας δράσης τους (ή ακόμη και αποχής από τη δράση) στην αγορά.

Για τους σκοπούς εφαρμογής των κανόνων του ανταγωνισμού, αρκεί οι επιχειρήσεις να έχουν εκφράσει την κοινή τους βούληση να συμπεριφερθούν στην αγορά κατά καθορισμένο τρόπο²⁷. Αυτό συμβαίνει, για παράδειγμα, κάθε φορά που επιχειρήσεις εκφράζουν κοινή βούληση προς επίτευξη επιδιωκόμενων τιμών ή επιδιωκόμενου όγκου πωλήσεων ή κατανομής αγορών/πελατείας. Κατά πάγια νομολογία, η έννοια της «συμφωνίας»

27 Βλ. ΔΕΕ απόφ. 22-10-2015, C-194/14 P, AC-Treuhand κατά Επιτροπής, ECLI eu c 2015 717, σκ. 28, ΔΕΚ απόφ. 13-7-2006, C-74/04 P, Επιτροπή κατά VOLKSWAGEN, ECR 2006 I-6585, ECLI EU C 2006 460, σκ. 37. Επίσης βλ. R VAN DEN BERGH, COMPATATIVE COMPETITION LAW AND ECONOMICS, 2017, 204.

καταλαμβάνει, όχι μόνον συμβάσεις με τη στενή έννοια του όρου, αλλά και συμφωνίες κυρίων, ανεξαρτήτως μάλιστα αν είναι υπογεγραμμένες ή ανυπόγραφες. Υπό το φως της ενωσιακής νομολογίας, «συμφωνία» συνιστά και ο καθορισμός από μέρους των συμμετεχουσών σε μία συνάντηση επιχειρήσεων των «κανόνων παιχνιδιού» για τη συμπεριφορά τους στην αγορά, δεδομένου ότι εκφράστηκε η επιθυμία ή η ευχή να ακολουθηθεί η συγκεκριμένη συμπεριφορά. Η ύπαρξη συμφωνίας μπορεί να προκύπτει άμεσα ή έμμεσα από τη συμπεριφορά των μερών, καταλαμβάνει δε και ατελείς συνεννοήσεις, καθώς και επιμέρους και υπό όρους συμφωνίες κατά τη διαδικασία διαπραγματεύσεως, η οποία οδηγεί σε συμφωνία. Επομένως, η έννοια της συμφωνίας στηρίζεται στην ύπαρξη συμπτώσεως των βουλήσεων δύο τουλάχιστον μερών, της οποίας η μορφή εκδήλωσης δεν είναι σημαντική, εφόσον συνιστά πιστή έκφραση των βουλήσεων αυτών. Με βάση τα προεκτεθέντα, για την έννοια της «συμφωνίας», είναι αδιάφορος ο γραπτός ή προφορικός χαρακτήρας της σύμβασης, καθώς και ο δεσμευτικός ή μη χαρακτήρας της, δηλαδή δεν απαιτούνται τυπικές διαδικασίες ούτε και κυρώσεις μη συμμόρφωσης ή μέτρα εφαρμογής²⁸.

Περαιτέρω, η εν λόγω έννοια καλύπτει τόσο τις συμφωνίες που συνάπτονται μεταξύ ανταγωνιστών που δρουν στο ίδιο επίπεδο (οριζόντιες) όσο και εκείνες που συνάπτονται μεταξύ επιχειρήσεων που δρουν σε διαφορετικό επίπεδο της αλυσίδας παραγωγής ή διανομής, οι οποίες αφορούν στις προϋποθέσεις υπό τις οποίες τα μέρη δύνανται να προμηθευθούν, πωλούν ή μεταπωλούν αγαθά και υπηρεσίες (κάθετες).

Η σύναψη σύμβασης, στην οποία εμπεριέχεται ρήτρα, η οποία ρητά και χωρίς επιφυλάξεις ή αιρέσεις προβλέπει την αντικείμενη στο άρθρο 1 του ν. 3959/2011 και στο άρθρο 101 ΣΛΕΕ πρακτική, ακόμα και αν η εν λόγω σύμβαση συνιστά σύμβαση πρότυπο, που υπογράφεται με πλείονες αντισημειωμένους, συνιστά σύναψη συμφωνίας μεταξύ των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων, κατά την έννοια του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 και του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, καθώς με την υπογραφή της σύμβασης οι συμβαλλόμενες επιχειρήσεις εκφράζουν ρητά και ανεπιφύλακτα την κοινή τους βούληση να εφαρμόσουν την προβλεπόμενη ανταγωνιστική πρακτική. Συμφωνίες, κατά τις διατάξεις του ελεύθερου ανταγωνισμού, είναι κατεξοχήν οι συμβάσεις με την έννοια του αστικού δικαίου. Η έννοια της «εναρμονισμένης πρακτικής» αφορά μορφή συντονισμού μεταξύ επιχειρήσεων, η οποία, χωρίς να φθάνει μέχρι τη σύναψη συμφωνίας, αντικαθιστά ηθελημένα τους κινδύνους που ενέχει ο ανταγωνισμός με την έμπρακτη συνεργασία των επιχειρήσεων αυτών. Η απαίτηση αυτονομίας δράσης των επιχειρήσεων στην αγορά, που είναι συνυφασμένη με τις περί ανταγωνισμού διατάξεις, αντιτίθεται αυστηρώς σε κάθε άμεση ή έμμεση επαφή μεταξύ των επιχειρηματιών αυτών δυνάμενη, είτε να επηρεάσει τη συμπεριφορά ενός υφιστάμενου ή δυνητικού ανταγωνιστή στην αγορά, είτε να αποκαλύψει σε έναν ανταγωνιστή

28 Βλ. ΣτΕ 1677/2014, ν. ΣτΕ 1324/2013, ν. ΕΑ, υπ'αρ. 653/2017 και 622/2015 αποφάσεις.

τη συμπεριφορά που ο επιχειρηματίας έχει αποφασίσει ή σκέπτεται να ακολουθήσει στην αγορά. Η προϋπόθεση δε της αμοιβαιότητας πληρούται οσάκις η από μέρους ενός ανταγωνιστή αποκάλυψη σε άλλον ανταγωνιστή των μελλοντικών του προθέσεων ή της μελλοντικής του συμπεριφοράς στην αγορά ζητήθηκε από τον δεύτερο ή ο επιχειρηματίας αυτός δεν εξέφρασε καμία επιφύλαξη ή αντίρρηση, όταν ο ανταγωνιστής του γνωστοποίησε τις προθέσεις του. Κρίσιμο, εν προκειμένω είναι ότι οι ανταγωνιστές εν γνώσει τους δέχονται ή προσχωρούν σε μηχανισμούς συμπαιγνίας που διευκολύνουν το συντονισμό της εμπορικής τους πολιτικής. Επιπλέον, ο συντονισμός δεν πρέπει κατ' ανάγκην να είναι ρητά εκφρασμένος, αρκεί να είναι και σιωπηρός.

Τέλος, κατά πάγια νομολογία, οι διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 και του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, καταλαμβάνουν ουσιαστικά μορφές συμπαιγνίας που μετέχουν της ίδιας φύσης, διακρίνονται δε μόνο κατά την έντασή τους και τις επιμέρους μορφές υπό τις οποίες εκδηλώνονται.

Στο ίδιο πλαίσιο, έχει κριθεί ότι οι αρχές ανταγωνισμού δεν είναι υποχρεωμένες να προσδιορίζουν επακριβώς μία παράβαση ως προς καθεμία επιχείρηση και σε κάθε δεδομένο χρονικό σημείο ως συμφωνία ή εναρμονισμένη πρακτική, διότι οι σχετικές έννοιες μπορεί να αλληλοκαλύπτονται²⁹. Μια σύμπραξη μπορεί να συνιστά ταυτόχρονα «συμφωνία» και «εναρμονισμένη πρακτική» κατά την έννοια των σχετικών διατάξεων του νόμου και ο εν λόγω χαρακτηρισμός δεν είναι κρίσιμος για τη στοιχειοθέτηση τυχόν παράβασης³⁰.

δ) Παρεμπόδιση, περιορισμός ή νόθευση του ανταγωνισμού - Χαρακτήρας της παράβασης

Η παρ. 1 του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 και, αντιστοίχως, η παρ. 1 του άρθρου 101 ΣΛΕΕ μνημονεύουν ρητά, ως περιοριστικές του ανταγωνισμού, συμφωνίες ή εναρμονισμένες πρακτικές, οι οποίες κατανέμουν τις αγορές ή τις πηγές εφοδιασμού ή καθορίζουν τις τιμές αγοράς ή πώλησης ή άλλων όρων συναλλαγής. Συμφωνίες/εναρμονισμένες πρακτικές που έχουν ως αντικείμενό τους τον περιορισμό του ανταγωνισμού θεωρούνται εκείνες οι οποίες είναι από τη φύση τους ικανές να περιορίσουν τον ανταγωνισμό. Πρόκειται για περιορισμούς οι οποίοι, ενόψει των στόχων που επιδιώκουν οι εθνικοί και ενωσιακοί κανόνες ανταγωνισμού, είναι τόσο πιθανό να επηρεάσουν δυσμενώς τον ανταγωνισμό, ώστε δεν είναι ανάγκη, στο πλαίσιο της εφαρμογής του άρθρου 1 του

29 Βλ. και αποφάσεις ΠΕΚ, Τ-7/89, Hercules Chemicals, ό.π, σκ. 232, Τ-310/94, Gruber και Weber, ό.π, Τ-329/01 Archer Midland κατά Επιτροπής, σκ. 247 και Τ-25/95 κ.λπ., Cimenteries CBR κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλ. ΙΙ-491, σκ. 2814, 3100, 3103, 3978. Βλ. και αποφάσεις ΔΕΕ C-68/12, απόφαση της 07-02-2013, Slovenska Sporitelna, αδημ. σκ. 27 και νομολογία στην οποία παραπέμπει, C-634/13, απόφαση της 17-09-2015, Total Marketing Services SA κατά Επιτροπής, αδημ., σκ. 18 επ., και C 74/14, Eturas UAB κ.λπ. κατά Επιτροπής, της 21ης Ιανουαρίου 2016, αδημ. σκ. 46 επ.

30 Βλ. ενδεικτικά ΔΕΚ C-49/92 Ρ σκ. 112-114, 131, ΔΕΚ C-8/08, ό.π, σκ. 29 επ., καθώς και ΠΕΚ Τ-5- 6/00 Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied κατά Επιτροπής, Συλλ. 2003, ΙΙ-5768, και ΠΕΚ Τ-7/89, ό.π, παρ. 264. Βλ. επίσης ΔεφΑθ1617/2009, σκ. 6.

ν. 3959/2011 και του άρθρου 101 της ΣΛΕΕ, να αποδειχθούν οι συγκεκριμένες επιπτώσεις τους στην αγορά³¹.

Ειδικότερα, στην περίπτωση που το αντικείμενο της απόφασης, συμφωνίας ή εναρμονισμένης πρακτικής στοχεύει στον περιορισμό του ανταγωνισμού κατά τα προεκτεθέντα, αυτή εμπίπτει στην απαγόρευση της διάταξης της παρ. 1 του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 και της παρ. 1 του άρθρου 101 ΣΛΕΕ άνευ ετέρου. Κατά πάγια εθνική και ενωσιακή νομολογία, η εκτίμηση των συγκεκριμένων αποτελεσμάτων μιας σύμπραξης παρέλκει, όταν προκύπτει ότι αυτή έχει ως σκοπό την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού³². Συναφώς, στην περίπτωση σύμπραξης που συνιστά εξ αντικειμένου περιορισμό του ανταγωνισμού, «παρέλκει ως αλυσιτελής, η περαιτέρω έρευνα και απόδειξη κινδύνου βλάβης των καταναλωτών ή επεύλευσης άλλων, συγκεκριμένων αποτελεσμάτων, εν δυνάμει βλαπτικών για τον ανταγωνισμό».

Ούτως, η διαπίστωση ότι η σύμπραξη έχει αντικείμενο περιοριστικό του ανταγωνισμού δεν μπορεί να ανατραπεί ούτε από ενδείξεις ότι δεν είχε κανένα αποτέλεσμα εντός της αγοράς, ή ότι δεν είχε άμεση επίδραση επί των τιμών, ούτε από τη διαπίστωση ότι οι συμπράττουσες εξασφάλισαν ταυτόχρονα, διά της πρακτικής αυτής, ορισμένα πλεονεκτήματα ως προς τον ανταγωνισμό³³. Κατά τη σχετική αξιολόγηση του αντικειμένου της σύμπραξης, δεν εξετάζεται η υποκειμενική πρόθεση των μερών. Δεν απαιτείται αντι-ανταγωνιστική πρόθεση, αλλά αρκεί το αντικειμενικά ενδεχόμενο αντι-ανταγωνιστικό αποτέλεσμα. Εφόσον το αντι-ανταγωνιστικό αποτέλεσμα είναι αντικειμενικά ενδεχόμενο, η σύμπραξη είναι απαγορευμένη, έστω και αν οι συμπράττοντες δεν αποσκοπούν στο αποτέλεσμα αυτό³⁴. Εξάλλου, εφόσον μία σύμπραξη που έχει ως αντικείμενο τον περιορισμό

31 Βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 2007/2013, σκ. 17, όπου και πάγια σχετική ενωσιακή νομολογία, καθώς και ΔΕφΑθ 502/2013, ΔΕφΑθ 1001/2006, σκ. 16, καθώς και ΔΕΚ 45/85 Verband der Sachversicherer κατά Επιτροπής, Συλλ. 1987, σ. 447, σκ. 39, ΔΕΚ C-209/07 Irish Beef, Συλλ. 2008, I-8637, σκ. 16-21, ΠΕΚ συνεκδ. υποθ. T-305/94 έως T-307/94, T-313/94 έως T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94 και T-335/94 Limburgse Vinyl Maatschappij NV κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλ. 1999, II-945, σκ. 741, ΠΕΚ T-62/98 Volkswagen κατά Επιτροπής, Συλλ. 2000, II-2713, σκ. 178 και ΠΕΚ T-49/02, Brasserie κατά Επιτροπής, Συλλ. 2005, II-3038, σκ. 97, 108 και 178. Βλ. ΣτΕ 2780/2012, σκ. 4 (όπου και παραπομπές σε ενωσιακή νομολογία).

32 Βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 2007/2013, σκ. 17, όπου και πάγια σχετική ενωσιακή νομολογία, καθώς και ΔΕφΑθ 502/2013, ΔΕφΑθ 1001/2006, σκ. 16, καθώς και Αποφάσεις ΔΕΚ υπόθ. 45/85 Verband der Sachversicherer κατά Επιτροπής, Συλλ. 1987, σ. 405, σκ. 39, ΔΕΚ C-209/07 Irish Beef, σκ. 16-21, ΠΕΚ συνεκδ. υποθ. T-305/94 έως T-307/94, T-313/94 έως T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94 και T-335/94 Limburgse Vinyl Maatschappij NV κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλ. 1999 σ. II-931, σκ. 741 και ΠΕΚ υπόθ. T-62/98 Volkswagen κατά Επιτροπής, Συλλ. 2000, σ. II-2707, σκ. 178 και ΠΕΚ T-49/02, Brasserie κατά Επιτροπής, Συλλ. II-3033, σκ. 97, 108 και 178. 319 Βλ. ΣτΕ 2780/2012, σκ. 4 (όπου και παραπομπές σε ενωσιακή νομολογία).

33 Βλ. ΣτΕ 2780/2012, σκ. 4 (όπου και παραπομπές σε ενωσιακή νομολογία).

34 Βλ. ενδεικτικά ΔΕφΑθ 559/2010, σκ. 17, ΔΕφΑθ 2891/2009, σκ. 18, και ΔΕφΑθ 1682/2009, σκ. 27, όπου και εκτενείς παραπομπές σε σχετική ενωσιακή νομολογία. Βλ. επίσης ΔΕΚ C-29/83, σκ. 30/83,

του ανταγωνισμού εμπίπτει στις απαγορευτικές διατάξεις της παρ. 1 του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 και του άρθρου 101 ΣΛΕΕ κατά τα προεκτεθέντα, η εν τοις πράγμασι μη εφαρμογή της (εν όλω ή εν μέρει), όπως αντίστοιχα και η μη συμμόρφωση (εν όλω ή εν μέρει) προς τα συμφωνηθέντα, δεν ασκούν κατά νόμο επιρροή στη διαπίστωση της παράβασης, ούτε και συνιστούν λόγο απαλλαγής –ιδίως λαμβανομένου υπόψη ότι η εκάστοτε επιχείρηση μπορεί να επιχειρεί να χρησιμοποιήσει τη σύμπραξη προς όφελός της³⁵.

Επομένως, η επίκληση αμυντικών επιχειρημάτων, όπως η αμελητέα επίπτωση στον ανταγωνισμό, το δυσχερές οικονομικό περιβάλλον, η τυχόν απόκλιση από τα συμφωνηθέντα, ή ακόμη και η άγνοια ότι πτυχές της συμφωνίας ή εναρμονισμένης πρακτικής μπορούσαν να θεωρηθούν παράνομες, δεν απαλλάσσουν τους αυτουργούς της παράβασης από τη διάπραξη της. Ούτε, επίσης, απαλλάσσει από την ευθύνη τις συμπράττουσες εταιρίες η τυχόν πεποίθησή τους ότι ενεργούσαν σύμφωνα με τον νόμο. Περαιτέρω, ακόμα και αν αποδειχτεί ότι οι συμπράττουσες επιχειρήσεις ενήργησαν χωρίς να έχουν άμεση πρόθεση τον περιορισμό του ανταγωνισμού, τέτοιοι λόγοι δεν λαμβάνονται υπόψη στο πλαίσιο εφαρμογής των διατάξεων του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 και του άρθρου 101 ΣΛΕΕ.

ε) Η έννοια της «Επιχείρησης» στο Δίκαιο του Ανταγωνισμού

Για τους σκοπούς της παρ. 1 του άρθρου 1 του ν. 3959/2011, και αντιστοίχως της παρ. 1 του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, ως «επιχείρηση» νοείται κάθε φυσικό πρόσωπο ή οικονομική ενότητα που ασκεί εμπορική ή άλλη οικονομική δραστηριότητα, ανεξάρτητα από το νομικό καθεστώς του και από τον τρόπο χρηματοδότησής του³⁶.

Ειδικότερα, η ύπαρξη επιχείρησης προϋποθέτει αυτονομία οικονομικής δράσης και συνακόλουθα πλήρη ανάληψη των οικονομικών κινδύνων που συνεπάγεται η εκάστοτε οικονομική δραστηριότητα. Ως οικονομική δραστηριότητα νοείται κάθε δραστηριότητα προσφοράς αγαθών ή υπηρεσιών σε δεδομένη αγορά. Η έννοια της «επιχείρησης» είναι περισσότερο οικονομική παρά νομική και το αποφασιστικό κριτήριο για την έννοια αυτή στο δίκαιο προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού είναι η οικονομική, και όχι η νομική της αυτοτέλεια.

Εν προκειμένω, είναι σαφές πως τόσο η εταιρεία «Vodafone - PANAFON A.E.E.T.» όσο και η εταιρεία «Wind HELLAS A.E.B.E.», διεξάγουν οικονομική δραστηριότητα και, ως εκ τούτου λογίζονται αδιαμφισβήτητα ως «επιχειρήσεις», κατά την έννοια των διατάξεων περί ελεύθερου ανταγωνισμού.

Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzing GMBH κατά Επιτροπής, Συλλ. 1984, σ. 1680.

35 Βλ. ΣτΕ 2780/2012, σκ. 4 (όπου και παραπομπές σε ενωσιακή νομολογία).

36 LUCAS DE LAYSSAC & g. Parleani, Droit du marche, Puf 2002, 379, N.Petit, Droit Europeen de la concurrence, 2eme, ed, 2018, 118, A Jones The boundaries of an undertaking in EU Competition Law, 8 Eur. Competition J 301 (2012) 302. Βλ. και ΔΕΕ απόφ. 21-7-2016, C-542/14, VM Remonts κ.λπ., κατά Konkurences padome, ECLI EU C 2016 578, σκ. 22.

στ) «Εξ αντικείμενου» περιορισμός του ανταγωνισμού σε συμφωνία

Προκειμένου να εμπίπτει μια συμφωνία στην απαγόρευση του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 και της παρ. 1 του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, πρέπει να έχει ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού εντός της οικείας αγοράς. Κατά πάγια ενωσιακή νομολογία ο διαζευκτικός χαρακτήρας αυτής της προϋπόθεσης επιβάλλει, καταρχάς, να εξεταστεί το ίδιο το αντικείμενο της συμφωνίας, λαμβανομένου υπόψη του οικονομικού πλαισίου εντός του οποίου εντάσσεται. Υπό την έννοια αυτή, αν αποδειχθεί το επιζήμιο για τον ανταγωνισμό αντικείμενο μιας συμφωνίας, τότε παρέλκει η εξέταση των αποτελεσμάτων αυτής επί του ανταγωνισμού³⁷.

Για να έχει η συμφωνία στρεφόμενο κατά του ανταγωνισμού αντικείμενο, αρκεί να είναι ικανή να επαχθεί αρνητικά για τον ανταγωνισμό αποτελέσματα, ήτοι να είναι εν τοις πράγμασι ικανή να παρεμποδίσει, να περιορίσει ή να νοθεύσει τον ανταγωνισμό εντός της σχετικής αγοράς. Το ερώτημα αν και κατά πόσο παρόμοιο αποτέλεσμα παράγεται όντως, μπορεί να έχει σημασία μόνο για τον υπολογισμό του ύψους των προστίμων³⁸. Συναφώς, στην περίπτωση σύμπραξης που συνιστά «εξ αντικείμενου» περιορισμό του ανταγωνισμού, δεν απαιτείται η περαιτέρω έρευνα και απόδειξη κινδύνου βλάβης των καταναλωτών ή επέλευσης άλλων, συγκεκριμένων αποτελεσμάτων, εν δυνάμει βλαπτικών για τον ανταγωνισμό. Ούτως, η διαπίστωση ότι η σύμπραξη έχει αντικείμενο περιοριστικό του ανταγωνισμού δεν μπορεί να ανατραπεί ούτε από ενδείξεις ότι δεν είχε αποτέλεσμα εντός της αγοράς, ή ότι δεν είχε άμεση επίδραση επί των τιμών, ούτε από τη διαπίστωση ότι οι ενδιαφερόμενοι εξασφάλισαν ταυτόχρονα, διά της πρακτικής αυτής, ορισμένα πλεονεκτήματα ως προς τον ανταγωνισμό³⁹. Ειδικότερα ως προς τις κάθετες συμφωνίες, γίνεται δεκτό ότι παρά το γεγονός ότι συχνά είναι, ως εκ της φύσεώς τους, λιγότερο επιζήμιες για τον ανταγωνισμό σε σχέση με τις οριζόντιες συμφωνίες, μπορούν, υπό ορισμένες περιστάσεις, να εμπεριέχουν εν δυνάμει μία αυξημένη πιθανότητα περιορισμού του ανταγωνισμού. Υπό την έννοια αυτή, έχει κριθεί επανειλημμένα τόσο σε επίπεδο ενωσιακής όσο και σε επίπεδο εγχώριας νομολογίας, ότι μια κάθετη συμφωνία μπορεί να έχει ως αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού⁴⁰.

Αντιστοίχως, σύμφωνα με την Ευρωπαϊκή Επιτροπή, οι περιορισμοί που χαρακτηρίζονται ως ιδιαίτερης σοβαρότητας (hard core) σε οποιοσδήποτε από τους

37 Βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ C-32/11, Allianz Hungária Biztosító κ.λπ., Συλλ. ψηφιακή (Γενική Συλλογή), σκ. 33-34 και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία, καθώς και ΔΕΕ C-67/13 P, CB κατά Επιτροπής, απόφαση της 11 Σεπτεμβρίου 2014, αδημ., σκ. 48-49 και 52.

38 Βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ C-32/11, ό.π., σκ. 38 και ΔΕΚ C-8/08, T-Mobile Netherlands κ.λπ., Συλλ. 2009, σ. I-4529, σκ. 31.

39 Βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 1677/2014, σκ. 4, ΣτΕ 1324/2013, σκ. 4 και ΣτΕ 2780/2012, σκ. 4 (όπου και παραπομπές σε ενωσιακή νομολογία).

40 Βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ C-32/11, ό.π., σκ. 43, και την εκεί παρατιθέμενη ενωσιακή νομολογία. Βλ. επίσης ΕΑ622/2015, 580/VI/2013, 495/VI/2010, 373/V/2007.

ισχύοντες ή μελλοντικούς κανονισμούς απαλλαγής κατά κατηγορίες θεωρούνται ότι συνιστούν γενικά περιορισμούς λόγω αντικείμενου, οι οποίοι μάλιστα εκφεύγουν του «ασφαλούς λιμένα» που δημιουργείται από τα όρια μεριδίων αγοράς που προβλέπονται στην Ανακοίνωση deminimis, ενώ συγχρόνως είναι μάλλον απίθανο να πληρούν τις προϋποθέσεις χορήγησης ατομικής απαλλαγής, κατά την παρ. 3 του άρθρου 1 του ν. 703/1977 και την παρ. 3 του άρθρου 101 ΣΛΕΕ⁴¹.

Στις περιπτώσεις αυτές παρέλκει η εξέταση τυχόν αποτελεσμάτων της στην αγορά, ενώ επίσης δεν εξαιρείται από το πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του ελεύθερου ανταγωνισμού, ακόμα και στην περίπτωση που το μερίδιο αγοράς της ελεγχόμενης επιχείρησης δεν υπερβαίνει τα όρια του 15%, σύμφωνα με την Ανακοίνωση deminimis της Ευρωπαϊκής Επιτροπής⁴² ή του 10% κατά τα αντιστοίχως οριζόμενα στην Ανακοίνωση της Ελληνικής Επιτροπής Ανταγωνισμού για τις συμφωνίες ήσσονος σημασίας⁴³. Με δεδομένο ότι, όπως προκύπτει από την ευρωπαϊκή νομολογία⁴⁴, κύρια επιδίωξη της διάταξης της παρ. 1 του άρθρου 101 ΣΛΕΕ είναι η διασφάλιση ότι κάθε επιχείρηση θα προσδιορίζει ανεξάρτητα (αυτόνομα) την οικονομική πολιτική της στη σχετική αγορά, γίνεται καταρχήν δεκτό ότι δεν μπορεί να επιβληθεί δέσμευση ως προς τις τιμές μεταπώλησης.

Όπως προκύπτει από την ευρωπαϊκή νομολογία, κύρια επιδίωξη της διάταξης της παρ. 1 του άρθρου 101 ΣΛΕΕ είναι η διασφάλιση ότι κάθε επιχείρηση θα προσδιορίζει ανεξάρτητα (αυτόνομα) την οικονομική πολιτική της στη σχετική αγορά, χωρίς να υφίσταται δυνατότητα επιβολής δεσμεύσεων (ως προς τις τιμές μεταπώλησης ή σε άλλους όρους).

ζ) Το κριτήριο της διακοινοτικής διάστασης της συμφωνίας - Ενδεχόμενος επηρεασμός ενδοενωσιακού εμπορίου και εφαρμογή του άρθρου 101 ΣΛΕΕ

Το κριτήριο του επηρεασμού του ενδοενωσιακού εμπορίου προσδιορίζει το πεδίο εφαρμογής του άρθρου 3 του Κανονισμού 1/2003 του Συμβουλίου για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού που προβλέ-

41 Βλ. Ανακοίνωση deminimis, ό.π., παρ. 13, όπου και ρητή αναφορά στους περιορισμούς λόγω αντικείμενου, καθώς και Commission staff working document, Guidance on restrictions of competition «by object» for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, 25-6-2014, σ. 3-4, υπόστοιχείο 1. Βλ. επίσης και Κατευθυντήριες Γραμμές για την εφαρμογή της παρ. 3 του άρθρου 81 της Συνθήκης, ό.π., παρ. 23.

42 Βλ. Ανακοίνωση deminimis, ό.π., παρ. 8. Βλ. και νέες Κατευθυντήριες γραμμές για τους κάθετους περιορισμούς, ό.π., παρ. 9-11.

43 Βλ. Ανακοίνωση της ΕΑ με ημερομηνία 2-3-2006 σχετικά με τις συμφωνίες ήσσονος σημασίας, οι οποίες δεν περιορίζουν σημαντικά τον ανταγωνισμό σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 1 του ν. 703/1977 (de minimis), παρ. 7β) και 11 (2).

44 Βλ. ενδεικτικά ΔΕΚ C-40/73, Suiker Unieetv. v. Commission, Συλλ. 1975, σ. 1663, ΔΕΚ C-172/80, Züchner v. Bayerische Vereinsbank AG, Συλλ. 1981, σ. 2021, ΔΕΚ 89/85, Ahlström etcv. Commission, Συλλ. 1993, σ. I-1307, καθώς επίσης και ΔΕΚ C-7/95 P, John Deere v. Commission, Συλλ. 1998, σ. I-3111.

πονται στα άρθρα 101 (πρώην 81) και 102 (πρώην 82) της Συνθήκης⁴⁵.

Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 3 του ως άνω Κανονισμού, οσάκις οι αρχές ανταγωνισμού των κρατών-μελών ή τα εθνικά δικαστήρια εφαρμόζουν την εθνική νομοθεσία ανταγωνισμού σε συμφωνίες, αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων ή εναρμονισμένες πρακτικές, κατά την έννοια της παρ. 1 του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, οι οποίες είναι πιθανόν να επηρεάσουν το εμπόριο, μεταξύ κρατών-μελών, κατά την έννοια της διάταξης αυτής, εφαρμόζουν, επίσης, το άρθρο 101 ΣΛΕΕ, στις συγκεκριμένες συμφωνίες, αποφάσεις ή εναρμονισμένες πρακτικές. Το κριτήριο του επηρεασμού του ενδοενοσιακού εμπορίου είναι αυτόνομο κριτήριο της ευρωπαϊκής νομοθεσίας, το οποίο εκτιμάται ad hoc, και οριοθετεί το πεδίο εφαρμογής του ευρωπαϊκού δικαίου του ανταγωνισμού. Η έννοια της επίδρασης στα εμπορικά ρεύματα, δεν προϋποθέτει μόνον τον περιορισμό ή τη μείωση του εμπορίου, αλλά οποιαδήποτε διαφοροποίηση των εμπορικών ρευμάτων, αρκεί αυτή να είναι αισθητή. Το κριτήριο αυτό πληρούται, επομένως, όταν, η υπό εξέταση κάθε φορά συμπεριφορά, δύναται να έχει ένα ελάχιστο επίπεδο διασυνοριακών επιπτώσεων στο εσωτερικό της Ένωσης⁴⁶.

Συναφώς, για να είναι σε θέση μια συμφωνία (σύμπραξη) ή κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης να επηρεάσει το εμπόριο, μεταξύ κρατών-μελών, θα πρέπει, βάσει ενός συνόλου νομικών και πραγματικών στοιχείων, να δύναται να πιθανολογηθεί, επαρκώς, ότι είναι σε θέση να ασκήσει⁴⁷, άμεσα ή έμμεσα, πραγματική ή δυνητική, επίδραση στα εμπορικά ρεύματα, μεταξύ κρατών-μελών, τούτο δε κατά τρόπο που να προκαλείται φόβος ότι θα ήταν ικανή να εμποδίσει την πραγματοποίηση της ενιαίας αγοράς, μεταξύ κρατών-μελών⁴⁸.

Στην περίπτωση του άρθρου 101 ΣΛΕΕ, εάν μία συμφωνία μπορεί στο σύνολό της να επηρεάσει το εμπόριο μεταξύ των κρατών-μελών, το ενωσιακό δίκαιο εφαρμόζεται στο σύνολο της συμφωνίας, περιλαμβανομένων και των τμημάτων της, που μεμονωμένα δεν επηρεάζουν το εμπόριο μεταξύ των κρατών-μελών⁴⁹. Είναι επίσης αδιάφορο, εάν η συμμετοχή δεδομένης επιχείρησης επηρεάζει ή όχι αισθητά το εμπόριο μεταξύ των κρα-

45 Κανονισμός (ΕΚ) 1/2003 του Συμβουλίου, της 16ης Δεκεμβρίου 2002, για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού που προβλέπονται στα άρθρα 81 και 82 της συνθήκης, ΕΕ L 1/1/04-01-2003.

46 Βλ. Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου των άρθρων 81 και 82 της Συνθήκης, ΕΕ C101/81/27-04-2004, σημ. 8 επ., 34, 77.

47 Βλ. ΕΑ 277/IV/2005 με παραπομπή στις αποφάσεις ΔΕΚ C-8/72, Vereniging van Cementhandelaren, Συλλ. 1972-1973, σ. 221, σκ. 29 και C-42/84, Remia κ.λπ., Συλλ. 2545, σκ. 22 και στην απόφαση ΠΕΚΤ-29/92, SPO κ.λπ., Συλλ. II-289, σκ. 299. Βλ. και Ανακοίνωση για την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου, παρ. 33 και 74.

48 Βλ. ενδεικτικά αποφάσεις ΔΕΕ C-209/78, Van Landewyck κατά Επιτροπής, Συλλογή 1980, σ. 3125, σκ. 170, και ΔΕΕ C-219/95P, Ferriere Nord κατά Επιτροπής, Συλλογή 1997, σ. I-4411, σκ. 20.

49 Βλ. ενδεικτικά ΔΕΚ C-193/83, Windsurfing, Συλλ. 611, σκ. 96, ΠΕΚ T-77/94 Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijprodukten, Συλλ. II-759, σκ. 126, και παρ. 14 Ανακοίνωση για την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου.

τών-μελών⁵⁰. Ο αισθητός χαρακτήρας του επηρεασμού μπορεί ιδίως να εκτιμηθεί κατ' αναφορά προς τη θέση και τη σημασία των μερών⁵¹ στην αγορά των σχετικών προϊόντων, τη φύση της συμφωνίας ή της πρακτικής και τη φύση των καλυπτόμενων προϊόντων/υπηρεσιών⁵².

Ωστόσο, έχει γίνει δεκτό ότι συμφωνίες, οι οποίες αφορούν σε υπηρεσίες οι οποίες δεν αποτελούν αντικείμενο διασυνοριακής δραστηριότητας και οι οποίες δύσκολα θα χρησιμοποιηθούν από αλλοδαπή πελατεία, δεν επηρεάζουν, κατά κανόνα, το ενδοενοσιακό εμπόριο, έστω και εάν καλύπτουν ολόκληρο το έδαφος κράτους-μέλους⁵³. Επίσης, γίνεται δεκτό ότι συμφωνίες οι οποίες έχουν τοπικό χαρακτήρα δεν δύναται, αυτές καθ' εαυτές, να επηρεάσουν αισθητά το εμπόριο, μεταξύ κρατών-μελών. Αυτό συμβαίνει, ακόμη και εάν η τοπική αγορά βρίσκεται σε συνοριακή περιοχή⁵⁴.

η) Οι Κατευθυντήριες Γραμμές της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την εφαρμογή του άρθρου 101 ΣΛΕΕ στις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας [ΕΕ 2011, C 11/1]

Σύμφωνα με τις ανωτέρω Κατευθυντήριες Γραμμές της Επιτροπής, μια συνεργασία είναι «οριζόντια φύσεως» εάν αποτελεί αντικείμενο συμφωνίας μεταξύ πραγματικών ή δυνητικών ανταγωνιστών. Ειδικότερα, περιγράφεται πως:

«... 2. Οι συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας μπορούν να αποφέρουν σημαντικά οικονομικά οφέλη, ιδίως εάν συνδυάζουν συμπληρωματικές δραστηριότητες, δεξιότητες ή περιουσιακά στοιχεία. Η οριζόντια συνεργασία μπορεί να αποτελέσει ένα μέσο για την κατανομή των κινδύνων, την εξοικονόμηση δαπανών, την αύξηση των επενδύσεων, την από κοινού εκμετάλλευση τεχνογνωσίας, τη βελτίωση της ποιότητας και της ποικιλίας των προϊόντων και την ταχύτερη προώθηση της καινοτομίας.

3. Από την άλλη πλευρά, οι συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας μπορεί να δημιουργήσουν προβλήματα ανταγωνισμού, όπως, για παράδειγμα, σε περίπτωση που οι συνεργαζόμενες επιχειρήσεις συμφωνούν τον καθορισμό των τιμών ή της παραγωγής ή την κατανομή των αγορών, ή εάν η συνεργασία τους επιτρέπει να διατηρούν, να αποκτούν ή να αυξάνουν την ισχύ τους στην αγορά, με αρνητικές επιπτώσεις όσον αφορά τις τιμές, την παραγωγή, την ποικιλία και την ποιότητα των προϊόντων ή την καινοτομία.

4. Η Επιτροπή, παρόλο που αναγνωρίζει τα οικονομικά οφέλη που μπορεί να προκύψουν από τις συμφωνίες

50 Βλ. ενδεικτικά ΠΕΚ T-2/89, Petrofina, Συλλ. II-1087, σκ. 226, καθώς και παρ. 15 Ανακοίνωση για την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου.

51 Βλ. ΔΕΚ C-306/96, Javico, Συλλ. I-1983, σκ. 17 και ΠΕΚ T-65/89, BPB Industries και British Gypsum, Συλλ. II-389, σκ. 138 και Ανακοίνωση για την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου, παρ. 44.

52 Βλ. ΠΕΚ T-65/89, BPB Industries και British Gypsum, Συλλ. II-389, σκ. 138 και Ανακοίνωση για την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου, παρ. 45.

53 Βλ. απόφαση ΔΕΕ υπόθ. C-215/96, 216/96, Carlo Bagnasco κ.λπ. κατά Banca Popolare di Novara και Casa di Risparmio di Genova e Imperia, Συλλογή 1999, σ. I-135, σκ. 51-53.

54 Βλ. Ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, Κατευθυντήριες γραμμές σχετικά με την έννοια του επηρεασμού του εμπορίου των άρθρων 81 και 82 της Συνθήκης, ΕΕ 2004 C101/81, παρ. 91.

οριζόντιας συνεργασίας, οφείλει να εξασφαλίσει τη διατήρηση αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Το άρθρο 101 αποτελεί το νομικό πλαίσιο για την ισόρροπη αξιολόγηση των διαφόρων μορφών συνεργασίας σταθμίζοντας τόσο τα αποτελέσματα περιορισμού του ανταγωνισμού όσο και τα ευνοϊκά για τον ανταγωνισμό αποτελέσματα.

Στις Κατευθυντήριες γραμμές της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την εφαρμογή του άρθρου 101 ΣΛΕΕ στις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας γίνεται εκτενής αναφορά στο κύριο πρόβλημα ανταγωνισμού, το οποίο αποτελεί το ευαίσθητο ζήτημα της ανταλλαγής πληροφοριών.

22.1. Κύρια προβλήματα ανταγωνισμού

Αφ'ης στιγμής διαπιστωθεί συμφωνία, εναρμονισμένη πρακτική ή απόφαση ένωσης επιχειρήσεων, πρέπει να εξετάζονται τα κύρια προβλήματα ανταγωνισμού σχετικά με τις «ανταλλαγές πληροφοριών», στο Κεφάλαιο 2 αυτών, προβλέπεται πως:

2. ΓΕΝΙΚΕΣ ΑΡΧΕΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗ ΤΩΝ ΣΥΜΦΩΝΙΩΝ ΕΞ ΑΠΟΨΕΩΣ ΑΝΤΑΛΛΑΓΗΣ ΠΛΗΡΟΦΟΡΙΩΝ

Η ανταλλαγή πληροφοριών μπορεί να λάβει διάφορες μορφές. Πρώτον, μπορεί να γίνεται άμεσα μεταξύ ανταγωνιστών. Δεύτερον, μπορεί να γίνεται έμμεσα με την παρεμβολή ενός κοινού φορέα (π.χ. εμπορική ένωση) ή κάποιου τρίτου όπως ενός οργανισμού έρευνας αγοράς ή των προμηθευτών ή λιανοπωλητών των επιχειρήσεων.

Η ανταλλαγή πληροφοριών αποτελεί χαρακτηριστικό πολλών ανταγωνιστικών αγορών το οποίο παράγει διάφορα οφέλη από άποψη αποδοτικότητας. Λύνει προβλήματα ασύμμετρης πληροφόρησης (1) και με τον τρόπο αυτόν κάνει τις αγορές αποδοτικότερες. Επίσης, οι επιχειρήσεις συχνά βελτιώνουν την εσωτερική τους αποδοτικότητα λαμβάνοντας ως μέτρο σύγκρισης η μια τις βέλτιστες πρακτικές της άλλης. Η ανταλλαγή πληροφοριών μπορεί επίσης να βοηθήσει τις επιχειρήσεις να εξοικονομήσουν κόστος μειώνοντας τα αποθέματά τους, επιτρέποντας την ταχύτερη παράδοση αλλοιώσιμων αγαθών στους καταναλωτές ή αντιμετωπίζοντας τις διακυμάνσεις της ζήτησης κ.λπ. Εκτός αυτού, η ανταλλαγή πληροφοριών μπορεί να ωφελήσει άμεσα τους καταναλωτές μειώνοντας το κόστος αναζήτησης και βελτιώνοντας τα περιθώρια επιλογών. 58. Ωστόσο, η ανταλλαγή πληροφοριών σχετικά με την αγορά μπορεί να έχει αποτελέσματα που περιορίζουν τον ανταγωνισμό εφόσον επιτρέψει στις επιχειρήσεις να γνωρίζουν τις στρατηγικές των ανταγωνιστών τους στην αγορά (2). Το ανταγωνιστικό αποτέλεσμα της ανταλλαγής πληροφοριών εξαρτάται από τα χαρακτηριστικά της αγοράς στην οποία λαμβάνει χώρα (όπως συγκέντρωση, διαφάνεια, σταθερότητα, συμμετρία, πολυπλοκότητα κ.λπ.) καθώς και από το είδος των πληροφοριών που ανταλλάσσονται, οι οποίες ενδέχεται να μεταβάλλουν το περιβάλλον της σχετικής αγοράς ώστε να είναι εφικτός ο συντονισμός...

Η Ανταλλαγή πληροφοριών

Υποτίθεται ότι η ανταλλαγή εμπορικών ευαίσθητων πληροφοριών μεταξύ ανταγωνιστών είναι επιζήμια στον αποτελεσματικό ανταγωνισμό, αφού μπορεί να μειώσει την αβεβαιότητα της αγοράς και να διευκολύνει αθέμιτες συμπράξεις. Ένα σημαντικό μερίδιο των πληροφοριών που αντηλλάγησαν μεταξύ των συμβαλλομένων μπορεί

να θεωρείται ως επιχειρηματικό μυστικό. Στη συγκεκριμένη περίπτωση, η ανταλλαγή πληροφοριών είναι κυρίως τεχνικής φύσης και δεν μπορεί να επιτρέψει σε ένα συμβαλλόμενο να κατανοήσει τη συνολική ανταγωνιστική στρατηγική του άλλου μέρους. Ωστόσο, η θεώρηση θα πρέπει να γίνεται στα πλαίσια της συνολικής συμφωνίας και της ευρύτερης αγοράς και κατά συνέπεια τα ζητήματα, συμπεριλαμβανομένης της ύπαρξης διατάξεων ελέγχου, πρέπει να αναλυθούν λεπτομερέστερα.

Με βάση τις κατευθυντήριες γραμμές της 14-1-2011 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την εφαρμογή του άρθρου 101 ΣΛΕΕ στις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας [EE C 11/14-1-2011, σ. 1 επ., όπως συμπληρώθηκε με το διορθωτικό της 2-2-2011, EE C 33/2-2-2011, σ. 20], τα κύρια προβλήματα ανταγωνισμού σχετικά με την ανταλλαγή πληροφοριών είναι τα ακόλουθα: α) συμπαιγνικό αποτέλεσμα μεταξύ των συμμετεχόντων στην ανταλλαγή πληροφοριών (coordinated effect), [παρ. 65-67 των κατευθυντήριων γραμμών ό.π.], β) αντιανταγωνιστικός αποκλεισμός τρίτων (non coordinated effect) [παρ. 69-71 των κατευθυντήριων γραμμών ό.π.].

Ο περιορισμός του ανταγωνισμού μπορεί να αποτελεί είτε αντικείμενο (σκοπό) (restriction by object) είτε αποτέλεσμα (restriction by effect) της ανταλλαγής πληροφοριών, ως ειδικότερης μορφής σύμπραξης.

Περαιτέρω, σύμφωνα με το Κεφάλαιο 1.2.2. των Κατευθυντήριων Γραμμών - παρ. 3 του άρθρου 101 προβλέπεται ότι:

48. Η αξιολόγηση των περιορισμών που έχουν ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα τον περιορισμό του ανταγωνισμού, βάσει της παρ. 1 του άρθρου 101 αποτελεί μια μόνο πτυχή της ανάλυσης. Η άλλη πτυχή, που διατυπώνεται στην παρ. 3 του άρθρου 101, είναι η αξιολόγηση των ευνοϊκών για τον ανταγωνισμό αποτελεσμάτων που έχουν οι περιοριστικές συμφωνίες. Η γενική προσέγγιση κατά την εφαρμογή της παρ. 3 του άρθρου 101 παρουσιάζεται στις γενικές κατευθυντήριες γραμμές. Εφόσον αποδεικνύεται η ύπαρξη περιορισμού του ανταγωνισμού κατά την έννοια της παρ. 1 του άρθρου 101, μπορεί να γίνει επίκληση της παρ. 3 του άρθρου 101. Σύμφωνα με το άρθρο 2 του Κανονισμού (ΕΚ) 1/2003 του Συμβουλίου της 16ης Δεκεμβρίου 2002 σχετικά με την εφαρμογή των κανόνων περί ανταγωνισμού που προβλέπονται στα άρθρα 81 και 82 της Συνθήκης (4), το βάρος της αποδείξεως ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις της παρ. 3 του άρθρου 101 φέρει(ουν) η(οι) επιχείρηση(επιχειρήσεις) που επικαλείται(ούνται) την εν λόγω διάταξη. Επομένως, τα πραγματικά επιχειρήματα και οι αποδείξεις που επικαλούνται οι επιχειρήσεις πρέπει να επιτρέπουν στην Επιτροπή να διαπιστώσει με βεβαιότητα κατά πόσον είναι, ή δεν είναι, αρκετά πιθανό η υπό εξέταση συμφωνία να έχει αποτελέσματα ευνοϊκά για τον ανταγωνισμό (5).

Με βάση τ' ανωτέρω, διαπιστώνεται για τη συμφωνία των εταιρειών VODAFONE και WIND πως:

Η εν προκειμένω κοινοποιηθείσα συμφωνία επέκτασης της κοινής χρήσης των δικτύων των δύο (2) μερών σε τεχνολογία LTE, είναι αναμφισβήτητα μια οριζόντια συμφωνία συνεργασίας μεταξύ των δύο εκ των τριών κύριων ανταγωνιστών της Ελληνικής ολιγοπωλιακής αγοράς της

κινητής τηλεφωνίας και ειδικότερα του δεύτερου και τρίτου παρόχου της αγοράς της κινητής τηλεφωνίας. Αποτελεί συνεπώς μια συμφωνία που εμπίπτει καταρχήν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 (και του άρθρου 101 ΣΛΕΕ).

Η συμφωνία, χωρίς την ανάλυση των επιμέρους χαρακτηριστικών της, θα μπορούσε δυνητικά και αόριστα να είχε ως αποτέλεσμα τον περιορισμό του ανταγωνισμού στην σχετική αγορά της κινητής τηλεφωνίας, δεδομένου ότι η Vodafone και η Wind είναι δύο ανταγωνίστριες εταιρείες (εκ των τριών), όσον αφορά στα ψηφιακά κινητά δίκτυα και τις παρεχόμενες υπηρεσίες 2G και 3G.

Εντούτοις, προκειμένου για την προσήκουσα εξέταση της χρειάζεται η πλήρης παράθεση και αξιολόγηση των επιμέρους χαρακτηριστικών της.

θ) Σχετικές επηρεαζόμενες αγορές - Ορισμός αγορών/ προϊόντων και υπηρεσιών

Με τον ορισμό της σχετικής αγοράς προσδιορίζονται τα όρια, εντός των οποίων ασκείται ο ανταγωνισμός μεταξύ επιχειρήσεων. Ο ορισμός αυτός επιτρέπει τον καθορισμό του πλαισίου, εντός του οποίου εφαρμόζεται η εθνική και ενωσιακή πολιτική του ανταγωνισμού. Βασικός στόχος είναι ο συστηματικός εντοπισμός των περιορισμών εκείνων που υφίσταται ο ανταγωνισμός, στον οποίο υπόκεινται οι εμπλεκόμενες επιχειρήσεις. Ο ορισμός μίας αγοράς, τόσο όσον αφορά στα προϊόντα (υπηρεσίες), όσο και τη γεωγραφική διάστασή της, έχει, ως στόχο, τον προσδιορισμό των πραγματικών ανταγωνιστών, οι οποίοι είναι σε θέση να επηρεάσουν τη συμπεριφορά των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων και να τις εμποδίσουν να ενεργούν ανεξάρτητα από τις πιέσεις που επιβάλλει ο πραγματικός ανταγωνισμός.

Κατά πάγια πρακτική και νομολογία, η σχετική αγορά προϊόντων περιλαμβάνει το σύνολο των προϊόντων ή υπηρεσιών που θεωρούνται από τον καταναλωτή εναλλάξιμα ή δυνάμενα να υποκατασταθούν μεταξύ τους, λόγω των χαρακτηριστικών τους, της τιμής τους ή της σκοπούμενης χρήσης τους⁵⁵.

Από οικονομική άποψη, για τον καθορισμό της αγοράς του σχετικού προϊόντος (υπηρεσίας), η υποκατάσταση, από την πλευρά της ζήτησης, αποτελεί το πλέον άμεσο και αποτελεσματικό μέσο ελέγχου των προμηθευτών ενός δεδομένου προϊόντος (υπηρεσίας), ιδίως, όσον αφορά στις αποφάσεις τους για τον καθορισμό των τιμών. Από την άλλη πλευρά, οι περιορισμοί που προκύπτουν, αναφορικά με τη δυνατότητα υποκατάστασης, από την πλευρά της προσφοράς, είναι, κατά κανόνα, λιγότερο άμεσοι και απαιτούν την ανάλυση και άλλων παραγόντων και, ως εκ τούτου, λαμβάνονται πρωτίστως υπόψη σε μεταγενέστερο στάδιο (δηλαδή, στο στάδιο της ουσιαστικής αξιολόγησης, από την άποψη του ανταγωνισμού)⁵⁶.

55 Βλ. ενδεικτικά Ανακοίνωση της Επιτροπής για τον ορισμό της σχετικής αγοράς (97/C 372/03), σημ. 7 και σχετική νομοθεσία στην οποία παραπέμπει.

56 Βλ. ενδεικτικά Ανακοίνωση της Επιτροπής για τον ορισμό της σχετικής αγοράς (97/C 372/03), σημ. 13-14, καθώς και ΓενΔΕΕ T-177/04, EasyJet κατά Επιτροπής, Συλλογή 2006, σ. II-1931, σκ. 99.

Είναι προφανές λοιπόν ότι οι καταναλωτές είναι πιο πιθανό να στραφούν, ως εναλλακτική επιλογή, σε εκείνα τα προϊόντα που εμφανίζουν τις περισσότερες ομοιότητες με την αρχική τους επιλογή. Ως εκ τούτου, τα αντικειμενικά χαρακτηριστικά, έχουν βαρύνουσα σημασία κατά την εξέταση του βαθμού υποκατάστασης από την πλευρά της ζήτησης, αλλά και της πραγματικής οικονομικής δύναμης της οικείας επιχείρησης στην αγορά. Για το λόγο αυτό, άλλωστε, συνιστούν βασικό παράγοντα στο πλαίσιο οριοθέτησης της σχετικής αγοράς, κατά πάγια πρακτική και νομολογία (βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ C-333/94 P, Tetra Pak κατά Επιτροπής, Συλλ. [1996], σ. I-5951, σκ. 10, καθώς και Ανακοίνωση της Επιτροπής για τον ορισμό της σχετικής αγοράς (97/C 372/03), σημ. 7 και σχετική νομοθεσία στην οποία παραπέμπει).

Κατά πάγια πρακτική και νομολογία, η οριοθέτηση της σχετικής αγοράς κάθε υπόθεσης βασίζεται σε μια πολύπλευρη προσέγγιση, λαμβανομένων υπόψη όλων των διαθέσιμων στοιχείων και αποδεικτικών μέσων που μπορεί να είναι χρήσιμα για την εκτίμηση της συγκεκριμένης περίπτωσης. Το ευρύ αυτό φάσμα στοιχείων δεν είναι ούτε προκαθορισμένο, ούτε εξαντλητικό, ούτε και δεσμευτικό. Σε κάποιες περιπτώσεις, ορισμένα στοιχεία μπορεί να έχουν καθοριστική σημασία για τον προσδιορισμό του βαθμού υποκατάστασης από την πλευρά της ζήτησης και της προσφοράς, λαμβανομένων ιδίως υπόψη των χαρακτηριστικών και των ιδιομορφιών του υπό εξέταση τομέα και προϊόντων ή υπηρεσιών. Ωστόσο, σε άλλες περιπτώσεις, τα ίδια αυτά στοιχεία μπορεί να μην αξιολογούνται ως σημαντικά. Επομένως, η εκάστοτε αρχή ανταγωνισμού δεν χρησιμοποιεί, ούτε και δεσμεύεται να χρησιμοποιήσει, αυστηρά μια σειρά πηγών πληροφοριών ή αποδεικτικών στοιχείων, προκειμένου να προσδιορίσει τη σχετική αγορά (βλ. ενδεικτικά Ανακοίνωση της Επιτροπής για τον ορισμό της σχετικής αγοράς (97/C 372/03), σημ. 25).

Συναφώς, η εκάστοτε αρχή ανταγωνισμού δεν οφείλει να ακολουθεί προκαθορισμένη ή/και πάγια ιεράρχηση, ούτε και να διεξάγει κάθε φορά συγκεκριμένη ποιοτική, ποσοτική, τεχνική ή μη τεχνική ανάλυση, αλλά εκτιμά στο σύνολό τους τις διαπιστώσεις που προκύπτουν από το φάσμα των στοιχείων που έχει στη διάθεσή της, λαμβανομένου υπόψη του όλου οικονομικού πλαισίου⁵⁷. Εν τέλει, η σχετική εκτίμηση της Επιτροπής και η παρατιθέμενη αιτιολόγησή της αποτελούν αντικείμενο του ασκούμενου από τα διοικητικά δικαστήρια ελέγχου των αποφάσεών της. Εν προκειμένω, ο ορισμός της σχετικής αγοράς βασίζεται σε πληθώρα ποιοτικών και ποσοτικών στοιχείων που εκτιμώνται από την αρχή ανταγωνισμού στο σύνολό τους.

Στην υπό εξέταση περίπτωση, καθώς και σύμφωνα με το ελληνικό, καθώς και το ευρωπαϊκό ρυθμιστικό πλαίσιο των Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών⁵⁸, την πρακτική της

57 Βλ. ενδεικτικά ΔΕΕ C- 333/94 P, Tetra Pak κατά Επιτροπής, Συλλ. [1996], σ. I-5951, σκ. 10, ΓενΔΕΕ T-342/99 Airtours κατά Επιτροπής, Συλλ. [2002], σ. II-2585, σκ. 20, καθώς και Εφετειακό Δικαστήριο Ανταγωνισμού Ηνωμένου Βασιλείου 1005/1/1/01, Aberdeen Journals κατά OFT [2002], σκ. 96-97.

58 Η εφαρμογή των ανωτέρω κανόνων στον ορισμό των αγορών έχει αναπτυχθεί στο πλαίσιο της διαδικασίας ex ante ανάλυσης

Ευρωπαϊκής Επιτροπής σε προηγούμενες αποφάσεις της καθώς και την νομολογία του ΔΕΚ και ΠΕΚ, έχει αναφερθεί ότι: 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 διαπιστωθεί 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 επηρεάζονται από πιθανές μελλοντικές εξελίξεις. Το σημείο εκκίνησης αποτελεί η εικαζόμενη κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης βάσει του άρθρου 82 της συνθήκης ΕΚ (άρθρο 2 του ν. 3959/2011)».

Και ναι 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 την παρ. 3 του άρθρου 15 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.».

Ενώ η Επιτροπή τονίζει επίσης 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 αγορών και εκτίμησης Σημαντικής Ισχύος βάσει του Ευρωπαϊκού Κοινοτικού Κανονιστικού πλαισίου για τα δίκτυα και τις υπηρεσίες ηλεκτρονικών επικοινωνιών - Αναλυτικά βλ. Κατευθυντήριες Γραμμές της Ευρωπαϊκής Επιτροπής 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, ΕΕ της 11-7-2002 αριθμ. C165/6.

ίδια συμπεράσματα» (παρ. 27). Σύμφωνα με την πρακτική της Ευρωπαϊκής Επιτροπής αλλά και την 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, 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.

Με βάση τ' ανωτέρω προβλεπόμενα, για τους σκοπούς της παρούσας υπόθεσης και την εξέταση της συμφωνίας επέκτασης της κοινής χρήσης του ραδιοδικτύου των δύο (2) εταιρειών κινητής στην τεχνολογία LTE, αποδεικνύεται ότι αναμφισβήτητα οι καταρχήν σχετικές αγορές, αφορούν τόσο αυτήν της χονδρικής αγοράς της κινητής, όσο και αντίστοιχα της λιανικής τηλεφωνίας.

Συγκεκριμένα, σύμφωνα και με τον τελευταίο γύρο ανάλυσης αγορών που έχει ολοκληρώσει η ΕΕΤΤ για τις αγορές της κινητής, στο πλαίσιο των ρυθμιστικών της υποχρεώσεων⁵⁹, σύμφωνα με τη Σύσταση της ΕΕ για τις αγορές της (Σύσταση 5406/2007), η χονδρική αγορά της κινητής ορίζεται ως η αγορά τερματισμού φωνητικών κλήσεων σε μεμονωμένα δίκτυα κινητής τηλεφωνίας σε επίπεδο χονδρικής. Η έτερη αγορά είναι αυτή των κινητών τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών που απευθύνονται σε τελικούς χρήστες, ήτοι η λιανική αγορά των κινητών τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών. Ο ορισμός αυτός συνάδει και με τις θέσεις που έχει λάβει η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, σε προηγούμενες αποφάσεις της⁶⁰ (κυρίως αναφορικά με γνωστοποιηθείσες συγκεντρώσεις στον τομέα ηλεκτρονικών επικοινωνιών), όπου έχει αποφανθεί για τον ορισμό των αγορών κινητών υπηρεσιών/προϊόντων ηλεκτρονικών επικοινωνιών ως εξής, ορίζοντας: α) κινητές τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες που απευθύνονται σε τελικούς χρήστες (αγορά λιανικών κινητών τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών, β) την αγορά χονδρικής πρόσβαση και εκκίνησης κλήσεων από δημόσια κινητά δίκτυα, γ) τη χονδρική αγορά διεθνούς περιαγωγής και δ) τη χονδρική αγορά τερματισμού κλήσεων κινητής.

Περαιτέρω, για την αγορά της λιανικής υπάρχει και η δυνατότητα ορισμού χωριστής διακριτής αγοράς για τους πελάτες καρτοκινητής⁶¹ και συμβολαίου, ή διαφο-

59 Βλ. υπ' αρ. 815/002/2017 απόφαση ΕΕΤΤ.

60 Βλ. αποφάσεις Ευρωπαϊκής Επιτροπής, υποθέσεις COMP/M.5650 - T-Mobile/Orange, COMP/M.4947 - Vodafone/Tele2 Italy/Tele2 Spain, COMP/M.3916 - T-Mobile Austria/Tele.ring, OJ L 88, 29-3-2007, σ. 44, COMP/M.3530 - TeliaSonera/Orange, OJ C 263, 26-10-2004, σ. 7, COMP/M.3245 - Vodafone/Singlepoint, OJ C 242, 9-10-2003, σ. 5.

61 Υπάρχει η άποψη ότι οι προπληρωμένες υπηρεσίες κινητής και οι υπηρεσίες συμβολαίου εντάσσονται σε χωριστή αγορά, εντούτοις οι ως άνω υπηρεσίες με βάση τη διαπίστωση της ύπαρξης υποκαταστασιμότητας από πλευράς προσφοράς πρέπει να θεωρηθεί ότι εμπύπτουν στην ίδια αγορά, ενώ οι ιδιαιτερότητες των δύο κατηγοριών λαμβάνονται υπόψη στην αξιολόγηση του ανταγωνισμού - βλ. αποφάσεις Ευρωπαϊκής Επιτροπής, υπόθεση COMP/M.6497 - HUTCHISON 3G AUSTRIA/ORANGE AUSTRIA, ενότητα 5.2.1.2 παρ. 36-41, ιδίως 38 επ., υπόθεση COMP/M.5650 -

ρετικά δύναται αυτοί να θεωρηθούν μέρος της ενιαίας αγοράς.

Υπάρχει επίσης το ερώτημα του κατά πόσο η αγορά των υπηρεσιών λιανικής κινητής τηλεφωνίας θα πρέπει να διακριθεί περαιτέρω με βάση την κατηγορία πελάτη (ιδιώτες ή επιχειρήσεις, συνδρομητές συμβολαίου ή προπληρωμένων υπηρεσιών) ή με βάση το είδος της τεχνολογίας δικτύου (2G/GSM ή 3G/UMTS). Εντούτοις, με βάση τεστ της αγοράς καθώς και τη διαπίστωση της ύπαρξης υποκαταστασιμότητας από πλευράς προσφοράς, θεωρείται ότι στην περίπτωση των λιανικών υπηρεσιών κινητής, υφίσταται μια ενιαία αγορά προϊόντος, η οποία περιλαμβάνει τόσο ιδιώτες, όσο και επιχειρηματικούς πελάτες.

Για την εξέταση της παρούσας υπόθεσης, η ΕΕΤΤ δε θεωρεί ότι υπάρχει κανένας λόγος διαφοροποίησης από την ανωτέρω «θέση» της Ευρωπαϊκής Επιτροπής και συνεπώς καταλήγει ότι για την εξέταση της εν λόγω συμφωνίας επέκτασης της κοινής χρήσης δικτύου των δύο (2) εταιρειών σε LTE, αναγκαίο είναι καθοριστεί η χονδρική αγορά τερματισμού κλήσεων κινητής και η αγορά της λιανικής τηλεφωνίας σε τελικούς χρήστες. (Δεν υφίσταται λόγος περαιτέρω διαχωρισμού της λιανικής αγοράς της κινητής τηλεφωνίας για τους σκοπούς της παρούσας υπόθεσης).

Στην ελληνική αγορά των Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών, με βάση την ανωτέρω κατηγοριοποίηση, διαπιστώθηκε (σε συνέχεια της διαδικασίας ανάλυσης αγορών από την ΕΕΤΤ και με τη σύμφωνη θέση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής), η ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης⁶² μόνο στην χονδρική αγορά του τερματισμού κλήσεων σε κινητά δίκτυα και συγκεκριμένα ορίστηκαν ως πάροχοι με Σημαντική Ισχύ (ΣΙΑ) στην χονδρική αγορά του τερματισμού κλήσεων κινητής και οι τρεις (3) εταιρείες-πάροχοι κινητής (ήτοι οι εταιρείες COSMOTE, VODAFONE και WIND), στις οποίες εν συνεχεία επεβλήθησαν και οι αντίστοιχες προβλεπόμενες ρυθμιστικές υποχρεώσεις εκ του ρυθμιστικού πλαισίου⁶³, μεταξύ των οποίων η υποχρέωση υποβολής στοιχείων στην ΕΕΤΤ (υποχρέωση διαφάνειας), η υποχρέωση ελέγχου τιμών και κοστολόγησης, η υποχρέωση λογιστικού διαχωρισμού, κ.ά.

Αντιθέτως, στην αγορά της λιανικής παροχής κινητών υπηρεσιών, δεν διαπιστώθηκε δεσπόζουσα θέση κάποιου παρόχου, με τα τελευταία στοιχεία που διέθετε η ΕΕΤΤ. Το γεγονός αυτό βεβαίως δεν είναι δεσμευτικό, αφού η ΕΕΤΤ ως αρχή ανταγωνισμού δύναται σε άλλη ex post ανάλυσή της (στον πλαίσιο σχετικής υπόθεσης συγκέντρωσης ή καταγγελίας ή αυτεπάγγελτης έρευνας βάσει των διατάξεων της ελληνικής και ευρωπαϊκής νομοθεσίας ανταγωνισμού), να ορίσει διαφορετικά T-Mobile/Orange, υπόθεση COMP/M.3916 - T-Mobile Austria/Tele.ringl.

62 Ο ορισμός και η ύπαρξη της δεσπόζουσας θέσης έχει μεγάλη σημασία για την εφαρμογή του άρθρου 2 του ν. 3959/2011 και του άρθρου 102 ΣΛΕΕ και όχι για την εφαρμογή του άρθρου 1 του ν. 3959/2011, δεδομένου ότι χωρίς την κατοχή δεσπόζουσας θέσης δεν μπορεί να εξεταστεί ή να στοιχειοθετηθεί περαιτέρω η ενδεχόμενη παράβαση της κατάχρησης της δεσπόζουσας θέσης.

63 Βλ. υπ' αρ. 815/002/2017 απόφαση ΕΕΤΤ.

την αγορά και να καταλήξει στην ύπαρξη δεσπόζουσας θέσης του α' ή β' παρόχου.

Εν προκειμένω όμως, δεδομένης της φύσης της εξεταζόμενης συμφωνίας, η οποία εστιάζει σε «κοινή χρήση υποδομής» βασικά σε αγροτικές περιοχές και άρα σχετίζεται με τα ενεργητικά περιουσιακά στοιχεία του δικτύου των δύο (2) συμβαλλομένων μερών, και ουχί με καθορισμό τιμολογιακών όρων ή όρων προσφερόμενης υπηρεσίας, παρά αφορά κυρίως στην πρόσβαση τρίτων μερών στο ραδιοδίκτυο (RAN) των δύο (2) εταιρειών, δεν κρίνεται σκόπιμη η διαφορετική ανάλυση και ορισμός της λιανικής αγοράς παροχής υπηρεσιών κινητής τηλεπικοινωνιών με τις παρούσες συνθήκες.

Βεβαίως, όπως αναλύεται εκτενώς κατωτέρω, εξετάζονται σε κάθε περίπτωση όλες οι επακόλουθες συνέπειες και πτυχές της συμφωνίας.

ι. Η Σχετική Γεωγραφική αγορά της εξεταζόμενης συμφωνίας επέκτασης σε LTE

Η σχετική γεωγραφική αγορά περιλαμβάνει την περιοχή στην οποία οι ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις παρέχουν τις σχετικές υπηρεσίες υπό επαρκώς ομοιογενείς συνθήκες ανταγωνισμού και η οποία μπορεί να διακριθεί από άλλες γειτονικές γεωγραφικές περιοχές, ιδίως, λόγω των αισθητά διαφορετικών συνθηκών ανταγωνισμού που επικρατούν σε αυτές. Η σχετική γεωγραφική αγορά ταυτίζεται με την περιοχή, εντός των ορίων της οποίας δραστηριοποιούνται και ανταγωνίζονται (ή τουλάχιστον έχουν τη δυνατότητα αυτή) οι επιχειρήσεις, ως πωλητές, των σχετικών υπηρεσιών.

Τα ποσοστικά τεστ μπορεί να χρησιμεύσουν για τον ορισμό της γεωγραφικής αγοράς⁶⁴, η οποία σε κάθε περίπτωση πρέπει να περιλαμβάνει όλες τις περιοχές τις οποίες οι καταναλωτές θα μπορούσαν να χρησιμοποιήσουν για να υποκαταστήσουν τα προϊόντα/υπηρεσίες προς εξέταση και στις οποίες δραστηριοποιούνται άλλοι ανταγωνιστές, οι οποίοι μπορούν εύκολα και γρήγορα ν' αυξήσουν την προσφορά τους στην εν λόγω αγορά.

Ειδικότερα στον τομέα των Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών, η γεωγραφική εμβέλεια της σχετικής αγοράς ορίζεται παραδοσιακά με αναφορά σε δύο κριτήρια⁶⁵:

64 Ενδεικτικά το SSNIP test προσφέρει ένα μεθοδολογικό πλαίσιο για τον ορισμό, Κατσουλάκος, Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού.

65 Σύμφωνα με σχετικό κείμενο κοινής θέσης των Ευρωπαϊκών Ρυθμιστών, για τον ορισμό και τις ρυθμιστικές υποχρεώσεις της σχετικής γεωγραφικής αγοράς [ERG 08 (20) final CP Geog Aspects 081016 ERG Common Position on Geographic Aspects of Market Analysis (definition and remedies)], οι EPA θα πρέπει να εξετάσουν συγκεκριμένα κριτήρια προκειμένου να κρίνουν εάν οι συνθήκες ανταγωνισμού της αγοράς είναι επαρκώς ομοιογενείς ώστε να δικαιολογούν τον ορισμό της αγοράς σε εθνικό επίπεδο. Τα βασικά κριτήρια που συστήνεται να ληφθούν υπόψη προκειμένου να εκτιμηθεί η ύπαρξη ουσιωδών διαφορών στις συνθήκες του ανταγωνισμού μεταξύ γεωγραφικών περιοχών είναι τα ακόλουθα: α) διαφορές στους φραγμούς εισόδου, β) διαφορές στον αριθμό προμηθευτών, γ) διαφορές στην κατανομή των μεριδίων αγοράς, δ) τιμολόγηση και διαφορές επί των τιμών. Στην περίπτωση της χονδρικής αδεσμοποίησης πρόσβασης στον τοπικό βρόχο και υποβρόχο, οι φραγμοί εισόδου για την ανάπτυξη μίας νέας δικτυακής υποδομής είναι διαρθρωτικοί και σχετίζονται με υψηλά μη ανακτήσιμα κόστη και μεγάλα χρονικά διαστήματα για την ανάπτυξη του

- την περιοχή που καλύπτει ένα δίκτυο,
- την ύπαρξη νομικών και άλλων κανονιστικών μέτρων.

Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι σχετική γεωγραφική αγορά είναι η περιοχή στην οποία οι αντικειμενικοί όροι ανταγωνισμού που ισχύουν για τους φορείς παροχής υπηρεσιών (παρόχους) είναι παρόμοιοι, και οι ανταγωνιστές είναι σε θέση να προσφέρουν τις υπηρεσίες τους. Κατά συνέπεια, σε κάθε περίπτωση είναι απαραίτητο να εξεταστεί η δυνατότητα των φορέων αυτών να παρέχουν πρόσβαση προς τελικό χρήστη σε οποιοδήποτε τμήμα της περιοχής, υπό αντίστοιχους και οικονομικά βιώσιμους όρους.

Σύμφωνα με τα προαναφερθέντα, και αναφορικά με την παρούσα υπόθεση, η σχετική γεωγραφική αγορά συμπίπτει με το σύνολο της Ελληνικής Επικράτειας, δεδομένου ότι εντός των ορίων αυτής (της Επικράτειας) δεν υπάρχει καμία περιοχή που να παρουσιάζει ανεξάρτητα χαρακτηριστικά και ούτε επηρεάζεται ουσιωδώς η λειτουργία της αγοράς από εξωγενείς παράγοντες.

Βάσει του ορισμού αυτού, κατά την άποψη της ΕΕΤΤ, η οποία μάλιστα έχει επιβεβαιωθεί και από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή⁶⁶, η σχετική γεωγραφική αγορά για τις υπηρεσίες τερματισμού φωνητικών κλήσεων είναι εθνική και εν προκειμένω συμπίπτει με το σύνολο της Ελληνικής Επικράτειας, διότι:

- Η κατασκευή και λειτουργία των δικτύων και η παροχή των υπηρεσιών υπόκειται στις ίδιες ειδικές άδειες που καλύπτουν το σύνολο της Ελληνικής Επικράτειας και στο ευρύτερο νομοθετικό πλαίσιο που αφορά πάλι το σύνολο της Ελληνικής Επικράτειας.

- Τα υπάρχοντα δίκτυα κινητής καλύπτουν ομοειδώς όλη την Ελληνική Επικράτεια.

- Η τιμολογιακή πολιτική των ΠΔΚ και των MVNO δεν διαφοροποιείται από περιοχή σε περιοχή μέσα στην Ελληνική Επικράτεια.

Στ' ανωτέρω, προστίθεται το βασικό επιχείρημα ότι δεν υφίσταται ούτε εμπορική πρακτική, ούτε δυνατότητα διάκρισης μεταξύ χρηστών, με βάση την περιοχή στην οποία βρίσκονται εντός της εθνικής επικράτειας.

Ομοίως και στην περίπτωση της ανάντη αγοράς χονδρικού τερματισμού κλήσεων σε κινητά δίκτυα, ομοίως κατά πάγια νομολογία της (αποφάσεις Ευρωπαϊκής Επιτροπής, υποθέσεις COMP/M.5650 - T-Mobile/Orange, COMP/M.4748 - T-Mobile/Orange Netherlands, δικτύου. Παρά το γεγονός ότι ο βαθμός των οικονομικών κλίμακας ενδέχεται να διαφοροποιείται μεταξύ διαφορετικών γεωγραφικών περιοχών, καθιστώντας έτσι τους φραγμούς εισόδου σε κάποιες γεωγραφικές περιοχές υψηλότερους και σε άλλες χαμηλότερους, τα μη ανακτήσιμα κόστη που απαιτούνται για την ανάπτυξη δικτύου πρόσβασης παρόμοιοι με τον ΟΤΕ καθιστούν το επιχείρημα σχεδόν απαγορευτικό σε όλες τις γεωγραφικές περιοχές.

⁶⁶ Βλ. απόφαση Ευρωπαϊκής Επιτροπής, υπόθεση COMP/M.6497 - HUTCHISON 3G AUSTRIA/ORANGE AUSTRIA], όπου αναφέρει σχετικά με τη γεωγραφική διάσταση της σχετικής αγοράς κινητών τηλεπικοινωνιών ότι αυτή είναι εθνική. Ειδικότερα, αναφορικά με τη λιανική αγορά κινητών τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών προς τελικούς χρήστες, αναφέρεται στην πάγια σχετική της νομολογία [αποφάσεις Ευρωπαϊκής Επιτροπής, υποθέσεις COMP/M.5650 - T-Mobile/Orange, COMP/M.4748 - T-Mobile/Orange Netherlands, COMP/M.3916 - T-Mobile Austria/Tele.ring], που την χαρακτηρίζει επίσης εθνική.

COMP/M.3916 - T-Mobile Austria/Tele.ring), η Ευρωπαϊκή Επιτροπή αποφαινεται ότι η γεωγραφική αγορά είναι εθνική, βασιζόμενη κατά κύριο λόγο στη γεωγραφική διάσταση του δικτύου, το οποίο σε γενικές γραμμές περιορίζεται από τα εθνικά σύνορα κυρίως εξαιτίας κανονιστικών φραγμών, σχετιζόμενων με το γεωγραφικό πεδίο εφαρμογής των αδειών κινητής, που περιορίζονται στο έδαφος της επικράτειας του εκάστοτε κράτους-μέλους.

VII. Αξιολόγηση της ΕΕΤΤ επί της συμφωνίας επέκτασης σε LTE σε συνέχεια των προσκομισθέντων στοιχείων των μερών

Σε συνέχεια της επεξεργασίας και ανάλυσης του συνόλου των στοιχείων του φακέλου που προσκομίστηκε στην ΕΕΤΤ, και ιδίως μετά την παροχή των απαραίτητων επιμέρους διευκρινίσεων από τα δύο μέρη, διαπιστώνεται πως:

Οι δύο (2) εταιρείες-πάροχοι της κινητής τηλεφωνίας WIND και VODAFONE, σε συνέχεια της αρχικής τους συμφωνίας (του έτους 2013) και τις εκεί περιγραφόμενες προβλέψεις τους περί κάλυψης δικτύου, απόδοσης και ανάπτυξης, μείωσης του κόστους των επενδύσεων και των λειτουργικών εξόδων και τη δυναμική ανάπτυξη της λίστας των κεραιών τους, προχώρησαν στην αναβάθμιση της συμφωνίας κοινής χρήσης των δικτύων τους, από τις τεχνολογίες 2G και 3G σε αυτήν της τεχνολογίας LTE (4G).

Όπως προέβλεπε η αρχική συμφωνία⁶⁷ και η εκεί προσκομισθείσα λίστα των σταθμών βάσης, υπήρχαν σταθμοί βάσης «προς κοινή χρήση», σταθμοί αποκλειστικής

67 DEFINITIONS:

“Shared Sites” means the Shareable Sites from Vodafone and Wind remaining after the Consolidation Process, i.e the Shareable Sites minus the Sites that will be decommissioned in the Consolidation process and

“Shareable Sites” means all the incoming Ran Sites from Vodafone and Wind at Launch Date that are candidates to serve both Parties and are not constrained for sharing.

“LTE: means Long Term Evolution, i.e the standard defined by the 3rd Generation Partnership Project (3GPP) for fourth-generation (4G) mobile cellular networks

RAN: means the Radio access network, including passive equipment, active radio equipment and transmission equipment.

RAN ASSETS: has the meaning attributed to such term in SCHEDULE B2 - Assets in scope

ASSETS IN SCOPE OF THE AGREEMENT... “LTE: means Long Term Evolution, i.e the standard defined by the 3rd Generation Partnership Project (3GPP) for fourth-generation (4G) mobile cellular networks

RAN: means the Radio access network, including passive equipment, active radio equipment and transmission equipment.

RAN ASSETS: has the meaning attributed to such term in SCHEDULE B2 - Assets in scope ASSETS IN SCOPE OF THE AGREEMENT...

Clauses:

“2.12. LTE is not part of the current sharing scope of the Agreement, but provisions are in place under this Agreement to enable unilateral LTE investments by any of the Operators on Sites governed by this Agreement.”

“2.1.5 Operators retain separate core networks and separate applications/service layers”

“2.23. Each Operator remains the owner of its Own Spectrum Assets. Operators will not share spectrum or transfer the ownership (right of use) of their spectrum to NewCo, even if the applicable law permits so in the future. Operators will participate to any future bid regarding spectrum independently.”

κυριότητας της μιας εταιρείας, σταθμοί προς κατάργηση λόγω τεχνικών ή αδειοδοτικών περιορισμών, καθώς και η δημιουργία νέων σταθμών, χωρίς γεωγραφικούς περιορισμούς. Στο σώμα της συμφωνίας περιγράφονται οι απαραίτητοι ορισμοί για την ενεργητική χρήση του δικτύου (active sharing), τα επιμέρους στοιχεία της ενεργητικής υποδομής προς μοίρασμα, ο ορισμός του LTE, η αυτονομία δράσης του κάθε παρόχου στα στοιχεία της αποκλειστικής του ιδιοκτησίας, τα μέτρα για την ανταλλαγή των πληροφοριών μεταξύ των μερών, κ.ά., Περαιτέρω, στο σημείο 31 (31.1) του συμφωνητικού προβλεπόταν και η διάρκεια της συμφωνίας, αναφέροντας συγκεκριμένα πως: αυτή θα διαρκούσε είκοσι (20) έτη από την υπογραφή. ("the term of this Agreement is twenty (20) years. After this period this Agreement shall be deemed automatically renewed for an infinite period, unless terminated by any of the Shareholders within 12 months written notice...").

Η τροποποίηση της συμφωνίας των δύο (2) εταιρειών κατά το έτος 2017, η οποία και γνωστοποιήθηκε στην ΕΕΤΤ, πέρα από την τεχνολογική αναβάθμιση στην τεχνολογία 4G, προέβλεπε ρητώς ότι στοχεύει στην ανάπτυξη δικτύου LTE αποκλειστικά στις αγροτικές και ημιαστικές περιοχές της Ελληνικής Επικράτειας.

Συγκεκριμένα στο άρθρο 5.9 (που αντικαθιστά το αντίστοιχο της αρχικής τους συμφωνίας του 2013) προβλέπεται πως:

«Article 5.9 (replaced as follows):

"Rural LTE is part of the current shaping scope under the Services Agreement. Each Shareholder retains the right though to proceed to unilateral investments on the Shared Sites individually, but only for implementation of exclusive features or upgrades of such shareholder (e.g. additional unplanned capacity on top of joint plan, LTE deployment for exclusive use of one Shareholder) provided that:

a) Such investments shall not harm or prejudice the operation of the Shared Ran and

a) The Shareholder wishing to proceed to the aforementioned investment notifies the Company promptly and an implementation plan is agreed with the Company. All associated costs (Opex and Capex) shall be exclusively borne by the requesting Shareholder. The amendment of article 5.9 is effective retroactively from April 1st, 2017".

Περαιτέρω, το άρθρο 5.10 της συμφωνίας Μετόχων (που επίσης αντικαθιστά το προηγούμενο άρθρο της αρχικής συμφωνίας του 2013), προβλέπει ότι:

«Article 5.10 of the Shareholders Agreement is deleted and replaced as follows:

"2.30 The exchange of Information pursuant this Agreement is primarily of a technical nature and does not allow one Operator to understand the overall competitive strategy of the Other Operator. As provided in the Shareholders Agreement, the Operators shall introduce safeguards to limit any risk that the cooperation stipulated in this Agreement could spill over into anticompetitive activity in downstream markets. The operators also undertake to ensure that the Personnel and each NewCo Person is provided with appropriate guidance as to relevant competition law, confidentiality and regulatory issues and obligations."

"With reference to the individual investments referred to in the previous clause 5.9, any Party has the right to request investment for unilateral use to the other Parties' owned site, if required for a full implementation of the exclusive features or upgrades. The Parties agree that this kind of investments and any associated costs will be borne directly by the requesting Party."

Περαιτέρω, στο Παράρτημα ΙΧ, με τίτλο: «Τροποποίηση του προγράμματος της συμφωνίας παροχής υπηρεσιών, προσκομιζόταν σχετική λίστα με τους σταθμούς βάσης της περιεχόμενης συμφωνίας (IX Amendment of Schedule OF THE SERVICES AGREEMENT (RAN DESIGN PRINCIPLES) - (LIST) - ANNEXES)».

1) Επί της συλλογής των στοιχείων από τις δύο (2) εταιρείες και την παροχή των απαραίτητων διευκρινίσεων στην αρχή ανταγωνισμού (ΕΕΤΤ) για τους όρους/στοιχεία της συμφωνίας

Προκειμένου συνεπώς η ΕΕΤΤ να εξετάσει ενδελεχώς και σε βάθος κάθε λεπτομέρεια της συμφωνίας επέκτασης δικτύου των δύο (2) εταιρειών σε 4G και συνεπώς να κατηγοριοποιήσει αυτήν, προέβη σε εκτενή ανταλλαγή αιτημάτων, εγγράφων, πληροφοριών και διευκρινίσεων από τις δύο (2) εταιρείες, έτσι ώστε να διαπιστώσει αν εν τις πράγμασι εφαρμόζονται με την υλοποίηση της συμφωνίας επέκτασης, τα όσα προβλέπονται σε όλο το εύρος αυτής.

Συγκεκριμένα, η ΕΕΤΤ λαμβάνοντας υπόψη της κατευθύνσεις του Σώματος των Ευρωπαϊκών Ρυθμιστών (BEREC) αξιολόγησε, μεταξύ άλλων, αν πράγματι η συμφωνία στόχευε στρατηγικά στην ανάπτυξη δικτύου στις ημιαστικές και αγροτικές περιοχές (προκειμένου να συναχθούν και τα οφέλη της), δεδομένου ότι οι αστικές περιοχές δεν περιλαμβάνονταν στο πλάνο της συμφωνίας. Παρ' αυτά, οι αστικές περιοχές δεν αποκλείονται ρητώς από το κείμενο αυτής (με αντίστοιχη διάταξη).

Πρέπει ν' αναφερθεί στο σημείο αυτό πως η προσκόμιση των απαραίτητων στοιχείων από τα μέρη στην αρχή ανταγωνισμού ΕΕΤΤ, κατόπιν των αιτημάτων της και η συνεργασία με την τελευταία δεν ήταν ακριβώς «υποδειγματική», ενώ στο αρχικό στάδιο της έρευνας τα μέρη εκλήθησαν σε ακρόαση για «άρνηση προσκόμισης» στοιχείων, σε αρχικό αίτημα της αρχής⁶⁸. Συγκεκριμένα, διαπιστώθηκε μια εμφανής κωλυσιεργία/καθυστέρηση στην προσκόμιση των στοιχείων στην ΕΕΤΤ, ενώ σε όλες σχεδόν τις περιπτώσεις όπου ζητήθηκαν πληροφορίες από τις εμπλεκόμενες εταιρείες, τα παρατεθέντα στοιχεία έχρηζαν επιπλέον διευκρινίσεων.

Προς τον σκοπό αυτό, παρατίθεται κάτωθι το εκτενές ιστορικό της αλληλογραφίας για τις απαραίτητες διευκρινίσεις για την συμφωνία, το οποίο είναι κρίσιμο για τα στάδια διερεύνησης και κατηγοριοποίησης του πυρήνα αυτής, αφού δεν έγινε εύκολα, δεδομένου ότι οι αρχικές απαντήσεις των δύο (2) μερών, περιείχαν αρκετές ασάφειες και γκρίζα σημεία. Προς τούτο:

68 Η ΕΕΤΤ εξέδωσε τη υπ' αρ. 883/03/11-02-2019 απόφασή της με την οποία διαπίστωσε παράβαση του άρθρου 38 του ν. 3959/2011 για τη μη προσκόμιση πληροφοριών από τις δύο (2) εταιρείες και επέβαλλε την κύρωση της σύστασης σε αυτές.

α) Η ΕΕΤΤ αρχικώς ήλεγξε το αρχικώς υποβληθέν υπό στοιχεία 6776/Φ.960/02-11-2017 έγγραφο των εταιρειών, και έκρινε ότι απαιτούνται περαιτέρω διευκρινίσεις για τον ενδελεχή έλεγχο των επιμέρους σημείων της σχετικής συμφωνίας, ιδιαίτερος δε της επέκτασης αυτής. Προς τον σκοπό αυτό, στο πλαίσιο των σχετικών διατάξεων παροχής πληροφοριών των ν. 4070/2012 και ν. 3959/2011, απέστειλε την υπ' αρ. 25654/06-09-2018 επιστολή της προς τα γνωστοποιούντα μέρη, με την οποία αιτούντο, εντός είκοσι (20) εργασίμων ημερών την κοινοποίηση στην ΕΕΤΤ το/τα έγγραφο/α της νέας προς επέκταση συμφωνίας ή/και της απόφασης του Διοικητικού συμβουλίου της VICTUS, βάσει της οποίας αποφασίστηκε η «επέκταση» του αντικειμένου των δραστηριοτήτων των δύο (2) εταιρειών στην τεχνολογία LTE, την αναλυτική τεκμηρίωση ότι πληρούνται στο σύνολό τους οι προϋποθέσεις της παρ. 3 του άρθρου 1 του ν. 3959/2011, μετά το πέρας πέντε (5) ετών από την σύναψη της αρχικής συμφωνίας, ιδίως με την επέκτασή της στην τεχνολογία LONG TERM EVOLUTION (LTE), την ενημέρωση ή επικαιροποίηση των βασικών αρχών του χρηματοδοτικού μοντέλου της συμφωνίας κοινής χρήσης δικτύου, βάσει των οποίων θα διανεμηθούν τα κόστη (OPEX split CAPEX split) μεταξύ των εταιρειών «VODAFONE A.E.E.T.» και «WIND A.E.B.E.», την αποστολή των σχετικών αρχείων excel με ξεχωριστές λίστες τόσο των «Αποκλειστικών» κατασκευών κεραιών, όσο και των αναφερόμενων στο κείμενο της συμφωνίας ως «Shared» αλλά και των «Shareable» κατασκευών κεραιών⁶⁹ του κάθε παρόχου (εταιρειών VODAFONE και WIND), αναφέροντας ειδικότερα για κάθε κατασκευή κεραιάς τις τεχνολογίες που έχουν εγκατασταθεί (ενδεικτικά 2G, 3G, 4G) και χρησιμοποιούνται από τον ιδιοκτήτη πάροχο, καθώς και από κάθε φιλοξενούμενο πάροχο (εφόσον υπάρχει), διευκρινίζοντας και το χρονικό διάστημα κατά το οποίο εγκαταστάθηκε χρονικά η κάθε τεχνολογία. Το αίτημα της ΕΕΤΤ απαιτούσε και (i) τον κωδικό αριθμό του σταθμού (ii) την ονομασία του (iii) τον ιδιοκτήτη πάροχο (iv) τις τεχνολογίες που χρησιμοποιεί (v) τους φιλοξενούμενους παρόχους (εφόσον υπάρχουν) καθώς και τις (vi) τεχνολογίες που αυτοί χρησιμοποιούν», τη διευκρίνιση αν η αρχική συμφωνία (του έτους 2013) καθώς και η επέκταση αυτής στην τεχνολογία LTE, ιδίως ως προς τις κατασκευές κεραιών, αφορά σε συγκεκριμένους τύπους γεωγραφικών περιοχών (ενδεικτικά αγροτικών, ημιαστικών ή αστικών) με την έγγραφη προσκόμιση των σχετικών στοιχείων, που αποδεικνύουν τον ισχυρισμό των εταιρειών ότι «η ανταλλαγή των ευαίσθητων και εμπιστευτικών» πληροφοριών, λαμβάνει χώρα στο «άκρως αναγκαίο μέτρο». Ζητήθηκε επίσης η αποστολή της πλήρους, όσο και της μη εμπιστευτικής εκδοχής της συμφωνίας, ενώ η ΕΕΤΤ κάλεσε τα μέρη να τεκμηριώσουν πώς και με ποιούς ειδικότερους όρους εξασφαλίζονται ή δεν αποκλείονται τρίτα μέρη από την παροχή των σχετικών υπηρεσιών λόγω της συμφωνίας.

69 Βλ. σ. 7 του Shareholders Agreement, σ. 6 του Network Sharing Services Agreement και Παράρτημα Schedule B3 (Sites in Scope) αρχικής συμφωνίας του 2013.

β) Τα μέρη προσκόμισαν το υπό στοιχεία 7171/Φ.960/05-10-2018 έγγραφό τους με το οποίο απάντησαν στην ΕΕΤΤ και συγκεκριμένα, επισυνάπτοντας σχετικό απόσπασμα του από 4-5-2017 πρακτικού του Διοικητικού Συμβουλίου της VICTUS, με θέμα: «Έγκριση υλοποίησης LTE sharing». Αναφορικά με το αν πληρούνται στο σύνολό τους οι προϋποθέσεις της παρ. 3 του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 [μετά το πέρας πέντε (5) ετών από την σύναψη της αρχικής συμφωνίας, ιδίως με την επέκτασή της], τα μέρη υποστήριξαν πως πέντε (5) χρόνια μετά την αρχική σύναψη της συμφωνίας και συνεργασίας των δύο (2) μερών, εξακολουθούν να παραμένουν ανταγωνιστές και πλήρως ανεξάρτητοι ως προς τα δίκτυα πυρήνα ή κορμού και συνεργάζονται μόνο ως προς το δίκτυο πρόσβασης ραδιοεπικοινωνίας (RAN sharing), διευκρινίζοντας πως παραμένουν ανταγωνιστές και ανεξάρτητοι στις σχετικές αγορές κινητής σε επίπεδο λιανικής, στα δικαιώματα χρήσης ραδιοσυχνοτήτων φάσματος και δη στην απόκτηση αυτών, στη χωριστή λήψη αποφάσεων της κάθε εταιρείας για τους «αποκλειστικούς της σταθμούς» του δικτύου πρόσβασης ραδιοεπικοινωνίας, επιβεβαιώνοντας πως ανταλλαγή των ευαίσθητων πληροφοριών μεταξύ τους περιορίζεται στο απολύτως αναγκαίο και αναλογικό και μόνο στο βαθμό που απαιτείται για την ορθή λειτουργία της VICTUS. Αναφορικά δε με τα οφέλη που προέκυψαν από τη συμφωνία, τα μέρη ισχυρίστηκαν πως έχει επέλθει μείωση κόστους στα λειτουργικά έξοδα (από ενοίκια, συντήρηση εξοπλισμού, και μείωση ενεργειακού κόστους), ενώ ανέφεραν και την επίτευξη μεγαλύτερης κάλυψης δικτύου και επέκταση στις παραμεθόριες και αγροτικές περιοχές. Προσέθεσαν δε πως πέρα από τα περιβαλλοντολογικά οφέλη (ελαχιστοποίηση οπτικής όχλησης) και τη μείωση της ενεργειακής κατανάλωσης, προέκυψαν έμμεσα και κοινωνικά οφέλη (με αυξημένο, ανταγωνισμό, νέες υπηρεσίες και ανταγωνιστικότερες τιμές). Αναφορικά με το χρηματοδοτικό μοντέλο, διευκρίνισαν ότι η επέκταση δεν διαφοροποιεί τις βασικές αρχές του, όπως αυτές περιεγράφησαν στην αρχική συμφωνία του 2013, ενώ προσκόμισαν περαιτέρω τα αιτηθέντα από την ΕΕΤΤ στοιχεία των «κοινών κεραιών», των «αποκλειστικών κεραιών», καθώς και χάρτες κάλυψης δικτύου των δύο (2) παρόχων, ανά τεχνολογία (2G, 3G και 4G).

Ως προς τη γεωγραφική ταυτότητα της συμφωνίας, ανέφεραν πως ενώ η αρχική συμφωνία δεν περιείχε γεωγραφικούς περιορισμούς, δηλαδή κάλυπτε κατασκευές κεραιών σε αστικές, ημιαστικές και αγροτικές περιοχές, η επέκταση αυτής επικεντρωνόταν αποκλειστικά στην Περιφέρεια. Προσκόμισαν δε το σχετικό Ι του προαναφερόμενου εγγράφου προς επίρρωση των ισχυρισμών τους, στο οποίο ρητά αναφέρεται η επέκταση της συμφωνίας της κοινής χρήσης δικτύου «και στην τεχνολογία LTE στις αγροτικές περιοχές (rural)». Για το κρίσιμο ζήτημα της ανταλλαγής «ευαίσθητων πληροφοριών», τα μέρη ανέφεραν πως, ως υποχρεούντο, έχουν ήδη υιοθετήσει αυστηρές κατευθυντήριες γραμμές, προσκομίζοντας μάλιστα τον εφαρμοζόμενο από αυτούς «Κώδικα Συμμόρφωσης με τους κανόνες περί Ελεύθερου Ανταγωνισμού», με 4 ομάδες κατηγοριοποίησης πλη-

ροφοριών και προσαρτήματα για το Δ.Σ. της VICTUS, τους εργαζόμενους και την ομάδα Διοίκησης της VICTUS. Στο τελευταίο ερώτημα της ΕΕΤΤ, περί δικαιώματος πρόσβασης τρίτων, τα μέρη ανέφεραν πως η κοινή τους εταιρεία VICTUS δεν αποτελεί αυτόνομο πάροχο δημοσίου δικτύου επικοινωνιών, παρά μόνο προστηθέντα - εργολάβο πάροχο των παρόχων και ως εκ τούτου, οι δύο (2) εταιρείες έχουν την αυτονόητη κανονιστική υποχρέωση της ικανοποίησης κάθε εύλογης αίτησης παροχής συνεγκατάστασης, όπως ορίζει ο Κανονισμός Συνεγκατάστασης της ΕΕΤΤ. Ανέφεραν τέλος, πως οι πάροχοι τηρούν απαρέγκλητα στο σύνολό τους όλες τις ρυθμιστικές και κανονιστικές τους υποχρεώσεις.

γ) Περαιτέρω η ΕΕΤΤ, κατόπιν της διασταύρωσης των στοιχείων των σταθμών βάσης με τα διαθέσιμα αρχεία των αδειοδοτημένων κεραιών, διεπίστωσε ελλείψεις και έκρινε απαραίτητη την ανάγκη παροχής περαιτέρω διευκρινίσεων. Απέστειλε μάλιστα τις υπ' αρ. 7300 και 7299/16-01-2019 επιστολές της προς τις δύο (2) εταιρείες, αιτούμενη από τα μέρη τον επταψήφιο κωδικό κάθε κατασκευής κεραίας, τον αριθμό αδείας τους και τη διευκρίνιση αν η κατασκευή κεραίας είναι κατασκευασμένη και εν λειτουργία, παραθέτοντας τη διαπίστωσή της, ότι εκ της αποστολής προς την ΕΕΤΤ λίστας των κατασκευών κεραιών της συμφωνίας των δύο (2) εταιρειών, δεν ευρέθησαν στοιχεία αδειοδότησης για σημαντικό αριθμό κεραιών.

δ) Τα μέρη αντέδρασαν αρνητικά στην προσκόμιση στοιχείων από την ΕΕΤΤ, αποστέλλοντας τη σχετική υπ' αρ. 3827/31-01-2019 επιστολή του πληρεξουσίου Δικηγορικού τους γραφείου, αναφέροντας πως η επιστολή που απέστειλε η ΕΕΤΤ «δεν ενέπιπτε δήθεν στο πλαίσιο του ελέγχου της συμφωνίας σύμφωνα με τις διατάξεις του Δικαίου του Ανταγωνισμού» (άρθρο 1 του ν. 3959/2011, άρθρο 101 ΣΛΕΕ), αρνούμενοι ανατιολόγητα επί της ουσίας την προσκόμιση των σχετικών στοιχείων, αναφορικά με το καθεστώς της αδειοδότησης των κεραιών της εξεταζόμενης συμφωνίας τους. Ακολούθησε εκ των υστέρων η προβλεπόμενη κλήση σε ακρόαση από πλευράς της ΕΕΤΤ για μη προσκόμιση στοιχείων βάσει του ν. 3959/2011, εν συνεχεία της οποίας εξεδόθη από την ΕΕΤΤ και η υπ' αρ. 883/03/11-02-2019 απόφαση διαπίστωσης της παράβασης της μη προσκόμισης στοιχείων (βάσει του άρθρου 38 του ν. 3959/2011, με τίτλο: «Παροχή πληροφοριών»), όπου επεβλήθη η κύρωση της Σύστασης και η εντολή παράλειψης όμοιας συμπεριφοράς στο μέλλον από τις δύο (2) εταιρείες.

ε) Σε συνέχεια των ανωτέρω (και της διεξαχθείσας ακρόασης), η ΕΕΤΤ απέστειλε την υπό στοιχεία 16343/Φ.800/14-05-2019 επιστολή της με την οποία αιτήθηκε από τις δύο (2) εταιρείες αναλυτικά στοιχεία για την «γεωγραφική ταυτότητα» της συμφωνίας της, την διαφοροποίηση η μη της αρχικής λίστας των κεραιών σε σχέση με αυτήν του 2018, τη διευκρίνιση αν γίνεται κοινή χρήση κεραιών και σε κατασκευές (κεραιών) που δεν περιλαμβάνονται στη λίστα της συμφωνίας, αιτούμενη και την ηλεκτρονική υποβολή των υποβληθέντων στοιχείων του Απριλίου του έτους 2019.

στ) Επί της σχετικής επιστολής, οι εταιρείες απήντησαν με τις υπό στοιχεία 7432/Φ.960/30-05-2019 και 7426/Φ.960/28-05-2019 επιστολές τους, αντίστοιχα, σύμφωνα με τις οποίες:

Τόσο η εταιρεία WIND, όσο και η εταιρεία VODAFONE διευκρίνισαν ότι η μεταξύ τους συμφωνία, όπως γνωστοποιήθηκε στην ΕΕΤΤ το 2013, αφορούσε σε σταθμούς βάσης κινητής τηλεφωνίας, οι οποίοι βρισκόταν «επί εδάφους» και εντοπίζονται κυρίως στην περιφέρεια και σε ημιαστικές περιοχές, ενώ οι σταθμοί βάσης κινητής τηλεφωνίας που βρισκόταν «επί κτιρίων» εντοπιζόταν κυρίως σε αστικές περιοχές. Σύμφωνα με τα μέρη, η εφαρμογή της συμφωνίας RAN SHARING δεν βασίζεται σε αποκλειστικά γεωγραφικά κριτήρια, αλλά και σε «κατασκευαστικά», λαμβάνοντας βεβαίως υπόψη τους υφιστάμενους τεχνικούς περιορισμούς. Κατά τις εταιρείες, δεδομένου ότι ο αριθμός των σταθμών επί εδάφους που βρίσκονται σε αστικές/ημιαστικές περιοχές είναι πολύ μικρός, οι εν λόγω σταθμοί συμπεριλαμβάνονται στους σταθμούς κατηγορίας «rural». Διευκρίνισαν πως έως την τότε χρονική στιγμή, το «LTE sharing» υλοποιείται σε σταθμούς επί εδάφους, σύμφωνα με την προσκομισθείσα λίστα του Οκτωβρίου του 2018. Προσέθεσαν δε πως εξέταζαν την τεχνική δυνατότητα επέκτασης της συμφωνίας και σε σταθμούς επί κτιρίων, λαμβάνοντας όμως υπόψη τους τεχνικούς περιορισμούς.

Αναφορικά με το αρχείο που περιλαμβάνει τη λίστα των κατασκευών κεραιών του 2013, τα μέρη ισχυρίστηκαν ότι η αρχική λίστα του 2013 τροποποιήθηκε, αφού άλλοι σταθμοί ήδη αξιοποιήθηκαν, άλλοι αποξηλώθηκαν, ενώ κατασκευάστηκαν και νέοι. Προσκόμισαν περαιτέρω σχετικά αρχεία με τους υφιστάμενους σταθμούς του έτους 2018, λίστα-αρχείο με τους σταθμούς που αποξηλώθηκαν, καθώς και σταθμών που κατασκευάστηκαν μεταγενέστερα. Σε άλλη λίστα, οι εταιρείες παρουσίασαν τους σταθμούς που κατέχει ξεχωριστά η κάθε εταιρεία.

Διευκρινίστηκε τέλος ότι η προσκομισθείσα λίστα των σταθμών κεραιών, δεν αποτελεί επί της ουσίας μια στατική-σταθερή λίστα, αλλά μια διαρκώς μεταβαλλόμενη δυναμική λίστα, η οποία συνεχώς εξετάζεται και μεταβάλλεται, ανάλογα με τον ραδιοσχεδιασμό και την βέλτιστη αξιοποίηση των αναγκών της συμφωνίας. Υπέβαλλαν επίσης και σε ηλεκτρονική μορφή τα προηγουμένως προσκομισθέντα στην ΕΕΤΤ στοιχεία.

ζ) Εν συνεχεία, κατά τον μήνα Ιούλιο του 2019 ακολούθησε σχετική συνάντηση με τα τις εταιρείες με πρωτοβουλία της ΕΕΤΤ και σε συνέχεια της σχετικής συζήτησης απεστάλη στα μέρη η υπό στοιχεία 23998/Φ.800/19-07-2019 επιστολή της ΕΕΤΤ, με την οποία ζητήθηκε από τα μέρη η προσκόμιση της από 10-03-2014 Σύμβασης Υπηρεσιών και των Παραρτημάτων αυτής, η από 10-02-2014 Σύμβαση Μετόχων καθώς και η από 21-05-2018 τροποποίηση αυτών.

η) Σε συνέχεια των ανωτέρω, ακολούθησε η υπ' αρ. 38306/25-11-2019 επιστολή της ΕΕΤΤ προς τα μέρη, τα οποία απέστειλαν στην ΕΕΤΤ με τις υπό στοιχεία 7644/Φ.960/23-12-2019 και 7645/Φ.960/24-12-2019 επιστολές τους, αντίστοιχα. Συγκεκριμένα:

θ) Οι διευκρινίσεις που παρέθεσε η εταιρεία WIND (υπό στοιχεία 7645/Φ.960/24-12-2019)

...

(Τα προσκομισθέντα στοιχεία καλύπτονται από το επιχειρηματικό απόρρητο).

...

Για το ουσιαστικό ζήτημα της ποιοτικής αποτίμησης των ωφελημάτων της συμφωνίας, η εταιρεία αναφέρει: καλύτερη κάλυψη δικτύου, καλύτερη ποιότητα δικτύου και σήματος (λόγω πυκνότερων δικτύων), υψηλότερη ταχύτητα λήψης και υψηλότερη απόδοση, ταχύτερη ανάπτυξη δικτύου, χρονικά προηγούμενη διαθεσιμότητα της κάλυψης των υπηρεσιών και δεσμεύσεων κάλυψης και σαφής εξοικονόμηση κόστους. Κατέληξε δε πως η κοινή χρήση της υποδομής εξοικονομεί CAPEX και OPEX, εξηγώντας ότι υπάρχουν σημαντικές οικονομίες, τόσο σε σταθερά όσο και σε μεταβλητά κόστη, ενώ τόνισε τη βελτίωση της αποτελεσματικότητας αναφορικά με τα κόστη υλοποίησης και χρήσης των υποδομών και βεβαίως βελτίωση των επιλογών των καταναλωτών. Διευκρίνισε τέλος πως οι δύο (2) πάροχοι ανταγωνίζονται μεταξύ τους (και ως προς την κάλυψη), ενώ λόγω χωριστών δικτύων κορμού, ο κάθε πάροχος είναι ανεξάρτητος κατά τη λήψη αποφάσεων των αποκλειστικών του σταθμών.

ι) Οι διευκρινίσεις που παρέθεσε η εταιρεία VODAFONE (υπό στοιχεία 7644/Φ.960/23-12-2019)

Στα ίδια ερωτήματα και στο αυτό πλαίσιο με την εταιρεία WIND, απέστειλε τις απαντήσεις της και η εταιρεία VODAFONE, διευκρινίζοντας περαιτέρω πως:

...

(Τα προσκομισθέντα στοιχεία καλύπτονται από το επιχειρηματικό απόρρητο)

...

Τέλος, στο κρίσιμο ερώτημα που αφορά στην ποσοτικοποίηση των ωφελημάτων της συμφωνίας τους, εξήγησε πως είναι δύσκολη η αποτύπωσή της, αλλά ανέλυσε πως τα έξι (6) χρόνια ισχύος της VICTUS, διαπιστώθηκαν σημαντικές αποτελεσματικότητες, τόσο ως προς τη μορφή «αποδοτικότητας κόστους», όσο και με τη μορφή «ποιοτικών βελτιώσεων», με αποτελέσματα που οδηγούν στην ενίσχυση της αύξησης αξίας της υπηρεσίας. Ειδικότερα, η εταιρεία ανέφερε πως διαπιστώθηκε: καλύτερη κάλυψη δικτύου εσωτερικού και εξωτερικού χώρου, καλύτερη ποιότητα δικτύου και σήματος (λόγω πυκνότερων δικτύων, καλύτερων τοποθεσιών, βελτιωμένο και αποδοτικότερο RAN, κ.λπ.), υψηλότερη ταχύτητα λήψης και υψηλότερη απόδοση, ταχύτερη ανάπτυξη δικτύου, χρονικά προηγούμενη διαθεσιμότητα της κάλυψης των υπηρεσιών σε σχέση με την περίπτωση που δεν θα υπήρχε η συμφωνία και προηγούμενη εκπλήρωση των δεσμεύσεων κάλυψης. Επίσης, ανέλυσε τα οφέλη της «εξοικονόμησης κόστους» που αποτέλεσε βασικό επιχειρηματικό κίνητρο για τους δύο (2) παρόχους, συμπεραίνοντας πως η εξοικονομήθηκαν CAPEX και OPEX από τη συμφωνία, αναφέροντας πως στις περιπτώσεις των συμφωνιών «active sharing» υπάρχει μεγαλύτερη εξοικονόμηση κόστους (ανάλογα με τον τύπο της τεχνολογίας τον χρόνο και τη θέση υλοποίησης της κοινής χρήσης, καταλήγοντας πως προκύπτουν σημαντικές οικονο-

μίες τόσο σε σταθερά όσο και σε μεταβλητά κόστη), με μέρος αυτών να μετακυλιέται στους καταναλωτές. Για τη βελτίωση της αποτελεσματικότητας (αναφορικά με τα διοικητικά κόστη και την αποτελεσματικότερη χρήση φάσματος) τόνισε πως από την «επαναχρησιμοποίηση της συχνότητας», οι χρήστες μπορούν να εκμεταλλεύονται το λιγότερο χρησιμοποιηθέν φάσμα και να προωθείται αποτελεσματικότερη χρήση των «πεπερασμένων πόρων», ενώ υπάρχουν και διοικητικές φύσεως βελτιώσεις αποτελεσματικότητας. Ως προς τη βελτίωση των επιλογών των καταναλωτών και το κοινωνικό όφελος, που ενδεχομένως προέκυψε για τους τελικούς χρήστες, η εταιρεία ανέφερε πως αυτό ήταν αυτονόητο, αφού από την κοινή χρήση υποδομών των δύο (2) παρόχων προσεφέρθηκαν υπηρεσίες σε περιοχές που δεν θα ήταν εφικτό σε «ατομικό επίπεδο» να παρασχεθούν λόγω του υψηλού κόστους και αποτελούν οφέλη προς το δημόσιο συμφέρον. Προσέθεσε δε πως προέκυψαν επίσης περιβαλλοντολογικά οφέλη και οφέλη υγείας, καθώς και μείωση της κατανάλωσης ενέργειας, από την συμφωνία και την κοινή χρήση των υποδομών. Ως προς τη διατήρηση των κινήτρων από τις δύο (2) εταιρείες και τη δυνατότητα ανταγωνισμού μεταξύ τους, η εταιρεία υποστήριξε πως υλοποιήθηκαν μεν υψηλές επενδύσεις, διατηρήθηκε δε η δυνατότητα ανταγωνισμού μεταξύ των δύο (2) παρόχων στο ακέραιο, δεδομένου ότι η κοινή χρήση δεν περιελάμβανε τα δίκτυα κορμού των δύο (2) εταιρειών, ούτε τα δικαιώματα χρήσης ραδιοσυχνοτήτων και συνεπώς εκάστη εταιρεία είναι ανεξάρτητη στη λήψη αποφάσεων των αποκλειστικών της σταθμών. Ως προς το ζήτημα της «ανταλλαγής ευαισθητών πληροφοριών» μεταξύ των δύο (2) συμβεβλημένων παρόχων, η εταιρεία υποστήριξε πως δεν υπάρχει τέτοιος κίνδυνος, δεδομένου ότι έχουν ληφθεί όλα τ' απαραίτητα μέτρα (βλ. Κώδικας Συμμόρφωσης στο Δίκαιο του Ανταγωνισμού).

Τέλος, τόνισε πως η συμφωνία και η επέκτασή της δεν συνεπάγονται καμία μορφή πραγματικών ή δυνητικών αντι-ανταγωνιστικών αποτελεσμάτων στη σχετική αγορά, τηρούνται όλοι οι ορισθέντες από την απόφαση της ΕΕΤΤ όροι και στην περίπτωση που θεωρηθεί ότι η συμφωνία υπάγεται ζήτημα εφαρμογής της παρ. 1 του άρθρου 1 του ν. 3959/2011, τονίζει ότι πληρείται η παρ. 3 του εν λόγω άρθρου ως προς την ποσοτική-ποιοτική ανάλυση των αποτελεσμάτων αυτής.

Τέλος, ακολούθησαν η υπ' αρ. 15816 και 15817 επιστολές της ΕΕΤΤ προς την κάθε εταιρεία χωριστά, αιτούμενη κάποιες επιπλέον διευκρινίσεις, στην οποία τα μέρη απέστειλαν τις υπ' αρ. 7848/26-06-2020 και 7851/29-06-2020 επιστολές τους, αντίστοιχα.

2) Επεξεργασία του συνόλου των στοιχείων/απαντήσεων της συμφωνίας επέκτασης των δύο (2) εταιρειών με βάση το κείμενο Ευρωπαϊκό ρυθμιστικό πλαίσιο για την εξέταση των συμφωνιών κοινής χρήσης δικτύων (BEREC)

Μετά την παροχή των απαραίτητων διευκρινίσεων, τα προσκομισθέντα έγγραφα και τον έλεγχο που ακολούθησε από την ΕΕΤΤ στους χάρτες κάλυψης δικτύου, στη λίστα των σταθμών βάσης ανά Δήμο-Κοινότητα ανά την Επικράτεια, η ΕΕΤΤ στηριζόμενη μεταξύ άλλων στις κατευθύνσεις της έκθεσης του BEREC, που περι-

λαμβάνει την παρουσίαση των «κοινών ορισμών» των διαφορετικών μορφών κοινής χρήσης υποδομών, τους σημαντικούς «στόχους» (και γενικές αρχές) που πρέπει να λαμβάνουν υπόψη τους οι αρχές όταν αξιολογούν συμφωνίες κοινής χρήσης δικτύου, καθώς και τους «κοινούς παράγοντες» που πρέπει να λαμβάνονται υπόψη στην αξιολόγηση τέτοιας μορφής συμφωνιών, διαπίστωσε πως:

Οι δύο (2) εταιρείες δραστηριοποιούνται στην αγορά δικτύων και υπηρεσιών κινητών τηλεπικοινωνιών. Η κοινή χρήση δικτύου μπορεί να λάβει χώρα σε διάφορα επίπεδα και συνεπάγεται διαφορετικούς βαθμούς συνεργασίας. Ο βαθμός ανεξαρτησίας που διατηρούν οι συμμετέχοντες φορείς εκμετάλλευσης εξαρτάται από το ποια στοιχεία των δικτύων χρησιμοποιούν από κοινού, καθώς και από την υπόλοιπη δυνατότητά τους να εγκαθιστούν ξεχωριστά στοιχεία (ελευθερία σχεδιασμού). Η βασική διάκριση στη συμφωνία κοινής χρήσης δικτύου των συμβαλλομένων είναι αυτή μεταξύ του δικτύου πρόσβασης ραδιοεπικοινωνίας (RAN) και του δικτύου πυρήνα ή κορμού. Στην υπό κρίση περίπτωση, οι εταιρείες προβαίνουν σε κοινή χρήση δικτύων πρόσβασης (Radio Access Network Sharing - RAN Sharing) και όχι σε από κοινού χρήση δικαιωμάτων χρήσης ραδιοσυχνότητων (no Spectrum Sharing) ή στοιχείων του δικτύου κορμού (no Core Sharing).

Οι δύο (2) πάροχοι και ανταγωνιστές προχώρησαν στην εν λόγω συμφωνία ως οι νούμερο 2 και νούμερο 3 παίκτες της ελληνικής αγοράς της κινητής, τη στιγμή που ο τρίτος και μεγαλύτερος ανταγωνιστής τους, ήτοι η εταιρεία Cosmote SA κατέχει στην εν λόγω αγορά μερίδιο μεγαλύτερο του 50%.

Η επέκταση της συμφωνίας σε LTE (4G) χαρακτηρίζεται ξεκάθαρα ως μια συμφωνία κοινής χρήσης του ενεργητικού εξοπλισμού (Active sharing) των δύο (2) εταιρειών, σύμφωνα με τον ορισμό⁷⁰ που δίνει το BEREC στην

70 Passive sharing is the common use by two or more operators of passive elements of their respective networks. Passive elements are those which are not able to process or convert telecommunication signals in any way and which are not integrated parts of the system dedicated specifically to the conveyance of signals. Passive elements are sometimes referred to as "unpowered components" as these elements usually do not require a power supply. This is however not always the case. For instance, air conditioning for cooling equipment might be considered a passive element, but usually requires an external power supply. Passive sharing can encompass the sharing of passive backhaul elements.

Co-location is a form of passive sharing where the operators share the same location (such as compound, base station sites, rooftops, etc.) for the construction of the base stations. It could be limited to a common access to the location. It could also include the use of common masts and other mounting/supporting constructions or cabinets including related installations (such as air conditioning, power supply etc.).

Site sharing is a form of co-location where two or more operators agree to deploy their masts or other supporting constructions in the same location. Typically, each operator provides own mast, backhaul, cabinets and active equipment.

Mast sharing is a form of co-location where two or more operators agree to use the same mast or other supporting construction. Generally, each operator provides own backhaul, cabinets and active equipment.

έκθεσή του για την κοινή χρήση υποδομών⁷¹, δεδομένου ότι αφορά στο δίκτυο RAN sharing αυτών και συνεπώς τα μέρη χρησιμοποιούν τον ίδιο ενεργητικό εξοπλισμό (active equipment), συμπεριλαμβανομένων των σταθμών βάσης τους και των κεραιών τους, προκειμένου για τη παραγωγή, ενίσχυση, επεξεργασία και μετάδοση σημάτων στα δίκτυά τους. Η έρευνα της EETT διεπίστωσε επίσης πως οι δύο (2) εταιρείες κάνουν και κοινή χρήση κεραιών, η οποία ως κατηγορία περιλαμβάνεται (βάσει της έκθεσης του BEREC) επίσης στα ενεργητικά περιουσιακά στοιχεία των δικτύων που μοιράζονται⁷² (active sharing). Εντούτοις, η κοινή χρήση των δικτύων τους δεν αφορά στην κοινή χρήση φάσματος, ούτε στη κοινή χρήση στοιχείων του βασικού δικτύου κορμού αμφότερων των εταιρειών. Ειδικότερα, η συμφωνία ανήκει στην κατηγορία «Multi-Operator Radio Access Network» (MORAN), δεδομένου ότι δε γίνεται κοινή χρήση φάσματος και δικτύου κορμού, ενώ οι ανταγωνιστές παρέχουν φαινομενικά τις υπηρεσίες τους με τις δικές συχνότητες φάσματος ο καθένας.

Η επεξεργασία της EETT καταλήγει πως η επέκταση της συμφωνίας στην τεχνολογία 4G υλοποιείται βασικά στρατηγικά σε ημι-αστικές και αγροτικές περιοχές (βλ. ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι) και δεν στοχεύει στα μεγάλα αστικά κέντρα, ενώ η αρχική από 2013 συμφωνία τους δεν περιείχε, αυστηρούς γεωγραφικούς περιορισμούς και αφορούσε μεν κατασκευές κεραιών σε αστικές, ημιαστικές και αγροτικές περιοχές της Ελληνικής Επικράτειας, πλην όμως

71 See BEREC Common Position on Mobile Infrastructure Sharing, BoR (10) 110, 13 June 2019.

72 Active sharing is the common use by two or more operators of active elements of their respective networks. Active elements are those which are able to generate, process, amplify and control signals. Examples of active elements are very diverse and include many different types of electronic equipment (hardware and software) capable of various functions (transmitters, receivers, amplifiers, decoders etc.). While antennas have been traditionally classified as passive elements, technology advance has led to a paradigm shift to active antenna systems (AAS), which are considered a key enabler for 5G networks. Such antennas (or antenna arrays) can also be considered as active when equipped with radio frequency units such as amplifiers and signal processing elements. Furthermore, 5G, including virtualization technology, may enable new forms of network sharing, in particular for building common network slices tailored to specific services.

RAN sharing is a form of active sharing where two or more operators agree to use the same access network equipment, including base station active equipment and possibly the antenna. Each operator uses its own core network. This type of active sharing itself can typically be split into two types, depending on whether operators share the same spectrum or not:

- Multi-Operator Radio Access Network (MORAN) sharing is a form of RAN sharing where only equipment is shared (i.e. not spectrum). The end-users of each operator access the services of their respective MNO with the frequencies of their respective MNO.

- Multi-Operator Core Network (MOCN) sharing is a form of RAN sharing where all elements of the radio access network, including spectrum, are shared. The end-users of each operator can access the services of their respective MNO through all the frequencies that are shared in the access network. The frequencies can be provided by one or several operators that are part of the sharing. When the frequencies of several operators are used, it is called MOCN with frequency (or spectrum) pooling.

επικεντρωνόταν στην Περιφέρεια (βλ. ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι). Οι πάροχοι διευκρίνισαν επίσης πως δεν κάνουν κοινή χρήση σε σταθμούς βάσης «εκτός της υπογραφείσης συμφωνίας» ανά την Ελληνική επικράτεια.

Η ΕΕΤΤ στην γεωγραφική αποτύπωση της συμφωνίας και στη διερεύνηση των τοποθεσιών των σταθμών βάσης, διεπίστωσε πως πράγματι έως και το τέλος του 2018, η εικόνα υλοποίησης της συμφωνίας και εντοπισμού των σταθμών βάσης «έδειχνε» όντως μόνο σταθμούς βάσης τύπου greenfield⁷³, οι οποίοι βρισκόταν σε αστικές και ημιαστικές περιοχές.

Εντούτοις, στην επεξεργασία των στοιχείων του 2019, ο έλεγχος της ΕΕΤΤ κατέληξε πως μεταξύ των σταθμών βάσης στους οποίους γινόταν κοινή χρήση σε τεχνολογία LTE από τις δύο (2) εταιρείες, που όντως εντοπιζόταν στην πλειοψηφία τους στις ημι-αστικές και αγροτικές περιοχές, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στους όρους της συμφωνίας τους, υπήρχαν και... σταθμοί επί κτιρίων ιδίως σε αστικές περιοχές (rooftop), στοιχείο που όμως έρχεται σε αντίθεση με τους επαναλαμβανόμενους ισχυρισμούς των μερών και τις γεωγραφικές προβλέψεις της συμφωνίας.

Περαιτέρω, η εταιρεία WIND, δήλωσε με την τελευταία της επιστολή για τα στοιχεία του έτους 2019, ότι κάνει κοινή χρήση LTE με την εταιρεία VODAFONE σε... σταθμούς, ενώ η εταιρεία VODAFONE σε... αντίστοιχα. Τα εν λόγω στοιχεία δεν ήταν δυνατό να ευσταθούν, δεδομένου ότι η «κοινή χρήση» των σταθμών βάσης θα έπρεπε να εμφανίζει το ίδιο ακριβώς νούμερο. Επίσης, η αποστολή των στοιχείων των δύο (2) εταιρειών, έδειξε ότι η εταιρεία VODAFONE έχει... σταθμούς βάσης rooftop επί κτιρίων (ιδίως σε αστικά κέντρα), ενώ η εταιρεία WIND κανένα.

Κατόπιν σχετικού αιτήματος διευκρίνισης της ΕΕΤΤ, η εταιρεία WIND απέστειλε με την υπό σχετική κθ' επιστολή της σχετική διευκρίνιση προσκομίζοντας τελικώς όμοια στοιχεία με την εταιρεία Vodafone (... σταθμούς κοινής χρήσης).

Ως αναφέρθηκε, το τελευταίο αυτό εύρημα στην προσκόμιση στοιχείων για το έτος 2019, βάσει του οποίου και οι δύο (2) εταιρείες επιβεβαίωσαν ρητώς στην ΕΕΤΤ ότι έχουν υλοποιήσει... σταθμούς rooftop (σταθμούς επί κτιρίων) ιδίως σε αστικά κέντρα (βλ. ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι), φαίνεται να μη συνάδει με τον πυρήνα της συμφωνίας επέκτασης στην τεχνολογία LTE, καθώς και με τις, έως την τρέχουσα στιγμή, επιβεβαιώσεις των δύο (2) μερών για τους γεωγραφικούς σκοπούς της επέκτασής της, αποκλειστικά σε αγροτικές και ημι-αστικές περιοχές. Εν ολίγοις, το εν λόγω στοιχείο (που όμως αποτελεί την μειοψηφία στην υπόλοιπη υλοποίηση της συμφωνίας), φαίνεται να διαφοροποιείται από την γεωγραφική εικόνα της συμφωνίας και την αρχική στόχευσή της, δημιουρ-

⁷³ Διευκρινίζεται πως τις κατηγορίες-ορισμούς των σταθμών βάσης σε greenfield και rooftop έδωσαν στην ΕΕΤΤ και οι δύο (2) εταιρείες, αποσαφηνίζοντας πως τα κριτήρια αξιολόγηση για την εφαρμογή της συμφωνίας δεν είναι αυστηρά γεωγραφικά, αλλά και κατασκευαστικά, δηλώνοντας ότι ως rural sites ορίζονται οι σταθμοί βάσης «επί εδάφους», οι οποίοι εντοπίζονται στην περιφέρεια και σε ημι-αστικές περιοχές και ως rooftop sites ορίζονται οι σταθμοί βάσης κινητής τηλεφωνίας, οι οποίοι βρίσκονται «επί κτηρίων».

ώντας προβληματισμούς και για την περαιτέρω υλοποίησή της.

Με εξαίρεση το τελευταίο στοιχείο (που αφορά μόνο στα στοιχεία του έτους 2019) και τα ορισθέντα στο REPORT TOY BEREC - PAPER [BOR (19) 110]], η κατηγορία συμφωνίας μεταξύ των εταιρειών VODAFONE και WIND, που αποτελεί μια RAN SHARING MORAN τύπου συμφωνία, ανήκει στις κατηγορίες που δεν κρίνονται καταρχήν «απαγορευτικές» για τη δημιουργία αντι-ανταγωνιστικών αποτελεσμάτων στην αγορά, αφού από αυτές αναμένεται να πραγματοποιηθούν οφέλη, εφόσον όμως πληρούνται ορισμένες προϋποθέσεις, μεταξύ των οποίων και αυτή της συγκεκριμένης «γεωγραφικής υλοποίησης» της συμφωνίας.

Συγκεκριμένα, βάσει του πλαισίου «εξαιρούνται» οι συμφωνίες που υλοποιούνται σε μη-αστικές - πυκνοκατοικημένες περιοχές, με την εξασφάλιση του βαθμού ουσιαστικής δυνατότητας ανεξαρτητοποίησης και αυτόνομης δράσης (στη λήψη των αποφάσεων) των συμμετεχόντων μερών σε αυτές, τη μη παρεμπόδιση ουσιαστικής πρόσβασης στα τρίτα μέρη και βεβαίως την τήρηση αυστηρών κανόνων «πολιτικής» στην ανταλλαγή των ευαίσθητων πληροφοριών μεταξύ των μερών. Με λίγα λόγια, μια συμφωνία που υλοποιείται σε αστικές και πυκνοκατοικημένες περιοχές, δεν αποδεικνύει οφέλη, παρά μόνο ενδείξεις και κινδύνους συντονισμού μεταξύ των συμμετεχόντων ανταγωνιστών (με συνακόλουθη ενδεχόμενη παραβίαση των συνθηκών ανταγωνισμού στη σχετική αγορά).

Σύμφωνα με την ως άνω έκθεση του BEREC, οι συμφωνίες κοινής χρήσης δικτύου παράγουν προφανή θετικά αποτελέσματα και φέρεται να αποδίδουν σημαντικά οφέλη, όταν βασικά υλοποιούνται σε περιοχές, όπου ο ανταγωνισμός επί των υποδομών δεν είναι εύκολα εφικτός και υλοποιήσιμος και δεν υπάρχει ούτε η μίνιμουμ παρεχόμενη υπηρεσία⁷⁴.

Στις περιπτώσεις αυτές, ως οφέλη καταγράφονται η μείωση των δαπανών (cost reduction) για τους παρόχους, ιδίως στις περιπτώσεις που η κοινή χρήση αφορά στα ενεργητικά στοιχεία της υποδομής αυτών (δηλ. στην περίπτωση του active sharing), η μεγαλύτερη αποτελεσματικότητα αναφορικά με τα διοικητικά κόστη (και τη «διευκόλυνση» που φέρουν στις προβλεπόμενες σχετικές διαδικασίες), η αποτελεσματική χρήση του φάσματος, η μεγαλύτερη έμφαση στις επιλογές των καταναλωτών, τα οφέλη για το δημόσιο συμφέρον, δεδομένης της προστασίας του περιβάλλοντος και της δημόσιας υγείας, κ.ά. Η ίδια έκθεση όμως, παραθέτει και τους σχετικούς «προβληματισμούς» που γεννώνται για τον ανταγωνισμό, συνεπεία τέτοιας μορφής συμφωνιών μεταξύ ανταγωνιστών, ιδίως βάσει «γεωγραφικών προϋποθέσεων», κατηγοριοποιώντας τα μειονεκτήματα που μπορεί να έχουν, συμπεριλαμβανομένου του κινδύνου τα συμμετέχοντα μέρη σε μια τέτοια συμφωνία να προβούν σε συμπαιγνία, να έχουν «μειωμένα κίνητρα» να προβούν σε επενδύσεις αναφορικά με την αναβάθμιση του δικτύου τους ή σε επενδύσεις στην τεχνολογία, αυτόνομα και ανεξάρτητα από το άλλο μέρος. Ιδίως στις περι-

⁷⁴ Βλ. σ. 16 BoR (19) 110.

πτώσεις της ενεργητικής κοινής χρήσης (active sharing), τα συμμετέχοντα μέρη, λόγω της μεταξύ τους συμφωνίας, «αποφεύγουν» συνήθως να διαφοροποιηθούν και ως προς την παροχή υπηρεσιών και συνεπώς μειώνουν έτσι εμμέσως και τις τελικές επιλογές των καταναλωτών.

Βεβαίως, πρέπει να τονιστεί, ότι οι πλέον «ακίνδυνες» για τον ανταγωνισμό συμφωνίες κοινής χρήσης δικτύου είναι οι συμφωνίες κοινής χρήσης της «παθητικής υποδομής» (passive sharing) των παρόχων, όπου δηλαδή τα μέρη μοιράζονται μόνο τα παθητικά στοιχεία των δικτύων τους, δηλαδή αυτά που δεν χρειάζονται παροχή ενέργειας για να λειτουργήσουν, αφού δεν δύνανται να μεταφέρουν τηλεπικοινωνιακό σήμα και είναι Εξ ορισμού περιορισμένη η χρήση τους. Στις συμφωνίες που προβλέπεται κοινή χρήση των ενεργητικών σημείων του δικτύου των μερών (ACTIVE SHARING), αυτές και πάλι, κατά την έκθεση του BEREC δεν κρίνονται καταρχήν απαγορευτικές, και εξετάζονται διεξοδικά, εφόσον όμως εμπίπτουν στην κατηγορία, όπου δεν γίνεται κοινή χρήση φάσματος ή δικτύου κορμού των μερών και εξετάζονται κατά περίπτωση, με βάση τα περιγραφόμενα κριτήρια της γεωγραφικής ταυτότητας, της εξασφάλισης μέτρων μη ανταλλαγής των ευαίσθητων πληροφοριών κ.ά.

Συνεπεία των ανωτέρω εξετασθέντων, η συμφωνία επέκτασης σε LTE των εταιρειών VODAFONE WIND, ανήκει καταρχήν στον πυρήνα της των «επιτρεπόμενων» συμφωνιών κοινής χρήσης δικτύου, που παράγουν αναμενόμενα οφέλη και δεν αναμένεται να προκαλέσουν άμεσο κίνδυνο στρέβλωσης του ανταγωνισμού στη σχετική αγορά, στην οποία όπως ήδη προαναφέρθηκε η κυρίαρχη εταιρεία «Cosmote SA» διαθέτει δικό της εκτενές δίκτυο σταθμών βάσης και κεραιών σε αστικές, ημιαστικές και αγροτικές περιοχές της χώρας. Εντούτοις, η ίδια συμφωνία από το έτος 2019 και εφεξής, φαίνεται να περιέχει και ένα μικρό υποσύνολο σταθμών βάσης (... από το σύνολο των...), επί κτιρίων, που υλοποιήθηκαν ιδίως σε αστικά κέντρα, δε συνάδουν με τα προβλεπόμενα σε αυτήν, ούτε με τις δεσμεύσεις των μερών και δε φαίνεται να μπορεί να χαρακτηριστεί ως ένα θετικό στοιχείο της συμφωνίας επέκτασης των δύο (2) εταιρειών.

Συνεπώς, η ΕΕΤΤ, δεδομένης της τελευταίας εικόνας, πρέπει να επιφυλαχθεί για την περαιτέρω γεωγραφική υλοποίηση της συμφωνίας επέκτασης των δύο (2) εταιρειών από το έτος 2019 και έπειτα.

VIII) Αξιολόγηση της συμφωνίας βάσει των διατάξεων του Δικαίου του ελεύθερου Ανταγωνισμού - Ανάλυση του συνόλου των στοιχείων/απαντήσεων με βάση τις διατάξεις του Δικαίου του Ανταγωνισμού (άρθρο 1 του ν. 3959/2011 και άρθρο 101 ΣΛΕΕ)

Κατά την αξιολόγηση της συγκεκριμένης συμφωνίας επί τη βάση των διατάξεων των άρθρων 1 και 4 του ν. 3959/2011, η ΕΕΤΤ προχώρησε σε διεξοδική ανάλυση των πτυχών της ελληνικής αγοράς της κινητής τηλεφωνίας για την διερεύνηση των εμφανών ή μη κινδύνων, που μπορεί να προκύψουν συνεπεία της συμφωνίας.

Επισημαίνεται στο σημείο αυτό, πως η αξιολόγηση μιας συμφωνίας/σύμπραξης από την αρχή ανταγωνισμού

με βάση το άρθρο 1 γίνεται σε δύο (2) στάδια⁷⁵. Κατά το πρώτο στάδιο αξιολογείται κατά πόσο μια συμφωνία μεταξύ επιχειρήσεων μπορεί να έχει αντι-ανταγωνιστικό αντικείμενο, πραγματικά ή δυνητικά αντι-ανταγωνιστικά αποτελέσματα. Κατά το δεύτερο στάδιο, που όμως υφίσταται μόνο εφόσον διαπιστώνεται ότι μια συμφωνία περιορίζει τον ανταγωνισμό, εξετάζεται αν από τη συμφωνία προκύπτουν, ως αντιστάθμισμα ευνοϊκά για τον ανταγωνισμό αποτελέσματα υπερσχύοντα έτσι των δυσμενών για τον ανταγωνισμό συνεπειών. Αυτή η στάθμιση των υπέρ και των κατά του ανταγωνισμού αποτελεσμάτων διεξάγεται αποκλειστικά στο πλαίσιο της παρ. 3 του άρθρου 101⁷⁶. Επίσης, η εξέταση (και η εξαίρεση) μιας συμφωνίας βασίζεται στα δεδομένα της στιγμής.

Συνεπώς, η όποια, έστω και ελάχιστη μελλοντική τροποποίηση της συμφωνίας στο σύνολό της ή στους όρους της, η διαπίστωση από την αρχή ανταγωνισμού διαφορετικής «εικόνας» από αυτήν που παρουσίασαν οι συμβληθείσες εταιρείες, ή η μελλοντική αλλαγή των συνθηκών της αγοράς, δεν συνεπάγεται ουδεμία δέσμευση της αρχής ανταγωνισμού (εκ προκειμένων της ΕΕΤΤ) από την παρούσα αξιολόγηση. Το βάρος της απόδειξης ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις της παρ. 3 του άρθρου 101, φέρουν εξάλλου οι επιχειρήσεις⁷⁷, που επικαλούνται το ευεργέτημα της απαλλαγής. Όπως επίσης αναφέρθηκε, συμφωνίες οι οποίες περιέχουν κάποιον εκ των σοβαρών περιορισμών του ανταγωνισμού (hard core restrictions) δεν είναι δυνατόν να κριθεί ότι είναι ωφέλιμες και πληρούν τις προϋποθέσεις της παρ. 3 του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 (και αντίστοιχα του άρθρου 101 ΣΛΕΕ).

Συνεπώς, θα πρέπει πρωτίστως ν' αξιολογήσει η ΕΕΤΤ αν η εν λόγω συμφωνία επέκτασης σε LTE εμποδίζει τον ανταγωνισμό στην σχετική αγορά και εκ των υστέρων να εξετάσει τα οφέλη και τις υπόλοιπες προϋποθέσεις της παρ. 3 του άρθρου 1, οι οποίες όμως πρέπει να πληρούνται σωρευτικά.

Επί αυτού, διαπιστώνεται ότι καταρχήν η εξεταζόμενη συμφωνία:

α) Δεν περιέχει στο σώμα της κάποιον σοβαρό περιορισμό του ανταγωνισμού, εξ αυτών που αναφέρει και απαγορεύει η νομοθεσία (και η νομολογία), δεδομένου ότι πέρα από τους όρους της συμφωνίας, ούτε «καθορισμό τιμών» ή άλλων «όρων συναλλαγής» περιέχει, ούτε περιορισμό της παραγωγής, της διάθεσης ή της τεχνολογικής ανάπτυξης ή των επενδύσεων κάνει (μάλλον στοχεύει σε περαιτέρω υλοποίηση επένδυσης η ίδια), ούτε σε κατανομή των αγορών ή των πηγών εφοδιασμού φαίνεται να προσβλέπει, ούτε εφαρμογή άνισων όρων για ισοδύναμες συναλλαγές προκύπτει και τέλος δεν προβλέπεται κάποια εξάρτηση σύναψης σύμβασης ασύνδετη με το αντικείμενό της συμφωνίας.

⁷⁵ Ανακοίνωση της Επιτροπής - Κατευθυντήριες γραμμές για την εφαρμογή της παρ. 3 του άρθρου 81 της Συνθήκης, C 101/27/04/2004, σ. 0097-118.

⁷⁶ Βλ. σ. 318, Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού, Τζουγανάτος.

⁷⁷ Βλ. GlaxoSmithKline, C-501/06 P, C-513/06, C-515/06 και C-519/06 P.

Συνεπώς, εκ πρώτης όψεως δε φαίνεται να μπορεί να τεκμηριωθεί απ' την ΕΕΤΤ «περιοριστικό αντικείμενο» από τους περιεχόμενους όρους της και ιδίως τα προσκομιζόμενα στοιχεία των μερών. Επομένως, δεν πληρείται η απαραίτητη προϋπόθεση που αποτελεί το πρώτο στάδιο της αξιολόγησης, προκειμένου να προχωρήσει εκ των υστέρων η εξέταση των ενδεχόμενων πλεονεκτημάτων που φέρει.

Εντούτοις, και παρ' ότι δεν πληρούνται οι ανωτέρω προϋποθέσεις, η ΕΕΤΤ, για λόγους πολιτικής, προχώρησε περαιτέρω σε διεξοδική ανάλυση των αποτελεσμάτων και κινδύνων που μπορεί να προκύψουν από την επέκταση της εν λόγω συμφωνίας κοινής χρήσης δικτύου, λαμβάνοντας κυρίως υπόψη:

- α) τη δομή της ελληνικής ολιγοπωλιακής αγοράς της κινητής τηλεφωνίας στην Ελλάδα,
- β) τους υψηλούς φραγμούς εισόδου στην αγορά της κινητής (οικονομίες σκοπού και κλίμακος),
- γ) τους σπάνιους πόρους (φάσμα),
- δ) τον κίνδυνο συμπαιγνίας των δύο (2) παρόχων (εκ των τριών παρόχων της κινητής),
- ε) την ανταλλαγή των ευαίσθητων πληροφοριών [και συνεπώς τον συντονισμό των δύο (2) παρόχων στην άσκηση πολιτικής],
- στ) την ενδεχόμενη δυσχέραση της πρόσβασης των τρίτων μερών στο δίκτυο, και βεβαίως
- ζ) τα όποια αντικειμενικά οφέλη παράγονται από τη συμφωνία κοινής χρήσης δικτύων.

1) Οι ανησυχίες της ΕΕΤΤ επί των ενδεχόμενων οριζόντιων αντι-ανταγωνιστικών αποτελεσμάτων της συμφωνίας επέκτασης κοινής χρήσης του δικτύου από τους δύο (2) παρόχους επί τη βάση του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 και την παρ. 1 και 3 του άρθρου 101 ΣΛΕΕ

Για τις αντι-ανταγωνιστικές επιπτώσεις μιας οριζόντιας συνεργασίας έχει γίνει εκτενής ανάλυση τόσο στη θεωρία όσο και στη νομολογία. Συνήθως κατατάσσονται με βάση τις επιχειρήσεις στις οποίες αφορούν, περαιτέρω με βάση το αντικείμενο στο οποίο αφορούν ή στις αγορές στις οποίες εντοπίζονται⁷⁸. Έτσι, οι επιπτώσεις μπορεί να σχετίζονται αποκλειστικά με τις συνεργαζόμενες επιχειρήσεις (το αντικείμενο της δραστηριότητας, αγορές επόμενου ή προηγούμενου σταδίου ή μη σχετιζόμενες με το αντικείμενο αγοράς), με τρίτες επιχειρήσεις ή/και ταυτόχρονα με τις συνεργαζόμενες και τρίτες επιχειρήσεις. Η διάκριση κατά αντικείμενο και κατά αγορά δείχνει και το εύρος των επιπτώσεων της οριζόντιας συνεργασίας⁷⁹.

Βάσει της ευρωπαϊκής πρακτικής, κύρια προβλήματα ανταγωνισμού που μπορεί να προκύψουν και πρέπει ν' αντιμετωπίσει μια αρχή ανταγωνισμού εξετάζοντας μια συμφωνία κοινής χρήσης δικτύου είναι: ο κίνδυνος συμπαιγνίας των μερών της συμφωνίας στις αγορές της χονδρικής (ιδίως με την άρνηση παροχής υπηρεσιών σε τρίτους και επίσης στους ΜVΝΟΣ), ο ενδεχόμενος αντίκτυπος στους διαγωνισμούς του φάσματος (συνεννόηση

⁷⁸ Bellamy and Child, European Community Law of Competition (7η έκδοση 2013).

⁷⁹ Βλ. Ε. Μαστρομανώλη, Δίκαιο του Ελεύθερου Ανταγωνισμού, 2η έκδοση, σ. 396.

για «κοινή αγορά» ραδιοσυχνοτήτων κ.λπ.), αποκλεισμός άλλων μη χρησιμοποιούμενων παθητικών υποδομών (sites), η ανταλλαγή ευαίσθητων πληροφοριών (που είναι κρίσιμη για την άσκηση εμπορικής πολιτικής του κάθε ανταγωνιστή-παρόχου, η μείωση του βαθμού του ανταγωνισμού ή και η έλλειψη κινήτρων στους δύο (2) ανταγωνιστές σε παραμέτρους όπως η βελτίωση της «κάλυψης» ή/και η ανάπτυξη νέων τεχνολογιών από τον καθένα, κ.ά.

Σε κάθε περίπτωση βέβαια, όλα τα παραπάνω αξιολογούνται σε σχέση με τα αναμφισβήτητα θετικά αντισταθμιστικά αποτελέσματα που προκύπτουν από τέτοιας μορφής συμφωνίες και περιλαμβάνουν, μεταξύ άλλων την «μείωση των εξόδων» (cost savings) για τις εταιρείες-παρόχους (προκειμένου να μπορέσουν να επενδύσουν στην αναβάθμιση των δικτύων τους και άρα στην βελτίωση τη παρεχόμενης υπηρεσίας), τη βέλτιστη κάλυψη του δικτύου (ιδίως σε «μη εμπορικού ενδιαφέροντος» περιοχές), τη μείωση της περιβαλλοντολογικής φθοράς (λόγω λιγότερου αριθμού σταθμών, παρεμβολών και εξοικονόμησης ενέργειας), κ.ά.

Είναι σαφές, ότι η κοινοποιηθείσα συμφωνία είναι αναμφισβήτητα μια οριζόντια συμφωνία συνεργασίας μεταξύ των δύο ανταγωνιστών της ελληνικής ολιγοπωλιακής αγοράς της κινητής τηλεφωνίας. Ως προαναφέρθηκε, η εν λόγω συμφωνία δεν έχει μεν ως αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω ρητρών ή όρων ρητού καθορισμού των τιμών, περιορισμού της παραγωγής ή κατανομής αγορών ή πελατών, αλλά θα μπορούσε δυνητικά να είχε ως αποτέλεσμα τον περιορισμό του ανταγωνισμού στην σχετική ολιγοπωλιακή αγορά της κινητής τηλεφωνίας, δεδομένου ότι οι εταιρείες Vodafone και Wind είναι δύο ευθέως ανταγωνίστριες εταιρείες σε όλες τις υπηρεσίες και προϊόντα που παρέχουν, όσον αφορά στα ψηφιακά κινητά δίκτυα και τις παρεχόμενες υπηρεσίες 2G και 3G (και 4G) στη σχετική/ές αγορά/ές.

Ο παραλληλισμός της συμπεριφοράς των επιχειρήσεων-ανταγωνιστών σε ολιγοπωλιακές αγορές έχει αναλυθεί εκτενώς για τους κινδύνους που ελλοχεύει. Ειδικά το ολιγοπώλιο χαρακτηρίζεται ως γνωστόν από μικρό αριθμό επιχειρήσεων, οι οποίες βρίσκονται μεταξύ τους σε στρατηγική αλληλεξάρτηση⁸⁰. Έτσι, τα κέρδη της επιχείρησης εξαρτώνται όχι μόνο από τις επιλογές της ίδιας, αλλά και από τις επιλογές των άλλων επιχειρήσεων στην αγορά. Στην ολιγοπωλιακή αγορά, οι πωλητές έχουν επίγνωση της αλληλεξάρτησης της συμπεριφοράς τους, διαμορφώνουν την στρατηγική τους συνεκτιμώντας τις αναμενόμενες αντιδράσεις των ανταγωνιστών τους.

Εξ αυτού του λόγου, ο παραλληλισμός της συμπεριφοράς είναι πολύ ευκολότερος απ' ό,τι σε αγορές με διαφορετική διάρθρωση, με κρίσιμα κριτήρια τον αριθμό των επιχειρήσεων, τα εμπόδια εισόδου, τη διαφάνεια της αγοράς, τα χαρακτηριστικά της κάθε επιχείρησης, το είδος του ανταγωνισμού, κ.ά.

Πρέπει συνεπώς καταρχήν η αρχή ανταγωνισμού να εξετάσει και να διασφαλίσει τη μη ανταλλαγή των ευαίσθητων πληροφοριών μεταξύ των μερών-ανταγωνιστών,

⁸⁰ Βλ. Τζουγανάτος, σ. 240.

και να διερευνήσει αν και κατά πόσο εξακολουθούν να παραμένουν ανταγωνιστές οι δύο (2) συμβεβλημένοι πάροχοι.

2) Επί της ελληνικής αγοράς της κινητής τηλεφωνίας (ανάτη και κατάντη αγορά)

Ως προαναφέρθηκε, στον ορισμό της σχετικής αγοράς (βλ. ανωτέρω παρ. θ') προσδιορίζονται τα όρια, εντός των οποίων ασκείται ο ανταγωνισμός μεταξύ των επιχειρήσεων και επιτρέπεται έτσι ο καθορισμός του πλαισίου, εντός του οποίου εφαρμόζεται η εθνική και ενωσιακή πολιτική του ανταγωνισμού. Βασικός στόχος είναι ο συστηματικός εντοπισμός των περιορισμών εκείνων που υφίσταται ο ανταγωνισμός, στον οποίο υπόκεινται οι εμπλεκόμενες επιχειρήσεις. Ο ορισμός μίας αγοράς, τόσο όσον αφορά στα προϊόντα (υπηρεσίες), όσο και στη γεωγραφική διάστασή της, έχει, ως στόχο, τον προσδιορισμό των πραγματικών ανταγωνιστών, οι οποίοι είναι σε θέση να επηρεάσουν τη συμπεριφορά των εμπλεκόμενων επιχειρήσεων και να τις εμποδίσουν να ενεργούν ανεξάρτητα από τις πιέσεις που επιβάλλει ο πραγματικός ανταγωνισμός.

Εν προκειμένω, οι δύο (2) εταιρείες-πάροχοι «VODAFONE ΕΛΛΑΣ» και «WIND ΕΛΛΑΣ» δραστηριοποιούνται καταρχήν τόσο στην χονδρική όσο και στη λιανική αγορά των δικτύων και υπηρεσιών κινητών τηλεπικοινωνιών (βλ. αναλυτικά ανωτέρω υπό θ' σχετικές επηρεαζόμενες αγορές - Ορισμός αγορών προϊόντων και υπηρεσιών).

Επίσης, δραστηριοποιούνται και σε άλλες αγορές, ήτοι σε αυτήν της σταθερής τηλεφωνίας, της ευρυζωνικής πρόσβασης, της συνδρομητικής τηλεόρασης, κ.ά. στις οποίες παρέχουν εκάστη τις υπηρεσίες τους βάσει του δικού της δικτύου, οι οποίες αγορές όμως δε φαίνεται ν' αποτελούν άμεσα και ευθέως επηρεαζόμενες αγορές από την εν λόγω συμφωνία.

Ειδικότερα, η ελληνική αγορά της κινητής τηλεφωνίας, είναι μια αγορά τυπικά ολιγοπωλιακή με τρεις (3) πάροχους, ήτοι τις εταιρείες «COSMOTE SA», «WIND» και «VODAFONE». Η εταιρεία «Cosmote SA» αποτελεί τον νούμερο ένα πάροχο με μερίδιο αγοράς μεγαλύτερο του 50%, διαθέτει το δικό της εκτεταμένο και ανεπτυγμένο δίκτυο (με σταθμούς βάσης και κεραίες), οι οποίες εκτείνονται σε ολόκληρη την Ελληνική Επικράτεια, και δη σε αστικές, ημιαστικές και αγροτικές περιοχές. Ως προαναφέρθηκε, η εταιρεία Cosmote δεν προέβαλε τις αντιρρήσεις της έως σήμερα για την εν λόγω συμφωνία των δύο (2) ανταγωνιστών της, δεδομένου ότι επί της ουσίας δεν «θίγεται» ούτε εμποδίζεται στην άσκηση των αυτόνομων δραστηριοτήτων της, και συνεπώς δεν έχει πρακτικά λόγο να ζητήσει πρόσβαση στο ραδιοδίκτυο (RAN) των δύο (2) εταιρειών.

Συμπληρωματικά, η ελληνική αγορά καλωσόρισε την είσοδο ενός εικονικού παρόχου δικτύου κινητής (MVNO), ήτοι αυτήν την εταιρεία «Forthnet», η οποία έτσι απέκτησε πρόσβαση στα δίκτυα κινητής των εταιρειών «Cosmote SA» και «Vodafone», υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις. Συγκεκριμένα, η EETT αναγνωρίζοντας τις δυσκολίες που δημιουργεί η συγκεκριμένη οικονομική συγκυρία για την είσοδο νεοεισερχόμενου παρόχου

στην αγορά της κινητής τηλεφωνίας, δεδομένων των υψηλών κεφαλαιουχικών δαπανών (που χαρακτηρίζεται μεταξύ άλλων και από υψηλούς φραγμούς εισόδου) - έχει ήδη προβλέψει και επιβάλλει (στα κείμενα προηγούμενων προκηρύξεων διαγωνισμών για την χορήγηση ζωνών φάσματος), την υποχρέωση των παρόχων κινητής να προσφέρουν πρόσβαση σε εικονικούς παρόχους Κινητής Τηλεφωνίας, προκειμένου να διευκολύνει την είσοδό τους στην ελληνική αγορά. Με μια σημαντική απόφαση και μετά από σχετική έγκριση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, η EETT επέτρεψε την είσοδο της εταιρείας-παρόχου «Forthnet SA», ως εικονικού παρόχου (MVNO), ώστε να προσφέρει σχετικές υπηρεσίες χρησιμοποιώντας τα δίκτυα των ανωτέρω εταιρειών, κατόπιν σχετικής διοικητικής διαδικασίας επίλυσης διαφοράς, υποχρεώνοντας τελικώς τις εταιρείες Vodafone και Cosmote, να προσφέρουν πρόσβαση στην αναφερόμενη εταιρεία, κάτω από συγκεκριμένους τεχνικούς και οικονομικούς όρους⁸¹.

Περαιτέρω, τα μερίδια αγοράς των παρόχων που δραστηριοποιούνται στην αγορά της κινητής τηλεφωνίας, δείχνουν κάποιες αλλαγές προς το τέλος του έτους 2019. Συγκεκριμένα:

...

(Τα στοιχεία αγοράς για το έτος 2019 δεν έχουν ακόμη δημοσιευθεί επισήμως από την EETT και συνεπώς δεν επιτρέπεται στην παρούσα φάση η κοινοποίησή τους σε τρίτους)

...

3) Αναφορικά με τον ορισμό της γεωγραφικής αγοράς της εξεταζόμενης συμφωνίας επέκτασης σε LTE

Ως αναφέρθηκε, ο ορισμός της γεωγραφικής αγοράς στην περίπτωση της εξέτασης συμφωνιών είναι κρίσιμη και εξίσου σημαντική με τον ορισμό της αγοράς προϊόντων και υπηρεσιών, δεδομένου ότι δεν μπορεί να είναι χρήσιμος ο ορισμός χωρίς τον καθορισμό του γεωγραφικού στοιχείου-αντικειμένου της συμφωνίας. Ο «χώρος» εντός του οποίου δραστηριοποιούνται οι επιχειρήσεις (παραγωγοί) και παράγονται τα προϊόντα/υπηρεσίες που χρησιμοποιούν και επιλέγουν οι καταναλωτές, επηρεάζουν σε βάθος της αξιολόγηση του αντικτύπου και των συνεπειών μιας συμφωνίας, αφού αυτή αξιολογείται εντός της οριοθετηθείσας αυτής περιοχής.

Ως ήδη αναφέρθηκε ανωτέρω (βλ. Ορισμός γεωγραφικής αγοράς), στην υπό κρίση υπόθεση, η επέκταση της συμφωνίας των δυο μερών στην τεχνολογία LTE στη γεωγραφική της διάσταση, -φαίνεται ότι αφορά στο σύνολο της ελληνικής επικράτειας, πλην όμως επικεντρώνεται στις ημιαστικές και αγροτικές περιοχές της χώρας. Εντούτοις, πρέπει να υπομνηστεί πως η παρούσα επέκταση δικτύου στην τεχνολογία 4G, αποτελεί τη συνέχεια (και συγκεκριμένα τροποποίηση) της αρχικής συμφωνίας των δύο (2) μερών, η οποία αφορούσε στο σύνολο της ελληνικής επικράτειας και περιλάμβανε στον αρχικό σχεδιασμό των εταιρειών, αστικά κέντρα, ημιαστικές και αγροτικές περιοχές, ενώ δεν περιείχε ρητούς περιο-

⁸¹ Βλ. τις υπ' αρ. 881/09/28-01-2019 και 881/10/28-01-2019 αποφάσεις EETT.

ρισμούς ως προς την ανάπτυξη του δικτύου της κοινής τους επιχείρησης VICTUS.

Συνεπώς, δεδομένου ότι επιπλέον υφίσταται ζήτημα πρόσβασης (στο κοινό δίκτυο) και τρίτων μερών, διαφαίνεται έστω και ελάχιστα η δυνατότητα επηρεασμού του εμπορίου μεταξύ των κρατών-μελών, και κατά συνέπεια συντρέχει περίπτωση εφαρμογής, παράλληλα με το εθνικό, και του ενωσιακού δικαίου, λόγω της γεωγραφικής αγοράς στην οποία δραστηριοποιούνται οι συμπράττουσες επιχειρήσεις (ελληνική επικράτεια), και άρα τμήμα της ευρωπαϊκής εσωτερικής αγοράς.

Εξ αυτού του λόγου λοιπόν, έχει εφαρμογή και ο Κανονισμός 1/2003, όπως αναλύεται κάτωθι.

4) Επί της εφαρμογής του Κανονισμού 1/2003⁸² από την ΕΕΤΤ στην εξεταζόμενη υπόθεση της συμφωνίας επέκτασης σε LTE κοινής χρήσης δικτύου - Συνεργασία με την Ευρωπαϊκή Επιτροπή

Ως προαναφέρθηκε στο Κεφάλαιο «Νομικό Πλαίσιο - Δίκαιο του Ανταγωνισμού» (παρ. στ' - Το κριτήριο της διακοινοτικής διάστασης της συμφωνίας - Ενδεχόμενος επηρεασμός ενδοενωσιακού εμπορίου και εφαρμογή του άρθρου 101 ΣΛΕΕ), τ' άρθρα 101 και 102 εφαρμόζονται (και συνεπώς και οι διατάξεις του εν λόγω Κανονισμού) όταν οι αρχές ανταγωνισμού που εφαρμόζουν την εθνική νομοθεσία ανταγωνισμού σε συμφωνίες, αποφάσεις ενώσεων επιχειρήσεων ή εναρμονισμένες πρακτικές, οι οποίες είναι πιθανόν να επηρεάσουν το εμπόριο, μεταξύ κρατών-μελών, κατά την έννοια της διάταξης αυτής, εφαρμόζουν, επίσης ταυτόχρονα το άρθρο 101 ΣΛΕΕ, στις συγκεκριμένες συμφωνίες, αποφάσεις ή εναρμονισμένες πρακτικές.

Ειδικότερα το άρθρο 11 του Κανονισμού, με θέμα: «Συνεργασία μεταξύ της Επιτροπής και των αρχών ανταγωνισμού των κρατών-μελών», ορίζει πως:

8. «1. Η Επιτροπή και οι αρχές ανταγωνισμού των κρατών-μελών συνεργάζονται στενά για την εφαρμογή της κοινοτικής νομοθεσίας ανταγωνισμού... 2. Όταν οι αρχές ανταγωνισμού των κρατών-μελών ενεργούν κατ' εφαρμογή του άρθρου 81 ή του άρθρου 82 της συνθήκης, ενημερώνουν εγγράφως την Επιτροπή πριν ή αμέσως μετά την έναρξη του πρώτου τυπικού μέτρου έρευνας. Οι πληροφορίες αυτές μπορούν να διαβιβασθούν και στις αρχές ανταγωνισμού των λοιπών κρατών-μελών. 4. Το αργότερο 30 ημέρες πριν από την έκδοση απόφασης με την οποία θα διατάσσεται η παύση μιας παράβασης, θα γίνονται δεκτές αναλήψεις δεσμεύσεων ή θα ανακαλείται το ευεργέτημα ενός κανονισμού περί απαλλαγής κατά κατηγορία, οι αρχές ανταγωνισμού των κρατών-μελών ενημερώνουν την Επιτροπή. Προς τον σκοπό αυτό, παρέχουν στην Επιτροπή την περίληψη της υποθέσεως, την προβλεπόμενη απόφαση ή, εάν δεν ληφθεί απόφαση, κάθε άλλο έγγραφο που επισημαίνει τον προτεινόμενο τρόπο δράσης. Οι πληροφορίες αυτές μπορούν να διαβιβασθούν και στις αρχές ανταγωνισμού των λοιπών κρατών-μελών... 5. Οι αρχές ανταγωνισμού των κρατών-μελών δύνανται να συμβουλευούνται την

⁸² Κανονισμός (ΕΚ) 1/2003 του Συμβουλίου της 16ης Δεκεμβρίου 2002 για την εφαρμογή των κανόνων ανταγωνισμού που προβλέπονται στα άρθρα 81 και 82 της συνθήκης.

Επιτροπή σχετικά με οποιαδήποτε υπόθεση που αφορά την εφαρμογή της κοινοτικής νομοθεσίας.».

Στο πλαίσιο αυτό, η ΕΕΤΤ, ως ενεργό μέλος του ECN (European Competition Network), με την εκκίνηση της διαδικασίας διερεύνησης της εν λόγω συμφωνίας (υπόθεσης), ενημέρωσε προσηκόντως και εγκαίρως την αρμόδια διεύθυνση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής (DG COMP) εντάσσοντας την εξεταζόμενη υπόθεση στο intranet.

Ακολούθησε εκτενής επικοινωνία και συνεργασία της ΕΕΤΤ με το αρμόδιο Antitrust UNIT για τις Τηλεπικοινωνίες και τα ΜΜΕ, όπου εδόθησαν από την ΕΕΤΤ οι απαραίτητες διευκρινίσεις και κατευθύνσεις για την εξεταζόμενη συμφωνία (και την επέκτασή της σε 4G), καθώς και για τις επιμέρους συνθήκες του ανταγωνισμού στην αγορά της κινητής, αξιοποιώντας την τομεακή εμπειρία του εν λόγω τμήματος (C1) που χειρίστηκε, μεταξύ άλλων, και άλλες όμοιες εθνικές και όχι μόνο περιπτώσεις κοινής χρήσης υποδομών δικτύων σε ευρωπαϊκό επίπεδο.

Πρέπει εντούτοις στο σημείο αυτό να διευκρινιστεί πως βάσει των διατάξεων και το γράμμα του Κανονισμού 1/2003 (που περιγράφει τη συνεργασία μεταξύ των εθνικών αρχών ανταγωνισμού και της Ευρωπαϊκής Επιτροπής στην εξέταση υποθέσεων), και ιδίως βάσει της παρ. 4 του άρθρου 11 αυτού, αναφέρεται πως υποχρέωση κοινοποίησης του σχεδίου απόφασης της ΕΑΑ προς την Επιτροπή προβλέπεται μόνο στις περιπτώσεις που αναμένεται η έκδοση απόφασης με τη διαπίστωση παράβασης των άρθρων 101 ή/και 102 ΣΛΕΕ (envisaged decision) και όχι στις περιπτώσεις που η αρχή ολοκληρώνει την έρευνά της χωρίς τη διαπίστωση παράβασης, όπως εν προκειμένω. Η ΕΕΤΤ εντούτοις, παρότι δεν υποχρεούτο προς τούτο βάσει των διατάξεων του Κανονισμού απέστειλε προς την Επιτροπή το σχέδιό της και συνεπώς δεν αναμένεται κάποια επιπλέον ενέργεια ή έγκριση από την Επιτροπή.

5) Αναφορικά με τους κινδύνους ανταλλαγής των ευαίσθητων πληροφοριών μεταξύ των δύο (2) ανταγωνιστών της ολιγοπωλιακής αγοράς της κινητής τηλεφωνίας

Το κρίσιμο ζήτημα της ανταλλαγής των εμπιστευτικών πληροφοριών, έχει επισημανθεί τόσο από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή, όσο και από άλλες αρχές ανταγωνισμού, ιδίως στις περιπτώσεις των RAN sharing agreements, όταν όμως αφορούν κυρίως (ή και) πυκνοκατοικημένες περιοχές, και επισημάνθηκε η αναγκαιότητα να μπορεί αυτή η ανταλλαγή να ελεγχθεί και να μείνει στο επίπεδο του αυστηρώς και απολύτως απαραίτητου βαθμού για τη λειτουργικότητα των υπηρεσιών⁸³.

Αξίζει εδώ ν' αναφερθεί πως στην αρχική τους συμφωνία του 2013, τα μέρη δεσμεύτηκαν ότι θα προβαίνουν στην απολύτως απαραίτητη και αναλογική ανταλλαγή ευαίσθητων εμπορικών πληροφοριών και μόνο στον βαθμό που αυτό θα απαιτείτο για την ορθή λειτουργία της Νέας Εταιρείας Victus (βλ. σημεία 4.6, 4.7, 12.1 και 12.2 Master agreement, σημείο 19 shareholders agreement και σημείο 2.30 και 12.2 του Network sharing agreement).

⁸³ Βλ. BEREC report on infrastructure sharing.

Επί του ως άνω αναφερόμενου ζητήματος μεταξύ των δυο συμμετεχουσών στη Νέα Εταιρεία επιχειρήσεων, οι οποίες τυγχάνουν και ανταγωνιστές στις σχετικές αγορές σημειωτέα τα εξής:

Το κρίσιμοτατο ζήτημα της ανταλλαγής πληροφοριών μεταξύ ανταγωνιστών έχει απασχολήσει τα ευρωπαϊκά δικαστήρια και υπάρχει εκτενής νομολογία⁸⁴ στην αντίθεση του κρίσιμου ζητήματος. Η Ελληνική Επιτροπή Ανταγωνισμού έχει επίσης εκδώσει σχετικές αποφάσεις⁸⁵.

Η ανταλλαγή πληροφοριών μπορεί να αποτελεί αντικείμενο συμφωνίας ή απόφασης ένωσης επιχειρήσεων που έχει ως αντικείμενο ή ως αποτέλεσμα τον περιορισμό του ανταγωνισμού ή να λαμβάνει χώρα χωρίς την ύπαρξη σχετικής συμφωνίας ή απόφασης. Στις περιπτώσεις αυτές αντιμετωπίζεται υπό το πρίσμα της εναρμονισμένης πρακτικής και βάσει των αρχών που έχουν διαμορφωθεί από την ενωσιακή νομολογία⁸⁶, με παραπομπές στη σχετική νομολογία. Και η μονομερής όμως κοινοποίηση πληροφοριών μπορεί επίσης να συνιστά εναρμονισμένη πρακτική, ενόψει του ότι η νομολογία των ευρωπαϊκών δικαστηρίων έχει προσδώσει ευρύ περιεχόμενο στην έννοια της εναρμονισμένης πρακτικής (βλ. παρ. 62 των κατευθυντήριων γραμμών, ό.π.). «Η έννοια της εναρμονισμένης πρακτικής προϋποθέτει την ύπαρξη επαφών χαρακτηριζομένων από αμοιβαιότητα. Αυτή η προϋπόθεση της αμοιβαιότητας πληρούται οσάκις η εκ μέρους ενός ανταγωνιστή αποκάλυψη σε άλλον ανταγωνιστή των μελλοντικών του προθέσεων ή της μελλοντικής του συμπεριφοράς στην αγορά ζητήθηκε ή, τουλάχιστον, έγινε δεκτή από τον δεύτερο» (ΓενΔΕΕ απόφαση Cimenteries CBR κ.λπ., σκέψη 1849). «Όταν μια επιχείρηση λαμβάνει στρατηγικής φύσεως στοιχεία από ανταγωνιστή της (στο πλαίσιο συνάντησης, ταχυδρομικά ή ηλεκτρονικά), όπως έχει αποφανθεί το ΔΕΕ, θα τεκμαίρεται ότι έχει αποδεχθεί τις πληροφορίες και έχει προσαρμόσει ανάλογα τη συμπεριφορά της στην αγορά, εκτός αν έχει προβεί σε σαφή δήλωση ότι δεν επιθυμεί να λαμβάνει τέτοια στοιχεία⁸⁷». Στη βάση της παραπάνω νομολογίας βρίσκεται η σκέψη ότι οι ως άνω μορφές κοινοποίησης πληροφοριών σε ανταγωνιστές μπορούν να μειώσουν την αβεβαιότητα για όλους τους συμμετέχοντες, όσον αφορά τη μελλοντική λειτουργία

84 Βλ. ΔΕΕ απόφ. της 28-5-1998 υπόθ. C-7/95 P, John Deere, της 8-7-1999 υπόθ. C-199/92P Hüls, και υπόθ. C-49/92P, Anic Partecipazioni, απόφ. της 23-11-2006 υπόθ. C-238/05 Asnef/Equifax, απόφ. της 4-6-2009 υπόθ. C-8/08 T-Mobile Netherlands, ΓενΔΕΕ απόφ. της 15-3-2000 συνεκδ.υποθ. T-25/95 κ.λπ. Cimenteries CBR κ.λπ. κατά Asnef/Equifax, απόφ. της 4-6-2009 υπόθ. C-8/08 T-Mobile Netherlands, ΓενΔΕΕ απόφ. της 15-3-2000 συνεκδ.υποθ. T-25/95 κ.λπ. Cimenteries CBR κ.λπ. κατά Επιτροπής, απόφ. της 12-7-2001 υπόθ. T-202/98 κ.λπ. Tate & Lyle κ.λπ. κατά Επιτροπής.

85 ΕΑ 249/III/2003 (OLYMPIC/AEGEAN), ΕΑ 277 και 284/IV/2005 (ΣΕΣΜΕ), ΕΑ 369/V/2007 (ΣΕΒΓΑΠ), ΕΑ 492/VI/2010 (υπόθεση επιχειρήσεων ιχθυοκαλλιέργειας).

86 Βλ. παρ. 60-61 των κατευθυντήριων γραμμών της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 14-1-2011 για την εφαρμογή του άρθρου 101 ΣΛΕΕ στις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας (EE C 11/14-1-2011, σ. 1 επ., όπως συμπληρώθηκε με το διορθωτικό της 2-2-2011, EE C 33/2-2-2011, σ. 20).

87 Βλ. συνεκδ. υποθ. T-202/98 κ.λπ., Tate & Lyle κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή 2001, σ. II-2035, σκ. 54.

της αγοράς και να αυξήσουν τον κίνδυνο συρρίκνωσης του ανταγωνισμού και συμπαιγνιακής συμπεριφοράς⁸⁸.

Με βάση τις κατευθυντήριες γραμμές της 14-1-2011 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής για την εφαρμογή του άρθρου 101 ΣΛΕΕ στις συμφωνίες οριζόντιας συνεργασίας⁸⁹, τα κύρια προβλήματα ανταγωνισμού σχετικά με την ανταλλαγή πληροφοριών είναι τα ακόλουθα: α) συμπαιγνιακό αποτέλεσμα μεταξύ των συμμετεχόντων στην ανταλλαγή πληροφοριών (coordinated effect), [παρ. 65-67 των κατευθυντήριων γραμμών ό.π.], β) αντιανταγωνιστικός αποκλεισμός τρίτων (non coordinated effect) [παρ. 69-71 των κατευθυντήριων γραμμών ό.π.].

Ο περιορισμός του ανταγωνισμού μπορεί ν' αποτελεί είτε αντικείμενο (σκοπό) (restriction by object) είτε αποτέλεσμα (restriction by effect) της ανταλλαγής πληροφοριών, ως ειδικότερης μορφής σύμπραξης. Η «ανταλλαγή ευαίσθητων πληροφοριών» θεωρείται ότι έχει ως σκοπό (αντικείμενο) τον περιορισμό του ανταγωνισμού, όταν είναι από την ίδια της τη φύση ικανή να περιορίσει τον ανταγωνισμό. Αυτό μπορεί να συμβαίνει ιδίως όταν η ανταλλαγή πληροφοριών, αφορά αμοιβαία ενημέρωση για τις εξατομικευμένες προθέσεις μελλοντικής συμπεριφοράς κάθε μίας επιχείρησης όσον αφορά τις τιμές ή ποσότητες.⁹⁰ Για να κριθεί αν μια ανταλλαγή πληροφοριών που δεν έχει ως σκοπό τον περιορισμό του ανταγωνισμού, μπορεί παρόλα αυτά να έχει ως αποτέλεσμα (πραγματικό ή δυνητικό) έναν τέτοιο περιορισμό (οπότε θα εμπίπτει επίσης στην απαγόρευση του άρθρου 101 ΣΛΕΕ και άρθρο 1 του ν. 3959/2011), χρειάζεται μια κατά περίπτωση ανάλυση. Το αν θα επέλθουν ή όχι τα περιοριστικά του ανταγωνισμού αποτελέσματα εξαρτάται τόσο από τα χαρακτηριστικά της αγοράς, όσο και από τα χαρακτηριστικά της ανταλλαγής των πληροφοριών. Ειδικότερα:

Σύμφωνα με τις παρ. 77-85 των κατευθυντήριων γραμμών, οι κυριότεροι παράγοντες που έχουν σημασία κατά την εξέταση των χαρακτηριστικών της αγοράς είναι οι ακόλουθοι: α) ο βαθμός διαφάνειας στην αγορά. Όσο πιο διαφανής η αγορά, τόσο πιο εύκολος ο συντονισμός, β) ο βαθμός συγκέντρωσης της αγοράς. Όσο πιο ολιγοπωλιακή είναι η δομή της αγοράς, τόσο ευκολότερη είναι η επίτευξη αλλά και η διατήρηση του συντονισμού, γ) ο βαθμός πολυπλοκότητας του περιβάλλοντος της αγοράς. Ο συντονισμός είναι ευκολότερος όσον αφορά την τιμή ενός ομοιογενούς προϊόντος, από ό,τι στην περίπτωση μεγάλου αριθμού διαφοροποιημένων προϊόντων, δ) ο βαθμός σταθερότητας των συνθηκών ζήτησης και προσφοράς, ε) ο βαθμός συμμετρίας των δομών της αγοράς, στ) ο βαθμός στον οποίο οι επιχειρήσεις προσδοκούν μελλοντικά κέρδη από το συντονισμό, ζ) η προσδοκώμενη διάρκεια παρουσίας της κάθε επιχείρησης στην ίδια αγορά, η) η ύπαρξη αποτρεπτικού μηχανισμού αντιποίνων σε περίπτωση παρέκκλισης.

88 Βλ. και σημ. 54 των προτάσεων της Γενικής Εισαγγελέα Kokott στην υπόθ. C-8/98, T-Mobile Netherlands.

89 ΕΕ C 11 της 14-1-2011, σ. 1 επ., όπως συμπληρώθηκε με το διορθωτικό της 2-2-2011, ΕΕ C 33/2-2-2011, σ. 20.

90 Παρ. 72-74 των Κατευθυντήριων Γραμμών.

Σύμφωνα επίσης με τις παρ. 77-85 των κατευθυντήριων γραμμών, οι κυριότεροι παράγοντες που έχουν σημασία κατά την εξέταση των χαρακτηριστικών της ανταλλαγής των πληροφοριών είναι οι ακόλουθοι: α) αν πρόκειται για στρατηγικής φύσεως πληροφορίες, δηλαδή δεδομένα που μειώνουν τη στρατηγική αβεβαιότητα στην αγορά. Τέτοιες πληροφορίες είναι κυρίως αυτές που αφορούν τις τιμές και ποσότητες και, κατά δεύτερον, αυτές που αφορούν το κόστος και τη ζήτηση [κατάλογοι πελατών, κύκλος εργασιών, πωλήσεις, δυναμικότητα, ιδιότητες, σχέδια προώθησης πωλήσεων, κίνδυνοι, επενδύσεις, τεχνολογίες], β) ο βαθμός κάλυψης της σχετικής αγοράς από τις συμμετέχουσες στο συντονισμό επιχειρήσεις, γ) αν πρόκειται για συγκεντρωτικά ή για εξατομικευμένα δεδομένα, και δ) η παλαιότητα των δεδομένων. Το πότε τα δεδομένα είναι ιστορικά εξαρτάται από τα ειδικότερα χαρακτηριστικά της σχετικής αγοράς και ιδίως από τη συχνότητα επαναδιαπραγμάτευσης των συμφωνιών στον κλάδο. Στην προηγούμενη πρακτική της η Ευρωπαϊκή Επιτροπή θεώρησε ιστορικά τα δεδομένα παλαιότητας άνω του έτους, ενώ πληροφορίες παλαιότητας κάτω του έτους έχουν θεωρηθεί πρόσφατες [βλ. αποφάσεις της Επιτροπής στην υπόθεση IV/31.370 UK Agricultural Tractor Registration Exchange, EE L 68/13-3-1992, σ. 19 παρ. 50 και στην υπόθεση IV/36.069, Wirtschaftsvereinigung Stahl, EE L 1/31-1-1998, σ. 10, παρ. 17], ε) η συχνότητα της ανταλλαγής πληροφοριών, στ) αν πρόκειται για δημόσιες ή μη δημόσιες πληροφορίες, ζ) αν πρόκειται για δημόσια ή μη δημόσια ανταλλαγή πληροφοριών.

Στην προκειμένη περίπτωση της εξεταζόμενης συμφωνίας επέκτασης κοινής χρήσης του δικτύου, και κατόπιν των διευκρινίσεων που ζήτησε η ΕΕΤΤ ως προς τις «ενέργειες» στις οποίες προέβησαν οι δύο (2) εταιρείες και τα μέτρα που όφειλαν να λάβουν για την αντιμετώπιση του εν λόγω ζητήματος, τα μέρη προσκόμισαν στην ΕΕΤΤ τον εν ισχύ «Κώδικα Συμμόρφωσης VICTUS με τους κανόνες περί Ελεύθερου Ανταγωνισμού» (Παράρτημα XI της συμφωνίας), ο οποίος περιλαμβάνει τέσσερα Προσαρτήματα, με κατηγοριοποίηση ανάλογα με τον βαθμό «ευαισθησίας των πληροφοριών καθώς και την ιδιότητα των παραληπτών της πληροφορίας. Ο εν λόγω Κώδικας περιλαμβάνει τρεις (3) κατηγορίες προσωπικού (και κατηγορίες πληροφορίας), με αναλυτική περιγραφή των δεσμεύσεών τους για τη διασφάλιση της ανταλλαγής των πληροφοριών κατά τις δραστηριότητές τους εντός και εκτός της VICTUS, η οποία ελέγχεται αυστηρά από τις δύο (2) εταιρείες μετόχων, διαχωρίζοντας τις πληροφορίες της VICTUS. Ως αποτέλεσμα, ο Κώδικας⁹¹ περιλαμβάνει κατηγοριοποίηση για τις «επιτρεπτές» προς ανταλλαγή πληροφορίες διαχωρίζοντας αυτές σε: 1) πληροφορίες των μελών της διοικήσεως (Members of the Management Team) της Victus (Guidelines in Annex 1), 2) πληροφορίες για το συμβούλιο διευθυντών "Members

91 Οι κύριες αρχές του Κώδικα μπορούν να συνοψιστούν ως εξής: 1) only information strictly necessary to enable the operation of Victus will be shared, and 2) Competitive Sensitive Information will be made available only to those who require access, as defined under section III and IV herein of the Code.

of the Board of Directors) της Victus (Guidelines in Annex 3) και 3) πληροφορίες στις οποίες δύνανται να έχουν πρόσβαση όλοι οι υπόλοιποι εργαζόμενοι της Victus (Guidelines in Annex 2).

Ως αποτέλεσμα, φαίνεται εκ των ανωτέρω, ότι το ευαίσθητο και κύριο ζήτημα του κινδύνου ανταλλαγής των ευαίσθητων πληροφοριών μεταξύ των δύο (2) ανταγωνιστών δεν έχει αγνοηθεί, είναι τυπικά «φιλτραρισμένο» στη συμφωνία και έχουν ληφθεί εδώ και καιρό τ' απαραίτητα μέτρα, ως εξάλλου υποχρεούντο τα μέρη.

Εντούτοις, βεβαιότητα ή αποκλεισμός της πιθανότητας της ανταλλαγής ευαίσθητων πληροφοριών δεν μπορεί να συναχθεί από την ΕΕΤΤ, η οποία οποτεδήποτε δύνανται να ελέγξει αυτήν την παράμετρο και εφόσον διαπιστώσει τέτοιες ενδείξεις, να παρέμβει εντός του πλαισίου των αρμοδιοτήτων της.

6) Αναφορικά με τους κινδύνους «συμπαιγνίας» που μπορεί να δημιουργηθούν μεταξύ των δύο (2) ανταγωνιστών και συμμετεχόντων στη συμφωνία μερών

Έχουν ήδη προαναφερθεί οι κίνδυνοι που μπορεί να δημιουργηθούν όταν δυο (2) ανταγωνιστές συνάπτουν μια συμφωνία σε μια ολιγοπωλιακή αγορά και μπορεί να εκδηλωθούν σε διαφορετικές πτυχές της πολιτικής τους με αντίκτυπο στις συνθήκες της αγοράς.

Περαιτέρω, η ΕΕΤΤ επεξεργαζόμενη την εξεταζόμενη συμφωνία, τους ενδεχόμενους κινδύνους συμπαιγνίας μεταξύ των δύο (2) ανταγωνιστών και την ενδεχόμενη χάραξη συντονισμένης στρατηγικής στην αγορά της κινητής, δεν βρήκε σχετικά αποδεικτικά στοιχεία «συντονισμού» συνεπεία της εξεταζόμενης συμφωνίας επέκτασης, δεδομένου ότι όπως φαίνεται τα δύο (2) μέρη όντως ανταγωνίζονται ανεξάρτητα, χαράσσουν την ίδια εμπορική τους στρατηγική και φαίνεται να ανταγωνίζονται και στο πεδίο της εμπορικής και τιμολογιακής τους πολιτικής.

Εξάλλου, όπως επανειλημμένως οι δύο (2) ανταγωνιστές αποσαφήνισαν (και στην αρχική τους συμφωνία του 2013), εξακολουθούν να παραμένουν ιδιοκτήτες των δικτύων κορμού τους (και των σταθμών βάσης αποκλειστικής τους ιδιοκτησίας, χωρίς συνεπώς να κάνουν κοινή χρήση των δικτύου κορμού τους (no core network sharing).

Ομοίως, η χρήση των δικαιωμάτων ραδιοσυχνοτήτων φάσματος (σύμφωνα με τις ρυθμιστικές και αδειοδοτικές υποχρεώσεις βάσει των σχετικών αποφάσεων χορήγησης ζωνών φάσματος της ΕΕΤΤ), γίνεται ξεχωριστά από τον κάθε πάροχο, χωρίς απόδειξη ή προσπάθεια «κοινής χρήσης ή/και διεκδίκησης φάσματος» (no spectrum sharing) ως μια «ενιαία οντότητα». Σε κάθε περίπτωση, υπάρχουν σχετικές δεσμεύσεις στο ρυθμιστικό πλαίσιο της ΕΕΤΤ για τις ζώνες φάσματος που μπορεί να διεκδικήσει ο κάθε πάροχος και αναφέρονται εδώ και έτη στα κείμενα των προκηρύξεων των διαγωνισμών της ΕΕΤΤ⁹²,

92 Εντός των προκηρύξεων, δίνονται και οι επιμέρους ορισμοί, όπως:

«Υποψήφια Ομάδα». Τα Μέλη της Υποψήφιας Ομάδας προσδιορίζονται ως εξής:

i) Ο Συμμετέχων στη Δημοπρασία.

ii) Πρόσωπα που ελέγχουν ή ελέγχονται από τον Συμμετέχοντα στη Δημοπρασία και Πρόσωπα τα οποία τελούν με τον Συμμετέχο-

σύμφωνα με τις προβλέψεις των οποίων, απαγορεύεται να συμμετάσχουν σε διαγωνισμό σαν οντότητα (εντός της ίδιας ομάδας) και δύναται να διεκδικηθεί (plafond) συγκεκριμένο μόνο τμήμα στη ζώνη ραδιοσυχνοτήτων, μονομερώς από τον κάθε πάροχο.

Όπως επίσης αναφέρθηκε και προκύπτει από τις προβλέψεις της συμφωνίας, κάθε ένα από τα συμμετέχοντα μέρη έχει πλήρη ανεξαρτησία στη λήψη αποφάσεων των σταθμών της αποκλειστικής του ιδιοκτησίας.

Επίσης, πρέπει ν' αναφερθεί ότι αναφορικά με την επενδυτική στρατηγική των δύο (2) ανταγωνιστών, η συμφωνία κι οι ρήτρες της δεν περιλαμβάνουν κανέναν «περιορισμό» για την πρόθεση και τη δυνατότητα των δύο (2) μερών να ασκήσουν τα σχέδιά τους και να ακολουθήσουν τα επενδυτικά πλάνα τους.

Ένα ακόμη ισχυρότερο στοιχείο που αποδυναμώνει τα σημάδια «συντονισμού» των δύο (2) μερών είναι αυτό που προκύπτει από την ανάλυση των στοιχείων που προσκόμισαν τα μέρη στην ΕΕΤΤ, όπου δεν προκύπτει κανένας «συντονισμός» στην ανάπτυξη/αναβάθμιση των δικτύων των δύο (2) μερών σε LTE, παρά υφίσταται αντιθέτως μια εμφανής διαφοροποίηση στον σχεδιασμό ανάπτυξής τους (βλ. ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι).

Προς την αυτή «εικόνα» οδηγεί και το έτερο στοιχείο ότι στο κείμενο της συμφωνίας επέκτασης των δύο (2) δικτύων σε LTE, δεν υπάρχει καμία πρόβλεψη ή σχετικός όρος για μονομερή (ενιαία) χρήση τεχνολογιών στους σταθμούς βάσης και συνεπώς ως είναι αναμενόμενο, η έρευνα της ΕΕΤΤ όντως διεπίστωσε διαφοροποιήσεις εξαιτίας των διαφορετικών σχεδίων ανάπτυξης των μερών του ραδιοδικτύου τους, ανεξαρτήτως ιδιοκτησιακού καθεστώτος των μερών (βλ. ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι).

Εν ολίγοις, ούτε από τ' ανωτέρω στοιχεία και τη διεξοδική επεξεργασία της ΕΕΤΤ προκύπτει «συμπεριφορά συντονισμού» των δύο (2) μερών, συνεπεία της υπογραφείσης συμφωνίας επέκτασης δικτύου, και συνεπώς η ΕΕΤΤ δε βλέπει να στοιχειοθετείται κάποια παραβατική πρακτική εξαιτίας της συμφωνίας τους, με βάση τα όσα εξηγήθηκαν.

7) Αναφορικά με τον ενδεχόμενο κίνδυνο αποκλεισμού της πρόσβασης των «τρίτων μερών» συνεπεία της συμφωνίας επέκτασης

να στη δημοπρασία υπό τον έλεγχο της ίδιας εταιρείας ή ομίλου εταιρειών (π.χ. θυγατρικές της ίδιας εταιρείας).

iii) Κάθε Πρόσωπο που ελέγχει ή ελέγχεται από Πρόσωπα που εμπίπτουν σε μία από τις κατηγορίες i) και ii).

«Συμμετέχων στη Δημοπρασία». Αναφέρεται στα Πρόσωπα που έχουν υποβάλλει Αίτηση Συμμετοχής στη Δημοπρασία. Στην περίπτωση υπό σύσταση εταιρείας, η έννοια περιλαμβάνει την υπό σύσταση εταιρεία στην οποία και θα γίνει η χορήγηση του Δικαιώματος Χρήσης Ραδιοσυχνοτήτων. Στην περίπτωση κοινοπραξίας η έννοια περιλαμβάνει την εταιρεία την οποία οι Συμμετέχοντες στην κοινοπραξία υποχρεούνται να συστήσουν και στην οποία θα γίνει η χορήγηση του Δικαιώματος Χρήσης Ραδιοσυχνοτήτων.

«Περιγραφή Ομάδας Συμμετεχόντων». Είναι το έντυπο το οποίο οι Συμμετέχοντες στην Δημοπρασία πρέπει να καταθέσουν μαζί με την Αίτηση Συμμετοχής στη Δημοπρασία ώστε να βεβαιωθεί η ΕΕΤΤ ότι δεν είναι Μέλη Υποψήφιας Ομάδας άλλου Συμμετέχοντος και να δοθεί η δυνατότητα σε άλλους Συμμετέχοντες να υποβάλλουν σχετικές ενστάσεις.

Στο πλαίσιο της αξιολόγηση του αντικτύπου που δύναται να έχει η συμφωνία των μερών, η ΕΕΤΤ δε μπορούσε ν' αγνοήσει το κύριο ζήτημα της πρόσβασης των τρίτων μερών, προκειμένου να καταλήξει αν υπάρχει παρεμπόδιση ή περιορισμός των δικαιωμάτων πρόσβασης τρίτων μερών στο RAN δίκτυο των δύο (2) εταιρειών.

Η ΕΕΤΤ ζήτησε διευκρινίσεις από τα μέρη για το ζήτημα αυτό, δεδομένου ότι στους αρχικούς όρους της συμφωνίας και δη στον όρο 2.3 της Κυρίας Σύμβασης (Master Agreement) αναφερόταν ότι: «Newco shall operate as a non - autonomous cooperative established and operating exclusively for the benefit of the 2 Parties, being NewCos Parent entities respectively. A third party's participation in NewCo shall require both Parties prior Approval». Ομοίως, στον όρο 5.1 προβλεπόταν ότι: «NewCo shall implement and act as a services' provider, exclusively to both Parties... in the sense that it will only serve its shareholders. In the event where there is a need to provide Ran services to third parties other than the Parties, the Parties shall seek to obtain the required approvals by the competent regulatory authorities...».

Με βάση τ' ανωτέρω, αλλά και τις διευκρινίσεις που παρείχαν τα μέρη στις επιστολές τους, εξηγήθηκε ότι η πρόσβαση των τρίτων δεν απαγορεύεται εντός των προβλέψεων και όρων της συμφωνίας, αλλά εξετάζεται χωριστά, λαμβάνοντας υπόψη το τεχνικά εφικτό και τη διαθεσιμότητα. Διευκρινίζεται εντούτοις ότι είναι εντελώς διαφορετικό το ζήτημα πρόσβασης τρίτου μέρους σαν συμμετοχή στην εταιρεία VICTUS, από το ζήτημα της πρόσβασης τρίτου μέρους στους σταθμούς βάσης που περιλαμβάνει η συμφωνία και μπορεί ν' ανήκουν στον έναν ή στον άλλο πάροχο. Επιπλέον, δεν υπάρχουν προβλεπόμενοι και συγκεκριμένοι όροι για την πρόσβαση των τρίτων στο κείμενο της συμφωνίας.

Πρέπει μάλιστα να υπομνηστεί ότι έως και την τρέχουσα χρονική περίοδο, δεν εντοπίστηκαν ενστάσεις, ούτε υπεβλήθησαν (στην ΕΕΤΤ) καταγγελίες ή αντιρρήσεις για την εξεταζόμενη συμφωνία από τρίτα μέρη, ενώ ούτε ο τρίτος και μεγαλύτερος (κυρίαρχος) πάροχος της αγοράς της κινητής, η εταιρεία «Cosmote SA» προέβαλλε τις αντιρρήσεις της επί της συμφωνίας, δεδομένου, ότι σε κάθε περίπτωση η τελευταία διαθέτει και εξυπηρετείται από το δικό της δίκτυο. Σημειωτέον, ότι στην ΕΕΤΤ δεν είχαν υποβληθεί αιτήματα ή καταγγελίες με τις οποίες να ισχυρίζονται «άλλα τρίτα» μέρη ότι υπήρχε «άρνηση πρόσβασης» στα Ran δίκτυο των δύο (2) μερών, από την υπογραφή της αρχικής συμφωνίας των μερών το 2013.

Πρέπει πάντως στο σημείο αυτό να υπομνηστεί πως αναφορικά με την «πρόσβαση τρίτων» στο ραδιοδίκτυο των δύο (2) μερών, δεν προκύπτουν ακριβώς κίνδυνοι αποκλεισμού, δεδομένου ότι η συμφωνία επέκτασης εντοπίζεται στ' αγροτικά και ημιαστικά κέντρα και η πρόσβαση των τρίτων, είναι πιο εφικτή στις εν λόγω περιοχές, δεδομένου ότι οι σταθμοί βάσης εκεί είναι μεγαλύτεροι και άρα η χωρητικότητα πιο «εξασφαλισμένη» για την ενδεχόμενη πρόσβαση τρίτου μέρους. Σε κάθε περίπτωση βέβαια, δεν μπορεί κάποιος τρίτος να αιτηθεί πρόσβαση, χωρίς να πληροί κάποιες προϋ-

ποθέσεις ανάπτυξης δικτύου και βεβαίως χωρίς να είναι αδειοδοτημένος από την ΕΕΤΤ.

Διευκρινίζεται πως ο Κανονισμός Συνεγκατάσταση της ΕΕΤΤ που προβλέπει τους όρους και τις προϋποθέσεις παροχής πρόσβασης των παρόχων μεταξύ τους, δεν έχει ακριβώς εφαρμογή στην εξεταζόμενη συμφωνία κοινής χρήσης του ραδιοδικτύου των δύο (2) μερών, δεδομένου ότι ο εν λόγω Κανονισμός αφορά στην πρόσβαση στην παθητική υποδομή αδειοδοτημένων παρόχων, και όχι στα ενεργητικά στοιχεία του δικτύου, ήτοι στα περιουσιακά τμήματα του δικτύου, στα οποία αφορά η συμφωνία επέκτασης κοινής χρήσης των ραδιοδικτύων (RAN) των δύο (2) εταιρειών.

Ως τέλος προαναφέρθηκε, η ΕΕΤΤ εξήτασε στο παρελθόν αίτημα επίλυσης διαφοράς της εταιρείας FORTHNET, η οποία αιτήθηκε την παροχή υπηρεσιών MVNO στην ελληνική αγορά μέσω των κινητών δικτύων των εταιρειών VODAFONE και COSMOTΕ και εξεδόθησαν σχετικές αποφάσεις για να επιτραπεί η πρόσβαση της αιτούσας εταιρείας και να παρασχεθούν και στην ελληνική αγορά υπηρεσίες MVNO.

Με βάση τ' ανωτέρω, δε φαίνεται ότι η συγκεκριμένη συμφωνία έχει καταρχήν σκοπό τον αποκλεισμό τρίτων μερών ή τη δυσχέραση της πρόσβασής τους, τουλάχιστον με την εικόνα που υπάρχει μέχρι σήμερα, τα στοιχεία που έχουν προσκομιστεί στην ΕΕΤΤ και με δεδομένο το γεγονός της χρονικής της εκκίνησης από το έτος 2013 (και της επέκτασής της το έτος 2017) έως και σήμερα.

Συνεπώς, ούτε για το ζήτημα αυτό μπορεί να συμπεράνει η ΕΕΤΤ ότι η εξεταζόμενη επέκταση της συμφωνίας των δύο (2) μερών είναι βλαπτική ως προς το περιεχόμενο, τον σκοπό και τον αντίκτυπο της στην αγορά της κινητής τηλεφωνίας.

8) Αναφορικά με τα οφέλη που δύναται να προκύψουν από την συμφωνία επέκτασης της κοινής χρήσης σε LTE (παρ. 3 του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 και άρθρο 101 ΣΛΕΕ)

Όπως ήδη εξηγήθηκε, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, πέρα των κινδύνων που μπορεί να δημιουργήσουν οι οριζόντιες συνεργασίες, εντοπίζει και σημαντικές ωφέλειες, οι οποίες συχνά υπερακοντίζουν τις αντι-ανταγωνιστικές επιπτώσεις της. Δύο είναι οι κατηγορίες των ωφελειών⁹³ που μπορεί να προκύψουν από την οριζόντια συνεργασία: α) αφενός αυτές που αφορούν στην εξοικονόμηση κόστους και κατανομή κινδύνων μεταξύ των μερών, λόγω επίτευξης οικονομιών κλίμακος ή φάσματος, οι οποίες δε θα υπήρχαν εν τη απουσία της συμφωνίας και β) αυτές που σχετίζονται με τη βελτίωση της αποτελεσματικότητας και τη βελτίωση των δεξιοτήτων, της τεχνολογίας⁹⁴ που με τη σειρά τους διευκολύνουν την πραγματοποίηση επενδύσεων και την υλοποίηση καινοτόμων δραστηριοτήτων.

93 Βλ. Μαστρομανώλης, Οφέλη της οριζόντιας συνεργασίας, σ. 397, Δίκαιο του ελεύθερου ανταγωνισμού, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ.

94 Baxter W.F.: "The contribution of technological advances to our economic well-being is very substantial when compared with the damages that could be caused by restrictive behavior antitrust laws seek to half. If our antitrust laws were to impede technological development to any substantial degree, the net effect of those laws on our well-being would be surely negative".

Ειδικότερα δε για τις συμφωνίες κοινής χρήσης δικτύου, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή έχει εξάρει τα οφέλη τους και στο χειρισμό αντίστοιχων υποθέσεων, όπως επίσης και το BEREC (βλέπε ανωτέρω REPORT).

Ως επίσης προαναφέρθηκε, η αξιολόγηση των ωφελειών μιας συμφωνίας γίνεται σε δεύτερο στάδιο, εφόσον όμως αποδειχθεί προηγουμένως ότι αυτή παραβιάζει σε πρώτο στάδιο το άρθρο 1 του ν. 3959/2011 και συνεπώς έχει ως αντικείμενο ή αποτέλεσμα της παρεμπόδιση του ανταγωνισμού. Εν προκειμένω, η ΕΕΤΤ δεν κατέληξε σε τέτοια διαπίστωση, αλλά σε κάθε περίπτωση έκρινε ότι έπρεπε να διερευνηθούν όλοι οι ελλοχεύοντες κίνδυνοι και τα θετικά οφέλη που μπορεί να παραχθούν ή έχουν ήδη παραχθεί από την υλοποίηση της συμφωνίας.

Συγκεκριμένα, ζήτησε από τα μέρη να αναλύσουν τις βελτιώσεις της αποτελεσματικότητας και τα οφέλη της συμφωνίας τους και να προσκομίσουν ποσοτικά/ποιοτικά στοιχεία, όπως αποτυπώθηκαν εν τοις πράγμασι.

Τα μέρη δεν προσκόμισαν παρ' αυτά συγκεκριμένα ποσοτικά στοιχεία για τα πλεονεκτήματα της συμφωνίας (π.χ. ενδεικτικά τι ποσά ενδεχομένως εξοικονομήθηκαν το πρώτο ή το δεύτερο έτος της υλοποίησής της και πού και πώς χρησιμοποιήθηκαν στο α' ή β' πλάνο επένδυσής τους), παρά διευκρίνισαν ότι:

α) Η συμφωνία απέφερε σημαντική εξοικονόμηση κόστους και ποιοτική βελτίωση, ειδικότερα στους όρους της «κάλυψης», της ταχύτητας και στην εισαγωγή νέων τεχνολογιών, πολύ νωρίτερα χρονικά από ότι θα γινόταν εν τη απουσία της συμφωνίας ("better signal", "quality" of services), γρηγορότερη ανάπτυξη του δικτύου τους και κυρίως γρηγορότερη παροχή υπηρεσιών στις αγροτικές περιοχές.

β) Προσέθεσαν ότι ακριβώς επειδή ο τύπος της συμφωνίας ήταν αυτός του RAN SHARING (και άρα η κοινή χρήση των στοιχείων του ενεργητικού τους), εξοικονόμησης κόστη CAPEX και OPEX, τόσο μεταβλητά όσο και σταθερά.

γ) Αναφορικά με τα οφέλη προς τον τελικό καταναλωτή, τα μέρη εξήγησαν πως ο τελικός καταναλωτής ευνοήθηκε από τη συμφωνία (π.χ. με μείωση των τιμών των υπηρεσιών), αναφέροντας πως η κάλυψη και ανάπτυξη του δικτύου στην τεχνολογία 4G εκ των πραγμάτων έδρασε μόνο υπέρ του οφέλους του καταναλωτή, που απολαμβάνει αναβαθμισμένη πλέον υπηρεσία, τονίζοντας ότι δεν θα ήταν διόλου βέβαιο ότι αυτό θα συνέβαινε εν τη απουσία της συμφωνίας επέκτασης, δεδομένου ότι έκαστος πάροχος ξεχωριστά δε θα είχε τη δυνατότητα της εν λόγω επένδυσης στις μη-εμπορικές ενδιαφέρουσες περιοχές.

δ) Επίσης ανέφεραν τη μείωση της περιβαλλοντολογικής φθοράς (καθώς και της μειωμένης χρήσης ενέργειας) ως ένα προφανές κοινωνικό όφελος.

Υποστήριξαν επίσης ότι τα κίνητρα του καθενός στην άσκηση επενδύσεων εξακολουθούν να παραμένουν άθικτα και ότι συνεχίζουν να δραστηριοποιούνται ως άμεσοι ανταγωνιστές στη σχετική αγορά, αναφέροντας ότι επένδυσαν 150 εκ. ευρώ στην αγορά και ταυτόχρονα δημιούργησαν νέες θέσεις εργασίας, χωρίς εντούτοις περαιτέρω διευκρινίσεις.

Αξιολογώντας τ' ανωτέρω, η ΕΕΤΤ, ιδίως κατά την επεξεργασία των στοιχείων του δικτύου (και τον αντίκτυπο επί των υποδομών), δεν διαπίστωσε δραματική διαφορά στον προηγούμενο «χάρτη της εξεταζόμενης υποδομής», αφού ουσιαστική διαφορά στην αύξηση των υποδομών δε διαπιστώθηκε. Αυτό που αντιθέτως διαπιστώθηκε ως όφελος ήταν σαφώς η παροχή της υπηρεσίας στις αγροτικές και ημιαστικές περιοχές της Ελληνικής Επικράτειας, δηλαδή σε «μη εμπορικά ενδιαφέρουσες» περιοχές, οι οποίες, χάρη στη συμφωνία των δύο εταιρειών, έλαβαν τελικώς αναβαθμισμένες τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες 4G.

Επιπλέον, η ΕΕΤΤ εκτιμά θετικά πως από τα στοιχεία που υποβλήθηκαν, προκύπτει και σχετική μείωση του συνολικού αριθμού κατασκευών κεραιών που θα απαιτούνταν για να επιτευχθεί η ίδια κάλυψη ανά πάροχο χωρίς την «κοινή χρήση υποδομών», ως εκ τούτου πράγματι η συμφωνία λειτούργησε υπέρ της μείωσης των περιβαλλοντικών επιπτώσεων των δικτύων. (Ως έχει υπογραμμίζει και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, στις περιοχές «χαμηλής χρήσης», τα οφέλη της κοινής χρήσης δικτύων είναι πράγματι πολύ υψηλά - βλ. BEREC REPORT).

Συνεπώς, φαίνεται ότι πράγματι προέκυψαν οφέλη (της παρ. 3 του άρθρου 1 του ν. 3959/2011) από την ανωτέρω συμφωνία επέκτασης στις αγροτικές και ημιαστικές περιοχές της χώρας, ενώ εκτιμάται ότι διευκολύνθηκε και η μετάβαση στην τεχνολογία 4G σε γρηγορότερους χρόνους, απ' ό,τι θα αναμενόταν ελλείψει αυτής.

VIII) Συμπέρασμα της ΕΕΤΤ

επί της αξιολόγησης της συμφωνίας βάσει των διατάξεων του Δικαίου του Ανταγωνισμού

Σε συνέχεια των ανωτέρω παρατεθέντων και προσηκουσθέντων στοιχείων, των προϋποθέσεων που περιλαμβάνει η συμφωνία, των προβλέψεων επί της τροποποίησης επέκτασης αυτής, των υιοθετηθέντων μέτρων και δεσμεύσεων των μερών, των οδηγιών που εφαρμόζονται για την ανταλλαγή των ευαίσθητων πληροφοριών μεταξύ των δύο (2) ανταγωνιστών, και ιδίως τον τύπο της συμφωνίας επέκτασης που φέρει τα χαρακτηριστικά της κοινής χρήσης μόνο του δικτύου RAN των δύο (2) μερών (όπου δε γίνεται μοίρασμα φάσματος ή του κυρίου κορμού των δύο δικτύων των εταιρειών), τη γεωγραφική ταυτότητα και αποτύπωση της συμφωνίας (η οποία κατόπιν του ελέγχου της ΕΕΤΤ εντοπίζεται βασικά σε ημιαστικές και αγροτικές περιοχές της χώρας, με την εξαίρεση του ποσοστού των... σταθμών βάσης rooftop που ήδη εντοπίστηκαν ιδίως σε αστικά κέντρα κατά το έτος 2019, την εμφανή άσκηση πραγματικού μεταξύ τους ανταγωνισμού στην αγορά της κινητής τηλεφωνίας, την δυνατότητά τους (βάσει των όρων σύμβασης) να λαμβάνουν αυτόνομα αποφάσεις για τα στοιχεία (δικτύου) της αποκλειστικής τους ιδιοκτησίας και κυρίως τα οφέλη που προκύπτουν από την κοινή χρήση για την παροχή υπηρεσιών σε ευρύτερο (και μάλιστα το δυσκολότερο σε πρόσβαση) τμήμα της Ελληνικής Επικράτειας, η ΕΕΤΤ δε διαπιστώνει κάποιον λόγο για να εμποδίσει την εν λόγω συμφωνία επέκτασης της κοινής χρήσης των δύο (2) μερών σε LTE, αφού δε

αποδεικνύεται εν προκειμένω στρέβλωση του ανταγωνισμού στη σχετική αγορά.

Συνεπώς, από τα ως άνω στοιχεία δε στοιχειοθετείται παράβαση του άρθρου 1 του ν. 3959/2011, ενώ στο αυτό πλαίσιο, δε κρίνεται αναγκαία ούτε η ανάληψη δράσης για τη διερεύνηση παράβασης επί τη βάση του άρθρου 101 ΣΛΕΕ (όπως προβλέπει σαφώς ο Κανονισμός 1/2003 της Ευρωπαϊκής Ένωσης). Έτσι, με τα παρόντα δεδομένα και συγκεκριμένα με τα τελευταία στοιχεία που προσκομίστηκαν στην ΕΕΤΤ (έως και το έτος 2019), αποφασίζεται η ολοκλήρωση της διαδικασίας έρευνας βάσει του άρθρου 1 του ν. 3959/2011 και του άρθρου 101 ΣΛΕΕ.

Πρέπει σε κάθε περίπτωση να ειπωθεί πως η εν λόγω αξιολόγηση της ΕΕΤΤ στηρίχθηκε στα στοιχεία που απεστάλησαν από τις δύο (2) εταιρείες, οι οποίες ευθύνονται αποκλειστικά για την ακρίβεια και την ορθότητά τους απέναντι στην Αρχή Ανταγωνισμού, καθώς και για τη συνεργασία τους μαζί της, βάσει των σχετικών διατάξεων του ν. 3959/2011 (μεταξύ άλλων και με ποινική ευθύνη). Περαιτέρω, η αποστολή στοιχείων, τα οποία έρχονται σε αντίθεση με τις επανειλημμένες δεσμεύσεις των μερών και τους όρους της συμφωνίας, η αποστολή διαφοροποιημένων-αντιφατικών ή ανακριβών στοιχείων από το ένα ή το άλλο μέρος για τα ίδια αιτήματα και βεβαίως η εν τοις πράγμασι υλοποίηση της συμφωνίας με παρέκκλιση από τον στρατηγικό πυρήνα της, αποτελούν συμπεριφορές υψίστης ευθύνης των δύο (2) συμβληθέντων εταιρειών, που προφανώς επιφέρουν συνέπειες.

Ως ακριβώς εξάλλου προβλέπει το άρθρο 38 του ν. 3959/2011, με τίτλο: «Παροχή 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 παρ. 2 του άρθρου 25 και οι αρμόδιοι υπάλληλοι των επιχειρήσεων ή ενώσεων επιχειρήσεων...»

3. Σε περίπτωση άρνησης, δυστροπίας ή καθυστέρησης παροχής των αιτούμενων κατά περίπτωση πληροφοριών ή σε περίπτωση παροχής πληροφοριών ανακριβών και ελλιπών, με την επιφύλαξη του άρθρου 44, η Επιτροπή Ανταγωνισμού: α) όταν πρόκειται για επιχειρήσεις, 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 (του ν. 3959/2011) στον καθένα από τα πρόσωπα και για κάθε παράβαση...», ενώ επίσης στην παρ. 5 του άρθρου 39 του ίδιου ως άνω νόμου, προβλέπεται επίσης ρητώς ότι: «Με την επιφύλαξη των ποινικών κυρώσεων που προβλέπονται στο άρθρο 44, επιβάλλεται με απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού στις επιχειρήσεις, στις ενώσεις επιχειρήσεων ή σε αυτούς που κατά οποιονδήποτε τρόπο παρεμποδίζουν ή δυσχεραίνουν τις έρευνες των παρ. 1, 2 και 3, καθώς και στις επιχειρήσεις, ενώσεις επιχειρήσεων ή σε αυτούς που αρνούνται να υποβληθούν στις εν λόγω έρευνες, να επιδείξουν τα αιτούμενα βιβλία, στοιχεία και λοιπά

έγγραφα και να χορηγήσουν αντίγραφα ή αποσπάσματά τους, πρόστιμο τουλάχιστον δεκαπέντε (15.000) ευρώ με ανώτατο όριο το 1% του κύκλου εργασιών της προηγούμενης χρήσης, όπως αυτός υπολογίζεται σύμφωνα με το άρθρο 10 στο καθένα από τα πρόσωπα και για κάθε παράβαση...».

Είναι ευνόητο ότι εφόσον η ΕΕΤΤ, σε συνέχεια των στοιχείων που απεστάλησαν για το έτος 2019 (και αποτυπώνουν μια απόκλιση επί των όρων της συμφωνίας και των ισχυρισμών των μερών ως προς την γεωγραφική της υλοποίηση), διαπιστώσει, παρακολουθώντας την περαιτέρω εξέλιξη της συμφωνίας ότι η υλοποίησή της διαφοροποιείται στην πράξη από την εικόνα που προσκόμισαν τα μέρη (π.χ. αποδειχθεί ότι η κοινή χρήση των δικτύων τους επεκτείνεται ουσιαστικά στ' αστικά κέντρα), ή αν υπάρξει τροποποίηση αυτών ή άλλου σημείου της συμφωνίας, δε δεσμεύεται από την παρούσα θέση της και εξουσιοδοτείται να παρέμβει άμεσα στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων της. Σε κάθε περίπτωση, δεσμεύεται να παρακολουθήσει την εξέλιξη της συμφωνίας από το έτος 2019 και έπειτα, όπως βεβαίως και τον περαιτέρω αντίκτυπο αυτής στην ελληνική αγορά των Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών.

Τέλος, ως είναι αναμενόμενο, η παρούσα αξιολόγηση είναι ασύνδετη με την επίβλεψη ή εξέταση της τήρησης από τις δύο (2) εταιρείες των υποχρεώσεών τους, όπως αυτές απορρέουν από το υφιστάμενο ρυθμιστικό πλαίσιο των Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών και των αντίστοιχων κανονιστικών αποφάσεων, αναφορικά με την αδειοδότηση των κεραιών, τα δικαιώματα χρήσης φάσματος και ραδιοσυχνοτήτων ή/και τον Κανονισμό Συνεγκατάστασης. Συνεπώς οι ρυθμιστικές υποχρεώσεις των δύο (2) εταιρειών παραμένουν ακέραιες και δε συνδέονται με την παρούσα περί δικαίου του ανταγωνισμού αξιολόγηση της συμφωνίας επέκτασής της κοινής χρήσης του δικτύου τους.

Για όλους τους ανωτέρους λόγους:

Και επειδή, από τα ενώπιον της ΕΕΤΤ προσκομισθέντα στοιχεία και με βάση τα ως άνω αναλυτικά αναφερόμενα, στο πλαίσιο της εξετασθείσας συμφωνίας, δεν αποδείχθηκε, σύμφωνα με το άρθρο 4 του ν. 3959/2011 (Α' 93) ότι η διερευνώμενη συμφωνία των δύο (2) εταιρειών Vodafone και Wind περί αναβάθμισης του δικτύου τους σε LTE (4G), είχε ως αντικείμενο ή αποτέλεσμα την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού στην ελληνική αγορά των Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών και συνεπώς δεν διαπιστώνεται παράβαση του άρθρου 1 του ν. 3959/2011.

Επιπλέον, η ΕΕΤΤ, λαμβάνοντας υπόψη τις ανωτέρω επιφυλάξεις, και σε συνέχεια των εξετασθέντων στοιχείων, διαπιστώνει ότι δεν συντρέχει λόγος ανάληψης δράσης από μέρους της, αναφορικά με το άρθρο 101 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης («ΣΛΕΕ»), διατηρώντας βεβαίως το δικαίωμά της να παρακολουθήσει στενά την εξελισσόμενη συμφωνία από το έτος 2019 και εφεξής.

Με βάση όλα τ' ανωτέρω, αποφασίζει:

1) Την, επί τη βάση των ανωτέρω στοιχείων, ολοκλήρωση της διερεύνησης της έρευνας της ΕΕΤΤ επί της γνωστοποιηθείσας συμφωνίας επέκτασης της κοινής χρήσης δικτύου στην τεχνολογία LTE (4G) των εταιρειών «VODAFONE - ΠΑΝΑΦΟΝ» και «WIND HELLAS», δεδομένου ότι δεν αποδείχθηκε, σύμφωνα με το άρθρο 1 του ν. 3959/2011 (Α' 93), το άρθρο 4 του ν. 3959/2011 (Α' 93) και το άρθρο 2 του Κανονισμού 1/2003, ότι η διερευνώμενη συμφωνία των δύο (2) εταιρειών περί αναβάθμισης του δικτύου τους σε LTE (4G) είχε ως αντικείμενο ή αποτέλεσμα την παρεμπόδιση, τον περιορισμό ή τη νόθευση του ανταγωνισμού στην ελληνική αγορά των Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών.

2) Διαπιστώνει ότι δεν συντρέχει, επί του παρόντος λόγος ανάληψης δράσης από μέρους της αναφορικά με το άρθρο 101 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης («ΣΛΕΕ»), ως ορίζουν οι διατάξεις και η διαδικασία του Κανονισμού 1/2003.

3) Διατυπώνει επιφύλαξη ως προς την εξέλιξη της συμφωνίας από το έτος 2019 και εφεξής, την οποία δεσμεύεται να παρακολουθεί ενδελεχώς, ιδίως ως προς την «γεωγραφική υλοποίησή» της, προκειμένου να παρέμβει άμεσα, ασκώντας τις περί δικαίου του ανταγωνισμού αρμοδιότητές της.

4) Διατυπώνει επιφύλαξη ως προς την εξέταση και τήρηση των ρυθμιστικών υποχρεώσεων των εταιρειών «VODAFONE - ΠΑΝΑΦΟΝ Ανώνυμη Ελληνική Εταιρεία Τηλεπικοινωνιών» και «WIND ΕΛΛΑΣ Τηλεπικοινωνίες Α.Ε.Β.Ε.», ιδίως βάσει των διατάξεων της υπ' αρ. 919/26/16-12-2019 απόφασης ΕΕΤΤ «Κανονισμός Αδειών Κατασκευών Κεραιών στην Ξηρά» (Β' 4872) και της υπ' αρ. 860/02/2018 απόφασης ΕΕΤΤ «Κανονισμός Χρήσης και Χορήγησης Δικαιωμάτων Χρήσης Ραδιοσυχνοτήτων υπό καθεστώς Γενικής Άδειας για την Παροχή Δικτύων ή/και Υπηρεσιών Ηλεκτρονικών Επικοινωνιών» (Β' 3919), από την επέκταση της συμφωνίας κοινής χρήσης τους στην τεχνολογία LTE, έτσι ώστε να διερευνηθούν στο πλαίσιο χωριστής διοικητικής διαδικασίας.

5) Επιφορτίζει τον Πρόεδρο της ΕΕΤΤ να κοινοποιήσει την εκδοθείσα απόφαση στις εταιρείες «VODAFONE - ΠΑΝΑΦΟΝ Α.Ε.» και «WIND ΕΛΛΑΣ Α.Ε.Β.Ε.», προς γνώση τους και για τις έννομες συνέπειες, με την επιφύλαξη του επιχειρηματικού απορρήτου μεταξύ των δύο (2) εταιρειών.

6) Να δημοσιευθεί η μη εμπιστευτική έκδοση της παρούσας απόφασης στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, σύμφωνα με το άρθρο 47 του ν. 3959/2011.

(Παράρτημα Ι - Καλύπτεται από το επιχειρηματικό απόρρητο).

Η απόφαση αυτή να δημοσιευθεί στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως.

Μαρούσι, 7 Σεπτεμβρίου 2020

Ο Πρόεδρος

ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΜΑΣΣΕΛΟΣ



ΕΘΝΙΚΟ ΤΥΠΟΓΡΑΦΕΙΟ

Το Εθνικό Τυπογραφείο αποτελεί δημόσια υπηρεσία υπαγόμενη στην Προεδρία της Κυβέρνησης και έχει την ευθύνη τόσο για τη σύνταξη, διαχείριση, εκτύπωση και κυκλοφορία των Φύλλων της Εφημερίδας της Κυβερνήσεως (ΦΕΚ), όσο και για την κάλυψη των εκτυπωτικών - εκδοτικών αναγκών του δημοσίου και του ευρύτερου δημόσιου τομέα (ν. 3469/2006/Α' 131 και π.δ. 29/2018/Α' 58).

1. ΦΥΛΛΟ ΤΗΣ ΕΦΗΜΕΡΙΔΑΣ ΤΗΣ ΚΥΒΕΡΝΗΣΕΩΣ (ΦΕΚ)

- Τα **ΦΕΚ σε ηλεκτρονική μορφή** διατίθενται δωρεάν στο **www.et.gr**, την επίσημη ιστοσελίδα του Εθνικού Τυπογραφείου. Όσα ΦΕΚ δεν έχουν ψηφιοποιηθεί και καταχωριστεί στην ανωτέρω ιστοσελίδα, ψηφιοποιούνται και αποστέλλονται επίσης δωρεάν με την υποβολή αίτησης, για την οποία αρκεί η συμπλήρωση των αναγκαίων στοιχείων σε ειδική φόρμα στον ιστότοπο **www.et.gr**.

- Τα **ΦΕΚ σε έντυπη μορφή** διατίθενται σε μεμονωμένα φύλλα είτε απευθείας από το Τμήμα Πωλήσεων και Συνδρομητών, είτε ταχυδρομικά με την αποστολή αιτήματος παραγγελίας μέσω των ΚΕΠ, είτε με ετήσια συνδρομή μέσω του Τμήματος Πωλήσεων και Συνδρομητών. Το κόστος ενός ασπρόμαυρου ΦΕΚ από 1 έως 16 σελίδες είναι 1,00 €, αλλά για κάθε επιπλέον οκτασέλιδο (ή μέρος αυτού) προσαυξάνεται κατά 0,20 €. Το κόστος ενός έγχρωμου ΦΕΚ από 1 έως 16 σελίδες είναι 1,50 €, αλλά για κάθε επιπλέον οκτασέλιδο (ή μέρος αυτού) προσαυξάνεται κατά 0,30 €. Το τεύχος Α.Σ.Ε.Π. διατίθεται δωρεάν.

• Τρόποι αποστολής κειμένων προς δημοσίευση:

Α. Τα κείμενα προς δημοσίευση στο ΦΕΚ, από τις υπηρεσίες και τους φορείς του δημοσίου, αποστέλλονται ηλεκτρονικά στη διεύθυνση **webmaster.et@et.gr** με χρήση προηγμένης ψηφιακής υπογραφής και χρονοσήμανσης.

Β. Κατ' εξαίρεση, όσοι πολίτες δεν διαθέτουν προηγμένη ψηφιακή υπογραφή μπορούν είτε να αποστέλλουν ταχυδρομικά, είτε να καταθέτουν με εκπρόσωπό τους κείμενα προς δημοσίευση εκτυπωμένα σε χαρτί στο Τμήμα Παραλαβής και Καταχώρισης Δημοσιευμάτων.

- Πληροφορίες, σχετικά με την αποστολή/κατάθεση εγγράφων προς δημοσίευση, την ημερήσια κυκλοφορία των Φ.Ε.Κ., με την πώληση των τευχών και με τους ισχύοντες τιμοκαταλόγους για όλες τις υπηρεσίες μας, περιλαμβάνονται στον ιστότοπο (**www.et.gr**). Επίσης μέσω του ιστότοπου δίδονται πληροφορίες σχετικά με την πορεία δημοσίευσης των εγγράφων, με βάση τον Κωδικό Αριθμό Δημοσιεύματος (ΚΑΔ). Πρόκειται για τον αριθμό που εκδίδει το Εθνικό Τυπογραφείο για όλα τα κείμενα που πληρούν τις προϋποθέσεις δημοσίευσης.

2. ΕΚΤΥΠΩΤΙΚΕΣ - ΕΚΔΟΤΙΚΕΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΣΙΟΥ

Το Εθνικό Τυπογραφείο ανταποκρινόμενο σε αιτήματα υπηρεσιών και φορέων του δημοσίου αναλαμβάνει να σχεδιάσει και να εκτυπώσει έντυπα, φυλλάδια, βιβλία, αφίσες, μπλοκ, μηχανογραφικά έντυπα, φακέλους για κάθε χρήση, κ.ά.

Επίσης σχεδιάζει ψηφιακές εκδόσεις, λογότυπα και παράγει οπτικοακουστικό υλικό.

Ταχυδρομική Διεύθυνση: Καποδιστρίου 34, τ.κ. 10432, Αθήνα

Ιστότοπος: **www.et.gr**

ΤΗΛΕΦΩΝΙΚΟ ΚΕΝΤΡΟ: 210 5279000 - fax: 210 5279054

Πληροφορίες σχετικά με την λειτουργία του ιστότοπου: **helpdesk.et@et.gr**

ΕΞΥΠΗΡΕΤΗΣΗ ΚΟΙΝΟΥ

Πωλήσεις - Συνδρομές: (Ισόγειο, τηλ. 210 5279178 - 180)

Πληροφορίες: (Ισόγειο, Γρ. 3 και τηλεφ. κέντρο 210 5279000)

Παραλαβή Δημ. Ύλης: (Ισόγειο, τηλ. 210 5279167, 210 5279139)

Αποστολή ψηφιακά υπογεγραμμένων εγγράφων προς δημοσίευση στο ΦΕΚ: **webmaster.et@et.gr**

Ωράριο για το κοινό: Δευτέρα ως Παρασκευή: 8:00 - 13:30

Πληροφορίες για γενικό πρωτόκολλο και αλληλογραφία: **grammateia@et.gr**

Πείτε μας τη γνώμη σας,

για να βελτιώσουμε τις υπηρεσίες μας, συμπληρώνοντας την ειδική φόρμα στον ιστότοπό μας.

