

ΕΠΑΡΧΙΑΚΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΛΕΥΚΩΣΙΑΣ

ΕΝΩΠΙΟΝ: Χ.Β. Χαραλάμπους, Π.Ε.Δ.

Αρ. Αγωγής: 8326/13

Μεταξύ:

GOLDEN TELEMEDIA LIMITED

Ενάγουσας

v.

ΑΡΧΗΣ ΤΗΛΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΩΝ ΚΥΠΡΟΥ

Εναγομένης

Ημερομηνία: 9 Φεβρουαρίου 2024

Εμφανίσεις:

Για Ενάγουσα: κ. Σ. Μαυροκέφαλος για Πολάκης Σαρρής & Σία Δ.Ε.Π.Ε.

Για Εναγόμενη: κ. Μ. Ηλιάδης για Τάσος Παπαδόπουλος & Συνεργάτες Δ.Ε.Π.Ε.

Α Π Ο Φ Α Σ Η

Με την ως άνω αγωγή της η Ενάγουσα αξίωσε (α) αποζημιώσεις (διαφυγόν κέρδος) ύψους €1.388.069,19 λόγω αμέλειας και ή παράβασης θεσμίων καθηκόντων της Εναγόμενης, (β) γενικές αποζημιώσεις, (γ) τιμωρητικές αποζημιώσεις και (δ) διάταγμα απόδοσης λογαριασμών για έσοδα. Σύμφωνα με την Ενάγουσα η Εναγόμενη κατείχε δεσπόζουσα θέση στην αγορά κινητής τηλεφωνίας και βάσει της νομοθεσίας περί προστασίας του ανταγωνισμού είχε υποχρεώσεις έναντι της (Ενάγουσας), τις οποίες παρέβη. Ειδικότερα η

Εναγόμενη από το 2005 μέχρι τις 13.6.08 αρνήθηκε να παράσχει στους πελάτες της, οι οποίοι αγόραζαν προπληρωμένες υπηρεσίες κινητής τηλεφωνίας (so easy) πρόσβαση στις υπηρεσίες υπερτιμημένων κλήσεων (τηλεπληροφόρησης), τις οποίες προσέφερε η Ενάγουσα, θέτοντας (η Εναγόμενη) φραγή στις κλήσεις προς τέτοιες υπηρεσίες. Η Ενάγουσα στις 19.3.07 κατήγγειλε την παράβαση στην Επιτροπή Προστασίας Ανταγωνισμού («Ε.Π.Α.»), πράγμα που ήταν παραδεκτό και στην Υπεράσπιση της Εναγόμενης. Κατ' ακρίβειαν με το δικόγραφο της η Εναγόμενη προέβαλλε αφενός ότι εκκρεμούσε προσφυγή της εναντίον της Ε.Π.Α. και αφετέρου ότι δεν είχε παραβεί με τη φραγή οποιαδήποτε πρόνοια της σχετικής νομοθεσίας.

Μαρτυρία

Για να αποδείξει την υπόθεσή της η Ενάγουσα κάλεσε τέσσερις μάρτυρες ενώ η Εναγόμενη προς υπεράσπισή της κάλεσε δύο μάρτυρες.

Ο Μ.Ε.1, κ. Ινιάτης, διευθυντής και μέτοχος της Ενάγουσας, στη γραπτή δήλωσή του, Έγγραφο Α, αναφέρθηκε μεταξύ άλλων στις παρεχόμενες από τους διαδικούς υπηρεσίες, στην καταγγελία της Ενάγουσας στην Ε.Π.Α. (Τεκμήριο 1), στη σχετική αλληλογραφία με την Ε.Π.Α. (Τεκμήρια 2 έως 16), στο ότι παρά τις απαιτήσεις τους από το 2003 εντούτοις η Εναγόμενη από το 2005 έως τις 13.6.08 δεν παρείχε πρόσβαση σε δικούς της πελάτες που είχαν προπληρωμένη κινητή τηλεφωνία (so easy), στο ότι η Εναγόμενη έδινε τέτοια πρόσβαση μόνο κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού της Eurovision προς ίδιον όφελος, στο ότι, λόγω των περιορισμών αυτών, μέχρι την άρση τους κατά το 2008 μόνον η Εναγόμενη πληρούσε τα κριτήρια να προσφοροδοτήσει προς τη διαχειρίστρια του διαγωνισμού, ήτοι την Digame Mobile GmbH και στο ότι εξαιτίας αυτού η Ενάγουσα δεν είχε υποβάλει προσφορά στην Digame προ του 2009.

Στην ίδια δήλωση ο Μ.Ε.1 αναφέρθηκε στην ενημέρωση που είχαν για την έκδοση της απόφασης της Ε.Π.Α. (Τεκμήριο 17), στην ίδια την απόφαση (Τεκμήριο 18), στα όσα ακολούθησαν λόγω επανάληψης της διαδικασίας (Τεκμήρια 19, 20), στο σχετικό Διάταγμα του Επιτρόπου Επικοινωνιών υπ' αρ. 7/2007 (Τεκμήριο 21), στο ότι στις 13.6.08 η Εναγόμενη ήρε τους περιορισμούς, στο ότι η συμπεριφορά αυτή είχε ως αποτέλεσμα τον περιορισμό των εσόδων της Ενάγουσας και κατέληξε λέγοντας ότι συγκεκριμένα είχε διαφυγόν κέρδος της τάξης του 19,55% επί των συνολικών εσόδων της, τα οποία ήταν €7.100.098,14, άρα είχε ζημιά ύψους €1.388.069,19 ως φαίνεται στη μελέτη που έκαμε (Τεκμήριο 22) ενώ παρουσίασε και τιμολόγια της Εναγόμενης για όλη την περίοδο (Τεκμήριο 23), καθώς και Στατιστικό Δελτίο του αρμόδιου Επιτρόπου (Τεκμήριο 24).

Κατά την κυρίως εξέτασή του ο Μ.Ε.1 επεξήγησε τη θέση του ότι η Εναγόμενη για τους συνδρομητές της so easy επέτρεπε την πρόσβαση σε υπερτιμημένες κλήσεις μόνο μέσω της Υπηρεσίας Γραπτών Μηνυμάτων Υπεραξίας (premium sms) και αυτό επειδή η ίδια είχε μεγαλύτερο μερίδιο εσόδων (γύρω στο 52%) εν συγκρίσει με αυτό των υπερτιμημένων κλήσεων (από 4 έως 20%). Εξήγησε περαιτέρω ότι η ανάλυση της ζημιάς τους στο Τεκμήριο 22 βασίζεται σε πραγματικούς αριθμούς που προέκυψαν μετά την άρση της φραγής και ότι από αυτή την ανάλυση προέκυψε πως η ζημιά τους ήταν 19,55% επί των συνολικών εσόδων.

Αντεξεταζόμενος είπε μεταξύ άλλων ότι κατά τον επίδικο χρόνο υπολογίζει πως το 10-15% των εσόδων τους γινόταν επένδυση στην ανάπτυξη των εργασιών τους, ότι διεκδικούν απώλεια εσόδων (*«το τι θα κάναμε με τα κέρδη είναι δικό μας θέμα»*), ότι το Τεκμήριο 22 το συνέταξε ο ίδιος, ότι μέσω αυτού απέδειξε την απώλειά τους και ότι η πρόσβαση σε τηλεηχοφορίες μπορούσε να γίνει και από σταθερή τηλεφωνία, στοιχείο που έλαβε υπ' όψιν του στα σενάρια του Τεκμηρίου 22. Ήταν η θέση του ότι και η Ε.Π.Α. στο Τεκμήριο 18 μετά από μελέτη κατέληξε σε σχέση με τη ζημιά στο ίδιο συμπέρασμα μαζί τους.

Η Μ.Ε.2, κα Χριστοδούλου, είναι δικηγόρος και υπήρξε μέλος της Ε.Π.Α. από τις 14.5.08 ενώ από τις 20.12.11 είναι πρόεδρος της. Στη γραπτή δήλωσή της, Έγγραφο Β, αναφέρθηκε στις αρμοδιότητες της Ε.Π.Α., στη διερεύνηση της καταγγελίας της Ενάγουσας και στα όσα ακολούθησαν μέχρι και την ανάκληση της ανάκλησης, οπότε και αναβίωσε η αρχική απόφαση (Τεκμήρια 17 έως 20). Εναντίον της πρώτης απόφασης καθώς και εναντίον της ανάκλησης της ανάκλησης καταχώρισε προσφυγές η Εναγόμενη, οι οποίες έχουν απορριφθεί (Τεκμήρια 26, 27) και εναντίον των πρωτόδικων αυτών αποφάσεων καταχώρισε εφέσεις, οι οποίες εκκρεμούν (υπ' αρ. 67/2017 και 38/2018). Στη συνέχεια εξηγεί τις ενέργειες και τις αποφάσεις της Ε.Π.Α., θέματα στα οποία έδωσε διευκρινίσεις και κατά την αντεξέτασή της.

Η Μ.Ε.3 κα Βαρσανίδου, επίσης δικηγόρος, υπηρετούσε ως Λειτουργός Νομικών Θεμάτων στο γραφείο του Επιτρόπου Επικοινωνιών από το 2003 έως το 2018 (από το 2011 ως Ανώτερη). Στη γραπτή δήλωσή της, Έγγραφο Γ, αναφέρθηκε μεταξύ άλλων στο Διάταγμα του Επιτρόπου υπ' αρ. 7/07 (Τεκμήριο 28), στον σκοπό του που, μεταξύ άλλων, ήταν όπως η Εναγόμενη αποδέχεται και τερματίζει (ολοκληρώνει) κλήσεις, από όπου και αν αυτές εκκινούν, σε υπηρεσίες υπερτιμημένων κλήσεων, στην εξέταση ενός παραπόνου άλλης εταιρείας, ήτοι της Primetel PLC, κατά τον Ιούνιο του 2008 (Τεκμήριο 29), στις δικαστικές διαδικασίες που ακολούθησαν με επικύρωση της καταδίκης της Εναγόμενης (Τεκμήρια 30 και 31) και τέλος παρουσίασε τα στατιστικά δελτία του Επιτρόπου σε σχέση με την αγορά κινητής τηλεφωνίας για την περίοδο από το 2005 έως το 2009 (Τεκμήριο 32). Αντεξεταζόμενη εξήγησε ότι η απόφαση Τεκμήριο 29 αφορούσε καταγγελία της Primetel και ότι δεν ήταν σε θέση να πει λεπτομέρειες επειδή δεν θυμόταν.

Ο Μ.Ε.4 κ. Κυριάκου, υπό την ιδιότητα του λογιστή-ελεγκτή, κατά τα έτη 2005 έως 2008 υπήρξε μέτοχος και διευθυντής της Constantinou & Kyriacou CPA Ltd, η οποία ήταν ελεγκτής της Ενάγουσας. Στη γραπτή δήλωσή του

Έγγραφο Δ, ανέφερε μεταξύ άλλων ότι από το 1997 διενεργούσε ελέγχους των οικονομικών της καταστάσεων και γνωρίζει σε μεγάλο βαθμό τον τρόπο λειτουργίας και τα οικονομικά δεδομένα της Ενάγουσας. Έλαβε γνώση της μελέτης που παρουσιάστηκε ως Τεκμήριο 22, στην οποία η Ενάγουσα αφενός παρουσιάζει να είχε συνολικά έσοδα κατά τα έτη 2005 έως 2008 ύψους **€7.100.098,14** και αφετέρου υπολογίζει ότι είχε απολεσθέντα έσοδα ύψους **19,55%** επί των συνολικών εσόδων. Από τον ίδιο ζητήθηκε να εκτιμήσει το διαφυγόν κέρδος το οποίο αντιστοιχεί στην εν λόγω απώλεια εσόδων. Στη βάση των εξελεγμένων οικονομικών καταστάσεων της Ενάγουσας για την πιο πάνω τριετία, ήτοι τα Τεκμήρια 33 έως 36 (και τα οικονομικά δεδομένα και αρχεία της Ενάγουσας) κατέληξε ότι το συνολικό διαφυγόν κέρδος ήταν **€764.145**, βάσει της δικής του ανάλυσης (Τεκμήριο 37).

Αντεξεταζόμενος επανέλαβε ότι το ποσοστό 19,55% το έλαβε από την Ενάγουσα, ότι ήταν με αυτό ως δεδομένο που προχώρησε να εκτιμήσει το διαφυγόν κέρδος και ότι εξέλαβε πως όλα τα έξοδα θα παρέμεναν αμετάβλητα με εξαίρεση τα έξοδα για προμήθειες (commissions) προς συνεργαζόμενα Μέσα Μαζικής Επικοινωνίας («ΜΜΕ»). Διευκρίνισε ότι η διαφορά στα εισοδήματα μετά την άρση της παράβασης είναι μόνο εν σχέσει με τα εισοδήματα από την Εναγόμενη, τα οποία και συμπεριέλαβε στο Τεκμήριο 37. Τα υπόλοιπα εισοδήματα δεν είχαν επηρεαστεί ενώ ούτως ή άλλως αφορούσαν και πολύ μικρό ποσό (π.χ. για το 2006 ήταν €31.000 επί συνόλου €2.277.000). Εξήγησε ότι αν δεν υπήρχαν οι περιορισμοί τότε η Ενάγουσα, ακόμα και με τους ίδιους πελάτες, θα εισέπραττε περισσότερα στην περίπτωση που αυτοί επέλεγαν τις τηλεφωνικές κλήσεις (αντί τα μηνύματα).

Μετά από αίτημα της Υπεράσπισης ο Μ.Ε.4 προσκόμισε τις οικονομικές καταστάσεις της Ενάγουσας για τα έτη 2009 έως 2011, ως Τεκμήρια 38 έως 40, τις οποίες και επεξήγησε. Συμφώνησε ότι ως θέμα λογικής όταν αυξάνεται ο κύκλος εργασιών τότε αυξάνονται και τα κόστη, πλην όμως υπέδειξε πως στην παρούσα περίπτωση τα έξοδα διαφήμισης ήταν περί το 10% του κύκλου

εργασιών, δηλαδή σταθερά. Ήταν η θέση του πως η Ενάγουσα δεν είχε ανάγκη μεγαλύτερης διαφήμισης αλλά αυτό που εκείνη ήθελε ήταν να εξασφαλίσει το μεγαλύτερο εισόδημα από τους υφιστάμενους πελάτες μέσω των υπερτιμημένων κλήσεων (αντί μηνυμάτων). Για τη μείωση στα διαφημιστικά έξοδα για τα έτη 2010-2011 είπε πως αυτή οφείλεται στην οικονομική κρίση αλλά και στη διαφοροποίηση (diversification) υπηρεσιών που είχε πλέον αρχίσει η Ενάγουσα.

Σε σχέση με τον κύκλο εργασιών δέχθηκε ότι οι πωλήσεις κατά το 2009 ήταν αυξημένες κατά (14%) σε σύγκριση με το 2008 ενώ σε σχέση με το 2005 ήταν μειωμένες, αποδίδοντας το τελευταίο στην οικονομική κρίση και κάθοδο η οποία είχε ήδη αρχίσει. Προσέθεσε πως δεν προχώρησε όμως να συγκρίνει με τα παλαιότερα έτη 2005 έως 2007 διότι δεν γνωρίζει τι γινόταν τότε.

Ο Μ.Υ.1 κ. Χριστοφόρου, προϊστάμενος των Υπηρεσιών Πολυμεσικής Πληροφόρησης στην Εναγόμενη, στη γραπτή του δήλωση, Έγγραφο Ε, δέχθηκε ότι η προπληρωμένη υπηρεσία (so easy) δεν παρείχε τη δυνατότητα κλήσης σε αριθμούς τηλεπληροφόρησης (900... και 909...) από της εισαγωγής της μέχρι και το 2008, εξηγώντας ότι αυτό σήμαινε πως η κλήση προς τέτοιους αριθμούς δεν εκκινούσε καν. Η Εναγόμενη είχε μεν εμπορική συμφωνία αλλά όχι συμφωνία διασύνδεσης με την Ενάγουσα, όπως είχε με την Primetel, πράγμα που διαφοροποιεί την περίπτωση. Προσέθεσε πως η Ενάγουσα ήταν ο μεγαλύτερος πάροχος περιεχομένου μέσω υπερτιμημένων κλήσεων.

Σε σχέση με τον διαγωνισμό της Eurovision ο Μ.Υ.1 είπε πως η Εναγόμενη παλαιότερα προσέφερε τα τεχνικά μέσα για την τηλεψηφοφορία κατόπιν αιτήματος του ΡΙΚ (Τεκμήριο 42), ότι για πρώτη φορά κατά το 2004 ενεπλάκη η Digame (Τεκμήριο 43), η οποία επανήλθε απευθείας κατά τα επόμενα έτη (Τεκμήρια 44, 45) με ερωτηματολόγιο στις ερωτήσεις του οποίου η Ενάγουσα μπορούσε να είχε απαντήσει καταφατικά (Τεκμήρια 46, 47). Στην περίπτωση που η Ενάγουσα κέρδιζε την προσφορά τότε η Εναγόμενη για όσο

διαρκούσε η τηλεψηφοφορία θα επέτρεπε την πρόσβαση των χρηστών της προπληρωμένης υπηρεσίας (so easy) στους αριθμούς που αφορούσαν τη Eurovision. Το ότι η Ενάγουσα μέχρι το 2009 δεν υπέβαλε προσφορά οφείλεται στην ίδια και όχι στην Εναγόμενη.

Αντεξεταζόμενος συμφώνησε ότι στους δικούς τους όρους παροχής της υπηρεσίας προπληρωμένης κινητής τηλεφωνίας (so easy) δεν αναφέρεται πως οι χρήστες της δεν θα είχαν πρόσβαση σε αριθμούς τηλεπληροφόρησης, ότι η Ενάγουσα είχε υπογράψει με την Εναγόμενη συγκεκριμένη Συμφωνία Διαμοιρασμού κερδών σε σχέση με τις υπερτιμημένες κλήσεις και ότι η φραγή δεν υπήρχε στην περίπτωση υπηρεσιών μηνυμάτων (premium sms). Περαιτέρω επέμεινε στη θέση του ότι η Ενάγουσα πληρούσε τους όρους και μπορούσε να απαντούσε καταφατικά στο ερωτηματολόγιο της Digame για τον διαγωνισμό της Eurovision.

Ο Μ.Υ.2 δρ Αγησιλάου είναι οικονομολόγος με ειδίκευση στη μακροοικονομική και στα οικονομικά του ανταγωνισμού, καθηγητής στο Ανοικτό Πανεπιστήμιο Κύπρου και διευθύνων σύμβουλος στην εταιρεία Trojan Economics Consultants Ltd. Κατόπιν εντολής από την Εναγόμενη ετοίμασε σχετική έκθεση εκτίμησης διαφυγόντος κέρδους της Ενάγουσας ημερ. 12.5.22 την οποία παρουσίασε ως Έγγραφο ΣΤ. Στην εν λόγω έκθεση, κατόπιν διαφόρων υπολογισμών, κατέληξε ότι εάν ληφθεί υπ' όψιν η ημερομηνία από την οποία γραπτώς ζήτησε πρόσβαση η Ενάγουσα, δηλαδή από 26.5.06, τότε το διαφυγόν κέρδος ήταν €18.851 (πριν τους φόρους) ενώ εάν ληφθεί υπ' όψιν η ημερομηνία 1.6.05, τότε το διαφυγόν κέρδος εκτιμάται σε €25.983.

Αντεξεταζόμενος αναφέρθηκε στα στοιχεία και δεδομένα που έλαβε υπ' όψιν και εξήγησε ότι έκαμε αναλύσεις ευαισθησίας, ότι έκαμε παραδοχές που ήταν πιο ευνοϊκές για την Ενάγουσα και ότι δεν έμεινε μόνο στο 2008 αλλά συνέκρινε με στοιχεία των ετών 2009 και 2010 που οδηγούν στη μέγιστη εκτίμηση. Σε σχέση με το σημείωμα της Ενάγουσας (Τεκμήριο 22) είπε πως

εκεί χρησιμοποιείται μια πολύ βραχεία περίοδος για τις εκτιμήσεις διαφυγόντων κερδών, η οποία ήταν η περίοδος του τηλεπαιχνιδιού X-Factor 1 όπου υπήρχε αυξημένη ζήτηση για υπερτιμημένες κλήσεις, πράγμα που οδηγεί σε παράδοξα και μη αξιόπιστα αποτελέσματα.

Περιορισμός Επίδικων Θεμάτων

Επί του παρόντος και πριν από οτιδήποτε άλλο προέχει να σημειωθεί πως κατά την ακροαματική διαδικασία (και ασχέτως των όσων είχαν προβληθεί δικογραφικά) προέκυψε διαφοροποίηση στη θέση της Εναγόμενης. Ειδικότερα, όπως επιβεβαιώνεται και από την τελική της αγόρευση, είναι εκ μέρους της πλέον παραδεκτό ότι η Ε.Π.Α., μετά την προαναφερθείσα καταγγελία (υπ' αρ. 39/12) εξέδωσε απόφαση ημερ. 3.9.12, με την οποία έκρινε ότι υπήρξε παράβαση των **υποεδαφίων (α), (β) και (γ) του Άρθρου 6(1) του περί Προστασίας του Ανταγωνισμού**, Ν.13(Ι)/2008 και δη καταχρηστική εκμετάλλευση δεσπόζουσας θέσης από την Εναγόμενη. Είναι δε επίσης παραδεκτό πως για τις παραβάσεις που διαπίστωσε, η Ε.Π.Α επέβαλε συνολικό διοικητικό πρόστιμο ύψους €390.000 ως εξής, όπως καταγράφεται στην έκθεση απαίτησης:

«(α) Χρηματική ποινή €130.000 αναφορικά με τη διαπιστωθείσα παράβαση του άρθρου 6(1)(α) του Νόμου εκ μέρους της Εναγόμενης, με την έμμεση επιβολή αθέμιτων όρων συναλλαγής ως αποτέλεσμα της απόφασης της Εναγόμενης να φράξει τις κλήσεις προς υπερτιμημένες υπηρεσίες από τους χρήστες της προπληρωμένης κινητής τηλεφωνίας προς ζημιά των καταναλωτών.

(β) Χρηματική ποινή €130.000 αναφορικά με τη διαπιστωθείσα παράβαση του άρθρου 6(1)(β) του Νόμου εκ μέρους της Εναγόμενης, με την έμμεση άρνηση παροχής υπηρεσιών ως αποτέλεσμα της απόφασης της Εναγόμενης να φράξει τις κλήσεις προς υπερτιμημένες υπηρεσίες από τους χρήστες της προπληρωμένης κινητής τηλεφωνίας προς ζημιά των καταναλωτών.

(γ) Χρηματική ποινή €130.000 αναφορικά με τη διαπιστωθείσα παράβαση του άρθρου 6(1)(γ) του Νόμου εκ μέρους της Εναγόμενης, με την εφαρμογή ανόμοιων όρων συναλλαγής για ισοδύναμες συναλλαγές, αφού η Ενάγουσα αποτρεπόταν από το να λάβει μέρος στο διαγωνισμό της EUROVISION, ως αποτέλεσμα της απόφασης της Εναγόμενης να φράξει τις κλήσεις προς υπερτιμημένες υπηρεσίες από τους χρήστες της προπληρωμένης κινητής τηλεφωνίας προς ζημιά των καταναλωτών».

Το ουσιώδες βέβαια είναι πως η Εναγόμενη αναγνωρίζει ότι το επίδικο στην αγωγή ζήτημα είναι το κατά πόσον η Ενάγουσα έχει υποστεί ζημιά και με παραπομπή στο **Άρθρο 40(1)** του Ν.13(Ι)/08, καθώς και στην υπόθεση του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου **Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, C295/04, ημερ 13.7.06** αρκείται αφενός στο να υποδείξει ότι θα πρέπει να καταδειχθεί αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της απαγορευμένης συμπεριφοράς και της ζημιάς ούτως ώστε να διαταχθεί αποκατάσταση της ζημιάς και αφετέρου στο να υποδείξει ότι στην παρούσα μια τέτοια ζημιά δεν υπερβαίνει τα ποσά που ανέφερε ο Μ.Υ.2. Το εν λόγω **Άρθρο 40(1)** του Ν.13(Ι)/08 προνοεί τα ακόλουθα:

*«Σε περίπτωση αγωγής για αποζημίωση από οποιοδήποτε πρόσωπο το οποίο υπέστη ζημιά και/ή οικονομική βλάβη από πράξεις ή παραλείψεις επιχειρήσεως ή ενώσεων επιχειρήσεων ενεργηθείσες κατά παράβαση των άρθρων 3 και/ή 6 του παρόντος Νόμου και/ή των Άρθρων 81 ΕΚ και/ή 82 ΕΚ, **τελική απόφαση** της Επιτροπής ή άλλης Αρχής Ανταγωνισμού ή της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, που διαπιστώνει την εν λόγω παράβαση, **αποτελεί μαχητό τεκμήριο** της αλήθειας του περιεχομένου της».*

(Εμφαση δοθείσα)

Στην παρούσα περίπτωση η προαναφερθείσα απόφαση της Ε.Π.Α. έχει προσκομιστεί ως Τεκμήριο 18. Αποτελεί δε επίσης κοινό υπόβαθρο πως:

- Εναντίον της εν λόγω απόφασης η Εναγόμενη είχε καταχωρίσει την υπ' αρ. **1927/12** προσφυγή στις 27.11.12.
- Στις 27.1.14, εκκρεμούσης της εκδίκασής της, η Ε.Π.Α. είχε ανακαλέσει την απόφασή της (λόγω κακής σύνθεσης Υπουργικού Συμβουλίου που είχε διορίσει τον πρόεδρό της).
- Στις 26.2.14, κατόπιν σχετικής γνωμάτευσης, η Ε.Π.Α. ανακάλεσε την ανάκληση.
- Εναντίον της ανάκλησης η Εναγόμενη καταχώρισε την υπ' αρ. **488/14** προσφυγή.
- Στις 31.5.17 το Διοικητικό Δικαστήριο εξέδωσε απόφαση επί της πρώτης προσφυγής (1927/12), απορρίπτοντάς την και κρίνοντας ότι πλέον είχε αναβιώσει η αρχική απόφαση την οποία και επικύρωσε (βλ. Τεκμήριο 26). Εναντίον αυτής της πρωτόδικης απόφασης του Διοικητικού Δικαστηρίου εκκρεμεί η αναθεωρητική έφεση της Εναγόμενης υπ' αρ. **67/2017**.
- Την 1.2.18 το Διοικητικό Δικαστήριο εξέδωσε απόφαση και επί της δεύτερης προσφυγής (488/14), επίσης απορρίπτοντάς την και κρίνοντας ξανά ότι είχε αναβιώσει η αρχική απόφαση της Ε.Π.Α. η οποία απόφαση παρέμενε άθικτη (βλ. Τεκμήριο 27). Εναντίον αυτής της απόφασης εκκρεμεί η έφεση της Εναγόμενης υπ' αρ. **38/2018**.

Το παράπονο της Ενάγουσας αφορά την περίοδο από τον Ιούνιο του 2005 έως και τις 13.6.08 που η Εναγόμενη ήρε την προαναφερθείσα φραγή, ως είναι επίσης παραδεκτό. Δικαίωμα αγωγής προς αποζημίωση υπήρχε τόσο βάσει του **Άρθρου 35** του προΐσχύσαντος, μέχρι τις 18.4.08, Ν.207/89 όσο και βάσει του μεταγενέστερου Ν.13(Ι)/08, του οποίου το **Άρθρο 40** έχει παρατεθεί πιο πριν. Δεν ενδιαφέρει κατά τη γνώμη μου ο νεότερος Ν.13(Ι)/22, ο οποίος επίσης διατηρεί το δικαίωμα για αποζημίωση και μάλιστα καθιστά την «τελεσίδικη απόφαση» της Ε.Π.Α. ως αμάχητο τεκμήριο για τέτοιο σκοπό (όχι μαχητό όπως ο παλαιότερος Νόμος). Προφανώς ο ισχύων αυτός Νόμος έχει συναρτήσει το «αμάχητο τεκμήριο» με απόφαση εναντίον της οποίας δεν

εκκρεμεί έφεση (όπως είναι και η ορθή έννοια του όρου «τελεσίδικη»). Δεν πρόκειται όμως για ζήτημα το οποίο πρέπει να απασχολήσει στην παρούσα.

Αυτό το οποίο ενδιαφέρει και έχει σημασία είναι ότι με το προϊσχύσαν νομικό καθεστώς, δηλαδή υπό τον Ν.13(Ι)/08, η Ενάγουσα και απέκτησε αγώγιμο δικαίωμα και καταχώρισε αγωγή κατά το 2013. Ο όρος «τελική απόφαση» στο **Άρθρο 40** του Ν.13(Ι)/08 έχει την έννοια της τελικής κρίσης, αντιδιαστέλλεται από ενδιάμεση απόφαση και δεν σημαίνει απαραίτητως απόφαση εναντίον της οποίας δεν εκκρεμεί έφεση (**Οικονομίδη v. Λαϊκή Κυπριακή Τράπεζα Λτδ (1997) 1(Γ) Α.Α.Δ. 1255, Θεμιστοκλέους κ.α v. Σιαμμά (2010) 1(Γ) Α.Α.Δ. 2114, Ζία κ.α v. Γενικού Εισαγγελέα, Πρωτ. Αιτ. 1/18, ημερ. 9.9.19**).

Η επίδικη αρχική απόφαση ημερ. 3.9.12 λοιπόν αναμφίβολα συνιστά τελική απόφαση της Ε.Π.Α. και δεδομένης της μη αμφισβήτησής της (εδώ) σε σχέση με τις παραβάσεις τις οποίες διαπίστωσε η Ε.Π.Α., έπεται πως το νομοθετικό τεκμήριο της αλήθειας των όσων εκεί αναφέρονται παραμένει ακλόνητο. Είναι για αυτό που και η Εναγόμενη έχει εστιάσει την προσοχή της στις αξιούμενες αποζημιώσεις υπό τύπον διαφυγόντων κερδών, ήτοι (α) στην απώλεια εσόδων από κλήσεις προς υπερτιμημένες υπηρεσίες και (β) στην απώλεια κέρδους από τη μη συμμετοχή σε διαγωνισμό παροχής υπηρεσιών τηλεπηφοφορίας για σκοπούς του διαγωνισμού τραγουδιού της Eurovision. Τα οποία ουσιαστικά είναι και τα μόνα παραμένοντα επίδικα ζητήματα.

Αξιολόγηση Μαρτυρίας-Ευρήματα

Παρακολούθησα με κάθε δυνατή προσοχή όλους τους μάρτυρες και είμαι σε θέση να αξιολογήσω όλη τη μαρτυρία, προφορική και γραπτή, προς εξαγωγή των αναγκαίων ευρημάτων και συμπερασμάτων, σε σχέση με τα εναπομείναντα επίδικα ζητήματα.

Εννοείται πως ένα σημαντικό μέρος της μαρτυρίας αυτής καλύπτεται όπως ήδη έχει εξηγηθεί, από μη αμφισβητούμενα γεγονότα (και κυρίως του ιστορικού) της υπόθεσης, τα οποία έχουν καταγραφεί στην απόφαση της Ε.Π.Α., ήτοι το Τεκμήριο 18. Τέτοια είναι πρωτίστως η μαρτυρία των Μ.Ε.2 και Μ.Ε.3, τους οποίους ούτως ή άλλως θεωρώ αξιόπιστους και ειλικρινείς μάρτυρες. Βρέθηκαν και οι δύο ενώπιον του Δικαστηρίου λόγω της υπηρεσιακής ιδιότητάς τους και χωρίς να έχουν οποιαδήποτε σχέση με οποιονδήποτε από τους διαδίκους. Δεν θεωρώ πως είχαν οποιονδήποτε λόγο ή κίνητρο να παραποιήσουν τα γεγονότα και θεωρώ πως τα παρέθεσαν εντίμως και ειλικρινώς. Αποδέχομαι στο σύνολό της τη μαρτυρία τους.

Όσον αφορά τον Μ.Ε.1 θα πρέπει να σημειωθεί πως επίσης έχει αφήσει γενικά καλή εντύπωση εν σχέσει με την παράθεση των γεγονότων. Σε καμμία περίπτωση δεν έδωσε την εικόνα ότι είχε πρόθεση ή ότι εν τέλει απέκρυψε οποιαδήποτε γεγονότα από όσα είχαν περιέλθει στην αντίληψή του. Βασικό του χαρακτηριστικό είναι ότι απαντούσε με ευθύτητα και χωρίς υπεκφυγές. Τα γεγονότα τα οποία παρουσίασε ασφαλώς ταυτίζονται ως επί το πλείστον με όσα εντόπισε, κατέγραψε και διαπίστωσε και η Ε.Π.Α. στην απόφασή της (Τεκμήριο 18). Δεν απαιτείται εδώ η επανάληψή τους. Ούτε είναι τυχαίο που ο Μ.Ε.1 στηρίζεται εν πολλοίς σε γεγονότα και στοιχεία τα οποία έχει καταγράψει και η Ε.Π.Α. Εννοείται βέβαια πως αυτό δεν ήταν ορθό να το πράττει για όλα όσα απαιτούνται για τη στήριξη της υπόθεσης της Ενάγουσας και κυρίως για τα προαναφερθέντα επίδικα και αμφισβητούμενα ζητήματα, δεδομένου ότι το νομοθετικό τεκμήριο υπέρ της είναι μαχητό. Συνεπώς τα όσα η Ε.Π.Α. ανέφερε για το ύψος των ζημιών δεν δεσμεύουν την Εναγόμενη, η οποία τα έχει αμφισβητήσει, έχοντας κάθε δικαίωμα προς τούτο.

Ο Μ.Ε.1 έχει δίκαιο ότι οι παραβάσεις από πλευράς Εναγόμενης αφορούν την περίοδο Ιουνίου 2005 που είχε αρχίσει η φραγή κλήσεων μέχρι και τις 13.6.08 που ήρθη η φραγή στην υπηρεσία υπερτιμημένων σε χρήστες της προπληρωμένης κινητής τηλεφωνίας. Αυτό εξάλλου είχε διαπιστώσει και η

Ε.Π.Α (Τεκμήριο 18, σ. 51), πράγμα που ορθώς επικαλέστηκε ο Μ.Ε.1. Δεν έχει ιδιαίτερη σημασία ούτε το γεγονός ότι γραπτώς η Ενάγουσα αιτήθηκε την άρση της φραγής στις 26.5.06 ούτε η σχετική γνώμη του Μ.Υ.1 ότι μόνο για την περίοδο μετά την επιστολή δύναται η Ενάγουσα να παραπονεθεί. Γνώμη, η οποία βέβαια δεν ευσταθεί αφού το ουσιώδες είναι το κατά πόσον υπήρχε ή όχι παράβαση από τότε.

Σε σχέση με τον διαγωνισμό της Eurovision έχει καταδειχθεί όντως πως η διαχειρίστρια πανευρωπαϊκά της ηλεκτρονικής ψηφοφορίας, ήτοι η Digame, ζητούσε προσφορές από διάφορους παρόχους στην κάθε χώρα για τη διενέργεια της ψηφοφορίας στη συγκεκριμένη χώρα. Ο Μ.Ε.1 επίσης έχει δικαίω ως προς το ότι η Ε.Π.Α. είχε διαπιστώσει διακριτική μεταχείριση υπό της Εναγόμενης έναντι της Ενάγουσας. Πρόκειται για την τρίτη παράβαση που είχε διαπιστώσει [βάσει του **Άρθρου 6(γ)**] και συγκεκριμένα το ότι η Εναγόμενη επέτρεπε κλήσεις προς υπερτιμημένες υπηρεσίες σε ό,τι αφορά τον διαγωνισμό της Eurovision από τους χρήστες της προπληρωμένης κινητής τηλεφωνίας (so easy) για ίδιον όφελος. Βασικά έδιδε σε αυτούς τη δυνατότητα συμμετοχής στην τηλεψηφοφορία μόνο όταν η ίδια κέρδιζε την προσφορά ενώ την ίδια στιγμή λόγω της φραγής εμμέσως αρνείτο σε άλλους παρόχους τη δυνατότητα συμμετοχής στις προσφορές, δεδομένου ότι στους όρους συμμετοχής στον διαγωνισμό υπήρχε προϋπόθεση όπως η τηλεψηφοφορία είναι προσβάσιμη από τα κινητά δίκτυα [*...the voice-based televoting also accessible from mobile networks (so called mobile voice)*]. Διευκρινίζεται ότι δικογραφικά η Ενάγουσα είναι για αυτή τη διακριτική μεταχείριση που παραπονείται [§5(δ) της Ε/Α] λόγω της οποίας και ισχυρίζεται ότι απειράπη, κατ' ισχυρισμόν της, από το να υποβάλει προσφορά προς την Digame για την τηλεφωνική ψηφοφορία [§7(3) της Ε/Α].

Εκεί που δεν έπεισε ο Μ.Ε.1 είναι στην άποψή του ότι η Ενάγουσα είχε «*διαφυγόν κέρδος και απώλεια εισοδημάτων από την απώλεια κλήσεων προς υπερτιμημένες υπηρεσίες της Ενάγουσας για την περίοδο Ιουνίου 2005 έως και*

Ιουνίου του 2008 της τάξης του **19,55%** επί των συνολικών εσόδων της», το οποίο ποσοστό και εξειδίκευσε σε **€1.388.069,19**. Στο ποσό αυτό κατέληξε εφαρμόζοντας το πιο πάνω ποσοστό επί των πραγματικών εσόδων της Ενάγουσας (€7.100.098). Τα έσοδα αυτά αφορούν την περίοδο Ιουνίου 2005 έως τον Ιούνιο 2008, τα παρέθεσε στη δική του μελέτη, ήτοι το Τεκμήριο 22 (Πίνακας VI) και πράγματι στηρίζονται επί τιμολογίων της Εναγόμενης προς την Ενάγουσα για την ως άνω τριετή περίοδο, τα οποία τιμολόγια παρουσιάστηκαν ως Τεκμήριο 23. Ο Μ.Ε.1 δεν υποστήριξε ότι είναι οικονομολόγος. Τόνισε μόνον πως τα πιο πάνω είναι απλές μαθηματικές πράξεις και έχει δίκαιο ως προς αυτό.

Αναμφίβολα όμως τίθεται ένα ζήτημα και μάλιστα σοβαρό ως προς τη μεθοδολογία την οποία χρησιμοποίησε. Συγκεκριμένα ελέγχεται ως προς την ορθότητά του το δεδομένο το οποίο εξήγαγε και αργότερα χρησιμοποίησε ως ποσοστό μείωσης των εισοδημάτων της Ενάγουσας. Το πώς κατέληξε σε αυτό το ποσοστό (19,55%) το εξηγεί ο ίδιος στο Τεκμήριο 22 (4η σελίδα), με αναφορά στην τριμηνία από 24.10.08 έως 30.1.09, δηλαδή κάποια περίοδο μετά την άρση της φραγής από την Εναγόμενη, ως εξής (όπου «GT» εννοείται η Ενάγουσα):

«Κατά τη διάρκεια της περιόδου αυτής η GT είχε αναλάβει τη διεξαγωγή της τηλεφωνικής ψηφοφορίας για το talent show X Factor 1 στην Κύπρο σε συνεργασία με τις εταιρείες FremantleMedia, Ant1 Κύπρου και Ant1 Ελλάδος. Ο Πίνακας II πιο κάτω αναλύει τα τελικά αποτελέσματα του διαγωνισμού.»

ΠΙΝΑΚΑΣ II

(Μετά την άρση της παράβασης)

ΤΗΛΕΨΗΦΟΦΟΡΙΑ X FACTOR 1 ΣΤΗΝ ΚΥΠΡΟ ΜΕΤΑΞΥ 24.10.2008 - 30.01.2009										
ΚΛΗΣΕΙΣ			ΣΥΝΟΛΟ ΚΛΗΣΕΩΝ	ΣΥΝΟΛΟ SMS	ΕΣΟΔΑ ΑΠΟ ΚΛΗΣΕΙΣ		ΕΣΟΔΑ ΑΠΟ SMS		ΣΥΝΟΛΙΚΑ ΕΣΟΔΑ	
ΣΤΑΘΕΡΗ	ΚΙΝΗΤΗ				GT	CYTA	GT	CYTA	GT	CYTA
	POST	SO EASY	No	No	€	€	€	€	€	€
91400	109674	255920	456994	70448	310755,92	77688,98	29588,16	30292,64	340344,08	107981,62

Στην περίπτωση που η CYTA εξακολουθούσε να απαγορεύει την πρόσβαση των συνδρομητών so easy στις υπηρεσίες της GT, τότε τα αποτελέσματα της τηλεψηφοφορίας θα ήταν έως αναλύονται στον **Πίνακα III** πιο κάτω.

ΠΙΝΑΚΑΣ III
(Εάν η παράβαση συνεχιζόταν)

ΤΗΛΕΨΗΦΟΦΟΡΙΑ X FACTOR 1 ΣΤΗΝ ΚΥΠΡΟ ΜΕΤΑΞΥ 24.10.2008 - 30.01.2009										
ΚΛΗΣΕΙΣ			ΣΥΝΟΛΟ ΚΛΗΣΕΩΝ	ΣΥΝΟΛΟ SMS	ΕΣΟΔΑ ΑΠΟ ΚΛΗΣΕΙΣ		ΕΣΟΔΑ ΑΠΟ SMS		ΣΥΝΟΛΙΚΑ ΕΣΟΔΑ	
ΣΤΑΘΕΡΗ	ΚΙΝΗΤΗ				GT	CYTA	GT	CYTA	GT	CYTA
91400	POST	SO EASY	No	No	€	€	€	€	€	€
		109674		201074	326368	136730,32	34182,58	137074,56	140338,24	273804,88

Συγκρίνοντας τους Πίνακες II & III και τα Διαγράμματα IV και V απορρέει το συμπέρασμα ότι αν η CYTA εξακολουθούσε να επιβάλλει την καταχρηστική πρακτική την οποία επέβαλλε στην GT μέχρι και τις 13.6.2008, τότε η GT θα είχε απώλεια εσόδων της τάξης του 19,55% (αντί €340.344,08 θα λάμβανε €273.804,88)».

Η σκέψη του Μ.Ε.1 είναι όντως απλή και κατανοητή, πλην όμως εκλαμβάνει ως δεδομένα για όλη την τριετή περίοδο (από το 2005 έως το 2008) κάποια στοιχεία τα οποία στην πραγματικότητα δεν είναι καθόλου δεδομένα. Ειδικότερα ενώ είναι πραγματικότητα ότι κατά την τρίμηνη περίοδο υπήρξαν 255.920 κλήσεις προς υπηρεσίες τηλεπληροφόρησης από χρήστες προπληρωμένης κινητής τηλεφωνίας (so easy) αυτό δεν είναι δεδομένο ή πραγματικό γεγονός για την τριετή περίοδο η οποία είχε προηγηθεί. Η τρίμηνη περίοδος δεν ήταν μια συνήθης περίοδος και τούτο επειδή συνέπεσε με την περίοδο που η Ενάγουσα είχε αναλάβει την τηλεψηφοφορία για το X-Factor 1. Ενδεχομένως στο πλαίσιο κάποιων άλλων επιστημονικών μεθόδων να μπορούσαν τα στοιχεία της τριμηνίας να τύχουν επεξεργασίας και να συνεκτιμηθούν σε σχέση με το ζητούμενο αλλά δεν επιχειρήθηκε κάτι τέτοιο.

Αντί τούτου, ο Μ.Ε.1 ερευνώντας το υποθετικό σενάριο του Πίνακα ΙΙΙ εκλαμβάνει ως δεδομένο τον αριθμό 255.920 που αφορά αυτούς οι οποίοι τηλεφώνησαν, τον προσθέτει στα μηνύματα ($70448+255.920=326368$) και εφαρμόζοντας τη Συμφωνία Διαμοιρασμού (που είχαν με την Εναγόμενη) καταλήγει στο ότι θα είχαν μείωση εισοδημάτων κατά €66.539, δηλαδή μείωση εισοδημάτων κατά 19,55% ($340.344-273.804$). Δεν συνιστά πρόβλημα το ότι θεωρεί πως όσοι εν τέλει τηλεφώνησαν από so easy (κατά την τριμηνία) θα είχαν σίγουρα στείλει μήνυμα εάν δεν είχε άρει τη φραγή η Εναγόμενη. Το πρόβλημα είναι πως θεωρεί δεδομένο ότι σε όλες τις τριμηνίες, από το 2005 έως το 2008, θα υπήρχαν 255.920 κλήσεις προς υπηρεσίες τηλεπληροφόρησης από χρήστες της so easy, χωρίς να λαμβάνει υπ' όψιν ότι υπήρξε αυτός ο αριθμός κατά την εν λόγω τριμηνία επειδή συνέπεσε με τη διεξαγωγή της τηλεψηφοφορίας για το X-Factor 1. Σε αυτό δε, πρέπει να προστεθεί και το ότι δεν φαντάζει καθόλου τυχαίο το ότι στον Πίνακα ΙΙ χρησιμοποιήθηκε ακριβώς αυτή η περίοδος και όχι π.χ. η πιο παλιά τριμηνία από τον Ιούνιο έως τον Σεπτέμβριο του 2008, δηλαδή η αμέσως επόμενη, δεδομένου ότι η άρση της φραγής είχε εφαρμοστεί από τις 13.6.08.

Εν πάση περιπτώσει, η ουσία είναι ότι το ποσοστό μείωσης εσόδων στο οποίο κατέληξε ο Μ.Ε.1 δεν το έχει τεκμηριώσει με κάποιον αποδεκτό ή πειστικό τρόπο και δεν μπορεί να γίνει αποδεκτό. Η άποψη που εκφράζει στο Τεκμήριο 22 (σ. 6) ότι τα στοιχεία της τριμηνίας αυτής υποδηλώνουν ότι η Ενάγουσα είχε διαφυγόν κέρδος της τάξης του 19,55% επί του συνολικού της ετήσιου εσόδου για όλη τη χρονική περίοδο της παράβασης, δεν έχει τεκμηριωθεί καθ' οιονδήποτε τρόπο. Όπως έχει καταδειχθεί, ο συλλογισμός αυτός περιέχει ή βασίζεται σε αστήρικτες υποθέσεις ή εικασίες για κάποια στοιχεία, τα οποία όμως ήταν ουσιώδη για το αποτέλεσμα. Υπενθυμίζεται εδώ πως ήταν με εφαρμογή αυτού του ποσοστού επί του συνόλου των εσόδων της τριετίας, που ο Μ.Ε.1 διεκδίκησε το ποσό των €1.388.069, προς όφελος της Ενάγουσας. Βέβαια είναι εμφανές ότι μετά την αντεξέταση του Μ.Ε.1 η Ενάγουσα δεν επέμενε στη διεκδίκηση αφενός του πιο πάνω ποσού και

αφετέρου οποιουδήποτε ποσού στη βάση απώλειας εσόδων, υπό την έννοια απώλειας εισπράξεων, όπως ήταν η αρχική θέση (του Μ.Ε.1). Βασικά έστρεψε πλέον την προσοχή της προς την απόδειξη διαφυγόντος κέρδους.

Αυτός ήταν ο λόγος για τον οποίο ανατέθηκε στον Μ.Ε.4 να παρουσιάσει την εκτίμησή του «ως προς το ποιο θα ήταν το ποσό του διαφυγόντος κέρδους», ως ρητώς και ο ίδιος ο μάρτυς αυτός αναφέρει (Εγγραφο Δ, §8). Ο Μ.Ε.4 περιέγραψε με επάρκεια και ειλικρίνεια τις ενέργειές του. Δεν θεωρώ ότι είχε πρόθεση να αποκρύψει οτιδήποτε από το Δικαστήριο. Αυτά όσον αφορά τα γεγονότα τα οποία περιήλθαν στην αντίληψή του και τις δικές του ενέργειες. Όσον αφορά όμως την άποψή του για το ύψος του διαφυγόντος κέρδους, ο Μ.Ε.4 κρίνεται ως εμπειρογνώμονας.

Οι αρχές με βάση τις οποίες αξιολογείται η μαρτυρία εμπειρογνώμωνων είναι πολύ καλά γνωστές και δεν θεωρώ ότι απαιτείται εξαντλητική παράθεσή τους. Αρκεί να λεχθεί ότι, όπως έχει αναφερθεί στην υπόθεση **Μελικίδης v. Παπαγεωργίου (2013) 1(Α) Α.Α.Δ.832**, για σκοπούς αξιολόγησης της μαρτυρίας εμπειρογνώμωνων ισχύουν οι ίδιοι κανόνες που ισχύουν στην περίπτωση κάθε άλλου μάρτυρα. Το καθήκον του εμπειρογνώμονα είναι να εφοδιάσει το δικαστήριο με όλες τις απαραίτητες για σκοπούς ελέγχου της ορθότητας των συμπερασμάτων του, επιστημονικές πληροφορίες, ούτως ώστε το δικαστήριο να είναι σε θέση, εφαρμόζοντας αυτές τις πληροφορίες στα αποδεικθέντα ενώπιόν του γεγονότα, να σχηματίσει τη δική του κρίση. (Βλ. **Κοινοτικό Συμβούλιο Ομόδους v. Κονναρή (2011) 1(Γ) Α.Α.Δ. 2298**).

Το διαφοροποιητικό στοιχείο σε σχέση με άλλους, συνήθεις μάρτυρες, είναι πως οι εμπειρογνώμονες δύνανται να αναφέρουν τα συμπεράσματα τα οποία προκύπτουν από γεγονότα και περαιτέρω, τη γνώμη τους, για θέματα όμως τα οποία άπτονται της ειδικότητας ή της εμπειρίας τους (βλ. **"Το Δίκαιο της Απόδειξης"**, Ηλιάδης και Σάντης, 2014, σελ. 573). Αυτό όμως σε καμιά περίπτωση δεν αποδυναμώνει την υποχρέωση στοιχειοθέτησης των γεγονότων

επί των οποίων ο κάθε εμπειρογνώμονας στηρίζεται, του υποβάθρου δηλαδή στο οποίο βασίζει τα συμπεράσματά του. Εάν ο εμπειρογνώμονας αντλεί τη γνώση του όχι από διαπιστώσεις στις οποίες καταλήγει μετά από δική του έρευνα αλλά από πληροφόρηση την οποία του έδωσαν άλλοι, τότε είναι πιθανόν να μην είναι στέρη η δική του γνώμη και να απορριφθεί (**Παύλου ν. Ανδρέου (2014) 1(A) Α.Α.Δ. 693**).

Ένα άλλο ουσιωδέστατο χαρακτηριστικό της μαρτυρίας εμπειρογνώμωνων, είναι πως δεν επιτρέπεται να καταθέτουν για το ύστατο ή έσχατο συμπέρασμα ή ερώτημα της υπόθεσης (ultimate issue), για το οποίο είναι αρμόδιο και καλείται να αποφασίσει το Δικαστήριο. Όπως αναφέρεται στο πιο πάνω σύγγραμμα "**Το Δίκαιο της Απόδειξης**" (σελ. 603), ο μάρτυς καλείται για να καταθέσει και όχι για να εκδικάσει την υπόθεση. Ο εμπειρογνώμονας θα πρέπει μόνο να παραθέτει τα συμπεράσματά του, αντικειμενικά και αμερόληπτα, για θέματα της ειδικότητάς του, βοηθώντας το Δικαστήριο να καταλήξει στα δικά του ανεξάρτητα συμπεράσματα. Εάν τυχόν παρεισφρήσει μαρτυρία για το ύστατο ερώτημα, τότε αυτή θα πρέπει να απορριφθεί, εκτός αν κριθεί πως πρόκειται για περίπτωση στην οποία κάτι τέτοιο ήταν αναπόφευκτο λόγω της φύσης της υπόθεσης (**Νικολάου ν. Δημοκρατίας (2000) 2 Α.Α.Δ. 390**).

Το πρόβλημα λοιπόν το οποίο διαπιστώνεται είναι ότι ο Μ.Ε.4 εξέλαβε ως ορθό το ποσοστό το οποίο ο Μ.Ε.1 είχε βρει ως απώλεια εισοδημάτων, κάτι το οποίο δεν έχει γίνει δεκτό για λόγους που εξηγήθηκαν προηγουμένως. Όπως ρητώς δήλωσε ο Μ.Ε.4, ο ίδιος «... *βασισμένος (assumption) στην υπόθεση ότι η Ενάγουσα για την Περίοδο Παράβασης έχει στην πιο πάνω περίοδο απωλέσει έσοδα 19,55%*» προέβη σε σχετικούς υπολογισμούς και κατέληξε ότι το διαφυγόν κέρδος πριν τη φορολογία είναι €849.050 και μετά τη φορολογία είναι €764.145. Βασικά ο Μ.Ε.4 με βάση τις οδηγίες, προχώρησε σε εκτίμηση σε σχέση με το διαφυγόν κέρδος το οποίο θα αντιστοιχούσε στην απώλεια εισοδήματος ύψους 19,55%, για την περίοδο Ιουνίου 2005 έως τον Ιούνιο του

2008 (Έγγραφο Δ, §8). Όπως όμως προκύπτει από την αναλυτική του κατάσταση (Τεκμήριο 37), σε πρώτο στάδιο αναπροσάρμοσε τα έσοδα από την Εναγόμενη κατά 19,55% [*Adjusted Revenue for the period (Only Cyta' s Revenue as per Tekmirio 22, Table VI) after applying the 19,55% Loss of Income as per Tekmirio 22, Tables II & III*]. Μέσω της αναπροσαρμογής αυτής κατέληξε ότι τα έσοδα από την Εναγόμενη θα ήταν συνολικά €8.825.478, ήτοι θα ήταν ψηλότερα κατά €1.725.380, ποσόν το οποίο στην πραγματικότητα είναι το 19,55% το οποίο του είχε υποδείξει η Ενάγουσα.

Από το ποσό που θεωρήθηκε ως απώλεια εισοδήματος, ήτοι το ποσόν των €1.725.380, προχώρησε και αφαίρεσε ένα ακόμα ποσόν ως την αύξηση στις προμήθειες η οποία θα αντιστοιχούσε στην αύξηση από το απολεσθέν εισόδημα, οπότε το εναπομείναν υπόλοιπο το κατέγραψε ως διαφυγόν κέρδος ($1.725.380 - 876.330 = 849.050$). Την όλη διεργασία που έκαμε την παρέθεσε συνοπτικά στη γραπτή δήλωσή του (Έγγραφο Δ, §9) αλλά και σε εξειδικευμένη λεπτομερέστατη κατάσταση, Τεκμήριο 37. Θεωρώ πως δεν απαιτείται ιδιαίτερη ανάλυση περί του ότι εφόσον δεν έχει στοιχειοθετηθεί το υπόβαθρο στο οποίο βασίστηκε τότε εκβαραθρώνεται και το όποιο συμπέρασμα του Μ.Ε.4. Δεν μπορώ να στηριχθώ στη δική του μαρτυρία για εξαγωγή οποιουδήποτε συμπεράσματος για την απώλεια κέρδους.

Όσον αφορά τον Μ.Υ.1 θα πρέπει να πω ότι και αυτός κατά βάση παρέθεσε πειστικά τα γεγονότα που είχαν περιέλθει στην αντίληψή του. Παρά ταύτα όμως διέκρινα ότι σε κάποια σημεία προσπαθούσε απλώς να αποδομήσει την απόφαση της Ε.Π.Α. Αυτό το έπραξε αφενός εν σχέσει με τις κλήσεις προς υπερτιμημένες υπηρεσίες λέγοντας πως δεν εκκινούσαν οπότε κατά τον ίδιο δεν ετίθετο θέμα ολοκλήρωσης (τερματισμού) τους και ότι ήταν οι ίδιοι οι χρήστες που επέλεξαν την υπηρεσία με φραγή (so easy) οι οποίοι μπορούσαν κάλλιστα να επιλέξουν συνδρομητική υπηρεσία αν ήθελαν και αφετέρου σε σχέση με τον διαγωνισμό της Eurovision λέγοντας πως η Ενάγουσα θα μπορούσε να απαντήσει καταφατικά στις ερωτήσεις της Digame

και να λάβει μέρος στον διαγωνισμό. Είναι μάλιστα ενδεικτικό ως προς το τελευταίο ότι ο Μ.Υ.1 προέβη και σε εκτίμηση ότι εάν η Ενάγουσα κέρδιζε την προσφορά τότε η Εναγόμενη, τηρώντας την αρχή της μη διάκρισης, θα επέτρεπε την πρόσβαση των χρηστών της προπληρωμένης κινητής τηλεφωνίας στους αριθμούς τηλεπηφοφορίας. Τα πιο πάνω βέβαια δεν είναι αφ' εαυτών ικανά να αντιπαρατεθούν στις αντίθετες διαπιστώσεις της Ε.Π.Α. και προπαντός να ακυρώσουν την απόφασή της για τις παραβάσεις τις οποίες διαπίστωσε η Ε.Π.Α. Ήταν σαφές ότι τα όσα είπε ο Μ.Υ.1 τα προώθησε προβάλλοντας θέσεις της Εναγόμενης τις οποίες η ίδια είχε θέσει και ενώπιον της Ε.Π.Α. (και είχαν απορριφθεί). Δεν μπορώ ως εκ τούτου να δεχθώ οποιαδήποτε αναφορά του Μ.Υ.1 έρχεται σε αντίθεση με διαπιστώσεις της Ε.Π.Α. και ισοδυναμούν με παράβαση, υπό την έννοια ότι τίποτε από όσα υποστήριξε ο Μ.Υ.1 δεν είναι ικανό να κλονίσει το νομοθετικό τεκμήριο προς όφελος της απόφασης περί ύπαρξης παραβάσεων.

Ο Μ.Υ.2 υπήρξε ο εμπειρογνώμονας της Εναγόμενης για θέματα ανταγωνισμού και κυρίως για το θέμα του διαφυγόντος κέρδους. Τα ακαδημαϊκά και εμπειρικά του προσόντα, ως έχουν καταγραφεί αναλυτικότερα στο 12σελιδο βιογραφικό του σημείωμα, που συνοδεύει το Έγγραφο ΣΤ, δεν αμφισβητούνται (Παράρτημα 1). Ασφαλώς θα κριθεί και αυτός στη βάση των προαναφερθεισών αρχών για την αξιολόγηση εμπειρογνομώνων.

Πρέπει να σημειωθεί εξ αρχής πως ο Μ.Υ.2 προκάλεσε γενικά πολύ καλή εντύπωση. Εξήγησε με περισσή επάρκεια τόσο τα στοιχεία τα οποία έθεσε ως υπόβαθρο της μελέτης του όσο και τον τρόπο με τον οποίο εργάστηκε. Πράγματι προσέφερε στο Δικαστήριο τις επιστημονικές και άλλες πληροφορίες ούτως ώστε να είναι δυνατός ο έλεγχος των συμπερασμάτων του αλλά και ο σχηματισμός ανεξάρτητης δικαστικής κρίσης, όπου αυτό απαιτείται.

Η Ενάγουσα εισηγείται πως πρέπει να απορριφθεί η μαρτυρία του διότι είχε σχέση με την Εναγόμενη. Ο Μ.Υ.2 δεν αρνήθηκε ότι είχε παλαιότερα υποβάλει εκθέσεις στην Ε.Π.Α. σε τρεις υποθέσεις που διερευνούντο εναντίον της Εναγόμενης και ότι κατά το 2016 ετοίμασε εγχειρίδιο συμμόρφωσης με το Δίκαιο Ανταγωνισμού κατόπιν αιτήματος της Εναγόμενης. Δεν θεωρώ όμως ότι επηρεάστηκε στις απόψεις που εξέφρασε εδώ από την πιο πάνω δράση του στα πλαίσια και πάλι της ειδικότητάς του. Άλλωστε λόγω αυτής της ειδίκευσής του προφανώς ήταν που υπηρέτησε και ως οικονομικός σύμβουλος της Ε.Π.Α. κατά τα έτη 2006 έως 2009 και τούτο μάλιστα σε περίοδο η οποία καλύπτει τον χρόνο που η Ενάγουσα υπέβαλε την επίμαχη καταγγελία της στην Ε.Π.Α. (δηλαδή τις 19.3.07), Τεκμήριο 18).

Η Ενάγουσα παραπονείται και για το ότι ο Μ.Υ.2 χρησιμοποίησε στοιχεία τα οποία πήρε από την Εναγόμενη τα οποία δεν προσκομίστηκαν, καθώς και για το ότι αυτός διατείνεται ότι απουσίαζαν τιμολόγια, για τους μήνες Ιανουάριο έως Απρίλιο του 2009, και δεν τα ζήτησε από την Ενάγουσα (η οποία τα είχε). Πρέπει όμως να λεχθεί πως δεν απέκρυψε σε κανένα στάδιο την πηγή των στοιχείων που χρησιμοποίησε. Σε κάποιες περιπτώσεις τα όσα επικαλέστηκε ήταν και στοιχεία που χρησιμοποίησε και ο ίδιος ο Μ.Ε.1 στο Τεκμήριο 22. Σε όποιες περιπτώσεις τα στοιχεία ήταν από τη βάση δεδομένων της Εναγόμενης θα μπορούσε να του ζητηθεί να τα προσκομίσει πλην όμως δεν τέθηκε τέτοιο θέμα κατά την αντεξέτασή του. Ούτε βέβαια και τού τέθηκαν τα τιμολόγια των μηνών Ιανουαρίου έως Απρίλιο του 2009, (τα οποία κατείχε η Ενάγουσα), με σκοπό να τα σχολιάσει ή να αντικρουστεί. Εν πάση περιπτώσει όμως, στη δική του έκθεση, το Έγγραφο ΣΤ, έλαβε υπ' όψιν του τις θέσεις της Εναγούσας για τις κλήσεις Ιανουαρίου 2009 και εξήγησε πειστικότητα για ποιον λόγο ένας μήνας δεν θα μπορούσε να αποτελέσει τη βάση για όλους τους επίμαχους μήνες της παράβασης.

Το πρώτο το οποίο πρέπει να κρατήσει κάποιος από τα όσα προκαταρκτικά ανέφερε ο Μ.Υ.2 είναι τη σύμφωνη γνώμη του ότι ουσιαστικά

η παράβαση εκ μέρους της Εναγόμενης οφείλεται στη φραγή προς υπερτιμημένες κλήσεις για χρήστες προπληρωμένης κινητής τηλεφωνίας της Εναγόμενης. Όπως θα διαφανεί κατωτέρω, έχει τη σημασία της η αρχική θέση του ότι η παράβαση είχε ως αφετηρία το έτος 2005, κατά το οποίο η Εναγόμενη εισήγαγε την υπηρεσία υπερτιμημένων κλήσεων.

Δέχομαι τη θέση του ότι για να εκτιμηθεί το διαφυγόν κέρδος μιας επιχείρησης προσφέρονται διάφορες μεθοδολογίες, ήτοι είτε στη βάση συγκριτικών αναλύσεων είτε στη βάση προσομοιώσεων με τη χρήση οικονομετρικών μεθόδων. Η επιλογή σχετίζεται με τα διαθέσιμα στοιχεία κατά περίπτωση. Απώτερος στόχος είναι η εκτίμηση περί της κατάστασης στην οποία θα ευρίσκετο η επηρεαζόμενη επιχείρηση εάν δεν προέκυπτε η παράβαση. Η θέση του ότι ο ίδιος επέλεξε την πρώτη μέθοδο διότι στην προκειμένη υπήρχαν διαθέσιμα στοιχεία για την περίοδο η οποία ακολούθησε την άρση της φραγής (παράβασης) ήταν καθόλα λογική, πειστική και γίνεται επίσης δεκτή. Βασικός στόχος της μεθόδου, ως συγκεκριμενοποιείται στην παρούσα, είναι να εκτιμηθεί ο αριθμός των διαφυγουσών κλήσεων και εν συνεχεία το διαφυγόν κέρδος εξαιτίας της απώλειας βάσει της Συμφωνίας Διαμοιρασμού με την Εναγόμενη («Πίνακας Καταμερισμού Μεριδίων», Παράρτημα Θ.1 στο Τεκμήριο 3).

Επίσης λογική ήταν και η θέση του ότι εάν πραγματοποιούντο αυτές οι κλήσεις θα προέκυπταν και κάποια πρόσθετα έξοδα. Επέλεξε να λάβει υπ' όψιν του ως τέτοια έξοδα μόνον κάποια ποσά για προμήθειες κάτι που ούτως ή άλλως ήταν αποδεκτό και από την Ενάγουσα, αν κρίνει κάποιος από το ότι παρομοίως έπραξε και ο Μ.Ε.4 (ασχέτως της μη αποδοχής της μαρτυρίας του για άλλους λόγους). Ουσιαστικά δέχεται και ο Μ.Υ.2 ότι η διαφορά των δύο αυτών ποσών συνιστά το διαφυγόν κέρδος (όπως είχε δεχθεί και ο Μ.Ε.4). Η Ενάγουσα υποστήριξε αγορεύοντας πως η μέθοδος οικονομικής προσομοίωσης που χρησιμοποίησε ο Μ.Ε.1 ήταν η ορθή πλην όμως επ' αυτού ισχύουν τα όσα έχουν αναφερθεί κατά την αξιολόγηση του εν λόγω μάρτυρος.

Είναι ηλίου φαεινότερο πως ο Μ.Ε.1 χρησιμοποίησε μια πολύ μικρή (τρίμηνη) περίοδο, η οποία είχε ιδιαίτερα χαρακτηριστικά και στη βάση των υπερτιμημένων κλήσεων της περιόδου εξηύρε ποσοστό μείωσης εσόδων το οποίο εφαρμόστηκε για όλη την τριετή περίοδο, χωρίς κάποια άλλη τεκμηρίωση. Είναι ακριβώς αυτό το οποίο απέφυγε ο Μ.Υ.2 με τον τρόπο με τον οποίο εργάστηκε.

Η μέθοδος του Μ.Υ.2 ομοιάζει μεν με αυτήν του Μ.Ε.1 επί τω ότι χρησιμοποιεί στοιχεία τα οποία προέκυψαν μετά την άρση της παράβασης πλην όμως διαφέρει επί τω ότι δεν χρησιμοποιεί μια τόσο βραχεία περίοδο. Με αυτόν τον τρόπο όντως αποφεύγεται η επίδραση τυχόν έντονης βραχυπρόθεσμης διακύμανσης εξαιτίας μεμονωμένου γεγονότος (π.χ. X-Factor 1) ενώ ενσωματώνεται και η τάση εξέλιξης (αύξησης) του ελεγχόμενου στοιχείου (π.χ. κλήσεων), πράγμα το οποίο σχετίζεται με τον κύκλο εργασιών μιας επιχείρησης. Εννοείται πως ο στόχος είναι να γίνει μια αξιόπιστη εκτίμηση για τον αριθμό κλήσεων προς υπερτιμημένες κλήσεις από χρήστες προπληρωμένης κινητής τηλεφωνίας και δη συνδρομητές της Εναγόμενης (στην υπηρεσία so easy).

Αυτό το οποίο επιχείρησε αρχικά ο Μ.Υ.2 ήταν να διαπιστώσει το μέσο σταθμισμένο ποσοστό υπερτιμημένων κλήσεων από χρήστες προπληρωμένης κινητής τηλεφωνίας και τούτο σε σχέση με τον συνολικό αριθμό υπερτιμημένων κλήσεων (ο οποίος περιλαμβάνει όλους τους χρήστες κινητής τηλεφωνίας, δηλαδή τόσο προπληρωμένης όσο και συνδρομητικής). Αυτό δεν επιχείρησε να το αναζητήσει σε μια μικρή τρίμηνη περίοδο όπως έπραξε (προφανώς) επιλεκτικά η Ενάγουσα και μάλιστα όχι την αμέσως επόμενη αλλά τη μεθεπόμενη από την άρση της παράβασης. Ο Μ.Υ.2 επέλεξε μια πιο μακρά περίοδο, η οποία άρχιζε αμέσως μετά την άρση της φραγής, ήτοι την περίοδο από 13.6.08 έως 31.12.10. Χρησιμοποιώντας αυτή τη διετή και πλέον περίοδο, ο Μ.Υ.2 απέφυγε το μειονέκτημα που είχε ο συλλογισμός της

Ενάγουσας η οποία στην πραγματικότητα φαίνεται να επέλεξε μια πολύ μικρή περίοδο επειδή απλά ήταν ευνοϊκή για την ίδια.

Ο Μ.Υ.2 υποστήριξε ότι από την υπερδιετή αυτή περίοδο απουσίαζαν τα στοιχεία για τους μήνες Ιανουάριο έως Απρίλιο του 2009 και ότι για αυτόν τον λόγο προχώρησε σε αναπλήρωσή τους κατ' αναλογίαν του συνολικού αριθμού ημερήσιων υπερτιμημένων κλήσεων που είχαν γίνει κατά τους υπόλοιπους μήνες του 2009 (1.5.09 έως 31.12.09). Δεν θεωρώ ότι δημιουργεί οποιοδήποτε ουσιώδες πρόβλημα ή αδυναμία στην όλη μέθοδο η επιλογή του αυτή. Άλλωστε, ως έχει λεχθεί, η Ενάγουσα προέβαλε πως είχε αυτά τα στοιχεία και είναι λογικό πως αν κάποιος από αυτά είχε δυνητικά τέτοια ουσιώδη επίδραση στα γενικότερα αποτελέσματα του Μ.Υ.2 τότε θα ανέμενε κάποιος να τού το επισημάνουν συγκεκριμένα υποδεικνύοντάς του ότι έπρεπε να διαφοροποιήσει το ποσοστό στο οποίο είχε καταλήξει.

Ειδικότερα, ο Μ.Υ.2 είχε στη διάθεσή του τα στοιχεία τα οποία επισύναψε ως Παραρτήματα 2, 3, 4 στην έκθεσή του, Έγγραφο ΣΤ. Κάποια από αυτά, όπως π.χ. του Παραρτήματος 3 ταυτίζονται με στοιχεία τα οποία είχε χρησιμοποιήσει και ο Μ.Ε.4 στη δική του μελέτη, το Έγγραφο Ε ενώ άλλα, όπως π.χ. τα ποσοστά χρηστών προπληρωμένης κινητής τηλεφωνίας κατά τα έτη 2008 έως 2010, ταυτίζονται με όσα παρουσίασε ο Μ.Ε.1 στο Τεκμήριο 22, δηλώνοντας μάλιστα ότι ο αριθμός των χρηστών παρέμενε ο ίδιος όπως ήταν κατά τη χρονική περίοδο της παράβασης (βάσει στοιχείων του ΓΕΡΗΕΤ, Γράφημα 2 στο Τεκμήριο 22). Ας προστεθεί πως η Ενάγουσα διατηρούσε πάντοτε και το δικαίωμα να αιτηθεί την έκδοση διαταγής προς την Εναγόμενη να κοινοποιήσει οποιαδήποτε τέτοια ή παραπλήσια αποδεικτικά στοιχεία (βάσει του **Άρθρου 5** του Ν.113(Ι)/17), πράγμα το οποίο δεν προώθησε. Στη βάση των στοιχείων που χρησιμοποίησε ο Μ.Υ.2 κατέληξε ότι το μέσο σταθμισμένο ποσοστό (υπερτιμημένων κλήσεων από χρήστες προπληρωμένης κινητής τηλεφωνίας σε σχέση με τον συνολικό αριθμό υπερτιμημένων κλήσεων) ήταν 24, 24%. Αυτό προέκυψε από το ότι για την περίοδο 13.6.08

έως 31.12.10 διαπίστωσε πως από το σύνολο των 835.082 υπερτιμημένων κλήσεων, οι 204.539 είχαν γίνει από χρήστες προπληρωμένης υπηρεσίας (so easy) και οι υπόλοιπες από χρήστες συνδρομητικής, ως αναλύεται στον Πίνακα 1 του Εγγράφου ΣΤ, που έχει ως εξής:

Τύπος κινητής	13.6.08 έως 31.12.08	2009	2010	Σύνολο
Συνδρομητική	128.035	176.825	325.683	630.543
Προπληρωμένη (so easy)	36.230 (22,06%)	55.875 (24,01%)	112.434 (25,66%)	204.539 (24,24%)
Σύνολο	164.265	232.700	438.117	835.082

Ουσιαστικά ο Μ.Υ.2 διαπίστωσε ότι σε κάθε τρεις περίπου υπερτιμημένες κλήσεις από χρήστες συνδρομητικής κινητής τηλεφωνίας αντιστοιχεί μια υπερτιμημένη κλήση από χρήστες προπληρωμένης κινητής τηλεφωνίας (24,24%). Όπως το έθεσε προφορικά, μια στις τέσσερις κλήσεις ήταν από so easy. Έτσι έχοντας τα στοιχεία του συνόλου των υπερτιμημένων κλήσεων από χρήστες συνδρομητικής τηλεφωνίας για τα έτη παράβασης προχώρησε σε υπολογισμούς. Βασικά ο Μ.Υ.2 υπολόγισε αφενός τις διαφυγούσες υπερτιμημένες κλήσεις από χρήστες προπληρωμένης κινητής τηλεφωνίας και αφετέρου τη διαφορά εσόδων την οποία θα είχε η Ενάγουσα προς όφελός της, επί των οποίων εκτίμησε το διαφυγόν κέρδος.

Να σημειωθεί βέβαια πως ατυχώς (και παρά το ότι στη σ. 5 του Εγγράφου ΣΤ δέχεται ότι η παράβαση είχε ως αφετηρία το 2005), κατά το στάδιο υπολογισμού του διαφυγόντος κέρδους, ο ίδιος έλαβε ως αφετηρία την ημερομηνία 26.5.06 επειδή ήταν εκείνη τη μέρα που είχε ζητήσει γραπτώς η Ενάγουσα την άρση της φραγής. Δεν ήταν βέβαια έργο του Μ.Υ.2 υπό την ιδιότητα του εμπειρογνώμονα να αποφασίσει αυτό το αμιγώς νομικό ζήτημα (το οποίο άπτεται του ύστατου θέματος της υπόθεσης). Η άποψή του αυτή

ασφαλώς δεν δεσμεύει το Δικαστήριο. Βέβαια από την άλλη (και προς τιμήν του) ο Μ.Υ.2 προνόησε να ετοιμάσει εναλλακτικά και άλλον πίνακα ο οποίος καλύπτει τις διαφυγούσες κλήσεις και από την 1.6.05, καλύπτοντας έτσι την περίπτωση που ήθελε θεωρηθεί ότι η Ενάγουσα έχει δικαίωμα αποζημίωσης από την εν λόγω ημερομηνία.

Στη βάση λοιπόν του Πίνακα 6, καθώς και του Πίνακα Β του Παραρτήματος 5, ως περιέχονται στο Έγγραφο ΣΤ, συνάγεται ότι οι διαφυγούσες υπερτιμημένες κλήσεις από προπληρωμένη κινητή τηλεφώνια (so easy) ήταν συνολικά **197.852** για όλη την περίοδο από 1.6.05 έως 12.6.08 (ήτοι 23915+82745+57939+33253). Έχοντας υπ' όψιν τη Συμφωνία Διαμοιρασμού και το ότι για κάθε τέτοια κλήση το μερίδιο της Ενάγουσας θα ήταν €0,68 ανά κλήση (Τεκμήριο 22) ο Μ.Υ.2 σημείωσε ότι τα έσοδά της από τις ως άνω διαφυγούσες κλήσεις θα ήταν **€134.539** ($197.852 \times 0,68$) ενώ με βάση τη διαφορά μερίσματος από τα μηνύματα υπεραξίας (premium sms), ήτοι το ποσόν των €0,26 ($0,68-0,42$), η απώλεια εσόδων θα ήταν **€51.441** ($197.852 \times 0,26$).

Στη συνέχεια ο Μ.Υ.2 προχώρησε να εκτιμήσει τα πρόσθετα έξοδα. Η λογική ήταν η ίδια με εκείνη που είχε χρησιμοποιήσει και ο Μ.Ε.4, ήτοι ότι εάν οι διαφυγούσες υπερτιμημένες κλήσεις είχαν πραγματοποιηθεί, τότε θα υπήρχαν και κάποια πρόσθετα έξοδα. Περιορίστηκε και αυτός μόνο σε πρόσθετα έξοδα τα οποία θα απαιτούντο για προμήθειες. Όπως εξήγησε, αυτά τα έχει προσαρμόσει αναλογικά με το ίδιο ποσοστό που έχουν προσαρμοστεί τα έσοδα και εμφανίζονται στο Έγγραφο ΣΤ, (Πίνακας 8). Δηλαδή βρίσκοντας το ποσοστό αναλογίας των πραγματικών προμηθειών επί των πραγματικών εσόδων (που είχε η Ενάγουσα από την Εναγόμενη), στη συνέχεια εφήρμοσε το ποσοστό αυτό επί των διαφυγόντων εσόδων (π.χ. για το 2008 το 40,96%).

Σημειώνεται ότι ο Μ.Υ.2 δεν έλαβε ως βάση το ποσόν των €0,68 που θα εισέπραττε η Ενάγουσα για κάθε διαφυγούσα κλήση, ήτοι συνολικά **€134.539**

(197.852 x 0,68) αλλά υπολόγισε μόνον τη διαφορά που θα υπήρχε στην περίπτωση κατά την οποία οι πιο πάνω κλήσεις είχαν μετατραπεί σε γραπτά μηνύματα υπεραξίας (premium sms), ήτοι το ποσόν των €51.441 (197.852 x 0,26). Ο Μ.Υ.2 εξήγησε πως αυτό το είχε αναφέρει και ο Μ.Ε.1. Είναι όντως γεγονός πως στην προσπάθειά του να εντοπίσει τη μείωση εσόδων ο Μ.Ε.1 δεν θεώρησε ως απώλεια εσόδων όλο το ποσό το οποίο θα εισέπραττε από υπερτιμημένες κλήσεις η Ενάγουσα ενώ παράλληλα είχε αναφέρει στο Έγγραφο Α (§12) ότι κατά την περίοδο της παράβασης πρότειναν σε πελάτες τους την υπηρεσία μηνυμάτων υπεραξίας, η οποία ήταν και η μόνη επιλογή τους (π.χ. για ringtones). Όπως ήδη έχει διαφανεί από τους Πίνακες ΙΙ και ΙΙΙ του Τεκμηρίου 22, όντως και ο Μ.Ε.1 είχε προσθέσει τις 255920 κλήσεις στα 70448 μηνύματα. Πράγμα το οποίο επιβεβαιώνει ότι εκλαμβάνεται και από την Ενάγουσα πως όσοι δεν μπορούσαν να τηλεφωνήσουν λόγω της φραγής, χρησιμοποιούσαν την υπηρεσία μηνυμάτων υπεραξίας. Εξ ου και ευλόγως η απώλεια εσόδων περιορίζεται στη διαφορά των €0,26 στη βάση της Συμφωνίας Διαμοιρασμού. Από το ποσόν των **€51.441** θα πρέπει να αφαιρεθούν τα πρόσθετα έξοδα ύψους €25.458 και έτσι παραμένει το διαφυγόν κέρδος ως ακολούθως (με στρογγυλοποίηση):

	1.6-31.12.05	2006	2007	2008	Σύνολο
Κλήσεις από So Easy	23.915	82.745	57.939	33.253	197.852
Απώλεια Εσόδων	€6.218	€21.514	€15.064	€8.646	€51.441
Πρόσθετες Προμήθειες	€3.480 (55,96%)	€4.152 (48,57%)	€14.283 (53%)	€3.542 (40,96%)	€25.458
Διαφυγόν Κέρδος Προ Φόρου	€2.737	€11.063	€7.080	€5.104	€25.984
Διαφυγόν Κέρδος Μετά Φόρο	€2.464	€9.956	€6.372	€4.593	€23.385

Δέχομαι συνεπώς από τη μαρτυρία του Μ.Υ.2 ότι στην περίπτωση κατά την οποία η Ενάγουσα δικαιούται αποζημίωση υπό τύπον διαφυγόντος κέρδους, το ποσόν αυτό θα είναι €25.983 προ φόρου και €23.385 μετά τον φόρο εισοδήματος.

Νομική πτυχή

Όπως προνοείται στον **περί Αγωγών Αποζημίωσης για Παραβάσεις του Δικαίου του Ανταγωνισμού Ν.113(Ι)/17** «αγωγή αποζημίωσης» σημαίνει αγωγή για παράβαση των άρθρων 3 και ή 6 του **περί Προστασίας του Ανταγωνισμού Ν.13(Ι)/08** (μεταξύ άλλων) με την οποία υποβάλλεται αξίωση αποζημίωσης. Δεν υπάρχει οποιαδήποτε αμφιβολία ότι η κρινόμενη εδώ συνιστά αγωγή αποζημίωσης εν τη εννοία του πιο πάνω Ν.113(Ι)/17. Κατά τον ίδιο Νόμο «αξίωση αποζημίωσης» σημαίνει αξίωση αποζημίωσης για ζημιά η οποία προκλήθηκε λόγω παράβασης του Δικαίου του Ανταγωνισμού. Οποιοσδήποτε υπέστη ζημιά λόγω τέτοιας παράβασης δύναται να αξιώσει και επιτύχει πλήρη αποζημίωση, για την οποίαν το άρθρο 4(2) του Ν.113(Ι)/17 προβλέπει ότι:

*«Ως πλήρης αποζημίωση θεωρείται η αποκατάσταση του προσώπου που ζημιώθηκε στην κατάσταση, στην οποία θα βρισκόταν εάν δεν είχε τελεσθεί η παράβαση του δικαίου ανταγωνισμού, με την επιδίκαση, ιδίως γενικών και/ή ειδικών αποζημιώσεων και/ή διαφυγόντος κέρδους, όπως και καταβολή τόκων, οι οποίοι οφείλονται από τη στιγμή κατά την οποία προκλήθηκε η ζημιά και μέχρι την καταβολή της αποζημίωσης.
Νοείται ότι, η πλήρης αποζημίωση δεν περιλαμβάνει επιδίκαση τιμωρητικών αποζημιώσεων».*

Καθίσταται ξεκάθαρο από την πιο πάνω πρόνοια πως δεν είναι βάσιμη και δεν μπορεί να επιτύχει η αξίωση της Ενάγουσας για τιμωρητικές αποζημιώσεις. Εν πάση περιπτώσει όμως, ακόμα και αν δεν υπήρχε η ρητή πρόνοια του Νόμου και πάλι δεν θα συμφωνούσα ότι αυτή είναι κατάλληλη περίπτωση για

τιμωρητικές αποζημιώσεις, εν όψει των νομολογιακών αρχών. Τέτοιες αποζημιώσεις δίδονται μόνο σε εξαιρετικές περιστάσεις, αποσκοπούν στο να τιμωρήσουν τον εναγόμενο και να τον αποτρέψουν από παρόμοια συμπεριφορά στο μέλλον, αποδίδονται κυρίως όταν στόχος είναι η τιμωρία ως ένδειξη τόσο της απέχθειας του Νόμου σε κάποια αλόγιστη συμπεριφορά όσο και του αποτροπιασμού στις περιπτώσεις στοιχείων ακραίας αλαζονείας ή καταπιεστικής συμπεριφοράς (**Νικολάου v. Επίσημου Παραλήπτη (2009) 1(B) A.A.Δ. 1339, Κωνσταντίνου v. Καραμεσίνη (2011) 1 (A) A.A.Δ. 715, Γενικός Εισαγγελέας v. Πάλμα (2015) 1(Γ) A.A.Δ. 2489, Stassinos Investment and Finance Ltd v. Γενικός Εισαγγελέας κ.α. Πολ. Έφ. 142/13, ημερ. 3.3.20**). Στην κατάληξη μου έλαβα υπόψιν πως δεν προέκυψαν ενδείξεις περί ύπαρξης πιθανότητας επανάληψης της παράβασης, καθώς και ότι η ίδια η Εναγόμενη προσέφερε μαρτυρία για τη ζημιά, μη αμφισβητώντας την παράβαση.

Στην πραγματικότητα εγείρονται προς εξέταση τα δύο κεφάλαια ζημιών, τα οποία δικογραφικά η Ενάγουσα είχε εξειδικεύσει στις «Λεπτομέρειες Ζημιών» [§13(α) και (β) της Έκθεσης Απαιτήσής]. Πρόκειται κατ' ουσίαν για την προβαλλόμενη ζημιά και ή την οικονομική βλάβη εκ μέρους της Ενάγουσας λόγω πράξεων και ή παραλείψεων της Εναγόμενης και συγκεκριμένα λόγω της παράβασης (φραγής) που έχει διαπιστωθεί. Το πρώτο κονδύλι ζημιάς είναι σαφές ότι αφορά το διαφυγόν κέρδος από την απώλεια κλήσεων προς υπερτιμημένες υπηρεσίες και έτσι προωθήθηκε μέχρι τέλους. Το δεύτερο κονδύλι ζημιάς δικογραφήθηκε μεν διαζευκτικά και ως αξίωση για απόδοση των εσόδων ή κερδών που είχε η Εναγόμενη από τη Eurovision πλην όμως δεν προωθήθηκε κατά την ακρόαση ως τέτοια, αφού καθόλου δεν διερευνήθηκε το όφελος που τυχόν είχε η Εναγόμενη από τον διαγωνισμό, πράγμα που (εάν διερευνάτο) θα κάλυπτε και την όποια αξίωση για απόδοση λογαριασμών για τυχόν έσοδα. Εν όψει της πορείας που ακολουθήθηκε δεν συμφωνώ ότι εγείρονται βάσιμα τέτοια θέματα. Στην πραγματικότητα παρέμεινε το δεύτερο σκέλος [της §13(β)], το οποίο ρητώς αφορά σε διαφυγόν

κέρδος από τη μη συμμετοχή της Ενάγουσας σε διαγωνισμούς για την κατακύρωση της σύμβασης για παροχή υπηρεσιών τηλεφωνικής ψηφοφορίας για σκοπούς Eurovision κατά τα έτη 2005 έως 2008. Έχω την άποψη πως αυτή η δεύτερη αξίωση αφορά πλέον όντως αποζημίωση για την απώλεια ευκαιρίας συμμετοχής στον διαγωνισμό, θέμα το οποίο ανέπτυξε και η Ενάγουσα στην αγόρευσή της (compensation for loss of an opportunity) και εξετάζεται κατωτέρω.

Όπως ήδη έχει λεχθεί η Εναγόμενη θέτει θέμα ύπαρξης αιτιώδους συνάφειας, με παραπομπή στην υπόθεση **Manfredi** (ανωτέρω). Η προβλεπόμενη νομική αρχή δεν διαφέρει κατ' ακρίβειαν από την εφαρμοζόμενη αρχή του κοινοδικαίου και δη την αρχή ότι κάθε υποκείμενο δικαίου δικαιούται να ζητήσει αποκατάσταση της ζημιάς του όταν υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της εν λόγω ζημιάς και της απαγορευμένης συμπεριφοράς ή πρακτικής. Όπως συνοψίζεται στο σύγγραμμα «**Ενοχικό Δίκαιο**», Τόμος Δεύτερος, 2023, Π.Γ. Πολυβίου (σελ. 395), ο ενάγων πρέπει να αποδείξει ότι η συμπεριφορά του εναγόμενου προκάλεσε το συμβάν το οποίο οδήγησε στην επίδικη ζημιά ή απώλεια. Αυτό το οποίο απαιτείται είναι να καταδειχθεί ότι η συμπεριφορά ή παράβαση του εναγόμενου είναι η αιτία της επίδικης ζημιάς του ενάγοντος ή με άλλα λόγια ότι η αδικοπραξία του εναγόμενου προκάλεσε τη ζημιά του ενάγοντος (**Ράλλης Μακρίδης & Υιοί Λτδ v. Λουκά (2003) 1 (Α) Α.Α.Δ. 447**).

Όπως επίσης τονίζεται στην πιο πάνω νομολογία, η αιτιώδης συνάφεια είναι θέμα πραγματικό το οποίο αποφασίζεται κατά τη δίκη. Αυτό σημαίνει ότι αποφασίζεται και αυτή ως γεγονός στη βάση των όσων έχουν αποδειχθεί. Στην παρούσα περίπτωση αναμφίβολα έχει ήδη καταδειχθεί πως η παράβαση, δηλαδή η φραγή προς υπερτιμημένες κλήσεις, ήταν η αιτία τόσο για την απώλεια κλήσεων προς υπηρεσίες της Ενάγουσας όσο και για την αδυναμία της Ενάγουσας να λάβει μέρος στον διαγωνισμό για την ανάληψη της τηλεψηφοφορίας σε σχέση με τη Eurovision. Τα γεγονότα όπως τα είχε

διαπιστώσει η Ε.Π.Α. σε πρώτο στάδιο, καθώς και το παρόν Δικαστήριο σε δεύτερο στάδιο, δεν αφήνουν οποιαδήποτε αμφιβολία πως η παράβαση εκ μέρους της Εναγόμενης οδήγησε στις δύο πιο πάνω συνέπειες, οι οποίες και συνδέονται άμεσα και αιτιωδώς (αίτιο-αιτιατό) με την όποια ζημιά και απώλεια της Ενάγουσας.

Διαφυγόν Κέρδος

Σε σχέση με την πρώτη συνέπεια της παραβατικής συμπεριφοράς δεν παρατηρείται οποιοδήποτε πρόβλημα ως προς το ύψος της ζημιάς ή απώλειας που είχε η Ενάγουσα. Ναι μεν έχει απορριφθεί κατά την αξιολόγηση η μαρτυρία της Ενάγουσας πλην όμως κατά την ίδια διαδικασία έχει γίνει δεκτή η μαρτυρία της Εναγόμενης για το ύψος της συγκεκριμένης ζημιάς ή απώλειας. Δεν θεωρώ ότι το ποσόν που δίδεται ως αποζημίωση για το διαφυγόν κέρδος δεν δύναται να φορολογηθεί (βλ. ***Χριστοδούλου v. Αγαθοκλέους (1997) 1 (A) A.A.Δ. 396, British Transport Commission v. Gourley (1955) 3 All E.R. 796***). Αποτελεί συνεπώς κατάληξή μου πως η Ενάγουσα δικαιούται σε απόφαση για το ποσό των **€25.983** (συμπεριλαμβανομένου του φόρου), συν νόμιμο τόκο κατά τα οριζόμενα στο **Άρθρο 4(2)** του Ν.113(I)/17, ήτοι από την ημερομηνία πρόκλησης της ζημιάς μέχρι την καταβολή της αποζημίωσης.

Απώλεια Ευκαιρίας

Σε σχέση με την απώλεια ευκαιρίας συμμετοχής στον διαγωνισμό θα πρέπει να λεχθεί κατ' αρχάς πως αυτή ισοδυναμεί με την απώλεια ευκαιρίας πραγματοποίησης κέρδους. Το βασικό της χαρακτηριστικό είναι πως ο ενάγων σε τέτοια περίπτωση δεν ήταν σε θέση να αποδείξει συγκεκριμένη ζημιά. Όπως ορθώς υπέδειξε ο κ. Μαυροκέφαλος το Δικαστήριο δύναται να επιδικάσει αποζημιώσεις για αβέβαιες ζημιές και απώλειες, στη βάση της απώλειας ευκαιρίας πραγματοποίησης κέρδους.

Σχετικά με το θέμα αυτό, στην υπόθεση **Πουτίκη v. Κωνσταντινίδη (2004) 1(B) A.A.Δ. 875** το Ανώτατο Δικαστήριο έκρινε ότι δεν υπήρχε οτιδήποτε το παράδοξο στην εφαρμογή της αρχής αυτής (**Richardson v. Mellish (1824-1834) All E.R. Rep. 258**) και σε υποθέσεις που πηγάζουν από αστικό αδίκημα, παραθέτοντας και σχετική νομολογία στην οποία η αρχή έτυχε εφαρμογής. Ούτε απαιτείται ρητή επίκληση της εν λόγω αρχής στα δικόγραφα του ενάγοντος, όταν τα γεγονότα είναι με τέτοιο τρόπο διατυπωμένα ώστε να είναι φανερός ο ισχυρισμός για απώλεια ευκαιρίας, όπως ήταν εδώ. Με αναφορά στο σύγγραμμα **McGregor on Damages**, 15^η έκδοση, §361, σελ. 223 τονίστηκε πως όταν είναι προφανές ότι έχει προκληθεί κάποια ουσιώδης απώλεια, τότε το γεγονός ότι η εκτίμησή της είναι δύσκολη λόγω της φύσης της ζημιάς δεν αποτελεί λόγο για μη επιδίκαση αποζημιώσεων. Κατέληξε δε ως ακολούθως το Α.Δ. στην υπόθεση **Πουτίκη** (ανωτέρω):

«Μέσα στο πλαίσιο των πιο πάνω αρχών εξετάζεται σαν μια ειδική περίπτωση επιδίκασης αποζημίωσης παρά την κάποια αβεβαιότητα στον εκ των προτέρων καθορισμό της ζημιάς και η περίπτωση «where it is uncertain whether a particular pecuniary loss will be or would have been incurred.» Αναφέρονται κάτω από αυτή την υποδιαίρεση τα εξής στην παραγρ. 352, σελ. 218:

*«A pecuniary loss may also be difficult to assess because, like so much of loss for which damages are recoverable, it relates to the future, and is therefore necessarily contingent upon other facts. **This covers a wide field, ranging from gains prevented by the defendant's wrong to expenses made necessary by the defendant's wrong.**»*

Είναι μέσα σ' αυτό το τελευταίο πλαίσιο που η απώλεια ευκαιρίας αποτιμάται σαν ζημιά που παρέχει στον ενάγοντα το δικαίωμα διεκδίκησης αποζημίωσης παρά την κάποια αβεβαιότητα που δυνατόν να υπάρχει στην ακριβή αποτίμηση της ζημιάς.

*Κάμαμε αυτή τη μακρά εισαγωγή στο ζήτημα της αποζημίωσης στη βάση απώλειας ευκαιρίας για να τονίσουμε το γεγονός ότι **είναι είδος αποζημίωσης που δεν μπορεί να υπολογισθεί με απόλυτη ακρίβεια***

γιατί ακριβώς υπάρχουν αστάθμητοι παράγοντες που εμποδίζουν του ακριβή υπολογισμό της. Καταφεύγουμε και πάλι στο *McGregor on Damages* (ανωτέρω) παραγρ. 361 σελ. 223. Με αναφορά στην υπόθεση **The Empress of Britain** [1913] 29 T.L.R. 423 αναφέρει:

*«The contingency may not always be a near certainty: In each case it must be evaluated. Thus in the **Empress of Britain** the plaintiff's ship was tortiously sunk in the second year of charterparty in force for seven years on seven different voyages and cancelable at the charterers' annual option. It was held that, in assessing the recoverable loss of profits, the whole charterparty was to be taken into account, together with its special terms and all the contingencies.»*

Είναι φανερό από τα πιο πάνω ότι **σε κάθε υπόθεση στον υπολογισμό της ζημιάς θα πρέπει να ληφθεί υπόψη μια σειρά από παράγοντες, τους οποίους στο τέλος το δικαστήριο θα σταθμίσει για να φθάσει στο λογικό υπό τις περιστάσεις ποσό αποζημίωσης».**

(Εμφαση δοθείσα)

Στην παρούσα περίπτωση η πραγματικότητα είναι πως η Ενάγουσα δεν προσέφερε μέσω του Μ.Ε.1 ιδιαίτερα στοχευμένα στοιχεία τα οποία θα μπορούσαν να διευκολύνουν κατά τη διαδικασία στάθμισης και εξεύρεσης ενός εύλογου ποσού. Σε κάποιες περιπτώσεις γίνονται σχετικές αναφορές πλην όμως γίνονται με κάποια αοριστία η οποία δεν εξυπηρετεί. Για παράδειγμα ενώ ο Μ.Ε.1 δηλώνει σαφώς ότι πριν το 2009 η Ενάγουσα δεν υπέβαλε προσφορά για την τηλεπηροφορία εντούτοις δεν διευκρινίζει εάν ενδιαφερόταν να υποβάλει τέτοια προσφορά για όλα τα έτη από το 2005 και εντεύθεν. Είναι ενδεικτικό πως δεν είχε αναφέρει κάτι σχετικό με τέτοια πρόθεση στην επιστολή του ημερ. 26.5.06 προς την Εναγομένη (Τεκμήριο 3, Παράρτημα Γ). Από την άλλη όμως είναι καταγεγραμμένο πως η Ενάγουσα ήγειρε τέτοιο ζήτημα κατά την υποβολή της καταγγελίας της στην Ε.Π.Α. το 2007, ενώ παρέμεινε αναντίλεκτο πως πράγματι υπέβαλε προσφορά αμέσως μετά την άρση της φραγής, ήτοι για το 2009.

Παραπλήσιο με τα πιο πάνω είναι και το κατά πόσον εάν υπέβαλλε θα κέρδιζε σε όλες τις περιπτώσεις την προσφορά η Ενάγουσα. Οι ενδείξεις είναι πως κάτι τέτοιο δεν ήταν βέβαιο, όπως συνάγεται από το ότι δεν πέτυχε στην προσφορά της για το 2009. Πέτυχε στις προσφορές της και ανέλαβε τις τηλεψηφοφορίες της Eurovision για τα έτη 2010, 2012, 2013 και 2015. Δεν το αναφέρει και πάλι ρητά αλλά από τα παρεχόμενα στοιχεία εκλαμβάνεται πως δεν πέτυχε ούτε για το 2011 (αφού για το 2014 αναφέρει πως δεν υπήρξε συμμετοχή της Κύπρου).

Παρά ταύτα, με βάση το σύνολο των δεδομένων και ιδίως στη βάση των όσων ακολούθησαν κατά τα επόμενα έτη, είναι δεκτή η θέση αφενός ότι η Ενάγουσα θα εκμεταλλευόταν την ευκαιρία και θα υπέβαλλε προσφορές για κάποια από τα έτη της περιόδου 2005 έως 2008 και αφετέρου ότι κατά πάσαν πιθανότητα θα επιτύχανε σε κάποιες περιπτώσεις. Κάποιες ενδείξεις αναμφίβολα παρέχονται από την επιτυχία την οποία είχε κατά την τετραετία η οποία ακολούθησε την άρση της φραγής. Ειδικότερα, κατά την επόμενη τετραετή περίοδο από το 2009 έως το 2012 είχε κερδίσει τον διαγωνισμό για την ψηφοφορία σε δύο περιπτώσεις, ήτοι κατά τα έτη 2010 και 2012. Είναι εύλογο λοιπόν να υποτεθεί ότι και κατά την τετραετή περίοδο των ετών 2005 έως 2008 θα εκμεταλλευόταν την ευκαιρία και κατά πάσαν πιθανότητα θα κέρδιζε τουλάχιστον τους δύο από τους τέσσερις διαγωνισμούς για την ψηφοφορία της Eurovision (βλ. **«Το Δίκαιο των Συμβάσεων»**, Π.Γ. Πολυβίου, 2021, Τόμος Β', σελ. 728).

Από πλευράς παραγόντων οι οποίοι δύνανται και εν τέλει λαμβάνονται υπόψιν για τον καθορισμό ενός ευλόγου ποσού αποζημίωσης σημειώνεται από τα υφιστάμενα στα κατατεθέντα έγγραφα στοιχεία ότι

- Οι τηλεφωνικές γραμμές κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού της Eurovision κατά τον επίδικο χρόνο άνοιγαν για το κοινό και παρέμεναν στη διάθεση του για τηλεψηφοφορία για 10 λεπτά. Αυτό

συνάγεται από την επιστολή της Εναγομένης ημερ. 9.5.05, Τεκμήριο 3, Παράρτημα Ζ, ην οποίαν η Ενάγουσα παρουσίασε.

- Υποβάλλοντας προσφορά για τον διαγωνισμό του 2009 η Ενάγουσα είχε προσφέρει στην Diagame το ποσό των €0,55 ανά κλήση, εξαιρουμένου φόρου και Φ.Π.Α. Αυτό συνάγεται από το Τεκμήριο 6, Παράρτημα Α, το οποίο επίσης η ίδια παρουσίασε. Δεν αναφέρεται σε αυτό το έντυπο η συνολική τιμή ανά κλήση και ούτε ο Μ.Ε.1 είχε αναφέρει κάτι σχετικό στη γραπτή δήλωση του, κατά την αναφορά του σε αυτό το γεγονός. Παρέχεται όμως σαφής σχετική πληροφορία από το συμβόλαιο του 2010, όταν μάλιστα η Ενάγουσα είχε κερδίσει την προσφορά με μερίδιο της Digame το ποσόν των €0,51 στα €0,85 που ήταν η τιμή ανά κλήση.
- Από τα πιο πάνω στοιχεία συνάγεται εύλογα πως το όφελος της Ενάγουσας θα ήταν από €0,30 έως €0,34 ανά κλήση, ποσό το οποίο συμπεριλαμβάνει όμως και φορολογίες, ενδεχομένως και κάποια πρόσθετα έξοδα τα οποία επιφέρει η ανάληψη ενός τέτοιου διαγωνισμού (Τεκμήριο 6, Παράρτημα Α και Γ).
- Στην υποβληθείσα προσφορά της για το 2009, απαντώντας σε σχετική ερώτηση, δήλωσε πως είχε αναλάβει σε αρκετές άλλες περιπτώσεις παρόμοιας φύσης μαζικές τηλεηχοφορίες, κατονομάζοντας ως τέτοιες τις σχετικές με X-Factor, Fame Story 1 έως 4, Big Brother 1, 2, Προεδρικές Εκλογές 2008, Δημοψήφισμα 2004 (Τεκμήριο 6, Παράρτημα Α).
- Στην ίδια αυτή προσφορά, για το 2009, η Ενάγουσα δήλωσε αφενός ότι ο ύψιστος αριθμός κλήσεων που είχε δεχθεί ποτέ ήταν 4.800 ανά λεπτό (“... the highest ever realised call amount per minute during a real application), πράγμα που σημαίνει 48.000 ανά 10λεπτο και

αφετέρου ότι η μέγιστη της ικανότητα αποδοχής κλήσεων ήταν 432.000 ανά ώρα (“... the maximum call-capacity per hour ... is able to offer”), πράγμα που σημαίνει 72.000 κλήσεις ανά 10λεπτο.

Ο συνδυασμός όλων των πιο πάνω στοιχείων παρέχει κατά τη γνώμη μου ικανοποιητικές ενδείξεις ότι το όφελος το οποίο θα μπορούσε η Ενάγουσα δυνητικά να έχει κυμαίνεται από €14.400 έως €24.480 για κάθε έναν από τους δύο διαγωνισμούς, αναλόγως του μεριδίου που θα παρέμενε στην ίδια ως εξής:

Κλήσεις	Μερίδιο €	Σύνολο €
48.000	0,30	14.400
48.000	0,34	16.320
72.000	0,30	21.600
72.000	0,34	24.480

Ο μέσος όρος του ελάχιστου και του μέγιστου οφέλους ως ανωτέρω είναι €19.440 ανά διαγωνισμό ενώ ο μέσος όρος όλων των πιο πάνω ποσών είναι €19.200 ανά διαγωνισμό. Έχω την άποψη πως η Ενάγουσα θα εκμεταλλευόταν την ευκαιρία αυτή, την οποία εν τέλει απώλεσε λόγω της φραγής που είχε θέσει η Εναγόμενη και για αυτό δικαιούται σε σχετική αποζημίωση. Εντός των πιο πάνω πλαισίων κρίνεται πως το συνολικό ποσό των €35.000 είναι εύλογο να την αποζημιώσει για την απώλεια της ευκαιρίας αυτής (€17.500 ανά διαγωνισμό).

Κατάληξη

Στη βάση όλων των ανωτέρω εκδίδεται απόφαση υπέρ της Ενάγουσας και εις βάρος της Εναγομένης για:

- A. Ποσόν €25.984 με νόμιμο τόκο ετησίως μέχρι εξόφλησης:
- (i) Επί ποσού €2.737 από 1.6.05.
 - (ii) Επί ποσού €11.063 από 31.12.06.
 - (iii) Επί ποσού €7.080 από 31.12.07.
 - (iv) Επί ποσού €5.104 από 12.6.08.
- B. Ποσόν €35.000 με νόμιμο τόκο ετησίως από 12.6.08 μέχρι εξόφλησης.
- Γ. Έξοδα ως θα υπολογιστούν στην ανάλογη κλίμακα συν νόμιμο τόκο από σήμερα μέχρι τελικής εξόφλησης συν Φ.Π.Α.

(Υπ.)

Χ.Β. Χαραλάμπους, Π.Ε.Δ.

Πιστόν αντίγραφο

Πρωτοκολλητής