

KLASA: UP/I-344-01/10-01/585
URBROJ: 376-04-10-28 DM/ZJ
Zagreb, 27. listopada 2010.

Vijeće Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije temeljem članka 12. stavka 1. točke 5., članka 18., a u svezi s člankom 20. Zakona o elektroničkim komunikacijama („Narodne novine“ br. 73/08), člankom 96. i člankom 161. Zakona o općem upravnom postupku („Narodne novine“ br. 47/09), Hrvatska agencija za poštu i elektroničke komunikacije u sporu operatora Net concept d.o.o., Zagreb, Vlačka 79 protiv operatora Megafon d.o.o., Zagreb, Sisačka c., II. odvojak 64 radi uporabe kratkih kodova, na sjednici održanoj 27. listopada 2010. donosi

RJEŠENJE

I. Odbija se kao neosnovan zahtjev operatora Net concept d.o.o. u svezi vraćanja uporabe kratkih kodova 66246 i 67077 te zahtjev kojim bi se operatoru Megafon d.o.o. naložila isplata svih dospjelih potraživanja i dobiti koju je ostvario na tim brojevima od 21. prosinca 2009. do dana isplate tj. do dana vraćanja kratkih kodova.

II. Odbija se zahtjev operatora Megafon d.o.o. za naknadu troškova postupka.

Obrazloženje

Hrvatska agencija za poštu i elektroničke komunikacije (HAKOM) je 01. ožujka 2010. zaprimila zahtjev operatora Net concept d. o.o. (Net concept) protiv operatora Megafon d.o.o. (Megafon), a u svezi uporabe kratkih kodova 66246 i 67077. Net concept zahtjeva da HAKOM donese rješenje odnosno naloži Megafon-u da mu prepusti sporne kratke kodove, isplati sva dospjela potraživanja i dobit koju je Megafon ostvario na tim brojevima od 21. prosinca 2009. do dana isplate tj. do dana vraćanja navedenih brojeva. Net concept je uz zahtjev dostavio dokaze, između ostalog: ugovor od 12. travnja 2005. (prilog br.1.), ugovor od 01. kolovoza 2007. (prilog br. 3.), elektroničku korespondenciju od srpnja do listopada 2009., fax poruku Megafon-a od 19. listopada 2009., Net concept-ovu obavijest o neprihvatanju jednostranog otkaza ugovora, elektroničku korespondenciju od 19. listopada 2009., elektroničku poruku operatora VIPnet d.o.o. (Vipnet) od 23. prosinca 2009., elektroničku korespondenciju od prosinca 2009. do veljače 2010., ugovore Net concept-a i operatora T-Mobile Hrvatska d.o.o. (T-Mobile) od 16. ožujka 2006. i 16. srpnja 2007. Naveo je kako kratke kodove 66246 i 67077 koristi temeljem ugovora koje je sklopio s Megafon-om. Megafon mu je do rujna 2009. uredno isplaćivao dobit. U listopadu ga je Megafon obavijestio o raskidu ugovora, što Net concept nije prihvatio pa je prema članku 20. Zakona o elektroničkim komunikacijama (ZEK) pokrenuo spor pred HAKOM-om.

Na Net concept-ov zahtjev Megafon se očitovao 22. ožujka 2010. Predložio je da HAKOM odbije ili odbaci zahtjev kao neosnovan jer je nedopušten i nerazumljiv. U dijelu zahtjeva koji se odnosi na isplatu novčanih sredstava istaknuo je prigovor apsolutne/stvarne nenadležnosti HAKOM-a, jer smatra da je u pitanju sudska nadležnost. Naime, zahtjev se na određeni način odnosi na odredbe ugovora između stranaka odnosno osnovanost raskida poslovne suradnje te naplate potraživanja. Megafon navodi kako je on ovlaštenik spornih kratkih kodova te s njima raspolaže prema zakonu. Kratki kodovi ne pripadaju primarnoj numeraciji nisu regulirani planom numeriranja ni planom adresiranja već su resursi pokretnih operatora s kojima Megafon ima sklopljen ugovor. Kratki kodovi ne podliježu članku 7. Pravilnika o dodjeli adresa i brojeva niti članku 73. ZEK-a. Prema stajalištu Megafon-a uporaba kratkih kodova ne smatra se korištenjem nacionalnog resursa već vlastitog brojevnog kapaciteta operatora pa se u tom smislu naplata mjesečne naknade smatra naknadom za rezervaciju iz vlastitih resursa. Megafon zahtijeva naknadu troškova upravnog postupka prema Zakonu o općem upravnom postupku.

Usmena rasprava održana je 22. ožujka 2010. Net concept se 26. ožujka 2010. očitovao na Megafon-ov podnesak od 22. ožujka 2010. Pojasnio je kako je članak 20. ZEK-a pravni temelj zahtjeva, budući da se radi o sporu između dva operatora, a što je prema članku 5. i 12. ZEK-a HAKOM-ova nadležnosti. Naglasio je da je on koristio sporne kratke kodove, reklamirao ih o svome trošku, a Megafon je ostvarivao dobit. Stranke su usmenim putem dogovorile da će pri prekidu suradnje kratke kodove Megafon ustupiti Net concept-u. Međutim, Megafon mu je uskratio daljnje korištenje spornih kratkih kodova čime mu je onemogućio i ograničio poslovanje. Isto tako, Megafon je izravno na sebe preuzeo poslovanje Net concept-ovih suradnika. Nakon što je Net concept prestao poslovati preko spornih kratkih kodova, Megafon je nastavio poslovati preko njih, (iako se radi o poslovima Net concept-a) a da mu za to ne plaća nikakvu naknadu. Megafon mu je odbio predočiti podatke o ostvarenom prometu. Prigovor Megafon-a u svezi nemogućnosti primjene odredbi ZEK-a na predmetnu problematiku smatra neosnovanim, kao i zahtjev za naknadu troškova postupka.

Megafon se očitovao 07. travnja 2010. Pojasnio je da ne osporava HAKOM-u nadležnost za rješavanje sporova iz članka 20. ZEK-a, ali je prema njegovom stajalištu HAKOM nenadležan za rješavanje dijela zahtjeva koji se odnosi na nametanje novčanih obveza, jer bi isto predstavljalo ekstenzivno tumačenje članka 20. ZEK-a. Megafon smatra da ne postoji pravna osnova koja bi ga obvezivala da kratke kodove ustupi Net concept-u. Protivi se navodima u svezi navodnog ostvarivanja dobiti na uštrb Net concept-a. Stranke su surađivale i svoj odnos uredile ugovorom. Taj ugovor više nije na snazi. Tvrdnju Net concept-a o navodnom usmenom dogovoru, obećanju, o ustupanju/prepuštanju/prenošenju kratkih kodova na njega, Megafon osporava.

Druga usmena rasprava održana je 30. travnja 2010. Net concept je pojasnio kako je njegova baza korisnika za Vipnet i Tele2 ostala na Megafon-ovom serveru, dok je za T-Mobile korisnike Megafon imao pristup, ali ga više nema. Prema Net concept-ovim saznanjima Megafon i dalje koristi njegovu bazu podataka za Vipnet i Tele2. Megafon je naglasio da osporava sve navode u svezi korištenja baze podataka, budući da ničim nisu dokazani. Net concept je predložio da HAKOM od pokretnih operatora zatraži dostavu podataka u svezi korištenja brojeva njegovih korisnika, a popis tih korisnika će dostaviti naknadno. HAKOM je ovaj dokazni prijedlog prihvatio. Net concept je 07. svibnja 2010. dostavio brojeve 19 korisnika, radi čega je HAKOM 20. svibnja 2010. od Vipnet-a i Tele2 zatražio odgovore na pitanja: jesu li dostavljeni brojevi koristili kratke kodove 66246 i 67077 od lipnja 2009. do 19. prosinca 2009. te nakon 19. prosinca 2009., jesu li dostavljeni brojevi 19. prosinca 2009., kao i nakon toga datuma, a do 31. prosinca 2009. dobili

pozdravnu poruku dobrodošlice sa servera Megafon-a? Vipnet se očitovao 31. svibnja 2010. Tele2 se očitovao 07. lipnja 2010. HAKOM je očitovanja pokretnih operatora, kao i popratnu dokumentaciju 23. lipnja 2010. opravio strankama, s nalogom da se očituju i navedu datum raskida ugovora.

Megafon se očitovao 01. srpnja 2010. Naglasio je da podaci pokretnih operatora nisu relevantni za odlučivanje o zahtjevu za vraćanje prava uporabe kratkih kodova. U svezi preciziranja datuma prestanka valjanosti ugovora, naveo je da je ugovor prestao 31. prosinca 2009., kako su stranke elektroničkim porukama dogovorile. Tijekom trajanja ugovora SMS poruke prema Vipnet i Tele2 korisnicima slale su se i primale preko Megafon-ove infrastrukture odnosno putem spornih kratkih kodova koji su Megafon-ovo „vlasništvo“ na Vipnet-ovoj i Tele2 mreži. Na izričit zahtjev Net concept-a, Net concept je unutar vlastite računalno-telekomunikacijske infrastrukture imao server za obradu podataka s lokalno instaliranom Megafon-ovom „chat“ aplikacijom te je brinuo o slanju i primanju poruka za T-Mobile korisnike (blok shema računalno-telekomunikacijske infrastrukture koju je Net concept koristio dostavljena je uz očitovanje). Činjenica da su korisnici dobivali SMS poruke i nakon, iz perspektive Megafon-a, ni po čemu bitnog 19. prosinca 2009., samo je dokaz njegove profesionalnosti i ispunjavanja ugovornih obveza. „Vlasništvo“ spornih kratkih kodova pripada Megafon-u i on za to Vipnet-u plaća naknadu. Megafon je predložio da HAKOM odbaciti zahtjev.

Net concept se očitovao 06. srpnja 2010. Tvrdi da je iz očitovanja pokretnih operatora razvidno kako je Megafon koristio njegovu bazu podataka i slao poruke njegovim korisnicima nakon 19. prosinca 2009. odnosno nakon dana kad je došlo do faktičnog prekida korištenja spornih kratkih kodova od strane Net concept-a i samim time raskida ugovornog odnosa. Popis brojeva svojih korisnika Net concept je dostavio nasumce. Taj popis predstavlja mali broj korisnika. Međutim, iz njega je razvidno kako je Megafon, s najmanje petinom korisnika postupao nekorektno. Šteta koja je time nastala Net concept-u velika je, ako se uzme u obzir činjenica da je imao više od 30 000 korisnika. Iz dostavljenih podataka vidljivo je da Megafon šalje poruke s drugih servera umjesto onih na koje je obavezan prema ugovoru, a što dodatno upućuje na njegov način poslovanja, kršenje ugovornih obveza te pravila tržišnog natjecanja.

HAKOM je 07. srpnja 2010. zaključkom razmijenio strankama na uvid podneske i obavijestio ih da je dokazni postupak završen.

Među strankama je nesporno da su stranke surađivale, dakle, sklopile ugovore u svezi raspolaganja kratkim kodovima. Net concept je 12. travnja 2005. sklopio s Mob-Art d.o.o. ugovor o najmu u svezi izrade, instalacije i održavanja SMS usluge s dodanom vrijednosti „Net SMS Chat“ (prilog 1.). U članku 3. stranke su ugovorile SMS destinaciju 66246 za potrebe programske opreme. Člankom 4. ugovora Mob-Art d.o.o. se obvezao da će Net concept-u isplatiti naknadu za ostvareni SMS promet unutar svakog obračunskog razdoblja prema određenim uvjetima odnosno cijenama za poruke zaprimljene s 091 (Vipnet-ove) mreže. Troškove slanja poruka, kao i zaradu od primljenih poruka putem 098 (T-Mobile) mreže Net concept snosi sam. Raskidi ugovora određen je u članku 5. ugovora: „U slučaju da dođe do promjene cijena ili uvjeta poslovanja, a ugovorne strane ne uspiju iznaći sporazumno rješenje, svaka od strana ima pravo inicirati raskid ugovora pismenim putem, te će se s prvim narednim završetkom obračunskog perioda Ugovor smatrati ništavnim.“.

Net concept i Megafon su 01. kolovoza 2007. sklopili *Ugovor o poslovnoj suradnji* (broj P07-018). Ugovorili su izradu, instalaciju i održavanje paketa SMS usluga s dodanom vrijednosti „Zabavni

SMS“ (prilog 3.). Za mjesečno korištenje programske opreme ugovoreno je korištenje SMS destinacije 66142. Člankom 5. ugovorili su način isplate naknada za ostvareni SMS promet za poruke zaprimljene s Vipnet-ove mreže, kao i s mreže Tele2. Raskidi ugovora određen je u članku 6. ugovora: „U slučaju da dođe do promjene cijena ili uvjeta poslovanja, a ugovorne strane ne uspiju pronaći sporazumno rješenje, svaka ugovorna strana ima pravo pisanim putem raskinuti ovaj ugovor uz otkazni rok do prvog sljedećeg završetka obračunskog perioda, kada će se Ugovor smatrati ništetnim.“. Oba navedena ugovora sklopljena su na neodređeno vrijeme.

Nadalje, Net concept je s T-Mobile-om 09. prosinca 2004. sklopio osnovni ugovor o poslovnoj suradnji oko prosljeđivanja SMS poruka. Nakon toga su iste ugovorne strane 16. ožujka 2006. sklopile Dodatak 4. kojim su kao identifikator za pružanje VAS SMS usluge ugovorile broj: 66246. Nakon toga, 16. srpnja 2007. sklopile su Dodatak 9. kojim su kao identifikator za pružanje VAS SMS usluge ugovorile broj 67007. Oba dodatka sklopljena su na neodređeno vrijeme.

HAKOM je u svezi uporabe kratkih kodova zatražio podatke od pokretnih operatora. Iz podataka koje su Vipnet i Tele2 dostavili HAKOM je utvrdio da je Megafon koristio sporne kratke kodove do 31. prosinca 2009.

Među strankama je sporan datum raskida ugovora. Net concept tvrdi da je ugovor raskinuti 19. prosinca 2009., jer je on tada prestao koristiti kratke kodove, čime je, prema njegovu stajalištu i ugovor raskinut. Megafon pak naglašava kako je ugovor raskinut 31. prosinca 2009. Net concept zahtijeva od Megafon-a isplatu neplaćenih računa za obavljene ugovorne usluge za mjesece: rujna, listopada, studeni i prosinac 2009., kao i povrat novčanih sredstava koje je Megafon zaradio koristeći sporne kratke kodove od 19. prosinca 2009. do dana vraćanja kratkih kodova. Megafon se tijekom postupka nije očitovao o spornim dugovanjima, ali je istaknuo prigovor apsolutne/stvarne nenadležnosti HAKOM-a u svezi naloga za isplatu novčanih iznosa.

Članak 20. ZEK-a određuje da u slučaju spora između dva ili više operatora elektroničkih komunikacijskih mreža i/ili usluga u svezi s obvezama iz ZEK-a, HAKOM mora, na zahtjev bilo koje stranke u sporu donijeti konačnu odluku o rješenju spora. ZEK je u članku 69. definirao da se djelotvorno upravljanje adresnim i brojevnim prostorom u Republici Hrvatskoj kao prirodno ograničenim općim dobrom, radi osiguravanja razložne, ravnomjerne i djelotvorne uporabe adresa i brojeva, temelji na međunarodnim propisima te međunarodnim ugovorima i sporazumima koji obvezuju Republiku Hrvatsku. HAKOM upravlja adresnim i brojevnim propisom te planira uporabu i provodi dodjelu adresa i brojeva u skladu s Planom adresiranja i Planom numeriranja, koje donosi HAKOM .

Planom adresiranja i Planom numeriranja utvrđuje se namjena adresa i brojeva, omogućuje jednaka dostupnost odgovarajućeg broja adresa i brojeva svim operatorima i korisnicima usluga, te se osigurava potreban adresni i brojevni prostor za prenosivost broja i odabir operatora i za uvođenje novih elektroničko komunikacijskih usluga. Plan numeriranja („Narodne novine“ br. 154/09). U članku 3. određuje: „..... operatori mogu koristiti kratke kodove bez odluke nadležnog regulatornog tijela o dodijeli pod uvjetom da se takvi kodovi koriste isključivo u mreži operatora i to za usluge koje su dostupne isključivo korisnicima tog operatora, te se isti koriste u skladu s Planom numeriranja odnosno kodovima utvrđenim ovim Planom.“.

ZEK je u članku 70. stavku 1. odredio da dodjela adresa i brojeva može biti primarna i sekundarna. Svaki operator ima pravo podnošenja zahtjeva za primarnu dodjelu adresa i brojeva utvrđenih

Planom adresiranja i Planom numeriranja. U stavku 3. članka 70. ZEK-a određeno je da adrese i brojeve koje je HAKOM dodijelio primarnom dodjelom operatori mogu dalje dodjeljivati sekundarnom dodjelom drugim operatorima i krajnjim korisnicima. Iznimno od ove odredbe, kodove koji označavaju operatore (odabir operatora) nije moguće dalje dodjeljivati drugim operatorima niti krajnjim korisnicima usluga.

Pravilnik o dodjeli adresa i brojeva („Narodne novine“ br. 154/08) propisuje način i postupak u svezi s dodjelom adresa i brojeva u skladu s Planom adresiranja i Planom numeriranja te izgled i sadržaj obrasca zahtjeva za primarnu dodjelu adresa i brojeva, obrasca zahtjeva za davanje suglasnosti na prijenos prava na uporabu adresa i brojeva i obrasca za dostavu podataka o grupama i brojevima koji su sastavni dio ovog pravilnika.

Ovaj pravilnik određuje da HAKOM donosi odluke o zahtjevima za primarnu dodjelu adresa i brojeva prema odredbama ZEK-a, a temeljem zahtjeva za primarnu dodjelu adresa i brojeva (obrazac zahtjeva dodatak je pravilnika). Uvjeti sekundarne dodjele adresa i brojeva određeni su u članku 6. pravilnika na ovaj način: „Operatori će pri sekundarnoj dodjeli osobito voditi računa da ne dodjeljuje brojeve koji imaju različit broj znamenaka, ukoliko dolazi do preklapanja prvih znamenaka brojeva s različitim brojem znamenki. Operatori će pri sekundarnoj dodjeli osobito voditi računa o načelu transparentnosti, objektivnosti, nepristranosti i jednake dostupnosti odgovarajućeg broja adresa i brojeva svim operatorima i korisnicima usluga.“ Članak 7. ovog pravilnika određuje uvjete uporabe adresa i brojeva te definira da operatori ne smiju ni na koji način trgovati dodijeljenim adresama i brojevima odnosno iznos naknade za dodjelu broja krajnjem korisniku ne smije biti veći od troška primarne dodjele broja operatoru.

Pravo na uporabu adresa ili brojeva stječu operatori na temelju odluke HAKOM-a o primarnoj dodjeli adresa ili brojeva, pri čemu su se dužni pridržavati uvjeta određenih člankom 73. ZEK-a. Kratki kodovi predstavljaju tzv. sekundarnu dodjelu brojeva, a način takve dodjele nije reguliran ZEK-om niti podzakonskim propisima, već je stvar ugovornog odnosa operatora, odnosno njihovog dogovora.

Stranke upravnog postupka su sklopile ugovor o uporabi spornih kratkih kodova. Time su uredile uvjete, način i iznos naknade za njihovu uporabu. Prema postojećim propisima iza područja elektroničkih komunikacija ne postoji pravna osnova koja bi HAKOM-u omogućila usvojiti zahtjev Net concept-a, dakle, naložiti mu da Net concept-u vrati na uporabu sporne kratke kodove. Tim više, ne postoji pravna osnova koja bi omogućila HAKOM-u da naloži Megafon-u povrat Net concept-u određenih potraživanja ili navodne dobiti stečene upotrebom spornih kratkih kodova.

Naime, sklapanje ugovora primarno je stvar dogovora stranaka, što je i naznačeno u članku 2. Zakona o obveznim odnosima („Narodne novine“ br. 35/05, 41/08) izrazom „*sudionici u prometu slobodno uređuju obvezne odnose*“. Dakle, ugovor podrazumijeva dogovor odnosno pristanak dviju strana. Nepoštivanje drugih ugovornih odredbi u ovom predmetu, a koje se ne odnose na prava i obveze operatora proizišle iz ZEK-a, poput naplate međusobnih potraživanja, nije u nadležnosti HAKOM-a. Stoga je opravdan prigovor Megafon-a u svezi nenadležnosti HAKOM-a za dio zahtjeva Net concept-a koji se odnosi na naplatu novčanih sredstava za uporabu spornih kratkih kodova do 19. prosinca 2009., kao i sve dobiti koju je Megafon navodno zaradio njihovom uporabom. Iz korespondencije stranaka odnosno dostavljenih elektroničkih poruka razvidno je da su stranke najprije dogovorile da ugovori prestaju vrijediti 31. prosinca 2009., nakon čega su pregovarale i o skraćivanju tog roka, odnosno raskidu ugovora s datumom 21. prosinca 2009.

Slijedom navedenoga, na rješavanje problematike uporabe kratkih kodova, što je predmet ovog spora operatora, ne mogu se primijeniti odredbe ZEK-a radi čega je Vijeće HAKOM-a na temelju članka 12. stavka 1. točke 5., članka 18. te članka 20. ZEK-a, a u svezi s člankom 97. Zakona o općem upravnom postupku odlučilo kao u točki I. rješenja.

HAKOM je odbio zahtjev Megafon-a za naknadu troškova kao neosnovan. U postupcima pokrenutim na zahtjev stranke ili u upravnim stvarima u kojima sudjeluju dvije stranke ili više njih s protivnim interesima troškove postupka snosi stranka na zahtjev koje je postupak pokrenut ili protiv koje se vodio postupak koji je za nju nepovoljno okončan, ako nije drugačije propisano, što je određeno u članku 161. stavku 2. Zakona o općem upravnom postupku. Međutim, Megafon nije precizirao zahtjev za naknadu troškova postupka unatoč činjenici da su stranke na vrijeme obaviještene o završetku dokaznog postupka odnosno u trenutku donošenja rješenja o upravnoj stvari bili su poznati svi troškovi postupka. Slijedom navedenog, Vijeće HAKOM-a odlučilo je kao u točki II. rješenja.

Ovo rješenje objavit će se u skladu s člankom 14. ZEK-a.

POUKA O PRAVNOM LIJEKU

Protiv ovog rješenja žalba nije dopuštena, ali se može pokrenuti upravni spor pred Upravnim sudom Republike Hrvatske u roku od 30 dana od dana primitka.

PREDSJEDNIK VIJEĆA

Miljenko Krvišek, dipl. ing. el.

Dostaviti:

1. Za Net concept d.o.o. - na adresu opunomoćenika: **ODVJETNIČKO DRUŠTVO TOMULIĆ & PARTNERI, Kneza Borne 10, Zagreb** - poštom s povratnicom

2. Za Megafon d.o.o. - na adresu opunomoćenika: **ODVJETNIČKO DRUŠTVO PALIĆ i ŠURJAK, Crvenog križa 33, Zagreb** - poštom s povratnicom

3. spis