NN 27/2017 (24.3.2017.), Presuda Visokog upravnog suda Republike Hrvatske broj: UsII-5/14-10 od 7. prosinca 2016.

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 Ljerke Morović Pavić, zapisničarke, u upravnom sporu tužitelja Hrvatski Telekom d.d., Savska cesta 32, Zagreb, kojeg zastupa direktorica Odjela za korporativne regulatorne poslove, Maja Mandić, protiv odluke tuženika Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije, Ulica Roberta Frangeša Mihanovića 9, Zagreb, klasa: UP/I-344-01/13-05/23, urbroj: 376-11/13-04 od 11. prosinca 2013. godine, radi provođenja regulatorne obveze nadzora cijena za usluge međupovezivanja u javnoj nepokretnoj komunikacijskoj mreži, u sjednici vijeća održanoj 7. prosinca 2016.

presudio je

I. Odbija se kao neosnovan tužbeni zahtjev tužitelja za poništenje Odluke Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije, klasa: UP/I-344-01/13-05/23, urbroj: 376-11/13-04 od 11. prosinca 2013. godine.

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

Obrazloženje

Osporenom odlukom tuženika određuju se cijene usluge završavanja (terminacije) poziva u javnu nepokretnu komunikacijsku mrežu operatora Hrvatski Telekom d.d. u iznosu od 0,60 lipa/min. u vrijeme jakog prometa i 0,30 lipa/min. u vrijeme slabog prometa, koje se primjenjuju od 1. siječnja 2015. godine (točka 1. izreke). Do primjene cijena iz točke 1., postojeće cijene usluge završavanja (terminacije) poziva u javnu nepokretnu komunikacijsku mrežu operatora Hrvatski Telekom d.d. linearno će se smanjivati svakih šest mjeseci i to na način kako je navedeno u Privitku 1. koji je sastavni dio odluke (točka 2. izreke). Ostali operatori koji imaju status operatora sa značajnom tržišnom snagom na tržištu završavanja (terminacije) poziva u određenu javnu nepokretnu komunikacijsku mrežu u obvezi su primjenjivati cijene iz točke 1. pri čemu su do početka primjene navedenih cijena obvezni primjenjivati cijene iz Privitka 1. odluke koje su određene za uslugu završavanja (terminacije) poziva u javnu nepokretnu komunikacijsku mrežu operatora Hrvatski Telekom d.d. na regionalnoj razini (točka 3. izreke). Određuju se cijene usluge započinjanja (originacije) poziva u javnoj nepokretnoj komunikacijskoj mreži operatora Hrvatski Telekom d.d. u iznosu od 1,48 lipa/min. u vrijeme jakog prometa i 0,74 lipa/min. u slabog prometa, koje se primjenjuju od 1. siječnja 2015. godine (točka 4. izreke). Do primjene cijena iz točke 4. postojeće cijene usluge započinjanja (originacije) poziva u javnoj nepokretnoj komunikacijskoj mreži operatora Hrvatski Telekom d.d., linearno će se smanjivati svakih šest mjeseci i to na način kako je navedeno u Privitku 2. koji je sastavni dio odluke (točka 5. izreke). Određuju se i iznosi naknada koje operator Hrvatski Telekom d.d. naplaćuje ostalim operatorima za pozive na brojeve hitnih službi te za pristup uslugama s posebnom tarifom i pristup uslugama besplatnog poziva u mrežama ostalih operatora kako je navedeno u Privitku 3. koji je sastavni dio odluke (točka 6.).

Tužitelj pobija odluku tuženika navodeći da je tuženik sukladno članku 22. stavak 5. ZEK-a u razdoblju od 26. srpnja 2013. godine do 16. rujna 2013. godine proveo raspravu na prijedlog Odluke te po provedenoj javnoj raspravi sukladno članku 23. stavak 2. točki 2. ZEK-a prijedlog Odluke dostavio 31. listopada 2013. godine Europskoj komisiji na daljnje postupanje te je 2. prosinca 2013. godine tuženik zaprimio odluku Europske komisije o prihvaćanju Odluke u skladu sa člankom 7. stavak 3. Okvirne direktive 2002/21/EZ (dalje u tekstu: Okvirna direktiva). Tužitelj skreće pozornost na odredbu članka 5. stavak 1. i 2. te članka 7. ZEK-a, napominjući da bi tuženik u donošenju svojih odluka trebao voditi računa o ostvarenju regulatornih načela i ciljeva te postizanju i ravnoteži između interesa Republike Hrvatske i razvoja unutarnjeg tržišta Europske unije (sukladno čl. 3. Zakona) ističući da tuženik u određivanju cijena završavanja (terminacije) poziva, nije ulazio u analizu da li se takvim pristup ispunjavaju regulatorna načela i ciljevi iz članka 5. ZEK-a i interesi Republike Hrvatske, već se pozvao na preporuke EK bez dodatnih obrazloženja da li je primjena takvog pristupa opravdana u konkretnom slučaju. Napominje da preporuka EK nije pravno obvezujući akt i kao takva nije izravno primjenjiva u

zakonodavstvu Republike Hrvatske sukladno članku 288. pročišćene inačice Ugovora o funkcioniranju Europske unije te da preporuka omogućuje institucijama da izraze svoja stajališta i predlože pravac djelovanja, a da pri tom ne nameću nikakve pravne obveze onima kojima je upute pri čemu je preporuka Europske komisije primijenjena samo u vrlo malom broju država Europske unije te se stoga ne može govoriti o dosljednoj europskoj praksi čiji bi razvoj sukladno članku 5. stavak 5. točka 3. Zakona tuženik trebao osigurati. U prilog tome govori i činjenica da se u sve većem broju država Europske unije dovodi u pitanje obveza i osnovanost primjene »čistog« LRIC pristupa pri određivanju cijena usluga operatora, navodeći primjere zemalja članica Europske unije i odluke nacionalnih regulatornih tijela ili nadležnih sudova (Savezna Republika Njemačka, Nizozemska, Irska), iz kojih slučajeva je razvidno da je tuženik donošenjem osporene Odluke temeljem preporuke Europske komisije postupao protivno članku 3. i 5. ZEK-a. Nadalje, ističe da se tuženik u uvodu odluke poziva na članak 62. stavak 3. i 4. ZEK-a kao zakonsku osnovu za donošenje Odluke ali nigdje ne obrazlaže, niti dokazuje na koji je način osigurao da su svi načini povrata troškova i metodologije određivanja cijena koje je odredio tužitelju usmjereni na promicanje djelotvornosti održivog tržišnog natjecanja, te na ostvarivanje najvećih pogodnosti za krajnje korisnike usluga. Upravo suprotno tuženik utvrđuje da »pure« LRIC pristup koji se preporučuje za određivanje cijene usluge završavanja (terminacije) poziva ne omogućuje operatoru nadoknadu svih troškova (zajednički i združeni troškovi) koji nastaju pri pružanju predmetne usluge. Stoga, u određivanju cijene započinjanja (originacije) poziva pozivajući se na Preporuku EK-e kako je detaljno opisano u točki IV. tužbe, dio troškova usluge završavanja (terminacije) poziva prebacuje u trošak odnosno cijenu usluge započinjanja (originacije) poziva. Štoviše EK-a je u svojoj odluci od 29. studenog 2013. navela da ovakvo prebacivanje troškova s veleprodajnog tržišta završavanja (terminacije) poziva na druge regulirane usluge može dovesti do dodatnih prepreka ulasku na maloprodajno tržište telefonije, čime bi se otežalo tržišno natjecanje. Tužitelj skreće pozornost da je preporuka EK-e pravno neobvezujući akt čiju primjenu Europska komisija nije ovlaštena nametati sukladno članku 19. Okvirne direktive. Smatra da tuženik nije odredio cijene završavanja (terminacija) i započinjanja (originacije) poziva sukladno člancima 3., 5. i 62. ZEK-a već suprotno tuženik svoju odluku donosi pozivajući se na pravno neobvezujući dokument tj. preporuku EK-e iz 2009. godine što čini odluku nezakonitom. Smatra da je tuženik u obrazloženju osporavane odluke morao ukazati na činjenice iz kojih proizlaze zaključci o okolnostima koje opravdavaju donošenje osporavane odluke u datom trenutku. Međutim, sasvim suprotno, obrazloženje osporavane odluke gotovo da nema činjeničnog utvrđenja, pri čemu je povrijeđena odredba članka 98. stavak 5. Zakona o općem upravnom postupku. U vezi primjene troškovnog modela tužitelja, koji je također izrađen temeljem rješenja tuženika od 18. studenog 2008. godine odnosno odluke tuženika od 11. prosinca 2013. godine i koji ispunjava osnovna načela metodologije, smatra da je tuženik mogao tužitelju pozivom na odredbu članka 5., 56. i 62. ZEK-a odrediti pravno osnovanu obvezu nadzora cijena i vođenje troškovnog računovodstva kao regulatorne mjere kojom se ispravlja nedostatna djelotvornost tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu. Primjenom troškovnog modela tužitelja, tužitelju bi se omogućilo da cijene usluge iz Odluke odredi prema stvarnim troškovima koje ima, uključujući razumnu stopu povrata ulaganja čime bi Odluka bila u skladu sa točkom 20. Preambule Direktive o pristupu koja je prenijeta u pravni poredak Republike Hrvatske i kojom je definirano da: »kad državno regulatorno tijelo izračunava troškove nastale prilikom uspostavljanja usluge koja je određena prema ovoj Direktivi, potrebno je dopustiti prihvatljiv povrat uloženog kapitala, uključujući potrebne radne i građevinske troškove, s prilagođenom vrijednosti kapitala gdje je potrebno odraziti trenutačnu vrijednost imovine i djelotvornost operacija. Metoda povrata troškova mora biti prilagođena okolnostima, uzimajući u obzir potrebu da se unaprijedi učinkovitost i održivo tržišno natjecanje, a potrošačke okolnosti dovedu do najvišeg stupnja«. Smatra da je tuženik postupio upravo suprotno od predloženog od strane tužitelja, te da je na paušalan način određivanja regulatornih obveza tužitelju, postupio protivno citiranim odredbama ZEK-a, ali u članku 8. ZUP-a jer je propustio utvrditi sve činjenice i okolnosti koje su bitne za zakonito i pravilno rješavanje upravne stvari. Smatra da tuženik zanemaruje stvarno stanje i stvarne troškove mreže koje tužitelj u obavljanju usluga ima te na taj način postupa protivno članku 62. ZEK-a i članku 8. ZUP-a te točki 20. Preambule Direktive o pristupu. Tuženik za donošenje osporavane Odluke ne koristi činjenice utemeljene na dokazima već se poziva na Preporuku EK-e koja nije pravno obvezujuća. Tužitelj predlaže Sudu održati raspravu, usvojiti tužbeni zahtjev i poništiti u cijelosti odluku tuženika od 11. prosinca 2013. godine.

Tuženik u odgovoru na tužbu ističe da je osporavana Odluka donesena temeljem odredbe članka 62. stavak 3. i 4. Zakona o elektroničkim komunikacijama (»Narodne novine« 73/08., 90/11., 133/12. i 80/13., dalje: ZEK) radi provođenja regulatorne obveze nadzora cijena za usluge međupovezivanja u javnoj nepokretnoj komunikacijskoj mreži. Napominje da je od 1. srpnja 2013., odnosno od ulaska Republike Hrvatske u Europsku uniju tuženik u obvezi surađivati i usklađivati svoje odluke s nadležnim nacionalnim regulatornim tijelima Europske unije, s BEREC-om i Komisijom u postupku utvrđivanja određene regulatorne obveze, a sve kako bi se osigurala usklađena primjena mjerodavne pravne stečevine Europske unije u području unutarnjeg tržišta. Tuženik je prilikom donošenja osporavane odluke u potpunosti postupio u skladu s člankom 23. stavak 2. točka 2. ZEK-a, a ukoliko bi prijedlog odluke predstavljao zapreku zajedničkom tržištu ili ukoliko bi postojala osnovana sumnja u usklađenost prijedloga odluke, započinje postupak ispitivanja i usklađivanja odluke sa mjerodavnom stečevinom EU, u skladu s člankom 23. stavak 9. ZEK-a. Napominje da je preporuka EK-e pravno neobvezujuća samo u slučaju kada za to postoje opravdane okolnosti koje je potrebno dokazati na konkretnom nacionalnom tržištu. Nadalje,