

VISOKI UPRAVNI SUD REPUBLIKE HRVATSKE

2470

PRESUDA

Visoki upravni sud Republike Hrvatske u vijeću sastavljenom od sudaca toga suda Borisa Markovića, predsjednika vijeća, Sanje Štefan i Blanše Turić, članica vijeća, te Biserke Cerovski, zapisničarke, u upravnom sporu tužitelja Hrvatski Telekom d.d. iz Zagreba, Roberta Frangeša Mihanovića 9, kojeg zastupa opunomoćenica Irena Tušek, protiv odluke tuženika Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije, (sada Hrvatska regulatorna agencija za mrežne djelatnosti) Zagreb, Roberta Frangeša Mihanovića 9, kojeg zastupa Domagoj Maričić po generalnoj punomoći broj: Su-164/2015, uz sudjelovanje VIPnet d.o.o., Vrtni put 1, Zagreb, kojeg zastupa Igor Barlek iz Varaždina, H1 Telekom d.d., Put Trščenice 10, Split, OT-Optima Telekom d.d., Bani 75/a, Zagreb, kojeg zastupa opunomoćenica Iva Dragić iz Zagreba, Metronet telekomunikacije d.d., Ulica grada Vukovara 269/d, Zagreb, kojeg zastupa opunomoćenica Iva Šuler dip. iur. iz Zagreba, Amis Telekom d.o.o., Bani 75, Zagreb, u svojstvu zainteresiranih osoba, radi rješavanja spora između operatora, nakon održane javne i usmene rasprave u nazočnosti opunomoćenice tužitelja, opunomoćenika tuženika i opunomoćenika zainteresirane osobe VIPnet d.o.o. Zagreb, dana 28. listopada 2015.

presudio je

I. Odbija se tužbeni zahtjev za poništenje odluke Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije, Zagreb (sada Hrvatska regulatorna agencija za mrežne djelatnosti), klasa: UP/I-344-01/12-03/3, urbroj: 376-11/13-22 od 28. lipnja 2013.

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

O b r a z l o ž e n j e

Osporenom odlukom tuženika trgovačko društvo Hrvatski Telekom d.d., Zagreb, Savska cesta 32 određuje se operatorom sa značajnom tržišnom snagom na tržištu veleprodajnog (fizičkog) pristupa mrežnoj infrastrukturi (uključujući dijeljeni i potpuni pristup izdvojenoj lokalnoj petlji) na fiksnoj lokaciji (točka I. izreke odluke), trgovačkom društvu Hrvatski Telekom d.d., Zagreb određuju se sljedeće regulatorne obveze: obveza transparentnosti uz objavu standardne ponude (članak 58. Zakona o elektroničkim komunikacijama – dalje: ZEK), obveza nediskriminacije (članak 59. ZEK-a) obveza računovodstvenog 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), (točka II. izreke odluke), način, uvjeti i rokovi provođenja regulatornih obveza iz točke II. ove odluke propisani su regulatornim dokumentom Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije »Analiza tržišta veleprodajnog pristupa mrežnoj infrastrukturi« koji je u cijelosti sastavni dio odluke (točka III. izreke odluke) te se ukidaju regulatorne obveze koje su tužitelju Hrvatski Telekom d.d. Zagreb određene odlukom o »Analizi tržišta veleprodajnog pristupa mreži infrastrukturi (uključujući dijeljeni i potpuni pristup izdvojenoj lokalnoj petlji) na fiksnoj lokaciji« klasa: 344-01/09-01/1080, urbroj: 376-11-09-01 od 17. srpnja 2009. godine kao i svim njezinim izmjenama i dopunama (točka IV. izreke odluke).

Tužitelj pobija osporenu odluku u cijelosti zbog toga što u pobijanom aktu nije pravilno primijenjen zakon, što se u postupku koji je aktu prethodio nije postupalo prema pravilima postupka i što činjenično stanje nije pravilno utvrđeno te je iz utvrđenih činjenica izveden nepravilan zaključak u pogledu činjeničnog stanja. U bitnom navodi

da se obvezom transparentnosti operatoru sa značajnom tržišnom snagom sukladno članku 58. ZEK-a nalaže da sve uvjete i podatke vezano uz pružanje usluga drugim operatorima objavi, kako bi se izbjeglo da operator sa značajnom tržišnom snagom prema različitim operatorima primjenjuje različite uvjete ili cijene. Međutim, tuženik odlukom nije propisao tužitelju samo obvezu da javno objavi standardnu ponudu, kako bi uvjeti pružanja usluga tužitelja bili transparentni i nediskriminirajući, nego je propisao i konkretne financijske uvjete koje je tužitelj obavezan ugraditi u standardnu ponudu. Pritom 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. Naime, tuženik je propisao da je tužitelj dužan u standardnoj ponudi predvidjeti propisivanje roka dospijeca plaćanja računa, ograničavanje prava vjerovnika primijeniti postupak prisilne naplate potraživanja iz instrumenata osiguranja plaćanja i određivanja redoslijeda uračunavanja ispunjenja, što nisu obveze koje je tuženik ovlašten odrediti na temelju članka 58. ZEK-a. Navedeni članak tuženiku daje ovlast naložiti tužitelju da učini javno dostupnima određene podatke, a propisivanje financijskih uvjeta pod kojima će tužitelj pružati svoju uslugu zasigurno se ne može podvesti pod »učiniti javno dostupnim određene podatke«. Stoga, propisivanjem instrumenata osiguranja plaćanja, rokova plaćanja i novčanih obveza, postupka i rokova naplate potraživanja tuženik izravno ulazi u područje obvezno pravnih odnosa između operatora sa značajnom tržišnom snagom kao prodavatelja usluga i operatora korisnika kao kupca 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 navedeno nije dio njegovih ovlasti, niti može biti sadržaj obveze transparentnosti iz članka 58. ZEK-a. Ne samo što je, pozivajući se na članak 58. ZEK-a, tuženik tužitelju odredio obveze koje mu na temelju ove odredbe nije bio ovlašten odrediti, nego je pritom postupio protivno Zakonu o obveznim odnosima (»Narodne novine« 35/05. i 41/08.) i Zakonu o financijskom poslovanju predstečajnoj nagodbi (»Narodne novine« 108/12., 144/12. i 81/13.). Nadalje, u tužbi upućuje na odredbe članka 171. Zakona o obveznim odnosima te odredbe Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi te detaljno obrazlaže zašto smatra da je postupanje tuženika protivno navedenim zakonima. Posebno napominje da ga je tuženik Odlukom obvezao kao vjerovnika operatora koji je u postupku predstečajne nagodbe, da poduzima radnje kojima si može prouzročiti štetu (povećanje obujma poslovanja s nelikvidnim i/ili prezaduženim dužnikom) ili je omogućio dužniku operatoru elektroničkih komunikacija da u odnosu na određenog vjerovnika (tužitelja) poduzima štetne radnje (naručivanje novih usluga). Na taj način Odluka definira međusobne odnose tužitelja i operatora dužnika u postupku predstečajne nagodbe protivno načelu postupanja u dobroj vjeri kako je ono propisano člankom 23. Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi. Time što je osporenom Odlukom ušao u područje regulacije navedenog Zakona i to na način koji je protivan odredbama Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi, tuženik je prekoračio svoje ovlasti kako su mu one dodijeljene člankom 5. stavkom 1. i člankom 12. ZEK-a te odredio tužitelju obveze za koje nema utemeljenja niti u jednom zakonu. Smatra da je sukladno članku 98. stavku 5. Zakona o općem upravnom postupku (»Narodne novine« 47/09.) tuženik bio dužan obrazložiti odluku i u dijelu propisivanja financijskih uvjeta njegovog poslovanja. Međutim, iz odluke nije vidljivo koje su to okolnosti koje opravdavaju svaku od propisanih obveza, pa mu je onemogućeno u potpunosti ostvariti pravo na žalbu, odnosno upravnu tužbu budući da nije upoznat s razlozima donošenja odluke. Ističe da je tuženik odlukom odredio izrazito visoke iznose ugovornih kazni za slučaj zakašnjenja s ispunjenjem, bez da je obrazložio konkretno određene iznose te je na taj način tužitelju odredio obvezu u slučaju kašnjenja s ispunjenjem i zahtjeva operatora isplatiti visoku ugovornu kaznu, bez da je obrazložio zašto je upravo iznose koje je odredio smatrao razmjernima. Tuženik nigdje nije obrazložio zašto su baš iznosi od 50,00 kn, odnosno 75,00 kn po danu kašnjenja razmjerni s obzirom na vrijednost i značenje objekta obveze, pa je u tom dijelu odluka protivna članku 56. stavku 3. ZEK-a. Tuženik je prije donošenja odluke proveo javnu raspravu o analizi predmetnog tržišta na način da je prijedlog Odluke (zajedno s pripadajućom analizom) objavio na svojim službenim internetskim stranicama te omogućio javnosti davanja komentara na istu. Međutim, u prijedlogu Odluke i pripadajućoj analizi nije bila sadržana od tužitelja značajna obveza iz koje proizlazi da drugim operatorima u slučaju pristupa potpetlji za smještaj njihove opreme ponudi kao lokaciju unutar svog kabineta, te da u slučaju kada je iskazani interes veći od planiranih kapaciteta i ima obvezu osigurati i financirati opravdano povećanje prostora u vanjskom kabinetu, već je ta obveza naknadno uključena u odluku koja se pobija tužbom. Postupanjem tuženika na takav način, tužitelj je bio onemogućen u ostvarivanju svojih zakonskih prava da iznese mišljenje, odnosno argumentirane prijedloge izmjena spornih dijelova, a što bi zasigurno učinio. S obzirom na složenost upravne stvari i značaj pobijanog upravnog akta kojim se regulira cijelo jedno tržište na razdoblje od slijedeće tri godine tužitelj je predložio ovom Sudu održavanje usmene rasprave u predmetnom upravnom sporu jer to smatra neophodnim zbog dalekosežnih učinaka osporene odluke na njegovo cjelokupno poslovanje. Predlaže da Sud osporenu Odluku poništi.

Tuženik u odgovoru na tužbu i navodi da je u predmetnoj analizi, sukladno članku 56. stavcima 2. i 3. ZEK-a koristio svoje diskrecijsko pravo određivanja načina na koji će se odrediti regulatorne obveze iz članka 58. do 65. ZEK-a. Polazeći od utvrđene nedostatne djelotvornosti tržišnog natjecanja na mjerodavno tržište te prethodno definiranog izvora značajne tržišne snage tužitelja, tuženik je odredio regulatorne obveze razmjerno i opravdano s obzirom na regulatorna načela i ciljeve iz članka 5. ZEK-a. Smatra da je neosnovan prigovor tužitelja da obveza transparentnosti obvezuje samo na objavu uvjeta te ističe da je u svim dosad analiziranim tržištima, u okviru regulatorne obveze transparentnosti, propisivao rokove za privremenu obustavu i aktivaciju instrumenata plaćanja te napominje da su navedene analize potvrđene kao zakonite pred ovim Sudom. Upućuje na presudu ovoga Suda broj: Us-10120/2009-4 prema kojoj ZEK ostavlja diskrecijsko pravo tuženiku u svezi načina na koji će odrediti spomenute regulatorne obveze, uz uvjet da one budu rezultat provedene analize i utvrđivanja nedostatne djelotvornosti tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu te moraju biti razmjerne i opravdane s obzirom na regulatorna načela i prigovore iz članka 5. ZEK-a. Nadalje, ističe da je rok od 60 dana za dospijeće plaćanja računa u skladu sa Zakonom o financijskom poslovanju i predstajnoj nagodbi koji ne isključuje primjenu navedenog roka, nego dapače isti stranke mogu ugovoriti. Tijekom provođenja postupka analize predmetnog tržišta izdan je prijedlog tužitelja za izmjenom odredbe na način da se rok dospijeća računa umjesto od dana »slanja« određuje od dana »zaprimanja« računa, što je u skladu s člankom 11. stavkom 4. navedenog Zakona. Glede povrede odredbe članka 171. Zakona o obveznim odnosima navodi da je red uračunavanja ispunjenja obveza operatora korisnika sredstvo kojim tuženik nastoji spriječiti daljnje utvrđeno diskriminacijsko ponašanje tužitelja pa tvrdi da je određena mjera razmjerna prirodi utvrđenog nedostatka na tržištu, a također ističe da su Zakon o obveznim odnosima i Zakon o financijskom poslovanju i predstajnoj nagodbi u odnosu na određivanje načina reguliranja međusobnih odnosa između operatora, *lex generalis* u odnosu na ZEK, koji, kao *lex specialis* na taj način derogira primjenu istih. Tužitelj prigovara i dijelu odluke koji se odnosi na ugovorne kazne navodeći da su iste nesrazmjerne interesu koji se njihovim propisivanjem štiti odnosno u suprotnosti je s člankom 61. ZEK. Međutim, tuženik ističe da dosadašnja konstantna kašnjenja u realizaciji veleprodajnih usluga te povećani broj pritužbi operatora korisnika na preuranjenu deaktivaciju usluga od strane tužitelja, zasigurno nisu nesrazmjerne zaštiti djelotvornog tržišnog natjecanja, a koja je glavna zadaća tuženika, a u prilog toj tezi govori podatak da je samo u 2013. pred tuženikom pokrenuto deset regulatornih sporova radi kašnjenja tužitelja u realizaciji veleprodajnih usluga. Tuženik se nadalje u odgovoru na tužbu detaljno očitovao na nepostupanje prema pravilima postupka i nepravilno utvrđeno činjenično stanje te smatra da takvih povreda nije bilo. Predlaže da Sud tužbu odbije kao neosnovanu.

Zainteresirana osoba OT-Optima Telekom d.d. iz Zagreba, u odgovoru na tužbu u bitnom navodi da se objavljivanjem standardne ponude odnosno uvjeta, rokova i cijena sprječava nastanak prepreka pri ulasku na tržište novih operatora, a istovremeno se postojećim operatorima olakšava djelovanje te osigurava sigurnost elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga te je restriktivno tumačenje obveze transparentnosti od strane tužitelja na način da se ista ispunjava samo pukom objavom uvjeta, rokova i cijena, i to bez istovremenog ispunjavanja usko povezane obveze nediskriminacije, protivno samom cilju regulacije tržišta od strane tuženika kojem je jedna od glavnih ovlasti upravo sprječavanje narušavanja ili ograničavanja tržišnog natjecanja. Nadalje, opširno navodi razloge zbog kojih smatra da tuženik nije postupio protivno odredbi članka 171. Zakona o obveznim odnosima i članku 11. stavku 1. i 2. Zakona o financijskom poslovanju i predstajnoj nagodbi te smatra da su prigovori tužitelja u tom pravcu neosnovani. U pogledu propisivanja ugovorne kazne za slučaj nepravovremene realizacije usluga ističe kako tužitelj pogrešno tumači Zakon o obveznim odnosima, kao *lex generalis* i ZEK kao *lex specialis*, jer ovdje nije riječ o ugovornoj kazni koje su dvije ugovorne strane slobodnom voljom ugovorile. Naime, predmetna naknada za nepravovremenu realizaciju određena je tužitelju temeljem ZEK-a i to članka 61. stavka 4. (tužitelj namjerno navodi samo članak 61. stavak 1. ZEK-a) u okviru regulatorne obveze pristupa i korištenja posebnih dijelova mreže, sukladno kojim tuženik jest pobijanom odlukom odredio tužitelju i dodatne uvjete koji se odnose na ispunjavanje načela pravičnosti, razumnosti i pravodobnosti. Tuženik je tako pobijanom odlukom odredio tužitelju i obvezu da osigura osnovnu razinu ostvarivanja usluge, što između ostalog obuhvaća rokove, realizacije usluga i naknade za nepoštivanje rokova. Stoga naknada za nepravovremenu realizaciju nije slobodno ugovorena pa da bi trebalo primjenjivati odredbe Zakona o obveznim odnosima o ugovornoj kazni na koju se tužitelju u tužbi poziva, već ju je na temelju odredbi ZEK-a kao *lex specialis*, odredio tuženik, pa se stoga ista u smislu Zakona o obveznim odnosima jedino može smatrati zakonom određenom naknadom, kako je to propisano člankom 356. Zakona o obveznim odnosima. U pogledu prigovora da je tuženik odredio nesrazmjerno visoku naknadu ističe kako je tuženik predmetnu obvezu odredio upravo sukladno članku 56. stavku 3. ZEK-a kojim je propisano da se regulatorne obveze moraju temeljiti na prirodi utvrđenog nedostatka na tržištu te moraju biti razmjerne i opravdane s obzirom na regulatorna načela i ciljeve iz članka 5. ZEK-a.