

**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, nudenja 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 upoštevneга 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 upoštevne 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 upoštevne trga, kot jih določa tudi Navodilo o načinu in pogojih določanja upoštevne 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 upoštevne 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 upoštevne 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 upoštevne stvarnega trga v izpodbijani upravni odločbi, opredeliti konkretni upoštevni stvarni trg skladno s kriteriji, ki veljajo za opredelitev upoštevne 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 upoštevne 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 upoštevne 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 zatrjevané 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.