NN 11/2018 (2.2.2018.), Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske broj: UsII-174/15-8 od 22. studenoga 2017.

VISOKI UPRAVNI SUD REPUBLIKE HRVATSKE

PRESUDA

Visoki upravni sud Republike Hrvatske u vijeću sastavljenom od sudaca toga suda Mirjane Čačić, predsjednice vijeća, Arme Vagner Popović i Ane Berlengi Fellner, članica vijeća, te više sudske savjetnice Andree Pejković Rabi, zapisničarke, u upravnom sporu tužitelja Hrvatski Telekom d.d. Zagreb, Ulica Roberta Frangeša Mihanovića 9, protiv tuženika Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije, Zagreb, Roberta Frangeša Mihanovića 9, uz sudjelovanje zainteresirane osobe trgovačkog društva VIP net d.o.o. Zagreb, Vrtni put 1, radi donošenja odluke o zadržavanju prihoda od međupovezivanja, na sjednici vijeća održanoj 22. studenoga 2017.

presudio je

I. Odbija se tužbeni zahtjev za poništenje rješenja tuženika Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije, klasa: UP/I-344-08/14-03/06, urbroj: 376-04-15-17 od 11. rujna 2015. godine.

II. Ova presuda objavit će se u »Narodnim novinama«.

Obrazloženje

Osporenim rješenjem tuženika od 11. rujna 2015. je, u izvršenju presude ovog Suda, poslovni broj: UsII-73/14-8 od 28. svibnja 2015., odbijen zahtjev tužitelja za donošenje odluke o zadržavanju prihoda od međupovezivanja u iznosu od 3.227.015,16 kn.

Tužitelj osporava navedeni akt tuženika zbog nepravilne primjene zakona ističući da nije postupljeno prema pravilima postupka. Smatra da je tuženik postupio protivno pravnom shvaćanju ovog Suda izraženom u presudi od 28. svibnja 2015., te da je u ponovnom postupku pogrešno primijenio odredbu članka 78. stavak 3. Zakona o elektroničkim komunikacijama. Presudom od 28. svibnja 2015. godine je naloženo tuženiku obrazložiti rješenje sukladno odredbi članka 98. stavak 5. ZUP-a. U navedenoj presudi sud da je iznio pravno shvaćanje članka 78. stavak 3. Zakona prema kojem je tuženik ovlašten narediti zadržavanje prihoda od međupovezivanja uz ispunjenje jednog od zakonom propisanih uvjeta, a to je ako postoji opravdana sumnja u zlouporabu ili prijevaru. Smatra da je u postupku pred tuženikom nesporno dokazao da su korisnici tužiteljeve tarife u mobilnoj mreži naziva »častilica« istu zlouporabili, odnosno koristili protivno sklopljenom pretplatničkom ugovoru s tužiteljem; da postupanje korisnika navedene tarife ima obilježje kaznenog djela prijevare iz članka 224. stavak 4. Kaznenog zakona, te su, po prijavi tužitelja u tijeku izvidi kaznenog dijela od strane Općinskog državnog odvjetništva. Temeljem tih protupravno ostvarenih poziva korisnika nastalo je potraživanje VIP net-a prema tužitelju u iznosu od 3.227.015,16 kn na ime međupovezivanja između mreža tužitelja i VIP net-a, slijedom čega je nesporno postojanje opravdane sumnje u zlouporabu ili prijevaru. Smatra nespornim da je poticaj za uvođenje članka 78. stavak 3. Zakona bila direktiva o univerzalnim uslugama (2002/22/ET, 2099/136/EC), ali tumačenje direktive, pa tako i članka 78. stavak 3. Zakona, na način da se primjenjuju isključivo kada se štiti interes krajnjih korisnika nije ispravno niti utemeljeno na propisima. Naime, direktiva u članku 28. stavak 2. sadrži tekst koji je identičan tekstu članka 78. stavak 3. Zakona, tj. tekst koji ne uvjetuje donošenje odluke o zadržavanju prihoda od međupovezivanja utvrđenjem nastanka štete za krajnje korisnike. Štoviše, da je zakonodavac želio na taj način ograničiti doseg citirane odredbe Zakona tada bi to izričito i propisao. Direktiva propisuje samo minimum koji svaka država članica Europske unije treba unijeti u svoje zakonodavstvo, pa i kada bi predmetna direktiva propisivala ovlast za donošenje odluke za zadržavanje prihoda, isključivo kada je nastala šteta krajnjim korisnicima, nema prepreke da pojedina država članica istu mogućnost u svom nacionalnom zakonodavstvu proširi i na dodatne slučajeve. Smatra da tuženikovo uvjetovanje donošenja odluke u konkretnom slučaju činjenicom nastanka štete za krajnje korisnike nema uporište u odredbi članka 78. stavak 3. Zakona. Tuženik citiranu odredbu Zakona tumači na način da je ovlašten donijeti odluku o zadržavanju prihoda od međupovezivanja ukoliko je istovremeno odlučio o onemogućavanju pristupa pojedinim brojevima ili uslugama za koje postoji opravdana sumnja da su predmet zlouporabe ili prijevare. Ovo tumačenje nema uporišta u citiranoj odredbi Zakona. Tužitelj smatra da je svrha citirane odredbe Zakona

onemogućiti da se ostvari prihod koji je rezultat zlouporabe ili prijevare, pa ta odredba tuženiku daje pravo da, pored onemogućavanja ostvarenja već nastalog prihoda, ujedno onemogućiti njegovo daljnje povećanje kroz nastavljeni pristup spornim brojevima ili uslugama, što znači da ova odredba tuženiku daje dvije paralelne i međusobno neovisne ovlasti. Da je to tako proizlazi iz činjenice da su u praksi mogući slučajevi gdje su operatori već sami onemogućili pristup pojedinom broju i usluzi te stoga nemaju interes tražiti onemogućavanje pristupa tim istim brojevima od tuženika, već interes isključivo tražiti zadržavanje već nastalog prihoda od međupovezivanja, pa je tako i tužitelj nakon utvrđenja da se događa zlouporaba, onemogućio pristup spornim 06xxx brojevima korisnicima tarife »častilica«. Kako je tužitelj sam onemogućio daljnji nastavak zloporabe, to nije imao interes tražiti od tuženika pokretanje inspekcijskog nadzora radi onemogućavanje pristupa pojedinim brojevima i uslugama. S druge strane mogući su slučajevi gdje će operatori imati interes tražiti i zadržavanje nastalog prihoda i onemogućavanje pristupa brojevima ili usluga i time sprečavanje nastanka budućih prihoda u kom slučaju bi imali interes od tuženika tražiti postupanje po objema od ovlasti iz citirane odredbe Zakona. Ističe da niti jednim zakonom nije propisana obveza tužitelja prilikom definiranja određene tarife onemogućiti korištenje prikupljenih bonusa za pozivanje, ne samo za 064 već svih 06xxx brojeva ukoliko poziv dolazi iz »roaminga«. Time što je osporenim rješenjem tuženik utvrdio da bi poduzimanje takvih mjera bila obveza tužitelja tuženik je pogrešno primijenio materijalno pravo, pri čemu se ne poziva na određeni zakon ili propis. Predlaže poništiti osporeno rješenje tuženika i riješiti ovu upravnu stvar na način da se usvoji tužbeni zahtjev tužitelja te naredi tužitelju zadržavanje pripadajućeg prihoda od međupovezivanja koji se odnosi na račun tužitelja od 2. studenog 2011. na ime terminacije poziva iz nepokretne mreže HT-a prema uslugama s dodanom vrijednosti u mreži Voljaglasa u iznosu od 2.680.388,52 kn i račun tužitelja od 19. rujna 2012. na ime terminacije poziva iz pokretne mreže tuženika prema uslugama s dodanom vrijednosti u mreži Voljaglasa u iznosu od 546.626,64 kn.

Tuženik u odgovoru na tužbu ističe da se u postupku koji je prethodio donošenju osporenog rješenja u cijelosti držao pravnog shvaćanja suda kako je ono navedeno u presudi od 28. svibnja 2015., te ne osporava da je temeljem članka 78. stavak 3. Zakona ovlašten donijeti odluku o zadržavanju prihoda od međupovezivanja ukoliko su ispunjeni uvjeti za donošenje takve odluke, odnosno ukoliko je utvrdio postojanje opravdane sumnje u zlouporabu ili prijevaru predmet koje su određeni brojevi i usluge. Upravo iz navedenog razloga tuženik je u ponovljenom postupku zatražio od tužitelja i VIP net-a da se detaljno očituju na sve okolnosti slučaja te dostave dokaze za svoje navode. U ponovljenom postupku tužitelj je na temelju svih okolnosti i podnesenih dokaza utvrđivao postoji li opravdana sumnja u zlouporabu ili prijevaru vezanu uz određene 06xxx brojeve jer citirana odredba Zakona nije propisala kada postoji opravdana sumnja na zlouporabu ili prijevaru određenih brojeva i usluga, pa je stoga ostavljeno tuženiku da prilikom donošenja meritorne odluke o zadržavanju prihoda od međupovezivanja, na temelju objektivne procjene svih okolnosti i pojedinog slučaja utvrdi postojanje opravdane sumnje u zlouporabu ili prijevaru. U ponovljenom postupku tuženik je utvrđivao postoji li u konkretnom slučaju opravdana sumnja na prijevarno postupanje, odnosno opravdana sumnja na zlouporabu u odnosu na navedene brojeve, pa je u tu svrhu tužitelj dostavio tuženiku izvadak iz spisa Općinskog državnog odvjetništva u Zagrebu (br. KN-DO-3295/11 od 4. veljače 2015.), kao dokaz postojanja opravdane sumnje da postupanje korisnika tarife »častilica« ima obilježja kaznenog djela prijevare iz članka 224. stavak 47. Kaznenog zakona. Međutim, tužitelj je time samo dokazao da se temeljem podnesene kaznene prijave provode izvidi i druge radnje radi donošenja konačne odluke o prijavi. Stoga, podnesena kaznena prijava nije dostatan dokaz da postoji opravdana sumnja na počinjenje kaznenog dijela prijevare.

Prema navodima tužitelja do navodne zlouporabe i prijevarnog postupanja korisnika tarife »častilica« došlo je u razdoblju od 7. do 26. rujna 2011. godine, pa bi prema logičnom slijedu događaja tužitelj, nakon saznanja o postojanju sumnje na zlouporabu određenih brojeva o tome obavijestio tuženika i zatražio pokretanje inspekcijskog nadzora i onemogućavanje pristupa spornim 06xxx brojevima, sve u smislu odredbe članka 78. stavak 3. Zakona. Međutim, tužitelj o navedenoj zloporabi nije obavijestio tuženika neposredno nakon što je o istoj dobio saznanja, već tek nakon što je VIP net d.o.o. dana 12. veljače 2014. pokrenuo ovršni postupak radi prisilne naplate spornog potraživanja, pa je tužitelj 8. travnja 2014. podnio zahtjev tuženiku za donošenje odluke u smislu citirane odredbe članka 78. stavak 3. Zakona. Ostaje nejasno zbog čega je tužitelj s navedenim vremenskim odmakom od nekoliko godina tek obavijestio tuženika o postojanju opravdane sumnje na prijevaru i zlouporabu. Netočni su navodi tužitelja da tuženik pozivajući se na članak 28. stavak 2. Direktive tumači da je ovlašten donijeti odluku o zadržavanju prihoda od međupovezivanja, samo ako se radi o stjecanju imovinske koristi koja je na štetu krajnjih korisnika. Tuženik, naime, ne tumači da je to jedina i isključiva svrha ove odredbe pa je činjenicu kako u konkretnom slučaju nije nastala šteta za krajnjeg korisnika, uzeo u obzir prilikom utvrđenja postojanja opravdane sumnje na zlouporabu. Smisao je odredbe članka 78. stavak 3. Zakona da u slučaju postojanja opravdane sumnje na zlouporabu ili prijevaru predmet koje su određeni brojevi i usluge, tuženik donese odluku kojom će naložiti svim operatorima blokiranje pristupa takvim brojevima ili uslugama, te donijeti odluku o zadržavanju pripadajućih prihoda od međupovezivanja ili od drugih usluga. Dakle, smisao ove odredbe je da tuženik naloži operatorima da se blokira pristup određenim brojevima svim krajnjim korisnicima telekomunikacijskih usluga u Republici Hrvatskoj, a ne samo pojedinim korisnicima usluga pojedinog operatora, odnosno u ovom slučaju pre-paid korisnicima tužitelja koji pozivaju iz inozemstva (roaming). Stoga je tužitelj, ukoliko je imao saznanja o postojanju zlouporabe u smislu citirane odredbe Zakona,