

**ODVETNIŠKA DRUŽBA
ZDOLŠEK**

Miklošičeva 5, p.p. 1561, 1001 Ljubljana, Tel.: (01) - 3078-300; Fax: 3078-310; e-mail: zdolsek@siol.net
Odbetniki: Stojan Zdolšek, Barbka Zdolšek, Irena Jurca, Igor Colnar, Sanda Južnik, mag. Urška Naglič

1
up-282/00-1

USTAVNO SODIŠČE RS

SPREJEMNA ŠT. 107230553

USTAVNO SODIŠČE REPUBLIKE SLOVENIJE

1000 LJUBLJANA

PREJETO 13-03-2009

•OSEBNO

•PO POŠT:

•PO FAXL

ODDANO NA POŠTO Z. - Dremelj

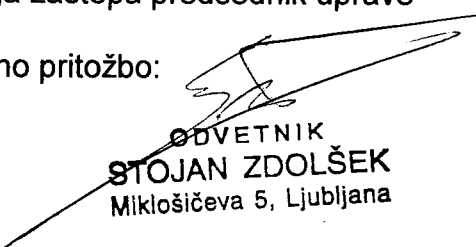
DNE 12.3. 2009

5 KRAT 16 PRILOG.

Podpis:

PRITOŽNIK:

TELEKOM SLOVENIJE d.d., Cigaletova 15,
1000 LJUBLJANA, ki ga zastopa predsednik uprave
mag. Bojan Dremelj
in v postopku za ustavno pritožbo:


ODVETNIK
STOJAN ZDOLŠEK
Miklošičeva 5, Ljubljana

USTAVNA PRITOŽBA

5x
5x priloge

pooblastilo priloženo

I. Izpodbijani posamični akti

1. Republika Slovenija, Ministrstvo za gospodarstvo, Urad Republike Slovenije za varstvo konkurence je z **delno odločbo z dne 4.5.2004, št. 3073-9/02-4** odločil:

1) da je Telekom Slovenije zlorabil svoj prevladujoči položaj na trgu govorne telefonije v Republiki Sloveniji s tem, da je dne 3.3.1999 in 28.6.1999 z dopisoma, naslovljenima na ABM, ter dodatno na sestankih dne 16.4.1999 in 8.7.1999 ter vsaj do konca zadnje ustne obravnave, neutemeljeno zavračal ponudbo le-tega z dne 28.1.1999 za poslovno sodelovanje oz. za vključitev njihovega CD-ROMa, na katerem je program za dostop do interneta, v paket ISDN 3000, ki ga je tržil Telekom Slovenije, pri tem pa je Telekom Slovenije v paket ISDN 3000 že prej vključil CD ROM SiOL-a, takrat poslovne enote v sestavi Telekoma Slovenije, sedaj pa samostojne pravne osebe pod firmo SiOL d.o.o. v izključni lasti Telekoma Slovenije, s čimer je neutemeljeno diskriminiral ABM, kar predstavlja dejanje zlorabe prevladujočega položaja iz četrte alineje 5. odst. 10. člena ZPOmK; in
2) da se izrek odločbe objavi v Uradnem listu RS.

2. Upravno sodišče Republike Slovenije je s **sodbo opr. št. U 1155/2004-70 z dne 5.9.2007** tožbo pritožnika Telekom Slovenije d.d., s katero je slednji v upravnem sporu zahteval odpravo delne odločbe z dne 4.5.2004, št. 3073-9/02-4, zavrnilo.

3. Vrhovno sodišče Republike Slovenije je s **sodbo opr. št. X Ips 749/2007 z dne 16.12.2008** zavrnilo revizijo, ki jo je pritožnik vložil zoper sodbo Upravnega sodišča Republike Slovenije, U 1155/2004-70 z dne 5.9.2007.

4. Z navedenimi posamičnimi akti so bile pritožniku kršene človekove pravice in temeljne svoboščine (1. odst. 160. člena Ustave Republike Slovenije).

5. Ker je bila sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije opr. št X Ips 749/2007 z dne 16.12.2008 pooblaščenca pritožnika vročena dne 13.1.2009, je ustavna pritožba pravočasna po določilu 52/I. člena ZUstS.

DOKAZ:

- delna odločba Republike Slovenije, Ministrstva za gospodarstvo, Urada RS za varstvo konkurence z dne 4.5.2004, št. 3073-9/02-4;
- sodba Upravnega sodišča Republike Slovenije z dne 5.9.2007, opr. št. U 1155/2004;
- sodba Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. X Ips 749/2007 z dne 16.12.2008;
- upravni spis; v katerem je bila izdana odločba št. 3073-9/02-4 z dne 4.5.2004,
- sodni spis Upravnega sodišča RS, opr. št. U 1155/2004.

II. Izčrpanje pravnih sredstev

Pritožnik je pravna sredstva izčrpal z vložitvijo revizije zoper sodbo Upravnega sodišča opr. št. U 1155/2004-70 z dne 5.9.2007, s katero je Upravno sodišče

Republike Slovenije zavrnilo kot neutemeljeno tožbo na odpravo delne odločbe Urada RS za varstvo konkurence, št. 3073-9/02-4 z dne 4.5.2004. O reviziji je odločilo Vrhovno sodišče RS in s sodbo opr. št. X Ips 749/2007 z dne 16.12.2008 revizijo zavrnilo.

DOKAZ:

- sodni spis Upravnega sodišča RS, opr. št. U 1155/2004;
- vse kot do sedaj.

III. Dovoljenost ustavne pritožbe

1. Tožeča stranka ABM d.o.o. je zoper pritožnika Telekom Slovenije d.d. (v gospodarskem sporu toženo stranko) vložila tožbo zaradi plačila odškodnine v višini 964.981.760,00 SIT spp in zaradi vključitve CD-ROMa v ISDN paket. V nadaljevanju je tožeča stranka s pripravljeno vlogo z dne 14.7.2005 tožbo v delu, ki se nanaša na plačilo odškodnine, razširila tako, da zahteva plačilo 1.009.347.844,00 SIT, sedaj 4.211.933,92 EUR, s pripadajočimi zakonskimi zamudnimi obrestmi¹. Tožeča stranka v sporu nedopustnost ravnanja Telekoma Slovenije d.d. utemeljuje in dokazuje z izpodbijano delno odločbo Urada Republike Slovenije za varstvo konkurence, tožbo na odpravo katere je zavrnilo sodišče s sodbo opr. št. U 1155/2004 z dne 5.9.2007 v zvezi s sodbo Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. X Ips 749/2007 z dne 16.12.2008. Sodišče v predmetnem gospodarskem sporu še ni odločilo.

Pritožnik v dokaz gornjih navedb sodišču predlaga tožbo in pripravljeno vlogo tožeče stranke ABM d.o.o. z dne 14.7.2005 in 20.5.2005 v gospodarskem sporu pred Okrožnim sodiščem v Ljubljani, opr. št. IV Pg 55/2002, sodišču pa predlaga tudi, da pribavi in vpregleda spis.

Skladno z določbo 67/III. člena ZUS – 1 pravdno sodišče pri odločanju o škodi ne more presojati zakonitosti upravnega akta (izpodbijane delne odločbe). V kolikor bi pravdno sodišče na podlagi izpodbijanih posamičnih aktov ugodilo tožbenemu zahtevku in pritožniku naložilo plačilo zahtevane odškodnine (vtoževana glavnica skupaj s pripadajočimi obrestmi znaša v času vložitve te ustavne pritožbe že več milijonov EUR), bi to imelo zelo hude posledice za pritožnika, saj mu bi zaradi plačila odškodnine, prisojene na podlagi izpodbijanih nezakonitih posamičnih aktov, s katerimi so bile kršene pritožnikove ustavne pravice, nastala velika in nenadomestljiva škoda.

2. Pritožniku bodo zaradi izpodbijanih posamičnih aktov, s katerimi so bile kršene pritožnikove ustavne pravice, v katerih se pritožniku neutemeljeno očita zloraba prevladujočega položaja, nastale tudi hujše posledice zaradi okrnitve dobrega imena in ugleda in posledično premoženjske kot nepremoženjske škode, ki mu bo zaradi tega nastala. Pritožnik je uspešno slovensko podjetje, s tem, ko se mu neutemeljeno

¹ V spremembi tožbe z dne 14.7.2005 družba ABM d.o.o. pod tč. 1 zahtevka zahteva plačilo odškodnine v znesku 1.009.347.844,00 SIT z zakonskimi zamudnimi obrestmi in sicer od zneska 5.147.328,00 SIT od 31.12.1999 dalje do plačila, od zneska 12.124.128,00 SIT od 31.12.2000 dalje do plačila, od zneska 33.092.388,00 SIT od 31.12.2001 dalje do plačila, od zneska 36.884.000,00 SIT od 30.9.2002 dalje do plačila in od zneska 922.100.000,00 SIT od 7.10.2002 dalje do plačila.

4

očita dejanje zlorabe prevladujočega položaja, pa je nedopustno okrnjen njegov ugled in dobro ime.

3. S tem je ustavna pritožba dovoljena po 55.a členu ZUstS-UPB1.

DOKAZ:

- tožba tožeče stranke ABM d.o.o. z dne 4.10.2002 in pripravljalni vlogi tožeče stranke z dne 20.5.2005 in 14.7.2005 v gospodarskem sporu pred Okrožnim sodiščem v Ljubljani, IV Pg 55/2002;
- vpogled v spis Okrožnega sodišča v Ljubljani, opr. št. IV Pg 55/2002;
- vse kot predlagano do sedaj.

IV. Kršitev pritožnikovih ustavnih pravic in razlogi

A. Kršitev pravice do enakega varstva pravic (22. člen Ustave) in pravice do pravnega sredstva (25. člen Ustave) - nedopustna ugotovitev drugačnega dejanskega stanja v zvezi z relevantnimi dejstvi s strani revizijskega sodišča v sodbi Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, X Ips 749/2007 z dne 16.12.2008 v primerjavi s sodbo Upravnega sodišča RS opr. št. U 1155/2004 z dne 5.9.2007 in delno odločbo Urada RS za varstvo konkurence, št. 3073-9/02 z dne 4.5.2004

1. Revizijsko sodišče je v sodbi X Ips 749/2007 v primerjavi z sodbo Upravnega sodišča RS opr. št. U 1155/2004 z dne 5.9.2007 nedopustno poseglo v dejansko stanje, kot sta ga ugotovila upravni organ in prvostopenjsko sodišče in drugače ugotovilo relevantno dejansko stanje v zvezi z obsegom storitvenega upoštevnega trga in naravo spornega SiOL-ovega CD ROM-a in na tako drugače ugotovljeno dejansko stanje oprlo svoje zaključke o neutemeljenosti revizijskih navedb pritožnika.

Ravnanje revizijskega sodišča, ki je pri odločanju o reviziji nedopustno poseglo v dejansko stanje pomeni prekoračitev pooblastil, ki jih ima sodišče v skladu z namenom revizije kot pravnega sredstva za odpravo kršitev materialnega in procesnega prava po ZUS-1 in pomeni kršitev pritožnikove pravice do enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave Republike Slovenije in kršitev pravice do pravnega sredstva iz 25. člena Ustave (*Up – 232/00*)².

² v **odločbi Up-232/00** je Ustavno sodišče Republike Slovenije odločilo, da odločitev Vrhovnega sodišča, ki nedovoljeno in v nasprotju z določbo 3. odst. 370. člena ZPP, po kateri revizije ni mogoče vložiti zaradi nepravilne in nepopolne ugotovitve dejanskega stanja, poseže v dejansko stanje, kot sta ga ugotovili sodišču prve in druge stopnje, pomeni prekoračitev pooblastil, ki jih ima sodišče v skladu z namenom revizije kot pravnega sredstva za odpravo kršitev materialnega in procesnega prava po ZPP, kar je mogoče označiti kot poseg v pravico do enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave.

Ker so tudi pooblastila Vrhovnega sodišča RS pri odločanju o reviziji po ZUS omejena zgolj na materialnopravne in procesne kršitve (93 in 94. člena ZUS – 1), in ker revizije ni mogoče vložiti zaradi zmotne in nepopolne ugotovitve dejanskega stanja (85/II. člen ZUS – 1), je citirano odločitev smiselno mogoče uporabiti tudi v konkretnem primeru.

2. Tako je revizijsko sodišče nedopustno drugače določilo obseg »upoštevnega trga govorne telefonije«, kot je bil ta določen s strani Urada v delni odločbi z dne 4.5.2004 in katerega določitev je bila povzeta tudi v sodbi prvostopenjskega sodišča opr. št. U 1155/2004 z dne 5.9.2007 in na podlagi takšne drugačne določitve upoštevnega trga zavrnilo revizijske očitke pritožnika, ki se nanašajo na nepravilno določitev upoštevnega trga, zlasti, da upoštevni trg ni pravilno opredeljen, da niso uporabljena pravilna merila za določitev upoštevnega trga in da ni mogoče izenačevati trga govorne telefonije s trgom dostopa do interneta, oz. da ugotavljanje dejanskega stanja na trgu govorne telefonije ne more nadomeščati ugotavljanja dejanskega stanja na trgu dostopa do interneta (tč. 17 obrazložitve sodbe).

2.1. Ugotovitve revizijskega sodišča, da naj bi »... »trg govorne telefonije«, ki po svoji pravilno razumljeni vsebini, kot obrazloženo, pomeni zagotavljanje infrastrukturne storitve dostopa do interneta« (tč. 19 obrazložitve sodbe), in da naj bi »...iz dejstva, da je bil trg govorne telefonije obravnavan zgolj kot sredstvo dostopa do interneta, poleg tega pa še iz okoliščine, da sta tako SiOL kot družba ABM ponudnici dostopa do interneta, jasno sledilo, da je »govorna telefonija« mišljena zgolj kot zunanja manifestacija temeljnih telekomunikacijskih naprav (telekomunikacijske infrastrukture), ki poleg prenosa govora omogočajo prenos podatkov« (tč. 18 obrazložitve sodbe), ne izhajajo iz določitve upoštevnega trga, kot ga je določil Urad RS za varstvo konkurence v delni odločbi in kateremu je sledilo prvostopenjsko sodišče.

2.2. Urad RS za varstvo konkurence, čigar definicijo upoštevnega trga – trga govorne telefonije kot pravilno povzema tudi prvostopenjsko sodišče, v delni odločbi z dne 4.5.2004 pri določitvi upoštevnega storitvenega trga nikjer ne omenja govorne telefonije kot zunanje manifestacije temeljnih telekomunikacijskih naprav (telekomunikacijske infrastrukture) (tč. 18 obrazložitve) oz. kot zagotavljanja infrastrukturne storitve dostopa do interneta (tč. 19 obrazložitve), temveč se sklicuje na zakonsko definicijo govorne telefonije v 8. tč. 2. člena tedaj veljavnega ZTel (Uradni list RS, št. 35/97)³ in Uredbi o načinu opravljanja javnih telekomunikacijskih storitev govorne telefonije in teleksa ter o upravljanju javnega telekomunikacijskega omrežja, prevladujoč položaj pritožnika pa ugotavlja na podlagi zakonskega monopola po 4. členu ZTel, ki je določal, da se javne telekomunikacijske storitve zagotavljajo v obliki obvezne gospodarske javne službe. V nadaljevanju je Urad obravnaval zamenljivost med PSTN in ISDN (različna tipa telefonskega priključka) z vidika končnega uporabnika in obe storitvi uvrstil na upoštevni trg.

2.3. V pristojnosti revizijskega sodišča, ki samo ugotavlja, da je poimenovanje upoštevnega trga s strani Urada in prvostopenjskega sodišča *neprecizno*, oz. »...da omemba govora pri doslej uporabljenem poimenovanju upoštevnega trga (»govorne telefonije«) ni dovolj precizna in prispeva k nejasnosti...« (tč. 18 obrazložitve sodbe) ni, da takšne nepreciznosti oz. nejasnosti v odločbi Urada in sodbi prvostopenjskega

³ tako je v delni odločbi z dne 4.5.2004 na str. 4, 2. odst. Urad RS za varstvo konkurence navedel: »V sklepu o uvedbi postopka je Urad določil kot relevantni storitveni trg, na katerem bo presojal zlorabo, trg govorne telefonije. Zakon o telekomunikacijah (Uradni list RS, št. 35-1948/97, RS 45-2437/97, v nadaljevanju ZTel), ki je veljal v času kršitve, je v 2. členu definiral storitve govorne telefonije kot »zagotavljanje neposrednega prenosa in komutacije govora v realnem času med omrežnimi priključnimi točkami komutiranega javnega telekomunikacijskega omrežja, kjer lahko vsak uporabnik uporablja opremo, priključeno na tako omrežno priključno točko, za komuniciranje z drugo omrežno priključno točko; ta pojem ne vključuje storitev mobilne govorne telefonije«....

6

sodišča glede upoštevne trga napolnjuje samo z lastnimi definicijami upoštevne trga, nedopustno posega v ugotovljeno dejansko stanje in nadomešča »...doslej uporabljeno poimenovanje upoštevne trga (govorne telefonije)....« (tč. 18 obrazložitve sodbe) z nekakšno novo določitvijo upoštevne trga, ki naj bi »v pravilno razumljeni vsebini, kot je obrazloženo, pomenil zagotavljanje infrastrukturne storitve dostopa do interneta (tč. 19 obrazložitve sodbe)«. Že upoštevajoč ugotovitve revizijskega sodišča o neprezicnosti oz. nejasnosti določitve upoštevne trga bi slednje reviziji morale ugoditi⁴.

2.4. To velja zlasti upoštevajoč dejstvo, da pravilna, točna in jasna določitev upoštevne trga na podlagi ustreznih ekonomskih tržnih analiz predstavlja nujni bistven korak pri ugotavljanju prevladujočega položaja in morebitne zlorabe le – tega, na kar je opozorilo tudi sodišče Evropskih skupnosti v svoji sodni praksi⁵.

Urada RS za varstvo konkurence je dolžan pri izdaji odločb po 10. členu ZPOmK, s katerimi ugotavlja zlorabo prevladujočega položaja pravilno, točno in jasno določiti upoštevni trg; neizpolnitev navedene dolžnosti pa ima za nujno posledico odpravo upravne odločbe in ne more biti sanirana z nedopustno dodatno oz. novo določitvijo upoštevne trga s strani revizijskega sodišča.

2.5. Glede na opisano dolžnost Urada pravilno, jasno in določno določiti upoštevni storitveni trg ob določitvi upoštevne trga s strani Urada kot »trga govorne telefonije« pritožnik ni mogel pričakovati, da bo revizijsko sodišče slednjega določilo kot »trg zagotavljanja infrastrukturne storitve dostopa do interneta«, in se glede takšnega upoštevne trga ni mogel izjaviti niti ne dokazovati nepravilnosti določitve takšnega upoštevne trga glede na merila za določitev upoštevne trga po konkurenčnem pravu (22. člen Ustave). Prav tako zoper takšno določitev upoštevne trga s strani revizijskega sodišča pritožnik ne more vložiti pravnega sredstva, zaradi česar je kršena njegova ustavna pravica do pravnega sredstva (25. člen Ustave).

2.6. Razlika med »trgom govorne telefonije«, kot sta ga opredelila Urad in prvostopenjsko sodišče, in med »trgom zagotavljanja infrastrukturne storitve dostopa do interneta«, kot upoštevni trg določi revizijsko sodišče, ni samo v domnevnem »nepreciznem poimenovanju«, temveč tudi v njegovem obsegu (razsežnosti).

⁴ s tem v zvezi primerjaj tudi **odločbo Up-7/98**; kjer je Ustavno sodišče RS ugotovilo kršitev pravice do pravnega sredstva iz 25. člena Ustave, ker drugostopenjski upravni organ kljub pomanjkljivi obrazložitvi prvostopenjske odločbe slednje ni odpravil, ampak jo je sam dopolnil; in **odločbo Up-260/01**, kjer je Ustavno sodišče RS ugotovilo kršitev pravice iz 22. člena Ustave RS, ker upravno sodišče v sodbi ni štelo, da je obrazložitev upravnega organa pomanjkljiva, temveč je samo opredelilo vsebino nedoločenega pojma.

⁵ tako glej sodba v zadevi **Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc v. Commission of the European Communities; Case 6-72**, kjer je sodišče v tč. 14 zapisalo tudi: »The definition of the relevant market is of essential significance, for the possibilities of competition can only be judged in relation to those characteristics of the products in question by virtue of which those products are particularly apt to satisfy an inelastic need and are only to a limited extent interchangeable with other products.«, glej tudi sodba v zadevi **C-209/98 Entreprenorforeningens Affalds**; kjer je sodišče v tč. 57 poudarilo: »As regards the question of the existence of a dominant position, the Court has repeatedly emphasised that the definition of the relevant market is of fundamental importance.....« in druge (ker uradni prevodi navedenih sodb v slovenski jezik niso dostopni, pritožnik relevantne segmente zaradi točnosti citira v angleškem jeziku).

7

Storitveno določenega »trga govorne telefonije« ni mogoče enačiti s »trgom zagotavljanja infrastrukturne storitve dostopa do interneta«.

Bistvena razlika je že v tem, da je »trg govorne telefonije« očitno določen kot maloprodajni trg, medtem ko je »trg zagotavljanja infrastrukturne storitve dostopa do interneta« veleprodajni trg.

Urad, čigar definiciji je sledilo tudi prvostopenjsko sodišče, je storitveni upoštevni trg »govorne telefonije« določil kot maloprodajni trg, na katerega je uvrstil nudenje storitev preko PSTN in ISDN priključkov končnih uporabnikov in z vidika končnih uporabnikov ugotavljal tudi njuno medsebojno zamenljivost. Storitveni upoštevni trg »zagotavljanja infrastrukturne storitve dostopa do interneta« pa je kvečjemu mogoče razumeti kot veleprodajni trg, na katerem imetnik infrastrukture nudi infrastrukturo ponudnikom internetnih storitev, da slednji lahko nudijo storitve dostopa do interneta končnim uporabnikom. Zamenljivosti povpraševanja s strani različnih ponudnikov internetnih storitev in ponudbe na takšnem veleprodajnem trgu med različnimi možnimi infrastrukturami, na podlagi katerih je mogoče nuditi storitve dostopa do interneta (javno telekomunikacijsko omrežje PSTN, ISDN omrežje, kabelsko omrežje, zakup vodov, itd.), glede na merila in načine ugotavljanja, kot jih določata Navodilo o načinu in pogojih določanja upoštevnega trga in Obvestilo Komisije o opredelitvi upoštevnega trga za namene konkurenčnega prava Skupnosti v zvezi z določitvijo upoštevnega storitvenega trga ne Urad ne prvostopenjsko sodišče nista ugotavljala⁶.

2.7. S takšnim ravnanjem je revizijsko sodišče nedopustno poseglo v dejansko stanje v zvezi z upoštevni trgom in v samo določitev upoštevnega trga, kot ga je ugotovil in določil Urad in čemur je sledilo prvostopenjsko sodišče in kršilo določbe ZUS – 1, ki mu prepovedujejo poseganje v ugotovljeno dejansko stanje (93, 94 in 85/II. člen ZUS – 1).

Ob upoštevanju dejanskega stanja, kot sta ga glede upoštevnega storitvenega trga ugotovila Urad in prvostopenjsko sodišče bi namreč revizijsko sodišče moralo ugotoviti utemeljenost revizijskih očitkov glede neobrazloženosti prvostopenjske sodbe in napačne uporabe materialnega prava pri določitvi upoštevnega trga in reviziji ugoditi. Utemeljenost revizijskih očitkov v zvezi z nepravilno določitvijo upoštevnega trga in neobrazloženostjo prvostopenjske sodbe izhaja namreč tudi iz ravnanja revizijskega sodišča, ki »trg govorne telefonije« predružači v »trg zagotavljanja infrastrukturne storitve dostopa do interneta«. Nedopustno poseganje revizijskega sodišča v dejansko stanje predstavlja nedopusten poseg v pritožnikovo ustavno pravico do enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave Republike Slovenije in tudi kršitev pritožnikove pravice do pravnega sredstva iz 25. člena Ustave Republike Slovenije.

2.8. Iz razlogov jasnosti pritožnik na tem mestu tudi opozarja na nepravilnost takšne določitve upoštevnega trga in posledice takšne nedopustne in nepravilne naknadne drugačne določitve upoštevnega trga s strani revizijskega sodišča.

⁶ s tem v zvezi pritožnik opozarja, da se dejanske ugotovitve Urada glede lokalne narave kabelskih omrežij, kar navaja sodišče v revizijski sodbi, nanašajo le na določitev geografskega upoštevnega trga, ne pa na določitev storitvenega trga in njegovih razsežnosti; očitno pa je, da Urad v zvezi z določitvijo upoštevnega trga ni ugotavljal zamenljivosti povpraševanja in ponudbe skladno z merili in uveljavljenimi metodami na podlagi ekonomskih analiz trga (test hipotetičnega monopolista in druge).

Glede na določitev bi namreč upoštevni trg kot »*trg zagotavljanja infrastrukturne storitve dostopa do interneta*«, kot ga nedopustno določi revizijsko sodišče, obsegal vse možne načine dostopa do interneta preko vseh različnih infrastruktur, saj ni omejen na posamezen način zagotavljanja dostopa oz. posamezno infrastrukturo. To bi upoštevajoč ugotovitve Urada v delni odločbi (*str. 6 obrazložitve delne odločbe*) pomenilo, da obsega tako *zagotavljanje infrastrukturne storitve dostopa do interneta* preko javnega komutiranega telefonskega omrežja PSTN, preko omrežja ISDN kot tudi preko kabelskega omrežja in preko komunikacijskih vodov, prav tako tudi preko drugih infrastruktur, npr. optičnega omrežja. To bi pomenilo, da so na takšen upoštevni trg vključene vse možne infrastrukture za dostop do interneta. Kot že navedeno, zamenljivosti povpraševanja oz. ponudbe med slednjimi na veleprodajnem nivoju (nivoju zagotavljanja infrastrukture alternativnim operaterjem) v okviru določitve storitvenega upoštevnega trga Urad ni ugotavljal (saj je upoštevni trg določil drugače), tega pa tudi ni ugotavljalo revizijsko sodišče.

Ob takšni določitvi upoštevnega trga kot »*trga zagotavljanja infrastrukturne storitve dostopa do interneta*« pritožnika tudi v nobenem primeru ni mogoče označiti za edinega ponudnika »*zagotavljanja infrastrukturne storitve dostopa do interneta*« (upoštevajoč tudi kabelske operaterje in lastnike kabelskih omrežij) niti ni mogoče govoriti o »*zakonskem monopolu*« pritožnika na takšnem trgu po 4. členu ZTel (kot izvajalcu javne službe govornih storitev), na kar Urad in posledično revizijsko sodišče (tč. 21 obrazložitve) opira svoje ugotovitve o prevladujočem položaju pritožnika, ki je nujen predpogoj za to, da je sploh mogoče očitati zlorabo prevladujočega položaja.

2.9. V vsakem primeru pa je takšna določitev napačna, ker bi bilo mogoče kot relevantni trg upoštevajoč tudi glede na ugotovitve prvostopenjskega sodišča, ki pritožniku očita zlorabo zaradi reklamiranja SiOL-ove ponudbe ob hkratni zavrnitvi reklamiranja ponudbe družbe ABM d.o.o., ob pravilni uporabi meril za določitev upoštevnega trga (zlasti značilnosti in nameravane rabe storitve) določiti le trg marketinških storitev, na katerem pa pritožnik v nobenem primeru nima prevladujočega položaja.

3. Prav tako revizijsko sodišče v nasprotju s sodbo prvostopenjskega sodišča ugotavlja dejansko stanje v zvezi z naravo SiOL-ovega CD ROMa, ko navaja, da naj ne bi šlo za promocijsko zgoščenko, temveč za zgoščenko za dostop do interneta.

3.1. V zvezi z naravo SiOL-ovega CD ROMa revizijsko sodišče v sodbi napačno navaja, da »*Očitka, označena s c) in č) pomembno odstopata od ugotovljenega dejanskega stanja, saj ni šlo za promocijsko zgoščenko, ampak za zgoščenko za dostop do interneta*« (tč. 8 obrazložitve sodbe), in da »*... je iz dejanskih ugotovitev Urada, ki ji je sprejelo tudi sodišče prve stopnje (in ki glede na drugi odstavek 85. člena ZUS – 1 na revizijski stopnji sojenja niso izpodbojne, mogoče jasno razbrati, da program za dostop do interneta ne pomeni istega kot gola (reklamna) promocija*« (tč. 20 obrazložitve sodbe).

3.2. Iz prvostopenjske sodbe Upravnega sodišča RS, U 1155/2004 z dne 4.5.2004 namreč izhaja ravno nasprotno, kot to ugotavlja revizijsko sodišče, to je, da je SiOL-ov CD ROM imel značaj promocijske (reklamne) zgoščenke in da se pritožniku kot

zloraba prevladujočega položaja očita ravno zavrnitev reklamiranja ponudbe družbe ABM.

Tako je prvostopenjsko sodišče v sodbi U 1155/2004 z dne 4.5.2004 navedlo »Tožeča stranka je na telefonskih računih **reklamirala** priklop na SiOL-ov internet, prav tako pa je dostop do interneta preko SiOL-a **reklamirala** v paketu ISDN 3000« (str. 8, 5. odst. obrazložitve sodbe); in v nadaljevanju tudi zaključilo ».....Po presoji sodišča poslovna odločitev tožeče stranke za prodajo ISDN paketa ne bi bila sporna, če tožeča stranka ne bi istočasno s svojo ISDN ponudbo **reklamirala** tudi ponudbo svoje poslovne enote in kasneje hčerinske družbe SiOL d.o.o., ostale konkurente za dostop do interneta pa pri tem zavnila. Prizadeta stranka je sicer lahko samostojno reklamirala svoj AMIS.NET, vendar pa je imela na trgu internetnih storitev bistveno slabše možnosti, kot bi jih imela, če bi lahko enakovredno konkurirala skupaj s SiOL-om, ki se je **reklamiral** na trgu govorne telefonije...« (str. 9, 2. odst. obrazložitve prvostopenjske sodbe).

3.3. Zaradi takšnih ugotovitev prvostopenjskega sodišča se revizijsko sodišče neutemeljeno sklicuje na ugotovitve Urada (tč. 20 obrazložitve sodbe). Prvostopenjsko sodišče namreč v obrazložitvi sodbe izrecno govori o **reklamiranju ponudbe z vključitvijo CD ROMa v paket ISDN**, iz česar nujno izhaja, da CD ROMu pripisuje značaj **reklamne (promocijske) zgoščenke** in kot zlorabo očita **zavrnitev reklamiranja ponudbe družbe ABM**. Revizijsko sodišče bi zato skladno z vezanostjo na ugotovljeno dejansko stanje moralo takšne dejanske ugotovitve prvostopenjskega sodišča upoštevati.

3.4. Tudi sicer revizijsko sodišče v zvezi z naravo CD ROMa napačno povzema ugotovitve Urada v delni odločbi (tč. 20 obrazložitve sodbe), tudi v kolikor bi slednje glede na izrecne ugotovitve prvostopenjskega sodišča bile upoštevne (kar niso, kot navedeno zgoraj).

Ugotovitve Urada da si mora vsak uporabnik zagotoviti dostop do interneta preko tako imenovanega ponudnika internetnega dostopa in da je bil SiOL takšen ponudnik (drugi odstavek na šesti strani delne odločbe) so navedene v okviru določitve upoštevnega trga in se ne nanašajo na sporni SiOL-ov CD ROM. Na podlagi zgolj delnega povzemanja ugotovitev Urada v drugem odstavku na 8. str. delne odločbe revizijsko sodišče neutemeljeno izvaja svoje zaključke o naravi CD ROMa. Ob pravilnem upoštevanju ugotovitev Urada, ki je v delni odločbi izrecno navedel: »Omenjeni paket omogoča zastojno promocijo SiOL-a na trgu« (str. 7, 2. odst. delne odločbe); v citiranem 2. odst. na str. 8 pa v zvezi z naravo zgoščenke pred citirano ugotovitvijo navedel tudi: »..Naročniki ISDN 3000, ki so že imeli drugega ponudnika internet dostopa, se mogoče res niso odločili za SiOL, pri vseh ostalih pa si je SiOL na takšen način pridobiti prednost, saj so se imeli uporabniki možnost najprej seznaniti z njegovo ponudbo.....« je potrebno ugotoviti, da so skladne z revizijskimi očitki pritožnika, da je bil SiOL-ov CD ROM le reklamno sporočilo v elektronski obliki.

3.5. Nikjer iz dejanskih ugotovitev Urada in prvostopenjskega sodišča tudi ne izhaja naslednja ugotovitev revizijskega sodišča: »Ker pa brez tožničine infrastrukture ponudniki klicnega dostopa do interneta ne bi mogli opravljati svoje dejavnosti.....« (tč. 26 obrazložitve). Nasprotno, Urad v delni odločbi navaja več

možnih načinov nujenja storitev dostopa do interneta končnim uporabnikom (klicni dostop preko PSTN in ISDN, dostop preko kabelskega omrežja, zakup vodov), tudi neodvisno od infrastrukture pritožnika. Tudi družba ABM d.o.o. je npr. dejavnost nujenja storitev dostopa do interneta končnim uporabnikom opravljala tudi preko zakupa vodov; zavračanje selitve zakupljenega voda po pogodbi št. 1485 A je bilo tudi predmet sklepa o uvedbi postopka z dne 2.9.1999. Tudi sicer se pritožniku ne očita zavrnitev dostopa do infrastrukture (omrežja), temveč zavrnitev reklamiranja storitev družbe ABM. Pritožnik dostopa do svojega omrežja alternativnim operaterjem ni onemogočal in so slednji storitve klicnega dostopa do interneta ves čas lahko nudili svojim končnim uporabnikom.

3.6. Revizijsko sodišče je s tem, ko je v nasprotju s prvostopenjskim sodiščem navedlo, da naj bi SiOL-ov CD ROM predstavljal zgoščenko za dostop do interneta in ne promocijske (reklamne) zgoščene, nedopustno poseglo v dejansko stanje glede relevantnih dejstev, kot ga je ugotovilo prvostopenjsko sodišče glede narave SiOL-ovega CD ROMa in očitanege dejanja zlorabe in v posledici napačno zavrnilo utemeljene revizijske očitke, da bi moral biti v konkretni zadevi kot upoštevni trg določen trg marketinških storitev in da ob upoštevanju sodne prakse sodišča Evropskih skupnosti ter ob upoštevanju ugotovitve prvostopenjskega sodišča, da je prizadeta stranka lahko samostojno reklamirala svojo ponudbo (*»Prizadeta stranka je sicer lahko samostojno reklamirala svoj AMIS.NET...«*, str. 9, 2. odst. obrazložitve), zlorabe zaradi neizpoljenosti pogoja »nujnosti oz. nepogrešljivosti sredstva« ni mogoče očitati. Pri tem ne gre spregledati, da tudi revizijsko sodišče samo v sodbi navaja, da *»je pritožnik pri takem stališču dejansko imel oporo v razlogih sodbe sodišča prve stopnje, zlasti v njegovem razlogovanju, da je družba ABM sicer lahko reklamirala svoje storitve.....«* (tč. 26 obrazložitve).

3.6. Opisano ravnanje revizijskega sodišča, ki je skladno s pravili ZUS - 1 vezano na dejanske ugotovitve prvostopenjskega sodišča (85/II. člen ZUS – 1, 93. in 94. člen ZUS – 1), pomeni prekoračitev pooblastil, ki jih ima v skladu z namenom revizije in kršitev pritožnikove ustavne pravice do enakega varstva pravic (22. člen Ustave) in pritožnikove pravice do pravnega sredstva (25. člen Ustave).

B. Kršitev 22. člena Ustave Republike Slovenije – neutemeljen, neobrazložen in nerazumen odstop od sodne prakse in očitno napačna in samovoljna uporaba materialnega prava (10. člena ZPOmK) v izpodbijanih posamičnih pravnih aktih glede določitve upoštevnege trga in obstoja zlorabe prevladujočega položaja

1. Razlaga določbe 10. člena ZPOmK s strani Urada RS za varstvo konkurence, Upravnega sodišča RS in Vrhovnega sodišča RS v izpodbijanih posamičnih pravnih aktih glede obveznosti reklamiranja ponudbe ABM z vključitvijo CD ROMa družbe ABM d.o.o. v paket ISDN 3000 predstavlja tudi nerazumen, neutemeljen, neobrazložen in samovoljen odstop od ustaljene sodne prakse sodišča Evropskih skupnosti⁷ glede načina določitve upoštevnege trga za potrebe ugotavljanja

⁷ v zvezi z očitkom odstopa od ustaljene sodne prakse sodišča Evropskih skupnosti je Ustavno sodišče Republike Slovenije v **odločbi Up-1201/05**, da je mogoče odstop od ustaljene sodne prakse sodišča Evropskih skupnosti obravnavati v okviru kršitve 22. člena Ustave

11

morebitne zlorabe in pogojev, ki jih je izoblikovala za to, da je mogoče zavrnitev dostopa oz. dobave označiti za zlorabo prevladujočega položaja in očitno napačno, nerazumno in samovoljno uporabo določbe 10. člena ZPOmK v nasprotju z namenom varstva konkurence. S takšnim ravnanjem je bila kršena pritožnikova pravica do enakega varstva pravic (22. člen Ustave).

2. Glede določitve upoštevnega trga in prevladujočega položaja

2.1. Pravilna konkurenčno pravna določitev upoštevnega trga (tako storitvenega kot geografskega) predstavlja nujni korak za to, da je sploh mogoče ugotavljati, ali ima določeno podjetje prevladujoč položaj na trgu, in v nadaljevanju, presojati obstoj morebitne zlorabe takšnega položaja po 10. členu ZPOmK.

2.2. Upoštevni trg je potrebno upoštevati na podlagi meril, ki jih določa materialno pravo – *Navodila o načinu in pogojih določanja upoštevnega trga (Ur.l. RS 83/2000)* ter *Obvestilo o opredelitvi upoštevnega trga za namene konkurenčnega prava Skupnosti*, ki določa tudi metode za ugotavljanje posameznih meril.

2.3. Na pomen, ki ga ima pravilna določitev upoštevnega trga in prevladujočega položaja za presojo obstoja očitane zlorabe, je opozorilo tudi sodišče Evropskih skupnosti v svoji sodni praksi, kot je to pritožnik že navedel v tč. A.2.4. ustavne pritožbe in se na navedeno v celoti sklicuje.

2.4. Ne Urad niti ne prvostopenjsko sodišče nista upoštevala meril za določitev upoštevnega trga niti ne načinov njihovega ugotavljanja in sta v posledici napačno določila upoštevni trg, kar nenazadnje izhaja tudi iz ravnanja revizijskega sodišča, ki v revizijski odločitvi sicer nedopustno drugače določi upoštevni trg.

Prav tako meril za določitev upoštevnega trga ni upoštevalo revizijsko sodišče pri določitvi upoštevnega trga kot »trga zagotavljanja infrastrukturne storitve za dostop do interneta«.

Neupoštevanje meril za določitev upoštevnega trga, niti ne načinov njihovega ugotavljanja pomeni očitno napačno uporabo materialnega prava⁸ ter nerazumen, neutemeljen in neobrazložen odstop od uveljavljene sodne prakse sodišča Evropskih skupnosti, ki v svojih sodnih odločbah poudarja pomen pravilne določitve upoštevnega trga na podlagi ažurnih analiz trga, ki upoštevajo konkretne tržne razmere (*Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc v. Commission of the European Communities; Case 6-72⁹; C-209/98 Entreprenorforeningens Affalds¹⁰; T-125/97 in T-127/97 The Coca-Cola Company*

⁸ glej Navodilo o načinu in pogojih določanja upoštevnega trga (Ur.l. RS 83/2000), Obvestilo Komisije o opredelitvi upoštevnega trga za namene konkurenčnega prava Skupnosti

⁹ glej zlasti tč. 32 obrazložitve, kot citirano v opombi 5

¹⁰ glej zlasti tč. 60 obrazložitve: »In that regard, it must be stated that it is for the national court to define the relevant market in the light of the facts available to it, first having regard to the particular features of the product or service in question and, second, with reference to a clearly defined geographical area in which it is marketed and where the conditions of competition are sufficiently homogeneous for it to be possible to evaluate the economic power of the undertaking or undertakings concerned.«

12

and Coca – Cola Enterprises Inc. v. Commission of the European Communities¹¹ in druge), in s tem kršitev pritožnikove pravice iz 22. člena Ustave.

Upoštevajoč navedeno ustaljeno sodno prakso sodišča Evropskih skupnosti, ki poudarja nujnost pravilne določitve upoštevnega trga pri presoji zlorabe prevladujočega položaja na podlagi vsakokratne ažurne ekonomske analize trga je nedopustno, očitno nerazumno in samovoljno ravnanje Urada in prvostopenjskega sodišča, ki določitev upoštevnega trga opirata na zakonsko definicijo storitve, ne da bi sploh bila izvedena ekonomska analiza trga in uporabljeni načini ugotavljanja meril zamenljivosti povpraševanja in ponudbe. Prav tako je nedopustno, samovoljno in v nasprotju z uveljavljeno sodno prakso spreminjanje določitve upoštevnega trga kar s strani instančnega sodišča, kot je to v konkretnem primeru.

2.5. Ob pravilni uporabi meril za določitev upoštevnega trga, med katerimi so tudi značilnosti in nameravana raba produkta kot začetni kriterij presoje zamenljivosti¹², je mogoče ob očitkih Urada in prvostopenjskega sodišča, ki pritožniku očitata dejanje zlorabe s tem, da naj bi zavrnil reklamiranje (promocijo) ponudbe družbe ABM s tem, ko je zavrnil vključitev njihovega CD ROMa v ISDN paket, kot upoštevni trg v predmetni zadevi določiti le trg marketinških storitev, s katerimi je mogoče uporabnikom tržiti dostop do interneta.

2.6. Očitno napačno in v nasprotju z uveljavljeno sodno prakso je tudi ravnanje revizijskega sodišča, ki pri tem, da drugače določi upoštevni trg, ne upošteva, da bi bilo potrebno glede na drugačno opredelitev upoštevnega trga ugotavljati položaj pritožnika na takšnem drugače določenem trgu.

Prevladujoč položaj je mogoče določati samo na konkretno določenem upoštevnelem trgu. Z opredelitvijo upoštevnega trga kot veleprodajnega »trga zagotavljanja infrastrukturnih storitev dostopa do interneta« se ni mogoče sklicevati na zakonski monopol pritožnika po 4. členu ZTel kot izvajalca javne službe - storitev govorne telefonije, torej na drugem trgu – maloprodajnem trgu nudenja storitev govorne telefonije.

Takšno ravnanje revizijskega sodišča pomeni neutemeljen, nerazumen, neobrazložen in samovoljen odkik o ustaljene sodne prakse, ki poudarja pomen določitve položaja na trgu v okviru okoliščin konkretnega trga¹³ in očitno napačno uporabo materialnega prava, v nasprotju s konkurenčno pravnim pojmom prevladujočega položaja.¹⁴

¹¹ glej zlasti tč. 2 povzetka, zlasti: »Moreover, in the course of any decision applying Article 86 of the Treaty, the Commission must define the relevant market again and make a fresh analysis of the conditions of competition which will not necessarily be based on the same considerations as those underlying the previous finding of a dominant position.«

¹² 3. člen Navodila o načinu in pogojih določanja upoštevnega trga (Ur.l. RS 83/2000); 7. tč. Obvestila Komisije o opredelitvi upoštevnega trga za namene konkurenčnega prava Skupnosti

¹³ glej sodba sodišča **Evropskih skupnosti C-27/76 United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission**, tč. 67: »In order to find out whether UBC is an undertaking in a dominant position on the relevant market it is necessary first of all to examine its structure and the the situation on the said market as far as competition is concerned« in druge

¹⁴ 10. točka Obvestila o opredelitvi upoštevnega trga za namene konkurenčnega prava Skupnosti

3. Glede obstoja zlorabe po 10. členu ZPOmK

3.1. Vsa udeležena podjetja na trgu načeloma lahko svobodno sklepajo pogodbeno razmerja in svobodno izbirajo pogodbene partnerje.

Le v izjemnih primerih se lahko podjetjem s prevladujočim položajem po konkurenčnem pravu naloži obveznost kontrahiranja, ob hkratni izpolnjenosti strogih pogojev, ki jih je judikatura sodišča Evropskih skupnosti izoblikovala v zvezi s t.i. »doktrino nujnega sredstva« (*essential facility*), v sodbah *C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co KG v Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co*; *C-418/01 IMS Health GmbH & Co OHG v NDC Health GmbH & Co*, *T-504/93, T-374/94, T-375/94, T-384/94 in T-388/94 European night Services Ltd v. Commission, T-504/93 Tierce Ladbroke SA v. Commission* in druge.

Ker gre za izjemo od načela svobode sklepanja pogodbenih razmerij in izbire poslovnih partnerjev, so pogoji in okoliščine, ki morajo obstajati, da je določenemu podjetju mogoče naložiti obveznost prisilnega kontrahiranja z drugimi podjetji v smislu zagotavljanja dostopa oz. dobave zelo strogi¹⁵. Samo ob kumulativni izpolnjenosti vseh potrebnih pogojev, tudi pogoja »nujnosti sredstva« oz. »nepogrešljivost sredstva« in s tem v zvezi povezanega pogoja, da mora zloraba imeti za posledico odpravo konkurence na spodnjem trgu¹⁶ kot je izoblikovan v ustaljeni sodni praksi sodišča Evropskih skupnosti, je mogoče prevladujočemu podjetju na določenem trgu naložiti, da konkurentom zagotovi dostop do svojih produktov, oz. v primeru zavrnitve dobave ugotoviti zlorabo prevladujočega položaja.

Tudi revizijsko sodišče v sodbi navaja, da je ena temeljnih predpostavk za to, da je zavrnitev dostopa do določenega sredstva mogoče šteti kot zlorabo prevladujočega položaja s strani imetnika tega sredstva, nepogrešljivost danega sredstva pri opravljanju osebe, ki terja dostop (*tč. 26 obrazložitve sodbe*).

Pri presoji nujnosti sredstva, kot se je izoblikovala v praksi sodišča Evropskih skupnosti in Evropske Komisije, je potrebno upoštevati zlasti nujnost sredstva za opravljanje storitev na spodnjem trgu in hkratno nezmožnost pridobitve sredstva (ali zamenljivega sredstva) drugje. Test neizogibnosti sredstva je objektivni. To pomeni,

¹⁵ gre za naslednje pogoje: a) ugotoviti je potrebno obstoj dveh relevantnih trgov, ki sta med seboj vertikalno povezana; b) produkti oz. storitve enega trga (t.i. *upstream market*) morajo predstavljati nujno predpostavko za nastopanje na drugem trgu (t.i. *downstream market*), c) podjetje, ki se mu nalaga obveznost kontrahiranja, mora imeti prevladujoč položaj na zgornjem trgu; d) podjetja, ki ne nastopajo na zgornjem trgu, nujno potrebujejo dostop do produktov in storitev zgornjega trga za nastopanje na spodnjem trgu; e) zavrnitev dostopa do produktov oz. sredstev zgornjega trga ima za posledico popolno odpravo konkurence na spodnjem trgu; f) v primeru, da je dostop do produktov oz. storitev zgornjega trga mogoč tudi preko drugega ponudnika, je za podjetje, ki želi nastopati na spodnjem trgu, popolnoma nesprejemljiv, g) podjetje, ki ima prevladujoč položaj na zgornjem trgu, obvladuje zgornji trg produktov in storitev, ki so predpogoj za nastopanje na nižjem trgi ali vstop na ta nižji trg, nastopa tudi na nižjem trgu,

¹⁶ v zvezi z pogoji glej tudi Robert O'Donoghue and A Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford and Portland, Oregon 2006, str. 440 in naslednje; in Faull & Nikpay, *The EC Law of competition*, Second edition, Oxford, 2007, str. 357 in naslednje

12

da mora biti sredstvo neizogibno potrebno za katerokoli podjetje, ne le za določenega konkurenta. Obstoj alternativne možnosti pridobitve sredstva, četudi je manj ugoden za konkurenta ali manj željen s strani potrošnikov, izključuje zlorabo.

Tako je sodišče Evropskih skupnosti v zadevi Oscar Bronner glede pogoja nujnosti oz. pogrešljivosti sredstva zavzelo jasno stališče, da je potrebno za upravičeno zahtevo po dostopu do določenega sredstva, ki ga nudi podjetje s prevladujočim položajem, pokazati ne samo, da je storitev sama nepogrešljiva za izvajanje poslovanja stranke, ki zahteva dostop, ampak tudi, da alternativni sistem ni »realistična potencialna alternativa«, ne samo za stranko, ki zahteva dostop, temveč tudi za katerega koli drugega¹⁷.

V zadevi IMS Health je sodišče poudarilo, da mora sodišče pri presoji, ali je določen proizvod ali storitev bistvenega pomena za poslovanje drugega podjetja na relevantnem trgu, preučiti tudi, ali obstajajo alternativne rešitve za izvajanje dejavnosti¹⁸.

V zadevi European Night Services je sodišče odločilo, da železniška infrastruktura ne predstavlja nujnega sredstva, brez katerega podjetje ne bi moglo vstopiti na trg ali delovati na trgu, ker ni bilo dokazano, da tretji ne bi mogli pridobiti lokomotiv direktno od proizvajalcev ali indirektno preko najema¹⁹.

V zadevi Tierce Ladbroke SA v Commission je sodišče odločilo, da zaradi neizpolnjenosti pogoja nujnosti oz. nepogrešljivosti sredstva ni mogoče govoriti o zlorabi prevladujočega položaja²⁰.

Evropska Komisija je v zvezi z izključitvenimi zlorabami pripravila tudi Navodila glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi člena 82 Pogodbe ES za izključevalna ravnanja, s katerimi prevladujoča podjetja zlorablajo svoj položaj²¹, v katerem je tudi na podlagi judikature sodišča Evropskih skupnosti določila naslednje pogoje, ki morajo biti kumulativno izpolnjeni za to, da je mogoče govoriti o zlorabi zaradi zavrnitve dostopa oz. dobave: a) zavrnitev se nanaša na proizvod ali storitev, ki je objektivno potreben za učinkovito konkuriranje na trgu, ki je naslednji v proizvodni verigi; b) verjetno je, da bo z zavrnitvijo odpravljena učinkovita konkurenca na trgu, ki je naslednji v proizvodni verigi c) verjetno je, da bo zavrnitev škodila potrošnikom.

¹⁷ glej zlasti tč. 41 – 47 sodbe v zadevi **Oscar Bronner, C-7/97**;

¹⁸ zlasti tč. 27 in 28 sodbe v zadevi **IMS Health, C-418/01**; v kateri sodišče v nadaljevanju ugotavlja tudi, da tudi v kolikor bi bil proizvod ali storitev nujna za poslovanje konkurenta, morajo biti za to, da bi zavrnitev s strani avtorja pomenila zlorabo, kumulativno izpolnjeni tudi naslednji pogoji: a) da mora imeti podjetje, ki je zahtevalo licenco, namen ponuditi nov proizvod ali storitev, ki ga avtor še ni ponudil in za katerega obstaja potencialno povpraševanje potrošnikov; b) da zavrnitev takšne licence ni opravičljiva na podlagi objektivnih razlogov, c) in da mora biti zavrnitev takšne narave, da avtorju pridržuje relevantni trg, tako, da eliminira konkurenco na sekundarnem trgu.

¹⁹ glej zlasti tč. 212 in 215 obrazložitve

²⁰ glej zlasti tč. 131 in 132 obrazložitve

²¹ glej Sporočilo Komisije – Navodila glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi člena 82 Pogodbe ES za izključevalna ravnanja, s katerimi prevladujoča podjetja zlorablajo svoj položaj, 9.2.2009

3.2 Stališče revizijskega sodišča, da naj bi ugotovitev prvostopenjskega sodišča, »da je prizadeta stranka lahko samostojno reklamirala svoje storitve«, ne bila pomembna za presojo zlorabe prevladujočega položaja, temeljni na očitno napačni uporabi določbe 10. člena ZPOmK in nerazumnem in samovoljnem odstopu od ustaljene sodne prakse sodišča Evropskih skupnosti. Revizijsko sodišče ne navede nobenih razumnih razlogov, na katerih bi temeljil odmik od ustaljene sodne prakse sodišča Evropskih skupnosti glede pogojev za obstoj obveznosti podjetja s prevladujočim položajem zagotoviti dostop oz. dobavo.

Ob ugotovitvah revizijskega sodišča, »da je bil pred 26.7.1999 SiOL poslovna enota pritožnika, po 26.7.1999 pa družba v 100% lasti pritožnika« (tč. 23 obrazložitve sodbe), ob upoštevanju očitkov, »da naj bi se dejanje zlorabe zgodilo na trgu govorne telefonije, učinki tega dejanja pa naj bi se kazali na trgu internetnih storitev« (tč. 25 obrazložitve sodbe), in da naj bi pritožnik »s tem, ko je sodelovanje v svojem paketu omejil na družbo SiOL, zavrnil pa je družbo ABM« (tč. 28 obrazložitve sodbe), »druge ponudnike dostopa do interneta silil v konkurenčno slabši položaj tako v primeru, če je ISDN povezava zanje stala sorazmerno več, kot tudi v primeru, če je ISDN- povezava stala več za njihove potencialne uporabnike« (tč. 28 obrazložitve sodbe, namreč ni mogoče zaobiti zgoraj navedenih pogojev, ki jih je sodna praksa sodišča Evropskih skupnosti izoblikovala v zvezi z doktrino nujnega sredstva in katere je namreč potrebno uporabiti v vseh primerih, ko se podjetju s prevladujočim položajem očita diskriminacija v korist svoje vertikalno integrirane poslovne enote na način, da drugim podjetjem - konkurentom na spodnjem (*downstream*) trgu odreka dostop do bistvenega produkta oz. storitve na zgornjem (*upstream*) trgu.

Pri presoji, ali je bila očitana zloraba podana, je torej nujno potrebno ugotavljati tudi, ali je izpolnjen pogoj nujnosti oz. nepogrešljivosti sredstva – to je, ali je bila vključitev CD ROMa konkurenta ABM v paket ISDN nujna za to, da je slednji lahko reklamiral svoje storitve ali ne. Ob ugotovitvi prvostopenjskega sodišča, da je »družba ABM lahko samostojno reklamirala svoje storitve«, je potrebno ugotoviti, da pogoj nujnosti oz. nepogrešljivosti sredstva oz. posledično pogoj odprave konkurence na spodnjem trgu ni izpolnjen.

Ugotovitev prvostopenjskega sodišča, da je prizadeta stranka lahko sama reklamirala svoje storitve, ob upoštevanju in pravilni uporabi pogojev, kot jih je izoblikovala ustaljena sodna praksa sodišča Evropskih skupnosti, torej izključuje obstoj zlorabe prevladujočega položaja.

3.3. Stališče revizijskega sodišča, ki po eni strani pritožniku očita, da »naj bi bili razlogi v zadevi Bronner le primerjalnopravni argument v pritožnikovo škodo« (tč. 26 obrazložitve sodbe, po drugi strani pa navaja, da »naj možnost reklamne promocije za presojo zlorabe prevladujočega položaja ne bi bila pomembna«²², sklicujoč se na razloge, navedene v tč. 27-30 sodbe (tč. 26 obrazložitve sodbe), je očitno nerazumno, protislovno in ne predstavlja ustrezne obrazložitve odstopa od sodne prakse sodišča Evropskih skupnosti.

²² s čemer revizijsko sodišče očitno meri na ugotovitev prvostopenjskega sodišča, da je lahko družba ABM d.o.o. tudi samostojno reklamirala svoje storitve

Primerjalno pravnega argumenta ni mogoče očitati v pritožnikovo škodo (in ga s tem uporabiti) in ga hkrati označiti za nerelevantnega (zavrniti možnost njegove uporabe), kot je to storilo revizijsko sodišče.

3.3.1. Glede na očitano ravnanje zlorabe, ki je v zavrnitvi reklamiranja storitev družbe ABM d.o.o. z vključitvijo njihovega CD ROMa v paket ISDN 3000, ne pa v zavrnitvi dostopa do infrastrukture za nudenje internetnih storitev, so zaključki revizijskega sodišča, ki primerjalno pravni argument zavrne oz. ga označi kot škodljivega za pritožnika z obrazložitvijo, »da brez pritožnikove infrastrukture ponudniki klicnega dostopa do interneta ne bi mogli opravljati svoje dejavnosti«, očitno nerazumni, protispisni in predstavljajo tudi nedopusten poseg v ugotovljeno dejansko stanje in s tem kršitev pravice do enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave. Kot že opozorjeno, takšnega dejanskega stanja ne ugotavljata ne Urad, ki izrecno omenja več možnih načinov nujenja storitev dostopa do interneta (preko PSTN, ISDN, kabelski dostop, zakup vodov) in posledično niti ne prvostopenjsko sodišče. Zavrnitve reklamiranja ponudbe ABM v paketu ISDN v nobenem primeru ne gre enačiti z zavrnitvijo dostopa do infrastrukture. Pritožniku se ne očita zavrnitev dostopa do infrastrukture (in s tem posledično nezmožnost opravljanja dejavnosti s strani ponudnikov dostopa do interneta) – tega tudi ne ugotavljata Urad in prvostopenjsko sodišče, temveč zavrnitev reklamiranja ponudbe družbe ABM z vključitvijo CD ROMa v paket ISDN. ABM kot tudi ostali alternativni operaterji so storitve klicnega dostopa do interneta končnim uporabnikom preko ISDN priključkov lahko ponujali tudi, v kolikor njihovi CD ROMi za dostop do interneta niso bili vključeni v ISDN paket. Ob upoštevanju drugih možnih načinov zagotavljanja dostopa do interneta (preko PSTN omrežja, kabelski internet, zakup vodov, itd.), ki jih navaja tudi Urad v delni odločbi, pa o izpolnjenosti pogoja odprave konkurence na spodnjem trgu ni mogoče govoriti niti v primeru, v kolikor bi se očitek nanašal na zavrnitev dostopa do infrastrukture (omrežja ISDN) - kar se ne, tega tudi ne ugotavljata ne prvostopenjsko sodišče niti ne Urad.

Glede na zastavljeni očitek zlorabe relevantno vprašanje glede izpolnjenosti pogoja nujnosti sredstva ni, ali bi konkurent lahko nudil storitve dostopa do interneta ali ne (slednje je ves čas lahko nudil, saj pritožnik konkurentom dostopa do infrastrukture ni onemogočal in so slednji lahko storitve dostopa do interneta končnim uporabnikom lahko ves čas nudili, drugače tudi ne ugotavljata Urad niti ne prvostopenjsko sodišče), temveč, ali bi konkurent brez vključitve njegovega CD ROMa v paket ISDN lahko reklamiral svoje storitve ali ne.

Da je družba ABM lahko svoje storitve samostojno reklamirala, je izrecno ugotovilo prvostopenjsko sodišče, revizijsko sodišče pa je na takšne dejanske ugotovitve vezano. Ob spoštovanju pogojev, izoblikovanih v praksi sodišča Evropskih skupnosti v zvezi s tem, kdaj je mogoče zavrnitev dostopa oz. dobave šteti za zlorabo prevladujočega položaja, bi moral Urad oz. sodišče ugotoviti, da »vključitev CD ROMa v paket ISDN zaradi reklamiranja ponudbe ABM« ne predstavlja »nujnega sredstva« in tudi nima za posledico odprave konkurence²³.

²³ tako kot je v citirani zadevi Oscar Bronner, C-7/97 sodišče v tč. 43 opozorilo na nesporno dejstvo »da druge metode distribucije dnevnikov, na primer po pošti ali preko prodaje v trgovinah in kioskih, četudi so manj ugodne za distribucijo določenih časopisov, obstajajo in jih izdajatelji dnevnikov uporabljajo«, in na takšni podlagi (ker ni izpolnjen pogoj nujnosti sredstva) zavrnilo očitek zlorabe prevladujočega položaja; v sodbi IMS Health, C-418/01 je sodišče v tč. 28 opozorilo, da je v zvezi z

3.3.2. Kolikor revizijsko sodišče ugotovljeno dejstvo možne samostojne reklamne promocije s strani konkurenta ABM (neizpolnjenost pogoja nujnosti sredstva) zavrne kot nerelevantno s sklicevanjem na določbo 4. alineje 5. odst. 10. člena ZPOmK, oz. obrazložitvijo, da naj bi za obstoj zlorabe zadostovalo že to, da se določene poslovne partnerje podjetja s prevladujočim položajem sili v slabši položaj (tč. 27-30 obrazložitve sodbe), je potrebno opozoriti, da revizijsko sodišče očitno napačno ne upošteva razlike med dejanskimi stani pri t.i. »izključitvenih zlorabah«²⁴ po 3. alineji 5. odst. 10. člena ZPOmK (oziroma 82 (b) PES) oz. pri t.i. »izkoriščevalskih zlorabah«²⁵, kamor sodijo tudi diskriminatorne zlorabe po 4. alineji 5. odst. 10. člena ZPOmK, kot jo je izoblikovala praksa sodišča Evropskih skupnosti in Evropske Komisije.

Glede na cilj izključitvenih ravnanj zlorabe, ki je v izključitvi konkurentov s trga, kar se v konkretnem primeru očita tudi pritožniku, je potrebno dejanski stan, četudi izključitvena ravnanja pogosto vključujejo elemente diskriminacije, presojati skozi pogoje, ki jih je sodna praksa izoblikovala v zvezi z izključitvenimi ravnanji, kamor sodi tudi zavrnitev dobave. To pomeni, da je potrebno v okviru izključitvenega ravnanja zavrnitve dostopa presojati nujno tudi, ali gre za »nujno sredstvo« in ali ima ravnanje za posledico odpravo konkurence na spodnjem trgu²⁶. Kolikor namreč sredstvo, glede katerega podjetje s prevladujočim položajem konkurentu zavrne dostop, za konkurenta ni nujno (ker bodisi obstajajo alternativna sredstva ali pa je podana možnost dupliciranja takšnega sredstva), ni posledice v izključitvi konkurenta s trga, na katerem konkurira podjetju s prevladujočim položajem, in ni mogoče govoriti o zlorabi.

Glede na očitano ravnanje je namreč jasno, da ne gre za očitek t.i. »čiste diskriminacije«, kot se obravnava v okviru 4. alineje 5. odst. 10. člena ZPOmK, to je diskriminacije med poslovnimi partnerji podjetja s prevladujočim položajem, s katerimi podjetje s prevladujočim položajem ne konkurira na trgu (gre npr. za diskriminatorna ravnanja bodisi na podlagi nacionalnosti, cenovno diskriminacijo po geografskih območjih, itd..) Tudi besedilo 4. alineje 5. odst. 10. člena ZPOmK se izrecno nanaša na »druge poslovne partnerje«. Na takšno razlikovanje opozarja tudi pravna teorija²⁷.

nepogrešljivostjo sredstva nujno ugotoviti tudi obstoj morebitnih dejanskih ali potencialnih alternativ, v sodbi Tierce Ladbroke SA v Commission zavrnilo očitek o zlorabi zaradi neizpolnjenosti pogoja nujnosti sredstva, ker televizijski prenos konjskih dirk ni bil nujnega pomena za izvajanje dejavnosti pobiralca stav, itd...

²⁴ t.i. »exclusionary abuses«

²⁵ t.i. »exploitative abuses«

²⁶ glej sodbo v zadevi **C-7/97 Oscar Bronner**, tč. 38: »Although in Commercial Solvents v. Commission and CBEM, cited above, the Court of Justice held the refusal by an undertaking holding a dominant position in a given market to supply an undertaking with which it was in competition in a neighbouring market with raw materials (commercial Solvents v. Commission, paragraph 25) and services (CBEM, paragraph 26) respectively, which were indispensable to carrying on the rival' business, to constitute an abuse, it should be noted, first, that the Court did so to the extent that the conduct in question was likely to eliminate all competition on the part of that undertaking«

²⁷ glej Robert O'Donoghue and A Jorge Padilla, The Law and Economics of Article 82 EC, Oxford and Portland, Oregon 2006, zlasti 552-555

Ker sodišče napačno in brez ustrezne obrazložitve ni upoštevalo ustaljene sodne prakse in v njej izoblikovanih pogojev, kdaj je pri zavrnitvi dostopa oz. dobave mogoče govoriti o zlorabi prevladujočega položaja, je v posledici tudi napačno zaključilo, da naj bi za obstoj zlorabe zadostovalo »že, da se določenem poslovne partnerje podjetja s prevladujočim položajem »sililo« v slabši konkurenčni položaj«.

Bistveni pogoj za to, da je mogoče govoriti o zlorabi prevladujočega položaja zaradi zavrnitve dostopa oz. dobave je, da mora imeti takšno ravnanje za posledico odpravo vse konkurence na spodnjem trgu (kar je logična posledica izpolnjenosti pogoja nujnosti sredstva za delovanje konkurenta na trgu), kar v tem primeru očitno ni izpolnjeno.

3.4. Stališče, da naj bi pritožnik zlorabil prevladujoči položaj na trgu govorne telefonije s tem, ko je zavrnil vključitev reklamnega CD ROMa konkurenta v svoj ISDN paket, vključil pa je reklamni CD ROM svoje poslovne enote oz. kasneje hčerinske družbe SiOL, ob nesporni ugotovitvi, da je imela prizadeta stranka ABM na voljo druge možnosti samostojnega reklamiranja svojih storitev neodvisno od pritožnika, pomeni očitno napačno uporabo materialnega prava v nasprotju z namenom določb ZPOmK in nerazumen, neutemeljen, neobrazložen in samovoljen odstop od sodne prakse sodišča Evropskih skupnosti ter s tem kršitev pritožnikove ustavne pravice enakega varstva pravic (22. člen Ustave).

Vsako podjetje na trgu, bodisi da ima prevladujoč položaj ali ne, ima pravico svobodno izbirati pogodbenne partnerje. Vsaka intervencija v svobodo sklepanja pogodbenih razmerij mora biti utemeljena, zaradi česar je sodna praksa sodišča Evropskih skupnosti tudi izoblikovala stroge pogoje, ob izpolnjenosti katerih je podjetju s prevladujočim položajem mogoče naložiti obveznost dostopa oz. dobave.

Vsako podjetje, ki nastopa na trgu, ima tudi pravico oz. skladno s potrebno skrbnostjo tudi dolžnost reklamirati svojo ponudbo.

Pritožnik, tudi v kolikor je imel prevladujoč položaj na trgu govorne telefonije, ni bil dolžan skrbeti za reklamiranje storitev nujenja dostopa do interneta drugih podjetij, saj so slednji dolžni za reklamiranje svojih storitev poskrbeti sami.

Namen konkurenčnega prava (10. člena ZPOmK) ni v tem, da se preostalim konkurentom na trgu zgolj zaradi tega, ker ima določeno podjetje prevladujoč položaj na drugem upoštevnem trgu (trgu govorne telefonije) omogoči t.i. »free-ride« oz. okoriščanje na račun podjetja s prevladujočim položajem.

Takšno razumevanje določbe 10. člena ZPOmK, kot ga je zavzel Urad RS za varstvo konkurence in sodišče v izpodbijanih posamičnih aktih, je v očitnem nasprotju z namenom varstva konkurence na trgu ter v škodo končnim potrošnikom²⁸.

²⁸ s tem v zvezi glej tudi opozorila Evropske Komisije v Navodilu glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi člena 82 Pogodbe ES za izključevalna ravnanja, s katerimi prevladujoča podjetja zlorablajo svoj položaj, kjer slednja opozarja na to, da lahko obveznost dobave celo ob poštenemu nadomestilu oslabila spodbude podjetij za naložbe in inovacije, saj bi se lahko zgodilo, da bi podjetja, ki predvidevajo, da bi lahko postala prevladujoča, v zadevno dejavnost ne bi vlagala oz. bi vlagala manj, v kolikor bi se zavedala, da so dolžna dobavljati proti svoji volji, poleg tega pa bi se konkurenti raje okoriščali z naložbami prevladujočega podjetja, namesto da bi vlagali sami, nobena od teh posledic pa dolgoročno potrošnikom ne bi koristila (tč. 75).

Priloga:

- sodba v zadevi Europemballage Corporation and Continental Can Company v. Commission, Case 6-72 v angleškem jeziku;
- sodba v zadevi Entreprenorforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) v. Kobenhavns Kommune; Case – 209/98 v angleškem jeziku;
- sodba v zadevi United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Commission, Case 27/76 v angleškem jeziku;
- sodba v zadevi The Coca – Cola Company and Coca-Cola Enterprises Inc v. Commission, T-125/97 in T-127/97;
- sodba v zadevi Oscar Bronner, C-7/97, v angleškem jeziku in s prevodom v slovenski jezik;
- sodba v zadevi IMS Health GmbH & Co. OHG, C - 418/01 v angleškem jeziku (slovenski prevod ni dostopen);
- sodba v zadevi European Night Services Ltd v. Commission of the European Communities, T-374/294, T-375/94, T-384/94 in T-388/94 v angleškem jeziku;
- sodba v zadevi Tierce Ladbroke SA v. Commission, T-504/93 v angleškem jeziku;
- Sporočilo Komisije – Navodila glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi člena 82 Pogodbe ES za izključevalna ravnanja, s katerimi prevladujoča podjetja zlorablajo svoj položaj.

C. Kršitev pravice do enakega varstva pravic (22. člen Ustave) in kršitev pravice do pravnega sredstva (25. člen Ustave) – sodba Upravnega sodišča RS opr. št. U 1155/2004 z dne 5.9.2007 in sodba Vrhovnega sodišča RS opr. št. X Ips 749/2007 z dne 16.12.2008 nista obrazloženi

1. Pravici stranke, da se v postopku izjavi, da drugi strani odgovarja obveznost sodišča, da vse navedbe stranke vzame na znanje, da pretehta njihovo relevantnost ter da se do navedb, ki so za odločitev bistvenega pomena, v obrazložitvi sodbe tudi opredeli (*Up 39/95 in druge*). Pravica do enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave med drugim zagotavlja tudi pravico do vsebinsko polnega dialoga s sodiščem (*Up 423/01*). Odločbe sodišč, ki ne vsebujejo prepričljivih odgovorov na navedena vprašanja, ne glede na to, ali so pravilne ali ne, kršijo pravico do enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave RS (*Up 314/99*). Odločba sodišča mora biti v vsaki bistveni točki obrazložena na tako konkreten (ne pavšalen, abstrakten, splošen) način, da je mogoča presoja njene pravilnosti (*Up 315/00*).

2. Sodba Upravnega sodišča RS opr. št. U 1155/2004 z dne 5.9.2007 nima nobenih razlogov glede za odločitev v zadevi bistvenih, relevantnih in pomembnih tožbenih razlogov pritožnika, da je v izpodbijani odločbi upravni organ nepravilno določil upoštevni trg, zlasti, da ni opredelil razmerja med trgom govorne telefonije in trgom storitev dostopa do interneta, da ni upošteval niti ne obrazložil kriterijev za določitev upoštevnega trga, da je upoštevni trg v predmetni zadevi lahko le trg marketinških storitev upoštevajoč dejstvo, da je šlo za promocijski CD ROM in da nudenja dostopa do interneta glede na več medsebojno zamenljivih načinov ni

mogoče enačiti s trgom govorne telefonije, da dejanja ni mogoče označiti za zlorabo, ker je ABM lahko svoje storitve samostojno reklamiral, itd...

Pavšalna zavrnitev zgoraj navedenih pritožnikovih očitkov s strani prvostopenjskega sodišča pogojem obrazloženosti sodne odločbe na način, da bi bila spoštovana ustavna pravica pritožnika iz 22. in 25. člena Ustave RS ne zadosti, saj ni mogoč vsebinsko polni dialog s sodiščem (*Up-686/02*).

Tako je prvostopenjsko sodišče glede očitka, da bi moral biti kot upoštevni trg določen trg marketinških storitev, v izpodbijani sodbi (str. 9., 2. odst. obrazložitve) navedlo le: *»Kot neutemeljene zavrača sodišče tožbene ugovore, da tožena stranka upoštevnega trga ni pravilno opredelila, ker ga je opredelila kot trg dostopa do interneta oz. kot trg marketinških storitev. Sodišče pritrjuje toženi stranki, da je do zlorabe prevladujočega položaja prišlo na trgu govorne telefonije, negativne posledice zlorabe pa so nastale na trgu internet storitev.«* Iz takšne pavšalne zavrnitve niso razvidne niti dejanske okoliščine niti druge konkretne okoliščine, iz katerih bi bila razvidna presoja sodišča v konkretnem primeru glede na merila za določitev upoštevnega trga, toliko bolj, ker delna odločba Urada razloga, da bi moral biti ob pravilni uporabi meril kot upoštevni trg določen trg marketinških storitev, ni obravnavala²⁹ in v tem primeru ne pride v poštev določba 71/II. člena ZUS – 1.

Prvostopenjsko sodišče v zvezi z očitkom, da glede na sodno prakso (zadeva Bronner) dejanja ni mogoče označiti za zlorabo, ker ni izpolnjen pogoj nujnosti sredstva (družba ABM je storitve lahko reklamirala sama) ni navedlo nikakršnih razlogov. S tem je bila kršena pritožnikova pravica iz 22. člena Ustave, ki vključuje tudi pravico stranke izjaviti svoja pravna nadziranja in dolžnost sodišča, da se do njih opredeli na način, da je mogoče iz odločitve sodišča ugotoviti, ali se je sodišče z razlogi seznanilo in jih obravnavalo (*Up 373/97*). Prvostopenjsko sodišče se je bilo v obrazložitvi dolžno z razumno pravno obrazložitvijo opredeliti do relevantnega očitka pritožnika o odstopu od sodne prakse (zadeve Bronner), česar ni storilo, s tem pa je kršilo pritožnikovo pravico iz 22. in 25. člena Ustave.

3. Očitek revizijskega sodišča glede nedopustnosti citiranega revizijskega očitka (v revizijski sodbi označenega z d), da o zlorabi ni mogoče govoriti zaradi neizpoljenosti pogojev za upravičenost zahteve po vključitvi zgoščenke v ISDN paket, ker je ABM lahko svojo ponudbo samostojno oglaševala, zaradi njegove domnevne presplošnosti (tč. 7 obrazložitve sodbe) je očitno neutemeljen, saj je pritožnik izrecno navedel, da pogoji niso izpolnjeni, ker je družba ABM d.o.o. lahko samostojno reklamirala svoje storitve (kot to ugotavlja tudi prvostopenjsko sodišče v sodbi); kar pomeni, da ni izpolnjen pogoj nujnosti sredstva kot materialno pravni pogoj, da je mogoče zavrnitev dobave označiti za zlorabo prevladujočega položaja. Da navedenega očitka ni štelo za nedopustnega, pa izhaja tudi iz nadaljnjega ravnanja revizijskega sodišča, ki je navedeni očitek v nadaljevanju povzelo (z navedbo *»Revidentka se je na zadevo Bronner sicer sklicevala zato, ker naj bi obstajale alternativne poti za reklamiranje storitev družbe ABM«*) in se do njega tudi vsebinsko opredelilo (tč. 26 obrazložitve sodbe).

²⁹ kar izhaja tudi iz vsebine delne odločbe, saj v zvezi s tem ni v delni odločbi navedenih nobenih razlogov

Protisloven je tudi očitek revizijskega sodišča, ki sicer pritrjuje pritožnikovemu stališču glede pravilnega razumevanja 71/II. člena ZUS – 1, da se slednji lahko nanaša le na tiste tožbene razloge, ki so že bili upoštevani v upravni odločbi, v nadaljevanju pa navaja, da naj bi pritožnik ne bi pojasnil »...s katerimi novimi in dotlej neupoštevanimi argumenti naj bi nastopila pred sodiščem prve stopnje, a ji to nanje ne bi odgovorilo.« (tč. 9 obrazložitve sodbe). Iz revizije jasno izhaja, da se pritožnica na pravilno razumevanje 71/II. člena ZUS – 1 sklicuje v dokaz utemeljenosti svojih očitkov glede pomanjkanja obrazložitve prvostopenjske odločbe v zvezi z razlogi, kot jih navaja v tč. III- 2. in 3. revizije in katere revizijsko sodišče označi z a) – d) (tč. 5 obrazložitve sodbe) in se do vseh tudi vsebinsko opredeli, tako v okviru presoje utemeljenosti zatrjevanje procesne kršitve kot tudi presoje utemeljenosti zatrjevanih kršitev materialnega prava.

Obrazložitev revizijskega sodišča, da naj bi merila za določitev upoštevnega trga izhajala iz členitve odločbe na podnaslove, je v nasprotju z vsebino delne odločbe z dne 4.5.2004 oz. v njej navedenimi podnaslovi (ki so naslednji: *Uporaba ustreznega materialnega predpisa, Procesni ugovori Telekom Slovenije, Upoštevni storitveni in geografski trg, Ponudba paketa ISDN 3000, Dejanska presoja Urada, Pravna presoja Urada*), ki očitno ne predstavljajo oz. vsebinsko zajemajo kriterijev oz. meril za določitev upoštevnega trga v skladu z Navodilom o načinu in pogojih določanja upoštevnega trga (Uradni list RS, št. 83/2000) in Obvestilom Komisije o opredelitvi upoštevnega trga za namene konkurenčnega prava Skupnosti.

Kršitev pritožnikove pravice do enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave predstavlja tudi ravnanje revizijskega sodišča, ki se tudi glede tistih revizijskih očitkov, ki se nanašajo na pomanjkanje obrazložitve prvostopenjske sodbe in jih revizijsko sodišče šteje kot dovolj konkretizirane in s tem dopustne (v revizijski sodbi označeni z a) – č)) ne izjavi v okviru očitanih procesnih kršitev³⁰.

Kolikor skuša revizijsko sodišče prikazati nerelevantnost očitkov (označenih z a) – č)) za odločitev v zadevi, je to neutemeljeno, saj takšen zaključek temelji na nedopustni ugotovitvi drugačnega dejanskega stanja v zvezi z naravo CD ROMa (ker naj ne bi šlo za promocijsko zgoščenko); prav tako pa je tudi revizijsko sodišče očitno navedene očitke štelo kot relevantne in bistvene in se do njih vsebinsko opredelilo v reviziji (tč. 20 obrazložitve), kot bi se to moralo tudi prvostopenjsko sodišče.

Ravnanje revizijskega sodišča, ki posega v ugotovljeno dejansko stanje in s svojo lastno obrazložitvijo nadomešča pomanjkljivo obrazložitev s strani upravnega organa in prvostopenjskega sodišča, predstavlja kršitev pritožnikove pravice iz 22. in 25. člena Ustave (*Up-7/98 in Up-260/01*).

4. Revizijsko sodišče v sodbi ni navedlo nobenih razlogov glede bistvenih revizijskih očitkov, navedenih v tč. 6 revizije, kjer je pritožnik zatrjeval bistveno kršitev določb postopka zaradi protislovnosti in nerazumljivosti razlogov prvostopenjskega sodišča, ki je po eni strani navajalo, da naj bi imela družba ABM d.o.o. zaradi ravnanja pritožnika (zavračanja vključitve CD ROM-a družbe ABM d.o.o. v paket ISDN 3000) slabše možnosti na trgu internetnih storitev, po drugi strani pa, da naj

³⁰ tako revizijsko sodišče v tč. 8 obrazložitve navaja: »Očitka, označena s c) in č) pomembno odstopata od ugotovljenega dejanskega stanja, saj ni šlo za promocijsko zgoščenko, temveč za zgoščenko za dostop do interneta«

dejstvo, da družba ABM d.o.o. v obravnavanem obdobju ni imela ustrezne opreme (CD ROM-a) na odločitev v zadevi ne bi vplivalo, in napačno uporabo določbe 10. člena ZPOmK, še posebej upoštevajoč dejstvo, da družba ABM d.o.o. v spornem obdobju ni imela potrebnega dovoljenja za nudenje storitev dostopa do interneta.

Gre za relevantne očitke, saj se nanašajo na obstoj pogojev, ki jih je izoblikovala sodna praksa v zvezi z vprašanjem, kdaj je mogoče zavrnitev dostopa šteti za zlorabo prevladujočega položaja v smislu določbe 10. člena ZPOmK (da mora imeti ravnanje podjetja s prevladujočim položajem za posledico odpravo konkurence na spodnjem trgu).

5. Ker sodba Upravnega sodišča RS U 1155/2004 z dne 5.9.2007 in sodba Vrhovnega sodišča RS X Ips 749/2007 nista obrazloženi glede relevantnih tožbenih in revizijskih navedb, na način, da bi ju bilo mogoče preizkusiti in da bi bila mogoča presoja njune pravilnosti, je bila z njima kršena pritožnikova ustavna pravica iz 22. in 25. člena Ustave Republike Slovenije.

D. Kršitev pravice do nedotakljivosti osebnostnih pravic (35. člen Ustave) in svobodne gospodarske pobude (74. člen Ustave) z izpodbijanimi posamičnimi akti

1. Eno temeljnih načel obligacijskega prava je svoboda urejanja obligacijskih razmerij. Takšna splošna avtonomija pogodbenih strank pri sklepanju pogodb obligacijskega prava je utemeljena tudi v splošni svobodi ravnanja, izhajajoči iz nedotakljivosti osebnostnih pravic, ki so zagotovljene v 35. členu Ustave, in v svobodni gospodarski pobudi, ki je zagotovljena v 74. členu Ustave (U-I-202/93; U-I-199/02 in druge).

2. S tem, ko je bilo v izpodbijanih posamičnih aktih ravnanje pritožnika napačno, samovoljno in arbitrarno označeno za prepovedano ravnanje zlorabe prevladujočega položaja po 10. členu ZPOmK, čeprav to ni, kot že navedeno zgoraj, je bila poleg pravice iz 22. člena Ustave Republike Slovenije kršena tudi pritožnikova ustavna pravica do nedotakljivosti osebnostnih pravic (35. člen Ustave) in svobode gospodarske pobude (74. člen Ustave). Z odločbo se namreč pritožniku nalaga obveznost prisilnega sklepanja pogodbenih odnosov na področju reklamiranja storitev konkurentov z vključitvijo njihovih CD ROM-ov v pakete ISDN, čeprav pritožnik nima prevladujočega položaja na upoštevem trgu marketinških storitev in čeprav imajo konkurenti na voljo tudi druge možne načine reklamiranja svojih storitev.

3. Pritožnikova ustavna pravica do nedotakljivosti osebnostnih pravic (35. člen Ustave) je bila kršena tudi z izpodbijanimi posamičnimi akti, ki nedopustno, očitno materialno napačno in v nasprotju s sodno prakso ugotavljajo, da naj bi pritožnik z opisanim ravnanjem storil dejanje zlorabe prevladujočega položaja. Na takšen način je bilo z izpodbijanimi posamičnimi upravnimi akti nedopustno poseženo v dobro ime in ugled pritožnika.

S tem je ustavna pritožba v celoti utemeljena.

Glede na navedeno pritožnik Ustavnemu sodišču Republike Slovenije

predlaga,

da ustavni pritožbi v celoti ugodi, sodbo Vrhovnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. X Ips 749/2007 dne 16.12.2008 in sodbo Upravnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. U 1155/2004 z dne 5.9.2007 v celoti razveljavi in delno odločbo Republike Slovenije, Urada RS za varstvo konkurence z dne 4.5.2004, št. 3073-9/02-4 v celoti odpravi.

V Ljubljani, dne 10.3.2009

TELEKOM SLOVENIJE d.d.