

VISOKI UPRAVNI SUD REPUBLIKE HRVATSKE

2567

PRESUDA

Visoki upravni sud Republike Hrvatske u vijeću sastavljenom od sudaca toga suda Lidije Vukičević, predsjednice vijeća, Mirjane Čačić i mr. sc. Inge Vezmar Barlek, članica vijeća, te Branke Stipandžije, zapisničarke, u upravnom sporu tužitelja Hrvatski Telekom d.d. iz Zagreba, Roberta Frangeša Mihanovića 9, kojeg zastupa Irena Tušek, protiv odluke Vijeća Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije, sada Hrvatske regulatorne agencije za mrežne djelatnosti, Zagreb, Roberta Frangeša Mihanovića 9, koju zastupa Domagoj Maričić, klasa: UP/I-344-01/12-03/04, urbroj: 376-11/13-50 od 28. lipnja 2013. godine, uz sudjelovanje zainteresirane osobe VIPnet d.o.o., Amis Telekom d.o.o., H1 Telekom d.d., Optima Telekom d.d. i Metronet telekomunikacije d.d., radi određivanja regulatornih obveza, nakon održane javne rasprave 19. studenog 2015.,

presudio je

I. Odbija se tužbeni zahtjev za poništavanje odluke Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije, klasa: UP/I-344-01/12-03/04, urbroj: 376-11/13-50 od 28. lipnja 2013.

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

O b r a z l o ž e n j e

Osporenom odlukom tuženika točkom I. određen je tužitelj trgovačko društvo Hrvatski Telekom d.d. Zagreb, Savka cesta 32 operatorom sa značajnom tržišnom snagom na tržištu veleprodajnog širokog pojasnog pristupa. Radi toga je točkom II. izreke osporenog rješenja tužitelju određen niz obveza i to: obveza transparentnosti uz objavu Standardne ponude (članak 58. Zakona o elektroničkim komunikacijama (»Narodne novine«, broj 73/08., 90/11 i 133/12. – dalje u tekstu: ZEK), obveza nediskriminacije (članak 59. ZEK-a), obveza računovodstveno razdvajanja (članak 60. ZEK-a), obveza pristupa i korištenja posebnih dijelova mreže (članak 61. ZEK-a) te obveza nadzora cijena i vođenja troškovnog računovodstva (članak 62. ZEK-a).

Točkom III. određeni su način, uvjeti i rokovi provođenja regulatornih obveza iz točke II. odluke propisani regulatornim dokumentom Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije »Analiza tržišta veleprodajnog širokopojasnog pristupa«, koji u cijelosti sastavni dio ove odluke, a točkom IV. izreke rješenja ukidaju se regulatorne obveze su tužitelju određene odlukom o »Analizi tržišta veleprodajnog široko pojasnog pristupa« klasa: 344-01/09-01/1709, urbroj: 376-11-09-01 od 17. srpnja 2009. godine, kao i svim njezinim izmjenama i dopunama.

Tužitelj u tužbi pobija upravni akt u cijelosti jer nije pravilno primijenjen zakon, jer u postupku koji je aktu prethodio nije postupano prema pravilima postupka, jer činjenično stanje nije pravilno utvrđeno, te je iz utvrđenih činjenica izveden nepravilan zaključak u pogledu činjeničnog stanja. Tužitelj navodi odredbu članka 58. stavak 1. ZEK-a na temelju koje je tuženik tužitelju odredio regulatornu obvezu transparentnosti uz obvezu objave standardne ponude, a kojim člankom 58. stavak 1. je propisano da tuženik može operatoru sa značajnom tržišnom snagom odrediti obvezu transparentnosti i to može učiniti na način da mu odredi obvezu učiniti javno dostupnim određene podatke. Svrha obveze transparentnosti je, kako to i sam tuženik navodi u odluci na stranici 69., četvrti odjeljak Analize, sprječavanje da operator sa značajnom tržišnom snagom provodi prema drugim operatorima diskriminaciju »...budući je moguće utvrditi sve oblike diskriminacijskog ponašanja samo kada su

transparentno objavljeni uvjeti pod kojima operator sa značajnom tržišnom snagom (kojom je određena regulatorna obveza transparentnosti) nudi predmetnu veleprodajnu uslugu. Stoga, samo uz transparentno objavljene uvjete operatori mogu utvrditi jesu li diskriminirani rokovima, uvjetima ili cijenama prilikom pružanja predmetne usluge«. Obveza transparentnosti je nadopuna obveze nediskriminacije iz članka 59. ZEK-a koja je tužitelju također određena točkom 2. izreke odluke što izričito proizlazi iz odluke tuženika na stranici 69., posljednji odlomak i stranici 70., prvi odjeljak, u kojoj se navodi da se »obveza transparentnosti u potpunosti nadopunjuje s prethodno određenom obvezom nediskriminacije te je nužna iz razloga što je usluga bitstream pristupa tehnički zahtjevnija usluga. Stoga je provođenje obveze nediskriminacije moguće samo u slučaju transparentnog prikaza svih informacija i uvjeta potrebnih za široko pojasni pristup mreži HT-a«.

Obvezom nediskriminacije tužitelju se određuje pružati usluge drugim operatorima uz jednake uvjete kao što su oni koje tužitelj primjenjuje za svoje vlastite potrebe ili potrebe svojih povezanih društava. Budući jedino univerzalni pristup uvjetima koje tužitelj primjenjuje prema drugim operatorima može osigurati poštivanje i kontrolu obveze nediskriminacije kroz obvezu transparentnosti iz članka 58. ZEK-a osigurava se da tužitelj te uvjete učini dostupnim na način da ih uključi u standardnu ponudu i javno objavi.

Obvezom transparentnosti se operatoru sa značajnom tržišnom snagom sukladno članku 58. ZEK-a nalaže da sve uvjete i podatke vezano za pružanje usluga drugim operatorima objavi kako bi se izbjeglo da operator sa značajnom tržišnom snagom prema različitim operatorima primjenjuje različite uvjete ili cijene.

Tuženik odlukom nije propisao tužitelju samo obvezu da javno objavi standardnu ponudu kako bi uvjeti pružanja usluga tužitelja bili transparentni i nediskriminirajući, već je pozivajući se na članak 58. ZEK-a tužitelju propisao i konkretne financijske uvjete koje je tužitelj obavezan ugraditi u standardnu ponudu. Tužitelj u svojem financijskom poslovanju ne primjenjuje uvjete koje je odlukom propisao tuženik, tako da svrha propisivanja predmetnih financijskih uvjeta ne može biti provedba obveze nediskriminacije.

Nadalje, tuženik je odlukom (strana 73. Analize) propisao da je tužitelj dužan u standardnoj ponudi predvidjeti između ostalog to da je rok dospelja plaćanja računa 60 dana od zaprimanja računa, da će tužitelj primijeniti postupak naplate potraživanja iz dostavljenih instrumenata osiguranja plaćanja tek ukoliko operator ne podmiri svoja dospelja i nesporna dugovanja u roku od 30 dana od dana dospelja, da prilikom aktivacije instrumenata osiguranja plaćanja HT odnosno tužitelj može naplatiti samo dospelja i neosporena dugovanja za koja je protekao rok od 30 dana od dana dospelja, dakle ne i ona za koja je nastupilo samo dospelje, a isto tako prilikom namirenja HT je obavezan najprije zatvoriti obveze s najstarijim dospeljem.

Prema mišljenju tužitelja propisivanje roka dospelja plaćanja računa je ograničavanje prava vjerovnika u primjeni postupka prisilne naplate potraživanja iz instrumenata osiguranja plaćanja i određivanje redoslijeda uračunavanja ispunjenja što nisu obveze koje tuženik ovlašten odrediti temeljem članka 58. ZEK-a. Ovaj članak daje ovlast naložiti tužitelju da učini javno dostupnim određene podatke i propisivanje financijskih uvjeta pod kojima će tužitelj pružati svoju uslugu što se zasigurno ne može podvesti pod pojam »učiniti javno dostupnim određene podatke«.

Propisivanje instrumenata osiguranja plaćanja, rokova plaćanja novčanih obveza, postupka i rokova naplate potraživanja su mjere koje ulaze u područje obvezno pravnih odnosa između operatora sa značajnom tržišnom snagom kao prodavatelja usluga i operatora korisnika kao kupaca istih. Na taj način tuženik utvrđuje sadržaj financijskih uvjeta pod kojima je operator sa značajnom tržišnom snagom ovlašten pružati usluge, odnosno regulira njegovo financijsko poslovanje, iako to nije dio njegovih ovlasti, niti može biti sadržaj obveze transparentnosti iz članka 58. Ovakvim postupanjem tuženika postupljeno je protivno članku 58. ZEK-a a u svezi s člankom 5. stavkom 1. i člankom 12. ZEK-a izlazeći sadržajem odluke izvan djelokruga i nadležnosti koje su mu kao javnopravnom tijelu dane ZEK-om. Time je prema mišljenju tužitelja postupljeno protivno Zakonu o obveznim odnosima (»Narodne novine«, broj 35/05., 41/08., dalje u tekstu: ZOO) i Zakonu o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (»Narodne novine«, broj 108/12., 144/12., 81/13., dalje u tekstu: ZFPPN). Na stranici 78. točka 7. Analize, posljednja rečenica, tuženik je propisao da je tužitelj prilikom namirenja svojih potraživanja prema operatoru korisniku standardne ponude putem aktivacije instrumenta osiguranja plaćanja obavezan najprije zatvoriti obvezu s najstarijim dospeljem, pa proizlazi da je tuženik tužitelju propisao red uračunavanja ispunjenja obveza operatora korisnika prema tužitelju. Tužitelj se poziva na članak 171. Zakona o obveznim odnosima koji propisuje pravila uračunavanja ispunjenja kad između istih osoba postoji više istorodnih obveza pa ono što dužnik ispuni nije dovoljno da bi se mogle namiriti sve obveze. U tom slučaju sukladno stavku

1. članka 171. ZOO mjerodavan je sporazum vjerovnika i dužnika. Ako takvog sporazuma nema, uračunavanje se obavlja onim redom kojim odredi dužnik najkasnije prilikom ispunjenja. Ako nema dužnikove izjave o uračunavanju, obveze se namiruju redom kako je koja dospjela za ispunjenje. Dakle, u slučaju kada dolazi do podmirenja obveza operatora korisnika prema tužitelju, bilo dobrovoljno ili prisilnim putem, a ono što je podmireno nije dovoljno da bi se mogle namiriti sve obveze operatora korisnika, primjenjiv je članak 171. ZOO koji propisuje da je u tom slučaju mjerodavan sporazum vjerovnika i dužnika, ako nema sporazuma izjava dužnika te u nedostatku navedenog, red kako je koja obveza dospjela za ispunjenje. Tuženik je odlukom protivno članku 171. ZOO definirao obvezu tužitelja tako da uračunavanje ispunjenja vrši isključivo vodeći se kriterijem reda kako je koja obveza dospjela za ispunjenje, te na taj način odredio obvezu koja je protivna ZOO budući da tužitelj neće biti ovlašten red uračunavanja definirati sporazumom sa operatorom niti će operator biti ovlašten odrediti red uračunavanja svojom izjavom najkasnije prilikom ispunjenja.

Tužitelj nadalje navodi da je u 2012. godini donesen Zakon o financijskom poslovanju i predstečjanoj nagodbi (»Narodne novine«, broj 108/12. i 144/12.) koji je donesen radi usklađivanja hrvatskog zakonodavstva s direktivom Europskog parlamenta i vijeća Europske unije o borbi protiv kašnjenja u komercijalnim plaćanjima (2011/7/EU, dalje u tekstu: Direktiva), koju su članice Europske unije bile obvezane implementirati u svoje nacionalno gospodarstvo do 16. veljače 2013. godine. Sukladno odredbama Direktive rokovi plaćanja u privatnom sektoru ne smiju prelaziti iznos od 60 dana, a dulja plaćanja su dopuštena jedino u slučaju postojanja takve izričito obostrane volje ugovornih strana i pod uvjetom da to nije na štetu vjerovnika. Člankom 11. stavak 3. Zakona, slijedom teksta spomenute Direktive, presumira se da između poduzetnika postoji rok plaćanja od 30 dana, ukoliko nešto drugo nije ugovoreno. Podredno, Zakon pod prijetnjom ništetnosti (čl. 14. st. 5.) predviđa obvezu poduzetnika ugovoriti rok ispunjenja novčane obveze maksimalno do 60 dana. Što više utvrđuje da su odredbe ugovora kojima bi se ugovorio rok ispunjenja novčanih obveza dulji od 60 dana ništetni, ako na temelju okolnosti slučaja, a posebno trgovačkih običaja i naravi predmeta obveze proizlazi da je takvom ugovornom odredbom suprotno načelu savjesnosti i poštenja prouzročena očigledna neravnopravnost u pravima i obvezama ugovornih strana na štetu vjerovnika.

Tuženik na stranici 73. Analize predviđa rok od 60 dana za dospijeće plaćanja računa i dodatan rok od 30 dana od dana dospijeća, nakon kojeg je tužitelj ovlašten pokrenuti postupak naplate potraživanja odnosno privremeno obustaviti pružanje usluge. Na taj način može se zaključiti da se odlukom de facto rok dospijeća plaćanja za operatore korisnike određuje u trajanju od 90 dana. Operator korisnik je ovlašten u roku od 90 dana od dana zaprimanja računa dobrovoljno ispuniti svoju novčanu obvezu prema tužitelju bez da tužitelj kao vjerovnik ima mogućnost prije isteka predmetnog roka namiriti svoja potraživanja iz dostavljenog instrumenta osiguranja plaćanja. Pri tom je obrazloženje tuženika da tužitelj u razdoblju nakon proteka 60 dana od zaprimanja računa od strane operatora ima pravo na zatezne kamate bespredmetno, budući da svrha roka dospijeća plaćanja nije da njegovim protekom vjerovnik stječe pravo na zatezne kamate zbog zakašnjenja u plaćanju već da protekom tog roka vjerovnik ima pravo krenuti u prisilnu naplatu svojeg potraživanja. Stoga oduzimanjem ovog prava tužitelju kao vjerovniku, tuženik je zapravo odlukom propisao da je rok dospijeća plaćanja računa koje je tužitelj izdao operatorima za pružene usluge 90 dana. Tužitelj smatra da je tuženik kao nacionalno regulatorno tijelo za područje elektroničkih komunikacija ovlašteno i specijalizirano za uređivanje odnosa između operatora elektroničkih komunikacija specifičnih za tržište elektroničkih komunikacija, pa pitanja nelikvidnosti i insolventnosti, te s tim u vezi i pitanja primjerenih rokova dospijeća plaćanja u situaciji gospodarske krize nisu pitanja koja su uređena ZEK-om slijedom čega se ne radi o pitanjima koja bi bio ovlašten regulirati tuženik. Smatra da su i tužitelj i ostali operatori na tržištu elektroničkih komunikacija kao i svi ostali poduzetnici u Republici Hrvatskoj dužni svoje poslovanje uskladiti s odredbama ZFPPN, a provedbu tog Zakona sukladno članku 87. stavak 1. nadzire Ministarstvo financija. Stoga smatra da je tuženik uvelike prekoračio svoje ovlasti upustivši se osporenom odlukom u reguliranje materije koja je predmet ZFPPN i upustivši se u tumačenje odredaba tog Zakona. Tužitelj se poziva na obrazloženje tuženika u Odluci (stranica 100. Analize) u kojem je iznijeto tumačenje tuženika da bi sukladno ZFPPN među poduzetnicima bilo dopušteno ugovoriti i dulji rok dospijeća plaćanja s 30 na 60 dana što bi bilo u skladu s odredbom članka 11. stavak 1. ZFPPN jer se tom odredbom omogućava poduzetnicima da ugovorom ugovore rok ispunjenja novčane obveze do 60 dana. Tim Zakonom se u članku 11. stavku 2. omogućava ugovaranje i duljeg roka ukoliko dužnik novčane obveze, vjerovniku pruža instrument osiguranja plaćanja u vidu ovršne isprave. Kada bi prema mišljenju tužitelja takvo tumačenje tuženika i bilo ispravno, dan nakon donošenja odluke Hrvatski sabor je izmijenio ZFPPN i to na način da je dulji rok dospijeća od 60 dana dopušteno ugovoriti među poduzetnicima isključivo kod ugovora o robno trgovačkom kreditu. Prema tome i u slučaju ispravnosti tog tumačenja time što je odlukom tuženik definirao

obvezu tužitelja u ugovoru s operatorima ugraditi rok za ispunjenje novčane obveze u trajanju od faktično 90 dana odlučio je protivno članku 11. stavak 1. ZFPPN i onemogućio tužitelju da svoje poslovanje uskladi s naknadnim izmjenama ZFPPN.

Tužitelj smatra da je tuženik svojom odlukom tužitelja stavio u diskriminirani položaj u odnosu na druge vjerovnike operatora, koji se nalazi u postupku predstečajne nagodbe. Pri tome se tužitelj poziva na odredbu članka 22. i 23. ZFPPN i smatra da je taj Zakon jedini propis koji uređuje pitanja postupanja poduzetnika tijekom postupka predstečajne nagodbe i čije je provođenje u nadležnosti Ministarstva financija, i ne predviđa da bi određene kategorije vjerovnika tijekom postupka predstečajne nagodbe bile obvezne ne samo ne uskratiti dužniku postojeće usluge već i omogućiti dužniku da poveća opseg svog poslovanja. Stoga je osporenom odlukom tuženik promijenio položaj tužitelja kao vjerovnika operatora u odnosu na kojeg se vodi postupak predstečajne nagodbe i to na način da je položaj tužitelja kao vjerovnika postao izrazito otegotan u odnosu na položaj svih drugih vjerovnika uključujući pružatelje javnih usluga kao što su usluge električne energije, vode i sl., kojima ZFPPN takve obveze ne propisuje. Time je također tuženik svojom odlukom obvezao tužitelja kao vjerovnika operatora koji je u postupku predstečajne nagodbe da poduzima radnje kojima može prouzročiti štetu (povećanje obujma poslovanja s nelikvidnim i/ili prezaduženim dužnikom i ujedno omogućuje dužniku operatoru elektroničkih komunikacija da i u odnosu na određenog vjerovnika (tužitelja) poduzima štetne radnje (naručivanje novih usluga). Time Odluka definira međusobne odnose tužitelja operatora dužnika u postupku predstečajne nagodbe protivno načelu postupanja u dobroj vjeri kako je to pripisano člankom 23. ZFPPN. Time što je odlukom ušao u područje regulacije ZFPPN na način koji je protivan odredbama tog Zakona tuženik je prema mišljenju tužitelja prekoračio ovlasti dodijeljene člankom 5. stavkom 1. i člankom 12. ZEK-a, jer je odredio tužitelju obveze za koje nema utemeljenja niti u jednom zakonu.

Tužitelj smatra da iz osporene odluke nije vidljivo koje su to okolnosti koje opravdavaju svaku od propisanih obveza jer navođenje razloga kao što su »opća gospodarska kriza« i »nelikvidnost« ne objašnjavaju zašto je tužitelju, primjerice, određena obveza prilikom namirenja najprije podmiriti obveze s najstarijim dospijecom ili obveza prilikom aktivacije instrumenta osiguranja plaćanja naplatiti samo dugovanja za koja je protekao rok od 30 dana od roka dospijeca, a ne i sva dugovanja za koje je nastupilo dospijec (stranica 78. Analize). Propuštanjem obrazloženja tužitelju je onemogućeno u potpunosti ostvariti svoje pravo na žalbu, odnosno upravnu tužbu, jer nije upoznat s razlozima donošenja odluke čime je postupljeno protivno članku 98. stavak 5. ZUP-a i članka 20. stavak 3. ZEK-a. S tim u vezi ukazuje tužitelj na odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske broj: U-I-284/94 od 13. studenog 1996. godine (»Narodne novine«, broj 103/96.), u kojoj je potvrđeno da nedostatak obrazloženja odluke predstavlja uskraćivanje stranci prava na žalbu, jer se obrazloženjem određenog rješenja učvršćuje načelo zakonitosti te djeluje protiv eventualne samovolje i proizvoljnosti. Tako se utvrđuje je li upravno tijelo u postupanju bilo rukovođeno načelom zakonitosti i postupalo tako da strankama omogućuje što lakšu zaštitu svojih prava vodeći računa i o tome da ostvarenje njihovih prava ne bude u suprotnosti sa zakonom utvrđenim javnim interesom. Ne navođenjem razloga u obrazloženju i prema shvaćanju Ustavnoga suda iznijetom u navedenoj odluci vrijeđa se ustavna odredba članka 26. jer su u povoljnijem položaju pred sudovima i drugim državnim i inim tijelima koja imaju javne ovlasti osobe koje se žale protiv pojedinačnih akata što sadrže i razloge na kojima se zasnivaju od onih osoba koje su prisiljene štititi svoja prava pravnim sredstvima protiv pojedinačnih akata koji ne sadrže obrazloženje.

Također tužitelj smatra da osporena odluka nije niti u skladu s člankom 56. stavak 3. ZEK-a kojom je propisano da se regulatorne obveze moraju temeljiti na prirodi utvrđenog nedostatka na tržištu, moraju biti razmjerne i opravdane obzirom na regulatorna načela i ciljeve iz članka 5. ovog Zakona. Odlukom nije definirano koji nedostatak na tržištu se rješava svakom konkretnom obvezom vezanom za financijske uvjete poslovanja tužitelja niti je obrazložena njihova razmjernost i opravdanost obzirom na regulatorna načela i ciljeve. Na stranici 72. Analize navodi se obrazloženje kako se tužitelj obvezuje ugraditi u standardnu ponudu navedene odredbe »s ciljem harmoniziranja standardnih ponuda koje su obvezni objaviti operatori koji na mjerodavnim tržištima imaju status operatora sa značajnom tržišnom snagom ...« To ne samo što nije obrazloženje svakog pojedinog propisanog roka i financijskog uvjeta, već je u direktnoj suprotnosti s odredbom članka 56. stavak 3. ZEK-a kojim se jasno propisuje da se svaka obveza određena odlukom mora temeljiti na prirodi utvrđenog nedostatka na tržištu. Iz razloga što tržište elektroničkih komunikacija ima svoje specifične uvjete i nedostatke, tuženik je prilikom uređivanja regulatornih obveza dužan voditi računa da se svaka obveza određuje zbog konkretnog nedostatka na konkretnom tržištu te da je ista usmjerena na otklanjanje upravo tog konkretnog tržišnog poremećaja. Smatra da tuženik ne samo što u odluci nije obrazložio na prirodi kojeg nedostatka na tržištu se temelji svaka od određenih obveza već izričito navodi da nije niti analizirao nedostatke na tržištu koji su predmet