



REPUBLIKA HRVA  
UPRAVNI SUD REPUBLIK  
Z A G R E B

REPUBLIKA HRVATSKA  
HRVATSKA AGENCIJA ZA POŠTU I  
ELEKTRONIČKE KOMUNIKACIJE

|                        |                     |       |  |
|------------------------|---------------------|-------|--|
| Primljeno:             | 29.12.2010 12:20:20 |       |  |
| Klasifikacijska oznaka | 344-01/10-01/1309   |       |  |
| Org. jed.              | -04                 |       |  |
| Urudžbeni broj:        | Pril.               | Vrij. |  |
| 437-10-1               | 1                   | 0     |  |



Broj: Us-11508/2009-6

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 MAG-D.R.I.V.E. d.o.o. Zagreb, 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-344-08/09-01/28, ur. broj: 376-04-09-05 od 17. rujna 2009., radi stručnog nadzora, u nejavnoj sjednici vijeća održanoj dana 22. rujna 2010.

p r e s u d i o j e

Tužba se uvažava.

Poništava se rješenje Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije, klasa: UP/I-344-08/09-01/28, ur. broj: 376-04-09-05 od 17. rujna 2009.

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

## Obrazloženje

Pobijanim rješenjem tuženog tijela zabranjuje se tužitelju da kao operator usluga s dodanom vrijednosti pruža uslugu s dodanom vrijednosti uporabom broja 060/888 505 u televizijskom programu „Jackpot“ nakladnika Otvorena televizija Zagreb d.d. (točka I. izreke rješenja), 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 (točka II. izreke rješenja), kao mjera za onemogućavanje pružanja usluga s dodanom vrijednosti uporabom broja 060/888 505 u emisiji „Jackpot“ OTV-a pristupnom operatoru OT-Optima Telekom d.d. nalaže se blokada pristupa broju 060/888 505 (točka III. izreke rješenja) te se utvrđuje da izvršenje rješenja započinje dostavom rješenja tužitelju i trgovačkom društvu OT-Optima Telekom d.d. (točka IV. izreke rješenja) kao i da će se

rješenje objaviti u „Narodnim novinama“ i na službenim stranicama Hrvatske agencije za poštu i elektroničke komunikacije (točka V. izreke rješenja).

Tužitelj u tužbi kojom pokreće upravni spor osporava zakonitost pobijanog rješenja u cijelosti temeljem odredbe članka 10. Zakona o upravnim sporovima smatrajući da 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 toga što činjenično stanje nije uopće pravilno utvrđeno. Prije svega skreće pozornost da prigodom donošenja pobijanog akta tuženo tijelo nije postupilo po odredbi članka 113. stavak 9. Zakona o elektroničkim komunikacijama. Naime, tuženo je tijelo u postupku koji je prethodio donošenju pobijanog akta doista od njega zatražilo odgovarajuća očitovanja ali u pobijanoj odluci nije moguće pronaći ništa od onoga što je naveo u svojim očitovanjima. Glede posljedica nepostupanja po odredbi članka 113. stavak 9. Zakona o elektroničkim komunikacijama ukazuje da tuženo tijelo pobijanim aktom utvrđuje da je nadzornik neposrednim uvidom uvidio da operator ne postupa sukladno članku 49. stavak 3. Zakona o elektroničkim komunikacijama o čemu je sastavio službenu bilješku a da o sadržaju te bilješke on nema nikakvih spoznaja niti je pravodobno bio upoznat od strane tuženog tijela o toj navodnoj službenoj bilješci tako da slijedom toga nije imao ni mogućnost dati svoje bilo kakvo očitovanje, predložiti bilo kakve dokaze kojima bi se doveo u pitanje sadržaj navodne službene bilješke te je tim postupanjem stavljen u neravnopravan položaj, a glede supsidijarno primjenjujućeg Zakona o općem upravnom postupku onemogućena mu je adekvatna reakcija odnosno povrijeđeno je njegovo pravo sadržano u članku 5. Zakona o općem upravnom postupku, koji se odnosi na zaštitu prava građana i zaštitu javnog interesa, kao i načelo materijalne istine sadržano u odredbi članka 7. Zakona o općem upravnom postupku jer je tuženo tijelo izloženim postupanjem za sebe osiguralo monopolnu poziciju kako glede prikupljanja informacija tako i selekcijom istih informacija. I u daljnjem nastavku obrazloženja pobijanog akta se navodi da je neposredno nadzornik uvidom kod pristupnog operatora pribavio dodatne podatke o načinu rada i uporabe platforme „KVIZ“ u vlasništvu pristupnog operatora koju koristi operator za potrebe emisije Jack pot te da je o provedenoj radnji ponovno sačinjena službena bilješka s čijim je sadržajem poznato isključivo tuženo tijelo i na temelju tih navodnih činjenica izvodi zaključak da je postupao na način kako to tuženo tijelo opisuje u pobijanoj odluci. Ujedno prilaže i odgovarajuće podatke u Tablici broj 1. koja predstavlja sastavni dio obrazloženja pobijane odluke pri čemu se tuženo tijelo uopće ne trudi objasniti od koga je pribavio ispis svih poziva jer navedeni podaci ne odgovaraju podacima sa kojima on raspolaže. Gledajući pobijani upravni akt mora se steći zaključak da u njemu ne postoji niti jedan jedini dokaz uz pomoć kojega bi se mogla dokazati utemeljenost navoda iznijetih u pobijanom aktu, ne može se pronaći ništa niti o sadržaju njegovih pismenih očitovanja danih tijekom postupka kao što se u pobijanom aktu ne može pronaći ništa iz čega bi se izveo zaključak da ga je tuženo tijelo o svojim službenim bilješkama obavijestilo i da je od njega tražilo odgovarajuće očitovanje a još manje se može pronaći bilo kakav dokaz o tome na koji je način tuženo tijelo došlo do proizvoljnih podataka navedenih u Tablici 1. Posebno se skreće pozornost na odredbu članka 113. stavak 9. Zakona o elektroničkim komunikacijama, koja određuje da prigodom provedbe nadzora postoji dužnost sastavljanja zapisnika koji se mora uručiti nadziranoj osobi pa iz te odredbe jasno slijedi zaključak da nadzirana osoba mora biti poznata sa svim činjenicama i dokazima kojima bi se te činjenice trebale utvrditi kako bi u odnosu na te činjenice i dokaze nadzirana osoba mogla dati svoje

očitanje i odgovarajuće prijedloge što je sve u postupku koji prethodi donošenju pobijanog akta u cijelosti izostalo. Kako Zakon o elektroničkim komunikacijama u svojim postupovnim odredbama nalaže da se protiv donijetih odluka ne može podnijeti žalba već samo pokrenuti postupak pred Upravnim sudom Republike Hrvatske to je takvo zakonsko određenje trebalo jasno ukazati donositelju pobijanog akta 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.

Predlaže stoga Sudu da tužbu uvaži i pobijano rješenje poništi.

Tuženo tijelo u odgovoru na tužbu se posebice očituje glede svakog od razloga kojim se osporava pobijana odluka. U odnosu na pogrešnu primjenu zakona glede tužiteljeva pozivanja na navodnu povredu 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. točka 1. Zakona o upravnim sporovima, a odredba na koju se tužitelj poziva je procesne naravi i njeno navodno kršenje ne može biti razlog utvrđivanja pogrešne primjene zakona. Naime, pogrešna primjena zakona postoji kad 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 primjenjivo 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 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 ("Narodne novine", broj: 154/08). 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. 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 što je konstatirao utvrđeno činjenično stanje i o njemu u dopisu od 18. kolovoza 2009. obavijestio tužitelje i zatražio od njega detaljno očitovanje. Štoviše, nadzornik je jasno obavijestio tužitelja da je dana 11. kolovoza 2009. u razdoblju od 12,00 do 14,00 sati izvršio nadzor nad njegovim postupanjem te je precizno naveo koje je nepravilnosti utvrdio i zatražio tužiteljevo očitovanje o njima. Prema tome, tužitelj je bio detaljno obaviješten kako o predmetu stručnog nadzora tako i o činjenicama koje je nadzornik utvrdio. U odnosu na navodne povrede pravila postupaka tužitelj prigovora da mu nije bilo omogućeno sudjelovanje u postupku čime je navodno stavljen u neravnopravan položaj. Ta tužiteljeva tvrdnja očigledno je netočna. Ponavlja se da je nadzornik elektroničkih komunikacija dana 18. kolovoza 2009. obavijestio tužitelja o utvrđenim kršenjima zakona i zatražio od njega očitovanje i dostavu dokumentacije. Nadzornik je u svom dopisu jasno specificirao koje su povrede zakona utvrđene i omogućio tužitelju da se očituje o svakoj od njih. U svojim očitovanjima tužitelj je samo paušalno osporio utvrđenja nadzornika što je korektno konstatirano u obrazloženju osporavane odluke. 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. Tužitelj osporava utvrđenje činjeničnog stanja tvrdeći u suštini dvije stvari. Prvo, tvrdi da na temelju činjenica u spisu predmeta, a to su detaljni ispisi poziva, nadzornik nije mogao utvrditi da je vrijeme do naplate poziva iznosilo 9 sekundi u slučaju kada je bila emitirana propisana najavna poruka, a samo 3 sekunde u slučaju kada nije bila emitirana propisana najavna poruka već lažna tonska signalizacija zauzeća linije. Tužitelj to argumentira navodeći da je njegova najavna poruka trajala 5 sekundi. U odnosu na tu tvrdnju ističe da čak i pod pretpostavkom da je najavna poruka trajala 5 sekundi i dalje ostaje neosporeno nadzornikovo utvrđenje da su sporni pozivi naplaćeni nakon samo 3 sekunde što ni u kojem slučaju ne može obuhvaćati emitiranje bilo kakve najavne poruke. Prema tome taj argument tužitelja je u potpunosti promašen. Drugo, tužitelj tvrdi da on nije mogao počinuti povrede zakona koje su utvrđene u osporavanoj odluci, a koje se sastoje u sastavljanju zavaravajućeg tonskog signala zauzeća linije iako je u stvarnosti poziv naplaćen kao da je veza ostvarena te u micanju propisane najavne poruke. Prema njegovim navodima on 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 a to je OT-Optima Telekom d.d. Međutim, ističe se da iz dokaza u spisu i to iz službene zabilješke od 11. rujna 2009., koja sadrži izričitu izjavu ovlaštenih osoba OT-Optima Telekoma d.d. nedvojbeno proizlazi da je tužitelj samostalno upravljao platformom „KVIZ“ putem koje je ostvarivao pristup mreži i po svom vlastitom nahođenju mogao mijenjati postavke najavne poruke i tonske signalizacije. Napominje da je upravo zato što je tužitelj mogao samostalno mijenjati postavke platforme „KVIZ“ nadzornik elektroničkih komunikacija u dopunskom rješenju u ovom predmetu naložio njegovom pristupnom operatoru OT-Optima Telekom d.d. prilagodbu te platforme na način da to ubuduće 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.

Tužba je osnovana.

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 obavljanje djelatnosti elektroničkih komunikacijskih usluga u odnosu na one koje daje tužitelj (postupanje operatora usluga prigodom pružanja usluga s dodanom vrijednosti uporabom broja 060/888 505 u televizijskom programu „Jackpot“ Otvorena televizija Zagreb d.d.) shodno članku 114. stavak 1. točka 19. i stavak 6. Zakona donio pobijano rješenje zbog utvrđenog nepostupanja sukladno članku 49. stavak 3. Zakona o elektroničkim komunikacijama te članku 35. stavak 1. i 2. Pravilnika pobliže opisane u Pravilima postupanja Dodatka 5 (Pravila postupanja za operatore usluga s dodanom vrijednosti).

Tužitelj u tužbenim navodima obrazlaže svoje stajalište da zbog nezakonitog postupanja protivno odredbi članka 113. stavak 9. Zakona o elektroničkim komunikacijama, prema kojoj nadzornik sastavlja zapisnik o izvršenom stručnom pregledu, utvrđenom činjeničnom stanju i poduzetim ili naređenim mjerama i radnjama te primjerak zapisnika o stručnom pregledu uručuje nadziranoj osobi, nije upoznat sa sadržajem službenih bilješki

koje je sastavio nadzornik o provedenim radnjama, nije vidljiv izvor podataka (Tabela 1.) na kojoj se temelji obrazloženje pobijanog rješenja te se ne analiziraju njegova očitovanja, a što dovodi i do povrede odredbe članka 5. i 7. Zakona o općem upravnom postupku.

U postupku sudske kontrole pobijanog akta, s obzirom da žalba nije dopuštena (članak 18. stavak 3. Zakona), nije moguće otkloniti tužbene razloge kao neutemeljene, iako tuženo tijelo u odgovoru na tužbu pored toga što smatra da je povreda navedene odredbe procesne naravi i njeno kršenje ne može biti razlog utvrđivanja pogrešne primjene zakona, udovoljenje navedenoj odredbi nalazi u činjenici da je o utvrđenom činjeničnom stanju nadzornih obavijestio tužitelja dopisom od 18. kolovoza 2009. i zatražio njegovo detaljno očitovanje.

Naime, nije sporno da se radi osiguranja sudske zaštite u upravnom sporu (članak 1. Zakona o upravnim sporovima - "Narodne novine", broj: 53/91, 9/92 i 77/92) 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 izvođenje 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 omogućiti 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 omogućuje zaštita njenih prava. Tako 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 mu 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 i naređenim mjerama ili radnjama, koji 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. Osim toga o svim važnijim radnjama upravno tijelo mora sačiniti zapisnik jer su podaci iz njega podloga za donošenje rješenja (članak 74. stavak 1. Zakona o općem upravnom postupku), kao i konkretno o utvrđenom činjeničnom stanju i poduzetim i naređenim mjerama i radnjama, a samo o stvarima malog značenja 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.

Stoga, polazeći od temeljnih načela upravnog postupka, nije prihvatljivo stajalište tuženog tijela da provedene radnje (službene bilješke i obavijest od 18. kolovoza 2009. o započetom stručnom nadzoru i traženom očitovanju, 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 po obavijesti (upoznavanja sa sadržajem zapisnika) o rezultatima stručnog nadzora nad primjenom Zakona o elektroničkim komunikacijama glede poduzetnih ili naređenih mjera i radnji omogućilo i tužiteljevo sudjelovanje u postupku radi očitovanja o okolnostima važnim za odlučivanje. Tako, zbog procesnog propusta upoznavanja tužitelja s rezultatima stručnog nadzora (sa sadržajem službenih bilješki nije upoznat) nije moguće otkloniti ni prigovore propusta pravne i činjenične osnove temeljem koje se u skladu sa svrhom stručnog nadzora mogla odrediti najprihvatljivija mjera, odnosno samo zabrana pružanja usluge trajno bez uklanjanja nepravilnosti nakon čega bi se moglo nastaviti s pružanjem usluge.

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 prigovore tužitelja glede povrede zakona na njegovu štetu valjalo je temeljem odredbe članka 39. stavak 2. Zakona o upravnim sporovima ("Narodne novine", broj: 53/91, 9/92 i 77/92) tužbu 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 9
2. Hrvatska agencija za poštu i elektroničke komunikacije, Zagreb, sa spisom
3. „Narodne novine“ – objava
4. Hrvatska agencija za poštu i elektroničke komunikacije – službene stranice - objava

Za točnost otpisano - ovlaštenu službenik

Ida Balent

