



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΑΡΧΗ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΔΕΔΟΜΕΝΩΝ
ΠΡΟΣΩΠΙΚΟΥ ΧΑΡΑΚΤΗΡΑ**

Αθήνα, 05-08-2016

Αριθ. Πρωτ.: Γ/ΕΞ/5009/05-08-2016

Α Π Ο Φ Α Σ Η ΑΡ. 80/2016

Η Αρχή Προστασίας Δεδομένων Προσωπικού Χαρακτήρα συνήλθε μετά από πρόσκληση του Προέδρου της στην έδρα της την 12-07-2016, προκειμένου να εξετάσει την υπόθεση που αναφέρεται στο ιστορικό της παρούσας. Παρέστησαν οι Π. Χριστόφορος, Πρόεδρος της Αρχής, τα τακτικά μέλη Λ. Κοτσαλής, Α.-Ι. Μεταξάς, Κ. Χριστοδούλου, ως εισηγητής, Π Τσαντίλας και το αναπληρωματικό μέλος της Αρχής Π. Ροντογιάννης σε αντικατάσταση του τακτικού μέλους Α. Συμβώνη, ο οποίος, εάν και εκλήθη νομίμως και εγγράφως, δεν προσήλθε λόγω κωλύματος. Το τακτικό μέλος Δ. Μπριόλας, καθώς και το αναπληρωματικό αυτού Χ. Ανθόπουλος, εάν και εκλήθησαν νομίμως και εγγράφως, δεν προσήλθαν λόγω κωλύματος. Στη συνεδρίαση, χωρίς δικαίωμα ψήφου, παρέστησαν οι ειδικοί επιστήμονες – υπάλληλοι του Τμήματος Ελεγκτών Ε. Ι. Τσακιρίδου, Γ. Ρουσόπουλος και Κ. Λιμνιώτης, ως βοηθοί εισηγητή, και η Γ. Παλαιολόγου, υπάλληλος του Τμήματος Διοικητικού – Οικονομικού, ως γραμματέας, μετά από εντολή του Προέδρου.

Η Αρχή έλαβε υπόψη τα παρακάτω:

Η εταιρεία Οργανισμός Τηλεπικοινωνιών Ελλάδας ΑΕ (εφεξής ΟΤΕ) υπέβαλε την με αριθμ. πρωτοκόλλου Γ/ΕΙΣ/2847/04-05-2016 αίτηση θεραπείας κατά της απόφασης της Αρχής με αριθμ. 18/2016, με την οποία ζητά την ανάκληση άλλως την τροποποίηση αυτής. Με την ίδια αίτηση ζητά την ανάκληση άλλως την τροποποίηση της Γνωμοδότησης 1/2016 της Αρχής, καθώς επίσης και να ανασταλεί η εκτέλεση των υποχρεώσεων που επιβάλλονται με την ως άνω Απόφαση από την ημερομηνία υποβολής των εν λόγω αιτήσεων μέχρι την έκδοση απόφασης επ' αυτών.

Στην Απόφαση 18/2016 και από τα στοιχεία που συνελέγησαν κατά την εξέταση της εν λόγω υπόθεσης κατόπιν σχετικών αναφορών των εταιρειών WIND ΕΛΛΑΣ ΤΗΛΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΕΣ ΑΕΒΕ (εφεξής Wind) και FORTHNET Α.Ε. (εφεξής Forthnet), όπου η πρώτη εξ αυτών διαβιβάστηκε αρχικά στην Αρχή από την Ε.Ε.Τ.Τ., η Αρχή διαπίστωσε ότι η εταιρεία ΟΤΕ δεν εφάρμοσε και εξακολουθεί να μην εφαρμόζει ορθά τη διάταξη του άρθρου 11 παρ. 2 του ν. 3471/2006 αναφορικά με τον τρόπο συλλογής των δηλώσεων ένταξης των συνδρομητών τους στο μητρώο γνωστό ως μητρώο «opt-out» που προβλέπεται στην ως άνω διάταξη. Συγκεκριμένα, προέκυψε ότι για όλο το χρονικό διάστημα από τον Οκτώβριο του 2013 μέχρι το Δεκέμβριο του 2015 (15-12-2015), υπήρχε στις συμβάσεις του ΟΤΕ προεπιλεγμένος όρος/δήλωση για την ένταξη του συνδρομητή στο Μητρώο και δεν υπήρχε μη προεπιλεγμένο πεδίο επιλογής, ώστε να αποδεικνύεται ότι η ένταξή του στο Μητρώο γίνεται με αυτοτελή αίτηση του συνδρομητή, δηλαδή με πρωτοβουλία και ενέργεια του συνδρομητή. Για τον λόγο αυτό, η Αρχή απεύθυνε προειδοποίηση στις εταιρείες ΟΤΕ και Cosmote, όπως τροποποιήσουν τη διαδικασία δήλωσης ένταξης συνδρομητών στο Μητρώο του άρθρου 11 παρ. 2 του ν. 3471/2006 και επιβεβαιώσουν εντός εξαμήνου τις υπάρχουσες δηλώσεις ένταξης στο Μητρώο, καθώς επίσης και να ενημερώσουν σχετικά την Αρχή. Εξάλλου η Αρχή εξέδωσε σχετικώς και την υπ' αριθμ. 1/2016 Γνωμοδότηση, παραθέτοντας – όπως και στην Απόφαση 18/2016 – το σκεπτικό βάσει το οποίου προκύπτει, κατά την κρίση της Αρχής, η μη ορθή εφαρμογή της διάταξης του άρ. 11 του ν. 3471/2006 από τις δύο εταιρείες. Τέλος, δεδομένου ότι στις καταγγελίες των εταιρειών Wind και Forthnet γίνεται αναφορά σε πρακτική των εταιρειών ΟΤΕ και Cosmote που προκαλεί σοβαρές στρεβλώσεις στον ανταγωνισμό, ο φάκελος της υπόθεσης – συμπεριλαμβανομένων των ως άνω Πράξεων της Αρχής - διαβιβάστηκε στην ΕΕΤΤ, η οποία είναι αρμόδια να αποφανθεί επί των ζητημάτων που προκύπτουν από τους κανόνες του ανταγωνισμού.

Με την ως άνω αίτηση θεραπείας του ο ΟΤΕ ισχυρίζεται αρχικά ότι θα πρέπει να χορηγηθεί από την Αρχή αναστολή εκτέλεσης της υπ' αριθμ. 18/2016 Απόφασης, τουλάχιστον μέχρι την έκδοση απόφασης επί της εν λόγω αίτησης θεραπείας, λόγω του ότι:

α) η υλοποίηση των υποχρεώσεων που επιβάλλονται ενώ τρέχουν οι προθεσμίες υποβολής ενδίκων μέσων και βοηθημάτων διαπλάθει νέα νομική κατάσταση της οποίας η επαναφορά στην πρότερη κατάσταση είναι αδύνατη,

β) στη σκέψη 5 της Απόφασης 18/10216 αναφέρεται ότι είναι εξαιρετικά πιθανό συνδρομητές που ενημερώνονται ορθά και πλήρως για τις συνέπειες της εγγραφής στο Μητρώο να επιλέγουν να ενταχθούν σε αυτό, οπότε και στην περίπτωση που δεν παρασχεθεί

αναστολή εκτέλεσης της Απόφασης και η εταιρεία προχωρήσει άμεσα στην εκτέλεση αυτής, θα επέλθει – κατά την πεποίθηση της εταιρείας – το αντίθετο αποτέλεσμα από αυτό που η Αρχή επιδιώκει με την έκδοση της Απόφασης ως προς το κρίσιμο πραγματικό γεγονός της καταχώρησης της πραγματικής βούλησης του συνδρομητή,

γ) τυχόν υλοποίηση των ορισθέντων στην ως άνω Απόφαση εντός του διαστήματος μαιώνεται στην πράξη και κατ' ουσία την άσκηση οποιουδήποτε άλλου ένδικου βοηθήματος και ισοδυναμεί άνευ άλλου με στέρηση του δικαιώματος της εταιρείας για προσφυγή στη Δικαιοσύνη,

δ) η άμεση εκτέλεση της Απόφασης θα προκαλέσει ανεπανόρθωτη βλάβη στην εταιρεία, αφού η υποχρέωση επικοινωνίας με το σύνολο των συνδρομητών που είναι σήμερα εγγεγραμμένοι στο μητρώο «opt-out» και η εκ νέου συλλογή των δηλώσεών τους συνεπάγεται τεράστιο κόστος υλοποίησης, λόγω δέσμευσης σημαντικών ανθρώπινων και οικονομικών πόρων, καθώς επίσης και εκπόνηση ειδικών επιχειρηματικών πλάνων, η οργάνωση υλοποίησής τους, η προμήθεια ειδικών συστημάτων και η εφαρμογή συγκεκριμένων διαδικασιών προμηθειών και εγκρίσεων, που δεν είναι δυνατό να διεκπεραιωθούν άμεσα,

ε) δεν υπάρχει λόγος δημόσιου συμφέροντος που να επιβάλει την άμεση εκτέλεση της προσβαλλόμενης απόφασης,

στ) τα ανωτέρω θα πρέπει να συνεκτιμηθούν και με το προδήλως βάσιμο της αίτησης της εταιρείας,

ζ) η Απόφαση θα πρέπει τουλάχιστον να εξαιρέσει ρητά από τη διαδικασία επιβεβαίωσης του μητρώου «opt-out» τις περιπτώσεις συνδρομητών οι οποίες δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της, δηλαδή συνδρομητές που έχουν ενταχθεί στο μητρώο κατόπιν υποβολής σχετικού αιτήματος και όχι με αφορμή την υπογραφή νέας σύμβασης/σύνδεσης ή ανανέωσης υφιστάμενης, καθώς επίσης και όσους έχουν ενταχθεί στο μητρώο πριν από τον Οκτώβριο του 2013,

η) η εταιρεία έχει ήδη τροποποιήσει τα σχέδια των συμβάσεων συνδρομητών σύμφωνα με τις υποδείξεις της Αρχής,

θ) Στην εποχή της ψηφιοποίησης δεν είναι δυνατόν να αξιολογείται η νομιμότητα της διαδικασίας ένταξης στο μητρώο «opt-out» με κριτήριο την ύπαρξη έγγραφης αποτύπωσης της βούλησης του συνδρομητή: τούτο δεν προκύπτει ούτε από τη γραμματική διατύπωση του άρ. 11 του ν. 3471/2006 ούτε και από κάποια Οδηγία της Αρχής. Αυτό που είναι κρίσιμο είναι η εξασφάλιση της αποτύπωσης της πραγματικής βούλησης του συνδρομητή – η οποία, κατά την κρίση της εταιρείας, αποδείχτηκε πλήρως τόσο κατά την ακρόαση ενώπιον της

Αρχής όσο και με το υπόμνημά της – και όχι αν η βούληση αυτή αποτυπώνεται στο χαρτί υπογεγραμμένη από το χέρι του. Σε κάθε περίπτωση, κρίσιμο για την ορθή εφαρμογή του εν λόγω άρθρου είναι να εξασφαλίζεται η ελεύθερη επιλογή του συνδρομητή και όχι τόσο ο τρόπος με τον οποίο αυτός αποτυπώνεται,

ι) Η Απόφαση 18/2016 εκδόθηκε χωρίς να πραγματοποιηθεί καμία έρευνα στα μητρώα «opt-out» άλλων εταιρειών, επιβάλλοντας υποχρεώσεις μόνο στον ΟΤΕ, κατά παράβαση της αρχής της ισότητας,

ια) Στην περίπτωση που απορριφθούν οι νόμιμοι λόγοι άσκησης της εν λόγω αίτησης θεραπείας για αναστολή εκτέλεσης της Απόφασης 18/2016, η εταιρεία αιτείται όλως επικουρικός τη μεταρρύθμιση της απόφασης ούτως ώστε αναγραφεί μεγαλύτερο χρονικό διάστημα στο διατακτικό της όσον αφορά την επιβεβαίωση των δηλώσεων των συνδρομητών, και να οριστεί κατ' ελάχιστον ένα έτος.

Επίσης, στην ως άνω αίτηση θεραπείας του ο ΟΤΕ επικαλείται τους εξής λόγους για ανάκληση της Απόφασης 18/2016 και της Γνωμοδότησης 1/2016:

- 1) Με το από 14-12-2015 υπόμνημα (αρ. πρωτ. Αρχής: Γ/ΕΙΣ/6608/17-12-2015) η εταιρεία αναφέρθηκε στη διάταξη της παρ. 10 του άρ. 55 του ν. 4339/2015, ζητώντας προς το συμφέρον όλων τη ματαίωση της διαδικασίας υπό την παρούσα σύνθεση της Αρχής, για την αποφυγή διακύβευσης της εγκυρότητας του συνόλου αυτής.
- 2) Από το άρ. 11 παρ. 2 του ν. 3471/2006, αλλά και από το αντίστοιχο άρ. 13 παρ. 3 της Οδηγίας 2002/58/ΕΚ, προκύπτει σαφώς ότι ούτε ευρωπαϊκή ούτε η εθνική νομοθεσία θέτουν ειδικές προϋποθέσεις ως προς τη λειτουργία του μητρώου «opt-out» ούτε ως προς τη διαδικασία λήψης της σχετικής δήλωσης του συνδρομητή. Ως εκ τούτου, οι πάροχοι μπορούν να επιλέξουν οι ίδιοι τον τρόπο εκείνο που θεωρούν αποτελεσματικό.

Εξάλλου, η αρχή της νομιμότητας επιβάλλει πρώτα τον επίσημο καθορισμό, από την πλευρά της Αρχής, των διαδικασιών και τρόπου τήρησης του μητρώου και στη συνέχεια την αξιολόγησή του. Κατά συνέπεια, δεν είναι νόμιμη η επιβολή κύρωσης όταν καθίσταται αδύνατη η αξιολόγηση των αντικειμενικών και υποκειμενικών περιστάσεων διάπραξης οποιασδήποτε παράβασης, λόγω έλλειψης σαφώς καθορισμένου προϋπάρχοντος νομικού πλαισίου. Η εταιρεία επίσης σημειώνει ότι απέστειλε απαντήσεις στην Αρχή, με το υπ' αριθμ. πρωτ. Γ/ΕΙΣ/4865/6-8-2014 έγγραφο, σε σχετικό ερωτηματολόγιο αναφορικά με τις διαδικασίες και τον τρόπο εφαρμογής του μητρώου «opt-out», δήλωσε ότι η εγγραφή ενός συνδρομητή μπορεί

να γίνει και μέσω της αίτησης παροχής σύνδεσης – η οποία, εκ παραδρομής, δεν εστάλη στην Αρχή. Κατά την εταιρεία, η Αρχή όφειλε να εξετάσει και να αξιολογήσει τα σχετικά συμπεράσματα και να προχωρήσει σε έκδοση Οδηγίας για την ενιαία εφαρμογή του τρόπου λήψης δηλώσεων συνδρομητών για εγγραφή στο μητρώο «opt-out» αλλά, αντ' αυτού, επιλαμβάνεται για πρώτη φορά με την Απόφαση 18/2016 και την Γνωμοδότηση 1/2016 για το ως άνω ζήτημα. Κατά συνέπεια, η Απόφαση είναι μη νόμιμη καθώς, καθ' υπέρβαση της διακριτικής της ευχέρειας, η Αρχή έκρινε χωρίς σαφώς και ενιαία καθορισμένο πλαίσιο υποχρεώσεων για τον διοικούμενο.

- 3) Όπως προκύπτει από το κείμενο της Απόφασης 18/2016, δεν συνέτρεξε νόμιμος λόγος ευθύνης της εταιρείας. Ειδικότερα, στη σκέψη 5 αναφέρεται ότι «είναι εξαιρετικά πιθανό οι συνδρομητές να ενημερώνονται ορθά και πλήρως για τις συνέπειες της εγγραφής στο Μητρώο ώστε να επιλέγουν να ενταχθούν σε αυτό». Περαιτέρω, η φράση «τίθεται εν αμφιβόλω» που χρησιμοποιείται στη σκέψη 7 στερεί την απόφαση από το νόμιμο έρεισμά της, καθώς δεν είναι δυνατή η επιβολή κύρωσης με απλή πιθανολόγηση και χωρίς αποδεδειγμένη παραβίαση, ενώ το βάρος της απόδειξης ανήκει αποκλειστικά και μόνο στην Αρχή (άρ. 17 παρ. 3ΚΔΔ). Εν προκειμένω μάλιστα αντιστρέφεται το βάρος της απόδειξης με την αναφορά ότι «δεν αποδεικνύεται ότι αποτυπώνεται η πραγματική βούληση των συνδρομητών», ενώ θα έπρεπε να αποδειχθεί ότι δεν αποτυπώνεται κατά την τήρηση του μητρώου η πραγματική βούληση των συνδρομητών.

Επίσης, η ορθή (ή μη) ερμηνεία και εφαρμογή της διάταξης του άρ. 11 του ν. 3472/2006 εναπόκειται στην ίδια την Αρχή και όχι στον διοικούμενο (στην Απόφαση 18/2016 αναφέρεται ότι «η Αρχή επιλαμβάνεται αυτεπαγγέλτως για να διαπιστώσει την ορθή (ή μη) ερμηνεία και εφαρμογή της διατάξεως του άρθρου 11 παρ. 2 ν. 3471/2006 (...) και να επιβάλει στους ελεγχόμενους υπεύθυνους επεξεργασίας τις αναγκαίες κυρώσεις». Συνεπεία αυτής της κρίσης της Αρχής είναι η απολύτως ανεπιεικής και δογματική εκδοχή να επιβάλλεται ως υποχρέωση στο διοικούμενο η αυθεντική ερμηνεία του νόμου, ενώ η λειτουργία αυτή εν προκειμένω επιτελείται από τη συνταγματικά κατοχυρωμένη Αρχή.

Περαιτέρω, η κύρωση που επέβαλε η Αρχή με την ως άνω Απόφαση θα επιφέρει το αντίθετο αποτέλεσμα από αυτό που επιδιώκει η Απόφαση, καθώς η διαδικασία συλλογής εξ αρχής δηλώσεων ένταξης στο μητρώο θα προκαλέσει όχληση στη συντριπτική πλειοψηφία των εγγεγραμμένων σε αυτό συνδρομητών αφού θα πρέπει

να δηλώσουν εκ νέου την ήδη δηλωμένη πρόθεσή τους. Συνεπώς, αναμένεται να μην ανταποκριθούν, οπότε στην πλειοψηφία των περιπτώσεων οι συνδρομητές θα τίθενται σε κινδύνους παραβίασης των ατομικών τους δικαιωμάτων, ενώ αντίστοιχα θα δημιουργηθούν πλήθος καταγγελιών σε βάρος της εταιρείας, χωρίς η εταιρεία να υπέχει σχετική ευθύνη. Δεδομένου εξάλλου ότι οι λοιποί τηλεπικοινωνιακοί πάροχοι δεν θα έχουν στη διάθεσή τους μητρώο «opt-out» του ΟΤΕ που να αποτυπώνει την παραγματική βούληση των συνδρομητών του, δημιουργείται για την εταιρεία σοβαρότατο θέμα ανταγωνισμού.

- 4) Η εταιρεία αναφέρει ότι ουδόλως συντρέχει νόμιμος δικαιολογητικός λόγος επιβολής της συγκεκριμένης κύρωσης, παραπέμποντας εκ νέου στα όσα αναφέρονται στη Σκέψη 5 της Απόφασης 18/2016 (συγκεκριμένα, ότι η σκέψη 5 αναφέρει ότι «από το γεγονός του μεγαλύτερου αριθμού συνδρομητών που εγγράφονται στο Μητρώο δεν τεκμηριώνεται παράβαση των οριζόμενων στο άρθρο 11 παρ. 2 ν. 3471/2006», καθώς επίσης και ότι «είναι άλλωστε εξαιρετικά πιθανό και συνδρομητές που ενημερώνονται ορθά και πλήρως για τις συνέπειες της εγγραφής στο Μητρώο να επιλέγουν να ενταχθούν σε αυτό, ώστε να αποφεύγουν τις αζήτητες κλήσεις»), ενώ επίσης επισημαίνει ότι η Αρχή δεν αμφισβητεί το γεγονός ότι το προσωπικό της εταιρείας είχε λάβει ρητές οδηγίες για την υποχρέωση ενημέρωσης των συνδρομητών για το μητρώο. Συνεπώς, η Αρχή αποδέχεται ότι από τα στοιχεία που προσκόμισαν οι εταιρείες Wind και Forthnet ουδόλως αποδεικνύεται οποιαδήποτε παραβίαση του νόμου.

Επίσης, γίνεται εκ νέου αναφορά στη σκέψη 7 της Απόφασης, όπου αναφέρεται ότι: «οι εταιρείες ΟΤΕ και Cosmote δεν εφάρμοσαν και εξακολουθούν να μην εφαρμόζουν ορθά τη διάταξη του άρθρου 11 παρ. 2 του ν. 3471/2006. Ως εκ τούτου, τίθεται εν αμφιβόλω η ορθή τήρηση του Μητρώου από τις προαναφερόμενες εταιρείες, καθώς δεν αποδείχθηκε, κατά την κρίση της Αρχής, ότι τα τηρούμενα σε αυτές στοιχεία δηλώσεων αποτυπώνουν την πραγματική επιλογή των συνδρομητών, που θα πρέπει μάλιστα να έχει εκφραστεί με σαφήνεια, και κατ' αυτόν τον τρόπο το Μητρώο δεν πληροί τις προϋποθέσεις του άρθρου 11 παρ. 2 του ν. 3471/2006». Επίσης η εταιρεία αναφέρει ως προς τούτο: «Η ως άνω αιτιολογία είναι αντιφατική και εσφαλμένη, καθώς η Αρχή ενώ αρχικά δεν αμφισβητεί την πραγματική βούληση των συνδρομητών να ενταχθούν στο μητρώο (σ.σ. προφανώς η εταιρεία αναφέρεται στα όσα αναφέρονται στη σκέψη 5 της Απόφασης), στη συνέχεια αναφέρει ότι τίθεται εν αμφιβόλω συνολικά η τήρησή του». Η εταιρεία επίσης επαναλαμβάνει τα όσα

ανέφερε νωρίτερα περί του βάρους της απόδειξης για τη συνδρομή πραγματικών περιστατικών το οποίο το έχει – κατά την εταιρεία - η Αρχή, σύμφωνα με το άρ. 17 παρ. 3 του ΚΔΔ, καθώς επίσης και ότι δεν αποδείχτηκε καμία παραβίαση της νομοθεσίας για την προστασία προσωπικών δεδομένων, ενόψει μάλιστα και του γεγονότος ότι η Αρχή δεν έχει εκδώσει σχετική Οδηγία ή συστάσεις για τον τρόπο λειτουργίας του μητρώου.

Πέραν αυτού, η εταιρεία αναφέρει ότι η Αρχή δεν έλαβε υπόψη της ουσιώδεις ισχυρισμούς ή τους ερμήνευσε λανθασμένα. Ειδικότερα:

- i) Ότι ο συγκεκριμένος όρος της σύμβασης δεν αποτελεί ΓΟΣ αλλά ειδικό αίτημα του πελάτη που υπογράφει ξεχωριστά, χωρίς η παροχή της υπηρεσίας να εξαρτάται από την ένταξη ή μη στο μητρώο,
- ii) Ότι η διαδικασία ενημέρωσης είναι ουδέτερη και δεν παρακινεί τους συνδρομητές προς τη μία ή την άλλη επιλογή, επομένως η δήλωση είναι ελεύθερη, ρητή και ειδική,
- iii) Ότι η Αρχή έχει κρίνει, με την Απόφαση 57/2007, ότι «... η μη ζητηθείσα επικοινωνία προς τους συνδρομητές δεν αφορά ήδη συνδρομητές των υπηρεσιών ηλεκτρονικών υπηρεσιών της εταιρείας παροχής τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών αλλά αντίθετα άγνωστους σ' αυτή από προηγούμενες συναλλαγές συνδρομητές οι οποίοι μπορεί ή όχι να ενδιαφέρονταν για τα προϊόντα και τις υπηρεσίες της»,
- iv) Ότι η διάταξη του άρ. 11 του ν. 3471/2006 προστατεύει το δικαίωμα των συνδρομητών να επιθυμούν ή όχι την αζήτητη επικοινωνία και όχι τα δικαιώματα των ανταγωνιστών ούτε το δικαίωμα των καταναλωτών εν γένει να γνωρίζουν το συμφερότερο γι' αυτούς προϊόν»,
- v) Το μητρώο λειτουργεί από το 2011. Άρα, δεδομένης της κρίσης της Αρχής με την εν λόγω Απόφαση, από το διατακτικό της θα έπρεπε να εξαιρούνται οι δηλώσεις συνδρομητών που έλαβαν χώρα πριν τον Οκτώβριο του 2013 (έναρξη διαδικασίας δηλώσεων μέσω αίτησης για λήψη υπηρεσίας).

Τέλος, η εταιρεία αναφέρει ότι η φράση «ενδέχεται η πρακτική των εταιρειών να μην είναι ορθή ιδίως υπό το πρίσμα ειδικότερων διατάξεων του δικαίου ανταγωνισμού» πρέπει να διαγραφεί, καθώς υπερβαίνει τα όρια αρμοδιοτήτων της Αρχής.

- 5) Επίσης, η εταιρεία επισημαίνει ότι η επιβολή της εν λόγω κύρωσης συνιστά παραβίαση της αρχής της ισότητας και της ουδετερότητας, αφού παρέλειψε χωρίς καμία δικαιολογητική βάση να ερευνήσει άλλους παρόχους, αν και παρατηρείται

αντιστοίχως αύξηση και στο πλήθος των εγγεγραμμένων στα δικά τους μητρώα (για τον Απρίλιο του 2016, τα ποσοστά επί του συνόλου των συνδρομητών είναι 46% για τη σταθερή τηλεφωνία της Wind, 68% για τη CYTA, 26% για τη Forthnet και 39% για τον ΟΤΕ). Κατά παράβαση της αρχής του ίσου μέτρου κρίσης, ζητήθηκαν εξηγήσεις μόνο από ΟΤΕ και Cosmote χωρίς να λάβει χώρα καμία έρευνα για τον τρόπο που λειτουργούν το μητρώο οι άλλοι πάροχοι, ενώ ελήφθησαν υπόψη οι καταγγελίες τους παρά το απαράδεκτο της υποβολής τους λόγω έλλειψης έννομου συμφέροντος. Η υπό κρίση Απόφαση και σχετική Γνωμοδότηση θα έπρεπε να απευθύνεται στο σύνολο των τηλεπικοινωνιακών παρόχων και όχι μόνο στην εταιρεία – η οποία, βάσει της Απόφασης, είναι υποχρεωμένη να υποβληθεί σε πολλά έξοδα για να τροποποιήσει εσωτερικές διαδικασίες και συστήματα. Περαιτέρω, η δημοσιοποίηση της κύρωσης δίνει τη λανθασμένη εντύπωση στους πελάτες του ΟΤΕ και εν γένει στο καταναλωτικό κοινό ότι η εταιρεία παραβιάζει τη νομοθεσία περί προστασίας προσωπικών δεδομένων, στοιχείο το οποίο εμπίπτει στη φήμη του και ουσιαστικά πλήττει την αξιοπιστία στην τηλεπικοινωνιακή αγορά.

Τέλος, στην περίπτωση που απορριφθούν οι ανωτέρω λόγοι άσκησης της αίτησης θεραπείας για ανάκληση της Απόφασης 18/2016 και της Γνωμοδότησης 1/2016, η εταιρεία ζητά τη μεταρρύθμιση της απόφασης ούτως ώστε να αναγραφεί μεγαλύτερο χρονικό διάστημα στο διατακτικό αυτής όσον αφορά την επιβεβαίωση των δηλώσεων συνδρομητών, και συγκεκριμένα να οριστεί κατ' ελάχιστον σε ένα έτος. Δεδομένου ότι στο μητρώο είναι εγγεγραμμένοι 1.472.486 συνδρομητές, η διαδικασία που απαιτείται απαιτεί τεράστιο κόστος, τόσο σε οικονομικό επίπεδο όσο και σε επίπεδο ανθρώπινων πόρων, ενώ επίσης για μία εταιρεία του μεγέθους του ΟΤΕ, ένα τέτοιο εγχείρημα απαιτεί και χρόνο πέραν του εξαμήνου προκειμένου να οργανωθεί σωστά. Ενδεικτικό παράδειγμα η εταιρεία αναφέρει τη διαδικασία ταυτοποίησης των καρτοκινητών συνδέσεων, όπου σύμφωνα με τις μεταβατικές διατάξεις του αρ. 7 του ν.3758/2009, ο οποίος δημοσιεύτηκε στις 7-8-2009, οι πάροχοι υποχρεούνταν ως 30-6-2010 να ενημερώσουν με κάθε πρόσφορο τρόπο τους ανώνυμους συνδρομητές προπληρωμένου χρόνου ομιλίας κινητής τηλεφωνίας, ώστε αυτοί να δηλώσουν τα στοιχεία ταυτότητας συνδρομητή και τον αριθμό κλήσης τους. Πέραν αυτού, η εταιρεία επισημαίνει εκ νέου ότι η Απόφαση θα πρέπει τουλάχιστον να εξαιρέσει ρητά από τη διαδικασία επιβεβαίωσης του μητρώου «opt-out» τις περιπτώσεις συνδρομητών οι οποίες δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της, δηλαδή συνδρομητές που ενταχθεί στο μητρώο

κατόπιν υποβολής σχετικού αιτήματος και όχι με αφορμή την υπογραφή νέας σύμβασης/σύνδεσης ή ανανέωσης υφιστάμενης, καθώς επίσης και όσους έχουν ενταχθεί στο μητρώο πριν από τον Οκτώβριο του 2013.

Η Αρχή, μετά από εξέταση των στοιχείων του φακέλου, αφού άκουσε τον εισηγητή και τις διευκρινίσεις των βοηθών εισηγητή, οι οποίοι αποχώρησαν μετά τη συζήτηση και πριν από τη διάσκεψη και τη λήψη αποφάσεως, και κατόπιν διεξοδικής συζήτησης,

ΣΚΕΦΘΗΚΕ ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΟ ΝΟΜΟ

1. Το άρθρο 24 παρ. 1 του Ν. 2690/1999 (ΚΔΔιαδ) ορίζει ότι «Αν από τις σχετικές διατάξεις δεν προβλέπεται η δυνατότητα άσκησης της, κατά το επόμενο άρθρο, ειδικής διοικητικής, ή ενδικοφανούς προσφυγής, ο ενδιαφερόμενος, για την αποκατάσταση υλικής ή ηθικής βλάβης των εννόμων συμφερόντων του που προκαλείται από ατομική διοικητική πράξη μπορεί, για οποιονδήποτε λόγο, με αίτησή του, να ζητήσει, είτε από τη διοικητική αρχή η οποία εξέδωσε την πράξη, την ανάκληση ή τροποποίησή της (αίτηση θεραπείας), είτε, από την αρχή η οποία προΐσταται εκείνης που εξέδωσε την πράξη, την ακύρωσή της (ιєραρχική προσφυγή)». Κατά την έννοια της διάταξης, η αίτηση θεραπείας αποσκοπεί στην ανάκληση ή τροποποίηση της προσβαλλόμενης ατομικής διοικητικής πράξης για νομικά ή πραγματικά ελαττώματα αυτής που ανάγονται στο καθεστώς υπό το οποίο εκδόθηκε.

2. Κατ' αρχάς, το ζήτημα του ενδεχόμενου μη νόμιμης σύνθεσης της Αρχής που επαναλαμβάνεται στην αίτηση θεραπείας από τον ΟΤΕ, το οποίο ήδη είχε θέσει η εταιρεία και στο έγγραφο υπόμνημά της με αρ. πρωτ. Γ/ΕΙΣ/6608/17-12-2015, έχει ήδη απαντηθεί με την Απόφαση 18/2016 της Αρχής (στη σκέψη 1 αυτής), όπου και γίνεται και ειδική μνεία στη Γνωμοδότηση 5/2015, από το σκεπτικό της οποίας προκύπτει ότι νομίμως η Αρχή εξακολουθεί να λειτουργεί με την υφιστάμενη συγκρότησή της, κατ' εφαρμογήν της συνταγματικής αρχής της συνεχούς λειτουργίας των ανεξάρτητων αρχών που προβλέπονται από το Σύνταγμα αλλά και της ειδικής διάταξης του άρθρου 3 παρ. 2 του ν. 3051/2002, η οποία εφαρμόζεται στη συγκεκριμένη περίπτωση.

Περαιτέρω, όπως έχει δεχθεί η Αρχή με τη Γνωμοδότηση 2/2016, δεν είναι συνταγματικός επιτρεπτή η λύση της συνέχειας στη λειτουργία της Αρχής, διότι δεν εννοείται «αναστολή» ή «διακοπή» της συνταγματικής προστασίας του δικαιώματος των προσωπικών δεδομένων καθώς η αποτελεσματική προστασία του δικαιώματος αυτού εξαρτάται από την ύπαρξη και τη λειτουργία της Αρχής. Όπως προκύπτει άλλωστε από τις προπαρασκευαστικές εργασίες

της Αναθεωρητικής Βουλής του 2001 και την τελική επιλογή της ισχύουσας ρύθμισης του άρθρου 101Α § 2 Συντ., αντί των διαφόρων άλλων λύσεων που είχαν προταθεί, ο συνταγματικός νομοθέτης επέλεξε την αυστηρότερη, δηλαδή εκείνη της πλειοψηφίας των 4/5 της Διάσκεψης των Προέδρων της Βουλής, και έτσι δεν απέκλεισε το ενδεχόμενο της καθυστέρησης στην ανάδειξη των νέων μελών των ανεξάρτητων Αρχών, προέκρινε όμως τη λύση αυτή, με σκοπό τη διασφάλιση της μεγαλύτερης δυνατής συναίνεσης στα πρόσωπα των μελών τους, χωρίς να εξαρτά τη συνέχιση της λειτουργίας των ανεξάρτητων Αρχών από την έγκαιρη επίτευξη συμφωνίας μεταξύ των κομμάτων για τη στελέχωσή τους. Υπό το πρίσμα αυτό θα πρέπει να ερμηνευθεί και η ρύθμιση του άρθρου 61 του ν. 4055/2012. Το νόημα της ρύθμισης αυτής είναι η έντονη υπόδειξη προς τη Διάσκεψη των Προέδρων της Βουλής ότι εντός 6 μηνών το αργότερο από τη λήξη της θητείας των μελών των Ανεξαρτήτων Αρχών θα πρέπει να έχουν ορισθεί τα νέα μέλη τους, και όχι ότι μετά την παρέλευση του εξαμήνου και για όσο χρονικό διάστημα δεν επιτυγχάνεται η διαμόρφωση της απαιτούμενης πλειοψηφίας των 4/5, διακόπτεται η λειτουργία των ανεξαρτήτων Αρχών.

2. Με την Απόφαση 18/2016 η Αρχή έκρινε ότι ο ΟΤΕ δεν εφάρμοσε ορθά τη διάταξη του άρθρου 11 παρ. 2 του ν. 3471/2006. Από την εν λόγω διάταξη είναι σαφές ότι σε περίπτωση που ένας συνδρομητής δεν επιλέξει, κατά την υπογραφή της νέας σύμβασής του ή κατά την ανανέωση υπάρχουσας, την ένταξή του στο εν λόγω ειδικό κατάλογο (μητρώο «opt-out»), τότε η προεπιλεγμένη ρύθμιση του παρόχου θα πρέπει να είναι η μη ένταξη του συνδρομητή στο μητρώο αυτό (βλ. Σκέψη 4 της Απόφασης 18/2016). Επισημαίνεται ότι, προς τούτο, δεν χρειάζεται η προηγούμενη έκδοση σχετικών Οδηγιών ή συστάσεων από την Αρχή, όπως αναφέρει ο ΟΤΕ στην ως άνω αίτηση θεραπείας, αφού η εν λόγω διάταξη είναι απόλυτα σαφής. Η Αρχή, με την Απόφαση αυτή, έλαβε υπόψη κατά την επιβολή της κύρωσης της προειδοποίησης τόσο τη βαρύτητα της παράβασης όσο και το εύλογο του χρονικού διαστήματος εντός του οποίου ο υπεύθυνος επεξεργασίας θα πρέπει να προβεί στις απαραίτητες ενέργειες προκειμένου να διασφαλιστεί ότι ο κάθε τηλεφωνικός αριθμός που είναι εγγεγραμμένος στο μητρώο «opt-out» που τηρεί καταχωρήθηκε κατόπιν πρωτοβουλίας και ενέργειας του συνδρομητή του και αποτυπώνει πλήρως την πραγματική και σαφώς ενόψει των συνεπειών σχηματισθείσα βούληση εγγραφής του.

3. Με την προσβληθείσα υπ' αριθμ. 18/2016 Απόφαση της Αρχής, επεβλήθη η κύρωση της προειδοποίησης για κακή ερμηνεία και εφαρμογή του άρ. 11 παρ. 2 του ν. 3471/2006 κατά το χρονικό διάστημα από τον Οκτώβριο του 2013 μέχρι το Δεκέμβριο του 2015 και, προς άρση των συνεπειών της κακής ερμηνείας και εφαρμογής, ετάχθη εύλογο διάστημα 6 (έξι) μηνών. Υπό τα δεδομένα αυτά δεν τίθεται θέμα αναστολής εκτελέσεως της

προσβαλλόμενης Απόφασης εν όψει του ότι επιβλήθηκε η κύρωση της προειδοποίησης για τον παραβάτη, χωρίς άμεσες συνέπειες για αυτόν, με σκοπό να επιτευχθεί η ορθή εφαρμογή της διάταξης του άρ. 11 παρ. 2 του ν. 3471/2006.

4. Ως προς επιμέρους ζητήματα που θέτει ο ΟΤΕ στην αίτησή του, τα οποία άπτονται ερμηνείας της Απόφασης 18/2016, επισημαίνονται τα εξής:

α) Στη σκέψη 5 της Απόφασης 18/2016, που αποσπασματικά μόνο επικαλείται ο ΟΤΕ στην αίτηση θεραπείας του με αποτέλεσμα να δημιουργείται – ακριβώς λόγω της αποσπασματικής αυτής διατύπωσης – μη σωστή ερμηνεία της στην εν λόγω αίτηση, επισημαίνεται ότι τα αριθμητικά δεδομένα περί του πλήθους των συνδρομητών ενός παρόχου που εγγράφονται στο μητρώο «opt-out», αν εξέλιπε οποιοδήποτε άλλο στοιχείο, δεν τεκμηριώνουν πλήρως παράβαση των διατάξεων του άρ. 11 παρ. 2 του ν. 3471/2006. Είναι απόλυτα σαφές από το σύνολο του σκεπτικού της Απόφασης 18/2016 ότι για τη διαπίστωση της παράβασης του ΟΤΕ δεν έγινε, και μάλιστα αποκλειστική, χρήση των ως άνω αριθμητικών δεδομένων ως αποδεικτικό στοιχείο της παραβάσεως, αλλά των διατυπώσεων – ακόμη και της τελευταίας – του προδιατυπωμένου όρου στην αίτηση-σύμβαση συνδρομητή.

β) Η φράση «τίθεται εν αμφιβόλω» που χρησιμοποιείται στη σκέψη 7 της Απόφασης 18/2016 δεν έγκειται στον αν η εταιρεία συμμορφώνεται με τις προϋποθέσεις του άρ. 11 του ν. 3471/2006 όπως εσφαλμένα επισημαίνει ο ΟΤΕ στην ως άνω αίτησή του, αλλά στο γεγονός ότι δεν μπορεί να αποκλειστεί το ενδεχόμενο κάποιου συνδρομητές, για το διάστημα μεταξύ του Οκτωβρίου 2013 και του Δεκεμβρίου του 2015 στο οποίο αναφέρεται η Απόφαση 18/2016, να ήθελαν πράγματι να εγγραφούν στο μητρώο «opt-out» και, συνεπώς, ορθώς να είναι καταχωρημένοι σε αυτό.

γ) Ουδόλως έχει προσβληθεί η αρχή της ισότητας δεδομένου ότι η Αρχή εξέτασε τη συγκεκριμένη υπόθεση νομίμως κατόπιν της παραπομπής της καταγγελίας από την ΕΕΤΤ για την ερμηνεία του άρ. 11 παρ. 2 του ν. 3471/2006 και την υποβολή αντίστοιχων καταγγελιών στην Αρχή. Εξάλλου, κατά την εξέταση της υπόθεσης ο ΟΤΕ δεν αμφισβήτησε νομίμως και προσηκόντως τη συμμόρφωση των λοιπών παρόχων στις υποχρεώσεις τους από τις διατάξεις του άρ. 11 παρ. 2 του ν. 3471/2006. Δηλαδή δεν προσκόμισε στοιχεία – τα οποία ήταν προσκομίσιμα ευθύς εξ αρχής - που να καταδεικνύουν μη συμμόρφωση λοιπών παρόχων με τις υποχρεώσεις που απορρέουν από τις διατάξεις του άρ. 11 του ν. 3471/2006.

δ) Όσον αφορά τον ισχυρισμό ότι η Αρχή έχει κρίνει, με την Απόφαση 57/2007, ότι «... η μη ζητηθείσα επικοινωνία προς τους συνδρομητές δεν αφορά ήδη συνδρομητές των υπηρεσιών ηλεκτρονικών υπηρεσιών της εταιρείας παροχής τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών αλλά αντίθετα άγνωστους σ' αυτή από προηγούμενες συναλλαγές συνδρομητές οι οποίοι μπορεί ή όχι να

ενδιαφέρονταν για τα προϊόντα και τις υπηρεσίες της», ο ΟΤΕ επιλέγει να παραθέσει επιλεκτικά μόνο ένα απόσπασμα της απόφασης, χωρίς να εξετάσει το τότε υφιστάμενο θεσμικό πλαίσιο και το σύνολο του σκεπτικού. Αρκεί και μόνο να αναφερθεί ότι, όπως ρητά αναφέρεται στην απόφαση 57/2007, τότε ίσχυε σύστημα προηγούμενης συγκατάθεσης «opt-in» για τις τηλεφωνικές κλήσεις και όχι opt-out όπως σήμερα. Μάλιστα, από τη γραμματική διατύπωση του τότε ισχύοντος αρ. 11 του ν. 3471/2006 δεν υπήρχε περιθώριο ούτε για κλήσεις σε υφιστάμενους συνδρομητές. Στην απόφαση έγινε επισήμανση της ιδιαιτερότητας αυτής, ως αντιπαραβολή, για να υποδειχθεί ότι θα μπορούσε, ενδεχομένως, να εξεταστεί υπό άλλο πρίσμα, αλλά μόνο με το τότε υφιστάμενο νομικό πλαίσιο, η περίπτωση διαφημιστικών κλήσεων σε υφιστάμενους πελάτες (κατ' αναλογία με τα ισχύοντα στο αρ. 11 παρ. 4 για το ηλεκτρονικό ταχυδρομείο).

5. Συνεπώς, τα ζητήματα τα οποία προβάλλονται με την αίτηση θεραπείας, όπως εκτίθενται ανωτέρω στο ιστορικό της παρούσας, έχουν ήδη συζητηθεί, εξεταστεί και κριθεί διεξοδικά με την απόφαση 18/2016. Και τούτο διότι ο αιτών επαναλαμβάνει κατ' ουσίαν τα επιχειρήματα του υπομνήματός του και δεν επικαλείται ούτε προσκομίζει νέα στοιχεία για την υποστήριξη των ισχυρισμών του. Ως εκ τούτου, δεν συντρέχει λόγος επανεξέτασης της εν λόγω υπόθεσης γενικά και κατά συνέπεια και του επικουρικού αιτήματος χορηγήσεως αυξημένης προθεσμίας συμμορφώσεως στο διατακτικό της Απόφασης αυτής, ενόψει και του ότι η ταχθείσα με την Απόφαση προθεσμία σε αυτόν ήταν και είναι εύλογη.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την αίτηση θεραπείας του Οργανισμού Τηλεπικοινωνιών Ελλάδας ΑΕ.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Πέτρος Χριστόφορος

Γεωργία Παλαιολόγου