



U 1155/2004-70

S O D B A

V I M E N U L J U D S T V A

Upravno sodišče Republike Slovenije v Ljubljani je v senatu pod predsedstvom višje sodnice svétnice mag. Mire Dobravec Jalen, s sodelovanjem višjih sodnic Žive Mejak in Petre Hočevar kot članic senata in sodne zapisnikarice Olge Kocjančič, v upravnem sporu, ki ga je začela tožeča stranka Telekom Slovenije d.d., Ljubljana, Cigaletova 15, ki jo zastopa predsednik uprave Libor Vončina, njega pa odvetnik Stojan Zdolšek iz Ljubljane, proti toženi stranki Uradu za varstvo konkurence Republike Slovenije, Ljubljana, zaradi ugotovitve zlorabe prevladujočega položaja, o tožbi tožeče stranke zoper delno odločbo tožene stranke, št. 3073-9/02-4 z dne 4. 5. 2004, na nejavni seji dne 5. 9. 2007

o d l o č i l o :

Tožba se zavrne.

O b r a z l o ž i t e v :

Z izpodbijano delno odločbo je tožena stranka v 1. točki izreka odločila, da je 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 v paket ISDN 3000 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 je neutemeljeno diskriminirala ABM, kar predstavlja dejanje zlorabe prevladujočega položaja iz 4. alineje 5. odstavka 10. člena ZPOmK. Z 2. točko izreka je odločila, da se izrek te odločbe objavi v Uradnem listu RS. V obrazložitvi je navedla, da je na zahtevo ABM dne 2. 9. 1999 izdala sklep o uvedbi postopka ugotavljanja zlorabe prevladujočega položaja tožeče stranke na trgu storitev dostopa do interneta (medomrežna povezava), dajanja telekomunikacijskih vodov v zakup ter na trgu govorne telefonije (ISDN), med drugim tudi zaradi zavrnitve ponudbe ABM za vključitev njihovih storitev v paket ISDN 3000, ki ga trži tožeča stranka. V zahtevi za uvedbo postopka je ABM navedel, da je z dopisom z dne 28. 1. 1999 tožečo stranko pozval, da mu

omogoči, da s svojo ponudbo internet storitev sodeluje v paketni ponudbi ISDN 3000, ter da mu omogoči reklamiranje na mesečnih telefonskih računih, tožeča stranka pa mu je z dopisom z dne 3. 3. 1999 odgovorila, da za takšno sodelovanje ni zainteresirana. Toženi stranki je ABM predlagal, da v skladu s pooblastili iz 24. člena ZVK ugotovi dejstvo, da si tožeča stranka s svojim ravnanjem ustvarja pogoje za ohranjanje in vzpostavljanje prevladujočega položaja na tržišču, in s tem pogoje za ustvarjanje monopolnega dohodka oziroma dobička, ter da se ji prepove takšno nadaljnje ravnanje. V sklepu o uvedbi postopka je tožena stranka kot relevantni storitveni trg, na katerem se presoja zloraba prevladujočega položaja, določila trg govorne telefonije. Navaja, da se je storitev govorne telefonije opravljala kot javna telekomunikacijska storitev v obliki obvezne gospodarske javne službe (4. člena ZTel), tožeča stranka pa je zanjo imela zakonski in s tem dejanski monopol do 31. 12. 2000. Tožeča stranka je med postopkom navajala, da je bila ISDN storitev izključno tržna storitev, ABM pa, da gre tudi v tem primeru za javno storitev, katere izključni ponudnik je bila tožeča stranka, kar pomeni, da je imela dejanski monopol. V zvezi s tem je tožena stranka po uradni dolžnosti pribavila mnenje Ministrstva za promet in zveze, iz katerega izhaja, da gre pri ISDN tehnologiji lahko za javne storitve in tudi tržne storitve. Po mnenju tožene stranke je storitev govorne telefonije, ki se opravlja preko priključka ISDN, po svoji naravi še vedno javna storitev, kot jo je definirala Zakon o telekomunikacijah (ZTel, Uradni list RS, št. 35/97, 45/97) in Uredba o načinu opravljanja javnih telekomunikacijskih storitev govorne telefonije in teleksa ter o upravljanju javnega telekomunikacijskega omrežja (Uradni list RS, št. 11/98, v nadaljevanju Uredba) in vsi priključki v paketu ISDN 3000 tako vsebujejo tudi javno storitev, pri kateri je imela tožeča stranka še zmeraj monopol. Tako imetniki PSTN kot ISDN priključka lahko svoje vode uporabljajo tudi za klicni dostop (dial-up acces) do interneta, v kolikor imajo ustrezen modem. Tako PSTN kot ISDN kljub različni tehnologiji, omogočata tako storitev govorne telefonije, kot tudi storitev dostopa do interneta (tržna storitev). Kljub morebitni tehnološki prednosti ISDN pred PSTN, je tožena stranka za potrebe postopka obravnavala obe storitvi kot konkurenčni, ker je cena impulza pri obeh storitvah enaka, pri čemer je upoštevala, da je imela tožeča stranka monopol pri obeh storitvah, kar pomeni, da je imela prevladujoč položaj v smislu 2. odstavka 10. člena ZPOmK (enoten upoštevanj storitveni trg). V obravnavanem primeru pa je tožena stranka trg govorne telefonije obravnavala zgolj kot sredstvo dostopa do interneta, saj so učinki zlorabe prevladujočega položaja nastali na trgu internetnih storitev, čeprav je bilo samo dejanje zlorabe prevladujočega položaja storjeno na trgu govorne telefonije. V Republiki Sloveniji je več ponudnikov dostopa do interneta, največji med njimi pa je SiOL, s približno 50 % tržnim deležem, SiOL pa je v izključni lasti tožeče stranke, do 26. 7. 1999 pa je posloval kot njena notranja poslovna enota. V začetku leta 1999 je tožeča stranka naročnikom ponudila možnost priključka ISDN v obliki posebnega paketa, imenovanega ISDN 3000, ki je vseboval nadgradnjo PSTN v ISDN priključek, ISDN telefon, ISDN modem in SiOL-ov CD ROM za priključitev na internet. Po mnenju tožene stranke bi moral SiOL kot gospodarska družba, ki opravlja zgolj tržne, in nobenih javnih storitev, nastopati na trgu izključno z lastnimi sredstvi, brez posredne ali neposredne pomoči tožeče stranke. Omenjeni paket pa omogoča zastojno promocijo SiOL-a na trgu, ta promocija pa ni rezultat konkurenčnega boja med posameznimi ponudniki internetnega dostopa, temveč posledica dajanja prednosti SiOL-u s strani tožeče stranke, ki je javno podjetje. Paket ISDN 3000 je oblikovan tako, da je mogoče nadgraditi samo že obstoječi PSTN priključek, ki je javna monopolna storitev tožeče stranke, kar pomeni, da paket implicitno vsebuje javno storitev oziroma zahteva obstoj le-te (ker vsebuje nadgradnjo priključka PSTN kot tudi javno storitev govorne telefonije, ki je vsebovana v vsakem ISDN priključku). V času obravnavane kršitve tudi ni bilo mogoče, da bi kakšen drug ponudnik (razen tožeče stranke) izvajal storitev govorne telefonije, ker je šlo za javno storitev, pri kateri je bila tožeča stranka do konca leta 2000 izključni izvajalec. Monopolni položaj na trgu govorne telefonije (kamor spada tudi storitev ISDN), in ki ni posledica tržnega boja, ampak posledica zakonskega monopola, je tožeča stranka zlorabila s tem, da je svoje sodelovanje vnaprej omejila zgolj na sodelovanje hčerinske družbe SiOL, morebitne ostale zainteresirane ponudnike pa je

neutemeljeno zavrnila. Na neutemeljeno zavrnitev kaže tudi dejstvo, da je ABM tožeči stranki ponudil svoj že izdelan CD ROM, ki ga ni sprejela, čeprav naj bi identično ponudbo družbe Perftech zavrnila ravno zaradi tega, ker ni imel svojega CD ROM-a. Za uporabnike, ki so se odločili za nadgradnjo PSTN priključka v ISDN priključek, je bila paketna ponudba ISDN 3000 ugodnejša, kot če bi se odločili le za nadgradnjo in bi si sami nabavili ISDN telefonski aparat in ISDN modem. Ker je tožeča stranka javno podjetje z zakonskim monopolom in s tem prevladujočim položajem na trgu govorne telefonije, jo še toliko bolj veže dolžnost, da do vseh ostalih ponudnikov tržnih storitev nastopa nediskriminatorno. V obravnavanem primeru je tožeča stranka zlorabila svoj položaj, ki ga ima kot operater fizične infrastrukture, in ki je bil rezultat njenega monopolnega položaja, ki ji je kot edini na slovenskem trgu omogočal ponudbo ISDN in PSTN storitev (celotne govorne telefonije), kar ji je omogočalo, da enostransko in poljubno določa pogoje sodelovanja s konkurenti na ostalih upoštevanih trgih. Po mnenju tožene stranke je edini objektivno določljiv motiv za prodajo ISDN paketa, poskus pridobivanja strank za SiOL. Tožeča stranka je namreč lahko dodaten dohodek pridobila samo v primeru, če so uporabniki sklenili naročniško razmerje s SiOL-om, katerega izključna lastnica je bila. Dodaten popust pri nadgradnji pomeni dodatno spodbudo uporabnikom, da se odločijo za paket, kar avtomatično pomeni, da s tem kupijo CD ROM SiOL-a, korist za SiOL in s tem za tožečo stranko pa predstavlja izgubo dohodka za ostale ponudnike dostopa do interneta, ker ne morejo učinkovito konkurirati SiOL-u, pri tem pa poslovna korist SiOL-a oz. tožeče stranke ni posledica poštene tržne tekme, temveč posledica zlorabe monopola, ki ga ima tožeča stranka na trgu govorne telefonije. Posledično to pomeni zmanjšano možnost izbire za končnega uporabnika internetnih storitev pod primerljivimi pogoji (če se odločijo za paket ISDN 3000, morajo kupiti tudi CD ROM SiOL-a). Zloraba prevladujočega položaja na trgu je prepovedana po določbi 1. odstavka 10. člena ZPOmK, s prevladujočim položajem pa je mišljeno, da podjetje glede določenega blaga ali storitve nima konkurentov ali ima na trgu le nepomembno konkurenco, ali v primerjavi s konkurenti občutno boljši položaj glede na tržni delež, možnosti za financiranje, možnosti za nakup in prodajo, ali glede na dejstva, ki druga podjetja ovirajo pri vztopu na trg (2. odstavek 10. člena ZPOmK). Tožena stranka ugotavlja, da med postopkom ni bil sporen prevladujoč položaj tožeče stranke na trgu govorne telefonije v Republiki Sloveniji, saj je imela zakonski monopol pri PSTN storitvah in dejanski monopol pri ISDN storitvah. 10. člen ZPOmK primeroma našteva tipične primere zlorab prevladujočega položaja, pri čemer drugi primeri niso izključeni. Ugotavlja, da je bila v obravnavanem primeru možnost ABM za enakovredno in se tem učinkovito konkuriranje SiOL-u onemogočena s tem, da je tožeča stranka neutemeljeno zavračala njegovo ponudbo za sodelovanje v paketu ISDN 3000 in ga je s tem neupravičeno diskriminirala. ABM je bil tako postavljen v slabši položaj na internetnem trgu v odnosu SiOL, s katerim sta neposredna tekmeča. Tako ravnanje je bilo v nasprotju z namenom konkurence, uperjeno proti dejavni in učinkoviti konkurenci hčerinskega podjetja SiOL-a. Tožena stranka navaja, da oblikovanje paketne ponudbe različnih storitev sicer samo po sebi ni neobičajno, vendar določeno ravnanje, ki samo po sebi ni sporno, lahko postane zelo sporno, v kolikor ga izvrši podjetje, ki ima na trgu prevladujoč položaj. Tožeča stranka je imela možnost, da izloči iz učinkovite konkurenčne ponudbe vse ostale konkurente na trgu internetnih storitev, ker ostali niso imeli možnosti, da oblikujejo paket, ki bi bil sestavljen iz storitev govorne telefonije (konkretno ISDN) in iz internetne storitve. Tožena stranka zaključuje, da dejanje tožeče stranke izvira neposredno iz položaja, ki ga je imela na trgu govorne telefonije (monopol), in ki ga ne bi mogla storiti, če bi na tem trgu obstajala učinkovita konkurenca. Po mnenju tožene stranke je v obravnavanem primeru podana zloraba prevladujočega položaja, kot je to opredeljeno v 4. alineji 5. odstavka 10. člena ZPOmK.

Tožeča stranka vlaga tožbo zaradi kršitve zakona in zmotne ter nepravilne ugotovitve dejanskega stanja. Navaja, da tožena stranka v trg storitev govorne telefonije zmotno uvršča tako PSTN kot ISDN. Tožena stranka sama navaja, da obstajajo tudi druga sredstva za dostop do interneta (kabelski sistem, zakupi vodov), vendar pri tem ne navede, kako to dejstvo vpliva na izhodiščno vprašanje pri

obravnavi zlorabi prevladujočega položaja, to je na opredelitev upoštevne trga. Izpodbijana odločba nima razlogov, s katerimi bi tožena stranka opredelila razmerje med trgom storitev govorne telefonije in trgom storitev nudenja dostopa do interneta. Deležev tožeče stranke na celotnem oziroma morebitnem skupnem trgu tožena stranka ni ugotavljala. Ugotovila je povezanost med storitvami govorne telefonije in storitvami nudenja dostopa do interneta, ni pa opredelila razmerja med trgoma obeh storitev, zaradi česar izpodbijana odločba v tem delu nima razlogov. Nudenje dostopa do interneta namreč ne poteka izključno preko govorne telefonije, zato trga storitev nudenja dostopa do interneta ni mogoče enostavno nadomestiti s storitvami govorne telefonije. Upoštevni trg je v izpodbijani odločbi nepravilno opredeljen, kar ima za posledico kršitev 10. člena ZPOMK. Pri storitvah nudenja dostopa do interneta tožena stranka ni upoštevala največjega skupka vseh konkurenčnih oz. zamenljivih storitev. Tožena stranka je upoštevni trg nepravilno opredelila tudi iz razloga, ker ABM ni zahteval dostopa do storitev govorne telefonije tožeče stranke oz. do njenih ISDN storitev, saj omenjeni dostop že ima, temveč je dejansko zahteval dostop do sistema trženja storitev tožeče stranke, konkretno do njenih ISDN paketov. Upoštevni trg je v obravnavanem primeru tako lahko le trg marketinških storitev, s katerimi je mogoče uporabnikom prodajati ali tržiti dostop do interneta. Tožena stranka ni opredelila povezave med trgom marketinških storitev, trgom govorne telefonije oz. ISDN in trgom internetnih storitev, nobene podlage pa ni za izenačevanje trga marketinških storitev s trgom govorne telefonije. Tožeča stranka navaja, da bi lahko tudi drugi ponudniki prodajali ISDN pakete, in pri tem pojasnjuje, da CD ABM ni ekvivalenten SiOL-ovi ponudbi (CD ABM ni on-line) poleg tega pa je potrošnik SiOL-ov CD lahko tudi sam instaliral, CD ABM pa ne, tožeča stranka pa instaliranja CD-jev SiOL-a tudi ni ponujala. V izpodbijani odločbi nadalje ni nobenega dokaza za to, da SiOL-ov CD v paketu ISDN zmanjšuje izbiro za potrošnika. Nakup paketa ISDN namreč kupca ni obvezoval k sklenitvi naročniškega razmerja s SiOL-om, niti mu ni preprečeval izbire drugega ponudnika internetnih storitev. Prav tako tožeča stranka ABM ni preprečevala delovanja preko svojega ISDN omrežja, kar bi lahko zmanjševalo možnost izbire potrošnikov. Tožena stranka ni logično utemeljila trditve, da se kupci ISDN paketa odločijo za SiOL zaradi prisotnosti njihovega CD-ja v paketu ob odsotnosti drugih argumentov za izbiro SiOL-a kot ponudnika internetnih storitev. SiOL je vodil svojo reklamno kampanijo ter na ta način vlagal v tržišče in pridobival nove naročnike, česar pa ABM ni počel. Tožena stranka izhaja iz predpostavke, da bi morala tožeča stranka v paket ISDN vključiti CD kateregakoli ponudnika interneta, takšno stališče pa bi bilo lahko utemeljeno le v primeru, če bi bila takšna dolžnost zakonsko predpisana. Niso utemeljene ugotovitve tožene stranke, da gre v obravnavanem primeru za diskriminacijo v smislu 4. alineje 5. odstavka 10. člena ZPOMK, ker naj bi tožeča stranka zavračala vključitev CD-ja ABM, saj njegova ponudba časovno ni sovpadala s ponudbo SiOL-a, kar izhaja že iz izreka izpodbijane odločbe. Paket tožeče stranke s SiOL-ovim CD-jem je že bil oblikovan, zato je tožeča stranka poslovno utemeljeno zavrnila sodelovanje z drugimi poslovnimi partnerji. Dejstvo, da ima neko podjetje na trgu prevladujoč položaj, ne sme pomeniti, da nima pravice do oblikovanja poslovne politike v skladu z lastnimi interesi, kar je bilo leta 1998 nedvoumno potrjeno tudi v odločbi Evropskega sodišča v zadevi Oscar Bronner (C-7/97, 28. 11. 1998). V svetu in tudi v Sloveniji je znano trženje storitev po pošti (seznam telefonskih naročnikov kot ciljne skupine je javen), prilaganje priključnih CD-jev ponudnikov internetnih storitev k računalniški opremi, računalniškim revijam, dnevnim časopisom in drugim množičnim publikacijam pa je običajno. S tovrstnim trženjem bi lahko ABM dosegel enak ali bistveno večji obseg naslovnikov kot z vključitvijo svojih CD-jev v ISDN paket tožene stranke. Nobenega dokaza zato, da je prav ISDN paket unikaten in nenadomestljiv način trženja, zato niti ne more biti. Tožeča stranka ni pogojevala nakupa ISDN z nakupom SiOL-ovega CD-ja in pri tem ne gre za vezano blago. Vrednost CD-ja je bila v maloprodaji manj kot 200,00 SIT, prav tako so bili zanemarljivi stroški shranitve na CD. Iz tega razloga so priključni in promocijski CD-ji doma in v tujini redna priloga k tiskanim publikacijam k računalniški opremi itd. Navedbe tožene stranke, da je ISDN storitev javna storitev govorne telefonije, so v nasprotju z ZTel, to pa potrjuje tudi mnenje

Ministrstva za informacijski družbo z dne 19. 2. 2002, ki ga je v spis predložil ABM. Ključna je ugotovitev, da storitve v omrežju ISDN, zaradi lastnosti omrežja PSTN, še vedno niso dostopne vsaki fizični ali pravni osebi na ozemlju RS, niti se te storitve niso opravljale kot obvezna javna gospodarska služba. Ne strinja pa se tožeča stranka z mnenjem Agencije RS za telekomunikacije in radiofuzijo z dne 7. 3. 2002, v katerem je razlaga Pravilnika o omrežju ISDN (Uradni list RS, št. 52/95), ki je v nasprotju z določbami ZTel. Sodišču predlaga, da izpodbijano odločbo tožene stranke odpravi.

Tožena stranka v odgovoru na tožbo prereka tožbene navedbe in se v celoti sklicuje na obrazložitev izpodbijane odločbe. K tožbenim navedbam dodaja, da je pravilna njena ugotovitev upoštevnega trga govorne telefonije, saj dostop do internetnih storitev prek govorne telefonije ni zamenljiv z drugimi vrstami dostopa do interneta (kabelskega omrežja, zakupljenih vodov). Napačne so trditve tožeče stranke, da bi moral biti kot upoštevni trg definiran trg marketinških storitev, ki je splošnejši pojem, ki zajema tudi storitve, ki z obravnavanim primerom nimajo nobene zveze. Pojem marketinga zajema načrtovanje in usklajevanje investicij, proizvodnje, prodaje in propagande s potrebami in možnostmi tržišča. Gre za zelo splošen pojem, s katerim nedvomno ni mogoče opredeliti upoštevnega proizvodnega oziroma storitvenega trga v skladu z Navodilom o načinu in pogojih določanja upoštevnega trga (Uradni list RS, št. 83/2000). Nesporno je, da sama vključitev SiOL-ovega CD-ja v paket ISDN zmanjšuje izbiro potrošnika. Četudi nakup paketa ISDN ni zavezoval kupca k sklenitvi naročniškega razmerja z SiOL-om, je taka vezana trgovina, ki je diskriminirala druge ponudnike dostopa do interneta, dejansko onemogočala oz. neupravičeno izločevala konkurenco. Kdor je z ISDN paketom že kupil CD ROM SiOL-a z dostopom do interneta, gotovo ne bo sprejel ponudbe konkurenčnega ponudnika dostopa do interneta, pri čemer so brezpredmetne tožbene navedbe o zanemarljivi maloprodajni ceni CD-ja. Monopolni položaj na trgu govorne telefonije, kamor spada tudi storitev ISDN, in ki ni posledica tržnega boja, ampak posledica zakonskega monopola, je tožeča stranka zlorabila s tem, da je svojo ponudbo vnaprej omejila zgolj na sodelovanje hčerinske družbe SiOL, morebitne ostale zainteresirane ponudnike dostopa do interneta pa neutemeljeno zavrnila. Tožena stranka je izhajala z izhodišča, da bi moral SiOL, ki je gospodarska družba, ki opravlja zgolj tržne in nobenih javnih storitev, nastopati na trgu izključno z lastnimi sredstvi, brez posredne ali neposredne pomoči tožeče stranke. Paket ISDN pa je omogočal zastoj promocijo SiOL-a na trgu, ta promocija pa ni rezultat konkurenčnega boja med posameznimi ponudniki internet dostopa, ampak posledica dajanja prednosti SiOL-u s strani tožeče stranke, ki je javno podjetje. Tožena stranka zavrača tožbene navedbe, da bi bilo glede presoje predmetne kršitve potrebno upoštevati odločbo Evropskega sodišča v zadevi Oscar Bronner (C-7/97). Navedena sodba razlaga koncept t.i. „essential facility“, ki pa za predmetno zadevo ni relevanten, saj izpodbijana odločba ne izhaja iz navedene doktrine. Sodišču predlaga, da tožbo kot neutemeljeno zavrne.

Stranka z interesom v tem upravnem sporu ABM d.o.o., Ljubljana se v celoti strinja z izpodbijano odločbo tožene stranke. Navaja, da ugotovitev tožene stranke o upoštevneju trgu govorne telefonije temelji na 2. členu ZTel ter na Uredbi (Uradni list RS, št. 11/98), ki je še podrobneje določila, kaj pomeni storitev govorne telefonije. SiOL s svojim CD ROM-om, ki je bil vključen v sporne ISDN pakete in prizadeta stranka s svojim CD ROM-om, za katerega je od tožeče stranke zahtevala vključitev v ISDN paket, sta si konkurirala kot ponudnika klicnega dostopa do interneta, ki se še vedno zagotavlja le preko priključkov govorne telefonije. Tožeča stranka zavajajoče navaja, da je prizadeta stranka zahtevala dostop do trženja njenih produktov, saj je želela le enake možnosti kot konkurenčni SiOL na trgu dostopa do interneta, ki ga je tožeča stranka tržila na monopolnem trgu govorne telefonije. Neresnične so trditve tožeče stranke, da bi lahko tudi drugi ponudniki prodajali ISDN pakete, saj je tožeča stranka edina lastnica celotne infrastrukture govorne telefonije, ki je nujna za ISDN priključke. Neutemeljene so tožbene navedbe, da prizadeta stranka ni bila