

**ODVETNIŠKA DRUŽBA
ZDOLŠEK**

UPRavno Sodišče RS
LJUBLJANA
25-10-2007
PREJETO DNE

Miklošičeva 5, 1000 Ljubljana, Tel.: (01) 3078-300; Fax: 3078-310; e-mail: zdolsek@siol.net

UPRavno Sodišče RS
1000 LJUBLJANA

ODVETNIŠKA PISARNA
Nevenka Šorli
26-11-2007
PREJETO

U 1155/2004 - 72

TOŽEČA STRANKA: TELEKOM SLOVENIJE d.d., Cigaletova 15, Ljubljana
ki ga zastopa:

ODVETNIK
STOJAN ZDOLŠEK
Miklošičeva 5, Ljubljana

TOŽENA STRANKA: REPUBLIKA SLOVENIJA, Ministrstvo za gospodarstvo,
Urad za varstvo konkurence, Kotnikova 28/VII, Ljubljana

zaradi odprave odločbe tožene stranke
št. 3073-9/02-4 z dne 4.5.2004

REVIZIJA

tožeče stranke

zoper sodbo Upravnega sodišča RS,
opr. št. U 1155/2004-70 z dne 5.9.2007

3x
3x priloge

pooblastilo priloženo

Tožeča stranka TELEKOM SLOVENIJE d.d. vloga zoper sodbo Upravnega sodišča Republike Slovenije, U 1155/2004 z dne 5.9.2007

revizijo

iz vseh revizijskih razlogov po določilu 85. člena ZUS – 1

in sodišču

predlaga,

da reviziji tožeče stranke zoper sodbo Upravnega sodišča Republike Slovenije, opr. št. U 1155/2004-70 z dne 5.9.2007 v celoti ugodi in izpodbijano sodbo spremeni tako, da Delno odločbo tožene stranke št. 3073-9/02-4 z dne 4.5.2004 v celoti odpravi, podrejeno pa, da izpodbijano sodbo razveljavi in vrne sodišču v novo sojenje, toženi stranki pa naloži v plačilo vse revizijske stroške tožeče stranke v 15 dneh, po preteku tega roka pa z zakonskimi zamudnimi obrestmi do dneva plačila, da ne bo izvršbe.

Obrazložitev:

I.

IZPODBIJANA SODBA OPR. ŠT. 1155/2004-70 Z DNE 5.9.2007

Upravno sodišče Republike Slovenije je z izpodbijano sodbo opr. št. U 1155/2004-70 z dne 5.9.2007 zavrnilo tožbo tožeče stranke, s katero je slednja zahtevala odpravo delne odločbe tožene stranke št. 3073-9/02-4 z dne 4.5.2004.

Z izpodbijano delno odločbo je tožena stranka v tč. 1 odločila, da naj bi tožeča stranka zlorabila 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 zavračala ponudbo le-tega z dne 28.1.1999 za poslovno sodelovanje oz. vključitev njihovega CD ROM-a, na katerem je program za dostop do interneta, v paket ISDN 3000, ki ga je tržila tožeča stranka, pri tem pa je tožeča stranka že prej vključila CD ROM SiOL-a, takrat poslovne enote v sestavi tožeče stranke, sedaj pa samostojne pravne osebe pod firmo SiOL d.o.o. v izključni lasti tožeče stranke, s čimer naj bi neutemeljeno diskriminirala ABM, kar predstavlja dejanje zlorabe prevladujočega položaja iz 4. alineje 5. odst. 10. člena ZPOMK, v tč. 2 pa, da se izrek odločbe objavi v Uradnem listu RS.

II.

DOVOLJENOST REVIZIJE

1. Delna odločba tožene stranke št. 3073-9/02-4 z dne 4.5.2004, ki se izpodbija v tem upravnem sporu, ima zelo hude posledice za tožečo stranko. Revizija je dovoljena po določilu 83/II, tč. 3 ZUS – 1.

2. Tožeča stranka svojega položaja ni zlorabila, zaradi odločbe pa ji bo nastala velika in nenadomestljiva škoda, tako premoženjska, kot tudi nepremoženjska, ker bo okrnjen ugled in dobro ime tožeče stranke, ki je plod dolgoletnega dobrega poslovanja. Odločbe Urada za varstvo konkurence, s katerimi slednji ugotavlja kršitve ZPOMK, zoper katere pritožba ni mogoča, imajo že glede na njihovo naravo po svoji vsebini vselej posebno hude posledice za stranko, zaradi česar je potrebno dopustiti varstvo pred Vrhovnim sodiščem.

3. Tožeča stranka ABM d.o.o., Ljubljana je zoper Telekom Slovenije d.d. (v gospodarskem sporu toženo stranko) vložila tožbo zaradi plačila odškodnine 964.981.760,00 SIT spp in zaradi vključitve CD – ROMa v ISDN paket. V nadaljevanju je s pripravljeno vlogo z dne 14.7.2005 tožeča stranka ABM d.o.o. tožbo v delu, kjer se nanaša na plačilo odškodnine, razširila tako, da zahteva plačilo 1.009.347.844,00 SIT spp, sedaj 4.211.933.92 EUR spp. Tožeča stranka nedopustnost ravnanja Telekoma Slovenije d.d. utemeljuje in dokazuje z izpodbijano delno odločbo Urada za varstvo konkurence. Okrožno sodišče v Ljubljani zadevo vodi pod opr. št. IV Pg 55/2002.

Skladno z določilom 67/III. člena ZUS – 1 pravdno sodišče pri odločanju o škodi ne more presojati zakonitosti upravnega akta in je na odločitev upravnega organa vezano. V kolikor bi pravdno sodišče ugodilo tožbenemu zahtevku in tožeči stranki naložilo plačilo odškodnine v znesku 4.211.933,92 EUR spp in ugodilo tudi nedenarnemu zahtevku, bo to imelo zelo hude posledice za tožečo stranko, saj ji bo zaradi izplačila odškodnine zaradi nezakonite upravne odločbe nastala velika in nenadomestljiva škoda.

Višina odškodninskega zahtevka, ki ga tožeča stranka ABM d.o.o. zoper toženo stranko Telekom Slovenije d.d. uveljavlja v sporu pod opr. št. IV Pg 55/2002, skupaj z zakonskimi zamudnimi obrestmi, preračunana na dan 22.10.2007, znaša skupaj že več kot 8 mio EUR, kar bistveno presega vrednost iz 83/II, tč. 1 ZUS – 1, v katerih je revizija dovoljena.

4. Pri odločitvi v predmetni zadevi gre tudi po vsebini za odločitev v pomembnem pravnem vprašanju, ali je mogoče kljub temu, da so imeli konkurenti na trgu druge možnosti trženja svojih produktov, podjetju na trgu, ki v svojo ponudbo ne vključi reklamnega materiala drugega podjetja (promocijskega CD ROM-a), očitati zlorabo monopolnega položaja. Odločitev sodišča prve stopnje odstopa od sodne prakse evropskega sodišča (zadeva Oscar Bronner, C-7/97), kot je to pojasnjeno v tč. V revizije. S tem je izpolnjen pogoj za dovoljenost revizije tudi po določilu 83/II, tč. 2 ZUS – 1.

Glede na navedeno tožeča stranka sodišču predlaga, da revizijo dovoli.

DOKAZ:

- tožba tožeče stranke ABM d.o.o. v zadevi opr. št. IV Pg 55/2002;
- sprememba tožbe tožeče stranke ABM d.o.o. v zadevi opr. št. IV Pg 55/2002;
- obračun obresti;
- vpogled v spis Okrožnega sodišča v Ljubljani, opr. št. IV Pg 55/2002.

III.

BISTVENE KRŠITVE DOLOČB POSTOPKA

1. Izpodbijana sodba nima nobenih razlogov glede za odločitev v zadevi pomembnih in relevantnih tožbenih razlogov tožeče stranke, da je v izpodbijani delni odločbi nepravilno določen upoštevni storitveni trg, in da dejanja, ki se očita tožeči stranki v izpodbijani odločbi, tudi upoštevajoč sodno prakso Evropskega sodišča, ni mogoče opredeliti kot zlorabo položaja po določilu 10. člena ZPOmK, zlasti glede na ugotovitev, da je imela prizadeta stranka ABM d.o.o. na voljo tudi druge načine trženja storitev, s katerimi bi lahko dosegla bistveno večji krog naslovnikov kot z vključitvijo CD-jev v ISDN paket tožeče stranke.

Izpodbijane sodbe ni mogoče preizkusiti, s tem pa je podana absolutna bistvena kršitev določb postopka po 14. tč. 339/II. člena ZPP v zvezi z 75/III in 85/I, tč. 1 člena ZUS – 1.

2. Glede napačne določitve upoštevnega storitvenega trga je tožeča stranka navedla med drugimi naslednje odločilne razloge, na podlagi katerih bi, v kolikor bi jih presojalo, sodišče moralo ugoditi tožbenemu zahtevku: razmerje med trgoma govorne telefonije in trgom storitev dostopa do interneta v izpodbijani delni odločbi ni opredeljeno, kriteriji za določitev upoštevnega trga v izpodbijani delni odločbi niso upoštevani, niti glede tega niso navedeni razlogi; upoštevni trg je lahko le trg marketinških storitev, upoštevajoč dejstvo, da je šlo za promocijski CD-ROM, nujenja dostopa do interneta glede na več medsebojno zamenljivih različnih načinov dostopa do interneta ni mogoče enačiti s trgom govorne telefonije... Do nobenega izmed razlogov se sodišče v izpodbijani sodbi ni opredelilo, temveč je tožbene ugovore povsem neobrazloženo zavrnilo kot neutemeljene (*str. 9, odst. 2 izpodbijane sodbe*¹).

3. Prav tako sodišče v izpodbijani sodbi ni presojalo niti ni navedlo nobenih razlogov glede relevantnega in za odločitev v zadevi odločilnega tožbenega razloga tožeče stranke, da dejanja tožeče stranke ni mogoče opredeliti kot zlorabo po 10. členu ZPOmK, ker pogoji za upravičeno zahtevo družbe ABM d.o.o. po vključitvi CD-ROMa v ISDN paket tožeče stranke, tudi kot jih je oblikovala evropska sodna praksa (zadeva *Oscar Bronner, C-7/97*), niso izpolnjeni, ker je lahko družba ABM d.o.o. samostojno reklamirala svoje storitve

¹ tako je sodišče glede tega navedlo le: »Kot neutemeljene zavrača sodišče tožbene ugovore, da tožena stranka upoštevnega trga ni pravilno opredelila, ker ga je opredelila kot trg govorne telefonije in ne kot trg dostopa do interneta oziroma 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 trgi internet storitev«.

(kar nenazadnje ugotavlja tudi sodišče v izpodbijani sodbi). V kolikor bi sodišče navedeni tožbeni razlog presoјalo, bi moralo ob pravilni uporabi materialnega prava sprejeti drugačno odločitev in tožbi v celoti ugoditi.

4. ZUS – 1 je sicer v 71/II. člena določil možnost, da sodišču ni treba navajati razlogov za odločitev, če sledi utemeljitvi upravnega akta in to v sodbi ugotovi, vendar tega določila ni mogoče tolmačiti na način, da se sodišče ni dolžno opredeliti do tožbenih razlogov, še zlasti, v kolikor slednji v izpodbijani delni odločbi niso upoštevani in glede katerih tudi upravna odločba ne navaja nobenih razlogov; to velja še toliko bolj v primerih, ko pritožba zoper upravno odločbo ni mogoča, kot je to v konkretnem primeru. Takšna napačna razlaga zakonskega določila bi pomenila kršitev pravice do enakega varstva pravic (22. člen Ustave RS), pravica do sodnega varstva (23. člen Ustave RS) in pravica do pravnega sredstva (25. člen Ustave RS).

5. S tem, ko sodišče v izpodbijani sodbi ni navedlo razlogov glede odločilnih in za odločitev o tožbi relevantnih tožbenih razlogov, je kršilo pravico tožeče stranke do enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave RS (Up-315/00, Up-426/01, Up-201/01, Up-211/04, Up-77/01 in druge), pravico do sodnega varstva iz 23. člena Ustave RS in pravico do pravnega sredstva iz 25. člena Ustave RS.

6. Sodišče je kršilo tudi določbo 105/II. člena ZUS – 1, ki določa, da se v postopkih, v katerih do uveljavitve tega zakona še ni bilo odločeno, uporabljajo določbe ZUS – 1 glede odločanja na glavni obravnavi.

Sodišče bi ob pravilni uporabi določb 51. člena ZUS – 1 do 59. člena ZUS – 1 moralo odločiti po opravljeni glavni obravnavi, česar ni storilo in glavne obravnave ni opravilo, in ni izvedlo dokazov, zaradi česar je izpodbijana odločba nezakonita in nepravilna. Dejstva, ki jih je navedla tožeča stranka v sporu, kažejo namreč na to, da je potrebno izvedene dokaze presoditi drugače, kot je to presodil upravni organ. Prav tako bi sodišče na glavni obravnavi izvedlo tudi dokaze, med drugim tudi z vpogledom v spis Okrožnega sodišča v Ljubljani, opr. št. IV Pg 55/2002, kot je to tožeča stranka predlagala z vlogo z dne 13.9.2007.

Ker sodišče ni odločalo na glavni obravnavi, čeprav bi bilo to skladno z zakonskimi določili dolžno storiti, je kršilo tudi pravico tožeče stranke do sodnega varstva iz 23. člena ZUS – 1.

IV.

NEPRAVILNA UPORABA MATERIALNEGA PRAVA GLEDE DOLOČITVE UPOŠTEVNEGA TRGA

1. Sodišče je v izpodbijani sodbi napačno uporabilo materialno pravo (določilo 10. člena ZPOMk), ko je kot neutemeljene zavrnilo očitke tožeče stranke, da tožena stranka upoštevnega trga ni pravilno opredelila, ker ga je opredelila kot trg govorne telefonije in ne kot trg marketinških storitev, s katerimi je mogoče tržiti storitev dostopa do interneta.

2. Pravilna konkurenčno pravna določitev upoštevnega trga (stvarnega, teritorialnega) predstavlja nujni korak za to, da je sploh mogoče ugotavljati, ali ima določeno podjetje prevladujoč položaj na trgu. Upoštevni stvarni trg je potrebno ob pravilni uporabi materialnega prava ugotavljati na podlagi skrbne analize trga in jasno definiranih kriterijev določitve upoštevnega trga, kot jih določa tudi Navodilo o načinu in pogojih določanja upoštevnega trga (Ur.l.RS 83/2000 in spremembe), in sicer zamenljivost povpraševanja, zamenljivost ponudbe, potencialno konkurenco in ovire za vstop na trg (5. člen in naslednji). Kriterijev za določitev upoštevnega stvarnega trga sodišče zaradi zmotne uporabe materialnega prava sploh ni upoštevalo, zaradi česar je v posledici napačno soglašalo z opredelitvijo trga govorne telefonije kot stvarno upoštevnega trga, kot je to napačno definiral upravni organ v izpodbijani delni odločbi².

Sodišče bi moralo v sodbi glede na tožbene razloge, s katerimi je tožeča stranka obrazloženo in utemeljeno nasprotovala določitvi upoštevnega stvarnega trga v izpodbijani upravni odločbi, opredeliti konkretni upoštevni stvarni trg skladno s kriteriji, ki veljajo za opredelitev upoštevnega stvarnega trga³. Tega sodišče ni storilo, izpodbijana sodba glede navedenega nima nobenih razlogov in je ni mogoče preizkusiti (14. tč. 339/II. člena ZPP v zvezi z 75/III. členom in 85/II, tč. 1 ZUS – 1).

3. CD-ROMa s programom za dostop do interneta ni mogoče enostavno enačiti s storitvijo dostopa do interneta, kot to neutemeljeno stori sodišče v izpodbijani sodbi. Ob pravilni uporabi kriterijev za določitev upoštevnega trga in ob pravilni uporabi določila 10. člena ZEKom bi moralo sodišče ugotoviti, da se tožeči stranki dejansko očita zavrnitev dostopa do sistema trženja storitev tožeče stranke, konkretno do njenih ISDN paketov. Upoštevni trg je lahko ob pravilni uporabi kriterijev za določitev trga (med njimi tudi značilnosti in nameravane rabe produkta kot začetnega kriterija presoje zamenljivosti) le trg marketinških storitev, s katerimi je mogoče uporabnikom prodajati ali tržiti dostop do interneta. Prilaganje CD-ROMa k ISDN priključku je eden izmed načinov marketinške distribucije (CD-ROMa) z namenom prodaje storitve dostopa do

² glej tudi sodbo Evropskega sodišča v zadevi Europemballage Corp. and Continental Can Co Inc v Commission, kjer je sodišče opozorilo, da je za ugotovitev monopolnega položaja nujna pravilna določitev relevantnega trga.

³ Stvarni trg (relevantni trg proizvodov) je trg, sestavljen iz vseh tistih produktov, ki so v očeh potrošnikov in z vidika lastnosti, cen ali nameravane uporabe medsebojno zamenljivi ali predstavljajo substitute. Za substitutivnost dveh proizvodov je potrebno presoditi, ali obstaja realna in racionalna možnost odziva potrošnika na zvišanje cen in s tem prestopa k drugemu proizvajalcu v relativno kratkem času. Gre za najožji krog produktov, na katerem sta elastičnost povpraševanja in ponudbe dovolj nizki, da bi lahko potencialni monopolist dobičkonosno zmanjšal raven proizvodnje in dvignil ceno svojega izdelka občutno nad konkurenčno raven. Značilnosti in nameravane rabe produkta predstavljajo začetni kriterij presoje zamenljivosti, cene produktov pa nadaljnji kriterij presoje zamenljivosti na strani povpraševanja. V nadaljevanju je potrebno pri definiranju upoštevnega stvarnega trga upoštevati še ustrezne reakcije potrošnikov, korelacijo cen, analizo odnosa med ceno in koncentriranostjo trga, uporabiti tudi druge teste (analiza šoka, SSNIP test in podobno), itd...

interneta. CD ROM za priključitev na internet ni ne produkt niti storitev⁴, temveč le reklamno sporočilo v elektronski obliki. To je bil izključno CD ROM, ki je omogočal poskusno nekaj ur brezplačnega dostopa do interneta in nič drugega. Telekom Slovenije d.d. ni paketno prodajal storitev do interneta. Potrošnik je imel kljub nakupu paketa ISDN 3000 enako kot SiOL-ov dostop do interneta možnost izbrati internet tretjega ponudnika oziroma se odločiti, da naročniškega razmerja za internet sploh ne bo sklenil, kar ugotavlja tudi upravni organ v izpodbijani odločbi in katerega ugotovitve povzema tudi sodišče v izpodbijani sodbi.

Ob takšni pravilni določitvi upoštevnega storitvenega trga pa bi moralo sodišče v nadaljevanju ugotavljati tudi morebitno zamenljivost oz. nezamenljivost CD-Rom-ov.

4. Že iz navedb upravnega organa v izpodbijani odločbi, ki jih povzema tudi sodišče v izpodbijani sodbi, ki trg govorne telefonije določa kot upoštevni trg, hkrati pa navaja, da ta trg obravnava »*zgolj kot sredstvo dostopa do interneta*«, in da naj bi posledice domnevne zlorabe nastale »*na trgu internetnih storitev*«, izhaja očitna napačnost opredelitve upoštevnega storitvenega trga, saj upoštevni trg v nobenem primeru ne more biti opredeljen »*zgolj kot sredstvo*«.

Nudenja storitev dostopa do interneta, upoštevajoč kriterije za določitev upoštevnega trga, ni mogoče enačiti z nudenjem storitev govorne telefonije, zato ugotavljanje dejanskega stanja na trgu govorne telefonije ne more nadomestiti ugotavljanja dejanskega stanja na trgu nudenja storitev dostopa do interneta, katerega pa ne sodišče ne upravni organ zaradi napačne uporabe materialnega prava in posledično napačne določitve upoštevnega trga sploh nista ugotavljala. Tako nista ugotavljala zamenljivosti povpraševanja (6. člen Navodila), kljub temu, da upravni organ v delni odločbi navaja različna sredstva dostopa do interneta (str. 6, odst. 2 delne odločbe). Do internetnih storitev je mogoče dostopati na načine, ki so z vidika uporabnika zamenljivi z dostopom preko govorne telefonije, kar velja predvsem za dostop preko kabelskih TV sistemov.

5. Ker je sodišče v izpodbijani sodbi materialno pravno napačno sledilo opredelitvi upoštevnega trga, kot ga je določil upravni organ, v posledici tudi ni ugotavljalo dejstva, ali je tožeča stranka v času zatrjevanje kršitve imela prevladujoč položaj na trgu marketinških storitev za distribuiranje CD-ROMov za dostop do interneta.

Tožeča stranka na trgu marketinških storitev za distribuiranje CD-ROMov ni imela prevladujočega položaja, zaradi česar ni mogoče govoriti o zlorabi. Družba ABM d.o.o. je imela tako kot ostali ponudniki internetnih storitev številne možnosti distribuirati programsko opremo za dostop do interneta, ki so široko poznane in tudi uporabljene (inštalacija v nove računalnike, prilaganje CD-ROMov k računalniški opremi ali računalniškim publikacijam, itd.), vendar očitno te možnosti ni izkoristila.

⁴ nesporno v postopku je bilo ugotovljeno, da kupec ISDN paketa ni avtomatsko postal SiOL-ov naročnik, ampak se je moral za pogodbo s SiOL-om odločiti posebej.

6. Napačna in v nasprotju s predpisi je tudi ugotovitev sodišča v izpodbijani sodbi, da naj bi »paket ISDN 3000 vključeval tudi javno telekomunikacijsko storitev, saj gre za nadgradnjo obstoječega PSTN priključka (ki je javna monopolna storitev tožeče stranke) v ISDN priključek (ki je javna storitev govorne telefonije« (str. 9, odst. 1 izpodbijane sodbe).

Zakon o telekomunikacijah (Ur.l. RS št 35/97, v nadaljevanju ZTel) pojma »javna storitev govorne telefonije« ne pozna. ZTel v 2. členu, tč. 8 opredeljeval storitve govorne telefonije, v 4. členu pa določal, da so storitve govorne telefonije javne telekomunikacijske storitve in se določajo kot obvezna gospodarska služba.

Uredba o načinu opravljanja javnih telekomunikacijskih storitev govorne telefonije in teleksa ter o upravljanju javnega telekomunikacijskega omrežja (Ur.l.RS 11/98) je v 3. členu storitev govorne telefonije kot obvezno gospodarsko službo določal neposreden prenos zvokovnih informacij v pasovni širini 3,1 kHz med omrežnimi priključnimi točkami fiksnega javnega telekomunikacijskega omrežja...Pri nadgradnji PSTN v ISDN ne gre za nadgradnjo v tehničnem smislu, temveč gre le za aktiviranje pasovne širine nad tisto, ki se uporablja za PSTN kot javno gospodarsko službo, in ki je določena za zagotavljanje določenih tržnih storitev javnosti. Pri ISDN gre za povsem drugo telekomunikacijsko storitev, na drugi tehnični platformi, drugem omrežju ISDN, za razliko od javnega komutiranega telefonskega omrežja PSTN. ISDN ni storitev govorne telefonije, kot je prenos in komutacija govora v realnem času v smislu določila 2. člena, 8. tč. ZTel. Paket ISDN 3000 je v celoti tržna telekomunikacijska storitev in ne vključuje tudi javne telekomunikacijske storitve – govorne telefonije, ki se zagotavlja kot obvezna gospodarska služba v smislu ZTel. To jasno izhaja tudi iz razmejitve v sicer poznejšem Splošnem aktu o fiksnih javnih telekomunikacijskih omrežjih in o fiksnih javnih telefonskih storitvah 18/2002, ki v Prilogi – tč. 7 loči med povezovanjem ISDN, GSM in javnimi komutiranimi telefonskimi omrežji (PSTN).

Po pravilniku o pogojih za izdajo dovoljenj za opravljanje tržnih telekomunikacijskih storitev (Ur.l. RS 75/1998) so storitve globalnih širokopasovnih in multimedijских telekomunikacij, kamor sodijo tudi storitve nudenja dostopa do interneta, tržne telekomunikacijske storitve skladno z določilom 1. člena.

Ob pravilni uporabi materialnega prava (citiranih zakonskih in podzakonskih predpisov) bi sodišče moralo ugotoviti, da paket ISDN 3000 v celoti predstavlja tržno telekomunikacijsko storitev, in ne vključuje javne telekomunikacijske storitve, kot to zmotno ugotavlja sodišče v izpodbijani sodbi. PSTN storitev ni mogoče enačiti z ISDN storitvami in ju ob upoštevanju kriterijev določitve upoštevnega trga ni mogoče uvrstiti na enotni upoštevni storitveni trg.

V.

NAPAČNA UPORABA MATERIALNEGA PRAVA GLEDE ZLORABE MONOPOLNEGA POLOŽAJA

1. Sodišče je v izpodbijani sodbi napačno uporabilo določbo 10. člena ZPOMk, ko je zaključilo, da je vključitev SIOL-ove ponudbe v ponudbo tožeče stranke na trgu govorne telefonije nedopustna, in navedlo, da po stališču 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 pa pri tem zavrnila.

2. Zloraba ni podana že iz razloga, ker je sodišče kot tudi upravni organ nista pravilno določila upoštevne trga in posledično tudi ne pravilno opredelila položaja tožeče stranke na upoštevem trgu. To je tožeča stranka že navedla pod tč. IV revizije.

3. Kot zloraba monopolnega položaja se lahko opredeli samo tisto ravnanje prevladujočega podjetja, ki resno in neupravičeno prizadeva konkurenco na upoštevem trgu. V kolikor ne gre za omejevanje konkurence na trgu, potem ne gre za zlorabo monopolnega položaja v smislu 10. člena ZPOMK⁵.

Nobena zakonska določba ne nalaga tožeči stranki dolžnosti, da v paket ISDN vključi CD-ROM kateregakoli ponudnika. Nemogoče je trditi, da bi morala tožeča stranka oblikovati toliko ISDN paketov, kolikor bi dobila ponudb s strani ponudnikov internetnih storitev za vključitev njihovih CD-ROMov v paket, oziroma da bi morala tožeča stranka v paket vključiti vse CD-Rome ponudnikov.

Dejstvo, da ima podjetje na trgu prevladujoč položaj, ne sme hkrati tudi pomeniti, da nima pravice do oblikovanja poslovne politike v skladu z lastnimi interesi, kar je tudi nedvoumno potrdilo Evropsko sodišče v zadevi **Oscar Bronner**, kar bi moralo upoštevati tudi sodišče v konkretnem primeru. Evropsko sodišče je v citirani zadevi nedvoumno povedalo, da je potrebno za upravičeno zahtevo po dostopu do določenega sredstva (v tem primeru ISDN paketa), ki ga nudi podjetje s prevladujočim položajem, pokazati, da alternativni sistem (v tem primeru trženja storitev dostopa do interneta) ni »realistična potencialna alternativa«; pri čemer ni dovolj, da oblikovanje alternativnega sistema ne bi bilo »ekonomsko smiselno« za stranko, ki zahteva dostop, temveč da oblikovanje alternativnega sistema v obsegu, kakršnega predstavlja ponujanje ISDN paketov, sploh za nikogar drugega kot za tožečo stranko ne bi bilo smiselno.

V zgoraj citirani zadevi je sodišče torej ugotovilo, da zavrnitev dobave pomeni zlorabo le, če obstaja nevarnost, da bo ta zavrnitev izključila podjetje, ki potrebuje dostop, če je dostop nujen pogoj za dejavnost podjetja, če ni dejanske ali potencialne alternative za konkurenta, da pridobi dostop. Ti pogoji pa v obravnavanem primeru niso izpolnjeni, kar je ugotovilo že prvostopenjsko

⁵ tako tudi Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence s komentarjem, GV 2000, zlasti str. 99 in naslednje

sodišče, ko je navedlo, da **»je prizadeta stranka lahko sicer samostojno reklamirala svoj AMIS.NET«,** (str. 9. odst. 2 izpodbijane sodbe), to pa dokazujejo že vsi splošno znani načini trženja po pošti, prilaganje priključnih CD-jev ponudnikov internetnih storitev k računalniški opremi, računalniškim revijam, dnevnim časnikom in drugim množičnim publikacijam. Na takšen način bi družba ABM d.o.o. dosegla enak ali bistveno večji obseg naslovnikov kot z vključitvijo CD-ROMa v ISDN paket.

Da je šlo v konkretnem primeru z vključitvijo promocijskega CD – ROMa za reklamiranje storitve nujen dostop do interneta, ne pa za storitev samo, je ugotovilo tudi sodišče v izpodbijani sodbi

Zaradi jasnosti revizija opozarja tudi na nepravilnost ugotovitve sodišča v izpodbijani sodbi, da naj bi prizadeta stranka lahko reklamirala **»svoj AMIS.NET«**. Pod znamko AMIS.NET je nudilo storitve več internetnih ponudnikov, zaradi česar ni mogoče govoriti o tem, da naj bi šlo za prizadeti stranki lasten AMIS.NET. Očitno pa je, da sodišče s tem ugotavlja, da je prizadeta stranka lahko samostojno reklamirala svoje internetne storitve.

4. Ob pravilni uporabi materialnega prava bi moralo sodišče ob ugotovitvi, da **je prizadeta stranka lahko samostojno reklamirala svoje storitve** (str. 9, odst. 2 izpodbijane sodbe), tožbi tožeče stranke v celoti ugoditi in izpodbijano delno odločbo razveljaviti, ker zloraba monopolnega položaja ni podana.

Ugotovitev sodišča v izpodbijani sodbi, da je prizadeta stranka lahko samostojno reklamirala svoje storitve, ob pravilni uporabi materialnega prava (10. člena ZPOmK, 82. člena PES) in upoštevajoč sodno prakso že sama po sebi izključuje možnost ugotovitve zlorabe monopolnega položaja.

Nobenega konkurenčnopravnega pravila namreč ni dopustno razlagati na način, ki bi gospodarskim subjektom (prizadeti stranki) omogočal, da ob obstoju alternativnih možnosti za izvajanje tržnih aktivnosti (marketinške distribucije CD ROMov) zatrjujejo dolžnost drugega subjekta (tožeče stranke), da za njih opravlja marketinške storitve oz. jim da na voljo zmogljivosti, s katerimi razpolaga. Ravno zaradi tega je v okviru instituta ključnih zmogljivosti oz. sredstev (essential facility) uveljavljena zahteva, da mora subjekt, ki zatrjuje obstoj kršitve, med drugim dokazati tudi, da ni mogel na noben drug način (razen s sodelovanjem prevladujočega subjekta) izvajati tržne aktivnosti (distribucije CD – ROMa). Da ta pogoj v konkretnem primeru ni izpolnjen, pa ugotavlja že sodišče v izpodbijani sodbi samo.

5. **Predlog za postavitev predhodnega vprašanja sodišču Evropskih skupnosti (234. člen PES, 113.a člen Zakona o sodiščih)**

PES v 82/I. členu (prej 86. člen) prepoveduje zlorabo monopolnega položaja in je referenčna odločba v razmerju do 10. člena ZPOmK, zaradi česar je vprašanje

razlage prava skupnosti (82. člena PES) relevantno za odločitev v tem primeru⁶. Postavitev predhodnega vprašanja narekuje potreba po enotni razlagi in uporabi prava skupnosti⁷, zato, da sodišče ne bi dopustilo stanja v slovenski sodni praksi, ki je v nasprotju z zakonodajo skupnosti⁸.

V kolikor Vrhovno sodišče Republike Slovenije ne bo upoštevalo stališča sodišča Evropskih skupnosti v zadevi *Oscar Bronner (C-7/97)*, s katerim je po stališču tožeče stranke sodišče že jasno odločilo, da o zlorabi položaja v smislu določbe 82. člena PES ni mogoče govoriti, v kolikor ne gre za »nepogrešljivo storitev«, ker obstaja dejansko ali potencialno nadomestilo za to storitev, zaradi česar je potrebno reviziji in tožbi v celoti ugoditi, potem tožeča stranka sodišču na podlagi določila 234. člena PES oz. 113.a člena Zakona o sodiščih predlaga, da na sodišče Evropskih skupnosti naslovi predhodno vprašanje:

»Ali v primeru, ko ima podjetje prevladujoč položaj na trgu storitev govorne telefonije, odkloni vključitev promocijskega materiala (promocijskega CD-ROMa za poskusni dostop do interneta) drugega ponudnika v paket, s katerim prodaja storitev govorne telefonije, hkrati v pa paket vključi promocijski material (promocijski CD-ROM za poskusni dostop do interneta) svoje poslovne enote; pri tem pa promocijski CD-ROM ne zavezuje k sklenitvi naročniškega razmerja za dostop do interneta, ob upoštevanju dejstva, da bi lahko drugi ponudnik samostojno reklamiral storitve dostopa do interneta na druge načine, to pomeni zlorabo monopolnega položaja na trgu govorne telefonije v pomenu 82. člena pogodbe?«

Izpodbijana sodba je namreč nasprotna s stališčem Evropskega sodišča v zadevi *Oscar Bronner, Case C-7/97*.

⁶ določba 82. člena PES določa, da mora obstajati možnost vpliva na trgovanje med državami članicami, pri čemer pa skladno s prakso sodišča ES zadostuje že teoretična možnost, ki je v konkretnem primeru nedvomno podana (primerjaj zadevo Case 30/87 Bodson v. Pompes Funebres, kjer je sodišče odločilo, da lahko na trgovanje med članicami vpliva tudi ravnanje pri opravljanju dejavnosti, ki so na prvi pogled izrazito lokalnega značaja); s tem v zvezi tudi dr. Peter Grilc, *Pravo Evropske unije*, II. knjiga, Cankarjeva založba, 2004, str. 660.

⁷ sodba Evropskega sodišča v zadevi Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health, Case 283/81

⁸ v zadevi Oscar Bronner GmbH & Co. KG, Case C-7/97, je Evropsko sodišče pod tč. 20 jasno zaključilo tudi, da dejstvo, da državno sodišče obravnava spor v zvezi z omejevanjem konkurence z uporabo državne zakonodaje o konkurenci, ne bi smelo preprečiti, da se obrne na Sodišče za razlago zakonodaje skupnosti v zadevi in zlasti o razlagi 86. člena Pogodbe v povezavi s tem istim stanjem, kadar lahko pride do nasprotja med zakonodajo Skupnosti in državno zakonodajo.

Tudi Uredba Sveta (ES) št. 1/2003 z dne 16.12.2002 o izvajanju pravil konkurence in 81. in 82. člena Pogodbe v 3/I. členu glede razmerja med členoma 81 in 82 Pogodbe in nacionalno zakonodajo o konkurenci določa, da kadar organi, pristojni za konkurenco v državah članicah, ali nacionalna sodišča uporabljajo nacionalno zakonodajo o konkurenci za zlorabo, ki je prepovedana s členom 82 Pogodbe, uporabljajo tudi člen 82 Pogodbe, v 5. členu pa, da so nacionalna sodišča pristojna za uporabo členov 81 in 82 Pogodbe. V 15. členu Uredba določa tudi način sodelovanja komisije z nacionalnimi sodišči v postopkih za uporabo 81 in 82. člena Pogodbe.

6. Nerazumljivi in sami s seboj v nasprotju so tudi razlogi sodišča, kjer po eni strani navaja, da naj bi imela družba ABM d.o.o., ki je sicer lahko sama samostojno reklamirala storitve dostopa do interneta, ki jih je nudila, zaradi ravnanja tožeče stranke na trgu internetnih storitev bistveno slabše možnosti, kot bi jih imela, če bi enakovredno konkurirala skupaj s SiOLom, po drugi strani pa navaja, da dejstvo, da družba ABM d.o.o. v obravnavanem obdobju ni imela ustrezne opreme (CD ROM-a) na to ne vpliva. S tem je podana absolutna bistvena kršitev določb postopka po 14. tč. 339/II. člena ZPP, kar predstavlja revizijski razlog po določilu 85/I, tč. 1 v zvezi z 75/III. členom ZUS – 1, izpodbijane sodbe pa ni mogoče preizkusiti.

Ugotovitev sodišča, da naj bi imela družba ABM d.o.o. na trgu internetnih storitev bistveno slabše možnosti, kot bi jih imela, v kolikor bi enakovredno konkurirala s SiOL-om, je mogoče razumeti edino na način, da sodišče pod pojmom enakovrednega konkuriranja šteje vključitev promocijskega CD-ROMa družbe ABM d.o.o. v ISDN paket. Nevključitev promocijskega CD-ROMa v ISDN paket v nobenem primeru ni ravnanje, ki bi povzročalo slabši položaj na trgu internetnih storitev, ker promocijski CD-ROM ne zavezuje k sklenitvi naročniškega razmerja za dostop do interneta. Gre torej izključno za reklamiranje storitev nujenja dostopa do interneta, za kar pa sodišče samo ugotavlja, da jih je družba ABM d.o.o. reklamirala samostojno. Družba ABM d.o.o. bi torej lahko z drugimi reklamnimi možnostmi (distribucija CD ROM-a skupaj z računalniško opremo, računalniškimi revijami, ali dnevnim časopisjem) dosegla celo bistveno boljši položaj na trgu internetnih storitev, v kolikor bi takšne reklamne možnosti uporabila (vendar jih ni). Ker pa družba ABM d.o.o. CD ROM-a sploh ni imela, očitano ravnanje tožeče stranke (nevključitev CD ROMa, ki ga sploh ni bilo) v nobenem primeru ni z ničemer vplivalo na položaj družbe ABM d.o.o. na trgu internetnih storitev. Sodišče samo v izpodbijani sodbi ugotavlja, da je šlo pri vključitvi CD ROMa za reklamiranje storitve nujenja dostopa do interneta in ne za storitev samo, zaradi česar povezava s stanjem na trgu storitev dostopa do interneta ni podana na način, kot to zmotno ugotavlja sodišče v izpodbijani sodbi (da naj bi se zaradi nevključitve promocijskega CD ROMa v paket poslabšal položaj ABM d.o.o. na trgu storitev dostopa do interneta). Ker ABM d.o.o. CD ROM-a sploh ni imel, ga tudi ni mogel tržiti. Zaradi navedenega je tako dejstvo, da družba ABM d.o.o. CD ROM-a ni imela, bistveno, ne pa nepomembno za odločitev v predmetni zadevi, kot to napačno zaključuje sodišče. Še več, družba ABM d.o.o. v spornem obdobju tudi ni imela potrebnega dovoljenja za opravljanje storitev nujenja dostopa do interneta skladno s Pravilnikom o pogojih za izdajo dovoljenj za opravljanje tržnih telekomunikacijskih storitev (Ur.l.75/1998), ker iz dovoljenja v spisu izhaja, da je bilo slednje izdano šele 14.7.1999, torej po očitnem ravnanju, popolna vloga pa je bila vložena po izteku roka iz 67. člena ZTel, kar pomeni, da ABM d.o.o. storitev tako ali tako ne bi smel opravljati, in da ravnanja v nobenem primeru niso vplivala na položaj na trgu. Ker ravnanje tožeče stranke z ničemer ni vplivalo na trg dostopa do internetnih storitev, in prizadete stranke ni z ničemer postavljalo v konkurenčno slabši položaj ni mogoče govoriti o zlorabi monopolnega položaja po 10. členu ZPOmK (generalna klavzula), niti ne po 4. alineji 5. odst. 10. člena ZPOmK.

S tem je revizija v celoti utemeljena.

Priloga:

- sodba v zadevi Oscar Bronner, Case C-7/97 s prevodom v slovenski jezik.

V Ljubljani, dne 17.10.2007

TELEKOM SLOVENIJE d.d.