



REPUBLIKA HRVATSKA
UPRAVNI SUD REPUBLIKE HR
Z A G R E B

REPUBLIKA HRVATSKA
HRVATSKA AGENCIJA ZA POŠTU I
ELEKTRONIČKE KOMUNIKACIJE

| | | | |
|------------------------|---------------------|-------|--|
| Primljeno: | 29.12.2010 12:23:17 | | |
| Klasifikacijska oznaka | Org. jed. | | |
| 344-01/10-01/1311 | -04 | | |
| Urudžbeni broj: | Pril. | Vrij. | |
| 437-10-1 | 1 | 0 | |



d1245630

Broj: Us-11421/2009-4

U I M E R E P U B L I K E H R V A T S K E !

P R E S U D A

Upravni sud Republike Hrvatske u vijeću sastavljenom od sudaca Smiljana Mikuša kao predsjednika vijeća, Dubravke Markt i Jasminke Jenjić kao članica vijeća, te više sudske savjetnice Veseljke Kos kao zapisničarke, u upravnom sporu tužitelja OT-Optima-Telekom d.d. Zagreb, kojega po punomoći Gorana Jovičića, predsjednika Uprave i Jadranke Suručić, člana Uprave zastupa Morana Čulo Jovičić, voditeljica Odjela pravnih i regulatornih poslova i tužitelja MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. zastupanog po direktorici Gabrijeli Beranek-Pazman, koju zastupa punomoćnik Zoran Špoljarić, odvjetnik iz Zagreba, protiv dopunskog rješenja tužene Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije, klasa: UP/I-344-08/09-01/28, ur. broj: 376-04-09-08 od 30. rujna 2009., radi stručnog nadzora, u nejavnoj sjednici vijeća održanoj dana 22. rujna 2010.

p r e s u d i o j e

Tužbe se uvažavaju.

Poništava se dopunsko rješenje Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije, klasa: UP/I-344-08/09-01/28, ur. broj: 376-04-09-08 od 30. rujna 2009.

Ova presuda objavit će se u „Narodnim novinama“ i na službenim stranicama Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije.

Obrazloženje

Pobijanim dopunskim rješenjem se dopunjava izreka rješenja nadzornika elektroničkih komunikacija klasa: UP/I-344-08/09-01/28, ur.broj: 376-04-09-06 od 17. rujna 2009. točkama koje glase: I. Nalaže se trgovačkom društvu MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. iz Zagreba da kao operator usluge s dodanom vrijednosti kod pružanja usluge s dodanom vrijednosti uporabom broja 060/888 505 u emisiji OTV-a Jackpot ukloni nepravilnosti i nedostatke tako što će: a) osigurati za sve pozive popisanu najavnu poruku koja mora sadržavati poruku upozorenja osobama mlađim od 18 godina, cijenu poziva, upozorenje o

momentu od kojeg počinje naplata poziva koje omogućava prekid poziva prije početka naplate; b) osigurati da nakon početka naplate poziva korisnik bude neposredno spojen u studio ili da dobije govornu poruku kojom ga se obavještava da njegov poziv nije prespojen u studio; c) osigurati da informacija o cijeni usluge s dodanom vrijednosti bude u tijeku emisije Jackpot prikazana vizualno na ekranu na isti način kao broj 060/888 505; d) osigurati da za cijelo vrijeme trajanja emisije Jackpot na ekranu budu prikazane informacije koje će korisnicima omogućiti jednostavno i besplatno pronalaženje kontakt detalja operatora usluge s dodanom vrijednošću; II. Nalaže se pristupnom operatoru OT – Optima Telekom d.d. da na svojoj telekomunikacijskoj terminalnoj opremi omogući operatoru usluga s dodanom vrijednosti MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. uklanjanje nepravilnosti i nedostataka opisanih u točki I. ovog rješenja te da nakon uklanjanja nedostataka i nepravilnosti onemogući operatoru usluga s dodanom vrijednosti MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. naknadne izmjene na platformi „KVIZ“; III. Nalaže se pristupnom operatoru OT – Optima Telekom d.d. prilagodba platforme „KVIZ“ na njegovoj telekomunikacijskoj terminalnoj opremi na način da osigura postojanje propisane najavne poruke za sve pozive upućene prema svim operatorima usluga s dodanom vrijednosti te da onemogući operatorima usluge s dodanom vrijednošću koji koriste tu platformu bilo kakve naknadne izmjene najavne poruke; IV. Zabrana pružanja usluge s dodanom vrijednosti uporabom broja 060/888 505 u televizijskom programu Jackpot nakladnika Otvorena televizija Zagreb d.d. (OTV) i zabrana korištenja usluge platforme „KVIZ“ na telekomunikacijskoj terminalnoj opremi trgovačkog društva OT-Optima Telekom d.d. izrečena trgovačkom društvu MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. iz Zagreba traje dok pristupni operator OT-Optima Telekom d.d. ne obavijesti nadzornika da je trgovačko društvo MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. otklonilo tražene nedostatke na njegovoj telekomunikacijskoj terminalnoj opremi; V. Izvršuje rješenja započinje dostavom rješenja trgovačkom društvu MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. iz Zagreba i trgovačkom društvu OT-Optima Telekom d.d. iz Zagreba.; VI. Ovo rješenje objavit će se u „Narodnim novinama“ i na službenim stranicama Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije.

Protiv pobijanog dopunskog rješenja tužbu su podnijeli tužitelj OT-Optima Telekom d.d. Zagreb koja je zaprimljena pod brojem Us-11421/2009 i tužitelj MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. Zagreb koja je zaprimljena pod brojem Us-11794/2009. S obzirom da su obje tužbe podnesene protiv istog pobijanog dopunskog rješenja Sud je odlučio temeljem ovlaštenja iz članka 313. Zakona o parničnom postupku („Narodne novine“, broj: 53/91, 9/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08 i 123/08) u svezi sa člankom 60. Zakona o upravnim sporovima („Narodne novine“, broj: 53/91, 9/92 i 77/92) predmete spojiti i o tužbama odlučiti zajedničkom presudom pod brojem Us-11421/2009.

Tužitelj OT-Optima Telekom d.d. Zagreb u podnesenoj tužbi osporava zakonitost pobijanog dopunskog rješenja iz razloga što nije pravilno primijenjen zakon i na njemu utemeljen podzakonski akt te što u postupku koji je prethodio donošenju rješenja nije postupljeno prema pravilima postupka, što činjenično stanje nije pravilno utvrđeno i što je iz utvrđenih činjenica izveden nepravilan zaključak u pogledu činjeničnog stanja. U pogledu pogrešne primjene zakona i podzakonskog akta ističe da su u pobijanom aktu pogrešno primijenjene relevantne odredbe Zakona o elektroničkim komunikacijama i Pravilnika o načinu i uvjetima obavljanja djelatnosti elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga. Prije svega pobijani akt je donesen sa svrhom dopune izreke rješenja, klasa: UP/I-344-08/09-01/28, ur.broj: 376-04-09-05 od 17. rujna 2009. koje je tuženo tijelo donijelo u postupku

stručnog nadzora nad trgovačkim društvom MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. iz Zagreba. Dakle predmet stručnog nadzora u ovom postupku je bilo postupanje navedenog operatora usluga s dodanom vrijednosti u skladu s odredbom članka 49. stavak 3. Zakona te je u skladu s utvrđenim nepravilnostima i doneseno rješenje od 17. rujna 2009., kojim se navedenom operatoru usluge s dodanom vrijednosti zabranjuje pružanje usluga u emisiji Jackpot, a njemu je naloženo kao pristupnom operatoru da onemogući pozive na broj 060/888 505 kojem zahtjevu je i udovoljio. Međutim, tuženo tijelo donosi dopunsko rješenje kojim mu između ostaloga točkom III. njegove izreke nalaže prilagodbu platforme KVIZ na određeni način, koju obvezu smatra neutemeljenom na zakonu te izlazi iz okvira provedenog stručnog nadzora. Naime, iz samog pobijanog akta jasno proizlazi da je isti donesen u okviru nadzora operatora usluge s dodanom vrijednosti MAG-D.R.I.V.E. d.o.o., te da niti u jednom trenutku nije bio upoznat da je njegova terminalna oprema predmet nadzora niti je to mogao i naslutiti iz postupanja tuženog tijela. Obrazloženje pobijanog akta u cijelosti se zasniva na propustima koji su utvrđeni isključivo kod operatora usluga s dodanom vrijednosti dok kod njega kao pristupnog operatora nije utvrđena nikakva nepravilnost. Nadalje ističe, da ne može niti je dužan osigurati da operator nakon uklanjanja nedostataka ne može bez njegovog znanja i odobrenja naknadno mijenjati postavke platforme KVIZ. Naime, operatoru MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. je temeljem ugovora o pružanju usluga s dodanom vrijednosti dan na korištenje dio spomenute platforme. Sukladno članku 49. Zakona i Dodatku 5. Pravilnika svi operatori koji su pred nadležnom Agencijom prijavljeni kao operatori usluga s dodanom vrijednosti dužni su postupati prema pravilima utvrđenim spomenutim propisima. Prema tome, nema nikakve pravne osnove temeljem koje bi mu se nametnula obveza kontrole postupanja operatora usluga s dodanom vrijednosti. Pristupni operator može operatore usluga s dodanom vrijednosti upozoriti na njihove obveze a nema ni ovlasti niti resursa vršiti kontrolu nad time da li oni poštuju propise. Ne može niti poduzimati nikakve mjere protiv operatora usluga s dodanom vrijednosti koji ne poštuju propise osim raskida ugovora i obustave usluge. S obzirom da se radi o poslovnom odnosu u kojem obje strane imaju ekonomski interes nametanje obveze za obustavom usluge operatorima usluga s dodanom vrijednosti bilo bi protivno načelima poduzetničke i tržišne slobode. Nametanje nezakonite obveze ga stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na ostale operatore elektroničkih komunikacija na tržištu kojima takva obveza nije određena. Tuženo tijelo u obrazloženju pobijanog akta navodi da „budući da istu platformu mogu koristiti ili koriste i drugi operatori usluge s dodanom vrijednosti“ smatra opravdanim naložiti pristupnom operatoru takve izmjene kako su one navedene u točki III. izreke. Zaključak tuženog tijela protivan je članku 114. stavak 1. točka 17. i 19. i stavku 6. Zakona na kojima se i temelji. Naime, pri provedbi stručnog nadzora nadzornik može narediti uklanjanje „utvrđenih nepravilnosti, nedostataka ili propusta“ koji u ovom konkretnom slučaju nisu utvrđeni u odnosu na njega već u odnosu na MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. Nadzornik može poduzeti mjere i narediti otklanjanje nepravilnosti tek i samo ako utvrdi povredu odredaba tog Zakona ili propisa donesenih na temelju zakona što opet u odnosu na njega nadzornik nije utvrdio. U obrazloženju pobijanog upravnog akta tuženo tijelo ne obrazlaže zašto smatra opravdanim naložiti mu sporne obveze, odnosno ne navodi niti jedan razlog izuzev činjenice da i drugi operatori usluga s dodanom vrijednosti koriste isti servis. Međutim, tuženo tijelo nije istaknulo da drugi operatori nisu bili predmet nadzora, odnosno da kod nikog nisu utvrđene iste ili slične nepravilnost te da drugi operatori usluga s dodanom vrijednosti pod istim uvjetima koje ima i MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. svoju uslugu koriste na zakonit način. Tuženo tijelo je pogrešno primijenilo odredbu članka 143. Zakona o općem upravnom postupku a u

svezi sa člankom 18. stavak 4. Zakona o elektroničkim komunikacijama jer mu tijekom stručnog nadzora nije bilo omogućeno da se očituje o činjenicama i okolnostima na kojima se temelji rješenje. Tuženo tijelo je dopunsko rješenje donijelo bez da mu je dalo priliku za očitovanje u pogledu određene mu obveze „poboljšanja na platformi“. Slijedom svega iznesenog jasno proizlazi da je tuženo tijelo u provedbi stručnog nadzora pogrešno primijenilo članak 114. Zakona time što mu je naložilo otklanjanje neutvrđenih nepravilnosti te mu je naložena obveza koja je protivna odredbi članka 49. stavak 3. Zakona te Dodatku 5. Pravilnika koji sadrži Pravila postupanja za operatore usluga s dodanom vrijednosti. Pogrešna primjena propisa dijelom se temelji i na nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju. Naime, tuženo tijelo tijekom postupka nadzora nije izvršilo uvid niti pregled terminalne opreme platforme KVIZ, odnosno nije napravljen niti minimum provjera iz kojih bi se mogao izvući zaključak da je oprema neispravna. Niti u obrazloženju rješenja tuženo tijelo se ne osvrće na razloge određivanja obveze iz točaka III. i IV. pobijanog akta. Nadalje, tuženo tijelo potpuno pogrešno zaključuje u obrazloženju kada navodi da: „Privremena zabrana traje dok pristupni operator ne obavijesti nadzornika da su stvoreni uvjeti za zakonito i pravilno pružanje usluge s dodanom vrijednošću“. Pristupni operator osim što je već ranije stvorio uvjete za zakonito pružanje usluge jer svi ostali operatori pružaju svoje usluge u skladu sa zakonom nema ovlasti utvrditi je li operator usluga s dodanom vrijednošću uskladio svoje postupanje sa zakonom. Nije ovlašten ocjenjivati zakonitost poslovanja drugih operatora na tržištu. Zakon jasno daje ovlasti nadzora tuženom tijelu. Dakle, obrazloženje rješenja i zaključci tuženog tijela potpuno se nejasni i kontradiktorni.

Predlaže stoga Sudu da tužbu uvaži i pobijano rješenje poništi u dijelu koji se odnosi na točke II., III. i IV. dopunskog rješenja odnosno ukoliko Sud nađe opravdanim predlaže da se dopunsko rješenje poništi u cijelosti.

Tužitelj MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. Zagreb u tužbi osporava zakonitost dopunskog rješenja u cijelosti temeljem odredbe članka 10. Zakona o upravnim sporovima odnosno upravni akt se pobija zato što u istom nije pravilno primijenjen zakon tj. Zakon o općem upravnom postupku, odnosno zbog toga što u postupku koji je prethodio donošenju pobijanog akta nije postupljeno sukladno pravilima postupka a osobito zbog što činjenično stanje nije uopće pravilno utvrđeno. Prije svega skreće pozornost da je dopunsko rješenje vezano uz ranije donijeto rješenje tuženog tijela od 17. rujna 2009. protiv kojega je pokrenuo upravni spor pa se formalno gledajući dopunsko rješenje ne može sagledati bez istodobnog sagledavanja navedenog rješenja. Dopunsko mu rješenje u svojoj točki I. nalaže odgovarajuće postupanje da bi zatim točkom IV. istog dopunskog rješenja bilo određeno da zabrana pružanja usluge s dodanom vrijednosti uporabom broja 060/888 505 na način kako je to u istoj točki navedeno ima trajati dok pristupni operator OT-Optima Telekom d.d. ne obavijesti nadzornika da je otklonio tražene nedostatke na njegovoj terminalnoj opremi. Navedena točka IV. dopunskog rješenja svojim je sadržajem u cijelosti suprotna točki IV. rješenja od 17. rujna 2009. pa se mora skrenuti pozornost da kada kojim slučajem ne bi pokrenuo upravni spor protiv rješenja od 17. rujna 2009. ni dopunskog rješenja od 30. rujna 2009. tada bi se dogodilo da postoje dva konačna, izvršna i pravomoćna upravna akta koji sadržajem svoje izreke isključuju jedan drugi odnosno jedna izreka isključuje drugu izreku slijedom čega ni kada bi postupio po dopunskom rješenju od 30. rujna 2009. zapravo to ne bi smio učiniti jer postoji konačno, izvršno i pravomoćno rješenje kojim mu se zabranjuje pružanje usluga sa dodanom vrijednosti uporabom broja 060/888 505 u televizijskom

programu Jackpot nakladnika Otvorena televizija Zagreb d.d. (OTV). Na naprijed izloženi način povrijeđena su elementarna načela Zakona o općem upravnom postupku te je izložen totalnoj pravnoj nesigurnosti i to sve iz razloga jer tuženo tijelo nije postupilo po odredbi članka 217. Zakona o općem upravnom postupku i donijelo privremeno rješenje koje bi donošenjem kasnijeg rješenja u glavnoj stvari bilo ukinuto već se odlučilo na donošenje dva rješenja koja se međusobno isključuju svojim izrekama. Postavlja pitanje zbog čega tuženo tijelo donošenjem rješenja od 17. rujna 2009. trenutno zabranjuje svaku njegovu poslovnu aktivnost da bi zatim donošenjem rješenja koje se ovom tužbom pobija zapravo odredio drugačije postupanje pri čemu već temeljem Zakona o elektroničkim komunikacijama jasno postoji propisana mogućnost donošenja odluka koje su svojim trajanjem privremenog karaktera. Nadalje u pobijanom aktu tuženo tijelo postupa na način koji je gotovo istovjetan pristupu kojeg je imao prigodom donošenja rješenja od 17. rujna 2009. koji karakterizira nedostatak bilo kakvih dokaza kojima bi se mogle povjeriti njegove tvrdnje pa tako i u ovom dopunskom rješenju ne može pronaći čime to dokazuje tuženo tijelo svoje navode o 409.682 slučaja onemogućavanja emitiranja najavne poruke te istodobno iznosi i daljnji ničim dokazani navod o stavljanju zavaravajuće lažne tonske signalizacije „zauzeće linije“ jer je u cijelosti nedosljedan. Naime, dopunskim mu se rješenjem imputira da bi upravo on bio odgovoran za sve ono što navodi u dijelu koji se odnosi na onemogućavanje emitiranja najavne poruke te stavljanje zavaravajuće lažne tonske signalizacije „zauzeće linije“ iako pri tom u ostalim točkama dopunskog rješenja zapravo samo tuženo tijelo daje odgovarajuće naloge društvu OT-Optima Telekom d.d. iz čega se može izvesti sasvim logičan zaključak da tuženo tijelo bez utemeljenja njega okrivljuje. Ukazuje da točkama II. i III. dopunskog rješenja tuženo tijelo nalaže pristupnom operatoru OT-Optima Telekom d.d. poduzimanje određenih radnji te upravo takvim nalogima zapravo potvrđuje njegove ranije iznijete pismene navode a koje niti u pobijanom aktu niti u aktu od 17. rujna 2009. tuženo tijelo nije uopće željelo niti sagledati a niti komentirati.

Predlaže stoga Sudu da tužbu uvaži i pobijano rješenje poništi.

Tuženo tijelo u odgovoru na tužbu tužitelja OT-Optima Telekom d.d. ukazuje da je izvjesno da tužitelj na temelju svog ekonomskog interesa pogrešno smatra da ima i pravni interes iz članka 12. Zakona o upravnim sporovima pa bi njegovu tužbu trebalo odbaciti kao nedopuštenu. U svezi navoda tužitelja da obveze koje je u točki III. i IV. osporavane odluke naložio nadzornik elektroničkih komunikacija nemaju utemeljenje u zakonu ističe da su ovlasti nadzornika elektroničkih komunikacija detaljno propisane u članku 114. Zakona o elektroničkim komunikacijama. U točki 17. stavak 1. Zakona je propisano da nadzornik elektroničkih komunikacija može narediti uklanjanje drugih utvrđenih nepravilnosti, nedostataka ili propusta u primjeni ovog Zakona i propisa donesenih na temelju ovoga Zakona, a u točki 19. da nadzornik može narediti poduzimanje drugih mjera u skladu sa svrhom stručnog nadzora. Sukladno navedenom izvjesno je da je zakonodavac nadzorniku elektroničkih komunikacija ostavio određenu slobodu procjene glede izbora najprikladnijih mjera kojima će se postići svrha stručnog nadzora a to je u ovom slučaju zaštita osjetljive kategorije potrošača, korisnika telefonskih usluga s dodanom vrijednošću putem kojih se telefonski računi korisnika mogu opteretiti značajnim novčanim iznosima u vrlo kratkom razdoblju. Prema tome nadzornik elektroničkih komunikacija nije izašao iz okvira predviđenog Zakonom o elektroničkim komunikacijama kada je odlučivao o mjerama iz točke III. i IV. izreke pobijane odluke. U odnosu na navodne povrede pravila postupka

tužitelj ukazuje da mu tijekom stručnog nadzora nije bilo omogućeno da se očituje o činjenicama i okolnostima na kojima se temelji rješenje te da je tako povrijeđena odredba članka 143. Zakona o općem upravnom postupku. Međutim, ističe se da je iz spisa predmeta vidljivo da je tužitelj dopisima od 18. kolovoza 2009. i 9. rujna 2009. upoznat s provođenjem stručnog nadzora i od njega su zatraženi potrebni podaci. Nadalje, dana 11. rujna 2009. su ovlaštene osobe tužitelja dale nadzornika elektroničkih komunikacija iskaz o predmetu stručnog nadzora o čemu je sačinjena službena zabilješka koju su ovlaštene osobe potpisale. Prema tome tužitelju je na odgovarajući način dana mogućnost sudjelovanja u postupku sukladno odredbi članka 143. Zakona o općem upravnom postupku pa njegov prigovor glede povrede pravila postupka treba biti odbačen. Nadalje ističe da tužitelj ne osporava utvrđenje činjeničnog stanja u odnosu na postojanje nepravilnosti u radu društva MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. ali smatra da je tuženo tijelo odnosno nadzornik elektroničkih komunikacija pogrešno i nepotpuno utvrdio činjenično stanje u odnosu na njegovu terminalnu opremu putem koje se omogućava pružanje usluga poziva se dodanom vrijednošću. Glede toga se ističe kako je nadzornik elektroničkih komunikacija od tužitelja dobio sve potrebne podatke o terminalnoj opremi platforma KVIZ o čemu je sastavljena službena zabilješka koja je potpisana od ovlaštenih osoba tužitelja i koju tužitelj ne osporava. Prema tome u pogledu karakteristika navedene opreme nadzornik je pravilno i potpuno utvrdio činjenično stanje iz kojega proizlazi da je tužitelj društvu MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. omogućio da samostalno upravlja terminalnom opremom odnosno da po svom vlastitom nahođenju odlučuje hoće li korisnik dobiti propisanu najavnu poruku ili ne. Posebice iz utvrđenog činjeničnog stanja proizlazi da je navedeno društvo imalo mogućnost staviti znak zauzeća linije, a da se istodobno aktivira vrijeme početka naplate poziva korisnika čime je oštećen veliki broj korisnika. Posebno ističe da je provođenje stručnog nadzora jedan od oblika preventivnog djelovanja te da prema članku 114. stavak 1. točka 17. i 19. Zakona nadzornik elektroničkih komunikacija ima ovlasti naložiti sve mjere koje smatra prikladnim radi postizanja svrhe stručnog nadzora. Stoga je nadzornik elektroničkih komunikacija ispravno postupio kada je tužitelju naložio obvezu kontrole nad parametrima platforme KVIZ koja je u vlasništvu tužitelja jer se samo na taj način može postići učinkovita preventivna zaštita korisnika. Naime, ako bi se operatoru usluge s dodanom vrijednošću u ovom slučaju društvu MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. i dalje ostavila otvorena mogućnost da po vlastitom nahođenju mijenja i podešava parametre platforme KVIZ postoji velika vjerojatnost daljnje zlouporabe. Naknadno sankcioniranje tih zlouporaba ne bi moglo u potpunosti nadoknaditi počinjenu štetu i osigurati povjerenje krajnjih korisnika. Iz tih razloga prigovor tužitelja nije osnovan i treba biti odbačen.

U svezi tužbe tužitelja MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. Zagreb tuženo tijelo glede tužbenih navoda o pogrešnoj primjeni zakona ističe da je pobijano rješenje doneseno sukladno ovlastima nadzornika elektroničkih komunikacija koje su detaljno propisane u članku 114. Zakona o elektroničkim komunikacijama u vezi nadzora nad primjenom članka 49. istog Zakona, koji uređuje način pružanja usluga s dodanom vrijednošću te nadzora nad primjenom Dodatka 5. Pravilnika o načinu i uvjetima obavljanja djelatnosti elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga. Dakle, nadzornik elektroničkih komunikacija je predmetno rješenje donio u okviru svojih ovlasti i na temelju odgovarajućih materijalnih odredbi. U svezi istaknute povrede pravila postupka da pogrešnom primjenom Zakona o općem upravnom postupku tuženo tijelo nije donijelo privremeno rješenje sukladno s člankom 217. tog Zakona se ističe da je u ovom slučaju postupljeno na temelju članka 216. Zakona o

općem upravnom postupku koji propisuje da nadležno tijelo može donijeti dopunsko rješenje o pitanjima koja već donesenim rješenjem nisu obuhvaćena. U ovom slučaju bilo je opravdano primijeniti navedene odredbe jer su u postupku već bile utvrđene sve ključne činjenice pa nije bilo razloga za donošenje privremenog rješenja. Nadzornik elektroničkih komunikacija je glavnim rješenjem od 17. rujna 2009. zabranio tužitelju pružanje usluga sa dodanom vrijednošću na spornom telefonskom broju za koji je bilo utvrđeno protupravno postupanje, a dopunskim rješenjem od 30. rujna 2009. nadzornik je specificirao način otklanjanja utvrđenih nepravilnosti kao uvjet za daljnje pružanje usluga na tom telefonskom broju. Posljedično u ovom predmetu ispravno su primijenjene odredbe Zakona o općem upravnom postupku pa je prigovor neosnovan i treba biti odbačen. Nadalje tužitelj smatra da je izreka pobijanog dopunskog rješenja proturječna izreci glavnog rješenja što tuženo tijelo osporava. Glavnim rješenjem je tužitelju zabranjeno pružanje usluge s dodanom vrijednosti na broju 060/888 505 u televizijskom programu Jackpot jer su u njegovom radu utvrđene ozbiljne nepravilnosti i kršenje zakona. Dopunskim rješenjem precizno je utvrđen način otklanjanja utvrđenih nedostataka te je utvrđeno da izrečena zabrana pružanja usluge traje do otklanjanja nedostataka. Prema tome dopunsko rješenje logično nadopunjuje glavno rješenje i stavlja tužitelja i njegovog pristupnog operatera (OT-Optima Telekom d.d.) u vrlo jasnu pravnu situaciju, a to je zabrana pružanja usluga s dodanom vrijednosti na određenom telefonskom broju koja traje dok se ne zadovolje točno određeni zakonom propisani uvjeti. U svezi osporavanja utvrđenog činjeničnog stanja tvrdeći slično kao i u upravnoj tužbi podnesenoj protiv glavnog rješenja (Us-11508/2009) da nadzornik nije dokazao povredu o kojoj je riječ te da nije mogao počinuti povredu zakona koje su utvrđene u glavnom rješenju zato što fizički nije mogao mijenjati parametre na telekomunikacijskoj terminalnoj opremi (platforma KVIZ) koja je vlasništvo operatera putem kojega on ostvaruje pristup mreži a to je OT-Optima Telekom d.d. se ističe da su obje tvrdnje tužitelja neosnovane. Prvo, nadzornik je povredu utvrdio na temelju neposrednog utvrđivanja činjenica te na temelju detaljnog ispisa poziva dobivenog od pristupnog operatera tužitelja što je vidljivo iz spisa predmeta. Drugo, u postupku je nedvosmisleno utvrđeno da je pristupni operator omogućavao tužitelju da sam mijenja postavke servisa. Upravo zbog toga je nadzornik pristupnog operatera obvezao da na odgovarajući način prilagodi svoju opremu kako to više ne bi bilo moguće. Iz navedenog nedvosmisleno proizlazi da je nadzornik elektroničkih komunikacija ispravno utvrdio činjenično stanje i donio pravilnu odluku.

Tužbe su osnovane.

Prema stanju spisa predmeta proizlazi da je u stručnom nadzoru nad primjenom Zakona o elektroničkim komunikacijama („Narodne novine“, broj: 73/08) i Pravilnika o načinu i uvjetima obavljanja djelatnosti elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga („Narodne novine“, broj: 154/08) davatelja usluge s dodanom vrijednosti MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. Zagreb nadzornik elektroničkih komunikacija zbog uočenih nezakonitih postupanja (povreda članka 49. stavak 3. Zakona o elektroničkim komunikacijama i članka 35. stavka 1. i 2. i Dodatka 5. Pravilnika – Pravila postupanja za operatere usluga s dodanom vrijednosti) prilikom davanja usluge s dodanom vrijednosti uporabom broja 060/888 505 u emisiji Jackpot nakladnika Otvorena televizija Zagreb d.d. (OTV), našao potrebnim da temeljem odredbe članka 114. stavak 1. točka 19. i stavka 6. Zakona o elektroničkim komunikacijama donesenim rješenjem klasa: UP/I-344-08/09-01/28, ur.broj: 376-04-09-05 od 17. rujna 2009. zabrani MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. Zagreb da kao operator usluga s

dodanom vrijednosti pruža usluge s dodanom vrijednosti uporabom broja 060/888 505 u televizijskom programu Jackpot nakladnika Otvorena televizija Zagreb d.d. (OTV) i korištenje usluge platforme KVIZ na telekomunikacijskoj terminalnoj opremi trgovačkog društva OT-Optima Telekom d.d. (OT) uporabom koje je otvoren pristup za korisnike - pozivatelje broja 060/888 505 u tijeku emisije Jackpot OTV-a, a kao mjera za onemogućavanje pružanja usluge s dodanom vrijednosti uporabom navedenog broja pristupnom operateru OT-Optima Telekom d.d. se nalaže blokada pristupa broju 060/888 505.

Međutim, u pokrenutom upravnom sporu je presudom, broj: Us-11508/2009 zbog tužbenih razloga tužitelja MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. Zagreb navedeno rješenje poništeno s obzirom da je ovaj Sud u okviru odlučivanja o njegovoj zakonitosti polazeći od temeljnih načela upravnog postupka, kao i relevantne odredbe (članak 113. stavak 9. Zakona o elektroničkim komunikacijama) cijenio da provedene radnje stručnog nadzora (službene bilješke i obavijest od 18. kolovoza 2009. o započinjanju postupka stručnog nadzora i zatraženih obavijesti od tužitelja) ne mogu osloboditi nadzornika elektroničkih komunikacija obveze postupanja sukladno postupovnim radnjama koje postavljaju mjerodavne odredbe Zakona. Naime, prema odredbi članka 113. stavak 9. Zakona o elektroničkim komunikacijama, na koju se tužitelj poziva u tužbi, nadzornik sastavlja zapisnik o izvršenom stručnom pregledu u okviru stručnog nadzora nad primjenom toga Zakona i propisa donesenih na temelju zakona, utvrđenom činjeničnom stanju i poduzetim ili naredenim mjerama i radnjama te primjerak zapisnika uručuje nadziranoj osobi. Iz navedene presude proizlazi da je Sud imao u vidu i da je u odnosu na upravne postupke u kojima se odlučuje o ograničavanju prava stranaka zakonodavac u članku 142. Zakona o općem upravnom postupku („Narodne novine“, broj: 53/91 i 103/96 – Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske) odredio provođenje posebnog ispitnog postupka, kao neophodnog u slučajevima kada je potrebno utvrditi sve činjenice i okolnosti od značaja za rješavanje ili radi pružanja mogućnosti strankama da zaštite svoja prava i pravne interese, a daljnjom odredbom članka 143. u svezi članka 8. istog Zakona je propisano da stranka ima pravo sudjelovati u upravnom postupku braneći svoja prava i pritom davati potrebne podatke i poduzimati druge dopuštene postupovne radnje kojima štiti svoje pravne interese. Imalo se u vidu i da prema odredbi članka 74. Zakona o općem upravnom postupku nije predviđena obveza sastavljanja zapisnika samo o manje važnim radnjama u postupku, između ostaloga, i o manje važnim radnjama i izjavama stranka i trećih osoba koje nemaju bitnog utjecaja na rješenje stvari kada će se u samom spisu staviti bilješka koju potvrđuje službena osoba koja ju je sastavila, dok je u svim ostalim važnijim radnjama u postupku nužno sastaviti zapisnik. Dakle, na temelju analize postupka koji je prethodio donošenju pobijanog rješenja, kao i navedenih relevantnih propisa, nalazi se da se povredama u postupovnom smislu zadire u pravo tog tužitelja da mu tijekom stručnog nadzora nije bilo omogućeno sudjelovanje u postupku kako bi se izjasnio o okolnostima važnim za odlučivanje (poduzimanje mjera u skladu sa svrhom stručnog nadzora – članak 114. stavak 1. točka 19. Zakona o elektroničkim komunikacijama).

Predmet ovog upravnog spora je dopunsko rješenje od 30. rujna 2009., kojim nadzornik na temelju tako provedenog postupka (istog stanja stvari), bez provođenja ponovnog ispitnog postupka, u stvari nakon zabrane tek sada radi otklanjanja nedostataka cijeni potrebnim naložiti tužitelju MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. iz Zagreba da ih ukloni tako da

će osigurati emitiranje propisane najavne poruke koja sadrži sve elemente propisane Zakonom o elektroničkim komunikacijama i Dodatkom 5. Pravilnika o načinu i uvjetima obavljanja djelatnosti elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga. Dakle, nalaže se navedenom operatoru da najavna poruka mora sadržavati poruku upozorenja osobama mlađim od 18 godina propisanu člankom 4. Dodatka 5. Pravilnika i da najavna poruka mora omogućiti korisnicima prekid telefonskog poziva nakon što su saslušali najavnu poruku, a prije početka naplate poziva, kako je to propisano člankom 7. stavak 2. Dodatka 5. Pravilnika (točka 1.a), osigurati da nakon početka naplate poziva korisnik mora biti jasno i nedvosmisleno obaviješten govornom porukom je li njegov poziv zaprimljen u studio ili je poziv neuspješan kako korisnici ne bi bili dovedeni u zabludu ili obmanuti suprotno odredbi članka 4. stavak 2. Dodatka 5. Pravilnika (točka I.b.), obveza konstantnog emitiranja cijene poziva na isti način kao i pozivnog broja sukladno odredbi članka 6. stavak 2. Dodatka 5. Pravilnika (točka Ic) kao i obvezu konstantnog obavještavanja korisnika o jednostavnom i besplatnom načinu pronalaženja imena operatora i detalja kontakta operatora usluge s dodanom djelatnosti te kontakt telefonskog broja kako je propisano člankom 4. stavak 5. Dodatka 5. Pravilnika (točka I.d.). Kako se cijeni da uklanjanje nedostataka nije moguće bez aktivne suradnje pristupnog operatora koji mora stvoriti tehničke uvjete koji će omogućiti navedenom operatoru uklanjanje nedostataka te osigurati da operator nakon uklanjanja nedostataka ne može bez njegovog znanja i odobrenja naknadno mijenjati postavke platforme KVIZ (točka II) tako da sada određena privremena zabrana traje dok pristupni operator ne obavijesti nadzornika da su stvoreni uvjeti za zakonito i pravilno pružanje usluge s dodanom vrijednošću. Osim toga, kako istu platformu mogu koristiti ili koriste i drugi operatori usluge s dodanom vrijednosti nadzornik je smatrao opravdanim naložiti pristupnom operatoru takve izmjene platforme KVIZ koje će onemogućiti svim operatorima usluga s dodanom vrijednosti naknadne izmjene i manipulacije najavnim porukama i tonskim signalizacijama signalima koje primaju korisnici tih usluga. Dakle, nakon trenutne zabrane poslovne aktivnosti (pružanja navedene usluge) tužitelju MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. Zagreb se u stvari određuje drugačije postupanje odnosno uklanjanje nedostataka kao uvjet daljnjeg pružanja usluga tako da traje do otklanjanja nedostataka (sada ima privremeni karakter) odnosno dok pristupni operator OT-Optima Telekom d.d. ne obavijesti nadzornika da je navedeni operator otklonio tražene nedostatke na njegovoj telekomunikacijskoj terminalnoj opremi (točka IV. izreke) što za tužitelja MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. Zagreb prema razlozima tužbe nije prihvatljivo (kontradiktorno na bazi nedovoljno utvrđenog činjeničnog stanja). Prema rezultatima postupka je u glavnom rješenju od 17. rujna 2009. zabrana pružanja usluge s dodanom vrijednosti osigurana nalogom OT-Optima Telekom d.d. da, kao pristupni operator, onemogući (blokira pristup) broju: 060/888 505, kojem zahtjevu je i udovoljio (protiv takve odluke nije pokrenuo upravni spor). Međutim, donesenim dopunskim rješenjem mu je bez posebnog utvrđivanja činjeničnog stanja, naložena prilagodba platforme KVIZ na njegovoj telekomunikacijskoj terminalnoj opremi na način da osigura postojanje propisane najavne poruke za sve pozive upućene prema svim operatorima usluga s dodanom vrijednosti te da onemogući operatorima usluge s dodanom vrijednošću koji koriste tu platformu bilo kakve naknadne izmjene najavne poruke (točka III. izreke rješenja), primjenu koje navedeni tužitelj ne smatra rezultatom (predmet) stručnog nadzora tako da se obrazloženje u cijelosti zasniva na propustima koji su utvrđeni isključivo kod operatora. Navedeni tužitelj nadalje smatra da je njegova aktivna uloga iscrpljena sukladno glavnom rješenju od 17. rujna 2009. onemogućavanjem ostvarivanja poziva na navedenom broju, te smatra da nema pravne osnove (ugovor o realizaciji

programa) niti osnove (osim raskida ugovora) niti resurse temeljem kojih bi mu se mogla, posebice bez činjenične osnove i mogućnosti očitovanja (povrede članka 143. Zakona o općem upravnom postupku) nametnuti obveza kontrole postupanja operatora (poštivanje propisa predstavlja odgovornost svakog operatora).

Iako tuženo tijelo u odgovoru na tužbu opravdanje da se primjenom članka 114. stavak 1. točka 17. i 19. Zakona o elektroničkom komuniciranju, donesenim dopunskim rješenjem na navedeni način utvrde obveze u tome da zakonodavac nadzorniku elektroničkih komunikacija ostavlja određenu slobodu procjene glede izbora najprikladnijih mjera kojima će se postići svrha stručnog nadzora, i takvo postupanje se mora temeljiti na prethodno utvrđenom činjeničnom stanju, što znači prethodno provesti postupak da se utvrdi takvo činjenično stanje, kao osnova za donošenje zakonitog rješenja.

Stoga, cijeneći razloge tužbe u ovom upravnom sporu, kao i glede tužbe podnesene protiv glavnog rješenja, navedeni propust takvog utvrđivanja činjeničnog stanja je rezultirao određivanjem mjera nakon postupka tijekom kojega nadzirane osobe nisu upoznate sa rezultatima stručnog nadzora čime su, imajući u vidu osnovno načelo upravnog postupka i navedenih relevantnih odredaba Zakona, zbog nepoznavanja okolnosti i razloga za konkretno odlučivanje smanjene mogućnosti (uskraćeno pravo) osporavanja činjeničnih utvrđenja. Tako, zbog procesnih propusta, bez detaljne analize uz očitovanje tužitelja nije moguće otkloniti ni prigovore propusta da se u okviru detaljno provedenog stručnog nadzora (koji uključuje oba tužitelja) sagledaju svi pravni aspekti (zakonski i podzakonski propisi te sklopljeni ugovori) i činjenični aspekti temeljem kojih bi se nadziranim subjektima moglo u skladu sa svrhom stručnog nadzora narediti poduzimanje najprihvatljivijih mjera u interesu zaštite potrošača (korisnika telefonskih usluga s dodanom vrijednosti). Dakle, u ponovnom postupku s obzirom na tužbene navode valja nedvojbeno utvrditi pravnu utemeljenost nalaganja obveza u svezi nepoštivanja propisa u pružanju usluga s dodanom vrijednosti, odnosno preispitati tehnološke i informatičke pretpostavke za provedbu navedenih mjera u dopunskom rješenju (tko ih može i kako provesti). U odnosu na tužitelja OT-Optima Telekom d.o.o., kojem su pobijanim rješenjem nametnute obveze (pripadajuće pravo stranke u upravnom sporu) što mu (osporavanje istih), za razliku od stajališta tuženog tijela po mišljenju ovoga Suda daje aktivnu legitimaciju i u upravnom sporu u smislu članka 12. Zakona o upravnim sporovima, valja proširiti stručni nadzor radi otklanjanja prigovora glede tehničke opremljenosti za prilagodbu terminalne opreme (točka III.), odnosno opravdanost naloga iz točke II. izreke rješenja te tvrdnji tog tužitelja da nije opremljen (nema načina i sredstava) niti ima zakonske ovlasti, odnosno ugovorom preuzetu obvezu, vršiti kontrolu da li operator kome je dana na korištenje oprema davanjem usluga poštuje propise (posebice iz točke Ic i d), a osim toga da bi se provjerilo je su li nepravilnosti ispunjene moralo bi se prethodno omogućiti puštanje poziva što bi bilo protivno svrsi, odnosno nalogu o blokadi poziva, a i samog dopunskog rješenja.

Dakle, s obzirom na sve izneseno rezultat stručnog nadzora ne daje dovoljnu činjeničnu podlogu za donošenje zakonitog rješenja, te je stoga potrebno u nastavku postupka provesti detaljni ispitni postupak (sastaviti zapisnik o izvršenom stručnom pregledu, utvrđenom činjeničnom stanju i poduzetim i naređenim mjerama i radnjama) tako da se i tužiteljima omogući aktivno sudjelovanje u postupku prije poduzimanja ili naređenja određenih mjera, odnosno poduzimanja određenih radnji u postupku.

Temeljem članka 14. stavak 7. Zakona o elektroničkim komunikacijama ova presuda objavit će se u „Narodnim novinama“ i na službenim stranicama Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije.

Kako s obzirom na sve izneseno nije moguće otkloniti kao neutemeljene tužbene navode tužitelja, trebalo je temeljem odredbe članka 39. stavak 2. Zakona o upravnim sporovima ("Narodne novine", broj: 53/91, 9/92 i 77/92) tužbe uvažiti i pobijano rješenje poništiti s tim da tuženo tijelo donese novo rješenje pridržavajući se po članku 62. istog Zakona pravnog shvaćanja Suda i njegovih primjedaba glede postupka.

U Zagrebu 22. rujna 2010.

Zapisničarka:
Veseljka Kos, v.r.

Predsjednik vijeća:
Smiljan Mikuš, v.r.

PRESUDA SE DOSTAVLJA:

1. Odvjetnik Zoran Špoljarić, Zagreb, Žerjavićeva br. 9
2. OT-Optima Telekom d.d., Zagreb, Bani 75a (n/r Morana Čulo Jovičić, voditeljica odjela pravnih i regulatornih poslova)
3. Hrvatska agencija za poštu i elektroničke komunikacije, Zagreb, Jurišićeva 13, sa spisom
- 4 „Narodne novine“ – objava
5. Hrvatska agencija za poštu i elektroničke komunikacije – službene stranice - objava

Za točnost otpavka - ovlaštteni službenik

