NN 29/2017 (31.3.2017.), Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske broj: UsII-174/16-6 od 25. siječnja 2017.

VISOKI UPRAVNI SUD REPUBLIKE HRVATSKE

670

PRESUDA

Visoki upravni sud Republike Hrvatske u vijeću sastavljenom od sudaca toga suda mr. sc. Inge Vezmar Barlek, predsjednice vijeća, Lidije Vukičević i Marine Kosović Marković, te više sudske savjetnice Tatjane Ilić, zapisničarke, u upravnom sporu tužitelja Hrvatski Telekom d.d. iz Zagreba, Roberta Frangeša Mihanovića 9., koje zastupa Maja Mandić, direktorica Odjela pravnih i regulatornih poslova i usklađenosti poslovanja, protiv tuženika Hrvatske regulatorne agencije za mrežne djelatnosti, Zagreb, Roberta Frangeša Mihanovića 9, uz sudjelovanje zainteresirane osobe H1 Telekoma d.d. iz Splita, Dračevac 2d, koje zastupaju opunomoćenici odvjetnici Odvjetničkog društva Župić i partneri d.o.o. iz Zagreba, Ulica grada Vukovara 269F, radi inspekcijskog nadzora, na sjednici vijeća održanoj dana 25. siječnja 2017.

presudio je

I. Poništavaju se točke I., II. i III. rješenja Hrvatske regulatorne agencije za mrežne djelatnosti, klasa: UP/I-344-07/16-01/31, urbroj: 376-04/16-13 od 29. rujna 2016.

II. Utvrđuje se da Hrvatski Telekom d.d., Roberta Frangeša Mihanovića 9, Zagreb, nije postupao sukladno odredbi članka 66. stavka 4. Zakona o elektroničkim komunikacijama.

III. Utvrđuje se da Hrvatski Telekom d.d., Roberta Frangeša Mihanovića 9, Zagreb, nije postupao sukladno odredbi članka 66. Pravilnika o načinu i uvjetima obavljanja djelatnosti elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga.

IV. Zabranjuje se Hrvatskom Telekomu d.d. korištenje podataka o krajnjim korisnicima drugih operatora do kojih je došao u postupku promjene operatora i ugovaranja veleprodajnih usluga, protivno svrsi za koju su dostavljeni.

V. U preostalom dijelu tužbeni zahtjev se odbija.

Obrazloženje

Osporenim rješenjem tuženika, u postupku provođenja inspekcijskog nadzora, inspektor elektroničkih komunikacija je sukladno ovlastima iz članka 111. stavka 1. i 2. Zakona o elektroničkim komunikacijama (»Narodne novine«, broj 73/08., 90/11., 133/12., 80/13., 71/14. – dalje: ZEK), utvrdio nepravilnosti u postupanju tužitelja jer nije postupao po odredbama članka 66. stavka 4. ZEK-a i članka 66. Pravilnika o načinu i uvjetima obavljanja djelatnosti elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga (»Narodne novine«, broj 154/11., 149/13., 82/14., 24/15., 42/16. – dalje: Pravilnik). Nepravilnost je nađena u tome što je tužitelj svojoj ustrojstvenoj jedinici omogućio pristup podacima o krajnjim korisnicima operatora H1 Telekom d.d. te je pozivao korisnike koji su u postupku promjene operatora odabrali novog operatora H1 Telekom d.d. i za vrijeme trajanja postupka promjene operatora nudio im ponovno sklapanje ugovora uz dodatne pogodnosti, iako su navedeni korisnici u jedinstvenoj izjavi koju je tužitelj zaprimio, označili da su upoznati o iznosu dugovanja u slučaju prijevremenog raskida ugovora te pristaju podmiriti navedena dugovanja, odnosno pozivao je korisnike za koje je supotpisao jedinstvenu izjavu krajnjeg korisnika o raskidu ugovora s tužiteljem kao postojećim operatorom. Inspektor elektroničkih komunikacija naredio je otklanjanje utvrđenih nepravilnosti zabranom maloprodajnim ustrojstvenim jedinicama tužitelja korištenja podataka o krajnjim korisnicima dobivenih u tijeku promjene operatora te je zabranio tužitelju za vrijeme trajanja roka od 45 dana za realizaciju usluge, pozivati ili na drugi način kontaktirati ranije navedene korisnike. U slučaju nepostupanja po rješenju zaprijetio je tužitelju izricanjem novčane kazne u iznosu od 50.000,00 kn, a u slučaju daljnjeg neizvršenja obveze, izricanjem druge, veće novčane kazne.

Tužitelj u tužbi osporava utvrđenje da je pozivao navedene korisnike na način utvrđen u upravnom postupku odnosno na način da je provodio tzv. »nezakonite« kampanje i nudio korisnicima tzv. »čudne« promocije i usluge s ciljem njihovog zadržavanja u HT mreži. Ističe kako je u tijeku postupka naveo da je Odsjek za pozadinsku podršku zaprimio jedinstvene izjave korisnika te je pokrenut postupak promjene operatora sukladno Pravilniku. Ističe kako je tuženiku dostavio svoju organizacijsku shemu i interni akt kojim je uređen rad Odsjeka za pozadinsku podršku iz čega se vidi da je »Funkcija za

korisničko iskustvo« posebno izdvojena jedinica koja ne pripada ni veleprodajnom ni maloprodajnom dijelu kompanije pa nije u mogućnosti dostavljati podatke o konkurentima onim ustrojstvenim dijelovima tužitelja koji vrše prodaju usluga. Smatra kako je u postupku pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje i s tim u vezi da je tuženik pogrešno primijenio materijalno pravo. Naime, pogrešan je zaključak tuženika da je tužitelj svojoj maloprodajnoj ustrojstvenoj jedinici omogućio pristup podacima o krajnjim korisnicima operatora H1 Telekom d.d. niti je tuženik to u tijeku provođenja inspekcijskog nadzora uspio dokazati. U svojem očitovanju tužitelj je naveo kako se jedinstvene izjave izmjenjuju među operatorima putem za to predviđenog sučelja odnosno elektroničkom poštom te ih obrađuje Odsjek za pozadinsku podršku koji organizacijski ne pripada ni maloprodaji ni veleprodaji tužitelja. Iz priložene dokumentacije smatra da proizlazi kako je dokazao da se podaci o korisnicima koji su u postupku promjene operatora ne mogu koristiti od strane drugih odsjeka, pogotovo prodajnih kanala tužitelja, iz razloga što postupanje zaposlenika predmetnog Odsjeka podliježe internim propisima i pravilima kojima je to zabranjeno. Ukazuje kako tuženik navodi da je kao dokaz uzeo neizravno priznanje tužitelja o pozivanju korisnika i činjenicu da je čak 13 od njih 17 vratio u svoju mrežu, odnosno ponovno s njima sklopio pretplatnički ugovor. Nije jasno kako je tuženik mogao utvrditi da je tužitelj neopravdano koristio podatke u postupku promjene operatora uzimajući u obzir neizravno priznanje. Tuženik navodi da je malo vjerojatno kako je tužitelj nasumičnim odabirom pozvao upravo one korisnike za koje mu je H1 Telekom d.d. tek dostavio jedinstvene izjave koje su označavale raskid ugovora. Smatra nejasnim na temelju kakve slobodne ocjene dokaza je tuženik to utvrdio. Navodi kako u tijeku provođenja inspekcijskog nadzora nije neizravno priznao da je pozivao navedene korisnike na način da je maloprodajni dio kompanije koristio podatke o krajnjim korisnicima koji su u postupku promjene operatora. U svojem očitovanju naveo je kako postupanje koje tuženik opisuje nije dozvoljeno propisima vezanim uz prenosivost broja odnosno uz proceduru promjene operatora pa ako tuženik smatra da je tom rečenicom neizravno priznao da je zabranjeno pozivati korisnike koji su bili u postupku promjene operatora, naglašava da to nije učinio. Time je htio naglasiti da pozivanje korisnika na način kako to tvrdi H1 Telekom d.d. u prijavi tuženiku nije u skladu s postojećim propisima. Dalje navodi kako je tijekom inspekcijskog nadzora isticao da je pozivao svoje postojeće korisnike u redovitim promidžbenim kampanjama, koji pozivi se vrše svakodnevno. Stoga je jedino moguće da su predmetni korisnici koji su pokrenuli postupak promjene operatora bili pozivani u svojstvu postojećeg korisnika tužitelja radi ispitivanja zadovoljstva korisnika ili promidžbe postojećih tužiteljevih usluga u tijeku standardnih ili naprijed planiranih kampanja tužitelja. Zaključuje da ima pravo provoditi promidžbene i informativne kampanje prema svojim korisnicima, što ne zabranjuju ni članak 66. ZEK-a ni članak 66. Pravilnika. Smatra kako je tuženik pogrešno primijenio materijalno pravo odnosno članak 66. ZEK-a, jer se u ovom slučaju ne radi o postupku međupovezivanja operatora, već o postupku promjene operatora koji je definiran člankom 66. Pravilnika. Isto tako smatra da je tuženik pogrešno primijenio članak 66. Pravilnika, jer taj članak ne zabranjuje da operator poziva korisnika od kojeg je zaprimio jedinstvenu izjavu na kojoj je korisnik označio da je upoznat i pristaje podmiriti dugovanja prema postojećem operatoru. Trenutno je u članku 66. Pravilnika propisana obveza operatora (kada se korisnik očitovao u jedinstvenoj izjavi da je upoznat s obvezama prema postojećem operatoru) da supotpisanu jedinstvenu izjavu vrati novom operatoru u roku od dva dana od zaprimanja iste. Međutim, nigdje nije propisana zabrana da postojeći operator ne smije nazivati korisnika u bilo koje druge svrhe. Smatra da je ispoštovao svoje obveze iz članka 66. Pravilnika prema kojima je bio dužan operatoru H1 Telekomu d.d. vratiti supotpisanu jedinstvenu izjavu u roku od dva dana od njezinog zaprimanja. Ističe kako zabrana pozivanja korisnika nije ni mogla biti propisana, jer bi takva odredba Pravilnika bila u direktnoj koliziji sa ZEK-om koji propisuje da operatori imaju pravo pozivati svoje korisnike u promidžbene svrhe. Poziva se na odredbu članka 107. stavka 2. ZEK-a. Ponavlja kako je postojeće korisnike pozivao tijekom redovnih i unaprijed planiranih marketinških aktivnosti u svrhu provjere zadovoljstva korisnika. Zaključno smatra netočnim zaključak tuženika da je pozivao upravo one korisnike za koje mu je H1 Telekom d.d. tek dostavio jedinstvene izjave. Tijekom postupka inspekcijskog nadzora dostavio je broj jedinstvenih izjava na kojima je korisnik označio da je upoznat s iznosom dugovanja, iz kojeg se vidi da je broj jedinstvenih izjava koje je H1 Telekom d.d. dostavio tužitelju daleko veći od 17 korisnika koje je nazvao u spornom periodu. U vremenu od listopada 2015. godine do početka lipnja 2016. godine H1 Telekom d.d. je tužitelju dostavio 10.174 jedinstvene izjave na kojima su korisnici označili da su upoznati s iznosom dugovanja postojećem operatoru, dok je H1 Telekom d.d. u svojoj prijavi tuženiku naveo popis od 17 korisnika koje je tužitelj u tom periodu nazvao. Skreće pažnju kako putem svojih teleoperatora poziva preko 200.000 svojih postojećih korisnika mjesečno pa je lako izračunati koliko je korisnika pozvao u vremenu od listopada 2015. do početka lipnja 2016., kada je nadzor pokrenut. Smatra kako tuženik nema pravo zabraniti ni jednom operatoru na tržištu elektroničkih komunikacija pozivanje svojih postojećih korisnika niti je ovlašten odrediti kojim će se to intenzitetom raditi. Tužitelj je u spornom periodu nazvao 1,6 milijuna korisnika iz čega jasno proizlazi pogrešnim zaključak tuženika kako je malo vjerojatno da je nasumičnim odabirom pozivao upravo one korisnike koji su se nalazili u postupku promjene operatora, a sveukupno ih je H1 Telekom d.d. dostavio 17. Predlaže Sudu da poništi osporeno rješenje i obustavi upravni postupak.

Tuženik u odgovoru na tužbu navodi kako tužitelj nije osporio da je pozivao korisnike koji su bili u postupku promjene operatora niti je osporio da se radilo o korisnicima koji su bili upoznati s postojanjem ugovorne obveze prema njemu kao postojećem operatoru. Isto tako nije osporio ni navod H1 Telekoma d.d. da su korisnici pozivani u kratkom roku nakon što