NN 7/2021 (27.1.2021.), Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske poslovni broj: UsII-360/18-7 od 4. prosinca 2020.

VISOKI UPRAVNI SUD REPUBLIKE HRVATSKE

160

PRESUDA

Visoki upravni sud Republike Hrvatske u vijeću sastavljenom od sudaca toga suda Marine Kosović Marković, predsjednice vijeća, mr. sc. Inge Vezmar Barlek i Senke Orlić-Zaninović, članica vijeća, te više sudske savjetnice Ane Matacin, zapisničarke, u upravnom sporu tužitelja T. d.o.o., Z., i I. J. d.o.o., Z., koje zastupaju punomoćnici iz Odvjetničkog društva I., O. & P. d.o.o., Z., protiv rješenja tuženika Hrvatske regulatorne agencije za mrežne djelatnosti, Z., klasa: UP/I-344-07/18-01/15, urbroj: 376-05-18-40 od 12. lipnja 2018., uz sudjelovanje zainteresiranih osoba M. M. d.o.o., S. N., B., S. T. d.o.o., Z., TELE 2 d.o.o., Z., VIPnet d.o.o., Z., i Hrvatski Telekom d.d., Z., radi inspekcijskog nadzora, na sjednici vijeća održanoj 4. prosinca 2020.

presudio je

I. Odbija se tužbeni zahtjev za poništavanje točke 1., 2., 3. i 5. rješenja Hrvatske regulatorne agencije za mrežne djelatnosti, klasa: UP/I-344-07/18-01/15, urbroj: 376-05-18-40 od 12. lipnja 2018.

II. Poništava se točka 4. rješenja Hrvatske regulatorne agencije za mrežne djelatnosti, klasa: UP/I-344-07/18-01/15, urbroj: 376-05-18-40 od 12. lipnja 2018.

III. Svaka stranka snosi svoje troškove spora.

IV. Ova će se presuda objaviti u »Narodnim novinama«.

Obrazloženje

Osporenim rješenjem zabranjuje se obavljanje usluga s posebnom tarifom operatoru usluga s posebnom tarifom I. J. d.o.o. iz Z. putem brojeva usluga sa sadržajem neprimjerenim za djecu 064510510 i 064640640 za davatelja sadržaja M. M. d.o.o. iz S. N.. Mjera zabrane obavljanja usluga s posebnom tarifom traje 90 (devedeset) dana od zaprimanja tog rješenja (točka 1. izreke). Točkom 2. izreke osporenog rješenja zabranjuje se operatoru usluga s posebnom tarifom I. J. d.o.o. iz Z. slanje SMS-ova radi promidžbe i prodaje usluga s posebnom tarifom putem brojeva usluga sa sadržajem neprimjerenim za djecu 064510510 i 064640640 bez prethodno pribavljene privole te u kojima se prikriva identitet pošiljatelja, ne daje mogućnost sprječavanja daljnje komunikacije, ne daje informacija o cijeni i načinu naplate usluge i ne osigurava posebna zaštita djece. Točkom 3. izreke naloženo je mrežnom operatoru T. d.o.o. iz Z. da odmah po primitku tog rješenja blokira krajnjim korisnicima dolazni i odlazni promet iz svoje mreže prema brojevima usluga s posebnom tarifom 064510510 i 064640640. U slučaju nepostupanja prema naloženom u točkama 1. i/ili 2. i/ili 3. tog rješenja, odgovornoj osobi u operatoru usluga s posebnom tarifom I. J. d.o.o. iz Z. i/ili odgovornoj osobi u mrežnom operatoru T. d.o.o. iz Z. bit će izrečena upravna mjera u iznosu od 300.000,00 kn (tristo tisuća kuna) (točka 4. izreke). Tim rješenjem ukidaju se privremena rješenja tog tijela od 3. travnja 2018., klasa: UP/I-344-07/18-01/15, urbroj: 376-05-18-18 i 29. svibnja 2018., klasa: UP/I-344-07/18-01/15, urbroj: 376-05-18-34 (točka 5. izreke).

Tužitelji u tužbi navode da je u pobijanom rješenju navedeno čak 14 činjeničnih utvrđenja u pogledu postupanja ovdje tužitelja, ali u rješenju izostaje pojašnjenje kako su točno navedene činjenice utvrđene. U upravnom postupku službena osoba nije uzela u obzir izjave društva I. J. d.o.o. i izjave društva M. M. d.o.o. jer je iz zapisnika od 16. ožujka 2018. vidljivo da je tvrdnja da sporne poruke šalje društvo S. T. d.o.o. tvrdnja društva M. M. d.o.o., a ne prvotužitelja. Prvotužitelj je jasno naveo kako smatra da je za pružanje usluga s posebnom tarifom odgovoran davatelj sadržaja, društvo M. M. d.o.o. te da nije točno da su nadzirane osobe izjavile da su znale za navedene nepravilnosti, ali da nikad ništa nisu poduzele, budući da je predstavnik prvotužitelja izjavio da društvo I. J. d.o.o. ima proceduru ukoliko zaprimi reklamaciju da istu proslijedi odgovornom pružatelju sadržaja, uputi korisnika na podnošenje prigovora operatoru ili HAKOM-u. Iako I. J. d.o.o. nije sporio kako je isti brojeve s posebnom tarifom 064510510 i 064640640 dao u najam davatelju sadržaja M. M. d.o.o. na temelju ugovora o najmu brojeva s dodatnom vrijednošću sklopljenim 2011. godine, suprotno stajalištu tuženika, takvo postupanje nije u suprotnosti s odredbom članka 70. Zakona o elektroničkim komunikacijama. Nije jasno iz kojeg razloga bi

takva tercijarna dodjela bila zabranjena budući da ista ni na koji način ne utječe na sigurnost elektroničkih komunikacija, odnosno zaštitu krajnjih korisnika. U pobijanom rješenju ne navodi se niti jedan dokaz kako je službena osoba utvrdila da bi I. J. d.o.o. poslao na brojeve drugih korisnika preko 640000 SMS-ova. Nadalje, prvotužitelj nije sporio da je isti izvršio kupnju 350 SIM-ova s neregistriranim brojevima, a u pobijanom rješenju izostao je bilo kakav osvrt u pogledu navoda prvotužitelja da je isti te SIM-kartice prodao društvu M. M. d.o.o., kao i osvrt na materijalne dokaze (obračune) iz kojih navedeno upravo proizlazi. Navodi da prvotužitelj nije pružatelj usluga s posebnom tarifom, već je to društvo M. M. d.o.o. Također se u rješenju navodi zarada od 30.879,14 kn, međutim, s obzirom na udio zarade M. M. d.o.o. jasno je kako prvotužitelj nema nikakav motiv za oglašavanje predmetnih brojeva. Zaključno, u svezi s tim da će inspektor elektroničkih komunikacija upoznati vijeće HAKOM-a o činjenicama utvrđenim u inspekcijskom nadzoru radi pokretanja postupka iz članka 33. ZEK-a tužitelju nije jasno kako je to činjenično stanje utvrđeno, a što ukazuje na nezakonitost postupanja službene osobe. Predlaže da se rješenje poništi, uz naknadu troškova spora.

Tuženik u odgovoru na tužbu navodi da tužitelj T. d.o.o. nije aktivno legitimiran za podnošenje tužbe, budući da je točkom 3. izreke naloženo tom tužitelju da blokira krajnjim korisnicima dolazni i odlazni promet iz svoje mreže prema brojevima usluga s posebnom tarifom pa mu nisu povrijeđena nikakva prava niti pravni interes. Neosnovan je navod tužitelja T. d.o.o. kako je u osporenom rješenju izostao osvrt da su kupljene SIM-kartice prodane društvu M. M. d.o.o., što ukazuje na zaključak da tužitelj T. d.o.o. nije upućivao nikakve poruke s predmetnih SIM kartica. Inspektor u obrazloženju rješenja nije naveo da bi tužitelj T. d.o.o. upućivao poruke s predmetnih SIM-kartica, već je izveo suprotan zaključak, a to je da su tužitelj I. J. d.o.o. i trgovačko društvo M. M. d.o.o. upućivali poruke s tih kartica, zbog čega je istima izrečena zabrana iz točke 1. i 2. izreke rješenja. Nadalje, inspektor je obrazložio razloge i pravnu osnovu zabrane određene u izreci u odnosu na I. J. d.o.o. i M. M. d.o.o. glede neželjene elektroničke komunikacije, odnosno slanja SMS poruka bez prethodno pribavljene privole i prikrivanja identiteta pošiljatelja SMS poruka te radi nepropisnog oglašavanja usluga. Obrazložio je razloge i pravnu osnovu naloga tužitelju T. d.o.o. glede blokiranja krajnjim korisnicima dolaznog i odlaznog poziva iz svoje mreže prema brojevima usluga s posebnom tarifom, a sve zbog opravdane sumnje u zlouporabu ili prijevaru u smislu članka 44a. Pravilnika o uslugama. U odnosu na tvrdnje tužitelja vezano uz tercijarnu dodjelu ističe se kako inspektor u izreci nije utvrdio da bi tužitelj I. J. d.o.o. postupao protivno članku 74. ZEK-a, odnosno prenio pravo na uporabu brojeva na pravnu osobu koja nije operator elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga, već je inspektor u obrazloženju osporenog rješenja samo spomenuo način dodjele brojeva koji je uređen člankom 70. Zakona o elektroničkim komunikacijama. Nadalje, upućuje na odredbu članka 43. Pravilnika o uslugama koja određuje da je odgovornost za pružanje i promidžbu usluga stavljena na operatora, koji se ne može izuzeti odgovornosti sklapanjem ugovora s davateljem sadržaja te je obvezan osigurati promidžbene aktivnosti prema korisnicima usluga s jasnim i nedvojbenim informacijama o operatoru usluga, uvjetima pružanja usluge, cijeni i načinu naplate i osigurati posebnu zaštitu djece. Konačno, u postupku je utvrđeno da je odgovorna osoba tužitelja I. J. d.o.o. (I. T.) osobno izvršio nadoplatu računa za broj +385995917944 pa je inspektor uz službenu bilješku od 8. lipnja 2018., koja se nalazi u spisu predmeta, priložio podatke dobivene od Hrvatskog Telekoma d.d., Z., odnosno tablicu nadoplate, iz koje je razvidno kako je 1. lipnja 2018. izvršena nadoplata računa u iznosu od 55,00 kn. Konačno, osnovano je i navedeno da će se o činjenicama utvrđenim u upravnom postupku obavijestiti vijeće HAKOM-a sukladno odredbi članka 33. Zakona. Predlaže da se tužbeni zahtjev odbije.

Zainteresirane osobe u ovom upravnom sporu, M. M. d.o.o., S. T. d.o.o., TELE 2 d.o.o., VIP net d.o.o. i Hrvatski Telekom d.d., nisu dostavili odgovor na tužbu.

Sud je, sukladno odredbi članka 6. Zakona o upravnim sporovima (»Narodne novine«, broj: 20/10., 143/12., 152/14., 94/16. i 29/17., dalje: ZUS), dostavio očitovanje tuženika tužitelju.

Tužbeni zahtjev se ocjenjuje djelomično osnovanim.

Prvenstveno treba reći da neosnovano tuženik smatra da prvotužitelj T. d.o.o., Z. nema pravni interes za podnošenje tužbe te da u odnosu na prvotužitelja tužbu treba odbaciti. Ovo iz razloga jer je točkom 3. izreke rješenja tuženika naloženo prvotužitelju da odmah po primitku tog rješenja blokira krajnjim korisnicima dolazni i odlazni promet iz svoje mreže prema brojevima usluga s posebnom tarifom 064510510 i 064640640, dakle izrečena određena obveza, zbog čega isti ima pravni interes za podnošenje tužbe.

I po ocjeni Suda, postupak koji je prethodio donošenju osporenog rješenja, proveden je sukladno odredbama Zakona o elektroničkim komunikacijama (»Narodne novine«, broj: 73/08., 90/11., 133/12., 80/13., 71/14. i 72/17., dalje: ZEK) i odredbama Zakona o općem upravnom postupku (»Narodne novine«, broj: 47/09., dalje: ZUP) te je razmotren svaki pojedini dokaz stranaka u postupku, kao i dokazi pribavljeni službenim putem te je tuženik razmotrio sva odlučna pitanja a u rješenju za svoju odluku, odnosno ocjenu svakog dokaza zasebno i njegov odnos prema drugim dokazima, dao valjane i iscrpne razloge.

Odredbom članka 107. stavka 1. ZEK-a propisano je da je uporaba automatskih pozivnih i komunikacijskih sustava bez ljudskog posredovanja, telefaksnih uređaja ili elektroničke pošte, uključujući SMS poruke i MMS poruke, u svrhu izravne promidžbe i prodaje dopuštena samo uz prethodno pribavljenu privolu pretplatnika ili korisnika usluga. Prema stavku 3.