NN 5/2017 (18.1.2017.), Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske broj: UsII-32/15-12 od 14. prosinca 2016.

VISOKI UPRAVNI SUD REPUBLIKE HRVATSKE

PRESUDA

Visoki upravni sud Republike Hrvatske u vijeću sastavljenom od sudaca toga suda Blanše Turić, predsjednice vijeća, Borisa Markovića i mr. sc. Mirjane Juričić, članova vijeća, te više sudske savjetnice Jadranke Jelić, zapisničarke, u upravnom sporu tužitelja Amis Telekom d.o.o., Bani 75, Zagreb, (sada VIPnet d.o.o) Vrtni put 1., kojeg zastupa Mateja-Ana Majdak Juranović, po specijalnoj punomoći LA-124/2016, protiv tuženika Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, Savska cesta 41, Zagreb, uz sudjelovanje zainteresiranih osoba Iskon Internet d.d., Zagreb, Garićgradska 18, kojeg zastupaju opunomoćenici Melita Veršić Marušić i Igor Mucalo, odvjetnici u Zagrebu, Trg N. Š. Zrinskog 9 i Hrvatski Telekom d.d Zagreb, Savska cesta 32, kojeg zastupa Martina Dragičević, po generalnoj punomoći Su-358/2014, radi tržišnog natjecanja, u sjednici vijeća održanoj 14. prosinca 2016.

presudio je

I. Odbija se tužbeni zahtjev za poništenje rješenja Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, klasa: UP/I 030-02/2009-01/11, urbroj: 580-05/26-12-256 od 12. srpnja 2012., i zahtjev za nadoknadu troškova spora.

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

Obrazloženje

Rješenjem tuženika, točkom I. izreke odbija se zahtjev poduzetnika Amis Telekom d.o.o. protiv poduzetnika Hrvatski Telekom d.d. i njegovog povezanog društva, poduzetnika Iskon Internet d.d., radi utvrđivanja sprječavanja, ograničavanja ili narušavanja tržišnog natjecanja zlouporabom vladajućeg položaja, na tržištu širokopojasnog pristupa Internetu za privatne korisnike u Republici Hrvatskoj u smislu članka 16. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, kao na zakonu neosnovan. Točkom II. izreke tužitelj je dužan poduzetniku Hrvatski Telekom d.d. i njegovom povezanom društvu, poduzetniku Iskon Internet d.d. nadoknaditi troškove za pravno zastupanje u ukupnom iznosu od 19.125,00 kn, odnosno u iznosu od 9.562,50 kn svakom od navedenih poduzetnika. Rok izvršenja je 15 dana od dana dostave ovog rješenja. Točkom III. izreke rješenja propisano je da će rješenje biti objavljeno u »Narodnim novinama«.

Tužitelj je protiv uvodno označenog rješenja podnio tužbu Upravnom sudu u Zagrebu, koji se rješenjem poslovni broj: UsI-3514/12-19 od 17. travnja 2015., oglasio stvarno nenadležnim i predmet ustupio na rješavanje ovom Sudu kao stvarno nadležnom, pozivom na odredbu članka 50. stavka 1. i 2. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (»Narodne novine«, broj: 80/13.).

Protiv osporavanog rješenja tužitelj je podnio tužbu zbog pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, pogrešne primjene materijalnog prava i povrede pravila postupka. U bitnome navodi da je tuženik u provedenom postupku povrijedio odredbu članka 8. i 143. Zakona o općem upravnom postupku, jer mu nije omogućio očitovanje na navode poduzetnika HT d.d. i Iskon Internet d.d. koji su svoje stavove iznosili u podnescima koji su gotovo u cijelosti proglasili poslovnom tajnom te mu je na taj način onemogućen uvid u metodologiju prikaza tih podataka, kao i u prikaz troškova. Navodi da se isto ponovilo i na usmenoj raspravi, na kojoj se ništa nije raspravljalo, niti utvrđivalo. U tijeku postupka zatražio je Obavijest o prethodno utvrđenim činjenicama, što je tuženik odbio uz obrazloženje da za takvo traženje nema pravne osnove te mu nije omogućen uvod u spis. Ističe da tuženik nije postupao sukladno članku 48. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, budući iz cjelokupnog obrazloženja rješenja nije vidljivo na koji način je tuženik utvrdio stvarnu raspodjelu iznosa troškova marketinga i osoblja. S obzirom da je HAKOM upozorio da podaci o troškovima marketinga Iskona d.d nisu pouzdani i to nakon uvida u usporedne podatke o troškovima konkurenata, tuženik je mogao zaključiti samo jednom, a to je da ne posjeduje pouzdane podatke te da ih mora prikupiti na način da zahtijeva od Iskona uvid u poslovne knjige i preslike svih računa i medija-planova koji se odnose na troškove marketinga, a koje je tuženik zatim morao usporediti provjerom kod drugih osoba tj. dobavljača tih usluga. Tužitelj smatra da je tuženik pogrešno primijenio

važeće propise i pravo EU te se u prilog svojim tvrdnjama poziva na dijelove stručnog mišljenja dr. Boštjana Makarovića i dr. Andreja Fatura. Smatra da je od strane tuženika nejasno tretiranje poduzetnika HT-a i Iskona, kao jednog ili odvojenih poduzetnika. Ističe da je tvrdnja tuženika u obrazloženju rješenja, da je prijedlog HAKOM-a uzet kao relevantan za utvrđivanje činjenica o trošku, najbolji dokaz neodrživosti tog rješenja te u tom smislu skreće pažnju na zaključak tuženika (rješenje str. 49., pasus 5) koji je u potpunosti pogrešan što proizlazi iz stručnog mišljenja doc.dr. Dražića. Pogrešan je zaključak tuženika, da je Iskonovo poslovanje ekonomski racionalno, budući tuženik nije prikupio podatke iz 2006. godine, kada upravo i nastaju najveći troškovi Iskona jer u toj godini ostvaruje znatne investicije u kolokacije, opremu i sustave koji su potrebni za pružanje usluge koja je bila predmet postupka. Smatra da tuženik svjesno zanemaruje podatke o troškovima iz 2006. godine te promašeno zaključuje da je Iskon u 2006. godini ostvario neznatan broj korisnika pa su prihodi neznatni. Smatra da je upravo u tome i bit troškova iz 2006. godine jer da Iskon nije ostvario investicije u prvih 10 mjeseci 2006. godine niti ne bi mogao početi pružati usluge koje su bile predmet postupka tj. Iskon. DUO i Iskon. TRIO usluge te se njegovo poslovanje nikako ne može smatrati ekonomski racionalno s obzirom i na činjenicu da je dio T- HT grupe. Tužitelj pojašnjava da zaključak o pogrešno utvrđenom činjeničnom stanju proizlazi iz činjenice da tuženik nikada nije jednoznačno definirao troškovne kategorije i pojedinačne troškovne stavke, HT-u i Iskonu je ostavljena mogućnost da dostave proizvoljno izračunate i alocirane troškove što potvrđuje i tuženik u rješenju, a na isto je upozorio i HAKOM u svojim dopisima te smatra da je HAKOM trebalo uključiti u postupak, a osim toga u svojim podnescima je obrazložio zašto smatra da je trebalo prekinuti postupak do donošenja odluke HAKOM-a o cijenama. Iz financijskog izvješća Iskona jasno je vidljivo kako je Iskon u 2011. godini povećao troškove marketinga skoro 50% više nego prethodne godine te usprkos toj činjenici tuženik donosi zaključke na temelju podataka koje je Iskon dostavio po vlastitom nahođenju te još dodatno temeljem procijenjenih budućih podataka, a ne stvarno dostupnih i pouzdanih podataka te smatra da je time tuženik u potpunosti pogrešno utvrdio činjenično stanje i postupio suprotno članku 7. Zakona o općem upravnom postupku. Tužitelj navodi da je izlazak Metroneta s mjerodavnog tržišta dokaz predatorske namjere te je zatražio od tuženika da utvrdi postojanje predatorstva na pojedinačnim paketima usluga i to osobito na paketu Iskon. TRIO Carnet te da tuženik nije provodio analizu po paketu usluga te je krivo zaključio da je manji broj korisnika Iskon. TRIO koristio Iskon.TRIO Carnet uslugu, jer prema saznanjima tužitelja broj korisnika iznosi najmanje 20% te zbog vrlo niske predatorske cijene na Iskon. TRIO Carnet paketu, tužitelj nije mogao naći ekonomski opravdanu računicu, da u svoju ponudu uvrsti takav tip usluge. Smatra da je tuženik pogrešno utvrdio činjenično stanje jer je napravio pogrešnu usporedbu cijena konkurenata te detaljno obrazlaže neusporedivost s paketima B. netom. Tužitelj zaključuje kako je tuženik uspoređivao cijene različitih paketa usluga koje nudi tužitelj i Iskon, uspoređivao je pakete tužitelja čiji je trošak manji s paketima Iskona čiji je trošak veći, jer je trošak uključenih televizijskih kanala koje tužitelj uključuje u usporedne pakete usluga, manji od troškova televizijskih programa koje uključuje Iskon. Zbog toga cijena koju tužitelj naplaćuje za takav (troškovni jeftiniji) paket nije usporediva s cijenom koju Iskon naplaćuje za (troškovno skuplji) paket. Zbog toga tuženik nije mogao izvesti valjani zaključak radi li se ovdje o cijenama koje su predatorske. Tužitelj ističe pogrešan zaključak tuženika da je Iskon 2007. imao pravo pratiti cijene konkurenata na mjerodavnom tržištu te tuženik nije uzeo u obzir da je u trenutku spuštanja Iskonovih cijena na razinu tužiteljevih u proljeće 2007., tužitelj ostvario puno manju zemljopisnu pokrivenost od Iskona. Osim u Gradu Zagrebu, tužitelj nije radio u drugim gradovima u kojima je Iskon nudio svoje usluge. Unatoč tome, čak i na razini Grada Zagreba Iskonova pokrivenost bila je prilično veća nego tužiteljeva, time je Iskon mogao nuditi svoje usluge na mnogim područjima na kojima mu tužitelj nije mogao konkurirat. Tužitelj ne spori da je Iskon mogao spuštati cijenu od 239 kuna, ali za spuštanje cijena na razinu tužiteljevih 152,50 kn u tom trenutku nije bilo ni troškovno opravdanih, a niti ekonomskih racionalnih razloga. Nepostojanje povrata troškova, tuženik opravdava Iskon koristeći argumente France Telecoma koji je osuđen od strane Europskog suda. Tužitelj nadalje navodi da je pogrešan zaključak tuženika kako nije nastala šteta za potrošače. Ističe da se sa zaključkom tuženika, da je prirast korisnika direktno povezan s troškovima marketinga načelno slaže, ali da u tim razmatranjima tuženik nije povezao pretpostavljeni »zanemarivi utjecaj Iskona« s troškovima marketinga i vlastitim zapažanjima, da je postupanje HT-a i Iskona strateški osmišljeno i koordinirano što detaljno pojašnjava u tužbi dajući prikaz marketinških troškova i udio u ukupnom rastu tržišta te navodeći indeksni pokazatelj relativne promjene broja korisnika te se iz podataka nameće zaključak da je HT osmišljeno i koordinirano kontrolirao rast svoje maloprodajne podružnice Iskona u periodu od 2006.-2009., u kojem konkurencija još nije predstavljala veću opasnost po tržišne udjele samog HT-a. Svoj zahtjev podnio je u travnju 2009., neposredno nakon predstavljanja Iskon.TRIO paketa i vrlo točno predvidio stanje na tržištu,a svoju odluku temeljio je i na slučaju Wanadoo koji je postupao jednako dok je tuženik zanemario navode Komisije. Sam tuženik pojašnjava kako je jedan od osnovnih problema širokopojasnog tržišta nedostatak infrastrukturne konkurencije mimo postojeće mreže HT-a, a time pitanje tržišnog natjecanja na širokopojasnom pristupu xDSL tehnologiji dobiva još više na važnosti što je tuženik zanemario. Tužitelj navodi da se u osporavanom rješenju opširno raspravljalo o troškovima marketinga koji prema mišljenju tužitelja predstavljaju ključan element troškovne analize, da se o tvrdnjama HT-a i Iskona nije mogao očitovati jer su proglašeni poslovnom tajnom te se o troškovima sada detaljno očituje te ističe da iz obrazloženja rješenja nije vidljivo što je na kraju tuženik napravio te koji su zaključci o troškovima nakon provedenih modifikacija. Ističe da je tuženik iznio opširnu raspravu o troškovima osoblja koji također sadrže brojne navode

HT-a i Iskona na koje se nije mogao očitovati tijekom postupka jer su bili proglašeni poslovnom tajnom. Tužitelj ističe da je iz rješenja i podataka koji su pribavljeni očito da je trošak osoblja utvrđen na bitno nižoj razini nego što bi bio da je taj postupak proveden korektno. Usporedba podataka između operatora prikazanih u rješenju je također nerelevantna u nedostatku barem okvirnih metodoloških natuknica koje tuženik nije nikada napravio ni dostavio operatorima, podaci koji su dostavljeni od strane operatora su većinom proizvoljni i neusporedivi što je svojim dopisima utvrdio i sam HAKOM. Navodi da je tuženik odlučio koristiti samo direktne troškove osoblja pozivajući se na točku 37. odluke Europske komisije u predmetu Wanadoo, što predstavlja krivo tumačenje pravne prakse jer u tom slučaju nisu razmatrani troškovi osoblja te Komisija nigdje nije navela da se indirektni troškovi nisu koristili, a istovremeno iz daljnjeg razmatranja se vidi da su se koristili brojni troškovi koje je trebalo alocirati – prvenstveno iz skupine mrežnih troškova te se u prilog svojim tvrdnjama poziva i na mišljenje doc. dr. sc. Ivane Dražić. Konačno, tužitelj ističe da je tuženik pogrešno utvrdio činjenično stanje o isključivanju konkurenata s mjerodavnog tržišta napravivši netočnu usporedbu financijskog stanja operatora. Smatra da je usporedba financijskih rezultata provedena od strane tuženika izrazito manjkava, navodi su uzimani iz priopćenja javnim medijima bez komentiranja i prikaza konkretnih stavaka financijskih izvješća koji su tuženiku dostupni. U tom pravcu ističe da nije korišten jedinstveni kriterij jer su Optima, Metronet i H1 uspoređeni po vrijednosti EBITDA, a B.net po parametru EBIT, a tužitelj po ukupnoj dobiti što detaljno pojašnjava u tužbi te su usporedbe napravljene po pretpostavkom da su svi operatori na početku perioda bili jednaki u bitnim faktorima, dok je vidljivo da se tri velika operatora trebaju dokapitalizirati, da je u više navrata navodio financijska izvješća Iskona, kao ozbiljnog indikatora kršenja tržišnog natjecanja, dok je tuženik naveo da se trošak kapitala ne uzima u obzir pozivajući se na točku 263. Odluke Komisije u slučaju Wanadoo ne uvažavajući razlike između ova dva slučaja, a posebno s aspekta duljine predatorskog ponašanja. Iz svih naprijed navedenih razloga predlaže ovom Sudu da usvoji tužbeni zahtjev, poništi rješenje tuženika te da mu se nadoknadi trošak spora.

Tuženik u odgovoru na tužbu u bitnome navodi da je osporavano rješenje donijeto na temelju pravilno i potpuno utvrđenog činjeničnog stanja, pravilne primjene odredbi Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (»Narodne novine« 122/03. – dalje ZZTN) i odredi Zakona o općem upravnom postupku (»Narodne novine« 53/91. i 103/96.). Nadalje navodi da je rješenje doneseno i pravilnom primjenom članka 35. stavka 3. ZZTN-a kojim je propisano da se u ocjeni svih oblika sprječavanja, ograničavanja i narušavanja tržišnog natjecanja, u skladu s člankom 70. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Europskih zajednica i njihovih država članica i Republike Hrvatske na odgovarajući način primjenjuju kriteriji koji proizlaze iz pravilne primjene pravila o tržišnom natjecanju u EZ. Navedeno uključuje uredbe i smjernice EU, ali i odluke Europske komisije, odluke Europskih sudova i drugih institucija, a takvu primjenu prava svojim je odlukama potvrdio i Ustavni sud Republike Hrvatske. Navodi kako se sukladno kriterijima koje proizlaze iz pravilne primjene pravila o tržišnom natjecanju u EU, u ocjeni predatorskog postupanja primjenjuje pristup na temelju učinaka pojedinog postupanja na tržišno natjecanje i na krajnje potrošače. Drugim riječima, ocjenjuje se ima li za posljedicu postupanje poduzetnika u vladajućem položaju učinak zatvaranja tržišta i negativne učinke za dobit potrošača. S obzirom na to da se u tekstu tužbe značajan dio odnosi na troškove navodi kako je pitanje troškova promatrano u smislu cjelokupne ocjene predmetnog slučaja. Ističe da je uzeo u obzir moguću krivu interpretaciju troškova s obzirom kako su činjenice o troškovima ocjenjivane u ranom razdoblju pružanja usluga kada je baza korisnika neznatna te nisu dostatni za donošenje potpunog zaključka. Ocjena činjenica o troškovima bez sveobuhvatnog sagledavanja slučaja na temelju učinaka može rezultirati krivim pozitivnim rezultatima. Izvjesno je, da pri uvođenju nove usluge na tržištu, ne postoje povijesni podaci o troškovima usluge. Stoga, samo razmatranje pitanja odricanja, kroz primjenu testa cijena i troškova, ne predstavlja presudno pitanje, niti dokaz o postojanju predatorstva u konkretnom slučaju. Navodi da je sve zaprimljene podatke analizirao, uspoređivao, kontrolirao te ih na ispravan i svrsishodan način koristio. Dodatno pojašnjava tzv. pristup na temelju učinaka, na kojem se temelji Uputa Komisije o primjeni članka 82. Ugovora o EZ a koji je primijenio u predmetnom slučaju. Temeljem navedenog pristupa štiti se tržišno natjecanje i dobrobit krajnjih potrošača, a ne pojedinačni poduzetnici. Prema tome pristupu poduzetnici u vladajućem položaju slobodni su natjecati se na tržištu dok je to u interesu potrošača te dok takvo postupanje ne narušava tržišno natjecanje. Stoga je potrebno razlikovati dopušteno tržišno natjecanje koje ima pozitivan učinak na potrošače i koje treba promatrati, od narušavanja tržišnog natjecanja koje dovodi do zatvaranja tržišta s protutržišnim učincima te koje ima negativan utjecaj na potrošače. Navodi da je ispravo ocijenio kako snižavanje cijena Iskon.DUO usluge od strane Iskona u 2007. godini, a nakon ulaska tužitelja na tržište s nižom cijenom u bitnome usporedivog paketu Amis 2 u 1 usluge, može smatrati razumnim prilagođavanjem Iskona na nove uvjete na tržištu nakon ulaska konkurencije. Pri tome je ispravo ocijenio činjenicu kako nije bilo daljnjih pritisaka na snižavanje cijena usluga od strane Iskona, odnosno nije bilo pokazatelja daljnjeg snižavanja cijena. U odnosu na određivanje cijene Iskon.TRIO usluge u 2009. godini, prema utvrđenim činjenicama koje se obrazlažu u točki 19. rješenja proizlazi kako su cijene Iskon.TRIO paketa usluga pri vođenju te usluge na tržištu od strane Iskona na određeni način postavljene na razini tada postojećih usporedivih konkurentskih usluga na tržištu te je u odnosu na određivanje cijena Iskon.TRIO u 2009. godini ispravno cijenio činjenicu kako tada postavljanja cijena nije imala kratkoročni karakter. Također je utvrdio usporedbom paketa povezanih usluga Iskona da su u bitnome konkurentne ponudama drugih operatora ukoliko se promatraju paketi usluga u