



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

REPUBLIKA HRVATSKA
HRVATSKA AGENCIJA ZA POŠTU I
ELEKTRONIČKE KOMUNIKACIJE

| | | | |
|------------------------|---------------------|-------|-----------|
| Primljeno: | 29.12.2010 12:14:44 | | |
| Klasifikacijska oznaka | 344-01/10-01/1307 | | Org. jed. |
| Urudžbeni broj: | 437-10-1 | | -04 |
| | Pril. | Vrij. | |
| | 1 | 0 | |

Broj: Us-11537/2009-4



d1245620

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 rješenja tužene Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije, klasa: UP-I-344-08/09-01/32, ur. broj: 376-09-09-04 od 1. listopada 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 rješenje Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije, klasa: UP-I-344-08/09-01/32, ur. broj: 376-09-09-04 od 1. listopada 2009.

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

Obrazloženje

Pobijanim rješenjem tuženog tijela se zabranjuje trgovačkom društvu MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. Zagreb da kao operator usluga s dodanom vrijednosti pruža uslugu s dodanom vrijednosti uporabom brojeva 060/88 77 00, 060/88 77 01, 060/88 77 02, 060/88 77 03, 060/88 77 04, 060/88 77 05, 060/88 77 06, 060/88 77 07, 060/88 77 08, 060/88 77 09, 060/88 77 10 i 060/88 77 11 u televizijskom programu „Sviramo samo za vas“ nakladnika televizije KA-Vision d.o.o. iz Karlovca (u čijem se studiju proizvodi rečeni program), te ostalih nakladnika televizije koji preuzimaju i reemitiraju istodobno taj program, te mu se zabranjuje korištenje usluge platforme „KVIZ“ na telekomunikacijskoj

terminalnoj opremi trgovačkog društva OT-Optima Telekom d.d. (OT) uporabom koje je otvoren pristup za korisnike gore navedenih brojeva (točka I. izreke). Kao mjeru za onemogućavanje pružanja usluge s dodanom vrijednosti uporabom navedenih brojeva u emisiji „Sviramo samo za vas“ pristupnom operatoru OT-Optima Telekom d.d. se nalaže blokada pristupa brojevima iz točke I. ovog rješenja (točka II. izreke). Nalaže se trgovačkom društvu MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. iz Zagreba da kao operator usluga s dodanom vrijednosti kod pružanja usluge s dodanom vrijednosti uporabom navedenih brojeva iz točke I. u emisiji „Sviramo samo za vas“ ukloni nepravilnosti i nedostatke tako što će: a) osigurati za sve pozive propisanu 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 „Sviramo samo za vas“ prikazana vizualno na ekranu na isti način kao broj usluge s dodanom vrijednošću 060, d) osigurati da za cijelo vrijeme trajanja emisije „Sviramo samo za vas“ na ekranu budu prikazane informacije koje će korisnicima omogućiti jednostavno i besplatno pronalaženje kontakt detalja operatora usluge s dodanom vrijednošću (točka III. izreke). 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 omogući operatoru usluga s dodanom vrijednosti MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. naknadne izmjene na platformi „KVIZ“ (točka IV. izreke). 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 (točka V. izreke). Zabrana pružanja usluge s dodanom vrijednosti uporabom brojeva navedenih u točki I. ovog rješenja u televizijskom programu „Sviramo samo za vas“ nakladnika KA-Vision d.o.o. 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 (točka VI. izreke rješenja), te se utvrđuje da izvršenje 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 (točka VII. izreke) i da će se rješenje objaviti u „Narodnim novinama“ i na službenim stranicama Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije (točka VIII. izreke rješenja).

Protiv pobijanog rješenja tužbu su podnijeli tužitelj OT-Optima Telekom d.d. Zagreb, koja je zaprimljena pod brojem Us-11537/2009 i tužitelj MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. Zagreb, koja je zaprimljena pod brojem Us-12015/2009. S obzirom da su obje tužbe podnesene protiv istog pobijanog 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-11537/2009.

Tužitelj OT-Optima Telekom d.d. Zagreb u podnesenoj tužbi osporava zakonitost pobijanog rješenja iz razloga što nije pravilno primijenjen zakon i na njemu utemeljen podzakonski akt, odnosno što se u postupku koji je prethodio donošenju rješenja nije postupilo prema pravilima postupka, što činjenično stanje nije pravilno utvrđeno i što je iz utvrđenih činjenica izveden nepravilan zaključak u pogledu činjeničnog stanja. U svezi pogrešne primjene zakona i podzakonskog akta ističe da tuženo tijelo u pobijanom aktu pogrešno primjenjuje relevantne odredbe Zakona o elektroničkim komunikacijama i Pravilnika o načinu i uvjetima obavljanja djelatnosti elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga. Ističe da mu tuženo tijelo u točki IV. izreke rješenja nalaže da „nakon uklanjanja nedostataka i nepravilnosti onemogućiti operatoru usluga s dodanom vrijednosti MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. naknadne izmjene na platformi „KVIZ“ koji zahtjev je nezakonit. Naime, predmet nadzora u konkretnom slučaju nije bila njegova terminalna oprema, dakle, platforma KVIZ već postupanje MAG-D.R.I.V.E. d.o.o., operatora usluga s dodanom vrijednosti, te tako tuženo tijelo u obrazloženju rješenja navodi da je MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. Zagreb operator usluga s dodanom vrijednosti koji je dužan pridržavati se odredaba Zakona i Pravilnika, osobito njegovog Dodatka 5., a smisao je navedenih odredaba da se istakne odgovornost operatora usluga s dodanom vrijednosti u odnosu na pristupnog operatora ali i u odnosu na krajnjeg korisnika. Dakle, tuženo tijelo tijekom postupka nije utvrdilo nepravilnosti na njegovoj strani već operatora koji se nalazi u njegovoj mreži. Nadalje, tuženo tijelo u obrazloženju rješenja nigdje ne navodi koje je to nepravilnosti, nedostatke ili propuste sukladno članku 114. stavak 1. točka 17. Zakona utvrdilo na njegovoj opremi da mu je moralo naložiti obvezu „onemogućavanja naknadnih izmjena na platformi KVIZ“. Čak ako je tuženo tijelo smatralo da će se time ostvariti svrha nadzora kako je regulirano člankom 114. stavak 1. točka 19. Zakona, iako to tuženo tijelo nije navelo u svom obrazloženju, zahtjev bi i dalje bio nezakonit. Naime, svaki operator javnih komunikacijskih usluga, koji u svojoj mreži ima operatore usluga s dodanom vrijednosti s njima sklapa ugovore kojima reguliraju komercijalne uvjete svog odnosa. Poslovna suradnja u njegovom slučaju ostvaruje se na način da se operatoru usluga s dodanom vrijednosti da na korištenje dio platforme i to na način da mu se osigura pristup sučelju kojim on može administrirati, odnosno upravljati. Kao što je samo tuženo tijelo navelo operatori usluga s dodanom vrijednosti dužni su pridržavati se važećih propisa kojima se regulira usluga koju oni pružaju. Uvjeti koje je omogućio svim operatorima usluga s dodanom vrijednosti u svojoj mreži potpuno su jednaki i svako od operatora usluga s dodanom vrijednosti odgovara za ispunjavanje propisanih obveza. Tuženo tijelo nigdje ne navodi kako je to i da li je uopće operatoru usluga s dodanom vrijednosti omogućio poštivanje propisa. Svrha obveze koja mu je određena jest da se uspostavi kontrola nad operatorom usluga s dodanom vrijednosti i to na njegov trošak bez zakonite osnove. Tuženo mu tijelo nadalje u točki V. rješenja nalaže prilagodbu platforme KVIZ na način da „osigura postojanje propisane najavne poruke za sve pozive upućene prema svim operatorima usluga s dodanom vrijednosti, te da onemogućiti operatorima usluga s dodanom vrijednosti koji koriste tu platformu bilo kakve naknadne izmijene najavne poruke“, čime mu je naložena obveza koja nije utemeljena na zakonu te koja izlazi iz okvira provedenog stručnog nadzora. Naime, iz samog pobijanog akta jasno proizlazi da je isti donesen u okviru nadzora operatora usluga s dodanom vrijednosti MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. Zagreb, te niti u jednom trenutku nije bio

upoznat da je i 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 nisu utvrđene nikakve nepravilnosti. Smatra da pri provedbi stručnog nadzora nadzornik može narediti uklanjanje utvrđenih nepravilnosti, nedostataka ili propusta samo ako utvrdi povredu odredaba Zakona ili propisa donesenih na temelju Zakona, što u odnosu na njega nije utvrđeno već u odnosu na operatora. 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 operator usluga s dodanom vrijednosti koriste isti servis. Međutim, tuženo tijelo nije istaknulo da drugi operatori usluga s dodanom vrijednosti nisu bili predmet nadzora, odnosno da kod nikog nisu utvrđene iste ili slične nepravilnosti, te da drugi operatori usluga s dodanom vrijednosti pod istim uvjetima svoje usluge koriste na zakonit način. Nadalje, u točki VI. izreke tuženo tijelo navodi da izrečena zabrana pružanja usluge ima ostati na snazi „sve 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 opremi“. I u ovom slučaju tuženo tijelo zahtijeva od tužitelja da provodi nadzor nad poslovanjem operatora usluga s dodanom vrijednosti na što nije ovlašten niti ima načina ili sredstava provoditi takav nadzor, pa je stoga ovakav zahtjev protivan i ustavnim načelima Republike Hrvatske. Nema nikakve pravne osnove temeljem koje bi mu se nametnula obveza kontrole postupanja operatora usluga s dodanom vrijednosti, a ne može niti poduzimati nikakve mjere protiv operatora usluga s dodanom vrijednosti koji ne poštuju propise, osim raskid ugovora i obustave usluga. S obzirom da se radi o poslovnom odnosu u kojem obje strane imaju ekonomski interes, nametanje obveze za obustavom usluga operatorima usluga s dodanom vrijednosti bilo bi protivno ustavom zajamčenih načela poduzetničke i tržišne slobode. Svim je operatorima usluga s dodanom vrijednosti dao jednake uvjete, upozorio ih na njihova prava i obveze i osigurao im uvjete da važeće propise i poštuju. S druge strane tuženo tijelo raspolaže i resursima i ovlastima za provedbom nadzora nad operatorima usluga s dodanom vrijednosti. Ukazuje i na pogrešnu primjenu odredbe članka 143. Zakona o općem upravnom postupku, a u svezi s člankom 18. stavak 4. Zakona o elektroničkim komunikacijama jer mu nije tijekom nadzora bilo omogućeno da se očituje o činjenicama i okolnostima na kojima se temelji rješenje, odnosno u pogledu određenih mu obveza promjena na terminalnoj opremi. Slijedom svega navedenog jasno proizlazi da je tuženo tijelo u provedbi stručnog nadzora pogrešno primijenilo članak 114. Zakona o elektroničkim komunikacijama time što mu je naložilo otklanjanje neutvrđenih nepravilnosti, te mu je naložilo obvezu koja nije u skladu s člankom 49. stavak 3. Zakona, te Dodatka 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 što jasno proizlazi iz obrazloženja rješenja. Drugim riječima nije napravljen niti minimum provjera iz kojih bi tuženo tijelo moglo izvući zaključak da je njegova oprema neispravna. Samo tuženo tijelo u obrazloženju navodi da je tek dana 9. rujna 2009. zatražilo ispis poziva prema određenim brojevima. Tuženo tijelo tijekom stručnog nadzora nije zatražilo njegovo očitovanje niti na jednu okolnost niti pregled opreme, pa stoga nije niti moglo utvrditi nepravilnost ili propuste na opremi. Stoga je sporan i zaključak prema kojem bi trebao omogućiti operatoru usluga s dodanom vrijednosti da uskladi svoje postupanje s važećim propisima. Posebice ukazuje da nije ovlašten ocjenjivati zakonitost poslovanja

drugih operatora na tržištu, pa tuženo tijelo potpuno pogrešno u obrazloženju pobijanog rješenja navodi da: „Privremena zabrana traje dok pristupni operator ne obavijesti nadzornika da su stvoreni uvjeti za zakonito i pravilno pružanje usluge s dodanom vrijednošću“.

Predlaže stoga Sudu da tužbu uvaži i pobijani akt poništi u dijelu koji se odnosi na točke IV, V i VI. izreke, odnosno podredno ako nađe opravdanim da rješenje poništi u cijelosti.

Tužitelj MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. Zagreb u tužbi osporava zakonitost pobijanog rješenja u cijelosti temeljem odredbe članka 10. Zakona o upravnim sporovima, odnosno upravni akt pobija iz razloga što u istome 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 toga što činjenično stanje nije uopće pravilno utvrđeno. Prije svega ukazuje na nezakonito postupanje po odredbi članka 113. stavak 9. Zakona o elektroničkim komunikacijama. Naime, tuženo tijelo je u postupku koji je prethodio donošenju pobijanog akta od njega zatražilo odgovarajuće očitovanje no u pobijanoj odluci nije moguće pronaći ništa iz čega bi se moglo zaključiti što je naveo u svojim očitovanjima, pa ovom prilikom ističe da je jasno i nedvojbeno izjavio da je najavna poruka trajala 5 sekundi, pa stoga nije jasno kako tuženo tijelo govori o navodnom vremenskom trajanju govorne poruke od 9 sekundi, jer u pobijanoj odluci nije navelo niti jedan jedini dokaz uz pomoć kojega bi se mogla provjeriti navedena tvrdnja. Dakle, smatra da se radi o paušalnoj i ničim dokazanoj tvrdnji koja ima za posljedicu donošenje pobijane odluke njemu na štetu. Nadalje, iz pobijane odluke ne proizlaze niti dokazi da bi upravo on poduzimao bilo kakve radnje u svezi s najavnom porukom pri pozivanju brojeva iz točke I. izreke rješenja. Da je tome tako svjedoči sama izreka pobijanog rješenja kojim se točkama IV. i V. nalaže pristupnom operatoru OT-Optima Telekom d.d. da upravo on poduzme odgovarajuće radnje na telekomunikacijskoj terminalnoj opremi u njegovom vlasništvu tako da mu se točkom IV. izreke nalaže da na svojoj telekomunikacijskoj terminalnoj opremi osigura radnje koje očite može napraviti samo i isključivo OT-Optima Telekom d.d., pa je jasno da u odnosu na tu opremu ne može napraviti baš ništa. Gledajući pobijani upravni akt mora se steći zaključak da u njemu ne postoji niti jedan jedini dokaz uz pomoć kojih bi se mogla dokazati utemeljenost navoda iznijetih u njemu, kao što se ne može pronaći ništa niti o sadržaju pismenog očitovanja tijekom postupka, a još manje bilo kakav dokaz o tome na koji je način tuženo tijelo došlo do sasvim proizvoljnih podataka navedenih u Tablici 1., te stoga navedene podatke niti gledajući vremensko razdoblje niti broj navodno ostvarenih poziva niti broj navodnih poziva koji bi dobili propisanu najavnu poruku niti broj navodnih poziva koji nisu dobili propisanu najavnu poruku nije moguće provjeriti jer očito tuženo tijelo smatra da on nikome ne treba polagati račune o tome kako će dokazati svoje tvrdnje. Kako Zakon o elektroničkim komunikacijama u svojim postupovnim odredbama ne predviđa podnošenje žalbe već pokretanje upravnog spora navedeno je zakonsko određenje trebalo tuženom tijelu jasno ukazati da tijekom postupka treba doista voditi računa o tome da se ne povrijede prava potencijalnog adresata upravnog akta što je po njegovu mišljenju u ovom predmetu učinjeno na njegovu štetu. Posebice ukazuje na povredu odredbe članka 5. Zakona o općem upravnom postupku koja se odnosi na zaštitu prava građana i zaštitu javnog interesa, ali i na povredu načela materijalne istine sadržana u odredbi članka 7. toga Zakona.

Predlaže stoga Sudu da tužbu uvaži i pobijano rješenje poništi.

Tuženo tijelo u odgovoru na tužbu tužitelja OT-Optima Telekom d.d. prvenstveno osporava tužiteljev pravni interes u smislu članka 12. Zakona o upravnim sporovima za pokretanje upravnog spora tako da bi njegovu tužbu trebalo odbaciti kao nedopuštenu. U odnosu na pogrešnu primjenu zakona u svezi utvrđenih obveza iz točki V. i VI. pobijane odluke ističe da su ovlasti nadzornika elektroničkih komunikacija detaljno propisane u članku 114. Zakona o elektroničkim komunikacijama, a u točki 17. stavak 1. 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, dok je u točki 19. propisano da nadzornik može narediti poduzimanje drugih mjera u skladu sa svrhom stručnog nadzora. Sukladno navedenom je izvjesno 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. Dakle, neosnovan je prigovor zakonitosti osporavane odluke u tom dijelu. U odnosu na navodne povrede pravila postupka, te povrede odredbe članka 143. Zakona o općem upravnom postupku ističe da je iz spisa predmeta vidljivo da je tužitelj dopisom od 9. rujna 2009. upoznat s provođenjem stručnog nadzora i od njega su zatraženi potrebni podaci, a 11. rujna 2009. ovlaštene osobe su dale nadzorniku elektroničkih komunikacija iskaz o predmetu stručnog nadzora o čemu je sačinjena službena zabilješka koju su ovlaštene osobe i potpisale. Dakle, na odgovarajući je način tužitelju dana mogućnost sudjelovanja u postupku sukladno odredbi članka 143. Zakona o općem upravnom postupku pa i taj prigovor treba biti odbačen. Glede osporavanja utvrđenog činjeničnog stanja u odnosu na postojanje nepravilnosti u radu društva MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. Zagreb tako da je nadzornik elektroničkih komunikacija pogrešno i nepotpuno utvrdio činjenično stanje u odnosu na njegovu terminalnu opremu putem koje se navedenom društvu omogućava pružanje usluga poziva s dodanom vrijednošću se ističe da je nadzornik od tužitelja dobio sve potrebne podatke o terminalnoj opremi platforma KVIZ o čemu je sastavljena službena zabilješka koja je potpisana od ovlaštene osobe tužitelja i koju tužitelj ne osporava. Prema tome u pogledu karakteristika navedene opreme nadzornik je pravilno i potpuno utvrdio činjenično stanje. Iz utvrđenog činjeničnog stanja proizlazi da je tužitelj društvu MAG-D.R.I.V.E. 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. Dakle, 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, pa prigovor tužitelja nije osnovan i treba biti odbačen.

U svezi tužbe tužitelja MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. Zagreb tuženo tijelo u odgovoru na tužbu u odnosu na pogrešnu primjenu zakona glede tužiteljeva pozivanja na navodnu povredu odredbe članka 113. stavak 9. Zakona o elektroničkim komunikacijama ističe da je pogrešna primjena zakona predviđena kao razlog za pobijanje upravnog akta u članku 10.

stavak 1. točke 1. Zakona o upravnim sporovima, a odredba na koju se tužitelj poziva je procesne neravi i njeno navodno kršenje ne može biti razlog utvrđivanja pogrešne primjene zakona. Naime, pogrešna primjena zakona postoji kada upravni akt nema pravno uporište u materijalnom propisu, kada je primijenjen pogrešan zakon ili drugi propis, kada je primijenjena pogrešna odredba odgovarajućeg zakona ili kada je odgovarajuća odredba primijenjena na pogrešan način, a ništa od navedenog nije primjenjivao na ovaj predmet niti to tužitelj u svojoj tužbi tvrdi. Ističe da je predmetno rješenje doneseno sukladno ovlastima nadzornika elektroničkih komunikacija koje su detaljno propisane u članku 114. Zakona o elektroničkim komunikacijama u svezi 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. Prema tome nadzornik elektroničkih komunikacija je donio predmetno rješenje u okviru svojih ovlasti i na temelju odgovarajućih materijalnih odredbi koje je primijenio na pravilan način, pa posljedično prigovor pogrešne primjene zakona treba odbaciti. U svakom slučaju niti navod tužitelja da je povrijeđena procesna odredba iz članka 113. stavak 9. Zakona o elektroničkim komunikacijama nije točan jer je nadzornik elektroničkih komunikacija udovoljio toj odredbi tako da je konstatirao utvrđeno činjenično stanje i o njemu u dopisu od 8. rujna 2009. obavijestio tužitelja i zatražio od njega detaljno očitovanje. U odnosu na navodne povrede pravila postupka glede prigovora tužitelja da mu nije bilo omogućeno sudjelovanje u postupku te je tako stavljen u neravnopravan položaj ističe da je takva tvrdnja tužitelja netočna, s obzirom da ga je nadzornik elektroničkih komunikacija dana 8. rujna 2009. obavijestio o utvrđenim kršenjima zakona i zatražio od njega očitovanje i dostavu dokumentacije tako da je jasno specificirao koje su povrede zakona utvrđene i omogućio mu da se očituje o svakoj od njih. U svojem odgovoru (zaprimiteljen 21. rujna 2009.) tužitelj je paušalno osporio utvrđenja nadzornika što je korektno konstatirano u obrazloženju pobijane odluke. Prema tome na odgovarajući mu je način dana mogućnost sudjelovanja u postupku sukladno odredbi članka 143. Zakona o općem upravnom postupku, pa prigovor glede povrede pravila postupka treba biti odbačen. Tužitelj osporava utvrđenje činjeničnog stanja tvrdeći u suštini da on nije mogao počinuti povredu zakona koje su utvrđene u pobijanoj odluci, a koje sa stoje u stavljanju zavaravajućeg tonskog signala zauzeća linije iako je u stvarnosti poziv naplaćen kao da je veza ostvarena, te u micanju propisane najavne poruke. Glede njegovih navoda da te povrede nije mogao počinuti zato što fizički nije mogao mijenjati parametre na telekomunikacijskoj terminalnoj opremi (platforma KVIZ) koja je vlasništvo operatora putem kojeg on ostvaruje pristup mreži odnosno OT-Optima Telekom d.d., tuženo tijelo ističe da iz dokaza u spisu i to službene zabilješke od 11. rujna 2009., a koja sadrži izričitu izjavu ovlaštenih osoba OT-Optima Telekom d.d. nedvojbeno proizlazi da je tužitelj samostalno upravljao platformom „KVIZ“ putem koje je ostvarivao pristup mreži i po svom vlastitom nahodanju mogao mijenjati postavke najavne poruke i tonske signalizacije. Navedena službena zabilješka sačinjena je u drugom predmetu nadzora nad tužiteljem i s obzirom da se odnosi na iste činjenice kao dokaz je priložena u ovom predmetu. Dakle, upravo zato što je tužitelj mogao samostalno mijenjati postavke platforme „KVIZ“ nadzornik elektroničkih komunikacija je naložio njegovom pristupnom operateru OT-Optima Telekom d.d. prilagodbu te platforme na način da to u budućnosti više ne bude moguće. Iz navedenog nedvosmisleno proizlazi da je nadzornik elektroničkih komunikacija ispravno utvrdio činjenično stanje i na temelju tako utvrđenog činjeničnog stanja donio pravilnu odluku, pa prigovor tužitelja nije osnovan i treba ga odbaciti.

Tužbe su osnovane.

Prema stanju spisa predmeta proizlazi da je nadzornik elektroničkih komunikacija u obavljanju stručnog nadzora sukladno nadležnosti iz članka 12. stavak 1. točka 13. i članka 113. stavak 1. Zakona o elektroničkim komunikacijama („Narodne novine“, broj: 73/08) nad primjenom navedenog Zakona i Pravilnika o načinu i uvjetima obavljanja djelatnosti elektroničkih komunikacijskih mreža i usluga („Narodne novine“, broj: 154/08), kojima je uređeno i obavljanje djelatnosti elektroničkih komunikacijskih usluga u odnosu na one koje daje tužitelj MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. (postupanje operatora usluga prilikom pružanja usluga s dodanom vrijednošću uporabom navedenih brojeva 060 u televizijskom programu „Sviramo samo za vas“ nakladnika televizije KA-Vision d.o.o. iz Karlovca) temeljem članka 114. stavak 1. točka 17. i 19., te stavka 6. Zakona o elektroničkim komunikacijama donio pobijano rješenje zbog utvrđenog nepostupanja sukladno članku 49. stavak 3. istog Zakona, te članku 35. stavak 1. i 2. Pravilnika pobliže opisane u pravilima postupanja Dodatka 5. (Pravila postupanja za operatore usluga s dodanom vrijednosti). Dakle, nalaže se navedenom operatoru da kod pružanja usluga s dodanom vrijednosti uporabom navedenih brojeva 060 u emisiji „Sviramo samo za vas“ nakladnika televizije KA-Vision d.o.o. iz Karlovca ukloni nepravilnosti tako da osigura da najavna poruka mora sadržavati poruku upozorenja osobama mladim od 18 godina propisanu člankom 4. Dodatka 5. Pravilnika; 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; 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, te obveza konstantnog emitiranja cijene poziva na isti način kao i pozivnog broja sukladno odredbi članka 6. stavak 2. Dodatka 5. Pravilnika kao i konstantnog obavještavanja korisnika o jednostavnom i besplatnom načinu pronalaženja imena operatora i detalja kontakta operatora i detalje kontakta operatora usluge s dodanom vrijednosti, te kontakt telefonskog broja kako je to propisano člankom 4. stavkom 5. Dodatka 5. Pravilnika. 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 donesenim je rješenjem određeno i da zabrana iz točke I. izreke rješenja, traje privremeno dok pristupni operator OT-Optima Telekom d.o.o. Zagreb kao pristupni operator ne obavijesti nadzornika da su stvoreni uvjeti za zakonito i pravilno pružanje usluga s dodanom vrijednošću. Također, budući da 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.

Tužitelj MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. Zagreb u tužbenim navodima u povredi postupovnih odredbi (članak 113. stavak 9. Zakona o elektroničkim komunikacijama) nalazi da je pobijano rješenje rezultat jednostranog postupanja nadzornika elektroničkih telekomunikacija (povreda članka 5. i 7. Zakona o općem upravnom postupku) iz čega ne

proizlazi dovoljno utvrđeno činjenično stanje temeljem kojega bi iz obrazloženja pobijanog rješenja bilo vidljivo koji odlučni dokazi (izvor podataka) predstavljaju osnovu (opravdanost) njegova donošenja, odnosno imajući u vidu točke IV. i V. izreke rješenja proizlazi zaključak da nije poduzimao nikakve radnje u vezi s najavnom porukom već to može učiniti isključivo pristupni operator OT-Optima Telekom d.d. Zagreb. Tužitelj OT-Optima Telekom d.d. Zagrebu, kojem su pobijanim rješenjem nametnute obveze (pripadajuća prava stranke u upravnom postupku) 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, u svojoj tužbi smatra da mu je bez posebnog utvrđivanja činjeničnog stanja naloženo postupanje sukladno točki IV. izreke rješenja, iako predmet nadzora u konkretnom slučaju nije bila njegova terminalna oprema već postupanje operatora usluga s dodanom vrijednosti u svezi pridržavanja odredaba članka 49. Zakona, te Dodatka 5. Pravilnika, u čemu ga nikada nije onemogućavao. Ni naloženu prilagodbu platforme KVIZ na njegovoj telekomunikacijskoj terminalnoj opremi na način da osigura postojanje 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 izmijene najavnih poruka (točka V. izreke), ne smatra utemeljenom na zakonu niti rezultatom (predmetom) stručnog nadzora, s obzirom da se obrazloženje u cijelosti zasniva na propustima koji su utvrđeni isključivo kod operatora usluga s dodanom vrijednosti. U pogledu točke VI. izreke rješenja ističe da nema nikakve pravne osnove (ugovor o realizaciji programa) niti druge osnove, osim raskida ugovora, odnosno obustave usluga što bi bilo protivno ustavom zajamčenom načelu poduzetničke i tržišne slobode temeljem kojih bi mu se mogla, posebice bez činjenične osnove i mogućnosti očitovanja (povreda članka 143. Zakona o općem upravnom postupku) nametnuti ovakva nezakonita obveza kontrole postupanja operatora usluga s dodanom vrijednosti (poštivanje propisa predstavlja odgovornost svakog operatora). Dakle, nije niti ovlašten ocjenjivati zakonitost poslovanja drugih operatora na tržištu kako mu se to nalaže točkom VI. izreke rješenja.

U postupku sudske kontrole pobijanog akta nije moguće otkloniti tužbene razloge kao neutemeljene, iako tuženo tijelo u odgovorima na tužbu, pored toga što smatra da je povreda navedene odredbe članka 113. stavak 9. Zakona o elektroničkim komunikacijama procesne naravi i njeno kršenje ne može biti razlog utvrđivanja pogrešne primjene zakona, udovoljenje navedenoj odredbi nalazi u činjenici da je dopisom od 8. rujna 2009. obavijestio tužitelja MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. Zagreb o utvrđenim kršenjima zakona i zatražio od njega očitovanje (primio odgovor 21. rujna 2009.), tužitelja OT-Optima Telekom d.d. Zagreb dopisom od 9. rujna 2009. upoznao s provođenjem stručnog nadzora nad MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. Zagreb i zatražio potrebne podatke, te je 11. rujna 2009. sačinjena službena zabilješka (vezano uz drugi predmet stručnog nadzora – uporabe 060/888 505 u kviz emisije Jackpot nakladnika OTV).

Naime, nije sporno da se radi osiguranja sudske zaštite u upravnom sporu (članak 1. Zakona o upravnim sporovima) upravni akt može pobijati zbog nezakonitosti uzrokovane iz materijalnopравnih i formalnih razloga. S materijalne strane, kako to ističe i tuženo tijelo u odgovoru na tužbu, akt se može pobijati iz razloga što u njemu nije nikako ili nije pravilno primijenjen zakon, propis utemeljen na zakonu ili drugi zakonito donesen propis ili opći akt. Međutim, ocjena nezakonitosti s formalne strane akta obuhvaća cijeli postupak koji je

prethodio donošenju akta, utvrđivanje činjenica i izvođenja činjeničnog stanja na pravilno utvrđenim činjenicama. Pritom svi navedeni elementi, odnosno način na koji se utvrđuju su propisani zakonom kako bi se osigurala objektivnost rada tijela uprave u upravnom postupku, da se očuvaju prava stranaka, te omogući donošenje pravilnog rješenja. Dakle, takvi propisi predstavljaju za tijela uprave obvezu postupanja u radu na propisani način kako bi se u svakom konkretnom slučaju osigurala pravilnost i materijalne strane rješenja. Stoga pravo na pravilnu primjenu formalnih propisa predstavlja za stranku interes kako bi se osigurala pravilnost materijalne strane propisa, odnosno materijalno pravo stranke.

Dakle, ocjenjujući navode tužbe Sud ispituje eventualno postojeće postupovne povrede u postupku koji je prethodio donošenju upravnog akta, pa na temelju toga, sagledavajući u cijelosti (tijek i ishod) postupka ocjenjuje je li vođen na način da se stranci omogući zaštita njenih prava. Tako se i u konkretnom slučaju na temelju analize postupka koji je prethodio donošenju pobijanog rješenja kao i relevantnog propisa, nalazi da se njegovom povredom u postupovnom smislu zadire u prava tužitelja da im tijekom postupka nisu bile poznate okolnosti niti razlozi za rješavanje, te je time smanjena mogućnost osporavanja činjeničnih utvrđenja, odnosno smanjena mogućnost uspjeha u postupku po pravnom lijeku.

Naime, pored toga što se nije vodilo računa o izričitoj odredbi (članak 113. stavak 9. Zakona o elektroničkim komunikacijama), koja nalaže sastavljanje zapisnika o utvrđenom činjeničnom stanju i poduzetim ili naređenim mjerama i radnjama, koje treba uručiti nadziranoj osobi (kako bi se na njega mogla i očitovati), u upravnom postupku, u kojem se odlučuje o ograničavanju prava stranaka zakonodavac je člankom 142. Zakona o općem upravnom postupku („Narodne novine“, broj 53/91 i 103/96-Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske) uredio provođenje posebnog ispitnog postupka, kao neophodnog u slučajevima kada je potrebno utvrditi sve činjenice i okolnosti od značaja za rješenje ili radi pružanja mogućnosti strankama da zaštite svoja prava i pravne interese. Nadalje, odredbom članka 143. u svezi članka 8. Zakona o općem upravnom postupku 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. Pored navedenog treba imati u vidu i da prema odredbi članka 74. Zakona o općem upravnom postupku o svim važnim radnjama upravno tijelo mora sačiniti zapisnik jer su podaci iz njega podloga za donošenje rješenja (konkretno utvrđeno činjenično stanje i poduzete mjere i radnje), a samo o stvarima manjeg značaja koje nemaju bitnog utjecaja na rješavanje stvari zakonodavac nije predvidio obvezu da tijela o njima sastavljaju zapisnik već će se iznimno u samom spisu staviti službena zabilješka koju potvrđuje službena osoba koja ju je sastavila (stavak 2. članka 74.).

Stoga, polazeći od temeljnih načela upravnog postupka, nije prihvatljivo stajalište tuženog tijela da provedene radnje (službene zabilješke i obavijest od 8. rujna 2009. i 9. rujna 2009. o započetom stručnom nadzoru i traženom očitovanju i dostavi podataka ali ne i o rezultatima njegova provođenja) mogu osloboditi nadzornika obveze postupanja sukladno postupovnim radnjama koje postavlja mjerodavna odredba članka 113. stavak 9. Zakona o elektroničkim komunikacijama, kako bi se dostavljanjem zapisnika u obavljanju stručnog nadzora nad primjenom Zakona o elektroničkim komunikacijama, glede poduzetih ili naređenih mjera i radnji omogućilo tužiteljima sudjelovanje u postupku radi očitovanja o

okolnostima važnim za odlučivanje. Pritom ni istaknuto opravdanje tuženog tijela u odgovorima na tužbu da se primjenom članka 114. stavak 1. točke 17. i 19. Zakona o elektroničkim komunikacijama na navedeni način donesenim rješenjem utvrde obveze u tome da zakonodavac nadzorniku elektroničkih komunikacija ostavlja određenu slobodu procjene glede izbora najprikladnijih mjera kojima će se postići svrha stručnog nadzora ne isključuje obvezu postupanja na način da se isto mora temeljiti na prethodno nesporno utvrđenom činjeničnom stanju koje upućuje na onakvo rješenje kakvo je dano u izreci rješenja (članak 209. stavak 2. Zakona o općem upravnom postupku).

Stoga, cijeneći razloge tužbe u ovom upravnom sporu, navedeni propust takvog utvrđivanja činjeničnog stanja je rezultirao određivanjem mjera nakon postupka tijekom kojega nadzirane osobe nisu upoznate s rezultatima stručnog nadzora čime su, imajući u vidu osnovna načela upravnog postupka i relevantne odredbe 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 (zakonski i podzakonski propisi te preuzete obveze temeljem sklopljenih ugovora) 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 (tko ih može i kako provesti). U odnosu na tužitelja OT-Optima Tekom d.o.o. proširiti stručni nadzor radi otklanjanja prigovora glede tehničke opremljenosti za prilagodbu terminalne opreme (točka V. izreke rješenja), odnosno opravdanosti naloga iz točke IV. izreke rješenja, te tvrdnje tog tužitelja da nije opremljen (nema načina i sredstava) niti ima zakonske ovlasti, odnosno ugovorom preuzetu obvezu, vršiti kontrolu nad time da li operator usluge s dodanom vrijednosti poštuje propise (točka VI. u svezi točke III.), a posebice iz razloga što bi radi provjere jesu li nepravilnosti ispunjene trebalo prethodno omogućiti puštanje poziva što bi bilo protivno svrsi, odnosno nalogu o blokadi poziva. Dakle, radi utvrđivanja, odnosno upotpunavanja činjeničnog stanja na navedeni način potrebno je provesti detaljni ispitni postupak (sastaviti zapisnik o izvršenom stručnom nadzoru sa utvrđenim činjeničnim stanjem i poduzetim ili naređenim mjerama ili radnjama) tako da se i tužiteljima omogućí 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 da bi rezultati provedenog stručnog nadzora davali dovoljno činjenične podloge za donošenje zakonitog rješenja, 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

tako doneseno 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, Žerjavčeva 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 opravka - ovlaštenu službenik



Ida Balent