NN 119/2019 (6.12.2019.), Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske poslovni broj: UsII-362/18-6, USII-370/18-6 od 17. listopada 2019.

VISOKI UPRAVNI SUD REPUBLIKE HRVATSKE

2371

PRESUDA

Visoki upravni sud Republike Hrvatske u vijeću sastavljenom od sutkinja toga suda dr. sc. Sanje Otočan, predsjednice vijeća, Sanje Štefan i Ljiljane Karlovčan-Đurović, članica vijeća te sudskog savjetnika Tomislava Jukića, zapisničara, u upravnom sporu tužitelja VIPnet d.o.o. Z.1, kojega zastupa opunomoćenik M. G., odvjetnik iz Z.1 i tužitelja Hrvatski Telekom d.d. Z.1, kojeg zastupa opunomoćenica I. B., dipl. iur., protiv tuženika Hrvatske regulatorne agencije za mrežne djelatnosti, Z.1, radi postupka ozakonjenja, na sjednici vijeća održanoj 17. listopada 2019.

presudio je

I. Odbijaju se tužbeni zahtjevi tužiteljâ za poništenje rješenja Hrvatske regulatorne agencije za mrežne djelatnosti, klasa: UP/I-344-03/17-11/1600, urbroj: 376-10-18-24 od 25. srpnja 2018.

II. Odbija se zahtjev tužitelja VIPnet d.o.o. Z.1 za naknadu troškova upravnog spora.

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

Obrazloženje

Točkom I. izreke pobijanog rješenja tuženika utvrđeno je da na trasama na području Grada Z.2, U. m. T. 2-74; T. ž. f. 1-11; U. b. J. J. 1-169; križanje U. D. Š. i P. L. do križanja U. D. Š. i U. b. J. J., trgovačko društvo VIPnet d.o.o. ima uvučene kabele bez prethodnog zaključenja ugovora o pristupu i zajedničkom korištenju kabelske kanalizacije s infrastrukturnim operatorom Hrvatskim Telekomom d.d. Točkom II. izreke rješenja utvrđuje se da je na dan donošenja toga rješenja između stranaka sklopljen ugovor sa sadržajem navedenim u toj točki izreke. Ugovorom između Hrvatskog Telekoma d.d. Z.1 (infrastrukturnog operatora) i VIPnet-a d.o.o. (operatora korisnika) uređuju se međusobni odnosi u vezi s pristupom i zajedničkim korištenjem kabelske kanalizacije za trase pobliže označene u tablici koja je sastavni dio ugovora. Nadalje je određeno da se na međusobne odnose ugovornih strana koji nisu uređeni tim ugovorom i rješenjem donesenim u postupku sređivanja postojećeg stanja kabela uvučenih bez prethodnog zaključenja ugovora o pristupu i zajedničkog korištenja kabelske kanalizacije za trase iz stavka 1. toga članka primjenjuje Zakon o elektroničkim komunikacijama (»Narodne novine«, 73/08., 90/11., 133/12., 80/13., 71/14. i 72/17.; u daljnjem tekstu: ZEK) i Pravilnik o načinu i uvjetima pristupa i zajedničkog korištenja elektroničke komunikacije infrastrukture i druge povezane opreme (»Narodne novine«, 136/16.; u daljnjem tekstu: Pravilnik) te važeće standardne ponude Hrvatskog Telekoma d.d. o načinu i uvjetima zajedničkog korištenja elektroničke komunikacijske infrastrukture i povezane opreme (kabelske kanalizacije). Pored toga, određeno je da je operator korisnik dužan infrastrukturnom operatoru plaćati naknadu za korištenje elektroničke komunikacijske infrastrukture i druge povezane opreme prema cijeni koja je objavljena u važećoj standardnoj ponudi Hrvatskog Telekoma d.d. o načinu i uvjetima pristupa i zajedničkog korištenja elektroničke komunikacijske infrastrukture i povezane opreme (kabelske kanalizacije). Obaveza plaćanja određena je od 31. svibnja 2017. Točkom III. izreke pobijanog rješenja naloženo je VIPnet-u d.o.o. da u roku od 60 dana dostavi Hrvatskom Telekomu d.d. tehničku dokumentaciju za trase na kojima je uređen odnos tim rješenjem, dok je točkom IV. izreke rješenja naloženo VIPnet-u d.o.o. da označi svoje kabele na svim trasama iz točke II. toga rješenja sukladno člancima 8. i 20. Pravilnika.

Tužitelj VIPnet d.o.o. podnio je tužbu (predmet UsII-362/18) kojom osporava točke II. i III. izreke rješenja, a tužitelj Hrvatski Telekom d.d. u svojoj tužbi (predmet UsII-370/18) osporava točku II. izreke rješenja.

Tužitelj VIPnet d.o.o. podnosi tužbu zbog bitne povrede postupovnih odredaba te pogrešne primjene materijalnog prava, osobito zbog postojanja proturječnosti između izreke i obrazloženja rješenja, nezakonitog nalaganja dostavljanja dokumentacije koja nije propisana niti zakonom niti podzakonskim aktima, nezakonitog nametanja pravno i faktičkih nemogućih obveza, nezakonitog širenja ozakonjenja korištenja trase kabelske kanalizacije i na ozakonjenje korištenja kabelskih zdenaca, nezakonitog utvrđenja da je između stranaka sklopljen ugovor umjesto određenja prava i obveza

stranaka samim upravnim aktom i nezakonite klauzule o općenitoj primjeni standardne ponude Hrvatskog Telekoma d.d. na postupak sređivanja postojećeg stanja. U odnosu na proturječnost između izreke i obrazloženja rješenja, u tužbi se ističe da unatoč stavu o neprimjenjivosti pojedinih dijelova standardne ponude na postupke ozakonjenja, tuženik u ugovor, koji je sastavni dio točke II. pobijanog rješenja, unosi klauzulu o općoj primjeni standardne ponude upravo na takav odnos. Ako je tuženik već smatrao da se pojedini dijelovi standardne ponude vezani za buduće korištenje spojenih trasa, primjerice dijelovi kojima se deklarira cijena ili uređuju postupci uklanjanja kvarova, imaju primjenjivati na konkretni odnos, te je odredbe izrijekom i taksativno trebao navesti u samoj izreci rješenja ili je trebao navesti koje se njene odredbe ne primjenjuju. Postupanje kojim se strankama općom klauzulom nalaže primjena pravila za veći dio kojih i sam regulator smatra da su neprimjenjiva ne da ne pridonosi pravnoj sigurnosti, a što je motiv za uključenje standardne ponude u ugovor, već postiže upravo suprotni učinak jer Hrvatski Telekom d.d. na temelju pokušaja primjene neprimjenjivih dijelova standardne ponude na odnose ozakonjenja, trenutno u tri parnična postupka potražuje od tužitelja samo na ime glavnice 89.890,000,00 kn i to za samo 47 kablova u samo 34 trase za koje tužitelj plaća godišnju naknadu u iznosu od 44.852,97 kn. Pogrešnu primjenu materijalnog prava tužitelj nalazi u tome da odredbe članka 16. Pravilnika propisuju sadržaj dokumentacije koja se ima dostavljati u postupcima sređivanja postojećeg stanja, a točkom III. pobijanog rješenja tužitelju je naložena dostava podataka koji nisu propisani navedenom odredbom te se tuženik pri obrazlaganju, primjerice, obveze dostave tehničkog rješenja (stranica 10 odjeljak 3 pobijanog rješenja) izrijekom poziva na dokumentaciju iz članka 11. Pravilnika, a koja se ne odnosi na postupak ozakonjenja, već na postupak redovnog ugovaranja postavljanja novih kabela u EKI. Članak 16. Pravilnika, a niti istovjetni članci ranijih Pravilnika koji su uređivali postupak sređivanja postojećeg stanja, izrijekom ne ovlašćuju tuženika na donošenje odluke o dokumentaciji koja se ima dostaviti u postupku ozakonjenja prema slobodnoj ocjeni, a odredba članka 5. stavka 2. Zakona o općem upravnom postupku (»Narodne novine«, 47/09.) propisuje da upravno tijelo prema slobodnoj ocjeni može rješavati isključivo onda kada ga na to izrijekom ovlašćuje zakon. Stoga smatra da obveza iz točke III. izreke osporenog rješenja nema uporište u zakonu. Mišljenja je da mu se tom točkom izreke rješenja nameće ispunjenje obveza koje su ili već izvršene ili je njihovo izvršenje u velikom broju slučajeva pravno ili fizički nemoguće ili je nepotrebno za postizanje bilo kakvog cilja koji se navodno želi postići. Smatra nejasnim zašto bi operatori korisnici u postupku ozakonjenja morali izrađivati tehničko rješenje ili projekt jer glavni projekt prema kojem su kabeli trebali biti postavljeni infrastrukturnom operatoru ne znači ništa. Uspoređuje tu situaciju s postupcima legalizacije nekretnina, kada bi se tražio idejni projekt prema kojem je sporna nekretnina trebala biti izgrađena. Radi se o nepotrebnoj dokumentaciji za postupak legalizacije pa se traži snimak postojećeg, stvarno izvedenog stanja. U slučaju ozakonjenja korištenja trasa EKI, prema mišljenju tužitelja, treba dostaviti konkretni situacijski prikaz kabela u trasama u određenom formatu koji daju informaciju o stvarno izvedenom stanju. Podaci o pričuvnim dužinama i kabelskim spojnicama nisu potrebni, niti su propisani Pravilnikom i u većini slučajeva faktički ih je i pravno nemoguće pribaviti. Nadalje smatra da određivanje rezervne duljine ili dva nastavka koji se nalaze u zdencu ne predstavlja relevantan podatak, ako svi elementi od strane svih operatora nisu postavljeni u zdence sukladno pravilima struke, a to u pravilu nije slučaj. Kao primjer navodi da jedna rezervna duljina može zauzeti 50%, ali i 100% slobodnog prostora u zdencu, ovisno o tome je li uredno namotana i povezana ili ne. Podatak o primjerice 20 m rezervne duljine određenog kabela u određenom zdencu infrastrukturnom operatoru ne predstavlja nikakav relevantan podatak iz kojeg bi mogao zaključiti o kapacitetu koji ta duljina zauzima. Ako nastavak odnosno spojnica u kojoj se nalazi nije postavljen sukladno pravilima struke zdenac bi u idealnim uvjetima mogao sadržavati četiri nastavka/spojnice te će moći zaprimiti samo dva nepravilno sastavljena nastavka. Stoga smatra da je neosnovan zahtjev za dostavom tih podataka radi navodnog preciznog utvrđivanja slobodnog kapaciteta EKI. To tim više što je operatorima u slučaju da u samom zdencu nema mjesta za smještaj nastavaka ili rezervnih duljina omogućeno smjestiti ih u nadzemne ormariće, što se u pravilu i čini. Nadalje navodi da su u velikom broju zdenaca elementi toliko zapetljani da im nije moguće izmjeriti duljinu ili broj bez izvlačenja cijelog kolopleta kabela i spojnica iz zdenca i njihovog rezanja, a operatoru nije dopušteno rezati kabele drugog operatora pa je izvršenje određene obveze osporenim rješenjem faktično i pravno nemoguće. Takav bi postupak doveo do posve novog stanja u pojedinom zdencu, jer svi kabeli koji se prerežu postaju kabeli s nastavcima, a pitanje je ima li u zdencu dovoljno mjesta za sve nastavke. Takav postupak bi zahtijevao sudjelovanje svih operatora čiji se kabeli nalaze u zdencu, a jedan operator korisnik nije ovlašten jednostrano poduzimati radnje zbog čega je obveza nametnuta samo jednom operatoru u velikom broju slučajeva pravno i faktički nemoguća. Pored toga, tužitelj smatra da je tuženik nezakonito proširio legalizaciju korištenja kabelske kanalizacije i na kabelske zdence jer se podaci o spojnicama i rezervnim duljinama odnose na zauzeće prostora u kabelskim zdencima koji su ZEK-om definirani kao povezana oprema. Postupak ozakonjenja provodi se u svrhu sređivanja postojećeg stanja na pojedinoj trasi kabelske kanalizacije, a ne u kabelskoj kanalizaciji kao cjelini. Navodi da Pravilnik u članku 2. stavku 1. točki 10. trasu kabelske kanalizacije definira kao projektirani ili već izgrađeni pravac i geodetski pozicioniranu liniju kabelske kanalizacije unutar koridora elektroničke komunikacijske infrastrukture, a što ne uključuje kabelske zdence. Kod ishođenja potvrde o pravu puta, ta se potvrda izdaje upravo za pojedinu trasu EKI, koja ne uključuje kabelske zdence (odnosno povezanu opremu). Ako bi se postupak ozakonjenja odnosio i na kabelske zdence, za njih je nužno definirati naknadu za pravo puta ili služnosti, kao što je to slučaj i s uličnim ormarima koji su također povezana oprema. Ako bi se zauzeo stav da

se postupak ozakonjenja odnosi na kabelske zdence, predmet takvog postupka bi mogli biti samo oni zdenci za koje je Hrvatski Telekom d.d. ishodio potvrde o pravu puta, a za što prema važećim zakonskim propisima nema uporišta jer se u postupku ozakonjenja radi isključivo o cijevima koje se protežu od sredine do sredine kabelskog zdenca. Podaci koji se odnose na zauzeće samog zdenca niti prema ovoj osnovi ne mogu biti predmetom upravnog postupka ozakonjenja korištenja pojedinih trasa. Čak i da tuženik ima ovlast nalagati dostavu podataka koji nisu propisani Pravilnikom te čak i da su ti podaci relevantni za utvrđivanje zauzeća zdenaca (a nisu), podaci o zauzeću zdenaca ne mogu biti predmetom postupka ozakonjenja korištenja pojedinih trasa. Stoga, nalaganje tužitelju dostave podataka o spojnicama i rezervnim duljinama nije zakonito. Tužitelj nadalje smatra da je nezakonito utvrđenje kako je između stranaka sklopljen ugovor umjesto određenja prava i obveza stranaka samim upravnim aktom. Poziva se na članak 16. stavak 9. Pravilnika prema kojemu nakon završetka postupka sređivanja postojećeg stanja tuženik donosi odluku kojom nalaže daljnje obveze infrastrukturnom operatoru, operatoru korisniku i pravnoj ili fizičkoj osobi u cilju konačnog sređivanja stanja u kabelskoj kanalizaciji. Pravilnik određuje da se obveze stranaka u postupku konstituiraju samom odlukom tuženika, a ne ugovorom kojeg sklapaju stranke. Odredbe članka 30. stavka 7. ZEK-a utvrđuju mogućnost da odluka tuženika u slučaju kad jedna strana odbije sklopiti ugovor o zajedničkom korištenju EKI u cijelosti zamjenjuje taj ugovor. Tuženik u tom slučaju svojom odlukom ima odrediti prava i obveze stranaka u postupku, a ne fingirati sklapanje ugovora jer je ugovor rezultat suglasnog očitovanja volja dviju stranaka, a ovdje toga očito nije bilo. Prema mišljenju tužitelja, pogrešnu primjenu materijalnog prava tuženik čini navodeći da je sklapanje ugovora nužno za zajedničko korištenje EKI, što je stajalište koje nije utemeljeno na zakonu, a što potvrđuje presuda Upravnog suda Republike Hrvatske, broj: Us-7997/11 od 16. studenoga 2011. godine, u kojoj je navedeno *»…tuženo tijelo je temeljem odredbe članka 30. stavka 10. Zakona, a nakon utvrđivanja odgovarajućih uvjeta pristupa i zajedničkog korištenja dijela elektroničke komunikacijske mreže obvezan donijeti odluku koja u cijelosti zamjenjuje ugovor. Kako tuženik nije postupio na taj način, Sud osporeno rješenje tuženog tijela ne može ocijeniti zakonitim…«.*

Tužitelj smatra da je nezakonita klauzula o općenitoj primjeni standardne ponude zainteresirane osobe na postupak sređivanja postojećeg stanja. Razlog za to nalazi u nepodudarnosti standardnom ponudom uređene materije i činjenično-pravnog kompleksa onih pravnih odnosa koji su nastali polaganjem kabela u trase prije donošenja standardne ponude. Iz samih odredaba standardne ponude proizlazi da se ona isključivo odnosi na postupak ugovaranja novih ugovora o korištenju kabelske kanalizacije. Postupak opisan u standardnoj ponudi odnosi se upravo na taj postupak izvođenja i primopredaje radova te dostave dokumentacije o izvedenom stanju kada kabeli operatora korisnika u trenutku sklapanja ugovora još nisu uvučeni u kabelsku kanalizaciju, nego tek trebaju biti. Standardna ponuda nema odredbe koja bi se odnosila na postupke legalizacije, odnosno postupke u kojima su kabeli već prije sklapanja ugovora uvučeni u kabelsku kanalizaciju bez standardnom ponudom propisanog postupka. Kao drugi razlog nemogućnosti primjene standardne ponude navodi cilj zbog kojeg je Hrvatskom Telekomu d.d. naloženo njezino izdavanje. U obrazloženju odluke tuženika, klasa: 344-01/10-01/630, urbroj: 376-04-10-06 od 22. prosinca 2010., na temelju koje je standardna ponuda donesena, izričito se navodi da se njome ne rješava pitanje legalizacije ranije postavljenih kabela: *»problemi neovlaštenog i nekontroliranog uvlačenja kabela od strane operatora korisnika, kao i problemi koje zainteresirana osoba ima s drugim operatorima zbog odbijanja sklapanja ugovora o pristupu i zajedničkom korištenju EKI nisu predmet ovog postupka i HAKOM ih ovdje nije komentirao.« (str. 11, odlomak 4 Odluke HAKOM-a od 22. prosinca 2010.); te »sređivanje nelegalno i neovlašteno uvučenih kabela, koje HT spominje u svom prigovoru, HAKOM će rješavati u postupcima iz svoje nadležnosti.« (str. 12, odlomak 4. Odluke od 22. prosinca 2010.).*

Navodi da je u svim pravilnicima do danas zasebno regulirana materija ozakonjenja postojećeg stanja od materije sklapanja novih ugovora. Neprimjenjivost standardne ponude na ove postupke potvrđena je i stručnim mišljenjem tuženika, klasa: 011-02/17-04/08, urbroj: 376-10-17-2 od 19. lipnja 2017. iz kojeg proizlazi da neovlašteno i nekontrolirano uvlačenje kabela od strane operatora korisnika u kabelsku kanalizaciju HT-a nije predmet odluke, a podredno time i standardne ponude. Ovim stručnim mišljenjem, prema mišljenju tužitelja, tuženik otklanja bilo kakvu dvojbu oko primjenjivosti standardne ponude na postupke legalizacije, jer iz njega proizlazi da se odredbe standardne ponude primjenjuju samo na ugovaranje budućeg korištenja kabelske kanalizacije te da se ne primjenjuje na postupak sređivanja postojećeg stanja, odnosno postupak legalizacije.

Tužitelj navodi da je takvo stajalište tuženika potvrdio i Trgovački sud u Zagrebu, koji u presudi Povrv-5758/16 od 20. prosinca 2017., donesenoj u jednom od parničnih postupaka koje je pokrenuo Hrvatski Telekom d.d. radi naplate ugovorne kazne iz članka 5.6.5. standardne ponude radi nedostavljanja dokumentacije iz članka 5.6.2. standardne ponude. U toj presudi se potvrđuje da tuženik (tužitelj u ovom upravnom sporu) nije niti bio dužan dostaviti izvedbeno tehničku dokumentaciju pa slijedom toga tužitelj u tom postupku (Hrvatski Telekom d.d.) niti iz tog razloga nema pravo na isplatu naknade za kašnjenje u isporuci izvedbeno tehničke dokumentacije od strane VIPnet-a d.o.o. Uz to tužitelj navodi da je tuženik svoj stav o neprimjenjivosti standardne ponude na postupak ozakonjenja potvrdio i u pobijanom rješenju na stranici 9, odjeljak 9. Prema mišljenju tužitelja, unošenjem klauzule o općenitoj primjeni standardne ponude pogrešno je